بسم الله الرحمن الرحيم

الجزء الاول

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الامام العلامة العمدة الفهامة الشيخ
الشلبي على هذا الشرح الجليل تغمدالله الجميع
بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٣
هجرية

محل مبيعه عند ملتزمه حضرة السيد عمر حسين الخشاب بمصر

(بسم الله الرحمن الرحيم)

الحمد لله الذى شرح قلوب العارفين بنور هدايته وزينها بالايمان وما ألهمها من حكمته أحمده حمد عارف لعظمته مقر بوحدانيته وعلى من ختم به الرسالة أفضل صلاته وتحيته محمد المصطفى المخصوص باظهار ملته على الملل كلها ودوام شريعته الى آخر الدهر ونهايته وعلى آله الكرام وجميع صحابته وعلى التابعين لهما الى يوم الدين باحياء سنته (أما بعد) فانى لما رأيت هذا المختصر المسمى بكنز الدقائق أحسن مختصر فى الفقه حاويا لما يحتاج اليه من الواقعات مع لطافة حجمه لاختصار نظمه أحببت أن يكون له شرح متوسط يحل ألفاظه ويعلل أحكامه ويزيد عليه يسيرا من الفروع مناسبا له مسمى بتبيين الحقائق لما فيه من تبيين ما اكتنز من الدقائق وزيادة ما يحتاج اليه من اللواحق وأسأل الله تعالى أن يوفقنى لاتمامه معتصما به عن الزلل والخلل فيما أقول وأفعل وهو حسبى ونعم الوكيل نعم المولى ونعم النصير

(كتاب الطهارة)

قال رحمه الله (فرض الوضوء غسل وجهه) لقوله تعالى فاغسلوا وجوهكم قال رحمه الله (وهو من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن) أى الوجه هذه الجملة لانه مشتق من المواجهة وهى تقع بهذه الجملة وقوله من قصاص الشعر خرج مخرج الغالب والا فحد الوجه فى الطول من

(بسم الله الرحمن الرحيم)

١

(قوله فى المتن وهو من قصاص الشعر الى آخره) نوقش المصنف فى هذا التركيب من وجوه (الاول) أن قوله من قصاص شعره ليس كذلك لان الوجه فى الطول من مبدا سطح الجبهة الى منتهى اللحيين كان عليه شعر أو لم يكن (الثانى) ان قوله والى شحمتى الاذن معطوف على قوله الى أسفل ذقنه فيكون داخلا فى حكمه ويكون المعنى حد الوجه طولا من قصاص شعره الى أن ينتهى الى أسفل الذقن والى أن ينتهى الى شحمتى الاذن وليس كذلك على ما لا يخفى (الثالث) كان ينبغى ان يقال والى شحمتى الاذنين لان لكل أذن شحمة والعرض من الشحمة الى الشحمة وليس للاذن الواحدة شحمتان (الرابع) يلزم من هذا الحد أنه يجب غسل داخل العينين والانف والفم وأصول شعر الحاجبين واللحية والشارب وونيم الذباب ودم البرغيث وليس كذلك وأجيب عن الاول انه باعتبار الغالب وعن الثانى بان فيه مقدرا وهو ما ذكرناه وان كان فيه تعسف وهو أيضا بعينه عبارة صاحب الهداية حيث قال وحد الوجه من قصاص الشعر الى أسفل الذقن والى شحمتى الاذن لان المواجهة تقع بهذه الجملة وهو مشتق منها وقد علم أن الفقهاء يتسامحون فى اطلاق العبارات ولكن العبارة المنقحة أن يقال وهو من قصاص شعره الى أسفل ذقنه ومن شحمة الاذن الى شحمة الاذن وعن الثالث بما قدرنا أيضا مع ما فيه من المسامحة وعن الرابع ان هذه الاشياء سقطت للحرج وعلى حد من يقول الوجه ما يواجه به الانسان لا تدخل هذه الاشياء لخروجها عن المواجهة عينى وفى القاف ثلاث لغات والضم أعلاها قوله الى أسفل الذقن بفتح الذال المعجمة والقاف وهو مجتمع لحييه

(قوله في المتن ويديه بمرفقيه) وما يتم به منها من الاصابع واليد الزائدتين ويغسل الاقطع ما بقي من محل الفرض حتى طرف العضو كنوث (قوله لان الغاية لا تدخل في المغيا) أى كالليل في الصوم وهو قول زفر (قوله الى المرافق) لان قوله وأيديكم يتناول كل الايدى الى المناكب وهو لغة (قوله بلفظ التثنية) أى لما قال الى الكعبين دل انه ثنى في كل رجل (قوله ومن الناس) وهم الروافض قال في معراج الدراية وعند الروافض المسح على ظاهر القدم والاصابع الى الكعبين والغسل غير جائز (قوله على من قرأ بالجر) أى هو حمزة (١) والكسائي وحفص (قوله في المتن ومسح ربع رأسه) والغسل ينوب عنه ولو مع الوجه والوضوء ثلاثة أنواع فرض على المحدث للصلاة ولو جنازة أو نفلا وما في معناه كسجدة التلاوة والشكر عند من يعتبرها ومس المصحف وواجب للطواف بالبيت ولهذا يجبر بالدم وسنة للنوم على طهارة وقبل الغسل وبعد الغيبة والنميمة والكذب وغسل الميت وحمله وعند الاذان والاقامة والخطبة والسعى بين الصفا والمروة وللجنب عند أكله وشربه ونومه ويقظته ولزيارة قبر النبى صلى الله عليه وسلم وبعد أكل لحم الجزور وللخروج من الاختلاف انتهى (قوله اعتبارا لآلة المسح) وجه اعتبار الآلة أن الباء ان دخلت على المحل اقتضت استيعاب الآلة دون المحل وأكثر الآلة قائمة مقام كلها فيجب المسح بثلاث أصابع انتهى يحيي (قوله وأقرب منه مسح الرأس) قياس اللحية على شعر الرأس أظهر من قياسها على الحاجبين وأهداب العينين لان ما تحت اللحية من البشرة غير ظاهر كما في شعر الرأس بخلاف الحاجبين انتهى (قوله فلا يجب) وعند الشافعي يجب وهو أصح مذهبه لانه من الوجه بحكم التبعية انتهى كاكى (قوله لانه ليس من الوجه) تقول رأيت وجهه دون لحيته ولا يقال طال وجهه دون لحيته ولا يقال طال وجهه ويقال طالت لحيته انتهى (قوله وسنة الوضوء) ثلاثة عشر أى على ما ذكره انتهى عيني (قوله في المتن الى رسغيه) قال في القاموس الرسغ كالقفل مفصل ما بين الساعد والكف والساق والقدم انتهى (قوله في المتن ابتداء) نصب على الظرف أى في ابتداء الوضوء ويجوز أن يكون حالا على تقدير مبتدئا انتهى عيني السنة نفس الابتداء بغسل اليدين وأما نفس الغسل ففرض انتهى

مبتدأ سطح الجبهة الى منتهى اللحيين كان عليه شعر أو لم يكن قال رحمه الله (ويديه بمرفقيه) لقوله تعالى وأيديكم الى المرافق وقوله بمرفقيه أى مع مرفقيه وتكون الباء للمصاحبة يقال اشتريت الفرس بسرجه أى مع سرجه وقال زفر لا تدخل المرافق لان الغاية لا تدخل في المغيا قلنا نعم لا تدخل لكن الغاية هنا لاسقاط فتقديره والله أعلم أسقطوا من المناكب الى المرافق اذ لولا هذا التقدير لم يكن لاخراج ما وراء المرافق وجه بعد ما تناوله لفظ اليد قال رحمه الله (ورجليه بكعبيه) والكلام فيهما كالكلام في اليد والكعب هو العظم الناتئ وروى هشام عن محمد أنه المفصل الذى عند معقد الشراك وهو سهو منه لان محمدا رحمه الله لم يرد ذلك في الوضوء وانما قال ذلك في المحرم اذا لم يجد نعلين يقطع خفيه من أسفل الكعب الذى في وسط القدم ويرد عليه أيضا قوله تعالى الى الكعبين بتثنية الكعب لان الاثنين من واحد فتثنيته بلفظ التثنية ومن اثنين وهو جزؤه فتثنيته بلفظ الجمع قال الله تعالى فقد صغت قلوبكما ولم يقل قلبا كما ولو كان كما قاله لقيل الى الكعاب كالمرافق فبطل زعمه ومن الناس من زعم أن وظيفة الرجل المسح لقوله تعالى وأرجلكم بالجر عطفا على الرأس ولنا قراءة النصب عطفا على اليدين وقال عليه السلام بعد ما غسل رجليه هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به والجر للمجاورة كقوله تعالى وحور عين على من قرأ بالجر قال رحمه الله (ومسح ربع رأسه) لحديث المغيرة أنه عليه السلام مسح على ناصيته وهى الربع لانها أحد جوانبها الاربع وقال محمد الواجب قدر ثلاثة أصابع اعتبارا لآلة المسح وهى اليد والاصل فيها الاصابع وهى عشرة فربعها اثنان ونصف والواحد لا يتجزأ فكمل وهما اعتبرا الممسوح والحجة عليه ما روينا اذ لو جاز أقل من ذلك لفعله عليه السلام مرة تعليما للجواز وقوله (ولحيته) يجوز أن تكون اللحية معطوفة على الرأس أى ومسح ربع رأسه وربع لحيته وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لانه لما سقط غسل ما تحته لعدم المواجهة به أو لتعسره وجب مسحه كالجبيرة والممسوح لا يجب استيعابه فاعتبر الربع ويجوز أن تكون معطوفة على الربع أى ومسح ربع رأسه ومسح لحيته فعلى هذا يجب مسح كل اللحية وهى رواية بشر عن أبي يوسف ومثله عن أبي حنيفة وروى عنه غسل الربع وعن أبي يوسف انه لا يجب غسله ولا مسحه وروى عن أبي حنيفة ومحمد أنه يجب إمرار الماء على ظاهر اللحية وهو الاصح لانه لما تعسر غسل ما تحت الشعر انتقل الواجب اليه من غير تغيير كالحاجبين وأهداب العينين وأقرب منه مسح الرأس لما تعسر انتقل الوظيفة الى الشعر من غير تغيير وهذا كله في غير المسترسل وأما المسترسل عن الذقن فلا يجب ايصال الماء اليه لانه ليس من الوجه * قال رحمه الله (وسننه) أى سنة الوضوء (غسل يديه الى رسغيه ابتداء كالتسمية) أما البداءة بغسل اليدين فلانهما آلة التطهير فيبدأ بتنظيفهما وقال الى رسغيه لوقوع الكفاية به في التنظيف وأطلقه ليتناول المستيقظ وغيره وقال كالتسمية يعني كما

(١) يستفاد من الجمل ان الكسائى وحفصا من قرأ بالنصب كتبه مصححه

(قوله وتقييده بالمستيقظ فى الحديث) اذا استيقظ أحدكم من منامه فليغسل يده قبل ان يدخلهما فى وضوئه فان أحدكم لا يدرى أين باتت يده أخرجه البخارى بهذه العبارة وبقية الجماعة بألفاظ مختلفة انتهى عينى (قوله وذكر اسم الله تعالى) أى فى ابتدائه لقوله صلى الله عليه وسلم كل أمر ذى بال الحديث انتهى غاية (قوله فلم يفت) وهو انما يستلزم فى الاكل تحصيل السنة فى الباقى لاستدراك ما فات انتهى (قوله انه يسمى فيهما) أى لا حالة الانكشاف ولا فى محل النجاسة انتهى كال (قوله فى المتن والسواك) أى استعماله وذكر فى كتاب الاستحسان من المحيط ان العلك للمرأة يقوم مقام السواك لانها تخاف من السواك سقوط سنها لان سنها أضعف من سن الرجل وهو مما ينقى الاسنان انتهى فان قلت من فوائده انه يشد اللثة فكيف يستقيم هذا فالجواب انه لا بعد فى كون المواظبة عليه قد تفضى الى سقوط الاسنان من بعض أفراد الانسان ومما يشهد به ما أخرجه الطبرانى فى الاوسط برجال الصحيح انه صلى الله عليه وسلم قال لزمت السواك (٤) حتى خشيت ان يدردنى والدرد سقوط الاسنان لكن الوجه ان يقال لا تستحب

ان التسمية سنة فى الابتداء مطلقا فكذا غسل اليدين سنة مطلقا وتقييده بالمستيقظ فى الحديث لا ينافى غيره ولهذا لم يتركه عليه السلام قط وكذا من حكى وضوءه عليه السلام وأما التسمية فلقوله عليه السلام من توضأ وذكر اسم الله تعالى كان طهورا لجميع بدنه ومن توضأ ولم يذكر اسم الله تعالى كان طهورا لاعضاء وضوئه وهذا يقتضى وجود الوضوء بلا تسمية وتعتبر التسمية عند ابتداء الوضوء حتى لو نسيها ثم ذكر بعد غسل البعض وسمى لا يكون مقيما للسنة بخلاف الاكل ونحوه والفرق أن الوضوء كله شىء واحد لا يتجزأ فيشترط عند ابتدائه وقد فات وكل لقمة من الاكل فعل مبتدأ فلم يفت ثم قيل يسمى قبل الاستنجاء بالماء لانه من الوضوء وقيل بعده لان الذكر عند كشف العورة لا يكون تعظيما والصحيح انه يسمى فيهما احتياطا قوله (والسواك) يحتمل وجهين أحدهما أن يكون مجرورا عطفا على التسمية والثانى ان يكون مرفوعا عطفا على الغسل والاول أظهر لان السنة أن يستاك عند ابتداء الوضوء لقوله عليه السلام لولا أن أشق على أمتى لأمرتهم بالسواك عند كل وضوء وقد واظب عليه النبى صلى الله عليه وسلم وكان عند فقده يعالج بالاصبع والصحيح انهما مستحبان يعنى السواك والتسمية لانهما ليسا من خصائص الوضوء قال رحمه الله (وغسل فمه وأنفه) عدل عن المضمضة والاستنشاق الى نعدل اما اختصارا أو لان الغسل يشعر بالاستيعاب فكان أولى وهذا لان السنة فيهما المبالغة لقوله عليه السلام بالغ فى المضمضة والاستنشاق الا أن تكون صائما والغسل أدل على ذلك وهو سنة لان النبى عليه السلام واظب عليه وكيفيته أن يتمضمض ثلاثا ويستنشق كذلك يأخذ لكل مرة ماء جديدا هكذا فعل النبى صلى الله عليه وسلم وما روى عنه عليه السلام انه تمضمض واستنشق بكف واحد معناه انه لم يستعن باليدين مثل ما يفعل فى غسل الوجه أو معناه فعلهما باليد اليمنى فيكون ردا على من يقول الاستنشاق باليسرى لانها الاستعمال موضع الاذى كموضع الاستنجاء وقوله ونص فيه يجوز الجر على انه معطوف على التسمية فتكون المضمضة من السنة التى فى ابتداء الوضوء منها ... على اعتبار الترتيب قال رحمه الله (وتخليل لحيته وأصابعه) أما تخليل اللحية فيس هو قول أبى يوسف لانه يقول انه عليه السلام فعله وعندهما جائز ومعناه لا يكون بدعة وليس بسنة لانه كمل الفرض ... وداخلها ليس بمحل الفرض وأما تخليل الاصابع فسنة اجماعا للامر

لمن هذه حالته المواظبة عليه بل يستحب فعله أحيانا انتهى (قوله والاول أظهر) قال العينى قلت بل الاظهر هو الثانى لان المنقول عن أبى حنيفة رضى الله عنه على ما ذكره صاحب المفيد أن السواك من سنن الدين حينئذ يستوى فيه كل الاحوال انتهى (قوله والصحيح أنهما) أى التسمية والسواك انتهى (قوله عدل عن المضمضة) والمضمضة ادارة الماء فى الفم وأما الاستنشاق فهو جذب الماء بالمنخرين انتهى (قوله يشعر بالاستيعاب) وما تنبيها على حدّيهما انتهى عينى (قوله بالغ فى المضمضة والاستنشاق) المبالغة فى المضمضة الغرغرة وفى الاستنشاق الاستنثار انتهى كاكى (قوله ...) أى ... (قوله واظب عليه) ولقائل أن يقول معنى هنا ينبغى أن تكون ... المواظبة على الفعل مع عدم الترك دليل الوجوب انتهى (قوله باليد اليسرى) أى لانها موضع الاذى ... انتهى (قوله يجوز الجر) أى ويجوز بالرفع عطفا على الغسل كما قال ذلك فى السواك ... ولو كان على خلافه لا يجوز انتهى (قوله ليس بمحل الفرض) ... بالمضمضة والاستنشاق فانهما مسنونان مع انهما ليسا فى محل الفرض ... محل الفرض اذ ... حكم الخارج من وجه كما ذكرنا انتهى (قوله وأما تخليل الاصابع) ... فان قيل ينبغى أن يكون التخليل واجبا نظرا الى الامر كما قال مالك فى ... مع كونه مقرونا بالوعيد لتاركه قلنا هذا لا يفيد الفرضية لكونه من الآحاد ولا ... فيكون تبعا لها واجبا ... يسقط بسقوطها ويجب بوجوبها فلو قلنا

بالوجوب كما في الصلاة لساوى التبع الاصل كذا في الكافي وغيره لكن هذا ضعيف وقد بينا وجه الضعف في بيان الوصول في شرح الاصول وجامع الاسرار في شرح المنار بل الواجب القوى ان الامر الثابت بخبر الواحد انما يفيد الوجوب اذا لم يمنعه مانع ولم توجد قرينة صارفة عن ظاهره كخبر صدقة الفطر و لاضحية وخبر الفاتحة أما إذا وجد لايمكن القول بالوجوب وههنا عارض هذا الامر من تعليم الاعرابى والاخبار التى حكى فيها وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم بأن التخليل لم يذكر فيها فحمل على الندب أو السنة التى دون الوجوب عملا بالدليل بقدر الامكان وهكذا جميع الدلائل التى تدل ظواهرها عليه فى الوضوء معارض بما يمنع القول به اذا تأملت فيها وقال شيخى العلامة فى قوله عليه الصلاة والسلام خللوا الحديث دليل على أن وظيفة الرجل الغسل لا المسح فكان حجة على الروافض انتهى كاكى (قوله فقد تعدى وظلم) قال الكرمانى انه ضعيف وقال العراقى فى تخريج أحاديث الاحياء انه لم يجده أصلا انتهى فان قلت لو كان النقص من الثلاث ظلما كان التثليث واجبا لا سنة قلت كونه ظلما باعتبار عدم رؤيته سنة لا بمجرد النقص انتهى عينى (قوله والثالث نفل) والظاهر انه بمعنى الاول انتهى فتح (قوله وقيل الزيادة على الحد المحدود الى آخره) رد هذا التأويل قوله عليه الصلاة والسلام من استطاع منكم ان يطيل غرته فليفعل والحديث فى المصابيح وجوابه أن المراد هو الزيادة على اعتقاد أن الفرض لم يحصل بدونها انتهى (قوله ثم زاد لحاجة أخرى) كارادة الوضوء أو طمأنينة القلب عند الشك انتهى كافى (قوله وكذا النقصان لحاجة أخرى) كاعواز الماء انتهى (قوله ان ينوى مالا يصح الا بالطهارة من العبادة) فلو نوى الصوم مثلا لايجزئه عن الصلاة والحاصل ان ظاهر عبارة المتن تفيد أن السنة نية الطهارة وليس كذلك بل السنة ان ينوى عبادة لاتصح بدون الطهارة كالصلاة فلا يصح الحمل على الظاهر الا على قول البعض انتهى عينى ووقتها عند غسل الوجه ومحلها القلب انتهى جوهرة قال القدورى رحمه الله فى مختصره ويستحب للمتوضئ ان ينوى الطهارة قال الشيخ قاسم رحمه الله فى شرحه أى يقصد بقلبه ايقاع أفعال الوضوء للطهارة امتثالا لامر الله تعالى وما قاله أبو زرعة إن المراد رفع الحدث واستباحة الصلاة فليس بشئ لان النية عمل القلب ولامعتبر باللسان والاصح ان النية سنة لان بها يصير الفعل قربة بالاجماع انتهى (قوله فى المتن ومسح كل رأسه مرة) وتركه دائما اثم قال فى الظهيرية والتثليث فى الغسل سنة والتثليث فى مسح الرأس بالمياه المختلفة بدعة وعن أبى حنيفة فى غريب الرواية سنة انتهى (قوله فى المتن ثم يمسح أذنيه باصبعيه) قال فى الينابيع ثم يدخل السبابة فى أذنيه ويديرهما ليمسح وراءهما انتهى قال فى شرح مسكين وادخال الاصابع فى صماخ الاذنين أدب وليس بسنة هو المشهور وكذا فى المحيط انتهى

الوارد به ولان أثناءها محل الفرض بخلاف المسنة عندهما هذا اذا وصل الماء الى أثنائها وان لم يصل بان كانت منضمة فواجب قال رحمه الله (وتثليث الغسل) لانه عليه السلام توضأ ثلاثا ثلاثا وقال هذا وضوئى ووضوء الانبياء من قبلى فمن زاد على هذا أو نقص فقد تعدى وظلم ثم قيل التعدى يرجع الى الزيادة لانه مجاوزة الحد قال الله تعالى ومن يتعد حدود الله فقد ظلم نفسه والظلم الى النقصان قال الله تعالى ولم تظلم منه شيأ أى لم تنقص فالاول فرض والثانى سنة والثالث إكمال السنة وقيل الثانى والثالث سنة وقيل الثانى سنة والثالث نفل وقيل على عكسه وعن أبى بكر الاسكاف ان الثلاث تقع فرضا كاطالة الركوع والسجود ونحو ذلك وتكلموا فى معنى الزيادة والنقصان قيل أريد به مجرد العدد فيهما وقيل الزيادة على أعضاء الوضوء والنقصان عن أعضاء الوضوء وقيل الزيادة على الحد المحدود والنقصان عن الحد المحدود وقيل الزيادة والنقصان لعدم رؤيته الثلاث سنة حتى لو رأى الثلاث سنة ثم زاد لحاجة أخرى كارادة الوضوء على الوضوء ليس عليه شئ وكذا النقصان لحاجة أخرى قال رحمه الله (ونيته) أى ونية الوضوء والهاء راجعة الى الوضوء لانه المذكور وكذا وقع فى مختصر القدورى حيث قال ينوى الطهارة والمذهب ان ينوى مالا يصح الا بالطهارة من العبادات أو رفع الحدث كما فى التيمم وعن بعضهم نية الطهارة فى التيمم تكفى فكذا هنا فعلى هذا لا يرد عليه ويجوز أن يكون الضمير عائدا على الشخص المتوضئ لان الكلام يدل عليه أى ونية الرجل الصلاة فيكون المفعول محذوفا ثم هى سنة وقال الشافعى رحمه الله فرض لقوله عليه السلام الاعمال بالنيات ولانه عبادة فلا يصح بدون النية كالتيمم ولنا انه عليه السلام لم يعلم الاعرابى النية حين علمه الوضوء مع جهله ولو كان فرضا لعلمه ولانه شرط الصلاة فلا يفتقر الى النية كسائر شروطها بخلاف التيمم لان النية مأمور بها فيه بقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا أى فاقصدوا ولانها فى التيمم لصيرورة التراب طهورا لانه ملوث والماء مطهر بنفسه حسا وكذا شرعا وحكما لقوله تعالى ماء طهورا فغنى شرط النية لصيرورته طهورا فقد زاد فيه وهو نسخ قال رحمه الله (ومسح كل رأسه مرة وأذنيه بمائه) أى ومسح كل أذنيه بماء الرأس لانه معطوف على الرأس وتكلموا فى كيفية المسح والاظهر أنه يضع كفيه وأصابعه على مقدم رأسه ويمدهما الى قفاه على وجه يستوعب جميع الرأس ثم يمسح أذنيه باصبعيه ولا يكون الماء مستعملا بهذا لان الاستيعاب بماء واحد لا يكون الا بهذه

(قوله مثل أن يجافي كفيه) اي يجد الاصابع من مقدم الرأس الى القفا ثم يمسح الفودين بالكفين انتهى يحيى الشيرازي (قوله لابدمن الوضع) أي وضع الكفين ومدهما انتهى (قوله وقال الشافعي ثلاثا) وهو رواية عن أبي حنيفة انتهى كافي (قوله ولان التكرار) أي ولان تكرار المسح غسل فتغير وظيفة الرأس وقياسنا أولى من قياس الشافعي رضي الله تعالى عنه الممسوح على المغسول لانه قياس الممسوح على الممسوح انتهى ابن فرشته (قوله المنصوص عليه من جهة العلماء) ليخرج المنصوص عليه من جهة النص فانه لا يجوز مخالفته (قوله لا يقبل الله صلاة امرئ الى آخره) هذا الحديث ضعفه أبو بكر الرازي وقال النووي هو ضعيف غير معروف انتهى كاكي (قوله على القيام الى الصلاة) فصار كأنه قال والله أعلم فاغسلوا هذه الاعضاء (قوله هو) أي نص القرآن أو الشافعي انتهى (قوله تعالى ولقد خلقناكم ثم صورناكم) أي وصورناكم وقوله تعالى فلا اقتحم العقبة الى قوله تعالى ثم كان من الذين امنوا أي وكان من الذين آمنوا وقت الاطعام لان اطعام الكافر لا ينفع ولو آمن بعده كذا في أصل نسخة الشيخ يحيى الشيرازي التي بخط الشيخ شمس الدين الزرايستي قال الشيرازي لم نوجدهنا في المسودة التي بخط المصنف (قوله ولم يقل به أحد) أي لم يقل أحد بعدم قبول الصلاة بدون آدابه فعلم أن عدم القبول راجع لاصل الوضوء دون سننه وآدابه انتهى يحيى (قوله في المتن ومسح رقبته) أي بظهر اليدين لعدم استعمال بلتهما واما الحلقوم فبدعة انتهى كما لو قال في الاختيار ومسح الرقبة قيل سنة وقيل مستحب انتهى (قوله وان لا يستعين فيه بغيره) قال في الاختيار ويكره ان يستعين في وضوئه بغيره الا عند العجز ليكون أعظم لثوابه وأخلص لعبادته انتهى وفي صحيح البخاري أن أسامة صب الماء على النبي صلى الله عليه وسلم في وضوئه وكذلك المغيرة بن شعبة وفي شرحه لمغلطاي قال في الطبري صح عن ابن عباس أنه صب على يدي عمر الوضوء وروى عن ابن عمر المنع عنه والصحيح خلافه لان راوي المنع عنه أبيقع وهو مجهول وثبت أن مجاهدا كان يسكب الماء على ابن عمر فيغسل رجليه وكذا النهي عن علي ليس بصحيح لان رواية النضر بن منصور عن أبي الجنوب عنه وهما غير حجة في الدين ولقائل أن يقول أسامة تبرع بالصب وكذا غيره من غير أمر منه صلى الله عليه وسلم فهل يجوز أن يستدعي الانسان

الطريقة وما قاله بعضهم من أن يجافي كفيه تحرزا عن الاستعمال لا يفيد لانه لابد من الوضع والمتجافى كان مستعملا بالوضع الاول فكذا بالثاني فلا يفيد تأخيره ولان الاذنين من الرأس بالنص أي حكمهما حكم الرأس ولا يكون ذلك الا اذا مسحهما بماء مسح به الرأس ولانه لا يحتاج الى تجديد الماء لكل جزء من أجزاء الرأس فالاذن أولى لكونه تبعا له وقوله مرة مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله ثلاثا كالمغسول ولنا ان عثمان حكى وضوء رسول الله صلى الله عليه وسلم فمسح مرة ولان التكرار في الغسل لاجل المبالغة في التنظيف ولا يحصل ذلك بالمسح فلا يفيد التكرار فصار كمسح الخف والجبيرة والتيمم قال رحمه الله (والترتيب المنصوص) أي الترتيب المنصوص عليه من جهة العلماء وهو أن يبدأ بما بدأ الله بذكره ولا نص عليه من جهة الشارع على ما يأتي بيانه وهو سنة عندنا وقال الشافعي رحمه الله فرض لقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم وأيديكم الآية فاوجب غسل الوجه عقيب القيام الى الصلاة من غير فصل لان الفاء للتعقيب ومن أجاز البداءة بغيره فقد فصل ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يقبل الله صلاة امرئ حتى يضع الطهور مواضعه فيغسل يديه ثم يغسل وجهه ثم ذراعيه الحديث وكلمة ثم للترتيب ولنا ان الواو لمطلق الجمع باجماع أهل اللغة نص عليه سيبويه وأما تعلقه بالفاء قلنا ان الفاء وان اقتضت الترتيب لكن المعطوف على ما دخلت عليه الفاء بالواو مع ما دخلت عليه كالشئ الواحد فافادت ترتيب غسل هذه الاعضاء على القيام الى الصلاة لا ترتيب بعضها على بعض وهذا مما يعلم بالبديهة قال الله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله فللقاتل ان يبدأ بأيهما شاء اجماعا ولو قال لعلامه اذا دخلت السوق فاشتر لحما وخبزا وموزا لا يلزمه شراء اللحم أولا وأما الجواب عن تعلقه بثم فانه متروك الظاهر من وجهين أحدهما انه يوجب البداءة باليدين وهو يوجبه بالوجه والثاني ان كلمة ثم للتراخي ولم يقل به أحد فصارت بمعنى الواو كقوله تعالى ولقد خلقناكم ثم صورناكم أي وصورناكم وقوله تعالى فلا اقتحم العقبة وما أدراك ما العقبة فك رقبة أو اطعام في يوم ذي مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا أي وكان من الذين آمنوا وقت الاطعام لان اطعام الكافر لا ينفع ولو آمن بعده فان قيل قوله عليه السلام في حديث آخر حين توضأ مرة مرة وقال هذا وضوء لا يقبل الله الصلاة الا به يوجب الترتيب لان الظاهر ان وضوءه عليه السلام كان مرتبا قلنا الظاهر انه كان بالمضمضة والاستنشاق والابتداء باليمين ونحو ذلك من آدابه ولم يقل به أحد قال رحمه الله (والولاء) لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه وهو ان يغسل العضو الثاني قبل جفاف الاول وقيل أن لا يشتغل بينهما بعمل آخر غير الوضوء * قال رحمه الله (ومستحبه التيامن) لحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يحب التيامن في شأنه كله حتى في تنعله وترجله وطهوره قال رحمه الله (ومسح رقبته) لانه عليه السلام مسح عليها ❁ ومن آداب الوضوء استقبال القبلة عنده ودلك أعضائه وادخال خنصره في صماخ أذنيه ذكره في الغاية وتقديم الوضوء على الوقت وتحريك خاتمه وان لا يستعين فيه بغيره وان

لشيء من غيرهما أمره به فقال له نعم لما رويناه من عند الترمذي محسنا من حديث ابن عقيل عن الربيع انها قالت اتيت النبي صلى الله عليه وسلم بميضأة فقال اسكبي فسكبت والاستعانة جائزة في السفر والحضر لما في حديث صفوان بن عسال من عند ابن ماجه بسند صحيح على شرط ابن حبان قال صببت على النبي صلى الله عليه وسلم الماء في السفر والحضر في الوضوء وأما في حديث انا لا نستعين على الوضوء بأحد فقد ذكر فيه النووي انه حديث باطل لكن صح انه عليه الصلاة والسلام ما كان يستعين على الوضوء بأحد فيحمل الاول على الجواز والثاني على الاستحباب كذا قاله السروجي قال في القنية والوضوء بنفسه أولى من الاستعانة بغيره كالصلاة في الارض الطاهرة اولى منها على الطنافسة انتهى وذكر العلامة كمال الدين رحمه الله من جملة الآداب استقاؤه بنفسه وأن يملأ الاناء بعد فراغه استعدادا لصلاة أخرى وان لا يكلم الناس في الوضوء انتهى زاد

الفقير (قوله وان يقول عند المضمضة اللهم أعني على تلاوة ذكرك الى آخره) ذكر النووي ان هذه الادعية مأثورة عن السلف وليست بمنقولة عن النبي صلى الله عليه وسلم انتهى (قوله ولا بأس بالتمسح بالمنديل) وبه قال مالك وأحمد انتهى كاكي وعن الحلواني التجفيف قبل غسل القدمين بالمنديل لا يفعل لان فيه ترك الولاء انتهى كاكي (قوله في المتن وينقضه خروج نجس) أشار بالخروج الى أن المخرج لا ينقض والخروج بمجرد الظهور في السبيلين وفي غيرهما بالسيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير انتهى (قوله النواقض الحقيقية) احترازا عن النواقض الحكمية كالنوم والاغماء والسكر انتهى (قوله فتلك هي الناقضة للوضوء) وعلى هذا فاضافتهم النقض الى

لا يتكلم فيه بكلام الناس ويتر الماء على وجهه من غير لطم والجلوس في مكان مرتفع وجعل الاناء الصغير على يساره والكبير الذي يغترف منه على يمينه والجمع بين نية القلب وفعل اللسان والتسمية لله تعالى عند غسل كل عضو وان يقول عند المضمضة اللهم أعني على تلاوة القرآن وذكرك وشكرك وحسن عبادتك وعند الاستنشاق اللهم أرحني رائحة الجنة ولا ترحني رائحة النار وعند غسل وجهه اللهم بيض وجهي يوم تبيض وجوه وتسود وجوه وعند غسل يده اليمنى اللهم أعطني كتابي بيميني وحاسبني حسابا يسيرا وعند غسل اليسرى اللهم لا تعطني كتابي بشمالي ولا من وراء ظهري وعند مسح رأسه اللهم أظلني تحت ظل عرشك يوم لا ظل الا ظل عرشك وعند مسح أذنيه اللهم اجعلني من الذين يستمعون القول فيتبعون أحسنه وعند مسح عنقه اللهم أعتق رقبتي من النار وعند غسل قدمه اليمنى اللهم ثبت قدمي على الصراط يوم تزل الاقدام وعند غسل رجله اليسرى اللهم اجعل ذنبي مغفورا وسعيي مشكورا وتجارتي لن تبور ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم بعد غسل كل عضو ويقول بعد الفراغ اللهم اجعلني من التوابين واجعلني من المتطهرين ويشرب شيأ من فضل وضوئه مستقبل القبلة قائما قيل لا يشرب قائما الا في هذا الموضع وعند زمزم ويصلي ركعتين بعد الفراغ ولا ينقص ماؤه أي ماء وضوئه عن مد ❊ ومكروهاته لطم الوجه بالماء والاسراف فيه وتثليث المسح بماء جديد ولا بأس بالتمسح بالمنديل بعد الوضوء روي ذلك عن عثمان وأنس ومسروق والحسن بن علي ❊ قال رحمه الله (وينقضه خروج نجس منه) أي وينقض الوضوء خروج نجس فدخل تحت هذه الكلمة جميع النواقض الحقيقية وان كان طاهرا في نفسه كالدودة من الدبر لانها تستصحب شيأ من النجاسة وتلك هي الناقضة للوضوء فصدق قوله خروج نجس وهو مجمل فيحتاج فيه الى التفاصيل من بيان المخرج وما يخرج منه اعلم ان المخرج على نوعين سبيلين وغيرهما أما السبيلان فخروج كل شيء منهما ناقض للوضوء لقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط وهو اسم للموضع المطمئن من الارض فاستعير لما يخرج اليه فيتناول المعتاد وغيره ولقوله عليه السلام حين سئل عن الحدث ما يخرج من السبيلين وكلمة ما عامة تتناول المعتاد وغيره خلافا لمالك رحمه الله في غير المعتاد والحجة عليه ما تلونا وما روينا وقوله عليه السلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة ودم الاستحاضة ليس بمعتاد ثم خروجه يكون بالظهور حتى لا ينتقض بنزول البول الى قصبة الذكر ولو نزل الى القلفة انتقض وهو مشكل لانهم قالوا لا يجب على الجنب ايصال الماء اليه لانه خلقة كالقصبة على ما يجيء بيانه ان شاء الله تعالى وان حشا احليله بقطن فخروجه بابتلال خارجه وان حشت المرأة فرجها فان كان داخل الفرج فلا وضوء عليها خلافا لابي

الدودة مجازا انتهى (قوله فيتناول المعتاد وغيره) كالحصاة والدودة والمعتاد قد لا يكون على الوجه المعتاد كالبول والدم ودم الاستحاضة ولفظ الكتاب والسنة يتناول الجميع (قوله ولو نزل الى القلفة) قال الكمال رحمه الله وفي القلفة فيه خلاف والصحيح النقض فيه قال المصنف في التجنيس لان هذا بمنزلة المرأة اذا خرج من فرجها بول ولم يظهر (قوله بابتلال خارجه) ولو نفذ الى طاق ولم ينفذ الى الآخر نقض انتهى كاكي (قوله فلا وضوء عليها) فلو أخرجته وعليه بلة كان حدثا لاجل الاخراج وان كانت القطنة في الشفتين نقض انتهى كاكي (قوله فيما تقدم وينقضه خروج نجس) ظاهره أن الناقض هو الخروج لا الخارج النجس وعبارته في الوافي وينقضه ما خرج من السبيلين وهي كما ترى صريحة في ان الناقض هو الخارج النجس وقد قال المصنف رحمه الله تعالى في المستصفى عند قوله في النافع والدم والقيح اذا خرجا من البدن شرط الخروج لان نفس النجاسة غير ناقض ما لم يوصف بالخروج اذ لو كان نفسها ناقضا لما حصلت الطهارة لشخص ما

(قوله يدها) قال الولوالجي رحمه الله من أدخل اصبعه عند الاستنجاء في الدبر ينتقض وضوءه ويفسد صومه لان اصبعه لا يخلو عن البلة السائلة انتهى (قوله وذكر الرجل لا ينقض) أي في أصح الروايتين انتهى كاكي (قوله فيستحب لها الوضوء احتياطا) لاحتمال خروجها من الدبر انتهى هدايه وأثر هذا الاحتمال يظهر في مسئلة أخرى وهي أن المفضاة اذا طلقها زوجها ثلاثا لو تزوجت بآخر ودخل بها الزوج الثاني لا تحل للاول ما لم تحبل لاحتمال ان الوطء كان في دبرها لا في قبلها انتهى كاكي وفي حرمة جماعها على الزوج قال في فتاوى قاضيخان الا أن يعلم انه يمكنه اتيانها في قبلها من غير تعد انتهى كمال وكتب أيضا على قوله فيستحب لها الوضوء الى آخره ما نصه قال الكمال رحمه الله وفي التعليل وهو قوله لاحتمال خروجها من الدبر اشارة الى الاول انتهى (قوله وقال أبو حفص يجب) وهو رواية هشام عن محمد انتهى كاكي (قوله اذا تبين انه رجل أو امرأة) وان كان مشكلا فكل منهما في حكم الفرج المعتاد حتى انتقض وضوءه بمجرد الظهور ولا يشترط السيلان الى موضع يلحقه حكم التطهير انتهى يحيى (قوله وأكثرهم على ايجاب الوضوء) يعني سال أو لم يسل احتياطا لاحتمال انه فرج انتهى (قوله وأما غيرهما) أي غير السبيلين (قوله ووصل الى موضع) أي وهو ظاهر البدن (قوله في الجنابة ونحوه) أي الحدث الاصغر انتهى (قوله على مورد الشرع) أي وهو الخارج من السبيلين انتهى (قوله وصدور التابعين) كالحسن البصري والثوري والحاصل ان الخارج من السبيلين انما كان حدثا لكونه خارجا نجسا وهذا المعنى متحقق في الخارج النجس من غير السبيلين فهو في معناه من كل وجه فيلحق به دلالة فيكون حدثا يحيى (قوله خلافا للحسن في الماء) قال لاحتمال الحلواني وفيه توسعة لمن به جرب أو جدري أو محلت يده مجتبى (قوله قالوا يؤمر بالوضوء) قال الزاهدي وهذه مسئلة الناس عنها غافلون قال الشيخ كمال الدين في فصل المستحاضة وقول هذا التعليل يقتضي أنه أمر استحباب فان الشك والاحتمال في كونه ناقضا لا يوجب الحكم بالنقض اذ اليقين لا يزول بالشك والله أعلم نعم اذا علم من طريق غلبة الظن باخبار الاطباء أو علامة تغلب ظن المبتلى يجب انتهى

يوصف فيما اذا علمت أنها لو لم تحتبسه لخرج ولو أدخلت في فرجها أو دبرها يدها أو شيئا آخر ينتقض وضوءها اذا أخرجته لانه يستصحب النجاسة والريح الخارج من قبل المرأة وذكر الرجل لا ينقض الوضوء لانه اختلاج وليس بريح وعن محمد انه حدث من قبلها قياسا على الدبر وعلى هذا الخلاف الدودة الخارجة من قبلها وان كانت المرأة مفضاة وهي التي صار مسلك البول والغائط منها واحدا أو التي صار مسلك بولها ووطئها واحدا فيستحب لها الوضوء احتياطا ولا يجب لان اليقين لا يزال بالشك وقال أبو حفص يجب وقيل ان كانت الريح منتنة يجب والا فلا والخنثى اذا تبين انه رجل أو امرأة فالفرج الآخر منه بمنزلة القرحة فلا ينقض الخارج منه الوضوء ما لم يسل وأكثرهم على ايجاب الوضوء عليه وأما غيرهما أي غير السبيلين اذا خرج منه شيء ووصل الى موضع يجب تطهيره في الجنابة ونحوه ينقض الوضوء وقال الشافعي لا ينقض لحديث صفوان بن عسال المكي من قول الحديث ولم يذكر الخارج من غير السبيلين ولو كان حدثا لذكره ولان ترك موضع أصابه نجس وغسل موضع لم يصبه مما لا يعقل فيقتصر على مورد الشرع ولنا قوله عليه السلام الوضوء من كل دم سائل وهو مذهب العشرة المبشرين بالجنة وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وأبي موسى الاشعري وغيرهم من كبار الصحابة وصدور التابعين ولان خروج النجس مؤثر في زوال الطهارة أما موضع الخروج فظاهر وأما غيره فلان بدن الانسان باعتبار ما يخرج منه لا يتجزأ في الوصف فاذا وصف موضع منه بالنجاسة توجب وصف كله بذلك كالايمان والكفر والكذب والصدق ونحو ذلك فانه يوصف به كله وان كان كل واحد من هذه الاشياء في محل مخصوص فاذا صار كله نجسا وجب تطهير كله لكن ورد الشرع بالاقتصار على الاعضاء الاربعة في السبيلين للحرج لتكرر ما يخرج منهما فالحقنا به ما هو في معناه من كل وجه وما رواه لا ينافي غيره ألا ترى ان المس عنده حدث مع انه لم يذكر في هذا الحديث ثم الخروج انما يتحقق بوصوله الى ما ذكرنا لان ما تحت الجلدة مملوء دما فبالظهور لا يكون خارجا بل باديا وهو في موضعه بخلاف السبيلين لان ذلك الموضع ليس بموضع النجاسة فيستدل بالظهور على الانتقال عن موضعه وكذا لو علا على رأس الجرح ما لم ينحدر لم ينقض لانه ليس بسائل وبه يتحقق الخروج وقال محمد ينتقض والاول أصح ولا فرق بين الصديد والدم والقيح والماء خلافا للحسن في غير الدم هو يجعله كالعرق واللبن والمخاط ولنا انه دم تم نضجه لان الدم ينضج فيصير صديدا ثم يزداد نضجا فيصير قيحا ثم يزداد نضجا فيصير ماء فاذا تم نضجه فلا يتغير فصار كسائر أنواعه كذا ذكره في الغاية وذكر قاضيخان خلاف الحسن في الماء لا غير ولو نزل الدم من الانف انتقض وضوءه اذا وصل الى ما لان منه لانه يجب تطهيره وان خرج من نفس الفم تعتبر الغلبة بينه وبين الريق وان تساويا انتقض الوضوء لان البصاق سائل بقوة نفسه فكذا اذا ساواه بخلاف المغلوب لانه سائل بقوة الغالب ويعتبر ذلك من حيث اللون فان كان أحمر انتقض وان كان أصفر لا ينتقض وذكر الامام علاء الدين أن من أكل خبزا ورأى أثر الدم فيه من أصول أسنانه ينبغي أن يضع اصبعه أو طرف كمه على ذلك الموضع فان وجد فيه أثر الدم انتقض وضوءه والا فلا والقيح الخارج من الاذن أو الصديد ان كان بدون الوجع لا ينقض الوضوء ومع الوجع ينقض لانه دليل الجرح روي ذلك عن الحلواني ولو كان في عينيه رمد أو عمش يسيل منهما الدموع قالوا يؤمر بالوضوء لوقت كل صلاة

لاحتمال أن يكون صديدا أو قيحا ولو كان الدم في الجرح فأخذه بخرقة أو أكله الذباب فازداد في مكانه فان كان بحيث يزيد ويسيل لولم يأخذه بطل وضوءه والا فلا ولو خرج بالعصر لا ينتقض الوضوء لانه ليس بخارج وانما هو مخرج وقال شمس الائمة ينتقض وهو حدث عند محمد عنده قال رحمه الله (وقيء ملأ فاه ولو مرة أو علقا أو طعاما أو ماء) وانما أفرد القيء بالذكر وان كان يدخل تحت قوله خروج نجس لانه يخالف في حد الخروج على ما يأتي وهو حدث عندنا لقوله عليه الصلاة والسلام اذا قاء أحدكم في صلاته أو قلس فلينصرف وليتوضأ الحديث وهو مذهب العشرة المبشرين بالجنة ومن تابعهم وعن علي بن أبي طالب رضي الله عنه حين عد الاحداث قال أو دسعة تملأ الفم وعن ابن عباس مثله ولا فرق بين أنواع القيء لانها نجسة خلافا للحسن في الماء والطعام اذا لم يتغيرا ولو قاء دما ان نزل من الرأس نقض قل أو كثر باجماع أصحابنا وان صعد من الجوف فروى عن أبي حنيفة مثله وروى الحسن عنه انه يعتبر ملء الفم وهو قول محمد والمختار ان كان علقا يعتبر ملء الفم لانه ليس بدم وانما هو سوداء احترقت وان كان مائعا نقض وان قل لانه من قرحة في الجوف وقد وصل الى ما يلحقه حكم التطهير وشرط أن يكون ملء الفم لان الفم حكم الخارج حتى لا يفطر الصائم بالمضمضة وله حكم الداخل حتى لا يفطر بابتلاع شيء من بين أسنانه مثل الريق فلا يعطى له حكم الخارج ما لم يملأ الفم واختلفوا في حد ملء الفم فقال بعضهم ما لا يمكن ضبطه الا بكلفة وقيل ما لا يمكن الكلام معه وبعضهم قدره بالزيادة على نصف الفم والاول أصح قال رحمه الله (لا بلغما) أي البلغم الصرف لا ينقض وهذا عندهما وعند أبي يوسف ينقض الصاعد من الجوف دون النازل من الرأس لانه نوع من أنواع القيء فصار كسائر أنواعه ولانه يتنجس في المعدة بخلاف النازل من الرأس لان الرأس ليس بمحل النجاسة والمعدة محل النجاسة ولهما أنه لزج لا يتداخله أجزاء النجاسة فصار كما لو قاء بصاقا ولو كان البلغم مخلوطا بالطعام فان كان الطعام هو الغالب نقض اجماعا قال رحمه الله (أو دما غلب عليه البصاق) لان الحكم للغالب فصار كأنه كله بصاق وقد بينا تفسير الغلبة فيما تقدم هذا اذا خرج من نفس الفم وان خرج من الجوف فقد ذكرنا تفاصيله واختلاف الروايات فيه قال رحمه الله (والسبب يجمع متفرقه) أي السبب يجمع متفرق القيء وتفسيره أن يكون القيء الثاني قبل سكون النفس من الغثيان لان لاتحاد السبب أثرا في جمع المتفرقات فان العبد المبيع لو مرض في يد المشتري بالسبب الذي كان في يد البائع يرده ويجعل الثاني عين الاول وهذا قول محمد وقال أبو يوسف ان اتحد المجلس يجمع والا فلا لان المجلس جامع للمتفرقات أيضا كالعقود أي حتى يرتبط الايجاب بالقبول وكالاقرار والتلاوة المتكررة وقال أبو علي الدقاق يجمع كيفما كان قال رحمه الله (ونوم مضطجع ومتورك)

(قوله لانه ليس بخارج وانما هو مخرج) قال الكمال لا تأثير يظهر للاخراج وعدمه في هذا الحكم بل النقض لكونه خارجا نجسا وذلك يتحقق مع الاخراج كما يتحقق مع عدمه فصار كالفصد وقشر النفطة فلذا اختار السرخسي في جامعه النقض وفي الكافي والاصح ان المخرج ناقض وكيف وجميع الادلة المورده من السنة والقياس تفيد تعلق النقض بالخارج النجس وهو ثابت في المخرج انتهى وفي النوازل وفتاوى العتابي عصرت القرحة فخرج منها شيء كثير ولو لم يعصر لا يخرج لا ينتقض ولكن قال وفيه نظر وفي الجامع للامام السرخسي اذا عصرها فخرج الدم بعصرها انتقض وهو حدث عمد كالفصد والحجامة ولا يبني على صلاته وفي الكافي الاصح أن المخرج ناقض وفي الفوائد الظهيرية مثل ما ذكر في الكتاب وقيل في الفرق انه فيما بعد قطع الجلدة يخرج الدم بنفسه وكذلك المخرج انتهى كاكي (قوله في المتن وقيء ملأ فاه) أي فم المتوضئ انتهى (قوله في المتن ولو مرة) بكسر الميم أي صفراء انتهى عيني (قوله في المتن أو علقا) أي دما جامدا انتهى عيني (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام اذا قاء أحدكم الى آخره) قبل المدعى وهو كون القيء ملء الفم حدثا أخص من الدليل لانه مطلق أقول المدعى ههنا كون القيء حدثا وأما اشتراط ملء الفم فبدليل آخر سيأتي انتهى يحيى (قوله أو قلس المضبوط) أو رعف يحيى (قوله تملأ الفم) والظاهر انه قاله سماعا من النبي صلى الله عليه وسلم انتهى كاكي وروى البيهقي وصاحب المحيط عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يعاد الوضوء من سبع من نوم غالب وقيء ذارع وتقاطر بول ودم سائل ودسعة تملأ الفم والحدث والقهقهة في الصلاة انتهى كاكي قال في فتح القدير وأما قوله على أو دسعة تملأ الفم يعرف وروى البيهقي في الخلافيات عنه صلى الله عليه وسلم يعاد الوضوء من سبع من اقطار البول والدم السائل والقيء ومن دسعة تملأ الفم ونوم المضطجع وقهقهة الرجل في الصلاة وخروج الدم وفيه سهل بن عفان والجارود بن يزيد وهما ضعيفان (قوله لان الفم حكم الخارج) قيل هذا تعليل في مقابلة النص فلا يقبل أقول هذا تعليل النص كما هو الاصل لا تعليل بمقابلته انتهى يحيى (قوله وهذا قول محمد الى آخره) قال في الكافي والاصح قول محمد رحمه الله لان الاصل اضافة الاحكام الى الاسباب وانما تدل في بعض الصور للضرورة كما في سجدة التلاوة اذ لو اعتبر السبب لا يتأتى التداخل لان كل تلاوة سبب وفي الاقارير اعتبر المجلس للعرف والايجاب والقبول لدفع الضرورة (قوله للمتفرقات أيضا) يعني كالسبب (قوله وكالاقرار) أي الاقرار اذا تكرر فهو واحد (قوله في المتن ونوم مضطجع ومتورك) حكي عن أبي موسى الاشعري وعمرو بن دينار والامامية ان النوم ليس بحدث انتهى كاكي قال في الفوائد الظهيرية وكان

أبوموسى الاشعري اذا نام أجلس عنده من يحفظه فاذا انتبه سأله فان أخبره بظهور شيء منه أعاد الوضوء انتهى وفي أمالي قاضيخان نام جالسا وهو يتمايل فتزول مقعدته عن الارض قال الحلواني ظاهر المذهب أنه ليس بحدث انتهى كاكي ومجتبى قال في فتح القدير ولو نام محتبيا ورأسه على ركبتيه لا ينتقض انتهى وفي القنية ونوم رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس بحدث وهو من خصائصه وذكر أنه قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقد نظم هذه المسئلة الطرسوسي رحمه الله تعالى

نوم النبي عند الامام الاعظم * لا ينقض الوضوء حتما فاعلم

والدليل عليه تنام عيناي ولا ينام قلبي وفي الصحيح انه نام حتى سمع له غطيط ثم قام فصلى ولم يتوضأ انتهى (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام انما الوضوء على من نام الى آخره) قال فخر الدين الرازي انما لحصر الشيء في الحكم أو لحصر الحكم في الشيء لان ان للاثبات وما للنفي فيقتضي اثبات المذكور ونفي ما عداه ولا يقال الحكم لم ينحصر فيهما لانتقاضه بغير النوم قلنا حصر الوضوء المتعلق بالنوم في النوم بصفة الاضطجاع وانما أوجبوا الوضوء على المستند والمتكئ لاستوائهما المنصوص عليه في المعنى المنصوص وهو استرخاء المفاصل فيثبت الحكم فيهما بدلالة النص هكذا قال استاذنا رضي الله عنه انتهى مستصفى (قوله حالة القيام ونحوه) أي من القعود والركوع والسجود (قوله وانتبه من ساعته) أي قبل أن يستقر على الارض ووضع الجنب عليها انتهى يحيى (قوله حيث سقط) أي وان لم يستقر على الارض (فائدة) سئلت عن شخص به انفلات ريح هل ينتقض وضوءه بالنوم (فاجبت) بعدم النقض بناء على ماهو الصحيح ان النوم نفسه ليس بناقض وانما الناقض ما يخرج ومن ذهب الى أن النوم نفسه ناقض لزمه نقض وضوء من به انفلات الريح بالنوم والله أعلم (قوله النوم نفسه ليس بحدث) ذكر في المبسوط في كون نوم المضطجع طريقان أحدهما ان عينه حدث اذا بالسنة المروية لان كونه طاهرا ثابت بيقين ولا يزال اليقين الا بيقين مثله وخروج شيء منه ليس بيقين فعرفنا ان عينه حدث والثاني ان الحدث ما لا يخلو عنه النائم عادة فان نوم المضطجع مستحكم فتسترخي مفاصله فيخرج شيء منه عادة وما ثبت منه عادة كالمتيقن به فيثبت الحدث تقديرا لقيام النوم مقام الخروج انتهى كاكي (قوله في المتن وجنون) وفي مبسوط شيخ الاسلام لم ينقض لغلبة الاسترخاء لان الجنون أقوى من الصحيح بل لعدم تمييز الحدث من غيره انتهى فتح (قوله والجنون ما به يصير مسلوبا) فمن هنا صح الاغماء على الانبياء عليهم الصلاة والسلام دون الجنون انتهى ع (قوله والمراد بالسكر ما لا يعرف الرجل من المرأة) قال شيخنا العلامة قسري الدين أمتع الله بحياته في شرحه على قيد الشرائد ما نصه وحد السكر الناقض فيه خلاف فقيل هو حده في الحد وهو ان لا يعرف الرجل من المرأة عند بعض المشايخ وهو اختيار الصدر الشهيد و الصحيح ما قيل عن شمس الائمة الحلواني انه دخل في مشيته تحرك فهذا السكر ينتقض به الوضوء وكذا الجواب في حكم الحنث اذا حلف أنه ليس بسكران وكان على هذه الكيفية يحنث وان لم يكن بحال لا يعرف الرجل من المرأة كذا في

لقوله عليه السلام انما الوضوء على من نام مضطجعا فان من اضطجع استرخت مفاصله أي استرخت غاية الاسترخاء والا فأصل الاسترخاء موجود حالة القيام ونحوه فلا يفيد التخصيص بحالة الاضطجاع ثم النائم لا يخلو اما أن يكون مضطجعا وقد تقدم ذكره أو متوركا وهو ملحق به لزوال المقعدة عن الارض أو مستندا الى شيء لو أزيل عنه لسقط فهذا لا يخلو اما أن تكون مقعدته زائلة عن الارض أو لا فان كانت زائلة نقض بالاجماع وان كانت غير زائلة فقد ذكر القدوري أنه ينقض وهو مروي عن الطحاوي والصحيح انه لا ينتقض رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة أو يكون قائما أو راكعا أو ساجدا فانه ان كان في الصلاة لا ينتقض وضوءه لقوله عليه السلام لا وضوء على من نام قائما أو راكعا أو ساجدا وان كان خارج الصلاة فكذلك في الصحيح ان كان على هيئة السجود بان كان رافعا بطنه عن فخذيه مجافيا عضديه عن جنبيه والا انتقض وضوءه واختلفوا في المريض اذا كان يصلي مضطجعا فنام فالصحيح ان وضوءه ينتقض لما روينا والنعاس نوعان ثقيل وهو حدث في حالة الاضطجاع وخفيف وهو ليس بحدث فيها والفاصل بينهما انه ان كان يسمع ما قيل عنده فهو خفيف والا فهو ثقيل ولو نام قاعدا أو قائما فسقط على وجهه أو جنبه ان انتبه قبل سقوطه أو حالة سقوطه أو سقط نائما وانتبه من ساعته لا ينتقض وان استقر بعد السقوط نائما ثم انتبه نقض لوجود النوم مضطجعا وعن أبي يوسف ينقض بالسقوط لزوال الاستمساك حيث سقط وعن محمد ان انتبه قبل أن تزايل مقعدته الارض لم ينتقض وان زايلها وهو نائم انتقض وهو مروي عن أبي حنيفة والظاهر الاول ثم النوم نفسه ليس بحدث وانما الحدث ما لا يخلو النائم عنه فاقيم السبب الظاهر مقامه كما في السفر ونحوه قال رحمه الله (واغماء وجنون وسكر) فهذه الاشياء تكون حدثا في الاحوال كلها أي حالة القيام والركوع والسجود لانها فوق النوم مضطجعا لان النائم اذا نبه انتبه بخلاف من قام به هذه الاشياء ولان الجنون والاغماء أثرا في سقوط العبادة بخلاف النوم ولان القياس أن يكون النوم حدثا في الاحوال كلها فتركناه بالنص ولا نص في هذه الاشياء فبقيت على الاصل ثم الاغماء ما يصير العقل به مغلوبا والجنون ما يصير به مسلوبا والمراد بالسكر من لا يعرف الرجل من المرأة وهو اختيار الصدر الشهيد وعن الحلواني

القهقهة وفى عروض هذا فى الصلاة تظر الفهم الا أن يحمل على انه شرب المسكر فقام الى الصلاة قبل أن تصير الى هذه الحالة ثم صار فى أثنائها الى حالة لو مشى فيها الترنح والله أعلم انتهى (قوله اذا دخل فى مشيه اختلال نقض) قال الزاهدى هو الاصح وقال صدر الشريعة فى شرح الوقاية هو الصحيح انتهى (قوله وكذا لو قهقه بعدما قعد قدر التشهد) خلافا لزفر لانها لا تفسد الوضوء وقلنا القهقهة حدث فى الصلاة ولا تفصيل فى الاخبار وحرمة الصلاة باقية انتهى كافى (قوله بخلاف صلاة الجنازة) أى وسجدة التلاوة حتى لو قهقه فى صلاة الجنازة أو سجدة التلاوة لا ينتقض الوضوء بل يبطل ما قهقه فيه شرح الوقاية انتهى هذا اذا قهقه فى سجدة التلاوة خارج الصلاة أما لو قهقه فى سجدة التلاوة فى الصلاة تنتقض طهارته ذكره فى النهاية فى سجود التلاوة ونحن نقول الضحك فى غير الصلاة ليس كالضحك فى الصلاة لان حالة الصلاة حالة المناجاة مع الله تعالى فتعظم الجناية منه بالضحك فى حالة المناجاة وصلاة الجنازة ليست بصلاة مطلقة فلا تكون مناجاة وكذلك سجدة التلاوة والمخصوص عن القياس لا يلحق به ما ليس فى معناه من كل وجه فلا يكون مناجاة انتهى مستصفى (قوله بانتقاض الطهارة) وبعض المشايخ جعلها حدثا فلا يجوز مس المصحف معها وبعضهم أوجب الوضوء عقوبة فيجوز مس المصحف معها انتهى كاكى (قوله ويبطل التيمم القهقهة) أى لانه فى معنى الوضوء قاله فى التجنيس ولم يحك خلافا وفى المحيط ولا يبطل الغسل وهل يبطل الوضوء فى حق المغتسل حتى لا يجوز أن يصلى بعده بلا تجديد وضوئه اختلف المشايخ فيه قيل لا يبطله فلا يعيد الوضوء لانه ثابت فى ضمن الغسل فاذا لم يبطل المتضمن لا يبطل المتضمن والصحيح أنه يبطله ويعيده لان اعادة الوضوء واجبة بطريق العقوبة عند القهقهة لانها حدث حقيقة لانها ليس بخارج نجس بل هى كالبكاء والكلام انتهى كاكى (قوله لان النوم يبطل حكم الكلام) المختار ان كلام النائم مفسد للصلاة انتهى يحيى (قوله وليست القهقهة الى آخره) وعلله فى فتح القدير بانها انما جعلت حدثا بشرط كونها جناية ولا جناية من النائم بخلاف الساهى لانه جناية فيؤاخذ به ولا يغلب وجود القهقهة ساهيا لان حالة الصلاة تذكره فلا يعذر قال الكمال رحمه الله فى كتابه زاد الفقير وينقضه القهقهة فى الصلاة المطلقة الا اذا كان نائما فى صلاته وقهقه فى نومه لا ينتقض ولكن تفسد صلاته فى المختار وهذه المسئلة أجنبية وضحك الصبى والبالغ سواء قال فى شرح المجمع للمصنف رحمه الله وأجمعوا على أن الضحك ينقض الصلاة ولا ينقض الوضوء (قوله فى المتن ومباشرة فاحشة) توجب الوضوء على الرجل والمرأة انتهى قنية (فرع) ذكره فى الفتح محدث غسل بعض أعضاء الوضوء ففنى الماء فتيمم وشرع فى الصلاة فقهقه ثم وجد الماء عند أبى يوسف يغسل باقى الاعضاء و يصلى وعندهما يغسل جميعها بناء على ان القهقهة هل تبطل ما غسل من أعضاء الوضوء

اذا دخل فى مشيه اختلال نقض واذا بحنث به فى يمينه أن لا يسكر قال رحمه الله (وقهقهة مصل بالغ) احترز بقوله مصل عما ليس بمصل و ينصرف قوله مصل الى الصلاة الكاملة الاركان لانها هى المعهودة وان كان يصلى بالايماء أو على الدابة بحيث يجوز وكذا لو قهقه بعد ما قعد قدر التشهد أو فى سجود السهو أو بعدما توضأ لحدث قبل أن يبنى بعد أن كانت الصلاة مطلقة بخلاف صلاة الجنازة واحترز بقوله بالغ عمن ليس ببالغ لانها ليست بجناية فى حقه وقيل ينقض ثم لا فرق بين أن يقهقه عامدا أو ناسيا فالكل ناقض وقال الشافعى لا ينقض لانه لو كان حدثا لما اختلف فيه بين أن يكون فى الصلاة أو خارجها كسائر الاحداث ولنا ما روى أن أعمى تردى فى بئر والنبى صلى الله عليه وسلم يصلى بأصحابه فضحك بعض من كان يصلى معه عليه السلام فأمر النبى صلى الله عليه وسلم من كان ضحك منهم أن يعيد الوضوء و يعيد الصلاة والقياس بمقابلة المنقول مردود ولان الفرق بينها و بين سائر الاحداث ظاهر وهو أن المقصود بالصلاة اظهار الخشوع والضحك ينافيه فناسب المجازاة بانتقاض الطهارة زجرا له كالارث والوصية يبطلان بالقتل ولان من بلغ هذه الغاية من الضحك فى هذه الحالة ربما غاب حسه فأشبه نوم المضطجع والجنون فان قيل ليس فى مسجده عليه الصلاة والسلام بئر ولا يتهور من الصحابة ضحك خصوصا خلفه عليه السلام فلا يثبت قلنا ليس المراد بمن ضحك الخلفاء الراشدين ولا العشرة المبشرين بالجنة ولا الكبار من المهاجرين والانصار بل لعل الضاحك كان من بعض الاحداث أو المنافقين أو بعض الاعراب لغلبة الجهل عليهم كما بال اعرابى فى مسجده عليه السلام وهو نظير قوله تعالى وتركوك قائما فانه لم يتركه كبار الصحابة باللهو وكذا المراد بالبئر بئر حفرت لاجل المطر عند باب المسجد لانها تسمى بئرا و يبطل التيمم بالقهقهة ولا يبطل الغسل وقيل تبطل طهارة الاعضاء الاربعة فيعيد الوضوء دون الغسل ولو قهقه نائما فى الصلاة قيل تفسد صلاته و وضوءه أما الصلاة فلاجل أنه كلام وأما الوضوء فللنص اذ هو فى الصلاة وقيل يبطل الوضوء دون الصلاة كغيرها من الاحداث اذا سبقه الحدث وقيل تبطل الصلاة دون الوضوء لانها ليست بقبيح فى حقه فلا تكون جناية و بطلان الصلاة لاجل انها كلام والصحيح انها لا تبطل الوضوء ولا الصلاة لان النوم يبطل حكم الكلام كما فى سائر الاحكام وليست القهقهة بقبيحة فى حقه فلا يثبت به حكم ثم القهقهة ما يكون مسموعا له ولجيرانه بدت أسنانه أو لا وقد تقدم حكمها والضحك ما يكون مسموعا له دون جيرانه وهو مبطل للصلاة دون الوضوء والتبسم ما لا صوت فيه ولا تأثير له فى واحد منهما قال رحمه الله (ومباشرة فاحشة) وهى أن يباشر امرأته

من غير حائل وينتشر ذكره لها ويضع فرجه على فرجها ولم يشترط بعضهم ملاقاة الفرج للفرج والاول الظاهر وقال محمد لا ينتقض الوضوء الا بخروج مذى وهو القياس لانه يمكنه الوقوف على حقيقته بخلاف التقاء الختانين وجه الاستحسان أن المباشرة الفاحشة لا تخلو عن خروج مذى غالبا وهو كالمتحقق ولا عبرة بالنادر قال رحمه الله (لا خروج دودة من جرح) أى الدودة الخارجة من الجرح لا تنقض الوضوء بخلاف الخارجة من الدبر والفرق بينهما من وجهين أحدهما ان الخارجة من الدبر متولدة من الطعام وهو لو خرج بنفسه نقض الوضوء فكذا ما تولد منه والخارجة من الجرح متولدة من اللحم وهو لو سقط لا ينقض فكذا ما تولد منه والثانى أنها تستصحب قليلا من الرطوبة وهو حدث فى السبيلين دون غيرهما قال رحمه الله (ومس ذكر) أى مسه لا ينقض الوضوء وهو معطوف على غير الناقض وهو مذهب عمر بن الخطاب وعلى بن أبي طالب وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وغيرهم من كبار الصحابة وصدور التابعين مثل الحسن البصرى وسعيد بن المسيب والثورى وقال الطحاوى لم نعلم أحدا من الصحابة أفتى بالوضوء منه غير ابن عمر وقد خالفه أكثرهم وقال الشافعى ينقض الوضوء لحديث بسرة بن صفوان أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من مس ذكره فليتوضأ ولانه سبب لاستطلاق وكاء المذى فصار كالمذى وكما فى التقاء الختانين لما كان سببا لاستطلاق المنى جعل كالمنى

ولنا حديث قيس بن طلق أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءه رجل كأنه بدوى فقال يا رسول الله ما ترى فى رجل مس ذكره فى الصلاة قال هل هو الا مضغة منك أو بضعة منك قال الترمذى وهذا الحديث أحسن شئ فى هذا الباب وأصح وقد رواه غيره من الاكابر وعن أبى امامة الباهلى انه صلى الله عليه وسلم سئل عن مس الذكر فقال انما هو جزء منك وحديث بسرة ضعفه جماعة حتى قال يحيى بن معين ثلاثة أحاديث لم تصح عن رسول الله صلى الله عليه وسلم حديث مس الذكر ولا نكاح الا بولى وكل مسكر حرام ذكر ذلك أبو الفرج ومثله عن أحمد بن حنبل واسحق بن راهويه وأما قولهم سبب لاستطلاق وكاء المذى قلنا الاقامة لها قاعدتان احداهما ان يتعذر الاطلاع على حقيقة الشئ فيقام السبب مقامه كما فى نوم المضطجع والتقاء الختانين اقيما مقام الخارج والثانية ان يكون الغالب وجوده عند سببه مع امكان الاطلاع فيجعل النادر كالمعدوم كما قلنا فى المباشرة الفاحشة ولم يوجد واحد منهما هنا ولانهم قالوا اذا مس ذكر غيره ينتقض وضوء الماس دون الممسوس وهو مما لا يعقل معناه لانه لا يتناوله لفظ الحديث ولا وجد المعنى الذى ذكروه فى الماس بل كان الممسوس أولى بالنقض على اعتبار الشهوة وأبعد منه مس الذكر المقطوع أو موضع الجب فانه عندهم ينقض بلا دليل نقلى ولا عقلى وعلى هذا الخلاف مس فرج البهيمة قال رحمه الله (وامرأة) أى ومس امرأة وهو معطوف على غير الناقض وقال الشافعى ينقض الوضوء لقوله تعالى أو لامستم النساء ولان مسها سبب خروج المذى فيدار الحكم عليه ولنا حديث عائشة رضى الله عنها قالت كنت أنام بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم ورجلاى فى قبلته فاذا سجد غمزنى فقبضت رجلى واذا قام بسطتهما وعنها انه عليه السلام كان يقبل بعض نسائه ثم يخرج الى الصلاة ولا يتوضأ ولا حجة لهم فى الآية لان المراد بها الجماع لان اللمس يذكر ويراد به الجماع وفسر الآية ابن عباس بالجماع وهو ترجمان القرآن وهو موافق لما قاله أهل اللغة حتى قال ابن السكيت اللمس اذا قرن بالمرأة يراد به الجماع تقول العرب لمست المرأة أى جامعتها فكان الحمل على الجماع أولى ويؤيده ان الملامسة مفاعلة من اللمس وذلك يكون بين اثنين وعندهم لا يشترط اللمس من الطرفين فكانت الآية حجة عليهم ولان الله تعالى ذكر المس وأراد به الجماع بقوله تعالى حكاية عن مريم ولم يمسسنى بشر وكذا المباشرة بقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون فى المساجد فالظاهر ان هذا مثله لان المس واللمس بمعنى واحد فى اللغة حتى قال الجوهرى اللمس المس باليد ويكنى به عن الجماع ولان الله تعالى قد بين الطهارة الصغرى والكبرى فى حال

عنده لا وعندهما نعم انتهى (قوله و ينتشر ذكره) فى الملامسة الفاحشة لا يعتبر انتشار آلة الرجل فى انتقاض طهارة المرأة كاللمس فى حرمة المصاهرة انتهى قنية والمباشرة الفاحشة بين المرأتين وبين الرجل والامرد تنقض عندهما انتهى قنية (قوله فى المتن لا خروج دودة من جرح) وكذا اذا خرج العرق المدنى لا ينقض انتهى مس

(قوله فى المتن وفرض) أى مفروض فذكر المصدر وأراد به المفعول انتهى مستصفى (قوله عشر من الفطرة) روى مسلم عن عائشة رضى الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عشر من الفطرة قص الشارب وإعفاء اللحية والسواك واستنشاق الماء وقص الاظافر وغسل البراجم ونتف الابط وحلق العانة وانتقاص الماء قال مصعب بن شيبة ونسيت العاشرة إلا أن تكون المضمضة وانتقاص الماء الاستنجاء ورواه أبو داود من رواية عمار وذكر الختان بدل اعفاء اللحية وذكر الانتضاح بدل انتقاص الماء انتهى فتح القدير قال فى المستصفى الجنب يستوى فيه الواحد والجمع والمذكر والمؤنث لانه اسم جرى مجرى المصدر الذى هو الاجناب كذا ذكر فى الكشاف وفيه التطهر والاطهار الاغتسال انتهى (قوله وغسل البراجم) مفاصل الاصابع جمع برجمة بضم الباء انتهى (قوله وانتقاص الماء الخ) الماء إن أريد به البول كان الانتقاص مصدرا مضافا الى المفعول وان أريد به الماء الذى يغسل به الذكر كان مصدرا مضافا الى الفاعل والمفعول مقدر وهو البول انتهى يحيى (قوله فطهروا أبدانكم) والبدن اسم للظاهر والباطن إلا ان الباطن سقط بالاجماع لعدم الامكان كى لا يلزم تكليف ما ليس فى الوسع انتهى مستصفى (قوله والانف يمكن غسله)

وجود الماء بقوله تعالى اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا وجوهكم الى أن قال وان كنتم جنبا فاطهروا فينبغى أن يبينهما حال عدم الماء عند وجوب التيمم لكون التراب طهورا للحدثين الاصغر والاكبر كما كان الماء طهورا لهما الا أن بالناس حاجة الى بيانهما فاذا حملت الآية على الجماع كان بيانا مفيدا للحكم فيهما محصلا للطهارتين الصغرى والكبرى عند عدم الماء ولانه عليه السلام أمر بعض أصحابه بالتيمم للجنابة فيكون بيانا للآية ان المراد بها الجماع كما فى سائر الشرائع الذى يدل عليه ظاهر الكتاب أو يحتمله ثم بينه عليه السلام بالقول أو بالفعل ۞ قال رحمه الله (وفرض الغسل غسل فمه وأنفه وبدنه) وقد تقدم وجه العدول عن المضمضة والاستنشاق الى الغسل وقال الشافعى المضمضة والاستنشاق سنتان فيه لقوله عليه الصلاة السلام عشر من الفطرة أى من السنة وهى قص الشارب واعفاء اللحية والسواك والمضمضة والاستنشاق وقص الاظفار وغسل البراجم ونتف الابط وحلق العانة وانتقاص الماء ولهذا كانتا سنتين فى الوضوء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا أى فطهروا أبدانكم فكل ما أمكن تطهيره يجب غسله وباطن الفم والانف يمكن غسله فانهما يغسلان عادة وعبادة نفلا فى الوضوء وفرضا فى الجنابة بخلاف باطن العين وباطن الجرح فانه يورث العمى فى العينين والضرر فى الجرح ولهذا كف بصر من تكلف غسلهما من الصحابة ولا يجب غسلهما من النجاسة فكان فيه ضرورة وبخلاف الوضوء لان فيه يجب غسل الوجه وهو ما تقع المواجهة به ولا تقع المواجهة بداخل الانف والفم وقال عليه الصلاة السلام تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وأنقوا البشرة وروى فاغسلوا الشعر ففى الفم بشرة وفى الانف شعر وبشرة لان البشرة هى الجلدة التى تقى اللحم من الاذى وما رواه الخصم حجة عليه فانه ذكر من العشرة الختان وهو فرض عنده وكذا ذكر الانتقاص بالماء وهو الاستنجاء بالماء وهو فرض عنده لا بعينه أو من بدله وأطلق صاحب الكتاب اسم الفرض على غسل الفم وان كان مجتهدا فيه لما ان ظاهر النص يتناوله والله أعلم قوله وبدنه أى وغسل جميع بدنه وهذا بالاتفاق على ما بينا قال رحمه الله (لا دلكه) أى

فشملهما نص الكتاب من غير معارض كما شمله قوله صلى الله عليه وسلم تحت كل شعرة جنابة فبلوا الشعر وأنقوا البشرة رواه الترمذى من غير معارض اذ كونه من الفطرة لا ينفى الوجوب لانها الدين وهو أعم منه فلا يعارضه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم كل مولود يولد على الفطرة والمراد أعلى الواجبات على ما هو أعلى الاقوال انتهى فتح (قوله وباطن الجرح) وما يعسر كثقب القرط وجلدة الاقلف التى لا تحسر عنها الحشفة لا يجب ايصال الماء اليه انتهى كنوز (قوله فانه يورث العمى) أى لانه شحم لا يقبل الماء انتهى كاكى (قوله ولا يجب غسلهما من النجاسة الى آخره) كما اذا اكتحل بكحل نجس انتهى (قوله فى المتن وبدنه) أى جميع ظاهر البدن حتى لو بقى العجين فى الظفر فاغتسل لا يجزى وفى الدرن يجزى انه متولد من هناك وكذا الطين لان الماء ينفذ من هناك وكذا الصبغ والحناء انتهى شرح وقاية فيجب تحريك القرط والخاتم الضيقين ولو لم يكن قرط فدخل الماء الثقب عند مروره أجزأ كالسرة والا أدخله ويدخله القلفة استحبابا وفى النوازل لا يجزيه تركه والاصح الاول للحرج لا لكونه خلقة انتهى كال كما قال فى السراج الوهاج والخضاب اذا تجسد ويبس يمنع تمام الوضوء والغسل كذا فى الوجيز وقشرة القرحة اذا ارتفعت ولم يصل الماء الى ما تحتها لا بأس به فى الوضوء والغسل والفرق بينها وبين الخضاب ان قشرة القرحة متصلة بالجلد اتصال الخلقة قال فى الينابيع وان اغتسل الاقلف من الجنابة ولم يغسل ما وراء الجلد من رأس الذكر يجزيه ويخرج من الجنابة وعلى ما فى النوازل مشى صاحب البدائع فقال وكذا الاقلف يجب عليه ايصال الماء الى القلفة وقال بعضهم لا يجب وليس بصحيح لامكان ايصال الماء اليه بلا حرج انتهى (قوله لا دلكه) قال الكمال ولا يجب الدلك الا فى رواية عن أبى يوسف وكأن وجهه خصوص صيغة اطهروا فان تفعل للمبالغة وذلك بالدلك وفى الحقائق الدلك عند مالك شرط فى الوضوء والغسل وعندنا ليس بشرط وفى الثوب شرط اجماعا قال فى المصفى قال المأمور به الفعل وهو الغسل والاغتسال

وذا لا يتحقق الا بالثلاث كما في غسل الثوب قلنا المامور به هو الاطهار فاشتراط الثلاث يكون زيادة على النص وفي الثوب تخللت النجاسة فلا بد من العصر بعد الصب للاستخراج انتهى والثلاث من الثلث فكان مستحبا انتهى كاكى (قوله وهذا مشكل) يمكن أن يجاب عنه بأن انتقاض الوضوء لم يكن باعتبار انه جعل كالخارج بل باعتبار ان البول اذا وصل الى القلفة لابد أن يخرج منه فباعتباره ينقض الوضوء أو لان القياس ايصال الماء الى داخل الجلدة لكن ترك القياس دفعا للحرج ولا حرج في انتقاض الوضوء فبقي على أصل القياس انتهى (قوله ثم يفيض الماء الى آخره) قالوا وأما كيفية الافاضة قال الحلواني يفيض الماء على منكبه الأيمن ثلاثا ثم الايسر ثلاثا ثم على رأسه وعلى سائر جسده ثلاثا وفي بعضها يبدأ بالأيمن ثلاثا ثم بالرأس ثم بالايسر وقيل يبدأ بالرأس كما أشار اليه في المتن والاول أصح انتهى زاهدى وهو ظاهر حديث ميمونة الذى ذكره الشارح والله أعلم (قوله غسلا) الغسل بالضم الماء الذى

لايجب ذلك بدنه لان المأمور به هو التطهير ولا يتوقف ذلك على الثلاث فمن شرطه فقد زاد في النص وهو نسخ قال رحمه الله (وادخال الماء داخل الجلدة للاقلف) أى لا يجب عليه أن يدخل الماء داخل الجلدة للاقلف لانه خلقة كقصبة الذكر وهذا مشكل لانه اذا وصل البول الى القلفة ينتقض الوضوء فجعلوه كالخارج في هذا الحكم وفي حق الغسل كالداخل حتى لا يجب ايصال الماء اليه عند بعض المشايخ وقال الكردرى يجب ايصال الماء اليه عند بعض المشايخ وهو الصحيح فعلى هذا لا اشكال فيه * قال رحمه الله (وسنته) أى سنة الغسل (أن يغسل يديه وفرجه ونجاسة لو كانت على بدنه ثم يتوضأ ثم يفيض الماء على بدنه ثلاثا) لما روى ابن عباس رضى الله عنهما عن خالته ميمونة رضى الله عنها انها قالت وضعت للنبى صلى الله عليه وسلم غسلا فاغتسل من الجنابة فأكفأ الاناء بشماله على يمينه فغسل كفيه ثم أدخل يده في الاناء فأفاض الماء على فرجه ثم دلك يده بالحائط أو بالارض ثم تمضمض واستنشق فغسل وجهه وذراعيه ثم أفاض الماء على رأسه ثلاثا وغسل سائر جسده ثم تنحى فغسل رجليه ولان اليد آلة التطهير فيبدأ بتنظيفها وقوله وفرجه ونجاسة لو كانت أى يغسل فرجه ويغسل النجاسة لو كانت على بدنه لئلا تشيع النجاسة وكان ينبغى ان يقول ونجاسة عن قوله وفرجه لان الفرج انما يغسل لاجل النجاسة والمرأة تغسل فرجها الخارج لانه بمنزلة الفم فيجب تطهيره وهل يغسل الاقلف داخل القلفة فهو على الاختلاف الذى مضى في لزوم غسله من الجنابة وقال ثم يتوضأ ولم يذكر تأخير الرجل لانه لا يؤخر الا اذا كان في مستنقع الماء واختلفوا في مسح الرأس روى الحسن عن أبى حنيفة انه لا يمسح لانه لزمه غسل رأسه ووجود المسح لا يظهر مع وجود الغسل أو لانه لا بد له من غسل رأسه بعد ذلك فلا يفيد المسح بخلاف غسل الوجه والذراعين وفي ظاهر الرواية يمسح رأسه هو الصحيح لانه روى في بعض الروايات انه عليه السلام توضأ وضوءه للصلاة وهو اسم للغسل والمسح قال رحمه الله (ولا تنقض ضفيرة ان بل أصلها) قوله لا تنقض ان كان مبنيا للمفعول فمعناه ضفيرة المرأة وحذفت المرأة اختصارا وان كان مبنيا للفاعل فمعناه لا تنقض المرأة ضفيرتها وفي تنقض ضمير يعود على المرأة وان لم تكن مذكورة لان سياق الكلام يدل عليها والاول أظهر لقوله ان بل أصلها على ما لم يسم فاعله اذ لو كان الاول مبنيا للفاعل لقال ان بلت ومذهب الجمهور انه لا يجب على المرأة نقض الضفيرة الا ان تكون ملبدة لحديث أم سلمة رضى الله عنها انها قالت قلت يا رسول الله انى امرأة أشد ضفر رأسى أفأنقضه لغسل الجنابة قال انما يكفيك ان تحثى على رأسك ثلاث حثيات من ماء ثم تفيضى على سائر جسدك الماء فتطهرين ولان في النقض عليها حرجا وفي الحلق مثلة فسقط

يغتسل به كالاكل لما يؤكل وهو الضم (١) أيضا من غسلته والغسل بالفتح المصدر وبالكسر ما يغسل به من خطمى وغيره ابن الاثير قال الشمنى قال ابن دقيق العيد في الامام غسله بكسر الغين ما يغتسل به انتهى (قوله وكان ينبغيه) قيل لا استغناء لان النجاسة على الفرج ثابتة غالبا والغالب كالمتحقق فلا يلائم الفرج قوله ان كانت فيحمل على غير الفرج انتهى يحيى وقال العينى ذكره للاهتمام واتباعا لما ذكر في حديث ابن عباس انتهى (قوله فيجب تطهيره) وعن أبى القاسم الصفار لا يجب عليها ادخال الاصبع في قبلها وبه يفتى زاهدى (قوله في المتن ونجاسة) قال في المستصفى قوله ثم يزيل نجاسة على التنكير كقوله فهل الى خروج من سبيل لانه عسى يكون وعسى لا يكون ولذلك قال ان كانت ولم يقل اذا كانت كذا حكى الامام بدر الدين عن شيخه عن صاحب الهداية وذلك لانه ان كانت معرفة فاما ان يكون الالف واللام فيه للعهد أو للجنس لا يجوز الاول لما انه لا معهود لان العهد أن تذكر شيأ ثم تعاوده ولان قوله ان كانت يأباه ولا يجوز الثانى أيضا لانه اما أن يراد به كل الجنس وهو محال واما ان يراد به أقله وهو غير مراد أيضا انتهى بخلاف قال الكمال رحمه الله ولو انغمس الجنب في ماء جار ان مكث فيه قدر الوضوء والغسل فقد أكمل السنة والا فلا انتهى (قوله في المتن ولا تنقض ضفيرة الى آخره) الضفر فتل الشعر وادخال بعضه في البعض والضفيرة الذؤابة انتهى يحيى هذا فرع قيام الضفيرة فلو كانت ضفائرها منقوضة فعن الفقيه أبى جعفر يجب ايصال الماء اليه انتهى فتح (قوله لان سياق الكلام) أى وهو تأنيث الفعل انتهى

---

(١) قوله وهو الضم كذا في النسخ ولعله وهو اسم مصدر أيضا كتبه مصححه

بخلاف الرجل لانه لم يلحقه الحرج حتى قال بعضهم ان كان علويا أو تركيا لا يجب عليه نقضه وقوله ان بل أصلها يتقى وجوب بل ذوائبها وأثناء شعرها وهو قول بعضهم وقال بعضهم يجب بخلاف لقوله عليه السلام فبلوا الشعر والاول أصح لحديث أم سلمة المتقدم فان قيل قوله تعالى فاطهروا يتناول الجميع قلنا يتناول جميع البدن وليس الشعر من البدن من كل وجه بل هو متصل به نظرا الى أصوله ومنفصل عنه نظرا الى أطرافه فعملنا بأصله فى حق من لا يلحقه الحرج وبطرفه فى حق من يلحقه الحرج * قال رحمه الله (وفرض) أى الغسل (عند منى ذى دفق وشهوة عند انفصاله) لما فرغ من بيان فرض الغسل وسنته شرع فى بيان ما يوجبه قوله عند منى أى عند خروج منى الى ظاهر الفرج لانه لا يجب ما لم يخرج الى ظاهره أما الرجل فظاهر وكذا المرأة فى رواية على ما نبينه ان شاء الله تعالى والشهوة شرط عندنا وقال الشافعى ليست بشرط لقوله عليه السلام الماء من الماء أى وجوب استعمال الماء بسبب خروج الماء ولنا قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا وهو فى اللغة اسم لمن قضى شهوته يقال أجنب فلان اذا قضى شهوته وقال عليه السلام اذا حذفت الماء فاغتسل وان لم تكن حاذفا فلا تغتسل فاعتبر الحذف وهو لا يكون الا بالشهوة وفى الغاية ذكر أن ما ذكرناه مقيد وحديث الماء من الماء مطلق فيحمل المطلق على المقيد فى حادثة واحدة عندنا وعند الشافعى يحمل وان كانا فى حادثتين فقد ترك أصله ولكن هذا لا يستقيم هنا لانه انما يحمل المطلق على المقيد عند أصحابنا فى حادثة واحدة أن لو وردا فى الحكم وكان المحل واحدا لانه حينئذ لا يمكن العمل بهما فيحمل عليه كما حملنا على قراءة ابن مسعود وقراءته عندى فى كفارة اليمين لاتحاد السبب وهو اليمين ولاتحاد الحكم وهو الكفارة ولاتحاد المحل وهو الصوم وأما اذا لم يكن كذلك فلا يحمل أحدهما على الآخر كما فى سائر الكفارات حتى لا تحمل كفارة الظهار على كفارة القتل فى اشتراط المؤمنة لعدم اتحاد السبب وكذا التكفير بالاطعام فى كفارة الظهار لا يحمل على التكفير بالعتق أو الصوم حتى يشترط فيه ان يكون قبل المسيس لعدم اتحاد المحل لان أحدهما اطعام والآخر صوم أو عتق وان اتحدا فى السبب والحكم وهنا قوله عليه السلام الماء من الماء وقوله عليه السلام اذا حذفت الماء وردا فى السبب فيكون كل واحد منهما سببا مستقلا اذ لا تزاحم فى الاسباب فلا يستقيم ما ذكره فان قيل فعلى هذا وجب ان لا تشترط الشهوة عملا بالمطلق اذ كل واحد منهما سبب مستقل بنفسه قلنا انما شرطناها بالنص وهو قوله عليه السلام واذا لم تكن حاذفا فلا تغتسل كما نفينا وجوب الزكاة عن المعلوفة بالنص مع النص المقيد بالسوم والمطلق عنه قوله عند انفصاله أى عند انفصاله من محله يعنى ان الشهوة تشترط عند انفصاله من الظهر لا عند خروجه من رأس الاحليل وهذا عندهما وقال أبو يوسف تشترط الشهوة عندهما لان الوجوب يتعلق بالانفصال والخروج عندنا خلافا للاحد فيما اذا انفصل ولم يخرج فاذا شرطت فى أحدهما وجب ان تشترط فى الآخر وهما يقولان بالنظر الى الاول يجب فاذا وجب من وجه وجب احتياطا وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين أحدهما اذا انفصل المنى عن مكانه بشهوة فربط ذكره بخيط حتى فترت شهوته ثم أرسله يجب عليه الغسل عندهما خلافا له والثانى اذا أمنى واغتسل من ساعته وصلى أو لم يصل ثم خرج منه بقية المنى يجب عليه الغسل ثانيا عندهما وعنده لا يجب ولا يعيد الصلاة

(قوله لانه لم يلحقه) أى فى ايصال الماء الى أثناء شعره لانه ليس بضفر (قوله لا يجب) أى لانه غير ضفر فيلحقه الحرج (قوله يتقى وجوب بل ذوائبها) هو الصحيح قال فى الدراية وقوله هو الصحيح احتراز عما روى الحسن عن أبى حنيفة أنها تبل ذوائبها ثلاثا مع كل بلة عصرة وقال فى الوقاية وليس على المرأة نقض ضفيرتها ولا بلها اذا ابتل أصلها قال صدر الشريعة وقوله ولا بلها قال بعض مشايخنا تبل ذوائبها وتعصرها لكن الاصح عدم وجوبه وهذا اذا كانت مفتولة اما اذا كانت منقوضة يجب ايصال الماء الى اثناء الشعر كما فى المحيط لعدم الحرج اه قال العلامة كمال الدين فى فتح القدير وثمن ماء غسل المرأة ووضوئها على الرجل وان كانت غنية اه قال فى فتح القدير ما نصه فى صلاة البقالى الصحيح انه يجب غسل الذوائب وان جاوزت القدمين فى مبسوط بكر فى وجوب ايصال الماء الى شعب عقاصها اختلاف المشايخ انتهى والاصح نفيه للحصر المذكور فى الحديث انتهى (قوله فى حق من لا يلحقه الحرج) وهو الرجل انتهى (قوله فى حق من يلحقه) أى وهو المرأة فلا يخالف الخبر النص لانه تناول ما هو من البدن من كل وجه اه كاكى (قوله فى المتن عند منى ذى دفق) قال الامام السغناقى رحمه الله وماء دافق يعنى ذا دفق وهو صب فيه دفع وعلى هذا فكل من الدفق والشهوة يستلزم الآخر والله أعلم (قوله وكان المحل) أى والسبب اه (قوله بالانفصال) أى من الظهر اه (قوله والخروج) أى من الذكر اه (قوله بالنظر الى الاول) أى وهو الانفصال اه (قوله اذا انفصل المنى عن مكانه بشهوة) اما بالاحتلام أو بنظر الى امرأة أو باستمنائه بالكف أو بجامع اه أو انه فى غير الفرج فهذه صور كلها داخلة فى قول الشارح رحمه الله أحدهما اذا انفصل المنى عن مكانه بشهوة (قوله عندهما خلافا له) قال الشيخ حافظ الدين رحمه الله فى كتابه المستصفى ويعمل بقول أبى يوسف اذا كان فى بيت انسان ويستحى من أهل البيت أو خاف أن يقع فى قلبهم ريبة بأن طاف حول أهل بيته اه (قوله ثم خرج) أى قبل البول أو النوم

(قوله لانه اغتسل) أي فقد وقعت الصلاة موقعها بعد وجود شرطها وهو الغسل ونزول الماء بعد ذلك أمر ثان كما لو جامع ثانيا أو تذكر فأنزل اه (قوله وذكره منتشر وجب الغسل) أي لان الانتشار دليل عدم انقطاع المني الاول اه يحيى (قوله أو شك أنه ودي) قال ابن فرشته أو مذي (قوله فعليه الغسل) أي لانه عن الاحتلام فيكون منيا (قوله فلا

بالاجماع لانه اغتسل للاول فلا يجب للثاني حتى يخرج فاذا خرج وجب وقت الخروج ابتداء ولو خرج بعدما بال أو نام أو مشى لا يجب عليه الغسل اتفاقا لان ذلك يقطع مادة المني الزائل عن مكانه بشهوة فيكون الثاني زائلا عن مكانه بغير شهوة ولو خرج منه بعد البول وذكره منتشر وجب الغسل وقال الطحاوي من المشايخ من قال في المني الخارج بعد سكون الشهوة يجب الغسل بالاتفاق وانما الخلاف في المني الذي يجده النائم على فخذه أو فراشه اذا استيقظ وقال الفقيه أبو جعفر اذا وجد منيا على فراشه فهو على هذا الخلاف أيضا كذا في الغاية وفي الذخيرة اذا استيقظ من النوم فوجد على فخذه أو فراشه بللا ان تذكر احتلاما وتيقن أنه مني أو مذي أو شك أنه مني أو ودي فعليه الغسل وان تيقن أنه ودي فلا غسل عليه وان لم يتذكر احتلاما فان تيقن أنه ودي فلا غسل عليه وان تيقن أنه مني فعليه الغسل وان شك أنه مني أو ودي فكذلك عندهما وقال أبو يوسف لا يجب عليه حتى يتذكر الاحتلام لان الاصل براءة الذمة فلا يجب الا بيقين وهو القياس وهما أخذا بالاحتياط لان النائم غافل والمني قد يرق بالهواء فيصير مثل المذي فيجب عليه احتياطا ثم أبو حنيفة أخذ بالاحتياط في هذه المسألة ومسألة المباشرة الفاحشة ومسألة الفأرة اذا ماتت في البئر ولم يدر متى وقعت وأبو يوسف وافقه في مسألة المباشرة لوجود فعل من جهته هو سبب لخروج المذي وخالفه في الآخرين لعدم الصنع منه ومحمد وافقه في الاحتياط في مسألة النائم لانه غافل عن نفسه بخلاف المباشر لانه ليس بغافل عن نفسه فيحس بما يخرج منه وذكر هشام في نوادره عن محمد اذا استيقظ فوجد بللا في احليله ولم يتذكر الحلم فان كان ذكره قبل النوم منتشرا فلا غسل عليه وان كان غير منتشر فعليه الغسل وسئل نجم الدين النسفي عمن استيقظ وهو يتذكر احتلاما ولم ير بللا فمكث ساعة ثم خرج منه مذي قال لا يلزمه شيء فقيل له ذكر في حيرة الفقهاء فيمن احتلم ولم ير بللا فتوضأ وصلى الفجر ثم نزل منه مني انه يجب عليه الغسل ثانيا فقال اذا نزل المني بعدما استيقظ فالغسل يجب بالمني لا بالاحتلام السابق حتى لا يعيد الفجر لكن بخروج المني الذي زال عن موضعه بشهوة ثم خرج بعده بغير شهوة بخلاف المذي اذا رآه يخرج لانه مذي وليس فيه احتمال انه كان منيا فتغير لان التغير لا يكون في الباطن ولو غشي عليه أو كان سكران فوجد على فخذه أو فراشه مذيا لم يلزمه الغسل لانه يحال به على هذا السبب الظاهر بخلاف النائم ولو احتلمت المرأة ولم يخرج المني منها الى ظاهر الفرج ان وجدت لذة الانزال فعليها الغسل لان ماءها ينزل من صدرها الى رحمها بخلاف الرجل حيث يشترط الظهور الى ظاهر الفرج في حقه حقيقة على ما بينا ولو جامعها فيما دون الفرج فدخل الماء في فرجها لا غسل عليها ولو ظهر بعده الحبل وجب الغسل عليها وكذلك البكر اذا جومعت وسبق الماء حتى حبلت من ذلك لانها لا تحبل الا اذا أنزلت لان الولد يخلق من مائهما وقال أبو جعفر ان خرج الى ظاهر الفرج يجب والا فلا وهو ظاهر الرواية وقال الحلواني وبه نأخذ لما روي أن أم سليم جاءت الى النبي صلى الله عليه وسلم فقالت هل على المرأة غسل اذا هي احتلمت فقال نعم اذا رأت الماء وعن خولة بنت حكيم أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل فقال ليس عليها غسل حتى تنزل كما أن الرجل ليس عليه غسل حتى ينزل ووجه الاول ما روي عن أنس أن أم سليم حدثت أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن المرأة ترى في منامها ما يرى الرجل فقال عليه السلام اذا رأت ذلك فلتغتسل قال رحمه الله (وتواري حشفة في قبل أو دبر عليهما) أي يجب الغسل عليهما عند تواري الحشفة قال وتواري حشفة ولم يقل التقاء الختانين كما قاله غيره لان التقاء الختانين

غسل) أي لان الانتشار آية كونه عن غير الاحتلام فيكون منيا اه قال في الظهيرية وفي الفتاوى اذا وجد في الفراش مني ويقول الزوج من المرأة وهي تقول من الزوج ان كان أبيض فمن الرجل وان كان أصفر فمن المرأة وقيل ان كان مدورا فمن المرأة وان كان عريضا فمن الرجل والاصح أنه يجب الغسل عليهما احتياطا لامر العبادة وأخذا بالثقة ويضرب الرجل امرأته بترك الاغتسال الا اذا كانت ذمية اه قال في فتح القدير ثم ظاهر المذكور في الكتاب الوجوب بلا انزال في الصغيرة التي لم تبلغ حد الشهوة والميتة والذمية وأصحابنا منعوه الا أن ينزل اه (قوله ولم يخرج منها المني) أي الى ظاهر الفرج اه (قوله فعليها الغسل) الصحيح خلافه سيأتي قريبا اه (قوله من صدرها الى رحمها) أي بل دفق (قوله فلا غسل عليه) أي لان وجوب الغسل بخروج المني والتقاء الختانين ولم يتحقق واحد منهما ولا تحقق دخول المني وهو يوجب الغسل اه يحيى

(قوله فقالت) أي يا رسول الله ان الله لا يستحيي من الحق اه قال في الغاية والمرأة في لا يتصور الاحتلام كالرجل وروي عن محمد في غير رواية الاصول وجوب الغسل بتذكر الانزال واللذة اه (قوله في المتن وتواري) أي تغيب (قوله في المتن في قبل أو دبر عليهما) قال في الوافي وتواري حشفة في قبل أو دبر على الفاعل والمفعول به

لايتصور عند الايلاج في الدبر وكذا في القبل في الحقيقة بل يتحاذيان والحشفة مافوق الختان من رأس الذكر وقوله عليهما أي على الفاعل والمفعول به أو على الرجل والمرأة فعلى هذا يعود الى الكل أي الى المني والى التوارى وعلى الاول يعود الى التوارى لا غير وقالت الظاهرية لا يجب بالايلاج بدون الانزال لقوله عليه السلام الماء من الماء ولنا حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال اذا جلس بين شعبها الاربع ثم جهدها فقد وجب الغسل وان لم ينزل وعن عائشة رضي الله عنها انه عليه السلام قال اذا مس الختان الختان وجب الغسل وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت اذا جاوز الختان الختان وجب الغسل وقالت فعلته أنا والنبي صلى الله عليه وسلم فاغتسلنا ولانه سبب الانزال فاقيم مقامه قال رحمه الله (وحيض ونفاس) أي يجب الغسل عند خروج دم حيض ونفاس وخروجه بوصوله الى فرجها الخارج والا فليس بخارج فلا يكون حيضا أما الحيض فلقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن بتشديد الطاء والهاء أي يغتسلن فلولا أن الغسل واجب لما منع من حقه الواجب وهو القربان وقال في الحواشي والاصح ان الخروج من الحيض هو الموجب لان انقطاع الدم شرط لوجوب الاغتسال واستحال ان يكون انقطاع السبب شرطا لوجوب المسبب انتهى كلامه وهذا فيه نظر لان الخروج عن الحيض ليس فيه الا الطهارة ومن المحال ان الطهارة توجب الطهارة وانما توجبها النجاسة وهذا لان الحيض منجس كسائر الاحداث فيتنجس موضع الخروج فاذا تنجس ذلك الموضع تنجس كله لما عرف ان البدن لا يتجزأ في النجاسة والطهارة فوجب تطهيره منه وانما لم تغتسل قبل الانقطاع لعدم الفائدة اذ الدم مستمر لا لان الاغتسال لا يرفع الحدث المتقدم وقوله واستحال ان يكون انقطاع السبب شرطا لوجوب المسبب معارض بسائر الاحداث كالبول مثلا فان الطهارة فيه لا تجب ما لم ينقطع البول لعدم الفائدة لان الطهارة وان كانت ترفع ما قبلها من الحدث يرفعها ما بعدها من الحدث لا لان البول لا يوجبها ولان الحائض يحرم عليها قراءة القرآن ونحوه ولو كان الموجب هو الانقطاع لما حرم عليها حتى ينقطع ولان المنجس خروج الدم فوجب التطهير عنده اذ التنجس ووجوب التطهير منه متلازمان وأما النفاس فللاجماع والكلام فيه كالكلام في الحيض قال رحمه الله (لا مذى وودى واحتلام بلا بلل) أما الاحتلام فقد تقدم حكمه وأما المذى فلقوله عليه السلام لسهل بن حنيف انما يجزيك الوضوء منه وأما الودى فللاجماع ومنى الرجل خاثر أبيض رائحته كرائحة الطلع فيه لزوجة ينكسر الذكر عند خروجه ومنى المرأة رقيق أصفر والمذى رقيق يضرب الى البياض يخرج عند الملاعبة مع أهله بالشهوة ويقابله من المرأة القذى والودى بول غليظ فيعتبر برقيقه وقيل ما يخرج بعد الاغتسال من الجماع وبعد البول قال رحمه الله (وسن للجمعة والعيدين والاحرام وعرفة) أي سن الاغتسال لهذه الاشياء أما الجمعة فقد ذهب بعضهم الى وجوبه لقوله عليه السلام اذا جاء أحدكم الجمعة فليغتسل ولنا قوله عليه السلام من توضأ للجمعة فبها ونعمت ومن اغتسل فذلك أفضل ولانه يوم اجتماع فيسن فيه الاغتسال كي

(قوله بل يتحاذيان) لان ختان المرأة فوق رحمها اه (قوله في المتن عليهما) ان أريد به الفاعل والمفعول كان المعنى فرض الغسل على الفاعل والمفعول بسبب التوارى لان الدبر ليس محلا للمنى وانما يجب الغسل على المفعول لان التوارى في دبره سبب لخروج المنى من ذكره فخروج المنى من المفعول من حيث انه مفعول لا يكون الا بسبب التوارى بخلاف قبل الرجل وقبل المرأة فان كلا منهما محل المنى فيتصور خروجه من كل منهما بلا توار كما يتصور بالتوارى فيكون كل من الخروج والتوارى سببا لوجوب الغسل في حق كل منهما اه يحيى (قوله فعلى هذا يعود) اى وجوب الغسل (قوله بين شعبها الاربع) اليدان والرجلان وقيل شفريها ورجليها وقيل فخذيها ورجليها وهو كناية عن الجماع وعن الخطابي الجهد من أسماء النكاح فلا يكون كناية اه منبع (قوله ثم جهدها) أي بالايلاج (قوله لما منع من حقه الواجب) لان بالمباحات والتطوعات لا يمنع ألا ترى انه حق نقض الصوم المتطوع به اه كافي (قوله والاصح أن الخروج من الحيض) أي وهو انقطاعه اه (قوله لان انقطاع الدم الخ) يعني على قول من يقول ان درور الدم هو الموجب يكون انقطاع الدم شرطا لوجوب الاغتسال وحينئذ يلزم منه أن يكون انقطاع السبب شرطا لوجود المسبب وهو مستحيل اه كاكى (قوله وأما النفاس فللاجماع) قال في الاختيار وكذا يجب على المستحاضة ان أكملت أيام حيضها لانها في أحكام الحيض كالطاهرات اه (قوله في المتن لا مذى) أي بالذال المعجمة اه ع (قوله في المتن وودى) بسكون الدال المهملة اه ع (قوله ابن حنيف) بضم الحاء (قوله فللاجماع) أي على عدم وجوب الغسل منه (قوله ومنى الرجل خاثر) والخاثر الغليظ اه كاكى (قوله ويقابله من المرأة القذى) يقال كل ذكر يمذى وكل أنثى تقذى وقذت الشاة اذا ألقت بياضا من رحمها انتهى صحاح (قوله فقد ذهب بعضهم) أي وهو مالك والظاهرية اه (قوله من توضأ للجمعة فبها ونعمت) أي فبالسنة أخذ ونعمت هذه الخصلة وقيل فبها أي بالرخصة أخذ ونعمت الخصلة هذه وهذا أولى أي الاول لانه قال وان اغتسل فالغسل أفضل فتبين أن الوضوء سنة لا رخصة كذا في الطلبة والضمير في بها يعود الى غير مذكور ويجوز ذلك اذا كان مشهورا كقوله تعالى حتى توارت أي الشمس اه كاكى ونعمت بتاء ممدودة والمدورة خطأ وكذا الملمع النتح في قوله فبها وهو

لما وقع في بعض النسخ فيها ونعمت حاشية الهداية للاتقاني (قوله وما رواه منسوخ) والمراد بالنسخ نسخ صفة الوجوب دون شرعيته اه كاكي (قوله ثم هذا الاغتسال لليوم) ونقل الكاكي عن الكافي انه عند محمد لليوم اه (قوله وقال أبو يوسف هو للصلاة وهو الاصح) قلت في فتاوى قاضيخان خلاف هذا قال الغسل ليوم الجمعة سنة لما روى عن أبي سعيد أنه قال من السنة الغسل يوم الجمعة واختلفوا أن الغسل للصلاة أم لليوم قال ش لليوم واحتج بهذا الحديث وقال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل ليس الامر كما قال أبو يوسف والاغتسال للصلاة لا لليوم لاجماعهم على انه لو اغتسل بعد الصلاة لا يعتبر ولو كان الاغتسال لليوم وجب أن يعتبر واذا اغتسل بعد صلاة الفجر ثم أحدث وتوضأ وصلى لم يكن صلاة بغسل وان لم يحدث حتى صلى كان صلاة بغسل وقال الحسن ان اغتسل قبل طلوع الفجر وصلى بذلك الغسل كان صلاة بغسل وان أحدث وتوضأ وصلى لا يكون صلاة بغسل وعن أبي يوسف اذا اغتسل يوم الجمعة بعد طلوع الفجر ثم أحدث وتوضأ وشهد الجمعة قال ش لا يكون هذا كالذي شهد الجمعة على غسل وقال ان كان الغسل لليوم فهو غسل تام له وان كان للصلاة فانما شهد الصلاة على وضوء وكذا اذا اغتسل للاحرام فبال وتوضأ ثم أحرم كان احرامه على وضوء اه قلت قوله لاجماعهم على انه لو اغتسل بعد الصلاة لا يعتبر وقول صاحب الهداية في مختارات الفتاوى ولو اغتسل بعد صلاة الجمعة لا يعتبر بالاجماع ربما يشير اليه في شرح الكنز للزيلعي ان على قول الحسن تحصل السنة بالغسل قبل الغروب والذي جاءت به السنة يقتضي انشاء الغسل في اليوم والصلاة به

لا يتأذى بعضهم ببعض وما رواه منسوخ به أو محمول على الاستحباب ثم هذا الاغتسال لليوم عند الحسن اظهارا لفضيلته على سائر الايام على ما قاله عليه السلام سيد الايام يوم الجمعة وقال أبو يوسف هو للصلاة وهو الاصح لانها أفضل من الوقت ولان الطهارة تختص بها وثمرة الخلاف تظهر فيمن اغتسل يوم الجمعة ثم أحدث وتوضأ وصلى الجمعة لا يكون له فضل من اغتسل يوم الجمعة عند أبي يوسف وعنده يكون له فضله أو اغتسل بعد الصلاة قبل الغروب أو كان ممن لا تجب عليه الجمعة كأهل البرية والمسافر والمرأة والعبد فانه لا يسن الاغتسال في حقهم عنده خلافا للحسن وفي الكافي لو اغتسل قبل الصبح وصلى به الجمعة نال فضل الغسل عند أبي يوسف وعند الحسن لا وهو مشكل جدا لانه لا يشترط وجود الاغتسال فيما سن الاغتسال لاجله وانما يشترط ان يكون فيه وهو متطهر بطهارة الاغتسال ألا ترى ان أبا يوسف لا يشترط الاغتسال في الصلاة وانما يشترط ان يصليها بطهارة الاغتسال فكذا ينبغي ان يكون هنا متطهرا بطهارته في ساعة من اليوم عند الحسن لا أن يشترط الغسل فيه وأما غسل العيدين وعرفة فلحديث عبد الرحمن بن عقبة أن النبي عليه السلام كان يغتسل يوم عرفة ويوم النحر ويوم الفطر وأما الاحرام فلحديث زيد بن ثابت انه عليه السلام اغتسل لاهلاله قال رحمه الله (ووجب للميت ولمن أسلم جنبا) أي الغسل وجب في هذين الموضعين أما غسل الميت فلقوله عليه السلام للمسلم على المسلم ستة حقوق وذكر منها الغسل بعد موته وتأتي كيفية غسله في موضعه ان شاء الله تعالى وأما اذا أسلم الكافر جنبا ففيه روايتان في رواية لا يجب لانه ليس مخاطبا بالشرائع فصار كالكافرة

روى الامام أحمد والطبراني عن أبي الدرداء قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اغتسل يوم الجمعة ولبس من أحسن ثيابه ومس طيبا ان كان عنده ثم مشى الى الجمعة وعليه السكينة ولم يتخط أحدا ولم يؤذه ثم ركع ما قضي له ثم ينتظر حتى ينصرف الامام غفر له ما بين الجمعتين وروى الطبراني عن أبي أيوب أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول يوم الجمعة من اغتسل ومس طيبا ان كان عنده ولبس من أحسن ثيابه ثم خرج ثم يأتي المسجد فلم يتخط رقاب الناس وأنصت اذا خرج الامام فلم يتكلم غفر له ما بينه وبين الجمعة التي تليها وروى الطبراني في الاوسط عن أبي بكر الصديق رضي الله عنه قال اذا
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اغتسل يوم الجمعة غفرت له ذنوبه وخطاياه واذا أخذ في المشي الى الجمعة كان له بكل خطوة عمل عشرين سنة وروى الطبراني والبزار عن ابن عباس رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من غسل واغتسل يوم الجمعة ثم دنا حيث يسمع خطبة الامام الحديث وعن أبي أمامة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اغتسلوا يوم الجمعة فان من اغتسل يوم الجمعة فله كفارة ما بين الجمعة الى الجمعة وزيادة ثلاثة أيام اه من حاشية شرح المجمع للعلامة زين الدين قاسم رحمه الله اه (قوله وانما يشترط أن يكون فيه) المعتبر عند الحسن وجود طهارة الغسل في اليوم لا ايقاعها فيه وقد وجدت في هذه الصورة فينال فضل الغسل عند الحسن أيضا اه وقد يقال لا مانع من أن يكون السنة فيه انشاءه فيه ولا يلزم ما ذكر في الصلاة للتنافي بين الغسل والصلاة فلم يمكن انشاؤه فيها وجميع ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم يدل على انشائه في اليوم اذ ألفاظه من اغتسل يوم الجمعة اغتسلوا يوم الجمعة غسل يوم الجمعة لو أنكم تطهرتم ليومكم هذا من راح الى الجمعة من أتى الجمعة اه (قوله في المتن ووجب للميت) أي لاجله ووجوبه على الحي اه ع (قوله في المتن ولمن أسلم) وكان الاولى أن يقال وعلى من أسلم لان الغسل انما يجب على الكافر الذي أسلم وفعله أيضا يجب عليه بخلاف الميت فانه ليس بأهل لان يجب عليه شيء وانما يجب على الحي اقامة الغسل في حقه فناسب ان يذكر فيه اللام دون ما عطف عليه فافهم اه عيني

(قوله وفي رواية يجب عليه) أي وهو ظاهر الرواية قال استاذنا فخر الائمة البديع وقول من قال لا يجب لان الكفار لا يخاطبون بالشرائع غير سديد فان سبب الغسل إرادة الصلاة وزمان إرادتها مسلم ولان صفة الجنابة مستدامة بعد الاسلام فيعطى لها حكم الانشاء حتى لو انقطع دم الكافرة ثم أسلمت لا غسل عليها لتعذر استدامة الانقطاع اه زاهدى فلذا لو أسلمت حائضا ثم طهرت وجب عليها الغسل اه كمال (قوله فيجب الغسل) ينبغي أن يقول فيفرض الغسل لان قوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا شامل له لا محالة اه (قوله والصبي اذا بلغ بالسن) وأما اذا بلغ بالانزال فالصحيح وجوب الاغتسال لان سببه الصلاة أو إرادتها فيكون انعقاد السبب بعد ثبوت الاهلية وصفة الجنابة باقية بدليل بقاء الحدث الاصغر اجماعا اه (قوله في المتن ويتوضأ) أي مريد الصلاة اه عيني ولما فرغ عن بيان الطهارتين شرع في بيان آلة التطهير وهي المياه باقسامها اه ع (قوله مكان قوله يتوضأ كان أولى) أقول التوضي يعني التطهير اه يحيي (قوله في المتن وان غير طاهر أحد أوصافه) أو جميع أوصافه اذا بقي على أصل خلقته اه انما يجوز الوضوء بالماء المطلق وهو ما بقي على أصل خلقته من الرقة والسيلان فلو اختلط به طاهر أوجب غلظه صار مقيدا فلا يجوز الوضوء به

اذا حاضت وطهرت ثم أسلمت وفي رواية يجب عليه لان وجوب الغسل بارادة الصلاة وهو عندها مخاطب فصار كالوضوء وهذا لان صفة الجنابة مستدامة بعد اسلامه فدوامها بعده كانشائها فيجب الغسل قال رحمه الله (والانذب) أي وان لم يكن الكافر الذى أسلم جنبا ندب لانه عليه السلام أمر قيس بن عاصم وثمامة بذلك حين أسلما وحمل ذلك على الندب فصار أنواع الغسل أربعة فرض وسنة وواجب ومندوب وقد تقدم ومن المندوب الاغتسال لدخول مكة والوقوف بالمزدلفة ودخول مدينة النبي صلى الله عليه وسلم والمجنون اذا أفاق والصبي اذا بلغ بالسن ذكره في الغاية * قال رحمه الله (ويتوضأ بماء السماء والعين والبحر) لقوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا وقوله عليه السلام في البحر هو الطهور ماؤه الحل ميتته وقوله عليه السلام خلق الماء طهورا ولو قال يتطهر بماء السماء مكان قوله يتوضأ كان أولى حتى يشمل الاغتسال من الجنابة وغيره ولكن اذا عرف الحكم في الوضوء عرف في غيره فلا يضره وكذا تجوز الطهارة بما ذاب من الثلج والبرد ولا تجوز بماء الملح وهو يجمد في الصيف ويذوب في الشتاء عكس الماء ولا يقال قد جعل ماء العين قسيما لماء السماء وكذا البحر جعله قسيما له وليس كذلك بل الجميع ماء السماء لقوله تعالى ألم تر أن الله أنزل من السماء ماء فسلكه ينابيع في الارض لانا نقول انما قسمها باعتبار ما يشاهد عادة ومثل هذا لا ينكر قال رحمه الله (وان غير طاهر أحد أوصافه أو أنتن بالمكث) يعني يجوز الوضوء بما ذكر من المياه وان غير شئ طاهر أحد أوصافه لاطلاق اسم الماء عليه قال رحمه الله (لا بماء تغير بكثرة الاوراق) أي لا يجوز الوضوء به لانه زال عنه اسم الماء هكذا روى عن أحمد بن ابراهيم أن الماء المتغير بكثرة الاوراق ان ظهر لونها في الكف لا يتوضأ به لكن يشرب وتزال به النجاسة لكونه مقيدا وفيه نظر على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (أو بالطبخ) يعني ما تغير بالطبخ لا يجوز الوضوء به لزوال اسم الماء عنه وهو المعتبر في الباب لان الحكم منقول الى التيمم عند فقد الماء المطلق بلا واسطة بينهما قال رحمه الله تعالى (أو اعتصر من شجر أو ثمر) أي أو بماء اعتصر منهما لانه ليس بماء مطلق قال رحمه الله (أو غلب عليه غيره أجزاء) أي أو بماء غلب عليه غيره من الطاهرات بالاجزاء لان الحكم للغالب

لكن يجوز إزالة النجاسة الحقيقية به كالماء المستعمل على الصحيح وأما المطلق طاهر أي في نفسه طهور أي مطهر للنجاسة الحكمية والمقيد طاهر لا طهور اه يحيي وكتب على قوله وان غير طاهر ما نصه سواء كان من جنس الارض أم لا كالطين والزعفران اه (قوله يعني ما يتغير بالطبخ) كالباقلاء والمرق أعني بالتغير بالطبخ الثخانة والغلظ حتى اذا طبخ ولم يثخن بعد ورقة الماء فيه باقية يجوز الوضوء به ذكره الناطفي وفي فتاوى قاضيخان كا كى هذا اذا لم يكن المقصود بالطبخ المبالغة في التنظيف فان كان المقصود المبالغة في التنظيف كما اذا طبخ بالاشنان والصابون يجوز الوضوء به الا أن يغلب على الماء فيصير كالسويق المخلوط لزوال الاسم عنه قال في المستصفى فان قيل ينبغي أن لا يجوز به الوضوء اذا غير أحد أوصافه لقوله عليه الصلاة والسلام الماء طهور لا ينجسه شئ الا ما غير لونه أو طعمه أو رائحته قيل معناه الا ما غير والمغير نجس فيكون المعنى لا ينجسه شئ الا مغير نجس لان النص عندنا ورد في الماء الجاري والحكم فيه انه لا يجوز استعماله حيث ترى فيه النجاسة أو يوجد طعمها أو ريحها فان هذه المعاني تدل على قيام النجاسة والماء وان لم ينجس بالنجاسة فالنجاسة بعينها لا تطهر بالماء الا أن يتلاشى فيسقط حكمها دفعا للحرج كذا أشار فخر الاسلام اه (قوله في المتن أو اعتصر من شجر أو ثمر) قال في المستصفى والاشربة المتخذة من الشجر كشراب الريباس ومن الثمر كالرمان والعنب اه (قوله أو بماء غلب عليه غيره من الطاهرات) بان تغير عن أصل خلقته لا باللون اه قال في فتاوى قاضيخان التوضي بماء الزعفران أو زردج العصفر يجوز اذا كان رقيقا والماء غالب وان غلبته الحمرة وصار متماسكا لا يجوز به التوضي ثم عند أبي يوسف تعتبر الغلبة من حيث الاجزاء لا من حيث اللون هو الصحيح وعلى قول محمد تعتبر الغلبة بتغير اللون والطعم والريح وقال أيضا قاضيخان ولا بماء الورد والزعفران ولا بماء الصابون والحرض اذا ذهبت رقته وصار ثخينا فان بقيت رقته ولطافته جاز التوضي به وفي القنية وتكره الطهارة بالماء المشمس لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة حين سخنت الماء بها لا تفعلي يا حميراء فانه يورث البرص وعن

محرم مثله وفي رواية لا يكره وبه قال مالك وأحمد وعند الشافعي يكره ان قصد لتشميسه وفي الغاية وكره بالمشمس في قطر حار في أوان منطبعة واعتبار القصد ضعيف لانه عليه الصلاة والسلام لما أشار الى العلة الطبية كان اعتبار القصد وعدمه غير مؤثر اه كاكي (قوله وأبا يوسف بالاجزاء) قال في الينبيع المراد بغلبة الاجزاء أن يخرجه الطاهر عن صفته الاصلية بان يثخن لا ان يكون الغلبة باعتبار الوزن فاعتبر اه وذكر الامام الاسبيجابي ان الماء ان اختلط به طاهر فان غير لونه فالعبرة للون فان كان الغالب لون الماء جاز الوضوء به والا فلا وذلك مثل اللبن والخل والزعفران يختلط بالماء وان لم يغير لونه بل طعمه فالعبرة للطعم فان غلب طعمه طعم الماء لا يجوز والا جاز مثل ماء البطيخ والاشجار والثمار والانبذة وان لم تغير لونه وطعمه فالعبرة للاجزاء فان غلب أجزاؤه على أجزاء الماء لا يجوز الوضوء به كالماء المعتصر من الثمر والاشجار كالماء المتقاطر من الكرم بقطعه اه يحيي (قوله وأشار القدوري) أي حيث ذكر أحد الاوصاف اه (قوله كالماء الذي يقطر من الكرم) قال في الكافي ولا يتوضأ بماء يسيل من الكرم لكمال الامتزاج ذكره في المحيط وقيل يجوز لانه خرج من غير علاج (قوله يعتبر بالاجزاء) حتى لو (٢٠) كان الماء رطلين والمستعمل رطلا فحكمه حكم المطلق وبالعكس كالمقيد

اعلم ان عبارات أصحابنا مختلفة في هذا الباب مع اتفاقهم ان الماء المطلق يجوز الوضوء به وما ليس بمطلق لا يجوز فعن أبي يوسف ماء الصابون اذا كان ثخينا قد غلب على الماء لا يتوضأ به وان كان رقيقا يجوز وكذا ماء الاشنان ذكره في الغاية وفيه اذا كان الطين غالبا عليه لا يجوز الوضوء به وفي الفتاوى الظهيرية اذا طرح الزاج في الماء حتى اسود جاز الوضوء به وكذا العفص اذا كان الماء غالبا وفيه ان محمدا اعتبر لون الماء وأبا يوسف بالاجزاء وفي المحيط عكسه وفي الهداية الغلبة بالاجزاء لا بتغير اللون وذكر الاسبيجابي ان الغلبة تعتبر أولا من حيث اللون ثم من حيث الطعم ثم من حيث الاجزاء وفي الينابيع لو نقع الحمص والباقلاء وتغير لونه وطعمه وريحه يجوز الوضوء به وأشار القدوري الى انه اذا غير وصفين لا يجوز الوضوء به وهكذا جاء الاختلاف في هذا الباب كما ترى فلا بد من ضابط وتوفيق بين الروايات فنقول ان الماء اذا بقي على أصل خلقته ولم يزل عنه اسم الماء جاز الوضوء به وان زال وصار مقيدا لم يجز والتقييد باحد أمرين إما بكمال الامتزاج أو بغلبة الممتزج فكمال الامتزاج باحد أمرين إما بالطبخ بعد خلطه بشيء طاهر لا يقصد به المبالغة في التنظيف أو بتشرب النبات الماء بحيث لا يخرج منه الا بعلاج وان كان يخرج منه من غير علاج لم يكمل امتزاجه فجاز الوضوء به كالماء الذي يقطر من الكرم وغلبة الممتزج تكون بالاختلاط من غير طبخ ولا بتشرب نبات ثم هذا المخالط لا يخلو إما أن يكون جامدا أو مائعا فان كان جامدا فما دام يجري على الاعضاء فالماء هو الغالب وان كان مائعا فلا يخلو إما أن يكون مخالفا للماء في الاوصاف كلها من اللون والطعم والرائحة أو في بعضها أو لا يكون فان لم يكن مخالفا له في شيء منها كالماء المستعمل على قول من يقول انه طاهر على ما هو الصحيح وغيره من المائعات التي لا تخالف الماء في الوصف تعتبر بالاجزاء وان كان مخالفا له فيها فان غير الثلاث أو أكثرها لا يجوز الوضوء به والا جاز وان خالفه في وصف واحد أو في وصفين تعتبر الغلبة من ذلك الوجه كاللبن مثلا يخالفه في اللون والطعم فان كان لون اللبن أو طعمه هو الغالب فيه لم يجز الوضوء به والا جاز وكذا ماء البطيخ يخالفه في الطعم فتعتبر الغلبة فيه بالطعم فعلى هذا ينبغي ان يحمل ما جاء منهم على ما يليق به فيحمل قول من قال ان كان رقيقا يجوز الوضوء به والا فلا على ما اذا كان المخالط له جامدا ويحمل قول من قال ان غير أحد أوصافه

اه عيني (قوله ويحمل قول من قال اذا غير أحد أوصافه) ذكر الاحد مشعر بانه ان غير وصفاه لا يجوز الوضوء به فيحمل على أن المخالط به مخالف في الاوصاف الثلاثة لانه لو كان مخالفا له في وصف واحد أو وصفين وبقي وصف واحد للماء وصار مغلوبا يجوز الوضوء به فلا يتوقف عدم الجواز على تغير أوصفين اه يحيي قال المحقق كمال الدين رحمه الله اعلم ان الاتفاق على أن الماء المطلق تزال به الاحداث أعني ما يطلق عليه ماء والمقيد لا يزيل لان الحكم منقول الى التيمم عند فقد المطلق في النص والخلاف في الماء الذي خالطه زعفران ونحوه مبني على انه تقييد سكت أولا

فقال الشافعي وغيره تقييد به يقال ماء الزعفران ونحن لا ننكره انه يقال ذلك ولكن لا تمتنع مع ذلك ما دام المخالط مغلوبا جاز أن يتوق القائل فيه هذا ماء من غير زيادة وقد رأينا من يقول في ماء المد والنيل حال غلبة لون الطين عليه و يقع الاوراق في الحياض زمن الخريف فمر الرفيقان ويقول أحدهما للآخر هنا ماء تعال نشرب نتوضأ فيطلقه مع تغير أوصافه بانتفاعها فظهر لنا من اللسان أن المخالط المغلوب لا يسلب الاطلاق فوجب ترتيب حكم المطلق على الماء الذي هو كذلك وقد اغتسل صلى الله عليه وسلم يوم الفتح من قصعة فيها أثر العجين رواه النسائي والماء بذلك يتغير ولم يعتبر للمغلوبية اه قال في المستصفى فان قيل مثل هذه الاضافة يعني ماء الباقلاء وأشباهه موجودة فيما ذكرت من نبيذ المستصفى قلنا قولك ماء الوادي وماء العين قلنا اضافته الى الوادي والعين اضافة تعريف لا تقييد لانه تتعرف ماهيته بدون هذه الاضافة وتفهم بمطلق قولنا الماء بخلاف ماء الباقلاء وأشباهه فانه لا تتعرف ماهيته بدون ذلك القيد ولا ينصرف الوهم اليه عند الاطلاق ولهذا صح نفي اسم الماء عنه فيقال ما سلانه يشرب الماء وان كان شرب الباقلاء والمرق ولو كان ماء حقيقة لما صح نفيه لان الحقيقة لا تسقط عن المسمى أبدا ويكذب نافيها وهذا كما يقال صلاة الجمعة ولحم الابل وصلاة الجنازة ولحم السمك تأمل تفهم

جاز الوضوء به على ما اذا كان المخالط له يخالفه في الاوصاف الثلاثة ويحمل قول من قال اذا غير أحد
أوصافه لا يجوز الوضوء به على ما اذا كان يخالفه في وصف واحد أو وصفين ويحمل قول من اعتبر بالاجزاء
على ما اذا كان المخالط لا يخالفه في شيء من الصفات فاذا نظرت وتأملت وجدت ما قاله الاصحاب لا يخرج
عن هذا وجدت بعضها مصرحا به وبعضها مشارا اليه وقال الشافعي اذا تغير بما يمكن الاحتراز
عنه لا يجوز الوضوء به لانه ماء مقيد ألا ترى أنه يقال ماء الزعفران ونحوه ولنا قوله عليه السلام اغسلوه
بماء وسدر قاله لمحرم وقصته ناقته فمات وعن أم هانئ بنت أبي طالب أنها دخلت على النبي صلى الله
عليه وسلم يوم فتح مكة وهو يغتسل من قصعة فيها أثر العجين الحديث وأمر النبي صلى الله عليه وسلم
قيس بن عاصم حين أسلم أن يغتسل بماء وسدر فلولا أنه طهور لما أمره أن يغتسل بذلك لان غسل الميت
لا يجوز الا بما يجوز به الوضوء ولما اغتسل رسول الله صلى الله عليه وسلم بماء فيه أثر العجين وعن عائشة
رضي الله عنها انه عليه السلام كان يغتسل ويغسل رأسه بالخطمي وهو جنب ويجتزئ بذلك ولا يصب
عليه الماء كذا ذكره في الغاية واضافته الى الزعفران ونحوه للتعريف كاضافته الى البئر بخلاف ماء
البطيخ ونحوه حيث تكون اضافته للتقييد ولهذا ينفى اسم الماء عنه ولا يجوز نفيه عن الاول قال
رحمه الله (وبماء دائم فيه نجس ان لم يكن عشرا في عشر) أي لا يجوز الوضوء بماء راكد دائم اذا وقعت فيه
نجاسة ولم يبلغ الماء عشرا في عشر لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البول في الماء الدائم وعن غمس اليد في الاناء
قبل ان يغسلها ثلاثا وقال مالك لا يتنجس الا بالتغير لقوله عليه السلام خلق الله الماء طهورا لا ينجسه شيء
الا ما غير طعمه الحديث ولنا ما روينا وما رواه محمول على الماء الجاري لانه ورد في بئر بضاعة وماؤها كان
جاريا في البساتين فعملنا بالاحاديث كلها وهو أولى من ترك بعضها ولان حديث بئر بضاعة لم يثبت هكذا
ذكره الدارقطني فلا يعارض الصحيح وقال الشافعي اذا كان الماء قلتين لا يتنجس بوقوع النجاسة فيه
ما لم يتغير لقوله عليه السلام اذا كان الماء قلتين لم يحمل خبثا وليس له فيه حجة لضعفه جماعة من
المحدثين حتى قال البيهقي من الشافعية الحديث غير قوي وقد تركه الغزالي والروياني مع شدة اتباعهما
للشافعي لضعفه فلا يعارض ما رويناه ولان القلة مجهولة لتفاوت القلل فلا يمكن ضبطها فلا يتعبدنا
الله تعالى بمجهول وتقديره بما قدر به الشافعي لا يهتدى اليه الرأي فلا يجوز اثباته الا بالنقل ولان القلة
اسم مشترك يقال لرأس الجبل قلة وللجرة قلة وللحب قلة ولرأس الانسان قلة وكل شيء أعلاه قلته ولا
يمكن حملها على أحدها الا بدليل قال علي كرم الله وجهه

لنقل الصخر من قلل الجبال . أحب الي من ذل السؤال

قال رحمه الله (فهو كالجاري) أي اذا بلغ عشرا في عشر يكون كالجاري حتى لا يتنجس بوقوع النجاسة
فيه وقوله فهو كالجاري بالفاء في المختصر والواو أولى لئلا تلتبس بالجواب فيكون معناه ان لم يكن
عشرا في عشر فهو كالجاري فيفسد المعنى ثم في قوله كالجاري اشارة الى انه لا يتنجس موضع الوقوع
وهو مروي عن أبي يوسف وبه أخذ مشايخ بخارى وبلخ ولكن الصحيح ان موضع الوقوع يتنجس

(قوله حيث تكون اضافته للتقييد) وعلامة اضافة التقييد قصور الماهية في المضاف ألا ترى انه لو حلف لا يصلي فصلى الظهر يحنث لانها
صلاة مطلقة اضافتها الى الظهر للتعريف ولا يحنث بصلاة الجنازة لانها ليست بصلاة مطلقة واضافتها الى الجنازة للتقييد كذا في الدراية
وفي مشكلات خواهر زاده في باب الكسوف كل ما كانت الماهية فيه كاملة فالاضافة فيه للتعريف وما كانت ماهيته ناقصة فالاضافة
فيه للتقييد نظير الاول ماء السماء وماء البحر وصلاة الكسوف ونظير الثاني ماء الباقلا وصلاة الجنازة اه (قوله ولهذا ينفى اسم الماء
عنه) يقول ما شربت ماء وان كان شرب ماء البطيخ ونحوه والحقيقة لا تنفى اه (قوله ولم يبلغ الماء عشرا) كالاواني والآبار (قوله
لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البول) قال في المجتبى وأما البول فيه فمكروه قليلا كان أو كثيرا دائما أو جاريا وسمى أبو حنيفة رضي الله عنه من يبول في الماء الجاري جاهلا اه (قوله بئر بضاعة) بئر قديمة بالمدينة وعن الجوهري تكسر وتضم اه كاكي (قوله وماؤها كان جاريا في البساتين) واعتبار عموم اللفظ انما يكون أولى لو لم يكن العام مخصوصا أما اذا كان مخصوصا فلا وههنا مخصوص بدليل يساويه وهو ما رويناه من الحديث اه رازي رحمه الله (قوله ولان القلة مجهولة) القلة الجرة تحمل من اليمن تسع فيها قربتين وشيأ والقلتان خمس قرب كل قربة خمسون منا وقيل جرة تسع فيها مائة وخمسا وعشرين وفي الحلية القلتان خمسمائة رطل بالبغدادي وقيل القلتان خمسمائة من وقال الزبيري ثلثمائة من واختاره القفال اه ك (قوله يقال لرأس الجبل قلة) ولقامة الرجل
قلة فيكون معناه اذا بلغ ماء الوادي قدر القامتين أو رأس الجبل لا يحمل خبثا لانه يصير بحرا أو غديرا عظيما اه كاكي (قوله اذا بلغ عشرا
في عشر) وانما اعتبر عدد العشرة دون غيره من الاعداد لان العشرة أدنى ما ينتهي اليه نوع الاعداد وقيل عدد خطر في الشرع ولهذا
اعتبر في نصاب السرقة والمهر اه كاكي (قوله فيفسد المعنى) ولكن اذا جعلنا الفاء تفسيرية يزول الاشكال اه ع (قوله لا يتنجس موضع
الوقوع) أي الا اذا ظهر الاثر (قوله ان موضع الوقوع يتنجس) أي في الراكد الذي يبلغ عشرا في عشر وأما الجاري فالاصح ان موضع
الوقوع فيه لا يتنجس ولا فرق بين المرئية وغيرها وهذا قول مشايخ العراق وقد فرق مشايخ بخارى وبلخ بين المرئية وغيرها فقالوا في المرئية

ذ كره في المبسوط والبدائع والمفيد واليه أشار القدوري بقوله جاز الوضوء من الجانب الآخر وذكر أبو الحسن الكرخي أن كل ما خالطه النجس لا يجوز الوضوء به وان كان جاريا وهو الصحيح فعلى هذه الرواية ان ما ذكره المصنف لا يدل على ان موضع الوقوع لا يتنجس لانه لم يجعله الا كالجاري فاذا تنجس موضع الوقوع من الجاري فهذا أولى ان يتنجس ثم العبرة بحالة الوقوع فان نقص بعده لا يتنجس وعلى العكس لا يطهر ثم اعلم ان أصحابنا اختلفوا في هذه المسئلة فمنهم من يعتبر بالتحريك ومنهم من يعتبر بالمساحة وظاهر المذهب انه يعتبر بالتحريك وهو قول المتقدمين منهم حتى قال في البدائع والمحيط اتفقت الرواية عن أصحابنا المتقدمين أنه يعتبر بالتحريك وهو ان يرتفع وينخفض من ساعته لا بعد المكث ولا يعتبر أصل الحركة لان الماء لا يخلو عنه لانه متحرك بطبعه ثم اختلف كل واحد من الفريقين في التقدير فأما من قال بالمساحة فمنهم من اعتبر عشرا في عشر وهو الذي اختاره صاحب الكتاب ومشايخ بلخ وابن المبارك وجماعة من المتأخرين قال أبو الليث وعليه الفتوى ومنهم من اعتبر أن يكون ثمانيا في ثمان قاله محمد بن مسلمة ومنهم من اعتبر أن يكون اثني عشر في اثني عشر ومنهم من اعتبر أن يكون خمسة عشر في خمسة عشر والذراع المذكور فيه ذراع الكرباس وهو ذراع العامة ست قبضات أربع وعشرون اصبعا وعند بعضهم يعتبر ذراع المساحة واختاره في غير مطلوب وهي ذراع الملك سبع قبضات باصبع قائمة ثم لو كانت النجاسة في موضع من الماء تنجس من كل جانب الى عشرة أذرع على قول من يرى تنجس موضع الوقوع وأما من اعتبر بالتحريك فمنهم من اعتبره بالاغتسال رواه أبو يوسف عن أبي حنيفة وروى محمد عنه بالتوضئ وروى عن أبي يوسف انه يعتبر باليد من غير اغتسال ولا وضوء وروى عن محمد أنه يعتبر بغمس الرجل وقيل يعتبر أن لا يخلص الجزء المستعمل بنفسه الى الجانب الآخر الا بحركة الاستعمال لا بالاضطراب الذي يكون في الماء عادة وقيل يلقى فيه قدر النجاسة من الصبغ فموضع لم يصل اليه الصبغ لم يتنجس وقيل يعتبر التكدر وظاهر الرواية عن أبي حنيفة أنه يعتبر أكبر الرأي يعني رأي المبتلى به فان غلب على ظنه أنه وصل الى الجانب الآخر لا يجوز الوضوء منه والا جاز ذكره في الغاية قال وهو الاصح وهذا لان المذهب الظاهر عند أبي حنيفة التحري والتفويض الى رأي المبتلى به من غير تحكم بالتقدير فيما لا تقدير فيه من جهة الشارع ثم المعتبر في العمق أن يكون بحال لا ينحسر بالاغتراف لانه اذا انحسر ينقطع الماء بعضه عن بعض ويصير الماء في مكانين وهو اختيار الهندواني والصحيح اذا أخذ الماء وجه الارض يكفي ولا تقدير فيه في ظاهر الرواية وقيل مقدر بذراع أو أكثر وقيل بمقدار شبر وقيل بزيادة على عرض الدرهم الكبير المثقال ولو تنجس

لا يتوضأ من الجانب الذي وقعت فيه وفي غير المرئية يتوضأ منه اه يحيى (قوله ثم اعلم أن أصحابنا اختلفوا في هذه المسئلة) الماء الكثير الذي اذا وقع فيه نجاسة لا يتنجس اختلفوا في بيانه فقيل يفوض الى رأي المبتلى به ولا يقدر بشيء معين وقيل يقدر اما بالتحريك أو المساحة أو تغير اللون على اختلاف الآراء اه يحيى الحوض الكبير اذا انجمد ماؤه فثقب انسان فيه ثقبا وتوضأ من ذلك الموضع ان كان الماء منفصلا عن الجمد فلا بأس به لانه يصير كالحوض المسقف وان كان متصلا لا يجوز لانه صار كالقصعة قاله الولوالجي وقال قاضيخان حوض كبير تجمد وثقب ان كان الماء تحت الجمد غير ملتزق بالجمد جاز فيه الوضوء وان كان ملتزقا بالجمد الا انه يتحرك بالتحريك فان حرك الماء عند ادخال كل عضو من تحت جاز وان خرج الماء من الثقب وانبسط على وجه الجمد بقدر ما لو رفع الماء بكفه لا ينحسر ما تحته من الجمد جاز فيه الوضوء والا فلا وان كان الماء في الثقب كالماء في الطست لا يجوز فيه الوضوء الا ان يكون الثقب عشرا في عشر وقال قاضيخان حوض أعلاه ضيق وأسفله عشر في عشر وقعت فيه نجاسة فتنجس أعلاه ثم انتهى الى موضع هو عشر في عشر يصير طاهرا ويجعل كأن النجاسة وقعت في الحال كالحوض المتجمد اذا كان الماء في ثقبه وثقبه أقل من عشر في عشر تنجس ما كان في الثقب فان قل الماء وتسفل يطهر وقال بعضهم لا يطهر بمنزلة الماء القليل اذا وقعت فيه نجاسة ثم انبسط وصار عشرا في عشر اه (قوله ذراع الكرباس) توسعة للامر على الناس لانه أقصر من ذراع المساحة باصبع اه كذا قال الكاكي ثم اختلفت ألفاظ الكتب في تعيين الذراع فجعل الصحيح في الهداية ذراع الكرباس وهو سبع مشتات ليس فوق كل مشت اصبع قائمة ذكره في فتاوى الولوالجي والمجتبى وجعل الصحيح في فتاوى قاضيخان ذراع المساحة لانه أليق بالممسوحات وهو سبع مشتات الحوض فوق كل مشت اصبع قائمة وفي المحيط الاصح ان يعتبر في كل زمان ومكان ذراعهم ولم يتعرض لذراع الكرباس والمساحة اه (قوله ست قبضات) قال الكمال رحمه الله وذراع الكرباس ست قبضات ليس فوق كل قبضة اصبع قائمة وجعلها الولوالجي سبعا اه (قوله وقيل يعتبر التكدر) أي ان كان الماء بحال لو اغتسل فيه تكدر الجانب الذي اغتسل فيه بسبب الاغتسال ان وصلت الكدرة الى الجانب الآخر فهو مما يخلص بعضه الى بعض وان لم تصل فهو مما لا يخلص نهاية (قوله بالاغتراف) أي لا ينكشف بالاغتراف حتى لو انحسر ثم اتصل بعد ذلك لا يتوضأ منه وعليه الفتوى كذا في الفتاوى الظهيرية قال في الهداية وهو الصحيح اه كاكي (قوله ولو تنجس الحوض الصغير) قال الولوالجي الحوض الصغير اذا كان نجسا فدخل الماء من جانب وخرج من جانب يطهر وان لم يخرج مثل ما فيه لان الماء

الجاري لما اتصل به وخرج صار في حكم الماء الجاري والماء الجاري طاهر الا ان تستبين فيه النجاسة (قوله وخروج الماء منه طهر) وفي المحيط وهو الاصح اهـ كاكي حوض الحمام اذا تنجس ودخل فيه الماء لا يطهر ما لم يخرج منه مثل ما كان فيه ثلاث مرات وقال بعضهم اذا خرج منه مثل ما كان فيه مرة واحدة يطهر لغلبة الماء الجاري عليه والاول أحوط (قوله وسائر المائعات كالماء الى آخره) قال الولوالجي رحمه الله حوض فيه عصير وقع فيه البول ان كان عشرا في عشر لا يفسد لانه لو كان ماء لا يفسد فكذا اذا كان عصيرا ولو كان أقل من عشر في عشر يفسد فكذا في كل ما لو كان ماء يفسد فاذا كان عصيرا يفسد قال أبو يوسف بعد أن سمعت من أبي حنيفة وأكثرت قلت لا أقبل في بلد فيها أبو حنيفة قال خرجت الى بعض السواد فنزلت ماخفا في رجل فقال لي يا أبا يوسف ما تقول في رجل يتوضأ على شط الفرات فانكسرت جرار من خمر والرجل من تحت الخمرية قال فرأيته ما دريت ان أجيبه فقلت للغلام شد فليس تصلح في بلد الا فيها أبو حنيفة فلما وصلت الى أبي حنيفة فقال لي أين كنت فأخبرته الخبر قال فضحك وقال ما دريت ما تجيبه قلت والله ما دريت ما أجيبه فقال ان وجدت ريحه أو طعمه والا فلا شيء عليك ذكره الموفق المكي في الباب السابع من مناقبه اهـ (قوله على ما بناه) تقدم انه رواية عن أبي يوسف وان مشايخ بخارى أخذوا به (قوله وقيل ما لا يتكرر استعماله) ومعنى قوله لا يتكرر ان لو غسل يده وسال من يده الى النهر ثم يأخذه ثانيا لا يكون الماء الثاني عين الاول أو فيه من الماء الاول كاكي (قوله ما لم ير أثره) أي لان في الماء الجاري تنتقل النجاسة من مكان وقوعها ولا يعرف وجودها في موضع آخر الا بمشاهدة أو رائحة أو لون وفي المحيط وقعت نجاسة في الجاري ان كانت غير مرئية كالبول لا ينجس ما لم يتغير لونه أو طعمه أو ريحه ولو كانت مرئية كالجيفة والعذرة فان كان النهر كبيرا لا يتوضأ من أسفل الجانب الذي فيه الجيفة ويتوضأ من جانب آخر وان كان صغيرا فان لاقاها أكثر الماء فهو نجس وان كان أقل فهو طاهر وان كان النصف جاز الوضوء به في الحكم والاحوط أن لا يتوضأ اهـ كاكي (قوله بخلاف الراكد) أي فانها لا تنتقل من موضع وقوعها (قوله واذا اعترضت النجاسة المرئية) كالكلب الميت (قوله لا يجوز الوضوء أسفل منها) وعلى هذا ماء المطر اذا كانت العذرات عند الميزاب أو في السطح أو في الطرقات كي قال الكاكي قوله لا يفسده أقوى من قوله لا ينجسه لان قوله لا يفسده يؤذن بأنه يبقى طاهرا وطهورا وقوله لا ينجسه يفيد طهارته لا طهوريته كالتراب طاهر وليس بطهور الا عند الضرورة حكما لا حقيقة كي (قوله والزنبور) بضم الزاي قال قاضيخان في فصل النجاسة دم الحلمة والوزغة يفسد الثوب والماء ودم البق والبرغوث لا يفسد عندنا (قوله والضفدع) بكسر الدال اهـ ع (قوله في المتن لا دم له فيه) قال في الهداية ولان المنجس هو اختلاط الدم المسفوح بأجزائه حتى حل المذكى لانعدام الدم ولا دم فيها (قوله يشمل ما يعيش في الماء) كالسمك والضفدع قال المستصفى وما في المعاشي هو الذي يكون توالده ومثواه في الماء وقيل الدليل ان احمرار من خاصة الدم ولو كان لها دم لكان لها حرارة لان طبيعته لا تنفك عنه ولو كان لها حرارة لا نطفت أي لماتت بدوام السكون في الماء للمضادة بين الطبيعتين لان الماء بارد رطب والدم حار رطب (قوله وغيره) كالذباب والعقرب (قوله في المتن اذا استقر في مكان طاهر لا مطهر) وكذا لا فرق بين أن ينقطع في الماء أو لم يتقطع

الحوض الصغير ووقوع نجاسة فيه ثم دخل فيه ماء آخر وخرج الماء منه طهر وان قل اذا كان الخروج حال دخول الماء فيه لانه بمنزلة الجاري وقيل لا يطهر الا بخروج ما فيه وقيل لا يطهر الا بخروج ثلاثة أمثال ما كان فيه من الماء وسائر المائعات كالماء في القلة والكثرة قال رحمه الله (وهو ما يذهب بتبنة فيتوضأ منه ان لم ير أثره وهو طعم أو لون أو ريح) أي الماء الجاري ما يذهب بتبنة والهاء في قوله منه عائدة الى الماء الجاري أي يجوز الوضوء من الماء الجاري ان لم ير أثر النجاسة فيه ويجوز ان يعود الى الماء الراكد الذي بلغ عشرا في عشر لانه يجوز الوضوء به في موضع الوقوع ما لم يتغير في رواية وهو المختار عندهم على ما بيناه من قبل وقوله وهو طعم أي الاثر هو الطعم أو اللون أو الرائحة وحد الجريان بما ذكر وهو رواية عن الاصحاب وقيل ما لا يتكرر استعماله وقيل ان وضع الانسان يده في الماء عرضا لا ينقطع وعن أبي يوسف اذا كان لا ينحسر وجه الارض بالاغتراف بكفيه فهو جار وقيل ما يعده الناس جاريا وهو الاصح ذكره في البدائع والتحفة وقوله ان لم ير أثره أي ان لم ير أثر النجس فيه لا ينجس حتى لو بال انسان في الماء الجاري فتوضأ آخر من أسفله جاز ما لم ير أثره لان النجاسة لا تستقر مع جريان الماء بخلاف الراكد في الصحيح واذا اعترضت النجاسة المرئية على الماء الجاري ان كان الماء يجري على نصفها أو كلها لا يجوز الوضوء أسفل منها قال رحمه الله (وموت ما لا دم له فيه كالبق والذباب والزنبور والعقرب والسمك والضفدع والسرطان لا ينجسه) أي لا ينجس الماء لحديث سعيد بن المسيب عن سلمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا سلمان كل طعام وشراب وقعت فيه دابة ليس لها دم فماتت فيه فهو حلال أكله وشربه والوضوء منه ولان المنجس هو الدماء السائلة فما لا دم له مسفوحا لا تنجس بالموت فلا تنجس ما مات فيه من المائعات وقوله وموت ما لا دم له فيه يشمل ما يعيش في الماء وغيره ولم يشترط أن يموت في الماء لانه لا فرق في الصحيح بين أن يموت في الماء أو خارج الماء ثم يلقى فيه وكذا لا فرق بين الماء وغيره من المائعات قال رحمه الله (والماء المستعمل لقربة أو رفع حدث اذا استقر في مكان طاهر لا مطهر)

الاولى قول أبي يوسف لانه يقول اذا انقطع في الماء أفسد بناء على قوله ان دمه نجس وهو ضعيف فانه لادم في السمك اه وماء خرو الضفدع البري والبحري سواء وقيل البري مفسد لوجود الدم فيه اه هداية قال في الاختيار وقيل ان كان البري دم سائل أفسده وهو الاصح وفي فتاوى الظهيرية البحري ما يكون بين أصابعه سترة دون البري اه كاكي (قوله قول أبي حنيفة) لمكان الاختلاف كذا في الهداية (قوله وروى محمد) وقال محمد يكره شربه ولا يحرم ولا يعجن به اه كاكي (قوله أنه طاهر) أي وهو المشهور عن أبي حنيفة وهذه الرواية هي الصحيحة اه كاكي (قوله وأما سببه فاقامة القربة) قال في الكافي لمحمد ان الاستعمال بانتقال نجاسة الآثام اليه وانما تزال بالقربة كما ورد في الحديث من توضأ فأحسن الوضوء خرجت خطاياه حتى تخرج من تحت أظفاره وقالا اسقاط الفرض مؤثر أيضا لانه لما غسل الاعضاء وقد حل فيها ما يمنع الصلاة تحول ذلك المنع الى الماء وصار نظير تحول الآثام (قوله وعند زفر ازالة الحدث) حتى لو توضأ المحدث أو الجنب بنية القربة يصير الماء مستعملا بالاجماع ولو توضأ المتوضئ للتبرد لا يصير مستعملا بالاجماع ولو توضأ المحدث للتبرد يصير مستعملا عندهما وزفر وعند محمد لا لعدم فضل القربة وكذلك عند الشافعي لعدم زوال الحدث عنده بلا نية ولو توضأ المتوضئ لقصد القربة يصير مستعملا عند الثلاثة خلافا لزفر والشافعي (٢٤) اه كاكي قال الولوالجي رحمه الله في الماء المستعمل عن أبي حنيفة ثلاث روايات

والكلام في المستعمل في ثلاثة مواضع في صفته وسببه ووقت ثبوته فالمصنف رحمه الله بين الثلاث فقوله طاهر لا مطهر بيان لصفته وقوله لقربة أو رفع حدث بيان لسببه وقوله اذا استقر في مكان بيان لوقت ثبوت حكم الاستعمال وفي كل واحد منها كلام أما صفته ففي قول أبي حنيفة نجس نجاسة غليظة رواه عنه الحسن وقال أبو يوسف هو نجس نجاسة خفيفة وهو رواية عن أبي حنيفة وروى محمد عن أبي حنيفة وهو قوله أنه طاهر غير طهور هكذا ذكر مشايخ ما وراء النهر وأثبتوا فيه الخلاف بين الثلاث كما ذكروا وجه التنجيس أنه ماء أزيل به معنى مانع للصلاة فصار كما لو أزيل به النجاسة الحقيقية وقال مشايخ العراق انه طاهر غير طهور عند أصحابنا وهو الاصح ذكره في التحفة وغيره وقال في الغاية وهو اختيار المحققين من مشايخ ما وراء النهر وقال الاسبيجابي وعليه الفتوى ووجهه ان ملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس ولكن أقيمت به قربة أو أزيل به حدث فتغيرت صفته كمال الزكاة لما أقيمت به القربة تغيرت صفته حتى حرم على الهاشمي والغني وأما سببه فاقامة القربة أو ازالة الحدث عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد اقامة القربة لا غير وعند زفر ازالة الحدث لا غير والاول أصح لان الاستعمال بانتقال نجاسة الحدث أو نجاسة الآثام اليه وقال شمس الائمة التعليل لمحمد بعدم اقامة القربة ليس بقوي لانه غير مروي عنه والصحيح عنده ان ازالة الحدث بالماء مفسدة له الا عند الضرورة كالجنب يدخل في البئر لطلب الدلو ومثله عند الجرجاني ومن شرط نية القربة عند محمد استدل بمسئلة البئر حيث قال الماء بحاله والرجل طاهر اذ لو كان ازالة الحدث عنده توجب الاستعمال لتغير الماء وجوابه أنه انما لم يتغير للضرورة لا لان الماء لا يصير مستعملا بازالة الحدث فصار نظير ما لو أدخل المحدث أو الجنب أو الحائض التي طهرت يده في الماء لا يصير الماء مستعملا للضرورة والقياس انه يصير مستعملا عندهم لازالة الحدث ولكن سقط للحاجة وقد

روى محمد عنه انه طاهر غير طهور والفتوى عليه لعموم البلوى الا في الجنب على ما يأتي بيانه وان غسل رأس انسان مقتول قد بان منه بالماء كان مستعملا لان الرأس اذا وجد مع البدن ضم الى البدن وصلي عليه فكان هو بمنزلة البدن فيكون غسالته مستعملة قال قاضيخان رحمه الله اتفق أصحابنا في الرواية الظاهرة على ان الماء المستعمل في البدن لا يبقى طهورا واختلفوا في طهارته وفي السبب الذي يصير به الماء مستعملا وفي الوقت الذي أخذ الماء حكم الاستعمال أما السبب فاتفقوا انه يصير مستعملا اذا استعمل للطهارة واختلفوا في انه هل يصير مستعملا بسقوط الفرض اذا لم ينو ذلك أو قصد التبرد أو اخراج الدلو من البئر قال أبو حنيفة وأبو يوسف يصير مستعملا وقال محمد في المشهور عنه لا يصير مستعملا وأما وقت ثبوت حكم الاستعمال اتفقوا انه ما دام على العضو لا يعطى له حكم الاستعمال وبعد الزوال عن العضو اختلفوا فيه قال بعضهم يصير مستعملا وان كان في الهوى بدليل ان المحدث اذا غسل ذراعيه فامسك انسان يده تحت ذراعيه وغسلهما بذلك الماء لا يجوز مروي ذلك عن أصحابنا وكذا المحدث اذا غسل عضوا قبل أن يجتمع في المكان غسل به عضوا آخر لا يجوز على قول أبي مطيع البلخي وقال بعضهم لا يصير مستعملا ما لم يستقر في مكان ويسكن عن التحريك وأما الاختلاف في طهارة الماء المستعمل ونجاسته قال أبو حنيفة وأبو يوسف في المشهور عنهما هو نجس وقال محمد طاهر فان أصاب ذلك الماء ثوبا ان كان ذلك ماء الاستنجاء فأصابه أكثر من قدر الدرهم لا تجوز الصلاة عندنا وان لم يكن ذلك ماء الاستنجاء على قول أبي حنيفة وأبي يوسف لا يمنع ما لم يفحش والفاحش عند أبي حنيفة ما يفحشه الناظر وقيل ان كان ربع الثوب فهو كبير وقال أبو يوسف ان كان شبرا في شبر فهو كبير وفي رواية محمد عن أبي يوسف يقدر بالربع قيل اراد به ربع الكم وربع الذيل لا ربع جميع الثوب المرأة اذا وصلت شعرها بشعر غيرها ثم غسلت الشعر الذي وصلت لم يصر الماء مستعملا وان غسلت شعر الرأس صار الماء مستعملا اه ظهيرية (قوله لا يصير الماء مستعملا للضرورة) لانه عسى أن لا يجد اناء صغيرا ولا يمكنه صب

الماء على يده من الكبير فيضطر الى الادخال اه كافي (قوله فلو اغتسلوا لاخراج الدلو كلما وقع الى آخره) قال في الكافي واتمام يحكم محمد باستعمال الماء في مسئلة البئر للضرورة فانهم لو جاؤا بطلب دلوهم لا يمكنهم أن يكلفوه بالاغتسال أولا اه (قوله بما جرى على العضو) أي لا لان البلة الباقية في الكف (٦) ما استعمل بل المستعمل الذي انفصل من الكف وجرى على العضو الذي أريد غسله اه (قوله في المتن ومسئلة البئر جحط) كلام اضافي مبتدأ وقوله جحط في موضع الرفع على الخبرية تقديره ومسئلة البئر تضبط فيها بحروف جحط اه ع (قوله لطلب الدلو) قيد به لانه لو انغمس للاغتسال يفسد الماء عند الكل والمراد من الجنب الذي ليس في بدنه نجاسة من المني وغيره اه كاكي (قوله وكذا الماء) أي طاهر طهور والا فالماء المستعمل طاهر عنده

ورد حديث عائشة رضي الله عنها في اغتسالها مع النبي صلى الله عليه وسلم من اناء واحد حتى لو أدخل رجله في الاناء أو رأسه أو نحو ذلك من أعضائه أفسده لعدم الضرورة فكذا هنا لان وقوع الدلو في البئر يكثر والجنابة تكثر أيضا فلو اغتسلوا لاخراج الدلو كلما وقع يحرجون ولو توضأ الصبي يصير الماء مستعملا ولو غسل الطاهر شيأ من بدنه غير أعضاء الوضوء كالفخذ والجنب بنية القربة قيل يصير مستعملا كأعضاء الوضوء وقيل لا يصير مستعملا وأما وقت ثبوت حكم الاستعمال فقد ذكر كثير من المشايخ انه لا يكون مستعملا حتى يستقر في مكان سواء كان ذلك الموضع أرضا أو اناء أو كف المتوضئ وهو قول سفيان الثوري وقالوا لانه لو مسح رأسه بما بقي في كفه من البلة يجوز وكذا لو بقي من بدنه لمعة من عضو فأخذ الماء منه أي من ذلك العضو وغسل به اللمعة جاز ولا يجوز بما أخذه من عضو آخر في الوضوء بخلاف الجنابة لان البدن كله بمنزلة عضو واحد فيها ومن أي عضو كان في الجنابة يجوز أن يستوعبها به لعدم الاستقرار في موضع والصحيح انه كما زايل العضو يصير مستعملا لان سقوط حكم الاستعمال قبل الانفصال للضرورة ولا ضرورة بعده ولا يجوز المسح بما بقي من البلة بعد الاستعمال في رواية قلنا ان نمنع وعلى الصحيح انما يجوز بعد ما استعمله في المغسول لان الفرض تأدى بما جرى على العضو لا بالبلة الباقية في الكف وغيره قال رحمه الله (ومسئلة البئر جحط) أي إذا انغمس الجنب في البئر لطلب الدلو فعند أبي حنيفة الرجل والماء نجسان وعند أبي يوسف كلاهما بحاله وعند محمد كلاهما طاهر فالجيم علامة نجاستهما والحاء علامة بقائهما على حالهما والطاء علامة طهارتهما وجه قول محمد ان الرجل طاهر لعدم اشتراط الصب وكذا الماء لعدم نية القربة وهي شرط عنده وعند بعضهم وقد ذكرناه ووجه قول أبي يوسف ان الرجل بحاله لعدم الصب وهو شرط عنده وكذا الماء بحاله لعدم نية القربة وازالة الحدث ولابي حنيفة ان الماء نجس باسقاط الفرض عن البعض بأول الملاقاة والرجل نجس لبقاء الحدث في بقية الاعضاء أو لنجاسة الماء المستعمل على اختلاف الاقاويل وعنه أن الرجل طاهر لان الماء لا يعطى له حكم الاستعمال قبل الانفصال وهو أوفق الروايات عنه قال رحمه الله (وكل إهاب دبغ فقد طهر) لحديث ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيما إهاب دبغ فقد طهر وأي نكرة يراد بها جزء ما تضاف اليه وقد وصفت بصفة عامة فتعم ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل وفي الفيل خلاف محمد وقوله طهر يفيد طهارة باطنه وظاهره فيكون حجة على مالك في قوله يطهر ظاهره دون باطنه حتى لا يجوز أن يصلي فيه ولا الوضوء منه عنده وتجوز الصلاة عليه وقوله كل إهاب يتناول جميع جلد يحتمل الدباغ وأما ما لا يحتمل الدباغ مثل جلد الحية الصغيرة والفأرة لا يطهر بالدباغ كاللحم وعن

اه سروجي (قوله لعدم نية القربة) أي التي يصير الماء بها مستعملا عنده اه (قوله وهو شرط) أي لاسقاط الفرض واقامة القربة اه كافي (قوله وهو أوفق الروايات) أي للقياس وقال الكافي أي أسهل وفي شرح المجمع وهذه الرواية صحيحة لان الماء ما دام مترددا على الاعضاء فالضرورة داعية الى الحكم بطهارته وبعد الانفصال لا ضرورة اه كاكي (قوله في المتن وكل إهاب) اسم للجلد الغير المدبوغ والمراد إهاب الميتة لان إهاب المذكاة طاهر فلا يحتاج الى الدباغة اه يحيى ثم اعلم أن ما هو نجس العين يحتمل أن يتبدل الى الطهارة بأمر شرعي قال في معراج الدراية في باب الأسآر فان جلد الميتة نجس العين حتى لم يجز بيعه بالاتفاق ولو كان نجسا بالمجاورة لجاز بيعه كالثوب النجس والدهن النجس ثم الدباغ أثر فيه وطهره كتخليل الخمر فعلم أن ما هو نجس العين يحتمل التبدل الى الطهارة بأمر شرعي اه (قوله أيما إهاب دبغ فقد طهر) الحديث رواه الجماعة غير البخاري اه كاكي (قوله وقد وصفت بصفة عامة) أي وهي الدباغة اه (قوله فتعم ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) وسواء كان ذكية أو ميتة اه رازي خلافا لمالك في جلد الميتة لقوله عليه الصلاة والسلام لا تنتفعوا من الميتة بإهاب وللشافعي في جلد الكلب لانه نجس العين عنده رازي فان قيل الحديث متروك الظاهر لانه يتناول جلد الخنزير والآدمي ولا يطهران بالدباغ قلنا جلد الخنزير لا يندبغ فلا يطهر لان شعره غليظ ينبت من لحمه ولانه نجس العين كالخمر وجلد الآدمي ان احتمل الدباغ طهر لكن لا يحل دبغه وسلخه وامتهانه احتراما له كشعره اه كافي (قوله وفي الفيل خلاف محمد) أي لانه عنده نجس العين اه (قوله ولا الوضوء منه) أي بأن يجعل قربة اه

محمد لو أصلح مصارين الشاة الميتة أو دبغ المثانة وأصلحها طهرت وقال أبو يوسف هي كاللحم ثم كل ما يمنع النتن والفساد فهو دباغ والذي يمنع النتن على نوعين حقيقي كالقرظ والشث والعفص ونحوه وحكمي كالتتريب والتشميس والالقاء في الريح ولو جف ولم يستحل لم يطهر وما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة لانها أبلغ في ازالة الرطوبات والدماء من الدباغ وقال كثير من المشايخ يطهر جلدها ولا يطهر لحمه كما لا يطهر بالدباغ وهو الصحيح لان سؤره نجس وما ذاك الا لنجاسة عينه على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (الا جلد الخنزير والآدمي) أما الخنزير فلانه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس راجع اليه أي الى الخنزير لقربه فان قيل عود الضمير كما يكون الى الاقرب يكون الى المقصود والمضاف هو المقصود بالنسبة دون المضاف اليه فوجب عود الضمير اليه كما يقال لقيت ابن عباس فحدثته قلنا لا يمتنع عود الضمير الى المضاف اليه قال الله تعالى واشكروا نعمة الله ان كنتم اياه تعبدون ولانه لما تعارض الاصلان فصرفه الى ما هو العمل بهما أولى اذ اللحم موجود في الخنزير وأما الآدمي فلحرمته واستثناؤه مع الخنزير يدل على أنه لا يطهر وليس كذلك بل اذا دبغ طهر ذكره في الغاية ولكن لا يجوز الانتفاع به كسائر أجزائه قال رحمه الله (وشعر الانسان والميتة وعظمهما طاهران) لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ألا كل شيء من الميتة حلال الا ما أكل منها وكان للنبي صلى الله عليه وسلم مشط من عاج ولانه عليه السلام ناول شعره أبا طلحة فقسمه بين الناس ولو كان نجسا لما فعل ذلك وقال الشافعي هما نجسان والحجة عليه ما رويناه ولانه لا حياة فيهما حتى لا يتألم الحيوان بقطعهما فلا يحلهما الموت وأراد بالميتة غير الخنزير وأما الخنزير فجميع أجزائه نجس العين خلافا لمحمد في شعره وهو يقول ان حل الانتفاع به يدل على طهارته ولنا أنه نجس العين اذ الهاء في قوله تعالى فانه رجس منصرف اليه وهو يشمل جميع أجزائه وجواز الانتفاع به للاساكفة للضرورة ولولا الضرورة ونفي غيره فيبقى على أصله ولبن الميتة وبيضها وعصبها وإنفحتها الصلبة طاهرة لان اللبن لا يموت وقال أبو يوسف ومحمد لا يشرب اللبن لانه في وعاء الميتة وكذا البيض ان كان مائعا لا يؤكل ونافجة المسك ان كانت بحال لو أصابها الماء لم تفسد فهي طاهرة والاصح أنها طاهرة بكل حال

(قوله الثالثة) بالثلثة اه (قوله والشث) بالثاء المثلثة شجر يدبغ بورقه وهو كورق الخلاف والشب تصحيف لانه ليس بالدباغ اه مغرب (قوله والعفص) أي يطهر الجلد ولا تعود نجاسته أبدا اه وقاية (قوله ولو جف ولم يستحل لم يطهر) أي لم يزل نتنه وفي الحلية قال أبو نصر سمعت بعض أصحاب أبي حنيفة يقول انما يطهر بالتشميس اذا عملت الشمس به عمل الدباغ اه كاكي (قوله وما يطهر بالدباغ يطهر بالذكاة) انما يطهر الجلد بالذكاة اذا كانت في المحل من الاهل فذكاة المجوسي لا يطهر بها الجلد بل بالدبغ لانها إماتة قاله الكمال وفي التبيين والصحيح أنه يطهر اه وفي الاسرار عن مشايخنا لا يطهر لحمه بالذكاة وهو الصحيح عندنا وبه قال الشافعي وأحمد لان الحرمة لا للكرامة فيما يعتاد أكله تدل على النجاسة لكن بين اللحم والجلد جلدة رقيقة تمنع مماسة اللحم الجلد فلا ينجس وبه أخذ المحققون من أصحابنا أبو جعفر والناطفي وشيخ الاسلام خواهر زاده وقاضيخان وفي الخلاصة وهو المختار وقال بعضهم يطهر لحمه وان لم يحل الاكل بدليل ان جلده يطهر بالذكاة والجلد متصل باللحم وبه أخذ المصنف وبه قال مالك وفي القنية قال الكرابيسي والقاضي عبد الجبار مجوسي ذبح حمارا قيل لا يطهر والصحيح انه يطهر اه كاكي قال في شرح الوقاية وان كانت بالتراب أو بالشمس يطهر اذا يبس ثم اصابه الماء هل يعود نجسا فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان وعن أبي يوسف ان صار بالشمس بحيث لو ترك لم يفسد كان دباغا اه وقال العيني في شرح المجمع ولو أصابها ماء أو شيء مائع بعد الدباغة الحقيقية لا يعود نجسا وبعد الحكمية عن أبي حنيفة روايتان اه (قوله في المتن الا جلد الخنزير والآدمي) قيل الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا والذي قيل اذا طحن سن الآدمي مع الحنطة لم تؤكل فلذلك لحرمة الآدمي لا لنجاسته والجواب عن تعلقهم بقوله تعالى حرمت عليكم الميتة ما قاله العلامة الميتة ما فارقه الروح بلا ذكاة ولا روح لهذه الاشياء فلم تدخل تحت التحريم اه كاكي وانما أخر لان الموضع موضع إهانة كما في قوله تعالى لهدمت صوامع وبيع وصلوات اه ع (قوله اذا دبغ طهر) قيل لا يحكم بطهارته لئلا يستعمل كرامة له اه يحيى (قوله ذكره في الغاية) قال الرازي وجلد الآدمي ان لم يحتمل الدباغ فطاهر وان احتمله طهر لكن لا يحل سلخه ودبغه وابتذاله احتراما له انتهى فحاصل هذا الكلام ما عدا هذين لا هذين يطهر بالدباغ وهو ساكت عنهما فليس فيه الحكم بنجاستهما فكيف فهمه الشارح واشتغل بالاستدلال عليه أقول المفهوم في الروايات معتبر عندنا فيفهم الحكم بنجاستهما بطريق المفهوم اه يحيى (قوله ولبن الميتة) ذائبا كان او جامدا اه كاكي (قوله وانفحتها) بكسر الهمزة وفتح الفاء وتخفيف الحاء أو تشديدها شيء يستخرج من بطن الجدي أصفر يعصر في صوفة مبتلة في اللبن فيغلظ كالجبن ولا تكون الا لكل ذي كرش وقيل من نفس الكرش الا أنه يسمى إنفحة ما دام رضيعا وان رعى العشب سمي كرشا ويقال المنفحة أيضا كذا في المغرب وقال أبو يوسف ومحمد لا يشرب اللبن أي وعند أبي يوسف ومحمد ان كان جامدا يغسل ويؤكل اه كاكي (قوله والاصح أنها طاهرة بكل حال) قال صدر الشريعة في شرح الوقاية والصحيح في نافجة المسك جواز الصلاة معها من غير فصل اه

حال ومن الذكية طاهرة بالاتفاق قال رحمه الله (وتنزح البئر بوقوع نجس) أسند الفعل الى البئر والمراد ماؤها اطلاقا لاسم المحل على الحال كقولهم جرى الميزاب وسال الوادي وأكل القدر والمراد ما حل فيها وأطلق النزح ولم يقدره بشيء لانه لم يعين ما وقع فيها من النجاسة فأي نجس وقع فيها يوجب نزحها وهو على ثلاث مراتب إما أن يوجب نزح الجميع أو عشرين دلوا أو أربعين على ما يأتي بيانه ان شاء الله وما قاله بعضهم في الحلمة ينزح عشر دلاء ليس بقوي لعدم النقل بالتقدير بأقل من ذلك ولهذا ينزح من ذنب الفارة المنقطع المتيمم عشرون لانه أقل ما جاء فيه التقدير ثم مسائل البئر مبنية على اتباع الآثار لان الاقيسة فيها متعارضة ففي قياس يجب أن لا تطهر أبدا وهو قول بشر المريسي لانه لا يمكن غسل حجارتها وحيطانها وفي قياس آخر يجب أن لا تنجس وهو ما روي عن محمد انه قال اتفق رأيي ورأي أبي يوسف أن ماء البئر في حكم الماء الجاري لانه ينبع من أسفلها ويؤخذ من أعلاها فلا تنجس بوقوع النجاسة فيها كحوض الحمام اذا كان الماء ينصب فيه من أعلاه ويغترف من أسفله لا تنجس بادخال اليد النجسة فيه بلا خلاف فتركنا القياس وأخذنا بالاثر وهو في المقادير كالخبر قال رحمه الله (لا ببعرتي ابل وغنم ونحو حمام وعصفور) أي لا يجب النزح بوقوع هذه الاشياء فيها أما البعر فللضرورة لان الآبار في الفلوات ليس لها رؤس حاجزة والابل والغنم تبعر حولها فتلقيه الريح فيها فلو أفسد القليل الماء لزم الحرج وهو مدفوع فعلى هذا لا فرق بين الرطب واليابس والصحيح والمتكسر والبعر والخثي والروث لشمول الضرورة وبعضهم يفرق والظاهر الاول وكذا لا فرق بين آبار المصر والفلوات في الصحيح لما قلنا ثم اختلفوا في الفاصل بين القليل والكثير فقيل الثلاث كثير والى هذا أشار في الكتاب بقوله ببعرتي ابل واستدل عليه بأن محمدا قال في الجامع الصغير فان وقعت فيها بعرة أو بعرتان لم يفسد الماء فدل على أن الثلاث تفسد وهذا ليس بقوي لانه ذكر فيه ان وقعت فيها بعرة أو بعرتان لا تفسد حتى تفحش والثلاث ليس بفاحش وروي عن أبي حنيفة ان الكثير ما يستكثره الناظر والقليل ما يستقله وعليه الاعتماد وقيل الكثير ما يغطي وجه الماء كله وقيل ما لا يخلو فيه كل دلو عن بعرة والشاة تبعر في المحلب ان رمي من ساعته لا ينجس للضرورة ولو وقعت النجاسة في الاناء لا يعفى لقوله عليه السلام في فارة ماتت في السمن ان كان جامدا فألقوها وما حولها وان كان مائعا فلا تقربوه وأما خرء الحمام والعصفور فليس بنجس لعدم الاستحالة الى الفساد ولاجماع المسلمين على اقتناء الحمامات في المساجد قال رحمه الله (وبول ما يؤكل لحمه نجس) وقال محمد هو طاهر لما روي من قصة العرنيين انهم اجتووا المدينة فأمرهم عليه الصلاة والسلام أن يشربوا من أبوال الابل وألبانها ولهما قوله عليه الصلاة والسلام استنزهوا البول

(قوله وتنزح البئر) أي بعد اخراجه اه ع (قوله إما أن يوجب) أي الوقوع اه (قوله في الحلمة) الحلمة القراد الضخم الغليظ اه (قوله ينزح عشر دلاء) نقل الكاكي عن التمرتاشي أنه ينزح في ولد الفارة والحلمة عشرون اه (قوله كحوض الحمام) في منية المصلي وفي نوادر المعلى عن أبي يوسف ماء الحمام بمنزلة الماء الجاري اذا أدخل يده فيه وفي يده قذر لم يتنجس واختلف المتأخرون في بيان هذا القول قال بعضهم مراده حالة مخصوصة وهو ما اذا كان الماء يجري من الانبوب الى حوض الحمام والناس يغترفون غرفا متداركا ومنهم من قال هو عنده بمنزلة الماء الجاري على كل حال لاجل الضرورة ألا ترى أن الحوض الكبير ألحق بالماء الجاري على كل حال للضرورة اه قال العلامة شمس الدين بن أمير حاج رحمه الله في شرحه عقب هذه المقالة الجملة من الذخيرة وفي شرح الزاهدي حوض الحمام بمنزلة الماء الجاري عند أبي يوسف قيل على الاطلاق والاصح ان كان يدخل الماء من الانبوب والغرف متدارك فهو كالجاري وتفسير الغرف المتدارك ان لا يسكن وجه الماء بين الغرفتين وعزاه في الحاوي القدسي ما ذكر الزاهدي انه الاصح الى أبي يوسف قال وعليه الفتوى اه ما قاله ابن أمير حاج وقال قاضيخان في فتاواه ماء حوض الحمام طاهر عندهم ما لم يعلم (قوله لا يجب النزح بوقوع هذه الاشياء فيها) ولو وقعت هذه الاشياء في حب اهريق الماء كله كذا نقله الكاكي عن المبسوط قال في زاد الفقير للعلامة الكمال رحمه الله ولو وقع فيها خرء ما يؤكل لحمه من الطيور لا يفسد الماء لانه ليس بنجس فلا يتنجس الثوب أيضا فاعلمه إلا الدجاجة والبط والاوز ونحوه ما لا يؤكل لحمه من الطير لا ينجس وعند محمد ينجس وعلى هذا حال الثوب فيه اه (قوله لما قلنا) أي من شمول الضرورة اه (قوله ان رمي) أي قبل التفتت لا ينجس اه ظهيرية (قوله وبول ما يؤكل نجس) أي عندهما اه (قوله وقال محمد هو طاهر) وبه قال زفر ومالك وأحمد والزهري وعطاء والثوري اه كاكي (قوله استنزهوا البول) الحديث الذي ذكر في الهداية والكافي استنزهوا من البول قال في معراج الدراية في بعض نسخ الاحاديث عن مكانه من وفي المغرب وأما قولهم استنزهوا البول فلحن اه فالبول عام يتناول بول ما يؤكل وبول ما لا يؤكل والعام المتفق على قبوله أولى من الخاص المختلف في قبوله لان متنه أقوى فصار كعام الكتاب والخاص من خبر الواحد ولانه ذكر فيه وأبو أنس الالبان دون الابوال والحديث حكاية حال فتبقى دائرين كونه حجة وغير حجة فسقط الاحتجاج به على انه خصهم بذلك لانه عرف شفاءهم بطريق الوحي ولا يوجد مثله في زماننا حتى لو تعين الحرام مدفعا للهلاك إلا أن يحل كالميتة والخمر عند الضرورة ولانه علم موتهم مرتدين وحيا ولا يبعد أن يكون شفاء الكافر في نجس والحديث مختص بذلك المكان لتطاب ولان الحرم والمبيح اذا ورد اجعل

المحرم أحيانا لمصلحة لا يلزم النسخ مرتين ولأن فيه مثلة وهي منسوخة فتبين بهذا أنه كان في بدء الإسلام اهـ كافي فقد أباح البول كما أباح اللبن ولو كان نجسا لما أباح لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم كافي (قوله فإن عامة عذاب القبر منه) ثم وجه مناسبة عذاب القبر مع استنزاه البول هو أن القبر أول منزل من منازل الآخرة والطهارة أول منزل من منازل الصلاة والاستنزاه أول منزل من منازل الطهارة والصلاة أول ما يحاسب المرء بها يوم القيامة فكانت الطهارة أول ما يعذب بتركها في أول منزل من منازل الآخرة اهـ كاكي (قوله ولأنه يستحيل إلى نتن وفساد) قيد به احترازا عما لا نتن فيه فإن ما يحيله الطبع على نوعين نوع تحيله إلى فساد وهو نجس كالدم والغائط ونوع لا تحيله إليه كالبيضة وهو ليس بنجس هذا هو الصحيح كذا ذكره في الأسرار اهـ كاكي (قوله فإن غلب حتى فحش) هذه زيادة فاسدة فاحشة قال قاضيخان وزرق سباع الطير يفسد الثوب إذا فحش ويفسد ماء الأواني ولا يفسد ماء البئر (قوله مروي عن أبي يوسف) أي وهو الصحيح لأنه ليس بنجس حكما إذ لم تنتقض به الطهارة فيكون طاهرا حكما اهـ كافي (قوله وقال محمد إنه نجس) قال في شرح الوقاية وعن محمد في غير رواية الأصول أنه نجس لأنه لا أثر للسيلان في النجاسة فإذا كان السائل نجسا فغير السائل يكون كذلك (قوله لا للتداوي) أي لأن الحرمة ثابتة فلا يعرض عنها إلا بتيقن الشفاء ولم يوجد تيقن شفاء غيرهم لأن المرجع فيه الأطباء وقولهم ليس بحجة قطعية وجاز أن يكون شفاء قوم دون قوم لاختلاف الأمزجة اهـ كافي (قوله ولغيره) أي كالتبرد اهـ (قوله في المتن وعشرون دلوا إلى آخره) قال في فتاوى قاضيخان رحمه الله إذا وقع في البئر سام أبرص فمات ينزح منها عشرون دلوا في ظاهر الرواية اهـ ولو كان الدلو متخرقا يطهر إذا بقي فيه أكثر مائه اهـ كاكي قال الكمال وإذا لم يوجد في البئر القدر الواجب نزح ماؤها إذا ذاب ثم المصب ده لا ينزح منه شيء اهـ (قوله في المتن بنحو فأرة) والصعوة والعصفور بمنزلة الفأرة لاستوائهما في الجثة اهـ قاضيخان (قوله وإنما هو تفسير وتقسيم لذلك النزح المبهم) قال العيني رحمه الله بعد أن ساق إشكال الشارح قلت هذا كله تعسف والتقدير وينزح من البئر عشرون دلوا عند وقوع نحو فارة وهذه الجملة معطوفة على الجملة الأولى وبين في الجملة الأولى أن الحكم نزح كل الماء وفي الجملة المعطوفة نزح البعض بحسب الواقع اهـ أي ليس هذا من باب عطف فرد من أفراد الكلي على الكلي لأن ما ذكر من البئر والماء المنزوح عشرين دلوا ليس من أفراده أقول لما كان المراد نزح ماء البئر كان من أفراده فهو نظير الآية اهـ يحيى (قوله قبل إخراج الفارة) لأنها سبب النجاسة ومع بقائها لا يمكن الحكم بالطهارة اهـ كاكي (قوله بعد تلك الدلو) قال

فإن عامة عذاب القبر منه ولأنه يستحيل إلى نتن وفساد فأشبه البعر ثم لو وقع في البئر تنجس البئر وعند محمد هو طهور ما لم يغلب فإن غلب حتى فحش فهو طاهر غير طهور كسائر المائعات الطاهرة إذا اختلطت بالماء قال رحمه الله (لا ما لم يكن حدثا) أي ما يخرج من بدن الإنسان إذا لم يكن حدثا لا يكون نجسا كالقيء القليل والدم إذا لم يسل وهو محكي عن ابن عمر مروي عن أبي يوسف وقال محمد إنه نجس لأنه دم وإن قل فيكون نجسا وأبو يوسف رحمه الله يقول النجس هو الدم المسفوح فما لا يكون سائلا لا يكون نجسا كدم البعوض والدماء التي تبقى في العروق بعد الذبح قال رحمه الله (ولا يشرب أصلا) أي بول ما يؤكل لحمه لا يشرب أصلا لا للتداوي ولا لغيره لأنه نجس والتداوي بالطاهر الحرام كلبن الأتان لا يجوز فما ظنك بالنجس وقال أبو يوسف يجوز للتداوي لقصة العرنيين وقال محمد يجوز للتداوي ولغيره لطهارته عنده وقد تقدم أن التداوي بالمحرم لا يجوز وقول محمد رحمه الله مشكل لأن كثيرا من الطاهر لا يجوز شربه وقول أبي يوسف رحمه الله أشد إشكالا قال رحمه الله (وعشرون دلوا وسطا بموت نحو فأرة) أي ينزح عشرون دلوا إذا ماتت فيها فأرة ونحوها وقوله وعشرون معطوف على البئر وفيه إشكال وهو أنه يصير معناه تنزح البئر وعشرون دلوا وأربعون وكله فيفسد المعنى لأنه يقتضي نزح البئر وعشرين دلوا وليس هذا بمراد وإنما المراد أن تنزح البئر إذا وقعت النجاسة فيها ثم ذلك النجس ينقسم إلى ثلاثة أقسام منه ما يوجب نزح عشرين ومنه ما يوجب نزح أربعين ومنه ما يوجب نزح الجميع وليس نزح البئر مغايرا لهذه الثلاثة حتى يعطف عليها وإنما هو تفسير وتقسيم لذلك النزح المبهم وليس هذا من باب عطف البعض على الكل أيضا مثل قوله تعالى فيهما فاكهة ونخل ورمان ولا يقال إنه أراد بالأول ما يوجب نزح الجميع وبالمعطوف ما يوجب نزح البعض لأنه ذكر بعد ذلك ما يوجب نزح الجميع أيضا فلو كان مراده الجميع لما ذكره ثانيا لكونه تكرارا محضا ولأن الأول لا يجوز أن يحمل على نوع من هذه الأنواع الثلاثة لعدم الأولوية فبقي على إطلاقه وقوله بنحو فأرة أي بموت نحو فأرة ينزح عشرون لما روي عن أنس رضي الله عنه أنه قال ينزح في الفأرة عشرون دلوا والعصفورة ونحوها تعادل الفأرة في الجثة فأخذت حكمها وإن وقع فيها فأرتان أو أكثر فعن أبي يوسف أن الأربع كفأرة واحدة والخمس كالدجاجة إلى التسع والعشر كالشاة وعن محمد رحمه الله أن في الفأرتين إذا كانتا كهيئة الدجاجة ينزح أربعون وفي الهرتين ينزح ماؤها كله ولو كانت الفأرة مجروحة نزح جميع الماء لأجل الدم ولا يعتد بالنزح قبل إخراج الفأرة ولو صب دلو منها في بئر طاهرة نزح المصبوب وقدر ما بقي بعد تلك الدلو وفي رواية أبي حفص

وفي رواية أبي سليمان ينزح قدر الباقي بعد المصبوب لا غير مثاله لو صب الدلو العاشر نزح أحد عشر دلوا في رواية أبي حفص العشرة التي بقيت والدلو المصبوب لانه بمنزلة الفأرة فلا بد من اخراجه وفي رواية أبي سليمان ينزح عشر دلاء والاول أصح ولو صب ماء بئر نجسة في بئر أخرى وهي نجسة أيضا ينظر بين المصبوب وبين الواجب فيها فأيهما كان أكثر أغنى عن الاقل فان كانا سواء فنزح احداهما يكفي مثاله بئران ماتت في كل واحدة منهما فأرة فنزح من احداهما عشر دلاء مثلا وصب في الاخرى ينزح عشرون ولو صب دلو واحد فكذلك ولو ماتت فأرة في بئر ثالثة وصب فيها من احدى البئرين عشرون ومن الاخرى عشرة ينزح ثلاثون ولو صب فيها من كل واحدة منهما عشرون نزح أربعون وينبغي أن ينزح المصبوب ثم الواجب فيها على رواية أبي حفص قوله وسطا الوسط هي الدلو المستعملة في كل بلد وقيل المعتبر في كل بئر دلوها لانها أيسر عليهم وقيل ما يسع صاعا وقيل عشرة أرطال وقيل الكبير ما زاد على الصاع والصغير ما دون الصاع والوسط الصاع ولو نزح بدلو عظيم مرة مقدار عشرين دلوا جاز وقال زفر لا يجوز لانه بتواتر الدلاء يصير كالماء الجاري قلنا قد حصل المقصود بذلك وهو اخراج قدر الواجب واعتبار معنى الجريان ساقط ولهذا لو نزحها في عشرة أيام كل يوم دلوين جاز قال رحمه الله (وأربعون بنحو حمامة) لما روي عن أبي سعيد الخدري في الدجاجة تموت في البئر ينزح منها أربعون دلوا والحمامة ونحوها تعادلها فأخذت حكمها ثم بطهارة البئر يطهر الدلو والرشاء والبكرة ونواحي البئر ويد المستقي روي ذلك عن أبي يوسف لان نجاسة هذه الاشياء بنجاسة البئر فتكون طهارتها بطهارتها نفيا للحرج كعروة الابريق تطهر بطهارة اليد النجسة في الثالثة ويد المستنجي تطهر بطهارة المحل وكدن الخمر يطهر تبعا اذا صارت خلا وقيل لا تطهر الدلو في حق بئر أخرى كدم الشهيد طاهر في حق نفسه لا في حق غيره ولا يحكم بطهارة البئر ما لم ينفصل الدلو الاخير عن رأس البئر عندهما لان حكم الدلو حكم المتصل بالماء والبئر وعند محمد تطهر بالانفصال عن الماء ولا اعتبار بما يتقاطر لضرورة وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا انفصل الدلو الاخير عن الماء ولم ينفصل عن رأس البئر واستقى من ماء البئر رجل ثم عاد الدلو فعندهما الماء المأخوذ قبل العود نجس وعند محمد طاهر قال رحمه الله (وكله بنحو شاة وانتفاخ حيوان أو تفسخه) أي يجب نزح جميع الماء بهذه الاشياء أما بنحو الشاة وبانتفاخ الحيوان أو تفسخه فلانتشار البلة في أجزاء الماء وأما بنحو الشاة فلما روى الطحاوي أن زنجيا وقع في بئر زمزم فمات فيها فأمر ابن عباس وابن الزبير فأخرج وأمر بها أن تنزح قال فغلبتهم عين جاءتهم من الركن فأمر بها فسدت بالقباطي والمطارف حتى نزحوها فلما نزحوها انفجرت عليهم والصحابة متوافرون من غير نكير فكان اجماعا ثم ما كان فوق الفأرة دون الحمامة يلحق بالفأرة وما كان فوق الدجاجة دون الشاة يلحق بالدجاجة هذا فيما اذا مات الحيوان فيها فأما اذا أخرج حيا فقد اختلفوا فيه فالصحيح انه ان لم يكن نجس العين ولم

الزاهدي فحكم المصبوب فيه حكمه قبل الاخراج اه (قوله والاول أصح) وعلى هذا لو صب الدلو الاخير في أخرى طاهرة ينزح منها دلو فقط على القولين اه وبعضهم وفق فقال عشرة سوى المصبوب واحدى عشرة مع المصبوب اه غاية قال قاضيخان رحمه الله في فتاواه فأرة ماتت في حب ماء فوقعت قطرة من ذلك الماء في بئر فانه ينزح من البئر عشرون دلوا أو ثلاثون كأن الفأرة وقعت في البئر وان وقعت الفأرة في الحب وتفسخت ثم صب قطرة من ذلك الماء في بئر فانه ينزح جميع الماء كأن الفأرة وقعت في البئر وتفسخت (فرع) قال الولوالجي رحمه الله جلد الانسان اذا وقع في الاناء أو قشره ان كان قليلا مثل ما يتناثر من شقوق الرجل وما أشبهه لا تفسد وان كان كثيرا تفسد ومقدار الظفر كثير لان هذه من جملة لحم الآدمي ولو وقع الظفر في الماء لا يفسده اه قال قاضيخان جلد الآدمي أو لحمه اذا وقع في الماء ان كان مقدار الظفر يفسده وان كان دونه لا يفسده اه الفأرة اذا وقعت في الخمر فصار خلا ان لم تتفسخ وأخرجت قبل ان يصير خلا جاز أكله لانه لم يبق جزء منها فيها وان تفسخ لا يجوز أكله لانه بقي فيها جزء منها اه ولوالجي رحمه الله وسيأتي في الانجاس نقلا عن الظهيرية (قوله مقدار عشرين دلوا جاز) وهو أولى وذلك لان القدر الذي وجب اخراجه منها قد أخرج مع قلة ما يعود اليها من القطر فكان أولى اه أقطع (قوله لانه بتواتر) ولا تواتر في دلو واحدة فلا يعتبر اه (قوله كل يوم دلوين جاز) أي ولا تواتر اه (قوله فأخذت حكمها) فان قيل قد مر أن مسائل الآبار مبنية على اتباع الآثار والنص ورد في الفأرة والدجاجة والآدمي وقد قيس ما عادلها بها قلنا بعد ما استحكم هذا الاصل صار كالذي ثبت على وفاق القياس في حق التفريع عليه كما في الاجارة وسائر العقود التي يأبى القياس جوازها اذا ورد الشرع بها صار بمنزلة العقود التي على وفاق القياس في حق التفريع كذا في المستصفى والخبازية والاولى ان نقول هذا الحاق بطريق الدلالة لا بالقياس اه كاكي (قوله لان حكم الدلو حكم المتصل بالماء) بدليل ان التقاطر فيه جعل عفوا ولولا الاتصال لافسد ماء البئر لوقوع النجس فصار بقاء الاتصال حكما كبقاء الاتصال حقيقة اه كافي (قوله في المتن وكله بنحو شاة الى آخره) ولو وجب نزح مائها فغار الماء ثم عاد نجسه وفي الجامع الاصغر قال سداد هو طاهر وفي الملتقط وهو الصحيح اه كاكي وكذا لو غاض الماء بقدر عشرين طهر الباقي اه كاكي وقد نقلت هذا الفرع والذي قبله في باب الانجاس نقلا عن قاضيخان

يكن في بدنه نجاسة ولم يدخل فاه في الماء لم ينجس الماء وان أدخل فاه في الماء فمعتبر بسؤره فان كان سؤره طاهرا فالماء طاهر وان كان نجسا فالماء نجس فينزح كله وان كان مشكوكا فالماء مشكوك فينزح جميعه وان كان مكروها فمكروه فيستحب نزحها وان كان نجس العين كالخنزير فانه ينجس الماء وان لم يدخل فاه وفي الكلب روايتان بناء على انه نجس العين أولا والصحيح انه لا يفسد ما لم يدخل فاه لانه ليس بنجس العين لجواز الانتفاع به حراسة واصطيادا واجارة وبيعا قال رحمه الله (ومائتان لو لم يمكن نزحها) أي اذا وجب نزح الجميع ولم يمكن فراغها لكونها معينا نزح مائتا دلو وهو مروي عن محمد أفتى بما شاهد في بغداد لان آبارها كثيرة الماء لمجاورة دجلة وذكر عن أبي يوسف فيه وجهان أحدهما أن يحفر حفيرة عمقها ودورها مثل موضع الماء منها وتجصص ويصب فيها فاذا امتلأت فقد نزح ماؤها والثاني أن يرسل قصبة في الماء ويجعل علامة لمبلغ الماء ثم ينزح عشر دلاء مثلا ثم تعاد القصبة فينظر كم نقص فان انتقص العشر فهو مائة ولكن هذا لا يستقيم الا اذا كان دور البئر من أول حد الماء الى قعر البئر متساويا والا لا يلزم اذا نقص شبر بنزح عشر من أعلى الماء أن ينقص شبر بنزح مثله من أسفله وروي عن أبي حنيفة ينزح حتى يغلبهم الماء وقدوته في اشتراط الغلبة علي وابن الزبير ثم اختلفوا في الغلبة قال قاضيخان الصحيح في الغلبة العجز وقال غيره يعتبر غلبة الظن لا غيره وقيل يؤتى برجلين لهما بصارة بأمر الماء فاذا قدرا بشيء وجب نزح ذلك القدر وهو الاصح والاشبه بالفقه لكونهما نصاب الشهادة الملزمة قال رحمه الله (ونجسها منذ ثلاث فأرة منتفخة جهل وقت وقوعها) أي ينجس البئر منذ ثلاث ليال فأرة ميتة لا يدرى وقت وقوعها وهي منتفخة وعادة الاصحاب أن يقدروه بالايام وهو قدره بالليالي حيث حذف التاء من الثلاث ولا فرق بينهما في الحقيقة لانه اذا تم أحدهما ثلاثة فقد تم الآخر وقوله نجسها منذ ثلاث يعني في حق الوضوء حتى يلزمهم اعادة الصلاة اذا توضؤا منها وأما في حق غيره فانه يحكم بنجاستها في الحال من غير اسناد لانه من باب وجود النجاسة في الثوب حتى اذا كانوا غسلوا الثياب بمائها لا يلزمهم الا غسلها على الصحيح قال رحمه الله (والا منذ يوم وليلة) أي وان لم تنتفخ نجسها منذ يوم وليلة وهذا عند أبي حنيفة وقالا يحكم بنجاستها وقت العلم بها ولا يلزمهم اعادة شيء من الصلوات ولا غسل ما أصابه ماؤها وهو القياس لاحتمال أنها ماتت في الحال أو ألقاها الريح بعد الموت أو بعض من لم يرتضها أو ألقاها طير كما روي عن أبي يوسف انه كان يقول بقول أبي حنيفة حتى رأى حدأة وهو جالس في البستان في منقارها جيفة فطرحتها في بئر فرجع عن قوله ولان وقوعها في البئر حادث والاصل في الحوادث أن تضاف الى أقرب الاوقات للشك في الاسناد فصار كمن رأى في ثوبه نجاسة لا يدرى متى أصابته فانه لا يعيد بالاجماع على الاصح ذكره الحاكم الشهيد ووجه قول أبي حنيفة وهو الاستحسان أن وقوع الحيوان الدموي في الماء سبب لموته لا سيما في البئر فيحال به على السبب الظاهر دون الموهوم كالمجروح اذا لم يزل صاحب فراش حتى مات يحال به على الجرح حتى يجب موجبه اذ لا يجوز ابطال السبب الظاهر بغير الظاهر وأما مسئلة النجاسة فقد قال المعلى

(قوله وان كان مكروها) كسؤر سواكن البيوت والسنور والدجاجة المخلاة اه كاكي وفي الظاهر الذي لم يستنج والحائض والكافر والذمي كله اه زاهدي وكاكي (قوله بناء على انه نجس العين أولا) قال في الدراية ثم الصحيح من المذهب عندنا أن عين الكلب نجس اليه أشار محمد في الكتاب (قوله وهو قدره بالليالي الى آخره) ان قيل لا دلالة في حذف التاء على ان المعنى مؤنث لان ذلك انما يلزم اذا ذكر المعدود أما اذا لم يذكر فيجوز مع المذكر كما صرح بذلك بعض النحاة وحينئذ فاما أن يكون المصنف رحمه الله مشى على ما مشت عليه الاصحاب من التقدير بالايام قلت قد قال المرادي في شرح الالفية الفصيح أن يكون بالتاء للمذكر وعدمها للمؤنث كما لو ذكر المعدود فتقول صمت خمسة تريد أياما وسرت خمسا تريد ليالي اه وقوله اذ لا فرق بينهما في الحقيقة قلت لان ذكر الايام بلفظ الجمع يدخل ما بازائها من الليالي وكذا ذكر الليالي بلفظ الجمع يدخل ما بازائها من الايام كما ذكره الشارح وغيره في الاعتكاف (قوله في المتن ونجسها منذ ثلاث) والمصنف في التعبير بقوله منذ ثلاث تابع لصاحب المنظومة حيث قال

دجاجة بها انتفاخ وجدت
في البئر فهي منذ ثلاث فسدت

قال المصنف في المستصفى قوله فهي منذ ثلاث أي ثلاث ليال اذ لو أريد به الايام لقيل منذ ثلاثة لكن الليالي تنتظم ما بازائها من الايام كما أن الايام تنتظم ما بازائها من الليالي كما في قوله تعالى ثلاث ليال سويا وقوله تعالى ثلاثة أيام الا رمزا وهذا كقوله تعالى أربعة أشهر وعشرا أي عشر ليال بأيامها اه (قوله حتى اذا كانوا غسلوا) أي بعد العلم اه (قوله وقت العلم) أي في الفصلين (قوله بعد الموت) أي هي والتفسخ اه (قوله فانه لا يعيد) أي سواء كانت رطبة أو يابسة اه (قوله على السبب الظاهر) أي وهو الوقوع اه (قوله دون الموهوم) أي وهو الموت بغير الوقوع وقدرنا الموت بلا انتفاخ بيوم وليلة اذ ما دون ذلك ساعات لا يمكن التقدير بها لتفاوتها والموت مع الانتفاخ بثلاثة أيام لانه دليل تقادم العهد وأدنى حد التقادم ثلاثة أيام فان من دفن قبل أن يصلى عليه صلى على قبره الى ثلاثة أيام لانه تفسخ ظاهرا كذا في الكافي

هي على الخلاف فعند أبي حنيفة يعيد صلاة ثلاثة أيام ولياليها في البادس ويوم وليلة في الطري قيل قاله من ذات نفسه وذكر ابن رستم ان وجد في ثوبه منيا أعاد من آخر نومة نامها الشك مع قبله وفي البدائع يعيد من آخر ما احتلم فيه وقيل في البول يعتبر من آخر ما بال وفي الدم من آخر ما رعف ولو فتق جبة فوجد فيها فأرة ميتة ولم يعلم متى دخلت فيها فان لم يكن لها ثقب يعيد الصلاة منذ يوم وضع القطن فيها وان كان فيها ثقب يعيدها منذ ثلاثة أيام عند محمد ذكره في البدائع فاذا كان الوقوع سببا لموته فلا شك ان زمان وقوعها سابق على زمان وجودها فقدر بثلاثة أيام في المنتفخ لانه لا ينتفخ الا بعد ثلاثة أيام غالبا وبيوم وليلة في غير المنتفخ لان عدم الانتفاخ دليل قرب العهد ولان الحيوان اذا مات ينزل الى قعر البئر ثم يطفو فلا بد لذلك من مضي زمان وقدر ذلك بيوم وليلة احتياطا لان ما دونها ساعات لا تنضبط قال رحمه الله (والعرق كالسؤر) لان كل واحد منهما متولد من اللحم فأخذ حكمه ثم الاسآر عندنا أربعة أنواع طاهر ومكروه ومشكوك فيه ونجس على ما يأتي بيان كل نوع في موضعه وكان القياس أن يكون عرق الحمار مشكوكا فيه كسؤره ولكن ترك ذلك لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يركب الحمار معروريا ولا يخلو عن العرق عادة ولو كان نجسا لما ركبه قال رحمه الله (وسؤر الآدمي والفرس وما يؤكل لحمه طاهر) فأما الآدمي فلانه عليه الصلاة والسلام شرب اللبن وعن يمينه أعرابي وعن يساره أبو بكر ثم أعطى الاعرابي فقال الايمن فالايمن ولان لعابه متولد من لحم طاهر فيكون طاهرا مثله ولا فرق بين الطاهر والجنب والحائض والنفساء والصغير والكبير والمسلم والكافر والذكر والانثى لما بينا ولقول عائشة رضي الله عنها قالت كنت أشرب وأنا حائض فأناوله النبي صلى الله عليه وسلم فيضع فاه على موضع في فيشرب فان قيل وجب ان ينجس سؤر الجنب لسقوط الفرض به قيل له لم يرفع الحدث للضرورة وفي رواية يرفع ولا يصير الماء مستعملا للحرج ذكره الامام خواهر زاده ولو شرب الخمر تنجس سؤره فان لعق ريقه ثلاث مرات طهر فمه عند أبي حنيفة لان المائع غير الماء يطهر من غير اشتراط صب عنده وأما سؤر الفرس فطاهر في ظاهر الرواية لان لعابه متولد من لحم وهو طاهر وحرمته لكونه آلة الجهاد لا لنجاسته كالآدمي ألا ترى ان لبنه حلال بالاجماع وفي رواية الحسن انه مكروه كلحمه وروي عنه انه مشكوك فيه وفي رواية رابعة سؤر ما لا يؤكل كبوله والفرس وغيره فيه سواء وهو رواية البغداديين عن أبي حنيفة وعندهما سؤره طاهر رواية واحدة لان لحمه مأكول عندهما وأما سؤر ما يؤكل لحمه فلانه يتولد من لحم مأكول فأخذ حكمه ويلحق به سؤر ما ليس له نفس سائلة مما يعيش في الماء وغيره قال رحمه الله (والكلب والخنزير وسباع البهائم نجس) أي سؤر هذه الاشياء نجس قوله والكلب الى آخره بالرفع أجود على انه حذف المضاف وأقيم المضاف اليه مقامه وذلك جائز بالاتفاق اذا كان الكلام مشعرا بحذفه وقد وجد هنا ما يشعر بحذفه وهو تقدم ذكر السؤر ولو جر على انه معطوف على ما قبله من الجر ولا يجوز عند سيبويه لانه يلزم العطف على عاملين وهو ممتنع

(قوله هي على الخلاف) ولئن سلم فالفرق واضح اذ الثوب يقع بصره عليه كل وقت فلو كانت عليه نجاسة لرآها فيما مضى والبئر غائب عن بصره والموضع موضع الاحتياط اه كاكي (قوله وفي الدم من آخر ما رعف) وفي المحيط قال في الدم لا يعيد حتى يستيقن لان الدم قد يصيبه في الطريق بخلاف المني فان كان الثوب يلبسه هو وغيره فهو كالدم اه سروجي (قوله على زمان وجودها) أي زمان العلم بوجودها اه ولقائل ان يقول سلمنا أن الوقوع سبب الموت لكن لا نسلم ان الوقوع سابق على زمان العلم ولو سلم فسبب الموت المكث بعد الوقوع فكان الموت بعد المكث لا من ابتداء الوقوع وعلى التقديرين كيف يستند الموت الى ثلاثة أيام أو يوم وليلة والجواب عن الاول ان البئر بعيدة عن أعين الناس فيحتمل أن يكون الوقوع قبل زمان العلم فيحمل على ذلك الاحتمال احتياطا وعن الثاني انه يحتمل أن تكون مدة المكث أكثر من الثلاث بكثير فيعتبر الاحتمال احتياطا وأما تقدير مدة السبق على العلم بما ذكر فلما ذكر اه يحيى (قوله ثم الاسآر) أي عندنا لان سؤر سباع البهائم طاهر عند الشافعي اه (قوله فقال الايمن فالايمن) يجوز نصبهما بفعل محذوف تقديره أعط الايمن فالايمن ورفعهما على الابتدائية والخبر محذوف تقديره الايمن أحق اه (قوله لسقوط الفرض به) أي بشربه اه (قوله في المتن وسباع البهائم) ذكر محمد نجاسة سؤر السباع ولم يبين انها خفيفة أو غليظة فعن أبي حنيفة في غير رواية الاصول غليظة وعن س أن سؤر كل ما لا يؤكل لحمه كبول ما يؤكل لحمه اه كاكي (قوله لانه يلزم العطف على عاملين) أي معمولي عاملين على حذف مضاف اه لان سؤر معمول للابتداء والآدمي معمول لسؤر فهما معمولان لعاملين فلا يجوز العطف عليهما اه أي لا يجوز عطفه على مجرد المضاف اليه والا كان الخبر عن المضاف خبرا له وهو فاسد فيكون عطفا على المضاف اليه مع ملاحظة المضاف فيه فيكون معطوفا على معمولي عاملين مختلفين اذ العامل في المضاف هو الابتداء وفي المضاف اليه المضاف فيرفع عطفا على المضاف ويقدر فيه المضاف فلا يلزم الفساد والعطف على عاملين اه يحيى (قوله وهو ممتنع) كتب الشارح رحمه الله في مسودته هنا حاشية نصها اذا جر الكلب يكون معطوفا على مجرور المقدم وهو المضاف اليه ثم اذا رفع نجس يكون معطوفا على الخبر والعامل فيه الابتداء اه ما وجد بخط الشارح رحمه الله

(قوله أن يتقدم في اللفظ ذكر المضاف) هذا شرط في الغالب كما نص عليه في التوضيح (قوله وقال مالك انه طاهر) قال في الدراية
وعند مالك سؤر الكلب والخنزير وكل سبع طاهر لأن الحيوان طاهر لكونه حيا ونجس بالموت اه (قوله

عند البصريين ويجوز عند الفراء ولو قيل انه مجرور على أنه حذف المضاف وترك المضاف اليه على اعرابه كان جائزا الا أنه قليل نحو قولهم ما كل سوداء تمرة ولا بيضاء شحمة ويشترط أن يتقدم في اللفظ ذكر المضاف ثم نجاسة سؤر الكلب مذهبنا وقال مالك انه طاهر يشرب ويغسل الاناء من ولوغه سبعا تعبدا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اذا ولغ الكلب في اناء أحدكم فليرقه ثم ليغسله سبع مرات والامر بالاراقة دليل التنجس وأقوى منه قوله عليه الصلاة والسلام طهور اناء أحدكم اذا ولغ فيه الكلب أن يغسله سبعا فهذا يفيد النجاسة لان الطهور مصدر بمعنى الطهارة فيستدعى سابقة التنجس أو الحدث والثاني منتف فيتعين الاول ولان الاصل في النصوص أن تكون معقولة المعنى فاذا دار الامر بين كونه معقولا وتعبدا كان جعله معقول المعنى أولى لندرة التعبد وكثرة التعقل ثم عندنا يطهر بالثلاث وعند الشافعي لا بد من السبع لما رويناه فيكون التعبد في العدد عنده وهذا أولى من قول مالك لانه أقل خروجا عن الاصل ولنا ما رواه الطحاوي باسناده عن أبي هريرة انه يغسل من ولوغ الكلب ثلاث مرات وهو الراوي لاشتراط السبع وعندنا اذا عمل الراوي بخلاف ما روى أو أفتى لا تبقى روايته حجة لانه لا يحل له أن يسمع من النبي صلى الله عليه وسلم شيأ فيعمل أو يفتي بخلافه اذ تسقط به عدالته فدل على نسخه وهو الظاهر لان هذا كان في الابتداء حين كان يشدد في أمر الكلاب ويأمر بقتلها قلعا لهم عن مخالطتها ثم ترك وهذا كما روى انه عليه الصلاة والسلام كان يأمر بكسر الاواني حين كان يشدد في الخمر قلعا لهم عنها وحسما لمادتها ثم نهى عن كسر الاواني أو نحمل السبع على الاستحباب ويؤيده ما روى الدارقطني عن أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم في الكلب يلغ في الاناء انه يغسل ثلاثا أو خمسا أو سبعا فخيره ولو كان السبع واجبا لما خيره ثم ان الشافعي جعل العدد تعبدا في ولوغ الكلب وعداه الى البول والى رطوبة أخرى من الكلب والى الخنزير والشئ اذا ثبت تعبدا لا يتعدى الى غيره وقدره أصحابنا بالثلاث كسائر النجاسات لما روينا ولحديث المستيقظ وأما نجاسة سؤر الخنزير فلما تقدم انه نجس العين وأما سؤر سباع البهائم فلانه متولد من لحمه ولحمه حرام نجس على ما نبينه وقال الشافعي طاهر لما روى انه عليه الصلاة والسلام قيل له أيتوضأ بما أفضلته الحمر فقال نعم وبما أفضلته السباع ولنا ما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور وما رواه محمول على الماء في الغدران يدل عليه حديث أبي سعيد الخدري انه عليه الصلاة والسلام سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع والكلاب والحمر وعن الطهارة بها فقال لها ما حملت في بطونها ولنا ما غبر طهور ويرد عليه أيضا قوله عليه الصلاة والسلام اذا بلغ الماء قلتين لم يحمل خبثا لانه قاله حين سئل عن الحياض التي بين مكة والمدينة تردها السباع فلو لم يكن سؤر السباع نجسا لم يكن لتقييده بالقلتين فائدة على زعمه ومفهوم الشرط حجة عنده فتلزمه بما يعتقد ثم اعلم أن في مذهب أصحابنا في سؤر ما لا يؤكل لحمه من السباع اشكالا فانهم يقولون لانه متولد من لحم نجس ثم يقولون اذا ذكى طهر لحمه لان نجاسته لاجل رطوبة الدم وقد خرج بالذكاة فان كانوا يعنون بقولهم نجس نجاسة عينه وجب أن لا يطهر بالذكاة كالخنزير وان كانوا يعنون به لاجل مجاورة الدم فالمأكول كذلك مجاور للدم فمن أين جاء الاختلاف بينهما في السؤر اذا كان كل واحد منهما يطهر بالذكاة وينجس بموته حتف أنفه ولا فرق بينهما الا في المذكى في حق الاكل والحرمة لا توجب النجاسة وكم من طاهر لا يحل أكله ومن ثم قال بعضهم لا يطهر بالذكاة الا جلده لان حرمة لحمه لا للكرامة آية النجاسة لكن بين الجلد واللحم جلدة رقيقة تمنع تنجس

الجلد

ولوغه) قال أبو عبيد الولوغ بضم الواو اذا شرب قليلا واذا كثر فهو بفتحها اه كاكى (قوله في اناء أحدكم) جواب سؤال مقدر (قوله والثاني) أي لانها انما يكون في بدن المصلي اه (قوله في العدد) أي لا في نفس الغسل (قوله ولو كان السبع) الذي في مسودة الشارح التسبيع (قوله وقال الشافعي) أي في غير الكلب والخنزير (قوله على زعمه) انما قال على زعمه اذ لا فائدة له عندنا لان الماء اذا بلغ قلتين ولم يكن عشرا في عشر يتنجس بوقوع نجاسة فيه اه (قوله وكم من طاهر لا يحل أكله) أي كالضفدع والسرطان (قوله لان حرمة لحمه لا لكرامته) أقول مجرد حرمة اللحم لا للكرامة لا يستلزم النجاسة كما في الضفدع وقد اعترف به أولا فالاولى أن يعلل بما ذكر بعض المحققين من ان حرمة الاكل تثبت لفساد الغذاء كالذباب والتراب والخنفساء لان الاكل في الاصل انما شرع للغذاء أو لخبث طبعي كالضفدع والسلحفاة مما يستخبثه الناس قبل ورود الشرع واليه أشير بقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وللنجاسة كما في الخنزير وللاحترام كما في الآدمي والكل منتف الا النجاسة أما الاحترام فظاهر وأما فساد الغذاء فلانه غذاء قوي وأما الخبث الطبيعي فلانها قبل التحريم كانت ماكولة فلم يبق الا النجاسة اه يحيى

الجلد باللحم وهذا هو الصحيح لانه لا وجه لنجاسة السؤر الا بهذا الطريق وممن قال بهذا القول نصير ابن يحيى والفقيه أبو جعفر الهندواني وقد تقدم أيضا أن ما لا يحتمل الدباغ لا تؤثر فيه الذكاة واللحم مما لا يحتمل الدباغ وهذا بخلاف لحم سباع الطير حيث يطهر بالذكاة لان سؤرها طاهر بالاجماع الا انه مكروه على ما يأتي بيانه فدل على طهارة لحمه قال رحمه الله (والهرة والدجاجة المخلاة وسباع الطير وسواكن البيوت مكروه) أي سؤر هذه الاشياء مكروه واعرابه بالرفع أجود على ما تقدم قبيل هذا أما كراهية سؤر الهرة فلقوله عليه الصلاة والسلام الهرة سبع والمراد به بيان الحكم لانه عليه الصلاة والسلام بعث لا لبيان الصور ثم قال الطحاوي كراهة سؤر الهرة لحرمة لحمها وهذا يدل على أنها الى التحريم أقرب كسباع البهائم لان الموجب للكراهة لازم غير عارض وقال الكرخي كراهيته لاجل انها لا تتحامى النجاسة وهذا يدل على التنزه وهذا أصح والاقرب الى موافقة الحديث فانه عليه الصلاة والسلام قال فيها انها ليست بنجسة انها من الطوافين عليكم والطوافات جعلها كالطوافين علينا وهم المماليك أي كما سقط الاستئذان في حق من ملكته أيمانكم لعلة الطوف سقطت النجاسة في حق الهرة بهذه العلة اذ في كل واحد منهما حرج وهو مدفوع هذا اذا كان واجدا للماء ولا يكره عند عدم الماء لانه طاهر لا يجوز المصير الى التيمم مع وجوده ويكره أن تلحس الهرة كف انسان ثم يصلي قبل غسلها أو يأكل من بقية الطعام الذي أكلت منه لقيام ريقها لذلك ولو أكلت فأرة فشربت على فورها الماء تنجس كشارب الخمر اذا شرب الماء على فوره ولو مكثت ساعة ثم شربت لا ينجس عند أبي حنيفة لغسلها فاها بلعابها وعند محمد هو نجس لان ازالة النجاسة لا تجوز عنده الا بالماء المطلق وأبو يوسف قيل مع محمد لعدم الصب وهو شرط عنده وقيل مع أبي حنيفة وسقط اعتبار الصب للضرورة فان قيل اذا يتعين كراهية السؤر أن لو انحصرت أحكام السبع فيها قلنا الاحكام المتعلقة بالسباع ثلاثة نجاسة السؤر كسباع البهائم وكراهته كسباع الطير وحرمة اللحم فنجاسة السؤر لا تراد اجماعا لما روينا وهو قوله عليه الصلاة والسلام انها ليست بنجسة وحرمة اللحم لا تراد اجماعا لانها ثابتة بنهي النبي عليه الصلاة والسلام عن أكل كل ذي ناب من السباع فتثبت الكراهة وأما كراهة سؤر الدجاجة المخلاة فلعدم تحاميها النجاسة وهي تصل منقارها الى رجليها ويلحق بها الابل والبقر الجلالة وأما كراهية سؤر

(قوله وهذا هو الصحيح لانه لا وجه لنجاسة السؤر الى آخره) قال الولوالجي رحمه الله في فتاواه اذا ذبح شيء من السباع مثل الثعلب ونحوه يطهر جلده ولا يطهر لحمه حتى لو صلى الرجل ومعه من لحمه شيء أكثر من قدر الدرهم فصلاته فاسدة ولو وقع لحمه في الماء القليل أفسده لان سؤره نجس ونجاسة سؤره دليل نجاسة لحمه وبه أخذ الفقيه أبو جعفر الهندواني والفقيه أبو الليث رحمهما الله والمختار انه يطهر حتى كانت هاتان المسئلتان على خلاف هذا ولو كانت بازيا مذبوحا أو غير البازي من الطيور أو الفارة أو الحية تجوز الصلاة مع لحمها لان سؤر هذه الاشياء ليس بنجس وكل ما لا يكون سؤره نجسا تجوز الصلاة مع لحمه اذا كان مذبوحا لانه لا يكون لحمه نجسا اهـ وقال قاضيخان في البيع الفاسد من فتاواه ولا يجوز بيع لحم ما لا يؤكل لحمه ولا بيع جلده ان كان ميتة وان كان مذبوحا فباع لحمه أو جلده جاز لانه يطهر بالذكاة حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وتجوز الصلاة معه هو المختار ويباح الانتفاع به بأن يؤكل سنورا وما أشبه ذلك إلا الخنزير فانه لا يجوز بيع لحمه ولا بيع شعره ولا الانتفاع بلحمه وان كان مذبوحا وفي بعض المواضع أنه لا يجوز بيع لحم السباع والكلب وذلك محمول على ما اذا لم يكن مذبوحا أو ذلك قول بعض المشايخ اهـ وتم قوله وهذا هو الصحيح أي اذا ذكي ما لا يؤكل لحمه من السباع لا يطهر لحمه على الصحيح وهذا مخالف لما ذكر في جميع المتون في باب الذبائح انه يطهر وقول الشارح هنا هو الصحيح موافق لما سبق منه من التصحيح عند قول المصنف وكل إهاب دبغ فقد طهر اهـ فانظره سيصرح الشارح رحمه الله في باب البيع الفاسد بان لحوم السباع تطهر بالذكاة حتى يجوز بيعها فراجعه اهـ (قوله أما كراهية سؤر الهرة) عن أبي يوسف انه ليس بمكروه وهو قول الائمة الثلاثة لانه صلى الله عليه وسلم كان يصغي الاناء للهرة فتشرب منه ثم يتوضأ منه ولا يخفى ان التوضي لا ينافي كراهية التنزه لانه للتشريع أو كان عند عدم ماء آخر أو كان قبل تحريم لحمها اهـ يحيى (قوله إنها من الطوافين عليكم والطوافات) سيأتي في باب التلبية ان إن هاهنا للتعليل وان كانت مكسورة اهـ روي بالواو والمقصود تشبيه الهرة بذكور الخدم واناثهم أي المماليك والجواري وانما جعلت من الطوافين وهي صيغة العقلاء لانه ثبت لها فعل العقلاء وهو الطواف وروي بأو أيضا وهو شك من الراوي اهـ يحيى (قوله لقيام ريقها لذلك) قال قاضيخان في شرح الجامع واذا ثبت كراهة سؤرها يكره أكل ما تناولته الهرة من الثريد وما سقط منها من قطع الخبز ونحو ذلك وكذا اذا لحست عضوا لا يصلى فيه قبل الغسل لانه لا يخلو عن لعابها اهـ قال في الدراية وكما لو قاء صبي على ندي أمه ثم مصها مرارا أو أصاب فوه أو عضوه نجاسة فلحسها بلسانه حتى زال أثرها يطهر عند أبي حنيفة اهـ كاكي (قوله وأما كراهة سؤر الدجاجة المخلاة) أي ولو كانت محبوسة لا يكره وهي أن تحبس في بيت وتعلف هناك لانها لا تفتش نجاسة غيرها عادة ولا تجد غيرها فأمن عن تفتيش النجاسة وقيل أن يجعل لها بيت فيكون رأسها وعلفها وماؤها خارج البيت بحيث لا ... رها

سباع الطير فقد قيل هو جواب الاستحسان والقياس أن يكون نجسا لان لحمها حرام كسباع البهائم ووجه الاستحسان أنها تشرب بمنقارها وهو عظم جاف بخلاف سباع البهائم فانها تشرب بلسانها وهو رطب بلعابها ولان في سؤر سباع الطير ضرورة وعموم بلوى فانها تنقض من علو وهواء فلا يمكن صون الاواني عنها لاسيما في البراري فأشبهت الحية ونحوها وعن أبي يوسف أن ما يقع منها على الجيف فسؤره نجس وما يأكل اللحم المذكى لا يكره سؤره وأما سؤر سواكن البيت فللضرورة والقياس أن يكون نجسا لان لحمها نجس ووجه الاستحسان أن طوفها ألزم وهو العلة في الباب لسقوط النجاسة واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله في الهرة انها من الطوافين عليكم والطوافات قال رحمه الله (والحمار والبغل مشكوك) أي سؤرهما مشكوك فيه أما الحمار فلتعارض الادلة لانه قد ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه أمر يوم خيبر باكفاء القدور من لحوم الحمر الاهلية وقال انه رجس وروى عنه عليه الصلاة والسلام انه قال لأبجر بن غالب حين قال له ليس لي الا حميرات كل من سمين مالك وكان ابن عباس يقول كل ما يعتلف القت والتبن فسؤره طاهر وكان ابن عمر يقول انه رجس ولانه يشبه الكلب من حيث انه غير مأكول اللحم ويشبه الهرة من حيث انه يربط في الدور والافنية فتعارضت الادلة فيه فوقع الشك ثم قيل الشك في طهارته لما ذكرنا من انه يشبه الكلب من وجه والهرة من وجه وقيل في طهوريته لانه يشبه الهرة من الوجه الذي ذكرنا فيكون طهورا باعتباره ويفارقها من حيث انه لا يدخل المضايق ولا يصعد الغرف فكان البلوى فيه دونها في الهرة فيخرج من أن يكون طهورا باعتباره فأوجب الشك في الطهورية وقيل الشك في الطهارة والطهورية جميعا وأما البغل فهو من نسل الحمار فيكون بمنزلته هكذا قالوا فيه وهذا اذا كانت أمه أتانا فظاهر لان الام هي المعتبرة في الحكم وان كانت فرسا ففيه إشكال لما ذكرنا أن العبرة للام ألا ترى أن الذئب لو نزا على شاة فولدت ذئبا حل أكله ويجري في الاضحية فكان ينبغي أن يكون مأكولا عندهما وطاهرا عند أبي حنيفة اعتبارا للام وفي الغاية اذا نزا الحمار على الرمكة لا يكره لحم البغل المتولد منهما عن محمد فعلى هذا لا يصير سؤره مشكوكا فيه وروي عن أبي حنيفة في لعابهما ثلاث روايات في رواية طاهر وفي رواية أخرى نجس نجاسة مخففة وفي رواية مغلظة والصحيح ان لعابهما وعرقهما ولبن الاتان طاهر وانما لم يجز الوضوء بسؤرهما للشك الذي تقدم فلا ينجس ما هو طاهر بيقين ولا يرفع الحدث الثابت بيقين قال رحمه الله (يتوضأ به ويتيمم

الى ما تقتضيه الاخبار بعدم تقتضي نجاسته تقسيم القهستاني والغلاة سواء اه كافي (قوله أن طوافها ألزم) أي من طواف الهرة لان الفارة تدخل ما لا تقدر الهرة تدخله اه (قوله في المتن والحمار والبغل مشكوك الى آخره) وكان أبو طاهر الدباس ينكر هذا القول ويقول لا يجوز أن يكون شيء من أحكام الشرع مشكوكا ولكن معناه يحتاط فيه فلا يتوضأ به حالة الاختيار واذا لم يجد غيره يجمع بينه وبين التيمم وذكر فخر الاسلام وسمي مشكلا لتعارض الادلة في طهارته وعدم طهارته لا أن يعني بكونه مشكلا الجهل بحكم الشرع اه كاكي فان قيل كما ان الدليلين تعارضا في فصل الحمار وهو قوله كل من سمين مالك مع قوله أكفئوا القدور وكذلك في الهرة تعارض دليلان وهو قوله الهرة ليست بنجسة وقوله الهرة سبع فينبغي أن يكون سؤر الهرة مشكوكا كسؤر الحمار قلنا في فصل الهرة النجاسة ثبتت بمقتضى النص وهو قوله الهرة سبع فاذا كان سبعا يكون نجسا أما الطهارة ثبتت صريحا بقوله الهرة ليست بنجسة وبارداف الدليل وهو قوله الهرة ليست بنجسة بقوله فانما هي من الطوافين والصريح لا يعارض المقتضى أما في فصل الحمار كلا الطرفين مقتضى وهو قوله أكفئوا القدور يقتضي النجاسة وقوله كل من سمين مالك يقتضي الطهارة فلذلك قلنا بالشك في سؤر الحمار والكراهة في سؤر الهرة فان قيل ينبغي أن لا يثبت الشك بل تثبت الحرمة ترجيحا للحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال قلنا الترجيح مؤخر عن الجمع وهنا الجمع ممكن بان يتيمم ويتوضأ فاذا كان الجمع ممكنا فلا يصار الى الترجيح اه (قوله ثم قيل الشك في طهارته) حتى لو وقع في الماء القليل يفسده وان أصاب البدن أو الثوب لا يفسده اه قاضيخان رحمه الله (قوله وقيل في طهوريته) وهو الصحيح وعليه الجمهور اه كافي وقال في الهداية وهو الاصح (قوله على الرمكة) هي الانثى من البراذين (قوله المتولد بينهما) أي واذا كانت أمه بقرة ينبغي ان أن يؤكل بالاتفاق اه عيني (قوله ولبن الاتان طاهر) وهذا في العرق بحكم الروايات الظاهرة صحيح أما في اللبن فغير صحيح لان الرواية في الكتب المعتبرة بنجاسة لبنه أو تسوية النجاسة والطهارة بذكر الروايتين ولم يرجح جانب الطهارة أحد الا في رواية غير ظاهرة عن محمد فقد ذكر في المبسوط في تعليل سؤره وكذلك اعتبار سؤره بعرقه يدل على طهارته واعتباره بلبنه يدل على نجاسته يجعل لبنه نجسا كما ترى وفي المحيط لبنه نجس في ظاهر الرواية وعن محمد أنه طاهر ولا يؤكل واعتبر التمرتاشي والبزدوي فيه الكثير الفاحش هو الصحيح وعن عين الائمة انه نجس نجاسة غليظة لانه حرام بالاجماع وفي فتاوى قاضيخان في طهارته روايتان اه كاكي وذكر القدوري ان لبنه نجس اه كاكي وقيل سؤر الفحل نجس لانه يشم البول فينجس فمه وسؤر الاتان مشكل والاصح عدم الفرق لان هذا موهوم فلا ينجس به اه كاكي

(قوله في المتن وأيا قدم صح) ولو تيمم وصلى ثم أهرق سؤر الحمار يلزمه اعادة التيمم والصلاة لاحتمال ان سؤر الحمار كان طهورا اه فتاوى قاضيخان والافضل تقديم الوضوء ليخرج عن الخلاف ولمراعاة وجود صورة الماء اه كاكى

ان فقد ماء) أي يتوضأ بسؤرهما ويتيمم ان لم يجد ماء مطلقا لان سؤرهما مشكوك فيه فلا بد من التيمم معه ليرتفع الحدث بيقين قال رحمه الله (وأيا قدم صح) أي بأي الطاهرين بدأ جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز البداءة بالتيمم لانه لا يجوز المصير اليه مع وجود ماء واجب الاستعمال فصار كالماء المطلق ولنا أن الماء ان كان طهورا فلا معنى للتيمم تقدم أو تأخر وان لم يكن طهورا فالمطهر هو التيمم تقدم أو تأخر ووجود هذا الماء وعدمه بمنزلة واحدة وانما يجمع بينهما لعدم العلم بالمطهر منهما عينا ولو رأى المتيمم سؤر الحمار وهو في الصلاة مضى فيها فاذا فرغ توضأ به وأعادها لانه كان في الصلاة بيقين فلا تبطل بالشك وانما يعيدها لاحتمال البطلان قال رحمه الله (بخلاف نبيذ التمر) أي لا يجمع بين الوضوء بنبيذ التمر وبين التيمم بل يتوضأ به ولا يتيمم عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف وهو رواية عن أبي حنيفة يتيمم ولا يتوضأ به وقال محمد يجمع بينهما وهو أيضا مروي عن أبي حنيفة وروى نوح رجوع أبي حنيفة الى قول أبي يوسف وفي خزانة الاكمل انما اختلفت أجوبته لاختلاف أسئلتهم فسئل مرة ان كان الماء غالبا فقال يتوضأ به ولا يتيمم ومرة ان كانت الحلاوة غالبة عليه فقال يتيمم ولا يتوضأ به ومرة لم يدر أيهما الغالب فقال يجمع بينهما وجه قول محمد أن آية التيمم تقتضي ثبوت النقل الى التيمم عند فقد الماء من غير واسطة بينهما وحديث ليلة الجن يوجب الوضوء به فيجمع بينهما احتياطا ولان في الحديث اضطرابا وفي التاريخ جهالة فوجب الجمع بينهما بيان الاضطراب أن بعضهم قال ابن مسعود لم يكن مع النبي صلى الله عليه وسلم في تلك الليلة وشنع محمد على أبي يوسف فقال يجوز الوضوء بسؤر الحمار ولم يرد فيه أثر ويمنعه بنبيذ التمر وقد ورد فيه الاثر ووجه قول أبي يوسف أن الله تعالى أوجب التيمم عند عدم الماء المطلق ونبيذ التمر ليس بماء مطلق ولهذا نفى عنه ابن مسعود اسم الماء ولم يجز مع وجود الماء فصار كالخل ونحوه ولو ثبت الحديث كان منسوخا بآية التيمم لانها مدنية وليلة الجن كانت بمكة ونسخ السنة بالكتاب جائز عندنا ووجه قول أبي حنيفة ما روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال سألني رسول الله صلى الله عليه وسلم ليلة الجن أمعك ماء فقلت لا إلا نبيذ التمر في اداوة فقال تمرة طيبة وماء طهور فتوضأ به وهو مذهب علي وابن عباس وجماعة من التابعين وأما انكارهم كون ابن مسعود معه عليه السلام فقد روي عنه أنه قال كنت معه عليه الصلاة والسلام ليلة الجن فيكون الاثبات أولى من النفي أو يحمل على أنه كان معه في الابتداء ثم فارقه ولم يكن معه عليه الصلاة والسلام عند خطاب الجن لانه روي في الخبر أن ابن مسعود قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال إني أمرت أن أقرأ على اخوانكم من الجن ليقم معي رجل منكم ولا يقم معي من في قلبه مثقال حبة من خردل من كبر فقمت معه حتى اذا برز خط حولي خطة ثم قال لي لا تخرج منها فانك ان خرجت منها لم ترني ولم أرك الى يوم القيامة قال ثم انطلق حتى توارى فثبت قائما حتى طلع الفجر فأقبل علي فقال مالي أراك قائما قلت ما قعدت خشية أن أخرج منها فسألني عن الماء الحديث وقال القدوري قد روي أنه كان مع النبي صلى الله عليه وسلم في خبر أجمع الفقهاء على العمل به وهو أنه طلب منه ثلاثة أحجار للاستنجاء فأتاه بحجرين وروثة فألقى الروثة وقال انها رجس وأما قولهم ليلة الجن كانت بمكة ودعواهم النسخ فليس بمتيقن به لان ليلة الجن كانت غير واحدة فلم يثبت النسخ بيقين وأما قولهم ليس بماء مطلق قلنا هو ماء شرعا ألا ترى الى قوله عليه السلام ماء طهور أي شرعا فيكون بمعنى قوله تعالى فلم تجدوا ماء أي حقيقة أو شرعا ولو وجد نبيذ التمر والماء المشكوك فيه والتراب يتوضأ بالنبيذ لا غير عنده وعند أبي يوسف يجمع بين المشكوك فيه والتيمم وعند محمد يجمع بين الثلاث والوجه ما تقدم ذكره في الغاية وقياس قول أبي حنيفة أن يجمع بين النبيذ والسؤر لان

(قوله وانما يجمع بينهما لعدم العلم) وفي النهاية المراد بالجمع ان لا يخلو صلاة واحدة عنهما حتى لو توضأ بالسؤر وصلى ثم أحدث وتيمم وصلى تلك الصلاة جاز لانه جمعهما في صلاة واحدة وكذا في المجتبى فان قيل هذا الطريق يستلزم أداء الصلاة بغير طهارة في احدى المرتين لا محالة وهو مستلزم للكفر لتأديته الى الاستخفاف بالدين فينبغي أن لا يجوز ويجب الجمع في أداء واحد قلنا ذلك فيما أدى بغير طهارة بيقين فأما اذا كان أداؤه بطهارة من وجه فلا لانتفاء الاستخفاف لانه عمل بالشرع من وجه وههنا كذلك لان كل واحد من السؤر والتراب مطهر من وجه دون وجه فلا يكون الاداء بغير طهارة من كل وجه فلا يلزم منه الكفر كما لو صلى حنفي بعد الفصد أو الحجامة لا تجوز صلاته ولا يكفر لمكان الاختلاف وهذا أولى بخلاف ما لو صلى بعد البول اه يحيى (قوله يتيمم) قال قاضيخان هو الصحيح واختاره الطحاوي اه كاكى (قوله ولا يتوضأ به) كلام الماتن فيه ابهام لكن الاولى ان يقال بل يتيمم ولا يتوضأ به لان هذا هو الراجح المرجوع اليه كذا بخط الشيخ سراج الدين قارئ الهداية اه قلت وقد قال في الوافي فان لم يجد الا نبيذ التمر تيمم فقط ولا يتوضأ به سوى نبيذ التمر خلافا للبعض لانه ثبت على خلاف القياس فلا يجري غيره على قضية القياس اه كافي (قوله انه كان مع النبي) كذا في مسودة الشارح

(قوله وتشترط النية) لانه بدل عن الماء كالتراب حتى لا يجوز الوضوء به حال وجود الماء و ينتقض الوضوء به أيضا عند وجود الماء كالتيمم اه كاكي (قوله أو مسكرا) في الهداية ان التوضي بالمسكر لا يجوز بالاجماع (قوله وفيه بعد) لانه اصفيف فلا يجوز بالاتفاق (قوله وان اشتد) ليست في مسودة الشارح

﴿ باب التيمم ﴾

ثلث به تاسيا بكتاب الله تعالى ولانه قدم الوضوء لانه الاعم ثم الغسل لانه الاقل ثم بالخلف لانه أبدا يلي الاصل اه عيني قال في المستصفى اعلم ان المصنف رحمه الله ابتدأ بالوضوء ثم ثنى بالغسل ثم ثلث بالتيمم اقتداء بكتاب الله تعالى أو نقول ابتدأ بالوضوء لانه الاعم والاغلب ثم بالغسل لانه الاندر ثم بالآلة التي هما يحصلان بها وهو الماء المطلق ثم بالعوارض التي تعترض عليه من ان يخالطه طاهر أو نجس ثم بالخلف وهو باب التيمم ثم اعلم أن التيمم لم يكن مشروعا لغير هذه الامة وانما شرع رخصة لنا والرخصة فيه من حيث الآلة حيث اكتفى بالصعيد الذي هو ملوث وفي محله حيث اكتفى بشطر أعضاء الوضوء وثبوت التيمم بالكتاب وهو قوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ونزول الآية في غزوة المريسيع اه وفي الخلاصة شرائط التيمم أربعة النية والاسلام حتى لا يجوز تيمم الكافر بنية الاسلام والارتداد لا ينافيه وصفة ما يتيمم به والعجز عن استعمال الماء حقيقة أو حكما وسننه أربعة التسمية في ابتدائه وان يقبل بيديه ويدبر بهما في الضرب و ينفضهما بعده و يبدأ بالوجه ثم باليد اليمنى ثم باليد اليسرى اه مجتبى

سؤر الحمار يحتمل أن يكون ماء مطلقا فلا يجوز المصير الى النبيذ مع وجوده فيجمع بينهما احتياطا وتشترط النية عند التوضي بنبيذ التمر كالتيمم ثم اختلفوا في جواز الغسل به قال في المبسوط يجوز الاغتسال به على الاصح لان ما ورد به النص على خلاف القياس يلحق به ما هو في معناه والجنابة حدث كغيره من الاحداث وقال في المفيد والاصح أنه لا يجوز الاغتسال به لان الجنابة أغلظ الحدثين والضرورة في الجنابة دونها في الوضوء فلا يقاس عليه واختلفوا في النبيذ الذي يجوز به الوضوء قال في المفيد والمزيد الماء الذي ألقي فيه تميرات فصار حلوا ولم يزل عنه اسم الماء وهو رقيق يجوز الوضوء به بلا خلاف بين أصحابنا وان طبخ أدنى طبخة يجوز الوضوء به حلوا كان أو مرا أو مسكرا قال وهو الاصح لان المتنازع فيه المطبوخ الذي زال عنه اسم الماء وفيه بعد وقال صاحب الهداية وان غيرته النار فما دام حلوا فهو على هذا الاختلاف وان اشتد فعند أبي حنيفة يجوز التوضي به لانه يجوز شربه عنده وهذا يناقض ما ذكره هو بنفسه في باب الماء الذي يجوز به الوضوء فانه قال هناك وان تغير بالطبخ بعد ما خلط به غيره لا يجوز التوضي به لانه لم يبق في معنى المنزل من السماء إذ النار قد غيرته وذكر صاحب المبسوط أن المسكر منه لا يجوز الوضوء به لانه حرام وان كان مطبوخا فالصحيح أنه لا يتوضأ به إذ النار قد غيرته حلوا كان أو مشتدا كمطبوخ الباقلا وهو اختيار أبي طاهر الدباس قال في المحيط وهو الاصح قال العبد الضعيف وهو أوفق الروايات لانه بالطبخ كمل امتزاجه وكمال الامتزاج يمنع إطلاق اسم الماء عليه وقدمنا بيانه في موضعه والله سبحانه أعلم

﴿ باب التيمم ﴾

التيمم في اللغة القصد قال الله تعالى ولا تيمموا الخبيث أي لا تقصدوا وقال الشاعر

ولا أدري اذا يممت أرضا * أريد الخير أيهما يليني

وفي الشرع هو على ما قالوا استعمال جزء من الارض على أعضاء مخصوصة على قصد التطهير وفيه نظر لانه لا يشترط أن يستعمل الجزء على الاعضاء حتى يجوز بالحجر الاملس قال رحمه الله (يتيمم لبعده ميلا عن ماء أو لمرض أو برد أو خوف سبع أو عدو أو عطش أو فقد آلة) أي يتيمم الشخص لهذه الاعذار لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا أي فلم تقدروا وبهذه الاعذار تنتفي القدرة أما البعده ميلا

قوله ونزول الآية في غزوة المريسيع وروى ان سبب نزول هذه الآية ان النبي صلى الله عليه وسلم خرج في غزاة ذات المريسيع فنزل ببعض الطريق فسقط من عائشة رضي الله عنها قلادة لاسماء فلما ارتحلوا ذكرت ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث رجلين في طلبها وأقام ينتظرهما فعدم الناس الماء وحضرت صلاة الفجر وأغلظ أبو بكر رضي الله عنه على عائشة رضي الله عنها وقال لها حبست المسلمين على غير ماء فنزلت هذه الآية فقال أسيد بن حضير يرحمك الله يا عائشة ما نزل بك أمر تكرهينه الا وجعل الله للمسلمين فيه فرجا اه قطع (قوله وفي الشرع الى آخره) قالوا القصد الى الصعيد الطاهر للتطهير والحق انه اسم لمسح اليدين عن الصعيد الطاهر والقصد شرط لانه النية اه كال (قوله في المتن أو لمرض) مطلقا أي سواء خاف زيادة المرض أو تطويله باستعمال الماء أو بالتحرك للاستعمال وعند الشافعي انما يتيمم اذا خاف تلف نفس أو عضو منه وهو مردود بظاهر قوله تعالى وان كنتم مرضى الآية (قوله في المتن أو عطش او فقد آلة) المراد من عدم وجدان الماء عدم القدرة على استعماله لان التكاليف مبنى عليها اه يحيي

(قوله ويتنى أيضا اشتراط السفر) فى فتاوى قاضيخان قليل السفر وكثيره سواء فى التيمم والصلاة على الدابة وانما الفرق بين القليل والكثير فى ثلاثة مواضع فى قصر الصلاة والافطار والمسح على الخفين اه كاكى قال قاضيخان رحمه الله ومن خرج من المصر أو السواد للاحتطاب أو للاحتشاش أو لطلب الدابة فحضرت الصلاة فان كان الماء قريبا منه لا يجوز له التيمم وان خاف خروج الوقت واختلفوا فى حد القرب قال الفقيه أبو جعفر أجمع أصحابنا على انه يجوز للمسافر ان يتيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل وان كان أقل من ذلك لا يجوز اذا كان يعلم به المسافر وان خاف خروج الوقت ولا يجوز للمقيم أن يتيمم اذا كان بينه وبين الماء ميل ولا شئ فى الزيادة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعن محمد أنه يجوز اذا كان الماء على قدر ميلين وهو اختيار الفقيه أبى بكر محمد بن الفضل وعن الكرخى انه قال اذا خرج المقيم من المصر أو من السواد للاحتطاب أو للاحتشاش ان كان فى موضع يسمع صوت أهل الماء فهو قريب وان كان لا يسمع فهو بعيد وبه أخذ أكثر المشايخ اذا كان هذا فى المقيم فما ظنك بالمسافر اه (قوله وقيل) هذا القيل عزاه الكاكى الى الحسن بن زياد اه (قوله اذا كان أمامه) وان كان يمنة أو يسرة أو خلفه فقدر بميل اه كاكى قال فى الظهيرية المسافر اذا كان بينه وبين الماء أقل من ميل وهو يخاف فوت الوقت لا يتيمم اه (قوله ولا يعتبر خوف الفوت خلافا لزفر) قال زفر ان كان بحيث يصل الى الماء قبل خروج الوقت لا يتيمم والا فيتيمم وان كان الماء قريبا قلنا خوف فوت الوقت تقصير من جهته حيث أخر الى هذا الوقت فلا يعتبر اه رزى (قوله أو طوله باستعمال الماء) كالجدرى ونحوه اه فتح (قوله أو بتحركه) كالمشتكى من العرق المدنى والمبطون اه فتح (قوله لا يتيمم لانه قادر) قال المصنف فى التجنيس بعد أن ذكر وجوب الوضوء فيما قلنا فرق بين هذا وبين المريض اذا لم يقدر على الصلاة ومعه قوم يستعان بهم فى الاقامة والثبات على القيام جازت له الصلاة قاعدا والفرق انه يخاف على المريض زيادة الوجع فى قيامه ولا يلحقه زيادة الحرج فى الوضوء اه كمال رحمه الله (قوله فصار كالمسافر) لان الحرج شامل لهما ولهذا لو عدم الماء فى المصر يتيمم كما لو عدم فى السفر ذكره فى الاسرار كذا فى الكافى وقال فى المستصفى عند قوله فى النافع ومن لم يجد الماء وهو مسافر أو خارج المصر تيمم قوله أو خارج المصر فيه اشارة الى أنه لا يجوز لعادم الماء فى المصر التيمم وقد نص على عدم الجواز فى المبسوط وفيه رد لمن قال لا يجوز التيمم لمن خرج من المصر ما لم يقصد مدة السفر اه (قوله فى المتن أو برد يشير الى انه يجوز) وعليه مشى فى الاسرار وصرح به الكمال رحمه الله (قوله وهو قول بعض المشايخ) وهو شيخ الاسلام خواهرزاده اه (قوله والصحيح انه لا يجوز) قال العلامة كمال الدين كأنه وقع عند عدم اعتبار ذلك الخوف بناء على انه مجرد وهم اذ لا يتحقق ذلك فى الوضوء عادة اه لان الغالب وجود الحمام بما يكفى الوضوء من الماء السخن اه يحيى (قوله وأما خوف السبع أو العدو) قال فى القنية الاسير بأيدى العدو ومنع من الوضوء والصلاة يتيمم ويومئ ويعيد وكذا من منع من الوضوء والصلاة بتهديد وعيد ولو كان عند الماء لص أو ظالم يؤذيه وسبع وحية يتيمم اه قال صاحب النهاية جاز أن تجب اعادة الصلاة على الخائف من العدو بعد زوال الخوف لانه من قبل العباد وفى تجنيس المصنف وشرح الزيلعى رجل أراد أن يتوضأ فمنعه انسان عن الوضوء بوعيد قيل ينبغى أن يتيمم ويصلى ثم يعيد الصلاة بعد زوال ذلك عنه لان هذا عذر جاء من قبل العباد

ميلا فصلا لانه يلحقه الحرج بالذهاب الى الماء والحرج مدفوع وقوله لبعده ميلا عن ما ينفى اشتراط الخروج من المصر وهو الصحيح لانه لا يشترط الا لحوق الحرج وبعده ميلا عن ماء يلحقه الحرج سواء كان فى المصر أو خارجه وينفى أيضا اشتراط السفر لان المعنى يشمل الكل والميل هو المختار فى التقدير وقيل فى المسافر اذا كان الماء أمامه يقدر بميلين لانه بمنزلة ميل فى حقه لعدم الاياب وعن محمد أنه مقدر بميلين مطلقا ومنهم من قدره بعدم سماع الصوت وأقرب الاقوال الميل وهو ثلث فرسخ أربعة آلاف ذراع بذراع محمد بن الفرج الشاشى طولها أربعة وعشرون اصبعا وعرض كل اصبع ست حبات من شعير ملصقة ظهرا لبطن والبريد اثنا عشر ميلا ذكره فى الصحاح ولا يعتبر خوف الفوت خلافا لزفر لان التفريط يأتى من قبله وأما المرض فمنصوص عليه وسواء خاف زيادة المرض أو طوله باستعمال الماء أو بالتحرك أو لم يقدر على استعماله بنفسه ولم يجد من يوضئه فان وجد من يوضئه ففى ظاهر المذهب لا يتيمم لانه قادر وروى عن أبى حنيفة انه يتيمم وعندهما لا يتيمم وعلى هذا الخلاف اذا عجز عن التوجه الى القبلة ووجد من يوجهه أو عجز عن السعى الى الجمعة أو الحج ووجد من يعينه عليه وقيل ان وجد بغير أجر لا يتيمم وبأجر يتيمم عند أبى حنيفة قل أو كثر وعندهما ان وجد بربع لا يتيمم وعند محمد لا يتيمم فى المصر الا أن يكون مقطوع اليدين لان الظاهر انه يجد من يعينه وكذا العجز على شرف الزوال بخلاف مقطوع اليدين وأما البرد فلان الاغتسال بالماء البارد قد يفضى الى التلف أو المرض وقالا لا يجوز فى المصر لخوف البرد لان الغالب وجود الماء المسخن ووجود ما يستدفأ به وعدمه نادر قلنا الا نسلم ذلك فى حق الفقير والغريب والنادر يعتبر اذا تحقق كخوف السبع على أن الكلام عند عدم القدرة فيتيمم بالنص فصار كالمسافر أو الخارج من المصر اذ لا فرق بينهما بعد تحقق العجز كسائر الاعذار المبيحة للتيمم وقوله أو برد يشير الى أنه يجوز للمحدث أيضا حيث لم يشترط أن يكون جنبا وهو قول بعض المشايخ والصحيح انه لا يجوز له التيمم وأما خوف السبع أو العدو فلعجز

فلا يسقط الفرض كالمحبوس اذا صلى بالتراب فى السجن فاذا خرج يعيد فكذا هنا وفى شرح الطحاوى يخاف على نفسه أو ماله يجوز له التيمم وذكر الولوالجى متيمم مر على الماء فى موضع لا يستطيع النزول اليه لخوف على نفسه أو ماله لا ينتقض تيممه لانه غير قادر اه كاكى (قوله فى المتن ويديه مع مرفقيه) أشار بقوله مع مرفقيه الى أنهما يدخلان فى المسح وبه قال الشافعى وقال زفر لا تدخل المرفقان كما فى الوضوء اه عينى (قوله والاول أوجه) أى لانه لا يحتاج الى التقدير اه يحيى (قوله ان الاكثر يقوم مقام الكل) قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله ينبغى أن تحفظ هذه الرواية لكثرة البلوى فان قيل ينبغى أن لا يشترط الاستيعاب على ظاهر الرواية لان الباء دخلت على المحل قلنا زدنا على النص بالحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام ضربة للوجه وضربة للذراعين ولانه شرع خلفا عن الوضوء على سبيل التنصيف وكل تنصيف يدل على ابقاء الباقى على ما كان اه مستصفى قوله على ما كان أى من الاستيعاب اه (قوله فى المتن بضربتين) اختار لفظ الضرب وان كان الوضع جائزا لان الآثار جاءت بلفظ الضرب اه مستصفى (قوله بضربتين الباء متعلقة بيتيمم) ويجوز أن تتعلق بمستوعبا اه ع (قوله يقبل بهما) أى يحركهما بعد الضرب أماما وخلفا مبالغة فى ايصال التراب الى أثناء الاصابع وان كان الضرب أولى من الوضع اه يحيى (قوله وينفضهما ويمسح بهما وجهه) ثم فى ظاهر الرواية ينفض يديه فى كل ضربة نفضة واحدة وروى عن أبى يوسف أنه ينفضهما فى كل ضربة نفضتين وقيل لا اختلاف بين الروايتين فى الحقيقة لانه ان كان تناثر ما التصق من التراب عن كفه بنفضة واحدة فلا يحتاج الى نفضتين وان كان لا يتناثر بنفضة واحدة فيحتاج الى نفضتين ولا يجب عليه تلطيخ التراب على عضو التيمم وهذا لان المقصود من النفض تناثر التراب صيانة عن التلويث الذى يشبه المثلة اه مبسوط (قوله أن تقول بيديك) هكذا فى خط المصنف وفى بعض نسخ الشرح أن تفعل اه (قوله فى المتن بطاهر من جنس الارض) قال العينى والباء فى قوله بطاهر فى محل الجر صفة لضربتين أى بضربتين ملصقتين بطاهر اه قال فى الدراية يجوز التيمم بالتراب المستعمل عندنا وفى قول للشافعى وفى ظاهر مذهبه لا يجوز والمستعمل ما تناثر من العضو اه وقال الزاهدى ولو تيمم جماعة بحجر واحد أو لبنة أو أرض جاز كبقية الوضوء (قوله والنورة) قال فى المغرب بضمة والنورة خطأ اه كاكى قال فى النتائج النورة طلاء مركب من أخلاط يزال به الشعر قيل سميت بذلك لان أول من عملها امرأة يقال لها نورة اه (قوله والمغرة) قال فى المصباح المنير المغرة الطين الاحمر بفتحتين والتسكين تخفيف اه اذا تيمم ثم تيمم غيره من ذلك المكان

حقيقة ويلحق به ما هو مثله كخوف الحية أو النار وأما الماء المحتاج اليه للعطش فلانه مشغول بحاجته والمشغول بالحاجة كالمعدوم وكذا اذا كان معه غنه وهو محتاج اليه للزاد يتيمم معه وكذا الماء الذى يحتاج اليه للعجين قلنا وان كان يحتاج اليه لاتخاذ المرقة لا يتيمم لان حاجة الطبخ دون حاجة العطش وعطش رفيقه كعطشه وكذا عطش دوابه وكلبه ولا فرق فى ذلك بين أن يخافه للحال أو فى ثانى الحال وأما الفقد للآلة فلتحقق العجز لانه اذا لم يجد ما يستقى به فوجود البئر وعدمها سواء قال رحمه الله (مستوعبا وجهه ويديه مع مرفقيه) فقوله مستوعبا صفة لمصدر محذوف تقديره يتيمم تيمما مستوعبا ويجوز أن يكون حالا من الضمير الذى فى يتيمم فيكون حالا منتظرة والاول أوجه ثم الاستيعاب شرط فى ظاهر الرواية حتى يحرك الرجل خاتمه والمرأة سوارها أو ينزعانهما وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الاكثر يقوم مقام الكل وقال مالك وأحمد يمسح يديه الى الرسغين ولنا حديث عمار أنه عليه الصلاة والسلام مسح وجهه ويديه الى المرفقين ذكره فى الغاية ولان الله تعالى أوجب غسل الاعضاء الثلاثة ومسح الرأس فى الوضوء فى صدر الآية وأسقط منها عضوين فى التيمم فبقى العضوان فيه على ما كانا عليه فى الوضوء اذ لو اختلفا لبينه ولانه لم يسقط من وظيفة الوجه شئ فكذا اليدان قال رحمه الله (بضربتين) الباء متعلقة بيتيمم أى يتيمم بضربتين وكيفيته أن يضرب بيديه على الارض يقبل بهما ويدبر ثم يرفعهما وينفضهما ويمسح بهما وجهه بحيث لا يبقى منه شئ ويمسح الوترة التى بين المنخرين ثم يضرب بيديه على الارض كذلك ويمسح بهما ذراعيه الى المرفقين ولا يجوز المسح بأقل من ثلاث أصابع كمسح الرأس والخفين ويجب تخليل الاصابع ان لم يدخل بينهما غبار ولا يجب فى الصحيح مسح باطن الكف لان ضربهما على الارض يكفى وقال بعض المشايخ يمسح بأربع أصابع يده اليسرى ظاهر يده اليمنى من رؤس الاصابع الى المرفق ثم يمسح بكفه اليسرى باطن يده اليمنى الى الرسغ ويمر باطن ابهامه اليسرى على ظاهر ابهامه اليمنى ثم يفعل بيده اليسرى كذلك قالوا وهو أحوط ويستحب تسمية الله تعالى فى أوله كما فى الوضوء قال رحمه الله (ولو جنبا أو حائضا) أى يكفيه ضربتان ولو كان المتيمم جنبا أو حائضا لحديث عمار بن ياسر قال بعثنى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى حاجة فأجنبت فلم أجد الماء فتمرغت فى الصعيد كما تتمرغ الدابة ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فذكرت ذلك له فقال انما يكفيك أن تقول بيديك هكذا الحديث والحائض والنفساء ملحقتان به قال رحمه الله (بطاهر من جنس الارض وان لم يكن عليه نقع وبه بلا عجز) الباء فى قوله بطاهر متعلق بيتيمم أى يتيمم بطاهر من جنس الارض كالتراب والحجر والكحل والزرنيخ والنورة والجص والرمل والمغرة والكبريت والياقوت والزبرجد والزمرد والحبش والفيروزج والمرجان لقوله تعالى فتيمموا صعيدا طيبا أى

جاز لان التراب لا يصير مستعملا لان المستعمل ما التزق بيده وهو كفضل الماء في الاناء اه ولوالجي رحمه الله (قوله ولا يجوز في أخرى) وفي قاضيخان لا يجوز على الاصح لانه يذوب اه كاكي قال الكمال رحمه الله في زاد الفقير والمختار الجواز بالملح الجبلي اه ولا يجوز باللؤلؤ المسحوق لانه متولد من الحيوان وليس من أجزاء الارض كذا في الدراية ولا يجوز بالزئبق لانه ليس من أجزاء الارض وكذا بالرماد لانه ليس منه اه دراية (قوله المتخذ من الرمل) وكذا الزبادي الا أن تكون مطلية بالدهان اه كمال (قوله ان كل شئ يحترق) أي كالشجر اه (قوله وكل شئ ينطبع) أي كالحديد اه (قوله وان لم يكن عليه غبار) ذكر الولوالجي اذا ضرب يده على صخرة لا غبار عليها أو على أرض ندية ولم يتعلق بيده شئ يجوز عند أبي حنيفة وبه قال مالك اه كاكي (قوله صعيدا جرزا) فسر الصعيد بالجرز لا صفة كاشفة والجرز أرض لا نبات فيها فعلم أن النبات ليس من الصعيد وما يذوب بالنار فهو في معنى ما يحترق بها فلا يكون من الصعيد اه يحيى (قوله اذا كان عليه نقع) قال في الدراية وعن محمد روايتان في اشتراط الغبار وفي رواية لا يجوز

بدونه وهو قول أبي يوسف والشافعي

طاهر او قوله عليه السلام وجعلت لي الارض مسجدا وطهورا وكل واحد من الصعيد والارض يتناول جميع أجزاء الارض فيكون حجة على من لم ير التيمم بغير التراب ولو تيمم بالملح الجبلي يجوز في رواية لانه من جنس الارض ولا يجوز في أخرى لانه يذوب ولو كان مائيا لا يجوز رواية واحدة كالا يجوز بالماء المجمد ويجوز بالآجر في ظاهر الرواية وقال في المحيط اذا كان الخزف من طين خالص يجوز وان كان من طين خالطه شئ آخر ليس من جنس الارض لا يجوز كالزجاج المتخذ من الرمل وشئ آخر ليس من جنس الارض وفي شرح الجامع الصغير لقاضيخان يجوز بالكيزان والحباب ويجوز بالذهب والفضة والحديد والنحاس وما أشبههما ما دامت على الارض ولم يصنع منها شئ وبعد السبك لا يجوز ثم الفاصل بينهما أن كل شئ يحترق بالنار ويصير رمادا ليس من جنس الارض وكذا كل شئ ينطبع ويذوب بالنار وكل شئ غير ذلك فهو من الارض ليس من جنسها لقوله تعالى وانا لجاعلون ما عليها صعيدا جرزا قوله وان لم يكن عليه نقع أي يجوز بجنس الارض وان لم يكن عليه غبار والنقع الغبار وقال محمد لا يجوز الا اذا كان عليه نقع وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز الا بالتراب والحجة عليهم ما تلونا وما روينا وبيان ذلك أن الصعيد اسم لما صعد على وجه الارض من جنسها قال الله تعالى صعيدا زلقا أي حجرا أملس ولا تعلق للشافعي وأبي يوسف بقوله تعالى طيبا على أنه أراد به التراب المنبت لان الطيب اسم مشترك يراد به المنبت ويراد به الحلال ويراد به الطاهر وهو مراد بالاجماع فلا يكون غيره مرادا اذ المشترك لا عموم له وكذا الارض في الحديث اسم لجميع أجزائها فيتناول الجميع كما تناول في حق المسجد لان الذي جعل مسجدا هو الذي جعل طهورا قوله وبلا عجز أي يجوز بالنقع بلا عجز عن الصعيد لانه تراب رقيق وسواء كان الغبار على ثوبه أو على ظهر حيوان ولو أصاب رجهه وذراعيه غبار فان مسحه جاز والا فلا وقال أبو يوسف لا يجوز بالغبار مع القدرة على التراب وعند عدمه له روايتان وروى عنه أنه يتيمم به ويعيد وقال رحمه الله (ناويا) أي يتيمم ناويا وهو حال من الضمير الذي في يتيمم وكيفية النية أن ينوي عبادة مقصودة لا تصح الا بالطهارة مثل سجدة التلاوة وصلاة الظهر ولو تيمم لدخول المسجد أو الاذان أو الاقامة لا يؤدي به الصلاة لانها ليست بعبادة مقصودة وانما هي أتباع لغيرها وفي التيمم لتلاوة القرآن روايتان وفي الغاية الصحيح أنه لا يجوز ونية الطهارة أو استباحة

وأحمد وداود لقوله تعالى فامسحوا بوجوهكم وأيديكم منه أي من التراب وكلمة من للتبعيض فأفادت الآية وجوب المسح بشئ من الارض فينبغي أن يلتصق بيده شئ وفيه تأمل لاحتمال عود الضمير في منه الى الحدث المذكور وتكون من على هذا لابتداء الغاية كما يجيء ولان الملتصق يحصل به الطهارة في الوضوء شرط فكذا في التيمم وفي الايضاح ما ذكر في الاصل أنه لو نفض الثوب بعد الجنب وتيمم بعد الجفاف اذا كان في طين ردغة هو قول محمد أما عند أبي حنيفة يجوز التيمم بالطين الرطب وان لم يلتزق منه شئ اه كاكي قال في المجتبى ولو دق الحجر ولا جحر جاز أيضا عند محمد خلافا لابي يوسف

والشافعي اه (قوله تراد) وفي بعض النسخ أريد (قوله المنبت) أي وهو التراب الخالص عن الرمل اه (قوله يراد به المنبت أي اخره) قال تعالى والبلد الطيب يخرج نباته (قوله ويراد به الحلال) قال تعالى كلوا من طيبات ما رزقناكم (قوله ويراد به الطاهر في آخره) قال تعالى حلالا طيبا وقال عليه الصلاة والسلام ان الله طيب يحب الطيب اه كاكي (قوله وكذا الارض في الحديث) وهو قوله جعلت لي الارض مسجدا وطهورا اه (قوله والا فلا) أي لعدم القصد وهو شرط اه (قوله عبادة مقصودة الى آخره) الدليل على اشتراط هذين القيدين ترتب التيمم على الصلاة وهي عبادة مقصودة لا تصح الا بالطهارة والمجزئ نية الصلاة وقد انتفى فيها القيدان لانتفاء نية الصلاة اه يحيى (قوله وصلاة الظهر) احترز عن التيمم للاسلام فانه عبادة مقصودة لكنه يصح بلا طهارة قوله ولو تيمم لدخول المسجد أي ومس المصحف اه (قوله أو الاقامة الى آخره) وكذا السلام أورده والاسلام اه كمال (قوله انه لا يجوز) أي بل يجوز لقراءة بدون اوضوء قال في شرح الزيادات ولو تيمم لدخول المسجد ومس المصحف لا تجوز به الصلاة لانه نوى به قربة مقصودة لكن شرعت لدخول المسجد ومس المصحف اه قال الشيخ قاسم في شرح القدوري ومن المشكل ما في البدائع وغيره أنه لو تيمم لدخول مسجد أو مس المصحف ثم الاسر

بعبادة مقصودة لنفسه ولا هو من جنس أجزاء الصلاة فيقع طهورا اهـ فإن قلت ذكرت أن نية التيمم لرد السلام لا تصحه على ظاهر المذهب مع أنه صلى الله عليه وسلم تيمم لرد السلام على ما أسلفته في الأول فالجواب أن قصد رد السلام بالتيمم لا يستلزم أن يكون نوى عند فعل التيمم التيمم له بل يجوز كونه نوى ما يصح معه التيمم ثم رد السلام إذا صار طاهرا اهـ كمال (قوله ولا يجب التمييز بين الحدث والجنابة) ويكفي للحدثين أن ينوي الطهارة في المختار فقد روي عن محمد أن من تيمم يريد به الوضوء أجزأه عن الجنابة اهـ زاد الفقير (قوله فعلى هاتين الروايتين) أي رواية النوادر ورواية الحسن اهـ (قوله فرض عندهم) أي عند أصحابنا الثلاثة اهـ (قوله فلا يخالفه في وصفه) قلنا بل الأصل أن الخلف لا يفارق الأصل لكن قد يفارقه لاختلاف حالهما ألا ترى أن الوضوء بالأعضاء الأربع بخلاف التيمم وسن التكرر في الوضوء دون التيمم اهـ كاكي

(قوله والإسلام له صحة بدون الطهارة) يقتضي أنه لو تيمم للصلاة صح عندهما وليس كذلك والحاصل أنهما لا يصححان منه تيمما أصلا بناء على عدم صحة النية منه فيما يفتقر إليها لا يصح منه وهذا لأن النية تصير الفعل منتصبا سببا للثواب ولا فعل يقع من الكافر كذلك حال الكفر وقد صححوا وضوءه لعدم افتقاره إلى النية ولم يصححه الشافعي لما افتقر إليها عنده اهـ كمال (قوله لأن الكفر ينافيه) باعتبار عدم الأهلية فإن الكافر لو تيمم لا يصح نوى أو لم ينو لأنه شرع لأداء الصلاة والتقصير عن عهدة التكليف والكافر ليس من أهل فعله فعلى هذا يبطل تيممه عنده نوى أو لم ينو اهـ كاكي و قوله عدم جواز التيمم للكافر عنده لاشتراط النية بل لأن الشارع جعله طهورا للمسلم بقوله عليه الصلاة والسلام التراب طهور المسلم ولو عشر حجج الصلاة إلخ ثم التيمم طهور للمسلم بالحديث وبعد الإسلام من الكافر بالاتفاق فعلم أن الكفر مناف لطهوريته القدرة وبالارتداد ارتفعت طهوريته اهـ كاكي (قوله والبقاء كالمحرمية) بأن كان الزوجان رضيعين وقد زوج كلاهما أبواهما ثم أرضعتهما امرأة أو كانا كبيرين وقد مكنت المرأة ابن زوجها بعد النكاح حيث يرتفع النكاح فيهما بعد الثبوت كما لا ينعقد فيهما ابتداء والأصل أن كل ما ينافي حكما يستوي فيه الابتداء والبقاء كالردة والمحرمية في النكاح والحدث العمد في الصلاة فإن قيل لو سبقه حدث في صلاة لا تفسد صلاته بعد ما أنها لا تنعقد ابتداء قلنا ذلك مخصوص بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف الحديث اهـ كاكي (قوله لانعدام النية) أي لأنها عبادة (قوله فالمراد به ظهور الحدث السابق) التيمم يرفع الحدث عندنا لكن رفعا مؤقتا إلى حين وجود الماء فإذا وجده عاد الحدث السابق وعند الشافعي لا يرفعه بل يبيح الصلاة وإن كان الحدث موجودا كما في ... وثمرة الخلاف تظهر في أنه يصلي بالتيمم ما شاء من الفرائض والنوافل عندنا وعنده يصلي فرضا واحدا والنوافل تبعا له عنده

الصلاة تقوم مقام إرادة الصلاة لأن الطهارة شرعت للصلاة وشرطت لإباحتها فكان نيتها نية إباحة الصلاة ولا يجب التمييز بين الحدث والجنابة حتى لو تيمم الجنب يريد به الوضوء جاز وذكر الجصاص أنه لا بد من التمييز لأن التيمم لهما يقع على صفة واحدة فيتميز بالنية كصلاة الفرض وليس بصحيح لأن الحاجة إلى النية ليقع طهارة فإذا وقع طهارة جاز له أن يؤدي به ما شاء لأن الشرط يراعى وجوده لا غير ألا ترى أنه لو تيمم للعصر يجوز له أن يؤدي به الظهر بخلاف الصلاة حيث لا تتأدى إلا بالتعيين وذكر في النوادر لو مسح وجهه وذراعيه يريد به التيمم جازت الصلاة به وقالوا لو تيمم يريد به تعليم الغير لا يجوز وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة يجوز فعلى هاتين الروايتين المعتبر مجرد نية التيمم ولا فرق بينه وبين الوضوء فإذا أصابه التراب أو الماء من غير قصد منه فإنه يجوز في الوضوء دون التيمم قال رحمه الله (فلغى تيمم كافر لا وضوءه) وقال زفر يجوز تيممه أيضا وهذا بناء على أن النية فرض عندهم ولا نية للكافر فيلغو تيممه وعنده ليس بفرض فتعتبر لزفر رحمه الله أنه خلف عن الوضوء فلا يخالفه في وصفه ولنا أنه مأمور بالتيمم وهو القصد والقصد هو النية فلا يتم بدونها وهي لا يتحقق من الكافر بخلاف الوضوء فإنه مأمور بغسل الأعضاء وقد وجد ولأن التراب ملوث ومغبر وإنما يصير مطهرا للضرورة إرادة الصلاة وذلك بالنية بخلاف الوضوء لأن الماء مطهر بنفسه فاستغنى في وقوعه طهارة عن النية لكن يحتاج إليها في وقوعه قربة وعن أبي يوسف إذا نوى به الإسلام صح ويصلي به إذا أسلم لأن الإسلام رأس العبادات وهو من أدنى فصح تيممه له بخلاف ما إذا نوى الصلاة حيث لا يجوز تيممه لأنه ليس من أهلها قلنا إن التيمم إنما جعل طهارة إذا قصد به عبادة لا صحة لها بدونها والإسلام له صحة بدون الطهارة فلا يصير متيمما بنيته ولهذا لا يصح تيمم المسلم بنية الصوم قال رحمه الله (ولا ينقضه ردة) أي ولا ينقض التيمم ردة وقال زفر رحمه الله تنقضه لأن الكفر ينافيه فيستوي فيه الابتداء والبقاء كالمحرمية في النكاح وهذا القول من زفر يقتضي أن النية واجبة في التيمم عنده ويجوز أنه تكلم فيه على قول من يرى فيه وجوب النية كما تكلم أبو حنيفة في المزارعة على قول من يراها وإن كان هو لا يرى جوازها ولنا أن الباقي صفة كونه طاهرا فاعتراض الكفر عليه لا ينافيه كالوضوء وهذا لأن البقاء أسهل من الابتداء ودوام النية فيه ليس بشرط بخلاف التيمم من الكافر لأنه ليس بأهل لإنشاء النية والعبادة قال رحمه الله (بل ناقض الوضوء وقدرة ماء فضل عن حاجته) أي بل ينقض التيمم ناقض الوضوء والقدرة على الماء أما الأول فلأنه خلف عن الوضوء فيأخذ حكمه وأما الثاني فالمراد به ظهور الحدث السابق عند القدرة على الماء لأن

القدرة في الحقيقة غير ناقضة اذ ليست بخروج نجس لا حقيقة ولا حكما ولكن انتهت طهورية التراب عنده الا انه لم يجعل طهورا الا الى وجود الماء فاذا وجده كان محدثا بالحدث السابق وشرط أن يكون فاضلا عن حاجته لانه لو لم يفضل عنها فهو مشغول بالحاجة الاصلية وقد تقدم أنه كالمعدوم وكذا يشترط أن يكون كافيا للوضوء لانه اذا لم يكن كافيا فوجوده كعدمه فلا ينقض تيممه اذ لا يجب استعماله ولهذا يجوز التيمم مع وجوده في الابتداء وقال الشافعي لا يشترط بل يلزمه استعماله ويتيمم للباقي لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا وهو نكرة في سياق النفي فتم الكافي وغيره فصار كما لو وجد ماء يكفي لازالة بعض النجاسة أو ثوبا يستر بعض عورته وكما يجمع حالة المخمصة بين الذكية والميتة ولنا ان الغسل المأمور به هو المبيح للصلاة وما لا يبيحها فوجوده وعدمه سواء ولانه اذا لم يفد كان الاشتغال به عبثا وتضييعا للماء في موضع عزته وتضييع المال حرام فصار كما لو وجد المكفر ما يكفي خمسة مساكين أو بعض رقبة فانه يكفر بالصوم ولا يؤمر بالاطعام ولا بعتق بعض العبد لعدم الفائدة بل أولى لان هناك يقع تطوعا فيثاب عليه والآية تشهد لنا فان الله تعالى أمرنا في الوضوء بغسل الاعضاء الثلاثة وفي الغسل من الجنابة بغسل جميع البدن ثم قال فلم تجدوا ماء فتيمموا فكان تقديره ماء يستعمل في ذلك ولان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الكافي للوضوء أو الغسل لا القطرة والقطرتان وقوله فتم الكافي وغيره قلنا لو تناول غير الكافي لما جاز المصير الى التيمم معه كما لا يجوز مع الماء الكافي وهذا لان الله تعالى لم يجز التيمم الا عند فقد الماء وهذا واجد للماء على زعمه فكيف يجوز له التيمم وبهذا تبين انه تعالى أمرنا باحدى الطهارتين على البدل ولم يأمرنا بالجمع بينهما ومن جمع بينهما فقد جمع بين الاصل والبدل فصار مخالفا للنص واعتباره بالنجاسة الحقيقية فاسد لانها تتجزأ والحدث لا يتجزأ ولان قليلها عفو بخلاف الحدث وكذا ستر العورة ولا فرق عندنا بين أن يرى الماء في الصلاة أو خارجها وقال الشافعي لا ينتقض اذا وجده وهو في الصلاة والحجة عليه قوله تعالى فلم تجدوا ماء وهذا واجد للماء وقوله عليه السلام فاذا وجدت الماء فأمسه جلدك أمرنا باستعمال الماء عند وجوده مطلقا فدل على بطلان تيممه ولان التراب لم يجعل طهورا الا عند عدم الماء فيبطل بوجوده ولانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فيبطل حكم البدل كالمعتدة بالاشهر اذا حاضت في عدتها ولو كان في النفل فرآه يجب عليه القضاء احتياطا وكذا لا فرق عند أبي حنيفة بين أن يراه قبل أن يقعد قدر التشهد أو بعده وتأتي مع أخواتها في موضعها ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (فهي تمنع التيمم وترفعه) أي القدرة على الماء تمنع جواز التيمم ابتداء وترفعه بعد ما تيمم وقد مر الوجه وهذا تكرار محض لانه لما عد الاعذار علم أنه لا يجوز مع القدرة ولما قال وقدرة ماء علم أنه ترفعه القدرة ولا يبقى الا في موضع يجوز ابتداء فلا فائدة لذكره ثانيا ولا يليق بمثل هذا المختصر قال (وراجي الماء يؤخر الصلاة)

لان الاباحة ضرورية فيتقدر بقدرها اه يحيي ولو أن متوضئا سبقه الحدث فخرج ليتوضأ فلم يجد الماء فتيمم ثم قبل الانصراف الى مكانه وجد الماء توضأ أو بنى ولو انصرف الى مكانه ثم وجد الماء توضأ واستقبل الصلاة استحسانا اه ظهيرية (قوله وكذا ستر العورة) أي يتجزأ وقليلها عفو كما يأتي اه (قوله جواز التيمم ابتداء وترفعه) لا الوجود وان كان المنصوص عليه هو الوجود لان المراد بالوجود هو القدرة على ما بيناه فيكون قوله فهي تمنع لدفع توهم من يقول المانع الوجود فعلى هذا لا يكون التكرار في قول المصنف حيث ذكر ان الناقض قدرة الماء فيعلم منه انها تكون مانعة فلا حاجة الى ذكره ثانيا بقوله فهي تمنع لان غرضه دفع توهم متوهم ان الوجود هو المانع اه رازي (قوله وهذا تكرار محض) فيه نظر لانه بيان لحاصل ما ذكر بعبارة أخرى مختصرة فلا يكون من التكرار في شيء بل هو دأب المحققين في تقدير تمهم يحيي (قوله الماء الاعذار) أي المبيحة للتيمم (قوله ولا يليق) أي التكرار اه (قوله في المتن وراجي الماء) والمراد بالرجاء غلبة الظن أي يغلب على ظنه انه يجد الماء في آخر الوقت كذا في الايضاح وهذا الاستحباب اذا كان بينه وبين موضع يرجوه ميل أو أكثر فان كان أقل لا يجزيه التيمم وان خاف فوت وقت الصلاة اه كاكي قال في الهداية ويستحب لعادم الماء وهو يرجو أن يجده في آخر الوقت أن يؤخر الصلاة الى آخر الوقت فان وجد الماء والا تيمم وصلى ليقع الاداء بأكمل الطهارتين وصار كالطامع في الجماعة وعن أبي حنيفة وأبي يوسف في غير رواية الاصول أن التأخير حتم لان غالب الرأي كالمتحقق وجه الظاهر أن العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله اه قال الكمال قوله لان غالب الرأي كالمتحقق مع قوله في وجه ظاهر الرواية ان العجز ثابت حقيقة فلا يزول حكمه الا بيقين مثله مع انه منظور فيه بأن التيمم في العمرانات وفي الفلاة اذا أخبر بقرب الماء أو غلب على ظنه بغير ذلك لا يجوز قبل الطلب اعتبارا لغالب الظن كاليقين يقتضي انه لو تيقن وجود الماء في آخر الوقت لزمه التأخير على ظاهر الرواية لكن المصرح به خلافه على ما تقدم أول الباب انه اذا كان بينه وبين الماء ميل جاز التيمم من غير تفصيل وفي الخلاصة المسافر اذا كان على تيقن من وجود الماء أو غالب ظنه على ذلك في آخر الوقت فتيمم في أول الوقت وصلى ان كان بينه وبين الماء ميل جاز وان كان أقل ولكن يخاف الفوت لا يتيمم اه

أى يستحب له التأخير ليؤديها بأكمل الطهارتين ولا يجب عليه ذلك لان العدم ثابت حقيقة فلا يزول حكمه بالشك قال رحمه الله (وصح قبل الوقت) أى صح التيمم قبل دخول الوقت وقال الشافعى لا يصح لانه مستغنى عنه فصار كما لو تيمم مع وجود الماء ولانه طهارة ضرورية فلا يجوز قبل الوقت كطهارة المستحاضة ولان الله تعالى أوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة مع وجود الماء وأوجب التيمم عند عدمه والقيام الى الصلاة لا يكون الا بعد دخول الوقت فمن جوزه قبله فقد أثبت التيمم المستثنى عن القاعدة بالقياس ولنا ان النصوص الواردة فى التيمم لم تفصل بين وقت ووقت والمطلق يجرى على اطلاقه كما يجرى العام على عمومه ومن قيده بالوقت فقد خالف النص ولانه بدل الوضوء فجاز قبل الوقت كالوضوء وقوله مستغنى عنه ممنوع فان الحاجة ماسة الى تقديمه على الوقت ليشغل أول الوقت بأداء الفريضة أو السنن بخلاف التيمم مع وجود الماء فان النصوص تنفيه ولا نص فيما نحن فيه ولا نسلم ان المستحاضة لا يجوز وضوءها قبل الوقت بل يجوز عندنا ولئن سلم على قول البعض فالفرق ان طهارة المستحاضة قد وجد ما ينافيها وهو سيلان الدم بخلاف التيمم فانه لم يوجد له رافع بعد وهو الحدث أو وجود الماء فيبقى على ما كان فصار كالمسح على الخفين فانه رخصة وبدل مثله عن الغسل بل التيمم أقوى فان الشارع وقت المسح بيوم وليلة أو ثلاثة أيام ولياليها وجعل التيمم بالتراب طهورا ولو الى عشر حجج وقوله لان الله تعالى أوجب الوضوء عند القيام الى الصلاة الى آخره قلنا ان الله تعالى أوجب التيمم عقيب المجىء من الغائط عند عدم الماء بقوله تعالى أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامستم النساء فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا والفاء للتعقيب وأقل أحوال الامر الجواز عقيبه ولان معنى قوله اذا قمتم أى اذا أردتم القيام وأنتم محدثون فلا ينافى جوازه قبله كما فى حق الوضوء قبله قال (ولفرضين) أى وصح التيمم لفرضين وقال الشافعى يصلى به فرضا واحدا ويصلى النوافل تبعا له وهو لا يرفع الحدث عنده ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الصعيد الطيب وضوء المسلم الحديث فقد جعله عليه الصلاة والسلام وضوءا عند عدم الماء مطلقا فوجب أن يكون حكمه كحكم الوضوء ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام جعلت لى الارض مسجدا وطهورا والطهور عندهم هو المطهر لغيره وهو المثبت للطهارة فوجب القول بارتفاع الحدث الى وجود الماء ولا متمسك له بقوله عليه الصلاة والسلام لعمرو بن العاص حين صلى بالتيمم عن الجنابة ما حملك على أن صليت بأصحابك وأنت جنب لاحتمال انه تيمم مع القدرة على الماء أو ظن عليه الصلاة والسلام منه ذلك بل هو الظاهر لانه عليه الصلاة والسلام قال له على وجه الانكار ولا ينكر عليه الصلاة والسلام التيمم فى موضع يجوز ولما بين له السبب تركه وقال أبو بكر الرازى لا يرفع الحدث كالمسح على الخفين لا يرفع الحدث عن الرجلين والاول هو المذهب لقوله تعالى ولكن يريد ليطهركم نزلت فى التيمم قال (وخوف فوت صلاة جنازة) أى يجوز التيمم لخوف فوت صلاة الجنازة لانها تفوت لا الى خلف فصار الماء معدوما بالنسبة اليها وقال عليه الصلاة والسلام اذا فجأتك جنازة وأنت على غير وضوء فتيمم وروى انه عليه الصلاة والسلام لقيه رجل فسلم عليه فلم يرد عليه حتى أقبل على جدار فمسح وجهه ويديه ثم رد عليه السلام ثم اعتذر اليه فقال انى كرهت أن أذكر الله تعالى الا على طهر أو قال على طهارة فدل على ان التيمم لخوف الفوت جائز اذ تيممه عليه الصلاة والسلام لاجل خوف فوت الرد لانه لو رده بعد التراخى لا يكون ردا له وهو حجة أيضا على الشافعى فى منعه التيمم بغير التراب وفى انه لا يرفع الحدث لان حيطان المدينة يومئذ كانت مبنية بالحجارة السود ثم قيل لا يجوز للولى فى رواية الحسن عن أبى حنيفة لانه ينتظر ولو صلوا له حق الاعادة قال صاحب الهداية هو الصحيح وفى ظاهر الرواية يجوز للولى أيضا لان الانتظار فيها مكروه ولو لم ينتظر وه جاز له التيمم قال شمس الائمة هو الصحيح ثم كما فرغ من الصلاة بطل تيممه حتى لو جىء بجنازة أخرى يعيد التيمم لها وقال أبو يوسف ان لم

(قوله يستحب له التأخير) قال فى الوافى ندب تأخير الصلاة لراجى الماء (قوله عن القاعدة بالقياس) لان القياس ان لا يجوز التيمم ولكن ورد الشرع فى الوقت فيراعى جميع ما ورد به لان ما ثبت على خلاف القياس لا يلحق به غيره فمن أثبت قبل الوقت فقد أثبته بالقياس اهـ (قوله بل يجوز) أى على الاصح اهـ رازى (قوله فصار كالمسح على الخفين) أى فانه يجوز قبل الوقت اتفاقا (قوله وجب التيمم عقيب المجىء الى آخره) أى ولو كان قبل الوقت اهـ (قوله ولفرضين) أى فصاعدا اهـ رازى (قوله فلا ينافى جوازه قبله) أى قبل الوقت اهـ (قوله وهو لا يرفع الحدث) أى بل يبيح الصلاة للضرورة فيتقدر بقدرها اهـ (قوله الصعيد الطيب وضوء المسلم) وان لم يجد الماء عشر سنين فاذا وجد الماء فليمسه بشرته رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح اهـ وقال الحاكم صحيح اهـ غاية (قوله فى المتن وخوف فوت صلاة جنازة الى آخره) أى ولو كان جنبا فى المصر اهـ نهاية (قوله قال صاحب الهداية) هو الصحيح وقال الرازى فى شرحه هو الاصح اهـ (قوله لان الانتظار فيها مكروه) أى ولاطلاق الحديث السابق اهـ نهاية

(قوله ثم يحدث) أي يسبقه الحدث (قوله لانه أمن من الفوات) لانه يتوضأ فيبني على صلاته (قوله وان شرع بالتيمم جازله البناء به) قال في الكافي ولا خلاف انه اذا شرع بالتيمم يتيمم ويبني لانا لو أوجبنا الوضوء لفسدت صلاته برؤية الماء فلا يمكنه الادراك وكذا لو شرع بالوضوء وهو يخاف زوال الشمس لو اشتغل بالوضوء فانه يتيمم اتفاقا وان لم يخف ويرجو ادراك الامام قبل الفراغ لم يتيمم اجماعا وان لم يرج فهو موضع الخلاف اه (قوله فيعتريه ما يفسد صلاته) كالكلام لان الزحام مقتض له بان يسلم عليه أحد فيرد السلام أو يهنيه بالعيد فيصيبه أو ما أشبه ذلك فكان خوف الفوت باعتبار عدم القضاء لانها لم تشرع الا بالجماعة اه (قوله وكان في زمانه بعيدا) فكان خوف الفوت قائما فافتى على وفق زمانه اه كاكي (قوله يصلون في المصر) أي فلم يكن خوف الفوت قائما اه كاكي (قوله بالاجماع أيضا) أي كان عدم الاباحة في تلك الصورة بالاجماع اه (قوله في المتن ونسي الماء في رحله) قيل النوم ينافي العلم كالنسيان فيما في القدرة فلو مر المتيمم النائم على الماء ينبغي ان لا ينتقض تيممه وأجيب بأن النوم ملحق بما يزيل حالة المرور على الماء وهو كونه أعز الاشياء فتتباشر القافلة برؤيته ويتصايحوا فيتنبه النائم ولم يلحق الناسي ما يزيله وهو السفر منفردا نادر والمراد بالنائم النائم جالسا لئلا ينتقض تيممه بالنوم اه (قوله والمدرك الثاني) حاصل المدرك الثاني ان

يوجد بينهما وقت يمكنه الوضوء فله أن يصلي بذلك التيمم قال (أو عيد) أي يجوز التيمم لخوف فوت صلاة عيد لما بينا ثم قال في البدائع الامام في العيد لا يتيمم في رواية الحسن وفي ظاهر الرواية يجزيه لانه يخاف الفوت بزوال الشمس حتى لو لم يصل لا يجزيه وان كان المقتدي بحيث يدرك بعضها مع الامام لو توضأ لا يتيمم قال رحمه الله (ولو بناء) أي ولو كان يبني بناء جازله التيمم وصورته أن يشرع مع الامام في صلاة العيد ثم يحدث المقتدي أو الامام جازله التيمم للبناء عند أبي حنيفة وقالا ان شرع بطهارة الوضوء لا يجوز له التيمم لانه أمن من الفوات اذ اللاحق يصلي بعد فراغ الامام وان شرع بالتيمم جازله البناء به لانه لو توضأ يكون واجدا للماء في صلاته فتفسد ولابي حنيفة ان خوف الفوات باق لانه يوم زحمة فيعتريه ما يفسد صلاته فتفوت وعن أبي بكر الاسكاف أنه كان يقول هذه المسئلة مبنية على مسئلة أخرى وهي من أصل أبي حنيفة من أفسد صلاة العيد لا قضاء عليه فتفوت لا الى بدل وعندهما عليه القضاء فتفوت الى بدل قيل له من أين هذه الرواية فقال في نوادر الصلاة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان لان جوابه فيما اذا كان المصلي بعيدا من المصر وكان في زمانه بعيدا من العمران وكان في زمانهما يصلون في المصر ذكره الاسبيجابي وقالوا اذا كان لا يخاف الزوال ويمكنه ان يدرك شيأ منها مع الامام لو توضأ لا يتيمم اجماعا لانه اذا أدرك البعض معه يتم الباقي بعده وان كان يخاف زوال الشمس لو اشتغل بالوضوء يباح له التيمم بالاجماع أيضا لتصور الفوات بالفساد بدخول الوقت المكروه وان كان لا يدرك شيأ منها مع الامام ولا يخاف الزوال فهذا موضع الخلاف فعند أبي حنيفة يتيمم وعندهما لا قال (لا فوت جمعة ووقت) واعرابه فوت بالجر على انه معطوف على عيد أي اذا خاف فوت الجمعة الى أن يتوضأ لها أو خاف خروج الوقت في سائر الاوقات الى أن يشتغل بالطهارة لا يجوز له التيمم بل يتوضأ لانها تفوت الى بدل والفوات الى بدل كلا فوات قال رحمه الله (ولم يعد ان صلى به ونسي الماء في رحله) الواو في قوله ونسي الماء واو الحال وصاحب الحال هو الضمير الذي في صلى أي ولم يعد ان صلى بالتيمم ناسيا الماء وفي رحله حال من الماء أي نسي الماء كائنا في رحله أو مستقرا فيه وقال أبو يوسف يعيد والخلاف فيما اذا وضعه بنفسه أو وضعه غيره بأمره أو بغير أمره بعلمه فان كان بغير علمه لا يعيد اتفاقا ولو ظن أن ماءه قد فني فتيمم وصلى ثم تبين انه لم يفن يعيد بالاجماع لانه قد علم به فكان الواجب عليه الكشف فلا يعذر بترك الكشف وخطأ الظن ولابي يوسف مدركان أحدهما ان الماء في السفر من أعز الاشياء فلا ينسى لكونه سببا لصيانة النفس فلا يعذر والمدرك الثاني له ان الرحل معدن للماء فصار كالعمران فكان الطلب واجبا كما لو صلى في ثوب نجس أو عريانا وفي رحله ثوب طاهر قد نسيه أو صلى مع النجاسة وفي رحله ما يزيلها به أو كفر بالصوم وفي ملكه رقبة قد نسيها أو حكم الحاكم بالقياس ناسيا النص وهذا لان جوازه عند عدم الماء وهو واجد له لان رحله في يده فصار كما لو كان الماء في ركوة معلقة على رأسه أو قربة على ظهره قد نسيه ولهما انه عاجز عن الماء حقيقة اذ لا قدرة له بدون العلم فصار كفاقد الدلو والغالب النسيان في السفر لكثرة الاشتغال والتعب والخوف وكذا الماء الموضوع في الرحل النفاد فيه غالب لقلته بخلاف العمران وليس الرحل في يده حقيقة بخلاف المحمول على ظهره ونحو ذلك فأما الصلاة في ثوب نجس أو عريانا فقد ذكر الكرخي أنها على الخلاف وهو الاصح ولو كانت على الاتفاق فالفرق بين تلك المسئلة وأمثالها وبين مسئلة الكتاب ان فرض الستر وازالة النجاسة فات لا الى خلف وهنا فرض الوضوء فات الى بدل وهو التيمم بعذر والفائت

(قوله بخلاف التيمم) أى فان الشارع قد نقل الحكم اليه عند عدم القدرة على استعمال الماء ولا قدرة له عند النسيان (قوله فى الرقبة) أى لان المعتبر فى الماء القدرة دون الملك (قوله وليس كذلك) لان جواز التوضى يحصل بالاباحة ولا ذل فى قبولها ولان الماء مبذول عادة فلا ذل وبجواز التكفير بالملك وفى قبوله ذل ولو عرض عليه ثمن الماء لا يجب قبوله لان المال ليس بمبذول فيلحقه الذل

بدل كلا فائت وأما حكم الحاكم بالقياس مع وجود النص فلان الشارع لم ينقل الحكم الى القياس مع وجود النص ألا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بالقياس اذا علم بالنص عند عالم آخر أو غلب على ظنه وان بعد بخلاف التيمم ولان الماء لو وجد على عدمه دليل وهو أن الغالب فى المفاوز عدمه بخلاف النص اذ لا دليل على عدمه ومسئلة الرقبة قيل هى على الاختلاف والصحيح أنها بالاجماع والفرق بينهما أنه تمكن من اعتاقها بغير علم بأن يقول مملوكه حر عن كفارته فيكون قادرا ولا يمكنه ان يستعمل الماء بغير علم به فثبت العجز ولان الشرط فى الرقبة الملك وقد وجد وفى الماء القدرة على الاستعمال ولم يوجد ولهذا يستوى فى الماء الحر والعبد بخلاف الرقبة وكذا العريان يمتنع من القبول فى الرقبة اذا ملك وليس كذلك فى الماء لثبوت القدرة بمجرد العرض وان عدم الملك ولو كان الماء معلقا على دابته فلا يخلو اما ان كان سائقها أو راكبا فان كان راكبا وكان الماء فى مؤخر الرحل فهو على الخلاف وان كان فى مقدمه يعيد بالاتفاق لانه يرى عينه فلا يعذر وفى السائق الحكم على العكس لان مؤخره بين يديه فلا يعذر فيعيد اتفاقا وان كان فى مقدمه فعلى الخلاف وان كان قائدا لها كيفما كان لانه لا يعاينه فيعذر ولو كان على شاطئ النهر فعن أبى يوسف روايتان فى الاعادة ذكره فى المحيط قال رحمه الله (و يطلبه غلوة ان ظن قربه والالا) أى و يطلب الماء الى غلوة والغلوة مقدار رمية سهم ان ظن ان بقربه ماء لان غلبة الظن توجب العمل كاليقين وان لم يظن فلا يجب عليه الطلب وقال الشافعى يجب ولا يجوز له التيمم حتى يطلبه لقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا فهذا يقتضى الطلب لانه لا يقال لم يجد الا لمن طلب ولم يصب ولهذا لو قال لوكيله اشتر لى رطبا فان لم تجد فعنبا لا يجوز له العدول اليه الا بعد طلب الرطب ولنا أن الوجود لا يقتضى سابقة الطلب قال الله تعالى وما وجدنا لاكثرهم من عهد وان وجدنا أكثرهم لفاسقين وقوله تعالى فوجدا فيها جدارا يريد أن ينقض ولم يكن منهما طلب الجدار وأمثال ذلك كثيرة ولانه باطل بالمريض فانه يتيمم والماء عنده فضلا أن يطلبه والآية مفسرة بعدم القدرة كقوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ولهذا لا يجب عليه طلب الرقبة فى الكفارات بل اذا لم يكن فى ملكه جاز له العدول الى الصوم بغير طلب بل له الامتناع من قبولها بعد العرض عليه ومسئلة الوكيل ليست بنظيرة لها بل هى نظيرة من لو كان فى المصر أو فى موضع يغلب فيه وجود الماء ولا يلزمنا التحرى فى القبلة حيث يجب وان لم يغلب على الظن جهتها لان جهتها موجودة يقين وانما اشتبه عليه تعيينها ولان طلب الماء فى الاسفار وفى المفاوز مع التيقن بعدم الماء اشتغال بما لا يفيد وهو ليس من الحكمة ثم ان غلب على ظنه ان بقربه دون الميل ماء طلبه لان غلبة الظن تعمل عمل اليقين فى حق وجوب العمل وان لم تعمل فى حق الاعتقاد وكذا ان وجد أحدا يسأله عن الماء وجب عليه السؤال حتى لو صلى ولم يسأله وأخبره بالماء بعد ذلك أعاد والا فلا قال رحمه الله (و يطلبه من رفيقه فان منعه تيمم) أى يطلب الماء من رفيقه لانه مبذول عادة فكان الغالب الاعطاء حتى لو علم به خارج الصلاة وصلى بالتيمم قبل الطلب لا يجزيه وفيها ان غلب على ظنه أنه يعطيه يقطع صلاته و الا فلا فان مضى عليها وسأله بعد فراغه فأعطاه أعاد والا فلا ولو أعطاه بعد المنع لم يعد قوله فان منعه تيمم لتحقق العجز و روى الحسن عن أبى حنيفة أنه لو تيمم قبل الطلب أجزأه ولا يجب الطلب عنده لان الملك حاجز عن التصرف فيثبت العجز وعندهما لا يجوز لما قلنا وعن الجصاص أنه

بقبوله ولهذا لا يجب الحج على الفقير اذا عرض عليه المال اه يحيى (قوله والغلوة مقدار رمية سهم) وفى فتاوى العتابى هى ثلثمائة ذراع الى أربعمائة ذراع اه كاكى (قوله فلا يجب عليه الطلب) قال فى المجتبى هذا فى الفلوات أما فى العمران يجب الطلب بالاجماع اه (قوله لا يقتضى سابقة الطلب) يقال فلان وجد ماله وان لم يطلبه اه كاكى وقوله سابقة الطلب الى آخره الطلب لتبين الحال محال على الله وقد أحاط بكل شئ علما فسبق الوجود فى حقه تعالى لا يستلزم سابقة الطلب اه يحيى

﴿ فرع ﴾ يبتلى الحاج بحمل ماء زمزم للهدية و يرصص رأس القمقمة فالم يخف العطش ونحوه لا يجوز له التيمم قال المصنف فى التجنيس والحيلة فيه أن يهبه لغيره ثم يستودعه منه وقال قاضيخان فى فتاواه هذا ليس بصحيح فانه لو رأى مع غيره ماء يبيعه بمثل الثمن أو بغبن يسير لا يجوز له التيمم فاذا تمكن من الرجوع فى الهبة كيف يجوز له التيمم اه ويمكن أن يفرق بان الرجوع تملك بسبب مكروه وهو مطلوب العدم شرعا فيجوز أن يعتبر الماء معدوما فى حقه لذلك وان قدر عليه حقيقة لا بخلاف كما الحب بخلاف البيع اه كال (قوله ولهذا) لان المعتبر عدم القدرة لا عدم الوجود اه (قوله تعمل عمل اليقين) فان قيل لو كان غالب الرأى كالمتحقق لوجب التأخير فيما اذا غلب على ظنه أنه يجد الماء فى آخر الوقت قلنا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن التأخير حتم ولان غلبة الظن ثم رأى أنه سيصير بقرب الماء وهنا غلبة ظنه أنه بقرب الماء اه كافى (قوله انه لو تيمم قبل الطلب) وفى المبسوط ان كان مع رفيقه

ما فضل به أن يسأله الا على قول الحسن بن زياد حيث يقول لا يسأله لان في السؤال ذلا وفيه بعض الحرج والتيمم شرع لدفع الحرج ووجه ظاهر الرواية أن ماء الطهارة مبذول عادة وليس في سؤال ما يحتاج اليه مذلة فانه عليه الصلاة والسلام سأل بعض حوائجه من غيره اهـ كاكى (قوله والاول أشبه) قال في الاختيار والاول أحسن بالفقه والمذكور في النوادر وقد اختلف في حد الكثرة فمنهم من اعتبر من حيث عدد الاعضاء ومنهم من اعتبر الكثرة في نفس كل عضو فلو كان برأسه ووجهه ويديه جراحة والرجل لا جراحة بها يتيمم سواء كان الاكثر من الاعضاء الجريح مجروحا أو صحيحا والآخرون قالوا ان كان الاكثر من كل عضو من أعضاء الوضوء المذكورة جريحا فهو الكثير الذي يجوز معه التيمم والا فلا اهـ كمال

انما أحره وان كان الوجه فيه تقديمه على التيمم لكونه خلفا عن البعض لانه ثابت بالسنة والتيمم بالكتاب فيكون أقوى اهـ ع (قوله في المتن صح المسح) قال العيني ونبه بقوله صح على انه اذا ترك المسح فلا بأس عليه بخلاف التيمم فانه فرض عند عدم الماء اهـ (قوله وفيه ضعف) يمكن ان يجاب عنه بأنا سلمنا انه غير واجب والآية انما تدل على الوجوب اليهما لو كانا غاية الفعل وهو ممنوع لانه يجوز أن يكون غاية للمحل الذي يجوز عليه المسح فلا يلزم المسح الى الكعبين اهـ رازى قال في الهداية لكن من رآه ثم لم يمسح أخذا بالعزيمة كان مأجورا قال الكمال رحمه الله لفظ كان مأجورا في مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه أن المسح من النوع الرابع من الرخصة وهو لم تبق العزيمة فيه مشروعة

لاخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فرادا أبي حنيفة فيما اذا غلب على ظنه منعه اياه ومرادهما عند غلبة الظن بعدم المنع قال رحمه الله (وان لم يعطه الا بثمن مثله وله ثمنه لا يتيمم) لانه قادر على الماء والمراد بالثمن الفاضل عن حاجته على ما تقدم فان طلب الزيادة على ثمن المثل لا يلزمه الغبن الفاحش قال في النوادر وهو ضعف القيمة في ذلك المكان وروى الحسن عن أبي حنيفة اذا قدر أن يشتري ماء يساوي درهما بدرهم ونصف لا يتيمم وقيل ما لا يدخل تحت تقويم المقومين قوله (والا تيمم) أي وان لم يكن له ثمنه تيمم لتحقق العجز قال رحمه الله (ولو أكثره مجروحا تيمم) أي ولو كان أكثر أعضاء الوضوء منه مجروحا في الحدث الاصغر أو أكثر جميع بدنه مجروحا في الحدث الاكبر تيمم لان للاكثر حكم الكل قال رحمه الله (وبعكسه يغسل) أي اذا كان الصحيح أكثر من المجروح يغسل لما قلنا قال رحمه الله (ولا يجمع بينهما) أي بين التيمم والغسل لما فيه من الجمع بين البدل والمبدل ولا نظير له في الشرع فيكون الحكم للاكثر بخلاف الجمع بين التيمم وسؤر الحمار لان الفرض يتأدى بأحدهما الا انهما جمعنا بينهما لمكان الشك وان كان النصف جريحا والنصف صحيحا لا رواية فيه واختلف فيه المشايخ فمنهم من أوجب التيمم لانه طهارة كاملة ومنهم من أوجب غسل الصحيح ومسح الجريح لانها طهارة حقيقية وحكمية فكان أولى والاول أشبه ولو كان بأكثر مواضع الوضوء جراحة يخشى لمساس الماء وبأكثر مواضع التيمم جراحة يضره التيمم لا يصلي وقال أبو يوسف يغسل ما قدر عليه ويصلي ويعيد والله أعلم

(باب المسح على الخفين)

قال رحمه الله (صح) أي صح المسح لما ورد فيه من الاخبار المستفيضة حتى روي عن أبي حنيفة رحمه الله أنه قال ما قلت بالمسح حتى وردت فيه آثار أضوأ من الشمس حتى قال من أنكر المسح على الخفين يخاف عليه الكفر وقيل على قياس قول أبي يوسف يكفر جاحده لان المشهور عنده بمنزلة المتواتر وعلى قول محمد لا يكفر لانه بمنزلة الآحاد عنده ومنهم من قال جواز المسح ثبت بالكتاب أيضا على قراءة الجر وفيه ضعف لان المسح الى الكعبين غير واجب اجماعا ثم المسح على الخفين رخصة ولو أتى بالعزيمة بعد

كالركعتين الأخريين من الظهر للمسافر ولا يؤجر على فعل غير المشروع أجيب بأنه من الرابع ما دام المكلف لابس الخف ولا شك انه له نزعه فاذا نزعه سقطت الرخصة في حقه فيغسل وانما يثاب بتكلف النزع والغسل فيصير كترك السفر لقصد الاجر وقول الرستغفيني أحب الي أن يمسح اما لنفي التهمة عن نفسه فان الروافض لا يرونه واما للعمل بقراءة الجر مدفوع بعدم صحة الثاني على ما علمت وعدم تأتي الاول في موضع يعلم أن الحاضرين لا يتهمونه لعلمهم بحقيقة حاله أو جهلهم وجود مذهب الروافض فلا ينبغي اطلاق الجواب بل ان كان محل تهمة هذا ومبنى السؤال على انه رخصة اسقاط ومنعه شارح الكنز وخطأهم في تمثيلهم بمق الاصول لها لانه منصوص على انه لو خاض ماء بخفه فانغسل أكثر قدميه بطل المسح وكذا لو تكلف لغسلهما من غير نزع أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بمضي المدة فعلم أن العزيمة مشروعة مع الخف اهـ ومبنى هذه التخطئة على صحة هذا الفرع وهو منقول عن الفتاوى الظهيرية لكن في صحته نظر فان كلمتهم متفقة على أن الخف اعتبر شرعا مانعا سراية الحدث الى القدم فتبقى القدم على طهارتها ويحل الحدث بالخف

مع زوال المسح وبنوا عليه منع المسح للمتيمم والمعذورين بعد الوقت وغير ذلك من الخلافيات وهذا يقتضي أن غسل الرجل في الخف وعدمه سواء اذا لم يبتل معه ظاهر الخف في أنه لم يزل بها الحدث لانه في غير محله فلا تجوز الصلاة به لانه صلى مع حدث واجب الرفع اذ لو لم يجب والحال انه لا يجب غسل الرجل جازت الصلاة بلا غسل ولا مسح وصار كالو ترك ذراعيه وغسل محلا غير واجب الغسل كالفخذ وورائه في الظهيرية بلا فرق لو أدخل يده تحت الجرموقين فمسح على الخفين وذكر فيها انه لم يجز وليس الا لانه في غير محل الحدث والاوجه في ذلك الفرع كون الاجزاء اذا خاض النهر لابتلال الخف ثم اذا انقضت المدة انما لا يتقيد بها لحصول الغسل بالخوض والنزع انما وجب للغسل وقد حصل انتهى ما قاله الكمال رحمه الله (قوله باعتبار النزع والغسل) فيصير كترك السفر لقصد الاجر أي الاشق بالاتمام اه (قوله مادام متخففا أيضا) يعني كما ان العزيمة وهو اتمام الصلاة لم تبق مشروعة اه (قوله حتى انغسل أكثر رجليه) قال الشيخ عز الدين الرازي الطهراني في شرحه المسمى بكشف الدقائق يمكن أن يجاب عنه بأن المراد بعدم مشروعية

مارأى جواز المسح كان أولى لانه أشق وأورد على هذا في الكافي فقال فان قلت هذه رخصة اسقاط لما عرف في أصول الفقه فينبغي أن لا يثاب باتيان العزيمة اذ لا تبقى العزيمة مشروعة اذا كانت الرخصة للاسقاط كما في قصر الصلاة قلنا العزيمة لم تبق مشروعة مادام متخففا أيضا والثواب باعتبار النزع والغسل واذا نزع صارت مشروعة ﴿ قال العبد الضعيف ﴾ وهذا سهو فان الغسل مشروع وان لم ينزع خفه ولاجل ذلك يبطل مسحه اذا خاض الماء ودخل في الخف حتى انغسل أكثر رجليه ذكره في عامة الكتب ولولا أن الغسل مشروع لما بطل بغسل البعض من غير نزع وكذا لو تكلف وغسل رجليه من غير نزع الخف أجزأه عن الغسل حتى لا يبطل بانقضاء المدة وفي الجملة أن الرخصة استباحة المحرم مع قيام الحرمة ودليلها أن يعامل معاملة المباح وهي غير مباحة حقيقة لكنه لا يأثم كالعفو بعد الجناية وهي نوعان أحدهما حقيقة والاخرى مجاز فالحقيقة نوعان أحدهما أخف من الآخر كاجراء كلمة الكفر حالة الاكراه وتناول مال الغير والافطار في رمضان والجناية على الاحرام والنوع الثاني من الحقيقة ما رخص فيه مع قيام السبب كفطر المريض والمسافر وأما المجاز فنوعان أيضا أحدهما أتم وهو ما وضع عنا من الاصر والاغلال التي كانت في الامم الماضية والنوع الثاني من المجاز ما سقط عن العبد بخروج السبب من أن يكون موجبا لحكمه في حقه وان كان مشروعا في حق غيره أو في حقه في غير هذه الحالة كقصر صلاة المسافر وسقوط تعيين المبيع في السلم وسقوط غسل الرجل مع الخف وتناول الميتة والخمر حالة الاضطرار هكذا ذكروه وفي جعلهم مسح الخف من هذا القبيل نظر على ما بينا قال رحمه الله (ولو امرأة) أي ولو كان الماسح امرأة لاتحاد الخطاب بينهما وهذا لان الخطاب الوارد في حق أحدهما يكون واردا في حق الآخر ما لم ينص على التخصيص قال رحمه الله (لا جنبا) أي لا يجوز للجنب المسح لحديث صفوان بن عسال أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يأمرنا اذا كنا سفرا أن لا ننزع خفافنا ثلاثة أيام ولياليهن الا من جنابة لكن من غائط أو بول أو نوم ولان الرخصة للحرج فيما يتكرر ولا حرج في الجنابة لعدم التكرار وصورته ما يكون جنبا أن يلبس خفيه وهو على وضوء ثم يجنب وهو في مدة المسح فانه ينزع خفيه ويغسل رجليه وكذا المسافر اذا أجنب في المدة وليس عنده ماء فتيمم ثم أحدث ووجد من الماء ما يكفي وضوءه لا يجوز له المسح لان الجنابة سرت الى

العزيمة عدم لزومها لا عدم جوازها وانما يبطل المسح بدخول الماء في الخف لعدم جواز الجمع بين البدل والمبدل اه (قوله حقيقة) أي وهي ما لم تبق العزيمة مشروعة في محل الرخصة (قوله احداهما) أي وهو ما بقي فيه دليل الحرمة والحرمة جميعا (قوله وتناول) أي بالاكراه (قوله والنوع الثاني من الحقيقة) وهو ما بقي فيه دليل الحرمة دون الحرمة (قوله أحدهما) وهو ما لم تكن العزيمة مشروعة أصلا لا في محل الرخصة ولا في غيرها (قوله والنوع الثاني) أي وهو ما بقي العزيمة مشروعة في الجملة أي في غير محل الرخصة اه (قوله لحديث صفوان بن عسال) بفتح العين وتشديد السين المهملة بياع العسل وصفوان هذا من كبار الصحابة قال النووي غزا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنتي عشرة غزوة اه قال في فتح القدير فلو جاز المسح بعد اللبس على طهارة التيمم أو الوضوء المقارن له أو اللبس للمعذور بعد الوقت كان رافعا للحدث الذي يحصل للقدم لان الحدث الذي يظهر هو الذي كان قد حل به قبل التيمم حال ذلك الوضوء لكن المسح انما يزيل ما حل بالممسوح بناء على اعتبار الخف مانعا شرعا سراية الحدث الذي يطرأ بعده الى القدمين بدليل انه لو لبس على حدث بالقدمين لا يمسح فلو اعتبر المسح عليه رافعا لما بالقدم لجاز وهذا أولى من تعليله في شرح الكنز المنع على التيمم بكون التيمم ليس طهارة كاملة لما علمت من انها كالتي بالماء ما بقي الشرط اه (قوله اذا كنا سفرا) جمع مسافر اه (قوله فانه ينزع خفيه) أي اذا أراد أن يغتسل ليس له أن يمسح على خفيه اه (قوله فتيمم) الحاصل ان خف المسافر لو منع من حلول الجنابة بقدميه لجاز له المسح اذا توضأ بعد التيمم للحدث الاصغر لان لبسه الخفين قبل الجنابة كان على طهارة كاملة وهي طهارة الوضوء لكنه لا يمنع حلول الجنابة بقدميه ثم زالت بالتيمم لكن زوالها به ليس طهارة كاملة لكون طهارة التيمم ضرورية ودوام اللبس بعد التيمم في حكم الابتداء فكأنه لبس خفيه بعد التيمم ابتداء واللبس بعده لا يبيح المسح اذا توضأ لانه لبس على طهارة كاملة

القـدمين والتيمم ليس بطهارة كامـلة فـلا يجوز له المسح اذا لبسهما على طهارته فـينزعهما ويغسلهما فاذا نزع وغسل رجليه ولبس خفيه ثم أحدث بعد ذلك وعنده من الماء ما يكفي وضوءه فانه يتوضأ به ويمسح على خفيه لان هذا الحدث يمنعه الخف من السراية الى القـدمين لوجوده بعـد اللبس على طهارة كاملة ولو مر بعد ذلك بماء كثير عاد جنبا فاذا دخل عليه وقت صلاة وعنده ما يكفيه لوضوئه لا غير تيمم لانه جنب ولا يتوضأ به لانه لا يفيـد فان أحدث بعد ذلك وليس معـه من الماء الا هذا المقـدار فانه يتوضأ به ويغسل رجليه ولا يمسح على خفيه وان كان في المسئلة ذكرنا أنه عاد جنبا لوجود الماء الكثير فان أحدث بعد ذلك وليس معـه ماء الا قدر ما يكفي الوضوء توضأ ومسح على خفيه وعلى هـذا تجري المسائل قال رحمه الله (ان لبسهما على وضوء تام وقت الحدث) لان الخف شرع مانعا فلا بد من اللبس مع الطهارة والا كان رافعا قوله على وضوء تام احـترازا عن وضوء غـير مسبغ بأن بقي من أعضائه لمعة لم يصبها الماء فأحدث قبـل الاستيعاب لا يجوز له المسح أو هو احـترازا من وضوء ناقص بأي شئ كان نقصه كوضوء المستحاضـة ومن بمعناها اذا لبسوا الخف ثم خرج الوقت وكالتيمم اذا لبس خفيه ثم وجد الماء فانهم لا يمسحون لعدم اللبس على وضوء تام لانه بخروج الوقت يظهر الحدث السابق وكذا بوجود الماء فلو جاز لكان الخف رافعا ويحترز أيضا من الوضوء بنبيذ التمـر لانه وضوء ناقص فـلا يجوز المسح في رواية ويجوز في أخرى كسؤر الحمار وقوله وقت الحدث أي تام وقت الحدث يشـير الى أنه لا يشـترط التمام وقت اللبس بل وقت الحـدث حتى لو غسل رجليه ولبس خفيـه ثم أتم الوضوء قبل أن يحـدث جاز له المسح عليه لوجود التمام عنـد الحدث وكذا لو لبس خفيه محدثا وخاض الماء حتى دخل الماء وانغسلت رجلاه وأتم سائر الاعضاء ثم أحدث جاز له أيضا لما قلنا ثم ان قوله وقت الحـدث زيادة بلا فائدة لان قوله ان لبسهما على وضوء تام يغني عنـه لان اللبس يطلق على ابتداء اللبس وعلى الدوام عليه ولهذا يحنث بالدوام عليـه في يمينه لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه فيكون معناه ان وجد لبسهما على وضوء تام سواء كان ذلك اللبس ابتـداء أو بالدوام عليـه فلا حاجـة الى تلك الزيادة وقال الشافعي لا بد من لبسهما على وضوء تام ابتداء حتى لو غسل احـدى رجليه

فينزعهما ويغسلهما ثم يلبسهما فاذا أحدث بعـد ذلك توضأ جاز له المسح لان الخف مانع من هـذا الحدث الاصغر حيث كان لبسه على طهارة الوضوء وهي كاملة هكذا يفهم اه يحيى (قوله والتيمم ليس بطهارة كاملة) إن أريد بعدم كمالها عدم الرفع عن الرجلين فهو ممنوع وان أريد عدم اصابة الرجلين في الوظيفة حسا فيمنع تأثيره في نفي الكمال المعتبر في الطهارة التي يعقبها اللبس اه كمال (قوله فان أحدث بعد ذلك) أي بعدما توضأ وغسل رجليه ثم لبس خفيه (قوله في المتن ان لبسهما على وضوء تام الى آخره) سال دمها وقت الوضوء واللبس أو وقت الوضوء دونه أو على العكس فانها لا تمسح بعـد خروج الوقت أما لو كان الدم منقطعا وقت الوضوء واللبس فيجوز لها المسح هنا اذا خرج الوقت أما في الوقت لو سبقها الحـدث تمسح في أي وجه كان كذا في الجامع الكبير لقاضيخان اه كاكي نقلت من خط الشيخ العـلامة قارئ الهداية رحمـه الله حاشـية على شرح الكنز في هـذا المحل نصها مستحاضـة أو من به جرح سائل ومن في معناه توضأ والدم سائل أو وهو منقطع ثم سال الدم قبـل اللبس أو بعد لبس أحـد الخفين قبل لبس الآخر لها المسح مادام الوقت ان أحـدث فيه فلو لم يحـدث حتى خرج الوقت لا يجوز له المسح ولو توضأ والدم منقطع ولبس الخف وهو منقطع ثم سال الدم بعد لبس الخفين له ان يمسح سواء انتقض وضوءه بعـد ذلك بخروج الوقت أو بغـيره يوما وليـلة ان كان مقيما وثلاثة أيام ولياليها ان كان مسافرا وعنـد زفر يمسح في الحالين لان طهارته كاملة مادامت هـذه العلة الا أنا نقـول في الاول الطهارة ليست بكاملة ولهذا ينتقض بخروج الوقت فعلى هـذا قد أبهم الشارح اه (قوله مع الطهارة) أي الكاملة قبـل الحـدث (قوله والا كان رافعا) أي والا فـلا فائدة في المسح حينئـذ اه (قوله كوضوء المستحاضة) أي اذا لبست الخف عـلى السيلان اه هداية (قوله لان وضوءه ناقص) لان نبيذ التمر بدل من الماء عند أبي حنيفة ولهـذا لو وجد في خـلال صلاته تفسـد صلاته فلو جاز المسح كان هذا بدل البدل وذا لا يجوز اه كاكي (قوله جاز) أي المسح اه (قوله كسؤر الحمار) اذا توضأ بسؤر الحمار وتيمم ثم لبس الخف فأحدث ولم يجد ماء مطلقا ووجد سؤر الحمار جاز له التوضي به والتيمم ويمسح في هذا الوضوء رواية واحدة أما نبيذ التمر ففيه روايتان (قوله وعلى الدوام عليه) لان للدوام فيما يستدام حكم البقاء قال تعالى فلا تقعد بعـد الذكرى مع القوم الظالمين سمى دوام القعود قعودا اه (قوله سواء كان ذلك) أي الذي على وضوء تام اه (قوله فلا حاجه الى تلك الزيادة) فيـه نظر لان تلك العبارة ليست بظاهرة في حالة الدوام بل المتبادر منها الابتـداء اه يحيى (قوله في المتن ان لبسهما على وضوء تام) المتبادر منها أعني قوله ان لبسهـما على وضوء تام الابتداء وحينئذ تكون موافقة لمذهب الشافعي في اشتراط كمال الطهارة قبل اللبس (قوله على وضوء تام) بأن لبس الخف بعد ان توضأ اه قال في شرح الطحاوي ولو لم يجـد الا سؤر الحمار أو البغل فتوضأ ولبس خفيه ثم أحـدث قبـل ان يقرنه بالتيمم ومعـه سؤر الحمار فانه يتوضأ به ثم يمسح على خفيه لانه في حق سؤر الحمار أدخل رجليـه في خفيه على طهارة كاملة والتيمم ليس له في الرجلين أثر فصار وجوده وعدمه سواء وان كان لا يجوز لها قامة الصلاة بغير تيمم معه وفي البدائع ولو لبس خفيـه على طهارة النبيـذ ثم أحدث فان لم يجـد ماء مطلقا [illegible]

أبي حنيفة وان وجد ماء مطلقا نزع خفيه وتوضأ وغسل قدميه لانه ليس بطهور عند وجود الماء المطلق وكذا لو توضأ بسؤر الحمار ولبس خفيه ولم يتيمم حتى أحدث جاز له أن يتوضأ بسؤر الحمار ويمسح على خفيه ويتيمم ويصلي لان سؤر الحمار ان كان طهورا فالتيمم أفضل وان كان الطهور هو التراب فالقدم لاحظ له في التيمم اه ولو قطعت احدى رجليه وبقي منها أقل منه أي قدر ثلاث أصابع أو بقي ثلاث أصابع لكن من العقب لا من موضع المسح فلبس على الصحيحة والمقطوعة لا يمسح لوجوب غسل ذلك الباقي كما لو قطعت من الكعب حيث يجب غسل الرجلين ولا يمسح اه كمال رحمه الله (قوله حتى ينزع الاولى) قال العيني في شرح المجمع وثمرة الاختلاف تظهر في مسائل منها انه لو لبسهما قبل غسلهما ثم خاض ماء عظيما فوصل الماء الى رجليه وسائر أعضاء الوضوء جاز له المسح عندنا خلافا لهم (قوله ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام) جواب عن استدلال مقدر للشافعي رحمه الله (قوله لان ذلك غير متصور عادة) أي في لبس الخفاف (قوله وللمسافر ثلاثا) فاذا كملت ليس له ان يمسح بعدها حتى ينزع ويغسل رجليه وهذا اذا لم يكن معذورا فان

فادخلها الخف ثم غسل الاخرى فادخلها الخف لا يجوز له أن يمسح حتى ينزع الاولى ثم يدخلها نفسه كما كانت قلنا هذا اشتغال بما لا يفيد لان نزعه ثم لبسه من غير أن يلزمه غسل ما تحته ليس فيه حكمة فلا يجوز اشتراطه ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام أدخلتهما وهما طاهرتان أي أدخلت كل واحدة الخف وهي طاهرة لا انهما اقترنا في الطهارة والادخال لان ذلك غير متصور عادة وهذا كما يقال دخلنا البلد ونحن ركبان يشترط أن يكون كل واحد راكبا عند دخولها ولا يشترط أن يكون جميعهم ركبانا عند دخول كل واحد منهم ولا اقترانهم في الدخول قال رحمه الله (يوما وليلة للمقيم وللمسافر ثلاثا) هذا بيان لمدة المسح أي صح المسح يوما وليلة الى آخره لقوله عليه الصلاة والسلام للمسافر ثلاثة أيام ولياليهن ويوم وليلة للمقيم قال رحمه الله (من وقت الحدث) بيان لاول وقت مدة المسح أي يمسح يوما وليلة وثلاثا من وقت الحدث الى وقت الحدث لان الخف عهد مانعا فيعتبر من وقت المنع ولان ما قبله ليس بطهارة المسح وانما هو طهارة الغسل فلا يعتبر قال رحمه الله (على ظاهرهما) بيان لمحل المسح حتى لا يجوز مسح باطنه أو عقبه أو ساقه أو جوانبه أو كعبه لقول علي رضي الله عنه لو كان الدين بالرأي لكان باطن الخف أولى بالمسح من أعلاه لكن رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يمسح على ظاهرهما خطوطا بالاصابع قال رحمه الله (مرة) أي يمسح مرة لانه مسح فلا يسن فيه التكرار بخلاف الغسل وقد مر الفرق في موضعه قال رحمه الله (بثلاث أصابع) بيان لمقدار آلة المسح حتى لو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات من غير أن يأخذ ماء جديدا لا يجوز ولو مسح باصبع واحدة ثلاث مرات وأخذ لكل مرة ماء جديدا جاز لوجود المقصود ولو أصاب موضع المسح ماء أو مطر قدر ثلاث أصابع جاز وكذا لو مشى في حشيش مبتل بالمطر لما قلنا ولو كان مبتلا بالطل أو أصاب الخف طل قدر الواجب قيل يجوز لانه ماء وقيل لا يجوز لانه نفس دابة في البحر يجتذبه الهواء والاول أصح ويعتبر قدر ثلاث أصابع من كل رجل على حدة حتى لو مسح على احدى رجليه مقدار اصبعين وعلى الاخرى مقدار خمسة أصابع لا يجزيه والمعتبر فيه أصابع اليد لانها آلة المسح وأكثرها يقوم مقام الكل وقال الكرخي يعتبر أصابع الرجل كما في الخرق والاول أصح ثم الشيخ رحمه الله تعالى ذكر قدر الآلة ولم يذكر قدر الممسوح فكأنه استغنى عنه ببيان الآلة لحصول المقصود به اذ هو مقدر بثلاث أصابع فاذا مسح بها فقد حصل الغرض فيكون بيانا لهما جميعا قال رحمه الله (يبدأ من رؤس الاصابع الى الساق) هكذا

كان صاحب جرح لا يرقأ ونحوه ليس له المسح الا في وقت الصلاة فاذا خرج وقت الصلاة ودخل آخر وجب النزع ان كان توضأ ولبس على السيلان والا يستكمل المدة كغيره اه زاد الفقير (قوله من وقت الحدث) أي لا من وقت اللبس اه (قوله الى وقت الحدث) أي الى مثل وقت ذلك الحدث من اليوم الثاني (قوله لان الخف عهد مانعا) أي من سراية الحدث الى القدم ولانه شرع تيسيرا لتعذر النزع والحاجة الى النزع عند الحدث اه (قوله في المتن على ظاهرهما) ويتعلق الجار والمجرور بالمحذوف أي يمسح اه ع وقال الرازي متعلق بقوله صح اه (قوله بالمسح) أي من أعلاه وفي نسخة من ظاهره اه (قوله خطوطا) نصب على الحال أي مخططا وفي المجتبى اظهار الخطوط في المسح ليس بشرط في ظاهر الرواية اه كاكي وفي هذا اشارة الى انه لا يشترط التكرار اذ الخطوط انما تكون اذا مسح مرة اه مستصفى (قوله في المتن بثلاث أصابع) يتعلق بالمحذوف الذي قدرناه اه ع وقال الرازي متعلق بمحذوف تقديره صح اه (قوله لكل مرة ماء جديدا جاز) أي ان مسح كل مرة غير ما مسح قبل ذلك اه شرح الوقاية وذكر في الذخيرة أن المسح برؤس الاصابع يجوز ان كان الماء متقاطرا ولو مسح بظهر الكف جاز لكن السنة باطنها شرح وقاية اه (قوله أو أصاب الخف طل) قال في المصباح الطل المطر الخفيف ويقال أضعف المطر اه (قوله يعتبر أصابع الرجل) أي لان المسح يقع عليه وهي أكثر الممسوح فأعطي له حكم الكل كما في الخرق اه معراج (قوله والاول أصح) اذ المسح فعل يضاف الى الفاعل لا الى المحل فتعتبر الآلات اه معراج وصاحب الرجل الواحدة يمسح اه غاية (قوله في المتن يبدأ من رؤس الاصابع الى الساق) لما بين مقدار الواجب استأنف الكلام لبيان الكيفية على الوجه المسنون وقال يبدأ الى آخره

نقل فعل النبي صلى الله عليه وسلم ولان المسح بدل الغسل فيكون معتبرا به وهذا بيان السنة حتى لو بدأ من الساق الى الاصابع جاز لحصول المقصود الا أنه خلاف السنة قال رحمه الله (والخرق الكبير يمنعه) أي يمنع المسح لانه لا يمكن مواظبة المشي معه فصار كاللفافة قال رحمه الله (وهو قدر ثلاث أصابع القدم أصغرها) أي الخرق الكبير قدر ثلاث أصابع القدم أصغرها لان الاصل في القدم هو الاصابع والثلاث أكثرها فيقوم مقام الكل والاعتبار بالاصغر للاحتياط وفي رواية الحسن يعتبر أصابع اليد اعتبارا بالمسح وهو قول الرازي والاول أصح ويعتبر هذا المقدار في كل خف على حدة على ما يأتي وانما يعتبر الاصغر اذا انكشف موضع غير موضع الاصابع وأما اذا انكشف الاصابع نفسها يعتبر أن ينكشف الثلاث أيتها كانت ولا يعتبر الاصغر لان كل اصبع أصل بنفسها فلا يعتبر بغيرها حتى لو انكشفت الابهام مع جارتها وهما قدر ثلاث أصابع من أصغرها يجوز المسح فان كان مع جارتيها لا يجوز المسح وفي مقطوع الاصابع يعتبر الخرق بأصابع غيره وقيل بأصابع نفسه لو كانت قائمة والخرق المانع هو المنفرج الذي يرى ما تحته من الرجل أو يكون منضما لكن ينفرج عند المشي ويظهر القدم منه عند الوضع بأن كان الخرق عرضا وان كان طولا لا يدخل فيه ثلاث أصابع فأكثر ولكن لا يرى شيء من القدم ولا ينفرج عند المشي لصلابته لا يمنع المسح ولو انكشفت الظهارة وفي داخلها بطانة من جلد أو خرقة مخروزة بالخف لا يمنع والخرق فوق الكعب لا يمنع لانه لا عبرة بلبسه والخرق في الكعب وما تحته هو المعتبر في المنع وقيل لو كان الخرق فوق القدم لا يمنع ما لم يبلغ أكثر القدم لان موضع الاصابع يعتبر أكثرها فكذا القدم كذا في الغاية قال رحمه الله (ويجمع في خف لا فيهما) أي ويجمع الخروق في خف واحد لا في خفين لان الرجلين عضوان حقيقة فعمل بها أي بالحقيقة ولم يجمع ولهذا لم يجز نقل البلة من احداهما الى الاخرى اعتبارا للحقيقة وجعلتا في حكم عضو واحد في منع المسح على احداهما وغسل الاخرى احترازا عن الجمع بين الاصل وبدله فيما هو كعضو واحد ألا ترى الى قوله تعالى وأرجلكم الى الكعبين ومقابلة الجمع بالجمع تقتضي انقسام الآحاد على الآحاد فيتناول رجلا واحدة ولكن لما جعلتا في الحكم كعضو واحد تناولهما الامر فوجب غسلهما ثم الخرق الذي يجمع أقله ما يدخل فيه المسلة وما دونه لا يعتبر الحاقا له بمواضع الخرز قال رحمه الله (بخلاف النجاسة والانكشاف) أي بخلاف النجاسة المتفرقة حيث يجمع وان كانت متفرقة في خفيه أو ثوبه أو بدنه أو مكانه أو في المجموع وبخلاف انكشاف العورة المتفرقة كانكشاف شيء من

مسكين وعن الحسن عن أبي حنيفة أنه يمسح ما بين أطراف الاصابع الى الساق وفي قول المصنف من الاصابع الى الساق إيماء الى السنة لان الغاية لا تدخل تحت المغيا اهـ مجتبى ولو بدأ من قبل الساق جاز الا أنه ترك السنة اهـ مسكين (قوله في المتن والخرق الكبير) بالباء الموحدة وبالثاء المثلثة أيضا اهـ ع (قوله في المتن وهو قدر ثلاث أصابع القدم أصغرها) وما ذكر من اعتبار أصابع الرجل رواية الزيادات وفي الأجناس في اعتبارها مضمومة أو منفرجة اختلاف المشايخ قال بعضهم قدر ثلاث أصابع الرجل مضمومة لا منفرجة اهـ كاكي وقوله أصغرها بالجر بدل من الاصابع ويجوز الرفع على أنه خبر مبتدأ محذوف أي هي أصغرها والنصب على تقدير أعني اهـ ع قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله سواء كان الخرق في ظاهر الخف أو في باطنه أو في ناحية العقب والحكم لا يختلف يعني اذا كان الخرق مقدار ثلاثة أصابع من أي جانب كان فذلك يمنع جواز المسح وذكر شمس الائمة الحلواني وشيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده رحمهما الله أنه اذا كان المكشوف من قبل العقب أكثر من المستور لا يجوز المسح عليه والمروي عن أبي حنيفة رحمه الله في هذه الصورة أنه يمسح حتى يبدو أكثر نصف العقب كذا في المحيط شرح الكنز للشيخ مسكين رحمه الله (قوله لان الاصل في القدم هو الاصابع) حتى يجب بقطعها الدية اهـ ع ولو كان في خف واحد خرق في مقدم الخف قدر اصبع وفي مؤخره مثل ذلك وفي جانبه مثل ذلك كل ذلك كان في الاسفل من الساق لا يجوز لانه اذا جمع يصير قدر ثلاثة أصابع اهـ فتاوى قاضيخان رحمه الله (قوله والاول أصح) أي لان منع الخرق باعتبار أنه يخل بالمشي وهو بالرجل بخلاف المسح فانه باليد اهـ يحيى (قوله يعتبر أكثرها) أي وهو ثلاثة أصابع ولو بدا ثلاثة من أناملها اختلف المشايخ قال بعضهم لا يمنع وقال بعضهم يمنع وهو الصحيح اهـ بدائع قال في الجوهرة وفي المحيط اذا كان يبدو قدر ثلاث أنامل وأسافلها مستورة قال السرخسي يمنع وقال الحلواني لا يمنع حتى يبدو قدر ثلاث أصابع بكمالها وهو الاصح اهـ (قوله في المتن ويجمع في خف لا فيهما) لقائل أن يقول لا داعي الى جمعها وهو اعتبارها كأنها في موضع واحد لمنع المسح لان امتناعه فيما اذا اتحد المكان حقيقة لانتفاء معنى الخف بامتناع قطع المسافة المعتادة به لا لذاته ولا لذات الانكشاف من حيث هو انكشاف والا لوجب الغسل في الخرق الصغير وهذا المعنى منتف عند تفرقها صغيرة كقدر الحمصة والفولة لامكان قطعها مع ذلك وعدم وجوب غسل البادي قاله الكمال رحمه الله (قوله فوجب غسلهما) والاجلا كعضو واحد في وجوب الغسل وازالة النجاسة المانعة احتياطا واعمالا لم يجعلا كذلك في جميع الخروق وان كان الاحتياط في ذلك لان المسح رخصة فلا يناسبه التضييق بايجاب الاحتياط اهـ يحيى (قوله المسلة) بكسر الميم الابرة العظيمة

فرج المرأة وشئ من ظهرها وشئ من بطنها وشئ من فخذها وشئ من ساقها حيث يجمع لمنع جواز الصلاة والفرق بين الخف وبينهما أن الخرق في الخف انما يمنع لكونه مانعا التتابع المشي فيه به والخرق في أحدهما لا يمنع قطع السفر بالآخر والنجاسة تمنع الجواز لكونه حاملا لها أو مجاورا وهو حامل للكل أو مجاور له وكذا الانكشاف انما يمنع لكونه غير ساتر لعورته وهو يوجد في الكل ولان البدن كله كعضو واحد في الحكم ولهذا يجوز نقل البلة من عضو الى عضو في الجنابة فجعلنا عضوا واحدا في حق النجاسة والانكشاف احتياطا وهذا بخلاف الخف لانه شرع رخصة فلا يناسب التضييق ثم كيفية جمع الخروق في الخف ظاهر وكيفية انكشاف العورة والنجاسة المتفرقين يأتي في باب شروط الصلاة ان شاء الله تعالى قال رحمه الله * (وينقضه ناقض الوضوء) لانه بدل عن الغسل فينقضه ناقض أصله كالتيمم قال رحمه الله (ونزع خف) لان الحدث السابق يسري الى القدمين لزوال المانع وحكم النزع يثبت بخروج القدم الى ساق الخف لان موضع المسح فارق مكانه فكأن قدمه قد ظهرت وهذا لان ساق الخف لا عبرة به ولهذا يجوز مسح خف لا ساق له بعد أن كان الكعب مستورا وكذا يثبت حكم النزع بخروج أكثر القدم اليه في الصحيح لان للاكثر حكم الكل وعن أبي حنيفة أنه ان خرج العقب أو أكثرها الى الساق بطل المسح وعن أبي يوسف أنه ان خرج أكثر القدم بطل وعن محمد أنه ان بقي في الخف من القدم قدر ما يجوز المسح عليه لا ينتقض والا انتقض وقال بعض المشايخ ان أمكن المشي به لا ينتقض والا انتقض قال رحمه الله (ومضي المدة) أي وينقضه مضي المدة للاحاديث التي دلت على التوقيت اعلم أن نزع الخف ومضي المدة غير ناقض في الحقيقة وانما الناقض الحدث السابق لكن الحدث يظهر عند وجودهما فاضيف النقض اليهما وينقضه أيضا دخول أحد خفيه الماء لان رجله تصير بذلك مغسولة ويجب غسل رجله الاخرى لامتناع الجمع بينهما وذكر المرغيناني أن غسل أكثر القدم ينقضه أيضا في الاصح قال رحمه الله (ان لم يخف ذهاب رجله من البرد) أي ينقضه مضي المدة ان لم يخف على رجله العطب بالنزع وان خاف جاز له المسح مطلقا من غير توقيت ذكره في جوامع الفقه والمحيط وهذا لانه يلحقه به ضرر وهو مدفوع ولانه اذا كان يضره الغسل صار كالجبيرة وهي غير موقتة وقد قالوا اذا انقضت مدة المسح وهو في الصلاة ولم يجد ماء فانه يمضي على صلاته ومن المشايخ

(قوله لمنع جواز الصلاة) أي ان بلغ المجموع ربع عضو منع (قوله ونزع خف) ذكر لفظ الواحد ولم يقل نزع الخفين ليفيد أن نزع أحدهما ناقض فانه اذا نزع أحدهما وجب غسل احدى الرجلين فيجب غسل الاخرى اذ لا جمع بين الغسل والمسح اه ش وقاية واعلم بان خلع الخفين قبل انتقاض الطهارة التي لبس بها الخفين لا يضره وان تكرر لان الطهارة قائمة وخلع الخف ليس بحدث كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله ونفعنا به (قوله يسري الى القدمين) فكأنه توضأ ولم يغسل رجليه فعليه غسلهما اه كافي (قوله أو أكثرها) يعني اذا أخرجه قاصدا اخراج الرجل بطل المسح حتى لو بدا له اعادتها فاعادها لا يجوز المسح وكذا لو كان أعرج يمشي على صدور قدميه وقد ارتفع عقبه عن موضع عقب الخف الى الساق لا يمسح والى ما دونه يمسح أما لو كان الخف واسعا يرتفع العقب برفع الرجل الى الساق ويعود بوضعها فلا يمسح اه كمال (قوله والا انتقض) فمحمد رحمه الله اعتبر محل المسح لان خروج ما وراءه كلا خروج اه (قوله وقال بعض المشايخ ان أمكن الى آخره) قال في الفتح وهذا في التحقيق هو مرمى نظر الكل في نقض بخروج العقب ليس الا لانه وقع عنده انه مع حلول العقب في الساق لا يمكنه متابعة المشي فيه وقطع المسافة بخلاف ما اذا كانت تعود الى محلها عند الوضع ومن قال الاكثر فلظنه ان الامتناع منوط به وكذا من قال بكون الباقي قدر الفرض وهذه الامور انما تبتنى على المشاهدة ويظهر أن ما قاله أبو حنيفة أولى لان بقاء العقب في الساق يقلق عن مداومة المشي دوسا على الساق نفسه اه (قوله في المتن ان لم يخف ذهاب رجله من البرد) قال الزاهدي رحمه الله وان مضت وهو يخاف البرد على رجليه بالنزع يستوعبه بالمسح كالجبائر اه (قوله فانه يمضي على صلاته) لانه لا فائدة في القطع لان حاجته غسل الرجلين وهو عاجز عنه لعدم الماء ولا حظ للرجلين من التيمم فيمضي على صلاته اه كاكي قال في فتاوى من قاضيخان وهو الاصح وقال الزاهدي والاصح انه يمضي فيها بلا تيمم قال العلامة المحقق كمال الدين رحمه الله في فتح القدير لكن الذي يظهر عدم صحة هذا القول لان الشرع قدر منع الخف سرايته فيسري الحدث بعدها اذ لا بقاء لها مع الحدث فكما يقطع عند وجود الماء ليغسل رجليه يقطع عند عدمه ليتيمم لا للرجلين فقط ليلزم رفو الاصل بالخلف بل للكل لان الحدث لا يتجزأ فيصير محدثا بحدث القدمين وان كان بحيث لو اقتصر على غسلهما ارتفع لكن غسل ابتداء الاعضاء الا رجليه وفني الماء فانه يتيمم لا للرجلين فقط والا لكان جمع الاصل والخلف ثابتا في كثير من الصور بل للحدث القائم به فانه على حاله ما لم يتم الكل وهذا لان التيمم ان لم يصب الرجل حدثا لكنها يصيبها حكم الطهارة عنده وهو المقصود فلا يصلح عدم الماء مانعا السراية بعد تمام المدة المعتبرة شرعا غاية لمنعه وعلى هذا فما ذكر في جوامع الفقه والمحيط من انه انما ينزع اذا تمت اذا لم يخف اذهابهما من شدة البرد فان خاف فله أن يمسح مطلقا فيه نظر فان خوف البرد لا أثر له في منع السراية كما ان عدم الماء لا يمنعها فغاية الامر أنه لا ينزع لكن لا يمسح بل يتيمم لخوف البرد والله سبحانه وتعالى أعلم وعن هذا نقل بعض

من قال تفسد صلاته وهو أشبه لسرايه الحدث الى الرجل لان عدم الماء لا يمنع السراية ثم يتيمم ويصلي كما لو بقي من أعضائه لمعة ولم يجد ماء يغسلها به فانه يتيمم فكذا هذا قال رحمه الله (وبعدهما غسل رجليه فقط) أي بعد النزع وبعد مضي المدة غسل رجليه فقط وليس عليه إعادة بقية الوضوء اذا كان على وضوء لان الحدث السابق هو الذي حل بقدميه وقد غسل بعده سائر الاعضاء وبقيت القدمان فقط فلا يجب عليه الا غسلهما ولا معنى لغسل الاعضاء المغسولة ثانيا الا لفائت الموالاة وهو ليس بشرط في الوضوء قال رحمه الله (وخروج أكثر القدم نزع) وقد تقدم الوجه والخلاف فيه ولا فرق بين خروجه بنفسه وبين الاخراج وفي لفظ المختصر ما يشعر بذلك فانه جعل الخروج كالنزع قال رحمه الله (ولو مسح مقيم فسافر قبل تمام يوم وليلة مسح ثلاثا) وقال الشافعي رحمه الله ان سافر بعد ما مسح يتم يوما وليلة لا غير لان المسح عبادة فاذا شرع فيها على حكم الاقامة لم يتغير بالسفر كالصوم اذا شرع فيه ثم سافر لا يفطر وكالصلاة اذا شرع فيها في سفينة في الاقامة ثم سارت فصار مسافرا في صلاته فلا يتغير فرضه وما ذاك الا لاجتماع الحضر والسفر وتغليب حكم الحضر على السفر ولنا قوله صلى الله عليه وسلم يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها ولان الغرض من الرخصة التخفيف عن المسافرين وهو بزيادة المدة وفيما ذهب اليه التسوية فلا يجوز كما لو سافر قبل الحدث أو بعده قبل المسح ولانه حكم متعلق بالوقت فيعتبر آخره كالصلاة بخلاف ما اذا سافر بعد تمام المدة لان الحدث سرى الى القدم والسفر لا يرفعه وقوله كالصوم الى آخره قلنا الصوم عبادة واحدة ولهذا يفسد كله بفساد جزء منه وكذا الصلاة وأما المسحات في المدة فكل واحد منفصل عما قبله وعما بعدها ولهذا لا يفسد الكل بفساد مسحة واحدة فامتنع الالحاق وانما نظيره الصلوات الخمس أو صوم الشهر لانفصال كل صلاة أو كل يوم عن الآخر قال رحمه الله (ولو أقام مسافر بعد يوم وليلة نزع والا يتم يوما وليلة) لان رخصة السفر لا تبقى بدونه قال رحمه الله (ومسح على الموق) أي يجوز المسح على الموق وهو الجرموق وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لان الحاجة لا تدعو اليه في الغالب فلا تتعلق به الرخصة

المشايخ تأويل المسح المذكور بانه مسح جبيرة لا كمسح الخف فعلى هذا يستوعب الخف على ما هو الاولى أو أكثره وهو غرابة بهوم من اللفظ المؤول مع انه إنما يستم اذا كان مسمى الجبيرة يصدق على ساتر ليس تحته محل وجع بل عضو صحيح غير انه يخاف من كشفه حدوث المرض بالبرد ويستلزم بطلان مسئلة التيمم لخوف البرد على عضو أو اسوداده ويقتضي أيضا على ظاهر مذهب أبي حنيفة بجواز تركه رأسا وهو خلاف ما يفيده اعطاؤهم حكم المسئلة اهـ (قوله في المتن ولو مسح مقيم فسافر الى آخره) هذه المسئلة على ثلاثة أوجه وجه يتحول مدته الى مدة السفر بالاتفاق وهو لو سافر قبل انتقاض الطهارة ووجه لا يتحول اليها بالاتفاق وهو لو سافر بعد استكمال مدة الاقامة ووجه اختلف فيه وهو ما لو سافر بعد الحدث قبل استكمال المدة اهـ ك (قوله مسح ثلاثا) أي من وقت الحدث لا من وقت السفر (قوله وتغليب حكم الحضر على السفر) وانما غلب حكم الحضر لكونه عزيمة وحكم السفر رخصة واذا اجتمع العزيمة والرخصة في عبادة غلبت العزيمة احتياطا فعلى هذا المسافر في السفينة اذا دخلت العمران وهو في الصلاة أتمها ولا يجوز القصر اهـ يحيى (قوله التسوية) أي بين المقيم والمسافر اهـ (قوله كالصوم الخ) قال في الدراية وهذا ليس كالصوم والصلاة لان الصوم الواحد والصلاة الواحدة لا تتجزأ فاعتبار الاقامة في أوله لا يبيح الافطار واعتبار السفر في آخره يبيح فترجح جانب الحرمة احتياطا وكذا في الصلاة يترجح جانب الاقامة احتياطا أما الوقت فما يتجزأ فلم تجتمع الاقامة والسفر في وقت واحد فكان الاعتبار للموجود وهو السفر ألا ترى أنه لو أحدث ولم يمسح تتغير المدة وان انعقدت المدة على حكمها لان المدة ليست بعبادة والحكم المتعلق بها وهو عدم سريان الحدث ليس بعبادة أيضا بخلاف الصوم والصلاة لانهما عبادتان فاذا اجتمعت الاقامة والسفر تدافعا فغلبت الاقامة السفر لما ذكرنا وههنا لما قصرت الاقامة وجد السفر فلم تثبت المعارضة والتدافع كذا في الاسرار ومبسوط شيخ الاسلام اهـ (قوله بعد يوم وليلة نزع) لانه لو مسح يمسح وهو مقيم أكثر من يوم وليلة (قوله في المتن ومسح على الموق) قال الجوهري والمطرزي الموق خف قصير يلبس فوق الخف وهو فارسي معرب كال (قوله وهو الجرموق) حاصل الكلام هنا ان الجرموق ما يلبس فوق الخف وانما يجوز المسح عليه اذا لبسه قبل أن يحدث وبعده لا يجوز لان الحدث حل بالخف فلا يرفعه المسح على الجرموق ولو لبسه قبل الحدث ثم أحدث حل الحدث بالجرموق فيمسح عليه حتى لو كان واسعا فأدخل يده الى الخف ومسح عليه لا يجوز لعدم الحدث فيه اهـ يحيى قال في الدراية وفي قوله استمالا وغرضا إشارة الى جواب سؤال وهو ان الجرموق لو كان تبعا للخف ينبغي أن لا يبطل المسح كما لا يبطل بنزع أحد طاقي خف ولو كان تبعا للرجل ينبغي أن لا يجوز المسح على الخف بنزعه فقال انه تبع استمالا وغرضا لا من كل وجه فهو في الحقيقة أصل بنفسه بدليل جواز المسح عليه لو لبسه منفردا بالاجماع فاذا لبسه على الخف عملنا بالشبهين وأثبتنا الحكم بحسب الدلائل فقلنا بالتبعية عند قيام الممسوح فاذا زال الممسوح زالت التبعية فيحل الحدث بما تحته بخلاف ذي طاقين فان كل واحد من الطاقين متصل بالآخر من كل وجه فيصيران بحكم الاتصال كالشعر مع بشرة الرأس فكان المسح على أحدهما مسحا على ما تحته حكما فيكون أحدهما بدلا عن الرجل.

ولان البدل لا يكون له بدل ولنا حديث بلال قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يمسح على الموقين ولانه تبع للخف استعمالا اذ لا يلبس بدون الخف عادة وكذا تبع له غرضا لان الغرض من لبسه صيانة الخف عن الخرق والقذر فكان كخف ذي طاقين وهو بدل عن الرجل لا عن الخف وقوله ان الحاجة لا تدعو اليه غير مسلم ثم من شرط جواز المسح على الجرموق أن لا يحدث قبل لبسه بعد لبس الخف حتى لو لبس الخف على طهارة ثم أحدث قبل لبس الجرموق ثم لبسه لا يجوز له ان يمسح عليه سواء لبسه قبل المسح على الخف أو بعده لان حكم الحدث استقر عليه ولو مسح على الجرموقين ثم نزعهما مسح على خفيه لان المسح عليهما ليس مسحا على الخفين لانفصالهما عن الخفين بخلاف المسح على خف ذي طاقين لو نزع أحد طاقيه أو قشر جلد ظاهر الخفين حيث لا يعيد المسح على ما تحته لان الجميع شئ واحد للاتصال فصار كما لو حلق رأسه بعد المسح ولو نزع أحد جرموقيه بطل مسحهما فيعيد مسح الخف والجرموق الباقي وقال زفر يمسح على الخف المنزوع جرموقه وليس عليه في الآخر شئ لان المسح باق في غير المنزوع ولنا أن طهارة الرجلين لا تتجزأ اذهما وظيفة واحدة ولهذا لا يجوز أن يغسل احداهما ويمسح الاخرى فاذا انتقض في احداهما انتقض في الاخرى ضرورة عدم التجزئ ثم قيل ينزع الجرموق الباقي لان نزع أحدهما كنزعهما لعدم التجزئ فصار كنزع أحد الخفين حيث يجب عليه نزع الآخر ولا ينزع في ظاهر الرواية لانه لو لبس الجرموق فوق الخف الواحد في الابتداء كان له ان يمسح عليه وعلى الخف الآخر فكذا اذا نزع أحدهما في الانتهاء ولو أدخل يده تحت الجرموقين ومسح على الخفين لا يجوز لوجوب المسح على الجرموقين ولو كان الجرموق من كرباس لا يجوز المسح عليه لانه لا يمكن متابعة المشى عليه فصار كاللفافة الا أن تنفذ البلة الى الخف قدرا لواجب لحصول المقصود قال رحمه الله (والجورب المجلد والمنعل والثخين) أي يجوز المسح على الجورب اذا كان منعلا أو مجلدا أو ثخينا أما اذا كان مجلدا أو منعلا فانه يمكن مواظبة المشى عليه والرخصة لاجله فصار كالخف والمجلد هو الذي وضع الجلد على أعلاه وأسفله والمنعل هو الذي وضع الجلد على أسفله كالنعل للقدم وقيل يكون الى الكعب وأما الثخين فالمذكور قولهما وحدّه ان يستمسك على الساق من غير ربط وان لا يرى ما تحته وقال أبو حنيفة لا يجوز المسح عليه لان المأمور به غسل الرجلين وعدل عنه في الخف لما رويناو ليس الجورب في معناه لانه لا يمكن مواظبة المشى عليه ولهما ما روى انه صلى الله عليه وسلم مسح على الجوربين وهو مذهب علي بن أبي طالب وابن مسعود رضي الله عنهما ويروى رجوع أبي حنيفة الى قولهما قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة أيام وعليه الفتوى وعنه انه مسح على جوربيه في مرضه ثم قال لعواده فعلت ما كنت أنهى الناس عنه فاستدلوا به على رجوعه قال رحمه الله (لا على عمامة وقلنسوة وبرقع وقفازين) أي لا يجوز المسح على هذه الاشياء لانه ثبت في الخف على خلاف القياس فلا يلحق به غيره ولانه لا حرج في نزع هذه الاشياء عادة فلا يمكن الحاقها بالخف لعدم الضرورة قال رحمه الله (والمسح على الجبيرة وخرقة القرحة ونحو ذلك كالغسل لما تحتها) وليس ببدل بخلاف المسح على الخفين ولهذا لا يمسح على الخف في احدى الرجلين ويغسل الاخرى لانه يؤدي الى الجمع بين الاصل والبدل ولو كانت الجبيرة في احدى رجليه مسح عليها وغسل الاخرى ولا يكون ذلك جمعا بين الاصل والبدل ألا ترى الى حديث علي رضي الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم أمره بالمسح على الجبيرة في احدى يديه فثبت أن المسح على الجبيرة ما دام العذر قائما أصل لا بدل قال رحمه الله (فلا يتوقت) أي لا يتوقت المسح على الجبيرة لانه كالغسل لما تحتها على ما تقدم والغسل لا يتوقت فكذا هذا قال رحمه الله (ويجمع

لاعن الخف معنى والجرموق قبل النزع بدل عن الرجل لان الخف لم يأخذ حكم الرجل لجري وجوده مجرى العدم فصار كخف ذي طاقين فيكون كل واحد بدلا عنه اه (قوله كما لو حلق رأسه بعد المسح) وكذا لو كان الخف شعر بالمسح على ظاهر الشعر ثم حلق الشعر فانه لا يلزمه اعادة المسح اه نهاية قال في البدائع في وجه قول زفر والحسن بن زياد لانه يجوز الجمع بين المسح على الجرموق وبين المسح على الخف ابتداء بان كان على أحد الخفين جرموق دون الآخر فكذا بقاء واذا بقي المسح في الجرموق والخف فلا معنى للاعادة (قوله وقال زفر) اى والحسن ابن زياد اه (قوله تحت الجرموقين) أعنى اللذين لبسهما قبل الحدث اه (قوله لا يجوز) لانه في غير محل الحدث كال ويجوز المسح على المكعب الساتر للكعب اتفاقا وفي الاختيار وكذا اذا كانت مقدمته مشقوقة اذا كانت مشدودة أو مزرورة لانها كالمخروزة اه (قوله فلا يلحق به غيره) مما لم يكن في معناه قال قاضيخان في فتاواه وكما يجوز المسح على الخف يجوز المسح على الجبائر اذا كان يضره المسح على الجراحة وان كان لا يضره المسح على الجراحة لا يجوز له المسح على الجبائر اه (قوله كالغسل لما تحتها) اى ما دام العذر قائما ولهذا لو مسح على عصابة فسقطت فأخذ أخرى لا تجب الاعادة عليها لكنه الاحسن قاله في الخلاصة ولهذا أيضا لو مسح على خرقة رجله المجروحة وغسل الصحيحة ولبس الخف عليهما ثم أحدث فانه يتوضأ وينزع الخف لان المجروحة مغسولة حكما ولا تجتمع الوظيفتان في الرجلين قال في شرح الزيادات وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة ان ترك المسح على الجبائر وهو لا يضره يجوز ينبغي أن يجوز لانه لما سقط غسل المجروحة صارت كالذاهبة هذا اذا لبس مع

الخف على الصحيح لا غير فان لبس على الجريحة أيضا بعدما مسح على جبيرتها فانه يمسح عليها لان المسح عليها كغسل ما تحتها اه كمال رحمه الله قال قاضيخان في فتاواه وان مسح على الجبيرة هل يشترط فيه الاستيعاب ذكر الشيخ الامام المعروف بخواهر زاده أنه لا يشترط فيه الاستيعاب وان مسح على الاكثر جاز وان مسح على النصف وما دونه لا يجوز وبعضهم شرط الاستيعاب وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة اه (قوله بخلاف الخف) أي فانه لم يسقط غسل ما تحته (قوله انه قال كسرت) صوابه كسر أحد زندي لان الزند مذكر كذا في المغرب اه الدارقطني عن علي رضي الله تعالى عنه قال انكسر أحد زندي فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أمسح على الجبائر يرويه عمرو بن خالد الواسطي ولا يصح اه عبد الحق (قوله يوم أحد) في المغرب يوم خيبر والزندان عظما الساعد (قوله فأمرني) ومطلق الامر للوجوب (قوله ليس بواجب) أي بل مستحب لان المسح قائم مقام الغسل وهو ليس بواجب فكذا بدله فأمر علي به للاستحباب اه يحيى (قوله والصحيح أنه واجب) لان غسل هذا العضو كان واجبا ثم تعذر فيجب بدله كالتيمم اذا تعذر الوضوء ولا قرينة للاستحباب فيحمل الامر على الوجوب اه يحيى قال القدوري في التجريد الصحيح من مذهب أبي حنيفة أنه ليس بفرض وقوله في الخلاصة إن أبا حنيفة رجع الى قولهما لم يشتهر شهرة نقيضه عنه ولعل ذلك معنى ما قيل ان عنه روايتين وقال المصنف في التجنيس الاعتماد على ما ذكره في شرح الطحاوي وشرح الزيادات انه ليس بفرض عنده اه كمال رحمه الله قال في البدائع ولو كانت الجراحة على رأسه وبعضه صحيح فان كان الصحيح قدر ما يجوز عليه المسح وهو قدر ثلاث أصابع لا يجوز الا أن يمسح عليه لان المفروض من مسح الرأس هذا القدر وهذا القدر من الرأس صحيح فلا حاجة الى المسح على الجبائر وان كان أقل من ذلك لم يمسح عليه لان وجوده وعدمه بمنزلة ويمسح على الجبائر (قوله اذا كان المسح على القرحة يضره) حتى لو لم يضره بالماء الحار وهو يقدر عليه وجب استعماله اه كمال (قوله الخلاف في المجروح) لان الغسل يضر الجراحة دون الكسر اه (قوله وفي المكسور يجب) وكأنه بناء على ان خبر المسح عن علي في المكسور اه كمال (قوله في المتن ويمسح على كل العصابة) قال ابن وهبان رحمه الله في شرح منظومته لو كان المسح يضر بالماء سقط بالاتفاق للحرج وقيل لان الغسل سقط للعذر والمسح أولى ولقائل ان يقول الغسل سقط الى خلف بخلافه اه (قوله هذا اذا كان يضره نزعها وغسل ما تحتها) وان لم يضره غسل ما حولها ومسحها نفسها وان ضره المسح لا الحل يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل ما حولها تحت الخرقة الزائدة اذ الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها ولم أر لهم ما اذا ضره الحل لا المسح لظهور أنه حينئذ يمسح على الكل اه كمال ومن ضرورة الحل ان يكون في مكان لا يقدر على ربطها بنفسه ولا يجد من يربطها اه كمال (قوله وذكر الحسن ان المسح على الاكثر كاف) قال في الكافي ويكتفى بالمسح على أكثرها في الصحيح لئلا يؤدي الى افساد الجراحة اه (قوله في المتن فان سقطت عن برء بطل) فان كان في صلاة استقبل لانه تبين أن غسل ما تحتها واجب بالحدث السابق فتبين ان شروعه في الصلاة لم يصح فيستقبلها كافي وفي المجتبى

مع الغسل) أي يجمع المسح على الجبيرة مع الغسل وقد تقدم الوجه فيه قال رحمه الله (ويجوز وان شدها بلا وضوء) أي وان شد الجبيرة بلا وضوء جاز المسح عليها لان في اعتباره في تلك الحالة حرجا ولان غسل ما تحتها سقط وانتقل الى الجبيرة بخلاف الخف ثم اعلم أن المسح على الجبيرة واجب عندهما لا يجوز تركه لحديث علي رضي الله عنه أنه قال كسرت احدى زندي يوم أحد فأمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أمسح على الجبائر وعند أبي حنيفة ليس بواجب حتى يجوز تركه من غير عذر في رواية وقال في الغاية والصحيح أنه واجب عنده وليس بفرض حتى تجوز صلاته بدونه وقيل لا خلاف بينهم لانهما انما قالا بعدم جواز ترك المسح فيمن لا يضره المسح وانما قال أبو حنيفة بالجواز فيمن يضره المسح ذكره القدوري وقال أبو علي النسفي انما يجوز المسح على الجبيرة اذا كان المسح على القرحة يضره وأما اذا قدر على المسح عليها فلا يجوز له على الجبيرة كما لو قدر على غسلها وفي المستصفى الخلاف في المجروح وفي المكسور يجب المسح اتفاقا وفي المحيط اذا زادت الجبيرة على رأس الجرح ان كان حل الخرقة وغسل ما تحتها يضر بالجراحة يمسح على الكل تبعا وان كان الحل والمسح لا يضر بالجرح لا يجزيه مسح الخرقة بل يغسل ما حول الجراحة ويمسح عليها لا على الخرقة وان كان يضره المسح ولا يضره الحل يمسح على الخرقة التي على رأس الجرح ويغسل حواليها وتحت الخرقة الزائدة اذ الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قال رحمه الله (ويمسح على كل العصابة كان تحتها جراحة أو لا) هذا اذا كان يضره نزعها وغسل ما تحتها كالجبيرة ولو دخل تحتها موضع صحيح أجزأه المسح للضرورة لان العصابة لا تعصب على وجه يأتي على موضع الجراحة فحسب بل يدخل ما حول الجراحة تحت العصابة وسوى بين الجراحة وغيرها مثل الكي والكسر لان الضرورة تشمل الكل وقوله ويمسح على كل العصابة لان الواجب انتقل اليها وكذا الجبيرة يمسح على كلها لان الاستيعاب واجب وذكر الحسن أن المسح على الاكثر كاف لانه قائم مقام الكل ولو انكسر ظفره فجعل عليه دواء أو علكا فان كان يضره نزعه مسح عليه وان ضره المسح تركه وشقوق أعضائه يمر عليها الماء ان قدر والا مسح عليها ان قدر والا تركه وغسل ما حولها قال رحمه الله (فان سقطت عن برء بطل) أي ان سقطت الجبيرة عن برء بطل المسح لزوال العذر

لم يذكر في عامة الكتب أنه اذا برأ موضع الجبائر ولم تسقط ما حكمه وفي شرح الضلات لا يبطل المسح اهـ قال في شرح الوقاية وان سقطت عنها فبدلها بأخرى فالاحسن اعادة المسح فان لم يعد أجزأه ولا يشترط تثليث مسح الجبائر بل يكفي مرة واحدة وهو الاصح اهـ يحيى (قوله فانه لا يجب استيعابه رواية واحدة) سابعها اذا مسحها ثم شد عليها أخرى أو عصابة جاز المسح على الفوقاني ثامنها مسح على الجبائر في الرجلين ثم لبس الخفين مسح عليهما تاسعها اذا دخل الماء تحت الجبائر أو العصابة لا يبطل المسح عاشرها أنه لا تشترط النية في جميع الروايات ويسن التثليث عند البعض اذا لم يكن على الرأس حادي عشرها اذا زالت العصابة الفوقانية التي مسح عليها واستغنى عنها لا يعيد المسح على التحتانية خلافا لابي يوسف ثاني عشرها اذا كان الباقي أقل من ثلاث أصابع اليد كاليد المقطوعة أو الرجل جاز المسح عليها بخلاف الخف في هذه الاحكام * اعلم ان الزاهدي رحمه الله ذكر عشر مسائل يخالف المسح على الجبائر فيها المسح على الخفين لكنه فاته مسئلتان وهما الرابع والخامس من هذا الشرح وحينئذ تكون المسائل اثني عشر وها أنا قد سقت لك المسائل التي زادها الزاهدي رحمه الله (قوله في المتن ولا يفتقر الى النية في مسح الخف والرأس) قال الزاهدي وتشترط النية في المسح على الخفين في بعض الروايات بخلاف مسح الرأس ومسح الجبائر فانه لا يشترط فيها باتفاق الروايات اهـ (قوله وفيه نظر) وجه النظر ما تقدم أنه لا يجوز الجمع بين الغسل والمسح لئلا يلزم الجمع بين الاصل والبدل اهـ يحيى (قوله والاول) أي وهو عدم اشتراط النية اهـ (قوله كالوضوء) والمسح على الرأس

قال رحمه الله (والالا) أي وان لم يكن السقوط عن برء لا يبطل المسح لقيام العذر المبيح للمسح ثم المسح على الجبيرة يخالف المسح على الخف من وجوه أحدها أن الجبيرة لا يشترط شدها على وضوء بخلاف الخف ثانيها أن المسح على الجبيرة غير مؤقت بخلاف الخف ثالثها أن الجبيرة اذا سقطت عن غير برء لا ينتقض المسح بخلاف الخف رابعها اذا سقطت عن برء لا يجب عليه الا غسل ذلك الموضع اذا كان على وضوء بخلاف الخف حيث يجب عليه غسل الاخرى خامسها أن الجبيرة يستوي فيها الحدث الاكبر والاصغر بخلاف الخف سادسها أن الجبيرة يجب استيعابها في المسح في رواية بخلاف الخف فانه لا يجب استيعابه رواية واحدة قال رحمه الله (ولا يفتقر الى النية في مسح الخف والرأس) لان كل واحد منهما ليس ببدل عن الغسل بدليل أنه يجوز مع القدرة هكذا ذكره القدوري وصاحب البدائع وفيه نظر في مسح الخف وفي جوامع الفقه للعتابي يشترط النية في المسح على الخفين فجعله كالتيمم اذ كل واحد منهما بدل والاول أظهر لانه طهارة بالماء فلا يفتقر الى النية كالوضوء ولانه بعض الوضوء فصار كمسح الرأس والجبيرة والله أعلم

(باب الحيض)

الحيض في اللغة عبارة عن السيلان يقال حاض السيل والوادي وحاضت الارنب وحاضت الشجرة اذا سال منها الصمغ الاحمر وأما في الشرع فقال في المختصر (هو دم ينفضه رحم امرأة سليمة عن داء وصغر) واحترز بقوله رحم امرأة عن الرعاف والدماء الخارجة من الجراحات ودم المستحاضة فانها دم عرق لا دم رحم واحترز بقوله سليمة عن داء عن دم النفاس فان النفساء في حكم المريضة حتى اعتبر تبرعاتها من الثلث واحترز بقوله وصغر عن دم تراه الصغيرة قبل أن تبلغ تسع سنين فانه ليس بمعتبر في الشرع وفيه نوع اشكال فان ما تراه الصغيرة استحاضة وليس بدم رحم ظاهرا فخرج بقوله ينفضه رحم امرأة فلا حاجة الى ذكره وقيل سيلان دم من موضع مخصوص في وقت مخصوص وقيل هو الذي تصير المرأة بالغة بابتدائه قاله الكرخي ثم الدماء ثلاثة حيض واستحاضة ونفاس ولكل واحد حكم على ما يأتي قال

﴿باب الحيض﴾

(قوله في المتن هو دم) هذا التعريف عزاه الكاكي الى الفضلي اهـ (قوله في المتن ينفضه) أي يسكبه ويدفعه اهـ ع قال في الينابيع وخروجه أن ينتقل من باطن الفرج الى ظاهره لا يثبت الحيض والنفاس والاستحاضة الا به في ظاهر الرواية وروي عن محمد في غير رواية الاصول ان الاستحاضة كذلك وأما الحيض والنفاس فانهما يثبتان اذا أحست بنزول الدم وان لم يبرز وجه الفرق بين الحيض والنفاس والاستحاضة على هذه الرواية ان لهما أعني الحيض والنفاس وقتا معلوما فيحصل بهما المعرفة بالاحساس ولا كذلك الاستحاضة لانه لا وقت لها يعلم به فلا بد من الخروج والبروز ليعلم وجه ظاهر الرواية ما روي أن امرأة قالت لعائشة رضي الله عنها ان فلانة تدعو بالمصباح ليلا فتنظر اليها قالت عائشة كنا في عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا نتكلف لذلك الا بالمس والمس لا يكون الا بعد الخروج والبروز والفتوى على الرواية قاله في المبسوط اهـ (قوله واحترز بقوله سليمة) عن دم الجرح من جراحة أو دمل في الرحم (قوله خرج بقوله ينفضه رحم امرأة) لانه دم عرق لا رحم وأيضا يتكرر اخراج الاستحاضة لان السليمة من الداء تخرجه كما يخرجه الاول وتعريفه بلا استدراك ولا تكرر دم من الرحم لا لولادة اهـ كمال (قوله من موضع مخصوص) وهو القبل أي الذي هو موضع الولادة اهـ مسكين (قوله في وقت مخصوص) أي وهو أن يكون ممتدا اهـ (قوله ثم الدماء ثلاثة) قال في المجتبى وقد جعلها بعض المتأخرين أربعة أقسام هذه الثلاثة والدم الضائع قالوا والدم الضائع ما تراه

قبل وقت البلوغ واغماءوه ضائعا المعنيين أحدهما أنه لا يترتب عليها أحكام الاستحاضة من الوضوء والصلاة والصوم وغيرها والثاني أن دم الاستحاضة يفسد دم الحيض (٦) بالثبوت وهذا الدم لا يفسده حتى ان المراهقة اذا رأت قبل تمام تسع سنين خمسة أيام وعقيبها بعد تمام التسع ثمانية أيام وطهرت طهرا صحيحا كانت الثمانية عادة لها بالاجماع ولو كان دم استحاضة لفسدها الثمانية قال مولانا رحمه الله ولا ثقة في هذا الاختلاف فان المتقدمين جعلوا الاستحاضة قسمين قسم يفسد دم الحيض ويفيد أحكامها اذا صادفته الاهل في وقتها وقسم لا يفسده ولا يفيد أحكامها كدم الصغيرة والمعتوهة والمجنونة في غير وقته اهـ قوله ولو كان أى الدم الذي رأته قبل التسعة وقوله لفسدها الثمانية يعني (٦) لثبوت دم الاستحاضة اذا قذف شيأ أحمر يشبه الدم اهـ غاية (قوله في المتن وأكثره عشرة أيام) وفي المجتبى ذكر الأيام يستتبع الليالي كمن استأجر دارا ثلاثة أيام أو نذر اعتكاف ثلاثة أيام أو حلف بعد الغروب لا يكلمه ثلاثة أيام ويقرره قصة زكريا عليه السلام (قوله وأكثر اليوم الثالث) فالكثرة بالثلثين وقيل بثلاثة الارباع اهـ زاهدي (قوله وثمانية وتسعة) أي وعشرة اهـ كمال (قوله حتى ترين القصة) في شرح العيني حتى ترين كالقصة اهـ (قوله والدرجة) قال الشمني رحمه الله والكرسف بضم الكاف والسين المهملة القطن والدرجة بضم الدال حق تضع المرأة فيه طيبا ونحوه اهـ (قوله خرقة) هذا انما هو تفسير للكرسف لا للدرجة وأما الدرجة فهي الشيء الذي يوضع فيه الكرسف فتفطن اهـ كاتبه (قوله هو ماء أبيض يخرج في آخر الحيض) ثم المعتبر في البياض وقت الرؤية فلو رأته أبيض خالصا الا أنه اذا يبس اصفر فحكمه حكم البياض أو أصفر ولو يبس ابيض فحكمه حكم الصفرة اهـ كمال (قوله فتخرج الكدرة أولا ثم الصافي) وكذا ينبغي أن لا تكون الكدرة حيضا اذا تأخرت عن الصافي لكنا تركناه اجماعا اهـ كافي وضعت الكرسف في الليل ونامت فلما أصبحت نظرت فيه فرأت البياض الخالص تقضي العشاء لانها طاهرة من حين وضعته ولو كانت طاهرة فوضعت الكرسف ثم أصبحت فوجدت البلة عليه تجعل حائضا بعد الصبح فتقضي العشاء ان لم تكن صلت أخذا باليقين اهـ كاكي (قوله فقال لعلها) القائل هو نصر بن سلام اهـ كاكي قال الرازي وأما الخضرة فالذي عليه الجمهور أنها ان كانت من ذوات الاقراء تكون حيضا ويحمل على فساد الغذاء (قوله هي نوع من الكدرة) والجواب فيها على الاختلاف اهـ قارئ الهداية (قوله والتربية) منسوب الى الترب بمعنى التراب اهـ (قوله على لون التراب) أي وهي نوع من الكدرة اهـ

رحمه الله (وأقله ثلاثة أيام) أي وأقل الحيض ثلاثة أيام لحديث واثلة بن الاسقع قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقل الحيض ثلاثة أيام وأكثره عشرة أيام ثم هو في رواية الحسن عن أبي حنيفة ثلاثة أيام وما يتخللها من الليالي وهو ليلتان وفي ظاهر الرواية ثلاثة أيام وثلاث ليال قال رحمه الله (وأكثره عشرة) لما روينا وهو حجة على الشافعي في تقدير الاقل بيوم وليلة والاكثر بخمسة عشر يوما وعلى قول أبي يوسف في تقدير الاقل بيومين وأكثر اليوم الثالث وعلى قول مالك بساعة قال رحمه الله (وما نقص) من ذلك (أو زاد استحاضة) لحديث أنس بن مالك رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الحيض ثلاثة أيام وأربعة وخمسة وستة وسبعة وثمانية وتسعة فاذا جاوزت العشرة فهو استحاضة ولان تقدير الشرع يمنع الحاق غيره به قال رحمه الله (وما سوى البياض الخالص حيض) لما روى أن النساء كن يبعثن الى عائشة رضي الله عنها بالدرجة فيها الكرسف فيه الصفرة من دم الحيض فتقول لا تعجلن حتى ترين القصة البيضاء تريد بذلك الطهر من الحيض والدرجة بضم الدال وسكون الراء وبالجيم خرقة أو قطنة ونحو ذلك تدخلها المرأة في فرجها لتعرف هل بقي شيء من أثر الحيض أم لا والقصة بفتح القاف وتشديد الصاد المهملة هي الجصة شبهت الرطوبة الصافية بعد الحيض بالجص ثم قيل معناه أن تخرج الخرقة أو القطنة كأنها قصة لا يخالطها صفرة ولا غيرها من الالوان وقيل القصة شيء يشبه الخيط الابيض يخرج من قبل النساء في آخر أيامهن يكون علامة على طهرهن وقيل هو ماء أبيض يخرج في آخر الحيض وقال أبو يوسف الكدرة في أول الحيض لا تكون حيضا وفي آخره حيض لانه لو كان من الرحم لتأخر خروج الكدرة عن الصافي والحجة عليه أثر عائشة رضي الله عنها ومثله لا يعرف الا سماعا وفم الرحم منكوس فتخرج الكدرة أولا كالجرة اذا ثقب أسفلها وجميع ألوان الدم من الحمرة والصفرة والكدرة والخضرة في أيام الحيض حيض وفي المفيد منهم من أنكر الخضرة فقال لعلها أكلت قصيلا استبعادا لها قلنا هي نوع من الكدرة ولعلها أكلت نوعا من البقول والتربية ويقال لها الترابية حيض في الصحيح وهي ما يكون لونها على لون التراب والتربية حيض وهي الشيء الخفي اليسير من الرطوبة تظهر في الفرج الخارج ولا تعدو محلها بعد أن كانت في الفرج الخارج وهذا لان المرأة لها فرجان داخل وخارج فالداخل بمنزلة الدبر والخارج بمنزلة الاليتين فاذا وضعت الكرسف في الفرج الخارج فابتل الجانب الداخل منه كان حدثا وحيضا ونفاسا وان لم ينفذ الى الخارج لوجود الظهور وان وضعته في الفرج الداخل فابتل منه الجانب الداخل

ان كان عاليا على خرق الفرج أو محاذيا له فهو حدث وحيض ونفاس وان كان متسفلا فلا حتى تنفذ البلة الى الخارج لعدم الظهور وان سقط الكرسف فهو حيض ونفاس وحدث لوجود الخروج قال رحمه الله (يمنع صلاة وصوما) أى الحيض يمنع صلاة وصوما للاجماع المسلمين على ذلك قال رحمه الله (وتقضيه دونها) أى تقضى الصوم دون الصلاة لما روى عن معاذة العدوية قالت سألت عائشة رضى الله عنها فقلت ما بال الحائض تقضى الصوم ولا تقضى الصلاة فقالت أحرورية أنت قلت لست بحرورية ولكنى أسأل قالت كان يصيبنا ذلك فنؤمر بقضاء الصوم ولا نؤمر بقضاء الصلاة أخرجاه فى الصحيحين وعليه انعقد الاجماع ولان فى قضاء الصلاة حرجا لتكررها فى كل يوم وتكرار الحيض فى كل شهر بخلاف الصوم حيث يجب فى السنة شهرا واحدا والمرأة لا تحيض عادة فى الشهر الا مرة فلا حرج وكذا فى النفاس لا تقضى الصلاة وان لم يتكرر لانه ملحق بالحيض لطوله فيلحقها الحرج فى قضاء الصلاة دون الصوم قال رحمه الله (ودخول مسجد والطواف) أى يمنع الحيض دخول المسجد وكذا الجنابة تمنع لقوله عليه الصلاة والسلام فانى لا أحل المسجد لحائض ولا جنب وقال الشافعى يجوز للجنب على وجه العبور والمرور دون اللبث لقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ثم قال ولا جنبا الا عابرى سبيل معناه لا تقربوا مواضع الصلاة اذ ليس فى الصلاة عبور سبيل وانما هو فى موضعها وهو المسجد ولنا ما روينا ولانه لا يجوز له اللبث فيه اجماعا فوجب أن لا يجوز له الدخول فيه كالحائض لعلة أن كل واحد منهما نجس حكما ولهذا لا يجوز لهما قراءة القرآن ولا حجة له فى الآية لان أبا اسحق الزجاج امام أهل اللغة والنحو قال فى معانى القرآن معنى الآية ولا تقربوا الصلاة وأنتم جنب الا عابرى سبيل أى مسافرين وروى عن على وابن عباس المراد بعابرى السبيل المسافرون اذا لم يجدوا الماء يتيممون ويصلون به وقوله معناه لا تقربوا مواضع الصلاة قلنا هذا مجاز والاصل فى الكلام الحقيقة وحذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه انما يجوز عند عدم اللبس كقوله تعالى واسأل القرية أى أهلها الا عند اللبس فلا يجوز أن تقول لقيت ابنى زيد وأنت تريد غلام زيد ولئن قلنا ولان قوله لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون لا شك ان المراد بها حقيقة الصلاة لا مواضعها اذ لا منع من قربان مواضع الصلاة فى العراء اجماعا علموا ما يقولون أو لم يعلموا وقوله ولا جنبا عطف عليه أى ولا تقربوا الصلاة جنبا فكان المراد بذلك النهى عن قربان الصلاة فى حال الجنابة حتى يغتسلوا كأنه نهاهم عن الصلاة حتى يعلموا ما يقولون وقوله ليس فى الصلاة عبور سبيل وانما هو فى مواضعها وهو المسجد قلنا عبور السبيل هو السفر على ما بينا ففى الصلاة باعتباره عبور سبيل

(قوله فهو حدث) أى الظهور والبلة وعلى هذا اذا حشى الرجل احليله بقطنة فابتل الجانب الداخل من القطنة لم ينتقض وضوءه وان تعدت البلة الى الجانب الخارج نظر فان كانت القطنة عالية أو محاذية لرأس الاحليل انتقض وضوءه وان كانت متسفلة لم ينتقض وضوءه والله أعلم (قوله فان كان عاليا) أى خارجا عنه (قوله فى المتن يمنع صلاة وصوما) هذا بيان أحكامه وهى اثنا عشر ثمانية يشترك فيها الحيض والنفاس وأربعة مختصة بالحيض فأما المشتركة فترك الصلاة لا الى قضاء وترك الصوم الى قضاء وحرمة الدخول فى المسجد وحرمة الطواف وحرمة القراءة وحرمة مس المصحف وحرمة جماعها والثامن وجوب الغسل وأما المختصة فانقضاء العدة والاستبراء والحكم ببلوغها والفصل بين طلاق السنة والبدعة اه كاكى لا يقال كان ينبغى أن يجوز الصوم مع الحيض كما يجوز مع الجنابة لانا نقول الكف عن المفطرات الثلاثة فى الجنابة موجود فيجوز الصوم وفى الحيض الكف عنها لاجل الصوم لا يوجد لان الكف عن الجماع فيه لاجل الحيض لا لاجل الصوم فلهذا لا يجوز صومها اه رازى (قوله أحرورية) قال فى المنبع وانما قالت لها عائشة أحرورية أنت لان الخوارج يرون قضاء الصلاة على الحائض على خلاف اجماع الامة سلفا وخلفا وقيل كان سؤالها سؤال تعنت اه منسوبة الى حروراء قرية بالكوفة بها أول اجتماع الخوارج وقد تعمقوا فى أمر الدين حتى خرجوا منه فمن تعمق فى السؤال نسب اليهم وكأنه خارجى فينسب الى قريتهم (قوله بقضاء الصلاة) رواه البخارى ومسلم اه منبع (قوله فى المتن ودخول مسجد والطواف) فان قلت اذا كان دخول المسجد حراما فالطواف أولى فما الحاجة الى ذكره قلت لئلا يتوهم أنها لما جاز لها الوقوف مع أنه أقوى أركان الحج فلأن يجوز الطواف أولى اه عينى (قوله لحائض ولا جنب) فان احتاج الى ذلك تيمم ودخل لانه طهارة عند عدم الماء وان نام فى المسجد فأجنب قيل لا يباح له الخروج حتى يتيمم وقيل يباح اه اختيار وكتب ما نصه وروى أبو داود عن عائشة رضى الله عنها قالت جاء رسول الله صلى الله عليه وسلم ووجوه بيوت أصحابه شارعة فى المسجد فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد ثم دخل النبى صلى الله عليه وسلم ولم يصنع القوم شيأ رجاء أن ينزل لهم رخصة فخرج اليهم بعد فقال وجهوا هذه البيوت عن المسجد فانى لا أحل المسجد لحائض ولا جنب اه رواه من حديث أفلت بن خليفة وقال فليت عن جسرة بنت دجاجة عن عائشة رضى الله عنها قال عبد الحق ولا يثبت من جهة اسناده والله أعلم اه (قوله ويصلون به) كأنه قال لا تقربوا الصلاة غير مغتسلين حتى تغتسلوا الا أن تكونوا مسافرين اه كاكى

(قوله لان الطواف في المسجد) قال الزاهدي وما علل به بعض الشارحين لتم انما تمتنع للحاجة الى الدخول في المسجد فضعيف فانها وان طافت خارج المسجد لايجوز مع جوازه للطاهر لما أن الطواف بالبيت كالصلاة قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة اه (قوله ماتحت ازارها) أي وهو من السرة الى الركبة اه (قوله فان وطئها في الحيض يستحب له أن يتصدق) أي لورود الخبر بذلك اه كاكي وفي المجتبي لو قالت حضت وكذبها الزوج حرم وطؤها بالاجماع اه معراج ولو وطئها لاشيء عليه سوى التوبة اه معراج (قوله وكل ذلك ورد في الحديث) قال عبد الحق لايصح (قوله بين الآية ومادونها) هو الصحيح قاله الكاكي معزيا الى التجنيس اه (قوله في رواية الكرخي) قال في شرح الوقاية وهو المختار اه (قوله وفي رواية الطحاوي يباح لهما قراءة مادون الآية) ذكر نجم الدين الزاهدي انه روى ابن سماعة عن أبي حنيفة وان عليه الاكثر ووجهه ان مادون الآية لايعد بها

فاندفع الاشكال وقيل الابمعنى ولا كقوله تعالى وما كان لمؤمن أن يقتل مؤمنا الا خطأ أي ولا خطأ ويمنع الحيض أيضا الطواف وكذا الجنابة لان الطواف في المسجد صلاة هكذا علل فيه وقال في الغاية ولو لم يكن ثم والعياذ بالله مسجد يحرم عليهما الطواف ولهذا وجب عليهما الجابر لدخول النقص في الطواف لا لدخولهما المسجد قال رحمه الله (وقربان ماتحت الازار) أي ويمنع الحيض قربان زوجها ماتحت ازارها لقوله تعالى ولا تقربوهن حتى يطهرن وتحرم المباشرة مابين السرة والركبة عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز له الاستمتاع منها بما دون الفرج لقوله تعالى ويسئلونك عن المحيض قل هو أذى فاعتزلوا النساء في المحيض والمحيض هو موضع الحيض وهو الفرج ولقوله عليه الصلاة والسلام اصنعوا ماشئتم الا الجماع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للذي سأله عما يحل له من امرأته وهي حائض لك مافوق الازار وقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة شدي عليك ازارك اذ لو كان الممنوع موضع الدم لاغير لم يكن لشد الازار معنى فان وطئها في الحيض يستحب له أن يتصدق بدينار أو نصف دينار ولا يجب ذلك وقيل ان كان في أول الحيض يستحب له أن يتصدق بدينار وان كان في آخره فبنصف دينار ويستغفر الله تعالى ولا يعود وقيل ان كان الدم أسود يتصدق بدينار وان كان أصفر فبنصف دينار وكل ذلك ورد في الحديث قال رحمه الله (وقراءة القرآن) أي يمنع الحيض قراءة القرآن وكذا الجنابة لقوله عليه الصلاة والسلام لاتقرأ الحائض ولا الجنب شيأ من القرآن ولا فرق بين الآية ومادونها في رواية الكرخي وفي رواية الطحاوي يباح لهما قراءة مادون الآية ويكره لهما قراءة التوراة والانجيل والزبور لان الكل كلام الله تعالى الا مابدل منها هذا اذا قرأه على قصد التلاوة وأما اذا قرأه على قصد الذكر والثناء نحو بسم الله الرحمن الرحيم أو الحمد لله رب العالمين أو علم القرآن حرفا حرفا فلا بأس به بالاتفاق لاجل العذر ذكره في المحيط ولا تكره قراءة القنوت في ظاهر الرواية وكرهها محمد لشبهه القرآن لان أبيا كتبه في مصحفه قال رحمه الله (ومسه الا بغلافه) أي مس القرآن يمنعه الحيض أيضا لقوله تعالى لايمسه الا المطهرون ولقوله عليه الصلاة والسلام لايمس المصحف الا طاهر قال رحمه الله (ومنع الحدث المس) أي مس القرآن لما تقدم قال (ومنعهما الجنابة والنفاس) أي منع من القراءة والمس الجنابة والنفاس لما بينا والنفاس في جميع ماذكر من الاحكام كالحيض وغلافه مايكون منفصلا عنه دون مايكون متصلا به في الصحيح وقيل لايكره مس الجلد المتصل به ومس حواشي المصحف والبياض الذي لا كتابة عليه والصحيح منعه لانه تبع للمصحف ويكره مس الدرهم واللوح اذا

قارئا قال تعالى فاقرؤا ماتيسر من القرآن كما قال عليه الصلاة والسلام لايقرأ الجنب القرآن فكما لايعد قارئا بمادون الآية حتى لاتصح بها الصلاة كذا لايعد بها قارئا فلا تحرم على الجنب والحائض وقالوا اذا حاضت المعلمة تعلم كلمة كلمة وتقطع بين الكلمتين وعلى قول الطحاوي نصف آية نصف آية اه كمال (قوله وأما اذا قرأه على قصد الذكر) قال الكاكي رحمه الله وفي العيون لو قرأ الجنب الفاتحة على سبيل الدعاء لابأس به وكذا شيأ من الآيات التي فيها معنى الدعاء ثم قال الكاكي وذكر الحلواني عن أبي حنيفة رحمهما الله لابأس للجنب أن يقرأ الفاتحة على وجه الدعاء قال الهندواني لا أفتي بهذا الذكر ذكره القرتاشي اه (قوله في ظاهر الرواية) أي وعليه الفتوى اه كاكي ولا بأس للجنب أن ينام ويعاود أهله لما روي عن عمر رضي الله عنه انه قال يارسول الله أينام أحدنا وهو جنب قال نعم ويتوضأ وضوءه للصلاة وله أن ينام قبل أن يتوضأ وضوءه للصلاة لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ينام وهو جنب من غير أن يمس ماء ولان الوضوء ليس بقربة بنفسه وانما هو لاداء الصلاة وليس في النوم ذلك وان أراد أن يأكل فينبغي أن يتمضمض ويغسل يديه ثم يأكل ويشرب لان الجنابة حلت الفم فلو شرب قبل أن يتمضمض صار الماء مستعملا فيصير شاربا للماء المستعمل اه بدائع (قوله في المتن ومنع الحدث المس) يجوز للمحدث الذي يقرأ في المصحف تقليب الاوراق بقلم أو سكين اه قنية (قوله وقيل) هو قول أبي يوسف وهو أقيس لانها اذا كانت على الارض كان مسها بالقلم وهو واسطة منفصلة فكان كثوب منفصل الا أن يكون يمسه بيده وقال لي بعض الاخوان هل يجوز مس المصحف بمنديل هو لابسه على عنقه قلت لا أعلم فيه منقولا والذي يظهر أنه ان كان بطرفه وهو يتحرك بحركته ينبغي أن

لايجوز وان كان لايتحرك بحركته ينبغي أن يجوز لاعتبارهم اياه في الاول تابعا له كبدنه دون الثاني فالواقف مصلي وعليه عمامة بطرفها نجاسة مانعة ان كان القاء وهو يتحرك لايجوز والايجوز اعتبارا لفعل على ماذكرنا اه كمال (قوله ولا بأس بمسها بالكم الى آخره) قال الولوالجي ولايجوز للحائض والجنب أن يمس المصحف بكمه أو ببعض ثيابه لان ثيابه التي عليه بمنزلة بدنه ألا ترى أنه لو صلى وقام على النجاسة وفي رجليه نعلان أو جوربان لم تجز صلاته ولو فرش نعليه أو جوربيه وقام عليهما جازت صلاته لانه اذا كان لابسا صار كبعض جسده ولهذا جرت العادة بين الناس في صلاة الجنازة أنهم يفرشون مكاعبهم ويقومون على المكاعب وروى عن محمد في النوادر أن الجنب لو أخذ المصحف بكمه فلا بأس به اه وقال في الهداية ويكره مسه بالكم هو الصحيح لانه تابع اه وفي الدراية في المحيط كره بعض مشايخنا مس المصحف بالكم للحائض وقال عامتهم لايكره لان المس محرم وهو اسم للمباشرة باليد بلا حائل ولهذا لاتثبت حرمة المصاهرة بالمس بالكم اه (قوله وفي رجليه نعلان أو جوربان) أما لو فرش نعليه فقام عليهما جازت صلاته كذا في الفتاوى الظهيرية كاكي قال قاضيخان في فصل النجاسة ولو كانت الارض نجسة فخلع نعليه وقام على نعليه جاز أما اذا كان النعل ظاهره وباطنه طاهر فظاهر وان كان ممايلي الارض منه نجسا فكذلك وهو بمنزلة ثوب ذي طاقين أسفله نجس وقام على الطاهر اه

كان فيهما كتابة شئ من القرآن ويكره لهم أن يكتبوا كتابا فيه آية من القرآن لانه يكتب بالقلم وهو في يده كذا في فتاوى أهل سمرقند وذكر أبو الليث انه لا يكتبه وان كانت الصحيفة على الارض وان كان مادون الآية وذكر القدوري أنه لابأس بها اذا كانت الصحيفة على الارض وقيل هو قول أبي يوسف ويكره لهم مس كتب التفسير والفقه والسنن لانها لاتخلو عن آيات من القرآن ولابأس بمسها بالكم ولايجوز لهم مس المصحف بالثياب التي يلبسونها لانها بمنزلة البدن ولهذا لو حلف لايجلس على الارض فجلس عليها وثيابه حائلة بينه وبينها وهو لابسها يحنث ولو قام في الصلاة على النجاسة وفي رجليه نعلان أو جوربان لاتصح صلاته بخلاف المنفصل عنه وقيل لابأس به لعدم المباشرة باليد وكره بعض أصحابنا دفع المصحف واللوح الذي كتب فيه القرآن الى الصبيان ولم ير بعضهم به بأسا وهو الصحيح لان في تكليفهم بالوضوء حرجا بهم وفي تأخيرهم الى البلوغ تقليل حفظ القرآن فيرخص للضرورة ولو كان رقية في غلاف متجاف عنه لم يكره دخول الخلاء به والاحتراز عن مثله أفضل ويكره كتابة القرآن وأسماء الله تعالى على مايفرش لما فيه من ترك التعظيم وكذا على المحاريب والجدران لما يخاف من سقوط الكتابة وكذا على الدراهم والدنانير ويكره قراءة القرآن في المخرج والمغتسل والحمام وعند محمد لابأس بها في الحمام لان الماء المستعمل طاهر عنده قال رحمه الله (ووطؤها بلاغسل بتصرم لأكثره) لقوله تعالى ولاتقربوهن حتى يطهرن بتخفيف الطاء جعل الطهر غاية للحرمة ومابعد الغاية يخالف ماقبلها ولان الحيض لايزيد على العشرة فيحكم بطهارتها بمضي العشرة انقطع الدم أو لم ينقطع قال رحمه الله (ولأقله لاحتى تغتسل أو يمضي عليها أدنى وقت صلاة) أي اذا انقطع الدم لأقل من العشرة لايوطأ حتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة كامله لان الدم يدر تارة وينقطع أخرى فلا يترجح جانب الانقطاع الا اذا أحدثت شيأ من أحكام الطاهرات وذلك بالاغتسال بجواز قراءة القرآن به أو بمضي الوقت لوجوب الصلاة في ذمتها وهما من أحكامهن وقال الشافعي لايجوز وطؤها حتى تغتسل في الحالين لقوله تعالى

(قوله وقيل لابأس به) أي بالمس بالثياب التي هم لابسوها (قوله الى الصبيان) أي لان الدافع مكلف بعدم الدفع فيجب أن لايدفع اليه كما يجب عليه أن لايلبس الصبي الحرير وان لايسقيه الخمر وان لايوجهه الى جهة القبلة عند قضاء الحاجة قال في الهداية الا أنه لايستحب النهي في القراءة بالتشديد اه قال في القنية نقلا عن ظهير الدين التمرتاشي لايقرأ جهرا عند المشتغلين بالاعمال ومن حرمة القرآن أن لايقرأ في الاسواق ومواضع اللغو اه (قوله ولو كان) أي القرآن (قوله والحمام) أي لانه موضع النجاسات اه قاضيخان (قوله في المتن ووطؤها بلاغسل بتصرم) أي انقطاع (قوله فيحكم بطهارتها) ويستحب له أن لايقربها ولا قبل الاغتسال لان الحائض بعد عشرة أيام كالتي صارت جنبا والحكم فيها هكذا اه مستصفى (قوله أو يمضي عليها وقت الى آخره) فاذا انقطع في أول الوقت أو في أثنائه أو في وقت مهمل لايحل الوطء قبل الغسل الا اذا خرج وقت الصلاة الذي طهرت فيه أو الوقت الذي يلي المهمل فلاجرم أن قال في الينابيع وان انقطع قبل تمامها لايحل وطؤها حتى تغتسل أو تتيمم أو يمضي عليها وقت صلاة يجب عليها قضاء تلك الصلاة فالمراد بالوقت وقت المكتوبة اه (قوله وقال) أي زفر والثلاثة اه ع قال في المنبع وفي المبسوط والمجتبى مبتدأة رأت دما تركت الصلاة كما رأته عند مشايخنا وعن أبي حنيفة رضي الله عنه انها لاتترك مالم يستمر دمها ثلاثة أيام لان الطهارة متيقنة والحيض مشكوك فيه لجواز انقطاع دمها فيما دون الثلاث واليقين لايزول بالشك والاول أصح لان الله تعالى وصف الحيض بانه أذى وقد رأته في وقته فلا يخرج المرئي من أن يكون حيضا بتوهم انقطاعه فيما دون الثلاث لان اليقين لايزال بالشك كصاحبة العادة تترك الصلاة بنفس رؤية الدم مع توهم انقطاعه قبل الثلاث فكذا هذا اه قال في الهداية واذا انقطع دم الحيض لاقل من عشرة أيام لم يحل وطؤها حتى تغتسل لان الدم يدر تارة وينقطع أخرى فلابد من الاغتسال ليترجح جانب الانقطاع ولو لم تغتسل

ومضى عليها أدنى وقت الصلاة بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة حل وطؤها لأن الصلاة صارت دينا في ذمتها فطهرت حكما ولو كان انقطع الدم دون عادتها فوق الثلاث لم يقربها حتى تمضي عادتها وإن اغتسلت لأن العود في العادة غالب فكان الاحتياط في الاجتناب وإن انقطع الدم لعشرة أيام حل وطؤها قبل الغسل لأن الحيض لا مزيد له على العشرة إلا أنه لا يستحب قبل الاغتسال للنهي في القراءة بالتشديد اهـ قال العلامة كمال الدين رحمه الله في فتح القدير حاصلها إما أن ينقطع لتمام العشرة أو دونها لتمام العادة أو دونها ففي الأول يحل وطؤها بمجرد الانقطاع وفي الثالث لا يقربها وإن اغتسلت ما لم تمض عادتها وفي الثاني إن اغتسلت أو مضى عليها وقت صلاة يعني خرج وقت الصلاة حتى صارت دينا في ذمتها حل وإلا لا وعلى هذا التفصيل انقطاع النفاس إن كان لها عادة فيها فانقطع دونها لا يقربها حتى تمضي عادتها بالشرط أو لتمامها حل إذا خرج الوقت الذي طهرت فيه أو لتمام الأربعين حل مطلقا وجه الأول أن في الآية قراءتين يطهرن بالتخفيف والتشديد ومؤدى الأولى انتهاء الحرمة العارضة على الحل بالانقطاع مطلقا وإذا انتهت الحرمة العارضة على الحل حلت بالضرورة ومؤدى الثانية عدم انتهائها عنده بل بعد الاغتسال فوجب الجمع ما أمكن فحملنا الأولى على الانقطاع لأكثر المدة والثانية عليه لتمام العادة التي ليست أكثر مدة الحيض وهو المناسب لأن في توقيف قربانها في الانقطاع لأكثر على الغسل إنزالها حائضا حكما وهو مناف لحكم الشرع عليها بوجوب الصلاة المستلزمة إنزاله إياها طاهرة قطعا بخلاف تمام العادة فإن الشرع لم يقطع عليها بالطهر بل يجوز الحيض بعده ولذا لو زادت ولم تجاوز العشرة كان الكل حيضا بالاتفاق على ما نحققه بقي أن مقتضى الثانية ثبوت الحرمة قبل الغسل فرفع الحرمة قبله بخروج الوقت معارضة للنص بالمعنى والجواب أن القراءة الثانية خص منها صورة الانقطاع للعشرة بقراءة التخفيف فجاز أن يخص ثانيا بالمعنى وعلم مما ذكرنا أن المراد بأدنى وقت الصلاة أدناه

ولا تقربوهن حتى يطهرن بالتشديد أي يغتسلن ولنا قوله تعالى فاعتزلوا النساء في المحيض وهذا يقتضي قيام الحيض بهن فصار المنهي عنه وطء الحائض وهذه ليست بحائض ولأن الاغتسال إنما صار غاية للحرمة لحل أداء الصلاة بعده وإنه من أحكام الطاهرات وهذا المعنى موجود فيما إذا مضى وقت الصلاة لوجوبها في الذمة فيثبت الحكم فيه دلالة ولأنها لما حل لها الصلاة عندهم بلا اغتسال ولا تيمم عند فقد الماء والتراب النظيف فلأن يجوز الوطء أولى ولا حجة له فيما تلا لأنها قرئت بالتخفيف وهذا يقتضي انقطاع الدم لا غير فتكون قراءة التشديد محمولة على ما إذا انقطع لأقل من عشرة والتخفيف على ما إذا انقطع لعشرة توفيقا بين القراءتين وقوله أدنى وقت صلاة وهو ما إذا أدركت من الوقت بقدر أن تقدر على الاغتسال والتحريمة لأن زمان الاغتسال هو زمان الحيض فلا تجب الصلاة في ذمتها ما لم تدرك قدر ذلك من الوقت ولهذا لو طهرت قبيل الصبح بأقل من ذلك لا يجزيها صوم ذلك اليوم ولا يجب عليها صلاة العشاء فكأنها أصبحت وهي حائض ويجب عليها الإمساك تشبها والنصرانية

الواقع آخرا أعني أن تطهر في وقت منه إلى الخروج قدر الاغتسال والتحريمة لا أعم من هذا ومن أن تطهر في أوله ويمضي منه هذا المقدار لأن هذا لا ينزلها طاهرة شرعا كما رأيت بعضهم يغلط فيه ألا ترى إلى تعليلهم بأن تلك الصلاة صارت دينا في ذمتها وذلك بخروج الوقت ولذلك لم يذكر غير واحد لفظة أدنى وعبارة الكافي أو تصير الصلاة دينا في ذمتها بمضي أدنى وقت صلاة بقدر الغسل والتحريمة بأن انقطعت في آخر الوقت وجه الثالث ظاهر من الكتاب غير أنه خلاف لإنهاء الحرمة بالغسل الثابت بقراءة التشديد فهو مخرج منه بالإجماع وفي التجنيس مسافرة طهرت من الحيض فتيممت ثم وجدت الماء جاز للزوج أن يقربها لكن لا تقرأ القرآن لأنها لما تيممت خرجت من الحيض في حق القربان فلما وجدت الماء فإنما وجب عليها الغسل فصارت كالجنب أما في حق الصلاة ففي الخلاصة إذا انقطع دم المرأة دون عادتها المعروفة في حيض أو نفاس اغتسلت حين تخاف فوت الصلاة وصلت واجتنب زوجها قربانها احتياطا حتى تأتي على عادتها لكن تصوم احتياطا فلو كانت هذه الحيضة هي الثالثة من العدة انقطعت الرجعة احتياطا ولا تتزوج بزوج آخر احتياطا فإن تزوجها رجل إن لم يعاودها الدم جاز وإن عاودها إن كان في العشرة ولم يزد على العشرة فسد نكاح الثاني وكذا صاحب الاستبراء يجتنبها احتياطا اهـ ومفهوم التقييد بقوله ولم يزد على العشرة أنه إذا زاد لا يفسد ومراده إذا كان العود بعد انقضاء العادة أما قبلها فيفسد وإن زاد لأن الزيادة توجب الرد إلى العادة والفرض أنه عاودها فيها فيظهر أن النكاح قبل انقضاء الحيضة هذا وقد قدمت ما عندي من التردد في الانقطاع بدون القصة اهـ

(قوله لأن زمان الاغتسال هو زمان الحيض) قال الزاهدي رحمه الله قال مشايخنا زمان الغسل من الطهر في حق صاحبة العشرة ومن الحيض فيما دونها ولكن ما قالوه في حق القربان وانقطاع الرجعة وجواز التزوج بزوج آخر لا في حق جميع الأحكام ألا ترى أنها إذا طهرت عقيب غيبوبة الشفق ثم اغتسلت عند الفجر الكاذب ثم رأت الدم في الليلة السادسة عشرة بعد زوال الشفق فهو طهر تام بالإجماع وإن لم يتم خمسة عشر من وقت الاغتسال قيل إن خلف بن أيوب أرسل ابنه من بلخ إلى بغداد للتعلم وأنفق عليه خمسين ألف درهم فلما رجع قال له ما تعلمت قال تعلمت هذه المسألة زمان الغسل من الطهر في حق صاحبة العشرة ومن الحيض فيما دونها فقال والله ما أضعت سفرك اهـ ولأن انقطاع الحيض فيما دون العشرة إنما يتقرر بالاغتسال فالحيض ثابت في زمن الاشتغال بالاغتسال بخلاف

ما اذا انقطع لتمام العشرة فانه يتعذر بدون الاغتسال فوجب الاشتغال بالاغتسال وقت الطهر دون الحيض وبهذا التقدير يسقط الاعتراض بأن ما ذكرهنا يخالف ما ذكر في الاصول من أن الحائض لو أدركت من آخر الوقت قدر التحريمة وجب عليها الصلاة وذلك لان معنى ما ذكر في الاصول أنها لو أدركت بعد الطهارة قدر التحريمة وجب عليها الصلاة وزمن الاغتسال من الحيض فلم يعتبر بعد الطهارة بالاغتسال الا قدر التحريمة فلا مخالفة ولان الصلاة صارت دينا وان لم تقدر على الاداء لان نفس الوجوب لا يفتقر الى القدرة على الاداء كما في النائم حتى وجب عليه القضاء وطهرت حكما لان وجوب الصلاة من أحكام الطهارات ثم انتهاء النهي عن القربان وان كان بالاغتسال بالنص لكن الاغتسال انما يكون غاية لانه حل لها به أداء الصلاة وانه من أحكام الطاهرات فيترجح جانب الانقطاع على جانب الاستمرار وهذا المعنى موجود فيما اذا مضى وقت الصلاة فيثبت الحكم فيه دلالة كذا في الخبازية اه معراج فان قيل قوله تعالى فاذا تطهرن في القراءتين يوجب الاغتسال في الحالين فالجواب ما ذكره في معراج الدراية فليراجع وفي الدراية عن المحيط لو انقطع فيما دون العادة ولكن بعد مضي ثلاثة أيام فاغتسلت أو مضى عليها الوقت كره قربانها والتزوج لها بزوج آخر حتى تأتي عادتها وتغتسل أما لو انقطع على رأس عادتها أخرت الاغتسال الى آخر الوقت قال الهندواني تأخيره في هذه الحالة بطريق الاستحباب وفيما دون عادتها بطريق الوجوب اه (قوله لانه لا يتطرق في حقها) أي لانها غير مخاطبة بالفروع اه (قوله امارة) أي على الانقطاع اه (قوله ولو انقطع الحيض دون عادتها) ففي جواز الصلاة والصوم وبطلان الرجعة كانها طهرت وفي حق قربان الزوج والتزوج بزوج آخر كانها لم تطهر حتى تمضي عادتها المعروفة كذا في شرح الطحاوي وينبغي أن يقول وحتى تغتسل أو يمضي عليها وقت صلاة قاله قارئ الهداية اه (قوله في المتن ونفاس) يعني الطهر المتخلل بين الاربعين لا يفصل بين الدمين ولو خمسة عشر

يحل وطؤها بنفس الانقطاع قبل العشرة لانه لا يتطرق في حقها أمارة زائدة ولا يتغير باسلامها بعده الا ما حكمنا بالطهر وجها من الحيض ولو انقطع الحيض دون عادتها فوق الثلاث لا يقربها وان اغتسلت حتى تمضي عادتها لان العود في العادة غالب وتصلي وتصوم للاحتياط قال رحمه الله (والطهر بين الدمين في المدة حيض ونفاس) معناه أن الطهر المتخلل بين دمين والدمان في مدة الحيض يكون حيضا ولو خرج أحد الدمين عن مدة الحيض بأن رأت يوما دما وتسعة طهرا ويوما دما مثلا لا يكون حيضا لان الدم الاخير لم يوجد في مدة الحيض ووجهه أن استيعاب الدم مدة الحيض ليس بشرط اجماعا فيعتبر أوله وآخره كالنصاب في باب الزكاة ولا يبتدأ الحيض بالطهر على هذه الرواية ولا يختم به وهي رواية محمد عن أبي حنيفة وكذا النفاس على هذا الاعتبار وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن الطهر المتخلل بين الدمين اذا كان أقل من خمسة عشر يوما لم يفصل لانه طهر فاسد فصار بمنزلة الدم وكثير من المتأخرين أفتوا بهذه الرواية لانها أسهل على المفتي والمستفتي ومن أصلها أن الحيض يبتدأ بالطهر

يوما عند أبي حنيفة ويجعل اماطة الدم بطرفيه كالدم المتوالي لان الاربعين في النفاس كالعشرة في الحيض ثم الطهر بين العشرة في الحيض لا يفصل بين الدمين ويجعل احاطة الدم بطرفيه كالدم المتوالي فكذا النفاس وقالا اذا كان الطهر المتخلل بين الاربعين خمسة عشر يوما فصل بين الدمين ويجعل الاول نفاسا والثاني حيضا ان أمكن فان كان أقل من خمسة عشر لا يفصل بين الدمين ويجعل كالدم المتوالي صورته رأت بعد الولادة يوما دما وثمانية وثلاثين طهرا ويوما دما فالاربعون نفاس عنده وعندهما نفاسها الدم الاول اه ويختم (قوله في المتن والطهر) المتخلل الى آخره قال الرازي رحمه الله أي الطهر في مدة الحيض سواء كان مستوعبا للمدة أو غير مستوعب اذا كان بين الدمين فهو حيض مثال المستوعب ما اذا رأت يوما دما قبل العادة ثم عشرة طهرا ثم يوما دما فالعشرة حيض ومثال غير المستوعب ما اذا رأت يوما دما في العادة ثم رأت ثمانية أيام طهرا ثم رأت يوما دما فالعشرة كلها حيض وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف بناء على أن عندهما الابتداء بالطهر والختم به اذا كان بين الدمين جائز اه ولو رأت قبل عشرتها ساعة دما وطهرت أول يوم من عشرتها ثم رأت ثمانية أيام من عشرتها دما ثم رأت العاشر من أيامها طهرا ثم رأت ساعة دما بعدها فأيامها العشرة حيض عند س وعند م ثمانية من عشرتها التي رأت فيها الدم حيض فقط ولو لم تر قبل أيامها دما والمسئلة بحالها فاليوم العاشر ليس بحيض عند أبي يوسف لانها لم تر بعده دما ولو كانت عادتها في أول كل شهر خمسة أيام وطهرها خمسة وعشرون فرأت قبل عادتها يوما دما ويوما طهرا واستمر حتى جاوز العشرة فعند أبي يوسف عادتها الخمسة حيض وما قبلها وما بعدها استحاضة وعند محمد حيضها ثلاثة أيام من عادتها الثاني والثالث والرابع ولو رأت أول خمستها دما ويوما طهرا واستمر وجاوز العشرة فعادتها حيض اتفاقا لان ابتداءها وانتهاءها حصل بالدم ولو رأت من أول خمستها ثلاثة دما وطهرت يومين ثم عاد الدم وجاوز العشرة فعادتها حيض وعند محمد الثلاثة من عادتها حيض لا اليومان الآخران لانه لا يختم الحيض بالطهر وكذا النفاس ملخص من شرح الاسبيجابي على الطحاوي اه (قوله لا يكون) أي لا يكون شيء منه حيضا اه (قوله وهي رواية محمد) أي لا مذهبه بل مذهبه سيأتي (قوله لم يفصل) فلو رأت مبتدأة يوما دما وأربعة عشر طهرا ويوما دما فالعشرة من أول ما رأت عنده حيض يحكم ببلوغها به عنده (قوله لانها أسهل) لعدم التفاصيل بخلاف رواية محمد اه

ويختم به بشرط إحاطة الدم من الجانبين حتى اذا لم يكن قبله دم لا يبتدأ بالطهر وكذا اذا لم يكن بعده دم لا يختم بالطهر كما اذا رأت قبل عادتها يوما دما وعشرة طهرا ويوما دما فالعشرة التى لم تر فيها الدم حيض ان كان عادتها هى العشرة وان كانت أقل ردت الى أيامها وقال محمد ان الطهر المتخلل ان نقص عن ثلاثة أيام ولو بساعة لا يفصل لان مادون الثلاث من الدم لا حكم له فكذا الطهر وان كان ثلاثة فصاعدا وكان مثل الدمين أو أقل فكذلك لان الدم فى موضعه فكان أولى بالاعتبار وان كان أكثر من الدمين فصل ثم ينظران كان فى أحد الجانبين ما يمكن أن يجعل حيضا فهو حيض والآخر استحاضة وان لم يمكن فالكل استحاضة ولا يتصور أن يكون فى الجانبين ما يمكن جعله حيضا لانه يصير الطهر أقل من الدمين الا اذا زاد على العشرة فحينئذ يمكن فيجعل الاول حيضا لسبقه دون الثانى ومن أصله أن لا يبتدأ الحيض بالطهر ولا يختم به وفى المبسوط اختلف المشايخ على قوله فيما اذا اجتمع طهران معتبران وصار أحدهما حيضا لاستواء الدم بطرفيه حتى صار كالدم المتوالى هل يتعدى حكمه الى الطهر الاخر حتى يصير الكل حيضا أو لا يتعدى قال أبو زيد الكبير يتعدى وقال أبو سهل لا يتعدى قال فى المحيط وهو الاصح مثاله رأت يومين دما وثلاثة طهرا ويوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما فعلى الاول الكل حيض لان فى الثلاثة الاول الدم فى طرفيه استوى بالطهر فيجعل كالدم المستمر فكأنها رأت ستة دما وثلاثة طهرا ويوما دما وعلى الثانى وهو قول أبى سهل الغزالى الستة الاولى حيض لانه تخلل العشرة طهران كل واحد منهما ثلاثة أيام فاذا لم يميز أحدهما عن الآخر كان الطهر غالبا فلا يمكن جعله حيضا وعلى هذا لو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويومين دما وثلاثة طهرا ويوما دما فعلى الاول العشرة كلها حيض وعلى الثانى الستة الاولى حيض ولو رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما وثلاثة طهرا ويومين

(قوله وقال محمد ان الطهر المتخلل ان نقص عن ثلاثة أيام ولو بساعة لا يفصل) بان رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويومين دما أو رأت يومين دما وثلاثة طهرا ويومين دما فالكل حيض اهـ (قوله لان الدم فى موضعه) أى وقته وهو وقت الحيض اهـ (قوله وان كان أكثر) بان رأت يوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما اهـ (قوله فهو حيض) مثاله رأت ثلاثة دما وخمسة طهرا ويوما دما اهـ والاصل عند زفر أنها اذا رأت الدم فى أكثر الحيض مثل أقله فالطهر المتخلل لا يوجب الفصل والا أوجب الفصل ولا يكون شئ من ذلك حيضا وعند الحسن بن زياد أن الطهر المتخلل ان انتقص عن ثلاثة لا يفصل وان كان ثلاثة فصاعدا فصل ثم ما يمكن جعله حيضا من أحد الجانبين يجعل والآخر استحاضة وان أمكن كل واحد فالاول حيض والثانى استحاضة فلو رأت يوما دما وثمانية طهرا ويوما دما فالعشرة حيض عند أبى يوسف لان أصله أن الطهر اذا نقص عن خمسة عشر يوما لا يفصل وعند محمد وزفر والحسن لا يكون شئ من ذلك حيضا أما عند محمد فلان الطهر المتخلل أكثر من ثلاثة أيام وهو أكثر من الدمين ففصل وليس فى كلا الجانبين ما يمكن جعله حيضا وأما عند زفر فلم ير فى أكثر الحيض مثل أقل الحيض وأما عند الحسن فكما قال محمد ولو رأت ساعة دما وعشرة أيام غير ساعتين طهرا ثم ساعة دما فذلك عشرة كاملة ولو رأت يومين دما وسبعة طهرا ويوما دما أو رأت يوما دما وسبعة طهرا ويومين دما فالعشرة حيض عند أبى يوسف وزفر وعند محمد والحسن ليس شئ منها حيضا بل الكل استحاضة ولو رأت ثلاثة دما وستة طهرا ويوما دما أو رأت يوما دما وستة طهرا وثلاثة دما فهى حيض عند أبى يوسف وزفر وعند محمد والحسن ثلاثة من الدم حيض متقدمة كانت أو متأخرة واليوم استحاضة ولو رأت أربعة أيام دما وخمسة طهرا ويوما دما أو رأت يوما دما وخمسة طهرا وأربعة دما فعند أبى يوسف وزفر ومحمد العشرة حيض لان عند محمد عدد الطهر مثل الدمين وكلا الدمين فى العشرة فلم يفصل وعند الحسن يفصل لانها أكثر من ثلاثة والاربعة الايام فى الاول أو الآخر حيض واستحاضة ولو رأت ثلاثة دما وستة طهرا وثلاثة دما فالطهر عند محمد والحسن فاصل فالثلاثة الاول حيض عندهما والآخر استحاضة اهـ ملخص من شرح الطحاوى للاسبيجابى (قوله لانه لا يصير الطهر أقل من الدمين) لان أقل الحيض ثلاثة فالحيضان ستة فيكون الطهر أربعة لان الفرض ان مجموع الدمين والطهر المتخلل بينهما عشرة حتى لو كان المجموع أكثر من عشرة لم يكن الطهر أقل من الدمين فحينئذ يمكن مثاله رأت ثلاثة دما وسبعة طهرا وثلاثة دما فحيضها الثلاثة الاولى وعند أبى يوسف ان لم يكن لها عادة فالعشرة من حين رأت الدم حيض والا ردت الى عادتها اهـ (قوله طهران معتبران) أى بأن كان كل منهما ثلاثة اهـ (قوله لان فى الثلاثة الاول الدم فى طرفيه) الحاصل ان أبا زيد اعتبر كون الطهر الاول دما حكما فالطهر الثانى أقل من مجموع الدمين فلا يفصل فالكل دم وأبو سهل اعتبر حقيقة الطهر فالطهر الاول مثل مجموع الدمين فلا يفصل بينهما فالكل دم والطهر الثانى أكثر مما أحاط به من مجموع الدمين فيفصل فلا يكون دما حكما وكل من الدمين لا يمكن جعله حيضا فيكون استحاضة وهذا الاختلاف على تقدير كون كل من الطهرين معتبرا بأن كان ثلاثة أما لو كان أحدهما غير معتبر بان كان أقل من ثلاثة كان الكل حيضا بالاتفاق لان أبا سهل انما يعتبر حقيقة الطهر اذا كان معتبرا فلو رأت يومين دما ويومين طهرا ويوما دما وثلاثة طهرا ويوما دما كان الكل حيضا بالاتفاق اهـ يحيى (قوله وهو قول أبى سهل الغزالى) تارة يذكر بالغزالى وتارة بالفرضى وتارة بالزجاجى اهـ طبقات عبد القادر (قوله فاذا لم يميز أحدهما) أى اذا لم يميز يعتبر المجموع وهو ستة فالطهر غالب فلا يمكن جعل العشرة حيضا بخلاف الستة فان الطهر فيها مثل الدم فالكل حيض اهـ

دما فعلى قول أبي زيد العشرة كلها حيض وعلى قول أبي سهل الستة الاخيرة حيض لما قلنا وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يعتبر أن يكون الدم في العشرة ثلاثة أيام وهو قول زفر رحمه الله لان الحيض لا يكون أقل من ثلاثة أيام وعند الحسن بن زياد الطهر المتخلل بين دمين اذا نقص عن ثلاثة أيام لم يفصل كقول محمد وان كان ثلاثة فصل كيفما كان ثم ينظر فان أمكن أن يجعل الدم في أحد الجانبين حيضا فهو حيض والآخر استحاضة وان لم يمكن فالكل استحاضة فان أمكن الجانبان فالاول حيض لسبقه والثاني استحاضة ﴿فروع على هذه الاصول﴾ امرأة رأت يومين دما وخمسة طهرا ويوما دما ويومين طهرا ويوما دما فعند أبي يوسف العشرة كلها حيض ان كان عادتها عشرة أو كانت مبتدأة لان الحيض يختم بالطهر عنده وعند محمد الاربعة من آخرها حيض لانه تعذر جعل العشرة حيضا لانه يقع ختم العشرة بالطهر وتعذر جعل ما قبل الطهر الثاني حيضا لان الغلبة فيه للطهر فطرحنا الدم الاول والطهر الاول بقي بعده يوم دم ويومان طهر ويوم دم والطهر أقل من ثلاثة فجعلنا الاربعة حيضا وكذلك عند الحسن بن زياد وعند زفر الثمانية حيض لان عنده يشترط أن يكون الدم ثلاثة في العشرة ولا يختم بالطهر وقد وجد أربعة أيام دما وفي رواية محمد عن أبي حنيفة وهي التي ذكرها في المختصر كذلك لخروج الدم الثاني عن العشرة قال رحمه الله (وأقل الطهر خمسة عشر يوما) لقوله عليه الصلاة والسلام أقل الحيض ثلاثة وأكثره عشرة وأقل ما بين الحيضتين خمسة عشر يوما هكذا ذكره في الغاية وقد أجمعت الصحابة عليه ولانه مدة اللزوم فصار كمدة الاقامة قال رحمه الله (ولا حد لأكثره) لانه قد يمتد الى سنة وسنتين وقد لا ترى الحيض أصلا فلا يمكن تقديره قال رحمه الله (الا عند نصب العادة في زمان الاستمرار) أي لا حد لاكثر الطهر الا اذا استمر بها الدم واحتيج الى نصب العادة فيقدر طهرها وذلك كالمبتدأة اذا استمر بها الدم على ما يجيء بيانه وكصاحبة العادة اذا استمر دمها وقد نسيت عدد أيام حيضها أولها وآخرها ودورها في كل شهر فانها تتحرى وتمضي على أكبر رأيها وان لم يكن لها رأي وهي المحيرة وتسمى المضلة لا يحكم لها بشيء من الطهر أو الحيض على التعيين بل

(قوله فصل كيفما كان) أي سواء كان مثل الدمين أو أقل أو أكثر اه (قوله وان لم يمكن فالكل استحاضة) وهذا الامكان بناء على ان الطهران كان ثلاثة فصاعدا فصل وان كان أقل من مجموع الدمين بخلاف ما تقدم على قول محمد اه وقوله فروع على هذه الاصول أي أصول أبي يوسف ومحمد وزفر والحسن اه (قوله لانه يقع) وفي نسخة يمتنع (قوله ولا يختم بالطهر) فيلغى طهر يومين فالباقي ثمانية (قوله وقد وجد أربعة أيام) صوابه ثلاثة (قوله في المتن وأقل الطهر خمسة عشر يوما) يعني أقل الطهر الذي يمكن أن يكون طرفاه حيضا لا يكون أقل من ذلك ولو بطرفة عين حتى لو رأت ثلاثة دما وخمسة عشر يوما طهرا ثم ثلاثة دما فالثلاثة الاولى والثانية حيض ولو انتقص الطهر المتخلل عن خمسة عشر ولو بطرفة عين فالثلاثة الاولى حيض دون الثانية هكذا روى عن ابراهيم النخعي ولا يعرف ذلك عقلا لانه من المقادير والظاهر أنه سمع من صحابي وذا سموه منه قال في البدائع ذكر في الاصل اذا حاضت المرأة في شهر مرتين فهي مستحاضة والمراد بذلك انه لا يجتمع في شهر واحد حيضتان وطهران لان أقل الحيض ثلاثة وأقل الطهر خمسة عشر يوما وقد ذكر في الاصل سؤالا وقال أرأيت لو رأت في أول الشهر خمسة ثم طهرا خمسة عشر يوما ثم رأت الدم خمسة أليس قد حاضت في شهر مرتين ثم أجاب فقال اذا ضممت اليه طهرا آخر كان أربعين يوما والشهر لا يشتمل على ذلك وحكى أن امرأة جاءت الى علي رضي الله عنه وقالت اني حضت في شهر ثلاث مرات فقال علي لشريح ماذا تقول فقال ان أقامت بينة من بطانتها ممن يرضى بدينه وأمانته قبل منها فقال علي قالون وهي بالرومية حسن وانما أراد شريح بذلك تحقيق النفي انها لا تجد ذلك وان هذا لا يكون كما قال الله تعالى ولا يدخلون الجنة حتى يلج الجمل في سم الخياط أي لا يدخلونها أصلا (قوله هكذا ذكره في الغاية) قال فيها وفيه كلام اه (قوله ولانه مدة اللزوم) أي لزوم الصوم والصلاة اه يحيى (قوله في المتن تأخذ الا عند نصب العادة) قال في شرح الوقاية فان أكثر الطهر مقدر في حقه ثم اختلفوا في تقدير مدته والاصح انه مقدر بستة أشهر الا ساعة لان العادة نقصان طهر غير الحامل عن طهر الحامل وأقل مدة الحمل ستة أشهر فانتقص عن هذا بشيء وهو الساعة صورته مبتدأة رأت عشرة أيام دما وستة أشهر طهرا ثم استمر الدم تنقضي عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لانها تحتاج الى ثلاث حيض كل حيض عشرة أيام والى ثلاثة اطهار كل طهر ستة أشهر الا ساعة اه قال صاحب الغاية لو قدر لستة أشهر الا يوما كان أولى لانهم يقولون ما دون اليوم ساعات لا تضبط اه (قوله في المتن في زمان الاستمرار) صورتها على ما ذكر في البدائع امرأة رأت دما خمسة أيام أو سبعة مثلا ثم رأت طهرا ممتدا ثم رأت دما مستمرا هل يقدر لها أكثر الطهر قالوا يقدر واختلفوا في ذلك كما ترى وما ذكره الشارح انما هو حكم المتحيرة وليست هذه المسئلة على ما لا يخفى اه (قوله اذا استمر بها الدم) في المبسوط حتى ضلت أيامها (قوله وقد نسيت عدد أيام حيضها) فان عرفت عدد أيامها بان رأت خمسة أيام دما وستة طهرا ثم استمر بها الدم فعند أبي عصمة يقدر طهرها بما رأت وهي الستة فتنقضي عدتها بثلاث سنين وثلاثين يوما كذا بخط قارئ الهداية (قوله لا يحكم لها بشيء من الطهر) أي بالاتفاق

(قوله تأخذ بالاحوط فى حق الاحكام) فتصوم وتغتسل لكل صلاة (قوله منهم أبو عصمة) سعد بن معاذ المروزى (قوله والقاضى أبو حازم) بمهملة هو عبد الحميد اه (قوله يقدر بستة أشهر الاساعة) فى شرح الوقاية ان هذا هو الاصح اه (قوله أقل من أدنى مدة الحمل) ومدة الحمل مدة الطهر اه (قوله لان المرأة قد لا ترى الحيض فى كل شهر) فيعتبر شهر بلا حيض ثم شهرا آخر كذلك لتثبت العادة اه قال فى البدائع وأما أكثر الطهر فلا غاية له حتى ان المرأة اذا طهرت سنين كثيرة فانها تعمل ما تعمل الطاهرات بلا خلاف بين الائمة لان الطهارة فى بنات آدم أصل والحيض عارض فاذا لم يمنعها العارض يجب بناء الحكم على الاصل وان طال واختلف أصحابنا فيما وراء ذلك وهو أن أكثر الطهر الذى يصلح لنصب العادة عند الاستمرار كم هو قال أبو عصمة سعد بن معاذ المروزى وأبو حازم القاضى ان الطهر وان طال يصلح لنصب العادة حتى ان المرأة اذا حاضت خمسة وطهرت ستة ثم استمر بها الدم تبنى الاستمرار عليه فتقعد خمسة وتصلى ستة وكذا لو رأت أكثر من ستة وقال محمد بن ابرهيم الميدانى وجماعة من أهل بخارى ان أكثر الطهر الذى يصلح لنصب العادة أقل من ستة أشهر واذا كان ستة أشهر فصاعدا لا يصلح لنصب العادة واذا لم يصلح له ترد أيامها الى الشهر فتقعد ما كانت رأت فيمن

تأخذ بالاحوط فى حق الاحكام وهل يقدر طهرها فى حق انقضاء العدة اختلفوا فيه فقال بعضهم لا يقدر بشئ ولا تنقضى عدتها منهم أبو عصمة والقاضى أبو حازم لان نصب المقادير بالتوقيف ولم يوجد ولهذا لم يقدر فى حق الصوم والصلاة بل عليها أن تصوم وتغتسل لكل صلاة وعامة المشايخ قدروه للضرورة والبلوى العظيمة ثم اختلفوا فى مقداره فقال محمد بن ابراهيم الميدانى يقدر بستة أشهر الاساعة لان الطهر بين الدمين أقل من أدنى مدة الحمل عادة فنقصنا من ذلك ساعة فاذا طلقت تنقضى عدتها بتسعة عشر شهرا الا ثلاث ساعات لجواز أن يكون طلقها فى أول الطهر فيحتاج الى ثلاث حيض بشهر والى ثلاثة أطهار بثمانية عشر شهرا الا ثلاث ساعات وهو قول جماعة من علماء بخارى ﴿قال الراجى عفو ربه﴾ ينبغى أن يزيدوا على ذلك لانه يجوز أنه طلقها فى أول حيضها فلا يعتد بتلك الحيضة فتحتاج الى ثلاث حيض سواها وثلاثة أطهار وذكر محمد بن سماعة عن محمد بن الحسن أنه مقدر بشهرين وهو اختيار أبى سهل الغزالى لان المرأة قد لا ترى الحيض فى كل شهر ولان العادة من العود فلا بد من تكرار الشهر وقال محمد بن مقاتل الرازى وأبو على الدقاق يقدر طهرها بسبعة وخمسين يوما لانها اذا زاد على ذلك لم يبق من الشهرين ما يمكن ان يجعل حيضا وقال الزعفرانى يقدر بسبعة وعشرين يوما لان الشهر فى الغالب يشتمل على الحيض والطهر وأقل الحيض ثلاثة أيام فبقى الطهر سبعة وعشرين يوما هذا فى حق العدة وأما فى حق سائر الاحكام فلم يقدروا الطهر بشئ بالاتفاق بل تجتنب أبدا ما تجتنبه الحائض من قراءة القرآن ومسه ودخول المسجد ونحو ذلك ولا يأتيها زوجها وتغتسل لكل صلاة فتصلى به الفرض والوتر وتقرأ فيهما قدر ما تجوز به الصلاة ولا تزيد وقيل تقرأ الفاتحة والسورة لانهما واجبتان وان حجت تطوف طواف الزيارة لانه ركن ثم تعيده بعد عشرة أيام وتطوف للصدر لانه واجب وتصوم شهر رمضان لاحتمال أنها طاهرة ثم تقضى خمسة وعشرين يوما لاحتمال أنها حاضت فى رمضان خمسة عشر يوما عشرة فى أوله وخمسة فى آخره أو بالعكس ولا يتصور حيضها فى شهر واحد أكثر من ذلك ثم يحتمل أيضا أنها حاضت فى القضاء عشرة فيسلم لها خمسة عشر بيقين وان علمت دور حيضها فى كل شهر مرة ولم تعرف عدده ولا ابتداءه ولا انتهاءه أو علمت الابتداء دون الانتهاء أو بالعكس أو ضلت أيامها فى ضعفها

خمسة أو ستة أو نحو ذلك وتصلى بقية الشهر هكذا دأبها وقال محمد بن مقاتل الرازى وأبو على الدقاق أكثر الطهر الذى يصلح لنصب العادة سبعة وخمسون يوما واذا زاد عليه ترد أيامها الى الشهر وقال بعضهم أكثره شهر واذا زاد عليه ترد أيامها الى الشهر وقال بعضهم سبعة وعشرون يوما ودلائل هذه الاقاويل تذكر فى كتاب الحيض اه (قوله يقدر) أى أكثر الطهر اه (قوله فتصلى به الفرض) أى والسنن المشهورة ولا تصلى شيأ من التطوعات اه غاية (قوله ثم تعيده) أى لاحتمال انها طافت فى مدة الحيض وأكثرها عشرة (قوله أو ضلت أيامها فى ضعفها)

مثال الاضلال فى الضعف امرأة أيام حيضها ثلاثة فى الستة التى فى آخر الشهر ثم نسيت ان الثلاثة فى أول الستة أو آخرها ومثال الاكثر من الضعف امرأة أيام حيضها ثلاثة فى العشر الاخير من الشهر ثم نسيت أنها فى أوله أو وسطه أو آخره ومثال الاقل امرأة أيام حيضها ثلاثة فى الخمسة التى فى آخر الشهر ثم نسيت أنها فى أولها أو آخرها فالمرأة فى القسم الاول والثانى لا تتيقن بالحيض فى شئ من أول المدة التى ضلت فيها أو آخرها وتتيقن به فى بعضها فى القسم الثالث لانها تتيقن فى اليوم الثالث من الخمسة انه من الحيض فانه أول الحيض أو آخره فتترك الصلاة فيه وفى الاول والثانى تتوضأ لكل صلاة لان حالها فيهما مترددة بين الحيض والطهر وفى الرابع والخامس تغتسل لكل صلاة لان حالها فيهما مترددة بين ثلاثة أشياء الحيض والطهر والخروج من الحيض وفى القسم الاول فى الثلاثة الاولى تتوضأ لكل صلاة وفى الثلاثة الاخيرة تغتسل لكل صلاة (٢) فى ثلاثة أيام من أول ثم بعد ذلك تغتسل لكل صلاة لما قلنا اه يحيى ودم

(٢) (قوله فى ثلاثة أيام من أول الخ) كذا فى النسخ ويظهر ان هنا اسقاطا ولعله وفى القسم الثالث تتوضأ لكل صلاة فى ثلاثة أيام من أول الخ اه كتبه مصححه

أو أقل من الضعف أو أكثر منه فمذكور في الكتب المطولة ولا يحتمله هذا المختصر قال رحمه الله (ولو زاد الدم على أكثر الحيض والنفاس فما زاد على عادتها استحاضة) لما ورد فيه من الاحاديث بأن تدع الصلاة أيام اقرائها وتصلي في غيرها فعلم ان الزائد على أيام اقرائها استحاضة ولانا تيقنا بأن عادتها حيض وما فوق العشرة استحاضة وشككنا فيما بين ذلك فالحقناه بما فوق العشرة لانه يجانسه من حيث ان كل واحد منهما مخالف للمعهود فكان الحاقه به أولى اذ الاصل الجري على وفاق العادة ثم قيل اذا مضت عادتها تصلي وتصوم لاحتمال ان يجاوز العشرة فيكون دم استحاضة وقيل تترك لان الاصل هو الصحة ودم الحيض دم صحة ودم الاستحاضة دم علة وعلى هذا اذا رأت الدم ابتداء قيل لا تترك الصلاة والصوم لانه يحتمل أن يكون دم استحاضة بالنقصان عن ثلاثة أيام وقيل تترك لما قلنا وهو الصحيح ثم العادة لا تثبت الا بمرتين عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف تثبت بمرة واحدة قال رحمه الله (ولو مبتدأة فحيضها عشرة ونفاسها أربعون) أي ولو كانت المستحاضة مبتدأة بان ابتدأت مع البلوغ مستحاضة أو مع الولد الاول فحيضها أكثر الحيض ونفاسها أكثر النفاس لان الاصل الصحة فلا يحكم بالعارض الا بيقين قال رحمه الله (وتتوضأ المستحاضة ومن به سلس البول أو استطلاق بطن أو انفلات ريح أو رعاف دائم أو جرح لا يرقأ لوقت كل فرض) وقال الشافعي تتوضأ لكل فريضة لقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت أبي حبيش توضئي لكل صلاة ولان القياس أن لا يجوز به فرض واحد فترك للضرورة فبقي ما عداه على أصل القياس ولنا قوله عليه الصلاة والسلام المستحاضة تتوضأ لوقت كل صلاة وهو المراد بالاول لان اللام تستعار للوقت يقال آتيك لصلاة الظهر أي لوقتها قال الله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس أي لوقت دلوكها وقال عليه الصلاة والسلام ان للصلاة أولا وآخرا أي لوقتها وكذا الصلاة تذكر ويراد بها الوقت قال عليه الصلاة والسلام أينما أدركتني الصلاة أي وقتها فكان الاخذ بما رويناه أولى لانه محكم وما رواه الشافعي محتمل فحملناه على المحكم ولانه متروك الظاهر في حق النفل اجماعا حيث لم يجب الوضوء لكل صلاة منه فلا يجوز الاحتجاج به ولان التقدير بوقت الصلاة تقدير بقدر الضرورة معنى اذ الوقت قائم مقام الاداء لكونه محله ولهذا لو شغل كله بالاداء عزيمة وشغل البعض رخصة فكأنه شغل كله به فكان التقدير به تقديرا بالصلاة معنى وهو معلوم لا يتفاوت والاداء غير معلوم لان منهم من يختار الاداء في أول الوقت ومنهم من يختاره في آخره ومنهم من يختاره

في وسطه

الاستحاضة وهو الذي ينقص عن ثلاثة أيام أو يزيد على عشرة أو على أكثر النفاس كرعاف يعني حكمه كحكم رعاف دائم غير منقطع من وقت صلاة كامل لا يمنع صوما وصلاة ووطأ لقوله عليه الصلاة والسلام توضئي وصلي وان قطر الدم على الحصير فيثبت حكم الصلاة به عبارة وحكم الصوم والوطء دلالة اذ الاجماع منعقد على ان دم الرحم يمنع الصوم والصلاة والوطء ودم العرق لا يمنع واحدا منها فلما لم يمنع هذا الدم الصلاة علم انه دم عرق لا دم رحم فيثبت الحكمان الآخران دلالة اه (قوله ولا يحتمله هذا المختصر) ينظر في غاية السروجي اه (قوله وقيل تترك) قال في المبسوط وهو الاصح اه غاية (قوله ثم العادة لا تثبت الا بمرتين) قال الولوالجي رحمه الله فان رأت مرة سبعا ومرة ستا ثم استحيضت أخذت في الصوم والصلاة وانقطاع الرجعة بالاقل وفي حل التزويج والوطء بالاكثر احتياطا اه فلو رأت الدم خمسة في شهر ثم احد عشر في الشهر الثاني كان الخمسة حيضا في الشهر الثاني والباقي استحاضة عند أبي يوسف وكان العشرة حيضا عند أبي حنيفة ومحمد ولو رأت الدم خمسة في شهرين ثم أحد عشر في الشهر الثالث كان الخمسة حيضا والباقي استحاضة بالاتفاق ولو كان عادتها خمسة فرأت في شهر ستة ثم استمر الدم في الشهر الثاني ردت الى الخمسة عندهما والى الستة عند أبي يوسف ولو رأتها ستة في شهرين ثم استمر الدم في الشهر الثالث ردت الى الستة وبطل عادة الخمسة بالاتفاق اه يحيى (قوله في المتن أو استطلاق) أي جريان اه (قوله وقال الشافعي تتوضأ لكل فريضة) أي مطلقا سواء كانت مكتوبة أو منذورة وقال مالك لكل نفل أيضا اه رازي (قوله لفاطمة بنت أبي حبيش) قال الشيخ عبد القادر في طبقاته من الفواطم الصحابيات فاطمة بنت قيس التي طلقها زوجها وفاطمة بنت أبي حبيش احدى المستحاضات على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو حبيش اسمه قيس فتارة يقولون فاطمة بنت قيس وتارة يقولون فاطمة بنت أبي حبيش وبعضهم يفرق بينهما فيقول فاطمة بنت قيس التي طلقها زوجها وفاطمة بنت أبي حبيش المستحاضة وذكر صاحب المبسوط والقدوري في شرح مختصر الكرخي فاطمة بنت قيس هكذا نسباها وقالا فاطمة بنت قيس وغلطهما صاحب الغاية وقال غلطا من وجهين أحدهما في قولهما فاطمة بنت قيس وانما فاطمة بنت قيس التي طلقها زوجها والثاني أنهما ذكراها في المستحاضات انما المستحاضة فاطمة بنت أبي حبيش وهو أحق بالغلط والصواب معهما اه (قوله أينما أدركتني الصلاة) أي تيممت وصليت (قوله أي وقتها الى آخره) أي لان المدرك اياه دون الصلاة لانها فعله اه غاية (قوله فلا يجوز الاحتجاج به) ولان صاحب العذر قد يكون موسوسا يحتاج الى اعادة الفريضة مرات ففي الامر باعادة الوضوء لكل مرة حرج بين وهذا لانه اذا صلى الفريضة فلا يخلو اما أن تكون طهارته باقية بعدها أولا فان كانت باقية وجب أن يجوز فعل فريضة أخرى عملا ببقائها وان لم تكن باقية وجب أن لا يجوز فعل النافلة لعدم الطهارة اذ الفرض والنفل من شرطهما الطهارة والفرض انها ليست باقية اه غاية

(قوله فى المتن ويبطل بخروجه فقط) قال الرازى أى يبطل وضوءهم بخروج الوقت أى عند خروج الوقت بالحدث السابق اذ الوقت ليس بخارج منه فضلا عن كونه نجسا ولكن لما كان أثر الحدث يظهر عند خروج الوقت أضيف اليه مجازا أى بالحدث السابق عند الخروج لانه ليس من صفات الانسان فضلا عن كونه حدثا قيل لو كان كذلك لما وجب القضاء على معذور شرع فى التطوع ثم خرج الوقت فانه ظهر أنه شرع بغير طهارة وأجيب بانه طهور من وجه لما تقدم واقتصار من وجه لان الوقت قائم مقام الاداء وهو مشروط بالطهارة فلا بد من تحققها فى الوقت فعملنا بالوجهين فجعلناه طهورا فى حق المسح كما سيأتى واقتصارا فى حق القضاء اه ذكر فخر الاسلام ههنا كلاما حاصله انه لا خلاف بين علمائنا الاربعة ان الطهارة تنتقض بالحدث

فى وسطه ومنهم من يطول فكان التقدير بالمعلوم أولى قال رحمه الله (ويصلون به فرضا ونفلا) أى يصلون بذلك الوضوء ما شاؤا من الفرائض والنوافل وقال الشافعى ليس لهم أن يصلوا به الا فرضا واحدا ولهم أن يصلوا من النفل ما شاؤا لانه تبع للفرض وقد بينا الوجه من الجانبين قال رحمه الله (ويبطل بخروجه فقط) أى يبطل وضوءهم بخروج الوقت فقط وهو قول أبى حنيفة ومحمد وقال زفر يبطل بالدخول فقط وقال أبو يوسف يبطل بكل واحد منهما لزفر أن اعتبار الطهارة مع المنافى للحاجة الى الاداء ولا حاجة قبل الوقت فلا يعتبر ولابى يوسف أن الحاجة مقصورة على الوقت فلا تعتبر قبله ولا بعده ولهما أن الوقت أقيم مقام الاداء شرعا فلا بد من تقديم الطهارة عليه كما لا بد من تقديم الطهارة على الاداء حقيقة ولان الشارع أجاز اشغال الوقت كله بالاداء ولا يمكن ذلك الا بتقديم الطهارة ولان دخول الوقت دليل ثبوت الحاجة وخروجه دليل زوالها فاضافة الانتقاض الى دليل زوال الحاجة أولى من اضافته الى دليل ثبوتها وقال أبو بكر الرازى لا خلاف بين أصحابنا ان طهارة المستحاضة تنتقض بخروج الوقت فعلى هذا قول زفر مستقيم والا فلا فائدة لتخصيصه بالدخول مع انتفاء الحاجة بالخروج أيضا وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين أحدهما اذا توضؤا بعد طلوع الشمس لهم أن يصلوا به الظهر عندهما وعند أبى يوسف ليس لهم ذلك والثانى اذا توضؤا قبل طلوع الشمس انتقض طهارتهم بطلوع الشمس عندهم وعند زفر لا تنتقض ولو توضؤا لصلاة العيد قيل ليس لهم أن يؤدوا به الظهر لانه خرج وقت صلاة العيد والصحيح انه يجوز لهم ذلك لانها ليست بفرض فصار كما لو توضؤا لصلاة الضحى ولو توضؤا فى وقت الظهر للعصر يصلون به العصر فى رواية لان طهارتهم للعصر فى وقت الظهر كطهارتهم للظهر قبل الزوال والاصح انه لا يجوز لهم ذلك لان هذه طهارة وقعت للظهر حتى لو ظهر فساد الظهر جاز لهم أن يؤدوا بها صلاة الظهر فلا يبقى بعد خروجه * ثم اعلم أن مشايخنا رحمهم الله أضافوا انتقاض الطهارة الى خروج الوقت أو دخوله ليسهل على المتعلمين والا فلا تأثير للخروج والدخول فى الانتقاض حقيقة وانما يظهر الحدث السابق عنده ولهذا لا يجوز لهم أن يمسحوا على الخفين بعد ما خرج الوقت وكذا لا يجوز لهم البناء اذا خرج الوقت وهم فى الصلاة لان جوازهما عرف نصا فى الحدث الطارئ لا فى الحدث السابق وبخروج الوقت يظهر الحدث السابق وهذا لما عرف من ان الوضوء انما يرفع ما قبله من الحدث ولا يرفع ما بعده فلم يوجد له رافع قال رحمه الله (وهذا اذا لم يمض عليه وقت فرض الا وذلك الحدث يوجد فيه) وهذا حد المستحاضة ومن فى معناها أى وحكم المستحاضة يثبت اذا لم يمض عليها وقت صلاة الا والحدث الذى ابتليت به يوجد فيه ولكن هذا شرط بقاء الاستحاضة بعد ما ثبت حكم الاستحاضة للمستحاضة وأما شرط ثبوتها ابتداء فأن يستوعب استمرار العذر وقت الصلاة كاملا كالانقطاع لا يثبت ما لم يستوعب الوقت كله وفى الكافى للحافظ الدين انما يصير

السابق عند الخروج فقط لكن أبو يوسف وزفر انما يوجبان الطهارة بدخول الوقت لانها للضرورة ولا ضرورة قبل الوقت فلا تعتبر الطهارة الواقعة قبله فتعاد بعد دخوله لا لانها تنتقض بالدخول وزفر انما لم يوجب الطهارة بخروج وقت الفجر لان خروجه انما يتحقق بدخول وقت الظهر لان شبهة وقت الفجر باقية بعد طلوع الشمس الى أن يدخل وقت الظهر حتى لو قضى الفجر بعد طلوع الشمس قبل دخول وقت الظهر قضاه مع سنته بخلاف ما لو قضاه بعد دخول وقت الظهر فانه يقضى بلا سنته فايجاب زفر الطهارة بعد دخول الظهر لا قبله بعد خروج وقت الفجر ليس لان الطهارة لا تنتقض بالخروج عنده بل لان الخروج لا يتحقق من كل وجه الا بدخول وقت الظهر فان الانتقاض عنده أيضا بالخروج فقط (قوله أقيم مقام الاداء) لكونه محله اه (قوله مع انتفاء الحاجة بالخروج) فينبغى أن يكون ناقضا أيضا عنده كما ينتقض بالدخول لعدم الحاجة قبله (قوله وعند أبى يوسف) أى وزفر اه (قوله والصحيح أنه يجوز) وجه الصحيح أن الوقت الذى جعل خروجه أو دخوله ناقضا للطهارة انما هو وقت الفرض وصلاة العيد ليست بفرض (قوله يصلون به العصر فى رواية) فى البدائع لم يجعلهما روايتين بل قال اختلف المشايخ فيه اه (قوله بعد ما خرج الوقت) خلافا لزفر الا فى صورة واحدة حيث يجوز مطلقا أى فى الوقت وبعده وهى مسئلة الجامع الكبير اه (قوله فى الحدث الطارئ) أى العارض بعد اللبس والشروع فى الصلاة لا السابق عليهما اه (قوله وهذا لما عرف) أى عدم جواز الصلاة بعد خروج الوقت بالطهارة المتحققة قبله لان الحدث السابق ظهر بعد الخروج والطهارة سابقة عليه فلا ترفعه

صاحب عذر اذا لم يجد في وقت صلاة زمانا يتوضأ ويصلي فيه خاليا عن الحدث والاول ذكره في الغاية وعزاه الى الذخيرة والفتاوى المرغينانية والواقعات والحاوي وجامع الخلاطي وخير مطلوب والمنافع والحواشي فهذه عامة كتب الحنفية كما تراه فكان هو الاظهر حتى لو سال دمها في بعض وقت صلاة فتوضأت وصلت ثم خرج الوقت ودخل وقت صلاة أخرى وانقطع دمها فيه أعادت تلك الصلاة لعدم الاستيعاب وان لم ينقطع في وقت الصلاة الثانية حتى خرج لا تعيدها لوجود استيعاب الوقت وهذا كما قالوا في جانب الانقطاع إن الوضوء لو كان على السيلان والصلاة على الانقطاع أو انقطع في أثناء صلاتها ان عاد في الوقت الثاني فلا إعادة عليها لعدم الانقطاع التام وان لم يعد فعليها الاعادة لوجود الانقطاع التام فتبين أنها صلت صلاة المعذورين ولا عذر ثم انما تنتقض طهارتها بخروج الوقت لو توضأت والدم سائل أو سال بعد الوضوء في الوقت وأما اذا لم يكن سائلا عند الوضوء ولم يسل بعده فلا حتى اذا توضأت والدم منقطع ثم خرج الوقت وهي على وضوئها لها أن تصلي بذلك الوضوء ما لم يسل أو تحدث حدثا آخر لانه لم يوجد السيلان بعده حتى ينتقض بخروج الوقت وفيه طعن عيسى بن أبان فقال ينبغي أن تعيد الوضوء اذا دخل الوقت الثاني لانه انقطاع ناقص فلا يمنع اتصال الدم الثاني بالاول فكان كالمستمر وهذا لان هذا الوضوء واقع للسيلان بدليل أنها لا تحتاج الى وضوء آخر اذا سال في الوقت والوضوء الواقع للسيلان ينتقض بخروج الوقت وجوابه أن وضوءها وضوء الطاهرات اذا لم يوجد بعده حدث لان الوضوء يرفع ما قبله من الاحداث مثل وضوء غير المعذورين ولا يرفع ما بعده فتعذر الحرج في حق الحدث المتأخر عن الوضوء وهي انما تخالف الطاهرات في التخفيف لا في التغليظ وهذا لان الشرع جعل الحدث الموجود حقيقة معدوما حكما للعذر وفيما قاله عيسى يلزم جعل الحدث المعدوم حقيقة موجودا حكما وهو عكس المشروع ولو جددت الوضوء في الوقت الثاني والمسئلة بحالها ثم سال الدم انتقض طهارتها لان تجديد الوضوء وقع من غير حاجة فلا يعتد به بخلاف ما اذا توضأت بعد السيلان وعلى قياس ما قال عيسى لا ينتقض حتى يخرج الوقت الثاني ثم اذا أصاب ثوب صاحب العذر نجس من الحدث الذي ابتلي به فعليه أن يغسله اذا كان مفيدا بأن لا يصيبه مرة أخرى حتى لو لم يغسله وهو أكثر من قدر الدرهم لم تجز صلاته وان لم يكن مفيدا بأن كان يصيبه مرة بعد أخرى أجزأه ولا يجب غسله ما دام العذر قائما وقيل إذا أصابه خارج الصلاة يغسله لانه قادر على أن يشرع في ثوب طاهر وفي الصلاة لا يمكنه التحرز فسقط اعتباره وكان محمد بن مقاتل يقول يغسل ثوبه في وقت كل

(قوله ويصلي فيه خاليا عن الحدث) على قول صاحب الكافي لا يشترط في الابتداء عدم خلو كل جزء عن الحدث بل يكتفي بعدم خلو الجزء الذي يسعه الوضوء والصلاة عن الحدث فلا يشترط عند الاستيعاب قال قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت وما قاله في الكافي أيسر لان العذر به متحقق اه قال الشيخ كمال الدين رحمه الله وهذا يصلح تفسيرا لها إذ قلما يستمر كمال وقت بحيث لا ينقطع لحظة فيؤدي الى نفي تحقق الا في الامكان بخلاف جانب الصحة منه فانه بدوام انقطاعه وقتا كاملا وهو مما لا يتحقق اه قال في فتح القدير ومتى قدر المعذور على رد السيلان برباط أو حشو أو كان لو جلس لا يسيل ولو قام سال وجب رده فانه يخرج برده عن أن يكون صاحب عذر بخلاف الحائض اذا منعت الدرور فانها حائض ويجب أن يصلي جالسا بالايماء ان سال بالميلان لان ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث فان الصلاة بالايماء لها وجود حالة الاختيار في الجملة وهو في التنفل على الدابة ولا يجوز مع الحدث بحال حالة الاختيار وعن هذا قلنا لو كان بحيث لو صلى قائما أو قاعدا سال جرحه وان استلقى لا يسيل وجب القيام والركوع والسجود لان الصلاة كما لا تجوز مع الحدث الا ضرورة لا تجوز مستلقيا الا لها فاستويا وترجح الاداء مع الحدث لما فيه من احراز الاركان ولو كانت به دماميل أو جدري فتوضأ وبعضها سائل ثم سال الذي لم يكن سائلا انتقض لان هذا حدث جديد فصار كالمنخرين ومسئلة المنخرين مذكورة في الاصل وهي ما اذا سال أحد منخريه فتوضأ مع سيلانه وصلى ثم سال الآخر في الوقت انتقض وضوءه لان هذا حدث جديد اه فتح (قوله والحواشي) الخبازي لم يعزه في الغاية لغير الذخيرة والمرغينانية فلعله هنا سقط شيء من كلام الشارح وهو استظهاره بقية الكتب المذكورة (قوله فتوضأت وصلت) فلا تكون مستحاضة في الوقت الاول فلا تجوز صلاة صلاتها الا انها توضأت وصلت مع الحدث اه بحي (قوله لوجود استيعاب الوقت) أي الدم المقارن للوضوء أو الصلاة لما استمر الى أن خرج الوقت الثاني كانت مستحاضة من أول ما رأت الدم اه بحي (قوله وهذا) أي القول المذكور في جانب السيلان كقولهم في جانب الانقطاع اه (قوله وجوابه الى آخره) حاصله أنا لا نسلم أن وضوءها للسيلان بل للطهارة كوضوء سائر الطاهرات وانما لم تحتج الى وضوء آخر لو سال الدم بعده لدفع الحرج واذا كان وضوءها للطهارة لم تعد في الوقت الثاني اه (قوله وهو عكس المشروع) قيل هذا منقوض بالمؤتم في حق القراءة أقول مناط الاعتبارين في الصورتين واحد وهو اعتبار العذر المقتضي للتخفيف وهو هنا في عدم ايجاب الوضوء بجعل الحدث الموجود حقيقة في الوقت كلا موجود لا في ايجابه بجعل غير الموجود كالموجود كما أن التخفيف هناك بجعل غير الموجود كالموجود اه بحي (قوله فلا يعتد به) أي فينتقض بالدم السائل بعده (قوله بخلاف ما اذا توضأت بعد السيلان) فانه لا ينتقض بالسيلان بعده لانه عن حاجة اه

صلاة مرة كالوضوء وقال بعضهم لا يجب عليه غسله لان الوضوء عرفناه بالنص والنجاسة ليست في معناه لان قليلها يعفى فألحق الكثير بالقليل للضرورة قال رحمه الله (والنفاس دم يعقب الولد) لانه مأخوذ من تنفس الرحم بالولد أو من خروج النفس بمعنى الولد أو بمعنى الدم لان المولود نفس وكذا الدم يسمى نفسا قال الشاعر

تسيل على حد السيوف نفوسنا * وليست على غير السيوف تسيل

أي دماؤنا ومنه قول النخعي ما ليس له نفس سائلة لا ينجس الماء إذا مات فيه فجاز أن يكون مشتقا منه هكذا ذكروا في كتب الفقه وقال المطرزي النفاس بكسر النون ولادة المرأة مصدر سمي به الدم كما سمي بالحيض وفي المغرب وأما اشتقاقه من تنفس الرحم أو خروج النفس بمعنى الولد فليس بذاك قال رحمه الله (ودم الحامل استحاضة) وقال الشافعي حيض اعتبارا بالنفاس بأن ولدت ولدين فالنفاس من الاول وهي حامل بالثاني فلولا أنها تحيض لما صارت نفساء إذ كل واحد منهما دم رحم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في سبايا أوطاس لا توطأ حامل حتى تضع ولا حائل حتى تستبرأ بحيضة فجعل عليه الصلاة والسلام وجود الحيض علما على براءة الرحم من الحبل حيث جعل الحيض غاية للحرمة وما حلت إلا للتيقن بأنها ليست بحامل وأن الحامل لا تحيض وأن الحيض والنفاس لا يجتمعان ولو جاز اجتماعهما لم يكن وجود الحيض دليلا على انتفاء الحبل ولم تكن حلالا بوجوده احتياطا في أمر الابضاع وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ان الله رفع الحيض عن الحبلى وجعل الدم رزقا للولد وقالت عائشة رضي الله عنها إن الحامل لا تحيض ولان فم الرحم ينسد بالحبل كذا العادة وفيما ذكره ينفتح فمه بخروج الولد الاول وتتنفس بالدم فلا يلزمنا ولو خرج بعض الولد فان خرج أكثره يكون نفاسا والا فلا ولو تقطع فيها وخرج أكثره فهي نفساء وخروج أكثره كخروج كله وعند محمد وزفر لا يكون نفاسا لان النفاس عندهما بوضع الحمل كما قالا في التوأمين وفي المفيد النفاس يثبت بخروج أقل الولد عند أبي يوسف وعند محمد بخروج أكثره قال رحمه الله (والسقط ان ظهر بعض خلقه ولد) وذلك مثل يد أو رجل أو إصبع أو ظفر أو شعر فتكون به نفساء وتنقضي به العدة وتصير الامة أم ولد به ويحنث به لو كان علق يمينه بالولادة ولو ولدت من سرتها لا تصير نفساء إلا اذا سال الدم من فرجها لكن تنقضي به العدة وتصير أم ولد به ويحنث في اليمين قال رحمه الله (ولا حد لاقله) أي لا حد لاقل النفاس لان تقدم الولد دليل على أنه من الرحم فلا حاجة الى أمارة زائدة عليه وهذا بخلاف الحيض لانه لم يتقدمه دليل على

(قوله في المتن والنفاس دم) يفيد أنها لو ولدت ولم تر دما لا تكون نفساء اه كمال (قوله في المتن يعقب الولد) ثم ينبغي أن يزاد في التعريف فيقال عقيب الولادة من الفرج فانها لو ولدت من قبل سرتها بأن كان ببطنها جرح فانشقت وخرج الولد منها تكون صاحبة جرح سائل لا نفساء اه كمال (قوله ومنه قول النخعي ما ليس له نفس سائلة لا ينجس) وفي الصحاح جعله حديثا عن النبي صلى الله عليه وسلم وليس له أصل اه سروجي الدم منفوس فتسميته بالنفاس تسمية للمفعول بالمصدر لانه مشتق من تنفس الرحم أو خروج النفس اه (قوله في المتن ودم الحامل استحاضة) أي ولو في حال ولادتها اه كافي (قوله ولا حائض) أي ولا حائل كذا في مسودة المصنف اه قال في مشارع الشارع وما تراه الحامل لا يكون حيضا خلافا للشافعي وكذا ما تراه حال الطلق قبل الولادة وما خرج وقت خروج الولد دم نفاس عند الامامين وعند محمد ما لم يخرج الرأس ونصف الولد أو الرجل وأكثر الولد لا يكون دم نفاس اه (قوله وجعل الدم رزقا للولد) يصل اليه من قبل سرته لئلا يتلطخ فمه اه كاكي وكذا يدخل فيه من سرته كذا في المستصفى اه (قوله وفيما ذكره) أي الشافعي (قوله بخروج الولد) جعلنا دم الحامل استحاضة قبل انفتاح فم الرحم بخروج الولد وبعده ليس باستحاضة بل نفاس اه يحيى (قوله ولو خرج بعض الولد) قال في الدراية فأما اذا خرج أقله وجبت عليها الصلاة لانها لم تصر نفساء وفي فتاوى الظهيرية ولو لم تصل تصير عاصية ثم فيجعل يصلي قالوا يؤتى بقدر كيفية القدر بحتها وتجلس هنالك وتصلي كي لا تؤذي ولدها اه (قوله والا فلا) أي ما تراه حالة الولادة قبل خروج الاكثر استحاضة اه (قوله في المتن والسقط ان ظهر بعض خلقه ولد) أي في حق غيره فيما ذكر من الاحكام لا في حق نفسه فلا يسمى ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يستحق الارث والوصية ولا يعتق وإن كان لا يدرى أمستبين أم لا بأن أسقطت في المخرج فاستمر بها الدم وهي مبتدأة في النفاس وصاحبة عادة في الحيض والطهر بأن كانت عادتها في الحيض عشرة وفي الطهر عشرين فنقول على تقدير أنه مستبين الخلق هي نفساء ونفاسها أربعون وعلى تقدير أنه لم يستبن لا تكون نفساء ويكون عشرة عقيب الاسقاط حيضا إذا وافق عادتها أو كان ذلك عقيب طهر صحيح فتترك هي الصلاة عقيب الاسقاط عشرة أيام بيقين ثم تغتسل وتصلي عشرين يوما بالوضوء لوقت كل صلاة بالشك ثم تترك الصلاة عشرة أيام بيقين ثم تغتسل لتمام مدة النفاس والحيض ثم يكون بعد ذلك طهرها عشرين وحيضها عشرة وذلك دأبها كذا في المحيط كي لا تستبين الخلقة في أقل من مائة وعشرين يوما لان أربعين يوما مدة النطفة وأربعين يوما مدة العلقة وأربعين يوما مدة المضغة كذا في الواقعات (قوله أو ظفر أو شعر) فلو لم يستبن منه شيء لم يكن ولدا فان أمكن جعله حيضا بأن امتد جعل اياه اه كمال (قوله وتصير الامة أم ولد به) أي اذا اعترف أنها حامل منه (قوله ويحنث في اليمين) أي وتصير صاحبة جرح بالدم السائل منها اه غاية

(قوله يجب عليها الغسل) أي احتياطا لان الولادة لا تخلو ظاهرا عن قليل دم اهـ كمال (قوله وعند أبي يوسف) قال في المبتغى ولادتها تصير نفساء وان لم تر دما عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لزمها الغسل فقد جعل أبا يوسف مع أبي حنيفة فلعل عن أبي يوسف روايتين اهـ (قوله قال في المفيد هو الصحيح) قال في الظهيرية المرأة اذا ولدت ولدا ولم تر دما هل يجب عليها الغسل الاصح أنه يجب اهـ (قوله وكذا في حق الاخبار بانقضاء العدة) بيانه لو قال لزوجته ان ولدت فانت طالق فولدت ثم قالت انقضت عدتي فعند أبي حنيفة لا تصدق في أقل من خمسة وثمانين يوما لان أقل النفاس خمسة وعشرون يوما وثلاثة أطهار بخمسة وأربعين يوما وثلاث حيض بخمسة عشر يوما وعند أبي يوسف لا تصدق في أقل من خمسة وستين يوما لان أقل النفاس أحد عشر يوما وثلاث حيض بتسعة أيام والباقي ثلاثة أطهار وعند محمد لا تصدق في أقل من أربعة وخمسين يوما وساعة واحدة لانه لا يقدر الاقل بمدة فيعتبر الاقل عرفا وهو ساعة والباقي لثلاث حيض وثلاثة أطهار اهـ (قوله في المتن ونفاس التوأمين من الاول) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال في البدائع ثم يستوي ما اذا كان ختم عادتها بالدم أو بالطهر عند أبي يوسف وعند محمد ان كان ختم عادتها بالدم فكذلك وأما اذا كان بالطهر فلا لان أبا يوسف يرى ختم الحيض والنفاس بالطهر اذا كان بعده دم ومحمد لا يرى ذلك وبيانه ما ذكر في الاصل اذا كان عادتها في النفاس ثلاثين يوما فانقطع دمها على رأس عشرين يوما وطهرت عشرة أيام تمام عادتها فصلت وصامت ثم عاودها الدم فاستمر بها حتى جاوز الاربعين ذكر أنها مستحاضة فيما وراء الاربعين ولا يجزيها صومها في العشرة التي صامت فيلزمها القضاء قال الحاكم الشهيد هذا على مذهب أبي يوسف يستقيم فأما على مذهب محمد ففيه نظر لان أبا يوسف يرى ختم النفاس بالطهر اذا كان بعده دم كما يرى ختم الحيض بالطهر اذا كان بعده دم فيمكن جعل الثلاثين نفاسا لها عنده وان كان ختمها بالطهر ومحمد لا يرى ختم النفاس والحيض بالطهر فنفاسها في هذا الفصل عنده عشرون يوما فلا يلزمها قضاء ما صامت في العشرة الايام بعد العشرين

أنه منه ودم الرحم عند عادته يجعل الامتداد دليلا على أنه منه ولو ولدت ولم تر دما يجب عليها الغسل عند أبي حنيفة وزفر وهو اختيار أبي علي الدقاق لان نفس خروج النفس نفاس على ما تقدم وعند أبي يوسف وهو رواية عن محمد لا غسل عليها لعدم الدم قال في المفيد هو الصحيح لكن يجب عليها الوضوء لخروج النجاسة مع الولد اذ لا يخلو عن رطوبة وروي عن أبي حنيفة أن أقله خمسة وعشرون يوما وليس مراده أنه اذا انقطع دونه لا يكون نفاسا بل مراده اذا وقعت حاجة الى نصب العادة في النفاس لا تنقص من ذلك اذ لو نصب لها دون ذلك أدى الى نقض العادة عند عود الدم في الاربعين لان من أصله أن الدم اذا كان في الاربعين فالطهر المتخلل فيه لا يفصل طال الطهر أو قصر حتى لو رأت ساعة دما وأربعين إلا ساعتين طهرا ثم ساعة دما كان الاربعون كله نفاسا وعندهما ان لم يكن الطهر خمسة عشر يوما فكذلك وان كان خمسة عشر يوما فصاعدا يكون الاول نفاسا والثاني حيضا ان أمكن والا كان استحاضة وهو رواية ابن المبارك عنه وكذا في حق الاخبار بانقضاء العدة مقدرة بخمسة وعشرين يوما عنده وأبو يوسف قدره بأحد عشر يوما ليكون أكثر من أكثر الحيض قال رحمه الله (وأكثره أربعون يوما والزائد استحاضة) أي أكثر النفاس أربعون يوما وقال الشافعي أكثره ستون يوما لقول الاوزاعي عندنا امرأة ترى النفاس شهرين به استدل النووي في شرح المهذب ولنا حديث أم سلمة أنها سألت النبي صلى الله عليه وسلم كم تجلس المرأة اذا ولدت قال أربعين يوما الا أن ترى الطهر قبل ذلك وقالت أيضا كانت النساء يجلسن على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أربعين يوما رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والترمذي وقال الترمذي أجمع أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ومن بعدهم على أن النفساء تدع الصلاة أربعين يوما الا أن ترى الطهر قبل ذلك وقال الطحاوي لم يقل بالستين أحد من الصحابة وأما قول الاوزاعي عندنا امرأة ترى النفاس شهرين قلنا من أين له أن الشهرين نفاس بل ما زاد على الاربعين استحاضة وليس له في إسقاط الصوم والصلاة عنها وتحريم وطئها على الزوج دليل شرعي من كتاب أو سنة أو قياس الا حكاية الاوزاعي عن امرأة مجهولة وقول الصحابي عنده ليس بحجة فكيف يكون قول الاوزاعي واعتقاده أن ذلك كله نفاس حجة ولم يقل به الاوزاعي نفسه بل مذهبه مثل مذهبنا من ولادة الجارية ومن الغلام أكثره خمسة وثلاثون يوما وعنه ثلاثون يوما وقوله والزائد استحاضة أي الزائد على الاربعين استحاضة لعدم النقل ولا مدخل للقياس في المقادير ومراد المصنف بيان المبتدأة وأما صاحبة العادة فاذا زاد دمها على الاربعين فانه يرد الى أيام عادتها وقد ذكر من قبل قال رحمه الله (ونفاس التوأمين من الاول) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر من الولد الثاني لانها حامل به فلا يكون دمها من الرحم ولهذا لا يكون ما تراه الحامل من الدم حيضا وكذا لا تنقضي العدة الا بوضع الثاني ولان جعل النفاس من الولد الاول يؤدي الى الجمع بين نفاسين بلا طهر يتخلل بينهما لانها اذا ولدت الثاني لتمام أربعين من الاول لوجب نفاس آخر للولد الثاني ولهما أن النفاس هو الدم الخارج عقب الولادة وهي هنا متحققة فصار كالدم الخارج عقب الولد الواحد اذ في كل واحد منهما يوجد تنفس الرحم

وانفتاحه

(قوله بخلاف) أى بخلاف ما رأت قبل الولادة فانه لم يتحقق انفتاح الرحم فلا يكون حيضا (قوله فالصحيح أن يجعل حملا واحدا) لان الثالث من علوق الثانى وهو من علوق الاول اه يحيى والله أعلم

﴿ باب الانجاس ﴾

جمع نجس بفتحتين وهو فى الاصل مصدر ثم استعمل اسما لكل مستقذر ويطلق على الحقيقى والحكمى فكان ينبغى أن يقول باب الانجاس الحقيقية تعيينا للمراد لكن لما تقدم ذكر الحكمى كان قرينة دالة على أن المراد ههنا هو الحقيقى يحيى (قوله فى المتن وبمائع) أى مائع طاهر اه عينى (قوله أما الاول فهو واجب) أى مقيد بالامكان وبما اذا لم يستلزم ارتكاب ما هو أشد حتى لو لم يتمكن من ازالتها الا بابداء عورته للناس يصلى معها لان كشف العورة أشد فلو أبداها للازالة فسق اذ من ابتلى بين أمرين محظورين عليه أن يرتكب أهونهما أمامن بنجاسة وهو محدث اذا وجد ماء يكفى أحدهما فقط انما وجب صرفه الى النجاسة لا الحدث ليتيمم بعده فيكون محصلا للطهارتين لا لأنها أغلظ من الحدث ولا لانصرف الى الاخف حتى يرد اشكالا كما قاله حماد حتى أوجب صرفه الى الحدث وقولنا ليتيمم بعده هو ليقع تيممه صحيحا اتفاقا أما لو تيمم قبل صرفه الى النجاسة فانه يجوز عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على ما عرف فى باب التيمم من انه مستحق الصرف اليها فكان معدوما فى حق الحدث وأما اذا لم يتمكن من الازالة لخفاء خصوص المحل المصاب مع العلم بتنجس الثوب قيل الواجب غسل طرف منه فان غسله بتحر أو بلا تحر طهر وذكر الوجه بين أن لأثر التحرى وهو أن يغسل بعضه مع أن الاصل طهارة الثوب ووقع الشك فى قيام النجاسة لاحتمال كون المغسول محلها فلا يقضى بالنجاسة بالشك كذا أورده الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الجامع الكبير قال وسمعت الشيخ الامام تاج الدين أحمد بن عبد العزيز يقوله ويقيسه على مسئلة فى السير الكبير هى اذا فتحنا حصنا وفيهم ذمى لا يعرف لا يجوز قتلهم لقيام المانع بيقين فلو قتل البعض أو أخرج حل قتل الباقى للشك فى قيام المحرم كذا هنا وفى الخلاصة بعد ما ذكره مجردا عن التعليل فلو صلى معه صلوات ثم ظهرت النجاسة فى طرف آخر يجب اعادة ما صلى وفى الظهيرية ثوب فيه نجاسة لا يدرى مكانها يغسل كله وهو الاحتياط وذلك التعليل مشكل عندى فان غسل طرف يوجب الشك فى طهر الثوب بعد اليقين بنجاسته قبل وحاصله انه شك فى الازالة بعد تيقن قيام النجاسة والشك لا يرفع المتيقن قبله والحق ان ثبوت الشك فى كون الطرف المغسول والرجل المخرج هو مكان النجاسة والمعصوم الدم يوجب البتة الشك فى طهر الباقى واباحة دم الباقين ومن ضرورة صيرورته مشكوكا فيه ارتفاع اليقين عن تنجسه ومعصوميته واذا صار مشكوكا فى نجاسته جازت الصلاة معه الا أن هذا ان صح لم يبق لكلمتهم المجمع عليها أعنى قولهم اليقين لا يرفع بالشك معنى فانه حينئذ لا يتصور أن يثبت شك فى محل ثبوت اليقين لتصور ثبوت شك فيه لا يرتفع به ذلك اليقين فمن هذا حقق بعض المحققين أن المراد لا يرفع حكم اليقين وعلى هذا التقدير يخلص الاشكال فى الحكم لا الدليل فنقول وان ثبت الشك فى طهارة الباقى لكن لا يرتفع حكم ذلك اليقين السابق بنجاسته وهو عدم جواز الصلاة فلا يصح بعد غسل الطرف لان الشك الطارئ لا يرفع حكم اليقين السابق على ما هو المراد من قولهم اليقين لا يرتفع بالشك فقتل الباقى والحكم بطهارة الباقى مشكل والله أعلم اه كمال رحمه الله (قوله ثم اغسليه) وهو أن المراد بالتطهير العصير وفى المغرب الحت القشر باليد أو العود والقرص باطراف الاصابع اه وقوله صلى الله عليه وسلم حتيه أمر لاسماء بنت أبى بكر حين سألته عن دم الحيض يصيب الثوب لكونه نجسا فيلحق كل نجس به اه يحيى (قوله ونهى النبى عليه الصلاة والسلام عن الصلاة فى المقبرة والمجزرة) أى لاحتمال النجاسة اه

وانفتاحه بخلاف الحيض وانقضاء العدة متعلق بوضع حمل مضاف اليها فيتناول الجميع ولا نسلم أن النفاس منوالي بل النفاس من الاول الى الاربعين والثانى استحاضة ثم شرط التوأمين أن يكون بين الولدين أقل من ستة أشهر حتى لا يمكن علوق الثانى من وطء حادث وان كان بينهما ستة أشهر أو أكثر فهما حملان ونفاسان وان ولدت ثلاثة أولاد وبين الاول والثانى أقل من ستة أشهر وكذلك بين الثانى والثالث ولكن بين الاول والثالث أكثر من ستة أشهر فالصحيح أنه يجعل حملا واحدا

﴿ بـــاب الانجاس ﴾

قال رحمه الله (يطهر البدن والثوب بالماء وبمائع مزيل كالخل وماء الورد) اعلم أن الكلام فيه من وجهين أحدهما فى وجوب غسل النجس والثانى فيما يطهر به أما الاول فهو واجب لقوله تعالى وثيابك فطهر أى فطهرها من النجاسات وما نقل خلاف ذلك من تفسير الآية لا يوافق ظاهر اللغة ولقوله عليه الصلاة والسلام حتيه ثم اقرصيه ثم اغسليه بالماء ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فى المقبرة والمجزرة والمزبلة ولا فرق بين نجاسة ونجاسة وقال الشافعى لا يجب غسل بول الغلام الذى لم يأكل الطعام بل يرش عليه الماء لا غير ولنا العمومات وما ورد فيه من النضح والصب المراد به الغسل ويدل عليه قوله صلى الله عليه وسلم فى المذى توضأ وانضح فرجك ولا يجزئ به الا الغسل

(قوله لانه يتنجس بأول الملاقاة) مقيد بما اذا كان بحيث يخرج بعض أجزائها في الماء ألا ترى الى ما ذكروه من أنه لو مشى برجل مبتلة على أرض أو لبد نجس جاف لا يتنجس ولو كان على العكس وظهرت الرطوبة في رجله يتنجس كذا في الخلاصة قلت يجب حمل الرطوبة على البلل لا الندا وقد ذكر فيها اذا لف الثوب النجس الرطب في الثوب الطاهر اليابس فظهرت فيه ندوة ولم يصر بحيث يقطر منه شيء اذا عصر اختلف المشايخ فيه والاصح انه لا يتنجس وكذا لو بسط على النجس الرطب فتندى وليس بحيث يقطر اذا عصر الاصح فيه انه لا يتنجس ذكره الحلواني ولا يخفى انه قد يحصل بل الثوب وعصره نبع رؤس صغار ليس لها قوة السيلان ليتصل بعضها ببعض فتقطر بل تقر في مواضع نبعها ثم ترجع اذا حل الثوب ويبعد في مثله الحكم بطهارة الثوب مع وجود حقيقة المخالط فالاولى اناطة عدم النجاسة بعدم نبع شيء عند العصر ليكون مجرد ندوة لا بعدم التقاطر اه كمال (قوله النص) وهو قوله تعالى وأنزلنا من السماء ماء طهورا (قوله لعدم الضرورة) أي لانها تندفع بالماء اه قلنا انما الماء طهور بالنص بالاجماع لانه مزيل عين النجاسة وأثره لأنه مبدل حكم النجاسة الى الطهارة وغير الماء يشاكله في الازالة أو أقوى اذ الخل أقلع للنجاسة من الماء لانه يزيل البول والدسومة فألحق حينئذ به اه رازي (قوله الا بالماء) لان ما كان في البدن تطهيره الحدث اذ في تطهيره معنى العبادة بخلاف الثوب اه رازي لان حرارة البدن جاذبة والماء أدخل فيه من غيره فيتعين وعن طهارة البدن بغير الماء تفرع طهارة الثدي اذا قاء عليه الولد ثم رضعه حتى زال أثر القيء وكذا اذا لحس إصبعه من نجاسة بها حتى ذهب الاثر أو شرب خمرا ثم تردد ريقه في فيه مرارا طهر حتى لو صلى صحت وعلى قول محمد لا يصح ولا يحكم بالطهارة بذلك لعدم الماء كما قال قاضيخان ان كان على بدنه نجاسة في فمسحها بخرقة مبلولة ثلاث مرات حكي عن الفقيه أبي جعفر أنه قال يطهر إن كان الماء متقاطرا على بدنه اه (قوله في المتن لا الدهن) قال العيني ولما قيد المائع بالمزيل احترز به عن غير المزيل بقوله لا الدهن لانه وان كان مائعا لكنه غير مزيل لتلونه اه (قوله في المتن والخف بالدلك بنجس ذي جرم) والخف بالرفع عطف على قوله البدن أي يطهر الخف المتنجس والنعل المتنجس والباء في بالدلك تتعلق بقوله يطهر والباء في قوله بنجس في محل النصب على أنها حال من الخف أي حال كونه متنجسا بنجس ذي جرم عيني (قوله بجرم) أي جثة كالروث والعذرة والدم اه (قوله ولم يشترط) أي المصنف أي لم يشترط أن يكون ذلك الخف بعد جفاف نجاسته اه (قوله وهو) أي عدم اشتراط الجفاف (قوله أكثر المشايخ) أي وعليه الفتوى اه رازي (قوله اذا المسح بكثره) أي قبل الجفاف اه

اتفاقا ولان النضح كثرة الصب ومنه الناضح للجمل الذي يستخرج به الماء قاله المهلب وما ذكروا من الفرق بين الجارية والغلام أن بول الجارية أثخن من بول الغلام ضعيف اذ لا فرق بين ثخين النجاسة ورقيقها في وجوب ازالتها بالغسل وهذا المدعى بنفسه تحكم غير ظاهر فلا يعتمد وفرق بعضهم أن الاعتناء بالصبي أكثر لانه يحمله الرجال والنساء فالبلوى به أكثر وأعم أضعف لان مقتضاه أن لا يجب غسل ثياب النساء من بولها لكون الابتلاء به أشد في حقهن لاختصاصهن بحملها ومشاركة الرجال في حمل الصبي وقال الشافعي لا يتبين لي فرق بينهما ولقد أنصف فيما قال وأما الثاني وهو ما يطهر به النجس فبكل مائع يمكن ازالته به كالخل ونحوه يجوز ازالة النجاسة به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر والشافعي لا يجوز الا بالماء لانه يتنجس بأول الملاقاة والمتنجس لا يفيد الطهارة الا أن هذا القياس ترك في الماء بالنص ولا يصح الحاقه بالماء لعدم الضرورة وفي الماء ضرورة فبقي ما وراءه على الاصل ولهما ما روي عن عائشة أنها قالت ما كان لاحدانا الا ثوب واحد تحيض فيه فاذا أصابه شيء من دم الحيض قالت بريقها فمصعته بظفرها أي حكته ولانه مزيل بطبعه فوجب أن يفيد الطهارة كالماء بل أولى لانه أقلع لها وانا نشاهد ونعلم بالضرورة أن المائع يزيل شيأ من النجاسة في كل مرة ولهذا يتغير لون الماء به والنجاسة متناهية لانها مركبة من جواهر متناهية لما عرف في موضعه فاذا انتهت أجزاؤها بقي المحل طاهرا لعدم المجاورة وما ذكروه من التنجس بأول الملاقاة سقط للضرورة كما سقط في الماء ولا تعلق للشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام ثم اغسليه بالماء لانه مفهوم اللقب وهو ليس بحجة اجماعا كقوله عليه الصلاة والسلام وليستنج بثلاثة أحجار فانه يجوز بغيره وعن أبي يوسف أنه لم يجوز تطهير البدن الا بالماء لانها نجاسة يجب ازالتها عن البدن فلا تزول بغير الماء كالحدث قال رحمه الله (لا الدهن) أي لا يجوز ازالتها بالدهن لانه لا يخرج بنفسه فكيف يخرج غيره وكذا الدبس واللبن والعصير وروي عن أبي يوسف لو غسل الدم من الثوب بدهن أو سمن أو زيت حتى ذهب أثره جاز قال رحمه الله (والخف بالدلك بنجس ذي جرم) أي يطهر الخف بالدلك اذا تنجس بنجس ذي جرم ولم يشترط الجفاف وهو قول أبي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام فمن أراد أن يدخل المسجد فليقلب نعليه فان رأى بهما أذى فليمسحهما بالارض فان الارض لهما طهور ولان البلوى العامة قد تحققت فلا معنى لاشتراط الجفاف اذ يلحقهم بذلك الحرج وهو مدفوع ويشترط عنده زوال الرائحة وعلى قوله أكثر المشايخ وعند أبي حنيفة لا يطهر الخف اذا مسح بكثره ولا يطهره وقال محمد وزفر لا يطهر الا بالغسل لان رطوبتها تتداخل في الخف والنعل فصار كما لو أصابته رطوبة بها دون جرمها وكما

في البدن والثوب والبساط وكالنجاسة المائعة التي لاجرم لها بخلاف المني فانه مخصوص بالخبر حتى اكتفى به في الثوب ولهما ماروينا من قوله عليه الصلاة والسلام فمن أراد أن يدخل المسجد الحديث ولان الخف صلب لاتتداخله أجزاء جرم النجاسة وانما تتداخله رطوبتها وذلك قليل أو يجتذبه الجرم اذا جف فلا يبقى بعد المسح الاقليل وذلك معفو فصار كالسيف والحديد الصقيل بخلاف الثوب والبساط لانهما متخلخلان فيتداخلهما أجزاء النجاسة وبخلاف البدن لان لينته ورطوبته ومايه من العرق يمنع من الجفاف قال رحمه الله (والا يغسل) أى وان لم يكن له جرم يطهر بالغسل لان أجزاء النجاسة تتشرب فيه فلا يخرج الا بالغسل وقيل اذا مشى على الرمل أو التراب فالتصق بالخف أو جعل عليه ترابا أو رملا أو رمادا فمسحه يطهر وهو الصحيح اذ لا فرق بين أن يكون الجرم منها أو من غيرها ثم الفاصل بينهما أن كل مايبقى بعد الجفاف على ظاهر الخف كالعذرة والدم ونحوه فهو جرم ومالا يرى بعد الجفاف فليس بجرم قال رحمه الله (وبمنى آدمى يابس بالفرك والا يغسل) أى اذا تنجس الخف أو الثوب بمنى ويبس يطهر بالفرك وان لم يكن يابسا يطهر بالغسل وقال الشافعي المنى ليس بنجس لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كنت أفرك المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم يصلى فيه ولا يغسله وفى حديث آخر قالت كنت أفرك المنى من ثوبه عليه الصلاة والسلام وهو يصلى والواو للحال ولو كان نجسا لما افتتح الصلاة معه ولما اكتفى بالفرك فيه كسائر النجاسات وعن ابن عباس انه قال سئل النبى عليه الصلاة والسلام عن المنى يصيب الثوب فقال انما هو بمنزلة البصاق والمخاط وانما يكفيك أن تمسحه بخرقة أو باذخرة ولانه مبتدأ خلق البشر فصار كالطين ولنا ماروى عن عائشة رضى الله عنها قالت كنت أغسل المنى من ثوب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيخرج الى الصلاة الحديث وحديث عمار أنه عليه الصلاة والسلام قال انما يغسل الثوب من خمس وعد منها المنى وعن أبى هريرة رضى الله عنه فى المنى يصيب الثوب ان رأيته فاغسله والا فاغسل الثوب كله وعن الحسن المنى بمنزلة البول ولانه دم استحال بالنضج من حرارة الشهوة ولهذا من كثر منه الوقاع حتى فترت شهوته يخرج دما أحمر وانما يطهر بالفرك لقوله عليه الصلاة والسلام اغسليه رطبا وافركيه يابسا ولانه لزج فلا تتداخل أجزاؤه وما على ظاهره يطهر بالفرك أو يقل والقليل معفو وما ورد فيه من الاماطة محمول على انه كان قليلا أو على انه ليتمكن من الغسل وتشبيهه بالمخاط انما هو فى المنظر فى البشاعة لا فى الحكم بدليل ماذكرنا من الادلة ولا تعلق له بقول عائشة رضى الله عنها كنت أفرك المنى من ثوب النبى صلى الله عليه وسلم وهو يصلى فيه من حيث ان الواو للحال لانه خبر وأمره عليه السلام آكد فى اقتضاء الوجوب من خبرها لان حقيقته للوجوب والظاهر انه كان قبل الصلاة لانه يبعد أن تتشبث بثيابه وتشغله عن الصلاة وهذا كما يقال هيأت له الطعام وهو يأكل أى يأكل بعده ويجوز أن يكون البشر من النجس ثم يطهر بالاستحالة فان الشىء قد يكون نجسا ويتولد منه الطاهر كاللبن فانه متولد من الدم وهو أصله فاعتبره بالعلقة والمضغة لانهما يخلق منهما البشر وان كانا نجسين ثم قيل انما يطهر بالفرك اذا خرج المنى قبل المذى أما لو خرج المذى أولا ثم خرج المنى لا يطهر الا بالغسل وقال شمس الائمة مسئلة المنى مشكلة لان الفحل يمذى ثم يمنى والمذى لا يطهر بالفرك الا أن يقال انه مغلوب بالمنى فيجعل تبعا له وروى الحسن عن أصحابنا انه لو كان فى رأس ذكره نجاسة لا يطهر بالفرك واختاره أبو اسحق وقال الفقيه أحمد بن ابراهيم عندى ان المنى اذا خرج من رأس الاحليل على سبيل الدفق ولم ينتشر على رأسه يطهر بالفرك لان البول الذى هو داخل الذكر غير معتبر ومروره المنى عليه غير مؤثر بخلاف ما اذا انتشر على رأس الاحليل حيث لا يكتفى فيه بالفرك لان البول الذى على خارج الاحليل معتبر فلا يطهر الا بالغسل حتى لو بال ولم يجاوز البول ثقب الاحليل يكتفى بالفرك ولو أصاب المنى شيأ له بطانة فنفذ الى البطانة يطهر بالفرك هو الصحيح وروى عن محمد ان كان

(قوله ولهما) أى لابى حنيفة وأبى يوسف فى جواز التطهير بالدلك بلا غسل اه (قوله يطهر بالغسل) أى رطبا كان أو يابسا خفا كان أو ثوبا أى بالغسل لا بالدلك قال العينى لان الدلك حينئذ يزيده انتشارا وتلوثا اه (قوله فيجعل تبعا له) وهذا ظاهر فانه اذا كان الواقع أنه لا يمنى حتى يمذى وقد طهره الشرع بالفرك يابسا يلزم انما اعتبر ذلك الاعتبار أعنى اعتبر مستهلكا للضرورة بخلاف ما اذا بال ولم يستنج بالماء حتى أمنى فانه لا يطهر حينئذ الا بالغسل لعدم الملجئ كما قيل اه كمال (قوله يطهر بالدلك) وفى نسخة بالفرك اه قال الكمال رحمه الله فى زاد الفقير وتطهير الارض اذا كانت رخوة بصب الماء عليها ثلاثا وان كانت صلبة قالوا يصب عليها ثم تنشف بخرقة ونحوها يفعل ذلك ثلاثا وان صب عليها كثيرا حتى تصرفت النجاسة ولم يبق ريحها ولا لونها وتركت حتى جفت طهرت اه

المنى غليظا فجف يطهر بالفرك وأسفله لا يطهر الا بالغسل لانه انما يصيبه البلة دون الجرم ثم اذا فرك يحكم بطهارته عندهما وفي أظهر الروايتين عن أبي حنيفة تقل النجاسة بالفرك ولا يحكم بطهارته حتى لو أصابه ماء عاد نجسا عنده ولا يعود عندهما ولها أخوات منها أن الخف اذا أصابه نجس ودلكه ثم وصل الماء اليه ومنها الارض اذا أصابها نجاسة وذهب أثر النجاسة ثم وصل اليها الماء ومنها جلد الميتة اذا دبغ بالشمس أو التتريب ونحو ذلك من الدباغ الحكمي ثم أصابه الماء ومنها البئر اذا وجب نزح مائها فغار الماء ثم عاد فكلها تحكى على الروايتين ثم المنى اذا أصاب البدن لا يجزى فيه الفرك فيما روى الحسن عن أبي حنيفة لرطوبة البدن وذكر الكرخي عن أصحابنا أنه يطهر لان البلوى في حقه أشد وعن الفضلي ان منى المرأة لا يطهر بالفرك لانه رقيق قال رحمه الله (ونحو السيف بالمسح) أي نحو السيف من الحديد الصقيل كالمرآة والسكين اذا تنجس يطهر بالمسح لما صح أن أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يقتلون الكفار بسيوفهم ثم يمسحونها ويصلون معها ولان غسل السيف والمرآة ونحو ذلك يفسدها فكان فيه ضرورة ولا فرق بين الرطب واليابس ولا بين ما له جرم وما لا جرم له ثم قيل يطهر حقيقة في رواية حتى لو قطع به البطيخ أو اللحم يحل أكله وقيل تقل النجاسة ولا يطهر وشرطه أن يكون صقيلا حتى لو كان خشنا أو منقوشا لا يطهر بالمسح قال رحمه الله (والارض باليبس وذهاب الاثر للصلاة لا للتيمم) أي تطهر الارض باليبس وذهاب أثر النجاسة من اللون والرائحة والطعم فتصح الصلاة عليها دون التيمم أما طهارتها باليبس فلما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما قال كنت فتى شابا عزبا أبيت في المسجد وكانت الكلاب تبول وتقبل وتدبر في المسجد فلم يكونوا يرشون عليها شيأ من ذلك فدل على طهارتها بالجفاف ولان الارض من طبعها أن تحيل الاشياء وتنقلها الى طبعها فتطهر بالاستحالة كالخمر اذا تخللت بخلاف الثوب وأما عدم جواز التيمم به فلان طهارة الارض فيه ثبتت شرطا بنص الكتاب فلا تتأدى بما ثبت بخبر الواحد وهذا كما قلنا في مسح الرأس والتوجه الى البيت ثبتا بنص الكتاب فلا يتأديان بمسح الاذن والتوجه الى الحطيم لان كون الاذن من الرأس والحطيم من البيت ثبت بخبر الواحد ولان النجاسة تقل بالجفاف وقليل النجاسة يمنع من

(قوله ومنها البئر اذا وجب نزح مائها فغار الماء ثم عاد فكلها تحكى على الروايتين) قال الكمال وظاهره كون الظاهر النجاسة في الكل والاولى اعتبار الطهارة في الكل كما اختاره شارح المجمع في الارض وهي أسد الكل اذ لا صنع فيها أصلا لكون تطهيرا الا أنه محكوم بطهارته شرعا بالجفاف على ما فسر به معنى الزكاة في الآثار وملاقاة الطاهر الطاهر لا توجب التنجيس بخلاف المستنجي بالحجر ونحوه لو دخل في الماء القليل نجس على ما قالوا ولان غير الماء لم يعتبر مطهرا في البدن الا في المنى على رواية والجواز بغيره لسقوط ذلك المقدار عفوا الا الطهارة فعنها أخذوا كون قدر الدرهم في النجاسات عفوا اه (قوله لانه رقيق) أي فيلحق بنجس لا جرم له اه (قوله ويصلون معها) وعليه يتفرع ما ذكر لو كان على ظفره نجاسة فمسحها طهرت وكذلك الزجاجة والزبدية الخضراء يعني المدهونة والخشب الخراطي والبوريا القصب اه كمال رحمه الله (قوله في المتن والارض باليبس) لا فرق بين الجفاف بالشمس والنار أو الريح اه كمال (قوله في المتن وذهاب) بالجر عطفا على اليبس اه ع (قوله في المتن الصلاة) أي لاجلها اه ع (قوله دون التيمم) خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان الماء اختص للازالة ولم يوجد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام زكاة الارض يبسها والزكاة الطهارة وانما لم يجز التيمم به لان الطهورية زائدة على الطهارة والحديث يدل على الطهارة دون الطهورية اه رازي (قوله عزبا) رجل عزب بالتحريك لا زوج له اه مغرب (قوله فلم يكونوا يرشون عليها شيأ من ذلك) فلولا اعتبارها تطهر بالجفاف كان ذلك تبقية لها بوصف النجاسة مع العلم بأنهم يقومون عليها في الصلاة البتة اذ لا بد منه مع صغر المسجد وعدم من يتخلف للصلاة في بيته وكون ذلك يكون في بقاع كثيرة من المسجد لا في بقعة واحدة حيث كانت تقبل وتدبر وتبول فان هذا التركيب في الاستعمال يفيد تكرر الكائن منها ولأن تبقيتها نجسة ينافي الامر بتطهيرها فوجب كونها تطهر بالجفاف بخلاف أمره عليه الصلاة والسلام باهراق ذنوب من ماء على بول الاعرابي في المسجد لانه التيمم كان نهارا والصلاة فيه تتابع نهارا وقد لا يجف قبل وقت الصلاة فأمر بتطهيرها بالماء بخلاف مدة الليل أو لان الوقت اذ ذاك قد آن أوانه اذ ذاك أكمل الطهارتين المتيسر في ذلك الوقت واذا قصد تطهير الارض صب عليها ثلاث مرات وجففت في كل مرة بخرقة وكذا لو صب ماء بكثرة ولم يظهر لون النجاسة ولا ريحها فانها تطهر ولو كبسها بتراب ألقاه عليها ان لم يوجد رائحة النجاسة جازت الصلاة على ذلك التراب والا فلا اه فتح (قوله بنص الكتاب فلا يتأدى بما ثبت بخبر الواحد) فيه نظر لان موجب الكتاب هو القطع باشتراط الطهارة مطلقا دون الطهارة القطعية حيث لم يقل تعالى فتيمموا صعيدا طيبا قطعا بل الحق أن اقامة التكاليف تبتنى على الظن دون القطع لان المكلف يطلع على الظاهر دون نفس الامر مثلا المصلى يكلف بالوضوء بما هو طاهر في ظنه دون نفس الامر وباستقبال القبلة في ظنه دون نفس الامر ان لم يكن مكيا اه يحيى وكتب على قوله بنص الكتاب ما نصه فيه نظر لان الكتاب اشترط أن يكون التراب طاهرا الا أن تكون طهارته بالكتاب مقطوعا بها بل يكفي ان يكون طاهرا ظنا وكذا في اخوته يتوجه هذا النظر كذا نقلته من خط قارئ الهداية رحمه الله تعالى اه

التيمم دون الصلاة ألا ترى أن نقطة من الدم لو وقعت في الماء منعت من التطهر به ولو في الثوب والمكان لا تمنع جواز الصلاة ولان التيمم يفتقر الى طهارة الصعيد وطهوريته لرفع الحدث والصلاة تفتقر الى طهارة المكان لا غير وبالخبر تثبت الطهارة دون الطهورية وروى عن أبي حنيفة انه يجوز التيمم به فعلى هذا لا فرق بينهما والظاهر الاول قال رحمه الله (وعفى قدر الدرهم كعرض الكف من نجس مغلظ كالدم والخمر وخرء الدجاج وبول ما لا يؤكل والروث والخثى) وقال زفر والشافعي قليل النجاسة ككثيرها يمنع لان النصوص الواردة بتطهيرها لم تفصل الا أن ما لا يدركه الطرف خارج لعدم امكان التحرز عنه كالذباب يقع على النجس ثم على الثياب وكذا موضع الاستنجاء وهو المخرج خارج عنها لاجماع السلف ولنا ان القليل معفو اجماعا فقدرناه بالدرهم لان محل الاستنجاء مقدر به قال النخعي استقبحوا ذكر المقعدة في محافلهم فكنوها بالدرهم ولان الضرورة تشمل المقعدة وغيرها فيعفى المخرج ثم اختلفت الرواية في الدرهم فقيل يعتبر بالوزن وهو أن يكون وزنه قدر الدرهم الكبير المثقال وقيل بالمساحة وهو قدر عرض الكف ووفق أبو جعفر بين الروايتين فقال أراد محمد بذكر العرض تقدير النجاسة المائعة وبذكر الوزن تقدير النجاسة المستجسدة وهذا هو الصحيح وقال السرخسي يعتبر بدرهم زمانه وقد قالوا اذا أصاب ثوبه دهن نجس فصلى فيه ثم ازداد حتى صار أكثر من قدر الدرهم فصلى فيه فالاولى جائزة والثانية باطلة وقيل لا يمنع وهو اختيار المرغيناني قال رحمه الله (وما دون ربع الثوب من مخفف كبول ما يؤكل والفرس وخرء طير لا يؤكل) أي عفى ما دون ربع الثوب من النجاسة المخففة لأن التقدير فيها بالكثير الفاحش والربع حكم الكل في الاحكام يروى ذلك عن أبي حنيفة ومحمد وهو الصحيح ثم اختلفوا في كيفية اعتباره فقيل ربع جميع ثوب عليه وعن أبي حنيفة ربع أدنى ثوب تجوز فيه الصلاة كالمئزر وقيل ربع طرف أصابته

(قوله في المتن من نجس مغلظ كالدم) والمراد بالدم غير الباقي في العروق وفي حكمه اللحم المهزول اذا قطع فالدم الذي فيه ليس بنجس وكذا الدم الذي في الكبد لا من غيره كذا قيل قال المصنف في التجنيس وفيه نظر لانه ان لم يكن دما فقد جاور الدم والشئ ينجس بمجاورة النجس وعن أبي يوسف في الباقي انه معفو في الاكل لا الثوب وغير دم الشهيد ما دام عليه حتى لو حمله ملطخا به في الصلاة صحت بخلاف قتيل غير الشهيد لم يغسل أو غسل وكان كافرا فانه لا يحكم بطهارته بالغسل بخلاف المسلم وعين المسك قالوا يجوز أكله والانتفاع به مع ما اشتهر من كونه دما ولم أره تعليلا وذاكرت بعض الاخوان من المغاربة في الربا فقلت له يقال انه عرق حيوان محرم الاكل فقال ما يحيله الطبع الى صلاح كالطيبة يخرج عن النجاسة كالمسك اهـ فتح (قوله في المتن والروث والخثى) وقد سبقه الى هذا شيخه السراجي رحمه الله بالثاء المعجمة وسكون الثاء المثلثة وهو ما يكون للبقر ظلف ويجمع على اخثاء وخثى اهـ عيني (قوله لان النصوص الواردة) ومنه قوله تعالى وثيابك فطهر (قوله فقدرناه بالدرهم الى آخره) ولا يعتبر نفوذ المقدار الى الوجه الآخر اذا كان الثوب واحدا لان النجاسة حينئذ واحدة في الجانبين فلا يعتبر متعددا بخلاف ما اذا كان ذا طاقين لتعددها فيمنع وعن هذا فرع المنع لو صلى مع درهم متنجس الوجهين لوجود الفاصل بين وجهيه وهو جواهر سمكه ولانه مما لا ينفذ نفس ما في أحد الوجهين فيه فلم تكن النجاسة فيهما متحدة ثم انما يعتبر المانع مضافا اليه فلو جلس الصبي المتنجس الثوب والبدن في حجر المصلي وهو يستمسك أو الحمام المتنجس على رأسه جازت صلاته لانه هو الذي يستعمله فلم يكن حامل النجاسة بخلاف ما لو حمل من لا يستمسك حيث يصير مضافا اليه فلا تجوز وهذا والصلاة مكروهة مع ما لا يمنع حتى قيل لو علم قليل النجاسة عليه في الصلاة يرفضها ما لم يخف فوات الوقت أو الجماعة اهـ فتح وما ذكره الكمال من عدم الجواز في الدرهم الذي تنجس جانباه مشى عليه الولوالجي فقال أما اذا كان الثوب ذا طاقين كان متعددا فتعددت النجاسة وكذلك الدرهم فان بين الجانبين فاصلا فاعتبر كل جانب في نفسه اهـ قال في شرح الطحاوي ولو أصاب الثوب أقل من قدر الدرهم ونفذت الى الجانب الآخر حيث لو ضم أحد الجانبين الى الآخر يكون أكثر من قدر الدرهم هل يمنع جواز الصلاة ينظر ان كان الثوب ذا طاقين منع أو ذا طاق واحد لا يمنع جواز الصلاة اهـ قوله وعن هذا فرع المنع قال قاضيخان اذا صلى ومعه درهم تنجس جانباه فالصحيح أنه لا يمنع جواز الصلاة لان الكل درهم واحد اهـ ﴿فرع﴾ يحفظ قال الولوالجي من انتهى الى القوم وهم في الصلاة وعلى ثوبه نجاسة أقل من قدر الدرهم وهو يخشى انه ان غسله تفوته الجماعة يستحب له ان يدخل في الصلاة ولا يغسله لان غسله ليس بفرض عليه ومتى دخل الجماعة صار مؤديا الفرض اهـ وقال قاضيخان في فتاواه قبيل باب الوضوء والغسل ما نصه اذا شرع في الصلاة فوجد في ثوبه نجاسة أقل من قدر الدرهم ان كان مقتديا وعلم أنه لو قطع الصلاة وغسل النجاسة يدرك إمامه في الصلاة أو يدرك جماعة أخرى في موضع آخر فانه يقطع الصلاة ويغسل الثوب لان قطع الصلاة للاكمال وان كان في آخر الوقت أو لا يدرك جماعة أخرى مضى على صلاته اهـ (قوله وما دون ربع الثوب) أي أي ثوب كان (قوله والفرس) أي عندهما وعند محمد طاهر وأفرده بالذكر للاختلاف فيه اهـ ع (قوله فقيل ربع جميع ثوب عليه) في شرح الطحاوي هو الصحيح الثوب الذي عليه ان كان شاملا اعتبر ربعه وان كان أدنى ما تجوز فيه الصلاة اعتبر ربعه لانه الكثير بالنسبة الى المصاب اهـ فتح

(قوله فوقف الامر فيه على العادة) والاوجه اتكاله الى رأى المبتلى ان استفحشه منع والافلا اه زاد الفقير (قوله استنزهوا من البول) قال العلامة شمس الدين بن أمير الحاج رحمه الله في شرح التحرير عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم استنزهوا من البول فان عامة عذاب القبر منه رواه الحاكم وقال على شرطهما ولا أعرف له علة وهو عام لان من للتعدية لا للتبعيض والبول محلى باللام الجنس فيعم كل بول وقد أمر بطلب النزاهة منه والطاهر لا يؤمر بالاستنزاه منه اه (قوله ولا اعتبار عنده بالبلوى) قال العلامة كمال الدين رحمه الله وما قيل ان البلوى لا تعتبر في موضع النص عنده كبول الانسان ممنوع بل تعتبر اذا تحققت بالنص النافي المصرح وهو ليس معارضة النص بالرأى والبلوى في بول الانسان في الانتضاح كرؤس الابر لا فيما سواه لانها انما تتحقق بأغلبية عسر الانفكاك وذلك ان تحقق في بول الانسان فكما قلنا وقد تبنا مقتضاها اذ قد أسقطنا اعتباره اه (فرع) قال في الظهيرية وان أصابه بول الشاة وبول الآدمي تجعل الخفيفة تبعا الغليظة اه قال الولوالجي رحمه الله رجل رأى على ثوب انسان نجاسة أكثر من قدر الدرهم إن وقع في قلبه أنه لو أخبره بذلك اشتغل بغسل لم يسعه أن لا يخبره لان الاخبار مفيد وإن وقع في قلبه أنه لو أخبره لم يلتفت الى كلامه كان في سعة من أن لا يخبره لان الاخبار لا يفيد قالوا ومشايخنا قاسوا الامر بالمعروف على هذا إن كان يعلم أنهم يستمعون قوله يجب عليه وإلا فلا وفي السراجية ماء فم النائم طاهر وفي السغناقي سواء كان في الفم أو منبعثا من الجوف عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعليه الفتوى وفي الفتاوى العتابية قال أبو يوسف ان كان فيه لون الدم فهو نجس وعندهما طاهر وفي التطهير به وماء فم الميت قيل إنه نجس اه تاتارخانية قال قاضيخان في فتاواه الماء الذي يسيل من فم النائم طاهر هو الصحيح لانه متولد من البلغم وقال الولوالجي ماء فم النائم اذا أصاب الثوب فهو طاهر سواء كان من البلغم أو منبعثا من الجوف لان الغالب في الماء الذي يخرج من الفم حالة النوم متولد من البلغم فيكون طاهرا كيفما كان عند أبي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى اه (قوله فقد تعارض فيه نصان) نص جواز أكله ونص النهي عنه اه يحيى (قوله لابي يوسف ثلاث روايات) الواقع ان أبا يوسف مع أبي حنيفة على رواية الكرخي ومع محمد على رواية الهندواني والمفهوم من الهداية أنه مع أبي حنيفة في الروايتين وليس كذلك فتحصل عن أبي حنيفة روايتان رواية الهندواني خفيف ورواية الكرخي طاهر وعن أبي يوسف روايتان رواية الهندواني غليظ ورواية الكرخي طاهر وعن محمد غليظ رواية واحدة اه فتح

النجاسة كالذيل والكم والدخريص وعن أبي يوسف شبر في شبر وعنه ذراع في ذراع ومثله عن محمد وروى هشام عن محمد أن الكثير الفاحش أن يستوعب القدمين وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه كره أن يحد لذلك حدا وقال ان الفاحش يختلف باختلاف طباع الناس فوقف الامر فيه على العادة كما هو دأبه ثم اختلفوا فيما يثبت به الغليظة والخفيفة فعند أبي حنيفة الغليظة ما ثبت نجاسته بنص لم يعارضه نص آخر يخالفه كالدم ونحوه مما لم يوجد فيه تعارض نصين والخفيفة ما تعارض النصان في نجاسته وطهارته وكان الاخذ بالنجاسة أولى لوجود المرجح مثل بول ما يؤكل لحمه فان قوله عليه الصلاة والسلام استنزهوا من البول يدل على نجاسته وخبر العرنيين يدل على طهارته فخف حكمه للتعارض وعند أبي يوسف ومحمد ما ساغ الاجتهاد في طهارته فهو مخفف لان الاجتهاد حجة في وجوب العمل به وثمرة الخلاف تظهر في الروث والخثي والبعر ونحوها فعند أبي حنيفة مغلظة لان ما روى عنه عليه الصلاة والسلام من أنه ألقى الروثة وقال انها ركس لم يعارضه نص آخر ولا اعتبار عنده بالبلوى في موضع النص كما في بول الآدمي فان البلوى فيه أعم وعندهما مخففة لاختلاف العلماء فيه فان مالكا يرى طهارتها ولعموم البلوى لامتلاء الطرق بها بخلاف بول الحمار وغيره مما لا يؤكل لحمه لان الارض تنشفه وروى عن محمد أن الروث لا يمنع جواز الصلاة وان كان كثيرا فاحشا وهو آخر أقواله حين كان بالرى مع الخليفة فرأى الطرق والخانات مملوءة منها وللناس فيها بلوى عظيمة فرجع اليه وقاسوا عليه طين بخارى لان ممشى الناس والدواب فيها واحد وعند ذلك يروى رجوعه في الخف الى قولهما اذا أصابه عذرة حتى قال يطهر بالدلك وفي الروث لا يحتاج الى الدلك عنده لما قلنا وأما بول الفرس فقد تعارض فيه نصان على تقدير أن كراهة أكله كراهة تنزيه عند أبي حنيفة وعلى اعتبار أنه كراهة تحريم لان لحمه طاهر لان حرمته لكرامته كلحم الآدمي فصار مخففا لانه بول بهائم طاهرة اللحم فيكون التعارض فيه موجودا وعند أبي يوسف مأكول فيكون بوله مخففا عنده وعند محمد طاهر لان بول ما يؤكل لحمه طاهر عنده وقوله وخرء طير لا يؤكل وهذا قول أبي حنيفة لانها مخففة عنده وعندهما مغلظة في رواية الهندواني وفي رواية الكرخي طاهر عندهما وعند محمد نجس نجاسة مغلظة وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة في التخفيف أيضا فحصل لابي يوسف ثلاث روايات ولابي حنيفة روايتان ولمحمد رواية واحدة والصحيح رواية الهندواني وهو أن نجاسته مخففة عنده وعند أبي يوسف ومحمد مغلظة وجه طهارته أنه ليس لما ينفصل عنه نتن وخبث رائحة ولا ينحى شئ من الطيور عن المساجد فعلمنا ان خرء جميع الطيور طاهر

(قوله انه لا تكثر) أى فلا يكون فيه بلوى اهـ (قوله فكان للاجتهاد) أى المعتبر اختلاف غيرهما اهـ من خط قارئ الهداية (قوله فى المتن ودم السمك ولعاب البغل والحمار) مخالف لما فى المختار حيث قال ودم السمك ولعاب البغل والحمار ونحو ما يؤكل لحمه من الطيور نجاسته مخففة قال فى الاختيار ودم السمك ليس بدم حقيقة لانه يبيض بالشمس وعن أبى يوسف أنه نجس فقلنا بخفته لذلك اهـ (قوله فى المتن وبول انتضح كرؤس الابر) أما لو انتضح مثل رؤس المسلة يمنع لعدم الضرورة اهـ كاكى قال الهندوانى يدل على انه لو كان مثل الجانب الآخر يعتبر وغيره من المشايخ لا يعتبر الجانبين واذا أصابه ما يكثر لا يجب غسله اهـ فتح (قوله والحمار طاهر فى ظاهر الرواية) فيه نظر للصبر اذ لو كان طاهرا لما تصور لنا سؤر مشكوك لان الماء الطهور خالطه شئ قليل طاهر لم يغيره وصفا فمن أين يجىء الشك (قوله والصحيح ظاهر الرواية) يعنى انه طاهر اهـ (قوله فى المتن يطهر بزوال عينه) أى وأثره اهـ ع (قوله فيزول بزوالها ولو بمرة الى آخره) وهو أقيس لان نجاسة المحل بمجاورة العين وقد زالت وحديث المستيقظ من منامه فى غير المرئية ضرورة انما أمر لتوهم النجاسة ولذا كان مندوبا ولو كانت مرئية كانت محققة وكان حكمه الوجوب اهـ كمال (قوله فى المتن الا ما يشق ازالة أثره) أى من لون أو ريح قال فى الظهيرية اذا صبغ الثوب بالنيل أو العصفر النجس فغسل ثلاث مرات طهر ولا تطهر النجاسة الا بماء متقاطر وان لحسه بلسانه ثلاث مرات وألقى بزاقه فى كل مرة طهر عند أبى يوسف خلافا لمحمد الطفل اذا قاء على ثدى أمه ثم امتصه ثلاث مرات طهر اهـ (قوله فان لم يخرج الدم يارسول الله قال يكفيك الماء ولا يضرك أثره) أبو داود عن أبى هريرة أن خولة بنت يسار أتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يارسول الله ليس لى الا ثوب واحد وأنا أحيض فيه فكيف أصنع قال اذا طهرت فاغسليه ثم صلى فيه قالت فان لم يخرج الدم قال يكفيك الماء ولا يضرك أثره فى اسناده عبد الله بن لهيعة (قوله بحناء نجس) فيغسل الى أن يصفو الماء يطهر مع قيام اللون وقيل يغسل بعد ذلك ثلاثا وأما الطهارة لو غسل يده من دهن نجس مع بقاء أثره فاعاد له فى التجنيس بان الدهن يطهر قال فيبقى على يده طاهرا كما روى عن أبى يوسف فى الدهن نجس يجعل فى اناء ثم يصب عليه الماء فيعلو الدهن فيرفعه بشئ هكذا يفعل ثلاثا فيطهر اهـ كمال (قوله بثلاث غسلات) وقال الشافعى يطهر بمرة كالحكمى قلنا الحكمى عرف ثبوته بالشرع وهو حكم الشرع بزواله مرة وأما الحقيقى عرف ثبوته بالحقيقة فيعرف زواله بالحقيقة وهذا بتكرار الغسل اهـ رازى (قوله وبالعصر فى كل مرة) فى ظاهر الرواية كذا فى الهداية واحترز به عما روى عن محمد بالاكتفاء بالعصر فى المرة الاخيرة قال الشيخ كمال الدين ويعتبر قوة كل عاصر حتى اذا انقطع تقاطره بعصره ثم قطر بعصر رجل آخر

حتى لو وقع فى الماء لا يفسده ووجه التغليظ انه لا تكثر اصابته وقد غيره طبع الحيوان الى خبث ونتن فصار كخرء الدجاج والبط وهذا مشكل على قولهما لما عرف من مذهبهما ان اختلاف العلماء يورث الشبهة وقد تحقق فيه الاختلاف فانه طاهر فى رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف على ما مر فكان للاجتهاد فيه مساغ ووجه التخفيف عموم البلوى والضرورة وهى توجب التخفيف فيما لا نص فيه قال رحمه الله (ودم السمك ولعاب البغل والحمار وبول انتضح كرؤس الابر) وهذه الجملة معطوفة على ما تقدم من قوله قدر الدرهم أى عفى قدر الدرهم ودم السمك الى آخره وفيه نظر فان دم السمك ولعاب البغل والحمار طاهر فى ظاهر الرواية فكيف يكون معفوا والعفو يقتضى النجاسة وعن أبى يوسف أن السمك الكبير اذا سال منه شئ فاحش يكون نجسا مغلظا وفيه اشكال لانه لا يقول بالتغليظ مع وجود الاختلاف فيه وعنه أنه قدره بالكثير الفاحش لاختلاف العلماء فيه والصحيح ظاهر الرواية لانه ليس بدم على التحقيق لان الدموى لا يسكن الماء ولهذا اكتفى محمد فى تعليل المسئلة بقوله لان هذا مما يعيش فى الماء والدليل على أنه ليس بدم أنه يبيض بالشمس والدم يسود فيها فلا يكون دما وأما لعاب البغل والحمار فقد مر فى الاسآر وأما البول المنتضح قدر رؤس الابر فعفو للضرورة وان امتلأ الثوب وعن أبى يوسف وجوب غسله لانه نجس حقيقة قلنا لا يستطاع الامتناع عنه فسقط حكمه وقوله قدر رؤس الابر يشير الى أنه اذا كان قدر جانبها الآخر يعتبر والحكم أنه لا يعتبر للضرورة قال رحمه الله (والنجس المرئى يطهر بزوال عينه) لان نجس المحل باعتبار العين فيزول بزوالها ولو بمرة وعن محمد أنه يطهر بمرة اذا عصره وقيل لا يطهر ما لم يغسله ثلاثا بعد زوال العين لانه بعد زوال العين التحق بنجاسة غير مرئية لم تغسل قط وعن أبى جعفر أنه يغسل مرتين بعد زوال العين لانه بعد زوال العين التحق بنجاسة غير مرئية غسلت مرة قال رحمه الله (الا ما يشق) أى الا ما يشق ازالة أثره لقوله عليه الصلاة والسلام لخولة بنت يسار حين قالت له فان لم يخرج الدم يارسول الله قال يكفيك الماء ولا يضرك أثره ولان فيه حرجا بينا فان من خضب يده أو لحيته بحناء نجس لا يزول لونه بالغسل وفى قطعهما حرج ظاهر لا يليق بهذه الشريعة وتفسير المشقة أن يحتاج لازالته الى شئ آخر سوى الماء كالصابون ونحوه لان الآلة المعدة لقطع النجاسة الماء فاذا احتيج الى شئ آخر يشق على الناس فلا يكلف بالمعالجة به قال رحمه الله (وغيره بالغسل ثلاثا والعصر كل مرة) أى غير المرئى من النجاسة يطهر بثلاث غسلات وبالعصر فى كل مرة والمعتبر فيه غلبة الظن وانما قدروه بالثلاث لان غلبة الظن تحصل عنده غالبا ولهذا قال

أو دونه يحكم بطهارته قال في فتاوى قاضيخان الثوب النجس اذا غسل ثلاثا وعصر مرة لا يطهر الا في رواية عن أبي يوسف وان غسل ثلاثا وعصر في كل مرة ثم تقاطرت منه قطرة فأصابت شيأ ان عصره في المرة الثالثة وبالغ فيه بحيث لو عصره لا يسيل منه الماء فالكل طاهر والا فما تقاطر منه نجس وما أصاب من شئ أفسده اه ﴿فرع﴾ الوعاء اذا استعمل فيه الخمر هل يطهر بالغسل يتطرق في كتاب الاشربة من هذا الشرح قال في شرح الطحاوي والخمر اذا أصابت الحنطة فغسلها وطحنها وخبزها فانه يحل أكلها اذا كان لا يوجد منه طعم ولا رائحة وان كان يوجد منه لا يحل أكله واذا انتفخت منه الحنطة فلا تطهر أبدا الا اذا جعلها في خل فانه يطهر ولو وقعت النجاسة في دهن أو وقع فيه فارة فغسله قال بعضهم يطهر وقال بعضهم لا يطهر والصحيح انه لا يطهر لانه لا يتأتى شئ من غسله (قوله والآجر) قال الولوالجي رحمه الله الآجر اذا أصابته نجاسة وتشربت فيه فان كان الآجر قديما مستعملا يكفيه الغسل ثلاث مرات دفعة واحدة وان كان حديثا يغسل ثلاث مرات ويجفف على أثر كل مرة (قوله وعلى هذا السكين المموهة بالماء النجس) قال في منية المصلي ولو موه الحديد بالماء النجس يموه بالماء الطاهر ثلاث مرات فيطهر السكين اذا موه بماء نجس لا تجوز معه الصلاة يعني اذا كان فوق الدرهم ويجوز قطع البطيخ به لانه لا يشرب الماء ولا يمكن ازالة ذلك الماء عنه بوجه من الوجوه الا بالنار (قوله لانه لا يشرب الماء يباح قطع البطيخ بالسكين المذكور لانه لا يتنجس بواسطة قطعه به لكون اضاعة المال والظاهر أن هذا بلا خلاف بينهما لان تنجس السكين انما هو بواسطة ما شربه من الماء النجس وهو لا يتعدى الى البطيخ بمجرد قطعه به اه ابن أمير حاج رحمه الله تعالى

عليه الصلاة والسلام اذا استيقظ أحدكم من نومه فلا يغمس يده في الاناء حتى يغسلها ثلاثا الحديث وهذا الآن ما ليست له عين مرئية لا يمكن القطع بزواله فلم يبق سوى الاجتهاد وهو لا يخرج غالبا الا بالتكرار والعصر فشرطهما في الكتاب وعن أبي يوسف لا يشترط العصر حتى لو جرى الماء على ثوب نجس وغلب على ظنه أنه قد طهر جاز وان لم يكن ثم عصر والمعتبر ظن الغاسل الا أن يكون الغاسل صغيرا أو مجنونا فيعتبر فيه ظن المستعمل لانه هو المحتاج اليه قال رحمه الله (وبتثليث الجفاف فيما لا ينعصر) أي يطهر بالغسل ثلاث مرات وبالتجفيف في كل مرة فيما لا يمكن عصره كالخزف والآجر والخشب والحديد والجلد المدبوغ بالنجس لان للتجفيف أثرا في استخراج النجاسة وتفسير التجفيف أن يخليه حتى ينقطع التقاطر ولا يشترط فيه اليبس وعلى هذا السكين المموهة بالماء النجس واللحم المطبوخ به والحنطة المبلولة بالنجس حتى انتفخت تطهيره بأن تموه السكين بالماء الطاهر ثلاث مرات وتطبخ الحنطة واللحم بالماء الطاهر ثلاث مرات ويبرد في كل مرة وهذا عند أبي يوسف وقال محمد لا تطهر هذه الاشياء أبدا وعلى هذا الخلاف الحصير وكل ما لا ينعصر بالعصر والاعيان النجسة تطهر بالاستحالة عندنا وذلك مثل الميتة اذا وقعت في المملحة فاستحالت حتى صارت ملحا والعذرة اذا صارت ترابا أو أحرقت بالنار وصارت رمادا فهي نظير الخمر اذا تخللت أو جلد الميتة اذا دبغت فانه يحكم بطهارتها بالاستحالة وذكر في الفتاوى أن رأس الشاة لو أحرق حتى زال الدم يحكم بطهارته وكذا السلة النجسة في التنور تزول بالاحراق قال رحمه الله ﴿ (وسن الاستنجاء بنحو حجر منق) لانه عليه الصلاة والسلام واظب عليه وقال

(قوله والاعيان النجسة الى آخره) قال في شرح الطحاوي وهذا قول محمد وقال أبو يوسف لا تطهر وكذا الاختلاف في رماد السرقين والخشبة النجسة اه (قوله والعذرة) قال في الظهيرية والعذرات اذا دفنت في موضع حتى صارت ترابا قيل تطهر كالحمار الميت اذا وقع في مملحة وصار ملحا عند محمد اذا غسلت خابية الخمر ثلاث مرات تطهر اذا لم تبق رائحة الخمر وان بقيت لا اذا صب الماء في الخمر ثم صار الخمر خلا لا يطهر هو الصحيح فارة وقعت في الخمر وماتت ان أخرجت ثم تخللت صارت طاهرة وان تخللت وهي فيه انه نجس الخزف الجديد اذا أصيب فيه الخمر يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة يطهر خلافا لمحمد وان كان قديما يغسل ثلاثا يطهر وان بقي أثر الخمر يجعل فيه الخل حتى لا يبقى أثرها فيطهر (قوله يحكم بطهارته) أي لانه حينئذ يصير الحرق كالغسل اه ولوالجي رحمه الله قال في الظهيرية ولو صب الخمر في قدر فيه لحم قبل الغليان يطهر اللحم بالغسل ثلاثا وان كان بعد الغليان لا يطهر وقيل يغسل ثلاث مرات في كل مرة بماء طاهر ويجفف في كل مرة وتجفيفه بالتبرد والخبز الذي عجن بالخمر لا يطهر بالغسل (قوله في المتن وسن الاستنجاء بنحو حجر منق) وهو مسح موضع النجو أو غسله والنجو ما يخرج من البطن ويجوز أن يكون السين للطلب أي طلب النجو ليزيله اه باكير قال الكمال رحمه الله هو ازالة ما على السبيل من النجاسة فان كان المزال به حرمة أو قيمة كره كقرطاس وخرقة وقطنة وخل قيل يورث ذلك الفقر وعبارة بعضهم ازالة الخارج من السبيلين عن مخرجه قال الشيخ أبو البقاء في شرح المجمع الاستنجاء والاستجمار والاستطابة عبارات عن ازالة الخارج من السبيلين عن مخرجه فسمى الكرخي ازالة ذلك استجمارا وهو طلب الجمرة وهي الحجر الصغير والطحاوي سماها استطابة وهي طلب الطيب وهو الطهارة والقدوري ومن تابعه سماها استنجاء وهو إما مأخوذ من النجو وهو ما يخرج من البطن أو مأخوذ من النجوة وهو المكان المرتفع فكأن الرجل اذا أراد قضاء حاجته يستتر بنجوة أو مأخوذ من نجوت الشجرة وأنجيتها اذا قطعتها كأنه يقطع الأذى عن نفسه (قوله لانه عليه الصلاة والسلام واظب عليه) وانما كان كما ذكر في الأصل سنة مؤكدة اه كمال

عليه الصلاة والسلام إذا أتى أحدكم حاجته فليستنج بثلاثة أحجار أو ثلاثة أعواد أو ثلاث حثيات من التراب وقال الشافعي هو فرض لا تجوز الصلاة بدونه لان الطهارة من الانجاس بالماء شرط جواز الصلاة فلا بد منها إلا أنما اكتفى بغير الماء في موضع الاستنجاء للضرورة أو الاجماع فلا يجوز تركه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من استجمر فليوتر ومن فعل هذا فقد أحسن ومن لا فلا حرج رواه أبو حاتم في صحيحه وغيره ولانه لا تجب إزالته بالماء مع القدرة عليه فلا يجب بغيره بالاولى لان الماء آلة التطهير وهو مطهر حقيقة فاذا لم يجب بالمطهر فكيف يجب بغيره فصار كالباقي بعد الاستنجاء بالاحجار فعلم بذلك أن المقعدة لا يجب تطهيرها إذ لو وجب لوجب بالماء كما في سائر المواضع وقوله بنحو حجر أراد به الاشياء التي لا تتقوم كالمدر والتراب والعود والخرقة والقطن والجلد وما أشبهها وقوله منق خرج مخرج الشرط لكونه سنة لان الانقاء هو المقصود بالاستنجاء فلا يكون دونه سنة ولا فرق بين أن يكون الخارج معتادا أو غير معتاد في الصحيح حتى لو خرج من السبيلين دم أو قيح يطهر بالحجارة وكذا لو أصاب موضع الاستنجاء نجاسة من الخارج يطهر بالاستنجاء بالحجارة ونحوه وصفة الاستنجاء بالاحجار أن يجلس معتمدا على يساره منحرفا عن القبلة والريح والشمس والقمر ومعه ثلاثة أحجار يدبر بالاول ويقبل بالثاني ويدبر بالثالث وقال أبو جعفر هذا في الصيف وفي الشتاء يقبل بالاول ويدبر بالثاني ويقبل بالثالث لان خصيتيه متدليتان في الصيف فيخاف من التلويث والمرأة تفعل في جميع الاوقات مثل ما يفعل الرجل في الشتاء ثم اتفق المتأخرون على سقوط اعتبار ما بقي من النجاسة بعد الاستنجاء بالحجر في حق العرق حتى إذا أصابه العرق من المقعدة لا يتنجس ولو قعد في ماء قليل نجسه قال رحمه الله (وما سن فيه عدد) أي ليس في الاستنجاء عدد مسنون وقال الشافعي لا بد من التثليث لقوله عليه السلام وليستنج بثلاثة أحجار ولقوله عليه الصلاة والسلام من استجمر فليوتر ولنا ما روينا وما روى أنه عليه الصلاة والسلام ناوله عبد الله بن مسعود حجرين وروثة فأخذ الحجرين ورمى بالروثة وقال إنه رجس ولو كان التثليث واجبا لناوله ثالثا ولان المقصود من الاستنجاء الانقاء فلا معنى لاشتراط الزيادة بالثلاث بعد حصوله ولهذا لو لم يحصل النقاء بالثلاث زاد عليها إجماعا لكونه هو المقصود وما رووا متروك الظاهر إجماعا لانه لو استنجى بحجر واحد له ثلاثة أحرف وأنقى جاز لحصول المقصود ولعل ذكر الثلاثة في الحديث خرج مخرج العادة والغالب لانه يحصل النقاء بها غالبا أو يحمل على الاستحباب وحملهم قوله عليه الصلاة والسلام ومن لا فلا حرج على جواز ترك الوتر بعد الثلاث فاسد لانه إن حصل النقاء بالثلاث فالزيادة بدعة عندهم وإن لم يحصل فواجبة لا يجوز تركها والحديث يدل على جواز تركها وعلى جواز الاتيان بها فيجري على إطلاقه حتى يجوز الاكتفاء بالواحد لانها وتر حقيقة قال رحمه الله (وغسله بالماء أحب) أي غسل موضع الاستنجاء بالماء أفضل لانه يقلع النجاسة والحجر يخففها فكان أولى والافضل أن يجمع بينهما لقوله تعالى فيه رجال يحبون أن يتطهروا والله يحب المطهرين قيل لما نزلت هذه الآية قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا أهل قباء إن الله تعالى أثنى عليكم فماذا تصنعون عند الغائط فقالوا نتبع الغائط الاحجار ثم نتبع الاحجار الماء ثم قيل هو أدب وليس بسنة لانه عليه الصلاة والسلام فعله مرة وتركه أخرى وقيل سنة في زماننا لان الناس اليوم يثلطون ثلطا وفي الاول كانوا يبعرون بعرا

(قوله إذا أتى أحدكم حاجته فليستنج بثلاثة أحجار) قال في الظهيرية والاستنجاء بالاحجار إذا كانت النجاسة التي أصابته قدر الدرهم الكبير المثقال أو أقل سنة وإتباع الماء أدب اهـ (قوله في المتن بنحو حجر) أراد به الاشياء الطاهرة اهـ باكير عفا الله عنه قال ابن الساعاتي رحمه الله في شرح المجمع ويجوز بالحجر ونحوه من الجواهر الطاهرة إذ المقصود إزالة النجو غير أنه يكره بالنجاسة به اهـ قال قاضيخان في فصل الماء المستعمل المحدث إذا استنجى فأصاب الماء ذيله أو كمه إن أصاب الماء الاول أو الثالث يتنجس بنجاسة غليظة وإن أصابه الماء الرابع يتنجس بنجاسة المستعمل (قوله التي لا تتقوم) فلا يستنجى بنحو الياقوت اهـ (قوله بالحجارة ونحوه) سيأتي في آخر الباب عن الغاية عن القنية قول أن الصحيح أنه لا يطهر إلا بالغسل اهـ (قوله يدبر بالاول) الادبار الذهاب الى جانب الدبر والاقبال ضده شرح وقاية (قوله ويقبل بالثاني) أي لان الاقبال أبلغ في التنقية اهـ شرح وقاية وعن محمد في المنتقى من لم يدخل اصبعه في دبره فليس بتنظيف قال الاسبيجابي وهذا غير معروف وقيل إنه يورث الباسور اهـ غاية (قوله لان خصيتيه متدليتان) فلا يقبل احترازا عن تلويثهما ثم يقبل ثم يدبر مبالغة في التنظيف وفي الشتاء غير متدلاة فيقبل بالاول لان الاقبال أبلغ في التنقية ثم يدبر ثم يقبل للمبالغة اهـ باكير (قوله وليستنج بثلاثة أحجار) أمر وهو للوجوب اهـ (قوله في المتن وغسله بالماء أحب) إن أمكنه بلا كشف عورة وإلا تركه حتى لا يصير فاسقا اهـ باكير قال الكمال وإنما يستنجي بالماء إذا وجد مكانا يستتر فيه ولو كان على شط نهر ليس فيه سترة لو استنجى بالماء قالوا يفسق وكثيرا ما يفعله عوام المصلين في الميضأة فضلا عن شاطئ النيل اهـ (قوله لان الناس اليوم يثلطون ثلطا) فتلوث المقعدة بفتح اللام وكسرها في المستقبل اهـ سروجي قال الكمال رحمه الله في كتابه زاد الفقير ويستنجي ببطن إصبع أو إصبعين أو ثلاث ويحترز عن رؤس الاصابع وينشف المحل إن كان صائما قبل أن يقوم كي لا يفسد صومه وإنما يفسد صومه إذا بلغ الماء موضع الحقنة وقلما يكون اهـ

وصفة الاستنجاء بالماء أن يستنجي بيده اليسرى بعدما استرخى كل الاسترخاء إذا لم يكن صائما ويصعد إصبعه الوسطى على سائر الأصابع قليلا في ابتداء الاستنجاء ويغسل موضعها ثم يصعد بنصره ويغسل موضعها ثم يصعد خنصره ثم سبابته فيغسل حتى يطمئن قلبه أنه قد طهر بيقين أو غلبة ظن ويبالغ فيه الا أن يكون صائما ولا يقدر بالعدد لان هذه النجاسة مرئية فالمعتبر فيها زوال العين الا أن يكون موسوسا فيقدر في حقه بالثلاث وقيل بالسبع وقيل يقدر في الاحليل بالثلاث وفي المقعدة بالخمس وقيل بالتسع وقيل بالعشر ويفعل ذلك بعد الاستبراء بالمشي أو بالتنحنح أو النوم على شقه الايسر ولو خرج دبره وهو صائم غسله لا يقوم حتى ينشفه بخرقة قبل رده والمرأة في ذلك كالرجل وقيل تستنجي برؤس أصابعها لانها تحتاج الى تطهير فرجها الخارج وقيل يكفيها غسله براحتها وقيل بعرض أصابعها لانها إذا أدخلت الاصابع يخشى عليها أن تجنب بسبب ما يحصل لها من اللذة والعذراء لا تستنجي بأصابعها خوفا من زوال العذرة قال رحمه الله (ويجب ان جاوز النجس المخرج) أي يجب الاستنجاء بالماء اذا جاوزت النجاسة المخرج لان ما على المخرج من النجاسة انما اكتفي فيه بغير الماء للضرورة ولا ضرورة في المجاوز فيجب غسله وكذا اذا لم يجاوز وكان جنبا يجب الاستنجاء بالماء لوجوب غسل المقعدة لاجل الجنابة وكذا الحائض والنفساء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويعتبر القدر المانع وراء موضع الاستنجاء) أي المعتبر في منع الصلاة ما جاوز المخرج من النجاسة حتى اذا كان المجاوز عن المخرج قدر الدرهم ومع الذي في المخرج يزيد عليه لا يمنع الصلاة ولا يجب غسله لان ما على المخرج ساقط العبرة ولهذا لا يكره تركه ولا يضم الى ما في جسده من النجاسة فبقيت العبرة للمجاوز فقط فان كان أكثر من قدر الدرهم منع والا فلا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد يعتبر مع موضع الاستنجاء حتى اذا كان المجموع أكثر من قدر الدرهم منع عنده ووجب غسله وكذا يضم ما في المخرج الى ما في جسده من النجاسة عنده فحاصله أن المخرج كالباطن عندهما حتى لا يعتبر ما فيه من النجاسة أصلا وعنده كالخارج واختلفوا فيما اذا كانت مقعدته كبيرة وكان فيها نجاسة أكثر من قدر الدرهم ولم تتجاوز من المخرج فقال الفقيه أبو بكر لا يجزيه الاستنجاء بالاحجار وعن ابن شجاع يجزيه ومثله عن الطحاوي فهذا أشبه بقولهما وبه نأخذ وفي الاول بقول محمد وذكر في الغاية معزيا الى القنية أنه اذا أصاب موضع الاستنجاء نجاسة من الخارج أكثر من قدر الدرهم يطهر بالحجر وقيل الصحيح أنه لا يطهر الا بالغسل قال رحمه الله (لا بعظم وروث وطعام ويمين) أي لا يستنجي بهذه الاشياء لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الاستنجاء بعظم وروث ويمينه وقال في العظم لا تستنجوا به فانه طعام إخوانكم يعني الجن وطعامنا أولى ان لا يستنجى به ولان في الاستنجاء بالطعام اضاعة المال وقد نهي عنه عليه الصلاة والسلام وقال في الغاية يكره الاستنجاء بعشرة أشياء العظم والرجيع والروث والطعام واللحم والزجاج والورق والخزف وورق الشجر والشعر والله أعلم

(كتاب الصلاة)

الصلاة في اللغة العالية الدعاء قال الله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم أي ادع لهم وانما عدي بعلى باعتبار لفظ الصلاة وقال الاعشى

تقول بنتي وقد قربت مرتحلا * يا رب جنب أبي الاوصاب والوجعا
عليك مثل الذي صليت فاغتمضي * نوما فان لجنب المرء مضطجعا

وفي الشريعة عبارة عن الافعال المخصوصة المعهودة وفيها زيادة مع بقاء معنى اللغة فيكون تغييرا لا نقلا

بالماء على سبعة أوجه في وجهين فرض في الغسل عن الجنابة وفيما زاد على قدر الدرهم وفي قدر الدرهم واجب وفيما دونه سنة وفيما لم يجاوز المخرج والاحليل يستحب وفي البعر أدب وفي الريح بدعة اه كاكي قال الشيخ باكير رحمه الله ولا يستنجي بالخرقة والقطن ونحوهما لانه يورث الفقر بالحديث ومقطوع اليسرى يستنجي باليمين ان قدر ومقطوع اليدين يمسح ذراعيه مع المرفقين ويصلي ولا يمس فرجه في الاستنجاء الا من يحل له وطؤها (قوله وفي الاول بقول محمد) وهو ما اذا كانت مقعدته صغيرة (قوله وقيل الصحيح انه لا يطهر الا بالغسل) قال في الظهيرية وقيل الصحيح انه لا يطهر الا بالغسل اه (قوله في المتن لا بعظم وروث) لانه نجس اه ولوالجي (قوله وطعام ويمين) للنهي عنه اه

(كتاب الصلاة)

(قوله العالية) أي المشهورة (قوله وقال الاعشى) وفي السراج الوهاج لبيد بدل الاعشى قال نجم الدين النسفي هذا رجل أراد أن يسافر وقد قرب مرتحله بفتح الحاء أي راحلته وهي مركبه التي يضع عليها رحله وركبه فدعت ابنته له والمضطجع بفتح الجيم موضع الاضطجاع وقال الحدادي معناه أنها دعت له عند حضور وفاته بالعافية ومعنى قوله قربت مرتحلا أي ارتحالا الى القبر اه (قوله صليت) أي دعوت لابيك اه (قوله فاغتمضي) أي أغمضي عينك لاجل النوم

على ما قالوا وقال فى الغاية الظاهر انها منقولة لوجودها بدونه فى الاى قال رحمه الله (وقت الفجر من الصبح الصادق الى طلوع الشمس) لما روى أن جبريل عليه السلام أمّ رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها حين طلع الفجر فى اليوم الاول وفى اليوم الثانى حين أسفر جدّا وكادت الشمس تطلع ثم قال فى آخر الحديث ما بين هذين الوقتين وقت لك ولأمتك وسمى الفجر الثانى صادقا لانه صدق عن الصبح و بينه وسمى الاول كاذبا لانه يضىء ثم يسود و يذهب النور و يعقبه الظلام فكأنه كاذب قال عليه الصلاة والسلام لا يغرنكم أذان بلال ولا الفجر المستطيل انما الفجر المستطير فى الافق أى المنتشر فيه وقد اجتمعت الامة على ان أوله الصبح الصادق وآخره حين تطلع الشمس قال رحمه الله (والظهر من الزوال الى بلوغ الظل مثليه سوى الفىء) أما أوله فلقوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس أى لزوالها وعليه الاجماع وأما آخره فالمذكور هنا قول أبى حنيفة فى رواية محمد عنه وقالا آخره اذا صار ظل كل شىء مثله وهو رواية الحسن عنه وفى رواية أسد بن عمرو عنه اذا صار ظل كل شىء مثله خرج وقت الظهر ولا يدخل وقت العصر حتى يصير ظل كل شىء مثليه ذكره فى الغاية وعزاه الى البدائع والمحيط والمفيد والتحفة والاسبيجابى وقال فى المبسوط جعل رواية الحسن عن أبى حنيفة رواية محمد عنه وجعل المثلين رواية أبى يوسف عنه وجعل المهمل رواية الحسن عنه وهذا لا يضر لانه ممكن لان رواية أحدهم عنه لا تنفى رواية غيره عنه لهما امامة جبريل عليه الصلاة والسلام أنه صلى العصر بالنبى عليه الصلاة والسلام فى اليوم الاول فى هذا الوقت ولو كان الظهر باقيا لما صلى فيه ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم رواه الجماعة بمعناه وأشد الحر فى ديارهم فى هذا الوقت وقوله عليه الصلاة والسلام مثلكم ومثل أهل الكتابين كمثل رجل استأجر أجيرا فقال من يعمل لى من غدوة الى نصف النهار على قيراط فعملت اليهود ثم قال من يعمل لى من نصف النهار الى صلاة العصر على قيراط فعملت النصارى ثم قال من يعمل لى من العصر الى غروب الشمس على قيراطين فانتم هم فغضبت اليهود والنصارى وقالوا كنا أكثر عملا وأقل عطاء الحديث رواه البخارى ومسلم ومن الزوال الى أن يصير ظل كل شىء مثله مثل بقية النهار الى الغروب فلم تكن النصارى أكثر عملا على قولهما اذا لم يكن الوقت أطول ولا يقال من وقت الزوال الى أن يصير ظل كل شىء مثله أكثر من ثلاث ساعات ومن وقت المثل الى الغروب أقل من ثلاث ساعات فقد وجد كثرة العمل لطول الزمان لانا نقول هذا القدر اليسير من الوقت لا يعرفه الا الحساب ومراده عليه الصلاة والسلام تفاوت يظهر لكل أحد من أمته وما روياه منسوخ بما روى انه عليه الصلاة والسلام

(قوله فى المتن وقت الفجر من الصبح الصادق) ابتدأ ببيان وقت الفجر وكان الاولى أن يبدأ ببيان وقت الظهر لانها أول صلاة أمّ فيها جبريل عليه السلام الا أن وقت الفجر وقت ما اختلف فى أوله وآخره اه كاكى (قوله أمّ رسول الله صلى الله عليه وسلم) وتعلق الشافعية فى صحة امامة المتنفل للمفترض بهذا الحديث قالوا ان جبريل كان متنفلا معلما والنبى صلى الله عليه وسلم مفترض قلنا هذه دعوى فمن أين لهم أنه كان متنفلا أو مفترضا أما كونه معلما فبين وان قالوا لا تكليف على ملائكة هذه الشريعة وانما هو على الجن والانس قلنا هذا لا يعلم عقلا وانما علم بالشرع وجبريل مأمور بالامامة بالنبى صلى الله عليه وسلم ولم يؤمر غيره من الملائكة بذلك فكما خص بالامامة جاز أن يخص بالفريضة اه غاية (قوله وسمى الاول كاذبا) والعرب تشبهه بذنب السرحان لمعنيين أحدهما طوله والثانى ان ضوءه يكون فى الاعلى دون الاسفل كما ان الذئب يكثر شعر ذنبه فى أعلاه لا فى أسفله اه غاية (قوله ما بين هذين الوقتين الى آخره) فان قيل قوله ما بين هذين وقت لك ولامتك يقتضى أن لا يكون الاول والآخر وقتا لتلك الفريضة قلنا وجد البيان فى حق الاول والآخر بالفعل فانه عليه السلام صلى فى أوله وآخره وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان للصلاة أولا وآخرا وان أول وقت الفجر حين يطلع الفجر وآخره حين تطلع الشمس وفيه بيان فى حقهما ولان إمامة جبريل عليه السلام لم تكن لنفى ما وراء وقت الامامة عن وقت الصلاة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أمّ فى اليوم الثانى حين أسفر جدا والوقت يبقى بعده الى طلوع الشمس وصلى العشاء حين ذهب (٢) الليل والوقت يبقى بعده الى طلوع الفجر وهذا جواب أبى حنيفة عن احتجاجهما بامامة جبريل عليه السلام فى اليوم الثانى حين صار ظل كل شىء مثله كذا فى المبسوط أو نقول هذا بيان للوقت المستحب اذ الاداء فى أول الوقت مما يتعسر على الناس فيؤدى الى تقليل الجماعة وفى التأخير الى آخر الوقت خشية الفوات فكان المستحب ما بينهما مع قوله عليه الصلاة والسلام خير الامور أوساطها اه كاكى (قوله فى المتن والظهر) أى بالجر عطفا على الفجر اه ع (قوله فى المتن مثليه) وانتصابه بالمصدر المضاف الى فاعله اه ع (قوله فى المتن الى بلوغ الظل) أى ظل كل شىء اه ع (قوله وهو رواية الحسن عنه) وهو قول زفر والشافعى والثورى وأحمد واختاره الطحاوى وحكى عن مالك مثله اه كاكى (قوله فى هذا الوقت) أى وقت كون ظل كل شىء مثله (قوله من فيح جهنم) فيح جهنم شدة حرها اه كاكى (قوله وأشد الحر فى ديارهم فى هذا الوقت) يعنى اذا صار ظل كل شىء مثله (قوله الى غروب الشمس على قيراطين) انما كان من العصر الى المغرب قيراطان لان ذلك الوقت زمن اقامة آدم فى الجنة ذكره الحاكم (قوله ولا يقال) أى فى التوفيق بين الروايتين

صلى به جبريل عليهما السلام فى ذلك الوقت الظهر فى اليوم الثانى ولا يقال يتداخل الظهر والعصر فيه الى أن يصير الظل مثلين لانا نقول لا تداخل وقتا صلاة لقوله عليه الصلاة والسلام لا يدخل وقت صلاة حتى يخرج وقت صلاة أخرى ثم قال أبو حنيفة فى معرفة الزوال ما دام القرص فى كبد السماء فانه لم يزل فان انحط يسيرا فقد زال وعن محمد أنه يقوم الرجل مستقبل القبلة فاذا زالت الشمس عن يساره فهو الزوال وأحسن ما قيل فى معرفة الزوال ما قاله صاحب المحيط والخبازى وهو أن يغرز خشبة مستوية فى أرض مستوية قبل الزوال فما دام ظل العود على النقصان فهى على الصعود لم تزل الشمس فاذا وقف ولم ينقص ولم يزد فهو قيام الظهيرة فاذا أخذ فى الزيادة فقد زالت الشمس فخط على رأس موضع الزيادة خطا فيكون من رأس الخط الى العود فىء الزوال فاذا صار ظل العود مثلى العود من رأس الخط لا من موضع غرز العود خرج وقت الظهر ودخل وقت العصر وفى بعض نسخ المبسوط قال فىء الزوال هو الظل الذى يكون للاشياء وقت الظهيرة وفيه نظر لان الظل لا يسمى فيأ الا بعد الزوال وقوله سوى الفىء أى سوى فىء الزوال فالالف واللام بدل عن الاضافة قال رحمه الله (والعصر منه الى الغروب) أى وقت العصر من وقت صار ظل كل شىء مثليه الى غروب الشمس أما أوله فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وعندهما اذا صار ظل كل شىء مثله دخل وقت العصر وهو مبنى على خروج وقت الظهر على القولين وأما آخره فالمشهور ما ذكرهنا وقال الحسن بن زياد اذا اصفرت الشمس خرج وقت العصر لقوله عليه الصلاة والسلام وقت صلاة العصر ما لم تصفر الشمس رواه مسلم وغيره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر رواه البخارى ومسلم وما رواه محمول على أنه وقت الاختيار أو هو منسوخ بما روينا قال رحمه الله (والمغرب منه الى غروب الشفق) أى وقت المغرب من وقت غروب الشمس الى غروب الشفق لقوله عليه الصلاة والسلام وقت صلاة المغرب ما لم يسقط نور الشفق رواه مسلم وغيره وقال سلمة بن الاكوع كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى المغرب اذا غربت الشمس وتوارت بالحجاب رواه أبو داود وغيره وعن أبى موسى انه عليه الصلاة والسلام أخر المغرب حتى كان عند سقوط الشفق رواه مسلم وغيره وهو حجة على الشافعى فى تقديره فى الجديد بمضى قدر وضوء وستر عورة وأذان واقامة وخمس ركعات ولا يعارضه امامة جبريل عليه السلام انه صلاها فى اليومين فى وقت واحد لان القول مقدم على الفعل أو يكون معناه بدأ بها فى اليوم الثانى حين غربت الشمس ولم يذكر وقت الفراغ فيحتمل أن يكون الفراغ عند مغيب الشفق ويكون قول جبريل عليه السلام ما بين هذين وقت لك ولامتك اشارة الى ابتداء الفعل فى اليوم الاول والى انتهائه فى اليوم الثانى ويؤيد هذا المعنى ما رواه أبو موسى انه عليه الصلاة والسلام أتاه رجل فسأله عن مواقيت الصلاة فى حديث فيه طول وذكر فيه انه عليه الصلاة والسلام صلى بهم الصلوات الخمس فى يومين وأخر المغرب فى اليوم الثانى حتى كان عند سقوط الشفق ثم ذكر فى آخره أنه عليه الصلاة والسلام دعا السائل ثم قال الوقت ما بين هذين رواه مسلم وأحمد وغيرهما ويجوز أن يكون حديث جبريل منسوخا بما رويناه لانه متأخر وحديث جبريل عليه السلام متقدم أو يحمل انه لم يؤخر احترازا عن الكراهية قال رحمه الله (وهو البياض) أى الشفق هو البياض وهذا عند أبى حنيفة وهو قول أبى بكر الصديق وأنس ومعاذ بن جبل وعائشة ورواية عن ابن عباس رضى الله عنهم وبه قال عمر بن عبد العزيز وكثير من السلف واختاره المبرد وثعلب اللغويان وقال أبو يوسف ومحمد ومن قال بقولهما الشفق الحمرة لانها المتفاهم عند أهل اللغة نقل ذلك عن الخليل والفراء والازهرى

(قوله وهو أن يغرز خشبة مستوية الى آخره) هذا التفسير عزاه فى الغاية الى محمد بن شجاع قال الرازى والزوال ظهور زيادة الظل لكل شخص فى جانب المشرق اه ثم اعلم أن لكل شىء ظلا وقت الزوال الا بمكة والمدينة وصنعاء اليمن فى أطول أيام السنة فان الشمس فيها تأخذ الحيطان الاربعة اه كاكى (قوله وفيه نظر) أى فى تفسير الفىء بالظل (قوله لا يسمى فيأ الا بعد الزوال) لانه من فاء أى رجع والفىء الرجوع اه غاية (قوله فى المتن والعصر) ذهب أصحابنا الى أن الصلاة الوسطى هى صلاة العصر فيما نقله عنهم الحافظ أبو جعفر الطحاوى فى شرح الآثار والشيخ صدر الدين الاخلاطى فى شرح كتاب مسلم وصاحب اللباب وذكر فى شرح كشف المغطى فيها سبعة عشر قولا وسميت العصر الوسطى لانها بين صلاتين من صلاة النهار وصلاتين من صلاة الليل اه سروجى ملخصا (قوله صلاها فى اليومين فى وقت واحد) أى لو كان وقت المغرب ممتدا كما قال أصحابنا لاتم جبريل به صلى الله عليه وسلم فى أول الوقت فى اليوم الاول وفى آخره فى اليوم الثانى بيانا للاول وآخره ولما صلى به فى اليومين فى وقت واحد علم أنه غير ممتد فيكون هذا الحديث معارضا لحديث أبى موسى فلا يتمسك به قلنا الحديث الاول قول فيقدم اه (قوله فى وقت واحد) محمول على أول الوقت فقط أى أول الوقت فى اليومين كان واحدا ولا يلزم منه اتحاد آخره اه (قوله الشفق وهو البياض) أى الباقى فى الافق بعد غيبوبة الحمرة اه باكير (قوله عند أبى حنيفة) وعند زفر أيضا اه ع (قوله ومن قال بقولهما الشفق الحمرة) وبه قال الثلاثة وهى رواية عن أبى حنيفة وعليها الفتوى اه عينى رحمه الله

وهو مذهب عمر وابنه وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وقال الفراء تقول العرب على فلان ثوب مصبوغ كأنه الشفق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام وآخر وقت المغرب اذا اسود الافق ولان الشفق من الرقة ومنه شفقة القلب وهي رقته ويقال ثوب شفيق اذا كان رقيقا وهو بالبياض أليق لانه أرق من الحمرة واليه أشار عليه الصلاة والسلام بقوله وقت صلاة المغرب ما لم يسقط نور الشفق اذ النور يطلق على البياض والحديث صحيح رواه مسلم ولان العشاء تقع بعض الليل فلا تدخل ما دام البياض باقيا لانه أثر النهار ولهذا يخرج بطلوع البياض المعترض من الفجر ولان فيه اختلافا بين الصحابة وكذا بين أهل اللغة فلا تخرج المغرب بالشك وكذا لا تدخل العشاء بالشك وما روي عن الخليل انه قال راعيت البياض بمكة شرفها الله تعالى ليلة فما ذهب الا بعد نصف الليل محمول على بياض الجو وذلك يغيب آخر الليل وأما بياض الشفق وهو رقيق الحمرة فلا يتأخر عنها الا قليلا قدر ما يتأخر طلوع الحمرة عن البياض في الفجر قال رحمه الله (والعشاء والوتر منه الى الصبح) أي وقت العشاء والوتر من غروب الشفق الى طلوع الفجر أما أوله فقد أجمعوا أنه يدخل بمغيب الشفق على اختلافهم في الشفق وأما آخره فلاجماع السلف أنه يبقى الى طلوع الفجر ألا ترى أن الحائض اذا طهرت بالليل قبل طلوع الفجر يجب عليها قضاء العشاء بالاجماع فلولا أن الوقت باق لما وجب عليها وجعل في المختصر وقت العشاء والوتر واحدا وهو قول أبي حنيفة وعندهما يدخل وقته بعد ما صلى العشاء وهذا الخلاف مبني على ان الوتر فرض عنده وعندهما سنة على ما سيجيء بيانه قال رحمه الله (ولا يقدم على العشاء للترتيب) أي لا يقدم الوتر على العشاء لاجل وجوب الترتيب لا لان وقت الوتر لم يدخل حتى لو نسي العشاء وصلى الوتر جاز لسقوط الترتيب به وهذا عند أبي حنيفة لانه فرض عنده فصارا كفرضين اجتمعا في وقت واحد كالقضاءين أو القضاء والاداء وعندهما لا يجوز لان الوتر سنة العشاء فيكون تبعا لها فلا يدخل وقته حتى يصلي العشاء كسنة العشاء لا يعتد بها قبل أداء العشاء لعدم دخول وقتها لا للترتيب وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما أنه لو صلى الوتر قبل العشاء ناسيا أو صلاهما وظهر فساد العشاء دون الوتر فانه يصح الوتر ويعيد العشاء وحدها عنده لان الترتيب يسقط بمثل هذا العذر وعندهما يعيد الوتر أيضا لانه تبع لها فلا يصح قبلها والثاني أن الترتيب واجب بينه وبين غيره من الفرائض حتى لا تجوز صلاة الفجر ما لم يصل الوتر عنده وعندهما تجوز لانه لا ترتيب بين الفرائض والسنن قال رحمه الله (ومن لم يجد وقتهما لم يجبا) أي من لم يجد وقت العشاء والوتر بأن كان في بلد يطلع الفجر فيه كما تغرب الشمس أو قبل أن يغيب الشفق لم يجبا عليه لعدم السبب وهو الوقت وذكر المرغيناني أن الشيخ برهان الدين الكبير أفتى بأن عليه صلاة العشاء ثم انه لا ينوي القضاء في الصحيح لفقد وقت الاداء وفيه نظر لان الوجوب بدون السبب لا يعقل وكذا اذا لم ينو القضاء يكون أداء ضرورة وهو فرض الوقت ولم يقل به أحد

(قوله ولهذا يخرج) أي لكونه من أثر النهار (قوله فلاجماع السلف الى آخره) وحديث أبي هريرة أنه صلى الله عليه وسلم قال وآخر وقت العشاء حين يطلع الفجر اهـ اتقاني (قوله في المتن ولا يقدم على العشاء للترتيب) المأمور به في الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى زادكم صلاة الى صلاتكم ألا وهي الوتر فصلوها ما بين العشاء الى طلوع الفجر اهـ غاية (قوله بأن كان في بلد يطلع الفجر فيه الى آخره) قال العيني رحمه الله وذكر أن بعض أهل بلغار لا يجدون في كل سنة وقت العشاء أربعين ليلة فان الشمس كما تغرب من ناحية المغرب يظهر الفجر من المشرق اهـ (قوله أفتى بأن عليه صلاة العشاء الى آخره) وردت هذه الفتوى من بلغار على شمس الائمة الحلواني فأفتى بقضاء العشاء ثم وردت بخوارزم على الشيخ الكبير سيف السنة البقالي فأفتى بعدم الوجوب فبلغ جوابه الحلواني فأرسل من يسأله في عامته بجامع خوارزم ما تقول فيمن أسقط من الصلوات الخمس واحدة هل يكفر فأحس به الشيخ فقال ما تقول فيمن قطع يداه من المرفقين أو رجلاه من الكعبين كم فرائض وضوئه قال ثلاث لفوات محل الرابع قال وكذلك الصلاة الخامسة فبلغ الحلواني جوابه فاستحسنه ووافقه فيه اهـ مجتبى قال العلامة كمال الدين رحمه الله تعالى ولا يرتاب متأمل في ثبوت الفرق بين عدم محل الفرض وبين سببه الجعلي الذي جعل علامة على الوجوب الخفي الثابت في نفس الامر وجواز تعدد المعرفات للشيء فانتفاء الوقت انتفاء المعرف وانتفاء الدليل على الشيء لا يستلزم انتفاءه لجواز دليل آخر وقد وجد وهو ما تواطأت عليه أخبار الاسراء من فرض الله الصلاة خمسا بعدما أمروا أولا بخمسين ثم استقر الامر على الخمس شرعا عاما لاهل الآفاق لا تفصيل فيه بين أهل قطر وقطر وما روى ذكر الدجال رسول الله صلى الله عليه وسلم قلنا ما لبثه في الارض قال أربعون يوما يوم كسنة ويوم كشهر ويوم كجمعة وسائر أيامه كأيامكم فقيل يا رسول الله فذلك اليوم الذي كسنة أيكفينا فيه صلاة يوم قال لا اقدروا له رواه مسلم فقد أوجب فيه ثلثمائة عصر قبل صيرورة الظل مثلا أو مثلين وقس عليه فاستفدنا ان الواجب في نفس الامر خمس على العموم غير ان توزيعها على تلك الاوقات عند وجودها فلا يسقط بعدمها الوجوب وكذا قال صلى الله عليه وسلم خمس صلوات كتبهن الله على العباد ومن أفتى بوجوب العشاء يجب على قوله الوتر اهـ (قوله يكون أداء ضرورة) أي لعدم الواسطة بين الاداء والقضاء اهـ

اذلا يبقى وقت العشاء بعد طلوع الفجر اجماعا وقوله ومن لم يجد وقتهما لم يجبا أي لم يجبا عليه فحذف العائد على من وهو لا يسوغ حذفه في مثله سواء كانت من موصولة أو شرطية أما اذا كانت موصولة فلانها مبتدأ ومابعدها صلتها ولم يجبا خبر المبتدا والخبر متى كان جملة لابد من ضمير يعود على المبتدا ولا يجوز حذفه الا اذا كان منصوبا في الشعر كقوله * وخالد يحمد ساداتنا * أي يحمده أو كان مجرورا بشرط ان لا يؤدي الى تهيئة العامل للعمل وقطعه عنه كقولهم السمن منوان بدرهم أي منه وأما اذا أتى فلا يسوغ حذفه لا يقال زيد مررت وهذا منه وأما اذا كانت شرطية فلان اسم الشرط أو ما أضيف اليه لابد في الجملة الواقعة جوابا له من ضمير عائد عليه فتقول من يقم أقم معه وغلام من تكرم أكرمه ولا يجوز من يقم أقم ولا غلام من تكرم أكرم فكذا هذا قال رحمه الله (وندب تأخير الفجر) أي يستحب تأخير الفجر ولا يؤخرها بحيث يقع الشك في طلوع الشمس بل يسفر بها بحيث لو ظهر فساد صلاته يمكنه أن يعيدها في الوقت بقراءة مستحبة وقيل يؤخرها جدا لان الفساد موهوم فلا يترك المستحب لاجله وقال الشافعي الافضل التعجيل في كل صلاة لقول عائشة رضي الله عنها ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم ليصلي الصبح فينصرف النساء متلفعات بمروطهن لا يعرفن من الغلس رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة والسلام أول الوقت رضوان الله ووسطه رحمة الله وآخره عفو الله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أسفروا بالفجر فانه أعظم للاجر رواه الترمذي وغيره وقال حديث حسن صحيح وقال ابن مسعود ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي صلاة لغير ميقاتها الا صلاتين جمع بين العشاء والمغرب بجمع وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها بغلس رواه مسلم وعن أبي داود بن يزيد عن أبيه قال كان علي بن أبي طالب يصلي بنا الفجر ونحن نتراءى الشمس مخافة أن تكون قد طلعت رواه الطحاوي وذكر في الامام ولان في الاسفار تكثير الجماعة وتوسيع الحال على النائم والضعيف في ادراك فضل الجماعة ولا حجة له في حديث عائشة رضي الله عنها لان المراد بالغلس فيه غلس المسجد لانهم كانوا يصلون في مسجده عليه الصلاة والسلام ولم يكن فيه مصابيح وقت الصبح ألا ترى الى ما روي من أنه لم يعرف الرجل حليله ولو كان فيه مصابيح لعرف في نصف الليل والغلس في الابنية يستمر الى وقت الاسفار حتى يقال هذا بيت غلس بالنهار فاطلنك قبل طلوع الشمس ولا شك أن المرأة اذا تلفعت بمرطها لا تعرف في النهار فاطلنك قبل طلوع الشمس وعدم معرفتهن وبقاء الغلس في المسجد لا يدل على أنه عليه الصلاة والسلام صلاها في أول الوقت والذي يدلك على أن هذا هو غلس المسجد حديث ابن مسعود المتقدم فانه قال فيه وصلى الفجر يومئذ قبل ميقاتها بغلس ولو كان ذلك غير غلس المسجد لوقع التناقض بين الحديثين ولان ما رواه فعل وما رويناه قول والقول مقدم على الفعل ولانه يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك في بعض الاوقات اعلاما للجواز فلا يضرنا ذلك والحديث الثاني لم يصح لان فيه ابراهيم ابن زكريا وهو منكر الحديث عند أهل النقل ولئن صح فالمراد به الفضل لان العفو يراد به الفضل قال الله تعالى يسألونك ماذا ينفقون قل العفو أي الفضل على رأس المال وهو أليق هنا من معنى التجاوز لعدم الجناية لان التأخير مباح وفي الفضل رضوان فلا تنافي وحملهم الاسفار فيما رويناه على بيان طلوع الفجر وظهوره لا يستقيم لانه لا تجوز الصلاة قبل ذلك أصلا والحديث يقتضي الجواز مع زيادة الاجر بالاسفار ولا يقال بأنه يؤجر على نيته وان لم تصح صلاته فيكون أجر الاسفار بهذا الاعتبار أعظم لانا نقول انه عليه الصلاة والسلام رتب الاجر على الصلاة لا على النية فيكون أجر الاسفار أفضل مع اشتراكهما

(قوله بشرط ان لا يؤدي الى تهيئة العامل للعمل) ... (قوله وهذا منه) أي كلام المصنف (قوله أي يستحب تأخير الفجر) أي مطلقا سواء كان صيفا أو شتاء اه رازي (قوله يمكنه أن يعيدها) أي ويعيد الوضوء اه رازي (قوله ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم) هي مخففة من الثقيلة أي انه (قوله متلفعات بمروطهن) تلفعت المرأة بالثوب تسترت به والمرط كساء من صوف أو خز اه (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام أول الوقت رضوان الخ) وجه الاستدلال أن رضوان الله تعالى أحب من عفوه وسبب الاحب أفضل اه (قوله عفو الله) قال الشافعي الرضوان للمحسنين والعفو يشبه أن يكون للمقصرين اه كاكي (قوله أسفروا بالفجر الى آخره) والوجوب ليس بمراد بالاجماع به فيحمل على الندب اه رازي وأسفر الفجر أضاء وأسفروا به لتعديه أي أدخلوا صلاة الفجر في وقت الاسفار (قوله الا صلاتين الى آخره) المغرب والفجر ولم يرد به الجمع بين الظهر والعصر بعرفات اه (قوله قبل ميقاتها) ومعناه قبل وقتها المعتاد اذ غير جائز فعلها قبل طلوع الفجر ولا عند الشك في طلوعه ولا حال طلوعه اجماعا فدل على أن الصلاة في أول الوقت لم تكن معتادة له عليه الصلاة والسلام بل المعتاد تأخير الصبح وأنه عجل بها يومئذ قبل وقتها المعتاد اه غاية (قوله ولو كان ذلك) أي الغلس المذكور في حديث عائشة رضي الله عنها يدل على مداومته صلى الله عليه وسلم على الصلاة مع الغلس وحديث ابن مسعود رضي الله عنه يدل على عدم الصلاة مع الغلس الا يوما اه (قوله وحملهم الاسفار) أي في الحديث وهو وآخر الوقت عفو الله اه (قوله مع زيادة الاجر بالاسفار) قد يقال زيادة الاجر بالنسبة الى آخر الوقت لا بالنسبة الى ما قبل الوقت فلا يرد ما ذكره الشارح اه

اشترا كهما فى الجواز ويظهر ذلك بالتأمل فانه عليه الصلاة والسلام قال ذلك لتعظيم أجره لا لتجويز صلاته قال رحمه الله (وظهر الصيف) أى يستحب تأخير الظهر فى الصيف لحديث أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا كان الحر أبرد بالصلاة واذا كان البرد عجل رواه النسائى والبخارى بمعناه وعند الشافعى للابراد شروط أربعة أن يكون فى حر شديد وأن يكون فى بلاد حارة وأن يصلى فى جماعة وأن يقصدها الناس من بعيد والا فالتعجيل أفضل لحديث خباب أنه قال أتينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فشكونا اليه حر الرمضاء فلم يشكنا أى فلم يزل شكوانا ولنا ما روينا من حديث أنس وما رواه البخارى عن أبى ذر أنه قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فأراد المؤذن أن يؤذن للظهر فقال عليه الصلاة والسلام أبرد ثم أراد أن يؤذن فقال أبرد حتى رأينا فىء التلول فقال عليه الصلاة والسلام أبردوا بالظهر فان شدة الحر من فيح جهنم فاذا اشتد فأبردوا بالصلاة ولم يفصل فيكون حجة عليه وما رواه منسوخ بين البيهقى نسخه وهو ليس فيه دلالة أيضا على ما قال لان حر الرمضاء لا يزول الى أن يخرج وقت الظهر بل الى اصفرار الشمس فلذلك لم يعذرهم أو يحتمل قوله لم يشكنا يعنى أنه عليه الصلاة والسلام لم يحوجنا الى الشكوى بل أمرنا بالابراد قاله يحيى بن معين قال رحمه الله (والعصر ما لم تتغير) أى يستحب تأخير العصر ما لم تتغير الشمس وقال الشافعى الافضل تعجيلها لقول أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى العصر والشمس مرتفعة حية فيذهب الذاهب الى العوالى فيأتيهم والشمس مرتفعة رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وعن أنس صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم العصر فأتاه رجل من بنى سلمة فقال يا رسول الله انا نريد أن ننحر جزورا لنا ونحب أن تحضرها قال نعم فانطلق وانطلقنا معه فوجدنا الجزور لم تنحر فنحرت ثم قطعت ثم طبخ منها ثم أكلنا منها قبل أن تغيب الشمس رواه مسلم ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يؤخر العصر ما دامت الشمس بيضاء نقية رواه أبو داود وروى الدارقطنى عن رافع بن خديج مثله وقد اشتهرت الاخبار عنه عليه الصلاة والسلام وعن أصحابه من بعده بتأخير العصر ولان فى التأخير توسعة لوقت النوافل فيكون فيه تكثيرها فيندب وفى التعجيل قطعها لكراهية النفل بعدها فلا يستحب ولا حجة له فى حديث أنس فان الطحاوى وغيره قال أدنى العوالى ميلان أو ثلاثة فيمكن أن يصلى العصر فى وسط الوقت ويأتى العوالى والشمس مرتفعة كذا فى الغاية وكذا لا حجة له فى الثانى لانه قال صلى العصر ولم ينقل قال يستحب تعجيلها ونحن لا نمنع أنه عليه الصلاة والسلام صلاها فى أول الوقت لعذر أو ليعلم أن التقديم جائز ثم اختلفوا فى حد التغير قيل هو أن يتغير الشعاع على الحيطان وقيل أن تتغير الشمس بصفرة أو حمرة وقيل اذا بقى مقدار رمح لم تتغير ودونه قد تغيرت وقيل يوضع طست فى أرض مستوية فان ارتفعت الشمس على جوانبه فقد تغيرت وان وقعت فى جوفه لم تتغير وقيل ان كان يمكن النظر الى القرص من غير كلفة ومشقة فقد تغيرت والا فلا والصحيح أن يصير القرص بحال لا تحار فيه الاعين روى ذلك عن الشعبى قال رحمه الله (والعشاء الى الثلث) أى ندب تأخير العشاء الى ثلث الليل وهذا نص على أن التأخير اليه مستحب وفى مختصر القدورى ويستحب تأخير العشاء الى ما قبل ثلث الليل وهذا يشير الى أنه لا يستحب تأخيرها الى ثلث الليل وعند الشافعى يستحب تقديمها لحديث النعمان بن بشير أنه قال أنا أعلم الناس بوقت هذه الصلاة صلاة العشاء كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصليها حين يسقط القمر لثالثة ولان فى تأخيرها تعريضها للفوات فيكره ولنا حديث ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخر العشاء حتى ذهب من الليل ما شاء الله فقال له عمر يا رسول الله نام النساء والولدان فخرج فقال لولا أن أشق على أمتى لامرتهم أن يصلوا العشاء فى هذه الساعة رواه البخارى ومسلم وعن أبى هريرة كان عليه الصلاة والسلام يستحب تأخير العشاء رواه مسلم والبخارى وعن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام أخر العشاء حتى ذهب عامة الليل ونام أهل المسجد ثم خرج فصلى فقال انه لوقتها لولا أن أشق على أمتى وبما ذكروه

(قوله يستحب تأخير الظهر فى الصيف الى آخره) وفى المفيد والبدائع والتحفة المستحب هو آخر وقت الظهر فى الصيف اه سروجى (قوله أن يؤذن للظهر) أى يقيم اذ الاقامة تسمى أذانا (قوله فأبردوا بالصلاة) الباء للتعدية أى أدخلوا صلاة الظهر فى ساعة البرد اه (قوله ما لم تتغير الشمس) والتأخير اليه مكروه اه هداية وفى القنية هذه الكراهة كراهة التحريم اه قوله والتأخير اليه مكروه أى دون الاداء لانه مأمور به ولا يستقيم الكراهة للشئ مع الامر به اه رازى (قوله لا تحار فيه الاعين) أى ذهب ضوءها فلا يتحير فيه البصر كذا فى الدراية عن المغرب (قوله عن الشعبى) قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله أخذنا بقول الشعبى وهو اعتبار تغير القرص وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف فى النوادر لان تغير الضوء يحصل بعد الزوال اه كاكى (قوله مستحب وفى مختصر القدورى الى آخره) قال ابن فرشتا رحمه الله والتوفيق بأن يكون التأخير الى الثلث مستحبا فى الشتاء والى ما قبله فى الصيف لغلبة النوم فيه اه

هنا قوله عليه الصلاة والسلام لولا أن أشق على أمتي لأمرتهم أن يؤخروا العشاء الى ثلث الليل أو نصفه قال الترمذي حديث حسن صحيح وجه ما ذكره القدوري قول عائشة كانوا يصلون العتمة فيما بين أن يغيب الشفق الى ثلث الليل رواه البخاري وقد ورد في تأخير العشاء أخبار كثيرة صحاح ولو أوردناها لطال الكتاب وهو مذهب أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين ولا حجة له في حديث النعمان لانه قال كان يصليها حين يسقط القمر ليلة الثالث وهو ليس بأول الوقت وقوله في تأخيرها تعريضها للفوات قلنا الاصل عدم العارض والكلام فيما اذا أمن الفوات ولان في التأخير قطع السمر المنهي عنه على ما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يستحب أن تؤخر العشاء وكان يكره النوم قبلها والحديث بعدها رواه أحمد وأبو داود والترمذي وغيرهم وانما كره الحديث بعدها لانه ربما يؤدي الى سهر يفوت به الصبح أو لئلا يقع في كلامه لغو فلا ينبغي ختم اليقظة به أو لانه يفوت به قيام الليل لمن له به عادة وهذا اذا كان الحديث لغير حاجة وأما اذا كان لحاجة مهمة فلا بأس به وكذا قراءة القرآن والذكر وحكاية الصالحين ومذاكرة الفقه والحديث مع الضيف وعن عمر كان عليه الصلاة والسلام يسمر مع أبي بكر في أمر من أمور المسلمين وأنا معهما رواه الترمذي وقال الطحاوي انما كره النوم قبلها لمن خشي عليه فوت وقتها أو فوت الجماعة فيها وأما من وكل لنفسه من يوقظه في وقتها فيباح له النوم ثم قيل تأخيرها الى نصف الليل مباح والى ما بعده مكروه لما فيه من تقليل الجماعة وقيل تأخيرها الى ما بعد ثلث الليل مكروه وقيل يستحب تعجيل العشاء في الصيف لقصر الليالي فيغلب عليهم النوم فيؤدي الى تقليل الجماعة قال رحمه الله (والوتر الى آخر الليل لمن يثق بالانتباه) أي ندب تأخير الوتر الى آخر الليل انما كان يثق من نفسه أنه ينتبه ليصلي ليكون الوتر ختما لقيام الليل كله لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا آخر صلاتكم من الليل وترا رواه البخاري ومسلم وغيرهما فان لم يثق بالانتباه أوتر قبل النوم لحديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال أيكم خاف أن لا يقوم من آخر الليل فليوتر ثم ليرقد ومن وثق بقيام من آخر الليل فليوتر من آخره فان قراءة آخر الليل محضورة وذلك أفضل رواه مسلم وغيره وقال عليه الصلاة والسلام لابي بكر متى توتر قال أول الليل بعد العتمة فقال أخذت بالوثقى ثم قال لعمر متى توتر قال آخر الليل قال أخذت بالقوة رواه الطحاوي وروى أبو سليمان الخطابي أنه عليه الصلاة والسلام قال لابي بكر حذر هذا ولعمر قوي هذا قال رحمه الله (وتعجيل ظهر الشتاء) أي يستحب تعجيل الظهر في الشتاء لما روي عن أنس انه عليه الصلاة والسلام كان يصلي الظهر في أيام الشتاء وما ندري أما ذهب من النهار أكثر أو ما بقي منه رواه أحمد وقد تقدم من رواية أنس انه عليه الصلاة والسلام اذا كان البرد عجل وانما أخر المصنف رحمه الله ذكر تعجيل الظهر في الشتاء وكان من حقه أن يقدمه على العصر وكذا أخر تعجيل المغرب وكان من حقه أن يقدمه على العشاء لانه قصد بذلك أن يجعل ما يستحب تأخيره صنفا وما يستحب تقديمه صنفا فقدم ما يستحب تأخيره فلما فرغ منه شرع فيما يستحب تقديمه قال رحمه الله (والمغرب) أي ندب تعجيل المغرب لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان يصلي المغرب اذا غربت الشمس وتوارت بالحجاب رواه البخاري ومسلم وقال رافع بن خديج كنا نصلي المغرب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فينصرف أحدنا وانه ليبصر مواقع نبله رواه أحمد والبخاري ومسلم ويكره تأخيرها الى اشتباك النجوم لقوله عليه الصلاة والسلام لا تزال أمتي بخير ما لم يؤخروا المغرب حتى تشتبك النجوم رواه أحمد واشتبا كها كثرتها ولامامة جبريل عليه الصلاة والسلام أنه صلاها في اليومين في وقت واحد رواه أحمد وغيره ولولا أنه مكروه لصلاها في وقتين كما فعل في سائر الصلوات وكان عيسى بن أبان يقول تعجيلها أفضل ولا يكره تأخيرها ألا ترى أنها تؤخر لعذر السفر والمرض للجمع بينها وبين عشاء الاخيرة فعلا ولو كان مكروها لما أبيح له ذلك كما لا يباح له تأخير العصر الى تغير الشمس وكذا روي أنه عليه الصلاة والسلام صلاها عند مغيب الشفق على

ما بينا

(قوله قطع السمر) السمر المسامرة وهو الحديث بالليل وقد سمر يسمر فهو سامر اه مجمع (قوله فان قراءة آخر الليل محضورة) أي تحضرها الملائكة اه (قوله أما ذهب) الهمزة للاستفهام وما موصولة اه (قوله ندب تعجيل المغرب الى آخره) وهو بأن لا يفصل بين الاذان والاقامة الا بجلسة خفيفة أو سكتة على الخلاف الذي سيأتي وتأخيرها لصلاة ركعتين مكروه وهي خلافية وسنذكرها في النوافل قال في القنية الا أن يكون قليلا وما روي الاصحاب عن ابن عمر أنه أخرها حتى بدا نجم فأعتق رقبة يقتضي ان ذلك القليل الذي لا يتعلق به كراهة هو ما قبل ظهور النجم وفي المنية لا يكره في السفر وللمائدة أو كان يوم غيم وفي القنية لو أخرها بتطويل القراءة فيه خلاف وروى الحسن عن أبي حنيفة انه لا يكره ما لم يغب الشفق ولا يبعد دليل الكراهة التشبه باليهود اه (قوله وبين عشاء الاخيرة فعلا) بأن يصلي المغرب في آخر وقته وهو احتراز عن الجمع وقتا كما قاله الشافعي

ما بيناه وهو عندنا محمول على أنه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك لبيان امتداد الوقت قال رحمه الله (وما فيها عين يوم غيم) أي يستحب تعجيل كل صلاة في أولها عين يوم غيم وهي العصر والعشاء إلا في تأخير العصر احتمال وقوعها في الوقت المكروه وفي تأخير العشاء تقليل الجماعة على اعتبار المطر والطين لأنه يعتقله قال رحمه الله (ويؤخر غيره فيه) أي يؤخر غير ما في أوله عين في يوم الغيم وهي الفجر والظهر والمغرب لأن الفجر والظهر لا كراهة في وقتهما فلا يضر التأخير والمغرب يخاف وقوعها قبل الغروب لشدة الالتباس وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يستحب التأخير في الكل يوم الغيم لأن في التأخير ترددا بين الاداء والقضاء وفي التعجيل بين الصحة والفساد فكان التأخير أولى ۞ قال رحمه الله (ومنع عن الصلاة وسجدة التلاوة وصلاة الجنازة عند الطلوع والاستواء والغروب إلا عصر يومه) لقول عقبة بن عامر ثلاث أوقات نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نصلي فيها وأن نقبر فيها موتانا عند طلوع الشمس حتى ترتفع وعند زوالها حتى تزول وحين تضيف للغروب حتى تغرب رواه مسلم وغيره والمراد بقوله أن نقبر صلاة الجنازة إذ الدفن غير مكروه والمراد بسجدة التلاوة ما تلاها قبل هذه الأوقات لأنها وجبت كاملة فلا تتأدى بالناقص وأما إذا تلاها فيها جاز أداؤها فيها من غير كراهة لكن الأفضل تأخيرها ليؤديها في الوقت المستحب لأنها لا تفوت بالتأخير بخلاف العصر وكذا المراد بصلاة الجنازة ما حضرت قبل هذه الأوقات فإن حضرت فيها جازت من غير كراهة لأنها أديت كما وجبت إذ الوجوب بالحضور وهو أفضل والتأخير مكروه لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يؤخرن وذكر منها الجنازة وقوله إلا عصر يومه أي لا يمنع عصر يومه ولا يكره الاداء في وقت الغروب لأنه أداها

(قوله تردد بين القضاء والاداء) أي بالوقوع بعد خروج الوقت اهـ (قوله بين الصحة والفساد) أي بالوقوع قبل الوقت (قوله في المتن ومنع عن الصلاة) أي المكلف منع تحريم اهـ عيني قال في الهداية فصل في الأوقات التي تكره فيها الصلاة قال الكمال رحمه الله استعمل الكراهة هنا بالمعنى اللغوي فتشمل عدم الجواز وغيره مما هو مطلوب العدم أو هو بالمعنى العرفي والمراد كراهة التحريم لما عرف من النهي الظني الثبوت غير المصروف عن مقتضاه بقيد كراهة التحريم وإن كان قطعياً أفاد التحريم فالتحريم في مقابلة الفرض في الرتبة وكراهة التحريم في رتبة الواجب والتنزيه برتبة المندوب والنهي الوارد من الاول فكان الثابت به كراهة التحريم وهي في الصلاة إن كان النقصان في الوقت منعت أن يصح فيه ما تسبب عن وقت لا نقص فيه لا لأنها كراهة تحريم بل لعدم تأدي ما وجب كاملا ناقصا فلذا قال عقيب ترجمته بالكراهة لا تجوز الصلاة إلى آخره لكن إن أريد بعدم الجواز عدم الصحة والصلاة عام لم يصدق في كل صلاة لأنه لو شرع في نفل في الأوقات الثلاثة صح شروعه حتى وجب قضاؤه إذا قطعه خلافا لزفر ويجب قطعه وقضاؤه في غير وقت مكروه في ظاهر الرواية ولو أتمه خرج من عهدة ما لزمه بالشروع وفي المبسوط القطع أفضل والاول هو مقتضى الدليل وإن أريد بعدم الحل كان أعم من عدم الصحة فلا يستفاد منه خصوص ما هو حكم القضاء من عدم الصحة وهو مقصود الافادة والظاهر أن مقصوده الثاني وإنما استدل بحديث عقبة بن عامر الثابت في مسلم وغيره ثلاث ساعات كان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهانا أن نصلي فيهن أو نقبر فيهن موتانا حين تطلع الشمس بازغة حتى ترتفع وحين يقوم قائم الظهيرة حتى تميل الشمس وحين تضيف للغروب حتى تغرب وهو إنما يفيد عدم الحل في جنس الصلاة دون عدم الصحة في بعضها بخصوصه والمفيد لها إنما هو قوله صلى الله عليه وسلم إن الشمس تطلع بين قرني شيطان فإذا ارتفعت فارقها فإذا استوت قارنها فإذا زالت فارقها فإذا دنت للغروب قارنها فإذا غربت فارقها ونهى عن الصلاة في تلك الساعات رواه مالك في الموطا والنسائي فإنه أفاد كون المنع لما اتصل بالوقت مما يستلزم فعل الأركان فيه التشبه بعبادة الكفار وهذا المعنى نقصان الوقت وإلا فالوقت لا نقص فيه نفسه بل هو وقت كسائر الأوقات إنما النقص في الأركان فلا يتأدى بها ما وجب كاملا فخرج الجواب عما قيل لو ترك بعض الواجبات صحت الصلاة مع أنها ناقصة تأدى بها الكامل لأن ترك الواجبات لا يدخل النقص في الأركان التي هي المقومة الحقيقية بخلاف فعل الأركان في ذلك الوقت اهـ (قوله لقول عقبة بن عامر إلى آخره) رواية مسلم ثلاث ساعات وهو الذي يصلح لغة عربية لحذف التاء في ثلاث ولو كانت الرواية أوقات لقال ثلاثة اهـ (قوله وحين تضيف) أي تميل ومنه سمي الضيف ضيفا لإمالته إليك اهـ (قوله من غير كراهة) أي بل هو أفضل من تأخيرها اهـ نهاية عن التحفة (قوله في المتن إلا عصر يومه) فقد ذكر في كتب أصول الفقه أن الجزء المقارن للأداء سبب لوجوب الصلاة وآخر وقت العصر وقت ناقص إذ هو وقت عبادة الشمس فوجب ناقصا فإذا أداه أداه كما وجب فإذا اعترض الفساد بالغروب لا تفسد وفي الفجر كل وقته وقت كامل لأن الشمس لا تعبد قبل الطلوع فوجب كاملا فإذا اعترض الفساد بالطلوع يفسد لأنه لم يؤدها كما وجبت فإن قيل هذا تعليل في معرض النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الفجر قبل الطلوع فقد أدرك الفجر ومن أدرك ركعة من العصر قبل الغروب فقد أدرك العصر قلنا لما وقع التعارض بين هذا الحديث وبين النهي الوارد عن الصلاة في الأوقات الثلاثة رجعنا إلى القياس كما هو حكم التعارض والقياس رجح هذا الحديث في صلاة العصر وحديث النهي في صلاة الفجر وأما سائر الصلوات فلا يجوز في الأوقات الثلاث لحديث النهي فيها إذ لا معارض اهـ شرح وقاية

كما وجبت لان سبب الوجوب آخر الوقت ان لم يؤد قبله والا فالجزء المتصل بالاداء فأداها كما وجبت فلا يكره فعلها فيه وانما يكره تأخيرها اليه وهذا كالقضاء لا يكره فعله بعد ما خرج الوقت وانما يحرم تفويته فان قيل ينبغى أن يجوز بعد الاصفرار قضاء عصر أمس لان الوجوب لما كان فى آخر الوقت كان السبب ناقصا فاذا قضاها فى ذلك الوقت من اليوم الثانى فقد أداها كما وجبت قلنا اذا خرج الوقت يضاف الوجوب الى جميع الوقت اذ ليس بعض الوقت بالاضافة أولى من البعض بعد خروج الوقت وانما يضاف الوجوب الى الجزء الاخير ما دام الوقت باقيا وجميعه ليس بمكروه فلا يكون فيه ناقصا فان قيل فعلى هذا لو أسلم الكافر بعد الاصفرار ولم يصل حتى خرج الوقت وجب أن يجوز قضاؤه بعد الاصفرار من اليوم الثانى لاستحالة اضافة الوجوب الى جميع الوقت فى حقه قلنا قال البزدوى لا رواية فى هذه المسئلة فينبغى أن يجوز لانه أداها كما وجبت وقال شمس الائمة لا يجوز لانه لما مضى الوقت صارت دينا فى ذمته بصفة الكمال لان النقص كان بسبب الوقت وقد زال فيرتفع النقصان ويثبت كاملة اذ الوجوب فى الذمة ولا نقص فيها بخلاف سجدة التلاوة اذا تلاها فى الوقت المكروه ولم يؤدها فيه حتى دخل وقت آخر مكروه مثله أو دخل فى صلاة التطوع فيه فأفسده ثم قضاه فى وقت آخر مثله حيث يجوز والفرق أن سجدة التلاوة ليست بقضاء فى الحقيقة لانها واجبة عليه بالتلاوة من غير تعيين الزمان لها ثم مع هذا لو أداها فى وقت القراءة جازت فكذا فى وقت آخر مثله لاستوائهما فى هذا المعنى وكذا الذى شرع فيه ثم أفسده ليس بواجب عليه الا الصيانة لما مضى والصيانة تحصل بالاداء فى مثله ولانه ليس له سبب كامل قبل الشروع حتى يضاف الوجوب اليه فيكون القضاء فيه كالمضى فى وقت الشروع ولو نذر أن يصلى فى الوقت المكروه جاز له الاداء فيه والافضل أن يصليه فى غيره وكذا لو شرع فى الوقت المكروه فى الصلاة ومضى فيها جاز والافضل أن يقطعها ويؤديها فى وقت آخر غير مكروه ثم لا يجوز جنس الصلاة فى هذه الاوقات عندنا الا ما وجب ناقصا فأداه كما وجب عليه على ما بينا وقال الشافعى يجوز أن يصلى فيها كل ما له سبب كالفرائض والسنن الرواتب وتحية المسجد وما أشبه ذلك ويجوز بمكة مطلقا لحديث أبى ذر أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يصلين أحد بعد الصبح الى طلوع الشمس ولا بعد العصر حتى تغرب الشمس الا بمكة ولقوله عليه الصلاة والسلام يا بنى عبد مناف لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى فى أى ساعة شاء من ليل أو نهار ولنا حديث عقبة المتقدم وحديث ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا طلعت الشمس فأمسك عن الصلاة فانها تطلع بين قرنى الشيطان رواه مسلم وفى حديث عمرو بن عبسة فأقصر عنها فانها تخرج من بين قرنى الشيطان رواه مسلم وغيره ولان الكراهة لمعنى فى الوقت فتعم الجميع بخلاف سائر الاوقات المكروهة على ما يأتى بيانه من قريب ان شاء الله تعالى وما رووا من الحديث الاول ضعفه يحيى بن معين وغيره والثانى ضعفه أبو بكر بن العربى فلا يعارض الصحاح المشاهير قال رحمه الله (وعن التنفل بعد صلاة الفجر والعصر لا عن قضاء فائتة وسجدة تلاوة وصلاة جنازة) أى نهى عن التنفل فى هذين الوقتين ولم يمنع عن أداء الواجبات التى ذكرها وفيه خلاف الشافعى فى نفل له سبب على ما تقدم من مذهبه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بعد العصر حتى تغرب الشمس ولا صلاة بعد صلاة الفجر حتى تطلع الشمس رواه البخارى ومسلم والنهى لمعنى

(قوله يضاف الوجوب الى آخره) فان قيل لو أضيف الوجوب الى جميع الوقت بعد خروجه وبعضه ناقص فى العصر يكون الواجب ناقصا فينبغى أن يجوز قضاؤه فى وقت مثله قلنا السبب كامل من وجه ناقص من وجه والواجب كذلك فلا يتأدى فى الوقت الناقص من كل وجه كذا ذكره القاضى الغنى الا أن هذا يقتضى أن لو قضى العصر فى اليوم الثانى فوقع آخره فى الوقت الناقص كان جائزا وليس كذلك ذكره القاضى الامام فى شرح الجامع وقيل فى الجواب ان الوقت الكامل أكثر من الناقص فكان الكل كاملا تغليبا اه جامع الاسرار (قوله كما وجبت) كالمنذورة فيه وسجدة التلاوة اه غاية (قوله لاستوائهما فى هذا المعنى) أى وهو الوجوب بالتلاوة اه (قوله ولانه ليس له سبب) أى اذ لا دخل للوقت فى وجوبه فلا يعتبر كماله ونقصانه اه (قوله ثم لا يجوز جنس الصلاة الى آخره) الحاصل أن الاصل المذكور فيما يكون الوجوب مطلقا لا ضروريا ويكون مضافا الى سبب كامل والشروع سبب ناقص لانه يقتضى الوجوب لغيره لا قصدا ولهذا كان دون النذر فلا فرق فى النفل بين أدائه وقضائه فيجوز القضاء فى كل وقت وحال يجوز فيه الاداء لحصول المقصود وهو الصيانة وقولهم ما وجب كاملا لا يؤدى ناقصا فى غير النفل لانه باب واسع مبناه على المسامحة فيحتمل فيه ما لا يحتمل فى غيره ولان الشارع فى النفل لا يجب عليه الا صيانة عمله من البطلان بأى وجه كان لا كمالها ف واذا أتى بما يحصل به الصيانة ولو ناقصا خرج من عهدة الواجب فيصح (قوله وما أشبه ذلك) أى كركعتى الوضوء (قوله وفى حديث عمرو) كنيته أبو نجيح (قوله ولم يمنع عن أداء الواجبات الى آخره) وفى المجتبى الاصل أن ما يتوقف وجوبه على فعله كالمنذور وقضاء التطوع الذى أفسده وركعتى الطواف وسجدة السهو ونحوها لا يجوز وما لا يتوقف عليه كسجدة التلاوة وصلاة الجنازة يجوز اه

في غير الوقت وهو جعل الوقت كالمشغول فيه بفرض الوقت حكما وهو أفضل من النفل الحقيقي فلا يظهر في حق فرض آخر مثله وهو ما ذكره والذي يدل على أن النهي لمعنى في غيره أنه لا يمنع فيه فرض الوقت الى آخر الوقت ولو كان لعينه لمنع بخلاف الثلاثة الاوقات المتقدمة والمراد بما بعد العصر قبل تغير الشمس وأما بعده فلا يجوز فيه القضاء أيضا وان كان قبل أن يصلي العصر وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر رجلين أن يصليا مع الامام بعد ما صليا الفجر محمول على أنه كان قبل النهي لانه مقدم على الامر وكل ما كان واجبا لغيره كالمنذور وركعتي الطواف والذي شرع فيه ثم أفسده ملحق بالنفل حتى لا يصليها في هذين الوقتين لان وجوبها بسبب من جهته فلا يخرج من أن يكون نفلا في حق الوقت أو لان وجوبها لغيرها وهو صيانة المؤدى عن البطلان وختم الطواف وايفاء النذر فلا يكون كالواجب لعينه في القوة قال رحمه الله (وبعد طلوع الفجر بأكثر من سنة الفجر) أي يكره أن يتطوع بعد ما طلع الفجر قبل الفرض بأكثر من سنة الفجر لقوله عليه الصلاة والسلام ليبلغ شاهدكم غائبكم ألا لا صلاة بعد الصبح الا ركعتين رواه أحمد وأبو داود وقال عليه الصلاة والسلام اذا طلع الفجر لا صلاة الا ركعتين رواه الطبراني وقالت حفصة رضي الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا طلع الفجر لا يصلي الا ركعتين خفيفتين رواه مسلم وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا طلع الفجر فلا تصلوا الا ركعتي الفجر رواه الطبراني بصيغة النهي ولو شرع في النفل قبل طلوع الفجر ثم طلع فالاصح أنه لا يقوم عن سنة الفجر ولا يقطعه لان الشروع فيه كان لا عن قصد ولو صلى القضاء في هذا الوقت جاز لان النهي عن التنفل فيه لحق ركعتي الفجر حتى يكون كالمشغول بها لان الوقت متعين لها حتى لو نوى تطوعا كان عن سنة الفجر من غير تعيين منه فلا يظهر في حق الفرض لانه فوقها قال رحمه الله (وقبل المغرب) أي منع من التنفل بعد غروب الشمس قبل أن يصلي المغرب لما فيه من تأخير المغرب وقال الشافعي يصلي ركعتين قبل المغرب وهي سنة عنده لما روى أن الصحابة كانوا يصلونها والنبي عليه الصلاة والسلام يراهم فلم ينههم عنها قلنا كان ذلك في ابتداء الحال ليعرف أن وقت الكراهية قد خرج بالغروب ولهذا لم يفعله أحد بعدهم قاله أبو بكر بن العربي وقال النخعي هي بدعة واذا اتفق الناس على ترك العمل بالحديث المرفوع لا يجوز العمل به لانه دليل ضعفه على ما عرف في موضعه فما ظنك بفعل بعض الصحابة قال رحمه الله (ووقت الخطبة) أي نهي عن التنفل وقت الخطبة أطلق الخطبة ليدخل فيها جميع الخطب كخطبة العيدين والجمعة

(قوله كالمشغول فيه بفرض الوقت) أى كالوقت الذى شغل فيه بفرض الوقت وهنا ثبت حق الفرض لا نظهر في حقيقة الفرض لانها أقوى والحاصل أن شغل الوقت بالفرض التقديري أولى من النفل دون الفرض الحقيقي فيظهر الشغل في حق النفل فيمنعه دون الفرض وما في معناه في الوجوب لعينه بمعنى ثبوته ابتداء من غير توقف على فعل العبد كسجدة التلاوة فانها تجب بالسماع وصلاة الجنازة وقضاء الفوائت وما ليس في معناه كالمنذور وركعتا الطواف وما شرع فيه ثم أفسده وأقول سيأتي في صلاة النافلة على الدابة أن المنذورة وما شرع فيها ثم أفسدها ملحقتان بالفرائض حتى لا يجوز أداؤهما على الدابة ويمكن دفع التناقض بأن اختلاف الالحاق مبني على الاحتياط بيانه أن الوجوب فيهما لما كان ضعيفا للامرين المذكورين في الشرح نظرنا الى ضعفه فقلنا بالكراهة هنا ونظرنا الى ثبوته فقلنا بعدم الجواز هناك أو نقول في الذي شرع فيه ثم أفسده انه نفل في حد ذاته وواجب لغيره فبالنظر الى الاول قلنا بالكراهة هنا وبالنظر الى الثاني قلنا بعدم الجواز هناك وانما لم يعكس لانه يقتضي ارتفاع الكراهة هنا وثبوت الجواز هناك فلا يتحقق الاحتياط هذا غاية ما يقال في دفع التناقض وهو بعد محل نظر في قضاء النافلة لان الوجوب المقتضي لعدم الجواز هو الوجوب المطلق والوجوب الثابت بالشروع ضروري لانه انما ثبت ضرورة صيانة المؤدى عن البطلان فلا يثبت بالنسبة الى الاتيان على الدابة فلا مانع من صحته ولذا قال محمد في رواية بيان النازل اذا ركب ولم يعتبر جهة الوجوب في الاداء فكذا القضاء لانه يحكي حكايته وكلام صاحب المغني أيضا يدل على جوازه لانه أورد قضاء ما شرع فيه في وقت مكروه في مسئلة نقضا على كون الواجب في وقت ناقص يجب بعد خروجه بصفة الكمال وأجاب بأن باب النفل أوسع فيعفى فيه ما لا يعفى في غيره وبأن لزوم الاتمام بعد الشروع ولزوم القضاء بعد الافساد انما ثبت ضرورة صون المؤدى عن البطلان فلا يظهر في غير الصون فلا يظهر في حق اشتراط كمال الاداء في الحال ولا كمال القضاء في المآل والحاصل ان الوجوب انما ثبت في شيء معين وهو الصيانة لا كمالها على ان القول بعدم الجواز يجوز أن يكون مبنيا على ما روى عن أبي يوسف من عدم كراهة أداء المنذور وما شرع فيه ثم أفسده في هذين الوقتين الحاقا لهما بالواجب بعينه وهذه الرواية في تحفة الفقهاء أو يحمل نفي الجواز على معنى الكراهة مجازا كما في قول صاحب الهداية لا تجوز الصلاة عند طلوع الشمس الى آخره فان مراده الكراهة بالنسبة الى النوافل كما تقرر في شروحه وقال قاضيخان وغيره من المشايخ لا تجوز النوافل في الاوقات الثلاثة والمراد هو الكراهة اه مجتبى (قوله بخلاف الاوقات) أى لان النهي لمعنى فيها اه (قوله فلا يجوز فيه القضاء أيضا) أى لانه وقت ناقص اه (قوله والذي شرع فيه الى آخره) أى في غير هذين الوقتين أما النفل الذي شرع فيه في أحد هذين الوقتين ثم أفسده يجوز قضاؤه في وقت آخر مثله كما تقدم قبل في الصفحة المقابلة لهذه اه

والخطب التي في الحج وغيرها وقال الشافعي يصلي الداخل تحية المسجد لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يخطب فدخل رجل في هيئة بذة فأمره فصلى ركعتين ولنا النصوص الواردة في فرضية الاستماع على ما بيناها في موضعها والتنفل يخل بالاستماع فيحرم فلا يعارضها خبر الواحد ولأن الأمر بالمعروف فرض وهو يحرم في هذه الحالة لقوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه البخاري ومسلم وغيرهما إذا قلت لصاحبك أنصت والإمام يخطب فقد لغوت فما ظنك بالنفل ولأن المحرم مقدم على المبيح فوجب تركه وليس فيما روي دلالة أيضا على أنه عليه السلام كان يخطب وقت ما صلى بل يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام أمسك عنها حتى يفرغ منها بل هو الظاهر ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام تكلم معه حين أمره بها والأمر كلام والكلام ينافي الخطبة فكان عليه الصلاة والسلام أراد أن يشهره ليرى حاله من الفاقة والبذاذة ليعتبر به أو ليتصدق عليه وأمهله حتى يفرغ فإذا احتمل ذلك فلا يترك المقطوع به بالمحتمل

قال رحمه الله (وعن الجمع بين صلاتين في وقت بعذر) يعني منع عن الجمع بينهما في وقت واحد بسبب العذر احترز بقوله في وقت عن الجمع بينهما فعلا بأن صلى كل واحدة منهما في وقتها بأن يصلي الأولى في آخر وقتها والثانية في أول وقتها فإنه جمع في حق الفعل وإن لم يكن جمعا في الوقت واحترز بقوله بعذر عن الجمع في عرفة والمزدلفة فإن ذلك يجوز وإن لم يكن لعذر وقال الشافعي يجوز الجمع بين الظهر والعصر وبين المغرب والعشاء بعذر المطر والمرض والسفر لحديث أبي الطفيل عن معاذ بن جبل أنه عليه الصلاة والسلام في غزوة تبوك إذا ارتحل قبل أن تزيغ الشمس أخر الظهر حتى يجمعها مع العصر فيصليهما جميعا وإذا ارتحل بعد زيغ الشمس صلى الظهر والعصر جميعا ثم سار وكان إذا ارتحل قبل المغرب أخر المغرب حتى يصليها مع العشاء وإذا ارتحل بعد المغرب عجل العشاء فصلاها مع المغرب رواه أحمد وغيره وقال نافع كان ابن عمر إذا جد به السير جمع بين المغرب والعشاء بعد أن يغيب الشفق ويقول إن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا جد به السير جمع بين المغرب والعشاء رواه أحمد وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا عجل السير يؤخر الظهر إلى أول وقت العصر فيجمع بينهما ويؤخر المغرب حتى يجمع بينها وبين العشاء حين يغيب الشفق وقالت عائشة رضي الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤخر الظهر ويقدم العصر ويؤخر المغرب ويقدم العشاء وعن ابن مسعود مثله ولنا النصوص الواردة بتعيين الأوقات نحو قوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس إلى غير ذلك من الآيات والأخبار فلا يجوز تركه إلا بدليل مثله وقال عبد الله بن مسعود رضي الله عنه والذي لا إله غيره ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم صلاة قط إلا لوقتها إلا صلاتين جمع بين الظهر والعصر بعرفة وبين المغرب والعشاء بجمع رواه البخاري ومسلم وعن ابن عمر أنه قال ما جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين المغرب والعشاء قط في السفر إلا مرة واحدة ولأن التأخير حتى يخرج وقت الأولى وتدخل الثانية تفريط وقد قال عليه الصلاة والسلام ليس في النوم تفريط إنما التفريط في اليقظة بأن يؤخر الصلاة إلى وقت الأخرى رواه مسلم وقال أبو جعفر وقد قال ذلك وهو مسافر فدل على أنه أراد به المسافر والمقيم فعلم بذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع احترازا عن التفريط وتأويل ما روي من الجمع إن صح أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر في آخر وقتها والعصر في أول وقتها وكذا فعل بالمغرب والعشاء فيصير جامعا فعلا لا وقتا ويحمل تصريح الراوي بخروج وقت الأولى على أنه تجوز لقربه منه كقوله تعالى فإذا بلغن أجلهن فأمسكوهن أي قاربن بلوغ الأجل إذ لا يقدر على الإمساك بعد بلوغ الأجل أو يحمل على أن الراوي ظن ذلك ونظيره ما روي عن إمامة جبريل عليه السلام أنه صلى بالنبي صلى الله عليه وسلم الظهر في اليوم الثاني في الوقت الذي صلى فيه عصر أمس أي قريبا منه أو ظن الراوي أنهما وقعا في وقت واحد والدليل على صحة هذا التأويل ما روى ابن جابر عن نافع قال خرجت مع ابن عمر في سفر وغابت الشمس فلما أبطأ قلت الصلاة يرحمك الله فالتفت إلي ومضى حتى إذا كان في آخر الشفق نزل فصلى المغرب ثم أقام

(قوله لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يخطب فدخل رجل في هيئة بذة) البذاذة التواضع في اللبس وعدم الزينة وفي الحديث البذاذة من الإيمان اهـ غاية

(قوله مثل ما صنعت وهذا) أى قوله ثم انتظر حتى غاب الشفق وصلى العشاء أصرح فى الفصل بين الصلاتين من الحديث الأول حيث لم يصرح فيه بالانتظار اهـ (قوله تحرج أمته) أى تقع فى الحرج

﴿ باب الاذان ﴾

(قوله الأذان الاعلام) هذا فى اللغة وشرعا اعلام مخصوص فى أوقات مخصوصة اهـ ع وفى شرح الطحاوى الافضل أن يكون المؤذن عالما بالسنة وبمواقيت الصلاة وان يكون جهير الصوت أسمع للجيران والمواظب عليه أولى من الذى لا يواظب عليه فى جميع الصلوات اهـ قال فى الهداية والامامة أفضل من الاذان لمواظبة النبى صلى الله عليه وسلم عليها وكذا الخلفاء الراشدين بعده وقول عمر لولا الخليفى لأذنت لا يستلزم تفضيله عليها بل مراده لأذنت مع الامامة لا مع تركها فيفيد أن الافضل كون الامام هو المؤذن هذا مذهبنا وعليه كان أبو حنيفة كما يعلم من أخباره اهـ فتح قال فى الدراية والامامة أفضل من الاذان عندنا وعند الشافعى فى أصح قوليه لمواظبة النبى صلى الله عليه وسلم عليها وكذا الخلفاء بعده وفى قوله الآخر الاذان أفضل اهـ وصححه النووى فى المنهاج اهـ فان قلت هل أذن النبى صلى الله عليه وسلم قلت روى الترمذى أن النبى صلى الله عليه وسلم أذن فى سفر وصلى بأصحابه وهم على رواحلهم السماء من فوقهم والبلة من أسفلهم وذكر النووى الحديث وصححه وخرجه أحمد بن حنبل كذا فى شرح مغلطاى قال فى البدائع وأما بيان ما يجب على السامعين عند الاذان فالواجب الاجابة لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أربعة من الجفاء من بال قائما ومن مسح جبهته قبل الفراغ من الصلاة ومن سمع الاذان ولم يجب ومن سمع ذكرى ولم يصل على والاجابة أن يقول مثل ما قال المؤذن لقوله صلى الله عليه وسلم من قال مثل ما قال المؤذن غفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر فيقول مثل ما يقول الا قوله حى على الصلاة حى على الفلاح فانه يقول مكانه لا حول ولا قوة الا بالله العلى العظيم فان اعادة ذلك يشبه الحاكاة والاستهزاء وكذا اذا قال المؤذن الصلاة خير من النوم لا يعيده السامع لما قلنا ولكنه يقول صدقت وبررت أو ما يؤجر عليه ولا ينبغى أن يتكلم السامع فى الاذان والاقامة ولا يشتغل بقراءة القرآن ولا بشئ من الاعمال سوى الاجابة ولو كان فى القرآن ينبغى أن يقطع ويشتغل بالاستماع والاجابة كذا قالوا فى الفتاوى

العشاء وقد توارى الشفق فصلى بنا ثم أقبل علينا فقال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا عجل به السير صنع هكذا وهذا حديث صحيح قال عبد الحق وهذا نص على أنه صلى الله عليه وسلم صلى كل واحدة منهما فى وقتها وقال نافع وعبد الله بن واقد إن مؤذن ابن عمر رضى الله عنهم قال الصلاة قال سر حتى اذا كان قبل غيوب الشفق نزل فصلى المغرب ثم انتظر حتى غاب الشفق وصلى العشاء ثم قال إن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان اذا عجل به السير صنع مثل ما صنعت وهذا أصرح من الاول وروى عن ابن عمر ألفاظ مختلفة فى وقت الجمع وذكر عبد الحق فى الاحكام كل ما روى عن ابن عمر فى وقت جمعه بين هاتين الصلاتين فاسناده صحيح ورواته كلهم ثقات ولكن فيه وهم والصحيح منها رواية ابن جابر وما كان فى معناها وقد روى أن كل واحدة منهما صلاها فى وقتها وما رواه الشافعى من حديث أبى الطفيل قال الترمذى فيه هو غريب وقال أبو داود ليس فى تقديم الوقت حديث قائم وقال الحاكم حديث أبى الطفيل موضوع وأما حديث أنس فيحتمل أن يكون الجمع من كلام الزهرى كان كثيرا ما يصل الحديث بكلامه حتى يوهم أن ذلك فى الحديث وقد أنكرت عائشة على من يقول بالجمع فى وقت واحد وحديثها المتقدم حجة لنا أيضا لانه ليس فيه الا ذكر التأخير والتقديم وذلك لا ينافى ما قلنا والدليل على صحة ما قلنا ما رواه مسلم عن ابن عباس أنه قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمدينة فى غير خوف ولا مطر قيل له ما أراد بذلك قال أن لا تحرج أمته وعنه أنه قال صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم الظهر والعصر جمعا والمغرب والعشاء جمعا فى غير خوف ولا سفر ولا يرى الشافعى الجمع من غير عذر فكل جواب له عن هذا الحديث الصحيح فهو جوابنا عن كل ما يرويه فى الجمع وهو غير صحيح على ما بينا ومن العجب أن أبا عمر بن عبد البر أنكر تأويلنا فقال معلوم أن الجمع للمسافر رخصة ولو كان الجمع على ما ذكر ومن مراعاة آخر الاول وأول الثانى لكان ذلك ضيقا وأكثر حرجا من اتيان كل واحدة منهما فى وقتها لان وقت كل صلاة أوسع ومراعاته أمكن من مراعاة طرفى الوقتين وقال أيضا ان ذلك ليس بجمع اذا كان يأتى بكل واحدة فى وقتها ثم لما جاء الى حديث ابن عباس المخالف لمذهبه أوله بما أولنا وقال الرخصة فى التأخير الى آخر الوقت فقد أوله بما أنكره على خصمه فقلنا اذا كان المقيم يترخص بالتأخير فالمسافر أولى على أن هذا الانكار خرج منه عن سهو لان ما ذكره من الحرج انما يلزم أن لو كان تأخير الاولى الى آخر الوقت وتقديم الثانية فى أوله واجبا عليه ونحن لا نقول بوجوبه انما نقول له أن يقدم ويؤخر ان شاء رخصة فانتفى الحرج والله أعلم

﴿ باب الأذان ﴾

الاذان الاعلام وسببه أنه عليه الصلاة والسلام اهتم للصلاة كيف يعلمونهم افتذكروا له رايةً فلم يعجبه

الكتاب الخطأ في الاعراب وهو مكروه أيضا وكذا لا يحل الترجيع في قراءة القرآن ولا التطريب فيه ولا يحل الاستماع اليه لان فيه تشبها بفعل الفسقة في حال فسقهم وهو التغني واحترز بقوله الفرائض عن التراويح والسنن الرواتب والمنذور وصلاة الجنازة والكسوف والاستسقاء وصلاة العيدين والضحى والافزاع والوتر لان أذان العشاء لا يقع له على الاصح قال رحمه الله (ويزيد بعد فلاح أذان الفجر الصلاة خير من النوم مرتين) لما روى أن بلالا جاء الى حجرة عائشة رضي الله عنها بعد الاذان فقال الصلاة يا رسول الله فقالت له إن الرسول نائم فقال الصلاة خير من النوم فلما انتبه أخبرته بذلك فاستحسنه عليه الصلاة والسلام وقال اجعله في أذانك ولانه وقت نوم وغفلة فخص بزيادة الاعلام قال رحمه الله (والاقامة مثله) أي مثل الاذان في عدد الكلمات قال رحمه الله (ويزيد بعد فلاحها قد قامت الصلاة مرتين) وهو مذهب علي وابن مسعود وأصحابهما وجماعة من الصحابة والتابعين رضي الله عنهم وقال الشافعي انها فرادى لما روى أن بلالا أمر بان يشفع الاذان ويوتر الاقامة ولنا ما اشتهر عن بلال أنه كان يثني الاقامة الى أن توفي والملك النازل من السماء أقام كذلك وقال أبو محذورة علمني النبي صلى الله عليه وسلم الاذان تسع عشرة كلمة والاقامة سبع عشرة كلمة وانما قال تسع عشرة كلمة بالترجيع وقد تقدم تأويله وروى البيهقي عن النخعي باسناده أن أول من نقص الاقامة معاوية بن أبي سفيان وقال أبو الفرج كان الاذان والاقامة مثنى مثنى فلما قام بنو أمية أفردوا الاقامة وعن إبراهيم كانت الاقامة مثل الاذان حتى كان هؤلاء الملوك فجعلوها واحدة واحدة للسرعة اذا خرجوا وقال الطحاوي كان بلال بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم يؤذن مثنى ويقيم مثنى بتواتر الآثار ولانها لو كانت فرادى لافرد قوله قد قامت الصلاة اذ هي الاصل فيها وما سميت الاقامة الا لاجلها تسمية للكل باسم البعض ولا حجة للشافعي فيما رواه لانه لم يذكر الآمر فيحتمل أن يكون الآمر غير النبي عليه الصلاة والسلام وليس فيه أن بلالا امتثل لامره أيضا بل نقل الينا مخالفته فعلا فكيف يحتج به مع مخالفته المتواتر عنه قال رحمه الله (ويترسل فيه) أي في الاذان (ويحدر فيها) أي في الاقامة لقوله عليه الصلاة والسلام يا بلال اذا أذنت فترسل في أذانك واذا أقمت فاحدر واجعل بين أذانك واقامتك قدر ما يفرغ الآكل من أكله والشارب من شربه والترسل التمهل يقال على رسلك وجاء فلان على رسله والحدر الاسراع يقال حدر في قراءته وحده أن يفصل بين كلمتي الاذان بسكتة بخلاف الاقامة ويسكن كلمتهما لما روى عن إبراهيم النخعي أنه قال شيآن مجزومان كانوا لا يعربونهما الاذان والاقامة يعني على الوقف لكن في الاذان حقيقة وفي الاقامة ينوي الوقف قال رحمه الله (ويستقبل بهما القبلة) لان بلالا كان يؤذن ويقيم مستقبل القبلة والملك النازل أذن وأقام كذلك ولانهما مشتملان على الثناء وأحسن أحوال الذاكرين استقبال القبلة ولو ترك الاستقبال جاز لحصول المقصود وهو الاعلام ويكره لتركه المتوارث قال رحمه الله (ولا يتكلم فيهما) لما فيه من ترك الموالاة ولانه ذكر معظم كالخطبة ويكره رد السلام فيه وقال الثوري يرد لانه واجب والاذان سنة قلنا يمكنه الرد بعد الفراغ منه والتأخير لعذر الاذان قال رحمه الله (ويلتفت يمينا وشمالا بالصلاة والفلاح) لما روى أن بلالا لما بلغ حي على الصلاة حي على الفلاح حول وجهه يمينا وشمالا ولم يستدر ولانه خطاب القوم فيواجههم فيه ولا يحول وراءه لما فيه من استدبار القبلة ولا أمامه لحصول الاعلام في الجملة بغيرها من كلمات الاذان وقال الحلواني اذا كان وحده لا يحول لانه

(قوله وكذا لا يحل الترجيع في قراءة القرآن) لعلها التلحين كما صرح به في المجتبى ومعراج الدراية كيف وقد ثبت في الصحيح أن النبي قرأ سورة الفتح فرجع فيها اه قال في فتاوى قاضيخان في باب الاذان ولا بأس بالتطريب في الاذان وهو تحسين الصوت من غير أن يتغير فان تغير بلحن أو مد أو ما أشبه ذلك كره وكذلك قراءة القرآن وقال شمس الأئمة الحلواني انما يكره ذلك فيما كان من الاذكار أما في قوله حي على الصلاة حي على الفلاح لا بأس به بادخال مد ونحوه اه وفيه قبيل فصل سجدة التلاوة ولو قرأ القرآن في صلاته بالالحان ان غير الكلمة تفسد صلاته لما عرف فان كان ذلك في حرف المد واللين وهي الياء والالف والواو لا يغير المعنى الا اذا فحش وان قرأ بالالحان في غير الصلاة اختلفوا في جوازه وعامة المشايخ كرهوا ذلك وكرهوا الاستماع أيضا لانه تشبه بالفسقة بما يفعلونه في فسقهم وكذا الترجيع بالاذان وقد مر من قبل اه فقوله وكذا الترجيع بالاذان مراده به التلحين والتطريب وفي باب الكراهية من الخلاصة ما نصه وفي المنتقى الترجيع بالقراءة هل يكره كان يقرأ عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رضي الله تعالى عنهم بالالحان وقال أكثر المشايخ مكروه لا يحل ولا يجب الاستماع اليه ولهذا المعنى يكره هذا النوع في الاذان اه وهو كما ترى يفيد أن الترجيع هو التلحين والله الموفق اه (قوله في المتن ويحدر فيها) هو من باب نصر ينصر بالدال المهملة (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام يا بلال الى آخره) رواه الترمذي وروى أحمد بن عدي واذا أقمت فاحدر بالحاء المهملة وكسر الدال المهملة أي أسرع اه غاية (قوله لكن في الاذان حقيقة) أي لانه يفصل بين الكلمتين فيثبت الوقف حقيقة بخلاف الاقامة اه (قوله لتركه المتوارث) أي المعهود في زمنه صلى الله عليه وسلم وأصحابه رضي الله عنهم اه (قوله ويكره رد السلام فيه) أي ولا يجب الرد بعده على الاصح اه (قوله ولا يحول وراءه) أي وإن كان فيه قوم اه (قوله ولا أمامه) أي لا يأتي بهما أمامه اه

لا حاجة اليه والصحيح أنه يحول لانه ممارسة الاذان فلا يترك وكيفيته أن تكون الصلاة في اليمين والفلاح في الشمال وقيل أن الصلاة في اليمين والشمال والفلاح كذلك والصحيح الاول قال رحمه الله (ويستدير في صومعته) هذا اذا لم يمكنه مع ثبات قدميه بان كانت الصومعة متسعة فيستدير ويخرج رأسه منها ليحصل المقصود به وأما اذا أمكنه فلا يستدير لما روينا من أذان بلال قال رحمه الله (ويجعل اصبعيه في أذنيه) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لبلال اجعل اصبعيك في أذنيك فانه أرفع لصوتك وان لم يفعل فحسن لانه ليس بسنة أصلية اذ ليس هو في أذان صاحب الرؤيا ولم يشرع لاصل الاعلام بل للمبالغة فيه ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نبه على العلة وبين الحكمة بقوله فانه أرفع لصوتك وان جعل يديه على أذنيه فحسن لان أبا محذورة ضم أصابعه الاربع ووضعها على أذنيه وعن أبي حنيفة أنه ان جعل احدى يديه على أذنيه فحسن قال رحمه الله (ويثوب) ومعناه العود الى الاعلام بعد الاعلام وهو رواية البلخي وأبو يوسف عن أصحابنا قال وهو أن يقول في نفس أذان الفجر بعد الفلاح الصلاة خير من النوم وقال الطحاوي هو قول الثلاثة وذكر محمد رحمه الله في الاصل أن التثويب الاول كان في الفجر بعد الاذان الصلاة خير من النوم فأحدث الناس هذا التثويب حي على الصلاة حي على الفلاح مرتين بين الاذان والاقامة وهو اختيار علماء الكوفة وهو حسن وقال قاضيخان والاصح أنه بعد الاذان لانه مأخوذ من الرجوع والعود الى الاعلام وذلك انما يكون بعد الفراغ وتثويب كل بلدة على ما تعارف أهلها وتفسيره أن يؤذن للفجر ثم يقعد قدر ما يقرأ عشرين آية ثم يثوب ثم يقعد مثل ذلك ثم يقيم وهو في الفجر خاصة وكره في غير الفجر من الصلوات الا في قول أبي يوسف في حق أمراء زمانه خصهم بذلك لاشتغالهم بامور المسلمين وليس أمراء زماننا مثلهم فلا يخصون بشئ والمتأخرون استحسنوه في الصلوات كلها لظهور التواني في الامور الدينية ولهذا أطلقه في الكتاب قال رحمه الله (ويجلس بينهما الا في المغرب) أي بين الاذان والاقامة لما روينا ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لبلال اجعل بين أذانك واقامتك نفسا يفرغ المتوضئ من وضوئه مهلا والمتعشي من عشائه ولان المقصود الاعلام بدخول الوقت ليتأهب السامعون بالطهارة ونحوها فيفصل بينهما ليحصل به المقصود ولم يذكر في ظاهر الرواية مقدار الفصل وروى الحسن عن أبي حنيفة في الفجر قدر ما يقرأ عشرين آية وفي الظهر قدر ما يصلي أربع ركعات يقرأ في كل ركعة عشر آيات وفي العصر بقدر ركعتين يقرأ فيهما عشرين آية والعشاء كالظهر والاولى أن يصلي بينهما لقوله عليه الصلاة والسلام بين كل أذانين صلاة ان شاء وفي المغرب لا يجلس عند أبي حنيفة وعندهما يجلس جلسة خفيفة لان الوصل مكروه ولا يحصل الفصل بالسكتة لوجودها بين كلمات الاذان فيجلس كما بين الخطبتين وكما في سائر الصلوات ولابي حنيفة أن التأخير مكروه فيكتفي بادنى الفصل احترازا عنه بخلاف الخطبة لان المكان فيها متحد وكذا النغمة فيهما متحدة وفي مسئلتنا كلاهما مختلف وهذا لان السنة أن يكون الاذان في المنارة والاقامة في المسجد وأن يترسل في الاذان ويحدر في الاقامة ومقدار السكتة عنده قدر ما يتمكن من قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة وروى عنه قدر ما يخطو ثلاث خطوات وعندهما يجلس مقدار الجلسة بين الخطبتين وذكر الحلواني أن الاختلاف في الافضلية وقال الشافعي يصلي ركعتين لاطلاق ما روينا ولنا أنه عليه الصلاة والسلام لم يفعله مع حرصه على الصلاة ولانه يؤدي الى تأخير المغرب وهو مكروه على ما بينا قال رحمه الله (ويؤذن للفائتة ويقيم) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى الفجر غداة ليلة التعريس باذان واقامة وهو حجة على الشافعي في اكتفائه بالاقامة والضابط عندنا أن كل فرض كان أداء أو قضاء يؤذن له ويقام سواء أداه منفردا أو بجماعة الا الظهر يوم الجمعة في المصر فان أداءه باذان واقامة مكروه ويروى ذلك عن علي رضي الله عنه قال رحمه الله (وكذا الاولى الفوائت) يعني وكذا اذا فاتته صلوات يؤذن للاولى منها ويقيم لما روينا ولما نروي قال رحمه الله (وخير فيه) أي في الاذان (للباقي) أي فيما عدا الاولى ان شاء أذن

(قوله والصحيح أنه يحول لانه ممارسة الاذان) حتى قالوا في الذي يؤذن للمولود ينبغي أن يحول وجهه يمنة ويسرة عند هاتين الكلمتين كذا في المحيط اه ابن فرشتا وفي البستان لا يحول في الاقامة الا لاناس ينتظرون ذكره التمرتاشي اه كاكي (قوله اذا لم يمكنه) أي اذا لم يمكنه الاذان بحيث يسمع سائر الجوانب اه (قوله وأما اذا أمكنه) أي مع ثبات قدميه بان كانت صومعته صغيرة اه (قوله فحسن) أي الاذان حسن لا ترك الفعل لانه أمر به صلى الله عليه وسلم بلالا فلا يليق ان يوصف تركه بالحسن اه كاكي (قوله أصابعه الاربع) أي الابهام والسبابة من كل يد (قوله وليس أمراء زماننا الى آخره) أي لانهم يشتغلون بامور دنياهم اه (قوله بين كل أذانين) هو من التغليب اذ المراد الاذان والاقامة اه (قوله لان الوصل) أي بين الاذان والاقامة (قوله الا الظهر يوم الجمعة) أي والا ما تؤديه النساء أو تقضيه بجماعتهن لان عائشة رضي الله عنها أمتهن بغير أذان ولا اقامة حين كانت جماعتهن مشروعة وهذا يقتضي أن المنفردة أيضا كذلك لان تركهما لما كان هو السنة حال شرعية الجماعة كان حال الانفراد أولى والله أعلم اه فتح (قوله ولما نروي) أي من حديث الخندق اه

وان شاء تركه وأما الاقامة فلابد منها لما روى أنه عليه الصلاة والسلام شغله المشركون يوم الخندق
عن أربع صلوات فأذن وأقام وصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ثم أقام فصلى المغرب ثم أقام فصلى العشاء
ولان الاذان للاستحضار وهم حضور فلا حاجة اليه أو ليكون القضاء على حسب الاداء وهم محتاجون
اليه فيميل الى أيهما شاء وعن محمد رحمه الله في غير رواية الاصول أن الاولى تقضى بأذان واقامة والباقى
بالاقامة لا غير وقال أبو بكر الرازى ان ما قاله محمد هو قول الكل والمذكور فى الظاهر محمول على
صلاة واحدة كذا ذكره فى الغاية وهو مشكل لان الصلاة الواحدة لا خلاف فيها قال رحمه الله
(ولا يؤذن قبل وقت ويعاد فيه) أى يعاد فى الوقت اذا أذن قبل الدخول وقال أبو يوسف والشافعى
يجوز للفجر فى النصف الاخير من الليل وفى رواية عندهم جميع الليل وقت لأذان الصبح لهما قوله
عليه الصلاة والسلام ان بلالا يؤذن بليل فكلوا واشربوا حتى يؤذن ابن ام مكتوم ولانه وقت نوم وغفلة
فيقدم على الوقت ليتأهبوا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام يا بلال لا تؤذن حتى يطلع الفجر أخرجه
البيهقى قال فى الامام ورجال اسناده ثقات وروى عن عبد العزيز بن أبى رواد عن نافع عن ابن عمر أن
بلالا أذن قبل طلوع الفجر فغضب النبى صلى الله عليه وسلم وروى البيهقى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة
والسلام قال له ما حملك على ذلك قال استيقظت وأنا وسنان فظننت أن الفجر طلع فأمره عليه الصلاة
والسلام أن ينادى ان العبد قد نام وليس لهما لما رواه حجة لوجوه أحدها أنه ليس له فيه الا اخباره
عليه السلام بفعل بلال ونهاه أيضا عن ذلك وفعله لا يعارض نهيه عليه الصلاة والسلام والثانى أن
أذانه كان على ظن أن الفجر طالع ولهذا عتب عليه النبى صلى الله عليه وسلم حتى بكى وقال ليت بلالا لم
تلده أمه والدليل عليه أن عائشة قالت لم يكن بين أذانهما الا مقدار ما ينزل هذا ويصعد هذا وهذا دليل
على أنهما كانا يقصدان وقتا واحدا وهو طلوع الفجر فيصيبه أحدهما ويخطئه الآخر والثالث
قال صاحب الامام قوله عليه الصلاة والسلام ان بلالا ينادى بليل لم يكن فى سائر العام انما كان ذلك
فى رمضان قلنا هذا لم يكن أذانا وانما كان تذكيرا وتسحيرا كالعادة الفاشية بينهم فى رمضان وانكار
السلف على من أذن بليل دليل على أنه لم يجز قبل الوقت وهو من أقوى الحجج ومنه ما ذكره أبو عمر بسنده
عن ابراهيم قال كانوا اذا أذن المؤذن بليل قالوا له اتق الله وأعد أذانك وسمع علقمة مؤذنا يؤذن بليل
فقال أما هذا فقد خالف سنة أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان نائما لكان خيرا له وأمثاله
كثيرة عن الصحابة والتابعين ولان جوازه فى الليل كله يؤدى الى التباس أذان الفجر بأذان المغرب
والى وقوع أذان الفجر قبل العشاء وهذا محال فلا يخفى على أحد فساده وهذه التوقيتات التى وقتوها
من الثلث والنصف وجميع الليل مخترعة لم ترو عنه عليه الصلاة والسلام ولا عن أصحابه قال رحمه الله
(وكره أذان الجنب واقامته واقامة المحدث وأذان المرأة والفاسق والقاعد والسكران) أما أذان
الجنب واقامته فلقوله عليه الصلاة والسلام لا يؤذن الا متوضئ ولانه يصير داعيا الى ما لا يجيب بنفسه
فيكره ان رواية واحدة ويعادان فى رواية ولا يعادان فى أخرى والاشبه أن يعاد الاذان دون الاقامة
لان تكرار الاذان مشروع فى الجملة كما فى الجمعة دون الاقامة وان لم يعد أجزأه الاذان والصلاة
وأما اقامة المحدث فلما روينا ولما فيه من الفصل بينهما وقيل لا تكره اقامته وفى كراهية
أذان المحدث روايتان كاقامته والفرق على احداهما بينه وبين الجنابة أن للأذان شبها بالصلاة

(قوله يوم الخندق) أى وهو يوم الاحزاب اه غاية (قوله أو ليكون القضاء الى آخره) أى ان شاء مال الى ايقاع القضاء على وفق الاداء فيؤذن ويقيم وان شاء مال الى كون الاذان للاستحضار وهم حضور فيكتفى بالاقامة قيل اذا كان الرفق متعينا فى أحد الامرين لا يجوز التخيير بينهما كقصر الصلاة للمسافر والرفق هنا متعين فى مجرد الاقامة فلا يتخير وأجيب بأن الاصل المذكور فى الفرائض والاذان والاقامة سنة اه (قوله هو قول الكل والمذكور) أى من التخيير اه (قوله فى الظاهر) أى ظاهر الرواية اه (قوله لا خلاف فيها) أى فى أنه يؤذن ويقيم بلا تخيير اه (قوله فى النصف الاخير من الليل الى آخره) ذكر فى الفتاوى الظهيرية فى أول كتاب الوقف أن أبا يوسف كان يقول أولا بقول أبى حنيفة رحمه الله فى الوقف انه لا يكون لازما ولكنه لما حج مع الرشيد رأى وقوف الصحابة بالمدينة ونواحيها رجع فأفتى بلزوم الوقف ورجع عند ذلك عن ثلاث مسائل احداها هذه والثانية تقدير الصاع بثمانية أرطال والثالثة أذان الفجر قبل طلوع الفجر اه ومثله فى المبسوط (قوله عن (٢) أبى رواد) كذا بخط المصنف وصوابه ابن (قوله ان العبد قد نام) أى قد أذن فى حال النوم والغفلة اه روى الطحاوى باسناده عن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغرنكم أذان بلال فان فى بصره شيئا اه غاية (قوله ما ينزل هذا) أى بلال (قوله ويصعد هذا) أى ابن ام مكتوم (قوله فيصيبه أحدهما) وهو ابن أم مكتوم لانه كان لا يؤذن حتى يقول له الجماعة أصبحت أصبحت اه غاية (قوله ويخطئه الآخر) وهو بلال لما فى بصره اه غاية (قوله من أقوى الحجج ومنه) أى من انكار السلف اه (قوله الا متوضئ) فالاقامة أولى لاتصالها بالصلاة اه (قوله وان لم يعد) أى الاذان (قوله من الفصل بينهما) أى بين الاقامة والصلاة بالوضوء اه

(٢) هذا مخالف للنسخ التى بأيدينا من الشرح اه كتبه مصححه

من حيث ان كل واحد منهما يشترط له دخول الوقت واستقبال القبلة وشبها بغيرها فيشترط لهما الطهارة عن أغلظ الحدثين دون أخفهما عملا بالشبهين وأما أذان المرأة فلانه لم ينقل عن السلف حين كانت الجماعة مشروعة في حقهن فيكون من المحدثات لاسيما بعدا نتساخ جماعتهن ولان المؤذن يستحب له أن يشهر نفسه ويؤذن على المكان العالي ويرفع صوته والمرأة منهية عن ذلك كله ولهذا جعل النبي عليه الصلاة والسلام التسبيح للرجال والتصفيق للنساء ويعاد أذانها استحبابا لوقوعه لا على الوجه المسنون وأما الفاسق فلان قوله لا يوثق به ولا يقبل في الامور الدينية ولا يلزم أحدا فلم يوجد الاعلام وأما القاعد فلان الملك النازل أذن قائما ولان القائم أبلغ ولا بأس أن يؤذن لنفسه قاعدا مراعاة لسنة الاذان وعدم الحاجة الى الاعلام وأما السكران فلفسقه أو لعدم معرفته بدخول الوقت ويستحب اعادته قال رحمه الله (لا أذان العبد وولد الزنا والاعمى والاعرابي) أي لا يكره أذان هؤلاء لان قولهم مقبول في الامور الدينية فيكون ملزما فيحصل به الاعلام بخلاف الفاسق قال رحمه الله (وكره تركهما للمسافر) أي ترك الاذان والاقامة لقوله عليه الصلاة والسلام لابني أبي مليكة اذا سافرتما فأذنا وأقيما ولان السفر لا يسقط الجماعة فلا يسقط ما هو من لوازمها ولا يكره لهم ترك الاذان ويكره لهم ترك الاقامة لقول علي رضي الله عنه المسافر بالخيار ان شاء أذن وأقام وان شاء أقام ولم يؤذن ولان الاذان للاعلام بدخول الوقت ليحضر المتفرقون في أشغالهم والرفقة حاضرون والاقامة لاعلام الافتتاح وهم اليه محتاجون قال رحمه الله (لا لمصل في بيته في المصر) أي لا يكره تركهما لمن يصلي في المصر اذا وجدا في مسجد المحلة لان المقيم قد وجد الاذان والاقامة في حقه ولهذا قال ابن مسعود أذان الحي يكفينا وهذا لانه لما نصبوا مؤذنا صار فعله كفعلهم حكما بالاستنابة وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة في قوم صلوا في المصر في منزل واكتفوا باذان الناس أجزأهم وقد أساؤا ففرق بين الواحد والجماعة في هذه الرواية قال رحمه الله (وندبا لهما لا للنساء) أي ندب الاذان والاقامة للمسافر والمقيم في بيته لما ذكرنا وليكون الاداء على هيئة الجماعة قوله لا للنساء لانهما من سنن الجماعة المستحبة وعن أنس وابن عمر رضي الله عنهما كراهيتهما لهن وليس على العبيد أذان ولا اقامة على ما قالوا لانهما من سنن الجماعة وجماعتهم غير مشروعة ولهذا لم يشرع التكبير عقيبها في أيام التشريق والله أعلم

(باب شروط الصلاة)

(قوله من حيث ان كل واحد الى آخره) أي لان الاذان ليس بصلاة حقيقة لكنه شبيه بها فبالنظر الى الحقيقة قلنا لا يكره مع الحدث وبالنظر الى الشبه قلنا يكره مع الجنابة وانما لم يعكس لانه لو اعتبر الشبه في الحدث وقلنا بالكراهة ففي الجنابة تثبت الكراهة بالطريق الاولى فيلغو العمل بجانب الحقيقة اه (قوله وشبها بغيرها) أي بغير الصلاة اه (قوله فيشترط لهما) أي الاذان والاقامة (قوله ويعاد أذانها استحبابا الى آخره) قال في شرح الطحاوي يستحب اعادة أذان أربعة الجنب والمرأة والسكران والمجنون اه كاكي (قوله ولا بأس أن يؤذن لنفسه قاعدا الى آخره) قال الشيخ باكير وأما المسافر فلا بأس أن يؤذن راكبا لما روي أن بلالا أذن راكبا في السفر ولان له أن يترك الاذان أصلا في السفر فكان له أن يأتي به راكبا بطريق الاولى وينزل للاقامة اه ثم قال رحمه الله تعالى وأذان الصبي العاقل يجوز بلا كراهة في ظاهر الرواية لكن أذان الرجل أفضل اه (قوله في المتن وكره تركهما للمسافر) قال في الهداية ولو اكتفى بالاقامة جاز قال الكمال لما ثبت في غير موضع سقوط الاذان دون الاقامة كما بعد أولى الفوائت وما نحن فيه وثاني الصلاتين بعرفة صرح ظهير الدين في الحواشي بأن الاقامة آكد من الاذان نقلا من المبسوط اه وكتب ما نصه وكره تركهما أي لانه مخالفة للامر المذكور في حديث مالك بن الحويرث ولان السفر لا يسقط الجماعة فلا تسقط لوازمها الشرعية أعني دعاءهم فتارك الكل حينئذ تارك الجماعة صورة وتشبها ان كان منفردا وتارك لمجموع لوازمها ان كانت بجماعة من غير ضرورة وذلك مكروه بخلاف تاركهما في بيته في المصر حيث لا يكره لان أذان المحلة واقامتها كأذانه واقامته اه فتح قال (قوله لابني أبي مليكة) الصواب مالك بن الحويرث وابن عمه اه فتح (قوله قال ابن مسعود الى آخره) روي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه صلى بعلقمة والاسود بغير أذان ولا اقامة وقال يكفينا أذان الحي واقامتهم ولان مؤذن الحي نائب عن أهل المحلة في الاذان والاقامة لانهم هم الذين نصبوه للاذان والاقامة فكان أذانه واقامته كأذان الكل واقامتهم وعن هذا وقع الفرق بين هذا وبين المسافر اذا صلى وحده

﴿باب شروط الصلاة﴾

قال رحمه الله (هى) أى شروط الصلاة (طهارة بدنه من حدث وخبث وثوبه ومكانه) لقوله تعالى وان كنتم جنبا فاطهروا ولقوله عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت أبى حبيش اغسلى عنك الدم وصلى قال رحمه الله (وستر عورته) لقوله تعالى خذوا زينتكم عند كل مسجد أى محل زينتكم والمراد ما يوارى عورته عند كل صلاة اطلاقا لاسم الحال على المحل فى الاول وعكسه فى الثانى ولقوله عليه الصلاة والسلام لا يقبل الله صلاة حائض الا بخمار أى البالغة والثوب الرقيق الذى يصف ما تحته لا تجوز الصلاة فيه لانه مكشوف العورة معنى وشرط بعض المشايخ ستر عورته عن نفسه حتى لو رأى فرجه من زيقه أو كان بحيث يراه لو نظر اليه لم تجز صلاته ما لم يلتصق بصدره ومنهم من قال ان كان كثيف اللحية وسترها تجوز صلاته لوجود الستر بها ومنهم من قال لا تجوز وعامتهم لم يشترطوا الستر عن نفسه لانها ليست بعورة فى حق نفسه لانه يحل له مسها والنظر اليها وروى ابن شجاع نصا عن أبى حنيفة وأبى يوسف أنه لو كان محلول الجيب فنظر الى عورة نفسه لا تفسد صلاته ولو صلى فى قميص واحد لا يرى أحد عورته لكن لو نظر اليه انسان من تحته رأى عورته لا تفسد صلاته لانه ليس بكاشف العورة والافضل أن يصلى فى ثوبين لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كان لاحدكم ثوبان فليصل فيهما وعن أبى حنيفة الصلاة فى السراويل وحده ما تشبه فعل أهل الجفاء قال رحمه الله (وهى ما تحت سرته الى تحت ركبته) أى ما بينهما هو العورة لقوله عليه الصلاة والسلام عورة الرجل ما بين السرة الى الركبة ويروى ما دون سرته حتى يجاوز ركبته وكلمة الى نحملها على كلمة مع عملا بكلمة حتى

(قوله فى المتن من حدث) أى أصغر أو أكبر اه ع قيل انما قدم الحدث لانه أقوى لان قليله ليس بعفو بخلاف القليل من الخبث وردّ بأن القطرة من الخمر أو الدم أو البول اذا وقعت فى البئر تنجس والجنب أو المحدث اذا أدخل يده فى الاناء لا ينجس والاولى أن يقال ليس فيه تقديم لان الواو لمطلق الجمع ﴿فرع﴾ النفل والفرض فى شرائط الصلاة وسننها سواء الا فى ستة أشياء ثلاثة فى الفرض وثلاثة فى السنة فأما الفرض فترك القيام فيها بغير عذر وجوازها على الراحلة بالايماء حيثما توجهت وجوازها بنية مطلقة وأما السنة فكراهة فعلها فى جماعة وأن لا يؤذن لها وأن يقعد فى تشهدها كيف شاء كالمريض لا يسن له قعود دون قعود اه صلاة جلابى (قوله فى المتن وخبث) بفتحتين وهو النجاسة مغلظة كانت أو مخففة اه ع (قوله فى المتن ومكانه) فهل يشترط طهارة مكان الميت لجواز الصلاة عليه ينظر فى فصل الصلاة عليه على الهامش ﴿مسئلة﴾ صلى على بساط وعلى جانبه نجاسة كثيرة وقيامه على الطاهر اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تجوز الصلاة صغيرا كان البساط أو كبيرا وقال بعضهم ان كان البساط كبيرا تجوز صلاته وان كان صغيرا لا تجوز صلاته والحد الفاصل بين الصغير والكبير هو أنه لو رفع أحد طرفيه لا يتحرك الطرف الآخر فهو كبير وان كان يتحرك الطرف الآخر فهو صغير واستدلوا بمسئلة ذكرها فى كتاب الزيادات قال ان كان ثوب طويل على أحد طرفيه نجاسة كثيرة ووشح بطرفه الطاهر وصلى وطرفه النجس ملقى على الارض فانه ينظر ان كان الطرف النجس الملقى على الارض يتحرك لا تجوز صلاته وان كان لا يتحرك تجوز صلاته فجعلوا حكم البساط على ذلك اه طح (قوله اطلاقا لاسم الحال على المحل) أى لان أخذ عين الزينة لا يتصور فأريد محلها وهو الثوب اه كافى (قوله وعكسه فى الثانى) أى فان الستر لا يجب لعين المسجد بدليل جواز الطواف عريانا فيعلم من هذا أن ستره للصلاة لا لاجل الناس حتى لو صلى وحده ولم يستر عورته لم تجز صلاته وان لم يكن عنده أحد فان قيل الآية وردت فى الطواف قاله ابن عباس لا فى حق الصلاة فكيف يجوز التمسك بها قلنا العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب وها هنا اللفظ عام لانه قال عند كل مسجد فمنع القصر على مسجد واحد وهو المسجد الحرام فان قيل لو وردت الآية فى سبب يثبت الحكم فيما سواه على حسب ذلك الحكم وان عم اللفظ وها هنا تناولت الطواف الذى وردت لاجله بطريق الوجوب لا الافتراض حتى لو طاف عريانا يعتد به فكان يجب أن يكون فى حق الصلاة كذلك قلنا الامر يحمل على الافتراض الا اذا قام دليل على عدمه وقد قام الدليل على عدم فرضية الستر فى الطواف وهو الاجماع ولا دليل فى حق الصلاة فبقى الامر فرضا اه كاكى قوله وهو الاجماع دعوى الاجماع ممنوعة اه كمال (قوله البالغة) هو من اطلاق اسم السبب على المسبب اذ الحيض أحد أسباب البلوغ أو ذكر الملزوم وأراد به اللازم فان كل حائض بالغة ولا ينعكس اه كاكى (قوله لا تجوز الصلاة فيه) أى وتجوز عليه اذا كان تحته نجاسة وفيه خلاف اه قنية (قوله اذا كان لاحدكم ثوبان) أى ازار ورداء (قوله أهل الجفاء) أى العلطة والمراد العوام (قوله فى المتن وهى ما تحت سرته الى تحت ركبته) وفى الفتاوى الظهيرية قال الفضلى ما تحت السرة الى نبات الشعر من العانة ليست بعورة لتعامل العمال فى الابداء عند الاتزار وفى المنع عن العادة الظاهرة نوع حرج وهو ضعيف اذ التعامل بخلاف النص لا يعتبر اه كاكى (قوله عملا بكلمة حتى) أى دفعا للتناقض عن صاحب الشرع اه كاكى قال الكمال وحديث حتى يجاوز ركبته لم يعرف وعلى هذا يسقط ترتيب البحث المذكور أعنى قوله وكلمة الى الى آخره لان تمامه متوقف على كون حديث الركبة مما يحتج وله طريقان معنويان وهو أن الغاية قد تدخل وقد تخرج والموضع موضع الاحتياط فحكمنا بدخولها احتياطا وان الركبة ملتقى عظم العورة وغيرها فاجتمع الحلال والحرام ولا يميز وهذا فى التحقيق وجه كون الموضع موضع الاحتياط اه كمال

(قوله عملا بقوله عليه الصلاة والسلام الركبة من العورة) هذا الحديث رواه عقبة بن علقمة عن علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الكمال وعقبة هذا هو اليشكري ضعفه أبو حاتم والدارقطني اه (قوله في المتن الا وجهها وكفيها) فيه اشارة الى ان ظهر الكف عورة كذا في المستصفى وفي الدراية واعترض ان استثناء الكف لا يدل على ان ظهر الكف عورة لانه لغة يتناول الظاهر والباطن ولهذا يقال ظهر الكف وأجيب بأن الكف عرفا واستعمالا يتناول ظهره اه قال الكمال ومن تأمل قول القائل الكف يتناول ظاهره أغناه عن توجيه الدفع اذ اضافة الظاهر الى مسمى الكف يقتضي انه ليس داخلا فيه اه وفي الدراية وفي مختلفات قاضي الغني ظاهر الكف وباطنه ليس بعورتين الى الرسغ وفي ظاهر الرواية ظاهر الكف عورة وباطنه ليس بعورة وعن أبي يوسف أن ذراعها ليس بعورة كذا في الخبازية والكاكي وفي المبسوط في الذراع روايتان والاصح أنها عورة اه قال الكمال واعلم أنه لا ملازمة بين كونه ليس عورة وجواز النظر اليه هل النظر منوط بعدم خشية الشهوة مع انتفاء العورة ولذا حرم النظر الى وجهها ووجه الامرد اذا شك في الشهوة ولا عورة اه (قوله في الآية الا ما ظهر) أي فالقدم ليس موضع الزينة الظاهرة عادة ولهذا قال تعالى ولا يضربن بأرجلهن ليعلم ما يخفين من زينتهن يعني قرع الخلخال قال فأفاد أنه من الزينة الباطنة اه كمال (قوله بالمخيط) ليس له معنى اه قارئ الهداية (قوله انكشاف الاكثر) أي أكثر الساق (قوله لخروجه عن حد القلة) لان المعفو هو القليل والنصف ليس بقليل لان ما يقابله ليس بكثير فلا يكون عفوا اه (قوله في حد الكثرة) أي لان النصف ليس بكثير لان ما يقابله ليس بكثير اه (قوله وعنده) أي عند أبي يوسف عضو كامل أي ولهذا لو حلق شعرها ولم ينبت تجب كل الدية وفي الخبازية جعل الشعر من الاعضاء لا تغليب أو لانه جزء من الآدمي حتى لا يجوز بيعه اه كاكي (قوله ما استرسل) أي وهو ما نزل تحت أصل الاذنين وأما الذي على الرأس فتابع له (قوله لا ما استرسل منه) أي فانه ليس بعورة على قول هذا البعض اه (قوله وقدسوي في المختصر الى آخره) أي حيث قال وكشف ربع ساقها يمنع (قوله ما لا يكون أكثر من قدر الدرهم) وهو الدبر اه (قوله أو أكثرها لا يمنع) وقد يقال انه قيل ان الغليظة القبل والدبر مع ما حولهما فيجوز كونه اعتبر ذلك فلا يلزم ما ذكر اه فتح والانكشاف القليل في الزمن الكثير أيضا لا يفسد اه كمال (قوله لا تفسد صلاته) أي وان كشفها بفعله فسدت في الحال اه قنية (قوله والركبة تعتبر بانفرادها) أي فكشف ربعها يمنع (قوله والفخذ عورة) أي فخذ الرجل عورة وساقه ليس بعورة والركبة بينهما وانما جعلت تبعا للفخذ دون الساق فجعلت عورة تغليبا للمحرم اه (قوله فيغلب المحرم) أي فتجعل الركبة من الفخذ لا من الساق

أو عملا بقوله عليه الصلاة والسلام الركبة من العورة وبهذا تبين أن السرة ليست من العورة والركبة منها خلافا للشافعي فيهما قال رحمه الله (وبدن الحرة عورة الا وجهها وكفيها وقدميها) لقوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا ما ظهر منها والمراد محل زينتهن وما ظهر منها الوجه والكفان قاله ابن عباس وابن عمر واستثنى في المختصر الاعضاء الثلاثة للابتلاء بابدائها ولانه عليه الصلاة والسلام نهى المحرمة عن لبس القفازين والنقاب ولو كان الوجه والكفان من العورة لما حرم سترهما بالمخيط وفي القدم روايتان والاصح أنها ليست بعورة للابتلاء بابدائها قال رحمه الله (وكشف ربع ساقها يمنع) يعني جواز الصلاة لان ربع الشيء يحكي حكاية الكل كما في حلق الرأس في الاحرام حتى يصير به حلالا في أوانه ويلزمه الدم قبله وعند أبي يوسف يعتبر انكشاف الاكثر لان الشيء انما يوصف بالكثرة اذا كان ما يقابله أقل منه وفي النصف عنه روايتان في رواية يمنع لخروجه عن حد القلة ولا يمنع في أخرى لعدم دخوله في حد الكثرة قال رحمه الله (وكذا الشعر والبطن والفخذ والعورة الغليظة) يعني ربع كل واحد منها يمنع عندهما وعنده يعتبر الاكثر لان كل واحد من هذه الاشياء عضو كامل على حدة والمراد بالشعر ما استرسل من الرأس هو الصحيح وذكر بعضهم أن المراد ما على الرأس لا ما استرسل منه والغليظة القبل والدبر وما حولهما والخفيفة ما عدا ذلك من الرجل والمرأة وقدسوي في المختصر بين الغليظة والخفيفة في اعتبار الربع وقال الكرخي يعتبر في الغليظة ما زاد على قدر الدرهم اعتبارا بالنجاسة المغلظة وهذا غلط لان تغليظه يؤدي الى تخفيفه او الى الاسقاط لان من العورة الغليظة ما لا يكون أكثر من قدر الدرهم فيؤدي الى أن كشف جميع الغليظة أو أكثرها لا يمنع وربع الخفيفة يمنع فهذا أمر شنيع والانكشاف الكثير في الزمن القليل لا يمنع الجواز حتى لو انكشفت عورته كلها وغطاها في الحال لا تفسد صلاته والقليل مقدر بما لا يؤدي فيه الركن وان أحرم مكشوف العورة لا يصير شارعا فيها وكذا مع النجاسة المانعة والذكر يعتبر بانفراده وكذا الانثيان وهو الاصح كما في الدية ومنهم من قال يضم الذكر الى الانثيين لان نفعهما واحد وهو الايلاد واختلفوا في الدبر هل هو عورة مع الاليتين أو كل الية منهما عورة على حدة والدبر ثالثهما والصحيح أنه ثالثهما والركبة تعتبر بانفرادها في رواية والاصح أنها تبع للفخذ لانها ليست بعضو على حدة في الحقيقة وانما هي ملتقى عظم الفخذ والساق والفخذ عورة فيغلب المحرم عند تعذر التمييز وثدي المرأة ان كانت ناهدة فهي تبع لصدرها وان كانت منكسرة فهي

(قوله وأذن المرأة عورة) أى كل من الاذنين عضو على حدة كذا فى القنية (قوله ولو جمع بلغ ربع أدنى عضو الخ) أى أقل عضو من الاعضاء التى انكشف أبعاضها اه (قوله قال الراجى عفو ربه الى آخره) قال قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت أقول ان اعتبر أدنى عضو من المنكشف لا يرد الاشكال وهو المراد لانه تردد بين البطلان وعدمه فيبطل احتياطا اه ﴿فرع﴾ ذكره النووى إذا قال لامته ان صليت صلاة صحيحة فأنت حرة قبلها فصلت مكشوفة الرأس ان كانت فى حال عجزها عن السترة صحت صلاتها وعتقت وان كانت قادرة على السترة صحت صلاتها ولا تعتق لانها لو عتقت لصارت حرة قبل الصلاة وحينئذ لا تصح صلاتها مكشوفة الرأس واذا لم تصح لا تعتق فاثبات العتق يؤدى الى بطلانه وبطلان الصلاة فيبطل العتق وصحت الصلاة وعندنا فى التعليقات المحضة يقتصر العتق على الشرط ولا يتقدم المعلق عليه فحينئذ تصح صلاتها وتعتق بعد وجود الصلاة وهذه القاعدة معروفة فى الجامع اه غاية السروجى (قوله أن يعتبر بالاجزاء الى آخره) أى بأجزاء العورات المنكشفة لا بأدنى عضو منها فلو بلغ المجموع قدر ربع تلك الاجزاء منع والا فلا اه (قوله بيانه الى آخره) أى بيان كونه مؤديا الى الخلل المحذور اه (قوله أنه لو انكشف نصف ثمن الفخذ الى آخره) قال صاحب القنية نقلا من الروايات انكشف شئ من شعرها فى صلاتها ومن فخذها شئ ومن ساقها شئ ومن ظهرها شئ ومن بطنها فلو جمع يكون قدر ربع شعرها أو ربع فخذها أو ربع ساقها لم تجز صلاتها لان كلها عورة واحدة قال رضى الله عنه هذا نص على أمرين والناس عنهما غافلون أحدهما أن الجمع لا يعتبر بالاجزاء كالاسداس والاتساع بل بالقدر والثانى ان المكشوف من الكل لو كان قدر ربع أصغر الاعضاء المكشوفة يمنع الجواز حتى لو انكشف من الاذن تسعها ومن الساق تسعها يمنع لان المكشوف قدر ربع الاذن اه قوله كلها عورة واحدة أى كل واحد من هذه الاعضاء عورة واحدة وقد بلغ المجموع ربعه فيمنع اه

أصل بنفسها وأذن المرأة عورة بانفرادها وان انكشفت العورة من مواضع متفرقة تجمع لان محمدا رحمه الله ذكر فى الزيادات امرأة صلت وانكشف شئ من شعرها وشئ من ظهرها وشئ من فرجها وشئ من فخذها ولو جمع بلغ ربع أدنى عضو منها منع جواز الصلاة وكذا الطيب المتفرق فى حق المحرم والنجاسة المتفرقة ﴿قال الراجى عفو ربه﴾ ينبغى أن يعتبر بالاجزاء لان الاعتبار بالادنى يؤدى الى أن القليل يمنع وان لم يبلغ ربع المنكشف بيانه أنه لو انكشف نصف ثمن الفخذ مثلا ونصف ثمن الاذن يبلغ ربع الاذن أو أكثر ولم يبلغ ربع جميع العورة المنكشفة ومثله نصف عشر كل منهما وبطلان الصلاة بمثل القدر يخالف القاعدة قال رحمه الله (والأمة كالرجل) يعنى فى العورة لقول عمر رضى الله عنه ألقى عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولانها تخرج لحاجة مولاها فى ثياب مهنتها عادة فاعتبر حالها بذوات المحارم فى حق الاجانب دفعا للحرج قال رحمه الله (وظهرها وبطنها عورة) لأن لهما مزية كذوات المحارم ولهذا لو جعل امرأته كظهر أمه الامة كان مظاهرا منها والظهار لا يكون الا بمن لا يحل النظر اليه فاذا حرم على الابن فعلى الاجنبى أولى أن يحرم ويدخل فى هذا الجواب أم الولد والمدبرة والمكاتبة والمستسعاة عند أبى حنيفة لوجود الرق ولو أعتقت الامة فى صلاتها أو بعد ما أحدثت فيها قبل أن تتوضأ أو بعده تقنعت بعمل رفيق من ساعتها وبنت على صلاتها وان أدت ركنا بعد العلم بالعتق بطلت صلاتها والقياس أن تبطل فى الوجه الاول أيضا كالعريان اذا وجد ثوبا فى صلاته وجه الاستحسان أن فرض الستر لزمها فى الصلاة وقد أتت به والعريان لزمه قبل الشروع فيها فيستقبل كالمتيمم اذا وجد فيها ماء قال رحمه الله (ولو وجد ثوبا ربعه طاهر وصلى عريانا لم يجز) لان ربع الشئ يقوم مقام كله فصار كما لو كان كله طاهرا قال رحمه الله (وخير ان طهر أقل من ربعه) أى اذا كان الطاهر أقل من الربع يخير بين أن يصلى فيه وهو الافضل لما فيه من الاتيان بالركوع والسجود وستر العورة وبين أن يصلى عريانا قاعدا يومئ بالركوع والسجود وهو يلى الاول فى الفضل لما فيه من ستر

(قوله ولم يبلغ ربع جميع العورة) وهو جميع الفخذ والاذن اه (قوله نصف عشر كل منها) أى من الاعضاء اه (قوله يخالف القاعدة) وهى بطلان الصلاة بانكشاف ربع الجميع اه (قوله لقول عمر الى آخره) هذا المروى عن عمر قال السروجى لم أجده فى كتب الحديث وقال الكمال فيه والله أعلم به اه (قوله يا دفار) أى يا منتنة (قوله مهنتها) بفتح الميم وكسرها الخدمة من مهن القوم خدمهم وأنكر الاصمعى الكسر كذا فى الصحاح اه كاكى (قوله لان لهما مزية) أى على بقية الاعضاء فى الاشتهاء اه (قوله والمستسعاة) المستسعاة المرهونة اذا أعتقها الراهن وهو معسر حرة بالاتفاق اه سروجى (قوله تقنعت) هو جواب لو وقوله بعمل رفيق أى بأن تقنعت بيدها الواحدة (قوله ولو وجد ثوبا ربعه طاهر الى آخره) قال فى الدراية ولو وجد ثوبا حريرا لا يصلى عريانا بل يصلى فيه الا عند أحمد اه (قوله وصلى عريانا الى آخره) ذكر فى الغاية فى آخر كتاب صلاة المريض عريان معه ثوب ديباج وثوب كرباس فيه نجاسة أكثر من قدر الدرهم يتعين الصلاة فى الديباج اه (قوله ان طهر أقل من ربعه) أى أو كان كله نجسا اه غاية قال فى الدراية ولو سترعورته بجلد ميتة غير مدبوغ وصلى معه لا يجوز بخلاف ما لو صلى مع الثوب النجس لان نجاسة الجلد أغلظ بدليل أنها لا تزول بالغسل ثلاثا بخلاف نجاسة الثوب اه

العورة الغليظة وبين أن يصلي قائماً عرياناً بركوع وسجود وهو دونهما في الفضل وفي ملتقى البحار ان شاء صلى عرياناً بالركوع والسجود أو مومياً بهما اما قائماً أو قاعداً فهذا نص على جواز الايماء قائماً وما ذكر من هذا في الهداية وغيره يمنع ذلك فانه قال في الذي لا يجد ثوباً فان صلى قائماً أجزأه لان في القعود ستر العورة الغليظة وفي القيام أداء هذه الاركان فيميل الى أيهما شاء ولو كان الايماء جائزاً حالة القيام لما استقام هذا الكلام وقال محمد ومن تابعه لا يجوز له أن يصلي عرياناً لان خطاب التطهر سقط عنه لعجزه ولم يسقط عنه خطاب الستر لقدرته عليه فصار بمنزلة الطاهر في حقه ولنا أن المأمور به هو الستر بالطاهر فاذا لم يقدر عليه سقط فيميل الى أيهما شاء ولا يقال في الصلاة عرياناً ترك فروض وهو القيام والركوع والسجود وفي الصلاة فيه ترك فرض واحد وهو طهارة الثوب فكان أولى لانا نقول لا نمنعه عن الاتيان بها قائماً وان صلى قاعداً فقد أتى ببدلها وهو الايماء فلا يكون تاركاً لها القيام البدل مقام الاصل ثم الاصل في جنس هذه المسئلة أن من ابتلى ببليتين وهما متساويتان يأخذ بأيهما شاء وان اختلفا يختار أهونهما لان مباشرة الحرام لا تجوز الا للضرورة ولا ضرورة في حق الزيادة مثاله رجل عليه جرح لو سجد سال جرحه وان لم يسجد لم يسل فانه يصلي قاعداً يومي بالركوع والسجود لان ترك السجود أهون من الصلاة مع الحدث ألا ترى أن ترك السجود جائز حالة الاختيار في التطوع على الدابة ومع الحدث لا يجوز بحال فان قام وقرأ وركع ثم قعد وأومأ للسجود جاز لما قلنا والاول أفضل وكذا شيخ لا يقدر على القراءة قائماً ويقدر عليها قاعداً يصلي قاعداً لانه يجوز حالة الاختيار في النفل ولا يجوز ترك القراءة بحال ولو صلى قائماً مع الحدث في الفصلين وترك القراءة لم يجز ولو كان معه ثوبان نجاسة كل واحد منهما أكثر من قدر الدرهم يتخير ما لم يبلغ أحدهما ربع الثوب لاستوائهما في المنع ولو كان دم أحدهما قدر الربع ودم الآخر أقل يصلي في أقلهما دماً ولا يجوز عكسه لان للربع حكم الكل ولو كان في كل واحد منهما قدر الربع أو كان في أحدهما أكثر لكن لا يبلغ ثلاثة أرباعه وفي الآخر قدر الربع صلى في أيهما شاء لاستوائهما في الحكم والافضل أن يصلي في أقلهما نجاسة ولو كان ربع أحدهما طاهراً والآخر أقل من الربع يصلي في الذي هو ربعه طاهر ولا يجوز العكس ولو أن امرأة لو صلت قائمة ينكشف من عورتها القدر ما يمنع جواز الصلاة ولو صلت قاعدة لا ينكشف منها شيء فانها تصلي قاعدة لما ذكرنا أن ترك القيام أهون ولو كان الثوب يغطي جسدها وربع رأسها فتركت تغطية الرأس لا يجوز ولو كان يغطي أقل من الربع لا يضرها تركه لان للربع حكم الكل وما دونه لا يعطى له حكم الكل والستر أفضل تقليلاً للانكشاف قال رحمه الله (ولو عدم ثوباً صلى قاعداً مومياً بركوع وسجود وهو أفضل من القيام بركوع وسجود) لما روى ابن عمر أن قوماً من أصحاب النبي عليه الصلاة والسلام انكسرت بهم السفينة فخرجوا عراة فكانوا يصلون جلوساً يومئون بالركوع والسجود ايماء برؤسهم ولان الستر ١٢٠

آكد

(قوله وقال محمد ومن تابعه) قال في الدراية نقلاً عن الاسرار ولكن قول محمد أحسن اه (قوله لا يجوز له أن يصلي عرياناً) أي سواء كان قائماً أو قاعداً اه (قوله ان من ابتلى ببليتين الى آخره) قال السروجي رحمه الله في باب صلاة المريض ان صوابه من خير بين بليتين أو ابتلى باحدى بليتين غير عين لان من ابتلى بهما لا يسلم منهما فكيف يختار أحدهما اه (قوله فان قام وقرأ وركع الى آخره) أي وان قام أو قعد سلس بوله وان استلقى لم يسلس يصلي قائماً أو قاعداً مع البول وان استوى الكل في عدم الجواز عند الاختيار لكن فيما قلنا احراز الاركان ولهذا يصلي العريان قاعداً بالايماء ولا يجوز مستلقياً وروى ابن رستم عن محمد انه يصلي مستلقياً لان الصلاة مع الاستلقاء معتبر شرعاً عند العذر ولا تعتبر مع الحدث فكان هذا أيسر على ما تقدم من القاعدة اه غاية في باب صلاة المريض (قوله في الفصلين الى آخره) أي صلى من به جرح قائماً مع الحدث أو صلى الشيخ الذي لا يقدر على القراءة قائماً بلا قراءة لم تجز صلاتهما اه (قوله لا يجوز ترك القراءة بحال) فيه نظر فان صاحب القنية نقل عن مشايخنا أن المصلي لو كان به وجع السن بحيث لا يطيقه الا بامساك الماء أو الدواء في فمه وضاق الوقت فانه يقتدي بامام وان لم يجد يصلي بغير قراءة ويعذر اه يحيى وقد ذكرنا هذا الفرع في الغاية والدراية في باب صلاة المريض اه (قوله والستر أفضل) متعلق بقوله لا يضرها تركه اه (قوله في المتن ولو عدم ثوباً الى آخره) قال شيخ الاسلام هذا اذا لم يجد ما يستر نفسه من الحشيش والكلا والنبات وعن الحسن المروزي لو وجد طيناً يلطخ به عورته ويبقى عليه حتى يصلي به كذا في الدراية وفتح القدير وفيه ولو وجد ما يستر بعض العورة يجب استعماله ويستر القبل والدبر اه (قوله في المتن قاعداً مومياً الى آخره) لقائل أن يقول هذا تكرار لانه قد علم حكمه من قوله ونجاسة ان طهر أقل من ربعه اه يحيى (قوله وهو أفضل من القيام الى آخره) وفي المبسوط والعراة يصلون وحداناً قعوداً بالايماء وان صلوا جماعة جازت لاحراز فضيلة الجماعة وقام الامام وسطهم وان تقدمهم لا حرازة سنة الجماعة جاز وبه قال الشافعي وأحمد وان كان منهم مكتس فالافضل ان يصلوا جماعة ويتقدمهم الامام المكتسي وتكون العراة صفاً واحداً ان أمكن وصلاة العراة فرادى أفضل كالنساء وهو أحد الوجهين عند الشافعية وفي الوجه الثاني هما سواء وفي المرغيناني عارية الثوب تمنع من الصلاة عرياناً كاباحة الماء واختلف المشايخ في لزوم شراء الثوب بخلاف

المسئلة اه غاية وفى البحر المحيط يصلى العراة وحدانا متباعدين فان صلوا بجماعة توسطهم الامام ويرسل كل واحد رجليه نحو القبلة ويضع يديه بين فخذيه يومئ إيماء وإن أومأ القاعد أو ركع وسجد القاعد جاز اه سيد (قوله نية الصلاة الى آخره) فى بعض النوازل لكن لا يقول نويت لانه يكون كذبا ان لم ينو ويقع إخبارا عن المحقق ان كان نوى من غير حاجة ولكن يقول اللهم انى أريد أن أصلى الخ كذا فيسرها لى وتقبلها منى كما ورد عن محمد فى احرام الحج اه كاكى ﴿فرع﴾ ذكر فى فتح القدير اذا نوى فرضا وشرع فيه ثم نسيه فظنه تطوعا فأتمه على انه تطوع فهو فرض مسقط لان النية المعتبرة انما يشترط قرانها بالجزء الاول ومثله اذا شرع بنية التطوع فأتمها على ظن المكتوبة فهى تطوع بخلاف مالو كبر حين شك ينوى التطوع فى الاول أو المكتوبة فى الثانى حيث يصير شارعا فى ما نوى ثانيا لقران النية بالتكبير اه (قوله بالنية المتأخرة الى آخره) وعن الكرخى تجوز بالمتأخرة مادام فى الثناء وقيل الى التعوذ وقيل الى ما بعد الفاتحة وقيل الى الركوع وهو مروى عن محمد اه كاكى (قوله جوزت للضرورة) أى لان وقت الشروع فيه وقت نوم وغفلة وهو وقت انفجار الصبح فلو شرطت وقت الشروع لضاق الامر على الناس ولا كذلك فى حق الصلاة لان وقت

آكد من القيام ألا ترى أن القيام يسقط فى النفل حالة الاختيار دون الستر وكذا الستر لا يختص بالصلاة والقيام يختص بها فكان أقوى وكيفية القعود أن يقعد مادا رجليه فى القبلة ليكون أستر ذكره فى شرح مطلوب قال رحمه الله (والنية) لقوله عليه الصلاة والسلام إنما الاعمال بالنيات ويحتاج هنا الى ثلاث نيات نية الصلاة التى يدخل فيها ونية الاخلاص لله تعالى ونية استقبال القبلة عند الجرجانى وفى المبسوط الصحيح أن استقبالها يغنى عن النية والاول ذكره المرغينانى وقيل إن كان يصلى فى المحراب لا يشترط وفى الصحراء يشترط قال رحمه الله (بلا فاصل) يعنى بلا فاصل بين النية والتكبير والفاصل عمل لا يليق فى الصلاة كالأكل والشرب ونحو ذلك وانما فصل بينهما بعمل يليق فى الصلاة مثل الوضوء والمشى الى المسجد فلا يضره حتى لو نوى ثم توضأ أو مشى إلى المسجد فكبر ولم تحضره النية جاز لعدم الفصل بينهما بعمل لا يليق فى الصلاة ألا ترى أن من أحدث فى الصلاة له أن يفعل ذلك ولا يمنعه من البناء ولا يعتد بالنية المتأخرة عن التكبير الا عند الكرخى لان مامضى لم يقع عبادة وفى الصوم جوزت للضرورة ولا ضرورة هنا وكذا يجوز تقديم النية فى الحج حتى لو خرج من بيته يريد الحج فأحرم ولم تحضره النية جاز وكذا الزكاة تجوز بنية وجدت عند الافراز قال رحمه الله (والشرط أن يعلم بقلبه أى صلاة يصلى) وأدناه أن يصير بحيث لو سئل عنها أمكنه أن يجيب من غير فكرة وأما التلفظ بها فليس بشرط ولكن يحسن لاجتماع عزيمته قال رحمه الله (ويكفيه مطلق النية للنفل والسنة والتراويح) هو الصحيح لان وقوعها فى أوقاتها يغنى عن التعيين وبه صارت سنة لا بالتعيين قال رحمه الله (والفرض شرط تعيينه كالعصر مثلا) لان الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته ولان فرضا من الفروض لا يتأدى بنية فرض آخر فوجب التعيين ويكفيه أن ينوى ظهر الوقت مثلا أو فرض الوقت والوقت باق لوجود التعيين ولو كان الوقت قد خرج وهو لا يعلم به لا يجوز لان فرض الوقت فى هذه الحالة غير الظهر ولو نوى ظهر يومه يجوز مطلقا ولو كان الوقت قد خرج لانه قد نوى ما عليه وهو مخلص لمن يشك فى خروج الوقت والخطأ فى عدد الركعات لا يضر حتى لو نوى الفجر أربعا والظهر ركعتين أو ثلاثا أو خمسا جاز

شروعها وقت انتباه ويقظة اه كاكى (قوله فى المتن والشرط أن يعلم) أى شرط صحة نيته ان يكون منويه معلوما عنده لا أن يكون مذكورا بلسانه فاندفع بهذا الاعتراض بأنه يقتضى تفسير النية بالعلم اه يحيى (قوله فليس بشرط) أى لصحة الشروع اه (قوله هو الصحيح) احترازا عن قول جماعة إنه لا يكفيه لأداء السنة لان السنة وصف زائد على أصل الصلاة كوصف الفرضية فلا تحصل بمطلق نية الصلاة والمحققون على عدم اشتراطها وتحقيق الوجه فيه أن معنى السنية كون النافلة مواظبا عليها من النبى صلى الله عليه وسلم بعد الفريضة المعينة أو قبلها فاذا أوقع المصلى النافلة فى ذلك الوقت صدق عليه انه فعل الفعل المسمى سنة فالحاصل أن وصف السنة يحصل بنفس الفعل الذى فعله النبى صلى الله عليه وسلم وهو انما كان يفعل على ما سمعت فانه صلى الله عليه وسلم لم يكن ينوى السنة بل الصلاة لله فعلم أنه وصف ثبت بعد فعله على ذلك الوجه تسمية بالفعل المخصوص لا انه وصف يتوقف حصوله على نيته وقد حصلت مقاولة فى كتابه بعض أشياخ حلب ان الاربعة التى تصلى بعد الجمعة ينوى بها آخر ظهر أدركت وقته ولم أره بعد فى موضع يشك فى صحة الجمعة اذا ظهرت صحة الجمعة تنوب عن سنة الجمعة وأنكره الآخر واستفتى بعض أشياخ مصر رحمه الله فأفتى بعدم الاجزاء فقلت هذه الفتوى تفرع على اشتراط تعيين السنة فى النية وما قاله الحلبى بناء على التحقيق فانه اذا نوى آخر ظهر فقد نوى أصل الصلاة ووصف فاذا انتفى الوصف فى الواقع وقلنا على المختار من المذهب ان بطلان الوصف لا يوجب بطلان أصل الصلاة بقى نية أصل الصلاة وبها يتأدى السنة ثم راجعت المفتى المصرى وذكرت له هذا فرجع دون توقف هذا الامر الجائز فأما الاحتياط فانه ينوى فى السنة الصلاة متابعة للنبى صلى الله عليه وسلم ولا يخفى تقييده وقوعها من السنة اذا صحت الجمعة بما اذا لم يكن عليه ظهر فائت اه كمال (قوله لان فرض الوقت فى هذه الحالة غير الظهر) أى وهو العصر (قوله يجوز مطلقا) أى قبل خروج الوقت وبعده اه

وتلغو نيـة التعين ولو نوى الظهر مطلقا ولم ينو ظهر الوقت ولا ظهر اليوم اختلفوا فيـه فمنهم من منع ذلك لاحتمال أن يكون عليـه ظهر آخر فلا يقع بها التمييز ومنهم من أجازه لانه المشروع في الوقت والقضاء عارض فكان المشروع فيه أولى وتعين قضاء ماشرع فيـه من النفل ثم أفسده والنذر والوتر وصلاة العيدين وفي الغاية أنه لا ينوي فيـه انه واجب للاختلاف فيه قال رحمه الله (والمقتدي ينوي المتابعة أيضا) لانه يلزمه الفساد من جهة إمامه فلا بد من التزامه والافضل أن ينوي الاقتداء بعد تكبير الامام حتى يكون مقتديا بالمصلي ولو نواه حين وقف الامام موقف الامامة جاز عند عامة المشايخ وقال بعضهم لا يجوز لانه نوى الاقتداء بغير المصلي ولو نوى الاقتداء بالامام ولم يعين الظهر أو نوى الشروع في صلاة الامام أو نوى الاقتداء به لا غير قيل لا يجزيه لتنوع المؤدى والاصح أنه يجزيه وينصرف إلى صلاة الامام وان لم يكن للمقتدي علم بها لانه جعل نفسه تبعا للامام مطلقا بخلاف ما لو نوى صلاة الامام حيث لا يجزيه لانه لم يقتد به بل عين صلاته والافضل للمقتدي أن يقول اقتديت بمن هو امامي أو بهذا الامام ولو قال مع هذا الامام جاز ولو اقتدى بالامام ولم يخطر بباله أزيد هو أم عمرو جاز ولو نوى الاقتداء به وهو يظن أنه زيد فاذا هو عمرو جاز ولو نوى الاقتداء بزيد فاذا هو عمرو لا يجوز لانه نوى الاقتداء بالغائب قال رحمه الله (والجنازة ينوي الصلاة لله تعالى والدعاء للميت) لانه الواجب عليه فيجب عليـه تعيينه واخلاصه لله تعالى قال رحمه الله (واستقبال القبلة) لقوله تعالى فول وجهك شطر المسجد الحرام أي نحوه وجهته قال رحمه الله (فللمكي فرضه اصابة عينها) أي عين الكعبة لانه يمكنه اصابة عينها بيقين ولا فرق بين أن يكون بينهما وبينه حائل من جدار أو لم يكن حتى لو اجتهد وصلى وبان خطؤه يعيد على ما ذكره الرازي رحمه الله وذكر ابن رستم عن محمد أنه لا إعادة عليـه قال وهو الاقيس لانه أتى بما في وسعه فلا يكلف بما وراءه عليـه وعلى هذا اذا صلى في موضع عرف القبلة فيه بيقين بالنص كالمدينة قال رحمه الله (ولغيره اصابة جهتها) أي لغير المكي فرضه اصابة جهة الكعبة وهو قول عامة المشايخ وهو الصحيح لان التكليف بحسب الوسع وقال الجرجاني الفرض إصابة عينها في حق الغائب أيضا لانه لا فصل في النص بين الحاضر والغائب ولان استقبال البيت لحرمة البقعة وذلك في العين دون الجهة ولان الفرض لو كان

(قوله وتلغو نيـة التعين) في نسخة أخرى التغيير (قوله ومنهم من أجازه) وفي فتاوى العتابي الاصح انه يجزيه اه فتح (قوله وتعين قضاء ما شرع فيه) أي وشرط تعين وفي نسخة ويعين (قوله في المتن والمقتدي ينوي المتابعة) الا في الجمعة قال في الغاية ولو نوى الجمعة ولم ينو الاقتداء بالامام قيل يجزيه لانها لا تصح الا مع الامام اه (قوله أو نوى الشروع في صلاة الامام الى آخره) قال رحمه الله ومن اقتدى بامام ينوي صلاته ولم يدر أنها الظهر أو الجمعة أجزأه أيهما كان لانه بنى صلاته على صلاة الامام وذلك معلوم عند الامام فالعلم في حق الاصل يغني في حق التبع (قوله وان لم يكن للمقتدي علم) قال في الفتح قبيل باب الحدث لو شرع ناويا أن لا يؤم أحدا فاقتدى به رجل صح اقتداؤه اه (قوله لتنوع المؤدى) أي الى فرض ونفل (قوله بل عين صلاته) كذا في مبسوط شيخ الاسلام وفي شرح الطحاوي لو نوى صلاة الامام أجزأه وقام مقام نيتين وبه قال السرخسي والكرماني والحلابي اه كاكي قوله كذا في مبسوط شيخ الاسلام أي والخلاصة أيضا اه (قوله لانه نوى الاقتداء بالغائب) قال في الفتح ولو كان يرى شخصه فنوى الاقتداء بهذا الامام الذي هو زيد فاذا هو خلافه جاز لانه عرفه بالاشارة فلغت التسمية اه وفي المجتبى ولو قال نويت الاقتداء بهذا الشاب فاذا هو شيخ يجوز لانه يجوز بفرضيته بخلاف ما اذا نوى الاقتداء بالشيخ فاذا هو شاب اه (قوله في المتن فللمكي فرضه) أي فرض الاستقبال اه ع (قوله في المتن اصابة عينها الى آخره) أي اصابة عين الكعبة بأنه لو أخرج خط مستقيم منه وقع على الكعبة أو هوائها اذ القبلة هي العرصة الى عنان السماء حتى لو رفع البناء وصلى الى هوائه جاز بالاجماع وكذا لو صلى على أبي قبيس جاز وهو أعلى من البناء واصابة الجهة بأنه لو أخرج خط مستقيم منه وقع على الكعبة أو هوائها أو منحرفا عنها الى جهة اليمين أو الشمال اه يحيى وكتب أيضا رحمه الله ما نصه قوله اصابة عينها أي حتى لو صلى مكي في بيته ينبغي أن يصلي بحيث لو أزيلت الجدران يقع استقباله على شطر الكعبة بخلاف الآفاقي كذا في الكافي وفي الدراية من كان بينه هو وبين الكعبة حائل الاصح انه كالغائب ولو كان الحائل أصليا كالجبل كان له أن يجتهد والاولى أن يصعد ليصل الى اليقين وفي النظم الكعبة قبلة من بالمسجد والمسجد قبلة من بمكة ومكة قبلة الحرم والحرم قبلة العالم قال المصنف في التجنيس هذا يشير الى من كان بمعاينة الكعبة فالشرط اصابة عينها ومن لم يكن بمعاينتها فالشرط اصابة جهتها هو المختار اه قال الشيخ عبد العزيز البخاري هذا على التقريب والا فالتحقيق أن الكعبة قبلة العالم اه وعندي في جواز التحري مع امكان صعوده اشكال لان المصير الى الدليل الظني وترك القاطع مع امكانه لا يجوز وما أقرب قوله في الكتاب الاستخبار فوق التحري فاذا امتنع المصير الى الظني مع امكان ظني أقوى منه فكيف يترك اليقين مع امكانه للظن اه فتح القدير (قوله حتى لو اجتهد) أي عند تحقق الحائل اه (قوله وعلى هذا) أي على الاختلاف اه (قوله الفرض اصابة عينها) أي نية لا توجها وسيأتي اه قال في الظهيرية ومن صلى الى غير جهة الكعبة لا يكفر هو الصحيح لان ترك جهة الكعبة جائز في الجملة اه

هوالجهة لوجب عليه الاعادة اذا تبين خطؤه في الاجتهاد لانه انتقل من اجتهاد الى يقين فلما لم يلزمه الاعادة تدل على أن فرضه العين وقلنا انتقل من اجتهاد الى اجتهاد وجه قول العامة قوله عليه الصلاة والسلام ما بين المشرق والمغرب قبلة ولان التكليف بحسب الوسع على ما تقدم ولهذا قال بعضهم البيت قبلة من يصلي في مكة في بيته أو في البطحاء ومكة قبلة أهل الحرم والحرم قبلة الآفاق وعن أبي حنيفة المشرق قبلة أهل المغرب والمغرب قبلة أهل المشرق والجنوب قبلة أهل الشمال والشمال قبلة أهل الجنوب وثمرة الخلاف تظهر في اشتراط نية عين الكعبة في حق الغائب أو نية الجهة تكفيه على قول من يرى وجوب النية قال رحمه الله (والخائف يصلي الى أي جهة قدر) لتحقق العجز ويستوي فيه الخوف من عدو أو سبع أو لص حتى اذا خاف أن يراه اذا توجه الى القبلة جازله أن يتوجه الى أي جهة قدر ولو خاف أن يراه العدو ان قعد صلى مضطجعا بالايماء وكذا الهارب من العدو راكبا يصلي على دابته وكذا اذا كان على خشبة في البحر وهو يخاف الغرق اذا انحرف الى القبلة ولو كان في طين لا يقدر على النزول عن الدابة جازله الايماء على الدابة واقفة اذا قدر والا فسائرة وتوجه الى القبلة ان قدر والا فلا وان قدر على النزول ولم يقدر على الركوع والسجود نزل وأومأ قائما وان قدر على القعود دون السجود أومأ قاعدا ولو كانت الارض ندية مبتلة بحيث لا يغيب وجهه في الطين صلى على الارض وسجد قال رحمه الله (ومن اشتبهت عليه القبلة تحرى) لما روي عن عامر بن ربيعة أنه قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة فصلى كل رجل منا على حياله فلما أصبحنا ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت فأينما تولوا فثم وجه الله وقال علي رضي الله عنه قبلة المتحري جهة قصده ولان العمل بالدليل الظاهر واجب اقامة للواجب بقدر الوسع هذا اذا لم يكن بحضرته من يسأله عن القبلة وأما اذا كان بحضرته من يسأله عنها وهو من أهل المكان عالم بالقبلة فلا يجوزله التحري لان الاستخبار فوق التحري لكون الخبر ملزماله ولغيره والتحري ملزم له دون غيره فلا يصار الى الادنى مع امكان الاعلى ولا يجوز التحري مع المحاريب قال رحمه الله (وان أخطأ لم يعد) وقال الشافعي يعيد اذا استدبرها لانه ظهر خطؤه بيقين فصار كالو صلى الفرض قبل دخول وقته على ظن أنه

(قوله لانه انتقل من اجتهاد الى يقين) أي لانه يمكنه معرفة الجهة يقينا اه (قوله وقلنا انتقل من اجتهاد الى اجتهاد) اذ لا يمكنه معرفة العين يقينا اه (قوله على قول من يرى وجوب النية) أي نية العين اه (قوله في المتن والخائف يصلي الى أي جهة قدر) والفقه فيه أن المصلي في خدمة الله تعالى فلابد من الاقبال عليه والله سبحانه منزه عن الجهة فيستحيل الاقبال عليه فابتلانا بالتوجه الى
١ الكعبة لأن العبادة لها حتى لو سجد للكعبة يكفر فلما اعتراه الخوف تحقق العذر فأشبه حالة الاشتباه في تحقق العذر فيتوجه الى أي جهة قدر لان الكعبة لم تعتبر لعينها بل للابتلاء فيتحقق المقصود بالتوجه الى أي جهة قدر اه كاكي فتصير أن جهة الاستقبال على أربع مراتب عين الكعبة وجهتها وجهة التحري وأي جهة كانت والكل في حالة الامن الا الاخير فانه حالة الخوف اه (قوله لتحقق العجز) قال العيني وكذا المريض اذا لم يجد من يحوله اليها اه (قوله يصلي على دابته) أي بالايماء الى أي جهة اه غاية (قوله اذا انحرف الى القبلة) أي فيصلي حيثما كان توجهه اه (قوله ولم يقدر على الركوع) ليس في مسودة الشارح اه (قوله في المتن ومن اشتبهت عليه القبلة تحرى الى آخره) لو تحرى ولم يقع تحريه على شئ يؤخر الصلاة وقيل يصلي الى أربع جهات وقيل يتخير اه زاد الفقير (قوله كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم) أي في سفره اه غاية (قوله على حياله) أي قبالته اه مغرب (قوله فثم وجه الله) أي قبلته التي أمر بها وارتضى بها ذكره في الكشاف وفي شرح التأويلات أي فثم قبلة الله اه (قوله كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الى آخره) قال الترمذي هذا الحديث ليس اسناده بذاك لا نعرفه مرفوعا الا من حديث أشعث بن سعيد السمان وهو مضعف في الحديث اه غاية (قوله اذا لم يكن بحضرته من يسأله الى آخره) في التقييد بحضرته اشارة الى أنه لا يلزمه الطلب لو لم يكن بحضرته أحد كذا في الدراية اه قال في الغاية عن ابراهيم بن أبي يوسف لو أن أعمى صلى ركعة لغير القبلة فجاء رجل وسواه الى القبلة واقتدى به جازت صلاته دون المقتدي قيل هذا اذا لم يجد الاعمى من يسأله عن القبلة عند الشروع أما اذا وجد ولم يسأله لم تجز صلاته اه (قوله وأما اذا كان بحضرته من يسأله الى آخره) أي فان كان بحضرته أناس فلم يسألهم حتى تحرى وصلى الى الجهة التي وقع عليها تحريه ثم سألهم عن القبلة فلم يعلموا أيضا جهة القبلة فصلاته جائزة لانه تبين انه لا فائدة في السؤال فترك السؤال لم يغير الحكم وان كانوا يعلمون جهة القبلة نظر ان تبين أنه أصاب تمت صلاته وان تبين انه أخطأ القبلة في الصلاة أو بعدها يعيد ولا عبرة بالتحري لانه حصل لا في موضعه ولو سألهم قبل الشروع فلم يخبروه فتحرى وصلى الى جهة جازت صلاته وان تبين انه أخطأ القبلة وان تبين أنه أخطأ في الصلاة يحول وجهه الى القبلة ولا يستقبل الصلاة لانه فعل ما عليه وهو السؤال اه طح (قوله ملزما له ولغيره) أي كما في خبر رؤية الهلال ورواية الحديث اه غاية

(قوله أو صلى في ثوب نجس أو توضأ الى آخره) فان قيل اذا تحرى في الاواني والثياب ثم ظهر أنه أخطأ تجب الاعادة فهل وجبت الاعادة هنا قلنا الاصل أن ما يحتمل الانتقال بعد الثبوت لا تجب الاعادة وأمر القبلة بهذه الصفة ألا ترى أنها تحولت من بيت المقدس الى الكعبة ثم منها الى جهتها وما لا يحتمل الانتقال بعد الثبوت تجب الاعادة وطهارة الاواني والثياب لا تحتمل الانتقال فتجب الاعادة وهذا لان ما يحتمل التحول يجب القول بالتحول للضرورة ولا كذلك ما لا يحتمل التحول اه سيد (قوله وليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري) فتعينت قبلته في هذه الحالة فنزلت هذه الجهة حالة العجز منزلة عين الكعبة والمحراب حال القدرة وانما عرف التحري شرطا نصا بخلاف القياس لا لأصل القبلة وبه تبين انه ما أخطأ قبلته لان قبلته جهة التحري وقد وصل اليها بخلاف مسئلة الثوب لان الشرط هناك هو الصلاة بالثوب الطاهر حقيقة لكنه أمر باصابته بالتحري فاذا لم يصب انعدم الشرط فلم تجز أما هنا فالشرط استقبال القبلة وقبلته هنه في هذه الحالة

وقد استقبلها فهو الفرق اه بدائع قال في القنية في كتاب التحري ومن لم يكن له رأي في القبلة فقد قيل لا يصلي وقد قيل يصلي الى أربع جهات وقيل يخير وكذا لو صلى ركعة بالتحري الى جهة ثم تحول رأيه الى جهة أخرى فصلى الركعة الثانية الى الجهة الثانية ثم تذكر أنه ترك سجدة من الركعة الاولى اختلف المشايخ فيه والصحيح انه تفسد صلاته اه (قوله فكذا في حالة الاشتباه الى آخره) بخلاف طهارة الثوب والماء فانها لا تقبل الانتقال فبعيد اه (قوله علم بالخطأ استدار) أي ويتم الصلاة بخلاف ما اذا تحرى في الثوبين فصلى في أحدهما ثم تحول تحريه الى ثوب آخر وكل صلاة صلاها في الثوب الاول جازت دون الثاني اه ظهيرية

دخل أو صام قبل أوانه أو صلى في ثوب نجس أو توضأ بماء نجس بالاجتهاد أو حكم الحاكم باجتهاد في قضية ثم وجد نصا بخلافه والمانا روينا من الخبر والاثر ولان التكليف مقيد بالوسع وليس في وسعه الا التوجه الى جهة التحري بخلاف ما ذكر من المسائل لانه لو استقصى غاية الاستقصاء لعلم حقيقته وهذا لان جهل القاضي بالنص كان بتقصير منه وكذا الجهل بالنجس والوقت لامكانه أن يسأل غيره ممن اطلع عليه بخلاف القبلة حيث لا يمكنه أن يسأل ممن اطلع عليها لان علمها مبني على علم العلامات من النجوم ونحوه فاذا زالت بالغيم عم العجز الجميع فصار نظيره ما لو أسلم الحربي في دار الحرب حيث لا تلزمه الاحكام لعجزه والذمي لو أسلم يلزمه لقدرته على التحصيل لان الدار دار العلم فاذا لم يحصل كان التقصير من جهته فلا يعذر ولانه لو سأل غيره وأخبره لا خبره عن اجتهاد مثل اجتهاده لا عن يقين فلا تقصير من جهته ولو عرف بعد ما صلى انما يعرف بالاجتهاد وهو لا ينقض ما مضى من الاجتهاد ولان القبلة تقبل الانتقال من جهة الى جهة كما في حالة الركوب والخوف فكذا في حالة الاشتباه فلا يعيد قال رحمه الله (فان علم به في صلاته) أي علم بالخطأ (استدار) لان تبدل الاجتهاد بمنزلة تبدل النسخ وقد روى أن قوما من الانصار كانوا يصلون بمسجد قباء الى الشام فأخبروا بتحول القبلة فاستداروا كهيئتهم وفيه دليل على جواز نسخ السنة بالكتاب اذ لا نص على بيت المقدس في القرآن فعلم أنه كان ثابتا بالسنة ثم نسخ بالكتاب وعلى ان حكم النسخ لا يثبت حتى يبلغ المكلف وعلى أن خبر الواحد يوجب العمل ثم مسائل جنس التحري في القبلة لا تخلو اما أن لم يشك ولم يتحر أو شك وتحرى أو شك ولم يتحر أما اذا لم يشك وصلى الى جهة في ليلة مظلمة من غير تحر فهو على الجواز حتى يظهر خطؤه بيقين أو بأكبر رأيه لان من ظاهر حال المسلم أداء الصلاة الى القبلة فيجب حمله على الجواز وان ظهر خطؤه يلزمه الاعادة ولو بعد الفراغ منها لان الثابت باستصحاب الحال يرتفع بالدليل اذ ما ثبت بالدليل فوق ما ثبت باستصحاب الحال وأما اذا شك وتحرى فحكمه ما ذكر في الكتاب وأما اذا شك ولم يتحر فانه يعيدها لان التحري افترض عليه فيفسد بتركه الا اذا علم بعد الفراغ أنه أصاب القبلة لحصول المقصود لان ما افترض لغيره يشترط حصوله لا غير كالسعي الى الجمعة وان علم في الصلاة يستقبل وعند أبي يوسف يبني لما ذكرنا ونحن نقول ان حالته قويت بالعلم وبناء القوي على الضعيف لا يجوز فصار كالامي اذا تعلم سورة والمومي اذا قدر على الركوع والسجود

(قوله بمنزلة تبدل النسخ) أي وهو لا يبطل الماضي لان أثر النسخ يظهر في المستقبل دون الماضي (قوله فأخبروا بتحول القبلة الى آخره) وتحول القبلة كان في المدينة على رأس ستة عشر شهرا أو سبعة عشر شهرا يوم الاثنين في رجب في صلاة الفجر أو يوم الثلاثاء في شعبان في صلاة الظهر اه (قوله وفيه) أي في حديث تحول القبلة (قوله على جواز نسخ) وعلى جواز الاجتهاد بحضرة النبي صلى الله عليه وسلم حيث بنوا على صلاتهم بالاجتهاد اه (قوله حتى يبلغ المكلف) اذ لو ثبت قبله من وقت نزول الناسخ لاستأنفوا صلاتهم اه (قوله وأما اذا شك ولم يتحر الى آخره) قال في الظهيرية ولو صلى من غير التحري بعد ما شك ان أصاب أي ان علم انه أصاب القبلة بعد الفراغ جازت وان علم أنه أصاب القبلة في خلال الصلاة استقبل الصلاة اه (قوله لان ما افترض) أي وهو التحري اه (قوله لغيره) أي وهو استقبال القبلة اه (قوله يشترط حصوله) أي ان التحري لم يفرض عليه الا لتحصيل جهة القبلة فاذا حصلت من غير تحر حصل المقصود اه (قوله وان علم في الصلاة) أي انه أصاب القبلة (قوله وعند أبي يوسف يبني) قال في البدائع وان علم في الصلاة روى عن أبي يوسف انه يبني على صلاته لما قلنا وفي ظاهر الرواية يستقبل اه (قوله لما ذكرنا) أي من انه بمنزلة تبدل النسخ اه

(قوله هو يقول ان المقصود قد حصل) قال في البدائع وصار كما اذا تحرى في الاواني فتوضأ بغير ما وقع عليه التحري ثم تبين أنه أصاب تحريه كذا هنا اه أجيب بأن الشرط هنا هو التوضؤ بالطاهر حقيقة وقد وجد والله الموفق اه (قوله أو صلى وعنده أنه محدث الى آخره) أي كما اذا تحرى في الاواني فتوضأ بغير ما وقع عليه التحري اه (قوله وهذه المخالفة لا تمنع) أي صحة الاقتداء اه (قوله ولو قام اللاحق الى آخره) هذا الفرع كتبه على هامش الصفحة السابقة نقلا عن الظهيرية (قوله كان على الخطا بطلت صلاته) أي لان اللاحق وهو النائم يصلي مثل ما فاته مع الامام كأنه خلفه ولو أمرناه أن يصلي مثل ما صلى الامام لكان يصلي الى غير القبلة ولو أمرناه أن يحول وجهه الى القبلة يصير مخالفا لامامه كذا في المحيط (قوله بخلاف المسبوق الى آخره) لانه ليس خلف امام فلا يضره كون امامه على الخطا اه

والسجود وان تحرى ووقع تحريه الى جهة فصلى الى جهة أخرى لا تجزيه أصاب أو لم يصب أما اذا لم يصب فظاهر وكذا اذا أصاب لان الجهة التي أدى اليها اجتهاده صارت قبلة له فأقيمت مقام الكعبة في حقه فلا يجوز تركها وفيه خلاف أبي يوسف رحمه الله هو يقول ان المقصود قد حصل على ما بينا وجوابه ما بينا وعلى هذا لو صلى في ثوب وعنده أنه نجس ثم ظهر أنه طاهر أو صلى وعنده أنه محدث ثم ظهر أنه طاهر أو صلى الفرض وعنده أن الوقت لم يدخل ثم ظهر أنه صلى بعد الدخول لا يجزيه لانه حكم بفساد صلاته بناء على دليل شرعي وهو تحريه فلا تنقلب جائزة وان ظهر بخلافه قال رحمه الله (ولو تحرى قوم جهات وجهلوا حال امامهم يجزيهم) أي تحرى جماعة من الناس في ليلة مظلمة فصلى امامهم الى جهة وصلى كل واحد من المأمومين الى جهة ولا يدرون ما صنع الامام يجزيهم اذا كانوا خلف الامام لان كل واحد منهم متوجه الى القبلة وهي جهة التحري وهذه المخالفة لا تمنع كما في جوف الكعبة ومن علم منهم حال امامه تفسد صلاته لاعتقاده أن امامه على الخطا وكذا اذا كان متقدما عليه لتركه فرض المقام وفي التجنيس رجل تحرى القبلة فأخطأ فدخل في الصلاة وهو لا يعلم ثم علم وحول وجهه الى القبلة ثم دخل رجل في صلاته وقد علم حالته الاولى لا تجوز صلاة الداخل لانه دخل في صلاته وعلم أن الامام كان على الخطا في أول صلاته ولو قام اللاحق للقضاء فعلم أن امامه كان على الخطا بطلت صلاته بخلاف المسبوق والله أعلم

(باب صفة الصلاة)

قال رحمه الله (فرضها التحريمة) أي فرض الصلاة لقوله تعالى وربك فكبر وهي شرط عندنا وانما ذكرها في هذا الباب لاتصالها بالاركان وقال الشافعي هي ركن الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس انما هي التسبيح والتكبير وقراءة القرآن فدل على ان التكبير كالقراءة ولانه يشترط لها ما يشترط للصلاة من استقبال القبلة والطهارة وستر العورة وهي آية الركنية ولانه لا يجوز أداء صلاة بتحريمة صلاة أخرى ولولا أنها من الاركان لجاز كسائر الشروط ولنا قوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى عطف الصلاة على الذكر والمراد به التحريمة ومقتضى العطف المغايرة اذ الشيء لا يعطف على نفسه وقال عليه الصلاة والسلام تحريمها التكبير فأضاف التحريم الى الصلاة والمضاف غير المضاف اليه لان الشيء لا يضاف الى نفسه وما رواه متروك الظاهر فان التسبيح ليس ركنا اجماعا أو هو محمول على تكبير الانتقال وقوله يشترط لها ما اشترط للصلاة ممنوع فانه لو أحرم حاملا النجاسة فألقاها عند فراغه منها أو مكشوف العورة فسترها عند فراغه من التكبير بعمل يسير أو شرع في

(باب صفة الصلاة)

المراد بصفة الصلاة أركانها لان المذكور في هذا الباب هو الاركان غالبا وان ذكر فيه ما ليس بركن استطرادا كالتحريمة والقعود الاخير وانما أطلق الصفة على الاركان لانها صفة في ذاتها لكونها أعراضا قائمة بالمصلي اه يحيى (قوله في المتن فرضها التحريمة الى آخره) التحريم جعل الشيء محرما نقل لتكبيرة الافتتاح لانها تحرم ما ليس من أفعال الصلاة فألحق به تاء النقل تنبيها على النقل ككتاه الحقيقة وتسمى تاء الاسمية أيضا لانها اسم للتكبيرة وقد كان مصدرا ففيه تحقيق ودلالة على اسميته اه يحيى (قوله فرض الصلاة) المراد بالصلاة الفرائض لان القيام في النافلة ليس بفرض اه غاية (قوله والمراد به التحريمة) أي باجماع أئمة التفسير ولان سائر التكبيرات ليس بفرض بالاجماع فتعين هذا للفريضة لئلا يؤدي الى تعطيل النص اه كاكي (قوله اذ الشيء لا يعطف على نفسه) أي وان كان تطبيق العام على الخاص لكن جوازه لنكتة بلاغية وهي مفقودة هنا اه فتح وكتب ما نصه ان الشافعي لم يجعل التحريمة نفس الصلاة بل جزأها والجزء ليس عين الكل فلا يلزم عطف الشيء على نفسه ولا اضافة الشيء الى نفسه فالاولى أن يقال العطف يقتضي خروج المعطوف عليه عن المعطوف وبالعكس فلا يجوز عطف الكل على الجزء ولا العكس وخروج المضاف عن المضاف اليه وبالعكس ولذا استدل أهل السنة على المعتزلة بعطف عمل الصالحات على الايمان وباضافته اليه على خروجه منه لكن يرد مثل قوله تعالى أو لحم خنزير اه يحيى (قوله عند فراغه منها جاز) قال في فتح القدير وذكر في الكافي أنها عند بعض أصحابنا ركن اه وهو ظاهر كلام الطحاوي فيجب على قول هؤلاء أن لا تصح هذه الفروع اه

التكبير قبل طهور الزوال مثلا ثم ظهر عند فراغه منها أو منحرفا عن القبلة فاستقبلها عند الفراغ منها جاز ولئن سلم فاعما يشترط لما يتصل به من الاداء الا لان التحريمة تمنع الصلاة وقوله لا يجوز أداء صلاة بتحريمة صلاة أخرى ممنوع أيضا فانه يجوز أن يؤدى النفل بتحريمة صلاة أخرى اجماعا بين أصحابنا وأداء فرض بتحريمة فرض آخر يجوز عند صدر الاسلام وعلى الظاهر نعارضهم بالنية فانها شرط وليست من الاركان بالاجماع ومع هذا لا يجوز أداء الفرض بنية صلاة أخرى اجماعا فكذا التحريمة والجامع ان كل واحد منهما عقد على الاداء وليس من الاداء قال رحمه الله (والقيام) لقوله تعالى وقوموا لله قانتين وهو ركن في الفرض دون النفل قال رحمه الله (والقراءة) لقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن ولقوله عليه الصلاة والسلام ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن وعلى فرضيته انعقد الاجماع قال رحمه الله (والركوع والسجود) لقوله تعالى واركعوا واسجدوا وللاجماع على فرضيتهما قال رحمه الله (والقعود الاخير قدر التشهد) وهو فرض وليس بركن وقال مالك رحمه الله هو سنة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رفع رأسه من آخر السجود فقد مضت صلاته اذا هو أحدث ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أخذ بيد عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وعلمه التشهد الى قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ثم قال اذا فعلت هذا أو قلت هذا فقد مضت صلاتك ان شئت أن تقوم فقم وان شئت أن تقعد فاقعد علق تمام الصلاة به وما لا يتم الفرض الا به فهو فرض ولا يقال ان كلمة أو لاحد الشيئين فيكون معناه اذا قلت هذا ولم تقعد أو قعدت ولم تقل فليس فيه دلالة على ما قلتم لانا نقول ان قراءة التشهد لو وجدت في غير حال القعود لا تعتبر اجماعا فتعين ما قلنا وصار كأنه قال اذا قلت هذا وأنت قاعد أو قعدت ولم تقل قال رحمه الله (والخروج بصنعه) أى الخروج من الصلاة بصنع المصلى فرض عند أبي حنيفة على تخريج البردعى أخذ من الاثني عشرية قال ولو لم يبق عليه فرض لما بطلت صلاته فيها وعلى تخريج الكرخي ليس بفرض وهو الصحيح على ما نبينه في موضعه ان شاء الله تعالى

(قوله عند صدر الاسلام) أى والجمهور على منعه اه فتح (قوله وعلى الظاهر) أى وهو عدم جوازه اه (قوله نعارضهم بالنية) فيه نظر لان النية نقض اجمالي يرد على دليل الشافعي لا معارضة وقد يقال أراد بها المعنى اللغوي وهو المخالفة اه يحيى (قوله وقوموا لله قانتين) أى مطيعين ولم يجب القيام في غير الصلاة اجماعا فيجب فيها لئلا يؤدى الى تعطيل النص اه رازى وقيل ساكتين عن كلام الناس وقيل خاشعين اه (قوله وهو ركن في الفرض الى آخره) قال الزاهدى رحمه الله عند قول القدورى رحمه الله ويصلي القائم خلف القاعد والتخيير بين القيام والقعود في الفرائض كان مخصوصا بالنبي صلى الله عليه وسلم وهكذا صرح صاحب الدراية اه (قوله فاقرؤا ما تيسر من القرآن) فانها نزلت في الصلاة ولانها لا تجب في غيرها فتجب فيها اه رازى (قوله في المتن والقعود الاخير الى آخره) قال الكمال ثم اختلف مشايخنا في قدر الفرض من القعدة قيل قدر ما يأتي بالشهادتين والاصح انه قدر قراءة التشهد الى عبده ورسوله للعلم بان شرعيتها للقراءة وأقل ما ينصرف اليه اسم التشهد عند الاطلاق ذلك وعلى هذا ينشأ اشكال وهو أن كون ما شرع لغيره بمعنى أن المقصود من شرعيته غيره يكون آكد من ذلك الغير عالم يعهد بل وخلاف المعقول فاذا كان شرعية القعدة للذكر أو السلام كانت دونهما فالاولى أن يعين سبب شرعيتها الخروج اه وفي الدراية عن المجتبى ولو شرع المقتدى في قراءة التشهد وفرغ عنه قبل امامه ثم تكلم وذهب فصلاته جائزة لانه تم عقدة الامامة في حقه ولو سلم الامام أو تكلم قبل أن يتم المقتدى التشهد يتم وان لم يتم أجزأه اه مع حذف (قوله في المتن قدر التشهد) الى قوله عبده ورسوله اه غاية (قوله وهو فرض الى آخره) قيل انه فرض عملى وهو ما يفوت الجواز بفواته (قوله وليس بركن الى آخره) أى لعدم توقف الماهية عليها شرعا لان من حلف لا يصلي يحنث بالرفع من السجود دون توقف على القعدة فعلم انها شرعت للخروج وهذا لان الصلاة أفعال وضعت للتعظيم وليس القعود كذلك بخلاف ماسواه اه فتح (قوله وقال مالك هو سنة الى آخره) لكن تفسد الصلاة بتركه عمدا عنده كذا في غاية السروجى قال (قوله وعلمه التشهد) قال في البدائع وينبغي للرجل أن يؤدب ولده على الطهارة والصلاة اذا عقلهما لقول النبي صلى الله عليه وسلم مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبعا واضربوهم عليها اذا بلغوا عشرا ولا تفترض عليه الا بعد البلوغ ولو احتلم الصبي بالليل ثم انتبه قبل طلوع الفجر قضى صلاة العشاء بلا خلاف لانه حكم ببلوغه بالاحتلام وقد انتبه والوقت قائم فيلزمه الصلاة أن يؤديها وان لم ينتبه حتى طلع الفجر اختلف المشايخ فيه اه (قوله اذا قلت الى آخره) قال النووي اتفق الحفاظ على انها مدرجة والحق ان غاية الادراج هنا أن تصير موقوفة والموقوف في مثله له حكم الرفع اه فتح وكتب ما نصه فان قيل هذا خبر الواحد فكيف يثبت به الفرضية وأجيب بانه مشهور فتجوز الزيادة به على نص الكتاب ولو سلم انه خبر الواحد فنص الكتاب مجمل فيلحق به خبر الواحد بيانا قيل فيلحق قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب بيانا فيكون قراءة الفاتحة فرضا (وأجيب) بانه محتمل لجواز أن يكون المنفي الفضيلة فلا يصلح بيانا ولو سلم انه محكم فنص القراءة ليس بمجمل ولا يخفى ان جميع واجبات الصلاة يصدق عليها ان الفرض لا يتم الا بها فيلزم ان يكون فرضا اه يحيى (قوله أو قعدت ولم تقل الى آخره) فصار التخيير في القول لا في الفعل اذ الفعل ثابت في الحالين اه

قال رحمه الله (وواجبها قراءة الفاتحة وضم سورة) وقال الشافعي قراءة الفاتحة ركن لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب ولقوله عليه الصلاة والسلام من صلى صلاة لم يقرأ فيها بأم القرآن فهي خداج وقال مالك قراءتهما ركن لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وسورة معها هكذا ذكر في الهداية بخلاف مالك في السورة وقال في الغاية لم يقل أحد ان ضم السورة واجب وخطأ صاحب الهداية فيه ولنا قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز ولكنه يوجب العمل به فقلنا بوجوبهما ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر ثم اقرأ ما تيسر معك من القرآن ولو كانت قراءة الفاتحة ركنا لعلمه اياها لجهله بالاحكام وحاجته اليها وقوله لا صلاة محمول على نفي الفضيلة كقوله لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وقوله عليه الصلاة والسلام فهي خداج لا دلالة فيه على عدم الجواز بدونها بل على النقص ونحن نقول به قال رحمه الله (وتعيين القراءة في الاوليين) لقول علي بن أبي طالب رضي الله عنه القراءة في الاوليين قراءة في الأخريين وعن ابن مسعود وعائشة التخيير في الاخريين ان شاء قرأ وان شاء سبح قال رحمه الله (ورعاية الترتيب في فعل مكرر) أي مكرر في كل ركعة كالسجود أو في جميع الصلاة كعدد ركعاتها

(قوله في المتن وواجبها قراءة الفاتحة وضم سورة) وهل وجوب الضم في الفرض فقط أم فيه وفي غيره فالذي كان يفيده شيخنا العلامة المحقق قاضي القضاة شمس الدين الغزي رحمه الله تعالى انه لا فرق بين الفرض وغيره في وجوب الضم أخذا من اطلاقات المشايخ ولم يخصوا ذلك بالفرض وقد وقفت في القنية على ما يقتضي تخصيص ذلك بالفرض قال فيها في باب السنن ما نصه ولو خاف انه لو صلى سنة الفجر بوجهها تفوته الجماعة ولو اقتصر فيها بالفاتحة وتسبيحة في الركوع والسجود يدرك كيف له أن يقتصر عليها لان ترك السنة جائز لادراك الجماعة فترك سنة السنة أولى وعن القاضي الزرنجري لو خاف أن يفوته الركعتان يصلي السنة ويترك الثناء والتعوذ وسنة القراءة ويقتصر على آية واحدة ليكون جامعا بينهما وكذا في سنة الظهر اه وفي اليتيمة سئل عبد الرحيم عمن نسي قراءة السورة في الركعتين الاخيرتين من التطوع هل يلزمه سجود السهو فقال يلزمه قيل له فلو تركها عامدا قال يكره اه تاتارخانية وكتب أيضا ما نصه أو ثلاث آيات كما سيأتي متنا وشرحا اه (قوله وقال الشافعي) أي ومالك وأحمد اه قال في القنية في باب القراءة بعد أن رقم لمجد الائمة الترجماني قراءة الفاتحة ثم السورة واجب لكن قراءة الفاتحة أوجب حتى لو ترك كما في الصلاة يؤمر باعادة الصلاة ولو ترك السورة لم يؤمر اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الى آخره) قيل هذا خبر الواحد فكيف يثبت به الفرضية وأجيب بانه مشهور فتجوز الزيادة به على نص الكتاب ولو سلم انه خبر الواحد فنص الكتاب مجمل فيلحق به خبر الواحد بيانا قيل فيلحق قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بفاتحة الكتاب بيانا فتكون قراءة الفاتحة فرضا وأجيب بانه محتمل لجواز أن يكون لنفي الفضيلة فلا يصلح بيانا ولو سلم أنه محكم فنص القراءة ليس بمجمل ولا يخفى ان جميع واجبات الصلاة يصدق عليها ان الفرض لا يتم الا بها فيلزم أن تكون فرضا اه يحيى (قوله وخطأ صاحب الهداية الى آخره) لم يخطئ السروجي رحمه الله صاحب الهداية بل قال ولم يقل أحد ان ضم السورة الى الفاتحة ركن فما علته ولا يلزم من هذا التخطئة كما لا يخفى (قوله في كل ركعة كالسجود الى آخره) المشروع في الصلاة فرضا أنواع ما يتحد في كل الصلاة كالقعدة وما يتحد في كل ركعة كالقيام والركوع وما يتعدد في الصلاة كالركعات وما يتعدد في كل ركعة كالسجدة منبع قال في البدائع وبيان ذلك في مسائل اذا أدرك أول صلاة الامام ثم نام خلفه أو سبقه الحدث فسبقه الامام ببعض الصلاة ثم انتبه من نومه أو عاد من وضوئه فعليه أن يقضي ما سبقه الامام به ثم يتابع امامه لما ذكر ولو تابع امامه أولا ثم قضى بعد تسليم الامام جاز عندنا وعند زفر لا يجوز وكذا لو زحمه الناس في صلاة الجمعة والعيدين فلم يقدر على أداء الركعة الاولى مع الامام بعد الاقتداء به وبقي قائما ولو أمكنه أداء الركعة الثانية فأدى الركعة الثانية مع الامام قبل أن يؤدي الاولى ثم قضى الاولى بعد تسليم الامام أجزأه عندنا وعند زفر لا يجوز وكذا لو تذكر سجودا في الركوع وقضاه أو سجدة في السجدة وقضاها فالافضل ان يعيد الركوع أو السجود الذي هو فيهما ولو لم يعتد بهما ولم يعد أجزأه عندهما وعند زفر لا يجزئه أن يعتد بهما وجه قول زفر أن الآتي به في هذه المواضع وقع في غير محله لان محله بعد أدائه ما عليه فاذا أتى به قبله لم يصادف محله فلا يقع معتدا به كما اذا قدم السجود على الركوع وجب عليه اعادة السجود لما قلنا كذا هنا ولنا قوله صلى الله عليه وسلم ما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا والاستدلال به من وجهين أحدهما أنه أمر بمتابعة الامام فيما أدرك بحرف الفاء المقتضي للتعقيب بلا فصل ثم أمر بقضاء الفائت والامر دليل الجواز ولهذا يبدأ المسبوق بما أدرك الامام فيه لا بما سبقه وان كان ذلك أول صلاته وقد أخره والثاني انه جمع بينهما في الامر بحرف الواو وانه للجمع المطلق فأيهما فعل يقع مأمورا به فصار معتدا به الا أن المسبوق صار مخصوصا بقوله صلى الله عليه وسلم سن لكم معاذ بن جبل سنة حسنة فاستنوا بها والحديث حجة في المسألتين الاولتين بظاهره وبضرورته في المسألة الثالثة لان الركوع والسجود من أجزاء الصلاة فاسقاط الترتيب في نفس الصلاة اسقاط فيما هو من أجزائها ضرورة الا أنه لا يعتد بالسجود قبل الركوع لان السجود لتقييد الركعة بالسجدة وذلك لا يتحقق قبل الركوع اه بدائع

حتى لو نسي سجدة من الركعة الاولى وقضاها في آخر الصلاة جاز ولو كان الترتيب فرضا لما جاز وكذا ما يقضيه المسبوق بعد فراغ الامام أول صلاته عندنا ولو كان الترتيب فرضا لكان آخرا وأما ما شرع غير مكرر في ركعة كالقيام والركوع أو في جميع الصلاة كالقعدة الاخيرة فالترتيب فيه فرض حتى لو ركع قبل القيام أو سجد قبل الركوع لا يجوز وكذا لو قعد قدر التشهد ثم تذكر أن عليه سجدة أو نحوها بطل القعود لان الترتيب فيه فرض وانما كان فرضا لان ما اتحدت شرعيته يراعى وجوده صورة ومعنى في محله تحرزا عن تفويت ما تعلق به جزأ أو كلا اذ لا يمكن استيفاء ما تعلق به جزأ أو كلا من جنسه لضرورة اتحاده في الشرعية والافراد بالشرعية دليل توقف ذلك عليه قال رحمه الله (وتعديل الأركان) وهو تسكين الجوارح في الركوع والسجود حتى تطمئن مفاصله وأدناه مقدار تسبيحة وهذا تخريج الكرخي وفي تخريج الجرجاني سنة لانه شرع لتكميل الاركان وليس بمقصود لذاته فيكون سنة وجه الاول أنه شرع لتكميل ركن فيكون واجبا كقراءة الفاتحة وقال أبو يوسف هو فرض لقوله عليه الصلاة والسلام لمن أخف الصلاة صل فانك لم تصل وقال عليه الصلاة والسلام لا تتم صلاة أحدكم حتى يسبغ الوضوء الى أن قال ثم يكبر فيركع فيضع يديه على ركبتيه حتى تطمئن مفاصله ويسترخي الحديث ولنا قوله تعالى واركعوا واسجدوا أمرنا بالركوع وهو الانحناء لغة وبالسجود وهو الانخفاض لغة فتتعلق الركنية بالادنى منهما وفي آخر ما رواه سماه صلاة فقال له اذا فعلت ذلك فقد تمت صلاتك واذا انتقصت منها شيئا انتقص من صلاتك ولم تذهب كلها وقال أبو عمر بن عبد البر هذا حديث ثابت ذكره عبد الحق في الاحكام وهذا نص في موضع الخلاف ولا حجة له في الحديث الثاني أيضا لان فيه وضع اليدين على الركبتين والثناء والتسميع وليست هذه الاشياء فرضا بالاجماع قال رحمه الله (والقعود الاول) وقال الطحاوي والكرخي هو سنة وقد عرف في المطولات قال رحمه الله (والتشهد ولفظ السلام وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين) هو الصحيح حتى يجب سجود السهو بتركها والقياس أنه لا يجب لانها من الاذكار كالتعوذ والثناء وهذا لان مبنى الصلاة على الافعال دون الاذكار ولم ينقل الينا انه عليه الصلاة والسلام سجد للسهو الا في الافعال وجه الاستحسان أن هذه الاذكار تضاف الى جميع الصلاة يقال تشهد الصلاة وقنوت الوتر وتكبيرات العيدين فصارت من خصائصها بخلاف تسبيحات الركوع حيث تضاف الى الركوع فقط فلا يجب الجابر بتركها قال رحمه الله (والجهر والاسرار فيما يجهر ويسر) وعند بعضهم هما سنتان حتى لا يجب سجود السهو بتركهما لانهما ليسا مقصودين وانما المقصود القراءة فصارا كالقومة قال رحمه الله (وسنها رفع اليدين للتحريمة ونشر أصابعه) لما روي انه عليه الصلاة والسلام كان اذا كبر رفع يديه ناشرا أصابعه وكيفيته أن لا يضم كل الضم ولا يفرج كل التفريج بل يتركها على حالها منشورة قال

(قوله بطل القعود) فعليه ان يسجد القعود بقدر التشهد (قوله جزأ أو كلا) حال من قوله ما تعلق لان ما تعلق بالقعود كل الصلاة كالقعدة الاخيرة أو جزؤها وهو الركعة كالقيام والركوع والحاصل ان القعود لم يشرع شيء آخر من جنسه في محله فان فات فات أصلا فيفوت ما تعلق به من جزء الصلاة أو كلها بخلاف المتكرر فانه لو فات أحد فعليه بقي الفعل الآخر من جنسه فلم يفت ما تعلق به كما لو أتى باحدى السجدتين في ركعة وترك الاخرى وانما قال يراعى وجوده صورة ومعنى لان أحد فعلي المتكرر لو فات عن محله ثم أتى به في محل آخر التحق بمحله الاول فكان موجودا فيه معنى وان لم يوجد صورة بخلاف القعدة فانه لم يلتحق بمحله الاول حيث فات بفواته فلم يوجد صورة ومعنى اه عيني (قوله وقال أبو يوسف هو فرض الى آخره) قال العيني وقال أبو يوسف والشافعي هو فرض وهو المختار اه وفي الفتاوى الظهيرية قال أبو اليسر من ترك الاعتدال تلزمه الاعادة ولو أعاد يكون الفرض الثاني لا الاول وذكر السرخسي لزوم الاعادة ولم يتعرض الى أن الفرض أيهما اه كذا في الدراية قال في فتح القدير ولا اشكال في وجوب الاعادة اذ هو الحكم في كل صلاة أديت مع كراهة التحريم ويكون جابرا للاول لان الفرض لا يتكرر وجعله الثاني يقتضي عدم سقوطه بالاول وهو لازم ترك الركن لا الواجب الا ان يقال المراد ان ذلك امتنان من الله تعالى اذ يحتسب الكامل وان تأخر عن الفرض لما علم سبحانه انه سيوقعه اه منه وفي الاسبيجابي الطمأنينة ليست بفرض في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف انها فرض قال أبو الليث لم يذكر هذا الاختلاف في الكتاب ولكن نقلناه عن أبي جعفر اه غاية (قوله لمن أخف الصلاة الى آخره) اسمه خلاد بن رافع اه فتح (قوله سماه صلاة) والباطلة ليست بصلاة رحمه

أو يقال وصفها بالنقص والباطلة انما توصف بالانعدام فعلم انه صلى الله عليه وسلم انما أمره باعادتها ليوقعها على غير كراهة لا للفساد اه فتح (قوله انتقص من صلاتك) من زائدة أو تبعيضية اه (قوله في المتن والتشهد) أي في الاولى والثانية وهو ظاهر الرواية فلذلك أطلق والقياس أن يكون سنة في الاولى وهو اختيار البعض اه ع (قوله في المتن والجهر والاسرار الى آخره) لمواظبة النبي صلى الله عليه وسلم عليهما وهذا اذا كان اماما أما اذا كان منفردا فليس بواجب اه رازي (قوله في المتن وسننها الى آخره) هي ثلاثة وعشرون على ما ذكره اه ع (قوله للتحريمة) أي وتعين لفظة الله أكبر اه كنوز

رحمه الله (وجهر الامام بالتكبير) لحاجته الى الاعلام بالدخول والانتقال ولهذا سن رفع اليدين أيضا قال رحمه الله (والثنا والتعوذ والتسمية والتأمين سرا) للنقل المستفيض على ما يأتي بيان كل واحد في موضعه ان شاء الله تعالى وقوله سرا راجع الى الاربعة قال رحمه الله (ووضع يمينه على يساره تحت سرته) وقال الشافعي رحمه الله يضع على الصدر لما روى انه عليه الصلاة والسلام كان يضع على الصدر وهو في الصلاة ولان الوضع على الصدر أقرب الى الخشوع من الوضع على العورة ولنا حديث علي بن أبي طالب رضي الله عنه ان من السنة وضع اليمين على الشمال تحت السرة ولانه أقرب الى التعظيم كما بين يدي الملوك ووضعها على العورة لا يضر فوق الثياب فكذا بلا حائل لانها ليس لها حكم العورة في حقه ولهذا تضع المرأة يديها على صدرها وان كان عورة قال رحمه الله (وتكبير الركوع) لما روى انه عليه الصلاة والسلام كان يكبر عند كل رفع وخفض قال رحمه الله (والرفع منه) أي الرفع من الركوع سنة واعراب الرفع بالرفع عطفا على التكبير ولا يجوز خفضه لانه لا يكبر عند الرفع من الركوع وانما يأتي بالتسميع وروى عن أبي حنيفة أن الرفع منه فرض والصحيح الاول لان المقصود الانتقال وهو يتحقق بدونه بان ينحط من ركوعه قال رحمه الله (وتسبيحه ثلاثا) أي تسبيح الركوع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ركع أحدكم فليقل في ركوعه سبحان ربي العظيم ثلاثا وذلك أدناه أي أدنى كمال السنة أو الفضيلة قال رحمه الله (وأخذ ركبتيه بيديه وتفريج أصابعه) لقوله عليه الصلاة والسلام لانس اذا ركعت فضع يديك على ركبتيك وفرج بين أصابعك قال رحمه الله (وتكبير السجود) لما روينا ولو قال وتكبير السجود والرفع منه كان أولى لان التكبير عند الرفع منه سنة وكذا الرفع نفسه وروى عن أبي حنيفة رحمه الله أنه فرض وجه الاول أن المقصود الانتقال وقد يتحقق بدونه بان يسجد على الوسادة ثم تنزع ويسجد على الارض ثانيا ولكن لا يتصور هذا الا عند من لا يشترط الرفع حتى يكون أقرب الى الجلوس قال رحمه الله (وتسبيحه ثلاثا) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا سجد أحدكم فليقل سبحان ربي الاعلى ثلاثا قال رحمه الله (ووضع يديه وركبتيه) يعني وضعهما على الارض حالة السجود لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعدمنا اليدين والركبتين وهو سنة عندنا لتحقق السجود بدون وضعهما وأما وضع القدمين فقد ذكر القدوري أنه فرض في السجود قال رحمه الله (وافتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى) يعني في حالة القعود للتشهد لانه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك قال رحمه الله (والقومة والجلسة) أي القومة من الركوع والجلسة بين السجدتين وهما سنتان عندنا خلافا لابي يوسف وقد تقدم الوجه في تعديل الاركان

(قوله لحاجته الى الاعلام) أي ليعلم الاعمى اه (قوله ولهذا سن رفع اليدين) أي ليعلم الاصم اه (قوله في المتن والثنا والتعوذ الى آخره) قال الرازي رحمه الله وأما الثنا والتعوذ والتسمية والتأمين سرا مطلقا أي سواء كان اماما أو مقتديا أو منفردا فللنقل المستفيض اه (قوله في المتن والتسمية) سيأتي في سجود السهو أنه يجب سجود السهو بتركها اه (قوله في المتن سرا) وانتصابه على المصدر بتقدير تسر هذه الاربعة سرا أو يسرها المصلي سرا اه ع (قوله ولنا حديث علي رضي الله عنه الى آخره) لم يجب عن حديث الشافعي (قوله بالتسميع) ويجوز جره على ان يراد بالتكبير ذكر فيه تعظيم الله تعالى سواء كان فيه لفظ التكبير أو لم يكن ويلزم على وجه الرفع تكرار قوله بعد والقومة ويمكن دفعه بأن يراد من القومة القومة بعد الرفع من الركوع اه باكير (قوله اذا ركع أحدكم فليقل) ظاهره وهو الوجوب متروك اجماعا اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أسجد الى آخره) وفي رواية على سبعة آراب أي أعضاء اه كاكي (قوله وأما وضع القدمين الى آخره) وسمى كل واحد من هذه الجملة عظما باعتبار الجملة وان اشتمل كل واحد منها على عظام ويحتمل أن يكون ذلك من باب تسمية الجملة باسم بعضها اه غاية (قوله فقد ذكر القدوري أنه فرض الى آخره) وفي الخلاصة ما ذكر القدوري يقتضي انه اذا رفع أحد قدميه لا يجوز وقد رأيت في بعض النسخ أن فيه روايتين وفي الخلاصة ولو وضع احدى رجليه يجوز ولم يذكر الكراهة وذكر الكراهة في فتاوى قاضيخان وعدم الجواز عند ترك وضع الرجلين وفي جامع التمرتاشي لو لم يضع اليدين أو الرجلين جاز اه كاكي مع حذف قال الكمال وأما افتراض وضع القدم فلان السجود مع رفعهما بالتلاعب أشبه منه بالتعظيم والاجلال ويكفيه وضع اصبع واحدة اه (قوله في حالة القعود للتشهد) أي في القعدتين اه ع (قوله وهما سنتان) أي باتفاق المشايخ بخلاف الطمأنينة على ما سمعت من الخلاف اه فتح قال في فتح القدير وينبغي ان تكون القومة والجلسة واجبتين للمواظبة ولما روى أصحاب السنن الاربعة والدارقطني والبيهقي من حديث ابن مسعود عن النبي صلى الله عليه وسلم لا تجزى صلاة لا يقيم الرجل فيها ظهره في الركوع والسجود قال الترمذي حديث حسن صحيح ولعله كذلك عندهما ويدل عليه ايجاب سجود السهو فيه فيما ذكر في فتاوى قاضيخان في فصل ما يوجب السهو قال المصلي اذا ركع ولم يرفع رأسه من الركوع حتى خر ساجدا ساهيا تجوز صلاته في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى وعليه السهو ويحمل قول أبي يوسف انها فرائض على الفرائض العملية وهي الواجبة فيرتفع الخلاف اه (قوله خلافا لابي يوسف) أي فانه يقول بالفرضية اه

وفى قوله القومة نوع اشكال فانه قد تقدم من قريب أن الرفع من الركوع سنة وهو القومة فيكون تكرارا قال رحمه الله (والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم والدعاء) يعنى بعد التشهد فى القعدة الاخيرة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا صلى أحدكم فليبدأ بالثناء على الله تعالى ثم بالصلاة ثم بالدعاء وقال الشافعى رحمه الله الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم فرض لقوله تعالى صلوا عليه والامر للوجوب ولا تجب خارج الصلاة فتعينت فى الصلاة والا يلزم ترك الامر ولنا أنه عليه الصلاة والسلام علم الاعرابى فرائض الصلاة ولم يعلمه الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم ولو كان فرضا لعلمه وكذا لم يرو فى تشهد أحد من الصحابة ومن أوجبها فقد خالف الآثار وقال جماعة من أهل العلم ان الشافعى رحمه الله خالف الاجماع فى هذه المسئلة وليس له سلف يقتدى به منهم ابن المنذر ومحمد بن جرير الطبرى والطحاوى رضى الله عنهم وليس فى الآية دلالة على ما قال لان الامر لا يقتضى التكرار بل يجب فى العمر مرة كما اختاره الكرخى أو كلما ذكر النبى صلى الله عليه وسلم كما اختاره الطحاوى فعلى التقديرين قد وفينا بموجب الامر بقولنا السلام عليك أيها النبى فلا يجب ثانيا فى ذلك المجلس اذ لو وجب لما تفرغ لعبادة أخرى لان الصلاة لا تخلو عن ذكره عليه الصلاة والسلام فيكتفى بمرة فى كل مجلس قال رحمه الله (وآدابها) أى آداب الصلاة (نظره الى موضع سجوده) أى فى حالة القيام وفى حالة الركوع الى ظهر قدميه وفى سجوده الى أرنبته وفى قعوده الى حجره وعند التسليمة الاولى الى منكبه الايمن وعند الثانية الى منكبه الايسر لان المقصود الخشوع وترك التكلف فاذا تركه وقع بصره فى هذه المواضع قصد أو لم يقصد قال رحمه الله (وكظم فمه عند التثاؤب) أى امساكه فمه والمراد به سده لقوله عليه الصلاة والسلام التثاؤب فى الصلاة من الشيطان فاذا تثاءب أحدكم فليكظم ما استطاع ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا تثاءب أحدكم فليرده بيده ما استطاع فان أحدكم اذا تثاءب ضحك منه الشيطان قال رحمه الله (واخراج كفيه من كميه عند التكبير) لانه أقرب الى التواضع وأبعد من التشبه بالجبابرة وأمكن من نشر الاصابع قال رحمه الله (ودفع السعال ما استطاع) لانه ليس من أفعال الصلاة ولهذا لو كان بغير عذر تفسد صلاته فيجتنبه ما أمكنه الاجتناب عنه قال رحمه الله (والقيام حين قيل حى على الفلاح) لانه أمر به فيستحب المسارعة اليه وان لم يكن الامام حاضرا لا يقومون حتى يصل اليهم ويقف مكانه فى رواية وفى أخرى يقومون اذا اختلط بهم وقيل يقوم كل صف ينتهى اليه الامام وهو الاظهر وان دخل من قدام وقفوا حين يقع بصرهم عليه وعند زفر يقومون حين قيل قد قامت الصلاة الاولى ويحرمون عند الثانية قلنا هذا اخبار عن قيام الصلاة فلا بد من القيام قبله ليكون صادقا فى اخباره

(قوله وفى قوله القومة نوع اشكال الى قوله تكرارا) ليس هو ثابت فى خط الشارح رحمه الله وانما هو موجود فى بعض نسخ الشرح التى ليست بخط الشارح فليعلم ذلك قلت وعلى تقدير ثبوتها فى خط الشارح فالمراد بالقومة حقيقتها وبالرفع ما ينطلق عليه اسم الرفع لا حقيقة القيام وبما ذكرنا يحصل الجواب عن المصنف ويرتفع الاشكال ودعوى التكرار والله أعلم بالصواب اه (قوله وهو القومة فيكون تكرارا الى آخره) تقدم الجواب عنه اه (قوله كما اختاره الطحاوى) أى لقوله عليه الصلاة والسلام من ذكرت عنده ولم يصل على فقد جفانى اه قال فى الفتح ظاهر السوق التقابل بين قول الطحاوى والقول بالمرة ولا ينبغى ذلك لان الوجوب مرة مراد قائله الافتراض ولا ينبغى ان يحمل قول الطحاوى على ما به كلما ذكر لان مستنده خبر واحد وهو غير مخالف فى أنه لا كفار بجحده مقتضاه بل التفسيق بل التقابل بين القول باستحبابه اذا ذكر وقول الطحاوى والاولى قول الطحاوى وجعل فى الفقه قول الطحاوى أصح واختيار صاحب المبسوط قول الكرخى بعد النقل عنهما ظاهر فى اعتبار التقابل ثم الترجيح وهو بعيد لما قلنا اه فتح قال الكمال رحمه الله وموجب الامر القاطع الافتراض مرة فى العمر فى الصلاة أو خارجها لانه لا يقتضى التكرار وقلنا به اه واعترض على قول الطحاوى فخر الاسلام فى الجامع الكبير بأن الصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم لم تخل عن ذكره فلو وجبت كلما ذكر لا نجد فراغا عن الصلاة عليه مدة عمرنا وأجيب عنه بأن الفراغ يوجد بالتداخل كما فى سجدة التلاوة اذا اتحد المجلس لكن لقائل أن يمنع هذا الجواب بأن التداخل يوجد فى حق الله والصلاة على النبى صلى الله عليه وسلم حقه وفى قوله جفانى دلالة عليه ولا تداخل فى حقوق العباد ولهذا قالوا من عطس وحمد الله مرارا فى مجلس ينبغى للسامع أن يشمته فى كل مرة ويجيب عن اعتراضه بأن نقول المراد من ذكر النبى صلى الله عليه وسلم الموجب للصلاة عليه الذكر المسموع فى غير ضمن الصلاة عليه قال الامام السرخسى والمختار انها مستحبة كلما ذكر النبى صلى الله عليه وسلم وعليه الفتوى اه ابن فرشتا (قوله وآدابها) هى ستة على ما ذكره اه ع (قوله فى المتن نظره الى موضع سجوده الى آخره) أى مطلقا سواء كان فى حال القيام أو الركوع أو التشهد وفى رواية فى حال القيام فقط اه رازى (قوله وفى قعوده الى حجره) قال الرازى فى شرحه ومن خطه نقلت وفى التشهد الى مسجده اه (قوله فى المتن واخراج كفيه من كميه عند التكبير) أى الاولى الا عند الخوف من البرد اه ع (قوله ولهذا لو كان بغير عذر) أى وحصلت منه حروف اه ع (قوله فى المتن والقيام) أى قيام الامام والقوم اه ع قال فى الوجيز والسنة أن يقوم الامام والقوم اذا قال المؤذن حى على الفلاح اه ومثله فى المبتغى اه

قال رحمه الله (وشروع الامام مذ قيل قد قامت الصلاة) وهذا عندهما وقال أبو يوسف يشرع اذا فرغ من الاقامة محافظة على فضيلة متابعة المؤذن واعانة للمؤذن على الشروع معه لهما أن المؤذن أمين وقد أخبر بقيام الصلاة فيشرع عنده صونا لكلامه عن الكذب وفيه مسارعة الى المناجاة وقد تابع المؤذن في الاكثر فيقوم مقام الكل على أنهم قالوا المتابعة في الاذان دون الاقامة

(فصل) قال رحمه الله (واذا أراد الدخول في الصلاة كبر) لما تلونا ولقوله صلى الله عليه وسلم اذا قمت الى الصلاة فأسبغ الوضوء ثم استقبل القبلة فكبر والامر للوجوب فيكون حجة على من يقول يكون شارعا بالنية وحدها وفي المبسوط ولو نوى الاخرس والامي الذي لا يحسن شيأ يكون شارعا بالنية ولا يلزمه التحريك باللسان قال رحمه الله (ورفع يديه حذاء أذنيه) لما روينا وهذا اللفظ لا يقتضي المقارنة ولا المفارقة لان الواو لمطلق الجمع وقال الصفار وشيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده يرفع يديه مقارنا للتكبير وهو مروي عن أبي يوسف لان رفع اليدين سنة التكبير فيقارنه كتكبيرات الركوع والسجود والاصح أنه يرفع أولا ثم يكبر لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى والنفي مقدم كما في كلمة الشهادة وكيفيته أن يرفع يديه حتى يحاذي بابهاميه شحمتي أذنيه وبرؤس الاصابع فروع اذنيه وقال الشافعي يرفع يديه الى منكبيه وعلى هذا تكبيرة القنوت والاعياد له ما روى أنه عليه الصلاة والسلام رفع يديه الى منكبيه ولنا حديث وائل بن حجر وأنس والبراء بن عازب رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا كبر رفع يديه حذاء أذنيه ولان رفع اليد لاعلام الاصم وهو بما قلنا وما رواه محمول على حالة العذر لان وائلا قال ثم أتيته من العام المقبل وعليهم الاكسية والبرانس فكانوا يرفعون فيها الى مناكبهم فعلم أن ذلك كان لعذر البرد ولو كبر ولم يرفع يديه حتى فرغ من التكبير لم يأت به لفوات محله وان ذكره في أثناء التكبير رفع لانه لم يفت محله وان لم يمكنه الى الموضع المسنون رفعهما قدر ما يمكن وان أمكنه رفع احداهما دون الاخرى رفعها لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أمرتكم بامر فأتوا منه ما استطعتم وان لم يمكنه الرفع الا بالزيادة على المسنون رفعهما لانه أتى بالمسنون ولا يستطيع الامتناع عما زاد والمرأة كالرجل في الرفع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة لان يديها ليست بعورة والصحيح أنها ترفع الى منكبيها لانه أستر لها قال رحمه الله (ولو شرع بالتسبيح أو بالتهليل أو بالفارسية صح كما لو قرأ بها عاجزا) أي لو قرأ القرآن بالفارسية عاجزا عن القراءة بالعربية بشرط العجز لتصح بالاجماع أما الافتتاح فالمذكور هنا قول أبي حنيفة ولكن الاولى أن يشرع بالتكبير وهل يكره الشروع بغيره أم لا ذكر صاحب الذخيرة أنه يكره في الاصح وقال السرخسي الاصح أنه لا يكره وقال أبو يوسف ان كان يحسن التكبير لم يجز الا الله أكبر أو الله الاكبر أو الله كبير أو الله الكبير وقال الشافعي لا يجوز

(قوله فيشرع) أي المصلي وهو الامام اه (قوله لهما الى آخره) هذا كله جواب عن قوله محافظة على فضيلة متابعة المؤذن وسكت عن الجواب عن قوله واعانة للمؤذن على الشروع اه

﴿فصل﴾ أي في بيان الشروع في الصلاة وبيان احرامها وأحوالها اه عيني (قوله في المتن واذا أراد) أي المكلف اه ع (قوله في المتن في الصلاة) أي أي صلاة كانت اه ع (قوله في المتن كبر) الا أن يكون أخرس أو أميا لا يحسن شيأ كما يأتي قريبا اه ع (قوله حجة على من يقول يكون شارعا بالنية الى آخره) أي وهو الزهري واسمعيل بن علية وأبو بكر الاصم والاوزاعي وطائفة اه غاية قال في الدراية ولا يصح الافتتاح الا في حالة القيام حتى لو كبر قاعدا ثم قام لا يصير شارعا ولو جاء الى الامام فحنى ثم كبر فان كان الى القيام أقرب يصح والا فلا اه (قوله ولا يلزمه التحريك باللسان) أي لان الواجب حركة بلفظ مخصوص فاذا تعذر نفس الواجب لا يحكم بوجوب غيره الا بدليل اه فتح (قوله في المتن ورفع يديه) أي يجعل باطن كفيه نحو القبلة اه كاكي (قوله والاصح أنه يرفع أولا الى آخره) وظاهر كلام المصنف أنه يكبر أولا ثم يرفع لكن قد يقال إن الواو لا تقتضي الترتيب وحينئذ فيحمل كلام المصنف على الاصح اه (قوله لان في فعله نفي الكبرياء عن غير الله تعالى) أي رفع اليد في العرف يفيد الانكار والنفي فالمصلي بفعله ينفي الكبرياء عن غير الله تعالى وبقوله يثبته لله تعالى والنفي مقدم على الاثبات اه (قوله حتى يحاذي بابهاميه شحمتي أذنيه) قال قاضيخان في فتاواه ويرفع يديه حذاء أذنيه ويمس طرف ابهاميه شحمة أذنيه باصابعه فوق أذنيه اه (قوله والصحيح أنها ترفع الى آخره) قال في القنية بعد أن رقم لشرح البقالي ترفع المرأة يديها في التكبير الى منكبيها حذاء ثدييها قيل هو السنة في الحرة فاما الامة فكالرجل لان كفها ليست بعورة اه (قوله في المتن ولو شرع بالتسبيح الخ) أي بان قال سبحان الله عوض الله أكبر اه ع (قوله في المتن أو بالتهليل) أي بان قال لا اله الا الله اه (قوله في المتن أو بالفارسية) أي بان قال خداى بزرك بمعنى الله أكبر وكذا سائر لغات العجم مثل السريانية والعبرانية والتركية والهندية كما سيأتي اه (قوله ذكر صاحب الذخيرة أنه يكره) أي لتركه السنة المتواترة اه غاية قال الكمال وهو الاولى اه (قوله الاصح أنه لا يكره) أي لما روى عن مجاهد أنه قال كان الانبياء عليهم الصلاة والسلام يفتتحون الصلاة بلا اله الا الله ونبينا من جملتهم اه كاكي (قوله أو الله كبير الى آخره) فيه انه لا بد من تقديم الجلالة وانه لا بد من هذه الالفاظ وقد روى الاول عن أبي يوسف فلو قال أكبر الله لا يجوز والثاني ليس بلازم

بل لو قال كبيرا والكبار جاز عنده أيضا اه فتح (قوله وجه قول الشافعى رضى الله عنه ان زيادة الالف واللام لا تزيد الا تأكيدا) أى لانه يفيد الحصر اه (قوله وقد جاء) أى أفعل (قوله ولابى حنيفة قوله تعالى وربك فكبر) أى وقوله تعالى وذكر اسم ربه فصلى اه (قوله والاصل فى النصوص أن تكون معللة) أى والتعبد على خلاف الاصل اه (قوله والمقصود من التكبير الى آخره) حتى يقتصر على لفظ أكبر بل الواجب تعظيم الله تعالى ولو كبر متعجبا ولم يرد به التعظيم لم يجز اه غاية (قوله حتى يقولوا لا اله الا الله الى آخره) ثم لو قال لا اله الا الرحمن أو العزيز كان مسلما فاذا جاز ذلك فى الايمان الذى هو أصل ففى فروعه أولى اه غاية (قوله ثم الاصل عندهما) أى أبى حنيفة ومحمد اه (قوله أن ما تجرد للتعظيم) أى لا يخالطه شئ آخر اه (قوله وما كان خبرا) أى عن أمر غير التعظيم اه (قوله يصير شارعا عند أبى حنيفة) وفى الذخيرة والبدائع ان صحة الشروع بالاسم وحده رواية الحسن عن أبى حنيفة و بشر عن أبى يوسف عن أبى حنيفة وفى ظاهر الرواية لا يصير شارعا واعتبر الاسم مع الصفة فيه اه غاية (قوله الا بالاسم والصفة) أى لان الحكم بشئ على شئ انما يتم بالخبر والتعظيم حكم على المعظم فلا بد من لفظ يدل عليه اه كاكى وفائدة الخلاف على تلك الرواية تظهر فى حائض طهرت وفى الوقت ما يسع الاسم فقط تجب الصلاة عنده خلافا لهما اه فتح قال العينى رحمه الله ولو أبدل الكاف قافا يصير شارعا لان العرب تفعله اه (قوله وفى فتاوى الفضلى بالرحمن يصير شارعا) أى لانه لم يستعمل فى غيره فى كلام المسلمين اه

الا بالاولين وقال مالك لا تجوز الا بالاول لانه المنقول عنه عليه الصلاة والسلام والتعليل للتعدية يؤدى الى تعطيل المنقول فلا يجوز وجه قول الشافعى أن زيادة الالف واللام لا تزيد الا تأكيدا فيجوز وجه قول أبى يوسف أن أفعل تقتضى الزيادة بعد مشاركة غيره اياه فى الصفة وفى صفات الله لا يمكن فكان بمعنى فعيل اذ لا يشاركه فيها أحد وقد جاء فى كلامهم بمعنى فعيل قال الشاعر

ان الذى سمك السماء بنى لنا * بيتا دعائمه أعز وأطول

أى عزيز طويل وقال تعالى لا يصلاها الا الاشقى أى الشقى وقال عز وجل وسيجنبها الاتقى أى التقى وقال عز من قائل وهو أهون عليه أى هين عليه ومحمد مع أبى حنيفة فى العربية حتى يكون شارعا بأى لفظ كان من العربية اذا كان يراد به التعظيم ومع أبى يوسف فى الفارسية حتى لا يكون شارعا فى الصلاة اذا كان يحسن العربية لان للعربية مزية على غيرها ولابى حنيفة قوله تعالى وربك فكبر أى فعظم وهو يحصل بأى لسان كان والاصل فى النصوص أن تكون معللة لا سيما فى موضعه فلا يعدل عنه الا بدليل والمقصود من التكبير والصلاة التعظيم وقد حصل فلا معنى لايجاب المعين مع علمنا أنه لم يجب لعينه فصار نظير قوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فلو آمن بغير العربية جاز اجماعا لحصول المقصود وكذا التلبية فى الحج والتسمية عند الذبح يجوز بها بالاجماع فكذا هذا وعلى هذا الخلاف الخطبة والقنوت والتشهد وفى الاذان يعتبر المتعارف ثم الاصل عندهما أن ما تجرد للتعظيم من أسماء الله تعالى جاز الافتتاح به نحو الله اله سبحان الله ولا اله الا الله وما كان خبرا لم يجز نحو لا حول ولا قوة الا بالله أو ما شاء الله كان وما لم يشأ لم يكن ولو قال بسم الله الرحمن الرحيم لا يصير شارعا لانه للتبرك فكأنه قال اللهم بارك لى وقيل يصير شارعا ولو ذكر الاسم دون الصفة بأن قال الله أو الرحمن أو الرب أو الكبير أو أكبر أو الاكبر ولم يزد عليه يصير شارعا عند أبى حنيفة ولا يصير شارعا عند محمد الا بالاسم والصفة ومراده المبتدأ والخبر وفى الينابيع لو قال أجل أو أعظم لا يصير شارعا اجماعا وفى فتاوى الفضلى بالرحمن يصير شارعا وبالرحيم لا لانه مشترك ولو افتتح باللهم لا يصير شارعا فى رواية لان معناه اللهم أمنا بخير عند الكوفيين ويصير شارعا فى أخرى لان معناه يا الله عند البصريين فيكون تعظيما خالصا وأما القراءة بالفارسية فجائزة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا تجوز اذا كان يحسن العربية لان القرآن اسم لمنظوم عربى لقوله تعالى انا جعلناه قرآنا عربيا وقال تعالى انا أنزلناه قرآنا عربيا والمراد نظمه ولابى حنيفة قوله تعالى وانه لفى زبر الاولين ولم يكن فيها بهذا النظم وقوله تعالى ان هذا لفى الصحف الاولى صحف ابراهيم وموسى فصحف ابراهيم كانت بالسريانية وصحف موسى بالعبرانية فدل على كون ذلك قرآنا وما تلوناه لا ينفى كون

(قوله ويصير شارعا فى أخرى الى آخره) قال فى الذخيرة والمحيط وهو الاصح اه غاية (قوله لان معناه يا الله) لان الميم بدل من حرف النداء اه غاية قال فى الدراية قال شيخى رحمه الله والاصح قول أهل البصرة بدليل قوله تعالى واذ قالوا اللهم ان كان هذا هو الحق من عندك الى قوله بعذاب أليم فلو كان معناه اللهم اقصدنا بالخير لفسد معنى الآية لان سؤال العذاب مع قولهم اقصدنا بالخير متناقض اه (قوله فصحف ابراهيم كانت بالسريانية الى آخره) قال ابن سلام انما سميت اللغة سريانية لان الله تعالى حين علم آدم الاسماء علمه سرا من الملائكة وأنطقه بها وقال محمد بن حزم انما نطق ابراهيم بالعبرانية حين عبر النهر فارا من نمرود وقد كان نمرود قال للذين أرسلهم خلفه اذا رأيتم فتى يتكلم بالسريانية فردوه فلما أدركوه استنطقوه فحول الله لسانه عبرانيا وذلك حين عبر النهر فسميت لذلك عبرانية أول ش بخارى للعينى

غير العربية قرآناً لانه مسكوت عنه ويجوز بأى لسان كان سوى الفارسية هو الصحيح لان المنزل هو المعنى عنده وهو لا يختلف باختلاف اللغات والصحيح أن القرآن هو النظم والمعنى جميعا عنده لانه معجزة النبي صلى الله عليه وسلم والاعجاز وقع بهما جميعا الا أنه لم يجعل النظم ركنا لازما في حق جواز الصلاة خاصة رخصة لانها ليست بحالة الاعجاز وقد جاء التخفيف في حق التلاوة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال أنزل القرآن على سبعة أحرف فكذا هنا والخلاف في الجواز اذا اكتفى به ولا خلاف في عدم الفساد حتى اذا قرأ معه بالعربية قدر ما تجوز به الصلاة جازت صلاته ويروى رجوعه الى قولهما وعليه الاعتماد ولا يجوز بالتفسير بالاجماع لانه غير مقطوع به قال رحمه الله (أو ذبح وسمى بها) أى بالفارسية وهو جائز بالاتفاق لان الشرط فيه الذكر وهو حاصل بأى لغة كان قال رحمه الله (لا باللهم اغفر لى) أى لا يكون شارعا بقوله اللهم اغفر لى لانه مشوب بحاجته فلم يكن تعظيما خالصا ولو قال اللهم ولم يزد عليه اختلفوا فيه وقد بيناه قال رحمه الله (ووضع يمينه على يساره تحت سرته مستفتحا) لما روينا وهو سنة القيام الذى فيه ذكر حتى يضع كما فرغ من التكبير وفى القنوت وتكبيرات الجنائز ولا يضع فى القومة وتكبيرات العيد وقيل سنة القيام مطلقا حتى يضع فى الكل وقيل سنة القراءة فقط حتى لا يضع حالة الثناء واختلفوا فى كيفية الوضع قيل يضع الكف على الكف واختار بعضهم وضعها على المفصل وعند أبى يوسف يقبض بيده اليمنى على رسغ يده اليسرى وقال محمد يضعها كذلك ويكون الرسغ وسط الكف واختار الهندوانى قول أبى يوسف وقال صاحب المفيد يأخذ رسغها بالخنصر والابهام وهو المختار لانه يلزم من الاخذ الوضع ولا ينعكس وقوله مستفتحا هو حال من الواضع أى يضع قائلا سبحانك اللهم وبحمدك وتبارك اسمك وتعالى جدك ولا اله غيرك ولا يزيد عليه فى الفرض وعن أبى يوسف يضم اليه وجهت وجهى للذى فطر السموات والارض حنيفا وما أنا من المشركين ان صلاتى ونسكى ومحياى ومماتى لله رب العالمين ويبدأ بأيهما شاء لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام كان يجمع بينهما وقال الشافعى يأتى بالتوجه فقط لما روى عن على رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام كان اذا قام الى الصلاة كبر ثم قال وجهت وجهى الى آخره ولنا ما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح الصلاة قال سبحانك اللهم الى آخره رواه الجماعة وهو مذهب أبى بكر الصديق وعمر وابن مسعود وجمهور التابعين رضى الله عنهم فيكون حجة عليهما ورواية جابر محمولة على التهجد وما رواه الشافعى كان فى الابتداء ثم نسخ وعن أصحابه فى قوله تعالى فسبح بحمد ربك حين تقوم قالوا يقول حين يقوم للصلاة سبحانك اللهم وبحمدك الى آخره ولان ما قلنا ثناء الله تعالى فكان أولى من اخبار حاله كما فى حالة الركوع والسجود حيث لا يشتغل باخبار حاله فيقول اللهم لك ركعت أو سجدت وانما يشتغل بالتسبيح والاولى أن لا يأتى بالتوجه قبل التكبير لانه يؤدى الى تطويل القيام مستقبل القبلة وهو مذموم شرعا قال عليه الصلاة والسلام مالى أراكم سامدين أى متحيرين وقيل لا بأس به بين النية والتكبير لانه أبلغ فى العزيمة قال رحمه الله (وتعوذ سرا للقراءة فيأتى به المسبوق لا المقتدى ويؤخر عن تكبيرات العيد)

(قوله سوى الفارسية هو الصحيح) احترازا عن تخصيص البردعى قول أبى حنيفة بالفارسية اه فتح (قوله أنزل القرآن على سبعة أحرف) أى لغات (قوله جازت صلاته) أى بالاتفاق اه (قوله ويروى رجوعه الى آخره) قال العينى رحمه الله وأما الشروع بالفارسية أو القراءة بها فهو جائز عند أبى حنيفة مطلقا وقالا لا يجوز الا عند العجز وبه قالت الثلاثة وعليه الفتوى وصح رجوع أبى حنيفة الى قولهما اه (قوله لانه غير مقطوع به) لجواز أن يكون مراده تعالى غير ذلك التفسير ولانه كلام الناس والاختلاف فيما اذا بدل لفظا عربيا بلفظ عجمى يماثله وزنا ومعنى اه (قوله ولا يضع فى القومة) أى من الركوع والسجود قال فى فتح القدير ثم الارسال فى القومة بناء على الضابط المذكور يقتضى أن ليس فيها ذكر مسنون وانما يتم اذا قيل بان التحميد والتسميع ليس سنة فيها بل فى نفس الانتقال اليها لكنه خلاف ظاهر النصوص والواقع انه قلما يقع التحميد الا فى القيام حالة الجمع بينهما اه (قوله وقيل سنة) وهو قول محمد اه (قوله على المفصل) أى مفصل الاصابع اه يحيى (قوله وقوله مستفتحا الى آخره) المقتدى هل يأتى بالثناء اذا أدرك الامام فى القيام أو الركوع ذكر الكرخى انى لا أحفظ فيه رواية عن أصحابنا الا أنه يأتى ما لم يبدأ الامام بالقراءة وقال بعضهم اذا كانت الصلاة لا يجهر فيها أتى وان كان الامام يقرأ بخلاف صلاة الجهر وقال عيسى بن النضر الصحيح عندى أنه يثنى وان كان الامام فى القراءة أو فى الركوع ما لم يخف فوت الركوع وعن ابن المبارك انه لا يأتى وعن الجصاص انه يأتى اه صغرى (قوله رواه الجماعة) كذا فى نسخة المصنف وأما ما فى بعض النسخ رواه الاربعة فمن الكاتب وهو الصواب لا ما وقع فى نسخة المصنف اذ لم يروه البخارى ولا مسلم عن عائشة رضى الله عنها مرفوعا وانما ذكره مسلم عن عمر من قوله وهو منقطع فان عبدة بن أبى لبابة يرويه عن عمر ولم يدركه والله أعلم اه (قوله ورواية جابر محمولة على التهجد) أى التنفل لانه مبنى على المساهلة فيؤتى فيه بما شاء وأما الفرائض فيقتصر فيها على ما اشتهر والثناء لم يؤت بقوله جل ثناؤك فيها لانه لم يذكر فى المشاهير اه (قوله فى المتن وتعوذ سرا) وانتصاب سرا على الحال أو على انه صفة لمصدر محذوف أى تعوذ تعوذا سرا اه ع

لقوله تعالى فاذا قرأت القرآن فاستعذ بالله من الشيطان الرجيم أى اذا أردت قراءة القرآن كما تقول اذا دخلت على السلطان فتأهب أى اذا أردت الدخول عليه وقالت الظاهرية يتعوذ بعد القراءة لظاهر النص وقد بينا معناه وقال مالك لا يتعوذ وكذا لا يأتى بالثناء لحديث أنس كنا نصلى خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر وعثمان فكانوا يستفتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين وفى رواية بأم القرآن ولنا ما تلونا وحديث أبى سعيد أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا قام الى الصلاة استفتح ثم يقول أعوذ بالله السميع العليم من الشيطان الرجيم وعليه الاجماع والمراد بالصلاة فيما روى القراءة بدليل رواية أنس انه عليه الصلاة والسلام وأبا بكر وعمر وعثمان كانوا يستفتحون الصلاة بالحمد لله رب العالمين والقراءة تسمى صلاة كما قال عليه الصلاة والسلام قال الله تعالى قسمت الصلاة بيني وبين عبدى نصفين أى قراءة الفاتحة بدليل سياقه وقال عطاء والثورى يجب التعوذ عند القراءة مطلقا رجوعا الى ظاهر الأمر وهو مخالف للاجماع ولا حجة لهما فى الآية لان الأمر قد يكون للاستحباب وانما يسر به لقول ابن مسعود أربع يخفيهن الامام وذكر منها التعوذ وقوله للقراءة هو قولهما وقال أبو يوسف للصلاة لانه لدفع وسوسة الشيطان فيها فيكون تبعا للثناء لانه من جنسه لا للقراءة فيتعوذ عنده كل من يثنى كالمقتدى ويقدم على تكبيرات العيد لكونه تبعا للثناء وعندهما تبع للقراءة فيأتى به كل من يقرأ كالمسبوق اذا قام للقضاء ويؤخر عن تكبيرات العيد لانه تبع للقراءة ولا يأتى به المقتدى لانه لا يقرأ وكيفيته أن يقول أستعيذ بالله من الشيطان الرجيم على ما اختاره الهندوانى وهو اختيار حمزة من القراء لموافقته القرآن واختار شمس الائمة أن يقول أعوذ بالله من الشيطان الرجيم وهو قريب من الاول وهو ظاهر المذهب وهو اختيار أبى عمرو وعاصم وابن كثير من القراء قال رحمه الله (وسمى سرا فى كل ركعة) وقال الشافعى يجهر بالتسمية عند الجهر بالقراءة لما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح الصلاة ببسم الله الرحمن الرحيم وكان عمر وعثمان وعلى يجهرون بها ولنا ما روى عن أنس رضى الله عنه انه قال صليت خلف النبى صلى الله عليه وسلم وخلف أبى بكر وعمر وعثمان فلم أسمع أحدا منهم يجهر ببسم الله الرحمن الرحيم رواه مسلم وقال أبو هريرة كان النبى صلى الله عليه وسلم لا يجهر بها ذكره أبو عمر فى الانصاف وما رواه ليس فيه دلالة على الجهر أو يحمل على أنه كان يجهر بها أحيانا للتعليم كما كان يجهر أحيانا بالقراءة فى الظهر تعليما وما روى عن عمر وعثمان وعلى قال عمر بن عبد البر الطرق عنهم ليست بالقوية فالحاصل ان أحاديث الجهر لم تثبت عند أهل النقل وقوله فى كل ركعة أى فى أول كل ركعة وهو قول أبى يوسف ومحمد ورواية عن أبى حنيفة ولا يأتى بها الا فى الاولى فى رواية أخرى عنه جعلها كالتعوذ ولا يأتى بها بين السورة والفاتحة الا عند محمد فانه يأتى بها فى صلاة المخافتة ولا يأتى بها فى الجهرية لئلا يلزم الاخفاء بين الجهرين وهو شنيع قال رحمه الله (وهى آية من القرآن أنزلت للفصل بين السور ليست من الفاتحة ولا من كل سورة) أى البسملة آية من القرآن ليست من أول كل سورة ولا من آخرها وانما أنزلت للفصل وقال مالك ليست من القرآن الا فى النمل فانها بعض آية فيها لان القرآن لا يثبت الا بالقطع وذلك بالتواتر ولم يوجد وقد روى عن أنس بن مالك أنه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح القراءة بالحمد لله رب العالمين وعن عائشة رضى الله عنها مثله وهذا دليل على انها ليست من القرآن وقال الشافعى هى من الفاتحة

(قوله بدليل رواية أنس الى آخره) لا يخفى أنه استدلال بالشئ على نفسه اه يحيى ولعل الشارح أراد الرواية الاخرى عن أنس الآتية فى دليل مالك انه عليه الصلاة والسلام كان يفتتح القراءة بالحمد لله رب العالمين وحينئذ يصح الاستدلال على الحمل المذكور (٢) كما ذكر هنا من سبق اليراع اه (قوله وقال أبو يوسف للصلاة) وهو الاصح كذا فى الخلاصة والذخيرة اه قال فى فتح القدير ثم على قول أبى يوسف يستعيذ المسبوق مرتين اذا افتتح واذا قرأ فيما يقضى ذكره فى الخلاصة اه (قوله وهو قريب من الاول) لانه طلب الاعاذة من حيث المعنى والمزيد قريب فى المعنى من الثلاثى اه كاكى ولاشتراكهما فى الحروف الاصول اه (قوله الا فى الاولى فى رواية الى آخره) هى رواية الحسن عنه اه فتح وفى شرح الزاهدى والاحسن أن يسمى فى أول الفاتحة فى كل ركعة فى قول أصحابنا كلهم لا تختلف الرواية عنهم ومن قال مرة فقد غلط انما الاختلاف فى وجوبها فعندهما تجب فى الثانية كالاولى وفى رواية هشام والمعلى عن أبى حنيفة أنها لا تجب الا مرة ثم قال الحسن والصحيح هو الوجوب فى كل ركعة اه ورأيت حاشية بخط العلامة ابن أمير حاج نصها وغلط الغلط بان الاتيان بها اما أن يكون على أنها من القرآن الواجب فى الصلاة أو من غيره فان كان الاول فقد أجمع العلماء على انه لا يجب فى الصلاة قرآن قبل الفاتحة وأجمع علماؤنا على أنها ليست من الفاتحة وعلى أنه لا يجب فى الصلاة ذكر غير التشهد والقنوت وتكبيرات العيد وتكبيرة القنوت وأما النص على أنها سنة فى عامة الكتب كالقيد والبدائع وغيرها اه (قوله وقال مالك ليست من القرآن الى آخره) من أنكر كونها من القرآن لا يكفر عندنا وبيانه فى أول الكشف الكبير اه (قوله كان يفتتح القراءة بالحمد لله رب العالمين) قوله رب العالمين ليست فى نسخة المصنف اه

قولا

قولا واحدا وكذا من غيرها على الصحيح لاجماعهم على كتابتها في المصاحف مع الامر بتجريد المصاحف وهو من أقوى الحجج ولنا ما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام كان لا يعرف فصل السورة حتى ينزل عليه بسم الله الرحمن الرحيم رواه أبو داود والحاكم في المستدرك وعن ابن عباس رضي الله عنهما كان المسلمون لا يعلمون انقضاء السورة حتى ينزل عليهم بسم الله الرحمن الرحيم وهذا نص على أنها أنزلت للفصل وأنها ليست من أول كل سورة ولا من آخرها بل هي آية منفردة وعن عائشة أنها قالت إن جبريل عليه السلام أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اقرأ باسم ربك الذي خلق ولم يذكر البسملة في أولها وعن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال ان سورة من القرآن ثلاثون آية شفعت لرجل حتى غفر له وهي تبارك الذي بيده الملك وأجمعوا على أنها ثلاثون آية من غير البسملة ومن الدليل على أنها ليست من الفاتحة ما روى عن أبي هريرة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى قسمت الصلاة بيني وبين عبدي نصفين نصفها لي ونصفها لعبدي ولعبدي ما سأل يقول العبد الحمد لله رب العالمين يقول الله تعالى حمدني عبدي الحديث رواه مسلم وابتدأ القسمة بالحمد لله رب العالمين فلو كانت البسملة منها لابتدأ بها وقال عليه الصلاة والسلام لأبي بكر كيف تقرأ أم القرآن فقال الحمد لله رب العالمين ولم يذكر البسملة ولم ينكر عليه النبي صلى الله عليه وسلم وقول أنس وعائشة فيما رواه مالك كان النبي صلى الله عليه وسلم يفتتح الصلاة بالحمد لله محمول على الجهر أي كان يفتتح جهرا بالحمد لله ولم يجهر بالبسملة وترك الجهر لا يدل على أنها ليست من القرآن لقراءة الفاتحة في الاخريين وكتابتها في المصاحف لا تدل على أنها من أول السورة أو من آخرها ولهذا طولوا بها ليعلم أنها ليست منها ألا ترى أن كتاب المصاحف كلهم عدوا آيات السور فأخرجوها من كل سورة وكذا القراء وقال بعض أهل العلم ومن جعلها من كل سورة في غير الفاتحة فقد خرق الاجماع لانهم لم يختلفوا في غير الفاتحة في أنها ليست من السورة واختلفوا في الفاتحة فان قيل لو كانت آية من القرآن لجازت الصلاة بها عند أبي حنيفة اذ لا يشترط أكثر من آية قلنا انما لا تجوز الصلاة بها للاشتباه الآثار واختلاف العلماء في كونها آية لا لأنها ليست من القرآن قال رحمه الله (وقرأ الفاتحة وسورة أو ثلاث آيات) أما الفاتحة والسورة فواجبتان على ما بينا لكن الفاتحة أوجب حتى يؤمر بالاعادة بتركها دون السورة وثلاث آيات تقوم مقام السورة في الاعجاز فكذا هنا وكذا الآية الطويلة تقوم مقامها وهذا لبيان الواجب وأما لبيان الفرض والمستحب فيأتي في فصل القراءة ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وأمن الامام والمأموم سرا) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أمن الامام فأمنوا فانه من وافق تأمينه تأمين الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه رواه مسلم والبخاري ومالك في الموطا وقالت المالكية في رواية لا يأتي الامام بالتأمين وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين قسم بينهما وهي تنافي الشركة ولان سنة الدعاء تأمين السامع لا الداعي وآخر الفاتحة دعاء فلا يؤمن الامام لانه داع والحجة عليهم ما رويناه وقولهم سنة الدعاء تأمين السامع لا الداعي غلط لان التأمين ليس فيه الا زيادة الدعاء والداعي أولى به ولا حجة لهم فيما رووه فانه قال في آخره وان الامام يقولها وقوله سرا هو مذهبنا وقال الشافعي يجهر بها عند الجهر بالقراءة لحديث وائل أنه قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقرأ غير المغضوب عليهم ولا الضالين فقال آمين ومد بها صوته ولنا حديث وائل انه عليه الصلاة والسلام قال آمين خفض بها صوته رواه أحمد وأبو داود والدارقطني وقال عمر

(قوله قسمت الصلاة) أي الفاتحة (قوله يفتتح جهرا بالحمد لله رب العالمين) رب العالمين ليس في نسخة المصنف (قوله في المتن وسورة أو ثلاث آيات الى آخره) في فتاوى أبي الليث سئل عن القراءة في الركعتين من آخر السورة أفضل أم قراءة سورة بتمامها قال ان كان آخر السورة التي أراد قراءتها أكثر من السورة التي أراد قراءتها فالقراءة من آخر السورة أفضل وان كانت السورة أكثر آية فقراءتها أفضل وفي الذخيرة معزيا الى فتاوى أبي الليث ينبغي أن يقرأ في الركعتين آخر سورة واحدة ولا ينبغي أن يقرأ في كل ركعة آخر سورة على حدة فان ذلك مكروه عند أكثر مشايخنا قال شمس الائمة الحلواني الاصح انه لا يكره اه (قوله فواجبتان على ما بينا) أي في قوله وواجبها قراءة الفاتحة وضم سورة اه (قوله حتى يؤمر بالاعادة) أي باعادة الصلاة لا باعادة الفاتحة اه (قوله بالاعادة بتركها دون السورة) قال في التنبيه في باب القراءة بعد أن رقم لمجد الائمة الترجماني قراءة الفاتحة ثم السورة واجبة لكن قراءة الفاتحة أوجب حتى لو تركها في الصلاة يؤمر باعادة الصلاة ولو ترك السورة لا يؤمر اه وقد نقلت هذه العبارة عند قوله فيما تقدم وواجبها قراءة الفاتحة وضم سورة اه (قوله في المتن وأمن الامام والمأموم سرا) وفي المحيط وفتاوى الظهير بة لو سمع المقتدى من الامام ولا الضالين في صلاة لا يجهر فيها هل يؤمن قال مشايخنا لا يؤمن لان ذلك الجهر لغو فلا يتبع وعند الهندواني يؤمن لظاهر الحديث اه كاكي وفي الدراية أنه مسنون في حق المنفرد والامام والمأموم والقارئ خارج الصلاة اه (قوله فانه من وافق تأمينه) أي في الاخلاص اه يحيى (قوله وهي تنافي الشركة) وحملوا قوله عليه الصلاة والسلام اذا أمن على بلوغ موضع التأمين اه غاية

ابن الخطاب رضي الله عنه يخفي الامام أربعا التعوذ والبسملة وآمين وربنا لك الحمد ويروى مثل قوله عن جماعة من الصحابة بعضهم يقول أربع يخفيهن الامام وبعضهم يقول خمسة وبعضهم يقول ثلاثة وكلهم بعد التأمين منها ولانه دعاء فيكون مبناه على الاخفاء ولانه لو جهر بها عقيب الجهر بالقرآن لاوهم أنها من القرآن فيمنع منه دفعا للايهام ولهذا لم تكتب في المصاحف وما رواه الشافعي ضعفه يحيى بن معين فلا يلزم حجة وفي آمين لغتان المد والقصر ومعناه استجب والتشديد خطأ فاحش وهو من لحن العوام حكاه ابن السكيت حتى لو قال آمين بالمد والتشديد قيل تفسد صلاته وقيل لا تفسد وعليه الفتوى لان بعض أهل العلم قال فيها لغة بالتشديد منهم الواحدي ولانه موجود في القرآن ولو قال آمن بالمد وحذف الياء لا تفسد عند أبي يوسف لانه موجود في القرآن ولو قال أمن بالقصر وحذف الياء ينبغي أن تفسد صلاته لانه لم يوجد في القرآن وعلى هذا لو قال أمن بالقصر والتشديد ينبغي أن تفسد صلاته لما ذكرنا قال رحمه الله (وكبر بلا مد) لما روينا ولما روي عن عبد الله بن أبزى أنه قال صليت خلف رسول الله صلى الله عليه وسلم فكان لا يتم التكبير أي لا يمد وكان ابراهيم النخعي يقول التكبير جزم ويروى خذم بالخاء والذال أي سريع ولان المد ان كان في أوله وهي همزة الله تفسد صلاته لانها استفهام وان تعمده يكفر لاجل الشك في الكبرياء وان كان في همزة أكبر فكذلك الجواب لما ذكرنا وان كان في باء أكبر فقد قيل تفسد لانه خطأ من حيث اللغة لان أفعل التفضيل لا يحتمل المد لغة ولان أكبار جمع كبر وهو الطبل فيخرج من معنى التكبير وقال بعضهم لا تفسد لان الالف نشأت من الاشباع وهذا بعيد لان الاشباع لا يجوز الا في ضرورة الشعر وان كان المد في لام الله فحسن ما لم يخرج عن حدها قال رحمه الله (وركع ووضع يديه على ركبتيه وفرج أصابعه) لما روينا من حديث أنس وما روي عن ابن مسعود والصحابة رضي الله عنهم من التطبيق وهو أن يضم احدى كفيه الى الاخرى ويرسلهما بين فخذيه منسوخ بما روينا بدليل ما روي عن مصعب ابن سعد بن أبي وقاص أنه قال جعلت يدي بين ركبتي فنهاني أبي وقال كنا نفعل هذا فنهينا ولا يندب الى التفريج الا في هذه الحالة لانه أمكن من الاخذ بالركب وآمن من السقوط ولا الى ضم الاصابع الا في حالة السجود ليكون أمكن من الادعام أي الاتكاء عليها لان قوتها تزداد بالضم وفيما عدا ذلك يترك على العادة ولا يتكلف شيأ لانه لا حاجة له اليها وما روي من نشر الاصابع في رفع اليدين عند التحريمة محمول على النشر الذي هو ضد الطي قال رحمه الله (وبسط ظهره وسوى رأسه بعجزه) لما روي عن وابصة ابن معبد أنه قال رأيت النبي صلى الله عليه وسلم يصلي فكان اذا ركع سوى ظهره حتى لو صب عليه الماء لاستقر وروي أنه كان اذا ركع لو كان قدح ماء على ظهره لما تحول لاستواء ظهره وعن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا ركع لم يشخص رأسه ولم يصوبه أي لم يرفع رأسه ولم يخفضه قال رحمه الله (وسبح فيه ثلاثا) أي في الركوع لما روينا ولما روي عن عقبة بن عامر أنه قال لما نزلت فسبح باسم ربك العظيم قال عليه الصلاة والسلام اجعلوها في ركوعكم ولما

(قوله لاوهم أنها من القرآن فيمنع الى آخره) حتى قالوا بارتداد من قال انه منه اه كاكي (قوله وفي آمين لغتان المد الى آخره) وهو مختار الفقهاء اه يحيى (قوله والقصر) أي وهو اختيار أهل اللغة اه ع أي ومختار الادباء أيضا اه يحيى (قوله ومعناه استجب) أي دعاءنا (قوله وعليه الفتوى) قال الحلواني له وجه لان معناه ندعوك قاصدين اجابتك لان معنى آمين قاصدين اه فتح قال الولوالجي المصلي اذا فرغ من قراءة فاتحة الكتاب فقال آمين بتشديد الميم فسدت صلاته لان هذا ليس بشيء وقيل عند أبي يوسف لا تفسد صلاته لانه يوجد مثله في القرآن وعليه الفتوى ويقول أمين بغير مد ولا تشديد أو آمين بالمد دون التشديد ومعناه يا أمين استجب لنا الا أنه أسقطت ياء النداء وادخلت المدة اه (قوله ولو قال آمن بالمد وحذف الياء) يشير الى قوله تعالى ويلك آمن ان وعد الله حق اه (قوله في المتن وكبر بلا مد لما روينا) أي من أنه صلى الله عليه وسلم كان يكبر عند كل خفض ورفع اه (قوله بالخاء والذال) أي المعجمة (قوله لاجل الشك في الكبرياء) وفيه نظر لان الهمزة يجوز أن تكون للتقرير فلا يكون هناك كفر ولا فساد قاله في العناية اه (قوله لان أفعل التفضيل لا يحتمل المد) أي حتى قال مشايخنا لو أدخل المد بين الباء والراء في لفظ أكبر عند افتتاح الصلاة لا يصير شارعا بخلاف ما لو فعل المؤذن حيث لا تجب اعادة الاذان وان كان خطأ لان أمره أوسع اه كاكي (قوله نشأت من الاشباع) أي اشباع فتحة الباء اه (قوله في المتن ووضع يديه على ركبتيه) أي ناصبا ساقيه وحنيهما شبه القوس كما يفعله عامة الناس مكروه ذكره في روضة العلماء اه فتح (قوله لما روينا من حديث أنس) أي عند قوله وأخذ ركبتيه بيديه اه وقال الكمال وينبغي أن يكون بين رجليه حالة القيام قدر أربع أصابع اه وفي الواقعات من أصابع اليد اه (قوله ليكون أمكن من الادعام) أي وليقع رؤس الاصابع مواجهة الى القبلة فقد قال عليه الصلاة والسلام اذا سجد أحدكم فليوجه من أعضائه الى القبلة ما استطاع اه كاكي (قوله محمول على النشر الذي هو ضد الطي) أي لا التفريج اه (قوله في المتن وسوى رأسه بعجزه) أي وهو نصفه المؤخر اه ع والعجز يذكر ويؤنث وهو للرجل والمرأة والعجيزة للمرأة خاصة ذكره في الصحاح وفي المغرب العجيزة تستعار للرجل اه غاية

نزلت سبح اسم ربك الاعلى قال اجعلوها فى سجودكم ويكره ان ينقص التسبيح عن الثلاث أو يتركه كله وقال أبو مطيع لا تجوز صلاته لأمره عليه الصلاة والسلام بذلك على ما قدمنا وهو للوجوب ولنا أنه عليه الصلاة والسلام علم الاعرابى الصلاة ولم يذكره ولو كان واجبا لذكره وظاهر الآية يتناول الركوع والسجود دون تسبيحاتهما فلا يزاد عليه بخبر الواحد والامر قد يكون للاستحباب فيحمل عليه وانما يكره أن ينقص عن الثلاث لما روينا من الحديث ولو رفع الامام رأسه قبل أن يتم المقتدى ثلاثا أتم ثلاثا فى رواية والصحيح أنه يتابعه وكلما زاد فهو أفضل للمنفرد بعد أن يكون الختم على وتر وأما الامام فلا يزيد على وجه يمل القوم منه ولا يأتى فى الركوع والسجود بغير التسبيح وقال الشافعى يزيد فى الركوع اللهم لك ركعت ولك خشعت ولك أسلمت وعليك توكلت وفى السجود سجد وجهى للذى خلقه وصوره وشق سمعه وبصره فتبارك الله أحسن الخالقين لما روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه كان يقول ذلك وهو محمول على التهجد عندنا قال رحمه الله (ثم رفع رأسه) وقد بيناه فى فصل الواجبات قال رحمه الله (واكتفى الامام بالتسميع والمؤتم والمنفرد بالتحميد) وقال أبو يوسف ومحمد يجمع الامام بين الذكرين لحديث أبى هريرة رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام كان يجمع بينهما ولانه حرض غيره فلا ينسى نفسه وقال الشافعى رحمه الله يأتى الامام والمأموم بالذكرين لان المؤتم يتابع الامام فيما يفعل ولنا ما روى أبو هريرة وأنس بن مالك أنه صلى الله عليه وسلم قال اذا قال الامام سمع الله لمن حمده فقولوا ربنا لك الحمد رواه البخارى ومسلم قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة ولا يلزمنا قوله عليه الصلاة والسلام اذا قال الامام ولا الضالين فقولوا آمين حيث يؤمن الامام مع القسمة لانا نقول عرف ذلك من خارج وهو قوله عليه الصلاة والسلام فان الامام يقولها وقوله عليه الصلاة والسلام اذا أمن الامام فأمنوا فان قيل قد روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال أربع يخفين الامام وقد عد منها التحميد فقد عرف التحميد أيضا من خارج فوجب أن لا يأتى به قلنا ما رويناه من حديث القسمة مرفوع وحديث ابن مسعود موقوف عليه فلا يعارض المرفوع وما ذكره الشافعى

(قوله قال أبو مطيع) هو البلخى تلميذ أبى حنيفة اه غاية (قوله لا تجوز صلاته) أى لان عندهما الثلاث فرض اه كاكى (قوله والامر قد يكون للاستحباب) أى بدليل حديث الاعرابى (قوله والصحيح أنه يتابعه) أى وعليه عامة المشايخ قال الفقيه أبو جعفر هذا هو الاشبه بمذهب أصحابنا لان متابعة الامام واجبة وتسبيحات الركوع سنة اه وفى الذخيرة سمع الامام فى الركوع خفق النعال هل ينتظر أم لا قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة وابن أبى ليلى عن ذلك فكرهاه وقال أبو حنيفة أخشى عليه أمرا عظيما يعنى الشرك وروى هشام عن محمد أنه كره ذلك مقدار التسبيحة والتسبيحتين وقال بعضهم يطول التسبيحات ولا يزيد فى العدد وقال أبو القاسم الصفار ان كان الجائى غنيا لا يجوز وان كان فقيرا جاز انتظاره وقال أبو الليث ان كان الامام عرف الجائى لا ينتظره وان لم يعرفه فلا بأس به اذ فيه إعانة على الطاعة اه وقيل ان أطال الركوع لادراك الجائى خاصة ولا يريد اطالة الركوع للتقرب الى الله فهذا مكروه اذا كان أول ركوعه لله وآخره للجائى فقد أشرك فى صلاته غير الله تعالى وكان أمرا عظيما ولا يكفر لان اطالة الركوع لم تكن على وجه العبادة للقوم وانما كانت لاجل ادراك الركوع وان أطاله للتقرب الى الله كما شرع فيه ويدرك الجائى الركعة كان الركوع من أوله الى آخره خالصا لله تعالى فلا بأس به ألا ترى أن الامام يطيل الركعة الاولى من الفجر على الثانية ليدرك القوم الركعة اه غاية ثم قال ويكره قراءة القرآن فى الركوع والسجود والتشهد باجماع الائمة الاربعة لقوله عليه الصلاة والسلام نهيت أن أقرأ القرآن راكعا أو ساجدا رواه مسلم اه كاكى قوله لان متابعة الامام واجبة قال فى الذخيرة وإذا فرغ الامام من قراءة التشهد قبل فراغ المقتدى يتم قراءة التشهد ولا يتابع الامام فى القيام ان كان فى القعدة الاولى وان كان فى الاخيرة ولم يفرغ من قراءة التشهد فقد قيل يتابعه وقيل يتم ما بقى قال الفقيه أبو الليث فى النوازل إذا ترك الامام التشهد وقام أو سلم فى آخر الصلاة المختار عندى أنه يتم تشهده وإن لم يفعل أجزأه ورأيت فى موضع آخر المسبوق إذا فرغ الامام من قراءة التشهد ولم يفرغ هو قيل يتم التشهد وقيل لا يتم لانه انما يأتى بالتشهد هنا متابعة للامام وقد انقطعت المتابعة بسلام الامام وقد قيل يتم لانه بمنزلة ذكر واحد فلو قطعه تبطل بخلاف تسبيحات الركوع والسجود لان كل تسبيحة ذكر على حدة اه (قوله فى المتن واكتفى الامام بالتسميع الى آخره) لكن يقول ربنا لك الحمد فى نفسه قال فى الهداية وقالا يقولها فى نفسه اه (قوله ولانه حرض غيره) أى على انه يحمد بقوله سمع الله لمن حمده فيقول ربنا لك الحمد اه (قوله اذا قال الامام سمع الله الى آخره) أى قبل الله حمد من حمده والسماع يذكر ويراد به القبول مجازا كما يقال سمع الامير كلام فلان اذا قبل ويقال ما سمع كلامه أى رده فلم يقبله وان سمعه حقيقة وفى الحديث أعوذ بك من دعاء لا يسمع أى لا يستجاب وفى الفوائد الحميدية الهاء فى حمده للسكتة والاستراحة لا للكناية كذا نقل عن الثقات وفى المستصفى الهاء للكناية كما فى قوله تعالى واشكروا له اه كاكى (قوله فقولوا ربنا لك الحمد) تتمته فانه من وافق قوله قول الملائكة غفر له ما تقدم من ذنبه اه (قوله انه قال أربع) قال فى الاسرار انه غريب اه كاكى (قوله ما رويناه من حديث القسمة مرفوع) أى برواية أبى موسى الاشعرى اه كاكى

(قوله لانها تشبه المحاكاة) أى كما قلنا فى جواب المؤذن فى قوله حى على الصلاة حى على الفلاح اه غاية (قوله ومارويناه) أى أبو يوسف ومحمد اه (قوله محمول الى آخره) هذا الجواب المذكور ضعيف لانه لم تروصلاته وحده صلى الله عليه وسلم الا أن يحمل على النفل اه يحيى (قوله وكان الطحاوى رحمه الله يختار قولهما) أى فى هذه المسألة والفضلى وجماعة من المتأخرين اه كاكى (قوله وقد يختص الامام به كالقراءة) أى فكذا يجوز أن يختص بالجمع بين المذكورين اه (قوله وهو لم يشرع الا فى الانتقال) أى لو جمع بين ذكرين كان الذكر الاول للانتقال من الركوع وأما الانتقال من القيام الى السجود فله ذكر وهو التكبير فالذكر الثانى يقع لمجرد اعتدال القيام لا للانتقال والذكر لم يسن الا للانتقال ولهذا لم يسن ذكر فى حالة القعدة بين السجدتين اه يحيى (قوله ينبغى أن يأتى بالتسميع لا غير على قياس قول أبى حنيفة) قال فى الذخيرة أما على قول أبى حنيفة فلا رواية فيه نصا عن أبى حنيفة على ماذكره الطحاوى قال واختلف مشايخنا فيه والاصح أنه يأتى بهما اه غاية (قوله ان المنفرد يجمع بين الذكرين الى آخره) وأما المقتدى لا يأتى بالتسميع بلا خلاف اه غاية (قوله وفى بعضها ربنا ولك الحمد الى آخره) أى وفى بعضها اللهم ربنا ولك الحمد اه كاكى وغاية وفى البدائع الاشهر هو الاول اه وفى العناية وهو أظهر الروايات اه (قوله وقال فى المحيط) أى والذخيرة اه غاية (قوله وقيل هى زائدة الى آخره) تقول العرب بعنى هذا الثوب فيقول المخاطب نعم وهو لك بدرهم فالواو زائدة اه غاية (قوله وقيل هى عاطفة) أى على محذوف اه غاية (قوله فى المتن بعكس النهوض) أى القيام اه عينى (قوله الا اذا كان بأحدهما عذر الى آخره) وفى البوبرى لو كان بأحدهما عذر جاز السجود على الآخر بغير كراهة فى قولهم جميعا ولو ترك السجود على المقدور منهما وأومأ لا يجوز اتفاقا وان كان بهما عذر يومئ ولا يسجد على غيرهما كالخد والذقن اه غاية

بعيد لان الامام يحث من خلفه على التحميد فلا معنى لمقابلة القوم له على الحث بل يشتغلون بالتحميد لا غير لان اللائق للحرض أن يأتى بالاجابة طاعة دون الاعادة لانها تشبه المحاكاة ومارويناه محمول على حالة الانفراد وكان الطحاوى رحمه الله يختار قولهما وهو رواية عن أبى حنيفة لما روينا أن المؤتم لا يختص بالذكر دون الامام وقد يختص الامام به كالقراءة وقوله والمنفرد بالتحميد أى اكتفى المنفرد بالتحميد وهو الذى عليه أكثر المشايخ وقال فى المبسوط وهو الاصح لان التسميع حث لمن هو معه على التحميد وليس معه غيره ليحثه عليه ولانه لو جمع بين الذكرين وقع الثانى فى حال الاعتدال وهو لم يشرع الا فى الانتقال وقال أبو بكر الرازى ينبغى أن يأتى بالتسميع لا غير على قياس قول أبى حنيفة لانه امام نفسه والامام يقتصر على التسميع عنده وهو رواية النوادر وروى الحسن عن أبى حنيفة أن المنفرد يجمع بين الذكرين وقال صاحب الهداية هو الاصح ووجهه أنه امام نفسه فيأتى بالتسميع ثم بالتحميد لعدم من يمتثل به خلفه وقد اختلفت الاخبار فى لفظ التحميد فقال فى بعضها يقول ربنا لك الحمد وفى بعضها اللهم ربنا لك الحمد وفى بعضها ربنا ولك الحمد وقال فى المحيط ربنا لك الحمد أفضل لزيادة الثناء وقال الفقيه أبو جعفر لا فرق بين قولك ربنا لك الحمد وبين قولك ربنا ولك الحمد واختلفوا فى هذه الواو قيل هى زائدة وقيل هى عاطفة تقديره ربنا حمدناك ولك الحمد قال رحمه الله (ثم كبر) لما روينا قال رحمه الله (ووضع ركبتيه ثم يديه) لما روى عن وائل أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سجد وضع ركبتيه قبل يديه واذا نهض رفع يديه قبل ركبتيه رواه أبو داود قال رحمه الله (ثم وجهه بين كفيه) وقال الشافعى يضع يديه حذاء منكبيه لحديث أبى حميد أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا سجد مكن جبهته وأنفه من الارض ونحى يديه عن جنبيه ووضع كفيه حذاء منكبيه رواه أبو داود والترمذى وصححه ولنا ما روى عن البراء بن عازب أنه قال كان النبى صلى الله عليه وسلم يضع وجهه اذا سجد بين كفيه رواه الترمذى وقال حديث حسن وروى الاثرم باسناده عن وائل أنه عليه الصلاة والسلام سجد فجعل كفيه بحذاء أذنيه قال وروى ذلك عن ابن عمر وسعيد ابن جبير ولعل هذا الاختلاف مبنى على الاختلاف فى رفع اليدين عند الاحرام قال رحمه الله (بعكس النهوض) أى الهبوط بعكس النهوض حتى قالوا اذا أراد السجود يضع أولا ما كان أقرب الى الارض فيضع ركبتيه أولا ثم يديه ثم أنفه ثم جبهته وكذا اذا أراد الرفع يرفع أولا جبهته ثم أنفه ثم يديه ثم ركبتيه قالوا هذا اذا كان حافيا وأما اذا كان متخففا فلا يمكنه وضع الركبتين أولا فيضع اليدين قبل الركبتين ويقدم اليمنى على اليسرى قال رحمه الله (وسجد بأنفه وجبهته) أى على أنفه وجبهته لحديث أبى حميد أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا سجد مكن جبهته وأنفه من الارض وقال صلوا كما رأيتمونى أصلى وهو أمر استحباب وعن عكرمة عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام رأى رجلا يصلى ولا يصيب أنفه الارض فقال لا صلاة لمن لا يصيب أنفه الارض وهى نفى الفضيلة والكمال دون الجواز قال رحمه الله (وكره بأحدهما) أى وكره الاقتصار على أحدهما لما روينا من حديث أبى حميد وقوله وكره بأحدهما يقتضى كراهية الاقتصار على أحدهما أيهما كان وهكذا ذكره فى المفيد والمزيد أيضا فقال ووضع الجبهة وحدها أو الانف وحده يكره ويجزى عنده وعند صاحبيه لا يتأدى الا بوضعهما الا اذا كان بأحدهما عذر وفى البدائع والتحفة ان وضع الجبهة وحدها من غير عذر يجوز عند أبى حنيفة بلا

كراهية وفى الانف وحده يجوز مع الكراهية ولهما ذكر فى المفيد والمزيد نظر فانه لم يجز الاقتصار على الجبهة عندهما وهو خلاف المشهور عنهما حتى حكى السغناقى فى شرح الهداية ان وضع الجبهة تتأدى بها الصلاة باجماع الثلاثة وكذا ذكر صاحب الهداية الخلاف فى الاقتصار على الانف فعنده يجوز وعندهما لا يجوز لهما قوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أسجد على سبعة أعظم وعد منها الجبهة ولو كان الانف محلا للسجود لذكره فصار كالخد والذقن ولابى حنيفة ما رواه مسلم عن عبد الله بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أمرت أن أسجد على سبع ولا أكفف الشعر ولا الثياب الجبهة والانف واليدين والركبتين والقدمين وقال البخارى الجبهة وأشار بيده الى أنفه هكذا ذكره عبد الحق فى الاحكام ولانه محل للسجود اجماعا فوجب أن يجوز الاقتصار عليه كالجبهة بخلاف الذقن ونحوه لانه ليس بمحل للسجود ولهذا لا يلزمه السجود على الذقن عند العجز عن الجبهة وعلى الانف يلزمه ومن فروع هذا سئل نصير رحمه الله عمن وضع جبهته على حجر صغير فقال ان وضع أكثر جبهته يجوز والا فلا فقيل له ان وصل قدر الانف منها ينبغى أن يجوز على قوله فقال الانف عضو كامل قال رحمه الله (أو بكور عمامته) أى كره السجود على كور عمامته ويجوز عندنا وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام ومكن جبهتك وأنفك من الارض ولحديث خباب بن الارت أنه قال شكونا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم حر الرمضاء فى جباهنا وأكفنا فلم يشكنا أى لم يزل شكوانا ولنا حديث أنس رضى الله عنه قال كنا نصلى مع النبى صلى الله عليه وسلم فى شدة الحر فاذا لم يستطع أحدنا أن يمكن جبهته من الارض بسط ثوبه فسجد عليه رواه مسلم والبخارى وعن ابن عباس أنه قال ان النبى صلى الله عليه وسلم صلى فى ثوب واحد متوشحا به يتقى بفضوله حر الارض وبردها رواه أحمد وقال البخارى فى صحيحه قال الحسن كان القوم يسجدون على العمامة والقلنسوة ولانه حائل لا يمنع من السجود فيجوز كالخف والنعل وما رواه لا ينافى ما قلنا لان التمكن يوجد معه اذ لا يشترط مماسة الارض بها اجماعا والجواب عن الحديث قد بيناه فى أوقات الصلاة ومن فروعه لو سجد على كفه وهى على الارض جاز على الاصح ولو بسط كمه على النجاسة فسجد عليه يجوز وقيل لا يجوز لان الكم تبع له فكانه سجد على النجاسة كما لو حلف لا يجلس على الارض فجلس عليها حنث وان كان ثوبه حائلا بينهما ولهذا لا يجوز مس المصحف به أيضا والصحيح الاول ذكره المرغينانى ولو سجد على فخذه من غير عذر لا يجوز على المختار وبعذر يجوز على المختار وعلى ركبتيه لا يجوز على الوجهين لكن الايماء يكفيه اذا كان به عذر ولو سجد على ظهر من هو فى صلاته يجوز للضرورة وعلى ظهر من يصلى صلاة أخرى أو ليس فى الصلاة لا يجوز لعدم الضرورة والمستحب أن يسجد على التراب وان بسط كمه ليتقى التراب عن وجهه يكره للتكبر وعن ثيابه لا لعدمه وان سجد على شئ لا يلقى حجمه لا يجوز كالقطن المحلوج والثلج والتبن

(قوله وفى الانف وحده الى آخره) ثم المعتبر وضع ما صلب من الانف لا ما لان اه فتح (قوله ولا أكفف) أى عن الاسترسال اهـ (قوله وأشار بيده الى أنفه) النبى صلى الله عليه وسلم لما ذكر الجبهة أشار الى الانف الى أنهما فى حكم عضو واحد ولذا كان أعضاء السجود سبعة والا كانت ثمانية اه (قوله فقال الانف عضو كامل) أى وقدر من الجبهة ليس بعضو كامل فلا يجوز اه (قوله فى المتن أو بكور عمامته) أى على كور العمامة اه وما ذكر فى التجنيس فى علامة الميم انه يكره السجود على كور العمامة لما فيه من ترك التعظيم لا يراد به أصل التعظيم والا لم يصح بل نهايته وهذا لان الركن فعل وضع للتعظيم ولان المشاهد من وضع الرجل الجبهة فى العمامة على الارض لما كسا لغيره عده تعظيما أى تعظيم اه فتح وفى الذخيرة ويكره أن يسجد على كور عمامته اه (قوله وقال الشافعى الى آخره) والخلاف فيما اذا وجد حجم الارض أما بدونه فلا يجوز اجماعا وتفسير وجدان الحجم ما قالوا انه لو بالغ لا يتسفل رأسه أبلغ من ذلك اه كاكى (قوله خباب بن الارت) بالتاء المثناة اه (قوله وقيل لا يجوز) لان الكم تبع له فكانه سجد على النجاسة فى الاصح وان كان المرغينانى صحح الجواز فليس بشئ اه فتح (قوله وعلى ركبتيه لا يجوز الى آخره) قال الكمال وعلى ركبتيه لا يجوز ولم نعلم فيه خلافا لكن ان كان بعذر كفاه باعتبار ما فى ضمنه من الايماء كأن عدم الخلاف فيه لكون السجود يقع على حرف الركبة وهو لا يأخذ قدر الواجب من الركبة اه (قوله ولو سجد على ظهر من هو فى صلاته يجوز للضرورة) وقيل انما يجوز اذا كان سجود الثانى على الارض اه مجتبى (قوله والمستحب أن يسجد على التراب الى آخره) (مسئلة) قال فى المبسوط لو مسح جبهته من التراب قبل ان يفرغ من الصلاة فلا بأس به لازالة شبهة المثلة ولو مسح بعد ما رفع رأسه من السجدة الاخيرة فلا بأس به من غير خلاف وقبله لا بأس به فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف قال أحب الى تركه لانه يتلوث ثانيا وثالثا فلا يفيد وان مسح لكل مرة يكثر العمل اه غاية (قوله وان سجد على شئ لا يلقى حجمه الى آخره) قال فى الفتح يجوز السجود على الحشيش والتبن والقطن والطنفسة ان وجد حجم الارض وكذا الثلج الملبد فان كان بحال يغيب فيه وجهه ولا يجد الحجم أو على العجلة على الارض يجوز كالسرير لا ان كانت على البقر كالبساط المشدود بين الاشجار وعلى العرزال والحنطة والشعير يجوز لا على الدخن والارز لعدم الاستقرار ولو ارتفع موضع السجود عن موضع القدمين قدر لبنة أو لبنتين منصوبتين جاز لا ان زاد اه

والدخن ونحوذلك قال رحمه الله (وأبدى ضبعيه) لحديث عبدالله بن مالك أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم اذا سجد يجنح حتى يرى وضح ابطيه أي بياضهما وقيل إذا كان في الصف ازدحام لايجافي حتى لايؤذي جاره بخلاف ما اذا لم يكن فيه ازدحام قال رحمه الله (وجافى بطنه عن فخذيه) لحديث ميمونة رضي الله عنها أنه صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد جافى بين يديه حتى ان بهمة لوأرادت أن تمر بين يديه مرت قال رحمه الله (ووجه أصابع رجليه نحو القبلة) لحديث أبي حميد أنه عليه الصلاة والسلام كان إذا سجد وضع يديه غير مفترش ولاقابضهما واستقبل بأطراف اصابع رجليه القبلة قال رحمه الله (وسبح فيه ثلاثا) أي في السجود لمارويناه قال رحمه الله (والمرأة تنخفض وتلزق بطنها بفخذيها) لما روى عن يزيد بن أبي حبيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم مر على امرأتين تصليان فقال اذا سجدتما فضما بعض اللحم الى بعض فان المرأة ليست في ذلك كالرجل * ثم اعلم أن المرأة تخالف الرجل في عشر خصال ترفع يديها الى منكبيها وتضع يمينها على شمالها تحت ثديها ولاتجافي بطنها عن فخذيها وتضع يديها على فخذيها تبلغ رؤس أصابعها ركبتيها ولاتفتح ابطيها في السجود وتجلس متوركة في التشهد ولاتفرج أصابعها في الركوع ولاتؤم الرجال وتكره جماعتهن ويقوم الامام وسطهن قال رحمه الله (ثم رفع رأسه مكبرا) أي من السجود لمارويناه قال رحمه الله (وجلس مطمئنا) يعني بين السجدتين لما روى عن البراء أنه قال كان ركوع رسول الله صلى الله عليه وسلم وسجوده وبين السجدتين واذا رفع رأسه من الركوع ماخلا القيام والقعود قريبا من السواء ثم الجلسة والطمأنينة فيها والقومة والطمأنينة فيها سنة عند أبي حنيفة ومحمد واختلفوا في الطمأنينة في الركوع والسجود على قولهما فقال الكرخي انها واجبة وقال الجرجاني سنة وقد ذكرنا الوجه من الجانبين وخلاف أبي يوسف في تعديل الاركان وليس بين السجدتين ذكر مسنون وكذا بعد الرفع من الركوع وماورد فيهما من الدعاء محمول على التهجد قال يعقوب سألت أبا حنيفة عن الرجل يرفع رأسه من الركوع في الفريضة يقول اللهم اغفرلي قال يقول ربنالك الحمد ويسكت وكذلك بين السجدتين يسكت فقد أحسن الجواب حيث لم ينه عن الاستغفار صريحا من قوة احترازه وقد حصل مقصوده بايثار التحميد فيه والسكوت بعده واختلفوا في مقدار الرفع فروى عن أبي حنيفة أنه ان كان الى القعود أقرب جاز لانه يعد قاعدا وان كان الى الارض أقرب لايجوز لانه يعد ساجدا وقال محمد بن سلمة اذا رفع رأسه بحيث لايشكل على الناظر انه قد رفع يجوز وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه اذا رفع رأسه مقدار مايمر الريح بينه وبين الارض جاز وروى أبو يوسف عنه اذا رفع رأسه مقدار مايسمى به رافعا جاز

وذكر في المجتبى لوسجد على ظهر ميت عليه لبد ان لم يجد حجمه جاز والا فلا وقيل ان كان غسولا جاز وان لم يكن عليه ازار اه (قوله كالبساط المشدود الى آخره) هكذا نقله في المجتبى نقلا عن النظم ولم يعلمه وكأنه لعدم وجود حجم الارض حال السجود وأما عدم جواز الصلاة على العجلة إذا كانت على البقر فانما هو في حق الفريضة لا النافلة وسيأتي في الكلام على الصلاة على الدابة ما يفصح بذلك اه (قوله في المتن ضبعيه) والضبع بسكون الباء الموحدة العضد وبضمها الحيوان المفترس المعروف والسنة المجدبة ذكره في الصحاح وديوان الادب وفي المحيط بضم الباء وسكونها لغتان والصواب ماذكرته قال في المنافع الضبع بالسكون لاغير اه غاية (قوله عبدالله بن مالك) أي ابن بحينة اه (قوله إذا سجد يجنح الى آخره) في حديث البراء أن النبي صلى الله عليه وسلم كان إذا سجد جخ بجيم ثم خاء مشددة ويروى جخى بالياء في آخره وهو الاشهر أي فتح عضديه وجافاهما من جنبيه ورفع بطنه عن الارض اه نهاية ابن الاثير (قوله حتى ان بهمة) بفتح الباء وسكون الهاء الانثى من صغار الغنم بعد السخلة فانها أول ما يضعه أمه ثم يصير بهمة اه كاكي وفي بعض النسخ البهيمة بزيادة الياء وهو تحريف اه (قوله حتى ان بهمة لو أرادت أن تمر بين يديه مرت) رواه الحاكم والطبراني وقالا فيه بهيمة وعلى الياء ضمة بخط بعض الحفاظ على تصغير بهمة قيل وهو الصواب وفتحها خطأ اه فتح قال سبط ابن الجوزي رواه البخاري اه غاية (قوله في المتن والمرأة تنخفض) أي تضم نفسها اه ع (قوله في المتن وتلزق بطنها الى آخره) أي لان ذلك أستر لها اه ع (قوله على فخذيها تبلغ) في نسخة بحيث تبلغ (قوله من السجود لما روينا) أي من انه كان يكبر عند كل خفض ورفع اه (قوله قريبا من السواء) أي كان لبثه في هذه الاحوال قريبا من التساوي الا القيام والقعود فان اللبث فيهما لايقرب اللبث في تلك الاحوال بل كان أطول منه وقوله قريبا من السواء يدل على انها لم تكن متساوية بل كان بينهما تفاوت يسير ولما كان الجلوس بين السجدتين والقيام من الركوع قريبين من الركوع والسجود كانا مشتملين على الاطمئنان اه (قوله واختلفوا في مقدار الرفع الى آخره) فيه شئ تقدم في سنن الصلاة وهو أنه جعل الرفع من السجود سنة اه وتقدم في آخر الصفحة السابقة ان الجلسة والطمأنينة والقومة والطمأنينة فيها سنة اه (قوله ان كان الى القعود أقرب الى آخره) قال في التجنيس اذا رفع رأسه من السجود قليلا ثم سجد أخرى فان كان الى السجود أقرب لايجوز لانه يعد ساجدا وان كان الى الجلوس أقرب جاز لانه يعد جالسا اه ولم يحك غيره اه

(قوله بسبب الكبر) فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام قال قد بدنت أى كبرت فلا تبادرونى بركوع وسجود اه كاكى وفى الروضة قال اذا كان شيخا أو رجلا بدينا لا يقدر على النهوض فلا بأس بأن يعتمد به (٣) على الارض منصوص عليه عن أبى حنيفة اه غاية (قوله ويستحب الهبوط باليمين) أى مبتدئا باليمين اه (قوله الا أنه) أى المصلى اه (قوله فى المتن ولا يرفع) أى المكلف اه ع (قوله والجمرتين) والمراد الوقوف عند الجمرتين الاولى والوسطى اه باكير قال فى الدراية ثم اعلم أنه ينبغى أن يجعل باطن كفه الى القبلة فى التكبيرات التى فى الصلاة وفيما بقى فى الحج باطن كفه الى السماء الا عند استلام الحجر فانه يستقبل بباطن كفه الى الحجر اه (قوله والصاد للصفا والميم للمروة) وجعلهما المصنف شيأ واحدا نظرا الى السعى اه مستصفى فوائد قال فى فتح القدير ما نصه وفى الخلاصة المقتدى اذا أتى بالركوع والسجود قبل الامام هذه على خمسة أوجه أما اذا أتى بهما قبله أو بعده أو بالركوع معه وسجد قبله أو بالركوع قبله وسجد معه أو أتى بما قبله ومدركه الامام فى آخر ركعاته فان أتى بالركوع والسجود قبل الامام فى كلها يجب عليه قضاء ركعتين واذا ركع قبله وسجد معه يقضى أربعا بلا قراءة وان ركع بعد الامام وسجد بعده جازت صلاته اه وأنت اذا علمت أن مدرك أول صلاة الامام لاحق وهو يقضى قبل فراغ الامام ففى الصورة الاولى فاتته الركعة الاولى فركوعه وسجوده فى الثانية قضاء عن الاولى وفى الثالثة عن الثانية وفى الرابعة عن الثالثة ويقضى بعد فراغ الامام ركعة بلا قراءة

جاز لوجود الفصل بين السجدتين قال صاحب المحيط وهو الاصح وجعل صاحب الهداية الرواية الاولى أصح قال رحمه الله (وكبر وسجد مطمئنا) لما روينا قال رحمه الله (وكبر للنهوض بلا اعتماد وقعود) أى كبر للنهوض ونهض بلا اعتماد وقعود وقال الشافعى يعتمد بيديه على الارض ويجلس جلسة خفيفة لحديث مالك بن الحويرث أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم يصلى فاذا كان فى وتر من صلاته لم ينهض حتى يستوى جالسا ولنا ما رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كان ينهض على صدور قدميه رواه الترمذى والبيهقى وعن ابن عمر نهى عليه الصلاة والسلام أن يعتمد الرجل على يديه اذا نهض فى الصلاة رواه أبو داود وفى حديث وائل أنه عليه الصلاة والسلام اذا نهض اعتمد على فخذيه وما رواه الشافعى محمول على حالة الضعف بسبب الكبر لما روى أن ابن عمر فعل ذلك ثم اعتذر فقال ان رجلى لا تحملانى ولانها لو كانت مشروعة لشرع التكبير عند الانتقال منها الى القيام كما فى سائر الانتقالات فى الصلاة من حالة الى حالة ولانها جلسة استراحة وفى الصلاة تشغل عن الراحة ويكره تقديم احدى رجليه عند النهوض ويستحب الهبوط باليمين والنهوض بالشمال قال رحمه الله (والثانية كالاولى) أى الركعة الثانية كالركعة الاولى لانه تكرار الاركان فلا يختلف قال رحمه الله (الا أنه لا يثنى) لانه شرع فى أول العبادة دون أثنائها قال رحمه الله (ولا يتعوذ) لانه شرع فى أول القراءة لدفع الوسوسة فلا يتكرر الا بتبدل المجلس فصار كما لو تعوذ وقرأ ثم سكت قليلا ثم قرأ قال رحمه الله (ولا يرفع يديه الا فى فقعس صمعج) أى الا فى سبع مواطن وهى عند الافتتاح والقنوت وتكبيرات العيد واستلام الحجر الاسود والمروتين والموقفين والجمرتين فالفاء فيه علامة للافتتاح والقاف للقنوت والعين للعيد والسين للاستلام والصاد للصفا والميم للمروة والعين لعرفة وجمع وهو

لانه لاحق وفى الثانية يلتحق سجدتاه فى الثانية بركوعه فى الاولى لانه كان معتبرا ويلغو ركوعه فى الثانية لوقوعه عقب ركوعه الاول بلا سجود ويبقى عليه ركعة ثم ركوعه (٣) والثالثة مع الامام معتبر ويلتحق به سجوده فى رابعة الامام فيصير عليه الثانية والرابعة فيقضى ركعتين وقضاء الاربع فى الثالثة ظاهر

﴿تتمة فيما يتابع الامام فيه وفيما لا يتابعه﴾

اذا رفع المقتدى رأسه من الركوع قبل الامام ينبغى أن يعود ولا يصير ركوعين وكذا فى السجود ولو رفع الامام من الركوع قبل أن يقول المقتدى سبحان ربى العظيم ثلاثا فالصحيح انه يتابعه ولو أدركه فى الركوع يسبح ويترك الثناء وفى صلاة العيد يأتى بالتكبيرات فى الركوع ولو قام الى الثالثة قبل أن يتم المأموم التشهد يتمه وان لم يتم وقام جاز وفى القعدة الثانية اذا سلم أو تكلم الامام وهو فى التشهد يتمه ولو سلم قبل أن يفرغ من الصلاة أو الدعاء سلم معه ولو أحدث قبل أن يفرغ من التشهد لا يسلم لانه لا يبقى بعد حدث الامام عمدا فى الصلاة بل يفسد ذلك الجزء بخلاف سلامه وكلامه ولو سلم قبل الامام وتأخر حتى طلعت الشمس فسدت صلاته وحده ويتابعه فى القنوت وقدمنا لو ترك الامام القنوت فى باب الوتر أنه ان أمكنه أن يقنت ويدرك الركوع قنت والا تابع وفى نظم الزندويستى خمسة اذا لم يفعلها الامام لا يفعلها القوم القنوت وتكبيرات العيد والقعدة الاولى وسجدة التلاوة وسجود السهو اذا تلا فى الصلاة ولم يسجد أو سها ولم يسجد وأربعة اذا فعلها لا يفعلها القوم اذا زاد سجدة مثلا أو زاد فى تكبيرات العيد ما يخرج به عن أقوال الصحابة وسمع التكبير من الامام لا من المؤذن على ما ذكر فى صلاة العيد أو خامسة فى تكبيرات الجنازة أو قام الى الخامسة ساهيا اه سنذكر ما يصنع المقتدى فى هذه فى باب السهو ان شاء الله تعالى وخمسة اذا لم يفعلها الامام لا يفعلها القوم اذا لم يرفع يديه فى الافتتاح واذا لم يثن ما دام فى الفاتحة وان كان فى السورة يثنى كذا عند س خلافا لمحمد وقد عرف انه اذا أدركه فى جهر القراءة لا يثنى اذا لم يكبر للانتقال أو لم يسبح فى الركوع والسجود واذا لم يسمع أو لم يقرأ التشهد واذا لم يسلم الامام يسلم القوم

وتقدم انما اذا أحدث لا يسلمون بخلاف ما اذا تكلم لان التكلم قاطع لكن انما الحدث يفسد من صلاتهم مخلفين فيبتنى على السلام واذا نسى تكبير التشريق ﴿فرع﴾ صلى الكافر بجماعة حكم باسلامه ومنفردا لا لان الجماعة من خصوصيات صلاتنا ووجود اللازم المساوى يستلزم الملزوم المعين ولا يحكم باسلامه بحج ولا صوم رمضان وفى كون الصلاة بجماعة من الخصوصيات نظر اه ووجه النظر هو أن أهل الكتاب يصلون جماعة كما هو مشاهد وعلل غير واحد من المشايخ كراهة وقوف الامام بطاق المسجد لكونها شبيهة بصنعهم وتقدم أيضا فى باب الامام من فتح القدير ما يفيد شرعية الصلاة بجماعة فى دينهم اه ﴿أقول﴾ يمكن النظر بأن المراد من قولهم الجماعة من خصوصيات ديننا الجماعة على هذه الهيئة المخصوصة من كونها بقيام ثم ركوع ثم سجود الى

المزدلفة والجيم للجمرة الاولى والوسطى وقال الشافعى يرفع فى الركوع والرفع منه لحديث ابن عمر أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا افتتح التكبير فى الصلاة حين يكبر رفع يديه حتى يجعلهما حذو منكبيه واذا كبر للركوع فعل مثله واذا قال سمع الله لمن حمده فعل مثله وقال ربنا لك الحمد ولا يفعل ذلك حين يسجد ولا حين يرفع رأسه من السجود ولنا ما روى أبو داود باسناده عن البراء أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرفع يديه حين افتتح الصلاة ثم لم يرفعهما حتى انصرف وعن جابر بن سمرة قال خرج علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مالى أراكم رافعى أيديكم كأنها أذناب خيل شمس اسكنوا فى الصلاة رواه مسلم وقال عبد الله بن مسعود ألا أصلى بكم صلاة النبى صلى الله عليه وسلم فصلى ولم يرفع يديه الا فى أول مرة قال الترمذى حديث حسن وقال ابن مسعود أيضا صليت مع النبى صلى الله عليه وسلم وأبى بكر وعمر فلم يرفعوا أيديهم الا عند افتتاح الصلاة وروى عن مجاهد أنه قال خدمت ابن عمر عشر سنين فما رأيته يرفع يديه فى شئ من صلاته إلا فى التكبيرة الاولى والراوى اذا فعل بخلاف ما روى تترك روايته على ما عرف فى موضعه وعن عبد الله بن عمر وابن عباس رضى الله عنهما أنهما قالا قال النبى صلى الله عليه وسلم ترفع الايدى فى سبع مواطن عند افتتاح الصلاة واستقبال القبلة والصفا والمروة والموقفين والجمرتين وروى لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن فكان قوله ترفع وحكى ان الاوزاعى لقى أبا حنيفة فى المسجد الحرام فقال ما بال أهل العراق لا يرفعون أيديهم عند الركوع وعند الرفع منه وقد حدثنى الزهرى عن سالم عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام كان يرفع يديه عند الركوع وعند رفع الرأس منه فقال أبو حنيفة رحمه الله حدثنى حماد عن ابراهيم عن علقمة عن ابن مسعود أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يرفع يديه عند تكبيرة الافتتاح ثم لا يعود فقال عجبا من أبى حنيفة أحدثه بحديث الزهرى عن سالم وهو يحدثنى بحديث حماد عن ابراهيم النخعى فرجح بعلو اسناده وقال أبو حنيفة أما حماد فكان أفقه من الزهرى وأما ابراهيم النخعى فكان أفقه من سالم ولولا سبق ابن عمر لقلت علقمة أفقه منه وأما عبد الله فعبد الله فرجح أبو حنيفة بفقه رواته وهو المذهب لا بعلو الاسناد قال رحمه الله (واذا فرغ من سجدتى الركعة الثانية افترش رجله اليسرى وجلس عليها ونصب يمناه ووجه أصابعه نحو القبلة) هكذا وصفت عائشة رضى الله عنها قعود النبى صلى الله عليه وسلم قال رحمه الله (ووضع يديه على فخذيه وبسط أصابعه) لما روى عن نمير الخزاعى أنه رأى النبى صلى الله عليه وسلم قاعدا فى الصلاة واضعا يده اليمنى على فخذه اليمنى رافعا إصبعه السبابة وقد حناها شيأ وهو يدعو وفى حديث وائل وضع عليه الصلاة والسلام كفه اليسرى على فخذه وركبته اليسرى وذكر فيه التحليق واختلفوا فى كيفية وضع اليد اليمنى ذكر أبو يوسف فى الامالى أنه يعقد

غير ذلك من الهيآت ويرشد الى ما قلنا قول الامام قاضيخان فى فتاواه فى باب ما يكون اسلاما من الكافر ما نصه كافر لم يقر بالاسلام الا أنه صلى مع المسلمين بجماعة يحكم باسلامه لان المشركين لا يصلون بالجماعة على هيئة جماعة المسلمين فيحكم باسلامه اه (قوله أذناب خيل شمس) قال الامام وشمس بضم الشين المعجمة وسكون الميم وبعدها سين مهملة جمع شموس وهو النفور من الدواب الذى لا يستقر لشغبه وحدته (قلت) ينبغى أن يكون بضم الميم مع الشين لان ما زيادته مدة ثالثة من الاسماء والصفات يجمع كذلك وهى خمسة أمثلة فى الاسماء وكذا فى الصفات الاسماء نحو قذال وحراب وغراب ورغيف وعمود والصفات نحو صناع وكناز وشجاع ونذير وصبور والجميع بضم الفاء والعين وذب فى جمع ذباب نادر وانما الجمع على فعل بضم الفاء وسكون العين نحو أحمر وحمراء والخنصر فانهما يجمعان على حمر بسكون الميم ذكره ابن الحاجب فى تعريفه اه غاية (قوله فى شئ من صلاته الى آخره) دخل فى هذا القنوت والعيد اه (قوله واختلفوا فى كيفية وضع اليد اليمنى الى آخره) وفى مسلم كان صلى الله عليه وسلم اذا جلس فى الصلاة وضع كفه اليمنى على فخذه اليمنى وقبض أصابعه كلها وأشار باصبعه التى تلى الابهام ووضع كفه اليسرى على فخذه اليسرى ولا شك بان وضع الكف مع قبض الاصابع لا يتحقق حقيقة أى فالمراد والله أعلم وضع الكف ثم قبض الاصابع بعد ذلك عند الاشارة وهو المروى عن محمد فى كيفية الاشارة قال يقبض خنصره والتى تليها ويحلق الوسطى والابهام ويقيم المسبحة وكذا عن أبى يوسف فى الامالى اه فتح القدير وعن الحلوانى يقيم الاصبع عند لا إله ويضعها عند إلا الله ليكون الرفع للنفى والوضع للاثبات وينبغى أن يكون أطراف

الخنصر ويحلق الوسطى والابهام ويشير بالسبابة وذكر محمد أنه عليه الصلاة والسلام كان يشير ونحن نصنع بصنعه عليه الصلاة والسلام قال وهو قول أبي حنيفة وكثير من المشايخ لا يرون الاشارة وكرهها في منية المفتي وقال في الفتاوى لا اشارة في الصلاة الا عند الشهادة في التشهد وهو حسن قال رحمه الله (وهي تتورك) أي المرأة تتورك لانه أسترلها قال رحمه الله (وقرأ تشهد ابن مسعود رضي الله عنه) وهو التحيات لله والصلوات والطيبات السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله وقال الشافعي رحمه الله الاخذ بتشهد ابن عباس أولى وهو التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله سلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته سلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله لما روى عن ابن عباس أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الى آخره رواه مسلم وأبو داود ولكن قالا السلام بالالف واللام في الموضعين وزيادة أشهد في قوله أشهد أن لا اله الا الله وأشهد أن محمدا رسول الله وأخرجه الترمذي بتنكير سلام وزيادة أشهد في قوله وأشهد أن محمدا رسول الله وخرجه ابن ماجه كما رواه مسلم لكن قال وأشهد أن محمدا عبده ورسوله ورواه النسائي كمسلم لكنه نكر السلام وقال وأن محمدا عبده ورسوله وهذا فيه اضطراب كثير كما تراه وكلهم رووه خلاف ما يقوله الشافعي مع ضعف كل واحد من الروايات وشرط لجواز الصلاة أيضا أن يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم بعد التشهد وهي ليس في تشهد أحد منهم ولنا ما روى عن أبي حنيفة أنه قال أخذ حماد بن أبي سليمن بيدي وعلمني التشهد وقال حماد أخذ ابراهيم بيدي وعلمني التشهد وقال ابراهيم أخذ علقمة بيدي وعلمني التشهد وقال علقمة أخذ عبد الله بن مسعود بيدي وعلمني التشهد وقال ابن مسعود أخذ رسول الله صلى الله عليه وسلم بيدي وعلمني التشهد كما كان يعلمني السورة من القرآن وكان يأخذ علينا بالواو والالف وقد اتفق أهل النقل على نقل تشهده وصحته حتى قال الترمذي والخطابي وابن المنذر وابن عبد البر تشهد ابن مسعود أصح حديث في التشهد وعن جماعة من أهل النقل ان تشهد ابن مسعود أصح ما روى وعليه عمل أكثر أهل العلم من الصحابة والتابعين حتى قال ابن عمر كان أبو بكر الصديق يعلمنا التشهد على المنبر كما يعلمون الصبيان في الكتاب فذكر تشهد ابن مسعود وعن أبي سعيد الخدري كنا نتعلم التشهد كما نتعلم السورة من القرآن فذكر تشهد ابن مسعود وقال أبو الفضل محمد بن طاهر المقدسي اعلم أن كل من جهر بالبسملة وقنت في الصبح وتشهد بتشهد ابن عباس وما أشبه ذلك من المسائل التي صح النقل بخلافها فانه

الاصابع على حرف الركبة لا مباعدة عنها اه فتح القدير قال في الدراية وقد نص محمد في كتاب المشيخة في حديث أنه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك أي يشير ثم قال محمد أصنع كما صنع رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم كيف يشير قال يقبض خنصره والتي تليها ويحلق الوسطى والابهام ويقيم السبابة ويشير بها هكذا روى الفقيه أبو جعفر انه عليه الصلاة والسلام هكذا يشير وهو أحد وجوه قول الشافعي في الاشارة وقال أهل المدينة يعقد ثلاثا وخمسين ويشير بالسبابة وهو أيضا أحد وجوه قول الشافعي قال أبو جعفر ما ذهب اليه علماؤنا أولى لانه يوافق الحديث ولا يشبه استعمال الاصابع للحساب الذي لا يليق بحال الصلاة فكان أولى كذا في مبسوط شيخ الاسلام اه (قوله لا يرون الاشارة الى آخره) قال في فتح القدير وهو خلاف الدراية والرواية اه قال في الدراية ويكره أن يشير بالسبابة من اليدين لقوله عليه الصلاة والسلام أحد أحد اه وفي المجتبى لما كثرت الاخبار والآثار واتفقت الروايات عن أصحابنا جميعا في كون الاشارة سنة وكذا عن الكوفيين والمدنيين كان العمل بها أولى من تركها اه (قوله وكرهها في منية المفتي الى آخره) وفي المنية والواقعات وعليه الفتوى وفي الذخيرة وهو ظاهر الرواية اه كاكي (قوله وهو التحيات الى آخره) قال ابن قتيبة انما جمعت التحيات لان كل ملك من ملوكهم كان له تحية يحيا بها فجميع الجميع لله قال الفراء التحية الملك وقيل البقاء الدائم يقال حياك الله أي أبقاك حيا دائما وقيل العظمة والسلامة من جميع الآفات حكاه الازهري والصلوات قيل هي الصلوات الخمس وقيل الصلوات الشرعية وقيل الرحمة وقيل الادعية وعن الازهري العبادات والطيبات قيل الطيبات من الكلام الذي هو ثناء على الله تعالى نقل هذا عن الازهري وذلك مثل التوحيد والتسبيح والتهليل والتمجيد وقال أبو المنذر وأبو الحسن بن بطال الاعمال الصالحة السلام عليك أي سلم الله عليك تسليما وسلاما ثم رفع ليدل على الثبوت بالابتداء وفي المنافع بمعنى ذلك السلام الذي سلمه الله عليك ليلة المعراج والبركة الخير كله قال النووي لم أر لاحد كلاما في الضمير في علينا قال وقد أوضحت فيه كلاما فصل أن المراد به الحاضرون من الامام والمأمومين والملائكة وغيرهم وفي المنافع التحيات العبادات القولية قال الله تعالى واذا حييتم بتحية والصلوات العبادات الفعلية لانها من تحريك الصلوين والطيبات العبادات المالية قال الله تعالى كلوا من طيبات ما رزقنا كم اه غاية مع حذف (قوله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله الى آخره) وفي البدر يتوا اتماما دم عبوديته على رسالته في قوله عبده ورسوله اظهارا بأنا لا نقول مثل ما قالت اليهود عزير ابن الله والنصارى المسيح ابن الله اه كاكي

متبع هوى مخالف السنة وان كان وقع عليه الاسم مجازا فهذه عذر المقلد ورجحوا منهم بتعليمه عليه الصلاة والسلام لابن عباس وهو حدث فيكون متأخرا عن تعليم ابن مسعود قلنا هذا باطل لانه ذكر في الغاية انه لم يقل أحد من أهل النقل والفقه بترجيح رواية ابن عباس والعبادلة صغار الصحابة وأحداثهم على رواية أبي بكر الصديق وعمر وعثمان وغيرهم من كبار الصحابة رضي الله عنهم أجمعين عند التعارض ولا يلزم من كبر سنه تقدم تعليمه بل يجوز أن يعلمه بعد الصغار والعجب من الشافعية الترجيح بصغر السن في هذه المسألة وقد أخذوا برواية غيره في عدة من المسائل وتركوا روايته فيها منها انهم أخذوا بحديث أبي قتادة بالقراءة في الظهر والعصر ورجحوه على ابن عباس وقالوا بتعين ذلك لانه أكبر وأقدم صحبة وأكثر اختلاطا بالنبي صلى الله عليه وسلم ذكره النووي في شرح المهذب ثم الترجيح لتشهد ابن مسعود على تشهد ابن عباس من وجوه الاول أن تشهد ابن مسعود متفق عليه ثابت في الصحيحين وغيرهما وتشهد ابن عباس لم يخرجه أحد ممن التزم الصحة كما قاله الشافعي والثاني ان ابن مسعود وافقه جماعة من الصحابة فيه بخلاف ابن عباس والثالث تعليم الصديق الناس على المنبر كتعليم القرآن والرابع حديثه ليس فيه اضطراب بخلاف حديث ابن عباس والخامس أن أهل العلم والنقل عملوا به ولم يعمل بتشهد ابن عباس غير الشافعي وأتباعه والسادس فيه واو العطف في متباينين فيكون ثناء مستقلا بفائدته لكونه عطف جملة على جملة كما في القسم اذا قال والله والرحمن والرحيم كانت أيمانا ثلاثا حتى اذا حنث تلزمه ثلاث كفارات ولو كانت بلا واو تكون يمينا واحدة فيلزمه كفارة واحدة والسابع ان السلام معرف في موضعين بالالف واللام وهو يفيد الاستغراق والعموم ومنكر في الآخر والثامن انه عليه الصلاة والسلام أمر ابن مسعود أن يعلمه الناس فيما رواه أحمد والامر للوجوب فلا ينزل عن الاستحباب والتاسع أن النبي صلى الله عليه وسلم أخذ بكف ابن مسعود بين كفيه وعلمه ففيه زيادة اهتمام في أمر التشهد واستثبات وليس ذلك فيما ذهب اليه والعاشر تشديد عبد الله على أصحابه حين أخذ عليهم الواو والالف حتى قال عبد الرحمن بن يزيد كنا نحفظ عن عبد الله التشهد كما نحفظ حروف القرآن وهذا يدل على ضبطه ولا يوجد مثله في غيره قال رحمه الله (وفيما بعد الاوليين اكتفى بالفاتحة) لقول أبي قتادة انه عليه الصلاة والسلام قرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها وهذا بيان الافضل وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها واجبة حتى يجب سجود السهو بتركها والصحيح الاول على ما يجيء في باب النوافل ان شاء الله تعالى وقول المصنف وفيما بعد الاوليين اكتفى بالفاتحة أحسن من قول غيره وهو قولهم وقرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها لانه شامل للجميع وما ذكره غيره لا يشمل المغرب اذ لا أخريين لها قال رحمه الله (والقعود الثاني كالاول) يعني في افتراش رجله اليسرى ونصب اليمنى كالقعود الاول وقال الشافعي في كل تشهد يعقبه التسليم يتورك فيه والا فلا وقال مالك يتورك في الجميع وقال أحمد يتورك في كل تشهد ثان والحجة عليهم ما روي عن أنس بن مالك أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الاقعاء والتورك في الصلاة رواه أحمد وروي عن رفاعة بن رافع أنه عليه الصلاة والسلام قال للاعرابي فاذا جلست فاجلس على رجلك اليسرى رواه أحمد وعن وائل بن حجر قال صليت خلف النبي صلى الله عليه وسلم فقلت لأحفظن صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما قعد للتشهد فرش رجله اليسرى فقعد عليها ووضع كفه اليسرى على فخذه اليسرى ووضع مرفقه الايمن على فخذه الايمن ثم عقد أصابعه وجعل حلقة الابهام والوسطى ثم جعل يدعو بالاخرى ويروى بالمسبحة ويروى بالسبابة قال أبو جعفر في قول وائل ثم عقد أصابعه يدعو دليل على أنه كان في آخر الصلاة وكذا التشهد الثاني كالتشهد الاول

(قوله أخذوا بحديث أبي قتادة) أي حيث قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يسمعنا الآية والآيتين في الظهر والعصر أحيانا اه (قوله ورجحوه على ابن عباس) في قوله لا قراءة فيهما أصلا لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء أي ليس فيها قراءة والصحيح انه معناه ليس فيها قراءة مسموعة كما فسره كذلك في الهداية وقالوا ان ذلك احتراز عن تفسير ابن عباس اه (قوله والامر للوجوب فلا ينزل عن الاستحباب) أي وإذا لم يجب ففيه زيادة استحباب وحث وتأكيد وليس ذلك في حديث ابن عباس له غاية (قوله لقول أبي قتادة الى آخره) وفي المجتبى قال علماؤنا ينوي بالفاتحة الذكر والثناء لا القراءة وقال أبو جعفر ينوي الدعاء وسأل رجل عائشة عنها في الاخريين فقالت اقرأ ولكن على وجه الثناء وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن هذا مذهبه اه كاكي (قوله والصحيح الاول) أي فضيلة القراءة على السكوت لا وجوبها اه قال العيني بعد أن حكى تصحيح الشارح قلت الصحيح هو الثاني اه (قوله ويقرأ في الاخريين بفاتحة الكتاب وحدها الى آخره) وقد تكون القراءة فرضا في الاربع وذلك فيمن سبق بركعتين فأحدث الامام فاستخلف هذا المسبوق وأشار اليه أنه لم يقرأ في الاوليين فالمسبوق يلزمه أن يقرأ في الاخريين لانه قائم مقام الامام في الاخريين فاذا قرأ فيهما ألحقت قراءته هذه بالاوليين فخلت الاخريان عن القراءة فصار كأن الخليفة لم يقرأ في الاخريين فاذا قام الى قضاء ما سبقه يلزمه ان يقرأ فيما سبق وهي الركعتان اه سراج وهاج وقال

وقال الشافعي هو فرض في القعود الثاني لحديث ابن مسعود كنا نقول قبل أن يفرض علينا التشهد السلام على الله والسلام على جبريل والسلام على ميكائيل فقال عليه الصلاة والسلام لا تقولوا هكذا ولكن قولوا التحيات الى آخره أمرهم عليه الصلاة والسلام وهو للوجوب وقوله قبل أن يفرض علينا دليل أيضا على انه فرض عليهم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك علق التمام بالقعود على ما بينا ولا حجة له فيما روى لان الفرض هو التقدير لغة أي قبل أن يقدر لنا وعلى تجيء بمعنى اللام كما تجيء اللام بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها ولانه لم يأخذ بهذا التشهد فكان متروكا عنده ولان هذا قول ابن مسعود ولعله قاله اجتهادا وقول الصحابي ليس بحجة عنده قال رحمه الله (وتشهد وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم) وهو سنة عندنا وقال الشافعي فرض وقد بيناه في بيان السنن وسئل محمد رحمه الله عن كيفية الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فقال يقول اللهم صل على محمد وعلى آل محمد كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم وبارك على محمد وعلى آل محمد كما باركت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم انك حميد مجيد وكره بعضهم أن يقول اللهم ارحم محمدا لانه يوهم تقصير الانبياء عليهم الصلاة والسلام اذ الرحمة تكون باتيان ما يلام عليه وقد أمرنا بتعظيمهم والصحيح أنه لا يكره وهو مذهب المتكلمين لانه عليه الصلاة والسلام كان من أشوق العباد الى مزيد رحمة الله تعالى ولا يستغني أحد عن رحمة الله تعالى ولا يصلى على أحد غير الانبياء عليهم الصلاة والسلام يروى ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما توقيرا للانبياء عليهم الصلاة والسلام ومنهم من أجاز ذلك على كل مسلم قال رحمه الله (ودعا بما يشبه ألفاظ القرآن والسنة) أي دعا لنفسه

(قوله كما صليت على ابراهيم) فان قيل كيف قال كما صليت على ابراهيم والمشبه دون المشبه به وهو أكرم على الله من ابراهيم قيل كان ذلك قبل أن يبين الله حاله ومنزلته اذ قال له رجل يا خير البرية فقال ذاك ابراهيم فلما أعلمه الله تعالى بمنزلته وكشف له عن مرتبته أبقى الدعوة وان كان قد أظهر المزية القول الثاني أن ذلك تشبيه لاصل الصلاة بأصل الصلاة لا القدر بالقدر وهو كما اختار واقى قوله تعالى كتب عليكم الصيام كما كتب على الذين من قبلكم أن المراد أصل الصيام لا عينه ولا وقته القول الثالث سؤال التسوية مع ابراهيم فيها ويزيد عليه في غيرها الرابع ان التشبيه وقع في الصلاة على الآل لا عليه صلى الله عليه وسلم فكان قوله اللهم صل على محمد مقطوعا عن التشبيه وقوله وعلى آل محمد متصلا بقوله كما صليت على ابراهيم وعلى آل ابراهيم الخامس ان المشبه الصلاة على محمد وآل محمد بالصلاة على ابراهيم وآل ابراهيم المجموع بالمجموع ومعظم الانبياء آل ابراهيم عليهم السلام فاذا تقابلت الجملة بالجملة وتعذر أن يكون لآل الرسول ما لآل ابراهيم الذين هم أنبياء فما توفر من ذلك يكون حاصلا للرسول عليه الصلاة والسلام فيكون زائدا على الحاصل لابراهيم كذا في الغاية والدراية لكن زاد في الغاية خمسة أجوبة أخرى فلتراجع والله تعالى أعلم اه فان قيل ما الحكمة لم خص ابراهيم صلى الله عليه وسلم من بين سائر الانبياء بذكره في الصلاة فقيل لوجهين أحدهما أن النبي صلى الله عليه وسلم رأى ليلة المعراج جميع الانبياء والمرسلين وسلم على كل نبي ولم يسلم أحد منهم على أمته غير ابراهيم فأمرنا صلى الله عليه وسلم ان نصلي عليه في آخر كل صلاة الى يوم القيامة مجازاة على احسانه والثاني أن ابراهيم لما فرغ من بناء الكعبة جلس مع أهله فبكى ابراهيم ودعا وقال اللهم من حج هذا البيت من شيوخ أمة محمد صلى الله عليه وسلم فهبه مني السلام فقال أهل بيته آمين ثم قال اسحق عليه السلام اللهم من حج هذا البيت من كهول أمة محمد صلى الله عليه وسلم فهبه مني السلام فقال أهل بيته آمين ثم دعا اسمعيل عليه السلام وقال اللهم من حج هذا البيت من شباب أمة محمد صلى الله عليه وسلم فهبه مني السلام فقالوا آمين ثم دعت سارة فقالت اللهم من حج هذا البيت من نسوان أمة محمد صلى الله عليه وسلم فهبه مني السلام فقالوا آمين ثم دعت هاجر فقالت اللهم من حج هذا البيت من الموالي والمواليات من أمة محمد صلى الله عليه وسلم فهبه مني السلام فقالوا آمين فلما سبق منهم السلام أمرنا نذكرهم في الصلاة مجازاة لهم على حسن صنيعهم اه من الظهيرية من كتاب المتفرقات في آخرها اه وروى الترمذي عن فضالة بن عبيد قال سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يدعو في صلاته فلم يصل على النبي صلى الله عليه وسلم فقال النبي صلى الله عليه وسلم عجل هذا ثم دعاه فقال له ولغيره اذا صلى أحدكم فليبدأ بتحميد الله تعالى والثناء عليه ثم ليصل على ثم ليدع بعد ما شاء قال هذا حديث حسن صحيح اه (قوله وكره بعضهم أن يقول) أي المصلي اه (قوله وقد أمرنا بتعظيمهم) ولهذا لو ذكر النبي صلى الله عليه وسلم لا يقال رحمة الله عليه بل يصلى عليه اه كاكي وكذا اذا ذكر الصحابي لا يقال رحمه الله بل يقال رضي الله عنه اه ذخيرة (قوله والصحيح أنه لا يكره) وفي مبسوط السرخسي لا بأس به لان الاثر ورد به من طريق أبي هريرة ولا عتب على من اتبع الاثر اه كاكي وهكذا قال الامام الرستغفني وقال معنى وارحم محمدا راجع الى أمته اما بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه أو بطريق الاستعطاف بواسطة كشخص جني وأبوه شيخ يقال للمعاقب ارحم هذا الشيخ الكبير والرحمة راجعة الى الابن في الحقيقة فكذا هنا اه (قوله ومنهم من أجاز ذلك الى آخره) قال أبو حنيفة لا يصلى على أحد غير نبي الا انه لا يكره أن يصلى على آل النبي على اثر ذكره اه غاية (قوله في المتن والسنة) بالنصب عطفا على ألفاظ القرآن وبالجر عطفا على ما اه غايه

ولغيره من المؤمنين وهذا أحسن من قول بعضهم ودعا لنفسه لان من السنة أن لا يخص نفسه بالدعاء وهو سنة لما روينا ولقوله تعالى فاذا فرغت فانصب أى فاجتهد فى الدعاء قاله ابن عباس ومعناه فاذا فرغت من أركان الصلاة أو قاربت الفراغ منها كقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن أى قاربن بلوغ الاجل وقال عليه الصلاة والسلام اذا فرغ أحدكم من التشهد الاخير فليتعوذ بالله من أربع من عذاب جهنم ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات ومن شر فتنة المسيح الدجال قال رحمه الله (لا كلام الناس) أى لا يدعو بكلام الناس وقال الشافعى يجوز أن يدعو فى الصلاة بكل ما جاز خارجها من الدنيا فيقول اللهم ارزقنى دراهم وجارية صفتها كذا وخلص فلانا من السجن وأهلك فلانا لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يدعو على رعل وذكوان وعلى قبائل من العرب وروى عن ابن عمر أنه قال انى لأدعو فى صلاتى حتى بشعير حمارى وملح بيتى ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ان صلاتنا هذه لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وانما هى التسبيح والتهليل وقراءة القرآن رواه مسلم وما رواه محمول على الابتداء حين كان الكلام مباحا فيها ولان ما ذكرنا محرم وما ذكره مبيح والمحرم مقدم على المبيح ولان ما رويناه قول وما رواه فعل والقول مقدم على الفعل لما عرف فى موضعه وأما ابن عمر فيحتمل أنه ما بلغه هذا الحديث أو تأوله فان قيل هذا الدعاء لا يدخل فى كلام الناس لانه ليس بخطاب لآدمى قلنا لا يشترط فى كلام الناس المخاطبة ألا ترى أن من قال قرأت الفاتحة أو نحو ذلك من كلام الناس تبطل صلاته وان لم يكن ذلك خطابا لآدمى بان لم يكن بحضرته أحد يخاطبه ثم الاصل فيه أن كل ما لا يستحيل سؤاله من العباد فهو كلامهم وما يستحيل فليس بكلامهم وقيل كل ما كان فى القرآن أو معناه لا يفسد كقوله اللهم اغفر لى ولوالدى وللمؤمنين والمؤمنات وما ليس فى القرآن يفسد كقوله اللهم اغفر لزيد وعمرو ولعمى وخالى ولو قال اللهم ارزقنى من بقلها وقثائها وفومها لا تفسد لانه موجود فى القرآن ولو قال اللهم ارزقنى بقلا وقثاء وفوما تفسد لانه ليس فى القرآن وكل ما ذكرناه انه يفسد انما يفسد اذا لم يقعد قدر التشهد فى آخر الصلاة وأما اذا قعد فصلاته تامة ويخرج به من الصلاة على ما يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وسلم مع الامام كالتحريمة عن يمينه ويساره ناويا

(قوله وهو سنة لما روينا) أى فى سنن الصلاة اه ﴿فرع﴾ المسبوق يتابع الامام فى التشهد الى قوله عبده ورسوله بلا خلاف وفى الزيادة ذكر القدورى انه لا يتابع واليه مال الكرخى وخواهر زاده لان الدعاء مؤخر فى آخر الصلاة وهذه قعدة أولى فى حقه وروى إبراهيم بن رستم عن محمد أنه يدعو بدعوات القرآن وروى هشام عنه أنه يدعو بذلك ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم وقال بعضهم يسكت وعن هشام ومحمد بن شجاع البلخى أنه يكرر التشهد الى أن يسلم الامام وقالا لا معنى للسكوت فى الصلاة بلا استماع فينبغى له أن يكرر التشهد مرة بعد مرة قلت يشكل عليه ما القيام فان المقتدى يسكت فيه من غير استماع وروى أبو عبد الله البلخى عن أبى حنيفة أنه يأتى بالدعوات وبه كان يفتى عبد الله بن الفضل الخراخزى لان فى الاشتغال بباقى التشهد تأخير الاركان وهذا المعنى لا يوجد هنا ثم اذا سلم الامام لا يعجل بالقيام و ينتظر هل يشتغل الامام بقضاء ما نسيه فاذا تيقن فراغه يقوم الى قضاء ما سبق ولا يسلم مع الامام وفيه حكاية وهى أن أبا يوسف كان على مائدة الرشيد فقال لزفر ما تقول يا أبا الهذيل متى يقوم المسبوق الى قضاء ما سبق به فقال زفر بعد سلام الامام فقال له أبو يوسف أخطأت فقال زفر بعدما يسلم تسليمة فقال أخطأت فقال زفر قبل سلام الامام فقال أخطأت ثم قال أبو يوسف انما يقوم بعد تيقنه ان الامام فرغ من صلاته فقال زفر أحسنت أيد الله القاضى قال الزندويستى فى نظمه يمكث حتى يقوم الامام الى تطوعه ان كان بعدها تطوع ويستند الى المحراب ان كان لا تطوع بعدها ولو قام قبل سلامه جازت صلاته ويكون مسيئا حتى قالوا لو كان المسبوق فى الجمعة يصلى فى الطريق فخاف أن تفسد المارة عليه صلاته فقام بعدما قعد الامام قدر التشهد جاز اه غاية مع حذف قال الكمال فى الفصل الذى عقده للمسبوق ولا يقوم المسبوق قبل السلام بعد قدر التشهد الا فى مواضع اذا خاف وهو ماسح تمام المدة لو انتظر سلام الامام أو خاف المسبوق فى الجمعة والعيد والفجر أو المعذور خروج الوقت أو خاف أن يبتدره الحدث القوم أو أن يمر الناس بين يديه ولو قام فى غيرها بعد قدر التشهد صح ويكره تحريما لان المتابعة واجبة بالنص قال عليه الصلاة والسلام انما جعل الامام ليؤتم به فلا تختلفوا عليه وهذه مخالفة له فى غير ذلك من الاحاديث المفيدة للوجوب اه (قوله فهو كلامهم) كقولك أعطنى مالا وأطعمنى واقض دينى وزوجنى امرأة وما يقصد بمثلها الدنيا وشهواتها فان ذلك يفسد الصلاة اه غاية (قوله فليس بكلامهم الى آخره) هذا تفسير أكثر الاصحاب اه غاية قال ابن بطال قال أبو حنيفة لا يجوز أن يدعو فى الصلاة الا بما يوجد فى القرآن وأورد عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى سجوده أعوذ برضاك من سخطك وبمعافاتك من عقوبتك وبك منك لا أحصى ثناء عليك أنت كما أثنيت على نفسك قال وهذا مما ليس فى القرآن فسقط قول المخالف قلت ما أجهله بالفقه ونقله وما أقل ورعه وأبو حنيفة لا يشترط أن يوجد ما يدعو به فى القرآن بل يشترط أن يدعو بما يشبه ألفاظه وبالادعية المأثورة عن النبى صلى الله عليه وسلم وهذا الذى ذكرته فى المختصرات التى يحفظها المبتدى اه غايه قال محمد لو قال اللهم أصلح لى أمرى وأكرمنى اللهم أنعم على اللهم عافنى من النار وسددنى

القوم والحفظة والامام في الجانب الايمن أو الايسر أو فيهما لو محاذيا) وهذا الكلام شامل لاحكام كثيرة يحتاج فيه الى التفصيل فنقول أما السلام فللنقل المستفيض من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو ليس بفرض عندنا حتى يصح الخروج بغيره وقال الشافعي هو فرض لقوله عليه الصلاة والسلام تحريمها التكبير وتحليلها التسليم ولنا حديث عبد الله بن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال له حين علمه التشهد اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك الحديث وعن عبد الله ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قعد الامام في آخر صلاته ثم أحدث قبل أن يتشهد تمت صلاته وفي رواية قبل أن يسلم وفي رواية قبل أن يتكلم رواه أبو داود والترمذي والبيهقي وعن علي رضي الله عنه اذا قعد قدر التشهد ثم أحدث فقد تمت صلاته وما رواه إن صح لا يفيد الفرضية لانها لا تثبت بخبر الواحد وانما يفيد الوجوب وقد قلنا بوجوبه وقوله ويسلم مع الامام كالتحريمة أي سلم مقارنا لتسليم الامام كما انه يحرم مقارنا لتحريمة الامام وهذا مذهب أبي حنيفة وعندهما يسلم بعد تسليم الامام ويكبر للتحريمة بعدما أحرم الامام في التحريمة لهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا كبر الامام فكبروا والفاء للتعقيب فيكون أمرا بالتكبير بعد تكبير الامام فاذا أتى به مقارنا فقد أتى به قبل أوانه فلا يجوز كالصلاة قبل وقتها ولان الاقتداء بناء صلاته على صلاة الامام فلا بد من شروع الامام في الصلاة حتى يتحقق البناء على صلاته والا لزم البناء على المعدوم وهو لا يجوز ولابي حنيفة انه عليه الصلاة والسلام أمر المؤتمين بالتكبير في زمان يكبر فيه الامام بقوله اذا كبر فكبروا لان اذا للوقت حقيقة كاين فيكون تقديره فكبروا في زمان فيه يكبر الامام والمأمون كانت التعقيب فقد تستعمل للقران كقوله عليه الصلاة والسلام واذا قرأ فانصتوا وكذا قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا يجب الاستماع والانصات في زمان القراءة لا بعده وقولهما الاقتداء بناء الى آخره قلنا نعم لكن على سبيل الموافقة وهي بالقران وانما يكون بناء على المعدوم أن لو كان شروع المقتدي سابقا على شروع الامام فاذا كان مقارنا له لا تكون صلاة الامام معدومة وقت وجود صلاة المقتدي ثم قيل هذا الخلاف في الجواز يعني عند أبي حنيفة يجوز الاقتداء مقارنا وعندهما لا يجوز وقد بينا الوجه فيه وقيل لا اختلاف في الجواز بل يجوز بالاجماع وهو الصحيح وانما الخلاف في الاولوية يعني الاولى أن يكون مع الامام عنده وعندهما أن يكون بعده لان في القران احتمال وقوع تكبير المؤتم سابقا على تكبير الامام فيقع فاسدا فيكون التأخير أولى احترازا عن الفساد ولابي حنيفة أن الاقتداء عقد موافقة وأنه في القران لا في التأخير فكان أولى احترازا عن الاختلاف المنهي عنه وما ذكراه من احتمال السبق غير معتبر لان كلامنا فيما اذا تيقن في عدم السبق وأما السلام فعن أبي حنيفة روايتان في رواية يسلم مقارنا لتسليم الامام فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين التحريمة وفي رواية انه يسلم بعد الامام مثل قولهما فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق أن التكبير شروع في العبادة فيستحب فيه المبادرة وأما السلام فترك العبادة وخروج منها فلا تستحب فيه المبادرة وأما التسليم عن يمينه و يساره فهو قول كافة العلماء وقالت طائفة يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه ويميل قليلا الى اليمين روى ذلك عن ابن عمر وأنس وعائشة وبه أخذ مالك لما روي عن عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام كان يسلم في الصلاة تسليمة واحدة تلقاء وجهه يميل الى الشق الايمن شيأ ولعامة أهل العلم ما روي عن عبد الله بن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايسر وما رواه مالك ضعفه يحيى بن معين ولئن صح فالاخذ برواية ابن مسعود أولى لتقدم الرجال في الصلاة على النساء وتأخر

ارفعني واصرف عني شر كل ذي شر أعوذ بالله من شر الجن والانس وارزقني الحج الى بيتك وجهادا في سبيلك واشغلني [illegible] رسولك واجعلنا عابدين شاكرين وارزقنا وأنت خير الرازقين فهذا كله حسن اهـ غاية قال الولوالجي ولو قال في صلاته اللهم ارزقني الحج لا تفسد صلاته لانه لا يشبه كلام الناس وان قال اللهم اقض ديني تفسد لان هذا يشبه كلام الناس اهـ (قوله في الجانب الايمن أو الايسر الى آخره) روى النسائي عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يسلم عن يمينه السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايمن وعن يساره السلام عليكم ورحمة الله حتى يرى بياض خده الايسر اهـ قوله وعن يساره السلام عليكم الى آخره قال في الظهيرية والسنة في السلام أن تكون الثانية أخفض من الاولى اهـ (قوله لتقدم الرجال في الصلاة الى آخره) ولقائل أن يقول هذا انما يتم بالنسبة الى المكتوبة المؤداة بالجماعة ومعلوم أن كلا من صلاته وحضورها اياها ليس بمقصور على ذلك فانه كان يصلي في بيتها النوافل ليلا ونهارا وغيرها في بعض الاحيان فهي تعلم ذلك وغيره من أفعال الصلاة وغيرها من الاذكار بلا اشتباه ان لم تكن أكمل علما من غيرها فكيف له على انه قد روي ذلك معها سلمة بن الاكوع وسهل بن سعد وسمرة بن جندب فالاولى في الجواب أن في أحاديث التسليم مرة واحدة ضعفا اذ في حديث عائشة زهير بن محمد ضعفه ابن معين وقال البخاري يروي مناكير وفي حديث سلمة يحيى بن راشد قال ابن معين ليس بالقوي وقال النسائي ضعيف

وفي حديث سهل عبد الرحمن بن عباش قال ابن حبان بطل الاحتجاج به وضعفه أيضا غيره وفي حديث حمزة وروح بن عطا تركه ابن معين وقال أحمد منكر الحديث اه نقل من حاشية بخط العلامة ابن أمير حاج الحلبي رحمه الله (قوله فلعلها خفيت الى آخره) ولان في أحاديث زيادة صحيحة وهي مقبولة من العدل ولان المثبت أولى من النافي للزيادة اه غاية (قوله ولو سلم عن يساره أولا الى آخره) أي لاسهو عليه اه قاضيخان (قوله وأما النية فينوي) لان السلام قربة من وجه فلا بد فيه من النية اه كاكي قال في المحيط والمرغيناني والمختار أن يكون السلام في التشهد والتسليم بالالف واللام وتكون الثانية أخفض من الاولى ولهذا خفيت على من كان بعيدا عن النبي صلى الله عليه وسلم اه غاية (قوله هذا عندنا في سلام التشهد الى آخره) قال عليه الصلاة والسلام اذا قال العبد السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أصاب كل عبد صالح من أهل السماء والارض اه كاكي (قوله وقيل لا ينويهم لانه يشير اليهم بالسلام) والاشارة فوق النية فلا حاجة الى النية اه (قوله للتسوية بين القوم في التحية الى آخره) وفي الحاوي (والمقتدي به بعد قول الامام السلام قبل قوله عليكم لا يصير داخلا في صلاته قال في التصفية هذا في حق الامام والمقتدي والمنفرد وفي القنية هذا عند العامة وقيل لا يخرج الا بهما حتى لو أدرك الامام بعد الاولى قبل الثانية فقد أدرك الصلاة معه هكذا نقله في الغاية وذكر فيها بعد هذا بأسطر ما نصه وعند الشافعي يخرج من الصلاة بالتسليمة الاولى كقولنا في ظاهر الرواية اه وما نقل في الغاية عن الحاوي نقله في الدراية عن النوازل ثم قال فثبت بهذا أن الخروج لا يتوقف على عليكم اه قال في فتح القدير ثم قيل الثانية سنة والاصح انها واجبة كالاولى اه (قوله لان الاخبار في عددهم قد اختلفت) ففي بعضها ملكان وهما الكاتبان واحد عن يمينه وواحد عن يساره قال في الغاية وهو الصحيح وعن ابن عباس أنه قال مع كل مؤمن خمس من الحفظة واحد عن يمينه يكتب الحسنات وواحد عن يساره يكتب السيئات وواحد أمامه يلقنه الى الخيرات وواحد وراءه يدفع عنه المكاره وآخر عند ناصيته يكتب ما يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويبلغه الى الرسول عليه الصلاة والسلام وقيل ستون وقيل مائة وستون اه وان عددهم (٢) ليس بمعلوم لنا قطعا فينبغي ان يقول آمنت بجميع الانبياء أولهم آدم عليه السلام وآخرهم محمد عليه الصلاة والسلام اه كاكي (قوله وليس الامر كما زعموا المعقلنا الى آخره) وفي جامع الكردي خلق الله تعالى في الآدمي العقل والشهوة وفي الملائكة العقل دون الشهوة وفي البهائم الشهوة دونه فمن سلط منا عقله على شهوته وعمل بمقتضى عقله وترك العمل بموجب شهوته فهو أفضل من الملائكة وان سلط شهوته على عقله وعمل بمقتضى شهوته لا عقله فهو من البهائم ثم قال تعالى أولئك كالانعام بل هم أضل فكان المؤمن المتقي أفضل منها عند أهل السنة اه كاكي (قوله وشرحه في علم الكلام) قال تاج الشريعة وعند أكثر المشايخ من أهل السنة أن خواص البشر

النساء والتسليمة الثانية أخفض من الاولى وهو الاحسن فلعلها خفيت على من كان بعيدا عن النبي صلى الله عليه وسلم ولو سلم عن يساره أولا يسلم عن يمينه ما لم يتكلم ولا يعيد السلام عن يساره ولو سلم تلقاء وجهه يسلم عن يساره وهو مروي عن علي رضي الله عنه وأما النية فينوي بكل تسليمة من في تلك الجهة من الرجال والنساء والحفظة الحاضرين الذين لهم شركة في صلاته لان الاعمال بالنيات وهو لما اشتغل عما يأمر به صار بمنزلة الغائب عنهم فيسلم عليهم عند التحلل لانه صار حاضرا وقالوا لا ينوي النساء في زماننا لعدم حضورهن الجماعة ولكراهيته وانما خص الحاضرون لانه لا يصلح خطابا للغائبين وقيل ينوي بالتسليمتين جميع المؤمنين والمؤمنات وهو اختيار الحاكم الشهيد لانه بالتحريمة حرم عليه الكلام مع جميع الناس فصار كالغائب عن جميعهم قال شمس الائمة هذا عندنا في سلام التشهد أما في سلام التحليل فيخص الحاضرين لاجل الخطاب هو الصحيح ثم قال ان كان الامام في الجانب الايمن أو الايسر نواه فيهم وان كان يحاذيه نواه فيهما وهو المراد بقوله والامام في الجانب الايمن أو الايسر أو فيهما أي نوى الامام في الجانب الايمن ان كان فيهم أو في الايسر ان كان فيهم أو فيهما فيما روى الحسن عن أبي حنيفة وهو قول محمد ان كان يحاذيه لانه ذو حظ من الجانبين وعن أبي يوسف انه ينويه في الجانب الايمن ترجيحا للايمن والسبق قال رحمه الله (والامام ينوي القوم بالتسليمتين) وقيل لا ينويهم لانه يشير اليهم بالسلام وقيل ينوي بالاولى لا غير والصحيح الاول لان التسليمة الاولى للتحية والخروج من الصلاة والثانية للتسوية بين القوم في التحية والمنفرد ينوي الحفظة فقط لانه ليس معه غيرهم ولا ينوي في الملائكة عددا محصورا لان الاخبار في عددهم قد اختلفت فأشبه الايمان بالانبياء صلوات الله عليهم أجمعين ثم قدم القوم بالذكر على الملائكة في المختصر كما هو في الجامع الصغير وذكر في المبسوط بعكسه ولا يتعلق بذلك حكم لان الواو لا تقتضي الترتيب ومنهم من ظن ان ما ذكره في المبسوط بناء على قول أبي حنيفة الاول في تفضيل الملائكة على البشر وهو قول المعتزلة والفلاسفة واختاره الباقلاني والحليمي وما ذكره في الجامع الصغير بناء على قوله الاخير في تفضيل البشر على الملائكة وهو قول أهل السنة وليس الامر كما زعموا المعقلنا وروي عنه التوقف فيه وقال شمس الائمة المختار عندنا أن خواص بني آدم وهم المرسلون أفضل من الملائكة وعوام بني آدم من الاتقياء أفضل من عوام الملائكة وخواص الملائكة أفضل من عوام بني آدم وشرحه في علم الكلام قال رحمه الله (وجهر بقراءة الفجر) أي

وهم المرسلون أفضل من جميع الملائكة وخواص الملائكة أفضل من أوساط البشر وأوساط البشر أفضل من أوساط الملائكة وعوام الملائكة أفضل من عوام البشر اهـ (قوله ويسر في غيرها) ولو قضاها فانهم قالوا ان صلاة الليل اذا قضيت في النهار بجماعة يجهر فيها وصلاة النهار اذا قضيت في الليل بجماعة يخافت فيها اهـ مستوفي ش بزدوي والثاني في قاضيخان ان أم ليلا في صلاة النهار يخافت ولا يجهر وان جهر ساهيا عليه السهو اهـ خلاصة في السهو ولو أم في التطوع في الليل خافت متعمدا فقد أساء وان كان ساهيا فعليه السهو اهـ قاضيخان (قوله فيما لا يجهر فيه بل يخافت الى آخره) ذكر في الكفاية ان المنفرد اذا جهر فيما يخافت لا سهو عليه لانه لم يترك واجبا عليه لان المخافتة انما وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج الى هذا في صلاة تؤدى على سبيل الشهرة والمنفرد يؤدي على سبيل الخفية فلم تكن المخافتة واجبة عليه وكذا ذكر في النهاية وفيها ان في رواية النوادر يجب عليه سجود السهو (قوله حتما وهو الصحيح) أي ولو جهر يكون مسيئا كذا ذكره الحسن بن زياد في كتاب الصلاة اهـ قال في الغاية في رواية

الامام (وأوليي العشاءين ولو قضاء والجمعة والعيدين ويسر في غيرها كمتنفل بالنهار) لانه المأثور المتوارث من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا ولا يجهد نفسه في الجهر وكذا يجهر في التراويح والوتر اذا كان اماما للتوارث قال رحمه الله (وخير المنفرد فيما يجهر كمتنفل بالليل) أي ان شاء جهر وهو أفضل ليكون الاداء على هيئة الجماعة ولهذا كان اداؤه بأذان واقامة أفضل وروي في الخبر أن من صلى على هيئة الجماعة صلت بصلاته صفوف من الملائكة ولكن لا يبالغ في الجهر مثل الامام لانه لا يسمع غيره وان شاء خافت لانه ليس خلفه من يسمعه وقوله فيما يجهر اشارة الى انه لا يخير فيما لا يجهر فيه بل يخافت فيه حتما وهو الصحيح لان الامام يتحتم عليه المخافتة فالمنفرد أولى وذكر عصام بن يوسف في مختصره أن المنفرد يخير فيما يخافت أيضا استدلالا بعدم وجوب سجود السهو عليه ان جهر وليس بشيء لان الامام انما وجب عليه سجود السهو لان جنايته أعظم لانه ارتكب الجهر والاسماع بخلاف المنفرد والمراد بقوله فيما يجهر جهر الامام وفيه اشارة الى أنه اذا فاتته صلاة يجهر فيها يخير المنفرد كما كان في الوقت والجهر أفضل لان القضاء يحكي الاداء فلا يخالفه في الوصف وهو اختيار شمس الائمة وفخر الاسلام وجماعة من المتأخرين وقال قاضيخان وهو الصحيح وفي الذخيرة وهو الاصح واختار صاحب الهداية الاخفاء فيه حتما بخلاف ما اختاروه وقوله كمتنفل بالليل يعني به المنفرد لان النوافل أتباع الفرائض لكونها مكملات لها فيخير فيها المنفرد كما يخير في الفرائض وان كان اماما جهر لما ذكرنا أنها اتباع الفرائض ولهذا يخفي في نوافل النهار ولو كان اماما ثم اختلفوا في حد الجهر والاخفاء فقال الهندواني الجهر أن يسمع غيره والمخافتة أن يسمع نفسه وقال الكرخي الجهر أن يسمع نفسه والمخافتة تصحيح الحروف لان القراءة فعل اللسان دون الصماخ والاول أصح لان مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة بالتلاوة والعتاق والطلاق والاستثناء قال رحمه الله (ولو ترك السورة في أوليي العشاء قرأها في الاخريين مع الفاتحة جهرا ولو ترك الفاتحة لا) أي لا يقضيها في الاخريين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يقضي واحدة منهما لان القضاء لا يجب الا بدليل فصار كالجمعة والعيدين ورمي الجمار والاضحية ولان قراءة السورة في الاخريين غير مشروعة فلا يمكن الاتيان

الاصل قال المنفرد يخافت لا محالة اهـ وفي الذخيرة الافضل في نوافل الليل أن تكون بين الجهر والمخافتة اهـ غاية (قوله لان جنايته أعظم الى آخره) وفي هذا الدفع نظر ظاهر اذ لا شك أن واجبا قد يكون آكد من واجب لكن لم يناط وجوب السهو الا بترك الواجب لا آكد الواجبات أو برتبة مخصوصة منه فحيث كانت المخافتة واجبة على المنفرد ينبغي ان يجب بتركها السجود اهـ فتح (قوله لكونها مكملات لها الى آخره) وذكر في معنى التكميل وجهين أحدهما أنها مكملات للتروكات من الفرائض على ما ورد ان العبد أول ما يحاسب على الصلوات فان كان ترك منها شيأ يقال انظروا الى عبدي هل تجدون له نافلة فان وجدت كملت الفرائض منها وأدخل الجنة والثاني أنها مكملات لما دخلها من النقص بالسهو والغفلة بترك سننها وواجباتها وترك الخشوع فيها فهذا تكميل لنقص الصفة دون العدد الاصلي اهـ غاية (قوله الهندواني) بكسر الهاء محلة ببلخ والشيخ الفقيه أبو جعفر ينسب اليها اهـ اتقاني (قوله والعتاق والطلاق) أي فلا يقع الطلاق والعتاق ولا يصح الاستثناء ما لم يكن مسموعا له اهـ قال شيخ الاسلام وكذا الايلاء والبيع على الخلاف وقيل الصحيح في البيع أن يسمع المشتري وفي النصاب سئل الفضلي عن الامام يسمع قراءته رجلا أو رجلين في صلاة المخافتة قال لا يكون جهرا والجهر أن يسمع الكل اهـ (قوله لا يجب الا بدليل الى آخره) أي كالجهر في القضاء بجماعة لقيام الدليل عليه وهو جهره عليه الصلاة والسلام في قضاء الفجر وكالوتر يقضي بعد خروج وقته فانه عليه الصلاة والسلام قضاه اهـ غاية وكتب ما نصه والدليل شرعية ماله ليصرفه الى ما عليه لان القضاء صرف ماله الى ما عليه والسورة في الاخريين غير مشروع فلم يوجد الدليل فلا يقضي كما اذا فات تكبيرات التشريق اهـ كاكي (قوله كالجمعة والعيدين) أي وتكبيرات التشريق اهـ غاية (قوله والاضحية) أي بعد خروج أيامها اهـ غاية

بها ولهما وهو الفرق بين الوجهين ان قراءة الفاتحة في الشفع الثاني مشروعة فاذا قرأها مرة وقعت عن الاداء لانها أقوى لكونها في محلها ولو كررها خالف المشروع بخلاف السورة فان الشفع الثاني ليس محلا لها أداء فجاز أن يقع قضاء لانه محل القضاء ولان قراءة الفاتحة شرعت على وجه يترتب عليها السورة فلو قضاها في الاخريين تترتب الفاتحة على السورة وهذا خلاف المشروع بخلاف ما اذا ترك السورة لانه أمكن قضاؤها على الوجه المشروع ثم ذكرهنا ما يدل على الوجوب كما ذكر في الجامع الصغير وهو قوله قرأها وقوله جهرا لان الجهر صفة القراءة الواجبة وفي الاصل ذكر بلفظ الاستحباب فقال أحب الي أن يقضيها لانها وان كانت واجبة في أصل الوضع فغير موصولة بالفاتحة الواجبة فلم يمكن مراعاة موضوعها من كل وجه ويجهر الامام بالسورة دون الفاتحة فيما روي عن أبي حنيفة لانه مؤد في الفاتحة قاض في السورة فتراعى صفة كل واحد منهما في أصل وضعه ولا يكون جمعا بين الجهر والمخافتة في ركعة واحدة لان القضاء يلتحق بمحل الاداء فخلو الاخرتان عن قراءة السورة في الحكم ألا ترى أن الامام اذا لم يقرأ في الاوليين واقتدى به رجل في الاخريين وجب على الرجل أن يقرأ اذا قام للقضاء حتى لو لم يقرأ تفسد صلاته لان ما أدركه من القراءة وان كان فرضا التحق بالاوليين فخلت الركعتان عن القراءة فكذا هنا وروي عن أبي حنيفة انه لا يجهر أصلا لانه لو جهر بالسورة وحدها لا يكون جمعا بين الجهر والاخفاء حقيقة وهو شنيع فتغيير السورة أولى لان الفاتحة في محلها وهي أسبق أيضا وليست بتبع للسورة بخلاف السورة وفي ظاهر الرواية يجهر بهما لان السورة واجبة والفاتحة فيهما نفل فلما تعذر الجمع لما بينا كان تغيير النفل أولى ثم يقدم السورة على الفاتحة عند بعضهم لانها ملحقة بالاوليين فكان تقديمها أولى وعند بعضهم يقدم الفاتحة وهو الاشبه وأقل تغييرا ولو أن يترك الفاتحة ويقرأ السورة عند بعضهم لان قراءة الفاتحة غير واجبة في الاخريين فبترك السورة في الاوليين لا تنقلب واجبة وقال بعضهم ليس له ذلك لتقع السورة بعد الفاتحة على سنة القراءة في الصلاة ولو قرأ السورة في الاولى أو الثانية ونسي الفاتحة فانه يبدأ بفاتحة الكتاب ثم يقرأ السورة وعن أبي يوسف انه يترك الفاتحة ويركع لان فيه نقض الفرض بعد التمام لاجل الواجب لان قراءة السورة وقعت فرضا والفاتحة واجبة وجه الظاهر ان نقض الفرض لاجل الفرض جائز والفاتحة اذا قرئت تصير فرضا فصار كما لو تذكر السورة وهو في الركوع ويحتمل أن يكون على الخلاف قال رحمه الله (وفرض القراءة آية) وهذا عند أبي حنيفة وقالا ثلاث آيات قصار أو آية طويلة لانه لا يسمى قارئا عرفا بدونه فأشبه ما دون الآية وله قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر من القرآن من غير فصل الا أن ما دون الآية وهو لا يكون قارئا فنبه لذلك والله أعلم

(قوله ولو كررها خالف المشروع) أي لان تكرار الفاتحة في قيام واحد غير مشروع قال في الدراية لكن ذكر في فتاوى العتابي ان تكرار الفاتحة في التطوع لا يكره لورود الخبر فيه مثله اه قال ابن أمير حاج رحمه الله والله أعلم بثبوت ذلك اه (قوله ذكر هنا ما يدل على الوجوب) أي وجوب قضاء السورة اه (قوله لان الجهر صفة القراءة الواجبة) أي أولانه اخبار ونص في الرواية فيكون كالوجوب اه كاكي (قوله بلفظ الاستحباب الى آخره) قال الكمال ولا يخفى انه أصرح فيجب التعويل عليه في الرواية اه قال العلامة في فتح القدير ولم يقع الجواب عن قوله اذا فاتت عن محله لا يقضى الا بدليل واعلم ان المسئلة مربعة وظاهر الرواية ما ذكر وعكسه قول عيسى بن أبان وعن أبي يوسف لا يقضي واحدة منهما وعن أبي حنيفة يقضيهما اه قال في الدراية قال عيسى بن أبان ينبغي أن يكون الجواب في المسئلة على العكس لان قراءة الفاتحة واجبة وقراءة السورة غير واجبة والواجب أولى بالقضاء اه (قوله فقال أحب الي) أي اذا ترك السورة في الاوليين اه غاية (قوله أن يقضيها) أي في الاخريين بلفظة أفعل التفضيل في المحبة عنده اه غاية (قوله لانها وان كانت) هذا وجه الاحبية اه (قوله فلم يمكن مراعاة موضوعها الى آخره) والذي يقوي عدم الوجوب أن قوله أحب الي ظاهر في نفي الوجوب وقوله وجهر محتمل فينبغي أن يحمل المحتمل على الظاهر لما عرف اه غاية (قوله دون الفاتحة) أي وهكذا روى محمد بن سماعة عن أبي حنيفة وأبي يوسف اه غاية وصحح هذا القول التمرتاشي وجعله شيخ الاسلام الظاهر من الجواب اه كمال (قوله فتراعى صفة كل واحد منهما الى آخره) أقول هذا الكلام أخذه الشارح رحمه الله من الغاية وقد أسقط من البين قبل قوله جمعا شيأ لا ينتظم الكلام الا به وهو ولا يكون فتنبه لذلك والله أعلم اه قلت وقد وقفت على نسخة قوبلت على نسخة المصنف وقد أثبت فيها قوله ولا يكون وقد أثبتها على الهامش وكتبت عليها صح اه (قوله فخلت الركعتان) أي اللتان اقتدى به فيهما اه (قوله بخلاف السورة) أي فانها تبع والتبع لا يخالف الاصل فيخافت بالسورة تبعا للفاتحة اه غاية (قوله وفي ظاهر الرواية يجهر بهما) وفي الهداية ويجهر بهما هو الصحيح (قوله والفاتحة فيهما نفل) أي في الاخريين (قوله فلما تعذر الجمع) أي بين الجهر والاخفاء في ركعة اه (قوله كان تغيير النفل أولى) لان النفل قابل للتغيير ألا ترى ان من شرع خلف امام يصلي الظهر في ركعتين تلزمه أربع وكذا لو اقتدى بالامام في المغرب يصلي أربعا ويضم اليها ركعة أخرى حتى لا يتنفل بالثلاث اه غاية (قوله فانه يبدأ بفاتحة الكتاب) أي في تلك الركعة اه

الآية خارج والآية ليست في معناه لان الآية قرآن حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فانها تحرم على الجنب والحائض قراءتها بخلاف مادون الآية على ماذكره الطحاوي وهذا راجع الى أصل وهو أن الحقيقة المستعملة عنده أولى من المجاز المتعارف وعندهما المجاز المتعارف أولى ولو كانت الآية كلمة تمثل مدهامتان أو حرفا واحدا مثل ص وق ون اختلف فيها وقال المرغيناني الاصح انه لا يجوز لانه يسمى عادا لا قارئا ولو قرأ نصف آية طويلة مثل آية الكرسي في ركعة ونصفها في أخرى اختلفوا فيه فقال بعضهم لا يجوز لانه ما قرأ آية تامة في كل ركعة وعامتهم على أنه يجوز لان بعض هذه الآيات يزيد على ثلاث آيات قصار أو يعدلها فلا يكون أدنى من آية ولو قرأ نصف آية مرتين أو قرأ كلمة واحدة مرارا حتى تبلغ قدر آية تامة لا يجوز وقال القدوري ان الصحيح من مذهب أبي حنيفة أن ما يتناوله اسم القرآن يجوز وهو قول ابن عباس فانه قال اقرأ ما معك من القرآن فليس شئ من القرآن بقليل وهذا أقرب الى القواعد الشرعية فان المطلق ينصرف الى الادنى على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (وسنتها في السفر الفاتحة وأي سورة شاء) لما روي انه عليه السلام قرأ في صلاة الفجر في سفره بالمعوذتين وقرأ في احدى الركعتين من العشاء الآخرة بالتين ولان السفر مظنة المشقة فناسب التخفيف وهذا اذا كان على عجلة من السير فان كان على اقامة وقرار يقرأ في الفجر نحو البروج لانه يمكنه مراعاة السنة مع التخفيف قال رحمه الله (وفي الحضر طوال المفصل لو فجرا أو ظهرا وأوساطه لو عصرا أو عشاء وقصاره لو مغربا) لما روي عن عمر رضي الله عنه أنه كتب الى أبي موسى الاشعري أن اقرأ في الفجر والظهر بطوال المفصل وفي العصر والعشاء بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل ولان مبنى المغرب على العجلة فكان التخفيف أليق بها والعصر والعشاء تستحب فيهما

(قوله وهذا راجع الى أصل الى آخره) معناه أن كونه غير قارئ مجاز متعارف وكونه قارئا بذلك حقيقة مستعملة فانه لو قيل هذا قارئ لم يخطئ المتكلم نظرا الى الحقيقة اللغوية وفيه نظر فانه منع ما دون الآية بناء على عدم كونه قارئا عرفا وأجاز الآية القصيرة لانها ليست في معناه أي في انه لا يعد به قارئا بل يعد قارئا عرفا والحق ان مبنى على الخلاف في قيام العرف في عده قارئا بالقصيرة قال لا يعد وهو يمنع ثم ذلك مبناه على رواية ما يتناوله اسم القرآن وفي الاسرار ما قالاه احتياطا فان قوله لم يلد ثم نظر لا يتعارف قرآنا وهو قرآن حقيقة فمن حيث الحقيقة حرم على الحائض والجنب ومن حيث العدم لم تجز الصلاة به احتياطا فيهما اه كمال قوله ثم ذلك مبناه الى آخره أي بناء الخلاف على أن الحقيقة المستعملة الى آخره اه (قوله أو حرفا واحدا مثل ص الى آخره) قال العلامة كمال الدين وكون نحو ص حرفا غلط بل الحرف مسمى ذلك وهو ليس المقروء والمقروء وهو الاسم صاد كلمة فالصواب في التقسيم أن يقال هي كلمتان أو كلمة اه ﴿فرع﴾ القراءة أنواع فريضة وواجبة وسنة ومكروهة فالفريضة عند أبي حنيفة في رواية قدر ما يطلق عليه اسم القراءة مقصودة لا يشوبها قصد خطاب أحد ولا جوابه ولا قصد التلقين من غيره وفي رواية عنه آية واحدة وهو رواية عن أحمد لان ما دونها يجري في كلام الناس وفي رواية كقولهما والواجبة قراءة الفاتحة مع ثلاث آيات قصار أو آية طويلة والمسنونة تتنوع الى قراءة في السفر والحضر ويعلم من كلام المصنف وأما المكروه فالقراءة خلف الامام والقراءة في الصلاة في غير حالة القيام وتعيين شئ من القرآن والقراءة في الصلاة من المصحف عندهما اه من الدراية باختصار قال الكمال رحمه الله واذا كانت هذه الاقسام ثابتة في نفس الامر فقيل لو قرأ البقرة ونحوها وقع الكل فرضا وكذا اذا أطال الركوع والسجود مشكل اذ لو كان كذلك لم يتحقق قدر القراءة الا فرضا فأين باقي الاقسام وجه القيل المذكور وهو قول الاكثر والاصح أن قوله تعالى فاقرؤا ما تيسر يوجب أحد الامرين من الآية وما فوقها مطلقا لصدق ما تيسر على كل ما قرئ فهما قرئ يكون الفرض ومعنى قسم السنة من الاقسام المذكورة أن تجعل الفرض على

الوجه المذكور وهو ما كان صلى الله عليه وسلم يجعله عليه وهو جعله بعدد أربعين مثلا الى المائة اه (قوله ونصفها في أخرى اختلفوا فيه) أي على قول أبي حنيفة اه غاية (قوله يزيد على ثلاث آيات قصار الى آخره) قلت ان اعتبر هذا ينبغي أن يجوز عندهما أيضا اه غاية (قوله لما روي عن عمر الى آخره) هذا المروي على ما ذكره الشارح موافق لما في الهداية مخالف لما في الغاية فقد ذكر فيها ما نصه وكتب عمر الى أبي موسى الاشعري رضي الله عنهما أن اقرأ في الصبح بطوال المفصل وفي الظهر بأوساط المفصل وفي المغرب بقصار المفصل رواه أبو حفص بن شاهين باسناده وعنه أبو بكر بن أبي شيبة اه قال في فتح القدير روى عبد الرزاق في مصنفه أخبرنا سفيان الثوري عن علي بن زيد بن جدعان عن الحسن وغيره قال كتب عمر رضي الله عنه الى أبي موسى الاشعري أن اقرأ في المغرب بقصار المفصل وفي العشاء بوسط المفصل وفي الصبح بطوال المفصل اه وأما في الظهر بطوال المفصل فلم أره بل قال الترمذي في الباب الذي يلي باب القراءة في الصبح وروي عن عمر رضي الله عنه انه كتب الى أبي موسى الاشعري أن اقرأ في الظهر بأوساط المفصل والله سبحانه أعلم غير أن في الدراية ما يفيد المطلوب وهو ما قدمناه في صحيح مسلم من حديث الخدري رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم كان يقرأ في صلاة الظهر في الركعتين الاوليين في كل ركعة قدر ثلاثين آية اه فتح

التأخير فيخشى بالتطويل أن يقع فى وقت غير مستحب فيوقت فيهما بالاوساط بخلاف الفجر والظهر
لان وقتهما مديد ويسمى المفصل مفصلا لكثرة الفصول فيه وقيل لقلة المنسوخ فيه ثم آخر المفصل
قل أعوذ برب الناس بلا خلاف واختلفوا فى أوله فقيل من سورة القتال وقال الحلوانى وغيره من أصحابنا
من الحجرات وهو السبع الاخير وقيل من ق وحكى القاضى عياض من الجاثية وهو غريب فالطوال
من أوله الى والسماء ذات البروج والاوساط منها الى لم يكن والقصار منها الى آخر القرآن وقيل الطوال
من أوله الى عبس والاوساط منها الى والضحى والقصار منها الى آخر القرآن وفى الجامع الصغير يقرأ فى
الفجر فى الحضر فى الركعتين بأربعين آية أو خمسين آية سوى فاتحة الكتاب ويروى من أربعين آية الى
ستين ومن ستين الى مائة وهكذا ذكر الطحاوى أيضا ومراده أن يوزع الاربعين أو الخمسين بأن يقرأ
فى الركعة الاولى خمسا وعشرين وفى الثانية ما بقى الى تمام الاربعين لا أن يقرأ فى كل ركعة أربعين
أو خمسين ثم قيل المائة أكثر ما يقرأ فيهما والاربعون أقل ما يقرأ فيهما وقيل بالتوفيق بين الروايات
كلها واختلف فى وجه التوفيق فقيل انه يقرأ بالراغبين الى مائة وبالكسالى الى أربعين وبالاوساط الى
الستين وقيل ينظر الى طول الليالى وقصرها ففى الشتاء يقرأ مائة وفى الصيف أربعين وفى الخريف
والربيع خمسين الى ستين وقيل ينظر الى طول الآيات وقصرها فيقرأ أربعين اذا كانت طوالا كسورة
الملك ويقرأ خمسين اذا كانت أوساطا وما بين ستين الى مائة اذا كانت قصارا كسورة المزمل والمدثر
والرحمن وقيل ينظر الى قلة الاشغال وكثرتها وقيل يعتبر حال نفسه فاذا كان حسن الصوت يقرأ مائة
والا فأربعين وأصل اختلاف الروايات فيها اختلاف الآثار فى ذلك فروى عن جابر بن سمرة أنه عليه
الصلاة والسلام كان يقرأ فى الفجر بق والقرآن المجيد ونحوها وكانت صلاته بعد الى تخفيف وروى
عن أبى برزة كان النبى صلى الله عليه وسلم يقرأ فى الفجر ما بين الستين الى المائة وعن أبى هريرة أنه
عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الفجر يوم الجمعة الم تنزيل الكتاب وهل أتى على الانسان وروى أنه عليه
الصلاة والسلام كان يقرأ فى الظهر والليل اذا يغشى وروى انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى
العشاء الاخيرة والشمس وضحاها ونحوها وفى الظهر بسبح اسم ربك الاعلى وفى المغرب بقل يا أيها
الكافرون وقل هو الله أحد والظاهر أن هذا الاختلاف لاختلاف الاحوال قال رحمه الله (ويطال
أولى الفجر فقط) هذا قولهما وقال محمد أحب الى أن يطيل الركعة الاولى على الثانية فى الصلوات كلها
لما روى أبو قتادة أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الظهر فى الاوليين بأم القرآن وسورتين معها وفى
الاخريين بفاتحة الكتاب ويسمعنا الآية أحيانا ويطيل فى الركعة الاولى ما لا يطيل فى الثانية
وهكذا فى العصر وهكذا فى الصبح ولهما ما رواه أبو سعيد الخدرى انه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى
صلاة الظهر فى الركعتين الاوليين فى كل ركعة قدر ثلاثين وفى الاخريين قدر خمس عشرة آية أو قال
نصف ذلك وفى العصر فى الركعتين الاوليين فى كل ركعة قدر خمس عشرة آية وفى الاخريين قدر نصف
ذلك رواه مسلم وعن جابر بن سمرة أنه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فى الظهر والعصر بالسماء ذات
البروج والطارق ونحوهما من السور وهما متقاربان رواه أبو داود والترمذى والنسائى وكان يقرأ فى
الجمعة بسورة الجمعة والمنافقين وهما سواء ولان الركعتين الاوليين استويا فى وجوب القراءة ووصفها
فيستويان فى مقدارها بخلاف صلاة الفجر فانه وقت نوم وغفلة فيطيل الاولى اعانة لهم على ادراك
فضيلة الجماعة والظهر والعصر وان كانتا فى وقت الاشتغال لكن بعد سماع النداء يتعين الاجابة
فالتقصير من جهته فلا يعتبر وما رواه من اطالة الاولى على الثانية محمول على اطالتها بالثناء والاستعاذة

(قوله أن يقع فى وقت غير مستحب الى آخره) والوقت المستحب أعم من المكروه وقد تقدم أن التأخير الى النصف فى العشاء مباح و بعده
مكروه وهذا قريب فى العصر بعيد فى العشاء اه فتح (قوله فيوقت فيهما بالاوساط) قلت هذا التعليل ماش
فى العصر غير ظاهر فى العشاء اذ بتطويل القراءة فيها لا تقع فى وقت مكروه ولان تأخيرها مباح الى نصف الليل بل التعليل الصحيح أن وقتها وقت النوم فبالتأخير والتطويل فى القراءة يحصل التنفير والتقليل للجماعة بغلبة النوم عليهم حينئذ اه غاية (قوله فقيل من سورة القتال الى آخره) السورة تهمز ولا تهمز لغتان وترك همزها أشهر وأصح وبهما القرآن العزيز اه غاية (قوله وقال الحلوانى) أى وفى بعض النسخ الحلابى بدل الحلوانى اه (قوله وقال محمد أحب الى أن يطيل الى آخره) واتفقوا على كراهة اطالة الثانية على الاولى الا مالكا فانه قال لا بأس أن يطيل الثانية على الاولى اه كذا فى الغاية وفى الدراية واطالة الركعة الثانية على الاولى بثلاث آيات فصاعدا فى الفرائض مكروه وفى السنن والنوافل لا يكره لان أمرها أسهل كذا فى جامع المحبوبى وفى القنية القراءة المسنونة يستوى فيها الامام والمنفرد والناس عنها غافلون اه كاكى (قوله بالثناء والاستعاذة) أى وعلى هذا يحمل قول الراوى وهكذا فى الصبح على
التشبيه فى أصل الاطالة لا فى قدرها فان تلك الاطالة معتبرة شرعا عند أبى حنيفة والمعتبرة أكثر من ذلك القدر قال
وقد قدرت بأن يقرأ فى الاولى مثلا بخمس وعشرين وفى الثانية بتمام الاربعين ولان الاطالة فى الصبح انما كانت لان وقته وقت نوم
وغفلة فلا بد من كونها بحيث تعد اطالة لكن كون التشبيه فى ذلك غير المتبادر ولذلك قال فى الخلاصة فى قول محمد انه أحب اه فتح

(فروع منقولة من الغاية) كره الجمع بين سورتين غير الفاتحة في ركعة واحدة جماعة وعندنا لا يكره ذلك وان جمع بين سورتين في ركعة و بينهما سورة أو سورة يكره وان قرأ بعض السورة في ركعة و بعضها في الثانية الصحيح أنه لا يكره ولا ينبغي أن يقرأ في الركعتين من وسط السورة ومن آخرها ولو فعل لا بأس به نقل ذلك عن الفقيه أبي جعفر ويكره أن يقرأ سورة أو آية في ركعة ثم يقرأ في الثانية ما فوقها وعليه جمهور الفقهاء وعن عبد الله أنه سئل عمن يقرأ القرآن منكوسا فقال ذلك منكوس القلب وهو بأن يقرأ سورة ثم يقرأ بعدها سورة قبلها في النظم وبه قال أحمد ولم يكرهه مالك اهـ (قوله فيما دون ثلاث آيات الى آخره) فانه عليه الصلاة والسلام قرأ المعوذتين في المغرب في الركعتين والثانية أطول من الاولى اهـ كاكي (قوله بالثلث والثلثين) أي والثلثان في الاولى والثلث في الثانية اهـ كاكي (قوله لكن يشترط الى آخره) قال الكمال رحمه الله ولا تحرير في هذه العبارة بعد العلم بأن الكلام في المداومة والحق ان المداومة مطلقا مكروهة سواء رآه حتما يكره غيره أم لا لان دليل الكراهة لا يفصل وهو ايهام التفصيل وهجر الباقي لكن الهجران إنما يلزم لو لم يقرأ الباقي في صلاة أخرى فالحق أنه ايهام التعيين ثم مقتضى الدليل عدم المداومة لا المداومة على العدم كما يفعله حنفية العصر بل يستحب أن يقرأ بذلك أحيانا تبركا بالمأثور فان لزوم الايهام ينتفي بالترك أحيانا ولذا قالوا السنة أن يقرأ في سنة الفجر بقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد وظاهر هذا إفادة المواظبة على ذلك وذلك لان الايهام المذكور منتف بالنسبة الى المصلي نفسه اهـ (قوله لئلا يظن الجاهل الى آخره) ولهذا ذكر الحلواني يكره تخصيص المكان في المسجد للصلاة فيه لانه ان فعل ذلك تصير الصلاة طبعا والعبادة متى صارت طبعا فسبيلها الترك ولهذا كره صوم الابد اهـ كاكي (قوله في المتن ولا يقرأ المؤتم) أي سواء جهر الامام أو أسر اهـ كاكي (قوله ولان القراءة ركن من الاركان فيشترك فيه) أما الاولى فظاهرة وأما الثانية فلقوله تعالى فاقرؤا ما تيسر وهو عام في المصلين وكذا قوله صلى الله عليه وسلم لا صلاة الا بقراءة اهـ فتح (قوله وأنصتوا الى آخره) فاكثر أهل التفسير على أن هذا خطاب للمقتدين ومنهم من حمل الآية على حالة الخطبة ولا تنافي بينهما فانما أمر وابهما لما فيهما من قراءة القرآن اهـ كاكي قال في الدراية وما روي من حديث عبادة محمول على انه كان في الابتداء عن أبي بن كعب رضي الله عنه لما نزلت هذه الآية تركوا القراءة خلف الامام ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام لما سمع رجلا يقرأ خلفه فقال مالي أنازع في القرآن وقيل محمول على غير الامام وقد جاء مصرحا به في رواية الخلال باسناده عن النبي صلى الله عليه وسلم كل صلاة لا يقرأ فيها بأم الكتاب فهي خداج إلا أن يكون وراء الامام وروي أيضا موقوفا على جابر وفيه نوع تأمل اهـ

قال المرغيناني التطويل يعتبر بالآي ان كانت متقاربة وان كانت الآيات متفاوتة من حيث الطول والقصر يعتبر الكلمات والحروف ولا يعتبر بالزيادة والنقصان فيما دون ثلاث آيات لعدم امكان الاحتراز عنه وقيل ينبغي أن يكون التفاوت بالثلث والثلثين ولا بأس أن يقرأ سورة في الاولى ثم يعيدها في الثانية لما روي انه عليه الصلاة والسلام قرأ في الركعة الاولى من المغرب باذا زلزلت الارض ثم قام وقرأها في الثانية قال رحمه الله (ولم يتعين شيء من القرآن لصلاة) لاطلاق ما تلونا وما روينا وقال الشافعي تتعين الفاتحة لجواز الصلاة وقد تقدم في بيان الواجبات ويكره أيضا أن يوقت شيء من القرآن لشيء من الصلوات مثل أن يقرأ الم السجدة وهل أتى على الانسان في صلاة الفجر يوم الجمعة وسورة الجمعة والمنافقين في صلاة الجمعة قال الطحاوي والاسبيجابي هذا إذا رآه حتما واجبا بحيث لا يجوز غيرهما أو رأى قراءة غيرهما مكروها أما لو قرأ لاجل التيسير عليه أو تبركا بقراءته عليه الصلاة والسلام فلا كراهية في ذلك لكن يشترط ان يقرأ غيرهما أحيانا لئلا يظن الجاهل ان غيرهما لا يجوز قال رحمه الله (ولا يقرأ المؤتم) بل يستمع وينصت وقال الشافعي يجب على المؤتم قراءة الفاتحة لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بفاتحة الكتاب وحديث عبادة بن الصامت انه عليه الصلاة والسلام قال للمأمومين الذين قرؤا خلفه لا تفعلوا إلا بفاتحة الكتاب فانه لا صلاة لمن لم يقرأ بها ولان القراءة ركن من الاركان فيشتركان فيه كسائر الاركان ولنا قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا قال أبو هريرة كانوا يقرؤن خلف الامام فنزلت وقال أحمد أجمع الناس على أن هذه الآية في الصلاة وفي حديث أبي هريرة وأبي موسى واذا قرأ فانصتوا قال مسلم هذا الحديث صحيح وعن عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يقرأن أحد منكم شيئا من القرآن إذا جهرت بالقرآن قال الدارقطني رجاله كلهم ثقات قال أحمد ما سمعنا أحدا من أهل الاسلام يقول إن الامام إذا جهر بالقراءة لا تجزئ صلاة من لم يقرأ وفي مسلم عن عطاء بن يسار أنه سأل زيد بن ثابت عن القراءة يعني خلف الامام فقال لا قراءة مع الامام في شيء وعن جابر معناه وهو قول علي وابن مسعود وكثير من الصحابة رضي الله عنهم ذكره الماوردي ولان المأموم مخاطب بالاستماع اجماعا فلا يجب عليه ما ينافيه اذ لا قدرة له على الجمع بينهما فصار نظير الخطبة فانه لما أمر بالاستماع لا يجب على كل واحد أن يخطب لنفسه بل لا يجوز فكذا هنا فان قالوا يتبع سكتات الامام قلنا يشكل عليكم فيما اذا لم

(قوله في المتن وان قرأ آية الترغيب) مثل آيات الجنة اه وكتب على قوله وان قرأ الى آخره قال العيني رحمه الله قلت فاعل قرأ هو الامام وفاعل خطب هو الخطيب وهو في حال الخطبة غير امام فيكون هذا العطف عطف جملة على جملة أخرى (٢) ولا يلزم ما ذكر فافهم اه (قوله في المتن والترهيب) أي التخويف مثل آيات النار اه (قوله والانصات فرض بالنص الى آخره) يعني قوله تعالى واذا قرئ القرآن فاستمعوا له وأنصتوا والانصات لا يخص الجهرية لانه عدم الكلام لكن قيل انه السكوت للاستماع لا مطلقا وحاصل الاستدلال بالآية أن المطلوب أمران الاستماع والسكوت فيعمل بكل منهما والاول يخص الجهرية والثاني لا فيجري على اطلاقه فيجب السكوت عند القراءة مطلقا وهذا بناء على أن ورود الآية في القراءة في الصلاة هذا وفي كلام أصحابنا ما يدل على وجوب الاستماع في الجهر بالقرآن مطلقا قال في الخلاصة رجل يكتب الفقه وبجنبه رجل يقرأ القرآن فلا يمكنه استماع القرآن فالاثم على القارئ وعلى هذا لو قرأ على السطح بالليل جهرا والناس نيام يأثم وهذا صريح اطلاق الوجوب ولان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب اه فتح حنف (قوله الا أن يقرأ الخطيب الى آخره) أفاد وجوب السكوت في الثانية كلها أيضا ما خلا المستثنى وروى الاستثناء عن أبي يوسف واستحسنه بعض المشايخ لان الامام حكى أمر الله تعالى بالصلاة واشتغل هو بالامتثال فيجب عليهم موافقته والاشبه عدم الالتفات اه فتح (قوله في المتن والنائي الى آخره) قال الكمال رحمه الله فاما النائي فلا رواية فيه عن المتقدمين واختلف المتأخرون والاحوط السكوت يعني عدم القراءة والكتابة ونحوها لا الكلام المباح فانه مكروه في المسجد في غير حالة الخطبة فكيف في حالها ولانه ان لم يسمع فقد تشوش همهمته على من بقربه منه وهو بحيث يسمع اه

على

يسكت لانه لا يجب عليه السكوت اجماعا وحديث عبادة ضعفه أحمد وجماعة وقوله ركن من الاركان فيشترك كان فيه قلنا نعم لكن حظ المقتدي الانصات وقراءة الامام وقعت عنهما فيجزيه ولهذا يجزيه اذا كان مسبوقا بالاجماع ولا حجة له في الحديث الاول لان قراءة الامام له قراءة على ما قاله عليه الصلاة والسلام من كان له امام فقراءة الامام له قراءة قال رحمه الله (وينصت وان قرأ آية الترغيب والترهيب أو خطب أو صلى على النبي صلى الله عليه وسلم) لان الاستماع والانصات فرض بالنص وهو عام في جميع أوقات القراءة وكذا الامام نفسه لا يشتغل بالدعاء حالة القراءة وما روى أنه عليه الصلاة والسلام ما مر بآية رحمة الا سألها وآية عذاب الا استعاذ منه محمول على النوافل منفردا لان فيه تطويلا على القوم وقد نهي عن ذلك ولهذا لا يفعله أحد من الائمة وكذا في الخطبة ينصت ويستمع وان صلى الخطيب على النبي صلى الله عليه وسلم لان الاستماع فرض عليه بالنص الا أن يقرأ الخطيب قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا صلوا عليه وسلموا تسليما فيصلي السامع في نفسه وكذا لا يشمت العاطس ولا يرد السلام وعن أبي يوسف يرده ويشمت في نفسه لان الجواب يكون على الفور وعند محمد بعد الفراغ من الخطبة اذا لمجلس واحد وقوله في المختصر أو خطب الى آخره ظاهره معطوف على قرأ من قوله وان قرأ آية الترغيب والترهيب فلا يستقيم في المعنى لانه يقتضي أن يكون الانصات واجبا قبل الخطبة فيصير معنى الكلام يجب عليه الانصات فيما وان قرأ آية الترغيب والترهيب أو خطب وأيضا يقتضي أن تكون الخطبة والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والعينين في نفس الصلاة وليس المراد ذلك وانما المراد أن ينصتوا اذا خطب وان صلى الخطيب على النبي صلى الله عليه وسلم قال رحمه الله (والنائي كالقريب) أي النائي عن المنبر بحيث لا يسمع الخطبة كالقريب منه على المختار حتى يجب عليه الانصات لانه مأمور بالانصات والاستماع فان عجز عن الاستماع لا يعجز عن الانصات فصار كالمؤتم في صلاة النهار ولان صوته قد يبلغ من يستمع الخطبة فيشغلهم عن الاستماع والله أعلم

﴿ باب الامامة والحدث في الصلاة ﴾

قال رحمه الله (الجماعة سنة مؤكدة) أي قوية تشبه الواجب في القوة حتى استدل بملازمتها على وجود الايمان وقال كثير من المشايخ انها فريضة ثم منهم من يقول انها فرض كفاية ومنهم من يقول انها فرض عين لهم قوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد وقوله عليه الصلاة والسلام أثقل الصلاة على المنافقين صلاة العشاء وصلاة الفجر ولو يعلمون ما فيهما لأتوهما ولو حبوا ولقد هممت أن آمر بالصلاة فتقام ثم آمر رجلا فيصلي بالناس ثم أنطلق معي برجال معهم حزم من حطب الى قوم لا يشهدون الصلاة فأحرق عليهم بيوتهم بالنار فتارك السنة لا يحرق عليه بيته فدل

﴿ باب الامامة والحدث في الصلاة ﴾

(قوله ومنهم من يقول انها فرض عين الى آخره) لكن ليست شرطا لصحة الفرض وبه قال ابن خزيمة وابن المنذر والرافعي وهو قول عطاء والاوزاعي وأبي ثور وقيل انه قول الشافعي وهو الصحيح من قول أحمد وقوله الآخر لا تصح الصلاة بتركها وبه قال داود وأصحابه اه غاية قال في البدائع وأقل من تنعقد بهم الجماعة اثنان وهو أن يكون مع الامام واحد لقول النبي صلى الله عليه وسلم الاثنان فما فوقهما جماعة ولان الجماعة من الاجتماع وأقل ما يقع به الاجتماع اثنان وسواء كان ذلك الواحد رجلا أو امرأة أو صبيا يعقل اه

على أنها فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام صلاة الرجل في جماعة تزيد على صلاته في بيته وصلاته في سوقه بسبع وعشرين درجة وهذا يفيد الجواز ولو كانت فرض عين لما جازت صلاته ولو كانت فرض كفاية لما قال عليه الصلاة والسلام أحرق عليهم بيوتهم مع القيام بها هو وأصحابه بل كانت تسقط عنهم بفعله عليه الصلاة والسلام وفعل أصحابه رضوان الله عليهم أجمعين ولا حجة لهم في الحديث الاول لان المراد به نفي الفضيلة والكمال لا نفي الجواز كقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد ثم ذكرهم وسماهم ... لا بيق والمرأة الناشزة وكذا الحديث الثاني لا دلالة فيه على أنها فريضة لان المراد به من لا يصلي بدليل آخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام الى قوم لا يشهدون الصلاة ولم يقل لا يشهدون الجماعة ولان اطلاق قوله عز وجل أقيموا الصلاة يقتضي الجواز مطلقا فلا تجوز الزيادة عليه بخبر الواحد لانه نسخ على ما عرف في موضعه وفي الغاية قال عامة مشايخنا انها واجبة وفي المفيد الجماعة واجبة وتسميتها سنة لوجوبها بالسنة وفي البدائع تجب على الرجال العقلاء البالغين الاحرار القادرين على الصلاة بالجماعة من غير حرج واذا فاتته الجماعة لا يجب عليه الطلب في مسجد آخر بلا خلاف بين أصحابنا لكن لو أتى مسجدا آخر ليصلي مع الجماعة فحسن وان صلى في مسجد حيه فحسن وذكر القدوري أنه يجمع في أهله ويصلي بهم وذكر شمس الائمة أن الاولى في زماننا اذا لم يدخل مسجد حيه أن يتبع الجماعات وان دخله صلى فيه وتسقط الجماعة بالاعذار حتى لا تجب على المريض والمقعد والزمن ومقطوع اليد والرجل من خلاف ومقطوع الرجل والمفلوج الذي لا يستطيع المشي والشيخ الكبير العاجز والاعمى عند أبي حنيفة قال أبو يوسف سألت أبا حنيفة عن الجماعة في طين وردغة فقال لا أحب تركها والصحيح أنها تسقط بعذر المرض والطين والمطر والبرد الشديد والظلمة الشديدة قال رحمه الله (والاعلم أحق بالامامة) يعني الاعلم بالسنة وعن أبي يوسف الاقرأ أولى لقوله عليه الصلاة والسلام يؤم القوم أقرؤهم لكتاب الله فان كانوا سواء في القراءة فأعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فأقدمهم هجرة فان كانوا في الهجرة سواء فأقدمهم سنا وفي رواية سلما ولان القراءة لا بد منها والحاجة الى الفقه اذا نابت نائبة ولنا حديث عقبة بن عامر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يؤم القوم أعلمهم بالسنة فان كانوا في السنة سواء فأقرؤهم لكتاب الله تعالى الحديث وقوله عليه الصلاة والسلام مروا أبا بكر يصلي بالناس وكان فيهم من هو أقرأ للقرآن منه مثل أبي وغيره ولان صلاة القوم مبنية على صلاة الامام صحة وفسادا فتقديم من هو أعلم بها أولى اذا علم من القراءة قدر ما تقوم به سنة القراءة ولان القراءة يحتاج اليها لاقامة ركن واحد وهو ركن زائد أيضا والفقه يحتاج اليه لجميع أركان الصلاة وواجباتها وسننها ومستحباتها وانما قدم الاقرأ في الحديث لانهم كانوا يتلقونه بأحكامه حتى يروى عن عمر رضي الله عنه أنه حفظ سورة البقرة في اثنتي عشرة سنة وقال ابن عمر ما كانت تنزل سورة الا ونعلم أمرها ونهيها وزجرها وحلالها وحرامها والرجل اليوم يقرأ السورة ولا يعرف من أحكامها

(قوله ولم يقل لا يشهدون الجماعة الى آخره) قلت ولو نقل الحديث لا يشهدون الجماعة لا يدل على الفريضة أيضا لانه من أخبار الآحاد فلا يزاد به على كتاب الله تعالى لان الزيادة نسخ على ما عرف وبمثله لا يثبت نسخ الكتاب والكتاب يقتضي الجواز بدون الجماعة مطلقا اهـ غاية (قوله قال عامة مشايخنا انها واجبة الى آخره) وفي مختصر البحر المحيط الاكثر على أنها سنة مؤكدة ولو تركها أهل ناحية أثموا ووجب قتالهم بالسلاح لانها من شعائر الاسلام وفي شرح خواهر زاده سنة مؤكدة غاية التأكيد اهـ غاية قال الكمال وقيل الجماعة سنة مؤكدة في قوة الواجب اهـ ومن قال بانها سنة مؤكدة الكرخي والقدوري ويدل على أن المراد أنها في قوة الواجب قول صاحب التحفة فيما ذكر محمد في غير رواية الاصول انها واجبة وقد سماها بعض أصحابنا سنة مؤكدة وهما سواء وقول صاحب البدائع لا خلاف في الحقيقة وانما الاختلاف في العبارة لا غير لان السنة المؤكدة والواجب سواء خصوصا فيما اذا كان من شعائر الاسلام ألا ترى أن الكرخي سماها سنة ثم فسرها بالواجب فقال الجماعة لا يرخص لاحد التأخر عنها الا بعذر وهو تفسير الواجب عند العامة اهـ (قوله والاعمى الى آخره) قال في فتح القدير وفي شرح الكنز والاعمى عند أبي حنيفة والظاهر أنه اتفاق والخلاف في الجمعة لا الجماعة ففي الدراية قال محمد لا تجب على الاعمى وبالمطر والطين والبرد الشديد والظلمة الشديدة في الصحيح وعن أبي يوسف سألت أبا حنيفة عن الجماعة في طين وردغة فقال لا أحب تركها وقال محمد في الموطأ الحديث رخصة يعني قوله صلى الله عليه وسلم اذا ابتلت النعال فالصلاة في الرحال اهـ والنعل الارض الغليظة يبرق حصاها ولا تنبت شيأ اهـ كذا في الظهيرية أول الفصل الثالث من الباب الاول من كتاب الصلاة (قوله يعني الاعلم بالسنة) المراد بالسنة الفقه وعلم الشريعة اهـ غاية (قوله وفي رواية سلما) أي اسلاما رواه مسلم اهـ غاية (قوله وقال ابن عمر ما كان ينزل سورة الى آخره) فكان الاقرأ فيهم هو الاعلم بالسنة والاحكام فأما في زماننا فكثير من القراء لا حظ لهم في العلم اهـ غاية قال قبل الكلام في الافضلية مع الاتفاق على الجواز على أي وجه كان والحديث بصيغته يدل على عدم جواز إمامة الثاني عند وجود الاول لان صيغته صيغة إخبار وهو في اقتضاء الوجوب آكد من الامر وانه ذكره بالشرط قلنا صيغة الاخبار لبيان الشرعية لا أنه لا يجوز غيره كقوله عليه الصلاة والسلام يمسح المقيم يوما وليلة ولئن سلمنا أن صيغة

شيأ ولان ما رواه كان في الابتداء وكان يستدل بحفظه على علمه لقرب العهد بالاسلام ولما طال الزمان وتفقهوا قدم الأعلم نصا وكان أبو بكر الصديق أعلمهم ألا ترى الى قول أبي سعيد كان أبو بكر أعلمنا قال رحمه الله (ثم الاقرأ) لما روينا قال رحمه الله (ثم الاورع) لقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا أئمتكم خياركم فانهم وفدكم فيما بينكم وبين ربكم ولانه عليه الصلاة والسلام قدم أقدمهم هجرة ولا هجرة اليوم فاقمنا الورع مقامها قال رحمه الله (ثم الأسن) لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لمالك بن الحويرث ولصاحبه اذا حضرت الصلاة فأذنا ثم أقيما وليؤمكما أكبركما ولم يذكر النبي صلى الله عليه وسلم التقديم بالقراءة والعلم فالظاهر أنهما كانا متساويين فيهما ولان الأكبر سنا يكون أخشع قلبا عادة وأعظمهم بينهم حرمة ورغبة والناس في الاقتداء به أكثر فيكون في تقديمه تكثير الجماعة فان كانوا سواء في السن فأحسنهم خلقا فان استووا فأصبحهم وجها فكل من كان أكمل فهو أفضل لان المقصود كثرة الجماعة ورغبة الناس فيه أكثر واجتماعهم عليه أوفر قال رحمه الله (وكره امامة العبد) لانه لا يتفرغ للتعلم فيغلب عليه الجهل (والاعرابي) وهو الذي يسكن البادية عربيا كان أو عجميا لان الغالب عليه الجهل (والفاسق) لانه لا يهتم لأمر دينه ولأن في تقديمه للامامة تعظيمه وقد وجب عليهم اهانته شرعا قال رحمه الله (والمبتدع) أي صاحب الهوى قال المرغيناني تجوز الصلاة خلف صاحب هوى وبدعة ولا تجوز خلف الرافضي والجهمي والقدري والمشبه ومن يقول بخلق القرآن حاصله ان كان هوى لا يكفر به صاحبه يجوز مع الكراهة والا فلا قال رحمه الله (والاعمى) لانه لا يتوقى النجاسة ولا يهتدي الى القبلة بنفسه ولا يقدر على استيعاب الوضوء غالبا وفي البدائع اذا كان لا يوازيه غيره في الفضيلة في مسجده فهو أولى ومثله في المحيط وقد استخلف النبي صلى الله عليه وسلم ابن ام مكتوم وعتبان بن مالك على المدينة وكانا أعميين قال رحمه الله (وولد الزنا) لانه ليس له أب يعلمه فيغلب عليه الجهل وان تقدموا جاز لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا خلف كل

الاختيار محمولة على معنى الامر ولكن يحمل الامر على الاستحباب لوجود الجواز بدون الاقتداء بالاجماع فان قيل لو كان المراد من الاقرأ في الحديث الاعلم يلزم تكرار الاعلم في الحديث وهو قوله تقدم بهم يؤم القوم أعلمهم فان تساووا فأعلمهم قلنا المراد من قوله فأعلمهم بأحكام كتاب الله تعالى دون السنة ومن قوله أعلمهم بالسنة أعلمهم بأحكام الكتاب والسنة جميعا وكان الاعلم الثاني غير الاعلم الاول اه دراية وفي شرح الارشاد لو كان عالما بمسائل الصلاة متبحرا فيها غير متبحر في سائر العلوم فانه أولى من المتبحر في سائر العلوم اه كاكي وفي المجتبى فان استويا في العلم وأحدهما أقرأ فقدموا غيره أساؤا ولا يأثمون اه (قوله في المتن ثم الاورع) قال في الدراية ثم الورع ليس في لفظ الحديث في ترتيب الامامة وانما فيه بعد ذكر الاعلم أقدمهم هجرة ولكن أصحابنا وأكثر أصحاب الشافعي جعلوا مكان الهجرة الورع لان الهجرة منقطعة في زماننا وقال عليه الصلاة والسلام لا هجرة بعد الفتح وانما المهاجر من هجر السيآت فجعلوا الهجرة عن المعاصي مكان تلك الهجرة فان هجرتهم لتعلم الاحكام وعندنا يزداد الورع وقد قال عليه الصلاة والسلام ملاك دينكم الورع وفي الحديث الجهاد جهادان أحدهما أفضل من الآخر وهو أن تجاهد نفسك وهواك والهجرة هجرتان احداهما أفضل من الأخرى وهو أن تهجر السيآت اه (قوله في المتن ثم الأسن الى آخره) قال في البدائع لان من امتد عمره في الاسلام كان أكثر طاعة ومداومة على الاسلام قال الثوري المراد بالسن سن مضى في الاسلام فلا يقدم شيخ أسلم قريبا على شاب نشأ في الاسلام أو أسلم قبله اه غاية (قوله فأصبحهم وجها الى آخره) وفسر في الكافي حسن الوجه بان يصلي في الليل كأنه ذهب الى ما روي عنه صلى الله عليه وسلم من صلى بالليل حسن وجهه بالنهار والمحدثون لا يثبتونه اه فتح (قوله في المتن وكره امامة العبد الى آخره) فلو اجتمع المعتق والحر الاصلي واستويا في العلم والقراءة فالحر الاصلي أولى اه فتح (قوله في المتن والمبتدع الى آخره) البدعة هي الحدث في الدين فان اختص بالاعتقاد فهوى اه موضح (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر الى آخره) تمام الحديث في رواية الدارقطني وصلوا على كل بر وفاجر وجاهدوا مع كل بر وفاجر فأعله بأن مكحولا لم يسمع من أبي هريرة ومن دونه ثقات وحاصله انه من مسمى الارسال عند الفقهاء وهو حجة مقبولة عندنا ورواه بطريق آخر بلفظ آخر وأعله وقد روي هذا المعنى من عدة طرق للدارقطني وأبي نعيم والعقيلي كلها مضعفة من قبل بعض الرواة وبذلك يرتقي الى درجة الحسن عند المحققين وهو الصواب اه كمال وفي المجتبى وقيل امامة المقيم للمسافر أولى من العكس وعن أبي الفضل الكرماني هما سواء اه وفي الغاية نقلا عن مختصر الجواهر يرجح بالفضائل الشرعية والخلقية والمكانية وكمال الصورة كالشرف في النسب والسن ويلحق بذلك حسن اللباس وقيل وبصباحة الوجه وحسن الخلق وبما يرجع الى المكان أن رب المكان أو منفعته قال المرغيناني المستأجر أولى من المالك اه وفي الدراية نقلا عن الخلاصة وان استووا في هذه الخصال يقرع أو الخيار الى القوم اه قال الكمال رحمه الله وفي المحيط لو صلى خلف فاسق أو مبتدع أحرز ثواب الجماعة لكن لا يحرز ثواب المصلي خلف تقي اه يريد بالمبتدع من لم يكفر ولا بأس بتفصيله الاقتداء بأهل الاهواء جائز الا الجهمية والقدرية والروافض والقائل بخلق القرآن والخطابية والمشبهة وجملته ان كان من أهل قبلتنا ولم يغل حتى لم يحكم بكفره تجوز الصلاة خلفه وتكره ولا تجوز الصلاة

خلف منكر الشفاعة والرؤية وعذاب القبر والكرام الكاتبين لانه كافر لتوارث هذه الامور عن الشارع صلى الله عليه وسلم ومن قال لا يرى لعظمته وجلالته فهو مبتدع كذا قيل وهو مشكل على الدليل اذا تأملت ولا يصلى خلف منكر المسح على الخفين والمشبه اذا قال له تعالى يد ورجل كالعباد فهو كافر ملعون وان قال جسم لا كالاجسام فهو مبتدع لانه ليس فيه الا اطلاق لفظ الجسم عليه وهو موهم للنقص فرفعه بقوله لا كالاجسام فلم يبق الا مجرد الاطلاق وذلك معصية تنتهض سببا للعقاب لما قلنا من الايهام بخلاف ما لو قاله على التشبيه فانه كافر وقيل يكفر بمجرد الاطلاق أيضا وهو حسن بل أولى بالتكفير وفي الروافض ان فضل عليا رضي الله عنه على الثلاثة فمبتدع وان أنكر خلافة الصديق أو عمر فهو كافر ومنكر المعراج ان أنكر الاسراء الى بيت المقدس فكافر وان أنكر المعراج منه فمبتدع اه من الخلاصة الا تعليل اطلاق الجسم مع نفي التشبيه وروى محمد عن أبي حنيفة وأبي يوسف أن الصلاة خلف أهل الاهواء لا تجوز وبخط الحلواني تمنع الصلاة خلف من يخوض في علم الكلام ويناظر أصحاب الاهواء كأنه بناء على ما عن أبي يوسف أنه قال لا يجوز الاقتداء بالمتكلم وان تكلم بحق قال الهندواني يجوز أن يكون مراد أبي يوسف من يناظر في دقائق علم الكلام وقال صاحب المجتبى وأما قول أبي يوسف لا تجوز الصلاة خلف المتكلم فيجوز أن يريد الذي قرره أبو حنيفة حين رأى ابنه حمادا يناظر في الكلام فنهاه فقال رأيتك تناظر في الكلام وتنهاني فقال كنا نناظر وكأن على رؤسنا الطير مخافة أن يزل صاحبنا وأنتم تناظرون وتريدون زلة صاحبكم ومن أراد زلة صاحبه فقد أراد أن يكفر فهو قد كفر قبل صاحبه فهذا هو الخوض المنهي عنه وهذا المتكلم لا يجوز الاقتداء به واعلم أن الحكم بكفر من ذكرنا من أهل الاهواء مع ما ثبت عن أبي حنيفة والشافعي من عدم تكفير أهل القبلة من المبتدعة كلهم محمله ان ذلك المعتقد نفسه كفر فالقائل به قائل بما هو كفر وان لم يكفر بناء على كون قوله ذلك عن استفراغ وسعه مجتهدا في طلب الحق لكن جزمهم ببطلان الصلاة خلفه لا يصح هذا الجمع اللهم الا أن يراد بعدم الجواز خلفهم عدم الحل أي عدم حل أن يفعل وهو لا ينافي الصحة والا فهو مشكل والله سبحانه أعلم بخلاف مطلق اسم الجسم مع نفي التشبيه فانه يكفر لاختياره اطلاق ما هو موهم النقص بعد علمه بذلك ولو نفى التشبيه فلم يبق منه الا التساهل والاستخفاف بذلك وفي مسئلة تكفير أهل الاهواء قول آخر ذكرته في الرسالة المسماة بالسايرة ويكره الاقتداء بالمشهور بأكل الربا ويجوز بالشافعي بشروط نذكرها في باب الوتر ان شاء الله تعالى (قوله وفي غيرها ينتقل الى مسجد آخر) لان في سائر الصلوات يجد اماما غيره بخلاف الجمعة كذا في الدراية قال الكمال يعني انه في غير الجمعة بسبيل من انه يتحول الى مسجد آخر ولا يأثم بذلك ذكره في الخلاصة وعلى هذا فيكره في الجمعة اذا تعددت اقامتها في المصر على قول محمد وهو المفتى به لانه بسبيل من التحول حينئذ اه وفي الدراية نقلا عن المحيط لو صلى خلف فاسق أو مبتدع يكون محرزا ثواب الجماعة لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا خلف كل بر وفاجر أما لا ينال ثواب من صلى خلف التقي اه (قوله يصليان الجمعة خلف الحجاج) أي وقد كان في غاية الجور والظلم ذكر الترمذي أنه قتل مائة ألف وعشرين ألفا صبرا ومات في حبسه خمسون ألفا من الرجال وثلاثون ألفا من النساء سوى من قتل في حروبه وزحوفه وكان حبسه يقال له الحائر بغير سقف يستظلون به شتاء ويسقون الماء بالرماد وقال الحسن البصري لو جاء كل أمة بخبيثها وجئنا بأبي محمد لغلبناهم يعني الحجاج اه غاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة المرأة في بيتها الى آخره) رواه أبو داود باسناد صحيح على شرط مسلم اه دراية (قوله وصلاتها في مخدعها) المخدع الخزانة تكون في البيت قال في المصباح والمخدع بضم الميم بيت صغير يحرز فيه الشيء وتثليث الميم لغة اه (قوله في المتن فان فعلن يقف الامام وسطهن) قال المطرزي في المغرب الامام من يؤتم به أي يقتدى به ذكرا كان أو أنثى ومنه قامت الامام وسطهن وفي بعض النسخ الامامة وترك الهاء هو الصواب لانه اسم أي مصدر لا وصف قال الجوهري تقول جلست وسط القوم بالاسكان لانه ظرف وجلست وسط الدار لانه اسم وكل موضع صلح فيه بين فهو ساكن وما لا يصلح فهو بالفتح وربما سكن وليس بالوجه وفي الفصيح وجلست وسط الدار واحتجمت وسط رأسي بالفتح ومنه يشد في وسطه الهميان وقال الازهري كل ما كان يبين بعضه من بعض كوسط القلادة والصف والسبحة فهو

بر وفاجر والفاجر اذا تعذر منعه يصلي الجمعة خلفه وفي غيرها ينتقل الى مسجد آخر وكان ابن عمر وأنس يصليان الجمعة خلف الحجاج قال (وتطويل الصلاة) أي كره تطويل الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أم أحدكم الناس فليخفف فان فيهم الكبير والصغير والضعيف والمريض واذا صلى وحده فليصل كيف شاء ولحديث أنس أنه قال ما صليت وراء امام قط أخف صلاة ولا أتم صلاة من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رحمه الله (وجماعة النساء) أي كره جماعة النساء وحدهن لقوله عليه الصلاة والسلام صلاة المرأة في بيتها أفضل من صلاتها في حجرتها وصلاتها في مخدعها أفضل من صلاتها في بيتها ولانه يلزمهن أحد المحظورين اما قيام الامام وسط الصف وهو مكروه أو تقدم الامام وهو أيضا مكروه في حقهن فصرن كالعراة لم يشرع في حقهن الجماعة أصلا ولهذا لم يشرع لهن الاذان وهو دعاء الى الجماعة ولولا كراهية جماعتهن لشرع قال رحمه الله (فان فعلن يقف الامام وسطهن

كالمرأة) لان عائشة رضى الله عنها فعلت كذلك حين كان جماعتهن مستحبة ثم نسخ الاستحباب ولانها ممنوعة عن البروز ولا سيما فى الصلاة ولهذا كانت صلاتها فى بيتها أفضل وتخفض فى سجودها ولا تجافى بطنها عن فخذيها وفى تقديم امامتهن زيادة البروز فيكره بخلاف صلاة الجنازة حيث يصلين وحدهن جماعة لانها فريضة فلا تترك بالمحظور ولانها لم تشرع مكررة فاذا صلين فرادى تفوتهن بفراغ الواحدة قبلهن قال رحمه الله (ويقف الواحد عن يمينه) أى عن يمين الامام مساويا له وعن محمد رحمه الله أنه يضع اصبعه عند عقب الامام وهو الذى وقع عند العوام ولنا حديث ابن عباس رضى الله عنهما أنه قام عن يسار النبى صلى الله عليه وسلم فأقامه عن يمينه ويكره أن يقف عن يساره لما روينا ولا يكره أن يقف خلفه فى رواية ويكره فى أخرى ومنشأ الخلاف قول محمد ان صلى خلفه جازت وكذا ان وقف عن يساره وهو مسىء فمنهم من صرف قوله وهو مسىء الى الاخير ومنهم من صرفه الى الفعلين وهو الصحيح والصبى فى هذا كالبالغ حتى يقف عن يمينه قال رحمه الله (والاثنان خلفه) أى يقف الاثنان خلفه يعنى خلف الامام وعن أبى يوسف أنه يتوسطهما لما روى أن عبد الله بن مسعود صلى بعلقمة والاسود ووقف بينهما وقال هكذا صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا حديث جابر أنه قال قمت عن يسار النبى صلى الله عليه وسلم فأخذ بيدى وأدارنى حتى أقامنى عن يمينه فجاء جبار بن صخر حتى قام عن يساره عليه الصلاة والسلام فأخذ بأيدينا جميعا حتى أقامنا خلفه وفعل عبد الله بن مسعود كان لضيق المكان كذا قال ابراهيم النخعى وهو أعلم الناس بمذهب ابن مسعود ورفعه ضعيف أيضا والصحيح أنه موقوف عليه قاله النواوى ولئن صح فهو محمول على بيان الاباحة وما رويناه دليل الاستحباب والاولوية ولو كان معه صبى يعقل وامرأة يقوم الصبى عن يمينه والمرأة خلفهما قال رحمه الله (ويصف الرجال ثم الصبيان ثم النساء) لقوله عليه الصلاة والسلام ليلينى منكم أولو الاحلام والنهى وقال عليه الصلاة والسلام فى حديث مسلم عن أبى هريرة ان خير صفوف الرجال أولها وشرها آخرها وخير صفوف النساء آخرها وشرها أولها ولان فى المحاذاة مفسدة فيؤخرن وينبغى للقوم اذا قاموا الى الصلاة أن يتراصوا ويسدوا الخلل ويسووا بين مناكبهم فى الصفوف ولا بأس ان يأمرهم الامام بذلك لقوله عليه الصلاة والسلام سووا صفوفكم فان تسوية الصف من تمام الصلاة ولقوله عليه الصلاة والسلام لتسون صفوفكم أو ليخالفن الله بين وجوهكم وهو راجع الى اختلاف القلوب وينبغى للامام أن يقف بازاء الوسط فان وقف فى ميمنة الصف أو ميسرته فقد أساء لمخالفته السنة ألا ترى ان المحاريب لم تنصب الا فى الوسط وهى معينة لمقام الامام قال رحمه الله (وان حاذته مشتهاة فى صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء فى مكان متحد بلا حائل

بالاسكان وما كان منضما الاسين كالمار والساحة فهو بالفتح وأجازوا فى المفتوح الاسكان ولم يجيزوا فى الساكن الفتح اه غاية (قوله فى المتن كالمرأة) أى ليس من كل وجه بل فى أفضلية الانفراد وفى افضلية قيام الامام وسطهن وأما المرأة فيصلون قعودا بايماء فهو أفضل ولا كذلك النساء بل يصلين قائمات اه نهاية (قوله حيث يصلين وحدهن جماعة الى آخره) أى بلا كراهة اه كاكى وفتح (قوله وعن محمد انه يضع اصبعه الى آخره) والاول هو الظاهر اه هداية (قوله ويكره أن يقف عن يساره) أى وان كان المقتدى أطول وسجوده قدام الامام لم يضره لان العبرة لموضع الوقوف اه دراية (قوله لضيق المكان) قال ابن الهمام والجواب بأنه فعله لضيق المكان ليس بمكان بل ما قاله الحازمى انه منسوخ لانه عليه الصلاة والسلام انما فعله بمكة اذ فيها التطبيق وأحكام أخر هى الآن متروكة وهذا لمن جعلها ولما قدم عليه الصلاة والسلام المدينة تركه بدليل ما أخرجه مسلم عن جابر من الحديث الذى احتج به الشارح هنا اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ليلينى الى آخره) قيل استدلاله به على سنية صف الرجال ثم الصبيان ثم النساء لا يتم اذ ما فيه تقديم البالغين أو نوع منهم والاولى الاستدلال بما أخرجه الامام أحمد فى مسنده عن أبى مالك الاشعرى أنه قال يا معشر الاشعريين اجتمعوا واجمعوا نساءكم وأبناءكم حتى أريكم صلاة رسول الله صلى الله عليه وسلم فاجتمعوا وجمعوا أبناءهم ونساءهم ثم توضأ وأراهم كيف يتوضأ ثم تقدم فصف الرجال ثم أدنى الصف وصف الولدان خلفهم وصف النساء خلف الصبيان الحديث ورواه ابن أبى شيبة اه فتح واعلم ان صف الخنثى بين الصبيان والنساء وبعد النساء المراهقات اه فتح (قوله ان خير صفوف الرجال) أى أفضل صفوف الرجال فى صلاة الجنازة آخرها وفى غيرها أولها لاظهار التواضع فسدت لتكون شفاعته أدعى الى القبول اه قنية فى الجنائز (قوله الى اختلاف القلوب) أى وتغير بعضهم على بعض فيكون تحذيرا من وقوع التباغض والتنافر وعن القاضى عياض يحتمل أن يحول الله صورهم الى صورة حمار اه غاية (قوله فى المتن وان حاذته) أى المصلى أى اه ع (قوله فى المتن مشتهاة) أى فى الحال أو فى الماضى اه (قوله فى المتن فى صلاة الى آخره) فى محل النصب على الحال أى حال كونهما فى صلاة اه ع (قوله فى المتن فى مكان) نصب على الحال أيضا اه ولو قام واحد بجنب الامام وخلفه صف يكره بالاجماع كذا فى الدراية اه (قوله فى المتن بلا حائل) أى لان المحاذاة تقوم بهما فلو كانت علة الفساد وهى قائمة بهما لكان الحكم وهو الفساد ثابتا فى حقهما اذ الاستواء فى العلة يقتضى الاستواء فى المعلول اه رازى قال فى الذخيرة واذا وقف الرجل والمرأة

في مكان واحد يصلي كل منهما وحده لا تفسد صلاة الرجل وبهذه المسئلة تبين ان ما قال بعض المشايخ ان محاذاة المرأة الرجل في صلاة مشتركة انما توجب فساد صلاة الرجل لان المرأة من قرنها الى قدمها عورة فربما تشوش الامر على المصلي فيكون ذلك سببا لفساد صلاة الرجل ليس بصحيح اه وفي الذخيرة حكي عن مشايخ العراق صورة في المحاذاة تفسد فيها صلاة المرأة ولا تفسد صلاة الرجل وبيانها جاءت امرأة فشرعت في الصلاة بعدما شرع الرجل ناويا امامة النساء وذلك ان المرأة اذا كانت حاضرة حين شرع الرجل في الصلاة فقامت بحذائه يمكنه أن يؤخرها بالتقدم عليها خطوة أو خطوتين فاذا لم يتقدم لم يوجد منه التأخير لها فقد ترك فرض المقام وأما اذا جاءت بعدما شرع وعجز فيها لا يمكنه التأخير بالتقدم عليها بخطوة أو خطوتين لان ذلك مكروه في الصلاة وانما تأخيرها بالاشارة أو باليد أو بما أشبه ذلك فاذا فعل ذلك فقد وجد منه التأخير فيلزمها التأخر لترتب عليه موجبه فاذا لم تتأخر فقد تركت فرضا من فروض المقام فتفسد صلاتها قال وهي مسئلة عجيبة اه سروجي (قوله وقال الشافعي لا تفسد الى آخره) أي وهو القياس

فسدت صلاته ان نوى امامتها) وقال الشافعي رضي الله عنه لا تفسد اعتبارا بصلاتها وترك مكانها في الصف لا يوجب فساد صلاة الرجل كالصبي اذا حاذى الرجل فصارت كصلاة الجنازة ونحن نقول ان الرجل مأمور بتأخير النساء لقوله عليه الصلاة والسلام أخروهن من حيث أخرهن الله فاذا ترك التأخير فقد ترك مكانه فتفسد صلاته كالمقتدي اذا تقدم على امامه وكسائر المنهيات من الكلام والحدث ونحوهما من المفسد بخلاف صلاة المرأة لانها ليست بمأمورة بالتأخير ولان حالة الصلاة حالة المناجاة فلا ينبغي أن يخطر بالهشي من أسباب التحريك لانه قد يفضي الى فساد الصلاة ومحاذاتها الرجل لا يخلو عن ذلك غالبا فيكون التأخير من الفرائض صيانة لصلاته عن البطلان بخلاف محاذاة الصبي حيث لا تفسد لخلوه عما يوجب التشويش ولئن وجد فهو نادر وهو أيضا من جانب واحد وفي المرأة وجد الداعي من الجانبين فقوي السبب فافترقا وصلاة الجنازة ليست بصلاة من كل وجه وانما هي دعاء الميت ولانه لا يجوز الاقتداء بالمرأة اجماعا له لوجوب التأخير لا لذوات صلاتها كصلاة الصبي ولا التعار الفرض ولا العدم شرط من شروطها كأصحاب الاعذار من المستحاضة ونحوها وتلك العلة مشتركة بين أن تحاذيه وبين أن تتقدمه اذ عدم التأخير فيهما مع المشاركة في الصلاة قد وجد ولا يقال انه من أخبار الآحاد فلا تجوز الزيادة على الكتاب بمثله لانا نمنع ذلك ونقول انه من المشاهير فجاز الزيادة به على الكتاب والمعتبر في المحاذاة الساق والكعب على الصحيح وبعضهم اعتبر القدم ثم ما ذكره في المختصر من قوله فان حاذته امرأة الى آخره قد تضمن شروطا مجملة فلا بد من تفصيلها وتفسير كل شرط على حياله فنقول الشرط الاول أن تكون المرأة المحاذية مشتهاة بان كانت بنت سبع سنين اعتبارا بتزوجه عليه الصلاة والسلام عائشة رضي الله عنها فانه لم يتزوجها حتى صلحت كما ورد الخبر بذلك وقيل بنت تسع سنين نظرا الى بنائه عليه الصلاة والسلام بها ولهذا تبلغ في التسع والاصح أن السن التي ذكرت لا معتبر بها بل المعتبر أن تصلح للجماع بان تكون عبلة ضخمة ولا فرق بين أن تكون محرما أو أجنبية للاطلاق ولا تفسد بالمجنونة لعدم جواز صلاتها والشرط الثاني أن تكون الصلاة مطلقة وهي التي لها ركوع وسجود وان كانا يصليان بالايماء بعد أن تكون مطلقة في الاصل والشرط الثالث أن تكون الصلاة مشتركة بينهما تحريمة وأداء ويعني بالمشتركة تحريمة أن يكونا بانيين تحريمتهما على تحريمة الامام ويعني بالمشتركة أداء أن يكون لهما امام فيما يؤديانه تحقيقا أو تقديرا فالمدرك بان

للى آخره) أي وهو القياس اه غاية قال العيني وقالت الثلاثة المحاذاة غير مفسدة أصلا اه (قوله بخلاف محاذاة الصبي الى آخره) قال الكمال وأما محاذاة الامرد فصرح الكل بعدم افساده الا من شذ ولا متمسك له في الرواية كما صرحوا به ولا في الدراية لتصريحهم بان الفساد في المرأة غير معلول بعروض الشهوة بل هو لترك فرض القيام وليس هذا في الصبي ومن تساهل فعلل به صرح بنفيه في الصبي مدعيا عدم اشتهائه اه (قوله من المشاهير) قال الشيخ كمال الدين لم يثبت رفعه فضلا عن كونه من المشاهير وانما هو في مسند عبد الرزاق موقوفا على ابن مسعود رضي الله تعالى عنه اه (قوله وبعضهم اعتبر القدم الى آخره) قال الشيخ أكمل الدين في شرح تلخيص الخلاطي اعلم ان المحاذاة المفسدة هي أن تحاذي قدم المرأة عضوا من المصلي حتى لو كانت على ظلة وحاذت رجلا أسفل منها ان حاذى قدمها فسدت صلاته اه (قوله ان السن التي ذكرت الى آخره) أي السن من الفم مؤنثة والسن اذا عنيت به العمر مؤنثة أيضا لانها بمعنى المدة اه مصباح (قوله والثالث أن تكون الصلاة مشتركة الى آخره) وهو يتحقق باتحاد الفرضين وباقتداء المتطوعة بالمتطوع وبالمفترض اه (قوله على تحريمة الامام الى آخره) أو احداهما على الاخرى بأن كان أحدهما يؤم الآخر فيما يصح اتفاقا فلو اقتدت ناوية للعصر بمصلي الظهر فلم يصح من حيث الفرض وصح نفلا فحاذته ففي رواية باب الاذان تفسد وفي رواية باب الحدث من المبسوط لا وقيل رواية باب الاذان قولهما ورواية باب الحدث قول محمد بناء على مسئلة صلاة الفجر اذا طلعت الشمس في خلالها عندهما تنقلب نفلا وعند محمد تفسد بخلاف ما لو نوت ابتداء النفل حيث تفسد بلا تردد اه فتح (قوله أن يكون لهما امام) أي أو يكون أحدهما اماما للآخر فيما يؤديانه اه (قوله فيما يؤديانه تحقيقا) أي حال المحاذاة اه

تحريمته على تحريمته وكذا بان أداءه على أداء الامام حقيقة لانه خلف الامام ولم يفارقه من أول الصلاة
الى آخرها واللاحق بان تحريمته على تحريمة الامام حقيقة لالتزامه متابعته وهو الذى أدرك أول
الصلاة وفاته من الآخر بسبب النوم أو الحدث وكذا بان أداءه فيما يقضيه على أداء الامام تقديرا لانه
التزم متابعته فى أول الصلاة بالتحريمة فتثبت الشركة بينهما ابتداء فيبقى حكم تلك الشركة ما لم تنته
الافعال لان التحريمة لا تراد لذاتها بل للافعال فما بقى شئ من أفعال الصلاة تبقى الشركة على حالها فصار
اللاحق فيما يقضى كانه خلف الامام تقديرا ولهذا لا يقرأ ولا يلزمه السجود بسهوه واذا تبدل اجتهاده
فى القبلة تبطل صلاته ولو سبقه الحدث وهو مسافر فدخل مصره للوضوء بعد فراغ الامام لا تنقلب
أربعا وكذا لو نوى الاقامة بعد فراغ الامام لا تنقلب أربعا بخلاف ما لو كانا مسبوقين وحاذته
فيما يقضيان حيث لا تفسد صلاته وان كانا بانيين فى حق التحريمة لانهما منفردان فيما يقضيان ولهذا
يقرآن ويلزمهما السجود بسهوهما واذا تبدل اجتهادهما بعد فراغ الامام لا تبطل صلاتهما بل يتحولان
الى القبلة ويبنيان وتنقلب صلاتهما أربعا بدخول المصر أو نية الاقامة بعد فراغ الامام فحاصله أن
المسبوق منفرد فيما يقضيه الا فى أربع مسائل الاولى لا يجوز الاقتداء به لانه بان فى حق التحريمة بخلاف
المنفرد والثانية لو كبر ناويا باستئناف صلاته وقطعها يصير مستأنفا وقاطعا بخلاف المنفرد والثالثة
لو قام الى قضاء ما سبق به وعلى الامام سجدتا سهو فعليه أن يعود ولو لم يعد كان عليه أن يسجد فى آخر صلاته
بخلاف المنفرد حيث لا يلزمه السجود بسهو غيره والرابعة أنه يأتى بتكبيرات التشريق اجماعا بخلاف
المنفرد حيث لا يأتى بها عند أبى حنيفة رضى الله عنه وفيما وراء ذلك من الاحكام هو منفرد لعدم المشاركة
فيما يقضيه حقيقة وحكما ولو حاذته فى الطريق وهما لاحقان لا تفسد صلاته فى الاصح لانهما مشتغلان
باصلاح الصلاة لا بحقيقتها فانعدمت الشركة أداء وان وجدت تحريمة ولا بد من المجموع لبطلان الصلاة
ولو اقتديا فى الركعة الثانية ثم أحدثا فذهبا للوضوء ثم حاذته فى القضاء ينظر فان حاذته فى الاولى أو الثانية
وهى الثالثة والرابعة للامام تفسد صلاته لوجود الشركة فيهما تقديرا لكونهما لاحقين فيهما وان
حاذته فى الثالثة والرابعة لا تفسد لعدم المشاركة فيهما لكونهما مسبوقين والشرط الرابع أن يكونا فى
مكان واحد بلا حائل لان الحائل يرفع المحاذاة وأدناه قدر مؤخرة الرحل لان أدنى الاحوال القعود فقدر
أدناه به وغلظه مثل غلظ الاصبع والفرجة تقوم مقام الحائل وأدناها قدر ما يقوم فيه الرجل ولو كان
أحدهما على دكان قدر قامة الرجل والآخر أسفل لا تفسد صلاته لعدم تحقق المحاذاة والشرط
الخامس أن ينوى الامام امامتها أو امامة النساء وقت الشروع لا بعده وقال زفر لا يشترط نية امامتها قياسا
على الرجال واعتبره بالجمعة والعيدين ولنا أنه يلزمه الفساد من جهتها فلا بد من التزامه بالنية كالمقتدى
لما لزمه الفساد من جهة الامام لا بد من التزامه بالنية بخلاف الرجال وأما فى الجمعة والعيدين
فأكثرهم منعوا الحكم فيهما ومنهم من سلم وفرق بان فيهما ضرورة فانها لا تقدر على أدائهما وحدها ولأنها
لا تقدر على القيام بجنب الرجال لكثرة الازدحام فيهما فلا يفضى الى فساد صلاته ولا يقال ان المقتدى
يلزمه الفساد من جهتها ومع هذا لا يشترط التزامه بالنية فكذا الامام لانا نقول انه مولى عليه من جهة

(قوله واللاحق الى آخره وهو الذى أدرك أول الصلاة الى آخره) قال الشيخ كمال الدين رحمه الله واللاحق من يقضى بعد فراغ الامام
ما فاته مع الامام بعدما أدركه معه واتمام نقل من أدرك أول صلاة الامام ثم فاته بعضها الى آخره كما يقع فى بعض الالفاظ لانه غير جامع
لخروج اللاحق المسبوق اه (قوله لا تنقلب أربعا) أى لان امامه لا يلحق صلاته تغيير فى هذه الحالة فكذا هو فكأنه فرغ منها بفراغه
اه غاية (قوله بخلاف ما لو كانا مسبوقين الى آخره) قال فى الغاية واستشهد فى الجامع للفرق بين اللاحق
والمسبوق بمسائل منها اذا
صلى الامام بالتحرى وخلفه
لاحق ومسبوق فعلما
بالقبلة بعد فراغ الامام
تفسد صلاة اللاحق لانه
خلفه حكما وقد عجز عن المضى
فى صلاته لانه ان تمادى على
حاله صلى الى غير القبلة
عنده وان استقبل بها
عنده فقد خالف امامه
وهو خلفه حكما اه (قوله
ولو حاذته فى الطريق) أى
فى الذهاب أو العود اه ش
تلخيص (قوله لا بحقيقتها)
أى وهذا انما يأتى على
قول من لا يشترط اداء
ركن بالمحاذاة اه غاية (قوله
ولو اقتديا) أى رجل وامرأة
اه قال صاحب الغاية
وشرط فى الينابيع شرطا
سادسا فقال اذا نوى الامام
امامتها الا أنهما لم يقتديا به
فى أول صلاته فصلاتهما
جائزة لان الشركة لم توجد
من كل وجه حيث انفردا
فى بعضها فلذا وجدت
الشركة من أول الصلاة
فوقفت بجنب الامام فسدت
صلاته فصلاتها مع القوم
لفساد صلاة إمامهم
والصحيح أن ذلك ليس بشرط
ثم ساق معربا الى المختبر ما ذكره الشارح بقوله ولو اقتديا فى الركعة الثانية ثم أحدثا الى آخره دليلا على بطلان ذلك الامام
والله سبحانه أعلم اه (قوله لكونهما مسبوقين الى آخره) وهذا بناء على ان اللاحق المسبوق يقضى أولا ما لحق فيه ثم ما سبق به وهذا عند زفر
ظاهر وعندنا وان صح عكسه لكن يجب هذا فباعتباره يفسد اه فتح (قوله ولو كان أحدهما على دكان الى آخره) بيان لمحترز قوله فى مكان
واحد اه (قوله فأكثرهم الى آخره) قال الكمال رحمه الله واعلم أن اقتداءهن فى الجمعة والعيدين عند كثير لا يجوز الا بالنية وعند الاكثر
يجوز بدونها نظرا الى اطلاقهم الجواب حملا على وجوب النية وان لم يستفسر حاله اه (قوله منعوا الحكم) أى وهو جواز الاقتداء بلا نية اه

(قوله وإنما تشترط نية الامامة اذا ائتمت به) أي اذا اقتدت بالامام محاذية له تشترط نية الامام لفسادها الصلاة وأما اذا وقفت خلفه فاما ان يكون خلفها رجل أولا فان كان فالصواب ان اقتداءها لا يصح الا بالنية من جهة الامام لانه يلزم الفساد على من بجنبها وذلك يستدعي النية ممن بجنبها على الاصل المار الا انه مولى عليه من جهة امامه فيتوقف ما يلزمه على التزام امامه وان لم يكن بجنبها رجل ففيه روايتان في رواية لا يصح اقتداؤها لاحتمال الفساد من جهتها بالمشي والمحاذاة فتحتاج الى الالتزام وفي رواية يصح وعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق وهو ان الفساد في الاول وهو ما اذا كانت محاذية لازم أي واقع وفي الثاني وهو ما اذا كانت خلفه وليس

الامام ولهذا يتحمل عنه القراءة ويلزمه حكم سهوه فكان تبعاله والتزامه التزاماله وإنما تشترط نية الامامة اذا ائتمت به محاذية له فان لم يكن بجنبها رجل ففيها روايتان في رواية كالاول فلا فرق بينهما وفي رواية تصير داخلة في صلاته من غير نية الامام ثم ان لم تحاذ أحدا تمت صلاتها وان تقدمت حتى حاذت رجلا أو وقف بجنبها رجل بطلت صلاتها وصحت صلاة الرجل والفرق بينها وبين المحاذية ابتداء أن الفساد في هذه محتمل وفي تلك لازم ولا يشترط حضور النساء لصحة نيتهن وقيل يشترط ولو نوى النساء الا امرأة واحدة بعينها فحاذته لا تفسد صلاته روي ذلك عن أبي يوسف رحمه الله والشرط السادس وهو لم يذكره في المختصر أن تكون المحاذاة في ركن كامل حتى لو كبرت في صف وركعت في آخر وسجدت في ثالث فسدت صلاة من عن يمينها ويسارها وخلفها من كل صف فصار كالمدفوع الى صف النساء وفي ملتقى البحار يشترط أن تؤدي ركنا محاذية عند محمد وعند أبي يوسف لو وقفت مقدار ركن فسدت وان لم تؤد وفي مختصر البحر المحيط لو حاذته أقل من مقدار ركن فسدت عند أبي يوسف وعند محمد لا يفسد الا مقدار الركن والشرط السابع وهو أيضا لم يذكره في المختصر أن تكون جهتهما متحدة حتى لو اختلفت لا يفسد ذكره في الغاية في باب الصلاة في الكعبة ولا يتصور اختلاف الجهة الا في جوف الكعبة أو في ليلة مظلمة وصلى كل واحد بالتحري الى جهة والشامل للجميع أن يقال ان حاذته مشتهاة في ركن من صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء في مكان متحد بلا حائل ولا فرجة أفسدت صلاته ان نوى امامتها وكانت جهتهما متحدة ثم المرأة الواحدة تفسد صلاة ثلاثة واحد عن يمينها وآخر عن يسارها وآخر خلفها ولا تفسد أكثر من ذلك لان الذي فسدت صلاته من كل جهة يكون سترة لا بينها وبين الرجال والمرأتان يفسدان صلاة أربعة واحد عن يمينهما وآخر عن يسارهما وصلاة اثنين خلفهما بحذائهما لان المثنى ليس بجمع تام فهما كالواحدة فلا يتعدى الفساد الى آخر الصفوف وان كن ثلاثا أفسدن صلاة واحد عن يمينهن وآخر عن يسارهن وثلاثة ثلاثة الى آخر الصفوف وهذا جواب الظاهر وفي رواية الثلاث كالصف حتى تفسد صلاة الصفوف خلفهن الى آخر الصفوف لان الثلاث جمع كامل فيصرن كالصف وعن أبي يوسف أن المثنى كالثلاث لان الامام يتقدمهما كما يتقدم الثلاث وعنه أنه جعل الثلاث كالاثنين حتى لا يفسدن الا صلاة خمسة ولا يسري الفساد الى آخر الصفوف لان الاثر ورد في الصف التام وهو قول عمر رضي الله عنه من كان بينه وبين امامه طريق أو نهر أو صف من نساء فليس هو مع الامام ولو كان صف تام من النساء خلف الامام ووراءهن صفوف من الرجال فسدت صلاة تلك الصفوف كلها والقياس أن تفسد صلاة صف واحد لا غير لوجود الحائل في حق باقي الصفوف وجه الاستحسان ما تقدم من أثر عمر رضي الله عنه قال رحمه الله (ولا يحضرن الجماعات) يعني في الصلوات كلها ويستوي فيه الشواب والعجائز وهو قول المتأخرين لظهور الفساد في زماننا وعند أبي حنيفة لا بأس أن تخرج العجوز في الفجر والمغرب والعشاء والعيدين ويكره في الظهر والعصر والجمعة وقيل المغرب كالظهر لانتشار الفساق فيه والجمعة كالعيدين لامكان الاعتزال وقالا يخرجن في الصلوات كلها لانه لا فتنة لقلة الرغبة فيهن فصار كالعيدين

بجنبها رجل محتمل لاحتمال ان يمشي فتحاذي ولكن الظاهر عدم ذلك فلم تشترط نية الامام هذا في صلاة يشتركان فيها وأما في صلاة لا يشتركان فيها فالتقدم عليه ومحاذاتها اياه يورث الكراهة اه كاكي (قوله لا تفسد صلاته روي ذلك عن أبي يوسف) أي صاحب المحيط اه غاية (قوله وخلفها من كل صف) أي لانها أدت ركنا من أركان صلاتها في كل صف اه غاية (قوله في باب الصلاة في الكعبة الى آخره) قال في الغاية في آخر باب الصلاة في الكعبة ﴿فرع﴾ امرأة وقفت بحذاء الامام وقد نوى امامة النساء واستقبلت الجهة التي استقبلها الامام فسدت صلاة الكل وان استقبلت جهة أخرى لا تفسد ذكره المرغيناني اه (قوله والشامل للجميع الى آخره) قال الكمال رحمه الله والجامع أن يقال محاذاة مشتهاة منوية الامامة في ركن صلاة مطلقة مشتركة تحريمة وأداء مع اتحاد مكان وجهة دون حائل ولا فرجة اه (قوله وهذا جواب الظاهر الى آخره) أي وعليه الفتوى وكثيرا ما تفسد الصلاة بهذا السبب في المسجد الحرام والمسجد الاقصى اه زاد الفقير (قوله في المتن ولا يحضرن الجماعات) قال العيني رحمه الله ويدخل في قوله الجماعات الجمع والاعياد والاستسقاء ومجالس الوعظ ولا سيما عند الجهال الذين تحلوا بحلية العلماء وقصدهم الشهوات وتحصيل الدنيا اه (قوله لا بأس أن تخرج العجوز الى آخره) أي ولا يقال عجوزة قاله الجوهري والعوام تقوله (قوله لانتشار الفساق فيه) أي وعليه مشى صاحب الخلاصة اه

وله أن فرط الشبق حامل فتقع الفتنة غير أن الفساق انتشارهم في الظهر والعصر والجمعة أما في الفجر والعشاء فهم نائمون وفي المغرب بالطعام مشغولون والمختار في زماننا المنع في الجميع لتغير الزمان ولهذا قالت عائشة رضي الله عنها لو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم رأى من النساء ما رأينا لمنعهن من المسجد كما منعت بنو إسرائيل نساءها والنساء أحدثن الزينة والطيب ولبس الحلي ولهذا منعهن عمر رضي الله عنه ولا ينكر تغير الاحكام لتغير الزمان كغلق المساجد يجوز في زماننا على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفسد اقتداء رجل بامرأة أو صبي) أما المرأة فلما رويناه وأما الصبي فلما نبينه وقال الشافعي يجوز الاقتداء بالصبي لما روي أن عمرو بن سلمة قدمه قومه وهو ابن ست أو سبع فكان يصلي بهم ولنا قول ابن مسعود رضي الله عنه لا يؤم الغلام الذي لا تجب عليه الحدود وعن ابن عباس لا يؤم الغلام حتى يحتلم ولانه متنفل فلا يجوز أن يقتدي به المفترض على ما يأتي بيانه وأما إمامة عمرو فليس بمسموع من النبي صلى الله عليه وسلم وإنما قدموه باجتهاد منهم لكونه أحفظ منهم لما كان يتلقى من الركبان حين كانت تمر بهم فكيف يستدل بفعل الصغير على الجواز وقد قال هو بنفسه وكانت علي بردة وكنت اذا سجدت تقلصت عني فقالت امرأة من الحي ألا تغطوا عنا است قارئكم والعجب من الشافعية أنهم لم يجعلوا قول أبي بكر الصديق وعمر الفاروق وغيرهما من كبار الصحابة وأفعالهم حجة واستدلوا بفعل صبي مثل هذا حاله وفي النوافل جوزه مشايخ بلخ واختاره محمد بن مقاتل للحاجة ولانه صلاة حقيقة وان لم يلزمه القضاء بالافساد فصار اقتداء المتنفل به كالظان وهو الذي يشرع على ظن أنها عليه أو قام الى الخامسة على ظن أنها ثالثة ثم تبين أنها بخلافه فانه لا يلزمه القضاء بالافساد لما عرف في موضعه ومع هذا يجوز الاقتداء به فكذا هذا ومنهم من حقق الخلاف بين أبي يوسف ومحمد فجوزه محمد ومنعه أبو يوسف ولم يجوزه مشايخ بخارى وهو المختار لان نفل الصبي دون نفل البالغ حيث لا يلزمه القضاء بالافساد ولا يبنى القوي على الضعيف بخلاف الظان لانه مجتهد فيه فاعتبر العارض عدما وبخلاف اقتداء الصبي بالصبي لان الصلاة متحدة قال رحمه الله (وطاهر بمعذور) أي فسد اقتداؤه به لان أصحاب الاعذار كمن به سلس البول والمستحاضة يصلون مع الحدث حقيقة لكن جعل الحدث الموجود حقيقة كالمعدوم حكما في حقهم للحاجة الى الاداء فلا يتعداهم وهذا لان الصحيح أقوى حالا منهم فلا يجوز بناء القوي على الضعيف وهو الحرف في جنس هذه المسائل ويجوز اقتداء المعذور

(قوله ولهما أن فرط الشبق) قال في الغاية وأفرط في الامر اذا بالغ وفيه الحقو الاسم منه الفرط بالتسكين يقال اياك والفرط في الامر والشبق شدة الغلمة من شبق الفحل بالكسر اذا اشتدت غلمته أي شهوته اه (قوله والمختار في زماننا المنع في الجميع) قال الكمال رحمه الله الا العجائز المتفانية فيما يظهر لي دون العجائز والمتبرجات وذوات الرمق اه (قوله عمرو بن سلمة) سلمة بكسر اللام الجرمي إمام قومه قال العراقي اختلف في صحبته وأما عمر بن أبي سلمة بضم العين وفتح اللام فهو ربيب رسول الله صلى الله عليه وسلم اه (قوله جوزه مشايخ بلخ الى آخره) وقد كان الحسن بن علي رضي الله عنهما وهو صبي يؤم عائشة رضي الله عنها في التراويح اه جوهرة (قوله دون نفل البالغ) أي حيث لا يجب بالشروع نفله اه كاكي (قوله بخلاف الظان لانه مجتهد فيه الى آخره) اذ عند زفر يجب القضاء إذا أفسد المظنون قاسه على المتفق عليه من الاحرام بنسك مظنون فانه مضمون حتى اذا ظهر أنه لا نسك كان احرامه لازما الفعل والصدقة المظنون وجوبها فانه اذا تبين ان لاشيء عليه ليس له أن يستردها من الفقير والجواب الفرق بالعلم بفرق الشرع فانه ظهر منه أن لا يخرج من احرام وان عرضت ضرورة توجب رفضه الا بافعال أو دم ثم قضاء أصله من أحصر واضطر الى ذلك أو فاته الحج لم يتمكن شرعا من الخروج بلا لزوم شيء ثم القضاء وأما الصدقة فان الدفع على ذلك الظن يوجب أمرين سقوط الواجب وثبوت الثواب فاذا كان الوجوب منتفيا في نفس الامر ثبت الآخر لانه دفعه تقربا الى الله تعالى يطلب به ثوابه وقد حصل وثبت الملك بواسطة ذلك للفقير فلا يتمكن من دفعه بخلاف من دفع لقضاء دين يظنه ولا دين لم يثبت فيه ملك المدفوع اليه فكان بسبيل من أن يسترده وأما الصلاة فقد ثبت شرعا قبول ما هو منها الفرض اجماعا كما في زيادة ما دون الركعة وتمام الركعة أيضا على الخلاف فلم تلزم لزومها اذا ظهر عدم وجوبها والحال انه لم يفعلها الا مسقطا والله سبحانه وتعالى أعلم اه فتح (قوله فاعتبر العارض) أي عارض ظن الامام عدما في حق من اقتدى به فجعل كأن الضمان غير ساقط في حق المقتدي فبقي اقتداء ضامن بضامن وذلك لان العارض غير معتد عرض بعد أن لم يكن بخلاف الصبا لانه أصلي فلم يجعل معدوما اه كاكي (قوله لان الصلاة متحدة) أي في عدم اللزوم اه غاية (قوله فسد اقتداؤه به) وقال زفر يجوز وبه قال الشافعي اه ع (قوله ويجوز اقتداء المعذور بالمعذور ان اتحد عذرهما) مخالف لقول الزاهدي واقتداء المستحاضة بالمستحاضة والضالة بالضالة لا يجوز كالخنثى المشكل بالخنثى المشكل اه وفي الضالة نقلا عن مختصر البحر المحيط لو اقتدى خنثى بمثله يجوز استحسانا وفي القياس لا يجوز لاحتمال انه أنثى والمقتدي به ذكر وقال في الوبري لا يجوز لما ذكرنا وكذا في المحيط اه قال الحدادي رحمه الله ويصلي من به سلس البول خلف مثله وأما اذا صلى خلف من به السلس وانفلات الريح لا يجوز لان الامام صاحب عذرين والمأموم صاحب عذر واحد اه

المعذور بالمعذور إن اتحد عذرهما وإن اختلف فلا يجوز قال رحمه الله (وقارئ بأمي) لأن القارئ أقوى حالا منه وكذا لا يجوز اقتداء أمي بأخرس لأن الأمي أقوى حالا منه لقدرته على التحريمة قال رحمه الله (ومكتس بعار وغير موم بموم) لقوة حالهما والشيء لا يتضمن ما هو فوقه قال رحمه الله (ومفترض بمتنفل) وقال الشافعي يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل لحديث معاذ أنه كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم العشاء الآخرة ثم يرجع الى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة وهي له تطوع ولهم فرض لأنه لا يظن بمعاذ أنه كان يصلي النافلة خلف النبي صلى الله عليه وسلم ويترك فضيلة الفرض مع النبي صلى الله عليه وسلم مع نهيه عليه الصلاة والسلام عن ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام إنما جعل الإمام ليؤتم به فلا تختلفوا على أئمتكم وهو يوجب الموافقة في نفس الصلاة وأوصافها وفي الأفعال وصفة الفرضية لم توجد في صلاة الإمام فقد اختلفوا عليه ولهذا لا تجوز الجمعة خلف من يصلي الظهر أو الفجر أو النفل ولأنه لو جاز لما شرع صلاة الخوف مع التنافي بل كان عليه الصلاة والسلام يصلي بكل طائفة على حدة والجواب عن حديث معاذ أنه كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم نافلة ومع قومه فريضة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام يا معاذ إما أن تصلي معي وإما أن تخفف على قومك ولو كان يصلي معه الفرض لم يكن لهذا الكلام معنى فعلم بهذا أن معاذا كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم النافلة ولا يكون بذلك تاركا لفضيلة الصلاة خلف النبي صلى الله عليه وسلم بل يكون جامعا بين الفضيلتين فضيلة الصلاة خلف النبي صلى الله عليه وسلم

(قوله في المتن وقارئ بأمي) قال في الظهيرية القارئ إذا اقتدى بأمي قيل يصير شارعا في صلاة نفسه وقيل لا يصير شارعا وفي رواية عدم الشروع أصح اه وفي الخلاصة أن من لا يحسن شيئا من القرآن عن ظهر القلب يكون أميا حتى يصلي بغير قراءة فعلى هذا من قدر على القراءة من المصحف ولم يحفظ يكون أميا اه كاكي وقال في الغاية قال الأمي عندنا من لا يحفظ من القرآن ما تصح به صلاته اه قال الأكمل ومن أحسن قراءة آية من التنزيل خرج عن كونه أميا عند أبي حنيفة وثلاث آيات أو آية طويلة عندهما فيجوز اقتداء من يحفظ التنزيل به لأن فرض القراءة يتم بما ذكرنا من المقدار اه ولو اقتدى الأمي بالقارئ فتعلم سورة في وسط الصلاة قال الفضلي لا تفسد صلاته لأن صلاته كانت بقراءة وقال غيره تفسد لأنه يقوى حاله ثم ذكر في جنس هذه المسائل أن صلاة الإمام جائزة إلا إذا كان الإمام أميا والمقتدي قارئا أو أخرس والمقتدي أميا حيث لا يجوز وفي كل موضع لا يجوز الاقتداء هل يصير شارعا في صلاة نفسه في رواية باب الحدث وزيادات الزيادات لا يصير حتى لو ضحك قهقهة لا ينتقض وضوءه وفي رواية باب الأذان يصير شارعا وفي المحيط الصحيح هو الأول لأنه نص عليه محمد في الأصل حتى لو كان متطوعا لا يلزمه القضاء لأن الشروع كالنذر ولو نذر أن يصلي بغير قراءة لا يلزمه القضاء فكذا إذا شرع وفيه نوع تأمل وقيل ما ذكر في باب الحدث قول محمد وما ذكر في باب الأذان قولهما بناء على أن فساد الجهة يوجب فساد التحريمة عنده خلافا لهما اه دراية وهذا الفرع سيأتي في كلام الشارح عند قوله في المتن أو تعلم أمي سورة وقد ذكر هناك أن صلاته تفسد عند العامة لأن الصلاة بالقراءة حقيقة فوق الصلاة بالقراءة حكما فلا يمكنه البناء عليها اه قوله ولم يحفظ يكون أميا انظر الى ما كتب على هامش شرح المجمع عند قوله القراءة فيها من مصحف مفسدة منقولا عن أبي البقاء اه (قوله في المتن وغير موم بموم) قال في الهداية وفيه خلاف زفر اه (قوله لقوة حالهما الى آخره) المراد بقوة الحال الاشتمال على ما لم تشتمل عليه صلاة الإمام مما تتوقف عليه الصلاة اه (قوله في المتن ومفترض بمتنفل الى آخره) قال الكمال رحمه الله ثم قيل إنما لا يجوز اقتداء المفترض بالمتنفل في جميع الصلاة لا في البعض فإن محمدا ذكر إذا رفع الإمام رأسه من الركوع فاقتدى به إنسان فسبق الإمام الحدث قبل السجود فقدمه صح ويأتي بالسجدتين ويكونان نفلا للخليفة حتى يعيدهما بعد ذلك وفرضا في حق من أدرك الصلاة وكذا المتنفل إذا اقتدى بالمفترض في الشفع الثاني يجوز وهو اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القراءة والعامة على المنع مطلقا ومنعوا نفلية السجدتين بل هما فرض على الخليفة ولهذا لو تركهما فسدت لأنه قام مقام الأول فلزمه ما لزمه وقالوا صلاة المتنفل المقتدي أخذت حكم الفرض بسبب الاقتداء ولهذا لزمه قضاء ما لم يدركه مع الإمام من الشفع الأول فكذا لو أفسد على نفسه لزمه قضاء الأربع اه فليتأمل (قوله لحديث معاذ أنه كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) في الصحيحين عن جابر أن معاذا كان يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم عشاء الآخرة ثم يرجع الى قومه فيصلي بهم تلك الصلاة لفظ مسلم وفي لفظ البخاري فيصلي بهم الصلاة المكتوبة تقدم ذكره في كتاب الأدب وروى الشافعي عن جابر كان معاذ بن جبل يصلي مع النبي صلى الله عليه وسلم العشاء ثم ينطلق الى قومه فيصليها بهم هي له تطوع ولهم فريضة انتهى كمال (قوله إذا أقيمت الصلاة فلا صلاة إلا المكتوبة الى آخره) المفهوم منه أن لا يصلي نافلة غير الصلاة التي تقام لأن المحذور وقوع الخلاف على الأئمة وهذا المحذور منتف مع الاتفاق في الصلاة المقامة اه غاية قال في الغاية وقد رد الحافظ أبو جعفر الطحاوي رحمه الله الزيادة التي هي له تطوع ولهم فريضة فقال قد روى ابن عيينة عن عمرو بن دينار حديث جابر هذا ولم يذكر فيه هي له تطوع ولهم فريضة فيجوز أن يكون من قول ابن جريج أو من قول عمرو أو من قول جابر بناء على ظن واجتهاد لا بجزم اه وقال في الدراية وقد سئل أحمد عن حديث معاذ فضعف هذه الزيادة وقال من كلام ابن عيينة اه

(قوله اذ لا يجوز اقتداء الى آخره) لعل لا زائدة اه كذا بخط شيخنا الغزى رحمه الله (قوله الا بمفترض الى آخره) كذا هو ثابت فى بعض النسخ وعلى هذا فلفظة لا من قوله اذ لا يجوز ليست بزائدة اه وفى مسودة المصنف لفظة لا ثابتة ولفظة الا ساقطة اه (قوله وحاصله أن اتحاد الصلاتين شرط الى آخره) لو صلى ركعتين من العصر فغربت الشمس فجاء انسان واقتدى به فى الأخريين يجوز وان كان هذا قضاء للمقتدى لان الصلاة واحدة ذكره فى الظهيرية وقد نقلت عبارتها على هامش شرح المجمع عند ومفترض متنفلا ولا تعكس اه فعلى ما ذكره يجوز اقتداء القاضى بالقاضى اذا فاتتهما صلاة واحدة من يوم واحد كالاداء وبه صرح فى الغاية قال قبيل الكلام الولوالجى رحمه الله فى الفصل العاشر من كتاب الصلاة على مسئلة المحاذاة ولو نسى رجل الظهر وآخر العصر فأم أحدهما الآخر لم تجز صلاة المؤتم وكذلك لو كانت صلاة واحدة فاتتهما من يومين ولو كانت من يوم واحد جازت صلاتهما لان صلاة القوم بناء على صلاة الامام حتى فسدت صلاة القوم بفساد صلاة الامام وتنتقص بسهو الامام والبناء على المعدوم باطل وعلى الموجود صحيح ففى المسئلتين السابقتين تعقدت تحريمة القوم لصلاة موصوفة بوصف عدم ذلك الوصف فى صلاة الامام فكان هذا بناء على المعدوم وفى المسئلة الثالثة اتصف صلاة الامام والمقتدى بصفة واحدة ووجبتا بسبب واحد فكان بناء على الموجود اه (قوله بعين ما نذر به صاحبه) أى بأن يقول نذرت أن أصلى الركعتين اللتين نذرهما فلان اه (قوله ولا يجوز اقتداء الناذر بالحالف الى آخره) ولا من يصلى ركعتى الطواف خلف من يصليهما اه زاد الفقير (قوله مقلدا أبى يوسف) أى ومحمد اه غاية (قوله لاتحاد الصلاة) قال المرغينانى وعندى نظيره من صلى ركعتين من العصر فغربت الشمس فاقتدى به انسان فى الأخريين يجوز وان كان هذا قضاء فى حق المقتدى لان الصلاة واحدة اه غاية (قوله ذكر فى باب الحدث أنه لا يصير شارعا الى آخره) أى وهو الصحيح كما سبق نقلا عن الهداية و... (قوله لا اقتداء متوضئ الى آخره) وفى الخلاصة اقتداء المتوضئ بالمتيمم فى صلاة الجنازة جائز بلا خلاف اه فتح (قوله أى لا ... الى آخره) ... الاسلام بان لا يكون مع المتوضئين ماء خلافا لزفر وأصله فرع اذا رأى المتوضئ المقتدى بمتيمم ماء فى الصلاة لم ... فسدت صلاته ... لا عند زفر لاعتقاده فساد صلاة امامه لوجود الماء ومنعه زفر بان وجوده غير مستلزم لعلمه به وهو ظاهر وينبغى أن يحكم بحصول الفساد عندهم اذا ظن علم امامه به لان اعتقاده فساد صلاة امامه بذلك اه فتح (قوله وهو متيمم عن الجنابة الى آخره) والمحدث المتيمم أولى بالامامة من الجنب المتيمم اه كنوز الفقه للرعشى

وفضيلة اقامة الجماعة فى قومه والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة النهى عن الانفراد لا أن يوافق الامام فى صفة الفرضية بدليل قوله عليه الصلاة والسلام للذين صليا الفرض فى رحالهما اذا صليتما فى رحالكما ثم أتيتما مسجد جماعة فصليا معهم فانها لكما نافلة ولو كان المراد بالنهى مطلق النفل لما صح هذا قال رحمه الله (وبمفترض آخر) أى لا يجوز اقتداء مفترض بمفترض فرضا آخر وآخر صفة لفرض محذوف كما قدرنا ولا يجوز أن يكون صفة لمفترض لفساد المعنى اذ لا يجوز اقتداء المفترض الا بمفترض آخر وحاصله أن اتحاد الصلاتين شرط لصحة الاقتداء لان الاقتداء شركة وموافقة فلا يكون ذلك الا بالاتحاد وذلك بأن يمكنه الدخول فى صلاته بنية صلاة الامام فتكون صلاة الامام متضمنة لصلاة المقتدى وهو المراد بقوله عليه الصلاة والسلام الامام ضامن أى تتضمن صلاته صلاة المقتدى ولهذا لا يجوز اقتداء الناذر بالناذر لان المنذور انما يجب بالتزامه فلا يظهر الوجوب فى حق غيره لعدم ولايته عليه فيكون بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل الا اذا نذر أحدهما بعين ما نذر به صاحبه فاقتدى أحدهما بالآخر صح للاتحاد ولو أفسد كل واحد منهما التطوع بعد الشروع فيه ثم اقتدى أحدهما بالآخر فى قضائه لا يجوز للاختلاف ولو كان أحدهما مقتديا بالآخر فأفسداه ثم اقتدى أحدهما بالآخر صح للاتحاد كما يصح قبل الافساد ويجوز اقتداء الحالف بالحالف لان وجوبهما عارض لتحقق البر فبقيت نفلا ولا يجوز اقتداء الناذر بالحالف لقوة النذر وعلى العكس يجوز ولو اقتدى مقلدا أبى حنيفة فى الوتر بمقلد أبى يوسف يجوز لاتحاد الصلاة ولا تختلف باختلاف الاعتقاد ثم فى كل موضع لم يصح الاقتداء من هذه المسائل هل يصير شارعا فى التطوع أم لا ذكر فى باب الحدث أنه لا يصير شارعا فيه وذكر فى باب الاذان أنه يصير شارعا فمن المشايخ من قال فى المسئلة روايتان ومنهم من قال ما ذكر فى باب الحدث قول محمد وما ذكر فى باب الاذان قولهما بناء على ان الفرض اذا بطل ينقلب نفلا كشركة المفاوضة اذا بطلت تنقلب عنانا وعند محمد اذا بطلت جهة الفرضية يبطل أصل الصلاة قال الراجى عفو ربه الاشبه أن يقال ان فسدت لفقد شرط الصلاة كالطاهر خلف المعذور لا يكون شارعا وان كان للاختلاف بين الصلاتين ينبغى أن يكون شارعا فيه غير مضمون بالقضاء لاجتماع شرائطه فصار كالظان وثمرة الخلاف تظهر فى حق بطلان الوضوء بالقهقهة قال رحمه الله (لا اقتداء متوضئ بمتيمم) أى لا يفسد اقتداء متوضئ بمتيمم وقال محمد يفسد لانها طهارة ضرورية والطهارة بالماء أصلية فيكون بناء القوى على الضعيف فلا يجوز ولهما ما روى ان عمرو بن العاص صلى بأصحابه وهو متيمم عن الجنابة وهم متوضئون فعلم النبى صلى الله عليه وسلم ولم يأمرهم بالاعادة ولانها طهارة مطلقة ولهذا لا تتقدر

بقدر

تقدر الحاجة عندنا وقيل هذا الخلاف بناء على أن التراب خلف عن الماء عندهما فيعمل عمله وعند محمد أن الطهارة بالتراب بدل عن الطهارة بالماء فيكون بناء القوي على الضعيف فلا يجوز قال رحمه الله (وغاسل بماسح) لاستوا حالهما ولهذا الان الخف مانع من سراية الحدث الى القدم وما حل بالخف يزيله المسح بخلاف المستحاضة لان الحدث موجود حقيقة وان جعل في حقها معدوما حكما للضرورة والماسح على الجبيرة كالماسح على الخفين بل أولى لانه كالغسل لما تحته قال رحمه الله (وقائم بقاعد وبأحدب) أما اقتداء القائم بالقاعد فالمذكور هنا قولهما وقال محمد لا يجوز وهو قول مالك لقوله عليه الصلاة والسلام لا يؤمن أحد بعدي جالسا ولان حال القائم أقوى من حال القاعد فلا يجوز بناء القوي على الضعيف ولهما حديث عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر في مرضه الذي توفي فيه أبا بكر رضي الله عنه أن يصلي بالناس فلما دخل أبو بكر في الصلاة وجد النبي صلى الله عليه وسلم من نفسه خفة فقام يهادى بين رجلين ورجلاه تخطان في الارض فجاء فجلس عن يسار أبي بكر فكان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي بالناس جالسا وأبو بكر قائما يقتدي أبو بكر بصلاة النبي صلى الله عليه وسلم ويقتدي الناس بصلاة أبي بكر رواه البخاري ومسلم وهذا صريح بأنه عليه الصلاة والسلام كان إماما ولهذا جلس عن يسار أبي بكر ومعنى قولها ويقتدي الناس بصلاة أبي بكر فأبو بكر كان مبلغا حينئذ اذ لا يجوز أن يكون للناس إمامان في صلاة واحدة ألا ترى أنه جاء في بعض رواياته وأبو بكر يسمع الناس تكبيره ومارواه ضعفه أبو عمر بن عبد البر وأما إمامة الاحدب فقد ذكر في الذخيرة أنه يجوز ولم يحك خلافا وذكر القرتاشي أن حدبه اذا بلغ حد الركوع على الخلاف وهو الاقيس لان القيام هو استواء النصفين وقد وجد استواء نصفه الاسفل فيجوز عندهما كما يجوز أن يؤم القاعد القائم لوجود استواء نصفه الاعلى وعند محمد لا يجوز وفي الفتاوى الظهيرية لا تصح إمامة الاحدب للقائم هكذا ذكر محمد في مجموع النوازل وقيل يجوز والاول أصح ولو كان بقدم الامام عوج فقام على بعضها يجوز وغيره أولى قال رحمه الله (وموم بمثله) وسواء كان الامام يومئ قائما أو قاعدا لاستوائهما وان كان مضطجعا والمؤتم قاعدا أو قائما لا يجوز لان القعود مقصود بدليل وجوبه عليه عند القدرة بخلاف القيام لانه ليس بمقصود لذاته ولهذا لا يجب عليه القيام مع القدرة عليه اذا عجز عن السجود فكان القاعد أقوى حالا وقيل يجوز والمختار

قوله في المتن وغاسل بماسح) أي وهذا بالاجماع اه ع (قوله وقال محمد لا يجوز) أي وهو القياس اه (قوله فلما دخل أبو بكر في الصلاة) وكانت هذه الصلاة الظهر يوم السبت أو الاحد وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاثنين رواه البيهقي وغيره وفي البخاري أنها صلاة الظهر وقال ابن حجر في فتح الباري انه صريح في أن الصلاة المذكورة كانت الظهر وزعم بعضهم أنها الصبح (قوله بين رجلين) هما علي والعباس اه (قوله يسمع الناس تكبيره الى آخره) في الدراية وبه يعرف جواز رفع المؤذنين أصواتهم في الجمعة والعيدين وغيرهما اه أقول ليس مقصوده خصوص الرفع الكائن في زماننا بل أصل الرفع لابلاغ الانتقالات أما خصوص هذا الذي تعارفوه في هذه البلاد فلا يبعد أنه مفسد فانه غالبا يشتمل على مد همزة الله أو أكبر أو بائه وذلك مفسد وان لم يشتمل فلانهم يبالغون في الصياح زيادة على حاجة الابلاغ والاشتغال بتحريرات النغم اظهارا للصناعة النغمية لا اقامة للعبادة والصياح ملحق بالكلام الذي بساطه ذلك الصياح وسيأتي في باب ما يفسد الصلاة أما اذا ارتفع بكاؤه من ذكر الجنة أو النار لا يفسد ولصيحة بلغته تفسد لانه في الاول تعرض لسؤال الجنة والتعوذ من النار فهو بمنزلته ولو صرح به لا تفسد وفي الثاني لاظهارها ولو صرح بها فقال وامصيبتاه أو أدركوني أفسد وان كان يقال ان المراد اذا حصل به اخبر وفي هذا معلوم ان قصده اعجاب الناس به ولو قال اعجبوا من حسن صوتي وتحريري فيه أفسد وحصول الحروف لازم من التلحين ولا أرى أن ذلك يصدر ممن فهم معنى الصلاة والعبادة كما لا أرى تحرير النغم في الدعاء كما يفعله القراء في هذا الزمان يصدر ممن فهم معنى الدعاء والسؤال وما ذلك الا نوع لعب فانه لو قدر في الشاهد سائل حاجة من ملك أدى سؤاله وطلبه بتحرير النغم فيه من الرفع والخفض والترتيب والرجوع كالتغني نسب البتة الى قصد السخرية واللعب اذ مقام طلب الحاجة التضرع لا التغني اه فتح القدير (قوله وأما امامة الاحدب) قال في التجنيس بعلامة النون في فصل الركوع الاحدب اذا بلغت حدبته الركوع يشير برأسه للركوع لانه عاجز عما هو أعلى اه (قوله فقد ذكر في الذخيرة أنه يجوز الى آخره) أي مطلقا وهو ظاهر فتاوى القاضي اذ فيها وتجوز امامة الاحدب للقائم بمنزلة اقتداء القائم بالقاعد اه فأطلق كما ترى من غير تفصيل اه (قوله وفي الفتاوى الظهيرية الى آخره) هكذا هو بخط المصنف رحمه الله والذي وقفنا عليه في نسخ متعددة من الظهيرية هكذا ولا تصح امامة الاحدب لقائم هكذا ذكر في مجموع النوازل وقيل يجوز والاول أصح اه (قوله ولو كان بقدم الامام عوج) العوج بفتحتين في الاجساد خلاف الاعتدال وهو مصدر من باب تعب يقال عوج العود ونحوه فهو أعوج والانثى عوجاء من باب أحمر والعوج بكسر العين في المعاني يقال في الدين عوج وفي الامر عوج اه مصباح (قوله أو قائما لا يجوز) أي لان القيام أقوى والقعود معتبر بدليل اقتداء القائم به دون المضطجع فتثبت به القوة كذا علل في الغاية

(قوله ومتنفل بمفترض الى آخره) وقال مالك والزهرى لايجوز اقتداء المتنفل بالمفترض أيضا لان الاقتداء شركة ومواهب والمغايرة بين الفرض والنفل ثابتة وجوابهما ما قلنا من حديث معاذ وقوله عليه الصلاة والسلام لابى ذر كيف بك يا أبا ذر اذا كان أمراء سوء يؤخرون الصلاة عن وقتها واذا كان كذلك فصل فى بيتك ثم اجعل صلاتك معهم سبحة اه دراية (قوله

الاول قال رحمه الله (ومتنفل بمفترض) لان الفرض أقوى اذ الحاجة فى حق المتنفل الى أصل الصلاة وهو موجود فى الفرض وزيادة صفة الفرضية ولا يقال ان القراءة فى الاخريين فرض فى حق المتنفل نفل فى حق المفترض فوجب أن لا يجوز لانه اقتداء المفترض بالمتنفل لانا نقول صلاة المقتدى أخذت حكم صلاة الامام بسبب الاقتداء ولهذا لزمه قضاء ما لم يدرك مع الامام من الشفع الاول وكذا لو أفسد المقتدى صلاته يلزمه أربع ركعات فى الرباعية فكانت تبعا للامام فتكون القراءة فى الشفع الثانى نفلا فى حقه كما هى نفل فى حق الامام قال رحمه الله (وان ظهر أن امامه محدث أعاد) وقال الشافعى لا يعيد وعلى هذا الخلاف الجنب والذى فى ثوبه أو بدنه نجاسة لقوله عليه الصلاة والسلام أيما امام صلى بقوم وهو جنب فقد تمت صلاتهم ثم ليغتسل هو ثم ليعد صلاته وان صلى بغير وضوء فمثل ذلك وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه صلى بالناس وهو جنب فأعاد ولم يأمر القوم بالاعادة ولانه لا يمكنه الاطلاع على حال الامام فتعذر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اذا فسدت صلاة الامام فسدت صلاة من خلفه وعن على رضى الله عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه صلى بهم ثم جاء ورأسه يقطر فأعاد بهم ولان صلاته مبنية على صلاة الامام والبناء على الفاسد فاسد فصار كالجمعة وكما اذا بان أن الامام كافر أو مجنون أو امرأة أو خنثى أو أمى وأقرب من ذلك ما لو بان أنه صلى بغير احرام فانه لا يجوز بالاجماع فكذا المحدث لانه لا احرام له حيث لا يكون شارعا فى الصلاة مع الحدث ولا معتبر بعدم امكان الاطلاع فى الشروط وما رواه ضعفه أبو الفرج وأما أثر عمر فانه لم يستيقن بالجنابة وانما أخذ لنفسه بالاحتياط ويدل عليه ما رواه مالك فى الموطأ أن عمر خرج الى الجرف فاذا هو قد احتلم وصلى ولم يغتسل فقال ما أرانى الا قد احتلمت وما شعرت وصليت وما اغتسلت قال وغسل ما رأى فى ثوبه ونضح ما لم ير وأذن وأقام ثم صلى بعد ارتفاع الضحى قال رحمه الله (وان اقتدى أمى وقارئ بأمى أو استخلف أميا فى الاخريين فسدت صلاتهم) أى صلاة الجميع وقال أبو يوسف ومحمد صلاة الامام ومن لا يقرأ تامة لانه معذور وأم قوما معذورين وغير معذورين فصار كالعارى اذا أم قوما لابسين وعراة وكذا سائر أصحاب الاعذار اذا أموا تبطل صلاة غير المعذورين لا غير ولابى حنيفة أن الامام ترك القراءة مع القدرة عليها اذ كان يمكنه أن يقتدى بالقارئ حتى تكون صلاته بقراءة فاذا فسدت صلاة الامام فسدت صلاة من خلفه ممن يقرأ أو ممن لا يقرأ والفرق بين هذا وبين سائر الاعذار أن قراءة الامام قراءة للمؤتم فتركه مع القدرة عليه ولا يكون ستر الامام ستر القوم حتى لا تكون عورتهم مستورة بستر عورة الامام وكذا سائر أصحاب الاعذار ولا يكون الشرط الموجود من الامام موجودا فى حقهم فافترقا ثم قيل انما تفسد صلاة الامام عنده اذا علم أن خلفه قارئا روى ذلك عن القاضى أبى حازم وفى ظاهر الرواية لا فرق بين العلم وعدمه لان الفرائض لا يختلف فيها الحال بين العلم والجهل وقال الكرخى اذا اقتدى به القارئ ولم ينو الامى امامته لا تفسد صلاته لانه يلحقه الفساد من جهته فلا بد من التزامه كالمرأة وقيل تفسد وان لم ينو امامته لان الفساد بتمكنه من الاقتداء بالقارئ فاذا لم يشترط علمه على الظاهر على ما تقدم فكيف تشترط نيته واختلفوا فى شروعه فى صلاة الامام فقال بعضهم لا يصير شارعا روى ذلك عن الطحاوى قال فى الذخيرة وهو الصحيح وقيل يصير شارعا فاذا جاء أوان القراءة تفسد صلاته وهو مروى عن الكرخى ولو كان الامى يصلى وحده والقارئ وحده يجوز على الصحيح لانه لم يظهر

(وقال الشافعى لا يعيد) أى وفى الجمعة يعيد عندهم اه غاية (قوله وعن على عن النبى صلى الله عليه وسلم الى آخره) هذا الحديث والذى قبله قال صاحب الغاية فيهما نقلا عن أبى الفرج لا يعرفان اه ﴿فرع﴾ ذكره فى المجتبى أمهم زمانا ثم قال انه كان كافرا وصليت مع العلم بالنجاسة المانعة أو بلا طهارة ليس عليهم اعادة لان خبره غير مقبول فى الديانات لفسقه باعترافه اه فتح ﴿فرع﴾ تفاريق الدراية عن جمل النوازل شك فى اتمام وضوء امامه جاز اقتداؤه به لان الظاهر هو الاتمام اه فتح (قوله فانه لم يستيقن بالجنابة الى آخره) أى قبل الدخول فى الصلاة اه غاية (قوله ان عمر خرج الى الجرف) قال فى المصباح والجرف بضم الراء وبالسكون للتخفيف ما جرفته السيول وأكلته من الارض وبالتخفيف اسم موضع قريب من المدينة بطريق مكة على فرسخ اه (قوله قال فى الذخيرة وهو الصحيح) وجهه أنه لا فائدة فى الحكم بصحته لان الفائدة اما فى لزوم الاتمام أو وجوب القضاء وكلاهما منتف اه فتح (قوله وقيل يصير شارعا) أى لان الامى قادر على التكبير اه فتح (قوله فاذا جاء أوان القراءة تفسد صلاته الى آخره) واعلم أن يلزم المقتدى به متنفلا القضاء مع انه افساد بعد الشروع لانه انما صار شارعا فى صلاة لا قراءة فيها والشروع كالنذر ولو نذر صلاة بلا قراءة لا يلزمه شئ الا فى رواية عن أبى يوسف كذلك هذا اه فتح (قوله ولو كان الامى يصلى وحده والقارئ وحده الى آخره) قال أبو حازم على

يظهر منهم ارغبة في الجماعة وفيما اذا قدمه في الأخريين بعدما قرأ في الاوليين خلاف زفر هو يقول ان فرض القراءة قد تأدى قبله وعن أبي يوسف مثله وجه الظاهر أن الامى أضعف حالا وأنقص صلاة من القارئ فلا يصلح اماما له كالمرأة والصبي ولان كل ركعة صلاة فلا يجوز خلوها عن القراءة تحقيقا أو تقديرا في حق الامى لعدم الاهلية فان قيل القادر بقدرة الغير لا يعد قادرا عند أبي حنيفة ولهذا لم يوجب الجمعة والحج على الضرير وان وجد قائدا يمشي معه فكيف اعتبره قادرا في مسائل الامى قلنا انما لا تعتبر قدرة الغير اذا تعلق باختيار ذلك الغير وهنا الامى قادر على الاقتداء بالقارئ من غير اختيار القارئ فينزل قادرا على القراءة قال رحمه الله (وان سبقه حدث) أي المصلي (توضأ وبنى) والقياس أن يستقبل وهو قول الشافعي لان الحدث ينافيها والمشي والانحراف يفسدانها فأشبه الحدث العمد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف أو أمذى في صلاته فلينصرف وليتوضأ وليبن على صلاته ما لم يتكلم وقال عليه الصلاة والسلام اذا صلى أحدكم فقاء أو رعف فليضع يده على فمه وليقدم من لم يسبق بشيء ولان البلوى فيما سبق فلا تلحق بما يتعمد والاستئناف أفضل تحرزا عن شبهة الخلاف وقيل ان المنفرد يستقبل والامام والمؤتم يبني صيانة لفضيلة الجماعة والمنفرد ان شاء أتم في منزله وان شاء عاد الى مكانه والمقتدي يعود الى مكانه حتما الا أن يكون امامه قد فرغ أو لا يكون بينهما حائل واختلفوا في الافضل للمنفرد والمقتدي بعد فراغ الامام قال خواهر زاده العود أفضل ليكون في مكان واحد وهو اختيار الفضلي والكرخي وقيل منزله أفضل لما فيه من تقليل المشي وذكر في نوادر ابن سماعة أن العود يفسد لانه مشي بلا حاجة ومن شرط جواز البناء أن ينصرف من ساعته حتى لو أدى ركنا مع الحدث أو مكث مكانه قدر ما يؤدي ركنا فسدت صلاته الا اذا أحدث بالنوم ومكث ساعة ثم انتبه فانه يبني وفي المنتقى ان لم ينو بقيامه الصلاة لا تفسد لانه لم يوجد جزء من الصلاة مع الحدث ولو قرأ ذاهبا

قياس قول أبي حنيفة رحمه الله لا يجوز وهو قول مالك رحمه الله وفي شرح الطحاوي لا رواية عن أبي حنيفة فيها بل اختلف المشايخ في ذلك اه كاكى وكان أبو الحسن الكرخي يقول اقتداء القارئ بالامى صحيح في الاصل لكن اذا جاء أوان القراءة تفسد صلاته وكان أبو جعفر يقول لا يصح أصلا هذا لفظ صاحب الغاية اه (قوله وفيما اذا قدمه) أي أحدث فاستخلف أميا اه كاكى (قوله في المتن وان سبقه حدث) كتب الشيخ الشلبي في هذا المحل ترجمة وهي قوله باب الحدث في الصلاة هذه الترجمة موجودة في غالب ما وقفت عليه من نسخ المتن وفي بعض منها ضمه الى باب الامامة فقال باب الامامة والحدث في الصلاة وعلى هذه النسخة مشى الشارح رحمه الله اه (قوله في المتن وان سبقه حدث الى آخره) عن العلامة فخر الدين المايرغي البناء في الاحداث الخارجة من بدنه موجبة الوضوء دون الغسل بلا قصد المحدث أو سببه أو من غير ملوثات بعد ما ينافي الصلاة من توقف او فعل ينافي الصلاة مما له بد منه اه كاكى (قوله قوله عليه الصلاة والسلام من قاء الى آخره) وجه الاستدلال بالحديث ان قوله وليبن أمر وأدنى درجاته الاباحة فيثبت شرعية البناء ولا يقال قوله فليتوضأ للوجوب فينبغي أن يكون وليبن للوجوب أيضا قلنا لا يضرنا لانه لو كان للوجوب يكون المدعى أثبت لكن البناء غير واجب بالاجماع اه كاكى (قوله وقال عليه الصلاة والسلام اذا صلى أحدكم الى آخره) الحديث الثاني قال العلامة كمال الدين فيه انه غريب وانما أخرجه أبو داود وابن ماجه من حديث عائشة قال صلى الله عليه وسلم اذا صلى أحدكم فأحدث فليأخذ بأنفه ثم لينصرف ولو صح ما رواه لم يجز استخلافه المسبوق اذ لا صارف له عن الوجوب اه فتح (قوله والاستئناف أفضل الى آخره) قال في الدراية ومعنى الاستئناف أن يعمل عملا يقطع الصلاة ثم يشرع بعد الوضوء اه (قوله تحرزا عن شبهة الخلاف الى آخره) هذا الجواب عن الحاقه بالحدث العمد اه (قوله أو لا يكون بينهما حائل) أي فيتخير اه والمراد بالحائل المانع من صحة الاقتداء وقد ذكره في فتح القدير اه (قوله وذكر في نوادر ابن سماعة أن العود يفسد) أي والصحيح عدمه ليكون مؤديا الصلاة في مكان واحد اه فتح (قوله لانه مشى بلا حاجة) قال في الغاية ثم لو حمل الاناء بعد الوضوء الى موضع صلاته بيد واحدة جاز البناء ولو حمله مع نفسه ليتوضأ به لا يبني ذكره المرغيناني وقال في المفيد كل موضع لا يجوز له البناء لا يجوز له الاستخلاف اه (قوله ثم انتبه فانه يبني) وعن محمد لو ركع وسجد في حال نومه ثم انتبه وذهب جاز له البناء لان ما أتى به في حال نومه كالعدم اه غاية (قوله لانه لم يوجد جزء) الذي في مسودة المصنف لم يؤد اه قال في الدراية ولو ترك ركوعا يضع يده على ركبته مشيرا اليه وفي السجود على الجبهة وفي القراءة على الفم وفي سجدة التلاوة يضع اصبعه على أنفه اه وفي الغاية لركعة واحدة باصبع واحدة ولسجدة يضع أصبعه على جبهته ان كانت واحدة باصبع واحدة وفي اثنتين باصبعين وفي سجدة التلاوة يضع اصبعه على جبهته ولسانه وفي السهو يشير بذلك بعد السلام بتحويل رأسه يمينا وشمالا كذا ذكره في جوامع الفقه وقال في الدراية أيضا قال مجد الائمة أحدث في ركوعه أو سجوده لا يرتفع مستويا بل يتأخر محدودبا ثم ينصرف اه وقال في المجتبى أحدث في ركوعه أو سجوده لا يرتفع مستويا فتفسد صلاته بل يتأخر محدودبا ثم ينصرف اه (قوله جزء من الصلاة مع الحدث الى آخره) قلنا هو في حرمة الصلاة اتفاقا وجد منه صالحا لكونه مأمورا بما انصرف الى ذلك غير مقيد بالقصد اذا كان غير محتاج فلذا كان

الظهيرية لو قرأ ذاهبا أو آيبا تفسد لأنه أدى ركنا مع الحدث أو المشي وإن قيل تفسد في الذهاب لا الإياب وقيل بل في عكسه بخلاف الذكر لا يمنع البناء في الأصح لأنه ليس من الأجزاء اه فتح ﴿فروع﴾ من الغاية ولو جاوز الماء فذهب إلى غيره فسدت صلاته لأنه مشى بلا حاجة كذا في شرح الطحاوي اه كاكي وفي مختصر البحر المحيط يبني ولو استقى ماء لوضوئه أو حرزه لو قال في المحيط وغيره فسدت صلاته وليس ذلك من ضرورات البناء وفي المرغيناني يستقي من البئر ويبني قال وقال الكرخي والقدوري لا يبني وذكر في التحفة أنه يستقي ولم يحك خلافا وروى أبو سليمان أيضا أن الاستقاء من البئر لا يمنع البناء فإنه قال لو كان الماء بعيدا أو البئر قريبة تحتاج إلى النزح يختار أقل الأمرين مؤنة ولو طلب الماء بالإشارة أو اشتراه بالتعاطي أو نسي ثوبه في موضع الوضوء فرجع وأخذه لا يبني ولو تذكر أنه لم يمسح رأسه فرجع ومسح يجزيه لأنه لا بد له منه اه وفي الدراية نقلا عن فتاوى العتابي والمجتبى نزح الماء من البئر لا يفسد ولو كان الدلو متخرقا فخرزه تفسد اه (قوله وقيل لو أحدث راكعا أو رفع رأسه قائلا سمع الله إلى آخره) وقال المرغيناني نص عليه في المنتقى اه غاية أي ولأن الرفع يحتاج إليه للانصراف فمجرده لا يمنع فلما اقترن به التسميع ظهر قصد الأداء اه فتح (قوله مع ندرته) بفتح النون والضم لغة اه مصباح (قوله وقيل على الاختلاف) أي لأن الوضع والإنبات من صنعهم اه غاية (قوله يبنى في قولهم جميعا) أي وهذا بناء على تصور بنائها كالرجل خلافا لابن رستم وهو قول المشايخ اه فتح قوله

تفسد وآيبا لا وقيل بالعكس والصحيح الفساد فيهما لأن في الأول أدى ركنا مع الحدث وفي الثاني مع المشي والتسبيح والتهليل لا يمنع البناء في الأصح وقيل لو أحدث راكعا أو رفع رأسه قائلا سمع الله لمن حمده لا يبني وعن أبي يوسف لو أحدث في سجوده فرفع رأسه وكبر يريد به إتمام سجوده ولم ينو شيئا فسدت صلاته وإن أراد الانصراف لا تفسد ومن شرطه أيضا أن يكون الحدث سماويا حتى لو أصابته شجة أو عضة زنبور فسال منها دم لا يبني لأنه بصنع العباد مع ندرته فلا يلحق بالغالب وعند أبي يوسف يبني لعدم صنعه ولو وقعت طوبة من سطح أو سفرجلة من شجرة أو تعثر بشيء موضوع في المسجد فأدماه قيل يبني لعدم صنع العباد وقيل على الاختلاف ولو عطس فسبقه الحدث من عطاسه أو تنحنح فخرجت منه ريح بقوته قيل يبني وقيل لا يبني ولو سقط من المرأة الكرسف بغير صنعها مبلولا بنت في قولهم جميعا وبتحريكها بنت عنده وعندهما لا تبني وإن أصابته نجاسة مانعة من جواز الصلاة فغسلها فإن كانت من سبق الحدث منه بنى وإن كانت من خارج لا يبني خلافا لأبي يوسف والفرق لهما أن هذا غسل لثوبه أو بدنه ابتداء وفي الأول تبعا للوضوء ولو أصابته نجاسة من خارج ومن سبق الحدث لا يبني وإن كانتا في موضع واحد وإن كشف عورته للاستنجاء بطلت صلاته في ظاهر المذهب وكذا إذا كشفت المرأة ذراعها للوضوء وهو الصحيح ويتوضأ ثلاثا ثلاثا ويستوعب رأسه بالمسح ويتمضمض ويستنشق ويأتي بسائر سنن الوضوء وقيل يتوضأ مرة مرة وإن زاد فسدت صلاته والأول أصح قال رحمه الله (واستخلف لو إماما) أي إن كان إماما لما روينا وصورة الاستخلاف أن يتأخر محدودبا واضعا يده في أنفه يوهم أنه قد رعف فينقطع عنه الظنون وروي ذلك عنه صلى الله عليه وسلم

خلافا لابن رستم أي لأن عنده لا يجوز لها البناء لأنها عورة والحديث حجة عليه اه كاكي وفي الذخيرة المرأة كالرجل في الوضوء والبناء لأن كلمة من في الحديث تتناول الرجل والمرأة اه كاكي (قوله وإن كشف عورته للاستنجاء إلى آخره) وفي الخلاصة إذا استنجى الرجل والمرأة فسدت ثم نقل من التجريد يستنجي من تحت ثيابه إن أمكن وإلا استقبل وفي النهاية عن القاضي أبي علي النسفي إن لم يجد بدا منه لم يفسد وإن وجد بأن تمكن من الاستنجاء وغسل النجاسة تحت القميص وأبدى عورته فسدت اه فتح (قوله وكذا إذا كشفت المرأة ذراعها إلى آخره) أو كشفت رأسها للمسح اه فتح بالمعنى قال في الدراية وعن أبي يوسف في غير رواية الأصول إن أمكنها الوضوء من غير كشف عورتها بأن يمكنها غسل ذراعيها في الكمين ومسح رأسها مع الخمار بأن كان ذلك رقيقا يصل الماء إلى ما تحته فكشفتها لا تبني ولو لم يمكنها بأن كان عليها جبة وخمار ثخين لا يصل الماء إلى ما تحته جاز كالرجل إذا كشف عورته في الاستنجاء عند مجاوزة النجاسة المخرج أكثر من الدرهم إلا أن محمدا أطلق الجواب لأن في إلزامها الغسل في الكمين حرجا اه (قوله وهو الصحيح إلى آخره) أي وإن روي جواز كشفهما اه فتح (قوله في المتن واستخلف لو إماما إلى آخره) قال الطحاوي ولو تقدم رجلان بعدما سبقه الحدث وتأخر فأيهما سبق إلى مقام الإمام فهو الإمام وعلى القوم أن يقتدوا به وإن تقدما معا فأيهما اقتدى به القوم فهو الإمام ولو اقتدى بعضهم بهذا وبعضهم بهذا يعتبر الأكثر فصلاة الأكثر مع إمامهم جائزة وصلاة الأقلين مع إمامهم فاسدة وإن كانوا سواء فسدت صلاتهم جميعا اه ولو كان المسجد ملآن وصفوف خارج المسجد صح اقتداؤهم جميعا بالإمام فخرج الإمام من المسجد واستخلف واحدا من خارج المسجد لا يصح وفسدت صلاة القوم بخروج الإمام من المسجد قبل الاستخلاف عندهما وقال محمد يصح الاستخلاف اه ش طحاوي (قوله إن كان إماما) أي إن كان الذي سبقه الحدث إماما اه (قوله يوهم أنه قد رعف) أي آخذا بثوبه يرجع إلى المحراب أو مشيرا إليه اه

(قوله من الصف الذى يليه) أى لقربه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام ليليني منكم أولوا الاحلام والنهى لانه اذا نابه نائبة استخلف منهم اه غاية (قوله ولو تكلم بطلت صلاتهم الى آخره) أى سواء كان عامدا أو ساهيا أو جاهلا اه غاية (قوله وفى صلاة الامام روايتان) قال الطحاوى تفسد صلاته أيضا لانه بعد سبق الحدث كان عليه الاستخلاف ليصير هو فى حكم المقتدين به كغيره فيترك الاستخلاف لما أن فسدت صلاتهم فلأن تفسد صلاته كان أولى وقال أبو عصمة لاتفسد لانه فى حق نفسه كالمنفرد وهو الاصح اه دراية (قوله ولم يجاوز الصفوف بطلت صلاته عندهما) قال فى الغاية والصحيح قولهما قال الكمال رحمه الله ولو استخلف من آخر الصفوف ثم خرج من المسجد ان نوى الخليفة الامامة من ساعته صار اماما فتفسد صلاة من كان متقدمه دون صلاته وصلاة الامام الاول ومن عن يمينه وشماله فى صفه ومن خلفه وان نوى أن يكون اماما اذا قام مقام الاول وخرج الاول قبل أن يصير الخليفة الى مكانه أو قبل أن ينوى الامامة فسدت صلاتهم اه (قوله والصفوف متصلة) أى بالمسجد اه (قوله ولو استخلف من الصفوف التى خارج المسجد الى آخره) قال فى مختصر البحر المحيط وفى المسجد يستخلف والصغير والكبير فيه سواء الا اذا كان مثل جامع المنصور وجامع بيت المقدس اه غاية واذا لم يوجد شىء من ذلك فتوضأ فى جانب المسجد والقوم ينتظرون ورجع الى مكانه وأتم صلاته أجزأهم اه غاية وفى مختصر البحر المحيط لو سبق الحدث فى صلاة الجنازة ينبغى له أن يبنى وفى الاستخلاف خلاف كذا فى الغاية قوله واذا لم يوجد شىء من ذلك يعنى لم يستخلف

ويقدم من الصف الذى يليه ولا يستخلف بالكلام بل بالاشارة ولو تكلم بطلت صلاتهم وله أن يستخلف ما لم يجاوز الصفوف فى الصحراء وفى المسجد ما لم يخرج منه ولو لم يستخلف حتى جاوز هذا الحد بطلت صلاة القوم وفى صلاة الامام روايتان وان كان خارج المسجد صفوف متصلة وخرج من المسجد ولم يجاوز الصفوف بطلت صلاته عندهما وعند محمد لا تبطل لان لمواضع الصفوف حكم المسجد كما فى الصحراء ولهما أن القياس أن تبطل صلاتهم بنفس الانحراف لكن فى المسجد ضرورة ولا ضرورة خارجه ولهذا لو كبر الامام فى المسجد وحده وكبر القوم خارج المسجد والصفوف متصلة لا تنعقد الجمعة ولو استخلف من الصفوف التى خارج المسجد لم يجز عندهما وعنده يجوز قال رحمه الله (كما لو حصر عن القراءة) أى استخلف فى الحدث كما يستخلف اذا عجز عن القراءة وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يجوز أن يستخلف فيما اذا حصر عن القراءة بل يتمها بلا قراءة لانه ليس فى معنى الحدث لانه نادر وجواز الاستخلاف للضرورة وهى تتحقق فيما يغلب وهذا لأن نسيان جميع ما يحفظه من القرآن فى الصلاة بعيد فصار كالجنابة وله أن العجز هنا ألزم لان فى الحدث لو وجد ماء فى المسجد يتوضأ به ويبنى فلا يحتاج الى الاستخلاف ولهذا لو تعلم من مصحف أو علمه انسان فسدت صلاته فكان أولى بالجواز بخلاف الجنابة لانه يحتاج فيها الى زيادة أمور غالبا من كشف العورة وغيره فلم تكن فى معنى الوضوء وهذا اذا لم يقرأ قدر ما تجوز به الصلاة واعتراه خجل أو خوف فحصر عن القراءة من غير نسيان أما اذا قرأ قدر ما تجوز به الصلاة فلا يستخلف بل يركع ويمضى على صلاته ولو استخلف فسدت صلاته لانه لا حاجة له اليه وكذا اذا نسى القرآن وصار أميا فاستخلافه لا يجوز اجماعا لان اتمام القارئ صلاة الامى لا تجوز لما عرف فى موضعه قال رحمه الله (وان خرج من المسجد بظن الحدث أو جن أو احتلم أو أغمى عليه استقبل) وقوله بظن الحدث

ولم يتقدم أحد اه (قوله لو حصر عن القراءة) الحصر بفتحتين العى وضيق الصدر والفعل منه حصر مثل لبس فهو حصر ومنه امام حصر ولم يستطع أن يقرأ وضم الحاء فيه خطأ كذا فى المغرب وذكر فى الصحاح من امتنع عن شىء لم يقدر عليه فقد حصر عنه اه نهاية قال الشيخ قوام الدين الاتقانى ويجوز أن يكون حصر على فعل ما لم يسم فاعله من حصره اذا حبسه من باب نصر ومعناه منع وحبس عن القراءة بسبب خجل وبالوجهين حصل لى السماع من شيخنا المحقق برهان الدين الخريفغنى رحمه الله وبهما صرح فخر الاسلام فى الجامع الصغير وقد وردت اللغتان أيضا فى كتب اللغة كالصحاح وغيره وأما انكار المطرزى ضم الحاء فهو فى مكسور العين لانه لازم لا يجيء له مفعول ما لم يسم فاعله لا فى مفتوح العين لانه متعد يجوز بناء الفعل منه للمفعول فافهم اه (قوله وله أن العجز هنا ألزم) أى أثبت بالنسبة الى العجز فى الحدث اه كاكى (قوله الى زيادة أمور غالبا) احترز بقوله غالبا عن ما اذا فقد الماء فانه يتيمم ولا يوجد منه كشف العورة اه (قوله وصار أميا فاستخلافه لا يجوز اجماعا الى آخره) قال العلامة كمال الدين وفى النهاية انما يجوز الاستخلاف اذا لحقه خجل أو خوف فامتنعت عليه القراءة أما اذا نسى فصار أميا لم يجز وتقدم فى دليلهما ما يقتضى أن عنده يجوز فى النسيان وهو فى النهاية أيضا فلا يخلو من شىء الا أن يؤول النسيان هنالك بما يشبه من امتناع القراءة اه (قوله يظن) بالياء التحتية فى خط الشارح اه (قوله أو جن) يقال جن الرجل على ما لم يسم فاعله ولا يقال جنه الله بل أجنه الله فهو مجنون على غير قياس وقياسه مجن اه غاية (قوله أو أغمى عليه استقبل) قال فى الدراية هذا اذا وجدت هذه الاشياء قبل أن يقعد مقدار التشهد فأما لو وجدت بعده فصلاته وصلاة القوم تامة لانه يصير خارجا عنها بهذه الاشياء فان قيل الخروج بفعله فرض عند أبى حنيفة ولم يوجد قلنا وجد لانه بعد ما صار محدثا لها لابد من اضطراب أو مكث بعد الحدث فان المكث اذا جزء من الصلاة من الحدث وهو صنع كيفما كان فحينئذ وجد الصنع إما من حيث الاضطراب أو من حيث المكث اه

معناه ظن الحدث منه ثم علم انه لم يحدث أما الاستقبال بالخروج من المسجد فلانه وجد منه عمل كثير من غير ضرورة وان لم يخرج من المسجد يصلى ما بقى من صلاته وعن محمد انه يستقبل وهو القياس لوجود الانصراف من غير عذر وجه الاستحسان أنه انصرف على قصد الاصلاح ألا ترى أنه لو تحقق ما توهمه بنى على صلاته فألحق قصد الاصلاح بحقيقته ما لم يختلف المكان بالخروج من المسجد كما ألحقنا التأويل الفاسد بالصحيح في حق البغاة بخلاف ما لو ظن أنه افتتح على غير وضوء أو كان ماسحا على الخفين وظن أن مدة مسحه قد انقضت أو كان متيمما فرأى سرابا فظنه ماء أو كان في الظهر فظن أنه لم يصل الفجر أو رأى حمرة في ثوبه فظنها نجاسة فانصرف حيث تفسد صلاته وان لم يخرج من المسجد لان الانصراف على سبيل الرفض ولهذا لو تحقق ما توهمه يستقبل وهذا هو الاصل والدار والجبانة والجنازة بمنزلة المسجد كذا روى عن أبى يوسف والمرأة اذا نزلت من مصلاها فسدت صلاتها لانه بمنزلة المسجد في حق الرجل ولهذا تعتكف فيه ومكان الصفوف في الصحراء له حكم المسجد ولو تقدم قدامه ولم يكن له ثم سترة يعتبر قدر الصفوف خلفه وان كان بين يديه سترة فالحد السترة وعن محمد أنه يعتبر فيه قدر الصفوف خلفه كما اذا لم يكن ثم سترة وان استخلف تبطل صلاته وان لم يجاوز الحد المذكور وقيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة لا تفسد وهو اختيار أبى نصر وفي متفرقات الفقيه أبى جعفر ان كان الخليفة لم يأت بالركوع جازت صلاتهم وان أتى فسدت كأنه ريد بالركوع الركن وفي رواية ابن سماعة عن محمد ان قام الخليفة مقام الاول فسدت صلاتهم وان لم يأت بركن وان لم يقم جازت وجه الاول ان الاستخلاف نفسه عمل كثير فيكون مفسدا وهو القياس في الحدث وانما ترك للعذر ولا عذر هنا لعدم الحاجة الى الاستخلاف وان كان يصلى وحده في الصحراء فحده موضع سجوده وقيل مقدار ما يمنع صحة الاقتداء وأما الاستقبال فيما اذا جن أو أغمى عليه أو احتلم فلان هذه الاشياء نادرة فلم يكن في معنى ما ورد به النص ولانه يبقى في مكانه بعد وجود الاغماء والجنون وقد ذكرنا أن شرط البناء أن ينصرف من ساعته وفي الاحتلام يحتاج الى عمل كثير والى كشف العورة فلم يكن في معنى الحدث قال رحمه الله (وان سبقه حدث بعد التشهد توضأ وسلم) لان التسليم واجب فيتوضأ ليأتى به قال رحمه الله (وان تعمده أو تكلم تمت صلاته) أى تعمد الحدث بعد التشهد لانه لم يبق عليه شئ من فرائض الصلاة فخرج به من الصلاة وكذا اذا سبقه الحدث بعد التشهد ثم أحدث متعمدا قبل أن يتوضأ لما قلنا وكذا لو قهقه في هذه الحالة تمت صلاته لكن يبطل وضوءه وعند زفر لا يبطل لان القهقهة لم تؤثر في فساد الصلاة فأولى أن لا تؤثر في فساد الوضوء وهذا لان الخبر ورد باعادتهما فاذا لم يعد الصلاة فلا يعيد الوضوء قلنا وجود القهقهة في آخر جزء من الصلاة كوجودها في أثناء الصلاة فصار كنية الاقامة في هذه الحالة فانها تقلب أربعا بالنية وانما لا تفسد الصلاة لعدم حاجته الى البناء وكذا لو قهقه في سجدتى السهو لان العود الى السجود يرفع السلام دون القعدة فكأنه قهقه بعد التشهد قبل السلام ولو قهقه الامام ثم القوم يبطل وضوءه دونهم لخروجهم من الصلاة بقهقهته بخلاف ما لو سلم الامام ثم قهقهوا حيث يبطل وضوءهم لانهم لا يخرجون من الصلاة بسلامه ولهذا يجوز لهم البناء بعدما سلم الامام ولو قهقه الامام والقوم معا بطل وضوءهم جميعا لانها صادفت جزأ من الصلاة قال رحمه الله

(قوله معناه ظن الحدث منه) أى بان ظن الخارج رعافا مثلا اهـ (قوله في حق البغاة الى آخره) حتى لا يلزمهم بعد التوبة ضمان ما أتلفوه من الانفس والاموال كالاهل العدل وانما الفرق في الاثم اهـ غاية (قوله وهذا هو الاصل الى آخره) أى انه اذا انصرف لظن فان كان متعلقه لو كان ثابتا جاز البناء فظهر خلافه جاز البناء وان كان لو كان لم يجز فظهر خلافه لم يجز اهـ فتح (قوله يعتبر قدر الصفوف خلفه الى آخره) والاوجه اذا لم يكن سترة أن يعتبر موضع سجوده لان الامام منفرد في حق نفسه وحكم المنفرد ذاك انتهى فتح (قوله وان لم يقم جازت) أى ولو استخلف القوم فسدت صلاتهم لا صلاة الامام اهـ فتح (قوله فكأنه قهقه بعد التشهد قبل السلام الى آخره) الا في رواية شاذة عن أبى يوسف العود الى سجود السهو يرفع القعدة كالعود الى سجود التلاوة فعلى تلك الرواية يلزمه اعادة الصلاة اهـ غاية (قوله ولو قهقه الامام الى آخره) انظر ما قاله الشارح فيما سيأتى عند قوله كما تفسد بقهقهة امامه (قوله وبطلت الى آخره) قال العينى رحمه الله هذه الى آخره المسائل الملقبة بالاثنى عشرية اهـ (قوله بطلت صلاته برؤيته الماء الى آخره) لانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اهـ غاية فان قيل يشكل على هذا بالمتيمم اذا أحدث في صلاته فانصرف ثم وجد ماء له أن يتوضأ ويبنى على صلاته فلم تبطل صلاته هناك برؤية الماء والمسئلة في مسح الخف في فتاوى قاضيخان قلنا الفرق بينهما حيث يلزمه الاستقبال هنا ولا يلزمه في تلك المسئلة هو أن التيمم ينتقض بصفة الاستناد الى ابتداء وجوده عند وجود الماء فيصير محدثا بالحدث السابق وفي مسئلتنا لم ينتقض التيمم بصفة الاستناد لانتقاضه بالحدث الطارئ على التيمم فلم توجد القدرة على الاصل حال قيام الخلف قبل حصول المقصود بالخلف فلا يلزم الانتقاض بصفة الاستناد كذا في الفوائد الظهيرية اهـ كاكى قوله أن يتوضأ ويبنى مخالف لما سيأتى في كلام الشارح في قوله أو نقضت مدة مسحه وعليك بمراجعة هذا المحل في فتح القدير اهـ

(وبطلت

(وبطلت ان رأى متيمم ماء) أى بطلت صلاته برؤيته الماء والمراد بالرؤية القدرة على الاستعمال حتى لو رآه ولم يقدر على استعماله لا تبطل ولو قدر من غير رؤيته بطلت فمدار الحكم على القدرة لا غير وتقييده بالمتيمم لبطلان الصلاة عند رؤيته الماء لا يفيد لانه لو كان متوضئ يصلى خلف متيمم فرأى المؤتم المتوضئ الماء بطلت صلاته لعلمه أن امامه قادر على الماء باخباره وصلاة الامام تامة لعدم قدرته فلو قال وبطلت ان رأى متيمم أو مقتد به ماء لشمل الكل قال رحمه الله (أو تمت مدة مسحه) هذا اذا كان واجدا الماء وان لم يكن واجدا له لا تبطل لان الرجلين لا حظ لهما من التيمم وقيل تبطل لان الحدث السابق يسرى الى القدم فيتيمم له كما يتيمم اذا بقى لمعة من عضو ولم يجد ماء على ما تقدم فى باب المسح على الخفين ولو أحدث فذهب ليتوضأ فتمت المدة فى هذه الحالة لا تبطل صلاته بل يتوضأ ويغسل رجليه ويبنى لانه انما لزمه غسل رجليه لحدث حل بهما الحال فصار كحدث سبقه الحال والصحيح انه يستقبل لان انقضاء المدة ليس بحدث وانما يظهر الحدث السابق على الشروع عنده فكأنه شرع فى الصلاة من غير طهارة فصار كالمتيمم اذا أحدث فذهب للوضوء فوجد ماء فانه لا يبنى لما ذكرنا وكذا المستحاضة اذا أحدثت فى الصلاة ثم ذهب الوقت قبل أن تتوضأ قال رحمه الله (أو نزع خفيه بعمل يسير) بان كانا واسعين لا يحتاج فيهما الى المعالجة فى النزع وان كان النزع بفعل عنيف تمت صلاته بالاجماع لوجود الخروج بفعله قال رحمه الله (أو تعلم أى سورة) أى تذكر أو حفظها بالسماع ممن يقرأ من غير اشتغال بالتعلم أما لو تعلم حقيقة تمت صلاته لوجود صنعه لان التعلم فى الصلاة قاطع وقوله سورة وقع اتفاقا وهو على قولهما وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فالآية تكفى وهذا اذا كان منفردا أو اماما بحيث تجوز امامته وأما اذا كان يصلى خلف قارئ فقد قيل ان صلاته لا تبطل لان قراءة الامام قراءة له فقد تكامل أول صلاته وبناء الكامل على الكامل جائز وهو اختيار أبى الليث

(قوله بطلت صلاته برؤيته الماء) أى بعد ما قعد قدر التشهد اه ع (قوله أو مقتد به ماء لشمل الكل الى آخره) قال العينى رحمه الله بعد أن حكى ما ذكره الشارح رحمه الله قلت المصنف تبع فى ذلك صاحب الهداية وغيره وأما مسألة المقتدى بالمتيمم اذا رأى ما فقيها خلاف زفر وليس فيها خلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه اه (قوله فى المتن أو تمت مدة مسحه) أى بعد أن قعد قدر التشهد اه رازى وسواء كان مسافرا أو مقيما اه ع (قوله وان لم يكن واجدا له لا تبطل) قال الشارح فى باب المسح على الخفين وقد قالوا اذا انقضت مدة المسح وهو فى الصلاة ولم يجد ماء فانه يمضى على صلاته ومن المشايخ من قال تفسد وهو الاشبه لسراية الحدث الى الرجل لان عدم الماء لا يمنع السراية ثم يتيمم له ويصلى كما لو بقى فى أعضائه لمعة ولم يجد ماء يغسلها به فانه يتيمم فكذا هذا اه قوله فانه يمضى على صلاته قال قاضيخان وهو الاصح وقال الزاهدى والاصح انه يمضى فيها بلا تيمم قال الكمال والذى يظهر عدم صحة هذا القول وتمة كلامه نقلته فى المسح على الخفين فانظره ان أردته اه وكذا لا تبطل صلاته على الاصح اه منبع (قوله أو نزع خفيه) أى أو أحدهما اه غاية (قوله فى المتن أو تعلم أى سورة الى آخره) اقتدى الامى بقارئ بعد ما صلى ركعة الى آخره فلما فرغ الامام قام الامى لاتمام صلاته فصلاته فاسدة فى القياس وقيل هذا قول أبى حنيفة وفى الاستحسان يجوز وهو قولهما وجه القياس أنه بالاقتداء بالقارئ التزم أداء هذه الصلاة بقراءة وقد عجز عن ذلك حين قام للقضاء لانه منفرد فيما يقضى فلا تكون قراءة الامام قراءة له فتفسد صلاته وجه الاستحسان أنه انما التزم القراءة ضمنا للاقتداء وهو مقتد فيما بقى على الامام لا فيما سبقه ولانه لو بقى كان مؤديا بعض الصلاة بقراءة وبعضها بغير قراءة ولو استقبل كان مؤديا كلها بغير قراءة اه بدائع وفى البدائع أى صلى بعض صلاته ثم تعلم سورة فقرأها فيما بقى فصلاته فاسدة مثل الاخرس يزول خرسه فى خلال الصلاة وكذلك لو كان قارئا فى الابتداء فصلى بعض صلاته بقراءة ثم نسى القراءة فصار أميا فسدت صلاته وهذا قول أبى حنيفة وقال زفر بن الهذيل لا تفسد فى الموضعين وقال أبو يوسف ومحمد تفسد فى الاول ولا تفسد فى الثانى استحسانا وجه قول زفر أن فرض القراءة فى الركعتين فقط ألا ترى ان القارئ لو ترك القراءة فى الاوليين وقرأ فى الاخريين أجزأه فاذا كان قارئا فى الابتداء فقد أدى فرض القراءة فى الاوليين فعجزه عنها بعد ذلك لا يضر كما لو تركها مع القدرة واذا تعلم وقرأ فى الاخريين فقد أدى فرض القراءة فلا يضر عجزه عنها فى الابتداء كما لا يضر تركها وجه قولهما انه لو استقبل الصلاة فى الاول يحصل الاداء على الوجه الاكمل فأمر بالاستقبال ولو استقبلها فى الثانى لادى كل الصلاة بغير قراءة فكان البناء أولى ليكون مؤديا البعض بقراءة ولابى حنيفة ان القراءة ركن فلا تسقط الا بشرط العجز عنها فى كل الصلاة فاذا قدر على القراءة فى بعضها فات الشرط فظهر ان المؤدى لم يقع صلاة ولان تحريمة الامى لم تنعقد للقراءة بل انعقدت لافعال صلاته فاذا قدر صارت القراءة من أركان الصلاة فلا يصح أداؤها بلا تحريمة كما ساثر الاركان والصلاة لا توجد بدون أركانها ففسدت ولان الاساس الضعيف لا يحتمل بناء القوى عليه والصلاة بقراءة أقوى فلا يجوز بناؤها على الضعيف كالعارى اذا وجد ثوبا والمتيمم اذا وجد الماء واذا كان قارئا فى الابتداء فقد عقد تحريمته لاداء كل الصلاة بقراءة وقد عجز عن الوفاء بما التزم فيلزمه الاستقبال اه (قوله فقد قيل ان صلاته لا تبطل الى آخره) قال فى الظهيرية وهو الصحيح وقال فى الغاية بالاتفاق اه غاية وقال فى الجوهرة بالاجماع

وعند عامتهم أنها تفسد لان الصلاة بالقراءة حقيقة فوق الصلاة بالقراءة حكما فلا يمكنه البناء عليها قال رحمه الله (أو وجد عار ثوبا) أى ثوبا تجوز فيه الصلاة بأن لم يكن فيه نجاسة مانعة من الصلاة أو كانت فيه وعنده ما يزيل به النجاسة أو لم يكن عنده ما يزيل به النجاسة ولكن ربعه أو أكثر منه طاهر وهو ساتر للعورة قال رحمه الله (أو قدر مومئ) أى على الركوع والسجود لان آخر صلاته أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف قال رحمه الله (أو تذكر فائتة) أى فائتة عليه ولم يسقط الترتيب بعد وكذا اذا كانت فائتة على الامام فتذكرها المؤتم تبطل صلاة المؤتم وحده قال رحمه الله (أو استخلف أميا) لان فساد الصلاة بحكم شرعى وهو عدم صلاحيته للامامة فى حق القارئ لا بالاستخلاف لانه غير مفسد حتى جاز استخلاف القارئ وذكر الفقيه أبو جعفر أن صلاته لا تفسد لان الاستخلاف ليس من أفعال الصلاة فيخرج به من الصلاة وهذا مستقيم لان الاستخلاف عمل كثير فى نفسه وانما لا يؤثر لاجل الضرورة رخصة ولهذا اذا ظن أنه أحدث واستخلف غيره ثم علم أنه لم يحدث تبطل صلاته لوجود العمل الكثير من غير حاجة وهو الاستخلاف فكذا هنا لا حاجة الى امام لا تصلح صلاته قال رحمه الله (أو طلعت الشمس فى الفجر أو دخل وقت العصر فى الجمعة أو سقطت جبيرته عن برء) لان هذه الاشياء مفسدة للصلاة من غير صنعه قال رحمه الله (أو زال عذر المعذور) كالمستحاضة ومن بمعناها اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا على ما تقدم فى كتاب الطهارة وقد ذكرها اثنى عشرة مسئلة ولقبها اثناعشرية عند أصحابنا وهو خطأ عند أهل العربية لانه لا ينسب الى المركب وانما سميت به لان عددها اثناعشر فى الروايات المشهورة وقد زيد عليها مسائل منها اذا كان يصلى بالثوب النجس فوجد ماء يغسل به ومنها اذا كان يصلى القضاء فدخل عليه الاوقات المكروهة من الزوال أو تغير الشمس للغروب أو طلوعها ومنها الامة اذا كانت تصلى بغير قناع فاعتقت فى هذه الحالة ولم تستر عورتها من ساعتها فهذه المسائل اذا عرض له واحدة منها بعد ما قعد قدر التشهد أو فى سجود السهو بطلت صلاته وصلاة من كان خلفه لو كان اماما ولو سلم وعليه سجود السهو فعرض له واحدة منها فان سجد بطلت صلاته والا فلا ولو سلم

القوم

(قوله وعند عامتهم أنها تفسد) أى عند أبى حنيفة خلافا لهما اه قال فى الينابيع قوله أو كان أميا فتعلم سورة يريد به اذا كان يصلى وحده أما لو كان خلف الامام قال بعضهم انه على هذا الخلاف وقال بعضهم لا تفسد صلاته بالاتفاق وقال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ اه (قوله فى المتن أو استخلف أميا) أى بعدما أحدث اه ع (قوله وذكر الفقيه أبو جعفر) أى فى كتاب كشف الغوامض اه غاية (قوله أن صلاته لا تفسد) أى عند أبى حنيفة اه غاية (قوله أو طلعت الشمس فى الفجر) أى بعد ما قعد قدر التشهد اه ع (قوله أو دخل وقت العصر فى الجمعة الى آخره) قيل كيف يتحقق هذا الخلاف ودخول العصر عنده اذا صار ظل كل شئ مثليه وعندهما اذا صار مثله وأجيب بان هذا على قول الحسن بن زياد ان بين الظهر والعصر وقتا مهملا فاذا صار ظل الشئ مثله يتحقق الخروج عندهم فتكون الصلاة عندهما تامة وعنده باطلة وهذا يخالف قول المصنف رحمه الله أو دخل وقت العصر فى الجمعة وقيل يمكن ان يقعد فى الصلاة بعد ما قعد قدر التشهد الى أن يصير الظل مثليه فحينئذ يتحقق الخلاف وهو بعيد كما ترى ولكن يمكن توجيهه على المروى عن أبى حنيفة رضى الله عنه ان الخروج والدخول بكون ظل الشئ مثله كما هو مذهبهما فحينئذ يتحقق الخلاف اه غاية قال فى الينابيع هذه لا تتصور الا على رواية الحسن عن أبى حنيفة ان آخر وقت الظهر اذا صار ظل كل شئ مثله كقولهما يعنى حتى يتحقق الخلاف وفى المنافع هذا على اختلاف القولين عندهما اذا صار ظل كل شئ مثله وعنده اذا صار مثليه اه غاية قال فى الدراية وقيل تخصيص الجمعة اتفاق لان الحكم فى الظهر كذلك اه وفيه نظر لان دخول وقت العصر فى الظهر لا يقتضى الفساد اه (قوله أو دخل وقت العصر فى الجمعة) يعنى أولا فلذلك كان المناسب ان يقال أو خرج وقت الظهر فى صلاة الجمعة اه (قوله أو زال عذر المعذور) أى بان توضأت مستحاضة مع السيلان وشرعت فى الظهر وقعدت قدر التشهد فانقطع الدم ودام الانقطاع الى غروب الشمس تعيد الظهر عنده خلافا لهما اه ع (قوله اذا استوعب الانقطاع وقتا كاملا) أى بعد الوقت الذى صلى فيه ووقوع الانقطاع فيه فحينئذ يظهر أنه انقطاع مؤثر فيظهر الفساد عند أبى حنيفة فيقضيها اه فتح القدير (قوله لانه لا ينسب الى المركب) أى الا أن يسمى به فينسب الى صدره اه غاية (قوله ولو سلم وعليه سجود السهو الى آخره) وفى الذخيرة ولو سلم ثم تذكر ان عليه سجدتى السهو فعاد اليهما فلما سجد سجدة تعلم سورة تفسد صلاته عنده لانه عاد الى حرمة الصلاة فصار كما لو تعلم قبل السلام بعد ما قعد قدر التشهد فيصير من الاثنى عشرية مسئلة ولو سلم ثم تذكر ان عليه سجدة تلاوة أو قراءة تشهد قال فى الذخيرة لم يذكر هذا فى الكتاب قال ويجب أن يكون من الاثنى عشرية لانه سلم ساهيا فجعل كالعدم أما لو سلم ثم تذكر سجدة صلبية فان صلاته تفسد عندهم جميعا لانه تعلم سورة وعليه ركن من أركان الصلاة اه غاية

القوم قبل الامام بعدما قعد قدر التشهد ثم عرض له واحد منها بطلت صلاته دون القوم وكذا إذا سجد هو للسهو ولم يسجد القوم ثم عرض له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا تبطل في هذه المسائل كلها ثم قيل هذا الخلاف مبني على أصل وهو أن الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض عنده وعندهما ليس بفرض لهما ما روينا من حديث ابن مسعود ولان الخروج من الصلاة يضاد الصلاة فلا يكون من جملتها ولابي حنيفة أن الصلاة تحريما وتحليلا فلا يخرج منها الا بصنعه كالحج ولانه لا يمكن أداء صلاة أخرى الا بالخروج من هذه وكل ما لا يتوصل الى الفرض الا به يكون فرضا مثله وتأويل قوله عليه الصلاة والسلام فقد تمت صلاتك في حديث ابن مسعود أي قاربت التمام كقوله عليه الصلاة والسلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا إله الا الله يعني من قرب من الموت وكقوله عليه الصلاة والسلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وكان الكرخي يقول لا اختلاف بين أصحابنا أن الخروج من الصلاة بفعل المصلي ليس بفرض وليس فيه نص عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه فرض وانما استنبطه أبو سعيد البرذعي لما رأى جواب أبي حنيفة رحمه الله في هذه المسائل انها تبطل فقال من ذات نفسه ان الصلاة لا تبطل الا بترك فرض ولم يبق عليه الا الخروج منها بفعله فقال الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض عنده وهذا غلط منه لانه لو كان فرضا كما زعمه لاختص بما هو قربة وهو السلام ولما لم يختص به علمنا انه ليس بفرض وانما قال تبطل صلاته في هذه المسائل لان ما يغير في أثنائها يغير في آخرها كنية الاقامة واقتداء المسافر بالمقيم لا لأن الخروج من الصلاة بفعل المصلي فرض عنده قال رحمه الله (وصح استخلاف المسبوق) أي جاز للامام أن يستخلف المسبوق بركعة أو أكثر لوجود المشاركة في الصلاة وانما يصير منفردا فيما يقضي بعد فراغ صلاة الامام والاولى أن يستخلف المدرك لما روينا ولكونه أقدر على الاتمام وأعلم بحال الامام وينبغي لهذا المسبوق أن لا يقبل وان لا يتقدم لعجزه عن التسليم فان تقدم جاز ويستخلف مدركا عند إتمام صلاة امامه ليسلم بهم ويسجد للسهو ان كان على الامام سهو وعلى هذا لو كان الامام مسافرا ينبغي له أن لا يقدم مقيما لعجزه عن اتمام صلاة الامام لانهم لم يلتزموا متابعته فيما زاد على ركعتين اذ لا يلزمهم الاتمام باستخلافه كما لا يلزمهم نية المستخلف بعد الاستخلاف أو بنية خليفته ولو قدمه أي قدم المقيم ينبغي له أن لا يتقدم لما قلنا وان تقدم جاز لوجود المشاركة فيها فاذا أتم صلاة الامام وهي الركعتان قدم مسافرا ليسلم بهم ثم يصلي كل مقيم ركعتين منفردا لان اقتداءهم انعقد موجبا للتابعة الى هذه الحالة ولو قام فاقتدوا به بطلت صلاتهم وكذا اذا استخلف مسافرا فقام فاقتدوا به بطلت صلاة المقيمين دون المسافرين المدركين وهذا ظاهر ونظيره ما لو كان الخليفة مسبوقا فقام بعد فراغ صلاة الامام وتابعوه تبطل صلاة المسبوقين واللاحقين دون المدركين

(قوله بفعل المصلي فرض عنده) أي فقد بقي عليه فرض عنده فتفسد اه (قوله وعندهما ليس بفرض) أي فاعتراض هذه الاشياء في هذه الحالة كاعتراضها بعد السلام عندهما اه (قوله من حديث ابن مسعود) أي اذا قلت هذا أو فعلت هذا فقد تمت صلاتك اه (قوله لان ما يغير في أثنائها يغير في آخرها الى آخره) قال في المبسوط هذا هو الصحيح فيصل اعتراض المغير في هذه الحالة كاعتراضه في خلال الصلاة لبقاء التحريمة بخلاف الكلام والقهقهة والحدث العمد ومحاذاة المرأة في هذه الحالة فانها قاطعة للصلاة لانها بصنعه لا انها مغيرة اه غاية قوله هذا هو الصحيح وقال صاحب التأسيس ما قاله أبو الحسن أحسن لان الاول ليس بمنصوص عن أبي حنيفة وفي المجتبى وعليه المحققون من أصحابنا اه دراية (قوله والاولى أن يستخلف المدرك لما روينا) أي في أول المسئلة قوله صلى الله عليه وسلم ويقدم ما لم يسبق بشئ وقوله صلى الله عليه وسلم من قلد انسانا عملا وفي رعيته من هو أولى منه فقد خان الله ورسوله وجماعة المؤمنين اه نهاية والمقتدون بمنزلة الرعايا اه كاكي ولو استخلف جنبا أو محدثا فسدت صلاته وصلاة القوم كذا ذكر في كتاب الصلاة لعدم صلاحيته فاشتغاله باستخلافه عمل كثير وذكر القدوري في شرح مختصر القدوري أنه صحيح والاول أصح وكذا لو قدم صبيا أو امرأة تفسد صلاة الرجال والنساء وقال زفر صلاة المرأة والنساء صحيحة وعلى هذا الخلاف اذا قدم أميا أو عاريا اه بدائع (قوله فان تقدم جاز الى آخره) ولو لم يكن من القوم من أدرك أول الصلاة فعليهم أن يقوموا الى القضاء فيقضوا وحدانا ويسجدون للسهو بعد الفراغ من القضاء والتسليم اه شرح الطحاوي (قوله أو بنية خليفته) أي لو كان مسافرا في الاصل وعند زفر ينقلب فرضهم أربعا للاقتداء بالمقيم قلنا ليس هو اماما بالاصالة وانما عجز الاول عن الاتمام لما شرع فيه فيصير قائما مقامه فيما هو قدر صلاته اذ الخلف يعمل عمل الاصل كأنه هو فكانوا مقتدين بالمسافر معنى وصارت القعدة الاولى فرضا على الخليفة لقيامه مقامه أما لو نوى الامام أولا الاقامة قبل استخلافه ثم استخلف فانه يتم الخليفة صلاة المقيمين وهذا اذا علم بنية الامام بأن أشار الامام اليه عند الاستخلاف فافهمه قصد الاقامة اه فتح قوله وصارت القعدة الاولى فرضا حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاة الكل من المسافرين والمقيمين اه فتح في باب المسافر (قوله ولو قام فاقتدوا به بطلت الى آخره) في بعض النسخ ولو قام أي قام المقيم المستخلف فاقتدوا به بطلت صلاتهم وكذا اذا استخلف مسافرا فقام وهذا ليس بثابت في خط الشارح رحمه الله فهو حاشية اه فليتأمل

(قوله لان الترتيب فى ركعات الصلاة ليس بفرض) عند نا خلافا لزفر اه غاية (قوله ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف يصلى الى آخره) وقال زفر لا يجزيه وجه قوله انه مأمور بالبداءة بالركعة الاولى فاذا لم يفعل فقد ترك الترتيب المأمور به فتفسد صلاته كالمسبوق اذا بدأ بقضاء ما فاته قبل أن يتابع الامام فيما أدرك معه ولنا انه أتى بجميع أركان الصلاة الا انه ترك الترتيب فى أفعالها والترتيب فى أفعال الصلاة واجب وليس بفرض لان الترتيب لو ثبت افتراضه لكانت فيه زيادة على الاركان والفرائض وذا لا يجوز لانه يجرى مجرى النسخ ولا يثبت نسخ ما ثبت بدليل مقطوع به الا بدليل مثله ولا دليل لمن جعل الترتيب يساوى دليل افتراض سائر الاركان والدليل عليه أنه لو ترك سجدة من الركعة الاولى الى آخر صلاته لم تفسد صلاته ولو كان الترتيب فى أفعال صلاة واحدة فرضا لفسدت وكذا المسبوق اذا أدرك الامام فى السجود يتابعه فيه فدل على أن مراعاة الترتيب فى صلاة واحدة ليس بفرض فتركها لا يوجب فساد الصلاة بخلاف المسبوق فان هناك ليس ترك الترتيب بل للعمل بالمنسوخ أو للانفراد عند وجوب الاقتداء ولم يوجد هنا اه بدائع (قوله فهو أول صلاته) أى فقد قدم آخرها على أولها اه (قوله صلاته

دون القوم الى آخره) وقال أبو يوسف تفسد صلاة القوم أيضا اه

ولو قدم لاحقا ينبغى له أن لا يتقدم لانه لا يمكنه القيام بما فوض اليه لما قال الا بارتكاب مكروه لان الواجب عليه أن يأتى أولا بما فاته مع الامام فان قدمه فله أن يتأخر ويقدم مدركا فان تقدم أشار اليهم أن لا يتابعوه حتى يفرغ ما عليه فيقع الاداء مرتبا فان لم يفعل وأتم صلاة الامام ثم تأخر وقدم من يسلم بهم جاز لان الترتيب فى ركعات الصلاة ليس بفرض ولهذا قال أبو حنيفة وأبو يوسف يصلى المسبوق أولا مع الامام آخر صلاته فاذا قام يقضى فهو أول صلاته قال رحمه الله (فلو أتم صلاة الامام تفسد بالمنافى صلاته دون القوم) أى لو أتم المسبوق المستخلف صلاة الامام فأتى بما ينافى الصلاة من ضحك أو كلام أو خرج من المسجد تفسد صلاته دون صلاة القوم لان المفسد وجد فى حقه فى خلال الصلاة وفى حقهم بعد تمام أركانها وكذا تفسد صلاة من هو مثل حاله والامام الاول ان فرغ لا تفسد صلاته وان لم يفرغ تفسد وقيل لا تفسد لانه لا يصير مقتديا بالخليفة قصدا والاول أصح لانه لما استخلفه صار مقتديا به فتفسد صلاته بفساد صلاة امامه ولهذا لو صلى ما بقى من صلاته فى منزله قبل فراغ هذا المستخلف تفسد صلاته لان انفراده قبل فراغ الامام لا يجوز قال رحمه الله (كما تفسد بقهقهة امامه لدى اختتامه لا بخروجه من المسجد وكلامه) أى كما تفسد صلاة المسبوق بقهقهة امامه فيما اذا لم يحدث الامام ولم يستخلف أحدا لكن وجد منه القهقهة حين أتم صلاته فان صلاة المسبوق تفسد عند أبى حنيفة لا بخروجه من المسجد وكلامه أى لا تفسد صلاة المسبوق بخروج الامام من المسجد ولا بكلامه بعدما قعد قدر التشهد فى آخر الصلاة وقال أبو يوسف ومحمد لا تفسد بقهقهته أيضا وعلى هذا الخلاف الحدث العمد لهما أن صلاة المقتدى مبنية على صلاة الامام صحة وفسادا ولم تفسد صلاة الامام فكذا صلاته كالسلام والكلام والخروج من المسجد وله أن القهقهة والحدث العمد مفسدان الجزء الذى يلاقيانه من صلاة الامام فيفسدان مثله من صلاة المأموم غير أن الامام والمدرك لا يحتاجان الى البناء والمسبوق ومن حاله مثل حاله يحتاج اليه والبناء على الفاسد فاسد بخلاف السلام لانه منه لكونه مأمورا به لقوله عليه الصلاة والسلام وتحليلها التسليم فصار من واجبات التحريمة وهو المراد بقولنا منه والكلام فى معناه لان السلام كلام لوجود كاف الخطاب فيه ولهذا لو حلف لا يكلم فلانا

ع (قوله والامام الاول ان فرغ) أى من صلاته خلف الثانى مع القوم اه كاكى (قوله لا تفسد صلاته) أى كغيره اه كاكى (قوله وقيل لا تفسد) أى فى رواية أبى حفص اه كاكى (قوله لانه لما استخلفه صار مقتديا به الى اخره) ولهذا قالوا لو تذكر الخليفة فائتة فسدت صلاة الامام الاول والثانى والقوم ولو تذكرها الاول بعدما خرج من المسجد فسدت صلاته خاصة أو قبل خروجه فسدت صلاته وصلاة الخليفة والقوم اه فتح (قوله لان انفراده قبل فراغ الامام لا يجوز) أى عندنا وذكر النووى ان المأموم اذا نوى مفارقة الامام وأتم لنفسه فان كان لعذر جازت صلاته وان كان لغير عذر فيه قولان وأصحهما الجواز اه غاية (قوله لا بخروجه من المسجد وكلامه) قال مسلم الرازى يعنى اذا قهقه الامام تفسد صلاة المسبوق وأما لو تكلم الامام أو خرج من المسجد لم تفسد صلاة المسبوق لان الكلام والخروج من المسجد قاطعان الصلاة لا مفسدان فاذا صادفا جزأ لم يفسداه فلم يؤثر ذلك فى صلاة المسبوق لكنه يقطعها فى أوانه ولا يقطعها فى غير أوانه اه (قوله أى كما تفسد صلاة المسبوق الى آخره) قيد بالمسبوق لان صلاة المدرك لا تفسد اتفاقا وفى صلاة اللاحق روايتان قيل والاصح أنها لا تفسد اه قنية قال فى الغاية وفى صلاة اللاحق روايتان وقبل التشهد تفسد صلاة الجميع وبعد سلام الامام لا تفسد اتفاقا اه (قوله كالسلام والكلام والخروج الى آخره) لان من وجدت منه هذه الجناية أولى بفساد صلاته فاذا لم تفسد صلاته كان غيره أولى بالصحة اه غاية (قوله فيفسدان الى آخره) وهو اللاحق والمقيم خلف المسافر اه (قوله لانه منه) أى منمم اه فتح (قوله وتحليلها التسليم) أى وهو أمر بصيغة الخبر اه (قوله لان السلام كلام) أى من وجه اه غاية (قوله لوجود كاف الخطاب فيه الى آخره) حتى كان مفسدا فى خلال الصلاة ويفارقه من وجه من حيث ان السلام مشروع فى الصلاة فى موضعه دون الكلام

فسلم عليه فى الصلاة يحنث فى يمينه وبوضعه ان الامام لو سلم أو تكلم بعد ما قعد قدر التشهد فعلى القوم ان يسلموا ولو قهقهوا بعد ما سلم يبطل وضوءهم ولو أحدث متعمدا أو قهقه لم يسلموا ولم يبطل وضوءهم بالقهقهة فعلم بهذا أنهم لا يخرجون من الصلاة بسلام الامام وكلامه ويخرجون بحدثه عمدا أو قهقهته يخرجون وكذا الخروج من المسجد من موجبات التحريمة لكونه مأمورا به لقوله تعالى فاذا قضيت الصلاة فانتشروا فى الارض ولو قام المسبوق للقضاء بعد ما قعد قدر التشهد قبل أن يسلم الامام ثم أحدث الامام عمدا أو قهقه فان كان بعد ما قيد الركعة بسجدة لا تفسد صلاته لانه تأكد انفراده فى هذه الحالة حتى لا يلزمه متابعة امامه فى سجود السهو وان كان قبل أن يقيدها بالسجدة تفسد لانه لم يتأكد انفراده حتى وجب عليه أن يتابعه فى سجود السهو وان لم تفسد صلاته بترك المتابعة قال رحمه الله (ولو أحدث فى ركوعه وسجوده توضأ وبنى وأعادهما) أما الوضوء والبناء فلما بينا وأما اعادة الركوع والسجود فلان اتمام الركن بالانتقال عند محمد ومع الحدث لا يتحقق وعند أبى يوسف وان تم قبل الانتقال لكن الجلسة والقومة فرض عنده فلا تتحقق بغير طهارة فلا بد من الاعادة على المذهبين حتى لو لم يعده تفسد صلاته ولو كان اماما فقدم غيره دام المقدم على ركوعه وسجوده لانه يمكنه الاتمام بالاستدامة عليه لان للمداومة فيما له امتداد حكم الابتداء وللركوع والسجود امتداد فصار كأنه ركع وسجد ابتداء ولهذا يحنث فى يمينه لا يلبس هذا الثوب أو لا يركب هذه الدابة وهو لابسه أو راكبها بالاستدامة على اللبس أو على الركوب قال رحمه الله (ولو ذكر راكعا أو ساجدا سجدة فسجدها لم يعدهما) يعنى لو ذكر فى ركوعه أن عليه سجدة صلبية فانحط من ركوعه من غير أن يرفع رأسه أو ذكرها وهو ساجد فرفع رأسه من السجود فسجدها فانه لا يجب عليه اعادة الركوع والسجود الذى كان فيه لان الترتيب فى أفعال الصلاة ليس بشرط على ما تقدم فى الواجبات وقد حصل الانتقال مع الطهارة والاولى

فعلنا بالشبهين فأظهرنا شبهة الانهاء فى حق المسافر لمكان الافتقار الى البناء وأظهرنا شبهة القطع فى حق الامام لاستغنائه عن البناء اه غاية (قوله وبوضعه) أى الفرق اه (قوله ولو أحدث متعمدا أو قهقه لم يسلموا) أى بل يقومون ويذهبون اه غاية (قوله ولم يبطل وضوءهم بالقهقهة) أى بعد أن أحدث الامام عمدا أو قهقه اه وفى فتاوى قاضيخان لو تكلم الامام قبل فراغ المقتدى من التشهد فانه يتم التشهد لانه بمنزلة السلام ولو أحدث متعمدا لا يتم اه كاكى (قوله من موجبات التحريمة) أى واجبات التحريمة اه كذا بخط الشارح (قوله فان كان بعد ما قيد الركعة الى آخره) بان قام المسبوق للقضاء قبل سلام الامام تاركا للواجب وهو أن لا يقوم الا بعد سلامه اه فتح ولو قام المسبوق الى قضاء ما سبق به قبل أن يتشهد الامام وهو مسبوق بركعة أو بركعتين فان قيامه وقراءته الى أن يقعد الامام قدر التشهد لغو غير معتبر فان وجد منه بعد ما قعد الامام قدر التشهد قيام وقراءة قدر ما تجوز به الصلاة جازت صلاته وان لم يوجد لم تجز صلاته ولو كان مسبوقا بثلاث ركعات فالقراءة فى الركعتين منهما فرض وفى ركعة أخرى ليست بفرض فان وجد منه بعد ما تشهد الامام قيام وان قل جازت صلاته وعليه القراءة فى الركعتين الاخريين اه وان لم يوجد منه قيام بعد قعود الامام قدر التشهد لم تجز صلاته اه من شرح الطحاوى قال فى البدائع وأما اذا قام المسبوق الى قضاء ما عليه بعد فراغ الامام من التشهد قبل السلام فقضاه أجزأه وهو مسيء أما الجواز فلان قيامه حصل بعد فراغ الامام من أركان الصلاة وأما الاساءة فلتركه انتظار سلام الامام لان أوان قيامه للقضاء بعد خروج الامام من الصلاة فينبغى أن يؤخر القيام عن السلام ولو قام بعد سلام الامام ثم تذكر الامام سجود سهو فسجد ان لم يقيد المسبوق ركعته بسجدة يسجد مع الامام ويبطل ما أتى به من القيام والقراءة والركوع فان لم يعد جازت صلاته ولو قيدها بسجدة لا يعود لاستحكام الانفراد ولو عاد فسدت صلاته لاقتدائه بعد الانفراد ولو تذكر الامام سجدة تلاوة فسجدها ان لم يقيد المسبوق الركعة بالسجدة عاد وسجد للسهو معه أيضا ثم يقضى ما عليه ولا يعتد بما أتى به من قبل ولو لم يعد فسدت صلاته لان عود الامام الى سجدة التلاوة يرفض القعدة فى حق الامام فترتفض فى حقه أيضا وان قيدها بسجدة فان تابع فسدت صلاته رواية واحدة وان لم يعد فروايتان رواية الاصل الفساد وفى رواية أبى سليمن عدمه ولو تذكر الامام سجدة صلاتية تابعه المسبوق وان لم يسجد فان لم يتابعه فسدت وان سجد فسدت صلاته تابع الامام أو لم يتابعه اه قوله لم تجز صلاته لانه لم يوجد قيام معتد به فى هذه الركعة لان ذلك هو القيام بعد تشهد الامام ولم يوجد فلهذا فسدت صلاته وأما اذا قام بعد ما فرغ الامام من التشهد قبل السلام فقضى أجزأه وهو مسيء اه (قوله حتى لا يلزمه متابعة امامه) أى ولا تفسد صلاته لو فسدت صلاة الامام بعد سجوده وكذا لو كان فى القوم لاحق ان فعل الامام ذلك بعد أن قام يقضى ما فاته مع الامام لا تفسد والا تفسد عنده اه فتح (قوله فى سجود السهو) أى ولو تابعه تفسد صلاته اه دراية بمعناها (قوله فى المتن ولو أحدث فى ركوعه وسجوده) فى خط الشارح وسجوده بالواو وكتب حاشية بخطه على هامش نسخته ونصها الواو فى قوله وسجوده بمعنى أو كقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع أى أو ثلاث أو رباع اه (قوله فصار كأنه ركع وسجد ابتداء) أى فلا يحتاج الى انشاء الركوع اه عناية (قوله أن عليه سجدة صلبية) أى أو سجدة تلاوة اه الخ ونهاية (قوله لان الترتيب فى أفعال الصلاة ليس بشرط الى آخره) يعنى أن

أن يعيد لتقع الافعال مرتبة بالقدر الممكن وعن أبي يوسف انه يلزمه اعادة الركوع لان القومة فرض عنده قال رحمه الله (وتعين المأموم الواحد للاستخلاف بلا نية) أي اذا كان خلف الامام شخص واحد فاحدث الامام تعين ذلك الواحد للامامة عينه الامام بالنية أو لم يعينه لما فيه من صيانة الصلاة وانما يحتاج الى التعيين الاول لقطع المزاحمة ولا مزاحمة هنا وصار الامام مؤتما اذا خرج من المسجد وان لم يخرج فهو على امامته حتى يجوز الاقتداء به وكذا لو توضأ في المسجد يستمر على امامته وعن أبي حنيفة انه يتابع الذي خلفه وان توضأ في المسجد لانه لما لم يكن خلفه الا هو تعين للامامة نوى أو لم ينو بخلاف ما اذا كان خلفه جماعة وقوله وتعين الواحد للاستخلاف يشمل من يصلح للامامة وقد بينا حكمه ومن لا يصلح مثل المرأة والصبي والخنثى والامي والاخرس والمتنفل خلف المفترض والمقيم خلف المسافر في القضاء فحكمه أنه مختلف فيه فقال بعضهم يتعين للامامة لانه يحتاج الى اصلاح صلاته كما يحتاج من يصلح للامامة اليها ثم تبطل صلاة الامام في رواية كما لو استخلفه قصدا ولا تبطل في أخرى لان الامامة انتقلت منه من غير صنعه وقال بعضهم لا يتعين للامامة لان التعيين كان للاصلاح ولو تعين هنا لزم الفساد فلا حاجة اليه ثم اذا تعين للامامة تبطل صلاة الامام في رواية والمقتدي اذا خرج من المسجد لخلو وضع الامامة عن الامام وقيل تبطل صلاة المقتدي دون صلاة الامام لان الامام منفرد فلا تبطل صلاته بالخروج من المسجد عند الحدث والمقتدي يكون مقتديا بمن هو خارج المسجد فتبطل صلاته لذلك وهذا الخلاف فيما اذا لم يستخلفه وأما اذا استخلفه فبالاجماع تبطل صلاة الامام والمستخلف وأما اذا كان خلفه جماعة فلا يتعين واحد منهم الا بتعيين الامام أو القوم أو يتعين هو بالتقدم والاقتداء به لعدم الاولوية وفي شرح الهداية للسغناقي لو استخلف الامام رجلين أو هو رجلا والقوم رجلا أو القوم رجلين أو بعضهم رجلا وبعضهم رجلا فسدت صلاة الكل وفي الغاية لو قدم الامام رجلا والقوم رجلا فالامام من قدمه الامام الا أن ينوي القوم أن يأتموا بالآخر قبل أن ينوي ذلك ولو قدم كل طائفة رجلا فالعبرة للاكثر وعند الاستواء تفسد صلاة الكل وان تقدم رجلان فالسابق الى مكان الامام يتعين وان استويا في التقدم واقتدى بعضهم بهذا وبعضهم بهذا فصلاة الذي ائتم به الاكثر صحيحة وصلاة الاقل فاسدة وعند الاستواء لا يمكن الترجيح فتفسد صلاة الطائفتين والله تعالى أعلم

﴿باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها﴾

قال رحمه الله (يفسد الصلاة التكلم) وقال الشافعي رحمه الله كلام الناسي والمخطئ لا يبطلها الا اذا طال ويعرف الطول بالعرف لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام سلم ناسيا في حديث ذي اليدين ولم يعد صلاته ولو كان كلام

انتفاء الافتراض لا يستلزم ثبوت الاولوية فيلزم اذا الوجوب ثم الوجوب هو الثابت على ما قدمه المصنف في أول صفة الصلاة عند عد الواجبات حيث قال ومراعاة الترتيب فيما شرع مكررا من الافعال فاشار في الكافي الى الجواب حيث قال ولئن كان الترتيب واجبا فقد سقط بالنسيان ولكن لا يدفع الوارد على العبارة أعني تعليل الاولوية بانتفاء الافتراض في المتكرر بل تعليله انما هو بسقوط الوجوب بالنسيان اه فتح القدير (قوله مرتبة بالقدر الممكن) يعني أنه يقع مرتبا اذا لم يكن الاول محسوبا له أو يريد به تقريب الركوع والسجود الى محلهما بقدر الامكان اه غاية (قوله لان القومة فرض عنده) أي فحيث انحط من الركوع ولو رفع رأسه فقد ترك الفرض فعليه الاعادة اه ا ك (قوله وقال بعضهم لا يتعين للامامة الى آخره) قال الرازي رحمه الله والاصح أنه تفسد صلاة المقتدي دون الامام لان المقتدي لم يصلح أن يكون اماما فلم تنتقل الامامة اليه فيكون المقتدي مقتديا بلا امام فتفسد صلاته وأما الامام فباق على امامته فلا تفسد صلاته اه (قوله والمستخلف) ليست في خط الشارح اه

﴿باب ما يفسد الصلاة وما يكره فيها﴾

لما فرغ من بيان العوارض السماوية شرع في العوارض الاختيارية المكتسبة وقدم السماوية لانها أعرق في العارضية لعدم قدرة العبد على دفعها لا يقال النسيان من قبيل السماوية فكيف عد المصنف رحمه الله كلام الناسي في هذا الباب من قبيل المكتسبة لانا نقول لا نسلم عده من العوارض المكتسبة وانما ذكره في هذا الباب لمناسبة بين كلام الناسي والعامد من حيث الحكم لان كلامهما مفسد للصلاة اه اتقاني

الناسي

(قوله ما يفسد الصلاة وما يكره الى آخره) أما الفساد فيرجع الى ذات الصلاة والكراهة الى وصفها اه ع (قوله في المتن يفسد الصلاة التكلم) أي أي صلاة كانت اه ع (قوله وقال الشافعي الى آخره) أي قياسا على السلام اه غاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الى آخره) قال العلامة كمال الدين رحمه الله الفقهاء يذكرونه بهذا اللفظ ولا يوجد به في شيء من كتب الحديث بل ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه رواه ابن ماجه وابن حبان والحاكم وقال صحيح على شرطهما اه وقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الصلاة الى آخره رواه الجماعة الا ابن ماجه اه غاية

الناسي مفسدا لاعاد ولان العمل القليل معفو عنه فكذا الكلام القليل ولنا حديث زيد بن أرقم أنه قال كنا نتكلم في الصلاة يكلم الرجل صاحبه وهو الى جنبه في الصلاة حتى نزلت وقوموا لله قانتين فأمرنا بالسكوت ونهينا عن الكلام وقال عليه الصلاة والسلام ان هذه الصلاة لا يصلح فيها شئ من كلام الناس وقال عليه الصلاة والسلام في حديث ابن مسعود رضي الله عنه ان الله تعالى يحدث من أمره ما يشاء وانه قد أحدث من أمره أن لا تتكلموا في الصلاة ولانه مباشرة ما لا يصلح في الصلاة فمفسد عامدا كان أو ناسيا قليلا كان أو كثيرا كالاكل والشرب وانما عفي عن القليل من العمل لان أصله لا يمكن الاحتراز عنه لان في الحي حركات ليست من الصلاة طبعا فعفي ما لم يكثر ويدخل في حد ما يمكن الاحتراز عنه ولهذا يستوي فيه العمد والنسيان وليس الكلام كذلك لانه ليس من طبعه أن يتكلم فلا يعفى ولا يجوز قياسه على الصوم لان حالة الصلاة مذكرة لكونها على هيئة مخصوصة تخالف العادة في زمن يسير فلا يكثر النسيان فيها بخلاف الصوم والمراد بالحديث الاول رفع الحكم اذ ذات الخطا والنسيان ليس بمرفوع وحكمه نوعان الجواز والفساد في الدنيا ومبناهما على وجود السبب والثاني في الثواب والعقاب ومبناهما على وجود العزيمة فصار مشتركا وهو لا عموم له وقد أريد حكم الآخرة فانتفى الآخر أو نقول ان الحكم مقتضى اذ ليس في الحديث ذكره وهو أيضا لا عموم له وحديث ذي اليدين منسوخ بما تلونا وما روينا ألا ترى أنهم تكلموا عمدا كلاما كثيرا فقال ذو اليدين يا رسول الله أقصرت الصلاة أم نسيت قال لم أنس ولم تقصر قال بل نسيت يا رسول الله فأقبل على القوم فقال أصدق ذو اليدين فأومؤا أي نعم وعنده الكلام الكثير مفسد وان كان ناسيا وكذا كلام العامد وان قل فكيف يمكنه الاحتجاج بهذا الحديث ولا يصح القياس على السلام لانه دعاء من وجه فباعتباره لا تبطل اذا سلم ناسيا كلام من وجه فباعتباره تبطل اذا تعمد عملا بالشبهين فان قيل قال الخطابي لا وجه لدعوى النسخ فيه لان تحريم الكلام كان بمكة وراوي حديث ذي اليدين أبو هريرة وهو متأخر الاسلام وقد قال فيه صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف يصح دعوى النسخ قلنا الآية ناسخة مدنية لانها في سورة البقرة وهي مدنية اجماعا فمن أين للخطابي أن تحريم الكلام كان بمكة ولا يلزم من تأخر اسلامه أن تتقدم الآية لاحتمال أنها نزلت بعد اسلامه ولئن صح تقدم الآية على اسلامه لا يلزم أن الحديث متأخر عن الآية لانه يحتمل أنه نقله عن غيره وأراد بقوله صلى بنا أي صلى باصحابنا فحذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه ويؤيد هذا المعنى ما نقله الزهري أن ذا اليدين قتل يوم بدر وهو قبل خيبر بزمان طويل واسلام أبي هريرة كان في عام خيبر وهو متأخر ولم يصحب النبي صلى الله عليه وسلم الا أربع سنين فلا تصح دعوى الخطابي حتى يتبين في كل فصل صريحا بلا احتمال مع تحققنا نسخ الكلام بالآية المدنية ومع علمنا بان صحبة زيد بن أرقم النبي صلى الله عليه وسلم لم تكن بمكة وانما كانت بالمدينة وهو الذي روى النسخ قال رحمه الله (والدعاء بما يشبه كلامنا) وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والانين والتأوه وارتفاع بكائه من وجع أو مصيبة لا من ذكر جنة أو نار) لان فيها اظهار التأسف

(قوله لا يصلح فيها شئ من كلام الناس) انما هي التسبيح والتكبير والتحميد وقراءة القرآن أو كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائي وقال أبو داود لا يحل مكان لا يصلح اه غاية (قوله ان الله يحدث من أمره الخ) رواه النسائي وأحمد اه غاية (قوله فقال ذو اليدين) واسمه الخرباق بن عمرو من بني سليم وكان في يديه طول وذكر نجم الدين بن الرفعة في شرح التنبيه كان في احدى يديه طول اه غاية (قوله أقصرت الصلاة) يروى بضم القاف وكسر الصاد وبفتح القاف وضم الصاد وكلاهما صحيح اه غاية (قوله لانه دعاء من وجه) أي وهذا شرح في التشهد اه (قوله فباعتباره لا تبطل اذا سلم ناسيا الى آخره) قال الكمال رحمه الله في زاد الفقير يفسدها الكلام عمده وسهوه قبل أن يقعد قدر التشهد الا السلام ساهيا وليس معناه السلام على انسان اذ صرحوا أنه اذا سلم على انسان ساهيا فقال السلام ثم علم فسكت فسدت صلاته بل المراد الخروج من الصلاة ساهيا قبل اتمامها ومعنى المسألة أنه يظن أنه أكمل أما اذا سلم في الرباعية مثلا ساهيا بعد ركعتين على ظن أنها ترويحة ونحو ذلك فتفسد صلاته فليحفظ هذا اه (قوله اذا سلم ناسيا كلام من وجه) أي لوجود كاف الخطاب اه (قوله ذا اليدين قتل يوم بدر الى آخره) قال في الغاية لكن غلطوا الزهري في ذلك وقالوا عاش ذو اليدين بعد وفاة رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره النووي وقيل الى أيام معاوية وقالوا الذي قتل ببدر ذو الشمالين اه (قوله في عام خيبر) أي سنة سبع اه غاية (قوله في المتن والانين) وهو الصوت الحاصل من قوله آه اه ع (قوله في المتن والتأوه) وهو أن يقول أواه اه ع (قوله في المتن من وجع) أي في بدنه اه ع (قوله في المتن أو مصيبة) أصابته في النفس أو المال اه ع (قوله في المتن لا من ذكر جنة أو نار الى آخره) أي لا يفسدها هذه الاشياء اذا كانت من ذكر الجنة أو من أجل ذكر نار اه ع ولانه في الاول كأنه قال أنا مصاب فعزوني ولو أفصح به تفسد فكذا هذا وفي الثاني كأنه قال اللهم اني أسألك الجنة وأعوذ بك من النار ولو صرح به لا تفسد صلاته لانه دعاء اه رازي ولو مر المصلي بآية رحمة أو آية فيها ذكر الجنة فوقف عندها وسأل الله الجنة أو بآية فيها ذكر النار فوقف وسأل الله النجاة من النار ان كان في التطوع فهو حسن اذا كان وحده لما روي عن حذيفة أن رسول الله صلى الله

والجزع فكأنه قال أعينوني فإني متوجع وإن كان من ذكر الجنة أو النار لا تفسد صلاته لأنه يدل على زيادة الخشوع وهو المقصود في الصلاة فكان بمعنى التسبيح أو الدعاء وهذا لأن الأنين والتأوه والبكاء قد ينشأ من معرفة قدرة الله تعالى وعظمته وغناه عن خلقه وكبريائه عز وجل ومن شدة الخوف والرجاء والرغبة فيكون كالتقديس والدعاء وعن أبي يوسف أن هذا التفصيل فيما إذا كان على أكثر من حرفين أو على حرفين أصليين أما إذا كان على حرفين من حروف الزيادة أو أحدهما من حروف الزيادة والآخر أصلي لا تفسد في الوجهين معا وحروف الزيادة عشرة يجمعها قولك أمان وتسهيل وقال الشافعي رضي الله عنه الأنين والتأوه والبكاء يقطع مطلقا من غير تفصيل إذا حصل منه حرفان لأنه من كلام الناس ولنا ما روي عنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي بالليل وله أزيز كأزيز المرجل من البكاء والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (والتنحنح بلا عذر) بأن لم يكن مدفوعا إليه وقد حصل به حروف لأن الكلام ما يتلفظ به وإن كان بعذر بأن كان مدفوعا إليه لا تفسد لعدم إمكان الاحتراز عنه وكذا الأنين والتأوه إذا كان بعذر بأن كان مريضا لا يملك نفسه فصار كالعطاس والجشاء إذا حصل بهما حروف ولو تنحنح لإصلاح صوته وتحسينه لا تفسد على الصحيح وكذا لو أخطأ الإمام فتنحنح المقتدي ليهتدي الإمام لا تفسد صلاته وذكر في الغاية أن التنحنح للإعلام أنه في الصلاة لا يفسد ولو نفخ في الصلاة فإن كان مسموعا تبطل وإلا فلا والمسموع ما له حروف مهجاة عند بعضهم نحو أف وتف وغير المسموع بخلافه وإليه مال الحلواني وبعضهم لا يشترط في النفخ المسموع أن يكون له حروف مهجاة وإليه ذهب خواهر زاده وعلى هذا إذا نفر طيرا أو غيره أو دعاه بما هو مسموع قال رحمه الله (وجواب عاطس بيرحمك الله) لأنه يجري في مخاطبات الناس فصار كما لو قال أطال الله بقاءك فكان من كلامهم بخلاف ما إذا قال العاطس لنفسه يرحمك الله لأنه دعاء لنفسه أو قال هو أو غيره الحمد لله رب العالمين لأنه لم يتعارف جوابا قال رحمه الله (وفتحه على غير إمامه) لأنه تعليم وتعلم من غير ضرورة فكان من كلام الناس ثم شرط في الأصل التكرار لأنه ليس من أفعال الصلاة فيعفى القليل منه ولم يشترطه في الجامع الصغير وهو الصحيح لأنه من قبيل الكلام فلا يعفى القليل منه بخلاف العمل والفرق قد تقدم وقوله على غير إمامه يشمل فتح المقتدي على المقتدي وعلى غير المصلي وعلى المصلي وحده وفتح الإمام والمنفرد على أي شخص كان وكل ذلك مفسد إلا إذا قصد به التلاوة دون الفتح ونظيره ما لو قيل له ما مالك فقال الخيل والبغال والحمير فإنه يفسد صلاته إن أراد به جوابا وإلا فلا وإن فتح على إمامه لا تفسد استحسانا وقيل إن قرأ قدر ما تجوز به الصلاة تفسد لأنه لا ضرورة إليه وقيل إن انتقل إلى آية أخرى ففتح عليه تفسد صلاة الفاتح

عليه وسلم قرأ البقرة وآل عمران في صلاة الليل فما مر بآية فيها ذكر الجنة إلا وقف وسأل الله تعالى وما مر بآية فيها ذكر النار إلا وقف وتعوذ وما مر بآية فيها مثل إلا وقف وتفكر والإمام في الفرائض يكره له ذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم لم يفعله في المكتوبات وكذا الأئمة بعده إلى يومنا هذا فكان من المحدثات ولأنه تثقيل على القوم وذلك مكروه ولكن لا تفسد الصلاة لأنه يزيد في خشوعه والخشوع زينة الصلاة اهـ بدائع (قوله وله أزيز كأزيز المرجل) أي وهو القدر وأزيز المرجل غليانه يحصل الحروف فلم يصف اهـ فتح (قوله في المتن والتنحنح بلا عذر إلى آخره) أي بأن لم يكن لاجتماع البزاق في حلقه اهـ وكذا التثاؤب إذا ظهر له حروف مهجاة اهـ كاكي (قوله بأن لم يكن مدفوعا) أي لم يكن مضطرا إليه اهـ رازي (قوله وإن كان بعذر بأن كان مدفوعا) أي مدفوع الطبع اهـ (قوله للإعلام أنه في الصلاة لا يفسد) ولا يكره اهـ غاية (قوله وإليه ذهب خواهر زاده إلى آخره) وقطع به في المصفى قال سواء كان له حروف مهجاة أو لم يكن أراد به التأفيف أو لم يرد اهـ غاية (قوله بخلاف ما إذا قال لنفسه يرحمك إلى آخره) لأن هذا بمنزلة قوله يرحمني الله وبهذا لا تفسد وعن أبي يوسف لا تفسد في قوله لغيره ذلك لأنه دعاء بالمغفرة والرحمة وهما تمسكا بحديث معاوية بن الحكم السابق أول الباب فإنه في غير المتنازع فيه لأن مورده كان في تشميت العاطس وبالمعنى الذي ذكره في الكتاب اهـ فتح (قوله في المتن وفتحه على غير إمامه إلى آخره) قال في الغاية وفتح المراهق كالبالغ وعن عبد الله وفتح الصغار ذكره في مختصر البحر اهـ غاية وفي الخلاصة إذا فتح على المصلي رجل ليس معه في الصلاة فأخذ المصلي بفتحه تفسد صلاته وإن فتح المصلي على من ليس معه في الصلاة إن أراد به قراءة القرآن لا تفسد وإن أراد به تعليم ذلك الرجل تفسد اهـ (قوله إن أراد به جوابا وإلا فلا) أي وكذا لو كان أمامه كتاب وخلفه رجل يسمى يحيى فقال يا يحيى خذ الكتاب بقوة وكذا لو كان في السفينة وابنه خارجها فقال يا بني اركب معنا فهو على هذا التفصيل قال بعض المشايخ ما ذكر في الكتاب قول أبي حنيفة ومحمد أما على قول أبي يوسف لا تفسد أراد بذلك تعليمه أو لم يرد وأراد جواب السائل أو لا لأن الأصل عنده أن ما كان قرآنا أو ثناء لا يتغير بالنية كذا في شروح الجامع اهـ كاكي وسيأتي معنى هذه الحاشية في كلام المصنف رحمه الله اهـ (قوله وقيل إن قرأ قدر ما تجوز به الصلاة الخ) وفي جامع قاضيخان وفتاواه وجامع التمرتاشي لو استفتح بعد ما قرأ مقدار ما تجوز به الصلاة ففتح عليه اختلفوا فيه قيل تفسد صلاته ولو أخذ الإمام تفسد صلاة الكل والأصح أنه لا تفسد صلاة أحد لأنه لو لم يفتح ربما يجري على لسانه ما يكون مفسدا فكان فيه إصلاح صلاته اهـ دراية (قوله وقيل إن انتقل إلى آية إلى آخره)

هذا القيل اعتمده صاحب الهداية اه (قوله لعدم الحاجة اليه) أى ووجود التعليم اه غاية (قوله قوله عليه الصلاة والسلام اذا استطعمك الى آخره) رواه أبوداود ومثله عن على رضى الله عنه ذكره أبو بكر بن أبى شيبة فى سننه اه غاية (قوله هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم ينوى القراءة قراءة قال الامام السرخسى وهو سهو لان قراءة المأموم خلف امامه منهى عنها والفتح على غير امامه غير منهى عنه وانما هذا اذا أراد الفتح على غير امامه ينبغى له أن ينوى التلاوة دون التعليم قال السروجى غمع أن تكون التلاوة فى ضمنها الفتح ممنوعة بل المسموعة التلاوة المجردة عن الفتح اه (قوله والامام أن لا يلجئهم اليه) وتفسير الالجاء أن يردد الآية أو يقف ساكتا اه كاكى (قوله والجواب بلا اله الا الله) بان قيل له أمع الله اله آخر فقال لا اله الا الله اه (قوله أنه ثناء بصيغته) أى بأصله اه كاكى (قوله فلا يتغير بعزيمته) أى بارادته غير الثناء اه كاكى (قوله والاسترجاع على هذا الخلاف الخ) قال فى الغاية وذكر فى المفيد أن فى الاسترجاع وفى يا يحيى خذ الكتاب تفسد بالاجماع وقال فى المبسوط لم يذكر خلاف أبى يوسف فى مسئلة الاسترجاع والاصح أن الكل على الخلاف اه (قوله ولو أشار الى آخره) برأسه أو بيده أو

باصبعه اه غاية قال فى الغاية

وكذا صلاة الامام ان أخذ بقوله لعدم الحاجة اليه وجه الاول قوله عليه الصلاة والسلام اذا استطعمك الامام فأطعمه مطلقا من غير فصل وينوى الفتح على امامه دون القراءة هو الصحيح لان الفتح مرخص فيه والقراءة منهى عنها وينبغى للمقتدى أن لا يعجل بالفتح لانه ربما يتذكر الامام فيكون التلقين من غير حاجة وللامام أن لا يلجئهم اليه بل يركع اذا قرأ قدر الفرض والا انتقل الى آية أخرى قال رحمه الله (والجواب بلا اله الا الله) وكذا اذا قيل له ان فلانا قدم فقال الحمد لله أو وصف الله تعالى بين يديه بصفة لا تليق به تعالى فقال سبحان الله يريد به الرد وقال أبو يوسف لا تفسد وعلى هذا الخلاف الفتح على غير امامه له أنه ثناء بصيغته فلا يتغير بعزيمته قياسا على ما اذا أراد به الاعلام انه فى الصلاة ولهما أن الكلام مبنى على قصد المتكلم فان من قال يا بنى اركب معنا وأراد به خطابه يكون كلاما مفسدا لا قراءة القرآن وكذا لو قال لرجل اسمه يحيى يا يحيى خذ الكتاب بقوة وأراد به الخطاب ولهذا لو قرأ الجنب الفاتحة على نية الثناء والدعاء دون القراءة يجوز وكذا لو قرأها فى صلاة الجنازة على نية الدعاء دون القراءة يجوز وان لم تشرع فيها القراءة لما قلنا ولان الجواب ينتظم اعادته ما فى السؤال فيكون كأنه قال الحمد لله على قدومه فتفسد وكان القياس أن تفسد صلاته فيما اذا أراد به الاعلام أيضا لكنا تركناه بقوله عليه الصلاة والسلام من نابه شئ فى صلاته فليسبح فلا يقاس عليه غيره والاسترجاع على هذا الخلاف فى الصحيح قال رحمه الله (والسلام ورده) لانه من كلام الناس ولو صافح بنية السلام تفسد صلاته لانه كلام معنى ولا يرد بالاشارة لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد بالاشارة على ابن مسعود ولا على جابر وما روى من قول صهيب سلمت على النبى صلى الله عليه وسلم وهو يصلى فرد على بالاشارة يحتمل انه كان نهيا له عن السلام أو كان فى حالة التشهد وهو يشير فظنه ردا ولو أشار يريد به رد السلام لا تفسد صلاته وكذا لو طلب من المصلى شئ فأشار بيده أو برأسه بنعم أو بلا لا تفسد صلاته ذكره فى الغاية فى فصل ما يكره للمصلى ويكره السلام على المصلى والقارئ والجالس لقضاء أو البحث فى الفقه أو التخلى ولو سلم عليهم لا يجب عليهم الرد لانه فى غير محله ولو سمع اسم النبى صلى الله عليه وسلم فصلى عليه تفسد ولو سمع الاذان

نقلا عن الحاوى وبرهان الدين صاحب المحيط لا بأس أن يتكلم مع المصلى ويجيب هو برأسه اه وفى الذخيرة لا بأس للمصلى أن يجيب المتكلم برأسه به ورد الاثر عن عائشة ولا بأس بان يتكلم الرجل مع المصلى قال الله تعالى فنادته الملائكة وهو قائم يصلى فى المحراب اه زاهدى (قوله ويكره السلام على المصلى والقارئ) أى والذاكر اه غاية (قوله فصلى عليه تفسد) أى وان صلى عليه ولم يسمع اسمه لا تفسد ولو جرى على لسانه نعم اذا كان ذلك عادة تفسد والا لا تفسد لانه من القرآن وفى الذخيرة أرى على هذا التفصيل قال أبو الليث ينبغى أن يكون على الخلاف فى القراءة بالفارسية والصحيح انه بالاجماع لان القراءة بالفارسية لا تفسد الصلاة بالاتفاق ولو دعا أو سبح بالفارسية فعن أبى يوسف انه تفسد ذكره العتابى فى جوامع الفقه سمع المصلى قوله يا أيها الناس فرفع رأسه وقال لبيك يا سيدى فالاولى ان لا يفعل ولو فعل قيل لا تفسد لانه بمنزلة الدعاء والثناء وقيل تفسد لانه ليس من القرآن بل هو من كلام الناس ولو سمع اسم الشيطان فقال لعنه الله تفسد وقال أبو يوسف لا تفسد ولو قرأ الامام آية الرحمة أو العذاب فقال المقتدى صدق الله لا تفسد وقد أساء ولو وسوس له الشيطان فقال لا حول ولا قوة الا بالله ان كان فى الآخرة لا تفسد وان كان فى أمر الدنيا تفسد وفى الواقعات المريض يقول عند القيام والانحطاط باسم الله تفسد عند أبى حنيفة ومحمد ولو عوذ نفسه بشئ من القرآن للحمى ونحوها تفسد عندهم ولو قال عند رؤية الهلال ربى وربك الله تفسد ذكر ذلك كله المرغينانى ولو قال فى الصلاة فى أيام التشريق الله أكبر لا تفسد الامام اذا قرأ آية الرحمة يكره ان يسأل الرحمة لما فيه من التطويل والتثقيل على القوم وقد أمر الشارع بالتخفيف وكذا يكره للمقتدى لانه يخل بالاسماع ولا بأس للمنفرد لانه عليه الصلاة والسلام افتتح بسورة البقرة فما مر بآية الرحمة الا وقف عندها وسأل ولا بآية عذاب الا استعاذ وفى الذخيرة لو أمن بدعاء رجل ليس فى الصلاة تفسد اه غاية وفى الفتح ولو لدغته عقرب فقال باسم الله تفسد خلافا لابى يوسف اه وفيه أيضا ولو قرأ ذكر الشيطان فلعنه لا تفسد اه

(قوله يفسد افتتاح العصر الى آخره) أي يفسد الصلاة لانه نوى تحصيل ما ليس بحاصل وان نوى الظهر فهي هي لانه نوى تحصيل ما هو بحاصل فان قيل الامام اذا تحرم لصلاة الجنازة ثم جيء بجنازة أخرى فنوى الصلاة على الجنازة الاولى والثانية ويحرم بقي في الاولى وان نوى تحصيل ما ليس بحاصل والمسئلة في المبسوط قيل له فيما نحن بصدده نوى الاعراض عن الاولى والاقبال على الثانية ولا يتحقق ذلك الا بانتقاض الاولى وانتقاضها أما ههنا فلم ينو الاعراض عن الاولى فبقي فيها كما كان اذ لا تصح الثانية مع بقاء الاولى فافترقا اه فوائد الظهيرية (قوله بتكبيرة جديدة فان صلاته تفسد) أي صلاة الظهر تفسد اه ولو نوى أن يصلي الظهر فلما قام الى الثانية نوى أنها العصر فلما صلى ركعة نوى أنها العشاء فصلاته صلاة الظهر اه خلاصة (قوله فيما اذا نواه أو نوى العصر) لان صاحب الترتيب اذا انتقل من الظهر الى العصر لا يصير منتقلا الى العصر بل الى النفل لان العصر لا ينعقد عصرا قبل أداء الظهر في حقه اه كاكي (قوله أو بضيق الوقت) أو بالنسيان

فاجاب وأراد به الجواب أو لم يكن له نية تفسد لان الظاهر انه أراد به الجواب وان لم يرد لا تفسد وكذا لو أذن وعند أبي يوسف اذا قال حي على الصلاة تفسد ذكره في الغاية قال رحمه الله (وافتتاح العصر أو التطوع) أي يفسد افتتاح العصر أو التطوع وتفسيره أنه اذا كان يصلي الظهر مثلا فافتتح العصر أو التطوع بتكبيرة جديدة فان صلاته تفسد لانه صح شروعه في غير ما هو فيه وهو التطوع فيما اذا نواه أو نوى العصر وكان صاحب ترتيب أو في العصر ان لم يكن صاحب الترتيب بان سقط الترتيب بكثرة الفوائت أو بضيق الوقت فيخرج عما هو فيه ضرورة وكذا لو كان يصلي التطوع فافتتح الفرض أو كان يصلي الجمعة فافتتح الظهر أو بالعكس يخرج عما هو فيه لما ذكرنا قال رحمه الله (لا الظهر بعد ركعة الظهر) يعني لا يفسد افتتاح الظهر بعد ما صلى منه ركعة بل يبقى على ما كان عليه حتى يجتزأ بتلك الركعة لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه فلغت نيته الا اذا كبر ينوي امامة النساء أو الاقتداء بالامام أو كان مقتديا فكبر ينوي الانفراد فحينئذ يكون شارعا فيما كبر له ويبطل ما مضى من صلاته للتغاير وحاصله أن المصلي اذا كبر ينوي الاستئناف ينظر فان كانت الثانية التي نوى الشروع فيها هي الاولى بعينها من كل وجه ولم تخالفها في شيء لا تبطل صلاته ويجتزأ بما مضى من صلاته وان خالفتها تبطل صلاته ويستأنف نظيره ما لو باع عبدا بألف ثم جدداه بألف وخمسمائة فان العقد الاول يبطل به وينعقد ثانيا وان جدداه بألف بقي الاول على حاله لعدم المغايرة وعلى هذا لو كان يصلي على الجنازة فجيء بجنازة أخرى فكبر ينوي الصلاة على الثانية بطل ما مضى ويصير شارعا في الثانية ولو لم ينو الصلاة على الثانية أو نوى الصلاة عليهما فهو على حاله ويجتزأ بما مضى قال رحمه الله (وقراءته من مصحف) يعني تفسد الصلاة وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تكره ولا تفسد صلاته لما روي عن ذكوان مولى عائشة رضي الله عنها أنه كان يؤمها في شهر رمضان وكان يقرأ من المصحف ولان القراءة عبادة انضافت الى عبادة أخرى وهو النظر الى المصحف ولهذا كانت القراءة من المصحف أفضل من القراءة غائبا الا أنه يكره في الصلاة لما فيه من التشبه بفعل أهل الكتاب ولابي حنيفة أن حمل المصحف ووضعه عند الركوع والسجود ورفعه عند القيام وتقليب أوراقه والنظر اليه وفهمه عمل كثير ويقطع من رآه أنه ليس في الصلاة ولانه يتلقن من المصحف فأشبه التلقن من غيره وعلى هذا

اه كاكي (قوله في المتن لا الظهر بعد ركعة الظهر) قال العيني رحمه الله وقوله بعد ركعة الظهر ظرف لشيئين وهما قوله افتتاح العصر أو التطوع وقوله لا الظهر وتقدير الكلام وافتتاح العصر أو التطوع بعد ركعة الظهر لا افتتاح الظهر بعد ركعة الظهر فافهم اه (قوله يعني لا يفسد) أي لا يفسد الصلاة ولا فرق في هذا بين الركعة فما دونها وما فوقها اه غاية (قوله حتى يجتزأ بتلك الركعة الى آخره) هذا اذا نوى بقلبه أما اذا نوى بلسانه وقال نويت أن أصلي الظهر انتقض ظهره ولا يجتزأ بتلك الركعة اه خلاصة (قوله لانه نوى الشروع في عين ما هو فيه الى آخره) ولو صلى أربعا على ظن أن الاولى انتقضت ولم يقعد في الثالثة فسدت صلاته لانه ترك القعدة الاخيرة اه كاكي (قوله ثم جدداه بألف وخمسمائة الى آخره) أو جدداه بأقل من ألف اه فوائد الظهيرية لا فرق وكذا لو كان الثاني بمائة دينار بألف درهم يبطل الاول ذكره في الغاية اه (قوله لعدم المغايرة) وتظهر فائدته في الشفعة بسبب البيع الثاني اذا سلم في البيع الاول اه كاكي وغاية وكاكي (قوله ويصير شارعا في الثانية) أي لانه نوى ما ليس بموجود فصحت نيته اه كاكي (قوله أو نوى الصلاة عليهما فهو على حاله) لانه نوى ايجاد الموجود وهو لغو اه كاكي (قوله وقراءته) أي بالرفع عطف على قوله التكلم اه دري (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) أي والشافعي اه غاية (قوله وهو النظر الى المصحف الى آخره) قال عليه الصلاة والسلام أعطوا أعينكم حظها من العبادة قيل وما حظها قال النظر في المصحف اه كاكي (قوله الا أنه يكره في الصلاة لما فيه من التشبه الى آخره) والدليل على ذلك أن قراءته مكروهة ولا يظن بعائشة رضي الله عنها انها كانت ترضى بالمكروه وتصلي خلف من يصلي صلاة مكروهة اه غاية (قوله ولابي حنيفة رحمه الله أن حمل المصحف الى آخره) مأخذان للاصحاب في البطلان ذكرهما الاصحاب أحدهما البطلان اه غاية (قوله فأشبه التلقن من غيره الى آخره) وجعل السرخسي في مبسوطه هذا التعليل أصح اه كاكي

لافرق بين المحمول والموضوع وعلى الاول يفترقان وأثر ذكوان محمول على أنه كان يقرأ قبل شروعه في الصلاة ثم يقرأ في الصلاة غائبا ولو كان يحفظ القرآن وقرأ من مكتوب من غير حمل المصحف قالوا لاتفسد صلاته لعدم الامرين ولم يفصل في المختصر ولا في الجامع الصغير بينهما اذا قرأ قليلا أو كثيرا من المصحف وقال بعض المشايخ ان قرأ مقدار آية تفسد صلاته والا فلا وقال بعضهم ان قرأ مقدار الفاتحة فسدت صلاته والا فلا قال رحمه الله (والاكل والشرب) لانهما منافيان للصلاة ولا فرق بين العمد والنسيان لان حالة الصلاة مذكرة لانها على هيئة مخالفة العادة لما فيها من لزوم الطهارة والاحرام والخشوع واستقبال القبلة والانتقالات من حال الى حال مع ترك النطق الذى هو كالنفس وكل ذلك في زمن يسير فيكون الاكل والشرب فيها في غاية البعد فلا يعذر فصار كالحدث بخلاف الصوم لان هيئته لاتخالف العادة وزمنه طويل فيكثر فيه النسيان فيعذر ثم أطلق الاكل ومراده مايفسد الصوم ومالايفسد الصوم لايبطل الصلاة ويأتى بيانه في موضعه إن شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو نظر الى مكتوب وفهمه أو أكل ما بين أسنانه أو مر مار في موضع سجوده لاتفسد وان أثم) أى لاتفسد صلاته بهذه الاشياء أما النظر الى المكتوب وفهمه فلانه ليس بعمل مناف للصلاة ولافرق بين المستفهم وغيره على الصحيح لعدم الفعل وقال بعضهم إن كان مستفهما تفسد صلاته عند محمد اذا كان المكتوب غير قرآن قياسا على ما إذا حلف لايقرأ كتاب فلان فنظر إليه وفهمه فانه يحنث عنده فكذا تبطل صلاته وجه الاول وهو الفرق بينهما ان المقصود في اليمين اعلام الفهم وقد وجد ولا كذلك بطلان الصلاة لانه بالعمل الكثير ولم يوجد وأما أكل ما بين أسنانه فلانه لايمكن الاحتراز عنه ولهذا لايبطل به الصوم فصار كالريق الا اذا كان كثيرا فتفسد به صلاته كما يفسد به صومه والفاصل بينهما مقدار الحمصة وأما المرور في موضع سجوده فلحديث أبى سعيد الخدرى أنه

(قوله وعلى الاول يفترقان الى آخره) فيحمل ما روى عن ذكوان مولى عائشة رضى الله عنها أنه كان يؤمها في شهر رمضان وكان يقرأ من المصحف على انه كان موضوعا وعلى الثانى كونه ثلاثة مراجعة كانت قبل الصلاة ليكون تذكره أقرب وهو المعول عليه في دفع قول الشافعي يجوز بلا كراهة لانه صلى الله عليه وسلم صلى حاملا أمامة بنت أبى العاص على عاتقه فاذا سجد وضعها فاذا قام حملها فان هذه الواقعة ليس فيها تلقن وتحقيقه انه قياس قراءة ما يتعلمه في الصلاة من غير معلم حى عليها من معلم حى بجامع انه تلقن من خارج وهو المناط في الاصل فقط فان فعل الخارج لاأثر له في الفساد بل المؤثر فعل من في الصلاة وليس منه الا التلقن اه فتح قال الاكمل ولم يذكر في الكتاب مقدار ما يقرأ وهو مختلف فيه فمنهم من يقول اذا قرأ مقدار آية تامة لان مادونه غير معتبر قراءة ومنهم من يقول مقدار الفاتحة وظاهره ان القليل والكثير عنده في الافساد وعندهما في عدمه سواء فلهذا أطلقه في الكتاب (قوله قالوا لاتفسد صلاته) أى لان قراءته هذه مضافة الى حفظه لا الى تلقنه من المصحف اه غاية (قوله ثم أطلق الاكل الى آخره) أقول هذا انما يستقيم فيما اذا أكل ما بين أسنانه ومراد المصنف بقوله والاكل أكل شئ من خارج والحكم فيه فساد الصوم قليلا كان المأكول كسمسمة أو كثيرا وأما أكل ما بين أسنانه فسيأتى في كلام المصنف فتأمل اه (قوله في المتن ولو نظر الى مكتوب) أى مكتوب غير القرآن لانه لو نظر الى مكتوب هو قرآن وفهمه لاخلاف لاحد فيه أنه يجوز اه كاكى (قوله تفسد صلاته عند محمد الى آخره) وبه أخذ أبو الليث والاصح أنه لاتفسد عنده أيضا وهو مروى عنه نص ذكره في المحيط والذخيرة اذ الفساد بالكلام ولم يوجد اه غاية (قوله فكذا تبطل صلاته) أى ولهذا قالوا يجب أن لايضع المعلم الجزء بين يديه في الصلاة لانه ربما يكون مكتوبا فيه الجزء الاول أو الثانى فينظر في ذلك ويفهم فيدخل في ذلك شبهة الاختلاف اه كاكى (قوله أن المقصود في اليمين اعلامه الفهم الى آخره) قال السروجى رحمه الله في الغاية قيل تحنيث محمد في اليمين على قراءة كتاب فلان بمجرد الفهم بدون القراءة مشكل مع التسليم ان الغرض والمقصود أن لايطلع على سره وبالفهم لكتابه فات الغرض لكن بفوات الغرض يبر في يمينه ولايحنث فيها اذ لم يوجد المحلوف عليه وهو القراءة الاترى ان من حلف لايبيع ثوبه بعشرة لاشك ان غرضه ان لايخرج الثوب عن ملكه بالبيع الا بأكثر من عشرة ومع ذلك لو باعه بتسعة لايحنث وان فات غرضه لعدم وجود لفظ المحلوف عليه وكذا لو قال ان اشتريت لها شيأ بفلس فاشترى بدينار لايحنث ومن امتنع من بذل الشئ الحقير وهو الفلس كان أمنع من بذل الشئ النفيس وهذا هو الغرض والسياق ومع هذا لايحنث لما ذكرنا ويمكن أن يجاب بان يمينه انعقدت على المجاز وهو الفهم لان قراءة كتابه سبب لفهم مافيه كما لو قال لامرأته ان دخلت دار فلان ودخل فلان دارك فانت طالق فدخلت داره ولم يدخل فلان دارها يقع لانه جعل ذكر دخول كل واحد منهما دار الآخر كناية عن الاجتماع لانه سبب الاجتماع كذا ههنا عنده اه قيل ولقائل أن يقول لما كان المراد من قراءته كتاب فلان فهم مافيه عنده ينبغى أن يحنث اذا فهمه بقراءة غيره اه (قوله أو مر مار في موضع سجوده الى آخره) قال في جامع شمس الائمة وغيره عند أهل الظاهر تفسد الصلاة بمرور المرأة بين يديه لقوله عليه الصلاة والسلام تقطع الصلاة المرأة والكلب والحمار وفى الكافى عند أهل العراق تفسد بمرور الكلب والمرأة والحمار وفى الحلية قال أحمد يقطع الصلاة الكلب الاسود وفى قلبى من الحمار والمرأة شئ وانما قال الكلب الاسود

لانه عليه الصلاة والسلام قال الكلب الاسود شيطان حين سأله راوى الحديث أبوذر وقلنا أنكرت عائشة هذا الحديث وحين بلغها قالت يا أهل العراق يا أهل الشقاق والنفاق قرنتمونا بالكلاب والحمر وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى بالليل وأنا معترضة بين يديه اعتراض الجنازة فاذا سجد خنست رجلى واذا قام مددتها وحديث ولد أم سلمة يدل على أن المرور لا يقطع الصلاة كما سيجىء وحديث ابن عباس قال زرت النبى صلى الله عليه وسلم على حمار فوجدنا رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلى الى غير جدار فصلينا معه والحمار يرتع بين يديه اه كاكى قال فى الغاية ثم المار بين يدى المصلى آثم وبه قال مالك وقال فى النهاية والوسيطة يكره المرور وصرح الحجلى بتحريمه ووافقه صاحب التهذيب والتتمة من الشافعية وأصحابنا نصوا على كراهته ذكره فى المحيط والذخيرة والمرغينانى اه (قوله وادرؤا ما استطعتم الى آخره) رواه أبوداود وأبو بكر بن أبى شيبة اه غاية (قوله فانه شيطان) أى معه شيطان بدليل حديث ابن عمر فان معه القرين رواه مسلم وأحمد وقيل من شياطين الانس وقيل فعله فعل الشيطان والشيطان فى اللغة كل متمرد عات من الجن أو الانس أو الدواب قاله سيبويه اه غاية (قوله لأن يقف أحدكم مائة عام) وفى مسند الدارقطنى أربعين خريفا اه غاية (قوله والاصح انه موضع صلاته الى آخره) هو مختار صاحب الهداية قال فى الدراية قال شيخ الاسلام هذا اذا كان فى الصحراء أو فى الجامع الذى له حكم الصحراء أما فى المسجد فالحد هو المسجد الا أن يكون بينه وبين المار أسطوانة أو غيرها وفى الكافى أو رجل قائم أو قاعد ظهره الى المصلى ثم اختلفوا فى الموضع الذى يكره فيه المرور وقيل بقدر ثلاثة أذرع وقيل بخمسة وقيل بأربعين وقيل بموضع سجوده وقيل بقدر صفين أو ثلاثة قال التمرتاشى والاصح أن كان بحال لو صلى صلاة خاشع لا يقع بصره على المار فلا يكره نحو ان يكون منتهى بصره فى قيامه الى موضع سجوده وفى ركوعه الى صدور قدميه وفى سجوده الى أرنبة أنفه وفى قعوده الى حجره وفى السلام الى منكبيه وهو اختيار فخر الاسلام وقال لو صلى راميا ببصره الى موضع سجوده فلم يقع بصره عليه لم يكره وهذا احسن واختار شيخ الاسلام والامام السرخسى وقاضيخان ما اختاره صاحب الهداية قال شيخ شيخى ما اختاره فخر الاسلام والتمرتاشى أشبه الى الصواب

لان المصلى إذا صلى على الدكان ويحاذى أعضاؤه أعضاء المار يكره وان كان يمر أسفله وأسفله ليس بموضع سجوده اه يعنى انه لو كان على الارض لم يكن موضع سجوده فيه لان الفرض انه يسجد على الدكان فكان موضع السجدة دون محل المرور لو كان على الارض ومع ذلك تثبت الكراهة اتفاقا فكان ذلك نقضا لما اختاره شمس الائمة بخلاف مختار فخر الاسلام فانه يمشى فى كل الصور غير منصوص اه فتح قال فى الغاية واعلم أن الستر من محاسن الصلاة وفائدتها قبض الخواطر من الانتشار وكف البصر من الاسترسال حتى يكون المصلى مجتمعا لمناجاة ربه ومحض عبوديته ولهذا شرعت الصلاة الى جهة واحدة مع الصمت وترك الافعال العادية ومنع العدو والاسراع فى الطريق وان فاتته الجماعة وفضيلة الاقتداء فان قيل قد ثبت عن أبى قتادة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يصلى وهو حامل أمامة بنت زينب بنت رسول الله صلى الله عليه وسلم من أبى العاص بن ربيعة بن عبد شمس فاذا سجد وضعها واذا قام حملها متفق عليه وهذا فوق حمل المصحف وتقليب أوراقه وقد نص على جوازه هنا فى المبسوط وقال كان يفعله ذلك فى بيته قلت قد ذكر ذلك أبو عمر بن عبد البر فى التمهيد وحكى أشهب عن مالك ان هذا كان فى النافلة ومثله لا يجوز فى الفريضة وذكر عن محمد بن اسحق انه كان فى الفرض وقال أبو عمر انى لا أعلم خلافا ان مثل هذا مكروه فيكون اما فى النافلة واما منسوخا قال وروى أشهب وابن نافع ان مثل ذلك يجوز فى حال الضرورة ويحمل على الضرورة ولم يفرق بين الفرض والنفل قال وعند أهل العلم أن أمامة كان عليها ثياب طاهرة وانه صلى الله عليه وسلم لم ير منها ما يحدث من الصبيان من البول وكان رؤفا رحيما بالاطفال حتى إذا سمع بكاء الصبى خفف فى صلاته كى لا يشق على أمه خلفه وقال شمس الائمة فاما فعلت المرأة ولدها مثل هذا تكون مسيئة لانها شغلت نفسها بما ليس من عمل صلاتها وفيه ترك سنة الاعتماد وفعله صلى الله عليه وسلم كان فى وقت كان العمل مباحا فى الصلاة أو لم يكن الاعتماد سنة فيها اه سروجى قال فى البدائع ولو ادهن أو سرح رأسه أو حملت امرأة صبيا فارضعته فسدت الصلاة فأما حمل الصبى بدون الارضاع فلا يوجب فساد الصلاة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يصلى فى بيته وقد حمل أمامة بنت أبى العاص على عاتقه فكان إذا سجد وضعها فاذا قام رفعها ثم هذا الصنيع لم يكره منه صلى الله عليه وسلم لانه كان محتاجا فى ذلك لعدم من يحفظها ولبيانه الشرع أن هذا غير موجب فساد الصلاة ومثل هذا أيضا فى زماننا لا يكره لواحد منا لو فعل عند الحاجة أما بدون الحاجة فيكره اه

صلى الله عليه وسلم قال لا يقطع الصلاة شئ وادرؤا ما استطعتم فانه شيطان وأما اثم المار فلقوله عليه الصلاة والسلام لأن يقف أحدكم مائة عام خير له من أن يمر بين يدى أخيه وهو يصلى وتكلموا فى الموضع الذى يكره المرور فيه والاصح انه موضع صلاته وهو من قدمه الى موضع سجوده وينبغى لمن يصلى فى الصحراء ان يتخذ أمامه سترة لقوله عليه الصلاة والسلام ليستتر أحدكم فى صلاته ولو بسهم وينبغى أن يكون طوله ذراعا وغلظها غلظ الاصبع لما روينا ولان مادون ذلك لا يبدو للناظر من بعيد فلا يحصل به الغرض ويقرب من السترة لقوله عليه الصلاة والسلام اذا صلى أحدكم

الى

(قوله وينبغي أن يكون طولها ذراعا إلى آخره) قال في الغاية واختلف مشايخنا فيما إذا كانت السترة أقل من ذراع وقال شيخ الاسلام لو وضع قباءه أو خفيه بين يديه وارتفع قدر ذراع كان سترة بلا خلاف وان كان دونه ففيه خلاف وفي غريب الرواية النهر الكبير ليس بسترة كالطريق وكذا الحوض الكبير ذكر ذلك في مختصر البحر المحيط اهـ غاية (قوله لكن يضعها طولا) أي ليكون على مثال الغرز اهـ كاكي (قوله واختلفوا في الخط اذا لم يكن معه ما يغرزه الى آخره) قال في الغاية اذا لم يجد ما يغرزه أو يضعه هل يخط بين يديه خطا فالمنع هو الظاهر وعليه الاكثرون من أصحابنا ومن غيرهم وفي المبسوط حكى أبو عصمة عن محمد أنه لا يخط والخط وتركه سواء وقال السرخسي لا يأخذ بالخط قال المرغيناني وهو الصحيح وفي المحيط ليس بشيء وفي الواقعات هو المختار فكذا لا يعتبر الالقاء هو المختار اهـ قال الكمال وان استتر بظهر جالس كان سترة وكذا الدابة واختلفوا في القائم وقالوا حيلة الراكب أن ينزل فيجعل الدابة بينه وبين يدي المصلي فتصير هي سترة فيمر ولو مر رجلان متحاذيان فالاثم على من يلي المصلي اهـ وفي فتاوى العتابي لو كان المار اثنين يقوم الواحد أمامه ويمر الآخر ويفعل هكذا اهـ كاكي قال في الغاية الثالث أن المرور مكروه والمار آثم وقد ذكرناه هذا اذا كان مندوحة عن المرور والا يأثم المصلي وحده فالحال أربع يأثمان لا يأثمان يأثم المار وحده يأثم المصلي وحده اهـ الاولى ان لا يتخذ المصلي سترة ويمر المار في موضع سجوده مع امكان المرور من غيره الثانية ان يتخذ المصلي سترة ويمر المار من ورائها الثالثة أن يتخذ المصلي سترة ويمر المار من موضع سجوده مع امكان المرور من غيره الرابع أن لا يتخذ المصلي سترة أو يقف في باب المسجد ولا يجد المار بدا من المرور بين يديه والله أعلم اهـ وقد جمع هذه الحالات الاربع قول ابن الحاجب رحمه الله ويأثم المصلي ان تعرض والمار وله مندوحة اهـ غاية (قوله والاوجه ما بيناه من الجانبين) أي فالمانع يقول لا يحصل المقصود به اذ لا يظهر من بعيد والمجيز يقول ورد الاثر به وهو ما في أبي داود اذا صلى أحدكم فليجعل تلقاء وجهه شيأ فان لم يجد فلينصب عصا فان لم يكن معه عصا فليخط خطا ولا يضره ما مر أمامه واختار المصنف الاول والسنة أولى بالاتباع مع انه يظهر في الجملة ان المقصود جمع الخاطر بربط الخيال به كي لا ينتشر قال أبو داود وقالوا الخط بالطول وقالوا بالعرض مثل الهلال اهـ فتح قوله واختار المصنف الاول قال في الهداية ويعتبر الغرز دون الالقاء والخط لان المقصود لا يحصل به اهـ (قوله ولا بأس بترك السترة اذا أمن إلى آخره) قال في التحفة وقد فعله محمد في طريق مكة غير مرة اهـ غاية (قوله انه عليه الصلاة والسلام صلى في فضاء ليس بين يديه شيء) رواه أبو داود وأحمد اهـ غاية (قوله الى عنزة) بالتنوين لانه اسم جنس نكرة وهي شبه العكازة وهي عصا ذات زج كذا في المغرب والزج الحديدة التي في أسفل الرمح وفي الكافي لو أريد عنزة النبي صلى الله عليه وسلم يكون غير منصرف للتأنيث والعلمية فيجوز بالنصب وبالجر اهـ كاكي وقول المصنف ولم يكن للقوم سترة من كلامه لا من الحديث اهـ كمال والحديث متفق عليه هكذا انه صلى الله عليه وسلم صلى بهم بالبطحاء وبين يديه عنزة والمرأة والحمار يمرون من ورائها اهـ فتح ويمرون ضمير الجمع المذكر العاقل اعتبارا للراكب مع المرأة والحمار وتغليبا له عليهما اهـ شمني (قوله حين كان العمل فيها مباحا) ويدل عليه الحديث الثابت ان في الصلاة لشغلا اهـ غاية (قوله فلما صلى عليه الصلاة والسلام قال هن أغلب الى آخره) رواه ابن ماجه اهـ غاية (قوله ومنهم من قال يدرأ) أي الرجل قال الشمني قيدنا بالرجل لان المرأة لا تدرأ بالتسبيح بل بالتصفيق لان في صوتها فتنة وكيفية تصفيقها أن تضرب بظهور أصابع اليمنى على صفحة الكف اليسرى اهـ

الى سترة فليدن منها لا يقطع الشيطان عليه صلاته ويجعل السترة على حاجبه الايمن أو الايسر والايمن أفضل لحديث المقداد رضي الله عنه قال ما رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي الى عود ولا عمود ولا شجرة الا جعله على حاجبه الايمن أو الايسر ولا يصمد اليه صمدا أي لا يقابله مستويا مستقيما بل كان يميل عنه وان تعذر الغرز لصلابة الارض لا يضعها عند بعضهم لانها لا تبدو للناظر ويضعها عند الآخرين لورود الخبر فيها لكن يضعها طولا لا عرضا واختلفوا في الخط اذا لم يكن معه ما يغرزه أو يضعه حسب اختلافهم في الوضع والاوجه ما بيناه من الجانبين ولا بأس بترك السترة اذا أمن المرور ولم يواجه الطريق لحديث ابن عباس رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام صلى في فضاء ليس بين يديه شيء وسترة الامام سترة للقوم لانه عليه الصلاة والسلام صلى بالابطح الى عنزة ركزت له ولم يكن للقوم سترة ويدرأ المار اذا لم يكن بين يديه سترة أو مر بينه وبين السترة لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا كان أحدكم يصلي فلا يدع أحدا يمر بين يديه وليدرأه ما استطاع فان أبى فليقاتله فانه شيطان والدرء مباح ورخصة من غير اشتغال بالمعالجة وما ورد فيه من المقاتلة محمول على الابتداء حين كان العمل فيها مباحا قاله شمس الائمة السرخسي وقيل معناه أن يغلظ عليه بعد الفراغ وقيل أن يدعو عليه لقوله تعالى قاتلهم الله واختلفوا في كيفية الدرء فمنهم من قال يدرأ بالاشارة لحديث أم سلمة رضي الله عنها أنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي في حجرتها فمر بين يديه عبد الله أو عمر بن أبي سلمة فقال عليه الصلاة والسلام بيده هكذا فرجع فمرت زينب بنت أم سلمة فقال بيده هكذا فمضت فلما صلى عليه الصلاة والسلام قال هن أغلب ولم يسبح ومنهم من قال يدرأ

(قوله بالتسبيح لما روينا) أي عند قوله والجواب بلا إله إلا الله اهـ (قوله لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام من نابه شيء في صلاته فليسبح اهـ (قوله وقيل يدفعه بيده إلى آخره) وفي المفيد بدأ بالتسبيح فإن لم يمتنع دفعه بيده وفي المبسوط بالإشارة أو بالأخذ بطرف ثوبه على وجه ليس فيه مشي ولا علاج اهـ غاية (قوله في المتن وكره عبثه بثوبه وبدنه) قال في الفتح العبث الفعل لغرض غير صحيح فلو كان لنفع كسلت العرق عن وجهه والتراب فليس به اهـ وكتب ما نصه قال في المجتبى وتكره في ثياب البذلة وفي الغاية قال في الحاوي ويستحب له أن يلبس من أحسن ثيابه وصالحها عند الصلاة ويتعمم وكذا عند قراءة القرآن وليستقبل بها القبلة وفي التحفة وغيرها اللبس في الصلاة أنواع ثلاثة مستحب وجائز ومكروه فالمستحب ثلاثة أثواب قميص وإزار ورداء وعمامة هكذا حكاه أبو جعفر الهندواني عن أصحابنا وعن محمد المستحب ثوبان إزار ورداء والجائز من غير كراهة أن يصلي في ثوب واحد متوشحا به أو قميص ضيق لوجود ستر العورة وأصل الزينة والمكروه أن يصلي في سراويل أو إزار لا غير وفي حق المرأة المستحب ثلاثة أثواب في الروايات كلها وهي إزار ودرع وخمار والدليل على كراهية الصلاة في السراويل وحدها وعند مقيص حديث عبد الله بن بريدة عن أبيه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبستين أن يصلي في لحاف لا يتوشح به والأخرى أن يصلي في سراويل ليس عليه رداء أخرجهما أبو داود اهـ (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله كره لكم ثلاثا) الحديث قال الكمال رواه القضاعي من طريق ابن المبارك عن إسمعيل بن عياش عن عبد الله بن دينار عن يحيى بن أبي بكر مرسلا قال الذهبي في الميزان هذا من منكرات ابن عياش (قوله لخشعت جوارحه) ذكره ابن قدامة في المغني اهـ غاية (قوله يا أبا ذر مرة أو فذر) هكذا هو في الهداية وفي خط الشارح بغير فاء اهـ وكتب على قوله أو فذر أيضا ما نصه غريب بهذا اللفظ وأخرجه عبد الرزاق عنه سألت النبي صلى الله عليه وسلم عن كل شيء حتى سألته عن مسح الحصا فقال واحدة أودع وكذا رواه ابن أبي شيبة وروي موقوفا عليه قال الدارقطني وهو أصح اهـ فتح (قوله فإن الرحمة تواجهه إلى آخره) رواه أحمد وأبو داود والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث أبي ذر اهـ غاية ومعناه الإقبال على الرحمة وترك الاشتغال عنها بالحصا وغيره اهـ وقد أخرج في الكتب الستة عن معيقيب أنه صلى الله عليه وسلم قال لا تمسح الحصا وأنت تصلي فإن كنت لا بد فاعلا فواحدة اهـ فتح (قوله وفرقعة الأصابع إلى آخره) قال في الدراية والفرقعة والتشبيك في الصلاة مكروه عند جميع أهل العلم فتكون فيه إجماعا وفي المجتبى ولا يشبك أصابعه لأنه يفوت الوضع أو الأخذ المسنون اهـ قال شيخ الإسلام كره كثير من الناس الفرقعة خارج الصلاة فإنها تلقين الشيطان اهـ كاكي وعن علي رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفرقع أصابعك في الصلاة رواه ابن ماجه اهـ غاية وقال الكمال رواه ابن ماجه عن الحرث عن علي رضي الله عنه عنه عليه الصلاة والسلام لا تفرقع أصابعك وأنت في الصلاة وهو معلول بالحرث اهـ وروي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعلي إني أحب لك ما أحب لنفسي لا تفرقع أصابعك وأنت تصلي اهـ دراية (قوله ورأى النبي صلى الله عليه وسلم رجلا قد شبك أصابعه في الصلاة إلى آخره) رواه ابن ماجه عن كعب بن عجرة اهـ غاية (قوله في المتن والتخصر إلى آخره) قال في المبسوط يكره خارج الصلاة أيضا فإن إبليس أخرج من الجنة متخصرا اهـ كاكي قال الكمال وحديث التخصر أخرجوه إلا ابن ماجه عن أبي هريرة نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يصلي الرجل متخصرا وفي لفظ نهى عن الاختصار في الصلاة اهـ

بالتسبيح لما روينا ولا يجمع بينهما لأن بأحدهما كفاية وقيل يدفعه بيده مرة إن لم يمتنع بالتسبيح على وجه ليس فيه علاج على ما مر ﴿ قال رحمه الله (وكره عبثه بثوبه أو بدنه) أي عبث المصلي بثوبه وبدنه والهاء فيهما وفيما قبله مما من الكلمات راجعة إلى المصلي وإن لم يكن مذكورا لأن المعنى يدل عليه وإنما كره العبث لقوله عليه الصلاة والسلام إن الله كره لكم ثلاثا العبث في الصلاة والرفث في الصيام والضحك في المقابر وقال صلى الله عليه وسلم إن في الصلاة شغلا ورأى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يعبث في الصلاة فقال لو خشع قلب هذا لخشعت جوارحه قال رحمه الله (وقلب الحصا إلا للسجود مرة) أي كره قلب الحصا إلا لعدم إمكان السجود فيسويه مرة لقوله عليه الصلاة والسلام يا أبا ذر مرة أو فذر وقال عليه الصلاة والسلام إذا قام أحدكم إلى الصلاة فلا يمسح الحصا فإن الرحمة تواجهه وقال عليه الصلاة والسلام في الرجل يسوي التراب حيث يسجد إن كنت فاعلا فواحدة معناه لا تمسح وإن مسحت فلا تزد على واحدة قال رحمه الله (وفرقعة الأصابع) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تفرقع أصابعك وكذا يكره تشبيك الأصابع لقول ابن عمر فيه تلك صلاة المغضوب عليهم ورأى النبي صلى الله عليه وسلم رجلا قد شبك أصابعه في الصلاة ففرج عليه السلام بين أصابعه قال رحمه الله (والتخصر) لنهيه عليه الصلاة والسلام أن يصلي الرجل متخصرا ولأن فيه ترك الوضع المسنون والتخصر وضع اليد على الخاصرة وهو الصحيح وبه قال الجمهور من أهل اللغة والحديث والفقه ومنه قوله صلى الله عليه وسلم الاختصار في الصلاة راحة أهل النار معناه أن هذا الفعل فعل اليهود في صلاتهم وهم أهل النار لا أن لهم راحة فيها وقيل هو التوكؤ

على العصا مأخوذ من المخصرة وهي السوط والعصا ونحوهما ومنه قوله عليه الصلاة والسلام لابن أنيس وقد أعطاه عصا تخصر بها فان المتخصرين في الجنة وقيل أن يختصر السورة فيقرأ آخرها وقيل هو أن لا يتم صلاته في ركوعها وسجودها وحدودها قال رحمه الله (والالتفات) لقوله صلى الله عليه وسلم اياك والالتفات في الصلاة فان الالتفات في الصلاة هلكة وقالت عائشة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الالتفات في الصلاة فقال هو اختلاس يختلسه الشيطان من صلاة العبد فان كان لحاجة لا يكره ذكره في الغاية لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أنه صلى الله عليه وسلم كان يلتفت يمينا وشمالا ولا يلوي عنقه خلف ظهره ثم الالتفات ثلاثة مكروه وهو أن يلوي عنقه يمينا وشمالا وقد ذكرناوجهه ومباح وهو أن ينظر بمؤخر عينيه يمنة ويسرة من غير أن يلوي عنقه لانه صلى الله عليه وسلم كان يلاحظ أصحابه بموق عينيه ومبطل وهو أن يحول صدره عن القبلة لما فيه من ترك التوجه الى القبلة ويكره أن يرفع بصره الى السماء في الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام ما بال أقوام يرفعون أبصارهم الى السماء في الصلاة لينتهن أو لتخطفن أبصارهم قال رحمه الله (والاقعاء) لقول أبي ذر نهاني خليلي عن ثلاث أن أنقر نقر الديك وأن أقعي اقعاء الكلب وأن أفترش افتراش الثعلب والاقعاء عند الطحاوي أن يقعد على أليتيه وينصب فخذيه ويضم ركبتيه الى صدره ويضع يديه على الارض وعند الكرخي هو أن ينصب قدميه ويقعد على عقبيه واضعا يديه على الارض والاول أصح لانه أشبه باقعاء الكلب قال رحمه الله (وافتراش ذراعيه) لما روينا قال رحمه الله (ورد السلام بيده) أي بالاشارة وهو مكروه ولا يفسد الصلاة وأما المصافحة فمفسدة للصلاة وقد بيناها من

(قوله في المتن والالتفات الى آخره) هو مكروه باتفاق أهل العلم اه غاية (قوله فان الالتفات في الصلاة هلكة) فان كان لا بد ففي التطوع لا في الفرائض والحديث رواه الترمذي وقال حديث حسن صحيح اه غاية (قوله وقالت عائشة رضي الله عنها سألت رسول الله صلى الله عليه وسلم الى آخره) رواه البخاري وأبو داود والنسائي وأحمد اه غاية (قوله لانه عليه الصلاة والسلام كان يلاحظ أصحابه بموق عينيه) رواه أبو داود بمعناه اه غاية (قوله بموق عينيه) الموق مهموز العين مؤخر العين والماق مقدمها ويدل عليه ماروى انه عليه الصلاة والسلام كان يكتحل من قبل موقه مرة ومن قبل ماقه أخرى قال الازهري وهذا الحديث غير معروف وأجمع أهل الفن أنهما بمعنى المؤخر وكذا الماق اه غاية قوله مهموز العين ويجوز قلب الهمزة واوا اه كاكي (قوله وهو أن يحول صدره الى آخره) قال في الغاية في باب شروط الصلاة فرع المصلي اذا حول صدره فسدت صلاته وان حول وجهه دون صدره لا تفسد هكذا ذكره في المحيط ولم يفصل وفي المرغيناني ان أدى ركنا مع تحويل صدره قيل هذا الجواب أليق بقولهما أما على قول أبي حنيفة فينبغي أن لا تفسد في الوجهين بناء على ان الاستدبار اذا لم يكن على قصد الاصلاح يفسد عندهما وعنده اذا لم يكن لقصد ترك الصلاة لا تفسد ما دام في المسجد أصله انصرف عن القبلة على ظن أنه أتم صلاته ثم تبين أنه لم تتم عند أبي حنيفة يبني ما دام في المسجد وعندهما لا يبني اه (قوله ما بال أقوام يرفعون أبصارهم الى آخره) قال النووي رواه البخاري وقال ابن شداد في أحكامه رواه مسلم اه غاية (قوله نهاني خليلي الى آخره) قد عاب بعض الناس قوله في النبي صلى الله عليه وسلم خليلي بناء منه على ان النبي صلى الله عليه وسلم لم يتخذه ولا أحدا من الخلق خليلا وهذا إنما وقع فيه قائله لظنه ان خليلا بمعنى مخالل من المخالة التي لا تكون الا بين اثنين وليس الأمر كذلك فان خليلا مثل حبيب لا يلزم فيه من المفاعلة شئ اذ قد يحب الكاره اه شرح مسلم للقرطبي في باب الضحى اه وهذا الحديث ذكره بهذا اللفظ في الهداية قال السروجي رحمه الله في الغاية رواه أبو داود وقال الكمال وحديث الاقعاء والافتراش غريب من حديث أبي ذر وفي مسند أحمد عن أبي هريرة نهاني رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثلاثة عن نقرة كنقرة الديك واقعاء كاقعاء الكلب والتفات كالتفات الثعلب وفي الصحيح من حديث عائشة رضي الله عنها كان تعني صلى الله عليه وسلم ينهى عن عقبة الشيطان وأن يفترش الرجل ذراعيه افتراش السبع وعقبة الشيطان الاقعاء اه (قوله وأما المصافحة فمفسدة الى آخره) قال العلامة كمال الدين رحمه الله قال شارح الكنز انه بالاشارة مكروه وبالمصافحة مفسد وقال الزيلعي الآخر في تخريج أحاديث الكتاب بعد أن ذكر المذكور هنا قلت أجاز الباقون رد السلام بالاشارة ولنا حديث أخرجه أبو داود عن أبي هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم قال من أشار في الصلاة اشارة تفهم أو تفقه فقد قطع الصلاة وأعله ابن الجوزي بابن اسحق وأبو غطفان مجهول وتعقب بأن أبا غطفان هو ابن طريف ويقال ابن مالك المري وثقه ابن معين والنسائي وأخرج له مسلم ونقل عن الدارقطني قال لنا ابن أبي داود أبو غطفان مجهول لا يقبل وابن اسحق ثقة على ما هو الحق وقدمناه في أبواب الطهارة ثم أخرج المصنف حديث أبي داود والترمذي والنسائي عن ابن عمر عن صهيب قال مررت برسول الله صلى الله عليه وسلم وهو في الصلاة فسلمت عليه فرد علي اشارة وقال لا أعلم الا انه رد علي اشارة باصبعه صححه الترمذي وعدة أحاديث تفيد هذا المعنى والجواب أنه بناه على ما في شرح الكنز وغيره من كراهة الاشارة وقولنا ان لا نقول به فان ما في الغاية عن الحلواني وصاحب المحيط لا بأس أن يتكلم مع المصلي ويجيب هو برأسه يفيد عدم الكراهة وان حمل على ما اذا كان لضرورة

قبل قال رحمه الله (والتربع بلا عذر) لان فيه ترك سنة الجلوس في التشهد قال رحمه الله (وعقص شعره) لما روى عن ابن عباس انه رأى عبد الله بن الحرث يصلي ورأسه معقوص من ورائه فقام فجعل يحله فلما انصرف أقبل على ابن عباس وقال مالك ورأسي فقال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول انما مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف والعقص هو جمع الشعر على الرأس وشده بشيء حتى لا ينحل قال رحمه الله (وكف ثوبه) لانه نوع تجبر قال رحمه الله (وسدله) لنهيه عليه الصلاة والسلام عنه وهو أن يجعل ثوبه على رأسه أو كتفيه ويرسل جوانبه ولان فيها تشبها بأهل الكتاب فيكره ومن السدل ان يجعل القباء على كتفيه ولم يدخل يديه ويكره الصماء لنهيه عليه الصلاة والسلام عنها وهو أن يشتمل بثوبه فيجلل به جسده كله من رأسه الى قدمه ولا يرفع جانبا يخرج يده منه سمي به لعدم منفذ يخرج منه يده كالصخرة الصماء وقيل أن يشتمل بثوب واحد ليس عليه ازار وقال هشام سألت محمدا عن الاضطباع فأراني الصماء فقلت هذه الصماء فقال انما تكون الصماء اذا لم يكن عليك ازار وهو اشتمال اليهود ويكره الاعتجار وهو أن يكور عمامته ويترك وسط رأسه مكشوفا وقيل أن ينتقب بعمامته فيغطي أنفه إما للحر أو للبرد أو للتكبر ويكره التلثم وهو تغطية الانف والفم في الصلاة لانه يشبه فعل المجوس حال عبادتهم النيران قال رحمه الله (والتثاؤب) لانه من التكاسل والامتلاء فان غلبه فليكظم ما استطاع فان غلبه وضع يده أو كمه على فيه لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى يحب العطاس ويكره التثاؤب فاذا تثاءب أحدكم فليرده ما استطاع ولا يقل هاه هاه فانما ذلك من الشيطان يضحك منه وفي رواية اذا تثاءب أحدكم فليمسك بيده على فمه فان الشيطان يدخل فيه ويكره التمطي فانه من التكاسل قال رحمه الله (وتغميض عينيه) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا قام أحدكم الى الصلاة فلا يغمض عينيه ولانه ينافي الخشوع وفيه نوع عبث ويكره أن يدخل في الصلاة وهو يدافع الاخبثين وان شغله قطعها وكذا الريح وان مضى عليها أجزأه وقد أساء وقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة بحضرة طعام ولا صلاة وهو يدافع الاخبثين محمول على الكراهة ونفي الفضيلة حتى لو ضاق الوقت بحيث لو اشتغل بالوضوء تفوته يصلي لان الاداء مع الكراهة أولى من القضاء ويكره أن يروح على نفسه بمروحة أو بكمه ولا تفسد به الصلاة ما لم يكثر لان العمل القليل

دفعا للشقاق فأجابوا بان المنع لما يوجبه من التشتت والشغل وهو صلى الله عليه وسلم مؤيد عن ان يتأثر عن ذلك فلذا منع وفعله هو ولو تعارضا قدم المانع اه ويجاب أيضا بان فعله صلى الله عليه وسلم لا يعارض قوله لانه تشريع عام أما فعله فربما يكون من خصوصياته اه (قوله لان فيه ترك سنة الجلوس الى آخره) قال شيخ الاسلام التربع جلوس الجبابرة فلهذا كره في الصلاة قال السرخسي في المبسوط هذا ليس بقوي فانه صلى الله عليه وسلم كان يتربع في جلوسه في بعض أحواله وكذا جلوس عمر رضي الله عنه في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم متربعا اه كي (قوله انما مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف الى آخره) رواه مسلم اه غاية قيل الحكمة في النهي عنه ان الشعر يسجد معه ولهذا مثله بالذي يصلي وهو مكتوف وقال ابن عمر لرجل رآه يسجد وهو معقوص شعره أرسله يسجد معك اه غاية (قوله في المتن وكف ثوبه) أي وهو رفعه من بين يديه أو من خلفه عند السجود كما يفعله ترك هذا الزمان اه ع (قوله وكف ثوبه) وهو ان يضم أطرافه اتقاء التراب ونحوه اه شرح وقاية (قوله في المتن وسدله الى آخره) وذكر في الصحاح وديوان الادب للفارابي السدل بسكون الدال وفي المعرب بفتحها وقال هو من باب طلب طلبا اه غاية (قوله لنهيه عليه الصلاة والسلام الى آخره) عن أبي هريرة انه صلى الله عليه وسلم نهى عن السدل في الصلاة وان يغطي الرجل فاه رواه أبو داود والحاكم وصححه اه فتح وفي الدراية واختلف المشايخ في كراهة السدل خارج الصلاة (قوله وهو أن يجعل ثوبه على رأسه أو كتفيه ويرسل جوانبه) يصدق على أن يكون المنديل مرسلا من بين كتفيه كما يعتاده كثير فينبغي لمن على عنقه منديل ان يضعه عند الصلاة قاله الكمال رحمه الله (قوله أن يجعل القباء على كتفيه ولم يدخل يديه) أي ولم يعطف بعضه اه جوهرة (قوله ويترك وسط رأسه مكشوفا) تشبها بالشطار أهل الفساد والاشرار اه غاية (قوله ويكره غير التلثم الى آخره) قال الفراء اللثام ما كان على الفم من النقاب واللفام ما كان على الارنبة اه مجمع البحرين (قوله لانه يشبه فعل المجوس الى آخره) وفي فتاوى العتابي يكره شد وسطه لانه صنيع أهل الكتاب اه كاكي ولو صلى وقد شمر كميه لعمل أو هيئة ذلك يكره وقيل لا بأس به اه كاكي (قوله والتثاؤب) هو تفاعل من الثوباء وهي مهموزة فترة من ثقلة النعاس يفتح فاه ومنه اذا تثاءب أحدكم فليغط فاه وتثاوب غلط ذكره في المعرب اه غاية وكتب ما نصه والتثاؤب قال سلمة بن عبد الملك ما تثاءب نبي قط وانها من علامات النبوة اه زركشي (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله يحب العطاس ويكره التثاؤب الى آخره) رواه أبو داود بشرط البخاري ومسلم اه غاية (قوله وفي رواية اذا تثاءب أحدكم فليمسك الى آخره) رواه مسلم اه غاية (قوله وتغميض عينيه) أي لانه تشبه باليهود ذكره في الدراية نقلا عن فتاوى الظهيرية اه (قوله لان الاداء مع الكراهة أولى من القضاء) ذكره في مختصر البحر المحيط اه غاية قال في زاد الفقير وتكره في قوارع الطريق ومعاطن الابل والمزبلة والمجزرة والمخرج والمغتسل والحمام فان غسل في الحمام مكانا

وصلى فيه لا بأس به وكذا موضع جلوس الحاتي ويكره أيضا في المقبرة الا أن يكون فيها موضع أعد للصلاة لا نجاسة فيه ولا قبر فيه اه زاد الفقير اه قال في البدائع ولو صلى وفي فمه شيء يمسكه ان كان لا يمنعه من القراءة ولكن يخل بها كدرهم أو دينار أو لؤلؤة لا يفسد صلاته لانه لا يفوت شيء من الركن ولكن يكره وان كان يمنعه من الركن فسدت صلاته لانه يفوت الركن وان كان في فيه سكرة لا تجوز صلاته لانه أكل وكذلك ان كان في كفه شيء يمسكه جازت صلاته غير أنه ان كان يمنعه عن الاخذ بالركب في الركوع أو الاعتماد على الراحتين عند السجود يكره لمنعه عن تحصيل السنة والا فلا ولو رمى طائرا بحجر لا تفسد صلاته لانه عمل قليل ويكره لانه ليس من أعمال الصلاة اه (قوله والخامس أنه لو نظر اليه الى آخره) قال في البدائع ولو مضغ العلك في الصلاة الى آخره فسدت صلاته كذا ذكر محمد لان الناظر اليه من بعد لا يشك أنه في غير الصلاة وبهذا تبين أن الصحيح من التحديد هو ما ذكرنا حيث حكم بفساد الصلاة من غير حاجة الى استعمال اليد فضلا عن استعمال اليدين اه ولو ادهن أو سرح لحيته أو حملت امرأة صبيها وأرضعته فسدت الصلاة فأما حمل الصبي بدون الارضاع فلا يوجب فساد الصلاة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يصلي في بيته وقد حمل أمامة

غير مفسد اتفاقا والكثير مفسد واختلفوا في الفاصل بينهما وهو على خمسة أقوال الاول أن ما يقام باليدين عادة كثير وان فعله بيد واحدة كالتعمم ولبس القميص وشد السراويل والرمي عن القوس وما يقام بيد واحدة قليل وان فعله بيدين كنزع القميص وحل السراويل ولبس القلنسوة ونزعها ونزع اللجام وما أشبه ذلك والثاني أن الثلاث المتواليات كثير وما دونه قليل حتى لو روح على نفسه بمروحة ثلاث مرات أو حك موضعا من جسده أو رمى ثلاثة أحجار أو نتف ثلاث شعرات فان كانت على الولاء تفسد صلاته وان فصل لا تفسد وان كثر وعلى هذا قتل القمل والثالث أن الكثير ما يكون مقصودا للفاعل والقليل بخلافه والرابع أن يفوض الى رأى المبتلى به وهو المصلي فان استكثره كان كثيرا وان استقله كان قليلا وهذا أقرب الاقوال الى دأب أبي حنيفة فان من دأبه أن لا يقدر في جنس مثل هذا شيء بل يفوضه الى رأى المبتلى به والخامس أنه لو نظر اليه ناظر من بعيد ان كان لا يشك أنه في غير الصلاة فهو كثير مفسد للصلاة وان شك فليس بمفسد وهذا هو الاصح قال رحمه الله (وقيام الامام لا سجوده في الطاق) أي يكره قيام الامام في الطاق وهو المحراب ولا يكره سجوده فيه اذا كان قائما خارج المحراب وانما كره لما فيه من التشبه باهل الكتاب من حيث تخصيص الامام بالمكان وحده وهذا لان المحراب يشبه اختلاف المكانين والمعتبر هو القدم كما في كثير من الاحكام وقيل اذا كان المحراب مكشوفا بحيث لا يشتبه حال الامام على من هو في الجوانب لا يكره للضرورة قال رحمه الله (وانفراد الامام على الدكان وعكسه) لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقوم الامام فوق شيء والناس خلفه يعني أسفل منه ولحديث حذيفة أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أم الرجل القوم فلا يقومن في مقام أرفع من مقامهم ولان أهل الكتاب يرفعون مقام امامهم فيكون تشبيها بهم وكذا يكره أن يكون القوم أعلى من الامام وقال الطحاوي لا يكره لزوال المعنى وهو التشبه باهل الكتاب ووجه الظاهر أنه يشبه اختلاف المكانين فكان تشبيها بهم ولان فيه ازدراء بالامام ثم قدر الارتفاع قامة ولا بأس بما دونها ذكره الطحاوي رحمه الله وهو

بنت أبي العاص على عاتقه فكان اذا سجد وضعها واذا قام رفعها ثم هذا الصنيع لم يكره منه صلى الله عليه وسلم لانه كان محتاجا الى ذلك لعدم من يحفظها أو لبيانه الشرع بالفعل أن هذا غير موجب فساد الصلاة ومثل هذا نصا في زماننا لا يكره لواحد منا لو فعل عند الحاجة أما دون الحاجة فيكره اه بدائع (قوله يكره قيام الامام في الطاق) الا لعذر ككثرة القوم اه زاد الفقير (قوله ولا يكره سجوده فيه اذا كان قائما) قال في الهداية ولا بأس بان يكون مقام الامام في المسجد وسجوده في الطاق ويكره أن يكون في الطاق قال تاج الشريعة وهذا على عرف في ديارهم لان عامة الابنية بها من الآجر فيتخذون طاقات في المحاريب ولم يرد بهذا التفصيل أن الطاق ليس من المسجد ولكن أرادوا بالمسجد موضع السجود أي الصلاة ولما لم يتعود الصلاة في الطاق حسن الفصل بينه وبين المسجد فاطلاق لفظ المسجد في قولك المسجد بيت الله يفيد غير ما يفيد قولك هذا مسجدي أي موضع صلاتي ألا ترى ان الاول لا يجامع الملك والثاني يجامعه في الجملة ومراده في الكتاب هذا الثاني وانما كشفت لك عن التفرقة بين الاستعمالين لان بعض الناس زعموا أن أبا حنيفة لم يجعل الطاق من المسجد حيث قسم وفصل فعابوا أبا حنيفة عما ذكر من الصواب فقعدوا وانحت المعاب اه نهاية الكفاية لدراية الهداية لتاج الشريعة رحمه الله (قوله والمعتبر هو القدم كما في كثير من الاحكام) ألا ترى ان موضع القدم طهارته شرط لصحة الصلاة دون طهارة موضع اليدين والركبتين ولو اقتدى برجل وقدمه بعقب قدم الامام ورأسه مقدم على رأس الامام لطوله تجوز صلاته ويحنث في يمينه لا يدخل دار فلان بوضع قدمه دون جسده ولو كان قدما الصيد في الحرم وجسده في الحل فهو من صيد الحرم اه (قوله بحيث لا يشتبه حال الامام الى آخره) أي بان يكون في جانب الطاق عمودان ووراء ذلك فرجة يطلع منها من على يمينه ومن على يساره على حاله (قوله ثم قدر الارتفاع قامة) أي قامة الرجل الوسط اه باكير قال الرازي ثم قدر الارتفاع قامة رجل هو الصحيح اه

مروى عن أبي يوسف وقيل انه مقدر بقدر ما يقع عليه الامتياز وقيل مقدر بقدر ذراع اعتبارا بالسترة وعليه الاعتماد وان كان مع الامام بعض القوم لا يكره في الصحيح لزوال المعنى الموجب للكراهة وهو انفراد الامام بالمكان قال رحمه الله (ولبس ثوب فيه تصاوير) لانه يشبه حامل الصنم فيكره قال رحمه الله (وأن يكون فوق رأسه أو بين يديه أو بحذائه صورة) لقوله صلى الله عليه وسلم لا تدخل الملائكة بيتا فيه كلب ولا صورة ولانه يشبه عبادتها فيكره وأشدها كراهة أن تكون أمام المصلى ثم من فوق رأسه ثم على يمينه ثم على يساره ثم خلفه وفي الغاية ان كان التمثال في مؤخر الظهر والقبلة لا يكره لانه لا يشبه عبادته وفي الجامع الصغير أطلق الكراهة قال رحمه الله (الا أن تكون صغيرة) لانها لا تعبد اذا كانت صغيرة بحيث لا تبدو للناظر والكراهة باعتبار العبادة فاذا لم يعبد مثلها لا يكره روى أن خاتم أبي هريرة كان عليه ذبابتان وخاتم دانيال عليه السلام كان عليه أسد ولبوة وبينهما رجل يلحسانه قال رحمه الله (أو مقطوعة الرأس) أي ممحوة الرأس بخيط يخيطه عليه حتى لا يبقى للرأس أثر أو يطليه بمغرة أو نحوه أو بحته فبعد ذلك لا يكره لانها لا تعبد بدون الرأس عادة ولا اعتبار بالخيط بين الرأس والجسد لان من الطيور ما هو مطوق ولا بازالة الحاجبين أو العينين لانها تعبد بدونهما قال رحمه الله (أو لغير ذي روح) أي أو كانت الصورة صورة غير ذي الروح مثل أن تكون صورة النخل وغيرها من الاشجار لانها لا تعبد عادة وعن ابن عباس أنه رخص في تمثال الاشجار قال رحمه الله (وعد الآي والتسبيح) أي يكره عد الآي والتسبيح باليد وهو معطوف على ما قبله من المكروهات لا على ما يليه مما هو ليس بمكروه وعن أبي يوسف ومحمد لا بأس بذلك في الفرائض والنوافل وقيل محمد مع أبي حنيفة لهما ما روى عن ابن عمر أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يعد الآي في الصلاة ولان فيه مراعاة لسنة القراءة والتسبيح ولابي حنيفة أن العد ليس من أعمال الصلاة قال عليه الصلاة والسلام ان في الصلاة لشغلا وما روياه ضعيف ولئن ثبت فهو محمول على الابتداء وحين كان العمل مباحا فيها ومراعاة سنة القراءة ممكنة بدونه بأن يتطهر قبل الشروع فيها ومراعاة سنة التسبيح ممكنة أيضا بأن يحفظ بقلبه ويضم الانامل في موضعها لان المكروه هو العد بالاصابع وبسبحة يمسكها بيده دون الغمز بها ولو الحفظ بقلبه ثم قيل الخلاف في الفرائض ويجوز في النوافل بالاجماع وقيل الخلاف في النوافل ولا يجوز في الفرائض بالاجماع والاظهر أن الخلاف في الكل واختلفوا في عد التسبيح خارج الصلاة فكرهه بعضهم ليكون أبعد من الرياء وأقرب من الاقرار بالتقصير وعن ابن مسعود رضي الله عنه أنه رأى رجلا يفعل ذلك فقال له عدذنوبك لتستغفر منها وقال في المستصفى لا يكره خارج الصلاة في الصحيح قال رحمه الله (لا قتل الحية والعقرب) أي لا يكره قتل الحية والعقرب في الصلاة لحديث أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل الاسودين في الصلاة الحية والعقرب ولان في قتلهما دفع الشغل وازالة الاذى فأشبه درء المار وتسوية الحصا للسجود ومسح العرق ثم قيل انما تقتل اذا تمكن من قتلها بفعل يسير كالعقرب وأما اذا كان يحتاج فيه الى المعالجة والمشي فتفسد الصلاة وذكر في المبسوط الاظهر أنه لا تفصيل فيه لانه رخصة كالمشي في الحدث والاستقاء من البئر والتوضئ وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لو لم يخف أذاهما لا يجوز له قتلهما وهو قول النخعي ومالك لقوله عليه الصلاة والسلام ان في الصلاة لشغلا وقالوا لا ينبغي أن تقتل الحية البيضاء التي تمشي مستوية لانها من الجان لقوله عليه الصلاة والسلام اقتلوا ذا الطفيتين والابتر واياكم والحية البيضاء فانها من الجن وقال الطحاوي لا بأس بقتل الكل لانه عليه الصلاة والسلام عاهد الجن أن لا يدخلوا بيوت أمته ولا يظهروا أنفسهم فاذا خالفوا فقد نقضوا عهدهم فلا حرمة لهم والاولى هو الانذار

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا تدخل الملائكة بيتا الى آخره) المراد بهم الذين ينزلون بالبركة لا الحفظة وعدم دخولهم لزجر صاحب البيت عن اتخاذ الصور فان قيل كيف أجاز سليمان صلى الله عليه وسلم التصاوير كما قال تعالى يعملون له ما يشاء من محاريب وتماثيل والتماثيل صور الانبياء والصلحاء كانت تعمل في المساجد من نحاس ورخام ليراها الناس فيعبدوا نحو عبادتهم أجيب بأن هذا يجوز أن يكون مما تختلف فيه الشرائع أو يقال المراد بالتماثيل ما لم يكن على صورة الحيوان لان التمثال أعم من ذلك اه شرح مشارق (قوله وروى أن خاتم أبي هريرة كان عليه ذبابتان) المذكور في النهاية والعناية ان الذبابتين كانتا على خاتم أبي موسى الاشعري (قوله وخاتم دانيال كان عليه أسد الى آخره) وسبب تصوير دانيال ذلك على خاتمه أن بخت نصر لما أخذ يتتبع الصبيان ويقتلهم وولد دانيال ألقته أمه في غيضة رجاء أن ينجو فقيض الله تعالى له أسدا يحفظه ولبوة ترضعه وهما يلحسانه فلما كبر صور ذلك في خاتمه حتى لا ينسى نعمة الله تعالى عليه اه مغرب في ذنل ووجد هذا الخاتم في عهد عمر رضي الله عنه اه مغرب (قوله لانها لا تعبد بدون الرأس) أي ولهذا لو صلى الى تنور أو كانون فيه نار كره لانه يشبه عبادتها لا الى قنديل أو شمع أو سراج لعدم التشبه اه ع (قوله أمر بقتل الاسودين في الصلاة الحية والعقرب) والامر للاباحة لانه منفعة لنا اه ع (قوله اقتلوا ذا الطفيتين الى آخره) الطفية خوصة المقل والاسود العظيم من الحيات وهو أخبثها وفيه سواد كانه شبه الخطين على ظهره بطفيتين والابتر القصير الذنب اه من خط الشارح

والاعذار

والاعذار فيقال لها ارجعي باذن الله أو خلي طريق المسلمين فان أبت قتلها ولكن الانذار انما يكون خارج الصلاة وعلى هذا قال محمد رحمه الله قتل القملة في الصلاة أحب الي من دفنها واختار أبو حنيفة دفنها تحت الحصا روى ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وكرههما أبو يوسف لانه لا يخاف منها الاذى وكان عمر وأنس يقتلان القمل قال رحمه الله (والصلاة الى ظهر قاعد يتحدث) ومن الناس من كره الصلاة الى قوم يتحدثون أو نائمين لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أراد أن يصلي في الصحراء أمر عكرمة أن يجلس بين يديه ويصلي وعن نافع أنه قال كان ابن عمر اذا لم يجد سبيلا الى سارية من سواري المسجد قال لي ول ظهرك وما روى من النهي محمول على ما اذا رفعوا أصواتهم بحيث يشوشون على المصلي ويقع الغلط في صلاته وفي النائم اذا كان يظهر منه صوت فيضحك من هو في صلاته أو يخجل النائم اذا انتبه فاذا أمن ذلك فلا بأس بها ألا ترى الى ما صح من حديث عائشة رضي الله عنها أنها كانت نائمة بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم وهو يصلي وكذا أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم كان بعضهم يقرؤن القرآن وبعضهم يتذاكرون العلم والمواعظ وبعضهم يصلون ولم ينههم النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ولو كان مكروها لنهاهم عنه قال رحمه الله (والى مصحف أو سيف معلق) ومن الناس من كره ذلك الا أن يكون السيف موضوعا على الارض لان السيف آلة الحرب وفيه بأس شديد فلا يليق تقديمه في حالة الابتهال وفي استقبال المصحف تشبه بأهل الكتاب ولانه يشبه عبادته فيكره ونحن نقول انهما لا يعبدان وباعتبارها تثبت الكراهة وفي استقبال المصحف تعظيمه وقد أمرنا به فصار كما لو كان موضوعا وأهل الكتاب يفعلون ذلك للقراءة وهو مكروه عندنا بل مفسد وكلامنا اذا لم يكن للقراءة فلا يكون تشبها بهم وفي السيف قال الله تعالى وليأخذوا أسلحتهم واذا كان معلقا بين يديه كان أمكن لاخذه اذا احتاج اليه فلا يوجب الكراهة وقد كانت العنزة تركز بين يدي النبي صلى الله عليه وسلم فيصلي اليها قال رحمه الله (أو شمع أو سراج) لانهما لا يعبدان والكراهة باعتبارها وانما تعبدها المجوس اذا كانت في الكانون وفيها الجمر أو في التنور فلا يكره التوجه اليها على غير ذلك الوجه قال رحمه الله (وعلى بساط فيه تصاوير ان لم يسجد عليها) لانه استهانة بالصورة فلا يكره والسجود عليها يشبه عبادتها فيكره وأطلق الكراهة في الاصل لما روينا ولان موضع الصلاة معظم فيكون فيه نوع تعظيم للصورة بتعظيم ذلك البساط فيكره مطلقا ولو كانت الصورة على وسادة ملقاة أو بساط مفروش لا يكره لانها تداس وتوطأ بخلاف ما اذا كانت الوسادة منصوبة أو كانت الصورة على الستر لانه تعظيم لها

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (كره استقبال القبلة بالفرج في الخلاء واستدبارها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أتيتم الغائط فلا تستقبلوا القبلة ولا تستدبروها ببول أو غائط ولكن شرقوا أو غربوا وأراد بقوله شرقوا أو غربوا أهل المدينة وما حولها من البلاد لان قبلتهم بين المشرق والمغرب وفي الاستدبار روايتان في رواية يكره لما روينا ولان فيه ترك التعظيم وفي رواية لا يكره لحديث ابن عمر أنه قال رقيت يوما على بيت أختي حفصة فرأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم قاعدا لحاجته مستقبل الشام مستدبر الكعبة ولان فرجه غير مواز لها وما ينحط منه ينحط الى الارض بخلاف المستقبل لان فرجه موازلها وما ينحط منه ينحط اليها والاحوط الاول لان القول مقدم على الفعل اذ الفعل يتطرق اليه الاعذار بخلاف القول فلا معارضة بينهما وقال الشافعي يجوز استقبال القبلة في البنيان دون الصحراء والحجة عليه ما روينا وكذا يكره للمرأة أن توجه ولدها نحو القبلة ليبول لما ذكرنا وان غفل وقعد مستقبل القبلة في الخلاء يستحب له أن ينحرف بقدر الامكان لقوله عليه الصلاة والسلام من جلس يبول قبالة القبلة فذكر وانحرف عنها اجلالا لها لم يقم من مجلسه حتى يغفر له ويستحب له عند الدخول في الخلاء أن يقول اللهم اني أعوذ بك من الخبث والخبائث ويقدم رجله اليسرى وعند الخروج يقدم

(قوله لما روى الى آخره) رواه أبو داود عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تصلوا خلف النائم ولا المتحدث أخرجه باسناد منقطع ولا يصح بغيره أيضا اه عبد الحق (قوله وما روى من النهي) رواه أبو داود عن أبي الحجاج والطبري رفعه قال نهي أن يتحدث الرجلان وبينهما أحد يصلي ذكره في المراسيل اه (قوله لحديث ابن عمر انه قال رقيت يوما الى آخره) قال في المصباح رقيته أرقيه من باب رمى رقيا عوذته بالله والاسم الرقيا على فعلى والمرة رقية والجمع رقى مثل مدية ومدى ورقيت في السلم وغيره أرقى من باب تعب رقيا على فعول اه (قوله مستقبل الشام مستدبر القبلة) وفي رواية مستدبرا بيت المقدس اه

رجله اليمنى ولا يتنخع ولا يبزق ولا يتمخط ويسكت اذا عطس ويقول اذا خرج الحمد لله الذي أخرج عني ما يؤذيني وأبقى ما ينفعني ويكره مد الرجل الى القبلة والى المصحف والى كتب الفقه في النوم وغيره قال رحمه الله (وغلق باب المسجد) لانه يشبه المنع من الصلاة قال الله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه وقال صلى الله عليه وسلم يا بني عبد مناف لا تمنعوا أحدا طاف بهذا البيت وصلى في أي ساعة شاء من ليل أو نهار وقيل لا بأس بالغلق في زماننا في غير أوان الصلاة صيانة لمتاع المسجد وهذا هو الصحيح لان الحكم قد يختلف باختلاف الزمان كما قلنا في منع جماعة النساء في زماننا لفساد أحوال الناس وقيل اذا تقارب الوقتان لا يغلق كالمغرب والعشاء ونحو ذلك ويغلق بعد العشاء الى طلوع الفجر ومن طلوع الشمس الى الظهر قال رحمه الله (والوطء فوقه) أي فوق المسجد والبول والتخلي لان سطح المسجد مسجد الى عنان السماء ولهذا يصح الاقتداء من سطح المسجد بمن فيه اذا لم يتقدم على الامام ولا يبطل الاعتكاف بالصعود اليه ولا يحل للجنب والحائض والنفساء الوقوف عليه ولو حلف لا يدخل هذه الدار فوقف على سطحها يحنث فاذا ثبت أن سطح المسجد من المسجد يحرم مباشرة النساء فيه لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد ولان تطهيره من النجاسة واجب لقوله تعالى أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود وقال عليه الصلاة والسلام جنبوا مساجدكم صبيانكم الحديث وقال عليه الصلاة والسلام ان المسجد لينزوي من النخامة كما ينزوي الجلد من النار فاذا كره التنخم فيه مع طهارته فالبول أحرى قال رحمه الله (لا فوق بيت فيه مسجد) يعني لا يكره الوطء والبول والتخلي فوق بيت فيه مسجد والمراد ما أعد للصلاة لانه لم يأخذ حكم المسجد وان ندبنا اليه حتى لا يصح الاعتكاف فيه الا للنساء واختلفوا في مصلى العيد والجنائز والاصح أنه لا يأخذ حكم المسجد وان كان في حق جواز الاقتداء كالمسجد لكونه مكانا واحدا وهو المعتبر في حق الاقتداء قال رحمه الله (ولا نقشه بالجص وماء الذهب) أي لا يكره نقش المسجد بهما وفيه اشارة الى أنه لا يؤجر عليه ومنهم من كره ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام من أشراط الساعة تزيين المساجد الحديث وقال عمر بن عبد العزيز هذه الكلمات حين مر به رسول الوليد بن عبد الملك بأربعين ألف دينار لتزيين مسجد النبي صلى الله عليه وسلم المساكين أحوج من الاساطين ومنهم من قال انه قربة لما فيه من تعظيم المسجد واجلال الدين وقد زخرفت الكعبة بماء الذهب والفضة وسترت بألوان الديباج تعظيما لها وعندنا لا بأس به ولا يستحب وصرفه الى المساكين أحب الا أنه ينبغي له أن لا يتكلف لدقائق النقش في المحراب فانه مكروه لانه يلهي المصلي وعليه يحمل النهي الوارد عن التزيين أو على التزيين مع ترك الصلاة بدليل آخر وهو قوله عليه الصلاة والسلام وقلوبهم خاوية عن الايمان هذا اذا فعل من مال نفسه وأما المتولي فليس له أن يفعل ذلك من مال الوقف فان فعل ضمن لانه ليس له أن يضيع مال الوقف وانما يفعل ما يرجع الى احكام البناء حتى لو جعل البياض فوق السواد للبقاء ضمن ذكره في الغاية وعلى هذا تحلية المصحف بالذهب والفضة لا بأس به وكان المتقدمون يكرهون شد المصاحف واتخاذ الشد لها كي لا يكون ذلك في صورة المنع فأشبه غلق باب المسجد والله أعلم

(باب الوتر والنوافل)

قال رحمه الله (الوتر واجب) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله رواه عنه يوسف بن خالد السمتي وهو

(قوله وصلى في أي ساعة شاء الى آخره) هي بالواو في خط الشارح رحمه الله وفي بعض نسخ الشراح بلو اه (قوله والتخلي) أي التغوط اه باكير (قوله لانه لم يأخذ حكم المسجد) أي حتى يجوز بيعه اه ع (قوله وان ندبنا اليه الى آخره) يعني أن كل مسلم مندوب لان يتخذ في بيته مسجدا يصلي فيه السنن والنوافل لكن ليس له حكم المسجد اه خلاصة في الفصل (قوله واختلفوا في مصلى العيد والجنائز والاصح أنه لا يأخذ حكم المسجد) أي مصلى العيد والجنائز اه وقال قاضيخان رحمه الله في فتواه في باب الرجل يجعل داره مسجدا أما المسجد الذي اتخذ لصلاة الجنازة أو لصلاة العيد هل يكون له حكم المسجد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يكون مسجدا حتى لو مات لا يورث عنه وقال بعضهم ما اتخذ لصلاة الجنازة فهو مسجد لا يورث عنه وما اتخذ لصلاة العيد لا يكون مسجدا مطلقا وانما يعطى له حكم المسجد في صحة الاقتداء بالامام وان كان منفصلا عن الصفوف أما فيما سوى ذلك فليس له حكم المسجد وقال بعضهم له حكم المسجد حال أداء الصلاة لا غير وهو والجبانة سواء ويجنب هذا المكان كما يجنب المسجد احتياطا اه وقال الولوالجي رحمه الله في أول كتاب الوقف مسجد اتخذ لصلاة الجنازة أو لصلاة العيد يجنب كما يجنب المساجد لانه مسجد وهذه مسألة اختلف المشايخ فيها والمختار أن المسجد الذي اتخذ لصلاة الجنازة الجواب فيه يجري على الاطلاق والذي اتخذ لصلاة العيد أنه مسجد في حق جواز الاقتداء وان انفصل الصفوف الظاهر أما فيما عدا ذلك لا رفقا بالناس اه (قوله فان فعل ضمن الى آخره) الا اذا خاف طمع الظلمة فيما اجتمع منه فلا بأس به حينئذ اه كنز

﴿قوله باب الوتر والنوافل﴾

فالفرغ من بيان الصلوات المفروضات وما يتعلق بها من بيان أوقاتها وكيفية أدائها والأداء الكامل والقاصر فيها شرع في بيان صلاة هي دون الفرائض وفوق النوافل وهي صلاة الوتر ودلالة أنها قصدت هذه المناسبة ايراد النوافل بعدها ليكون ذلك الواجب بين الفرض والنفل كما هو حقه اهـ نهاية والنوافل جمع نافلة وهي في اللغة الزيادة ومنه سمي النفل للغنيمة لأنها زيادة على ما وضع الجهاد له وهو اعلاء كلمة الله تعالى ومنه سمي ولد الولد نافلة وسميت صلاة النفل نفلا لأنها زيادة على الفرائض (قوله وروى عن حماد بن زيد عنه أنه فريضة) أي وبه أخذ زفر اهـ نهاية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو سنة الى آخره) وهي عندهما أعلى رتبة من جميع السنن حتى لا تجوز قاعدا مع القدرة على القيام ولا على

الراحلة من غير عذر وتقضى ذكره في

الظاهر من مذهبه وروى حماد بن زيد عنه أنه فريضة وروى نوح بن أبي مريم عنه أنه سنة وقيل بالتوفيق بين الروايات فأراد بقوله سنة طريقة أو ثبت وجوبه بالسنة وبقوله فرض لزومه عملا لا علما لأن الواجب فرض في حق العمل دون الاعتقاد وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله هو سنة لحديث الأعرابي أنه قال هل علي غيرهن قال لا الا أن تطوع وهذا ينفي الفرضية والوجوب ولأنه عليه الصلاة والسلام صلى الوتر على الراحلة والفرض لا يؤدى على الراحلة الا من عذر وفي قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى اشارة اليه لأن الوسطى لا تتحقق في الشفع وانما تتحقق اذا كانت الصلوات وترا فتكون الوسطى بين شفعين ولهذا لا يكفر جاحده ولا يؤذن له ولا يقام ويجب القراءة في كلها ولأبي حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام الوتر حق على كل مسلم رواه أبو داود وقال الحاكم هو على شرط البخاري ومسلم وقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا آخر صلاتكم بالليل وترا متفق عليه في الصحيحين والأمر وكلمة على وحق للوجوب وقال عليه الصلاة والسلام ان الله زادكم صلاة ألا وهي الوتر فصلوها فيما بين العشاء الى طلوع الفجر والزيادة تكون من جنس المزيد عليه ولا جائز أن تكون زائدة على النفل لأنه غير محصور فلا تتحقق الزيادة عليه فتعين الفرض لكونه محصورا وهذا لأن الزيادة لا تتحقق الا على المقدرات وعن عبد الله بن بريدة عن أبيه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الوتر حق فمن لم يوتر فليس منا قاله ثلاثا قال الحاكم حديث صحيح وقد وثق يحيى بن معين اسناد هذا الحديث أيضا وقال عليه الصلاة والسلام من نام عن وتر أو نسيه فليقضه اذا ذكره والأمر للوجوب ووجوب القضاء فرع وجوب الأداء وقد ظهر فيه آثار الوجوب حيث يقضى ولا يؤدى على الراحلة من غير عذر ولا يجوز بدون نية الوتر بخلاف التراويح والسنن الرواتب ولأنه يستحب تأخيره الى آخر الليل ولو كان سنة تبعا للعشاء لكره تأخيره كما يكره تأخير سنتها تبعا لها والجواب عن تمسكهم بحديث الأعرابي أنه كان قبل وجوب الوتر وفي قوله عليه الصلاة والسلام زادكم اشارة الى أنه متأخر عن وجوب الصلوات الخمس وهو نظير قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير وقد حرم بعد ذلك أكل كل ذي ناب من السباع وغيره ويدل على تأخيره أنه سأله عن الصلاة والزكاة والصيام وقال في آخره لا أزيد على هذا ولا أنقص فقال عليه الصلاة والسلام أفلح ان صدق ولم يذكر الحج فدل على أنه كان قبل وجوب الحج فكذا يجوز أن يكون قبل وجوب الوتر فلا يكون حجة وكذا قوله تعالى حافظوا على الصلوات يجوز أنها نزلت قبل وجوب الوتر فتكون وسطى في ذلك الوقت وأما استدلالهم بفعله عليه الصلاة والسلام على الراحلة فغير مستقيم على أصلهم لأنهم يرون الوتر فرضا على النبي صلى الله عليه وسلم ومن العجب أنهم يدعون جواز هذا الفرض على الراحلة ثم يقولون في حق الزام خصمهم انه لو كان فرضا لما جاز على الراحلة كغيره من الفرائض وهذا تحكم

المحيط اهـ اختيار (قوله وفي قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى اشارة اليه) أي الى نفي الفريضة اهـ (قوله ولا يؤذن له ولا يقام الى آخره) والجواب أن الأذان والاقامة من شعائر الاسلام فيختص بالفرائض المطلقة ولهذا لا مدخل لهما في صلاة العيدين اهـ دراية الهداية ومن خطه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام ان الله زادكم صلاة الى آخره) فبهذا تبين أن وجوب الوتر كان بعد سائر المكتوبات لأنه قال زادكم فأضاف الى الله لا الى نفسه والسنن تضاف الى رسول الله صلى الله عليه وسلم اهـ نهاية قال شيخ الاسلام والاستدلال بالحديث من ثلاثة أوجه أحدها بالزيادة فانها انما تتحقق على الشيء اذا كانت من جنس المزيد عليه لا يقال زاد في ثمنه اذا وهب هبة مبتدأة ولا يقال زاد

على الهبة اذا باع والمزيد عليه واجب فكذا الزيادة والثاني أنه قال ألا وهي الوتر على سبيل التعريف فكان في هذا دليل على أنه كان معلوما عندهم وزيادة التعريف زيادة وصف لا أصل وهو الوجوب والثالث أنه أمر بأدائها والأمر للوجوب اهـ نهاية (قوله ومن العجب الى آخره) وقد ادعى النووي أن جواز فعل هذا الواجب على الراحلة من خصائصه صلى الله عليه وسلم صرح بذلك في باب صلاة التطوع من شرح مسلم وشرح المهذب وفي هذه الدعوى توقف فان مثل ذلك يحتاج الى نقل خاص ولم ينقل ثم قال بعده بقليل في شرح المهذب مذهبنا أنه جائز على الراحلة في السفر كسائر النوافل سواء كان له عذر أم لا وبهذا قال جمهور العلماء وقال أبو حنيفة وصاحباه لا يجوز الا بعذر ودليلنا حديث ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان

يوتر على راحلته في السفر آخر جاء فالعجب منه كيف يجعل أولا فعله على الراحلة من الخصائص ثم يجعله هنا دليلا للجواز بالنسبة الى الامة وما بالعهد من قدم اهـ (قوله ولنا ما روى عن أبي بن كعب الى آخره) النسائي عن أبي بن كعب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى آخره فاذا فرغ قال عند فراغه سبحان الملك القدوس ثلاث مرات يطيل في آخرهن وقال الترمذي في حديث عائشة رضي الله عنها وفي الثالثة بقل هو الله أحد والمعوذتين وحديث النسائي أصح اسنادا وقال الترمذي أيضا من حديث الحرث عن علي رضي الله عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يوتر بثلاث يقرأ فيهن بتسع سور من المفصل يقرأ في كل ركعة بثلاث سور آخرهن قل هو الله أحد اهـ عبد الحق (قوله في المتن وقنت في ثالثته قبل الركوع أبدا بعد أن كبر) أي رافعا يديه اهـ ع وهذه

التكبيرة واجبة يجب سجود السهو بتركها لانها بمنزلة تكبيرات العيد كذا ذكره في هذا الشرح في باب سجود السهو اهـ (قوله وليس في القنوت دعاء موقت الخ) قال في البدائع وقال بعضهم الافضل في الوتر أن يكون فيه دعاء موقت لان الامام ربما يكون جاهلا فيأتي بدعاء يشبه كلام الناس فيفسد الصلاة وما روي عن محمد أن التوقيت في الدعاء يذهب برقة القلب محمول على أدعية المناسك دون الصلاة فلذا كرهه اهـ (قوله لانه يذهب برقة القلب) أي ولانه لا توقيت في القراءة لشيء من الصلوات فكذا في دعاء القنوت اهـ (قوله في المتن وقرأ في كل ركعة منه بفاتحة الكتاب وسورة الى آخره) ولكن لا ينبغي أن يقرأ سورة معينة على الدوام لان الفرض هو مطلق القراءة بقوله فاقرؤا ما تيسر من القرآن والتعيين على الدوام يفضي الى أن

لا دليل عليه ونحن نقول إن فعله عليه الصلاة والسلام يجوز أن يكون قبل أن يكتب عليه أو لأجل العذر فلا يعارض القول وانما لا يكفر جاحده لانه ثبت بخبر الواحد فلا يعرى عن شبهة وهو يؤدي في وقت العشاء فيكتفى بأذانه وإقامته وانما تجب القراءة في جميعه لقصور دليله فتراعى جهة النفلية فيه احتياطا قال رحمه الله (وهو ثلاث ركعات بتسليمة) وقال الشافعي ان شاء أوتر بواحدة وان شاء بثلاث وان شاء بخمس الى احدى عشرة أو ثلاث عشرة لقوله عليه الصلاة والسلام من شاء أوتر بركعة ومن شاء أوتر بثلاث الحديث وعن أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام كان يوتر بسبع أو بخمس لا يفصل بينهن بتسليم ولنا ما روى عن أبي بن كعب أنه عليه الصلاة والسلام كان يوتر بثلاث ركعات يقرأ في الاولى بسبح اسم ربك الاعلى وفي الثانية بقل يا أيها الكافرون وفي الثالثة بقل هو الله أحد ويقنت قبل الركوع الحديث وعن عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام كان يوتر بثلاث لا يفصل بينهن وعنها أنه عليه الصلاة والسلام ما كان يزيد في رمضان ولا في غيره على احدى عشرة ركعة يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعا فلا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي ثلاثا ولو كان يفصل لقالت ثم يصلي ركعتين ثم واحدة وعن محمد بن كعب أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن البتيراء وعن ابن مسعود الوتر ثلاث كوتر النهار ثلاث ركعات صلاة المغرب وعنه ما أجزأت ركعة قط وحكى الحسن البصري اجماع السلف على أن الوتر ثلاث وما رواه الشافعي محمول على أنه كان قبل استقرار الوتر والدليل عليه ما رواه الدارقطني أنه عليه الصلاة والسلام قال لا توتروا بثلاث أوتروا بسبع أو خمس الحديث والايتار بالثلاث جائز اجماعا وكذا ما رواه مسلم عن عائشة أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي من الليل ثلاث عشرة ركعة يوتر من ذلك بخمس لا يجلس في شيء منها الا في آخرها وأجمعنا على أنه يجلس على رأس كل ركعتين فعلم أن ذلك كان قبل استقرار أمر الوتر لان الصلوات المستقرة لا يخير في أعداد ركعاتها قال رحمه الله (وقنت في ثالثته قبل الركوع أبدا بعد أن كبر) لما روينا وهو باطلاقه حجة على الشافعي في قوله يقنت بعد الركوع في النصف الاخير من رمضان وكذا قال عليه الصلاة والسلام للحسن حين علمه القنوت اجعل هذا في وترك من غير فصل فيكون حجة عليه وليس في القنوت دعاء موقت لانه يذهب برقة القلب هكذا ذكره محمد رحمه الله قال في المحيط والذخيرة يعني غير قوله اللهم انا نستعينك الى آخره اللهم اهدنا الى آخره قال رحمه الله (وقرأ في كل ركعة منه فاتحة الكتاب وسورة) لما روينا قال رحمه الله (ولا يقنت لغيره) أي في غير الوتر وهو مروي عن عمر وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وقال الشافعي يقنت في الفجر لحديث أنس قال صليت مع النبي صلى الله عليه وسلم فلم يزل يقنت بعد الركوع في صلاة الغداة حتى فارق الدنيا وكذا أبو بكر وعمر وعثمان ولنا ما رواه البخاري ومسلم أنه عليه الصلاة والسلام قنت شهرا يدعو على

يعتقد بعض الناس أنه واجب أو أنه لا يجوز ولكن لو قرأ بما ورد به الاثر أحيانا يكون حسنا ولكن لا يواظب عليه لما ذكرنا قوم كذا في تحفة الفقهاء اهـ نهاية (قوله ولا يقنت لغيره الى آخره) ﴿فرع﴾ ان نزل بالمسلمين نازلة قنت الامام في صلاة الفجر وبه قال الثوري وأحمد قال الحافظ أبو جعفر الطحاوي انما لا يقنت عندنا في صلاة الفجر من غير بلية فان وقعت فتنة أو بلية فلا بأس به فعله رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكره السيد الشريف صاحب النافع في مجموعه وقال الشافعي هو سنة في الفجر ويقنت في الصلوات كلها عند حاجة المسلمين الى الدعاء قال لم يقل هذا أحد قبله لانه عليه الصلاة والسلام لم يزل محاربا بالمشركين ولم يقنت في الصلوات قلت روى مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قنت في الظهر والعشاء الآخرة وفي البخاري عن أنس قال كان القنوت في المغرب والفجر وروى

قوم من العرب ثم تركه وقال ابن عمر صليت خلف النبي صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وعمر وعثمن فلم يقنتوا وقال ابن عباس القنوت في صلاة الفجر بدعة وروى في الخبر أنه عليه الصلاة والسلام قنت شهرا أو أربعين يوما يدعو على قوم فانزل الله تعالى معاتبا له ليس لك من الامر شئ أو يتوب عليهم أو يعذبهم فانهم ظالمون فتركه ولم يثبت عند الثقات أكثر من شهر قال رحمه الله (ويتبع المؤتم قانت الوتر) أي يتبع المقتدى الامام القانت في الوتر في قنوته ويخفي هو والقوم لانه دعاء وقيل يجهر الامام ذكره في المفيد وقيل عند محمد يقنت الامام دون المؤتم كما لا يقرأ والصحيح الاول لان اختلافهم في الفجر مع كونه مسوخا دليل على أنه يتابعه في قنوت الوتر لكونه ثابتا بيقين فصار كالثناء والتشهد والدعاء بعده وتسبيحات الركوع والسجود وفي نوادر ابن رستم رفع الامام والمأموم صوتهما في قنوت الوتر أحب الى قال رحمه الله (لا الفجر) أي لا يتابع المؤتم الامام القانت في الفجر في القنوت وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يتابعه لانه تبع للامام والقنوت مجتهد فيه فصار كتكبيرات العيدين والقنوت في الوتر بعد الركوع ولهما انه منسوخ على ما تقدم فصار كما لو كبر خمسا في الجنازة حيث لا يتابعه في الخامسة لكونه منسوخا ثم قيل يسكت واقفا ليتابعه فيما تجب متابعته وقيل يقعد تحقيقا للمخالفة لان الساكت شريك الداعي بدليل مشاركته الامام في القراءة والاول أظهر لوجوب المتابعة في غير القنوت ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشافعية اذا كان يحتاط في موضع الخلاف بان كان يجدد الوضوء من الحجامة والفصد ويغسل ثوبه من المني ولا يكون شاكا في ايمانه بالاستثناء ولا منحرفا عن القبلة ولا يقطع وتره بالسلام هو الصحيح وذكر أبو بكر الرازي اقتداء الحنفي بمن يسلم على رأس الركعتين في الوتر يجوز ويصلي معه بقية الوتر لان امامه لم يخرج بسلامه عنده لانه مجتهد فيه كما لو اقتدى بامام قد رعف فعلى هذا يجوز الاقتداء اذا صحت على زعم الامام وان لم تصح على زعم المقتدى وقيل اذا سلم الامام على رأس الركعتين قام المقتدى وأتم الوتر وحده وقال صاحب الارشاد لا يجوز الاقتداء بالشافعية في الوتر باجماع أصحابنا لانه اقتداء المفترض بالمتنفل والاول أصح لان اعتقاد الوجوب ليس بواجب على الحنفي ولو علم المقتدى من الامام ما يفسد الصلاة على زعم الامام كمس المرأة والذكر وما أشبه ذلك والامام لا يدري بذلك تجوز صلاته على رأي الاكثر وقال بعضهم لا يجوز منهم الهندواني لان الامام يرى بطلان هذه الصلاة فتبطل صلاة المقتدى تبعا له وجه الاول وهو الاصح أن المقتدى يرى جواز صلاة امامه والمعتبر في حقه رأي نفسه فوجب القول بجوازها قال رحمه الله (والسنة قبل الفجر وبعد الظهر والمغرب والعشاء ركعتان وقبل الظهر والجمعة وبعدها أربع) لما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي قبل الظهر أربعا وبعده ركعتين وبعد المغرب ثنتين وبعد العشاء ركعتين وقبل الفجر ركعتين رواه مسلم وأبو داود وابن حنبل وعن أبي أيوب رضي الله عنه كان النبي صلى الله عليه وسلم يصلي بعد الزوال أربع ركعات فقلت ما هذه الصلاة التي تداوم عليها فقال هذه ساعة تفتح أبواب السماء فيها فاحب أن يصعد لي فيها عمل صالح فقلت أفي كلهن قراءة قال نعم فقلت أبتسليمة واحدة أم بتسليمتين فقال بتسليمة واحدة رواه الطحاوي وأبو داود والترمذي

عبد الله بن أحمد بن حنبل كل شئ ثبت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في القنوت انما هو في صلاة الفجر ولا يقنت في الصلوات الا في الوتر والغداة اذا كان يستنصر ويدعو للمسلمين وعن عمر في القنوت انه كان يقول اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات والمسلمين والمسلمات وألف بين قلوبهم وأصلح ذات بينهم وانصرهم على عدوك وعدوهم اللهم العن كفرة أهل الكتاب الذين يكذبون رسولك ويقاتلون أولياءك اللهم خالف بين كلمتهم وزلزل أقدامهم وأنزل عليهم بأسك الذي لا يرد عن القوم المجرمين بسم الله الرحمن الرحيم اللهم انا نستعينك اه سروجي (قوله وقيل يجهر الامام) أي دون المقتدى اه واختار مشايخنا بما وراء النهر الاخفاء في دعاء القنوت في حق الامام والقوم جميعا لقوله تعالى ادعوا ربكم تضرعا وخفية ولقوله عليه الصلاة والسلام خير الذكر الخفي اه بدائع (قوله وفي نوادر الى آخره) ليس في خط الشارح رحمه الله (قوله ودلت المسئلة على جواز الاقتداء بالشافعية اذا كان يحتاط الى آخره) لا كما قيل ان رفع اليدين عند الركوع وعند الرفع منه عمل كثير يفسد الصلاة لان حد العمل الكثير لا يصدق عليه اه عيني (قوله ولا منحرفا عن القبلة) أي انحرافا فاحشا ولا شك انه اذا جاوز المغارب كان فاحشا اه قاضيخان (قوله بالسلام هو الصحيح) ليس في خط الشارح رحمه الله (قوله كما لو اقتدى بامام قد رعف الى آخره) ورأى الامام أنه لا ينتقض وضوءه به صح الاقتداء لان طهارة الامام صحيحة في حقه وهو مجتهد فيه وقيل لا يصح الاقتداء في فصل الرعاف والحجامة وبه قال الاكثر الا اذا رآه احتجم ثم غاب عنه فالاصح صحة الاقتداء لجواز أنه توضأ احتياطا وحسن الظن به أولى فان شاهد الشافعي انه مس امرأة ثم صلى قبل الوضوء قال مشايخنا صح الاقتداء به وقال أبو جعفر وجماعة لا يجوز كاختلافهما في جهة التحري يمنع الاقتداء اه قنية (قوله لان اعتقاد الوجوب ليس بواجب على الحنفي) عبارة الكبير على الشافعي اه ﴿فرع﴾ اذا كان على رجل فائتة حديثة فافتتح الصلاة ونسي الفائتة فجاء انسان واقتدى به وهو يعلم أن عليه فائتة حديثة فصلاة الامام تامة وصلاة المقتدى فاسدة لان عنده أن امامه على الخطا اه والوالجي في الفصل الاول من آداب القضاء

وابن ماجه من غير فصل بين الجمعة والظهر فيكون سنة كل واحد منهما أربعا وروى ابن ماجه باسناده عن ابن عباس كان النبي صلى الله عليه وسلم يركع قبل الجمعة أربعا لا يفصل بينهن وعن أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من كان منكم مصليا بعد الجمعة فليصل أربعا رواه مسلم والاربع بتسليمة واحدة عندنا حتى لو صلاها بتسليمتين لا يعتد بها عن السنة وقال الشافعي بتسليمتين والحجة عليه ما روينا وعن ابراهيم كان ابن مسعود يصلي قبل الجمعة وبعدها أربعا لا يفصل بينهن بتسليم وروى نافع أن ابن عمر كان يصلي بالنهار أربعا وقبل الجمعة أربعا لا يفصل بينهن بسلام وذكر الحلواني أن أقوى السنن ركعتا الفجر ثم سنة المغرب فانه عليه الصلاة والسلام لم يدعهما في سفر ولا حضر ثم التي بعد الظهر فانها متفق عليها والتي قبلها مختلف فيها وقيل هي للفصل بين الاذان والاقامة ثم التي بعد العشاء ثم التي قبل الظهر وذكر الحسن أن التي قبل الظهر آكد بعد ركعتي الفجر والافضل في السنن أداؤها في المنزل الا التراويح وقيل ان الفضيلة لا تختص بوجه دون وجه وهو الاصح لكن كل ما كان أبعد من الرياء وأجمع للخشوع والاخلاص فهو أفضل قال رحمه الله (وندب الاربع قبل العصر) لما روى عن علي رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي قبل العصر أربع ركعات وان شاء ركعتين وعن ابراهيم كانوا يستحبون ركعتين قبل العصر ولا يعتدونهما من السنة قال رحمه الله (والعشاء وبعده) أي ندب الاربع قبل العشاء وبعده لان العشاء كالظهر من حيث انه لا يكره التطوع قبله ولا بعده وقيل هو مخير ان شاء صلى ركعتين وان شاء صلى أربعا وقيل الاربع قول أبي حنيفة والركعتان قولهما بناء على اختلافهم في نوافل الليل قال رحمه الله (والست بعد المغرب) لما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال من صلى بعد المغرب ست ركعات كتب من الاوابين وتلا قوله تعالى انه كان للاوابين غفورا قال رحمه الله (وكره الزيادة على أربع بتسليمة في نفل النهار وعلى ثمان ليلا) أي بتسليمة واحدة لانه عليه الصلاة والسلام لم يزد عليه ولولا الكراهة لزاد تعليما للجواز وقد جاء في صلاة الليل الى ثمان فانه روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي خمسا بتسليمة واحدة وسبعا وتسعا واحدى عشرة وتأويله أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي خمسا ركعتان منها قيام الليل وثلاث وتر وفي السبع أربع قيام الليل وثلاث وتر وفي التسع ست قيام الليل وثلاث وتر وفي احدى عشرة ثمان قيام الليل وثلاث وتر وفي رواية وثلاث عشرة قيل تأويله ثمان منها قيام الليل وثلاث وتر وركعتا سنة الفجر وفي المبسوط والاصح أن الزيادة لا تكره لما فيها من وصل العبادة وهو أفضل وقال أبو يوسف ومحمد لا يزيد بالليل بتسليمة واحدة على ركعتين قال رحمه الله (والافضل فيهما رباع) أي الافضل في الليل والنهار أربع أربع وهذا عند أبي حنيفة وعندهما الافضل في الليل مثنى مثنى وفي النهار أربع أربع وعند الشافعي فيهما مثنى مثنى لحديث البارقي عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال صلاة الليل والنهار مثنى مثنى ولهما ما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال صلاة الليل مثنى مثنى ولابي حنيفة ما روت عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي بالليل أربع ركعات لا تسأل عن حسنهن وطولهن ثم يصلي أربعا لا تسأل عن حسنهن وطولهن رواه مسلم والبخاري وما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت انه عليه الصلاة والسلام كان يصلي الضحى أربع ركعات ولا يفصل بينهن بسلام وما تقدم من حديث أبي أيوب وغيره في سنة الظهر والجمعة ولانه أدوم تحريمة فيكون أكثر مشقة وأزيد فضيلة ولهذا لو نذر أن يصلي أربعا بتسليمة لا يخرج عنه بتسليمتين وعلى العكس يخرج وحديث البارقي لم يثبت عند أهل النقل ولئن ثبت فمعناه شفع لا وتر ولان راويه ابن عمر وقد تقدم انه كان يصلي أربعا بتسليمة واحدة والراوي اذا فعل بخلاف ما روى لا تبقى روايته حجة ولا يمكن الاعتبار بالتراويح لانه يؤدى بجماعة فيراعى فيه جهة التخفيف

(قوله وذكر الحلواني أن أقوى السنن ركعتا الفجر) لقوله صلى الله عليه وسلم صلوهما ولو طردتكم الخيل وقال ركعتا الفجر خير من الدنيا وما فيها اه زاهدي قوله ولو طردتكم الخيل والمراد بالخيل جيش العدو اه كاكي في ادراك الفريضة (قوله ثم التي بعد الظهر) حتى لو أنكرها يخشى عليه الكفر اه مستصفى (قوله ثم التي قبل الظهر) ثم التطوع قبل العصر ثم التطوع قبل العشاء اه قنية (قوله وذكر الحسن) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله اه (قوله والافضل في السنن الى آخره) أي والنوافل اه كافي وعزى في الغاية للحلواني (قوله الا التراويح) لان في التراويح اجماع الصحابة اه نهاية (قوله وندب الاربع) أي استحب اه ع (قوله وكره الزيادة على أربع بتسليمة) قوله بتسليمة ليس في خط الشارح اه (قوله والافضل فيهما رباع) أي أربعة أربعة وهو غير منصرف للوصف والعدل لانه معدول عن أربعة أربعة كثلاث معدول عن ثلاثة ثلاثة قاله العيني رحمه الله (قوله صلاة الليل مثنى مثنى الى آخره) قال في الاختيار وأما قوله صلى الله عليه وسلم مثنى مثنى معناه والله أعلم انه يتشهد على كل ركعتين فسماه مثنى لوقوع الفصل بين كل ركعتين بتشهد ويؤيده ما روى أنه صلى الله عليه وسلم كان يصلي أربعا قبل العصر يفصل بينهن بالسلام على الملائكة المقربين ومن تابعهم من المسلمين والمؤمنين قال الترمذي معناه الفصل بينهما بالتشهد اه تبيين

تيسيرا قال رحمه الله (وطول القيام أحب من كثرة السجود) لقوله عليه الصلاة والسلام أفضل الصلاة طول القنوت أي القيام ولان القراءة تكثر بطول القيام وبكثرة الركوع والسجود يكثر التسبيح والقراءة أفضل منه ولان القراءة ركن فكان اجتماع أجزائه أولى وأفضل من اجتماع ركن وسنة وتحية المسجد سنة وهي ركعتان قبل أن يقعد لقوله عليه الصلاة والسلام اذا دخل أحدكم المسجد فلا يجلس حتى يركع ركعتين وأداء الفرض ينوب عن التحية ويستحب للمتوضئ أن يصلي ركعتين عقيب الوضوء لقوله عليه الصلاة والسلام ما من أحد يتوضأ فيحسن الوضوء ويصلي ركعتين يقبل بقلبه ووجهه عليهما الاوجبت له الجنة وصلاة الضحى مستحبة وهي أربع ركعات فصاعدا لما روت عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي الضحى أربع ركعات ويزيد ما شاء قال رحمه الله (والقراءة فرض في ركعتي الفرض) لما لم يعين محل القراءة عبر عنها بالفرض فحاصله أن القراءة فرض في ركعتين منها غير متعينين حتى لو لم يقرأ في الكل أو قرأ في ركعة منها لا غير تفسد صلاته وهي واجبة في الاوليين حتى لو ترك القراءة فيهما وقرأ في الاخريين تجوز صلاته ويجب عليه سجود السهو وقال الشافعي هي فرض في الركعات كلها لقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة الا بقراءة وكل ركعة صلاة وقال مالك في ثلاث منها اقامة للاكثر مقام الكل تيسيرا وقال زفر في ركعة منها وهو قول الحسن البصري لان الامر لا يقتضي التكرار قلنا نعم لكن اعتبرنا الثانية استدلالا بالاولى لانهما تشاكلا من كل وجه وأما الاخريان فيفارقانهما في حق السقوط في السفر وفي صفة القراءة وقدرها فلا يلحقان بهما وفيه أثر علي وابن مسعود رضي الله عنهما أنهما قالا اقرأ في الاوليين وسبح في الاخريين وكفى بهما قدوة والصلاة فيما روى مذكور صريحا فينصرف الى الكاملة منها وهي الركعتان عادة كمن حلف لا يصلي صلاة بخلاف ما اذا حلف لا يصلي وهو مخير في الاخريين ان شاء سبح ثلاث تسبيحات وان شاء سكت قدرها وان شاء قرأ الفاتحة الا أن الافضل أن يقرأ لانه عليه الصلاة والسلام كان يقرأ فيهما ولهذا لا يجب سجود السهو بتركها في ظاهر الرواية قال رحمه الله (وكل النفل والوتر) أي القراءة واجبة في جميع ركعات النفل وفي جميع الوتر أما النفل فلان كل شفع منه صلاة على حدة والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة ولهذا لا يجب بالتحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور عن أصحابنا ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم في كل قعدة منه ويستفتح في الثالثة ولا يؤثر فساد الشفع الثاني في فساد الشفع الاول وتفسد صلاته بترك القعود في الشفع الاول عند محمد وزفر وهو القياس فصار كل شفع بمنزلة صلاة الفجر واستحسن أبو حنيفة وأبو يوسف فيما اذا صلى أربع ركعات ولم يقعد الا في آخرها حيث قالا لا تفسد صلاته وكذا الست والثمان في الصحيح

(قوله في المتن وطول القيام أحب من كثرة السجود الى آخره) قال صاحب المبسوط طول القيام أشق على البدن من كثرة الركوع والسجود وقد سئل عن أفضل الاعمال فقال أحمزها أي أشقها على البدن قلت ذكر في الزيادات أن السجود أصل في الصلاة والقيام وسيلة لاجل الخرور للسجود من القيام حتى قالوا اذا عجز عن السجود يسقط القيام فيقعد ويومئ للركوع والسجود اذ السجود غاية اظهار الخضوع لله تعالى بوضع الجبهة على الارض ولهذا لو سجد على الارض لغير الله تعالى يكفر ولو قام أو ركع لا يكفر وكيف يكون الوسيلة أفضل من الاصل وان كان الفضل بالاشق كما علل به صاحب المبسوط فالركوع الطويل أشق من القيام والسجود اه غاية وأما كون تطويل السجود أفضل من تطويل الركوع فلحديث أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال أقرب ما يكون العبد من ربه وهو ساجد رواه مسلم وانما رجح القيام عليه لان فيه جمعا بين عبادتين وهما القيام وقراءة القرآن اه غاية وعن أبي يوسف ان كان له ورد من القرآن يقرؤه في الصلاة فكثرة السجود أحب أي أفضل والا فطول القيام اه غاية وذهب أكثر العلماء الى أن طول القيام أفضل من طول الركوع والسجود وكثرتهما ثم اطالة السجود فقال جماعة من العلماء تطويل السجود وتكثير الركوع والسجود أفضل من طول القيام حكاه الترمذي والبغوي وقوم سووا بينهما وتوقف ابن حنبل فيهما اه غاية مع حذف (قوله وتحية المسجد سنة الى آخره) قال قاضيخان في الفصل الذي عقده في المسجد قبيل كتاب الصلاة ويصلي في كل يوم تحية المسجد مرة واحدة لا في كل مرة اه (قوله وقال زفر في ركعة منها وهو قول الحسن البصري الى آخره) وقال أبو بكر الاصم وسفيان بن عيينة ليست بفرض أصلا وليس بصحيح لورود الامر اه عيني قوله ليست بفرض الى آخره أي واعلها سنة كسائر الاذكار ولان مبنى الصلاة على الافعال دون الاقوال ألا ترى أن العاجز عن الافعال كالا والقادر على الاقوال لا يخاطب بالصلاة بخلاف العكس بخلاف التكبيرة الاولى فانها لا يؤتى بها في الصلاة اه نهاية (قوله لكن اعتبرنا أوجبناها) لفظة اعتبرنا ليست في خط الشارح اه ولهذا لا يجب في التحريمة الاولى الا ركعتان في المشهور هذا اذا نوى أربع ركعات حتى يحتاج الى التقييد بالمشهور فأما اذا شرع في التطوع بمطلق النية لا يلزمه أكثر من ركعتين بالاتفاق في جميع الروايات كذا في المحيط اه نهاية ومثله في مبسوط شيخ الاسلام وغيره اه قوله الى التقييد بالمشهور احترازا عما روي عن أبي يوسف أنه يلزمه أربع وقد جعله صاحب المجمع غير مذهب أبي يوسف اه

(قوله وأما الوتر فللاحتياط) أي لا سنة؛ عندهما فتجب القراءة في الكل نظرا اليه وبالنظر الى مذهبه لا تجب فتجب احتياطا اهـ رازي
(قوله في المتن ولزم النفل بالشروع) أي سواء كان صلاة أو صوما اهـ ع (قوله وروى عن أبي حنيفة أنه لا يلزمه الى آخره) قال العيني
رحمه الله وقال زفر وهو رواية عن أبي حنيفة أنه لا يلزم بالشروع في هذه الاوقات اعتبارا بالشروع في

ووجهه أن القعدة صارت فرضا لغيرها وهو الختم والخروج من الصلاة ولهذا لم تكن فرضا في الفرائض الا في آخرها فاذا قام الى الثالثة تبين أن ما قبلها لم يكن أوان الخروج من الصلاة فلم تبق القعدة فريضة بخلاف القراءة فانها ركن مقصود بنفسه فاذا تركه تفسد صلاته وأما الوتر فللاحتياط على ما بينا قال رحمه الله (ولزم النفل بالشروع ولو عند الغروب والطلوع) وقال الشافعي لا يلزمه لانه متبرع ولا لزوم على المتبرع ولنا أن المؤدى قربة فتجب صيانته عن البطلان لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم ولا يمكن ذلك الا بلزوم المضي فيه فصار كالحج والعمرة فاذا لزمه المضي وجب عليه القضاء بالافساد على ما نعلمه في كتاب الصوم ان شاء الله تعالى وقوله ولو عند الغروب والطلوع أي يلزم بالشروع ولو كان الشروع عند غروب الشمس وطلوعها وهو ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنه لا يلزمه اعتبارا بالشروع في الصوم في الاوقات المكروهة حيث لا يجب عليه القضاء بالافساد ووجه الظاهر وهو الفرق بينهما أنه يسمى صائما بنفس الشروع في الصوم حتى يحنث به الحالف في يمينه أن لا يصوم فيصير مرتكبا للنهي به فيجب ابطاله ولا يصير مرتكبا للنهي بنفس الشروع في الصلاة لانه لا يسمى مصليا حتى يتم ركعة ولهذا لا يحنث به في يمينه أن لا يصلي والمنهي عنه هو الصلاة ولم توجد قبل تمام الركعة فصار كما اذا نذر أن يصوم في الاوقات المكروهة أو يصلي فيها وهذا لانه لا كراهية في الالتزام قولا فتجب صيانته قال رحمه الله (وقضى ركعتين لو نوى أربعا وأفسده بعد القعود الاول أو قبله) لان كل شفع من صلاة التطوع صلاة على حدة والقيام الى الثالثة بمنزلة تحريمة مبتدأة فيلزمه بفساده لا بوجب فساد الشفع الاول لانه قد تم بالقعود ويلزمه قضاء الشفع الثاني لصحة شروعه فيه وان أفسده قبل القعود الاول يلزمه قضاء الشفع الاول لصحة شروعه فيه ولا يلزمه الثاني لعدم شروعه فيه وعن أبي يوسف أنه يلزمه قضاء الاربع اعتبارا للشروع بالنذر ولو قعد في الاول وسلم أو تكلم لا يلزمه شئ لان الشفع الاول قد تم بالقعود والثاني لم يشرع فيه وعن أبي يوسف أنه يلزمه قضاء الاخريين لان نيته قارنت سبب الوجوب فيلزمه ما نوى اعتبارا بالنذر فان من قال لله على صلاة ونوى الاربع يلزمه ما نوى لاقتران النية بالسبب وجه الظاهر أن الشروع ملزم ما شرع فيه وما لا صحة له الا به ولا تعلق لاحد الشفعين بالآخر وهذا لان السبب هو الشروع ولم يوجد الشروع في الشفع الثاني ما لم يقم الى الثالثة فلم تقترن النية بالسبب وانما هي مجرد النية وهي لم تؤثر في الايجاب بخلاف ما ذكر من النذر لان السبب هو النذر فاقتران النية به مؤثر وسنة الظهر مثلها لانها نافلة وقيل يقضي أربعا لانها بمنزلة صلاة واحدة ولهذا لا يصلي في القعدة الاولى ولا يستفتح في الثالثة ولا تبطل شفعته بالانتقال الى الشفع الثاني بعد العلم بالبيع ولا يبطل خيار المخيرة به وكذا الخلوة لا تصح ما لم يفرغ الاربع حتى لو دخلت امرأته وهو يصلي سنة الظهر فانتقل الى الشفع الثاني بعد دخولها لا يلزمه كمال المهر لانها صلاة واحدة كالظهر قال رحمه الله (أو لم يقرأ فيهن شيأ أو قرأ في الاوليين أو الاخريين) أي قضى ركعتين اذا صلى أربع ركعات ولم يقرأ فيهن شيأ أو قرأ في الاوليين لا غير أو في الاخريين لا غير أما اذا لم يقرأ فيهن شيأ فلان الشفع الاول فسد بترك القراءة فيقضيه ولم يصح شروعه في الشفع الثاني عند أبي حنيفة ومحمد لفساد الاول فلا يقضيه وأما اذا قرأ في الاوليين ولم يقرأ في الاخريين فلان الشفع الاول قد تم وصح شروعه في الشفع الثاني ثم فسد بترك القراءة فيه فيقضيه وأما اذا قرأ في الاخريين فقط فلان الشفع الاول قد فسد بترك القراءة فيه فيقضيه ولم يصح شروعه في الشفع الثاني

أيام ... يوم العيد اهـ (قوله في المتن وقضى ركعتين لو نوى أربعا وأفسده) أي الاربع الذي شرع فيه اهـ ع (قوله بعد القعود الاول أي وبعد الشروع في الشفع الثاني ففي هذه الصورة يلزمه قضاء الشفع الثاني بالاتفاق لان الشفع الاول قد تم بالقعود وكل شفع من النفل صلاة على حدة وهذا الذي ذكرته هو معنى قول الشارح لان كل شفع الى آخره اهـ قوله بالاتفاق قولهم لم يذكر الشارح خلافا في هذه الصورة كما ترى اذ لا وجه له وساق الخلاف في الصورة الثانية وهي ما اذا أفسده قبل القعود ووجه الخلاف ظاهر اهـ (قوله وعن أبي يوسف أنه يلزمه قضاء الاخريين) قال في البدائع روى بشر بن الوليد عن ... في التطوع ينوي أربعا ثم أفسده قضى أربعا عند أبي يوسف ثم رجع عنه وقال يقضي ركعتين وروى بشر بن أبي الازهر النيسابوري عنه أنه قال فيمن افتتح الصلاة ينوي عددا يلزمه ... فسخ ذلك العدد وان ... ركعة وروى عنه ... أنه قال ان نوى أربع ركعات ... ثم ... يلزمه ولا خلاف أنه يلزمه بالنذر ما تناوله وان كثر اهـ (قوله أي قضى عندهما ركعتين) هكذا هو بخط الشارح والذي في غالب نسخ هذا الشرح قضى ركعتين أي اذا صلى الى آخره وهو تصرف من الناسخ غير صحيح فان قول المصنف سابقا وقضى ركعتين شامل لخمس مسائل اهـ

عندهما قال رحمه الله (وأربعا لو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين) أي قضى أربعا اذا صلى أربع ركعات وقرأ في ركعة من كل شفع وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يلزمه قضاء ركعتين وهذه المسئلة تنقسم الى ثمانية أقسام والاصل فيها عند محمد رحمه الله أن ترك القراءة في الاوليين أو في احداهما يبطل التحريمة اذا قيد الركعة بسجدة فلا يصح البناء عليها وعند أبي يوسف رحمه الله ترك القراءة في الشفع الاول لا يوجب بطلان التحريمة لان القراءة ركن زائد بدليل وجود الصلاة بدونها في الجملة كصلاة الامي والاخرس والمقتدي ولهذا من عجز عن القراءة دون الافعال تلزمه الصلاة وعلى العكس لا تلزمه لكن يوجب فساد الاداء وهو لا يزيد على تركه فلا تبطل التحريمة فيصح شروعه في الشفع الثاني وعند أبي حنيفة رحمه الله ترك القراءة في الاوليين يوجب بطلان التحريمة لاجماع الامة على وجوبها فلا يصح البناء عليه وفي احداهما مختلف فيه فحكمنا ببطلانها في حق لزوم القضاء وببقائها في حق لزوم الشفع الثاني احتياطا فاذا ثبت هذا فنقول اذا لم يقرأ في الاربع يقضي ركعتين عندهما لان التحريمة بطلت بترك القراءة في الاوليين فلم يصح شروعه في الشفع الثاني وعند أبي يوسف يقضي أربعا لان التحريمة لا تبطل بترك القراءة عنده فصح شروعه في الشفع الثاني فيقضي الكل ولو قرأ في الاوليين لا غير يقضي الاخريين بالاجماع لصحة الاوليين وفساد الاخريين بعد الشروع فيهما ولو قرأ في الاخريين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع لان التحريمة قد بطلت بترك القراءة فيهما فلم يصح الشروع في الشفع الثاني عندهما وعند أبي يوسف يصح شروعه فيه لكن لما قرأ فيهما صحتا ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين فعليه قضاء الاخريين بالاجماع ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين فعليه قضاء الاوليين بالاجماع وقد مر وجهه ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين فعلى قول أبي حنيفة وأبي يوسف يقضي أربعا رواها محمد عن أبي يوسف عن أبي حنيفة وأنكر أبو يوسف الرواية عنه ولم يرجع محمد عنها واعتمد المشايخ قول محمد وكذا لو قرأ في احدى الاوليين لا غير وعند محمد يقضي الاوليين فيهما لما قلنا ولو قرأ في احدى الاخريين يلزمه قضاء الاوليين عندهما وعند أبي يوسف يقضي أربعا ولو نوى أن يكون الشفع الثاني قضاء عن الشفع الاول وقرأ فيه لا يكون قضاء لانه أدى الكل بتحريمة واحدة فلا يكون البعض قضاء عن البعض قال رحمه الله (ولا يصلي بعد صلاة مثلها) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يصلي بعد صلاة مثلها واختلفوا في تفسيره فقيل معناه لا يصلي ركعتان بقراءة وركعتان بغير قراءة روي ذلك عن عمر وعلي وابن مسعود فيكون بيانا لفرض القراءة في ركعات النفل كلها وقيل كانوا يصلون الفريضة ثم يصلون بعدها مثلها يطلبون بذلك زيادة الاجر فنهوا عن ذلك وقيل هو نهي عن اعادة المكتوبة بمجرد توهم الفساد من غير تحقيق لما فيه من تسليط الوسوسة على القلب قال رحمه الله (ويتنفل قاعدا مع القدرة على القيام ابتداء وبناء) أما الابتداء فلقوله عليه الصلاة والسلام من صلى قائما فهو أفضل ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم

(قوله ولو قرأ في الاوليين واحدى الاخريين) يشمل صورتين اه (قوله ولو قرأ في الاخريين واحدى الاوليين) يشمل صورتين أيضا اه (قوله ولو قرأ في احدى الاوليين واحدى الاخريين) يشمل أربع صور (قوله ولو قرأ في احدى الاوليين لا غير) يشمل صورتين وكذا قوله ولو قرأ في احدى الاخريين اه (قوله يلزمه قضاء الاوليين عندهما) لان الشروع في الثانية لم يصح لتركه القراءة في الاوليين اه (قوله وعند أبي يوسف يقضي أربعا) أي لعدم بطلان التحريمة عنده اه (قوله ولا يصلي الى آخره) هذا لفظ الحديث اه عيني (قوله من غير تحقيق لما فيه) أي لان باب النفل أوسع اه ع (قوله ويتنفل قاعدا مع القدرة) التي بخط الشارح مع قدرة القيام اه (قوله ابتداء وبناء) يجوز أن يكونا حالين بمعنى مبتدئا وبانيا ويجوز أن ينتصبا على الظرفية أي في حال الابتداء وحالة البناء اه ع وكتب ما نصه وكذا في النذر اذا لم ينص على صفة القيام في الصحيح اه كدرر (قوله ومن صلى قاعدا فله نصف أجر القائم) ومن صلى نائما فله نصف أجر القاعد قال النووي قال العلماء هذا في النافلة أما الفريضة فلا يجوز القعود فان عجز لم ينقص من أجره اه واستدلوا له بحديث البخاري في الجهاد اذا مرض العبد أو سافر كتب له مثل ما كان يعمله مقيما صحيحا ثم هو صلى الله عليه وسلم مخصوص من ذلك لما في حديث مسلم عن ابن عمرو قال حدثت أنه صلى الله عليه وسلم قال صلاة الرجل قاعدا نصف الصلاة فأتيته فوجدته يصلي جالسا قال حدثت يا رسول الله أنك قلت صلاة الرجل قاعدا على النصف من صلاة القائم وأنت تصلي قاعدا قال أجل ولكن لست كأحد منكم هذا وفي الحديث صلاة النائم على النصف من صلاة القاعد ولا نعلم الصلاة نائما تسوغ الا في الفرض حالة العجز عن القعود وهذا حينئذ يعكر على حملهم الحديث على النفل وعلى كونه في الفرض لا يسقط من أجر القائم شيء والحديث الذي استدلوا به على خلاف ذلك انما يفيد كتابة مثل ما كان يعمله مقيما صحيحا وانما قاله المرض عن أن يعمل شيأ أصلا وذلك لا يستلزم احتساب ما صلى قاعدا بالصلاة قائما لجواز احتسابه له قائما يكمل له كل عمله من ذلك وغيره فضلا والا فالمعارضة قائمة لا تجوز الا بتجويز النافلة نائما ولا أعلمه في فقهنا اه فتح القدير (قوله فله نصف أجر القائم) قال في المنتقى رواه الجماعة الا مسلما اه غاية

(قوله في غير حالة العذر) أي اذ في حالة العذر تساوي صلاة القاعد صلاة القائم اه غاية (قوله قوله عليه الصلاة والسلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم الا من عذر) رواه أبو بكر بن أبي شيبة في سننه اه غاية (قوله واختلفوا في كيفية القعود في غير حالة التشهد الخ) أما في حالة التشهد فيقعد كما في سائر الصلوات اجماعا نقله في الغاية في باب صلاة المريض عن الذخيرة اه (قوله فروي عن أبي حنيفة أنه مخير فيه) أي ولا يلزمه الايماء قائما حيث لا يجوز من غير عذر لان القعود قيام حيث جوزنا اقتداء القائم به بخلاف المومي اه غاية (قوله ان شاء احتبى وان شاء تربع الى آخره) ووجه التربع والاحتباء في حالة القراءة التفرقة بين حالة القراءة وحالة التشهد اه غاية ووجه من قال يجلس كيف شاء لانه لما سقط القيام سقطت هيئته اه غاية (قوله لانه عهد مشروعا في الصلاة) دون غيرها فكانت أولى اه غاية (قوله وهو أن يقعد بعدما أحرم قائما الى آخره) أي يشرع قائما وصلى بعضها ثم كملها قاعدا اه ع وفي المحيط لو افتتح التطوع قائما وأتمه قاعدا بعذر جاز وكذا بغير عذر عنده ولو توكأ على عصا أو حائط بغير عذر لا يكره عنده وعندهما يكره قال ولا يلزمه القيام في النذر المطلق كالتتابع في الصوم قال وهو الصحيح ولو نذر صلاة وهو راكب فقد ذكر الكرخي أنه يجوز أداؤها راكبا وفي الاصل لو نذر أن يصلي فصلى راكبا لم يجزه ولم يفصل بين ما اذا كان ناذرا راكبا على الدابة أو على الارض قال لان مطلق الصلاة ينصرف الى الصلاة المعهودة الكاملة والصلاة بالايماء ناقصة وهذا دليل بأن المنع لاجل الايماء بخلاف سجدة التلاوة أو السماع وقد يتحقق تلاوته راكبا فيلزمه كذلك فان قيل سبب وجوب المنذور أيضا النذر وقد كان على الدابة كالتلاوة قلت النذر لا يتعلق بالزمان والمكان بدليل أنه لو نذر في أوقات الكراهة وأداها فيها لا يجزيه كقضاء العصر عند الغروب اه غاية قال ابن العربي وقدمه في النوادر ان يتنفل على جنبه قلت وهذا فلا مذهبنا ولا يتنفل قاعدا بالايماء ذكره في الزيادات اه غاية ولو افتتحها قاعدا ثم قام يجوز اتفاقا لما عن عائشة انه صلى الله عليه وسلم كان يفتتح التطوع قاعدا فيقرأ ورده حتى اذا بقي عشر آيات ونحوها قام الحديث وهكذا كان يفعل في الركعة الثانية ومحمد وان قال ان التحريمة المنعقدة للقعود لا تكون منعقدة للقيام حتى ان المريض اذا قدر على القيام في أثناء الصلاة فسدت عنده فلا يتمها قائما لم يخالف في الجواز هنا لان تحريمة المتطوع لم تنعقد للقعود البتة بل للقيام لانه أصل هو قادر عليه ثم جاز له شرعا تركه بخلاف المريض لانه لا يقدر على القيام فما انعقدت الا للمقدور وحديث عائشة السابق يدل على هذا الاعتبار اه فتح القدير (قوله والفرق بينه وبين النذر الى آخره) اذا نص على صفة القيام أما اذا لم ينص فهو كالنفل كما تقدم عن الكنز ويؤيده في الكافي اه (قوله فلو ألزمناه النزول واستقبال القبلة تنقطع عنه النافلة الى آخره) أي للمشقة النزول اه غاية (قوله أو ينقطع هو عن القافلة) أي لانهم لا ينتظرونه اه غاية (قوله وأما الفرائض فمختصة بوقت) أي فينزلون كلهم اذا جاء الوقت اه غاية

والمراد به النفل في غير حالة العذر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم الا من عذر والفرض لا يجوز أن يصلي قاعدا من غير عذر بدليل قوله عليه الصلاة والسلام لعمران بن حصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا الحديث فتعين النفل مرادا مع القدرة على القيام ولان الصلاة خير موضوع فربما يشق عليه القيام فجاز تركه كي لا يتركه أصلا واختلفوا في كيفية القعود في غير حالة التشهد فروي عن أبي حنيفة أنه مخير ان شاء احتبى وان شاء تربع وان شاء قعد كما يقعد في التشهد وعن أبي يوسف أنه يحتبي لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلي في آخر عمره محتبيا وعن محمد أنه يتربع وعن زفر أنه يقعد كما يقعد في حالة التشهد لانه عهد مشروعا في الصلاة وهو المختار وأما البناء وهو أن يقعد بعدما أحرم قائما فلان القيام ليس بركن في النفل فجاز تركه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز وهو القياس لان الشروع ملزم عندنا فأشبه النذر ولابي حنيفة أن الواجب بالتحريمة صيانة ما مضى فلا يلزمه الا ما يصحح التحريمة وتحريمة التطوع تصح من غير قيام اذ هو ليس بركن فيه ولان ترك القيام يجوز في الابتداء فالبقاء أسهل كما في كثير من الاحكام ولا فرق بين أن يقعد في الركعة الاولى أو في الركعة الثانية دل عليه اطلاقه في الكتاب والفرق بينه وبين النذر أن الوجوب في النذر باسم الصلاة وهو ينصرف الى هذه الاركان من القيام والقراءة والركوع والسجود فلا يجوز الاخلال بها وفي الشروع وجب بالتحريمة وهي لا توجب القيام على ما قدمناه قال رحمه الله (وراكبا خارج المصر موميا الى أي جهة توجهت دابته) أي ويتنفل راكبا لحديث جابر أنه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي وهو على راحلته النوافل في كل جهة لكن يخفض السجود من الركوع ويومي ايماء ولان النوافل غير مختصة بوقت فلو ألزمناه النزول واستقبال القبلة تنقطع عنه النافلة أو ينقطع هو عن القافلة وأما الفرائض فمختصة بوقت

(قوله فلا تجوز على الدابة الا لضرورة الى آخره) وهي أن يخاف على نفسه من نزوله أو على الدابة من سبع أو لص أو كان في طين وردغة قال في المحيط يغيب وجهه فيه لا يجد مكانا جافا أو كانت الدابة جموحا لو نزل لا يمكنه ركوبها الا بمعين أو كان شيخا كبيرا لو نزل لا يمكنه أن يركب فلا يجد من يعينه على الركوب فتجوز الصلاة على الدابة في هذه الاحوال ولا يلزمه الاعادة بعد زوال العذر قال المرغيناني فكما تسقط الاركان عن الراكب يسقط استقبال القبلة قلت الاركان تسقط الى بدل بخلاف الاستقبال ولهذا اذا عجز عن البدل يسقط عنه الاداء اه غاية قوله في هذه الاحوال أي اذا كانت واقفة لا سائرة اه (قوله وما شرع فيه فأفسده) المراد من نفي الجواز في الذي شرع فيه ثم أفسده الكراهة لان الواجب بالشروع انما هو مجرد الصيانة ولذا لا يشترط الكمال في الاداء والقضاء اه يحيى وكتب على قوله وما شرع أي على الارض اه ﴿فرع﴾ ذكر المرغيناني لو افتتح التطوع على الدابة خارج المصر ثم دخل مصره قبل أن يفرغ منها ذكر في غير رواية الاصول أنه يتمها واختلفوا في معناه قيل يتمها قاعدا على الدابة ما لم يبلغ منزله وقيل يتمها بالنزول على الارض اه غاية (قوله وعن أبي حنيفة أنه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من غيرها) أي حتى يجوز للعالم أن يترك سائر السنن لتحصيل العلم دون سنة الفجر اه كاكي (قوله وعلى هذا الخلاف أداؤها قاعدا) قال في الغاية وفي أكثر الكتب لا يجوز فعلها قاعدا عند أبي حنيفة اه (قوله والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر) أي وهو الصحيح اه كاكي (قوله وعن أبي يوسف أنها تجوز في المصر أيضا الى آخره) قال في الغاية وقول صاحب الكتاب وعن أبي يوسف أنه يجوز في المصر أيضا وقوله وجه الظاهر يدل أن هذه رواية عن أبي يوسف وقول صاحب المبسوط والمحيط وقاضيخان لا يوافق ذلك اه وفي الهارونيات قال

فلا تجوز على الدابة الا للضرورة على ما مر في استقبال القبلة وكذا الواجبات من الوتر والمنذور وما شرع فيه فأفسده وصلاة الجنازة والسجدة التي تليت على الارض وأما السنن الرواتب فنوافل حتى تجوز على الدابة وعن أبي حنيفة أنه ينزل لسنة الفجر لانها آكد من غيرها وروي عنه أنها واجبة وعلى هذا الخلاف أداؤها قاعدا والتقييد بخارج المصر ينفي اشتراط السفر والجواز في المصر واختلفوا في مقدار الخروج من المصر فقيل اذا خرج قدر فرسخين أو أكثر يجوز والا فلا وقيل اذا خرج قدر الميل والاصح أنها تجوز في كل موضع يجوز للمسافر أن يقصر الصلاة فيه وعن أبي يوسف أنها تجوز في المصر أيضا وجه الظاهر أن النص ورد خارج المصر فلا يجوز القياس عليه لان الحاجة فيه الى الركوب أغلب ولا تضره النجاسة على الدابة على قول أكثرهم وقيل ان كانت على السرج أو الركابين تمنع وقيل ان كانت على الركابين لا تمنع وان كانت في موضع جلوسه تمنع وجه الظاهر أن فيها ضرورة فسقط اعتبارها كما تسقط الاركان وهو الركوع والسجود وأما الصلاة على العجلة فان كان طرفها على الدابة وهي تسير أو لا تسير فهي صلاة على الدابة وقد مر حكمها وان لم تكن فهي بمنزلة السرير وكذا لو ركز تحت المحمل خشبة حتى بقي قراره على الارض لا على الدابة يكون بمنزلة الارض قال رحمه الله (وبنى بنزوله لا بعكسه) أي اذا افتتح التطوع راكبا ثم نزل يبني ولا يبني

منعها أبو حنيفة في المصر وجوزها أبو يوسف وكرهها محمد وكان أبو سعيد الاصطخري محتسب بغداد من الشافعية يصلي في بغداد على دابته في أزقتها يومئ ايماء وذكر ابن بطال في شرح البخاري عن أنس أنه عليه الصلاة والسلام صلى على حمار في أزقة المدينة يومئ ايماء وفي المبسوط روى أبو يوسف أنه عليه الصلاة والسلام ركب حمارا في المدينة يعود سعد بن عبادة وكان يصلي وهو راكب فلم يرفع أبو حنيفة رأسه قيل انما لم يرفع رأسه لانه رجع اليه الحديث وقيل لم يثبت عنده فتركه وأبو يوسف أخذ به وانما كرهه محمد لكثرة اللغط والشغب في المصر فربما يبتلى بالغلط في قراءته اه غاية وذكر في جوامع الفقه لو حرك رجليه أو احداهما متداركا أو ضربها بخشبة فسدت صلاته بخلاف النخس اذا لم تسر وفي الذخيرة ان كانت تنساق بنفسها فليس له ذلك وان كانت لا تنساق فرفع صوته فهيبها أو نخسها لا تفسد صلاته اه غاية ﴿فرع﴾ قال في البدائع تجوز الصلاة على الدابة لخوف العدو وكيفما كانت الدابة واقفة أو سائرة لانه يحتاج الى السير أما لعذر الطين والردغة فلا يجوز اذا كانت الدابة سائرة لان السير مناف للصلاة في الاصل فلا يسقط اعتباره الا لضرورة ولم توجد ولو استطاع النزول ولو لم يقدر على القعود للطين والردغة ينزل ويومئ قائما على الارض وان قدر على القعود ولم يقدر على السجود ينزل ويصلي قاعدا بالايماء لان السقوط بقدر الضرورة اه قال الولوالجي رحمه الله قوم يصيبهم المطر فيكثر المطر ان لم يستطيعوا أن ينزلوا أومؤوا على الدابة لان الايماء خلف والمصير الى الخلف عند العجز عن الاصل جائز وان أومؤوا والدواب تسير لم يجزهم ان كانوا يقدرون على ايقاف الدابة وان لم يقدروا جاز وان قدروا على النزول ولم يقدروا على الانصراف الى القبلة أجزأهم أن يصلوا الى غير القبلة اه وانظر ما ذكره الشارح رحمه الله في شروط الصلاة عند قوله والخائف يصلي الى أي جهة قدر (قوله وهو الركوع والسجود) أي مع امكان النزول والاداء على الارض للضرورة والاركان أقوى من الشرائط فاذا سقطت فشرط طهارة المكان أولى اه غاية (قوله ثم نزل يبني) أي لان النزول عمل يسير اه ع

بعكسه وهو ما اذا افتتح نازلا ثم ركب والفرق ان احرام الراكب انعقد مجوزا للركوع والسجود بواسطة النزول فكان له أن يأتي بالايماء رخصة أو بالركوع والسجود عزيمة واحرام النازل انعقد موجبا للركوع والسجود فلا يجوز ترك ما لزمه من غير عذر وعن أبي يوسف انه يستقبل اذا نزل أيضا لان أول صلاته بالايماء وآخرها بركوع وسجود فلا يجوز بناء القوى على الضعيف فصار كالمريض اذا كان يصلي بالايماء ثم قدر على الركوع والسجود وروى عن محمد أنه اذا نزل بعدما صلى ركعة استقبل لان قبل أداء الركعة مجرد تحريمة وهي شرط فالشرط المنعقد للضعيف كان شرطا للقوى كالطهارة وأما اذا صلى ركعة فقد تأكد فعل الضعيف فلا يبنى عليه القوى كما في الاقتداء وعن محمد أن الراكب اذا نزل استقبل والنازل اذا ركب بنى لانه اذا افتتح راكبا كان أول صلاته بالايماء فاذا نزل لزمه الركوع والسجود فلا يجوز بناء القوى على الضعيف واذا افتتح نازلا صار أول صلاته بالركوع والسجود فاذا ركب صارت بالايماء وهو أضعف فيجوز بناء الضعيف على القوى ﴿قال رحمه الله﴾ (وسن في رمضان عشرون ركعة بعشر تسليمات بعد العشاء قبل الوتر وبعده بجماعة والختم مرة وبجلسة بعد كل أربع بقدرها) أي بعد كل أربع ركعات بقدر الاربعة الكلام في التراويح في مواضع الاول في صفتها وهي سنة عندنا وروى الحسن عن أبي حنيفة نصا وقيل مستحب والاول أصح لانها واظب عليها الخلفاء الراشدون والثاني في عدد ركعاتها وهي عشرون ركعة وعند مالك ستة وثلاثون ركعة واحتج على ذلك بعمل أهل المدينة ولنا ما روى البيهقي باسناد صحيح انهم كانوا يقومون على عهد عمر رضي الله عنه بعشرين ركعة وعلى عهد عثمان وعلى مثله فصار اجماعا وما رواه مالك غير مشهور وهو محمول على انهم كانوا يصلون بين كل ترويحتين مقدار ترويحة فرادى كما هو مذهب أهل المدينة على ما يأتي بيانه ان شاء الله تعالى والثالث في وقتها قال جماعة من أصحابنا منهم اسمعيل الزاهد ان الليل كله وقت لها قبل العشاء وبعده وقبل الوتر وبعده لانها قيام الليل وقال عامة مشايخ بخارى وقتها ما بين العشاء والوتر والصحيح أن وقتها ما ذكر في المختصر وهو ما بعد العشاء الى طلوع الفجر قبل الوتر وبعده كما ذكر في المختصر حتى لو تبين أن العشاء صلوها بلا طهارة دون التراويح والوتر أعادوا التراويح مع العشاء دون الوتر عند أبي حنيفة لانها تبع للعشاء والمستحب تأخيرها الى ثلث الليل أو نصفه واختلفوا في أدائها بعد النصف فقال بعضهم يكره لانه تبع للعشاء فصار كسنة العشاء والصحيح انها لا تكره لانها صلاة الليل والافضل فيها آخره والرابع في أدائها بجماعة

(قوله وهو ما اذا افتتح نازلا ثم ركب) أي لان الركوب عمل كثير وعن زفر يبنى أيضا اه ع (قوله في المتن بعشر تسليمات) ليس في خط الشارح اه قال في البدائع ومن سننها أن يصلى كل ترويحتين امام واحد وعليه عمل أهل الحرمين وعمل السلف ولا يصلى الترويحة الواحدة امامان لانه خلاف عمل السلف ولا يصلى امام واحد التراويح في مسجدين في كل مسجد على الكمال ولو فعل لا يحتسب الثاني من التراويح وعلى القوم أن يعيدوا لان صلاة امامهم نافلة وصلاتهم سنة والسنة أقوى فلم يصح الاقتداء لان السنة لا تتكرر في وقت واحد وما صلى في المسجد الاول محسوب ولا بأس لغير الامام أن يصلي في مسجدين لانه اقتداء المتطوع بمن يصلي السنة فانه جائز اه (قوله في المتن وبعده بجماعة) يتعلق بقوله سن اه ع (قوله في المتن والختم الخ) بالجر عطفا على بجماعة أي يسن بختم القرآن فيها اه ع (قوله وهي سنة) أي في حق الرجال والنساء اه كاكى (قوله واظب عليها الخلفاء الراشدون الخ) هو تغليب اذ لم يدركها كلهم بل عمر وعثمان وعلي وهذا لان ظاهر المنقول أن مبدأها من زمن عمر اه فتح قال في البدائع القيام في شهر رمضان سنة لا ينبغي تركها اه وكذا روى عن محمد أنه قال التراويح سنة الا أنه ليس بسنة النبي صلى الله عليه وسلم لان سنة النبي صلى الله عليه وسلم ما واظب عليه ولم يتركه الا مرة أو مرتين لمعنى من المعاني ورسول الله صلى الله عليه وسلم ما واظب عليها بل أقامها في بعض الليالي روى أنه صلاها ليلتين بجماعة ثم ترك وقال أخشى أن تكتب عليكم لكن الصحابة رضي الله عنهم واظبوا عليها فكانت سنة الصحابة اه وفي البدائع أيضا اقتدى من يصلي التراويح بمن يصلي المكتوبة أو النافلة قيل يصح اقتداؤه ويكون مؤديا للتراويح وقيل لا يصح اقتداؤه وهو الصحيح لانه مكروه لكونه مخالفا لعمل السلف ولو اقتدى من يصلي التسليمة الاولى بمن يصلي التسليمة الثانية قيل لا يجوز اقتداؤه وقيل يجوز وهو الصحيح لان الصلاة متحدة فكان نية الاولى والثانية لغوا ولهذا صح اقتداء مصلي الركعتين بمصلي الاربع قبله فهذا أولى اه (قوله وهي عشرون ركعة) أي عندنا وبه قال الشافعي وأحمد ونقله القاضي عياض عن جمهور العلماء اه غاية وقيل الحكمة في التقدير بعشرين والله أعلم ليوافق الفرائض الاعتقادية والعملية كالوتر فانها عشرون اه كاكى (قوله عند أبي حنيفة الى آخره) الظرف يتعلق بقوله دون الوتر اه (قوله لانها تبع للعشاء الى آخره) أي حتى ان من دخل المسجد والامام يصلي التراويح يصلي العشاء أولا ثم يتابع امامه والاصح أن يترك السنة اه كاكى (قوله والمستحب تأخيرها) الذي بخط الشارح فعلها اه (قوله والافضل فيها آخره الى آخره) قلت لو كانت صلاة الليل ينبغي أن يكون التأخير مستحبا اه غاية (قوله والرابع في أدائها بجماعة) أي في المسجد وفي الدراية نقلا عن البدرية أن نفس التراويح سنة وأداؤها بجماعة مستحب اه قال في البدائع اذا صلوا التراويح ثم أرادوا أن يصلوها ثانيا يصلون

فرادى لا بجماعة لان الثانية تطوع مطلق والتطوع المطلق بجماعة مكروه ويجوز التراويح قاعدا مع القدرة على القيام لانه تطوع الا أنه لا يستحب لانه خلاف السنة المتوارثة اه والصحيح أنها اذا فاتت عن وقتها لا تقضى لانها ليست اكد من سنة المغرب والعشاء وتلك لا تقضى فكذا هذه اه بدائع (قوله الا أن يكون فقيها كبيرا يقتدى به) أى فيكون فى حضوره المسجد ترغيب الناس اه غاية (قوله وهو خشية أن تكتب علينا) أورد بعضهم هنا اشكالا فقال كيف يخشى أن تكتب علينا وهو صلى الله عليه وسلم قد أمن من الزيادة بقوله سبحانه وتعالى ليلة الاسراء هى خمس وهى خمسون لا يبدل القول لدى وأجيب عن هذا الاشكال بان الممنوع زيادة الاوقات ونقصانها لا زيادة عدد الركعات ونقصانها ألا ترى الى قوله فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت فى السفر وزيدت فى الحضر (قوله فيكون مثل أخف الفرائض الى آخره) قال شمس الائمة هذا غير مستحسن وقال الشهيد هذا غير سديد بل فيه من ترك الختم وهو سنة اه غاية (قوله وقال بعضهم يقرأ فيها مقدار ما يقرأ فى العشاء الى آخره) وقيل ثلاث آيات قصارا أو آية طويلة أو آيتان متوسطتان وعن أبى ذر آيتان قلت والمتأخرون كانوا يفتون فى زماننا بثلاث آيات قصارا أو آية طويلة حتى لا يمل القوم ولا يلزم تعطيلها وهذا حسن فان الحسن روى عن أبى حنيفة أنه اذا قرأ فى المكتوبة بعد الفاتحة ثلاث آيات فقد أحسن

وهو سنة عند عامتهم وعن أبى يوسف أنه ان أمكنه أداؤها فى بيته مع مراعاة سنة القراءة وأشباهها فليصلها فى بيته الا أن يكون فقيها كبيرا يقتدى به لقوله عليه الصلاة والسلام فعليكم بالصلاة فى بيوتكم فان خير صلاة المرء فى بيته الا المكتوبة وجه الظاهر اجماع الصحابة على ذلك والنبى صلى الله عليه وسلم بين العذر فى ترك المواظبة عليها بالجماعة وهو خشية أن تكتب علينا والجماعة فيها سنة على الكفاية ولهذا يروى التخلف عن بعضهم كابن عمر وسالم والقاسم وابراهيم ونافع ونفس الصلاة سنة على الاعيان

والخامس فى قدر القراءة فيها وقد اختلفوا فيه فقال بعضهم الافضل ان يقرأ فيها مقدار ما يقرأ فى المغرب تخفيفا لان النوافل تبنى على التخفيف فيكون مثل أخف الفرائض وقال بعضهم يقرأ فيها مقدار ما يقرأ فى العشاء لانها تبع لها وقال بعضهم الافضل أن يقرأ فى كل ركعة ثلاثين آية لان عمر أمر بذلك فيقع عند قائل هذا فيها ثلاث ختم ولان كل عشر مخصوص بفضيلة على حدة كما جاءت به السنة انه شهر أوله رحمة وأوسطه مغفرة وآخره عتق من النار ومنهم من استحب الختم فى الليلة السابعة والعشرين من رمضان رجاء أن ينالوا ليلة القدر لان الاخبار تضافرت عليها وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يقرأ فى كل ركعة عشر آيات ونحوها وهو الصحيح لان السنة فيها الختم مرة وهو يحصل بذلك مع التخفيف لان عدد ركعات التراويح فى الشهر ستمائة ركعة وعدد آى القرآن ستة آلاف آية وشئ فاذا قرأ فى كل ركعة عشرا يحصل الختم ولا يترك الختم مرة لكسل القوم بخلاف الدعوات فى التشهد حيث يترك اذا عرف منهم الملل واختلفوا فيمن يختم قبل تمام الشهر فقيل يصلى العشاء فى بقية الشهر من غير تراويح ولا يكره له ذلك لانها شرعت لاجل ختم القرآن وقد حصل مرة وقيل يصلى التراويح ويقرأ فيها ما يشاء

والسادس فى الجلسة بين كل ترويحتين والمستحب أن يجلس بين كل ترويحتين مقدار ترويحة وكذا بين الخامسة والوتر وقوله وبجلسة بعد كل أربع يشمل ذلك لكنه يوجب أن يكون سنة حيث عطفه على ما تقدم من السنن وهو مستحب وانما يستحب ذلك للتوارث عن السلف ولان اسم التراويح ينبئ عن

وليس فههنا فى المكتوبة فما ظنك فى غيرها اه زاهدى (قوله وقال بعضهم الافضل أن يقرأ الى آخره) قال فى البدائع هذا فى زمانهم فأما فى زماننا فالافضل ان يقرأ الامام على حسب حال القوم من الرغبة والكسل فيقرأ قدر ما لا يوجب تنفير القوم عن الجماعة لان تكثير الجماعة أفضل من تطويل القراءة والافضل تعديل القراءة فى الترويحات كلها فان لم يعدل فلا بأس به اه (قوله لان السنة الختم فيها مرة الى آخره) وعن أبى حنيفة انه كان يختم احدى وستين ختمة فى كل يوم ختمة وفى كل ليلة ختمة وفى كل التراويح ختمة اه فتح وكافى (قوله وعدد آى القرآن ستة آلاف آية وشئ) قال صاحب الكشاف جميع القرآن ستة آلاف وستمائة وستة وستون آية ألف وعد وألف وعيد وألف أمر وألف نهى وألف قصص وألف خبر وخمسمائة حلال وحرام ومائة دعاء وتسبيح وستة وستون ناسخ ومنسوخ اه (قوله بخلاف الدعوات فى التشهد) حيث يترك اذا عرف منهم الملل بخلاف الصلاة لا يتركها لانها فرض أو سنة ولا يترك السنن للجماعات كالتسبيحات والثناء اه فتح (قوله والسادس فى الجلسة بين كل ترويحتين الى آخره) قال فى البدائع ومن سننها أن يصلى كل ركعتين بتسليمة على حدة ولو صلى ترويحة بتسليمة واحدة وقعد فى الثانية قدر التشهد لا شك أنه يجوز على أصل علمائنا أن صلوات كثيرة تتأدى بتحريمة واحدة بناء على ان التحريمة شرط وليست بركن خلافا للشافعى لكن اختلف المشايخ هل يجوز عن تسليمتين أو لا يجوز الا عن تسليمة واحدة لانه خالف السنة المتوارثة بترك التسليمة والتحريمة والثناء والتعوذ والتسمية فلا يجوز الا عن تسليمة واحدة وقال عامتهم انه يجوز وهو الصحيح وعلى هذا الوصلى التراويح كلها بتسليمة واحدة وقعد فى كل ركعتين أن الصحيح انه يجوز عن الكل لانه قد أتى بجميع أركان الصلاة وشرائطها لان تجديد التحريمة لكل ركعتين ليس بشرط عندنا هذا اذا قعد على رأس الركعتين قدر التشهد فأما اذا لم يقعد فسدت صلاته عند محمد وعند أبى حنيفة وأبى يوسف يجوز

ثم اذا جاز عندهما هل يجوز عن تسليمتين أولا يجوز الا عن تسليمة واحدة والاصح أنه لا يجوز الا عن تسليمة واحدة لان السنة أن يكون الشفع الاول كاملا وكماله بالقعدة ولم يوجد والكامل لا يتأدى بالناقص اه (قوله في المتن ويوتر بجماعة الى آخره) يوتر على صيغة المجهول أي يوتر الامام اه ع (قوله عليه اجماع المسلمين الى آخره) يعني عملا والا فقد ذكر في الذخيرة أن الاقتداء في الوتر خارج رمضان جائز وفي الحواشي قال ويجوز عند بعض المشايخ اه غاية (قوله فقال بعضهم الافضل أن يوتر بجماعة الخ) أي لانه نفل من وجه والجماعة في النفل في غير رمضان مكروهة فالاحتياط تركها فيه وفي بعض الحواشي قال بعضهم لو صلاها بجماعة في غير رمضان له ذلك وعدم الجماعة فيها في غير رمضان ليس لانه غير مشروع بل باعتبار أنه يستحب تأخيرها الى وقت يتعذر فيه الجماعة فان صح هذا قدح في نقل الاجماع اه فتح قال في الجوهرة وأما في رمضان فاداؤها في جماعة أفضل من أدائها في منزله لان عمر رضي الله عنه كان يؤمهم في الوتر وذكر قبل هذا أن عمر كان يؤمهم في الفريضة والوتر وكان أبي يؤمهم في التراويح اه قوله لانه نفل أي الوتر اه وقوله في غير رمضان مكروهة وفي الدراية نقلا عن الولوالجي وصلاة النفل بالجماعة مكروه ما خلا قيام رمضان وصلاة الكسوف لانه لم يفعلها الصحابة اه

﴿ باب ادراك الفريضة ﴾

لما فرغ من بيان أنواع الصلاة فرضها وواجبها ونفلها شرع في بيان الاداء الكامل اه وحقيقة هذا الباب مسائل شتى تتعلق بالفرائض في الاداء اه فتح قوله في بيان الاداء الكامل أي وهو الاداء بالجماعة اه (قوله ثم أقيمت صلاة الظهر الى آخره) قال في النهاية أراد بالاقامة الشروع الامام في الصلاة لا لاقامة المؤذن فانه لو أخذ المؤذن في الاقامة والرجل لم يقيد الركعة بالسجدة فانه يتم ركعتين ولا خلاف بين أصحابنا اه (قوله صيانة للمؤدى عن البطلان) فان قيل كيف يستقيم هذا على أصل محمد فان عنده اذا بطلت صفة الفرضية بطل أصل الصلاة فلم يكن المؤدى مصونا عن البطلان عنده في قيل في جوابه ليس هذا مذهب محمد في جميع المواضع انما هو مذهبه فيما اذا لم يتمكن من اخراج نفسه عن العهدة بالمضي فيها كما اذا قيد الخامسة بالسجدة وهو لم يقعد في الرابعة وههنا يتمكن من اخراج نفسه بالمضي فيها والفرق بينهما أن ابطال صفة الفرضية لاحراز فضيلة الجماعة باطلاق من الشرع وابطال صفتها هناك ليس باطلاق من جهته فجاز أن يتنقل نفلا ههنا وصار كالمكفر بالصوم اذا أيسر في خلال الصوم حيث يبطل جهة كونه كفارة لا أصل الصوم كذا في الدراية نقلا عن الفوائد الظهيرية اه وكتب على قوله صيانة للمؤدى عن البطلان أي وللنهي عن ابطاله اه (قوله وان لم يقيد الاولى بالسجدة الى آخره) احترازا عما روي عن محمد بن ابراهيم الميداني وبعض المشايخ أنه يصلي ركعتين ثم يقطع واليه مال شمس الائمة لانه يمكنه الجمع بين الفضيلتين اه كاكي (قوله لانه يحمل الرفض والقطع للاكمال) أي يعني هو تفويت وصف الفرضية لتحصيله بوجه أكمل فصار كهدم المسجد لتجديده واذا كان القطع ثم الاعادة مع غير ... بانه احسان جاز لحطام الدنيا اذا فار قدرها والمسافر اذا ندت دابته أو خاف فوت درهم من ماله بجوازه لتحصيل نفسه على وجه أكمل ولى بالجواز اه فتح ولهذا لو قام المسبوق الى قضاء ما سبق وسجد الامام للسهو عليه أن يتابع امامه ويرفض تلك الركعة ولو سجد الامام بعدما قيد السجدة لا يتابع امامه حتى لو تابعه وسجد معه تفسد صلاته وكذا لو قام الى الخامسة له ان يرفض القيام ويعود الى القعود ويسلم ونذكر والحالف لا يصلي لا يحنث بما دون الركعة فعلم أن الشرع جعل له ولاية الرفض قبل التقييد بالسجدة كذا في الدراية قال في فتح القدير لكن فيه أنه وقع قربة موجبا اتمامه ما أمكن بالنص واستئناف الفرض على الوجه الاكمل

ذلك لانه مأخوذ من الاستراحة ثم هم مخيرون في حالة الجلوس ان شاؤا سبحوا وان شاؤا قرؤا القرآن وان شاؤا صلوا أربع ركعات فرادى وان شاؤا قعدوا ساكتين وأهل مكة يطوفون أسبوعا ويصلون ركعتين وأهل المدينة يصلون أربع ركعات فرادى قال رحمه الله (ويوتر بجماعة في رمضان فقط) عليه اجماع المسلمين واختلفوا في الافضل في رمضان فقال بعضهم الافضل أن يوتر بجماعة وقال الآخرون أن يوتر في منزله منفردا وهو المختار لان الصحابة رضي الله عنهم لم يجمعوا على الوتر بجماعة كاجماعهم على التراويح والله أعلم

﴿ باب ادراك الفريضة ﴾

قال رحمه الله (صلى ركعة من الظهر فأقيم يتم شفعا) أي لو صلى رجل من الظهر ركعة بأن قيدها بالسجدة ثم أقيمت صلاة الظهر أي دخل فيها الامام يضم اليها ركعة أخرى صيانة للمؤدى عن البطلان قال رحمه الله (ويقتدي) احرازا لفضيلة الجماعة وان لم يقيد الاولى بالسجدة يقطع ويدخل مع الامام هو الصحيح لانه يحمل الرفض والقطع للاكمال ولو أقيمت ولم يدخل الامام في الصلاة ضم اليها ركعة أخرى بالاجماع وان لم يقيدها بالسجدة ذكره الحلواني ولو أقيمت في موضع آخر بان كان يصلي

في البيت مثلا فأقيمت في المسجد أو كان يصلي في مسجد فأقيمت في مسجد آخر لا يقطع مطلقا ذكره المرغيناني ولو كان في النفل لا يقطع لانه ليس للا كمال ولو كان في سنة الظهر أو الجمعة فأقيم أو خطب قيل يقطع على رأس الركعتين يروى ذلك عن أبي يوسف وقيل يتمها أربعا لانها بمنزلة صلاة واحدة على ما مر في النوافل قال رحمه الله (فلو صلى ثلاثا يتم ويقتدى متطوعا) أي لو صلى من الظهر ثلاث ركعات ثم أقيمت يتم الظهر منفردا على حاله ثم يقتدي بالامام احرازا للفضل وعن محمد أنه يتمها قاعدا لتنقلب صلاته نفلا ثم يصلي مع الجماعة ليجمع بين ثواب النفل وثواب الجماعة في الفرض وجه الظاهر أن للاكثر حكم الكل فلا يحتمل النقض بخلاف ما اذا كان في الثالثة بعد ولم يقيدها بالسجدة حيث يقطعها وهو مخير ان شاء عاد الى القعود ليسلم وان شاء كبر قائما ينوي الشروع في صلاة الامام ولا يسلم قائما لانه لم يشرع في حالة القيام وقيل يسلم تسليمة لانه قطع وليس بتحلل وذكر شمس الائمة أن العود حتم لان الخروج عن صلاة معتد بها لم يشرع الا قاعدا ثم اذا قعد قيل يعيد التشهد لان الاول لم يكن قعود ختم وقيل يكفيه التشهد الاول لانه لما قعد ارتفض القيام فصار كأنه لم يوجد ثم قيل يسلم تسليمة واحدة وقيل تسليمتين وقوله ويقتدي متطوعا أي بعد فراغ الفرض وحده لان الفرض لا يتكرر في وقت واحد وحكم العشاء كالظهر في جميع ما ذكرناه وكذا العصر الا أنه اذا أتمها وحده لا يشرع مع الامام لكراهة التنفل بعد صلاة العصر قال رحمه الله (فان صلى ركعة من الفجر أو المغرب فأقيم يقطع ويقتدي) لانه لو أضاف اليها ركعة أخرى تفوته الجماعة لاتيانه بالكل أو الاكثر وكذا يقطع الثانية ما لم يقيدها بالسجدة واذا قيدها بها لم يقطعها لما ذكرنا واذا أتمها لم يشرع مع الامام لكراهية النفل بعد صلاة الفجر ولما فيه من الاتيان بالوتر في النفل بعد المغرب أو مخالفة امامه فان دخل معه في المغرب أتمها أربعا لان مخالفة الامام أخف من مخالفة السنة

لا يسلب قدرته من البطلان لتمكنه من اتمام ركعتين مع تحصيل فضيلة صلاة الفرض بجماعة وان قام الى ثالثة فأتم ركعتين أتم الامام فلا يجوز الابطال مع التمكن من تحصيل المصلحتين نعم غاية الا كلية في أن لا يفوته شيء مع الامام ويعارضه حرمة الابطال بخلاف الا تمام ركعتين أنه ليس بابطال الصلاة بل لوصفها الى وصف أكمل فصار كالنفل فانه يتم ركعتين وان لم يكن قيدها بالسجدة بخلاف ما اذا شرع في النفل فحضرت جنازة خاف ان لم يقطعها تفوته فانه لا يتمكن من المصلحتين معا وقطع النفل معقب للقضاء بخلاف الجنازة لو اختار تفويتها كان لا الى خلف اه (قوله في مسجد آخر لا يقطع مطلقا) أي وان كان فيه احراز فضيلة الجماعة لانه لو وجد مخالفة الجماعة عيانا اه كاكي (قوله ولو كان في النفل لا يقطع) أي بل يتم شفعا ثم يدخل في الفرض اه (قوله قيل يقطع على رأس الركعتين) أي واليه مال شمس الائمة والاسبيجابي والبقالي اه كاكي (قوله وقيل يتمها أربعا) قال المرغيناني هو الصحيح وهو اختيار حسام الدين الشهيد قال في الواقعات لفظ محمد اذا خرج الامام ينبغي لمن كان في الصلاة أن يفرغ منها فحمل بعضهم لفظ الفراغ على القطع وبعضهم على الاتمام اه غاية قال في فتح القدير والاول أوجه لانه متمكن في قضائها بعد الفرض ولا ابطال في تسليم على رأس الركعتين فلا يفوت فرض الاستماع والاداء على الوجه الاكمل بلا سبب اه وفي الدراية وروى الحلواني عن أستاذه القاضي أبي علي النسفي قال كنت أفتي زمانا انه يتمها أربعا لانه بمنزلة صلاة على حدة حتى وجدت رواية في النوادر عن أبي حنيفة أنه يقطع على رأس ركعتين اه قال السروجي رحمه الله في الغاية فاذا أتمها ودخل مع الامام يكون ما يصلي مع الامام نافلة وينوي النفل وهذا مذهبنا وعند المالكية تعاد الصلوات بالجماعة الا المغرب لانها وتر ولا وتران في ليلة ذكره أبو داود وهل يعيدها بنية الفرض أو النفل أو اكمال الفضيلة أو تفويض الامر الى الله تعالى فيه أربعة أقوال اه قوله والاول أوجه أي وهو القطع اه (قوله حيث يقطعها الى آخره) هذا بخلاف ما قدمنا من اختيار شمس الائمة عدم قطع الاولى قبل السجود وضم ثانية لان ضمها هنا مفوت لاستدراك مصلحة الفرض بجماعة فيفوت الجمع بين المصلحتين اه فتح (قوله وان شاء كبر قائما ينوي الشروع) أي بقلبه فاذا دخل في صلاة الامام تبطل صلاة نفسه ضمنا فهو بالخيار ان شاء رفع يديه وان شاء لم يرفع اه كاكي (قوله وذكر شمس الائمة ان العود الى آخره) أي الى القعود اه (قوله ثم قيل يسلم تسليمة واحدة) أي لان التسليمة الثانية للتحلل وهذا قطع من وجه اه كاكي (قوله وقيل تسليمتين) أي لانه تحلل من القربة اه كاكي (قوله ويقتدي متطوعا) قال في الدراية فان قيل التنفل بالجماعة خارج رمضان مكروه قلنا ذاك اذا كان الامام والقوم يؤدون النفل أما اذا كان الامام يؤدي الفرض والقوم النفل لا بأس به لما روينا اه (قوله أو الاكثر) ولانه يصير متنفلا بعد غروب الشمس قبل المغرب قال قاضيخان وذلك حرام والصواب انه مكروه لتأخير فرض المغرب اه غاية (قوله ولما فيه من الاتيان بالوتر) أي وهو مخالف للسنة اذ التنفل بالثلاث حرام قاله قاضيخان قلت الوتر ثلاث وهو نفل عندهما وذلك مشروع فكيف يكون مثله حراما اه غاية (قوله أو مخالفة امامه) أي فيما لو صلى أربعا وهي حرام أيضا اه غاية (قوله لان مخالفة الامام أخف من مخالفة السنة الخ) لانها مخالفة بعد فراغ الامام ويصير كالمقيم اذا اقتدى بمسافر يصح وكالمسبوق كذا في المحيط وجامع قاضيخان والفرق في ظاهر الرواية بين هذا وبين صلاة المسافر أن صلاته على عرضيه أن تصير أربعا فبالنظر اليه لا تكون مخالفة

ولا كذلك صلاة المغرب وأما المسبوق فقد عرف جوازه بالحديث بقوله عليه الصلاة والسلام ما فاتكم فاقضوا وفي المحيط لو أضاف اليها ركعة أخرى يصير متنفلا بأربع ركعات وقد قعد على رأس الثالثة وهو مكروه اه كاكى (قوله ولو سلم مع الامام قبل فسدت صلاته) قال في فتح القدير ولو صلى الامام أربعا ساهيا بعدما قعد على رأس الثلاث وقد اقتدى به الرجل متطوعا قال الشيخ الامام أبو بكر محمد ابن الفضل تفسد صلاة المقتدى لان الرابعة وجبت على المقتدى بالشروع وعلى الامام بالقيام اليها فصار كرجل أوجب على نفسه أربع ركعات بالنذر فاقتدى فيهن بغيره لا تجوز صلاة المقتدى كذا هنا اه قال في الدراية وفيه تأمل وقال الامام ظهير الدين الصحيح عندى أنه التزم المتابعة على الانفراد فاذا اقتدى في موضع الانفراد تفسد صلاته حتى لو سها الامام عن القعدة على رأس الثالثة وصلى الرابعة وصلى المقتدى معه جازت صلاته اه (قوله وعن بشر أنه يسلم مع الامام الى آخره) ووجهه ما قاله في الفتح أن هذا نقص وقع بسبب الاقتداء فلا بأس به كما لو اقتدى بالامام في الظهر بعدما صلاها وترك الامام القراءة في الأخريين فانه تجوز صلاة المقتدى مع خلوهما عن القراءة حقيقة وحكما وهو نقص في صلاة المقتدى ولم يكره لمجيئه بسبب الاقتداء قال في الفتح وهو مدفوع بمنع خلوهما عن القراءة حكما اه (قوله مع الامام) أى في

الثالثة اه (قوله ولا يلزمه شئ) وهو رواية عن أبي يوسف اه كاكى (قوله

ولو سلم مع الامام قبل فسدت صلاته وقضى أربع ركعات لانه التزم بالاقتداء ثلاث ركعات تطوعا فيلزمه أربع ركعات كالو نذرها وعن بشر أنه يسلم مع الامام ولا يلزمه شئ وعن أبي يوسف انه يدخل مع الامام ولا يسلم الا بعد أربع ركعات قال رحمه الله (وكره خروجه من مسجد أذن فيه حتى يصلى) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخرج من المسجد بعد النداء الا منافق أو رجل يخرج لحاجة يريد الرجوع وقالوا اذا كان ينتظم به أمر جماعته بان كان مؤذنا أو اماما في مسجد آخر تتفرق الجماعة بغيبته يخرج بعد النداء لانه ترك صورة تكميل معنى والعبرة للمعنى وفي النهاية ان خرج ليصلي في مسجد حيه مع الجماعة فلا بأس به مطلقا من غير قيد بالامام والمؤذن قال رحمه الله (وان صلى لا) أى وان صلى فرض الوقت لا يكره الخروج بعد النداء لانه قد أجاب داعى الله مرة فلا يجب عليه ثانيا قال رحمه الله (الا في الظهر والعشاء ان شرع في الاقامة) لانه يتهم بمخالفة الجماعة عيانا وربما يظن انه لا يرى جواز الصلاة خلف أهل السنة كما تزعم الخوارج والشيعة وأما في غيرهما من الصلوات فيخرج وان أخذ المؤذن في الاقامة لكراهية التنفل بعدها على ما بينا قال رحمه الله (ومن خاف فوت الفجر ان أدى سنته ائتم وتركها) لان ثواب الجماعة أعظم والوعيد بتركها ألزم فكان احراز فضيلتها أولى قال رحمه الله (والا لا) أى وان لم يخش أن تفوته الركعتان الى أن يصلى سنة الفجر فان كان يرجو أن يدرك احداهما لا يتركها لانه أمكنه الجمع بين الفضيلتين وهذا لان ادراك الركعة كادراك الجميع لقوله عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من الفجر فقد أدركها ويصليها عند باب المسجد وان لم يمكنه يصليها في الشتوى اذا كان الامام في الصيفى وان كان في الشتوى صلاها في الصيفى وان لم يكن له موضعان صلاها خلف الصفوف عند سارية المسجد ويبعد عن الصفوف مهما أمكنه لينفي التهمة عن نفسه ولو كان يرجو أن يدركه في التشهد قيل هو كادراك ركعة عندهما كما في

ولا يسلم الا بعد أربع ركعات الى آخره) وبه قال الشافعي وأحمد لان بالقيام الى الثالثة صار ملتزما للركعتين اذ الركعة الواحدة لا تكون صلاة فهو عن البتراء وقال فيه نوع تغيير الا أن هذا التغيير انما وقع بسبب الاقتداء فلا بأس به كمن أدرك الامام في السجود يسجد معه وان كان السجود قبل الركوع غير مشروع وكمن أدركه في القعدة فانه يتابعه فيها وهي قبل الاركان غير مشروعة اه كاكى وفي ظاهر الرواية لا يدخل معه وان دخل يفعل كما قال أبو يوسف اه غاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخرج من المسجد الى آخره) قال سبط ابن الجوزى رواه النسائى اه غاية (قوله في مسجد حيه مع الجماعة الجمعة فلا بأس الى آخره) والافضل عدم الخروج الا أن يخرج الى حاجة لعزم أن يعود فيدرك اه زاد الفقير (قوله والعشاء ان شرع في الاقامة الى آخره) أما قبل الشروع في الاقامة فله أن يخرج اه (قوله لكراهية التنفل بعدها الى آخره) أما بعد الفجر والعصر فظاهر وأما بعد المغرب فلكراهة التنفل بالثلاث اه (قوله لان ثواب الجماعة أعظم) أى من فضيلة ركعتى الفجر لانها تفضل الفرض بسبع وعشرين ضعفا لا تبلغ ركعتا الفجر ضعفا واحدا منها لانها أضعاف الفرض كذا في الفتح اه (قوله لان ثواب الجماعة أعظم) أى لانها مكملة ذاتية للفرائض والسنة مكملة خارجية عنها اه كاكى (قوله والوعيد بتركها ألزم) أى منه على ركعتى الفجر وهو ما تقدم في باب الامام من قول أبي مسعود لا يتخلف عنها الا منافق وما قد يثاب من همه صلى الله عليه وسلم بتحريق بيوت المتخلفين ومن رواية الحاكم من سمع النداء الحديث فارجع اليها اه فتح (قوله ويصليها عند باب المسجد الى آخره) التقييد بالاداء عند باب المسجد يدل على الكراهة في المسجد الا اذا كان الامام في الصلاة لما روى عنه صلى الله عليه وسلم اذا أقيمت الصلاة فلا صلاة الا المكتوبة ولانه يشبه المخالفة للجماعة والانتباذ عنهم ولهذا ينبغى أن لا يصلى في المسجد اذا لم يكن عند باب المسجد مكان لان ترك المكروه مقدم على فعل السنة غير ان الكراهة تتفاوت فان كان الامام في الصيفى فصلاته اياها في الشتوى أخف من صلاتها في الصيفى وقلبه وأشد ما يكون كراهة أن يصليها مخالطا للصف كما يفعله كثير من الجهلة اه فتح القدير

(قوله وعند محمد لا اعتبار به) أى بادراك التشهد بل يدخل مع الامام اه غاية قال فى فتح القدير والوجه اتفاقهم على الركعتين هنا لما سنذكره وما عن الفقيه اسمعيل الزاهدى من انه ينبغى أن يشرع فى ركعتى الفجر ثم يقطعهما فيجب القضاء ليتمكن من القضاء بعد الصلاة دفعه الامام السرخسى بان ما وجب من الشروع ليس بأقوى مما وجب بالنذر ونص محمد أن المنذور لا يؤدى بعد الفجر قبل الطلوع وأيضا شروع فى العبادة لقصد الافساد فان قيل ليؤديهما مرة أخرى قلنا ابطال العمل قصدا منهى ودرء المفسدة مقدم على جلب المصلحة اه واعلم ان الدفع الثانى أولى من الدفع الاول فقد قال فى انفع الوسائل فى التطهير بعد ما نصه قيل فيما ذكره شمس الائمة من التنظير نظر من قبل ان الركعتين هنا وجبتا عليه بالشروع فى هذا الزمان فجاز أداؤهما فى هذا الزمان بخلاف ما ذكر من التنظير فانه نذر أن يصلى مطلقا غير مقيد بالزمان فيجب المنذور بصفة الكمال فلا يتأدى بصفة النقصان اه (قوله وفيما بعد الزوال اختلاف المشايخ الى آخره) قال صدر الشريعة رحمه الله لكن يلزم من قضائها بتبعية الفرض قبل الزوال قضاؤها بتبعية الفرض بعد الزوال كما هو عند بعض المشايخ لان اختصاص تبعيته لكونه قبل الزوال لا معنى له اه (قوله أحب الى أن يقضيها الى الزوال) قال الحلوانى والفضلى ومن تابعهما الاخلاف بينهم فان محمدا يقول أحب الى أن يقضى وان لم يفعل فلا شئ عليه وهما يقولان ليس عليه أن يقضى وان فعل لا بأس به ومن المشايخ من حقق الخلاف وقال الخلاف فى أنه لو قضى يكون نفلا مبتدأ أو سنة كذا فى الضياء اه

كاكى (قوله لما روينا) لا يساعده لانه صلى الله عليه وسلم انما قضاها مع الصبح ولا خلاف فيه بل يستدل بما روى الترمذى عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يصل ركعتى الفجر فليصلهما بعد ما تطلع الشمس وفى الموطا عن مالك بلغه أن عمر رضى الله عنه فاتته ركعتا الفجر فقضاهما بعد أن طلعت الشمس اه كاكى (قوله وأما غيرها من السنن الى آخره) وفى قاضيخان وبقية السنن اذا فاتت عن وقتها وحدها لا تقضى وان فاتت مع الفرض لا تقضى عندنا وعند بعض المشايخ تقضى وهو قول الشافعى وفى المحيط وبقية السنن اذا خرج الوقت لا تقضى وحدها ولا تبعا للفرض اه غاية وفى البدائع لا خلاف بين أصحابنا فى سائر السنن سوى الفجر أنها اذا فاتت عن أوقاتها لا تقضى سواء فاتت وحدها أو مع الفريضة وقال الشافعى يقضى قياسا على الوتر اه وفى الكافى وفيما بعد الزوال لا يقضيها لان النص ورد فى الوقت المهمل فلا يصح أن يقاس عليه فرض وقت آخر مع ان وقته كالمشغول به وقيل يقضيها تبعا أيضا ولا يقضيها مقصودا اجماعا اه (قوله أى قبل الركعتين الى آخره) قال فى فتح القدير والاولى تقديم الركعتين لان الاربع فاتت عن الموضع المسنون فلا تفوت الركعتان أيضا عن موضعهما قصدا بلا ضرورة وفى المصفى وتبعه شارح الكنز جعل قولهما بناء على أنها لا تقع سنة بل نفلا مطلقا وعند محمد تقع سنة فيقدمها على الركعتين والذى يقع عندى أنه تصرف من المصنفين فان المذكور فى وضع المسئلة الاتفاق على قضاء الاربع وانما الخلاف فى تقديمها على الركعتين وتأخيرها عنهما والاتفاق على انها تقضى اتفاق على أنها سنة ألا ترى أنهم لما اختلفوا فى سنة الفجر هل تقع بعد الفجر سنة أو نفلا مبتدأ حكوا الخلاف فى انها تقضى أولا فلو كانا يقولان فى سنة الظهر انها تكون نفلا مطلقا لحكوا الخلافية فى أصل القضاء فالذى لا يشك فيه أنهم اذا قالوا تقضى أولا يعنى انها تفعل بعد ذلك الوقت وتقع سنة كما هى فى ذلك الوقت أولا تقع سنة ويؤيد ذلك هذا ما فى فتاوى قاضيخان فى باب التراويح اذا فاتت التراويح لا تقضى بجماعة وهل تقضى بلا جماعة قيل نعم ما لم يدخل وقت تراويح أخرى وقيل ما لم يمض رمضان وقيل لا تقضى قال وهو الصحيح لانها دون سنة المغرب والعشاء وتلك لا تقضى اذا فاتت بلا فريضة فكذا التراويح ثم قال فان قضاها وحده كان نفلا مستحبا ولا يكون تراويح اه دل أنه على اعتبار جعله قضاء يقع تراويح وقد روى عن عائشة رضى الله عنها انه

الجمعة وعند محمد لا اعتبار به وأما بقية السنن ان أمكنه أن يأتى بها قبل أن يركع الامام أتى بها خارج المسجد ثم شرع فى الفرض معه لانه أمكنه احراز الفضيلتين وان خاف فوت ركعة شرع معه بخلاف سنة الفجر على ما مر قال رحمه الله (ولم تقض الا تبعا) أى لم تقض سنة الفجر الا تبعا للفرض اذا فاتت مع الفرض وقضاها مع الجماعة أو وحده لان القياس فى السنة أن لا تقضى لاختصاص القضاء بالواجب لكن ورد الخبر بقضائها قبل الزوال تبعا للفرض وهو ما روى انه عليه الصلاة والسلام قضاها مع الفرض غداة ليلة التعريس بعد ارتفاع الشمس فبقى ما رواه على الاصل وفيما بعد الزوال اختلاف المشايخ وأما اذا فاتت بلا فرض فلا تقضى عندهما وقال محمد أحب الى أن يقضيها الى الزوال لما روينا ولا تقضى قبل طلوع الشمس بالاجماع لكراهة النفل بعد الصبح وأما غيرها من السنن فلا تقضى وحدها بعد الوقت واختلفوا فى قضائها تبعا للفرض قال رحمه الله (وقضى التى قبل الظهر فى وقته) أى فى وقت الظهر (قبل شفعه) أى قبل الركعتين اللتين بعد الفرض وهذا عند محمد وعندهما يبدأ بالركعتين ثم يقضى الاربع لان الاربع لما فاتت محلها صارت نفلا مبتدأ فيبدأ بالركعتين كى لا يفوت محلهما وعند محمد هى سنة على حالها فيبدأ بها ألا ترى الى ما روى عن عائشة رضى الله عنها انه عليه الصلاة والسلام كان اذا فاتته الاربع قبل الظهر قضاها بعده أطلقت عليه اسم القضاء وهو اسم لما يقام مقام الفائت قال رحمه الله

صلى الله عليه وسلم كان اذا فاتته الاربع قبل الظهر قضاها بعد الركعتين قال الترمذى حسن غريب فلذا اتفقوا على قضائها كذلك اه (قوله ولم يصل الظهر جماعة الى آخره) وقد ذكر في جامع قاضيخان فائدة قوله انه لم يصل الظهر بجماعة أنه لو حلف أن لا يصلي الظهر مع الامام فسبقه وأدرك مع الامام ركعة ولم يدرك الثلاث لا يحنث لان شرط حنثه أن يصلي الظهر مع الامام وقد صلى ركعات بدونه والمسبوق فيما يقضي كالمنفرد اه كاكى (قوله بل أدرك فضلها الى آخره) أى ولهذا لو قال عبده حر ان أدركت الظهر حنث بادراك ركعة اه ع (قوله لقطع طمع الشيطان عن المصلى الى آخره) لانه يقول اذا لم يطعنى فى ترك ما لم يكتب عليه فكيف يطيعنى فى ترك ما كتب عليه اه غاية (قوله لجبر نقصان الى آخره) وممن نص على ان النوافل شرعت لجبر نقصان يمكن فى الفرائض صاحب النافع والامام أبو زيد قال لان العبد وان علت رتبته لا يخلو عن تقصير حتى ان واحدا لو قدر على ان يصلى الفرائض من غير نقصان لا يلام على ترك السنن قال السروجى وفيه نظر فان صلاته صلى الله عليه وسلم فى غاية الكمال ولا نقص فيها وقد واظب على هذه السنن فنحن نأتى بها تأسيا به صلى الله عليه وسلم من غير نظر الى معنى الجبران فان حصل بها الجبران أيضا فهو من فضله العميم وقد أكد بعض السنن وأمر به ولو كان ذلك لمعنى الجبران لاستوت السنن كلها اذ ليس بعض الفرائض باولى بدخول النقص فيها ولانه لا أصل لمن يخفف فى صلاته ويصلى صلاة أخرى جابرة لما ادخل فيها من النقص بل الجبران بسجود السهو اذا ترك واجبا سهوا لا عمدا وقيل النوافل جوابر لما فات العبد من المكتوبات اه غاية فى باب النوافل قوله لما فات العبد من المكتوبات على ما ورد ان العبد أول ما يحاسب على الصلوات فان كان ترك منها شيأ يقال انظروا الى عبدى هل تجدون له نافلة فان وجدت كملت الفرائض منها ذكره فى الغاية وظاهره فى فصل القراءة

(ولم يصل الظهر جماعة بادراك ركعة) لانه فاته الاكثر ولهذا لو حلف لا يصلى الظهر مع الامام ولم يدرك الثلاث لا يحنث لان شرط حنثه أن يصلى الظهر مع الامام وقد انفرد عنه بثلاث ركعات وان أدرك معه ثلاث ركعات وفاته ركعة فعلى ظاهر الجواب لا يحنث لانه لا يحنث ببعض المحلوف عليه بخلاف اللاحق فانه خلف الامام حكما ولهذا لا يقرأ فيما سبق به وذكر شمس الائمة أنه يحنث لان للاكثر حكم الكل وروى أبو يوسف ان اللاحق أيضا لا يحنث الا أن يقول ان صليت بصلاة الامام وهو القياس والاول استحسان قال رحمه الله (بل أدرك فضلها) أى فضل الجماعة لان من أدرك آخر الشئ فقد أدركه ولهذا لو حلف لا يدرك الجماعة يحنث اذا أدرك الامام فى آخر الصلاة ولو فى التشهد وقال عليه الصلاة والسلام من أدرك ركعة من العصر قبل أن تغرب الشمس فقد أدرك العصر ومن المتأخرين من قال ان المسبوق لا يكون مدركا لفضيلة الجماعة على قول محمد وفيه نظر فان صلاة الخوف لم تشرع الا لينال كل واحدة من الطائفتين فضيلة الجماعة قال رحمه الله (ويتطوع قبل الفرض ان أمن فوت الوقت والالا) أى وان لم يأمن لا يتطوع وهذا الكلام مجمل يحتاج فيه الى تفصيل فنقول ان التطوع على وجهين سنة مؤكدة وهى السنن الرواتب وغير مؤكدة وهو ما زاد عليها والمصلى لا يخلو اما أن يؤدى الفرض بجماعة أو منفردا فان كان يؤديه بجماعة فانه يصلى السنن الرواتب قطعا ولا يتخير فيها مع الامكان لكونها مؤكدة وان كان يؤديه منفردا فكذلك الجواب فى رواية وقيل يتخير لانه عليه الصلاة والسلام واظب عليها عند أداء المكتوبة بالجماعة ولم يرو أنه عليه الصلاة والسلام واظب عليها وهو يصلى منفردا فلا يكون سنة بدون المواظبة والاول أحوط لانها شرعت قبل الفرض لقطع طمع الشيطان عن المصلى وبعده لجبر نقصان يمكن فى الفرض والمنفرد أحوج الى ذلك والنص الوارد فيها لم يفرق فيجرى على اطلاقه الا اذا خاف الفوت لان أداء الفرض فى وقته واجب وأما ما زاد على السنن الرواتب من التطوع يتخير المصلى فيه مطلقا قال رحمه الله (وان أدرك امامه راكعا فكبر ووقف حتى رفع رأسه لم يدرك الركعة) وقال زفر والشافعى يصير مدركا لها لانه أدركه فيما له حكم القيام بدليل جواز تكبيرات العيدين فيه فصار كما لو كبر الامام قائما فركع ولم يركع المؤتم معه حتى رفع رأسه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك الركعة فقد أدرك الصلاة

(قوله والمنفرد أحوج الى ذلك) أى لنقصان صلاته من وجه اه كاكى (قوله يتخير المصلى فيه مطلقا) يعنى بجماعة أو منفردا اه (قوله فى المتن ووقف حتى رفع رأسه) يعنى سواء تمكن من الركوع أولا اه كاكى وكتب ما نصه قال فى الدراية وثمرة الخلاف تظهر بيننا وبين زفر فى هذه المسئلة فى أن عنده هو لاحق حتى يأتى بهذه الركعة قبل فراغ الامام وعندنا هو مسبوق حتى يأتى بها بعد فراغ الامام كذا ذكره المرغينانى اه قوله قبل فراغ الامام أى اذا لواجب قضاء ما فاته ولكنه لو صلاها بعد فراغه جاز اه فتح (قوله وقال زفر الى آخره) أى وسفيان الثورى وابن أبى ليلى وعبد الله بن المبارك اه كاكى (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أدرك الركعة الى آخره) ويدل هذا قوله عليه السلام اذا جئتم الى الصلاة ونحن سجود فاسجدوا ولا تعدوها شيأ اه غاية قال فى فتح القدير ومدرك الامام فى الركوع لا يحتاج الى تكبيرتين خلافا لبعضهم ولو نوى بتلك التكبيرة الواحدة الركوع لا الافتتاح جاز ولغت نيته اه وفى الدراية وقال الحلوانى اذا دخل المسجد والامام راكع فقد قال بعض مشايخنا ومالك ينبغى أن يكبر ويركع ثم يمشى حتى يلتحق بالصف كى لا

يفوته الركوع كما فعله أبو بكرة فقال عليه الصلاة والسلام زادك الله حرصا ولا تعد وقال شمس الائمة وأكثر مشايخنا على انه لا يكبر لكي لا يحتاج الى المشي في الصلاة وبه قال الشافعي وقال أحمد ان علم بالنهي ومشى بطلت صلاته وعندنا لو مشى ثلاث خطوات متواليات تبطل والا يكره فمن اختار القول الاول قال معنى قوله لا تعد لا تؤخر المجيء الى هذه الحالة ومن اختار القول الثاني قال معناه لا تعد الى مثل هذا الصنيع وهو التكبير قبل الاتصال بالصف والمشي في الركوع وانما لم يأمره بالاعادة لان ذلك كان في وقت كان العمل مباحا في الصلاة ثم اذا أدرك الامام في الركوع وهو يعلم أنه لو اشتغل بالثناء لا يفوته الركوع يثني لانه أمكنه الجمع بين الامرين وان كان يعلم انه يفوته قال بعضهم يثني لان الركوع يفوت الى خلف وهو القضاء والثناء يفوت أصلا وقال بعضهم لا يثني لانه وان كان لا يفوته سنة الجماعة فيها تفوته وفضيلة الجماعة أكثر من فضيلة الثناء ومما يتعلق بهذا ما لو أدرك الامام في غير الركوع يكبر للافتتاح ويثني ثم يتابع الامام في أي حال كان لما روى معاذ أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أتى أحدكم الامام على حال فليصنع كما يصنع الامام ومن أدرك الركوع فقد أدرك الركعة رواه الترمذي وأبو داود وقال الترمذي عليه عمل أهل العلم اه (قوله وادركه إمامه فيه صح) أي وهو منهي عنه وقد قال عليه الصلاة والسلام أما يخشى أحدكم اذا رفع رأسه قبل الامام أن يحول الله رأسه رأس حمار ويجعل صورته صورة حمار رواه البخاري ومسلم اه غاية (قوله أن ركع معه ورفع قبله أي آخره) حيث يجوز ويكره عندنا يجوز ويكره اه فتح (قوله لا بانيا) وهو ممنوع لتوهم انه بناء على فاسد بل هو ابتداء وما قبله لغو كأنه لم يوجد اه فتح

وظاهره انه ركع معه وعن ابن عمر انه قال اذا أدركت الامام راكعا فركعت معه قبل أن يرفع رأسه فقد أدركت الركعة وان رفع رأسه قبل أن تركع فقد فاتتك تلك الركعة فهذا الاثر نص في موضع الخلاف فيكون تفسيرا للخبر ولان الشرط هو المشاركة للامام في أفعال الصلاة ولم توجد لا في القيام ولا في الركوع بخلاف ما استشهد به فانه شاركه في القيام وعلى هذا الخلاف لو لم يقف حتى انحط للركوع فرفع الامام رأسه قبل أن يركع قال رحمه الله (ولو ركع مقتد) أي قبل الامام (فأدركه إمامه فيه صح) وقال زفر لا تجوز صلاته اذا لم يعد الركوع لان ما أتى به قبل الامام لا يعتد به فكذا ما بنيه عليه لان البناء على الفاسد فاسد فصار كما لو رفع رأسه قبل أن يركع الامام ولنا أن الشرط المشاركة في جزء من الركن لانه ينطلق عليه اسم الركوع فيقع موقعه كما لو شاركه في الطرف الاول دون الآخر بان ركع معه ورفع قبله فيجعل مبتدئا القدر الذي شاركه فيه لا بانيا بخلاف ما لو رفع رأسه قبل أن يركع الامام لانه لم توجد المشاركة فيه ولا المتابعة وعلى هذا الخلاف لو سجد قبل الامام وأدركه في السجود وعن أبي حنيفة أنه لو سجد قبل أن يرفع الامام رأسه من الركوع ثم أدركه الامام فيها لا يجزيه لانه سجد قبل أوانه في حق الامام فكذا في حقه لانه تبع له ولو أطال الامام السجود فرفع المقتدي رأسه فظن انه سجد ثانيا فسجد معه ان نوى الاولى أو لم يكن له نية تكون عن الاولى وكذا ان نوى الثانية والمتابعة لرجحان المتابعة ولغو نيته للمخالفة وان نوى الثانية لا غير كانت عن الثانية فان شاركه الامام فيها جازت وفيه خلاف زفر وعلى قياس ما روي عن أبي حنيفة فيما اذا سجد قبل أن يرفع الامام رأسه من الركوع وجب أن لا تجوز لانه سجد قبل أوانه في حق الامام والله أعلم

﴿ باب قضاء الفوائت ﴾

القضاء تسليم مثل الواجب بسببه وذلك انما يكون عند العجز عن تسليم نفس الواجب وهو الاداء والقضاء واجب لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رقد أحدكم عن الصلاة أو غفل عنها فليصلها اذا ذكرها فان الله تعالى يقول أقم الصلاة لذكري أي لذكر صلاتي فيكون من مجاز الحذف أو من مجاز الملازمة لانه اذا قام اليها ذكر الله تعالى واختلفوا في سبب وجوب القضاء فقال بعضهم يجب بالسبب الذي يجب به الاداء لان بقاء أصل الواجب بالقدرة عليه وسقوط ما لا يقدر عليه وهو فضيلة الوقت أمر معقول

(قوله ان نوى الاولى أو لم يكن له نية الى آخره) وان أطال المؤتم سجوده فسجد الامام الثانية فرفع رأسه وظن الامام في السجدة الاولى فسجد ثانيا يكون عن الثانية وان نوى الاولى لا غير لان النية تصادف محلها الا باعتبار فعله لا باعتبار فعل الامام فلغت نيته بخلاف المسئلة المتقدمة اذ النية صادفت محلها باعتبار فعله وهي ثانية في حقه فصحت ذكر ذلك كله في المحيط اه غاية (قوله لانه سجد قبل أوانه في حق الامام) فكذا في حقه لانه تبع له اه

﴿ باب قضاء الفوائت ﴾

قال في المنافع اعلم أن المأمور به نوعان أداء وقضاء وقد فرغ من الاداء فشرع في القضاء قلت بقي عليه صلاة الجمعة والعيدين وصلاة الجنازة اه غاية (قوله والقضاء واجب) أي الفائتة تركها ناسيا أو لعذر غير النسيان أو عمدا وهو قول عامة العلماء والشافعي وقال ابن حنبل

وقال بعضهم انه يجب بنص مقصود لان أفعال العباد لا تكون عبادة الا بموافقة الامر ومالا يؤمر به خارج الوقت لا يعرف كونه عبادة ولهذا لا يقضى رمى الجمار بعد أيامه وكذا الجمعة وصلاة العيدين قال رحمه الله (الترتيب بين الفائتة والوقتية وبين الفوائت مستحق) وهذا مذهب مالك وأحمد وجماعة من التابعين وقال الشافعى هو مستحب لان كل فرض أصل بنفسه فلا يكون شرطا لغيره ولنا قول ابن عمر من نسى صلاة فلم يذكرها الا وهو مع الامام فليصل مع الامام فاذا فرغ من صلاته فليصل التى نسى ثم ليعد صلاته التى صلى مع الامام والاثر فى مثله كالخبر وقد رفعه بعضهم أيضا وفى حديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام صلى العصر بعدما غربت الشمس ثم صلى المغرب بعدها دل على ان الترتيب مستحق اذ لو كان مستحبا لما أخر المغرب التى يكره تأخيرها لامر مستحب وكونه أصلا بنفسه لا ينافى أن يكون شرطا لغيره كالايمان فانه أصل بنفسه وليس بتبع لشئ ومع هذا هو شرط لصحة جميع العبادات وأقرب منه ان تقديم الظهر شرط لصحة العصر فى الجمع بعرفة فكذا ههنا قال رحمه الله (ويسقط) أى الترتيب (بضيق الوقت والنسيان وصيرورتها ستا) أى بصيرورة الفوائت ستا وبكل واحد من هذه الثلاثة يسقط الترتيب أما سقوطه بضيق الوقت فلانه ليس من الحكمة تفويت الوقتية لتدارك الفائتة ولانه وقت للوقتية بالكتاب ووقت للفائتة بخبر الواحد والكتاب مقدم على خبر الواحد عند تعذر الجمع بينهما ولو قدم الفائتة فى هذه الحالة جاز لان النهى عن تقديمها لمعنى فى غيرها بدليل حرمة الاشتغال بغيرها من الاشغال بخلاف ما اذا كان فى الوقت سعة وقدم الوقتية حيث لا يجوز لانه أداها قبل وقتها الثابت بالخبر مع امكان الجمع بينهما ثم تفسير ضيق الوقت أن يكون الباقى من الوقت ما لا يسع فيه الوقتية والفائتة جميعا حتى لو كان عليه قضاء العشاء مثلا وعلم أنه لو اشتغل بقضائه ثم صلى الفجر بعده تطلع الشمس عليه قبل أن يقعد قدر التشهد فيه صلى الفجر فى الوقت وقضى العشاء بعد ارتفاع الشمس ولو ظن ان وقت الفجر قد ضاق فصلى الفجر ثم تبين أنه كان فى الوقت سعة بطل الفجر فاذا بطل ينظر فان كان فى الوقت سعة يصلى العشاء ثم يعيد الفجر وان لم يكن فيه سعة يعيد الفجر فقط فان أعاد الفجر فتبين أيضا انه كان فى الوقت سعة ينظر فان كان الوقت يسعهما صلاهما والا أعاد الفجر وهكذا يفعل مرة بعد أخرى ولو اشتغل بالعشاء ولم يعد الفجر

فطلعت

وابن حبيب لانه فى المتعمد مثل الذاكر لان تاركها مرتد اه غاية (قوله وبين الفوائت مستحق) أى واجب اه كاكى وعينى والمراد بالفوائت الثلاثة أو الاربعة أو الخمسة أو الستة اه عينى قال فى الغاية والجاهل بوجوب الترتيب لا يسقطه عندنا وبه قال أحمد خلافا لزفر اه وفى البداية وقال شيخ الاسلام من جهل فرضية الترتيب لا يعترض عليه كالناسى رواه الحسن عن أبى حنيفة وهو قول جماعة من أئمة بلخ اه قال فى القنية صلى المغرب أربعا ولم يقعد عند الثالثة وهو يظن انه يجزيه ثم لم يعد صلوات أربع فسادها لجهله كالناسى فلا يجب عليه قضاء ما صلاها اه (قوله وفى حديث جابر الى آخره) وفى الفوائد الظهيرية هذا الحديث يصلح حجة على محمد فى أنه لا يلزم من بطلان صفة الفرضية بطلان أصل الصلاة حيث أمره بالمضى وفى شرح الارشاد لعلهما ما بلغهما هذا الحديث والا لما خالفاه اه كاكى (قوله ولو قدم الفائتة فى هذه الحالة جاز) يعنى يصح لانه يحل لذلك كما لو اشتغل بالنافلة عند ضيق الوقت يكون آثما بتفويت الفرض بها ويحكم بصحتها اه فتح (قوله لان النهى عن تقديمها الى آخره) قيل المراد من النهى قوله تعالى أقم الصلاة لدلوك الشمس لان الامر بالشئ نهى عن ضده وقيل المراد به الاجماع لا نهى الشارع فان الاجماع انعقد على تقديم الوقتية عند ضيق الوقت وهو الاصح اه كاكى (قوله لمعنى فى غيرها) أى فى غير الفائتة وهو كون الاشتغال بها يفوت الوقتية وهذا يوجب كونه عاصيا فى ذلك أما هى فى نفسها فلا معصية فى ذاتها اه فتح وفى المبسوط اذا كان الوقت قابلا للفائتة وعند سعة الوقت عليه ان يبدأ بالفائتة ولو بدأ بفرض الوقت لم يجزه لانه عند ضيق الوقت النهى عن البداءة بالفائتة لم يكن لمعنى فيها بل لما فيه من تفويت فرض الوقت ألا ترى أنه كما ينهى عن البداءة بالفائتة ينهى عن الاشتغال بالتطوع والنهى متى كان لمعنى فى غير المنهى عنه لا يكون مفسدا كالنهى عن الصلاة فى الارض المغصوبة وعند سعة الوقت النهى عن البداءة بفرض الوقت لمعنى فيها بدليل أنه لا ينهى عن الاشتغال بالتطوع فى هذه الحالة والنهى متى كان لمعنى فى المنهى عنه كان مفسدا له فان افتتح العصر فى آخر وقتها وهو ناس للظهر فصلى منها ركعة فاحمرت الشمس ثم ذكر أن عليه الظهر فانه يمضى فى صلاته لان تذكر الظهر فى هذا الوقت لا يمنع افتتاح العصر فلا يمنع المضى فيها بالطريق الاولى اه (قوله وهكذا يفعل مرة بعد أخرى) أى وفرضه ما يلى الطلوع وما قبله تطوع اه زاهدى (فرع) افتتح العصر لاول وقتها وهو ذاكر للظهر لم يجز عن العصر وعند محمد لا يصير شارعا فى الصلاة حتى لو ضحك قهقهة لا يلزمه الوضوء وعند أبى يوسف وهو رواية عن أبى حنيفة يصير شارعا فى الصلاة ويجوز عن التطوع وعند محمد لا يجوز عن التطوع وهو رواية عن أبى حنيفة أيضا وهو قول زفر بناء على ان عند محمد الصلاة جهة واحدة فاذا فسدت صار خارجا عن الصلاة وعندهما بفساد الجهة لا يفسد أصل الصلاة اذا لم يكن ما اعترض منافيا لاصل الصلاة وتذكر الظهر لا ينافى أصل الصلاة وانما يمنع أداء العصر فيفسد العصر اه من خط قارئ الهداية رحمه الله تعالى

(قوله لانه أسهل من الابتداء) أى ألا ترى ان الحدث يمنع ابتداء الصلاة ولا يمنع بقاءها اه كاكى (قوله الا اذا قطع واستقبل الى آخره) لان شروعه فى العصر مع ترك الظهر فيقطع ثم يفتتحها ثانيا ثم يصلى الظهر بعد الغروب ولو افتتحها وهو لا يعلم ان عليه الظهر فأطال القيام والقراءة حتى دخل وقت مكروه ثم تذكر يمضى على صلاته لان المسقط للترتيب قد وجد عند افتتاح الصلاة واختتامها وهو النسيان وضيق الوقت اه قارئ الهداية (قوله فقال الصحيح يقطعها) أى لان العذر قد زال وهو ضيق الوقت فعاد الترتيب وفى الاستحسان يمضى فيها ثم يقضى الظهر ثم يصلى المغرب ذكره فى نوادر الصلاة اه بدائع (قوله ولو مضى فيها كان بعضها فى الوقت الى آخره) قال فى الدراية ولو سقط الترتيب لضيق الوقت ثم خرج الوقت لا يعود على الاصح حتى لو خرج فى خلال الوقتية لا يفسد على الاصح وهو مؤيد على الاصح لا قاض اه (قوله وأما سقوطه بصيرورة الفوائت ستا الى آخره) وفى المبسوط كان بشر المريسى يقول

فطلعت الشمس قبل أن يقعد قدر التشهد فى العشاء جاز فجره لانه تبين أن الوقت كان ضيقا ثم ضيق الوقت يعتبر عند الشروع حتى لو شرع فى الوقتية مع تذكر الفائتة وأطال القراءة فيها حتى ضاق الوقت لا تجوز صلاته الا أن يقطعها ويشرع فيها ولو شرع ناسيا والمسئلة بحالها ثم تذكرها عند ضيق الوقت جازت صلاته ولا يلزمه القطع لانه لو شرع فيها فى هذه الحالة كانت جائزة فالبقاء أولى لانه أسهل من الابتداء ولو كانت الفوائت كثيرة ولم يسقط الترتيب فيما بعد والوقت لا يسع فيه المتروكات كلها مع الوقتية لكن يسع فيه بعضها معها لا تجوز الوقتية ما لم يقض ذلك البعض وقيل عند أبى حنيفة تجوز لانه ليس الصرف الى هذا البعض أولى من الصرف الى البعض الآخر والعبرة فى العصر لاصل الوقت عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند الحسن العبرة للوقت المستحب وعن محمد مثله حتى لو تذكر فى وقت العصر أن عليه قضاء الظهر وعلم أنه لو اشتغل بالظهر يقع العصر قبل الغروب فى الوقت المكروه لا يسقط الترتيب عندهما فيصلى الظهر فى الوقت المستحب والعصر فى الوقت المكروه وعند الحسن يسقط الترتيب فيصلى العصر فى الوقت المستحب ويؤخر الظهر الى ما بعد الغروب ولو كان بقى من الوقت المستحب قدر ما لا يسع فيه الظهر سقط الترتيب بالاجماع لعدم جواز الظهر فيه ولو دخل فى العصر وهو ذاكر للظهر فأطال القراءة فيه حتى ضاق الوقت المستحب لم يجز العصر الا اذا قطع واستقبل ولو تذكر بعدما ضاق الوقت المستحب بحيث لا يسع فيه الظهر قبل تغير الشمس جاز لانه لو شرع فى العصر فى هذه الحالة كان جائزا فكذا لا يمنع البقاء لانه أسهل من الابتداء على ما مر ولو شرع فى العصر فى هذه الحالة وهو ذاكر للظهر والشمس حمراء وغربت وهو فيها أتمها طعن عيسى فيه فقال الصحيح يقطعها ثم يبدأ بالظهر لان ما بعد الغروب وقت مستحب وهو ذاكر للظهر وهو القياس وجه الاستحسان أنه لو قطعها يكون كلها قضاء ولو مضى فيها كان بعضها فى الوقت فكان أولى ولانه حين شرع فيها كان مأمورا بها مع العلم بأن الكل لا يقع فى الوقت ولو كان هذا المعنى ما عملنا أمر به وعلى هذا لو صلى ركعة من العصر ثم غربت الشمس ثم تذكر أنه لم يصل الظهر فانه يتم العصر استحسانا ويجزيه وأما سقوطه بالنسيان فللتعذر لانه لا يقدر على الاتيان بالفائتة مع النسيان ولا يكلف الله نفسا الا وسعها ولان الوقت انما يصير وقتا للفائتة بالتذكر وما لم يتذكر لا يكون وقتا لها فلا اجتماع بينهما وأما سقوطه بصيرورة الفوائت ستا فلانه لو وجب الترتيب فيها لوقع فى حرج عظيم وهو مدفوع بالنص ولان الاشتغال بها عند كثرتها قد يؤدى الى تفويت الوقتية

من ترك صلاة لم تجز صلاته فى عمره ما لم يقضها اذا كان ذاكرا لها لان كثرة الفوائت تكون عن كثرة تفريط فلا يستحق به التخفيف وقال ابن أبى ليلى مراعاة الترتيب فى صلاة سنة فجعل حد الكثرة ما زاد على سنة وقال زفر لا يسقط الترتيب الا بمضى شهر لان ما دونه قليل ألا ترى أنه لا يجوز السلم الى أجل دون الشهر وما فوق الشهر كثير فيسقط الترتيب به وعنه أنه لا يسقط قلت الفوائت أو كثرت لان ما كان شرطا يستوى فيه القليل والكثير كذا فى الايضاح اه كاكى وذكر شيخ الاسلام وصاحب المحيط اذا كثرت الفوائت حتى سقط الترتيب لاجلها فى المستقبل سقط الترتيب فى نفسها أيضا حتى قال أصحابنا فيمن كان عليه صلاة شهر فصلى ثلاثين فجرا ثم صلى ثلاثين ظهرا هكذا الى آخره أجزأه ولم يوجد ههنا الترتيب فى نفسها لان فجر اليوم الثانى حصل قبل الظهر والعصر وهذا مروى عن أصحابنا بخلاف ما يقول العوام انه يراعى الترتيب فى الفوائت وليس كذلك لان الفوائت لما كثرت أسقط الترتيب عن أغيارها فلأن يسقط فى نفسها كان أولى وشبهه الامام بدر الدين الكردى بالضرب لما أثر فى غير موضع الضرب ايلاما فلأن يؤثر فى موضع الضرب بالطريق الاولى اه كاكى (قوله ولان الاشتغال بها عند كثرتها) أى مع ما لا بد منه من الحاجات اه فتح وذكر فى الدراية أن الكثرة المسقطة صيرورة الفوائت خمسا فى رواية ابن شجاع عن محمد أو دخول وقت السادسة مع ذلك فى رواية أخرى عن محمد أو صيرورتها ستا بخروج وقت السادسة كما هو مذهبهما والظاهر من مذهب محمد اه وذكر فى الدراية أيضا أن الوتر غير محسوب من الفوائت فى باب الكثرة بالاجماع أما عندهما فظاهر وأما عنده فلانه وان كان فرضا لا تحصل به الكثرة لانه من تمام وظيفة اليوم والليلة والكثرة لا تحصل الا بالزيادة عليهما من حيث الساعات أو من حيث الاوقات ولا مدخل للوتر فى ذلك بوجه فيكون المراد بالفوائت الصلوات المؤقتة اه

﴿فرع﴾ عن أبي نصر فيمن يقضي صلوات عمره من غير أن يكون فاته شيء فإن كان لأجل نقصان دخل في صلاته أو لكراهة فحسن وإن لم يكن كذلك لا يفعل والصحيح الجواز إلا بعد الفجر والعصر ذكره في جوامع الفقه وإذا لم يتم ركوعه ولا سجوده يؤمر بالاعادة في الوقت لا بعده وقال برهان الدين الترجمي القضاء أولى في الحالين اهـ غاية وفي الذخيرة إذا أراد قضاء الفوائت قيل ينوي أول ظهر عليه لأنه لما صلى الظهر الأول صار الظهر الثاني أول ظهر متروك في ذمته وقيل ينوي آخر ظهر لله عليه قال لأنه لما قضى الأخير صار الذي قبله آخرا ولو نوى الفائتة ولم ينو أولا ولا آخرا جاز والأول أحوط اهـ غاية (قوله وليس ذلك من الحكمة إلى آخره) احتج بأن كثرة الشيء هو أن ينتهي إلى أقصاه وأقصى الصلوات خمس فشبه بالصوم حتى قالوا إن الجنون الكثير مفسد باستغراق الشهر اهـ (قوله ويعتبر في سقوط الترتيب خروج وقت الصلاة السادسة) لأن الفوائت لا تدخل في حد التكرار بدخول وقت السادسة وإنما تدخل بخروج وقت السادسة لأن واحدة منها تصير مكررة ولو ترك صلاة ثم صلى بعدها خمسا وهو ذاكر للفائتة فإنه يقضيهن وعلى قياس قول محمد يقضي المتروكة وأربعة بعدها لأن السادسة جائزة ولو لم يقضها حتى صلى السابعة فالسابعة جائزة بالاجماع ثم إذا صلى السابعة تعود المؤديات الخمس إلى الجواز في قول أبي حنيفة وعليه قضاء الفائتة وحدها استحسانا وعلى قولهما يقضي الفائتة وخمسا بعدها قياسا وعلى هذا إذا ترك خمس صلوات ثم صلى السادسة وهو ذاكر للفوائت فالسادسة موقوفة عند أبي حنيفة حتى لو صلى السابعة تنقلب السادسة إلى الجواز عنده وعليه قضاء الخمس وعندهما لا تنقلب وعليه قضاء الست وكذا لو ترك صلاة ثم صلى شهرا وهو ذاكر للفائتة فعليه قضاؤها لا غير عند أبي حنيفة وعندهما عليه قضاء الفائتة وخمس بعدها إلا على قياس ما مر وعند محمد أن عليه قضاء الفائتة وأربع بعدها وعلى قول زفر يعيد الفائتة وجميع ما صلى بعدها من صلاة الشهر اهـ من البدائع ملخصا اهـ (قوله لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار) أي لأنها تزيد على الخمس وهو صلاة يوم وليلة كان فيه شبهة الاتحاد من حيث الجنسية فشرط الدخول في حد التكرار لتثبت الكثرة بخلاف الصوم لأنه لو شرط التكرار ثم زادت الزيادة المؤكدة على الأصل المؤكد إذ لا يدخل وقت وظيفة أخرى ما لم يمض أحد عشر شهرا اهـ سيد (قوله ثم المعتبر فيه أن تبلغ الأوقات المتخللة منذ فاتته ستة إلى آخره) قال العلامة كمال الدين رحمه الله في فتح القدير ما نصه قال في شرح الكنز وغيره المعتبر أن تبلغ الأوقات المتخللة ستة مذ فاتته الفائتة وإن أدى

وليس ذلك من الحكمة على ما بينا ويعتبر في سقوط الترتيب خروج وقت الصلاة السادسة وعن محمد أنه اعتبر الدخول والصحيح الأول لأن الكثرة بالدخول في حد التكرار ثم المعتبر فيه أن تبلغ الأوقات المتخللة منذ فاتته ستة وإن أدى ما بعدها في أوقاتها وقيل المعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة وثمرة الخلاف تظهر فيما إذا ترك ثلاث صلوات مثلا الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب

ما بعدها في أوقاتها وقيل يعتبر أن تبلغ الفوائت ستا ولو كانت متفرقة وثمرة الخلاف تظهر فيمن ترك ثلاث صلوات مثلا من الظهر من يوم والعصر من يوم والمغرب من يوم فعلى الأول يسقط الترتيب يعني بين المتروكات وعلى الثاني لا لأن الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستا ومثل هذا ما ذكره في المصفى في وجه اقتصار صاحب المنظومة على نقل الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه فيما إذا ترك ظهرا وعصرا من يومين دون أن يذكره في ثلاثة فصاعدا قال الخلاف فيما إذا كانت ثلاثة فعند بعضهم يسقط الترتيب لأن ما بين الفوائت يزيد على ست ومنهم من أوجبه لأن المعتبر كون الفوائت بنفسها ستا يعني فلما اختلفوا في ثبوت الخلاف بينهم في الزائد على الصلاتين اقتصر في المنظومة على نقل الخلاف فيهما ولا يخفى على من علم مذهب أبي حنيفة أن الوقتية المؤداة مع تذكر الفائتة تفسد فسادا موقوفا إلى أن يصلي كمال خمس وقتيات فإن لم يعد شيأ منها حتى دخل وقت السادسة صارت كلها صحيحة أنه لا يتصور على قوله كون المتخللات ست فوائت لأنه مع دخول وقتها تثبت الصحة فلا يتحقق فائتا سوى المتروكة إذ ذاك والمسقط هو ست فوائت لا مجرد أوقات لا فوائت فيها فإنه لا معنى له إذ السقوط بكثرة الفوائت كي لا يؤدي إلزام الاشتغال بأدائها إلى تفويت الوقتية فمجرد الأوقات بلا فوائت لا أثر له فلا وجه لاعتباره فإن قلت اعتذر كرمن رأيت في تصويرهذا أنه إذا صلى السادسة من المؤديات وهي سابعة المتروكة صارت الخمس صحيحة ونحكم بالصحة على قوله بمجرد دخول وقتها فالجواب أنه يجب أن يكون هذا منهم اتفاقا لأن الظاهر أنه يؤدي السادسة في وقتها لا بعد خروجه فإقامة أدائها مقام دخول وقتها المسند كرمن أن تعليله لصحة الخمس يقطع بثبوت الصحة بمجرد دخول الوقت أداها أولا وعلى هذا يجب أن يحكم على الخلاف المذكور بالغلط والتحقيق أن خلاف المشايخ في الثلاث إنما هو في الحكم بأن عدم وجوب الترتيب هو بالاتفاق بين الثلاثة أو على الخلاف كما في الثنتين ابتداء كما حققه بذكر المسئلة بشعبها وبه يتبين مبنى الخلاف على وجه الصحة إذ قد صيرنا فيها حوار لفائتها فإنها مهمة ولم يذكرها في الهداية ووجه قولهما فيها إلحاق ناسي الترتيب بين الصلاتين الفائتتين بناسي الفائتة فيسقط الترتيب به وهو ألحقه بناسي التعيين وهو من فاتته صلاة لم يدر ما هي ولم يقع تحريه على شيء يعيد صلاة يوم وليلة بجامع تحقق طريق يخرج بها عن العهدة بيقين فيجب سلوكها وهذا الوجه يصرح بإيجاب الترتيب في القضاء فيجب الطريق التي تعينها كما قيل إنه مستحب عنده فلا خلاف بينهم ثم صورة قضاء الصلاتين عنده أن يصلي الظهر ثم العصر ثم الظهر فإن كان المتروك أولا هو

الظهر فالظهر الاخيرة تقع نفلا وان كان هو العصر فالظهر الاول يقع نفلا وكما يجوز أن يبدأ بالظهر يجوز أن يبدأ بالعصر فيصلي العصر ثم الظهر ثم العصر ولو كانت الفوائت ثلاثا ظهر من يوم وعصر من يوم ومغرب من يوم ولا يدري ترتيبها ولم يقع تحريه على شيء صلى الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر سبع صلوات لان كلا من الثلاث يحتمل أن يكون أولى وأخيرة أو متوسطة فيجيء تسعا الثابت في الخارج ست للتداخل لان توسط الظهر يصدق في الخارج مع تقدم العصر أو المغرب فلا يكون كل قسما برأسه وكذا هما فخرج بواسطة كل واحدة بقي الثابت الظهر ثم العصر ثم المغرب أو الظهر ثم المغرب ثم العصر فهذان قسما تقدم الظهر ولتقدم العصر مثلهما وللمغرب كذلك فان فاتته العشاء من يوم آخر مع تلك الثلاثة يصلي تلك السبع ثم يصلي الرابعة وهي العشاء فصارت ثمانية ثم يعيد تلك السبع على ذلك الوجه فالجملة خمس عشرة فلو كانت خمسا من خمسة أيام بان ترك الفجر أيضا يصلي احدى وثلاثين صلاة تلك الخمس عشرة على ذلك الخصوص ثم يصلي الخامسة أعني الفجر ثم يعيد تلك الخمس عشرة فالضابط ان المتروك ان كانتا ثنتين يصليهما ثم يعيد أولهما وان كانت ثلاثة صلى تلك الثلاث ثم الثالثة ثم أعاد تلك الثلاث وان كانت أربعة صلى قضاء الثلاث كما قلنا ثم الرابعة ثم أعاد ما يلزمه في قضاء الثلاث وان كانت خمسة فعل ما لو كان المتروك أربعا ثم يصلي الخامسة ثم يفعل ما يلزمه في أربع وانما أطنبنا لكثرة سؤال السؤال عنه وفي فتاوى قاضيخان الفتوى على قولهما كأنه تخفيفا على الناس لكسلهم والا فدليلهما لا يترجح على دليله واذا عرفت هذا فقد اختلف المشايخ فيما نحن فيه لصلاتين فذهبت طائفة الى أنه لا ترتيب فلا يؤمر باعادة الاولى في قول الكل قال في الحقائق وهو الاصح لان اعادة ثلاث صلوات في وقت الوقتية لاجل الترتيب مستقيم أما ايجاب سبع صلوات في وقت واحد لا يستقيم لتضمنه تفويت الوقتية اه فهذا يوضح لك أن خلاف هؤلاء

من يوم ولا يدري أيتها أولى فعلى الاول سقط الترتيب لان المخللة بينها فوائت كثيرة وعلى الثاني لا يسقط لان الفوائت بنفسها يعتبر أن تبلغ ستا فيصلي سبع صلوات الظهر ثم العصر ثم الظهر ثم المغرب ثم الظهر ثم العصر ثم الظهر والاول أصح ولو اجتمعت الفوائت القديمة والحديثة قيل تجوز الوقتية مع تذكر الحديثة لكثرة الفوائت وقيل لا تجوز ويجعل الماضي كأن لم يكن زجرا له عن التهاون ويسقط الترتيب أيضا بالظن المعتبر كما اذا صلى الظهر وهو ذاكر أنه لم يصل الفجر فسد ظهره ثم قضى الفجر وصلى العصر وهو ذاكر للظهر يجوز العصر لانه لا فائتة عليه في ظنه حال أداء العصر وهو ظن معتبر قال رحمه الله (ولم يعد بعودها الى القلة) أي لم يعد الترتيب بعود الفوائت الى القلة بقضاء بعضها لان الساقط قد تلاشى فلا يحتمل العود قال أبو حفص الكبير وعليه الفتوى وهو اختيار شمس الائمة وفخر الاسلام وقيل يعود الترتيب لان علة سقوط الترتيب الكثرة وقد زالت وهو اختيار الفقيه أبي جعفر وقال صاحب الهداية وهو الاظهر واستدل عليه بما روي عن محمد رحمه الله فيمن ترك صلاة

فيما لو راعوا الترتيب يلزمه من ايجاب سبع وايجاب الترتيب وهو كسبع فوائت معنى لما علمت من أن ايجاب الترتيب في قضائها يوجب سبع صلوات فاذا كان الترتيب يسقط بست فأولى أن يسقط بسبع والطائفة الاخرى لم يعتبروا لا تحقق فوائت ست والا وجه أوجه لان المعنى الذي لاجله يسقط الترتيب بست موجود في ايجاب سبع فظهر بهذا مبنى الاختلاف على وجه الصحة لا كما ذكر في شرح الكنز والله أعلم اه قوله بخمس وقتيات أي بالمؤداة الاولى اه وقوله بمجرد دخول الوقت أي وقت السادسة اه وقوله ابتداء أي لا مبني على ان المراد وقت مفضلة لا فوائت فيها اه منه وقوله وهو أي أبو حنيفة اه وقوله وهذا أي وهو قياسه على ناسي التعيين اه منه وقوله ثم أعاد ما يلزمه في قضاء الى آخره أي وهو سبع صلوات اه وقوله ثم يفعل ما يلزمه في أربع هذا وانما وجب أن يصلي على الوجه المذكور مع القطع بان من تلك الصلوات ما هو نفل بلا شك لانه قد صار وسيلة الى تحصيل مصلحة المكثر وهو الخروج عن عهدتها بيقين على الوجه المطلوب فوجب لوجوبها فان قيل كيف صحت النية مع التردد في وجوب كل واحد (أجيب) بما صحت لان وجوب كل واحدة في ذمته فصحت لذلك لظنه بقاءها في ذمته فأشبه من وجب عليه صلاة معينة فشك في أدائها فانه تجزيه مع شكه لاستناد نيته الى أن الاصل بقاؤها في ذمته اه وقوله كأنه خبر كأنه محذوف تقديره كأنه قيل ذلك تخفيفا اه منه (قوله فعلى الاول سقط الترتيب) أي فيصلي أي صلاة شاء من الثلاث اه (قوله فيصلي سبع صلوات) أي في هذه الصورة اه (قوله وقيل لا تجوز ويجعل الماضي الى آخره) والفتوى على الاول كذا في الكافي وغيره لان هذا ترجيح بلا مرجح وما قالوا يؤدي الى التهاون لا الى الزجر عنه فان من اعتاد تفويت الصلاة وغلب على نفسه التكاسل لو أفتي بعدم الجواز يفوت أخرى وهلم جرا حتى تبلغ حد الكثرة اه فتح القدير (قوله زجرا له عن التهاون) أي وأن لا تصير المعصية سببا للتخفيف اه كاكي (قوله قال أبو حفص الى آخره) قال في الكافي والاصح أن الترتيب اذا سقط لا يعود لان الساقط لا يحتمل العود كماء قليل نجس دخل عليه ماء جار حتى سال فعاد قليلا لم يعد نجسا اه (قوله وقال صاحب الهداية وهو الاظهر الى آخره) فعلى هذا لو ترك صلاة شهر مثلا ثم قضاها الا صلاة ثم قضى الوقتية ذاكرا لها لم يجز عند هذا القائل اه ع

يوم وليلة وجعل يقضي من الغد مع كل وقتية فائتة فالفوائت جائزة على كل حال والوقتيات فاسدة ان قدمها لدخول الفوائت في حد القلة وان أخرها فكذلك الا العشاء الاخيرة لانه لا فائتة عليه في ظنه حال أدائها ﴿قال الراجي عفو ربه الكريم﴾ ليس فيه دلالة على عود الترتيب بعد سقوطه لان الترتيب لو سقط لجازت الوقتية التي بدأ بها كما ذكره في الجامع الصغير وهو قوله وان فاته أكثر من صلاة يوم وليلة أجزأته التي بدأ بها ولان الترتيب انما يسقط بخروج وقت السادسة ولم يخرج هنا ولا يمكن حمله على ما روي عن محمد أن الترتيب يسقط بدخول وقت السادسة لان حكمه بفساد الوقتية التي بدأ بها يمنع من ذلك اذ لو كان مداره على تلك الرواية لما فسدت التي بدأ بها أول مرة لسقوط الترتيب عنده قال رحمه الله (فلو صلى فرضا ذاكرا فائتة ولو وترا فسد فرضه موقوفا) حتى لو صلى ست صلوات ما لم يقض الفائتة انقلب الكل جائزا ولو قضى الفائتة قبل أن يصلي ستة أوقات بطل وصف الفرضية وانقلبت نفلا وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الوتر لا يمنع جواز الفرض بناء على انه نفل عندهما ولا ترتيب بين الفرائض والنوافل على ما يأتي في أوقات الصلاة وأما اذا صلى الفرض ذاكرا للفائتة فقال أبو يوسف يبطل وصف الفرضية وتنقلب نفلا وهو القياس لان ما حكم بفساده لمراعاة الترتيب فيه لا يصح اذا سقط الترتيب فيه كمن افتتح الفرض في أول الوقت ذاكرا للفائتة ثم ضاق الوقت لم يحكم بجوازها وهذا لان الكثرة علة سقوط الترتيب فيثبت الحكم بوجود العلة في حق ما بعدها لا في حق نفسها كما لو رأى عبده يبيع ويشتري فسكت ثبت الاذن دلالة في حق ما بعد ذلك التصرف لا في حقه وكذا الكلب اذا صار معلما بترك الاكل ثلاث مرات ثبت الحل فيما بعدها لا فيها وقال محمد هو كذلك لكن لا تبقى التحريمة عنده لانها انعقدت للفرض

(قوله لدخول الفوائت في حد القلة الى آخره) فانه متى أدى صلاة من الوقتيات صارت هي سادسة المتروكات الا أنه لما قضى متروكة بعدها عادت المتروكات خمسا ثم لا يزال هكذا فلا يعود الى الجواز اه كاكي قوله صارت هي سادسة المتروكات فسقط الترتيب فعلى تقدير أن لا يعود كان ينبغي انه اذا قضى بعدها فائتة حتى عادت المتروكات الى خمس أن تجوز الوقتية الثانية قدمها أو أخرها لو وقعت بعد عدة لا توجب سقوط الترتيب أعني خمسا أو أربعا لسقوط الترتيب قبل أن تصير الى الخمس اه فتح (قوله لانه لا فائتة عليه في ظنه الى آخره) فكان في معنى الناسي قالوا هذا اذا ظن ان صلاة يومه جائزة والا لم تجز العشاء الاخيرة أيضا ذكره الاسبيجابي والعتابي في جوامع الفقه والشهيد في عدة المفتي اه غاية (قوله حال أدائها) أي لانه لما صلى وقتية أولا فقد صلاها قبل سقوط الترتيب فلم تجز وصارت من الفوائت فصارت ستا فاذا قضى فائتة بعدها عادت الفوائت خمسا فلم تزل كذا أما اذا قدم الفوائت لا تجوز الوقتيات الا العشاء الاخيرة لانه صلاها وفي زعمه أنه أعاد جميع ما عليه فلا يصير الوقت وقتا للفائتة اذا كان عنده أن عليه الفائتة أما اذا لم يكن فلا اه وبهذا سقط اشكال الشارح كذا نقلته من خط قارئ الهداية رحمه الله اه (قوله ولم يخرج هنا) أي حتى صارت خمسا بقضاء الفائتة اه فتح (قوله اذ لو كان مداره على تلك الرواية لما فسدت الى آخره) قال في المبسوط هذه المسئلة التي يقال فيها واحدة تصحح الخمس وواحدة تفسد الخمس فالمصححة هي السادسة والمفسدة هي المتروكة تقضى قبل السادسة اه غاية (قوله في المتن أو وترا) كذا بخط الشارح والذي في غالب نسخ المتن ولو وترا اه ﴿فرع﴾ وفي الحاوي لا يدري كمية الفوائت يعمل بأكبر رأيه فان لم يكن له رأي يقضي حتى يستيقن واختلف فيما يقضي احتياطا فقيل يقرأ السورة في الاخريين وقيل لا يقرأ ولو فاتته صلاة من يوم وليلة ولا يدري أيها هي يقضي الخمس احتياطا وفي صلاة الجلابي نسي صلاة من يوم وليلة ولا يدري أيتها هي يتحرى فان لم يكن له رأي أعاد صلاة يوم وليلة عن أبي حنيفة وأبي يوسف والشافعي ومالك رحمه الله وقال محمد والثوري يعيد ثلاث صلوات ركعتان ينوي بهما الفجر ان كانت عليه وأربعا ينوي ظهرا أو عصرا أو عشاء ان كانت عليه وثلاثا ينوي المغرب فاذا وقال زفر وبشر المريسي والمزني يصلي أربعا يقعد في الثانية والثالثة والرابعة ينوي الصلاة التي عليه وقال عمرو بن أبي عمرو سألت محمدا عمن نسي سجدة صلبية ولا يدري أنها من أية صلاة قال يعيد الخمس قلت فان نسي خمس صلوات من خمسة أيام أو أكثر يعيد صلاة خمسة أيام وذكر القدوري قول محمد مع أبي حنيفة والرازي والنسفي مع الثوري وفي جامع الكردي نسي صلاة من يوم وليلة أو ركنا من صلاة ولا يدري أيتها يقضي صلاة يوم وليلة لان تعيين النية في القضاء شرط وانه متعذر بجهالتها فيقضي صلاة يوم وليلة ليخرج عن العهدة بيقين وبه ظهر بطلان قول محمد وزفر والمريسي والمزني ولو نسي خمس صلوات من خمسة أيام أو ستا من ستة أيام أو سبعا من سبعة أيام أو ثمانيا من ثمانية أيام قضى صلوات ثمانية أيام أو سبعة أو ستة لما بينا من تعيين نية القضاء وقيل هذا على قولهما أما على قول أبي حنيفة فلا لان عنده اذا صارت ستا عادت المفعولات صحيحة كذا في الدراية ونظر بعضهم فيه بأن ما ذكر عن أبي حنيفة هو فيما اذا كان عالما بالفائتة والفرض هنا أنه لا يدري أي صلاة وتعيين النية واجب ولا طريق الى قضاء الفوائت عينا الا بقضاء جميع صلوات الايام عند الكل ولا يخفى حسن هذا النظر اه

(قوله فاذا بطل وصف الفرضية بطلت الى آخره) حتى لو قهقه بعد التذكر لا تنتقض طهارته اه فتح وعلى هذا الخلاف ينبني ما اذا خرج وقت الظهر يوم الجمعة قبل تمام الجمعة فقهقه لا تنتقض طهارته عند محمد خلافا لهما ولو اقتدى به رجل صح عندهما خلافا له ثم ذكر هذا الاختلاف هكذا عامة المشايخ وقيل لا خلاف بينهم لان من شرع في صوم الكفارة ثم أيسر بقي نفلا اجماعا فكذا في الصلاة وبقاء الطهارة وعدم صحة الاقتداء لكون الصلاة مظنونة كذا قاله في الكافي (قوله ولابي حنيفة أن الترتيب الى آخره) قال في فتح القدير ولا يخفى على متأمل ان هذا التعليل المذكور يوجب ثبوت صحة المؤديات بمجرد دخول وقت سادستها التي هي سابعة المتروكة لان الكثرة تثبت حينئذ وهي المسقطة من غير توقف على أدائها كما هو المذكور في التصوير في سائر الكتب وانه لا تتوقف الصحة على ما اذا كان ظانا عدم وجوب الترتيب عنده بخلاف ما اذا ظنه فانه لا يصح كما نقله في المحيط عن مشايخهم فان التعليل المذكور يقطع باطلاق الجواب ظن عدم الوجوب أولا اه (قوله وكذا لو صلى المغرب

فاذا بطل وصف الفرضية بطلت الصرعة ولابي حنيفة أن الترتيب يسقط بالكثرة وهي قائمة بالكل فوجب أن تؤثر في السقوط ولهذا لو أعادها غير مرتبة جازت عندهما أيضا وهذا لان المانع من الجواز فائتها وقد زالت فلا يبقى المانع ولا يمتنع أن يتوقف حكم على أمر حتى يتبين حاله كتعجيل الزكاة الى الفقير يتوقف فان بقي النصاب الى تمام الحول صار فرضا وان نقص وتم الحول على النقصان صار نفلا وكذا لو صلى المغرب في طريق المزدلفة يتوقف وكذا ظهر يوم الجمعة اذا صلاه في البيت قبل الجمعة يتوقف وكذا أصحاب الاعذار اذا انقطع عذرهم في الصلاة فان عاد في الوقت الثاني صحت صلاتهم والا فلا وكذا صاحبة العادة لو جاوز الدم عادتها اذا اغتسلت وصلت يتوقف فان جاوز الدم العشرة جازت وكذا صومها ان صامت وان لم يجاوزها تبين أنه ليس بصلاة ولا صوم وكذا لو انقطع دمها قبل العادة فاغتسلت وصلت أو صامت يتوقف فان لم يعد صح وان عادت تبين أنه ليس بصلاة ولا صوم بخلاف ما ذكر من ضيق الوقت فان ضيق الوقت لا يسقط الترتيب في الحقيقة وانما قدمت الوقتية عند العجز عن الجمع بينهما لقوتها مع بقاء الترتيب ولهذا لا يسقط الترتيب فيما بين الفوائت حتى لو قدم المتأخرة من الفوائت لا تجوز والله أعلم

﴿ باب سجود السهو ﴾

قال رحمه الله (يجب بعد السلام سجدتان بتشهد وتسليم بترك واجب وان تكرر) أي وان تكرر ترك الواجب حتى لا يجب عليه أكثر من سجدتين اعلم ان الكلام فيه في مواضع الاول في صفته وهو واجب عندنا كما ذكر في المختصر لان محمدا رحمه الله قال اذا سها الامام وجب على المؤتم السجود نص على وجوبه ولانه شرع لجبر النقصان فصار كالدماء في الحج وهذا لان أداء العبادة بصفة الكمال واجب وذلك بجبر النقصان وقال بعضهم انه سنة استدلالا بما قال محمد رحمه الله ان العود الى سجود السهو لا يرفع التشهد كأنه يريد القعدة وقالوا لو كان واجبا لرفعه كسجدة التلاوة والصلبية والجواب الاول لما ذكرنا ولهذا يرفع التشهد والسلام ولولا انه واجب لما رفعهما وانما لا يرفع القعدة لانها أقوى منه لكونها فرضا بخلاف السجدة الصلبية لانها أقوى من القعدة لكونها ركنا بخلاف سجدة

في طريق المزدلفة الخ) فان أفاض الى المزدلفة في وقت العشاء تنقلب نفلا ويلزمه اعادتها مع العشاء في المزدلفة وان لم يأت المزدلفة وتوجه الى مكة من طريق أخرى الى المزدلفة بعدما أصبح جاز المغرب اه كاكي

﴿ باب سجود السهو ﴾

(قوله سجود السهو) اضافة السجود الى السهو من قبيل اضافة الحكم الى السبب وهو الاصل في الاضافة اه كاكي (قوله حتى لا يجب عليه أكثر من سجدتين الى آخره) وقال عبد العزيز بن أبي سلمة من المالكية اذا اجتمع نقص وزيادة يسجد قبل السلام وبعده وقال الاوزاعي ان كان من جنس واحد تداخل والا فلا كسجدات الحج لقوله عليه الصلاة والسلام لكل سهو سجدتان وقال ابن أبي ليلى يتكرر السجود بتعدد السهو والجواب عن الاول ان السجود وجب بعلة السهو لقوله عليه الصلاة والسلام اذا سها أحدكم فليسجد سجدتين وترتب الحكم على الوصف يوجب علية ذلك الوصف لذلك الحكم مثل زنى ماعز فرجم وسرق صفوان فقطع واذا كان السهو هو العلة اندرجت أفراده تحت السجدتين وعن الثاني أن المراد به لكل سهو في صلاة سجدتان فهم أفراد سهوها بدليل انه عليه الصلاة والسلام سلم من اثنتين ساهيا وقام وهو ساه وتكلم وغير ذلك في ذلك الحديث وسجد سجدتين بجميع ذلك أو معناه يكفي لكل سهو سجدتان يدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام سجدتا السهو تجزيان عن كل نقص وزيادة رواه أحمد بن عدي وفيه حكيم بن نافع وثقه ابن معين وضعفه أبو زرعة والجرح من غير بيان سببه لا يسمع عند الفقهاء أو معناه ان السجود لا يختص بنوع من السهو كقولهم لكل ذنب توبة اه غاية (قوله لكونها فرضا الى آخره) وعلى هذا لو سلم بمجرد رفعه من سجدة السهو يكون تاركا للواجب ولا يفسد بخلاف ما اذا لم يقعد بعد تينك السجدتين حيث يفسد لترك الفرض اه فتح (قوله لانها أقوى من القعدة الى آخره) قال شمس الائمة الحلواني القعدة بعد سجدتي السهو ليست بركن وانما يؤتى بها ليقع ختم الصلاة

بما لم يوافق موضوع الصلاة حتى لو ذهب بعد ما سجد للسهو لم تفسد صلاته لانه لو ترك السهو وانصرف لا تفسد صلاته فاذا انصرف بعد السجود أولى اه غاية وفي الواقعات لو سلم الامام وتفرق القوم ثم تذكر في مكانه أنه ترك سجدة التلاوة يسجد ويقعد بعدها قدر التشهد وان لم يقعد فسدت صلاته لارتفاض القعدة بالعود الى السجدة وجازت صلاة القوم لان ارتفاض القعدة حصل بعد انقطاع الشركة فلا يظهر في حق القوم اه غاية (قوله لان محله بعدها فلا يرفعها الى آخره) وفي الحواشي اذا سجد بعد السلام فاصابة لفظة السلام بعد ذلك ليست واجبة اه غاية ﴿فرع﴾ شك في صلاته فتفكر في ذلك حتى استيقن ان شك في شيء من هذه الصلاة وطال بأن كان مقدار ما يؤدي فيه كالركوع والسجود سجد للسهو وان لم يطل لا يسجد وكذا ان كان تفكر في صلاة غير هذه الصلاة لان الموجب للسهو سهو هذه الصلاة لا سهو صلاة أخرى ولو شك في سجود السهو يتحرى ولا يسجد لهذا السهو لان تكرار سجود السهو في صلاة واحدة غير مشروع اه ملخص من البدائع (قوله فيؤخر عن السلام) أي ليكون جبرا لكل سهو يقع في الصلاة وما لم يسلم فتوهم السهو ثابت ألا ترى أنه لو سجد للسهو قبل السلام ثم شك انه صلى ثلاثا أو أربعا فشغله ذلك حتى أخر السلام ثم ذكر انه صلى أربعا فانه لو سجد لهذا النقص بتأخير الواجب تكرر وان لم يسجد بقي نقصا لازما غير مجبور فاستحب ان يؤخر بعد السلام لهذا المجوز وهذا دليل ان الخلاف في الاولوية وفي الخلاصة لو سجد قبل السلام لا يجب اعادتهما بعد السلام اه فتح قوله بتأخير الواجب أي وهو السلام اه (قوله واختلفوا في كيفية التسليم) أي التسليم الذي قبل سجود السهو اه (قوله تسليمتين وهو الصحيح) وفي الينابيع التسليمتان أصح اه غاية (قوله وهو اختيار شمس الأئمة) أي وأبي اليسر والامام ظهير الدين المرغيناني حتى قال الامام ظهير الدين حين سئل عن هذا لم يجز مالك الشمال حتى يترك السلام عليه ونسب أبو اليسر القائل بالتسليمة الواحدة الى البدعة قال فخر الاسلام انما اخترنا ما اخترناه باشارة محمد في كتاب الصلاة فتقصينا عن عهدة البدعة واعدنا العهدة على من قصر في طلبه اه كاكي (قوله يسلم تسليمة واحدة عن يمينه) وهو قول الكرخي وهو الاصوب وبه قال الصحي اه غاية (قوله وقال الطحاوي الى آخره) قال في فتح القدير وقول الطحاوي أحوط اه ﴿فائدة﴾ شرع في الظهر ثم توهم أنه في العصر فصلى على ذلك الوهم ركعة أو ركعتين ثم تذكر أنه في صلاة الظهر لا سهو عليه لان تعيين النية شرط افتتاح الصلاة لا شرط بقائها كأصل النية ولم يوجد تغيير فرض ولا ترك واجب وان تفكر في ذلك تفكرا شغله عن ركن فعليه سجود السهو استحسانا على ما مر اه بدائع ولو افتتح الصلاة فقرأ ثم شك في تكبيرة الافتتاح فأعاد التكبير والقراءة ثم علم أنه قد كان كبر فعليه سجود السهو لانه بزيادة التكبير والقراءة أخر ركنا وهو الركوع ثم لا فرق بين ما اذا شك في خلال صلاته فتفكر حتى استيقن وبين ما اذا شك بعد ما قعد قدر التشهد الاخير ثم استيقن في حق وجوب السجدة لانه أخر الواجب وهو السلام ولو شك بعد ما سلم تسليمة واحدة ثم استيقن لا سهو عليه لان بالتسليمة الاولى خرج عن الصلاة وانعدمت الصلاة فلا يتصور تنقيصها بتفويت واجب منها فاستحال ايجاب الجابر وكذا لا فرق بينه وبين ما اذا سبقه الحدث في الصلاة فعاد الى الوضوء ثم شك قبل أن يعود الى الصلاة فتفكر ثم استيقن حتى يجب عليه السهو في الحالين جميعا اذا طال تفكره لانه في حرمة الصلاة وان كان غير مؤد لها اه بدائع وقالوا لو افتتح فشك أنه هل كبر للافتتاح ثم تذكر أنه كبر ان شغله التفكر عن أداء ركن من الصلاة كان عليه السهو والا فلا وكذا لو شك أنه في الظهر أو في العصر أو سها في غير ذلك ان تفكر قدر ركن كالركوع أو السجود يجب عليه سجود السهو وان كان قليلا لا يجب وان شك في

التلاوة لانها أثر القراءة وهي ركن فيعطى لها حكمها ولان السجدة الصلبية وسجدة التلاوة محلهما قبل القعدة فاذا عاد الى السجود عاد الى شيء محله قبلها فيرفعها بخلاف سجود السهو لان محله بعدها فلا يرفعها وقيل ان سجدة التلاوة لا ترفع القعدة لانها واجبة فلا ترفع الفرض واختاره شمس الائمة هذه الرواية والاول أصح والثاني في محله وهو بعد السلام عندنا كما ذكر في المختصر وعند الشافعي قبله وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم مثل المذهبين قولا وفعلا وهذا الخلاف في الاولوية ولا خلاف في الجواز قبل السلام وبعده لصحة الحديث فيهما والترجيح لما قلنا من جهة المعنى أن السلام من الواجبات فيقدم على سجود السهو قياسا على غيره من واجبات الصلاة ولان سجود السهو مما لا يتكرر فيؤخر عن السلام حتى لو سها عن السلام ينجبر به والثالث في بيان ما يفعل بعد السجود قال في الكتاب بتشهد وتسليم أي يأتي بهما بعد السجود لما روى أبو داود انه عليه الصلاة والسلام سجد سجدتين ثم تشهد ثم سلم واختلفوا في كيفية التسليم فقال بعضهم يسلم تسليمتين وهو الصحيح صرفا للسلام المذكور في الحديث الى المعهود وهو اختيار شمس الائمة وقال فخر الاسلام يسلم تسليمة واحدة تلقاء وجهه ولا ينحرف عن القبلة لان ذلك لمعنى التحية دون التحليل وقال بعضهم يسلم تسليمة واحدة عن يمينه وقال خواهر زاده لا يأتي بسجود السهو بعد تسليمتين لان ذلك بمنزلة الكلام ويأتي بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم والدعاء في قعدة السهو هو الصحيح لان موضعهما آخر الصلاة وهو اختيار الكرخي وقيل يأتي بهما في القعدة الاولى وقال الطحاوي كل قعدة في آخرها سلام ففيها الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم فعلى هذا القول يأتي بهما في القعدتين ومنهم من قال في المسئلة خلاف بين المتقدمين فعند أبي حنيفة وأبي يوسف

سنة في صلاة فصلاها قبلها لا سجود عليه وان طال تفكره ولو انصرف لسبق حدث فشك أنه صلى ثلاثا أو أربعا ثم علم وشغله ذلك عن وضوئه ساعة ثم أتم وضوءه كان عليه السهو لانه في حرمتها اه فتح (قوله ولو قرأ آية في الركوع الى آخره) قال في البدائع ولو قرأ قرآن في ركوعه أو في سجوده أو في قيامه لا سهو عليه لأنه ثناء وهذه الاركان مواضع الثناء اه وهو يخالف ما ذكره الشارح اه لو قرأ القرآن في القعدة انما يجب السهو اذا لم يفرغ من التشهد أما اذا فرغ فلا يجب اه فتح قوله وهذه المواضع محل الثناء أي بخلاف قراءة القرآن فيهما فان فيه السهو اه فتح (قوله وقبلها محل الثناء الى آخره) وهذا يقتضي تخصيصه بالركعة الاولى اه فتح (قوله كذا اذا زاد على التشهد الى آخره) قال في البدائع ولو زاد على قراءة التشهد في القعدة الاولى وصلى على النبي صلى الله عليه وسلم ذكر في أمالي الحسن بن زياد من أبي حنيفة انه عليه سجود السهو وعندهما لا يجب لهما أنه لو وجب عليه سجود السهو لوجب لجبر النقصان ثم شرع ولا يعقل تمكن النقصان في الصلاة بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم

يوسف يصلي في الاولى وعند محمد يصلي في الاخيرة بناء على ان سلام من عليه السهو يخرجه منها عندهما فكانت الاولى هي القعدة للختم فيصلي فيها ويدعو ليكون خروجه منها بعد الاركان والسنن والمستحبات والآداب قال في المفيد هو الصحيح وعند محمد لا يخرجه منها فيؤخر الصلاة والدعاء الى قعدة السهو لانها هي الاخيرة والرابع في السبب الموجب لسجود السهو وقد اختلفوا فيه وأكثرهم على أنه يجب بترك واجب أو تغييره أو تأخير ركن أو تقديمه أو تكراره أو ترك الترتيب فيما شرع مكررا والصحيح أنه يجب بترك الواجب لا غير وهو المراد بقوله في المختصر بترك واجب أي يجب سجدتان بسبب ترك واجب وهذا لان في التقديم والتأخير والتغيير ترك الواجب لان الواجب عليه أن لا يفعل كذلك فاذا فعل فقد ترك الواجب فصار ترك الواجب شاملا للكل ثم لابد من بيان ذلك فنقول واجبات الصلاة أنواع منها قراءة الفاتحة والسورة فلو ترك الفاتحة أو أكثرها في الاوليين وجب عليه سجود السهو بخلاف ما لو تركها في الاخريين لانها سنة فيهما على الصحيح ولو كررها في الاوليين يجب عليه سجود السهو لانه أخر واجبا وهو السورة بخلاف ما لو أعادها بعد السورة أو كررها في الاخريين ولو قرأ الفاتحة وحدها وترك السورة يجب عليه سجود السهو وكذا لو قرأ مع الفاتحة آية قصيرة لان قراءة ثلاث آيات قصار أو آية طويلة مع الفاتحة واجبة ولو أخر الفاتحة عن السورة فعليه سجود السهو وكذا لو قرأ آية في الركوع أو السجود أو القومة أو القعود فعليه سجود السهو لانه ليس بموضع القراءة ولو قرأ السورة في الاخريين لا سهو عليه لانهما محل الذكر ومنها التشهد فاذا تركه في القعود الاول أو الاخير وجب عليه سجود السهو وكذا اذا ترك بعضه ذكره في المحيط ولو تشهد في قيامه أو ركوعه أو سجوده فلا سهو عليه لانه ثناء وهذه المواضع محل الثناء وعن محمد لو تشهد في قيامه قبل قراءة الفاتحة فلا سهو عليه وبعدها يلزمه سجود السهو وهو الاصح لان بعد الفاتحة محل قراءة السورة فاذا تشهد فيه فقد أخر الواجب وقبلها محل الثناء ولو كرر التشهد في القعدة الاولى فعليه سجود السهو وكذا اذا زاد على التشهد الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لانه أخر ركنا وهو القيام الى الثالثة واختلفوا في قدر الزيادة فقال بعضهم يجب عليه سجود السهو بقوله اللهم صل على محمد وقال آخرون لا يجب حتى يقول وعلى آل محمد والاول أصح ولو كرره في القعدة الثانية فلا سهو عليه لانها محل الذكر والدعاء ومنها القنوت فاذا تركه يجب عليه سجود السهو وتركه يتحقق برفع رأسه من الركوع ولو تذكر في الركوع أنه ترك القنوت

وأبو حنيفة يقول لا يجب عليه بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بل بتأخير الفرض وهو القيام الا أن التأخير حصل بالصلاة فيجب عليه من حيث انها تأخير لا من حيث انها صلاة على النبي صلى الله عليه وسلم اه وفي البدائع أيضا ولو تلا سجدة فنسي أن يسجدها ثم تذكرها في آخر الصلاة فعليه أن يسجدها ويسجد للسهو لانه أخر الواجب عن وقته اه (قوله فقال بعضهم يجب عليه سجود السهو الى آخره) ولو زاد حرفا من الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم وهذا القول ذكره في الفتح مقدما على حكاية الاقوال ولم يصحح من الاقوال شيئا لكن تقديمه هذا القول على غيره يرشد الى أنه أصح وهكذا قدمه في معراج الدراية وعزاه الى أبي حنيفة وهذه عبارته في الدراية وفي المحيط زاد في التشهد الاول حرفا يجب السهو عند أبي حنيفة وقال ابن شجاع انما يجب اذا قال اللهم صل على محمد وقال الشيخ أبو نصر والماتريدي انما يجب اذا قال معه وعلى آل محمد اه (قوله وقال آخرون الى آخره) وعن الصفار لا سهو عليه في هذا وعن محمد أستقبح اذ وجب سجود السهو بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم قلت قد أوجب سجود السهو بقراءة القرآن في الركوع والسجود لكونها في غير محلها فكذا بالصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لكونها في غير محلها اه سروجي (قوله لانها محل الذكر والدعاء الى آخره) وكذا قراءة التشهد اذا سها عنها في القعدة الاخيرة ثم ذكرها قبل السلام أو بعدما سلم ساهيا قرأها وسلم ويسجد للسهو لانها واجبة كذا في البدائع اه ولو سلم على يساره قبل يمينه لا سجود عليه لان الترتيب في السلام من باب السنة فلا يتعلق به وجوب السهو ولو نسي التكبير في أيام التشريق لا سهو عليه لانه بترك واجبا من واجبات الصلاة اه بدائع

(قوله ففي عوده الى القنوت روايتان الى آخره) احداهما يعود ويقنت ويعيد الركوع وقد تقدم وقيل لا يعيد الركوع والاول الاوجه اذا قلنا بوجوب القنوت وهو قول أبي حنيفة وعنهما أنه سنة ثم رجح في البدائع والفتاوى رواية عدم العود الى القنوت وجعلها ظاهر الرواية اه فتح قال في البدائع في باب القنوت وأما حكم القنوت اذا فات عن محله فيقول اذا نسي القنوت حتى ركع ثم تذكر بعدما رفع رأسه من الركوع لا يعود ويسقط عنه القنوت وان كان في الركوع فكذلك في ظاهر الرواية وروى عن أبي يوسف أنه يعود الى القنوت لان له شبها بالقرآن فيعود كما لو ترك الفاتحة أو السورة ولو تذكر في الركوع أو بعدما رفع رأسه منه أنه ترك الفاتحة أو السورة يعود وينتقض ركوعه كذا هنا ووجه الفرق على ظاهر الرواية أن الركوع يتكامل بقراءة الفاتحة والسورة لان الركوع لا يعتبر بدون القراءة أصلا فيتكامل بقراءة الفاتحة وقراءة الفاتحة والسورة على التعيين واجبة فينتقض الركوع بتركها فكان نقض الركوع للاداء على الوجه الاكمل والاحسن وكان مشروعا وأما القنوت فليس مما يتكامل به الركوع الا ترى أنه لا قنوت في سائر الصلوات والركوع يعتبر بدونه فلم يكن النقض للتكميل لكماله في نفسه فلو نقض كان النقض لاداء الواجب ولا يجوز نقض الفرض لتحصيل الواجب فهو الفرق ولا يقنت في الركوع بخلاف تكبيرات العيدين اذا تذكرها في حال الركوع حيث يكبر فيه والفرق أن تكبيرات العيد لم

تختص بالقيام المحض ألا ترى أن تكبيرة الركوع يؤتى بها في حالة الانحطاط وهي محسوبة من تكبيرات العيد بإجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم فاذا جاز أداء واحدة منها في غير محض القيام من غير عذر جاز أداء الباقي مع قيام العذر بطريق الاولى فأما القنوت فلم يشرع الا في محل القيام غير معقول المعنى فلا يتعدى الى الركوع الذي هو قيام من وجه ولو أنه عاد الى القيام وقنت ينبغي أن لا ينتقض ركوعه على قياس ظاهر الرواية بخلاف ما اذا عاد الى قراءة الفاتحة أو السورة حيث ينتقض ركوعه اه وكتب ما نصه قال في الينابيع ويسجد للسهو اه غاية (قوله

ففي عوده الى القيام روايتان ولو ترك التكبيرة التي بعد القراءة قبل القنوت سجد للسهو لانها بمنزلة تكبيرة العيد ومنها تكبيرات العيدين فاذا تركها أو ترك تكبيرة واحدة منها وجب عليه سجود السهو ولو ترك تكبيرة الركوع الثاني من صلاة العيد وجب عليه سجود السهو لانها واجبة تبعا لتكبيرات العيد بخلاف تكبيرة الركوع الاول لانها ليست ملحقة بها ومنها البسملة فاذا تركها لا يجب عليه سجود السهو وقيل لا يجب وقيل ان تركها قبل الفاتحة يجب وان تركها بين الفاتحة والسورة لا يجب ومنها الجهر والاخفاء حتى لو جهر فيما يخافت أو خافت فيما يجهر وجب عليه سجود السهو واختلفوا في مقدار ما يجب به السهو منهما قيل ان جهر فيما يخافت فعليه السهو قل أو كثر وان خافت فيما يجهر ينظر فان خافت بفاتحة الكتاب أو أكثرها فعليه السهو وان خافت في أقلها فلا سهو عليه وان كان من سورة أخرى فيعتبر قدر ما تجوز به الصلاة على اختلافهم فيه لان حكم الجهر فيما يخافت أقبح من المخافتة فيما يجهر لانه عمل بالمنسوخ فغلظ حكمه ولان لصلاة الجهر حظا من المخافتة كالفاتحة في الاخريين وكذا المنفرد يتخير فيما بين الجهر والمخافتة ولا حظ لصلاة المخافتة من الجهر فأوجبنا السجود في الجهر قل أو كثر وشرطنا الكثرة في المخافتة وفي الفاتحة أكثرها لان الفاتحة كلها ثناء ودعاء ولهذا شرعت في الثانية على سبيل الدعاء فأعطي لها حكم الدعاء والثناء من وجه وان كانت تلاوة حقيقة والجهر بالثناء لا يوجب سجود السهو وبالتلاوة يوجب فيعتبر فيها الاكثر وقيل يعتبر في الفصلين قدر ما تجوز به الصلاة وهو الاصح لان اليسير من الجهر والاخفاء لا يمكن الاحتراز عنه وعن الكثير يمكن وما تصح به الصلاة كثير غير أن ذلك آية عند أبي حنيفة وعندهما ثلاث آيات قصار أو آية طويلة ولا فرق بين الفاتحة وغيرها والمنفرد لا يجب عليه السهو بالجهر والاخفاء

ومنها تكبيرات العيدين الى آخره) قال في البدائع ولو ترك تكبيرات العيدين فتذكر في الركوع قضاها في الركوع بخلاف القنوت اذا تذكر في الركوع حيث يسقط اه (قوله وجب عليه سجود السهو الى آخره) وكذا اذا سها عنها أو أتى بها في غير موضعها لانه يحصل تغيير فرض أو واجب اه بدائع (قوله ومنها البسملة) قال في القنية نقلا عن أجناس الناطفي ولا يتعلق السهو بترك الافتتاح والتعوذ والتسمية وتكبيرات الصلاة وقوله سمع الله لمن حمده ربنا لك الحمد وكل ذكر ليس بمقصود وهو ما يجعل علامة لغيره فتركه لا يلزم السهو وما هو مقصود وهو أن لا يجعل علامة لغيره يلزمه السهو اه (قوله وقيل لا يجب) وفي المفيد لا يجب بترك التسمية والتأمين شيء اه غاية (قوله وان تركها بين الفاتحة والسورة لا يجب) وأوجب عن الائمة الكرابيسي السهو بترك التسمية بين الفاتحة والسورة اه غاية (قوله ومنها الجهر والاخفاء الى آخره) في المنتقى وغريب الرواية لو أم في النفل بجهر فان خافت فعليه السهو اه كاكي (قوله وقيل يعتبر في الفصلين الخ) وهو رواية أبي عبد الله محمد بن سماعة القاضي التميمي عن محمد رحمه الله تعالى اه بدائع (قوله لا يجب عليه السهو بالجهر والاخفاء) أي لانه مخير بين الجهر والمخافتة كذا في غير موضع وقد يقال كونه مخيرا في الجهرية مسلم أما في السرية فلنا أن نمنع تجويز الجهرية اه فتح قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه الصلاة التي يخافت فيها بالقراءة لا يتخير المنفرد بين الجهرية والمخافتة بل يخافت اه وقال الزاهدي في باب صفة الصلاة وأما المنفرد فيخفي فيما يخفي الامام ويتخير فيما يجهر فيها اه

لانهما من خصائص الجماعة ومنها القعدة الاولى حتى لو تركها يجب عليه سجود السهو وكذا تأخير ركن يوجب السهو حتى لو أخر سجدة من الركعة الاولى الى آخر الصلاة يجب عليه سجود السهو وكذا تكراره كركوعين أو ثلاث سجدات وفي البدائع اختلفوا في ترك تعديل الاركان والقومة والقعدة بين السجدتين في قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بناء على أن ذلك واجب أو سنة قال رحمه الله (وبسهو امامه) أي يجب عليه سجود السهو بسهو امامه لما روى انه عليه الصلاة والسلام سجد وسجد القوم معه ولانه بالاقتداء صار تبعا للامام ولهذا يلزمه الاربع باقتدائه بالامام المقيم أو نوى امامه الاقامة ولا يشترط أن يكون مقتديا به وقت السهو حتى لو أدرك الامام بعد ما سها يلزمه ان يسجد مع الامام تبعا له ولو دخل معه بعد ما سجد سجدة السهو يتابعه في الثانية ولا يقضي الاولى وان دخل معه بعد ما سجدهما لا يقضيهما وان لم يسجد الامام لا يسجد المؤتم لانه يصير مخالفا لامامه وما التزم الاداء الا تبعا له بخلاف تكبير التشريق حيث يأتي به المؤتم وان تركه الامام لانه يؤدى في حرمة الصلاة فلا يكون الامام فيه حتما وسجود السهو يؤدى في حرمتها ولهذا يجوز الاقتداء به بعد ما سجد للسهو قال رحمه الله (لا بسهوه) أي لا يجب بسهو نفسه يعني المقتدي لانه لو سجد وحده كان مخالفا لامامه ولو تابعه الامام ينقلب التبع أصلا ولو كان مسبوقا فسها بعد ما قام لقضاء ما سبق به يلزمه السهو لانه منفرد فيما يقضيه ولو سلم المسبوق مع الامام ينظر فان سلم مقارنا لسلام الامام أو قبله فلا سهو عليه لانه مقتد به وان سلم بعده يلزمه السهو لانه منفرد وقيل يلزمه في التسليمة الثانية دون الاولى ذكره ابن سماعة عن محمد في النوادر قال رحمه الله (وان سها عن القعود الاول وهو اليه أقرب عاد) لان ما يقرب الى الشئ يأخذ حكمه ثم قيل يسجد للسهو للتأخير لانه بقدر ما اشتغل بالقيام أخر واجبا وجب وصله بما قبله وقيل لا يسجد وهو الاصح لانه لم

(قوله لانهما من خصائص الجماعة الى آخره) كذا في الهداية قال الاكمل وأما كون وجوب المخافتة من خصائصها فممنوع لان المنفرد يجب عليه المخافتة فيجب السهو بتركها أجيب بأن ذلك وجه رواية النوادر وروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في المنفرد اذا جهر فيما يخافت ان عليه السهو لما ذكرنا وأما على ظاهر الرواية فلا نسلم أن المخافتة واجبة عليه لانها وجبت لنفي المغالطة وانما يحتاج الى ذلك في صلاة تؤدى على الشهرة والمنفرد لم يؤد كذلك فلم تكن المخافتة واجبة عليه اه (قوله في المتن وبسهو امامه) معطوف على قوله بترك الواجب أي يجب سجود السهو بتركه واجبا ان كان منفردا أو بترك إمامه لو جب ان كان مقتديا كذا نقلته من خط الشارح وكتب ما نصه بشرط ان يسجد الامام حتى لو تركها الامام يتركها المقتدي أيضا اه ع (قوله ولانه بالاقتداء صار تبعا للامام) حتى قالوا لو ترك بعض من خلف الامام التشهد حتى قاموا معه بعدما تشهد كان على من لم يتشهد أن يعود فيتشهد ويلحقه وان خاف ان يفوته الركعة الثالثة بخلاف المنفرد حيث لا يعود لان التشهد هنا فرض بحكم المتابعة وهذا بخلاف ما اذا أدرك الامام في السجود فلم يسجد معه السجدتين فانه يقضي السجدة الثانية ما لم يخف فوت ركعة فان خاف ذلك تركها لان هنالك هو يقضي هاتين السجدتين ضمن قضاء الركعة فعليه أن يشتغل باحراز الركعة الاخرى اذا خاف فوتها وهنا لا يقضي التشهد بعد هذا فعليه أن يأتي به ثم يتبع كالذي نام خلف امامه ثم انتبه اه فتح (قوله ولا يشترط أن يكون مقتديا به وقت السهو الى آخره) قال في المحيط اللاحق اذا سجد للسهو مع امامه لا يعتد به ويسجد في آخر صلاته لان ما أدركه معه ليس بآخر صلاته بخلاف المسبوق لان ما أدركه معه آخر صلاة الامام فيصير في حقه آخرا تحقيقا للمتابعة ولو تابع المسبوق امامه في سجدتي السهو ثم تبين أنه لم يكن عليه سهو فسدت صلاته لانه اقتدى في موضع يجب الانفراد وفي الفتاوى ان لم يعلم المسبوق انه لم يكن عليه سهو لا تفسد صلاته وان علم فسدت اه غاية قال في شرح الطحاوي واللاحق لا يتابع الامام في سجدتي السهو قبل أن يقضي ما عليه لانه في الحكم كأنه خلف الامام فيأتي بهما في الموضع الذي يأتي به الامام اه (قوله لانه يصير مخالفا لامامه الى آخره) وقد أورد على المصنف في قوله لانه يصير مخالفا لامامه إشكال وهو ما اذا قام المسبوق لقضاء ما سبق بعد فراغ الامام والمقيم اذا اقتدى بالمسافر يتم ركعتين بعد فراغ الامام عليهما لان المخالفة بعد الفراغ لا تعد مخالفة وفي النهاية جوابه ان ههنا يصير مخالفا وهنالك لا وذلك لان المقتدي لو سجد فلا يخلو إما أن يسجد في الحالة التي مع الامام أو بعدها ففي الاول مخالفة صورة ومعنى وفي الثاني معنى لا صورة لان سجود السهو لجبر النقصان في صلاة أداها مع الامام فهو فصار كأنه سجدها في تلك الحالة التي مع الامام فكانت مخالفة معنى بخلاف تينك المسألتين فانهما يتحققان بعد فراغ الامام ولم يتعلقا بصلاة الامام فلا تكون مخالفة صورة ولا معنى اه كاكي (قوله ولو سلم المسبوق مع الامام الى آخره) هذا اذا سلم ساهيا أما اذا سلم مع علمه انه مسبوق فسدت صلاته لان سلام العمد بمنزلة الكلام في شرح الطحاوي (قوله وقيل يلزمه في التسليمة الثانية الى آخره) قال في الغاية ولو سلم المسبوق مع الامام فعليه سجدتا السهو في التسليمة الثانية دون الاولى لانه منفرد في الثانية اه (قوله في المتن وان سها عن القعود الاول) أي في ذوات الاربع أو الثلاث من الفرض فانه وضع المسألة في مبسوط شيخ الاسلام والمحيط في الفرض لان القعدة الاولى في التطوع فرض فكانت كالقعدة الاخيرة حتى يعود اليها لا محالة وان استوى قائما اه كاكي

(قوله ما لم يستتم قائما وهو الاصح) قال في فتح القدير ثم قيل ما ذكر في الكتاب رواية عن أبي يوسف اختارها مشايخ بخارى وأما ظاهر المذهب فما لم يستو قائما يعود اه (قوله تفسد صلاته على الصحيح الى آخره) أي بخلاف ترك القيام بسجود التلاوة لانه على خلاف القياس وردها الشرع لاظهار مخالفة المستكبرين من الكفرة وليس فيما نحن معناه أصلا على أنا نقول الجناية هنا بالرفض وليس ترك القيام للسجود رفضا له حتى لو لم يقم بعدها قدر فرض القراءة حتى ركع صحت هنا وفي النفس من التصحيح شئ وذلك لان غاية الامر في الرجوع الى القعدة الاولى أن يكون زيادة قيام ما في الصلاة وهو وان كان لا يحل لكنه بالصحة لا يخل فاعرف أن زيادة ما دون الركعة لا تفسد الا أن يفرق باقتران هذه الزيادة بالرفض لكن يقال المتحقق لزوم الاثم أيضا بالرفض أما الفساد فلم يظهر وجه استلزامه اياه فيترجح بهذا البحث القول المقابل للمصحح اه فتح (قوله في المتن وان سها عن الاخير الى آخره) يشمل قعدة الصبح اه ع (قوله بجعل الرفض) أي لانه ليس له حكم الصلاة ولهذا لا يحنث به في يمينه لا يصلي فريضة اه كاكي (قوله وهو المختار) لانه أرفق وأقيس اه فتح (قوله في هذه السجدة) أي سجدة الخامسة اه (قوله فانه يبني عند محمد الى آخره) لان عند محمد يتم السجدة بالرفع والرفع وجد مع الحدث فلا يعتبر فبطلت السجدة في نفسها فصار كأن لم يسجد ولو لم يسجد يتوضأ ويبني بالاتفاق اه كاكي وقد سئل أبو يوسف فقال بطلت ولا يعود اليها فأخبر بجواب محمد فقال زه صلاة فسدت يصلحها الحدث وزه بمعجمة مكسورة بعدها هاء كلمة تعجب وهو هنا على وجه التهكم قيل قاله لغيظ لحقه من محمد بسبب ما بلغه من عيبه قوله في المسجد اذا خرب انه لا يعود الى ملك الواقف ولا يخرج عن كونه مسجدا وان صار مأوى الكلاب والدواب اه فتح وأما قول الشارح فانه يبني أي على الفرض أي بسبب ذلك الحدث أمكنه اصلاح فرضه بأن يتوضأ ويأتي فيقعد ويتشهد ويسلم ويسجد للسهو لان الرفع حصل مع الحدث فلا يكون مكملا للسجدة ليفسد الفرض به وهو أعني صحة البناء بسبب سبق الحدث اذا لم يتذكر في السجود أنه ترك سجدة صلبية من صلاته فان تذكر ذلك فسدت اتفاقا لما سنذكر في تتمة بعقدها في السجدات اه فتح القدير (قوله وعنده لا يبني) أي وينقلب فرضه نفلا اه (قوله وان لم يضم اليها فلا شئ عليه الى آخره) وان كان الضم واجبا على ما هو ظاهر الاصل لعدم جواز التنفل بالوتر لانه مظنون الوجوب حلافا لزفر والزوم اعادته شرعا بالالزام أو الزام الرب تعالى ابتداء وشروعه لم يكن لواحد من هذين بل بقصد الاسقاط فاذا تبين أن ليس عليه شئ سقط أصلا اه فتح (قوله ولو اقتدى به انسان) أي في الخامسة ثم أفسدها اه غاية (قوله يلزمه ست ركعات) عندهما وعند محمد لا يتصور القضاء اه كذا في الغاية نقلا عن المحيط اه

يوجد شئ من القيام ومعنى القرب الى القعود أن يرفع أليتيه من الارض وركبتاه عليها وقيل ما لم ينتصب النصف الاسفل فهو الى القعود أقرب وان انتصب فهو الى القيام أقرب ولا معتبر بالنصف الاعلى وقيل يعود الى القعود ما لم يستتم قائما وهو الاصح قال رحمه الله (والالا) أي وان لم يكن الى القعود أقرب فلا يعود اليه لانه كالقائم معنى قال رحمه الله (ويسجد للسهو) لانه ترك الواجب وهو القعود الاول ولو عاد الى القعود تفسد صلاته على الصحيح لتكامل الجناية برفض الفرض بعد الشروع فيه لاجل ما هو ليس بفرض قال رحمه الله (وان سها عن الاخير) أي عن القعود الاخير (عاد ما لم يسجد) لانه لم يستحكم خروجه عن الفرض وفي العود اصلاح صلاته وقد أمكنه ذلك برفض ما أتى به لان ما دون الركعة بمحل الرفض قال رحمه الله (وسجد للسهو) لانه أخر فرضا وهو القعود الاخير قال رحمه الله (فان سجد بطل فرضه برفعه) أي برفع الرأس من السجود لان الخامسة قد انعقدت واستحكم دخوله في النفل قبل اكمال الفرض ومن ضرورته خروجه من الفرض وقوله برفعه قول محمد رحمه الله وهو المختار وقال أبو يوسف يبطل بوضع الجبهة وهو رواية عن محمد لانه سجود كامل وجه الاول أن تمام الركن بالانتقال عنه ولهذا لو سبقه الحدث ينتقض الركن الذي أحدث فيه حتى يجب عليه اعادته اذا بنى ولو تم بالوضع لما انتقض بالحدث وكذا لو سجد المؤتم قبل امامه فأدركه امامه في السجود أجزأه ولو تم بنفس الوضع لما جازت صلاته لان كل ركن سبق به المؤتم امامه لا يعتد به وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا سبقه الحدث في هذه السجدة فانه يبني عند محمد وعنده لا يبني قال رحمه الله (وصارت نفلا) أي انقلبت صلاته نفلا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا تنقلب بناء على أصلين أحدهما أن صفة الفرضية اذا بطلت لا تبطل التحريمة عندهما وعنده تبطل وقد عرف في موضعه والثاني أن ترك القعود على رأس ركعتي النفل لا يبطل عندهما وعنده يبطل وقد بيناه في النوافل قال رحمه الله (فيضم اليها سادسة) لان التنفل بالوتر غير مشروع وان لم يضم اليها فلا شئ عليه لانه ظان ثم قيل يسجد للسهو على قولهما والاصح أنه لا يسجد لان النقصان بالفساد لا ينجبر بالسجود ولو اقتدى به انسان يلزمه ست ركعات لانه المؤدى بهذه التحريمة وسقوطه عن الامام للظن ولم يوجد في حقه بخلاف ما اذا عاد الامام الى القعود بعد اقتدائه به حيث يلزمه أربع ركعات لانه لما عاد جعل كأن لم يقم قال رحمه الله (وان قعد في الرابعة ثم قام يظنها القعدة الاولى عاد وسلم) لان ما دون الركعة بمحل الرفض

والتسليم

(قوله والتسليم في حالة القيام غير مشروع الى آخره) ولو سلم قائما لا تفسد صلاته ثم اذا عاد لا يعيد التشهد وكذا لو قام عامدا قال الناطفي بعيد ثم قيل القوم يتبعونه فان عاد عادوا معه وان مضى في النافلة اتبعوه لان صلاتهم تمت بالقعدة والصحيح ما ذكره البلخي عن علمائنا انهم لا يتبعونه لانه لا اتباع في البدعة لكن ينتظرونه قعودا فان عاد قبل أن يقيد الخامسة بالسجدة اتبعوه بالسلام فان قيد سلموا في الحال ذكره صاحب المحيط والتمرتاشي اه كاكي قال الكمال رحمه الله ولا يخفى عدم متابعتهم فيما اذا قام قبل القعدة اه قوله لا يعيد التشهد أي بل يقعد ويسلم اه وقوله فيما اذا قام أي الى الخامسة اه (قوله ليأتي به على الوجه المشروع) أي كما لو أقام المؤذن وهو في الركعة الاولى ولم يقيدها بالسجدة فانه يرفضها اه كاكي (قوله في المتن وضم اليها سادسة الى آخره) هذا لفظ الجامع الصغير ولم يذكر على معنى التخيير أو الاستحباب أو الايجاب وفي المبسوط ما يدل على الوجوب فانه قال عليه أن يضيف وكلمة على للايجاب وانما وجب الضم للنهي عن التنفل بركعة واحدة اه كاكي (قوله ثم لا ينوبان عن السنة الراتبة) قال في المحيط لانها ناقصة غير مضمونة فلا تنوب عن الكاملة اه غاية (قوله وقيل يضم اليها الى آخره) قال قاضيخان وعليه الاعتماد اه (قوله والنهي عن التنفل بعد العصر الى آخره) قال العلامة كمال الدين رحمه الله ولو كانت الصورة في العصر أعني صلاها خمسا بعدما قعد الثانية أو في الفجر بعد في الثانية بعد القعدة قالوا لا يضم سادسة لانه يصير متنفلا بركعتين بعد العصر والفجر وهو مكروه والمختار أن يضم والنهي عن التنفل القصدي بعدهما وكذا اذا تطوع من آخر الليل فلما صلى ركعة طلع الفجر الاولى أن يتمها ثم يصلي ركعتي الفجر لانه لم يتنفل بأكثر من ركعتي الفجر قصدا اه (فرع) ترك سجدة صلبية من ركعة فتذكرها في آخر الصلاة قضاها وتمت صلاته عندنا وقال الشافعي يقضيها ويقضي ما بعدها الا ان ما حصل بعد المتروك حصل قبل أوانه فلا يعتبر لانها عبادة شرعت مرتبة كما لو قدم السجود على الركوع قلنا الركعة الثانية صادفت محلها لان محلها بعد الركعة الثانية وقد وجدت الاولى لان الركعة تتقيد بسجدة واحدة وانما الثانية تكرار فكان أداء الثانية معتبرا فلا يلزم الا القضاء للمتروك بخلاف ما اذا قدم

والتسليم في حالة القيام غير مشروع فيعود ليأتي به على الوجه المشروع قال رحمه الله (وان سجد للخامسة تم فرضه) لانه لم يترك الا اصابة لفظ السلام وهي ليست بفرض عنده على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وضم اليها سادسة) لتصير الركعتان له نفلا لان الركعة الواحدة لا تجزيه لنهي النبي صلى الله عليه وسلم عن البتيراء ثم لا ينوبان عن السنة الراتبة بعد الفرض هو الصحيح لان المواظبة عليها بتحريمة مبتدأة مقصودة قالوا وفي العصر لا يضم اليها سادسة لكراهة التنفل بعدها وقيل يضم اليها لان هذا ليس بمقصود والنهي عن التنفل بعد العصر يتناول المقصود فلا يكره بدونه وهو الاصح وفي الفجر اذا قام الى الثالثة بعدما قعد قدر التشهد وقيدها بالسجدة لا يضم اليها رابعة لكراهية التنفل

السجود على الركوع لان السجود محله بعد الركوع لتقييد الركعة والركعة بدون الركوع لا تتحقق وكذا لو ذكر سجدة من ركعتين في آخر الصلاة قضاهما ويبدأ بالاولى منهما ولو كانت احداهما سجدة تلاوة تركهما من الاولى والاخرى صلبية تركها من الثانية يرتب أيضا وقال زفر يبدأ بالثانية لانها أقوى قلنا القضاء معتبر بالاداء ولو تذكر سجدة صلبية وهو راكع أو ساجد خر لها من ركوعه ورفع رأسه من سجوده فسجدها الافضل أن يعيد الركوع والسجود ليكون على الهيئة المسنونة وهو الترتيب وان لم يعدهما أجزأه وقال زفر لا يجزيه لان الترتيب في أفعال الصلاة فرض عنده فتعقب السجدة يجعلها فبطل ما أدى من القيام والقراءة والركوع لترك الترتيب وعندنا الترتيب في أفعال الصلاة الواحدة ليس بفرض ولهذا يبدأ المسبوق بما أدرك الامام فيه ولئن كان فرضا فقد سقط بعذر النسيان وعن أبي يوسف أن عليه اعادة الركوع بناء على أصله أن القومة من الركوع والسجود فرض اه ولو ترك ركوعا لا يتصور فيه القضاء وكذا لو ترك سجدتين من ركعة بأن قرأ وسجد قبل أن يركع ثم قام الى الثانية فقرأ وركع وسجد فقد صلى ركعة واحدة ولا يكون هذا الركوع قضاء عن الاول لانه اذا لم يركع لا يعتد بالسجود لعدم مصادفته محله اذ محله بعد الركوع وكذا اذا افتتح فقرأ وركع ولم يسجد ثم رفع رأسه فقرأ ولم يركع وسجد صلى ركعة واحدة ولا يكون هذا السجود قضاء عن الاول لان ركوعه معتبر لمصادفته محله الا انه توقف على أن يقيد بسجدة فقيامه وقراءته بعد ذلك غير معتد به لعدم مصادفته محله وسجوده بعد في محله وكذا اذا قرأ وركع ثم رفع فقرأ وركع وسجد صلى ركعة لانه تقدم ركوعان وسجوده بعدهما فيلتحق بأحدهما ويلغو الآخر ففي باب الحدث اعتبر الاول وفي باب سجود السهو من رواية أبي سليمان اعتبر الثاني والاولى هي الصحيحة فقدر كهما [illegible] للركعة وكذا لو قرأ ولم يركع وسجد ثم قام فقرأ وركع ولم يسجد ثم قام فقرأ ولم يركع وسجد فانما صلى ركعة واحدة وكذا ان ركع في الاول ولم يسجد ثم ركع في الثانية ولم يسجد وسجد في الثالثة ولم يركع فانما صلى ركعة ويسجد للسهو في هذه المواضع ولا تفسد صلاته الا في رواية عن محمد ان زيادة السجدة الواحدة كزيادة الركعة بناء على أصله أن السجدة الواحدة قربة وهي سجدة الشكر وعندهما السجدة الواحدة ليست بقربة الا سجدة التلاوة بخلاف ما اذا زاد ركعة كاملة لانه فعل صلاة كاملة فتنعقد نفلا فصار منتقلا اليها فلا يبقى في الفرض ضرورة اه ملخصا من البدائع

بعدها وكذا اذا لم يقعد قدر التشهد لان فرضه بطل بترك القعود على رأس الركعتين والتنفل قبل الفجر بأكثر من ركعتي الفجر مكروه بخلاف ما اذا قام الى الخامسة في العصر قبل أن يقعد في الرابعة وقيده بسجدة حيث يضم اليها سادسة لان التنفل قبل العصر غير مكروه قال رحمه الله (وسجد للسهو) جبرا للنقصان وهو النقصان المتمكن في النفل بعد الدخول فيه لا على الوجه المسنون عند أبي يوسف لانه لا وجه لأن يجب لجبر النقصان في الفرض لانه قد انتقل منه الى النفل ومن سها في صلاة لا يجب عليه ان يسجد في صلاة أخرى وعند محمد هو لجبر نقصان تمكن في الفرض بترك الواجب وهو السلام وهذا لان تحريمة الفرض باقية لانها اشتملت على أصل الصلاة ووصفها وبالانتقال الى النفل انقطع الوصف لا غير وبقيت التحريمة في حق الجبر كما بقيت في حق الاقتداء فصارت الصلاة واحدة كمن صلى ست ركعات تطوعا بتسليمة واحدة وقد سها في الشفع الاول يسجد للسهو في آخر الصلاة وان كان كل شفع من التطوع صلاة على حدة لكن كلها في حق التحريمة صلاة واحدة وقال أبو منصور الماتريدي الاصح أن يجعل سجود السهو جابرا للنقصان المتمكن في الاحرام فيجبر به النقص المتمكن في الفرض والنفل جميعا ولو اقتدى به انسان في هذه الحالة يصلي ستا عند محمد لانه المؤدى بهذه التحريمة والصلاة واحدة على ما بيناه وعندهما يصلي ركعتين لان الامام استحكم خروجه عن الفرض فصار كتحريمة مبتدأة ولو أفسد المقتدي لا قضاء عليه عند محمد اعتبارا بالامام وهذا لانه لو صار مضمونا على المقتدي لصار بمنزلة اقتداء المفترض بالمتنفل وذلك لا يجوز وعندهما يقضي ركعتين لان السقوط بعارض يخص الامام وهو الظن فلا يتعداه بخلاف ما اذا لم يقعد في الرابعة حيث يلزم المقتدي ست ركعات لان صلاته لما انقلبت نفلا صارت التحريمة كأنها عقدت بست ركعات من النفل ابتداء وهنا لما قعد في الرابعة تم فرضه فصار شارعا في النفل بالقيام له فصار كتحريمة مبتدأة لانفصاله عما قبله فيلزمه ركعتان

ومما يتصل بهذه المسألة اقتداء البالغ بالصبي فانه يجوز عند محمد لان الصبي من أهل التطوع لكن يكون مضمونا على المؤتم وذلك لا يمنع الاقتداء كما في هذه المسألة وعندهما لا يجوز لان المانع من اللزوم في الصبي أصلي بخلاف الظان وقد بيناه في الامامة قال رحمه الله (ولو سجد للسهو في شفع التطوع لم يبن شفعا آخر عليه) لانه لو بنى لبطل سجوده لوقوعه في وسط الصلاة بخلاف المسافر اذا سجد للسهو ثم نوى الاقامة حيث يبني لانه لو لم يبن لبطل جميع صلاته ومع هذا لو بنى صح لبقاء التحريمة ويعيد سجود السهو في المختار لان ما أتى به من السجود وقع في وسط الصلاة فلا يعتد به وقيل لا يعيد لان الجبر حصل بالاول وكذا المسافر اذا نوى الاقامة بعد ما سجد للسهو يلزمه أربع ركعات ويعيد سجود السهو لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو سلم الساهي فاقتدى به غيره فان سجد صح والا لا) أي لو سلم من عليه سجود السهو فاقتدى به انسان قبل أن يسجد للسهو فان سجد الامام صح اقتداؤه وان لم يسجد لا يصح وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر صح اقتداؤه لان عندهما سلام من عليه السهو لا يخرجه من الصلاة أصلا لان السجود وجب لجبر النقصان فلا بد أن يكون في احرام الصلاة ليتحقق الجبر وعندهما يخرجه على سبيل التوقف لان السلام محلل في نفسه وانما لا يحلل هنا لحاجته الى أداء السجود ولا يظهر المنع عن عمله دون السجود اذ لا حاجة له على اعتبار عدم العود الى السجود وهذا التعليل يشير الى أنه لا يخرج بالسلام بل يتوقف بمعنى أنه ان عاد الى السجود تبين أنه لم يخرج وان لم يعد تبين أنه خرج من حين سلم وقال بعض المشايخ يخرج من الصلاة من حين سلم وتنقطع به التحريمة من غير توقف على قولهما وانما التوقف في عود التحريمة ثانيا بمعنى أنه ان عاد الى سجود السهو تعود التحريمة والا فلا وهذا أسهل لتخريج المسائل والاول أصح لان التحريمة اذا بطلت لا تعود الا باعادتها ولم يوجد وتظهر ثمرة الخلاف فيما ذكره في الكتاب وهو الاقتداء وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة وتغير الفرض بنية الاقامة في هذه الحالة ثم لا يسجد للسهو بعد نية الاقامة بل يتركه ويقوم لانه لو

(قوله اقتداء البالغ بالصبي) أي في التراويح والسنن المطلقة اه (قوله كما في هذه المسألة) أي مسألة الظان فان الامام لا يلزمه شيء ومع هذا لا يجوز الاقتداء به وهذا يستقيم على قولهما ولا يستقيم على قول محمد لان المؤتم أيضا لا يلزمه شيء عنده اه من خط الشارح رحمه الله (قوله وفي انتقاض الطهارة بالقهقهة) أي فعند محمد ينتقض وعندهما لا اه (قوله وتغير الفرض الخ) يعني اذا كان مسافرا فنوى الاقامة في هذه الحالة لا يتحول فرضه الى الاربع عندهما ويسقط عنه سجود السهو وعند محمد يتحول رباعية ويأتي بسجود السهو اه

يسجد

(قوله في المتن وسجد للسهو الخ) أي في مجلسه قبل أن يقوم أو يتكلم وفي رواية قبل أن يتكلم أو يخرج من المسجد وهذه تفيد أن الانحراف عن القبلة في المسجد غير مانع عن السجود اه ا ك (قوله وان شك أنه كم صلى الخ) قال الكمال رحمه الله في زاد الفقير ومن خطه نقلت ولو شك في صلاته أنه كم صلى وهو أول ما عرض له من الشك في تلك الصلاة أو مطلقا على خلاف بين المشايخ فسدت صلاته فان لم يكن تحرى فان لم يقع تحريه على شئ أخذ بالمتيقن وان وقع أخذ بما وقع عليه وإذا أخذ بالمتيقن يقعد في كل موضع يتوهم أنه موضع جلوس مثاله شك في الظهر وهو قائم أنها الاولى أو الثانية يتم الركعة ويقعد ثم يأتي باخرى ويقعد ثم يأتي باخرى ويقعد ثم يأتي باخرى ويقعد ولا تأثير للشك بعد السلام ولو شك بعد الفراغ من التشهد روى عن محمد أنه يتم صلاته

سجد لبطل سجوده لوقوعه في وسط الصلاة ولا يؤمر بشئ اذا كان في أدائه ابطاله قال رحمه الله (ويسجد للسهو وان سلم للقطع) معناه أنه يجب عليه أن يسجد للسهو وان أراد بالتسليم قطع الصلاة لان نيته تغيير المشروع فتلغو كما لو نوى الظهر ستا أو نوى المسافر الظهر أربعا بخلاف ما اذا سلم وهو ذاكر للسجدة الصلبية حيث تفسد صلاته والفرق أن سجود السهو يؤتى به في حرمة الصلاة وهي باقية والصلبية يؤتى بها في حقيقتها وقد بطلت بالسلام العمد قال رحمه الله (وان شك أنه كم صلى أول مرة استأنف) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا شك أحدكم في صلاته أنه كم صلى فليستقبل الصلاة ولانه قادر على إسقاط ما عليه من الفرض بيقين من غير مشقة فيلزمه ذلك كما لو شك أنه صلى أو لم يصل والوقت باق فانه يجب عليه أن يصلي لما قلنا فكذا هذا واختلفوا في معنى قولهم أول فقيل أول ما عرض له في تلك الصلاة وقيل معناه أن السهو لم يكن عادة له لا أنه لم يسه قط وقيل أول سهو وقع له في عمره ولم يكن سها في صلاة قط بعد بلوغه ثم الاستقبال لا يتصور الا بالخروج عن الأولى وذلك بالسلام أو الكلام أو عمل آخر مما ينافي الصلاة والسلام قاعدا أولى لانه عهد محللا شرعا ومجرد النية يلغو لانه لم يخرج به من الصلاة قال رحمه الله (وان كثر تحرى) أى ان كثر شكه تحرى وأخذ بأكبر رأيه لقوله عليه الصلاة والسلام من شك في صلاته فليتحر الصواب والتحري طلب الاحرى ولانه يحرج بالاعادة في كل مرة لاسيما اذا كان موسوسا فلا يجب عليه دفعا للحرج فتعين التحري قال رحمه الله (والا أخذ بالاقل) أى ان لم يكن له رأى بنى على الاقل لقوله عليه الصلاة والسلام من شك في صلاته فلم يدر أثلاثا صلى أم أربعا بنى على الاقل ولان في الاعادة حرجا على ما ذكرنا وقد انعدم الترجيح بالرأى فتعين البناء على اليقين حتى تبرأ ذمته بيقين ويقعد في كل موضع يتوهم أنه آخر صلاته كي لا تصير صلاته تاركا القعدة مثاله لو شك أنه صلى ثلاثا أم أربعا قعد قدر التشهد لاحتمال أنه صلى أربعا فيتم بالقعود ثم أدى ركعة أخرى لاحتمال أنه صلى ثلاثا ولو شك أنه صلى ركعة أو ركعتين أو ثلاثا أو أربعا أو لم يصل شيأ قعد قدر التشهد لاحتمال أنه صلى أربعا ثم صلى أربع ركعات يقعد في كل ركعة منهن مقدار التشهد لما ذكرنا من الاحتمال قال رحمه الله (توهم مصلي الظهر أنه أتمها فسلم ثم علم أنه صلى ركعتين أتمها وسجد للسهو) أى أتم الظهر أربعا وسجد للسهو لما روى أنه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك في حديث ذي اليدين عن أبي هريرة ولان السلام ساهيا لا يبطل صلاته لكونه دعاء من وجه بخلاف ما اذا سلم على ظن أنه مسافر وعلى ظن أنها جمعة أو كان قريب العهد بالاسلام فظن أن فرض الظهر ركعتان أو كان في صلاة العشاء فظن أنها التراويح حيث تبطل صلاته في هذه المسائل لانه سلم عامدا والله أعلم

(باب صلاة المريض)

ولا شئ عليه وكذا لو شك في الوضوء كأن شك في مسح رأسه ان كان قبل الفراغ مسح وان كان بعده لا يجب عليه ولو أخبره مخبر بعد الفراغ أنه نقص من صلاته ركعة وعند المصلي أنه أتم لا يلتفت الى إخباره وان شك في صدقه وكذبه فعن محمد أنه يعيد احتياطا وان أخبره عدلان لا يعتبر شكه ويجب الاخذ بقولهما وان لم يكن المخبر عدلين لا يقبل قوله ولو اختلف الامام والمأمومون فقالوا ثلاثا وقال أربعا ان كان على يقين لا يأخذ بقولهم والا أخذ وان اختلف القوم والامام مع أحد الفريقين أخذ بقوله ولو كان معه واحد ولو استيقن واحد بالتمام وآخر بالنقصان وشك الامام والقوم لا اعادة على أحد الا على مستيقن النقصان أما لو استيقن واحد بالنقصان ولم يستيقن أحد بالتمام بل هم واقفون فان ذلك في الوقت أعادوها احتياطا لعدم المعارضة هنا بخلاف ما قبلها وهذه الاعادة على وجه الاولى اه والله أعلم (قوله كثر شكه تحرى الخ) وأما الشك في أفعال الحج ذكر الجصاص أنه يتحرى كما في الصلاة وقال عامة مشايخنا يؤدي ثانيا لان تكرار الركن والزيادة عليه لا يفسد الحج وزيادة الركعة تفسد الصلاة فكان التحري في باب الصلاة أحوط اه محيط أبي القاسم السرخسي (قوله فليتحر الصواب الخ) ولا معارضة بين الحديثين لان ذلك محمول على ما اذا وقع له أول مرة وهذا على ما اذا وقع له غير مرة ولم يحصل الامر بالعكس لانه يوجب ترك العمل باحدهما فتفهم اه عيني

(باب صلاة المريض)

ذكرها عقيب سجود السهو لان كل واحد منهما من العوارض السماوية الا أن الاول أكثر وقوعا وأعم موقعا لانه يتناول صلاة المريض والصحيح فقدمه لشدة مساس الحاجة الى بيانه وإما لان السهو تقصير والجبر بقدر الامكان فأتبعه صلاة المريض لانها صلاة مع قصور وشرعت بقدر الامكان كذا فى الدراية وفى الغاية وهى من اضافة الفعل الى فاعله كدق القصار أو الى محله وانه سائغ كقولهم جرح زيد لا يندمل كذا قال الشيخ الامام بدر الدين قلت وينبغى أن يتعين الاول هنا لان المعنى الصلاة الصادرة من المريض فالمريض فاعلها وموجدها أما قولهم جرح زيد لا يندمل فالظاهر أن زيدا مجروح فلا يكون نظير صلاة المريض لان المريض فعيل بمعنى فاعل اه (قوله الماشديدا الى آخره) فان لحقه نوع مشقة لم يجز ترك القيام بسببها اه فتح (قوله لعمران بن حصين الى آخره) قال كانت بى بواسير فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الصلاة فقال صل قائما الى آخره اه غاية قال فى المنتقى لابن تيمية رواه الجماعة الا مسلما وقال النووى وسط ابن الجوزى رواه البخارى وزاد النسائى فان لم تستطع فمستلقيا لا يكلف الله نفسا الا وسعها اه غاية (قوله ولو قدر على بعض القيام الى آخره) قال فى الذخيرة ولو كان قادرا على بعض القيام دون تمامه لا ذكر له فى شئ من الكتب قال الفقيه أبو جعفر يؤمر أن يقوم مقدار ما يقدر فان عجز قعد حتى لو قدر أن يكبر قائما ولم يقدر على القيام للقراءة أو يقدر لبعض القراءة دون تمامها لزمه القيام فيما يقدر وكذا ذكره فى المبسوط فى التكبير وفى قاضيخان فان لم يقم خفت أن لا تجزيه صلاته ويتعد فى غيره وبه أخذ الحلوانى اه غاية قوله أبو جعفر أى الهندوانى اه زاهدى وقوله خفت أن لا تجزيه

قال رحمه الله (تعذر عليه القيام أو خاف زيادة المرض صلى قاعدا يركع ويسجد) وكذا اذا خاف إبطاء البرء بالقيام أو دوران الرأس أو كان يجد للقيام ألما شديدا يصلى قاعدا يركع ويسجد لقوله عليه الصلاة والسلام لعمران بن حصين صل قائما فان لم تستطع فقاعدا فان لم تستطع فعلى جنبك ولان فى القيام فى هذه الحالة حرجا بينا وهو مدفوع بالنص ولو قدر على القيام متكئا قال الحلوانى الصحيح أنه يصلى قائما متكئا ولا يجزيه غير ذلك وكذا لو قدر أن يعتمد على عصا أو على خادم له فانه يقوم ويتكئ خصوصا على قول أبى يوسف ومحمد فان عندهما قدرته على الوضوء بغيره كقدرته بنفسه ولو قدر على بعض القيام دون تمامه بان كان قادرا على التكبير قائما أو على التكبير وبعض القراءة فانه يؤمر بالقيام ويأتى بما قدر عليه ثم يقعد اذا عجز وهو اختيار الحلوانى قال رحمه الله (أو موميا ان تعذر) أى يصلى موميا وهو قاعد ان تعذر الركوع والسجود لقوله عليه الصلاة والسلام يصلى المريض قائما ان استطاع فان لم يستطع صلى قاعدا فان لم يستطع أن يسجد أومأ وجعل سجوده أخفض من ركوعه الحديث ولان الطاعة تجب بحسب الطاقة فلا يكلف ما لا يقدر عليه قال رحمه الله (وجعل سجوده أخفض) أى أخفض من ركوعه لما روينا ولان الايماء قائم مقامهما فيأخذ حكمهما قال رحمه الله (ولا يرفع الى وجهه شيأ يسجد عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام ان قدرت أن تسجد على الارض فاسجد والا فأوم برأسك قال رحمه الله (فان فعل) أى رفع شيأ يسجد عليه (وهو يخفض رأسه صح) لوجود الايماء وقيل هو سجود ذكره فى الغاية وكان ينبغى أن يقال لو كان الشئ الموضوع بحال لو سجد

قال الزاهدى هذا هو المذهب ولا يروى عن أصحابنا خلافه اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام يصلى المريض الى آخره) تمامه فان لم يستطع أن يصلى قاعدا صلى على جنبه الايمن مستقبل القبلة فان لم يستطع أن يصلى على جنبه الايمن صلى مستلقيا رجلاه مما يلى القبلة رواه الدارقطنى قال النووى باسناد ضعيف اه غاية قال فى الدراية نقلا عن المجتبى كيفية الانحناء بالركوع والسجود مشتبه على أنه يكفى بعض الانحناء أم أقصى ما يمكن ظفرت على الرواية فانه ذكر شيخ الاسلام المومى اذا خفض رأسه للركوع شيأ ثم للسجود جاز ولو وضع بين يديه وسادة فألصق جبهته فان وجد أدنى الانحناء جاز والا فلا وكذا فى التحفة وفى المبسوط لو كانت الوسادة على الارض وسجد عليها جازت صلاته لان أم سلمة فعلت هكذا ولم يمنعها النبى صلى الله عليه وسلم وقال أبو بكر اذا كان بجبهته أو أنفه عذر يصلى بالايماء ولا يلزمه تقريب الجبهة الى الارض بأقصى ما يمكنه وهذا نص فى الباب اه (مسئلة) ذكرها فى المبسوط والذخيرة وغيرهما اذا كان فى جبهته جرح لا يستطيع السجود عليها لا يجزيه الايماء وعليه ان يسجد على أنفه لانه من أعضاء السجود اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ان قدرت أن تسجد على الارض الى آخره) هذا الحديث ذكره فى الهداية قال فى الفتح روى البزار فى مسنده والبيهقى فى المعرفة عن أبى بكر الحنفى حدثنا سفيان الثورى حدثنا أبو الزبير عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم عاد مريضا فرآه يصلى على وسادة فأخذها فرمى بها فأخذ عودا ليصلى عليه فأخذه فرمى به وقال صل على الارض ان استطعت والا فأوم ايماء واجعل سجودك أخفض من ركوعك قال البزار لا نعلم أحدا رواه عن الثورى الا أبو بكر الحنفى وقد تابعه عبد الوهاب وعطاء عن الثورى اه وأبو بكر الحنفى ثقة وروى نحوه أيضا من حديث ابن عمر اه (قوله وهو يخفض رأسه صح الى آخره) وفى الاصل يكره للمومى ان يرفع عودا أو وسادة يسجد عليها وفى الينابيع يكون مسيئا اه غاية (قوله وقيل هو سجود الى آخره) قال فى الغاية ثم اختلفوا هل يعد هذا سجودا أو ايماء قيل هو ايماء وهو الاصح وفى المبسوط جازت صلاته بالايماء لا بوضع الرأس اه

(قوله فان لم يستطع فعلى قفاه) تمام الحديث يومئ ايماء فان لم يستطع فالله تعالى أحق بقبول العذر منه اه هداية قال السروجي رحمه الله وروى أصحابنا في كتب الفقه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يصلي المريض وساق الحديث الى آخره ولم يخرجه مع أن دأبه ذلك وقال الكمال رحمه الله انه غريب والله أعلم (قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى يومئ على الجنب) أي الأيمن ويستقبل القبلة بوجهه ومقدمه منه كالميت في لحده اه غاية (قوله لان الجنب يذكر ويراد به السقوط الخ) قال الله تعالى فاذا وجبت جنوبها اه (قوله وقال زفر الى آخره) يومئ بحاجبيه فان عجز فبعينه فان عجز فبقلبه لوجود فهم الخطاب وسبب الوجوب وصلاحية الذمة وهو وسع مثله وقال الحسن بحاجبيه وقلبه لانه وسع مثله وقال الشافعي ومالك رحمهما الله تعالى يومئ بعينيه فان عجز فبقلبه لانه وسع مثله ولما روى عن علي رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال فان لم يستطع القعود أومأ وجعل سجوده أخفض

عليه الصحيح يجوز جاز للمريض على أنه سجود وان لم يجز للصحيح أن يسجد عليه فهو ايماء فيجوز للمريض ان لم يقدر على السجود قال رحمه الله (والالا) وان لم يخفض رأسه لم يجز لعدم الايماء وذا لم يقدر على القعود مستويا ويقدر عليه متكئا أو مستندا الى حائط أو انسان لا يجوز له أن يصلي مضطجعا على المختار قال رحمه الله (وان تعذر القعود أومأ مستلقيا أو على جنبه) والاستلقاء أن يلقى على ظهره ويجعل رجلاه الى القبلة ويجعل تحت رأسه مخدة ليرتفع فيصير شبه القاعد ويصير وجهه الى القبلة لا الى السماء وهو أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام يصلي المريض قائما فان لم يستطع فقاعدا فان لم يستطع فعلى قفاه ولان اشارة المستلقي تقع الى هواء الكعبة وهو قبلة الى عنان السماء واشارة المضطجع على الجنب الى جانب قدميه وبه لا تتأدى الصلاة اذ هو ليس بقبلة وقال الشافعي يومئ على الجنب وهو رواية عن أبي حنيفة لما روينا من حديث عمران ولنا ما رويناه ولا حجة له في حديث عمران لأن معنى قوله عليه الصلاة والسلام على جنبك أي ساقطا لان الجنب يذكر ويراد به السقوط يقال بقي فلان شهرا على جنبه اذا طال مرضه وان كان مستلقيا ولان المريض على شرف الزوال فذا زال فقعد أو قام كان وجهه الى القبلة بخلاف ما اذا كان على الجنب وقيل كان عمران يمنعه مرضه من الاستلقاء ولذلك أمر أن يصلي على الجنب قال رحمه الله (والأخرت) أي ان لم يقدر على الايماء برأسه أخرت الصلاة (ولم يومئ بعينيه وقلبه وحاجبيه) وقال زفر والشافعي يومئ بهذه الاشياء وهو رواية عن أبي يوسف ونحن نقول نصب الأبدال بالرأي ممتنع ولا يمكن القياس لانه يتأدى به ركن الصلاة دون هذه الاشياء وقوله والأخرت اشارة الى أن الصلاة لا تسقط عنه وهذا اذا كان قليلا دون ست صلوات فظاهر وكذا اذا كان كثيرا وكان مفيقا يفهم مضمون الخطاب في رواية وقال صاحب الهداية هو الصحيح بخلاف المغمى عليه حيث تسقط عنه اذا كثر على ما نبينه وذكر قاضيخان انه لا يلزمه القضاء اذا كثر وان كان يفهم مضمون الخطاب في الاصح جعله كالمغمى عليه ومثله في المحيط وهو اختيار شيخ الاسلام وفخر الاسلام لان مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب عليه وقال قاضيخان ذكر محمد من قطعت يداه من المرفقين ورجلاه من الساقين لا صلاة عليه فثبت أن مجرد العقل لا يكفي لتوجه الخطاب ذكره مستشهدا به ﴿قال الراجي عفو ربه﴾ لا دليل فيما ذكره محمد على سقوط القضاء لان هناك العجز متصل بالموت وكلامنا فيما اذا صح المريض حتى لو مات المريض أيضا من ذلك او جمع ولم يقدر على الصلاة لا يجب عليه القضاء حتى لا يلزمه الايصاء به وان قلت فصار كالمسافر والمريض اذ

من الركوع فان لم يستطع فعلى جنبه الايمن مستقبل القبلة وأومأ بطرفه ويعيد اذا صح في قول الكل اه كاكي قال في الغاية وعند زفر يومئ بحاجبيه وعينيه واذا صح أعاد وفي التحفة والقنية عن الحسن يومئ بقلبه وحاجبيه ويعيد اه (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) وفي الغاية قال عن الحاوي عن محمد أن الايماء بالقلب لا يجوز عند أبي يوسف ولست أحفظ قوله في الايماء بالعينين والحاجبين اه وفي الدراية وعن أبي يوسف أنه يومئ بعينيه عند عجزه ولا يومئ بقلبه اه (قوله دون هذه الاشياء) ولئن قال يتأدى بالقلب فرض الصلاة وهو النية قلنا هي شرط والسجدة ركن فلا يتناسبان اه كافي (قوله دون ست صلوات) ليس في خط الشارح اه

(قوله وقال صاحب الهداية هو الصحيح) وكذا قال في المنافع وقال بعضهم يسقط مطلقا من غير تفصيل واختاره السرخسي اه غاية (قوله وذكر قاضيخان أنه لا يلزمه القضاء الخ) وفي الفتاوى الظهيرية وهو ظاهر الرواية وعليه الفتوى اه كاكي فعلى هذا معنى قوله عليه الصلاة والسلام أحق بقبول العذر أي عذر السقوط وفي مختصر الكرخي لا يسقط عنه الفرض لوجود فهم الخطاب وسبب الوجوب وصلاحية الذمة واختاره صاحب الكتاب فقال هو الصحيح فعلى هذا معنى قوله عليه الصلاة والسلام أحق بقبول العذر أي عذر التأخير وفي مسألة من قطعت يداه ورجلاه في ظاهر الرواية تجب عليه الصلاة ويجب في الوضوء غسل موضع القطع في اليدين والرجلين كذا في فتاوى الولوالجي اه معراج الدراية (قوله ومثله في المحيط) ومنية المفتي اه غاية (قوله وقال قاضيخان ذكر محمد من قطعت يداه من المرفقين الخ) قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله رأيت في الجامع الصغير للكرخي أن مقطوع اليدين والرجلين اذا كان بوجهه جراحة يصلي بغير طهارة ولا يتيمم ولا يعيد وهذا هو الاصح اه ظهيرية

(قوله في المتن وان تعذر الركوع والسجود لا القيام أومأ قاعدا) قال السروجي رحمه الله ثم المصلي قاعدا تطوعا أو فريضة بعذر كيف يقعد قال في الذخيرة يقعد في التشهد كسائر الصلوات اجماعا أما في حالة القراءة فعن أبي حنيفة أنه ان شاء قعد كذلك وان شاء تربع وان شاء قعد محتبيا لانه لما سقط عنه الركن للتخفيف فالتخفيف في هيئة القعود أولى وفي مختصر الكرخي والمفيد عن أبي حنيفة يقعد كيف شاء من غير كراهة * قلت وينبغي أن يستثنى من ذلك الاقعاء المكروه ومد الرجلين الى القبلة وعن أبي يوسف يحتبي وعنه يتربع وفي المفيد عنه يتربع في الابتداء فاذا ركع افترش رجله اليسرى جلس عليها ومثله في الذخيرة وعن محمد أنه يتربع وعند زفر يفترش في الصلاة كلها قال أبو الليث الفتوى على قول زفر لانه معهود في الصلاة والتصحيح عن أبي حنيفة تربع وانه محمد قال في المفيد والتحفة والقنية هو الصحيح اه قال السروجي رحمه الله أصحابنا يقولون الايماء بعض السجود وليس ببدل ولا خلف عنه هكذا ذكره صاحب الحواشي وحميد مطلوب وفيه نظر فالايماء بالسجود ليس من السجود ولو كان من السجود لوجب استيفاء القراءة اه (فرع) ذكر ركن الدين الصيادي ان بكر الوحش فرجها تذهب عذرتها وان لم تحش يسيل منه الدم قال تصلي مع الدم لان ذهاب عذرتها ذهاب جزء منها رجل به وجع السن ان أمسك في فمه ماء باردا أو دواء بين أسنانه يسكن

أفطر في رمضان وما نافيل الاقامة والصحة قال رحمه الله (وان تعذر الركوع والسجود لا القيام أومأ قاعدا) وقال زفر والشافعي يصلي قائما بالايماء لان القيام ركن فلا يسقط بالعجز عن أداء ركن آخر ولنا أن المقصود الخضوع والخشوع لله تعالى وانما يحصل ذلك بالركوع والسجود والقيام وسيلة الى السجود فلا يجب بدونه وهذا لان التواضع يوجد في الركوع ونهايته توجد في السجود ولهذا لو سجد لغير الله تعالى يكفر والقيام وسيلة الى السجود فصار تبعا له فسقط بسقوطه ولهذا شرع السجود بدون القيام كسجدة التلاوة ولم يشرع القيام بدون السجود فاذا لم يتعقبه السجود لا يكون ركنا فيتخير بين الايماء قاعدا وبين الايماء قائما والافضل هو الايماء قاعدا لانه أشبه بالسجود لكون رأسه أخفض وأقرب الى الارض وهو المقصود وقال خواهر زاده يومئ للركوع قائما وللسجود قاعدا قال رحمه الله (ولو مرض في صلاته يتم بما قدر) معناه صحيح شرع في الصلاة قائما فحدث به مرض يمنعه من القيام صلى قاعدا يركع ويسجد فان لم يستطع فوميا قاعدا فان لم يستطع فمضطجعا لانه بنى الادنى على الاعلى فصار كالاقتداء وعن أبي حنيفة أنه يستقبل اذا صار الى الايماء لان تحريمته انعقدت موجبة للركوع والسجود فلا يجوز بدونهما والصحيح الاول لان أداء بعض صلاته بركوع وسجود وبعضها بالايماء أولى من أن يؤدي الكل بالايماء قال رحمه الله (ولو صلى قاعدا يركع ويسجد فصح بنى) أي صلى بعض صلاته قاعدا يركع ويسجد فصح بنى وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد بناء على اختلافهم في الاقتداء قال رحمه الله (ولو كان موميا لا) أي لو صلى بعض صلاته موميا فصح حتى قدر على الركوع والسجود لا يبني وفيه خلاف زفر بناء على اختلافهم في جواز الاقتداء به للراكع والساجد عنده وقد بيناه في الامامة ولو كان يومي مضطجعا ثم قدر على القعود ولم يقدر على الركوع والسجود استأنف على المختار لان حالة القعود أقوى فلا يجوز بناؤه على الضعيف وقد بيناه من قبل وفي جوامع الفقه لو افتتحها بالايماء ثم قدر قبل أن يركع ويسجد بالايماء جاز له أن يتمها

وقد ضاق الوقت يقتدي بغيره فان لم يجد يصلي بغير قراءة وكذا في تكبيرة الافتتاح لو كبر يسيل بوجهه يشرع فيها بغير تكبيرة الافتتاح وكذا من يلحن في قراءته لحنا مفسدا يصلي بغير قراءة كالامي اه غاية (قوله ولم يشرع القيام بدون السجود الى آخره) لا يقال يرد عليكم صلاة الجنازة حيث لم يلزم ثمة سقوط القيام بسبب سقوط السجود لانا نقول صلاة الجنازة ليست بصلاة حقيقة بل هي دعاء اه اتقاني (قوله والافضل هو الايماء قاعدا الى آخره) قال في الدراية نقلا عن المجتبى وقال شيخ الاسلام لو أومأ بالركوع قائما يجوز ولو أومأ بالسجود قائما لا يجوز قلت وهذا أحسن وأقيس كما لو أومأ بالركوع جالسا لا يصح بخلاف على الاصح اه فالحاصل أن ههنا أقوالا لا يجوز الايماء بهما الا قائما وبه قال زفر يجوز الايماء بهما قائما ان شاء أو قاعدا ان شاء وبه قال الجمهور يومئ بالركوع قائما وبالسجود جالسا لا يجزيه غير ذلك وبه قال شيخ الاسلام اه (قوله وللسجود قاعدا) أي اعتبارا لاصلهما اه غاية (قوله فصار كالاقتداء) أي صار بناء المريض على أول صلاته كالاقتداء أي يجوز هذا كما يجوز ذلك اذ يصح اقتداء القاعد بالقائم والمومئ بالراكع والساجد اه (قوله لان تحريمته انعقدت موجبة للركوع الى آخره) قلنا الايماء بدل المقدور غير أنه كان اذ ذاك الركوع والسجود لازما فاذا صار المقدور الايماء لزم اه فتح (قوله خلافا لمحمد بناء على اختلافهم في الاقتداء) لان عند محمد لا يجوز اقتداء القائم بالقاعد وعندهما يجوز اه (قوله وقد بيناه في الامامة الى آخره) الذاكر لخلاف زفر في باب الامامة صاحب الهداية لا هذا الشارح اه (قوله وقد بيناه من قبل) أي في باب الامامة عند قوله ومومئ بمثله اه (قوله قبل أن يركع ويسجد الى آخره) أي بالايماء لانه لم يؤد ركنا بالايماء وانما هو مجرد تحريمة فلا يكون بناء القوي على الضعيف اه من خط الشارح رحمه الله

(قوله بخلاف ما بعد الركوع والسجود الخ) معناه قدر على الركوع والسجود قبل أن يركع ويسجد بالايماء لانه لم يؤد ركنا بالايماء وانما هو مجرد تحريمة فلا يكون بناء القوي على الضعيف اه من خط الشارح رحمه الله قال في المبسوط والمذهب أصلهما ان المنفرد يبني آخر صلاته على أولها كما ان المقتدي يبني صلاته على صلاة امامه ففي كل موضع جاز الاقتداء ثمة جاز البناء هنا والا فلا وفي الحواشي لا يلزم بناء الراكب على الايماء اذا نزل لان احرامه انعقد مجوزا للركوع والسجود لقدرته عليهما فأمكن ان يجعل راكعا وساجدا تقديرا بخلاف المريض المومي لانه عاجز عنهما فيكون الركوع والسجود معدومين والبناء على المعدوم محال اه غاية

﴿فروع﴾ من الدراية عبد مريض لا يستطيع ان يتوضأ يجب على مولاه ان يوضئه بخلاف المرأة المريضة حيث لا يجب على الزوج أن يوضئها مريض ان صام في رمضان صلى قاعدا وان أفطر صلى قائما يصلي قاعدا مريض تحته ثياب نجسة ان كان بحال لا يبسط تحته شيء الا ويتنجس من ساعته يصلي على حاله وكذا ان لم يتنجس ولكن يزداد مرضه ويلحقه بالتحويل مشقة اه (قوله في المتن والتطوع ان يتكئ على شيء ان أعيا) وفي الصحاح لاعياء لازم ومتعد يقال أعيا الرجل في المشي اذا تعب وأعياه الله كلاهما بالالف والمراد هنا اللازم اه دراية (قوله فيكره الاتكاء الى آخره) أي لانه قيم فيه قصور اه غاية (قوله وقيل لا يكره القعود أيضا من غير عذر الى آخره) وفي المحيط والمجتبى لو تكلف المريض الخروج الى الجماعة يعجز عن القيام

بخلاف ما بعد الركوع والسجود قال رحمه الله (والتطوع أن يتكئ على شيء ان أعيا) أي ان تعب لانه عذر وكذا له أن يقعد ان أعيا عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز له القعود الا اذا عجز لما مر من قبل ويكره الاتكاء بغير عذر لانه اساءة في الادب وقيل لا يكره عند أبي حنيفة لانه يجوز القعود عنده من غير عذر مع الكراهة فيجوز الاتكاء بلا كراهة لانه فوقه ولهذا اذا قدر المريض أن يصلي متكئا لا يجوز له القعود ويكره عندهما لانه لا يجوز القعود عندهما من غير عذر فيكره الاتكاء وقيل لا يكره القعود أيضا من غير عذر عند أبي حنيفة لانه لا يكره أن يفتتح التطوع قاعدا مع القدرة فكذا لا يكره أن يقعد بعد الافتتاح لان البقاء أسهل من الابتداء وذكر البزدوي أن الاتكاء يكره والقعود لا يكره من غير عذر عند أبي حنيفة لان القعود مشروع ابتداء من غير عذر والاتكاء ليس بمشروع ابتداء ولهذا يكره أن يفتتح التطوع متكئا ولا يكره أن يفتتح قاعدا قال رحمه الله (ولو صلى في فلك قاعدا بلا عذر صح) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يصح الا من عذر لان القيام مقدور عليه فلا يجوز تركه وله أن الغالب فيه دوران الرأس وهو كالمتحقق لكن القيام أفضل لانه أبعد عن شبهة الخلاف والخروج أفضل ان أمكنه لانه أسكن لقلبه والمربوط على الشط كالشط هو الصحيح وكذا اذا كان قراره على الارض وان كان مربوطا في البحر وهو يضطرب اضطرابا شديدا فهو كالسائر وان كان يسيرا فهو كالواقف وفي الايضاح وان كانت مربوطة يمكنه الخروج لم تجز الصلاة فيها لانها اذا لم تستقر على الارض فهي بمنزلة الدابة وان كانت غير مربوطة جازت الصلاة فيها وان كانت سائرة لان سيرها غير مضاف اليه بخلاف الدابة قال رحمه الله (ومن أغمي عليه أو جن خمس صلوات قضى ولو أكثر لا) وقال الشافعي لا يقضي اذا أغمي عليه وقت صلاة كاملا لان القضاء ينبني

قيل لا يخرج مخافة فوت الركن والاصح انه يخرج لان الفرض القدرة على الاقتداء وفي الخلاصة وعليه الفتوى والاصل فيه قوله تعالى الذين يذكرون الله قياما وقعودا الآية قال ابن مسعود وجابر وابن عمر رضي الله عنهم الآية نزلت في الصلاة أي قياما أي ان قدروا وقعودا ان عجزوا عنه وعلى جنوبهم ان عجزوا عن القعود وقوله صلى الله عليه وسلم لعمران بن حصين صل قائما الحديث اه دراية وفي الغاية ولو كان يطيق القيام اذ صلى وحده ولا يطيقه مع الامام يصلي وحده عندنا لان القيام فرض والجماعة سنة وبه قال مالك والشافعي وقيل يصلي مع الامام قاعدا لانه عاجز عنده ذكره في المحيط اه وذكر في الغاية بعد هذا باوراق ما نصه ولو صلى قائما عجز عن سنة القراءة وان قاعدا يقدر عليها فالاصح انه يقعد اه فهذا مشكل على تعليله السابق فليتأمل اه (قوله وذكر البزدوي) أي فخر الاسلام في مبسوطه اه كاكي (قوله لا يكره من غير عذر عند أبي حنيفة) في الصحيح اه كاكي (قوله لان القعود مشروع ابتداء) اذ صلاة القاعد على النصف من صلاة القائم كما ورد الحديث به اه (قوله ولو صلى في فلك قاعدا بلا عذر صح) أي ويدور الى القبلة كيفما دارت السفينة بخلاف الدابة لتعذر ولا يجوز أن يأتم رجل من السفينة بامام في سفينة أخرى الا أن تكونا مقرونتين مربوطتين وكذا لو اقتدى من على البر بامام في السفينة لم يجز اقتداؤه اذا كان بينهما طريق أو طائفة من النهر اه غاية قال في الدراية وينبغي للمصلي فيها أن يتوجه الى القبلة كيفما دارت السفينة لان التوجه الى القبلة فيها فرض بالنص عند القدرة وهذا قادر بخلاف راكب الدابة لانه عاجز عن استقبالها حتى ان الراكب يسير نحو القبلة فأعرض عن القبلة لم تجز صلاته كذا ذكره الامام السرخسي اه (قوله لان القيام مقدور عليه فلا يجوز تركه الى آخره) قيد بقوله قاعدا لانه لو صلى مستقرا فيها بالايماء لا يجوز سواء كانت مكتوبة أو نافلة لانه يمكنه أن يسجد فيها فلا عذر والايماء شرع عند العجز اه كاكي (قوله والمربوط على الشط كالشط هو الصحيح) احترازا عن قول بعضهم انه على الخلاف اه فتح (قوله فهي بمنزلة الدابة) أي بخلاف ما اذا استقرت فانها حينئذ كالسرير اه فتح (قوله في المتن أو جن الخ قضى ولو أكثر لا) أي

وهذا استحسان عندنا وقال بشر عليه القضاء وان طال اه غاية (قوله لانه باختياره فلا يعذر الى آخره) ذكر فى المنافع أن الاعذار أنواع ممتد جدا كالصبا يمنع قاصر جدا كالنوم لا يسقط شيأ من العبادات وما يكون بين الامرين كالاغماء والجنون ان امتد ألحق بالممتد جدا حتى سقط عنه القضاء وان قصر ألحق بالنوم حتى يجب عليه القضاء اه غاية ﴿فائدة﴾ قال فى الكنوز معتقل اللسان كالاخرس فان انطلق لسانه قبل يوم وليلة أعاد والا فلا اه (قوله وعند أبى يوسف يعتبر الى آخره) قال فى الهداية وعندهما من حيث الساعات هو المأثور عن على وابن عمر رضى الله عنهم اه (قوله من حيث الساعات الى آخره) فان زاد على الدور ساعة سقط اه فتح (قوله والاول أصح الى آخره) تخريجا على ما مر فى قضاء الفوائت وان كان محمد قال هناك بقولهما فكل من الثلاثة مطالب بالفرق الا أنهما يجيبان هنا بالتمسك بالاثر عن على وابن عمر رضى الله عنهم على ما فى الكتاب اه فتح القدير قوله فكل من الثلاثة مطالب الى آخره اعلم انه قد قيل بان الرواية قد اختلفت فى كلا البابين واتفق المشايخ على أن ظاهر الرواية والصحيح فى البابين واحد وهو أن العبرة بعدد الصلوات قاله فى الذخيرة والبدائع والفتاوى الصغرى وغيرها ولا احتياج الى طلب الفرق اه (قوله فلا عبرة بهذه الافاقة الى آخره) ألا ترى أن المجنون قد يتكلم فى جنونه بكلام الاصحاء ولا يعد ذلك منه افاقة كذا فى المحيط اه كاكى (قوله ولو أغمى عليه بفزع من سبع أو آدمى لا يجب عليه القضاء بالاجماع) ● قلت يعنى بالاجماع الاتفاق بين أبى حنيفة ومحمد فان مسئلة البنج المتقدمة ذكر فيها الخلاف بينهما ويجب أن يكون محل الاتفاق المذكور ما اذا استوعب الاغماء ست صلوات لما سبق من الخلاف بين أبى يوسف ومحمد فى مسئلة الاغماء المذكورة فى المتن فان قلت اذا كان الخلاف فى هذه المسئلة كالخلاف فى مسئلة الاغماء التى ذكرها فى المتن فما فائدة ذكرها بعدها قلت لعله ذكرها اشارة الى أنه لا فرق فى الاغماء بين السماوى المحض وبين ما حصل سببه من العباد وليس له فيه صنع هذا ما ظهر لى فى حال المطالعة والله الموفق للصواب ثم رأيت بعد هذا صاحب المسع قال فيه ما نصه نقلا عن المحيط ولو أغمى عليه بفزع من سبع أو آدمى أكثر من يوم وليلة لا يلزمه القضاء بالاجماع لانه حصل بآفة سماوية لان الخوف والفزع انما يجىء لضعف قلبه فيكون بمعنى المرض اه قال

على وجوب الاداء بخلاف النوم لانه باختياره فلا يعذر ولنا أن عليا رضى الله عنه أغمى عليه أربع صلوات فقضاهن وابن عمر رضى الله عنهما أكثر من يوم وليلة فلم يقض ولان المدة اذا قصرت لا يحرج فى القضاء فيجب كالنائم واذا طالت يحرج فيسقط كالحائض والجنون كالاغماء ذكره أبو سليمن وهو الصحيح ثم الكثرة تعتبر من حيث الاوقات عند محمد حتى لا يسقط القضاء ما لم يستوعب ست صلوات وعند أبى يوسف يعتبر من حيث الساعات وهو رواية عن أبى حنيفة والاول أصح لان الكثرة بالدخول فى حد التكرار على ما مر من قبل وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا أغمى عليه قبل الزوال فأفاق من الغد بعد الزوال فعند أبى يوسف لا يجب القضاء لان الاغماء استوعب يوما وليلة وعند محمد يجب اذا أفاق قبل خروج وقت الظهر لان التكرار باستيعاب ستة أوقات ولم يوجد وهذا اذا دام الاغماء عليه ولم يفق فى المدة وأما اذا كان يفيق فيها فانه ينظر فان كان لافاقته وقت معلوم مثل أن يخف عنه المرض عند الصبح مثلا فيفيق قليلا ثم يعاوده فيغمى عليه تعتبر هذه الافاقة فيبطل ما قبلها من حكم الاغماء اذا كان أقل من يوم وليلة وان لم يكن لافاقته وقت معلوم لكنه يفيق بغتة فيتكلم بكلام الاصحاء ثم يغمى عليه فلا عبرة بهذه الافاقة ولو زال عقله بالخمر يلزمه القضاء وان طال لانه حصل بما هو معصية فلا يوجب التخفيف ولهذا يقع طلاقه وكذا اذا ذهب عقله بالبنج أو الدواء عند أبى حنيفة لان سقوط القضاء عرف بالاثر اذا حصل بآفة سماوية فلا يقاس عليه ما حصل بفعله وعند محمد يسقط لانه مباح فصار كالمرض ولو أغمى عليه بفزع من سبع أو آدمى لا يجب عليه القضاء بالاجماع لان الخوف بسبب ضعف قلبه وهو مرض والله أعلم

﴿باب سجود التلاوة﴾

﴿باب سجود التلاوة﴾

وهو مصدر من تلا يتلو بمعنى قرأ وتلا بمعنى تبع مصدره تلو اه عينى قال فى الدراية من حق هذا الباب أن يقرن بباب سجود السهو كما هو موضوع فى شروح الجامع والتتمة وشرح الطحاوى وغيرها بمناسبة أن كل واحد منهما باب السجدة الا أنه لما ذكر بيان صلاة المريض بعد السهو قلنا انهما من العوارض السماوية ألحق هذا الباب لانه فى الحقيقة الحاق بباب سجود السهو أو بمناسبة أن فى صلاة المريض سقوط بعض الاركان رحمة له للحرج وفى سجدة التلاوة يثبت التداخل رحمة للحرج أيضا اه وسجود التلاوة من قبيل اضافة المسبب الى السبب كخيار العيب وخيار الرؤية وصلاة الظهر وحج البيت وأقوى وجوه الاختصاص اختصاص المسبب بسببه قال صاحب المنافع لانه حادث به وقال السروجى رحمه الله ليس كما ذكره فان حدوث صلاة الظهر بفعل المصلى اذا فرغ منها ووجوبها

قال رحمه الله (يجب بأربع عشرة آية منها أولى الحج وص على من تلا ولو إماما أو سمع ولو غير قاصد أو مؤتما لا بتلاوته) أما الوجوب فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله لا يجب لما روي أن رجلا تلا آية سجدة عند النبي صلى الله عليه وسلم فلم يسجدها ولم يسجد النبي صلى الله عليه وسلم وقال كنت إمامنا لو سجدت لسجدنا معك ولو كان واجبا لسجد ولنا أن آيات السجدة كلها تدل على الوجوب لأنها على ثلاثة أقسام قسم أمر صريح وهو للوجوب وقسم فيه ذكر فعل الأنبياء عليهم الصلاة والسلام والاقتداء بهم واجب وقسم فيه ذكر استنكاف الكفار ومخالفتهم واجبة ولهذا ذم الله تعالى من لم يسجد عند القراءة عليه وتأويل ما روي أنه لم يسجد للحال وليس فيه دليل على عدم الوجوب إذ هي لا تجب على الفور وقوله بأربع عشرة آية أي بتلاوة أربع عشرة آية وهي في آخر الأعراف وفي الرعد والنحل وبني إسرائيل ومريم والأولى من الحج والفرقان والنمل والم تنزيل وص وحم السجدة والنجم وإذا السماء انشقت واقرأ باسم ربك كذلك كتب في مصحف عثمان رضي الله عنه وهو المعتمد وقوله منها أولى الحج وص خصهما بالذكر احترازا عن الثانية لأنها ليست من سجدة التلاوة عندنا وقال الشافعي هي من السجدة لحديث عقبة بن عامر قال قلت يا رسول الله أفضلت سورة الحج بأن فيها سجدتين قال نعم ومن لم يسجدهما لا يقرأهما ولنا ما روي عن ابن عباس وابن عمر أنهما قالا سجدة التلاوة في الحج هي الأولى والثانية سجدة الصلاة وقرانها بالركوع يؤيد ما روي عنهما وما رواه لم يثبت ذكر ضعفه في الغاية ولئن ثبت فالمراد بأحدهما سجدة التلاوة وبالأخرى سجدة الصلاة وذم تاركهما يدل على ذلك خصوصا على مذهبه فإن سجدة التلاوة ليست واجبة عنده فلا يستحق الذم بتركها ونص الشيخ رحمه الله ص أيضا بالذكر لما فيها من خلاف الشافعي فإنها عنده ليست من عزائم السجود وإنما هي سجدة شكر حتى لو تلاها في الصلاة لا يسجدها عنده له ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام سجد في ص وقال سجدها داود توبة ونحن نسجدها شكرا ولنا ما روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام سجد في ص وما رواه ضعفه البيهقي ولئن صح فمعنى قوله شكرا أي لأجل الشكر فلا ينافي الوجوب لأن العبادات كلها وجبت شكرا لله تعالى وقال مالك لا سجود في المفصل لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام لم يسجد في شيء من المفصل منذ تحول إلى المدينة ولما روي عن زيد بن ثابت قال قرأت على رسول الله صلى الله عليه وسلم سورة النجم فلم يسجد فيها ولنا ما رواه ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام سجد في النجم وسجد معه المسلمون والمشركون الحديث وعن أبي رافع الصائغ قال صليت خلف أبي هريرة العتمة فقرأ إذا السماء انشقت فسجد فيها فقلت ما هذه فقال سجدت بها خلف أبي القاسم صلى الله عليه وسلم فلا أزال أسجد بها حتى ألقاه وعن أبي هريرة قال سجدنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في انشقت واقرأ باسم ربك وما رواه من حديث ابن عباس ضعفه البيهقي وغيره ويدل عليه حديث أبي هريرة لصحيح لأن إسلامه متأخر في سابع سنة من الهجرة ولئن صح فهو ناف فلا يعارض المثبت وحديث زيد يحتمل أنه قرأها في وقت مكروه أو أنه كان على غير وضوء أو ليبين أنه غير واجب على الفور أو لأنه عليه الصلاة والسلام لم يسجدها في ذلك الوقت لأن زيدا لم يسجدها فيه لأن القارئ كالإمام فلا يصلح حجة بالاحتمال فلا يعارض غير المحتمل قوله على من تلا ولو إماما أي يجب على من تلا ولو كان التالي إماما قوله أو سمع ولو غير قاصد لما روي عن عثمان وعلي وابن مسعود وابن عباس أنهم أوجبوا على التالي والسامع من غير

بإيجاب الله تعالى وكذا الحج حدوثه بفعل الحاج ووجوبه بإيجاب الله تعالى وخيار العيب والرؤية حدوثهما بالشرع اهـ قال الإتقاني رحمه الله فإن قلت التلاوة سبب في حق التالي والسماع سبب في حق السامع فلم لم يقل المصنف باب في سجود التلاوة والسماع قلت لا نسلم أن السماع سبب في حق السامع بل السبب في حقه التلاوة أيضا كما هو مذهب بعض مشايخنا ولئن سلمنا أنه سبب في حقه لكن إنما لم يذكر لكون التلاوة أصلا في الباب لأن التلاوة إذا لم توجد لا يوجد السماع اهـ قال الورى وسبب وجوبها ثلاثة تلاوة السجدة وسماعها والاقتداء بالإمام وإن لم يسمعها ولم يقرأها اهـ غاية (قوله يجب بأربع عشرة آية إلى آخره) أي بتلاوتها فتكون الباء للسببية ويجوز أن تكون بمعنى الظرف أي يجب في أربع عشرة آية اهـ ع قال في الكنوز ومن قرأ آيات السجود كلها في مجلس واحد وسجد لكل واحدة كفاه الله تعالى ما أهمه اهـ (قوله والاقتداء بهم واجب) قال الله تعالى فبهداهم اقتده اهـ (قوله فإنها عنده ليست من عزائم السجود إلى آخره) قال النووي رحمه الله معنى قولهم ليست من عزائم السجود أي ليست سجدة تلاوة اهـ غاية وروي عن علي رضي الله عنه أنه قال عزائم السجود أربعة الم تنزيل وحم والنجم واقرأ باسم ربك الأعلى اهـ إتقاني (قوله وسجد معه المسلمون والمشركون) أي والإنس والجن رواه البخاري والترمذي وصححه اهـ غاية (قوله في انشقت واقرأ باسم ربك إلى آخره) رواه الجماعة إلا البخاري فإنه ليس في روايته واقرأ باسم ربك اهـ غاية (قوله ولو غير قاصد) لقوله عليه الصلاة والسلام السجدة على من سمعها السجدة على من تلاها وكلمة على للإيجاب حتى لو قال لفلان علي ألف درهم أنه دين إلا أن يصل به الوديعة وقد ذكر مطلقا فيتناول القاصد وغيره ولأن السبب يعمل عمله قصد به أو لا لأنه مجعول الحكم اهـ فتح

(قوله الى قلب موضوع الامامة) أي ان سجد المأموم وتابعه الامام اهـ (قوله أو التلاوة) أي ان سجدها الامام وتابعه التالي المأموم لان موضوع التلاوة أن يسجد التالي ويتابعه السامع ولذلك قال صلى الله عليه وسلم للتالي الذي لم يسجد كنت امامنا لو سجدت لسجدنا ولذا كانت السنة ان يتقدم التالي ويصف القوم خلفه فيسجدون وفي الخلاصة يستحب ان لا يرفع رأسه قبله اهـ فتح (قوله ولانه محجور عليه عن القراءة) فخرج من كونه أهلا للقراءة حكما ولهذا لم يجز له قراءة ما دون الآية اهـ كافي (قوله وليسا بمحجور عليهما) أي حتى لا تنفذ قراءة الغير عليهما ولهذا يباح لهما قراءة ما دون الآية ذكره الطحاوي اهـ كافي قال الكمال رحمه الله أثر الحجر عدم اعتبار فعل المحجور عليه وتصرفه وأثر النهي تحريم الفعل لا ترك الاعتبار لانه مطلقا الا بعدم المشروعية فالمحجور هو الممنوع من التصرف على وجه ينفذ فعل الغير عليه شاء أو أبى كالمولى له في حال أهليته والمأموم كذلك من حيث القراءة حتى تنفذ قراءة الامام عليه وصارت قراءته كتصرف ولي المحجور كأنه تصرف فكأنه محجور عليه فلا يعتبر قراءته فكانت كعدمها بخلاف الجنب والحائض فانهما منهيان فكانت ممنوعة لانه يعتبر وجودها بعدمها ولا يخفى ان هذا التعليل لا يتأتى على قول محمد في السرية فانه يستحسن قراءة المؤتم ظنا منه أنه الاحتياط فليس عنده بمحجور عليه بل يجوز له الترك الا أن ذلك أعني استحسان القراءة في السرية عن محمد ضعيف والحق عنه خلافه على ما أسلفنا ولما كان مقتضى هذا الوجوب بالسماع منهما وعليهما بتلاوتهما وليس كذلك اذ لا يجب على الحائض بتلاوتها استثنى بقوله بسماعها من غير حائض لان ثبوت السبب للصلاة لا يظهر في حقها والسجدة جزء الصلاة لا بقيد الجزئية بل نظرا الى ذاتها اعتبرت مستقلة فلا فرق فلا يجب عليها بسببها كما لا تجب عليها الصلاة بسببها فالحاصل ان كل من لا تجب سببا عليه الصلاة ولا قضاؤها كالحائض والنفساء والكافر والصبي والمجنون ليس عليهم بالتلاوة والسماع سجود ويجب على السامع منهم اذا كان أهلا اهـ فتح (قوله لان الحجر ثبت في حقهم) أي في حق المقتدين اهـ كافي (قوله فلا يعدوهم) اذ علة الحجر الاقتداء وهو وجد فيما بينهم فثبت تلك العلة وهو الحجر فيما بينهم اهـ كافي (قوله ولو تلا) أي من يكون اماما أو منفردا أو في حكمه اهـ (قوله والصغير الذي لا يعقل الى آخره) لان السبب سماع تلاوة صحيحة وصحة التلاوة بالتمييز ولم يوجد اهـ فتح قال في المنبع وفي الوبري سبب وجوبها ثلاثة التلاوة والسماع والاقتداء بالامام وان لم يسمعها ولم يقرأها ثم التلاوة توجب التلاوة على التالي بشرطين أحدهما أن يكون ممن تلزمه الصلاة حتى لو كان كافرا أو مجنونا جنونا ممتدا أو صبيا أو حائضا أو نفساء أو عقيب طهر دون العشرة والاربعين لم يلزمهم والتالي اذا كان جنبا أو محدثا أو سكرانا أو مجنونا قاصرا بان كان يوما وليلة أو بأقل لزمته تلاها أو سمعها والصبي يؤمر بالسجدة فان فعل والا فلا قضاء عليه ولو تلتها المرأة في صلاتها فحاضت قبل السجود سقط والشرط الثاني ان لا يكون التالي مؤتما اهـ

فصل وكفى بهم قدوة وقال تعالى فما لهم لا يؤمنون واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون ذم السامعين على ترك السجود من غير فصل وقوله أو مؤتما أي ولو كان السامع مؤتما ولا يشترط سماع المؤتم قراءة امامه بل يجب عليه تبعا له وان لم يسمع وان قرأ سرا أو لم يكن حاضرا وقت القراءة واقتدى به قبل ان يسجدها وقوله لا بتلاوته أي لا يجب بتلاوة المقتدي عليه ولا على من سمعه من المصلين بصلاة امامه وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجب عليهم ويسجدونها بعد الفراغ منها لتحقق السبب وهو التلاوة والسماع ولا مانع بعد الفراغ منها بخلاف حالة الصلاة لانه يؤدي الى قلب موضوع الامامة أو التلاوة ولا كذلك بعد الفراغ منها ولهذا يجب على من سمعها وليس هو معهم في الصلاة ولهما أن الامام قد تحمل عن المقتدي فرض القراءة فلا حكم لقراءته كسهوه ولانه محجور عليه عن القراءة ولا حكم لتصرف المحجور عليه بخلاف الجنب والحائض لانهما منهيان عن القراءة وليسا بمحجور عليهما فتعتبر قراءتهما غير أن الحائض لا يجب عليها بقراءتها ولا بسماعها لان السجدة ركن الصلاة وهي ليست بأهل لها وبخلاف من ليس معهم في الصلاة لان الحجر ثبت في حقهم فلا يعدوهم ولا وجه لما ذكر من انهم يسجدونها بعد الفراغ لان سببها تلاوة من يشاركهم في الصلاة فتكون صلاتية ضرورة والصلاتية لا تقضى خارج الصلاة كما لو تلاها الامام ولم يسجدها حتى فرغ من الصلاة بخلاف ما اذا سمعوها ممن هو ليس معهم في الصلاة حيث يسجدونها بعد الفراغ لانها ليست بصلاتية لان السماع مستند الى التلاوة وهي خارج الصلاة ولو تلا آية السجدة في الركوع أو السجود أو التشهد لا يلزمه السجود للحجر عن القراءة فيه وقال المرغيناني وعندي أنها تجب وتتأدى فيه ولو سمعها ممن لا تجب عليه الصلاة لكفر أو لصغر أو جنون أو حيض أو نفاس تجب عليه لتحقق السبب وقيل لا تجب بقراءة المجنون والصغير الذي لا يعقل وكذا لا تجب بقراءة النائم أو المغمى عليه في رواية ولو سمعها من طوطي لا تجب على الصحيح قال رحمه الله (ولو سمعها المصلي من غيره سجد بعد الصلاة) لتحقق السبب وهو السماع ولا يسجدها فيها لانها ليست بصلاتية لان سماعه هذه القراءة ليس من أفعال الصلاة قال رحمه الله (ولو سجد فيها أعادها) أي أعاد السجدة لا الصلاة لانها ناقصة لمكان النهي فلا يتأدى بها الكامل وهذا لان حكم هذه التلاوة مؤخر الى ما بعد الفراغ من الصلاة فلا يصير

سببا الا بعده فلا يجوز تقديمه على سببه بخلاف ما لو تلاها في الاوقات المكروهة حيث يجوز أداؤها فيها وان كانت ناقصة لتحقق السبب الحال وانما لا يعيد الصلاة لان زيادة سجدة واحدة لا تبطل الصلاة الا ترى أن من أدرك الامام بعد ما رفع رأسه من الركوع سجد معه ولا يعتد بها ولا تبطل تحريمته بذلك وقيل يعيد الصلاة وهي رواية النوادر لانه لما أخرها عن الصلاة فاذا سجد فيها صار رافضا لها كمن صلى النفل في خلال الفرض وقيل هو قول محمد وعندهما لا يعيد بناء على أن السجدة الواحدة قربة عنده كسجدة الشكر فيتحقق الانتقال قال رحمه الله (ولو سمع من امام فائتم به قبل أن يسجد سجد معه) لانه لو لم يسمعها سجدها معه تبعا له فههنا أولى قال رحمه الله (وبعده لا) أي لو اقتدى به بعد ما سجدها الامام لا يسجدها في الصلاة ولا بعد الفراغ منها وهذا اذا أدركه في تلك الركعة باتفاق الروايات لانه صار مدركا للسجدة بادراك تلك الركعة فيصير مؤديا لها ولانه لا يمكنه أن يسجدها في الصلاة لما فيه من مخالفة الامام ولا بعد فراغه منها لانها صلاتية فلا تقضى خارجها فصار كمن أدرك الامام في الركوع في الركعة الثالثة من الوتر حيث لا يقنت لما ذكرنا بخلاف ما لو أدرك الامام في الركوع في صلاة العيدين حيث يأتي بالتكبيرات راكعا لانه لم يفت محله لان الركوع محل التكبير الا ترى أنه يكبر فيه تكبيرة الركوع فلم يكن مخالفا للامام ولا فات محله وان ادركه في الركعة الثانية اختلفوا فيه قيل لا يصير مؤديا للسجدة ولا تصير هي صلاتية فيؤديها خارج الصلاة وقيل لا يصير مؤديا لها ولكن تصير صلاتية فلا يؤديها قال رحمه الله (وان لم يقتد به) أي وان لم يقتد بالامام (سجدها) لتقرر السبب في حقه وعدم المانع قال رحمه الله (ولم تقض الصلاتية خارجها) أي خارج الصلاة لان لها مزية فلا تتأدى بالناقص ولانها صارت من أفعال الصلاة وأفعالها لا تتأدى خارجها قال رحمه الله (ولو تلا خارج الصلاة فسجد وأعادها فيها) أي أعاد تلاوتها في الصلاة (سجد أخرى) لان الصلاتية أقوى فلا تكون تبعا للاضعف قال رحمه الله (وان لم يسجد أولا كفته واحدة) أي ان لم يسجدها خارج الصلاة حتى دخل فيها فتلاها فسجد لها أجزأته الصلاتية عن التلاوتين لان المجلس متحد والصلاتية أقوى فصارت الاولى تبعا لها وفي رواية النوادر يسجد للاولى اذا فرغ من الصلاة لان السابق لا يكون تبعا للاحق أو لان المكان قد تبدل بالاشتغال بالصلاة فصار كما لو تبدل بعمل آخر ولهذا لو سجد للاولى ثم دخل في الصلاة فتلاها وجب عليه أن يسجد أخرى لاختلاف المكان ولان للاولى قوة السبق فاستويا فلا تستتبع احداهما الاخرى ووجه الظاهر أن الدخول في الصلاة عمل قليل ومثله لا يختلف المجلس وانما لم يكتف بالاولى لان الثانية أقوى لكونها أكمل فلا تكون تبعا للاضعف لا لاختلاف المكان ولا يمتنع أن يكون السابق تبعا للاحق كالسنن للفرائض وعلى هذا لو تلاها في صلاة بعد ما سمعها من غيره تكفيه سجدة واحدة لما ذكرنا وفي رواية النوادر لا تكفيه وفي الوبري لو سمع المصلي آية السجدة من رجل ثم من رجل ثم تلاها أجزأته واحدة عن الكل وان لم يسجدها سقط الكل ولو لم يقرأ التي سمعها يجب عليه سجدتان خارج الصلاة ولو تلاها في الصلاة فسجد ثم سلم وأعادها يجب عليه سجدة أخرى وهذا يؤيد رواية النوادر وقيل لا يجب عليه ما لم يتكلم وقال رحمه الله (كمن كررها في مجلس لا في مجلسين) أي أجزأته سجدة واحدة وهي الصلاتية كما تجزئ من كررها في مجلس واحد ولا يجعل كمن كررها في مجلسين لان ذلك لا يتداخل وهذا لان مبنى السجود على التداخل ما أمكن وامكانه عند اتحاد المجلس لكونه جامعا للمتفرقات فيما يتكرر للحاجة كما في الايجاب والقبول وغيره والقارئ محتاج الى التكرار للحفظ والتعليم والاعتبار وهو تداخل في السبب دون الحكم ومعناه أن تجعل التلاوات كلها كتلاوة واحدة تكون الواحدة منها سببا والباقي تبعا لها وهو أليق بالعبادات اذ السبب متى تحقق لا يجوز ترك حكمه ولهذا يحكم بوجوبها في موضع الاحتياط حتى تبرأ ذمته بيقين والتداخل في الحكم أليق في العقوبات لانها شرعت للزجر فهو ينزجر بواحدة

(قوله ولو تلاها في الصلاة فسجد ثم سلم وأعادها الى آخره) وان قرأها في غير صلاة وسجد ثم افتتح الصلاة في مكانه فقرأها فعليه سجدة أخرى وان لم يكن سجد أولا حتى شرع في الصلاة في مكانه فقرأها فسجد لهما جميعا أجزأته عنهما في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد وهو احدى الروايتين من نوادر الصلاة أنه لا يجزيه عنهما وعليه أن يسجد التي تلاها خارج الصلاة بعد الفراغ من الصلاة وفي الولوالجية ولو تلاها ثم دخل في الصلاة فتلاها ولم يسجد حتى فرغ سقطت احداهما وبقيت الاخرى اهـ تاتارخانية

فيحصل المقصود فلا حاجة الى الثانية والفرق بينهما أن التداخل في السبب تنوب فيه الواحدة عما قبلها وعما بعدها وفي التداخل في الحكم لا تنوب الا عما قبلها حتى لو تلا فسجد ثم تلا في المجلس يجب ثانيا لما عرف في موضعه ثم المجلس لا يختلف بمجرد القيام ولا بخطوة وخطوتين ولا بالانتقال من زاوية الى زاوية في بيت أو مسجد وقيل اذا كان المجلس كبيرا يختلف والسفينة كالبيت وفي الدوس وتسدية الثوب والانتقال من غصن الى غصن والسبح في نهر أو حوض يتكرر على الاصح ولو كررها راكبا على الدابة وهي تسير تتكرر الا اذا كان في الصلاة لان الصلاة جامعة للاماكن اذ الحكم بصحة الصلاة دليل على اتحاد المكان وعلى هذا لو أحدث في الصلاة بعدما قرأها فذهب للوضوء ثم أعادها بعد العود لا تتكرر لما قلنا ولا تقطع الكلمة ولا الكلمتان ولا اللقمة ولا اللقمتان والكثير قاطع ولو تلاها فسجد ثم أطال الجلوس أو القراءة فأعادها لا يجب عليه أخرى لاتحاد المجلس ولو تبدل مجلس السامع دون التالي تتكرر لان السبب في حقه السماع وكذا اذا تبدل مجلس التالي دون السامع على ما قيل والاصح أنه لا يتكرر لما قلنا قال رحمه الله (وكيفيته) أي وكيفية السجود (أن يسجد بشرائط الصلاة بين تكبيرتين بلا رفع يد وتشهد وتسليم) أي بلا تشهد وتسليم والمراد بالتكبيرتين تكبيرة عند الوضع والاخرى عند الرفع وروي عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يكبر عند الانحطاط وروي عن أبي حنيفة انه يكبر عند الابتداء دون الانتهاء وقيل يكبر في الابتداء بلا خلاف وفي الانتهاء خلاف بين أبي يوسف ومحمد فعلى قول أبي يوسف لا يكبر وعند محمد يكبر والاول هو الظاهر لان التكبير للانتقال فيأتي به فيهما اعتبارا بسجدة الصلاة ويرفع صوته بالتكبير وقوله بلا رفع يد لما روي في حديث ابن عمر كان عليه الصلاة والسلام لا يفعل في السجدة يعني لا يرفع يديه ولا تشهد عليه ولا سلام لان ذلك للتحليل وهو يستدعي سبق التحريمة وهو معدوم هنا ثم اذا أراد السجود يستحب له أن يقوم فيسجد روي ذلك عن عائشة رضي الله عنها ولان الخرور فيه أكمل فكان أولى ويقول في سجوده مثل ما يقول في سجود الصلاة على الاصح قال رحمه الله (وكره أن يقرأ سورة ويدع آية السجدة) لانه يشبه الاستنكاف عنها ويوهم الفرار من لزوم السجدة وهجران بعض القرآن وكل ذلك مكروه قال رحمه الله (لا عكسه) أي لا يكره عكسه وهو أن يقرأ آية السجدة ويدع ما سواها لانه مبادر اليها وقال محمد أحب الي أن يقرأ قبلها آية أو آيتين لدفع وهم التفضيل وقال قاضيخان ان قرأ معها آية أو آيتين فهو أحب وهذا أعم من الاول وانما كان أعم لان قوله معها يجوز أن يكون قبلها أو بعدها ولا كذلك الاول وهو قوله قبلها واستحسنوا اخفاءها شفقة على السامعين وقيل ان وقع بقلبه انهم يؤدونها ولا يشق عليهم ذلك جهر بها ليكون حثا لهم على الطاعة وموضع السجود في حم السجدة عند قوله تعالى وهم لا يسأمون وهو مذهب ابن عباس وعند بعضهم عند قوله ان كنتم اياه تعبدون وفي النمل عند قوله تعالى رب العرش العظيم وشذ بعض الشافعية وقال عند قوله تعالى ويعلم ما تخفون وما تعلنون وقيل على قراءة الكسائي عند قوله تعالى ألا يا اسجدوا بالتخفيف وفي ص عند قوله تعالى وخر راكعا وأناب عندنا وعند بعضهم عند قوله تعالى وحسن مآب وفي الانشقاق عند قوله تعالى واذا قرئ عليهم القرآن لا يسجدون وعند بعض المالكية في آخر السورة ولو قرأ آية السجدة الا الحرف الذي في آخرها لا يسجد ولو قرأ الحرف الذي يسجد فيه وحده لا يسجد الا أن يقرأ أكثر آية السجدة بحرف السجدة وفي مختصر البحر لو قرأ واسجد وسكت ولم يقل واقترب تلزمه السجدة والله أعلم

باب صلاة المسافر

(قوله ولا بالانتقال من زاوية الى زاوية الى آخره) ولو قرأها في زوايا المسجد الجامع يكفيه سجدة واحدة وكذا الحكم في البيت والدار وقيل في الدار اذا كانت كبيرة كبيت السلطان فتلا في دار منها ثم تلا في دار أخرى يلزمه سجدة أخرى وأما في المسجد الجامع اذا تلا في دار ثم تلا في دار أخرى يكفيه سجدة واحدة وفي الحجة اذا قرأ آية السجدة في المسجد الجامع فتحول عن مكانه كثيرا فأعاد التلاوة يجب اعادة السجود اه تاتارخانية (قوله ولو كررها راكبا على الدابة الى آخره) قال في الواقعات الحسامية في الباب الخامس الذي عقده آخرها فيما أفتى به الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني وغيره من المشايخ الائمة رحمهم الله رجل تلا آية سجدة على غصن شجرة ثم انتقل الى غصن آخر فأعادها ان كان يمكنه الانتقال دون نزول من الاول كفته سجدة واحدة لان المجلس متحد وان كان لا يمكنه الانتقال الا بالنزول من الاول يسجد سجدتين لان المجلس غير متحد اه وفي الخلاصة فان تلا آية السجدة في الصلاة مرارا على الدابة وهي تسير ومعها رجل يسوق الدابة خلفه وجب على التالي سجدة واحدة وعلى سائق الدابة بكل تلاوة سجدة اه

باب صلاة المسافر

وهو مفاعل من سافر بمعنى سفر لان المفاعلة لا تكون الا بين اثنين اه عيني السفر عارض مكتسب كالتلاوة الا أن التلاوة عارض هو عبادة في نفسه الا بعارض بخلاف السفر الا بعارض فلذا أخر هذا الباب عن ذلك اه كمال

قال

(قوله فى المتن ثلاثة أيام الى آخره) فى الينابيع المراد بالايام فى الكتاب النهر دون الليالى اه كاكى (قوله فى المتن فى بر أو بحر أو جبل الى آخره) تفصيل للسير المتصف بثلاثة أيام والتقدير سيرا متصفا بكونه فى ثلاثة أيام حاصلا أو واقعا فى بحر أو فى بر أو فى جبل اه ع (قوله فى المتن قصر الفرض الرباعى الخ) قيد بالفرض ليخرج عن السنن فانها لا تقصر وقيد بالرباعى ليخرج الفجر والمغرب اه دراية ثم الاصل فى القصر قوله تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة الآية وقد انتسخ التعليق بخوف الفتنة بالاجماع فبقى عاما بعمومه أخذ نفاة القياس فلم يقدروه بمدة وهو مذهب داود والصحيح أنه مقدر به لان مطلق الضرب فى غير الارض غير مراد بالاجماع اه كاكى (قوله أو نقول فى كلامه تقديم) قال العينى رحمه الله لا يحتاج الى هذا التكلف وليس فى التركيب ما ذكره بل قوله سيرا هو مفعول قوله مريدا ثم ان هذا السير متصف بشيئين الاول أن يكون وسطا والثانى أن يكون ثلاثة أيام لانه لا شك أنه حين يخرج من بيته مريدا سيرا ولكنه بمجرد ارادة السير مطلقا لا يترخص له بل حين أراد سيرا وسطا المقدر بثلاثة فحينئذ

انتصاب سيرا على المفعولية وانتصاب وسطا وثلاثة أيام على الوصفية ويجوز أن ينتصب سيرا بنزع الخافض

قال رحمه الله (من جاوز بيوت مصره مريدا سيرا وسطا ثلاثة أيام) أى قدر مسيرة ثلاثة أيام لا حقيقة السير فيها حتى لو قطعه فى يوم واحد قصر قال رحمه الله (فى بر أو بحر أو جبل قصر الفرض الرباعى) قوله وسطا صفة لمصدر محذوف والعامل فيه السير المذكور لانه مقدر بان والفعل تقديره مريدا أن يسير سيرا وسطا فى ثلاثة أيام ومراده التقدير لا أن يسير فيها سيرا وسطا ولا أن يريد ذلك السير واعتبر بمقدر تلك المسافة وكان ينبغى أن يقول مريدا ثلاثة أيام سيرا وسطا فى بر أو بحر أى مريد مسيرة ثلاثة أيام وسطا أى بسير وسط أو نقول فى كلامه تقديم وتأخير وحذف تقديره مريد مسيرة ثلاثة أيام سيرا وسطا أى بسير وسط وهو سير الابل ونحوه ثم كلامه يتضمن أشياء أحدها بيان موضع يبتدأ فيه بالقصر والثانى بيان اشتراط قصد السفر والثالث بيان قدر مسافته والرابع حكم القصر فيه أما الاول فانه يقصر اذا فارق بيوت المصر لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قصر العصر بذى الحليفة وروى عن على رضى الله عنه أنه قال لو جاوزنا هذا الخص لقصرنا ثم المعتبر المجاوزة من الجانب الذى خرج منه حتى لو جاوز عمران المصر قصر وان كان بحذائه من جانب آخر أبنية وان كانت قرية متصلة بربض المصر يعتبر مجاوزتها هو الصحيح وأما الثانى وهو بيان اشتراط قصد السفر فلا بد للمسافر من قصد مسافة مقدرة بثلاثة أيام حتى يترخص برخصة المسافرين والا لا يترخص أبدا ولو طاف الدنيا جميعها بان كان طالب آبق أو غريم ونحو ذلك ويكتفيه غلبة الظن يعنى اذا غلب على ظنه أنه يسافر قصر اذا فارق بيوت المصر ولا يشترط فيه التيقن وأما الثالث وهو بيان مسافة السفر فقد قال أصحابنا أقل مسافة تتغير فيها الاحكام مسيرة ثلاثة أيام بسير وسط وهو سير الابل ومشى الاقدام فى أقصر أيام السنة وعن أبى يوسف أنه مقدر بيومين وأكثر اليوم الثالث وعند الشافعى بيوم وليلة والحجة عليهما قوله عليه الصلاة والسلام يمسح المقيم يوما وليلة والمسافر ثلاثة أيام ولياليها ووجه التمسك به أنه يقتضى أن كل من صدق عليه انه مسافر شرع له مسح ثلاثة أيام اذ اللام فى قوله والمسافر للاستغراق كما فى جانب المقيم ولا يتصور ذلك الا اذا قدر أقل مدة السفر بثلاثة أيام لانه لو قدر باقل من ذلك لا يمكنه استيفاء مدته لانتهاء سفره فتعين تقديره بها ضرورة ولا يخرج

ويكون قوله ثلاثة أيام مفعولا لقوله مريدا فيكون تقدير الكلام مريدا بسير وسط ثلاثة أيام اه قال فى الظهيرية المسافر اذا بكر فى اليوم الاول ومشى الى وقت الزوال حتى بلغ المرحلة فنزل فيها للاستراحة وبات فيها ثم بكر فى اليوم الثالث ومشى حتى بلغ المقصد وقت الزوال هل يصير مسافرا بهذا أو هل يباح له ان يقصر قال بعضهم لا قال شمس الائمة الحلوانى رحمه الله الصحيح أنه يصير مسافرا اه (قوله فلا بد للمسافر من قصد مسافة الى آخره) ولا اعتبار بالقصد مع السير لا بالسير المجرد ولا بالقصد المجرد واذ قامة ضد السفر ثبتت بمجرد النية لان الاقامة

فيه داعية الى ترك الفعل وفى الترك يكفيه مجرد النية اما السفر فانشاء فعل فلا يكفيه مجرد

النية اه كاكى وعلى هذا قالوا أمير خرج مع جيشه فى طلب العدو ولم يعلم أين يدركهم فانهم يصلون صلاة الاقامة فى الذهاب وان طالت المدة وكذا المكث فى ذلك الموضع أما فى الرجوع فان كانت مدة سفر قصروا ولو لم يعرف تعلم به أهل داره فهرب منهم يريد مسيرة ثلاثة أيام لم يصر مسافرا وان لم يعلموا به أو علموا ولم يحبسهم على نفسه فهو على (٢) قامته وعلى هذا يتفرع فى صبى ونصرانى خرجا قاصدين مسيرة ثلاثة أيام فى أثنائها بلغ الصبى وأسلم الكافر يقصر الذى أسلم فيما بقى ويتم الذى بلغ لعدم صحة القصد والنية من الصبى حين أنشأ السفر بخلاف النصرانى والباقى بعد صحة النية أقل من ثلاثة أيام اه فتح (قوله بسير متوسط) أى مع الاستراحات التى تتخللها اه (قوله ومشى الاقدام) المراد مشى الاقدام سير القافلة اه ونقل عن السير سير البريد ولا سيرا بطيئا ونحو الامور أوساطها اه كاكى (قوله وأكثر اليوم الثالث الى آخره) وهو رواية عن أبى حنيفة ومحمد فجوزا أن يبلغ مقصده فى اليوم الثالث بعد الزوال اه كاكى (قوله لو قدر باقل من ذلك لا يمكنه الى آخره) قال العلامة كمال الدين رحمه الله لكن قد يقال المراد يمسح المسافر ثلاثة

بعض المسافرين عنه وروى عن أبي حنيفة أنه مقدر بثلاث مراحل وهو قريب من الاول لان المعتاد في السير في كل يوم مرحلة خصوصا في أقصر أيام السنة وقيل انه معتبر بالفراسخ فقدر باحد وعشرين فرسخا وقيل بثمانية عشر وقيل بخمسة عشر والصحيح الاول ولم يذكر مدة السفر في الملاحة في ظاهر الرواية وذكر في العيون عن أبي حنيفة انه يعتبر مسيرة ثلاثة أيام في البر وان أسرع في السير وسار في يومين أو أقل والمختار للفتوى أن ينظر كم تسير السفينة في ثلاثة أيام ولياليها اذا كانت الرياح مستوية معتدلة فيجعل ذلك هو المقدر لانه أليق بحاله كما في الجبل وأما الرابع فعندنا فرض المسافر في الرباعية ركعتان وهو قول عمر وعلي وابن مسعود وابن عباس وابن عمر وجابر وقال الشافعي فرضه الاربع والقصر رخصة اعتبارا بالصوم ولنا حديث عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال صلاة السفر ركعتان وصلاة الاضحى ركعتان وصلاة الفطر ركعتان وصلاة الجمعة ركعتان تمام غير قصر على لسان نبيكم محمد صلى الله عليه وسلم وقد خاب من افترى وقالت عائشة رضي الله عنها فرضت الصلاة ركعتين ركعتين فأقرت صلاة السفر وزيد في صلاة الحضر وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه قال صحبت النبي صلى الله عليه وسلم في السفر فكان لا يزيد على ركعتين وأبا بكر وعمر وعثمان كذلك وعن ابن عباس مثله وكل من روى صلاته عليه الصلاة والسلام في السفر روى القصر فلو كان فرض المسافر أربعا لما تركه عليه الصلاة والسلام على الدوام لاختياره الاشق والعزيمة فعلم بذلك ان الاربع في حقه غير مشروع ولان الشفع الثاني لا يقضى ولا يأثم بتركه وهذا آية النافلة بخلاف الصوم لانه يقضى

أياما اذا كان سفره يستوعبها قاصدا لا يقال انه احتمال يخالفه الظاهر فلا يصار اليه لانا نقول قد صاروا اليه على ما ذكروا من أن المسافر اذا بكر في اليوم الاول ومشى الى وقت الزوال حتى بلغ المرحلة فنزل بها للاستراحة وبات فيها ثم بكر في اليوم الثاني ومشى الى ما بعد الزوال ونزل ثم بكر في الثالث ومشى الى الزوال فبلغ المقصد قال السرخسي الصحيح أنه يصير مسافرا عند النية وعلى هذا خرج الحديث الى هذا الاحتمال المذكور وان قالوا بقية كل يوم ملحقة بالمقضي منه للعلم بانه لابد من تخلل الاستراحات لتعذر مواصلة السير لا يخرج بذلك عن أن مسافرا مسح أقل من ثلاثة أيام فان عصر اليوم الثالث في هذه الصورة لا يمسح فيه فليس تمام اليوم الثالث ملحقا به شرعا حيث لم يثبت فيه رخصة السفر ولا هو سفر حقيقة فظهر أنه انما يمسح ثلاثة أيام شرعا اذا كان سفره ثلاثة وهو عين الاحتمال المذكور من أن بعض المسافرين لا يمسحها وآل الى قول أبي يوسف ولا مخلص الا بمنع هذا القول واختيار مقابله وان صححه شمس الأئمة وعلى هذا يقول لا يقصر هذا المسافر وأنا لا أقول باختيار مقابله بل انه لا مخلص عما أوردناه الا به اه فتح قوله على ما ذكروا وممن ذكرها صاحب المحيط فيه اه (قوله وقيل بخمسة عشر والصحيح الاول الى آخره) قال الكمال شكر الله سعيه وانما كان الصحيح أن لا يقدر بها لانه لو كان الطريق وعرا بحيث يقطع في ثلاثة أيام أقل من خمسة عشر فرسخا قصر بالنص وعلى التقدير باحد هذه التقديرات لا يقصر فيعارض النص فلا يعتبر سوى سير الثلاثة وعلى اعتبار سير الثلاثة بمشي الاقدام لو سار مستعجلا كالبريد في يوم قصر فيه وأفطر لتحقق سبب الرخصة وهو قطع مسافة ثلاثة أيام بسير الابل ومشي الاقدام كذا ذكر في غير موضع وهو أيضا مما يقوي الاشكال الذي قلنا ولا مخلص الا بمنع قصر مسافر يوم واحد وان قطع فيه مسيرة أيام والا لزم القصر لو قطعها في ساعة صغيرة كقدر درجة كما لو كان صاحب كرامة الطي لانه يصدق عليه أنه قطع مسافة ثلاثة بسير الابل وهو بعيد لانتفاء مظنة المشقة وهي العلة أعني التقدير بثلاثة أيام أو أكثرها لانها المحولة مظنة للحكم بالنص المقتضي أن كل مسافر يتمكن من مسح ثلاثة أيام غير أن بالاكثر يقام مقام الكل عند أبي يوسف وعليه ذلك الفرع وهو ما اذا وصل عند الزوال من اليوم الثالث الى المقصد فلو صح تفريعه بجواز الترخص مع سير يوم واحد اذا قطع فيه قدر ثلاثة بسير الابل يبطل الدليل ولا دليل غيره في تقديرهم أدنى مدة المسح فيبطل أصل الحكم أعني تقديرهم أدنى السفر بترخص بثلاثة والله أعلم اه (واعلم) ان من الشارحين من يحكي خلافا بين المشايخ في أن القصر عندنا عزيمة أو رخصة وينقل اختلاف عباراتهم في ذلك وهو غلط لان من قال رخصة عنى رخصة الاسقاط وهو العزيمة وتسميتها رخصة مجاز وهذا بحث لا يخفى على أحد اه فتح (قوله على لسان نبيكم محمد صلى الله عليه وسلم الى آخره) أخرجه النسائي وابن ماجه ورواه ابن حبان في صحيحه وأعله بأن عبد الرحمن لم يسمع من عمر مدفوع بثبوت ذلك حكم به مسلم في مقدمة كتابه اه فتح (قوله وهذا آية النافلة) يعني ليس معنى كون الفعل فرضا الا كونه مطلوبا البتة قطعا أو ظنا على الخلاف الاصطلاحي فاثبات التخيير بين أدائه وتركه رخصة في بعض الاوقات ليس حقيقة الا نفي الافتراض في ذلك الوقت للمنافاة بينه وبين مفهوم الفرض فيلزم بالضرورة أن ثبوت الترخص مع قيام الافتراض لا يتصور الا في التأخير ونحوه من عدم الزام بعض الكيفيات التي عهدت لازمة في الفرض وهذا المعنى قطعي في الاسقاط فيلزم كون الفرض ما بقي اه فتح فان قيل قول الشارح ولا يأثم بتركه الى آخره مشكل بالزائد على قراءة آية وثلاث آيات فانه لو أتى به يثاب ويقع فرضا ولو تركه لا يعاقب مع انه يقع فرضا وكذا بالزائد على قدر الفرض في الركوع والسجود فانه بهذه المثابة وبصوم المسافر فانه لو تركه لا يعاقب ولو فعله يثاب ويقع فرضا وكذا من لا استطاعة له على الحج لو تركه

قال

قال رحمه الله (فلو أتم وقعد في الثانية صح) أي أتم أربع ركعات وقعد في الاوليين قدر التشهد صح فرضه والاخريان له نافلة اعتبارا بالفجر ويصير مسيئا لتأخيره السلام قال رحمه الله (والا) أي ان لم يقعد في الثانية لا يصح فرضه لاختلاط النافلة بالفرض قبل اكماله هذا اذا لم ينو الاقامة وأما اذا نواها بعدما قام الى الثالثة صح فرضه لانه صار مقيما بالنية فانقلب فرضه أربعا وترك القعدة في الاوليين غير مفسد في حقه وعلى هذا لو ترك القراءة في الاوليين ثم نوى الاقامة صح فرضه لانه أمكنه أن يقرأ في الاخريين لما قلنا قال رحمه الله (حتى يدخل مصره أو ينوي اقامة نصف شهر ببلد أو قرية) وهذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن يكون متصلا بقوله والا أي وان لم يقعد في الثانية لا يصح فرضه حتى يدخل مصره أو ينوي الاقامة فحينئذ يصح لكونه مقيما والثاني ان يكون متصلا بقوله من جاوز بيوت مصره مريدا سيرا الى آخره معناه اذا جاوز بيوت مصره قصر حتى يرجع الى مصره فيدخله أو ينوي الاقامة في موضع آخر وقالوا انما يشترط دخوله المصر للاتمام اذا سار ثلاثة أيام فصاعدا وأما اذا لم يسر ثلاثة أيام فيتم بمجرد الرجوع الى وطنه وان لم يدخله لانه نقض السفر قبل الاستحكام اذ هو يحتمل النقض والتقييد بالبلد والقرية ينفي صحة الاقامة في غيرهما وهو الظاهر لان الاقامة لا تكون الا في موضع صالح لها هذا اذا سار ثلاثة أيام فصاعدا وأما اذا لم يسر ثلاثة أيام فلا يشترط أن تكون الاقامة في بلد أو قرية بل تصح ولو في المفازة وقدر الاقامة بنصف شهر لما روي عن ابن عباس وابن عمر رضي الله عنهم انهما قالا اذا قدمت بلدة وأنت مسافر وفي نفسك ان تقيم بها خمسة عشر يوما وليلة فأكمل صلاتك وان كنت لا تدري متى تظعن فاقصرها والاثر في المقدرات كالخبر اذ الرأي لا يهتدي اليه ولانه لا يمكن اعتبار مطلق اللبث لان السفر لا يعرى عنه فيؤدي الى أن لا يكون مسافرا أبدا فقدرناها بمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان كما قدرنا الحيض والسفر بتقدير واحد لانهما مدتان

لا يعاقب ولو أتى بمثله يثاب ويقع فرضا قلنا الزائد على آيتين وثلاث انما يقع فرضا بعد الاتيان به بدليل آخر وهو أن الواجب في الامر المطلق ما يطلق عليه اسم المأمور لحصول الامتثال به ولكن لو أتى بالزيادة يقع فرضا لدخوله تحت الامر ويتناول مطلق الامر اياها على ما عرف تحقيقه في الاصول فالامر بالقراءة والركوع والسجود من هذا القبيل فلو وجد من هذه الافعال يكون فرضا ولم يوجد مثله فيما نحن فيه لان الامر بالظهر غير مطلق بل هو مقيد بالاربع في حق المقيم وبالركعتين في حق المسافر ألا ترى انه لو اكتفى بركعة لا يجوز ومع أنه أتم الصلاة ولو زاد على الاربع لا يجوز عن الفرض فلما تعينت الركعتان الفرضية في حق المسافر نظرا وجمعا على العهدة بهما بالاجماع لم يبق الاربع فرضا لان الامر لا يتناول الا أحدهما أما الصوم فقد دخل تحت الامر بعموم قوله فمن شهد منكم الشهر فليصمه فالمأمور في حق المقيم والمسافر شيء واحد الا انه رخص للمسافر بالافطار فلا يعاقب بالترك ولو أتى به يقع فرضا وأما الفقير فانما لا يعاقب على ترك الحج لعدم شرطه وهو الاستطاعة فأما اذا تحمل المشقة فقد حدثت له الاستطاعة لان الشرط عند قرب المسافة الاستطاعة بالبدن وقد تحققت فيقع ما أدى فرضا كما لو صار غنيا كذا قرره شيخي العلامة وفيه نوع تأمل وفي المحيط اختلف في السنن ولا قصر فيها بالاتفاق لانه شرع تخفيفا وهو في الفرائض بل هو مخير بين الفعل والترك فقيل الترك أفضل ترخصا وقد روي عن أبي بكر وغيره من الصحابة تركها وقيل الفعل أفضل تقربا وقال الهندواني حال النزول الفعل أفضل وحال السير الترك أفضل وقيل يصلي سنة الفجر لقوتها وقيل سنة المغرب أيضا وفي المبسوط لا بأس بترك السنن وهذا يدل على أن الفعل أفضل وتأويل ما روي عن بعض الصحابة انه حال السير على وجه لا يمكنه المكث لادائها وفي مجتبى عن الحسن بن حي لو التزم المسافر نية الاربع أعاد حتى يفتتحها بنية الركعتين قال الرازي وهو قولنا لانه اذا نوى أربعا فقد خالف فرضه كنية الفجر أربعا ولو نواها ركعتين ثم نواها أربعا بعد الافتتاح فهي ملغاة كمن افتتح الظهر ثم نوى العصر اه معراج الدراية (قوله ويصير مسيئا لتأخيره السلام الخ) لان السلام واجب ولانه ترك واجب تكبيرة الافتتاح في النفل اه كاكي (قوله ثم نوى الاقامة صح فرضه) أي عندهما خلافا لمحمد اه كاكي والخلاف مذكور في المجمع اه (قوله أو ينوي الاقامة نصف شهر في بلد أو قرية) ظاهر أن المراد حتى يدخل في بلد أو قرية فينوي ذلك والا فنية الاقامة في القرية والبلد متحققة حال سفره اليها قبل دخولها لكن تركه لظهوره اه فتح (قوله ولو في المفازة الخ) حتى انه يصلي أربعا أربعا وقياسه أن لا يجعل فطره في رمضان وان كان بينه وبين بلده يومان لانه انتقض السفر بنية الاقامة لاحتماله النقض اذ لم يستحكم اذ لم يتم علة فكانت الاقامة نقضا للعارض لا ابتداء علة الاتمام وقيل العلة مفارقة البيوت قاصدا مسيرة ثلاثة أيام لا استكمال سفر ثلاثة أيام بدليل ثبوت حكم السفر بمجرد ذلك فقد تمت العلة لحكم السفر ويثبت حكمه ما لم يثبت حكم الاقامة فيحتاج الى الجواب اه فتح أي احتاج من قال العلة استكمال ثلاثة أيام الى الجواب اه (قوله والاثر الخ) قد يقال في قوله فقدرنا بالمدة الطهر لانهما مدتان موجبتان هذا القول قياس أصله مدة السفر والعلة كونها موجبة ما كان ساقطا وهي ثابتة في مدة الاقامة وهي الفرع فاعتبرت كميتها وهو الحكم والاصلاحه بانه بعد ثبوت التقدير بالخبر وجد ناه على وفق صورة قياس ظاهر فرجحنا به المروي عن

مسقطتان قال رحمه الله (لا بمكة ومنى) أى لا اذا نوى الاقامة بمكة ومنى حيث لا يتم فيهما لان الاقامة لا تكون فى مكانين اذ لو جازت فى مكانين لجازت فى أماكن فيؤدى الى أن السفر لا يتحقق لان اقامة المسافر فى المراحل لو جمعت كانت خمسة عشر يوما أو أكثر الا اذا نوى ان يقيم فى الليل فى أحدهما فيصير مقيما بدخوله فيه لان اقامة المرء تضاف الى مبيته يقال فلان يسكن فى حارة كذا وان كان بالنهار فى الاسواق هذا اذا كان كل واحد من الموضعين أصلا بنفسه كما ذكر وان كان أحدهما تبعا للآخر بان كانت القرية قريبة من المصر بحيث تجب الجمعة على ساكنها فانه يصير مقيما بدخول أحدهما أيهما كان لانهما فى الحكم كوطن واحد قال رحمه الله (وقصر ان نوى أقل منه أو لم ينو وبقى سنين) أى قصر ان نوى أقل من خمسة عشر يوما أو لم ينو شيأ وانما يقول غدا أخرج أو بعده وبقى على ذلك سنين لما ذكرنا أن السفر لا يعرى عنه فلا يمكن اعتباره بدون عزيمته قال رحمه الله (أو نوى عسكر ذلك بأرض الحرب وان حاصروا مصرا أو حاصروا أهل البغى فى دارنا فى غيره) قوله أو نوى عسكر معطوف على قوله ان نوى أقل منه معناه قصر ان نوى أقل منه أو نوى عسكر ذلك أى خمسة عشر يوما بأرض الحرب ولو حاصروا مصرا من أمصارهم أو حاصروا أهل البغى فى دار الاسلام فى غير المصر لان نية الاقامة فى دار الحرب أو البغى لا تصح لان حالهم يخالف عزيمتهم لترددهم بين القرار والفرار فصار كالمفازة والجزيرة والسفينة وعند زفر تصح نيتهم فى الوجهين اذا كانت الشوكة لهم للتمكن من الاستقرار ظاهرا وعند أبى يوسف تصح اذا كانوا فى بيوت المدر وجوابه ما ذكرنا من التردد ولهذا قالوا فيمن دخل بلدة لقضاء حاجة ونوى اقامة خمسة عشر يوما لا يصير مقيما لا بد ان قضى حاجته قبل الوقت يخرج منه قال رحمه الله (بخلاف أهل الاخبية) يعنى حيث تصح منهم نية الاقامة فى الاصح وان كانوا فى المفازة لان الاقامة أصل

ابن عمر على المروى عن عثمان رضى الله عنه انها أربعة أيام كما هو مذهب الشافعى اه فتح (قوله فى المتن لا بمكة ومنى الخ) لانه لم ينوها فى أحد الموضعين كملا ولو اعتبر فى موضعين لامكن اعتبارها فى مواضع وكل شئ لا يخلو عنه السفر فلا يمكن تحقق الرخصة حينئذ فلو نوى المبيت فى أحدهما خمسة عشر يوما أتم الصلاة لانه يعد مقيما بالمبيت فى أحدهما وذكر فى المناسك ان الحاج اذا دخل فى أيام العشر مكة ونوى الاقامة خمسة عشر يوما أو دخل قبل أيام العشر لكن بقى الى يوم التروية لاقل من خمسة عشر يوما ونوى الاقامة لا يصح لانه لا بد من الخروج الى عرفات فلا يتحقق منه نية الاقامة خمسة عشر يوما فلا يصح قيل كان سبب تفقه عيسى ابن أبان هذه المسئلة وذلك أنه كان مشغولا بطلب الحديث قال فدخلت مكة فى أول العشر من ذى الحجة مع صاحب لى وعزمت على الاقامة شهرا فجعلت أتم الصلاة فلقينى بعض أصحاب أبى حنيفة فقال أخطأت فانك تخرج الى منى وعرفات فلما رجعت الى منى بدا لصاحبى أن يخرج وعزمت على أن أصاحبه فجعلت أقصر الصلاة فقال لى صاحب أبى حنيفة أخطأت فانك مقيم بمكة فما لم تخرج منها لا تصير مسافرا فقلت فى نفسى أخطأت فى مسئلة واحدة فى موضعين ولم ينفعنى ما جمعت من الاخبار فدخلت مسجد أبى حنيفة واشتغلت بالفقه من شرح المجمع لابى البقاء رحمه الله (قوله الا اذا نوى أن يقيم) أى قبل الدخول اه ابن فرشتا (قوله أو لم ينو وبقى سنين الخ) لان ابن عمر رضى الله عنهما أقام بأذربيجان ستة أشهر وكان يقصر وعن جماعة من الصحابة رضى الله عنهم مثل ذلك اه هداية (قوله أو نوى عسكر ذلك الخ) قال فى الدراية ولو دخل دار الحرب مستأمنا ونوى الاقامة فى دارهم فى موضع الاقامة صحت نيته والاسير اذا انفلت من أيدى الكفار وتوطن فى غار أو سرب ونوى الاقامة خمسة عشر يوما يقصر اه (قوله فى دار الاسلام فى غير المصر الخ) أما اذا حاصروهم فى مصر من أمصار المسلمين تصح نيتهم للاقامة بلا اختلاف اه ع (قوله لان حالهم يخالف عزيمتهم) لانهم مع تلك العزيمة موطنون على انهم ان هزموا قبل تمام الخمسة عشر وهو أمر مجوز رحلوا أو لم يقيموا وهذا معنى قيام التردد فى الاقامة فلم تقطع النية عليها فلا ولا بد من تحقيق قطع النية من قطع القصد وان كانت الشوكة لهم لان احتمال وصول المدد الى العدو ووجود مكيدة من القليل يهزمها الكثير قائم وذلك يمنع قطع القصد ولهذا يضعف تعليل أبى يوسف الصحة اذا كانوا فى بيوت المدر لان كانوا فى الاخبية لان مجرد بيوت المدر ليس على ثبوت الاقامة بل مع النية ولم تقطع اه كمال قوله الصحة أى صحة النية اه (قوله فصار كالمفازة) أى فصار المصر من دار الحرب قبل الفتح فى حق أهل العسكر كالمفازة من جهة أنها ليست موضع اقامة قبل الفتح اه (قوله تصح نيتهم فى الوجهين الخ) أى فى محاصرة أهل الحرب وفى محاصرة أهل البغى اه (قوله تصح اذا كانوا فى بيوت الخ) لانه موضع اقامة اه هداية (قوله فى المتن بخلاف أهل الاخبية) أى كالاعراب والاتراك والرعاة اه كاكى والاخبية جمع خباء وهو بيت الشعر اه ع (قوله يعنى حيث تصح منهم نية الاقامة الخ) يروى ذلك عن أبى يوسف اه هداية وكتب ما نصه وعلل فيه بوجهين اه (قوله لان الاقامة أصل الخ) والسفر عارض فحملهم على الاصل أولى والثانى أن السفر انما يكون عند النية الى مكان اليه مدة السفر وهم لا ينوون ذلك قط بل ينتقلون من ماء الى ماء ومن مرعى الى مرعى فكانوا مقيمين باعتبار الاصل كذا فى المبسوط وفى التحفة الاعراب والاكراد والتراكمة والرعاة الذين يسكنون فى بيوت الشعر والصوف مقيمون لان مقامهم المفاوز عادة وبه قال الشافعى وفى المحيط

وعليه الفتوى أما اذا ارتحلوا من موضع اقامتهم في الصيف وقصدوا موضعا آخر للاقامة في الشتاء وبين الموضعين مسيرة ثلاثة أيام فانهم يصيرون مسافرين عند أبي حنيفة كذا في المحيط وفي المجتبى ذكر البقالي الملاح مسافر وان كان أهله وماله في السفينة وبه قال الشافعي وسفينته ليست بوطن له الا عند الحسن وأحمد وفي المحيط صاحب السفينة والملاح لا يصير مقيما باقامته لا أن يكون قريبا من وطنه اه معراج (قوله فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى) يعني هم لا يقصدون سفرا بل الانتقال من مرعى الى مرعى وهذا لان عادتهم المقام في المفاوز فكانت في حقهم كالقرى في حق أهل القرى اه فتح وقال القاضي أما من ليس من أهل الاخبية فهو مسافر فلا يصير مقيما بنية الاقامة في مرعى أو جزيرة اه (قوله صح وأتم) أي سواء اقتدى به في جزء من صلاته أو كلها وبه قال الشافعي وأحمد وداود وقال مالك ان أدرك في صلاة المقيم ركعة لزمه الاتمام وان كان دونها لا يلزمه وقيل في الجمعة وقال اسحق بن راهويه يجوز للمسافر القصر خلف المقيم اه كاكي (قوله لاتصال المغير بالسبب الخ) فان قيل تغير فرضه بالاقتداء موقوف على صحة اقتداء المسافر بالمقيم وصحته موقوفة على تغير فرضه اذ ما لم يتغير لزم أحد الامرين من اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة فقد توقف التغير على صحة الاقتداء وصحته على التغير وهو دور والجواب أنه دور معية لا ترتب فيثبت صحة الاقتداء والتغير معا الا أنه في الملاحظة يكون ثبوت التغير لتصحيح الاقتداء لانه مطلوب شرعا ولا يمتنع معية المانع والاعداد للتغير وهو ليس بلازم لفرض ثبوت التغير بما يصلح سببا له فلكن طلب الشرع تصحيح الاقتداء سببا له أيضا فيثبت عند الاقتداء فتثبت الصحة معه اه نهر (قوله وان أفسده يصلي ركعتين) أي سواء كان الافساد قبل خروج الوقت أو بعده اه قوله متابعة وقد زالت) بخلاف

فلا تبطل بالانتقال من مرعى الى مرعى بخلاف العسكر قال رحمه الله (وان اقتدى مسافر بمقيم في الوقت صح وأتم) هكذا روي عن ابن عباس وابن عمر ولانه تبع لامامه فيتغير فرضه الى أربع كما يتغير بنية الاقامة لاتصال المغير بالسبب وهو الوقت وان أفسده يصلي ركعتين لان لزوم الاربع للمتابعة وقد زالت بخلاف ما لو اقتدى به بنية النفل ثم أفسد حيث يلزمه الاربع لانه بالشروع التزم صلاة الامام قصدا وفي مسئلتنا لم يلتزم قصدا وانما قصد اسقاط الفرض عن ذمته وتغير فرضه حكما للمتابعة وقد زالت قال رحمه الله (وبعده لا) أي بعد خروج الوقت لا يصح اقتداء المسافر بالمقيم لان فرضه لا يتغير بعد الوقت لانقضاء السبب كما لا يتغير بنية الاقامة فيكون اقتداء المفترض بالمتنفل في حق القعدة أو القراءة والتحريمة قال رحمه الله (وبعكسه صح فيهما) أي بعكس ما ذكر من اقتداء المسافر بالمقيم جاز في الوقت وبعده وهو اقتداء المقيم بالمسافر أما جوازه في الوقت فلانه عليه الصلاة والسلام صلى بمكة بأهل مكة وهو مسافر وقال أتموا صلاتكم فانا قوم سفر ويستحب أن يقول ذلك كل مسافر صلى بمقيم اقتداء به عليه الصلاة والسلام ولان صلاة المسافر أقوى لان القعدة الاولى فرض في حقه نفل في حق المقيم وبناء الضعيف على القوي جائز وأما بعد خروج الوقت فلما ذكرنا من أن صلاته أقوى من صلاته ثم اذا سلم أتم المقيم

ما لو اقتدى المقيم بالمسافر فأحدث الامام فاستخلف المقيم لا يتغير فرضه الى الاربع مع أنه صار مقتديا بالمقيم لانه انما كان مؤتما خليفة عن المسافر لكن المسافر كأنه الامام فيأخذ الخليفة صفة الاول حتى لو لم يقعد على رأس الركعتين فسدت صلاة كل من المسافرين والمقيمين ولو أم مسافر مسافرين ومقيمين فقبل أن يسلم بعد التشهد على رأس الركعتين تكلم واحد من المسافرين أو قام وذهب ثم نوى الامام الاقامة تحول فرضه وفرض المسافرين الذين لم يتكلموا أربعا لوجود المغير في محله وصلاة من تكلم تامة لانه تكلم في وقت لو تكلم امامه فيه تمت صلاته فكذا صلاة المقتدي اذا كان بمثل حاله ولو تكلم بعد نيته فسدت لانه انقلب فرضه أربعا ثم تكلم ولكن يجب عليه صلاة المسافرين ركعتين لان الاربع للتبعية وقد زالت بفساد الصلاة اه فتح (قوله في المتن وبعده لا) قال في شرح تلخيص الخلاطي هذا في صلاة تتغير بالسفر أما في صلاة لا تتغير بالسفر كالفجر والمغرب فيصح اقتداؤه به في الوقت وبعده اه (قوله أي بعد خروج الوقت لا يصح) هذا اذا خرج قبل الاقتداء أما اذا اقتدى به في الوقت ثم خرج قبل الفراغ فلا يفسد ولا يبطل اقتداؤه لانه حين اقتدى صار فرضه أربعا تبعية كالمقيم وصلاة المقيم لا تصير ركعتين بخروج الوقت وكذا لو نام خلف الامام حتى خرج الوقت فانه يتم بطريق الاولى أعني يتم أربعا اه فتح قوله فلا يفسد والحرف فيه أنه متى اقتدى بالمقيم في وقت لو نوى الاقامة فيه صار فرضه أربعا صح اقتداؤه ولا عبرة بضيق الوقت حتى لو اقتدى به في العصر فاذا فرغ من التحريمة غابت الشمس أتمها قال في المجتبى عند قول القدوري رحمه الله واذا دخل المسافر في صلاة المقيم أتمها وقوله مع بقاء الوقت أي قدر التحريمة وهو الاصح اه (قوله لان فرضه لا يتغير الى آخره) أي لا يتغير فرضه بنية الاقامة بعد الوقت لانقضاء السبب فلا يتغير تبعا بالاقتداء (قوله في حق القعدة) أي الاولى ان اقتدى به في الشفع الاول فانها فرض على المسافر الذي لم يتغير فرضه واجبة على الامام وانما أطلق اسم النفل مجازا لاشتراكهما في عدم فساد الصلاة بتركه اه فتح وهذا لانه اقتدى به من أول الصلاة امتنع لاجل القعدة ولو اقتدى به في الآخر امتنع لاجل القراءة لان قراءته في الاخريين نفل وان لم يقرأ في الاوليين انتقلت القراءة من الاخريين الى الاوليين فتبقى الاخريان بلا قراءة ولو اقتدى به في القعدة الاخيرة امتنع لاجل التحريمة لان

صلاتهم منفردين لانهم التزموا الموافقة فى الركعتين فينفردون فى الباقى كالمسبوق الا انهم لا يقرؤن فى الاصح لانهم أدركوا مع الامام أول صلاته وفرض القراءة قد تأدى بخلاف المسبوق قال رحمه الله (ويبطل الوطن الاصلى بمثله لا السفر ووطن الاقامة بمثله والسفر والاصلى) اعلم ان الاوطان ثلاثة وطن أصلى وهو مولد الانسان أو البلدة التى تأهل فيها ووطن اقامة وهو الموضع الذى ينوى المسافر أن يقيم فيه خمسة عشر يوما فصاعدا ووطن سكنى وهو المكان الذى ينوى ان يقيم فيه أقل من خمسة عشر يوما ولم يذكر المحققون من أصحابنا هذا الوطن قالوا لانه لا فائدة فيه لانه يبقى فيه مسافرا على حاله فصار وجوده كعدمه ولهذا لم يذكره صاحب الكتاب وعامتهم على أنه يفيد ونحن نذكر فائدته من قريب ان شاء الله تعالى وكل واحد من هذه الاوطان يبطل بمثله وبما هو فوقه ولا يبطل بما دونه لان الشئ ينتقض بمثله وبما هو أقوى منه لا بما دونه وقوله ويبطل الوطن الاصلى بمثله أى بالوطن الاصلى لما ذكرنا ولهذا عد النبى صلى الله عليه وسلم نفسه بمكة مسافرا حيث قال فانا قوم سفر هذا اذا انتقل عن الاول بأهله وأما اذا لم ينتقل بأهله ولكنه استحدث أهلا ببلدة أخرى فلا يبطل وطنه الاول ويتم فيهما وقوله لا السفر فيه حذف أى لا بانشاء السفر ولا بوطن الاقامة وكلاهما لا يبطل به الاصلى لما ذكرنا وقوله ووطن الاقامة بمثله أى يبطل وطن الاقامة بوطن الاقامة لما مر وقوله والسفر والاصلى أى ويبطل بانشاء السفر وبالوطن الاصلى لان السفر ضد الاقامة فلا يبقى معه والوطن الاصلى فوقه وفائدة هذه الاوطان ان يتم صلاته فيها اذا دخلها وهو مسافر قبل ان تبطل وتتصور تلك الفائدة فى وطن السكنى أيضا فيما اذا خرج من مصره الى قرية لحاجة ولم يقصد السفر ونوى ان يقيم فيها أقل من خمسة عشر يوما فانه يتم فيها لانه مقيم ثم خرج من القرية لا للسفر ثم بدا له أن يسافر قبل ان يدخل مصره وقبل ان يقيم ليلة فى موضع آخر فسافر فانه يقصر ولو مر بتلك القرية ودخلها أتم لانه لم يوجد ما يبطله

نحريمة المسافر أقوى لكونها متضمنة للفرض فقط وتحريمة المقيم متضمنة للفرض والنفل ولهذا قال فى حق القعدة أو القراءة أو التحريمة اه من خطه رحمه الله قوله انتقلت الى آخره لان فرض القراءة يجب بجملتها فيهما اه (قوله الا انهم لا يقرؤن فى الاصح) احترازا عما قيل انهم يقرؤن لانهم منفردون ولهذا يجب السجود عليهم اذا سهوا اه فتح (قوله وفرض القراءة قد تأدى) أى فيترك احتياطا وهذا لانه لما كان لاحقا كان فى الحكم كأنه خلف الامام فكان مقتديا من هذا الوجه وهو منفرد حقيقة فتحرم القراءة نظرا الى انه مقتد وتستحب القراءة نظرا الى انه منفرد اذ فرض القراءة صار مؤدى فى الشفع الاول فدارت قراءته بين الحرمة والندب فلا تتعين فى الترك بل الحرام واجب الامتناع والمندوب جائز الترك فلو كان حراما أثم بالفعل ولو كان مندوبا لا يأثم بالترك بخلاف المسبوق فانه أدرك قراءة نافلة فكانت قراءته فيما يقضى فرضا فيجب الاتيان اه كافى (قوله وطن أصلى الى آخره) ويسمى وطن القرار اه (قوله التى تأهل فيها) أى ومن قصده التعيش به لا الارتحال اه فتح (قوله أن يقيم فيه خمسة عشر الى آخره) ويسمى وطن الاقامة ووطنا مستعارا اه (قوله فصاعدا) أى على نية أن يسافر بعد ذلك اه فتح (قوله لا بانشاء السفر ولا بوطن الاقامة الى آخره) والحاصل أن الوطن الاول وهو الوطن الاصلى لا يبطل بالاخيرين لانهما دونه والثانى وهو وطن الاقامة يبطل بالاول لانه فوقه وبالثانى لانه مثله وبالسفر لانه ضده والثالث وهو وطن السكنى يبطل بالكل لان الكل فوقه وبالسفر اه قال فى الدراية ومن مشايخنا من قال الوطن وطنان وطن أصلى ووطن مستعار ولا يعتبر وطن السكنى لانه لم يثبت فيه حكم الاقامة بل حكم السفر فيه باق ولهذا لم يذكر فى الكتاب وهو اختيار المحققين وهو الصحيح كذا فى المبسوط ولكن ذكر فى فتاوى الظهيرية ليس الامر كما زعم البعض فان الامام السرخسى ذكر فى مبسوطه مسئلة تدل على ان وطن السكنى معتبر فقال لو خرج الى القادسية لحاجة ثم خرج منها الى الحيرة يريد الشام وله بالقادسية ثقل يريد أن يحمله منها من غير ان يمر بالكوفة يقصر لان القادسية وطن السكنى فى حقه سواء عزم على الاقامة بها مدة أو لم يعزم لانها من فناء الوطن الاصلى لما بينها وبين الكوفة دون مسيرة سفر فلما خرج من الحيرة انتقض وطنه بالقادسية لان وطن السكنى ينتقض بمثله وقد ظهر له بالحيرة وطن السكنى فالتحق بما لم يدخل فى القادسية فاذا كان قريبا من الحيرة وبدا له أن يرجع الى القادسية لحمل الثقل ويرتحل الى الشام ولا يمر بالكوفة يتم حتى يرتحل من القادسية استحسانا وفى القياس يقصر لان وطنه السكنى الذى بالقادسية قد انتقض بخروجه منها على قصد الحيرة كما لو دخلها وفى الاستحسان وطنه بالقادسية السكنى ... لم يبطله قصد الحيرة ووطن السكنى ... لم يدخلها فبقى وطنه بالقادسية كما لو خرج منها للبول أو الغائط أو لتشييع جنازة أو استقبال قادم ثم بدا له ... حتى يرتحل منها فتبين بهذه المسئلة صحة ما قلنا وفيه تأمل اه (قوله لان السفر ضد الاقامة فلا يبقى معه الى آخره) ... السفر ... الوطن الاصلى فلم يبطله فالجواب ما ذكره الشارح بقوله والوطن الاصلى فوقه وقال فى الدراية ولا ينتقض أى الوطن الاصلى بانشاء السفر لانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج مع أصحابه الى الغزوات بالمدينة ولا ينتقض وطنه بالمدينة حيث لم يجدد نية بعد رجوعه اه

قوله وفي ثبوت وطن الاقامة روايتان عن محمد) قال الكمال في رواية لا يشترط كما هو ظاهر الرواية وفي اخرى انما يصير الوطن وطن
الاقامة بشرط ان يتقدمه سفر ويكون بينه وبين ما صار اليه منه مدة سفر حتى لو خرج من مصره لا بقصد السفر فوصل الى قرية ونوى
الاقامة بها خمسة عشر لا تصير تلك القرية وطن اقامة وان كان بينهما مدة سفر بعدم تقدم السفر وكذا اذا قصد مسيرة سفر وخرج
فلما وصل الى قرية مسيرتها من وطنه دون مدة السفر نوى الاقامة بها خمسة عشر لا يصير مقيما ولا تصير تلك القرية وطن اقامة
والتفريع على الروايتين في شرح الزيادات بغدادي وكوفي خرجا من وطنهما يريدان قصر ابن هبيرة ليقيما فيه خمسة عشر لا يصير
مقيما ولا تصير تلك القرية وطن اقامة والتفريع على الروايتين في شرح الزيادات بغدادي وكوفي خرجا من وطنهما يريدان قصر ابن
هبيرة ليقيما به خمسة عشر يوما وبين كوفة وبغداد خمس مراحل والقصر منتصف ذلك فلما قدما خرجا منه الى الكوفة ليقيما بها ثم
يرجعا الى بغداد فانهما يتمان الى الكوفة وبها لان خروجهما من وطنهما الى القصر ليس سفرا وكذا من القصر الى الكوفة ويبقيا
مقيمين الى الكوفة فان خرجا من الكوفة الى بغداد يقصران الصلاة وان قصدا المرور على القصر لانهما قصدا بغداد وليس
بها وطن أما الكوفي فلانه وطنه بالكوفة نقض وطن القصر وأما البغدادي فعلى رواية الحسن يتم لان القصر وطن له في رواية هذا الكتاب
يعني الزيادات يقصر وجه رواية الحسن ان وطن البغدادي بالقصر صحيح لانه نوى الاقامة في موضعه ولم يوجد ما ينقضه لان لم
وطنه بالقصر يمنع تحقق السفر وجه رواية هذا الكتاب ان وطن الاقامة لا يكون بعد تقديم السفر لان الاقامة ضد السفر فيقوم
ولم يوجد تقديم السفر فلم يصح وطنه بالقصر فصار مسافرا الى بغداد اهـ ورواية الحسن تبين ان السفر الناقض لوطن الاقامة
ماليس فيه مرور على وطن الاقامة أو ما يكون المرور فيه بعد سير مدة السفر

مما هو فوقه أو مثله ثم لا يشترط تقديم السفر لثبوت الوطن الاصلي اجماعا وفي ثبوت وطن الاقامة
روايتان عن محمد رحمه الله قال (وفائتة السفر والحضر تقضى ركعتين وأربعا) فيه لف ونشر أي
فائتة السفر تقضى ركعتين وفائتة الحضر تقضى أربعا لان القضاء بحسب الاداء بخلاف من فاتته في
المرض في حالة لا يقدر على الركوع والسجود حيث يقضيها في الصحة راكعا وساجدا أو فاتته في الصحة
حيث يقضيها في المرض بالايماء لان الواجب هناك الركوع والسجود لانهما يسقطان عنه بالعجز فاذا
قدر أتى بهما بخلاف ما نحن فيه فان الواجب على المسافر ركعتان كصلاة الفجر وعلى المقيم أربع فلا
يتغير بعد الاستقرار قال رحمه الله (والمعتبر فيه آخر الوقت) أي المعتبر في وجوب الاربع أو الركعتين
آخر الوقت فان كان آخر الوقت مسافرا وجب عليه ركعتان وان كان مقيما وجب عليه الاربع
لانه المعتبر في السببية عند عدم الاداء في أول الوقت ولهذا لو بلغ الصبي أو أسلم الكافر أو أفاق المجنون
أو طهرت الحائض أو النفساء في آخر الوقت تجب عليهم الصلاة وبعكسه لو ماتت أو جن أو نفست فيه
لم تجب عليهم لفقد الاهلية عند وجود السبب قال رحمه الله (والعاصي كغيره) أي في الترخص

ومشا، في ... فاذ هري خرج
اذ بليس فنوى الاقامة
فيه خمسة عشر يوما
... ... فلما خلفا
... أن يرجع الى ...
و ... ليس ... رواية
... ... لاقامة
يقصر ... على
الاخرى يتم اهـ (قوله لانه
المعتبر في سببية ... خره)
فيه ... ... مشكل ...
... ... عند عدم الاداء
في ... ... الاخير

قلنا المعتبر في تقرر القضاء الجزء الاخير ولا اعتبار لغيره حتى لو سافر فيه يلزمه قضاء ركعتين ولو أقام فيه يلزمه قضاء أربع ولو ... الاضافة
الى كله في حق من لم يختلف حاله بالكفر والاسلام والحيض والطهر والسفر والاقامة ولا يظهر أثره ... ... جواز ...
في الاوقات المكروهة وأما في حق تقرر القضاء فالمعتبر هو وان كان الوجوب مضافا الى كله ... ... الى ...
مختار البعض عدم الاضافة الى كله ويتقرر على الجزء الاخير على كل حال فلعل المصنف اختار مذهب البعض ... ... العلامة
رحمه الله اهـ كاكي وقال الكمال عند قوله لان آخر الوقت هو المعتبر الخ لانه أوان تقرره دينا في ذمته ... ... تقرره ... في
حقوق العباد وأما اعتبار كل الوقت اذا خرج في حقه فليثبت الواجب عليه بصفة الكمال ... ...
العبادات كاملة وانما تحمل نقصها العروض تأخيره الى الجزء الناقص مع توجه طلبها ... ... وجهه عن غير
ادراك لم يتحقق ذلك العارض فكان الامر على الاصل من اعتبار وقت الوجوب وقال زفر اذا ... ... من الوقت ... ما يمكن
أن يصلي فيه صلاة السفر يقضي صلاة السفر وان كان الباقي دونه يصلي صلاة المقيم ... ... من ...
الجزء عنده الى الذي يسع التحريمة وقد أسلفناه وعلى هذا قالوا فيمن صلى الظهر وهو مقيم ... ... سافر وصلى العصر ركعتين
ثم تذكر أنه ترك شيئا في منزله فرجع فتذكر أنه صلى الظهر والعصر بلا طهارة ... يصلي الظهر ركعتين والعصر أربعا لان صلاة ...
صارت كأنها لم تكن وصارت دينا في الذمة في آخر وقتها وهو مسافر فيه فصارت في ذمته صلاة السفر بخلاف العصر ... ...
وهو مقيم اهـ فتح ولو صلاهما في وقتهما ثم سافر قبل الغروب ثم علم أنه صلاهما بغير وضوء صلى الظهر أربعا والعصر ركعتين
اهـ كاكي قوله فرجع أي قبل الغروب اهـ كاكي

(قوله وقال الشافعي الخ) صورته من سافر بنية قطع الطريق أو البغي على الامام العادل أو التمرد على المولى بان أبق العبد أو خرجت المرأة بغير محرم أو نساء ثقات وما أشبه ذلك اه كاكى (قوله ولنا اطلاق النصوص) أى نصوص الرخصة قال تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فقال صلى الله عليه وسلم يمسح المسافر ثلاثة أيام ولياليها وما قدمنا من الاحاديث المفيدة تعليق القصر على مسمى السفر فوجب اعمال اطلاقها الا بمقيد ولم يوجد اه فتح قال فى الدراية ثم نص الكتاب وان ورد فى الصوم لكن يثبت الحكم فى الصلاة بنتيجة الاجماع لان الخلاف فى الكل واحد فكان زيادة قيد الاباحة فيه تجرى مجرى النسخ اه (قوله وانما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره) كالاباق ونحوه اه كاكى (قوله دون التبع الخ) أما اذا كان مضافا اليه لا يصير تبعا قاله العينى اه قال فى الدراية وحكى أن أبا يوسف صلى بمكة ركعتين عام حجه مع الرشيد فلما سلم قال يا أهل مكة أتموا صلاتكم فانا قوم سفر فقال رجل منهم نحن أفقه بهذا منك فقال أبو يوسف لو كنت فقيها ما تكلمت فى الصلاة اه اتقانى فان قيل ذكر فى فتاوى قاضيخان وغيره أن العلم بحال الامام شرط لصحة أداء الصلاة بالجماعة ورواية الكتاب تدل على صحة الاقتداء بدون العلم بحاله انه مقيم أو مسافر لانهم لو كانوا عالمين بكونه مسافرا كان قول الامام أتموا صلاتكم عبثا لاشتغاله بما لا يفيد وان كانوا عالمين بكونه مقيما كان هذا القول منه كذبا عندهم فتعين انهم لم يعلموا حاله وقت الاقتداء والدليل عليه ما ذكر فى نوادر المبسوط رجل صلى بالقوم الظهر ركعتين فى مصر أو قرية وهم لا يعلمون أمسافر هو أو مقيم فصلاة القوم فاسدة سواء كانوا مقيمين أو مسافرين لان الظاهر من حال من كان فى موضع الاقامة أنه مقيم والبناء على الظاهر واجب حتى يتبين خلافه واذا كان الامام مقيما باعتبار الظاهر فسدت صلاته وصلاة القوم حين سلم على رأس الركعتين فان سألوه فأخبرهم أنه مسافر جازت صلاة القوم ان كانوا مسافرين أو مقيمين فأتموا صلاتهم بعد فراغه لانه أخبر بما هو من أمور الدين فيما لا يعرف الا من جهته فيجب قبول خبره فى ذلك فان قيل فعلى هذا الخ ينبغى أن يجب قوله أتموا صلاتكم فانا قوم سفر لما فيه من اصلاح صلاة القوم (١) غير متوقف على هذا القول لما انه اذا كانوا مسافرين سلموا لسلامه وان كانوا مقيمين قاموا وأتموا صلاتهم ثم سألوه فان أخبر انه مسافر جازت صلاة الكل وكان ذلك زيادة اعلام انه مسافر واقتداء بالنبى عليه الصلاة والسلام لا أمرا واجبا وكان مستحبا وفى شرح الارشاد وينبغى أن يخبر الامام القوم قبل شروعه انه مسافر فاذا لم يخبر أخبر بعد السلام اه ولو قام المقيم المقتدى قبل سلام الامام فنوى الاقامة قبل سجوده رفض ذلك وتابع الامام فان لم يفعل وسجد فسدت صلاته لانه لم يستحكم خروجه عن صلاة الامام قبل صلاة الامام وقد بقى على الامام ركعتان بواسطة التغير فوجب عليه الاقتداء فيهما فاذا انفرد فسدت بخلاف ما لو نوى الامام بعد ما سجد المقتدى فانه يتم منفردا فلو رفض فتابع فسدت لاقتدائه حيث وجب الانفراد اه فتح القدير (قوله والاسير الخ) وفى حكم الاسير من بعث اليه المولى ليؤتى به من بلده والغريم اذا لزمه غريمه أو حبسه ان كان قادرا على أداء ما عليه من الدين ومن قصده أن يقضى دينه قبل خمسة عشر يوما فالنية فى السفر والاقامة نيته والا فنية الحابس اه فتح وفى الدراية والغريم المفلس يصير مقيما بنية صاحب الدين اه وفى الدراية مسلم أسره العدو ان كان مسيرة العدو مدة سفر يقصر والا فلا وان لم يعلم يسأله فان سأله ولم يخبره ينظر ان كان العدو مسافرا يقصر والا فلا وكذا العبد يسأل سيده والاعمى ان كان له قائد فى السفر فاذا كان أجيرا تعتبر نية الاعمى وان كان متطوعا تعتبر نيته اه كاكى (قوله لا يلزمه الاتمام) قال فى الجوهرة وهو الاصح اه قال الكمال رحمه الله ويتفرع على اعتبار النية من المتبوع ان العبد لو أم سيده فى السفر فنوى السيد الاقامة صحت حتى لو سلم العبد على رأس الركعتين فسدت صلاتهما وكذا لو باعه من مقيم حال سفر والعبد فى الصلاة فسلم على رأس الركعتين فسدت ولو كان العبد أم مع السيد غيره من المسافرين

برخصة المسافرين كغيره من المطيعين وقال الشافعى رحمه الله سفر المعصية لا يفيد الرخصة لانه ثبت تخفيفا فلا يتعلق بما يوجب التغليظ ولنا اطلاق النصوص ولان نفس السفر ليس بمعصية وانما المعصية ما يكون بعده أو يجاوره والرخصة تتعلق بالسفر لا بالمعصية وهذا لما عرف أن المعصية المجاورة لا تنفى الاحكام كالبيع عند النداء قال رحمه الله (وتعتبر نية الاقامة والسفر من الاصل دون التبع) لان الاصل هو المتمكن من الاقامة والسفر دون التبع قال رحمه الله (كالمرأة والعبد والجندى) هذا تفسير التبع أى المرأة تبع للزوج والعبد تبع للمولى والجندى تبع للامير والمرأة انما تكون تبعا للزوج اذا أوفاها مهرها المعجل وأما اذا لم يوف فلا تكون تبعا له قبل الدخول لانه لا يتمكن من السفر بها وكذا بعده عند أبى حنيفة رحمه الله لان لها أن تمنع نفسها عنده والجندى انما يكون تبعا للامير اذا كان يرتزق من الامير ومن الاتباع الاجير مع المستأجر والتلميذ مع أستاذه والمكره على السفر والاسير ثم اذا لم يعلم التابع بنية المتبوع الاقامة لا يلزمه الاتمام حتى يعلم كما فى توجه الخطاب الشرعى

---

(١) يظهر ان هنا سقطا ولعله وأجيب بان اصلاح صلاة القوم غير متوقف الخ كتبه مصححه

وعزل الوكيل وقيل يلزمه كالعزل الحكمي ولو كان العبد مشتركا بين مسافر ومقيم قيل يتم وقيل يقصر وقيل ان كان بينهما مهايأة في الخدمة يقصر في نوبة المسافر ويتم في نوبة المقيم ولو تزوج المسافر في بلد لا يصير مقيما وقيل يصير مقيما والله تعالى أعلم

﴿باب صلاة الجمعة﴾

قال رحمه الله (شرط أدائها المصر) أي شرط جواز أدائها الجمعة المصر حتى لا يجوز أداؤها في المفاوز ولا في القرى لقول علي رضي الله عنه لا جمعة ولا تشريق ولا فطر ولا أضحى الا في مصر جامع قال رحمه الله (وهو) أي المصر (كل موضع له أمير وقاض ينفذ الاحكام ويقيم الحدود) وهذا رواية عن أبي يوسف وهو اختيار الكرخي وعنه أنهم لو اجتمعوا في أكبر مساجدهم لا يسعهم وهو اختيار البلخي وعنه هو كل موضع يكون فيه كل محترف ويوجد فيه جميع ما يحتاج الناس اليه في معايشهم وفيه فقيه مفت وقاض يقيم الحدود وعنه أن يبلغ سكانه عشرة آلاف وقيل أن يوجد فيه عشرة آلاف مقاتل وقيل أن يكون أهله بحال لو قصدهم عدو يمكنهم دفعه وقيل أن يكون بحال يعيش فيه كل محترف بحرفته من سنة الى سنة من غير أن يشتغل بحرفة أخرى وعن محمد كل موضع مصره الامام فهو مصر حتى لو بعث الى قرية نائبا لاقامة الحدود والقصاص يصير مصرا فاذا عزله يلتحق بالقرى وقال أبو حنيفة رحمه الله المصر كل بلدة فيها سكك وأسواق ولها رساتيق ووال ينصف المظلوم من ظالمه وعالم يرجع اليه في الحوادث وهو الاصح وأوجب الشافعي رحمه الله على أهل القرى اذا كان لها أبنية مجتمعة وفيها أربعون رجلا وهم أحرار بالغون عقلاء مقيمون لا يظعنون صيفا ولا شتاء الا ظعن حاجة لحديث ابن عباس رضي الله عنهما ان أول جمعة جمعت بعد جمعة في مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم في مسجد عبد القيس بجواثى قرية من قرى البحرين ولما روي عن عبد الرحمن بن كعب عن أبيه كعب ابن مالك أنه قال أول من جمع بنا في حرة بني بياضة أسعد بن زرارة قال قلت كم كنتم يومئذ قال أربعون رجلا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا جمعة ولا تشريق الا في مصر جامع وما رويناه من قول علي رضي الله عنه وقال حذيفة ليس على أهل القرى جمعة وانما الجمعة على أهل الامصار مثل المدائن ولان للمدينة قرى كثيرة ولم ينقل الينا أنه عليه الصلاة والسلام أمرهم باقامة الجمعة فيها ولو كانت واجبة عليهم لامرهم بها ولنقل الينا نقلا مستفيضا وليس له حجة فيما روي من الحديثين أما حديث ابن عباس فلان جواثى اسم لحصن بالبحرين قاله الجوهري وابن الاثير قال صاحب المبسوط هي مدينة والمدينة تسمى قرية قال الله تعالى لولا نزل هذا القرآن على رجل من القريتين عظيم وهي مكة والطائف وأما حديث عبد الرحمن فلانه كان قبل مقدم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة ذكره البيهقي وغيره من أهل العلم فلا يلزم حجة لانه كان قبل أن تفرض الجمعة وكانت بغير اذن النبي صلى الله عليه وسلم أيضا على ما روي في القصة انهم قالوا اليهود يوم يجتمعون فيه كل سبعة أيام وللنصارى يوم فلنجعل لنا

فتوى السيد بالاقامة صحت نيته في حق عبده لا في حق القوم في قول محمد فيقدم العبد على رأس الركعتين واحدا من المسافرين ليسلم بهم ثم يقوم هو والسيد فيتم كل منهما أربعا وهو نظير ما اذا صلى مسافر بمقيمين ومسافرين فأحدث فقدم مقيما لا ينقلب فرض القوم أربعا وهي المسألة التي ذكرناها في باب الحدث في الصلاة ثم علامة تعليم العبد قيل ينصب المولى اصبعه أولا ويشير باصبعه ثم ينصب الاربعة ويشير بها اه فتح (قوله وقيل يلزمه) أي من وقت نية المتبوع اه قال الكمال وهو الاحوط اه (قوله كالعزل الحكمي) أي فيقضون ما صلوا قصرا قبل علمهم اه فتح (قوله قيل يتم) أي ترجيحا للاقامة احتياطا اه كاكي (قوله وقيل يقصر) أي لوقوع الشك في كونه مقيما اه كاكي (قوله ولو تزوج المسافر الخ) أما المسافرة فتصير مقيمة بالتزوج اتفاقا اه قنية

﴿باب صلاة الجمعة﴾

قال الاتقاني رحمه الله قيل وجه المناسبة بين البابين أن صلاة السفر تنصفت بواسطة السفر وصلاة الجمعة تنصفت بواسطة الخطبة اه قال العيني وهي مشتقة من الاجتماع لاجتماع الناس فيه وكان اسمها في الجاهلية العروبة وقيل أول من سماها جمعة كعب بن لؤي وتسمى يوم المزيد أيضا لتزايد الخيرات فيه أو لتزايد الثواب وقد يطلق عليه العيد أيضا كما جاء في عبارات المتقدمين اه قال في المصباح وضم الميم لغة الحجاز وفتحها لغة بني تميم واسكانها لغة عقيل وقرأ بها الاعمش والجمع جمع وجمعات مثل غرف وغرفات في وجوهها اه

(قوله كل موضع له أمير الخ) يحرس الناس ويمنع المفسدين ويقوي أحكام الشرع اه ع (قوله ويقيم الحدود الخ) فيرجم المحصن الزاني ويجلد غير المحصن ويقطع السارق ويحد القاذف وشارب الخمر ويحكم بالقود والدية ونحوها اه ع (قوله جمعت) بالتشديد أي صليت قاله ابن الاثير اه قوله أول من جمع بنا في حرة بني بياضة الخ هي قرية على ميل من المدينة اه من خط الشارح رحمه الله على حاشية مسودته اه (قوله اسم لحصن) أي فهي مصر لا يخلو الحصن عن حاكم عليهم وعالم اه فتح (قوله وهي مكة والطائف) ولا شك أن مكة مصر اه فتح

(قوله فاجتمعوا الى أسعد الخ) قال أبو البقاء في شرح المجمع رحمه الله قيل ان الانصار قالوا ان لليهود يوما في كل أسبوع يجتمعون فيه وللنصارى مثل ذلك فهلموا نجعل لنا يوما نجتمع فيه فنذكر الله ونصلي فقالوا يوم السبت لليهود ويوم الاحد للنصارى فاجعلوه يوم العروبة فاجتمعوا الى أسعد بن زرارة فصلى بهم يومئذ ركعتين وذكرهم فسموه يوم الجمعة لاجتماعهم فيه اه قال أبو البقاء ويسمى يوم العروبة وهي مشتقة من الاعراب وهو التحسين لتزين الناس فيه ومنه قوله تعالى عربا أترابا أي متحسنات لبعولتهن اه (قوله وقيل بغلوة الخ) وقيل بمنتهى حد الصوت اذا صاح في المصر أو أذن مؤذن فمنتهى صوته فناء المصر اه ع قال ابن فرشتا وفناء المصر ما أعد لحوائج المصر من ركض الخيل والخروج للرمي ونحوهما اه (قوله ومنى مصر) قال الشيخ أبو نصر في شرح القدوري رحمه الله قال أبو حنيفة وأبو يوسف يجوز اقامة الجمعة بمنى فمن أصحابنا من قال لانها من توابع مكة فصارت كربض المصر ومنهم من قال انها في نفسها موضع لذلك لان فيها جامعا وأسواقا مرتبة وسلطانا يقيم الحدود في أيام الموسم فصارت كسائر الامصار وقال محمد لا جمعة فيها لانها منزل من منازل الحاج كعرفة اه * قلت وقوله في المتن ومنى مصر اختيار للقول الثاني فليست عنده من فناء مكة اه (قوله وعدم التعيد) أي عدم اقامتهم صلاة العيد اه (قوله لانها فضاء) أي وليست من فناء مكة لان بينهما أربع فراسخ اه عيني (قوله لانها من فناء مكة) أي وتوابعها لانها في الحرم اه اتقاني (قوله لان بينهما فرسخين) كذا في

يوما نجتمع فيه فنذكر الله تعالى ونصلي فقالوا يوم السبت لليهود ويوم الاحد للنصارى فاجعلوه يوم العروبة فاجتمعوا الى أسعد فصلى بهم وذكرهم وسموه يوم الجمعة ثم أنزل الله فيه بعد قدوم النبي صلى الله عليه وسلم المدينة وقيل أول من سماه يوم الجمعة كعب بن لؤي قال رحمه الله (أو مصلاه) أي مصلى المصر وهو معطوف على المصر يعني شرط أدائها المصر أو مصلاه والحكم غير مقصور على المصلى بل يجوز في جميع أفنية المصر لانها بمنزلته في حق حوائج أهل المصر لانها معدة لحوائجهم واختلفوا في تقدير الافنية فبعضهم قدرها بميل وبعضهم بميلين وقيل بفرسخين وقيل بغلوة وقيل اذا كان بين المصر والمصلى مزارع لا تجوز فيه الجمعة قال رحمه الله (ومنى مصر لا عرفات) حتى تجوز الجمعة في منى عند أبي حنيفة وأبي يوسف اذا كان الامام أمير الحجاز أو الخليفة لا أمير الموسم لانه يلي أمور الحج لا غير وقال محمد لا تجوز فيها لانها من القرى حتى لا يعيد بها ولهما أنها تتمصر في أيام الموسم وعدم التعيد للتخفيف لاشتغالهم بأمور الحج بخلاف عرفة لانها فضاء وبمنى أبنية ودور وسكك وقولهم تتمصر في أيام الموسم يشير الى أن الجمعة لا تجوز بها في غير أيام الموسم لانها لا تبقى مصرا بعدها وقيل تجوز لانها من فناء مكة وهذا لا يستقيم الا على قول من قدر الفناء بفرسخين لان بينهما فرسخين قال رحمه الله (وتؤدى في مصر في مواضع) أي تؤدى الجمعة في مصر واحد في مواضع كثيرة وهو قول أبي حنيفة ومحمد وهو الاصح لان في الاجتماع في موضع واحد في مدينة كبيرة حرجا بينا وهو مدفوع وروي عن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا في موضع واحد الا أن يكون بينهما نهر عظيم كدجلة وعنه انها لا تجوز اذا كان عليه جسر وروي عنه انه كان يأمر برفع الجسر فان أديت في موضعين أو أكثر فالجمعة للاولين

الذخيرة * أقول تبعه في هذا البدر العيني رحمه الله وقد قال في المصباح المنير ومنى موضع عن مكة فرسخ اه قوله العيني أي والكمال أيضا اه (قوله في مواضع كثيرة الخ) قال شيخ شيخنا العلامة زين الدين قاسم رحمهما الله تعالى في شرح النقاية ما نصه قال في المصر ولا تجوز بموضعين عند الامام وعند يعقوب تجوز بموضعين منه فقط بشرط أن يكون بينهما نهر كبير فاصل وجوزها محمد في مواضع منه وعلى هذا مشى في الكنز وزاد في الزيلعي كثيرة وهذه الزيادة باطلة أتى بها من عنده لا وجود لها في الرواية بل كل من قال في مواضع أراد ثلاثة وكل من قال موضعين وأكثر أراد ثلاثة فقط بيان الاول أنه قال في الذخيرة ولا بأس بصلاة الجمعة في موضعين وثلاثة عند محمد وأجاز أبو يوسف في موضعين دون ثلاثة اذا كان المصر له جانبان وقال في المحيط ولا بأس بصلاة الجمعة في موضعين وثلاثة في مصر واحد عند محمد لدفع الحرج والمشقة عن الناس اذا كانت البلدة كبيرة فانه يشق على كل جانب المسير الى جانب آخر وصار كصلاة العيد تجوز في موضعين وأكثر وعند أبي يوسف لا تجوز في موضعين الا اذا كان مصر له جانبان بينهما نهر فيصير في حكم مصرين كبغداد وبيان الثاني أنه قال في شرح الطحاوي وذكر الكرخي في مختصره عند محمد تجوز اقامة الجمعة في مصر جامع في موضعين وأكثر ولفظ الكرخي الذي عبر عنه في شرح الطحاوي ولا بأس بصلاة الجمعة في الموضع والموضعين والثلاثة عند محمد فظهر أن مراده بأكثر ثلاثة وقطع الشيخ الاحتمالات فقال في التقريب وقال محمد تجوز في موضعين وثلاثة استحسانا ولا تجوز فيما زاد للاكتفاء بالصلاة في طرفي المصر ووسطه وقال في شرح الكرخي وأما محمد فقال ان المصر اذا عظم وبعدت أطرافه شق على أهله المسير من طرف الى طرف آخر فجوزها في ثلاثة مواضع للحاجة الى ذلك وما زاد على ذلك لا حاجة اليه اه وبهذا تبين أن قوله في مجمع البحرين وأجازه مطلقا وقوله في الدرر وأطلق خلاف الرواية عن محمد ثم اختلف في الصحيح فاختار الطحاوي قول أبي يوسف وصحح في البدائع واختار جماعة قول محمد اه تحريمة

تجزيه وقيل فراغا وقيل فيهما جميعا وقيل تجوز في موضعين ولا تجوز في أكثر وهو رواية عن أبي يوسف ومحمد وروى عن أبي يوسف انها لا تجوز الا في موضع واحد الا أن يكون بينهما نهر عظيم كدجلة وعنه انها لا تجوز اذا كان عليه جسر وروى عنه انه كان يأمر برفع الجسر في بغداد وقت الصلاة لتكون كمصرين قال رحمه الله (والسلطان أو نائبه) أى شرط أدائها السلطان أو نائبه وهو معطوف على المصلى وقال الشافعي رحمه الله لا يشترط لها السلطان لما روى أن عليا رضي الله عنه صلى بالناس الجمعة حين كان عثمان محصورا ولانها فرض فلا يشترط لها السلطان كسائر الفرائض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من تركها استخفافا بها وله امام عادل أو جائر فلا جمع الله شمله الحديث وشرط فيه أن يكون له امام وقال الحسن البصرى أربع الى السلطان فذكر منها الجمعة ومثله لا يعرف الا سماعا فيحمل عليه ولانها تؤدى بجمع عظيم فتقع المنازعة في التقديم والتقدم وفي أدائها في أول الوقت وآخره فيليها السلطان قطعا للمنازعة وتسكينا للفتنة وحديث على رضي الله عنه يحتمل أنه فعله باذن عثمان فلا يلزم حجة مع الاحتمال قال رحمه الله (ووقت الظهر) أى شرط أدائها وقت الظهر وقالت الحنابلة يجوز أداؤها قبل الزوال لحديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام كان يصلى الجمعة ثم يذهب الى جمالنا فنريحها حين تزول الشمس وعن سلمة بن الاكوع أنه قال كنا نصلى مع رسول الله صلى الله عليه وسلم الجمعة ثم ننصرف وليس للحيطان ظل نستظل به وعن سهل بن سعد أنه قال ما كنا نقيل ولا نتغدى الا بعد الجمعة على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وقال أبو سهيل انا كنا نرجع من الجمعة فنقيل قائلة الضحى ولانها عيد لقوله عليه الصلاة والسلام قد اجتمع لكم في هذا اليوم عيدان فتجوز قبل الزوال كصلاة العيد ولنا المشاهير أنه عليه الصلاة والسلام كان يصليها بعد الزوال وكذا الخلفاء الراشدون ومن بعدهم من الائمة فصار اجماعا منهم على أن وقتها بعد الزوال والا لما أخروها الى ما بعد الزوال وحديث جابر فيه إخبار بان الصلاة والرواح كانا حين الزوال لا أن الصلاة كانت قبله وحديث سلمة معناه ليس للحيطان ظل طويل بحيث يستظل به المار لان حيطان المدينة كانت قصيرة فلا يظهر الظل الذى يستظل به المار الا بعد زمان طويل ومعنى حديث سهل وأبي سهيل أنهم كانوا يؤخرون القيلولة والغداء الى ما بعد الجمعة خوفا من فوات التبكير اليها قال رحمه الله (فتبطل بخروجه) أى تبطل صلاة الجمعة بخروج وقت الظهر وهو في الصلاة لما ذكرنا أن من شرطها وقت الظهر وليس له أن يبنى الظهر عليها لاختلاف الصلاتين قال رحمه الله (والخطبة قبلها) أى الخطبة قبل صلاة الجمعة من شروط أدائها لانه عليه الصلاة والسلام لم يصلها بدونها فكانت شرطا اذ الاصل هو الظهر وسقوطه بالجمعة خلاف الاصل وما ثبت على خلاف القياس يراعى فيه جميع ما ورد به النص

(قوله لا تجوز في أكثر الخ) قال في شرح الطحاوى وهكذا روى عن محمد وبه نأخذ ولو صلت في المسجدين معا كانت صلاتهم جميعا فاسدة وعليهم أن يعيدوا الجمعة معا ان كانت في وقت الظهر وان كان بعد خروجه صلوا الظهر أربعا هكذا ذكر الطحاوى هنا وذكر الكرخى في مختصره أن عند محمد تجوز اقامة الجمعة في مصر واحد في موضعين وأكثر وتمام الصلاة تعدد في موضعين وأكثر منهما فجائز اجماعا اه وفيه ولو نزل باهل مصر نازلة وخرجوا من المصر يوم الجمعة وصلى بهم الامام الجمعة ان كانوا في فناء المصر صح وان كانوا بعيدا لا وكذا صلاة العيدين اه (قوله والسلطان الخ) قال في العيون والى مصر قد مات ولم يبلغ موته الخليفة حتى مضت به الجمع فان صلى بهم خليفة الميت أو صاحب شرطة أو القاضى جاز لانه فوض اليهم أمر العامة ولو اجتمعت العامة على أن يقدموا رجلا من غير أمر خليفة الميت أو القاضى لم يجز ولم تكن جمعة لانه لم يفوض اليهم أمرهم الا اذا لم يكن فيهم قاض ولا خليفة الميت بان كان الكل هو الميت فحينئذ يجوز للضرورة ألا ترى أن عليا رضي الله عنه صلى بالناس وعثمان رضي الله عنه محصور لما اجتمع الناس على على رضي الله عنه (قوله وشرط فيه أن يكون له امام الخ) قال العينى وتجوز خلف المتغلب الذى هو لا منشور له من السلطان اذا كانت سيرته في رعيته سيرة الامراء اه (قوله قطعا للمنازعة) قال الشيخ أبو نصر رحمه الله ولانها لو لم تجعل الى السلطان أدى ذلك الى تفويتها على الناس لان الواحد يسبق الى اقامتها لغرض مع نفر يسير فيفوتها على الباقين فجعلت الى السلطان ليسوى بين الناس ولا تفوت بعضهم اه (قوله في المتن ووقت الظهر الخ) وقال مالك تصح وقت العصر اه أقطع (قوله لاختلاف الصلاتين) خلافا لمالك والشافعي اه ع (قوله في المتن والخطبة قبلها الخ) وذلك لقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله والسعى لا يجب الى ما ليس بواجب وروى أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر باستماعها ونهى عن التشاغل عنها وهذا صفة الواجب اه أقطع (قوله من شروط أدائها) أى حتى لو صلوا بلا خطبة أو خطبوا قبل الزوال لم يجز اه عينى ولو خطب بعدما صلى لم يجز وفي العيد لو قدم الخطبة ثم صلى يجوز والفرق أنا اعتبرنا التغيير بالترك في الموضعين جميعا لانه لو ترك الخطبة في الجمعة لا يجوز فكذا لو غيرها عن موضعها ولو ترك الخطبة في العيد يجوز فكذا اذا غيرها عن موضعها اه

وهي قبل الصلاة بعد دخول الوقت بحضرة جماعة تنعقد بهم الجمعة وان كانوا صما أو نياما * قال رحمه الله (وتسن خطبتان بجلسة بينهما وبطهارة قائما) بها ورد النقل المستفيض عنه عليه الصلاة والسلام ولو خطب خطبة واحدة أو لم يجلس بينهما أو بغير طهارة أو غير قائم جازت لحصول المقصود وهو الذكر والوعظ الا أنه يكره لمخالفة التوارث ويستحب اعادتها اذا كان جنبا كأذانه وقال الشافعي لا تجوز الخطبة في جميع ذلك لانها قائمة مقام الركعتين فتكون بمنزلة الصلاة حتى يشترط لها دخول الوقت فلذا يشترط لها سائر شروط الصلاة من ستر العورة وطهارة المكان والثوب والبدن وعندنا لا تقوم مقام الركعتين على الاصح لانها تنافي الصلاة لما فيها من استدبار القبلة والكلام فلا يشترط لها شرائط الصلاة وروي عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم أنهم خطبوا خطبة واحدة منهم علي والمغيرة وأبي رضي الله عنهم ولم ينكر عليهم أحد وجلوسه عليه الصلاة والسلام كان للاستراحة قال رحمه الله (وكفت تحميدة أو تهليلة أو تسبيحة) لاطلاق قوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وعن عثمان رضي الله عنه أنه قال الحمد لله فأرتج عليه فنزل وصلى بحضرة من الصحابة وقال أبو يوسف ومحمد لا بد من ذكر طويل يسمى خطبة وأقله قدر التشهد الى قوله عبده ورسوله يثني بها على الله تعالى ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويدعو للمسلمين لان الخطبة هي الواجبة وما دون ذلك لا يسمى خطبة عرفا وقال الشافعي رحمه الله لا بد من خطبتين اعتبارا للعرف والحجة عليهم ما تلونا وما روينا ولا نسلم أن ما دون ذلك لا يسمى خطبة عرفا ولئن سلم فهو عرف عملي وقع لاجل الاستحباب ونحن نقول به وانه جاز أن يكتفي على الادنى كما في الركوع والسجود قال رحمه الله (والجماعة) أي شرط أدائها الجماعة لانها مشتقة منها ولان العلماء أجمعوا على أنها لا تصح من المنفرد قال رحمه الله (وهم ثلاثة) أي أقل

(قوله وهي قبل الصلاة بعد دخول الوقت الخ) فلو خطب قبل الزوال وصلى بعد الزوال لا يجوز وان شرعت الخطبة شرطا للجواز والشروط تكون مقدمة على المشروط له الا أنها شرعت بمنزلة الركعتين وهو الشفع الثاني فكما لا يجوز اقامة الشفع قبل الوقت فكذا الخطبة اه ذخيرة وفيها ولو خطب في الوقت والقوم غيب عن أبي حنيفة روايتان في رواية لا يعتد بها وهو قول الشافعي لان الخطبة أقيمت مقام ركعتين وهذه اقامة عرفت بخلاف القياس بالشرع لانه لا عمالة يتم ما قرراعي لاقامتها جميع ما ورد به النص والنبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده رضي الله عنهم ما خطبوا الا عند الجمع اه (قوله تنعقد بهم الجمعة الخ) فان خطب وحده أو بحضرة النساء أو الصبيان لا يجوز اه (قوله في المتن وتسن خطبتان بجلسة الخ) ومقدارها أن يستقر كل عضو منه في موضعه اه عيني (قوله أو بغير طهارة الخ) قال أبو نصر رحمه الله ولو خطب على غير طهارة جاز مع الكراهة اه (فرع) خطب على غير طهارة فأمر انسانا أن يصلي بالناس نظر ان كان المأمور ممن شهد الخطبة صح وكذا لو كان شهد بعضها والا لم يجز ويصلي بهم الظهر فلو أمر هذا المأمور الذي لم يشهد الخطبة غيره ممن شهد الخطبة أو بعضها لم يجز أيضا ولو كان المأمور الاول شهد الخطبة الا أنه على غير طهارة فأمر من شهد الخطبة جاز أن يصلي بهم الجمعة ولو أمر المأمور الاول صبيا أو امرأة أو مجنونا لم يصح الامر ولا يجوز لهم أيضا أن يأمروا غيرهم ممن يصلح للامامة لان الامر وقع فاسدا اه ش طحاوي ولو أن الامام الاول بعدما شرع في الصلاة سبقه الحدث فاستخلف من لم يشهد الخطبة جاز له أن يبني لانه لما صح شروعه في الجمعة أعطي له حكم من شهد الخطبة اه (فائدة) من سنن الخطبة أن يستقبل القوم بوجهه مستدبرا القبلة والقوم يستقبلونه بوجوههم وهل يسلم الخطيب عليهم عندنا لا يسلم فيجب عليه ترك السلام من خروجه الى المنبر ودخوله في الصلاة وبه قال مالك وقال الشافعي هو سنة عند توجهه اليهم كذا روي عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم والحجة عليه قوله صلى الله عليه وسلم اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام وما رواه ضعفه البيهقي ومن سنن الخطبة الجماعة
أن لا يطولها لانه عليه الصلاة والسلام أمر بتقصير الخطبة اه أبو البقاء (قوله كان للاستراحة الخ) ذكر الغزنوي في شرح القدوري أنه صلى الله عليه وسلم كان يخطب في الجمعة خطبة واحدة فلما ثقل جعلها خطبتين اه (قوله في المتن وكفت تحميدة الخ) أي قوله الحمد لله اه ع (قوله في المتن أو تهليلة) أي قوله لا اله الا الله اه ع (قوله في المتن أو تسبيحة) أي قوله سبحان الله اه ع (قوله فأرتج عليه) أي فقال انكم الى امام فعال أحوج منكم الى امام قوال وان أبا بكر وعمر كانا يرتادان لهذا المقام مقالا وستأتيكم الخطب من بعد وأستغفر الله لي ولكم اه أقطع وفي الحقائق لو قال في خطبة الجمعة الحمد لله أو سبحان الله أو لا اله الا الله كان هذا خطبة تجوز به الجمعة وقالا لا تجوز الجمعة بهذا القدر من الخطبة حتى يكون كلاما يسمى خطبة في العادة الا أن الشرط عنده أن يكون قوله الحمد لله على قصد الخطبة حتى اذا أجاب عاطسا لا ينوب عن الخطبة من المبسوط قال القاضي الامام الزرنجري أقل ما يسمى خطبة على قولهما مقدار التشهد من قوله التحيات لله الى قوله عبده ورسوله من الفوائد الظهيرية اه (قوله ولان العلماء أجمعوا على أنها لا تصح من المنفرد) حتى لو كبر الامام في المسجد للجمعة وحده وكبر القوم خارج المسجد والصفوف متصلة لا تنعقد الجمعة كذا ذكره هذا الشارح رحمه الله في باب سبق الحدث فلينظر عند قول المصنف واستخلف لو اماما والله أعلم قال الفقيه في باب الاقتداء ملزوما يمنعه بعد أن تقدم

الجماعة ثلاثة (سوى الامام) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اثنان سوى الامام لان في المثنى معنى الاجتماع وهي منبئة عنه وقال الشافعي رحمه الله أقلهم أربعون رجلا أحرار مقيمون لا يظعنون صيفا ولا شتاء الا ظعن حاجة لما روي عن جابر أنه قال مضت السنة أن في كل ثلاثة اماما وفي أربعين فما فوق جمعة وأضحى وفطرا ولحديث عبد الرحمن بن كعب وقد تقدم في تحديد المصر ولهما أن الجمع الصحيح انما هو الثلاث لكونه جمعا تسمية ومعنى والجماعة شرط على حدة وكذا الامام فلا يعتبر أحدهما من الآخر ولان قوله تعالى اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله يقتضي مناديا وذاكرا والساعين لان قوله اسعوا جمع وأقله اثنان ومع المنادي ثلاثة وما رواه الشافعي من حديث جابر ضعفه أهل النقل حتى قال البيهقي منهم لا يحتج بمثله وكذا حديث عبد الرحمن لا يمكن الاحتجاج به على ما بينا من قبل ويرده أيضا ما روي في قوله تعالى وتركوك قائما أي قائما تخطب أنه بقي معه عليه الصلاة والسلام الا اثنا عشر رجلا وقد صح أنها انعقدت باثني عشر رجلا قال رحمه الله (فان نفروا قبل سجوده بطلت) يعني اذا أحرم الامام والقوم ثم نفروا قبل أن يسجد بطلت الجمعة وقال أبو يوسف ومحمد لا تبطل ولو نفروا بعد السجود لا تبطل الا على قول زفر فانه يقول الجماعة شرط فيشترط دوامها كالوقت والطهارة ولهما أن الجماعة شرط الانعقاد وقد انعقدت فلا يشترط دوامها كالخطبة ولهذا لو أدرك الامام في التشهد بنى عليه الجمعة لوجود الانعقاد وان لم يشاركه في ركعة وله أن الجماعة شرط الانعقاد لكن الانعقاد بالشروع في الصلاة ولا يتم الشروع فيها ما لم يقيد الركعة بالسجدة فليس لما دونها حكم الصلاة ولهذا لا يحنث في يمينه لا يصلي ما لم يسجد ولا يتم الانعقاد بمجرد الشروع في الجمعة لان ذلك يمكنه وحده أيضا ألا ترى أنه يشرع في الجمعة وحده ابتداء بحضرة الجماعة وان لم يشاركه فيها أحد ومع هذا لو نفروا قبل أن يحرموا بطلت ولو كان بمجرد الشروع كافيا لما بطلت ولا معتبر ببقاء النسوان والصبيان ولا يعادون الثلاث من الرجال لان الجمعة لا تنعقد بهم بخلاف العبيد والمسافرين والمرضى والاميين والخرساء لانها تنعقد بهم ولهذا اصلحوا للامامة فيها في الامي والاخرس يصلح أن يؤم في الجمعة قوما مثله بعدما خطب غيره ومن فروع هذه المسئلة ما لو أحرم الامام ولم يحرموا حتى قرأ أو ركع فأحرموا بعدما ركع فان أدركوه في الركوع صحت الجمعة لوجود المشاركة في الركعة الأولى والا فلا لعدمها بخلاف المسبوق لانه تبع للامام فيكتفي بالانعقاد في حق الاصل لكونه بانيا على صلاته قال رحمه الله (والاذن العام) أي من شرط أدائها أن يأذن الامام للناس اذنا عاما حتى لو غلق باب قصره وصلى بأصحابه لم يجز لانها من شعائر الاسلام وخصائص الدين تجب اقامتها على سبيل الاشتهار وان فتح باب قصره وأذن للناس بالدخول فيه يجوز ويكره لانه لم يقض حق المسجد الجامع * قال رحمه الله (وشرط وجوبها الاقامة والذكورة والصحة والحرية وسلامة العينين والرجلين) لما فرغ من شروط الجواز وهي في غير المصلي شرع في بيان شروط الوجوب وهي الاوصاف التي تكون في المصلي وقد بقي له منها البلوغ والعقل فانهما من شروط الوجوب أيضا قال رحمه الله (ومن لا جمعة عليه ان أداها جاز عن فرض الوقت) لان السقوط لاجله تخفيفا فاذا تحمله جاز عن فرض الوقت كالمسافر اذا صام والذي لا جمعة عليه هو المريض والمسافر والمرأة والعبد والمختفي من السلطان الظالم ومن لا يقدر على المشي كالمقعد والمفلوج ومقطوع الرجل والشيخ الفاني والاعمى وان وجد قائدا على قول أبي حنيفة واختلفوا في المكاتب والعبد المأذون في صلاة الجمعة

لعلا الجماعة معه صف واحد في المسجد وباقيه خال فقام رجل خارج المسجد لزيق الباب واصطف الناس عنده تجوز صلاتهم لان المسجد مكان واحد فالذي عند الامام كانه عند الباب حكما ومثله عن علي السغدي وقال في شرح بكر خواهر زاده وشرح السرخسي لا يصح وبه قال ظهير الدين المرغيناني (قوله لان في المثنى معنى الاجتماع الخ) قال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في أصوله ظن من أصحابنا أن أقل الجمع على قول أبي يوسف اثنان على قياس قوله في هذه المسئلة وقدره بالوصايا والمواريث وليس كذلك فان عنده أقل الجمع الصحيح ثلاثة حتى لو قال لفلان على دراهم تلزمه ثلاثة دراهم ولو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم وفي يدها درهم أو درهمان أو لم يكن في يدها شئ يلزمها ثلاثة دراهم ولو حلف لا يتزوج نساء ولا يشتري عبيدا أو لا يكلم رجالا لم يحنث الا بالثلاثة ونص محمد في السير الكبير على أن أدنى الجمع ثلاثة وجعل أبو يوسف الامام من جملة الجماعة كما في سائر الصلوات حتى يتقدم الامام عليهما كالثلاثة اه شرح المجمع لابي البقاء (قوله ومع المنادي ثلاثة) وكذا مع الذاكر يصيرون أربعة اه (قوله فان نفروا قبل سجوده الخ) ولو افتتح الامام وخلفه قوم فلم يفتتحوا ونفروا وبقي الامام وحده فسدت صلاته ويستقبل الظهر لان الجماعة شرط انعقاد الجمعة ولم يوجد ولو جاء قوم آخرون ثم وقفوا خلف الامام ثم نفر الاولون فان الامام يمضي على صلاته لوجود الشرط اه دائع (قوله والاذن العام) وهي رواية النوادر وانما كان هذا شرطا لان الله تعالى شرط النداء لصلاة الجمعة بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا نودي للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله والنداء للاشتهار وكذا تسمى جمعة لاجتماع الناس فيها فاقتضى أن تكون الجماعات كلها مأذونين تحقيقا لمعنى الاسم اه بدائع

والعبد الذي حضر باب الجامع ليحفظ دابة مولاه وأمكنه الاداء من غير أن يخل بالحفظ والاجير قال رحمه الله (وللمسافر والعبد والمريض أن يؤم فيها) وقال زفر لا تجوز لان الجمعة غير واجبة عليهم وانما جازت صلاتهم على سبيل التبع فلا يكون أصلا ولنا أنهم أهل الامامة وانما سقط عنهم الوجوب تحقيقا للرخصة فاذا حضروا تقع فرضا كالمسافر اذا صام بخلاف الصبي لانه مسلوب الاهلية وبخلاف المرأة لانها لا تصلح اماما للرجال قال رحمه الله (وتنعقد بهم) أي تنعقد بحضورهم الجمعة حتى لو لم يحضر غيرهم جازت لانهم صلحوا للامامة فأولى أن يصلحوا للاقتداء قال رحمه الله (ومن لا عذر له لو صلى الظهر قبلها كره) وقال زفر لا يصح ظهره قبل أن يصلي الامام الجمعة لان الجمعة هي الاصل اذ هي المأمور بها دون الظهر والظهر بدل عنها فلا يصار اليه مع القدرة على الاصل ولنا أن الفرض هو الظهر لقدرته عليه دون الجمعة لتوقفها على شرائط لا تتم به وحده والتكليف يعتمد الوسع ولهذا لو فاتته الجمعة تصلى الظهر في الوقت وبعد خروج الوقت يقضي بنية الظهر وهذا آية الفرضية الا أنه مأمور باسقاطه بالجمعة فيكون بتركه مسيئا فيكره وهذا الخلاف راجع الى أن فرض الوقت هو الظهر عندهم وعند زفر الجمعة وثمرة الخلاف تظهر في موضعين أحدهما أنه لو نوى فرض الوقت يصير شارعا في الظهر عندهم وعنده في الجمعة والثاني لو تذكر فائتة عليه وكان لو اشتغل بالقضاء تفوته الجمعة دونا لظهر فانه يقضي ويصلي الظهر بعده عندهم وعند زفر يصلي الجمعة لسقوط الترتيب لضيق الوقت عنده قال رحمه الله (فان سعى اليها بطل) أي فان سعى الى الجمعة بعد ما صلى الظهر بطل ظهره هذا اذا كان الامام في الصلاة بحيث يمكنه أن يدركها أو لم يشرع فيها بعد وأقامها الامام بعد السعي وأما اذا كان قد فرغ منها أو كان سعيه مقارنا للفراغ أو لم يقمها الامام لعذر أو لغيره فلا يبطل والمعتبر في ذلك الانفصال عن داره حتى لا يبطل قبله على المختار ولو كان الامام في الجمعة وقت الانفصال ولكنه لا يمكنه ان يدركها لبعد المسافة فلا يبطل عند العراقيين ويبطل عند مشايخ بلخ وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل ظهره حتى يدخل مع الامام وفي رواية حتى يتمها حتى لو أفسدها بعد ما شرع فيها لا يبطل الظهر لهما ان السعي الى الجمعة دون الظهر فلا يبطل به الظهر والجمعة فوقه فيبطل بها ولابي حنيفة ان السعي الى الجمعة من خصائصها فيعطى له حكمها بخلاف ما بعد الفراغ منها لانه ليس بسعي اليها وبخلاف ما اذا صلى الظهر في الجامع ولم يصل الجمعة مع الامام حيث لا يبطل ظهره لانه لم يرغب في الجمعة ولا فرق في هذا بين المعذور وغيره حتى لو صلى المريض ونحوه الظهر في منزله ثم سعى الى الجمعة بطل ظهره على الاختلاف الذي تقدم لانه بالالتزام يلتحق بالصحيح قال رحمه الله (وكره للمعذور والمسجون أداء الظهر بجماعة في المصر) يروى ذلك عن علي رضي الله عنه ولان في أداء الظهر بجماعة قبل الجمعة وبعدها تقليل الجماعة في الجامع ومعارضته على وجه المخالفة بخلاف أهل السواد لانه لا جمعة هنالك فلا يفضي الى التقليل ولا الى المعارضة قال رحمه الله (ومن أدركها في التشهد أو في سجود السهو أتم جمعة) وقال محمد ان أدرك أكثر الركعة الثانية مع الامام أتم جمعة وان أدرك أقلها أتم ظهرا لانه جمعة من وجه ظهر من وجه لفوات بعض الشروط في حقه فيصلي أربعا اعتبار الظهر ويقعد على رأس الركعتين لا محالة اعتبار الجمعة ويقرأ في الاخريين لاحتمال النفلية ولهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا أتيتم الصلاة فلا تأتوها وأنتم تسعون فما أدركتم فصلوا وما فاتكم فاقضوا فأمره عليه الصلاة والسلام بقضاء ما فاته وهو الذي صلاه الامام قبل الاقتداء به لا صلاة أخرى ولانه مدرك للجمعة في هذه الحالة ولهذا يشترط فيه نية الجمعة ولا وجه

(قوله والعبد الذي حضر باب الجامع) اختلف المشايخ في العبد اذا حضر مع مولاه الجمعة أو صلى العبد ليحفظ دابته على باب الجامع أو في المصلى هل له أن يصلي الجمعة والعبد بغير اذن المولى قال رحمه الله الاصح أنه أن يصلي بغير اذن المولى اذا كان لا يخل بحق مولاه في امساك دابته وروى عن محمد أنه أن لا يصلي وان تمكن من ذلك وأذن له السيد في أدائها اه ذخيرة (قوله وقال زفر لا تجوز الخ) أي لمن لا تجب عليه الجمعة أن يؤم فيها اه وقال قاضيخان وللمولى أن يمنع عبده عن الجمعة والجماعات والعيدين وعلى المكاتب الجمعة اه (قوله وقال محمد ان أدرك أكثر الركعة الثانية) يصير مدركا لوجود المشاركة في بعض أركان الصلاة وهو قول زفر اه بدائع وكتب ما نصه أي بأن يشاركه في ركوعها بعد الرفع منه اه فتح (قوله وان أدرك أقلها أتمها ظهرا الخ) وأما اذا أدركه بعد ما قعد قدر التشهد قبل السلام أو بعد ما سلم وعليه سجدتا السهو وعاد اليهما فعند أبي حنيفة وأبي يوسف يكون مدركا للجمعة لوقوع المشاركة في التحريمة وعند محمد وزفر لا يكون مدركا لانعدام المشاركة في شيء من أركان الصلاة ويصلي أربعا ولا تكون الاربع عند محمد ظهرا محضا حتى قال يقرأ في الاربع كلها وعنه في افتراض القعدة الاولى روايتان في رواية الطحاوي عنه مفرض وفي رواية المعلى عنه ليست بمفرض فكان محمدا لما سلك طريقة الاحتياط لتعارض الادلة عليه فأوجب ما يخرج عن الفرض بيقين جمعة كان الفرض أو ظهرا وقيل على قول الشافعي الاربع ظهر محض اه بدائع (قوله فلا تأتوها وأنتم تسعون الخ) ولكن ائتوها وعليكم السكينة اه

(قوله فلا صلاة ولا كلام) أى ولا يشمتوا العاطس ولم يذكر محمد فى الاصل ان العاطس وقت الخطبة ماذا يصنع روى الحسن بن زياد يحمد الله فى نفسه ولا يحرك شفتيه واذا فرغ الامام من الخطبة يحمد الله تعالى بلسانه اهـ ذخيرة (قوله واختلفا فى جلوسه اذا سكت الخ) قال شمس الائمة الحلوانى هنا فصل آخر اختلف المشايخ فيه انه اذا لم يتكلم بلسانه ولكنه أشار برأسه أو بيده أو بعينه نحو أن رأى منكرا من انسان فنهاه بيده أو أخبر بخبر فأشار برأسه هل يكره ذلك من المشايخ من كره وسوى بين الاشارة بالرأس و بين التكلم باللسان قال رحمه الله والصحيح أنه لا بأس به فانه روى عن عبد الله بن مسعود أنه سلم على النبى صلى الله عليه وسلم وهو يخطب فرد عليه بالاشارة اهـ ذخيرة (قوله والنائى عن المنبر الخ) قال الاقطع واختلف أصحابنا المتأخرون فيمن كان بعيدا من الامام لا يسمع الخطبة فاختار محمد بن سلمة السكوت واختار نصر بن يحيى قراءة القرآن اهـ قال الولوالجى النائى عن الخطيب يوم الجمعة اذا كان بحيث لا يسمع الخطبة لا يقرأ القرآن بل يسكت هو المختار لانه مأمور بالاستماع والانصات مقصود فان لم يقدر على الاستماع قدر على الانصات اهـ والصلاة يوم الجمعة فى الصف الاول أفضل وتكلموا فى الصف الاول منهم من قال حذاء الامام فى المقصورة ومنهم من قال ما يلى المقصورة لانه يمنع العامة عن الدخول فى المقصورة فلا يتطرق العامة الى الدخول اهـ وتكلموا فى الدنو من الامام أفضل أم التباعد ذكر فى الذخيرة الصحيح أن الدنو من الامام أفضل وذهب (٢٢٣) بعضهم الى أن التباعد أفضل كى لا يسمع مدح الظلمة والدعاء لهم اهـ (قوله ويجب السعى وترك البيع) قال فى الدراية ولا يكره الخروج للسفر يوم الجمعة قبل الزوال أو بعده وقال الشافعى يكره بعده قبل الجمعة وقبل الزوال له قولان أصحهما أنه يكره وهو قول أحمد وقال فى القديم انه لا يكره وهو قول مالك ولو سافر فى رمضان لا يكره ولو علم أنه لا يخرج من مصره الا بعد مضى الوقت يلزمه أن يشهد الجمعة ويكره له الخروج قبل أدائها اهـ قال الكمال رحمه الله روى ابن أبى شيبة عن على رضى الله عنه أنه خرج من البصرة فصلى الظهر أربعا ثم قال انا لو جاوزنا هذا الخص لصلينا ركعتين فان قيل عند المفارقة يتحقق مبدأ الفناء اذ هو مقدر بغلوة فى المختار أو لبيوت مصره وقيل بما تقدم لما ذكر فى باب الجمعة والفناء ملحق بالمصر شرعا حتى جازت الجمعة والعيدان فيه ومقتضاه أن لا يقصر بمجرد المفارقة للبيوت بل اذا جاوز الفناء أجيب بانه انما ألحق به فيما هو من حوائج أهله المقيمين فيه لا مطلقا وأما على قول من منع الجمعة فيه اذا كان منقطعا عن العمران فلا يرد الاشكال وفى قاضيخان فصل فى الفناء فقال ان كان بينه و بين المصر أقل من غلوة ولم يكن بينهما مزرعة تعتبر مجاوزة الفناء أيضا وان كان بينهما مزرعة أو كانت المسافة بينه و بين المصر قدر غلوة يعتبر مجاوزة عمران المصر هذا واذا كانت قرية أو قرى متصلة بالمصر لا يقصر حتى يجاوزها وفى الفتاوى أيضا ان كان فى الجانب الذى خرج منه محلة منفصلة عن المصر وفى القديم كانت متصلة بالمصر لا يقصر حتى يجاوز تلك المحلة والحاصل أنه صدق مفارقة بيوت المصر مع عدم جواز القصر ففى عبارة الكتاب ارسال غير واقع ولو ادعينا أن بيوت تلك القرى داخلة فى مسمى بيوت المصر اندفع هذا لكنه تعسف ظاهر اهـ

المذكر لانهما مختلفان فلا تبنى احداهما على تحريمة الاخرى ولهذا لو خرج الوقت وهو فى الجمعة لا يجوز له بناء الظهر عليها قال رحمه الله (واذا خرج الامام) أى صعد على المنبر (فلا صلاة ولا كلام) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا بأس بالكلام اذا خرج قبل أن يخطب واذا نزل قبل أن يكبر واختلفا فى جلوسه اذا سكت فعند أبى يوسف يباح له وعند محمد لا يباح له لهما ان الكراهية للاخلال بفرض الاستماع ولا استماع هنا بخلاف الصلاة لانها تمتد ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام اذا خرج الامام فلا صلاة ولا كلام من غير فصل ولان الكلام قد يمتد فأشبه الصلاة والنائى عن المنبر لا يتكلم بكلام الناس ولا بأس بأن يسبح ويهلل و يقرأ القرآن فى رواية والاحوط الانصات قال رحمه الله (ويجب السعى وترك البيع بالاذان الاول) لقوله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة فاسعوا الى ذكر الله وذروا البيع وقيل بالاذان الثانى لانه لم يكن فى زمن النبى عليه الصلاة والسلام الا هو والاول أصح اذا وقع بعد الزوال لانه لو توجه عند الاذان الثانى لم يتمكن من السنة قبلها ومن استماع الخطبة بل يخشى عليه فوات الجمعة وقال بعض العلماء يجب السعى وترك البيع بدخول الوقت لان التوجه الى الجمعة يجب بدخول الوقت وان لم يؤذن لها أحد ولهذا لا يعتبر الاذان قبل الوقت قال رحمه الله (فان جلس على المنبر أذن بين يديه وأقيم بعد تمام الخطبة) بذلك جرى التوارث والله أعلم

﴿باب صلاة العيدين﴾

قال رحمه الله (تجب صلاة العيدين على من تجب عليه الجمعة بشرائطها) أى بشرائط الجمعة

﴿باب صلاة العيدين﴾

(سوى الخطبة) نص على الوجوب وهو رواية عن أبي حنيفة وهو الاصح وفي الجامع الصغير عيدان اجتمعا في يوم واحد فالاول سنة والثاني فرض ولا يترك واحد منهما وهذا نص على السنية ووجهه قوله عليه الصلاة والسلام في حديث الاعرابي عقيب قوله فهل على غيرهن قال لا الا أن تطوع وجه الاول قوله تعالى فصل لربك وانحر المراد بها صلاة العيد وكذا المراد بقوله تعالى ولتكبروا الله على ما هداكم في تأويل وقد واظب عليها النبي صلى الله عليه وسلم من غير ترك وهو دليل الوجوب ولا حجة في حديث الاعرابي لانه كان من أهل البادية وهي لا تجب عليهم ولا على أهل القرى وكذا لا حجة في قول محمد في الجامع الصغير فالاول سنة لان مراده ثبت وجوبه بالسنة ولهذا قال ولا يترك واحد منهما قال رحمه الله (وندب في الفطر أن يطعم) أي يأكل قبل الخروج الى المصلى لقول أنس رضي الله عنه قلما خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفطر حتى يأكل تمرات ثلاثا أو خمسا أو سبعا أو أقل أو أكثر بعد أن يكون وترا ويستحب أن يأكل شيأ حلوا لما روينا قال رحمه الله (ويغتسل ويستاك ويتطيب) لانه يوم اجتماع كالجمعة قال رحمه الله (ويلبس أحسن ثيابه) لما روى عن ابن عباس أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يلبس في العيدين برد حبر قال رحمه الله (ويؤدي صدقة الفطر) لحديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم بزكاة الفطر أن تؤديها قبل خروج الناس الى الصلاة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال من أداها قبل الصلاة فهو زكاة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات ولان المستحب أن يأكل هو قبل الخروج الى المصلى فيقدم للفقير ليأكل قبلها فيتفرغ قلبه للصلاة قال رحمه الله (ثم يتوجه الى المصلى غير مكبر ومتنفل قبلها) وقال أبو يوسف ومحمد يكبر في طريق المصلى وهذا الخلاف في الجهر لهما قوله تعالى ولتكملوا العدة ولتكبروا الله قال أكثرهم هو التكبير في طريق المصلى وكان ابن عمر يرفع صوته بالتكبير وهو مروى عن علي رضي الله عنهم أجمعين ولان التكبير فيه من الشعائر ومبناها على الاشهار والاظهار دون الاخفاء فصار كالاضحى ولابي حنيفة قوله تعالى واذكر ربك في نفسك الآية وقال عليه الصلاة والسلام خير الذكر الخفي ولان الاصل في الثناء الاخفاء الا ما خصه الشرع كيوم الاضحى وروى عن ابن عباس أنه سمع الناس يكبرون فقال لقائده أكبر الامام قال لا قال أجن الناس أدركنا مثل هذا اليوم مع النبي صلى الله عليه وسلم فما كان أحد يكبر قبل الامام وسئل النخعي عن ذلك فقال ذلك تكبير الحاكة وقال أبو جعفر لا ينبغي أن يمنع العامة عن ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات وقوله ومتنفل أي غير متنفل وهو مكرر وفي المصلى قبل صلاة العيد

(قوله فالاول سنة الخ) وقد ذكر أبو موسى الضرير في مختصره أنها فرض على الكفاية قال لانها تسقط في حق من لم يفعلها وما يقوم مقامها بفعل غيره فصارت كصلاة الجنازة اه أقطع (قوله برد حبر) الحبر الوشي من التحبير بمعنى التحسين اه بخط الشارح اه حانوتي (قوله فهو) هكذا هو بخط الشارح وكتب بخطه على الهامش لعله فهي اه (قوله وهذا الخلاف في الجهر) قال الاقطع وهذا الخلاف الذي ذكره انما هو في عيد الفطر اه ثم محل الخلاف التكبير في طريق المصلى ذاهبا لا جائيا اذ لم ينقل عنهما التكبير فيه جهرا ثم اذا قلنا يكبر ذاهبا هل يقطع التكبير اذا وصل الى المصلى أو يكبر الى حين يشرع الامام في صلاة العيد روايتان هنا وبقولهما قالت الائمة الثلاثة وهو قول علي وأبي أمامة الباهلي وعمر بن عبد العزيز والنخعي وابن أبي ليلى وابن جبير وأبان بن عثمان والحكم واسحق وأبي ثور وحماد قال الطحاوي وبه نأخذ ثم ما أول وقت التكبير اختلف فيه فذهب سعيد ابن المسيب وابن سلمة وعروة وزيد بن أسلم والشافعي الى أن أول وقته اذا غربت الشمس ليلة العيد وقال جمهور الصحابة والتابعين والائمة الثلاثة ابتداؤه عند الغدو الى الصلاة لا قبلها واختاره النووي والله سبحانه أعلم قال الكمال الخلاف في الجهر بالتكبير في الفطر لا في أصله لانه داخل في عموم ذكر الله تعالى فعندهما يجهر به كالاضحى وعنده لا يجهر وعن أبي حنيفة كقولهما وفي الخلاصة ما يفيد أن الخلاف في أصل التكبير وليس بشئ اذ لا يمنع من ذكر الله تعالى بسائر الالفاظ في شئ من الاوقات بل من ايقاعه على وجه البدعة فقال أبو حنيفة رفع الصوت بالذكر بدعة تخالف الامر من قوله تعالى واذكر ربك في نفسك تضرعا وخيفة ودون الجهر من القول فيقتصر فيه على مورد الشرع وقد ورد به في الاضحى وهو قوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات جاء في التفسير أن المراد التكبير في هذه الايام والاولى الاكتفاء فيه بالاجماع عليه اتفاقا اه (قوله وقال أبو جعفر الخ) يحتمل ان يراد بأبي جعفر هذا الامام الطحاوي وان يكون الفقيه الهندواني اذ في غاية السروجي قال الطحاوي والذي عندنا انه لا ينبغي ان يمنع العامة من ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات قال وبه نأخذ وفي الفتاوى الظهيرية وعن الفقيه أبي جعفر أنه كان يقول سمعت أن مشايخنا كانوا يرون التكبير في الاسواق في الايام العشر وفي المجتبى وذكر أبو الليث ان ابراهيم بن يوسف كان يفتي بالتكبير في الاسواق في الايام العشر قال الهندواني وعندي لا ينبغي ان تمنع العامة من ذلك لقلة رغبتهم في الخيرات وبه نأخذ وفي جمع التفاريق قيل لابي حنيفة ينبغي لاهل الكوفة وغيرها ان يكبروا أيام التشريق في الاسواق والمساجد قال نعم اه كذا نقلته من خط العلامة ابن أمير حاج

(قوله وعامتهم على الكراهة) ونص الكرخي على الكراهة أيضا اه وفي الفتاوى الكبرى والولوالجي وعليه الفتوى اه (قوله قبل الصلاة مطلقا) يعني في البيت والمصلى اه بخط الشارح خاصة اه فتح (قوله ويستحب التبكير والابتكار الخ) التبكير سرعة الانتباه والابتكار المسارعة الى المصلى اه بخط الشارح (قوله ويرجع من طريق أخرى) روى الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا خرج يوم العيد في طريق رجع في غير مخرجه اجماعا اه قال الكمال ويستحب أن يرجع من غير الطريق التي ذهب منها الى المصلى لان مكان القربة يشهد فيه تكثيرا للشهود اه روى أبو هريرة قال قرأ رسول الله صلى الله عليه وسلم يومئذ تحدث أخبارها قال أتدرون ما أخبارها قالوا الله ورسوله أعلم قال فان أخبارها أن تشهد على كل عبد وأمة بما عمل على ظهرها تقول عمل كذا وكذا في يوم كذا وكذا فهذه أخبارها رواه أحمد والترمذي اه (قوله

اتفاقا واختلفوا في البيت قبل الصلاة وبعدها في المصلى وعامتهم على الكراهة قبل الصلاة مطلقا وبعدها في المصلى لما روي أنه عليه الصلاة والسلام خرج يوم الاضحى فصلى ركعتين ولم يصل قبلهما ولا بعدهما ويستحب التبكير والابتكار ماشيا بعدما صلى الفجر في مسجد حيه ويرجع من طريق أخرى قال رحمه الله (ووقتها من ارتفاع الشمس الى زوالها) والمراد بالارتفاع أن تبيض وقول الشافعي رحمه الله وقتها طلوع الشمس ويستحب تأخيرها ولنا النهي المشهور عن الصلاة فيه وكان عليه الصلاة والسلام يصلي العيد حين ترتفع الشمس قيد رمح أو رمحين وحين شهد الوفد في اليوم المكمل للثلاثين من رمضان بعد الزوال برؤية الهلال أمر أن يخرجوا الى المصلى من الغد ولو كان الوقت باقيا لما أخرها قال رحمه الله (ويصلي ركعتين مثنيا قبل الزوائد) أما الركعتان فلما روينا وأما الثناء قبل التكبيرات الزوائد فلانه شرع في أول الصلاة فيقدم عليها كما يقدم على سائر الافعال والاذكار قال رحمه الله (وهي ثلاث في كل ركعة) أي التكبيرات الزوائد ثلاث في الاولى وثلاث في الثانية وهو مذهب ابن مسعود وروي عن ابن عباس ثنتا عشرة تكبيرة وفي رواية ثلاث عشرة تكبيرة يعني مع الاصول فالزوائد منها خمس في الاولى وخمس في الثانية وفي رواية أربع في الثانية والشافعي رحمه الله أخذ بقوله لكن حمل ما روي عنه كله على الزوائد فصارت الجملة عنده مع الثلاثة الاصول خمس عشرة أو ست عشرة على اختلاف الروايتين وظهر عمل العامة اليوم بقول ابن عباس لان بنيه الخلفاء كانوا يأمرون الناس بذلك احتج الشافعي بما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يكبر في العيد سبعا في الاولى وخمسا في الثانية صححه البخاري وغيره ولنا ما صح من حديث أبي موسى الاشعري حين سئل عن تكبيرات النبي صلى الله عليه وسلم في الاضحى والفطر قال كان يكبر أربعا كتكبيره على الجنازة ولان التكبير ورفع الايدي خلاف المعهود فكان الاخذ بالاقل أحوط وما رواه ضعفه أبو الفرج وغيره فلا يلزم حجة لان الجرح مقدم وانما قال يكبر أربعا لان تكبيرة الافتتاح تضم اليها وفي الركعة الثانية يضم اليها تكبيرة الركوع فتجب كوجوبها فيكون في كل ركعة أربع تكبيرات قال رحمه الله (ويوالي بين القراءتين) لما روي عن الاسود أنه قال كان ابن مسعود جالسا وعنده حذيفة وأبو موسى الاشعري فسألهم سعيد بن العاص عن التكبير في يوم الفطر والاضحى فقال ابن مسعود يكبر أربعا ثم يقرأ فيركع ثم يقوم في الثانية فيقرأ ثم يكبر أربعا بعد القراءة وهو كالمرفوع وقد رفعه في بعض طرقه أيضا الى النبي صلى الله عليه وسلم ولان التكبير من الثناء والثناء حيث شرع في الركعة الاولى شرع مقدما على القراءة كالاستفتاح وفي

سبعا في الاولى الخ) قال الاتقاني روى ابن سماعة عن أبي يوسف سبعا في الاولى وخمسا في الثانية ويبدأ فيهما بالتكبير وروى معلى عنه في عدد التكبير كل ذلك حسن وبأي الاخبار أخذ فحسن اه وروى الترمذي عن عمرو بن عوف أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كبر في العيد الاولى سبعا قبل القراءة وفي الآخرة خمسا قبل القراءة قال أبو عيسى سألت محمدا يعني البخاري عن هذا الحديث اه ﴿فرع﴾ لو ركع الامام بعد فراغه من القراءة في الركعة الاولى فتذكر أنه لم يكبر فانه يعود ويكبر وقد انتقض ركوعه ولا يعيد القراءة فرق بين الامام والمقتدي حيث أمر الامام بالعود الى القيام ولم نأمره بالتكبيرات في حالة الركوع والمسئلة المتقدمة حيث أمر المقتدي بالتكبير في حالة الركوع والفرق ان محل التكبيرات في الاصل القيام المحض وانما ألحقنا حالة الركوع بالقيام في حق المقتدي ضرورة وجوب المتابعة وهذه الضرورة لم تتحقق في حق الامام فبقي محلها القيام المحض فأمر بالعود اليه ومن ضرورة العود الى القيام انتقاض الركوع كما لو تذكر الفاتحة في الركوع انه يعود ويركع ويقرأ وينتقض ركوعه كذا هنا ولا يعيد القراءة لانها تمت بالفراغ عنها والركن بعد تمامه والانتقال عنه غير قابل للنقض والابطال فبقي على ما تمت هذا اذا تذكر بعد الفراغ عن القراءة أما اذا تذكر قبل الفراغ عنها بأن قرأ الفاتحة دون السورة يترك القراءة ويأتي بالتكبيرات لانه اشتغل بالقراءة قبل أوانها فيتركها ويأتي بما هو الاهم لكون المحل محلا له ثم يعيد القراءة لان الركن متى ترك قبل تمامه ينتقض من الاصل لانه لا يتجزأ في نفسه وما لا يتجزأ في نفسه فوجوده معتبر بالجزء الذي به تمامه في الحكم ونظيره من ذكر سجدة في الركوع حولها أو بعد الركوع اه بدائع (قوله وانما قال الى آخر المقالة) ليس من الاصل بل هو حاشية بخط الشارح على هامش نسخته

الركعة الثانية شرع مؤخرا كالقنوت قال رحمه الله (ويرفع يديه في الزوائد) لقوله عليه الصلاة والسلام ترفع الايدي في سبع مواطن وذكر منها تكبيرات الاعياد ويسكت بين كل تكبيرتين مقدار ثلاث تسبيحات لانها تقام بجمع عظيم وبالموالاة تشتبه على من كان نائيا قال رحمه الله (ويخطب بعدها خطبتين) لانه عليه الصلاة والسلام خطب بعد الصلاة خطبتين بخلاف الجمعة حيث يخطب لها قبل الصلاة لان الخطبة فيها شرط وشرط الشئ يتقدمه أو يقارنه وفي العيد ليست بشرط ولو خطب قبلها جازت لانه لو تركها تجوز الصلاة فبتغييرها أولى ويكره لمخالفة السنة قال رحمه الله (يعلم الناس فيها أحكام صدقة الفطر) لانها شرعت لاجله قال رحمه الله (ولم تقض ان فاتت مع الامام) يعني أن الامام لو صلاها مع جماعة وفاتت بعض الناس لا يقضيها من فاتته اذا خرج الوقت وكذلك في الوقت لان الصلاة بصفة كونها صلاة العيد لم تعرف قربة الا بشرائط لا تتم بالمنفرد قال رحمه الله (وتؤخر بعذر الى الغد فقط) أي تؤخر صلاة العيد الى الغد اذا منعهم من اقامتها عذر بان غم عليهم الهلال وشهد عند الامام بالهلال بعد الزوال أو قبله بحيث لا يمكن جمع الناس قبل الزوال أو صلاها في يوم غيم فظهر أنها وقعت بعد الزوال لما روينا ولا تؤخر الى ما بعد الغد وهو المراد بقوله الى الغد فقط لان الاصل فيها أن لا تقضى كالجمعة الا أنا تركناه بما روينا من انه عليه الصلاة والسلام أخرها الى الغد ولم يرو أنه أخرها الى ما بعده فبقي على الاصل قال رحمه الله (وهي أحكام الاضحى) أي الاحكام التي ذكرت في الفطر من أول الباب الى هنا من الشروط والمندوبات هي أحكام يوم الاضحى فلا يحتاج الى تعدادها وافق تلك الاحكام فتركها لاجل ذلك وعلما يخالفها من الاحكام المحتاجة الى بيانها قال رحمه الله (لكن هنا يؤخر الاكل عنها) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يطعم في يوم الاضحى حتى يرجع فيأكل من أضحيته وقيل هذا في حق من يضحي ليأكل من أضحيته أولا أما في حق غيره فلا ثم قيل الاكل قبل الصلاة مكروه والمختار أنه ليس بمكروه ولكن يستحب أن لا يأكل قال رحمه الله (ويكبر في الطريق جهرا) لانه عليه الصلاة والسلام كان يكبر في الطريق جهرا قال رحمه الله (ويعلم الاضحية وتكبير التشريق) في الخطبة لانها شرعت لتعليم أحكام الوقت قال رحمه الله (وتؤخر بعذر الى ثلاثة أيام) أي صلاة الاضحى ولا تؤخر الى أكثر من ذلك لانها مؤقتة بوقت الاضحية فتجوز ما دام وقتها باقيا ولا تجوز بعد خروجه لانها لا تقضى ثم العذر هنا لنفي الكراهة حتى لو أخروها الى ثلاثة أيام من غير عذر جازت الصلاة وقد أساؤا وفي الفطر للجواز حتى لو أخروها الى الغد من غير عذر لا تجوز قال رحمه الله (والتعريف ليس بشئ) وهو أن يجتمع الناس يوم عرفة في بعض المواضع تشبها بالواقفين بعرفة وعن أبي يوسف ومحمد في غير رواية الاصول أنه لا يكره لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه فعل ذلك بالبصرة وجه الظاهر ان الوقوف عرف عبادة مختصة

(قوله ويرفع يديه في الزوائد الخ) وقال ابن أبي ليلى لا يرفع وهو قول أبي يوسف وجه قول أبي حنيفة ومحمد ما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن وذكر من جملتها تكبيرات العيدين ولانها تكبيرة مقصودة بنفسها غير قائمة مقام غيرها فترفع اليد عندها كالتكبير في ابتداء الصلاة وجه قول أبي يوسف أنه تكبير مسنون فصار كتكبير الركوع اه أقطع وقال الولوالجي قال أبو يوسف لا يرفع قياسا على تكبير الركوع اه قال في الخلاصة اذا سبقه الامام بالتكبيرات يقضيها ثم يركع (١) الا نفع تكبيرة الركوع في صلاة العيدين من الواجبات لانها من تكبيرات العيد وتكبيرات العيد واجبة وفي المنافع وكذا رعاية لفظ التكبير في الافتتاح حتى يجب سجود السهو اذا قال الله أجل وأعظم في صلاة العيد دون غيرها اه تاتارخان (قوله وبالموالاة تشتبه على من كان نائيا الخ) قال الكمال وان كان من الكثرة بحيث لا يكفي في دفع الاشتباه عنهم هذا القدر فصل باكثر أو كان يكفي اقل من ذلك أقل سكت أقل وليس بين التكبيرات عندنا ذكر مسنون لانه لم ينقل وينبغي أن يقرأ في ركعتي العيد سبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية روى أبو حنيفة عن ابراهيم بن محمد المنتشر عن أبيه عن حبيب بن سالم عن النعمان بن بشير عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يقرأ في العيدين يوم الجمعة بسبح اسم ربك الاعلى وهل أتاك حديث الغاشية ورواه أبو حنيفة مرة في العيدين فقط اه (قوله ويخطب بعدها خطبتين الخ) واذا كبر الامام في الخطبة يكبر القوم معه واذا صلى على النبي صلى الله عليه وسلم يصلي الناس في أنفسهم امتثالا للامر وسنة الانصات اه تاتارخان (قوله أو صلاها في يوم غيم الخ) لو ظهر الغلط في العيدين بان صلاهما بعد الزوال ينظر في باب الهدي عند قوله ولو شهدوا بالمكان بوقوفهم قبل يومه اه (قوله حتى لو أخروها الى الغد الخ) قال السروجي رحمه الله في الغاية وكذلك لو لم يصلها الامام في يوم الاضحى بغير عذر صلاها في الغد في وقتها وان لم يصل في الغد بعذر أو بغير عذر صلاها بعد غد في الوقت قبل الزوال ولا يصليها بعده لخروج أيام التضحية التي هي أيام العيد لكن التارك بغير عذر مسيء اه فقوله التي هي أيام العيد فيه ايماء الى أن الصلاة في اليوم الثاني والثالث تقع أداء لا قضاء لكن قد ذكر الشارح رحمه الله في باب الاضحية نقلا عن المحيط ان الصلاة في الغد تقع قضاء لا أداء فراجعه اه ك

(١) قوله الا نفع تكبيرة الخ كذا في الاصل مضببا عليه ولعله قال الاقطع أو نحو ذلك اه كتبه مصححه

بالمكان فلا يكون عبادة دونه كسائر المناسك وفعل ابن عباس يحتمل انه خرج للدعاء لا لاجل الاستسقاء ونحوه لا للتشبه باهل عرفة قال رحمه الله (وسن بعد فجر عرفة الى ثمان مرة الله أكبر الى آخره بشرط اقامة ومصر ومكتوبة وجماعة مستحبة) والكلام في تكبير التشريق في مواضع الاول في صفته والثاني في وقته والثالث في عدده وماهيته والرابع في شروطه فاما صفته فانه واجب لقوله تعالى واذكروا الله في أيام معدودات ولانه من الشعائر فصار كصلاة العيد وتكبيراته وقوله في الكتاب وسن لا ينافي الوجوب لان اسم السنة ينطلق على الواجب لانها عبارة عن الطريقة المرضية ولهذا قال فيما بعد وبالاقتداء يجب ولولا أنه واجب لما وجب بالاقتداء وأما وقته فأوله عقيب صلاة الفجر من يوم عرفة على قول عمر وعلي وابن مسعود وبه أخذ أصحابنا وآخره عقيب صلاة العصر من يوم النحر على قول ابن مسعود وعلى قول عمر وعلي عقيب صلاة العصر من آخر أيام التشريق وبه أخذ أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لانه الاكثر وهو الاحوط في العبادات وأخذ أبو حنيفة بقول ابن مسعود لان الجهر بالتكبير بدعة فكان الاخذ بالاقل أولى احتياطا وأما عدده وماهيته فهي أن يقول مرة واحدة الله أكبر الله أكبر لا اله الا الله والله أكبر الله أكبر ولله الحمد على قول عمر وعلي وابن عباس رضي الله عنهم وبه أخذ علماؤنا وهو المأثور عن الخليل عليه السلام وأما شروطه فقد قال في الكتاب بشرط اقامة ومصر ومكتوبة وجماعة مستحبة احترازا عن المسافرين والقرى والنافلة والوتر وصلاة العيدين وصلاة الجنازة والمفرد وجماعة غير مستحبة كجماعة النساء والعبيد فحاصله أن شروطه شروط الجمعة غير الخطبة والسلطان والحرية في رواية وهو الاصح وهذا عند أبي حنيفة وقالا هو على كل من يصلي المكتوبة لانه تبع للمكتوبة ولهما ما روينا من أثر علي في الجمعة

ومن شروطه أن تكون الصلاة صلاة أيام التشريق وأداؤها في أيام التشريق بان أداها في وقتها أو فاتته صلاة في أيام التشريق فقضاها في أيام التشريق في تلك السنة لان التكبير لم يفت عن وقته من كل وجه فصار كرمي الجمار وأما اذا فاتته صلاة قبل هذه الايام فقضاها فيها لا يكبر لان القضاء على وفق الاداء وكذا لو فاتته صلاة في أيام التشريق فقضاها في غير أيام التشريق أو قضاها في أيام التشريق من قابل لا يكبر عقيبها لان هذه سنة أو واجبة فاتت عن وقتها فلا تقضى كرمي الجمار وصلاة العيد والجمعة قال رحمه الله (وبالاقتداء يجب على المرأة والمسافر) يعني بالاقتداء بمن يجب عليه يجب عليهما بطريق التبعية والمرأة تخافت بالتكبير لان صوتها عورة وكذا يجب على المسبوق لانه مقتد تحريمة لكن لا يكبر مع الامام ويكبر بعد ما قضى ما فاته لما تبين من المعنى ولو ترك الامام التكبير يكبر المقتدى لانه يؤدى في أثر الصلاة لا في نفسها فلم يكن الامام فيه حتما كسجدة التلاوة بخلاف سجود السهو لانه يؤدى في حرمة الصلاة ألا ترى انه يجوز الاقتداء به في حالة السجود دون حالة التكبير وثمرة

(قوله ومن شروطه) هذا على قولهما لا على قول الامام اه (قوله لا يكبر عقيبها لان هذه سنة الخ) الذي يؤدى عقيب الصلاة سجدتا السهو وتكبير التشريق والتلبية فسجدتا السهو تؤدى في تحريمة الصلاة فيصح الاقتداء بمن سلم وعليه سجدتا السهو وتكبير التشريق يؤدى في حرمة الصلاة لا في تحريمها فلا يصح الاقتداء بمن سلم وعليه تكبير التشريق والتلبية لا تؤدى في حرمة الصلاة ولا في تحريمتها وتؤدى عند الصعود والهبوط فلو كان محرما وسها سجد ثم كبر ثم لبى فان بدأ بالتلبية سقط التكبير كما لو تكلم والكلام يسقط التكبير وسجود السهو كذا نقلته من خط شيخنا وقال في شرح الطحاوى اعلم ان التكبير يؤدى بناء على الصلاة لا في حرمة الصلاة فمن حيث يؤدى بناء على الصلاة فكل ما يقطع البناء يقطع التكبير وكل ما لا يقطع البناء لا يسقط التكبير فاذا تكلم بعد السلام أو ضحك فقهقه أو أحدث عمدا أو شرع في صلاة أخرى أو أعرض عن القبلة وهو ذاكر للتكبير أو خرج عن المسجد وهو ساه عنه أو أكل أو شرب أو اشتغل بعمل كثير فهذه الاشياء تقطع البناء وتسقط التكبير ومن حيث انه لا يؤدى في حرمة الصلاة فان المسبوق اذا اقتدى به في التكبير لا يصح لانه خرج عن حرمة الصلاة بالسلام واذا سقط عن الامام بالكلام وما أشبهه لا يسقط عن القوم لانه لا يؤدى في حرمة الصلاة ولو كان الامام يرى رأى ابن مسعود ومن خلفه يرى رأى علي رضي الله عنهما يكبرون وان ترك امامهم اه (قوله لكن لا يكبر مع الامام) قال في شرح الطحاوى لانه لا يؤدى في حرمة الصلاة ولو تابعه في التكبير قبل القضاء للمسبوق به لا تفسد صلاته لان التكبير ليس مما يضاد الصلاة لان في الصلاة تكبيرا بخلاف ما اذا تابعه في سجدتى السهو ولم يكن على الامام سهو حيث تفسد صلاته لانه اقتدى في موضع يجب عليه الانفراد فيه اه وكذا اذا تابعه في التلبية لان التلبية كلام اه وفي شرح الطحاوى وأما التلبية اذا كانوا محرمين في هذه الايام يؤتى بها لا في حرمة الصلاة ولا بناء عليها وانما هي بمنزلة الكلام لانها جواب لنداء ابراهيم عليه الصلاة والسلام وهو قوله تعالى وأذن في الناس بالحج فاذا اجتمع على الامام تكبير وسجدتا السهو والتلبية فأولا يبدأ بسجدتى السهو لانها تؤدى في حرمة الصلاة ثم بالتكبير لانه يؤدى بناء على الصلاة ويختص بها ثم بالتلبية ولو بدأ بالتلبية سقط عنه سجدتا السهو والتكبير لانه كلام يقطع البناء اه

(قوله وينتظر المقتدي الامام الخ) يعني أن الامام اذا نسي تكبير التشريق فما دام في المسجد ينتظره القوم لبقاء حرمة الصلاة فان خرج أو أتى بما يقطع التكبير وذلك كالقهقهة والحدث العمد كبروا لأنه انقطعت حرمة الصلاة وكذا اذا اقتدى بمن لا يرى التكبير عقيب تلك الصلاة وهو يرى ذلك كبر لانه لا يؤدي في تحريمة الصلاة بل في اثر الصلاة فيتابعه ان أتى به والا انفرد به لان المتابعة انما تجب فيما يؤدي في تحريمة الصلاة كسجود السهو فانه لو تركه الامام يتركه المقتدي اه (قوله وان سبقه الحدث) قال في شرح الطحاوي ولو سبقه الحدث يكبر من غير طهارة لان سبق الحدث لا يقطع البناء فلا يسقط التكبير اه (قوله وكبر على الصحيح الخ) وفي الخلاصة الاصح انه يكبر ولا يخرج للطهارة اه

﴿ قوله باب الكسوف ﴾

قال في البدائع ذكر محمد في الاصل ما يدل على عدم وجوبها فانه قال ولا يصلي نافلة في جماعة الا قيام رمضان وصلاة الكسوف وكذا روى الحسن بن زياد ما يدل عليه فانه روى عن أبي حنيفة انه قال في كسوف الشمس ان شاؤا صلوا ركعتين وان شاؤا أكثر من ذلك والتخيير يكون في النوافل لا في الواجبات وقال بعض مشايخنا انه واجب لما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال انكسفت الشمس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم مات ابنه ابراهيم فقال الناس انما انكسفت لموت ابراهيم فسمع رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك فقال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم من هذا شيأ فاحمدوا الله تعالى وكبروه وسبحوه وصلوا حتى تنجلي وفي رواية أبي مسعود الانصاري فاذا رأيتموها فقوموا وصلوا ومطلق الامر للوجوب اه وتسمية محمد اياها نافلة لا ينفي

الوجوب لان النافلة عبارة عن الزيادة وكل واجب زيادة على الفرائض ورواية الحسن لا تنفي الوجوب لان التخيير قد يجري بين الواجبات كما في كفارة اليمين كذا نقلته من خط قارئ الهداية رحمه الله اه وكتب ما نصه قال الكمال رحمه الله صلاة العيد والكسوف والاستسقاء متشاركة في عوارض هي الشرعية نهارا بلا أذان ولا اقامة وصلاة العيد آكد لانها واجبة وصلاة الكسوف سنة بلا خلاف بين الجمهور أو واجبة على قوية واستنان صلاة الاستسقاء مختلف فيه فظهر وجه ترتيب أبوابها ويقال كسف الله الشمس يتعدى وكسفت الشمس لا يتعدى وسببها الكسوف اه وأجمعوا على أنها تصلي بجماعة وفي المسجد الجامع أو مصلى العيد ولا تصلي في الاوقات المكروهة اه كمال قال الاتقاني رحمه الله وجه المناسبة بين البابين أن كلا منهما صلاة النهار وتؤدي بجماعة الا أن صلاة العيد لما كانت أقوى من صلاة الكسوف قدمه عليها ولهذا قيل في صلاة العيد انها فرض كفاية وقيل واجبة وقيل سنة ولم يقل أحد ان صلاة الكسوف واجبة أو فريضة بل قالوا هي سنة اه قوله ولا تصلي في الاوقات المكروهة أي الثلاث تذكره في المبسوط والمفيد والقنية والتحفة والبدائع وفيهما والعبارة للتحفة لانها ان كانت نافلة فهي فيها مكروهة لما قدمنا من النهي وان كانت لها أسباب كتحية المسجد وان كانت واجبة يكره أيضا كالوتر اه وبقولنا قال مالك وقال الشافعي لا يكره في الاوقات المكروهة لما عرف من مذهبه ان ما له سبب لا يكره فيها والله الموفق اه وقوله ولم يقل أحد ان صلاة الكسوف واجبة فيه نظر فقد قال النسفي في الكافي وصفتها انها سنة لمواظبته عليه الصلاة والسلام على ذلك وقيل واجبة للامر وقال الكمال في الفتح وصفتها سنة واختار في الاسرار وجوبها للامر في قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم شيأ من هذه فافزعوا الى الصلاة قال ولانها صلاة تقام على سبيل الشهرة فكان شعار الدين حال الفزع والظاهر أن الامر للندب لان المصلحة دفع الامر المخوف فهي مصلحة تعود الينا دنيوية لان الكلام فيما لو كان الخلق كلهم على الطاعة ثم وجدت هذه الافزاع بتقدير الهلاك يحشرون على نياتهم ولا يعاقبون وان لم يكونوا كذلك فيفترض التوبة وهي لا تتوقف على الصلاة والا لكانت فرضا اه (قوله في المتن كالنفل) أي بلا أذان ولا اقامة ولا خطبة وينادى الصلاة جامعة ليجتمعوا ان لم يكونوا اجتمعوا اه كمال (قوله امام الجمعة) في مصلى العيد أو في المسجد الجامع لانها من شعائر الاسلام فتؤدي في المكان المعد

المسبوق يتابعه فيه ولا يؤخر لما ذكرنا وينتظر المقتدي الامام حتى يأتي بشئ يقطع التكبير وهي الاشياء التي تقطع البناء كالخروج من المسجد والحدث العمد والكلام وان سبقه الحدث قبل أن يكبر توضأ وكبر على الصحيح والله أعلم

﴿ باب الكسوف ﴾

قال رحمه الله (يصلي ركعتين كالنفل امام الجمعة) واحترز بقوله كالنفل عن قول الشافعي فان عنده في كل ركعة ركوعين لما روى عن عائشة وابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام صلى صلاة كسوف الشمس ركعتين بأربع ركوعات وأربع سجدات ولنا ما رواه أبو داود عن قبيصة باسناد صحيح أنه عليه الصلاة والسلام صلى ركعتين فأطال فيهما القيام ثم انصرف وانجلت الشمس

لاظهار الشعائر ولو اجتمعوا في موضع واحد وصلوا بجماعة أجزأهم والاول أفضل لما مر اه بدائع (قوله كأحدث صلاة صليتموها الخ) أي وهي الصبح فان كسوف الشمس كان عند ارتفاعها قدر رمحين اه فتح (قوله صلى ثلاث ركوعات الخ) الذي وقفت عليه في نسخة الشيخ الامام المحقق قارئ الهداية رحمه الله هكذا ولانه روي انه عليه الصلاة والسلام صلى ثلاث ركعات في كل ركعة وأربع ركعات في ركعة وخمس ركعات في ركعة وست ركعات في ركعة وثمان ركعات في ركعة اه وقد كان في نسختي

فقال انما هذه الآيات يخوف الله بها عباده فاذا رأيتموها فصلوا كأحدث صلاة صليتموها من المكتوبة وقد روى الركعتين جماعة من الصحابة منهم عبد الله بن عمرو وسمرة بن جندب وأبو بكرة والنعمن بن بشير والاخذ بهذا أولى لوجود الامر به من النبي صلى الله عليه وسلم وهو مقدم على الفعل ولكثرة رواته وصحة الاحاديث فيه وموافقته الاصول المعهودة ولا حجة له فيما رووا من حديث عائشة وابن عباس لانه قد ثبت أن مذهبهما خلاف ذلك وصلى ابن عباس بالبصرة حين كان أميرا عليها ركعتين والراوي اذا كان مذهبه خلاف ما روى لا يبقى فيما روى حجة ولانه روي أنه عليه الصلاة والسلام صلى ثلاث ركعات في ركعة وأربع ركعات في ركعة وخمس ركعات في ركعة وست ركعات في ركعة وثماني ركعات في ركعة ولم يأخذ به فكل جوابه عن الزيادة على الركوعين فهو جواب لنا عما زاد على ركوع واحد وتأويل ما زاد على ركوع واحد أنه عليه الصلاة والسلام طول الركوع فيها فانه عرض عليه الجنة والنار فمل بعض القوم فرفعوا رؤسهم أو ظنوا أنه عليه الصلاة والسلام رفع رأسه فرفعوا رؤسهم أو رفعوا رؤسهم على عادة الركوع المعتاد فوجدوا النبي صلى الله عليه وسلم راكعا فركعوا ثم فعلوا ثانيا وثالثا كذلك ففعل من خلفهم كذلك ظنا منهم أن ذلك من النبي صلى الله عليه وسلم ثم روى كل واحد منهم على ما وقع في ظنه ومثل هذا الاشتباه قد يقع لمن كان في آخر الصفوف فعائشة رضي الله عنها في صف النساء وابن عباس في صف الصبيان والذي يدل على صحة هذا التأويل أنه عليه الصلاة والسلام لم يفعل ذلك بالمدينة إلا مرة فيستحيل أن يكون الكل ثابتا فعلم بذلك أن الاختلاف من الرواة للاشتباه عليهم وقيل انه عليه الصلاة والسلام كان يرفع رأسه ليختبر حال الشمس هل انجلت أم لا فظنه بعضهم ركوعا فاطلق عليه اسمه فلا يعارض ما رويناه مع هذه الاحتمالات قال رحمه الله (بلا جهر) أي بلا جهر بالقراءة وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجهر فيها لحديث عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام جهر بالقراءة فيها وله قوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء وحكى سمرة صلاته عليه الصلاة والسلام وطول قيامه وقال لم نسمع له صوتا وقال ابن عباس ما سمعت له حرفا وحديث عائشة رضي الله عنها محمول على أنه جهر بالآية والآيتين ليعلم أن فيها القراءة والذي يدل على ذلك ما روي عنها أنها قالت فحزرت قراءته أنه قرأ سورة البقرة ولو جهر سمعت وما حزرت قال رحمه الله (وخطبة) أي بلا خطبة وقال الشافعي يخطب خطبتين بعد الصلاة لحديث عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام انصرف وقد انجلت الشمس فخطب الناس فحمد الله تعالى وأثنى عليه ثم قال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا يخسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتم ذلك فادعوا الله وكبروا وصلوا وتصدقوا الحديث ولنا أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالصلاة ولم يأمر بالخطبة ولو كانت مشروعة لبينها عليه الصلاة والسلام وحديث عائشة رضي الله عنها محمول على أنه صلى الله عليه وسلم قال ذلك ليردهم عن قولهم ان الشمس كسفت لموت ابراهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم فقال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله تعالى لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته والذي يدلك على هذا أنها أخبرت أنه عليه الصلاة والسلام خطب

كذلك لكني أصلحتها على ما هنا تبعا لشيخنا العلامة الشمس الغزي رحمه الله تعالى وقال قارئ الهداية رحمه الله تعالى الثلاث ركعات في كل ركعة رواه مسلم عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما قال فقام النبي صلى الله عليه وسلم فصلى بالناس ست ركعات بأربع سجدات وعن ابن عباس قال صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم حين كسفت الشمس ثمان ركعات في أربع سجدات وعن علي رضي الله عنه مثل ذلك اه وروى النسائي عن قتادة عن عطاء عن عبيد بن عمير عن عائشة رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم صلى عشر ركعات في أربع سجدات قال أبو عمر سماع قتادة من عطاء عندهم غير صحيح اه عبد الحق وروى أبو داود عن أبي العالية عن أبي بن كعب قال انكسفت الشمس على عهد النبي صلى الله عليه وسلم وان النبي صلى الله عليه وسلم صلى بهم فقرأ سورة من الطول ثم ركع خمس ركعات وسجد سجدتين ثم قام الثانية فقرأ سورة من الطوال ثم ركع خمس ركعات وسجد سجدتين ثم جلس كما هو مستقبل القبلة يدعو حتى يجلي كسوفها اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد يجهر فيها الى آخره) وفي المحيط قول محمد مضطرب وقال شمس الائمة الظاهر أنه مع أبي حنيفة وذكر الحاكم مع أبي يوسف اه وفي البدائع وقول محمد مضطرب ذكر في عامة الروايات قوله مع أبي حنيفة اه (قوله ليردهم عن قولهم الى آخره) وانما قالوا ذلك لان الغالب أن الكسوف يكون في الثامن والعشرين أو في التاسع والعشرين فكسفت يوم مات ابراهيم عليه السلام في عاشر شهر ربيع الاول سنة عشر ودفن بالبقيع اه ذخائر العقبى في مناقب ذوي القربى

(قوله فاذا رأيتموها الى آخره) هكذا في صحيح البخاري وفي رواية لمسلم فاذا رأيتموه يعني الكسوف وفي رواية أخرى فاذا رأيتموهما اه (قوله استيعاب الوقت بهما) أي بالصلاة والدعاء (قوله ان لم يصل امام الجمعة) أي بان كان غائبا اه ع (قوله أي كخسوف القمر الى آخره) قال في المبسوط الصلاة في كسوف القمر حسنة وكذا في الظلمة والريح والفزع لقوله عليه الصلاة والسلام إذا رأيتم شيأ من هذه الاهوال فافزعوا الى الصلاة

﴿فائدة﴾ الضرب على الكاسات ونحوها عند خسوف القمر من فعل اليهود فينبغي اجتنابه لعموم نهيه صلى الله عليه وسلم عن التشبه بالكفار اه شرح العمدة لابن الملقن اه

بعد الانجلاء ولو كانت سنة لكانت قبله كالصلاة والدعاء قال رحمه الله (ثم يدعو حتى تنجلي الشمس) لحديث المغيرة بن شعبة أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الشمس والقمر آيتان من آيات الله لا ينكسفان لموت أحد ولا لحياته فاذا رأيتموها فادعوا الله وصلوا حتى تنجلي الشمس وهذا يفيد استيعاب الوقت بهما أي بالصلاة والدعاء وهو السنة ثم هو في الدعاء بالخيار إن شاء دعا جالسا مستقبل القبلة وان شاء قائما يستقبل الناس بوجهه ويؤخر الدعاء عن الصلاة لانه هو السنة في الادعية قال رحمه الله (والا صلوا فرادى كالخسوف والظلمة والريح والفزع) أي ان لم يصل امام الجمعة صلى الناس فرادى تحرزا عن الفتنة اذ هي تقام بجمع عظيم وقوله كالخسوف الى آخره أي كخسوف القمر حيث يصلي فيه فرادى لانه قد خسف في عهده عليه الصلاة والسلام مرارا ولم ينقل الينا أنه عليه الصلاة والسلام جمع الناس له ولان الجمع العظيم بالليل بعد ما ناموا لا يمكن وهو سبب الفتنة أيضا فلا يشرع بل يتضرع كل واحد لنفسه وكذا في الظلمة الهائلة بالنهار والريح الشديدة والزلازل والصواعق وانتثار الكواكب والضوء الهائل بالليل والثلج والامطار الدائمة وعموم الامراض والخوف الغالب من العدو ونحو ذلك من الافزاع والاهوال لان ذلك كله من الآيات المخوفة والله أعلم

﴿باب الاستسقاء﴾

قال العيني الاستسقاء طلب السقيا بضم السين وهو المطر اه (قوله وأبو يوسف معه الى آخره) في البدائع ولم يذكر في ظاهر الرواية قول أبي يوسف وذكر في بعض المواضع قوله مع قول أبي حنيفة وذكر الطحاوي قوله مع محمد وهو الاصح (قوله عن عبد الله بن زياد) كذا في خط الشارح وفي نسخة قارئ الهداية زيد اه (قوله وصلى ركعتين) الى هنا رواية مسلم وزاد البخاري جهر فيهما بالقراءة اه عبد الحق (قوله نحو دار القضاء الى آخره) سميت دار القضاء لانها بيعت في قضاء دين عمر الذي كتبه على نفسه لبيت المال وهو ثمانية وعشرون ألفا من معاوية وهي اي دار مروان كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله في المتن ودعاء واستغفار) هما بالرفع عطف على قوله صلاة اه ع قال الكمال رحمه الله وقياس ما ذكرنا من الاستسقاء اذا تأخر المطر عن أوانه فعله أيضا ولو ملحت المياه المحتاج اليها أو غارت اه

قال رحمه الله (له صلاة لا بجماعة) أي للاستسقاء صلاة لا بجماعة وهذا يشير الى أنها مشروعة في حق المنفرد ولكن لم يتعرض لصفة تلك الصلاة هل هي مستحبة أو سنة أو غير ذلك وقد اختلفت عباراتهم فيها فقال القدوري ليس في الاستسقاء صلاة مسنونة في جماعة فان صلى الناس وحدانا جاز وسأل أبو يوسف أبا حنيفة عن الاستسقاء هل فيه صلاة أو دعاء موقت أو خطبة فقال أما صلاة بجماعة فلا ولكن فيه الدعاء والاستغفار وان صلوا وحدانا فلا بأس به وهذا ينفي كونها سنة أو مستحبة ولكن ان صلوا وحدانا لا تكون بدعة ولا يكره كأنه يرى اباحتها فقط في حق المنفرد وذكر صاحب التحفة وغيره أنه لا صلاة في الاستسقاء في ظاهر الرواية وهذا ينفي مشروعيتها مطلقا وقال محمد يصلي الامام أو نائبه ركعتين بجماعة كما في الجمعة وأبو يوسف معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى لمحمد ما روى عن عبد الله بن زياد أنه قال خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم يوما يستسقي فجعل الى الناس ظهره يدعو الله واستقبل القبلة وحول رداءه وصلى ركعتين وجهر فيهما بالقراءة ولابي حنيفة ما رواه مسلم عن أنس أن رجلا دخل المسجد يوم الجمعة من باب كان نحو دار القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم قائم يخطب الناس فاستقبل رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم قال يا رسول الله هلك الاموال وانقطعت السبل فادع الله أن يغيثنا قال فرفع رسول الله صلى الله عليه وسلم يديه ثم قال اللهم أغثنا اللهم أغثنا الحديث فقد استسقى رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يصل له وثبت أن عمر استسقى ولم يصل ولو كانت سنة لما تركها لانه كان أشد الناس اتباعا للسنة التي عليه الصلاة والسلام وتأويل ما رواه أنه عليه الصلاة والسلام فعله مرة وتركه أخرى بدليل ما روينا عن عمر والسنة لا تثبت بمثله بل بالمواظبة قال رحمه الله (ودعاء واستغفار) أي له دعاء واستغفار لما روينا ولقوله تعالى استغفروا ربكم إنه كان غفارا يرسل السماء عليكم مدرارا جعله سببا لارسال السماء قال رحمه الله (لا قلب رداء)

(قوله فعله تفاؤلا الى آخره) قال الكمال رحمه الله واعلم أن كون التحويل كان تفاؤلا جاء مصرحا به في المستدرك من حديث جابر وصححه قال وحول رداءه ليتحول القحط وفي طوالات الطبراني من حديث أنس وقلب رداءه لكي ينقلب القحط الى الخصب وفي مسند اسحق لتحول السنة من الجدب الى الخصب ذكره من قول وكيع اه واختلفوا في وقت التحويل قيل في الخطبتين وقيل في أثناء الثانية وقيل بعد انقضائهما وفي بعض الاحاديث أنه كان يحول اذا استقبل القبلة للدعاء اه ابن الملقن شرح عمدة (قوله لكن عند أبي يوسف الى آخره) لان المقصود الدعاء فلا يقطعها بالجلسة اه كافي

﴿ باب الخوف ﴾

قال الاتقاني رحمه الله وجه المناسبة بين البابين أن شرعية كل منهما بعارض خوف وقدم الاستسقاء لان العارض ثم وهو انقطاع المطر سماوي وهنا اختياري وهو الجهاد الذي سببه كفر الكافر اه (قوله اذا اشتد) قال في شرح الطحاوي ان كان

أي ليس فيه قلب رداء وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد يقلب الامام رداءه دون القوم وعن أبي يوسف روايتان لمحمد ما روينا من قبل وما روى أن القوم فعلوه محمول على أنهم فعلوا ذلك موافقة له عليه الصلاة والسلام كخلع النعال ولم يعلم به ولأبي حنيفة ما روينا من حديث أنس رضي الله عنه ولانه دعاء فيعتبر بسائر الادعية وما رواه محمد محمول على انه عليه الصلاة والسلام فعله تفاؤلا أو ليكون الرداء أثبت على عاتقه عند رفع يديه في الدعاء أو عرف بالوحي تغير الحال عند تغييره الرداء وكيفية القلب على قول من يراه أن يجعل أعلاه أسفله ما أمكن وان لم يمكن كالجبة جعل يمينه على يساره ولا يخطب عند أبي حنيفة لانها تبع للجماعة ولا جماعة عنده وعندهما يخطب لكن عند أبي يوسف خطبة واحدة وعند محمد خطبتين وهو رواية عن أبي يوسف ويستقبل بالدعاء القبلة قائما والناس قاعدون مستقبلون القبلة قال رحمه الله (وحضور ذمي) أي لا يحضر أهل الذمة الاستسقاء لقوله تعالى وما دعاء الكافرين الا في ضلال ولانه لا يتقرب الى الله تعالى باعدائه والدعاء لاستنزال الرحمة وانما تنزل عليهم اللعنة قال رحمه الله (وانما يخرجون ثلاثة أيام) يعني متتابعات لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار ويخرجون مشاة في ثياب خلقة غسيلة أو مرقعة متذللين متواضعين خاشعين لله تعالى ناكسي رؤسهم ويقدمون الصدقة في كل يوم قبل خروجهم ويجددون التوبة ويستغفرون للمسلمين ويتراضون بينهم ويستسقون بالضعفة والشيوخ والصبيان وفي الحديث لولا صبيان رضع وبهائم رتع وعباد الله ركع لصب عليكم العذاب صبا

﴿ باب الخوف ﴾

قال رحمه الله (اذا اشتد الخوف من عدو أو سبع وقف الامام طائفة بازاء العدو) بحيث لا يلحقهم أذاهم (وصلى بطائفة ركعة لو) كان الامام (مسافرا) أو في صلاة الفجر أو الجمعة أو العيد (وركعتين لو مقيما ومضت هذه الى العدو وجاءت تلك وصلى بهم ما بقي وسلم وذهبوا اليهم) اي الى العدو (وجاءت الاولى وأتموا) بلا قراءة لانهم لاحقون (وسلموا ومضوا ثم الاخرى) أي ثم جاءت الطائفة الاخرى

القوم بحضرة العدو فخافوا ان اشتغلوا بالصلاة أن يحمل عليهم فارادوا ان يصلوا الفجر بالجماعة صلاة الخوف فلم يشترط اشتداد الخوف كما ترى ثم قال ولو نزلوا أرضا مخوفا يخافون من العدو ولا يرونه فصلوا بالذهاب والاياب لا يجوز بالاجماع انتهى قال الكمال رحمه الله اشتداده ليس بشرط بل الشرط حضور عدو وسبع فلو رأوا سوادا ظنوه عدوا صلوها فان تبين كما ظنوا جازت لتبين سبب الرخصة وان ظهر خلافه لم تجز الا ان ظهر بعد أن انصرفت الطائفة من نوبتها في الصلاة قبل أن يجاوز الصفوف فان لهم ان يبنوا استحسانا كمن انصرف على ظن الحدث يتوقف الفساد اذا ظهر أنه لم يحدث على مجاوزة الصفوف ولو شرعوا بحضرة العدو فذهب لا يجوز لهم الانحراف والانصراف لزوال سبب الرخصة ولو شرعوا في صلاتهم ثم حضر جاز الانحراف لوجود المبيح انتهى وهذه الفروع ستأتي في كلام الشارح انتهى قوله ليس بشرط أي عند عامة المشايخ كما يفيده المحيط والمبسوط وغيرهما وقوله بل الشرط حضور عدو الى آخره تبع فيه شيخ الاسلام في مبسوطه حيث قال المراد بالخوف حضرة العدو لا حقيقة الخوف لان حضرة العدو أقيم مقام الخوف على ما عرف من أصلنا في تعليق الرخص بنفس السفر انتهى (قوله وصلى بطائفة ركعة) أي وسجدتين كذا في الهداية قال في الدراية وانما قال ركعة وسجدتين احترازا عن قول بعض العلماء انه اذا سجد سجدة واحدة يجوز الانصراف عملا بقوله تعالى فاذا سجدوا فليكونوا من ورائكم وقلنا السجدة تنصرف الى الكامل المعهود وهو السجدتان كذا قال شيخي العلامة وقيل قوله سجدتين تأكيد والا فقوله ركعة كاف اذ الركعة تتم بسجدة فرفع هذا الاحتمال وهذا حسن انتهى (قوله ومضت هذه الى العدو) مشاة من غير أن يركبوا دوابهم ومن غير أن يتكلموا

(قوله وأتموا بقراءة لانهم مسبوقون) أي ويتشهدون ويسلمون ثم انهم لا ينصرفون ركبانا حتى اذا ركبوا فسدت صلاتهم لان الركوب
منه بد فلم يكن عفوا والمشي لا بد منه فيكون عفوا انتهى اتقاني (قوله وروى عن أبي يوسف الى آخره) قال في شرح الطحاوي ولو
كان العدو مستقبل القبلة في قول أبي حنيفة ومحمد هم بالخيار ان شاؤا صلوا بالذهاب والمجيء على ما بينا وان شاؤا صلوا صفين فيفتتح الامام
الصلاة بهم جميعا وكلهم مستعدون بالسلاح فاذا ركع ركعوا جميعا واذا سجد سجد الصف الذي يليه والصف المؤخر يحرسونهم فاذا رفعوا
رؤسهم سجد الصف المؤخر والاول يحرسونهم ثم سجد الامام والصف الاول السجدة الثانية والآخر يحرسونهم وقال أبو يوسف ان صلوا
هكذا جازت صلاتهم وان صلوا بالذهاب والاياب لا تجوز لهم الصلاة فعلى هذا قول الشارح وعن أبي يوسف

(وأتموا بقراءة) لانهم مسبوقون ويدخل تحت هذا المقيم خلف المسافر حتى يقضي ثلاث ركعات بلا قراءة ان كان من الطائفة الاولى وبقراءة ان كان من الثانية والمسبوق ان أدرك ركعة من الشفع الاول فهو من الطائفة الاولى والا فهو من الثانية وقال الشافعي رحمه الله اذا صلى الامام بالطائفة الاولى ركعة وسجدتين وقف حتى تتم هذه الطائفة صلاتهم ويسلمون ويذهبون الى وجه العدو وتأتي الطائفة الاخرى فيصلي بهم الركعة الثانية فاذا قاموا لقضاء ما سبقوا انتظرهم ليسلم بهم لحديث سهل انه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك في غزوة ذات الرقاع ولنا حديث عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام صلى صلاة الخوف باحدى الطائفتين ركعة والطائفة الاخرى مواجهة العدو ثم انصرفوا فقاموا مقام أصحابهم مقبلين على العدو وجاء أولئك ثم صلى بهم ركعة ثم سلم ثم قضى هؤلاء ركعة وهؤلاء ركعة والاخذ بهذا أولى لموافقته الاصول وما رواه يخالف من وجهين أحدهما أن المؤتم يركع ويسجد قبل الامام وهو منهي عنه بقوله صلى الله عليه وسلم أنا امامكم فلا تسبقوني بالركوع ولا بالسجود وقال عليه الصلاة والسلام ما يأمن الذي يرفع رأسه قبل الامام أن يحول الله صورته صورة حمار والثاني أن فيه انتظار الامام للمأموم المسبوق وهو خلاف موضوع الامامة وروى عن أبي يوسف انه يجعلهم صفين اذا كان العدو في جانب القبلة فيحرمون كلهم معه ويركعون فاذا سجد سجد معه الصف الاول والصف الثاني يحرسونهم من العدو فاذا رفع رأسه تأخر الصف الاول وتقدم الثاني فاذا سجد سجدوا معه وهكذا يفعل في كل ركعة والحجة عليه إطلاق ما روينا من حديث ابن عمر وقوله تعالى فلتقم طائفة منهم معك وقوله تعالى ولتأت طائفة أخرى لم يصلوا فليصلوا معك وروى عنه أنها ليست بمشروعة بعد النبي صلى الله عليه وسلم لقوله تعالى واذا كنت فيهم فأقمت لهم الصلاة الآية شرط لاقامتها أن يكون هو عليه الصلاة والسلام معهم ولان القياس يأبى جوازها لما فيها من المنافي وانما جوزت لاحراز فضيلة الصلاة خلف النبي صلى الله عليه وسلم وقد انعدم هذا المعنى بعده ولنا ان الصحابة صلوها بعد النبي صلى الله عليه وسلم فصلاها علي يوم صفين وصلاها أبو موسى الاشعري وحذيفة وسعد بن أبي وقاص وغيرهم من كبار الصحابة فصار اجماعا وجوازها خلف النبي عليه الصلاة والسلام لم يكن لاستدراك الفضيلة لان ذلك ليس بواجب وترك المشي واجب فلا يجوز ارتكابه لما لا يجوز فعله لتحصيل ما ليس بواجب وانما جاز ذلك لقطع المنازعة عند قول كل طائفة منهم نحن نصلي مع الامام ولهذا اذا لم يتنازعوا كان الافضل أن يجعلهم طائفتين فيصلي هو بطائفة ويأمر من يصلي بالاخرى قال رحمه الله (وصلى في المغرب بالاولى ركعتين وبالثانية ركعة) لان الركعتين شطر في المغرب ولهذا شرع القعود عقيبهما ولان الواحدة لا تتجزأ فكانت الطائفة الاولى

الى آخره غير مناسب هكذا
نقلته من خط قارئ الهداية
رحمه الله فليتأمل (قوله
وقوله تعالى ولتأت طائفة
الى آخره) وجه الاستدلال
من الآيتين ان الله تعالى
جعلهم طائفتين بقوله فلتقم
طائفة منهم معك وصرح
بان بعضهم فاته شيء من
الصلاة بقوله ولتأت طائفة
أخرى لم يصلوا وعند أبي
يوسف هم كلهم لم يفتهم شيء
انتهى من خط الشارح
(قوله ولنا أن الصحابة صلوها
الى آخره) والاصل فيه ان
الاصل في الشرائع أن
تكون عامة الاوقات كلها
الا اذا قام الدليل على
التخصيص ثم قال قد
وجد التخصيص لان الله
تعالى شرط كون الرسول
فيهم فقال واذا كنت فيهم
قلنا الشرط يوجب الوجود
عند الوجود ولا يقتضي
العدم عند العدم أو معناه اذا
كنت أنت فيهم أو من يقوم
مقامك في الامامة كما في
قوله تعالى خذ من أموالهم انتهى مصفى (قوله وصلى في المغرب بالاولى ركعتين) أي تشهد بهم وينصرفون ثم يصلي بالثانية الركعة الثالثة ويتشهدون ويسلم الامام ولا يسلمون معه بل يروحون مقامهم فتجيء الطائفة الاولى فيقضون الركعة الثالثة بغير قراءة ويتشهدون ويسلمون ثم تأتي الطائفة الثانية فيصلون الركعتين وعليهم أيضا ان يتشهدوا فيما بين الركعتين لان المسبوق فيما أدرك أول صلاته في حق التشهد وآخرها في حق القراءة والذي يوضح ذلك أن من أدرك مع الامام الركعة الاخيرة وسبقه الامام بالاوليين فاذا قام الى القضاء بعد تسليم الامام فانه يقضي ركعة ويقرأ فيها فاتحة الكتاب وسورة ويتشهد لانه قد صلى مع الامام ركعة وهذه ثانيته فالقعدة في الثانية سنة في المغرب ثم يقوم ويصلي ركعة أخرى ويقرأ فيها فاتحة الكتاب وسورة واذا ترك القراءة فيها فسدت صلاته لان ما يقضي أول صلاته في حق القراءة ثم يتشهد ويسلم وهذا التشهد فرض عليه انتهى طحاوي قوله وهذا التشهد أي القعود

الاولى أولى بها للسبق ولكون الركعة الثانية مثل الأولى في الحكم ولو أخطأ الامام فصلى بالطائفة الاولى ركعة وبالثانية ركعتين فسدت صلاة الطائفتين أما الاولى فلانصرافهم في غير أوانه وأما الثانية فلانهم لما أدركوا الركعة الثانية صاروا من الطائفة الاولى لادراكهم الشفع الاول وقد انصرفوا في أوان رجوعهم فتبطل والاصل فيه أن من انصرف في أوان العود تبطل صلاته وان عاد في أوان الانصراف لا تبطل لانه مقبل والاول معرض فلا يعذر الا في المنصوص عليه وهو الانصراف في أوانه وان أخر الانصراف ثم انصرف قبل أوان عوده صح لانه أوان انصرافه ما لم يجئ أوان عوده ولو جعلهم ثلاث طوائف وصلى بكل طائفة ركعة فصلاة الاولى فاسدة وصلاة الثانية والثالثة صحيحة والمعنى ما بيناه وعلى هذا لو جعلهم في الرباعية أربع طوائف وصلى بكل طائفة ركعة فسدت صلاة الاولى والثالثة وصلاة الثانية والرابعة صحيحة لما بينا من المعنى ولو جعلهم طائفتين فصلى بالطائفة الاولى ركعتين فانصرفوا الا رجلا منهم فصلى الثالثة مع الامام ثم انصرف فصلاته تامة لانه من الطائفة الاولى وما بعد الشطر الاول الى الفراغ أوان انصرافهم وصلاة الامام صحيحة على كل حال لعدم المفسد في حقه قال رحمه الله (ومن قاتل بطلت صلاته) لانه عمل كثير مفسد للصلاة ولو قاتلهم بعمل قليل كارمية لا تفسد صلاته وقد بينا الفرق بين القليل والكثير من العمل فيما تقدم قال رحمه الله (فان اشتد الخوف صلوا ركبانا فرادى بالايماء الى أي جهة قدروا) لقوله تعالى فان خفتم فرجالا أو ركبانا والتوجه الى القبلة يسقط للضرورة على ما تقدم في باب الشروط ولا تجوز بجماعة لعدم الاتحاد في المكان الا اذا كان راكبا مع الامام على دابة واحدة وعن محمد تجوز استحسانا لاحراز الفضيلة الجماعة وقد جوز لهم ما هو أعظم من ذلك وهو الذهاب والمجئ لاجل احراز فضيلة الجماعة ونحن نقول ذلك ثبت بالنص وليس للرأى مدخل في اثبات الرخص فيقتصر على مورده ولا تجوز راكبا في المصر لان التطوع لا يجوز فيه فكذا الفرض للضرورة ولا ماشيا في غير المصر لان المشي عمل كثير مفسد للصلاة كالغريق السابح لا تجوز صلاته لان السبح عمل كثير قال رحمه الله (ولم تجز بلا حضور عدو) لعدم الضرورة حتى لو رأوا سوادا فظنوا أنه عدو فصلوا صلاة الخوف ثم بان أنه ليس بعدو أعادوها لما قلنا الا اذا بان لهم قبل أن يجاوزوا الصفوف فان لهم أن يبنوا استحسانا ولو شرعوا فيها والعدو حاضر ثم ذهب لا يجوز لهم الانحراف عن القبلة لزوال سبب الرخصة وبعكسه لو شرعوا فيها ثم حضر العدو جاز لهم الانحراف في أوانه لوجود الضرورة والله أعلم

(قوله وصلاة الثانية والثالثة صحيحة) قال في شرح الطحاوي لانصرافهم في وقته لان الطائفة الثانية صاروا من عداد الطائفة الأولى فعليهم أن يقضوا أولا الركعة الثالثة بغير قراءة ويتشهدون ولا يسلمون ثم يقومون ويقضون الركعة الاولى بقراءة واذا عادت الطائفة الثالثة يقضون الركعتين الاوليين بقراءة اهـ من شرح الطحاوي بالمعنى (قوله وصلى بكل طائفة ركعة فسدت صلاة الاولى الخ) ولو جعل الامام القوم في المغرب طائفتين فصلى بالاولى ركعة وانصرفوا وصلى بالثانية ركعة وانصرفوا على ظن أن القراءة تقسم بين الطائفتين ثم جاءت الاولى فصلوا مع الامام الركعة الثانية فسدت صلاتهم لانهم انصرفوا قبل وقته لان وقت انصرافهم بعد ما يصلى الامام بهم ركعتين ولا تفسد صلاة الطائفة الثانية بالانصراف لانهم انصرفوا في وقته لان الطائفة الثانية من عداد الاولى غير أنهم مسبوقون بركعة فلما انصرفوا بعد ما صلى بهم الركعة الثانية وتشهد فقد انصرفوا في وقته ثم الطائفة الاولى لما عادوا وصلوا مع الامام الثالثة لم تعد صلاتهم الى الجواز الا أن يجددوا التكبيرة فيها فحينئذ تجوز وصاروا الطائفة الثانية فلما انصرفوا بعد تسليم الامام الى العدو لم تفسد صلاتهم وعلى الطائفة الاخرى اذا عادوا أن يقضوا الركعة الثالثة بغير قراءة ويتشهدوا ولا يسلمون ثم يقومون ويقضون الركعة الاولى بقراءة والطائفة الاخرى اذا عادوا يقضون الركعتين الاوليين بقراءة اهـ من شرح الطحاوي بالمعنى (قوله وصلاة الثانية والرابعة صحيحة) أما الاولى فلانهم انصرفوا في غير أوانه وكذا الثالثة لانهم من عداد الطائفة الثانية ووقت انصرافهم بعد تسليم الامام فلما انصرفوا قبله فسدت صلاتهم وأما عدم فساد الثانية والرابعة فلان الثانية من الاولى وانصرفوا في وقته والرابعة من الثانية وانصرفوا في وقته أيضا فاذا عادت الطائفة الثانية يقضون الركعتين الاخريين

بغير قراءة ويتشهدون ولا يسلمون ثم يقومون ويقضون الاولى بقراءة لانهم مسبوقون فيها ويتشهدون ويسلمون فاذا عادت الرابعة يقضون ثلاث ركعات الاوليان بقراءة والثالثة بغير قراءة وان شاؤا قرؤا فاتحة الكتاب ويتشهدون عقيب الركعة الاولى ثم يتشهدون بعد الثالثة اهـ طحاوي (قوله فان اشتد الخوف الخ) بان لا يدعهم العدو يصلون نازلين بل يهاجمونهم اهـ فتح (قوله صلوا ركبانا الخ) ويجعلون السجود أخفض من الركوع وهذا القوله تعالى فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم والمراد به القصر في الصفات وهو الايماء لا القصر في أعداد الركعات لان ذلك ليس متعلقا بالخوف ولقوله تعالى فرجالا أو ركبانا وقال تعالى فأينما تولوا فثم وجه الله والمراد منه حال العذر والخوف عذر فيجوز له ترك القبلة وهذا جواب ظاهر الرواية وعن محمد أنهم يصلون جماعة ركبانا وبه قال الشافعي ثم اذا صلوا بايماء وزال الخوف في الوقت أو بعده لم يكن عليهم الاعادة والخوف من العدو والسبع سواء اهـ شرح المجمع لابي البقاء (قوله وجاز لهم الانحراف في أوانه) أى فان انحرفوا في غير أوان انحرافهم فسدت صلاتهم اهـ

قال ابن فارس هي مشتقة من جنز يجنز بفتح النون في الماضي وكسرها في المضارع اذا ستر اه أبو البقاء قال الاتقاني لما كان الموت آخر العوارض ذكر صلاة الجنازة آخر المناسبة اه أو نقول الصلاة صلاتان مطلقة ومقيدة فلما بين الصلاة المطلقة شرع في بيان الصلاة المقيدة أو نقول المأمور به نوعان حسن لمعنى في عينه وحسن لمعنى في غيره على ما عرف فالصلوات الخمس حسن لمعنى في عينها وصلاة الجنازة حسن لمعنى في غيرها وهو قضاء حق المسلم فلما فرغ عن بيان صلاة هي حسن لمعنى في عينها شرع في بيان صلاة لمعنى في غيرها اه والمناسبة الخاصة بالباب الذي قبله أن الخوف قد يفضي الى الموت حتى قال في الزيادات ان من وجد في المعركة والدم يسيل من أنفه أو دبره يغسل لانه ليس بقتيل فعسى أن يكون مات من شدة الخوف قال الكمال رحمه الله ولهذه الصلاة كغيرها صفة وسبب وشرط وركن وسنن وآداب أما صفتها ففرض كفاية وسببها الميت المسلم فانها وجبت قضاء لحقه وركنها سيأتي بيانه وأما شرطها فما هو شرط الصلاة المطلقة وتزيد هذه بأمور نذكرها هنا وسنتها كونه مكفنا بثلاثة أثواب أو ثوب الا في الشهيد وكون هذا من سنن الصلاة تساهل وادابها كغيرها والجنازة بالفتح الميت وبالكسر السرير اه (قوله في المتن ولي المحتضر القبلة الخ) قال أبو البقاء وتوجيه المحتضر الى القبلة مذهب علماء ناوأحمد ومالك في رواية وكرهه في رواية ابن القاسم لان النبي صلى الله عليه وسلم لم يوجه الى القبلة وأنكر ابن المسيب على من فعل بذلك فقال ألست مسلما والجمهور رواية (٢٣٤) البيهقي شيخه والحاكم عن أبي قتادة الخ اه ويستحب للانسان أن يطلب الدعاء من المريض لحديث عمر رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا دخلت على المريض فمره أن يدعو لك فان دعاءه كدعاء الملائكة رواه ابن ماجه اه أبو البقاء قال الكمال رحمه الله ولا يمتنع حضور الجنب والحائض وقت الاحتضار اه وفي شرح الدرر للبخاري ويخرج من عنده الحائض والنفساء والجنب اه (قوله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصاب الخ) ثم ذهب فصلى عليه وقال اللهم اغفر له وارحمه وأدخله جنتك وقد فعلت قال الحاكم هذا الحديث صحيح ولا أعلم في توجيه القبلة غيره اه أبو البقاء

(باب الجنائز)

قال رحمه الله (ولي المحتضر القبلة على يمينه) أي وجه وجه من حضره الموت الى القبلة وعلامات احتضاره ان تسترخي قدماه فلا تنتصبان ويتعوج أنفه وينخسف صدغاه وتمتد جلدة الخصية لان الخصية تتعلق بالموت وتتدلى جلدتها وانما يوجه الى القبلة لما روي عن أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم حين قدم المدينة سأل عن البراء بن معرور رضي الله عنه فقالوا توفي وأوصى بثلث ماله لك وأوصى أن يوجه الى القبلة لما احتضر فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أصاب الفطرة وقد رددت ثلثه على ولده ولانه قرب من الوضع في اللحد فيوضع كما يوضع فيه والمعتاد في زماننا أن يلقى على قفاه وقدماه الى القبلة قالوا لانه أسهل لخروج الروح ولم يذكروا وجه ذلك ولا يمكن معرفته الا نقلا ولكن يمكن أن يقال هو أسهل لتغميضه وشد لحييه عقب الموت وأمنع من تقوس أعضائه ثم اذا ألقي على القفا يرفع رأسه قليلا ليصير وجهه الى القبلة دون السماء قال رحمه الله (ولقن الشهادة) لقوله عليه الصلاة والسلام لقنوا موتاكم شهادة أن لا اله الا الله والمراد من قرب من الموت وقال عليه الصلاة والسلام من كان آخر كلامه لا اله الا الله دخل الجنة ولانه موضع يتعرض فيه الشيطان لافساد اعتقاده فيحتاج الى مذكر ومنبه على التوحيد وكيفية التلقين أن تذكر كلمة التوحيد عنده ولا يؤمر بها واختلفوا في تلقينه بعد الموت فقيل يلقن لظاهر ما روينا وقيل لا يلقن وقيل لا يؤمر به ولا ينهى عنه قال رحمه الله (فان مات شد لحياه وغمض عيناه) بذلك جرى

التوارث

(قوله والمعتاد في زماننا الخ) قال في الهداية والاول هو السنة اه (قوله والمراد من قرب من الموت الخ) هو مثل لفظ القتيل في قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه اه فتح (قوله ولا يؤمر بها) قال الكمال واذا ظهر منه كلمات توجب الكفر لا يحكم بكفره ويعامل معاملة موتى المسلمين حملا على أنه في حال زوال عقله ولذا اختار بعض المشايخ أن يذهب عقله قبل موته لهذا الخوف وبعضهم اختار واقيامه في حال الموت اه (قوله يلقن لظاهر ما رويناه الخ) ونسب الى أهل السنة والجماعة وخلافه الى المعتزلة اه كمال قال قاضيخان ان كان التلقين لا ينفع لا يضر أيضا فيجوز اه قال في الحقائق قال صاحب الغياث سمعت أستاذي قاضيخان يحكي عن ظهير الدين المرغيناني انه لقن بعض الائمة بعد دفنه وأوصاني بتلقينه فلقنته بعد ما دفن ثم نقل صاحب الحقائق ما نقلته أولا عن قاضيخان وعبارته في المنظومة في باب الشافعي ويحسن التلقين والتسميع وقال في الحقائق ذكر الامام الزاهد الصفار في التلخيص ان تلقين الميت مشروع لانه تعاد اليه روحه وعقله ويفهم ما يلقن قلت ولفظ التسميع يخرج على هذا وصورته أن يقول يا فلان بن فلان اذكر دينك الذي كنت عليه رضيت بالله ربا وبالاسلام دينا وبمحمد صلى الله عليه وسلم نبيا وعلى قول المعتزلة لا يفيد التلقين بعد الموت لان الاحياء عندهم مستحيل اه ما قاله في الحقائق (قوله في المتن فان مات شد لحياه الخ) بفتح اللام تثنية لحي وهو منبت اللحية من الانسان وغيره اه ع (قوله في المتن وغمض عيناه الخ) قال في جوامع الفقه ويمد أطرافه اه أبو البقاء ويوضع على بطنه سيف أو مدية أو غيرهما من الحديد لئلا ينتفخ

بطنه وهو مروي عن الشعبي ولا يجعل على بطنه مصحف وأسرعوا في جهازه واعلام جيرانه وأصدقائه حتى يؤدوا حقه بالصلاة ويكره النداء في الاسواق والمحلات لان ذلك تشبه بأهل الجاهلية كذا ذكر الفقيه أبو الليث قال صاحب الاختيار والاصح أنه لا يكره لان فيه اعلام الناس فيؤدون حقه وفيه تكثير المصلين والمستغفرين له اهـ أبو البقاء (قوله ووضع على سرير الخ) قيل طولا الى القبلة وقيل عرضا قال السرخسي الاصح كيف تيسر قوله طولا الى القبلة أي مستلقيا على قفاه كالمحتضر قاله الاسبيجابي وبعض أئمة خراسان اهـ وقوله وقيل عرضا أي كما يوضع في القبر اهـ فتح قال في البدائع ثم لم يذكر في ظاهر الرواية كيفية وضع التخت انه يوضع الى القبلة طولا أو عرضا فمن علمائنا من اختار الوضع طولا كما يفعل به في مرضه اذا أراد الصلاة بالايماء ومنهم من اختار الوضع عرضا كما يوضع في قبره والاصح انه يوضع كما تيسر لان ذلك يختلف باختلاف المواضع اهـ وليس للرجل أن يغسل أحدا من النساء وان كانت امرأته لان بموتها انقطعت الزوجية ولهذا حل له التزوج بأختها وأربع سواها من ساعته وعند الشافعي له أن يغسلها فلو ماتت امرأة في سفر بين الرجال فان كان معهم امرأة علمت الغسل ويخلون بينها وبينها فتغسلها وتكفنها والا فان كان معهم صبي لم يبلغ حد الشهوة علم الغسل والتكفين وخلي بينه وبينها والا فلا تغسل بل تيمم فان كان الميمم لها محرما يممها بغير خرقة وان كان غير محرم فبخرقة على كفيه ويجوز له أن ينظر الى وجهها ويعرض عن ذراعيها ثم تكفن ويصلى عليها ولو مات رجل بين نسوة فان كان معهن امرأته فانها تغسله وتكفنه ويصلى عليه النساء وان لم يكن فيهن امرأته تنظران كان معهن رجل كافر علم غسله وخلي بينه وبينه فيغسله ويكفنه ثم النساء يصلين عليه وان لم يكن معهن رجل فان كان معهن صبية لم تبلغ حد الشهوة علمت وخلي بينه وبينها فتغسله وتكفنه وتصلي عليه النساء البالغات ويدفنه وان لم تكن صبية فانهن ييممنه فان كانت الميممة محرما له تيممه بغير خرقة وان كانت غير (٢٣٥) محرم فانها تيممه بخرقة ويصلين عليه

التوارث ولان فيه تحسينه اذ لو ترك على حاله لبقي فظيع المنظر ولا يؤمن من دخول الهوام في جوفه والماء عند غسله ويقول مغمضه بسم الله وعلى ملة رسول الله اللهم يسر عليه أمره وسهل عليه ما بعده وأسعده بلقائك واجعل ما خرج اليه خيرا مما خرج عنه قال رحمه الله (ووضع على سرير مجمر وترا) لئلا تغيره نداوة الارض ولينصب عنه الماء عند غسله وفي التجمير تعظيمه وازالة الرائحة الكريهة وانما وترا لقوله عليه السلام ان الله وتر يحب الوتر وكيفيته أن يدار بالمجمرة حول السرير مرة أو ثلاثا أو خمسا ولا يزاد عليها وقوله ووضع على سرير مجمر يشير الى أن السرير يجمر قبل وضع الميت عليه وانه يوضع عليه كما مات ولا يؤخر الى وقت الغسل وقال في الغاية يفعل هذا عند ارادة غسله لاخفاء الرائحة الكريهة وقال القدوري اذا أرادوا غسله وضعوه على سريره والاول أشبه لما ذكرنا وقال في الغاية يوضع على بطنه حديدة لئلا ينتفخ وهو مروي عن الشعبي وتكره قراءة القرآن عنده حتى يغسل قال رحمه الله (وستر عورته) لان سترها واجب والنظر اليها حرام كعورة الحي ويستر ما بين سرته الى ركبته

ويدفنه ولو كان الميت أو الميتة لم يبلغا حد الشهوة فانهما يغسلان على كل حال سواء غسلهما رجل أو امرأة اهـ طحاوي ولو كان الميت خنثى مشكلا فانه ينظر ان كان صغيرا غسل على كل حال سواء كان الغاسل رجلا أو امرأة وان كان بلغ حد الشهوة لا يغسل للتعذر بل ييمم ثم ان كان الميمم ذا رحم منه يممه بغير خرقة وان كان غير محرم فبخرقة ويعرض عن ذراعيه اهـ والسنة في غسل الميت أن يغسل الرجل رجل والمرأة امرأة وليس للمرأة أن تغسل أحدا من الرجال الا زوجها الذي مات على الزوجية لان أبا بكر رضي الله عنه لما مات غسلته أسماء زوجته فلو كان طلقها ثم مات وهي في العدة فان كان الطلاق رجعيا فلها أن تغسله لان الطلاق الرجعي لا يزيل الزوجية وان كان بائنا لا تغسله ولو مات وهي زوجته ثم فعلت بعد موته فعلا لو فعلته حال حياته بانت به وحرمت عليه كالردة وتقبيل أبيه أو ابنه بشهوة بطل حقها في الغسل ولو كان الزوج وطئ أخت امرأته بشبهة فما دامت هذه تعتد لا يحل له الاستمتاع بامرأته فان مات وهي في العدة فليس لزوجته أن تغسله لحرمتها عليه ولكن ترث منه ويجب عليها عدة الوفاة فلو انقضت عدة أختها بعد وفاة زوجها كان لها أن تغسله لان سبب الحرمة قد زال وكذا لو أسلم الزوج وزوجته مجوسية فمات قبل عرض الاسلام عليها فانها لا تغسله لانها محرمة عليه فلو أسلمت كان لها أن تغسله وقال زفر كان لها الغسل عند وفاة الزوج لا يبطل حقها بعد ذلك بردة أو لمس لابي الزوج أو ابنه بشهوة وان لم يكن لها غسل عند موته ليس لها أن تغسله بعد ذلك وان زال سبب الحرمة اهـ طحاوي (قوله أن يدار بالمجمرة) والمجمرة بكسر الاول هي المبخرة والمدخنة قال بعضهم والمجمر بحذف الهاء ما يبخر به من عود وغيره وهي لغة أيضا في المجمرة اهـ مصباح (قوله ولا يزاد عليها) قال الكمال أو سبعا اهـ وكذا في الكافي للنسفي (قوله والاول أشبه لما ذكرنا) أي من قوله لئلا تغيره نداوة الارض اهـ (قوله ويكره قراءة القرآن عنده حتى يغسل الخ) قال في شرح المجمع للشيخ أبي البقاء ثم غسل الميت لماذا وجب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم سبب وجوبه الحدث فان الموت سبب لاسترخاء المفاصل فوجب غسله كله وانما اكتفي بغسل الاعضاء الاربعة حال الحياة دفعا للحرج لتكرر سببه وغلبة وجود الحدث في كل وقت حتى ان خروج المني لما لم يكثر وجوده كالحدث لم يكتف فيه الا بغسل جميع البدن ولا حرج بعد الموت فوجب غسل الكل فعلى هذا القول ان الآدمي بالموت لا ينجس بتشرب الدم المسفوح في أجزائه كرامة له لانه لو تنجس لما حكم بطهارته بالغسل كسائر الحيوانات التي حكم بنجاستها

بالموت والآدمي يطهر بالغسل حتى روى عن محمد أن الميت لو وقع في البئر قبل الغسل نجس البئر ولو وقع بعد الغسل لم ينجس فعلم انه لم ينجس بالموت ولكن وجب غسله للحدث لان الموت لا يخلو عن سابقة الحدث وعامة مشايخنا قالوا ان بالموت ينجس الآدمي لما فيه من الدم المسفوح كما ينجس سائر الحيوانات التي لها دم سائل بالموت ولهذا لو وقع في البئر كالشاة يوجب تنجيسه ويجب نزح ما في البئر كله وكذا لو حمل ميتا قبل الغسل وصلى معه لا تجوز صلاته ولو قرئ عليه القرآن قبل غسله يكره وبعده لا يكره ولو كان الغسل لاجل الحدث ينبغي أن تجوز صلاته كما لو حمل محدثا ولا يكره قراءته كما لو قرأها المحدث وكذا لا يمسح رأس الميت ولو كان للحدث ينبغي أن يسن المسح كما في الجنب وهذا القول أقرب الى القياس لانه قول بثبوت النجاسة بعد ثبوت علتها وهي احتباس الدم في العروق وقول بزوال النجاسة بالغسل لان للغسل أثرا في ازالتها كما في حالة الحياة وان لم يكن له أثر في ازالة نجاسة الموت في سائر الحيوانات غير الآدمي فكان موافقا للقياس في الثبوت من كل وجه وفي الزوال بالغسل من وجه فكان فيه عمل بالدليلين بخلاف القول الاول لانه مخالف القياس من كل وجه وهو منع ثبوت النجاسة مع قيام علتها ولم نجد نجاسة لا تعمل في التنجيس في الآدمي في حالة كرامة له فكذا بعد الممات كذا في المبسوط اه وفي شرح الدرر للبخاري انه بعد موته يسجى بثوب ويقرأ عنده القرآن الى أن يرفع اه وما ذكره من قراءة القرآن عند الميت مبني على عدم تنجسه بالموت وما ذكره في المبسوط من كراهة قراءة القرآن عنده مبني على القول بنجاسته هذا ما ظهر لي حال المطالعة من التوفيق والله الموفق قوله لماذا وجب قال في البدائع وأما بيان كيفية وجوبه فهو واجب على سبيل الكفاية اذا قام به البعض يسقط عن الباقين لحصول

بشد الازار عليه هو الصحيح كما في حالة الحياة ولقوله عليه الصلاة والسلام لعلي "لا تنظر الى فخذ حي ولا ميت" قال رحمه الله (وجرد) ليمكنهم التنظيف قالوا يجرد كما مات لان الثياب تحمى فيسرع اليه التغير وقال الشافعي رحمه الله يغسل في قميص واسع الكمين لحديث عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام غسل في قميصه قلنا ذلك مختص بالنبي صلى الله عليه وسلم بدليل ما روي أنهم قالوا نجرده كما نجرد موتانا أم نغسله في ثيابه فسمعوا هاتفا يقول لا تجردوا رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي رواية غسلوه في قميصه الذي مات فيه فهذا يدل على أن عادتهم تجريد موتاهم كافة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم ولانه يتنجس بما يخرج منه ويتنجس الميت ويشيع بصب الماء عليه بخلاف النبي صلى الله عليه وسلم فانه لم يخرج منه الا بلل طيب وكان طيبا حيا وميتا على ما روي عن علي رضي الله عنه قال رحمه الله (ووضئ بلا مضمضة واستنشاق) لان الوضوء سنة الاغتسال الا انه لا يمكن اخراج الماء منه فيترك ثم يخالف الجنب فيهما وفي غسل اليدين فان الجنب يبدأ بغسل يديه والميت يبدأ بغسل وجهه لان الجنب هو الغاسل لنفسه فيبدأ بتنظيف اليد ولا كذلك الميت ولا يؤخر غسل رجليه كالجنب اذا لم يكن في مستنقع الماء واختلفوا في مسح رأسه والصحيح أنه يمسح كما أن الجنب يمسح في الصحيح والصبي الذي لا يعقل الصلاة لا يوضأ قال رحمه الله (وصب عليه ماء مغلي بسدر أو حرض) لانه أبلغ في التنظيف وقد أمر النبي صلى الله عليه وسلم أن تغسل ابنته والمحرم الذي وقصته دابته بماء وسدر قال رحمه الله (والا فالقراح) أي ان لم يكن سدر ولا حرض فليصب عليه الماء القراح وهو الماء الخالص المغلي لان

المقصود بالبعض كسائر الواجبات على سبيل الكفاية وكذا الواجب هو الغسل مرة والتكرار سنة وليس بواجب حتى لو اكتفى بغسله واحدة أو غمسه مرة واحدة في ماء جار جاز لان الغسل ان وجب لازالة الحدث كما ذهب اليه البعض يحصل بالمرة الواحدة كما في غسل الجنابة وان وجب لازالة النجاسة المنتشرة فيه كرامة له على ما ذهب اليه العامة فالحكم بالزوال بالغسل مرة واحدة أقرب الى معتبر الكرامة وان أصابه المطر لا يجزئ عن الغسل لان الواجب فعل الغسل ولم يوجد ولو غرق في الماء فأخرج ان كان المخرج حركه كما يحرك الشيء المقصود في الماء لقصد التطهير سقط التطهير والا فلا لما قلنا اه (قوله هو الصحيح) قال في الهداية ثم يكتفى بستر العورة الغليظة هو الصحيح تيسيرا قال الكمال قوله هو الصحيح احتراز عن رواية النوادر انه يستر من سرته الى ركبته وصححها في النهاية بحديث علي المذكور آنفا اه وما صححه في النهاية صححه في المحيط والمبسوط وشرح أبي نصر وبه قالت الائمة الثلاثة مالك والشافعي وأحمد واختار صاحب المجتبى ظاهر الرواية كما اختار صاحب الهداية اه (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام لعلي لا تنظر الى فخذ حي ولا ميت) هكذا في نسخ هذا الشرح والذي في الفتح ولا تنظر بالواو قال الاتقاني روى صاحب السنن باسناده الى علي رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تبرز فخذك ولا تنظر الى فخذ حي ولا ميت اه ومراده بصاحب السنن أبو داود اه (قوله لان الوضوء سنة الاغتسال) قال الكمال رحمه الله غسل الميت فرض بالاجماع اذا لم يكن الميت خنثى مشكلا فانه مختلف فيه قيل ييمم وقيل يغسل في ثيابه والاول أولى اه وفي التتمة الخنثى كيف يغسل قيل يجعل في كوارة فيغسل وظاهر الرواية ييمم ولا يغسل اذا بلغ بالسن أو كان مراهقا اه وفي الدراية ولو مات الخنثى ييمم وراء الثوب وقيل يغسل في ثيابه وبه قال الشافعي اسلم يكن له محرم ويكون موضع غسله مظلما وقيل يجعل في كوارة فيغسل في ثيابه وقال شيخ الاسلام الظاهر انه ييمم اه قوله غسل الميت فرض أي من فروض الكفاية كالدفن والصلاة كذا في الدراية نقلا عن المجتبى اه (قوله وصب عليه ماء مغلي) من الاغلاء لا من الغلي والغليان لانه لازم كذا في النهاية والدراية اه (قوله في المتن أو حرض) هو أشنان غير مطحون اه فتح

المقصود وهو الطهارة تحصل به والسخين أبلغ في التنظيف قال رحمه الله (وغسل رأسه ولحيته بالخطمي) لانه أبلغ في استخراج الوسخ وان لم يكن فبالصابون ونحوه ولانه يعمل عمله هذا اذا كان في رأسه شعر اعتبارا بحالة الحياة قال رحمه الله (وأضجع على يساره فيغسل حتى يصل الماء الى ما يلي التخت منه ثم على يمينه كذلك) لان السنة البداءة بالميامن وهو يحصل بذلك ود كرخواهر زاده انه يبدأ أولا بالماء القراح ثم بالماء والسدر ثم بالماء الموشى من الكافور وهو مروي عن ابن مسعود قال رحمه الله (ثم أجلس مسندا اليه ومسح بطنه رفيقا) ليسيل ما بقي في المخرج ولا تبتل أكفانه في الآخرة قال رحمه الله (وما خرج منه غسله) تنظيفا له واختلفوا في انجائه فعند أبي حنيفة ينجيه مثل ما كان يستنجي في حال حياته ولا يمس عورته لان مس العورة حرام ولكن يلف خرقة على يده فيغسل حتى يطهر الموضع وقال أبو يوسف لا ينجى لان المسكة قد زالت فلو نجي ربما يزداد الاسترخاء فتخرج نجاسة أخرى فيكتفي بوصول الماء اليه ولأبي حنيفة ان موضع الاستنجاء لا يخلو عن النجاسة فلا بد من ازالتها اعتبارا بحالة الحياة قال رحمه الله (ولم يعد غسله) لانه عرف نصا وقد حصل ولا وضوءه وقال الشافعي رحمه الله يعاد وضوءه اعتبارا بحالة الحياة ولنا انه ان كان حدثا فالموت فوقه في هذا المعنى لكونه ينفي التمييز فوق الاغماء فلا معنى لاعادته مع بقاء الموت قال رحمه الله (ونشف بثوب) كيلا تبتل أكفانه قال رحمه الله (وجعل الحنوط) وهو الطيب (على رأسه ولحيته) لما روي أن عليا رضي الله عنه أمر بذلك واستعمله أنس وابن عمر ولا بأس بسائر أنواع الطيب غير الزعفران والورس في حق الرجال دون النساء قال رحمه الله (والكافور على مساجده) يعني جبهته وأنفه ويديه وركبتيه وقدميه روي ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه ولا بأس بأن يجعل القطن على وجهه وأن تحشى به مخارقه كالدبر والقبل والاذنين والفم قال رحمه الله (ولا يسرح شعره ولحيته ولا يقص ظفره وشعره) لان هذه الاشياء للزينة وقد استغنى عنها وأنكرت عائشة رضي الله عنها ذلك فقالت علام تنصون ميتكم وقوله ولحيته تكرار محض لا فائدة فيه لان قوله لا يسرح شعره يتناول جميع شعر جسده أو يقال حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه تقديره ولا يسرح شعر رأسه ولا شعر لحيته فعلى هذا يفيد فائدة جديدة قال رحمه الله (وكفنه سنة) أي كفن الرجل للسنة (ازار وقميص ولفافة) فالقميص من المنكبين الى القدمين وهو بلا دخاريص لانها تفعل في قميص الحي ليتسع أسفله للمشي ولا جيب ولا كمين ولا تكف أطرافه ولو كفن في قميصه قطع جيبه وكميه وكل واحد من اللفافة والازار من القرن الى القدم وقال الشافعي يكفن في ثلاث لفائف ليس فيها قميص لقول عائشة رضي الله عنها كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثلاثة أثواب يمانية بيض سحولية ليس فيها عمامة ولا قميص ولنا ما روي عن عبد الله بن عبد الله بن أبي ابن سلول أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يعطيه قميصه ليكفن فيه أباه فأعطاه فكفن فيه وعن عبد الله بن مغفل انه صلى الله عليه وسلم كفن في قميصه وقال ابن عباس كفن رسول الله صلى الله عليه وسلم في ثلاثة أثواب قميصه الذي مات فيه وحلة نجرانية والحلة ثوبان والعمل بما روينا أولى لانه فعل النبي صلى الله عليه وسلم وما رواه فعل بعض الصحابة فلا يعارض فعل النبي عليه الصلاة والسلام مع ان ما رواه معارض بما روينا من حديث ابن عباس وعبد الله بن المغفل والحال أكشف على الرجال لحضورهم دون النساء لبعدهن قال رحمه الله (وكفايه) أي وكفنه كفاية (ازار ولفافة) لقوله عليه الصلاة والسلام في المحرم الذي وقصته دابته اغسلوه بماء وسدر وكفنوه في ثوبين ولانه أدنى ما يلبسه الانسان حال حياته عادة فكذا بعد مماته وقيل قميص ولفافة والاصح الاول قال رحمه الله (وضرورة ما يوجد) لانه لا يصار اليه الا عند العجز وهو الاقتصار على دون ما ذكرنا كما روي أن حمزة رضي الله عنه كفن في ثوب واحد ومصعب ابن عمير لم يوجد له شيء يكفن فيه الا نمرة فكانت اذا وضعت على رأسه تبدو رجلاه واذا وضعت على رجليه خرج رأسه فأمر النبي أن يغطى رأسه ويجعل على رجليه شيء من الاذخر وهذا دليل على أن ستر العورة

(قوله في المتن بالخطمي) هو مشدد الياء غسل معروف وكسر الخاء أكثر من الفتح اه مصباح (قوله في المتن فيغسل حتى يصل الماء الى ما يلي التخت الخ) قال أبو البقاء ولا يكب الميت على وجهه ليغسل ظهره اه (قوله مسندا) على صيغة المفعول اه عيني (قوله اليه) أي الى الغاسل اه (قوله واختلفوا الخ) قال في البدائع لم يذكر هذا في ظاهر الرواية اه (قوله بوصول الماء اليه) قال في البدائع وبهذا والله أعلم لم يوجبه في ظاهر الرواية فلعل محمدا رجع وعرف رجوع أبي حنيفة حيث لم يتعرض لذلك في ظاهر الرواية اه (قوله الحنوط) هو بفتح الحاء عطر مركب من أنواع الطيب اه ع (قوله على مساجده) جمع مسجد بفتح الجيم موضع السجود اه ع (قوله في المتن ولا يسرح الخ) أي ولا يحسن في قول يعقوب وبه يفتى اه كنوز (قوله ولحيته تكرار) قال العيني قلت لو لم يذكر لحيته ربما يظن ظان أن لحيته تسرح لانه اذا قيل لا يسرح شعره لا يتبادر الذهن الى لحيته لكونها مخصوصة باسم اه (قوله يمانية بيض الخ) الترمذي عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم البسوا من ثيابكم البياض فانها من خيار ثيابكم وكفنوا فيها موتاكم قال هذا حديث حسن صحيح اه (قوله ولفافة) فالساقط القميص والضابط القاف مع القاف اه (قوله الا نمرة) النمرة كساء فيه خطوط سود وبيض اه مغرب

وحده لا يكفي خلافا للشافعي رحمه الله قال رحمه الله (ولف من يساره ثم من يمينه) أي لف الكفن من يسار الميت ثم يمينه وكيفيته أن تبسط اللفافة أولا ثم الازار فوقها ثم يوضع الميت عليه مقمصا ثم يعطف عليه الازار وحده من قبل اليسار ثم من قبل اليمين ثم اللفافة كذلك اعتبارا بحالة الحياة قال رحمه الله (وعقد) أي الكفن (ان خيف انتشاره) صيانة عن الكشف قال رحمه الله (وكفنها) أي كفن المرأة (سنة درع وازار وخمار ولفافة وخرقة تربط بها ثدياها) لحديث أم عطية رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم أعطى اللواتي غسلن ابنته خمسة أثواب قال رحمه الله (وكفاية) أي كفنها كفاية ازار ولفافة (وخمار) لانها أقل ما تلبسه المرأة حال حياتها وتجوز الصلاة فيهما من غير كراهة فكذا بعد موتها وما دون ذلك كفن الضرورة قال رحمه الله (وتلبس الدرع أولا ثم يجعل شعرها ضفيرتين على صدرها فوق الدرع ثم الخمار فوقه تحت اللفافة) ثم يعطف الازار ثم اللفافة كما ذكرنا في حق الرجل ثم الخرقة فوق الاكفان لئلا تنتشر وعرضها ما بين الثدي الى السرة وقيل ما بين الثدي الى الركبة لئلا ينتشر الكفن بالفخذين وقت المشي وما دون الثلاثة كفن الضرورة في حق المرأة والمستحب في الاكفان البيض ويكره للرجال المزعفر والمعصفر والابريسم ولا يكره للنساء والصبي المراهق في التكفين كالبالغ والمراهقة كالبالغة وأدنى ما يكفن به الصبي الصغير ثوب واحد والصبية ثوبان وجملة الكلام في الكفن في ثلاثة مواضع في مقداره وصفته ومن عليه الكفن والمصنف رحمه الله لم يتعرض لمن عليه الكفن وهو من ماله ان كان له مال يقدم على الدين والوصية والارث الى قدر السنة ما لم يتعلق بعين ماله حق الغير كالرهن والمبيع قبل القبض والعبد الجاني فان لم يكن له مال فعلى من تجب نفقته عليه الا الزوج عند محمد فانه لا يجب عليه لانقطاع الوصلة وان لم يكن له من تجب نفقته عليه فعلى بيت المال قال رحمه الله (وتجمر الاكفان أولا وترا) أي قبل أن يدرج فيها الميت لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أجمرتم الميت فأجمروا وترا ولا يزاد على خمس على ما تقدم وجميع ما يجمر فيه الميت ثلاثة مواضع عند خروج روحه لازالة الرائحة الكريهة وعند غسله وعند تكفينه ولا يجمر خلفه لقوله عليه الصلاة والسلام لا تتبع الجنازة بصوت ولا نار وكذا يكره في القبر

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (السلطان أحق بصلاته) نص عليه أبو حنيفة بقوله الخليفة أولى ان حضر فان لم يحضر فامام المصر وهو سلطانه لانه في معنى الخليفة وبعده القاضي وبعده صاحب الشرطة وبعده خليفة الوالي وبعده خليفة القاضي وبعد هؤلاء امام الحي فان لم يحضر وا فالاقرب من ذوي قرابته وذكر في الاصل أن امام الحي أولى بها وقال أبو يوسف ولي الميت أولى بهم لان هذا حكم تعلق بالولاية كالانكاح وجه الاول ما روى أن الحسين بن علي لما مات الحسن رضي الله عنهم قدم سعيد بن العاص فقال لولا السنة لما قدمتك وكان سعيد واليا في المدينة يومئذ كذا ذكره في الباب ولان في التقدم عليه استخفافا به وتعظيمه واجب شرعا وما ذكره في الاصل محمول على ما اذا لم يحضر السلطان ولا من يقوم مقامه قال رحمه الله (وهي فرض كفاية) أي الصلاة عليه لقوله عليه الصلاة والسلام صلوا على صاحبكم

(قوله درع) قال العيني أي قميص قال في المغرب ودرع المرأة ما تلبسه فوق القميص وهو مذكر وعن الحلواني أي هو ما جيبه الى الصدر والقميص ما شقه الى المنكب ولم أجده أنا في كتب اللغة اه مغرب (قوله وازار وخمار ولفافة) هذا هو الظاهر وهو موجود في نسخ المتن وان لم يكن في نسخة المصنف اه (قوله ضفيرتين على صدرها) قال الولوالجي ويسدل شعرها بين ثدييها ولا يجعل ضفيرتين لان ضفر الشعر واسداله خلف الظهر للزينة وهذه الحالة حالة الحسرة اه (قوله والابريسم الخ) وجاز تكفينها في الحرير لا تكفينه اه منية (قوله فصل السلطان أحق بصلاته الخ) قال في المستصفى واعلم أن الصلاة على الموتى ثابتة بعموم الكتاب وبالتوارث من العهد الاول قال الله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا فالنهي عن الصلاة على المنافق يشعر بالصلاة على المسلم الموافق وروى أن الملائكة صلت على آدم عليه الصلاة والسلام وقالت لولده هذه سنة موتاكم واذا ثبتت الصلاة عليه فلا بد له من امام فلذلك قال وأولى الناس بالامامة في الصلاة في الاصل حق الاولياء لانهم أقرب الناس الى الميت وأولاهم به غير أن الامام والسلطان يقدم بعارض الامامة والسلطنة فلذلك قيد بالشرط فقال ان حضر فان في التقدم عليه ازدراء به وفيه فساد أمر المسلمين ثم ان لم يحضر الامام أو السلطان أو القاضي فيستحب تقديم امام الحي وقال في شرح القدوري وأما امام الحي فتقديمه على طريق الافضل وليس بواجب كتقديم السلطان وبيان أن الحق الى الاولياء ما قال فان صلى الولي لم يجز لاحد أن يصلي بعده وما قال أيضا فان صلى غير الولي بدون السلطان في نسخة أعاد الولي فعلم بهذين أن الحق الى الاولياء حيث قال ليس لاحد بعده الاعادة بطريق العموم سلطانا كان أو غيره وانما قدم السلطان بعارض ولهذا قال ان حضر اه وعلى هذا فلو حضر السلطان وصلى الولي يعيد السلطان ولو لم يحضر السلطان وصلى الولي ليس لاحد الاعادة اه (قوله ولي الميت أولى بها الخ) وهو رواية عن أبي حنيفة وبه قال الشافعي اه كمال (قوله كالانكاح الخ) فيكون الولي مقدما على غيره فيه اه فتح (قوله وجه الاول) أي وهو أن السلطان ومن بعده مقدم على الولي اه (قوله وهي فرض كفاية الخ) قال الكمال رحمه الله والاجماع على الافتراض وكونه على الكفاية كاف وقيل في مستند الاول قوله تعالى وصل عليهم ان صلاتك سكن لهم والحمل على المفهوم الشرعي أولى ما أمكن وقد أمكن بحملها على صلاة الجنازة اه قوله في مستند الاول أي الفرضية اه

(قوله وكذا تكفينه) أي وكل ما يعتبر شرط الصحة سائر الصلوات من الطهارة الحقيقية والحكمية واستقبال القبلة وستر العورة والنية تعتبر شرط الصحتها اهـ بدائع (قوله وطهارته) قال في الفتاوى التاتارخانية وفي فتاوى آهو سئل قاضيخان عن طهارة مكان الميت هل يشترط لجواز الصلاة قال ان كان على الجنازة لاشك أنه يجوز وان كان بغير جنازة لارواية لهذا وينبغي أن يجوز لان طهارة مكان الميت ليس بشرط لانه ليس بمؤد وهكذا أجاب القاضي بدر الدين وسئل عمن أنكر صلاة الجنازة هل يكفر قال نعم لانه أنكر الاجماع اهـ ويشترط أيضا وضعه أمام المصلي ولهذا القيد لاتجوز الصلاة على غائب ولا حاضر محمول على دابة وغيرها ولا موضوع بتقدم على المصلي اهـ كمال قال في البدائع ولو أخطؤا بالرأس ووضعوه في موضع الرجلين وصلوا عليها جازت الصلاة لاستجماع شرائطها انما الحاصل تغيير صفة الوضع وذا لايمنع الجواز الا انهم ان تعمدوا ذلك فقد أساؤا لتغييرهم السنة المتوارثة اهـ (قوله فتجوز الصلاة على قبره للضرورة الخ) بخلاف ما اذا لم يهل عليه التراب بعد فانه يخرج فيغسل اهـ فتح (قوله في المتن ثم امام الحي) قال في شرح الطحاوي فان لم يكن

صاحبكم والامر للوجوب ولو كانت فرض عين لصلى عليه النبي صلى الله عليه وسلم ولان المقصود يحصل باقامة البعض فتكون فرض كفاية وكذا تكفينه فرض على الكفاية ولهذا يقدم على الدين الواجب عليه ويجب على من تجب عليه نفقته وكذا غسله ودفنه فرض على الكفاية قال رحمه الله (وشرطها) أي شرط الصلاة عليه (اسلام الميت وطهارته) أما الاسلام فلقوله تعالى ولاتصل على أحد منهم مات أبدا يعني المنافقين وهم الكفرة ولانها شفاعة للميت اكرامًا له وطلبا للمغفرة والكافر لاتنفعه الشفاعة ولا يستحق الاكرام وأما الطهارة فلأن الميت له حكم الامام من وجه ولهذا يشترط وضعه أمام القوم حتى لاتجوز الصلاة عليه لو وضعوه خلفهم والامام تشترط طهارته لجواز الصلاة وله حكم المؤتم أيضا بدليل جواز الصلاة على المرأة والصبي فيعطى له حكم الامام مادام الغسل ممكنا وان لم يمكن بان دفن قبل الغسل ولم يمكن اخراجه الا بالنبش يعطى له حكم المؤتم فتجوز الصلاة على قبره للضرورة ولو صلى عليه قبل الغسل ثم دفن تعاد الصلاة لفساد الاولى وقيل تنقلب الاولى صحيحة عند تحقق العجز فلا تعاد قال رحمه الله (ثم القاضي ان حضر ثم امام الحي) لانه اختاره حال حياته ورضي به فكذا بعد وفاته وليس تقديمه بواجب وانما هو استحباب وفي جوامع الفقه امام المسجد الجامع أولى من امام الحي قال رحمه الله (ثم الولي) لانه أقرب الناس اليه والولاية له في الحقيقة كما في غسله وتكفينه وانما يقدم السلطان عليه اذا حضر كيلا يكون ازدراء به لالان الولاية اليه وترتيب الاولياء فيها كترتيبهم في التعصيب والانكاح لكن اذا اجتمع أبو الميت وابنه كان الاب أولى لان له مزية على الابن وقيل هذا قول محمد وعندهما الابن أولى بناء على اختلافهم في ولاية الانكاح والصحيح أنه قول الكل والفرق بينهما أن الصلاة يعتبر فيها الفضيلة والاب أفضل ولهذا يقدم الاسن في الصلاة عند الاستواء بغيره والمكاتب أولى بالصلاة على عبيده وأولاده ولو مات العبد وله ولي حر فالمولى أولى على الاصح وكذا المكاتب اذا مات ولم يترك وفاء ولو ترك وفاء فأديت الكتابة كان الولي أولى وكذا اذا كان المال حاضرا يؤمن عليه التوى وان لم يكن للميت ولي فالزوج أولى ثم الجيران أولى من الاجنبي قال رحمه الله (وله أن يأذن لغيره) أي للولي أن يأذن لغيره في الصلاة على الجنازة لان التقدم حقه فيملك ابطاله بتقديم غيره أو يأذن للناس بالانصراف بعد الصلاة قبل الدفن لانه لاينبغي لهم أن ينصرفوا الا باذنه وفي الجامع الصغير لابأس

امام الحي حاضرا فالولاية بعد للاقرب فالاقرب من عصباته وروي عن أبي يوسف انه قال لاولاية لامام الحي وانما الولاية للاولياء ولكن ينبغي لاقرب أوليائه أن يقدم امام الحي وفي ظاهر الرواية هو أحق من الاولياء اهـ وامام الحي امام مسجد حارته اهـ ع قال الكمال ولو أوصى أن يصلي عليه فلان ففي العيون أن الوصية باطلة وفي نوادر ابن رستم جائزة ويؤمر فلان بالصلاة عليه قال الصدر الشهيد الفتوى على الاول اهـ (قوله لانه اختاره حال حياته) أي ولهذا لو عين الميت أحدا في حال حياته فهو أولى من القريب لرضاه به اهـ بدائع (قوله وانما هو استحباب) قال الكمال وتعليل الكتاب يرشد اليه اهـ يعني بالتعليل قوله لانه رضي به في حال حياته اهـ

(قوله وترتيب الاولياء الخ) قال الكمال رحمه الله ومولى العتاقة وابنه أولى من الزوج قال في البدائع ومولى الموالاة أحق من الاجنبي لانه التحق بالقريب بعقد الموالاة ولو مات وله ابن وله أب أب فالولاية لابنه ولكنه يقدم الجد تعظيما وكذا المكاتب اذا مات ابنه أو عبده ومولاه حاضر فالولاية له لكنه يقدم مولاه احتراما له اهـ (قوله بناء على اختلافهم في ولاية الانكاح الخ) فعند محمد أبو المعتوهة أولى بانكاحها من ابنها وعندهما الابن أولى اهـ (قوله عند الاستواء بغيره) كما في أخوين شقيقين أو لاب أسنهم أولى اهـ فتح قال الكمال رحمه الله ولو قدم الاسن أجنبيا ليس له ذلك وللصغير منعه لان الحق له لاستوائهما في الرتبة وانما قدمنا الاسن بالسنة قال صلى الله عليه وسلم في حديث القسامة ليتكلم أكبركما وهذا يفيد أن الحق للابن عندهما الا أن السنة أن يقدم هو أباه ويدل عليه قولهم سائر القرابات أولى من الزوج ان لم يكن له منها ابن فان كان فالزوج أولى منهم لان الحق للابن وهو يقدم أباه ولا يبعد أن يقال ان تقديمه على نفسه واجب بالسنة ولو كان أحدهما شقيقا والآخر لاب يجوز تقديم الشقيق الاجنبي اهـ (قوله وله أن يأذن لغيره الخ) أي وللولي أن يأذن لغيره واذا أذن لغيره أن يصلي فصلى لايجوز للولي الاعادة اهـ جوهرة في باب التيمم (قوله أو يأذن للناس بالانصراف الخ) أي الى حالهم لئلا يتكلفوا حضور الدفن ولهم

موانع وهذا الان انصرافهم بعد الصلاة من غير استئذان مكروه وعبارة الكافي ان فرغوا فعليهم أن يمشوا خلف الجنازة الى أن ينتهوا الى القبر ولا يرجع أحد بلا اذن فلم يأذن لهم لقد يتحرجون والاذن مطلق للانصراف لا مانع من حضور الدفن وعلى هذا فالاولى هو الاذن وان ذكره بلفظ لا بأس فانه لم يطرد فيه من وجه اه أي وكون ترك مدخوله أولى عرف في مواضع اه كمال رحمه الله (قوله ليقضوا حقه الخ) ولينتفع الميت بكثرتهم ففي صحيح مسلم وسنن الترمذي والنسائي عن عائشة رضي الله عنها عنه صلى الله عليه وسلم قال ما من ميت تصلي عليه أمة من المسلمين يبلغون مائة كلهم يشفعون فيه الا شفعوا فيه وكره بعضهم أن ينادى عليه في الازقة والاسواق لانه نعي أهل الجاهلية والاصح انه لا يكره بعد ان لم يكن مع تنويه بذكره وتفخيم بل أن يقول العبد الفقير الى الله تعالى فلان بن فلان لان فيه تكثير الجماعة من المصلين اه كمال رحمه الله (قوله أعاد الولي) قال الكمال رحمه الله هذا اذا كان الغير غير مقدم على الولي فان كان ممن له التقدم عليه كالقاضي ونائبه لم يعد اه وقد عزي في النهاية وغيرها الى فتاوى الولوالجي والفتاوى الظهيرية والتجنيس رجل صلى على جنازة والولي خلفه ولم يرض به ان تابعه وصلى معه لا يعيد لانه صلى مرة وان لم يتابعه ان كان المصلي سلطانا أو الامام الاعظم في البلدة أو القاضي أو الوالي على البلدة أو امام الحي ليس له أن يعيد لان هؤلاء هم الاولى منه وان كان غيرهم فله الاعادة قال في الدراية وكذا الوصي امام المسجد الجامع لا تعاد كذا في فتاوى العتابي اه ولو كان الاقرب غائبا بمكان تفوت الصلاة بحضوره بطلت ولايته وتحول الى الابعد ولو قدم الغائب غيره بكتابة فان للابعد أن يمنعه وله أن يتقدم بنفسه أو يقدم من شاء لان ولاية الاقرب قد سقطت لما أن في التوقف على حضوره

ضررا بالميت والولاية تسقط مع ضرر المولى عليه والمريض في المصر بمنزلة الصحيح يقدم من شاء وليس للابعد منعه لان ولايته قائمة ألا ترى أن له أن يتقدم مع مرضه فكان له حق التقديم ولا حق للنساء والصغار والمجانين في التقديم اه بدائع وفيها وسائر القرابات أولى من الزوج وكذا مولى العتاقة وابن المولى ومولى الموالاة لما ذكرنا أن السبب قد انقطع فيما بينهما اه (قوله بعد ما صلى الولي الخ) أي سواء كان الولي اماما فيها أو قدم غيره فاقتدى به أو يقدم غيره بغير اذنه فاقتدى به اه (قوله ولنا ان الفرض الخ) قال الكمال رحمه الله والتعليل المذكور وهو أن الفرض تأدى والتنفل بها غير مشروع يستلزم منع الولي أيضا من الاعادة اذا صلى من الولي أولى منه اذ الفرض وهو قضاء حق الميت تأدى به فلا بد من استثناء من له الحق من منع التنفل وأعاد ان عدم المشروعية في حق من لا حق له أما من له الحق فتبقى المشروعية ليستوفي حقه اه (قوله صلى على قبره) هذا اذا أهيل التراب سواء كان غسل أو لا لانه صار مسلما لمالكه تعالى وخرج عن أيدينا فلا يتعرض له بعد بخلاف ما اذا لم يهل فانه يخرج ويصلى عليه وقدمنا انه اذا دفن بعد الصلاة قبل الغسل ان أهالوا عليه لا يخرج وهل يصلى على قبره قيل لا والكرخي نعم وهو الاستحسان لان الاولى لم يعتد بها لترك الشرط مع الامكان والآن زال الامكان فسقطت فرضية الغسل لانها صلاة من وجه ودعاء من وجه فبالنظر الى الاول لا تجوز بلا طهارة أصلا والى الثاني تجوز بلا عجز فقلنا تجوز بدونها حالة العجز لا القدرة عملا بالشبهين قاله الكمال رحمه الله (قوله في المتن ما لم يتفسخ) لان بعد التفسخ يتشقق البدن ويتفرق والصلاة مشروعة على البدن (قوله على الصحيح) احترازا عما روي عن أبي حنيفة أنه يصلى الى ثلاثة أيام اه كمال (قوله والمكان) اذ منه ما يسرع بالابلاء ومنه لا حتى لو كان في رأيهم أنه تفرقت أجزاؤه قبل الثلاث لا يصلون الى الثلاث اه فتح (قوله أربع تكبيرات بثناء الخ) عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه يقول سبحانك اللهم وبحمدك الخ قالوا لا يقرأ الفاتحة الا أن يقرأها بنية الثناء ولم تثبت القراءة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي موطأ مالك عن نافع ان ابن عمر كان لا يقرأ في الصلاة على الجنازة اه فتح (قوله وصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم) أي كما يصلي في التشهد

بالاذان في صلاة الجنازة ومعناه ما ذكرنا من الوجهين وهذا يشير الى أن الاولى أن لا يؤذن وفي بعض نسخه لا بأس بالاذان أي الاعلام وهو أن يعلم بعضهم بعضا ليقضوا حقه في الصلاة عليه وتشييعه لا سيما اذا كانت الجنازة يتبارك بها وكره بعضهم أن ينادى عليه في الازقة والاسواق لانه نعي أهل الجاهلية وهو مكروه والاصح أنه لا يكره لان فيه تكثير الجماعة من المصلين عليه والمستغفرين له وتحريض الناس على الطهارة والاعتبار به والاستعداد وليس ذلك نعي الجاهلية وانما كانوا يبعثون الى القبائل ينعون مع ضجيج وبكاء وعويل وتعديد وهو مكروه بالاجماع قال رحمه الله (فان صلى غير الولي والسلطان أعاد الولي) لما ذكرنا أن الحق له قال رحمه الله (ولم يصل غيره بعده) أي بعد ما صلى الولي وكذا بعد امام الحي وبعد كل من يتقدم على الولي وقال الشافعي يجوز لمن لم يصل أن يصلي بعده لما روي أنه عليه الصلاة والسلام صلى على قبر بعد ما صلى عليه أهله ولنا أن الفرض قد تأدى بالاولى والتنفل بها غير مشروع ولهذا لا يصلي عليه من صلى عليه مرة وترك الناس الصلاة على قبر النبي صلى الله عليه وسلم وهو اليوم كما وضع لان أجساد الانبياء عليهم الصلاة والسلام لا تأكلها التراب وانما صلى النبي عليه بعد ما صلى عليه لانه هو الولي لقوله تعالى النبي أولى بالمؤمنين من أنفسهم قال رحمه الله (فان دفن بلا صلاة صلي على قبره ما لم يتفسخ) اقامة للواجب بقدر الامكان والمعتبر في ذلك أكبر الرأي على الصحيح لانه يختلف باختلاف الزمان والمكان والاشخاص قال رحمه الله (وهي) أي صلاة الجنازة (أربع تكبيرات بثناء بعد الاولى وصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بعد الثانية ودعاء

وهو الأولى اهـ فتح (قوله والبداءة بالثناء ثم بالصلاة سنة الدعاء) يفيد أن تركه غير مفسدة لا يكون تركا قاله الكمال اهـ (قوله وليس فيها دعاء موقت) قال الكمال وليس فيها دعاء موقت سوى أنه بأمور الآخرة وان دعا بالمأثور فما أحسنه وأبلغه وفي الذخيرة ولا يجهر في صلاة الجنازة بشيء من الحمد والثناء والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم لأنه ذكر والاخفاء في الذكر أولى وعند أبي يوسف لا يجهرون كل الجهر ولا يسرون كل السر اهـ أبو البقاء (قوله وينتظر تسليم الامام في الاصح) وفي أخرى يسلم كما يكبر الخامسة والظاهر أن البقاء في حرمة الصلاة بعد فراغها ليس بخطأ مطلقا انما الخطأ في المتابعة في الخامسة وفي بعض المواضع اهـ لا يتابعه في الزائد على الأربعة اذا سمع من الامام أما اذا لم يسمع الا من المبلغ فيتابعه وهذا تفصيل حسن وهو قياس ما ذكره في تكبيرات العيد كما قدمناه قاله الكمال رحمه الله اهـ قوله وفي أخرى أي رواية أخرى اهـ وقوله وفي بعض المواضع أي كروضة الزندويستي اهـ (قوله وقال أبو يوسف يكبر الخ) قال في المصفى اذا حضر الرجل وقد كبر الامام في صلاة الجنازة للافتتاح عند أبي يوسف يكبر حين حضر للافتتاح ثم يتابع الامام في الثانية ولم يصر مسبوقا بشيء ولو جاء بعدما كبر الامام الثانية فانه يكبر للافتتاح ولا يكبر للثانية ثم يتابعه في الثالثة والرابعة ثم يأتي بالتكبيرة الثانية بعد سلام الامام قبل أن ترفع الجنازة وعندهما اذا جاء الرجل بعدما كبر الامام للافتتاح لا يكبر هو بل يمكث حتى يكبر الثانية فيكبر معه الثانية ويكون هذا التكبير تكبيرة الافتتاح في حق هذا الرجل ويصير مسبوقا بتكبيرة ثم يتابع الامام فيما بقي ثم اذا سلم الامام يأتي بما سبق كما ذكر أبو يوسف فان جاء بعدما كبر تكبيرتين لا يكبر للافتتاح ما لم يكبر الامام الثالثة فاذا كبر الثالثة تابعه هذا الرجل ويكبر للافتتاح ويكون مسبوقا بتكبيرتين فاذا سلم الامام فعل كما قلنا فان جاء بعدما كبر الامام ثلاثا لا يكبر للافتتاح حتى يكبر الامام الرابعة فاذا كبر الامام الرابعة تابعه هذا الرجل فاذا سلم الامام أتى بما سبق به قبل أن ترفع الجنازة وهي ثلاث تكبيرات ولو جاء بعدما كبر الامام الرابعة قبل أن يسلم فقد فاته صلاة الجنازة وعند أبي يوسف يكبر حين حضر واذا جاء بعد التكبيرات الأربع يكبر فاذا سلم الامام قضى ثلاث تكبيرات وهل يأتي بالأذكار المشروعة بين التكبيرتين ذكر الحسن في المجرد أنه ان كان يأمن رفع الجنازة فانه يأتي بالأذكار المشروعة والا فلا وذكر في النوازل المسئلة مطلقة من غير تفصيل فقال من فاته بعض التكبيرات على الجنازة أتى بها متتابعة بلا دعاء ما دامت الجنازة على الأرض فاذا وضعت الجنازة على الأكتاف أو رفعت بالأيدي ولم توضع على الأكتاف لا يأتي بالتكبيرات كذا في الخلاصة والمغني اهـ وفي الحقائق فان سبق بأربع تكبيرات لا يصير مدركا للصلاة عندهما وعنده يصير مدركا يكبر تكبيرة الافتتاح فاذا سلم الامام يكبر ثلاث تكبيرات بلا أذكار قبل رفع الجنازة قالوا وعليه الفتوى اهـ (قوله ولهما أن كل تكبيرة الخ) لقول الصحابة رضي الله تعالى عنهم أربع كأربع الظهر ولهذا لو ترك تكبيرة واحدة منها فسدت صلاته كما لو ترك ركعة من الظهر اهـ فتح ولأنه لو لم ينتظر تكبير الامام لكان قاضيا ما فاته قبل أداء ما أدرك مع الامام اهـ (قوله اذ هو منسوخ الخ) في مسند الامام أحمد والطبراني عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن معاذ قال كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا سبق الرجل ببعض صلاته سألهم فأومؤا اليه بالذي سبق فيبدأ فيقضي ما سبق ثم يدخل مع القوم فجاء معاذ والقوم قعود في صلاتهم

ودعا بعد الثالثة وتسليمتين بعد الرابعة) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام صلى على النجاشي فكبر أربع تكبيرات وثبت عليها حتى توفي فنسخت ما قبلها والبداءة بالثناء ثم الصلاة سنة الدعاء لأنه أرجى للقبول ويدعو للميت ولنفسه ولأبويه ولجماعة المسلمين وليس فيه دعاء موقت لأنه يذهب برقة القلب ولم يذكر المصنف بعد الرابعة سوى التسليمتين وهو ظاهر المذهب وروي عن بعضهم أنه يقول بعد الرابعة قبل التسليم ربنا آتنا في الدنيا حسنة وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار وينوي بالتسليمتين كما وصفناه في صفة الصلاة وينوي الميت كما ينوي الامام ويخافت في الكل الا في التكبير ولا يرفع يديه الا في التكبيرة الأولى في ظاهر الرواية وكثير من مشايخ بلخ اختاروا الرفع في كل تكبيرة لأن ابن عمر كان يرفع يديه في كل تكبيرة وبه قال الشافعي ولنا ما رواه الدارقطني عن ابن عباس وأبي هريرة رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا صلى على جنازة رفع يديه في أول تكبيرة ثم لا يعود والرواية عن ابن عمر مضطربة فانه روي عنه وعن علي أنهما قالا لا يرفع الا عند تكبيرة الافتتاح ولئن صحت فلا تعارض فعل النبي عليه الصلاة والسلام قال رحمه الله (فلو كبر) الامام (الخامسة لم يتبع) لأنه منسوخ كما روينا وينتظر تسليم الامام في الاصح قال رحمه الله (ولا يستغفر لصبي) لأنه لا ذنب له (ولا لمجنون) لأنه مثله (ويقول اللهم اجعله لنا فرطا واجعله لنا أجرا وذخرا واجعله لنا شافعا ومشفعا) قال رحمه الله (وينتظر المسبوق ليكبر معه لا من كان حاضرا في حالة التحريمة) أي ينتظر المسبوق تكبير الامام حتى يكبر معه ولا ينتظر الذي كان حاضرا وقت التحريمة وصورته اذا أتى رجل والامام في الصلاة لا يكبر الآتي حتى يكبر الامام فيكبر معه ولو كان حاضرا وقت التحريمة يكبر ولا ينتظر تكبير الامام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد في المسبوق وقال أبو يوسف يكبر حين يحضر لأن الأولى للافتتاح والمسبوق يأتي به فصار كمن كان حاضرا وقت تحريمة الامام ولهما أن كل تكبيرة قائمة مقام ركعة والمسبوق لا يبتدئ بما فاته قبل تسليم الامام اذ هو منسوخ بخلاف من كان حاضرا في حالة التحريمة لأنه بمنزلة المدرك اذ لا يمكنه أن يدخل معه

فقعد فلما فرغ قام فقضى ما كان سبق به فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم قد سن لكم معاذ فاقتدوا به اذا جاء أحدكم وقد سبق بشئ من الصلاة فليصل مع الامام بصلاته فاذا فرغ الامام فليقض ما سبقه به وتقدم أن في سماع ابن أبي ليلى من معاذ نظرا في باب الأذان ورواه الطبراني عن أبي أمامة قال كان الناس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الى أن قال فجاء معاذ والقوم قعود فساق الحديث وضعف سنده ورواه عبد الرزاق كذلك ورواه الشافعي عن عطاء بن أبي رباح كان الرجل اذا جاء وقد صلى الرجل شيأ من صلاته فساقه الا أنه جعل الداخل ابن مسعود فقال صلى الله عليه وسلم ان ابن مسعود سن لكم سنة فاتبعوها وهذان مرسلان ولا يضر ولو لم يكن منسوخا كفى الاتفاق على أن لا يقضي ما سبق به قبل الاداء مع الامام قال في الكافي الا أن أبا يوسف يقول في التكبيرة الاولى معنيان معنى الافتتاح والقيام مقام ركعة ومعنى الافتتاح يترجح فيها ولذا اختصت برفع اليدين اه فتح (قوله وقد فاتته الصلاة) لانه لا وجه الى أن يكبر وحده لما قلنا اه (قوله ولم يكبر حتى كبر الامام الرابعة) ولو جاء بعد الاولى يكبر بعد سلام الامام عندهما خلافا له على أنه لا يكبر عندهما حتى يكبر الامام عصوره فيلزم من انتظاره صيرورته مسبوقا بتكبيرة فيكبرها بعده وعند أبي يوسف لا ينتظر بل يكبر كما لو حضر ولو كبر كما حضر ولم ينتظر لا تفسد عندهما لكن ما أداه غير معتبر قاله الكمال رحمه الله اه (قوله فاذا لم يجب السجود لا يجب

مقارنا له الا يصح ولو جاء بعدما كبر الامام الرابعة لا يدخل معه وقد فاتته الصلاة وفي قول أبي يوسف يدخل اعتبارا بما لو كان حاضرا ولم يكبر حتى كبر الامام الرابعة وقد بينا الفرق لهما وعن محمد أنه يكبر هنا لانه لو انتظر الامام فاتته الصلاة بخلاف ما لو حضر قبل الرابعة ثم المسبوق يقضي ما فاته نسقا بغير دعاء لانه لو قضاه بدعاء ترتفع الجنازة فتبطل الصلاة لانها لا تجوز بلا حضور ميت ولو رفعت قطع التكبير اذا وضعت على الاعناق وعن محمد ان كانت الى الارض أقرب يأتي بالتكبير وقيل لا يقطع حتى تتباعد قال رحمه الله (ويقوم من الرجل والمرأة بحذاء الصدر) لما روى أحمد أن أبا غالب قال صليت خلف أنس على جنازة فقام حيال صدره ولان الصدر محل الايمان ومعدن الحكمة والعلم وهو أبعد من العورة الغليظة فيكون القيام عنده اشارة الى أن الشفاعة وقعت لاجل ايمانه وعن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه يقوم من الرجل بحذاء صدره ومن المرأة بحذاء وسطها لان أنسا فعل كذلك وقال هو السنة وعن سمرة بن جندب أنه قال صليت وراء رسول الله صلى الله عليه وسلم على امرأة ماتت في نفاسها فقام وسطها قلنا الوسط هو الصدر فان فوقه يديه ورأسه وتحته بطنه ورجليه واختلفت الرواية عن أنس على ما تقدم وروي عنه أيضا أنه وقف عند منكبيه فالظاهر أن الاختلاف من الرواة لان الحال في مثله قد يشتبه لتقارب الموضعين لا سيما اذا كان الناظر اليه بعيدا قال رحمه الله (ولم يصلوا ركبانا) يعني مع القدرة على النزول وكذا لم يصلوا قاعدين مع القدرة على القيام والقياس أنه يجوز لانه دعاء ولهذا لم يقرأ فيها ولان القيام يجب وسيلة الى السجود فاذا لم يجب السجود لم يجب القيام كما قلنا في المريض اذا قدر على القيام دون السجود لا يجب عليه القيام وجه الاستحسان أنها صلاة من وجه لوجود التحريم والتحليل ولهذا يشترط لها ما يشترط للصلاة من الطهارة واستقبال القبلة وستر العورة فلا يجوز تركه احتياطا وكذا لا تجوز على ميت وهو على الدابة أو على أيدي الناس على المختار قال رحمه الله (ولا في مسجد) أي في مسجد جماعة وهو مكروه كراهية التحريم في رواية وكراهية التنزيه في أخرى أما الذي بني لاجل صلاة

القيام كما قلنا الخ) في البدائع ولان المقصود منها الدعاء للميت وهو لا يختلف والاركان فيها التكبيرات ويمكن تحصيلها حالة الركوب كما يمكن تحصيلها حالة القيام وجه الاستحسان أن الشرع ما ورد بها الا في حالة القيام فيراعى فيها ما ورد به النص وبهذا لا يجوز اثبات الخلل في شرائطها فكذا في الركن بل أولى لان الركن أهم من الشرط ولان الاداء قعودا وركبانا يؤدي الى الاستخفاف بالميت وهذه الصلاة لتعظيمه ولهذا تسقط في حق من تجب اهانته كالباغي والكافر وقطاع الطريق فلا يجوز أداء ماشرع للتعظيم على وجه يؤدي الى الاستخفاف لانه يؤدي الى أن يعود على موضوعه بالنقض ولو كان ولي الميت مريضا فصلى قاعدا وصلى الناس خلفه قياما أجزأهم خلافا لمحمد بناء على اقتداء القائم بالقاعد اه (قوله ولهذا يشترط لها ما يشترط للصلاة الخ) ولو فسدت صلاة الامام من وجه من الوجوه لكونه غير طاهر أو حصل قيامه على نجاسة أو كان على ثوبه نجاسة أو بدنه أكثر من قدر الدرهم أو ما أشبه ذلك مما يوجب فساد الصلاة فسدت صلاته وصلاة القوم وعليهم أن يعيدوا الصلاة وأما اذا صحت صلاة الامام وفسدت صلاة القوم بوجه من الوجوه لا تعاد الصلاة عليه اه طحاوي * فرع لو كان ولي الميت مريضا لا يستطيع القيام فصلى عليه قاعدا والناس خلفه قيام أجزأهم جميعا عندهما استحسانا وقال محمد لا يجوز للقوم ويجوز للامام وهو القياس وليس لهم أن يعيدوا الصلاة عليه في قول محمد لانا حكمنا بجواز صلاة الامام عليه اه طحاوي (قوله وهو مكروه كراهية التحريم) قال الكمال رحمه الله ويظهر لي أن الاولى كونها تنزيهية اذ الحديث ليس هو نهيا غير مصروف ولا قرن الفعل بوعيد بظني بل سلب الاجر وسلب الاجر لا يستلزم ثبوت استحقاق العقاب لجواز الاباحة وقد يقال ان الصلاة نفسها سبب موضوع للثواب فسلب الثواب مع فعلها لا يكون الا باعتبار ما يقترن بها من اثم يقاوم ذلك الثواب وفيه نظر لا يخفى اه وفي المحيط واختلفوا في الموضع الذي اتخذ لصلاة الجنازة هل له حكم المسجد فالصحيح

الجنازة فلا يكره فيه وجه الكراهية قوله عليه الصلاة والسلام من صلى على ميت في مسجد فلا شيء له وقال الشافعي لا بأس بها إذا لم يخف تلويثه لأن جنازة سعد بن أبي وقاص صلى عليها أزواج النبي صلى الله عليه وسلم في المسجد ثم قالت عائشة رضي الله عنها هل عاب الناس علينا ما فعلنا فقيل لها نعم فقالت ما أسرع ما نسوا ما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على جنازة سهيل بن البيضاء إلا في المسجد ولنا ما روينا ولأنا أمرنا أن نجنب المساجد الصبيان والمجانين فالميت أولى بذلك لزوال مسكته وحديث عائشة دليل لنا لأن الناس الذين هم أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم من المهاجرين والأنصار قد عابوا عليهن فلولا أن الكراهة معروفة بينهم لما عابوا عليهن وقولها هل عاب الناس علينا دليل على أن عادتهم لم تجر بذلك ولولا الكراهة لجرت وقال شمس الأئمة تأويل حديث ابن البيضاء أنه عليه الصلاة والسلام كان معتكفا في ذلك الوقت فلم يمكنه الخروج من المسجد فأمر بالجنازة فوضعت خارج المسجد فصلى عليها في المسجد للعذر فعلم ذلك أصحابه وخفي عليها وهذا دليل على أن الميت إذا وضع خارج المسجد لعذر والقوم كلهم في المسجد أو الإمام وبعض القوم خارج المسجد والباقون في المسجد لا يكره ولو كان من غير عذر اختلف المشايخ فيه بناء على اختلافهم أن الكراهية لأجل التلويث أو لأن المسجد بني لأداء المكتوبات لا لصلاة الجنازة قال رحمه الله (ومن استهل صلي عليه) والاستهلال أن يكون منه ما يدل على حياته من رفع صوت أو حركة عضو وحكمه أن يغسل ويسمى ويصلى عليه ويرث ويورث لقوله عليه الصلاة والسلام إذا استهل السقط صلي عليه وورث والمعتبر في ذلك خروج الأكثر حيا حتى لو خرج أكثر الولد وهو يتحرك صلي عليه وإن خرج الأقل لا يصلى عليه قال رحمه الله (وإلا لا) أي وإن لم يستهل لا يصلى عليه لما قاله بالجزم ولهذا لم يرث واختلفوا في غسله وتسميته فذكر الكرخي عن محمد أنه لم يغسل ولم يسم وذكر الطحاوي عن أبي يوسف أنه يغسل ويسمى قال رحمه الله (كصبي سبي مع أحد أبويه) أي كما لا يصلى على صبي سبي مع أحد أبويه ومعناه أن المولود إذا لم يستهل لا يصلى عليه كما لا يصلى على الصبي المسبي مع أحد أبويه لأنه إذا سبي مع أحدهما صار تبعا له لقوله عليه الصلاة والسلام كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه الحديث قال رحمه الله (إلا أن يسلم أحدهما) لأنه يتبع خيرهما دينا فيصلى عليه تبعا له قال رحمه الله (أو هو) أي أو يسلم هو يعني الصبي لأن إسلامه صحيح إذا كان مستدلا عندنا استحسانا على ما يأتي في السير إن شاء الله تعالى قال رحمه الله (أو لم يسب أحدهما معه) أي إذا لم يسب مع الصبي أحد أبويه فحينئذ يصلى عليه تبعا للسابي أو للدار وهذا لأن تبعية الأبوين تنقطع باختلاف الدار فيحكم بإسلامه واختلفت عباراتهم في تقديم تبعية الدار أو السابي بعد الأبوين فقال في الغاية التبعية على مراتب أقواها تبعية الأبوين ثم الدار ثم اليد وكذا صاحب الهداية رتب تبعية الدار على تبعية الأبوين وذكر في شرح

أنه ليس بمسجد لأنه ما أعد للصلاة حقيقة لأن صلاة الجنازة ليست بصلاة حقيقة وهذا يجوز إدخال الميت فيه [illegible] أنه لم يكن مسجدا توسعة للأمر عليهم واختلفوا أيضا في مصلى العيد أنه هل هو مسجد والصحيح أنه مسجد في حق جواز الاقتداء وإن انفصلت الصفوف لأنه أعد للصلاة حقيقة اهـ (قوله وقال الشافعي لا بأس الخ) وهكذا روي عن أبي يوسف كذا في المختلفات وذكر في الأسرار لا يصلى على الجنازة بالمسجد إلا عن عذر خلافا للشافعي لأنه لا يؤمن من تلويث المسجد ولأن المساجد بنيت لأداء المكتوبات فلا يقام غيرها فيها قصدا إلا بعذر وفيما إذا كان الميت خارج المسجد عند بعض مشايخنا يجوز للمعنى الأول وعند البعض لا يجوز للمعنى الثاني اهـ (قوله أو لأن المسجد بني لأداء المكتوبات الخ) في الخلاصة مكروه سواء كان الميت والقوم في المسجد أو كان الميت خارج المسجد والقوم في المسجد أو كان الإمام مع بعض القوم خارج المسجد والقوم الباقون في المسجد أو الميت في المسجد والإمام والقوم خارج المسجد هكذا في الفتاوى الصغرى قال هو المختار خلافا لما أورده النسفي رحمه الله اهـ وهذا الإطلاق في الكراهة بناء على أن المسجد إنما بني للصلاة المكتوبة وتوابعها من النوافل والذكر وتدريس العلم وقيل لا يكره إذا كان الميت خارج المسجد وهو بناء على أن الكراهة لاحتمال تلويث المسجد والأول هو الأوفق لإطلاق الحديث الذي يستدل به المصنف اهـ كمال رحمه الله (قوله وإن لم يستهل الخ) قال في الهداية وإن لم يستهل أدرج في خرقة لكرامة بني آدم ولم يصل عليه لما روينا ويغسل في غير الظاهر من الرواية لأنه نفس من وجه وهو المختار اهـ وقوله لما روينا قال الكمال ولو لم يثبت كفى في نفيه كونه نفسا من وجه جزءا من الحي من وجه فعلى الأول يغسل ويصلى عليه وعلى اعتبار الثاني لا فأعملنا الشبهين فقلنا يغسل عملا بالأول ولا يصلى عليه عملا بالثاني ورجحنا خلاف ظاهر الرواية واختلفوا في غسل السقط الذي لم تتم خلقة أعضائه والمختار أنه يغسل ويلف في خرقة اهـ كذا في المبسوط والمحيط وقيل لا يغسل بل يلف في خرقة ويدفن وبه قال الشافعي ثم في الفتاوى الظهيرية ويحشر هذا السقط وعن أبي حفص الكبير إذا نفخ فيه الروح يحشر وإلا فلا والذي يقتضيه مذهب علمائنا أنه يحشر إذا استبان بعض خلقه وهو قول الشعبي وابن سيرين كذا في معراج الدراية اهـ (قوله أو السابي بعد الأبوين الخ) وفائدة الخلاف تظهر فيما لو مات في دار الحرب بعدما وقع في يد مسلم يصلى عليه أولا اهـ باكير (قوله تبعية الأبوين الخ) أو أحدهما أي في أحكام الدنيا لا في العقبى فلا يحكم بأن أطفالهم في النار البتة بل فيه خلاف قيل يكونون خدمة أهل الجنة وقيل إن كانوا قالوا بلى يوم أخذ

الزيادات فى كتاب السير الذى يثبت بالتبعية وأقوى التبعية تبعية الابوين لانهما سبب لوجوده ثم تبعية اليد لان الصغير الذى لا يعبر بمنزلة المتاع فى يده وعند عدم اليد تعتبر تبعية الدار لانه قبل وجوده ألا ترى أن اللقيط الموجود فى دار الاسلام مسلم قال العبد الضعيف عصمه الله تعالى قد اختلفت الرواية فى اللقيط أيضا قيل يعتبر المكان وقيل الواجد وقيل الانفع على ما يأتى فى كتاب اللقيط ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ويغسل ولى مسلم الكافر ويكفنه ويدفنه) لما روى عن على بن أبى طالب لما هلك أبوه جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان عمك الضال قد مات فقال عليه الصلاة والسلام اذهب فاغسله وكفنه وواره الحديث لكن يغسل غسل الثوب النجس من غير وضوء ولا بداءة بالميامن ويلف فى خرقة ويحفر له حفيرة من غير مراعاة سنة التكفين واللحد يلقى ولا يوضع ولو مات مسلم وله أب كافر هل يمكن أن يجهزه قال فى الغاية ينبغى أن لا يمكن من ذلك وذكر فى شرح القدورى اذا مات مسلم ولم يوجد رجل يغسله قال تعلم النساء الكافر فيغسله فعلى هذا ينبغى أن يمكن قال رحمه الله (ويؤخذ سريره بقوائمه الاربع) يعنى وقت الحمل وقال الشافعى رحمه الله يحملها رجلان يضع السابق على أصل عنقه والثانى على أعلى صدره لان جنازة سعد بن معاذ حملت كذلك ولنا قول ابن مسعود رضى الله عنه اذا تبع أحدكم الجنازة فليأخذ بقوائم السرير الاربع ثم ليتطوع بعد أو ليذر أى فانه من السنة ولان فيه تخفيفا على الحاملين وصيانة عن السقوط والانقلاب وزيادة الاكرام للميت والاسراع به وتكثير الجماعة وهو أبعد من تشبيهه بحمل المتاع ولهذا يكره على الظهر والدابة وما رواه ضعفه البيهقى وغيره قال رحمه الله (ويعجل به بلا خبب) أى يسرع بالميت وقت المشى بلا خبب وحده أن يسرع به بحيث لا يضطرب الميت على الجنازة لحديث ابن عمر رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال أسرعوا بالجنازة فان كانت صالحة قربتموها الى الخير وان كانت غير ذلك فشر تضعونه عن أعناقكم وعن أبى موسى قال مرت برسول الله صلى الله عليه وسلم جنازة تمخض مخض الزق فقال عليكم بالقصد وعن ابن مسعود رضى الله عنه قال سألنا نبينا عليه الصلاة والسلام عن المشى بالجنازة فقال ما دون الخبب والمستحب أن يسرع بتجهيزه كله قال رحمه الله (وجلوس قبل وضعها) أى بلا جلوس قبل وضع الجنازة وقال الشافعى لا بأس بالجلوس قبل وضعها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من تبع الجنازة فلا يجلس حتى توضع ولانه قد تقع الحاجة الى التعاون والقيام أمكن فيه ولانهم حضروا اكراما له وفى الجلوس قبل الوضع ازدراء به هذا فى حق كل من يمشى مع الجنازة وأما القاعد على الطريق اذا مرت به أو القاعد على القبر فلا يقوم لها وقال بعض الشافعية يستحب أن يقوم لها لقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأيتم الجنازة فقوموا لها حتى تخلفكم أو توضع ولنا ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنا بالقيام فى الجنازة ثم جلس بعد ذلك وأمرنا بالجلوس فصار ما رووه منسوخا قال رحمه الله (ومشى قدامها) أى بلا مشى قدام الجنازة لان المشى خلفها أفضل عندنا وقال الشافعى المشى قدامها أفضل لقول ابن عمر كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمشى بين يديها وأبو بكر وعمر ولانهم شفعاء للميت والشفيع يتقدم فى العادة ولنا حديث البراء بن عازب أنه قال أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم باتباع الجنازة وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول حق المسلم على المسلم خمس وعد منها اتباع الجنازة وعنه أنه عليه الصلاة والسلام قال من اتبع جنازة مسلم ايمانا واحتسابا وكان معها حتى يصلى عليها ويفرغ من دفنها فانه يرجع من الاجر بقيراطين الحديث والاتباع لا يقع الا على التالى وكان على رضى الله عنه يمشى خلفها وقال ان فضل الماشى خلفها على الماشى أمامها كفضل الصلاة المكتوبة على النافلة وان أبا بكر وعمر كانا يعلمان ذلك لكنهما سهلان يسهلان على الناس وعن ابن عمر مثله وروى أن ابن عمر مشى خلف الجنازة فسأله نافع كيف المشى فى الجنازة خلفها أم أمامها فقال أما ترى أنى أمشى خلفها وعن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبا بكر وعمر كانوا يمشون أمام الجنازة وبهذا

المهد عن اعتقاد فى الجنة والا فى النار وعن محمد أنه قال فيهم ان الله لا يعذب أحدا بغير ذنب وهذا نفى لهذا التفصيل وتوقف فيهم أبو حنيفة رحمه الله اه فتح (قوله ثم تبعية اليد الخ) وفى المحيط عند عدم أحد الابوين يكون تبعا لصاحب اليد وعند عدم صاحب اليد يكون تبعا للدار ولعله أولى فان من وقع فى سهمه صبى من الغنيمة فى دار الحرب فمات يصلى عليه ويجعل مسلما تبعا لصاحب اليد اه كمال (قوله ويغسل ولى مسلم الكافر الخ) أطلق الولى يعنى القريب فيشمل ذوى الارحام كالاخت والخال والخالة ثم جواب المسئلة مقيد بما اذا لم يكن له قريب كافر فان كان خلى بينه وبينهم ويتبع الجنازة من بعيد هذا اذا لم يكن كفره والعياذ بالله بارتداده فان كان يحفر له حفيرة ويلقى فيها كالكلب ولا يدفع الى من انتقل الى دينهم صرح بذلك فى غير موضع اه (قوله ويؤخذ سريره بقوائمه الاربع الخ) وفى الذهاب بالجنازة يقدم الرأس فاذا انتهوا للمصلى فانه يوضع عرضا رأسه على يمين القبلة ورجلاه على يسار القبلة ثم يصلى عليه اه طحاوى (قوله ويعجل به بلا خبب) أى ولو مشوا به الخبب كره لانه ازدراء بالميت اه فتح (قوله ومشى قدامها الخ) قال الكمال رحمه الله والافضل للمشيع للجنازة المشى خلفها ويجوز أمامها الا أن يتباعد عنها أو يتقدم الكل فيكره ولا يمشى عن يمينها ولا عن شمالها ويكره لمشيعها

رفع الصوت بالذكر والقراءة ويذكر في نفسه اهـ وعلى متبعي الجنازة الصمت ويكره لهم رفع الصوت بالذكر وقراءة القرآن فان من سنن المرسلين الصمت حتى قال اهل الكتاب اهـ طحاوي (قوله وضع مقدمها الخ) قال الكمال رحمه الله عند قوله في الهداية وكيفية الحمل أن تضع مقدم الجنازة على يمينك هو حكاية خطاب أبي حنيفة لأبي يوسف والمراد

بمقدم الجنازة يمينها ويمين الجنازة

علم أن في المشي أمامها فضيلة والمشي خلفها أفضل لما فيه من الامر والفعل والحث عليه ولهذا مشى ابن عمر خلفها وهو الراوي لمشي النبي عليه الصلاة والسلام أمامها ولان المشي خلفها مكن للعاونة عند الحاجة اليها أوادا بابتنا به فكان أولى ولا يستقيم قولهم ان الشفيع يتقدم عادة لان الشفاعة في الصلاة وهم يتأخرون عندها ولان الشفيع انما يتقدم عادة اذا خيف عليه بطش المشفوع عنده فيمنعه الشفيع ولا يتحقق ذلك هنا قال رحمه الله (وضع مقدمها على يمينك ثم مؤخرها ثم مقدمها على يسارك ثم مؤخرها) وهذا هو السنة عند كثرة الحاملين اذا تناوبوا في حملها يبتدئ الحامل من اليمين المقدم للميت وهو يمين الحامل فيحمله على عاتقه الايمن ثم بالمؤخر الايمن على عاتقه الايمن ثم بالمقدم الايسر على عاتقه الايسر ثم بالمؤخر الايسر على عاتقه الايسر ايثارا للتيامن والمقدم وينبغي أن يحملها من كل جانب عشر خطوات لقوله عليه الصلاة والسلام من حمل جنازة أربعين خطوة كفرت عنه أربعين كبيرة قال رحمه الله (ويحفر القبر) واختلفوا في عمقه قيل قدر نصف القامة وقيل الى الصدر وان زادوا فحسن قال رحمه الله (ويلحد) لقوله عليه الصلاة والسلام اللحد لنا والشق لغيرنا واذا كانت الارض رخوة فلا بأس بالشق واتخاذ التابوت من حجر أو حديد ويفرش فيه التراب قال رحمه الله (ويدخل من قبل القبلة) وقال الشافعي يوضع رأسه عند رجل القبر وهو الموضع الذي يكون فيه رجل الميت ثم يسل سلا من قبل رأسه لحديث ابن عباس رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام سل سلا من قبل رأسه ولنا حديث ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الميت من قبل القبلة وعن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام دخل قبرا ليلا فأسرج له سراج وأخذ الميت من قبل القبلة ولان جهة القبلة أشرف مكان وفي وقد اضطربت الرواية في ادخاله عليه الصلاة والسلام فان ابراهيم التيمي روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ من قبل القبلة ولم يسل سلا ولئن صح السل لم يعارض ما روينا لانه فعل بعض الصحابة وما رويناه فعل النبي صلى الله عليه وسلم أو يحتمل انه عليه الصلاة والسلام سل لاجل ضيق المكان أو لخوف أن ينهار اللحد لرخوة الارض فلا يلزم حجة مع الاحتمال قال رحمه الله (ويقول واضعه بسم الله وعلى ملة رسول الله) لانه عليه الصلاة والسلام كان اذا وضع ميتا في قبره قال ذلك قال رحمه الله (ويوجه للقبلة) بذلك أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم قال رحمه الله (وتحل العقدة) لقوله عليه الصلاة والسلام لسمرة وقد مات له ابن أطلق عقد رأسه وعقد رجليه ولانه وقع الامن من الانتشار قال رحمه الله (ويسوى اللبن عليه والقصب) لما روى انه عليه الصلاة والسلام جعل على قبره اللبن وروى طن من قصب والمهاجرون كانوا يستحسنون القصب قال رحمه الله (لا الآجر والخشب) لانهما لاحكام البناء والقبر موضع البلى ولان بالآجر أثر النار فيكره تفاؤلا ولهذا يكره الاجمار بالنار عند القبر واتباع الجنازة بها لان القبر أول منزلة من منازل الآخرة ومحل الحزن بخلاف البيت حيث لا يكره فيه الاجمار ولا غسله بالماء الحار قال رحمه الله (ويسجى قبرها لا قبره) أي يسجى قبر المرأة بثوب حتى يجعل اللبن عليه لا قبر الرجل لما روى عن علي رضي الله عنه انه مر على قوم قد دفنوا ميتا وبسطوا على قبره ثوبا فجذبه وقال انما يصنع هذا بالنساء ولان مبنى حالهن على الستر ومبنى حال الرجال على الكشف قال رحمه الله (ويهال التراب) سترا له واليه وقعت الاشارة بقوله تعالى ليريه كيف يواري سوأة أخيه ويكره أن يزاد على التراب الذي أخرج من القبر ويستحب أن يحثى عليه التراب لما روى انه عليه الصلاة والسلام صلى على جنازة ثم أتى القبر فحثى عليه التراب من قبل

يعني الميت هو يسار السرير لان الميت مستلق على ظهره فالحاصل أن تضع يسار السرير المقدم على يمينك ثم يساره المؤخر ثم يمينه المقدم على يسارك ثم يمينه المؤخر لان في هذا ايثار التيامن اهـ (قوله وان كانت الارض رخوة) أي فيخاف أن ينهار اللحد اهـ فتح (قوله فلا بأس بالشق الخ) بل ذكر أن بحصباء رضين من الرمال يسكنها بعض الاعراب لا يتحقق فيها الشق أيضا بل يوضع الميت ويهال عليه حسبه قاله سكة (قوله ويدخل من قبل القبلة) أي وذلك أن توضع الجنازة في جانب القبلة من القبر ويحمل الميت منه فيوضع في اللحد فيكون الآخذ له مستقبل القبلة حال الاخذ اهـ فتح (قوله ثم يسل سلا) قال الاتقاني والسل اخراج الشيء من الشيء بجذب وأريد هنا اخراج الميت من الجنازة الى القبر اهـ في البدائع وصورة السل أن توضع الجنازة عن يمين القبلة ويجعل رجلا الميت الى القبر طولا ثم يؤخذ برجليه ويدخل رجلاه في القبر ويذهب به الى أن يصير رجلاه الى موضعهما ويدخل رأسه القبر اهـ (قوله وروى طن من قصب) قال في الصحاح الطن بالضم حزمة القصب والقصبة الواحدة من الحزمة طنة اهـ * فرع قال الولوالجي المرأة اذا ماتت وليس لها محرم فاهل الصلاح من جيرانها يلي دفنها ولا يدخل أحد من النساء القبر لان مس الاجنبي اياها فوق الثوب يجوز عند الضرورة في حال الحياة فكذا بعد الوفاة اهـ * فرع آخر لا يضر وتر دخله أو شفع عندنا وقال الشافعي السنة هي الوتر اعتبارا بعدد الكفن والغسل والاجمار ولنا ما روى أن النبي صلى الله عليه

وممن أدخله العباس والفضل بن العباس وعلي وصهيب وقيل في الرابع انه المغيرة بن شعبة وقيل انه أبو رافع فدل على ان الشفع سنة ولان الدخول في القبر للحاجة الى الوضع فيتقدر بقدر الحاجة الشفع والوتر فيه سواء ولانه مثل حمل الميت اهـ بدائع (قوله أو يعلم بعلامة من كتابة ونحوه الخ) وهل قراءة القرآن عند القبور مكروهة تكلموا فيه قال أبو حنيفة يكره وقال محمد لا يكره اهـ ومشايخنا أخذوا بقول محمد رجل مات فأجلس وارثه رجلا يقرأ القرآن على قبره تكلموا فيه منهم من كره ذلك والمختار أنه ليس بمكروه ويكون المأخوذ في هذا الباب قول محمد ولهذا حكي عن الشيخ أبي بكر العياضي رحمه الله أنه أوصى عند موته بذلك ولو كان مكروها لما أوصى به اهـ ذكره الولوالجي رحمه الله في الفصل الثاني من الكراهية (قوله الا أن تكون الارض مغصوبة أو يأخذها شفيع) ولذا لم يحول كثير من الصحابة وقد دفنوا بأرض الحرب اذ لا عذر اهـ كمال (قوله وزراعة أو غيرها الخ) فان حقه في ظاهرها وباطنها فان شاء ترك حقه في باطنها وان شاء استوفاه اهـ (قوله ولو بقي في القبر متاع) قال الكمال ومن الاعذار أن يسقط في اللحد مال ثوب أو درهم لاحد واتفقت كلمة المشايخ في امرأة دفن ابنها وهي غائبة في غير بلدها فلم تصبر وأرادت نقله أنه لا يسعها ذلك فتجويز شواذ بعض المتأخرين لا يلتفت اليه ولم نعلم خلافا بين المشايخ في أنه لا ينبش وقد دفن بلا غسل أو بلا صلاة فلم يبيحوه لتدارك فرض لحقه يتمكن منه به أما اذا أرادوا نقله قبل الدفن وتسوية اللبن فلا بأس بنقله نحو ميل أو ميلين قال المصنف في التجنيس لان المسافة الى المقابر قد تبلغ هذا المقدار وقال الامام السرخسي قول محمد في الكتاب ذلك دليل على أن نقله من بلد الى بلد مكروه والمستحب أن يدفن كل في مقبرة البلدة التي مات فيها ونقل عن عائشة أنها قالت حين زارت قبر أخيها عبد الرحمن وكان مات بالشام وحمل منها لو كان الامر فيك الي ما نقلتك ولدفنتك حيث مت ثم قال المصنف في التجنيس في النقل من بلد الى بلد لا اثم لما باب نقل أن يعقوب عليه السلام مات بمصر فنقل الى الشام وموسى عليه السلام نقل تابوت يوسف عليه السلام بعدما أتى عليه زمان من مصر الى الشام ليكون مع آبائه اهـ ولا يخفى أن هذا شرع من قبلنا ولم يتوفر فيه كونه شرعا لنا الا أنه نقل عن سعد بن أبي وقاص أنه مات في ضيعة على أربعة فراسخ من المدينة فحمل على أعناق الرجال اليها قوله ومن الاعذار أي لنبشه اهـ (قوله لا بأس بتعزية أهل الميت الخ) وأكثرهم على أن يعزى الى ثلاثة أيام ثم يترك لئلا يتجدد الحزن وروى ابن ماجه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما من مؤمن يعزي أخاه بمصيبة الا كساه الله من حلل الكرامة يوم القيامة اهـ أبو البقاء (قوله وأحسن عزاءك) أي صبرك اهـ (قوله لانها تتخذ عند السرور الخ) قال الكمال وهي بدعة مستقبحة روى الامام أحمد وابن ماجه باسناد صحيح عن جرير بن عبد الله قال كنا نعد الاجتماع الى أهل الميت وصنعهم الطعام من النياحة (قوله ولا بأس بان يتخذ لاهل الميت الخ) قال الكمال ويستحب لجيران أهل الميت والاقرباء الاباعد تهيئة طعام يشبعهم يومهم وليلتهم اهـ (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام اصنعوا لآل جعفر طعاما) الحديث حسنه الترمذي

رأسه ثلاثا قال رحمه الله (ويسنم القبر ولا يربع ولا يجصص) لما روى البخاري عن سفيان التمار أنه رأى قبر رسول الله صلى الله عليه وسلم مسنما وقال ابراهيم النخعي حدثني من رأى قبر النبي عليه الصلاة والسلام وأبي بكر وعمر مسنمة وقال الشعبي رأيت قبور شهداء أحد مسنمة وسنم محمد بن الحنفية قبر ابن عباس ويسنم قدر الشبر وقيل قدر أربع أصابع ولا بأس برش الماء عليه حفظا لترابه عن الاندراس وعن أبي يوسف أنه كرهه لانه يجري مجرى التطيين ويكره أن يبنى على القبر أو يقعد عليه أو ينام عليه أو يوطأ عليه أو يقضى عليه حاجة الانسان من بول أو غائط أو يعلم بعلامة من كتابة ونحوه أو يصلى اليه أو يصلى بين القبور لحديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يجصص القبر وأن يقعد عليه وأن يبنى عليه وأن يكتب عليه وأن يوطأ عليه وقال عليه الصلاة والسلام لان يجلس أحدكم على جمرة فتحرق ثيابه فتخلص الى جلده خير له من أن يجلس على قبر ونهى عليه الصلاة والسلام عن اتخاذ القبور مساجد وقيل لا بأس بالكتابة أو وضع الحجر ليكون علامة لما روي أنه عليه الصلاة والسلام وضع حجرا على قبر عثمان بن مظعون وحمل الطحاوي الجلوس المنهي عنه على الجلوس لقضاء الحاجة قال رحمه الله (ولا يخرج من القبر) يعني لا يخرج الميت من القبر بعدما أهيل عليه التراب للنهي الوارد عن نبشه قال رحمه الله (الا أن تكون الارض مغصوبة) فيخرج لحق صاحبها ان شاء وان شاء سواه مع الارض وانتفع به زراعة أو غيرها ولو بقي في الارض متاع لانسان قيل لم ينبش بل يحفر من جهة المتاع ويخرج وقيل لا بأس بنبشه واخراجه ولو وضع الميت فيه لغير القبلة أو على شقه الايسر أو جعل رأسه في موضع رجليه وأهيل عليه التراب لم ينبش ولو سوي عليه اللبن ولم يهل عليه التراب نزع اللبن وروعي السنة ولو بلي الميت وصار ترابا جاز دفن غيره في قبره وزرعه والبناء عليه

﴿فصل﴾ ولا بأس بتعزية أهل الميت وترغيبهم في الصبر لقوله عليه الصلاة والسلام من عزى مصابا فله مثل أجره ويقول له أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك وغفر لميتك ولا بأس بالجلوس لها الى ثلاثة أيام من غير ارتكاب محظور من فرش البسط والاطعمة من أهل الميت لانها تتخذ عند السرور وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا عقر في الاسلام وهو الذي كان يعقر عند القبر بقرة أو شاة ولا بأس أن يتخذ لاهل الميت طعام لقوله عليه الصلاة والسلام اصنعوا لآل جعفر طعاما فقد أتاهم ما يشغلهم والله أعلم بالصواب

وصحيحه الحاكم ولانه بر ومعروف ويلح عليهم في الاكل فان الحزن يمنعهم من ذلك فيضعفون اه كمال

﴿باب الشهيد﴾

المناسبة بين البابين أن الشهيد لما كان ميتا بأجله ليق ايراد باب الشهيد بعد الجنائز أولان سببة الشهيد اذ الميت كسببة صلاة الجنازة الى سائر الصلوات لان الشهيد حي من وجه على ما قال تعالى بل أحياء عند ربهم يرزقون فلما بين حكم الميت المطلق عقبه ببيان حكم الميت المقيد أيضا كذا في مشكلات خواهرزاده وفي غاية البيان انما ذكر الشهيد في باب على حدة لان حكمه يخالف حكم سائر الموتى في حق التكفين والغسل فانه يكفن في ثيابه التي عليه وينزع عنه الفرو والسلاح وما لا يصلح للكفن ولا يغسل اه (قوله لان الملائكة تشهده) أي تشهد موته فهو مشهود وهو على هذا فعيل بمعنى مفعول اه (قوله أو لانه مشهود له بالجنة) أو لانه حي عند الله حاضر وهو على هذا فعيل بمعنى فاعل قاله في غاية البيان اه (قوله أو قتله مسلم ظلما الخ) ولو قتل بشي لا يوصف بالظلم كما اذا انهدم عليه البناء أو سقط من الجبل أو غرق في الماء أو افترسه سبع فانه يغسل اه طحاوي وكتب على قوله ظلما ما نصه بغير حق (قوله

﴿باب الشهيد﴾

سمي به لان الملائكة تشهده اكراما له أو لانه مشهود له بالجنة قال رحمه الله (هو) أي الشهيد (من قتله أهل الحرب والبغي وقطاع الطريق أو وجد في المعركة وبه أثر أو قتله مسلم ظلما ولم تجب بقتله دية) وكذا اذا قتله ذمي ولم تجب بقتله دية لان الاصل فيه شهداء أحد وكل مسلم مكلف طاهر قتل ظلما ولم يرتث ولم يجب بقتله عوض مالي فهو في معناهم وقوله من قتله أهل الحرب يتناول من قتلوه مباشرة أو تسببا لان موته مضاف اليهم حتى لو أوطؤا دابتهم مسلما أو نفروا دابة مسلم فرمته أو رموه من السور أو ألقوا عليه حائطا أو رموا بنار فأحرقوا سفنهم وما أشبه ذلك من الاسباب فمات به مسلم كان شهيدا لما قلناه ولو انفلتت دابة مشرك ليس عليها أحد فوطئت مسلما أو رمى مسلم الى الكفار فأصاب مسلما أو نفرت دابة مسلم من سواد الكفار أو نفر المسلمون منهم فألجؤهم الى خندق أو نار أو نحوه أو جعلوا حولهم الحسك فمشى عليها مسلم فمات بذلك لم يكن شهيدا خلافا لابي يوسف لان فعله يقطع النسبة اليهم وان طعنوهم حتى ألقوهم في النار يكونوا شهداء اجماعا قوله وبه أثر أي أثر يكون علامة على القتل كالجرح وسيلان الدم من عينه أو أذنه اذ لا يكون ذلك الا من شدة الضرب وجرح في الباطن عادة وان لم يكن به أثر أو كان الدم يسيل من أنفه أو ذكره أو دبره لا يكون شهيدا لان الدم يخرج من هذه المخارق من غير ضرب عادة اذ الانسان يبتلى بالرعاف ويبول الجبان دما وصاحب الباسور يخرج الدم من دبره وقد يموت الجبان من غير ضرب فزعا وكونه في المعركة ليس بسبب لقتله بلا اصابة فلم يقم مقام القتل ولو كان الدم يسيل من فيه فان ارتقى من الجوف وكان صافيا يكون شهيدا لانه من قرحة في الباطن وان نزل من الرأس لا يكون شهيدا لانه رعاف نزل من جانب الفم وكذلك ان كان جامدا لا يكون شهيدا لانه سوداء أو صفراء احترقت قوله ولم يجب بقتله دية أي بنفس القتل حتى لو وجبت الدية بالصلح أو بقتل الاب ابنه أو شخصا

أو جعلوا حولهم الحسك الخ) فان قيل قتيل الحسك ينبغي أن لا يغسل لان جعله تسبب القتل قلنا ما قصد به القتل يكون تسببا وما لا فلا وهم قصدوا به الدفع لا القتل اه كمال (قوله كالجرح) قال في الصحاح جرحه جرحا والاسم الجرح بالضم اه وكتب على قوله كالجرح أو رض ظاهر اه كمال بمعناه (قوله ولو كان الدم يسيل من فيه الخ) قال الكمال رحمه الله وان ظهر الدم من الفم قالوا ان عرف انه من الرأس بان يكون صافيا غسل وان كان بخلافه عرف انه من الجوف فيكون من جراحة فيه فلا يغسل وأنت علمت ان المرتقى من الجوف قد يكون علقة فهو سوداء بصورة الدم وقد يكون رقيقا من قرحة في الجوف على ما تقدم في الطهارة فلم يلزم كونه من جراحة حادثة بل هو أحد المحتملات حينئذ اه ومقتضاه أن ما يصعد من الجوف لا يكون صافيا البتة ففيه مخالفة لما ذكره الشارح فليتأمل (قوله وكذلك ان كان الخ) وكان مرتقيا من الجوف اه (قوله أو شخصا) يعني أو قتل الاب شخصا آخر ووارث ذلك الشخص ابن القاتل اه كذا بخط الشارح حانوتي ﴿فرع﴾ واذا قتل في قتال فهو على ثلاثة أوجه أحدها في القتال مع أهل الحرب الثاني في القتال مع أهل البغي والخوارج الثالث في القتال مع قطاع الطريق والسراق فبأي شي قتل من هذا بعد ان قتل بفعل منسوب الى العدو من حجر أو مدر أو قتل من وطء دوابهم أو ما أشبه ذلك من فعل منسوب اليهم سواء كان بالمباشرة منهم أو بالتسبب لا يغسل لانه قتل لا يجب فيه مال فيكون المقتول شهيدا كذا ذكره محمد في الزيادات اه بدائع (قوله لان السيف محاء للذنوب) قال الكمال رحمه الله ذكره في بعض كتب الفقه حديثا وهو كذلك في صحيح ابن حبان واعلم أنه معتمد لنا في رحمه الله ما في البخاري عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم لم يصل على قتلى أحد اه واعلم أن المؤمنين هم البائعون أنفسهم بالجنة من الله تعالى قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بان لهم الجنة والباء تصحب الاعواض فتكون الجنة ثمنا وقد عرف

آخر ووارثه ابنه يكون شهيدا لان نفس القتل لم يوجب الدية بل يوجب القصاص وانما سقط بالصلح أو بالشبهة قال رحمه الله (فيكفن ويصلى عليه بلا غسل) وقال الشافعي لا يصلى عليه لحديث جابر ابن عبد الله أنه عليه الصلاة والسلام أمر بدفن شهداء أحد في دمائهم ولم يغسلوا ولم يصل عليهم ولان الصلاة شفاعة وهم مستغنون عنها لان السيف محاء للذنوب ولان في ترك الصلاة عليهم ترغيبا لغيرهم في الشهادة لينالوا درجة الاستغناء عنها بخلاف النبوة لانها غير كسبية فلا يمكن الترغيب فيها ولانهم أحياء عند الله والصلاة شرعت في حق الاموات ولنا ما روى ابن عباس وابن الزبير أنه عليه الصلاة والسلام صلى على شهداء أحد مع حمزة وكان يؤتى بتسعة تسعة وحمزة عاشرهم فيصلي عليهم الحديث وقد صلى عليه الصلاة والسلام على غيرهم كما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى أعرابيا نصيبه وقال قسمته لك فقال ما على هذا اتبعتك ولكن اتبعتك على أن أرمى ههنا وأشار الى حلقه فأموت وأدخل الجنة ثم أتى بالرجل فأصابه سهم حيث أشار وكفن في جبة النبي صلى الله عليه وسلم فصلى عليه الحديث وقال عقبة بن عامر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام خرج يوما فصلى على أهل أحد صلاته على الميت ثم انصرف الى المنبر متفق عليه ولان الصلاة على الميت شرعت اكراما له والطاهر من الذنب لا يستغنى عنها كالنبي والصبي وحديث جابر ناف وما رويناه مثبت فكان أولى ولان ما رويناه يوافق الاصول وما رواه يخالف فلا تعدد عاوافق أولى ولان جابرا كان مشغولا في ذلك الوقت لانه استشهد أبوه وعمه وخاله فرجع الى المدينة ليدبر كيف يحملهم اليها ثم سمع منادي رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تدفن القتلى في مصارعهم فلم يكن حاضرا حين صلى عليهم فروى على ما عنده وفي ظنه ومن لم يغب أخبر بانه عليه الصلاة والسلام صلى عليهم وهذا كما روى عن أسامة أنه عليه الصلاة والسلام دخل البيت ولم يصل فيه وكان قد خرج من الكعبة لطلب الماء وروى بلال أنه عليه الصلاة والسلام صلى فيه وأخذ الناس بقوله لكونه لم يغب ولانها لو لم تكن مشروعة في حقهم لنبه النبي صلى الله عليه وسلم على عدم مشروعيتها وعلة سقوطها كما نبه على ترك الغسل وعلة سقوطها ولانه عليه الصلاة والسلام صلى على غير قتلى أحد من غير تعارض كما تقدم من حديث الاعرابي وأما قوله ان الصلاة شفاعة وهم مستغنون عنها ففاسد لان الصلاة على الميت دعاء له ولا يستغني أحد عن الدعاء ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام صلى عليه وهو أفضل من جميع الخلق وأعلى درجة ويصلى على الصبي وهو لم تكتب عليه خطيئة قط وأما قوله وهم أحياء عند الله قلنا تلك الحياة ليست حياة الدنيا وانما هي حياة الأخرى وهي الحياة الطيبة وتلك لا تمنع من اجراء أحكام الموتى عليهم ألا ترى أنهم يدفنون وتقسم أموالهم بين الورثة وتعتد نساؤهم وتعتق أمهات أولادهم ومدبروهم وتحل ديونهم المؤجلة الى غير ذلك من الاحكام قال رحمه الله (ويدفن بدمه وثيابه) لقوله عليه الصلاة والسلام في شهداء أحد زملوهم بكلومهم ودمائهم وقال عليه الصلاة والسلام فيهم لا تغسلوهم فان كل جرح يفوح مسكا يوم القيامة قال رحمه الله (الا ما ليس من الكفن) كالفرو والحشو والقلنسوة والسلاح والخف فانها تنزع لانها ليست من جنس الكفن قال رحمه الله (ويزاد وينقص) يعني يزاد على ما عليه من الثياب اذا كانت دون كفن السنة وينقص اذا كانت أزيد مراعاة للسنة قال رحمه الله (ويغسل ان قتل جنبا أو صبيا) وكذا ان قتل * مجنونا

ان الجاني اذا ملك العبد المديون يسقط عنه الدين لان المولى لا يستوجب على عبده دينا وهنا القتل المسبب وهو نفسه للقتل فتسقط عنه الديون وهذا معنى قولهم السيف محاء للذنوب ثم المسبب انما يصح عن عقل وتمييز فلهذا يغسل الصبي لانه لم يصح بيعه واذا ارتث يسقط حكم الشهادة لان الارتثاث بمنزلة امتناع البائع عن تسليم المبيع كذا في المستصفى (قوله ولان الصلاة على الميت الخ) قال الكمال رحمه الله لا يخفى أن المقصود الاصلي من الصلاة نفسها الاستغفار له والشفاعة والتكريم تستفاد ارادتها من ايجاب ذلك على الناس فنقول اذا أوجب الصلاة على الميت على المكلفين تكريما فلأن يوجبها على الشهيد أولى لان استحقاقه الكرامة أظهر اهـ (قوله كالنبي والصبي) قال الكمال رحمه الله لو اقتصر على النبي كان أولى فان الدعاء في الصلاة على الصبي لابويه هذا ولو اختلط قتلى المسلمين بقتلى الكفار أو موتاهم بموتاهم لم يصل عليهم الا أن يكون موتى المسلمين أكثر فيصلى عليهم وينوي أهل الاسلام فيها بالدعاء اهـ (قوله زملوهم بكلومهم ودمائهم) قال في الصحاح الكلم الجراحة والجمع كلوم اهـ قال في الهداية ولا يغسل عن الشهيد دمه ولا ينزع عنه ثيابه لما روينا قال في غاية البيان اشارة الى قوله صلى الله عليه وسلم زملوهم بكلومهم ودمائهم ولا تغسلوهم وهذا يدل على عدم غسل الدم عن الشهيد ولا يدل على عدم نزع الثياب وانما الدليل على ذلك ما روى في السنن عن ابن عباس رضي الله عنهما قال أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقتلى أحد أن ينزع عنهم الحديد والجلود وأن يدفنوا بدمائهم وثيابهم اهـ (قوله في المتن ويغسل ان قتل جنبا) قال في الكافي وله أي لابي حنيفة أن المسلم طاهر وانما ينجس بالموت والشهادة مانعة نجاسة تثبت بالموت بسبب احتباس الدماء السيالة فيه كسائر الحيوانات التي لها دماء سائلة والشهادة مانعة من الاحتباس فلا تثبت نجاسة الموت غير رافعة نجاسة ثابتة وحاجتنا الى الرفع لقيام الجنابة فلا تسقط بالشهادة كالنجاسة الحقيقية فانها لا تسقط اجماعا حتى يغسل ذلك الموضع

والجنابة كانت مانعة لدخول المسجد أو أدنائه وهو مضى عليه فلان يمنع ادناؤه في القبر للعرض على الله تعالى أولى وأما الحدث فلا حكم له في دخول المسجد والمنع من العرض وقد صح أن حنظلة قتل جنبا فغسلته الملائكة ولو لم يكن واجبا لما غسلوا اذ غسلهم للتعليم كما في آدم عليه الصلاة والسلام فان قيل الواجب غسل الآدميين لا غسل الملائكة قلنا الواجب هو الغسل فأما الغاسل فيجوز من

مجنونا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يغسل لعموم ما روينا ولان ما وجب بالجنابة سقط بالموت لانتهاء التكليف والثاني لم يجب للشهادة ولان الشهيد انما لا يغسل لتطهره عن دنس الذنوب والصبي والمجنون أطهر فكانا أحق بهذه الكرامة ولابي حنيفة أن حنظلة بن الراهب استشهد يوم أحد فغسلته الملائكة وقال عليه الصلاة والسلام اني رأيت الملائكة تغسل حنظلة بن أبي عامر بين السماء والارض بماء المزن (١) في صحائف الفضة وقال أبو سعيد فذهبنا ونظرنا اليه فاذا رأسه يقطر ماء فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى امرأته فسألها فأخبرته أنه خرج وهو جنب وأولاده يسمون أولاد غسيل الملائكة ولان الشهادة عرفت مانعة لا رافعة فلا ترفع الجنابة والصبي والمجنون ليسا في معنى شهداء أحد لان السيف كفى عن الغسل في حقهم لوقوعه طهرة ولا ذنب لهما فتعذر الالحاق بهم وعلى هذا الخلاف الحائض اذا استشهدت بعد انقطاع الدم وكذا قبله بعد استمراره ثلاثة أيام في الصحيح والنفساء كالحائض وقد بينا المعنى في الجنب قال رحمه الله (أو ارتث بأن أكل أو شرب أو نام أو تداوى أو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل أو نقل من المعركة أو أوصى) لان بذلك صار خلقا في حكم الشهادة و بنال شيأ من مرافق الحياة فلا يكون في معنى شهداء أحد فيغسل لان شهداء أحد ماتوا عطاشا والكأس يدار عليهم خوفا من نقصان الشهادة الا اذا حمل من مصرعه كي لا تطأه الخيل لانه ما نال شيأ من الراحة وقوله أو مضى عليه وقت صلاة وهو يعقل أي مع القدرة على أداء الصلاة حتى يجب القضاء عليه بتركها فيكون بذلك من أحكام الدنيا وهذا رواية عن أبي يوسف وقيل ان بقي يوما كاملا أو ليلة كاملة غسل والا فلا وقيل ان بقي يوما وليلة غسل والا فلا لان مادون ذلك ساعات لا يمكن ضبطها فلا تعتبر وان كان لا يعقل لا يغسل وان زاد على يوم وليلة أو نقل من المعركة لانه لا ينتفع بحياته فكان كالميت وقوله أو أوصى يتناول الوصية بأمور الدنيا وبأمور الآخرة وهو قول أبي يوسف وقال محمد لا يكون مرتثا بالوصية وقيل الاختلاف بينهما اذا أوصى بأمور الدنيا وفي الوصية بأمور الآخرة لا يكون مرتثا اجماعا وقيل الاختلاف في أمور الآخرة وفي أمور الدنيا يكون مرتثا اجماعا وقيل لا اختلاف بينهما فجواب أبي يوسف فيما اذا كانت الوصية بأمور الدنيا ومحمد لا يخالفه فيها وجواب محمد فيما اذا كانت الوصية بأمور الآخرة وأبو يوسف لا يخالفه فيها ومن الارتثاث أن يبيع أو يشتري أو يتكلم بكلام كثير وقيل بكلمة وكل ذلك ينقص معنى الشهادة فيغسل وهذا كله اذا وجد بعد انقضاء الحرب وأما قبل انقضائه فلا يكون مرتثا بشئ مما ذكرناه قال رحمه الله (أو قتل في المصر ولم يعلم أنه قتل بحديدة ظلما) لان الواجب فيه القسامة والدية فخف أثر الظلم فيغسل ولو علم أنه قتل بحديدة في المصر وعلم قاتله لم يغسل لان الواجب فيه القصاص وهو عقوبة شرع تشفيا للاولياء وليس بعوض لعدم عود منفعته الى الميت بخلاف الدية فانها عوض عنه ولهذا تعود منفعتها اليه حتى يقضى بها ديونه فيبقى كأنه لم يعتض من وجه بخلاف الدية ولان وجوب المال دليل خفة الجناية لان المال يثبت بالشبهة ووجوب القصاص دليل نهاية الظلم لانه لا يجب بالشبهة قال رحمه الله (أو قتل لحد أو قود) لانه باذل نفسه لايفاء حق مستحق عليه وشهداء أحد بذلوا أنفسهم لابتغاء مرضاة الله تعالى فلم يكن في معناهم فيغسل قال رحمه الله (لا لبغي وقطع طريق) أي لا من قتل لاجل بغي بأن كان مع البغاة ولا من قتل لاجل قطع طريق فانهما لا يغسلان ولا يصلى عليهما أيضا اهانة لهما وقيل يغسلان ولا يصلى

كان ولما ثبت أن غسل الجنب وجب وجب علينا لانا مخاطبون؛ فوق الآدميين دون الملائكة وانما أمروا في البعض اظهار الفضيلة اهـ (قوله ولان ما وجب بالجنابة سقط الخ) لان وجوبه لوجوب ما لا يصح الا به وقد سقط ذلك بالموت فسقط الغسل اهـ فتح (قوله والصبي والمجنون أطهر فكانا أحق بهذه الكرامة) أي وهي سقوط الغسل وان سقوطه لابقاء أثر المظلومية وغير المكلف أولى بذلك لان مظلوميته أشد حتى قال أصحابنا رحمهم الله خصومة البهيمة يوم القيامة أشد من خصومة المسلم اهـ فتح (قوله وعلى هذا الخلاف الحائض الى آخره) احترازا عن الرواية الاخرى انه لم يكن الغسل واجبا عليهما قبل الموت اذ لا يجب قبل الانقطاع بالموت ولا بد من الالحاق بالجنب اذ قد صار أصلا معللا بالعرض على الله تعالى والا فهو مشكل بادنى تأمل اهـ فتح (قوله أو ارتث بأن أكل أو شرب أو نام أو تداوى أو مضى عليه وقت صلاة الى آخره)

 قال في الهداية ومن ارتث غسل وهو من صار خلقا في حكم الشهادة لنيل مرافق الحياة لان بذلك يخف أثر الظلم فلم يكن في معنى شهداء أحد قال الكمال رحمه الله قوله لنيل مرافق الحياة تعليل لقوله خلقا في حكم الشهادة وحكم الشهادة أن لا يغسل وقيد به لانه لم يصر خلقا في نفس الشهادة بل هو شهيد عند الله سبحانه وتعالى اهـ (قوله لان شهداء أحد الى آخره)

(١) في بعض النسخ في صحائف الذهب اهـ

تبع فيه صاحب الهداية قال الكمال رحمه الله كون هذا في شهداء أحد الله أعلم به (قوله وقيل هذا اذا قتلا الى آخره) هذا القيد اعتمده من علمه الولوالجي فقال أهل البغي اذا قتلوا في الحرب لا يصلى عليهم ولو قتلوا بعدما وضعت الحرب أوزارها صلى عليهم وكذا قطاع الطريق اذا قتلوا في حال حربهم لا يصلى عليهم فان أخذهم الامام وقتلهم صلى عليهم لانهم مادام وافي الحرب كانوا من جملة أهل البغي واذا وضعت الحرب أوزارها فقد تركوا البغي ومشايخنا جعلوا حكم المقتولين بالعصبية حكم أهل البغي حتى قالوا على هذا التفصيل اه (قوله غيلة) والغيلة بالكسر الاغتيال يقال قتله غيلة وهو أن يخدعه فيذهب به الى موضع فاذا صار اليه قتله اه مجمع البحرين

عليهما للفرق بينهما وبين الشهيد وقيل هذا اذا قتلا في حالة المحاربة قبل أن تضع الحرب أوزارها وأما اذا قتلا بعد ثبوت يد الامام عليهما فانهما يغسلان ويصلى عليهما وهذا تفصيل حسن أخذ به الكبار من المشايخ والمعنى فيه أن قتل قاطع الطريق في هذه الحالة حد أو قصاص وقد تقدم أنه يغسل ويصلى عليه وقتل الباغي في هذه الحالة للسياسة أو لكسر شوكتهم فينزل منزلته لعود منفعته الى العامة وقال الشافعي يغسلان ويصلى عليهما كيفما كان لانه مسلم قتل بحق فصار كمن قتل بالقصاص أو بالحد ولنا أن عليا رضي الله عنه لم يصل على أصحاب النهروان ولم يغسلهم فقيل له أكفارهم فقال اخواننا بغوا علينا فأشار الى العلة وهي البغي وعلي رضي الله عنه هو القدوة في هذا الباب على ما يأتي بيانه في السير ان شاء الله تعالى ولانه قتل ظالما لنفسه محاربا للمسلمين كالحربي فلا يغسل ولا يصلى عليه عقوبة له وزجرا لغيره كالمصلوب يترك على الخشبة عقوبة له وزجرا لغيره وكذا من يقتل بالخنق غيلة لانه ساع في الارض بالفساد كقطاع الطريق وحكم أهل العصبية حكم البغاة ومن قتل أحد أبويه لا يصلى عليه اهانة له ومن قتل نفسه عمدا يصلى عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وهو الاصح لانه فاسق غير ساع في الارض بالفساد وان كان باغيا على نفسه كسائر فساق المسلمين والله أعلم

﴿ باب الصلاة في الكعبة ﴾

قال رحمه الله (صح فرض ونفل فيها وفوقها) أي صح فرض الصلاة ونفلها في الكعبة وفوق الكعبة لحديث بلال أنه عليه الصلاة والسلام دخل البيت وصلى فيه وقوله تعالى أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والركع السجود دليل على جواز الصلاة فيه اذ لا معنى لتطهير المكان لاجل الصلاة وهي لا تجوز في ذلك المكان ولان الواجب استقبال شطره لا استيعابه وقد وجد ذلك فيمن صلى فيها أو فوقها وهذا لان القبلة هي العرصة والهواء الى عنان السماء دون البناء لانه يحول ولهذا لو صلى على جبل أبي قبيس جازت صلاته ولا بناء بين يديه ولكن يكره فوقها لما فيه من ترك التعظيم قال رحمه الله (ومن جعل ظهره الى ظهر امامه فيها) أي في الكعبة (صح) لانه متوجه الى القبلة وليس بمتقدم على امامه ولا يعتقد خطأه بخلاف مسئلة التحري وكذا اذا جعل وجهه الى وجه الامام لوجود شرائطها ولكن يكره بلا حائل لانه يشبه عبادة الصورة ولو جعل وجهه الى جوانب الامام تجوز لما ذكرنا قال رحمه الله (وان وجهه لا) أي من جعل ظهره الى وجه الامام لا تجوز صلاته لتقدمه على امامه قال رحمه الله (وان تحلقوا حولها) أي حول الكعبة (صح لمن هو أقرب اليها) أي الى الكعبة (من الامام ان لم يكن في جانبه) لانه متأخر حكما لان التقدم والتأخر لا يظهر الا عند اتحاد الجهة ولو قام الامام في الكعبة وتحلق المقتدون حولها جاز اذا كان الباب مفتوحا لانه كقيامه في المحراب في غيرها من المساجد والله سبحانه وتعالى أعلم وأحكم

﴿ باب الصلاة في الكعبة ﴾ وجه المناسبة في ايراد هذا الباب في هذا الموضع أنه لما بين أحكام الصلاة خارج الكعبة شرع في الصلاة داخل الكعبة ولان البيت مأمن قال الله تعالى ومن دخله كان آمنا والقبر مأمن لقاء الميت أيضا ولان المصلي في الكعبة مستقبل من وجه ومستدبر من وجه وكذلك الشهيد حي عند الله ميت عند الناس اه (قوله ولان الواجب استقبال شطره الى آخره) قال في البدائع ولان الواجب استقبال جزء من الكعبة غير عين وانما يتعين الجزء قبلة له بالشروع في الصلاة والتوجه اليه ومتى صار قبلة فاستدبارها في الصلاة من غير ضرورة يكون مفسدا وأما الاجزاء التي لم يتوجه اليها لم تصر قبلة في حقه فاستدبارها لا يكون مفسدا وعلى هذا ينبغي أن من صلى في جوف الكعبة ركعة الى جهة وركعة الى جهة أخرى لا تجوز صلاته لانه صار مستدبرا عن الجهة التي صارت قبلة في حقه بيقين من غير ضرورة والانحراف عن القبلة من غير ضرورة مفسد للصلاة بخلاف النائي عن الكعبة اذا صلى بالتحري الى الجهات الاربع بأن صلى ركعة الى جهة ثم تحول رأيه الى جهة أخرى فصلى ركعة اليها هكذا جاز لانه هناك لم يوجد الانحراف عن القبلة بيقين لان الجهة التي تحرى اليها ما صارت قبلة له بيقين بل بطريق الاجتهاد فمتى تحول رأيه الى جهة أخرى صارت قبلته هذه الجهة في المستقبل ولم يبطل ما أدى بالاجتهاد الاول لان ما مضى بالاجتهاد لا ينقض باجتهاد مثله فصار مصليا في الاحوال كلها الى القبلة فلم يوجد الانحراف عن القبلة بيقين فهو الفرق اه

وتسمى صدقة أيضا قال تعالى خذ من أموالهم صدقة من التصديق الذى هو الايمان لان دافعها مصدق بوجوبها اه غاية (قوله يقال زكا الزرع اذا زاد) قال الكمال وفى هذا الاستشهاد نظر لانه نشأ زكا بالمد بمعنى النماء يقال زكا زكاء فيجوز كون الفعل المذكور منه لامن الزكاة بل كونهما اسما يتوقف على ثبوت عين لفظ الزكاة فى معنى النماء ثم سمى به نفس المال المخرج حقا لله تعالى على ما ذكر فى عرف الشارع قال تعالى وآتوا الزكاة ومعلوم أن متعلق الايتاء هو المال وفى عرف الفقهاء هو نفس فعل الايتاء لانهم يصفونه بالوجوب ومتعلق الاحكام الشرعية أفعال المكلفين ومناسبة اللغوى أنه سببه اذ يحصل به النماء بالخلف منه تعالى فى الدارين والطهارة للنفس من دنس البخل والمخالفة وللمال باخراج حق الغير منه الى مستحقه أعنى الفقراء ثم هى فريضة محكمة وسببها المال المخصوص أعنى النصاب النامى تحقيقا أو تقديرا ولذا تضاف اليه فيقال زكاة المال وشرطها الاسلام والحرية والبلوغ والعقل والفراغ من الدين والافضل فى الزكاة الاعلان بخلاف صدقة التطوع اه فتح (قوله وعن الطهارة أيضا) ومنه قوله تعالى وحنانا من لدنا وزكاة أى طهارة وفى حديث الباقر زكاة الارض يبسها أى طهارتها من النجاسة ذكره ابن الاثير فى النهاية اه غاية وذكر ابن الاثير فى نهايته فى باب الدال المعجمة ما نصه وفى حديث محمد بن على ذكاة الارض يبسها يريد طهارتها من النجاسة اه وهذا الحديث هو الذى استدل به صاحب الهداية وغيره على طهارة الارض بالجفاف لكنهم رووه موقوفا قال الكمال رحمه الله فى الفتح وحديث زكاة الارض يبسها ذكره بعض المشايخ أثرا عن عائشة وبعضهم عن محمد بن الحنفية وكذا رواه ابن أبى شيبة عنه ورواه أيضا عن أبى قلابة وروى عبد الرزاق عنه جفوف الارض طهورها ورفعه المصنف اه (قوله عن المماثم) بكسر اللام وهو المأثم اه ع (قوله لله تعالى) متعلق بقوله تمليك اه ع (قوله ولو قال تمليك المال الى آخره) قال العينى ولو قال تمليك جزء من المال لكان أحسن اه (قوله لان الزكاة يجب فيها تمليك المال لان الايتاء فى قوله تعالى وآتوا الزكاة يقتضى الى آخره) قال فى الهداية ثم قيل هو واجب على الفور لانه مقتضى مطلق الامر وقيل على التراخى لان جميع العمر وقت الاداء ولهذا لا يضمن بهلاك النصاب بعد التفريط اه قوله ثم قيل هو الى آخره قال الكمال رحمه الله الدعوى مقبولة وهى قول الكرخى والدليل المقبول على غيره بل المختار فى الاصول أن مطلق الامر لا يقتضى الفور ولا التراخى بل مجرد طلب المأمور به فيجوز للمكلف كل من التراخى والفور فى الامتثال لانه لم يطلب منه الفعل مقيدا بأحدهما فيبقى على خياره فى المباح الاصلى والوجه المختار أن الامر بالصرف الى الفقير معه قرينة الفور وهى أنه لدفع حاجته وهى معجلة فمتى لم تجب على الفور لم يحصل المقصود من الايجاب على وجه التمام وقال أبو بكر الرازى وجوب الزكاة على التراخى لما قلنا إن مطلق الامر لا يقتضى الفور فيجوز للمكلف تأخيره وهذا معنى قولهم مطلق الامر للتراخى لا أنهم يعنون ان التراخى مقتضاه قلنا إن لم يقتضه فالمعنى الذى عيناه يقتضيه وهو ظنى فتكون الزكاة فريضة وفوريتها واجبة فيلزم بتأخيره من غير ضرورة الاثم كما صرح به الكرخى والحاكم الشهيد فى المنتقى وهو عين ما ذكره الفقيه أبو جعفر عن أبى حنيفة أنه يكره أن يؤخرها من غير عذر فان كراهة التحريم هى المحمل عند اطلاق اسمها عنهم ولذا ردوا شهادته اذا تعلقت بترك شىء كان ذلك الشىء واجبا لانهما فى رتبة واحدة على ما عرف غير مرة وكذا عن أبى يوسف فى الحج والزكاة فترد شهادته بتأخيرهما حينئذ لان ترك الواجب فسق واذا أتى به وقع أداء لان القاطع لم يوقته بل ساكت عنه وعن محمد ترد شهادته بتأخير الزكاة لا الحج لانه خالص حق الله تعالى والزكاة حق الفقراء وعن أبى يوسف عكسه فقد ثبت عن الثلاثة وجوب الفورية عن الثلاثة والحق تعميم رد شهادته لان ردها منوط بالاثم وقد تحقق فى الحج أيضا ووجب الفور بما هو غير السمع على ما نذكر فى بابه ان شاء الله تعالى وما ذكر ابن شجاع عن أصحابنا ان الزكاة على التراخى يجب حمله على أن المراد بالنظر الى دليل الافتراض أى دليل الافتراض لا يوجبها وهو لا ينفى وجود دليل الايجاب وعلى هذا ما ذكروا من انه اذا شك هل زكى أو لا يجب عليه أن يزكى بخلاف ما لو شك انه صلى أم لا بعد الوقت لا يعيد لان وقت الزكاة العمر فالشك حينئذ فيها كالشك فى الصلاة فى الوقت والشك فى الحج مثله فى الزكاة هذا ولا يخفى على من أمعن التأمل ان المعنى الذى قدمناه لا يقتضى الوجوب لجواز أن يثبت دفع الحاجة مع دفع كل مكلف متراخيا

﴿ كتاب الزكاة ﴾

الزكاة فى اللغة عبارة عن الزيادة يقال زكا المال اذا زاد وزكا الزرع اذا زاد وعن الطهارة أيضا ومنه تزكيهم بها قال رحمه الله (هى تمليك المال من فقير مسلم غير هاشمى ولا مولاه بشرط قطع المنفعة عن المملك من كل وجه لله تعالى) هذا فى الشرع وقوله هى تمليك المال أى الزكاة تمليك المال وترد عليها الكفارة اذا ملكت لان التمليك بالوصف المذكور موجود فيها ولو قال تمليك المال على وجه لا بدله منه لانفصل عنها لان الزكاة يجب فيها تمليك المال لان الايتاء فى قوله تعالى وآتوا الزكاة يقتضى التمليك ولا تتأدى بالاباحة حتى

[illegible]
وان كان يأكل فى البيت من غير دفع اليه لا يجوز لعدم التمليك اه غاية (قوله ولو كساه الى آخره) قال فى شرح القدورى للطحاوى لو أنفق على اليتيم ناويا بالزكاة لا يجزيه لأن يدفع النفقة اليه ويأخذها اليتيم بيده اه (قوله بشرط قطع المنفعة عن المملك) هو بكسر اللام أى المالك اه ع (قوله وملك نصاب) أى فلا تجب الزكاة فى سوائم الوقف والخيل المسبلة لعدم الملك وهذا لان فى الزكاة تمليكا والتمليك فى غير الملك لا يتصور ولا تجب الزكاة فى المال الذى استولى عليه العدو وأحرزوه بدارهم عندنا اه بدائع وينتقض بوجوب العشر فى الارض الموقوفة كذا نقلته من خط قارئ الهداية (قوله وأراد بالوجوب الفرضية) قال الكمال رحمه الله لقطعية الدليل اما مجاز فى العرف بعلاقة المشترك من لزوم استحقاق العقاب بتركه عدل عن الحقيقة وهو الفرض اليه بسبب أن بعض مقاديرها وكيفيتها ثبتت بأخبار الآحاد أو حقيقة على ما قال بعضهم ان الواجب نوعان قطعى وظنى فعلى هذا يكون الواجب من قبيل المشترك اسم أعم وهو حقيقة فى كل نوع اه (قوله وهو الكتاب والسنة الى آخره) قال فى البدائع وغيره الدليل على فرضيتها الكتاب والاجماع والسنة والمعقول قلت السنة لا يثبت بها الفرض الا أن تكون متواترة أو مشهورة لاسيما فرضا يكفر جاحده والزكاة جاحدها يكفر والسنة الواردة فيه أخبار آحاد صحاح وبها يثبت الوجوب دون الفرض لانه يثبت بما يفيد العلم والمشهور آحاد فى الاصل وان تواتر نقله من الثانى والثالث ولا يكفر جاحده وذكر شمس الائمة السرخسى فى أصوله والعقل لا يثبت به وجوب الصلاة والزكاة وغيرهما من الاحكام الشرعية وان أراد بالمعقول المقاييس المستنبطة من الكتاب والسنة لا يثبت بها الفرضية وذكر الحديث الذى فيه أدوا زكاة أموالكم طيبة بها أنفسكم تدخلوا جنة ربكم قلت لا يدل هذا الحديث على الفريضة لوجهين أحدهما انه خبر واحد الثانى ان دخول الجنة قد يقال بالرغائب اذا فعلها الانسان فصار انما يدل على الوجوب لحوق الذم والوعيد بتركه اه غاية (قوله وقال الشافعى ليسا بشرط الى آخره) وقال مالك وابن حنبل تجب الزكاة فى مالهما ويطلب الوصى والولى بالاداء ويأثم بالترك وان لم يخرج الولى وجب عليهما بعد البلوغ والافاقة اخراجها للماضى من السنين وعبارة الشافعية لا تجب الزكاة عليهما بل تجب فى مالهما وعبارة الحنابلة الوجوب عليهما ذكره فى المغنى اه غاية قال شمس الائمة السرخسى الوجوب يختص بالذمة ولا تجب فى ذمة الولى فلا بد من القول بوجوبها فى ذمة الصبى وفيه توجيه الخطاب عليه اه غاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ابتغوا الى آخره) فيه ثلاثة أحاديث مدارها على عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أحدها فيه المثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب وفى الثانى مندل عن أبى اسحق الشيبانى عن عمرو وفى الثالث محمد بن عبيد الله العرزمى عن عمرو أما المثنى فقال أحمد لا يساوى شيأ وأما مندل كان يرفع المراسيل ويسند الموقوفات من سوء حفظه وأما محمد بن عبيد الله العرزمى قال الدارقطنى كان ضعيفا وقال شمس الدين سبط أبى الفرج أحاديث عمرو بن شعيب لا تصح عند الحذاق من أهل الصنعة وتمام ذلك فى الغاية اه (قوله فى أموال اليتامى الى آخره) الذى فى خط الشارح مال بالافراد اه (قوله رفع القلم عن ثلاثة) بالتاء فى خط الشارح (قوله وقال أبو بكر الصديق والله لأقاتلن الى آخره) متفق عليه عن أبى هريرة اه

لو كفل يتيما فانفق عليه ناويا بالزكاة لا يجزيه بخلاف الكفارة ولو كساه تجزيه لوجود التمليك وقوله من فقير مسلم غير هاشمى ولا مولاه احترز به عن الغنى والكافر والهاشمى ومولاه لان دفع الزكاة اليهم مع العلم لا يجوز على ما يأتى بيانه فى موضعه ان شاء الله تعالى وقوله بشرط قطع المنفعة عن المملك من كل وجه احترز به من الدفع الى فروعه وان سفلوا والى أصوله وان علوا ومن دفعه الى مكاتبه ومن دفع أحد الزوجين الى الآخر على ما يأتى فى موضعه ان شاء الله تعالى وقوله لله تعالى لان الزكاة عبادة ولا بد فيها من الاخلاص لله تعالى لقوله تعالى وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين له الدين قال رحمه الله (وشرط وجوبها العقل والبلوغ والاسلام والحرية وملك نصاب حولى فارغ عن الدين وحاجته الاصلية نام ولو تقديرا) أى شرط لزوم الزكاة علما وعملا وأراد بالوجوب الفرضية لانها ثبتت بدليل مقطوع به وهو الكتاب والسنة واجماع الامة وهذه الجملة شروطها أما العقل والبلوغ فلان التكليف لا يتحقق دونهما وقال الشافعى ليسا بشرط لوجوب الزكاة لقوله عليه الصلاة والسلام ابتغوا فى مال اليتامى خيرا كى لا تأكله الصدقة ولانها حق مالى فتجب فى مالهما كنفقة الزوجات والاقارب والغرامات المالية فصارت كالعشر والخراج وصدقة الفطر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام رفع القلم عن ثلاثة الصبى حتى يحتلم الحديث ولانها عبادة محضة لكونها أحد أركان الدين لقوله عليه الصلاة والسلام بنى الاسلام على خمس وعد منها الزكاة وهما ليسا بمخاطبين فى العبادة فلا تجب عليهما كما لا تجب عليهما سائر أركانه ولهذا لا تجب على الكافر ولو لم تكن عبادة لوجبت عليه كسائر المؤن وقال أبو بكر الصديق والله لأقاتلن من فرق بين الصلاة والزكاة ولان من شرطها النية وهى لا تتحقق منهما ولا تعتبر نية الولى لان العبادة لا تتأدى بنية الغير ولا يلزمنا الوكيل لانا لا نعتبر نيته وانما نعتبر نية الموكل ولهذا تجوز وان لم يعلم الوكيل أنها من الزكاة ولان ملكهما ناقص ولهذا لا يجوز تبرعهما

فصارا كالمكاتب بل دونه لان المكاتب يملك التصرف وهما لا يملكانه فكيف يتموما لهما وهي لا تجب الا في المال النامي وما رواه ضعيف عند أهل النقل ولئن صح فالمراد بها صدقة النفقة ولا يلزمنا ما استشهد به من النفقات والغرامات لانها حقوق العباد ولهذا تتأدى بدون النية وهما أهل لها وكذا العشر الغالب فيه مؤنة الارض ولهذا يجب على المكاتب وفي الارض الوقف وكذا صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة ولهذا يتحملها عن غيره كالاب عن أولاده ولا يجري التحمل في العبادة المحضة ثم لا اشكال في أن الصبي اذا بلغ يعتبر ابتداء حوله من وقت بلوغه وكذا اذا أفاق المجنون الاصلي وهو الذي بلغ مجنونا يعتبر أول مدته من وقت افاقته وان طرأ عليه الجنون بعد البلوغ ينظر فان استوعب جنونه حولا فكذلك لانه استوعب مدة التكليف وان كان أقل من ذلك لا يعتبر كالا يعتبر جنونه أقل من الشهر في حق الصوم وعن أبي يوسف أنه ان أفاق في أكثر السنة تجب عليه الزكاة والا فلا وأما الاسلام فلانه شرط لصحة العبادات كلها اذ هي لا تصح مع الكفر فكذا لا تجب معه وأما الحرية فلتحقق التملك اذ الرقيق لا يملك لم يملك غيره وأما ملك النصاب فلانه عليه الصلاة والسلام قدر السبب به وأما كونه حوليا أي تم عليه حول فلقوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول ولان السبب هو المال النامي لكون الواجب جزأ من الفضل لا من رأس المال لقوله تعالى ويسئلونك ماذا ينفقون قل العفو أي الفضل والنماء يتحقق في الحول غالبا أما المواشي فظاهر وكذا أموال التجارة لاختلاف الاسعار فيه غالبا عند اختلاف الفصول فأقيم السبب الظاهر وهو الحول مقام المسبب وهو النمو وأما كونه فارغا عن الدين وعن حاجته الاصلية كدور السكنى وثياب البذلة وأثاث المنازل وآلات المحترفين وكتب الفقه لاهلها فلان المشغول بالحاجة الاصلية كالمعدوم ولهذا يجوز التيمم

(قوله ولئن صح فالمراد بالصدقة النفقة الى آخره) والذي يؤيد هذا التأويل أنه أضاف الاكل الى جميع المال والنفقة هي التي تأكل جميع المال دون الزكاة قلت هذا فيه تفصيل عندهم فانه لو لم يخرج زكاته حتى مضت سنون يجوز أن لا يبقى من المال شئ بل يصير كله مركاة اه غاية (قوله وكذا العشر الغالب الى آخره) قال في الغاية هذا قول محمد ولهذا لو قال مالي في المساكين صدقة لا تدخل فيه الارض العشرية عندهم خلافا لابي يوسف لان جهة الصدقة راجحة عنده حتى تصرف في مصارف الزكاة وقال في المبسوط العشر مؤنة الارض النامية حقيقة اه سروجي (قوله أول مدته من وقت افاقته) أي لانه الآن صار أهلا كما يعتبر في حق الصبي من وقت وجوبه ولهذا منع وجوب الصوم والصلاة اه غاية ولا خلاف فيه بين أصحابنا نقله في الغاية عن البدائع ثم قال صاحب الغاية رحمه الله وقوله في الكتاب هو الهداية عن أبي حنيفة اذا بلغ مجنونا يعتبر الحول من وقت الافاقة يوهم أنه رواية عنه وقد ذكرنا عن صاحب البدائع وغيره أنه لا خلاف فيه اه (قوله وان كان أقل من ذلك الى آخره) أي وان جن بعض السنة ثم أفاق فعن محمد في النوادر ان أفاق ساعة منها في أولها أو في وسطها أو في آخرها تجب زكاة تلك السنة وهو رواية محمد بن سماعة عن أبي يوسف اه غاية والذي يجن ويفيق فهو في حكم الصحيح بمنزلة النائم والمغمى عليه ذكر ذلك كله في البدائع والمبسوط والوبري وفي الينابيع عن أبي يوسف ان كان مفيقا في نصف السنة أو أكثره تجب عليه الزكاة والا فلا اه غاية (قوله وعن أبي يوسف) أي في رواية هشام اه غاية (قوله وأما الاسلام الى آخره) قال في الدراية ثم الاسلام كما هو شرط الوجوب شرط لبقاء الزكاة عندنا حتى لو ارتد بعد وجوبها سقطت كما في الموت فلو بقي على ارتداده سنين فبعد اسلامه لا يجب عليه شئ لتلك السنين وعند الشافعي لا تسقط بالردة وكذا بالموت كما في سائر الديون ولنا أنها عبادة فتسقط بها كالصلاة لعدم الاهلية اه قال في الغاية والنظير التاسع في مسقطاتها بعد الوجوب منها رجوع الواهب في هبته بعد ما حال الحول عند الموهوب له بقضاء أو بغيره ومنها الردة وبه قال مالك واحدى الروايتين عند أحمد خلافا للشافعي بناء على ان الردة محبطة للعمل عندنا وعند مالك اه غاية (قوله لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول) رواه الترمذي وابن ماجه والدارقطني والبيهقي اه غاية (قوله لاختلاف الاسعار فيه غالبا) ليس في خط الشارح اه غاية (قوله وثياب البذلة) بكسر الباء لما يبتذل من الثياب اه غاية (قوله وأثاث المنازل الى آخره) أي ودواب الركوب وعبيد الخدمة وسلاح الاستعمال لا زكاة فيها وكذا الدور والحوانيت والجمال يؤجرها لا زكاة فيها اه غاية (قوله وكتب الفقه لاهلها) أي ولغير أهلها اذا لم تكن للتجارة وكذا طعام أهله وما يتجمل به من الاواني اذا لم تكن من الذهب والفضة وكذا اللؤلؤ والجوهر والياقوت والبلخش والزمرد ونحوها من الفصوص وغيرها اذا لم تكن للتجارة وكذا آلات المحترفين كقدور الصباغين وقوارير العطارين وظروف الامتعة وفي الذخيرة لو اشترى جوالق بعشرة آلاف درهم يؤجرها فلا زكاة فيها ولو أن نخاسا اشترى دواب يبيعها أو غيرها فاشترى لها جلالا ومقاود ونحوها فلا زكاة فيها الا أن يكون نيته أن يبيعها معها فان كان من نيته أن يبيعها آخرا فلا عبرة لهذه النية ذكره في الذخيرة اه غاية قال في البدائع وقالوا في نخاس الدواب اذا اشترى المقاود والجلال والبراذع انه ان كان يباع مع الدواب عادة يكون للتجارة لانها معدة لها وان كان لا تباع ولكن تمسك وتحفظ بها الدواب فهي من آلات الصناع فلا يكون مال التجارة اذا لم ينو التجارة عند شرائها اه

مع المد المستحق بالعطش وقال الشافعي في الجديد الدين لا يمنع وجوب الزكاة للعمومات والحجة عليه ما روينا وهو قول عثمان بن عفان وابن عباس وابن عمر وكفى بهم قدوة وكان عثمان رضي الله عنه يقول هذا شهر زكاتكم فمن كان عليه دين فليؤد دينه حتى تخلص أمواله فيؤدي منها الزكاة بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان الزكاة تجب على الغني لاغناء الفقير ولا يتحقق الغنى بالمال المستقرض ما لم يقضه ولان ملكه ناقص حيث كان للغريم أن يأخذه اذا ظفر بجنس حقه فصار كالمكاتب ولا يلزم على هذا الموهوب له حيث تجب عليه الزكاة وان كان للواهب أن يرجع فيه لانه ليس له أن يأخذه الا بقضاء القاضي أو برضا الموهوب له فلا يصح رجوعه بدونهما وفيما قال الشافعي يلزم تزكية مال واحد في سنة واحدة مرارا بان كان لرجل عبد يساوي ألفا فباعه من آخر بدين ثم باعه الآخر كذلك حتى تداولته عشرة أنفس مثلا فحال عليه الحول يجب على كل واحد منهم زكاة ألف والمال في الحقيقة واحد حتى لو فسخت البياعات بعيب رجع الى الاول فلم يبق لهم شئ ولا فرق في الدين بين المؤجل والحال والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد حتى لا يمنع دين النذر والكفارة ودين الزكاة مانع حال بقاء النصاب لانه ينتقص به النصاب وكذا بعد الاستهلاك خلافا لزفر رحمه الله فيهما

(قوله لاهلها) ليس بقيد معتبر المفهوم فانها لو كانت لمن ليس من أهلها وهي تساوي نصابا لا تجب فيها الزكاة الا أن يكون أعدها للتجارة وانما يفترق الحال بين الاهل وغيرهم ان الاهل اذا كانوا محتاجين لما عندهم من الكتب للتدريس والحفظ والتصحيح لا يخرجون بها عن الفقر وان ساوت نصابا فلهم أن يأخذوا الزكاة الا أن يفضل عن حاجتهم نسخ تساوي نصابا كأن يكون عنده من كل صنف نسختان وقيل ثلاث فان النسختين يحتاج اليهما للتصحيح كل من الاخرى والمختار الاول بخلاف غير الاهل فانهم يحرمون بها أخذ الزكاة اذ الحرمان تعلق بملك قدر نصاب غير محتاج اليه وان لم يكن ناميا وانما النماء يوجب عليه الزكاة ثم المراد كتب الفقه والحديث والتفسير أما كتب الطب والنحو والنجوم فمعتبرة في المنع مطلقا وفي الخلاصة في الكتب ان كان مما يحتاج اليها في الحفظ والدراسة والتصحيح لا يكون نصابا وحل له أخذ الصدقة فقها كان أو حديثا أو أدبا كثياب البذلة والمصحف على هذا ذكره في الفصل السابع من كتاب الزكاة وقال في باب صدقة الفطر لو كان له كتب ان كانت كتب النجوم والادب والطب والتعبير يعتبر وأما كتب التفسير والفقه والمصحف الواحد فلا يعتبر نصابا وهذا تناقض في كتب الادب والذي يقتضيه النظر أن نسخة من النحو أو نسختين على الخلاف لا يعتبر من النصاب وكذا من أصول الفقه والكلام غير المخلوط بالآراء بل مقصور على تحقيق الحق من مذهب أهل السنة الا أن لا يوجد غير المخلوط لان هذه من الحوائج الاصلية اه فتح القدير (قوله وهو قول عثمان الى آخره) وطاوس وعطاء والحسن وابراهيم وسليمان بن يسار والزهري وابن سيرين والليث بن سعد وابن حنبل اه غاية (قوله دين له مطالب من جهة العباد) أي دون دين الله تعالى سواء كان لله كالزكاة أولهم كالقرض وثمن المبيع وضمان المتلف وأرش الجراحة ومهر المرأة سواء كان من النقود أو من غيرها وسواء كان حالا أو مؤجلا اه با كبير أي نفقة الزوجة بعد القضاء ونفقة المحارم بعد القضاء اذ نفقة المحارم تصير دينا بالقضاء على هذه الرواية وذكر في كتاب النكاح أن نفقتهم لا تصير دينا بالقضاء حتى تسقط بمضي المدة لاستغنائه عنه فعلى تلك الرواية لا تمنع وجوب الزكاة كما قبل القضاء قال شيخ الاسلام خواهر زاده ما ذكره في النكاح محمول على ما اذا لم يأمره الحاكم بالاستدانة فلا تصير دينا بمضي المدة وما ذكره هنا محمول على ما اذا أمره بالاستدانة فتصير دينا اه غاية (قوله حتى لا يمنع دين النذر والكفارة) أي والحج ونفقة المحارم والزوجات قبل القضاء لعدم المطالبة من جهة العباد أما النذور والكفارات ودين الحج فلانها يفتى بها ولا يحبس عليها وأما نفقة المحارم والزوجات فلانها تسقط بمضي المدة ولا تصير دينا اه غاية وقال في الدراية وفي الجامع دين النذر لا يمنع ومتى استحق بجهة الزكاة بطل النذر فيه بيانه له مائتان نذر أن يتصدق بمائة منهما وحال الحول عليهما سقط النذر بقدر درهمين ونصف لان في كل مائة استحق بجهة الزكاة درهمان ونصف ويتصدق للنذر بسبعة وتسعين ونصف ولو تصدق بمائة منهما للنذر يقع درهمان ونصف عن الزكاة لانه متعين بتعيين الله فلا تبطل بتعيينه لغيره ويتحرى مطابقة لزمه لان محل المنذور الذمة فلو تصدق بمائة منهما للنذر يقع درهمان فنصف للزكاة ويتصدق بمثلها عن النذر اه وكذا أيضا صدقة الفطر وهدي المتعة والاضحى لعدم المطالب بخلاف الخراج والعشر ونفقة فرضت عليه لوجود المطالب بخلاف ما لو التقط وعرف سنة ثم تصدق بها حيث تجب عليه زكاة ماله لان الدين ليس متيقنا لاحتمال اجازة صاحب المال الصدقة اه فتح (قوله ودين الزكاة مانع الى آخره) صورته له نصاب حال عليه حولان لم يزكه فيه لا زكاة عليه في الحول الثاني لان خمسة منها مشغولة بدين الحول الاول مثلا فلم يتفاضل في الحول الثاني عن الدين نصابا كاملا ولو كان له خمس وعشرون من الابل لم يزكها حولين كان عليه في الحول الاول بنت مخاض والحول الثاني أربع شياه اه فتح (قوله وكذا بعد الاستهلاك) صورته له نصاب حال عليه الحول فلم يزكه ثم استهلكه ثم استفاد غيره وحال على النصاب المستفاد الحول لا زكاة فيه لاشتغال خمسة منه بدين المستهلك بخلاف ما لو كان

الاول لم يستهلك بل هلك فانه يجب في المستفاد لسقوط زكاة الاول بالهلاك وبخلاف ما لو استهلكه قبل الحول حيث لا يجب شئ ومن فروعه اذا باع نصاب السائمة قبل الحول بيوم بسائمة مثلها أو بجنس آخر أو بدراهم يريد الفرار من الصدقة أولا يريد لا تجب الزكاة عليه في البدل الا بحول جديد أو يكون له ما يضمه اليه في صورة الدراهم وهذا بناء على ان استبدال السائمة بغيرها مطلقا استهلاك بخلاف غير السائمة اه فتح (قوله ولابي يوسف في الثاني) أي له أن هذا الدين لا مطالب له من جهة العباد لانه بعد الاستهلاك يستحيل ان يمر على عاشر فيطالبه اه ان فرشتا وزاد في الهداية على مروى عنه قال الكمال وهي رواية أصحاب الاملاء ولم تكن ظاهر رواية عنه مرضها اه ﴿مسئلة﴾ لهما لان أحدهما مما تجب فيه الزكاة والآخر مما لا تجب فيه الزكاة ولو عليه دين بماله مطالب من جهة العباد فان الدين لا يصرف الى المال الذي لا تجب فيه الزكاة اه شرح طحاوى (قوله من جهة الامام في الاموال الظاهرة) أي السوائم وقوله ومن جهة نوابه في الباطنة أي أموال التجارة (قوله لان الملاك نوابه الى آخره) وذلك ان ظاهر قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة الآية يوجب حق أخذ الزكاة مطلقا للامام وعلى هذا كان رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتان بعده فلما ولى عثمان وظهر تغير الناس كره ان تفتش السعاة على الناس مستور أموالهم ففوض الدفع الى الملاك نيابة عنه ولم تختلف الصحابة عليه في ذلك وهذا لا يسقط طلب الامام أصلا ولذا لو علم أن أهل بلدة لا يؤدون زكاتهم طالبهم بها اه فتح (قوله كنقصان النصاب الى آخره) حتى اذا سقط بالقضاء أو بالابراء قبل تمام الحول يلزمه الزكاة اذا تم الحول وقال زفر ينقطع الحول كذا في البدائع ولم يحك الخلاف عن محمد اه (قوله ثم لا فرق بين أن يكون الدين الخ) وصورة المسئلة على ما ذكره في الغاية رجل له ألف على رجل فتكفل به رجل بأمره أو بغير أمره وللاصيل ألف وللكفيل ألف فحال

ولابي يوسف في الثاني لانه مطالب به من جهة الامام في الاموال الظاهرة ومن جهة نوابه في الباطنة لان الملاك نوابه فان الامام كان يأخذها الى زمن عثمان رضي الله عنه وهو فوضها الى أربابها في الاموال الباطنة قطعا لطامع الظلمة فيها فكان ذلك توكيلا منه لاربابها وقيل لابي يوسف ما حجتك على زفر قال ما حجتي على رجل يوجب في مائتي درهم أربعمائة درهم ومراده اذا كان لرجل مائتا درهم وحال عليها ثمانون حولا ولو طرأ الدين في خلال الحول يمنع وجوب الزكاة عند محمد كهلاك النصاب كله وعند أبي يوسف لا يمنع كنقصان النصاب في أثناء الحول ثم لا فرق بين أن يكون الدين بطريق الكفالة أو الاصالة حتى لا تجب عليهما الزكاة بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب حيث تجب على الغاصب في ماله دون غاصب الغاصب والفرق أن الاصيل والكفيل كل واحد منهما مطالب به أما الغاصبان فكل واحد منهما غير مطالب به بل أحدهما وان كان ماله أكثر من الدين زكى الفاضل اذا بلغ نصابا لفراغه عن الدين وان كان له نصب يصرف الدين الى أيسرها قضاء مثاله اذا كان له دراهم ودنانير وعروض التجارة وسوائم من الابل ومن البقر والغنم وعليه دين فان كان يستغرق الجميع فلا زكاة عليه وان لم يستغرق صرف الى الدراهم والدنانير أولا اذ القضاء منهما أيسر لانه لا يحتاج الى بيعهما ولانه لا تتعلق المصلحة بعينهما ولانهما مال القضاء الحوائج وقضاء الدين منهما ولان للقاضي أن يقضي الدين منهما جبرا وكذا للغريم أن يأخذهما اذا ظفر بهما وهما من جنس حقه فان فضل عنهما الدين أو لم يكن له منهما شئ صرف الى العروض لانها معرضة للبيع بخلاف السوائم لانها للدر والنسل والقنية فان لم يكن له عروض أو فضل الدين عنها صرف الى السوائم فان كانت السوائم أجناسا صرف الى أقلها زكاة نظرا للفقراء وان كان له أربعون شاة وخمس من الابل يخير لاستوائهما في الواجب وقيل يصرف الى الغنم لتجب الزكاة في الابل في العام القابل وقوله نام ولو تقديرا أي يشترط لوجوب الزكاة أن يكون ناميا حقيقة بالتوالد والتناسل وبالتجارات أو تقديرا بأن يتمكن من الاستنماء بكون المال في يده أو يد نائبه لما ذكرنا أن

عليهما الحول لا زكاة عليهما بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا أتلفه حيث تجب الزكاة على الغاصب في ألفه دون غاصب الغاصب قال الكمال رحمه الله لان الغاصب ان ضمن يرجع على غاصبه بخلاف غاصبه اه وقال الكمال أيضا وانما فارق الغصب الكفالة وان كان في الكفالة بامر الاصيل يرجع الكفيل اذا أدى كالغاصب لان في الغصب ليس له أن يطالبهما جميعا بل اذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر أما في الكفالة فله أن يطالبهما معا فكان كل مطالبا بالدين اه (قوله فان كانت السوائم أجناسا الى آخره) حتى لو كان له أربعون من الغنم وثلاثون من البقر وخمس وعشرون من الابل يصرف الى الغنم ثم الى البقر لان التبيع أقل قيمة من بنت مخاض اه غاية (قوله يخير لاستوائهما في الواجب) أي لان الواجب في كل واحد من النصابين شاة وسط اه غاية (قوله وقيل يصرف الى الغنم الى آخره) وقيل هذا اذا كان المصدق حاضرا لانه ناظر للفقراء وقيل موضوع المسئلة اذا كانت الغنم له عجافا فيكون الواجب واحدة منها وفي الخمس من الابل شاة وسط فكان الواجب في الغنم أقل اه غاية (قوله لتجب الزكاة في الابل في العام القابل) اذ لو صرف الدين الى الابل لما وجبت الزكاة في الغنم في العام القابل لانتقاص النصاب اه قال في الغاية ومنها أي من موانع الزكاة وجوب الرهن اذا كان المال في يد المرتهن لعدم ملك اليد بخلاف العشر فانه يجب فيه اه

السبب هو المال النامي فلا بد منه تحقيقا أو تقديرا فان لم يتمكن من الاستنماء فلا زكاة عليه لفقد شرطه وذلك مثل مال الضمار كالآبق والمفقود والمغصوب اذا لم يكن عليه بينة والمال الساقط في البحر والمدفون في المفازة اذا نسي مكانه والذي أخذه السلطان مصادرة والوديعة اذا نسي المودع وليس هو من معارفه والدين المجحود اذا لم يكن عليه بينة ثم صارت له بعد سنين بأن أقر عند الناس وان كان المودع من معارفه تجب عليه زكاة الماضي اذا تذكر وفي المدفون في كرم أو أرض اختلاف المشايخ وقال زفر والشافعي تجب الزكاة في جميع ذلك لتحقق السبب وهو ملك نصاب نام وفوات اليد لا يخل بوجوب الزكاة كمال ابن السبيل ولنا قول علي رضي الله عنه لا زكاة في المال الضمار موقوفا ومرفوعا وهو المال الذي لا ينتفع به مأخوذ من قولهم بعير ضامر اذا كان لا ينتفع به لهزاله أو من الاضمار وهو الاخفاء والتغيب ولان السبب هو المال النامي ولا نماء الا بالقدرة على التصرف ولا قدرة عليه وابن السبيل قادر بنائبه ولو كان له بينة في الدين المجحود تجب لما مضى لان التقصير جاء من جهته وقال محمد لا تجب لان كل بينة لا تقبل وكل قاض لا يعدل ولو كان الدين على مقر تجب لانه يمكنه الوصول اليه ابتداء أو بواسطة التحصيل وقال الحسن بن زياد لا تجب اذا كان الغريم معسرا لانه لا ينتفع به وكذا قال محمد اذا كان مفلسا بناء على تحقق الافلاس بالتفليس عنده وأبو يوسف معه فيه ومع أبي حنيفة في حكم الزكاة رعاية لجانب الفقراء وذكر المصنف النماء الحقيقي والتقديري وينقسم كل واحد منهما الى قسمين الى خلقي وفعلي فالخلقي الذهب والفضة لانهما خلقا للتجارة فلا يشترط فيهما النية والفعلي ما يكون باعداد العبد وهو العمل بنية التجارة كالشراء والاجارة فان اقترنت به النية صارت للتجارة والا فلا ولو نواه للتجارة

(قوله والدين المجحود الى آخره) قال في الغاية وعن أبي يوسف أن الدين المجحود اذا لم يكن له بينة يكون نصابا ما لم يحلفه عند القاضي وان علم القاضي بالدين يجب وان كان يقر في السر ويجحد في العلانية فلا زكاة عليه اه قال الكمال ولو كان مقرا فلما قدمه الى القاضي جحد وقامت عليه بينة ومضى زمان في تعديل الشهود سقطت الزكاة من يوم جحد الى أن عدلوا لانه كان جاحدا ويلزمه الزكاة فيما كان مقرا قبل الخصومة وهذا انما يتفرع على اختيار الاطلاق في المجحود اه فتح (قوله بأن أقر عند الناس) أي أو كان شهوده غائبين فحضروا بعد سنين أو تذكروا بعدما نسوا اه غاية (قوله وفي المدفون في كرم أو أرض) أي مملوكة لان حكم المفازة قد تقدم اه والمدفون في البيت نصاب لتيسر الوصول اليه اه هداية قوله نصاب أي عند الكل اه غاية ومن جملة الضمار المال الذي ذهب به العدو الى دار الحرب اه فتح ولو نسي ما له وديعة عنده يجب اه غاية ﴿فرع﴾ في المحيط وعدة المفتي تزوج امرأة بألف وقبضتها ثم ظهر أنها أمة فرد المولى نكاحها فلا زكاة في الالف على الزوج لعدم يده ولا على الزوجة لعدم ملكها كرجل حلق لحية انسان وأخذ ديتها وحال عليها الحول عنده ثم نبتت لا تجب على الجاني لانه زال ملكه ولا على المجني عليه لانها استحقت من يده وكذا لو أقر بدين ودفعه اليه ثم تصادقا على أن لا دين له عليه وفي المحيط وكذا اذا وهب له ألفا وحال عند الموهوب له ثم رجع في هبته فسوى بين هذه المسائل لكن استحقاق ما لا يتعين بعد الحول لا يسقط الزكاة كالدين اللاحق بعد الحول وما يتعين يسقطها فالهبة ليست نظير ما تقدم لانها تتعين في الهبة بخلاف العقود والفسوخ قال في الجامع والمحيط اذا تزوج امرأة على ألف وقبضته وحال عليه ثم طلقها قبل الدخول بها زكت الالف وكذا لو قبلت ابنه لا يتعين رده بل الواجب رد مثله وكان دينا لحقها بعد الحول فلا يسقط الزكاة بخلاف القرض اه غاية (قوله في المال الضمار) فعال بمعنى فاعل أو مفعل وفي الصحاح الضمار ما لا يرجى من الدين والوعد اه غاية (قوله موقوفا ومرفوعا الخ) الى النبي صلى الله عليه وسلم بنقل الاصحاب كصاحب المبسوط والمحيط والبدائع وغيرهم اه غاية (قوله ولان السبب الخ) قال في البدائع وقال علماؤنا في عبد التجارة قتله عبد خطأ فدفع به ان الثاني للتجارة لانه عوض مال التجارة وكذا اذا فدي بالدية من العروض والحيوان وأما اذا قتله عمدا فصالح المولى من القصاص على العبد القاتل أو على شيء من العروض لا يكون مال التجارة لانه عوض القصاص لا عوض العبد المقتول والقصاص ليس بمال اه (قوله لان التقصير جاء من جهته) كذا قال بعضهم وقال بعضهم لا يجب لان الشاهد قد يفسق الا اذا كان القاضي عالما بالدين لانه يقضي بعلمه ولو كان يقر سرا ويجحد علانية لا زكاة كذا روي عن أبي يوسف اه بدائع (قوله وكل قاض لا يعدل) فقي المجاثاة بين يديه في الخصومة ذل اه غايه وفي جوامع الفقه لو علم القاضي به فهو نصاب بالاجماع اه غاية (قوله لانهما خلقا للتجارة) قال الكمال رحمه الله وقولهم في النقدين خلقا للتجارة معناه أنهما خلقا للتوسل بهما الى تحصيل غيرهما وهذا لان الضرورة ماسة في دفع الحاجة والحاجة في المأكل والمشرب والملبس والمسكن وهذه غير نفس النقدين وفي أخذهما على التغالب ما لا يخفى فخلق النقدان لغرض ان يستبدل بهما ما تندفع الحاجة بعينه بعد خلق الرغبة فيهما فكانا للتجارة خلقة اه (قوله وهو العمل بنية التجارة الخ) قال في الهداية وان اشترى شيئا ونواه للتجارة كان للتجارة قال الكمال المراد ما تصح فيه نية التجارة لا عموم شيء فانه لو اشترى أرضا خراجية أو عشرية ليتجر فيها لا تجب فيها زكاة التجارة والا لاجتمع فيها الحقان بسبب واحد وهو الارض اه فتح (قوله كالشراء والاجارة) وذكر ابن سماعة في نوادره عن محمد فيمن أجر داره

بعد

بعد ذلك لا يكون للتجارة حتى يبيعه لان التجارة عمل فلا يتم بمجرد النية بخلاف ما اذا كان للتجارة ونواه للخدمة حيث يكون للخدمة بالنية لانها ترك العمل فيتم بها ونظيره المقيم والصائم والكافر والعلوفة والسائمة حيث لا يكون مسافرا ولا مفطرا ولا علوفة ولا مسلما ولا سائمة بمجرد النية لان هذه الاشياء عمل فلا تتم بالنية ويكون مقيما وصائما وكافرا بالنية لانها ترك العمل فيتم بها ولو ورثه ونواه للتجارة لا يكون لها لانعدام الفعل منه ولهذا لو ورث قريبه ونواه عن كفارته لا يجزئه عنها ولا يضمن لشريكه اذا عتق عليه بالارث وان ملكه بالهبة أو الوصية أو الخلع أو الصلح عن القود اختلفوا فيه بناء على أنه عمل التجارة أم لا قال رحمه الله (وشرط أدائها نية مقارنة للاداء أو لعزل ما وجب أو تصدق بكله) أي شرط صحة اداء الزكاة نية مقارنة للاداء أو لعزل مقدار الواجب أو تصدق بجميع النصاب لانها عبادة فلا تصح بدون النية والاصل فيه الاقتران بالاداء كسائر العبادات الا أن الدفع يتفرق فيحرج باستحضار النية عند كل دفع فاكتفي بوجودها حالة العزل دفعا للحرج كتقديم النية في الصوم وهذا لان العزل فعل منه فجازت النية عنده بخلاف ما اذا نوى أن يؤدي الزكاة ولم يعزل شيأ وجعل يتصدق شيأ فشيأ الى آخر السنة ولم تحضره النية حيث لم يجز عن الزكاة لان نيته لم تقترن بفعل ما فلا تعتبر وقوله أو تصدق بكله لانه اذا تصدق بجميع ماله فقد دخل الجزء الواجب فيه فلا حاجة الى التعيين استحسانا لكون الواجب جزأ من النصاب ولا فرق بين أن ينوي النفل أو لم تحضره النية بخلاف صوم رمضان حيث لا يكون الامساك مجزئا عنه الا بنية القربة والفرق أن دفع المال بنفسه قربة كيفما كان والامساك لا يكون قربة الا بالنية فافترقا وهذا لان الركن في الموضعين ايقاعه قربة وقد حصل بنفس الدفع الى الفقير دون الامساك ولو دفع جميع النصاب الى الفقير ينوي به عن النذر أو عن واجب آخر يقع عما نوى ويضمن قدر الواجب كالنذر المعين في الصوم اذا نوى فيه

بعد بدئه التجارة فهو للتجارة ومثله في الجامع لانها بيع المنفعة كبيع العين اه غاية (قوله حتى يبيعه) أي فيكون للتجارة بتلك النية السابقة وكذا في الفصول التي ذكرنا أنه ينوي التجارة في الوصية والعرض ومبادلة مال بغير مال اذا اشترى بتلك العروض عروضا أخر صارت للتجارة لان النية قد وجدت حقيقة الا أنها لم تعمل للحال لانها لم تصادف عمل التجارة فاذا وجدت التجارة بعد ذلك عملت النية السابقة فيصير المال للتجارة لوجود نية التجارة مع التجارة اه بدائع (قوله ولو ورثه ونواه الخ) قال في الذخيرة واتفق أصحابنا على ان من ورث أعيانا ونوى التجارة فيها عند موت مورثه لا يعمل بنيته وقال في المحيط والمرغيناني الا أن يكون ذهبا أو فضة فهي على ما ورثه اه غاية (قوله والصلح عن القود اختلفوا فيه الخ) قال أبو يوسف تعمل نيته وقال محمد لا تعمل نيته وقال صاحب التبصرة وقول أبي حنيفة كقول محمد كذا ذكره بعض المشايخ وفي المرغيناني قوله كقول محمد ومن المتأخرين من ذكر الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على القلب فقال على قولهما يكون للتجارة وعلى قول أبي يوسف لا يكون للتجارة لان هذه الاشياء ليست تجارة ووجه قول أبي يوسف أن تملك هذه الاشياء بكسبه والتجارة ليست الا الاكتساب وفيه احتياط لامر العبادة اه غاية وفي المنتقى ان نية التجارة في العبد المتزوج عليه باطلة ويجب أن يكون هذا قول محمد واختلفوا في نية التجارة في القرض وأصله ما ذكر محمد في الجامع ان رجلا له مائتا درهم فاستقرض حنطة لغير التجارة فتم حول الدراهم فلا زكاة فيها وفي الحنطة فقوله لغير التجارة دليل على ان نية التجارة في القرض صحيحة قال شيخ الاسلام الاصح ان نية التجارة لا تعمل في القرض لانه عارية ملما عرف ونية التجارة لا تعمل في العواري ومعنى قول محمد لغير التجارة أي كانت لغير التجارة عند القرض اه غاية ولو تزوجها على خمس من الابل السائمة أو عرض التجارة بعينها لا تجب فيها الزكاة في قول أبي حنيفة الثاني حتى تقبضها ويحول عليها الحول بعد قبضها لانها بدل مال لا تجب فيه الزكاة كالدية وبدل الكتابة قال أبو نصر في شرح القدوري وكالمبيع قبل القبض وفي الحاوي المبيع قبل القبض لا تجب فيه الزكاة وفي قياس قول أبي حنيفة كالمهر قال الفقيه أبو الليث هو قول الكل لان المشتري لا يملك التصرف في المبيع قبل قبضه بخلاف المهر وفي الجامع المبيع قبل القبض نصاب عندهما وكذا عند أبي حنيفة على الاصح وفي المحيط والصحيح انه نصاب لانه بدل مال بخلاف المهر لانه بدل ما ليس بمال اه غاية (قوله حيث لم يجزه عن الزكاة) أي الا زكاة ما تصدق به على قول محمد اه فتح (قوله لان نيته الخ) ولا يشكل هذا بما ذكره الطحاوي ان من امتنع عن أدائها فأخذها الامام منه كرها ووضعها في أهلها أجزأت عنه ولم توجد النية منه أصلا لانا نقول للامام ولاية أخذ الصدقات فقام دفعه مقام دفع المالك كالاب يعطي صدقة الفطر جاز مع عدم نية الصغير لوجود نية من له الولاية في الاعطاء اه باكير (قوله فقد دخل الجزء الواجب فيه) أي فأشبه الصوم بنية النفل حيث يتأدى بها الفرض بخلاف الحج في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن كالصوم اه غاية (قوله فلا حاجة الى التعيين الخ) فان قيل لما احتمل الفرض والنفل لا بد من تعيين الفرض كالصلاة قلنا دلالة الحال معينة اذ العاقل لا يتنفل مع تحقق الواجب عليه كالحاج اذا لم يخطر بباله الفرض ولا النفل يقع عن الفرض لدلالة حاله ﴿قلت﴾ ومثله اذا وهب المشتري المبيع للبائع في البيع الفاسد بعد قبضه يجعل عن فسخ البيع الفاسد حتى يبرأ

التطوع يقع عن النذر وان صام فيه عن واجب آخر يقع عما نوى ويقضي النذر ولو وهب بعض النصاب من الفقير سقط عنه زكاة المؤدى عند محمد اعتبارا للجزء بالكل اذ الواجب شائع في الكل فصار كالهلاك وعند أبي يوسف لا يسقط لان البعض غير متعين لكون الباقي محلا للواجب بخلاف الهلاك لانه لا صنع له فيه فيعذر والدفع بصنعه فلا يعذر وعلى هذا لو كان له دين على فقير فأبرأه منه سقط زكاته عنه نوى به عن الزكاة أو لم ينو لانه كالهلاك فلو أبرأه عن البعض سقط زكاة ذلك البعض لما قلنا وزكاة الباقي لا تسقط عنه ولو نوى به الاداء عن الباقي لان الساقط ليس بمال والباقي يجوز أن يكون مالا فكان الباقي خيرا منه فلا يجوز الساقط عنه وكذا لا يجوز أداء الدين عن العين بخلاف العكس ولو كان الدين على غني فوهبه منه بعد وجوب الزكاة عليه قيل يضمن قدر الواجب عليه وقيل لا يضمن والله أعلم

﴿ باب صدقة السوائم ﴾

من جملته ولا يجعل هبة لان الرد واجب والهبة تطوع وكذا اذا وهبت المرأة صداقها العين لزوجها قبل الدخول بها يجعل عن الطلاق الواجب قبل الدخول لا هبة لما ذكرنا ويرد على تعليله الصلاة فانها تجعل تطوعا ولا تجعل عن الفرض فقد تنفل العاقل مع تحقق الواجب في ذمته والفرق بينها وبين الحج ان التنفل بالصلاة مشروع قبل الفرض كالسنن ويمكن أداء الفرض في الوقت مع احراز السنن والنوافل بخلاف الحج فانه لا يكون في السنة الا مرة فرضا كان أو تطوعا فلو صرف الى النفل يفوت الفرض الى السنة الاخرى والفرق بين الصلاة وبين الزكاة وهبة المبيع وهبة الصداق ان الزكاة في المال والمبيع والصداق متعينة بخلاف الصلاة اه غاية (قوله وكذا لا يجوز أداء الدين عن العين) أي لانه اسقاط والواجب فيها التمليك اه غاية (قوله بخلاف العكس) أي لان العين خير من الدين اه غاية قال في الغاية وأداء الدين عن الدين لا يجوز وهو أن يكون له على رجل مائتا درهم وحال عليها الحول وله على آخر خمسة دراهم جعلها على المائتين لا يجوز إما لتفاوت الذمم أو لما يلزم منه أداء الدين عن العين على تقدير قبض الدين الباقي ولو جعل الخمسة عن المائتين الذي عليه المائتان لم يذكره محمد رضي الله عنه فعلى العلة الاولى تجوز لعدم تفاوت الذمم وعلى العلة الثانية لا تجوز والحيلة فيه أن يتصدق عليه بخمسة دراهم من زكاة العين فاذا قبضها أخذها منه قضاء عن دينه اه في الايضاح تصدق بخمسة ونوى بها الزكاة والتطوع يقع عن الزكاة عند أبي يوسف ويروى عن أبي حنيفة لان الفرض أقوى فانتفى الاضعف وهو النفل فلا يحتاج الى التعيين وعند محمد لغت نيته فلا تقع عن شئ لانه لا يمكن ايقاعها عنهما للتنافي بين الوضعين وعدم التعيين وبقول محمد قال الشافعي ومالك وأحمد وفي الروضة دفع الى فقير بلا نية ثم نواه عن الزكاة ان كان قائما في يد الفقير أجزأه والا فلا ولو أعطى رجلا مالا يتصدق تطوعا فلم يتصدق المأمور حتى نوى الآمر من الزكاة ولم يقل شيأ ثم تصدق به المأمور وقع عن الزكاة وكذا لو قال عن كفارتي ثم نوى الزكاة قبل دفعه ولو خلط الوكيل دراهم المزكين ثم تصدق بها عن زكاتهم فهو ضامن وفي جمع النوازل وضعها على كف فقير فانتهبوها جاز عن الزكاة ولو سقطت ورفعها فقير ورضي بها جاز ولو كان له ابل وغنم فأدى شاة لا ينوي أحدهما صرفه الى أيهما المراد شاء ولو نوى عن أحدهما فهلكت لم يجز عن الاخرى بخلاف النقدين ولو قال لوكيله تصدق به على من أحببت لم يعط نفسه استحسانا خلافا لابي يوسف اه دراية (قوله قيل يضمن قدر الواجب) وهي رواية الجامع اه غاية (قوله وقيل لا يضمن) أي في رواية النوادر اه غاية وكأنه بنى على انه استهلاك أو هلاك اه فتح وفي جوامع الفقه وقال أبو يوسف لا يضمن وان لم يعلم انه كان غنيا أو فقيرا لا يضمن وجه رواية النوادر وهي قول أبي يوسف أن وجوب الاداء يتوقف على القبض ولم يوجد فكان امتناعا من الوجوب لا استهلاكا للواجب كاستهلاك النصاب العين قبل وجوب الزكاة بيوم وجه رواية الجامع أنه أتلف المال بعد وجود أصل الوجوب بالتمليك من غير الفقراء فيضمن كما لو وهب العين من الغني بعد الوجوب ولانه يصير بذلك قابضا حكما كاعتاق العبد المبيع قبل القبض وتزويج الجارية المبيعة قبل القبض اذا دخل بها الزوج اه غاية وفي قنية المنية دفع لمحترم زكاة ماله وقال دفعته اليك قرضا ونوى الزكاة يجزيه لان العبرة فيه للقلب دون اللسان وقال عين الائمة الكرابيسي لا يجزيه وقال يوسف الترجماني يجزيه اذا تأول القرض بالزكاة قال رضي الله عنه وهذا أحسن الاجوبة والاصح رواية انه يجزيه لان العبرة لنية الدافع لا لعلم المدفوع اليه الا على قول أبي جعفر وقد اعترض عليه في جمع التفاريق بما أخذه الظالم ظلما وقد نوى فيه الزكاة فانه يجزيه وان كان يأخذه الظالم على غير جهة الزكاة وكذا لو وهبه مسكينا درهما ونواه من زكاته أجزأه اه لان العبرة بالنية فلا يتغير بلفظ الهبة اه قنية

﴿ باب صدقة السوائم ﴾

(قوله المراد بالصدقة الزكاة) سميت بها لدلالتها على صدق العبد في العبودية اهـ ع (قوله الدر والنسل) أي أو التسمين اهـ كاكي
(قوله هي التي تكتفي بالرعي الى آخره) الرعي بالكسر الكلأ وبالفتح المصدر والمرعى الرعي اهـ وكتب ما نصه اعترض في النهاية بان مرادهم تفسير السائمة التي فيها الحكم المذكور رفوه وتعريف بالاعم اذ ينبغي قيد ككون ذلك لغرض النسل والدر والتسمين والا فيشمل الاسامة لغرض الحمل والركوب وليس فيها زكاة اهـ فتح القدير (قوله وقالت الشافعية في بعض الوجوه) أي وهو الاصح اهـ كاكي
(قوله ويجب في خمس وعشرين ابلا الى آخره) أراد به الفرض اهـ ع والابل اسم جمع كالغنم لا واحد لهما من لفظهما وهما مؤنثان ولهذا يقال في تصغيرهما أبيلة وغنيمة وكأن الغنم مأخوذ من الغنيمة اذ ليس لها آلة الدفاع كالقرن وأنياب الثور والبعير اهـ دراية
قوله غنيمة أي كما يقال دويرة ونويرة اهـ قال في الغاية والابل بكسر الهمزة والباء الموحدة ويجوز تسكين

الباء تخفيفا وهو دبل ومثله بلز في الصفات وهي المرأة القصيرة العظيمة الحسنة قال الشيخ جمال الدين ابن الحاجب ولا ثالث لهما وذكر الميداني أربعة وزاد عليهما إطلا وهو الخاصرة وابلا الوحشية أي والولود وهي التي تلد كل عام قال في الممتع وفيما زعم سيبويه لم يأت فعل الا ابل وبلز لا حجة فيه لان الاشهر فيه بلز بالتشديد فيمكن أن يكون تخفيفا ولا حجة في اطل أيضا لانه لم يأت الا في الشعر نحو قول امرئ القيس * له أيطلا ظبي وساقا نعامة * فيجوز أن يكون مما أتبعت فيه الطاء الهمزة لضرورة قال ابن عصفور في الممتع وجاء وتد لغة في الوتد وحبر القلح على الاسنان وابط وبلح وحلب وهي جنس يقع على الذكور والاناث اهـ غاية ولفظها مؤنث تقول ابل سائمة اهـ غاية

المراد بالصدقة الزكاة وانما عبر عنها بالصدقة اقتداء بقوله تعالى انما الصدقات للفقراء أي الزكاة والسوائم جمع سائمة يقال سامت الماشية سوما أي رعت وأسامها صاحبها والمراد التي تسام للدر والنسل فان أسامها للحمل والركوب فلا زكاة فيها وان أسامها للبيع والتجارة ففيها زكاة التجارة لا زكاة السائمة لانهما مختلفان قدرا وسببا فلا يجعل أحدهما من الآخر ولا يبنى حول أحدهما على حول الآخر وانما بدأ بالسوائم اقتداء بكتب رسول الله صلى الله عليه وسلم فانها كانت مفتتحة بها ولانها أعز الاموال عند العرب فكانت البداءة بها أهم ثم قدم منها ما هو الاهم فالاهم قال رحمه الله (هي التي تكتفي بالرعي في أكثر السنة) أي السائمة هي التي تكتفي بالرعي في أكثر الحول حتى لو علفها نصف الحول لا تكون سائمة حتى لا تجب الزكاة فيها وقالت الشافعية في بعض الوجوه يشترط الرعي في جميع الحول كالنصاب ولا عبرة بالاكثر وفي بعضها ان علفها بقدر ما يتبين فيه أن مؤنة علفها أكثر مما لو كانت سائمة فلا زكاة فيها ولا معتبر بالاكثر كما لو كان أكثر النصاب سائمة ولنا أن اسم السائمة لا يزول بالعلف اليسير ولا يمنع دخولها في الخبر ولان اليسير من العلف لا يمكن الاحتراز عنه وقد لا توجد المرعى في جميع السنة وهو الظاهر فدعت الضرورة الى العلف في بعض الفصول فلو اعتبر اليسير منه لما وجبت الزكاة أصلا بخلاف ما اذا كان بعض النصاب معلوفا لان النصاب ووصف الاسامة علة فلا يتم من وجوده في جميعه والحول شرط فيكتفي بأكثره ذكره في الغاية وفيما اذا علفها نصف الحول وقع الشك في السبب لان المال انما صار سببا بوصف الاسامة فلا يجب الحكم مع الشك قال رحمه الله (ويجب في خمس وعشرين ابلا بنت مخاض وفيما دونه في كل خمس شاة وفي ست وثلاثين بنت لبون وفي ست وأربعين حقة وفي احدى وستين جذعة وفي ست وسبعين بنتا لبون وفي احدى وتسعين حقتان الى مائة وعشرين) على هذا اتفقت الآثار واشتهرت كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وأجمعت الامة وما روي عن علي رضي الله عنه من انه يجب في خمس وعشرين خمس شياه وفي ست وعشرين بنت مخاض شاذ لا يكاد يصح عنه حتى قال الثوري هذا غلط وقع من رجال علي اما علي فانه أفقه من أن يقول ذلك فان فيه موالاة بين الواجبين ولا وقص بينهما وهو خلاف أصول الزكاة وبنت المخاض هي التي طعنت في الثانية سميت به لان أمها تكون مخاضا عادة أي حاملا بأخرى ويسمى وجع الولادة مخاضا أيضا ومنه قوله تعالى فأجاءها المخاض الى جذع النخلة وبنت اللبون هي التي طعنت في الثالثة سميت به لان أمها تلد أخرى وتكون ذات لبن غالبا والحقة هي التي طعنت في الرابعة سميت به لانها حق لها الحمل والركوب أو الضراب والجذعة هي التي طعنت في الخامسة سميت به لمعنى في أسنانها يعرفه أرباب

(قوله وفي احدى وستين جذعة) هي بفتح الذال المعجمة اهـ غاية (قوله وفي ست وعشرين بنت مخاض الى آخره) روي ذلك عن الشعبي وشريك بن عبد الله ذكره السفاقسي في شرح البخاري اهـ غاية (قوله ولا وقص بينهما الى آخره) فان مبناه على ان الوقص يتلو الواجب والوجوب يتلو الوقص اهـ غاية (قوله وبنت المخاض هي التي طعنت الى آخره) وفي الينابيع بنت المخاض هي التي طعنت في السنة الثانية عند الفقهاء وعند أهل اللغة هي التي طعنت في الثالثة وبنت لبون هي التي طعنت في الثالثة عند الفقهاء وعند أهل اللغة هي التي طعنت في الرابعة الى آخرها ولم يتابع عليه فيما نقل عن أهل اللغة اهـ غاية (قوله سميت به الى آخره) قال الشيخ أبو البقاء في شرح المجمع وسميت بذلك لانه لا يستوفي ما يطلب منها الا بضرب مكلف وحبس مأخوذ من قولك جذعت الدابة اذا حبستها من غير علف اهـ وفي جوامع الفقه المعتبر في سن الابل بنت مخاض وسط وما زاد عليها في السن واقيمة عنه قلت ... لا يحل الشاة الوسط الا ...

الابل وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة والعفو بين الواجبين من خمس الى خمس وعشرين أربعة أربعة ومنها الى وجوب بنت لبون عشرة ومنها الى حقة تسعة ومنها الى جذعة أربع عشرة ومنها الى بنتي لبون أربع عشرة أيضا ومنها الى حقتين أربع عشرة أيضا ومنها الى واجب آخر وهو الشاة بعد الاستئناف على ما يذكر ثلاث وثلاثون قال رحمه الله (ثم في كل خمس شاة الى مائة وخمس وأربعين ففيها حقتان وبنت مخاض وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق ثم في كل خمس شاة وفي مائة وخمس وسبعين ثلاث حقاق وبنت مخاض وفي مائة وست وثمانين ثلاث حقاق وبنت لبون وفي مائة وست وتسعين أربع حقاق الى مائتين ثم تستأنف الفريضة أبدا كما بعد مائة وخمسين) ومعنى هذه الجملة أن الفريضة تستأنف بعد المائة والعشرين فيجب في كل خمس ذود شاة مع الحقتين الى خمس وعشرين ففيها بنت مخاض مع الحقتين فيكون هذا مع المائة الأولى والعشرين مائة وخمسا وأربعين وهو المراد بقوله الى مائة وخمس وأربعين ففيها حقتان وبنت مخاض ثم اذا زادت خمسة يجب فيها ثلاث حقاق وهو المراد بقوله وفي مائة وخمسين ثلاث حقاق والعفو فيه بين الواجبات أربعة أربعة ثم تستأنف الفريضة فيجب في كل خمس شاة مع ثلاث حقاق الى خمس وعشرين فيجب فيها بنت مخاض مع ثلاث حقاق فيكون مع الاول مائة وخمسا وسبعين وهو المراد بقوله وفي مائة وخمس وسبعين ثلاث حقاق وبنت مخاض وفي ست وثلاثين بنت لبون مع ثلاث حقاق فيكون مع الاول مائة وستا وثمانين وهو المراد بقوله وفي مائة وست وثمانين ثلاث حقاق وبنت لبون وفي ست وأربعين حقة مع الثلاث الاول فتكون جملة الابل مائة وستا وتسعين وهو المراد بقوله وفي مائة وست وتسعين أربع حقاق فاذا تم خمسين وهو مائتان مع الاول تستأنف الفريضة دائما كما استؤنفت في هذه الخمسين التي بعد المائة والخمسين والعفو فيها بين الواجبات ظاهر لانه مثل ما كان في الابتداء الا في صورة واحدة وهو ما اذا وجبت الحقة في ست وأربعين فان العفو فيها في الاول الى واجب آخر أربع عشرة وهنا ثمانية في كل دور وهو المراد بقوله ثم تستأنف الفريضة أبدا كما بعد مائة وخمسين وقال الشافعي اذا زادت على مائة وعشرين واحدة ففيها ثلاث بنات لبون واذا صارت مائة وثلاثين ففيها حقة وبنتا لبون ثم يدور الحساب على الاربعينات والخمسينات فيجب في كل أربعين بنت لبون وفي كل خمسين حقة كما يدور في

وسطا يجب الزكاة فيها دون الوسط ثم قال وفي خمس وعشرين بنت مخاض وسط وفي ست وثلاثين بنت لبون أو ابن لبون ويستوي في ذلك الذكور والاناث سواء كن منفردات أو مختلطات وفي المبسوط والمحيط والمفيد والبدائع لا يجزى في الابل الا الاناث كما في الحديث ولا يجزى الذكور الا بالقيمة وهو المذهب وفي المنافع اعتبر في الابل الاناث والصغار دون الذكور كبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة وهذه الاسنان صغار حتى لا تجزى في الاضحية فجعلت الانوثة كالجابر للصغر بخلاف البقر والغنم اه غاية (قوله وهي أكبر سن يؤخذ في الزكاة) وبعدها ثني وسدس وبازل ولا يجب شيء من ذلك في الزكاة لنهيه عليه الصلاة والسلام عن أخذ كرائم أموال الناس كذا في المبسوط اه كاكي (قوله ثم في كل خمس شاة الى آخره) أي تستأنف الفريضة فيجب اه هذا هو الاستئناف اه (قوله وفي مائة وست وتسعين أربع حقاق الى آخره) وفي المبسوط ان شاء أدى أربع حقاق من كل خمسين حقة وان شاء أدى خمس بنات لبون من كل أربعين بنت لبون اه غاية فان قيل هذا التخيير بين أربع حقاق وخمس بنات لبون كيف يصح فيما بلغ النصاب مائة وستا وتسعين لانه لا يستقيم بهذا الحساب قلنا انه لا يصح فيما قبل المائتين فيصح في المائتين فله الخيار في تأخير أداء الزكاة الى ان كانت الابل تبلغ مائتين فاذا بلغت مائتين فله الخيار في أربع حقاق أو خمس بنات لبون اه كاكي قوله وفي المبسوط أي وفتاوى قاضيخان اه كاكي (قوله كما بعد مائة وخمسين الى آخره) قيد به احترازا عن الاستئناف الذي بعد المائة والعشرين فان في ذلك الاستئناف ليس ايجاب بنت لبون ولا ايجاب أربع حقاق لانعدام وجود نصابهما اه دراية (قوله فيجب في كل خمس ذود شاة) الذود من الابل من الثلاث الى العشر وهي مؤنثة لا واحد لها من لفظها كذا في الصحاح وقيل من اثنين الى التسعة اه دراية (قوله فاذا تم خمسين وهو مائتان مع الاول تستأنف) قال الشيخ أبو بكر البقر رحمه الله في شرح الكنز اعلم ان الاستئناف آت في باب الابل ثلاثة أنواع الاول من خمسة الى مائة وعشرين والثاني من مائة وعشرين الى مائة وخمسين والثالث من مائة وخمسين الى مائتين فالاستئناف بعد المائتين كالاستئناف الاخير لا كالاستئناف الاول ولا كالاستئناف الثاني فان في الاستئناف الاول يجب الواجبات خمسة أنواع شاة وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة وفي الاستئناف الثاني ثلاثة شياه وبنت مخاض وحقة وفي الثالث أربعة شياه وبنت مخاض وبنت لبون وحقة والاستئناف الرابع وما بعده كالاستئناف الثالث ولهذا قيده بقوله كما بعد مائة وخمسين اه (قوله كما استؤنفت في هذه الخمسين التي بعد المائة والخمسين الى آخره) يعني في كل خمس شاة مع الاربع حقاق أو الخمس بنات لبون وفي عشر شاتان معها وفي خمس عشرة ثلاث شياه معها وفي عشرين أربع معها فاذا بلغت مائتين وخمسا وعشرين ففيها بنت مخاض معها الى ست وثلاثين فبنت لبون معها الى ست وأربعين ومائتين ففيها خمس حقاق حينئذ الى مائتين وخمسين ثم تستأنف كذلك ففي مائتين وست وتسعين ست حقاق الى ثلثمائة وهكذا اه فتح القدير

البقر على الثلاثيات والاربعينات لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كتب اذا زادت الابل على مائة وعشرين ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون من غير شرط عندما دون الاربعين وما دون بنت لبون وهو بنت مخاض والشاة رواه الدارقطني ولنا كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمرو بن حزم فكان فيه اذا بلغت احدى وتسعين ففيها حقتان الى أن تبلغ عشرين ومائة فاذا كانت أكثر من ذلك ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون فالفضل فانه يعاد الى أول فرائض الابل فما كان أقل من خمس وعشرين ففيه الغنم في كل خمس ذود شاة رواه أبو داود والترمذي وأبو جعفر الطحاوي وقال أبو الفرج قال أحمد بن حنبل حديث ابن حزم في الصدقات صحيح ومذهبنا منقول عن ابن مسعود وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما وكفى بهما قدوة وهما أفقه الصحابة وعلي كان عاملا فكان أعلم بحال الزكاة وما رواه الشافعي قد عملنا بموجبه فانا أوجبنا في أربعين بنت لبون وفي خمسين حقة فان الواجب في الاربعين ما هو الواجب في ست وثلاثين والواجب في الخمسين ما هو الواجب في ست وأربعين ولا يتعرض هذا الحديث لنفي الواجب عما دونه فنوجبه بما روينا ونحمل الزيادة بما رواه على الزيادة الكثيرة جمعا بين الاخبار ألا ترى الى ما رواه الزهري عن سالم عن أبيه أنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد كتب الصدقة ولم يخرجها الى عماله حتى توفي قال ثم أخرجها أبو بكر من بعده فعمل بها حتى توفي ثم أخرجها عمر فعمل بها ثم أخرجها عثمان فعمل بها فكان فيها في احدى وتسعين حقتان الى عشرين ومائة فاذا كثرت الابل ففي كل خمسين حقة وفي كل أربعين بنت لبون الحديث رواه أبو داود والترمذي وبزيادة الواحدة لا يقال كثرت وهذا يؤيد ما ذكرنا بل نص عليه وقد وردت أحاديث كلها تنص على وجوب الشاة بعد المائة والعشرين ذكرها في الغاية ولولا خشية الاطالة لاوردناها ولان الواحدة الزائدة على مائة وعشرين ان كان لها حصة من الواجب يكون في كل أربعين وثلث بنت لبون فيكون مخالفا للحديث لانه أوجبها في كل أربعين وان لم يكن لها حصة من الواجب كما هو مذهبه فهو مخالف لاصول الزكاة فان ما لا يكون له حظ من الواجب لا يتغير به الواجب قال رحمه الله (والبخت كالعراب) لان اسم الابل يتناولهما فيدخلان تحت النصوص الواردة ضرورة والبخت جمع بختي وهو المتولد بين العربي والفالج والفالج هو الجمل الضخم ذو السنامين يحمل من السند للفحلة والبختي منسوب الى بخت نصر والعراب جمع عربي للبهائم وللاناسي عرب ففرقوا بينهما في الجمع والعرب هم الذين استوطنوا المدن أو القرى العربية والاعراب أهل البدو واختلفوا في نسبتهم والاصح أنهم نسبوا الى عربة بفتحتين وهي من تهامة لان أباهم اسمعيل عليه السلام نشأ بها والله أعلم

﴿ باب صدقة البقر ﴾

قدم البقر على الغنم لقربها من الابل من حيث الضخامة حتى شملها اسم البدنة سميت بقرا لانها تبقر الارض أي تشقها والبقر جنس والواحدة بقرة ذكرا كان أو أنثى كالتمر والتمرة قال رحمه الله (في ثلاثين بقرة تبيع ذو سنة أو تبيعة وفي أربعين مسن ذو سنتين أو مسنة) وهو قول علي بن أبي طالب وأبي سعيد الخدري والتبيع ما طعن في الثانية سمي به لانه يتبع أمه والمسن ما طعن في الثالثة وقال أهل الظاهر لا زكاة في أقل من خمسين من البقر وادعوا فيه الاجماع من حيث ان أحدا لم يقل بعدم وجوب الزكاة في الخمسين وقال قوم في خمس من البقر شاة وفي العشر شاتان وفي خمس عشرة ثلاث شياه وفي العشرين أربع شياه وفي خمس وعشرين بقرة الى خمس وتسعين فان زادت واحدة ففيها بقرتان الى مائة وعشرين فاذا زادت واحدة ففي كل أربعين بقرة مسنة اعتبروه بالابل وقالوا هو قول عمر ابن الخطاب وقول جابر بن عبد الله الانصاري ولنا ما رواه الترمذي باسناده عن معاذ بن جبل أنه عليه

(قوله ثم أخرجها عمر فعمل بها) أى حتى توفي ثم أخرجها عثمان فعمل بها ثم أخرجها علي فعمل بها اه وهذه الزيادة ليست في خط الشارح رحمه الله (قوله وقد وردت أحاديث الى قوله ذكرها في الغاية) نقله الشيخ كمال الدين في الفتح معزيا الى الشارح ورأيت بهامش فتح القدير حاشية بخط الشيخ العلامة شمس الدين بن أمير حاج الحلبي رحمه الله نصها وهذه الحوالة من شارح الكنز غير رائجة اه (قوله لا يتغير به الواجب) أى كالعلوفة اه غاية

﴿ باب صدقة البقر ﴾

(قوله والواحدة بقرة الى آخره) والهاء للافراد اه غاية والبيقور البقر والياء والواو زائدتان وأهل اليمن يسمون البقرة باقورة والباقر اسم جمع البقر مع رعاته كالجامل جماعة الجمال وفي شرح النووي البقر جنس واحدته بقرة وباقورة وعن أبي يوسف البقرة الانثى اه غاية (قوله في ثلاثين بقرة الى آخره) أى سائمة غير مشتركة حال عليها الحول اه باكير (قوله وقال أهل الظاهر الى آخره) فاذا ملك خمسين بقرة عاما قريبا متصلا ففيها بقرة وفي المائة بقرتان ثم في كل خمسين بقرة بقرة ولا شئ في الزيادة حتى تبلغ خمسين اه غاية (قوله اعتبروه بالابل) أى كما في الاضحية اذ كل منهما يجزيه عن سبعة اه غاية

(قوله ربع عشر مسنة) أى أو مسن (قوله أو ثلث عشر التبيع) أى أو تبيعة (قوله أو عشر تبيع) وهذا يدل على انه لا نصاب فى الزيادة عنده اه غاية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) أى والشافعى ومالك وابن حنبل وعامة العلماء اه غاية (قوله وهو رواية عن أبى حنيفة الى آخره) قال فى المحيط والبدائع وهو أوفق الروايات عنه وفى جوامع الفقه وهو المختار اه غاية وقال فى الغاية أيضا ولا خلاف فيما بين الثلاثين والاربعين ولا بعد الستين فى غير العقود اه وروى الدارقطنى من طريق بقية بن الوليد عن المسعودى عن الحكم عن طاوس عن ابن عباس قال قال لما بعث الى آخر ماذكره الشارح قال فى الغاية قال عبد الحق وبقية لا يحتج به وقال أبو الحسن بن القطان رده بأن بقية لا يحتج به ولم يتعرض الى من هو أضعف منه وهو المسعودى اه وكتب على قوله وهو رواية مانصه أسد بن عمر اه غاية قوله وروى الدارقطنى أى والبزار اه فتح (قوله فلما قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله عن الاوقاص فقال ليس فيها شئ) قال المسعودى والاوقاص ما بين الثلاثين الى الاربعين والاربعين الى الستين اه فتح

الصلاة والسلام بعثه الى اليمن وأمره بأن يأخذ من كل ثلاثين بقرة تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنة قال رحمه الله (وفيما زاد بحسابه الى ستين) أى فيما زاد على الاربعين يجب فيه بحسابه الى ستين ففى الواحدة الزائدة ربع عشر مسنة أو ثلث عشر التبيع وفى الثنتين نصف عشر مسنة أو ثلثا عشر تبيع وفى الثلاثة ثلاثة أرباع عشر مسنة أو عشر تبيع وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله فى رواية الاصل وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه لا يجب فى الزيادة شئ حتى تبلغ خمسين ففيها مسنة وربع مسنة أو ثلث تبيع وقال أبو يوسف ومحمد لا شئ فى الزيادة حتى تبلغ ستين وهو رواية عن أبى حنيفة رحمه الله لهما انه عليه الصلاة والسلام لما بعث معاذا الى اليمن أمره أن يأخذ من كل ثلاثين من البقر تبيعا أو تبيعة ومن كل أربعين مسنا أو مسنة فقالوا الاوقاص فقال ما أمرنى فيها بشئ وسأسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا قدمت عليه فلما قدم على رسول الله صلى الله عليه وسلم سأله عن الاوقاص فقال ليس فيها شئ وفسروها بما بين أربعين الى ستين ولان الاصل فى الزكاة أن يكون بين كل واجبين وقص لان توالى الواجبات غير مشروع فيها الاسيما فيما يؤدى الى التشقيص فى المواشى وجه رواية الحسن وهو القياس ان الاوقاص من البقر تسع تسع كما قبل الاربعين وبعد الستين فكذا هنا وجه رواية الاصل ان المال سبب الوجوب ونصب النصاب بالرأى لا يجوز وكذا اخلاؤه عن الواجب بعد تحقق سببه وحديث معاذ غير ثابت لانه لم يجتمع برسول الله صلى الله عليه وسلم بعدما بعثه الى اليمن فى الصحيح ولئن ثبت فقد قيل المراد به الصغار اذا كانت وحدها وبه نقول فلا يلزمه مع الاحتمال فان قيل فيما قلت أيضا خلاف القياس وهو ايجاب الكسور فبم يترجح مذهبه على مذهبهما قلنا ايجاب الكسور أهون من نصب النصاب بالرأى لان اثبات التقدير واخلاء المال عن الواجب بالرأى ممتنع وهذا لان قوله تعالى وفى أموالهم حق معلوم للسائل والمحروم ظاهر يتناول كل مال فلا يجوز اخلاؤه عن الواجب بالرأى ولان الاحتياط فى العبادات الايجاب أيضا فكان أولى ولان ماذكروه من الوقص وهو تسعة عشر ليس من أوقاص البقر اذ هى تسعة تسعة فبطل قياسهم عليها قال رحمه الله (ففيها تبيعان) أى فى الستين تبيعان (وفى سبعين مسنة وتبيع وفى ثمانين مسنتان فالفرض يتغير فى كل عشر من تبيع الى مسنة) أى يجب فى كل ثلاثين تبيع وفى كل أربعين مسنة لما روى انه عليه الصلاة والسلام كتب ذلك لاهل اليمن فيتغير فى كل عشر من تبيع الى مسنة

قال الجوهرى والمطرزى الوقص بفتح القاف ما بين الفريضتين فى جميع الماشية قلت والفتح أشهر عند أهل اللغة وصنف ابن برى جزأ فى تخطئة الفقهاء ولحنهم فى اسكان القاف وليس كما قال والشنق مثله وقال الاصمعى الشنق يختص بالابل والوقص بالبقر والغنم ويقال وقس بالسين المهملة أيضا وقيل يطلق على ما لا يجب فيه الزكاة وقال سند الجمهور على تسكين القاف وقيل تفتح لان جمعه أوقاص كجبل وأجبال وجبل واجبال ولو كان ساكنا لجمع على أفعل نحو فلس وأفلس وكلب وأكلب قال الشيخ شهاب الدين القرافى رحمه الله فى الذخيرة لا حجة فيه لانهم قالوا حول وأحوال وهول وأهوال ﴿قلت﴾ باب ثوب وحول وهو المعتل العين بالواو وقياسه ان يجمع كذلك فلا نقض وانما وبالعكس الذى أورده الشيخ موفق الدين بن يعيش وشرح المفصل نحو فرخ وأفراخ وزند وأزناد ورأد وأرآد وأنف وأناف والرأد أصل اللحيين والزند العود الذى يقدح به النار وهو الاعلى والزندة السفلى فيها ثقب وهى الانثى وجمعوا هذه الاسماء على أفعال لان الرأد فى معنى الذقن والزند فى معنى العود وفرخ فى معنى طير أو ولد حملت على المعنى فى الجمع أولان الهمزة مقارنة للالف فقالوا أرآد كما قالوا أبواب والنون فى زند وأنف ساكنة فهى غنة جرت بغنتها مجرى المتحركة والراء فى فرخ حرف مكرر فجرى تكريره مجرى الحركة هكذا ذكره فى باب الجمع ونقض النورى بأوطاب وأوعاد وأوغاد اه غاية (قوله ولئن ثبت فقد قيل المراد به) أى بالوقص (قوله الصغار) أى وهو العجاجيل اه دراية والمراد ما بين الثلاثين الى الاربعين اه غاية بالمعنى أو المراد منها ان أريد العفو قلة العدد فى الابتداء فان الوقص فى الحقيقة لما لم يبلغ نصابا وذلك فى الابتداء كذا فى المبسوط اه دراية

(قوله والجاموس كالبقر) والبقر الوحشي ملحق بغير الجنس كالحمار الوحشي حتى لو آلف لا يلتحق بالاهلي حكما بدليل حل أكله فكذا البقر الوحشي وفي المغني تجب الزكاة في بقر الوحش في رواية عند ابن حنبل ولم يقل به أحد غيره والسوم والنصاب حولا كاملا شرط عنده فكيف يتحقق فيه السوم وملك النصاب حولا كاملا ومتى يجتمع من بقر الوحش ثلاثون كالسائمة واسم البقر لا يتناوله عند الاطلاق فكان القول به شرعا بلا كتاب ولا سنة ولا قياس صحيح ولهذا لا يجزى في الاضحية والهدي وليس من بهيمة الانعام فصار كالظباء بل أولى فان الظبية تسمى عنزا ولا تسمى بقر الوحش بقرا بغير اضافة ويجب عند الحنابلة في المتولد بين الوحشي والاهلي وعند الشافعي لا يجب مطلقا وهو قول داود وعندنا ان كانت الام أهلية يجب وان كانت وحشية لا يجب وبه أخذ مالك قاسوا على المتولد بين السائمة والعلوفة وزعموا أن غنم مكة متولدة بين الظباء والغنم وفيها الزكاة وألزمنا النووي بعدم الاجزاء في الاضحية والالزام باطل وفي المحلى قال ابراهيم النخعي لا تجب الزكاة الا في إناث الابل والبقر والغنم اه غاية (قوله وفي العادة أن أوهام الناس لا تسبق اليه) أي حتى لو كثر في موضع ينبغي أن يحنث كذا في مبسوط فخر الاسلام اه كاكي (قوله لانه يوهم أنه ليس ببقر) أي بخلاف قوله فيما سبق والبخت كالعراب لانهما فردان لجنس واحد وهو الابل اه

﴿فصل في الغنم﴾ (قوله وهو مشتق من الغنيمة الى آخره) اذ ليس لها آلة الدفاع فكانت غنيمة لكل طالب اه فتح

وبالعكس ضرورة وان احتمل تقديرهما فهو مخير كالثلاثة وعشرين مثلا ان شاء أدى ثلاث مسنات وان شاء أدى أربع أتبعة لان أحدهما ليس بأولى من الآخر قال رحمه الله (والجاموس كالبقر) لانه بقر حقيقة اذ هو نوع منه فيتناولهما النصوص الواردة باسم البقر بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحم البقر حيث لا يحنث بأكل لحم الجاموس لان مبنى الايمان على العرف وفي العادة أن أوهام الناس لا تسبق اليه وذكر في الغاية معزيا الى المحيط أنه لو حلف لا يشترى بقرا فاشترى جاموسا يحنث وفيه نظر لما قلنا وأنواع البقر ثلاثة العراب والجاموس والدربانية وهي التي لها اسنمة والبقر يشمل الكل فيكون حكمها واحدا في قدر النصاب والواجب وعند الاختلاط يجب ضم بعضها الى بعض لتكميل النصاب ثم تؤخذ الزكاة من أعلاها ان كان بعضها أكثر من بعض وان لم يكن يؤخذ أعلى الادنى وأدنى الاعلى وعلى هذا البخت والعراب والضأن والمعز وقولهم والجاموس كالبقر ليس بجيد لانه يوهم أنه ليس ببقر

﴿فصل﴾ في الغنم وهو مشتق من الغنيمة قال رحمه الله (في أربعين شاة شاة وفي مائة واحدى وعشرين شاتان وفي مائتين وواحدة ثلاث شياه وفي أربعمائة أربع شياه ثم في كل مائة شاة) بهذا اشتهرت كتب رسول الله صلى الله عليه وسلم وكتب أبي بكر وعمر وعليه انعقد الاجماع قال رحمه الله (والمعز كالضأن) لان النص ورد باسم الشاة والغنم وهو شامل لهما فكانا جنسا واحدا فيكمل نصاب أحدهما بالآخر قال رحمه الله (ويؤخذ الثني في زكاتها لا الجذع) والثني ما تمت له سنة والجذع ما أتى عليه أكثرها وهذا على تفسير الفقهاء وعند أهل اللغة الجذع ما تمت له سنة وطعن في الثانية والثني ما تم له سنتان وطعن في الثالثة وعن أبي حنيفة أنه يجزيه الجذع من الضأن وهو قولهما لقوله عليه الصلاة والسلام (٢) انما حقنا في الجذع ولانه يتأدى به الاضحية فكذا الزكاة

(قوله والمعز) أي وهو اسم لذات الشعر اه باكير (قوله كالضأن) أي وهو اسم لذات الصوف اه باكير والضأن مهموز قال النووي ويجوز تخفيفه بالاسكان كنظائره يعني كرأس وبأس ﴿قلت﴾ تخفيفه ليس بالاسكان بل بابدالها ألفا كما في رأس فابدلت بحرف حركة ما قبلها لما كانت ساكنة واسكان الالف محال لانها لا تكون الا ساكنة قال وهو جمع ضائن بهمزة قبل النون كراكب وركب ويقال في الجمع أيضا ضأن بفتح الهمزة كحارس وحرس ويجمع أيضا على ضئين كغاز وغزى ﴿قلت﴾ الركب والحرس والغزى كل منها ليس بجمع على الاصح بل هو اسم جمع ذكره ابن الحاجب في النحو والتصريف ولعل صناعة العربية عنده غير قوية قال والمعز بفتح العين واسكانها اسم جنس والواحد ماعز ﴿قلت﴾ هما اسم جمع كركب وحلق والمعيز بفتح الميم والامعوز بضم الهمزة بمعنى المعز اه غاية (قوله ويؤخذ الثني في زكاتها الى آخره) أي في زكاة الغنم وهذه الرواية الاصل عند أبي حنيفة وهي ظاهر الرواية اه غاية (قوله وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجزيه الجذع الى آخره) وهي رواية الحسن اه غاية (قوله وهو قولهما) وفي المعز لا يجزي الا الثني باتفاق الروايات اه غاية (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام انما حقنا في الجذع) غريب بلفظه وأخرج أبو داود والنسائي وأحمد في مسنده عن سعد قال جاءني رجلان مرتدفان فقالا انا رسولا رسول الله صلى الله عليه وسلم بعثنا اليك لتؤتينا صدقة غنمك قلت وما هي قالا شاة قال فعمدت الى شاة ممتلئة مخاضا وشحما فقال الا هذه شاة شافع وقد نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نأخذ شافعا والشافع التي في بطنها ولدها قلت فأي شيء تأخذان قالا عناقا جذعة أو ثنية فأخرجت اليهما عناقا فتناولاها وروى مالك في الموطا من حديث سفيان بن عبد الله ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعثه مصدقا فكان يعد السخل فقالوا تعد علينا السخل ولا تأخذه فلما قدم على عمر ذكر له ذلك فقال له عمر نعم تعد عليهم السخلة يحملها الراعي ولا تأخذها ولا تؤخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم وتؤخذ الجذعة والثنية وذلك عدل بين غذاء

واغا شرط أن يكون الجذع من الضأن لانه ينزو فيلقح ومن المعز لا يلقح وجه الظاهر قول على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا لا يؤخذ فى الزكاة الا الثنى فصاعدا وجواز التضحية به عرف نصا فلا يلحق به غيره وتأويل ماروى أنه يجوز بطريق القيمة وقال صاحب الهداية المراد بما روى الجذع من الابل وفيه نظر لان الجذع لا يجوز فى زكاة الابل وهو المروى فى الحديث وانما يجوز الجذعة وهى الانثى ويؤخذ فى زكاة الغنم الذكور والاناث وقال الشافعى لا يجوز الذكور الا اذا كان النصاب كله ذكورا لان منفعة النسل لا تحصل منه وان كان كله ذكورا يجب عليه جزء من النصاب ولا يجب عليه ماليس منه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى كل أربعين شاة شاة واسم الشاة يتناولهما ولأن الذكر والانثى من الغنم لا يتفاوتان فى أحدهما كما فى البقر دون الابل لان الانثى فيها منصوص عليها وهى بنت لبون وبنت المخاض والحقة والجذعة ولانهما من الابل يتفاوتان تفاوتا فاحشا فلا يقوم الذكر مقام الانثى وقوله ان منفعة النسل لا تحصل منه قلنا ان رعاية منفعته فى النصاب تخفيفا فى حق الملاك حتى لا يؤخذ من رأس ماله وجبر الا فيما يأخذه الفقير لانه يطلب سد الخلة لا النسل منه قال رحمه الله (ولاشئ فى الخيل)

الغنم وخياره قال النووى سنده صحيح وأما ماروى عن على لا يؤخذ فى الزكاة الا الثنى فغريب والله أعلم فالدليل يقتضى ترجيح هذه الرواية والحديث الاول صريح فى رد التأويل الذى ذكره المصنف ان كان قول الصحابيين تأخذ عناق جذعة أو ثنية له حكم الرفع أو لم يكن وكذا قول عمر فى ذلك فيجب ترجيح غير ظاهر الرواية أعنى ماروى عن أبى حنيفة من جواز أخذ الجذعة على ظاهر الرواية عنه فى تعيين الثنى اهـ فتح القدير (قوله ومن المعز لا يلقح) حتى يصير ثنيا اهـ غاية (قوله وجواز التضحية به عرف نصا) أى وهو قوله عليه الصلاة والسلام نعمت الاضحية الجذع من الضأن اهـ كاكى (قوله وقال صاحب الهداية المراد بما روى الخ) قال السروجى رحمه الله وحمل صاحب الكتاب ماروى عنه عليه الصلاة والسلام انما حقنا الجذع والثنى على الابل بعيد فان الجذع من الابل لا يؤخذ فى الزكاة اذ الذكر لا يجزئ فيها والثنى من الابل لا يؤخذ لانه لا يجاوز الجذعة من الابل اهـ (قوله ولان الذكر والانثى لا يتفاوتان) أى من الغنم اهـ ﴿فروع﴾ شاة بين اثنين وبين أحدهما وبين آخر تسع وسبعون شاة فعلى الذى تم نصابه شاة وقال زفر لا زكاة عليه لانه ملك التسعة والثلاثين ونصفين من شاتين فلم يكمل الاربعين ولنا انه ملك نصف الثمانين شائعا بدليل ان شريكه لو كان واحدا تجب فبتعدد الشركاء لا ينقص ملكه ولا ينعدم صفة الغنى فى حقه وكذا لو كان ثمانون شاة بينه وبين ثمانين رجلا كل شاة بينه وبين واحد منهم أو ثمانون بقرة بين ثمانين نفرا الكل واحد نصف بقرة ولاحدهم ثمانون نصفا أو عشر من الابل بين واحد وبين عشرة لكل واحد نصف بعير فعليه زكاة نصيبه خلافا لزفر هكذا ذكره فى المحيط والمبسوط عند أبى يوسف خلافا لزفر وفى المفيد والمزيد عن أبى يوسف على الذى تم نصابه الزكاة عندنا قول على انه قول الثلاثة وفى النوادر ثمانون شاة لرجلين أحدهما له ثلثاها والآخر له ثلثها فأخذ المصدق شاة لزكاة صاحب الثلثين رجع صاحب الثلث بقيمة ثلث شاة لان صاحب الثلثين دفع ثلث شاة من ملك شريكه ولو كانت الغنم مائة وعشرين بين رجلين لاحدهما ثلثاها وللآخر ثلثها تجب على كل واحد شاة وأخذ المصدق شاتين من صاحب الثلثين يرجع على صاحب الثلث بقيمة ثلث شاة لان نصيب صاحب الثلثين فى شاتين شاة واحدة وثلث فاذا أخذ المصدق شاة كاملا لاجل صاحب الثلث وهنا فقد أخذ ثلثا من نصيب صاحب الثلثين لاجل زكاة صاحب الثلث فيرجع بذلك عليه فهو معنى قوله عليه السلام فانهما يتراجعان بالسوية وفى المبسوط يرجع صاحب الكثير على صاحب القليل بثلث شاة ثم اذا حال حول آخر يجب شاة فى مال صاحب الكثير ولا يجب على صاحب القليل لنقص ماله عن النصاب فاذا أخذ المصدق شاة من عرض المالكين رجع صاحب القليل على صاحب الكثير بثلث شاة فهو معنى التراجع بالسوية وفى النهاية وقوله بالسوية دليل على ان الساعى اذا ظلم أحدهما بالزيادة لا يرجع بها على شريكه بل يغرم له قيمة ما يخصه من الواجب دون الزيادة ولو كانت مائتان وخمسون شاة بين اثنين لاحدهما مائة وللآخر مائة وخمسون وأخذ المصدق منها ثلاث شياه رجع صاحب المائة على الآخر بخمس شاة وفى المرغينانى رجل له عشرون من الغنم فى جبل وعشرون فى السواد يأخذ كل واحد من المصدقين ركاتها فى عمله وهو نصف شاة عند الامام وأبى يوسف اهـ غاية (قوله فى المتن ولاشئ فى الخيل) والخيل اسم جمع العراب والبراذين ذكورها واناثها كالركب ولا واحد لها من لفظه وواحدها فرس قال الجوهرى يذكر ويؤنث ويصغر بغير تاء وهو شاذ ومعها ثمانى كلمات فى بيت موزون وهو

ذود وقوس وحرب درعها فرس ٭ ناب كذا نصف عرس ضحا غرب

وفى القدر وجهان والاجود قدير وفى الصحاح الخيل الفرسان قال الله تعالى وأجلب عليهم بخيلك والخيل أيضا الخيول فيكون الثانى جمع اسم الجمع كالقوم والاقوام والخيالة أصحاب الخيل وفى النهاية لابن الاثير يا خيل الله اركبى أى يا فرسان خيل الله اركبى بحذف المضاف قلت لا حاجة بنا الى حذف المضاف لان الخيل يعن الفرسان والخيول كما ذكره الجوهرى ويدل عليه قوله اركبى اهـ غاية

وهذا عند أبي يوسف ومحمد وهو اختيار الطحاوي وقال أبو حنيفة وزفر اذا كانت ذكورا وإناثا فصاحبها بالخيار ان شاء أعطى عن كل فرس دينارا وان شاء قومها وأعطى عن كل مائتي درهم خمسة دراهم وهو قول حماد بن أبي سليمن وابراهيم النخعي لابي يوسف ومحمد قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المسلم في فرسه وغلامه صدقة متفق عليه وقوله عليه الصلاة والسلام عفوت لكم عن صدقة الجبهة والكسعة والنخة وقوله عليه الصلاة والسلام عفوت لكم عن صدقة الخيل والرقيق ولابي حنيفة وزفر ماروى عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال في الخيل في كل فرس دينار ذكره في الامام عن الدارقطني وثبت أنه عليه الصلاة والسلام قال ولم ينس حق الله في رقابها وهو الزكاة ولا يجوز حمله على زكاة التجارة لانه عليه الصلاة والسلام قد سئل عن الحمير بعد الخيل فقال لم ينزل على فيها شيء فلو كان المراد زكاة التجارة لما صح نفيه عن الحمير والتخيير مأثور عن عمر رضي الله عنه وقال أبو عمر بن عبد البر الخبر في صدقة الخيل صحيح عن عمر ومروان شاور الصحابة رضي الله عنهم فروى أبو هريرة قوله عليه الصلاة والسلام ليس على الرجل في عبده ولا فرسه صدقة فقال مروان لزيد بن ثابت يا أبا سعيد ما تقول فقال أبو هريرة عجبا من مروان أحدثه بحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو يقول يا أبا سعيد فقال زيد صدق رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما أراد به فرس الغازي وانما خير عمر أربابها بين الدينار وبين ربع عشر قيمتها لان قيمة الفرس يومئذ كانت أربعين دينارا وتفاوتها قليل ثم شرط لوجوب الزكاة فيها أن تكون ذكورا وإناثا ليلا نماء بالتناسل بحصل بهما ولو كانت إناثا منفردات أو ذكورا منفردات ففيه روايتان والاشبه ان يجب

(قوله وهذا عند أبي يوسف ومحمد) والائمة الثلاثة وغيرهم اه غاية (قوله وهو اختيار الطحاوي) وعليه الفتوى اه غاية (قوله فصاحبها بالخيار) قال في الحواشي قوله وصاحبها بالخيار احتراز من قول الطحاوي فانه جعل الخيار الى العامل في كل ما يحتاج الى حماية السلطان اه غاية (قوله وهو قول حماد بن أبي سليمن) واسمه مسلم شيخ أبي حنيفة اه غاية (قوله وابراهيم النخعي) حكاه عنه في الروضة اه غاية وكتب ما نصه وزيد بن ثابت من الصحابة اه غاية (قوله عفوت لكم عن صدقة الجبهة الى آخره) قال أبو عبيد الجبهة الخيل والكسعة الحمير والنخة الرقيق قال الكسائي وغيره النخة بالضم البقر العامل والكسعة مضمومة الكاف وفيها قولان أحدهما الرقيق والآخر الحمير وكلاهما يرجع الى معنى الكسع وهو الدفع وكذا في النخة انها العوامل من البقر أو من الرقيق وذكر الفارسي في مجمع الغرائب القراءات النخة أن يأخذ المصدق دينارا بعد فراغه من الصدقة وقيل النخة الحمير وقيل كل دابة استعملت من ابل وبقر وبغال وحمير ورقيق اه غاية وفي المغرب الجبهة الخيل والكسعة الحمير وقيل صغار الغنم وعن الكرخي النخة بالفتح والضم الرقيق اه كاكي وقال في الغاية وفي الامام روى البيهقي من حديث بقية بن الوليد قال قال حدثني أبو معاذ سليمن بن أرقم عن الزهري عن سعيد بن المسيب عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عفوت لكم عن صدقة الجبهة والكسعة والنخة قال بقية الجبهة الخيل والكسعة البغال والنخة المربيات في البيوت (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام عفوت لكم عن صدقة الخيل الى آخره) رواه الترمذي باسناده الى علي رضي الله عنه يرفعه اه غاية (قوله ذكره في الامام عن الدارقطني) أي ورواه أبو بكر الرازي أيضا اه غاية (قوله فقال لم ينزل على فيها شيء) أي سوى هذه الآية الجامعة الفاذة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره اه غاية (قوله فلو كان المراد زكاة التجارة) كذا في نسخة شيخنا وفي نسخة المصنف الخيل وهو خلاف الصواب اه (قوله الخبر في صدقة الخيل صحيح) أي من حديث الزهري اه غاية (قوله ومروان شاور الصحابة الى آخره) أي وقعت هذه الحادثة في زمنه فشاور اه غاية (قوله وانما أراد به فرس الغازي الى آخره) فأما ما حبس لطلب نسلها ففيها الصدقة فقال كم فقال في كل فرس دينار أو عشرة دراهم وفي الينابيع وغيره قيل هذا في خيل العرب كان لان كل فرس كان قيمتها أربعمائة درهم فالدينار عشرة دراهم فيكون عن كل مائتي درهم خمسة دراهم وأما الآن تتفاوت قيمتها فتقوم اه غاية وقال في الغاية أيضا وحديثهم الاول محمول على خيل الركوب اذ هو متروك الظاهر أنها تجب اذا كانت للتجارة ولان الغلام المعطوف لا يكون سائمة فكذا المعطوف عليه والحديث الثاني الذي هو حديث علي قال أبو داود رواه شعبة وسفيان وغيرهما عن أبي اسحق عن عاصم عن علي ولم يرفعوه ذكره في الامام ثم ان الرقيق ان كان للتجارة تجب فيه الزكاة وان لم يكن للتجارة لا يمكن ان يكون سائمة فهو متروك الظاهر اتفاقا وأما حديث بقية بن الوليد عن أبي معاذ فقد قال البيهقي أبو معاذ متروك الحديث قلت وبقية ضعيف مدلس أيضا وقيل أحاديث بقية غير نقية فكن منها على تقية وروى من طرق قال البيهقي أسانيد هذا الحديث ضعيفة اه (قوله والاشبه الى آخره) قال الكمال والراجح في الذكور عدم الوجوب وفي الاناث الوجوب اه وفي الدراية وعن أبي حنيفة أن الزكاة تجب في الذكور المنفردة أيضا باعتبار أنها سائمة كذا في الايضاح وفي المبسوط وجهه أن الآثار جعلت هذا نظير سائر أنواع السوائم فان بسبب السوم تخف المؤنة به يصير المال مال الزكاة فكذا في الخيل اه وفي البدائع الخيل ان كانت تعلف للركوب أو الحمل أو الجهاد في سبيل الله فلا زكاة فيها اجماعا وان

ولما روينا من حديث الكسعة وأجمعت الامة على ذلك الا أن يكون التجارة في الاناث لانها تتناسل بالفحل المستعار ولا يجب في الذكور لعدم النماء بخلاف ذكور الابل والبقر والغنم المنفردات لان لحمها يزداد بالسمن وزيادة السن اذ هو مأكول دون لحم الخيل فلا تعتبر زيادتها وكذا لا تعتبر زيادتها من حيث المالية لان ذلك لا يعتبر الا في أموال التجارة ثم اختلفوا على أصله هل يشترط فيها نصاب أم لا قيل يشترط واختلفوا في قدره فعن الطحاوي أنه خمسة وقيل ثلاثة وقيل اثنتان ذكر وأنثى والصحيح أنه لا يشترط لعدم النقل بالتقدير ولا يؤخذ من عينها الا برضا صاحبها بخلاف سائر المواشي قال رحمه الله (و) لا في (البغال والحمير) لقوله عليه الصلاة والسلام لم ينزل علي فيهما شيء الا هذه الآية الجامعة الفاذة فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرا يره والمقادير لا تثبت الا سماعا ولان البغال لا تتناسل فلا نماء وهو شرط لوجوب الزكاة والمقصود من الحمير الحمل والركوب غالبا دون التناسل وانما تتناسل في غير وقت الحاجة لدفع مؤنة العلف تخفيفا ولو كانت للتجارة تجب فيها الزكاة كسائر العروض قال رحمه الله (و) لا في (الحملان والفصلان والعجاجيل) أي لا تجب فيها الزكاة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وكان أبو حنيفة أولا يقول يجب فيها ما يجب في المسان وبه أخذ مالك وزفر ثم رجع وقال فيها واحدة منها وبه أخذ أبو يوسف ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب أنه ليس فيها شيء وبه أخذ محمد وروي عن أبي يوسف أنه قال دخلت على أبي حنيفة فقلت له ما تقول فيمن يملك أربعين حملا فقال فيها شاة مسنة فقلت ربما تأتي قيمة الشاة على أكثرها أو جميعها فتأمل ساعة ثم قال لا ولكن يؤخذ واحدة منها فقلت أو يؤخذ الحمل في الزكاة فتأمل ساعة ثم قال لا اذا لا يجب فيها شيء فعد هذا من مناقبه حيث أخذ بكل قول من أقاويله مجتهد ولم يضع من أقاويله شيء وقال محمد بن شجاع لو قال قولا رابعا لأخذت به ومن المشايخ من رد هذا وقال ان مثل هذا من الصبيان محال فما ظنك بأبي حنيفة وقال بعضهم لا معنى لرده لانه مشهور فوجب أن يؤول على ما يليق بحاله فيقال انه امتحن أبا يوسف هل يهتدي الى طريق المناظرة فلما عرف أنه يهتدي اليه قال قولا عول عليه وتكلموا في صورة المسئلة قيل

كانت للتجارة تجب فيها اجماعا واذا كانت تسام للدر والنسل وهي ذكور واناث تجب عنده فيها الزكاة قولا واحدا وفي الذكور المنفردة والاناث المنفردة روايتان وقال في المحيط المشهور عدم الوجوب فيهما وقال في جوامع الفقه الصحيح أنه لا زكاة فيهما انتهى غاية (قوله ولا يجب في الذكور لعدم النماء) أي التناسل اه (قوله لان ذلك لا يعتبر الا في أموال التجارة الى آخره) أما السوائم فلا يعتبر فيها زيادة المالية اه غاية بالمعنى (قوله قيل يشترط الخ) قال في التحفة لا بد من أن يبلغ نصابا اه غاية (قوله فعن الطحاوي أنه خمسة) أي كالابل اه غاية (قوله وقيل ثلاثة الى آخره) عزا هذا القول في الغاية الى أحمد العياضي اه (قوله ولا يؤخذ من عينها الا برضا صاحبها) فيه نظر اذ في سائر المواشي كذلك لان المالك مخير بين أداء العين أو القيمة اه من خط قارئ الهداية وكتب ما نصه قال في الدراية وقد نص في المبسوط على انه لا يؤخذ من عينها لان مقصود الفقير لا يحصل بذلك لان عينها غير مأكول اللحم عنده اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لم ينزل علي فيهما شيء) متفق عليه اه غاية (قوله الفاذة) القاذة المنفردة القليلة المثل في بابها اه غاية (قوله ولان البغال لا تتناسل) أي ليس لها در اه غاية (قوله والمقصود من الحمير الحمل الخ) أي اه كاكي (قوله ولا في الحملان والفصلان الخ) لما فرغ من بيان أحكام الكبار شرع في بيان أحكام الصغار اه دراية (قوله والعجاجيل) قال المطرزي العجل من أولاد البقر حين تضعه أمه الى شهر وجمعه عجلة (قلت) مثل قرد وقردة وعجول كقرود والعجول مثل عجل والجمع عجاجيل وذكر في المحيط والبدائع وقاضيخان والاسبيجابي وخزانة الاكمل وخير مطلوب والمنافع وغيرها من كتب الاصحاب العجاجيل ولم يذكروا العجول مع أن العجل والعجول أخف على اللسان وأشهر في الاستعمال من العجول والعجاجيل والحملان بضم الحاء المهملة وكسرها جمع حمل ونظيره المكسور جرب وجربان اه مروجي قوله جمع حمل بالتحريك ولد الشاة والفصلان جمع فصيل ولد الناقة قبل ان يصير ابن مخاض اه فتح قال في المصباح وفصلت الام رضيعها فصلا أيضا فطمته والاسم الفصال بالكسر وهذا زمان فصاله كما يقال زمان فطامه ومنه الفصيل لولد الناقة لانه يفصل عن أمه فهو فعيل بمعنى مفعول والجمع فصلان بضم الفاء وكسرها اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة) أي وهو آخر أقواله كما سيأتي اه (قوله وكان أبو حنيفة أولا يقول الخ) من الجذع والثنية اه (قوله وبه أخذ مالك وزفر) أي وأبو عبيد وأبو ثور وأبو بكر من الحنابلة وفي المغني في الصحيح اه غاية (قوله وبه أخذ أبو يوسف) أي وبه قال الاوزاعي واسحاق اه غاية وفي الهداية والشافعي (قوله وبه أخذ محمد) والثوري والشعبي وداود وأبو سليمن انتهى غاية (قوله قال قولا عول عليه) كذا في الفوائد الظهيرية (قوله وتكلموا في صورة المسئلة) فانها مشكلة لان الزكاة لا تجب بدون مضي الحول وبعد الحول يصير الحمل شاة والفصيل بنت مخاض والعجول تبيعا وتجب الزكاة فيها اه باكير

صورتها

صورتها اذا كان له نصاب من المواشي فولدت أولادا قبل أن يحول عليها الحول فهلكت الامهات وبقيت الاولاد فتم الحول عليها فهل تجب فيها الزكاة أم لا وقيل لو حال الحول على الصغار والكبار ثم هلكت الكبار قبل أن يؤدي زكاتها وبقيت الصغار فهل يبقى عليه من الزكاة بحصته أم لا وقيل لو ملك الصغار بسبب من الاسباب وليس فيها كبار فهل ينعقد الحول فيها أم لا فالصور كلها على الخلاف وجه قول زفر ومالك أن الشارع أوجب باسم الابل والبقر والغنم فيتناول الصغار والكبار كما في الايمان حتى لو حلف لا يأكل الابل يحنث بأكل الفصيل ولهذا يعد مع الكبار لتكميل النصاب ولولا أنها نصاب لما كملت بها وجه قول أبي يوسف أنا لو أوجبنا فيها ما يجب في المسان لاضررنا بأربابها ولو لم نوجب أصلا لأضررنا بالفقراء فأوجبنا واحدة منها كما في المهازيل وهذا لان الكبر والصغر وصف فقواته لا يوجب فوات الوجوب كالسمن والهزال ولهذا قال أبو بكر لو منعوني عناقا كانوا يؤدونه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لقاتلتهم فعلم بذلك أن الصغار لها مدخل في الوجوب وجه قول أبي حنيفة ومحمد أن الشارع أوجب قليلا في كثير وهو أسنان معلومة فلو أوجبنا الكبار فيها أدى الى قلب الموضوع فانه ايجاب الكثير في القليل وربما يزيد على جميعها ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أخذ كرائم أموال الناس وهي عنده أي عند صاحب المال فما ظنك بما يزيد على المال كله وهي ليست عنده ولو أوجبنا واحدة منها أدى الى التقدير بالرأي وهو ممنوع أيضا وقد نهى عمر رضي الله عنه عن أخذ الصغار فقال عد عليهم السخلة ولو راح بها الراعي يحملها بكفيه أو على كتفه ولا تأخذها منهم وحديث أبي بكر كان على سبيل المبالغة والتمثيل ألا ترى أنه روى عقالا في بعض طرقه وهو ليس له مدخل بالاجماع واذا كان فيها كبار صارت الصغار تبعا لها في انعقاد النصاب لا في جواز الاخذ وكم من شئ يثبت ضمنا لا قصدا وفي المهازيل أمكن ايجاب المسمى وهو الاسنان المقدرة شرعا ثم تفسير قول أبي يوسف رحمه الله يؤخذ من

(قوله اذا كان له نصاب من المواشي) أي خمس وعشرون من النوق أو ثلاثون من البقر أو أربعون من الغنم اه كاكي وانما صورنا نصاب النوق ولم نصور خمسة لان أبا يوسف أوجب واحدة منها وذلك لا يتصور في أقل منها اه كاكي (قوله فهلكت الامهات) قال النووي الامهات لغة قليلة والفصيح في غير الآدميات الامات بحذف الهاء وفي الآدميات الامهات وقال الزمخشري في المفصل قد غلبت الامهات في الاناسية والامات في البهائم وهكذا ذكره ابن يعيش في شرح المفصل اه غاية (قوله فالصور كلها على الخلاف الخ) فعلى قول أبي حنيفة ومحمد لا ينعقد وفي قول الباقين ينعقد اه كاكي (قوله يأكل الفصيل) أي بالاجماع اه دراية (قوله وجه قول أبي يوسف أنا لو أوجبنا فيها الخ) وفي الاسرار اختار قول أبي يوسف لانه أعدل اه دراية (قوله لو منعوني عناقا الخ) العناق بفتح العين الانثى من ولد المعز اه غاية والحديث رواه البخاري وأبو داود اه غاية (قوله وجه قول أبي حنيفة ومحمد) وهو المعول عليه لحديث سويد بن غفلة أتانا مصدق رسول الله صلى الله عليه وسلم سمعته يقول في عهدي أي في كتابي أن لا آخذ من راضع اللبن شيأ اه كاكي رواه الدارقطني وفي النسائي لا آخذ راضع لبن قال النووي وهو صحيح وفي سنن أبي داود والنسائي نهينا عن الاخذ من راضع اه غاية (قوله وربما يزيد على جميعها الخ) خصوصا اذا كانت أسنانها يوسين أو ثلاثة فيكون هذا اخراج كل المال معنى وهو معلوم النفي بالضرورة بل يخرج عن كونه زكاة المال فان اضافة اسم زكاة المال يأبى كونه اخراج الكل ويرد عليه أن اخراج الكرائم والكثير من القليل يلزمكم فيما اذا كان فيها مسنة واحدة فانها بالنسبة الى الباقي كذلك غاية الامر أن لزوم اخراج الكل معنى منتف لكن ثبوت انتفاء اخراج الكل في الشرع (٢) كثبوت انتفاء اخراج الكل فما هو جوابكم عن هذا فهو جوابنا عن ذلك ويجاب بان الاجماع على ثبوت هذا الحكم في صورة وجود مسنة مع الحملان وهو على خلاف القياس أعني ماقدمناه من ضرورية الاتحاد من في غيرها فلا يجوز أن يلحق بها اه فتح قال في الدراية وفي الايضاح وجامع الكردري هذا الخلاف فيما اذا لم يكن مع الصغار كبار وأما اذا كان فيجب بالاجماع حتى لو كان في تسع وثلاثين حملا مسن يجب ويؤخذ المسن وكذا في الابل والبقر لان اسم الكبار يتناول الصغار مع الكبار اه زاد في الكافي باتفاق الروايات عنه قال في العناية قلت لا حاجة الى ذكر مادون الاربعين من الحملان ومادون الثلاثين من العجول لان الكبار منهما في هذا العدد لا يجب فيها شئ بالاجماع فالصغار أولى بعدم الوجوب اه وبهذا يظهر وجه عدول الشارح عما عبر به في الهداية وغيرها الى ماذكره فاعلم اه (قوله في انعقاد النصاب لا في جواز الاخذ) أي لانه انما يجب من الثنيان هذا اذا كان عدد الواجب من الكبار موجودا فيها أما اذا لم يكن فلا يجب بيانه لو كانت له مسنتان ومائة وتسعة عشر حملا يجب فيها مسنتان ولو كانت له مسنة واحدة ومائة وعشرون حملا فعند أبي حنـ ـنة ومحمد تجب مسنة واحدة وعند أبي يوسف مسنة وحمل وعلى هذا القياس فصيل الابل والبقر واذا وجبت المسنة دفعت وان كانت دون الوسط لان الوجوب باعتبارها فلا يزاد عليها فان هلكت بعد الحول بطلت الزكاة لانه لما كان الوجوب باعتبارها كان هلاكها كهلاك الكل والحكم لا يبقى في التبع بعد فوات الاصل وعند أبي يوسف يبقى في الصغار تسعة وثلاثون جزأ من أربعين جزأ من الحمل لان عنده الصغار أصل في الوجوب الا أن فضل الكبير كان باعتبار تلك المسنة فيبطل بهلاكها ويكون هذا نقصانا للنصاب ولو هلكت الحملان وبقيت المسنة يؤخذ

الصغار بقدر ما يؤخذ من الكبار عددا من جنسه واختلفت الروايات عنه فيما دون خمس وعشرين من الفصلان فروى عنه أنه لا يجب فيها شئ لانه لو وجب لو جب من الشياه فربما يؤدى الى الاجحاف به وروى عنه انه يجب فى الخمس خمس فصيل وفى العشر خمسا فصيل وفى خمس عشرة ثلاثة أخماسه وفى العشرين أربعة أخماسه لان فى خمس وعشرين فصيلا فيجب فيما دونه بحسابه وروى عنه أنه يجب فى الخمس الاقل من الشاة ومن خمس الفصيل وفى العشر من الشاتين ومن خمسى الفصيل على هذا الاعتبار الى عشرين وعنه انه يجب فى الخمس الاقل من واحدة من الفصلان ومن الشاة وفى العشر الاقل من واحدة منها ومن شاتين وفى خمس عشرة الاقل من واحدة منها ومن ثلاث شياه وفى العشرين الاقل من واحدة منها ومن أربع شياه لان الواحدة منها يجزئه عن الشاة فى الكبار فكذا فى الصغار وروى عنه انه يخير فى الخمس بين شاة وبين واحدة منها وفى العشر بين شاتين و بين ثنتين منها وفى خمس عشرة بين ثلاثة منها و بين ثلاث شياه وفى العشرين بين أربع منها و بين أربع شياه وهذا أضعف الاقوال لانه يؤدى الى أن يكون الواجب فى العشرين أربعا منها وفى خمس وعشرين واحدة وفيه بعد قال رحمه الله (و) لا فى (العوامل والعلوفة) وقال مالك تجب فيهما الزكاة للعمومات مثل قوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ خذ من الابل الابل ومن أربعين شاة شاة من غير تقييد بوصف ولا يجوز حمله على المقيد فى قوله عليه الصلاة والسلام فى خمس من الابل السائمة صدقة لانه تقييد فى السبب وفيه لا يحمل المطلق عليه لاسيما اذا خرج مخرج العادة فانه متفق عليه فيكون كل واحد منهما سببا على ما عرف فى موضعه ولان وجوب الزكاة باعتبار الملك والمالية شكرا لنعمة المال وذلك لا ينعدم بالعلف والاستعمال بل يزداد الانتفاع بالاستعمال و يزداد النماء بالعلف فكان أدعى الى الشكر ولنا ما روى عن على أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ليس فى العوامل صدقة قال أبو الحسن القطان اسناده صحيح ذكره فى الامام وعن طاوس عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال ليس فى البقر العوامل صدقة الحديث رواه الدارقطنى وقد تقدم أنه ليس فى النخة صدقة قال عبد الوارث بن سعيد النخة الابل العوامل وقال الكسائى البقر العوامل وعن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ليس فى المثيرة صدقة رواه الدارقطنى ولان السبب هو المال النامى ودليل النماء الاسامة للدر والنسل أو الاعداد للتجارة ولم يوجد فى العوامل وتكثر المؤنة فى العلوفة فلم يوجد النماء معنى وقوله ولا يجوز حمل المطلق على المقيد فى السبب الى آخره قلنا لم نحمل المطلق على المقيد وانما نفينا الزكاة عن العلوفة والعوامل بما روينا من النصوص وقوله يزداد الانتفاع بالاستعمال الى آخره قلنا زيادة الانتفاع تدل على سقوط الزكاة كثياب البذلة ونحوها ولان الزكاة لا تجب بزيادة الانتفاع بل بزيادة العين ولا نسلم أن النماء يزداد بالعلف بل تتراكم المؤنة فلا يظهر النماء معنى والشارع لم يوجب الزكاة الا فى المال النامى ولهذا شرط الحول لتحقق النماء ولا يلزم ما لو كانت العلوفة للتجارة حيث تجب فيها زكاة التجارة لان العلف ينافى الاسامة لانهما ضدان ولا ينافى التجارة و باعتبار الاسامة تجب زكاة السائمة دون زكاة التجارة لانها باعتبار التجارة والعلف لا ينافيها فافترقا ألا ترى أن عبيد التجارة تجب فيها الزكاة وان كانت نفقتهم عليه وقد ذكرنا مقدار العلف الذى يمنع وجوب الزكاة فى أول باب صدقة السوائم قال رحمه الله (و) لا فى (العفو) أى لا تجب الزكاة فيه وانما تجب فى النصاب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر تجب فيهما لقوله عليه الصلاة والسلام فى خمس من الابل شاة الى التسع أخبر أن الوجوب فى

قسطها وهو جزء من أربعين جزأ من المسنة بهلاك المسنة كهلاك الكل أو لم يجعل قيامها كقيام الكل والفرق يطلب فى شرح الزيادات اه فتح (قوله بقدر ما يؤخذ من الكبار عددا من جنسه) قال فى الهداية ثم عند أبى يوسف لا يجب فيما دون الاربعين من الحملان وفيما دون الثلاثين من العجاجيل اه (قوله ولا فى العلوفة) هى بفتح العين ما يعلف من الغنم وغيرها الواحد والجمع سواء وأما العلوفة بالضم فجمع علف يقال علفت الدابة ولا يقال أعلفتها والدابة معلوفة وعليفة اه باكير وعدم الوجوب فى العلوفة هو قول أهل العلم كعطاء والحسن والنخعى وسعيد بن جبير والثورى والليث والشافعى وأحمد وأبى ثور وأبى عبيد وابن المنذر ويروى ذلك عن عمر بن عبد العزيز ذكره فى الامام اه غاية (قوله فى المتن والعوامل) هى المعدات للاعمال اه كاكى (قوله وقال مالك تجب الخ) وقتادة ومكحول اه غاية (قوله لاسيما اذا خرج مخرج العادة) أى وعادة الانعام السوم لاسيما فى الحجاز اه غاية (قوله فيكون كل واحد منهما) أى من المطلق والمقيد اه (قوله ليس فى المثيرة) أى التى يثار بها الارض أى تحرث اه كاكى قال البيهقى الصحيح أنه موقوف اه فتح (قوله لتحقق النماء) قال فى الفتح فان قيل لو كانت العلوفة للتجارة وجب فيها زكاة التجارة فلو انعدم النماء بالعلف امتنع فيها قلت النماء فى مال التجارة بزيادة القيمة ولم تنحصر زيادتها فى السمن الحادث بل قد يحصل بالتأخير من فصل الى فصل أو بالنقل من مكان الى مكان بخلاف غير المنوى به التجارة النماء فيها منحصر بالسمن فثبت أن علفها لا يستلزم عدم الكل نمائها اذا كانت للتجارة ولا هو ظاهر اه (قوله حيث تجب فيها زكاة التجارة) أى دون زكاة السائمة وأجمعوا على أنه لا يجمع بين زكاة السائمة وزكاة التجارة اه غاية (قوله ألا ترى الى قوله وان كانت نفقتهم عليه) ليس فى مسودة الشارح

(قوله فاذا وجد أكثر منه تعلق بالكل الخ) ويؤيده ما تقدم في كتاب أبي بكر الصديق من قوله فاذا بلغت خمسا وعشرين الى خمس وثلاثين ففيها بنت مخاض وكذا قال اذا بلغت واحدة وستين الى خمس وسبعين ففيها حقة وهكذا ذكر الى عشرين ومائة وقال في الغنم اذا كانت أربعين الى عشرين ومائة ففيها شاة فاذا زادت على عشرين ومائة الى مائتين ففيها شاتان فاذا زادت على مائتين الى ثلثمائة ففيها ثلاث شياه الحديث وهذا ينص على ما قلنا وهكذا قال في كتاب عمر المروي في أبي داود اهـ فتح (قوله كنصاب السرقة الخ) كما لو شهد ثلاثة بحق فقضى به فان القضاء يكون بشهادة الكل وان استغنى عن الثالث في القضاء حتى لو رجعوا ضمنوا اهـ كافي وكذا الشهادة وقتل الواحد جماعة والقراءة في الصلاة على الاصح والنجاسة اهـ غاية (قوله ولهما قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة الخ) لا يخفى أن هذا الحديث لا يقوى قوة حديثهما في الثبوت انه ثبت والله أعلم به وإنما نسبه ابن الجوزي في التحقيق الى رواية القاضي أبي يعلى وأبي اسحق الشيرازي في كتابيهما فقول محمد أظهر من جهة الدليل ولان جعل الهالك غير النصاب تحكم لأن النصاب غير متعين في الكل فيجعل الوجوب متعلقا بفعل الاخراج من الكل ضرورة عدم تعين بعضها الخ

الكل وكذا قال في كل نصاب ولان الزكاة وجبت شكر النعمة المال وكله نعمة ويحصل به الغنى ولان النصاب منه غير متعين فاذا وجد أكثر منه تعلق بالكل كنصاب السرقة والمهر والسفر والحيض وكل ما كان مقدرا شرعا وانما سمي عفوا لوجوب الزكاة قبل وجوده ولهما قوله عليه الصلاة والسلام في خمس من الابل السائمة شاة وليس في الزيادة شيء حتى تكون عشرا ذكره في التحقيق وهذا نص على انه ليس فيه شيء لان الزيادة على النصاب تسمى في الشرع عفوا والعفو ما يخلو عن الوجوب وما رواه محمول على أنه محل صالح لاداء الواجب وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا كان له نصاب وعفو فهلك قدر العفو بعد وجوب الزكاة كتسع من الابل مثلا حال عليها الحول فهلك منها أربعة تسقط أربعة أتساع شاة عند محمد وزفر ولو كان له مائة وعشرون شاة حال عليها الحول فهلك منها ثمانون سقط عندهما ثلثا شاة وبقي الثلث لان الواجب كان فيهما فيسقط بقدر ما هلك وعند أبي حنيفة وأبي يوسف لا يسقط شيء لان الواجب في النصاب دون العفو وقد بقي النصاب ولان النصاب أصل والعفو تبع فيصرف الهالك أولا الى التبع كمال المضاربة اذا هلك يصرف أولا الى الربح لانه تبع ولهذا قال أبو حنيفة فيما اذا كان له نصب يصرف الهالك الى العفو ثم الى النصاب الاخير ثم الى الذي يليه ثم الى الذي يليه كذلك الى أن ينتهي الى الاول لانه مبني على النصاب الاول فيكون تبعا له فيصرف الهالك اليه كما في العفو وأبو يوسف يصرفه الى العفو أولا ثم الى النصب شائعا مثاله اذا كان له أربعون من الابل فهلك منها عشرون فعند أبي حنيفة يجب أربع شياه كأن الحول حال على عشرين فقط وعند محمد يجب نصف بنت لبون وسقط النصف وعند أبي يوسف يجب عشرون جزأ من ستة وثلاثين جزأ من بنت لبون ويسقط ستة عشر جزأ لان الاربعة من الاربعين عفو فيصرف الهالك اليها أولا ثم الى النصب الباقية شائعا ومحمد سوى بين العفو والنصب وأبو يوسف فرق بينهما بأن صرف الهالك الى العفو أولا لانه تبع وفي جعله شائعا في النصب صيانة الواجب وليس في صرفه الى النصاب الاخير ذلك لان الكل سبب وأبو حنيفة يقول ان النصاب الاول أصل والباقي تبع لانه ينبني على الاول ولهذا لو ملك نصابا فقدم زكاة نصب جاز ولولا أنه تبع له لما جاز كما لو قدم قبل أن يملك نصابا فاذا كان تبعا يصرف اليه الهلاك كما في العفو قال رحمه الله (و) لا (الهالك بعد الوجوب) أي لا تجب الزكاة في مال هلك بعدما وجبت الزكاة فيه ولو

وقولهم انه يسمى عفوا في الشرع يتضاءل عن معارضة النص الصحيح فلا يلتفت اليه اهـ فتح (قوله لان الزيادة على النصاب) الذي في خط الشارح على النصب اهـ (قوله فهلك منها أربعة) وان هلك خمس فعندهما يسقط خمس شاة وعند محمد وزفر يسقط خمسة أتساع شاة اهـ غاية (قوله والعفو تبع الخ) اذ النصاب باسمه وحكمه يستغني عنه والعفو بخلافه لا يستغني عنه اهـ غاية (قوله الى أن ينتهي الى الاول) أي ويجعل ما زاد على الاول عند الهلاك كأن لم يكن في ملكه أصلا اهـ كافي (قوله اذا كان له أربعون من الابل فهلك منها عشرون) أي بعد الحول اهـ (قوله كأن الحول حال على عشرين فقط) أي بجعل الهالك كأن لم يكن اهـ فتح (قوله فيصرف الهالك اليها) وبقي الواجب في ستة وثلاثين فيبقى الواجب بقدر الباقي اهـ (قوله في مال هلك بعدما وجبت الزكاة فيه) سواء تمكن من الاداء أو لم يتمكن وكذا تسقط بالردة عندنا خلافا للشافعي وكذا تسقط بموت من عليه من غير وصية فلا تؤخذ من تركته ولا يؤمر الوصي والوارث بادائها وكذا على هذا الخلاف اذا مات من عليه صدقة فطر أو نذر أو صوم أو صلاة أو كفارة أو نفقة أو خراج أو جزية ولو مات من عليه عشر فان كان الخارج قائما لا يسقط بالموت في ظاهر الرواية وروى ابن المبارك عن أبي حنيفة أنه يسقط وذلك لان الزكاة عبادة فلا تؤدى الا بالاختيار اما مباشرة أو انابة فان أوصى بها فقد أقام غيره مقامه فيؤخذ من الثلث حينئذ واذا لم يوص لم يوجد منه انابة فلو أخذت من تركته يجبر الوارث نائبا جبرا والجبر ينافي العبادة اذ العبادة فعل يأتي به العبد باختياره ولهذا قلنا انه ليس للامام أن يأخذها جبرا من صاحب المال من غير أدائه ولو أخذ لا تسقط عنه الزكاة ووجه عدم سقوط العشر بالموت أنه مؤنة الارض وكانت بنت مشتركا لقوله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض أضاف المخرج الى الكل الاغنياء والفقراء جميعا واذا ثبت مشتركا فلا يسقط بالموت اهـ بدائع

هلك بعضه سقطت عنه بحسابه وقال الشافعي اذا هلكت الاموال الباطنة بعد الوجوب وبعد التمكن من الاداء لا تسقط زكاتها لانها حق مالي فلا تسقط بهلاك المال كصدقة الفطر وهذا لان الطلب بالاداء متوجه عليه في الحال فيكون التأخير تفريطا بخلاف الاموال الظاهرة وهي السائمة لان الاخذ فيها الى الامام فلا يكون تفريطا ما لم يطلب حتى لو طلب ومنعه ضمن فكذا هذا ولنا أن المال محل الزكاة لقوله تعالى وفي أموالهم حق الآية فتفوت بفوات المحل كالعبد الجاني اذا مات وكالذي عليه دين اذا مات مفلسا بخلاف صدقة الفطر لان محل الوجوب ذمته لا المال ولو طلب الامام الزكاة فمنعه حتى هلك المال لا يضمن عند مشايخ ما وراء النهر وهو اختيار أبي طاهر الدباس وأبي سهل الزجاجي وهو الصحيح وعليه عامتهم لانه لم يفوت بهذا المنع على أحد ملكا ولا يدا فصار كما لو طلب واحد من الفقراء فلنا أن يمنع وعند العراقيين يضمن وهو اختيار الكرخي لان حق الاخذ له ومنعه يوجب الضمان كالوديعة قلنا في الوديعة منعها عن المالك فيضمن والساعي ليس بمالك فافترقا ولا يلزمنا الاستهلاك لوجود التعدي فيه قال رحمه الله (ولو وجب سن) أي ذات سن (ولم يوجد دفع أعلى منها وأخذ الفضل أو دونها ورد الفضل أو دفع القيمة) واشتراط عدم السن الواجب لجواز دفع الاعلى والادنى أو لجواز دفع القيمة وقع اتفاقا حتى لو دفع أحد هذه الاشياء مع وجود السن الواجب جاز والخيار في ذلك

(قوله بعد الوجوب وبعد التمكن من الاداء الخ) أي بأن طلب المستحق أو وجد وان لم يطلب اهـ فتح قال في الغاية ينبغي أن لا يكون بينهم خلاف فيما اذا تلف النصاب بعد الحول لان التمكن من الصرف الى أربعة وعشرين نفسا لا يتحقق أبدا والتمكن شرط الوجوب عندهم والهلاك قبل الوجوب لا يوجب الضمان اهـ (قوله ولنا أن المال محل الزكاة الخ) فان قيل أنتم تقولون حق الفقراء يتعلق بالعين حتى أسقطتم الزكاة بهلاك النصاب وتعلق حقهم بها ينبغي أن يمنع الوطء كجارية المكاتب في حق المولى أجاب الامام ركن الدين في المنتخب بأن كسب المكاتب مملوك له يدا حقيقة وللمولى رقبة حقيقة بخلاف جارية التجارة فانه لا ملك للفقراء يدا ولا رقبة قبل الدفع ثم قلب لو كان مملوكا للمولى رقبة كما زعم لفسد نكاح المولى فيما اذا اشترى المكاتب زوجة مولاه اذ ملكه رقبة زوجته يمنع نكاحه ابتداء وبقاء وانما للمولى في كسب مكاتبه حق الملك دون حقيقته وحق الملك يمنع من الابتداء ولا يمنع البقاء ذكره في الجامع والزيادات اهـ غاية (قوله كالعبد الجاني اذا مات) فانه يسقط الحق بموته اهـ غاية (قوله ولو طلب الامام الزكاة) أي في السائمة والعشور فان حق الاخذ فيها للامام اهـ (قوله وهو اختيار أبي طاهر الخ) وهو أشبه بالفقه لان الساعي وان تعين لكن للمالك رأي في اختيار محل الاداء بين العين والقيمة ثم القيمة شائعة في محال كثيرة والرأي يستدعي زمانا فالحبس كذلك اهـ فتح (قوله وهو الصحيح) نص عليه في المفيد والمزيد شرح الطحاوي وفي المبسوط وهو الاصح اهـ غاية (قوله كما لو طلب واحد من الفقراء) أي فانه لا يضمن اهـ (قوله وأخذ الفضل أو دونها ورد الفضل) مطلقا يفيد أن جبران ما بين السنين غير مقدر بشيء معين من جهة الشارع بل يختلف بحسب الاوقات غلاء ورخصا وعند الشافعي رحمه الله هو مقدر بشاتين أو عشرين لما قدمنا في كتاب الصديق رضي الله عنه من أنه اذا وجب بنت مخاض فلم توجد أعطى ابنة لبون وأخذ شاتين أو عشرين أو ابن لبون ذكر قلنا هذا كان قيمة التفاوت في زمانهم وابن اللبون يعدل بنت المخاض اذ ذاك جعلا لزيادة السن مقابلا لزيادة الانوثة فاذا تغير تغير والا لزم عدم الايجاب معنى بأن يكون الشاتان أو العشرون التي يأخذها من المصدق تساوي الذي يعطيه خصوصا اذا فرضنا الصورة المذكورة في المهازيل فانه لا يبعد كون الشاتين يساويان بنت لبون مهزولة جدا فاعطاؤها في بنت مخاض مع استرداد شاتين اخلاء لرب معنى أو الاجحاف برب المال بأن يكون كذلك وهو الدافع للادنى وكل من اللازمين منتف شرعا فينتفي ملزومهما وهو تعين الجبار اهـ فتح واعلم أن ظاهر ما ذكر في الهداية يدل على أن الخيار الى المصدق يعين أيهما شاء وليس كذلك بل الخيار الى المالك الا في دفع الاعلى فان للمصدق أن لا يأخذه ويطلب عين الواجب أو قيمته اهـ كافي باختصار وأطلق في النهاية أن الخيار لرب المال اذ الخيار شرع رفقا به عليه وذلك بأن يجعل الخيار اليه مع تحقق قولهم يجبر المصدق على قبول الادنى مع الفضل ولا يجبر على قبول الاعلى ورد الفضل لان هذا يتضمن بيع الفضل من المصدق ومبنى البيع على التراضي لا الجبر وهذا يحقق أن لا خيار له في الاعلى اذ معنى ثبوت الخيار له مطلقا أن يقال له أعطه ما شئت أعلى أو أدنى فاذا كان بحيث لا يقبل منه الاعلى لم يجعل الخيار اليه فيه اللهم الا أن يراد أن له الخيار لو طلب الساعي منه الاعلى ويكون له أن يتخير بين أن يعطيه أو يعطي الادنى اهـ فتح القدير (قوله في المتن أو دفع القيمة) قال الكمال فلو أدى ثلاث شياه سمان عن أربع وسط أو بعض بنت لبون عن بنت مخاض جاز لان المنصوص عليه الوسط فلم يكن الاعلى داخلا في النص والجودة معتبرة في غير الربويات فيقوم مقام الشاة الرابعة بخلاف ما لو كان مثليا بأن أدى أربعة أقفزة جيدة عن خمسة وسط وهي تساوي الاجود أو كسوة بأن أدى ثوبا يعدل ثوبين لم يجز الا عن ثوب واحد أو نذر أن يهدي شاتين وسطين أو يعتق عبدين وسطين فأهدى شاة أو أعتق عبدا يساوي كل منهما وسطين لا يجوز أما الاول فلان الجودة غير معتبرة عند المقابلة بجنسها فلا تقوم الجودة مقام القفيز الخامس وأما الثاني فلان المنصوص عليه مطلق الثوب في الكفارة لا بقيد الوسط وكان الاعلى وغيره داخلا تحت النص

وأما الثالث فلان القربة في الاراقة والتحرير وقد التزم اراقتين وتحريرين فلا يخرج عن العهدة بواحد بخلاف النذر بالتصدق بأن نذر أن يتصدق بشاتين وسطين فتصدق بشاة تعدلهما جاز لان المقصود اغناء الفقير وبه تحصل القربة وهو يحصل بالقيمة وعلى ما قلنا لو نذر أن يتصدق بقفيز ردىء فتصدق بنصفه جيدا يساوي تمامه لايجزيه لان الجودة لاقيمة لها هنا للربوية والمقابلة بالجنس بخلاف جنس آخر لو تصدق بنصف قفيز منه يساوي جاز الكل من الكافي اه . (فروع) عجل عن أربعين بقرة مسنة فهلك من بقية النصاب واحدة ولم يستفد شيأ حتى تم الحول أمسك الساعي من المعجل قدر تبيع ويرد الباقي وليس لرب المال أن يسترد المسنة ويعطيه مما عنده تبيعا لان قدر التبيع من المسنة صار زكاة حقا للفقراء فلا يسترد ومثله في تعجيل بنت مخاض عن خمسة وعشرين اذا نقص الباقي واحدة فتم الحول أمسك الساعي قدر أربع شياه وروى بشر عن أبي يوسف انه يردها ولا يحبس شيأ ويطالب بأربع شياه لان في امساك البعض ضررا للتنقيص بالشركة وقياس هذا في البقر أن يسترد المسنة لكن في هذا نظر اذ لا شركة بعد دفع قيمة الباقي ولو كان استهلك المعجل أمسك من قيمتها قدر التبيع والاربع شياه ورد الباقي ولو تم الحول وقد زاد الاربعون الى ستين فقبض الساعي تبيعين فليس للمالك استرداد المسنة بل يكمل الفضل للساعي بخلاف ما لو أخذ المسنة على ظن أنها أربعون فاذا هي تسع وثلاثون فانه يرد المسنة ويأخذ تبيعا لان الاتفاق على الغلط بعدم الرضا أما هنالك فدفع عن رضا على احتمال أن يصير زكاة ولم يظهر اذا الاحتمال لم يكن ولم يظهر الغلط حتى تصدق بها الساعي فلا ضمان عليه وان كان أخذها كرها على ذلك الظن لانه مجتهد فيما عمل لغيره فضمان خطئه على من وقع العمل له فان وجد الفقير ضمنه مازاد على التبيع ولا يؤخذ من المجموع في يده من أموال الزكاة وهو بيت مال الفقراء كالقاضي اذا أخطأ في قضائه بمال أو نفس فضمانه على من وقع القضاء له أو بيت المال فان الساعي تعمد الاخذ فضمانه في ماله لانه متعد هذا ولو لم يزد ولم ينقص فالقياس أن يصير قدر أربع من الغنم زكاة ويرد الباقي لان المعجل خرج من ملكه وقت التعجيل وفي الاستحسان يكون الكل زكاة لما ذكر من أنه اذا تعجل يجعل زكاة مقصودا على الحال هنا ولو كان مثل ذلك في الغنم فسيأتي اه فتح القدير (قوله ويجبر الساعي) أي حتى يجعل قابضا بالتخلية اه كاكي (قوله وله أن يطلب قدر الواجب الخ) كذا في مبسوط شيخ الاسلام وفي شرح الطحاوي الخيار الى المصدق في فصل واحد وهو ما اذا أراد أن يدفع لاجل الواجب بعض العين نحو ما اذا كان الواجب بنت لبون فأراد أن يدفع بعض الحقة أو كان الواجب حقة فأراد أن يدفع بعض الجذعة فله حق الامتناع لان الاشقاص في الاعيان عيب اه كاكي (فائدة) قال بعض من لاخلاق له جوز أبو حنيفة دفع الكلب عن الشاة وقصد به الشنعة وهذا يكون شنيعا فان أهل الصيد وأصحاب الماشية يبذلون الشاة والاموال النفيسة لتحصيل الكلب المسلوقي للصيد وكلب الحراسة للماشية وهو مال وان كان لايؤكل وما الشيء يأكله والساعي اذا اجتمع عنده الصدقات من الغنم يحتاج الى حراستها من الذئب بذلك فلا شنعة في أخذه لحفظ ماعنده من السائمة اه غاية (قوله من ان المصدق) فهو عامل الصدقات اه (قوله الا اذا أعطاه بعض العين الخ) نحو أن يكون الواجب بنت لبون فأراد أن يدفع بعض حقة عنه أو كان الواجب حقة فأراد أن يدفع بعض جذعة فله حق الامتناع لان الاشقاص في الاعيان عيب فله أن لا يرضى به كذا في شرح الطحاوي (قوله والكفارات والنذور) أي بأن نذر أن يتصدق بهذا الدينار فتصدق بعدله دراهم أو بهذا الخبز فتصدق بقيمته جاز عندنا اه فتح (قوله فان لم تكن فابن لبون الخ) هذا نص على وجوب دفع القيمة في الزكاة لان ابن اللبون لامدخل له في الزكاة الا بطريق القيمة لان الذكر لايجوز في الابل الا بالقيمة اه غاية (قوله وقال معاذ ابن جبل رضي الله عنه لاهل اليمن الخ) في خطبة باليمن اه كاكي (قوله ائتوني بعرض ثياب) أي ولان عمر كان يأخذ العروض في الزكاة ويجعلها في صنف واحد من الناس ذكره عبد الرزاق عن الثوري ولهذا المذهب احتج البخاري مع كثرة مخالفته لابي حنيفة وأصحابه قال ابن بطال لكثرة ما ورد فيه من الاحاديث اه غاية (قوله خميص) وقع بالصاد والصواب بالسين هكذا فسره أبو عبيد وأهل

رب المال ويجبر الساعي على القبول الا اذا دفع أعلى منها وطلب الفضل لانه شراء الزيادة ولا اجبار فيه وله أن يطلب قدر الواجب وماذكره صاحب البدائع من أن المصدق لاخيار له الا اذا أعطاه بعض العين فانه له أن لايقبل لما فيه من عيب التشقيص غير مستقيم لوجهين أحدهما أنه مع العيب قد يكون يساوي قدر الواجب وهو المعتبر في الباب والثاني أن فيه اجبار المصدق على شراء الزائد وقال الشافعي رحمه الله لايجوز دفع القيمة في الزكاة وعلى هذا الخلاف العشر وصدقة الفطر والكفارات والنذور له قوله عليه الصلاة والسلام في أربعين شاة شاة وفي ست وثلاثين من الابل بنت لبون الى غير ذلك من النصوص على العين فلا يجوز ابطاله بالتعليل ولانها قربة تعلقت بمحل فلا تتأدى بغيرها كالهدايا والضحايا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في خمس وعشرين من الابل بنت مخاض فان لم تكن فابن لبون ذكر وقوله عليه الصلاة والسلام ومن وجب عليه جذعة ولم توجد عنده وعنده حقة دفعها وشاتين أو عشرين درهما وهذا نص على جواز القيمة فيها اذ ليس في القيمة الا اقامة شيء مقام شيء وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة ليس فيه تعيين فيجري على اطلاقه وقال معاذ بن جبل رضي الله عنه لاهل اليمن ائتوني بعرض ثياب خميص أو لبيس مكان الذرة والشعير أهون عليكم وخير لاصحاب رسول الله

اللغة قال صاحب العين الخميس والخموس ثوب طوله خمس أذرع رواه أبو عبيد عن الاصمعي وقال الداودي كساء قيسه خمس أذرع وعن أبي عمرو الشيباني انما قيل له خميس لان أول من أمر بعمله ملك من ملوك اليمن يقال له خميس فنسب اليه واللبيس ما يلبس من الثياب وقيل الملبوس الخلق اه سروجي رحمه الله وان الحديث المذكور فيه خميس رواه البخاري في صحيحه تعليقا بغير اسناد بصيغة الجزم قال النووي اذا كان تعليقه بصيغة الجزم فهو حجة والدارقطني ولم يخف فعله على النبي صلى الله عليه وسلم ولا على الصحابة اه غاية قوله ولم يخف فعله أي معاذ اه (قوله ولان المقصود سد خلة الفقير الخ) قال في الغاية وانما ورد في الشرع بأخذ بنت مخاض و بنت لبون ونحوها و بأخذ شاة عن الابل وفي الغنم و بأخذ تبيع لانهم كانوا أصحاب المواشي لا يتيسر عليهم الا منها لا أن غير ذلك لا يجزيهم وقد جوزت الشافعية أخذ بعير عن خمس من الابل بغير نص وأخذ تبيعين عن أربعين من البقر مكان المسنة وأخذ بنتي مخاض عن الحقة والجذعة عن الحقة والحقتين عن بنتي مخاض من غير نص بالقياس والمعنى فهذا هو عين أخذ القيمة اه (قوله كالجزية) فانه لو أدى الثياب مكان الدنانير جاز اتفاقا لانه اوجبت كفاية للمقاتلة فيعتبر في حقهم محل صالح لكفايتهم فتتأدى بالقيمة اه كافي (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام اياكم الخ) الذي في الغاية بالك بالافراد اه لم يقع عند أحد من الجماعة اياكم وانما الرواية اياك والخطاب لمعاذ رضي الله عنه اه اق وفي مسلم نخذ منهم وتوق كرائم أموالهم اه (قوله وأخذ المصدق من الوسط) ذكر الحاكم الجليل في المنتقى الوسط أعلى الادون وأدون الاعلى وقيل اذا (٢٧٢) كان عشرون من الضأن وعشرون من المعز يأخذ الاوسط ومعرفته أن يقوم الوسط من المعز والضأن فيأخذ شاة تساوي نصف قيمة كل واحد منهما مثلا الوسط من المعز تساوي عشرة دراهم والوسط من الضأن عشرين فيؤخذ شاة قيمتها خمسة عشر اه كاكي (قوله لا تأخذ الاكولة الخ) والاكولة بفتح الهمزة الشاة السمينة التي أعدت للاكل والربى بضم الراء وتشديد الباء مقصورة هي التي تربى ولدها قالوا وجمعها رباب بضم الراء وفي المغرب الربى الحديثة النتاج من الشاء وعن أبي يوسف التي معها ولدها والجمع رباب بالضم والماخض الحامل التي حان ولادتها والا فهي خلفة والمخاض الطلق قال الله تعالى فأجاءها المخاض الى جذع النخلة وقال الازهري هي التي أخذها المخاض وهو وجع الولادة اه غاية (قوله ويضم مستفاد الخ) وفي المبسوط سواء استفاد بشراء أو هبة أو ارث اه كاكي وفي الينابيع المسئلة ذات صور منها اذا كان له خمس وعشرون ناقة فولدت عند قرب الحول احدى عشرة منها ثم تم حول الامات فانه يجب فيها بنت لبون وهذا اتفاق من الائمة وكذا ان كان له أربعون بقرة فولدت كلها قبل الحول فتم حولها تجب فيها مسنتان ومنها اذا كان له أربعون من الغنم فولدت قبل الحول احدى وثمانين فتم الحول على الامات يجب فيها شاتان كما ذكرنا وكذا لو ملكها بسبب آخر عندنا على ما تقدم وكذا اذا كان نصاب دراهم أو دنانير فملك نصابا آخر في أثناء حولها ثم حال حول النصاب الاول فانه يجب زكاة النصابين واتفقوا على أن الابل لا تضم الى البقر والغنم ولا بعضها الى بعض الا أن تكون للتجارة وكذا لا تضم السائمة الى الدراهم والدنانير ولا يضمان الى السائمة اه غاية (قوله فصار كثمن السوائم الخ) قال في الغاية وفي الجامع اذا كان ألف درهم وأربعون من الغنم أو خمس من الابل السائمة فأدى زكاتها ثم باعها بالف فتم الحول على الالف الذي كان عنده لا يضم الثمن الى الالف الذي تم حوله عند أبي حنيفة وعندهما يضم وكذا لو باعها بعبد ونوى التجارة فيه لا يضم العبد ولا ثمنه ولو نوى الخدمة في العبد ثم باعه يضم الثمن الى الالف هكذا في التحرير وفي الوجيز لو نوى في العبد الخدمة ثم باعه اختلفوا فيه وجه الضم أن بنية الخدمة فيه صار بحال لا تجب فيه الزكاة فقط وكانه مال آخر لم تؤد زكاته ولا زكاة أصلا ولو باعها بعبد للخدمة ثم باعه يضم ثمنه وكذا لو جعلها علوفة أو أسامها يضم لان الثمن لم يقم مقام أصل وهو مال الزكاة ولو كان له غنم وابل فباع الغنم بابل وحال الحول على الابل التي كانت عنده لا يضم الابل التي كانت هي ثمن الغنم

صلى الله عليه وسلم بالمدينة ولان المقصود سد خلة الفقير كما قال عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم وذلك يحصل بأي مال كان والتقييد بالشاة ونحوها لبيان القدر لا للتعيين كالجزية بخلاف الهدايا والضحايا لان القربة فيها الاراقة وهي غير معقولة وهذا معقول على ما ذكرنا ولهذا تجب على الصبي عنده كنفقة الاقارب والزوجات ولو كان تعبدا لما وجب عليه قال رحمه الله (ويؤخذ الوسط) أي يؤخذ في الزكاة وسط سن وجب حتى لو وجب عليه بنت لبون مثلا لا يؤخذ خيار بنت لبون من ماله ولا أرذأ بنت لبون فيه وانما يؤخذ بنت لبون وسط وكذا غيرها من الاسنان لقوله عليه الصلاة والسلام اياكم وكرائم أموالهم رواه الجماعة وقال الزهري اذا جاء المصدق قسم الشاء أثلاثا ثلث خيار وثلث أوساط وثلث شرار وأخذ المصدق من الوسط رواه أبو داود والترمذي ورفعه سفيان بن حسين وروي نحو هذا عن عمر رضي الله عنه وقد جاء في الخبر لا تأخذ الاكولة ولا الربى ولا الماخض ولا فحل الغنم قال رحمه الله (ويضم مستفاد من جنس نصاب اليه) يعني اذا كان له نصاب فاستفاد في أثناء الحول من جنسه ضمه الى ذلك النصاب وزكاه به وقال الشافعي رحمه الله لا يضم لقوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة في مال حتى يحول عليه الحول رواه الترمذي عن ابن عمر وعائشة وأنس رضي الله عنهم وقال عليه الصلاة والسلام من استفاد مالا لا زكاة عليه حتى يحول الحول رواه الترمذي عن ابن عمر ولانه أصل في حق الملك فكذا في حق شرائطه فصار كثمن السوائم وهو ما اذا باع السائمة بعد

ما أدى زكاتها حيث لا يضم ثمنها الى ما عنده من الاموال بخلاف الارباح والاولاد لانه تبع في حق الملك وليس بأصل فكذا في شرائطه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ان من السنة شهرا تؤدون فيه زكاة أموالكم فما حدث بعد ذلك فلا زكاة فيه حتى يجيء رأس الشهر رواه الترمذي وهذا يقتضي أن تجب الزكاة في الحادث عند مجيء رأس السنة ولانه يجب ضمه في حق القدر حتى اذا كان عنده ثلاثون بقرة مثلا فاستفاد عشرة فانه يضم في حق وجوب المسنة فكذا في حق الحول ولان العلة هي المجانسة في الاولاد والارباح ألا ترى أنه يضم الجنس الى الجنس في ابتداء الحول لتكميل النصاب بعلة المجانسة ولا يشترط أن يكون ربحا ولا ولدا فكذا في أثناء الحول وهذا لان عندهما يتعسر تمييز الحول لكل مستفاد لا سيما في حق أهل الغلة فانهم يستغلون في كل يوم شيئا فشيئا فيصير حرجا عظيما وما شرط الحول الا للتيسير فيسقط اعتباره وما رواه ليس بثابت ولئن ثبت ليس فيه ما ينافي مذهبنا لانا نقول لا تجب الزكاة في مال حتى يحول عليه الحول اما أصالة أو تبعا كما قال هو في الاولاد والارباح والزيادة التي في السمن بخلاف ثمن السوائم لانه لو ضم يؤدي الى الثنى وهو منهي عنه قال رحمه الله (ولو أخذ الخراج والعشر والزكاة بغاة لم تؤخذ أخرى) لان الامام لم يحمهم والجباية بالحماية وقد كتب عمر الى عامله أن كنت لا تحميهم

الى الابل الاولى عنده وعندهما يضم ولو كان عنده دنانير وأموال التجارة فهي كالدراهم في الخلاف ووجه قولهما أن علة الضم الجنسية عندنا وقد وجدت فيثبت المعلول وهو الضم عملا بالعلة كما اذا جعلها علوفة ثم باعها وصار كثمن الطعام المعشور وثمن الارض العشرية بعد أداء عشرها وثمن الارض الخراجية بعد أداء خراجها وثمن العبد بعد أداء فطرته وله أن ثمنها قام مقام عينها لانه بدلها وقد أدى زكاتها في الحول فلو ضمها الى ما عنده من النصاب وأدى زكاته يكون مؤديا زكاة مال واحد في العام مرتين وقد قال عليه الصلاة والسلام لا ثنى في الصدقة بخلاف ثمن الطعام المعشور لان سبب الوجوب الارض النامية حقيقة لا الخراج فاختلف السبب وبخلاف ثمن الارض التي أخذ عشر الخراج منها لان محل الوجوب المال لا الارض وسبب وجوب الخراج الارض النامية حكما وبخلاف ثمن العبد الذي أديت فطرته لان محل وجوب الفطرة ذمة المولى لا العبد بدليل أنه لو هلك بعد وجوب الزكاة لا تسقط فاختلف السبب ولا تعلق للمالية في صدقة الفطر بدليل وجوبها عن الاحرار وسبب وجوبها رأس يمونه ويلي عليه على وجه الكمال فالضم لا يؤدي الى الثنى لاختلاف المتعلق ولان العشر يفارق الزكاة حتى لا يشترط فيه الملك ولا المال النامي حتى وجب العشر في أرض المكاتب مع انتفاء وجوب الزكاة في الابل والبقر السائمة الموقوفة وانتفاء وجوب الزكاة في مال المكاتب قلت في ضم ثمن العبد بعد اخراج فطرته نظر فان الاصحاب لم يوجبوا صدقة الفطر في عبيد التجارة وعللوا بالثنى في الصدقة واذا اختلف السبب لا يبالي بالثنى كالدية والكفارة في الخطا فالحاصل ان نظرنا الى اختلاف السبب ينبغي أن يجب فيهم الزكاة وصدقة الفطر وان لم ينظر الى ذلك ينبغي أن لا يضم ثمنهم بعد اخراج الفطر ويمكن الجواب بان الضم في البدل مع اختلاف السبب فهو أنزل درجة والعين متحدة في الزكاة وصدقة الفطر في عبيد التجارة فكان كالقصاص والدية فانه لا يجمع بينهما بخلاف الدية والكفارة في قتل الخطا لان المستحق مختلف مع اختلاف سبب وجوبها اه قال الكمال ولو كان له نصابان نقدان فلم يؤد ضم أحدهما الى الثنى كثمن ابل أدى زكاتها ونصاب آخر ثم وهب له ألف ضمت الى أقربهما حولا من حين الهبة نظرا للفقراء ولو ربح في أحدهما أو ولد

أحدهما ضم الى أصله لان الترجيح بالذات أقوى منه بالحال اه فان قيل علة الضم عندكم الجنسية دون التوالد فينبغي أن يراعى فيها القرب احتياطا لامر الفقراء كما قلتم في غيرها (٢) قد بينا قوة الاتصال فيها والجنسية موجودة فيها أيضا فالتوالد ان لم يكن علة مستقلة صلح أن يكون مرجحا قال محمد رحمه الله ألا ترى أن أحد المالين لو كان جارية قيمتها ألف فصارت تساوي ألفين ثم حال الحول على المال فان الزيادة لا تصرف الى ذلك المال وان كان أقربهما الا ما لو ضممناها اليه كان عليه أن يؤدي زكاة نصف الجارية في نصف السنة والنصف الآخر بعد ستة أشهر وهذا محال فاذا ثبت بعد هذا في الزيادة المتصلة ثبت في المنفصلة لانها كانت متصلة والضم مستحق فيها فلا يتغير بالانفصال اه غاية (قوله حيث لا يضم ثمنها الى ما عنده من الاموال) هذا عند أبي حنيفة خلافا لهما وقد نص على الخلاف في المجمع اه (قوله رواه الترمذي) أي بمعناه وقيل انه موقوف على عثمان رضي الله عنه اه غاية وكتب ما نصه وأسند رواية هذا الحديث في الدراية الى الترمذي أيضا لكنه ذكر بدل قوله رأس الشهر رأس السنة وما في الشرح موافق لما في الغاية ولا يخفى أن المعنى على ما في الكتابين واحد فاعلم اه (قوله اذا كان عنده ثلاثون بقرة مثلا فاستفاد عشرة) أي بالولادة أو الربح حتى تصير المسألة اتفاقية بيننا وبين الشافعي اه. (قوله وهذا الان عندهما) كذا في نسخة قارئ الهداية وكتب تحت ذلك أي عند وجود الارباح والاولاد اه (قوله يؤدي الى الثنى) قال في المغرب وقوله لا ثنى في الصدقة مكسور مقصور أي لا تؤخذ في السنة مرتين اه (قوله ولو أخذ الخراج والعشر والزكاة بغاة الخ) البغاة قوم من المسلمين خرجوا عن طاعة الامام العدل بحيث يستحلون قتل العادل وماله بتأويل القرآن ودانوا ذلك وقالوا من أذنب صغيرة أو كبيرة فقد كفر وحل قتله الا أن يتوب وتمسكوا بظاهر قوله تعالى ومن يعص الله ورسوله فان له نار جهنم خالدا فيها اه كاكي (قوله والجباية الخ) الجباية هي الاخذ والجمع من جبى الخراج جباية جمعه اه كاكي (قوله بالحماية) أي بالحفظ اه كاكي

فلا تجبيهم بخلاف ما اذا مر هو بهم فعشروه حيث يؤخذ منه ثانيا اذا مر على أهل العدل لان التقصير من جهته حيث مر عليهم لا من الامام والذمي فيه كالمسلم واشتراط أخذهم الخراج ونحوه وقع اتفاقا حتى لو لم يأخذوا منه سنين وهو عندهم لم يؤخذ منهم شيء أيضا لما ذكرنا ثم اذا لم تؤخذ منهم ثانيا نفتيهم بان يعيدوها فيما بينهم وبين الله تعالى لانهم لا يصرفونها الى مستحقها ظاهرا وقيل لا نفتيهم باعادة الخراج لانهم مصارفه لكونهم مقاتلة وقيل اذا نوى بالدفع التصدق عليهم أجزأته الصدقات أيضا لانهم لو حوسبوا بما عليهم من التبعات يكونون فقراء وأما ملوك زماننا فهل تسقط هذه الحقوق بأخذهم من أصحاب الاموال أم لا قال الهندواني تسقط وان لم يضعوها في أهلها لان حق الاخذ لهم فكان الوبال عليهم وقال أبو بكر بن سعيد يسقط الخراج ولا تسقط الصدقات لما ذكرنا في البغاة وقال أبو بكر الاسكاف لا يسقط الجميع وقيل اذا نوى بالدفع اليهم التصدق عليهم يسقط والا فلا لما ذكرنا في البغاة وعلى هذا ما يؤخذ من الرجل في جبايات الظلمة والمصادرات اذا نوى بالدفع التصدق عليهم جاز عما نوى ولو أسلم الحربي في دار الحرب وأقام فيها سنين ثم خرج الينا لم يأخذ منه الامام الزكاة لعدم الحماية ونفتيه بادائها ان كان عالما بوجوبها والا فلا زكاة عليه لان الخطاب لم يبلغه وهو شرط الوجوب قال رحمه الله (ولو عجل ذو نصاب لسنين أو لنصب صح) وقال مالك لا يصح لان السبب هو المال النامي بكونه حوليا

(قوله حيث يؤخذ منه ثانيا) أي بلا خلاف اه غاية (قوله والذمي فيه كالمسلم) قال في الدراية وكذلك ان أخذوا من أهل الذمة خراج رؤسهم لم يؤاخذهم الامام بما مضى لعجزه عن حمايتهم اه (قوله لكونهم مقاتلة) أي لانهم يقاتلون اهل الحرب اه فتح وكتب ما نصه والزكاة مصرفها الفقراء ولا يصرفونها اليهم اه دراية (قوله بما عليهم من التبعات) أي المظالم جمع تبعة اه (قوله قال الهندواني تسقط) أي اذا نوى عند الدفع أنه من الصدقة اه (قوله وقال أبو بكر بن سعيد الخ) في شرح الطحاوي عن أبي بكر بن سعيد الاعمش أن جميع ذلك لا يسقط ونسب ما قاله للاسكاف عكس ما ذكرنا اه وفي المبسوط قال محمد بن سلمة وأبو مطيع البلخي أخذ الصدقة جائز لعلي بن عيسى بن يونس والي خراسان وحكي أن أمير بلخ وجبت عليه كفارة يمين فسأل الفقهاء عما يكفر به يمينه فافتوه بالصيام ثلاثة أيام فجعل يبكي ويقول لحشمه انهم يقولون لي ما عليك من التبعات فوق مالك فكفارتك كفارة يمين من لا يملك شيأ اه غاية وعلى هذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء فدفع الى السلطان الجائر سقط ذكره قاضيخان في الجامع الصغير اه فتح (قوله اذا نوى بالدفع التصدق عليهم جاز عما نوى) قال في المبسوط وهو الاصح اه كافي قال الصدر الشهيد هذا في الاموال الظاهرة أما لو صادره السلطان فنوى هو أداء الزكاة اليه فعلى قول طائفة يجوز والصحيح أنه لا يجوز لانه ليس للطالب ولاية أخذ زكاة الاموال الباطنة ولان الحق لم يصل الى مستحقه ظاهرا ولا الى نائبه اذ الظاهر من حال الباغي انه يأخذه ليصرفه الى الشهوات وهم أغنياء ظاهرا اه كاكي (قوله في المتن ولو عجل ذو نصاب) تنصيص على شرط جواز التعجيل فلو ملك أقل فعجل خمسة عن مائتين ثم تم الحول على مائتين لا يجوز وفيه شرطان آخران أن لا ينقطع النصاب في أثناء الحول فلو عجل خمسة من مائتين ثم هلك ما في يده الا درهما ثم استفاد فتم الحول على مائتين جاز ما عجل بخلاف ما لو لم تبق الدراهم وأن يكون النصاب كاملا في آخر الحول فلو عجل شاة من الاربعين وحال الحول وعنده تسعة وثلاثون فلا زكاة عليه حتى انه ان كان صرفها الى الفقراء وقعت نفلا وان كانت قائمة في يد الساعي أو الامام أخذها ولو كان الاداء في آخر الحول وقع عن الزكاة وان انتقص النصاب بادائه ذكره في النهاية نقلا عن الايضاح وهو في فصل الساعي خلاف الصحيح بل الصحيح فيما اذا كانت في يد الساعي وقوعها زكاة فلا يستردها وفي الخلاصة رجل له مائتا درهم حال عليها الحول الا يوما فعجل من زكاتها شيأ ثم حال الحول على ما بقي لا زكاة عليه وعلى هذا لو تصدق بشاة بنية الزكاة على الفقير من أربعين شاة فتم الحول لا تجوز عن الزكاة أما لو عجل شاة عن أربعين الى المصدق فتم الحول والشاة في يد المصدق جاز هو المختار لان الدفع الى المصدق لا يزيل ملكه عن المدفوع وبسطه من شرح الزيادات اذا عجل خمسة من مائتين فاما ان حال الحول وعنده مائة وخمسة وتسعون أو استفاد خمسة أخرى فحال على مائتين أو انتقص من الباقي درهم درهم (الفصل الاول) اذا لم تزد ولم تنقص فان كانت تلك الخمسة قائمة في يد الساعي فالقياس أن لا تجب الزكاة ويأخذ الخمسة من الساعي لانها خرجت عن ملكه بالدفع الى الساعي وان لم تخرج فهي في معنى الضمار لانه لا يملك الاسترداد قبل الحول وفي الاستحسان تجب الزكاة لما ذكرنا أن يد الساعي في المقبوض يد المالك قبل الوجوب فقيامها في يده كقيامها في يد المالك ولان المعجل يحتمل أن يصير زكاة فتكون يده يد المالك فاعتبرنا أن يده يد المالك احتياطا ولان القول بنفي الوجوب يؤدي الى المناقضة بيانه أنا لو لم نوجب الزكاة بقيت الخمسة على ملك المالك فتبين أنه حال الحول والنصاب كامل فتجب الزكاة على عدم تقدير ايجاب الزكاة واذا قلنا تجب مقصورا على الحال لا مستندا لانه لو استند الوجوب الى أول الحول بقي النصاب ناقصا في آخر الحول فيبطل الوجوب واعالم يملك الاسترداد لانه عينها زكاة من هذه السنة فما دام احتمال الوجوب قائما لا يكون له أن يسترد كمن نقد الثمن في بيع بشرط الخيار للبائع لا يمكنه الاسترداد فالحاصل أنه تعلق حق الفقراء به مع بقاء ملك المالك ولهذا لم يكن ضمارا لانه أعدها الفرض ليس ضمارا فجعلها ضمارا فيبطل الفرضية وكذا لو كان الساعي استهلكها أو أنفقها

على نفسه قرضا لان ذلك وجب المثل فى الذمة وذلك كقيام العين فى يده وكذلك لو أخذها الساعى عمالة لان العمالة انما تكون فى
الواجب لان قبضه الواجب يكون للفقراء فيتحقق حينئذ سبب العمالة وما قبضه غير واجب ولا يقال ما فى ذمة الساعى دين وأداء الدين
من العين لا يجوز لانا نقول هذا اذا كان الدين على غير الساعى أما اذا كان على الساعى فيجوز لان حق الاخذ له فلا يفيد الطلب منه ثم
دفعها اليه وان كان الساعى صرفها الى الفقراء أو الى نفسه وهو فقير لا تجب الزكاة لان الساعى مأمور بالصرف اليهم ولو صرف
المالك نفسه يصير ملكا و ينقص به النصاب فكذلك هنا ولو ضاعت من الساعى قبل الحول ووجدها بعده لا تجب الزكاة وللمالك
أن يستردها كما لو ضاعت فى يد المالك نفسه ووجدها بعده وانما ملك الاسترداد لانه عينها لزكاة هذه السنة ولم تصر قلت لان بالضياع صار
ضمارا فلو لم يستردها حتى دفعها الساعى للفقراء لم يضمن الا اذا كان المالك نهاه قبل هذا عندهما أما عند أبى حنيفة يضمن وأصله الوكيل
يدفع الزكاة اذا أدى بعد أداء الموكل بنفسه يضمن علم بادائه أولا وعندهما الا ان علمه (الفصل الثانى) اذا استفاد خمسة فتم الحول على
مائتين يصير المؤدى زكاة فى كل الوجوه من وقت التعجيل والا يلزم هنا كون الدين زكاة عن العين فى بعض الوجوه ولا يجب عليه زكاة
تلك الخمسة وان كانت قائمة عند الساعى أما عنده فلانه لا يرى الزكاة فى الكسر وأما عندهما فلانها طهرت وخرجت عن ملكه من وقت
التعجيل وهذا التعجيل انما يحصل فى مثل هذه الصورة أما لو ملك مائتين فعجلها كلها صح ولا يستردها قبل الحول كما فى غيرها لاحتمال
وقوعها زكاة بأن يستفيد قبل تمام الحول ثمانية آلاف فلو استفادها لا تجب زكاة هذه المائتين لهذه العلة بالاتفاق (الفصل الثالث)
اذا انتقص عما فى يده فلا تجب فى الوجوه كلها فيستردها ان كانت فى يد الساعى وان استهلكها أو أكلها قرضا أو بجهة العمالة ضمن ولو
تصدق بها على الفقراء أو نفسه وهو فقير لا يضمن لما قدمنا الا ان تصدق بها بعد الحول فيضمن عنده علم بالنقصان أو لم يعلم وعندهما
ان علم ولو كان نهاه ضمن عند الكل (واعلم) أن ما ذكره فى الفصل الاول من أن الساعى اذا أخذ الخمسة عمالة ثم حال الحول ولم يكمل
النصاب فى يد المالك تقع الخمسة زكاة بناء على وجوب الزكاة فى هذه الصورة لسبب لزوم الضمان على الساعى لانه لا عمالة فى غير
الواجب ذكر فى مثله من السائمة خلافه بعد قريب وقال ما حاصله اذا عجل شاة عن

فلا يجوز التقديم على الحول كما لا يجوز التقديم على أصل النصاب ولان الاداء اسقاط للواجب عن
ذمته ولا اسقاط قبل الوجوب فصار كاداء الصلاة قبل الوقت وقال الشافعى لا يجوز التقديم الا لسنة
واحدة لان حوله لم ينعقد بعد ولهذا لا يجوز التعجيل قبل كمال النصاب ولنا أنه عليه الصلاة والسلام
استسلف من العباس زكاة عامين ولان السبب هو المال النامى فالمال أصل والنماء وصف له فاذا وجد

أربعين فتصدق بها الساعى
قبل الحول وتم الحول ولم
يستفد شيئا تقع تطوعا ولا
يضمن ولو باعها الساعى
للفقراء ان تصدق بثمنها
فكذلك فان كان الثمن
قائما فى يده يأخذه المالك لانه بدل ملكه ولا تجب الزكاة لان نصاب السائمة ينقص قبل الحول ولا يكمل بالثمن فان كانت الشاة قائمة فى يد
الساعى صارت زكاة كما قدمنا لان قيامها فى يد الساعى كقيامها فى يد المالك ولو كان الساعى أخذها من عمالته واستشهد على ذلك وجعلها الامام له عمالة فتم
الحول وعند المالك تسعة وثلاثون والمعجل قائم فى يد الساعى فلا زكاة عليه و يستردها لانه لما أخذها من العمالة زالت عن ملكه فانتقص
النصاب فلا تجب الزكاة وله أن يستردها لانها فى يده بسبب فاسد فان كان الساعى باعها قبل الحول أو بعده فالبيع جائز كالمشترى
شراء فاسدا اذا باع جاز بيعه و يضمن قيمتها المالك و يكون الثمن له لانه بدل ملكه فان قلت لم كان هذا الاختلاف قلت لانه لما خرجت عن
ملك المعجل بذلك السبب فحين تم الحول يصير ضامنا بالقيمة والسائمة لا يكمل نصابها بالدين كما ذكرنا هذا ومهما تصدق الساعى مما عجل من
نقد أو سائمة قبل الحول فلا ضمان عليه بل اما أن تقع نفلا ان لم يكمل أو بعضه ان كان عن نصب فهلك بعضها أو فرضا أو بعده فى موضع
لا تجب الزكاة كما لو انتقص النصاب ضمن علم أو لا عند أبى حنيفة وعندهما لا يضمن الا ان علم بالانتقاص فان كان المالك نهاه بعد الحول
ضمن عند الكل وقبله لا انتهى فتح القدير * مسئلة ذكرها فى المفيد عجل زكاته الى فقير قبل تمام الحول فمات الفقير أو ارتد أو أيسر تقع
زكاة عندنا خلافا للشافعى لانها وقعت قربة فيعتبر حاله عند الدفع اليه وفى المبسوط والمفيد والتحرير وزيادات العتابى الزكاة تجب عند
تمام الحول مستندا الى أول الحول قلت اذا كنا جعلنا الحول كالشرط لا ينبغى أن يستند الوجوب الى أول الحول لان المعلق بالشرط يقتصر
بلا خلاف ولان الزكاة لا تجب الا فى المال النامى والحول أقيم مقام النماء لاشتماله على الفصول الاربعة والغالب فيها تفاوت الاسعار
و يقوى هذا ما قال قاضيخان فى زياداته ان المعجل يقع زكاة من وقت التعجيل اذا استفاد ما يكمل به النصاب فى عدة مواضع وذكر فى
موضع أن المعجل فى يد الساعى فى القياس يستند الوجوب الى أول الحول وفى الاستحسان يقتصر على آخر الحول اهـ غاية وكتب
على قوله ذو نصاب ما نصه لسنين وعليه يتفرع ما لو كان له أربعمائة فعجل عن خمسمائة ظانا أنها فى ملكه له أن يحتسب الزيادة من السنة
الثانية (قوله فصار كاداء الصلاة قبل الوقت) بجامع أنه أداء قبل السبب اذ السبب هو النصاب الحولى ولم يوجد اهـ فتح (قوله لان
حوله لم ينعقد) أى النصاب اهـ (قوله ولنا أنه عليه الصلاة والسلام استسلف من العباس الخ) وهو ما روى الترمذى وأبو داود عن على
أن العباس سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن تعجيل زكاته قبل أن يحول عليه الحول مسارعة الى الخير فأذن له فى ذلك اهـ كاكى وقال

في الغاية رواه الحسن عن أبي حنيفة إلا التساقي (قوله فيسترده منه ان كان باقيا الخ) ولنا ان باعه الساعي لنفسه ضمنه وان أداه الى الفقير يقع نفلا كذا في الايضاح والزيادات وفيه لو باعه للفقراء لم يتصدق بثمنه ورد عليه الثمن اه كاكي (قوله ونحن نقول النصاب الاول هو الاصل) أي في السببية اه (فرع) لو كان النصاب كاملا وقت التعجيل ثم هلك جميع المال بحيث لم يبق من جنس ذلك المال حبة مثلا ولم يكن لمنا ثم ولا سكين مفضض ولا شيء من فضة أو ذهب وان قل ولا شيء من عروض التجارة بطل الحول فصار ما عجل تطوعا ثم استفاد بعد ذلك من ذلك الجنس من المال نصابا كاملا خلال الحول ووجبت فيه زكاة فما عجل لا ينوب عنه وأما اذا بقي من ذلك الجنس شيء يسير ثم استفاد قبل تمام الحول نصابا كاملا فتم الحول عليه صح التعجيل وسقطت عنه زكاة السنة اه طحاوي (فرع آخر) لو دفع الامام المعجل الى فقير فأيسر الفقير قبل تمام الحول أو مات أو ارتد جاز عن الزكاة عندنا خلافا للشافعي فانه قال يسترده الامام الا اذا كان غناه من ذلك المال لنا الصدقة لاقت كف الفقير فلا يعتبر غناه الحادث كما اذا دفعها الى الفقير بعد الحول ثم حدث ذلك اه بدائع

﴿ باب زكاة المال ﴾

(قوله أراد بالمال غير السوائم) أي لان حكمها بين فيما مضى اه ع (قوله يجب في مائتي درهم وعشرين دينارا) أي ولا يعتبر فيها القيمة بل الوزن كذا في شرح الطحاوي وفي شرح القدوري للاقطع يعتبر فيها أن يكون قيمتها مائتي درهم وفي البدائع والذهب ما لم يبلغ قيمته مائتي درهم ففيه ربع العشر وكان الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مقوما بعشرة دراهم اه وكتب ما نصه قال الكمال أي سواء كانت مسكوكة أولا وكذا عشرة المهر وفي غير الذهب والفضة لا تجب الزكاة ما لم يبلغ قيمته نصابا مسكوكا من أحدهما لان لزومها مبني على التقوم والعرف أن يقوم بالمسكوك وكذا نصاب السرقة احتياطا للدرء اه وفي البدائع لو نقصت المائتان حبة في ميزان وكانت تامة في ميزان لا تجب الزكاة للشك وللشافعية وجهان أصحهما وبه قطع المحاملي والماوردي وآخرون لا تجب وقال الصيدلاني تجب وشنع من عليه امام الحرمين وبالغ وعند مالك لو نقصت المائتان ثلاثة دراهم تجب وعنه لا تمنع الحبة والحبتان وبه قال ابن حنبل وعنه قيراطان وفي الينابيع اذا كملت المائتان في العدد ونقصت في الوزن لا تجب وان قل النقص اه غاية (قوله لما روينا) أي وهو قوله صلى الله عليه وسلم هاتوا ربع عشر أموالكم (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام وفي الرقة) الرقة بكسر الراء وتخفيف القاف كذا في الغاية وفي الدراية نقلا عن المغرب الفضة تتناول المضروب وغيره والرقة تختص بالمضروب وأصلها ورق اه قال في الغاية ونقل صاحب البيان من الشافعية عنهم ان الرقة هي الذهب والفضة قال النووي وهو غلط فاحش قلت قد ذكر السفاقسي في شرح البخاري أن الورق اسم لهما كما قاله صاحب البيان وقال ثعلب وهو أصح التأويلين اه (قوله ليس فيما دون خمس أواق صدقة) أخرجه البخاري هكذا ليس فيما دون خمسة أوسق صدقة ولا فيما دون خمس ذود صدقة ولا فيما دون خمس أواق صدقة وأخرجه مسلم ليس فيما دون خمس أواق من الورق الحديث اه فتح وكتب على قوله خمس أواق ما نصه قال القاضي في شرح الموطأ ومن الرواة من يمد همزة الجمع فيقول آواق وهو خطأ اه (قوله والاوقية كانت الخ) هي بضم الهمزة وتشديد الياء وجمعها أواقي بتشديد الياء وتخفيفها قال القاضي عياض في الاكمال وأنكر غير واحد أن يقال وقية بفتح الواو وحكى اللحياني انه يقال وقية ويجمع على وقايا كركية وركايا اه غاية قال في الفتح والاوقية أفعولة فتكون الهمزة زائدة وهي ... الوقاية لانها تقي صاحبها الحاجة وقيل هي فعلية فالهمزة أصلية وهي من الاوق وهو الثقل ولم يذكر في نهاية

وجود أصله كالتكفير بعد الجرح قبل السراية بخلاف ما اذا قدم قبل أن يملك نصابا لان السبب لم يوجد ثم المقدم يقع زكاة اذا تم الحول والنصاب كامل فان لم يكن كاملا فان كانت الزكاة في يد الساعي يستردها لان بيد المالك حتى يكمل النصاب بما في يده ويد الفقير أيضا حتى تسقط عنه الزكاة بالهلاك في يده فيسترده منه ان كان باقيا ولا يضمنه ان كان هالكا ومعنى قوله أو لنصب أن يكون عنده نصاب فيقدم لنصب كثيرة ليست في ملكه بعد فانه يجوز لان حولها انعقد ولهذا يضم الى النصاب فيزكي بحوله وفيه خلاف زفر هو يقول كل نصاب أصل بنفسه في حق الزكاة فيكون أداء قبل وجود السبب ونحن نقول النصاب الاول هو الاصل وما بعده تابع له بدليل ما ذكرنا من الضم اليه والله أعلم

﴿ باب زكاة المال ﴾

أراد بالمال غير السوائم والالف واللام فيه عائد الى المذكور في قوله عليه الصلاة والسلام هاتوا ربع عشر أموالكم لان المراد به غير السائمة لان زكاة السائمة غير مقدرة بربع العشر قال رحمه الله (يجب في مائتي درهم وعشرين دينارا ربع العشر) أي خمسة دراهم في مائتي درهم ونصف دينار في عشرين دينارا لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام وفي الرقة ربع العشر وقال صلى الله عليه وسلم ليس فيما دون خمس أواق صدقة والاوقية كانت في أيامهم أربعين درهما وقال عليه الصلاة والسلام ليس في أقل

ابن الاثير الا الاول قال وهمزتها زائدة ويشدد الجمع ويخفف مثل أثفية وأثافي وأثاف وربما يجيء في الحديث وقية وليست بالعالية اه
(قوله فاذا بلغ الورق) بفتح الواو وكسر الراء وله تخفيفان فتح الواو وكسرها مع سكون الراء وهو قياس وهو اسم للفضة وقيل للدراهم خاصة اه غاية قوله وهو اسم للفضة أي مضروبة كانت أو غير مضروبة اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام لمعاذ الخ) رواه الدارقطني اه غاية
(قوله لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ليس في الحلي زكاة) ذكره في الامام اه غاية (قوله وفي يد ابنتها مسكتان) أي سواران
(قوله في المتن ولو تبرا) قال في المغرب التبر ما كان غير مضروب من الذهب والفضة اه غاية (قوله في المتن أو حليا) سواء كان مباحا أو لا حتى
يجب أن يضم الخاتم من الفضة وحلية السيف والمصحف وكل ما انطلق عليه الاسم اه فتح (قوله في يدي فتخات)

من عشرين دينارا صدقة وفي عشرين دينارا نصف دينار وقال عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن فاذا بلغ الورق مائتي درهم فخذ منه خمسة دراهم قال رحمه الله (ولو تبرا أو حليا أو آنية) أي ولو كانت الفضة أو الذهب حليا أو غيره تجب فيها الزكاة وقال الشافعي لا تجب الزكاة في حلي النساء وخاتم الفضة للرجال لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ليس في الحلي زكاة ولانه مبتذل في مباح وليس بنام اه فشابه ثياب البذلة ولنا ما رواه حسين المعلم عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن امرأة أتت رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي يدها ابنة لها وفي يد ابنتها مسكتان غليظتان من ذهب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أتعطين زكاة هذا قالت لا قال أيسرك أن يسورك الله بهما يوم القيامة بسوارين من نار فخلعتهما وألقتهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وقالت هما لله ولرسوله قال النووي اسناده حسن وقالت عائشة رضي الله عنها دخلت على رسول الله صلى الله عليه وسلم فرأى في يدي فتخات من ورق فقال ما هذا يا عائشة فقلت صنعتهن أتزين لك بهن يا رسول الله فقال أتؤدين زكاتهن قلت لا أو ما شاء الله قال حسبك من النار أخرجه الحاكم في المستدرك وقال هذا حديث صحيح على شرط الشيخين وقالت أم سلمة كنت ألبس أوضاحا من ذهب فقلت يا رسول الله أكنز هو فقال ما بلغ أن تؤدى زكاته فزكي فليس بكنز أخرجه الحاكم في المستدرك وقال صحيح على شرط البخاري ورواه أبو داود أيضا وعموم قوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة الآية يتناول الحلي فلا يجوز اخراجه بالرأي وكذا الاحاديث التي رويناها في أول الباب تتناولهما وما رواه من حديث جابر لا أصل له قاله البيهقي وقوله مبتذل في مباح وليس بنام لا ينفعه لان عين الذهب والفضة لا يشترط فيهما حقيقة النماء ولا تسقط زكاتهما بالاستعمال ألا ترى أنهما اذا كانا معدين للنفقة أو كانا حلي الرجل أو حلي المرأة أكثر من المعتاد تجب فيهما الزكاة اجماعا ولو كانا كثياب البذلة لما وجبت ولانهما خلقا أثمانا للتجارة فلا يحتاج فيهما الى نية التجارة ولا تبطل الثمنية بالاستعمال بخلاف العروض وسائر الجواهر من اللآلئ والياقوت والفصوص كلها لانها خلقت للابتذال فلا تكون للتجارة الا بالنية قال رحمه الله (ثم في كل خمس بحسابه) أي في كل خمس نصاب تجب فيه بحسابه وهو أربعون درهما من الورق فيجب فيه درهم ومن الذهب أربعة دنانير فيجب فيها قيراطان وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول عمر بن الخطاب وقالا ما زاد على المائتين فزكاته بحسابه وهو قول الشافعي رحمه الله لقول علي رضي الله عنه فما زاد فبحساب ذلك وكان في كتاب أبي بكر الصديق رضي الله عنه وفي الرقة ربع العشر ولان الزكاة وجبت شكرا لنعمة المال واشتراط النصاب في الابتداء لتحقق الغنى ولا معنى لاشتراطه بعد ذلك فيما لا يلزم التشقيص ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين وجهه الى اليمن اذا بلغ الورق مائتي درهم ففيها خمسة ولا تأخذ مما زاد حتى يبلغ أربعين درهما ولان الحرج مدفوع وفي ايجاب الكسور ذلك

والفتخات الخواتم الكبار اه غاية (قوله كنت ألبس أوضاحا من ذهب) وفي الصحاح حلي من الدراهم الصحاح اه (قوله ورواه أبو داود) أي باللفظ الذي تقدم وما أخرجه الحاكم بلفظ آخر قال الكمال ولفظه اذا أديت زكاته فليس بكنز اه (قوله تتناولهما) أي الذهب والفضة فلا يجوز اخراج البعض منهما بما لم يثبت اه (قوله وما رواه من حديث جابر الخ) انما يروى عن جابر من قوله اه فتح (قوله أكثر من المعتاد) أي كخلخال وزنه مائتا دينار اه غاية (قوله ثم في كل خمس بحسابه) وهو بضم الخاء اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة الخ) قال الكمال رحمه الله ومما ينبني على هذا الخلاف لو كان له مائتان وخمسة دراهم مضى عليها عامان عنده عليه عشرة وعندهما خمسة لانه وجب عليه في العام الاول خمسة وثمن فيبقى السالم من الدين في العام الثاني مائتان الا ثمن درهم فلا تجب فيه الزكاة وعنده لا زكاة في الكسور فيبقى السالم مائتين ففيها خمسة أخرى اه (قوله وهو قول عمر بن الخطاب) أي وأبي موسى الاشعري رواه عنهما الحسن البصري وهو مذهبه اه غاية (قوله فيما لا يلزم التشقيص) قال في الدراية الا أنا في السوائم اعتبرنا النصاب بعد النصاب لتعذر ايجاب التشقيص لما يدخل من ايجابه ضرر الشركة على المالك وهذا المعنى مفقود هنا كذا في الايضاح اه (قوله وفي ايجاب الكسور ذلك) بيانه أنه يجب في حبة جزء من أربعين جزءا من حبة وهذا لا يوقف على حقيقته بخلاف زكاة البقر عنده لسهولة حسابه اه غاية قال العلامة في فتح القدير وذلك أنه اذا ملك مائتي درهم وسبعة دراهم وجب عليه على قولهما خمسة وسبعة أجزاء من أربعين جزءا من درهم فاذا لم يؤد حتى جاءت السنة الثانية كان الواجب عليه زكاة مائتي درهم

وقول علي لا يعارض المرفوع وكذا كتاب أبي بكر على أنه يحتمل أن يكون مراده بالرقة النصاب قال رحمه الله (والمعتبر وزنهما أداء ووجوبا) أي يعتبر في الذهب والفضة أن يكون المؤدى قدر الواجب وزنا ولا يعتبر فيه القيمة وكذا في حق الوجوب يعتبر أن يبلغ وزنهما نصابا ولا تعتبر فيه القيمة أما الاول وهو اعتبار الوزن في الاداء فهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال زفر تعتبر القيمة وقال محمد يعتبر الانفع للفقراء حتى لو أدى عن خمسة دراهم جياد خمسة زيوفا قيمتها أربعة دراهم جياد جاز عندهما ويكره وقال محمد وزفر لا يجوز حتى يؤدي الفضل لان زفر يعتبر القيمة ومحمد يعتبر الانفع وهما يعتبران الوزن ولو أدى أربعة جيدة قيمتها خمسة رديئة عن خمسة رديئة لا يجوز الا عند زفر لما بينا ولو كان له ابريق فضة وزنه مائتان وقيمته لصناعته ثلثمائة ان أدى من العين يؤدي ربع عشره وهو خمسة قيمتها سبعة ونصف وان أدى خمسة قيمتها خمسة جاز عندهما وقال محمد وزفر لا يجوز الا أن يؤدي الفضل ولو أدى من خلاف جنسه تعتبر القيمة بالاجماع لزفر أن العبرة للمالية كما اذا أدى من خلاف جنسه ولا يلزم الربا لانه لا ربا بين المولى وعبده وكذا يقول محمد الا أنه احتاط لجانب الفقراء فاعتبر الانفع وهما يقولان الجودة في الاموال الربوية لا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها وقوله لا ربا بين المولى وعبده قلنا عاملنا الله معاملة المكاتبين حتى استقرض منا بل معاملة الاحرار حتى أجاز تصرفاتنا من التبرعات وغيرها ولا يقال فيه تضييع الجودة على الفقراء فوجب أن لا يجوز كالاب والوصي اذا باعا المصوغ بوزنه من الدراهم وهو أقل من قيمته وكالمريض اذا أوصى بمصوغ وزنه قدر ثلث ماله وقيمته أكثر من الثلث لانا نقول الاب والوصي تصرفهما مقيد بالانظر ولا نظر فيه والمريض محجور لحق الغرماء والورثة فلا يجوز له تضييع الجودة عليهم وأما الثاني وهو اعتبار الوزن في حق الوجوب فمجمع عليه حتى لو كان له ابريق فضة وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان لا يجب فيها لما قلنا وعلى هذا الذهب قال رحمه الله (وفي الدراهم وزن سبعة وهو أن تكون العشرة منها وزن سبعة مثاقيل) أي يعتبر أن يكون وزن كل عشرة دراهم وزن سبعة مثاقيل والمثقال وهو الدينار عشرون قيراطا والدرهم أربعة عشر قيراطا والقيراط خمس شعيرات والاصل فيه أن الدراهم كانت مختلفة في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وفي زمن أبي بكر وعمر على ثلاث مراتب فبعضها كان عشرين قيراطا مثل الدينار وبعضها كان اثني عشر قيراطا ثلاثة أخماس الدينار وبعضها عشرة قراريط نصف الدينار فالاول وزن عشرة أي العشرة منه وزن العشرة من الدنانير والثاني وزن ستة أي كل عشرة منه وزن ستة من الدنانير والثالث وزن خمسة أي كل عشرة منه وزن خمسة دنانير فوقع التنازع بين الناس في الايفاء والاستيفاء فأخذ عمر من كل نوع درهما فخلطه فجعله ثلاثة دراهم متساوية فخرج كل درهم أربعة عشر قيراطا فبقي العمل

ودرهم وزكاة ثلاثة وثلاثين جزأ من درهم وذلك لا يعرف ولانه أوفق لقيد الزكوات لانها تدور بعفو ونصاب اهـ (قوله ولو أدى أربعة جيدة قيمتها خمسة رديئة الخ) قال في البدائع ولو أدى شاة سمينة عن شاتين وسطين تعدل قيمتها شاتين وسطين جاز لان الحيوان ليس من أموال الربا والجودة في غير أموال الربا متقومة ألا ترى أنه يجوز بيع شاة بشاتين فبقدر الوسط يقع عن نفسه وبقدر قيمة الجودة يقع عن شاة أخرى وان كان من عروض التجارة فان أدى من النصاب ربع عشره يجوز كيفما كان لانه أدى الواجب بكماله وان أدى من غير النصاب فان كان من جنسه يراعى فيه صفة الواجب من الجيد والوسط والردئ ولو أدى مكان الجيد والوسط لا يجوز الا على طريق التقويم بقدره وعليه التكميل لان العروض ليست من أموال الربا حتى يجوز بيع ثوب بثوبين فكانت الجودة فيها متقومة ولهذا لو أدى ثوبا جيدا عن ثوبين رديئين يجوز وان كان من خلاف جنسه فيراعى فيه قيمة الواجب حتى اذا أدى أنقص منه لا يجوز الا بقدره (قوله ولو أدى من خلاف جنسه) أي بأن أدى من الذهب مثلا وقوله تعتبر القيمة أي ما يساوي سبعة ونصفا وفي القدوري ان زكى من عين الابريق أدى ربع عشره ويكون الفقير شريكه فيه بربع العشر وان أدى من قيمته عدل الى خلاف الجنس وهو الذهب عند محمد اهـ غاية وكتب على قوله تعتبر القيمة أيضا ما نصه كالعصب اهـ غاية (قوله معاملة المكاتبين) أي رأيت انا بيننا وأربابه ربا وي بين المولى ومكاتبه اهـ (قوله بل معاملة الاحرار) تبع الشارح صاحب الغاية فانه قال بعد ذكر الجواب الاول وهو أنه عاملنا معاملة المكاتبين قال ويمكن أن يقال عاملنا معاملة الاحرار حتى صح اقراضنا وتبرعاتنا واعتاقنا والمكاتب لا يصح منه شئ من ذلك علمه والاصحاب لم يذكروا غير الاول فيما علمت اهـ قوله واعتاقنا أي وأوجب علينا الحج والزكاة وأثبت لنا الشهادة وجوز لنا التزوج بالاربع من النساء اهـ (قوله وزنها مائة وخمسون وقيمتها مائتان لا يجب) أي ومحمد انما راعى حق الفقراء بعد الوجوب وكمال النصاب اهـ غاية (قوله وعلى هذا الذهب) قد تقدم ما ذكره الاقطع وصاحب البدائع فليراجع أول الباب اهـ (قوله فخرج كل درهم أربعة عشر قيراطا) لان المجموع اثنان وأربعون قيراطا وثلثها أربعة عشر ثم اعلم ان ما ذكره الشارح رحمه الله من أن الدراهم كانت مختلفة في زمن عمر رضي الله عنه فأخذ من كل نوع درهما الخ موافق لما في الظهيرية مخالف لما ذكر في الاختيار شرح المختار من أن الدراهم كانت مختلفة على عهد عمر رضي الله عنه بعضها اثنا عشر قيراطا وبعضها خمسة عشر قيراطا وبعضها خمسة وعشرون وكان الناس مختلفين

عليه الى يوم اهذا فى كل شئ خلافا للشافعى ومالك فى الديات وذكر فى الغاية أن درهم مصر أربعة وستون حبة وهو أكبر من درهم الزكاة فالنصاب منه مائة وثمانون درهما وحبتان قال رحمه الله (وغالب الورق ورق لا عكسه) يعنى اذا كان الغالب على الورق الفضة فهو فضة ولا يكون عكسه فضة وهو أن يكون الغالب عليه الغش وانما هو عروض لان الدراهم لا تخلو عن قليل غش وتخلو عن الكثير فجعلنا الغلبة فاصلة وهو أن يزيد على النصف اعتبارا للحقيقة ثم ان كان الغالب فيه الفضة تجب فيه الزكاة كيفما كان لانه فضة وان كان الغالب فيه الغش ينظر فان نواه للتجارة تعتبر قيمته مطلقا وان لم ينوه للتجارة ينظر فان كانت فضته تخلص تعتبر فتجب فيها الزكاة ان بلغت نصابا وحدها أو بالضم الى غيره لان عين الفضة لا يشترط فيها نية التجارة ولا القيمة على ما تقدم وان لم تخلص منه فضته فلا شئ عليه لان الفضة قد هلكت فيه اذ لم ينتفع بها لا حالا ولا مآلا فبقيت العبرة للغش وهو عروض فيشترط فيه نية التجارة فصارت كالثياب المموهة بماء الذهب فان قيل فما الفرق بين الفضة المغلوبة وبين الغش المغلوب حتى اعتبرتم الفضة المغلوبة وأجريتم عليه أحكام الفضة اذا كانت تخلص منه ولم تعتبروا الغش المغلوب بل جعلتم كله فضة قلنا الفرق بينهما أن الفضة قائمة فى كثير الغش حقيقة حالا باللون ومآلا بالاذابة بخلاف الغش المغلوب فانه لا يظهر حالا ولا يخلص مآلا بل يحترق وعلى هذا التفصيل الذهب المغشوش وانما لم يذكره الشيخ رحمه الله تعالى لان حكمه يعرف ببيان حكم الفضة المغشوشة وان كانت الفضة والغش سواء ذكر أبو النصر أنه تجب فيه الزكاة احتياطا وقيل لا تجب وقيل تجب فيها درهمان ونصف وكان الشيخ أبو بكر محمد بن الفضل يوجب الزكاة فى الغطريفية والعدالية فى كل مائتى درهم خمسة دراهم عددا لان الغش فيهما غالب فصارا فلوسا فوجب اعتبار القيمة فيه لا الوزن والذهب المخلوط بالفضة ان بلغ الذهب نصاب الذهب وجبت فيه زكاة الذهب وان بلغت الفضة نصاب الفضة وجبت فيه زكاة الفضة وهذا اذا كانت الفضة غالبة وأما اذا كانت مغلوبة فهو كله ذهب لانه أعز وأغلى قيمة قال رحمه الله (وفى عروض تجارة بلغت نصاب ورق أو ذهب) يعنى فى عروض التجارة يجب ربع العشر اذا بلغت قيمتها من الذهب أو الفضة نصابا ويعتبر فيهما الانفع أيهما كان أنفع للمساكين وهو معطوف على قوله فى أول الباب فى مائتى درهم وعشرين دينارا ربع العشر واعتبار الانفع مذهب أبى حنيفة ومعناه يقوم بما يبلغ نصابا ان كان يبلغ بأحدهما ولا يبلغ بالآخر احتياطا لحق الفقراء وفى الاصل خيره

فى معاملاتهم فشاور عمر الصحابة فقال بعضهم خذوا من كل نوع فأخذوا من كل نوع ثلثه فبلغ أربعة عشر قيراطا فجعلوا درهما فجاءت العشرة مائة وأربعين قيراطا وذلك سبعة مثاقيل اه وما فى الاختيار موافق لما فى المبسوط والمعنى لا يختلف (قوله وذكر فى الغاية) أى نقلا عن المختصر للشيخ شهاب الدين قال العلامة كمال الدين رحمه الله ثم ما ذكر فى الغاية من دراهم مصر فيه نظر على ما اعتبروه فى درهم الزكاة لانه ان أراد بالحبة الشعيرة فدرهم الزكاة سبعون شعيرة اذ كان العشرة وزن سبعة مثاقيل والمثقال مائة شعيرة على ما قدمناه فهو اذن أصغر لا أكبر وان أراد بالحبة أنه شعيرتان كما وقع تفسيرها فى تعريف السجاوندى الطويل فهو خلاف الواقع اذ الواقع أن درهم مصر لا يزيد على أربع وستين شعيرة لان كل ربع منه مقدر بأربع خراريب والخرنوبة مقدرة بأربع قمحات وسط اه (قوله لان الدراهم لا تخلو الخ) لاجل الانطباع اه (قوله وان كان الغالب فيه الغش الخ) لان الغش فيها مغمور ومستهلك كذا روى الحسن عن أبى حنيفة أن الزكاة تجب فى الجياد من الدراهم والزيوف والنبهرجة قال لان الغالب فيها كلها الفضة وما يغلب فضته على غشه يتناوله اسم الدراهم مطلقا والشرع أوجب باسم الدراهم وان كان الغالب فيها الغش والفضة فيها مغلوبة فان كانت رائجة أو يمسكها للتجارة تعتبر قيمتها فان بلغت قيمتها مائتى درهم من أدنى الدراهم التى تجب فيها الزكاة وهى التى الغالب عليها الفضة تجب فيها الزكاة والا فلا اه بدائع وان لم تكن رائجة ولا معدة للتجارة فلا زكاة فيها الا أن يكون ما فيها من الفضة يبلغ مائتى درهم بأن كانت كثيرة اه (قوله لا حالا) أى باللون (قوله ولا مآلا) أى بالاذابة اه (قوله ذكر أبو نصر) أى فى شرح القدورى وأبو نصر هذا هو الاقطع اه (قوله وقيل يجب فيها درهمان ونصف الخ) قال صاحب الينابيع حكى لى هذا من أثق به عن المتأخرين اه غاية قال المحقق فى الفتح ولا يخفى ان المراد بقول الوجوب انه تجب فى الكل الزكاة ففى مائتين خمسة دراهم كأنها كلها فضة ألا ترى الى تعليله بالاحتياط وقول النفى معناه لا يجب ذلك والقول الثالث انه لا بد من كونه على اعتبار أن يخلص وعنده ما يضمه اليه فحصته درهمان ونصف وحينئذ فليس فى المسئلة الا قولان لان على هذا التقدير لا يخالف فيه أحد فحكاية ثلاثة أقوال ليس بواقع اه (قوله فى المتن وفى عروض تجارة الخ) العروض جمع عرض بفتحتين حطام الدنيا كذا فى المغرب والصحاح وفى الصحاح والعرض بسكون الراء المتاع وكل شئ فهو عرض سوى الدراهم والدنانير وقال أبو عبيد العروض الامتعة التى لا يدخلها كيل ولا وزن ولا يكون حيوانا ولا عقارا فعلى هذا جعلها هنا جمع عرض بالسكون أولى لانه فى بيان حكم الاموال التى هى غير النقد والحيوانات كذا فى النهاية قوله غير النقد والحيوانات ممنوع بل فى بيان أموال التجارة حيوانا كان أو غيره على ما تقدم من أن السائمة المنوية للتجارة تجب فيها زكاة التجارة سواء كانت من جنس ما يجب فيه زكاة السائمة كالابل أو لا كالبغال والحمير فالصواب اعتبارها هنا جمع عرض بالسكون على تفسير الصحاح ليصرح

لان الثمن في تقدير قيمة الاشياء بهما سواء وعن أبي يوسف أنه يقومها بما اشترى اذا كان الثمن من النقود لانه أقرب لمعرفة المالية لان الظاهر أنه يشتريه بقيمته وان اشتراها بغير النقود يقومها بالغالب من النقود وعن محمد أنه يقومها بالنقد الغالب على كل حال كما في المغصوب والمستهلك وأروش الجنايات ويقوم بالمصر الذي هو فيه وان كان في مفازة يقوم في المصر الذي يصير اليه وان كان له عبد التجارة في بلد آخر يقوم في ذلك البلد الذي فيه العبد ويقوم بالمضروبة وقوله في عروض تجارة ليس يجري على اطلاقه فانه لو اشترى أرض خراج ونواها للتجارة لم تكن للتجارة لان الخراج واجب فيها وكذا اذا اشترى أرض عشر وزرعها أو اشترى بذرا للتجارة وزرعه فانه يجب فيه العشر ولا تجب فيه الزكاة لانهما لا يجتمعان على ما عرف في موضعه وان لم يزرعه وجب فيه الزكاة بخلاف الخراجية حيث لا تجب فيها الزكاة وان لم يزرعها لان الخراج يجب بالتمكن من الزراعة فيمنع وجوب الزكاة اذ لا يشترط فيه حقيقة الزرع ولا كذلك العشر والاعيان التي تشتريها الاجراء ليعملوا بها تجب فيها الزكاة اذا كان لها أثر في العين كالصبغ وحال عليها الحول عندهم لان ما يأخذه من الاجرة في حكم العوض عن العين ولهذا كان له أن يحبسه حتى يوفيه الاجر وان لم يكن له أثر في العين لا تجب فيها الزكاة كالصابون والاشنان ونحو ذلك وكذا حطب الخباز والدهن للدباغ بخلاف السمسم الذي يشتريه الخباز ليجعله على وجه الخبز فانه عين باقية يبيعه مع الخبز فتجب فيه الزكاة قال رحمه الله (ونقصان النصاب في الحول لا يضر ان كمل في طرفيه) أي اذا كان النصاب كاملا في ابتداء الحول وانتهائه فنقصانه فيما بين ذلك لا يسقط الزكاة وقال زفر رحمه الله يسقطها لان حولان الحول على النصاب كاملا شرط الوجوب بالنص ولم يوجد وقال الشافعي في السائمة مثل قول زفر وفي عروض التجارة يعتبر النصاب في آخر الحول خاصة لان النصاب فيه باعتبار القيمة فيشق على صاحبه تقويمه في كل ساعة لان القيمة باعتبار رغبات الناس فيعسر عليه معرفة رغبتهم في كل ساعة فسقط اعتباره دفعا للحرج وفي آخره لا بد منه لانه وقت الوجوب والزكاة لا تجب الا في النصاب بالنص ولنا أن الحول لا ينعقد الا على النصاب ولا تجب الزكاة الا في النصاب ولا بد منه فيهما وسقط الكمال فيما بين ذلك للحرج لانه قلما يبقى المال حولا على حاله ونظيره اليمين حيث يشترط فيها الملك حالة الانعقاد وحالة نزول الجزاء وفيما بين ذلك لا يشترط الا أنه لا بد من بقاء شئ من النصاب الذي انعقد عليه الحول ليضم المستفاد اليه لان هلاك الكل يبطل انعقاد الحول اذ لا يمكن اعتباره بدون المال وعلى هذا قالوا اذا اشترى عصيرا للتجارة يساوي مائتي درهم فتخمر في أثناء الحول ثم تخلل والخل يساوي مائتي درهم يستأنف الحول للخل وبطل الحول الاول ولو اشترى شياها تساوي مائتي درهم فماتت كلها ودبغ جلدها وصار يساوي مائتي درهم لا يبطل الحول الاول بل يزكيها اذا تم الحول الاول من وقت الشراء والفرق بينهما أن الخمر اذا تخمرت هلكت كلها وصارت غير مال فانقطع الحول ثم بالتخلل صار مالا مستجدا غير الاول والشياه اذا ماتت لم يهلك كل المال لان شعرها وصوفها وقرنها لم يخرج من أن يكون مالا فلم يبطل الحول لبقاء البعض قال رحمه الله (ونضم قيمة العروض الى الثمنين والذهب الى الفضة قيمة)

النقود فقط لا على قول أبي عبيد وايماء عنى في النهاية بقوله هذا فانه فرع عليه اخراج الحيوان اه فتح القدير (قوله وعن أبي يوسف انه يقومها الخ) رواه عنه محمد قال في الغاية وعنه التخيير وهو محمول على ما اذا لم يكن بينهما تفاوت اه (قوله بما اشترى) أي لانه أصله اه غاية (قوله يقومها بالغالب من النقود) كما قال محمد اه (قوله وعن محمد أنه يقومها بالنقد) رواه عنه محمد بن سماعة اه غاية (قوله كما في المغصوب) أي اعتبار الحق الله تعالى بحقوق العباد اه غاية (قوله فانه لو اشترى أرض خراج) أي تساوي مائتي درهم (قوله وكذا اذا اشترى أرض عشر الخ) قال في الغاية وعن محمد لو اشترى أرض عشر للتجارة تجب الزكاة مع العشر اه

(قوله وان لم يكن له أثر في العين الخ) لان ما يأخذه الاجير هو بازاء عمله لا بازاء تلك الاعيان اه غاية (قوله كالصابون والاشنان الخ) أي والقلي والعفص اه غاية واعلم ان الكاكي رحمه الله تعالى مشى في الدراية على أن العفص والدهن لدبغ الجلد من قبيل ماله أثر في العين فأوجب فيه الزكاة وعزى ذلك الى فتاوى قاضيخان والظهيرية وتبعه على ذلك الكمال في الفتح وما ذكره الشارح رحمه الله موافق لما ذكره السروجي رحمه الله في الغاية والله الموفق (قوله وكذا حطب الخباز) أي والملح للخبز اه غاية (قوله والدهن للدباغ) أي وكذا لو اشترى فلوسا للنفقة لانها صفر ذكره في المبسوط اه غاية (قوله ان كمل) قال في المصباح كمل الشئ كمولا من باب قعد والاسم الكمال وكمل من أبواب قرب وضرب وتعب لغات لكن باب تعب أردؤها كذا في المصباح (قوله ولا بد منه فيهما) أي في ابتداء الحول وانتهائه (قوله الا انه لا بد من بقاء شئ من النصاب الخ) حتى اى لو بقي درهم أو فلس منه ثم استفاد قبل فراغ الحول حتى تم على نصاب يزكاه اه فتح (قوله ليضم المستفاد اليه) أي ولو خاتم فضة اه غاية (قوله لان هلاك الكل يبطل انعقاد الحول) أي وجعل السائمة علوفة كهلاك الكل لورود المغير على كل جزء منه بخلاف النقصان في الثان اه فتح (قوله فلم يبطل الحول لبقاء البعض) الا أن هذا يخالف ما روى ابن سماعة عن محمد اشترى عصيرا بمائتي درهم فتخمر بعد أربعة أشهر فلما مضت سبعة أشهر أو ثمانية أشهر الا يوما صار خلا يساوي مائتي درهم فتمت السنة كان عليه الزكاة لانه عاد للتجارة كما

كان اهـ فتح القدير وفي الغاية نص القدوري في شرحه أن حكم الحول لا ينقطع في مسئلة العصير وسوى بينهما وقيل في نوادر ابن سماعة ان الحول لا ينقطع في مسئلة العصير كما ذكره القدوري هكذا ذكره في الذخيرة وهو موافق لما ذكر في المحيط من التسوية بينهما اهـ قوله لا ينقطع أي لان الخمر مال متقوم عندنا اهـ كاكى (فرع) قال في المجتبى الدين في خلال الحول لا يقطع حكم الحول وان كان مستغرقا وقال زفر يقطع اهـ كاكى (قوله ويضم قيمة العروض الى الذهب والفضة) أي وهذا بالاجماع اهـ كى (قوله وان اختلفت جهة الاعداد) أي فالثمان للتجارة وضعا والعروض جعلا اهـ باكير (قوله بدلالة حالة الانفراد) أي فان النصاب لا يكمل بالقيمة بل يكمل بالوزن كثرت القيمة أو قلت اهـ دراية (قوله ولنا ما روى عن بكير) قال الكمال رحمه الله ثم فيه ما ذكره مشايخنا عن بكير بن عبد الله وساقه اهـ (قوله من السنة أن يضم الذهب الخ) ذكره صاحب المبسوط والبدائع وغيرهما في كتب الفقه اهـ غاية قال في الفتح وحكم مثل هذا الرفع اهـ (قوله والسنة اذا أطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم) ولو كان المراد سنة الصحابة فهي حجة لما عرف في الاصول اهـ كاكى وكتب ما نصه ذكر ابن الهمام في نفقات المبتوتة ما يوافقه وفي شرح الاقطع في باب الجمعة ما يخالفه قال الكاكي في شرح المنار اذا قال الراوي من السنة كذا فعند عامة أصحابنا المتقدمين وأصحاب الشافعي وجمهور أصحاب الحديث يحمل على سنة الرسول وعند الكرخي والقاضي أبي زيد وفخر الاسلام وشمس الائمة ومن تابعهم من المتأخرين لا يجب حمله على سنة الرسول الا بدليل وكذا الخلاف في قول الصحابي أمرنا بكذا أو نهينا عن كذا اهـ (قوله لما اذا

يمسكهما) أي للتجمل أو للنفقة اهـ

أي تضم قيمة العروض الى الذهب والفضة ويضم الذهب الى الفضة بالقيمة فيكمل به النصاب لان الكل جنس واحد لانها للتجارة وان اختلفت جهة الاعداد ووجوب الزكاة باعتبارها وقال الشافعي رحمه الله لا يضم الذهب الى الفضة لانهما جنسان مختلفان حقيقة بالمشاهدة وحكما حتى لا يجري الربا بينهما فصارا كالابل والبقر والغنم بخلاف عروض التجارة حيث تضم اليهما لان زكاتهما زكاة فضة وذهب لان وجوبها في العروض باعتبار القيمة وهي دراهم أو دنانير وأما وجوبها في النقدين فباعتبار عينهما لا باعتبار القيمة بدلالة حالة الانفراد ولنا ما روى عن بكير بن عبد الله بن الاشج أنه قال من السنة أن يضم الذهب الى الفضة لايجاب الزكاة والسنة اذا أطلقت يراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم ولانهما جنس واحد باعتبارين باعتبار السبب فان الزكاة تجب فيهما لوجودهما في ملكه ولا تعتبر جهة امساكه لما اذا يمسكهما لكونهما للتجارة خلقة وباعتبار الحكم فان الواجب فيه ربع العشر وهذا المعنى لا يتفق لغيرهما من أموال الزكاة كالابل والبقر ونحوهما والذي يحقق هذا المعنى أن نصاب أحدهما يكمل بما يكمل به نصاب الآخر وهو عروض التجارة ومن المحال أن يكون كل واحد منهما جنس عروض التجارة فيضم اليهما ثم لا يكون أحدهما من جنس الآخر وهذا خلف وانما لا يجري الربا بينهما لاختلافهما صورة واستدلاله بحالة الانفراد غير مستقيم لان القيمة اعتبرت للضم وذلك عند المقابلة بغيره فقط ثم ما ذكره الشيخ رحمه الله من أن أحدهما يضم الى الآخر بالقيمة قول أبي حنيفة وعندهما يضم بالاجزاء

(قوله والذي يحقق هذا المعنى الخ) فكذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر واذا جاز تكميل نصاب الفضة أو الذهب بالضم الى الثوب أو العبد بالقيمة فالى أحدهما أولى اهـ غاية (قوله وانما لا يجري الربا بينهما لاختلافهما صورة) أي فحينئذ لم يوجد فيهما الا أحد وصفي الربا وهو الوزن فكانت شبهة العلة لا حقيقتها فيثبت شبهة الفضل وهو ربا النسيئة اهـ كاكى

(قوله ثم ما ذكره الشيخ رحمه الله الخ) قال في الغاية أيضا ويرد على أبي حنيفة هذا سؤال فانه لا يرى ضم ثمن السوائم التي زكيت الى ما معه من الدراهم ويكتفي بحولها لاجل الثنى في الصدقة وأوجب ضم ثمن العبد الذي أدى صدقة فطره الى ما معه من الدراهم وفرق بان صدقة الفطر تجب عن عبد الخدمة من غير اعتبار المالية حتى وجبت بسبب الحر والمدبر وأم الولد ومن غير اعتبار الحول حتى لو ملك عبدا قبل طلوع فجر يوم الفطر تجب فطرته فاذا اختلف السبب كيف يؤدي الى الثنى والذي يمكن أن يقال في الجواب أنا لو أخذنا صدقة الفطر عن عبيد التجارة لاخذنا عن عين واحدة صدقتين في وقت واحد أو صدقة واحدة بخلاف ضم ثمنه فان الاخذ من بدله وصدقة الفطر من عينه مع اختلاف السبب وفي ثمن الابل المزكاة البدل قائم مقام المبدل لاتحاد جهة الزكاة والسبب فافترقا اهـ (قوله قول أبي حنيفة) أي والاوزاعي والثوري اهـ غاية (قوله وعندهما) أي ومالك اهـ غاية (قوله يضم بالاجزاء) وهو رواية هشام عن أبي حنيفة ذكره في المبسوط ورواية الحسن عنه ذكرها في المفيد وهو قوله الاول اهـ غاية وكتب على هذا المحل ما نصه وفي البدائع والمحيط والينابيع والتحفة والغنية لو كان له مائة درهم وعشرة دنانير تساوي مائة وأربعين درهما فعنده تجب ستة دراهم وعندهما يكون بالاجزاء نصابا تاما فيجب في كل واحد منهما ربع عشره فيكون الواجب فيهما درهمين ونصفا وربع دينار وفي بعض النسخ تجب خمسة دراهم على قولهما وان كانت قيمة العشرة أقل من مائة درهم فقد اختلفوا على قول الامام والصحيح الوجوب ذكره في المحيط والينابيع لان الدراهم اذا قومت بالدنانير تبلغ نصابا من الذهب كما ذكرناه وفي البدائع وأجمعوا على أنه لو كان له مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها خمسون درهما لا تجب الزكاة لعدم كمال النصاب سواء كان الضم بالقيمة أو بالاجزاء وكذا في التحفة والغنية وفي الاسبيجابي وغيره

حتى لو كان له مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة درهم تجب فيها الزكاة عنده خلافا لهما وعكسه لو كان له مائة درهم وعشرة دنانير قيمتها لا تبلغ مائة درهم تجب فيها الزكاة عندهما ولا تجب عنده كذا ذكره بعضهم وفيه نظر لانه اذا كانت عشرة دنانير لا تبلغ مائة درهم فالمائة تبلغ عشرة دنانير ضرورة لهما أن القيمة لا تعتبر في عين الدراهم والدنانير وانما يعتبر فيهما الوزن بدلالة حال الانفراد حتى لو كان له ابريق فضة وزنه مائة وخمسون وقيمته مائتان لم تجب فيه الزكاة وله أن الضم للمجانسة وهي باعتبار المعنى وهو القيمة لا باعتبار الصورة ألا ترى أنهما صارا جنسا واحدا في كونهما قيم الاشياء فيضمان به بخلاف حالة الانفراد لما ذكرنا ومما ينبني على هذا الاختلاف ما لو كان له فضة وعروض أو ذهب وعروض كان له أن يقوم الذهب أو الفضة بخلاف جنسه ويضم قيمته الى قيمة العروض بالقيمة عند أبي حنيفة وعندهما يقوم العروض به ويضم قيمته اليهما بالاجزاء وليس له أن يقوم الذهب والفضة لما ذكرنا والله أعلم بالصواب

﴿ باب العاشر ﴾

قال رحمه الله (هو من نصبه الامام ليأخذ الصدقات من التجار) مأخوذ من عشرت القوم أعشرهم اذا أخذت عشر أموالهم وانما ينصبه ليأمن التجار من اللصوص ويحميهم منهم فيأخذ الصدقات من الاموال لان الجباية بالحماية ويستوي في ذلك الاموال الظاهرة والباطنة لان الكل يحتاج الى الحماية في الفيافي فصارت ظاهرة والاخذ بحمله على الحماية يشرع وما ورد من ذم العاشر محمول على من يأخذ أموال الناس ظلما كما يفعله الظلمة اليوم وأما أخذ الصدقات فالى الامام كذا كان في أيامه عليه الصلاة والسلام وفي زمن أبي بكر وعمر وفوض عثمان الى أربابها في الاموال الباطنة اذا لم يمر بها على العاشر فبقي ما وراءه على الاصل وروى أن عمر أراد أن يستعمل أنس بن مالك على هذا العمل فقال له أتستعملني على المكس من عملك فقال أفلا ترضى أن أقلدك ما قلدنيه رسول الله صلى الله عليه وسلم

معنى الضم بالاجزاء أن يكون من كل واحد منهما نصف نصاب من غير نظر الى قيمتهما أو من أحدهما نصف وربع ومن الآخر ربع أو من أحدهما نصف وربع وثمن ومن الآخر ثمن اهـ غاية (قوله حتى لو كان له مائة درهم الخ) أي لكمال النصاب بالقيمة (قوله خلافا لهما) أي لانه ملك نصف نصاب الدراهم وربع نصاب الدنانير اهـ غاية (قوله تجب فيها الزكاة عندهما ولا تجب عنده) معنى قولهم لا تجب عنده أي في نصاب الفضة لانها من حيث القيمة لم تبلغ نصابا وأما في نصاب الذهب فواجبة عنده اهـ ابن فرشتا (قوله كذا ذكره بعضهم) ﴿قلت﴾ لكن الصحيح خلاف هذا عن أبي حنيفة كما قدمناه اهـ غاية (قوله فالمائة تبلغ عشرة دنانير) قال في الغاية ثم اختلفت الرواية فيما يؤدي فروى ابن أبي مالك عن أبي يوسف عن أبي حنيفة أنه يؤدي من المائة درهمين ونصفا ومن عشرة مثاقيل ربع مثقال وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف وهو أقرب الى المعادلة والنظر الى الجانبين وعن أبي يوسف أنه يقوم أحدهما بالآخر فتؤدى الزكاة من صنف واحد وهذا أقرب الى نصوص الزكاة كذا ذكر في المبسوط والبدائع وغيرهما اهـ (قوله وانما يعتبر فيهما الوزن الخ) قال الكمال رحمه الله لم يتعرض المصنف للجواب عما استدلا به من مسئلة المصوغ على أن المعتبر شرعا هو القدر فقط والجواب أن القيمة فيهما انما تظهر اذا قوبل أحدهما بالآخر وعند الضم لما قلنا انه بالمجانسة وهي باعتبار المعنى وهو القيمة وليس شيء من ذلك عند انفراد المصوغ حتى لو وجب تقويمه في حقوق العباد بأن استهلك قوم بخلاف جنسه وظهرت قيمة الصنعة والجودة بخلاف ما اذا بيع بجنسه لان الجودة والصنعة ساقطتا الاعتبار في الربويات عند المقابلة بجنسها والله تعالى أعلم (قوله حتى لو كان له ابريق فضة الخ) وقيمته مائتان للنقش والصياغة (قوله ومما ينبني على هذا الاختلاف الخ) قال في المجتبى وفائدته تظهر فيمن عنده حنطة للتجارة قيمتها مائة درهم وخمسة دنانير قيمتها مائة تجب الزكاة عند أبي حنيفة خلافا لهما اهـ قال

﴿ باب العاشر ﴾

أخر هذا الباب عما قبله لتمحض ما قبله في العبادة بخلاف هذا فان المراد باب ما يؤخذ ممن يمر على العاشر وذلك يكون زكاة كالمأخوذ من المسلم وغيرها كالمأخوذ من الذمي والحربي ولما كان فيه العبادة قدمه على ما بعده من الخمس اهـ فتح (قوله ليأخذ الصدقات) تغليب لاسم العبادة على غيرها اهـ فتح (قوله من عشرت القوم الى آخره) أي ومنه العاشر والعشار وأعشرهم بالكسر عشرا بالفتح اذا صرت عاشرهم وعاشر العشرة أحدهم وعاشر التسعة اذا صيرا التسعة عشرة بنفسه فمن الاول ثالث ثلاثة بالاضافة لا غير ومن الثاني ثالث اثنين ان شئت أضفت وان شئت نصبت وأعملت ثالثا وتسمية آخذ ربع العشر عاشرا لما فيه من العشر اهـ غاية (قوله أعشرهم) هو بضم الشين عشرا بضم العين اهـ غاية

قال رحمه الله (فمن قال لم يتم الحول أو على دين أو أديت أنا أو الى عاشر آخر وحلف صدق الا في السوائم في دفعه بنفسه) أي من قال من أرباب الاموال لم يتم على مالي الحول أو على دين أو أديت أنا بنفسي الى الفقراء في المصر أو الى عاشر آخر وحلف صدق لان هذه الاشياء مانعة من الوجوب لان الحول والفراغ من الدين شرط لوجوب الزكاة وهو بدعواه اياهما منكر للوجوب والقول قول المنكر مع يمينه لاسيما اذا كان لا يعرف الا من جهته وبدعواه الاداء الى الفقراء أو الى عاشر آخر مدع لوضع الامانة موضعها فيصدق اذ قول الامين مقبول فلا يجب عليه الدفع ثانيا ولا بد من اليمين لانه منكر وعن أبي يوسف لا يمين عليه وهو القياس لان الزكاة عبادة ولا يمين في العبادات كالصلاة والصوم وجه الاستحسان أنه منكر وله مكذب فيحلف بخلاف سائر العبادات لانه لا مكذب له وقوله أو الى عاشر آخر معطوف على غير مذكور وتقديره أديت أنا الى الفقراء في المصر أو الى عاشر آخر وقوله الا في السوائم في دفعه بنفسه أي لا يصدق في السوائم في هذه الصورة وهو ما اذا قال أديت أنا زكاته في المصر ويصدق في باقي الصور وقال الشافعي يصدق فيه أيضا لانه أوصل الحق الى مستحقه فيجوز كالمشتري من الوكيل اذا دفع الثمن الى الموكل ولنا أن حق الاخذ للامام ولا يملك ابطاله كما في الجزية والدين الصغير اذا دفع اليه المديون فان للولي أن يأخذه ثانيا بخلاف دفع الوكيل فان الموكل حق الاخذ ولهذا لو امتنع الوكيل من قبض الثمن أجبر على احالة الموكل عليه ومعنى قولهم لا يصدق أي لا يجتزأ بما أداه بل يؤخذ منه ثانيا وان علم الامام بأدائه لما ذكرنا فيكون هو الزكاة والاول ينقلب نفلا هو الصحيح كما اذا أدى الظهر قبل الجمعة ثم صلى الجمعة والاموال الباطنة بعد الاخراج مثل الاموال الظاهرة حتى لو قال أنا أديت زكاتها بعدما أخرجتها من المدينة لا يصدق لانها بالاخراج التحقت بالاموال الظاهرة فكان الاخذ فيها للامام وانما يصدق في قوله أديتها الى عاشر آخر اذا كان في تلك السنة عاشر آخر ولم يشترط في المختصر اخراج البراءة كما ذكر في الجامع الصغير لان الخط يشبه الخط فلا يكون علامة وشرطه في الاصل لان العادة جرت بذلك فكان من علامة صدقه وعلى هذا لو قال هذا المال ليس للتجارة أو ما هو لي وانما هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة أو أنا أجير فيه أو أنا مكاتب أو عبد مأذون له

(قوله في المتن فمن قال لم يتم الحول أو على دين) أريد بدين له مطالب من العباد اذ هو المانع وقوله لم يحل عليه الحول محمول على ما اذا لم يكن في يده مال آخر من جنس هذا المال قد حال عليه الحول لان مرور الحول على المستفاد ليس بشرط وجوب الزكاة فيه كافي قال شمس الائمة الحلواني أطلق في الكتاب قوله على دين والاصح أن العاشر يسأله عن قدر الدين فان أخبر بما يستغرق النصاب حينئذ يصدقه والا فلا اه كلام صاحب الحواشي ﴿قلت﴾ فان أخبر بما ينقص عن النصاب فكذلك لانه لا يأخذ من المال الذي يكون أقل من النصاب اذ ما يأخذه العاشر زكاة حتى يشترط شرائط الزكاة فيه ذكره في المبسوط والمزيد وشرح مختصر الكرخي للقدوري وغيرها اه غاية (قوله ولا يمين في العبادات) أي كمن قال صمت وصليت صدق بلا يمين اه كافي (قوله الى الفقراء في المصر) قيد بقوله في المصر لانه لو أدى الى الفقراء بعد خروجه الى السفر لم يصدق ويأخذ حق العاشر كما سيجيء بعد أسطر اه (قوله أي لا يصدق في السوائم الى آخره) أي وان حلف اه هداية (قوله اذا دفع الثمن الى الموكل) أي برئت ذمة المشتري اه غاية (قوله ولنا أن حق الاخذ للامام) لقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة وقوله عليه الصلاة والسلام خذ من الابل الابل اه كافي وكتب ما نصه قال الكمال رحمه الله يمكن أن يضمن منع كونه أوصل الحق الى المستحق بل (٢) المستحق والحقوق الامام مستحق الاخذ والفقير مستحق التملك والانتفاع فحاصله ان هناك مستحقين فلا يملك ابطال حق واحد منهما وجبر الحق الذي فوته ليس الا باعادة الدفع اليه اه (قوله بخلاف دفعه) أي دفع المشتري الى الموكل اه والذي في خط الشارح بخلاف دفع الوكيل وفيه نظر اه (قوله وان علم الامام بأدائه الى آخره) وكذا لا يبرأ بالاداء الى الفقير فيما بينه وبين ربه وهو اختيار بعض مشايخنا اه غاية وفي جامع أبي اليسر ولو أجاز الامام اعطاءه لا يكون به بأس لانه اذا أذن له الامام في الابتداء أن يعطي الفقير بنفسه جاز فكذا اذا أجاز بعد الاعطاء اه دراية (قوله والاول ينقلب نفلا الى آخره) وقيل الزكاة الاول والثاني سياسة والمفهوم من السياسة هنا كون الاخذ لينزجر عن ارتكاب تفويت حق الامام اه فتح وكتب ما نصه لان الواجب كون الزكاة في صورة المرور ما يأخذه الامام ويدفعه ولم يوجد في السابق ووجد في اللاحق اه فتح (قوله كما اذا أدى الظهر قبل الجمعة) اي بجامع توجه الخطاب بعد الاداء بفعل الثاني مع امتناع تعدد الفرض في الوقت الواحد اه فتح (قوله ولم يشترط في المختصر اخراج البراءة) أي الخط من العاشر الآخر على أخذه منه اه ابن فرشتا (قوله كما ذكر في الجامع الصغير) أي وهو الاصح اه كافي وهو ظاهر الرواية لان البراءة عسى لا تبقى وقد لا يأخذها صاحب السائمة غفلة اه غاية (قوله لان الخط يشبه الخط) أي وقد يزور اه غاية (قوله وشرطه الخ) ثم على قول من يشترط اخراج البراءة هل يشترط اليمين معها فقد اختلف فيه اه كاكي (قوله في الاصل) أي وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة اه هداية

(قوله فيراعى فيه شرائطه) أى من الحول والنصاب والفراغ من الدين وكونه للتجارة اهـ فتح (قوله تحقيقا للتضعيف) فان تضعيف الشئ انما يتحقق اذا كان والا كان تبديلا لكن بقى أنه أى داع الى اعتباره تضعيفا الا ابتداء وظيفة عند دخوله تحت الحماية لابدله من دليل وبنو تغلب وقع فيهم ذلك لوقوع الصلح عليه والمروى عن عمر فى رواية محمد بن الحسن عن أبى حنيفة عن أبى حصرة الحارثى عن زياد بن جرير قال بعثنى عمر بن الخطاب رضى الله عنه الى عين التمر مصدقا فأمرنى أن آخذ من المسلمين من أموالهم اذا اختلفوا بها للتجارة ربع العشر ومن أموال أهل الذمة نصف العشر ومن أموال أهل الحرب العشر لا يدل على ذلك الاعتبار وكذا ما رواه عبد الرزاق بسنده وغيره والمعنى الذى ذكروه وهو أنه أحوج الى الحماية من المسلم فيؤخذ منه ضعفه لا يقتضى ذلك لجواز أن يكون بسبب ما ذكر أخذ منه أكثر واعتبر مثلاه ألا ترى أن باقى هذا المعنى وهو قولهم والحربى من الذمى بمنزلة الذمى من المسلم ألا ترى ان شهادة الذمى عليه ولهجائزة كشهادة المسلم على الذمى والذى يؤخذ من الذمى ضعف ما يؤخذ من المسلم فيؤخذ منه ضعف ما يؤخذ من الذمى لم يوجب اعتبار تلك الشروط فيما يؤخذ من الحربى فلو اقتضى هذا المعنى اعتباره تضعيف عين المأخوذ من الذمى لزم مراعاتها اهـ فتح (قوله وكل شئ صدق فيه المسلم صدق فيه الذمى لا يمكن اجراؤه الخ) قال السروجى رحمه الله فى الغاية فى شرح مختصر الكرخى للقدورى رحمه الله اذا قال المسلم أو الذمى أديتها الى عاشر غيرك أو دفعتها الى المساكين فالقول قوله مع يمينه اهـ

(قلت يجب قول أصحابنا ما يصدق فيه المسلم يصدق فيه الذمى لا يستقيم فيما اذا قال الذمى دفعتها الى المساكين كما ذكره شارح المختصر لان مساكين أهل الذمة ليسوا مصارف ما يؤخذ من أهل الذمة لان بنى تغلب الذين قالوا لعمر رضى الله عنه خذ منا ضعف ما تأخذ من المسلمين فسماه زكاة فأخذه عمر منهم على وجه الجزية لان الزكاة لا تجب على الكافر ولهذا اتفقا على انه يوضع موضع الخراج والجزية ولا يصرف الى الفقراء والمساكين فكيف يقبل قول الذمى دفعتها الى المساكين بنفسى والمساكين ليسوا من مصارف هذا المال والذى عن التغلبى أبعد اذ ليس فيما يؤخذ منه شبهة الزكاة بل هو الصور مال يؤخذ بحماية الامام اهـ فظهر من هذا أن ما ذكره الشارح مأخوذ من هذا والله أعلم (قوله فان ما يؤخذ من الذمى جزية) اعلم ان ما يؤخذ من الذمى ليس بجزية قال قوام الدين فى شرح الهداية ولا يسقط عنهم جزية رؤسهم فى تلك السنة غير نصارى بنى تغلب فان عمر صالحهم على الصدقة مضاعفة مكان الجزية فاذا أخذ العاشر منهم سقطت الجزية اهـ وقد يقال قوله لان ما يؤخذ من الذمى جزية أى يصرف مصارف الجزية لا أنه يجتزأ به عن الجزية والله أعلم (قوله فى المتن لا الحربى الا فى أم ولده الخ) وذكر فى المنتقى لو قال لعبيده هؤلاء بنى ومثلهم لا يولدون له يعتقون ويعشرون لانه اقرار بالعتق فلا يصدق فى حق غيره ولو كان مثلهم يولدون له لا يعشرون لثبوت نسبهم منه اهـ ابن فرشتا (قوله أى لا يصدق الحربى الخ) قال فى الهداية ولا يصدق الحربى الا فى الجوارى قال الكمال رحمه الله العبارة الجيدة أن يقال ولا يلتفت أو ولا يترك الاخذ منه لا أو لا يصدق لانه لو صدق بان ثبت صدقه ببينة عادلة من المسلمين المسافرين معه من دار الحرب أخذ منه فان المأخوذ ليس زكاة ليكف عنه لعدم الحول ووجود الدين اهـ (قوله لانه لا يمكن أن يقيم فى دارنا) أى حتى لو أقام فى دارنا حولا يصير ذميا اهـ (قوله بخلاف ما اذا قال لعبيده هم مدبرون الخ) وكذا لو قال كنت أعتقتهم فى دار الحرب لا يصدق لان عتقه فيها لا يصح كتدبيره لانه قارن به ما يمنع وقوعه اذ يعتقه بلسانه ويسترقه بيده فلم يقع عتقه اهـ كاكى

فانه يصدق فى جميع ذلك مع يمينه لما ذكرنا قال رحمه الله (وكل شئ صدق فيه المسلم صدق فيه الذمى) لان ما يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين فيراعى فيه شرائطه تحقيقا للتضعيف كما قلنا فيما يؤخذ من بنى تغلب وقوله وكل شئ صدق فيه المسلم صدق فيه الذمى لا يمكن اجراؤه على عمومه فان ما يؤخذ من الذمى جزية وفى الجزية لا يصدق اذا قال أديتها أنا لان فقراء أهل الذمة ليسوا بمصارف لهذا الحق وليس له ولاية الصرف الى مستحقه وهو مصالح المسلمين قال رحمه الله (لا الحربى الا فى أم ولده) أى لا يصدق الحربى فى شئ مما ذكرنا الا اذا كان معه جوار فقال هن أمهات أولادى فانه يصدق فيه لان الاخذ منه بطريق الحماية وما فى يده من المال يحتاج اليها ولا تشترط فيه شرائط الزكاة لانه اذا قال على دين فالدين يوجب نقصان الملك وملك الحربى ناقص وان قال لم يحل عليه الحول فالاخذ منه ليس باعتبار الحول لانه لا يمكن أن يقيم فى دارنا حولا الا باسترقاق أو وضع جزية وان قال ليس هذا المال للتجارة وهو ما دخل الا بقصد التجارة ولان ما يؤخذ منه ليس بزكاة ولا ضعفها فلا يشترط فيه شرائطها وان ادعى بضاعة أو نحوها فلا حرمة لصاحبها ولا أمان وانما الامان للذى فى يده غير أن اقراره بنسب من فى يده صحيح حتى لو كان فى يده غلمان فقال هم أولادى صح ولزمه لان النسب يثبت فى دار الحرب كما يثبت فى دار الاسلام وأمومية الولد تثبت تبعا للنسب فتثبت ضرورة ثبوت النسب لانها تبنى على النسب فاذا ثبت انعدمت المالية بخلاف ما اذا قال لعبيده هم مدبرون حيث لا يصدق لان التدبير لا يصح فى دار الحرب وقوله لا الحربى الا فى أم ولده يدخل تحت عمومه جميع ما تقدم ذكره من

الصور وهو مشكل فيما اذا قال أديت أنا الى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر فانه ينبغي أن يصدق فيه لانه لو لم يصدق يؤدي الى الاستئصال وهو لا يجوز على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وأخذ منا ربع العشر ومن الذمي ضعفه ومن الحربي العشر بشرط نصاب وأخذهم منا) أي يؤخذ من المسلم ربع العشر ومن الذمي ضعفه وهو نصف العشر ومن الحربي ضعف ذلك وهو العشر بذلك أمر عمر رضي الله عنه سعاته ولان ما يؤخذ من المسلمين زكاة وهو ربع العشر وكان الامام أخذه للصحابة وهو يحمي مال الذمي والحربي أيضا فيكون له ولاية الاخذ فيقدر ما يأخذ من الذمي بضعف ما يأخذه من المسلم اظهارا للصغار عليهم ويضعف ذلك من الحربي اظهارا لدنو رتبته ولان حاجة الذمي الى الحماية أكثر من حاجة المسلم اليها لان طمع اللصوص في مال الذمي أكثر وكذا حاجة الحربي الى الحماية أكثر لان طمعهم في ماله أكثر فيجب على التفاوت وقوله بشرط نصاب أي يؤخذ ذلك منه بشرط أن يبلغ ماله نصابا أما من الذمي فظاهر لان ما يؤخذ منه ضعف الزكاة فصار شرطه شرط الزكاة وأما في حق الحربي فلان القليل عفو لحاجته الى ما يوصله الى مأمنه وما دون النصاب قليل فالاخذ منه بكون غدرا ولان القليل لا يحتاج الى الحماية لقلة الرغبات فيه والجباية بالحماية وفي الجامع الصغير وان مر حربي بخمسين درهما لم يؤخذ منه شيء الا أن يكونوا يأخذون منا من مثلها لان الاخذ بطريق المجازاة بخلاف المسلم والذمي لان المأخوذ زكاة أو ضعفها فلا بد من النصاب وفي كتاب الزكاة لا يأخذ من القليل وان كانوا يأخذون منا ولان القليل لم يزل عفوا وهو للنفقة عادة فأخذهم منا من مثله ظلم وخيانة ولا متابعة عليه والاصل فيه أنا متى عرفنا ما يأخذون منا أخذنا منهم مثله بذلك أمر عمر رضي الله عنه وان لم نعرف أخذنا منهم العشر لقول عمر فان أعياكم فالعشر وان كانوا يأخذون الكل نأخذ منهم الجميع الا قدر ما يوصله الى مأمنه في الصحيح لما ذكرنا ولانه يجب أن يدفع اليه قدر ذلك فلا فائدة في أخذه ثم رده عليه وان لم يأخذوا منا الا نأخذ منهم ليستمروا عليه ولانا أحق بالمكارم وهو المراد بقوله بشرط نصاب وأخذهم منا لانه بطريق المجازاة على ما بينا قال رحمه الله (ولم يثن في حول بلا عود) أي اذا أخذ من الحربي مرة لا يأخذ منه ثانيا في تلك السنة ما لم يعد الى دار الحرب لان الاخذ لحفظه ولو أخذ في كل مرة يستأصله فيعود على موضعه بالنقض ولان ولاية الاخذ تثبت بالامان وهو في حكم الامان الاول ما دام في دارنا وانما يتجدد له الامان بمرور الحول لان الحربي لا يمكن من المقام في دارنا حولا فلا يتصور أن يقيم فيها بعد الحول الا بامان جديد ولو مر على عاشر فأخذ منه ثم دخل دار الحرب ثم خرج ومر عليه أخذ منه ثانيا ولو كان في يومه ذلك لان الامان الاول انتهى بدخوله دار الحرب وقد رجع بامان جديد ولان الاخذ بعد الحول أو بعد دخوله دار الحرب لا يفضي الى الاستئصال بخلاف المسلم والذمي حيث لا يؤخذ منهما مرتين في حول لان ما يؤخذ منهما زكاة أو ضعفها وهي لا تجب في الحول مرتين ويروى أن نصرانيا مر على عاشر عمر بفرس ليبيعه قيمته عشرون ألف درهم فأخذ منه ألفين ثم لم يتفق بيعه فرجع ومر به عائدا الى دار الحرب فطلب منه العشر فقال ان أديت عشره كلما مررت بك لم يبق لي منه شيء فترك الفرس عنده وجاء الى عمر فوجده في المسجد مع أصحابه

(قوله اذا قال أديت أنا الى عاشر آخر) قال في الغاية وان قال أديت الى عاشر آخر وفي تلك السنة عاشر آخر لا يقبل قوله لان ما يؤخذ منه أجرة الحماية وليس في معنى الزكاة بخلاف الذمي وقد وجدت الحماية وفيه نظر لانه يتكرر بتكرر الاخذ منه من غير تجدد الامان وهو غير مشروع اه (قوله لان الاخذ بطريق المجازاة) قال في الدراية المجازاة باتاء المدورة لانها مصدر لا جمع مؤنث ثم ان عمر أشار الى هذا المعنى حين نصب العشار حيث قيل له كم يأخذ مما يمر به الحربي فقال كم يأخذون منا قال العشر قال خذ منهم العشر ولا نعني بقولنا بطريق المجازاة أن أخذنا بمقابلة أخذهم فان أخذهم ظلم وأخذنا حق بل المراد أنا اذا عاملناهم بمثل ما يعاملونا كان ذلك أقرب الى مقصود الامان واتصال التجارات كذا في المبسوط اه (قوله بذلك أمر عمر رضي الله عنه الخ) قال شمس الائمة أمر الصحابة واجب لان أصول الشرع الكتاب ويتبعه شرائع من قبلنا والسنة ويتبعها قول الصحابة والاجماع ويتبعه عمل الناس والقياس ويتبعه استصحاب الحال اه دراية (فرع) قال في المحيط ولو مر المسلم والذمي على العاشر ولم يعلم بهما ثم مرا في الحول الثاني يؤخذ منهما لان الوجوب قد ثبت والمسقط لم يوجد اه وأما الحربي اذا مر على العاشر ولم يعلم به فسيأتي في كلام الشارح آخر المقالة الآتية والله الموفق (قوله فان أعياكم) أي عجزتم عن معرفة ما يأخذون منكم اه غاية (قوله الا قدر ما يوصله) أي لانا لو أخذنا الجميع غدر اه هداية بمعناه (قوله ولانه يجب أن يدفع اليه قدر ذلك) لقوله تعالى وان أحد من المشركين استجارك فأجره حتى يسمع كلام الله ثم أبلغه مأمنه اه كاكي (قوله ثم رده عليه) وقيل نأخذ الكل مجازاة زجرا لهم عن مثله معنا قلنا ذلك بعد اعطائه الامان غدر ولا نتخلق نحن به لتخلقهم به بل نهينا عنه وصار كما لو قتلوا الداخل اليهم بعد اعطاء الامان لا نفعل ذلك كذلك اه فتح (قوله ومر عليه أخذ منه ثانيا) أي وثالثا اه غاية (قوله ولو كان في يومه) أي لقرب الدارين واتصالهما كما في جزيرة الاندلس اه فتح (قوله فترك الفرس عنده وجاء الى عمر) أي بمدينة رسول الله صلى الله عليه وسلم اه غاية

(قوله فقص عليه قصته) أي فقال عمر أنا الشيخ الغوث اه كاكى (قوله لم يعشر لما مضى) أي لان المستأمن لما دخل داره انتهى أمانه وعاد حربيا مباح الدم والمال فلا يمكن أن يكون العشر دينا عليه لنا اه غاية (١) (قوله بخلاف المسلم والذمى) قال في المجمع ومر ذمى بخمر وخنزير نهيناه عن تعشيرهما قال ابن فرشتا قيد بالذمى لان العاشر لا يأخذ من المسلم اذا مر بالخمر اتفاقا من الفوائد ٣ اه (قوله أي من قيمتها) انما فسر بهذا احترازا عن قول مسروق فانه يقول يأخذ من عين الخمر اه كاكى (قوله وقال زفر يعشرهما) وفي المحيط قول زفر رواية عن أبي يوسف قلت يعني عند الاجتماع اه غاية (قوله فكأنه جعل الخنزير تبعا للخمر) أي دون العكس لانها أظهر مالية لانها قبل التخمر مال وبعده بتقدير التخلل كذلك وليس الخنزير كذلك ولهذا اذا عجز المكاتب ومعه خمر يصير ملكا للمولى لا الخنزير اه فتح (قوله فكذا على غيره) أي فكذا لا يحمى على غيره اه وأورد عليه مسلم غصب خنزير ذمى فرفعه الى القاضي يأمره برده عليه وذلك حماية على العين أجيب بتخصيص الاطلاق أي يحميه على غيره لغرض يستوفيه لا لخروج

ينظر في كتاب فوقف في باب المسجد فقال أنا الشيخ النصراني فقال عمر أنا الشيخ الحنيفي ماوراءك فقص عليه قصته فعاد عمر الى ما كان فيه فظن النصراني أنه لم يلتفت الى ظلامته فعزم على أداء العشر ثانيا ورجع فلما انتهى الى العاشر وجد كتاب عمر قد سبق وفيه انك اذا أخذت منه مرة فلا تأخذ منه مرة أخرى قال النصراني إن دينا يكون العدل فيه هكذا لحقيق أن يكون حقا فأسلم ولو مر حربي بعاشر ولم يعلم به العاشر حتى خرج ودخل دار الحرب ثم خرج لم يعشره لما مضى لانقطاع الولاية بالرجوع الى دار الحرب بخلاف المسلم والذمى قال رحمه الله (وعشر الخمر لا الخنزير) يعني اذا مر بهما على العاشر عشر الخمر أي من قيمتها دون الخنزير وقال الشافعي لا يعشرهما لانهما لا قيمة لهما وقال زفر يعشرهما لاستوائهما في المالية عنده وقال أبو يوسف ان مر بهما جميعا عشرا وان مر بكل واحد منهما على الانفراد عشر الخمر دون الخنزير فكأنه جعل الخنزير تبعا للخمر فكم من حكم ثبت تبعا كبيع الشرب والطريق ولنا ما روى عن عمر رضي الله عنه أنه قال لعماله في خمور أهل الذمة ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها ولان الاخذ بالحماية والمسلم يحمي خمر نفسه للتخليل ولا يحمي خنزيره بل يسيبه فكذا على غيره ولان الخمر كانت مالا متقوما وهي بعرضية أن تصير مالا فتعشر هي دون الخنزير ولان الخمر من ذوات الأمثال والخنزير من ذوات القيم وأخذ القيمة في ذوات القيم كأخذ عينه وفي ذوات الامثال لا يكون له حكم العين ولهذا لو تزوج امرأة على حيوان فأتى بالقيمة تجبر على القبول ولو تزوجها على عصير فأتى بالقيمة لا تجبر فيكون أخذ قيمة الخنزير كأخذ عينه ولا يكون أخذ قيمة الخمر كأخذ عينها وذكر في الغاية أن قيمة الخمر تعرف بقول فاسقين تابا أو ذميين أسلما وقال في الكافي تعرف بالرجوع الى أهل الذمة وجلود الميتة كالخمر فيما يروى عن الكرخي قال رحمه الله (وما في بيته) أي لا يعشر العاشر ما في بيت المار من المال وهو معطوف على قوله لا الخنزير وهذا لان ما في بيته لم يدخل تحت حمايته ولهذا لا يكمل به النصاب أيضا ليأخذ العاشر مما في يده حتى لو مر بمائة درهم وأخبره أن له مائة أخرى في البيت لم يأخذ العاشر من المائة التي مر بها لقلتها ولا مما في بيته لما قلنا قال رحمه الله (والبضاعة) أي لا يعشر من البضاعة لانه ليس بمالك ولا نائب عنه في أداء الزكاة قال رحمه الله تعالى (ومال المضاربة) أي لا يعشر من مال المضاربة وكان أبو حنيفة يقول أولا يعشره لانه كالمالك حتى جاز

حماية القاضي اه كاكى (قوله ولان الخمر كانت مالا متقوما) أي لما كانت عصيرا اه غاية (قوله وهي بعرضية أن تصير مالا) أي متقوما بالتخليل اه غاية (قوله وأخذ القيمة في ذوات القيم كأخذ عينه) استشكل عليه مسائل الاولى ما في الشفعة من قوله اذا اشترى ذمى دارا بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم أخذها بقيمة الخمر والخنزير ثانيها لو أتلف مسلم خنزير ذمى ضمن قيمته ثالثها لو أخذ ذمى قيمة خنزيره من ذمى وقضى بها دينا لمسلم عليه طاب للمسلم ذلك أجيب عن الاخير بأن اختلاف السبب كاختلاف العين شرعا وملك المسلم بسبب آخر وهو قبضه عن الدين وعما قبله بأن المنع لسقوط المالية في العين وذلك بالنسبة الينا لا اليهم فيتحقق المنع بالنسبة الينا عند القبض والحيازة لا عند دفعها اليهم لان غايته ببعه أن يكون كدفع عينها وهو تبعيد وازالة فهو كتسييب الخنزير والانتفاع بالسرقين باستهلاكه اه فتح (قوله وجلود الميتة كالخمر الى آخره) فانها كانت مالا في الابتداء وتصير مالا في الانتهاء بالدبغ اه دراية (قوله في المتن وبضاعة الى آخره) قال في معراج الدراية وفي الايضاح يشترط للاخذ حضور المالك والمال جميعا فلو مر مالك بلا مال لا يؤخذ ولو مر مال بلا مالك لم يؤخذ أيضا اه وقال في مختصر الاصل ولو مر رجل بمال معه مضاربة أو مر الاجير بمال استاذه لم يؤخذ منه شيء وهذا مثل صاحب البضاعة اه (قوله لانه كالمالك) أي ورب المال كالاجنبي اه غاية

(١) (قول المحشي قوله بخلاف المسلم والذمى) هذا الاخراج ليس هنا في نسخ الشارح التي بايدينا ولعل التي وقعت له هكذا يعني اذا مر بهما حربي على العاشر عشر الخمر أي من قيمتها دون الخنزير بخلاف المسلم الخ

(قوله بعد ما صار) أى رأس المال اه (قوله ولا نائب عنه) أى والزكاة تستدعى نية من عليه وهو كالمالك فى التصرف الاسترباحى لافى أداء الزكاة اه فتح (قوله اذا بلغ نصابا) ويكون عنده من المال ما يكمل به النصاب فيؤخذ منه لان ملكه فيه كامل حتى يستحق به الشفعة اه غاية (قوله ومن المشايخ من تكلف فى الفرق الى قوله حتى لا يرجع بالعهدة على المولى) أى بل يباع العبد فيها وما زاد فيطالب به بعد العتق لان الاذن فك الحجر فيكون متصرفا لنفسه اه كاكى قال الكمال رحمه الله لا يخفى عدم تأثير هذا الفرق فان مناط عدم الاخذ من المضارب وهو القول المرجوع اليه كونه ليس بمالك ولا نائب عنه فليس له ذلك ولانه لا نية حينئذ ومجرد دخوله فى الحماية لا يوجب الاخذ الامع وجود شروط الزكاة على ما مر أول الباب فلا أثر لما ذكر فى الفرق فالصحيح أنه لا يأخذ من المأذون كما صححه فى الكافى اه (قوله بخلاف المضارب) أى لانه يتصرف بحكم النيابة حتى يرجع بالعهدة على رب المال بان اشترى شيأ للمضاربة أو استأجر دابة ليحمل عليها متاع المضاربة فضاع المال قبل أن ينعقد ذلك منه يرجع بذلك على رب المال اه كاكى (قوله أنه لا يؤخذ من هؤلاء جميعا) أى فى قولهم جميعا اه غاية (قوله الا اذا كان على العبد دين محيط بماله و رقبته الى آخره) وكذا الحكم على قولهم فيما لو كان يحيط بماله فقط وعليه اقتصر فى الهداية والكافى قال فيهما الا اذا كان على العبد دين محيط بماله لانعدام الملك أو للشغل اه وهو أولى مما فى هذا الشرح اذ الحكم فيما لو كان يحيط بماله و رقبته يفهم منه بطريق الاولى وفى الدراية ما نصه وذكر المحبوبى لو كان عليه دين يحيط بكسبه لا اشكال أنه لا يؤخذ سواء كان معه مولاه أو لا عند أبى حنيفة لانه لا مالك لهذا المال وقت المرور وعندهما شغل الدين مانع لوجوب الزكاة بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين أو دين لم يحط بكسبه عشر الفاضل من الدين اذا بلغ النصاب ويعتبر فيه حال المولى فان كان مولاه المسلم والعبد النصرانى أخذ ربع العشر وبالعكس أخذ نصف العشر اه والله أعلم

بعد ممن رب المال وليس لرب المال عزله بعد ما صار عروضا ثم رجع وقال لا يعشره وهو قولهما لانه ليس بمالك ولا نائب عنه فى أداء الزكاة فصار كالاجير ولو كان المضارب بقدر ربح فى مال المضاربة عشر نصيبه اذا بلغ نصابا وقال الشافعى لا يعشره بناء على أصله أنه ليس بشريك وانما يستحقه بطريق الاجرة فلا يملكه الا بالقبض كالعمالة وعندنا يملك نصيبه من الربح على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (وكسب المأذون) أى لا يعشر كسب العبد المأذون له فى التجارة اذا مر به على العاشر لانه ليس بمالك له لان العبد لا يملك المال ولا نائب عن المولى فى أداء الزكاة وهذا عندهما وعند أبى حنيفة يعشره وقال أبو يوسف لا أدرى أن أبا حنيفة رجع عن هذه أم لا وقياس قوله الثانى فى المضاربة أنه لا يعشر لما ذكرنا ومن المشايخ من تكلف فى الفرق بينهما فقال ان العبد يتصرف لنفسه حتى لا يرجع بالعهدة على المولى ولا يتقيد بنوع من التجارة اذا قيد المولى به بخلاف المضارب فانه يكون رجوعه فى المضاربة رجوعا فيه وقد ذكر فى كتاب الزكاة من الاصل أنه لا يؤخذ من هؤلاء جميعا بعد ذكر المضارب والمستبضع والعبد المأذون له فكان هذا حاصل الجواب وهو الصحيح لما ذكرنا من عدم الملك ولو كان مولاه معه يؤخذ منه لان المال له الا اذا كان على العبد دين محيط بماله و رقبته لانعدام الملك عند أبى حنيفة والشغل عندهما قال رحمه الله (وثنى ان عشر الخوارج) أى اذا مر على عاشر الخوارج وهم البغاة فعشروه ثم مر على عاشر العدل يؤخذ منه ثانيا لان التقصير من جهته حيث مر بهم بخلاف ما اذا غلبوا على بلد فأخذوا الزكاة وغيرها حيث لا تؤخذ منهم ثانيا اذا ظهر عليهم الامام لان التقصير من الامام على ما بيناه من قبل والله أعلم

﴿باب الركاز﴾

وهو اسم لما يكون تحت الارض خلقة أو بدفن العباد والمعدن اسم لما يكون فيها خلقة والكنز اسم

﴿باب الركاز﴾

أخر هذا الباب عن العاشر لما أن العشر أكثر وجودا من الخمس الذى يؤخذ من المعادن وكان بيانه أحوج لكثرة وقوعه أولان العشر أقل من الخمس والقليل مقدم على الكثير ذاتا فقدم بيانا اه (قوله والمعدن الى آخره) المعدن من العدن وهو الاقامة ومنه يقال عدن بالمكان اذا أقام به ومنه جنات عدن ومركز كل شئ معدنه عن أهل اللغة فأصل المعدن المكان بقيد الاستقرار فيه ثم اشتهر فى نفس الاجزاء المستقرة التى ركبها الله تعالى فى الارض يوم خلق الارض حتى صار الانتقال من اللفظ اليه ابتداء بلا قرينة والكنز للمثبت فيها من الاموال بفعل الانسان والركاز يعمهما لانه من الركز مرادا به المركوز أعم من كون راكزه الخالق أو المخلوق فكان حقيقة فيهما مشتركا معنويا وليس خاصا بالدفين ولو دار الامر فيه بين كونه مجازا فيه أو متواطئا اذ لا شك فى صحة اطلاقه على المعدن كان المتواطئ متعينا اه كمال

المدفون العباد قال رحمه الله (خمس معدن نقد ونحو حديد في أرض خراج أو عشر) يعني اذا وجد معدن ذهب أو فضة وهو المراد بالنقد أو حديدا أو صفرا أو رصاص في أرض خراج أو عشر أخذ منه الخمس وكذا اذا وجد في الصحراء التي ليست بعشرية ولا خراجية واشتراطهما في المختصر ليعلم ان هذا الحق ليس له تعلق بالارض أو احترازا عن داره على ما يجيء من قريب وقال الشافعي لا شيء فيه لانه مباح سبقت يده اليه كالحطب ونحوه الا أنه اذا كان المستخرج ذهبا أو فضة تجب فيه الزكاة اذا بلغ نصابا ولا يشترط فيه الحول لانه للتنمية وهذا كله نماء فأشبه الزرع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار والبئر جبار والمعدن جبار وفي الركاز الخمس رواه الجماعة ولا يقال الركاز معطوف على المعدن فيعلم ان الخمس فيه لا في المعدن لانا نقول المعدن معطوف على ما قبله وليس فيه ما ينافي وجوب الخمس اذ ليس فيه ما ينافي أن يكون المعدن ركازا الا انه أخبر عما هو جبار ثم أخبر عما يجب فيه الخمس باسم شامل لهما وعن أبي هريرة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الركاز الخمس قيل وما الركاز يا رسول الله قال الذهب الذي خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت رواه البيهقي وذكره في الامام ولم يتكلم عليه فدل على صحته وفي الامام انه عليه الصلاة والسلام قال وفي السيوب الخمس والسيوب عروق الذهب والفضة التي تحت الارض ولانها كانت في أيدي الكفرة فحويناها أيدينا غلبة فكانت غنيمة وفي الغنائم الخمس بخلاف ما ذكر من المباحات لانه لم يكن في يد أحد فان قيل لو كان كما قلتم

(قوله في المتن خمس معدن نقد الى آخره) هذا فيما اذا كانت الارض غير مملوكة لاحد بان كانت من أراضي (٢) بيت المال أو كانت أما حكم الارض المملوكة فسيأتي في قوله لا داره أو أرضه وما أحسن قوله في النقاية خمس معدن ذهب ونحوه وجد في أرض خراج أو عشر ان لم تملك الارض والا فللمالك كلها ولا شيء فيه ان وجد في داره وفي أرضه روايتان اهـ وفي المبسوط والايضاح المستخرج من الارض ثلاثة أنواع أحدها جامد يذوب وينطبع كالذهب والفضة والحديد والنحاس والرصاص وثانيها جامد لا يذوب كالجص والنورة والكحل والزرنيخ والياقوت والفيروزج لا شيء فيه بالاجماع وثالثها مائع لا يتجمد كالماء والقير والنفط اهـ كاكي ولا يجب الخمس الا في النوع الاول اهـ فتح وسيأتي هذه الحاشية في كلام الشارح في آخر الباب وأما عدم وجوب الخمس في النوع الثالث فلانه مائع خارج من الارض فصار كالماء وأما عدم وجوبه في الثاني فلقوله عليه الصلاة والسلام لا زكاة في الحجر والقياس على التراب ومعلوم أن النبي صلى الله عليه وسلم لم ينف بهذا زكاة التجارة لانها واجبة فيه كوجوبها في غيرها فيتعين الخمس قاله الاتقاني وكتب ما نصه قال في الصحاح خمست القوم أخمسهم بالضم اذا أخذت منهم خمس أموالهم وخمستهم أخمسهم بالكسر اذا كنت خامسهم أو كملتهم بنفسك خمسة اهـ (قوله تجب فيه الزكاة اذا بلغ نصابا) أي وعندنا تجب في قليله وكثيره ولا يشترط فيه النصاب اهـ غاية (قوله ولا يشترط فيه الحول) وقالوا كم من حول قد مضى عليه وضعف هذا الكلام ظاهر لان الاحوال التي مضت عليه في غير ملك الواجد فكيف تحسب عليه ولنا أن النصوص خالية عن اشتراط النصاب فلا يجوز اشتراطه بغير دليل سمعي اهـ غاية (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار الى آخره) قال النووي والسفاقسي في شرح البخاري العجماء البهيمة تنفلت من يد صاحبها سميت بها لعدم نطقها والجبار الهدر يعني ان جنايتها هدر لا غرامة فيها والبئر جبار يتأول على وجهين أحدهما يحفرها الرجل بأرض فلاة للمارة فيسقط فيها انسان أو يحث يجوز له حفرها من العمران والثاني يستأجر من يحفر له بئرا في ملكه فتنهار على الاجير لا شيء عليه وكذا المعدن اذا استأجر من يحفر فيه فينهار عليه اهـ غاية وكتب ما نصه قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شيء فأن لله خمسه ولا شك في صدق الغنيمة على هذا المال فانه كان مع محله من الارض في أيدي الكفرة وقد أوجف عليه المسلمون فكان غنيمة كما ان محله أعني الارض كذلك اهـ فتح (قوله وفي الركاز الخمس) قال الكمال رحمه الله والركاز يعم المعدن والكنز على ما حققناه فكان ايجابا فيهما ولا يتوهم عدم ارادة المعدن بسبب عطفه عليه بعد افادة أنه جبار أي هدر لا شيء عليه والا لتناقض فان الحكم المعلق بالمعدن ليس هو المعلق به في ضمن الركاز ليختلف بالسلب والايجاب اذ المراد به أن اهلاكه أو الهلاك به للاجير الحافر له غير مضمون لا أنه لا شيء فيه نفسه والا لم يجب شيء أصلا وهو خلاف المتفق عليه اذ الخلاف انما هو في كميته لا في أصله وكما أن هذا هو المراد في البئر والعجماء فحاصله انه أثبت للمعدن بخصوصه حكما فنص على خصوص اسمه ثم أثبت له حكما آخر مع غيره فعبر بالاسم الذي يعمهما ليثبت فيهما فانه علق الحكم أعني وجوب الخمس بما سمي ركازا فما كان من أفراده وجب فيه ولو فرض مجازا في المعدن وجب على قاعدتهم تعميمه لعدم ما يعارضه لما قلنا من اندراجه في الآية والحديث الصحيح مع عدم ما يقوى على معارضتهما في ذلك وأما ما روي عن أبي هريرة انه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم في الركاز الخمس قيل وما الركاز يا رسول الله قال الذهب الذي خلقه الله تعالى في الارض يوم خلقت الارض رواه البيهقي وذكره في الامام فهو وان سكت عنه في الامام مضعف بعبد الله بن سعيد بن أبي سعيد المقبري وفي الامام أيضا انه صلى الله عليه وسلم قال في السيوب الخمس والسيوب عروق الذهب والفضة التي تحت الارض ولا يصح جعلهما شاهدين على المراد بالركاز كما ظنوا فان الاول خص الذهب والاتفاق انه لا يخصه فاعتباره حينئذ على ما كان مثله في انه جامد ينطبع والثاني لم يذكر

في لفظ الركاز بل السيوب بخلاف ما كانت السيوب تخص النقدين فحاصله انه افراد فرد من العام والاتفاق أنه غير مخصص للعام اهـ
(قوله قلنا للواجد يد حقيقة الى آخره) لانهم لما ثبتت أيديهم على ظاهر الارض حقيقة ثبتت على باطنها حكما فصار ما في باطنها غنيمة حكما لا حقيقة اهـ (قوله فكانت الحقيقة أولى بأربعة أخماسه) أي مسلما كان الواجد أو ذميا حرا أو عبدا بالغا أو صبيا ذكرا أو أنثى لان استحقاق هذا المال لاستحقاق الغنيمة فكل من سمينا له حق فيها سهما أو رضخا بخلاف الحربي لا حق له فيها فلا يستحق المستأمن الاربعة الاخماس لو وجده في دارنا اهـ فتح قال في الدراية أما الحربي لو دخل دارنا وطلب المعدن بغير اذن الامام أو وجده يؤخذ منه الكل ولو طلب باذنه يخمس أما لو وجده الذمي يخمس في الحالين والباقي له كما في المسلم لانه من أهل دارنا وله رضخ في الغنيمة كذا في المحيط اهـ
(قوله وقالا يجب لما ذكرنا) قال الكمال استدل لهما باطلاق ما روينا وهو قوله صلى الله عليه وسلم وفي الركاز الخمس وقدم أنه أعم من المعدن وله أنه جزء من الارض ولا مؤنة في أرض الدار فكذا في هذا الجزء منها وأجيب عن الحديث بانه مخصوص بالدار وصحته متوقفة على ابداء دليل التخصيص وكون الدار خصت من حكمي العشر والخراج بالاجماع لا يلزم ان تكون مخصوصة من كل حكم الا بدليل في كل حكم على أنه يصادقه يمنع كون المعدن جزءا من الارض ولذا لم يجز التيمم به وتأويله بانه خلق فيه مع خلقتها الا يوجب الجزئية وعلى حقيقة الجزئية يصح الاخراج من حكم الارض لا على تقدير هذا التأويل اهـ (قوله والمعدن جزء منها فلا يخالف الكل) فان قيل لو كان من أجزاء الارض لجاز التيمم عليه كسائر الاجزاء قلنا انه من أجزاء الارض من حيث انه يدخل في بيعها بخلاف الكنز لا من جميع الوجوه اهـ كافي (قوله بخلاف الكنز) أي فانه مودع فيها اهـ (قوله لانها ملكت خالية عن المؤن) أي وانها لا يجب فيها عشر ولا خراج اهـ غاية (قوله وهو الاربعة الاخماس للمختط له) أو لورثته أو ورثة ورثته ان عرفوا والا يعط أقصى مالك للارض أو ورثته وان لم يعرفوا فلبيت المال اهـ سروجي وفي المجتبى فان لم يعرف المختط له ولا ورثته ذكر أبو اليسر أنه يوضع في بيت المال وذكر السروجي انه يصرف الى أقصى مالك يعرف له في الاسلام والاول أوجه للتأمل قاله الكمال في الفتح (قوله وان وجد في أرض غير مملوكة لاحد فهو للواجد) أي الباقي وهو أربعة الاخماس منه للواجد اهـ (قوله غير مملوكة لاحد) أي كالجبال والمفاوز ونحوهما اهـ غاية وقوله للواجد أي اتفاقا غاية (قوله وقال أبو يوسف هو للواجد) وهو استحسان اهـ غاية وبقول أبي يوسف قال الثلاثة اهـ عيني (قوله لانه كالمتاع الموضوع) أي فلا يملكه مشتري الارض كاللؤلؤة في بطن السمكة يملكها الصائد لسبق يد الخصوص الى السمكة حال اباحتها ثم لا يملكها مشتري السمكة لانتفاء الاباحة هذا وما ذكر في السمكة من الاطلاق ظاهر الرواية وقيل اذا كانت الدرة غير منقوبة تدخل في البيع بخلاف المثقوبة كما لو كان في بطنها عنبر يملكه المشتري لانها تأكله وكل ما تأكله يدخل في بيعها وكذا لو كانت الدرة في صدفة ملكها المشتري قلنا هذا الكلام لا يفيد الا مع دعوى أنها تأكل الدرة غير المنقوبة كما تأكل العنبر وهو ممنوع نعم قد يتفق أنها تبتلعها مرة بخلاف العنبر لانه حشيش والصدف دسم ومن شأنها أكل ذلك اهـ فتح

لكان أربعة أخماسه للغانمين قلنا للواجد يد حقيقة لثبوتها على الظاهر والباطن ويد الغانمين حكمية لثبوتها على الظاهر فقط فكانت الحقيقة أولى بأربعة أخماسه واعتبرت الحكمية في حق الخمس واعتباره بالزرع لا يستقيم لان الزرع يجب فيه مرة واحدة ولو بقي عند صاحبه سنين والذهب والفضة تجب فيهما كلما حال عليهما الحول فافترقا قال رحمه الله (لا داره وأرضه) أي لا يجب فيما لو وجده في داره وأرضه من المعدن وهذا عند أبي حنيفة وقالا يجب لما ذكرنا وله أن الدار ملكت خالية عن المؤن والمعدن جزء منها فلا يخالف الكل بخلاف الكنز على ما يجيء من قريب وفيما اذا وجده في أرضه روايتان في رواية الاصل لا يجب كما ذكرنا لان المعدن من أجزاء الارض وليس في سائر الاجزاء منها خمس فكذا في هذا الجزء وفي رواية الجامع الصغير يجب لان الارض ما ملكت خالية عن المؤن ألا ترى أن فيها العشر والخراج بخلاف الدار لانها ملكت خالية عن المؤن حتى قالوا لو كان في الدار نخلة تطرح في كل سنة أكرارا من الثمار لا يجب فيها شيء لما قلنا بخلاف الارض قال رحمه الله (وكنز) أي وخمس كنز فيكون الخمس لبيت المال وهو معطوف على قوله خمس معدن نقد قال (وباقيه للمختط له) أي الباقي بعد اخراج الخمس من الكنز وهو الاربعة الاخماس للمختط له وهو الذي ملكه الامام هذه البقعة أول الفتح هذا اذا وجد في بقعة مملوكة من دار أو أرض وان وجد في أرض غير مملوكة لاحد فهو للواجد وقال أبو يوسف هو للواجد في المملوكة أيضا أما وجوب الخمس فلما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام وفي الركاز الخمس وهو يشمل المعدن والكنز لانه مأخوذ من الركز وهو الاثبات وان كان المثبت مختلفا وأما الباقي فوجه قول أبي يوسف أنه مباح سبقت يده اليه وهذا لانه من دفين الكفار وقد وقع أصله في يد الغانمين الا أنهم هلكوا قبل تمام الاحراز منهم فصار المستخرج أول محرز له فكان أحق به كما اذا وجده في غير المملوكة بخلاف المعدن حيث يكون لصاحب الارض لانه جزء من الارض وهي مملوكة له بجميع أجزائها ولهما أن يد المختط له سبقت اليه وهو مال مباح فكان أولى به وهذا لان الامام لما ملكه صارت في يده بما في باطنها وهي يد الخصوص فقوي بها ما في باطنها ثم بالبيع لم يخرج عن ملكه لانه كالمتاع الموضوع

فيها بخلاف المعدن لانه من أجزاء الارض فيخرج عن ملكه بالبيع كسائر أجزائها وهذا اذا كان على ضرب أهل الجاهلية بان كان نقشه صنما أو اسم ملوكهم المعروفين وان كان ضرب أهل الاسلام كالمكتوب عليها كلمة الشهادة فهو لقطة وحكمها معروف وان اشتبه الضرب عليهم فهو جاهلي في ظاهر المذهب لانها الاصل وقيل يجعل اسلاميا في زماننا لتقادم العهد والمتاع من السلاح والآلات وأثاث المنازل والفصوص والقماش في هذا كالكنز حتى يخمس لانها كانت ملكا للكفار فحوته أيدينا قهرا فصارت غنيمة قال رحمه الله (وزئبق) أي وخمس زئبق وهو قول أبي حنيفة آخرا وكان أولا يقول لا خمس فيه وهو قول أبي يوسف آخرا وكان أولا يقول فيه الخمس وحكى عن أبي يوسف أنه قال كان أبو حنيفة يقول لا خمس فيه وكنت أقول فيه الخمس فلم أزل أناظره حتى قال فيه الخمس ثم رأيت انه لا خمس فيه ومحمد مع أبي حنيفة لابي يوسف أنه لا ينطبع بنفسه وهو مائع ينبع من الارض فأشبه القير والنفط ولهما أنه ينطبع مع غيره فانه حجر يطبخ فيسيل الزئبق منه فأشبه الرصاص قال رحمه الله (لا ركاز دار حرب) أي لا يخمس ركاز وجده مستأمن في دار الحرب لانه ليس بغنيمة لان الغنيمة هو المأخوذ جهرا وقهرا وهنا بمنزلة متلصص غير مجاهر ثم ان وجده في دار بعضهم يرده عليهم تحرزا عن الغدر وان وجده في الصحراء فهو له لعدم الغدر لانه ليس في يد أحد على الخصوص ولا فرق في هذا بين المعدن والكنز ولهذا ذكره بلفظ الركاز ليدخل النوعان فيه قال رحمه الله (وفيروزج) أي لا يخمس فيروزج وهو حجر مضي يوجد في الجبال لقوله عليه الصلاة والسلام لا خمس في الحجر وكذا لا يجب في الياقوت والزمرذ وجميع الجواهر والفصوص من

(قوله بخلاف المعدن الى آخره) قال السروجي رحمه الله وهذا مشكل لانه اذا اشترى الارض بدراهم فوجد فيها معدن فضة أضعاف الثمن فهي غار بالحقيق اه (قوله فهو لقطة وحكمها معروف) أي وهو انه يجب تعريفها ثم له أن يتصدق بها على نفسه ان كان فقيرا وعلى غيره ان كان غنيا وله أن يمسكها أبدا اه فتح (قوله لانه الاصل) أي لانه أي الجاهلي أصل لتقدمه على الشرع أو الاصل في حق المسلم ان لا يكنز قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله الآية فكان الكنز مخصوصا بالجاهلية اه كاكي (قوله لتقادم العهد) فالظاهر انه لم يبق شيء من آثار الجاهلية ويجب البقاء مع الظاهر ما لم يتحقق خلافه والحق منع هذا الظاهر بل دفينهم الى اليوم يوجد بديارنا مرة بعد أخرى اه فتح (قوله وزئبق) وهو بكسر الباء بعد همزة ساكنة وهو فارسي معرب بالهمزة اه ابن فرشتا قال في الصحاح والزئبق فارسي معرب وقد عرب بالهمزة ومنهم من يقوله بكسر الباء اه (قوله وكان أولا يقول الى آخره) واعلم أن الخلاف في الزئبق الذي أصيب في معدنه لان الزئبق الموجود في خزائن الكفار يخمس اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله فلم أزل أناظره) وأقول هو كالرصاص اه فتح (قوله فأشبه القير والنفط) فيصير من جملة المياه ولا خمس في الهاربة اه كاكي (قوله ولهما أنه ينطبع مع غيره) أي فكان كالفضة فانها لا تنطبع ما لم يخالطها شيء اه فتح (قوله وهنا بمنزلة متلصص) ولو دخل المتلصص دارهم فأخذ شيأ لا يخمس لانتفاء مسمى الغنيمة لانها ما أوجف المسلمون عليه غلبة وقهرا ولقائل أن يقول غاية ما تقتضيه الآية والقياس وجوب الخمس في مسمى الغنيمة فانتفاء مسمى الغنيمة في المأخوذ من ذلك الكنز لا يستلزم انتفاء الخمس الا بالاسناد الى الاصل وقد وجد دليل يخرج عن الاصل وهو عموم قوله صلى الله عليه وسلم في الركاز الخمس بخلاف المتلصص فان ما أصابه ليس غنيمة ولا ركازا ولا دليل يوجبه فيه فيبقى على العدم الاصلي اه فتح القدير (قوله ثم ان وجده في دار بعضهم يرده عليهم) أي سواء كان معدنا أو كنزا اه فتح (قوله تحرزا عن الغدر) ومع هذا لو أخرجه الى دارنا ملكه ولم يطلب به ولو باعه بعد ذلك جاز ويكره كذا في الدراية التجارة وفي هذا الاصل فروع جمة ينظر فيها والله أعلم (قوله وان وجده في الصحراء) أي أرض لا مالك لها كذا فسره في المحيط وتعليل الكتاب يفيده اه فتح (قوله فهو له لعدم الغدر) يعني أن دار الحرب دار اباحة وانما عليه التحرز من الغدر فقط وبأخذ غير مملوك من أرض غير مملوكة لم يغدر بأحد بخلافه من المملوكة ثم لهم يد حكمية على ما في صحراء دارهم ودار الحرب ليست دار أحكام فلا يعتبر فيها الا الحقيقة بخلاف دارنا فلذا لا يعطى المستأمن منهم ما وجده في صحرائنا اه فتح ﴿ فروع ﴾ ومن يحفر معدنا باذن الامام يخرج الخمس وباقيه له وان حفر ولم يصل اليه وجاء آخر فحفر ووصل الى المعدن فهو له لانه الواجد وان اشتركا في الحفر فوجده أحدهما دون الآخر فهو للواجد ومن تقبل من السلطان معدنا فاستأجر أجراء واستخرجوا المعدن يجب فيه الخمس والباقي للمتقبل وان عملوا بغير اذن المتقبل فأربعة أخماسه لهم دون المتقبل ولو باع الركاز فالخمس على المشتري ويرجع على الواجد البائع بخمس الثمن اه غاية ودراية وفي الدراية مصرف خمس المعدن مصرف الغنيمة عندنا وبه قال مالك وأحمد في رواية والمزني وابن الوكيل من الشافعية وعن محمد يصرف الى حملة القرآن وذوي المرض وكتبة الامراء ودواب البرد ذكره في جوامع الفقه وعند الشافعي يصرف مصارف الزكاة وقاسه على الزرع اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا خمس في الحجر) هو غريب بهذا اللفظ وأخرج ابن عدي عنه عليه الصلاة والسلام لا زكاة في حجر من طريقين ضعيفين الاول بعمر بن أبي عمر الكلاعي والثاني بمحمد بن عبد الله العرزمي وأخرج ابن أبي شيبة عن عكرمة ليس في حجر اللؤلؤ

ولايجر الرمرذز كاة الاأن يكون للتجارة اه فتح (قوله ولؤلؤ) اللؤلؤ بهمزتين وبواوين والثانيـة بالواو والاول بالهـمز وبالعكس قال النووى أربع لغات قلت لايقال لتخفيف الهمز لغة اه غاية (قوله نخى دابة فى البحر) أى وليس فى أخثاء الدواب شئ اه (قوله بمنزلة الحشيش) أى فى البر هكذا رواه ابن رستم عن محمد اه غاية (قوله وقيـل انه شجر) أى وليس فى الاشجار شئ اه (قوله واللؤلؤ مطر الى آخره) فعـلى هذا أصله ماء ولاشئ فى الماء اه غاية (قوله وقيل يخلق فيـه) أى وان الصدف حيوان يخلق فيه اللؤلؤ وليس فى الحيوان شئ ونظيره ظبى المسك يوجد فى البر فلاشئ فيه اه غاية

الحجارة لمارويناولأنهامن أجزاء الارض فصارت كالتراب والملح والنورة وغيرها هذا كله فيما اذا أخذها من معـدنها وأما اذا وجدت كنزا وهو دفين الجاهلية ففيه الخمس لانه لايشترط فى الكنز الا المالية لكونه غنيمة قال رحمه الله (ولؤلؤ وعنبر) أى لايخمس لؤلؤ ولاعنبر وكذا جميع الحلية المستخرجة من البحر حتى الذهب والفضة فيه بأن كانت كنزا فى قعـر البحر وهـذا عندهـما وقال أبو يوسف يجب فى جميع مايخرج من البحر لانه مما تحوى به الملوك كالمعدن وعمر رضى الله عنـه أخذ الخمس من العنبر ولهـما قول ابن عباس رضى الله عنهما حين سئل عن العنبر لاخمس فيـه ولان قعر البحر لايرد عليـه قهر أحـد فانعدمت اليد وهى شرط لوجوب الخمس لانه يجب فى الغنيمة فلم تكن غنيمـة بدونها ولان العنـبر خثى دابة فى البحر وقيـل انه ينبت فى البحر بمنزلة الحشيش وقيل انه شجر واللؤلؤ مطر ربيع يقع فى الصدف فيصير لؤلؤا وقيل يخلق فيه من غير مطر ولاشئ فى الجميع لما أنها ليست بغنيمة وحديث عمر كان فيما دسره البحر فى دار الحرب وبه نقول لانه غنيمة فى أيديهم بكونه فى الساحل عندهـم وكلامنا فيما اذا أخـذ من البحر ابتداء أو دسره البحر فى دار الاسلام فصار حاصل مايوجـد تحت الارض نوعين معـدن وكنز ولاتفصيل فى الكنز بل يجب فيـه الخمس كيفما كان سواء كان من جنس الارض أو لم يكن بعـد أن كان مالا متقوما لانه دفين الكفار فحوته أيدينا قهرا فصار غنيمة وفيها يشترط المالية لاغير وأما المعدن فعـلى ثلاثة أنواع يذوب بالنار وينطبع كالذهب والفضـة وغيرهما على ماتقـدم ونوع لايذوب ولا ينطبع كالكحل وسائر الحجارة التى تقـدم ذكرها ونوع يكون مائعا كالقير والنفط والملح المائى فالوجوب يختص بالنوع الاول دون الاخيرين على ماتقدم

(بـاب العشر)

قال رحمـه الله (يجب فى عسـل أرض العشر ومسـقى سماء وسيح بلاشرط نصاب وبقاء الا الحطب والقصب والحشيش) أى يجب العشر فى عسل وجـد فى أرض العشر وفى كل شئ أخرجته الارض سواء سقى سيحا أو سقته السماء ولايشترط فيـه نصاب ولا أن يكون مما يبقى حتى يجب فى الخضراوات الا الحطب والقصب والحشيش وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا لايجب العشر الا فيما له ثمرة باقية

يجوز فيه الاضافة وتركها اه باكير (قوله ومسقى سماء وسيح) وفى الصحاح ساح الماء يسيح سيحا اذا جرى على وجه الارض اه غاية (قوله الا الحطب والقصب والحشيش) ظاهره كون سوى مااستثنى داخلا فى الوجوب وسينص على اخراج السعف والتبن الا أن يقال يمكن ادراجهـما فى مسمى الحشيش على مافيـه وأما ماذكروا من اخراج الطرفاء والدلب وشجر القطـن والباذنجان فيـدرج فى الحطب لكن بقى ماصرحوا بمن أنه لاشئ فى الادوية كالهليلج والكندر ولايجب فيما يخـرج من الاشجار كالصمغ والقطران ولافيما هو تابع للارض كالنخـل والاشجار لانها كالارض ولهذا تستتبعها الارض فى البيع ولافى كل بذر لايطلب بالزراعـة كبزر البطيخ والقثاء بكونها غير مقصودة فى نفسها ويجب فى العصفر والكتان وبزره لان كلا منهـما مقصود وعـدم الوجوب فى بعض هذه مما لا يرد على الاطلاق بادنى تأمل اه فتح القدير قال فى الهداية والمراد بالمذكور القصب الفارسى أما قصب السكر وقصب الذريرة ففيهما العشر لانه يقصد بهما استغلال الارض اه (قوله حتى يجب فى الخضراوات) وجمعت بالالف والتاء لغلبتها اسما اذا لحمراء لاتجمع على حمراوات ولكن تجمع على حمر وحمران اه غاية (قوله وهذا عند أبى حنيفة الى آخره) وهو مذهب ابراهيم النخعى ومجاهد وحماد وزفر قال عمر بن عبد العزيز ذكره أبو عمر بن عبد البر حكاه فى الامام وهو مروى عن ابن عباس اه غاية قال فى شرح الوقاية لصدر الشريعة واعلم أن عند أبى حنيفة تجب فى الخضراوات يؤديها المالك الى الفقير لانه يأخذها السلطان هكذا فى الاسرار للقاضى الامام أبى زيد اه غاية (قوله فيما له ثمرة باقيـة) وهى ما يبقى سنة بلا علاج غالبا بعلاف مايحتاج اليه كالعنب فى بلادهم والبطيخ الصيفى فى ديارنا وعلاجه الحاجة الى تقليبه وتعليق العنب اه فتح وذكر فى العيون أن التين الذى ييبس يجب فيه العشر ولاعشر فى التفاح والخوخ الذى يشق وييبس اذ الغالب خلافه فاعتبر الغالب فيه وكذا ذكره فى المبسوط ويجب فى بزر القنب دون عيدانه ويجب فى الكمون والكراويا والخردل لان ذلك من جملة الحبوب اه غاية

(قوله والوسق الى آخره) هو بفتح الواو و يروى بكسرها أيضا ذكره القاضي عياض في الاكمال والنووي وسكون السين اه غاية
﴿فرع﴾ المشترك بين جماعة اذا بلغ نصابا يجب فيه العشر عند أبي يوسف لان المعتبر فيه الملك دون المالك وعند محمد لا يجب حتى يبلغ نصيب كل واحد نصابا وهو قول مالك اه غاية (قوله ستون صاعا بصاع النبي صلى الله عليه وسلم الى آخره) وكل صاع أربعة أمناء فخمسة أوسق ألف وما ئتا من قال الحلواني هذا قول أهل الكوفة وقال أهل البصرة الوسق ثلثمائة من وكون الوسق ستين صاعا مصرح به في رواية ابن ماجه لحديث الاوساق كما سنذكره اه فتح القدير (قوله أو كان عثريا) العثرى بفتح العين والثاء المثلثة و يروى سكونها هو ما تسقيه السماء وتسميه العامة العذى وأنكر القلعي قول من قال العثرى الشجر الذي يشرب من الماء المجتمع في موضع فيجرى اليه كالساقية وقال انما هو ما سقت السماء ولا خلاف فيه بين أهل اللغة وليس كما قال القلعي بل قول قليل لاهل اللغة وذكر ابن فارس فيه قولين لاهل اللغة وقال العثرى من النخل ما سقى سيحا وقال الازهري وغيره من أهل اللغة ان العثرى مخصوص بما سقى من ماء السيل اه غاية ملخصا (قوله ولفظ الصدقة ينبئ عنها) أى فان المعروف فيما أخرجت اسم العشر لا الصدقة بخلاف الزكاة اه فتح (قوله ليس في الخضراوات صدقة) أى كالرياحين والاوراد والبقول والخيار والقثاء والبطيخ والباذنجان وأشباه ذلك وعنده يجب في كل ذلك اه فتح (قوله ولان السبب هي الارض النامية) أى بالخارج تحقيقا في حق العشر ولهذا لا يجوز تعجيل العشر لانه حينئذ قبل السبب فاذا أخرجت أقل من خمسة أوسق لم يوجب شيأ لكان اخلاء للسبب عن الحكم وحقيقة الاستدلال انما هو بالعام السابق لان السببية لا تثبت الا بدليل الجعل والمقيد لسببيتها كذلك هو ذلك والا فالحديث الخاص أفاد أن السبب الارض النامية باخراج خمسة أوسق فصاعدا الا مطلقا فلا يصح هذا مستقلا بل هو فرع العام المفيد سببيتها مطلقا واعلم أن ما ذكرنا من منع تعجيل العشر فيه خلاف أبي يوسف فانه أجازه بعد الزرع قبل النبات وقبل طلوع الثمرة في الشجر هكذا حكى مذهبه في الكافي وفي المنظومة خص خلافه بثمر الاشجار بناء على ثبوت السبب نظرا الى أن نمو الاشجار يثبت نماء الارض تحقيقا فيثبت السبب بخلاف الزرع فانه ما لم يظهر لم يتحقق نماء الارض اه فتح (قوله مثل السعف الى آخره) السعف ورق جريد النخل الذي يصنع منه الزنبيل والمراوح وعن الليث أكثر ما يقال له السعف اذا يبس واذا كانت رطبة فهي الشطبة اه غاية (قوله والتبن) قال الكمال وانما لم يجب في التبن لانه غير مقصود بزراعة الحب ولو فصل قبل انعقاد الحب وجب العشر فيه لانه صار هو المقصود ولا حاجة الى أن يقال كان العشر فيه قبل الآن فلا ثم تحول الى الحب عند الانعقاد وعن محمد في التبن اذا يبس فيه العشر اه ﴿فرع﴾ قال السروجي رحمه الله كل ما يستنبت في الارض و يقصد بالاستغلال كقوائم الخلاف بتخفيف اللام يجب فيه العشر فان صاحب التحفة قال يقطع في ثلاث سنين وقال الاسبيجابي في كل ثلاث سنين أو أربع اه ﴿فرع﴾ اختلف في المن اذا سقط على الشوك الاخضر في أرضه قيل لا يجب فيه عشر وقيل يجب ولو سقط على الاشجار لا يجب اه فتح القدير

اذا بلغ خمسة أوسق والوسق ستون صاعا بصاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار الخلاف في موضعين في اشتراط النصاب وفي اشتراط البقاء لهما في الاول قوله عليه الصلاة والسلام ليس في حب ولا تمر صدقة حتى يبلغ خمسة أوسق رواه مسلم ولم يرد به زكاة التجارة لانها تجب فيه وان كان أقل من خمسة أوسق اذا كانت قيمته مائتي درهم فتعين العشر ولانه صدقة حتى يصرف مصارفها ولا يبتدأ الكافر به فيشترط فيه النصاب ليتحقق الغنى كالزكاة ولابي حنيفة قوله تعالى أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الارض وهو بعمومه يتناول جميع ما يخرج من الارض وقوله صلى الله عليه وسلم فيما سقت السماء والعيم العشر وفيما سقي بالسانية نصف العشر رواه مسلم وغيره وقوله عليه الصلاة والسلام فيما سقت السماء والعيون أو كان عثريا العشر وفيما سقي بالنضح نصف العشر رواه الجماعة غير مسلم كل ذلك بلا فصل بين القليل والكثير ولان السبب هي الارض النامية مؤنة لها فوجب اعتباره قل أو كثر كالخراج وتأويل ما روياه زكاة التجارة لانهم كانوا يتبايعون بالاوساق وقيمة الوسق كانت يومئذ أربعين درهما ولفظ الصدقة فيه ينبئ عنها ولا يعتبر المالك فيه حتى تجب في أرض الوقف والمكاتب فكيف تعتبر صفته وهو الغنى ولهما في الثاني قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الخضراوات صدقة وزكاة التجارة غير منفية اجماعا فتعين العشر ولابي حنيفة ما روينا ولان السبب هي الارض النامية وقد يستنمى بما لا يبقى فيجب العشر كالخراج وما روياه ليس بثابت لان أبا عيسى قال لم يصح في هذا الباب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم شئ ولئن صح فهو محمول على صدقة يأخذها العاشر لانه انما يأخذ من مال التجارة اذا حال عليه الحول وهذا بخلافه ظاهرا أو على أنه لم يأخذ من عينه بل يأخذ من قيمته لانه يتضرر بأخذ العين في البراري حيث لا يجد من يشتريه أما الحطب والقصب والحشيش لا يقصد بها استغلال الارض غالبا بل تنقى عنها حتى لو استغل بها أرضه وجب فيها العشر وعلى هذا كل ما لا يقصد به استغلال الارض لا يجب فيه العشر وذلك مثل السعف والتبن وكل حب لا يصلح للزراعة كبزر البطيخ والقثاء لكونها غير مقصودة في نفسها وكذا لا عشر فيما هو تابع

للارض كالنخل والاشجار لانه بمنزلة جزء الارض ولهذا يتبعها في البيع وكل ما يخرج من الشجر كالصمغ والقطران لا يجب فيه العشر لانه لا يقصد به الاستغلال ويجب في العصفر والكتان وبزر الكتان لان كل واحد منهما مقصود فيه ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فيما لا يوسق اذا كان مما يبقى كالزعفران والقطن فقال أبو يوسف يجب فيه العشر اذا بلغت قيمته خمسة أوسق من أدنى ما يدخل تحت الوسق كالذرة في زماننا لانه لا يمكن اعتبار التقدير الشرعي فيه فوجب رده الى ما يمكن كما في عروض التجارة لما لم يمكن اعتباره رددناه الى النقدين واعتبار الادنى لكونه أنفع للفقراء وقال محمد يجب العشر اذا بلغ الخارج خمسة أعداد من أعلى ما يقدر به نوعه فاعتبر في القطن خمسة أحمال كل حمل ثلثمائة من وفي الزعفران خمسة أمنان لان الاعتبار بالوسق كان لاجل أنه أعلى ما يقدر به نوعه فوجب اعتبار كل نوع بأعلى ما يقدر به نوعه قياسا عليه ولو كان الخارج نوعين يضم أحدهما الى الآخر لتكميل النصاب اذا كانا من جنس واحد بحيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا والعسل يجب فيه العشر قل أو كثر عنده اذا أخذ من أرض العشر وعند أبي يوسف أنه يعتبر قيمته خمسة أوسق كما هو أصله فيما لا يوسق وعنه أنه قدره بعشر قرب لان بني سيارة كانوا يؤدون الى النبي صلى الله عليه وسلم كذلك وروي عنه التقدير بعشرة أرطال وعن محمد بخمسة أفراق كل فرق ستة وثلاثون رطلا لانه أعلى ما يقدر به نوعه وقال الشافعي لا يجب فيه شيء لانه متولد من الحيوان فأشبه الابريسم ولنا ما رواه أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام كتب الى أهل اليمن أن يؤخذ من العسل العشر ذكره في الامام ولانه يتناول الثمار والانوار وفيهما العشر فكذا ما يتولد منهما بخلاف دود القز لانه يتناول الاوراق ولا عشر فيها وما وجد في الجبال من العسل والثمار ففيه العشر وعن أبي يوسف أنه لا يجب فيه شيء لان السبب الارض النامية ولم توجد قلنا المقصود الخارج وقد حصل وفي قصب السكر العشر قل أو كثر عنده وعلى قياس قول أبي يوسف أن يعتبر قيمة ما يخرج من السكر أن يبلغ خمسة أوسق وعند محمد نصاب السكر خمسة أمنان لانه أعلى ما يقدر به نوعه كالزعفران ثم وقت وجوب العشر عند ظهور الثمر عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف وقت الادراك وعند محمد وقت تصفيته وحصوله في الحظيرة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الضمان بالاتلاف قال رحمه الله (ونصفه في مسقي غرب ودالية) أي يجب نصف العشر فيما سقي بغرب أو دالية وهو معطوف على الضمير الذي في يجب وجاز ذلك لوقوع الفصل وانما يجب فيه نصف العشر لما روينا ولان المؤنة تكثر فيه وتقل فيما سقي سيحا أو سقته السماء وان سقي سيحا وبدالية فالمعتبر أكثر السنة كما مر في السائمة والعلوفة وقال في الغاية ان سقي نصفها بكلفة ونصفها بغير كلفة قال مالك والشافعي وابن حنبل يجب ثلاثة أرباع العشر فيؤخذ نصف كل واحد من الوظيفتين ولا نعلم فيه خلافا (قال العبد الفقير الى رحمة ربه وعفوه)

(قوله ولو كان الخارج نوعين) أي كل أقل من خمسة أوسق اه فتح (قوله يضم أحدهما الى الآخر) أي عند محمد وهو رواية عن أبي يوسف اه غاية (قوله اذا كانا من جنس) أي كالردي والجيد اه فتح (قوله قل أو كثر عنده) أي عند أبي حنيفة (قوله اذا أخذ من أرض العشر) قيد به لانه لو أخذ من أرض الخراج لم يجب فيه شيء اه فتح وفي شرح مختصر الكرخي والاقطع انما لم يجب في أرض الخراج لانه يأكل من أنوار الثمار ولا شيء في الثمار في أرض الخراج فكذا فيما يتولد منها اه غاية (قوله لان بني سيارة) قال الدارقطني في كتاب المؤتلف والمختلف صوابه شبابة بالمعجمة وباءين موحدتين وهم بطن من فهم اه فتح (قوله كل فرق الخ) الفرق بتحريك الراء عند أهل اللغة وأهل الحديث يسكنونها وهو مكيال معروف وهو ستة عشر رطلا وقال المطرزي انه لم يرتقديره لستة وثلاثين فيما عنده من أصول اللغة اه فتح (قوله فأشبه الابريسم) هو بكسر الهمزة والراء وفتح السين اه غاية (قوله وفي قصب السكر العشر الخ) قال الكمال رحمه الله تعالى بعد أن ذكر ما ذكره الشارح في قصب السكر معزيا اليه وهذا تحكم بل اذا بلغ قيمة نفس الخارج من القصب قيمة خمسة أوسق من أدنى ما يوسق كان ذلك نصاب القصب على قول أبي يوسف وقوله وعند محمد نصاب السكر خمسة أمنان يريد اذا بلغ القصب قدرا يخرج منه خمسة أمنان سكر وجب فيه العشر على قول محمد ولان السكر نفسه ليس مال الزكاة الا اذا أعد للتجارة وحينئذ يعتبر أن يبلغ قيمته نصابا واذن فالصواب أيضا على قول محمد أن يبلغ القصب الخارج خمسة مقادير من أعلى ما يقدر به القصب نفسه كخمسة أطنان في عرف ديارنا والله أعلم اه (قوله وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الضمان) وعندهما فيه وفي تكميل النصاب اه غاية قال الامام يجب عليه عشر ما أكل أو أطعم ومحمد يحتسب به في تكميل الاوسق يعني اذا بلغ المأكول مع ما بقي خمسة أوسق يجب العشر في الباقي لا في التالف وأما أبو يوسف فلا يعتبر الزاهد بل يعتبر في الباقي خمسة أوسق الا أن يأخذ المالك من المتلف ضمان ما أتلفه فيجب عشره وعشر ما بقي اه فتح (قوله ونصفه في مسقي غرب الخ) الغرب الدلو الكبير والدالية الدولاب والسانية الناقة التي يسقى عليها اه فتح (قوله قال مالك والشافعي وابن حنبل يجب الخ) ظاهره أنه يجب عندنا أيضا ثلاثة أرباع العشر اه قال في الاختيار وان سقي سيحا وبدالية يعتبر أكثر السنة فان استويا يجب نصف العشر نظرا للمالك كالسائمة اه (قلت) وهذا النقل يؤيد ما قاله الزيلعي وقاله

قياس هذا على السائمة يوجب الاقل لانه تردد بينهما فشك كما فى الاكثر فلا تجب الزيادة بالشك كما قلنا هنالك انما اذا علفها نصف الحول تردد بين الوجوب وعدمه فلا يجب بالشك قال رحمه الله (ولا ترفع المؤن) أى فى كل ما أخرجته الارض لا تحتسب أجرة العمال ونفقة البقر وكرى الانهار وأجرة الحافظ وغير ذلك ومن الناس من قال ينظر الى قيمة المؤن من الخارج فتسلم له بلا عشر ثم يعشر الباقى لان قدر المؤن كالسالم له بعوض كأنه اشتراه ولنا اطلاق ما تلونا وما روينا ولانه عليه الصلاة والسلام حكم بتفاوت الواجب لتفاوت المؤنة ولا معنى لرفعها اذ لو رفعت المؤنة لكان الواجب واحدا وهو العشر لان الاختلاف فى المؤنة لا فيما يبقى بعد رفعها لان الباقى حاصل بلا عوض فيهما قال رحمه الله (وضعفه فى أرض عشرية لتغلبى وان أسلم أو ابتاعها منه مسلم أو ذمى) أى ويجب ضعف العشر وهو الخمس فى أرض عشرية لبنى تغلب ولو أسلم هو أو اشتراها منه مسلم أو ذمى أما وجوب الضعف عليه فلاجماع الصحابة رضى الله عنهم وعن محمد رحمه الله أن فيما اشتراه التغلبى من المسلم عشرا واحدا لان الوظيفة لا تتغير بتغير المالك عنده وأما بقاء التضعيف بعدما أسلم هو أو بعدما اشتراه منه مسلم أو ذمى فلأن التضعيف صار وظيفة فيبقى بعد اسلامه كالخراج وتنتقل الى المسلم والى الذمى بما فيها من الوظيفة كالخراج وهذا لأن التضعيف خراج والمسلم أهل له فى حالة البقاء وكذا الذمى أهل للتضعيف فى الجملة كما اذا مر على العاشر وهذا قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف فيما اذا أسلم التغلبى أو اشتراها منه مسلم تعود الى عشر واحد لزوال الداعى الى التضعيف وهو الكفر ألا ترى أنه يؤخذ من أموالهم كلها من السوائم والنقد وأموال التجارة ضعف ما يؤخذ من المسلم ثم اذا أسلم أو باعها من مسلم سقط التضعيف بخلاف ما اذا اشتراها منه ذمى آخر غير التغلبى حيث يبقى مضاعفا على حاله لان الداعى الى التضعيف باق فيه وجوابه أن التضعيف خراج والخراج لا يسقط بالاسلام أو بالانتقال الى المسلم بخلاف التضعيف فى السوائم وغيرها من أموالهم لانه لا توظيف فيها ولهذا يسقط بجعل السوائم علوفة وأموال التجارة للخدمة وببيعها الذى غير التغلبى فكذا لا تتغير بالاسلام أو بالانتقال الى المسلم واختلفت نسخ الكتاب وهو المبسوط فى بيان قول محمد والاصح أنه مع أبى حنيفة فى بقاء التضعيف ان كان التضعيف أصليا ولا يتصور التضعيف الحادث عنده لان وظيفة الارض لا تتغير عنده على ما يجىء بيانه من قريب قال رحمه الله (وخراج ان اشترى ذمى أرضا عشرية من مسلم) أى يجب الخراج ان اشترى ذمى غير تغلبى أرضا عشرية من مسلم وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف يجب العشر مضاعفا ويصرف مصارف الخراج كما لو اشتراها التغلبى وهذا أهون من التبديل وهذا لان الكافر أهل للتضعيف فى الجملة وان لم يكن أهلا للصدقة ألا ترى أنه لو مر على العاشر يضعف عليه وكذا بنو تغلب يضعف عليهم فى جميع أموالهم فلا تنافى ثم هو خراج حقيقة فيوضع موضعه وقال محمد يجب عشر واحد كما كانت لان وظيفة الارض لا تتبدل عنده كالخراج ولا يتغير بالبيع ثم فى رواية قريش بن اسمعيل عنه يصرف مصارف الزكاة كما ذكره فى السير الكبير والصغير لان الواجب لما لم يتغير عنده لم يتغير مصرفه أيضا لان حق الفقراء كان متعلقا به فلا يسقط وفى رواية محمد بن سماعة يصرف مصارف الخراج لان ما يؤخذ من الكافر ليس بصدقة بل هو خراج فيصرف

لم ينفق عليه اه (قوله فى كل ما أخرجته الارض) أى مما فيه العشر اه هداية قوله مما فيه العشر أى أو نصفه اه فتح (قوله وأجرة الحافظ وغير ذلك) يعنى لا يقال بعدم وجوب العشر فى قدر الخارج الذى بمقابلة المؤنة بل يجب العشر فى الكل وفى المرغينانى مؤنة محل العشر على السلطان دون صاحب الارض اه ى (قوله لان قدر المؤن كالسالم الخ) ألا ترى أن من زرع فى أرض مغصوبة يسلم له قدر ما غرم من نقصان الارض وطاب له كأنه اشتراه اه فتح (قوله لكان الواجب واحدا وهو العشر) أى دائما فى الباقى لانه لم ينزل الى نصفه الا للمؤنة والفرض ان الباقى بعد رفع قدر المؤنة لا مؤنة فيه فكان الواجب دائما العشر لكن الواجب قد تفاوت شرعا مرة العشر ومرة نصفه لسبب المؤنة فعلمنا أنه لم يعتبر شرعا عدم عشر بعض الخارج وهو القدر المساوى للمؤنة اه فتح القدير (قوله فى المتن فى أرض عشرية لتغلبى) وهو منسوب الى بنى تغلب بفتح التاء المثناة من فوق وسكون الغين المعجمة وكسر اللام اه عينى وفى الصحاح تغلب أبو قبيلة والنسبة اليها تغلبى بفتح اللام استيحاشا لتوالى الكسرتين مع ياء النسب وربما قالوه بالكسر لان فيه حرفين غير مكسورين وفارق النسبة الى نمر اه (قوله فيبقى بعد اسلامه كالخراج) أى فان أرض الخراج لا تتغير بالاسلام اه (قوله كما اذا مر على العاشر) فانه يؤخذ منه نصف العشر وهو تضعيف على كافر غير تغلبى اه (قوله ان كان التضعيف أصليا) أى بأن ورثها من آبائه أو تداولتها الايدى من تغلبى الى تغلبى بالشراء أو بالهبة ونحوهما اه غاية (قوله ولا يتصور التضعيف الحادث الخ) بأن اشتراها التغلبى من مسلم اه غاية (قوله فى المتن وخراج ان اشترى ذمى أرضا الخ) عند أبى حنيفة الخراج لا يتبدل والعشر يتبدل وعند أبى يوسف يتبدلان وعند محمد لا يتبدلان اه (قوله ثم فى رواية قريش بن اسمعيل) كذا هو فى خط المصنف مصارفه

(قوله وعشر ان أخذها منه مسلم) أي ولو بعد وضع الخراج اه فتح (قوله فصار شراء من الذمي) أي فصار ما اشتراه خراجية اه (قوله وقيل ليس للذمي الخ) هذا القول عزاه الكمال رحمه الله الى نوادر زكاة المبسوط اه (قوله فلا يمنع الرد) هذا بناء على أن المراد بما في النوادر ليس له أن يلزمه بالرد بالقضاء للبائع فمنعه بانه مانع مرتفع بالرد وهذا العلم بان الرد بالتراضي اقالة فلا يمتنع بالعيب اه فتح (قوله وان جعل مسلم داره بستانا الى آخره) البستان كل أرض تحوط عليها حائط وفيها أشجار متفرقة اه دراية (قوله وان سقاه بماء الخراج فهو خراجي) قال في الكافي وان كانت تسقى بهذا مرة وبهذا أخرى فالعشر أحق بالمسلم اه أي وان كانت عشرية في الاصل يسقط عشرها بالاختلاط لهذا اه فتح وان كانت خراجية يسقط خراجها بالاختلاط اه فتح (قوله بخلاف ما اذا جعل الذمي داره بستانا الى آخره) قال الكمال رحمه الله وقال التمرتاشي فيما اذا اتخذ الذمي داره بستانا أو رضخت له أرض أو أحياها فهي خراجية وان سقاها بماء العشر وعلى قياس قولهما ينبغي أن يجب فيها العشر بخلاف المسلم اذا سقى داره التي جعلها بستانا بماء الخراج حيث يجب الخراج بالاتفاق وفي شرح الكنز قالوا ينبغي أن يجب فيهما عشران على قياس قول أبي يوسف وعلى قول محمد واحد كما مر من أصلهما ثم نظر فيه بان ذلك كان في أرض استقر فيها العشر وصار وظيفة لها بان كانت في يد مسلم اه وقد قرر هو ثبوت الوظيفة في الماء وهو حق وعلى هذا فلا يدفع ما ذكره المشايخ بما أورده اه قال الكمال رحمه الله وليس في جعلها خراجية اذا سقيت بماء الخراج ابتداء توظيف الخراج على المسلم كما ظنه جماعة منهم الشيخ حسام الدين السغناقي في النهاية وأيد عدم امتناعه بما ذهب اليه أبو اليسر من أن ضرب الخراج على المسلم ابتداء جائز وقول شمس الائمة لا صغار في خراج الاراضي انما الصغار في خراج الجماجم بل انما هو انتقال ما تقرر فيه الخراج بوظيفته اليه وهو الماء فان فيه وظيفة الخراج فاذا سقى به انتقل هو بوظيفته الى أرض المسلم كما لو اشترى خراجية وهذا لان المقاتلة الذين حووا هذا الماء ثبت حقهم فيه وحقهم هو الخراج فاذا سقى به مسلم أخذ منه حقهم كما أن ثبوت حقهم في الارض أعني خراجها لما حووها اياها مثل ذلك وصرح محمد في أبواب السير من الزيادات بان المسلم لا يبتدأ بتوظيف الخراج وحمله السرخسي على ما اذا لم يباشر سبب ابتدائه ذلك ليخرج هذا الوضع وأنت قد علمت أن هذا ليس منه اه قال العلامة كمال الدين رحمه الله قيل ما ذكر في ماء الخراج ظاهر فان ماء الانهار التي شقتها الكفرة كانت لهم يد عليها ثم حويناها قهرا وقررنا أهلها عليها كأراضيهم وأما ماء العشر فليس بظاهر فان الآبار والعيون التي في دار الحرب وحويناها قهرا خراجية صرحوا بذلك معللين بانها غنيمة وعللوا العشرية بعدم ثبوت اليد عليها فلم تكن غنيمة ولا يتم هذا الا في البحار والامطار ثم قالوا في مائهما الوسق كافر بهما أرضه يكون بها الخراج بل الدار أبدا خراجية على ما ذكرنا من قول أبي حنيفة وأبي يوسف فلم يبق الا ماء المطر وقد علمت أن الكافر اذا سقى معه عليه الخراج ولم يختلفوا فيه كاختلافهم في أرض عشرية اشتراها ذمي ولا يخفى ان كون الآبار والعيون التي كانت في الارض دار حرب خراجية لا ينفي العشر في كل عين وبئر فان كثيرا من الآبار والعيون احتفرتها المسلمون بعد صيرورة الارض دار اسلام وعلى هذا فيجب التعميم فان ما نراه منها الآن اما

مصارفه كما يأخذه العاشر منهم وكالمأخوذ من بني تغلب ولابي حنيفة أن في العشر معنى العبادة والكفر ينافيها ولا وجه للتضعيف لانه ضروري بخلاف الخراج لانه عقوبة والاسلام لا ينافيها بقاء كالرق ثم لم يشترط القبض لوجوب الخراج في الكتاب وشرطه في الهداية لان الخراج لا يجب الا بالتمكن من الزراعة وذلك بالقبض ولو اشترى تغلبي أرضا عشرية من مسلم يضاعف العشر عندهما خلافا لمحمد وانما لم يذكرها المصنف لدخولها تحت قوله وضعفه في أرض عشرية لتغلبي قال رحمه الله (وعشر ان أخذها منه مسلم بشفعة أو رد على البائع لفساد) أي يجب عشر واحد ان أخذها من الذمي مسلم بالشفعة أو رد على البائع المسلم لفساد البيع أما الاول فلتحول الصفقة الى الشفيع كأنه اشتراها من المسلم وأما الثاني فلانه بالرد والفسخ جعل البيع كأن لم يكن لان حق المسلم وهو البائع لم ينقطع بهذا البيع لكونه مستحق الرد وكذلك الرد بخيار الشرط والرؤية والعيب بقضاء لان الرد بخيار الشرط والرؤية فسخ للعقد مطلقا وكذلك الرد بالعيب ان كان بقضاء لان للقاضي ولاية الفسخ وان كان بغير قضاء فهي خراجية لانها اقالة وهي بيع في حق غيرهما فصار شراء من الذمي فتنتقل اليه بما فيها من الوظيفة وقيل ليس للذمي أن يردها بالعيب للعيب الحادث عنده لان كونها خراجية عيب وجوابه أن هذا العيب يرتفع بالفسخ فلا يمنع الرد قال رحمه الله (وان جعل مسلم داره بستانا فمؤنته تدور مع مائه) فان سقاه بماء العشر فهو عشري وان سقاه بماء الخراج فهو خراجي لان المسلم لا يبتدأ بالخراج لكن الوظيفة تدور مع الماء الخراجي لان الارض لا تنمو الا بالماء فصارت تبعا له فوجب اعتباره به كأنه ملك أرضا خراجية وطعن كثير من المشايخ أن هذا ابتداء خراج على المسلم وجعلوه نقضا على المذهب وليس كما طعنوا بل نقول كان في الماء وظيفة قديمة فلزمته بالسقي منه قال رحمه الله (بخلاف الذمي) أي بخلاف ما اذا جعل الذمي داره بستانا حيث يجب عليه الخراج فيه كيفما كان لانه أليق بحاله قالوا ينبغي على قياس قول أبي يوسف أن يجب فيه العشران وعلى

معلوم الحدوث بعد الاسلام واما مجهول الحال أما ثبوت معاوية أنه جاهلي فتعذر اذ أكثر ما كان من فعلهم قد درس فنسفته الرياح ولم يبق من ثبوت ذلك الا قول العوام غير مستندين فيه الى ثبت فيجب الحكم في كل ما يراه بانها اسلامي اضافة للحادث الى أقرب وقتيه الممكنين ويكون طهورا القسمين بالنسبة الى سقي المسلم مالم تسق فيه وظيفة والله أعلم اه (قوله كماء من أصلهما) أي في المسلم اذا باع أرضا عشرية من نصراني اه (قوله كماء السماء) أي والآبار والعيون اه هداية (قوله واختلفوا في سيحون) أي نهر الترك اه فتح (قوله وجيحون) أي نهر ترمذ اه فتح ودجلة هي نهر بغداد اه (قوله والفرات) هو نهر الكوفة (قوله وهل ترد عليه يد الى آخره) عند محمد لا وعند أبي حنيفة وأبي يوسف نعم فان السفن يشد بعضها الى بعض حتى تصير جسرا يمر عليه كالقنطرة وهذا يدل عليها فهي خراجية اه وفي شرح الطحاوي وكذا النيل خراجي عند أبي يوسف لدخوله تحت الحماية باتخاذ قنطرة السفن اه دراية (قوله في المتن كعين قير ونفط) والنفط بالفتح والكسر وهو أفصح اه غاية (قوله ليسا من أنزال الارض) جمع نزل بسكون الزاي وضم النون وهو الريع اه كاكي (قوله ان كان حريمه يصلح للزراعة الى آخره) ولا شئ في الملح في الارض العشرية أو الخراجية كالماء والجمد اه غاية

قول محمد عشر واحد كماء من أصلهما وفيه نظر لان ذلك كان في أرض استقر فيها العشر وصار وظيفة لها بأن كانت في يد مسلم ثم الماء الخراجي هو الماء الذي كان في أيدي الكفرة وأقر أهلها عليها والعشري ما عدا ذلك كماء السماء والبحار التي لا تدخل تحت ولاية أحد واختلفوا في سيحون وجيحون ودجلة والفرات فعند محمد عشري وعند أبي يوسف خراجي بناء على أنه هل يدخل تحت ولاية أحد أو لا يدخل وهل ترد عليه يد أحد أم لا وهكذا ذكروا وهذا في حق الخراج ظاهر لانه ماء حقيقة لان الانهار التي احتفرتها الاعاجم حوتها أيدينا قهرا كأراضيهم وأما في حق العشر فلا يظهر لانه لا ماء له حقيقة ولهذا اتفقوا على وجوب الخراج في أرض لكافر تسقى بماء السماء والبحار ولو كانت هذه المياه عشرية لاختلفوا فيها على حسب اختلافهم في أرض عشرية اشتراها ذمي لان الوظيفة تدور مع الماء على ما بينا قال رحمه الله (وداره حر) أي دار الذمي حرة لا يجب فيها شئ لان عمر جعل المساكن عفوا وعليه اجماع الصحابة ولانها لا تستنمى ووجوب الخراج باعتباره وعلى هذا المقابر قال رحمه الله (كعين قير ونفط في أرض عشر ولو في أرض خراج يجب الخراج) أي لا يجب في دار الذمي شئ كما لا يجب في عين قير ونفط اذا كانت في أرض عشر ولو كانت في أرض خراج يجب الخراج لانهما ليسا من أنزال الارض وانما هما عين فوارة كعين الماء فخبر أنه ان كان حريمه يصلح للزراعة يجب فيه الخراج وهو المراد به ولو في أرض خراج يجب الخراج وأما اذا كان حريمه لا يصلح للزراعة فلا يجب فيه الخراج أيضا والقير الزفت ويقال القار والنفط دهن يكون على وجه الماء والله أعلم

﴿ باب المصرف ﴾

أي مصرف الزكاة والاصل فيه قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين الآية فهذه ثمانية أصناف وقد سقط منها المؤلفة قلوبهم لان الله أعز الاسلام وأغنى عنهم وعليه انعقد الاجماع وهو من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء علته اذ لا نسخ بعد النبي صلى الله عليه وسلم قال رحمه الله (هو الفقير والمسكين) أي المصرف هو الفقير والمسكين لما تلونا قال رحمه الله (وهو أسوأ حالا من الفقير) أي المسكين أسوأ حالا منه اذ المسكين من لا شئ له والفقير من له أدنى شئ والشافعي يعكسه وهو مروي عن أبي حنيفة رحمه الله ولكل وجه فوجه من يقول إن الفقير أسوأ حالا قوله تعالى أما السفينة فكانت لمساكين فأثبت للمساكين السفينة وروي أنه عليه الصلاة والسلام سأل المسكنة

﴿ باب المصرف ﴾

(قوله وعليه انعقد الاجماع) قال الحسن والزهري ومحمد بن علي وأبو عبيد وابن حنبل والظاهرية ان سهم المؤلفة باق لم يسقط وروي عن ابن حنبل مثل قول الجماعة وقول صاحب الكتاب وعلى ذلك انعقد الاجماع فيه بعد مع مخالفة من ذكرناهم الآن يريد به اجماع الصحابة السكوتي اه (قوله وهو من قبيل انتهاء الحكم لانتهاء علته) أي كانتهاء النفير العام باندفاع العدو اه غاية (قوله والفقير من له أدنى شئ) وهو قول ابن عباس وجابر بن زيد ومجاهد وعكرمة والزهري والحسن ومالك ومثله عن أبي زيد وابن دريد وأبي عبيدة ويونس وابن السكيت وابن قتيبة والقتبي والاخفش وثعلب نقله من عدة كتب وقال السفاقسي هو قول أهل اللغة جميعا اه غاية وقوله من له أدنى شئ وهو ما دون النصاب أو قدر نصاب غير نام وهو مستغرق في الحاجة اه فتح (قوله والشافعي يعكسه) وفائدة الخلاف لا تظهر في الزكاة بل تظهر في الوصايا والاوقاف والنذور اه دراية (قوله وروي أنه صلى الله عليه وسلم سأل المسكنة الى آخره) روت عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال اللهم احيني مسكينا وأمتني مسكينا واحشرني في زمرة المساكين رواه الترمذي والبيهقي واسناده ضعيف وحديث التعوذ من الفقر رواه البخاري ومسلم اه غاية

وتعوذ من الفقر ولان الله قدمهم بالذكر والتقديم يدل على الاهتمام ولان الفقير بمعنى المفقور وهو المكسور الفقار فكان أسوأ حالا منه قال الشاعر

هل لك من أجر عظيم تؤجره * تغيث مسكينا كثيرا عسكره * عشر شياه سمعه وبصره

ووجه من قال ان المسكين أسوأ حالا قوله تعالى أو مسكينا ذا متربة معناه أنه ألصق بطنه بالتراب من الجوع وكذا قوله تعالى فاطعام ستين مسكينا خصهم بصرف الكفارة اليهم ولا فاقة أعظم من الحاجة الى الطعام وقال عليه الصلاة والسلام ليس المسكين الذي ترده اللقمة واللقمتان والتمرة والتمرتان ولكن المسكين الذي لا يعرف ولا يفطن به فيعطى ولا يقوم فيسأل الناس متفق عليه ولفظة المسكين من سكن مبالغة كأنه عجز عن الحركة من الجوع فلم يبرح مكانه وقال تعالى في الفقراء يحسبهم الجاهل أغنياء من التعفف ولولا أن لهم حالا جميلا لما حسبهم أغنياء وقال الشاعر

أما الفقير الذي كانت حلوبته * وفق العيال فلم يترك له سبد

سماه فقيرا مع أن له حلوبة ولا دلالة فيما تلا لان السفينة ما كانت لهم وانما كانوا فيها أجراء وقيل لهم مساكين ترحما كما يقال لمن ابتلى ببلية مسكين أو لانهم كانوا مقهورين بقهر الملك كما قال تعالى ضربت عليهم الذلة والمسكنة وقولهم الفقير بمعنى المفقور وهو المكسور الفقار ممنوع فان الاخفش قال الفقير من قولهم فقرت له فقرة من مالي أي أعطيته فيكون الفقير من له قطعة من المال لا تغنيه ولا حجة له فيما أنشد لانه لم يرد به أن له عشر شياه بل لو حصلت له عشر شياه كانت سمعه وبصره قال رحمه الله (والعامل والمكاتب والمديون ومنقطع الغزاة وابن السبيل) أي هؤلاء هم المصارف لما تلونا والعامل يدفع اليه الامام ان عمل بقدر عمله فيعطيه ما يسعه وأعوانه غير مقدر بالثمن وان استغرقت كفايته الزكاة لا يزاد على النصف لان التنصيف عين الانصاف وقال الشافعي هو مقدر بالثمن لان الشركة تقتضي المساواة ولنا أنه يستحقه عمالة ألا ترى أن أصحاب الاموال لو حملوا الزكاة الى الامام لا يستحق شيأ ولو هلك ما جمعه من الزكاة لم يستحق شيأ كالمضارب اذا هلك مال المضاربة الا أن فيه شبه الصدقة بدليل سقوط الزكاة عن أرباب الاموال فلا تحل للعامل الهاشمي تنزيها لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن شبهة الوسخ وتحل للغني لانه لا يوازي الهاشمي في استحقاق الكرامة فلا تعتبر الشبهة في حقه ولا تصرف الى الامام ولا الى القاضي لان كفايتهما في الفيء ونحوه من الخراج والجزية وهو المعد لمصالح المسلمين فلا حاجة الى الصدقات وفي الرقاب المكاتبون أي يعانون في فك رقابهم وهو قول الجمهور وقال مالك يعتق منها الرقبة ويكون الولاء للمسلمين ولا يجوز دفعها الى المكاتب لانه عبد ما بقي عليه درهم فكيف يعطى من الزكاة ولنا ما رواه البراء بن عازب أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يقربني من الجنة

(قوله ونعوذ من الفقر الى آخره) وجوابه ان الفقر المتعوذ منه ليس الا فقر النفس لما صح انه كان يسأل العفاف والغنى والمراد به غنى النفس لا كثرة الدنيا فلا دليل فيه على ان الفقير أسوأ حالا من المسكين اه فتح (قوله والتقديم يدل على الاهتمام) أي بهم وذلك مظنة زيادة حاجتهم وقد يمنع بانه قدم العاملين على الرقاب مع أن حالهم أحسن ظاهرا وأخر في سبيل الله وابن السبيل مع الدلالة على زيادة تأكيد الدفع اليهم حيث أضاف اليهم بلفظة في فدل أن التقديم لاعتبار آخر غير زيادة الحاجة والاعتبارات المناسبة لا تدخل تحت ضبط خصوصا من علام الغيوب اه فتح (قوله معناه انه ألصق بطنه بالتراب الى آخره) أو أنه ألصق جلده بالتراب محتفرا حفرة جعلها ازاره لعدم ما يواريه اه فتح (قوله ولكن المسكين الذي لا يعرف الى آخره) يحتمل الاثبات أعني قوله ولكن المسكين الذي لا يعرف فيعطى مرادا معه وليس عنده شيء فانه نفي المسكنة عمن يقدر على لقمة ولقمتين بطريق المسألة وأثبتها لغيره فهو بالضرورة ممن لا يسأل مع انه لا يقدر على اللقمة واللقمتين لكن المقام مقام مبالغة في المسكنة وكذا صرح المشايخ في غرض أن المراد ليس الكامل في المسكنة وعلى هذا فالمسكنة المنفية عن غيره هي المسكنة المبالغ فيها لا مطلق المسكنة وحينئذ لكن لا يفيد المطلوب اه فتح (قوله فلم يترك له سبد) يقال ليس له سبد ولا لبد أي لا قليل ولا كثير اه غاية (قوله وانما كانوا فيها أجراء) أي أو عارية معهم اه فتح (قوله والعامل والمكاتب) المراد مكاتب غيره ومكاتب الهاشمي قاله خواهر زاده (قوله فيعطيه ما يسعه وأعوانه) أي كفايتهم بالوسط اه فتح (قوله وقال الشافعي هو مقدر بالثمن) قال الكمال رحمه الله وتقدير الشافعي بالثمن بناء على وجوب صرف الزكاة الى كل الاصناف وهم ثمانية اثنان منهم على اعتبار عدم سقوط المؤلفة قلوبهم واما الجواب عنه بان الساقط سهم الكفار منهم لا المسلمين فليس بشيء لأن المؤلفين المسلمين كانوا أغنياء كسهيل بن عمرو وغيره فان أراد انه لم يسقط سهم المؤلفين الاغنياء منا والا لم يفد لانهم حينئذ داخلون في صنف الفقراء اه فتح قال في الغاية وفي شرح المهذب للنووي العامل يستحق قدر أجر مثله قل أو كثر غير مقدر بالثمن فيبدأ به وهو قول مالك وفي المبسوط والمحيط وشرح مختصر الكرخي وملتقى البحار مقدر بالثمن عند الشافعي والصواب ما ذكرته اه (قوله اذا هلك مال المضاربة) أي بعد ظهور الربح اه (قوله وتحل للغني) أي لانه يعمل لاجل الفقير فكأنه يأخذ الفقير في المضيقة لان العمل عليها من حوائج الفقير كذا سمعت من شيخي العلامة رحمه الله اه كاكي

ويباعدني من النار فقال أعتق النسمة وفك الرقبة فقال يارسول الله أوليسا واحدا قال لا عتق النسمة أن تنفرد بعتقها وفك الرقبة أن تعين في ثمنها رواه أحمد والدارقطني وعن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ثلاثة كلهم حق على الله عون الغازي في سبيل الله والمكاتب الذي يريد الاداء والناكح المتعفف رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولان الركن في الزكاة التمليك ولا يتصور من القن فتعين المكاتب وهذا لانها لاتخلو إما أن تكون مصروفة الى مولاه أو الى نفس العبد ولا جائز أن يكون الاول لانه قد يكون غنيا ولا الثاني لان العبد لايملك رقبة نفسه بذلك وانما يتلف على ملك مولاه والدفع الى عبد الغني كالدفع الى مولاه بخلاف المكاتب لانه حر يدا ولا سبيل للمولى على ما في يده والغارم من لزمه دين ولا يملك نصابا فاضلا عن دينه أو كان له مال على الناس لايمكنه أخذه وقال الشافعي هو من تحمل غرامة في اصلاح ذات البين واطفاء النائرة بين القبيلتين ولو كان غنيا ولنا أن الزكاة لاتحل لغني والغريم يطلق على المديون وعلى صاحب الدين وأصل الغرامة في اللغة اللزوم ومنه قوله تعالى ان عذابها كان غراما وفي سبيل الله هم منقطع الغزاة عند أبي يوسف أي الفقراء منهم وعند محمد منقطع الحاج وهم الفقراء منهم لما روى أن رجلا جعل بعيرا له في سبيل الله فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يحمل عليه الحاج قلنا الطاعات كلها سبيل الله تعالى ولكن عند الاطلاق يفهم منه الغزاة ولا يصرف الى غنيهم لما نذكر من قريب وانما أفرده بالذكر مع دخوله في الفقراء والمساكين لزيادة حاجته وهو الفقر والانقطاع وابن السبيل هو المسافر سمي بذلك للزومه الطريق فجاز له الاخذ من الزكاة قدر حاجته وان كان له مال في بلده بعد أن لم يقدر عليه في الحال ولا يحل له أن يأخذ أكثر من حاجته والاولى أن يستقرض ان قدر عليه ولا يلزمه ذلك لاحتمال عجزه عن الاداء وألحق به كل من هو غائب عن ماله وان كان في بلده لان الحاجة هي المعتبرة وقد وجدت لانه فقير يدا وان كان غنيا ظاهرا ثم لا يلزمه أن يتصدق بما فضل في يده عند القدرة على ماله كالفقير اذا استغنى أو المكاتب اذا

(قوله فقال أعتق النسمة وفك الرقبة الى آخره) اخرج الطبري في تفسيره من طريق محمد بن اسحق عن الحسن بن دينار عن الحسن البصري أن مكاتبا قام الى أبي موسى الاشعري وهو يخطب يوم الجمعة فقال له أيها الامير حث الناس علي فحث عليه أبو موسى فالقى الناس عليه هذا يلقي عمامة وهذا يلقي ملاءة وهذا يلقي خاتما حتى ألقى الناس عليه سوادا كثيرا فلما رأى أبو موسى ما ألقي عليه قال اجمعوه ثم أمر به فبيع فأعطى المكاتب مكاتبته ثم أعطى الفضل في الرقاب ولم يرده على الناس وقال ان هذا الذي أعطوه في الرقاب وأخرج عن الحسن البصري والزهري وعبد الرحمن بن زيد بن أسلم قالوا في الرقاب هم المكاتبون وأما ما روي ان رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال دلني على عمل يقربني الى الجنة ويباعدني من النار فقال أعتق النسمة وفك الرقبة فقال أوليسا سواء قال لا عتق النسمة ان تنفرد بعتقها وفك الرقبة أن تعين في ثمنها رواه أحمد وغيره فقال ليس فيه ما يستلزم كون هذا هو معنى وفي الرقاب المذكور في الآية اه فتح القدير (قوله لانه قد يكون غنيا الى آخره) وما يأخذه عوض من ملكه فلا يكون زكاة اه غاية (قوله أو كان له مال على الناس لايمكنه أخذه) فهو غني في الظاهر وتحل له الصدقة اه غاية (قوله وفي سبيل الله منقطع الغزاة عند أبي يوسف أي الفقراء منهم وعند محمد منقطع الحاج وهم الفقراء) مثله في المبسوط والذخيرة والتحفة والقنية وفي شرح مختصر الكرخي والمفيد والتجريد والمرغيناني والولوالجي وعامة كتب الاصحاب ولم يذكر منهم قول أبي حنيفة وقد كشفت عن ذلك من نحو ثلاثين مصنفا فكيف لايتكلم الامام في معرفة سبيل الله مع وقوع الحاجة الى ذلك وفي الوبري هم الحاج والغزاة المنقطعون عن أموالهم وليس معهم شئ وفي الاسبيجابي أراد به الفقراء من أهل الجهاد ولم يحكيا خلافا فيجوز أن يكون ذلك قول أبي حنيفة أيضا وقال ابن المنذر في الاشراف قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد سبيل الله هو الغازي غير الغني وحكى أبو ثور عن أبي حنيفة أنه الغازي دون الحاج وذكر ابن بطال في شرح البخاري أنه قول أبي حنيفة ومالك والشافعي ومثله النووي في شرح المهذب فهؤلاء نقلوا قول أبي حنيفة كما ذكرته ثم وجدت في خزانة الاكمل ما يوافق نقل هؤلاء الجماعة فقال فيه سبيل الله فقراء الغزاة عندنا وعند محمد الحاج أيضا حكاه عن فتاوى البقالي وفي الغزنوي وفي سبيل الله منقطع الغزاة وعن محمد منقطع الحاج فهذا يدل على أن ذلك رواية عن محمد خلاف ما ذكره الجماعة اه غاية وفي المرغيناني وقيل سبيل الله طلبة العلم قلت هذا بعيد فان الآية نزلت وليس هناك قوم يقال لهم طلبة العلم اه غاية (قوله وابن السبيل) وفي جوامع الفقه هو الغريب الذي ليس في يده شئ وان كان له مال في بلده ومن له ديون على الناس ولا يقدر على أخذها لغيبتهم أو لعدم البينة أو لاعسارهم أو لتأجيلها يحل له أخذها وقوله في الكتاب وهو في مكان لاشئ فيه وقول العتابي هو الغريب الذي ليس في يده شئ ليس نفي الشئ على اطلاقه أو عمومه بل المراد شئ لايكفيه لرجوعه الى وطنه يؤيده ما ذكر في قنية المنية ابن السبيل له ما يكفيه في معيشته وزاد يكفيه الى وطنه لايجوز دفع الزكاة اليه اه غاية

جز

عجز فهؤلاء هم المصارف المذكورون في الآية وهم ثمانية أصناف وقد سقط منهم المؤلفة قلوبهم لما ذكرناه وهم كانوا أصنافا ثلاثة صنف كان النبي صلى الله عليه وسلم يتألفهم ليسلموا وصنف يعطيهم لدفع شرهم وصنف كانوا أسلموا وفي اسلامهم ضعف يريد بذلك تقريرهم على الاسلام كل ذلك كان جهادا منه عليه الصلاة والسلام لاعلاء كلمة الله تعالى لان الجهاد تارة بالسنان وتارة بالبنان وتارة بالاحسان وكان يعطيهم كثيرا حتى أعطى أبا سفيان وصفوان والاقرع وعيينة وعباس بن مرداس كل واحد منهم مائة من الابل وقال صفوان بن أمية لقد أعطاني ما أعطاني وهو أبغض الناس الي فما زال يعطيني حتى كان عليه الصلاة والسلام أحب الناس الي ثم في أيام أبي بكر جاء عيينة والاقرع بن حابس يطلبان أرضا فكتب لهما بها فجاء عمر فمزق الكتاب وقال ان الله تعالى أعز الاسلام وأغنى عنكم فان ثبتم عليه والا فبيننا وبينكم السيف فانصرفا الى أبي بكر وقالا أنت الخليفة أم هو فقال هو ان شاء ولم ينكر عليه ما فعل فانعقد الاجماع عليه قال رحمه الله (فيدفع الى كلهم أو الى صنف) أي صاحب المال مخير ان شاء أعطاها جميعهم وان شاء اقتصر على صنف واحد وكذا يجوز أن يقتصر على شخص واحد من أي صنف شاء وهو قول عمر وعلي وابن عباس ومعاذ بن جبل وحذيفة بن اليمان وجماعة آخر ولم يرو عن غيرهم من الصحابة خلاف ذلك فكان اجماعا وقال الشافعي لا يجوز الا اذا دفع الزكاة الى ثمانية أصناف من كل صنف ثلاثة أنفس الا العامل وكذا قال في جميع الصدقات كصدقة الفطر وخمس الركاز لما روي من حديث زياد قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم على قوم فأتاه رجل فقال أعطني من الصدقة فقال ان الله لم يرض في قسمة الصدقات بنبي مرسل ولا ملك مقرب حتى تولى قسمها بنفسه فجزأها ثمانية أجزاء ثم قال ان كنت من أحد هذه الاجزاء أعطيتك رواه أبو داود وزعموا أنه نص فيهم ولان الله تعالى أضاف جميع الصدقات اليهم بلام التمليك وأشرك بينهم بواو التشريك فدل على أن ذلك مملوك لهم مشترك بينهم وقد ذكرهم بلفظ الجمع وأقله ثلاثة فاقتضى أن يكون من كل جنس ثلاثة ولنا قوله تعالى وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم بعد قوله تعالى ان تبدوا الصدقات فنعما هي وقد تناول جنس الصدقات وبين أن ايتاءها الى الفقراء لا غير خير لنا ولا يقال أراد به نصيبهم لان الضمير عائد الى الصدقات وهو عام يتناول جميع الصدقات وقال عليه الصلاة والسلام لمعاذ أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد على فقرائهم رواه مسلم والبخاري والجواب عما ذكر أن اللام تكون للعاقبة يقال لدوا للموت وابنوا للخراب وقال تعالى فالتقطه آل فرعون ليكون لهم عدوا وحزنا أي عاقبته ذلك وكذا عاقبة الصدقات للفقراء لا أنها

(قوله كل ذلك كان جهادا الى آخره) هذا جواب عما يقال كيف يجوز صرف الصدقات الى الكفار اه (قوله حتى أعطى أبا سفيان) واسمه صخر بن حرب اه غاية (قوله والاقرع) أي ابن حابس المجاشعي اه غاية (قوله وعيينة) أي ابن حصن الفزاري اه غاية (قوله ولم ينكر عليه ما فعل) أي مع ما يتبادر منه من كونه سببا لاثارة الثائرة أو ارتداد بعض المسلمين فلولا اتفاق عقائدهم على حقيته وان مفسدة مخالفته أكثر من المفسدة المتوقعة لبادروا لانكاره ثم يجب أن يحكم (٢) على القول بانه لا اجماع الا عن مستند علمهم بدليل أفاد نسخ ذلك قبل وفاته أو أفاد تقييد الحكم بحياته صلى الله عليه وسلم أو على كونه حكما مغيا بانتهاء علته وقد اتفق انتهاؤها بعد وفاته أو من آخر عطاء أعطاهموه حال حياته أما مجرد تعليله بكونه معللا بعلة انتهت فلا يصلح دليلا يعتمد في نفي الحكم المعلل لما قدمناه من قريب في مسائل الارض من ان الحكم لا يحتاج في بقائه الى بقاء علته لثبوت استغنائه في بقائه عنها شرعا لما علم في الرق والاضطباع والرمل فلا بد من خصوص محل يقع فيه الانتفاء عند الانتفاء من دليل يدل على ان هذا الحكم مما شرع مقيدا ثبوته بثبوتها غير انه لا يلزمنا تعيينه في محل الاجماع بل ان ظهر والا وجب الحكم بانه ثابت على ان الآية التي ذكرها عمر رضي الله عنه تصلح لذلك وهي قوله الحق من ربكم فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر والمراد بالعلة في قولنا حكم مغيا بانتهاء علته العلة الغائية وهذا لان الدفع للمؤلفة هو العلة للاعزاز اذ يفعل الدفع ليحصل الاعزاز فانما انتهى ترتب الحكم الذي هو الاعزاز على الدفع الذي هو العلة وعن هذا قيل عدم الدفع الآن للمؤلفة تقرير لما كان في زمنه صلى الله عليه وسلم ولا نسخ لان الواجب كان الاعزاز وكان بالدفع والآن هو في عدم الدفع لكن لا يخفى ان هذا لا ينفي النسخ لان اباحة الدفع اليهم حكم شرعي كان ثابتا وقد ارتفع غاية الامر أنه حكم شرعي هو علة لحكم آخر شرعي فنسخ الاول لزوال علته اه كمال (قوله فيدفع الى كلهم) أي الى الاصناف المذكورين في قوله انما الصدقات الى آخر الآية قال الشيخ باكير رحمه الله والعدول عن اللام الى في في الاربعة الاخيرة للايذان بانهم أرسخ في استحقاق التصدق عليهم لان في للوعاء فنبه على أنهم أحقاء بان توضع فيهم الصدقات وتكرير في في قوله تعالى وفي سبيل الله وابن السبيل فضل ترجيح لهذين على الرقاب والغارمين من جهة ان اعادة العامل تدل على مزيد قوة وتأكيد كقولك مررت بزيد وبعمرو اه (فائدة) في جوامع الفقه الفقير الذي يسأل الحافا ويأكل اسرافا يؤجر على الصدقة عليه ما لم يعلم أنه يصرفها في معصية اه سروجي (قوله وان تخفوها وتؤتوها الفقراء فهو خير لكم) أي فالاخفاء خير لكم قالوا المراد صدقات التطوع والجهر في الفرائض أفضل لنفي التهمة

ملكهم وتكون للاختصاص وهو أصلها واستعمالها في الملك لما فيه من الاختصاص ولهذا لم يذكر الزمخشري في المفصل غير الاختصاص وجعلها للتمليك غير ممكن هنا لانهم غير معينين ولا يعرف مالك غير معين في الشرع وكذا المال غير متعين حتى جاز له نقلها الى غير ذلك المال من جنسه بأن يشتري قدر الواجب من غيره فيدفعه الى الفقراء ولانه لو كانت للملك لما جاز لرب المال أن يطأ جارية له للتجارة لمشاركته الفقراء فيها وهو خلاف الاجماع ولان بعضهم ليس فيه لام وهو قوله تعالى وفي الرقاب وفي سبيل الله وابن السبيل فلا يصح دعوى التمليك وقوله وقد ذكرهم بلفظ الجمع الى آخره لا يستقيم لان الجمع المحلى بالالف واللام يراد به الجنس ويبطل معنى الجمع كقوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد حتى حرمت عليه الواحدة ولان بعضهم ذكر بلفظ المفرد كابن السبيل واشتراط الجمع فيه خلاف المنصوص عليه ولم يشترط هو في العامل أن يكون جمعا والمذكور فيه بلفظ الجمع وهذا خلف قال رحمه الله (لا الى ذمي) أي لا يجوز دفع الزكاة الى ذمي وقال زفر يجوز لقوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم الآية ولقوله تعالى انما الصدقات للفقراء الى غير ذلك من النصوص من غير قيد بالاسلام والتقييد زيادة وهو نسخ على ما عرف في موضعه ولهذا جاز صرف الصدقات كلها اليهم بخلاف الحربي المستأمن حيث لا يجوز دفع الصدقة اليه لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية ولنا ما روينا من حديث معاذ فان قيل حديث معاذ خبر الواحد فلا تجوز الزيادة به لانه نسخ قلنا النص مخصوص بقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وأجمعوا على أن فقراء أهل الحرب خرجوا من عموم الفقراء وكذا أصول المزكي كابيه وجده وكذا فروعه وزوجته فجاز تخصيصه بعد ذلك بخبر الواحد والقياس مع أن أبا زيد ذكر أن حديث معاذ مشهور مقبول بالاجماع فجاز التخصيص عنه قال رحمه الله (وصح غيرها) أي صح دفع غير الزكاة من الصدقات الى الذمي كصدقة الفطر والكفارات وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز لما روينا من حديث معاذ ولهذا لا يجوز صرف الزكاة اليه فصار كالحربي ولنا ما ذكرنا لزفر من الدليل ولولا حديث معاذ لقلنا بجواز صرف الزكاة الى الذمي والحربي خارج بالنص قال رحمه الله (وبناء مسجد) أي لا يجوز أن يبنى بالزكاة المسجد لان التمليك شرط فيها ولم يوجد وكذا لا يبنى بها القناطر والسقايات واصلاح الطرقات وكرى الانهار والحج والجهاد وكل ما لا تمليك فيه قال رحمه الله (وتكفين ميت وقضاء دينه) أي لا يجوز أن يكفن بها ميت ولا يقضى بها دين الميت لانعدام ركنها وهو التمليك أما التكفين فظاهر لاستحالة تمليك الميت ولهذا لو تبرع شخص بتكفينه ثم أخرجته السباع وأكلته يكون الكفن للمتبرع به لا لورثة الميت وأما قضاء دينه فلان قضاء دين الحي لا يقتضي التمليك من المديون بدليل أنهما لو تصادقا أن لا دين عليه يسترده الدافع وليس للمديون أن يأخذه وذكر في الغاية معزيا الى المحيط والمفيد أنه لو قضى بها دين حي أو ميت بامره جاز

حتى اذا كان المزكي ممن لا يعرف باليسار كان اخفاؤه أفضل والمتطوع ان أراد أن يقتدى به كان اظهاره أفضل اه مدارك (قوله لما فيه من الاختصاص) أي لان كل مالك مختص بملكه (قوله لم يذكر الزمخشري في المفصل غير الاختصاص) أي لعمومه اه غاية فاذا ثبت انها للاختصاص قلنا اللام في الآية في الاختصاص يعني انهم مختصون بالزكاة ولا تكون لغيرهم كقولك الخلافة لقريش والسقاية لبني هاشم أي لا يوجد ذلك في غيرهم فلا يلزم أن تكون مملوكة لهم فتكون اللام لبيان محل صرفها اه غاية (قوله لا يجوز دفع الزكاة الى ذمي) أي وكذا العشر ذكره في المحيط والتحفة اه غاية (قوله لقوله تعالى انما ينهاكم الله الى آخره) بالاجماع ضمير أغنيائهم ينصرف الى أغنياء المسلمين فكذا ضمير فقرائهم ينصرف اليه والا يختل الكلام اه كاكي (قوله مقبول بالاجماع) أي فزدنا هذا الوصف به كما زدنا صفة التتابع على صوم الكفارة بقراءة ابن مسعود اه كاكي (قوله وقال أبو يوسف والشافعي لا يجوز) وهو رواية عن أبي يوسف اه هداية وفي المحيط الا في رواية عن أبي يوسف الا التطوع فانه يجوز اليه بالاتفاق وفي المبسوط وفقراء المسلمين أحب لانه أبعد عن الخلاف ولان المسلم يتقوى به على الطاعة وعبادة الرحمن والذمي يتقوى به في طاعة الشيطان اه كاكي (قوله ولنا ما ذكرنا لزفر من الدليل) وهو قوله عليه السلام تصدقوا على أهل الاديان كلها اه هداية وكافي قال السروجي رحمه الله في الغاية وما ذكر صاحب الكتاب تصدقوا على أهل الاديان كلها لم أقف عليه اه ورواه الكمال رحمه الله في الفتح عن ابن أبي شيبة مرسلا من حديث سعيد بن جبير والله الموفق اه ورواه أيضا الواحدي في أسباب النزول في سورة البقرة في قوله تعالى ليس عليك هداهم اه (قوله وبناء مسجد) أي بالجر عطفا على قوله الى ذمي اه (قوله لانعدام ركنها وهو التمليك) أي فان الله تعالى سماها صدقة وحقيقة الصدقة تمليك المال من الفقير اه (قوله يسترده الدافع) قال الكمال رحمه الله ومحل هذا أن يكون بغير إذن الحي أما اذا كان باذنه وهو فقير فيجوز عن الزكاة على انه تمليك منه والدائن يقبضه بحكم النيابة عنه ثم يصير قابضا لنفسه اه فتح (قوله أو ميت بامره جاز) قال الكمال رحمه الله ومعلوم ارادة قيد فقر المديون فظاهر فتاوى قاضيخان يوافقه لكن ظاهر اطلاق الكتاب وكذا عبارة صاحب الخلاصة حيث قال لو بنى مسجدا بنية الزكاة أو حج أو أعتق أو قضى دين حي أو ميت بغير اذن

قال رحمه الله (وشراء قن يعتق) أى لا يجوز أن يشترى بها عبدا فيعتق خلافا لمالك رضى الله عنه وقد بيناه من قبل والحيلة فى هذه الاشياء أن يتصدق بها على الفقير ثم يأمره أن يفعل هذه الاشياء فيحصل له ثواب الصدقة ويحصل للفقير ثواب هذه القرب قال رحمه الله (وأصله وان علا وفرعه وان سفل وزوجته وزوجها وعبده ومكاتبه ومدبره وأم ولده) أى لا يجوز الدفع الى أصوله وهم الابوان والاجداد والجدات من قبل الاب والام وان علوا ولا الى فروعه وهم الاولاد وأولاد الاولاد وان سفلوا الى آخر ما ذكر لان بين الفروع والاصول اتصالا فى المنافع لوجود الاشتراك فى الانتفاع بينهم عادة وكذا بين الزوجين ولهذا لو شهد له أحدهم لم تقبل شهادته لكونها شهادة لنفسه من وجه فلم يتحقق التمليك على الكمال وبالدفع الى عبده ومدبره وأم ولده لم يخرج عن ملكه فلم يوجد التمليك وهو ركن فيها وله حق فى كسب مكاتبه فلم يتم التمليك وكذا جميع الصدقات كالكفارات وصدقة الفطر والنذور ولا يجوز دفعها لهؤلاء لما ذكرنا بخلاف خمس الركاز حيث يجوز دفعه الى أصوله وفروعه اذا كانوا فقراء لانه لا يشترط فيه الا الفقر ولهذا لو افتقر هو جاز له أن يأخذه وفيما اذا دفعت المرأة لزوجها خلاف أبى يوسف ومحمد والشافعى لهم حديث زينب امرأة عبد الله بن مسعود قالت يا رسول الله انك أمرت اليوم بالصدقة وكان عندى حلى فأردت أن أتصدق به فزعم ابن مسعود أنه هو وولده أحق من تصدقت عليهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم صدق ابن مسعود زوجك وولدك أحق من تصدقت عليهم ولابى حنيفة ما ذكرنا من الاتصال بينهما ولهذا ينتفع كل واحد منهما بمال الآخر عادة قال الله تعالى ووجدك عائلا فأغنى أى بمال خديجة زوج النبى صلى الله عليه وسلم فاذا كان الزوج يستغنى بمالها وهى لا يجب عليها له شئ فما ظنك بالمرأة فتكون كأنها لم تخرجه عن ملكها وحديث زينب كان فى صدقة التطوع ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال زوجك وولدك أحق والواجب لا يجوز صرفه الى الولد وكذا عند الشافعى لا تجب فى الحلى وعندنا لا يجب كله وهى تصدقت بالكل فدل أنها كانت تطوعا وروى عنها أنها قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم انى امرأة ذات صنعة أبيع منها

الحى لا يجوز عدم الجواز فى الميت مطلقا ألا ترى الى تخصيص الحى فى حكم عدم الجواز بعدم الاذن واطلاقه فى الميت وقد يوجه بانه لا بد من كونه تمليكا للمديون والتمليك لا يقع عند أمره بل عند أداء المأمور وقبض الدائن وحينئذ لم يكن المديون أهلا للتمليك لموته وقولهم الميت يبقى ملكه فيما يحتاج اليه من جهازه ونحوه حاصله بقاؤه بعد ابتدائه بثبوته حال الاهلية وأين هو من حدوث ملكه بالتمليك والتملك ولا يستلزمه ومما قلنا يشكل استرداد المزكى عند التصادق اذا وقع بأمر المديون لان بالدفع وقع الملك للفقير بالتمليك وقبض النائب أعنى الفقير وعدم الدين فى الواقع انما يبطل بمصير ورثه قابضا لنفسه بعد القبض نيابة لا التمليك الاول لان غاية الامر أن يكون ملك فقيرا على ظن انه مديون وظهور عدمه لا يؤثر عدمه بعد وقوعه لله تعالى واذا لم يكن له أن يسترد من الفقير اذا عجل له الزكاة ثم تم الحول ولم يتم النصاب المعجل عنه لزوال ملكه بالدفع فلأن لا يملك استردادها أولى بخلاف ما اذا عجل للساعى والمسئلة بحالها حيث له أن يسترد لعدم زوال الملك على ما قدمناه وكذا ما ذكر فى الخلاصة والفتاوى ولو جاء الفقير الى المالك بدراهم ستوقة ليردها فقال المالك رد الباقى فانه ظهر أن النصاب لم يكن كاملا ولا زكاة على ليس له ان يسترد الا باختيار الفقير فيكون هبة مبتدأة من الفقير حتى لو كان الفقير صبيا لم يجز أن يأخذ منه وان رضى فهنا أولى اه (قوله وأولاد الاولاد وان سفلوا) أى ولا أولاد بنته اه غاية نقلا عن جوامع الفقه (قوله وصدقة الفطر والنذور) أى وجزاء قتل الصيد اه غاية (قوله ولهذا لو افتقر هو الى آخره) أى قبل أن يخرجه اه فتح (قوله جاز له أن يأخذه) فصار الاصل فى الدفع المسقط كونه على وجه تنقطع منفعته عن الدافع ذكروا معناه ولا بد من قيد آخر وهو مع قبض معتبر احترازا عما لو دفع للصغير الفقير غير العاقل والمجنون فانه لا يجزئ وان دفعها الصبى الى أبيه قالوا كما لو وضع زكاته على دكان فجاء الفقير وقبضها لا يجوز فلا بد فى ذلك من أن يقبض لهما الاب أو الوصى أو من كان فى عياله من الاقارب أو الاجانب الذين يعولونه أو الملتقط يقبض للقيط ولو كان الصبى مراهقا أو يعقل القبض بأن كان لا يرمى ولا يخدع عنه يجوز ولو وضع الزكاة على يده فانتهبها الفقراء جاز وكذا ان سقط ماله من يده فرفعه فقير فرضى به جاز ان كان يعرفه والمال قائم والدفع الى المعتوه مجزئ اه فتح (فائدة) قال شيخ الاسلام ولا يعطى لمبانته فى العدة واحدة أو ثلاثا ولا يعطى الولد المنفى باللعان ولا المخلوق من مائه بالزنا وقيل فى الولد الرقيق والزوجة الرقيقة كذلك اه كاكى وفى فتاوى رشيد الدين ومن زنى بمنكوحة الغير وجاءت بولد فدفع الزوج زكاة ماله الى هذا الولد لا يجوز لان نسب ثابت من الزوج بالاجماع والزانى لو دفع الزكاة الى ولد المزنية وللمزنية زوج معروف يجوز لان نسبه يثبت من الزانى اما اذا لم يكن للمزنية زوج يجوز للمزنى دفع الزكاة لهذا الولد اه قال الكمال رحمه الله وجميع القرابات غير الاولاد يجوز الدفع اليهم وهو أولى لما فيه من الصلة مع الصدقة كالاخوة والاخوات والاعمام والعمات والاخوال والخالات ولو كان بعضهم فى عياله ولم يفرض القاضى النفقة له عليه فدفعها اليه ينوى الزكاة جاز عن

الزكاة وان فرضها عليه فدفعها ينوى الزكاة لا يجوز لأنه أداء واجب في واجب آخر فلا يجوز الا اذا لم يحتسبها النفقة لتحقق التمليك على الكمال اه (قوله ريطة) قال في المغرب في كتاب الراء المهملة مع الياء التحتية الريطة كل ملاءة لم تكن لفقين أى قطعتين متضامتين وقيل كل ثوب رقيق لين ريطة وبها سميت ريطة امرأة ابن مسعود وأما رائطة فهي بنت سفيان لها صحبة اه (قوله وغنى يملك نصاب الى آخره) قال في الهداية أى من أى مال كان قال الكمال من فروعها قوم دفعوا الزكاة الى من يجمعها لفقير فاجتمع عند الآخذ أكثر من مائتين فان كان جمعه له بأمره قالوا كل من دفع قبل أن يبلغ ما في يد الجابي مائتين جازت زكاته ومن دفع بعده لا تجوز الا ان يكون الفقير مديونا فيعتبر هذا التفصيل في مائتين تفضل بعد دينه فان كان بغير أمره جاز الكل مطلقا لان في الاول هو وكيل عن الفقير فما اجتمع عنده ملكه وفي الثاني وكيل الدافعين فما اجتمع عنده ملكهم وعن أبي يوسف فيمن أعطى فقيرا ألفا ولا دين عليه فوزنها مائة مائة وقبضها كذلك يجزيه كل الالف من الزكاة اذا كانت كلها حاضرة في المجلس ودفع كلها فهي بمنزلة مال ودفعها جملة ولو كانت غائبة واستدعى بها مائة مائة كلما حضرت مائة دفعها اليه لا يجوز منها الا مائتان والباقي تطوع اه فتح ولو اشترى قوت سنة يساوى نصابا فالظاهر أنه لا يعد نصابا وقيل ان كان بطعام شهر يساوى نصابا جاز الصرف اليه الا ان زاد ولو كان له كسوة الشتاء ولا يحتاج اليها في الصيف جاز الصرف ويعتبر من الزائد ما زاد على ثوبين اه فتح قوله أى من أى مال يعنى سواء كان دراهم أو دنانير أو سوائم أو عروضا للتجارة أو لغير التجارة لكنه فاضل عن حاجته في جميع السنة اه زاهدى وعلى هذا فما في الظهيرية ولو ملك خمسا من الابل لا تساوى مائتى درهم يجب عليه الزكاة في الابل وتحل له الصدقة اى انلم يؤول مشكل اه ﴿فرع﴾ له دين مؤجل حل له الاخذ مقدار الكفاية وفي الحاوى دفع زكاته الى فقير واحد أفضل من تفريقه على جماعة لحصول الغنى للواحد دون الجماعة وفي قاضيخان اذا أراد أن يتصدق بدرهم فالصدقة به على واحد أولى من ان يشترى به فلوسا ويتصدق بها على جماعة من الفقراء اه غاية والتصدق على الفقير العالم أفضل من التصدق على الجاهل وعن أبي حفص الدفع الى المديون لقضى دينه أحب الى من الفقير والدفع الى الواحد أفضل اذا لم يكن المدفوع نصابا اه دراية (قوله ما يتعلق به وجوب الزكاة) أى على مالكه وهو النامي خلقة أو اعدادا وهو سالم من الدين اه فتح (قوله والثانية ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر الى آخره) أى وحرمة وضع الزكاة فيه ووجوب نفقة الاقارب اه خلاصة (قوله يحرم عليه السؤال) وعليه العامة وقال بعضهم اذا ملك خمسين درهما لا يحل له السؤال اه باكير (قوله وليس على ظاهره) كذا في نسخة شيخنا وعبارة المصنف وليس كظاهره اه

وليس لزوجي ولا لولدي شيء فشغلوني فلا أتصدق فهل لي فيهم أجر فقال عليه الصلاة والسلام لك في ذلك أجران أجر الصدقة وأجر الصلة رواه الطحاوي عن ريطة بنت عبد الله امرأة ابن مسعود قال أبو جعفر ريطة هذه هي زينب ولا يعلم له امرأة غيرها في زمن النبي صلى الله عليه وسلم والصدقة من فضل صنعتها لا تكون من الزكاة قال رحمه الله (ومعتق البعض) أى لا يجوز دفعها الى معتق البعض وهذا عند أبي حنيفة لانه كالمكاتب عنده وعندهما اذا أعتق بعضه عتق كله فلا تتصور المسألة وصورته أن يعتق مالك الكل جزأ شائعا منه أو يعتقه شريكه فيستسعيه الساكت فيكون مكاتبا له أما اذا اختار التضمين أو كان أجنبيا عن العبد جاز له أن يدفع الزكاة اليه لانه كمكاتب الغير قال رحمه الله (وغنى يملك نصاب) أى لا يدفع الى غنى بسبب ملك نصاب وانما قال يملك نصاب لان الغنى على ثلاث مراتب الأولى ما يتعلق به وجوب الزكاة والثانية ما يتعلق به وجوب صدقة الفطر والاضحية وهو أن يكون مالكا لمقدار النصاب فاضلا عن حوائجه الاصلية وهو المراد هنا لان حرمان الزكاة يتعلق به والثالثة ما يحرم به السؤال وهو أن يكون مالكا لقوت يومه وما يستر به عورته عند عامة العلماء وكذا الفقير القوى المكتسب يحرم عليه السؤال وقال مالك والشافعي يجوز دفعها الى غنى الغزاة اذا لم يكن له شيء في الديوان ولم يكن يأخذ من الفيء لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغنى الا لخمسة الغازي في سبيل الله والعامل عليها والغارم ورجل اشترى الصدقة بماله ورجل له جار مسكين تصدق عليه فأهداها الى الغنى ولان الله تعالى جعلها قسم الفقراء والمساكين بقوله وفي سبيل الله بعد ذكرهما فكان غيرهما ضرورة ولنا ما روينا من حديث معاذ أنه عليه الصلاة والسلام قال أعلمهم أن الله فرض عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم وترد على فقرائهم متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام لا تحل الصدقة لغنى رواه أبو داود والنسائي والترمذي وما رواه لم يصح ولئن صح فهو محمول على الغنى بقوة البدن أو نقول قد يكون غنيا ما دام مقيما اذا أراد الخروج الى الغزو يحتاج الى عدة من السلاح وغيره فلا يكفيه ما في يده فيجوز له أخذ الزكاة لذلك ونحن نقول به والحديث مؤول بالاجماع وليس على ظاهره فانه ليس فيه تقييد بان لا يكون له شيء في الديوان ولم يأخذ من الفيء فاذا حملوه على هذا حملناه على ما قلنا قال رحمه الله (وعبده وطفله)

أى لا يجوز دفعها الى عبد الغنى و ولد الصغير أما العبد فلان الملك واقع للمولى اذا لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه وان كان عليه دين محيط بهما جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على ان المولى يملك أكسابه عندهما وعنده لا يملك فصار كالمكاتب وفى الذخيرة اذا كان العبد زمنا وليس فى عيال مولاه ولا يجد شيأ يجوز وكذا إذا كان مولاه غائبا روى ذلك عن أبي يوسف وأما ولد الصغير فلانه يعد غنيا بيسار أبيه بخلاف ما اذا كان كبيرا لانه لا يعد غنيا بمال أبيه وان كانت نفقته عليه ولا فرق فى ذلك بين الذكر والانثى وبين أن يكون فى عيال الاب أو لم يكن فى الصحيح وبخلاف امرأة الغنى لانها لا تعد غنية بيسار الزوج وبقدر النفقة لا تصير موسرة قال رحمه الله (أو هاشمى) أى لا يجوز دفعها الى بنى هاشم لقوله عليه الصلاة والسلام إن هذه الصدقات انما أوساخ الناس وانها لا تحل لمحمد ولا لآل محمد رواه مسلم وقال عليه الصلاة والسلام نحن أهل بيت لا تحل لنا الصدقة رواه البخارى وأطلق الهاشمى هنا وفسرهم القدورى فقال هم آل على وآل عباس وآل جعفر وآل عقيل وآل الحرث بن عبد المطلب وفائدة تخصيصهم بالذكر جواز الدفع الى بعض بنى هاشم وهم بنو أبى لهب لان حرمة الصدقة كرامة لهم استحقوها بنصرهم النبى صلى الله عليه وسلم فى الجاهلية والاسلام ثم سرى ذلك الى أولادهم وأبو لهب آذى النبى عليه الصلاة والسلام وبالغ فى أذيته فاستحق الاهانة قال أبو نصر البغدادى وما عدا المذكورين لا تحرم عليهم الزكاة قال رحمه الله (ومواليهم) أى لا يحل دفعها الى مواليهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام بعث رجلا من بنى مخزوم على الصدقة فقال الرجل لابى رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم اصحبنى كيما تصيب منها فقال لا حتى أسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فانطلق فسأله فقال عليه الصلاة والسلام ان الصدقة لا تحل لنا وان مولى القوم من أنفسهم رواه الجماعة وصححه الترمذى ولا فرق بين الصدقة الواجبة والتطوع وكذا الوقف لا يحل لهم وقال بعض أصحابنا يحل لهم التطوع وفى البدائع إن سموا فى الوقف يجوز الصرف اليهم وان لم يسموا لا يجوز جعلهم على مثال الغنى وروى أبو عصمة عن أبى حنيفة جواز دفع الزكاة الى الهاشمى فى زمانه وروى عن أبي حنيفة أن الهاشمى يجوز له أن يدفع زكاته الى الهاشمى قال رحمه الله

(قوله أي لا يجوز دفعها الى عبد الغنى) أى ومدبره وأم ولده اه غاية بخلاف مكاتبه فانه مصرف بالنص اه فتح (قوله جاز عند أبى حنيفة) والى عبد نفسه لا يجوز وان كان عليه دين اه غاية (قوله وفى الذخيرة) الى قوله روى ذلك عن أبى يوسف قال الكمال رحمه الله فيه نظر لانه لا ينفى وقوع ذلك الملك للمولى لابهذا العارض وهو المانع وغاية ما فى هذا وجوب كفايته على السيد وانه يتركه واستحباب الصدقة النافلة عليه وقد يجاب بأنه عند غيبة مولاه الغنى وعدم قدرته على الكسب لا ينزل عن ابن السبيل اه قال فى الدراية وفى شرح بكر لا يجوز وضع العشر فيمن لا يجوز اعطاؤه الزكاة اه (قوله فلانه يعد غنيا بيسار أبيه) وفى قنية المنية ان لم يكن للصغير أب وله أم غنية يجوز الدفع اليه اه غاية (قوله وان كانت نفقته عليه الخ) ان كان زمنا أو أعمى ونحوه بخلاف بنت الغنى الكبيرة فانها تستوجب النفقة على الاب وان لم يكن بها هذه الاعذار وتصرف الزكاة الى المذكر فى الابن الكبير اه فتح (قوله وبخلاف امرأة الغنى الخ) هذا ظاهر الرواية وسواء فرض لها النفقة أولا وعن أبى يوسف لا تجزيه لانها مكفية بما تستوجبه على الغنى فالصرف لها كالصرف الى ابن الغنى ووجه ظاهر ما فى الكتاب والفرق أن استحقاقها النفقة بمنزلة الاجرة بخلاف وجوب نفقة الولد الصغير لانه مسبب عن الجزئية فكان نفقة نفسه فالدفع اليه كالدفع الى نفس الغنى اه فتح (قوله نحن أهل البيت الخ) السر فى تحريم الصدقة على النبى صلى الله عليه وسلم من وجوه أحدها دفع التهمة لانه أمر بها ثانيها أنها طهور للمتصدقين من الذنوب فلا يليق بذى الشرف العظيم أن يأخذها لكونها فى مقابلة ذنب أو نقيصة ثالثها أنها أوساخ الناس فلا يليق أن يأخذها وهذا قواه رابعها أن اليد المعطى أعلى فلم يرد الله عز وجل أن يجعل فوق يد نبيه صلى الله عليه وسلم يدا ولهذا أباح له الغنائم من الانفال وخمس الخمس من الفيء لانها مأخوذة بالسيف قهرا اه ابن دحية (فرع) ذكر أبو الحسن بن بطال فى شرح البخارى أن الفقهاء كافة اتفقوا على أن أزواجه عليه الصلاة والسلام لا يدخلن فى آله الذين حرمت عليهم الصدقة وفى المغنى عن عائشة رضى الله عنها قالت انا آل محمد لا تحل لنا الصدقة قال صاحب المغنى فهذا يدل على تحريمها على أزواجه عليه الصلاة والسلام اه (قوله فقال الرجل لابى رافع) واسمه ابراهيم وقيل أسلم وقيل ثابت وقيل هرمز ذكره المنذرى كذا فى الغاية وفى فتح القدير وأبو رافع هذا اسمه أسلم واسم ابنه عبد الله وهو كاتب على بن أبى طالب اه (قوله وقال بعض أصحابنا يحل لهم التطوع) عليه مشى الشيخ أبو نصر حيث قال كل صدقة واجبة تحرم عليهم ولا تحرم عليهم صدقة النفل اه (قوله وروى أبو عصمة عن أبى حنيفة جواز دفع الزكاة الخ) قال الغمارى هذه الرواية عن أبى حنيفة ليست بالمشهورة اه غاية وفى شرح الآثار عن أبى حنيفة لا بأس بالصدقات كلها على بنى هاشم والحرمة للعوض وهو خمس الخمس فلما سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام حلت لهم الصدقة قال الطحاوى وبه نأخذ وعن أبى يوسف يجوز الصرف الى بنى هاشم فى قوله خلافا لهما اه كاكى

(ولو دفع بتحر فبان أنه غني أو هاشمي أو مولاه أو كافر أو أبوه أو ابنه صح) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يصح لان خطأه قد ظهر بيقين فصار كما اذا توضأ بماء أو صلى في ثوب ثم تبين انه كان نجسا أو قضى القاضي باجتهاد ثم ظهر له نص بخلافه أو كان عليه دين ودفعه الى غير مستحقه بالاجتهاد ولهما ما رواه البخاري في صحيحه عن معن بن يزيد أنه قال كان أبي يزيد أخرج دنانير يتصدق بها فوضعها عند رجل في المسجد فجئت فأخذتها فأتيته بها فقال والله ما اياك أردت فخاصمته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لك ما نويت يا يزيد ولك ما أخذت يا معن فان قيل يحتمل أنه كان تطوعا قلنا كلمة ما في قوله عليه الصلاة والسلام لك ما نويت عامة ولان الوقوف على هذه الاشياء بالاجتهاد دون القطع فيبنى الامر على ما يقع عنده كما اذا اشتبهت عليه القبلة ولو أمرناه بالاعادة لكان مجتهدا فيه أيضا فلا فائدة فيه بخلاف الاشياء التي استدل بها لانه يمكنه الوقوف عليها حقيقة وفي قوله دفع بتحر اشارة الى أنه اذا دفع بغير تحر وأخطأ لا يجزيه وحاصله انا نقول إن هذه المسئلة تنقسم الى ثلاثة أقسام الاول أنه اذا تحرى وغلب على ظنه أنه مصرف فهو جائز أصاب أو أخطأ عندهما خلافا لابي يوسف فيما اذا تبين خطؤه والثاني انه اذا دفعها ولم يخطر بباله أنه مصرف أم لا فهو على الجواز الا اذا تبين انه غير مصرف والثالث انه اذا دفعها اليه وهو شاك ولم يتحر أو تحرى ولم يظهر له أنه مصرف أو غلب على ظنه أنه ليس بمصرف فهو على الفساد الا اذا تبين أنه مصرف وظن بعضهم أنه اذا صرف اليه وفي أكبر رأيه أنه ليس بمصرف ثم تبين له انه مصرف لا يجزيه عندهما قياسا على الصلاة فيما اذا اشتبهت عليه القبلة فتحرى وصلى الى جهة وفي أكبر رأيه أنها ليست بقبلة فانها لا تجوز عندهما ولو أصاب القبلة وعند أبي يوسف يجوز اذا أصاب القبلة والفرق

(قوله ولو دفع بتحر فبان أنه غني أو هاشمي أو كافر) أي ذمي اه باكير قال في الغاية وان تبين أنه حربي يجوز في كتاب الزكاة من الاصل وتأويله أنه اذا كان مستأمنا في ديارنا وذكر أبو يوسف عن أبي حنيفة في جامع البرامكة أنه لا يجوز اذ التصدق على الحربي ليس بقربة أصلا ولهذا لا يجوز التطوع عليه وفي التحفة ان ظهر انه كان حربيا أو مستأمنا لا يجوز بالاجماع وقد ذكرت انها على الروايتين اه غاية (تتمة) قال الكمال رحمه الله بعد أن ساق الاحاديث الدالة على عدم جواز الدفع لبني هاشم ثم لا يخفى أن هذه العمومات تنتظم الصدقة النافلة والواجبة فجروا على موجب ذلك في الواجبة فقالوا لا يجوز صرف كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد وعشر الارض وغلة الوقف اليهم وعن أبي يوسف يجوز في غلة الوقف اذا كان الوقف عليهم لانه حينئذ بمنزلة الوقف على الاغنياء فان كان على الفقراء ولم يسم بني هاشم لا يجوز ومنهم من أطلق في منع صدقة الاوقاف لهم وعلى الاول اذا وقف على الاغنياء يجوز الصرف اليهم وأما الصدقة النافلة فقال في النهاية ويجوز النفل بالاجماع وكذا يجوز النفل للغني كذا في فتاوى العتابي اه وصرح في الكافي بدفع صدقة الوقف اليهم على انه بيان المذهب من غير نقل خلاف فقال وأما التطوع والوقف فيجوز الصرف اليهم لان المؤدي في الواجب يطهر نفسه باسقاط الفرض فيتدنس المؤدي كالماء المستعمل وفي النفل متبرع بما ليس عليه فلا يتدنس به المؤدي كمن تبرد بالماء اه والحق الذي يقتضيه النظر اجراء صدقة الوقف مجرى النافلة فان ثبت في النافلة جواز الدفع يجب دفع الوقف والا فلا اذ لا شك في أن الواقف متبرع بتصدقه بالوقف اذ لا ايقاف واجب وكأن منشأ الغلط وجوب دفعها على الناظر وبذلك لم تصر صدقة واجبة على المالك بل غاية الامر أن وجوب اتباع شرط الواقف على الناظر فوجوب الأداء هو نفس هذا الوجوب فلنتكلم في النافلة ثم نعطي مثل حكمه للوقف ففي شرح الكنز لا فرق بين الصدقة الواجبة والتطوع ثم قال وقال بعض يحل لهم التطوع اه فقد أثبت الخلاف على وجه يشعر بترجيح حرمة النافلة وهو الموافق للعمومات فوجب اعتباره فلا تدفع اليهم النافلة لهما الا على وجه الهبة مع الادب وخفض الجناح تكرمة لاهل بيت رسول الله صلى الله عليه وسلم وأقرب الاشياء اليك لحم بريرة الذي تصدق به عليها لم يأكله حتى اعتبره هدية فقال هو لها صدقة ولنا منها هدية والظاهر أنها كانت صدقة نافلة وأيضا لا تخصيص للعمومات الا بدليل والقياس الذي ذكره المصنف لا يخص به ابتداء بل بعد اخراج شيء يسمى سلمناه لكن لا يتم في القياس المقصود وغير المقصود اه وتمام الكلام في الفتح فلينظر ثمة والله أعلم (قوله أو أبوه أو ابنه صح) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يصح أي ولكن لا يسترد ما أداه وهل يطيب للقابض اذا ظهر الحال لا رواية فيه واختلف فيه وعلى القول بأن لا يطيب يتصدق بها وقيل يرده على المعطي على وجه التمليك منه ليعيد الأداء اه فتح قوله يتصدق بها أي لانه ملك خبيث اه دراية وفي جامع شمس الائمة لو أوصى بثلث ماله للفقراء فأعطاهم الوصي ثم تبين أنهم أغنياء لم يجز وهو ضامن بالاتفاق لان الزكاة حق الله تعالى فاعتبر فيها التوسع والوصية حق العباد فاعتبر فيها الحقيقة ألا ترى أن النائم اذا أتلف شيأ ضمن ولا يأثم اه كاكي (قوله قلنا كلمة ما في قوله عليه الصلاة والسلام لك ما نويت عامة) أي في الفرض والنفل ولا يختص عمومها عندنا بالشرطية والاستفهامية ثم لو اختلف الحكم بين الفرض والنفل لاستفصل فلما عمم وأطلق علمنا انه لا يختلف اه غاية (قوله فانها لا تجوز عندهما) قوله عندهما ليس في نسخة المصنف وعند أبي يوسف يجوز اذا أصاب والحق الاتفاق على الجواز معنى اه فتح

(قوله لم يخرجه عن ملكه وهو ركن فيه) أي فعلم من هذا قوة مرتبة الركن على الشرط مع ان جواز الاداء يتوقف عليهما فان في مسئلة الغني وغيره فات شرط الاداء وهو الفقر في المدفوع اليه وفي عبده ومكاتبه فات التمليك وهو الركن فلذلك جاز الاداء في الأولى مع ظهور الغنى عندهما ولم يجز ههنا بالاتفاق كذا قيل اه كاكي (قوله وله في كسب مكاتبه حق) أي

لهما على الصحيح أن صلاة الفرض لغير القبلة لا تكون صلاة ولا طاعة وانما هي معصية ولهذا قال أبو حنيفة أخشى عليه يعني الكفر والمعصية لا تنقلب طاعة ودفع المال الى غير الفقير قربة يثاب عليها فاذا أصاب صح وناب عن الواجب وعن أبي حنيفة في غير الغني أنه لا يجزيه لان الوقوف عليه في الجملة ممكن فلا يعذر بخلاف الغني لان الوقوف على حقيقة الغنى متعذر فيعذر والظاهر هو الاول لان الوقوف على هذه الاشياء متعسر ولو كلف الوقوف على حقيقة الامر لحرج وهو مدفوع قال رحمه الله (لو عبده أو مكاتبه لا) أي لو تبين ان المدفوع اليه عبد الدافع أو مكاتبه لا يجوز لانه بالدفع الى عبده لم يخرجه عن ملكه وهو ركن فيه وله في كسب مكاتبه حق فلم يتم التمليك قال رحمه الله (وكره الاغناء) أي يكره أن يغني به انسانا بأن يعطي لواحد مائتي درهم فصاعدا وهو جائز مع الكراهية وقال زفر لا يجوز لان الغنى قارن الاداء لان الغنى حكمه والحكم مع العلة يقترنان فحصل الاداء الى الغني ولنا ان الاداء يلاقي الفقر لان الزكاة انما تتم بالتمليك وحالة التمليك المدفوع اليه فقير وانما يصير غنيا بعد تمام التمليك فيتأخر الغنى عن التمليك ضرورة ولان حكم الشيء لا يصلح مانعا له لان المانع ما يسبقه لا ما يلحقه ولو كان مانعا لما صح ايقاع الطلاق الثلاث دفعة واحدة لانها بالايقاع تصير أجنبية وكذا الاعتاق وانما كره لان الانتفاع به صار المقصود فصار كمن صلى وبقربه نجاسة قالوا انما يكره ما لم يكن عليه دين ولم يكن له عيال وأما اذا كان عليه دين فلا بأس بأن يعطيه قدر ما يقضي به دينه وزيادة دون مائتين لان قدر ذلك لا يمنع الدفع اليه وان كان في ملكه وان كان له عيال فلا بأس بأن يعطي قدر ما لو فرق عليهم يصيب كل واحد منهم دون مائتي درهم قال رحمه الله (وندب عن السؤال) أي ندب الاغناء عن السؤال في ذلك اليوم لقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن المسئلة في مثل هذا اليوم والسؤال ذل فكان فيه صيانة المسلم عن الوقوع فيه وأداء الزكاة من غير أن يجاوز المانع وهو الغنى المطلق فكان أولى قال رحمه الله (وكره نقلها الى بلد آخر لغير قريب وأحوج) أي كره نقل الزكاة الى بلد آخر لغير قريب ولغير كونهم أحوج لان نقلها الى قرابته أو الى قوم هم اليها أحوج من أهل بلده لا يكره فأما كراهية النقل لغير هذين فلقوله عليه الصلاة والسلام لمعاذ حين بعثه الى اليمن أعلمهم أن عليهم صدقة تؤخذ من أغنيائهم فترد في فقرائهم ولان فيه رعاية حق الجوار فكان أولى وأما عدم كراهية نقلها الى أقاربه أو الى قوم هم أحوج من أهل بلده فلقول معاذ لاهل اليمن ائتوني بعرض ثياب خميس أو لبيس في الصدقة مكان الشعير والذرة أهون عليكم وخير لاصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالمدينة ولان فيه صلة القريب أو زيادة دفع الحاجة فلا يكره وان نقله لغير ذلك يجوز مع الكراهية لقوله تعالى انما الصدقات للفقراء الى غير ذلك من النصوص من غير تقييد بالمكان ثم المعتبر في الزكاة مكان المال حتى لو كان هو في بلد وماله في بلد أخرى يفرق في موضع المال وفي صدقة الفطر يعتبر مكانه لا مكان أولاده الصغار وعبيده في الصحيح والفرق أن الزكاة محلها المال ولهذا تسقط بهلاكه وصدقة الفطر في الذمة ولهذا لا تسقط بهلاكهم وقالوا الافضل في صرف الصدقة أن يصرفها الى اخوته ثم أولادهم ثم أعمامه الفقراء ثم أخواله الفقراء ثم ذوي الارحام ثم جيرانه ثم أهل سكته ثم أهل مصره قال رحمه الله (ولا يسأل من له قوت يومه) يعني لا يحل له السؤال لقوله عليه الصلاة والسلام من سأل وعنده ما يغنيه فانما يستكثر جمر جهنم قالوا يا رسول الله ما يغنيه قال ما يغديه ويعشيه رواه أبو داود وأحمد قال في الغاية القدرة على الغداء والعشاء تحرم سؤال الغداء والعشاء

فانه لو تزوج جارية مكاتبه لا يجوز كما لو تزوج جارية نفسه اه دراية ﴿فروع﴾ من مسائل الامر باداء الزكاة ذكرها في المبسوط والجامع وجوامع الفقه والواقعات لو قال لرجل ادفع زكاتي الى من شئت أو أعطها من شئت فدفعها لنفسه لم يجز وفي جوامع الفقه جعله قول أبي حنيفة وقال وعند أبي يوسف يجوز ولو قال ضعها حيث شئت جاز وضعها في نفسه وقال في المرغيناني وكل بدفع زكاته فدفعها الى ولده الكبير أو الصغير أو زوجته يجوز ولا يمسك لنفسه وفي الواقعات الصغرى أوصى بثلث ماله الى انسان يضعه حيث شاء جاز له وضعه في نفسه ولو قال أعطه من شئت لا يجوز وضعه في نفسه على قياس لانه صار معرفة بالاضافة اليه والمعرفة لا تدخل تحت النكرة وأحاله الى الجامع لكن هذا التعليل باطل بمسئلة الوضع وفي المبسوط أوصى اليه بثلثه يضعه أو يجعله حيث شاء فجعله في نفسه أو في ولده جاز كالموصي وليس له جعله أو وضعه في ولد الموصي كالموصي فان وضعه في بعض ولد الموصي فهو باطل ويرد على جميع الورثة وليس له ان يعطيه أحدا بعد ذلك لانتهائه به وصار فعله كفعل الموصي وفي الجامع فرق بين الوضع وبين الدفع والصرف والفرق أن الدفع والصرف للتمليك كالاعطاء والايتاء والواحد لا يكون مملكا ومتملكا في غير الاب والجد والوصي عنده وليس الوضع للتمليك فافترقا اه غاية (قوله ولم يكن له عيال) كذا بخط المصنف والواو فيه بمعنى أو اه (قوله والذرة أهون عليكم الى آخره) ويجب كون

محله كونهن بالمدينة أحوج أو لتلك مايفضل بعد اعطاء فقرائهم اه فتح

﴿ باب صدقة الفطر ﴾

وجه مناسبتها بالزكاة أن كلا منهما من الوظائف المالية وأوردها في المبسوط بعد الصوم باعتبار ترتيب الوجود وأوردها صاحب الكتاب هنا رعاية لجانب الصدقة ورجحها لما أن المقصود من الكلام المضاف لا المضاف اليه خصوصا اذا كان المضاف اليه شرطا وحق هذا الباب أن يقدم على العشر لما أن العشر مؤنة فيها معنى العبادة وهذه عبادة فيها معنى المؤنة الا أن العشر ثبت بالكتاب وهي ثبتت بخبر الواحد مع أن العشر من أنواع الزكاة والمراد بالفطر يومه كيوم النحر لما أن الفطر اللغوي غير مراد لانه يكون في كل ليلة من رمضان وسميت صدقة وهي العطية التي يراد بها المثوبة من الله تعالى لانها تظهر صدق الرجل كالصداق يظهر صدق الرجل في المرأة واضافة الصدقة الى الفطر اضافة الحكم الى الشرط كما في حجة الاسلام وهي مجاز لما أن الحقيقة اضافة الحكم الى السبب كما في صلاة الظهر كأنه اضافه الى الشرط ليصير محرضا على الادا في هذا الوقت اه كاكى وكتب ما نصه أما معرفتها فقد قال النووي رحمه الله هي لفظة مولدة لا عربية ولا معربة بل هي اصطلاحية للفقهاء قال السروجي رحمه الله ولو قيل لفظة اسلامية كان أولى لانها

ويجوز معها سؤال الجبة والكساء ويجوز لصاحب الاوقية والخمسين سؤال ما يحتاج اليه من الزيادة وجاء في الخبر حرمة السؤال على من يملك خمسين درهما وروى على من يملك أوقية وعلى من يكون صحيحا مكتسبا والله أعلم بالصواب

﴿ باب صدقة الفطر ﴾

وهو لفظ اسلامي اصطلح عليه الفقهاء كأنه من الفطرة التي هي من النفوس والخلقة قال رحمه الله (تجب على كل حر مسلم ذي نصاب فضل عن مسكنه وثيابه وأثاثه وفرسه وسلاحه وعبيده) أي تجب صدقة الفطر على كل حر يملك نصابا فاضلا عما لابد له منه كمسكنه الى آخر ما ذكر أما وجوبها فلقوله عليه الصلاة والسلام في خطبته أدوا عن كل حر وعبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير ذكره صاحب الامام وبمثله يثبت الوجوب وشرط الحرية ليتحقق التمليك والاسلام لتقع قربة وملك النصاب لقوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى وهو أن يكون مالكا لمقدار النصاب فاضلا عما ذكر على ما مر في مصارف الصدقة وقال الشافعي رحمه الله تجب على كل من يملك زيادة على قوت يومه لنفسه وعياله والحجة عليه ما رويناه ولا يشترط أن يكون ماله ناميا بخلاف الزكاة على ما مر قال رحمه الله (عن نفسه وطفله الفقير وعبيده للخدمة ومدبره وأم ولده) يعني يخرج ذلك عن نفسه وولده الصغير الفقير الى آخر ما ذكر لما روينا ولان السبب رأس يمونه ويلي عليه لما روى الدارقطني انه عليه الصلاة والسلام أمر بصدقة الفطر عن الصغير والكبير والحر والعبد ممن تمونون

ماعرفت الا في الاسلام قال أبو بكر بن العربي هو اسمها على لسان صاحب الشرع وهذا يؤيد ما ذكره ويقال لها صدقة الفطر وزكاة رمضان وزكاة الصوم اه وأما معرفتها شرعا فانها اسم لما يعطى من المال بطريق الصلات والعبادة ترحما مقدرا بخلاف الهبة فانها تعطى صلة تكرما لا ترحما ذكره في المحيط اه غاية (قوله تجب) قال العيني فعل وفاعله بعد أربعة أسطر وهو قوله نصف صاع فعلى هذا يجب تذكيره ويجوز أن يكون فاعله ضميرا راجعا الى صدقة الفطر في الباب فيصح التأنيث حينئذ فيكون التقدير يجب صدقة الفطر وهؤلاء ويكون قوله نصف صاع خبر مبتدا محذوف أي هي نصف صاع ويجوز أن يكون بدلا اه (قوله على كل حر مسلم) ولم يقيده بالبلوغ والعقل لانهما ليسا بشرطين عند أبي حنيفة وأبي يوسف حتى لو كان لهما مال يؤدى وليهما من مالهما كما سيأتي (قوله صغير أو كبير) قال في المستصفى شرح النافع يحتمل أن يكون الصغير والكبير صفتين للعبد وهو واضح ولا يحتمل أن يكونا راجعين الى الحر والعبد لانه لا يجب عليه صدقة الفطر عن ولده الكبير ويحتمل أن يرجع الصغير الى الحر والكبير الى العبد فيجب الادا عن العبد الصغير بدلالة النص لأنه لما وجب عليه بسبب عبده الكبير لأن يجب عليه بسبب عبده الصغير أولى ولما وجب عليه بسبب الحر الصغير لان يجب عليه بسبب العبد الصغير أولى اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا صدقة الا عن ظهر غنى الخ) ذكر في مجازات الآثار النبوية أن هذا القول مجاز لان المراد بذلك أن المتصدق انما تجب عليه الصدقة اذا كانت له قوة من غنى والظهر ههنا كناية عن القوة فكان المال للغني بمنزلة الظهر الذي عليه اعتماده واليه استناده ولذلك يقال فلان ظهر فلان اذا كان يتقوى به ويلتجئ اليه في الحوادث وذكر في المغرب وأما قوله لا صدقة الا عن ظهر غنى أي صادرة عن ظهر غنى فالظهر فيه مقحم كما في ظهر القلب فظهر الغيب اه كشف كبير في بحث القدرة وهذا الحديث رواه الامام أحمد في مسنده حدثنا يعلى بن عبيد حدثنا عبد الملك عن عطاء عن أبي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى واليد العليا خير من

وهؤلاء المذكورون بهذه الصفة على الكمال وشرطه أن يكون الصغير فقيرا لانه اذا كان له مال تجب من ماله عندهما خلافا لمحمد هو يقول انها عبادة فلا تجب على الصغير وهما يقولان فيها معنى المؤنة بدليل انه يتحملها عن الغير فصارت كنفقة الاقارب بخلاف الزكاة لانها عبادة محضة ولهذا لا يتحملها أحد عن أحد وعلى هذا الخلاف ولده المجنون الكبير وقوله وعبيده للخدمة يحترز به عن عبيده للتجارة فانه لا تجب عليه عنهم كي لا يؤدي الى الثنى ولو كان له عبيد وعبيد عبيد تجب عن العبيد القلاو تجب عن عبيد العبيدان كانوا للتجارة وان كانوا للخدمة تجب ان لم يكن على العبيد دين مستغرق وان كان عليهم دين مستغرق لا تجب عند أبي حنيفة وعندهما تجب بناء على ان المولى هل يملك كسب عبده ان كان عليه دين مستغرق أم لا ثم لا فرق بين ان يكون العبد كافرا أو مسلما للاطلاق فيما روينا ولان الوجوب على المولى فلا يشترط فيه اسلام العبد كالزكاة قال رحمه الله (لا عن زوجته) لانه لا يلي عليها ولا يمونها الا ضرورة انتظام مصالح النكاح ولهذا لا يجب عليه غير الرواتب نحو الادوية قال رحمه الله (و) لا (ولده الكبير) لانه لا يمونه ولا يلي عليه فانعدم السبب وكذا ان كان في عياله لعدم الولاية عليه ولو أدى عنه وعن زوجته بغير أمرهما جاز استحسانا لانه ماذون فيه عادة ولا يؤدي عن أجداده وجداته ونوافله لانهم ليسوا في معنى نفسه قال رحمه الله (و) لا (مكاتبه) لعدم الولاية عليه قال رحمه الله (و) لا (عبد أو عبيد لهما) أي لا تجب عن عبد أو عبيد مشترك بين اثنين لقصور الولاية والمؤنة في حق كل واحد منهما وقال أبو يوسف ومحمد في العبيد يجب على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص وهذا بناء على أنه لا يرى قسمة الرقيق وهما يريانها وقيل لا تجب بالاجماع لان النصيب لا يجتمع قبل القسمة فلم تتم الرقبة لواحد منهما ولو كانت لهما جارية فجاءت بولد فادعياه لا تجب عليهما عن الام لما قلنا وعن الولد تجب على كل واحد منهما صدقة تامة عند أبي يوسف لان البنوة تامة في حق كل واحد منهما كملا لان ثبوت النسب لا يتجزأ ولهذا لو مات أحدهما كان ولدا للباقي منهما وقال محمد تجب عليهما صدقة واحدة لان الولاية لهما والمؤنة عليهما فكذا الصدقة لانها فائدة لتجزئ كالمؤنة ولو كان له عبد آبق أو مأسور أو مغصوب مجحود لا تجب على المولى فطرته ولا تجب عليه أيضا عن نفسه بسببهم وعن المرهون تجب في المشهور ان فضل بعد الدين قدر النصاب وكذا بسببه تجب عليه عن نفسه بخلاف العبد المستغرق بالدين والعبد الجاني حيث تجب عنهما كيفما كان والفرق أن الدين في الرهن على المولى ولا دين عليه في العبد المستغرق والجاني وانما هو على العبد وذلك لا يمنع الوجوب على المولى والعبد الموصى برقبته لانسان لا تجب فطرته قال رحمه الله (ويتوقف لو مبيعا بخيار) أي يتوقف وجوب صدقة

البيد السفلى وابدأ بمن تعول وذكره البخاري في صحيحه تعليقا في كتاب الوصايا مقتصرا على الجملة الاولى فقال وقال النبي صلى الله عليه وسلم لا صدقة الا عن ظهر غنى وتعليقاته المجزومة لها حكم الصحة ورواه مسند بغير هذا اللفظ اه فتح (قوله لانه اذا كان له مال تجب من ماله عندهما) ولو وجبت على الصغير ولم يؤد حتى بلغ وجب القضاء عندهم اه كاكي (قوله كنفقة الاقارب) أي تجب في مال الصغير اذا كان غنيا لما فيها من معنى المؤنة وان كانت عبادة اه فتح (قوله نحو الادوية) أي وأجرة الطبيب اه غاية (قوله وكذا ان كان في عياله) أي بان كان زمنا اه كاكي (قوله لانه مأذون فيه عادة) أي بخلاف الزكاة فانها لا عادة فيها اه (قوله في المتن ولا مكاتبه الخ) وفي معتق البعض أقوال ستة القول الاول لا شيء فيه وهو قول أبي حنيفة قال ابن العربي لعله أقوى في الدليل والقول الثاني يجب على المعتق كله ان كان له مال وهو قول مالك انه عنه وبقية الاقوال تنظر في الغاية السروجية اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) والاصح أن قوله مع أبي حنيفة ثم أبو حنيفة مر على أصله من عدم جواز قسمة الرقيق جبرا ولم يجتمع لواحد ما يسمى رأسا ومحمد مر على أصله من جواز ذلك وأبو يوسف مع محمد في القسمة ومع أبي حنيفة في صدقة الفطر لان ثبوت القسمة بناء على الملك وصدقة الفطر باعتبار المؤنة عن ولاية لا باعتبار الملك ولذا تجب عن ولده ولا ملك ولا تجب عن الآبق مع الملك فيه ولو سلم فجواز القسمة ليس علة تامة لثبوتها وكلامنا فيما قبلها وقبلها لم يجتمع في ملك أحد رأس كامل اه فتح (قوله لقصور الولاية والمؤنة) يعني أن السبب هو رأس عليه مؤنته لان المقيد بالنص من قوله تمونون من عليكم مؤنته وليس على كل منهما مؤنته بل بعضها وبعض الشيء ليس اياه ولا سبب الا هذا فعند انتفائه يبقى على العدم الاصلي لا أن العدم يؤثر شيئا اه فتح (قوله على كل واحد منهما ما يخصه من الرؤس دون الاشقاص) يعني لو كان بينهما خمسة أعبد مثلا يجب على كل واحد منهما صدقة عبدين ولا تجب على الخامس اه كاكي (قوله صدقة تامة عند أبي يوسف) وحكى الزعفراني والاسبيجابي قول أبي حنيفة مع أبي يوسف اه غاية (قوله والمؤنة عليهما فكذا الصدقة الخ) ولو كان أحدهما معسرا أو ميتا فعلى الآخر صدقة تامة عندهما ولا نص عن أبي حنيفة في هذه المسئلة اه كاكي (قوله ولو كان له عبد آبق الخ) قال في خلاصة الفتاوى فان عاد العبد من الاباق أو رد المغصوب عليه بعد ما مضى يوم الفطر كان عليه صدقة ما مضى اه (قوله لا تجب على المولى فطرته) قال ابن قتيبة الفطر بكسر الفاء اه غاية (قوله والعبد الموصى برقبته لانسان لا تجب فطرته) اى بعد موت السيد قبل الموصى له وقبل رده اه غاية قال الكمال رحمه الله وفي العبد

فطر العبد المبيع بشرط الخيار لاحدهما أولهما واذا مر يوم الفطر والخيار باق تجب على من يصير العبد له فان تم البيع فعلى المشترى وان فسخ فعلى البائع وقال زفر تجب على من له الخيار كيفما كان لان الولاية له والزوال باختياره فلا يعتبر فى حق حكم عليه كالمقيم إذا سافر فى نهار رمضان حيث لا يباح له الفطر فى ذلك اليوم لانه باختياره أنشأه فلا يعتبر وقال الشافعى على من له الملك لانه من وظائفه كالنفقة ولنا ان الملك والولاية موقوفان فيه فكذا ما يبتنى عليهما الا ترى انه لو فسخ يعود الى قديم ملك البائع ولو أجيز يستند الملك للمشترى الى وقت العقد حتى يستحق به الزوائد المتصلة والمنفصلة بخلاف النفقة لانها للحاجة الناجزة فلا تحتمل التوقف وعلى هذا الخلاف تكون زكاة التجارة وصورته ما اذا اشترى عبد التجارة بشرط الخيار لاحدهما وكان عند كل واحد منهم ما نصاب فتم الحول فى مدة الخيار فعندنا يضم الى نصاب من يصير العبد له ولو كان البيع باتا لم يقبضه حتى مر يوم الفطر فان قبضه بعد ذلك فعليه صدقته لان الملك كان ثابتا له وقد تقرر بالقبض وان لم يقبضه حتى هلك عند البائع لا تجب على واحد منهما أما المشترى فلانه لم يتم ملكه ولم يتقرر وأما البائع فلانه عاد اليه غير منتفع به فكان بمنزلة العبد الآبق وان رده قبل القبض بخيار عيب أو رؤية بقضاء أو غيره فعلى البائع لانه عاد اليه قديم ملكه منتفعا به وبعد القبض على المشترى لانه زال ملكه بعد تمامه وتأكده ولو اشتراه شراء فاسدا وقبضه قبل يوم الفطر فباعه أو أعتقه فصدقته عليه لتقرر ملكه ولو قبضه بعد يوم الفطر فعلى البائع لان الملك كان له يوم الفطر وملك المشترى يقتصر على القبض قال رحمه الله (نصف صاع من بر) أى صدقة الفطر نصف صاع من بر (أو دقيقه أو سويقه أو زبيب أو صاع من تمر أو شعير) وقال أبو يوسف ومحمد الزبيب بمنزلة الشعير وهو رواية الحسن عن أبى حنيفة والاول رواية الجامع الصغير وقال الشافعى من جميع ذلك صاع ولا يجزئ نصف صاع من بر لقول أبى سعيد الخدرى كنا نخرج على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم صاعا من طعام أو صاعا من شعير أو صاعا من تمر أو صاعا من أقط أو صاعا من زبيب وفى بعض طرقه ذكر صاعا من دقيق ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى خطبته أدوا عن كل حر أو عبد صغير أو كبير نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير الحديث وروى الدارقطنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم خطب قبل يوم العيد بيوم أو بيومين فقال ان صدقة الفطر مدان من بر على كل انسان أو صاع مما سواه من الطعام وقال سعيد بن المسيب فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم زكاة الفطر مدين من حنطة وهو مرسل سعيد ومراسيله حجة عند الخصم وذكر الحاكم فى المستدرك رواية ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه أمر عمرو بن حزم فى زكاة الفطر نصف صاع من حنطة وصاع من تمر وقال هو على شرط البخارى ومسلم وهو مذهب جمهور الصحابة منهم الخلفاء الراشدون وابن مسعود وابن عباس وابن الزبير وجابر وغيرهم من كبار الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ولم يرو عن أحد منهم أن نصف صاع من بر لا يجزيه فكان اجماعا وحديث الخدرى محمول على أنهم كانوا يتبرعون بالزيادة وكذا منافى الوجوب وليس فيه دلالة على انه عليه الصلاة والسلام عرف ذلك منهم فلا يلزم حجة ونظيره ما قال جابر كنا نبيع أمهات أولادنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقول

الموصى بخدمته على مالك الرقبة وكذا العبد المستعار والوديعة والجانى عمدا أو خطأ وما وقع فى شرح الكنز والعبد الموصى برقبته لانسان لا تجب فطرته من سهو القلم ولو بيع العبد بيعا فاسدا فمر يوم الفطر قبل قبضه ثم قبضه المشترى وأعتقه فالفطرة على البائع وكذا لو مر يوم الفطر وهو مقبوض المشترى ثم استرده البائع فان لم يسترده فاعتقه المشترى أو باعه فالصدقة على المشترى لتقرر ملكه اه وكتب ما نصه قال فى الدراية والموصى بخدمته أو برقبته لاحد وبخدمته لآخر كالمعار وقال فى الغاية والعبد الموصى برقبته لانسان وبخدمته لآخر تجب على الموصى له بالرقبة دون الخدمة كالعبد المستعار وقال ابن الماجشون تجب على مالك الخدمة اه قال أبو يوسف ورقيق الاحباس ورقيق القوام الذين يقومون على زمزم ورقيق الفئ ورقيق الغنيمة والسبى والاسرى قبل القسمة لا فطرة فيهم لعدم الملك والولاية لمعين اه غاية (قوله على من له الملك لانه) أى صدقة الفطر على تأويل التصدق اه كاكى (قوله للمشترى الى وقت العقد) كذا بخط المصنف (قوله فلا تحتمل التوقف) لان المملوك محتاج اليها فى الحال فلو جعلناها موقوفة مات المملوك جوعا فلاجل الضرورة اعتبرنا فيه الملك للحال بخلاف الصدقة كذا فى المبسوط اه دراية (قوله لان الملك كان ثابتا) أى وقت الوجوب اه كاكى (قوله أو زبيب) ألحقه شيخنا وليس فى خط المصنف وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله وهو رواية الحسن) وصحح أبو اليسر لما ثبت فى الحديث من تقديرها بصاع كما ستقف عن قريب ورفع الخلاف بينهم بان أبا حنيفة اسماء انما قال ذلك لعزة الزبيب فى زمانه كالحنطة لا يسوى لان المنصوص على قدر فيه لا ينقص عن ذلك القدر فيه نفسه بسبب من الاسباب اه فتح (قوله لقول أبى سعيد الخدرى كنا نخرج الى آخره) قال أبو عمر بن عبد البر هذا موقوف فى الموطأ لم تختلف فيه رواية فيما علمت قالوا والطعام هو البر بدليل ذكر الشعير معه اه غاية (قوله أو صاعا من أقط) والاقط بفتح الهمزة وكسر القاف جبن اللبن بعد اخراج زبده وقيل جبن يتخذ من لبن حامض اه غاية (قوله وفى بعض طرقه ذكر صاعا من دقيق) رواه مالك

(قوله وهو التفكه) والاستحلاء اه فتح (قوله والبر يتقاربان) فى المعنى اه هداية (قوله والاولى أن يراعى فيهما) أى الدقيق والسويق اه فتح (قوله حتى اذا كانت) أى الحنطة اه (قوله صحيحة) أى غير مطحونة اه (قوله تتأدى بالقدر والا فبالقيمة) وتفسيره انه يؤدى نصف صاع من دقيق البر قيمته نصف صاع من البر حتى لو كان أقل لا يجوز اه من خط الشارح قال فى الغاية والاحوط فى الزبيب القيمة لعدم شهرة النص فيه ذكره فى المحيط (قوله والخبز يعتبر فيه القدر عند بعضهم) قال فى الغاية كون نصف صاع دقيق لا ينقص قيمته عن قيمة نصف صاع ما هو دقيقه بل يزيد حتى او فرض نقصه كما يتفق فى أيام البدار كان الواجب ما قلنا اه فتح (قوله لانه لم يرد فيه الاثر) أى وهو موزون غير مكيل والكيل هو المعتبر فى هذا الباب بالنص اه غاية (قوله فصار كالذرة) بالذال المعجمة قال فى الصحاح وأصله ذرو أو ذرى والهاء عوض اه (قوله بالبغدادى) فى الهداية بالعراقى اه (قوله وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث) أى بالبغدادى اه غاية والرطل زنة مائة وثلاثين درهما ويعتبر ذلك بما لا يختلف كيله ووزنه وهو العدس والماش فما وسع ثمانية أرطال أو خمسة وثلثا من ذلك فهو الصاع كذا قالوا وعلى هذا يرتفع الخلاف المذكور آنفا فى تقدير الصاع كيلا أو وزنا اذا تأمل اه فتح قال فى الغاية والرطل البغدادى مائة وثمانية وعشرون درهما وأربعة أسباع درهم وقيل مائة وثمانية وعشرون وقيل مائة وثلاثون درهما قال النووى الاول أصح اه وفى المحيط العدس

أسماء كانت لنا فرس على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فذبحناها وأكلناها كل ذلك لا يكون حجة ما لم يثبت علم النبى صلى الله عليه وسلم وأنه أقرهم عليه ولهما فى الزبيب ما روينا ولانه يقارب التمر من حيث المقصود وهو التفكه وله ما روى فى الخبر أو نصف صاع من زبيب ولانه والبر يتقاربان لان كل واحد منهما يؤكل بجميع أجزائه ولا يرمى من البر النخالة ولا من الزبيب الحب الا المترفهون بخلاف التمر والشعير فانه يرمى منهما النوى والنخالة وبه ظهر التفاوت بين التمر والبر وذكر فى المختصر أن دقيق البر وسويقه كالبر ولم يذكرهما من الشعير وحكمهما أنهما كالشعير حتى يجب من كل واحد منهما الصاع والأولى أن يراعى فيهما القدر والقيمة احتياطا لضعف الآثار فيهما لعدم الاشتهار حتى اذا كانت صحيحة تتأدى بالقدر والا فبالقيمة وعلى هذا فى الزبيب أيضا يراعى فيه القدر والقيمة وذكره فى المختصر اعتبارا للغالب لان الغالب قيمة هذا القدر من هذه الاشياء تبلغ قدر الواجب والخبز يعتبر فيه القدر عند بعضهم وهو أن يكون منوين لانه لما جاز من دقيقه نصف صاع فأولى أن يجوز من خبزه ذلك القدر لكونه أنفع والصحيح أنه يعتبر فيه القيمة ولا يراعى فيه القدر لانه لم يرد فيه الأثر فصار كالذرة وغيرها من الحبوب التى لم يرد فيها الاثر بخلاف الدقيق والزبيب على ما مر قال رحمه الله (وهو ثمانية أرطال) أى الصاع ثمانية أرطال بالبغدادى وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وهو مذهب أهل العراق وقال أبو يوسف خمسة أرطال وثلث وهو مذهب أهل الحجاز لقوله عليه الصلاة والسلام صاعنا أصغر الصيعان وخمسة أرطال وثلث أصغر من الثمانية وروى أن أبا يوسف لما حج سأل أهل المدينة عن الصاع فقالوا خمسة أرطال وثلث وجاءه جماعة كل واحد معه صاعه فقال كل واحد أخبرنى أبى

والماش يستوى فيهما المكيل والموزون يعنى ان الصاع منهما يكون ثمانية أرطال والثمانية الارطال منهما صاع وما سواهما قد يكون الوزن أثقل من الكيل كالملح وقد يكون أخف كالشعير فاذا كان المكيال يسع ثمانية أرطال من العدس والماش فهو الصاع الذى يكال به الحنطة والشعير والتمر اه غاية قال العلامة صدر الشريعة رحمه الله فى شرح الوقاية ما نصه الصاع كيل يسع فيه ثمانية أرطال فقدر ثمانية أرطال من شئ وهو الماش أو من العدس وانما قدر بهما لقلة التفاوت بين حباتهما عظما وصغرا وتخلخلا واكتنازا بخلاف غيرهما من الحبوب فان التفاوت فيها كثير غاية الكثرة فان قدر وزن الماش والحنطة الجيدة المكتنزة والشعير وجعلتها فى المكيال فالماش أثقل من الحنطة والحنطة من الشعير فالمكيال الذى يملأ بثمانية أرطال من الملح يملأ بأقل من ثمانية أرطال من الحنطة الجيدة المكتنزة فالاحوط أن يقدر الصاع بثمانية أرطال من الحنطة لانه ان قدر بالحنطة المكتنزة مكيالا يجعل فيه ثمانية أرطال من مثل تلك الحنطة يملأ بها وان كان يملأ بأقل من تلك اذا كانت الحنطة متخلخلة لكن ان قدر بالملح يكون أصغر من الاول ولا يسع فيه ثمانية أرطال من الحنطة فيكون الاول أحوط اه وهو حسن جدا ولعل تقدير الصاع بثمانية أو خمسة وثلث من الماش والعدس لما كان فيه ما فيه أورده العلامة كمال الدين رحمه الله متبريا عنه بلفظ كذا قالوا والله الموفق (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام صاعنا أصغر الصيعان) ولم يعلم خلاف فى قدر صاعه صلى الله عليه وسلم الا ما قاله الحجازيون والعراقيون وما قاله الحجازيون أصغر فهو الصحيح اذ هو أصغر الصيعان لكن الشأن فى صحة الحديث والله أعلم به غير أن ابن حبان روى بسنده عن أبى هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قيل له يا رسول الله صاعنا أصغر الصيعان ومدنا أكبر الامداد فقال اللهم بارك لنا فى صاعنا وبارك لنا فى قليلنا وكثيرنا واجعل لنا مع البركة بركتين اه ثم قال ابن حبان وفى تركه انكار كونه أصغر الصيعان بيان ان صاع المدينة كذلك اه ولا يخفى ان هذا ليس من مواضع كون السكوت حجة لانه ليس فى حكم شرعى حتى يلزم رده ان كان خطأ كذا فى فتح القدير ثم قال فيه والمعول عليه ما أخرجه البيهقى وساقه فلينظر فيه والله أعلم

(قوله يتوضأ بمد رطلين) كذا بخط الشارح وكتب ما نصه رواه في الغاية مرة بتعريف مد ومرة بتنكيره اه قال الكمال رحمه الله وانما روي انه صلى الله عليه وسلم كان يتوضأ بالمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال هكذا وقع مفسرا عن أنس وعائشة في ثلاثة طرق رواها الدارقطني وضعفها اه (قوله والصاع ثمانية أرطال الى آخره) قال في الهداية وهكذا كان صاع عمر رضي الله عنه اه وكان ذلك قد فقد فأخرجه الحجاج وكان يمن به على أهل العراق ويقول في خطبته يا أهل العراق يا أهل الشقاق والنفاق ومساوي الاخلاق ألم أخرج لكم صاع عمر ولذلك سمي حجاجيا أيضا اه كي (قوله لأنهم كانوا يستعملون الهاشمي) أي وهو اثنان وثلاثون رطلا اه فتح (قوله وانما أبو يوسف لما حرر الى آخره) قال الكمال ولا يخفى ما في تضعيفه قول

أنه صاع النبي صلى الله عليه وسلم وقال آخر أخبرني أخي أنه صاعه عليه الصلاة والسلام فرجع أبو يوسف عن مذهبه ولنا ما رواه صاحب الامام عن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يتوضأ بمد رطلين ويغتسل بالصاع ثمانية أرطال وعن عائشة رضي الله عنها قالت جرت السنة من رسول الله صلى الله عليه وسلم في الغسل من الجنابة أنه صاع والصاع ثمانية أرطال وهو المسمى بالحجاجي وكان يفتخر به على أهل العراق ويقول ألم أخرج لكم صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو مشهور وما رواه ليس فيه دلالة على ما قال وانما يثبت أنه أصغر وجاز أن يكون ثمانية أرطال أصغر الصيعان بل هو الظاهر لانهم كانوا يستعملون الهاشمي وهو أكبر من الحجاجي والجماعة الذين لقيهم أبو يوسف لا يقوم بهم حجة لكونهم مجهولين نقلوا عن مجهولين مثلهم وقيل لا خلاف بينهم في الصاع وانما أبو يوسف لما حرر صاع أهل المدينة وجده خمسة أرطال وثلث برطل أهل المدينة وهو أكبر من رطل أهل بغداد لانه ثلاثون استارا والرطل البغدادي عشرون استارا فاذا قابلت ثمانية أرطال بالبغدادي بخمسة أرطال وثلث بالمدني تجدهما سواء فوقع الوهم لاجل ذلك وهو أشبه لان محمدا رحمه الله لم يذكر في المسئلة خلاف أبي يوسف ولو كان فيه لذكره وهو أعرف بمذهبه ثم يعتبر نصف صاع من بر أو صاع من غيره بالوزن فيما روي أبو يوسف عن أبي حنيفة لان اختلاف العلماء في الصاع بأنه كم رطل هو اجماع منهم بأنه معتبر بالوزن اذ لا معنى لاختلافهم فيه الا اذا اعتبر به وروى ابن رستم عن محمد أنه يعتبر بالكيل لان الآثار جاءت بالصاع وهو اسم للكيل والدراهم أولى من الدقيق لانه أدفع لحاجة الفقير وأعجل به روي ذلك عن أبي يوسف واختاره الفقيه أبو جعفر وروي عن أبي بكر الاعمش أن الحنطة أفضل لانه أبعد من الخلاف قلنا لا يرتفع الخلاف بالحنطة لان الخلاف واقع في الحنطة من حيث القدر أيضا قال رحمه الله (صبح يوم الفطر فمن مات قبله أو أسلم أو ولد بعده لا تجب) أي تجب صدقة الفطر بطلوع الفجر من يوم الفطر فمن مات قبل طلوع الفجر أو ولد أو أسلم بعده لا تجب عليه وصبح منصوب على أنه ظرف لتجب في أول الباب وقال الشافعي وجوب صدقة الفطر يتعلق بغروب الشمس من اليوم الاخير من رمضان حتى لا تجب على من مات قبله أو ولد أو أسلم بعده لان الفطر بانفصال الصوم وذلك بغروب الشمس من آخر رمضان وهذا لان زكاة الفطر تجب لرمضان لا لشوال ويوم الفطر أو ليلته ليس من رمضان وانما هو من شوال فمن ولد في تلك الليلة أو ملك فيها انما يالم يولد ولم يملك في رمضان ونحن نقول يتعلق بفطر يخالف العادة وهو اليوم اذ لو تعلق الوجوب بالغروب لوجبت عليه ثلاثون فطرة لان كل ليلة من رمضان فطر بعد صوم وبهذا الاعتبار ولهذا يقال يوم الفطر ولا يعارض هذا بقولهم ليلة الفطر لان ذلك باعتبار اليوم تقديره ليلة يوم الفطر فحذف المضاف والمضاف اليه وهو اليوم لدلالة اللفظ عليه قال رحمه الله

أبي يوسف لكون النقل عن مجهولين من النظر بل الاقرب منه عدم ذكر محمد خلافه فيكون ذلك دليل ضعف أصل وقوع الواقعة لابي يوسف ولو كان رواها ثقة لان وقوع ذلك منهم لعامة الناس ومشافهته اياهم به مما يوجب شهرة رجوعه ولو كان لم يعمه محمد فهو على باطنه اه قوله من النظر لابي يوسف عرف بوجوه الاستدلال ثم لم يخالف ذلك طريق الاصول لانهم يحتجون بمن ليس بمعلوم الجرح ولفظ الكرخي فيه الاصل في المسلم العدالة ما لم تثبت الريبة ولا طريق المحدثين اذ الضعيف يرتقي حديثه الى درجة الحسن اذا لم يكن ضعفه بالكذب هذا ولو فرضنا أن الذين أخبروا أبا يوسف فيهم ضعيف لارتقى اخبارهم المذكور الى الحجة لتعدد طرقه تعددا كثيرا كيف وهو يقول من أبناء المهاجرين والانصار كل يخبر عن أبيه وأهل بيته (قوله عشرون استارا) الاستار بكسر الهمزة ستة دراهم ونصف فاذا ضربت مائة وستين في ستة دراهم ونصف يصير ألفا وأربعين درهما اه باكير (قوله عن محمد أنه يعتبر بالكيل) حتى لو وزن أربعة أرطال فدفعها الى الفقير لا يجزيه لجواز كون الحنطة ثقيلة لا تبلغ نصف صاع وان وزنت أربعة أرطال اه فتح (قوله والدراهم أولى من الدقيق) أي والدقيق أولى من البر اه هداية (قوله لانه أدفع لحاجة الفقير) قال محمد بن سلمة ان كان في زمن الشدة فالأداء من الحنطة أو دقيقه أفضل من الدراهم وفي زمن السعة الدراهم أفضل اه كاكي (قوله لانه أبعد من الخلاف) اذ في الدقيق والقيمة خلاف الشافعي اه هداية

(وصح

(قوله فصار كأداء الزكاة الى آخره) قال الكمال رحمه الله وينبغي أن لا يصح هذا القياس لان حكم الاصل على خلاف القياس فلا يقاس عليه وهذا لان التقديم وان كان بعد السبب فهو قبل الوجوب وسقوط ما سيجب اذا وجب بفعل قبل الوجوب خلاف القياس فلا يتم في مثله الا السمع وفي حديث البخاري عن ابن عمر فرض رسول الله صلى الله عليه وسلم صدقة الفطر الى ان قال وكانوا يعطون قبل الفطر بيوم أو يومين وهذا مما لا يخفى على رسول الله صلى الله عليه وسلم بل لا بد من كونه باذن سابق فان الاسقاط قبل الوجوب لما كان مما لا يقتضيه العقل لم يكونوا يقدمون عليه الا بسمع منه صلى الله عليه وسلم والله أعلم ﴿فائدة﴾ قال في الدراية ومن سقط عنه الصوم لكبر أو عذر يجب عليه صدقة الفطر لانه لا تعلق لها بالصوم والله أعلم وقال في الخلاصة وتجب الصدقة على من سقط عنه الصوم بمرض أو كبر اه (قوله وقيل يجوز تعجيلها) قائله نوح بن أبي مريم اه دراية (قوله واذا مضى وقتها لا تسقط) قال الكمال وما قيل من منع سقوط الاضحية بل ينتقل الى التصدق بها ليس بشيء اذ لا ينتفي بذلك كون نفس الاضحية وهو اراقة دم من مقدر قد سقط وهذا شيء آخر وربما يؤخذ سقوطها ببادئ الرأي من حديث ابن عباس المتقدم أول الباب حيث قال من أداها قبل الصلاة فهي صدقة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات لكن قد يدفع باتحاد مرجع ضمير أداها في المرتين اذ يفيد أنها هي المؤداة بعد الصلاة غير انه نقص الثواب فصارت كغيرها من الصدقات على ان اعتبار ظاهره يؤدي الى سقوطها بعد الصلاة وان كان في باقي اليوم وليس هذا قوله هو مصروف عنه عنده اه والله أعلم (قوله والمستحب أن يخرجها الى آخره) قال في الغاية وأما وقت أدائها فيوم الفطر من أوله الى آخره وبعده يجب القضاء عند بعض أصحابنا والاصح انه يكون أداء ويجب وجوبا موسعا ذكره في المحيط وفي الذخيرة لا يسقط بالتأخير ولا بالافتقار بعد وجوبها اه (قوله من يوم الفطر) والذي في خط الشارح من يوم النحر وهو سبق قلم اه

(وصح لو قدم أو أخر) أي جاز أداء صدقة الفطر اذا قدمه على وقت الوجوب وهو يوم الفطر أو أخره عنه أما جواز التقديم فلأن سبب الوجوب قد وجد وهو رأس يمونه ويلي عليه فصار كأداء الزكاة بعد وجود النصاب ولا تفصيل فيه بين مدة ومدة في الصحيح وعند خلف بن أيوب يجوز تعجيلها بعد دخول رمضان لا قبله لانه صدقة الفطر ولا فطر قبل الشروع في الصوم وقيل يجوز تعجيلها في النصف الاخير من رمضان وقيل في العشر الاخير وعند الحسن بن زياد لا يجوز تعجيلها أصلا كالاضحية قلنا الاضحية غير معقولة فلا تكون عبادة الا في وقت مخصوص بخلاف التصدق وأما جواز الاداء بعد يوم الفطر فلانها قربة مالية معقولة المعنى فلا تسقط بعد الوجوب الا بالاداء كالزكاة وقال الحسن بن زياد تسقط بمضي يوم الفطر لانها قربة اختصت بيوم العيد فتسقط بمضيه كالاضحية تسقط بمضي أيام النحر قلنا هي قربة معقولة على ما بيناه لا تسقط بمضي الوقت كالزكاة بخلاف الاضحية لان اراقة الدم غير معقول المعنى فلا تكون قربة الا في وقتها واذا مضى وقتها لا تسقط أيضا وانما ينتقل الى التصدق بها والمستحب أن يخرجها بعد طلوع الفجر من يوم الفطر قبل صلاة العيد لذلك أمر النبي صلى الله عليه وسلم فيما رواه البخاري ومسلم وقال عليه الصلاة والسلام من أداها قبل الصلاة فهي صدقة مقبولة ومن أداها بعد الصلاة فهي صدقة من الصدقات ولان المستحب أن يأكل هو قبل الصلاة فيقدم للفقير أيضا ليأكل منها قبلها ويتفرغ للصلاة ويجب دفع صدقة فطر كل شخص الى مسكين واحد حتى لو فرقه على مسكينين أو أكثر لم يجز لان المنصوص عليه هو الاغناء لقوله عليه الصلاة والسلام أغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم ولا

(قوله فيما رواه البخاري ومسلم) من حديث ابن عمر اه غاية ورواه أبو داود والترمذي والنسائي اه غاية (قوله وقال عليه الصلاة والسلام من أداها قبل الصلاة الى آخره) رواه أبو داود وابن ماجه اه غاية (قوله ومن أداها) الذي بخط الشارح وان أداها اه (قوله ويجب دفع صدقة فطر كل شخص الى مسكين الى آخره) وذكر الشارح في كفارة الظهار أن له ان يفرق صدقة الفطر على أي عدد شاء ولكن الافضل ان يعطي مسكينا واحدا الا ان ما دون نصف صاع لا يحصل به الاغناء وذكر الولوالجي في الفصل التاسع من كتاب الصلاة أنه لو دفع أقل من نصف صاع الى فقير واحد في صدقة الفطر جاز اه قال الولوالجي في المسائل المتفرقة التي ذكرها في آخر فتاواه رجل عليه صدقة الفطر وأدى لكل مسكين فلسا وجمع ذلك الفلوس يبلغ قيمته نصف صاع من حنطة يجوز ذلك لكن ينبغي أن لا يفعل لان النبي صلى الله عليه وسلم قال أغنوهم عن المسألة في مثل هذا اليوم وبهذا لا يقع الغنى اه قوله عليه الصلاة والسلام في مثل هذا اليوم متعلق بالاغناء لا بالمسألة يعني أغنوهم في مثل هذا اليوم عن المسألة ثم قيل المثل زائد كما في قوله تعالى ليس كمثله شيء والصواب انه ليس كذلك وفائدته تعميم الحكم اذ لو لم يذكر لاقتصر الحكم على ذلك اليوم المعين اه كشف كبير في بحث القدرة (قوله ويجب دفع صدقة فطر كل شخص الى مسكين واحد) قال في الغاية يجوز أن يعطي ما يجب عن جماعة لمسكين واحد وما يجب عن واحد لمساكين نص على ذلك أبو الحسن الكرخي وكذا في المحيط جوزه في الفصلين ولم يحك خلافا وفي الذخيرة وغير الكرخي من المشايخ لم يجوز دفع ما يجب لواحد الى المساكين قالوا لان الاغناء منصوص عليه اه وعلى الاول مشى في الفتاوى

الظهيرية وغيرها أيضا ويجوز التلفيق من جنسين بان يؤدى نصف صاع من تمر ونصف صاع من شعير وبه قال أحمد وقال الشافعي لا يجوز ذكره النووي وهو قول مالك لانه لم يرد به نص ولسان الخبر اذا أخرج نصف صاع تمر مثلا فقد سقط عنه الفرض في قدره وبقى عليه نصفه فوجب أن يتخير في أدائه من أى صنف شاء كالاول اه سروجي

﴿ كتاب الصوم ﴾

الحكمة في الصوم حصول التقوى لمباشره اذ لا مشروع أدل على التقوى منه فان من أدى هذه الامانة كان أشد أداء لغيرها من الامانات وأكثر اتقاء لما يخاف حلوله من النقمة بمباشرة شئ من القاذورات واليه الاشارة بقوله تعالى لعلكم تتقون أياما معدودات وفيه معرفة قدر النعم ومعرفة ما عليه الفقراء من تحمل مرارة الجوع فيكون حاملا على مواساتهم وفيه اطفاء حرارة الشهوة الخداعة المنسية لعواقب وردجماح النفس الامارة بالسوء وانقيادها الطاعة مولاها الى غير ذلك من معان لا تحصى اه كشف كبير (قوله هو الامساك) مطلقا صام عن الكلام وغيره اه (قوله وقال النابغة) أى الذبياني اه (قوله وأخرى تعلك اللجما) الذى بخط الشارح تأكل (قوله والجماع الى آخره) وألحق بالجماع ماهو في معنى الجماع كاللمس والقبلة مع الانزال على ما يأتى وكذا بالاكل ما ليس بأكل كالاستقاء عمدا أو داوى بآمة أو جائفة إذا (٣١٢) وصل الدواء الى جوفه على ما يأتى اه غاية (قوله ولم يخرجوا على ما قال القدوري الى آخره)

يستغنى بما دون ذلك وجوز الكرخي تفريق صدقة شخص واحد على مساكين لان الاغناء يحصل بالمجموع ويجوز دفع ما يجب على جماعة الى مسكين واحد والله أعلم

﴿ كتاب الصوم ﴾

الصوم في اللغة هو الامساك قال تعالى حكاية عن مريم عليها السلام انى نذرت للرحمن صوما فلن أكلم اليوم انسيا أى صمتا وسكوتا وكان ذلك مشروعا في دينهم وقال النابغة

خيل صيام وخيل غير صائمة * تحت العجاج وأخرى تعلك اللجما

أى ممسكة عن السير قال رحمه الله (هو ترك الاكل والشرب والجماع من الصبح الى الغروب بنية من أهله) وهذا في الشرع وهو أحسن من قول القدوري الصوم هو الامساك عن الاكل والشرب والجماع نهارا مع النية لانه أشمل فانه بقوله من أهله احترز عن الحائض والنفساء والكافر فخرجوا منه ولم يخرجوا على ما قال القدوري وقال من الصبح الى الغروب ولم يقل نهارا كما قال القدوري لان النهار اسم لما بعد طلوع الشمس الى غروبها ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صلاة النهار عجماء فلم يكن صحيحا مخلصا وانما اختص باليوم لانه لما كان الوصال متعذرا ومنهيا عنه تعين اليوم لكونه على خلاف العادة وعليه مبنى العبادة اذ ترك الاكل بالليل معتاد واشتراط النية لتمييز العبادة من العادة * واعلم أن الصوم ثلاثة أنواع

قال الكمال رحمه الله نقض طرده بامساك الحائض والنفساء كذلك فانه يصدق عليه ولا يصدق المحدود وعن امساك من طلوع الشمس كذلك بعد ما أكل بعد الفجر بناء على أن النهار اسم لما من طلوع الشمس الى الغروب وعكسه الناسى فقد يصدق معه المحدود وهو الصوم الشرعي ولا يصدق الحد وهذا فساد العكس وجعل في النهاية امساك الحائض والنفساء مفسدا للعكس وجعل أكل الناسى مفسد الطرد والتحقيق ما أسمعتك وأجيب بان الامساك موجود مع أكل الناسى فان فرض الشرع اعتبرا كله عدما والمراد من النهار اليوم في لسان الفقهاء وبالحيض والنفاس خرجت عن الاهلية للصوم شرعا ولا يخفى ما في هذه الاجوبة من العناية والحد الصحيح امساك عن المفطرات منوى لله تعالى في وقته وما قدمناه في أول الباب معناه وهو تفصيله اه وهذه عبارته التى قدمها أول الباب وفي الشرع امساك عن الجماع وعن ادخال شئ بطنا له حكم الباطن من الفجر الى الغروب عن نية وبكرنا البطن وصفناه لانه لو وصل الى باطن دماغه شئ فسد أو الى باطن فمه أو أنفه لا يفسد اه واعلم أنا نمنع زيد في حد الصوم باذنه حتى لا ينتقض بصوم الحائض لانها منهية عنه وليست بمأذونة فيه لكن أورد على هذا انه ينتقض حينئذ بصوم يوم النحر فان صومه معتبر عندكم مع أن الشارع لم يأذن فيه وأجيب بمنع عدم وجود الاذن فيه بل الاذن موجود من الشارع فيه لان الصوم مشروع فيه وانما النهى باعتبار ترك ضيافة الله تعالى اه ملخصا ولا يخفى ما فيه والحد الصحيح الذى ذكره الكمال عزاه في الدراية الى الامام بدر الدين الورسكي اه (قوله لان النهار اسم لما بعد طلوع الشمس الخ) قال القرطبي والصحيح أن النهار من طلوع الفجر حكاه ابن فارس في المجمل ودل عليه حديث مسلم عن عدى بن حاتم قال له عليه الصلاة والسلام ان وسادك لعريض انما هو سواد الليل وبياض النهار ودل على أن النهار من طلوع الفجر الى الغروب وقال الجوهري النهار ضد الليل والليل ينتهى بطلوع الفجر اه غاية (قوله واعلم أن الصوم ثلاثة أنواع الى آخره) قال الكمال رحمه الله وأقسامه فرض وواجب ومسنون ومندوب ونفل ومكروه تنزيها وتحريما فالاول رمضان وقضاؤه

فرض وواجب ونفل فالفرض نوعان معين كرمضان وغير معين كالكفارات وقضاء رمضان والواجب نوعان معين كالنذر المعين وغير معين كالنذر المطلق والنفل كله نوع واحد فصارت الجملة خمسة أنواع وانما قلنا صوم رمضان فرض لان فرضيته ثبتت بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم الصيام الآية ثم قال فمن شهد منكم الشهر فليصمه وأما السنة فقوله عليه الصلاة والسلام بني الاسلام على خمس وذكر منها صوم رمضان وأما الاجماع فان الامة أجمعت على أن صوم رمضان فريضة محكمة وكذا قضاؤه وصوم الكفارات التي ثبتت بالكتاب ككفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد وفدية الاذى في الاحرام على ما يجيء ان شاء الله تعالى وسبب صوم رمضان قيل الشهر لما تلونا ولهذا لو أفاق المجنون في أول ليلة منه ثم جن باقيه يجب القضاء عليه ويضاف اليه يقال صوم الشهر ويتكرر بتكرره وقال عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فيستوي فيه الليل والنهار الا أنه أبيح الاكل بالليل لتعذر الوصال وهو اختيار شمس الائمة وقيل ان كل يوم سبب لصوم ذلك اليوم لان الصيام متفرق في الايام تفرق الصلاة في الاوقات بل أشد لتخلل وقت لا يصح فيه الصوم وهو الليل بين كل يومين فوجب أن يكون كل يوم سببا على حدة ولهذا لو أسلم الكافر أو بلغ الصبي عند طلوع الفجر يلزمه صومه وان لم يدرك الليل وهذا اختيار علي البزدوي رحمه الله وشرط وجوبه الاسلام والعقل والبلوغ وشرط وجوب أدائه الصحة والاقامة وشرط صحة أدائه النية والطهارة عن الحيض والنفاس وركنه الكف عن اقتضاء شهوتي البطن والفرج وحكمه سقوط الواجب عن ذمته والثواب وانما قلنا ان المنذور واجب لقوله تعالى وليوفوا نذورهم وقوله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم فان قيل على هذا وجب أن يكون المنذور فرضا لانه ثبت بالكتاب قلنا الكتاب مخصوص خص منه ما ليس من جنسه واجب كعيادة المريض وتجديد الوضوء عند كل صلاة ونحو ذلك فلا يكون قطعيا كالآية المؤولة وخبر الواحد ولهذا جاز تخصيص الكتاب بخبر الواحد والقياس بعد ما خص ولو كان قطعيا لما جاز وبمثله يثبت الوجوب لا الفرضية وسبب وجوبه النذر ولهذا جاز في النذر المعين تقديمه لوجود سببه بخلاف رمضان وقد بينا الشرط والركن والحكم في صوم رمضان فلا نعيده قال رحمه الله (وصح صوم رمضان وهو فرض والنذر المعين وهو واجب والنفل بنية من الليل الى ما قبل نصف النهار وبمطلق النية ونية النفل) أي جازت

والكفارات للظهار والقتل واليمين وجزاء الصيد وفدية الاذى في الاحرام لثبوت هذه بالقاطع سندا وللاجماع عليها والواجب المنذور والمسنون عاشوراء مع التاسع والمندوب صوم ثلاثة أيام من كل شهر ويندب فيها كونها أيام البيض وكل صوم ثبت بالسنة طلبه والوعد عليه كصوم داود ونحوه والنفل ما سوى ذلك مما لم يثبت كراهته والمكروه تنزيها عاشوراء مفردا عن التاسع ونحو يوم المهرجان وتحريما أيام التشريق والعيدين وسنعقد بذيل هذا الباب فروعا لتفصيل هذه اهـ (قوله وسبب صوم رمضان الخ) وسبب صوم الكفارات أسبابها من الحنث والقتل وسبب القضاء هو سبب وجوب الاداء اهـ فتح (قوله وشرط وجوب أدائه الخ) قال العلامة كمال الدين رحمه الله وينبغي أن يزاد في الشروط العلم بالوجوب أو الكون في دار الاسلام ويراد بالعلم الادراك وهذا لان الحربي اذا أسلم في دار الحرب ولم يعلم أن عليه صوم رمضان ثم علم ليس عليه قضاء ما مضى وانما يحصل العلم الموجب باخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو واحد عدل وعندهما لا تشترط العدالة والبلوغ والحرية ولو أسلم في دار الاسلام وجب عليه قضاء ما مضى بعد الاسلام علم بالوجوب أو لا اهـ (قوله وشرط صحة أدائه النية) والوقت اهـ غاية (قوله وحكمه سقوط الواجب) قال الكمال رحمه الله وحكمه سقوط الواجب ونيل الثواب ان كان صوما لازما والا فالثاني اهـ (قوله ما ليس من جنسه واجب) بالرفع ووقع في عبارة المصنف بالنصب (قوله خص منه ما ليس من جنسه الخ) والنذر بالمعصية (قوله كعيادة المريض) أي أو كان من جنس واجب لكنه غير مقصود لنفسه بل لغيره حتى لو نذر الوضوء لكل صلاة لم يلزم اهـ فتح (قوله فلا يكون قطعيا) فان قيل قد خص من قوله تعالى فمن شهد منكم الشهر المجانين والصبيان وأصحاب الاعذار ومع هذا ثبتت الفريضة قلنا خصوا بالدليل العقلي وهو عدم الاهلية والخصوص بالدليل العقلي لا يخرج النص عن القطع أو لما دل العقل على عدم دخول هؤلاء لم يكونوا داخلين فلا يكون تخصيصا اهـ كاكي (قوله وخبر الواحد) أي فيفيد الوجوب وقد علم مما ذكرنا شروط لزوم النذر وهي كون المنذور من جنسه واجب لا لغيره وعلى هذا تضافرت كلمات الاصحاب فقول صاحب المجمع تبعا لصاحب الشذا نعم يفترض صوم رمضان وصوم المنذور والكفارة على غير ما ينبغي هذا لكن الاظهر أنه فرض للاجماع على لزومها اهـ فتح (قوله وسبب وجوبه النذر) ولهذا قلنا لو نذر صوم شهر بعينه لوجب أو يوم بعينه فصام عنه جمادى ويوما آخر أجزأ عن المنذور لانه تعجيل بعد وجود السبب ويلغو تعيين اليوم لان صحة النذر ولزومه بما به يكون المنذور عبادة اذ لا نذر بغيرها والمحقق كذلك الصوم لا خصوص الزمان ولا باعتباره اهـ فتح (قوله في المتن وصح صوم رمضان وهو فرض) ليس في خط الشارح وهو فرض (قوله في المتن والنذر المعين وهو واجب) ليس في خط الشارح وهو واجب

(قوله رواه أبو داود الخ) واختلفوا في رفعه ووقفه ولم يرو مالك في الموطا الا من كلام ابن عمر وعائشة وحفصة زوج النبي صلى الله عليه وسلم والاكثر على وقفه وقد رفعه عبد الله بن أبي بكر يبلغ به حفصة انتهى فتح (قوله وروى أنه صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن أذن في الناس الخ) فيه دليل على أنه كان أمرا بايجاب قبل نسخه برمضان اذ لا يؤمر من أكل بامساك بقية اليوم الا في يوم مفروض الصوم بعينه ابتداء بخلاف قضاء رمضان اذا أفطر فيه فعلم أن من تعين عليه صوم يوم ولم ينوه ليلا أنه يجزئه فيه نهارا وهذا دليل على أن عاشوراء كان واجبا وقد منعه ابن الجوزي بما في الصحيحين عن معاوية سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول هذا يوم عاشوراء لم يفرض علينا صيامه فمن شاء منكم أن يصوم فليصم فاني صائم فصام الناس قال وبدليل أنه لم يأمر من أكل بالقضاء ويدفع بأن معاوية من مسلمة الفتح فان كان سمع هذا بعد اسلامه فانما يكون سمعه سنة تسع أو عشر فيكون ذلك بعد نسخه بايجاب رمضان ويكون المعنى لم يفرض بعد ايجاب رمضان جمعا بينه وبين الادلة الصريحة في وجوبه وان كان سمعه قبله فيجوز كونه قبل افتراضه ونسخ عاشوراء في الصحيحين عن عائشة رضي الله عنها قالت كان يوم عاشوراء يوما تصومه قريش في الجاهلية وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصومه فلما قدم المدينة صامه وأمر بصيامه فلما فرض رمضان قال من شاء صامه ومن شاء تركه انتهى فتح القدير قال في الدراية ولا يلزم من نسخ فرضية صوم يوم عاشوراء نسخ دلالته على شرائط كالتوجه الى بيت المقدس قد نسخ ولم ينسخ سائر أحكام الصلاة وشرائطها انتهى وكتب ما نصه لما شهد عنده برؤية الهلال والرجل من أسلم (قوله ومن لم يكن أكل فليصم) فان اليوم يوم عاشوراء رواه البخاري غاية وعن عائشة رضي الله عنها كان رسول الله صلى الله عليه وسلم أمر بصيام عاشوراء فلما فرض رمضان كان من شاء صام ومن شاء أفطر رواه البخاري ومسلم (قوله بل نوى انه صوم من وقت نوى من النهار الخ) فيكون الجار وهو من الليل متعلقا بصيام الثاني لا بيبيت ويجمع انتهى فتح

هذه الانواع الثلاثة من الصوم بنية صوم ذلك اليوم بان يعين صوم ذلك اليوم أو بنية مطلق الصوم أو بنية النفل وكذا يجوز أيضا صوم رمضان بنية واجب آخر والكلام فيه من وجهين أحدهما في وقت النية والثاني في كيفيتها أما الاول فالمذكور هنا مذهبنا وقال الشافعي الصوم الواجب لا يجوز الا بنية من الليل وقال مالك لا يجوز الكل بنية من النهار لقوله عليه الصلاة والسلام لا صيام لمن لم يبيت الصيام من الليل ويعزم ويروى لمن لم يجمع الصيام من الليل بالتشديد ويجمع بالتخفيف رواه أبو داود والترمذي وحسنه ولان الجزء الاول قد بطل لعدم النية فكذا الثاني لعدم التجزي أولان البناء على الفاسد فاسد وقاسه على النذر المطلق والكفارة والقضاء وأخرج الشافعي منه النفل لحديث عائشة رضي الله عنها قالت دخل علي رسول الله صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال هل عندكم شئ فقلنا لا فقال اني اذا صائم رواه مسلم وغيره ولانه متجزئ عنده فامكن أن يجعل صائما بعض النهار لكونه مبنيا على النشاط أولان النفل مبني على التخفيف ألا ترى أنه يجوز صلاة النفل قاعدا أو راكبا الى غير القبلة مع القدرة على النزول ولنا قوله تعالى وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الابيض من الخيط الاسود من الفجر ثم أتموا الصيام الى الليل أباح الاكل والشرب الى طلوع الفجر ثم أمر بالصيام بعد بكلمة ثم وهي للتراخي فتصير العزيمة بعد الفجر لا محالة وروى أنه صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أن أذن في الناس أن من أكل فليمسك بقية يومه ومن لم يكن أكل فليصم ولا يمكن حمله على الصوم اللغوي لانه لو أراد ذلك لما فرق بين الاكل وغيره وما رواه محمول على نفي الفضيلة كقوله عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد أو هو نهي عن تقديم النية على الليل فانه لو نوى قبل غروب الشمس أن يصوم غدا لا يصح أو معناه انه لم ينو أنه صوم من الليل بل نوى انه صوم من وقت نوى من النهار أو هو محمول على غير المتعين من الصيام كالقضاء والكفارات ولانه خص منه النفل فكذا ما هو في معناه في التعين ولانه صوم ذلك اليوم فيتوقف الامساك في أوله على النية المتأخرة المقترنة بأكثره كالنفل بخلاف القضاء لان الامساك

(قوله المقترنة بأكثره كالنفل الخ) رد عليه بأنه قياس مع الفارق اذ لا يلزم من التخفيف في النفل بذلك ثبوت مثله في الفرض ألا ترى الى جواز النافلة جالسا بلا علة وعلى الدابة بلا عذر مع عدمه في الفرض والحق أن صحته فرع ذلك النص فلما ثبت جواز الصوم في الواجب المعين بنية من النهار بالنص علم عدم اعتبار فرق بينه وبين النفل في هذا الحكم انتهى فتح ومن فروع النية أن الافضل من الليل في الكل ولو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد الاولى أن ينوي أول يوم وجب علي قضاؤه من هذا الرمضان وان لم يعين الاول جاز وكذا لو كانا من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لا غير جاز ولو وجبت عليه كفارة فطر فصام أحدا وستين يوما عن القضاء والكفارة ولم يعين يوم القضاء جاز وهل يجوز تقديم الكفارة على القضاء قيل يجوز وهو ظاهر ولو وجب عليه قضاء رمضان سنة كذا فصام شهرا ينوي القضاء عن الشهر الذي عليه غير أنه نوى أنه من رمضان سنة كذا لغيره قال أبو حنيفة رحمه الله يجزئه ولو صام شهرا ينوي القضاء عن سنة كذا على الخطا وهو يظن انه أفطر ذلك قال لا يجوز به واذا اشتبه على الاسير المسلم في دار الحرب رمضان تحرى وصام فان ظهر صومه قبله لم يجزه لان الاسقاط لا يسبق الوجوب وان ظهر بعده جاز فان ظهر أنه كان شوالا فعليه قضاء يوم فلو كان ناقصا فقضاء يومين أو ذا الحجة قضى أربعة لمكان أيام النحر والتشريق فان اتفق كونه ناقصا عن ذلك الرمضان قضى

الامساك في أول النهار يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل لا على صوم آخر ولان الاصل أن تكون مقارنة للاداء وانما جوز التقديم للضرورة وهي باقية في جنس الصائمين كما في يوم الشك وكالمجنون أو المغمى عليه اذا أفاق في نهار رمضان أو المسافر اذا قدم فيه فلا تندفع الا بجواز المتأخرة ولا يلزمنا الحج مرة والصلاة حيث لا يجوز تأخير النية فيهما لان الصوم ركن واحد وهما أركان فلا بد من تقديم النية على العقد كيلا يعضي بعض الركن بلا نية ثم قال في المختصر الى ما قبل نصف النهار وهو المذكور في الجامع الصغير وذكر القدوري ما بينه وبين الزوال والصحيح الاول لان الشرط أن تكون النية في أكثر اليوم ونصفه من طلوع الفجر الى الضحوة الكبرى لا وقت الزوال فتشترط النية قبلها لتتحقق في الاكثر ولا فرق فيه بين المسافر والمقيم والصحيح والسقيم لانه لا تفصيل فيما ذكرنا من الدليل وكذا لا فرق فيه بين الفرض والنفل وقال الشافعي يجوز النفل بنية بعد الزوال لما روينا ولانه يتجزأ عنده فيصح من أي وقت كان ونحن نقول الصوم عبادة قهر النفس فلا يتحقق بغير المقدر وقال زفر لا يجوز للمسافر والمريض الا بنية من الليل لان الاداء غير مستحق عليهما في هذا الوقت فصار كالقضاء قلنا هما يخالفان الغير في التخفيف لا في التغليظ وهذا لان صوم رمضان متعين بنفسه وانما جاز لهما تأخيره تحقيقا للرخصة فاذا صاما التحقا بالصحيح المقيم وأما الثاني وهو الكلام في كيفية النية فصوم رمضان يتأدى بمطلق النية وبنية النفل وبنية واجب آخر وكذلك يتأدى النذر المعين بجميع ذلك الا بنية واجب آخر فانه اذا نوى فيه واجبا آخر يكون عما نوى ولا يكون عن النذر وقال الشافعي لا يجوز الا بالتعيين عن فرض الوقت لان المأمور به صوم معلوم فلا بد من تعيينه ليخرج عن العهدة كما في الصلاة ولنا أن رمضان لم يشرع فيه صوم آخر فكان متعينا للفرض والمتعين لا يحتاج الى التعيين فيصاب بمطلق النية وبنية غيره بخلاف الامساك بلا نية حيث لا يكون عنه خلافا لزفر رحمه الله لان الامساك متردد بين العادة والعبادة فكان مترددا بأصله متعينا بوصفه فيحتاج الى التعيين في المتردد لا في المتعين فيصاب بالمطلق ومع الخطأ في الوصف كالمتوحد في الدار يصاب باسم جنسه ومع الخطأ في الوصف وهذا في حق المقيم الصحيح وأما في حق المسافر والمريض فكذلك عندهما لان الرخصة كيلا تلزمه المشقة فاذا تحملها التحق بغير المعذور وعند أبي حنيفة ان نوى المسافر عن واجب آخر يكون عما نوى لانه شغل الوقت بالاهم ورخصته متعلقة

خمسة ثم قالت طائفة من المشايخ هذا اذا نوى أن يصوم ما عليه من رمضان أما اذا نوى صوم غد أداء لصيام رمضان فلا يصح الا أن يوافق رمضان ومنهم من أطلق الجواز وهو حسن انتهى فتح (قوله كيلا يعضي بعض الركن) عبارة الفتح الاركان (قوله بلا نية) أي فلم يقع ذلك الركن عبادة انتهى فتح (قوله لان الشرط أن تكون النية في أكثر اليوم الخ) فان قيل فمن أين اختص اعتبارها بوجودها في أكثر النهار وما رويتم لا يوجبه قلنا لما كان ما رويناه واقعة حال لا عموم لها في جميع أجزاء النهار واحتمل كون اجازته الصوم في تلك الواقعة لوجود النية فيها في أكثره بأن يكون أمره صلى الله عليه وسلم الاسلمي بالنداء كان والباقي من النهار أكثره واحتمل كونها لتجويزه من النهار مطلقا في الواجب فقلنا بالاحتمال الاول لانه أحوط خصوصا ومعنا تعين منعها من النهار مطلقا وعضده المعنى وهو أن للاكثر من الشيء الواحد حكم الكل في كثير من الاحكام فعلى اعتبار هذا يلزم اعتبار كل النهار بلا نية لو اكتفى بها في أقله فوجب الاعتبار الآخر اه فتح (قوله وقال الشافعي يجوز النفل) قال في الدراية وفي النية بعد الزوال له قولان ثم اذا نوى قبل الزوال أو بعده وجوزناه فهو صائم من أول النهار في الاصح وقيل من وقت النية وهو اختيار القفال اه قال السروجي التجزي في النفل ليس قولا للشافعي بل نسب ذلك للمروزي من أصحابه قال النووي اتفقوا على تضعيفه قال الماوردي وأبو الطيب في المجرد وهو خطأ لان الصوم لا يتبعض اه (قوله فلا يتحقق بغير المقدر شرعا) وهو اليوم ليس لفظ شرعا في الشارح (قوله يكون عما نوى) أي من الواجب اذا كانت النية من الليل ذكره في أصول شمس الائمة وغيره اه كاكي (قوله حيث لا يكون عنه خلافا لزفر الخ) قال في الغاية قال زفر يصح صوم رمضان في حق الصحيح المقيم بغير نية وهو مذهب عطاء ومجاهد ذكرهما النووي قالوا لانه لا يصح فيه صوم غير رمضان لتعينه فلا يفتقر الى النية كما لو دفع نصاب الزكاة جميعه الى الفقراء ولم ينو شيأ وهذا لان الزمان معيار له ولا يتصور في يوم واحد الا صوم واحد واذا كان صوم رمضان مستحقا فيه انتفى غيره فلم يكن له فيه مزاحم وكان أبو الحسن الكرخي ينكر أن يكون هذا مذهبا لزفر ويقول مذهبه تأديه جميع صوم رمضان بنية واحدة وألزم الشيخ أبو بكر الرازي زفر بأن يجعل المغمى عليه في رمضان أياما صائما اذا لم يأكل ولم يشرب بل بوجود الامساك بغير نية قال فان التزمه ملتزم كان مستبشعا اه سروجي وقال مالك والليث وابن المبارك وهو رواية عن ابن حنبل يكتفي بنية واحدة في رمضان اه غاية (قوله ان نوى المسافر عن واجب آخر) كقضاء رمضان والنذر والكفارة (قوله يكون عما نوى) أي بلا اختلاف في الرواية (قوله لانه شغل الوقت بالاهم) أي لتحتم الواجب في الحال وغيره في صوم رمضان الى ادراك العدة وفي جوامع الفقه ولانه لو مات في رمضان في سفره أو في مرضه لا قضاء عليه ولا اثم ويأثم بترك الواجب الآخر الذي نواه لو مات فيه وكان الاتيان به آكد وأحق فصرف اليه اه غاية

(قوله وان نوى المريض عن واجب آخر فعنه روايتان الخ) قال في المجمع والمريض في النية كالصحيح في الاصح اه وفي البدائع الكرخي سوى بين المسافر والمريض وقال في المفيد والمزيد التسوية هي الصحيح وفي المبسوط لو نوى به المريض واجبا آخر فالصحيح أن صومه يقع عن رمضان بخلاف المسافر وهكذا قال فخر الاسلام في أصول الفقه وقول الكرخي سهو أو مؤول ومراده مريض يطيق الصوم ويخاف منه زيادة المرض وفي البدائع ان أطلق يقع عن رمضان بلا خلاف بين أصحابنا في المسافر والمريض قلت وهو الموافق للفقه وفي المحيط لا يقع عنه وفي جوامع الفقه وقيل لا رواية في اطلاق النية والظاهر أنه يقع عن رمضان وان نوى النفل ففي رواية ابن سماعة عن أبي حنيفة أنه يقع عن فرض رمضان قال في المحيط وهو الاصح وكذا المريض وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة أنه يقع نفلا هكذا في المبسوط اه غاية (قوله ولو نوى أي المريض في النذر المعين الخ) أي لان التعيين انما حصل لولاية الناذر فلا يعدو الناذر فصح تعيينه فيما لا يرجع الى حقه وهو أن لا يبقى النفل مشروعا أما فيما يرجع الى حق صاحب الشرع وهو أن لا يبقى محتملا بحقه أعني القضاء والكفارة فلا فاعتبر في احتمالهما بما لو لم ينذر كذا في الكافي وبه يظهر تعليل الشارح (قوله وهو القضاء) ونحوه الكفارة اه (قوله في المتن وما بقي لم يجز الا بنية) في جوامع الفقه أنواع الصوم ستة ثلاثة منها تجوز بنية قبل انتصاف النهار وهي صوم رمضان والنذر المعين والنفل وقد ذكرناوجه ذلك وثلاثة لا تجوز بنية من النهار وهي قضاء رمضان وصوم الكفارات والنذر المطلق والنية فيها التعيين الوقت لها لانه غير متعين لها وعند عدم النية في أول الوقت تقع نفلا فلا يمكن بعد ذلك تحويله الى الواجب وفي جوامع الفقه لو أصبح لم ينو فطرا ولا غيره وهو صحيح مقيم وصام يجزئه بناء على ظاهر حاله ولو كان مريضا أو مسافرا أو متهتكا اعتاد الفطر

بمطلق السفر وقد وجد وان نوى المريض عن واجب آخر فعنه روايتان والفرق بينه وبين المسافر على احداهما أن رخصة المسافر متعلقة بالسفر ورخصة المريض بالعجز فاذا صام تبين أنه غير عاجز فالتحق بالصحيح وهو الصحيح وان نويا النفل ففيه روايتان والفرق على احداهما في حق المسافر انه لم يصرف الوقت الى الاهم ووجه الاخرى أنه لما جاز له ترك صوم رمضان لاجل بدنه فاولى أن يجوز لاجل زيادة دينه ولو نوى في النذر المعين عن واجب آخر صح عما نوى بخلاف رمضان والفرق أن رمضان تعين بتعيين الشارع وله ولاية ابطال صلاحيته لغيره من الصيام وفي النذر تعين بتعيين الناذر وله ولاية ابطال صلاحية ماله وهو النفل لا ما عليه وهو القضاء ونحوه وجواز النفل بمطلق النية وبنية من النهار ظاهر لما بينا قال رحمه الله (وما بقي لم يجز الا بنية معينة مبيتة) أي ما عدا ما ذكرنا من الانواع لم يجز الا بنية معينة مبيتة من الليل وهي قضاء رمضان والكفارات والنذر المطلق اذ ليس لها وقت متعين لها فلم يتعين لها الا بنية من الليل أو بنية مقارنة لطلوع الفجر فلم تصح بنية من النهار بخلاف صوم رمضان والنذر المعين والنفل لان الوقت متعين لها وهذا لان الامساك في أول النهار انما يتوقف على صوم ذلك اليوم وهو النفل في غير رمضان فلم يتوقف الامساك عليها أي النية قال رحمه الله (ويثبت رمضان برؤية هلاله أو بعد شعبان ثلاثين) يوما لقوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم الهلال عليكم

لا يجزئه بغير نية والتسحر منه نية ولا يجوز بنية قبل الغروب لليوم الاول ولا للثاني ذكره في المبسوط والمحيط وهو عام في جميع أنواع الصوم وفي جوامع الفقه والمرغيناني اذا نوى الافطار بعد شروعه في الصوم لم يكن ذلك فطرا حتى يأكل وكذا لو نوى الرجوع لا يكون رجوعا وكذا لو نوى الكلام في الصلاة لا تفسد حتى يتكلم وفي الليل لو نوى الافطار من الغد بعد نيته يكون رجوعا ذكره في جوامع الفقه ولو أكل أو شرب أو جامع أو نام بعد النية لا تبطل نيته وحكى الاكثرون من الشافعية عن أبي اسحق المروزي أنها تبطل ويجب تجديدها قال امام الحرمين رجع المروزي عن هذا عام ح وقال الاصطخري هذا خرق للاجماع وفي جوامع الفقه قال نويت أن أصوم غدا ان شاء الله تعالى صحت نيته لان النية عمل القلب دون اللسان فلا يعمل فيه الاستثناء وفي الذخيرة ذكر شمس الائمة الحلواني أنه لا رواية لهذه المسئلة وفيها قياس واستحسان القياس أن لا يصير صائما كالطلاق والعتاق والبيع وفي الاستحسان يصير صائما لانه لا يراد به الابطال بل هو للاستعانة وطلب التوفيق والفرق ما ذكره العتابي قال المرغيناني هو الصحيح وبه قال أحمد والشافعي في وجه انتهى غاية ملخصا (قوله وهي قضاء رمضان والكفارات) أي كفارة اليمين والظهار والقتل وجزاء الصيد والمتعة والحلق وكفارة رمضان انتهى كاكي ومن فروع لزوم التبييت في غير المعين لو نوى القضاء من النهار فلم يصح هل يقع عن النفل في فتاوى النسفي نعم ولو أفطر يلزمه القضاء قيل هذا اذا علم أن صومه عن القضاء لم يصح بنية من النهار وأما اذا لم يعلم فلا يلزم بالشروع كما في المضمون انتهى فتح القدير (قوله في المتن ويثبت رمضان برؤية هلاله الخ) قال الكمال رحمه الله واذا ثبت في مصر لزم سائر الناس فيلزم أهل المشرق رؤية أهل المغرب في ظاهر المذهب وقيل يختلف باختلاف المطالع لان السبب الشهر وانعقاده في حق قوم لرؤية لا يستلزم انعقاده في حق آخرين مع اختلاف المطالع وصار كما لو زالت أو غربت الشمس على قوم دون آخرين وجب على الاولين الظهر والمغرب دون أولئك وجه الاول عموم الخطاب في قوله صوموا معلقا بمطلق الرؤية في قوله لرؤيته وبرؤية قوم يصدق اسم الرؤية فيثبت ما تعلق به من عموم الحكم فيعم الوجوب بخلاف الزوال وأخيه فانه لم يثبت تعلق عموم الوجوب بمطلق مسماه في خطاب

عليكم فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما وهذا بالاجماع ويجب التماس الهلال في التاسع والعشرين من شعبان لان الشهر قد يكون تسعة وعشرين يوما وقال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا يشير بأصابع يديه وخنس ابهامه في الثالثة يعني تسعة وعشرين وقال الشهر هكذا وهكذا وهكذا من غير خنس يعني ثلاثين يوما فيجب طلبه لاقامة الواجب قال رحمه الله (ولا يصام يوم الشك الا تطوعا) ووقوع الشك بأحد أمرين اما أن يغم عليهم هلال رمضان أو هلال شعبان فيقع الشك أنه أول يوم من رمضان أو آخر يوم من شعبان وانما كره غير التطوع لما روى حذيفة بن اليمان أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تقدموا الشهر حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة ثم صوموا حتى تروا الهلال أو تكملوا العدة رواه أبو داود والنسائي وروى عمران بن حصين أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل هل صمت من سرر شعبان قال لا قال فاذا أفطرت فصم يوما مكانه وفي لفظ فصم يوما رواه البخاري ومسلم وقال عليه الصلاة والسلام أفضل الصيام صيام أخي داود وهو مطلق فيدخل فيه الكل وهو مذهب عمرو بن العاص ومعاوية وعائشة وأسماء وسرر الشهر آخره سمي به لاستسرار القمر فيه قاله الهروي فعلم بهذا أن المراد بالحديث الاول غير التطوع حتى لا يزاد على صوم رمضان كما زاد أهل الكتاب على صومهم وقال الشافعي رحمه الله يكره التطوع اذا انتصف شعبان لقوله عليه الصلاة والسلام اذا انتصف شعبان فلا تصوموا رواه أبو داود ولنا ما روينا واشتهر عنه عليه الصلاة والسلام أنه كان يصوم شعبان كله وما رواه غير محفوظ قاله أحمد ثم هذه المسئلة على وجوه أحدها أن ينوي رمضان وهو مكروه لما بينا ثم ان ظهر أنه من رمضان صح عنه لانه شهد الشهر وصامه وان ظهر أنه من شعبان كان تطوعا وان أفطره لا قضاء عليه لانه ظان والثاني أن ينوي عن واجب آخر وهو مكروه أيضا لما روينا الا أنه دون الاول في الكراهية ثم ان ظهر أنه من رمضان يجزئه لوجود أصل النية على ما بينا وان ظهر أنه من شعبان فقد قيل يكون تطوعا لانه منهي عنه فلا يتأدى به الكامل من الواجب وقيل يجزئه عن الذي نواه وهو الاصح لان المنهي عنه هو التقدم بصوم رمضان على ما بينا بخلاف يوم العيد لان النهي لاجل ترك اجابة الدعوة وهو يلازم كل صوم والكراهية هنا للصورة النهي لا غير وقد بينا أن المراد به غير التطوع والثالث أن ينوي التطوع

من الشارع والله أعلم ثم انما يلزم متأخري الرؤية اذا ثبت عندهم رؤية أولئك بطريق موجب حتى لو شهد جماعة أهل بلد كذا رأوا هلال رمضان قبلكم فصاموا وهذا اليوم ثلاثون بحسابهم ولم ير هؤلاء الهلال لا يباح فطر غد ولا تترك التراويح هذه الليلة لان هذه الجماعة لم يشهدوا بالرؤية ولا على شهادة غيرهم وانما حكوا رؤية غيرهم ولو شهدوا أن قاضي بلد كذا شهد عنده اثنان برؤية الهلال في ليلة كذا وقضى بشهادتهما جاز لهذا القاضي أن يحكم بشهادتهما لان قضاء القاضي حجة وقد شهدوا به ومختار صاحب التجريد وغيره من المشايخ اعتبار اختلاف المطالع وعورض لهم بحديث كريب أن أم الفضل بعثته الى معاوية بالشام قال فقدمت الشام فقضيت حاجتها واستهل على رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتموه فقلت رأيناه ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية فقال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه فقلت أولا تكتفي برؤية معاوية وصومه فقال لا هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم وشك أحد رواته في نكتفي بالنون أو بالتاء ولا شك أن هذا أولى لانه نص وذلك محتمل لكون المراد أن كل أهل مطلع مكلفون بصوم لرؤيتهم رواه مسلم وأبو داود والترمذي والنسائي وقد قال ان الاشارة في قوله هكذا لنحو ما جرى بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم وحينئذ لا دليل فيه لان مثل ما وقع من كلامه لو وقع لنا لا نحكم به لانهم يشهدوا على شهادة غيرهم ولا على حكم غيرهما كم فان قيل اخباره عن صوم معاوية يتضمنه لانه الامام يجاب بأنه لم يأت بلفظ الشهادة ولو سلم فهو واحد لا يثبت بشهادته وجوب القضاء على القاضي والله أعلم والاخذ بظاهر الرواية أحوط انتهى (قوله ويجب التماس الهلال الخ) هو واجب على الكفاية اهـ فتح (قوله في التاسع والعشرين من شعبان) تساهل فان التراءي انما يجب ليلة الثلاثين لا في اليوم التي هي عشيته ثم لو رؤي في التاسع والعشرين بعد الزوال كان كرؤيته في ليلة الثلاثين بالاتفاق وانما الخلاف في رؤيته قبل الزوال من اليوم الثلاثين انتهى فتح وسيأتي الخلاف آخر الباب (قوله وخنس ابهامه) خنس بالخاء والنون أجود من قال حبس الابهام بمعنى عطفه انتهى غاية (قوله وقال الشهر هكذا وهكذا من غير خنس) متفق عليه انتهى غاية (قوله رواه أبو داود والنسائي) والدارقطني وغيره باسناد صحيح على شرط البخاري ومسلم انتهى غاية (قوله فصم يوما مكانه) استدل به الامام أحمد على وجوب صوم يوم الشك (قوله وفي لفظ فصم يوما) قال الكمال رحمه الله واعلم أن السرر قد يقال على الثلاثة الاخيرة من ليالي الشهر لكن دل قوله صم يوما على أن المراد صم آخرها الا كلها والا قال صم ثلاثة أيام مكانها وكذا قوله من سرر الشهر لافادة التبعيض وعندنا هذا يفيد استحباب صومه لا وجوبه لانه معارض بنهي التقدم بصيام يوم أو يومين فيحمل على كون المراد التقدم بصوم رمضان جمعا بين الادلة وهو واجب ما أمكن ويصير حديث السرر للاستحباب (قوله فيدخل فيه) أي في صوم داود الكل أي يوم الشك وغيره (قوله وسرر الشهر آخره) قال في الصحاح وسرر الشهر آخر ليلة منه وكذلك سراره وهو مشتق من قولهم استسر القمر أي خفي ليلة السرار فربما استسر ليلة وربما استسر ليلتين (قوله الا أنه دون الاول في الكراهية) أي لان الاول نص في زيادة صوم

وهو غير مكروه لما بينا وما رواه صاحب الهداية من قوله من صام يوم الشك فقد عصى أبا القاسم ومن قوله لا يصام اليوم الذي يشك فيه الا تطوعا لا أصل له ويروى الاول موقوفا على عمار بن ياسر وهو في مثله كالمرفوع ثم ان صام ثلاثة من آخر شعبان أو وافق صوما كان يصومه فالصوم أفضل بالاتفاق وان كان خلاف ذلك فقد قيل الفطر أفضل احترازا عن ظاهر النهي وقيل الصوم أفضل اقتداء بعلي وعائشة كذا ذكره في الهداية ولا دلالة فيه لانهما كانا يصومانه بنية رمضان وذكر في الغاية زادا على صاحب الهداية أن عليا منهيه خلاف ذلك وقال بعضهم ان كان بالسماء غيم يصوم والا فلا والمختار أن يصوم المفتي بنفسه أخذا بالاحتياط و يأمر العامة بالتلوم الى أن يذهب وقت النية ثم يأمرهم بالافطار نفيا التهمة ارتكاب النهي ثم في هذا الفصل وهو ما اذا نوى التطوع ان أفسده يجب عليه القضاء كيفما كان لانه شرع فيه ملتزما والرابع أن يضجع في أصل النية بان ينوي أن يصوم غدا ان كان من رمضان ولا يصومه ان كان من شعبان ففي هذا الوجه لا يصير صائما لعدم الجزم في العزيمة فصار كما اذا نوى أنه ان لم يجد غداء يهو صائم والا فمفطر أو نوى ان وجد سحورا فهو صائم والا فمفطر والخامس أن يضجع في وصف النية بان ينوي ان كان غد من رمضان أن يصوم عنه وان كان من شعبان فعن واجب آخر وهو مكروه لتردده بين أمرين مكروهين ثم ان كان من رمضان أجزأه عنه لوجود الجزم في أصل النية وان كان من شعبان لا يجزئه عن واجب آخر للتردد في وصف النية وتعيين الجهة شرط فيه لكنه يكون تطوعا غير مضمون بالقضاء لشروعه مسقطا والسادس أن ينوي عن رمضان ان كان غدا منه وعن التطوع ان كان من شعبان فيكره لانه ناو للفرض من وجه ثم ان ظهر أنه من رمضان أجزأه عنه لما قلنا وان ظهر أنه من شعبان صار تطوعا غير مضمون عليه لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه قال رحمه الله (ومن رأى هلال رمضان أو الفطر ورد قوله صام) أما اذا رأى هلال رمضان فلقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وقوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته وقد رآه ظاهرا فيجب عليه العمل به وأما هلال الفطر فالاحتياط فيه أن يصوم ولا يفطر الا مع الناس لقوله عليه الصلاة والسلام صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وروى أبو داود والترمذي عن أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والناس لم يفطروا في هذا اليوم فوجب أن لا يفطر ولان اتفاق الخلق الكثير والجم الغفير على عدم رؤيته يدل على خطا هذا الرائي مع استوائهم في قوة النظر وحدة البصر ومعرفة منازل القمر والحرص منهم على طلبه ولعله رأى شعرة طويلة قائمة بحاجبه أو جفونه وقيل لا يصوم بل يأكل سرا وقال أبو الليث معنى قول أبي حنيفة لا يفطر أي لا يأكل ولا يشرب ولكن لا ينوي الصوم ولا يتقرب به الى الله تعالى لانه يوم عيد عنده للحقيقة التي ثبتت عنده قال رحمه الله تعالى (فان أفطر قضى فقط) أي ان أفطر بعد ما رد الامام شهادته والمسئلة بحالها يجب عليه القضاء

رمضان بخلاف الثاني اه غاية (قوله فقد عصى أبا القاسم) يعني اذا صام على أنه من رمضان اه (قوله ولا دلالة فيه) قال الكمال رحمه الله ولعل المصنف ينازع فيما ذكره شارح الكنز لان المنقول من قول عائشة في صومها لان أصوم يوما من شعبان أحب الي من أن أفطر يوما من رمضان فهذا الكلام يفيد أنها تصومه على أنه يوم من شعبان كيلا تقع في افطار يوم من رمضان ويبعد أن تقصد به رمضان بعد حكمها بانه من شعبان وكونه من رمضان احتمال اه (قوله والمختار أن يصوم المفتي) ليس بقيد بل كل من كان من الخاصة وهو من يتمكن من ضبط نفسه عن الاضجاع في النية وملاحظة كونه عن الفرض ان كان غدا من رمضان اه فتح القدير (قوله لتهمة ارتكاب النهي) أي فانه لو أفتى العامة بالتنفل عسى يقع عندهم أنه خالف النبي صلى الله عليه وسلم حيث نهى عن صوم يوم الشك وهو أطلقها اه كافي (قوله والرابع أن يضجع) والتضجيع في النية هو التردد اه غاية (قوله ففي هذا الوجه الخ) رأيت على هامش نسخة المصنف حاشية بغير خطه نصها أورد شهاب الدين ابن ملك في الدرس على هذا وقال ينبغي أن يقال بجواز صومه لان قوله نويت صيامه عن رمضان ان كان من رمضان صحيح والكلام الآخر لا يصلح للابطال بناء على أنه جملة أخرى وهذا اعراض عن المسئلة لان المسئلة في نية ذلك لا التلفظ به اه ما رأيته (قوله وعن التطوع ان كان من شعبان الخ) رأيت على هامش نسخة الشارح حاشية بغير خطه نصها وقع بيني وبين فقهاء الدرس تردد فيما اذا ظهر أنه من شعبان هل يكون مكروها أو لا والذي ظهر لي أن وصف الكراهة عام لوجهين للعلة المذكورة هنا وكذا لفظ صاحب الهداية فان ظهر أنه من رمضان فوجه الكراهة أنه لم ينو الفرض من كل وجه وان ظهر أنه من شعبان فلانه نوى .. ولا الفرض من وجه ونية الفرض في هذا اليوم بسبب الكراهة اه ما رأيته والله الموفق قوله صاحب الهداية أي عبارة الشارح كعبارة الهداية (قوله لدخول الاسقاط في عزيمته من وجه) أي حيث نوى رمضان ان كان من رمضان والنفل انما يلزم بالشروع ان كان ملتزما من كل وجه (قوله ورد قوله) أي يورده لتهمة الفسق ان كان بالسماء علة أو لتفرده ان لم يكن بها علة وان كان عدلا اه غاية وفي المبسوط وانما يرد الامام شهادته اذا كانت السماء مصحية وهو من أهل المصر فأما اذا كانت متغيمة أو جاء من خارج المصر من مكان مرتفع تقبل شهادته اه كاكي (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون) رواه أبو داود والترمذي معناه وقت

صومكم المفروض يوم صومكم لان نفس الصوم فعلنا وهو أمر حسي لا يحتاج الى البيان وانما الاحتياج الحكمي وهو شهر الصوم فانه ثبت شرعا لا بفعل الناس فبين عليه الصلاة والسلام أن شهر الصوم يوم صومهم يعني أنه لا يتجزأ ثبوته في حق البعض دون البعض اه كاكي (قوله واختلفوا فيما اذا أفطر قبل رد الامام شهادته) أي فان أفطر قبل رده فلا رواية في وجوب الكفارة واختلف المشايخ فيه اه غاية (قوله والامام اذا رأى هلال الفطر وحده) أي حكمه حكم غيره اه فتح (قوله ولو أفطر لا كفارة عليه) أي في الحادي والثلاثين اه غاية والحاصل أن رؤيته موجبة عليه الصوم وعدم صوم الناس المتفرع عن تكذيب الشرع اياه قام شبهة مانعة من وجوب الكفارة عليه ان أفطر بحكم النص بالصوم يوم يصوم الناس وعدم فطر الناس اليوم الحادي والثلاثين من صومه موجب الصوم عليه بذلك النص أيضا والحقيقة التي عنده وهو شهود الشهر وكونه لا يكون أكثر من ثلاثين بالنص شبهة فيه مانعة من الكفارة عليه اذا أفطر وعلى هذا لو قبل الامام شهادته وهو فاسق وأمر الناس بالصوم فأفطر هو أو واحد من أهل بلده لزمته الكفارة وبه قال عامة المشايخ خلافا للفقيه أبي جعفر لانه يوم صوم الناس ولو كان عدلا ينبغي أن لا يكون في وجوب الكفارة (٣١٩) خلاف لان وجه النفي كونه بما لا يجوز

ولا تجب عليه الكفارة أما الفطر في هلال الفطر فظاهر لانه يوم عيد عنده فيكون شبهة وأما في هلال رمضان فلان الامام لما رد شهادته صار مكذبا شرعا ولانه يحتمل الاشتباه عليه على ما بينا وروي أن رجلا أخبر عمر رضي الله عنه برؤية الهلال فمسح عمر على حاجبه ثم قال أين الهلال فقال فقدته يا أمير المؤمنين فعلم بذلك أن شعرة من حاجبه أو جفنه تقوست فظنها هلالا وقيل تجب الكفارة فيهما الظاهر الذي هو بين الناس في الفطر والحقيقة التي عنده في رمضان والصحيح الاول للشبهة التي ذكرناها ولان رد الامام شهادته حكم منه بانه ليس من رمضان فصار كما لو قضى بالقصاص بالشهادة فقتله الولي ثم جاء المقتول حيا لا يجب على الولي القصاص لان قضاءه به يصير شبهة واختلفوا فيما اذا أفطر قبل رد الامام شهادته في وجوب الكفارة فمنهم من أوجبها في هلال الفطر وهلال رمضان والصحيح أنه لا كفارة عليه فيهما لما ذكرنا وأوجب الشافعي رحمه الله تعالى الكفارة في هلال رمضان مطلقا ان أفطر بالوقاع لانه أفطر في رمضان حقيقة لتيقنه به وحكما لوجوب الصوم عليه والحجة عليه ما بينا والامام اذا رأى هلال الفطر وحده لا يفطر ولا يخرج لصلاة العيد لما مر ولو رأى هلال رمضان رجل واحد فردت شهادته فصام ثلاثين يوما لم يفطر الا مع الامام لانا انما أوجبنا عليه الصوم احتياطا والاحتياط بعد ذلك في موافقة الناس ولو أفطر لا كفارة عليه للحقيقة التي عنده قال رحمه الله (وقبل بعلة خبر عدل ولو قنا وأنثى لرمضان وحرين أو حر وحرتين للفطر) أي اذا كان بالسماء علة يقبل في هلال رمضان خبر واحد عدل ولو كان عبدا أو امرأة وفي هلال الفطر تقبل شهادة رجل حر وامرأتين حرتين والعلة الغيم أو الغبار ونحوهما أما هلال رمضان فلانه أمر ديني فيقبل فيه خبر الواحد ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا كرواية الاخبار ولهذا لا يختص بلفظ الشهادة وتشترط العدالة لان قول الفاسق في الديانات التي يمكن تلقيها من جهة العدول غير مقبول كروايات الاخبار بخلاف الاخبار بطهارة الماء ونجاسته ونحوه حيث يتحرى في قبول الفاسق فيه لانه لا يمكن تلقيه من جهة العدول لانه واقعة خاصة لا يمكن استصحاب العدول فيها وفي هلال رمضان يمكن لان المسلمين كلهم متشوقون الى رؤية الهلال فيه وفي عدولهم كثرة فلا حاجة الى قبول خبر الفاسق فيه كما في روايات الاخبار وتأويل قول الطحاوي عدلا كان أو

القضاء بشهادته وهو متفق هنا اه فتح (قوله في المتن وقبل بعلة خبر عدل الخ) اعلم أن ههنا فائدة جليلة لا بد من التنبيه عليها هي أن الرمضانية اذا ثبتت بقول الواحد في حق الامر الديني وهو الصوم يثبت جميع ما يتعلق بها من الطلاق المعلق والعتق والايمان وحلول الآجال وغيرها تبعا وضمنا وان كان شيء من ذلك لا يثبت ابتداء بقول الواحد فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا كما في شهادة القابلة على النسب فانها تكون مقبولة ثم يفضي ذلك الى استحقاق الميراث والميراث لا يثبت بشهادة القابلة ابتداء قال في شرح القدوري المسمى بالمضمرات ما نصه في المحيط

الواحد اذا شهد على هلال رمضان عند القاضي والسماء متغيمة وقبل القاضي شهادته وأمر الناس بالصوم فلما أتموا ثلاثين يوما غم عليهم هلال شوال قال أبو حنيفة وأبو يوسف يصومون من الغد وان غم يوم الحادي والثلاثين فلا يفطرون وقال محمد يفطرون قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني هذا الخلاف فيما اذا لم يروا هلال شوال والسماء مصحية أما اذا كانت السماء متغيمة فانهم يفطرون بلا خلاف والحجة لهما أن شهادة الواحد لا تقبل في الفطر فلا يفطرون ولمحمد أن الفطر من أحكام قبول شهادة الواحد في هلال رمضان فيصوز كما قلنا في حل الآجال وحنث الايمان انتهى فقوله كما قلنا الى آخره شاهد لما ذكرناه وهو من رد المختلف الى المتفق (قوله في المتن ولو قنا) أي رقيقا واختار هذا اللفظ ليشمل المكاتب والمدبر ومعتق البعض وكذلك قال وأنثى ليشمل الامة والمكاتبة والمدبرة وأم الولد انتهى ع (قوله وتأويل قول الطحاوي الخ) المراد أنه بهذا التأويل يرجع قوله الى احدى الروايتين في المذهب لأنه يرتفع به الخلاف فان المراد بالعدل في ظاهر الرواية من ثبتت عدالته لان الحكم بقوله فرع ثبوتها ولا ثبوت في المستور وفي رواية الحسن وهي المذكورة تقبل شهادة المستور وبه أخذ الحلواني فصار بهذا التأويل أن الخلاف المتحقق في المذهب هو اشتراط ظهور العدالة أو الاكتفاء بالستر

هذا وتقبل فيه شهادة الواحد على شهادة الواحد أما مع تبين الفسق فلا قائل به عندنا وعلى هذا تفرع ما لو شهدوا في التاسع والعشرين من رمضان أنهم رأوا هلال رمضان قبل صومهم بيوم ان كانوا في هذا المصر لا تقبل شهادتهم لانهم تركوا الحسبة وان جاؤا من خارج قبلت انتهى فتح (قوله ولا بالدعارة) قال في الصحاح في فصل الدال المهملة من باب الراء المهملة والدعارة الفسق والخبث يقال هو خبيث داعر بين الدعر والدعارة انتهى (قوله والحجة عليه ما روى عن ابن عباس الخ) قال العلامة كمال الدين رحمه الله وهذا الحديث قد يتمسك به لرواية النوادر في قبول المستور لكن الحق أن لا متمسك به بالنسبة الى هذا الزمان لان ذكر الاسلام بحضرته صلى الله عليه وسلم حين سأله عن الشهادتين ان كان هو أول اسلامه فلا شك في ثبوت عدالته لان الكافر اذا أسلم أسلم عدلا الا أن يظهر خلافه منه وان كان اخبارا عن حاله السابق فكذلك لان عدالته قد ثبتت باسلامه فيجب الحكم ببقائها ما لم يظهر الخلاف ولم يكن الفسق غالبا على أهل الاسلام في زمانه صلى الله عليه وسلم لتعارض غلبته ذلك الحاصل فيجب التوقيف الى ظهورها انتهى (قوله ثم اذا صاموا بشهادة الواحد) قال الكمال هكذا الرواية على الاطلاق سواء قبله بغيم أو في صحو وهو ممن يرى ذلك ولا يخفى أن المراد ما اذا لم يروا الهلال ليلة الثلاثين ثم خص قول أبي حنيفة وفي الخلاصة والكافي والفتاوى أضافوا معه أبا يوسف ومنهم من استحسن ذلك في قبوله في صحو وفي قبوله بغيم أخذ بقول محمد انتهى

* فرع اذا صام أهل مصر رمضان على غير رؤية باكمال شعبان ثمانية وعشرين ثم رأوا هلال شوال ان كانوا أكملوا عدة شعبان عن رؤية هلاله ان لم يروا هلال رمضان قضوا يوما واحدا حملا على نقصان شعبان غير أنه اتفق انهم لم يروا ليلة الثلاثين وان أكملوا شعبان عن غير رؤية قضوا يومين احتياطا انتهى لاحتمال نقصان شعبان مع ما قبله فانهم لما لم يروا هلال شعبان كانوا بالضرورة مكملين رجب انتهى كمال (قوله وعن محمد أنهم يفطرون) أي وهو الاصح انتهى غاية الاتقاني (قوله ويثبت الفطر) أي تبعا وضمنا انتهى (قوله بناء على ثبوت الرمضانية بالواحد) متصل بثبوت الرمضانية لبعض لا بثبوت الفطر فهو معنى ما أجاب به محمد بن سماعة محمد بن الحسن قال له يثبت الفطر بشهادة واحد فقال لا بل بحكم الحاكم بثبوت رمضان فانه لما حكم بثبوته وأمر الناس بالصوم فبالضرورة يثبت الفطر بعد ثلاثين يوما انتهى فتح ولو صاموا بشهادة شاهدين أفطروا باتمام العدة اتفاقا انتهى كافي وعن القاضي أبي علي السغدي لا يفطرون وهكذا في مجموع النوازل وصحح الاول في الخلاصة ولو قال قائل ان قبلها في صحو لا يفطرون أو في غيم أفطروا لتحقق زيادة القوة في الثبوت في الثاني والاشتراك في عدم الثبوت أصلا في الاول فصار كالواحد لم يبعد انتهى فتح (قوله بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة) وهذا الاستشهاد على قولهما وأما على قوله لا يتصور ذكره في الايضاح قلنا يتصور عنده في الفراش انتهى من خط الشارح (قوله وطلاق الحرة) أي هذا الكل وعتق العبد في قول أبي يوسف ومحمد وأما على قياس قول أبي حنيفة فينبغي أن يشترط الدعوى في هلال الفطر وهلال رمضان انتهى فتح نقلا عن قاضيخان (قوله توهم الغلط) الاولى أن يقال ظاهر في الغلط فان مجرد الغلط متحقق في البينات الموجبة للحكم ولا يمنع ذلك قبولها بل التفرد من بين الجم الغفير بالرؤية مع توجههم طالبين لما توجه هو اليه مع فرض عدم المانع وسلامة الابصار وان تفاوتت الابصار في الحدة ظاهر في غلطه كتفرد ناقل زيادة من بين سائر أهل مجلس مشاركين له في السماع فانها ترد وان كان ثقة مع أن التفاوت في حدة السمع أيضا واقع كما في الابصار مع أنه لا نسبة لمشاركيه

غير عدل أن يكون مستورا وهو الذي لم يعرف بالعدالة ولا بالدعارة ويقبل فيه خبر المحدود في القذف بعدما تاب وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه لا يقبل لانه شهادة من وجه ألا ترى انه يشترط فيه الحضور الى مجلس القاضي ولا يكون ملزما الا بعد القضاء والاول أصح لانه من باب الاخبار والصحابة رضي الله عنهم كانوا يقبلون أخبار أبي بكرة بعدما حد في القذف لكونه عدلا ولهذا يقبل فيه خبر الواحد وقال الشافعي في أحد قوليه يشترط المثنى اعتبارا بسائر الشهادات والحجة عليه ما روى عن ابن عباس انه قال جاء أعرابي الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال اني رأيت الهلال فقال أتشهد أن لا اله الا الله قال نعم قال أتشهد أن محمدا رسول الله قال نعم قال يا بلال أذن في الناس فليصوموا غدا رواه أبو داود والترمذي ولانه خبر ديني وليس بشهادة حتى لا يشترط فيه لفظها فلا يشترط فيه العدد كسائر الاخبار ثم اذا صاموا بشهادة الواحد وأكملوا ثلاثين يوما ولم يروا هلال شوال لا يفطرون فيما روى الحسن عن أبي حنيفة للاحتياط ولان الفطر لا يثبت بشهادة الواحد وعن محمد أنهم يفطرون ويثبت الفطر بناء على ثبوت الرمضانية بالواحد وان كان لا يثبت به الفطر ابتداء كاستحقاق الارث بناء على النسب الثابت بشهادة القابلة وان كان الارث لا يثبت بشهادتها ابتداء والاشبه أن يقال ان كانت السماء مصحية لا يفطرون لظهور غلطه وان كانت متغيمة يفطرون لعدم ظهور الغلط وأما هلال الفطر فلانه تعلق به نفع العباد وهو الفطر فأشبه سائر حقوقهم فيشترط فيه ما يشترط في سائر حقوقهم من العدالة والحرية والعدد ولفظ الشهادة وينبغي أن لا يشترط فيه الدعوى كعتق الامة وطلاق الحرة ولا تقبل فيه شهادة المحدود في قذف لكونه شهادة قال رحمه الله (والا فجمع عظيم لهما) أي وان لم يكن بالسماء علة فيهما يشترط أن يكون الشهود جماعة كثيرة بحيث يقع العلم بخبرهم لان التفرد في مثل هذه الحالة يوهم الغلط فوجب التوقف في خبره حتى يكون جمعا كثيرا بخلاف ما اذا كان بالسماء علة لانه قد ينشق الغيم من موضع الهلال فيتفق

في السماع يشاركه في الترائي كثرة والزيادة المقبولة ما علم فيه تعدد المجلس أو جهل فيه الحال من الاتحاد والتعدد وقوله لان التفرد لا يريد تفرد الواحد والالا أفاد قبول الاثنين وهو منتف بل المراد تفرد من لم يقع العلم بخبرهم من بين أضعافهم من الخلائق انتهى فتح (قوله ثم قيل في حد الكثرة) أي في خصوص هذه الحالة انتهى فتح والحق ماروى عن محمد وأبي يوسف أيضا أن العبرة لتواتر الخبر ومجيئه من كل جانب انتهى فتح (قوله اعتبارا بالقسامة) والجامع كون كل واحد أمرا عظيما ولان القسامة حق العبد فلما جعل خمسون معرفا لمقه مع احتياجه فلان يجعل في حقه تعالى مع استغنائه وهو الصوم أولى انتهى كاكي (قوله ونص الطحاوي الخ) قال الكمال رحمه الله وما عن الطحاوي من الفرق خلاف ظاهر الرواية وكذا ما يشير اليه كتاب الاستحسان حيث قال فان كان الذي شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته لان الذي يقع في القلب من ذلك أنه باطل فان القيود المذكورة تفيد بمفهوماتها المخالفة الجواز عند عدمها انتهى (قوله وذكر في النوادر الخ) وفي التحفة رجح رواية النوادر فقال والصحيح انه تقبل فيه شهادة الواحد لان هذا من باب الخبر فانه يلزم المخبر أولا ثم يتعدى منه الى غيره انتهى وأيضا لانه يتعلق به أمر ديني وهو وجوب الاضحية وهو حق الله تعالى فصار كهلال رمضان في تعلق حق الله تعالى فيقبل فيه في الغيم الواحد العدل ولا يقبل في الصحو الا التواتر اه فتح (قوله وروى أن أبا موسى الضرير) قال في الغاية وفي البدائع عن أبي عبد الله الضرير أنه استفتى منه رجل اسكندري الخ وقال الشيخ باكير في شرح الكنز وحكى عن عبد الله بن أبي موسى الضرير أنه استفتى منه رجل أسكندري اه (قوله فهو لليلة الماضية) أي فيجب صوم ذلك اليوم وفطره ان كان ذلك في آخر يوم من رمضان اه فتح (قوله فهو لليلة المستقبلة الخ) وعند أبي حنيفة ومحمد هو للمستقبلة هكذا حكى الخلاف في الايضاح وحكاه في المنظومة بين أبي يوسف ومحمد فقط وفي التحفة قال أبو يوسف اذا كان قبل الزوال أو بعده الى العصر فهو لليلة الماضية وان كان بعد العصر فهو لليلة المستقبلة بلا خلاف وفيه خلاف بين الصحابة وروى عن عمر وابن مسعود وأنس كقولهما وعن عمر في رواية أخرى وهو قول علي وعائشة مثل قول أبي يوسف اه وجه قول أبي يوسف أن الظاهر أنه لا يرى قبل الزوال الا وهو لثلاثين فيحكم بوجوب الفطر والصوم على اعتبار ذلك ولهما قوله صلى الله عليه وسلم صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فوجب سبق الرؤية على الصوم والفطر والمفهوم المتبادر منه الرؤية عند عشية آخر كل شهر عند الصحابة والتابعين ومن بعدهم بخلاف ما قبل الزوال من الثلاثين والمختار

للبعض النظر فيستند ثم قيل في حد الكثرة أهل المحلة وعن أبي يوسف خمسون رجلا اعتبارا بالقسامة وعن خلف بن أيوب خمسمائة ببلخ قليل ولا فرق بين أهل المصر وبين من ورد من خارج المصر ذكره في الهداية وقال في كتاب الاستحسان فان كان الذي شهد بذلك في المصر ولا علة في السماء لم تقبل شهادته لان الذي يقع في القلب من ذلك أنه باطل فيشير الى أنه اذا ورد من خارج المصر تقبل شهادته كما اذا كان بالسماء علة ونص الطحاوي انه اذا ورد من خارج المصر تقبل شهادته لقلة الموانع من غبار ودخان وكذا اذا كان في مكان مرتفع في المصر قال رحمه الله (والاضحى كالفطر) أي هلال الاضحى كهلال الفطر حتى لا يثبت الا بما يثبت به هلال الفطر لانه تعلق به حق العباد وهو التوسع بلحوم الاضاحي فصار كالفطر وذكر في النوادر عن أبي حنيفة أنه كرمضان لانه يتعلق به أمر ديني وهو ظهور وقت الحج والاول أصح قال رحمه الله (ولا عبرة باختلاف المطالع) وقيل يعتبر ومعناه أنه اذا رأى الهلال أهل بلد ولم يره أهل بلدة أخرى يجب أن يصوموا برؤية أولئك كيفما كان على قول من قال لا عبرة باختلاف المطالع وعلى قول من اعتبره ينظر فان كان بينهما تقارب بحيث لا تختلف المطالع يجب وان كان بحيث تختلف لا يجب وأكثر المشايخ على انه لا يعتبر حتى اذا صام أهل بلدة ثلاثين يوما وأهل بلدة أخرى تسعة وعشرين يوما يجب عليهم قضاء يوم والاشبه أن يعتبر لان كل قوم مخاطبون بما عندهم وانفصال الهلال عن شعاع الشمس يختلف باختلاف الاقطار كما أن دخول الوقت وخروجه يختلف باختلاف الاقطار حتى اذا زالت الشمس في المشرق لا يلزم منه أن تزول في المغرب وكذا طلوع الفجر وغروب الشمس بل كلما تحركت الشمس درجة فتلك طلوع فجر لقوم وطلوع شمس لآخرين وغروب لبعض ونصف ليل لغيرهم وروى أن أبا موسى الضرير الفقيه صاحب المختصر قدم الاسكندرية فسئل عمن صعد على منارة الاسكندرية فيرى الشمس بزمان طويل بعد ما غربت عندهم في البلد أيحل له أن يفطر فقال لا ويحل لاهل البلد لان كلا مخاطب بما عنده والدليل على اعتبار المطالع ما روى عن كريب أن أم الفضل بعثته الى معاوية بالشام قال فقدمت الشام وقضيت حاجتها واستهل علي شهر رمضان وأنا بالشام فرأيت الهلال ليلة الجمعة ثم قدمت المدينة في آخر الشهر فسألني عبد الله بن عباس ثم ذكر الهلال فقال متى رأيتم الهلال فقلت رأيناه ليلة الجمعة فقال أنت رأيته فقلت نعم ورآه الناس وصاموا وصام معاوية فقال لكنا رأيناه ليلة السبت فلا نزال نصوم حتى نكمل ثلاثين أو نراه فقلت أولا تكتفي برؤية معاوية وصيامه فقال لا هكذا أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم قال في المنتقى رواه الجماعة الا البخاري وابن ماجه ولو رأوا الهلال في يوم الشك نهارا فهو لليلة المستقبلة سواء كان قبل الزوال أو بعده ولا يكون ذلك اليوم من رمضان ولا من شوال وروى عن أبي يوسف أنه قال ان كان قبل الزوال فهو لليلة الماضية وان كان بعد الزوال فهو لليلة المستقبلة وقيل

قولهما وهو كونه للمستقبل قبل الزوال وبعده الآن واحدا ولو رآه في نهار الثلاثين من رمضان فظن انقضاء مدة الصوم وأفطر عمدا ينبغي أن لا تجب عليه كفارة وان رآه بعد الزوال ذكره في الخلاصة هذا وتكره الاشارة الى الهلال عند رؤيته لانه فعل أهل الجاهلية اه فتح
(قوله والاول هو الظاهر) وهو كونه للمستقبل مطلقا اه

﴿ باب ما يفسد الصوم وما لا يفسده ﴾

ان كانت الشمس تتلو القمر فهو لليلة المستقبلة وان كان القمر يتلوها فهو لليلة الماضية والاول هو الظاهر وقال قاضيخان ان أفطروا لا كفارة عليهم لانهم أفطروا بتأويل وقال عليه الصلاة والسلام أفطروا لرؤيته والله أعلم

﴿ باب ما يفسد الصوم وما لا يفسده ﴾

قال رحمه الله (فان أكل الصائم أو شرب أو جامع ناسيا أو احتلم أو أنزل بنظر أو ادهن أو احتجم أو اكتحل أو قبل أو دخل حلقه غبار أو ذباب وهو ذاكر لصومه أو أكل ما بين أسنانه أو قاء وعاد لم يفطر) أما اذا أكل أو شرب أو جامع ناسيا فالقياس أن يفطر وهو قول مالك لوجود ما يضاد الصوم فصار كالكلام ناسيا في الصلاة وكترك النية فيه وكالجماع في الاحرام أو الاعتكاف ولنا ما رواه أبو هريرة رضي الله عنه أنه قال من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه قال في المنتقى رواه الجماعة الا النسائي ولان النسيان غالب للانسان فلو كان مفطرا لحرجوا وهو مدفوع بالنص بخلاف الاحرام في الحج والصلاة والاعتكاف لان حالتها مذكرة وهذا لان هيئته في هذه الاشياء تخالف هيئة العادة وفي الصوم لا تخالف فلا مذكر له فيه ولا يقال المراد بالحديث الامساك تشبها كالحائض اذا طهرت وغيرها ممن وجد منه ما ينافي الصوم لانا نقول أمر باتمام صومه وبالامساك تشبها لا يتم صومه والمأمور به هو الاتمام للصوم والذي يؤيد هذا المعنى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أكل الصائم ناسيا أو شرب ناسيا فانما هو رزق ساقه الله اليه فلا قضاء عليه رواه الدارقطني وقال اسناده صحيح وكلهم ثقات فاذا ثبت في الاكل والشرب ثبت في الجماع دلالة لانه في معناه ولو أكل ناسيا فقال له آخر أنت صائم ولم يتذكر فأكل ثم تذكر أنه صائم فسد صومه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه أخبر بأن هذا الاكل حرام عليه وخبر الواحد في الديانات حجة وقال زفر والحسن لا يفسد لانه ناس ولو رأى صائما يأكل ناسيا يذكره ان كان شابا لان له قوة بدون ذلك وان كان شيخا لا يذكره لانه ضعيف لا يقدر ولا فرق فيما ذكرنا بين الفرض والنفل لان النص لم يفصل ولو كان مخطئا أو مكرها أفطر وقال الشافعي رضي الله عنه لم يفطر لقوله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به وقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد به رفع الحكم اذ هو موجود حسا والحكم نوعان دنيوي وهو الفساد وأخروي وهو الاثم ومسمى الحكم يشملهما فيتناول الحكمين ولانه لم يقصد الفطر فلا يفسد كالناسي بل أولى لان الناسي قصد الاكل والمخطئ ليس بقاصد ولنا أن المفطر وصل الى جوفه فيفسد صومه وهو القياس في الناسي الا أنا تركناه بما روينا فصار كما اذا أكره على أن يأكل هو بيده أو كما أكل وهو يظن أن الفجر لم يطلع فاذا هو طالع وما رواه محمول على نفي الاثم ورفعه لانه مراد بالاجماع فلا يجوز أن يكون غيره مرادا لان الحكم فيه مقتضى وهو لا عموم له والقياس على الناسي ممتنع لوجهين أحدهما أن النسيان غالب فلا يمكن الاحتراز عنه فيعذر وهذه الاشياء نادرة فلا يصح الحاقها به والثاني أن النسيان من قبل من له الحق

(قوله في المتن أو جامع ناسيا) أي لصومه لانه ذاكر للاكل والشرب أو الجماع اه كاكي وقوله ناسيا قيد للثلاثة اه ع (قوله لم يفطر) هو بالتشديد والتخفيف فعلى الاول يكون مسندا الى الاكل وما يضاهيه اه دراية وفي المرغيناني ان أكل ناسيا قبل النية ثم نوى الصوم ذكر في الفتاوى أنه لا يجوز صومه وفي البقالي النسيان قبل النية كهو بعدها اه دراية (قوله فانما الله أطعمه) كذا هو في خط الشارح وفي مسلم فانما أطعمه الله وسقاه اه غاية (قوله ولو أكل ناسيا فقال آخر أنت صائم الخ) قال الولوالجي رجل أكل ناسيا فقيل له انك صائم وهو لا يذكر كان عليه القضاء هو المختار لان قول الواحد في الديانات حجة اه (قوله فسد صومه عند أبي حنيفة وأبي يوسف) وفي الخزانة فسد صومه عند أبي حنيفة ولا كفارة عليه اه غاية (قوله وخبر الواحد في الديانات حجة) وكان يجب أن يلتفت الى تأمل الحال اه فتح (قوله ولو رأى صائما يأكل ناسيا الخ) قال في الغاية وذكر أبو الليث في نوازله أن رجلا نظر الى غيره يأكل ناسيا يكره له أن لا يذكره اذا كان قويا على صومه وان كان يضعف بالصوم لا يكره لان ما يفعله ليس بمعصية عند عامة العلماء (قوله ولو كان مخطئا) بأن تمضمض فسبق الماء حلقه (قوله أو مكرها) سواء صب الماء في حلقه أو شرب به بنفسه مكرها غاية واعلم أن أبا حنيفة كان يقول أولا في المكره على الجماع عليه القضاء والكفارة لانه لا يكون الا بانتشار الآلة وذلك أمارة اختياره ثم رجع وقال لا كفارة عليه وهو قولهما لان فساد الصوم يتحقق بالايلاج وهو مكره فيه مع أنه ليس كل من انتشرت آلته يجامع اه فتح

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الخ) رواه عبد الرحمن بن زيد بن أسلم قال الترمذي هو ضعيف اه غاية وقال الكمال رحمه الله بعد أن روى هذا الحديث من طرق وبين ضعفه وانه فقد ظهر أن هذا الحديث يرتقي الى درجة الحسن لتعدد طرقه وضعف رواته انما هو من قبيل الحفظ لا العدالة فالتضافر دليل الاجادة في خصوصه والمراد من القيء ما ذرع الصائم على ما سيظهر اه (قوله وعامتهم على انه يفسد) قال في الينابيع وهو المختار وقالت الظهيرية لا يفسد اه غاية قال المصنف

الحق ولهذا قال عليه الصلاة والسلام انما أطعمه الله وسقاه وهذه الاشياء من العباد فيفترقان كالمريض والمقيد اذا صليا قاعدين حيث يجب القضاء على المقيد دون المريض وثم اذا احتلم فلقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث لا يفطرن الصائم الحجامة والقيء والاحتلام ولانه فيه حرج بعدم امكان التحرز عنه الا بترك النوم وهو مباح ولانه لم توجد صورة الجماع ولا معناه وهو الانزال عن شهوة بالمباشرة وأما اذا أنزل بنظر فلعدم المباشرة وقال مالك اذا أنزل بالنظرة الاولى لا يفسد صومه وان أنزل بالثانية يفسد لقوله عليه الصلاة والسلام لعلي لا تتبع النظرة النظرة فانما الاولى لك والاخرى عليك ولان النظرة الاولى تقع بغتة فلا يستطاع الامتناع عنها بخلاف الثانية ولنا أن النظر مقصور عليه غير متصل بها فصار كالانزال بالتفكر والمراد بما روى في حق الاثم ولان ما يكون مفطرا لا يشترط التكرار فيه وما لا يكون مفطرا لا يفطر بالتكرار كاللمس والاستمناء بالكف على ما قاله بعضهم وعامتهم على أنه يفسد ولا يحل له ان قصد به قضاء الشهوة لقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم الى أن قال فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون أي الظالمون المتجاوزون فلم يبح الاستمتاع الا بهما فيحرم الاستمتاع بالكف وقال ابن جريج سألت عنه عطاء فقال مكروه سمعت قوما يحشرون وأيديهم حبالى فأظن أنهم هم هؤلاء وقال سعيد بن جبير عذب الله أمة كانوا يعبثون بمذاكيرهم وان قصد به تسكين ما به من الشهوة يرجى أن لا يكون عليه وبال وعلى هذا الخلاف اذا أتى بهيمة فأنزل وان لم ينزل لا يفسد صومه بالاتفاق ولا ينتقض وضوءه ولو قبل بهيمة أو مس فرجها فأنزل لا يفسد صومه بالاجماع وأما اذا ادهن فلعدم المنافي والداخل من المسام لا من المسالك فلا ينافيه كما لو اغتسل بالماء البارد ووجد برده في كبده وأما الاحتجام فلما روينا ولعدم المنافي وهو قول جمهور العلماء وقال أحمد يفطره لقوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم رواه الترمذي وبمثله يترك القياس ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم واحتجم وهو صائم رواه البخاري وغيره وعن أنس أنه قيل له أكنتم تكرهون الحجامة للصائم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا الا من أجل الضعف رواه البخاري قال أنس أول ما كرهت الحجامة للصائم أن جعفر بن أبي طالب احتجم وهو صائم فمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أفطر هذان ثم رخص عليه الصلاة والسلام في الحجامة بعد للصائم وكان أنس يحتجم وهو صائم رواه الدارقطني وقال رواته كلهم ثقات ولا أعلم له علة وما رواه منسوخ بما روينا ولما بينا من حديث أنس ولان احتجامه عليه الصلاة والسلام في السنة العاشرة وقوله أفطر الحاجم والمحجوم كان في السنة الثامنة عام الفتح ولان الحجامة ليس فيها الا اخراج الدم فصارت كالافتصاد والجرح وأما الاكتحال فلما روي عن عائشة أن النبي صلى الله عليه وسلم اكتحل وهو صائم رواه الدارقطني ولا فرق بين أن يجد طعم الكحل في حلقه أو لم يجد وكذا لو بزق ووجد لونه في الاصح وقال مالك وأحمد يفسد صومه اذا وصل الى حلقه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالاثمد المروح عند النوم وقال ليتقه الصائم ولنا ما روينا ولانه ليس بين العين والدماغ مسلك والدمع يخرج بالترشح كالعرق والداخل من المسام لا ينافيه على ما ذكرنا ولان ما يجده في حلقه أثر الكحل لا عينه فلا يضره كما لو ذاق الدواء ووجد طعمه في حلقه ولا يمكن

في التجنيس انه المختار كله اعتبرت المباشرة المأخوذة في معنى الجماع أعم من كونها مباشرة الغير أو لا بأن يراد مباشرة هي سبب الانزال سواء كان ما بوشر مما يشتهى عادة أو لا ولهذا أفطر بالانزال في فرج البهيمة والميتة وليس مما يشتهى عادة اه فتح (قوله الداخل من المسام) المسام المنافذ مأخوذ من سم الابرة وان لم يسمع الا من الاطباء اه دراية (قوله وعن أنس أنه قيل له الى آخره) انما قيل له ثابت البناني على ما في الغاية اه (قوله وقال رواته) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وكان أنس يحتجم وهو صائم الى آخره) وعن أنس رضي الله عنه احتجم رسول الله صلى الله عليه وسلم وهو صائم بعدما قال أفطر الحاجم والمحجوم رواه الدارقطني اه غاية (قوله وما رواه منسوخ بما روينا) قال الشيخ باكير وما رواه منسوخ أو محمول على ما روي انه صلى الله عليه وسلم مر بهما وهما يغتابان فقال عليه الصلاة والسلام ذلك أي غيبتهما أذهبت ثواب صومهما فصار كالمفطر من حيث حرمان الثواب وقيل تأويله تعرضا للافطار المحجوم للضعف والحاجم لانه لا يأمن من ان يصل الى جوفه بمص الزجاج اه (قوله ووجد طعمه في حلقه) أي وكمن أخذ حنظلة في فمه فوجد مرارتها في حلقه وما لو وجد عذوبته أو مداواته في حلقه وكما لو صب لبنا في عينيه أو دواء فوجد طعمه أو مرارته في حلقه لا يفسد صومه اه غاية

(قوله بخلاف المصاهرة والرجعة) أى لو قبل المطلقة الرجعية يصير مراجعا و بالقبلة أيضا مع الشهوة ينتشر لها الذكر وتثبت حرمة أمهات المقبلة كبناتها اه فتح (قوله ولا بأس بالقبلة الى آخره) والتقبيل الفاحش مكروه وهو ان يمضغ شفتها اه غاية (قوله والمس فى جميع ماذكرنا الى آخره) فى الذخيرة ان مسها بحائل فأنزل ان وجد حرارة بدنها أفطر وعند الشافعية اذا أنزل بحائل ففى فساده وجهان اه غاية (قوله وعلى محمد الى آخره) وعن محمد انه كره المباشرة الفاحشة لانها قلما تخلو عن الفتنة اه هداية قلنا الكلام فيما اذا كان بحال يأمن فان خاف قلنا بالكراهة والاوجه الكراهة لانها اذا كانت سببا غالبا فاقل الامور لزوم الكراهة من غير ملاحظة تحقق الخوف بالفعل كما هو قواعد الشرع اه فتح (قوله و يضع فرجه على فرجها الى آخره) وهذا خص من مطلق المباشرة وهو المفاد بالحديث فجعل الحديث دليلا على محمد محل نظر اذ لا عموم للفعل المثبت فى أقسامه بل ولا فى الزمان وفهمه فيه من ادخال الراوى لفظ كان على المضارع وقول محمد هو رواية الحسن عن أبى حنيفة اه فتح (قوله فأشبه الدخان) فان الصائم لا يجد بدا من ان يفتح فاه يتحدث مع الناس ولا يمكن التحرز عنه فكان عفوا كالفيا (قوله ونظيره ماذكره فى الخزانة الى آخره) قال الكمال رحمه الله بعد ان ساق ما فى الخزانة وفيه نظر لان القطرة يجد ملوحتها فالاولى عندى الاعتبار بوجدان الملوحة لصحيح الحس لانه لا ضرورة فى أكثر من ذلك القدر وما فى فتاوى قاضيخان لو دخل دمعه أو عرق جبينه أودم رعافه حلقه فسد صومه يوافق ماذكرته فانه علق بوصوله الى الحلق ومجرد وجدان الملوحة دليل داخلا ذلك انتهى (قوله بان يأوى خيمة أو سقف الى آخره) يقتضى انه لو لم يقدر على ذلك بان كان سائرا مسافرا أفسده فالاولى تعليل الامكان لتيسر طبق الفم وفتحه أحيانا مع الاحتراس عن الدخول ولو دخل فمه المطر فابتلعه لزمته الكفارة اه فتح ولو استشم المخاط من أنفه حتى أدخله الى فمه وابتلعه عمدا لا يفطر ولو خرج ريقه من فمه فأدخله وابتلعه ان كان لم ينقطع من فيه بل متصل بما فيه كالخيط فاستشربه لم يفطر وان كان انقطع فأخذه وأعاده أفطر ولا كفارة عليه كما لو ابتلع ريق غيره ولو اختلط بالريق لون صبغ ابريسم يعمله مخرجا الخيط من فيه فابتلع هذا الريق ذاكرا لصومه أفطر اه فتح (قوله بان يأوى) كذا بخط الشارح اه

الامتناع عنه فصار كالغبار والدخان ولئن كان عينه فهو من قبيل المسام فلا يفطره وما رووا منكر قاله يحيى بن معين فلا يصح الاحتجاج به ولئن صح فهو محمول على أنه عليه الصلاة والسلام قال ذلك شفقة عليهم لاحتمال أنه عليه الصلاة والسلام عرف فى الاثمد صفة لا توافق الصائم كالحرارة ونحوه ولو قبل لا يفسد صومه اذا لم ينزل لما روى أبو سعيد الخدرى أنه عليه الصلاة والسلام رخص فى القبلة للصائم والحجامة رواه الدارقطنى وقال كلهم ثقات يعنى رواته ولان المنافى قضاء الشهوة صورة أو معنى ولم يوجد بخلاف المصاهرة والرجعة حيث يثبتان بها وان لم ينزل لان الحكم فيهما أدير على السبب المفضى الى الوقاع وهنا على قضاء الشهوة ولهذا لو أنزل بالقبلة لا يثبت به حكم المصاهرة و يفسد به الصوم ولو أنزل بقبلة فعليه القضاء لوجود معنى الجماع وهو الانزال بالمباشرة دون الكفارة لقصور الجناية فانعدم صورة الجماع وهذا لان القضاء يكفى لوجوبه وجود المنافى صورة أو معنى ولا يكفى ذلك لوجوب هذه الكفارة فلا بد من وجود المنافى صورة ومعنى لانها تندرئ بالشبهات بخلاف سائر الكفارات حيث تجب مع الشبهة والفرق أن الكفارة انما تجب لاجل جبر الفائت وفى الصوم حصل الجبر بالقضاء فكانت زاجرة فقط فشابهت الحدود فتندرئ بالشبهات ولهذا لا تجب بالاكراه والخطإ بخلاف سائر الكفارات ولا بأس بالقبلة اذا أمن الانزال والجماع لما روينا ولما روى عن عائشة رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل و يباشر وهو صائم رواه البخارى ومسلم وعن أم سلمة أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبلها وهو صائم متفق عليه ويكره ان لم يأمن لان عينه ليس بفطر وربما يصير فطرا بعاقبته فان أمن اعتبر عينه فأبيح وان لم يأمن يعتبر عاقبته فيكره والشافعى أباح القبلة فى الحالين والحجة عليه ما بيناه والمس فى جميع ماذكرنا كالقبلة والمباشرة مثل التقبيل فى ظاهر الرواية لما روينا ولما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام سأله رجل عن المباشرة للصائم فرخص له وأتاه آخر فنهاه فاذا الذى رخص له شيخ والذى نهاه شاب رواه أبو داود باسناد جيد وبهذا تبين لك أنه يفرق فيهما وفى التقبيل بين الحالتين فيكون حجة على الشافعى فى اباحته التقبيل فيهما وعلى محمد فى منعه المباشرة فيهما وتفسير المباشرة أن يتجردا عن الثياب و يضع فرجه على فرجها وأما اذا دخل حلقه غبار أو ذباب وهو ذاكر لصومه فلأنه لا يستطاع الامتناع عنه فأشبه الدخان وهذا استحسان والقياس أن يفطره لوصول المفطر الى جوفه وان كان لا يتغذى به كالتراب والحصا ونحو ذلك وجه الاستحسان ما بينا أنه لا يقدر على الامتناع عنه فصار كبلل يبقى فى فيه بعد المضمضة ونظيره ماذكره فى الخزانة أن دموعه أو عرقه اذا دخل فى حلقه وهو قليل مثل قطرة أو قطرتين لا يفطر وان كان أكثر بحيث يجد ملوحته فى الحلق يفسده واختلفوا فى الثلج والمطر والاصح أنه يفسده لامكان الامتناع عنه بان يأويه خيمة أو سقف وأما اذا أكل ما بين أسنانه فالمراد به ما اذا كان قليلا من الذى بقى من أكل الليل لعدم امكان الاحتراز عنه وان كان كثيرا يفطره وقال زفر يفطره فى الوجهين لان الفم له حكم الظاهر ألا ترى أنه لا يفسد صومه بالمضمضة فيكون

(قوله فصار تبعا) وانما اعتبر تابعا لانه لا يمكن الامتناع عن بقاء أثر من المأكل حوالى الاسنان وان قل ثم يجرى مع الريق التابع من محله الى الحلق فامتنع تعليق الافطار بعينه فتعلق بالكثير وهو ما يفسد الصلاة لانه اعتبر كثيرا فى فصل الصلاة ومن المشايخ من جعل الفاصل كون ذلك مما يحتاج فى ابتلاعه الى الاستعانة بالريق أولا الاول قليل والثانى كثير وهو حسن لان المانع من الحكم بالافطار بعد تحقق الوصول كونه لا يسهل الاحتراس عنه وذلك فيما يجرى بنفسه مع الريق الى الجوف لا فيما يتعمد فى ادخاله لانه غير مضطر فيه اه فتح (قوله فجعل الفاصل بينهما مقدار الحمصة) وجعل فى خزانة الاكمل المفسد ما يزيد على مقدار الحمصة وقدر الحمصة عفو اه غاية قال ثعلب الاختيار فتح الميم وقال المبرد وهو الحمص بكسر الميم ولم يأت عليه من الاسماء الا حلز وهو القصير وجلق اسم موضع بالشام اه صحاح (قوله ثم أكله ينبغى أن يفسد صومه) المتبادر من لفظ أكل المضغ والابتلاع أو الاعم من ذلك ومن مجرد الابتلاع فيفيد حينئذ خلاف ما فى شرح الكنز أنه اذا مضغ ما أدخله وهو دون الحمصة لا يفطر ولكن تشبيهه بما روى عن محمد من الفساد فى ابتلاع سمسمة بين أسنانه وعدمه اذا مضغها يوجب أن المراد بالاكل الابتلاع فقط والا لم يصح اعطاء النظير وفى الكافى فى السمسمة قال ان مضغها لا يفسد الا أن يجد طعمه فى حلقه وهذا حسن جدا فليكن الاصل فى كل قليل مضغه اه فتح وأيضا اذا ابتلع السمسمة حتى فسد هل تجب الكفارة قيل لا والمختار وجوبها لانها من جنس ما يتغذى به وهو رواية محمد انتهى فتح (قوله ينبغى أن يفسد صومه) أى لامكان الاحتراز عنه وبالقياس على ما روى عن محمد فى السمسمة انتهى دراية (قوله ولو مضغها لا يفسد) وكذا لو مضغ حبة حنطة لا يفسد صومه لانها تلتزق باسنانه فلا يصل الى جوفه شئ اه كاكى (قوله أنه يعافه الطبع) أى يكرهه انتهى كاكى فصار نظير التراب وزفر يقول بل نظير اللحم المنتن وفيه تجب الكفارة والتحقيق ان المفتى فى الوقائع لا بد له من ضرب

داخلا من الخارج ولنا أن القليل منه لا يمكن الامتناع عنه عادة فصار تبعا لاسنانه بمنزلة ريقه والكثير يمكن الاحتراز عنه فجعل الفاصل بينهما مقدار الحمصة وما دونه قليل وان أخذه بيده وأخرجه ثم أكله ينبغى أن يفسد صومه لما روى عن محمد أن الصائم اذا ابتلع سمسمة من بين أسنانه لا يفسد صومه ولو ابتلعها ابتداء من خارج يفسد ولو مضغها لا يفسد لانها تتلاشى وفى مقدار الحمصة عليه القضاء دون الكفارة عند أبى يوسف وعند زفر عليه الكفارة لانه طعام متغير وعن أبى يوسف أنه يعافه الطبع ولو جمع ريقه فى فيه ثم ابتلعه لم يفطر ويكره ولو أخرجه ثم ابتلعه يفطر كريق غيره والدم الخارج من بين أسنانه والدم غالب أو مساو فطره ان ابتلعه فيجب عليه القضاء دون الكفارة وهذا كله اذا كان بين أسنانه وأما اذا أدخله من خارج فينظر ان ابتلعه من غير مضغ فطره قل أو كثر وان مضغه ينظر ان كان قدر الحمصة فكذلك وان كان أقل لا يفطره لما ذكرنا وأما اذا قاء فلقوله عليه الصلاة والسلام من ذرعه القىء فليس عليه قضاء ومن استقاء عمدا فليقض رواه أبو داود وغيره وقال الدارقطنى رواته كلهم ثقات ويستوى فيه ملء الفم وما دونه اذا قاء حتى لا يفسد صومه فيهما وقوله فى المختصر أو قاء وعاد وقع اتفاقا لان العود ليس بشرط لانتفاء الافطار على ما يجىء تفاصيله من قريب وهذا قول محمد رحمه الله قال رحمه الله (وان أعاده أو استقاء أو ابتلع حصاة أو حديدا قضى فقط) أى ان أعاد القىء أو قاء عامدا الى آخره يجب عليه القضاء لا غير أى لا تجب عليه الكفارة أما اعادة القىء والاستقاءة فالجملة فيه أنه لا يخلو إما أن قاء عمدا أو ذرعه القىء وكل واحد منهما لا يخلو إما أن يكون ملء الفم أو لا يكون وكل واحد من هذه الاقسام لا يخلو إما أن عاد هو بنفسه أو أعاده أو خرج ولم يعده ولا عاد هو بنفسه فان ذرعه القىء وخرج لا يفطره قل أو كثر لاطلاق ما روينا وان عاد هو بنفسه وهو ذاكر للصوم ان كان ملء الفم فسد صومه عند أبى يوسف لانه خارج حتى انتقضت به الطهارة وقد دخل وعند محمد لا يفسده وهو الصحيح لانه لم يوجد منه صورة الفطر وهو الابتلاع وكذا معناه اذ لا يتغذى به فأبو يوسف يعتبر

اجتهاد ومعرفة بأحوال الناس وقد عرف ان الكفارة تفتقر الى كمال الجناية فينظر فى صاحب الواقعة ان كان ممن يعاف طبعه ذلك أخذ بقول أبى يوسف وان كان ممن لا أثر لذلك عنده أخذ بقول زفر ولو ابتلع حبة عنب ليس معها ثفروقها فعليه الكفارة وان كان معها اختلفوا فيه وان مضغها وهو معها فعليه الكفارة اه فتح (قوله من ذرعه القىء) ذرعه بالذال المعجمة سبقه وغلبه انتهى صحاح وما روى فى سنن ابن ماجه أنه صلى الله عليه وسلم خرج فى يوم كان يصومه فدعا باناء فشربه فقلنا يا رسول الله ان هذا كنت تصومه قال أجل ولكنى قئت محمول على ما قبل الشروع أو عروض الضعف اه فتح (قوله فالجملة فيه) أى فى مسائل القىء انتهى (قوله أو لا يكون) ملء الفم أى فصارت الاقسام أربعة (قوله أو خرج ولم يعده ولا عاد بنفسه) أى فصارت الاقسام اثنى عشرة حاصلة من ضرب هذه الاقسام الثلاثة فى الاربعة التى قبلها اه (قوله وان عاد هو) أى القىء الذى ذرعه اه (قوله لانه لم يوجد منه صورة الفطر وهو) أى صورة الفطر ذكر ضميره نظرا الى الخبر اه كاكى (قوله اذ لا يتغذى به) أى عادة اه هداية قال الكمال قيد به لانه مما يتغذى به فانه بحسب الاصل مطعوم فاذا استقر فى المعدة يحصل به التغذى بخلاف الحصا ونحوه لكنه لم يعتد فيه ذلك لعدم الحل ونفور الطبع اه (قوله فأبو يوسف الى آخره) أى فأصل أبى يوسف فى العود والاعادة اعتبار الخروج وهو بملء الفم وأصل محمد فيه الاعادة قل أو كثر اه فتح

(قوله وان كان أقل من ملء الفم لا يفطر لما رويناه) مستدرك اذ دخوله فى قوله سابقا فان ذرعه القئ وخرج الى آخره ولو قال الشارح رحمه الله وان كان أقل من ملء الفم فعاد لا يفطره بالاجماع الى آخره لكان أخصر مع سلامته من التكرار ولصلح جعله قسيما لقوله سابقا ان كان ملء الفم فسد صومه عند أبى يوسف فتأمل اه كاكى (قوله وان أعاده) أى القئ الذى ذرعه وهو أقل من ملء الفم اه (قوله وان استقاء عامدا) قيد به ليخرج ما اذا استقاء ناسيا لصومه فانه لا يفسد به كغيره من المفطرات اه فتح (قوله ولا يفطر عند أبى يوسف الى آخره) وهو المختار عند بعضهم لكن ظاهر الرواية كقول محمد ذكره فى الكافى اه فتح (قوله لم يفطر لما ذكرنا) أى من عدم الخروج (قوله بناء على الاختلاف فى انتقاض الطهارة) قال الكمال ويظهر أن قولهما أحسن من قولهما بخلاف نقض الطهارة وذلك لان الافطار انما أنيط بما يدخل أو بالقئ عمدا امانظرا الى أنه يستلزم عادة دخول شئ أولا باعتباره بل ابتداء شرع يفطر بشئ آخر من غير أن يلحظ فيه تحقق كونه خارجا نجسا أو طاهرا فلا فرق بين البلغم وغيره حينئذ بخلاف نقض الطهارة اه قوله نقض الطهارة أى بالخارج فانه منوط بالنجاسة المنفصلة عن محلها ولم يوجد فى البلغم اه

الخروج ومحمد يعتبر الصنع وان أعاده أفطر بالاجماع لوجود الصنع عند محمد والخروج عند أبى يوسف وان كان أقل من ملء الفم لا يفطر لما روينا فان عاد لا يفطره بالاجماع لعدم الخروج عند أبى يوسف والصنع عند محمد وان أعاده فسد صومه عند محمد لوجود الصنع ولا يفسد عند أبى يوسف لعدم الخروج وهو الصحيح وان استقاء عامدا ان كان ملء الفم فسد صومه بالاجماع لما روينا فلا يتأتى فيه تفريع العود والاعادة لانه أفطر بالقئ وان كان أقل من ملء الفم أفطر عند محمد لاطلاق ما روينا ولا يتأتى التفريع على قوله ولا يفطر عند أبى يوسف هو الصحيح لعدم الخروج ثم ان عاد بنفسه لم يفطر لما ذكرنا وان أعاده فعنه روايتان فى رواية لا يفطر لعدم الخروج وفى رواية يفطر لكثرة الصنع وزفر مع محمد فى أن قليله يفسد الصوم وهو جرى على أصله فى انتقاض الطهارة وكذا أبو يوسف ومحمد فرق بينهما لاطلاق الحديث فى الصوم هذا اذا قاء طعاما أو ماء أو مرة فان قاء بلغما فغير مفسد لصومه عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف هو مفطر اذا قاء ملء الفم بناء على الاختلاف فى انتقاض الطهارة وان قاء مرارا فى مجلس واحد ملء فيه لزمه القضاء وان كان فى مجالس أو غدوة ثم نصف النهار ثم عشية لا يلزمه القضاء ذكره فى خزانة الاكمل وغيره وقال فى المبسوط لم يفصل فى ظاهر الرواية بين ملء الفم ومادونه وفى رواية الحسن عن أبى حنيفة فرق بينهما وهو الصحيح فان ملء الفم ناقض للطهارة لا مادونه وأما اذا ابتلع الحصاة أو الحديد فلوجود صورة الفطر على ما قال ابن عباس الفطر مما دخل وعلى هذا كل ما لا يتغذى به ولا يتداوى به عادة كالحجر والتراب لا يوجب الكفارة وفى الدقيق والارز والعجين لا تجب الكفارة الا عند محمد وفى الملح لا تجب الا اذا اعتاد ذلك يعنى أكله وحده وقيل فى قليله تجب دون كثيره وفى النئ من اللحم تجب دون الشحم وعند أبى الليث تجب فى الشحم أيضا هذا اذا كان غير قديد وان كان قديدا تجب فيهما وعلى هذا أوراق الاشجار ان كانت تؤكل عادة تجب فيها والا فلا وعلى هذا التفصيل النباتات كلها ولا تجب فى الطين الا الطين الارمنى لانه يتداوى به ولو ابتلع فستقة غير مشقوقة ولم يمضغها لا تجب والا فتجب ولو التقم لقمة ناسيا فتذكر بعد ما مضغها فابتلعها ذكر فى عيون المسائل

(قوله وأما اذا ابتلع الحصاة أو الحديد) انما قال ابتلع ولم يقل أكل لان الاكل المضغ والمضغ لا يتحقق فى الحصاة اه دراية (قوله الفطر على ما قال ابن عباس مما دخل الى آخره) أى وليس مما خرج رواه البيهقى وقال النووى هو صحيح أو حسن غاية ورفعه فى الهداية وقال الكمال ولا شك فى ثبوته موقوفا على جماعة اه قال الكمال ثم الجمع بين آثار الفطر مما دخل وبين آثار القئ أن فى الستقاء يتحقق رجوع شئ مما يخرج وان قل فلا عتباره يفطر وفيما اذا ذرعه ان تحقق ذلك أيضا لكن لا صنع له فيه وله لغيره من العباد فكان كالنسيان لا كالاكراه والخطأ اه

(قوله وقيل فى قليله تجب دون كثيره) أى لانه مضر اه غاية وهذا من الامتحانيات للمتأخرين اه (قوله وفى النئ من اللحم تجب) وان كان ميتة منتنة الا ان دودت فلا تجب اه فتح (قوله وان كان قديدا تجب فيهما) أى بلا خلاف اه فتح (قوله ولا تجب فى الطين) أى ولا فى النواة والقطن والكاغد والسفرجل اذا لم يدرك ولا هو مطبوخ ولا فى ابتلاع الجوزة الرطبة وتجب لو مضغها أو بلع اليابسة ومضغها على هذا وكذا يابس اللوز والبندق والفستق وقيل هذا ان وصل القشر أولا الى حلقه أما اذا وصل اللب أولا كفر وفى ابتلاع اللوزة الرطبة الكفارة لانها تؤكل كما هى بخلاف الجوزة فلهذا افترقا وابتلاع التفاحة كاللوزة والرمانة والبيضة كالجوزة وفى ابتلاع البطيخة الصغيرة والخوخة الصغيرة والهليلجة روى هشام عن محمد وجوب الكفارة اه فتح ولو أكل كافورا أو مسكا أو زعفرانا أو غالية كفر لانه يتداوى بها اه دراية (قوله الا الطين الارمنى) قال الكمال وتجب بالطين الارمنى وبغيره على من يعتاد أكله كالمسمى بالطفل لا على من لا يعتاده ولا بأكل الدم الا على رواية اه (قوله ولو ابتلع فستقة غير مشقوقة) قال فى الغاية وان ابتلع فستقة مشقوقة تجب به الكفارة وان لم تكن مشقوقة لا تجب الا اذا مضغها اه (قوله والا فتجب) بان كانت مشقوقة فابتلعها أو غير مشقوقة فمضغها اه

(قوله ان كانت حضنة بعد الى آخره) لانه تركها بعد الاخراج حتى بردت لانها حينئذ تعاف لاقبله فالحاصل ان المنظور اليه عند الكل في السقوط العيافة غير أن كلا وقع عنده ان الاستكراه انما يثبت عند كذا لا كذا اه فتح (قوله في المتن ومن جامع أو جومع الى آخره) وفي جوامع الفقه امرأتان تساحقتا ان أنزلتا فعليهما القضاء دون الكفارة وان لم تنزلا فلا قضاء عليهما انتهى غاية ولا غسل عليهما كذا في الفتاوى الظهيرية انتهى دراية (قوله أو أكل أو شرب عمدا) يعني في صوم رمضان اه غاية وفي القنية عن المرغيناني من أكل في نهار رمضان متعمدا على وجه الشهرة يؤمر بقتله انتهى كاكى (قوله قضى وكفر) أي اذا كان عمدا وقد نوى من الليل اه غاية (قوله ككفارة الظهار) والكاف في ككفارة الظهار في محل النصب لانه صفة مصدر محذوف تقديره وكفر تكفيرا ككفارة الظهار في الترتيب اه ع (قوله ولا يشترط فيه الانزال) أي في المحلين اه هداية (قوله ولان قضاء الشهوة متحقق بدون الانزال الى آخره) أي كما لا كل تجب بلقمة لا بالشبع اه فتح قال الكمال رحمه الله ولانه لما لم يشترط الانزال في وجوب الحد وهو عقوبة تندرئ بالشبهات فلأن لا يشترط في وجوب الكفارة وفيها معنى العبادة التي يحتاط في اثباتها أولى فعدم الاشتراط على هذا ثابت بدلالة نص الحد اه (قوله وهو منه دونها) أي ولهذا يقال جامع فلان ولا يقال جامعت اه (قوله لم يوجبه على المرأة) أي أمر أنه الاعرابي دليل على عدم وجوبها عليها اه (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أفطر الى آخره) رواه البخاري ومسلم كذا قال سبط ابن الجوزي في كتابه المسمى نهاية الصنائع قلت لا أصل له فضلا عن أن يخرجه الشيخان اه غاية ﴿فرع﴾ وفي المجتبى في المبسوطين لو مكنت نفسها من صبي أو مجنون فزنى بها فعليها الكفارة وبه قال الشافعي في أظهر قوليه وفي النوادر على قياس الحد لا يلزمها الكفارة ولو كانت الزوجة مكرهة لا كفارة عليها قال الحلواني الشرط الاكراه عند الايلاج والاصل في جنس هذه المسائل ان كل وطء يوجب الحد لو وقع في غير الملك يوجب الكفارة وما لا فلا ولو أكرهت زوجها على الجماع فعليه الكفارة وذكر محمد في الاصل انه لا كفارة عليه وبه يفتى وقال قاضيخان لو جامع مكرها فعليه القضاء لا الكفارة وقال أبو حنيفة أولا عليه الكفارة لان الانتشار أمارة الاختيار ثم رجع الى قولهما ولو كتمت طلوع الفجر على زوجها حتى جامعها فعليها الكفارة اه دراية (قوله فعليه ما على المظاهر) قال الكمال في هذا الحديث الله أعلم به وهو غير محفوظ وما في الصحيحين عن أبي هريرة رضي الله عنه انه صلى الله عليه وسلم أمر رجلا أفطر في رمضان ان يعتق رقبة أو يصوم شهرين متتابعين أو يطعم ستين مسكينا علق الكفارة بالافطار فان قيل لا يفيد المطلوب لانه حكاية واقعة حال لا عموم لها فيجب كون ذلك الفطر بأمر خاص لا بالاعم ولا دليل فيه انه بالجماع أو بغيره فلا متمسك به لاحد بل قام الدليل على انه أريد جماع الرجل وهو السائل بعينه مفسرا لذلك برواية نحو من عشرين رجلا عن أبي هريرة قلنا وجه الاستدلال به تعليقها بالافطار وهي عبارة الراوي أعني أبا هريرة اذ أفاد أنه فهم من خصوص الاحوال التي شاهدها في قضائه صلى الله عليه وسلم أو سمع ما يفيد أن ايجابها عليه باعتبار أنه افطار لا باعتبار خصوص الافطار فيصح التمسك وهذا كما قالوا في أصولهم في مسئلة ما اذا نقل الراوي بلفظ ظاهره العموم فانهم اختاروا اعتباره ومثلوه بقول الراوي قضى بالشفعة للجار لما ذكرنا من المعنى فهنا مثله بلا تفاوت لمن تأمل ولان الحد يجب عليها اذا طاوعته فالكفارة أولى

للتأخرين فيها أربعة أقوال قيل عليه القضاء دون الكفارة وقيل عليه الكفارة أيضا وقيل ان ابتلعها قبل أن يخرجها من فيه فلا كفارة عليه وان أخرجها من فيه ثم أعادها فعليه الكفارة وقيل بالعكس قال أبو الليث هو الاصح لانه بعد اخراجها تعافها النفس ومادامت في فمه يتلذذ بها وفي جوامع الفقه قيل ان كانت حضنة بعد فعليه الكفارة قال رحمه الله (ومن جامع أو جومع أو أكل أو شرب عمدا غذاء أو دواء قضى وكفر ككفارة الظهار) أما وجوب القضاء فلتحصيل المصلحة الفائتة اذ في صوم هذا اليوم مصلحة لانه مأمور به والحكيم لا يأمر الا بما فيه مصلحة وقد فوتها فيقضيه لتحصيلها وأما وجوب الكفارة فلحديث الاعرابي على ما يجيء من قريب ولا يشترط فيه الانزال لان أحكام الجماع كالحد والاغتسال وغيرهما تتعلق بالتقاء الختانين وفساد الصوم ووجوب الكفارة منها ولان قضاء الشهوة متحقق بدون الانزال وانما هو تبع وهو ليس بشرط لوجوبها والجماع في الدبر فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة لا يوجب الكفارة لقصور الجناية لان المحل مستقذر ومن له طبيعة سليمة لا يميل اليه فلا يستدعي زاجرا للامتناع بدونه فصار كالحد وفيما روى أبو يوسف عنه تجب عليهما لانه محل مشتهى على الكمال وهو الاصح بخلاف الحد لانه متعلق بالزنا وليس هذا زنا حقيقة لانه عبارة عن الجماع في الفرج الخالي عن الملك وشبهته ولا معنى لانه ليس فيه افساد الفراش واشتباه الانساب وقوله أو جومع نص على أنها تجب على المفعول به وعلى المرأة ان كان بطوعها وفي أحد قولي الشافعي لا تجب على المرأة لانها تجب بالوقاع وهو منه دونها وانما هي محل له ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام لم يوجبه على المرأة ولو كانت تجب عليها لبعث اليها أو أفتاه بذلك كما بعث أنيسا الى امرأة صاحب العسيف وقال ان اعترفت فارجمها حين ادعى زناها وفي قول تجب عليها ويتحمل عنها الزوج اذا كفر بالمال كثمن الماء للاغتسال وان كفر بالصوم يجب عليها ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أفطر في رمضان فعليه ما على المظاهر رواه الدارقطني

على قتلهم ماذكرناه انها فتكون ثابتة بدلالة النص حقها اهـ (قوله لوقوع الكفاية به) وفي شرح الارشاد بيان حكم الرجل بيان حكم المرأة لما روى انه عليه الصلاة والسلام قال حكمي في الواحد حكمي في الجماعة وخطابي للواحد خطاب الجماعة (٣) والدليل على انه تعالى بين حكم الاماء في الحد بقوله فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب وكان العبد في ذلك كالامة اهـ كاكي (قوله ومعرفة الحكم بالفتوى وقد حصل) أي وسكوته عن الكفارة عليها لا يدل على سقوطها كما لم يدل سكوته عن فساد صومها ووجوب القضاء عليها على خلاف ذلك وليس فيه تأخير البيان عن وقت الحاجة لان المرأة لم تسأله عنها

بعناه وكلمة من تطلق على الذكر والانثى قال الله تعالى ومن يقنت منكن لله ورسوله ولان الكفارة تجب بالافساد وقد شاركته فيه ولهذا يجب عليها الحد مع انه يدرأ بالشبهة فالكفارة أولى ولانها عبادة أو عقوبة ولا تحمل فيهما عن الغير وانما لم يبعث اليها النبي صلى الله عليه وسلم لوقوع الكفاية به لان البيان في حق الرجل بيان في حق المرأة لاستوائهما في الجناية وحكمها والمقصود فيه الاعلام ومعرفة الحكم بالفتوى وقد حصل بخلاف قصة صاحب العسيف فان المقصود هنالك اقامة الحد ولا يحصل الا بالبعث اليها ولان اعترافه على نفسه لا يكون اعترافا عليها ولا يلزمها بخلاف امرأة صاحب العسيف فانه بالحق واعترف عليها فلا بد من البعث لينكشف الحال ولهذا المعنى لم يبعث عليه الصلاة والسلام الى المرأة في قصة ماعز حين أقر على نفسه بالزنا ولانه يجوز أنها كانت مكرهة أو مفطرة بعذر من الاعذار كالحيض والنفاس وغير ذلك فلم تجب عليها الكفارة لذلك فلا يمكن الاحتجاج به مع الاحتمال وأما وجوبها بأكل ما يتغذى به أو يتداوى به أو يشرب به فلانه في معنى الجماع وقال الشافعي لا تجب بهما الا انها متعلقة بالجماع كالحد ولا يمكن القياس عليه لان شهوة الفرج أشد هيجانا والصبر عليه أشق على المرء وعند حصوله يغلب الشر ولا كذلك شهوة البطن فيكون أدعى الى الزاجر فلا يقاس عليه ما هو دونه في استدعائه الزاجر ونظيره شرب الخمر لا يقاس عليه غيره من المحرمات في وجوب الحد ولانها شرعت على خلاف القياس لارتفاع الذنب بالتوبة فلا يقاس عليه غيره ولنا ما روينا وما روي عن أبي هريرة أن رجلا أفطر في رمضان فأمره عليه الصلاة والسلام أن يعتق رقبة رواه مسلم وأبو داود ولفظ أفطر في الحديثين يتناول المأكول وغيره ولانها تتعلق بالافساد لهتك حرمة الشهر على سبيل الكمال لا بالجماع لان المحرم هو الافساد دون الجماع ولهذا تجب عليه بوطء منكوحته ومملوكته اذا كان بالنهار لوجود الافساد لا بالليل لعدمه بخلاف الحد ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعله علة لها بقوله من أفطر في رمضان الحديث فبطل قوله تتعلق بالجماع ولا نسلم أن شهوة الفرج أشد هيجانا ولا الصبر عن اقتضائه أشد على المرء بل شهوة البطن أشد وهو يفضي الى الهلاك ولهذا رخص فيه في المحرمات عند الضرورة لئلا يهلك بخلاف الفرج ولان الصوم يضعف شهوة الفرج ولهذا أمر عليه الصلاة والسلام العزب بالصوم ويقوي شهوة البطن فكان أدعى الى الزاجر وبايجاب الاعتاق تكفيرا علم أن التوبة وحدها غير مكفرة لهذا الذنب وأما كونها ككفارة الظهار يعني في الترتيب فلما روينا من حديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال هلكت يا رسول الله قال وما أهلكك قال وقعت على امرأتي في رمضان قال هل تجد ما تعتق رقبة قال لا قال فهل تستطيع أن تصوم شهرين متتابعين قال لا قال فهل تجد ما تطعم ستين مسكينا قال لا ثم جلس فأتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق فيه تمر فقال تصدق بهذا قال على أفقر منا فما بين لابتيها أهل بيت أحوج اليه منا فضحك النبي صلى الله عليه وسلم حتى بدت نواجذه قال اذهب فأطعمه أهلك رواه الجماعة وهذا ظاهر على وجوبه مرتبا

ولا سأله الزوج عنها اهـ غاية (قوله ولانه يجوز أنها كانت مكرهة) أي ودل عليه قوله أهلكت في رواية اهـ غاية (قوله ولانها تتعلق بالافساد لهتك حرمة الشهر) قال في الغاية وقول الاعرابي هلكت أشار الى هتك حرمة الشهر بافساد صومه وكان الحكم معلقا بالفطر الهاتك لحرمة شهر رمضان لا بنفس جماع زوجته فان جماع زوجته أو مملوكته حلال عند عدم افساد الصوم اهـ (قوله وبايجاب الاعتاق الى آخره) جواب عن قوله في وجه مخالفة القياس لارتفاع الذنب بالتوبة وهو غير دافع لكلامه لانه يسلم ان هذا الذنب لا يرتفع بمجرد التوبة وبهذا يثبت كونها على خلاف القياس يعني القاعدة المستمرة في الشرع اهـ فتح (قوله ولحديث أبي هريرة أنه قال جاء رجل الى آخره) اسمه سلمة البياضي الانصاري اهـ كاكي (قوله فأتي النبي صلى الله عليه وسلم بعرق) العرق بفتح العين والراء ويروى بسكون الراء مكتل من الخوص اهـ غاية (قوله فقال تصدق الى آخره) قال في الهداية فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرق من تمر ويروى بعرق فيه خمسة عشر صاعا اهـ (قوله فما بين لابتيها) اللابة الحرة وهي حجارة سود والمدينة يكتنفها حرتان اهـ غاية (قوله حتى بدت نواجذه) وفي لفظ ثناياه وفي لفظ أنيابه اهـ فتح (قوله قال اذهب فأطعمه أهلك الى آخره) زاد في الهداية يجزيك ولا يجزي أحدا بعدك اهـ وفي لفظ لابي داود وزاد الزهري وانما كان هذا رخصة له خاصة ولو أن رجلا فعل ذلك اليوم لم يكن له بد من التكفير قال المنذري قول الزهري ذلك دعوى لا دليل عليها وعن ذلك ذهب سعيد بن جبير الى عدم وجوب الكفارة على من أفطر في رمضان بأي شئ أفطر قال لا انتساخه بما في آخر الحديث بقوله كلها

أنت وعيالك اه وجمهور العلماء على قول الزهرى وأما رفع المصنف قوله يجزيك ولا يجزى أحدا بعدك فلم يرد فى شئ من طرقه وكذا لفظ الفرق بالقاف بل بالعين وهو مكتل يسع خمسة عشر صاعا على ما قيل قلنا وان لم يثبت فغاية الامر أنه أخر عنه الى الميسرة اذا كان فقيرا فى الحال عاجزا عن الصوم بعدما ذكر له ما يجب عليه كذا قال الشافعى وغيره قيل والظاهر انه خصوصية لانه وقع عند الدارقطنى فى هذا الحديث فقد كفر الله عنك ولفظ وأهلكت ليس فى الكتب الستة اه فتح القدير (قوله نقص الاعرابى الى آخره) نقله فى الغاية عن الحواشى اه فان قيل اعترف بالمعصية التى لا حد فيها ولم يعزره رسول الله صلى الله عليه وسلم أجابوا عنه بأنه مستفت فلو عزر لامتنع من الاستفتاء فيكون سببا لترك الاستفتاء فلم يعزره لذلك قلت قد وجبت عليه الكفارة وهى بمنزلة الحد فلا يجمع بينه وبين التعزير وقول الاعرابى هلكت يشعر بالندبة وبمعرفته بالتحريم ولو كان مع النسيان لعدمته عذر النفسه اه غاية (قوله وان احتقن أو استعط) بفتح التاء فيهما اه غاية والسعوط بفتح السين ما يجعل فى الانف من الادوية اه ع (قوله أو داوى جائفة أو آمة الى آخره) اعلم ان المذكور هنا فى الآمة والجائفة قول أبى حنيفة وقالا لا يفطر والخلاف مذكور فى الهداية وغيرها وعليك بمراجعة فتح القدير فى هذه المسئلة فقد ذكر فيه تحقيق الخلاف والله أعلم (قوله ووصل) أى الدواء الى جوفه يرجع الى الجائفة لانها الجراحة فى البطن أو دماغه يرجع الى الآمة لانها الجراحة فى الرأس من أممته بالعصا ضربت أم رأسه وهى الجلدة التى هى مجمع الرأس اه فتح (قوله لان الفطر مما دخل على ماذكرنا) قال فى الهداية ولوجود معنى الفطر وهو ما فيه صلاح البدن ولا كفارة لانعدام الصورة اه قال الكمال رحمه الله قد علمت انه لا يثبت الفطر الا بصورته أو معناه وقدم أن صورته الابتلاع وذكر أن معناه وصول ما فيه صلاح البدن الى الجوف فاقتضى فيما لو طعن برمح أو رمى بسهم فبقى الحديد فى بطنه

أو أدخل خشبة فى دبره وغيبها أو احتشت المرأة فى الفرج الداخل أو استنجى فوصل الماء الى داخل دبره لمبالغته فيه عدم الفطر لفقدان الصورة وهو ظاهر والمعنى وهو وصول ما فيه صلاح البدن من التغذية أو التداوى لكن الثابت فى مسئلة الطعنة والرمية الخلاف وصحح عدم الافطار جماعة ولا أعلم خلافا فى ثبوت الافطار فيما بعدهما بخلاف ما اذا كان طرف الخشبة بيده وطرف الحشو فى الفرج الخارج والماء لم يصل الى كثير داخل فانه لا يفسد والحد الذى يتعلق بالوصول اليه الفساد قدر المحقنة قال فى الخلاصة وقلما يكون ذلك اه ثم لو خرج سرمه فغسله ثبت ذلك الوصول بلا استبعاد فان قام قبل ان ينشفه فسد صومه بخلاف ما اذا نشفه لان الماء اتصل بظاهر ثم زال قبل ان يصل الى الباطن بعود المقعدة لا يقال الماء فيه صلاح البدن لانا نقول ذكروا ان ايصال الماء الى هناك يورث داء عظيما لا يقال يحمل قولهم ما فيه صلاح البدن على ما بحيث يصلح به وتندفع حاجته وان كان قد يحصل عنده ضرر أحيانا فيندفع اشكال الاستنجاء لانا نقول قد علل المصنف ما اختاره من عدم الفساد فيما اذا دخل الماء أذنيه أو أدخله بقوله لانعدام المعنى والصورة وذلك افادة انه لم يصل الى جوف دماغه ما فيه صلاح البدن ولو كان المراد بما فيه صلاح ما ذكرت لم يصح هذا التعليل وبسطه فى الكافى فقال لان الماء يفسد بمخالطة خلط داخل الاذن فلم يصل الى الدماغ شئ مصلح له فلا يحصل معنى الفطر فلا يفسده فالاولى تفسير الصورة بالادخال بصنعه كما هو فى عبارة الامام قاضيخان فى تعليل ما اختاره من ثبوت الفساد اذا أدخل الماء اذنه لا اذا دخل بغير صنعه كما اذا خاض نهرا حيث قال بان خاض الماء فدخل انه لا يفسد صومه وان صب الماء فيها اختلفوا فيه والصحيح هو الفساد لانه موصل الى الجوف بفعله فلا يعتبر فيه صلاح البدن كما لو أدخل خشبة وغيبها الى آخر كلامه وبه تندفع الاشكالات ويظهر ان الاصح فى الماء التفصيل الذى اختاره القاضى رحمه الله وعلى هذا فاعتبار ما به الصلاح فى تفسير معنى الافطار اما على معنى ما به فى نفسه كما أوردناه فى السؤال وبه يندفع تعليل المصنف لتعميم عدم الافساد فى دخول الماء الاذن فيصلح التفصيل المذكور فيه ووجه أنه لازم فيما لو احتقن بحقنة ضارة لخصوص مرض المحتقن أو أكل بعد الفجر وهو فى غاية الشبع والامتلاء قريبا من التخمة فان الاكل فى هذه الحالة مضر ومع ذلك يلزمه فضلا عن القضاء الكفارة واما على حقيقة الاصلاح كما يفيده كلام الكافى والمصنف وعلى الاول يلزم تعميم الفساد فى الماء الداخل

نقص الاعرابى باحكام ثلاثة بجواز الاطعام مع القدرة على الصيام وصرفه الى نفسه والاكتفاء بخمسة عشر صاعا قال رحمه الله (ولا كفارة بالانزال فيما دون الفرج) لانعدام الجماع صورة وعليه القضاء لوجوده معنى والمراد بما دون الفرج غير القبل والدبر كالفخذ والابط والبطن وهو فى معنى اللمس والمباشرة والقبلة وقد ذكرناها قبل هذا قال رحمه الله (وبافساد صوم غير رمضان) أى لا تجب الكفارة بافساد الصوم فى غير رمضان ولو فى قضاء رمضان لان الكفارة وردت فى هتك حرمة رمضان اذ لا يجوز اخلاؤه عن الصوم بخلاف غيره من الزمان قال رحمه الله (وان احتقن أو استعط أو أقطر فى أذنه أو داوى جائفة أو آمة بدواء ووصل الى جوفه أو دماغه أفطر) لان الفطر مما دخل على ماذكرنا من قبل والمراد بالاقطار فى أذنه الدهن وأما اذا أقطر فيها الماء فلا يفطر ذكره فى خزانة الاكمل ولو استنشق ووصل الماء الى دماغه أفطر فجعل الدماغ كالجوف لان قوام البدن بهما وشرط القدورى أن يكون الدواء رطبا ولم يشترطه فى هذا المختصر لان العبرة للوصول الى الجوف لا لكونه يابسا أو رطبا وانما

للاذن وعلى الثاني يلزم تعميم عدمه فيه اه (قوله الا ان تكون مبلولة بماء أودهن) أي فانه يفسد ان كانت ذاكرة صومها قلت وهذا تبيحسن يجب أن يحفظ اذ الصوم انما يفسد في جميع الفصول اذا كان ذاكرا للصوم والا فلا اه دراية (قوله فدخل في جوفه لايفسد صومه) هكذا ذكره في الغاية ولعل عدم الفساد في مسئلة الحجر محمول على ما اذا نفذ من الجانب الآخر والا فيشكل بقوله بعد ولو طعن برمح الى آخره فتأمل (قوله الا ان يحففها قبله) لان الماء اتصل بظاهر ثم زال قبل أن يصل الى الباطن بعود المقعدة اه فتح (قوله وهذا عند أبي حنيفة) أي ومالك وابن حنبل وابن صالح وأبي ثور وبعض الشافعية اه غاية (قوله وقال أبو يوسف) أي والشافعي اه غاية (قوله وهذا الاختلاف مبني على أنه هل بين المثانة والجوف منفذ) أي فيصل الى الجوف ما يقطر فيها أو الخلاف مبني على ان هناك منفذا مستقيما أو شبه الحاء فيتصور الخروج ولا يتصور الدخول لعدم الدافع الموجب له بخلاف الخروج اه فتح (قوله المثانة) هي بفتح الميم وبالثاء المثلثة مجمع البول اه غاية (قوله وانما يجتمع البول فيها بالترشح) أي وما يخرج بسبيل الترشح لايدخل فيه كذلك فانه لو سد رأس الذكر وألقي في الماء لايدخل فيه الماء بسبيل الترشيح ولو ملئ ما يخرج ترشيحا اه كافي (قوله وبعضهم جعل المثانة الى آخره) قال الكمال رحمه الله والذي يظهر أنه لامنافاة على قول أبي يوسف بين ثبوت الفطر باعتبار وصوله الى الجوف أو الى جوف المثانة بل يصح اناطته بالثاني باعتبار أنه يصل اذ ذاك الى الجوف لا باعتبار نفسه وما نقل عن خزانة الاكمل فيما اذا حشى ذكره بقطنة فغيبها انه يفسد كاحتشائها مما يقضي ببطلانه حكاية الاتفاق على عدم الفساد في الاقطار ما دام في قصبة الذكر ولا شك في ذلك الاترى الى التعليل من الجانبين كيف هو بالوصول الى الجوف وعدمه بناء على وجود المنفذ أو استقامته وعدمه لكن هذا يقتضي في حشو الدبر وفرجها الداخل عدم الفساد ولا مخلص الا باثبات ان المدخل فيهما تجتذبه الطبيعة فلا يعود الا مع الخارج المعتاد وهو في الدبر معلوم لمن فعل ذلك بفتيلة دواء أو صابونة غير انا لا نعلم في غيره أن شأن الطبيعة ذلك في كل مدخل كالخشبة أو فيما يتداوى به لقبول الطبيعة اياه لحاجتها اليه وفي القبل ذكرت لنا من تضع مثل الحمصة تستبها في الداخل لحجر زام الحبل انها لا تقدر على اخراجها حتى تخرج هي بعد أيام مع الخارج اه (قوله واختلفوا في الاقطار في قبلها الى آخره) قال الكمال رحمه الله والاقطار في أقبال النساء قالوا أيضا على هذا الخلاف وقال بعضهم يفسد بلا خلاف لانه شبيه بالحقنة قال في المبسوط وهو الاصح اه (قوله وكره ذوق) وهو معرفة الشيء بفمه من غير ادخال عينه في حلقه اه باكير (قوله على رواية الحسن عن أبي حنيفة) وأبي يوسف أيضا فالذوق أولى بعدم الكراهة لانه ليس بافطار بل يحتمل انه يصير اياه اه فتح وفي المجتبى يكره للصائم ذوق العسل والدهن عند الشراء لمعرفة جودته كما يكره للمرأة ذوق المرقة وقيل لا بأس اذا لم يجد بدا من شرائه ويخاف الغبن اه كاكي قال العيني رحمه الله وقوله بلا عذر يرجع الى الذوق والمضغ جميعا بخلاف ما جعله الشارح قيدا للمضغ فقط اه

شرطه القدوري لان الرطب هو الذي يصل الى الجوف عادة وفي جوامع الفقه وغيره لو أدخلت الصائمة اصبعها في فرجها أو دبرها لا يفسد على المختار الا أن تكون مبلولة بماء أو دهن وفي المحيط لو أدخل اصبعه في دبره اختلفوا في وجوب الغسل والقضاء والاصح عدم الوجوب كالخشبة لا كالذكر وفي الخزانة أدخل قطنة في دبره أو ذكره فغيبها قضاه وان كان طرفه خارجا فلا قضاء عليه ولو رمي بسهم فنفذ من الناحية الاخرى أو بحجر في جائفة فدخل في جوفه لا يفسد صومه وان وضعت حشوا في الفرج الداخل فسد صومها ولو دخل الماء باطنه بالاستنجاء فسد ولو خرجت مقعدته فغسلها ثم أدخلها فسد صومه الا أن يحففها قبله ولو طعن برمح أو أصابه سهم وبقي في جوفه فسد وان بقي طرفه خارجا لم يفسد ولو شد الطعام بخيط وأرسله في حلقه وطرف الخيط في يده لا يفسد الا اذا انفصل منه شيء قال رحمه الله (وان أقطر في احليله لا) أي لا يفطر سواء أقطر فيه الماء أو الدهن وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يفطره وهو رواية عن أبي حنيفة ومحمد توقف فيه وقيل هو مع أبي يوسف والاظهر أنه مع أبي حنيفة وهذا الاختلاف مبني على أنه هل بين المثانة والجوف منفذ أم لا وهو ليس باختلاف على التحقيق والاظهر أنه لا منفذ له وانما يجتمع البول فيها بالترشح كذا يقول الاطباء وهذا الاختلاف فيما اذا وصل الى المثانة وأما اذا لم يصل بأن كان في قصبة الذكر بعد لا يفطر بالاجماع وبعضهم جعل المثانة نفسها جوفا عند أبي يوسف وحكى بعضهم الخلاف ما دام في القصبة وليس بشيء واختلفوا في الاقطار في قبلها والصحيح الفطر قال رحمه الله (وكره ذوق شيء ومضغه بلا عذر ومضغ العلك) أما كراهية الذوق فلانه تعرض لافساد صومه وذكر بعضهم أن المرأة اذا كان زوجها سيء الخلق لا بأس بأن تذوق المرأة المرق بلسانها قالوا هذا في الفرض وأما في صوم التطوع فلا يكره لان الافطار فيه مباح بالعذر بالاتفاق وبغيره على رواية الحسن عن أبي حنيفة وأما مضغه بلا عذر أي مضغ الصائم فلما بينا من التعريض للافساد وان كان بعذر بأن لم تجد المرأة من يمضغ لصبيها الطعام من حائض أو نفساء أو غيرهما ممن لا يصوم ولم تجد طبيخا ولا لبنا حليبا فلا بأس به للضرورة ألا ترى أنه يجوز لها

الافطار اذا خافت على الولد فالمضغ أولى وأما مضغ العلك فلما ذكرنا ولانه يتهم بالافطار لان من رآه من بعيد يظنه آكلا وقد قال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يقفن مواقف التهم وقال على رضى الله عنه اياك وما يسبق الى القلوب انكاره وان كان عندك اعتذاره وذكر العلك فى المختصر من غير تفصيل يدل على أن جميع أنواعه لا يفطر ومحمد أيضا ذكره كذلك من غير تفصيل وقيل هذا اذا كان ممضوغا لانه لا ينفصل منه شئ وان كان غير ممضوغ يفطر لانه يتفتت ويصل منه شئ الى جوفه وقيل فى الاسود يفطر وان كان ملتئما وفى غير الصوم لا يكره للمرأة لانه يقوم مقام السواك فى حقهن لان نيتهن ضعيفة فلا تحتمل السواك وهو ينقى الاسنان ويشد اللثة كالسواك ويكره للرجال اذا لم يكن من علة لما فيه من التشبه بالنساء وقيل لا يكره ولا يستحب بخلاف النساء ولو كان الخياط يخيط بخيط مصبوغ وهو يبل بريقه ويبلعه فان تغير به ريقه وصار مثل صبغه فسد صومه قال رحمه الله (لا كحل ودهن شارب وسواك والقبلة ان أمن) يعنى لا تكره هذه الاشياء للصائم أما الكحل فلانه عليه الصلاة والسلام اكتحل وهو صائم ومراده اذا لم يرد به الزينة ولا فرق فيه بين أن يكون مفطرا أو صائما وأما دهن الشارب فليس فيه شئ مما ينافى الصوم بخلاف الاحرام حيث يحرم فيه الدهن لما فيه من ازالة الشعث ولانه يعمل عمل الخضاب وقد جاءت السنة بمنعه عنه فى الاحرام ولا يفعل ذلك لتطويل اللحية اذا كانت بقدر المسنون وهى القبضة وما زاد على ذلك يقص لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يأخذ من اللحية من طولها وعرضها أورده أبو عيسى رحمه الله وقال من سعادة الرجل خفة لحيته

(قوله ولان من رآه من بعيد يظنه آكلا) ولا يضر وصول طعمه أو ريحه الى باطنه اه غاية (قوله وان كان ملتئما) أى لانه يتفتت وان مضغ والابيض يتفتت قبل المضغ فيصل الى الجوف واطلاق محمد عدم الفساد محمول على ما اذا لم يكن كذلك والقطع بانه معلل بعدم الوصول فاذا فرض فى مضغ العلك معرفة الوصول منه عادة وجب الحكم بالفساد لانه كالتيقن اه فتح (قوله وقيل لا يكره ولا يستحب) أى هو مباح اه فتح (قوله بخلاف النساء) أى فانه يستحب لهن لانه سواكهن اه فتح وقيل يستحب للرجال تركه كذكره فى المحيط اه غاية (قوله لا كحل ودهن) بفتح الكاف والدال مصدران ويجوز ضمهما ويكون المعنى استعمالهما كذا قال الشيخ باكير وقال الكمال قوله ودهن الشارب بفتح الدال على انه مصدر وبضمها على اقامة اسم العين مقام المصدر وفى الامثلة عجبت من دهنك لحيتك بضم الدال وفتح التاء على هذه الاقامة اه قال فى الهداية ولا بأس بالاكتحال للرجال اذا قصد به دون الزينة ويستحسن دهن الشارب اذا لم يكن من قصده الزينة اه قال الكمال قوله دون الزينة لانه تعورف من زينة النساء ثم قيد دهن الشارب بذلك أيضا وليس فيه ذلك وفى الكافى يستحسن دهن شعر الوجه اذا لم يكن من قصده الزينة وبه وردت السنة مقيدا بانتفاء هذا القصد فكأنه والله أعلم لانه تبرج بالزينة وقد روى أبو داود والنسائى عن ابن مسعود كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكره عشر خصال ذكر منها التبرج بالزينة لغير محلها وسنورده بتمامه ان شاء الله تعالى فى باب الكراهة وما فى الموطأ عن أبى قتادة قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان لى جمة أفأرجلها قال نعم وأكرمها فكان أبو قتادة ربما دهنها فى اليوم مرتين من أجل قول رسول الله صلى الله عليه وسلم نعم وأكرمها فانما هو مبالغة من أبى قتادة فى قصد الامتثال لامر رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لحظ النفس الطالبة للزينة الظاهرة وذلك لان الاكرام والجمال المطلوب يتحقق مع دون هذا المقدار وفى سنن النسائى أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم يقال له عبيد قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كان ينهى عن كثير من الارفاه فسئل ابن بريدة عن الارفاه قال الترجيل والمراد والله أعلم الترجيل الذى يخرج الى حد الزينة لا ما كان لقصد دفع أذى الشعر والشعث هذا ولا تلازم بين قصد الجمال وقصد الزينة فالقصد الاول لدفع الشين واقامة ما به الوقار واظهار النعمة شكرا لا فخرا وهو أثر أدب النفس وشهامتها والثانى أثر ضعفها وقالوا بالخضاب وردت السنة ولم يكن لقصد الزينة ثم بعد ذلك ان حصلت زينة فقد حصلت فى ضمن قصد مطلوب فلم يضره اذا لم يكن ملتفتا اليه اه (قوله وهى القبضة) بضم القاف اه فتح (قوله وما زاد على ذلك) يجب قطعه اه فتح نقلا عن النهاية (قوله رواه أبو عيسى) يعنى الترمذى فى جامعه رواه من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص فان قلت يعارضه ما فى الصحيحين عن ابن عمر عنه صلى الله عليه وسلم احفوا الشوارب واعفوا اللحى فالجواب انه قد صح عن ابن عمر راوى هذا الحديث أنه كان يأخذ الفاضل عن القبضة قال محمد بن الحسن فى كتاب الآثار ان أبا حنيفة رضى الله عنه روى عن الهيثم بن أبى الهيثم عن ابن عمر انه كان يقبض على لحيته ثم يقص ما تحت القبضة ورواه أبو داود والنسائى فى كتاب الصوم عن على بن الحسن بن شقيق عن الحسن بن واقد عن مروان بن سالم المقفع قال رأيت ابن عمر يقبض على لحيته فيقطع ما زاد على الكف وكان النبى صلى الله عليه وسلم اذا أفطر قال ذهب الظمأ وابتلت العروق وثبت الاجر ان شاء الله تعالى وذكره البخارى تعليقا فقال وكان ابن عمر اذا حج أو اعتمر قبض على لحيته فما فضل أخذه وقد روى عن أبى هريرة أسنده ابن أبى شيبة عنه حدثنا أبو أسامة عن شعبة عن عمرو بن أيوب من ولد جرير عن أبى زرعة قال كان أبو هريرة يقبض على لحيته فيأخذ ما فضل عن القبضة فأقل ما فى الباب ان لم يحمل على النسخ كما هو أصلنا فى عمل الراوى على خلاف مرويه مع انه روى أيضا عن

عميرالراوى عن النبى صلى الله عليه وسلم ان يحمل الاعفاء على إعفائها من غير أن يؤخذ غالبها أو كلها كما هو فعل مجوس الاعاجم من حلق لحاهم كما يشاهد فى الهنود وبعض أجناس الفرنج فيقع بذلك الجمع بين الروايات ويؤيد ارادة هذا ما فى مسلم عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم جزوا الشوارب واعفوا اللحى خالفوا المجوس فهذه الجملة واقعة موقع التعليل وأما الاخذ منها وهى دون ذلك كما يفعله بعض المغاربة ومخنثة الرجال فلم يبحه أحد اه فتح (قوله فلقوله صلى الله عليه وسلم خير خلال الصائم) الذى ذكره فى الفتح من خير خلال الصائم السواك أخرجه ابن ماجه من حديث عائشة والدارقطنى وفيه مجالد ضعفه كثير اه ولينه بعضهم والخلال جمع خلة وهى الخصلة اه اتقانى (قوله لخلوف فم الصائم) الخلوف بضم الخاء وروى بفتحها قال الخطابى وهو خطأ وحكى القابسى الوجهين فيه قال صاحب الافعال خلف فمه وأخلف اذا تغير بخلو المعدة لاجل ترك الاكل قيل معناه أن صاحبه يجده عند الله أطيب من ريح المسك لكثرة منافع ثوابه وأجره وقيل يبقى فى الآخرة أطيب من عبق المسك وقال الداودى فضل تغير رائحة فمه عند الله على غيره من العمل كفضل المسك عند العباد على الروائح المتغيرة وليس أن الله تعالى يوصف بالشم وقال أبو سليمان طيبه عند الله رضاه به وثناؤه الجميل وثوابه اه (قوله وعن عبد الله بن عامر الى آخره) رواه الترمذى وقال حسن ورواه البخارى تعليقا اه غاية (قوله ولان الخلوف لا يزول بالسواك) بل انما يزول أثره الظاهر على السن من الاصفرار وهذا لان سببه خلو المعدة من

الطعام والسواك لا يفيد شغلها بالطعام ليرتفع السبب اه فتح (فروع) صوم ست من شوال عن أبى حنيفة وأبى يوسف كراهته وعامة المشايخ لم يروا به بأسا واختلفوا فقيل الافضل وصلها بيوم الفطر وقيل بل يفرقها فى الشهر وجه الجواز أنه وقع الفصل بيوم الفطر فلم يلزم التشبه بأهل الكتاب وجه الكراهة أنه قد يفضى الى اعتقاد لزومها من العوام لكثرة المداومة ولذا سمعنا من يقول يوم الفطر نحن الى الآن لم يأت عيدنا أو نحوه فاما عند الامن من ذلك فلا بأس لورود الحديث به ويكره صوم يوم النيروز والمهرجان لان فيه تعظيم أيام نهينا (فصل
عن تعظيمها فان وافق يوما كان يصومه فلا بأس ومن صام شعبان ووصله برمضان فحسن ويستحب صوم أيام البيض الثالث عشر والرابع عشر والخامس عشر ما لم يظن الحاقه بالواجب وكذا صوم عاشوراء ويستحب أن يصوم قبله يوما وبعده يوما فان أفرده فهو مكروه للتشبه باليهود وصوم يوم عرفة لغير الحاج مستحب وللحاج ان كان يضعفه عن الوقوف والدعوات والمستحب تركه وقيل يكره وهو كراهة تنزيه لانه لاخلاله بالاهم فى ذلك الوقت اللهم الا أن يسىء خلقه فيوقعه فى محظور وكذا صوم يوم التروية لانه يعجزه عن أداء أفعال الحج وسيأتى صوم يوم المسافر ويكره صوم الصمت وهو أن يصوم ولا يتكلم يعنى يلتزم عدم الكلام بل يتكلم بخير وبحاجته ان عنت ويكره صوم الوصال ولو يومين ويكره صوم الدهر لانه يضعفه أو يصير طبعا له ومعنى العبادة على مخالفة العادة ولا يحل صوم يوم العيد وأيام التشريق وأفضل الصيام صيام داود صم يوما وأفطر يوما ولا بأس بصوم الجمعة مفردا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولا تصوم المرأة التطوع إلا باذن زوجها وله ان يفطرها وكذا المملوك بالنسبة الى السيد الا اذا كان غائبا ولا ضرر فى ذلك عليه فان ضره ضرر بالسيد فى ماله وكل صوم وجب على المملوك بسبب باشره كالنذور وصيامات الكفارات كالنفل الا كفارة الظهار لما يتعلق به من حق الزوجة كما ستعلمه فى الظهار ان شاء الله تعالى اه فتح قوله فلا بأس الى آخره فلا جرم ان قال فى المحيط والاصح أنه لا بأس به لان الكراهة انما كانت خوفا من ان يعد ذلك من رمضان فيكون تشبها بالنصارى واليوم زال ذلك المعنى اه قوله

وكان عبد الله بن عمر يقبض على لحيته ويقطع ما زاد على القبضة وأما السواك فلقوله عليه الصلاة والسلام خير خلال الصائم السواك ولانه مطهرة للفم ومرضاة للرب فيستحب كالمضمضة واطلاق ما ذكره فى الكتاب يتناول المبلول بالماء وغيره وكرهه أبو يوسف بالرطب والمبلول بالماء وكرهه الشافعى بعد الزوال لقوله عليه الصلاة والسلام لخلوف فم الصائم أطيب عند الله من ريح المسك ولان فيه ازالة الاثر المحمود فشابه دم الشهيد والحجة عليهما ما ذكرنا وعن عبد الله بن عامر بن ربيعة عن أبيه قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستاك وهو صائم ما لا أعد ولا أحصيه رواه الترمذى والنصوص الواردة فيه كلها مطلقة فلا يجوز تقييدها بزمان بالرأى وليس فيما روى دلالة على أن لا يستاك وانما هو إخبار بحاله عند ربه ولان الخلوف لا يزول بالسواك لانه من المعدة لا من الفم اذ لو كان من الفم لوجب أن يمتنع قبله لان تعاهده بالسواك قبله يمنع وجوده بعده ولان الخلوف أثر العبادة والاليق به الاخفاء بخلاف دم الشهيد فانه أثر الظلم ومن شأن حجة المظلوم أن تكون ظاهرة غير خفية ومدحه عليه الصلاة والسلام الخلوف لانهم كانوا يتحرجون عن الكلام معه لتغيرفهم فمنعهم عن ذلك بذكر شأنه عند الله وتفخيمه ليعود عاهم الى الكلام معه ولا معنى لما قال أبو يوسف لانه يتمضمض بالماء فكيف يكره له استعمال العود الرطب وليس فيه من الماء قدر ما يبقى فى فمه من البلل من أثر المضمضة وينبغي أن يستاك عرضا بعود فى غلظ الخنصر ثم يغسل فمه بعد ومذكر فى السواك عشر خصال يشد اللثة وينقى الخضرة ويقطع البلغم ويذهب المرة ويطيب النكهة وتمام للوضوء ومرضاة للرب ويزيد فى الحسنات ويصح الجسم ويوافق السنة وأما القبلة فقد مر ذكرها بشعبها فلا نعيده

﴿فصل في العوارض﴾

قال رحمه الله (لمن خاف زيادة المرض الفطر) وقال الشافعي رضي الله عنه لا يفطر الا اذا خاف الهلاك مر على أصله في التيمم ونحن نقول ان زيادة المرض وامتداده قد يفضي الى الهلاك فيجب الاحتراز عنه وطريق معرفته الاجتهاد فاذا غلب على ظنه أفطر وكذا اذا أخبره طبيب مسلم حاذق عدل والصحيح الذي يخشى أن يمرض بالصوم فهو كالمريض وكذا الامة التي تخدم اذا خافت الضعف جاز أن تفطر ثم تقضي قال رحمه الله (وللمسافر وصومه أحب ان لم يضره) أي للمسافر الفطر وهو معطوف على قوله لمن خاف زيادة المرض وانما جاز له الفطر لان السفر لا يخلو عن المشقة ولهذا قيل المسافة مس آفة وأقيم نفس السفر مقامها وأدير الحكم عليه بخلاف المرض لانه يزيد بالاكل ويخف بتركه فلم يتعين المبيح بمجرده والصوم أفضل ان لم يضره وعن الشافعي رضي الله عنه الفطر أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر الصيام في السفر وعلى قول أهل الظاهر لا يجوز للمسافر وبناو لقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر فقبل ادراك العدة يكون قبل وجود السبب فصار رمضان في حق المسافر كشعبان في حق المقيم ولنا قوله تعالى وأن تصوموا خير لكم وقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه عام في حق الكل وانما أجيز له التأخير رخصة فاذا أخذ بالعزيمة كان أفضل والدليل عليه حديث أنس رضي الله عنه قال كنا نسافر مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا الصائم ومنا المفطر فلم يعب الصائم على المفطر ولا المفطر على الصائم رواه البخاري ومسلم ولو كان الامر كما قالوا لوقع الانكار وقوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر الصيام في السفر خرج في مسافر ضره الصوم على ما روي في القصة أنه غشي عليه ولان رمضان أفضل الوقتين فكان الاداء فيه أفضل ولهذا كانوا يجتهدون على تحصيله في رمضان حتى روي عن أبي الدرداء قال خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم في بعض غزواته في حر شديد حتى ان أحدنا ليضع يده على رأسه من شدة الحر ما فينا صائم الا رسول الله صلى الله عليه وسلم وعبد الله بن رواحة رواه البخاري ومسلم وقال أبو سعيد سافرنا مع رسول الله صلى

ويستحب صوم أيام البيض الثالث الخ وقيل الرابع عشر والخامس عشر والسادس عشر والمراد بأيام البيض أيام الليالي البيض لان القمر يبقى في هذه الليالي من أولها الى آخرها والا فالايام كلها بيض اه دراية في آخر باب الاعتكاف ولا يكره صوم التطوع لمن عليه قضاء رمضان الا رواية عن أحمد أنه لا يجوز لمن عليه فرض اه دراية في الاعتكاف

﴿فصل في العوارض﴾ وهي حرية بالتأخير الاعذار المبيحة للفطر المرض والسفر والحمل والرضاع اذا أضر بها أو بولدها والكبر اذا لم يقدر عليه والعطش الشديد والجوع كذلك اذا خيف منهما الهلاك أو نقصان العقل كالامة اذا ضعفت عن العمل وخشيت الهلاك بالصوم وكذا الذي ذهب به متوكل السلطان الى العمارة في الايام الحارة والعمل حثيث اذا خشي الهلاك أو نقصان العقل وقالوا الغازي اذا كان يعلم يقينا أنه يقاتل العدو في شهر رمضان ويخاف الضعف ان لم يفطر يفطر قبل الحرب مسافرا كان أو مقيما انتهى فتح (قوله في المتن لمن خاف زيادة) أي أو تأخر برئه انتهى ع (قوله المرض) المرض معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع انتهى غاية (قوله الفطر) وهذا عند أبي حنيفة وعندهما اذا عجز عن القيام في الصلاة له الفطر انتهى ع (قوله والصحيح الذي يخشى أن يمرض الخ) وفي المرغيناني لا يعتبر خوف المرض اه ع (قوله وأقيم نفس السفر مقامها) لان المشقة أمر باطن فلما كان كذلك جاز له الافطار بمجرد السفر لحقته المشقة أو لا انتهى اتقاني (قوله بخلاف المرض الخ) قال الاتقاني رحمه الله بخلاف المرض لان الرخصة ثمة متعلقة بحقيقة العجز لان المرض الذي ينفعه الاحتماء لا يبيح الافطار فلهذا لم يجز الافطار بمجرد المرض ما لم يكن صومه مفضيا الى الحرج انتهى (قوله والصوم أفضل الخ) اعلم أن المسافر يجوز له الافطار كيفما كان عكن واذا لحقته المشقة من الصوم فالافطار أفضل بالاتفاق واذا لم تلحقه المشقة فعندنا الصوم أفضل وعند الشافعي الافطار أفضل انتهى ولا يرد علينا القصر في الصلاة فانه أفضل من الاكمال لان ذلك رخصة اسقاط وهذا رخصة ترفيه انتهى اتقاني (قوله وعن الشافعي الفطر أفضل الخ) المذهب عندهم أن الصوم أفضل كمذهبنا قاله النووي وقال ذكر الخراسانيون قولا شاذا ضعيفا مخرجا من القصر ان الفطر أفضل انتهى غاية وفي الحلية قال أحمد والاوزاعي الفطر أفضل وفي المغني عند ابن حنبل الصوم في السفر مكروه انتهى كاكي (قوله وقوله عليه الصلاة والسلام ليس من البر الصيام في السفر الخ) مخصوص بسببه انتهى فتح (قوله على ما روي في القصة) هو ما روي في الصحيحين أنه صلى الله عليه وسلم كان في سفر فرأى زحاما ورجلا قد ظلل عليه فقال ما هذا قالوا صائم فقال ليس من البر الصيام في السفر انتهى فتح القدير وقوله في السفر أي لمن هذا حاله انتهى كافي (قوله حتى روي عن أبي الدرداء) واسمه عويمر بن عامر على المشهور أنصاري سارى(؟) مدني نزل الشام انتهى غاية (قوله ما فينا صائم الا رسول الله الخ) فعلم أن الصوم أفضل لانه اختيار رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الصوم عمل بالعزيمة والافطار رخصة والعمل بالعزيمة أولى مع اعتقاد الرخصة كما في غسل الرجل مع المسح انتهى غاية البيان (قوله رواه البخاري ومسلم) أي وأبو داود وابن ماجه انتهى غاية

(قوله رواه مسلم) وأبو داود وفي لفظ وفي رمضان عام الفتح انتهى غاية (قوله لاحتمال أن موافقة المسلمين الخ) فان الائتساء مخفف ولان النفس توطنت على هذا الزمان ما لم تتوطن على غيره فالصوم فيه أيسر عليها وبهذا التعليل علم أن المراد بقوله فعدة من أيام أخر ليس معناه يتعين ذلك بل المعنى فافطر فعليه عدة أو المعنى فعدة من أيام أخر يحل له التأخير اليها الا كما ظنه أهل الظواهر انتهى فتح (قوله وعندهما يلزمه قضاء الكل) فيلزمه الايصاء بالجميع انتهى فتح (قوله كالصحيح اذا نذر أن يصوم شهرا فمات الخ) يلزمه أن يوصي به لان الكل وجب في ذمته فوجب عليه تفريغ ذمته بالخلف وهو الفدية اذا عجز عن التفريغ بالاصل انتهى اتقاني (قوله ولو لم يصح في النذر لا يلزمه شيء) أي وفيه اشكال وهو أنهم يقولون النذر هو السبب دون الوقت فكان ينبغي أن يلزمه الايصاء انتهى غاية (قوله والفرق لهما الخ) قال الكمال وجه الفرق لهما أن النذر هو السبب في (٣٣٤) وجوب الكل فاذا وجد منه في المرض ومات من ذلك المرض فلا شيء عليه فان صح صار كأنه

قال ذلك في الصحة والصحيح لو قاله ومات قبل ادراك عدة المنذور لزمه الكل فكذا هذا بخلاف القضاء لان السبب هو ادراك العدة وحقيقة هذا الكلام المذكور في النذر انما يصح على تقدير كون النذر بذلك غير موجب شيئا في حالة المرض والا لزم الكل وان لم يصح لتظهر فائدته في الايصاء بل هو معلق بالصحة وان لم يذكر أدوات التعليق تصحيحا لتصرف المكلف ما أمكن والنذر مما يتعلق بالشرط كقوله ان شفى الله مريضي فلله علي كذا فينزل عند الصحة فيجب الكل ثم يعجز عنه لعدم ادراك العدة فيجب الايصاء كما لو لم يجعل معلقا في المعنى على ما قلنا وأما قولهم السبب ادراك العدة فهل المراد أن ادراك العدة سبب لوجوب القضاء على المريض أو الاداء فصرح في شرح الكنز فقال في الفرق المذكور وسبب القضاء ادراك العدة فيتقدر بقدره وفي المبسوط جعله سبب وجوب الاداء وعلى ظاهر الاول عن ان سبب القضاء على ما اعترفوا بصحته هو سبب وجوب الاداء كما ذكره في المبسوط ويلزمه عدم حل التأخير عن أول عدة يدركها فان قال سبب الاداء لا يستلزم حرمة التأخير عنه قلنا فلم يكن نفس رمضان سبب وجوب الاداء على المريض اذ لا مانع من هذا الاعتبار سوى خلاف اللازم فاذ كان منتفيا لزم اذ هو الاصل ويلزمه الايصاء بالكل اذا لم يدرك العدة كما هو قول محمد على رواية الطحاوي انتهى (قوله فيتقدر بقدره) فأما الصحيح اذا نذر صوم شهر ثم مات قبل تمام الشهر يلزمه أن يوصي بجميع الشهر بالاجماع والفرق لمحمد أن الكل وجب في ذمته فوجب عليه تفريغ ذمته بالخلف عند تعذر الاصل بخلاف المريض لانه ليس له ذمة صحيحة في التزام أداء الصوم حتى يبرأ ولهذا لو لم يبرأ حتى مات لا يلزمه شيء من المنذور وصار نظير قضاء رمضان وايجاب الله تعالى قد يخالف ايجاب العبد فان الله تعالى أوجب على عبده حجة واحدة ولو نذر بألف حجة تلزمه شيخ باكير

الله عليه وسلم الى مكة ونحن صيام رواه مسلم ولان الله تعالى قال يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر أي يشرع الافطار في رمضان والقضاء بعده في حق المسافر فلم يرد العسر بنا وانما أراد اليسر ولا يتعين اليسر بالتأخير لاحتمال أن موافقة المسلمين في الصوم أيسر عنده من أن يصوم بعد رمضان وحده فيتخير قال رحمه الله (ولا قضاء ان ماتا عليهما) أي لا قضاء على المسافر والمريض ان ماتا على حالهما لانهما لم يدركا عدة من أيام أخر ولانهما عذرا في الاداء فلأن يعذرا في القضاء أولى وهذا لان وجوب القضاء فرع وجوب الاداء فلا يجب وجوب الاصل يمنع وجوب الفرع وان صح المريض أو أقام المسافر ولم يقض حتى مات لزمه القضاء بقدر الصحة والاقامة أي لزمه الايصاء به اعمالا للعلة بالقدر الممكن وذكر الطحاوي أن هذا قول محمد وعندهما يلزمه قضاء الكل وذكر أبو الحسين القدوري في التقريب أن ما ذكره الطحاوي غلط والصحيح في قولهم جميعا لا يلزمه الا بقدر ما صح وأدرك من العدة وما ذكر من الاختلاف بينهم انما هو في النذر وهو أن يقول المريض لله علي أن أصوم هذا الشهر فصح يوما ثم مات يلزمه قضاء جميع الشهر عندهما وعنده قضاء ما صح فيه وذكر في المحيط أيضا أن قضاء رمضان متفق عليه وانما الاختلاف في المريض اذا نذر أن يصوم شهرا اذا برئ من مرضه ثم برئ يوما يلزمه الايصاء بالاطعام لجميع الشهر عندهما كالصحيح اذا نذر أن يصوم شهرا فمات وعند محمد يلزمه أن يوصي بقدر ما صح كرمضان اذ ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ولو لم يصح في النذر لا يلزمه شيء والفرق لهما أن المنذور سببه النذر وقد وجد وسبب القضاء ادراك العدة فيتقدر بقدره قال رحمه الله (ويطعم وليهما لكل يوم كالفطرة بوصية) أي يطعم ولي المسافر والمريض عنهما عن كل يوم كما يطعم في صدقة الفطر وهو نصف صاع من بر أو صاع من غيره ان أوصيا بالاطعام لانهما لما عجزا عن الصوم الذي هو في ذمتهما التحقا بالشيخ فيجب عليهما الايصاء بذلك فان قيل شرط القياس أن لا يكون الاصل مخالفا للقياس وهنا مخالف له لان الذي ورد في الشيخ الفاني من الفدية ليس بمثل الصوم فوجب أن لا يتعدى قلنا المخالف للقياس يلحق به غيره دلالة لا قياسا اذا كان مثله في مناط الحكم ولم يخالفه الا في الاسم وفيما لا يكون مناطا وهما عاجزان عن الصوم كالشيخ الفاني فيكون النص الوارد في أحدهما واردا في الآخر فيتناوله النص دلالة وقال مالك لم يجب عليهما لان الصوم لم يجب عليهما لعجزهما فلا يجب عليهما بدله لانه فرع وجوب الاصل فصار كصوم المتعة كما اذا ماتا وهما على حالهما قلنا وجب عليهما ما بادراك عدة من أيام أخر فلا يسقط ذلك بالتفريط منهما بخلاف ما اذا ماتا على حالهما لعدم الوجوب وبخلاف صيام المتعة لانه بدل

(قوله وان لم يوص لم يلزم الولي الخ) ثم اذا أوصى لا يجب عليه الا بقدر الثلث الا أن يتطوع وعلى هذا دين صدقة الفطر والنفقة الواجبة والكفارات المالية والحج وفدية الصيامات التي عليه والصدقة المنذورة والخراج والجزية انتهى فتح (قوله ولهذا يعتبر الخ) أي ولاجل أنها دين انتهى وعلى هذا الزكاة اذا مات من عليه دين الزكاة بأن استهلك مال الزكاة بعد الحول والعشر بعد وقت وجوبه لا يجب على وارثه أن يخرج عنه الزكاة والعشر الا أن يوصي بذلك ثم اذا أوصى فانما يلزم الوارث اخراجهما اذا كانا يخرجان من الثلث فان زاد دينهما على الثلث لا يجب على الوارث فان أخرج كان متطوعا عن الميت ويحكم بجواز اجزائه ولذا قال محمد رحمه الله في تبرع الوارث يجزئه ان شاء الله تعالى كما اذا أوصى باطعام عن الصلوات انتهى فتح (قوله والصلاة كالصوم استحسانا) ووجهه أن المماثلة قد ثبتت شرعا بين الصوم والاطعام والمماثلة بين الصلاة والصوم ثابتة ومثل مثل الشيء جاز أن يكون مثلا لذلك الشيء وعلى تقدير ذلك يجب الاطعام وعلى تقدير عدمها لا يجب فالاحتياط في الايجاب فان كان الواقع ثبوت المماثلة حصل المقصود الذي هو السقوط والا كان برا مبتدأ يصلح ماحيا للسيآت ولذا قال محمد فيه يجزئه ان شاء الله تعالى من غير جزم كما قال في تبرع الوارث بالاطعام بخلاف ايصائه به عن الصوم فانه جزم بالاجزاء انتهى فتح ٭ فرع رجل مات وقد فاته صلاة عشرة أشهر ولم يترك مالا استقرض وارثه نصف صاع بر ودفعه الى مسكين ثم تصدق المسكين على الوارث فلا بد أن يفعل حتى يتم لكل صلاة نصف صاع بر انتهى باكير (قوله وتعتبر كل صلاة بصوم يوم) هو الصحيح احترازا عن قول محمد بن مقاتل انه يطعم لكل صلاة يوم مسكينا لانها كصيام يوم ثم رجع الى ما في الكتاب لان كل صلاة فرض

عن الصم فلو جاز عنه الفدية لكان بدل البدل وهو لا يجوز بالرأي وان لم يوص لم يلزم الولي أن يطعم عنه وقال الشافعي رضي الله عنه يلزمه اعتبارا بديون العباد ولهذا يعتبر عنده من جميع المال ونحن نقول انها عبادة فلا بد فيها من الاختيار وذلك بالايصاء دون الوراثة وهذا لان من شرط العبادة النية وأداؤه بنفسه فاذا مات عن غير ايصاء فات الشرط فيسقط للتعذر بخلاف حق العبد فان الواجب فيه وصوله الى مستحقه لا غير ولهذا لو ظفر به الغريم يأخذه ويبرأ من عليه بذلك ولو تبرع به أجنبي في حياته صح ويرث ذمته بخلاف حقوق الله تعالى ولو لم يوص فتبرع به الولي يجزيه ان شاء الله وكذا كفارة اليمين والقتل اذا تبرع بالاطعام والكسوة يجوز ولا يجوز التبرع بالاعتاق لما فيه من الزام الولاء الميت بغير رضاه والصلاة كالصوم استحسانا لكونها أهم وتعتبر كل صلاة بصوم يوم هو الصحيح ولا يصوم عنه الولي ولا يصلي وقال الشافعي رضي الله عنه يصوم عنه لما روى ابن عباس أن امرأة قالت يا رسول الله ان أمي ماتت وعليها صوم نذر أفأصوم عنها فقال أرأيت لو كان على أمك دين فقضيتيه أكان يجزي ذلك عنها فقالت نعم قال صومي عن أمك أخرجه البخاري ومسلم ولم تذكر الوصية ولا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم أنها أوصت أم لا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يصوم أحد عن أحد ولا يصلي أحد عن أحد ولكن يطعم عنه رواه النسائي عن ابن عباس وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال من مات وعليه صوم شهر فليطعم عنه مكان كل يوم مسكينا قال القرطبي اسناده حسن ورواه ابن ماجه أيضا ولانه لا يصوم عنه في حالة الحياة فكذا بعد الموت كالصلاة قال رحمه الله (وقضيا ما قدرا بلا شرط ولاء) أي قضى المسافر

على حدة فكان كصوم يوم انتهى فتح وفي الحاوي قال عصام كل يوم نصف صاع من بر كالصوم فانه وظيفة اليوم مثل صلاة اليوم قال أبو القاسم سمعت محمد بن سلمة يقول لما رجعت من العراق لقيت محمد بن مقاتل بالري فعرض علي أجوبة مسائل كتب اليه بها أهل بلخ وفيها هذه المسألة وقد أجاب بان لكل يوم وليلة نصف صاع من بر ساطرته وقلت هذا خلاف الصوم لان الصوم يتعلق أوله بآخره ولا كذلك صلاة اليوم والليلة فمحا جوابه وكتب على الحاشية لكل صلاة نصف صاع فلما قدمت بلخ قلت لهم لي عليكم منة رددت ابن مقاتل الى قولي وعلامة ذلك محو الجواب الاول وكتب جوابي على الحاشية قال أبو القاسم يقول محمد بن سلمة وباحتجاجه أقول انتهى غاية (قوله وقال الشافعي يصوم عنه) هذا في القديم وليس القول القديم مذهبا له فانه غسل كتبه القديمة وأشهد على نفسه بالرجوع عنها هكذا نقل ذلك عنه أصحابه انتهى غاية وقال الشافعي في الجديد مثل قولنا انتهى دراية (قوله وعليها صوم نذر الخ) ويروى صوم شهر ويروى صوم شهرين يرويهما بريدة وهما في مسلم وفي بعضها ان أختي ماتت ويروى جاء رجل الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أمي ماتت وعليها صوم شهر ويروى عليها خمسة عشر يوما ويروى أنها قالت ان أختي ماتت وعليها صيام شهرين متتابعين ذكر هذه الروايات ابن بطال في شرح البخاري وكذا السفاقسي فيه قال ابن عبد الملك هذا فيه اضطراب عظيم يدل على وهم الرواة وبدون هذا يعتل الحديث وقال الحسن بن بطال وابن عباس راويه وقد خالفه بفتواه فدل على نسخ ما رواه انتهى غاية (قوله ولم تذكر الوصية الخ) فدل على انه لا يحتاج الى الايصاء انتهى (قوله انها أوصت أم لا) وفي بعض الطرق ان دين الله أحق انتهى غاية (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يصوم أحد عن أحد الخ) قال ابن عبد البر أما الصلاة فبالاجماع من العلماء أنه لا يصلي أحد عن أحد حال حياته ولا بعد موته هذا لا اختلاف فيه قلت اتفقوا على أن من حج عن غيره يصلي ركعتي الطواف عنه هكذا حكاه ابن حزم في المحلى انتهى غاية (قوله قال القرطبي) أي في شرح الموطا انتهى غاية (قوله في المتن وقضيا ما قدرا بلا شرط ولاء) أي متابعة وهو الترتيب انتهى ع قال في الغاية وحكى وجوب التتابع فيه عن علي وابن عمر والنخعي والشعبي وعروة انتهى

قوله وقال بعض الناس) يعني داود وأهل الظاهر انتهى كاكي (قوله من كان عليه قضاء رمضان الخ) رواه ابن المنذر بإسناده عن أبي هريرة انتهى غاية (قوله وما رواه غير ثابت) أي فإنه لم يذكره أحد من أصحاب السنن والدواوين ولو ثبت حمل على الاستحباب انتهى غاية (قوله بخلاف قراءة ابن مسعود) قال أبو البقاء بخلاف قراءة ابن مسعود في كفارة اليمين فإنها مشهورة عند الأئمة الأربعة وجميع أهل السنة خلافا للمعتزلة فإنها من الآحاد عندهم كذا في الغاية انتهى (قوله مسارعة إلى إسقاط الواجب) أي وخروجا من الخلاف انتهى غاية (قوله ولم يصم حتى أدركه رمضان) بالتنوين لأن الألف والنون المزيدتين في غير الصفات شرط عدم انصرافه العلمية وهنا وصفه بآخر تنكير دليل تنكارته انتهى دراية (قوله والحامل والمرضع الخ) أي والحامل الفطر أيضا (قوله على الولد) راجع إلى المرضع

وقوله أو النفس راجع إلى الحامل انتهى عيني قال القوام الاتقاني رحمه الله الحامل هي التي في بطنها ولد والمرضع هي التي لها لبن ولا يجب إدخال التاء في آخرهما كما في حائض وطالق لأن ذلك من الصفة الثابتة للحادثة والبصريين في نحو ذلك مذهبان مذهب الخليل بمعنى النسب كلابن وتامر بمعنى ذات حمل وذات إرضاع وذات حيض وذات طلاق ومذهب سيبويه يؤول بإنسان أو شيء حامل أو حائض وكذا في الباقي فإذا أريد الحدوث يجوز إدخال التاء بأن يقال حائضة الآن أو غدا فافهم وفي كتاب الإصلاح عن الفراء يقال هذه امرأة حامل وحاملة إذا كان في بطنها ولد فمن قال حامل قال هذا نعت لا يكون إلا للمؤنث ومن قال حاملة بناه على حملت انتهى وقال الزمخشري في تفسير قوله تعالى يوم ترونها تذهل

والمريض بقدر ما أدركا من العدة من غير وجوب الترتيب أما القضاء فقد قدمناه وأما عدم وجوب الترتيب فلقوله تعالى فعدة من أيام أخر من غير شرط الترتيب وقال بعض الناس يجب الترتيب لقوله عليه الصلاة والسلام من كان عليه قضاء رمضان فليسرده ولا يقطعه ولنا ما تلونا وما روي عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال قضاء رمضان إن شاء فرق وإن شاء تابع رواه الدارقطني وروي أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن تقطيع قضاء رمضان فقال لو كان على أحدكم دين فقضاه درهما ودرهمين حتى قضى ما عليه من الدين فهل كان قاضيا دينه فقالوا نعم يا رسول الله فقال فالله أحق بالعفو والتجاوز قال أبو عمر إسناده حسن ولأن القضاء يحكي الأداء ولا يجب فيه الترتيب حتى لو أفطر يوما لا يجب عليه إعادة ما مضى فكذا القضاء وما رواه غير ثابت فإن قيل قراءة أبي فعدة من أيام أخر متتابعة فيجب العمل بها كما قلتم يجب العمل بقراءة ابن مسعود في كفارة اليمين ثلاثة أيام متتابعات قلنا قراءة أبي ليست بمشهورة فلا يجوز التخصيص بها لأنه نسخ بخلاف قراءة ابن مسعود لأنه مشهور لكن المستحب أن يقضيه مرتبا متتابعا مسارعة إلى إسقاط الواجب ولهذا يستحب له أن لا يؤخره بعد القدرة عليه قال رحمه الله (فإن جاء رمضان قدم الأداء على القضاء) أي إذا كان عليه قضاء رمضان ولم يقضه حتى جاء رمضان الثاني صام رمضان الثاني لأنه في وقته وهو لا يقبل غيره ثم صام القضاء بعده لأنه وقت القضاء ولا فدية عليه وقال الشافعي عليه فدية إن أخره بغير عذر لما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رجل مرض في رمضان فأفطر ثم صح ولم يصمه حتى أدركه رمضان آخر يصوم الذي أدركه ثم يصوم الذي أفطر فيه ويطعم عن كل يوم مسكينا ولنا إطلاق ما تلونا من غير قيد بزمان ولأن تأخير الأداء عن وقته لا يوجب الفدية فتأخير القضاء وهو مطلق عن الوقت أولى أن لا يوجبها وما رواه غير ثابت لأن في سنده إبراهيم بن نافع قال أبو حاتم الرازي كان يكذب وفيه عمر أيضا قال فيه كان يضع الحديث قال رحمه الله (وللحامل والمرضع إن خافتا على الولد أو النفس) أي لهما الفطر وهو معطوف على قوله في أول الفصل لمن خاف زيادة المرض الفطر لما روي عن أنس بن مالك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن الله عز وجل وضع عن المسافر الصوم وشطر الصلاة وعن الحبلى والمرضع الصوم ولأنهما يلحقهما الحرج بالصوم فيشرع الإفطار في حقهما كالمسافر والمريض وقال في الحواشي المراد بالمرضع الظئر لوجوب الإرضاع عليها بالعقد بخلاف الأم فإن الأب يستأجر غيرها وعزاها إلى الذخيرة ورده قول القدوري وغيره إذا خافتا على نفسهما أو ولدهما إذ الولد للمستأجرة وكذا إطلاق الحديث ولأن الإرضاع واجب على الأم ديانة لا سيما إذا لم يكن للزوج قدرة على استئجار الظئر فصارت كالظئر ولا فدية عليهما وقال الشافعي رحمه الله إذا خافت المرضع على الولد وأفطرت فعليها الفدية لأنه إفطار انتفع به من لم يلزمه الصوم وهو الولد فتجب الفدية كإفطار الشيخ الفاني

كل مرضعة عما أرضعت فإن قلت لم قال مرضعة دون مرضع قلت المرضعة هي التي في حال الإرضاع ملقمة ثديها الصبي ولما والمرضع هي التي من شأنها أن ترضع ولم تباشر الإرضاع في حال وصفها به فقيل مرضعة ليدل على أن ذلك الهول إذا فوجئت به هذه وقد ألقمت الرضيع ثديها نزعته عن فيه لما يلحقها من الدهشة اهـ (قوله وقال في الحواشي المراد بالمرضع الظئر) قال في الدراية وفي الذخيرة والمراد من المرضع الظئر لأنها إذا كانت أم الولد والولد أب لا تفطر الأم لأن الصوم واجب عليها والإرضاع غير واجب قال شيخي العلامة رحمه الله وينبغي أن يشترط أن يكون الأب موسرا أو يأخذ الولد ضرع غيرها أما لو كان الأب معسرا أو الولد لا يأخذ ضرع غير أمه فينبغي يجب على أمه الإرضاع انتهى (قوله ويرده قول القدوري الخ) وكذا عبارة غير القدوري تفيد أن ذلك للأم انتهى فتح (قوله ولأن الإرضاع واجب الخ) قلت المرضع بإطلاقه يتناول الظئر والأم والظاهر أن مراد الشيخ هذا ليثبت الحكم فيهما جميعا ولهذا أطلق بذكر الولد ولم

يذكر مثل القدورى وغيره انتهى ع (قوله والشيخ الفانى) وفى المنافع الفانى الذى قارب الفناء أو الذى فنيت قوته انتهى غاية وفى جامع البرهانى
فى تفسيره أن يعجز عن الاداء ولا يرجى له عود القوة ويكون ما له الموت بسبب الهرم انتهى كاكى (قوله فكان اجماعا) وأيضا لو كان لكان قول
ابن عباس ليست بمنسوخة مقدما لانه مما لا يقال بالرأى بل عن سماع لانه مخالف لظاهر القرآن لانه مثبت فى نظم كتاب الله تعالى فجعله منفيا بتقدير
حرف النفى لا يقدم عليه الا بسماع السنة وكثيرا ما يضمر حرف لا فى اللغة العربية فى التنزيل الكريم تالله تفتأ تذكر يوسف أى لا تفتأ وفيه
يبين الله لكم أن تضلوا رواسى أن تميد بكم وقال الشاعر فقلت يمين الله أبرح قاعدا * ولو قطعوا رأسى لديك وأوصالى
أى لا أبرح وقال * تنفك تسمع ما حييت بهالك حتى تكونه * أى لا تنفك ورواية الافقه أولى ولان قوله تعالى وأن تصوموا خير
لكم ليس نصا فى نسخ اجازة الافتداء الذى هو ظاهر اللفظ اهـ فتح القدير (قوله لانه عاجز عن الصوم) أى عجزا مستمرا الى الموت اهـ فتح (قوله
ينبغى أن لا تجب عليه الفديه) أى الايصاء بالفدية اهـ فتح قال فى الغاية ولو كان الشيخ الهرم والهرمة مسافرين

ولنا أن الفدية بخلاف القياس فى الشيخ فلا يلحق به خلافه وهذا لان الشيخ يجب عليه الصوم ثم ينتقل الى الفدية لعجزه عنه والطفل لا يجب عليه الصوم وما يجب على أمه وهى قد أتت بدله وهو القضاء فلا يجب عليها غيره ولان الفدية كفارة وهى لا تجب عندهما بالاكل بغير عذر بل لا تجب على المرأة عندهما البتة ولو بالجماع فكيف تجب عليها هنا بالاكل بعذر وهذا أضعف قال رحمه الله (والشيخ الفانى وهو يفدى فقط) اى للشيخ الفانى الفطر على نحو ما تقدم فى الحامل والمرضع من العطف وهو وحده يفدى دون غيره ممن تقدم ذكرهم لقوله تعالى وعلى الذين يطيقونه فدية طعام أى لا يطيقونه والعرب تحذف لا اذا كان موضعها ظاهرا كقوله تعالى تالله تفتأ تذكر يوسف أى لا تفتأ وروى عن عطاء أنه سمع ابن عباس يقرأ وعلى الذين يطوقونه فدية طعام مسكين قال ابن عباس ليست بمنسوخة هى للشيخ الكبير والمرأة الكبيرة فلا يستطيعان أن يصوما فيطعمان لكل يوم مسكينا رواه البخارى وهو مروى عن على بن أبى طالب وابن عباس وابن عمر وغيرهم من الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ولم يرو عن أحد منهم خلاف ذلك فكان اجماعا وقال مالك لا تجب عليه الفدية وهو القول القديم للشافعى واختاره الطحاوى لانه عاجز عن الصوم فأشبه المريض اذا مات قبل البرء والمسافر اذا مات فى حال السفر فصار كالصغير والمجنون وعن سلمة ابن الاكوع قال لما نزلت هذه الآية وعلى الذين يطيقونه فدية طعام مسكين كان من أراد أن يفطر ويفتدى فعل حتى نزلت الآية التى بعدها فنسختها ولنا ما ذكرنا من اجماع الصحابة ورواية ابن عباس تقدم على رواية سلمة لانه أفقه ولا يجوز المصير الى القياس مع وجود النص والنذر المعين فى جميع ما ذكرنا من الاعذار مثل رمضان ولو كان الشيخ الفانى مسافرا ومات فى السفر ينبغى أن لا تجب عليه الفدية كغيره من الاعذار لانه يخالف غيره فى التخفيف لا فى التغليظ قال رحمه الله (وللتطوع بغير عذر فى رواية ويقضى) أى لمن يصوم النفل أن يفطر فى رواية بغير عذر وهى رواية عن أبى يوسف لما روى مسلم عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت دخل النبى صلى الله عليه وسلم ذات يوم فقال هل عندكم شئ فقلنا لا قال انى اذا صائم ثم أتى يوما آخر فقلنا يا رسول الله أهدى الينا حيس فقال أرنيه فلقد أصبحت صائما فأكل وزاد النسائى ولكن أصوم يوما مكانه وصحح هذه الزيادة أبو محمد عبد الحق وذكر الكرخى وأبو بكر أنه ليس له أن يفطر الا من عذر لما روى أنه عليه السلام قال اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل أى فليدع قال القرطبى ثبت هذا عنه عليه

فلا فدية عليهما ذكر ذلك فى كتب الحنابلة اهـ (قوله لانه يخالف غيره فى التخفيف الخ) يعنى أنما ينتقل وجوب الصوم عليه عند وجود سبب التعيين ولا تعيين الى المسافر فلا حاجة الى الانتقال ولا تجوز الفدية عن صوم هو أصل بنفسه لا بدل عن غيره فلو وجب عليه قضاء شئ من رمضان فلم يقضه حتى صار شيخا فانيا لا يرجى برؤه جازت له الفدية وكذا لو نذر صوم الابد فضعف عن الصوم لاشتغاله بالمعيشة له أن يفطر ويطعم لانه استيقن أن لا يقدر على قضائه فان لم يقدر على الاطعام لفقره يستغفر الله تعالى ويستقيله وان لم يقدر لشدة الحر كان له أن يفطر ويقضيه فى الشتاء اذا لم يكن نذر الابد ولو نذر يوما معينا فلم يصم حتى صار فانيا جازت الفدية عنه ولو وجب عليه كفارة يمين أو قتل فلم يجد ما يكفر به وهو شيخ كبير عاجز عن الصوم أو لم يصم حتى صار شيخا كبيرا لا تجوز له الفدية لان الصوم هنا بدل عن غيره ولذا لا يجوز المصير الى الصوم الا عند العجز عما يكفر به من المال فان مات فأوصى بالتكفير جاز من ثلثه هنا ويجوز فى الفدية طعام الاباحة أكلتان مشبعتان بخلاف صدقة الفطر للتنصيص على الصدقة فيها والاطعام فى الفدية اهـ فتح (قوله فى المتن وللتطوع بغير عذر فى رواية) قال الكمال رحمه الله لا خلاف بين أصحابنا فى وجوب القضاء اذا أفسد عن قصد أو غير قصد بأن عرض الحيض للصائمة المتطوعة خلافا للشافعى وانما اختلاف الرواية فى نفس الافطار هل يباح أولا ظاهر الرواية لا الا بعذر ورواية المنتقى يباح بغير عذر ثم اختلف المشايخ على ظاهر الرواية هل الضيافة عذر أولا قيل نعم وقيل لا وقيل عذر قبل الزوال لا بعده الا اذا كان فى عدم الفطر بعده عقوق أحد الوالدين حتى لو حلف على رجل بالطلاق الثلاث ليفطرن لا يفطر وقيل ان كان صاحب الطعام يرضى بمجرد حضوره وان لم يأكل لا يباح الفطر وان كان يتأذى بذلك يفطر واعتقادى أن رواية المنتقى أوجه اهـ

الصلاة والسلام ولو كان الفطر جائزا لكان الافضل الفطر لاجابة الدعوة التي هي السنة ولا خلاف بينهم أنه يجوز للعذر واختلفوا في الضيافة هل تكون عذرا قيل لا تكون عذرا لما روينا وقيل تكون عذرا قبل الزوال لما روى جابر أن رجلا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم صنع طعاما فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابا له فلما جيء بالطعام تنحى أحدهم فقال له عليه الصلاة والسلام مالك فقال انى صائم فقال عليه الصلاة والسلام تكلف لك أخوك وصنع ثم تقول انى صائم كل وصم يوما مكانه وعينه الدارقطني وقال انه أبو سعيد الخدري وبعد الزوال لا يكون عذرا الا اذا كان من الابوين وكذا اذا حلف عليه بالطلاق يفطر قبل الزوال ولا يفطر بعده وقوله يقضي مذهبنا ولا خلاف فيه بين الاصحاب وقال الشافعي رضي الله عنه لا يجب صيامه ولا قضاؤه لقوله عليه الصلاة والسلام الصائم المتطوع أمير نفسه أو أمين نفسه ان شاء صام وان شاء أفطر وقوله عليه الصلاة والسلام من صام تطوعا فهو بالخيار ما بينه وبين نصف النهار ولانه متبرع بالاداء وقد مضى ما تبرع به فلا يلزمه ما لم يتبرع به لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل ولنا ما روينا وما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت أصبحت أنا وحفصة صائمتين متطوعتين فأهدى لنا طعام فأفطرنا عليه فدخل علينا رسول الله صلى الله عليه وسلم فبدرتني حفصة وكانت بنت أبيها فسألته عن ذلك فقال عليه الصلاة والسلام اقضيا يوما مكانه ذكره في الموطا والنسائي والترمذي وهو قول أبي بكر وعمر وعلي وابن عباس وغيرهم وروى أن عمر خرج يوما على أصحابه فقال انى أصبحت صائما فمرت بي جارية لي فوقعت عليها فما ترون فقال علي أصبت حلالا وتقضي يوما مكانه كما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أنت أحسنهم فتيا ولان ما أتى به قربة فيجب صيانته وحفظه عن البطلان وقضاؤه عند الافساد لقوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم ولا يمكن ذلك الا باتيان الباقي فيجب اتمامه وقضاؤه عند الافساد ضرورة فصار كالحج والعمرة التطوعين قال

(قوله وقيل تكون عذرا) أي في التطوع في الصحيح دون صوم القضاء اه غاية (قوله كل وصم يوما) ذكره القرطبي في شرح الموطا اه غاية (قوله وعينه) أي عين الذي صنع الطعام أفاده شيخنا اه (قوله الا اذا كان من الابوين) أي الا اذا كان فيه عقوق الوالدين أو أحدهما اه غاية (قوله وكذا اذا حلف عليه بالطلاق يفطر) أي في التطوع دون قضاء رمضان له غاية نقلا عن الولوالجي (قوله وقال الشافعي) قال الكمال وأحسن ما يستدل به الشافعي ما في مسلم وساق الحديث السابق الذي استدل بها الشارح على اباحة الافطار بغير عذر اه (قوله فقال عليه الصلاة والسلام اقضيا يوما الخ) وحمله على أنه أمر ندب خروج عن مقتضاه بغير موجب بل هو محفوف بما يوجب مقتضاه ويؤكده وهو ما قدمناه من قوله تعالى ولا تبطلوا أعمالكم كلام المفسرين فيها على أن المراد لا تحبطوا الطاعات بالكبائر كقوله تعالى لا ترفعوا أصواتكم فوق صوت النبي الى أن قال أن تحبط أعمالكم وكلام ابن عمر رضي الله عنهما ظاهر في أن هذا قول الصحابة أو لا تبطلوها بمعصيتهما أو الابطال بالرياء والسمعة وهو قول ابن عباس وعنه بالشك والنفاق أو بالعجب والكل يفيد أن المراد بالابطال اخراجها عن أن يترتب عليها فائدة أصلا كأنها لم توجد وهذا غير الابطال الموجب للقضا فلا تكون الآية باعتبار المراد دليلا على منع هذا الابطال بل دليلا على منعه بدون قضا فيكون دليل رواية المنتقى على ما قدمنا من أنها اباحة الفطر مع ايجاب القضاء ولهذا اخترناها لان الآية لا تدل باعتبار المراد منها على سوى ذلك والاحاديث المذكورة لا تفيد سوى ايجاب القضاء الا ما كان من الزيادة في رواية الطبراني وهي قوله ولا تعودا وهي مع كونها منفردا بها لا تقوى قوة حديث مسلم المتقدم الاستدلال به للشافعي فبعد تسليم ثبوت الحجية يحمل على الندب وكذا حديث البخاري آخى النبي صلى الله عليه وسلم بين سلمان وأبي الدرداء فزار سلمان أبا الدرداء فرأى أم الدرداء متبذلة فقال لها ما شأنك قالت أخوك أبو الدرداء ليس له حاجة في الدنيا فجاء أبو الدرداء فصنع له طعاما فقال كل فاني صائم قال ما أنا بآكل حتى تأكل فأكل فلما كان الليل ذهب أبو الدرداء يقوم فقال له سلمان نم فنام ثم ذهب يقوم فقال نم فلما كان من آخر الليل قال له سلمان قم الآن قال فصليا فقال له سلمان ان لربك عليك حقا ولنفسك عليك حقا ولاهلك عليك حقا فاعط كل ذي حق حقه فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال صدق سلمان وهذا مما استدل به القائلون بأن الضيافة عذر وكذا ما أسنده الدارقطني الى جابر قال صنع رجل من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم طعاما فدعا النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه فلما أتى بالطعام تنحى رجل منهم فقال النبي صلى الله عليه وسلم مالك قال انى صائم فقال النبي صلى الله عليه وسلم تكلف أخوك وصنع طعاما ثم تقول انى صائم كل وصم يوما مكانه فان كلا منهما يدل على عدم كون الفطر ممنوعا اذ لا يمهد للضيافة أثر في اسقاط الواجبات وانما منع المحققون كونها عذرا كالكرخي وأبي بكر الرازي واستدلا بما روى عنه صلى الله عليه وسلم اذا دعى أحدكم الى طعام فليجب فان كان مفطرا فليأكل وان كان صائما فليصل أي فليدع لهم والله أعلم بحال هذا الحديث وقال بعضهم ثبت موقوفا على أنه لو ثبت لا يقوى قوة حديث سلمان والحاصل أن على رواية المنتقى تتظافر الادلة ولا يعارض ما استدل الشافعي ما يثبتها على ما لا يخفى اه فتح القدير قوله وقال بعضهم هو قول القرطبي ذكره الشارح (قوله مكانه) زاد الطبراني ولا تعودا اه فتح (قوله أنت أحسنهم) رواه في المحلى عن سعيد بن المسيب اه غاية

قيل وجوب اتمام الحج والعمرة بالامر وهو قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله قلنا قد أمرنا الله تعالى باتمام الصوم أيضا بقوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل من غير فصل بين الفرض والنفل وكذا قوله عليه الصلاة والسلام من نسي وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه من غير فصل ذكره في الصحيحين وقوله عليه الصلاة والسلام الا أن تطوع عقيب قول الاعرابي هل علي غيرهن يدل على ما قلنا لان الاصل في الاستثناء أن يكون متصلا وما رووا من الحديث الاول قال القرطبي فيه لا يصح هذا الحديث وقال الترمذي في اسناده مقال وكذا الحديث الثاني لا يصح لان في طريقه جعفر بن الزبير وهو متروك ولئن صحا فالمراد بالخيار من الحديث الاول نفي الاجبار عليه لان الشارع وان أمر بالنفل لم يجبره عليه بل اختياره باق فيه ان شاء فعل وان شاء لم يفعل ونظيره قوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر والمراد من الحديث الثاني بيان وقت الشروع فيه لانه لا يجوز بعد نصف النهار فيكون معناه من أراد أن يصوم تطوعا فهو بالخيار الى نصف النهار ان شاء شرع فيه وان شاء لم يشرع كما يقال من دخل على السلطان فليتأهب أي من أراد الدخول عليه قال رحمه الله (ولو بلغ صبي أو أسلم كافر أمسك) يومه قضاء لحق الوقت بالتشبه (ولم يقض شيأ) لان الصوم غير واجب عليه فيه وقال زفر اذا أسلم الكافر يجب عليه قضاء ذلك اليوم لان ادراك جزء من الوقت بعد الاسلام كادراك كله كما في حكم الصلاة وينبغي أن يكون جوابه كذلك في الصبي اذا بلغ ونحن نقول لا يتمكن من أداء الصوم بادراك جزء من النهار بخلاف الصلاة ولان السبب في الصلاة الجزء المتصل بالاداء وجدت الاهلية عنده وفي الصوم الجزء الاول هو السبب والاهلية معدومة عنده وقال أبو يوسف اذا أدركا وقت النية وجب عليهما صوم ذلك اليوم لامكان تحصيله وان لم يصوما وجب عليهما القضاء لما قلنا ونحن نقول ان الصوم لا يتجزأ وجوبا كما لا يتجزأ أداء وأهلية الوجوب منعدمة في أوله فلا يجب بخلاف المجنون اذا أفاق في بعض النهار حيث يجب عليه أن يصوم ذلك اليوم ويجب عليه قضاؤه ان لم يصم ويجزيه عن الواجب ان نواه في وقته لان غير المستوعب منه كالمريض ولهذا يجب عليه قضاء ما مضى ولو نوى الكافر الذي أسلم تطوعا لا يجزيه عن التطوع لانه ليس من أهل التطوع في أول النهار بخلاف الصبي الذي بلغ ولا فرق بين أن يكون في رمضان أو غيره وقيل في غير رمضان يلزمهما بالشروع فيه نهارا حتى لو أفسداه وجب عليهما قضاؤه واختلفوا في هذا الامساك قيل انه مستحب لانه مفطر فلا يجب عليه الامساك وقيل واجب لانه عليه الصلاة والسلام أمر بذلك يوم عاشوراء حين كان صومه واجبا والصحيح الوجوب لما روينا وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا للصوم في أثناء النهار ولم يكن في أوله كذلك كالحائض اذا طهرت

(قوله لان في طريقه جعفر بن الزبير وهو متروك) ذكره القرطبي في شرح الموطأ اه غاية (قوله ونظيره قوله تعالى فمن شاء فليؤمن ومن شاء فليكفر) ليس ما في الآية نظير ما في الحديث اذ الامر في الآية للتهديد وفي الحديث للتخيير اه (قوله ولو بلغ صبي أو أسلم كافر أمسك) أي كل منهما بقية يومه اه ع (قوله بالتشبه) أي بالصائمين (قوله ولم يقض) أي كل منهما اه ع ﴿فرع﴾ وفي المجتبى قال أبو بكر الرازي يؤمر الصبي بالصوم اذا أطاقه وقال الشافعي كذلك لكنه قال لا يجزيه الا بعد البلوغ وتجزيه الصلاة قبله وقال مالك لا يؤمر حتى يبلغ وذكر أبو جعفر اختلاف مشايخ بلخ فيه والاصح أنه يؤمر به ثم اذا أمر فلم يصم لا قضاء عليه وسئل أبو حفص يضرب ابن عشر سنين على الصوم كما يضرب على الصلاة قال اختلفوا فيه قيل لا يضرب وبه قال مالك والصحيح أنه بمنزلة الصلاة فيضرب وبه قال الشافعي وأحمد والثوري والليث اه كاكي قال السروجي رحمه الله في آخر باب الاعتكاف ما نصه وفي الذخيرة المالكية صوم الصبي وحجه وصلاته ليست بشرعية عند أبي حنيفة بل ذلك تمرين للصبي ﴿قلت﴾ قد نقل هذا غير من الطوائف الثلاث عن الامام ونقلهم غلط محظور وما أعلم أي شيء مستند نقلهم الباطل بل اعتكاف الصبي وصومه وصلاته وحجه صحيح شرعي بلا خلاف وأجره له دون أبويه ذكره في الفتاوى وغيرها (قوله واختلفوا في هذا الامساك) يعني الامساك في رمضان بعدما أفطر اه (قوله حين كان صومه واجبا) أي وقد تقدم الحديث عند قوله صح صوم رمضان اه (قوله وعلى هذا الخلاف كل من صار أهلا الى آخره) قال الكمال رحمه الله كل من تحقق بصفة في أثناء النهار أو قارن ابتداء وجودها طلوع الفجر وتلك الصفة بحيث لو كانت قبله واستمرت معه وجب عليه الصوم فانه يجب عليه الامساك تشبها كالحائض والنفساء يطهران بعد الفجر أو معه والمجنون يفيق والمريض يقوى والمسافر يقدم بعد الزوال أو قبله بعد الاكل أما اذا قدم قبل الزوال والاكل فيجب عليه الصوم كما في الكتاب وكذا لو كان نوى الفطر ولم يفطر حتى قدم في وقت النية وجب عليه نية الصوم والذي أفطر عمدا أو خطأ أو مكرها أو أكل يوم الشك ثم استبان أنه من رمضان أو أفطر على ظن غروب الشمس أو تسحر بعد الفجر وقيل الامساك مستحب لا واجب لقول أبي حنيفة في الحائض تطهر نهارا لا يحسن أن تأكل والناس صيام والصحيح الوجوب لان محمدا قال فليصم وقال في الحائض فلتدع وقول الامام لا يحسن تعليل للوجوب أي لا يحسن بل يقبح وقد صرح به في بعض المواضع قال في المسافر اذا أقام بعد الزوال اني أستقبح أن يأكل ويشرب والناس صيام وهو مقيم فبين مراده بعدم الاستحسان ولانه الموافق للدليل وهو ما ثبت من أمره صلى الله عليه وسلم بالامساك لمن أكل في يوم عاشوراء

والمسافر اذا قدم وقال الشافعي لايمسك الامن كان أهلا للصوم في أوّله كالمفطر عمدا أو خطأ بأن تسحر وهو يظن أن الفجر لم يطلع أو أفطر وهو يظن أن الشمس قد غربت فاذا الفجر طالع والشمس لم تغرب لان الامساك تشبه اخلف عن الصوم فلا يجب الاعلى من يجب عليه الاصل ألا ترى أن الحائض والنفساء والمسافر والمريض لايجب عليهم الامساك لما قلنا فكذا هنا ونحن نقول الامساك أصل وليس بخلف عن الصوم وانما لايجب على من ذكرهم لان المانع من التشبه قد تحقق فيهم كما تحقق في حق الصوم في حقهم قال رحمه الله (ولو نوى المسافر الافطار ثم قدم ونوى الصوم في وقته صح) أي في وقت النية وهو قبل أن ينتصف النهار لان السفر لاينافي أهلية الصوم وجوبا وأداء وانما هو مرخص فقط فاذا زال التحق بالمقيم لانعدام المرخص ولا فرق في هذا بين أن يكون الصوم فرضا أو نفلا ولهذا قال صح لانهما لايختلفان في الصحة وانما يختلفان في اللزوم حتى يلزمه أن ينوى اذا كان ذلك في رمضان لان السفر لاينافي وجوب الصوم ألا ترى أنه لو نوى الصوم وهو مسافر في رمضان لايجوز له أن يفطر في ذلك اليوم فهذا أولى غير أنه لاتجب عليه الكفارة في المسئلتين لوجود الشبهة وهو السفر في أوّله أو آخره كما يسقط الحد بالنكاح الفاسد للشبهة قال رحمه الله (ويقضي باغماء سوى يوم حدث في ليلته) أي يقضي اذا فاته الصوم بسبب الاغماء لانه نوع مرض لايزيل الحجى ويضعف القوى فلا ينافي الوجوب ولا الاداء ولا يقضي يوما حدث في ليلته الاغماء لوجود الصوم فيه اذ الظاهر انه نوى من الليل حملا لحال المسلم على الصلاح حتى لو كان متهتكا يعتاد الاكل في نهار رمضان أو مسافرا قضاه كله لعدم مايدل على وجود النية وان أغمى عليه رمضان كله قضاه كله الا أول يوم منه لما قلنا وان كان الاغماء حدث في شعبان قضاه كله لعدم النية قال رحمه الله (وبجنون غير ممتد) أي يقضي اذا فاته بجنون غير ممتد وهو أن يكون جنونه غير مستوعب لشهر رمضان والممتد المستوعب له ولا يجب عليه القضاء لانه يلحقه الحرج به وهو مدفوع وقال مالك يلزمه القضاء اعتبارا بالاغماء والحجة عليه ماذكرنا من الحرج لاسيما اذا توالى عليه سنين بخلاف الاغماء لان امتداده نادر فلا يعتبر وان كان غير مستوعب يجب عليه القضاء لانه لايحرج والسبب قد تحقق والاهلية بالذمة فأمكن القول بوجوبه وقال زفر والشافعي لايجب عليه القضاء لانه فرع على وجوب الاداء وهو منتف لعدم الاهلية فكذا ماينبني عليه ونحن لانسلم أن القضاء يترتب على وجوب الاداء بل يجب في الذمة بوجود السبب وجب أداؤه أو لم يجب ألا ترى أن النائم يجب عليه القضاء وهو مرفوع عنه القلم في حق الاداء وكذا المسافر يجب عليه القضاء دون الاداء وهذا لان نفس الوجوب في الذمة بوجود السبب ووجوب الاداء بالمطالبة فاذا وجب عليه لايطالب بالاداء الا اذا كان قادرا عليه وذلك بالعقل المميز ونفس الوجوب في الذمة فيشترط أن تكون الذمة صالحة للوجوب وبنو آدم ذممهم صالحة له ألا ترى أنه يجب عليه حقوق العباد اذا وجد منه سببه ثم يؤخر عنه الاداء الى وجود القدرة فكذا هنا ثم لافرق بين الجنون الاصلي والعارضي وعن محمد أنه فرق بينهما فألحق الاصلي بالصبا واختاره بعض المتأخرين * اعلم أن الاعذار أربعة أقسام مالا يمتد غالبا كالنوم فلا يسقط بشئ

حين كان واجبا ولا يخفى على متأمل فوائد قيود الضابط وقلنا كل من تحقق أو قارن ولم نقل من صار بصفة الى آخره ليشمل من أكل في نهار رمضان عمدا لان الصيرورة للتحول ولو لامتناع ماقبله ولا يتحقق المنادبه مافيه اه (قوله ولو نوى المسافر الافطار) قال الكمال ثم نية الافطار ليست بشرط بل اذا قدم قبل الزوال والاكل وجب عليه صوم ذلك اليوم توسعا اه (قوله وانما هو مرخص فقط) قال الكمال رحمه الله واعلم أن اباحة الفطر للمسافر اذا لم ينو الصوم فاذا نواه ليلا وأصبح من غير أن ينقض عزيمته قبل الفجر أصبح صائما فلا يحل فطره في ذلك اليوم لكن لو أفطر فيه لا كفارة عليه لان السبب المبيح من حيث الصورة وهو السفر قائم فأورث شبهة وبها تندفع الكفارة اه (قوله فهذا أولى) وجه الاولوية هو أن المرخص وهو السفر قائم وقت الافطار في تلك المسئلة ومع ذلك لم يبح له الافطار فلأن لايباح له الافطار في هذه المسئلة والمرخص ليس بقائم وقت الفطر بالطريق الاولى اه (قوله في المسئلتين) مسئلة المتن والمسئلة المستوضح بها (قوله لوجود الشبهة وهو السفر في أوّله) راجع الى مسئلة المتن وقوله أو آخره راجع الى المسئلة المستوضح بها اه (قوله ولا يزيل الحجى) أي العقل ولهذا ابتلى به من هو معصوم من زوال العقل صلى الله عليه وسلم على ماأسلفناه في باب الامامة اه فتح (قوله ثم لافرق بين الجنون الاصلي الى آخره) والمراد بالاصلي مايكون متصلا بالصبا بأن بلغ مجنونا ومن العارض هو أن يبلغ مفيقا ثم يجن اه كاكي وفي المبسوط لو كان جنونه أصليا فالمحفوظ عن محمد انه من ليس عليه قضاء مامضى لان ابتداء الخطاب يتوجه عليه الآن فصار بمنزلة الصبي اذا بلغ وروى هشام عن أبي يوسف أنه لاقضاء عليه في القياس ولكني أستحسن فأوجب عليه قضاء مامضى لان الاصل لايفارق الطارئ في شئ من الاحكام فكذا في الصوم وليس فيه رواية عن أبي حنيفة واختلف فيه المتأخرون على قياس مذهبه والاصح انه ليس عليه قضاء مامضى وبه قال الشافعي اه كاكي (قوله والعارضي) أي وبين أن يفيق المجنون في وقت النية من آخر يوم أو بعده خلافا لما قاله الحلواني وان اختاره بعضهم اه فتح

من العبادات لعدم الحرج ولهذا لم يجب عليه ولاية لاحد بسببه وما يمتد خلقة كالصبا فيسقط به جميع العبادات لدفع الحرج عنه وما يمتد وقت الصلاة لا وقت الصوم غالبا كالاغماء فان امتد في الصلاة بأن زاد على يوم وليلة جعل عذرا دفعا للحرج لكونه غالبا ولم يجعل عذرا في الصوم لان امتداده شهرا نادر فلم يكن في ايجابه حرج والدليل على أنه لا يمتد طويلا أنه لا يأكل ولا يشرب ولو امتد طويلا لهلك وبقاء حياته بدونهما نادر ولا حرج في النوادر وما يمتد وقت الصلاة والصوم وقد لا يمتد وهو الجنون فان امتد فيهما أسقطهما والا فلا قال رحمه الله (وبامساك بلا نية صوم وفطر) أي يجب عليه القضاء ان أمسك في رمضان عن الاكل والشرب بلا نية صوم ولا فطر وقال زفر لا يجب عليه القضاء لان صوم رمضان يتأدى عنده بدون النية في حق الصحيح المقيم لان المستحق عليه هو الامساك وقد وجد وهذا لانه متعين بأصله ووصفه فعلى أي وجه أتى به وقع عنه كما اذا وهب كل النصاب من الفقير ولنا أن المستحق عليه الامساك بجهة العبادة لقوله تعالى وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص لا يكون بدون النية ويلزم على ما قاله زفر أن تكون العبادة من غير فعل العبد وأن تكون بغير اختياره وهذا خلف وفي هبة النصاب وجدت منه نية القربة على ما مر من قبل وثمرة الخلاف تظهر في لزوم القضاء ووجوب الكفارة يعني لا يلزمه القضاء ان لم يأكل وتجب عليه الكفارة ان أكل عند زفر لانه صائم عنده وعند أبي حنيفة الحكم على عكسه لانه غير صائم وعندهما ان أكل بعد الزوال فكذلك كما قاله أبو حنيفة وان أكل قبل الزوال تجب عليه الكفارة لانه فوت به امكان التحصيل فصار كغاصب الغاصب قال رحمه الله (ولو قدم مسافر أو طهرت حائض

قال في الهداية ثم هذا ظاهر الرواية وقال في الفاضيخان هو الصحيح اه قال في الغاية وفي البدائع في الجنون العارضي اذا أفاق في أوله أو في وسطه أو في آخره قضى جميعه وفي الاصل روى عن أبي حنيفة أنه سوى بينهما وقال يقضي ما مضى من الشهر وهكذا روى هشام عن أبي يوسف اه قال في الهداية ومن جن رمضان كله لم يقضه اه قال في الدراية أي قبل غروب الشمس من أول الليلة لانه لو كان مفيقا في أول الليلة ثم جن وأصبح مجنونا الى آخر الشهر قضى صوم الشهر كله بالاتفاق غير يوم تلك الليلة ذكره شمس الائمة في أصوله وفي جميع النوازل اذا أفاق في أول ليلة من رمضان ثم أصبح مجنونا واستوعب الشهر اختلف فيه أئمة بخارى والفتوى على أنه لا يلزمه القضاء لان الليلة لا يصام فيها وكذا لو أفاق في ليلة من وسطه أو في آخر يوم من رمضان بعد الزوال كذا في المجتبى وقال الحلواني المراد من قوله كله مقدار ما يمكنه ابتداء الصوم حتى لو أفاق بعد الزوال من اليوم الاخير من رمضان لا يلزمه القضاء لان الصوم لا يصح فيه كالليل هو الصحيح كذا في فتاوى قاضيخان اه ولو أسلم الكافر في دار الحرب وعلم وجوب الصوم بعد رمضان لا قضاء عليه ولو علم في خلاله فالظاهر أنه والمجنون سواء اه دراية ﴿فرع﴾ ذكره في الغاية جن في رمضان ثم أفاق في رمضان آخر بعد سنين قضى الشهر الذي جن فيه والذي أفاق فيه ولم يقض ما بينهما من السنين لاستيعابه فيما بينهما اه (قوله لان صوم رمضان يتأدى عنده بدون النية الى آخره) وكان أبو الحسن الكرخي ينكر هذا المذهب لزفر ويقول المذهب عنده أن صوم جميع الشهر يتأدى بنية واحدة كما هو قول مالك وأحمد لانه عبادة واحدة فيشترط النية في أولها كركعات الصلاة الواحدة وقال أبو اليسر هذا قول قاله زفر في صغره ثم رجع عنه كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اه (قوله في حق الصحيح المقيم) قيد بهما لان المسافر والمريض لا بد لهما من النية اتفاقا لعدم التعين في حقهما اه فتح (قوله كما اذا وهب كل النصاب من الفقير) أي على مذهبكم فهو الزامي من زفر به فان إعطاء النصاب فقيرا واحدا عنده لا يقع به عن الزكاة اه فتح قال في الدراية وقيل تأويله أن يكون الفقير مديونا فعند ذلك يجوز أداء النصاب اليه زكاة بالاتفاق اه (قوله وثمرة الخلاف تظهر في لزوم القضاء ووجوب الكفارة) قال في الكافي ثم في وضع المسئلة إشكال لانا ذكرنا فيمن أغمي عليه بعد ما غربت الشمس من الليلة الاولى من رمضان انه يعتبر صائما في يومها ولم يعرف منه نية الصوم والفطر لانا حملنا أمره على النية بناء على ظاهر حاله وهنا لم يحمل أمره على النية بناء على الظاهر وتأويلها أن يكون مسافرا أو مريضا لا ينوي شيأ أو ذا مطلق له فلا يصلح حاله دليلا على العزيمة أو رجلا متهتكا اعتاد الفطر في رمضان وحال مثله لا يدل على عزيمة الصوم اه قال الكمال رحمه الله عند قوله في المتن ومن لم ينو في رمضان كله لا صوما ولا فطرا الى آخره ومن حقق تركيب الكتاب وهو قوله من لم ينو لا قضاء عليه جزم بان هذا التأويل تكلف مستغنى عنه بخلاف من أغمي عليه فان الاغماء قد يوجب نسيانه حال نفسه بعد الافاقة فيبنى الامر فيه على الظاهر من حاله وهو وجود النية الا أن يكون متهتكا يعتاد الاكل فيفتي بلزوم صومه ذلك اليوم أيضا لان حاله لا يصلح دليلا على قيام النية أما هنا فانما علقه بوجوب القضاء بنفس عدم النية ابتداء لا بأمر يوجب النسيان ولا شك انه أدرى بحالته الى أن قال ومن شك أنه كان نوى أم لا أمكن ان يجاب هذه المسئلة بالبناء على ظاهر حاله كما ذكرناه اه (قوله فصار كغاصب الغاصب) أي فصار الآكل قبل الزوال اه كاكي وذلك لان الامساك قبل الزوال كان بفرضية ان يصير صوما فبالاكل فوت هذا الامكان بمنزلة تفويت الاصل كما في الغصب فان المغصوب منه كما يضمن الغاصب الاول لتفويت الاصل يضمن غاصب الغاصب لتفويت امكان الرد لانه لا يجوز أن يضمن الثاني بسبب

الاستهلاك لا تشترط والتفويت حتمولا يصار اليه مع قيام صاحب العلة ولا يجار أن يضمنه بسبب الغصب لانه ما أزال اليد المحقة فتعين لتضمينه تفويت الامكان اه (قوله أو تسحر ظنه ليلا) قال في الغاية وفي الاسبيجابي هذه المسئلة تضمنت خمسة فصول فساد صومه ووجوب القضاء عليه ووجوب امساك بقية يومه وانه لا كفارة والخامس لو أكل بعده لا كفارة عليه اه وعدها في الدراية نقلا عن المبسوط خمسة أيضا الا أنه قال والخامس أن لا اثم عليه لقوله تعالى وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به اه (قوله وروى عن أبي حنيفة الى آخره) يفيد المغايرة بين هذه وبين تلك الرواية فان استحباب الترك لا يستلزم ثبوت الاساءة ان لم يترك بل يستلزم كون ذلك مفضولا وفعل المفضول لا يستلزم الاساءة ثم استدل على هذه الرواية بقوله صلى الله عليه وسلم دع ما يريبك الى ما لا يريبك رواه النسائي والترمذي وزاد فان الصدق طمأنينة والكذب ريبة قال الترمذي حديث حسن صحيح فنقول المروي لفظ الامر فان كان على ظاهره كان مقتضاه الوجوب فيلزم بتركها الاثم لا الاساءة أو انصرف عنه بصارف كان ندبا ولا اساءة بترك المندوب بل ان فعله نال ثوابه والاثم يتسلسل شأ فهو دائر بين كونه دليلا للوجوب أو الندب فلا يصلح جعله دليلا على هذه الا أن يراد اساءة معها اثم والله أعلم اه فتح اه (قوله وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه) وصححه في الايضاح اه فتح (قوله وأما اذا أفطر وهو يرى

أو تسحر ظنه ليلا والفجر طالع أو أفطر كذلك والشمس حية أمسك يومه وقضى ولم يكفر كأكله عمدا بعد أكله ناسيا ونائمة ومجنونة وطئتا) يعني هؤلاء كلهم يجب عليهم الامساك في بقية النهار تشبها ويجب عليهم قضاء ذلك اليوم ولا تجب عليهم الكفارة كما لا تجب على من أكل ناسيا ثم أكل عمدا وكما لا تجب على نائمة ومجنونة وطئتا أما وجوب الامساك عليهم في بقية النهار فقد قدمنا بيانه فلا نعيده ونبين غيره من الاحكام فنقول أما اذا تسحر وهو يظن أنه ليل فاذا الفجر طالع فانه يجب عليه القضاء لانه مضمون عليه بالمثل كما في المريض والمسافر ولا تجب الكفارة عليه لقصور الجناية لعدم القصد هذا اذا تبين أنه أكل بعدما طلع الفجر وان لم يتبين له شئ لا يجب عليه القضاء لان الاصل هو الليل فلا يخرج بالشك ولو شك في طلوع الفجر فالافضل أن يتركه تحرزا عن المحرم ولو أكل فصومه تام ما لم يتبين أنه أكل بعد ما طلع الفجر لما قلنا وروي عن أبي حنيفة أنه أساء بالاكل مع الشك اذا كان ببصره علة أو كانت الليلة مقمرة أو متغيمة أو كان في مكان لا يستبين فيه الفجر لقوله عليه الصلاة والسلام دع ما يريبك الى ما لا يريبك وان غلب على ظنه أن الفجر قد طلع فلا يأكل لان غلبة الظن تعمل عمل اليقين وان أكل ينظر فان لم يتبين له شئ قيل يقضيه احتياطا وعلى ظاهر الرواية لا قضاء عليه لان اليقين لا يزال الا بمثله ولو ظهر أنه أكل والفجر طالع يجب عليه القضاء لما قلنا ولا كفارة عليه لانه بنى الامر على الاصل فلم تكمل الجناية وأما اذا أفطر وهو يرى أن الشمس قد غربت فاذا هي لم تغرب فعليه القضاء لما ذكرنا وفيه قول عمر ما تجانفنا الاثم وقضاء يوم علينا يسير وان لم يتبين له شئ فلا قضاء عليه وكذا اذا كان في أكبر رأيه أنها غربت حتى لا يجب عليه القضاء ان لم يتبين له شئ وان تبين أنه أكل قبل الغروب يجب عليه القضاء دون الكفارة لان غلبة الظن كاليقين فصار كما اذا رأى أنها غربت ولو شك في الغروب فان لم يتبين له شئ فعليه القضاء وفي الكفارة روايتان وان تبين أنه أكل قبل الغروب تجب عليه الكفارة وان غلب على ظنه أن الشمس لم تغرب فأكل فعليه القضاء والكفارة اذا لم يتبين له شئ أو تبين أنه أكل قبل الغروب

أن الشمس الى آخره) يرى على البناء للمفعول من الرأي بمعنى الظن لا الرؤية بمعنى اليقين كقوله

* رأيت الله أكبر كل شئ *

أي علمته ولو صيغ منه للفاعل مرادا به المفعول لم يمتنع في القياس لكن لم يسمع بمعناه الا مبنيا للمفعول قال

وكنت أرى زيدا كما قيل سيدا
إذا إنه عبد القفا واللهازم

فأريت بمعنى أظننت أي دفع الى الظن اه فتح (قوله ما تجانفنا) أي ما تمايلنا وما تعمدنا من الجنف وهو الميل والمراد هنا ما تعمدنا في هذا ارتكاب معصية اه كاكي (قوله ولو شك في الغروب) لا يحل له الفطر لان الاصل هو النهار ولو أكل فعليه القضاء عملا بالاصل وان اه هداية (قوله وفي الكفارة روايتان) أي ومختار الفقيه أبو جعفر لزومها لان الثابت حال غلبة ظن الغروب شبهة الاباحة لا حقيقتها في حال الشك دون ذلك وهو شبهة الشبهة وهي لا تسقط العقوبات اه فتح (قوله وان تبين أنه أكل قبل الغروب تجب عليه الكفارة) قال الكمال رحمه الله لا أعلم فيه خلافا والله سبحانه أعلم وهو الذي ذكره بقوله ولو كان شاكا الى قوله ينبغي أن تجب الكفارة اه وهاك عبارة الهداية بتمامها ولو كان شاكا فيه وتبين أنها لم تغرب ينبغي أن تجب الكفارة نظرا الى ما هو الاصل وهو النهار ﴿فائدة﴾ قال في الدراية في آخر باب الاعتكاف ومن السنة أن يقول عند الافطار اللهم لك صمت وبك آمنت وعليك توكلت وعلى رزقك أفطرت وصوم الغد من شهر رمضان نويت فاغفر لي ما قدمت وما أخرت اه (قوله أو تبين أنه أكل قبل الغروب الى آخره) أي لان النهار كان ثابتا وقد انضم اليه أكبر رأيه وأورد لو شهد اثنان غربت واثنان بأن لا فأفطر ثم تبين عدم الغروب لا كفارة مع ان تعارضهما يوجب الشك أجيب بمنع الشك فان الشهادة بعدمه على النفي فبقيت الشهادة بالغروب بلا معارض فيوجب ظنه وفي النفس منه شئ يظهر بأدنى تأمل اه فتح قوله بلا معارض حتى ان الشهادتين لو كانتا في طلوع الفجر فأفطر

ثم ظهر أنه قد كان طلع الفجر عليه القضاء والكفارة بالاتفاق لهذا المعنى اه دراية (قوله اعلم ان التسحر مستحب) قال في الغاية ولاخلاف في استحبابه اه (قوله وقيل سنة) نص عليه في البدائع والتحفة اه غاية (قوله فان في السحور بركة) قيل المراد بالبركة حصول التقوى به على صوم الغد بدليل ما روى عنه صلى الله عليه وسلم استعينوا بقائلة النهار على قيام الليل وبأكل السحور على صيام النهار أو المراد زيادة الثواب لاستنانه بسنن المرسلين قال صلى الله عليه وسلم فرق بين صومنا وصوم أهل الكتاب أكلة السحر السحور ولا منافاة فليكن المراد بالبركة كلا من الامرين والسحور ما يؤكل في السحر وهو السدس الاخير من الليل وقوله في النهاية هو على حذف مضاف تقديره في أكل السحور بركة بناء على ضبطه بضم السين جمع سحر فاما على فتحها وهو الاعرف في الرواية فهو اسم للمأكول في السحر كالوضوء بالفتح ما يتوضأ به وقيل يتعين بالضم لان البركة ونيل الثواب انما تحصل بالفعل لا بنفس المأكول اه فتح القدير (قوله رواه الجماعة) أى الا أبا داود عن أنس اه (قوله لاتزال الناس بخير ما عجلوا الفطر متفق عليه) وفيه دليل على الرد على الشيعة الذين يؤخرون الفطر الى ظهور النجم لانهم اذا أخروه كان على خلاف السنة اه غاية

وان تبين أنه أكل بالليل فلا شئ عليه في جميع ما ذكرنا * ثم اعلم أن التسحر مستحب وقيل سنة لقوله عليه الصلاة والسلام تسحروا فان في السحور بركة رواه الجماعة وقال عليه الصلاة والسلام ان فصل ما بين صيامنا وصيام أهل الكتاب أكلة السحر وروى السحور رواه الجماعة الا البخارى وابن ماجه والمستحب فيه التأخير وفي الفطر التعجيل لما روى أبو ذر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يقول لاتزال أمتى بخير ما أخروا السحور وعجلوا الفطر رواه أحمد وعن سهل بن سعد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لاتزال الناس بخير ما عجلوا الفطر متفق عليه وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان يفطر على رطبات قبل أن يصلى فان لم تكن رطبات فتمرات فان لم تكن تمرات حسا حسوات من ماء رواه أحمد وأبو داود والترمذى وأما عدم وجوب الكفارة على من أكل عمدا بعد ما أكله ناسيا فلان الاشتباه استند الى دليل وهو القياس فتتحقق الشبهة ولا فرق في ذلك بين أن يبلغه الحديث وعلمه أو لا لان الشبهة في الدليل فلا تنتفى بالعلم كوطء الاب جارية الابن حيث لا يجب الحد كيفما كان لما قلنا وكذا لو جامع ناسيا ثم أكل أو جامع عمدا وعلى هذا لو نوى من النهار أو أصبح مسافرا فنوى الاقامة فأكل لا كفارة عليه وروى عن أبى حنيفة أنه اذا بلغه الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام من نسى وهو صائم فأكل أو شرب فليتم صومه فانما أطعمه الله وسقاه أنه تجب عليه الكفارة وكذا عنهما لان الحديث صحيح وليس بشاذ حتى يحترى بتركه والظاهر الاول لقيام الشبهة الحكمية ولهذا قال أبو حنيفة لولا هذا الحديث لقلت بفطره بالاكل ناسيا وهذا دليل على قوتهما أعنى قوة الحديث وقوة القياس وعلى هذا لو ذرعه القئ ثم أفطر عمدا لا تجب عليه الكفارة لانه يفصل منه شئ ويعود الى الجوف عادة فيثبت به شبهة حكمية ولو احتجم فظن أن ذلك يفطره فأكل متعمدا فعليه القضاء والكفارة لان الظن لم يستند الى دليل شرعى الا اذا أفتاه فقيه بذلك لان الفتوى دليل شرعى في حقه ولو بلغه الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام أفطر الحاجم والمحجوم فأفطر متعمدا فكذلك عند محمد لان قول الرسول أقوى من فتوى المفتى فأولى أن يكون شبهة وعن أبى يوسف خلاف ذلك لان على العامى الاقتداء بالفقهاء لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث ولو عرف تأويله تجب عليه الكفارة لانتفاء الشبهة وقول الاوزاعى

(قوله وهو القياس) أى لان القياس يقتضى ان لا يبقى صائما بأكله عند النسيان اه (قوله ان يبلغه الحديث وعلمه) أى علم معنى الحديث وهو انه لا يفسده الاكل ناسيا اه كاكى (قوله كيفما كان) نظرا الى قيام شبهة الملك الثابتة بقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك فانها ثابتة بثبوت هذا الدليل وان قام الدليل الراجح على تباين الملكين اه فتح (قوله والظاهر الاول) أى من الرواية قال في الكافى وان بلغه الحديث وعلمه فكذلك في ظاهر الرواية عن أبى حنيفة اه وفي فتاوى قاضيخان وهو الصحيح لان خبر الواحد لا يوجب علم اليقين بل يوجب العمل تحسينا للظن بالراوى اه كاكى (قوله لقيام الشبهة) أى وهى ان الشئ لا يبقى مع منافيه اه وأيضا نظرا الى القياس ولا تنتفى هذه الشبهة بالعلم لان خبر الواحد لا يوجب العلم وانما يوجب العمل فلا تنتفى به الشبهة كافى (قوله لان الظن لم يستند الى دليل الى آخره) قال في الدراية لان انعدام الركن بوصول الشئ الى باطنه بقوله عليه الصلاة والسلام الفطر مما دخل أو بقضاء الشهوة ولم يوجد شئ منهما لا صورة ولا معنى وحكم الاستقاء بالنص بخلاف القياس اه (قوله الا اذا أفتاه فقيه بذلك) أى من الحنابلة قال المحبوبى بشرط ان يكون المفتى ممن تؤخذ منه الفتوى ويعتمد على فتواه في البلدة ولا معتبر بغيره هكذا روى الحسن عن أبى حنيفة وابن رستم عن محمد وبشر بن الوليد عن أبى يوسف وتصير فتوى المفتى شبهة ولا يعتبر ظاهر الحديث اه كاكى (قوله لعدم الاهتداء في حقه الى معرفة الاحاديث) أى لجواز أن يكون مصروفا عن ظاهره أو منسوخا اه كافى (قوله وقول الاوزاعى) أى بانه يفطر اه فتح وليس كقول مالك في النسيان لان خلافه انما اعتبر لموافقة القياس اه كافى بالمعنى

(قوله لمخالفته القياس) أي مع فرض علم الآكل كون الحديث على خلاف ظاهره اه فتح (قوله والقبلة واللمس الخ) قال الكمال رحمه الله ولو مس أو قبل امرأة بشهوة أو ضاجعها ولم ينزل فظن أنه أفطر فأكل عمدا كان عليه الكفارة إلا إذا تأول حديثا أو استفتى فقيها فأفطر فلا كفارة عليه وإن أخطأ الفقيه ولم يثبت الحديث لأن ظاهر الفتوى والحديث يصير شبهة كذا في البدائع وفيه لو دهن شاربه فظن أنه أفطر فأكل عمدا فعليه الكفارة وإن استفتى فقيها أو تأول حديثا لما قلنا يعني ما ذكره فيمن اغتاب فظن أنه أفطر فأكل عمدا من قوله فعليه الكفارة وإن استفتى فقيها أو تأول حديثا لأنه لا يعتد بفتوى الفقيه ولا بتأويله الحديث هنا لأن هذا مما لا يشتبه على من له شم من الفقه ولا يخفى على أحد أن ليس المراد من المروي بالغيبة تفطر الصائم حقيقة الافطار فلم يصر ذلك شبهة اه (قوله وقال زفر والشافعي لا يفسد صومهما) وهو رواية عن أبي حنيفة أيضا ذكرها في خزانة الاكمل اه غاية (قوله وهما نادران) أي جماع النائمة والمجنونة اه (قوله والمجبورة بمعنى مجبرة الى آخره) قال ثعلب في فصيحه جبرت الكسر جبرته

لا يورث شبهة لمخالفته القياس وتأويله أنه منسوخ أو كانا يغتابان الناس فلا يحصل لهما أجر الصائم والقبلة واللمس والمباشرة كالحجامة حتى لا تسقط الكفارة به إلا إذا أفتاه فقيه ولو اغتاب إنسانا فأفطر بعده متعمدا تلزمه الكفارة كيفما كان لانتفاء الشبهة وقول الظاهرية لا يورث شبهة وقيل هي كالحجامة وعلى الأول عامة المشايخ وأما النائمة والمجنونة إذا جومعتا فلوجود ما ينافي الصوم وهو الجماع فالأكل بعد ذلك ليس بإفساد لوجود الفساد قبله فلا يتعلق وجوب الكفارة به وقال زفر والشافعي لا يفسد صومهما بهذا الجماع اعتبارا بالناسي إذ عذرهما أبلغ من عذره لوجود قصد الأكل فيه دونهما ونحن نقول النسيان يغلب وجوده وهما نادران فلا يمكن إلحاقهما به ثم تصوير هذه المسئلة في النائمة ظاهر وصورتها في المجنونة أنها نوت الصوم ثم جنت بالنهار وهي صائمة فجامعها إنسان وحكي عن أبي سليمان الجوزجاني رحمه الله أنه قال لما قرأت على محمد هذه المسئلة قلت له كيف تكون صائمة وهي مجنونة فقال لي دع هذا فإنه انتشر في الأرض ومنهم من قال كانت في الأصل وهي مجبورة أي مكرهة فظن الناسخ أنها مجنونة ولهذا قال محمد رحمه الله دع هذا فإنما انتشر في الآفاق وروي عن عيسى بن أبان أنه قال قلت لمحمد أهذه المجنونة قال لا بل المجبورة فقلت ألا تجعلها مجبورة فقال بلى ثم قال كيف وقد سارت بها الركبان تدعوها والمجبورة بمعنى مجبرة ضعيف لفظا صحيح حكما وعن محمد لو أكل ناسيا أو شرب فتذكر فقطع الشرب أو ألقى اللقمة أو جامع ناسيا فنزعه للحال عند التذكر أو طلع الفجر وهو يجامعها فنزعه مع الطلوع فصومه تام وقال زفر يفطره وعليه الكفارة في فصل الجماع لأنه في حالة النزع مباشر للأكل والجماع وهذا مبني على قاعدته فإن عنده لا يشترط التمكن كما إذا حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وأخواتها فنزعه للحال يحنث على قوله وقال أبو يوسف يفسد صومه في الجماع خاصة لأن النزع نفسه جماع لوجود مماسة الفرج بالفرج وجه ما ذكره محمد أن النزع ترك الفعل فلا ينافي الصوم لأن فعله الجماع وقد تركه بالنزع وكذا الأكل والشرب تركه بالقطع فلا يفطره قال رحمه الله

﴿فصل﴾ من نذر صوم يوم النحر أفطر وقضى) وقال زفر والشافعي لا يلزمه القضاء ولا يصح النذر به لأنه نذر بما هو معصية لورود النهي عن الصوم في هذه الأيام ولنا أنه نذر بصوم مشروع فيصح والنهي

وأجبرت فلانا قهرته جبرا في الأول وإجبارا في الثاني فهو مجبور من جبر ومجبر من أجبر اه وقال في المغرب جبره بمعنى أجبره لغة ضعيفة وإنما قل استعمال المجبور بمعنى المجبر واستصعب وضع المجبورة موضع المجنونة في كتاب الصوم من الجامع الصغير (قوله وعن محمد لو أكل ناسيا الى آخره) قال الكمال رحمه الله في أوائل باب ما يوجب القضاء والكفارة ولو بدأ بالجماع ناسيا فتذكر إن نزع من ساعته لم يفطر وإن دام على ذلك حتى أنزل فعليه القضاء ثم قيل لا كفارة وقيل هذا إذا لم يحرك نفسه بعد التذكر حتى أنزل فإن حرك نفسه بعد فعليه كما لو نزع ثم أدخل ولو جامع عامدا قبل الفجر فطلع وجب النزع في الحال فإن حرك نفسه فهو على هذا نظيره ما قالوا أولج ثم قال لها إن جامعتك فأنت طالق أو حرة إن نزع أو لم ينزع ولم يحرك حتى أنزل لا تطلق ولا تعتق وإن حرك نفسه طلقت وعتقت ويصير مراجعا بالحركة الثانية ويجب العقر للأمة ولا حد عليهما اه

﴿فصل﴾ (قوله لورود النهي عن الصوم الى آخره) قال العلامة كمال الدين في الفتح عند قوله في الهداية لورود النهي عن صوم هذه الأيام وفي بعض النسخ عن صوم يوم النحر وهو الأنسب بوضع المسئلة فإنه قال لله علي صوم يوم النحر واسم الإشارة في النسخة الأخرى مشار به الى معهود في الذهن بناء على شهرة الأيام المنهي عن صيامها وهي أيام التشريق والعيدين ويناسب النسخة الأولى الاستدلال بما في الصحيحين عن أبي سعيد الخدري نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صيام يوم الأضحى وصيام يوم الفطر وفي لفظ لهما سمعته يقول لا يصح الصيام في يومين يوم الأضحى ويوم الفطر من رمضان ويناسب النسخة الأخرى الاستدلال بما سيأتي من قوله صلى الله عليه وسلم لا تصوموا في هذه الأيام الى آخره اه

لاينافي المشروعية لان موجبه الانتهاء والنهي عما لا يتصور لا يكون فيقتضي تصوره وحرمته فيكون مشروعا ضرورة والنهي لغيره وهو ترك اجابة دعوة الله تعالى لا ينافي المشروعية فيصح نذره ولكنه يفطر احترازا عن المعصية ثم يقضي اسقاطا للواجب عن ذمته وان صام فيه يخرج عن العهدة لانه أداه كما التزمه ناقصا لمكان النهي قال رحمه الله (وان نوى يمينا كفر أيضا) أي مع القضاء تجب كفارة يمين لانهما مما يجب عليه اذا أفطر موجبهما الكفارة باليمين والقضاء بالنذر وهذه المسئلة على ستة أوجه ان لم ينو شيئا أو نوى النذر لا غير أو نوى النذر ونوى أن لا يكون يمينا يكون نذرا في هذه الصور الثلاث لانه نذر بصيغته وينصرف اليه عند الاطلاق أو عند نيته له فان نوى اليمين ونوى أن لا يكون نذرا يكون يمينا لان اليمين محتمل كلامه لان النذر ايجاب المباح وهو اليمين لانه يوجب البر وقد عينه بعزيمته ونفى غيره وان نواهما جميعا يكون نذرا ويمينا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يكون نذرا لا غير وان نوى اليمين يكون أيضا نذرا ويمينا عندهما وعنده يكون يمينا لا غير له أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز فلا ينتظمهما اللفظ واحد والمجاز تتعين بنيته وعند نيتهما تترجح الحقيقة ولهما أنه لا تنافي بين الجهتين لان النذر ايجاب المباح فيستدعي تحريم ضده وانه يمين لقوله تعالى لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم فكان نذرا بصيغته يمينا بموجبه كشراء القريب تملك بصيغته تحرير بموجبه حتى اذا نوى عن الكفارة أجزأه أو نقول انهما يقتضيان الوجوب أما النذر فظاهر وأما اليمين فلانه توجب البر الا أن النذر يقتضيه لعينه لانه موضوع له واليمين يقتضيه لغيره لئلا يلزم هتك حرمة اسم الله تعالى فجمعنا بينهما عملا بالدليلين كما جمعنا بين جهتي التبرع والمعاوضة في الهبة بشرط العوض وكما جمعنا بين جهتي الفسخ والبيع في الاقالة واذا جاز ذلك مع اختلاف الحكم فمع اتفاقه أولى أن يجوز وهذا لانه ليس فيه أكثر من أن يكون واجبا لعينه وواجبا لغيره وذلك لا يمنع كمن حلف ليصلين الصلوات المفروضة أو ليطيعن أبويه فيكون كل واحد من الجهتين مؤكدا للاخرى فلا تنافي

(قوله والنهي عما لا يتصور لا يكون الى آخره) أي فكيف يستقيم أن يجعل النهي عنه غير مشروع بحكم النهي بعد ما كان مشروعا وبه يتبين أن النهي غير النسخ فالنسخ تصرف في المشروع بالرفع أو الانتهاء أو بعدم فعل العبد باعتبار انه لم يبق مشروعا ولا صنع للعبد في الشرع والنهي منع المكلف من فعل ما هو مشروع في الوقت فيبقى الحال على ما كان قبل النهي مع منعه ويصير فعله حراما وقد وجد النسخ والنهي كصوم يوم عاشوراء انتسخ وجوبه وبقي ندبه اه غاية (قوله لانه أداه كما التزمه) أي كما لو صلى التلاوة في الوقت المكروه والذي تلاها فيه اه غاية (قوله ناقصا) قال في الكافي كمن قال لله علي أن أعتق هذه الرقبة وهي عمياء خرج عن نذره باعتاقها وان كان لا يتأدى شيء من الواجبات بها اه (قوله يكون نذرا) أي لا غير (قوله في هذه الصور الثلاث) أي بالاجماع اه كاكي (قوله يكون يمينا) أي بالاجماع اه كاكي (قوله وان نوى اليمين) أي ولم يخطر بباله النذر اه (قوله له أن النذر فيه حقيقة واليمين مجاز) أي حتى لا يتوقف الاول على النية ويتوقف الثاني اه هداية (قوله والمجاز يتعين بنيته) أي فيلزم الكفارة بالافطار دون القضاء اه غاية (قوله وعند نيتهما تترجح الحقيقة) لقوتها اذ الجمع بين الحقيقة والمجاز ممتنع فاذا أفطر يلزمه القضاء دون الكفارة اه غاية (قوله ولهما انه لا تنافي بين الجهتين) أي فجاز أن يجتمعا اه كافي والجهتان الكائنتان بهذا اللفظ وهو قوله علي كذا جهة اليمين وجهة النذر اه فتح (قوله يقتضيان الوجوب) أي وجوب ما تعلقتا به اه (قوله لئلا يلزم هتك حرمة اسم الله) أي بالحنث فالناذر يلزمه الوفاء بالنذر حقا لله تعالى قال السرخسي وكان اللفظ لكل واحد منهما لا أن يكون حقيقة لاحدهما مجازا للآخر فكان بمنزلة اللفظ العام الا أن عند الاطلاق يحمل على النذر لغلبة الاستعمال فيه وهذا يشير الى أنه من قبيل الالفاظ المشككة تكون واحدا الا أنه في البعض أصدق كالبياض في الثلج والعاج أصدق من الثوب وفي التحرير لانه من باب العمل بعموم اللفظ لا من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز كما لو حلف لا يضع قدمه في دار فلان فدخلها راكبا أو ماشيا يحنث (قلت) المراد ههنا قدر مشترك بين الصور كلها وهو الحصول فيها وههنا كل واحد مراد وعند الاطلاق لا يصرف الى اليمين وفي المقيس عليها يصرف عند الاطلاق الى القدر المشترك فلم تكن مثلها ووجه آخر أن ذلك عمل بلفظين لان قوله لله يمين على كذا نذر فيكون ايجاب القضاء والكفارة موجب النذر واليمين المذكورين في اللفظ ذكر ذلك شمس الائمة السرخسي في المبسوط والخلاطي في جامعه اذ اللام تستعمل للقسم قال الشاعر

* لله يبقى على الايام ذو حيد * اه سروجي (قوله فجمعنا بينهما) أي لا تنافي بينهما في الايجاب اه كافي بالمعنى (قوله والمعاوضة في الهبة بشرط العوض) يعني جعل هبة في الابتداء للفظ الهبة وبيعا في الانتهاء لدلالة المعاوضة فاعتبرت الاحكام الثلاثة لجهة التبرع وهي اشتراط التقابض والبطلان بالشيوع وعدم جواز تصرف المأذون فيها واعتبرت جهة المعاوضة في الاحكام الثلاثة وهي خيار الرؤية وخيار الرد بالعيب واستحقاق الشفعة على ما سيأتي ان شاء الله تعالى كذا في الخبازية اه كاكي (قوله وكما جمعنا بين جهتي الفسخ الى آخره) أي فانها فسخ في حق المتعاقدين بصيغتها بيع في حق الثالث بمعناه اه كاكي (قوله كمن حلف ليصلين الصلوات المفروضة)

ولا يضرنا بعد ذلك اختلاف القضاء والكفارة عند عدم الوفاء به لانهما حكم آخر سوى الموجب الاصلى اذ الموجب الاصلى هو لزوم الوفاء به فلا تنافي بينهما فيه قال رحمه الله (ولو نذر صوم هذه السنة أفطر أياما منهية وهي يوما العيد وأيام التشريق وقضاها) لان النذر بالسنة المعينة نذر بهذه الايام لانها لا تخلو عنها وقال في الغاية هذا محمول على ما اذا نذر قبل عيد الفطر أما اذا قال في شوال لله على صوم هذه السنة لا يلزمه قضاء يوم الفطر وكذا لو قال بعد أيام التشريق لا يلزمه قضاء يومي العيدين وأيام التشريق بل يلزمه صيام ما بقي من السنة هذا قياسه وهذا سهو لان قوله هذه السنة عبارة عن اثنى عشر شهرا من وقت النذر الى وقت النذر وهذه المدة لا تخلو عن هذه الايام فلا يحتاج الى الحمل فيكون نذرا بها وكذا اذا لم يعين السنة لكنه شرط التتابع لان السنة المتتابعة لا تعرى عنها لكن يقضيها في هذا الفصل موصولة تحقيقا للتتابع بقدر الامكان بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا نذر سنة معينة لانه ليس بترتيب واغا هو متأو زكر مضان ولهذا لا يعيد اذا أفطر يوما وفي الثاني يعيد لفقد الشرط ولو صام هذه الايام أجزأه لانه أداه كما التزمه ويتأتى في الفصلين خلاف زفر والشافعي وقد بينا الوجه فيه ولو لم يشترط التتابع لا يجزيه صوم هذه الايام ويقضي خمسة وثلاثين يوما لان السنة المنكرة من غير ترتيب اسم لايام معدودة قدر السنة فلا تدخل في النذر هذه الايام ولا شهر رمضان بل يلزمه من غيرها قدر السنة فاذا أداها في هذه السنة فقد أداها ناقصة فلا تجزيه عن الكامل وشهر رمضان لا يكون الا عن رمضان فيجب عليه قضاء قدره بخلاف الفصلين الاولين لان رمضان داخل في النذر فلم يصح التزامه بالنذر لان صومه مستحق عليه بجهة أخرى فيكون جملة ما لزمه في الفصلين الاولين بالنذر أحد عشر شهرا وفي الفصل الثالث اثنى عشر شهرا لعدم دخول رمضان فيه ولو نوى يمينا أو نذرا أو يمينا ونذرا فعلى ما تقدم من الوجوه الستة بالاختلاف الواقع فيها قال رحمه الله (ولا قضاء ان شرع فيها ثم أفطر) أى ان شرع في الصوم في هذه

في الوقت فيجب أداؤه فيها ولغيرها حتى يجب القضاء باعتبار وجوب صيانها والكفارة باعتبار الوجوب لغيرها ولا يسمى هذا مجازا بل هو عمل بالدليلين اه كاكى بالمعنى (قوله ولو نذر صوم هذه السنة الى آخره) أى سواء أراده أو أراد أن يقول صوم يوم فجرى على لسانه سنة وكذا اذا أراد أن يقول كلاما فجرى على لسانه النذر لزمه لان هزل النذر كالجد كالطلاق ولو كانت المرأة قالته قضت مع هذه الايام أيام حيضها لان تلك السنة قد تخلو عن الحيض فصح الايجاب ويمكن أن يجرى فيه خلاف زفر فانه منصوص عنه في قولها أن أصوم غدا فوافق حيضها لا تقضي وعند أبى يوسف تقضيه لانها لم تضفه الى يوم حيضها بل الى المحل غير انه اتفق عروض المانع فلا يقدح في صحة الايجاب حال صدوره فتقضي وكذا اذا نذرت صوم الغد وهي حائض بخلاف ما لو قالت يوم حيضي لا قضاء لعدم صحته لاضافته الى غير محله فصار كالاضافة الى الليل ثم عبارة الكتاب تفيد الوجوب لما عرف وقوله في النهاية الافضل فطرها حتى لو صامها خرج عن العهدة تساهل بل الفطر واجب لاستلزام صومها المعصية وتعليل المصنف فيما تقدم الفطر بها فان صامها أثم ولا قضاء عليه لانه أداها كما التزمها ناقصة لكن قارن هذا الالتزام واجب آخر وهو لزوم الفطر تركه فتصل اثمه اه فتح القدير (قوله وهذا سهو) فيه نظر لان كلامه في السنة المعينة حيث قال هذه السنة وحينئذ لا يلزمه الا ما بقي منها ألا ترى الى ما قاله محمد رحمه الله فيمن نذر أن يصوم هذا الشهر وقد مضى بعضه أنه يلزمه صوم بقيته فكذا هذا هو اعلم انه لا يحتاج الى ما قاله صاحب الغاية من الحمل المذكور فان وضع مسئلة الكتاب على ذلك حيث قال أفطر أياما منهية فانه يقتضي تقدم النذر عليها والا لا يتصور الافطار اه كذا نقلته من خط شيخي العلامة أمتع الله بوجوده هو الشيخ صلاح الدين الطرابلسي (قوله فيكون نذرا بها الى آخره) قال الكمال رحمه الله وهذا سهو بل المسئلة كما هي في الغاية منقولة في الخلاصة وفي فتاوى قاضيخان في هذه السنة وهذا الشهر ولان كل سنة معينة عربية عبارة عن مدة معينة لها مبدأ ومختم الايام خاصان عند العرب مبدؤها المحرم وآخرها ذو الحجة فاذا قال هذه فانما تفيد الاشارة الى التي هو فيها فحقيقة كلامه انه نذر بالمدة المستقبلة الى آخر ذي الحجة والمدة الماضية التي مبدؤها المحرم الى وقت التكلم فيلغو في حق الماضي كما يلغو في قوله لله على صوم أمس وهذا فرع يناسب هذا لو قال لله على صوم أمس اليوم أو اليوم أمس لزم صوم اليوم ولو قال غدا هذا اليوم أو هذا اليوم غدا لزمه صوم أول الوقتين تفوه به ولو قال شهرا لزمه شهر كامل ولو قال الشهر وجبت بقية الشهر الذى هو فيه لانه ذكر الشهر معرفا فينصرف الى المعهود بالحضور فان نوى شهرا فهو على ما نوى لانه يحتمله كلامه ذكره في التجنيس وفيه تأييد لما في الغاية أيضا ولو قال صوم يومين في هذا اليوم ليس عليه الا صوم يومه بخلاف عشر حجات في هذه السنة على ما سنذكره في الحج ان شاء الله تعالى اه (قوله وكذا اذا لم يعين السنة الى آخره) أى يفطر ويقضي اذا لم يعين السنة بل نكرها ولكن وصفها بالتتابع فقال لله على أن أصوم سنة متتابعة فهو كالو عين السنة بقوله لله على أن أصوم هذه السنة (قوله ولو لم يشترط التتابع) أى في غير المعينة بأن قال لله على صوم سنة فعليه صوم سنة بالاهلة اه فتح (قوله ويقضي خمسة وثلاثين) أى ثلاثين لرمضان ويومي العيد وأيام التشريق وهل يجب وصلها بما مضى قيل نعم قال المصنف في التجنيس هذا غلط بل ينبغي ان يجزيه اه فتح

(قوله وعن أبي يوسف ومحمد ان عليه القضاء الى آخره) وفي العيون جعل قول محمد مع أبي حنيفة والخلاف لابي يوسف اه غاية وعلى هذا مشى صاحب المجمع (قوله وهذا لانه بنفس الشروع يكون مرتكبا النهي الى آخره) لصدق اسم الصوم الشرعي والصائم على مجرد الامساك بنية ولذا حنث به في يمينه لا يصوم وان لم يحنث به في يمينه لا يصوم صوما اه فتح ﴿فرع﴾ في الولوالجي قال لله علي أن أصوم يومين متتابعين من أول الشهر وآخره فصوم الخامس عشر والسادس عشر لان الخامس عشر من أوله والسادس عشر من آخره وما عداهما لا يتصور أن يكونا متتابعين اه غاية في آخر باب الاعتكاف (قوله لان المنهي عنه الصلاة الى آخره) والصلاة عبارة عن مجموع أركان معلومة فما لم يفعلها لا يتحقق لان وجود الشيء بوجود جميع حقيقته فاذا قطعها فقد قطع ما لم يطلب منه بعد قطعه فيكون مبطلا للعمل قبل الامر بالابطال فيلزم به القضاء الا أن هذا يقتضي أنه لو قطع بعد السجدة لا يجب قضاؤها والجواب مطلق في الوجوب اه فتح وعن أبي حنيفة لا يلزم الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة أيضا والاظهر هو الفرق اه غاية

﴿باب الاعتكاف﴾

الايام الخمسة ثم أفسده لا يجب عليه قضاؤه وعن أبي يوسف ومحمد أن عليه القضاء لان الشروع ملزم كالنذر كما في سائر الايام والنهي لا يمنع صحة الشروع في حق القضاء كالشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة ولابي حنيفة رحمه الله أن صوم هذه الايام مأمور بنقضه ولم يجب عليه اتمامه ووجوب القضاء بالشروع ينبني على وجوب الاتمام فلا يجب وهذا لانه بنفس الشروع يكون مرتكبا النهي لانه صوم فيكون اعراضا عن اجابة دعوة الله فأمر بقطعه بخلاف النذر بصوم العيد لانه لم يصر مرتكبا للنهي بنفس النذر لانه التزام طاعة الله تعالى وانما المعصية بالفعل فكانت من ضرورات المباشرة لا من ضرورات ايجاب المباشرة وبخلاف الشروع في الصلاة في الاوقات المكروهة حيث لا يصير مرتكبا النهي بنفس الشروع لان المنهي عنه الصلاة والشروع ليس بصلاة حيث لا يحنث به الحالف انه لا يصلي ما لم يسجد والشروع هو الموجب للقضاء دون الصلاة فصار كالنذر ولانه يمكنه الاداء فيلزم الشروع في الصلاة لا على وجه الكراهة بان يمسك حتى تبيض الشمس فحصل الفرق بينهما من وجهين والله أعلم

﴿باب الاعتكاف﴾

وهو في اللغة الاقامة على الشيء ولزومه وحبس النفس عليه ومنه قوله تعالى ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون وقوله تعالى يعكفون على أصنام لهم وفي الشريعة هو الاقامة في المسجد واللبث فيه مع الصوم والنية قال الله تعالى أن طهرا بيتي للطائفين والعاكفين والمعنى اللغوي فيه موجود مع زيادة وصف قال رحمه الله (سن لبث في مسجد بصوم ونية) أي جعل اللبث في المسجد سنة بشرط نية الاعتكاف والصوم وقال القدوري الاعتكاف مستحب وقال صاحب الهداية والصحيح أنه سنة مؤكدة لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الاخير من رمضان والمواظبة دليل السنة

أخره عن الصوم لان الصوم شرط والشرط مقدم طبعا فيقدم وضعا اه (قوله وهو في اللغة الاقامة الى آخره) وقال عطاء مثل المعتكف كمثل رجل له حاجة الى عظيم فيجلس على بابه ويقول لا أبرح حتى يقضي حاجتي وهو أشرف الاعمال ان كان عن اخلاص اه غاية (قوله وحبس النفس عليه) أي برا كان أو غيره (قوله ومنه قوله تعالى الى آخره) أي وقوله تعالى وانظر الى الهك الذي ظلت عليه عاكفا اه (قوله لان النبي صلى الله عليه وسلم واظب عليه في العشر الاخير من رمضان) أي حتى توفاه الله ثم اعتكف أزواجه بعده فهذه المواظبة المقرونة بعدم الترك مرة لما اقترنت بعدم الانكار على من لم يفعله من الصحابة كانت دليل السنة والا كانت تكون دليل الوجوب أو نقول اللفظ وان دل على عدم الترك ظاهرا لكن وجدناه صريحا ما يدل على الترك وهو ما في الصحيحين وغيرهما كان النبي صلى الله عليه وسلم يعتكف في كل رمضان فاذا صلى الغداة جاء الى مكانه الذي اعتكف فيه فاستأذنته عائشة أن تعتكف فيه فأذن لها فضربت فيه قبة فسمعت بها حفصة فضربت فيه قبة أخرى فسمعت زينب فضربت فيه قبة أخرى فلما انصرف رسول الله صلى الله عليه وسلم من الغداة بصر أربع قباب فقال ما هذا فأخبر خبرهن فقال ما حملهن على هذا آلبر انزعوها فلا أراها فنزعت فلم يعتكف في رمضان حتى اعتكف في آخر العشر من شوال وفي رواية فأمر بخبائه فقوض وترك الاعتكاف في شهر رمضان حتى اعتكف العشر الاول من شوال هذا وأما اعتكاف العشر الاوسط فقد ورد أنه صلى الله عليه وسلم اعتكفه فلما فرغ أتاه جبريل فقال له ان الذي تطلب أمامك يعني ليلة القدر فاعتكف العشر الآخر وعن هذا ذهب الاكثر الى انها في العشر الاخير من رمضان فمنهم من قال في ليلة ٢١ ومنهم من قال ٢٧ وقيل غير ذلك وورد في الصحيح انه صلى الله عليه وسلم قال فالتمسوها في العشر الاواخر والتمسوها في كل وتر وعن أبي حنيفة أنها في رمضان ولا يدري أي ليلة هي وقد تتقدم وقد تتأخر وعندهما كذلك الا انها معينة لا تتقدم ولا تتأخر هكذا النقل عنهم وفي المنظومة والشروح وفي فتاوى قاضيخان قال وفي المشهور عنه انها تدور في السنة تكون

في رمضان وتكون في غيره فحمل ذلك رواية وثمرة الاختلاف فيمن قال أنت حر أو أنت طالق ليلة القدر فإن قال قبل دخول رمضان عتق وطلقت إذا انسلخ الشهر وإن قاله بعد ليلة منه فصاعدا لم يعتق حتى ينسلخ رمضان العام القابل عنده وعندهما إذا جاء مثل تلك الليلة من رمضان الآتي وأجاب أبو حنيفة عن الأدلة المفيدة لكونها في العشر الأواخر بأن المراد في ذلك الرمضان الذي كان صلى الله عليه وسلم التمسها فيه والسياقات تدل عليه لمن تأمل طرق الأحاديث وألفاظها كقوله ان الذي تطلب أمامك وإنما كان يطلب ليلة القدر من تلك السنة وغير ذلك مما يطلع عليه الاستقراء ومن علاماتها أنها بلجة ساكنة لا حارة ولا قارة تطلع الشمس صبيحتها بلا شعاع كأنها طست كذا قالوا وإنما أخفيت ليجتهد في طلبها فينال بذلك أجر المجتهدين في العبادة كما أخفى سبحانه الساعة ليكونوا على وجل من قيامها بغتة اه فتح مع حذف قال في الغاية وينبغي لمن رأى ليلة القدر أن يكتمها ويدعو الله تعالى بالإخلاص اه (قوله والحق أنه ينقسم) خلاف كل من الإطلاقين بل الحق أن يقال اه فتح (قوله واجب وهو المنذور) أي تنجيزا أو تعليقا اه فتح (قوله وهو اللبث في المسجد الى آخره) قال في الغاية وقوله في الاعتكاف وهو اللبث في المسجد مع الصوم يريد به الواجب في حق غير النساء

والحق أنه ينقسم الى ثلاثة أقسام واجب وهو المنذور وسنة وهو في العشر الأخير من رمضان ومستحب وهو في غيره من الأزمنة ومن محاسن الاعتكاف أن فيه تفريغ القلب من أمور الدنيا وتسليم النفس الى المولى وملازمة عبادته وبيته وهو اللبث في المسجد مع الصوم ونية الاعتكاف أما اللبث فركنه لأنه ينبئ عنه وشرطه النية والمسجد والصوم وهو مذهب علي وابن عمر وابن عباس وعائشة وغيرهم رضي الله عنهم وقال الشافعي رضي الله عنه الصوم ليس بشرط له لما روى ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم ليس على المعتكف صوم إلا أن يجعله على نفسه رواه الدارقطني وقال رفعه أبو بكر محمد بن إسحق السوسي وغيره لا يرفعه وروي في الصحيحين أن عمر رضي الله عنه قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت نذرت في الجاهلية أن أعتكف ليلة في المسجد الحرام قال أوف بنذرك فاعتكف ليلة وهي لا تقبل الصوم وعن ابن عمر أن عمر نذر أن يعتكف في الشرك ويصوم فسأل النبي صلى الله عليه وسلم بعد إسلامه فقال أوف بنذرك رواه الدارقطني وقال إسناده حسن فلو كان الصوم من شرطه لما احتاج الى إيجاب الصوم فيه ولأن الصوم أصل بنفسه وهو أحد أركان الدين فكيف يكون شرطا لغيره والشرطية تنبئ عن التبعية فكيف يكون تبعا لما هو دونه ولنا حديث عائشة رضي الله عنها قالت السنة على المعتكف أن لا يعود مريضا ولا يشهد جنازة ولا يمس امرأة ولا يباشرها ولا يخرج إلا لما لا بد منه ولا اعتكاف إلا بالصوم ولا اعتكاف إلا في مسجد جامع رواه أبو داود ومثله لا يعرف إلا سماعا ولم يروا أنه عليه الصلاة والسلام اعتكف بلا صوم ولو كان جائزا لفعل تعليما للجواز ولأنه لو نذر الاعتكاف صائما يلزمه الاعتكاف صائما ولولا أنه شرط لما لزمه كما لو نذر أن يعتكف متصدقا بعشرة دراهم وهذا لأن النذر لا يصح إلا إذا كان من جنسه واجبا مقصودا لأنه ليس للعبد أن ينصب الأسباب ولا يشرع الأحكام بل له أن يوجب على نفسه مما أوجبه الله تعالى ولم يوجب المكث وحده إلا في ضمن عبادة كالقعود في التشهد والوقوف بعرفة لا يجب فيه المكث فإنه لو اجتاز بها من غير علم يجوز فإن قيل لو كان الصوم شرطا فيه لكان شرط انعقاد أو دوام وليس هو شرطا لواحد منهما بدليل جواز الشروع فيه ليلا وبقائه فيه بعد ما شرع قلنا الشرائط إنما تعتبر بحسب الإمكان ولا إمكان في

اه (قوله ونية الاعتكاف الى آخره) هذا مفهومه عندنا وفيه معنى اللغة إذ هو لغة مطلق الإقامة في أي مكان على أي غرض كان قال الله تعالى ما هذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ثم بين أن ركنه اللبث بشرط الصوم والنية وكذا المسجد من الشروط أي كونه فيه وهذا التعريف على رواية اشتراط الصوم مطلقا لا على اشتراطه للواجب منه فقط مع أن ظاهر الرواية أنه ليس بشرط للتنفل منه وعلى هذا أيضا إطلاق قوله والصوم من شرطه عندنا خلافا للشافعي إنما هو على تلك الرواية وهي رواية الحسن وليس هو على ما ينبغي لأنه إن ادعى أنها من دليله على الليل

الشافعي رحمه الله لزمه ترجيح هذا على ظاهر الرواية وليس كذلك اه فتح (قوله وقال رفعه أبو بكر) هو شيخ الدارقطني اه غاية (قوله وغيره لا يرفعه الى آخره) لكنه خالف الجماعة في رفعه مع أن النافي لا يحتاج الى دليل اه غاية (قوله قال أوف بنذرك) متفق عليه اه غاية (قوله وقال إسناده حسن الى آخره) انفرد به سعيد بن بشير اه غاية (قوله فلو كان الصوم من شرطه الى آخره) كون الصوم من شرطه إنما عرف بالشرع ولا شرع في الجاهلية اه (قوله ولو كان جائزا الى آخره) كذا قال القاضي عياض في الإكمال اه غاية بالمعنى (قوله وهذا لأن النذر الى آخره) أي لأن إيجاب العبد معتبر بإيجاب الرب اه غاية (قوله لأنه ليس للعبد الى آخره) قال في الدراية فإن قيل ينبغي أن لا يجب الاعتكاف بالنذر لأنه إنما يجب بالنذر ما كان من جنسه أوجب الله تعالى أما إذا لم يكن فلا يجب كالنذر بصوم الليل والاعتكاف من جنسه ليس بواجب لله تعالى قلنا بل من جنسه واجب لله تعالى وهو اللبث بعرفة يوم عرفة وهو الوقوف أو النذر بالشيء إنما يصح إذا كان من جنسه واجب لله تعالى أو مشتمل على الواجب وهنا كذلك لأن الاعتكاف مشتمل على الصوم ومن جنس الصوم واجب فيكون النذر به مشتملا على اللبث والصوم ومن جنس الصوم

الليل فيسقط للتعذر وجعلت الليالي تابعة للايام كالشرب والطريق في بيع الارض ألا ترى أن صلاة المستحاضة تصح مع السيلان وان عدم الشرط للتعذر وكذا الخروج للبول والغائط لا ينافيه للعجز مع ان الركن أقوى من الشرط وجاز أن يكون أصلا بنفسه ومع هذا تعلق به جواز الاعتكاف كالصلاة أصل بنفسها ومع هذا تعلق بها تمام الطواف وأقرب منه أن الايمان أصل بنفسه وتعلق به صحة العبادات كلها وحديث ابن عباس ليس فيه دلالة على ما قال لان الهاء في قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المعتكف صوم الا أن يجعله على نفسه عائد على الاعتكاف دون الصوم فيكون بيانا على ان الاعتكاف المنذور لا يصح بدون الصوم والتطوع منه يصح بدونه ونحن نقول بموجبه ولان ابن عباس مذهبه خلاف ذلك على ما حكينا فسقط الاحتجاج به وحديث عمر محمول على انه نذر أن يعتكف يوما وليلة بدليل الحديث الثاني أنه نذر في الشرك أن يعتكف ويصوم وليس في الليل صوم وبدليل ما روى أنه نذر أن يعتكف يوما قال في الغاية رواه مسلم وعن عمر أنه قال نذرت أن أعتكف يوما وليلة في الجاهلية ذكره ابن بطال وهذا أصل الحديث فنقل بعض الرواة الليلة وبعضهم اليوم ولانه كان الصوم مشروطا بالليل في أول الاسلام ولعله كان قبل نسخه والحديث الاخير ضعفه يحيى بن معين ثم الصوم شرط لصحة الواجب منه رواية واحدة ولصحة التطوع فيما روى الحسن عن أبي حنيفة لما ذكرنا من الأدلة من غير فصل وأقله على هذه الرواية يوم يدخل في المسجد قبل طلوع الفجر ويخرج بعد غروب الشمس فان قطعه قبل ذلك قضاه ولو أفسده يقضيه وفي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قولهما أن الصوم ليس بشرط فيه وليس لاقله تقدير في الظاهر حتى لو دخل المسجد ونوى الاعتكاف الى أن يخرج منه صح لان مبنى النفل على المساهلة ولهذا يصلى النفل قاعدا وراكبا مع القدرة على القيام والنزول وروى بشر بن الوليد عن أبي يوسف أن أقله أكثر اليوم حتى لو شرع في صوم التطوع ثم نذر أن يعتكف بقية النهار صح عنده ان كان قبل الزوال والاعتكاف لا يصح الا في مسجد جماعة لقول حذيفة رضي الله عنه لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز الا في مسجد يصلى

واجب وان لم يكن من جنس اللبث واجب فيصح النذر على هذا نقل عن صدر سليمان وفي جامع فخر الاسلام النذر بالاعتكاف صحيح وان كان ليس لله تعالى من جنسه ايجاب لان الاعتكاف انما شرع لدوام الصلاة وانتظارها فصار قربة فصار التزامه بمنزلة التزام الصلاة والصلاة عبادة مقصودة اه (قوله الا أن يجعله على نفسه عائد على الاعتكاف) أي لانه أكثر فائدة لان وجوب المنذور بالنذر معلوم والاتفاق وجوب غير المنذور بالنذر فكان حمله على الاعتكاف أكثر فائدة وأولى بحمل كلام رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي أوتي جوامع الكلم عليها أو يحتمله فيحمل عليه توفيقا بين الحديثين اه غاية (قوله فنقل بعض الرواة الليلة وبعضهم اليوم الخ) أي فيجوز للراوي نقل بعض ما سمع اه غاية وذكر في الغاية ان النووي أنكر على صاحب المهذب استدلاله بحديث عمر هنا وقال هو نذر الجاهلية وقد تقرر أن النذر الجاري في الكفر لا ينعقد على الصحيح فلم يكن ذلك شيئا واجبا عليه اه (قوله والحديث الاخير) أي الذي رواه الدارقطني وحسنه اه (قوله ثم الصوم شرط لصحة الواجب الخ) ثم لما اشترط الصوم لصحته يجب أن يكون الصوم واجبا عليه من أوله حتى انه لو صام تطوعا ثم قال في بعض النهار على الاعتكاف هذا اليوم لا يجب عليه الاعتكاف سواء كان ذلك قبل نصف النهار أو بعده لان الاعتكاف لا يصح الا بالصوم واذا وجب الاعتكاف وجب الصوم والصوم في أول النهار انعقد تطوعا فتعذر جعله واجبا كذا ذكره الامام الولوالجي (قوله وفي ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قولهما الخ) قال الكمال رحمه الله وجعل رواية عدم اشتراطه في النفل ظاهر الرواية جماعة ولا يحضرني متمسك لهم في السنة سوى حديث القباب أول الباب في الرواية القائلة حتى اعتكف العشر الاول من شوال فانه ظاهر في اعتكاف يوم الفطر ولا صوم فيه وفرعوا على هذه الرواية انه اذا شرع ساعة ثم تركه لا يكون ابطالا للاعتكاف بل انهاء له فلا يلزمه القضاء وعلى رواية الحسن يلزمه اه فتح (قوله الا في مسجد جماعة) قال في الدراية أي مسجد يصلى فيه صلاة واحدة بجماعة وهو رواية عن أبي حنيفة اه قال في المجمع وأداء الصلاة بجماعة أو الخمس فيشترط اه وبه قال أحمد وقال الشافعي ومالك يصح في المساجد كلها حتى لو جعل بعض بيوت داره مسجدا يجوز أن يعتكف فيه والمسجد الجامع أفضل اه كاكي (قوله لقول حذيفة الخ) أسند الطبراني عن ابراهيم النخعي أن حذيفة قال لابن مسعود ألا تعجب من قوم بين دارك ودار أبي موسى يزعمون أنهم عكوف قال فلعلهم أصابوا وأخطأت أو حفظوا وأنسيت قال أما أنا فقد علمت انه لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وأخرج البيهقي عن ابن عباس قال ان أبغض الامور الى الله تعالى البدع وان من البدع الاعتكاف في المساجد التي في الدور وروى ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما ان سفيان الثوري قال أخبرني جابر عن سعيد بن عبيدة عن أبي عبد الرحمن السلمي عن علي قال لا اعتكاف الا في مسجد جماعة وقد تقدم مرفوعا في رواية عائشة رضي الله عنها اه فتح (قوله لا اعتكاف الا في مسجد جماعة) وقال الطحاوي يصح في كل مسجد اه غاية (قوله وعن أبي حنيفة انه لا يجوز الا في مسجد الخ) قال ابن فرشتا وهذه الرواية هي المختارة اه

فيه الصلوات الخمس لانه عبادة انتظار الصلاة فيختص بمكان يصلى فيه قيل أراد به غير الجامع وأما في الجامع فيجوز وان لم يصل فيه الخمس وعن أبي يوسف أن الاعتكاف الواجب لا يجوز في غير مسجد الجماعة والنفل يجوز وروى الحسن عن أبي حنيفة أن كل مسجد له امام ومؤذن معلوم ويصلى فيه الصلوات الخمس بالجماعة فانه يعتكف فيه لما روى عن حذيفة أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول كل مسجد له مؤذن وإمام فالاعتكاف فيه يصح ذكره في الغاية ثم أفضل الاعتكاف ما كان في المسجد الحرام ثم في مسجد النبي صلى الله عليه وسلم ثم في بيت المقدس ثم في الجامع ثم ما كان أهله أكثر وأوفر قال رحمه الله (وأقله نفلا ساعة) وقد ذكرناه قال رحمه الله (والمرأة تعتكف في مسجد بيتها) لانه هو الموضع لصلاتها فيتحقق انتظارها فيه ولو اعتكفت في مسجد الجماعة جاز والاول أفضل ومسجد حيها أفضل لها من المسجد الاعظم وليس لها أن تعتكف في غير موضع صلاتها من بيتها وان لم يكن فيه مسجد لا يجوز لها الاعتكاف فيه ولا تخرج من بيتها اذا اعتكفت فيه قال رحمه الله (ولا يخرج منه الا لحاجة شرعية كالجمعة أو طبيعية كالبول والغائط) لما روينا من الاثر عن عائشة رضي الله عنها ولما روى عنها أنها قالت كان النبي صلى الله عليه وسلم لا يدخل البيت الا لحاجة الانسان اذا كان معتكفا متفق عليه تريد البول والغائط هكذا فسره الزهري ولان هذه الاشياء معلوم وقوعها في زمن الاعتكاف فتكون مستثناة ضرورة ولا يمكث في بيته بعدما فرغ طهوره لان الثابت للضرورة يتقدر بقدرها والجمعة أهم حاجاته فيباح له الخروج لاجله وقال الشافعي رحمه الله يفسد اعتكافه اذا خرج الى الجمعة لانه لا ضرورة في حقه لكونه يمكنه أن يعتكف في الجامع قلنا الاعتكاف في كل مسجد مشروع لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فيتناول الجميع ثم هو مأمور بالسعي اليها بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله فيكون الخروج لها مستثنى كحاجة الانسان ولانا لو ألزمناه الاعتكاف في الجامع لاجل الجمعة يكثر خروجه ومشيه المنافيان للاعتكاف لبعد منزله بخلاف مسجد حيه ولان فيه إخلاء المساجد عن الاعتكاف وهجرانها ويخرج حين تزول الشمس ان كان معتكفه قريبا من الجامع بحيث لو انتظر زوال الشمس لا تفوته الخطبة وان كان تفوته لا ينتظر زوال الشمس ولكنه يخرج في وقت يمكنه أن يصل الى الجامع ويصلى أربع ركعات قبل الأذان الخطبة وفي رواية الحسن ست ركعات ركعتان تحية المسجد وأربع سنة وبعد الجمعة يمكث بقدر ما يصلى أربع ركعات عند أبي حنيفة وعندهما ست ركعات على حسب اختلافهم في سنة الجمعة ولا يمكث أكثر من ذلك لان الخروج للحاجة وهي باقية في حق السنة لانها أتباع الفرائض فتكون ملحقة بها ولا حاجة بعد الفراغ منها وان مكث أكثر من ذلك لا يضره لان المفسد

(قوله ولو اعتكفت في مسجد الجماعة جاز) قال الكمال رحمه الله ولو اعتكفت في الجامع أو في مسجد حيها وهو أفضل من الجامع في حقها جاز وهو مكروه ذكر الكراهة قاضيخان ولا يجوز أن تخرج من بيتها ولا الى نفس البيت من مسجد بيتها اذا اعتكفت واجبا أو نفلا على رواية الحسن ولا تعتكف الا باذن زوجها فان لم يأذن كان له أن يأتيها وان أذن لم يكن له أن يأتيها ولا يمنعها وفي الامة تملك ذلك بعد الاذن مع الكراهة المؤثمة قال محمد أساء وأثم اه (قوله وان لم يكن فيه مسجد الخ) وفي المجتبى لو لم يكن في بيتها مسجد تجعل في بيتها مسجدا فتعتكف فيه اه كاكى (قوله ولا يخرج) أى المعتكف (قوله منه) أى من المسجد اه (قوله كالجمعة) أى والاغتسال والوضوء اه غاية (قوله بعدما فرغ طهوره) بفتح الطاء مصدر قال المبرد خمسة من المصادر على فعول بفتح الفاء الطهور والوضوء والقبول والوقود والولوع كذا في الفوائد الظهيرية اه كاكى (قوله قلنا الاعتكاف الخ) قال العلامة المحقق كمال الدين هذا وجه الالزام على عمومه فان الشافعي يجيزه في كل مسجد وأما من رأينا أن لا يجوز الا في مسجد يصلى فيه الخمس جماعة أو دونها اذا كان جامعا فلا يكون التمسك على العموم بقوله تعالى وأنتم عاكفون في المساجد كما فعله الشارحون صحيحا على المذهب والحاصل أن الاعتكاف في غير الجامع جائز في الجملة بالاتفاق أو الزاما بالدليل فاذا صح فبعد ذلك الضرورة مطلقة للخروج مع بقاء الاعتكاف وهي هنا متحققة نظرا إلى الامر بالجمعة اه (قوله وفي رواية الحسن ست ركعات) قال الكمال وهذا يستلزم أن يجتهد في خروجه على ادراك سماع الخطبة لان السنة انما تصلى قبل خروج الخطيب اه (قوله للاعتكاف ركعتان تحية المسجد) قال الكمال صرحوا بأنه إذا شرع في الفريضة حين دخل المسجد أجزأ عن تحية المسجد لان التحية تحصل بذلك فلا حاجة إلى غيرها في تحقيقها وكذا السنة فهذه الرواية وهي رواية الحسن إما ضعيفة أو مبنية على ان كون الوقت مما يسع فيه السنة وأداء الفرض بعد قطع المسافة مما يعرف تخمينا لا قطعا فقد يدخل قبل الزوال لعدم مطابقة ظنه فلا يمكنه أن يبدأ بالسنة فيبدأ بالتحية فينبغي أن يتحرى على هذا التقدير لانه قلما يصدق الحزر اه (قوله وعندهما ست ركعات) قال الكمال رحمه الله منهم من يجعل قول أبي حنيفة ان السنة بعدها أربع وقولهما ست ومنهم من اقتصر على الست على قول أبي يوسف وقد قدمنا الوجه في باب صلاة الجمعة للفريقين اه (قوله وان مكث أكثر من ذلك لا يضره) ولو يوما وليلة اه كافى

للاعتكاف الخروج من المسجد لا المكث فيه الا أنه لا يستصحبه ذلك لانه التزم الاعتكاف في مسجد واحد فلا يتمه في غيره قال رحمه الله (فان خرج ساعة بلا عذر فسد) أي فسد اعتكافه وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يفسد الا بأكثر من نصف يوم وقوله أقيس لان الخروج ينافي اللبث وما ينافي الشيء يستوي فيه القليل والكثير كالأكل والشرب في الصوم والحدث في الطهر وقولهما استحسان وهو أوسع لان القليل منه لو لم يعف لوقعوا في الحرج لانه لا بد منه لاقامة الحوائج ولا حرج في الكثير والفاصل أكثر من نصف النهار اذ الأقل تابع للأكثر كما في نية الصوم ولا يعود مريضا لما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يمر بالمريض وهو معتكف فيمر كما هو ولا يعرج يسأل عنه رواه أبو داود وكذا لو خرج لجنازة يفسد اعتكافه وكذا لصلاتها ولو تعينت عليه أو لانجاء الغريق أو الحريق والجهاد اذا كان النفير عاما أو لأداء الشهادة كل ذلك مفسد بخلاف الخروج لحاجة الانسان لانها معلومة الوقوع فتكون مستثناة ولهذا لو انهدم المسجد الذي هو فيه فانتقل الى مسجد آخر لم يفسد اعتكافه للضرورة لانه لم يبق مسجدا بعد ذلك ففات شرطه وكذا لو تفرق أهله لعدم الصلوات الخمس فيه ولو أخرجه ظالم كرها أو خاف على نفسه أو ماله من المكابرين فخرج لا يفسد اعتكافه ولو كانت المرأة معتكفة في المسجد فطلقت لها أن ترجع الى بيتها وتبني على اعتكافها قال رحمه الله (وأكله وشربه ونومه ومبايعته فيه) أي في المسجد اذ ليس في تقضي هذه الحاجات ما ينافي المسجد حتى لو خرج لاجلها يفسد اعتكافه خلافا للشافعي في خروجه الى بيته للأكل قلنا الأكل في المسجد مباح والنبي عليه الصلاة والسلام كان يأكل في المسجد بلا ضرورة اليه قال رحمه الله (وكره احضار المبيع والصمت والتكلم الا بخير) أما احضار المبيع وهي السلع للبيع فلان المسجد محرز عن حقوق العباد وفيه شغله بها وجعله كالدكان وقوله وكره احضار المبيع يدل على أن له أن يبيع ويشتري ما بدا له من التجارات من غير احضار السلعة وذكر في الذخيرة أن المراد به ما لا بد له منه كالطعام ونحوه وأما اذا أراد أن يتخذ ذلك متجرا يكره له ذلك وهذا صحيح لانه منقطع الى الله تعالى فلا ينبغي له أن يشتغل فيه بأمور الدنيا ولهذا تكره الخياطة والخرز فيه ولغير المعتكف يكره البيع مطلقا لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن البيع والشراء في المسجد رواه الترمذي وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال اذا رأيتم من يبيع أو يبتاع في المسجد فقولوا له لا أربح الله تجارتك الحديث أخرجه النسائي وقال عليه الصلاة والسلام من سمع رجلا ينشد ضالة في المسجد فليقل لا ردها الله

(قوله فان خرج ساعة بلا عذر فسد) أي في المنذور سواء كان عامدا أو ناسيا اه غاية (قوله وقولهما استحسان) يقتضي ترجيحه لانه ليس من المواضع المعدودة التي يرجح فيها القياس على الاستحسان ثم هو من قبيل الاستحسان بالضرورة كما ذكره المصنف واستنباط من عدم أمره اذا خرج الى الغائط أن يسرع المشي بل يمشي على التؤدة وبقدر البطء تتخلل السكنات بين الحركات على ما عرف في فن الطبيعة وبذلك يثبت قدر من الخروج في غير محل الحاجة فعلم أن القليل عفو فجعلنا الفاصل بينه وبين الكثير أقل من أكثر اليوم أو الليلة لان مقابل الأكثر يكون قليلا بالنسبة اليه والا ما أشار (٢) أن من خرج من المسجد الى السوق للهو واللعب أو القمار من بعد الفجر الى ما قبيل نصف النهار كما هو قولهما ثم قال يا رسول الله أنا معتكف قال ما أبعدك عن العاكفين ولا يتم مبنى هذا الاستحسان فان الضرورة التي يناط بها التخفيف هي الضرورة اللازمة أو الغالبة الوقوع ومجرد عروض ما هو ملجئ ليس ذلك ألا ترى أن من عرض له في الصلاة مدافعة الأخبثين على وجه عجز عن دفعه حتى خرج منه لا يقال ببقاء صلاته كما يحكم به مع السلس مع تحقق الضرورة والالجاء وجعل ذلك معذورا دون هذا مع أنهما يجيزانه بغير ضرورة أصلا اذ المسألة هي أن خروجه أقل من نصف يوم لا يفسد مطلقا سواء كان لحاجة أو لا بل للعب وأما عدم المطالبة بالاسراع فليس لاطلاق الخروج اليسير بل لان الله تعالى يحب الأناة والرفق في كل شيء حتى طلبه الى المشي الى الصلاة وان كان ذلك يفوت بعضها معه بالجماعة وكره الاسراع ونهى عنه وان كان محصلا لها كلها في الجماعة تحصيلا لفضيلة الخشوع اذ هو يذهب بالسرعة والعاكف أحوج اليها في عموم أحواله لانه سلم نفسه لله تعالى متقيدا بمقام العبودية من الصلاة والذكر والانتظار للصلاة فهو في حال المشي المطلق بمداخل في العبادة التي هي الانتظار اه والمنتظر للصلاة في الصلاة حكما فكان محتاجا الى تحصيل الخشوع في حال الخروج فكانت تلك السكنات كذلك وهي معدودة من نفس الاعتكاف لا من الخروج ولو سلم أن القليل غير مفسد لم يلزم تقديره بما هو قليل بالنسبة الى مقابله من بقية تمام يوم أو ليلة بل بما يعد كثيرا في نظر العقلاء الذين فهموا معنى العكوف وأن الخروج ينافيه اه فتح (قوله أو لأداء الشهادة) أي وان تعين عليه اه غاية قال في الدراية وفي شرح الارشاد ولا يخرج لأداء الشهادة وان تعين لأدائها لان هذا لا يقع الا نادرا ولا عبرة للنادر اه قال الكمال رحمه الله وفي شرح الصوم للفقيه أبي الليث المعتكف يخرج لأداء الشهادة وتأويله اذا لم يكن شاهد آخر فيتوى حقه ولو أحرم المعتكف بحج لزمه اذ لا ينافيه ولا يجوز له الخروج الا اذا خاف فوت الحج فيخرج حينئذ وليستقبل الاعتكاف ولو احتلم لا يفسد اعتكافه فان أمكنه أن يغتسل في المسجد من غير تلويث فعل والا خرج فاغتسل ثم يعود اه ولا بأس أن يخرج رأسه

من المسجد الى بعض أهله ليغسله أو رجله كما تقدم من فعله صلى الله عليه وسلم وان غسله في المسجد في اناء بحيث لا يلوث المسجد لا بأس به وصعود المئذنة ان كان بابها من خارج المسجد لا يفسد في ظاهر الرواية وقال بعضهم هذا في المؤذن لان خروجه للأذان معلوم فيكون مستثنى أما غيره فيفسد اعتكافه وصحح قاضيخان انه قول الكل في حق الكل ولا شك ان ذلك القول أقيس بمذهب الامام اه كمال (قوله وقيل ان كان الخياط يحفظ المسجد الى آخره) قال قاضيخان في فصل المسجد ويكره ان يخيط في المسجد لان المسجد أعد للعبادة دون الاكتساب وكذا الوراق والفقيه اذا كتب بأجر أو المعلم اذا علم الصبيان بأجر وان فعلوا بغير أجر فلا بأس به وعن محمد بن سلمة اذا قعد الرجل في المسجد حافظا يخيط فيه ويحفظ المسجد عن الصبيان والدواب لا بأس به اه (قوله لان الكف عنه هو الركن فيه) قال الكمال رحمه الله وحاصل الوجه الحكم باستلزام حرمة الشيء ابتداء في العبادة حرمة دواعيه وبعدم استلزام حرمة الدواعي اذا كانت حرمته ثابتة ضمن ثبوت الامر للتفاوت بين التحريم الضمني لضد المأمور به والقصدي ولا شك ان ثبوت ماله الدواعي عند ثبوتها مع قيام الحاجز الشرعي عنه ليس قطعيا ولا غالبا غير انها طريق في الجملة فحرمت بالتحريم القصدي دواعيه لا الضمني اذ هو غير مقصود بل المقصود ليس الا تحصيل المأمور به فكان ذلك غير ملحوظ في الطلب الا لغيره فلا تتعدى الحرمة الى دواعيه اذا عرف هذا فحرمة الوطء في

الاعتكاف قصدي اذ هو ثابت بالنهي المفيد للحرمة ابتداء لنفسه وهو قوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون ومثله في الاحرام والاستبراء قال الله تعالى فلا رفث ولا فسوق الآية وقال صلى الله عليه وسلم لا تنكحوا الحبالى حتى يضعن ولا الحيالى حتى يستبرئن بحيضة فيتعدى الى الدواعي فيها وحرمة الوطء في الصوم والحيض ضمني للامر الطالب للصوم وهو قوله تعالى ثم أتموا الصيام الى الليل واعتزلوا النساء في المحيض فان مقتضاه وجوب الكف فحرمة الوطء تثبت ضمنا بخلاف الاول فان حرمة الفعل وهو الوطء هي الثابتة أولا بالصيغة ثم تثبت وجوب الكف عنه ضمنا فلذا تثبت (٢) سمعا حل الدواعي في الصوم والحيض على ما مر في بابيهما اه

عليك وفي جوامع الفقه يكره التعليم فيه بأجر وكذا كتابة المصحف فيه بأجر وقيل ان كان الخياط يحفظ المسجد فلا بأس بان يخيط فيه ولا يستطرقه الا للعذر وكل ما يكره فيه يكره في سطحه وأما الصمت فالمراد به صمت يعتقده عبادة وهو منهي عنه وعن علي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يتم بعد احتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود وهو صوم أهل الكتاب فنسخ ويلازم قراءة القرآن والحديث والعلم والتدريس وسير النبي صلى الله عليه وسلم وقصص الانبياء عليهم الصلاة والسلام وحكايات الصالحين وكتابة أمور الدين وأما التكلم بغير الخير فانه يكره لغير المعتكف فما ظنك بالمعتكف قال رحمه الله (ويحرم الوطء ودواعيه) لقوله تعالى ولا تباشروهن وأنتم عاكفون في المساجد فألحق بدواعيه وهو اللمس والقبلة لان الجماع محظور فيه لما تلونا فيتعدى الى دواعيه كما في الاحرام والظهار والاستبراء بخلاف الصوم لان الكف عنه هو الركن فيه والحظر يثبت ضمنا كي لا يفوت الركن فلم يتعد الى دواعيه لان ما ثبت بالضرورة يتقدر بقدرها ولانه لو تعدى لصار الكف عن الدواعي ركنا والركنية لا تثبت بالشبهة والحرمة تثبت بها ولان الصوم يكثر وجوده فلو منعوا عن الدواعي لحرجوا وبخلاف حالة الحيض لانها زمان نفرة فلم تكن داعية الى الوطء ولان الحيض يكثر وجوده على ما ذكرناه في الصوم قال رحمه الله (ويبطل بوطئه) أي يبطل الاعتكاف بوطئه سواء كان عامدا أو ناسيا نهارا أو ليلا لانه محظور بالنص فكان مفسدا له كيفما كان كالجماع في الاحرام بخلاف الصوم حيث لا يفسد به اذا كان ناسيا والفرق أن حالة المعتكف مذكرة كحالة الاحرام والصلاة وحالة الصيام غير مذكرة ولو جامع فيما دون الفرج أو قبل أو لمس فأنزل فسد اعتكافه لانه في معنى الجماع وان لم ينزل لا يفسد لانه ليس في معنى الجماع ولهذا لا يفسد به الصوم ولو أمنى بالتفكر أو بالنظر

﴿فروع﴾ في المجتبى وفي جامع الاسبيجابي لغير المعتكف ان ينام في المسجد مقيما كان أو غريبا مضطجعا أو متكئا رجلاه الى القبلة أولا فالمعتكف أولى ويلبس المعتكف أحسن ثيابه وينام فيه ويتطيب ويدهن ويغسل رأسه فيه وقال أحمد يكره للمعتكف أن يلبس الرفيع من الثياب ويتطيب ولو سكر ليلا لا يفسد اعتكافه خلافا للشافعي وأحمد وعند مالك السكر يمنع ابتداء الاعتكاف وبقاءه ولا يفسده سباب ولا جدال ولا كبيرة مما لا يفسد الصوم وعند مالك يفسده الكبائر دون الصوم في رواية وفي رواية لا تبطله كقول الجمهور اه كاكي (قوله ويبطل بوطئه الى آخره) قال الكمال رحمه الله واذا فسد الاعتكاف الواجب وجب قضاؤه الا اذا فسد بالردة خاصة فان كان اعتكاف شهر بعينه يقضي قدر ما فسد ليس غير ولا يلزمه الاستقبال كالصوم المنذور به في شهر بعينه اذا أفطر يوما يقضي ذلك اليوم ولا يلزمه الاستئناف أصله صوم رمضان وان كان اعتكاف شهر بغير عينه لزمه الاستقبال لانه لزم متتابعا فيراعي فيه صفة التتابع وسواء فسد بصنعه كالخروج والجماع والاكل الا الردة أو لعذر كما اذا مرض فاحتاج الى الخروج أو بغير صنعه كالحيض والجنون والاغماء الطويل وأما الردة فلقوله تعالى ان ينتهوا يغفر لهم ما قد سلف وقوله صلى الله عليه وسلم الاسلام يجب ما قبله كذا في البدائع اه (قوله وان لم ينزل لا يفسد) وان كان محرما لانه ليس في معنى الجماع وهو المفسد أورد عليه لم لم يفسد وان لم ينزل بظاهر قوله تعالى ولا تباشروهن الآية أجيب

بالنظر لا يفسد اعتكافه قال رحمه الله (ولزمه الليالى أيضا بنذر اعتكاف أيام) معناه لو نذر أن يعتكف أياما لزمته بلياليها لان ذكر الايام بلفظ الجمع يدخل ما بازائها من الليالى وكذا لو نذر أن يعتكف الليالى لزمته بأيامها لانه بذكر الليالى يدخل ما بازائها من الايام قال الله تعالى ثلاثة أيام الا رمزا وقال تعالى ثلاث ليال سويا والقصة واحدة فعبر عنها تارة بالايام وتارة بالليالى فعلم بذلك أن ذكر أحدهما بلفظ الجمع يتناول الآخر وتدخل الليلة الأولى وكانت متتابعة وان لم يشترط التتابع لان الاوقات كلها قابلة له بخلاف الصوم لان مبناه على التفرق لان الليالى غير قابلة للصوم فتخللها يوجب التفرق فيجب على التفرق حتى ينص على التتابع ثم يدخل فى الاعتكاف قبل غروب الشمس من أول ليلة ويخرج بعد غروب الشمس من آخر يوم وان نوى الايام خاصة صحت نيته لانه حقيقة كلامه قال رحمه الله (وليلتان بنذر يومين) أى يلزمه ليلتان بنذر اعتكاف يومين لانه بذكر يومين يدخل ما بازائهما من الليلتين فى العادة يقال ما رأيتك منذ يومين والمراد بليلتيهما كما يقال ما رأيتك منذ ثلاثة أيام والمراد بلياليها بخلاف ما اذا قال لله على أن اعتكف يوما حيث لا يلزمه الليل لعدم التعارف وعن أبى يوسف فى التثنية والجمع لا تلزمه الليلة الأولى لان الاعتكاف لا يكون بالليل الا تبعا لضرورة الوصل بين الايام ولا حاجة الى ادخال الليلة الأولى لتحقق الوصل بدونها ومنهم من يجعل خلاف أبى يوسف فى التثنية فقط وان نذر أن يعتكف ليلة لا يصح لانها ليست بمحل للصوم ولا اعتكاف بدونه وعن أبى يوسف أنه تلزمه بيومها والله أعلم

{ تم الجزء الأول ويليه الجزء الثانى وأوله كتاب الحج }

بان مجازها وهو الجماع مراد فيبطل ارادة الحقيقة لامتناع الجمع وهو مشكل لانكشاف ان الجماع من ماصدقات المباشرة لانه مباشرة خاصة فيكون بالنسبة الى القبلة والجماع فيما دون الفرج والمس باليد والجماع متواطئا أو مشككا فأيهما أريد به كان حقيقة كلفظ كل اسم معنى كلى غير أنه لا يراد به فرد دان من مفهومه فى اطلاق واحد فى سياق الاثبات وما نحن فيه سياق النهى وهو يفيد العموم فيفيد تحريم كل فرد من أفراد المباشرة بجماع أو غيره اه فتح (قوله معناه لو نذر الى آخره) أى بان قال بلسانه عشرة أيام مثلا ولا يكتفى بمجرد نية القلب وكذا اذا قال شهرا ولم ينو بعينه لزمه متتابعا بليله ونهاره يفتتحه متى شاء بالعدد اه لاهلاليا والشهر المعين هلالى فان فرق استقبل وقال زفر ان شاء فرقه وان شاء تابعه والحاصل ان عشرة أيام وشهرا يلحق بالاجارات والايمان فى لزوم التتابع ودخول الليالى فيما اذا استأجره أو حلف لا يكلمه عشرة أيام وبالصوم فى عدم لزوم الاتصال بالوقت الذى نذر فيه والمعين لذلك عرف الاستعمال اه فتح (قوله والقصة واحدة) أى فلما كان عدد الايام والليالى متساويا فذكر الايام يتناول ما بازائها من الليالى المتخللة وكذا ذكر الليالى يتناول ما بازائها من الايام بخلاف المختلفين لقوله تعالى سخرها عليهم سبع ليال وثمانية أيام اه غاية (قوله لانه حقيقة كلامه) أى لان حقيقة اليوم بياض النهار وهذا بخلاف ما لو أوجب على نفسه اعتكاف شهر بغير عينه فنوى الايام دون الليالى أو قلبه لا يصح لان الشهر اسم لعدد ثلاثين يوما وليس باسم عام كالعشرة على مجموع الآحاد فلا تنطلق على ما دون ذلك أصلا كما لا تنطلق العشرة على خمسة مثلا حقيقة ولا مجازا أما لو قال شهرا بالنهر دون الليالى لزمه كما قال وهو ظاهر أو استثنى فقال شهرا الا الليالى لان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا فكأنه قال ثلاثين نهارا ولو استثنى الايام لا يجب عليه شئ لان الباقى الليالى المجردة ولا يصح فيها المنافاة بشرطه وهو الصوم اه فتح (قوله وعن أبى يوسف أنه تلزمه بيومها الى آخره) ولو نوى بالليلة اليوم لزمه وعلى المرأة أن تصل قضاء أيام حيضها بالشهر فيما اذا نذرت اعتكاف شهر فحاضت فيه ولا ينقطع التتابع به وعن لزوم التتابع قالوا لو أغمى على المعتكف أو أصابه عته أو لمم استقبل اذا زال لانقطاع التتابع حتى لو كان فى آخر يوم وفى الصوم لا يقضى اليوم الذى حدث فيه الاغماء ويقضى ما بعده فأفادوا أن الاغماء انما ينافى شرط الصوم وهو النية والظاهر وجود النية فى اليوم الذى حدث فيه الاغماء فلا يقضيه والذى يظهر من الفرق أن يقال هو جبلة تنتظر الصلاة والاستظهار ينقطع بالاغماء فى الصلوات التى تجب بعد الاغماء بخلاف الامساك المسبوق بالنية الذى هو معنى الصوم اه فتح

فهرس الجزء الاول من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

بسم الله الرحمن الرحيم

الجزء الثاني

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن علي الزيلعي الحنفي
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة [illegible]
الدين أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل [illegible]
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٣
هجريه

محل بيعه عند ملتزمه حضرة السيد عمر حسين الخشاب بمصر

فهرست الجزء الثاني من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

(تمت)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الحج

الحج في اللغة القصد وعن الخليل هو كثرة القصد الى من يعظمه قال المخبل

ألم تعلمي يا أم أسعد أنما * تخاطأني ريب الزمان لأكبرا
وأشهد من عوف حلولا كثيرة * يحجون سب الزبرقان المزعفرا

قال رحمه الله (هو زيارة مكان مخصوص في زمان مخصوص بفعل مخصوص) وهذا في الشرع جعل لقصد خاص مع زيادة وصف كالتيمم اسم لمطلق القصد في اللغة ثم جعل في الشرع اسما لقصد خاص بزيادة وصف قال رحمه الله (فرض مرة على الفور بشرط حرية وبلوغ وعقل وصحة وقدرة زاد وراحلة فضلت عن مسكنه

كتاب الحج

العبادات أنواع ثلاثة بدنية محضة كالصلاة ومالية محضة كالزكاة ومركبة كالحج فلما بين النوعين الاولين شرع في بيان النوع الآخر وهو الحج الحج بفتح الحاء وكسرها لغتان وقرئ بهما قوله تعالى ولله على الناس حج البيت وتفسيره لغة وشرعا وسببه قد ذكر في الشرح وشروطه الوقت والاستطاعة وركنه الاحرام والوقوف بعرفة وطواف الزيارة وواجباته ستأتي نقلا عن الكافي وماهيته أمور الاحرام والوقوف والطواف والسعي والتحليل ووقته نوعان مديد وقصير فالمديد من شوال الى عشر ذي الحجة والقصير بعد الزوال من يوم عرفة الى طلوع الفجر من يوم النحر وحكمه سقوط الواجب عن ذمته في الدنيا وحصول الثواب في العقبى وحكمته اماتة النفس باختيار مفارقة الاوطان والخلان والاخوان والاهل والولدان والتشبه بالموتى في اتخاذ الثوبين مثل الكفن ومنع ازالة التفث وقال عليه الصلاة والسلام موتوا قبل أن تموتوا وفي هذه الاماتة الاختيارية حصول الحياة الطيبة الابدية السرمدية اهـ (قوله تخاطأني) أي أخطأني (قوله ريب الزمان) في بعض الروايات ريب المنون وهو الموت (قوله وأشهد من عوف حلولا الخ) عوف قبيلة والحلول الجماعات يقال حلة وحلل وحلول وقيل هو جمع حال كما يقال نازل ونزول اهـ (قوله يحجون سب الزبرقان) أي عمامته وهو حصن بن بدر الفزاري والزبرقان القمر لقب به حصن لجماله اهـ غاية وكتب على قوله الزبرقان ما نصه قال نشوان الحميري في شمس العلوم فعلان بكسر الفاء واللام الزبرقان القمر والزبرقان لقب لحصن بن بدر التميمي ويقال انما سمي الزبرقان لصفرة عمامته وكان تصفير العمائم للسادة ثم قال بعد أوراق السب الكثير السباب والسب الخمار والسب العمامة في قوله وأشهد من عوف البيت أي المصبوغ بالزعفران وكان سادتهم يصفرون عمائمهم اهـ يقول ما أخرني الدهر الى حال الكبر الا لأحضر الزبرقان وقد تعالى وساد قومه فالوفود يطوفون ببابه وكان الرئيس منهم يعتم بعمامة صفراء ليعلم بها يقال زبرقت العمامة اذا اصفرتها وقال بعضهم ان الزبرقان كانت له عمامة وكان يحج في كل عام ويمسحها بخلوق الكعبة فتصفر وكان كل من كسل عن الحج من قومه أتاها وتمسح بها اهـ (قوله زيارة مكان مخصوص) أي وهو البيت شرفه الله تعالى اهـ (قوله في زمان مخصوص) أي وهو أشهر الحج (قوله بفعل مخصوص) أي وهو الطواف والسعي والوقوف محرما اهـ ع (قوله وقدرة وزاد وراحلة) أي حتى لو كان عادته سؤال الناس والمشي ولم يكن له زاد ولا راحلة لا يجب عليه وبه قال الشافعي وابن حنبل اهـ غاية

(قوله ونفقة ذهابه وإيابه) أى وفضاء عن نفقته اه غاية (قوله ولان سببه البيت) أى لانه يضاف اليه والواجبات تضاف الى اسبابها اه كافى وكتب أيضا على قوله ولان سببه البيت على الصحيح ذكره فى المبسوط وغيره وفى المحيط سببه كونه منعما عليه وفى الذخيرة وقد رتب الله سبحانه وجوب الحج على الاستطاعة وترتيب الحكم على الوصف يشعر بسببية ذلك الوصف لذلك الحكم كقولنا زنى فرجم وسها فسجد وسرق فقطع فتكون الاستطاعة سببا لوجوبه انتهى غاية (قوله وعن أبى حنيفة مايدل عليه الخ) وفى المحيط والمرغينانى والكرمانى أن أصح الروايتين عن أبى حنيفة أنه على الفور وفى قنية المنية يجب مضيقا على المختار وبالاداء يرتفع الاثم وفى البدائع (٣) والتحفة قول أبى حنيفة مثل قول أبى يوسف وعنه مثل قول محمد اه سروجى (قوله وهى نزلت سنة تسع الخ) قال ابن القيم رحمه الله فى الهدى الصحيح أن الحج فرض فى أواخر سنة تسع وان آية فرضه هى قوله تعالى ولله على الناس حج البيت وهى نزلت عام الوفود أواخر سنة تسع وأنه صلى الله عليه وسلم لم يؤخر الحج بعد فرضه عاما واحدا وهذا هو اللائق بهديه وحاله صلى الله عليه وسلم وليس بيد من ادعى تقدم فرض الحج سنة ست أو سبع أو ثمان أو تسع دليل واحد وغاية ما احتج به من قال فرض سنة ست قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهى نزلت بالحديبية سنة ست وهذا ليس فيه ابتداء لفرض الحج وانما فيه الامر باتمامه اذا شرع فيه فأين هذا من وجوب ابتدائه اه (قوله وثمرة الخلاف) الذى فى خط الشارح الاختلاف انتهى (قوله واما اشتراط البلوغ والحرية الخ) اما الحرية فقد خالفت فيها الظاهرية وأوجبوه على العبد والامة انتهى غاية (قوله على المستطيع) هو خبر ان أى ثابت على المستطيع انتهى (قوله اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره) أى بان وجد قائدا انتهى (قوله والزمن) قال فى المغرب الزمن الذى طال مرضه زمانا انتهى (قوله والمحبوس) أى من قبل الجائر انتهى غاية (قوله والاعمى الخ) قال فى المجتبى الاعمى اذا وجد قائدا حرا يطاوعه لم يلزمه عنده خلافا لهما وان كان عبده أو أجيره ففيه اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة وفى فتاوى قاضيخان والذخيرة أما لو وجد الاعمى زادا وراحلة ولم يجد قائدا لا يلزمه الحج بنفسه فى قولهم وهل يجب الاحجاج عليه بالمال عند أبى حنيفة لا يجب وعندهما يجب وان وجد قائدا لا يلزمه بنفسه عنده انتهى كاكى وذكر فى الاصل انه لا حج على الاعمى وان ملك الزاد والراحلة

مسكنه وعما لا بد منه ونفقة ذهابه وإيابه وعياله) أما وجوبه مرة فى العمر فلما روى ابن عباس قال خطبنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا أيها الناس كتب عليكم الحج فقام الاقرع بن حابس فقال أفى كل عام يا رسول الله فقال لو قلتها لوجبت ولو وجبت لم تعملوا بها ولم تستطيعوا أن تعملوا بها الحج مرة فمن زاد فهو تطوع رواه أحمد والنسائى بمعناه ولان سببه البيت وهو لا يتكرر فلا يتكرر الوجوب وأما وجوبه على الفور فلانه يختص بوقت خاص والموت فى سنة واحدة غير نادر فيتضيق احتياطا وهذا قول أبى يوسف وعن أبى حنيفة ما يدل عليه فان ابن شجاع روى عنه أن الرجل اذا وجد ما يحج به وقد قصد التزوج قال يحج ولا يتزوج لان الحج فريضة أوجبها الله تعالى على عبده وهذا يدل على أنه على الفور وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى هو على التراخى لانه وظيفة العمر فكان العمر فيه كالوقت فى الصلاة ولهذا ينوى الاداء فلا يتصور فواته ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حج سنة عشر وكان فرض الحج فى سنة ست ولو كان على الفور لما أخره ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أراد الحج فليتعجل فانه قد يعرض المريض وتضل الراحلة وتعرض الحاجة رواه أحمد وابن ماجه والبيهقى وقد بينا المعنى فيه والذى نزل فى سنة ست قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وهو أمر باتمام ما شرع فيه وليس فيه دلالة على الايجاب من غير شروع وانما وجب بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية وهى نزلت سنة تسع فتأخيره الى السنة العاشرة يحتمل أن يكون لعذر إما لانها نزلت بعد فوات الوقت أو للخوف من المشركين على أهل المدينة أو على نفسه عليه الصلاة والسلام أو كره مخالطة المشركين فى نسكهم اذ كان لهم عهد فى ذلك الوقت فأخر الحج حتى بعث أبا بكر وعليا فنادى ألا لا يحج بعد العام مشرك ولا يطوف بالبيت عريان ثم حج وكان فتح مكة فى سنة ثمان والذى يدلك عليه أن التقديم أفضل بالاجماع ولولا أن له عذرا لما أخره عليه الصلاة والسلام ونية الاداء لا تدل على أنه للتراخى ألا ترى أن وجوب الزكاة عندهما على الفور ومع هذا لو أخرها ينوى الاداء وثمرة الخلاف تظهر فى حق المأثم حتى يفسق وترد شهادته عند من يقول هو على الفور ولو حج فى آخر عمره ليس عليه الاثم بالاجماع ولو مات ولم يحج أثم بالاجماع وأما اشتراط البلوغ والحرية فلقوله عليه الصلاة والسلام أيما صبى حج به أهله فمات أجزأت عنه فان أدرك فعليه الحج وأيما رجل مملوك حج بأهله فمات أجزأت عنه فان أعتق فعليه الحج ذكره أحمد وعليه اجماع المسلمين ولان الحج مشتمل على المالى والبدنى وفى نية الصبى قصور ولهذا سقط عنه الفرائض كلها ولا مال للعبد ولانه مشغول بخدمة المولى فلو وجب عليه الحج لبطل حق المولى فى زمان طويل وحق العبد مقدم فصار كالجهاد بخلاف الصلاة والصوم لان وقتهما يسير ولا يحتاج فيهما الى المال والعقل شرط لصحة التكاليف وصحة الجوارح من شرطه لان الواجب على المستطيع والاستطاعة منعدمة دونها والاعمى اذا وجد من يكفيه مؤنة سفره ووجد زادا وراحلة لا يجب عليه الحج عند أبى حنيفة لانه عاجز بنفسه فلا تعتبر القدرة بغيره وعندهما يجب لانه لو هدى يؤدى بنفسه فأشبه الضال عن مواضع النسك والمقعد والمفلوج والزمن ومقطوع الرجلين والشيخ الذى لا يثبت على الراحلة بنفسه والمحبوس والاعمى اذا وجد زادا وراحلة ولم يجد من

وله ألف قائد وانما يجب في ماله وفي الروضة ليس على الاعمى حج يباشره ولا جمعة ولا جماعة وان كان له ألف قائد وعشرة آلاف درهم قال في الروضة ذكره في مناسك ابن شجاع وفي المحيط عند فقد سلامة البدن لا يلزمه الاحجاج عنه بالمال عند أبي حنيفة بخلاف الفدية في الصوم لانها وجبت حالة اليأس بالنص انتهى غاية (قوله و يعتبر أن يكون مالكا له وقت خروج أهل بلده الخ) حتى لو تصرف فيه أو اشترى به عروضا أو حيوانا قبل خروج أهل بلده يسقط عنه الحج غير ان ذلك مكروه عند محمد وعند أبي يوسف لا بأس به ولو تصرف فيه بعد خروج أهل بلده لا يسقط عنه الحج (٤) و يكون دينا في ذمته حتى لو مات لقي الله وعليه الحج فان كان له مسكن فاضل عن سكنى

يهديه لا يجب عليهم الحج عند أبي حنيفة وهو رواية عنهما وعلى ظاهر الرواية عنهما يجب وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وثمرة الخلاف تظهر في وجوب الاحجاج فعن أبي حنيفة لا يجب عليهم الاحجاج لانه بدل عن الحج بالبدن والاصل لم يجب فلا يجب البدل وعندهما يجب لانهم لزمهم الاصل وهو الحج بالبدن في الذمة وقد عجزوا عنه فيجب البدل عليهم ولا بد من القدرة على الزاد والراحلة لانه عليه الصلاة والسلام فسر الاستطاعة به ويعتبر أن يكون مالكا له وقت خروج أهل بلده ولا يعتبر قبله حتى جاز له أن يصرف ماله فيما أحب فاذا صرفه ولم يبق له شيء عند خروجهم فلا حج عليه ويشترط أن تكون المرأة خالية عن العدة حتى لو كانت معتدة عند خروجهم لا يجب عليها الحج وهو قدر ما يكترى به شق محمل فاضلا عما ذكر لان المشغول بالحاجة الاصلية كالمعدوم شرعا وان قدر أن يكترى عقبة لا غير لا يجب عليه لانه غير قادر على الراحلة في جميع الطريق ويعتبر في نفقته ونفقة عياله الوسط من غير تبذير ولا تقتير ولا يترك نفقته لما بعد ايابه في ظاهر الرواية وقيل يترك نفقة يوم وعن أبي يوسف نفقة شهر لانه لا يمكنه التكسب كما يقدم فيقدر بالشهر وليس من شرط الوجوب على أهل مكة ومن حولهم الراحلة لانهم لا يلحقهم مشقة فأشبه السعي الى الجمعة قال رحمه الله (وأمن طريق ومحرم أو زوج لامرأة في سفر) أي هو فرض عليه بشرط أمن الطريق للكل وبشرط وجود محرم أو زوج للمرأة اذا كان بينها وبين مكة مسيرة سفر وهو ثلاثة أيام أما كون الطريق آمنا فلانه لا يتأتى الحج بدونه فصار كالزاد والراحلة ثم قال ابن شجاع هو شرط الوجوب لما ذكرنا وهو مروي عن أبي حنيفة لان الوصول الى البيت بدونه لا يتصور الا بمشقة عظيمة فصار من جملة الاستطاعة وكان القاضي أبو حازم يقول هو شرط الاداء لانه عليه الصلاة والسلام لما سئل عن الاستطاعة فسرها بالزاد والراحلة ولو كان أمن الطريق من الاستطاعة لبينه لانه موضع الحاجة الى البيان فلا يجوز الزيادة في شرط العبادة بالرأي ولان هذا من العباد فلا يسقط به الواجب كالقيد من الظالم لا يسقط به خطاب الشرع وان طال بخلاف المرض وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الايصاء فمن جعله شرط الاداء يوجبه ومن جعله شرط الوجوب لا يوجبه وسئل أبو الحسن الكرخي عمن لا يحج خوفا من القرامطة في البادية فقال ما سلمت البادية من الآفات أي لا تخلو عنها كقلة الماء وشدة الحر وهيجان الريح السموم وقال أبو القاسم الصفار لا أشك في سقوط الحج عن النساء ولكن أشك في سقوطه عن الرجال والبادية عندي دار الحرب وقال أبو عبد الله الثلجي ليس على أهل خراسان حج منذ كذا وكذا سنة وقال أبو بكر الاسكاف لا أقول الحج فريضة في زماننا قاله في سنة ست وعشرين وثلثمائة وأفتى أبو بكر الرازي أن الحج قد سقط عن أهل بغداد وبه قال جماعة من المتأخرين وقال أبو الليث ان كان الغالب في الطريق السلامة يجب وان كان خلاف ذلك لا يجب وعليه الاعتماد وان كان بينه وبين مكة بحر لا يجب وسيحون وجيحون والفرات أنهار وليست ببحار فلا تمنع الوجوب وقال الكرماني ان كان الغالب في البحر السلامة

مثله لا يسكن فيه وانما يؤجره أو بعيره أو عبد لا يستخدمه أو متاع لا يلبسه أو كانت له كتب لا يحتاج اليها وما أشبه ذلك يجب عليه ان يبيعها و يحج بثمنها لان هذه الاشياء فاضلة عن الحاجة الاصلية فيعد مستطيعا كذا قال أبو يوسف فان كان عنده دراهم وليس له مسكن ولا خادم فالحج لازم عليه حتى لو صرفه الى شيء آخر يأثم لوجود الاستطاعة بملك الدراهم في الحال بخلاف ما اذا كان له مسكن واحد فان ثمة يتضرر بالبيع انتهى كرماني (قوله خالية عن العدة) أي عدة كانت زاهدي (قوله قدر ما يكترى به شق محمل) الشق الجانب وهو نصف بعير يحمل عليه المسافر متاعه وطعامه ثم سمي به العديل الذي فيه زاد الحاج اه كاكي (قوله وان قدر أن يكترى عقبة) العقبة النوبة وعقبة الاجير أن يستأجر اثنان بعيرا يتعاقبان في الركوب فرسخا فرسخا أو منزلا منزلا اه كاكي (قوله وليس من شرط الوجوب على أهل مكة من الخ) أما الزاد فلا بد منه صرح به في غير موضع ففي قوله في النهاية عليه الحج وان كان فقيرا لا يملك الزاد والراحلة نظر الا ان يريد اذا كان يمكنه تكسبه في الطريق اه كمال (قوله و بين مكة) ليس في خط الشارح اه (قوله ولان هذا) أي عدم الامن يكون من العباد من خط الشارح (قوله وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب الايصاء) أي بالحج اذا مات قبل الامن اه كافي (قوله وان كان بينه وبين مكة بحر لا يجب) قال الزاهدي وهو الصحيح لان ركوب البحر لا يقدر عليه كل أحد وقال الكاكي والصحيح أنه لا يجب عليه في كل حال اه

(قوله من موضع جرت العادة بركوبه يجب) أى وهو الاصح انتهى كمال (قوله وأما اشتراط الزوج أو المحرم للمرأة) فى فتاوى قاضيخان والولد الجلى سواء كانت المرأة شابة أو عجوزا اه كاكى ﴿تتمة﴾ قال ابن أمير حاج رحمه الله فى داعى منار البيان بجامع النسكين بالقران الفصل الاول فى شروطه وهى ثلاثة أقسام شروط الوجوب وهى ثمانية على الاصح الاسلام والعقل والبلوغ والحرية والقدرة على الزاد والقدرة على الراحلة ومن شرط هذين عند أصحابنا أن لا يكونا بطريق الاباحة ولا بطريق العارية فى حق الراحلة بل بطريق الملك فيهما أو بطريق الاستئجار فى حق الراحلة وقال الشافعى ان كانت الاباحة بجهة من لا منة له عليه كالوالدين والمولودين يجب عليه ولو فيما اذا كانت من جهة من له المنة عليه بذلك قولان والوقت وهو وقت خروج أهل بلده ان كانوا يخرجون قبل أشهر الحج لبعد المسافة وأشهر الحج ان كانوا يخرجون فيها والعلم بكون الحج فرضا وهذا مما زاده العبد الضعيف فانى لم أر أحدا ذكره نصا وقد ذكر غير واحد فى الزكاة والصوم ثم العلم يثبت لمن فى دار الاسلام بمجرد الوجود فيها سواء علم بالفريضة أو لم يعلم ولا فرق فى ذلك بين أن يكون نشأ فيها على الاسلام أولا وأما المسلم فى دار الحرب فباخبار رجلين أو رجل وامرأتين أو واحد عدل وعندهما لا تشترط العدالة والبلوغ والحرية فى هذا الاخبار وشروط وجوب الاداء وهى خمسة على الاصح صحة البدن وزوال الموانع الحسية عن الذهاب الى الحج حتى ان المقعد ومقطوع الرجلين والمريض والشيخ الذى لا يثبت بنفسه على الراحلة والاعمى والمحبوس والخائف من السلطان الذى يمنع الناس من الخروج الى الحج لا يجب عليهم الحج بأنفسهم ولا الاحجاج عنهم ان قدروا على ذلك هذا ظاهر المذهب عند أبى حنيفة رحمه الله (٥) وهو رواية الصاحبين وروى الحسن عنه وهو قولهما أنه يجب عليهم وعليهم أن يأمروا من يحج عنهم بما لهم ويكون ذلك مجزيا عن حجة الاسلام مادام العجز مستمرا بهم فان زال فعليهم الاعادة بأنفسهم وظاهر كلام صاحب تحفة الفقهاء اختياره قال شيخنا الامام المحقق أثابه الله تعالى وهو أوجه وأمن الطريق وهو أن يكون الغالب فيه السلامة برا كان أو بحرا على الصحيح وعدم قيام العدة فى حق المرأة وخروج الزوج أو المحرم معها اذا كان بينها وبين مكة ثلاثة أيام فما فوقها وشروط صحته وهى أربعة الاحرام بالحج والوقت المخصوص والمكان المخصوص والاسلام اذ لا صحة لحج كافر لان وجود الايمان شرط لصحة سائر العبادات بلا خلاف (تنبيه) وما فى خلاصة الفتاوى وغيرها لو شهدوا أنهم رأوه حج أو تهيأ للاحرام ولبى وشهد المناسك كلها مع المسلمين كان اسلاما لا ينافى ما ذكرنا بقليل تأمل واذا فظهر أن الاسلام كما هو من شروط الوجوب فهو أيضا من شروط الصحة غايته أنه من شروط الوجوب عند مشايخنا البخاريين ومن شروط الصحة عند عامة المشايخ هذا فاعلم ان مقتضى القياس ان يكون التمييز والعقل من شروط الصحة أيضا لكن ثبت فى صحيح مسلم وغيره أن امرأة رفعت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم صبيا وقالت ألهذا حج قال نعم ولك أجر فلا جرم أن قال مشايخنا رحمهم الله بصحة حجة الصبى ولو كان غير مميز وكذا بصحة حج المجنون ويحرم عنهما الاب يعنى ومن بمنابته وكأن دليلهم على جواز حج المجنون وان لم يرد فيه نص فيما أعلم دلالة النص غير أن الشافعية شرطت فى وقوعه عن حجة الاسلام افاقته عند الاركان غير مشترطين ذلك فى وقوعه تطوعا ولم أقف لمشايخنا على التعرض لصحة حجه حجة الاسلام لا بنفى ولا باثبات لا مع هذا الاشتراط ولا بدونه الا انه فيما يظهر لو قال قائل بانه ان كان مفيقا عند التلبس بالاحرام فاحرم بحجة الاسلام عاقلا ثم عرض له الجنون ففعل به ما على الحاج من الوقوف بعرفة وطواف الافاضة ونحو ذلك فمقتضى قواعدنا أنه يقع عن حجة الاسلام وان لم يفق بعد ذلك ولو بسنين والا فلا لم يكن بعيدا فامعن النظر فيه اه وكتب على قوله فى الحاشية لا ينافى ما ذكرناه بقليل تأمل ما نصه لان ما ذكره فى الخلاصة ما اذا حج مع المسلمين وما تقدم فيما اذا حج منفردا ولا يحكم باسلامه حينئذ كما اذا صلى منفردا بخلاف ما اذا صلى مع الجماعة قنية

من موضع جرت العادة بركوبه يجب والا فلا وأما اشتراط الزوج أو المحرم للمرأة فى السفر وهو مسيرة ثلاثة أيام فصاعدا فلقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تسافر سفرا يكون ثلاثة أيام فصاعدا الا ومعها أبوها أو ابنها أو زوجها أو أخوها أو محرم منها رواه مسلم وأبو داود وقال عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة ثلاثا الا ومعها ذو محرم رواه مسلم وقال الشافعى رحمه الله يجوز لها الحج اذا خرجت فى رفقة ومعها نساء ثقات للعمومات نحو قوله تعالى ولله على الناس حج البيت الآية وقوله عليه الصلاة والسلام حجوا بيت ربكم ولحديث عدى بن حاتم أنه عليه الصلاة والسلام قال يوشك أن تخرج الظعينة من الحيرة تؤم البيت لا جوار معها لا تخاف الا الله تعالى وقال عدى رأيت الظعينة ترتحل من الحيرة حتى تطوف بالكعبة لا تخاف الا الله تعالى رواه البخارى ولم يذكر لها زوجا ولا محرما ولانه سفر واجب فلا يشترط لها المحرم فيه كالمهاجرة والمأسورة اذا تخلصت من أيدى الكفار ولنا ما روينا وقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر امرأة ثلاثة أيام أو تحج الا ومعها زوج هكذا ذكره فى الامام وعزاه الى الدارقطنى وقال ابن عباس سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا يخلون رجل بامرأة الا ومعها ذو محرم ولا تسافر المرأة الا مع ذى محرم فقام رجل فقال ان امرأتى خرجت حاجة وانى اكتتبت فى غزوة كذا وكذا فقال عليه الصلاة والسلام انطلق فحج مع امرأتك رواه مسلم والبخارى ولانها يخاف عليها الفتنة وتزداد بانضمام غيرها اليها ولهذا تحرم الخلوة بالاجنبية وان كان معها غيرها من النساء ولان المرأة لا تقدر على الركوب والنزول وحدها عادة فتحتاج الى من يركبها وينزلها من المحارم أو الزوج فعند عدمهم لم تكن مستطيعة والنصوص

العامة هم خصصوها برأيهم حتى اشترطوا أن يكون معها رفقة ونساء ثقات ونحن خصصناها بما رويناه وجاز ذلك به لانه مشهور أو لكونه مخصوصا بالاجماع عند عدم الرفقة والنساء الثقات والمهاجرة والمأسورة لا تنشآن سفرا وانما مقصودهما النجاة لا غير خوفا من تبدل الدين ألا ترى انهما لو وجدتا عسكر المسلمين فى دار الحرب لا يجوز لهما أن تسافرا بغير محرم أو زوج لحصول الامن بذلك ولهذا لا تقصدان مكانا معينا مسيرة ثلاثة أيام ولان لهما ضرورة اليه وهى تبيح المحظور والذى يؤيد ما قلنا انهما لو كانتا معتدتين لا تمنعهما من ذلك وان كانت العدة أقوى فى منع الخروج من عدم المحرم حتى منعت ما دون السفر بخلاف عدم المحرم ولهذا لا تخرج المعتدة للحج بالاجماع وحديث عدى يدل على الوقوع وليس فيه دلالة على الجواز فلا يلزم حجة وهذا لانه عليه الصلاة والسلام ساق الكلام لبيان أمن الطريق من العدل لا لبيان أنها يجوز لها أن تسافر بغير محرم ولا زوج نظيره قوله عليه الصلاة والسلام فيه ليأتين على الناس زمان تسير الظعينة من مكة الى الحيرة لا يأخذ أحد بخطام راحلتها الحديث وأجمعوا أنها لا يحل لها أن تسير من مكة الى الحيرة ولا من بلد الى بلد آخر بالقياس عليه ولا يلزمنا خروجها الى ما دون السفر لان ذلك مباح لها بغير محرم ولا زوج لاى حاجة شاءت وروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف كراهة خروجها وحدها مسيرة يوم واذا وجدت محرما فليس للزوج أن يمنعها من الخروج معه اذا خرجت عند خروج أهل بلدها أو قبله بيوم أو يومين وقبله يمنعها ويمنعها من الاحرام الى أدنى المواقيت وبمكة الى يوم التروية وان أحرمت قبل ذلك له أن يحللها وتصير كالمحصر وقال الشافعى رحمه الله له منعها مطلقا لان فى الخروج تفويت حقه فصار كما اذا حجت بغير محرم أو فى حج منذور أو تطوع ولنا أن حق الزوج لا يظهر فى حق الفرائض والحج منها بخلاف ما اذا حجت بغير محرم لان الخطاب لم يتوجه عليها وبخلاف الحج المنذور لانه وجب عليها بالتزامها فلا يظهر الوجوب فى حق الزوج فصار نفلا فى حقه واذا كان بينها وبين مكة أقل من ثلاثة أيام ليس له منعها وان خرجت بلا محرم لعدم اشتراط المحرم فيه ولها أن تخرج مع كل محرم على التأبيد بنسب أو رضاع أو مصاهرة سواء كان مسلما وكافرا الا أن يكون مجوسيا أو فاسقا لا يؤمن من الفتنة أو صبيا أو مجنونا لعدم حصول المقصود وهو الصيانة والصبية التى بلغت حد الشهوة مثل البالغة حتى لا يسافر بها الا مع المحرم واختلفوا فى أن الزوج أو المحرم شرط الوجوب أم شرط الاداء على حسب اختلافهم فى أمن الطريق وتظهر ثمرة الاختلاف فى وجوب الوصية على ما ذكرنا وفى وجوب نفقة المحرم وراحلته اذا أبى أن يحج معها الا بالزاد منها والراحلة وفى وجوب التزوج عليها ليحج بها ان لم تجد محرما فمن قال هو شرط الوجوب قال لا يجب عليها شئ من ذلك لان شرط الوجوب لا يجب تحصيله ولهذا لو ملك المال كان له الامتناع من القبول حتى لا يجب عليه الحج وكذا لو أبيح له ومن قال انه شرط الاداء أوجب عليها جميع ذلك قال رحمه الله (فلو أحرم صبى أو عبد فبلغ أو عتق فمضى لم يجز عن فرضه) لان احرامه انعقد لاداء النفل فلا ينقلب للفرض كالصرورة اذا أحرم للنفل لا يؤدى به الفرض وكاحرام الصلاة اذا عقد للنفل ليس له أن يؤدى به الفرض فان قيل الاحرام شرط عندكم فوجب أن يجوز أداء الفرض به كالصبى اذا توضأ ثم بلغ جاز له أن يؤدى الفرض بذلك الوضوء قلنا الاحرام يشبه الركن من وجه من حيث اتصال الاداء به فأخذنا بالاحتياط فى العبادة وقال الشافعى رحمه الله اذا مضى يكون عن الفرض وأصل الخلاف فى الصبى اذا بلغ فى أثناء الصلاة بالسن يكون عن الفرض عنده وعندنا لا يكون عنه ولو جدد الصبى الاحرام قبل الوقوف بعرفة ونوى حجة الاسلام أجزأه ولو فعل العبد ذلك لم يجزه عنه لان احرام الصبى غير لازم لعدم الاهلية فيمكنه الخروج بالشروع فى غيره واحرام العبد لازم فلا يمكنه ذلك ألا ترى أن الصبى لو أحصر وتحلل لا قضاء عليه ولا دم ولا يلزمه الجزاء بارتكاب محظوراته وفى المبسوط الصبى لو أحرم بنفسه وهو يعقل أو أحرم عنه أبوه صار محرما وينبغى له أن يجرده ويلبسه ازارا ورداء قال رحمه الله (ومواقيت الاحرام ذو الحليفة وذات عرق والجحفة وقرن

(قوله بيان أمن الطريق من العدل) اى بسبب العدل اه (قوله نظيره قوله صلى الله عليه وسلم فيه) أى فى مثله على حذف مضاف اه من خط الشارح (قوله سواء كان مسلما أو كافرا) أى أو عبدا اه كاكى (قوله واختلفوا فى أن الزوج أو المحرم الخ) صحح صاحب البدائع الاول وصحح السغناقى الثانى اه (قوله وفى وجوب التزوج عليها) قال فى الدراية ولا يجب عليها أن تتزوج ليحج بها كما لا يجب على الفقير اكتساب المال لاجل الحج اه (قوله فبلغ أو عتق فمضى) أى كل واحد منهما على احرامه اه ع (قوله واحرام العبد لازم) أى لكونه مخاطبا حتى لو أصاب صيدا فعليه الصيام لانه صار جانيا على احرامه وهو ليس من أهل التكفير بالمال بالاراقة أو بالاطعام وان كان تكفيره بالصوم اه كاكى * فائدة قال فى الكافى واعلم أن فروض الحج الاحرام والوقوف بعرفة وطواف الزيارة وواجبه الوقوف بمزدلفة ورمى الجمار والسعى والحلق وطواف الصدر لغير المكى وغيرها سنن وآداب اه (قوله فى المتن ومواقيت الاحرام الخ) لما فرغ عن بيان من يجب عليه الحج ومن لا وعن شرائطه أخذ فى بيان مواقيت الاحرام اه قال فى المغرب الوقت فى الازمنة المبهمة والمواقيت جمع الميقات وهو الوقت المحدود فاستعير للمكان ومنه مواقيت الحج لمواضع الاحرام وقد فعل بالوقت مثل ذلك فقال أبو حنيفة رحمه الله من تعدى وقته الى وقت أقرب منه أو أبعد منه فانه يجزيه وفى الجامع الصغير ووقته البستان أى ميقاته بستان بنى عامر ثم

استعمل فى كل حدّ ومنه قوله هل فى ذلك وقت أى حدّ بين القليل والكثير وقد اشتقوا فيه فقالوا وقت الله الصلاة ووقتها بالتشديد اى بين وقتها وحدّده (قوله وقرن) قال الجوهرى القرن بفتح الراء موضع وهو ميقات أهل نجد ومنه أويس القرنى والقرن بالسكون الجبل الصغير وهو مأخوذ عليه فى مكانين فيه فى تحريك الراء ونسبة أويس الى المكان وانما نسب (٧) الى قرن وهو بطن من مراد قبيلة اه سروجى

وقرن ويلملم لاهلها ولمن مر بها) أى المواقيت التى لا يتجاوزها الانسان الا محرما لاهل المدينة ذوالحليفة ولاهل العراق ذات عرق ولاهل الشأم الجحفة ولاهل نجد قرن ولاهل اليمن يلملم وكل واحد من هذه المواقيت وقت لاهلها ولمن مر بها من غير أهلها لحديث ابن عباس رضى الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام وقت لاهل المدينة ذا الحليفة ولاهل الشأم الجحفة ولاهل نجد قرن المنازل ولاهل اليمن يلملم فقال هن لهم ولمن أتى عليهن من غير أهلهن لمن كان يريد الحج والعمرة فمن كان دونهن فمهله من أهله وكذلك حتى أهل مكة يهلون منها رواه البخارى ومسلم وأبو داود وفى أكثر طرقه هن لهن والاول أصح وهو المراد بالثانى بطريق حذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه تقديره هن لاهلهن فحذف الاهل وعن عائشة رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام وقت لاهل العراق ذات عرق رواه أبو داود والنسائى ومن سلك ميقاتا من هذه المواقيت أحرم منه لما روينا وان سلك بين ميقاتين فى البحر أو البر اجتهد وأحرم اذا حاذى ميقاتا منهما وأبعدهما أولى بالاحرام منه ومن لم يحرم من أهل المدينة من ذى الحليفة وأحرم من الجحفة فلا شئ عليه وكذا من مر بها من غير أهلها وعن أبى حنيفة أن عليه دما وكذا كلما كان الثانى أقرب الى مكة والاول هو الظاهر وكانت عائشة رضى الله عنها اذا أرادت الحج أحرمت من ذى الحليفة واذا أرادت العمرة أحرمت من الجحفة فكأنها طلبت زيادة الاجر فى الحج لزيادة فضله ولولم تكن الجحفة ميقاتا لها لما جاز لها تأخير احرام العمرة اذ لا فرق بين الحج والعمرة فى حق الآفاقى فى الميقات ثم الآفاقى اذا انتهى الى الميقات على قصد دخول مكة عليه أن يحرم قصد الحج أو العمرة أولم يقصد عندنا وقال الشافعى لا يجب الا على من أراد الحج أو العمرة واذا أراد غيرهما جاز له أن يدخلها بغير احرام لما روى عن جابر انه عليه الصلاة والسلام دخل يوم فتح مكة وعليه عمامة سوداء بغير احرام رواه مسلم والنسائى ولان الاحرام شرع لاداء النسك فاذا نواه لزمه والا فلا ولان الاحرام لتحية البقعة فاذا لم يأت به لم يلزمه شئ كتحية المسجد ولنا ماروى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يدخل أحد مكة الا بالاحرام الحديث ولان الاحرام لتعظيم هذه البقعة الشريفة فيستوى فيه التاجر والمعتمر وغيرهما وهذا لان الله تعالى جعل البيت معظما وجعل المسجد الحرام فناءله وجعل مكة فناء للمسجد الحرام وجعل الميقات فناء للحرم والشرع ورد بكيفية تعظيمه وهو الاحرام من الميقات على هيئة مخصوصة فلا يجوز تركه ومارواه كان مختصا بتلك الساعة بدليل قوله عليه الصلاة والسلام فى ذلك اليوم مكة حرام لم تحل لاحد قبلى ولا تحل لاحد بعدى وانما أحلت لى ساعة من نهار ثم عادت حراما يعنى الدخول بغير احرام لاجماع المسلمين على حل الدخول بعده عليه الصلاة والسلام للقتال وقوله كتحية المسجد ممنوع لانه سنة والاحرام واجب عندنا ولهذا وجب الاحرام من الميقات عند ارادة النسك اجماعا ومن كان داخل الميقات له أن يدخل مكة بغير احرام لحاجته لانه يكثر دخوله مكة وفى ايجاب الاحرام فى كل مرة حرج بين فألحقوا باهل مكة حيث يباح لهم الدخول بغير احرام بعد ماخرجوا منها لحاجة لانهم حاضرو المسجد الحرام ولهذا ألحقوا بهم فى عدم تحقق المتعة والقران بخلاف ما اذا قصدوا أداء النسك حيث يجب عليهم الاحرام من ميقاتهم لانهم التزموه قال رحمه الله (وصح تقديمه عليها لا عكسه) أى جاز تقديم الاحرام على هذه المواقيت بل هو الافضل ولا يجوز عكسه وهو تأخيره عن هذه المواقيت على ما يجىء فى موضعه ان شاء الله تعالى وانما كان التقديم أفضل لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وفسرت الصحابة الاتمام بان يحرم بهما من دويرة أهله وكانوا يستحبون أن يحرم بهما من دويرة أهله ومن الاماكن القاصية وقال عليه الصلاة والسلام من أهل من المسجد الاقصى بعمرة أو بحجة

(قوله ذوالحليفة) كذا بخط الشارح (قوله ولاهل النجد) بالالف واللام فى خطه (قوله فقال هن لهم) هن ضمير جماعة المؤنث العاقل فى الاصل وقد يعاد على مالا يعقل وأكثر ذلك فى العشرة فدون فاذا جاوزها قالوه بهاء المؤنث كما قال تعالى اثنا عشر شهرا منها أربعة حرم ثم قال فلا تظلموا فيهن أنفسكم اه شرح مسلم للقرطبى (قوله فمهله) هو بضم الميم وفتح الهاء وتشديد اللام أى موضع إهلالهم اه تنقيح الزركشى وضبطه الشارح بالقلم بفتح الميم والهاء (قوله ومن كان داخل الميقات الخ) المتبادر من هذه العبارة أن يكون بعد المواقيت لكن الواقع أن لا فرق بين كونه بعدها أوفيها نفسها فى نص الروايه اه كمال (قوله أى جاز تقديم الاحرام الخ) بخلاف تقديم الاحرام على أشهر الحج أجمعوا أنه مكروه كذا فى الينابيع وغيره فيجب حمل الافضلية من دويرة أهله على ما اذا كان من داره الى مكة دون أشهر الحج كما قيده به فى قاضيخان اه كمال (قوله وانما كان التقديم أفضل لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وفسرت الصحابة الخ) ثم هذا خلاف ما تقدم من كون المراد به ايجاب الاتمام على من شرع فى بحث الفور والتراخى أول كتاب الحج اه فتح (قوله من دويرة أهله) هى تصغير الدار وعن شيخ شيخى وانما قال بلفظ التصغير لمقابلة بيت الله لان غيره من البيوت محقر بنسبته اه كاكى

غفر له ما تقدم من ذنبه رواه أحمد وأبو داود بنحوه وابن ماجه وذكر فيه العمرة دون الحجة ولان المشقة فيه أكثر والتعظيم أوفر فكان عزيمة والتأخير الى الميقات رخصة ولهذا كان كبار الصحابة رضي الله عنهم يتبادرون اليه حتى روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أحرم من بيت المقدس ومن بصرة وعن ابن عباس رضي الله عنه انه أحرم من الشأم وابن مسعود من القادسية وعن أبي حنيفة أن التقديم انما يكون أفضل اذا كان يملك نفسه عن الوقوع في محظورات الاحرام قال رحمه الله (ولداخلها الحل) أي الميقات لاهل داخل المواقيت الحل الذي هو من دويرة أهله الى الحرم لان خارج الحرم كله كمكان واحد في حقه والحرم في حقه كالميقات في حق الآفاقي فلا يدخل الحرم اذا أراد الحج أو العمرة الا محرما قال رحمه الله (وللمكي الحرم للحج والحل للعمرة) أي الوقت لاهل مكة الحرم في الحج والحل في العمرة للاجماع على ذلك وكان عليه الصلاة والسلام يأمر بذلك ولان أداء الحج في عرفة وهي في الحل فيكون الاحرام من الحرم ليتحقق نوع سفر وأداء العمرة في الحرم فيكون الاحرام من الحل ليتحقق نوع سفر بتبديل المكان والتنعيم أفضل لامره عليه الصلاة والسلام بالاحرام منه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب الاحرام﴾

قال رحمه الله (واذا أردت أن تحرم فتوضأ والغسل أفضل) لما روى زيد بن ثابت أنه عليه الصلاة والسلام اغتسل لاحرامه رواه الدارقطني والترمذي وقال حديث حسن وكان ابن عمر يتوضأ أحيانا ويغتسل أحيانا وانما كان الغسل أفضل لانه عليه الصلاة والسلام اختاره ولانه أعم وأبلغ في التنظيف فكان أفضل والمراد بهذا الغسل تحصيل النظافة وازالة الرائحة لا الطهارة حتى تؤمر به الحائض والنفساء وروى أنه عليه الصلاة والسلام أمر أبا بكر أن تغتسل وتهل امرأته حين نفست بابنه محمد رواه مسلم وعن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال ان النفساء والحائض تغتسل وتحرم وتقضي المناسك كلها غير أنها لا تطوف بالبيت رواه أبو داود والترمذي ولا يتصور حصول الطهارة لها ولهذا لا يعتبر التيمم عند العجز عن الماء بخلاف الجمعة والعيدين قال رحمه الله (والبس ازارا ورداء

(قوله غفر له ما تقدم من ذنبه) أي وما تأخر ووجبت له الجنة رواه في السنن من حديث أم سلمة اه غاية البيان (قوله انما يكون أفضل الخ) ثم اذا انتفت الافضلية لعدم ملكه نفسه هل يكون الثابت الاباحة أو الكراهة روى عن أبي حنيفة أنه مكروه اه كمال (قوله لاهل داخل المواقيت) ومن هو في نفس المواقيت كما ذكره الكمال (قوله وللمكي الحرم) انظر ما ذكره الشارح رحمه الله قبيل باب اضافة الاحرام الى الاحرام فانه نافع هنا (قوله والتنعيم أفضل) قال في المغرب والتنعيم مصدر نعمه اذا أترفه وبه سمي التنعيم وهو موضع قريب من مكة عند مسجد عائشة رضي الله عنها اه

﴿باب الاحرام﴾

لما ذكر المواقيت شرع في بيان أن الاحرام كيف يفعل عند المواقيت والاحرام مصدر قولك أحرم الرجل اذا دخل في حرمة لا تهتك وهذا لان بالاحرام يحرم عليه الرفث والفسوق والجدال وقتل الصيد وغير ذلك وصورة الاحرام بالحج أن يلبي بلسانه وينوي بقلبه الحج والافضل أن يذكر النية باللسان مع القلب ثم المحرمون أنواع أربعة مفرد بالحج ومفرد بالعمرة وقارن ومتمتع وبيان الكل يأتي في الكتاب ان شاء الله تعالى ثم الاحرام شرط الاداء عندنا حتى لا يصح الحج بدونه كتكبيرة الافتتاح في باب الصلاة وعند الشافعي ركن ولهذا جاز تقديم الاحرام على أشهر الحج عندنا كتقديم الطهارة على وقت الصلاة كذا في غاية البيان وقال في المصباح وأحرم الشخص دخل في حج أو عمرة ومعناه أدخل نفسه في شئ حرم عليه به ما كان حلالا له وهذا كما يقال أنجد اذا أتى نجدا وأتهم اذا أتى تهامة قال في المستصفى من العبادات ما لها تحريم وتحليل كالصلاة والحج ومنها ما ليس لها تحريم وتحليل كالصوم والزكاة اه (قوله واذا أردت) أي أيها الطالب حجا أو عمرة وقال العيني رحمه الله وانما ذكر في هذا الفصل بالخطاب تحريضا على تعلم أمور الاحرام واهتماما جديدين لشدة الاحتياج الى معرفته اه (قوله والمراد بهذا الغسل الخ) قال الاتقاني وهذا الغسل أعني غسل الاحرام ليس بواجب ولكنه من باب التنظيف كما في الجمعة بدلالة اغتسال الحائض والنفساء ثم كل غسل يكون بمعنى النظافة فالوضوء يقوم مقامه كما في الجمعة والعيدين كذا ذكره القدوري في شرحه (قوله أمر أبا بكر أن تغتسل وتهل امرأته الخ) هي أسماء بنت عميس نفست بالشجرة ذكره في الغاية وفي الكرماني بذي الحليفة اه (قوله نفست) هو بضم النون بالبناء للمفعول فهي نفساء والجمع نفاس والنفاس مصدر نفست المرأة بضم النون وفتحها اذا ولدت فهي نفساء وهن نفاس وقول أبي بكر ان أسماء نفست أي حاضت والضم فيه خطأ اه مغرب (قوله ولهذا لا يعتبر التيمم الخ) وقال الشافعي يسن التيمم عند العجز عن الماء قلنا المقصود بالغسل تنظيف البدن وقطع الرائحة والتراب ملوث ومغبر ولهذا لم يشرع تجديد التيمم وتكرار المسح به اه سروجي وقوله ولهذا أي ولاجل أن المراد بهذا الغسل تحصيل النظافة الى آخره اه (قوله بخلاف الجمعة والعيدين) أي فان المقصود من الغسل فيهما اقامة السنة اه (قوله في المتن والبس ازارا ورداء) قال الكرماني رحمه الله يكون مضطبعا فيه

جديدين أوغسيلين) لانه عليه الصلاة والسلام لبسهما هو وأصحابه رواه مسلم ولانه ممنوع من لبس المخيط ولابدّ من ستر العورة ودفع الحر والبرد وذلك فيما عيناه وانما استحب الجديد أو الغسيل للنظافة والجديد أفضل لانه أنظف لانه لم تركبه النجاسة والاولى أن يكونا أبيضين لما ذكرنا في الجنازة قال رحمه الله (وتطيب) وكره محمد وزفر بما تبقى عينه بعد الاحرام وبه قال الشافعي لانه عليه الصلاة والسلام قال لرجل محرم سأله عما كان عليه من الطيب أما الطيب الذي بك فاغسله ثلاث مرات وأما الجبة فانزعها ولانه منتفع بالطيب بعد الاحرام فلا يجوز ولنا حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت كنت أطيب رسول الله صلى الله عليه وسلم عند احرامه بأطيب ما أجد وفي رواية كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أراد أن يحرم تطيب بأطيب ما يجد ثم أرى وبيص الطيب في رأسه ولحيته بعد ذلك رواه البخاري ومسلم وفي بعض طرقه وبيص الدهن رواه مسلم وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت كنا نخرج مع النبي صلى الله عليه وسلم الى مكة فنضمد جباهنا بالمسك المطيب عند الاحرام فاذا عرقت احدانا سال على وجهها فيراه عليه السلام فلا ينهانا عنه ولانه غير متطيب بعد الاحرام وهو المنهي عنه والباقي في جسده تابع له كالحلق بخلاف لبس المخيط أولبس المطيب لانه مباين له ومارواه منسوخ بمارويناه لانه كان في عام الفتح في العمرة ومارويناه في حجة الوداع ثم المحرم لايشم طيبا آخر من خارج غير الذي عليه ولا الريحان ولا الثمار الطيبة الرائحة ثم كما يستحب له استعمال الطيب عند الاحرام يستحب له تقليم أظفاره وقص شاربه وحلق عانته ونتف ابطه وتسريح رأسه عقب الغسل لقول ابراهيم كانوا يستحبون ذلك اذا أرادوا أن يحرموا قال رحمه الله (وصل ركعتين) يعني بعد اللبس والتطيب لانه عليه الصلاة والسلام صلى ركعتين رواه مسلم والبخاري ولا يصلي في الوقت المكروه وتجزيه المكتوبة كتحية المسجد وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر ثم ركب على راحلته قال رحمه الله (وقل اللهم اني أريد الحج فيسره لي وتقبله مني) لان أداءه في أزمنة متفرقة وأماكن متباينة فلا يعرى عن المشقة عادة فيسأل التيسير من الله تعالى لانه الميسر لكل عسير ويسأل منه التقبل كما سأله الخليل واسمعيل عليهما السلام في قولهما ربنا تقبل منا إنك أنت السميع العليم وكذا يسأل في جميع الطاعات من الصلاة وغيرها لانه الموفق للسداد ولا يكون الا ما يريد قال رحمه الله (ولب دبر صلاتك تنوي بها الحج) أي لب عقيب الصلاة وأنت تنوي الحج بالتلبية لحديث ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام صلى ركعتين بذي الحليفة وأوجب في مجلسه أي التلبية وعن جابر أن اهلال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ذي الحليفة حين استوت به راحلته رواه البخاري وعن ابن عمر مثله وعن أنس رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى الظهر ثم ركب راحلته فلما علا على جبل البيداء أهل رواه أبو داود وعن

والاضطباع أن يتوشح بردائه ويخرجه من تحت ابطه الايمن ويلقيه على منكبه الايسر ويغطيه ويبدي منكبه الايمن فانه سنة لما روي أن النبي صلى الله عليه وسلم لبس في احرامه ازارا ورداء على هذا الوجه واضطبع هو وأصحابه وفي رواية أن الاضطباع لم يبق سنة في هذا الزمان لان النبي صلى الله عليه وسلم فعل ذلك وأمر أصحابه لاجل المشركين اظهارا للقوة والجلادة حيث طعن المشركون في عجزهم وضعفهم والاول أصح وأنه سنة على الوجه الذي ذكرناه اه وقوله ازارا الازار من الحقو والرداء من الكتف ويدخل الرداء تحت يمينه ويلقيه على كتفه الايسر فيبقى كتفه الايمن مكشوفا اه كي (قوله في المتن جديدين أوغسيلين) قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الشيخ أبي جعفر الطحاوي رحمه الله انما ذكر جديدين أوغسيلين لانه روي عن بعض السلف كراهة لبس الجديد عند الاحرام فأعلم أنه أنه لافرق بينهما اه وقوله أوغسيلين قال في المستصفى وقدم الجديد على الغسيل لما أنه أفضل قال عليه الصلاة والسلام تزين لعبادة ربك اه (قوله في المتن وتطيب) قال في شرح الطحاوي ويمس طيبا ان شاء ويدهن بأي دهن شاء ويتطيب بأي طيب شاء سواء تبقى عينه بعد الاحرام أولا وقال في الايضاح هو قول أصحابنا في المشهور من الرواية وروي عن محمد أنه كره ذلك وقال القدوري في شرحه ويتطيب ويدهن بما شاء في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو قول محمد في الاصول وروى المعلى عن محمد أنه قال كنت لا أرى به بأسا حتى رأيت قوما أحضروا طيبا كثيرا ورأيت أمرا شنيعا فكرهته اه اتقاني (قوله وبه قال) أي مالك والشافعي اه هداية (قوله وبيص الطيب) والوبيص هو بريق الطيب هذا في البدن أما في الثوب فيكره الطيب فيه على وجه يبقى أثره بعد الاحرام ذكره محمد لانه لايزول سريعا اه كرماني (قوله بخلاف لبس المخيط) قال الاتقاني بخلاف ما اذا لبس ثوبا قبل الاحرام وبقي على ذلك بعد الاحرام حيث يمنع منه لانه لم يجعل تبعا لكون الثوب مباينا عن البدن اه (قوله وقل اللهم اني أريد الحج) ليست الواو في خط الشارح اه (قوله فيسأل التيسير من الله الخ) وفي الصلاة لم يذكر مثل هذا الدعاء لان مدتها يسيرة وأداءها عادة متيسر اه هداية (قوله في المتن ولب دبر صلاتك الخ) ثم الكلام في التلبية يقع في مواضع منها أن التلبية عقيب الصلاة أفضل عندنا وعند الشافعي الافضل ان يلبي اذا انبعثت به ناقته كذا في شرح الاقطع ومنها أن التلبية واجبة عندنا خلافا للشافعي كذا ذكر القدوري في شرحه ومنها أن الشروع في الاحرام لايحصل بمجرد النية حتى يضم اليها التلبية أو يسوق الهدي وعند الشافعي يصير محرما بمجرد النية وسيجيء بيان ذلك اه اتقاني

(قوله لاختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اهلاله) قال الاتقاني اعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتمر اربع عمرات وحج واحدة وهي حجة الوداع في السنة التي قبض فيها رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي السنة العاشرة من الهجرة اعتمر عمرته من الحديبية ومن العام المقبل من الجعرانة حيث قسم غنائم حنين وعمرة مع حجته كذا ذكره صاحب الصحيح اه (قوله أرسالا) جمع رسل وهو الجماعة المتفرقة اه غاية وفي المصباح والرسل بفتحتين اه (قوله وأيم الله الخ) قال ابن الاثير ايم الله من ألفاظ القسم كقولك لعمر الله وعهد الله وفيها لغات كثيرة وتفتح همزتها وتكسر وهمزتها همزة وصل وقد تقطع وأهل الكوفة من النحاة يزعمون أنها جمع يمين وغيرهم يقول هي اسم موضوع للقسم قال ابن الاثير في باب الياء مع اللام والميم وأهل الكوفة يقولون أيمن جمع يمين القسم اه (قوله وأما النية فهو الخ) ذكره باعتبار الخبر اه (قوله كان أولى الخ) قال في المستصفى لما فيه من استعمال العضوين في طاعة الله تعالى اه (قوله ان الحمد والنعمة الخ) ويجوز رفع النعمة على الابتداء اه غاية والنعمة بكسر النون كل مايصل الى الخلق من النفع ودفع الضرر والملك بضم الميم وفسر بانه سعة المقدور والملك بالكسر حيازة الشئ وتوصيف الله بالاول أبلغ على مالا يخفى اه عيني رحمه الله (قوله لانه يجوز أن يكون تعليلا) أي لكن استعمالها في الابتداء أكثر ذكره ابن فرشتا اه (قوله كقوله تعالى انه ليس من أهلك الخ) وكقوله تعالى ولا تبذر تبذيرا ان المبذرين كانوا اخوان الشياطين وكقوله تعالى وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسؤلا وكقوله تعالى فاذا اطمأننتم فأقيموا الصلاة ان الصلاة كانت على المؤمنين كتابا موقوتا وكقوله تعالى عنه
ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها وقد جعلتم الله عليكم كفيلا ان الله يعلم ما تفعلون اه (قوله فصعد جبل أبي قبيس) كذا هو في الكافي وفي غاية البيان لما أمر الله الخليل صلوات الله وسلامه عليه ببناء البيت بناه من خمسة أجبل طور سيناء وطور زيتا ولبنان والجودي وأسسه من حراء فوقف في المقام ونادى عباد الله حجوا بيت الله اه (قوله والمراد بها تكثير الاجابة مرة بعد مرة) أي كما يقال ادخلوا الاول فالاول والغرض من ذلك دخول الجميع اه غاية (قوله حسب لباب) والحسب بفتحتين ما يعد من المآثر اه مصباح

سعيد بن جبير قال قلت لابن عباس عجبا لاختلاف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في اهلاله فقال اني لأعلم الناس بذلك انما كانت منه حجة واحدة فمن هنالك اختلفوا خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم حاجا فلما صلى في مسجده بذي الحليفة ركعتيه أوجب في مجلسه فأهل بالحج حين فرغ من ركعتيه فسمع بذلك منه أقوام فحفظوا عنه ثم ركب فلما استقلت به ناقته أهل فأدرك ذلك منه أقوام فحفظوا عنه وذلك أن الناس انما كانوا يأتون أرسالا فسمعوه حين استقلت به ناقته يهل فقالوا انما أهل حين استقلت به ناقته ثم مضى فلما علا على شرف البيداء أهل فأدرك ذلك أقوام فقالوا انما أهل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين علا على شرف البيداء وأيم الله لقد أوجبه في مصلاه فأزال الاشكال وأما النية فهو شرط لجميع العبادات فلا بد منه لقوله تعالى وما أمروا الا ليعبدوا الله مخلصين والاخلاص بالنية وذكر ما يحرم به من الحج أو العمرة باللسان ليس بشرط كما في الصلاة ولو ذكر وقال نويت الحج وأحرمت به لله تعالى لبيك الى آخرها كان أولى لموافقة القلب اللسان كما في الصلاة قال رحمه الله (وهي لبيك اللهم لبيك لبيك لا شريك لك لبيك ان الحمد والنعمة لك والملك لا شريك لك) أي التلبية أن يقول لبيك الخ كذا حكى ابن عمر تلبية النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه وقال محمد بن الحسن والكسائي والفراء وثعلب بكسر الهمزة من قوله إن الحمد لانه ابتداء كلام لما قال لبيك استأنف كلاما آخر زيادة ثناء وتوحيد والفتح تعليل كأنه قال لبيك اللهم لان الحمد والنعمة لك فيكون بناء على ما تقدم فلا يكون فيه كثير مدح وبالكسر ابتداء ثناء فكان أولى والمحكي عن أبي حنيفة وآخرين فتحها وبالكسر لا يتعين الابتداء لانه يجوز أن يكون تعليلا ذكره صاحب الكشاف كقوله تعالى إنه ليس من أهلك إنه عمل غير صالح وكقوله عليه الصلاة والسلام إنها من الطوافين والطوافات والتلبية اجابة لدعوة الداعي واختلفوا في الداعي من هو فقيل هو الله لقوله تعالى فاطر السموات والارض يدعوكم ليغفر لكم من ذنوبكم وقيل هو رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام ان سيدا بنى دارا واتخذ فيها مأدبة وبعث داعيا أراد به نفسه والاظهر أنه الخليل عليه الصلاة والسلام كما حكى مجاهد أن ابراهيم عليه الصلاة والسلام لما قيل له وأذن في الناس بالحج يأتوك رجالا وعلى كل ضامر قال يارب كيف أقول قال قل ياأيها الناس أجيبوا ربكم فصعد جبل أبي قبيس فنادى ياأيها الناس أجيبوا ربكم فأجابوه لبيك اللهم لبيك في أصلاب آبائهم وأرحام أمهاتهم فكان ذلك أول التلبية فمن أجاب منهم مرة حج مرة ومن أجاب مرتين حج مرتين وعلى هذا يحجون بعد ما أجابوا ومن لم يجب لم يحج ولبيك وردت بلفظ التثنية والمراد بها تكثير الاجابة مرة بعد مرة واختلفوا في معناها قيل معناها أنا أقيم في طاعتك اقامة بعد اقامة من ألب بالمكان ولب به اذا أقام ولزمه ولم يفارقه وقيل معناها اتجاهي وقصدي اليك من قولهم داري تلب دارك أي تواجهها وقيل معناه محبتي لك من قولهم امرأة لبة اذا كانت محبة لزوجها أو عاطفة على ولدها وقيل معناه اخلاصي لك من قولهم حسب لباب اذا كان خالصا ومنه لب الطعام ولبابه وقيل معناها الخضوع من قولهم أنا ملب بين يديك أي خاضع وقيل قربا منك وطاعة لان الالباب القرب قال رحمه الله (وزد فيها ولا تنقص) أي زد على هذه الالفاظ ماشئت ولا تنقص منها شيئا وقال الشافعي رحمه الله في رواية الربيع

(قوله ولنا أن أجلاء الصحابة الخ) كابن عمر وابن مسعود وأبي هريرة اه هداية (قوله والرغبا اليك) الرغبا بضم الراء والقصر وبفتح الراء والمد وهي السؤال والطلب اه (قوله في المتن فاذا لبيت الخ) لم يعتبر مفهوم المخالفة على ماعليه القاعدة من اعتباره من رواية

عنه لا يزيد لانه ذكر منظوم فتخل به الزيادة والنقصان كالتشهد والاذان ولنا أن أجلاء الصحابة رضي الله عنهم كانوا يزيدون عليها وكان ابن عمر يقول اذا استوت به راحلته زيادة على المروي لبيك لبيك وسعديك والخير بين يديك والرغباء اليك والعمل متفق عليه وعن جابر أنه روى تلبية النبي صلى الله عليه وسلم وقال والناس يزيدون ذا المعارج ونحوه من الكلام والنبي صلى الله عليه وسلم يسمع فلا يقول لهم شيأ وعن عمر بن الخطاب أنه كان يقول بعدها لبيك ذا النعماء والفضل الحسن لبيك مرغوبا ومرهوبا اليك وروى عن ابن مسعود زيادة كثيرة وعن غيره من أجلاء الصحابة رضي الله عنهم ولان المقصود الثناء واظهار العبودية فلا يمنع من الزيادة بخلاف التشهد فانه في الصلاة وهي لا تحتمل الزيادة في وسطها لانها أفعال وأذكار محصورة ولهذا لا يكرر فيها التشهد والتلبية تكرر وان كان في الاخير زاد ما شاء لانها فرغت فلا يمنع من الدعوات والاذكار وبخلاف الاذان لانه للاعلام ولا يحصل بغير المتعارف ولا ينقص عنه لانه هو المنقول عنه عليه الصلاة والسلام باتفاق الرواة وقال عليه الصلاة والسلام خذوا مناسككم عني

قال رحمه الله (فاذا لبيت ناويا فقد أحرمت) وهذا تصريح بأنه يكون شارعا عند وجودهما ولم يبين بأيهما يصير شارعا وذكر حسام الدين الشهيد أنه يصير شارعا بالنية لكن عند التلبية لا بالتلبية كما يصير شارعا في الصلاة بالنية لكن عند التكبير لا بالتكبير وعن أبي يوسف يصير شارعا بالنية وحدها من غير تلبية وبه قال الشافعي لانه بالاحرام التزم الكف عن المحظورات فيصير شارعا بمجرد النية كالصوم ولنا قوله تعالى فمن فرض فيهن الحج فلا رفث ولا فسوق ولا جدال في الحج قال ابن عباس فرض الحج الاهلال وقال ابن عمر التلبية وقال ابن مسعود الاحرام وقالت عائشة لا احرام الا لمن أهل أو لبى ولان الحج يشتمل على أركان فوجب أن يشترط في تحريمه ذكر يراد به التعظيم كالصلاة بخلاف الصوم لانه ركن واحد ولا نسلم أنه التزام الكف بل هو التزام الافعال كالصلاة والكف شرط فيه كالصلاة ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم فارسية كانت أو عربية في المشهور عن أصحابنا والفرق لابي يوسف ومحمد بينه وبين الصلاة أن باب الحج أوسع حتى تجري فيه النيابة ويقام غير الذكر مقام الذكر كتقليد البدن فكذا غير التلبية وغير العربية ثم اذا أحرم صلى على النبي صلى الله عليه وسلم ودعا بما شاء عقيب احرامه لما روى عن القاسم بن محمد بن أبي بكر أنه قال كان يستحب للرجل الصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم بعد التلبية رواه أبو داود والدارقطني وعن خزيمة بن ثابت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كان اذا فرغ من التلبية سأل رضوانه والجنة واستعاذ برحمته من النار رواه الدارقطني واستحب بعضهم أن يقول بعد التلبية اللهم أعني على أداء فرض الحج وتقبله مني واجعلني من الذين استجابوا لك وآمنوا بوعدك واتبعوا أمرك واجعلني من وفدك الذين رضيت عنهم وارتضيت وقبلت اللهم قد أحرم لك شعري وبشري ولحمي ودمي ومخي وعظامي قال رحمه الله (فاتق الرفث والفسوق والجدال) لما تلونا وهو صيغة نفي والمراد به النهي وهو أبلغ صيغ النهي حيث ذكر بلفظ لا يحتمل التخلف والرفث الجماع لقوله تعالى أحل لكم ليلة الصيام الرفث الى نسائكم وقيل ذكر الجماع ودواعيه بحضرة النساء وان لم يكن بحضرتهن فلا بأس به وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وأنشد يوما

وهن يمشين بنا هميسا * إن تصدق الطير ننك لميسا

فقيل له أترفث وأنت محرم فقال الرفث ذكر الجماع بحضرة النساء والفسوق المعاصي والخروج عن طاعة الله تعالى وهو في حالة الاحرام أشد وأقبح وجوه المعاصي لانها حالة التضرع وهجر المباحات والاقبال على طاعة الله تعالى ونظيره الظلم في الاشهر الحرم في قوله تعالى فلا تظلموا فيهن أنفسكم والجدال الخصام مع الرفقة والمنازعة والسباب وقيل هو جدال المشركين في تقديم الحج وتأخيره وقيل التفاخر بذكر أيامهم

الفقه وذلك لانه يصير محرما بكل ثناء وتسبيح في ظاهر المذهب وان كان يحسن التلبية ولو بالفارسية وان كان يحسن العربية اه كمال (قوله فرض الحج الاهلال) والاهلال رفع الصوت بالتلبية ومنه استهل الصبي اذا صرخ اه غاية (قوله وقال ابن مسعود الاحرام) قال الكمال وقول ابن مسعود الاحرام لا ينافي قولهما كيف وقد ثبت عنه أنه التلبية كقول ابن عمر رواه ابن أبي شيبة اه (قوله ويصير شارعا بذكر يقصد به التعظيم) أي سوى التلبية اه هداية (قوله فارسية كانت أو عربية في المشهور) وعن أبي يوسف أنه لا يصير محرما بدون التلبية الا اذا كان لا يحسنها كما في تكبيرة الافتتاح عنده والصحيح أن هذا بالاتفاق اه سروجي ﴿فرع﴾ قال في الغاية الاخرس يحرك لسانه بالتلبية ان قدر فيصير محرما وتحريكه مستحب وليس بشرط وعن محمد أنه شرط والاصح أنه ليس بشرط في الصلاة بالاتفاق والفرق له أنه عمل في الصلاة بغير فائدة بخلاف الحج لانه قد قام فيه غير التلبية مقامها وهو سوق الهدى اه (قوله في المتن فاتق الخ) أي اذا أحرمت فاتق أي فاجتنب اه ع (قوله في الشعر وهن يمشين بنا هميسا) الضمير في هن يرجع الى الابل والهميس صوت اخفافها ولميس اسم جاريته والمعنى ان يصدق الفأل ننعل بها ما نريد اه (قوله وقيل هو جدال المشركين في تقديم الحج وتأخيره) أي وذلك لان العرب كانوا يحجون عاما في ذي الحجة وعاما في صفر وعاما في ربيع الاول

فربما أفضى ذلك الى القتال قال رحمه الله (وقتل الصيد والاشارة اليه والدلالة عليه) لقوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم ولحديث أبي قتادة أنه عليه الصلاة والسلام قال حين سألوه عن لحم حمار وحش اصطاده أبو قتادة هل منكم أحد أمره أو أشار اليه قالوا لا قال فكلوا ما بقى من لحمه رواه البخارى ومسلم علق حله على عدم الاشارة والامر ولان المحرم قد التزم بالاحرام أن لا يتعرض للصيد بما يزيل أمنه والامر به والاشارة اليه يزيل الامن عنه فيحرم والفرق بين الاشارة والدلالة أن الاشارة تقتضى الحضرة والدلالة تقتضى الغيبة قال رحمه الله (ولبس القميص والسراويل والعمامة والقلنسوة والقباء والخفين الا أن لا تجد النعلين فاقطعهما أسفل من الكعبين والثوب المصبوغ بورس أو زعفران أو عصفر الا أن يكون غسيلا لا ينفض) لما روى عن ابن عمر أنه قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم ما يلبس المحرم قال لا يلبس القميص ولا العمامة ولا البرنس ولا السراويل ولا ثوبا مسه ورس ولا زعفران ولا الخفين الا أن لا يجد النعلين فليقطعهما حتى يكونا أسفل من الكعبين رواه البخارى ومسلم وغيرهما والكعب هنا المفصل الذى فى وسط القدم عند معقد الشراك فيما روى هشام عن محمد رحمهما الله وقوله الا أن يكون غسيلا لا ينفض أى لا يفوح وقيل لا يتناثر والتفسيران مرويان عن محمد رحمه الله لان المنهى عنه الطيب لا اللون ألا ترى أنه يجوز أن يلبس المصبوغ بمغرة لانه ليس له رائحة طيبة وانما فيه الزينة والمحرم ليس بممنوع عنها حتى قالوا يجوز للمحرمة أن تتحلى بانواع الحلى وتلبس الحرير بخلاف المعتدة حيث يحرم عليها الزينة أيضا قال رحمه الله (وستر الرأس والوجه) يعنى يتقيه وهو معطوف على ما قبله من المحظورات وقال الشافعى رحمه الله يجوز للرجل تغطية الوجه لقوله عليه الصلاة والسلام احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها ولو لم يجز للرجل تغطية الوجه لما كان لتخصيص المرأة فائدة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى المحرم الذى خر من بعيره ومات لا تخمروا وجهه ولا رأسه رواه مسلم وغيره وكان ابن عمر يقول ما فوق الذقن من الرأس لا يخمره المحرم قال هو الصحيح رواه مالك والبيهقى وغيرهما ولان المرأة لما حرم عليها تغطيته وهو عورة كان على الرجل أولى وما رواه موقوف على ابن عمر فلا يعارض المرفوع ولان معناه أن احرام المرأة أثر فى الوجه فقط وساقه للفرق بينهما فيه بدليل ما ذكرنا أن مذهب ابن عمر أن الرجل لا يغطى وجهه وله أن يحمل على رأسه العدل والابق والاجانة ونحو ذلك لانه ليس بتغطية للرأس ولا يحمل ما يغطى به الرأس عادة كالثياب

سرخلماج رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذى الحجة قال فى خطبته ألا إن الزمان استدار كهيئته يوم خلق الله السموات والارض وان الشهور اثناعشر شهرا أربعة منها حرم ثلاث متواليات ذو القعدة وذو الحجة والمحرم ورجب بين جمادى وشعبان فقد استقر الوقت فى باب الحج بقوله ألا إن الزمان الحديث لا تجادلوا بعد هذا فى وقت الحج كذا فى مبسوط شيخ الاسلام اه كاكى (قوله فى المتن وقتل الصيد الخ) سماه صيدا قبل وقوع الاصطياد عليه باعتبار عاقبته اه قال فى المستصفى وأريد بالصيد المصيد هنا اذ لو أريد به المصدر وهو الاصطياد لما صح اسناد القتل اليه قال الاتقانى اعلم أن صيد البحر حلال للمحرم وصيد البر حرام عليه الا ما استثناه رسول الله صلى الله عليه وسلم من الخمس الفواسق والصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش فى أصل الخلقة وصيد البر ما كان توالده ومثواه فى البر وصيد البحر ما كان توالده ومثواه فى البحر أما الذى يكون فى البحر وتوالده فى البر فهو من صيد البر والذى يتوالد فى البحر ويكون فى البر فهو من صيد البحر كالضفدع لان الاصل هو التوالد والكينونة عارض فيعتبر الاصل دون العارض اه قال الكرمانى وأما ما لا يتوحش كالدجاج الاهلى والبط الكسكرى وهو البط الكبير الذى يكون فى المنازل فانه ليس بصيد فلا بأس بذبحه لانه ليس بمتوحش وأما البط الذى يطير فهو صيد لانه متوحش اه (قوله علق حله على عدم الاشارة والامر) فان قيل كيف يصح هذا التعليل وعندكم الصيد لا يحرم تناوله باشارة المحرم ودلالته قلنا فيه روايتان كذا فى المبسوط والاسرار اه مستصفى والمختار عدم الحل كما يأتى فى الجنايات من هذا الشرح عند قوله فى المتن وحل له لحم ما صاده حلال اه (قوله والثوب المصبوغ بورس) والورس شئ أحمر قانئ يشبه سحيق الزعفران مجلوب من اليمن اه كاكى وقال العينى هو الكركم اه (قوله والكعب هنا الخ) قال فى المستصفى والكعب هنا العظم المثات قال المبطن على ظهر القدم لا العظمان الناتئان اه (قوله لا ينفض) أى لا يفوح منه رائحة الطيب اه (قوله وقيل لا يتناثر) وهذا لا يصح لان العبرة للطيب لا للتناثر ألا ترى أنه لو كان مصبوغا له رائحة طيبة لا يتناثر منه شئ يمنع المحرم منه كذا فى الدراية عن المستصفى اه وقوله وقيل لا يتناثر أى وعن محمد أنه لا يتعدى أثر الصبغ على غيره اه كى وقوله وقيل لا يتناثر قال العينى وهو أقرب لمادة اللفظ اه (قوله فى المتن وستر الرأس الخ) قال الكرمانى رحمه الله ولا يجوز تغطية الرأس ولو غطى ربع رأسه فصاعدا يوما فعليه دم لان الربع يقوم مقام الكل على ما عرف وان كان أقل من ذلك فعليه صدقة لخفة الجناية وعن محمد انه لا يجب دم حتى يغطى رأسه وهو قول مالك اه (قوله ولو غطى رأسه الخ) سيأتى فى الجنايات اه (قوله كان على الرجل أولى) أى لان حكم الاحرام فى الرجل آكد منه فى المرأة ألا ترى أن المرأة يجوز لها لبس المخيط والخفين وتغطية الرأس ولا يجوز ذلك للرجل اه اتقانى (قوله ولان معناه) أى معنى قوله صلى الله عليه وسلم احرام الرجل فى رأسه واحرام المرأة فى وجهها الفرق بين احرامى الرجل والمرأة حيث يجوز للمرأة تغطية الرأس ولا يجوز للرجل ذلك لان الرجل يغطى وجهه فى

الاحرام وبيانه أن وجه المرأة مستور عادة فاذا كشفته فى الاحرام يظهر أثر الاحرام ورأس الرجل مستور عادة فاذا كشفه يظهر أثر الاحرام قاله الاتقانى رحمه الله اهـ قال فى المستصفى ولا يقال القسمة تقتضى قطع الشركة لانا نقول تحقق انقطاع الشركة فى تغطية الرأس اهـ (قوله يتقى غسل الرأس والوجه) وفى المحيط وكذا جسده اهـ كاكى (قوله وعندهما يقتل الهوام) بالتشديد جمع هامة وهى الدابة من دواب الارض وأريد بها القمل اهـ اتقانى (قوله التفل) قال ابن الاثير التفل الذى ترك استعمال الطيب من التفل وهو الرائحة الكريهة اهـ قال السروجى نقلا عن البدائع قال أصحابنا ان ما يستعمل فى البدن ثلاثة أنواع طيب محض معد للتطيب به كالمسك والزعفران والغالية والعنبر والكافور ونحوها وتجب بها الكفارة على أى وجه استعمل حتى لو داوى به عينيه أو شقوق رجليه تجب به الكفارة ونوع ليس بطيب بنفسه ولا فيه معنى الطيب كالشحم والالية فسواء أكله أو (١٣) ادهن به أو جعله فى شقوق رجليه فلاشئ عليه ونوع ليس بطيب بنفسه لكنه أصل للطيب ويستعمل على وجه التطيب ويستعمل على وجه الادام كالزيت والشيرج فان استعمل على وجه الادهان فى الرأس والبدن يعطى حكم الطيب وان أكل واستعمل فى شقوق الرجلين أو داوى به الجرح أو دهن ساقيه لا يعطى حكم الطيب كالشحم اهـ قال الكمال ويجوز للمحرم أن يكتحل بما لا طيب فيه ويجبر الكسر ويعصبه وينزع الضرس ويختتن ويلبس الخاتم ويكره تعصيب رأسه ولو عصبه يوما أو ليلة فعليه صدقة ولاشئ عليه لو عصب غيره من بدنه لعلة أو غير علة لكنه يكره بلا علة اهـ وفى الغاية نقلا عن جوامع الفقه وفى الكحل المطيب فى المرة والمرتين صدقة وفى الكثير دم اهـ (قوله فى المتن وحلق رأسه الخ) كان القياس على ماذكره أولا ان يقال رأسك وشعرك وظفرك اهـ وكتب ما نصه قال العينى وفيه التفات من الخطاب الى الغيبة على ما لا يخفى فتأمله وكتب ما نصه وفى جوامع المحبوبى وحاصله أن الذى يحرم على المحرم الجماع وحلق الرأس والابط والعانة والطيب والنورة ولبس المخيط والخف والاصطياد فى البر وتقليم الاظفار والادهان حتى لو فعل شيأ من ذلك يذبح شاة الا فى الجماع فان حكمه مختلف على ما يجيء اهـ كاكى (قوله حتى رمى جمرة العقبة) ودفع بتجويز كون هذا الرمى فى قوله حتى رمى جمرة العقبة كان فى غير يوم النحر فى اليوم الثانى أو الثالث فيكون بعد احلاله اللهم الا أن يثبت من ألفاظه جمرة العقبة يوم النحر وحينئذ يبعد ويكون منقطعا باطنا وان كان السند صحيحا من جهة أن رميها يوم النحر يكون أول النهار فى وقت لا يحتاج فيه الى تظليل فالاحسن الاستدلال بما فى الصحيح من حديث جابر الطويل حيث قال فيه فأمر بقبة من شعر فضربت له بنمرة فسار صلى الله عليه وسلم الى أن قال فوجد القبة قد ضربت له بنمرة فنزلها الحديث تقدم ونمرة بفتح النون وكسر الميم موضع بعرفة وروى ابن أبى شيبة حدثنا عبدة بن سليمان عن يحيى بن سعيد عن عبد الله بن عامر قال خرجت مع عمر

قال رحمه الله (وغسلهما بالخطمى) أى يتقى غسل الرأس والوجه به والمراد به لحيته لانه فى الوجه وانما يتقيه لان له رائحة طيبة عند أبى حنيفة فصار طيبا وعندهما يقتل الهوام ويلين الشعر فيجتنبه وثمرة الخلاف تظهر فى وجوب الدم فعنده يجب الدم لانه طيب وعندهما الصدقة وهذا الاختلاف راجع الى اشتباه الخطمى وليس باختلاف على التحقيق ونظيره اختلافهم فى نكاح الصابئات وصحة الرقبى والافطار بالاقطار فى الاحليل قال رحمه الله (ومس الطيب) أى يجتنبه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام ولا ثوبا مسه ورس ولا زعفران وقال عليه الصلاة والسلام فى المحرم الذى خر من بعيره لا تحنطوه وعن ابن عمر أنه قال قام رجل الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال من الحاج يا رسول الله فقال الشعث التفل رواه أبو ذر الهروى وغيره والشعث انتشار الشعر والتفل الريح الكريهة وعلى هذا الادهان والحناء وقال الشافعى يجوز له الخضاب بالحناء لانه ليس بطيب لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان خليلى لا يحب ريحه وكان عليه الصلاة والسلام يحب الطيب ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة عن الدهن والخضاب بالحناء وقال الحناء طيب رواه النسائى وليس فيما روى دلالة على ما قال لاحتمال أنه عليه الصلاة والسلام لا يحب هذا النوع من الطيب إما لشدة رائحته أو لغيره قال رحمه الله (وحلق رأسه وقص شعره وظفره) لقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم والقص فى معنى الحلق فثبت بدلالة النص ولان فيه ازالة الشعث وقضاء التفث فلا يجوز قال رحمه الله (لا الاغتسال ودخول الحمام) يعنى لا يتقى الاغتسال ودخول الحمام لانه عليه الصلاة والسلام اغتسل وهو محرم رواه مسلم وحكى أبو أيوب الانصارى اغتسال رسول الله صلى الله عليه وسلم متفق عليه وكان عمر يغتسل وهو محرم وأجمع أهل العلم أن المحرم يغتسل من الجنابة وكره مالك أن يغيب رأسه فى الماء لتوهم التغطية أو خيفة قتل القمل فان فعل أطعم وان دخل الحمام وتدلك افتدى قلنا ليس بتغطية معتادة فأشبه صب الماء عليه ووضع يديه وروى البيهقى باسناده أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام فى الجحفة وقال ما يعبأ الله بأوساخنا شيأ قال رحمه الله (والاستظلال بالبيت والمحمل) أى لا يتقيه وقال مالك فى الرجل يعادل امرأته فى المحمل لا يجعل عليها ظلا ولا يضع ثوبه على شجرة فيستظل به لما روى أن ابن عمر أمر رجلا قد رفع ثوبا على عود يستتر من الشمس فقال اضح لمن أحرمت له أى ابرز للشمس رواه الاثرم وغيره ولنا حديث أم الحصين قالت حججت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حجة الوداع فرأيت اسامة وبلالا وأحدهما آخذ بخطام ناقة النبى صلى الله عليه وسلم والآخر رافع ثوبه يستره من الحر حتى رمى جمرة العقبة رواه مسلم ولا يعارضه أثر ابن عمر

ولودخل تحت أستار الكعبة حتى غطاه ان كان لا يصيب رأسه ووجهه فلا بأس به لانه استظلال وليس بتغطية قال رحمه الله (وشد الهميان في وسطه) وقال مالك لا يشد اذا كانت فيه نفقة غيره وان شد افتدى لما روى عن عائشة رضى الله عنها أوثق عليك نفقتك بما شئت حين سألت عنه ولانه لا ضرورة اليه فلا يباح بخلاف ما اذا كانت فيه نفقته ولنا أن ابن عباس كان يطلقه من غير قيد ولان هذا ليس بلبس مخيط ولا فى معناه فلا يكره كما اذا كان فيه نفقة نفسه وكذا شد المنطقة والسيف والسلاح والتختم بالخاتم كل ذلك لا يكره وعن أبى يوسف أنه كره شد المنطقة بالابريسم قال رحمه الله (وأكثر التلبية متى صليت أو علوت شرفا أو هبطت واديا أو لقيت ركبا وبالاسحار رافعا صوتك بها) وكذا اذا استيقظ من نومه أو استعطف راحلته وعند كل ركوب ونزول لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يلبى اذا لقى ركبا أو صعد أكمة أو هبط واديا وفى أدبار المكتوبة وآخر الليل ذكره فى الالمام وقال النخعى كان السلف يستحبون التلبية فى هذه الاحوال ولان التلبية فى الحج بمنزلة التكبير فى الصلاة أولها شرط وباقيها سنة فيأتى بها عند الانتقال من حال الى حال ويرفع بها صوته لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال أتانى جبريل فأمرنى أن آمر أصحابى أن يرفعوا أصواتهم بالاهلال والتلبية رواه أبو داود وغيره وعن ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام قال أفضل الاعمال العج والثج وعن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام سئل أى الحج أفضل قال العج والثج رواه الترمذى العج رفع الصوت بالتلبية والثج إسالة الدم وقال ابن عباس رفع الصوت بالتلبية زينة الحج وقال أبو حازم كان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يبلغون الروحاء حتى تبح حلوقهم من التلبية وقال أنس سمعتهم يصرخون بها ولا يجهد نفسه زيادة على طاقته كيلا يتضرر بذلك ولا يتركه لانه سنة فان تركه يكون مسيئا ولا شئ عليه ويقول عند دخوله الحرم اللهم ان هذا أمنك وحرمك الذى من دخله كان آمنا فحرم لحمى ودمى وعظمى وبشرى على النار اللهم أمنى من عذابك يوم تبعث عبادك فانك أنت الله لا اله الا أنت الرحمن الرحيم وأسألك أن تصلى على محمد وعلى آله ويلبى ويثنى على الله تعالى ويستحضر الخشوع والخضوع فى قلبه وجسده ما أمكنه لقول ابن عمر سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من دخل فتواضع لله عز وجل وآثر رضا الله على جميع أموره لم يخرج من الدنيا حتى يغفر له ويستحب له أن يغتسل لدخول مكة لحديث ابن عمر أنه كان لا يقدم مكة الا بات بذى طوى حتى يصبح ويغتسل ثم يدخل مكة نهارا ويذكر أنه عليه الصلاة والسلام فعله وعن نافع كان ابن عمر اذا دخل أدنى الحرم أمسك عن التلبية ثم يبيت بذى طوى ثم يصلى به الصبح ويغتسل ويحدث أنه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك متفق عليهما وهو مستحب للحائض والنفساء ويدخل مكة من الثنية العليا وهى ثنية كداء من أعلى مكة على درب المعلى وطريق الابطح ومنى بجنب الحجون وهو مقبرة أهل مكة والمقبرة على يسار الداخل والسر فى هذا الدخول أن نسبة باب البيت اليه كنسبة وجه الانسان اليه وأماثل الناس يقصدون من جهة وجوههم لا من ظهورهم ويخرج من الثنية السفلى وهى ثنية كدى من أسفل مكة على درب اليمن لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام كان يدخل من الثنية العليا ويخرج من الثنية السفلى رواه الجماعة الا الترمذى ولا يضره ليلا دخلها أو نهارا لانه عليه الصلاة والسلام دخلها ليلا ونهارا رواه النسائى فدخلها نهارا فى حجته وليلا فى عمرته وهما سواء فى الدخول ولانه دخول بلدة فاستوى فيه الليل والنهار كدخول سائر البلدان وما روى عن ابن عمر أنه كان ينهى عن الدخول ليلا خوفا من السراق وشفقة على

رضى الله عنه فكان يطرح النطع على الشجرة فيستظل به يعنى وهو محرم اه فتح (قوله فلا بأس به) يفيد أنه ان كان يصيب يكره وهذا لان التغطية بالمماسة يقال لمن جلس فى خيمة ونزع ما على رأسه جلس مكشوف الرأس اه كمال (قوله فى المتن وشد الهميان فى وسطه) وسين الوسط متحرك اذا دخله حرف الجار فلا يقال جلست فى وسط الدار والهميان فعلان من همى الماء والدمع يهمى هميانا اذا سال وسمى به لانه يهمى عما فيه اه كاكى (قوله فى المتن وأكثر التلبية الخ) قال العينى عاد من التفات الغيبة الى الحضور حيث قال وأكثر بالخطاب اه وقوله وأكثر التلبية الخ فى مصنف ابن أبى شيبة حدثنا أبو معاوية عن الاعمش عن خيثمة قال كانوا يستحبون التلبية عند دبر الصلاة واذا استقلت بالرجل راحلته واذا صعد شرفا أو هبط واديا واذا لقى بعضهم بعضا وبالاسحار ثم المذكور فى ظاهر الرواية أنه أدبار الصلوات من غير تخصيص كما هو النص وعليه مشى فى البدائع فقال فرائض كانت أو نوافل وخص الطحاوى بالمكتوبات دون النوافل والفوائت وأجراها مجرى التكبير فى أيام التشريق وليس ببعيد لان الظاهر من قوله الصلوات تعريف المعهود الخاص اه فتح (قوله أو لقيت ركبا) ركبا جمع راكب كوفد جمع وافد قال يعقوب هو العشرة فما فوقها من الابل اه ع (قوله وبالاسحار) أى لكونها وقت اجابة الدعوة اه (قوله ولا يجهد نفسه الخ) قال فى الدرايه والمستحب فى الدعاء الاذكار الخفية الا فيما تعلق باعلام مقصود كالاذان والخطبة الحاج وتكبيرات الصلاة للانتقال والقراءة للاستماع فالتلبية أيضا للشروع فيما هو من أعلام الدين فلذا كان المستحب فيها رفع الصوت قدر الطاقة اه (قوله ولا يتركه) أى رفع الصوت بالتلبية اه (قوله لانه سنة) أى فى حق الرجل دون المرأة اه كاكى (قوله وهى ثنية كداء) بفتح الكاف والمد غير منصرف اه غاية قوله ومنع الصرف أى ويجوز أيضا صرفه (قوله وهى ثنية كدى) أى بضم الكاف والقصر

الحجاج ويقول عند دخول مكة اللهم أنت ربي وأنا عبدك جئت لأؤدي فرائضك وأطلب رحمتك وألتمس رضاك متبعا لامرك راضيا بقضائك أسألك مسألة المضطرين اليك المشفقين من عذابك الخائفين من عقابك أن تستقبلني اليوم بعفوك وتحفظني برحمتك وتجاوز عني بمغفرتك وتعينني على أداء فرائضك اللهم افتح لي أبواب رحمتك وادخلني فيها وأعذني من الشيطان الرجيم قال رحمه الله (وابدأ بالمسجد بدخول مكة) لما روى عروة عن عائشة رضي الله عنها أن أول شئ بدأ به رسول الله صلى الله عليه وسلم حين قدم مكة أن توضأ ثم طاف بالبيت ثم حج أبو بكر فكان أول شئ بدأ به الطواف بالبيت ثم عمر كذلك ثم عثمان فرأيته أول شئ بدأ به الطواف بالبيت ثم معاوية وعبد الله بن عمر ثم حججت مع عبد الله بن الزبير بن العوام فكان أول شئ بدأ به الطواف بالبيت ثم رأيت المهاجرين والانصار يفعلون ذلك رواه البخاري ومسلم ولان مقصوده بسفره زيارة البيت وهو في المسجد الحرام فلا يشتغل بغيره ويكون ملبيا في دخوله حتى يأتي باب بني شيبة فيدخل المسجد الحرام منه لانه عليه الصلاة والسلام دخل منه وخرج من باب بني مخزوم ولان باب بني شيبة قبالة البيت ويقدم رجله اليمنى في دخوله ويقول بسم الله والحمد لله والصلاة على رسول الله اللهم افتح لي أبواب رحمتك وأدخلني فيها اللهم اني أسألك في مقامي هذا أن تصلي على محمد عبدك ورسولك وأن ترحمني وتقيل عثرتي وتغفر ذنبي وتضع عني وزري ويلاحظ جلالة البقعة ويتلطف بمن يزاحمه ويعذره ويرحمه لان الرحمة ما نزعت الا من قلب شقي فاذا وقع بصره على البيت المطهر كبر وهلل ثلاثا وقال اللهم أنت السلام ومنك السلام فحينا ربنا بالسلام اللهم زد بيتك هذا تعظيما وتشريفا وتكريما ومهابة وزد من شرفه وعظمه وكرمه ممن حجه أو اعتمره تشريفا وتكريما وتعظيما وبرا روى ذلك عن عمر رضي الله عنه ويدعو بما بداله وعن عطاء أنه عليه الصلاة والسلام اذا لقي البيت كان يقول أعوذ برب البيت من الدين والفقر ومن ضيق الصدر وعذاب القبر ولا يبدأ في المسجد بالصلاة بل باستلام الركن والطواف لما روينا الا أن يكون الامام في الصلاة أو خاف فوت الوقت قال رحمه الله (وكبر وهلل تلقاء البيت) لحديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام كان يكبر ثلاثا ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شئ قدير عند ذلك ويدعو بحاجته لحديث عطاء انه عليه الصلاة والسلام قال اذا لقي البيت أعوذ برب البيت من الدين والفقر ومن ضيق الصدر وعذاب القبر ومحمد رحمه الله لم يعين لمشاهد الحج شيأ من الدعوات لان التوقيت يذهب الرقة فيكون كمن يكرر محفوظه وان تبرك بما نقل منها عن النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه والتابعين فحسن قال رحمه الله (ثم استقبل الحجر الاسود مكبرا مهللا مستلما بلا ايذاء) لما روى انه عليه الصلاة والسلام دخل المسجد فبدأ بالحجر فاستقبله فكبر وهلل وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمر يا عمر انك رجل قوي فلا تزاحم على الحجر فتؤذي الضعيف ان وجدت خلوة فاستلمه والا فاستقبله وهلل وكبر رواه أحمد ولان الاستلام سنة وترك الايذاء واجب فالاتيان بالواجب أولى وكيفية الاستلام أن يضع يده على الحجر ويقبل الحجر من غير أن يؤذي أحدا لقول ابن عمر رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمه ويقبله رواه مسلم والبخاري وعنه انه عليه الصلاة والسلام استقبل الحجر فاستلمه ووضع شفته عليه وبكى طويلا فاذا هو بعمر بن الخطاب فقال يا عمر ههنا تسكب العبرات أخرجه ابن ماجه وان لم يقدر على ذلك وضع يديه على الحجر وقبلهما لقول نافع رأيت ابن عمر استلم الحجر بيده ثم قبل يده وقال ما تركته منذ

والصرف اه غاية (قوله ولا يبدأ في المسجد بالصلاة) قال في فتح القدير قالوا أول ما يبدأ به داخل المسجد محرما كان أو لا الطواف لا الصلاة اللهم الا ان دخل في وقت منع الناس من الطواف أو كان عليه فائتة مكتوبة أو خاف فوت المكتوبة أو الوتر أو سنة راتبة أو فوات الجماعة في المكتوبة فيقدم كل ذلك على الطواف ثم يطوف فان كان حلالا فطواف تحية أو محرما بالحج فطواف القدوم وهو أيضا تحية الا أنه أخص بهذه الاضافة هذا ان دخل قبل يوم النحر فان دخل فيه فطواف الفرض (١٥) يغني كالبداءة بصلاة الفرض يغني عن تحية المسجد أو بالعمرة فطواف العمرة ولا يسن في حقه طواف القدوم اه (قوله في المتن وكبر) أي ويرفع يديه اه قوله ويرفع يديه يعني عند التكبير لافتتاح الطواف لقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدي الا في سبع مواطن تقدم في الصلاة وليس فيه استلام الحجر ويمكن أن يلحق بقياس الشبهة لا العلة ويكون باطنهما في هذا الرفع الى الحجر كهيئتهما في افتتاح الصلاة وكذا يفعل في كل شوط اذا لم يستلمه اه فتح القدير (قوله ويدعو بحاجته الخ) وسؤال المغفرة من أهمها عقيب ذلك فان الدعوة مستجابة عند رؤية البيت اه غاية (قوله لم يعين لمشاهد الحج) المشاهد بفتح الميم الاماكن اه كاكي (قوله مستلما) يعني بعد الرفع للافتتاح والتكبير استلمه اه فتح (قوله ويقبل الحجر) ثم هذا التقبيل لا يكون له صوت اه فتح (قوله وان لم يقدر على ذلك وضع يديه على الحجر وقبلهما) وفي فتاوى قاضيخان مسح الوجه باليد مكان تقبيل اليد اه فتح قال ابن الملقن في شرح العمدة لا يشرع التقبيل الا للحجر الاسود والمصحف ولايدي الصالحين من العلماء وغيرهم وللقادمين من السفر بشرط أن لا يكون أمرد ولا امرأة محرمة ولوجوه الموتى الصالحين ومن نطق بعلم أو حكمة ينتفع بها وكل ذلك ثبت في الاحاديث الصحيحة وفعل السلف فأما تقبيل الاحجار والقبور والجدران والستور وأيدي الظلمة والفسقة واستلام ذلك جميعه فلا يجوز ولو كانت أحجار الكعبة أو القبر المشرف أو جدار حجرته أو ستورهما أو صخرة بيت المقدس فان التقبيل والاستلام ونحوهما تعظيم والتعظيم خاص بالله فلا يجوز

الافيما أذن فيه اهـ قوله لا يشرع التقبيل الا للحجر الاسود أى وعتبة الكعبة نص عليها فى الجمع وستأتى فى كلام الشارح وكذلك الركن اليمانى عند محمد نص عليه الولوالجى والشارح اهـ (قوله كالعرجون) وهو العذق الذى يعوج ويقطع منه الشماريخ فيبقى على النخل يابسا وفى المغرب أصل الكباسة لانعراجه واعوجاجه اهـ كاكى (قوله بمحجن) بكسر الميم عود معقف الرأس ومائله والحجن الاعوجاج والمحجنة الجوكان اهـ غاية (قوله واذا أمكنه أن يسجد على الحجر سجد الخ) قال فى فتح القدير وهل يستحب السجود على الحجر عقيب التقبيل فعن ابن عباس أنه كان يقبله ويسجد عليه بجبهته وقال رأيت عمر قبله ثم سجد عليه ثم قال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فعل ذلك ففعلته رواه ابن المنذر والحاكم (١٦) وصححه ومارواه الحاكم عن ابن عباس أن النبى صلى الله عليه وسلم سجد على الحجر وصححه يحمل على أنه مرسل صحابى لما صرح به من توسط عمر الا أن الشيخ قوام الدين الكاكى قال وعندنا الاولى أن لا يسجد لعدم الرواية فى المشاهير ونقل السجود عن أصحابنا الشيخ عز الدين فى مناسكه اهـ قال السروجى فى الغاية وكره مالك وحده السجود على الحجر وقال انه بدعة وجمهور أهل العلم على استحبابه والحديث حجة عليه اهـ (قوله وطف مضطبعا) قال الكمال رحمه الله وينبغى أن يكون قريبا من البيت فى طوافه اذا لم يؤذ أحدا والافضل للمرأة أن تكون فى حاشية المطاف ويكون طوافه وراء الشاذروان كيلا يكون بعض طوافه بالبيت بناء على أنه منه وقال الكرمانى الشاذروان ليس من البيت عندنا وعند الشافعى منه حتى لا يجوز الطواف عليه والشاذروان هو تلك الزيادة الملصقة بالبيت من الحجر الاسود الى فرجة الحجرة قيل بقى منه حين عمرت قريش وضيقت ولا يخفى ان مالم يثبت ذلك بطريق لا مرد له كثبوت كون بعض الحجر من البيت أدخل فالقول قولان لان الظاهر ان البيت هو الجدار المرئى قائما الى أعلاه وينبغى أن يبدأ بالطواف من جانب الحجر الذى يلى الركن اليمانى ليكون مارا على جميع الحجر بجميع بدنه فيخرج من خلاف من يشترط المرور كذلك عليه وشرطه أن يقف مستقبلا على جانب الحجر بحيث يصير الحجر عن يمينه ثم يمشى كذلك مستقبلا حتى يجاوز الحجر فاذا جاوزه انتقل وجعل يساره الى البيت وهذا فى الافتتاح خاصة اهـ وكتب مانصه قال فى الغاية ثم الموالاة فى الطواف ليست بشرط عندنا وهو المشهور من مذهب الشافعى وقال مالك شرط وبه قال أحمد اذا طال الفصل وفى الوبرى لو أقيمت المكتوبة يقطع ويدخل فيها ثم يبنى وكذا فى السعى اهـ ثم قال فيها والقيام واجب فى الطواف حتى لو طاف راكبا أو محمولا أو فى محفة ان كان لعذر فلا شئ عليه لان ترك القيام لعذر يجوز فى الصلاة ففى المشبه بها أولى ولغير عذر يعيد مادام بمكة وان خرج فعليه دم

رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعله متفق عليه فان لم يقدر على ذلك أمس الحجر شيأ كالعرجون ونحوه وقبله لقول عامر بن واثلة رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت ويستلم الحجر بمحجن معه ويقبل المحجن رواه مسلم وغيره واذا عجز عن ذلك رفع يديه حذاء منكبيه وجعل باطنهما نحو الحجر مشيرا بهما اليه كأنه واضع يديه عليه وظاهرهما نحو وجهه لما روى انه عليه الصلاة والسلام أشار اليه بشئ فى يده وكبر وعن عبد الرحمن بن عوف أنه كان اذا وجد الزحام على الحجر استقبله وكبر ودعا وان أمكنه أن يسجد على الحجر سجد عليه لان عمر سجد عليه فقال رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يفعل هكذا وعن عمر رضى الله عنه انه كان يقبل الحجر ويقول انى أعلم انك حجر لا تضر ولا تنفع ولولا أنى رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقبلك لما قبلتك رواه الجماعة وزاد الازرقى فقال له على رضى الله عنه بلى يا أمير المؤمنين هو يضر وينفع قال وبم قلت ذلك قال بكتاب الله تعالى قال وأين ذلك فى كتاب الله تعالى قال قال الله تعالى واذ أخذ ربك من بنى آدم من ظهورهم ذرياتهم وأشهدهم على أنفسهم ألست بربكم قالوا بلى شهدنا قال فلما خلق الله عز وجل آدم عليه الصلاة والسلام مسح ظهره فأخرج ذريته من ظهره فقررهم أنه الرب وانهم العبيد ثم كتب ميثاقهم فى رق وكان هذا الحجر له عينان ولسان فقال له افتح فاك فألقمه ذلك وجعله فى هذا الموضع وقال تشهد لمن وافاك بالموافاة يوم القيامة فقال عمر رضى الله عنه أعوذ بالله أن أعيش فى قوم لست فيهم يا أبا الحسن وانما قال ذلك عمر لان الناس كانوا حديثى عهد بعبادة الاصنام فخشى أن يظن الجاهل أن استلام الحجر من ذلك فبين انه لا يقصد به الا تعظيم الله تعالى وعلى لم يخالفه من ذلك الوجه وعمر لم ينكر نفعه من الوجه الذى بينه على رضى الله عنهما ويقول بعد الاستلام اللهم إيمانا بك وتصديقا بكتابك ووفاء بعهدك واتباعا لسنة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم لا اله الا الله والله أكبر اللهم اليك بسطت يدى وفيما عندك عظمت رغبتى فاقبل دعوتى وأقلنى عثرتى وارحم تضرعى وجد لى بمغفرتك وأعذنى من مضلات الفتن بقوله عند ابتداء الطواف قال رحمه الله (وطف مضطبعا وراء الحطيم آخذا عن يمينك مما يلى الباب سبعة أشواط) لما روى يعلى بن أمية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم طاف مضطبعا رواه أبو داود والاضطباع هو أن يلقى طرف ردائه على كتفه الايسر ويخرجه من تحت ابطه الايمن ويلقى طرفه الآخر على كتفه الايسر وتكون كتفه اليمنى مكشوفة واليسرى مغطاة بطرفى الازار وسمى اضطباعا مأخوذ من الضبع وهو العضد لانه يبقى مكشوفا وأما طوافه وراء الحطيم فلأن الحطيم من البيت لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها سألت النبى صلى الله عليه وسلم عن الحجر أمن البيت هو قال نعم قلت فما لهم لم يدخلوه فى البيت قال ان قومك قصرت بهم النفقة قالت فما شأن بابه مرتفعا قال فعل ذلك قومك ليدخلوا من شاؤا ويمنعوا من شاؤا ولولا أن قومك حديثو عهد بالجاهلية فأخاف أن تنكر قلوبهم أن

وكذا لو طاف زحفا فعليه دم اه قوله وفي الوبري لو أقيمت المكتوبة الخ قال الكرماني فلو خرج الطائف من طوافه لصلاة مكتوبة أو جنازة أو تجديد وضوء ثم عاد يبني على طوافه لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عطش في طوافه فخرج الى زمزم ثم عاد بنى ولان الاحرام لا يحرم الافعال التي ليست من أفعال الحج فلا يمنع البناء بخلاف الصلاة فانها حرمت كل فعل ليس من أفعال الصلاة اه وقوله وكذا لو طاف زحفا فعليه دم أي لان المشي واجب عندنا على هذا نص المشايخ وهو كلام محمد وما في فتاوى قاضيخان من قوله الطواف ماشيا أفضل تساهل أو محمول على النافلة لا يقال بل ينبغي في النافلة أن تجب صدقة لانه اذا شرع فيه وجب المشي لان الفرض أن شروعه لم يكن بصفة المشي والشروع انما يوجب ما شرع فيه اه فتح (فرع) قال في فتح القدير ولا بأس بأن يطوف متنعلا اذا كانتا طاهرتين أو بخفه وان كان على ثوبه نجاسة أكثر من قدر الدرهم كرهت له ذلك ولم يكن عليه شئ اه (قوله لانه منكوس) أي وهو بناء على أن طواف المنكوس لا يصح لكن المذهب الاعتداد به ويكون تاركا للواجب فالواجب هو الاخذ في الطواف من جهة الباب فيكون بناء الكعبة عن يسار الطائف فتركه ترك واجب فانما يوجب الاثم فتجب اعادته مادام بمكة فان رجع قبل اعادته فعليه دم (١٧) وأما الافتتاح من غير الحجر فاختلف فيه

أدخل الحجر في البيت وأن ألصق بابه بالارض متفق عليه وقال ابن عباس من طاف بالبيت فليطف من وراء الحجر متفق عليه وسمى حطيما لانه حطم من البيت أي كسر وسمى حجرا أيضا لانه حجر من البيت أي منع منه وهو محوط ممدود على صورة نصف دائرة خارج من جدار البيت من جهة الشأم تحت الميزاب وليس كله من البيت بل مقدار ستة أذرع منه من البيت لحديث عائشة رضي الله عنها انه عليه الصلاة والسلام قال ست أذرع من الحجر من البيت وما زاد ليس من البيت رواه مسلم ولو لم يطف بالحجر بل دخل الفرجة التي بينه وبين البيت لم يجزئه ويعيد الطواف كله ولو أعاد الحجر وحده أجزأه ويدخل في الفرجة في الاعادة ولو لم يدخل بل لما وصل الى الفرجة عاد وراءه من جهة الغرب أجزأه قال في الغاية لا يعتد عوده شوطا لانه منكوس وأما أخذ الطائف عن يمينه مما يلي الباب سبعة أشواط أي شروعه من تلك الجهة فلما روى عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام لما قدم مكة أتى الحجر فاستلمه ثم مشى على يمينه فرمل ثلاثا ومشى أربعا رواه مسلم والنسائي واذا حاذى الملتزم في أول طوافه وهو بين الباب والحجر الاسود قال اللهم إن لك حقوقا على فتصدق بها على واذا حاذى الباب يقول اللهم هذا البيت بيتك وهذا الحرم حرمك وهذا الامن أمنك وهذا مقام العائذين بك من النار أعوذ بك من النار فأعذني منها واذا حاذى المقام عن يمينه يقول اللهم ان هذا مقام ابراهيم العائذ اللائذ بك من النار حرم لحومنا وبشرتنا على النار واذا أتى الركن العراقي يقول اللهم اني أعوذ بك من الشرك والشك والنفاق والشقاق وسوء الاخلاق وسوء المنقلب في المال والاهل والولد واذا أتى ميزاب الرحمة يقول اللهم اني أسألك ايمانا لا يزول ويقينا لا ينفد ومرافقة نبيك محمد صلى الله عليه وسلم اللهم أظلني تحت ظل عرشك يوم لا ظل الا ظل عرشك واسقني بكأس محمد صلى الله عليه وسلم شربة لا أظمأ بعدها أبدا واذا أتى الركن الشامي يقول اللهم اجعله حجا مبرورا وسعيا مشكورا وذنبا مغفورا وتجارة لن تبور يا عزيز يا غفور واذا أتى الركن اليماني يقول اللهم اني أعوذ بك من الكفر وأعوذ بك من الفقر ومن عذاب القبر ومن فتنة المحيا والممات وأعوذ بك من الخزي في الدنيا والآخرة قال رحمه الله (ترمل في الثلاثة الاول فقط) لما روينا وقال بعض التابعين يمشي بين الركن اليماني

المتأخرون قيل لا يجزيه لان الامر بالطواف في الآية مجمل في حق الابتداء فالتحق فعله صلى الله عليه وسلم بيانا وقيل يجوز لانها مطلقة لا مجملة غير أن الافتتاح من الحجر واجب لانه صلى الله عليه وسلم لم يتركه قط اه فتح القدير قال في فتح القدير في الفروع التي تتعلق بالطواف ولو قيل انه واجب لم يبعد لان المواظبة من غير ترك مرة دليله فيأثم به ويجزي ولو كان في آية الطواف اجمال لكان شرطا كما قاله محمد لكنه منتف في حق الابتداء فيكون مطلق التطوف هو الفرض وافتتاحه من الحجر واجب للمواظبة اه وقال الزاهدي رحمه الله ولو افتتح الطواف من غير الحجر كالركن

(٣ – زيلعي ثاني) اليماني ونحوه وختم به لا يجوز وعامة المشايخ على أنه يجوز اه قال الكرماني ولو افتتح الطواف من غير الركن جاز مع الكراهة عند بعض مشايخنا لما مر أنه أتى بالطواف الا أنه ترك السنة المستفيضة وروى عن محمد أنه لا يعتد بذلك القدر حتى يصير الى الركن وهو الحجر الاسود لانه افتتح من غير موضع الافتتاح فلا يعتد بافتتاحه والاصل في هذا ما روى أن ابراهيم عليه الصلاة والسلام لما انتهى في البناء الى موضع الحجر قال لاسمعيل عليه الصلاة والسلام ائتني بحجر أجعله علامة لابتداء الطواف فخرج فجاءه بحجر فقال ائتني بغيره فأتاه بغيره فقال ائتني بغيره فأتاه بغيره الى ثالث مرة فألقاه وقال له قد أتاني بحجر من أغناني عن حجرك فرأى الحجر في موضعه فدل على أن هذا موضع الافتتاح ولان النبي صلى الله عليه وسلم ابتدأ منه وقال خذوا عني مناسككم وقال الشافعي يحاذي بجميع بدنه جميع الحجر بأن يقف على يمين الحجر مما يلي الركن اليماني ثم يمر مستقبلا له وهو الاكمل الافضل عند الكل فان كان يحاذي ببعض بدنه جميع الحجر مثل ان يقف حذاء وسط الحجر وبعض بدنه يكون خارجا من الحجر فله في جوازه قولان في القديم يجوز وفي الجديد لا يجوز كاستقبال الكعبة في الصلاة ببعض بدنه عنده فاذا طاف الشافعي احتسب الاول من حين مر على الحجر بجميع بدنه وعندنا العبرة للاكثر بناء على ما مر اه (قوله في المتن ترمل في الثلاثة الاول فقط) قال في فتح القدير ولو مشى شوطا ثم تذكر لا يرمل الا في شوطين وان لم يذكر في الثلاثة لا يرمل بعد ذلك اه

(قوله وقال بعض الناس لا رمل فيه الخ) وذهب ابن عباس الى أنه لا رمل أصلا ونقله الكرماني عن بعض مشايخنا كذا في فتح القدير وقال
في الدراية وأكثر ما فيه أن سببه ما ذكره ابن عباس وقد صار سنة بذلك السبب لكنه يبقى بعد زواله كرمي الجمار وسببه رمي الخليل الشيطان
الذي كان يراه ثم بقي بعد زوال ذلك السبب وفي الخبازية قيل في حكمة الرمل اليوم اراءة القوة والجلادة في الطاعة وانه حسن في طاعة يتحمل فيها
المشاق وقيل انا نرى الشيطان بان السفر ما أضنانا حتى تنقطع وسوستنا في المناسك اه (قوله قلنا فعله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع)
أي ولم يبق المشركون يومئذ اه كاكي (قوله ويستحب الخ) هذا هو ظاهر الرواية اه (قوله وعن محمد الخ) هذا مقابل

والشامي الى الحجر الاسود منهم الحسن وعطاء وابن جبير لما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام
قدم هو وأصحابه مكة وقد أوهنتهم الحمى فقال المشركون انه يقدم عليكم قوم أوهنتهم حمى يثرب ولقوا منها
شرا فأطلع الله نبيه على ما قالوا فلما قدموا قعد المشركون مما يلي الحجر فأمر النبي صلى الله عليه وسلم أصحابه
أن يرملوا الاشواط الثلاثة وأن يمشوا بين الركنين ليرى المشركون جلدهم أي قوتهم فلما رأوهم رملوا قالوا
هؤلاء الذين زعمتم أن الحمى قد أوهنتهم هؤلاء أجلد منا قال ابن عباس ولم يمنعه أن يأمرهم أن يرملوا
الاشواط كلها الا الابقاء عليهم متفق عليه ولنا في الرمل من الحجر الى الحجر حديث ابن عمر وحديث ابن
عباس في حجة الوداع متفق عليهما وفي حديث جابر الطويل انفرد به مسلم وقال بعض الناس لا رمل فيه
لانه كان لاراءة الجلد وقد زال ذلك المعنى قلنا فعله عليه الصلاة والسلام في حجة الوداع وأصحابه والخلفاء
بعده وان زاحمه الناس في الرمل وقف فاذا وجد مسلكا رمل لانه لا بدل له فيقف حتى يقيمه على الوجه
المسنون بخلاف استلام الحجر لان الاستقبال بدل له والرمل أن يهز في مشيه الكتفين كالمبارز يتبختر بين
الصفين قال رحمه الله (واستلم الحجر كلما مررت به ان استطعت) لما روى انه عليه الصلاة والسلام طاف على
بعير كلما أتى على الركن أشار اليه بشئ في يده وكبر رواه أحمد والبخاري ولان أشواط الطواف كركعات
الصلاة والاستلام كالتكبير فيفتتح به كل شوط كما يفتتح كل ركعة بالتكبير ويختم الطواف بالاستلام وان
لم يقدر على الاستلام استقبل على ما بينا من قبل ويستحب أن يستلم الركن اليماني ولا يقبله وعن محمد
هو سنة ويقبله مثل الحجر الاسود لما روى عن ابن عمر انه قال لم أر النبي صلى الله عليه وسلم يمس من الاركان الا
اليمانيين رواه الجماعة الا الترمذي لكن له في معناه من رواية ابن عباس وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة
والسلام قال ان مسح الركن اليماني والركن الاسود يحط الخطايا حطا وعن ابن عباس رضي الله عنهما
أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل الركن اليماني ويضع يده عليه رواه الدارقطني وعن ابن عباس
أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا استلم الركن اليماني قبله رواه البخاري في تاريخه وعن ابن عمر أنه قال
ما تركت استلام هذين الركنين الركن اليماني والحجر الاسود منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يستلمهما رواه مسلم وأبو داود وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام كان لا يدع أن يستلم الحجر والركن
اليماني في كل طوافه ولا يستلم غيرهما من الاركان لما روينا وسئل معاوية عن استلام الاركان كلها
قال ليس شئ من البيت مهجورا وقال له ابن عباس في الجواب لقد كان لكم في رسول الله اسوة حسنة
فقال معاوية صدقت وعن أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال وكل بالركن اليماني سبعون
ألف ملك فمن قال عنده اللهم اني أسألك العفو والعافية في الدنيا والآخرة ربنا آتنا في الدنيا حسنة
وفي الآخرة حسنة وقنا عذاب النار قالوا آمين ويستحب الاكثار من ذلك وعن مجاهد أنه قال من
وضع يده على الركن اليماني ثم دعا استجيب له قال رحمه الله (واختم الطواف به وبركعتين في المقام
أو حيث تيسر من المسجد) أي اختم الطواف بالاستلام وقد ذكرناه واختمه بركعتين في المقام أو في أي
موضع تيسر لك من المسجد الحرام وهذه الصلاة واجبة عندنا وقال الشافعي هي سنة لانعدام دليل

ظاهر الرواية اه (قوله لما روى عن ابن عمر الخ) هذا الحديث ليس حجة على ظاهر الرواية كما قد يتوهم اذ ليس فيه سوى اثبات رؤية استلامه صلى الله عليه وسلم الركنين ومجرد ذلك لا يفيد كونه على وجه المواظبة ولا سنية دونها غير أنا علمنا المواظبة على استلام الاسود من خارج فقلنا باستنانه فيكون مجرد حديث ابن عمر دليل ظاهر الرواية اه فتح القدير (قوله الا اليمانيين) اليمانيين بالتخفيف والتغليب اه غاية وهما الركن اليماني والحجر الاسود اه (قوله وعن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل الركن الخ) هذا الحديث ظاهر في المواظبة وأظهر منه ما عن ابن عمر كان صلى الله عليه وسلم لا يدع أن يستلم الحجر والركن اليماني في كل طوافه رواه أحمد وأبو داود اه فتح (قوله ويضع يده عليه) هذا ندب والمندوب من المستحب اه فتح (قوله منذ رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يستلمهما الخ) هذا
أيضا ليس حجة على ظاهر الرواية فانه لا يزيد على أنه رآه يستلمه فلم يتركه هو وذلك قد يكون محافظة منه على الامر المستحب اه الوجوب
فتح (قوله ولا يستلم غيرهما) أي غير الحجر والركن اليماني اه قال في الدراية باجماع الفقهاء اه (قوله في المتن وبركعتين) قال في الغاية
ولا تجزئ المكتوبة عن ركعتي الطواف عندنا كما لا تجزئ المنذورة وبه قال مالك والشافعي اه قال السروجي في الغاية قلت لا يجبران
عند أبي حنيفة وأصحابه بدم بل يصليهما في أي مكان شاء ولو بعد رجوعه الى أهله اه (قوله وقال الشافعي هي سنة الخ) وتمسكا بحديث
الاعرابي حيث قال لا الا أن تطوع فقد جعل عليه الصلاة والسلام ما زاد على الخمس تطوعا فكيف يثبت الوجوب اه كاكي قوله وتمسكا

الوجوب وانا قوله عليه الصلاة والسلام لما انتهى الى مقام ابراهيم عليه الصلاة والسلام قرأ واتخذوا من مقام ابراهيم مصلى فصلى ركعتين فقرأ فاتحة الكتاب وقل يا أيها الكافرون وقل هو الله أحد ثم عاد الى الركن فاستلمه ثم خرج الى الصفا رواه أحمد ومسلم فنبه عليه الصلاة والسلام أن صلاته كانت امتثالا لامر الله تعالى والامر للوجوب وقال السدى وقتادة أمروا أن يصلوا عند المقام قال رحمه الله (للقدوم وهو سنة لغير المكى) واللام فى قوله للقدوم متعلق بقوله طف فيما تقدم أى طف للقدوم وقد بيناوجهه وقوله وهو سنة لغير المكى أى طواف القدوم سنة لغير أهل مكة وقال مالك هو واجب لقوله عليه الصلاة والسلام من أتى البيت فليحيه بالطواف أمر وهو للوجوب ولنا أنه عليه الصلاة والسلام سماه تحية بقوله فليحيه فلا يفيد الوجوب لان التحية فى اللغة اسم لاكرام يبدأ به الانسان على سبيل التبرع كلفظ التطوع فلا يدل على الوجوب وان كان على صيغة الامر كقوله أكرموا الشهود ولا يلزمنا وجوب رد السلام بقوله تعالى واذا حييتم بتحية فحيوا بأحسن منها أو ردوها لانه ليس بابتداء احسان وانما هو مجازاة لسلامه الاول أو نقول المأمور به الجواب المقيد بأحسن وذلك ليس بواجب ولان أركان الحج لا تتكرر وطواف الزيارة ركن بالاجماع ولو كان هذا فرضا لتكرر وقوله سنة لغير المكى لانه على من يقدم وأهل مكة لا يقدمون فلا يكون سنة فى حقهم كالجالس فى المسجد فى حق تحية المسجد واذا فرغ منها يقول اللهم اغفر للمؤمنين والمؤمنات واغفر لى ذنوبى وقنعنى بما رزقتنى وبارك لى فيما أعطيتنى واخلف على كل غائبة لى بخير ويستحب له أن يدعو بعد صلاته خلف المقام بما يحتاج اليه من أمور الدنيا والآخرة ثم يأتى زمزم فيشرب من مائها و يتضلع منه و يفرغ الباقى فى البئر و يقول عند ذلك اللهم انى أسألك رزقا واسعا وعلما نافعا وشفاء من كل داء قال عليه الصلاة والسلام ماء زمزم لما شرب له وقد جعله الله تعالى طعاما لاسمعيل وأمه ويكره أن يجمع بين أسبوعين فصاعدا قبل أن يصلى الركعتين بينهما عند أبى حنيفة ومحمد وهو مذهب عمر وجماعة أخر وقال أبو يوسف لا بأس به ان انصرف عن وتر مثل أن ينصرف عن ثلاثة أسابيع أو خمسة أو سبعة ثم اذا أراد أن يسعى بين الصفا والمروة عاد الى الحجر الاسود فاستلمه لما روى أنه عليه الصلاة والسلام استلم الركن ثم خرج فيما رواه النسائى قال رحمه الله (ثم اخرج الى الصفا وقم عليه مستقبلا البيت مهللا مكبرا مصليا على النبى صلى الله عليه وسلم داعيا ربك بحاجتك) لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام بدأ بالصفا فرقى عليه حتى رأى البيت فاستقبل القبلة ووحد الله تعالى وكبره وقال لا اله الا الله وحده أنجز وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده ثم دعا

بحديث الاعرابى قال فى الرواية وما روى من الحديث متروك الظاهر فانا أجمعنا أن صلاة الجنازة والعيدين واجبة وليس فى هذا الحديث بيانها اه (قوله والامر للوجوب) أى الا أن استفادة ذلك من التنبيه وهو ظنى فكان الثابت الوجوب ويلزمه حكمنا بمواظبته من غير ترك اذ لا يجوز عليه ترك الواجب اه فتح قوله فكان الثابت الوجوب اى بالمعنى المصطلح اه (قوله فى المتن للقدوم وهو سنة الخ) طواف القدوم له ستة أسماء الاول هذا والثانى طواف اللقاء والثالث طواف التحية والرابع طواف أول عهد بالبيت والخامس الطواف المنقل والسادس طواف الورود اه غاية قال فيها والصحيح أن الطواف لا يكره فى الاوقات المكروهة ويؤخر ركعتيه الى وقت استحباب الصلاة فيه وبه قال مالك اه (قوله وقال مالك هو واجب لقوله عليه الصلاة والسلام من أتى البيت الخ) الحديث هذا غريب جدا اه فتح (قوله وان كان على صيغة الامر) أى فانه مأخوذ فى مفهومها التبرع لانها فى اللغة عبارة (١٩) عن اكرام يبدأ به الانسان على سبيل التبرع كلفظ التطوع فلو قال تطوع أفاد الندب فكذا اذا قال تحية اه فتح قوله فانه مأخوذ فى مفهومها أى التحية اه (قوله وانما هو مجازاة لسلامه الاول) فلفظ التحية فيه من مجاز المشاكلة مثل وجزاء سيئة سيئة اه فتح (قوله ولان أركان الحج لا تتكرر الخ) قال فى فتح القدير وأما الجواب الذى تضمنه الدليل القائل ان الامر بالطواف لا يقتضى التكرار وقد تعين طواف الزيارة بالاجماع فلا يكون غيره كذلك فانما يفيد لو ادعى فى طواف القدوم الركنية بدعوى الافتراض لكنه ليس مدعاه اه (قوله ويكره أن يجمع بين أسبوعين الخ) قال فى الفتح ويتفرع على الكراهة أنه لو نسيهما فلم يتذكر الا بعد أن شرع فى طواف آخر ان كان قبل اتمام شوط رفضه و بعد اتمامه لا اه ثم محل الخلاف فيما اذا كان الوصل فى وقت لا يكره فيه الصلاة أما اذا كان فى وقت يكره فيه الصلاة فان الوصل لا يكره اتفاقا كذا فى السراج الوهاج اه (قوله وقال أبو يوسف لا بأس به ان انصرف عن وتر الخ) ووجهه أن الوتر أصل للطواف وهو سبعة أشواط اه غاية (قوله عاد الى الحجر الاسود فاستلمه) قال فى الهداية ثم يأتى المقام فيصلى عنده ركعتين أو حيث تيسر من المسجد ثم يعود الى الحجر فيستلم لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم لما صلى ركعتين عاد الى الحجر واستلمه والاصل ان كل طواف بعده سعى يعود الى الحجر لان الطواف لما كان يفتتح بالاستلام فكذا السعى يفتتح به بخلاف ما اذا لم يكن بعده سعى اه (قوله فى المتن ثم اخرج الى الصفا الخ) قال فى الدراية ثم الصعود على الصفا سنة وبه قال الشافعى ٢ فى المشهور عنه انه ركن اه قال الكرمانى رحمه الله فان لم يصعد على الصفا والمروة فى السعى الذى ذكرنا يجوز عندنا ويكره لما فيه من ترك السنة ولا يجب بتركه شئ لانه من السنة اه قوله ثم الصعود على الصفا أى والمروة اه فتح وقوله سنة أى فيكره تركه ولا شئ عليه اه فتح

بين ذلك فقال مثل هذا ثلاث مرات ثم نزل الى المروة حتى انتصبت قدماه في بطن الوادي حتى اذا صعدتا مشى حتى أتى المروة ففعل على المروة كما فعل على الصفا رواه مسلم وغيره وعن أبي هريرة أنه عليه الصلاة والسلام لما فرغ من طوافه أتى الصفا فعلا عليه حتى رأى البيت و رفع يديه فجعل يحمد الله تعالى و يدعو ما شاء الله ان يدعو رواه مسلم وأبو داود ولان الثناء على الله والصلاة على النبي صلى الله عليه وسلم يقدمان على الدعاء تقريبا الى الاجابة كما في غيره من الدعوات وانما يصعد على الصفا بقدر ما يكون البيت بمرأى عينيه لما روينا ولان استقبال البيت هو المقصود بالصعود فيكتفى به ويخرج الى الصفا من أي باب شاء لان المقصود يحصل به وانما خرج النبي صلى الله عليه وسلم من باب بني مخزوم وهو الذي يسمى باب الصفا لانه أقرب الابواب اليه فكان اتفاقا لا قصدا ۞ ذكر الدعوات المنقولة في هذه المواضع ويستحب له أن يدعو بعد ركعتي الطواف عند الحجر بدعاء آدم عليه الصلاة والسلام وهو اللهم انك تعلم سري وعلانيتي فاقبل معذرتي وتعلم حاجتي فأعطني سؤلي اللهم اني أسألك ايمانا يباشر قلبي و يقينا صادقا حتى أعلم أنه لا يصيبني الا ما كتبت علي والرضا بما قسمت لي فأوحى الله اليه اني قد غفرت لك ولن يأتي أحد من ذريتك يدعوني بمثل ما دعوتني الا غفرت ذنوبه وكشفت همومه ونزعت الفقر من بين عينيه وأنجزت له كل تاجر وأتته الدنيا وهي راغمة وان كان لا يريدها ثم يخرج الى الصفا من باب بني مخزوم ويقدم رجله اليسرى في الخروج و يقول بسم الله والصلاة على رسول الله اللهم افتح لي أبواب رحمتك وأدخلني فيها وأعذني من الشيطان الرجيم فاذا صعد رفع يديه ويجعل بطنهما الى السماء لما روينا ان الايدي لا ترفع الا في سبع مواطن ويكبر ويهلل و يثني على الله تعالى و يصلي على النبي صلى الله عليه وسلم ويقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شئ قدير لا اله الا الله ولا نعبد الا اياه مخلصين له الدين ولو كره الكافرون يقول ذلك ثلاث مرات قال رحمه الله (ثم اهبط نحو المروة ساعيا بين الميلين الاخضرين وافعل عليها فعلك على الصفا) لما روينا من حديث جابر ۞ ذكر الدعوات المنقولة في هذه المواضع عن السلف و يقول في هبوطه الى المروة اللهم استعملني بسنة نبيك وتوفني على ملته وأعذني من مضلات الفتن برحمتك يا أرحم الراحمين واذا وصل الى بطن الوادي بين العلمين وهما الميلان الاخضران أحدهما في ركن الجدار والآخر متصل بدار عباس قال رب اغفر وارحم وتجاوز عما تعلم انك أنت الاعز الاكرم يروى ذلك عن ابن عمر و يقول على المروة مثل ما قال على الصفا قال رحمه الله (وطف بينهما سبعة أشواط) لانه عليه الصلاة والسلام طاف بينهما سبعة أشواط قال رحمه الله (تبدأ بالصفا وتختم بالمروة) لما روى في حديث جابر الطويل ان النبي صلى الله عليه وسلم لما دنا من الصفا قرأ ان الصفا والمروة من شعائر الله أبدأ بما بدأ الله عز وجل به فبدأ بالصفا فرقي عليه الحديث وروى النسائي ابدؤا بما بدأ الله به على الامر ولو بدأ من المروة لا يعتد بالاولى لمخالفته الامر ثم الذهاب الى المروة شوط والعود منها الى الصفا شوط آخر هكذا يفعل الى سبعة أشواط وقال الطحاوي و بعض الشافعية الذهاب من الصفا الى المروة والرجوع منها الى الصفا شوط قياسا على الطواف بالبيت فانه من الحجر الى الحجر شوط فكذا من الصفا الى الصفا شوط و يرد عليهم حديث جابر الطويل فانه قال فيه فلما كان آخر طوافه على المروة قال لو استقبلت من أمري ما استدبرت الحديث جعل آخر طوافه على المروة ولو كان كما قالوا لكان آخره على الصفا ولوقع الختم عليه ولان رواة نسك النبي صلى الله عليه وسلم اتفقوا على أنه عليه الصلاة والسلام طاف بينهما سبعة أشواط و بما قالوه يصير أربعة عشر شوطا ولانه اذا لم يكن عوده الى الصفا شوطا كان نقضا لفعله والفرق بينه وبين الطواف أن الشوط في الطواف لا يتم

(قوله ويستحب له أن يدعو الخ) قال الحافظ الجلال السيوطي رحمه الله في الجزء الذي سماه حصول الرفق بأصول الرزق ما نصه وأخرج الطبراني في الاوسط عن عائشة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لما أهبط الله آدم الى الارض قام وجاه الكعبة فصلى ركعتين فألهمه الله هذا الدعاء اللهم انك تعلم سري وعلانيتي فاقبل معذرتي وتعلم حاجتي فأعطني سؤلي وتعلم ما في نفسي فاغفر لي ذنبي اللهم اني أسألك ايمانا يباشر قلبي و يقينا صادقا حتى أعلم أنه لن يصيبني الا ما كتبت لي ورضني بما قسمت لي اه (قوله بمثل ما دعوتني) أي بهذا الدعاء اه طبراني في الاوسط (قوله وكشفت همومه) أي وزجرت عنه الشيطان اه طبراني في الاوسط (قوله وهما الميلان الاخضران) وانما ذكر الميلين الاخضرين بطريق التغليب لان أحدهما أخضر وأصفر قال المطرزي الميلان علامتان بموضع الهرولة في ممر بطن الوادي اه (قوله في المتن تبدأ بالصفا وتختم بالمروة) قال في الغاية وان سعى راكبا لعذر فلا شئ عليه و بغير عذر عليه دم كما في الطواف اه (قوله وروى النسائي ابدأوا بما بدأ الله به الخ) وروى نبدأ في رواية أبي داود والترمذي وابن ماجه ومالك في الموطا اه فتح (قوله ولو بدأ بالمروة لا يعتد بالاولى) وفي مناسك الكرماني أن الترتيب فيه ليس بشرط عندنا حتى لو بدأ بالمروة وأتى الصفا جاز ويعتد به ولكنه مكروه لترك السنة فيستحب اعادة ذلك الشوط قال السروجي رحمه الله في الغاية ولا أصل لما ذكره الكرماني وقال الرازي في أحكام القران فان بدأ بالمروة قبل الصفا مالم لم يعتد بذلك في الرواية المشهورة عن أصحابنا وروى عن أبي حنيفة أنه ينبغي له أن يعيد ذلك الشوط فان لم يفعل فلا شئ عليه وجعله بمنزلة ترك الترتيب في أعضاء الطهارة اه فقول السروجي لا أصل لما قاله الكرماني فيه نظر (قوله ولو كان كما قالوا لكان آخره على الصفا) أي وهذا لا ينتقض

مالم ينته الى الحجر وفى السعى يتم بالمروة فيكون مابعده تكرارا محضا ثم السعى بين الصفا والمروة واجب عندنا وليس بركن ومذهب ابن عباس وابن الزبير أنه ليس بفرض وقال مالك والشافعى هو ركن فى الحج لما روى عن حبيبة بنت أبى تجزأة أنها قالت رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يطوف بين الصفا والمروة والناس بين يديه وهو وراءهم يسعى حتى أرى ركبتيه من شدة السعى يدور به ازاره وهو يقول اسعوا فان الله تعالى كتب عليكم السعى رواه أحمد وانما قوله تعالى ان الصفا والمروة من شعائر الله فمن حج البيت أو اعتمر فلا جناح عليه أن يطوف بهما ومن تطوع خيرا فان الله شاكر عليم فرفع الجناح والتخيير ينفى الفرضية كقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا وقوله ومن تطوع خيرا كقوله فمن تطوع خيرا فهو خير له ويؤيده مافى مصحف ابن مسعود وأبى فلا جناح عليه أن لا يطوف بهما وهو وان لم يثبت قرآنا لا ينزل عن الخبر المسموع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن عائشة أنها قالت لعروة ياابن أختى طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم وطاف المسلمون فكانت سنة وانما كان من أهل لمناة الطاغية لا يطوفون بين الصفا والمروة فلما كان الاسلام سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فانزل الله عز وجل ان الصفا والمروة من شعائر الله الآية فقد نصت على أن السعى بينهما سنة رواه البخارى ومسلم ولا يلزم من كونه مكتوبا أن يكون ركنا أوفرضا كقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر أحدكم الموت ان ترك خيرا الوصية الآية والركنية لا تثبت بخبر الواحد بخلاف الوجوب ثم قيل ان سبب شرعية السعى بينهما أن ابراهيم عليه الصلاة والسلام لما ترك هاجر واسمعيل هنالك عطش فصعدت الصفا تنظر هل بالموضع ماء فلم ترشيأ فنزلت فسعت فى بطن الوادى حتى خرجت منه الى جهة المروة لانها توارت بالوادى عن ولدها فسعت شفقة عليه فجعل ذلك نسكا اظهارا لشرفها وتفخيما لامرها وعن ابن عباس أن ابراهيم عليه الصلاة والسلام لما أمر بالمناسك عرض له الشيطان عند السعى فسابقه فسبقه ابراهيم عليه الصلاة والسلام أخرجه أحمد فى المسند وقيل انما سعى بين الميلين رسول الله صلى الله عليه وسلم اظهارا للجلد والقوة للمشركين الناظرين اليه فى الوادى قال رحمه الله (ثم أقم بمكة حراما) لانك محرم بالحج فلا تتحلل قبل الاتيان بافعاله وقال ابن عباس اذا طاف للقدوم تحلل لانه عليه الصلاة والسلام أمر بذلك أصحابه الا من ساق منهم الهدى متفق عليه والاحاديث فيه كثيرة بعضها ينص بفسخ الحج وبعضها بجعل الحج عمرة ثم التحلل والاحاديث صحاح ونحن نقول كان ذلك مختصا بهم لما روى عن ربيعة بن أبى عبد الرحمن عن الحرث بن بلال عن أبيه قال قلت يارسول الله فسخ الحج لنا خاصة أم للناس عامة قال بل لنا خاصة رواه أبوداود وأحمد والدارقطنى وابن ماجه وقال أبوذر لم يكن ذلك الا للركب الذين كانوا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبوداود ولمسلم والنسائى وابن ماجه عن ابراهيم التيمى عن أبيه عن أبى ذر قال كانت المتعة لاصحاب محمد صلى الله عليه وسلم خاصة وفى بعض شروح المبسوط ذكر أنه كان مشروعا ثم نسخ وقال فيه قال عمر رضى الله عنه متعتان كانتا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأنا اليوم أنهى عنهما وأعاقب عليهما متعة النساء ومتعة الحج فثبت بهذا أنه غير مشروع اليوم كمتعة النكاح ولانه روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فمنا من أهل بالحج ومنا من أهل بالعمرة ومنا من أهل بالحج والعمرة وأهل رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج فامامن أحرم بالعمرة فأحلوا حين طافوا بالبيت وبالصفا والمروة وأمامن أهل بالحج أو بالحج والعمرة فلم يحلوا الى يوم النحر متفق عليه فيكون معارضا للاحاديث المثبتة للتحلل قال

لابطال مذهب الطحاوى لانه قاله فى آخر طوافه بالمروة فهو آخر الشوط السابع عندنا وعنده آخر وقوفه على المروة فانه انما يختم بالصفا عنده فكان قوله عليه الصلاة والسلام ذلك فى آخر وقوفه بالمروة اه (قوله بنت أبى تجزأة) الذى شاهدته فى نسخة المؤلف رحمه الله بخطه شجرأة وهو تحريف قال الحافظ ابن حجر رحمه الله فى الاصابة ومن خط تلميذه الحافظ (٢١) السخاوى رحمه الله نقلت مانصه حبيبة بنت أبى تجزأة العبدرية ثم الشيبية روى حديثها الشافعى عن عبدالله بن المؤمل وابن سعد عن معاذ بن هانئ ومحمد بن سجز عن أبى نعيم وابن أبى خيثمة عن شريح بن النعمان كلهم عن ابن المؤمل عن عمر ابن عبدالرحمن بن محيصن عن عطاء بن أبى رباح حدثتنى صفية بنت شيبة عن امرأة يقال لها حبيبة بنت أبى تجزأة قالت دخلت دار أبى حسين فى نسوة من قريش والنبى صلى الله عليه وسلم يطوف بالبيت حتى ان ثوبه ليدور به وهو يقول لاصحابه اسعوا فان الله كتب عليكم السعى قال أبو عمر قيل اسمها حبيبة بفتح أوله وقيل بالتصغير وقال غيره تجزأة ضبطها الدارقطنى بفتح المثناة من فوق اه (قوله فان الله كتب عليكم السعى الخ) والكتابة تدل على الركنية وكذا الامر اه كاكى قال فى فتح القدير واعلم أن سياق الحديث يفيد أن المراد بالسعى المكتوب الجرى الكائن فى بطن الوادى اذا راجعته لكنه غير مراد بلا خلاف نعلمه فيحمل على أن المراد بالسعى الطواف بينهما اتفق أنه صلى الله عليه وسلم قاله لهم عند الشروع فى الجرى المسنون لما وصل الى محله شرعا أعنى بطن الوادى ولا يسن جرى شديد فى غير هذا المحل بخلاف الرمل فى الطواف انما هو مشى فيه شدة وتصلب اه فتح (قوله فرفع الجناح والتخيير) أى المستفاد من قوله ومن تطوع اه (قوله وقيل انما سعى بين الميلين الخ) والمحققون على أنه لا يشتغل بطلب المعنى فيه وفى نظائره من الرمى وغيره بل هى أمور توقيفية يحال العلم بالحال فيها الى الله تعالى اه فتح (قوله فى المتن ثم أقم بمكة حراما) أى محرما والحرام والمحرم بمعنى واحد اه كاكى

رحمه الله (وطف بالبيت كلما بدالك) لانه يشبه الصلاة قال عليه الصلاة والسلام الطواف بالبيت صلاة والصلاة خير موضوع فكذا الطواف فطواف التطوع أفضل للغرباء من صلاة التطوع ولاهل مكة الصلاة أفضل لانها أفضل منه غير أن الغرباء ما يمكنهم الطواف الا فى أيام الحج فكان الاشتغال به أولى غير أنه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة فى هذه المدة لان السعى لا يجب فيه الا مرة واحدة والتنفل به غير مشروع ولا يرمل فى هذه الاطوفة لان الرمل لم يشرع الا مرة واحدة فى طواف بعده سعى وكذا لا يرمل فى طواف القدوم ان أخر السعى الى طواف الزيارة لما ذكرنا وقال فى الغاية اذا كان قارنا لم يرمل فى طواف القدوم ان كان رمل فى طواف العمرة ويصلى لكل أسبوع ركعتين وهى ركعتا الطواف على ما بينا قال رحمه الله (ثم اخطب قبل يوم التروية بيوم وعلم فيها المناسك) وهو اليوم السابع من ذى الحجة ويوم التروية وهو اليوم الثامن منه وانما يخطب لحاجة الناس الى تعليم أفعال الحج فيعلم فيه الخروج الى منى والى عرفات والصلاة والوقوف فيها والافاضة منها فالحاصل أن فى الحج ثلاث خطب أولها ما ذكرنا والثانية بعرفات يوم عرفة والثالثة بمنى فى اليوم الحادى عشر فيفصل بين كل خطبتين بيوم كلها خطبة واحدة ولا يجلس فى وسطها الا خطبة يوم عرفة فانها خطبتان فيجلس بينهما وكلها تخطب بعد الزوال بعد ما صلى الظهر الا يوم عرفة فانها بعد الزوال قبل أن يصلى الظهر وقال زفر يخطب فى ثلاثة أيام متوالية أولها يوم التروية لانها يوم الموسم ومجمع الحجاج ولنا أنه عليه الصلاة والسلام خطب يوم السابع وكذا أبو بكر وقرأ على سورة براءة عليهم رواه ابن المنذر وغيره عن ابن عمر ولان المقصود من الخطبة التعليم فيوم التروية ويوم النحر يوما اشتغال فكان ما ذكرنا أنفع وفى القلوب أنجع ويأتى الكلام فى كل خطبة خطبة من الآخرين فى موضعها ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ثم رح يوم التروية الى منى) لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام توجه قبل صلاة الظهر يوم التروية الى منى وصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والفجر رواه مسلم وغيره وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام صلى الفجر يوم التروية بمكة فلما طلعت الشمس راح الى منى فصلى بها الظهر والعصر والمغرب والعشاء والصبح يوم عرفة ثم المصنف رحمه الله لم يبين الوقت الذى يخرج فيه الى منى من يوم التروية وكذا فى المبسوط والبدائع لم يقيداه بوقت وقال فى المحيط والمفيد يستحب أن يتوجه بعد الزوال وهو أحد قولى الشافعى وذكر المرغينانى أنه يخرج الى منى بعد ما طلعت الشمس وهو الصحيح لما روينا واتفقت الرواة أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر بمنى ولو بات بمكة وصلى بها الفجر من يوم عرفة ثم توجه الى عرفات ومر بمنى أجزأه لانه لا يتعلق بمنى فى هذا اليوم إقامة نسك ولكنه أساء بتركه الاقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ولو وافق يوم التروية الجمعة له أن يخرج الى منى قبل الزوال لعدم وجوب الجمعة عليه فى ذلك الوقت وبعده لا يخرج ما لم يصلها لوجوبها عليه وعند الشافعى لا يخرج بعد ما طلع الفجر ما لم يصلها وسمى الثامن من ذى الحجة يوم التروية لانهم كانوا يروون إبلهم فيه لاجل يوم عرفة وقيل لان ابراهيم عليه الصلاة والسلام رأى فى تلك الليلة فى منامه أنه يذبح ولده بامر ربه فلما أصبح روى فى النهار كله

(قوله الطواف بالبيت صلاة) أى الا أن الله قد أحل فيه المنطق فمن نطق فلا ينطق الا بخير هذا الحديث روى مرفوعا وموقوفا اه فتح
(قوله غير أنه لا يسعى عقيب هذه الاطوفة) قال فى الغاية وفى التحفة الافضل أن لا يسعى عقيب طواف اللقاء ويسعى بعد طواف الزيارة ويرمل فيه دون طواف القدوم وان أتى بالسعى بعد طواف القدوم يرمل فيه كما فى طواف العمرة وفى المحيط الافضل للمفرد بالحج اذا أتى بطواف القدوم أن يسعى بعد طواف الزيارة حتى لا يكون الواجب تبعا للسنة وانما جوز السعى بعد طواف القدوم لكثرة الوظائف فى يوم النحر فاذا سعى عقيب طواف القدوم ينبغى له أن يرمل فى طواف القدوم وان أخر السعى عن طواف القدوم وهو الافضل كما تقدم لا يرمل فيه لان الرمل شرع فى طواف عقيبه سعى اه قوله لكثرة الوظائف أى فانه يرمى ويذبح ثم يحلق بمنى ثم يجىء الى مكة فيطوف الطواف المفروض ثم يرجع الى منى ليبيت بها اه فتح (قوله لما ذكرنا) أى من قوله لان السعى لا يجب الا مرة واحدة والتنفل غير مشروع اه (قوله وعلم فيها) أى فى الخطبة قال العينى وليس باضمار قبل الذكر لان قوله ثم اخطب يدل عليها اه (قوله فيعلم فيه) أى كيفية الاحرام بالحج وكيفية الرمل اه كافى (قوله فيجلس بينهما) أى جلسة خفيفة قال أبو حنيفة يبتدئ الخطبة اذا فرغ المؤذن من الاذان بين يديه كخطبة الجمعة وقال أبو يوسف يخطب الامام قبل الاذان فاذا مضى صدر من خطبته أذن المؤذنون (قوله وفى القلوب أنجع) أى أبلغ اه فتح فقد روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يتخول فى الموعظة اه كافى (قوله ويأتى الكلام فى كل خطبة خطبة من الآخرين فى موضعها) قلت أما الخطبة الثالثة فلم يذكرها المصنف فى المتن ولم يف الشارح بما وعده من الكلام عليها فيما يأتى والله الموفق للصواب اه وكتب ما نصه من الآخرين كذا بخط الشارح اه وكتب أيضا ما نصه أى من اليومين الاخيرين اه (قوله ثم المصنف لم يبين الوقت الذى يخرج فيه الى منى من يوم التروية) قال فى الوافى ثم أتى منى بعد صلاة الفجر يوم التروية اه (قوله فلما أصبح روى فى النهار) قال فى المغرب روأت فى الامر تروئة فكرت فيه ونظرت ومنه يوم التروية وأصلها الهمز وأخذها من الروية خطأ ومن الرى منظور فيه أى فيه نظر وقال النووى فى تهذيب اللغات ويقال رويت فى الامر أى نظرت فيه وفكرت قال الجوهرى يهمز ولا يهمز ويقال رجل له رواء بضم الراء والمد أى منظر اه

أى تفكر أن ما رآه من الله فيأتمره أولا من الروى وهو مهموز ذكره فى طلبة الطلبة وقيل من الرواية لان الامام يروى للناس مناسكهم وهو يوافق قول زفر اذ كانت الخطبة عنده فيه وكذا عند مالك والشافعى رحمهما الله تعالى ثم لا يترك التلبية فى أحواله كلها فى مكة وفى المسجد الحرام وغيره ويلبى عند الخروج من مكة ويدعو بما شاء ويهلل ويقول فى دعائه اللهم إياك أرجو ولك أدعو واليك أرغب اللهم بلغنى صالح عملى وأصلح لى فى ذريتى فاذا دخل منى قال اللهم هذا منى وهذا مما دللتنا عليه من المناسك فمن علينا بجوامع الخيرات وبما مننت على ابراهيم خليلك ومحمد حبيبك وبما مننت على أوليائك وأهل طاعتك فانى عبدك وناصيتى بيدك جئت طالبا مرضاتك ويستحب أن ينزل عند مسجد الخيف قال رحمه الله (ثم الى عرفات بعد صلاة الفجر يوم عرفة) لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام غدا من منى حين طلع الصبح فى صبيحة يوم عرفة حتى أتى عرفة الحديث رواه أحمد وأبو داود وهذا بيان الاولوية حتى لو دفع قبل طلوع الفجر جاز لانه لم يتعلق بهذا المقام اقامة نسك ولهذا لو بات بمكة جاز ويستحب أن يقول عند التوجه الى عرفات اللهم اليك توجهت وعليك توكلت ووجهك أردت فاجعل ذنبى مغفورا وحجى مبرورا وارحمنى ولا تخيبنى وبارك لى فى سفرى واقض بعرفات حاجتى انك على كل شئ قدير ويلبى ويهلل ويكبر لقول ابن مسعود حين أنكر عليه التلبية فى منى أجهل الناس أم نسوا والذى بعث محمدا بالحق لقد خرجت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فما ترك التلبية حتى رمى جمرة العقبة الا أن يخلطها بتكبير أو تهليل رواه أبو ذر ويستحب أن يسير على طريق ضب ويعود على طريق المأزمين اقتداء بالنبى عليه الصلاة والسلام كما فى العيدين فاذا قرب من عرفة ووقع بصره على جبل الرحمة وعاينه يستحب له أن يقول اللهم اليك توجهت وعليك توكلت ووجهك أردت اللهم اغفر لى وتب على وأعطنى سؤلى ووجه لى الخير أينما توجهت سبحان الله والحمد لله ولا اله الا الله والله أكبر ثم يلبى الى أن يدخل عرفات ينزل مع الناس حيث شاء وقرب الجبل أفضل وعند الشافعى بطن نمرة أفضل لنزوله عليه الصلاة والسلام فيه قلنا نمرة فى عرفة وقد قال عليه الصلاة والسلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة ونزوله عليه الصلاة والسلام لم يكن قصدا قال فى الاصل ينزل مع الناس لان الانتباذ وهو أن ينزل ناحية عن الناس تجبر والحال حال تضرع ومسكنة ولان الاجابة فى الجمع أرجى ولانه آمن من اللصوص والخاطفين وقيل مراده أن لا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة قال رحمه الله (ثم اخطب) يعنى خطبتين بعد الزوال وبعد الاذان قبل الصلاة تجلس بينهما كما فى الجمعة هكذا روى من خطبته عليه الصلاة والسلام ولو خطب قبل الزوال جاز لحصول المقصود وصفة الخطبة أن يحمد الله تعالى ويثنى عليه ويهلل ويكبر ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويعظ الناس ويأمرهم بما أمر الله تعالى به وينهاهم عما نهاهم الله تعالى عنه ويعلمهم المناسك التى هى الى الخطبة الثالثة وهى خطبة يوم الحادى عشر وتلك المناسك هى الوقوف بعرفة والمزدلفة والافاضة منهما ورمى جمرة العقبة يوم النحر والذبح والحلق وطواف الزيارة وقال مالك يخطب بعد الصلاة لانها خطبة وعظ كالعيد والحجة عليه ما روينا ولان المقصود منها تعليم المناسك والجمع بين الصلاتين من المناسك فتقدم عليه وفى ظاهر المذهب عن أصحابنا اذا صعد الامام المنبر وجلس اذن المؤذنون كما فى الجمعة وعن أبى يوسف أنهم يؤذنون والامام فى الفسطاط ثم يخرج فيخطب وروى الطحاوى عنه أن الامام يبدأ بالخطبة قبل الاذان فاذا مضى صدر من خطبته أذنوا ثم يتم الخطبة بعده فاذا فرغ أقاموا لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام راح الى الموقف بعرفة فخطب الناس الخطبة الاولى ثم أذن بلال ثم أخذ النبى عليه الصلاة والسلام فى الخطبة الثانية ففرغ من الخطبة وبلال من الاذان ثم أقام بلال الحديث فصار لابى يوسف ثلاث روايات والاظهر أنه معهم والصحيح الاولى لانه عليه الصلاة والسلام لما خرج واستوى على ناقته أذن المؤذن بين يديه ويقيم المؤذن بعد الفراغ من الخطبة لانه أوان الشروع فى الصلاة فأشبه الجمعة قال رحمه الله (ثم صل بعد الزوال الظهر والعصر باذان واقامتين

(قوله أى تفكر أن ما رآه من الله) أى أم من الشيطان فمن ذلك سمى يوم التروية فلما رأى الليلة الثانية عرف انه من الله فمن ثم سمى يوم عرفة فلما رأى الليلة الثالثة هم بنحره فسمى يوم النحر كذا فى الكشاف اه كاكى (قوله وهو مهموز ذكره فى طلبة الطلبة) قال السروجى وفيه بعد من جهة أن رؤيا الانبياء حق اه (قوله وقيل من الرواية الخ) قال فى الغاية وفيه قول رابع وهو أن آدم عليه الصلاة والسلام رأى فيه حواء وفيه قول خامس وهو أن جبريل عليه السلام كان يرى ابراهيم عليه السلام فيه مناسكه ذكرهما الكرمانى وهما بعيدان اه (قوله فى المتن ثم الى عرفات بعد صلاة الفجر) أى يعنى بغلس اه غاية (قوله ويعود على طريق المأزمين) والمأزمات الطريق بين الجبلين بفتح الميم والهمزة الساكنة وكسر الزاى اه غاية (قوله كما فى العيدين) أى حيث يذهب من طريق ويرجع من أخرى اه (قوله بعد الزوال وبعد الاذان الخ) اعلم أنه اذا زالت الشمس من يوم عرفة اغتسل ان أحب وليس ذلك بواجب بل هو سنة وذلك لان ذلك اليوم يوم اجتماع الناس فيستحب فيه الاغتسال للنظافة كما فى يوم الجمعة والعيدين اه اتقانى (قوله ولو خطب قبل الزوال جاز) لكنه ترك السنة اه غاية (قوله لحصول المقصود) أى وهو تعليم المناسك اه

(قوله ولو تطوع بينهما كره الخ) قال في فتح القدير وما في الذخيرة والمحيط من أنه يصلي بهم العصر في وقت الظهر من غير أن يشتغل بين الصلاتين بالنافلة غير سنة الظهر ينافي حديث جابر إذ قال فصلى الظهر ثم أقام فصلى العصر ولم يصل بينهما شيأ وكذا ينافي إطلاق المشايخ في قولهم ولا يتطوع بينهما فإن التطوع يقال على السنة اه قوله وما في الذخيرة والمحيط زاد في الدراية وشرح الطحاوي اه (قوله حتى

بشرط الإمام والإحرام) لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام صلاهما بأذان وإقامتين صح ذلك عنه عليه الصلاة والسلام فيكون حجة على مالك في اعتبار الأذانين ثم بيانه أنه يؤذن للظهر ويقيم للظهر ثم يقيم للعصر لأنه يؤدى قبل وقته المعهود فيفرد بالإقامة إعلاما للناس بأنه شارع فيه ولا يتطوع بينهما تحصيلا للمقصود وروى أن سالما قال للحجاج إن كنت تريد أن تصيب السنة فاقصر الخطبة وعجل الصلاة فقال ابن عمر صدق رواه البخاري ولو تطوع بينهما كره له ذلك وأعاد الأذان خلافا لما روى عن محمد رحمه الله لأن الاشتغال بالتطوع أو بعمل آخر يقطع فور الأذان الأول فيعيده للعصر ولو لم يخطب جازت الصلاة لأنها ليست بشرط بخلاف خطبة الجمعة وقوله بشرط الإمام والإحرام يعني يجوز الجمع بين الظهر والعصر بشرط أن يصليهما مع الإمام وهو محرم حتى لو صلاهما أو صلى أحدهما منفردا أو غير محرم لم يجز له الجمع والمراد بالإحرام إحرام الحج ثم قيل لا بد من الإحرام قبل الزوال ليجوز الجمع وإن لم يكن محرما قبل الزوال وأحرم بعده لم يجز له الجمع لأن الجمع على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع والصحيح أنه يكتفي بالتقديم على الصلاتين لحصول المقصود ومن شرطه أن تكون صلاة الظهر صحيحة حتى لو تبين فسادها بعدما صلاهما أعاد الظهر والعصر جميعا لأن جواز تقديم العصر على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به الشرع وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر تراعى هذه الشرائط في العصر خاصة لأنه المغير عن وقته قلنا التقديم على خلاف القياس ثبت جوازه بالشرع إذا كان مرتبا على ظهر مؤداة بهذه الشرائط فيقتصر عليه بخلاف الجمع الثاني وهو الجمع بالمزدلفة لأن المغرب مؤخر عن وقته فلا تراعى فيه الشرائط وعند أبي يوسف ومحمد لا يشترط إلا الإحرام في حق العصر حتى قالا يجوز للمنفرد أن يجمع بينهما لأن جواز الجمع للحاجة إلى امتداد الوقوف والمنفرد يحتاج إليه قلنا المحافظة في الوقت فرض بالنص فلا يجوز تركه إلا فيما ورد النص به ولا نسلم أن جواز التقديم لحاجة امتداد الوقوف بل لصيانة الجماعة لأنه يعسر عليهم الاجتماع بعد ما تفرقوا في الموقف وهذا لأن الصلاة لا تنافي الوقوف ألا ترى أن الاشتغال بعمل آخر كالنوم والأكل لا ينافيه فعلم بذلك أن التقديم لما ذكرنا لا لأجل الامتداد وعلى هذا الخلاف جواز الجمع للإمام وحده فعنده لا يجوز وعندهما يجوز ولو نفروا عنه بعد الشروع جاز له الجمع واختلفوا فيما إذا نفروا عنه قبل الشروع على قوله فوجه الجواز الضرورة إذ لا يقدر أن يجعل غيره مقتديا به والمراد بالإمام هو الإمام الأعظم أو نائبه ولو مات الإمام وهو الخليفة جمع نائبه أو صاحب شرطته لأن النواب لا ينعزلون بموت الخليفة ولو لم يكن له نائب ولا صاحب شرطة صلوا كل واحدة منهما في وقتها عنده لما بينا ولو أحدث الإمام في الظهر فاستخلف غيره جمع المستخلف بينهما لأنه قائم مقامه وهما كصلاة واحدة ولو جاء الإمام بعدما فرغ الخليفة العصر صلى العصر في وقتها ولا يجوز له الجمع لما ذكرنا ولو أحدث بعد الخطبة قبل أن يشرع في الصلاة فاستخلف من لم يشهد الخطبة جاز ويجمع بين الصلاتين قال رحمه الله (ثم إلى الموقف وقف بقرب الجبل) أي ثم رح إلى الموقف وقف بقرب الجبل عند الصخرات السود الكبار بأسفل الجبل وهو الجبل الذي بوسط أرض عرفات يقال له إلال على وزن هلال لأنه عليه الصلاة والسلام وقف في ذلك الموضع والجبل يسمى جبل الرحمة والموقف الموقف الأعظم فيقف الإمام بموقف النبي صلى الله عليه وسلم والناس خلفه واقفون مستقبلين القبلة رافعي أيديهم بالدعاء باسطين إلى السماء متضرعين متخشعين والوقوف على الراحلة أفضل اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم ثم الوقوف قائما قال رحمه الله (وعرفات كلها موقف إلا بطن عرنة) لقوله عليه الصلاة والسلام عرفات كلها موقف وارتفعوا عن بطن عرنة والمزدلفة كلها موقف وارتفعوا

لو صلاهما أو صلى أحدهما منفردا الخ) قال في الغاية ولو أدرك شيأ من كل واحدة منهما مع الإمام جاز له الجمع اه ﴿فرع﴾ قال في الغاية ثم إن اتفق يوم عرفة يوم الجمعة لا يصلى فيها الجمعة اتفاقا وما حكت المالكية من المناظرة بين القاضي أبي يوسف ومالك بين يدي هرون الرشيد لا أصل لها لأن أبا يوسف لا يرى الجمعة في القرى فكيف كان يرى الجمعة في البراري وحكى القرطبي عن أبي حنيفة وأبي يوسف جواز الجمعة بعرفات وهو غلط اه (قوله والمراد بالإمام هو الإمام الأعظم أو نائبه) أي حتى لو صلى الظهر مع غير الإمام الأعظم لا يجوز الجمع عند أبي حنيفة كما في المنفرد اه كاكي (قوله في المتن وقف بقرب الجبل) قال في الفتح واعلم أن أول وقت الوقوف إذا زالت الشمس ويمتد إلى طلوع فجر يوم النحر فالوقوف قبل ذلك وبعده عدم والركن ساعة من ذلك والواجب أن وقف نهارا مده إلى الغروب أو ليلا فلا واجب فيه (قوله والوقوف على الراحلة أفضل) أي للإمام وكذا هو في مختصر القدوري ومتن الهداية وفتاوى قاضيخان وعلل له أبو نصر الأقطع بأن الناس عن يقتدون بالإمام في الدعاء فإذا وقف على ناقته كان أبلغ في مشاهدته وأمكن للاقتداء به اه قال في الهداية وينبغي للإمام أن يقف بعرفة على راحلته لأنه عليه الصلاة والسلام وقف على ناقته وإن وقف على قدميه جاز والأول أفضل لما بينا اه

عن بطن محسر وشعاب مكة كلها منحر رواه البخاري وعليه اجماع المسلمين فيكون حجة على مالك في تجويزه
الوقوف ببطن عرنة وايجاب الدم عليه قال رحمه الله (حامدا مكبرا مهللا ملبيا مصليا داعيا) أي قف حامدا
لله تعالى ومهللا مكبرا ملبيا ساعة بعد ساعة وتدعو الله تعالى بحاجتك لقوله صلى الله عليه وسلم أفضل الدعاء
دعاء يوم عرفة وأفضل ما قلته أنا والنبيون من قبلي لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد يحيي ويميت
وهو حي لا يموت بيده الخير وهو على كل شئ قدير رواه مالك والترمذي وأحمد وغيرهم وكان عليه الصلاة
والسلام يجتهد في الدعاء في هذا الموقف حتى روى أنه عليه الصلاة والسلام دعا عشية عرفة لامته
بالمغفرة فاستجيب له الا في الدماء والمظالم ثم أعاد الدعاء بالمزدلفة فأجيب حتى الدماء والمظالم أخرجه ابن
ماجه وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله تطول على أهل عرفة فيباهي بهم الملائكة فقال
انظروا الى عبادي شعثا غبرا أقبلوا يضربون الي من كل فج عميق فاشهدوا أني غفرت لهم الا التبعات التي
بينهم قال ثم ان القوم أفاضوا من عرفات الى جمع فقال يا ملائكتي انظروا الى عبادي وقفوا وعادوا في
الطلب والرغبة والمسئلة اشهدوا أني قد وهبت مسيئهم لمحسنهم وتحملت التبعات التي بينهم رواه أبوذر
الهروي ويلبي ساعة بعد ساعة وعليه أهل العلم وقال مالك يقطع التلبية اذا زاغت الشمس من يوم عرفة
لان عليا رضي الله عنه قطعه فيه وادعوا أنه مذهب أبي بكر وعمر وعثمان وعائشة ولنا ما روينا من حديث
ابن مسعود وحديث الفضل بن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة
رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما وعن ابن عباس وأسامة أنهما قالا لم يزل رسول الله صلى الله عليه وسلم يلبي
حتى رمى جمرة العقبة متفق عليه وذكر في المحلى أن أبا بكر كان يلبي حتى رمى جمرة العقبة وكذا عمر وعلي
فلم يصح النقل عنهم وذكر الطحاوي أن من قطع التلبية عند الرواح الى عرفة لم يكن قطعه لانتهاء وقت
التلبية ولكن كانوا يأخذون في غيرها من الذكر كالتكبير والتهليل وغير ذلك ولان التلبية في الاحرام
كالتكبير في الصلاة على ما تقدم فيأتي بها الى آخر جزء من الافعال في الاحرام ثم يدعو الله تعالى بحاجته
عما بدا له من الدعوات رافعا يديه لانه عليه الصلاة والسلام كان يجتهد فيه وقال ابن عباس رأيت
رسول الله صلى الله عليه وسلم بعرفات يدعو ويداه الى صدره كاستطعام المسكين رواه أبوذر ويقول
اللهم اجعل في بصري نورا وفي سمعي نورا واجعلني ممن تباهي به ملائكتك اللهم اشرح لي صدري
ويسر لي أمري اللهم انك تسمع كلامي وترى مكاني وتعلم سري وعلانيتي ولا يخفى عليك شئ من أمري
أنا البائس الفقير المستغيث المستجير المغرور أسألك مسئلة المسكين وأبتهل اليك ابتهال المذنب
الذليل وأدعوك دعاء الخائف الحقير ومن خضعت لك رقبته وفاضت لك عيناه ورغم لك أنفه ولا تجعلني
بدعائك رب شقيا وكن بي رؤفا رحيما يا خير مسؤل ويا أكرم مأمول ويختار من الدعاء ما شاء ويكثر من
التهليل والتكبير والتحميد والتلبية وتعظم الرغبة الى الله تعالى ويقول اللهم اني أسألك أن تغفر لي
ما تقدم من ذنبي وتعصمني فيما بقي من عمري وتفتح لي أبواب طاعتك وتغلق عني أبواب معصيتك وتحفظني
من بين يدي ومن خلفي وعن يميني وعن شمالي ومن فوقي ومن تحتي وتلبسني ثياب التقوى والعافية
أبدا ما أبقيتني وترحمني اذا توفيتني وتجعلني ممن يكتسب المال من حله وينفقه في سبيلك يا فاطر السموات
والارض ضجت لك الاصوات بصنوف اللغات يسألونك الحاجات وحاجتي أن تغفر لي وترحمني في دار
البلاء اذا نسيني الاهل والاقربون اللهم اليك خرجنا وبفنائك أنخنا واياك قصدنا وما عندك طلبنا
ولاحسانك تعرضنا ورحمتك رجونا ومن عذابك أشفقنا ولبيتك الحرام حججنا يا من يملك حوائج
السائلين ويعلم ما في ضمائر الصامتين اللهم انا أضيافك ولكل ضيف قرى فاجعل قرانا منك الجنة
ولكل سائل عطية ولكل راج ثواب ولكل متوسل اليك عفو يا عفو وقد وفدنا الى بيتك الحرام ووقفنا
بهذه المشاعر العظام وشاهدنا هذه المشاهد الكرام رجاء لما عندك فلا تخيب رجاءنا واعف عنا واغفر
لنا وارحمنا وتجاوز عنا وأعتق رقابنا من النار اللهم صل على محمد النبي الامي البشير النذير السراج

(قوله فأجيب حتى الدماء والمظالم) أي بالرفع فيهما اه كاكي والمظالم جمع مظلمة وهو الظلم أو اسم للمأخوذ ظلما يعني استجيب دعاؤه في الدماء والمظالم أيضا والاصل أن لا يستجاب لتعلق حقوق العباد بها قيل في جوابه رضي الله عنه الخصوم بالازدياد في مثوباتهم حتى تركوا خصوماتهم فيهما واستوجبوا المغفرة اه كاكي (قوله لم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة) وزاد ابن ماجه فيه فلما رماها قطع التلبية اه كمال (قوله ولان التلبية في الاحرام الخ) قال الكمال والوجه الذي ذكره المصنف من المعنى يقتضي أن لا يقطع الا عند الحلق لان الاحرام باق قبله والاولى أن يقول فيأتي بها الى آخر الاحوال المختلفة في الاحرام فانها كالتكبير وآخره مع القعدة لانها آخر الاحوال اه

*(ذكر ما جاء في وقفة الجمعة فائدة) لو قال لامرأته أنت طالق في أفضل الايام تطلق يوم عرفة وقيل يوم الجمعة لقوله صلى الله عليه وسلم خير يوم طلعت عليه الشمس يوم الجمعة والاصح أنها تطلق يوم عرفة فيحمل حديث يوم الجمعة على أنه أفضل أيام الاسبوع ما لم يكن فيها يوم عرفة توفيقا بينهما اه شرح المشارق لابن فرشتا في خامس باب

(قوله رواه رزين) قال شيخ الاسلام الحافظ ابن حجر رحمه الله فى شرح البخارى فى تفسير المائدة عند قول البخارى باب قوله اليوم أكملت لكم دينكم فى أثناء كلامه مانصه وأما ماذكره رزين فى جامعه مرفوعا خير يوم طلعت فيه الشمس يوم عرفة وافق يوم جمعة وهو أفضل من سبعين حجة فى غيرها فهو حديث لاأعرفه لانه لم يذكر صحابيه ولا من خرجه بل أدرجه فى حديث الموطا الذى ذكره مرسلا عن طلحة ابن عبيد الله بن جرير وليست الزيادة فى شئ من الموطات اه قال فى الديباج المذهب لابن فرحون رزين بن معاوية بن عمار أبو الحسن العبدرى الاندلسى السرقسطى جاور بمكة أعواما وحدث بها عن أبى مكتوم عيسى بن أبى ذر الهروى وغيره ذكره السلفى وقال شيخ عالم ولكنه نازل الاسناد وله تآليف منها كتاب جمع فيه مافى الصحاح الخمسة والموطا وكتاب فى أخبار مكة وقال ابن بشكوال كان رجلا صالحا فاضلا عالما بالحديث وغيره توفى بمكة سنة خمس وعشرين وقيل سنة خمس وثلاثين وخمسمائة اه وقد وقفت على جزء مسمى باللمعة فى الكلام على مزية وقفة يوم الجمعة تأليف الشيخ الامام العالم العامل العلامة تاج الدين عمر الاسكندرى اللخمى المالكى الشهير بابن الفاكهانى تغمده الله برحمته ونفعنا ببركته قال فى ديباجته أما بعد حمد الله تعالى والثناء عليه بما هو أهله والصلاة والسلام على رسوله محمد صلى الله عليه وسلم فان جماعة تكرر سؤالهم عن مزية وقفة الجمعة على غيرها من سائر الايام وقصدوا الجواب عن ذلك مبينا فقلت وبالله التوفيق والاعانة لارب سواه ولا معبود حاشاه المزية من ذلك من خمسة أوجه (الاول) أنها وقفة رسول الله صلى الله عليه وسلم وكانت فى السنة العاشرة وهى حجة الوداع ولم يحج بعد الهجرة سواها وحج الفرض حجتين وفيها مات ابراهيم ابن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى يوم عرفة عشية الجمعة نزل على رسول الله صلى الله عليه وسلم اليوم أكملت لكم دينكم ومعلوم قطعا أن الله سبحانه وتعالى انما يختار لرسول الله صلى الله عليه وسلم الافضل (٣٦) كما اختاره صلى الله عليه وسلم من خير خلقه واختار له خير الامم قال تعالى كنتم خير أمة أخرجت للناس واختار له منها خير أصحابه وأنزل عليه خير الكتب وهو القرآن العظيم (الوجه الثانى) أن الاعمال تشرف بشرف الازمنة كما تشرف بشرف الامكنة ويوم الجمعة أفضل أيام الاسبوع ثبت فى صحيح مسلم عن أبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال خير يوم طلعت فيه الشمس يوم الجمعة فيه خلق آدم وفيه أدخل الجنة وفيه أخرج منها ولا تقوم الساعة الا فى يوم الجمعة زاد مالك رحمه الله فى الموطا وأبو داود وغيرهما بأسانيد على شرط البخارى ومسلم وفيه تيب عليه وفيه مات ومامن دابة الا وهى مصيخة يوم الجمعة من حين تصبح حتى تطلع الشمس شفقا من الساعة الا الجن والانس (قلت) مصيخة بالخاء المعجمة وفى أبى داود مسيخة بالسين أى مصغية مستمعة قال القاضى أبو بكر بن العربى رحمه الله فى كتاب الجمعة من شرح الترمذى كون الخير المتناهى فى الاشخاص والامكنة والازمنة ولله تعالى أن يفضل ماشاء ويقدمه على غيره فخير الاشخاص محمد صلى الله عليه وسلم وخير الامم أمته وخير البقاع مكة والمدينة على اختلاف وخير الازمنة يوم الجمعة وخير ساعاتها الساعة التى يستجاب فيها الدعوة اه وعظمت اليهود يوم السبت لما كان تمام الخلق فيه فظنت أن ذلك يوجب له فضيلة وعظمت النصارى يوم الاحد لما كان بدء الخلق فيه وكل ذلك بحكم عقولهم وهدى الله هذه الامة المحمدية لسبب الاتباع فعظمت ماعظم الله وقد قيل إنه وصى عليه الصلاة والسلام أمرهم بالجمعة وفضلها فناظروه فى ذلك وخالفوه واعتقدوا أن السبت أفضل فأوحى الله تعالى اليه دعهم وما اختاروا وكان يوم الجمعة من الايام المعظمة فى الجاهلية والاسلام ولم تزل الانبياء يخبرون أن الله سبحانه وتعالى عظمه من حيث ان فيه تمام الخلق وكمال الزيادة فهو أحد الاسباب التى اختص بها واقتضت تشريفه قال مجاهد فى قوله تعالى خلق السموات والارض فى ستة أيام قال أولها الاحد وآخرها الجمعة فلما اجتمع خلقها يوم الجمعة جعله الله عيدا للمسلمين ومما يدل على تفضيل يوم الجمعة ماروى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال أتيت بمرآة فيها نكتة سوداء وفى رواية بيضاء فقلت ياجبريل ماهذه المرآة قال هذه يوم الجمعة قلت ماهذه النكتة قال هذه الساعة التى فى يوم الجمعة قال بعض العلماء السر فى كونها سوداء هو ابهامها والتباس عينها وبياضها على مقتضى الرواية الاخرى تنبيه على شرفها وخصوصيتها من حيث ان البياض أشرف الالوان وكان الجمعة من الايام المعظمة فى الجاهلية والاسلام كما تقدم اه

المنير الطيب الطاهر المبارك وعلى آله الطيبين الطاهرين وسلم تسليما كثيرا ربنا آتنا فى الدنيا حسنة وفى الآخرة حسنة وقنا عذاب النار ويجتهد أن يقطر من عينيه قطرات من الدمع فانه دليل القبول ويدعو لابويه وأهله واخوانه وأصحابه ومعارفه وجيرانه ويلح فى الدعاء مع قوة الرجاء للاجابة ولا يقصر فيه فان هذا اليوم لايمكنه تداركه لاسيما اذا كان من الآفاق وهو مجمع عظيم وموقف جليل يجتمع فيه خيار عباد الله المخلصين وخاصته المقربين من الاولياء والاخيار والابدال وهو مقام الخوف وأعظم مجامع الدنيا وعن الفضيل أنه نظر الى بكاء الناس بعرفة فقال أرأيتم لو أن هؤلاء صاروا الى رجل فسألوه دانقا أكان يردهم قالوا لا قال والله للمغفرة عند الله أهون من اجابة رجل بدانق ويحذر كل الحذر من المخاصمة والمشاتمة والمنافرة والكلام القبيح فيه ۞ ذكر ماجاء فى وقفة الجمعة عن طلحة بن عبيد الله أنه عليه الصلاة والسلام قال أفضل الايام يوم عرفة اذا وافق يوم جمعة وهو أفضل من سبعين حجة فى غير جمعة رواه رزين بن معوية فى تجريد الصحاح وذكر النووى فى مناسكه قيل اذا وافق يوم عرفة يوم جمعة غفر لكل

لكل أهل الموقف وينبغي للناس أن يقفوا بقرب الامام لانه يعلم فيسمعوا ويعوا ويكونوا وراءه ليكونوا مستقبلين القبلة وهذا بيان الافضلية لان عرفة كلها موقف على ما بينا ويستحب له أن يغتسل قبل الوقوف وهو سنة كالجمعة والعيد والاحرام ولو اكتفى بالوضوء جاز ثم اذا دنا وقت غروب الشمس من يوم عرفة يقول اللهم لا تجعل هذا آخر العهد من هذا الموقف وارزقنيه أبدا ما أبقيتني واجعلني اليوم مفلحا منجحا مرحوما مستجاب الدعاء مغفورا الذنوب واجعلني من أكرم وفدك وأعطني أفضل ما أعطيت أحدا منهم من النعمة والرضوان والتجاوز والغفران والرزق الواسع الحلال وبارك لي في جميع أموري وما أرجع اليه من أهل ومال وولد ويصلي على النبي محمد صلى الله عليه وسلم قال رحمه الله (ثم الى مزدلفة بعد الغروب) أي ثم رح الى مزدلفة بعد غروب الشمس لحديث علي أنه عليه الصلاة والسلام دفع حين غابت الشمس رواه أبو داود وغيره وقال صحيح وفي حديث جابر لم يزل واقفا حتى غربت الشمس وذهبت الصفرة قليلا الحديث رواه مسلم وقال أسامة فلما وقعت الشمس دفع رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود ولان فيه اظهار مخالفة المشركين لانهم كانوا يدفعون منها والشمس على الجبال كعمائم الرجال في وجوههم والافضل أن يمشي على هينته واذا وجد فرجة أسرع لما روى أسامة بن زيد أنه عليه الصلاة والسلام حين أفاض من عرفات كان يسير العنق فاذا وجد فجوة نص متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام أنه لما أفاض من عرفات رأى أصحابه يتسارعون في السوق والمشي فقال ليس البر في ايجاف الخيل ولا في ايضاع الابل عليكم بالسكينة والوقار ولان الاسراع من الكل يؤدي الى الايذاء وقال عمر بن عبد العزيز في خطبته يوم عرفة ليس السابق من سبق بعيره وفرسه ولكن السابق من غفر له فان خاف الزحام فدفع قبل الامام ولم يجاوز حدود عرفة أجزأه لانه لم يفض من عرفة اذا لم يخرج منها قبل الغروب والافضل أن يقف في مكانه كيلا يكون آخذا في الايذاء وهو الافاضة قبل أوانه وكيلا يكون مخالفا للسنة ولو مكث قليلا بعد الغروب وبعد دفع الامام لخوف الزحام أو لغيره من الاسباب فلا بأس به لما روي عن عائشة رضي الله عنها انها دعت بشراب فأفطرت بعد افاضة الامام خرجه سعيد بن منصور وان تأخر الامام أفاض الناس لان الامام أخطأ السنة ويكون طريقه الى المزدلفة على المأزمين بين العلمين دون طريق الضب ويكبر ويهلل ويحمد ويلبي ساعة فساعة ويقول عند دفعه من عرفات اللهم اليك أفضت ومن عذابك أشفقت واليك رغبت فاخلفني فيما تركت وانفعني بما علمتني يا أرحم الراحمين ويكثر من الاستغفار في طريقه الى المزدلفة ومن عرفات الى المزدلفة فرسخ ومن المزدلفة الى منى فرسخ ومن منى الى مكة فرسخ والفرسخ ثلاثة أميال ويستحب له أن يدخل المزدلفة ماشيا تعظيما لها ويقول عند دخولها اللهم ان هذا جمع أسألك أن ترزقني فيه جوامع الخير كله فانه لا يعطيها غيرك اللهم رب المشعر الحرام ورب زمزم والمقام ورب البيت الحرام ورب البلد الحرام ورب الشهر الحرام ورب الركن والمقام ورب الحل والحرم والمعجزات العظام أسألك أن تبلغ روح محمد صلى الله عليه وسلم أفضل السلام وأن تصلح لي ديني وذريتي وتغفر ذنبي وتشرح صدري وتطهر قلبي وترزقني الخير الذي سألتك أن تجمعه لي في قلبي وأن تقيني جوامع الشر انك ولي ذلك والقادر عليه قال رحمه الله (وانزل بقرب جبل قزح) لانه هو الموقف فينزل عنده ولا ينزل على الطريق كيلا يضيق على المارة ولا ينفرد عن الناس في النزول لما ذكرنا في النزول في عرفات قال رحمه الله (وصل بالناس العشاءين بأذان واقامة) وقال زفر بأذان واقامتين واختاره الطحاوي لحديث جابر انه عليه الصلاة والسلام صلاهما بأذان واقامتين رواه مسلم ولانهما فرضان صلاهما في وقت واحد فيقيم لكل واحد منهما اعتبارا بالجمع الاول وبالقضاء لانه أقل ما يكتفى به في القضاء ولنا حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام أذن للمغرب بجمع فأقام ثم صلى العشاء بالاقامة الاولى قال ابن حزم رواه مسلم والفرق بينه وبين الجمع الاول أن العشاء في وقته والقوم حضور فلا يفرد بالاقامة والعصر بعرفة في غير وقته لانه مقدم على وقته فلا بد له من الاعلام بها

(قوله كان يسير العنق) العنق بفتحتين سير سهل في سرعة ليس بالشديد والنص رفع السير اه من خط الشارح (قوله فاذا وجد فجوة) الفجوة الفرجة بين المكانين ويروى فرجة اه غاية (قوله فقال ليس البر في ايجاف الخيل) الايجاف من الوجيف وهو نوع سير من سير الخيل اه من خط الشارح (قوله ولا في ايضاع الابل) الايضاع الاسراع في السير اه غاية (قوله فدفع قبل الامام) أي وقبل الغروب اه فتح (قوله ولم يجاوز حدود عرفة) قيد به لانه لو جاوزها قبل الامام وقبل الغروب وجب عليه دم وحاصله أنه اذا دفع قبل الغروب وان كان لحاجة بأن ند بعيره فتبعه ان جاوز عرفة بعد الغروب فلا شيء عليه وان جاوز قبله فان لم يعد أصلا أو عاد بعد الغروب لم يسقط الدم وان عاد قبله فدفع مع الامام بعد الغروب سقط على الصحيح لانه تداركه في وقته اه فتح القدير (قوله ويستحب له أن يدخل المزدلفة) أي ويغتسل بالليل للوقوف والعيد اه غاية (قوله في المتن وصل بالناس العشاءين) أي ولا يشترط الجماعة لهذا الجمع اجماعا اه (قوله بأذان واقامة) أي في وقت العشاء اه كافي

ولا يتطوع بينهما لانه عليه الصلاة والسلام لم يتطوع بينهما متفق عليه ولو تطوع أو تشاغل بشئ آخر بينهما أعاد الاقامة لحديث ابن مسعود رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام صلى الصلاتين كل واحدة وحدها بأذان واقامة والعشاء بينهما رواه البخاري قال رحمه الله (ولم تجز المغرب في الطريق) أي لو صلى المغرب في طريق المزدلفة لم تجز وكذا لو صلاها في عرفات وقال أبو يوسف تجوز لانه صلاها في وقتها المعهود ألا ترى انه وقت لها في حق من لم يدفع الى المزدلفة ولهذا لو طلع الفجر لا يؤمر بالاعادة ولو كان في غير الوقت لوجب الا انه أخطأ لتركه السنة المتوارثة ولنا حديث أسامة بن زيد ان رسول الله صلى الله عليه وسلم دفع من عرفة حتى اذا كان بالشعب نزل فبال وتوضأ ولم يسبغ الوضوء قلت الصلاة يا رسول الله فقال الصلاة أمامك فركب فلما جاء المزدلفة نزل فتوضأ فأسبغ الوضوء الحديث رواه البخاري ومسلم ومعناه وقتها أمامك اذ نفسها لا توجد قبل ايجادها وعند ايجادها لا تكون أمامه وقيل معناه المصلى أمامك أي مكان الصلاة وروى الاثرم عن ابن الزبير أنه قال اذا أفاض الامام فلا صلاة الا بجمع وهذا يدل على أن التأخير واجب وانما وجب ليمكنه الجمع بين الصلاتين بالمزدلفة وكان عليه الاعادة ما لم يطلع الفجر ليصير جامعا بينهما فاذا طلع الفجر لا يمكنه الجمع فسقطت الاعادة وعن أبي حنيفة اذا ذهب نصف الليل سقطت الاعادة لذهاب وقت الاستحباب وعلى هذا الخلاف لو صلى العشاء في الطريق أو في عرفة بعدما دخل وقتها ولو خشي طلوع الفجر قبل ان يصل المزدلفة فصلاهما في الطريق جاز وينبغي له ان يحيي هذه الليلة بالصلاة والقراءة والذكر والدعا والتضرع فانها ليلة العيد جامعة لانواع الفضل من الزمان والمكان وجلالة أهل الجمع وهم وفد الله تعالى وخير عباده ومن لا يشقى بهم جليسهم قال رحمه الله (ثم صل الفجر بغلس) لما روينا من حديث ابن مسعود أنه عليه الصلاة والسلام صلاها يومئذ بغلس وهو متفق عليه ولان في التغليس دفع حاجة الوقوف فيجوز كتقديم العصر بعرفة بل أولى لانه في وقته قال رحمه الله (ثم قف مكبرا مهللا ملبيا مصليا على النبي صلى الله عليه وسلم داعيا بحاجتك وقف على جبل قزح ان أمكنك والا فبقرب منه) لما روى جابر انه عليه الصلاة والسلام أتى المزدلفة فصلى بها المغرب والعشاء بأذان واحد واقامتين ولم يسبح بينهما شيئا ثم اضطجع حتى طلع الفجر فصلى الفجر حين تبين له الصبح بأذان واحد واقامة ثم ركب القصواء حتى أتى المشعر الحرام فاستقبل القبلة فدعا الله وكبره وهلله ووحده فلم يزل واقفا حتى أسفر جدا فدفع قبل أن تطلع الشمس حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا ثم سلك الطريق الوسطى التي تخرج الى الجمرة الكبرى حتى أتى الجمرة التي عند الشجرة فرماها بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة منها مثل حصى الخذف رمى من بطن الوادي ثم انصرف الى المنحر رواه مسلم وقال العباس بن مرداس انه عليه الصلاة والسلام دعا لامته عشية عرفة بالمغفرة فأجيب بأني قد غفرت لهم ما خلا المظالم فاني آخذ للمظلوم منه قال أي رب ان شئت آتيت المظلوم من الخير وغفرت للظالم فلم يجب عشيته فلما أصبح بالمزدلفة أعاد الدعاء فأجيب الى ما سأل وفيه قال ان عدو الله ابليس لما علم أن الله قد استجاب دعائي وغفر لامتي أخذ التراب

(قوله أو تشاغل) أي سوى بين التطوع والتشاغل بشئ آخر في اعادة الاقامة وهو يوافق ما ذكر في المبسوط ولكن أشير في مبسوط الاسبيجابي الذي اختصره من مبسوط البزدوي أنها في التطوع والى اعادة الاذان والاقامة في التعشي وغيره فقيل قال زفر يعيدهما فيه لانه وقع الفصل به فيفرد الثانية بهما كما اذا صلى بالتعشي اهـ كاكي (قوله أعاد الاقامة) أي لوقوع الفصل وكان ينبغي أن يعيد الاذان كما في الجمع الاول الا أنا اكتفينا باعادة الاقامة لما روي أن النبي عليه الصلاة والسلام صلى المغرب بمزدلفة ثم تعشى ثم أفرد الاقامة للعشاء كذا في الهداية قال في الفتح الاصل لهذا الحديث عن رسول الله صلى الله عليه وسلم بل هو في البخاري عن ابن مسعود أنه فعله وكذا أخرجه ابن أبي شيبة عنه ولفظه قال فلما اتى جمعا أذن وأقام فصلى المغرب ثلاثا ثم تعشى ثم أذن وأقام فصلى العشاء ركعتين اهـ (قوله والعشاء بينهما) قال السروجي لكن ظاهره باعادة الاذان والاقامة اهـ وكتب ما نصه يشكل على هذا أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يحج الا حجة واحدة فكيف التوفيق بين الحديثين ويمكن أن يحمل حديث ابن مسعود على ما نقل أنه صلى الله عليه وسلم حج حجة بمكة قبل الهجرة اهـ (قوله لو صلى المغرب في طريق المزدلفة لم تجز) قال في الغاية قلت سقوط اعادتها بطلوع الفجر دليل على أنها لم تقع فاسدة في الطريق أو بعرفة أو بالمزدلفة قبل دخول وقت العشاء وتأويل الاصحاب الحديث بمعنى وقت الصلاة أمامك يدل على وقوعها فاسدة كما لو صلاها قبل غروب الشمس وهذا سؤال قوي اهـ (قوله وعند ايجادها لا تكون أمامه) أي بل تكون وراءه اهـ (قوله ما لم يطلع الفجر) أي وقد يقال مقتضاه أي حديث اسامة وجوب الاعادة مطلقا لانه أداها قبل وقتها الثابت بالحديث فتعليله بانه للجمع فاذا فات سقطت الاعادة تخصيص للنص بالمعنى المستنبط منه ومرجعه الى تقديم المعنى على النص وكلمتهم على أن العبرة في المنصوص عليه لعين النص لا لمعنى النص لا يقال لو أجريناه على اطلاقه أدى الى تقديم الظني على القاطع لانا نقول لو قلنا بافتراض ذلك لكان الحكم بالاجزاء ونوجب اعادة ما وقع مجزيا شرعا مطلقا ولا بدع في ذلك فهو نظير وجوب اعادة صلاة أديت مع كراهة التحريم حيث يحكم باجزائها وتجب اعادتها مطلقا اهـ فتح القدير (قوله وعلى هذا الخلاف لو صلى العشا في الطريق) أي لانها مرتبة على المغرب فاذا لم تجز المغرب فما رتب عليه أولى اهـ كاكي

فجعل يحثو على رأسه ويدعو بالويل والثبور خرجه ابن ماجه وغيره ثم يجتهد ويدعو الله تعالى أن يتم مراده وسؤله في هذا الموقف كما أتم لمحمد صلى الله عليه وسلم ويقول في دعائه اللهم أنت خير مطلوب وخير مرغوب اللهم إن لكل وفد جائزة وقرى فاجعل قراي في هذا المكان قبول توبتي والتجاوز عن خطيئتي وأن تجمع على الهدى أمري اللهم بحت لك الاصوات بالحاجات وأنت تسمعها ولا يشغلك شأن عن شأن وحاجتي أن لا تضيع تعبي ونصبي وأن لا تجعلني من المحرومين اللهم لا تجعله آخر العهد من هذا الموقف الشريف وارزقني ذلك أبدا ما أبقيتني فاني لا أريد الا رحمتك ولا أبتغي الا رضاك واحشرني في زمرة المخبتين والمتبعين لامرك والعاملين بفرائضك التي جاء بها كتابك وحث عليها رسولك عليه الصلاة والسلام قال رحمه الله (وهي موقف الا بطن محسر) أي المزدلفة كلها موقف الا بطن محسر لما روينا ثم وقت الوقوف فيها من حين طلوع الفجر الى أن يسفر جدا فاذا طلعت الشمس خرج وقته ولو وقف فيها في هذا الوقت أو مر بها جاز كما في الوقوف بعرفة وقبله أو بعده لا يجوز والمبيت بالمزدلفة سنة وقال مالك واجب وهو أحد قولي الشافعي والوقوف بالمزدلفة واجب وقال مالك سنة وقال الليث بن سعد ركن لقوله تعالى فاذا أفضتم من عرفات فاذكروا الله عند المشعر الحرام ولحديث عروة أنه عليه الصلاة والسلام قال من وقف معنا هذا الموقف وقد كان أفاض من عرفات قبل ذلك فقد تم حجه علق به تمام الحج وهو آية الركنية ولنا أن سودة استأذنت النبي صلى الله عليه وسلم أن تفيض بليل فأذن لها متفق عليه ولو كان ركنا لما جاز تركه كالوقوف بعرفة وعن ابن عباس أنه قال أنا ممن قدم النبي صلى الله عليه وسلم ليلة المزدلفة في ضعفة أهله رواه الجماعة وما تلاه لا يشهد له لان المذكور فيه الذكر وهو ليس بواجب بالاجماع ثم قال ابن عمر رضي الله عنهما المشعر الحرام هي المزدلفة كلها وفي حديث علي وجابر المشعر الحرام هو قزح ولو كان المشعر الحرام المزدلفة كلها لقال في المشعر الحرام ولم يقل عند المشعر الحرام وقال الكرماني الاصح أنه في المزدلفة لا عين المزدلفة وسميت مزدلفة لاجتماع الناس فيها والازدلاف الاجتماع قال الله تعالى وأزلفنا ثم الآخرين أي جمعناهم وقيل لاجتماع آدم وحواء عليهما السلام فيها وقيل لاقتراب الناس فيها من منى والازدلاف الاقتراب ومنه قوله تعالى وإن له عندنا لزلفى وسميت جمعا لاجتماع الناس فيها وقيل للجمع فيها بين صلاتين وسمي المحسر محسرا لان فيل أصحاب الفيل حسر فيه أي أعيا وكل قال رحمه الله (ثم الى منى بعد ما أسفر) أي ثم رح الى منى بعد ما أسفر جدا لما روينا من حديث جابر ولما روى عمر رضي الله عنه أنه قال كان أهل الشرك والاوثان ينفرون من هذا المقام بعد طلوع الشمس على رؤس الجبال وكانوا يقولون أشرق ثبير كيما نغير فخالفهم النبي صلى الله عليه وسلم فأفاض من قبل طلوع الشمس رواه الجماعة الا مسلما ولو دفع بليل لعذر به من ضعف أو علة جاز ولا شيء عليه لما روينا ولما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام

(قوله ويدعو بالويل والثبور) الويل الحزن والمشقة الى الهلاك والثبور الهلاك اهـ من خط الشارح (قوله في المتن الا بطن محسر) قال الكمال وليس وادي محسر من منى ولا من المزدلفة فالاستثناء في قوله ومزدلفة كلها موقف الا وادي محسر منقطع واعلم أن ظاهر كلام القدوري والهداية وغيرهما في قولهم مزدلفة كلها موقف الا وادي محسر وكذا عرفة كلها موقف الا بطن عرنة أن المكانين ليسا مكان وقوف فلو وقف فيهما لا يجزيه كالوقوف في منى سواء قلنا إن عرنة ومحسرا من عرفة ومزدلفة أولا وهكذا ظاهر الحديث الذي قدمنا تخريجه وكذا عبارة الاصل من كلام محمد ووقع في البدائع وأما مكانه يعني الوقوف بمزدلفة فجزء من أجزاء مزدلفة الا أنه لا ينبغي أن ينزل في وادي محسر وروى الحديث ثم قال ولو وقف به أجزأه مع الكراهة وذكر مثل هذا في بطن عرنة أعني قوله الا أنه لا ينبغي أن يقف في بطن عرنة لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن ذلك وأخبر أنه وادي الشيطان ولم يصرح فيه بالاجزاء مع الكراهة كما صرح به في وادي محسر ولا يخفى أن الكلام فيهما واحد وما ذكره غير مشهور من كلام الاصحاب بل الذي يقتضيه كلامهم عدم الاجزاء وأما الذي يقتضيه النظر إن لم يكن اجماع على عدم إجزاء الوقوف بالمكانين هو أن عرنة ووادي محسر ان كانا من مسمى عرفة والمشعر الحرام يجزي الوقوف فيهما ويكون مكروها لان القاطع أطلق الوقوف بمسماهما مطلقا وخبر الواحد منعه في بعضه فقيده والزيادة عليه بخبر الواحد لا تجوز فيثبت الركن بالوقوف في مسماهما مطلقا والوجوب في كونه في غير المكانين المستثنيين وان لم يكونا من مسماهما لا يجزي أصلا وهو ظاهر والاستثناء منقطع اهـ (قوله الى أن يسفر جدا) وفي المحيط حد محمد رحمه الله الاسفار فقال اذا لم يبق من طلوع الشمس الا مقدار ما يصلي فيه ركعتان دفع اهـ غاية (قوله لان المذكور فيه الذكر) أي دون الوقوف (قوله وهو ليس بواجب) أي حتى لو تركه لا شيء عليه لكن لما علق به تمام الحج صلح أن يكون واجبا اهـ غاية (قوله ولم يقل عند المشعر الحرام) كما اذا قلت أنا عند البيت لا تكون فيه اهـ غاية قال في الفتح وفي كلام الطحاوي أن للمزدلفة ثلاثة أسماء المزدلفة والمشعر الحرام وجمع اهـ (قوله لا عين المزدلفة) الظاهر في الكرماني بدل عين غير اهـ (قوله وسميت جمعا) بفتح الجيم وسكون الميم اهـ غاية (قوله أعيا وكل) أي عن المسير اهـ (قوله أشرق) يروى من أشرق اذا أضاء وشرق اذا طلع أي ادخل أيها الجبل في الشروق اهـ غاية (قوله ثبير) وهو جبل كبير من جبال منى اهـ (قوله كيما نغير) أي نسرع اهـ

(قوله في المتن بسبع حصيات) أي ويستحب أن يغسل الحصيات قبل أن يرميها ليتيقن طهارتها فانه يقام بها قربة ولو رمى بمتنجسة بيقين كره وأجزأه اهـ كمال قوله ويستحب أن يغسل الحصيات قال الكرماني ويكره أن يأخذ من موضع نجس لان الرمي قربة فيكره الاتيان به مع النجاسة وكذا كرهوا أن يأخذ من حصى المسجد لانها في موضع محفوظ عن الانجاس فيكره اخراجها الى موضع لا يحفظ من الانجاس اهـ وقوله فانه يقام بها قربة أي ولان منها يقع في يد ملك فيستحب طهارته اهـ غاية (قوله كحصى الخذف) وهو مثل حبة الباقلا وأصغر منها ومثل النواة اهـ غاية ﴿فائدة﴾ وفي مبسوط شيخ الاسلام انما يسمى جمرة لان ابراهيم عليه السلام لما أمر بذبح الولد جاء الشيطان يوسوسه فكان ابراهيم عليه السلام يرمي اليه الاحجار طردا له وكان يجمر بين يديه أي يسرع في المشي والاجمار الاسراع في المشي اهـ كاكي (٣٠) (قوله وقال هكذا رمى الذي أنزلت عليه سورة البقرة) قيل انما خص سورة البقرة لان معظم مناسك الحج مذكور فيها اهـ غاية (قوله في المتن واقطع التلبية الخ) قال اسحق بن راهويه والظاهرية انه يقطعها اذا رماها بسبع حصيات رجوعا الى ظاهر قوله حتى رمى جمرة العقبة قال ابن المنذر وغير جائز أن يقال رمى جمرة العقبة وانما رمى بعضها ويروى ثم قطع التلبية مع آخر حصاة وانما ما روى في حديث ابن عباس فلم يزل يلبي حتى رمى جمرة العقبة فقطعها عند أول حصاة رواه خليل في المناسك ولانه قد ثبت أنه كان يكبر مع كل حصاة فلا يلبي معها وقول ابن المنذر باطل لوجهين أحدهما أن الفعل لا عموم له فيصدق برميها جملة واحدة أنه رمى الجمرة والثاني قوله وغير جائز أن يقال رمى الجمرة الخ ظاهر الفساد لان الجمرة يرمى اليها بالحصى ولا قائل برمي الجمرة كلها بل الواجب أن يرمى الى جهة الجمرة بسبع حصيات ولا يشترط رمي كل الجمرة ولا بعضها وهو كلام بلا تأمل اهـ غاية ويأخذ

(قوله وقد ذكرنا تأويل من قطعها منهم) أي بعد قوله وعرفات كلها موقف اهـ (قوله ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة) قال الكرماني في مناسكه فان رمى سبع حصيات بمرة واحدة في احدى الجمار ان وقعت متفرقة على موضع الجمرات جاز لحصول الجمرة في سبعة مواطن كما لو جمع بين الاسواط في الحد بضربة واحدة وان وقعت على مكان واحد لا يجوز لفوات المقصود وقال مالك والشافعي وأحمد لا يجزيه الا عن حصاة واحدة كيفما كان ويرميها بستة أخرى لانه مأمور بالرمي بسبع مرات وقد رمى مرة واحدة وقال عطاء الاصم يجزيه كيفما كان وقال الحسن ان كان جاهلا أجزأه والا فلا اهـ وقول الزيلعي رحمه الله لو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة مخالف لما ذكره الكرماني وما ذكره الزيلعي ذكره في الهداية وقال الولوالجي رحمه الله ولو رمى سبعا رمية واحدة فكأنه رمى حصاة واحدة لانه مأمور بان يرمي سبع مرات وقد رمى مرة اهـ وقال في المجتبى ولو رمى سبع حصيات جملة فهي واحدة اهـ واعلم أن ما عزاه الكرماني رحمه الله

اذن لضعفة الناس أن يدفعوا بليل رواه أحمد ويستحب له أن يقول في دفعه اللهم اليك أفضت ومن عذابك أشفقت واليك توجهت ومنك رهبت اللهم تقبل نسكي وأعظم أجري وارحم تضرعي واستجب دعوتي ويصلي على النبي صلى الله عليه وسلم فاذا بلغ بطن محسر أسرع ان كان ماشيا وحرك دابته ان كان راكبا قدر رمية حجر لانه عليه الصلاة والسلام فعل ذلك فيما روينا من حديث جابر حتى أتى بطن محسر فحرك قليلا قال رحمه الله (فارم جمرة العقبة من بطن الوادي بسبع حصيات كحصى الخذف) لما روينا من حديث جابر ولما روى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه انتهى الى الجمرة الكبرى فجعل البيت عن يساره ومنى عن يمينه ورمى بسبع وقال هكذا رمى من أنزلت عليه سورة البقرة متفق عليه وعنه أنه عليه الصلاة والسلام رماها من بطن الوادي بسبع حصيات وهو راكب يكبر مع كل حصاة وقال اللهم اجعله حجا مبرورا وذنبا مغفورا وعملا مشكورا ثم قال هنا كان يقوم من أنزلت عليه سورة البقرة ولو رماها بأكبر من حصى الخذف جاز لحصول المقصود غير أنه لا يرمي بالكبار من الحجارة كيلا يتأذى به غيره ولو رماها من فوق العقبة أجزأه لان ما حولها موضع النسك والافضل أن يكون من بطن الوادي لما روينا قال رحمه الله (وكبر بكل حصاة) أي مع كل حصاة لما روينا ولو سبح مكان التكبير أجزأه لحصول التعظيم بالذكر وهو من آداب الرمي ولا يقف عندها لانه عليه الصلاة والسلام لم يقف عندها بخلاف الجمرة الاولى والوسطى في اليوم الثاني على ما نذكر والاصل أن كل رمي بعده رمي وقف عنده وكل رمي ليس بعده رمي لم يقف عنده ورميه راكبا أفضل لما روينا والاصل فيه ان كل رمي ليس بعده رمي فالافضل أن يرميه راكبا والا فماشيا قال رحمه الله (واقطع التلبية بأولها) أي مع أول حصاة ترميها لما روينا ولما روى عن ابن عباس أن أسامة كان رديف النبي صلى الله عليه وسلم من عرفة الى المزدلفة ثم أردف الفضل من مزدلفة الى منى فكلاهما قال لم يزل النبي عليه الصلاة والسلام يلبي حتى رمى جمرة العقبة رواه البخاري ومسلم وغيرهما وعليه اجماع الصحابة وقد ذكرنا تأويل من قطعها منهم وكيفيته أن يضع الحصاة على ظهر ابهامه اليمنى ويستعين بالمسبحة وهذا بيان الاولوية وأما في حق الجواز فلا يتقيد بهيئة دون هيئة بل يجوز كيفما كان ومقدار الرمي أن يكون بين الرامي وبينه خمسة أذرع لان ما دون ذلك يكون طرحا ولو طرحها طرحا جاز لانه رمى الى قدميه الا أنه مسيء لمخالفته السنة ولو وضعها وضعا لم يجز لانه ليس برمي ولو رماها فوقعت قريبا من الجمرة جاز لان هذا القدر مما لا يمكن الاحتراز عنه ولو وقعت بعيدا لا يجزيه لانه لم يكن قربة الا في مكان مخصوص ولو رمى بسبع حصيات جملة فهذه واحدة لان المنصوص عليه تفريق الافعال

ويأخذ الحصى من أى موضع شاء الا من عند الجمرة لان ماعندها مردود لما روى عن ابن عباس انه قال ماتقبل منه رفع ومالم يتقبل ترك ولولا ذلك لكان هضابا يسد الطريق فيتشاءم به ويجوز الرمى بكل ما كان من جنس الارض كالحجر والمدر والطين والمغرة والنورة والزرنيخ والملح الجبلى والكحل أو قبضة من تراب والاحجار النفيسة كالياقوت والزبرجد والزمرذ والبلخش والفيروزج والبلور والعقيق بخلاف الخشب والعنبر واللؤلؤ والجواهر والذهب والفضة إما لانها ليست من جنس الارض أو لانه نثار وليس برمى ووقته من طلوع الشمس الى غروب الشمس ويكره قبل طلوع الشمس ويستحب بعده الى الزوال ويباح بعد الزوال الى الغروب وقال الشافعى يجوز الرمى بعد النصف الاخير من الليل لما روى انه عليه الصلاة والسلام أمر أم سلمة أن تفيض وتصلى صلاة الصبح بمكة فرمت قبل الفجر ثم أفاضت ولاشك أنها اذا صلت الصبح بمكة فقد أفاضت من منى قبل الفجر ولما روى عن عبد الله مولى أسماء انه قال ان أسماء نزلت بجمع عند المزدلفة فقامت تصلى فصلت ساعة ثم قالت يابنى هل غاب القمر قلت لا فصلت ساعة ثم قالت يابنى هل غاب القمر قلت نعم قالت فارتحلوا فارتحلنا ومشينا حتى رمت الجمرة ثم رجعت فصلت الصبح فى منزلها فقلت ياهينا(٢) ماأرانا الا قد غلسنا قالت يابنى إن رسول الله صلى الله عليه وسلم أذن للظعن متفق عليه وفى بعض طرقه بعد الصبح مكان غلسنا وهذا يؤيد ماذكرنا من اشتباه الحال ولنا ماروى عن ابن عباس انه قال قدمنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أغيلمة بنى عبد المطلب على حمرات لنا من جمع فجعل يلطح أفخاذنا ويقول أى بنى لاترموا الجمرة حتى تطلع الشمس رواه أبو داود وغيره وصححه الترمذى ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم ضحى متفق عليه ثم قال خذوا عنى مناسككم فانى لاأدرى أحج بعد حجتى هذه وقدم عليه الصلاة والسلام ضعفة أهله وقال لاترموا الا مصبحين فهذا لبيان أول الوقت والاول لبيان الاستحباب ولان ما قاله يؤدى الى خرق الاجماع بتحصيل حجتين فى سنة واحدة بأن يرمى بالليل ثم يطوف للزيارة بالليل ثم يحرم بحجة أخرى ويرجع الى عرفات ويقف بها قبل طلوع الفجر ثم يفعل بقية الافعال ولو كان هذا جائزا لما أمر من أفسد حجه بالجماع أن يقضى من قابل وحديث أم سلمة ليس فيه دلالة على انه عليه الصلاة والسلام علم بها ذلك وأقرها عليه ولا أنه عليه الصلاة والسلام أمرها أن ترمى ليلا وبمثل هذا لايترك المرفوع ألا ترى أن عمر رضى الله عنه لم يترك المنقول عنه عليه الصلاة والسلام حين قال له أبى كنا لانغتسل على عهد النبى صلى الله عليه وسلم فى التقاء الختانين بل قال له أخبرتموه بذلك فسكت ويحتمل انها رمت بعد طلوع الفجر فظن الراوى قبله وبهذه الاجوبة يجاب عن حديث أسماء وهو أظهر فى الوقوع بعد الفجر لان

لمالك والشافعى وأحمد رحمهم الله هو مذهبنا وماذكره من التفصيل قبله لم أقف له على سند فى المذهب والله الموفق اه (قوله ويأخذ الحصى من أى موضع شاء) قال الكمال يتضمن خلاف ماقيل انه يلتقطها من الجبل الذى على الطريق من مزدلفة قال بعضهم جرى التوارث بذلك وماقيل يأخذها من المزدلفة سبعا رمى جمرة العقبة فى اليوم فقط فأفاد أنه لاسنة فى ذلك توجب خلافها الاساءة اه قال الكرمانى فى مناسكه ويستحب أن يرفع من المزدلفة سبع حصيات مثل حصى الخذف ويحملها معه الى منى يرمى بها جمرة العقبة لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم قال للفضل بن عباس غداة يوم النحر ائتنى بسبع حصيات مثل حصى الخذف فأتاه بهن فجعل يقلبهن بيده ويقول بمثلهن بمثلهن ولاتغلوا فانما اهلك من هلك بالغلو فى الدين ولو أخذ الحصى من غير المزدلفة جاز ولا يكره لحصول المقصود وقد قال قوم يأخذ من المزدلفة سبعين حصاة وكذا فى بعض المناسك وهذا خلاف السنة للحديث الذى روينا وليس هذا مذهبنا اه (قوله الا من عند الجمرة الخ) ولو أخذها من عند الجمرة أجزأه وقد أساء وقال أحمد لايجزيه أما الجواز فلوجود فعل الرمى وأما الاساءة فلترك السنة اه كرمانى (قوله ماتقبل منه رفع) قال مجاهد لما سمعت هذا من ابن عباس جعلت على حصياتى علامة ثم توسطت الجمرة فرميت من كل جانب ثم طلبت فلم أجد بتلك العلامة شيأ اه فتح (قوله ولولا ذلك لكان هضابا) والهضبة الجبل المنبسط على وجه الارض اه غاية (قوله ويجوز الرمى بكل ما كان من جنس الارض الخ) قال فى فتح القدير عند قول المصنف ويجوز الرمى بكل ما كان من أجزاء الارض عندنا وظاهر اطلاقه جواز الرمى بالفيروزج والياقوت لانهما من أجزاء الارض وفيهما خلاف منعه الشارحون وغيرهم بناء على أن كون المرمى به يكون الرمى به استهانة شرط وأجازه بعضهم بناء على نفى ذلك الاشتراط وممن ذكر (١) جوازه الفارسى فى مناسكه وممن ذكر (١) جوازه السروجى فى الغاية وتبعه الشارح اه (قوله ويباح بعد الزوال الى الغروب) ولو أخر الرمى الى الليل رماها ولاشئ عليه لان الليل تبع لليوم فى مثل هذا كما فى الوقوف بعرفة فان أخره الى الغد رماه وعليه دم اه كرمانى (قوله فقلت ياهينا) الذى وقفت عليه فى خط الشارح هكذا ياهينا بياء النداء ثم بعدها هاء منتوحة ثم تحتية ساكنة فنون فألف اه (قوله فجعل يلطح أفخاذنا) قال فى الصحاح فى فصل اللام من باب الحاء المهملة اللطح مثل الحطء وهو الضرب اللين على الظهر ببطن الكف وقد لطحه ويقال أيضا لطح به اذا ضرب به الارض اه قال فى المغرب وهو من باب منع اه (قوله وأقرها عليه) أى ولم يذكر ذلك فكان ذلك لعذر كما قدم ضعفة أهله اه غاية (قوله بل قال أخبرتموه بذلك فسكت) فدل على أنهم كانوا يفعلون أشياء يظنون جوازها ولا يعلم به عليه الصلاة والسلام اه غاية (٢) (قوله ياهينا كذا هو فى نسخ الشارح التى بأيدينا وكذلك ضبطه المحشى وهو تحريف والذى فى حديث البخارى ياهنتاه قال القسطلانى بفتح الهاء وسكون النون وبعد المثناة الفوقية ألف آخره هاء ساكنة أى ياهذه اه كتبه مصححه)

(قوله محمول على الليلة الثانية والثالثة) أي لما عرف أن وقت رمي كل يوم اذا دخل من النهار امتد الى آخر الليلة التي تتلو ذلك النهار فيحمل على ذلك فالليالي في الرمي تابعة للايام السابقة لا اللاحقة اه فتح (قوله وهذا الذبح ليس بواجب على المفرد) قال الكرماني ثم الحاج ان كان مفردا لا يجب عليه ذبح الهدي بالاجماع بل يحلق فاذا حلق حل له كل شيء الا النساء اه (قوله فنحر بيده ثلاثا وستين) أي نحر عليه الصلاة والسلام ثلاثا وستين كان ذلك لمدة عمره عليه الصلاة والسلام لكل سنة بدنة اه غاية (قوله وأمر عليا فنحر ما غبر) أي سبعا وثلاثين بدنة تمام المائة اه غاية (قوله في المتن ثم احلق أو قصر) وفي المبسوط انما يخير بين الحلق والتقصير اذا لم يكن شعره ملبدا أو معقوصا أو مضفرا فان كان لا يتخير بل يلزمه الحلق وبه قال الشافعي في القديم وأحمد وقد روي عن ابن عمر أنه قال من لبد شعر رأسه أو ضفر أو عقص فعليه الحلق اه كاكي مختصرا وكتب ما نصه قال في الدراية ثم الترتيب وهو أن يرمي ثم يذبح ثم يحلق واجب لقوله عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا أن نرمي ثم نذبح ثم نحلق فيفيد الترتيب في ضابطه رذح اه (قوله في المتن والحلق أحب) وعن وكيع قال قال لي أبو حنيفة رضي الله عنه أخطأت في ستة أبواب من المناسك علمنيها حجام وذلك اني حين أردت أن أحلق رأسي وقفت على حجام فقلت له بكم تحلق رأسي فقال لي أعراقي أنت

قلت نعم قال النسك لا يشارط عليه اجلس فجلست منحرفا عن القبلة فقال لي حول وجهك الى القبلة فولته وأردت أن يحلق رأسي من الجانب الايسر فقال لي أدر الشق الايمن من رأسك فأدرته وجعل يحلق وأنا ساكت فقال لي كبر فجعلت أكبر حتى قمت لاذهب فقال أين تريد فقلت رحلي قال ادفن شعرك ثم صل ركعتين ثم امض فقلت له من أين لك ما أمرتني به فقال رأيت عطاء بن أبي رباح يفعل هذا أخرجه أبو الفرج في مثير الغرام قال الكرماني وذكر في المستظهري أن عند أبي حنيفة يبدأ بيمين الحالق ويسار المحلوق رأسه وعند الشافعي بيمين المحلوق قلت ذكره كذلك بعض أصحابنا ولم يعزه الى أحد واتباع السنة أولى وهو من الآداب وقد ذكرت الحديث الصحيح في بداءة رسول الله صلى الله عليه وسلم بشق الموسى رأسه الكريم من الجانب الايمن فليس لاحد بعده كلام وقد كان يحب التيامن في شأنه كله وقد أخذ الامام في ذلك بقول الحجام ولم ينكره ولو كان مذهبه خلاف ذلك لما وافقه مع كونه حجاما اه غاية (قوله والتقصير أن يأخذ الرجل أو المرأة الخ) قال الكرماني رحمه الله ثم الحلق أو التقصير لا يجوز عندنا أقل من ربع الرأس كما في مسح الرأس فان حلق أو قصر أقل من النصف أجزأه وهو مسيء في ذلك لان السنة حلق جميع الرأس أو تقصير جميع الرأس وقد ترك ذلك فيكون مسيئا اه ثم قال الكرماني وذكر في الكافي وفي اداب المفتين أن المرأة لو قصرت مقدار الانملة من أحد جانبي رأسها وذلك يبلغ النصف أو دونه أجزأها وعلل فيه وقال لان حلق ربع الرأس وتقصيره بمعنى حلق جميع الرأس في وجوب الدم فكذا في حصول التحلل اه (قوله الانملة) قال في المصباح الانملة العقدة من الاصابع وبعضهم يقول الانامل رؤس الاصابع وهي بفتح الهمزة وفتح الميم أكثر من ضمها وابن قتيبة يجعل الضم من لحن العوام اه وفي المغرب الانملة بفتح الهمزة والميم لغة مشهورة ومن خطأ راويها فقد أخطأ اه (قوله ويجب اجراء الموسى الخ) وقيل استحبابا لا وجوبا لان وجوب الاجراء للازالة لا لعينه فاذا سقط ما وجب لاجله سقط هو على أنه يقال يمنع وجوب عين الاجراء ولذا كان للازالة بل الواجب طريق الازالة ولو فرض

الراوي قال ما أراه الا قد غلسنا والغلس يكون بعد الفجر كما في حديث ابن مسعود فانه قال انه عليه الصلاة والسلام صلاها يومئذ بغلس والذي يدل عليه أن دفعها من المزدلفة كان بعد ما غاب القمر وهو لا يغيب في الليلة العاشرة الا آخر الليل ويغلب على الظن انهم الى أن يتأهبوا للدفع ويصلوا الى منى يطلع الفجر ويحتمل أنها قعدت بعد ما غاب القمر زمانا طويلا لانه لم يبين الراوي انها دفعت كما غاب القمر ثم ان أحمد دفع حديث أم سلمة فلم يصح ولانه ليس فيما روى دلالة على أن أول وقته من نصف الليل فكما لا يجوز في أوله فكذا في آخره لعدم الفارق وما روي أنه عليه الصلاة والسلام أذن للرعاة أن يرموا ليلا محمول على الليلة الثانية والثالثة على ما يجيء قال رحمه الله (ثم اذبح) وهذا الذبح ليس بواجب على المفرد ويجب على القارن والمتمتع وفي حديث جابر انه عليه الصلاة والسلام لما رمى جمرة العقبة انصرف الى المنحر فنحر بيده ثلاثا وستين بدنة وأمر عليا فنحر ما غبر وأشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر وطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها ثم ركب فأفاض الى البيت فصلى بمكة الظهر الحديث وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (ثم احلق أو قصر) لقوله تعالى ثم ليقضوا تفثهم أمرتا على الذبح وعن أنس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى منى فأتى الجمرة فرماها ثم أتى منزله بمنى ونحر ثم قال للحلاق خذ وأشار الى جانبه الايمن ثم الايسر ثم جعل يعطيه الناس رواه مسلم وأبو داود وأحمد قال رحمه الله (والحلق أحب) لما روى أبو هريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال اللهم اغفر للمحلقين قالوا يا رسول الله وللمقصرين قال اللهم اغفر للمحلقين قالوا يا رسول الله وللمقصرين قال اللهم اغفر للمحلقين قالوا يا رسول الله وللمقصرين قال وللمقصرين متفق عليه ولان المقصود قضاء التفث لما تلونا وهو بالحلق أتم فكان أولى ويكتفى بحلق ربع الرأس لان للربع حكم الكل في كثير من الاحكام على ما عرف في موضعه وحلق الكل أولى اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم والتقصير أن يأخذ الرجل أو المرأة من رؤس شعر ربع الرأس مقدار الانملة ولان الحلق من أسباب التحلل وكذا الذبح عندنا في حق المحصر فيقدم الرمي عليهما والذبح ليس بمحلل على سبيل العموم ولا من محظورات الاحرام فيقدم على الحلق ليقع في الاحرام ويجب اجراء الموسى على الاقرع على المختار ولو كان على رأسه قروح لا يمكن امرار

بالنورة أو الحلق أو النتف وان عسر في أكثر الرؤس أو قاتل غيره فنتفه أجزأه عن الحلق قصدا ولو تعذر الحلق لعارض تعين التقصير أو التقصير تعين الحلق كأن لبده بصمغ فلا يعمل فيه المقراص اهـ فتح (قوله فقد حل) أي كما لو حلقه والاحسن تأخير احلاله الى آخر أيام التشريق كالمتيمم الطامع وجود الماء في آخر الوقت وعدم وجود الموسى أو الحالق ليس بعذر لان وجود ذلك مرجو في كل وقت اهـ غاية (قوله وهو مقدم على القياس) أي وقول عمر محمول على الاحتياط أو على ما بعد الرمي قبل الحلق اهـ (٣٣) كاكي (قوله والرمي ليس من أسباب التحلل)

الموسى عليه ولا يصل الى تقصيره فقد حل ويستحب له اذا حلق رأسه أن يقص أظفاره وشواربه لانه عليه الصلاة والسلام قص أظفاره ولانه من التفث فيستحب قضاؤه ولا يأخذ من لحيته شيأ لانه مثلة ولو فعله لا يجب عليه شيء قال رحمه الله (وحل لك غير النساء) وقال مالك لا يحل له الطيب أيضا القول عمر رضي الله عنه يحل له كل شيء الا الطيب والنساء ولانه من دواعي الجماع فيحرم كما يحرم سائر الدواعي من القبلة واللمس بالاجماع ولنا حديث عائشة رضي الله عنها أنها قالت طيبت رسول الله صلى الله عليه وسلم لحرمه حين أحرم ولحله حين أحل قبل أن يطوف بالبيت متفق عليه وعنها أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميتم وذبحتم وحلقتم فقد حل لكم كل شيء الا النساء وحل لكم الثياب والطيب رواه الدارقطني وهو مقدم على القياس والرمي ليس من أسباب التحلل لانه ليس بجناية قبل أوانه بخلاف الحلق قال رحمه الله (ثم الى مكة يوم النحر أو غدا أو بعده نطف للركن سبعة أشواط بلا رمل وسعي ان قدمتهما والا فعلا) يعني ثم رح الى مكة يوم النحر أو بعده على ما ذكر وطف بالبيت سبعة أشواط ولا ترمل فيه ولا تسعى بعده بين الصفا والمروة ان كنت رملت في طواف القدوم وسعيت بين الصفا والمروة بعده والا فارمل في هذا الطواف واسع بعده على ما تقدم لما روي عن ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام أفاض يوم النحر ثم رجع فصلى الظهر بمنى متفق عليه وفي حديث جابر انه عليه الصلاة والسلام أفاض الى البيت الحرام يوم النحر فصلى بمكة الظهر بعد ما طاف بالبيت رواه مسلم في صحيحه وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر والعصر والمغرب بمنى ثم ركب الى البيت فطاف به وروت عائشة رضي الله عنها أن إفاضته عليه الصلاة والسلام كانت بعد صلاة الظهر وهذا الاختلاف راجع الى انه عليه الصلاة والسلام كان يتكرر منه العود الى البيت فروى كل واحد ما وقع عنده كما اختلفوا في وقت احرامه عليه الصلاة والسلام على ما بينا ويؤيد ذلك ما روي عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام كان يزور البيت أيام منى ووقته أيام النحر لان الله تعالى عطف الطواف على الذبح والاكل منه بقوله تعالى فكلوا ثم قال وليطوفوا فكان وقتهما واحدا وأول وقته بعد طلوع الفجر من يوم النحر لان ما قبله من الليل وقت الوقوف بعرفة والطواف مرتب عليه ولولا ذلك لأدى الى خرق الاجماع على ما بينا من قبل وأولها أفضلها كما في النحر ثم ان كان سعى بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم فلا يرمل في هذا الطواف ولا يسعى والا رمل وسعى وقد بينا من قبل أن كل طواف بعده سعي رمل فيه والا فلا وموضع السعي عقيب طواف الزيارة يوم النحر لانه تبع للطواف فلا يكون تبعا لما دونه وهو طواف القدوم وانما جوزله التقديم عقيب طواف القدوم رخصة لانه يكثر عليه الافعال يوم النحر فيخرج ويصلي ركعتين بعد هذا الطواف لما بينا من قبل قال رحمه الله (وحل لك النساء) لاجماع الامة على ذلك وحل النساء بالحلق السابق لا بالطواف لان الحلق هو المحلل دون الطواف غير انه أخر عمله الى ما بعد الطواف فاذا طاف عمل الحلق عمله كالطلاق الرجعي أخر عمله الى انقضاء العدة لحاجته الى الاسترداد فاذا انقضت عمل الطلاق عمله فبانت به والدليل على ذلك أنه لو لم يحلق حتى طاف بالبيت لم يحل له شيء حتى يحلق وكذا اذا طاف منه أربعة أشواط حل له النساء لانها هي الركن وما زاد واجب يجبر بالدم وهو الصحيح نص عليه محمد رحمه الله تعالى في المبسوط وهذا الطواف هو المفروض في الحج وهو ركن فيه ويسمى طواف الزيارة

أي عندنا خلافا للشافعي هو يقول يتوقت بيوم النحر كالحلق فيكون بمنزلته في التحليل اهـ هداية (قوله فصلى بمكة الظهر بعد ما طاف بالبيت الخ) قال الكمال رحمه الله ولا شك أن أحد الخبرين وهم يعني حديث ابن عمر وحديث جابر وثبت عن عائشة رضي الله عنها مثل حديث جابر بطريق فيه ابن اسحق وهو حجة على ما هو الحق ولهذا قال المنذري في مختصره وهو حديث حسن واذا تعارضا ولا بد من صلاة الظهر في أحد المكانين ففي مكة بالمسجد الحرام أولى لثبوت مضاعفة الفرائض فيه ولو تجشمنا الجمع حملنا فعله بمنى على الاعادة بسبب اطلع عليه يوجب نقصان المؤدى أولا اهـ (قوله فكان وقتهما واحدا) يعني فكان وقت الذبح وقتا للطواف لا وقت الطواف فان الطواف لا يتوقت بأيام النحر حتى يفوت بفواته بل وقته العمر الا أنه يكره تأخيره عن هذه الايام اهـ فتح وكتب ما نصه أي لان حكمه حكم المعطوف عليه اهـ كاكي (قوله ويصلي

ركعتين بعد هذا الطواف الخ) وقد تقدم أن ختم كل طواف بركعتين فرضا كان الطواف أو واجبا أو نفلا واجب عندنا اهـ غاية (قوله لانها هي الركن) وذكر أبو عبد الله الجرجاني أن ركنه أكثره وهو ثلاثة أشواط وثلثا شوط اهـ غاية (قوله ويسمى طواف الزيارة الخ) وفي المبسوط هو الحج الاكبر في تأويل قوله تعالى وأذان من الله ورسوله الى الناس يوم الحج الاكبر اهـ كاكي قوله يوم الحج الاكبر أي يوم العيد لان فيه تمام الحج ومعظم أفعاله ولان الاعلام كان فيه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام وقف يوم النحر عند الجمرات في حجة الوداع فقال هذا يوم الحج الاكبر وقيل يوم عرفة لقوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة ووصف الحج

بالاكبر لان العمرة تسمى الحج الاصغر أو لان المراد بالحج ما يقع فى ذلك اليوم من أعماله فانه أكبر من باقى الاعمال أو لان ذلك الحج اجتمع فيه المسلمون والمشركون ووافق عيده أعياد أهل الكتاب أو لانه ظهر فيه عز المسلمين وذل المشركين اهـ بيضاوى رحمه الله (قوله فى المتن ثم بجمرة العقبة الخ) هل هذا الترتيب متعين أو أولوى مختلف فيه ففى المناسك لو بدأ فى اليوم الثانى بجمرة العقبة ثم بالوسطى ثم التى تلى مسجد الخيف فان عاد على الوسطى ثم على العقبة فى يومه فحسن لان الترتيب سنة وان لم يعد أجزأه اهـ فتح قوله لان الترتيب سنة وعند الائمة الثلاثة الترتيب شرط اهـ غاية (قوله فى المتن وقف عند كل رمى بعده رمى) قيل يقف قدر سورة البقرة ومن كان

عند أهل العراق وطواف الافاضة عند أهل الحجاز وطواف يوم النحر وطواف الركن قال رحمه الله (وكره تأخيره عن أيام النحر) لانه مؤقت بها فلا يؤخره عنها وذكر القدورى فى شرح مختصر الكرخى ان آخره آخر أيام التشريق وذكر فى الغاية ان آخره عند محمد غير مؤقت ووقت الحلق هو وقت الطواف على الاختلاف قال رحمه الله (ثم الى منى) أى ثم رح الى منى لانه عليه الصلاة والسلام عاد اليها على ما بينا ولانه بقى عليه النسك وهو الرمى وموضعه منى فيقيم بها حتى يقيمها قال رحمه الله (فارم الجمار الثلاث فى ثانى النحر بعد الزوال بادئا بما تلى المسجد ثم بما تليها ثم بجمرة العقبة ووقف عند كل رمى بعده رمى ثم غدا كذلك ثم بعده كذلك ان مكثت) لما روت عائشة رضى الله عنها انها قالت أفاض النبى صلى الله عليه وسلم من يومه حين صلى الظهر ثم رجع الى منى فمكث بها ليالى أيام التشريق يرمى الجمار اذا زالت الشمس كل جمرة بسبع حصيات يكبر مع كل حصاة ويقف عند الاولى والثانية فيطيل القيام ويتضرع ويرمى الثالثة ولا يقف عندها رواه أبو داود وقال جابر رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يرمى على راحلته يوم النحر ضحى وأما بعد ذلك فبعد زوال الشمس رواه مسلم وأبو داود وغيرهما واذا وقف عند الجمرتين يقف فى الموضع الذى يقف فيه الناس يحمد الله تعالى ويثنى عليه ويهلل ويكبر ويصلى على النبى صلى الله عليه وسلم ويدعو بحاجته ويرفع يديه لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لا ترفع الايدى الا فى سبع مواطن وذكر من جملتها عند الجمرتين والمراد رفعها بالدعاء وينبغى أن يستغفر لابويه وأقاربه ومعارفه لقوله عليه الصلاة والسلام اللهم اغفر للحاج ولمن استغفر له الحاج وحكمة الوقوف عند الجمرتين تحصيل الدعاء لكونه فى وسط العبادة بخلاف جمرة العقبة لان العبادة قد انتهت وقوله ثم بعده كذلك ان مكثت أى فى اليوم الرابع ترمى على ما رميت فى اليومين قبله ان مكثت علقه بمكثه لانه مخير فيه ان شاء نفر فى اليوم الثالث وهو الثانى من أيام الرمى وان شاء مكث الى اليوم الرابع وهو الثالث من أيام الرمى لقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه ومن تأخر فلا اثم عليه لمن اتقى تخيره بينهما ونفى الحرج عنهما والافضل ان يمكث ويرمى فى اليوم الرابع بعد الزوال لانه عليه الصلاة والسلام صبر حتى رمى الجمار الثلاث فى اليوم الرابع ولا يقال نفى الاثم عنهما يقتضى المساواة بينهما والاباحة لانا نقول نزلت الآية على سبب وهو أن الجاهلية كانوا فرقتين منهم من يقول المتعجل آثم ومنهم من يقول المتأخر آثم فنفى الاثم عنهما الاخذ أحدهما بالرخصة والآخر بالفضل ولا نسلم ان التخيير يقتضى المساواة ألا ترى أن المسافر يخير بين الصوم والافطار ثم الصوم أفضل ان لم يتضرر به والا فالفطر أفضل وقيل معناه يغفر لهما بسبب تقواهما فلا يبقى عليهما ذنب روى ذلك عن على وابن مسعود وابن عباس وله أن ينفر قبل طلوع الفجر من اليوم الرابع واذ طلع الفجر ليس له أن ينفر حتى يرمى وقال الشافعى رحمه الله ليس له أن ينفر بعد غروب الشمس من اليوم الثالث وهو رواية عن أبى حنيفة لان النفر أبيح فى اليوم الرابع بقوله تعالى فمن تعجل فى يومين فلا اثم عليه لا فى الليل وجه الظاهر انه نفر فى وقت لا يجب فيه الرمى ولا يجوز فيه فجاز له النفر كالنهار ومن الناس من منع جواز النفر الاول لاهل مكة قال فى الغاية والصحيح ان الآية على عمومها والرخصة لجميع الناس

مريضا لا يستطيع الرمى يوضع فى يده ويرمى بها أو يرمى عنه غيره وكذا المغمى عليه ولو رمى بحصاتين احداهما لنفسه والاخرى للآخر جاز ويكره اهـ فتح (قوله ثم غدا كذلك) هذا هو اليوم الثالث من أيام النحر وهو الملقب بيوم النفر الاول فانه يجوز له أن ينفر فيه بعد الرمى واليوم الرابع آخر أيام التشريق سمى يوم النفر الثانى اهـ فتح ﴿فائدة فى الايام المعدودات والمعلومات﴾ قال الكرمانى فى مناسكه لاخلاف بين العلماء أن الايام المعدودات هى أيام التشريق ثلاثة أيام الحادى عشر والثانى عشر والثالث عشر من ذى الحجة كذا النقل أما الايام المعلومات فى قوله تعالى ويذكروا اسم الله فى أيام معلومات فقد اختلفوا فيه قال أصحابنا هى ثلاثة أيام يوم عرفة ويوم النحر واليوم الحادى عشر وهو اليوم الاول من أيام التشريق كذا النقل (قوله ويرفع يديه) أى حذاء منكبيه اهـ فتح (قوله وهو رواية عن أبى حنيفة) لما روى عن عمر أنه قال من أدرك المساء فى اليوم الثانى فليقم الى الغد حتى ينفر مع الناس اهـ كاكى (قوله وجه الظاهر أنه نفر فى وقت لا يجب فيه الرمى ولا يجوز فيه) أى بدليل أنه لو رماها عن اليوم الرابع لا يجوز اجماعا اهـ غاية (قوله فجاز له النفر كالنهار) أى كالنهار الثالث هكذا ذكره فى البدائع قلت ولو رماها بعد طلوع الفجر قبل الزوال لا يجوز أيضا عندهما عن يومه وقد امتنع فيه النفر وهذا التعليل يستقيم على قوله اهـ غاية وكتب ما نصه أى لان ليلة يوم الرابع ملحقة باليوم الثالث فى حق الرمى بدليل أنه لو ترك رمى اليوم الثالث ورمى فى هذه الليلة يجوز فصارت هذه الليلة بمنزلة اليوم فيكون خياره فى النفر ثابتا فيه كما قبل

الغروب بخلاف ما بعد طلوع الفجر فانه وقت الرمي فلا يبقى خياره بعد ذلك وقد عرف أن الليالي فيها تابعة للايام الماضية فكما كان خياره ثابتا في اليوم الثالث فكذا في الليلة التي بعده وما روي عن عمر غير مشهور ولو ثبت يحمل على سياق الافضلية اهـ كاكي (قوله يجوز أي ولا شيء عليه اهـ غاية (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وهو قول عكرمة وطاوس واسحق بن راهويه وهو استحسان اهـ غاية (قوله وقالا لا يجوز) وهو قول الائمة الثلاثة اهـ غاية (قوله اعتبارا بسائر الايام) أي اليومين يوم الثاني و يوم الثالث دون اليوم الاول من أيام النحر فان رمى جمرة العقبة في ذلك اليوم قبل الزوال يجوز بالاجماع اهـ كاكي ﴿فرع﴾ قال في الغاية و يفوت الرمي بخروج أيام التشريق عند الائمة وعن عطاء يرميها ما لم يطلع الفجر من اليوم الرابع عشر فان طلع الفجر ولم يرم أراق دما كقول الجماعة وفي الاسبيجابي لا يرمي ليلة الرابع عشر لانقضاء وقته بغروب الشمس اهـ (قوله (قوله في المشهور) أي وهو ظاهر الرواية اهـ كاكي وكتب ما نصه احترازا عما عن أبي حنيفة قال أحب الي أن لا يرمي في اليوم الثاني والثالث حتى تزول الشمس فان رمى قبل ذلك (٣٥) أجزأه وحمل المروي عن فعله صلى الله عليه وسلم

الناس من أهل مكة وغيرهم قال رحمه الله (ولو رميت في اليوم الرابع قبل الزوال صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز اعتبارا بسائر الايام وانما رخص له فيه في النفر فاذا لم يترخص بالنفر التحق بسائر الايام ومذهبه مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ولانه لما ظهر أثر التخفيف فيه في حق الترك فلأن يظهر جوازه في الاوقات كلها أولى بخلاف اليوم الاول والثاني من أيام التشريق حيث لا يجوز فيهما الا بعد الزوال في المشهور من الرواية لانه لا يجوز تركه فيهما فكذا لا يجوز تقديمه ولانه يوم نفر فيحتاج الى تعجيل النفر خوفا على نفسه ومتاعه بخلاف الاول والثاني لانه لا يتحتم فيه النفر بل هو مخير في اليوم الثاني ان شاء نفر وان شاء لم ينفر وأما يوم النحر فأول وقت الرمي فيه بعد طلوع الفجر على ما بينا وآخره الغروب ولو أخره الى الليل رماه ولا شيء عليه لحديث الرعاء وان أخره الى طلوع الفجر يجب دم عنده مع القضاء لتأخيره عن وقته كما هو مذهبه قال رحمه الله (وكل رمي بعده رمي فارم ماشيا والا فراكبا) هذا لبيان الافضلية وأما الجواز فثابت كيفما كان لحصول المقصود وهو الرمي والاول مروي عن أبي يوسف رحمه الله فانه قد ذكر ابن الجراح وهو من أكبر تلامذة عطاء بن أبي رباح تلميذ ابن عباس رضي الله عنهم وكان عالما بالمناسك أنه قال دخلت على أبي يوسف وقد أغمي عليه فأفاق فلما رآني قال يا ابراهيم ما تقول في رمي الجمار يرميها الحاج راكبا أو ماشيا فقلت يرميها ماشيا فقال أخطأت فقلت يرميها راكبا فقال أخطأت قلت فماذا يقول الامام قال كل رمي بعده رمي يرميها ماشيا وكل رمي ليس بعده رمي يرميها راكبا فخرجت من عنده فسمعت بكاء الناس في داره فقيل لي قضى أبو يوسف رحمه الله وما روي أنه عليه الصلاة والسلام رمى جمرة العقبة راكبا يوم النحر يدل على ذلك وعن عمر أنه كان يرمي جمرة العقبة يوم النحر راكبا وسائر ذلك ماشيا ويخبرهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يفعل ذلك ولان الاول بعده وقوف ودعاء فالمشي أقرب الى التضرع ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي منى لانه عليه الصلاة والسلام بات بها وعمر رضي الله عنه كان يؤدب الناس على ترك المقام بها ولو بات في غيره من غير عذر لا يلزمه شيء عندنا خلافا للشافعي رحمه الله لان المبيت فيها ليسهل عليه الرمي في أيامه فلم يكن من الواجبات قال رحمه الله (وكره أن تقدم ثقلك وتقيم بمنى للرمي) لان عمر رضي الله عنه كان يمنع من ذلك ويؤدب عليه ولانه يوجب شغل قلبه وهو في العبادة فيكره قال رحمه الله (ثم الى المحصب) أي رح الى المحصب وانزل به وهو الابطح ويسمى الحصباء والبطحاء والخيف وهو ما بين الجبل الذي عنده مقابر مكة والجبل الذي يقابله مصعدا في الشق الايسر وأنت ذاهب الى منى مرتفعا عن

على اختيار الافضل ووجه الظاهر ما قدمناه من وجوب اتباع المنقول لعدم المعقولية ولم يظهر أثر تخفيف فيهما بتجويز الترك لينفتح باب التخفيف بالتقديم وهذه الزيادة يحتاج اليها أبو حنيفة وحده اهـ فتح (قوله ولو أخره الى الليل) أي ولو أخر الرمي في يوم النحر اهـ قال الكمال ويثبت وصف القضاء في الرمي من غروب الشمس عند أبي حنيفة الا أنه لا شيء فيه سوى ثبوت الاساءة ان لم يكن لعذر اهـ (قوله فقيل لي قضى أبو يوسف) فتعجبت من حرصه على العلم في مثل هذه الحالة وفي فتاوى قاضيخان قال أبو حنيفة ومحمد الرمي كله راكبا أفضل اهـ لانه روي ركوبه صلى الله عليه وسلم فيه كله وكان أبو يوسف يحمل ما روي من ركوبه صلى الله عليه وسلم في رمي الجمار كلها على أنه فعل ليظهر فعله فيقتدى به ويسأل ويحفظ عنه المناسك كما ذكر في طوافه راكبا قال صلى الله عليه وسلم خذوا عني مناسككم فلا أدري لعلي لا أحج بعد هذا العام وفي الظهيرية أطلق استحباب المشي قال يستحب له المشي الى الجمار وان ركب النهار فلا بأس والمشي أفضل وتظهر أولويته لانا اذا حملنا ركوبه صلى الله عليه وسلم على ما قلنا يبقى كونه مؤديا عبادة وأداؤها ماشيا أقرب الى التواضع والخشوع وخصوصا في هذا الزمان فان عامة المسلمين مشاة في جميع الرمي فلا يأمن من الاذى بالركوب بينهم مع المزاحمة اهـ فتح القدير (قوله ويكره أن لا يبيت بمنى ليالي منى الخ) قال في الغاية والمبيت به في هذه الليالي سنة عندنا وقال في فتح القدير وما ذكره المصنف من أن عمر كان يؤدب على ترك المبيت بمنى فالله سبحانه أعلم به اهـ (قوله وعمر كان يؤدب الخ) وتأديب عمر لا يوجب البيتوتة كتأديبه عند تقديم الثقل مع أن تقديم الثقل لا يكره عند مالك اهـ كاكي والثقل بفتح الثاء المثلثة وفتح القاف وهو متاع المسافر وقماشه وحشمه اهـ غاية (قوله خلافا للشافعي) أي فانه واجب عنده اهـ فتح (قوله في المتن وكره أن نقدم ثقلك الى مكة) لفظة مكة ثابتة في نسخ المتن وليست في خط الزيلعي اهـ

بطن الوادى وليست المقبرة من المحصب والحصباء الحصى والابطح مسيل واسع فيه دقاق الحصباء والخيف ما انحدر من غلظ الجبل وارتفع عن مسيل الماء واذا وصل اليه دعا ساعة نحو ما تقدم من الادعية والنزول فيه سنة عندنا وقال الشافعى ليس بسنة لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت نزول الابطح ليس بسنة وانما نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه كان أسمح لخروجه عليه الصلاة والسلام الى المدينة وقال ابن عباس ليس التحصيب بسنة انما هو منزل نزله رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن أبى رافع أنه قال لم يأمرنى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أنزل بالابطح حين خرج من منى ولكنى جئت فضربت له فيه قبة فنزل وكان على ثقل رسول الله صلى الله عليه وسلم ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قال نحن نازلون غدا بخيف بنى كنانة حيث تقاسمت قريش على كفرهم وذلك أن بنى كنانة حالفت قريشا على بنى هاشم أن لا ينا كحوهم ولا يبايعوهم ولا يؤوهم حتى يسلموا اليهم محمدا صلى الله عليه وسلم وتمالؤا على مقاطعتهم رواه البخارى ومسلم وغيرهما فعلم أن نزوله كان قصدا وقال ابن عمر النزول به سنة فقيل له إن رجلا يقول ليس بسنة فقال كذب أناخ به رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبو بكر وعمر وعثمان رواه البخارى ومسلم وأى سنة أقوى من هذا فان فعله عليه الصلاة والسلام قصدا وفعل الخلفاء من بعده قد ثبت فيه وكان قول عائشة وابن عباس ظنا منهما فلا يعارض المرفوع والمثبت يقدم أيضا على النافى قال رحمه الله (فطف للصدر سبعة أشواط) لما روى أنس أنه عليه الصلاة والسلام صلى الظهر والعصر والمغرب والعشاء بالمحصب ثم رقد رقدة ثم ركب الى البيت فطاف به رواه البخارى ولا يرمل فى هذا الطواف لما بينا ويسمى هذا طواف الصدر لانه يصدر عنه أى يرجع والصدر الرجوع وطواف الوداع لانه يودّع به البيت وطواف الافاضة لانه لاجله يفيض الى البيت من منى وطواف آخر عهد بالبيت لانه لا طواف بعده وطواف الواجب قال رحمه الله (وهو واجب الا على مكة) وقال مالك هو سنة وهو أحد قولى الشافعى لانه لو كان واجبا لما سقط عن المكى وعن الحائض ولنا ما روى عن ابن عباس أنه قال كان الناس ينصرفون فى كل وجه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا ينفر أحدكم حتى يكون آخر عهده بالبيت رواه مسلم وأحمد وغيرهما وفى رواية أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا انه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه وأهل مكة لا يصدرون فلا يجب عليهم لان التوديع من شأن المفارق ويلحق بهم أهل ما دون الميقات لانهم بمنزلتهم على ما تقدم ومن نوى الاقامة قبل النفر الاول لانه صار من أهل مكة بخلاف ما اذا نوى الاقامة بعد ما حل النفر الاول لانه لما دخل النفر الاول لزمه التوديع كنية الشروع فيه فلا يسقط بعد ذلك والحائض مستثناة بالنص والنفساء بمنزلتها فيتناولها النص دلالة وليس للعمرة طواف الصدر لانها ليس لها طواف القدوم فكذا طواف الصدر ويصلى ركعتين عقيب طواف الصدر لما بينا من قبل ولا يسعى بين الصفا والمروة لما ذكرنا انه لم يشرع الا مرة واحدة قال رحمه الله (ثم اشرب من زمزم) واختلفوا هل يبدأ بالملتزم أو بزمزم والاصح

(قوله والنزول فيه سنة عندنا) ويصلى فيه الظهر والعصر والمغرب والعشاء ويهجع هجعة ثم يدخل مكة اهـ فتح (قوله لانه كان أسمح) أى أسهل اهـ غاية (قوله وعن أبى رافع) وأبو رافع هذا مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم أهداه له العباس فلما بشر النبى صلى الله عليه وسلم باسلام العباس أعتقه النبى صلى الله عليه وسلم اسمه أسلم وقيل ابراهيم وقيل ثابت وقيل هرمز اهـ (قوله بخيف بنى كنانة) الخيف خيفان خيف منى وخيف بنى كنانة وهو المحصب وسمى بالمحصب لان السيل يحمل الحصباء من موضع الجرى فتقف فيه اهـ كى (قوله حيث تقاسمت) أى تعاهدت وتحالفت اهـ كى (قوله على كفرهم) وفى الفوائد قوله على شركهم أى مع شركهم وعلى بمعنى مع كما يقال فلان يقول الشعر على صغر سنه أى مع صغر وذلك لان المشركين يكونون مع الشرك لا محالة يحلفون من شركهم لانهم كانوا شركاء وفى وقت الحلف كانوا مسلمين اهـ كاكى (قوله وطواف الافاضة) هذا مخالف لما ذكره الكرمانى أن طواف الافاضة هو طواف الزيارة وقال فى المغرب وطواف الافاضة هو طواف الزيارة وقال فى نهاية ابن الاثير الافاضة الزحف والدفع فى السير بكثرة ولا يكون الاعن تفرق وجمع وأصل الافاضة الصب فاستعيرت للدفع فى السير وأصله أفاض نفسه أو راحلته فرفضوا ذكر المفعول حتى أشبه غير المتعدى ومنه طواف الافاضة يوم النحر يفيض من منى الى مكة فيطوف ثم يرجع وأفاض القوم فى الحديث يفيضون اذا اندفعوا فيه اهـ لكن ما قاله الشارح هنا موافق لما فى فتاوى قاضيخان رحمه الله وقد قدم الشارح فى الورقة التى قبل هذه ان طواف الركن يسمى طواف الافاضة عند أهل الحجاز والله الموفق اهـ (قوله وطواف الواجب) أى لانه يجبر بالدم اهـ أنه غاية (قوله وهو أحد قولى الشافعى) له قولان أصحهما أنه واجب وهو قولنا وأحمد اهـ كاكى (قوله ولو كان واجبا لما سقط عن الحائض) قلت يبطل قوله بالمبيت ليالى منى فانه أوجب الدم على تاركه وقد سقط عن الرعاء وأهل السقاية وقد تقدم اهـ غاية قوله يبطل قوله أى قول مالك اهـ (قوله بخلاف ما اذا نوى الاقامة الخ) لم يذكر الشارح هنا خلافا وقد ذكر الخلاف فيه قبيل باب الجنايات فانظره والله الموفق (قوله وليس للعمرة طواف الصدر) أى لان الطواف ركن العمرة فكيف يصير مثل ركنه تبعا له وفيه تأمل اهـ كاكى وكتب ما نصه وكذا فائت الحج لان العود مستحق عليه ولانه صار كالمعتمر وليس على المعتمر طواف الصدر اهـ كاكى

أنه يبدأ بزمزم وكيفيته أن يأتي زمزم فيستقي بنفسه الماء ويشربه مستقبل القبلة ويتضلع منه ويتنفس فيه مرات ويرفع بصره في كل مرة وينظر الى البيت ويمسح به رأسه ووجهه وجسده ويصب عليه إن تيسر وذكر الملا في سيرته أنه عليه الصلاة والسلام نزع لنفسه دلوا فشرب منه وذكر الواقدي انه لما شرب صب على رأسه وفي حديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام لما أفاض أتى بني عبد المطلب وهم يسقون على زمزم فناولوه دلوا فشرب قال أبو علي بن عبد السكن والذي نزع له الدلو العباس بن عبد المطلب وروي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لولا أن يتخذه الناس نسكا ويغلبوكم عليه لنزعت معكم رواه أحمد وفي رواية لما نزعوا الدلو غسل منه وجهه وتمضمض فيه ثم أعادوه وقال ابن عباس اذا شربت من زمزم فاستقبل القبلة واذكر اسم الله تعالى وتنفس وتضلع منه فاذا فرغت فاحمد الله تعالى وعن عكرمة انه قال كان ابن عباس اذا شرب من زمزم قال اللهم اني أسألك علما نافعا ورزقا واسعا وشفاء من كل داء وقال عليه الصلاة والسلام في ماء زمزم انها مباركة انها طعام طعم وشفاء سقم رواه مسلم وقال عليه الصلاة والسلام ماء زمزم لما شرب له وقد شربه جماعة من العلماء لمطالب جليلة فنالوها ببركته وقال ابن عباس اشربوا من شراب الابرار وصلوا في مصلى الاخيار وقال شراب الابرار ماء زمزم ومصلى الاخيار تحت الميزاب قال رحمه الله (والتزم الملتزم وتشبث بالاستار والتصق بالجدار) والملتزم هو ما بين الباب والحجر الاسود ويلزق صدره به والتشبث التعلق والمراد بالاستار أستار الكعبة ويستحب له أن يأتي باب البيت أولا ويقبل العتبة ويدخل البيت حافيا ثم يأتي الملتزم فيضع صدره ووجهه عليه ويتشبث بالاستار ساعة يتضرع الى الله تعالى بالدعاء بما أحب من أمور الدارين ويقول اللهم هذا بيتك الذي جعلته مباركا وهدى للعالمين اللهم كما هديتني له فتقبله مني ولا تجعل هذا آخر العهد من بيتك وارزقني العود اليه حتى ترضى عني برحمتك يا أرحم الراحمين وينبغي له أن ينصرف وهو يمشي وراءه وبصره الى البيت متباكيا متحسرا على فراق البيت حتى يخرج من المسجد وفي ذلك اجلال البيت وتعظيمه وهو واجب التعظيم بكل ما يقدر عليه البشر والعادة جارية به في تعظيم الاكابر والمنكر لذلك مكابر وهذا تمام الحج ثم يرجع الى وطنه وقال عبد الله ابن عمر رضي الله عنهما إن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا قفل من غزو أو حج يكبر على كل شرف من الارض ثلاث تكبيرات ثم يقول لا اله الا الله وحده لا شريك له له الملك وله الحمد وهو على كل شيء قدير آيبون تائبون عابدون ساجدون لربنا حامدون صدق الله وعده ونصر عبده وهزم الاحزاب وحده متفق عليه

❁ قال رحمه الله (فصل من لم يدخل مكة ووقف بعرفة سقط عنه طواف القدوم) لانه شرع في ابتداء الحج على وجه يترتب عليه سائر الافعال فلا يكون الاتيان به على غير ذلك الوجه سنة ولانه اذا دخل مكة بعد الافاضة من عرفة يطوف للزيارة فيغنيه عن طواف القدوم كالصلاة الفرض تغني عن تحية المسجد ولهذا لم يشرع في العمرة طواف القدوم لان طواف العمرة يغني عنها ولا شيء عليه لتركه لانه سنة فلا يجب الجابر بتركها قال رحمه الله (ومن وقف بعرفة ساعة من الزوال الى فجر النحر فقد تم حجه ولو جاهلا أو نائما أو مغمى عليه) لانه عليه الصلاة والسلام وقف بعد الزوال وهذا بيان أول الوقت وقال من أدرك عرفة بليل فقد أدرك الحج ومن فاته عرفة بليل فقد فاته الحج وهذا بيان آخر الوقت ولم يفصل بين أن يكون عالما بعرفة أو لم يكن فيشترط فيه الحصول فقط فان قيل هذا يشكل بالطواف فانه لو طاف هاربا من عدو أو سبع أو طالبا غريما له لم يجزه عن الطواف لعدم النية فما الفرق بينه وبين الوقوف بعرفة حتى أجزأه ومع الجهل لكونه عرفة ومع عدم نية الطواف قلنا الفرق بينهما أن الوقوف ركن العبادة وليس بعبادة مستقلة بنفسه ولهذا لا يتنفل به فوجود النية في أصل تلك العبادة يغني عن اشتراط النية في ركنه كما في أركان الصلاة والطواف عبادة مقصودة ولهذا يتنفل به فاشترط فيه أصل النية ولا يشترط فيه تعيين الجهة كما قلنا في صوم رمضان أو نقول إن النية عند الاحرام تضمنت جميع ما يفعل في الاحرام فلا يحتاج الى تجديد النية في كل جزء منه كالصلاة وغيرها والوقوف يؤتى به في الاحرام من كل وجه فلا يحتاج فيه الى تجديد النية والطواف يقع بعد

(قوله انها طعام طعم) بضم الطاء وسكون العين أي طعام يشبع اه فتح (قوله ماء زمزم لما شرب له) أي ان شربته لتشفى شفاك الله وان شربته لشبعك أشبعك الله وان شربته لقطع ظمئك قطعه الله وهي هزمة جبريل وسقيا الله اسمعيل اه فتح (قوله وتشبث) التشبث بالثاء المثلثة التعلق اه صحاح (قوله وهذا تمام الحج) قال في الغاية وعن الاعمش من اتمام الحج ضرب الجمال ❁(فصل)❁ حاصله مسائل شتى من أفعال الحج هي عوارض خارجة عن أصل الترتيب وهي تتلو الصور السالمة اه فتح (قوله لان طواف العمرة يغني عنه) الذي بخط الشارح عنها اه (قوله في المتن ومن وقف بعرفة الخ) قال الكمال رحمه الله والمشي وان أسرع لا يخلو عن قليل وقوف على ما قرر في فنه اه (قوله ولو جاهلا أو نائما أو مغمى عليه) أي وكذا من كان مجنونا أو سكران أو محدثا أو جنبا أو حائضا أو نفساء اه غاية (قوله لم يجزه الخ) قال الاسبيجابي يجزيه وكذا في المحيط فلا يحتاج الى الفرق اه (قوله ومع عدم نية الوقوف) الذي بخط الشارح الطواف والصواب الوقوف اه (قوله ولا يشترط فيه تعيين الجهة) أي حتى ان المحرم اذا طاف يوم النحر طوافا واجبا عليه بالنذر أجزأه عن طواف الزيارة ولم يجزه عما وجب بالنذر اه كاكي

التحلل و يقع فى الاحرام من وجه فيشترط فيه أصل النية ولا يشترط فيه تعيين الجهة عملا بالشبهين وقال مالك لايجوز الا كتفاء بوقوف النهار ولا بد من الوقوف فى جزء من الليل لما روينا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الحج عرفة فمن وقف بعرفة ساعة من ليل أو نهار فقد تم حجه رواه بمعناه أبو داود وغيره وصححه الترمذى ولا يمكن حمل أو بمعنى الواو ولانه يؤدى الى الجمع بين الليل والنهار ولم يقل به أحد قال رحمه الله (ولو أهل عنه رفيقه باغمائه جاز) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز ولو أمره بأن يحرم عنه عند عجزه فأحرم عنه عند اغمائه جاز اجماعا لهما أن الاحرام شرط فلا يسقط الا بفعله أو بفعل نائبه والدلالة تتقف على العلم وجواز الاذن به لا يعرفه كثير من العلماء فكيف يعرف العوام دلالته بخلاف ما اذا أمره صريحا لان الاستنابة فى باب الحج جائزة فى الاحرام ألا ترى أن الصغير يحرم عنه أبوه وكذا فى الافعال بدليل أن المريض اذا مروا به بعرفات وحطوا الحصى فى كفه ورموا بها صح وكذا اذا طافوا به بأمره ولابى حنيفة رحمه الله أن الاستنابة ثابتة دلالة لان عقد الرفقة والاجتماع للسفر الذى المقصود منه الاحرام وفعل المناسك استعانة بالرفقة فيما يعجز عن مباشرته بنفسه والثابت دلالة كالثابت نصا كشرب ماء السقاية وكمن وضع لحما فى قدر ووضعها على الكانون وطبخه انسان لا يجب عليه الضمان لانه مأذون له دلالة ولان الاركان كالوقوف والواجبات كرمى الجمار جاز بفعل غيره به اذا عجز فلأن يجوز الاحرام بفعل غيره وهو شرط أولى ولو أحرم عنه رفقاؤه بغير أمره قيل يجوز وقيل لا يجوز وذكر القولين فى المحيط والذخيرة قال رحمه الله (والمرأة كالرجل) يعنى فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لان أوامر الشرع عامة جميع المكلفين ما لم يقم دليل على الخصوص قال رحمه الله (غير أنها تكشف وجهها لا رأسها) وكان الاولى أن يقول غير أنها لا تكشف رأسها ولا يذكر الوجه لانها لا تخالف الرجل فى الوجه وانما تخالفه فى الرأس فيكون فى ذكره تطويل بلا فائدة ولا يقال انما ذكره ليعلم أنها كالرجل فيه ولو سكت عنه لما عرف لانه انما ذكره على سبيل الاستثناء وهو غير صحيح وانما لا تكشف رأسها لما روينا ولانه عورة بخلاف رأس الرجل ووجهها ولو سدلت شيأ على وجهها وجافته عنه جاز لما روى عن عائشة رضى الله عنها انها قالت كان الركبان يمرون بنا ونحن مع رسول الله صلى الله عليه وسلم محرمات فاذا حاذونا سدلت إحدانا جلبابها من رأسها على وجهها فاذا جاوزونا كشفنا رواه أحمد وأبو داود وغيرهما قال رحمه الله (ولا تلبى جهرا) بل تسمع نفسها لا غير لاجماع العلماء على ذلك لان صوتها عورة أو يؤدى الى الفتنة قال رحمه الله (ولا ترمل ولا تسعى بين الميلين) لانه مخل بستر العورة ولانه لا يطلب منها اظهار الجلد لان بنيتها غير صالحة للحراب قال رحمه الله

(قوله ولا يشترط فيه تعيين الجهة عملا بالشبهين) وسنة الفرق ... فى طواف الزيارة والعمرة ... اه فتح (قوله ولا بد من الوقوف فى جزء من الليل) وركن الوقوف وقوف جزء من الليل دون النهار عنده اه غاية (قوله فى المتن ولو أهل عنه رفيقه باغمائه جاز) أى استحسانا اه غاية (قوله وقالا لا يجوز) حتى لو أفاق فأدى المناسك بذلك الاحرام يجوز عنده وعندهم لا يجوز اه غاية قوله وعندهم أى عامة الفقهاء اه غاية (قوله فأحرم) يعنى أحرموا عن أنفسهم بطريق الاصالة وعن الرفيق بطريق النيابة حتى لو قتل صيدا يجب عليه دم واحد كذا فى المبسوط وصورة المسئلة هذا لان الرفقاء اذا لبسوا الرداء وتجنبوا المحظورات صار هو محرما ويتداخل الاحرامان وصار احرامهم عنه كاحرام الاب عن ابن صغير له من حيث إن عبارته فى الاهلال عن ابنه كعبارة ابنه فكذا عبارة الرفقاء كعبارته كما لو أمرهم افصاحا فلا يلزمهم الجزاء باعتبار احرامه فيجب على الرفيق جزاء واحد لان المحرم باحرام النيابة المغمى عليه لا النائب اه كاكى وكتب ما نصه يعنى رفقاءه اه (قوله جاز اجماعا) وقالت الائمة الثلاثة لا يجوز اه غاية (قوله وجواز الاذن به) أى بعقد الرفقة وقيل بالاحرام بسبب عقد الرفقة والاول أظهر اه كاكى (قوله لا يعرفه كثير من العلماء) أى ولهذا أنكره مالك والشافعى وابن حنبل وداود الظاهرى اه غاية (قوله كشرب ماء السقايه) أى بل هذا أولى لان ذلك تصرف فى ملك الغير بخلاف ما نحن فيه وما سافروا الا له اه غاية (قوله جاز بفعل غيره) قال الولوالجى والمريض لو وضع فى يده ثم رمى عنه أو رمى رجل عنه أجزأه اذا لم يقدر أما الاول فلانه أقرب الى الجواز من الثانية وأما الثانية فلعجزه اه (قوله ولو أحرم عنه غير رفقائه) لفظة غير ساقطة من خط الشارح والصواب اثباتها اه (قوله قيل يجوز) أى وهو الاولى لان هذا من باب الاعانة لا الولاية ودلالة الاعانة قائمة عند كل من علم قصده رفيقا كان أولا وأصله ان الاحرام شرط عندنا اتفاقا كالوضوء وستر العورة وان كان له شبه الركن مع ذلك فجازت النيابة فيه بعد وجود نية العبادة منه عند خروجه من بلده اه فتح قوله كالوضوء الخ لكن أجرى الماء على اعضاء المحدث فانه يصير بذلك متوضيا أو غطى عورة عريان فانه يصير بذلك محصلا للشرط اه فتح (قوله وقيل لا يجوز) قال فى الفوائد الظهيرية قال الشيخ الامام أبو عبد الله الجرجانى وكان الجصاص يقول لا يجوز ثم رجع وقال يجوز ولا تختص بذلك رفقاؤه بل هم وغيرهم فى ذلك سواء اه (قوله فى المتن والمرأة كالرجل) أى فى الحج والعمرة الا فى خمس عشرة خصلة والخمس عشرة خصلة هذه مذكورة فيها اه (قوله لان أوامر الشرع عامة فى جميع المكلفين) لفظة فى ليست فى خط الشارح اه (قوله غير أنها لا تكشف رأسها) أى كما قال فى الهداية اه (قوله ولو سدلت شيأ) أى أرسلت من سدل الثوب أرسله من باب طلب وفى بعض النسخ أسدلت وفى المغرب أسدلت خطأ اه كاكى (قوله وجافته) وجافيه بالجيم أى باعدت ذلك الشىء عن وجهها اه كاكى (ولا

(قوله في المتن وتلبس المخيط) أي ولكن لا تلبس المصبوغ بورس أو زعفران أو عصفر إلا أن يكون قد غسل لأن هذا تزين وهو من دواعي الجماع وهي ممنوعة عن ذلك في الإحرام اهـ كاكي (قوله وذكر بعضهم أنها تقصر (٣٩) من رأسها ما شاءت) قال الكرماني وسابعها ليس

(ولا تحلق رأسها ولكن تقصر) لما روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على النساء الحلق إنما على النساء التقصير رواه أبو داود وغيره ولأن حلق رأسها مثلة كحلق اللحية في حق الرجل قال رحمه الله (وتلبس المخيط) لأنه عليه الصلاة والسلام أباح السراويل والقميص للنساء المحرمات فيما رواه أبو داود عن ابن عمر ولأن في لبس غير المخيط كشف العورة ولا تضطبع لما ذكرنا في الرمل ولا تستلم الحجر إذا كان هناك جمع لأنها ممنوعة عن مماسة الرجال وإن وجدته خاليا عن الرجال استلمته لعدم المانع وتلبس الخفين والقفازين وتترك طواف الصدر بعذر الحيض ولا يجب عليها دم بتأخير طواف الزيارة بعذر الحيض ولا تحج الأمة إلا مع المحرم بخلاف الرجل وذكر بعضهم أنها تقصر من رأسها ما شاءت من غير تقدير بالربع بخلاف الرجل وقد ذكرنا من قبل أنها كالرجل في التقدير بالربع والخنثى المشكل في جميع ما ذكرنا كالمرأة احتياطا ولا يخلو بامرأة ولا رجل لأنه يحتمل أن يكون ذكرا ويحتمل أن يكون أنثى قال رحمه الله (ومن قلد بدنة تطوعا أو نذرا أو جزاء صيد أو نحوه فتوجه معها يريد الحج فقد أحرم) لقول ابن عمر إذا قلد الرجل هديه فقد أحرم والأثر في مثله كالمرفوع وهو محمول على ما إذا ساقه لقول عائشة رضي الله عنها كنت فتلت قلائد بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم أشعرها وقلدها ثم بعث بها فما حرم عليه شيء كان حلالا متفق عليه وهذا نص على أنه لا يصير محرما بمجرد التقليد ولأن سوق الهدي بعد التقليد في معنى التلبية إذ لا يفعل ذلك إلا من يريد الحج أو العمرة فصار من خصائصه كالتلبية إذ المقصود بالتلبية إظهار الإجابة للدعوة وبتقليد الهدي يحصل إظهار الإجابة أيضا وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل كما يكون بالقول وهذا لأن التقليد من شعائر الحج كالتلبية فإذا اتصل بالنية يكون محرما كالتلبية بخلاف ما إذا قلده ولم يسق لأنه لو كان محرما به للزم الحرج وهو مدفوع ولو اشترك جماعة في بدنة فقلدها أحدهم صاروا محرمين إن كان ذلك بأمر البقية وساروا معها قال رحمه الله (فإن بعث بها ثم توجه إليها لا يصير محرما حتى يلحقها) لما روينا من حديث عائشة أنه عليه الصلاة والسلام لم يحرم عليه شيء ولأنه إذا لم يكن بين يديه هدي يسوقه عند التوجه لم يوجد منه إلا مجرد النية وبمجرد النية لا يصير محرما فإذا أدركها فقد اقترنت نيته بعمل هو من خصائص الحج فيصير محرما كما لو ساقها من الابتداء قال رحمه الله (إلا في بدنة المتعة) فإنه يصير محرما حين توجه إليها معناه إذا نوى الإحرام وهذا استحسان والقياس أن لا يصير محرما حتى يلحقها لما بينا وجه الاستحسان أن هذا الهدي مشروع من الابتداء نسكا من مناسك الحج وضعا لأنه يختص بمكة ويجب شكرا للجمع بين أداء النسكين وغيره قد يجب وإن لم يصل مكة ولأن لهدي المتعة نوع اختصاص ببقاء الإحرام بسببه فإن المتمتع إذا ساق الهدي ليس له أن يتحلل فكذا في ابتداء الشروع يختص بأن يصير محرما بنفس التوجه وقال أبو اليسر ينبغي أن يكون هدي القران كذلك وذكر في النهاية معزيا إلى الرقيات أن هدي المتعة إنما يصير محرما به قبل إدراكه إذا حصل التقليد والتوجه إليه في أشهر الحج وأما إذا حصلا قبل أشهر الحج فلا يكون محرما حتى يلحقها لأن التمتع قبل أشهر الحج غير معتد به وصفة التقليد أن يعلق في عنق بدنته قطعة نعل أو شراك نعل أو عروة مزادة أو لحاء شجر أو نحو ذلك مما يكون علامة على أنه هدي قال رحمه الله (فإن جللها أو أشعرها أو قلد شاة لم يكن محرما) يعني وإن ساقها لأنه ليس من خصائص الحج لأن التجليل لدفع الحر والبرد والذباب والإشعار مكروه عند أبي حنيفة فلا يكون من النسك وعندهما وإن كان حسنا فقد يفعل للمعالجة بخلاف التقليد لأنه يختص بالهدي والتجليل حسن لأن هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت مقلدة مجللة وقال عليه الصلاة والسلام لعلي تصدق بجلالها وخطامها على ما يأتي في موضعه إن شاء الله تعالى والتقليد أحب من التجليل لأن له ذكرا في القرآن وهو

عليها التقصير في الرأس قدر ربع الرأس كما في الرجل بل عليها أن تقصر من أطراف شعرها قدر أنملة لقول عمر المرأة تقص قدر أنملة اهـ (قوله في المتن أو جزاء صيد) فإن قيل كيف يتصور جزاء الصيد قبل الإحرام قلنا هذا في حق السنة الماضية أو جزاء صيد الحرم بأن قتل الحلال نعامة الحرم ووجبت قيمتها جزاء اهـ كاكي (قوله أو نحوه) يريد به دما وجب جبرا لنقائص الحج كما لو طاف جنبا طواف الزيارة ووجب عليه الجزاء فاشترى بدنة في السنة الثانية وتوجه معها أو يريد به البدنة للمتعة أو للقران اهـ كاكي (قوله فتوجه معها يريد الحج) أفاد أنه لا بد من ثلاثة التقليد والتوجه معها ونية النسك وما في شرح الطحاوي لو قلد بدنة بغير نية الإحرام لا يصير محرما ولو ساقها هديا قاصدا إلى مكة صار محرما بالسوق نوى الإحرام أو لم ينو مخالف لما في عامة الكتب فلا يعول عليه اهـ فتح (قوله وإظهار الإجابة قد يكون بالفعل) أي كما إذا قيل لك يا فلان فأسرعت إلى خدمته حتى مثلت بين يديه فهذه إجابة الفعل اهـ كاكي (قوله وساروا معها) أي وبغير أمرهم لا يصيرون محرمين إلا المقلد وحده اهـ غاية (قوله مشروع من الابتداء نسكا) احترز به عما وجب ابتداء جزاء اهـ كاكي (قوله وضعا) أراد به الوضع الشرعي اهـ كاكي (قوله أو لحاء شجر) هو بالمد قشرها اهـ فتح (قوله والذباب) الذباب جمعه في الكثرة ذبان مثل غراب وغربان وفي القلة أذبة الواحدة ذبابة اهـ مصباح وكتب ما نصه وقد يكون للزينة اهـ كاكي

(قوله في المتن والبدن من الابل والبقر) في جامع العتابي اذا أوجب على نفسه البدنة فهو بالخيار عندنا ان شاء أهدى الابل وان شاء أهدى البقرة ولو أوجب على نفسه الهدى فهو مخير بين ثلاثة أشياء من الابل البقر والغنم ولو أوجب على نفسه الجزور فهو من الابل خاصة الكل عندنا اه كاكي (قوله وقال الشافعي من الابل خاصة) والجواب عما استدل به الشافعي رضي الله عنه ما ذكره العلامة كمال الدين رحمه الله في الفتح وهو أن التخصيص باسم خاص لا ينفي الدخول في اسم عام وغاية ما يلزم من الحديث انه أراد بالاسم الاعم في الاول وهو البدنة خصوص بعض ما يصلح له وهو الجزور لا كل ما يصدق عليه بقرينة اعطاء البقرة لمن راح في الساعة الثانية في مقام اظهار التفاوت في الاجر للتفاوت في المسارعة وهذا لا يستلزم أنه في الشرع خصوص الجزور والا ظاهر ابتناء على عدم ارادة الاخص بخصوصه بالاعم لكن يلزمه النقل والحكم باستعمال (٤٠) لفظ في خصوص بعض ما صدق فانه مع الحكم ببقاء ما استقر له على حاله أسهل من الحكم بنقله عنه بسبب استعمال من الاستعمالات من غير كثرة فيه عند تعارض الحكمين ولزوم أحدهما مع أنه قد ثبت بالنقل في لسان أهل العرف الذي يدعى نقله اليه في حديث جابر كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل والبقرة فقال وهل هي الا من البدن ذكره مسلم في صحيحه اه

﴿باب القران﴾

قال في غاية البيان لما فرغ من بيان الافراد بالحج شرع في بيان القران بين الحج والعمرة لان وجود المفرد سابق على وجود المركب وان قدم القران على التمتع لان القران أفضل منه عندنا اه (قوله القران مصدر) ومصدر الثلاثي يجيء على وجوه كثيرة منها فعال بكسر الفاء اه اتقاني قال في المصباح قرن بين الحج والعمرة من باب قتل وفي لغة من باب ضرب جمع بينهما في الاحرام والاسم القران مثل كتاب كأنه مأخوذ من الا قرن الشخص للسائل اذا جمع له بعيرين في قران واحد وهو الحبل والقرن بفتحتين لغة فيه قال الثعالبي لا يقال للحبل قرن حتى يقرن فيه بعيران اه (قوله وقال الشافعي الافراد أفضل) قال الاتقاني وقال مالك التمتع أفضل هكذا نقل أصحابنا قول مالك ولكن قال مالك في المدونة والافراد بالحج أحب الي من القران والتمتع اه قال في الهداية وقال مالك والتمتع أفضل من القران لان له ذكرا في القرآن ولا ذكر للقران فيه قال الاتقاني والجواب عن قول مالك أنه لا ذكر للقران في كلام الله عز وجل فنقول لا نسلم لانه قال تعالى وأتموا الحج والعمرة لله وقد جاء في التفسير أن اتمامهما أن يحرم بهما من دويرة أهله اه (قوله وقال لولا هديي) بفتح الهاء وسكون الدال هكذا ضبطه الشارح بالقلم اه

سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم وتقليد الشاة غير متعارف وليس بسنة أيضا قال رحمه الله (والبدن من الابل والبقر) وقال الشافعي رحمه الله من الابل خاصة لما روى أبو هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من اغتسل يوم الجمعة غسل الجنابة ثم راح في الساعة الاولى فكأنما قرب بدنة ومن راح في الساعة الثانية فكأنما قرب بقرة الحديث وفي حديث جابر نحرنا البدنة عن سبعة والبقرة عن سبعة رواه مسلم وفي المغرب البدنة في اللغة من الابل خاصة ولنا قول الخليل ان البدنة ناقة أو بقرة تهدى الى مكة قال النووي وهو قول أكثر أهل اللغة ولان البدنة مأخوذة من البدانة وهي الضخامة وقد اشتركا فيها وقال الجوهري البدنة ناقة أو بقرة وقال ابن الاثير في النهاية البدنة تقع على الجمل والناقة والبقرة وهي بالابل أشبه لعظمها وهي من بدن بدانة مثل كرم كرامة وفي حديث جابر كنا ننحر البدنة عن سبعة فقيل له والبقرة فقال وهل هي الا من البدن ذكره مسلم في صحيحه

﴿باب القران﴾

القران مصدر من قرنت اذا جمعت بين شيئين يقال قرنت البعيرين اذا جمعت بينهما بحبل والقارن الجامع بين الحج والعمرة قال رحمه الله (هو أفضل ثم التمتع ثم الافراد) وقال الشافعي رحمه الله الافراد أفضل ثم التمتع ثم القران حكاه الفوراني عنه وهو قول مالك ذكره في المجموعة على ما اختاره أشهب وقال الامام أحمد التمتع أفضل ثم الافراد ثم القران لحديث ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام تمتع في حجة الوداع بالعمرة الى الحج وأهدى فساق معه الهدى من ذي الحليفة وتمتع الناس معه بالعمرة الى الحج فلما قدم مكة قال للناس من كان منكم أهدى لا يحل من شيء حرم منه حتى يقضي حجه ومن لم يكن أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليحلل ثم يهل بالحج وليهد ولم يحلل هو من شيء حرم منه حتى قضى حجه ونحر هديه يوم النحر الحديث رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما وعن عائشة رضي الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام تمتع بالعمرة الى الحج بمثل حديث ابن عمر متفق عليه وعن عمران بن الحصين تمتع النبي صلى الله عليه وسلم وتمتعنا معه رواه مسلم بهذا اللفظ ورواه البخاري بمعناه وللشافعي حديث جابر قال أهللنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم بالحج خالصا لا يخالطه شيء فقدمنا مكة لاربع ليال خلون من ذي الحجة وطفنا وسعينا ثم أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم ان نحل وقال لولا هديي لحللت ثم قام سراقة بن مالك فقال يا رسول الله أرأيت متعتنا هذه لعامنا هذا أم للابد فقال عليه الصلاة والسلام بل للابد رواه البخاري ومسلم وحكى جابر أنه عليه الصلاة والسلام أهل بالتوحيد لبيك الحديث وقال فيه لسنا ننوي

(قوله وقالت عائشة انه عليه الصلاة والسلام أفرد الحج) رواه مسلم والبخاري عن ابن عمر أنه صلى الله عليه وسلم أهل بالحج وحده اه فتح
(قوله وبرواية ابن عمر لقربه الخ) لم يذكرها الشارح (قوله وقال عليه الصلاة والسلام القران رخصة) قال في الفتح ولا يعرف هذا الحديث
اه (قوله ولان فيه جمعا بين العبادتين الخ) قال في فتح القدير وأنت تعلم أن الجمع بين النسكين في الاداء متعذر بخلاف الصوم مع الاعتكاف
والحراسة مع الصلاة وانما الجمع بينهما حقيقة في الاحرام وليس هو من الاركان (٤١) عندنا بل شرط فلا يتم التشبيه وأيضا علمت أن

لا الحج لسنا نعرف العمرة الحديث رواه مسلم وغيره وقالت عائشة انه عليه الصلاة والسلام أفرد الحج رواه
مسلم وأبو داود وغيرهما وقال الشافعي رحمه الله أخذت برواية جابر لتقدم صحبته وحسن سياقه لابتداء
الحديث وبرواية عائشة لفضل حفظها وبرواية ابن عمر لقربه من رسول الله صلى الله عليه وسلم وادعى أن
الخلفاء الراشدين أفردوا الحج واختلاف الصدر الاول في كراهية التمتع والقران دون الافراد يدل على انه
أفضل منهما وقال عليه الصلاة والسلام القران رخصة فالعزيمة أولى ولان في الافراد زيادة التلبية
والسفر والحلق فكان أولى ولنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله واتمامهما ان يحرم بهما من دويرة أهله
كذا فسره الصحابة رضي الله عنهم وهو القران وحديث أنس أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول لبيك عمرة وحجا رواه البخاري ومسلم في صحيحيهما وعنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول
لبيك عمرة وحجا لبيك عمرة وحجا متفق عليه والتكرار لتأكيد أمر القران وعن مروان بن الحكم قال شهدت
عثمان وعليا وعثمان ينهى عن المتعة وأن يجمع بينهما فلما رأى علي ذلك أهل بهما لبيك بعمرة وحجة فقال
ما كنت أدع سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لقول أحد رواه البخاري والنسائي وعن عمران بن الحصين
أنه قال جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم بين حجة وعمرة ثم لم ينه عنه حتى مات رواه مسلم وأحمد وقال سراقة
قرن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أحمد وقال الهرماس بن زياد الباهلي رأيت رسول الله صلى الله عليه
وسلم وهو يقول لبيك بحجة وعمرة وعن علي قال أتيت النبي صلى الله عليه وسلم فقال كيف أهللت قلت
أهللت باهلالك فقال اني سقت الهدي وقرنت رواه أبو داود والنسائي وذكر ابن حزم في كتاب حجة الوداع أنه
عليه الصلاة والسلام كان قارنا وروى ذلك عنه ستة عشر صحابيا بالاسانيد الصحاح وهم عمر وابنه وعلي وجابر
وعمران والبراء وأنس وابن عباس وأبو قتادة وابن أبي أوفى وسراقة وأبو طلحة والهرماس وعائشة وحفصة
وأم سلمة ولان فيه جمعا بين العبادتين فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة في سبيل الله تعالى مع صلاة
الليل والتلبية غير محصورة ولان فيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وفيه امتداد احرامهما بخلاف المتمتع
والمفرد والسفر غير مقصود والحلق خروج عن العبادة فلا يترجح بهما اذ المقصود بما روى من قوله عليه
الصلاة والسلام القران رخصة نفي قول أهل الجاهلية ان العمرة في أشهر الحج من أفجر الفجور أو بسقوط
سفر العمرة صار رخصة ولأن فيما قلنا يمكن الجمع بين الاخبار كلها فكان أولى بيانه أن القارن يجوز له
أن يلبي بالحج والعمرة وبأحدهما على الانفراد في اللفظ فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام كان يلبي بهما
تارة وبأحدهما أخرى فمن سمعه يلبي بالحج فقط قال كان مفردا ومن سمعه يلبي بالعمرة قال كان متمتعا
ومن سمعه يلبي بهما أو عرف حقيقة الحال قال كان قارنا ولأن ما رواه الشافعي يثبت الحج وما رواه
أحمد يثبت العمرة فثبتناهما وما رويناه نحن يثبت الجميع فلا تنافي مع ان المثبت أولى من النافي ولان بعض
ما رويناه نص أنه عليه الصلاة والسلام قال قرنت وفي بعضها نص الراوي أنه عليه الصلاة والسلام
سمعته يلبي بهما فكان مفسرا بحيث لا يحتمل التأويل ولأن من روى الافراد روى خلاف ذلك أيضا من
القران والتمتع فتعين ترك روايتهم للتناقض ولولا خوف الاطالة لأوردناها مفصلة وقيل الاختلاف
بيننا وبين الشافعي بناء على أن القارن عندنا يطوف طوافين ويسعى سعيين وعنده طوافا واحدا وسعيا

مواضع الخلاف ما اذا أتى بالحج والعمرة لكن أفرد كلا منهما في سفرة واحدة يكون القران وهو الجمع بين احرامهما أفضل فملاقاة التشبيه تكون على تقدير أن الانسان اذا صام يوما بلا اعتكاف ثم اعتكف يوما آخر بلا صوم نفلا أو حرس ليلا بلا صلاة وصلى ليلة بلا حراسة يكون الجمع بينهما في يوم وليلة أفضل وهذا ليس بضروري فيحتاج الى البيان ولا يكون الا بسمع لان تقدير المثوبة والافضلية لا يكون الا به اه

(فرع) فان قيل المأمور بالحج اذا قرن يصير مخالفا عند أبي حنيفة فلو كان القران أفضل من الافراد ينبغي أن لا يكون مخالفا لانه أتى بأفضل مما أمر وكذا لو أمره واحد بالحج وآخر بالعمرة فقرن لا يجزيه وقد أتى بالافضل قلنا انه مأمور بصرف النفقة الى عبادة تقع للآمر على الخلوص وهي افراد الحج له وقد صرفها الى عبادة تقع للآمر وعبادة تقع لنفسه فكان مخالفا لامره فيضمن وكذا في المسئلة الثانية انما لا يجزيه لان كل واحد

منهما أمره باخلاص سفرة له وانفاق ماله في كل سفرة ولم يفعل فيضمن اه دراية (قوله فأشبه الصوم مع الاعتكاف والحراسة) يعني يحمي الغزاة ويصلي أيضا اه كاكي (قوله بخلاف المتمتع) تعلق بقوله وفيه امتداد احرامهما وقوله والمفرد يتعلق بقوله ولان فيه زيادة نسك فهو لف ونشر مشوش فاعلمه اه (قوله القران رخصة) أي لو صح اه فتح (قوله نفي قول أهل الجاهلية الخ) وكانوا يحرمون بالعمرة حين ينسلخ ذو الحجة والمحرم فنفى ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله القران رخصة يعني أن العمرة في أشهر الحج جائزة ولم يرد بها حقيقة الرخصة وهي ما بني على أعذار العباد بل القران عزيمة كالافراد اه اتقاني

واحد لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال من أحرم بالحج والعمرة أجزأه طواف واحد وسعي واحد رواه الترمذي وعن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قرن بين الحج والعمرة فطاف لهما طوافا واحدا وفي حديث عائشة أما الذين جمعوا بين الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا وقال عليه الصلاة والسلام دخلت العمرة في الحج الى يوم القيامة رواه مسلم ولنا ما روى عن الصبي بن معبد أنه قال كنت رجلا نصرانيا فأسلمت وأهللت بالحج والعمرة قال فسمعني زيد بن صوحان وسلمان بن ربيعة وأنا أهل بهما فقالا لهذا أضل من بعير أهله فكأنما حمل علي بكلمتهما جبل فقدمت على عمر بن الخطاب فأخبرته فأقبل عليهما فلامهما وأقبل علي فقال هديت لسنة نبيك صلى الله عليه وسلم رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وعن ابن عمر أنه جمع بين العمرة والحج وقال سبيلهما واحد وطاف لهما طوافين وسعى لهما سعيين وقال هكذا رأيت رسول الله صلى الله عليه وسلم يصنع كما صنعت رواه الدارقطني وروى الطحاوي وسعيد بن منصور عن علي وابن مسعود وابن عمر وعمران بن الحصين ان القارن يطوف طوافين ويسعى سعيين ولأن القران هو الجمع ومن لم يفعل الا أحدهما لم يكن جامعا ولانه لا تداخل في العبادة كما في الصلاة والصوم فبطل ما قال وحديث ابن عمر غير مرفوع قاله الطحاوي فلا يعارض المرفوع وحديث جابر متناقض لانه روى أنه عليه الصلاة والسلام كان مفردا على ما تقدم فلا يكون حجة ومعنى حديث عائشة أما الذين جمعوا بين الحج والعمرة فانما طافوا طوافا واحدا جمع متعة لا جمع قران لان حجتهم المضمومة الى العمرة كانت مكية ثم المراد بالافراد يحتاج فيه الى البيان هل هو افراد الحج أو العمرة أو افراد كل واحد منهما باحرام قال في النهاية شرح الهداية المراد الثالث دون الاولين استدلالا بمواضع الاحتجاج فانه قال من جهة الشافعي لان في الافراد زيادة التلبية والسفر والحلق وهذا لا يكون الا باحرام لكل واحد منهما وكذا روي عن محمد أنه قال حجة كوفية وعمرة كوفية أفضل عندي من القران فعلم بذلك أن الاختلاف الواقع فيه انما هو في ان الحج والعمرة كل واحد منهما على الانفراد أفضل أو الجمع بينهما أفضل وأما كون القران أفضل من الحج وحده فما لا خلاف فيه لان في القران الحج وزيادة وجعل نظير هذا الاختلاف اختلافهم في أن يصلي أربع ركعات بتحريمة واحدة أفضل أم بتحريمتين أفضل ولم ينقل فيه شيأ وانما قاله حزرا واستدلالا بمواضع الاحتجاج واطلاقهم أن القران أفضل من الافراد يرده لان ظاهره يراد به الافراد بالحج وأيضا لو كان كما قاله لكان محمد مع الشافعي أو كلهم كانوا معه لان محمدا لم يبين ان قولهما خلاف ذلك فيحتمل أن يكون مجمعا عليه قال رحمه الله تعالى (وهو أن يهل بالعمرة والحج من الميقات ويقول اللهم اني أريد العمرة والحج فيسرهما لي وتقبلهما مني) أي القران أن يحرم بهما معا من الميقات الى آخره لما تلونا وما روينا من الاحاديث ولان القران هو الجمع بين شيئين على ما مر وبه يتحقق الجمع واشتراط الاهلال من الميقات وقع اتفاقا حتى لو أحرم بهما من دويرة أهله أو بعد ما خرج من بلده قبل أن يصل الى الميقات جاز وصار قارنا وهو أفضل وكذا لو أحرم بهما اذا دخل الميقات أو أحرم بعمرة ثم أحرم بحجة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط صار قارنا لوجود الجمع بينهما ولو طاف لها أربعة أشواط ثم أحرم بالحج صار متمتعا وكذا لو أحرم بالحج ثم أحرم بالعمرة قبل أن يطوف له صار قارنا لما ذكرنا وقد أساء لتقديمه احرام الحج على احرام العمرة لانها متقدمة فعلا فكذا احراما ولهذا يقدم العمرة بالذكر اذا أحرم بهما معا وفي التلبية بعده والدعاء كما ذكرنا من فعله عليه الصلاة والسلام وان لم يقدمها جاز لان الواو لا تقتضي الترتيب وهي مؤخرة فيما تلونا وفي بعض ما روينا ولو أحرم للعمرة بعد ما طاف للحج طواف القدوم يكون قارنا ويلزمه دم جبر على الصحيح لانه دم شكر على ما يجيء في موضعه ان شاء الله تعالى وذكر في الغاية معزيا الى خزانة الاكمل عن محمد لو طاف لعمرته في رمضان فهو

(قوله هل هو افراد الحجة) كذا بخط الشارح اه (قوله أفضل عندي من القران) ووجهه أن الاتيان بسفرين أشق على البدن من سفر واحد وأفضل الاعمال أحمزها ما لم يرد عليه نهي اه اتقاني في التمتع (قوله وأما كون القران) الذي بخط الشارح وأما كون القارن (قوله وجعل) أي في النهاية (قوله وأيضا لو كان الخ) أي فليكن معه على هذه الرواية اه (قوله لان محمدا لم يبين أن قولهما خلاف ذلك) أي بل بينه بقوله عندي اه (قوله وهو أن يهل) أي يحرم اه ع (قوله ويقول) أي عقيب الصلاة اه (قوله صار قارنا الخ) لان أكثر الاشواط من العمرة باق فصار كأن الكل باق حكما اه (قوله وهي مؤخرة فيما تلونا) أي وهو قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله اه (قوله يكون قارنا ويلزمه دم جبر على الصحيح) وفي البدائع يستحب له أن يرفض العمرة ولو مضى عليه جاز وعليه دم القران اه (قوله على ما يجيء في موضعه) أي في باب اضافة الاحرام اه (قوله عن محمد لو طاف لعمرته في رمضان فهو قارن) أطلق عليه اسم القارن مع أنه أتى بالعمرة في غير أشهر الحج وقد ذكر الاتقاني رحمه الله أن التمتع هو الجمع بين الحج والعمرة ولو في أشهر الحج في سنة واحدة من غير إلمام باهله بينهما الماما صحيحا باحرام مكي للحج ولذلك أثبت حكم التمتع في القارن لانه منتفع به على هذا الوصف وقد نقلت عبارته في أول باب التمتع على الهامش وعليك بالتأمل في قول الشارح فهو قارن ولا دم عليه الخ اه

(قوله فى المتن ويطوف ويسعى لهما) أى فى أشهر الحج أما لو طاف لها قبل أشهر الحج ثم حج من عامه لا يكون قارنا كما أفاده الاتقانى وقد نقلت عبارته أول باب التمتع اه (قوله وهذه أفعال العمرة) أى الطواف بالبيت سبعة أشواط مع الرمل فى الثلاثة الاول والسعى بعد الطواف بين الصفا والمروة هى أفعال العمرة وحاصله أن العمرة أربعة أشياء الاحرام والطواف والسعى ثم الحلق أو التقصير ان كان مفردا بالعمرة لكن القارن ليس عليه حلق أو تقصير بعد فراغه من أفعال العمرة لان الحلق جناية على احرام الحج اه اتقانى

قارن ولا دم عليه ان لم يطف لعمرته فى أشهر الحج قال رحمه الله تعالى (ويطوف ويسعى لها) أى يطوف بالبيت ويسعى بين الصفا والمروة للعمرة لكل واحد منهما سبعة أشواط يرمل فى الثلاثة الاول من الطواف و يهرول بين الميلين فى السعى ويصلى بعد الطواف ركعتين وهذه أفعال العمرة قال رحمه الله تعالى (ثم يحج كما مر) فيبدأ بطواف القدوم ويسعى بعده ويفعل جميع أفعال الحج كما بينا فى المفرد وانما يقدم أفعال العمرة لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج وكلمة الى لانتهاء الغاية فيقدم العمرة ضرورة حتى يكون الانتهاء بالحج والآية وان نزلت فى التمتع فالقران بمعناه من حيث ان كل واحد منهما ترفق باداء النسكين فى سفرة واحدة فيجب تقديم العمرة فيه حتى لو نوى الاول للحج لا يكون الا للعمرة كرمضان وكطواف الزيارة يوم النحر اذا نواه لغيره لا يكون الا له ولا يتحلل بينهما بالحلق لانه يكون جناية على الاحرامين أما على احرام الحج فظاهر لان أوان التحلل فيه يوم النحر وأما على احرام العمرة فكذلك لان أوان تحلل القارن يوم النحر ألا ترى الى ما ذكره محمد فى المنتقى فقال قارن طاف لعمرته ثم حلق فعليه دمان ولا يتحلل من عمرته بالحلق وهذا تصريح بأنه يقع جناية على الاحرامين والذى يؤيد هذا أن المتمتع اذا ساق الهدى وفرغ من أفعال العمرة وحلق يجب عليه الدم ولا يتحلل بذلك من عمرته بل يكون جناية على احراميهما مع أنه ليس محرما بالحج فهذا أولى وقول صاحب الهداية فيه يكون جناية على احرام الحج يوهم أنه لا يكون جناية على احرام العمرة وليس كذلك لانه لا يتحلل الا بالحلق بعد الذبح كالمتمتع الذى ساق الهدى قال رحمه الله (فان طاف لهما طوافين وسعى سعيين جاز وأساء) أى لو طاف للحج والعمرة طوافين متواليين من غير أن يسعى بينهما ثم سعى سعيين جاز لانه أتى بما هو المستحق عليه وأساء بتأخير سعى العمرة وتقديم طواف التحية عليه ولا يلزمه بذلك شئ أما عندهما فظاهر لان تقديم النسك وتأخيره لا يوجب الدم عندهما وأما عنده فطواف القدوم سنة فتركه لا يوجب الجابر فكذا تقديمه بل أولى لان التقديم أهون من الترك والسعى تأخيره بعمل آخر كالاكل والنوم أو نحو ذلك لا يوجب شيأ فكذا الاشتغال بالطواف قال رحمه الله (واذا رمى يوم النحر ذبح شاة أو بدنة أو سبعها) لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الى الحج فما استيسر من الهدى والقران بمعنى التمتع على ما بينا وكان عليه الصلاة والسلام قارنا وذبح الهدايا وقال جابر حججنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فنحرنا البعير عن سبعة والبقرة عن سبعة رواه البخارى ومسلم فيكون حجة على مالك فى قوله لا تجزى البدنة الا عن واحد وعن على وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أن ما استيسر من الهدى شاة رواه مالك وأراد بالبدنة هنا البعير والبقرة لان اسم البدنة يقع عليهما على ما ذكرنا فيجزى سبع كل واحد منهما عن واحد والهدى من الابل والبقر والغنم على ما نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى فكل ما كان أعظم فهو أفضل لقوله تعالى ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب قال رحمه الله (وصام العاجز عنه ثلاثة أيام آخرها يوم عرفة وسبعة اذا فرغ ولو بمكة) أى صام العاجز عن الهدى الى آخره لقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام فى الحج وسبعة اذا رجعتم تلك عشرة كاملة الآية وهو وان نزل فى التمتع فالقران بمعناه على ما بينا فيتناوله دلالة لان وجوبه على المتمتع لاجل شكر النعمة حيث وفق لاداء النسكين والقارن يشاركه فيها والمراد بالحج والله أعلم وقته لان نفس الحج لا يصلح ظرفا وقته أشهر الحج بين الاحرامين فى

(قوله ويسعى بعده) يعنى أنه بعد فراغه من أفعال العمرة يبدأ بافعال الحج وذلك لانه قارن فلما فرغ من أفعال العمرة شرع فى أفعال الحج لانه محرم بالحج فيطوف طواف القدوم سبعة أشواط فى ابتداء أفعال الحج لانه سنة الحج لا العمرة ويطوف بين الصفا والمروة سبعة أشواط بعد طواف القدوم ويسعى فى بطن الوادى فى كل شوط كما فى المفرد بالحج اه اتقانى (قوله والآية وان نزلت فى التمتع فالقران بمعناه من حيث الخ) أو نقول قد صح عن أنس رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قرن الحج بالعمرة وقد قدم النبى صلى الله عليه وسلم فى أدائه العمرة على الحج فيقدم القارن العمرة على الحج اقتداء بالنبى صلى الله عليه وسلم اه اتقانى (قوله فى المتن جاز وأساء) وانما صار مسيئا لانه ترك السنة المتوارثة لان السنة فى حق القارن أن يطوف ويسعى لعمرته ثم يطوف ويسعى لحجته فلما جمع بين الطوافين والسعيين ترك السنة اه اتقانى رحمه الله (قوله والسعى الخ) يعنى يجوز أن يتخلل بين طواف العمرة وسعى العمرة أشياء كالاكل فجاز أن يتخلل بينهما طواف الحج أيضا ولا يبطل طواف الحج بتقديمه على سعى العمرة لان طواف الحج ليس بمرتب على سعى العمرة بدليل انه لو ترك السعى لا تفسد به العمرة لانه واجب بل طواف الحج مرتب على طواف العمرة وقد حصل وانما بطل تقديم السعى على الطواف لانه تابع للطواف فلم يصح تقديمه اه اتقانى مع حذف (قوله تأخيره) أى عن الطواف اه (قوله واذا رمى) أى جمرة العقبة اه

حق المتمتع والافضل أن يؤخرها الى آخر وقتها فيصوم يوم السابع ويوم التروية ويوم عرفة كذا روى عن على رضى الله عنه ولان الصوم بدل الهدى فيندب تأخيره لاحتمال قدرته على الاصل وقوله ولو بمكة أى يجوز له أن يصوم السبعة بعد ما فرغ من أفعال الحج ولو صامها بمكة يعنى بعد مضى أيام التشريق لنهى الصوم فيها وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن ينوى أن يقيم فيها لانه معلق بالرجوع والمعلق بالشئ لا يجوز قبله الا اذا تعذر بالاقامة هناك ولنا أن القياس أن يصام بمكة لانه بدل الدم وانه يكون بمكة فكذا بدله الا أن النص علقه بالرجوع تيسيرا اذ الصوم فى وطنه أيسر له فاذا تحمله جاز كالمسافر اذا صام ولا نسلم أنه معلق بالرجوع بل بالفراغ لانه سبب الرجوع فأطلق المسبب على السبب قال رحمه الله (فان لم يصم الى يوم النحر تعين الدم) أى ان لم يصم الثلاثة فى الحج وجب عليه الدم ولا يجوز أن يصوم الثلاثة ولا السبعة بعدها وقال الشافعى رحمه الله يصوم الثلاثة بعد هذه الايام لانه صوم مؤقت فيقضى بعد فواته كصوم رمضان وقال مالك يصومها فى هذه الايام لقوله تعالى ثلاثة أيام فى الحج وهذا وقته ولنا النهى المعروف عن صوم هذه الايام فجاز تخصيص ما تلى به لانه مشهور ويدخله نقص لمكان النهى فلا يتأدى به الكامل كقضاء رمضان والكفارات ولا يؤدى بعدها أيضا لان الهدى أصل وقد نقل حكمه الى بدل موصوف بصفة على خلاف القياس اذ الصوم ليس بمثل له لا صورة ولا معنى فتراعى فيه تلك الاوصاف فاذا فاتت فقد تعذر أداؤه على الوصف المشروع فنقل الحكم الى الاصل وهو الهدى ولو جاز الصوم بعد هذه الايام لكان بدلا عن الصوم الواجب فى أيام الحج والابدال لا تعرف الا شرعا وجواز الدم على الاصل وعن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أمر فى مثله بذبح الشاة ولو لم يجد الهدى تحلل وعليه دمان دم القران ودم التحلل قبل الذبح ولو وجد هديا بعد ما صام ثلاثة أيام بطل صومه ووجب عليه الذبح وان وجده بعد ما تحلل فلا ذبح عليه لحصول المقصود بالصوم وهو التحلل فصار كالمتيمم اذا وجد الماء بعد ما صلى ولو صام مع وجود الهدى ينظر فان بقى الهدى الى يوم النحر لم يجزه للقدرة على الاصل وان هلك قبل الذبح جاز للعجز عن الاصل فكان المعتبر وقت التحلل لا وقت الصوم وشرط جواز هذا الصوم وجود الاحرام وأن يكون فى أشهر الحج لان كونه متمتعا شرط بالنص وقبل الاحرام لا ينعقد سببه فلا يجوز قال رحمه الله (وان لم يدخل مكة ووقف بعرفة فعليه دم لرفض العمرة وقضاؤها) أى ان لم يدخل القارن مكة ووقف بعرفة فقد صار رافضا لعمرته وعليه دم لرفض العمرة وقضاؤها وانما يصير رافضا للعمرة لانه تعذر عليه أداؤها لانه لو أداها بعد الوقوف لصار بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج وهو خلاف المشروع وروى الحسن عن أبى حنيفة انه يصير رافضا لعمرته بالتوجه وهو القياس ولان التوجه من خصائص الوقوف ومقدماته فيعتبر بحقيقته كالسعى الى الجمعة بعد ما صلى الظهر فى منزله فانه ينتقض به الظهر عنده بمجرد السعى وجه الاستحسان وهو الفرق بينه وبين الجمعة أنه مأمور بنقض الظهر والتوجه الى الجمعة فيعطى لخصائصها حكم الجمعة والقارن منهى عن رفض العمرة ومأمور بالرجوع الى مكة ليقيمها على الوجه المشروع فلا يعطى لمقدماته حكم عينه فافترقا وانما يقضى العمرة لتحقق الشروع فيها وهو ملزم على ما عرف فى موضعه وسقط عنه دم القران لانه لم يوفق لاداء النسكين وعليه دم لرفض العمرة لانه خرج منها بعد صحة الشروع فيها قبل أداء الافعال فصار كالمحصر وعند الشافعى لا يصير رافضا بناء على انه لا يرى الاتيان بأفعال العمرة ولنا أن عائشة رضى الله عنها كانت معتمرة أو قارنة وهو الصحيح فلما حاضت بسرف وقدمت لم تطف لعمرتها حتى مضت الى عرفات فأمرها رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ترفض عمرتها وتصنع ما يصنع الحاج الحديث

﴿باب التمتع﴾

التمتع من المتاع أو المتعة وهو الانتفاع أو النفع قال الشاعر

وقفت على قبر غريب بقفرة ✽ متاع قليل من حبيب مفارق

(قوله والافضل أن يؤخرها الخ) ويجوز صوم الثلاثة بعد احرامه بالعمرة ولا يجوز قبل احرامه وفيه بحث طويل فى أحكام الرازى اه (قوله فاطلق المسبب على السبب الخ) وانما صرنا الى المجاز لان الرجوع ليس بشرط بالاتفاق ألا ترى أنه لو نوى الاقامة بمكة جاز له صوم السبعة بمكة وان لم يوجد الرجوع الى أهله فعلم بهذا أن الرجوع ليس بشرط أو معناه اذا رجعتم الى مكة أو اذا رجعتم الى الحالة الاولى يعنى اذا فرغتم من أفعال الحج ولئن سلمنا أن الرجوع الى أهله شرط لكن لا نسلم أن الشرط يوجب العدم عند العدم لان أقصى درجات الوصف أن يكون علة ولا أثر لانتفاء العلة فى انتفاء الحكم يجوز أن يكون الحكم معلولا بعلل شتى فأولى وأحرى أن لا ينتفى الحكم بانتفاء الشرط اه اتقانى (قوله ان لم يصم الثلاثة فى الحج وجب عليه الدم) وكذلك الحكم فى المتمتع اه اتقانى (قوله ولو لم يجد الهدى تحلل وعليه دمان الخ) أى لانه أحل بغير هدى ولا صوم اه اتقانى

﴿باب التمتع﴾

جعل الانس بالقبر متاعا وهذا فى اللغة وفى الشرع هو أن يفعل أفعال العمرة أو أكثرها فى أشهر الحج وأن يحج من عامه ذلك من غير أن يلم بأهله الماما صحيحا وهو أفضل من الافراد فى ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة ان الافراد أفضل لان المتمتع سفره واقع للعمرة بدليل انه يصير مكيا بعد فراغه منها فى حق أحكام النسك حتى يصير ميقاته ميقات أهل مكة ويتحلل بينهما فجعل سفره واقعا للحج أولى لكونه فرضا من ايقاعه للعمرة وجه الظاهر ان فى التمتع جمعا بين العبادتين فاشبه القران وفيه زيادة نسك وهو اراقة الدم وسفره واقع للحج وان تخللت العمرة بينهما لانها تبع للحج كتخلل السنة بين الجمعة والسعى اليها والمتمتع على وجهين متمتع يسوق الهدى ومتمتع لا يسوق الهدى على ما نبين ومعنى التمتع الترفق باسقاط أحد السفرين قال رحمه الله (هو أن يحرم بعمرة من الميقات فيطوف لها ويسعى ويحلق أو يقصر وقد حل منها) وهذه أفعال العمرة وكذا اذا أراد العمرة دون الحج فعل ما ذكرناه والاحرام من الميقات ليس بشرط للعمرة ولا للتمتع حتى لو أحرم بها من دويرة أهله أو غيرها جازت وصار متمتعا وكذا الحلق بعد الفراغ منها ليس بحتم بل له الخيار ان شاء تحلل وان شاء بقى محرما حتى يحرم بالحج اذا لم يكن ساق الهدى وان ساق لا يتحلل وقال مالك يحصل التحلل عند فراغه من أفعال العمرة ساق الهدى أو لم يسق من غير حلق ولا تقصير ولنا حديث ابن عمر انه قال تمتع الناس بالعمرة الى الحج فلما قدم رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة قال للناس من كان معه هدى فانه لا يحل من شئ حرم منه حتى يقضى حجه ومن لم يكن أهدى فليطف بالبيت وبالصفا والمروة وليقصر وليتحلل متفق عليه وقوله تعالى محلقين رؤسكم ومقصرين نزلت فى عمرة القضاء ولانها لما كان لها تحرم بالتلبية كان لها تحلل بالحلق أو التقصير كالحج قال رحمه الله (ويقطع التلبية بأول الطواف) وقال مالك يقطع اذا رأى بيوت مكة وفى رواية عنه اذا وقع بصره على البيت لان العمرة زيارة البيت فتتم به ولنا ما رواه أبو داود عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام كان يمسك عن التلبية فى العمرة اذا استلم الحجر وقال حديث صحيح ولان المقصود الطواف بالبيت لا لرؤية البيت ولا رؤية مكة فيكون القطع مع افتتاحه وذلك عند استلام الحجر قال رحمه الله (ثم يحرم بالحج يوم التروية من الحرم)

(قوله ومعنى التمتع الترفق) قال فى الهداية ومعنى التمتع الترفق باداء النسكين فى سفر واحد من غير أن يلم باهله بينهما الماما صحيحا قال الاتقانى والترفق من الرفق وأراد به الانتفاع والالمام مصدر ألم باهله اذا نزل وهذا الذى قاله صاحب الهداية لا يتم به معنى الترفق لان الترفق باداء النسكين اذا حصل من غير الالمام باهله الماما صحيحا لا يسمى تمتعا اذا كان أحدهما فى غير أشهر الحج والآخر فى أشهر الحج وكذا لا يسمى تمتعا اذا وجد النسكان فى أشهر الحج لكن أحدهما فى أشهر الحج من هذه السنة والآخر من السنة الاخرى وان لم يوجد الالمام باهله الماما صحيحا ولهذا قد صرح الامام أبو بكر الرازى فى شرح الطحاوى به وقال وليس كل من أحرم بعمرة ثم حج من عامه من غير رجوع الى أهله يكون متمتعا لانه لو أحرم بها فى غير أشهر الحج وفرغ منها ثم حج من عامه لم يكن متمتعا وكذلك لو فعل أكثر طوافها فى غير أشهر الحج فاذا لا بد من التقييد بان يقال التمتع هو الجمع بين الحج والعمرة فى أشهر الحج فى سنة واحدة من غير الالمام باهله بينهما الماما صحيحا باحرام مكى للحج ولذلك أثبت حكم التمتع فى القارن لانه متنفع به على هذا الوصف الا أن الفرق بينهما أن احرام الحج من القارن ميقاتى ومن المتمتع مكى وكذلك يكون متمتعا اذا جمع بين أكثر أفعال العمرة واحرام الحج فى أشهر الحج فى سنة واحدة من غير الالمام صحيح وقال مالك اذا أتى بالافعال قبل الاشهر وبقى احرام العمرة حتى دخلت الاشهر ثم أحرم بالحج فهو متمتع وقال الشافعى المتمتع من أحرم بالعمرة فى الاشهر فان قدم الاحرام وأتى بالافعال فليس بمتمتع وهذا بناء على الاحرام عندنا عقد على الاداء وليس من الاداء فاذا وجد النسكان فى أشهر الحج من سنة واحدة صار متمتعا ومعنى قولنا عقد الاداء أنه التزم أداء المشروع فى هذا الوقت وهو شرط لاداء أفعال الحج كالطهارة فى باب الصلاة وكذا التحريمة فى باب الصلاة عقد على الاداء والشروع يتعقبه وعند الشافعى الاحرام شروع فى الاداء والصحيح ما قلنا لان الاحرام هو الدخول فى الحرمة وبالاحرام يحرم قتل الصيد ولبس المخيط وحلق الرأس وما أشبه ذلك ولا يلزم من الدخول فى الحرمة أداء الحج لان ذلك يحصل بافعال معلومة من الوقوف والطواف وغير ذلك من المناسك فافهم اه (قوله وكذا اذا أراد العمرة دون الحج فعل ما ذكرناه) هكذا فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم فى عمرة القضاء اه هداية وهو ما روى البخارى فى الصحيح باسناده الى ابن عباس رضى الله عنهما قال قد أحصر رسول الله صلى الله عليه وسلم فحلق رأسه وجامع نساءه ونحر هديه حتى اعتمر عاما قابلا اه اتقانى (قوله من غير حلق ولا تقصير) وذلك لان العمرة هى الطواف والسعى وقد وجدا اه اتقانى (قوله نزلت فى عمرة القضاء) أى لان هذه الآية نزلت فى شأن الحديبية وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم حين حبسه كفار قريش عن البيت بالحديبية مهلا بالعمرة وصالحهم على أن يعتمر العام المقبل وقد ذكر الواحدى فى كتاب أسباب نزول القرآن باسناده الى الزهرى عن عروة عن المسور بن مخرمة ومروان بن الحكم قالا أنزلت سورة الفتح بين مكة والمدينة فى شأن الحديبية من أولها الى آخرها اه اتقانى (قوله فى المتن ويقطع التلبية الخ) قال الاتقانى ثم المتمتع اذا فرغ من عمرته وحل وأحرم بالحج يلبى كما يلبى المفرد بالحج الى أول حصاة جمرة العقبة والقارن مثل المفرد بالحج أيضا فى قطع التلبية اه (قوله فى المتن ثم يحرم بالحج) لفظة بالحج ليست فى خط الشارح (قوله من الحرم) فلو أحرم من الحل فقد ذكره الشارح قبيل باب اضافة الاحرام الى الاحرام فانظره اه قال القدورى رحمه الله فاذا كان يوم التروية

احرم بالحج من المسجد قال في الجوهرة وقوله من المسجد التقييد بالمسجد للافضلية وأما الجواز فجميع الحرم ميقات اه (قوله وان أحرم قبل يوم التروية جاز وهو أفضل) وانما ذكر المصنف يوم التروية لانه أول يوم يبدأ فيه أفعال الحج ولهذا لما افتتح أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم الحج أمرهم النبي صلى الله عليه وسلم أن يحرموا يوم التروية اه اتقاني (قوله ويفعل جميع ما يفعله الحاج على ما تقدم في المفرد) غير أنه لا يأتي بطواف القدوم بخلاف القارن فانه يأتي به كما مر اه بمعناه في الاكمل وقال الحدادي في الجوهرة عند قول القدوري وفعل ما يفعله الحاج المفرد الا أنه لا يطوف طواف التحية لانه لما حل صار هو والمكي سواء ولا تحية للمكي كذا هذا اه وقول الزيلعي رحمه الله لانه أول طواف له في الحج يقيد ما أفاده الاكمل والحدادي وهو أنه لا يأتي بطواف القدوم والله الموفق اه قال الاتقاني عند قوله وفعل ما يفعله المفرد لانه لما فرغ من العمرة وحل وأحرم بالحج بعدها صار كالمفرد بالحج وتعلق به أفعال المفرد الا في ثلاثة أشياء أحدها أنه لا يطوف طواف القدوم لانه في معنى (٤٦) المكي ولا يسن في حق المكي طواف القدوم بخلاف المفرد بالحج والقارن فان طواف القدوم يسن في حقهما والثاني يجب الهدي شكرا للجمع بين النسكين بخلاف المفرد فانه لا يجب في حقه الهدي بل يستحب والثالث أن المتمتع يرمل في طواف الزيارة لانه يسعى بعد طواف الزيارة والرمل لم يشرع الا في طواف بعده سعي بخلاف المفرد والقارن فانهما يرملان في طواف القدوم لان طواف القدوم سنة في حقهما فيسعيان في طواف القدوم هذا اذا وجد السعي منهما عقيب طواف القدوم وأما اذا أخرا السعي الى طواف الزيارة فحينئذ يرملان في طواف الزيارة أيضا لان الاصل أن كل طواف بعده سعي ففيه الرمل وكل طواف ليس بعده سعي فلا رمل فيه اه (قوله لان هذا أول طوف له في الحج) أي لانه لا يسن في حقه طواف القدوم اه اتقاني (قوله ولو كان هذا المتمتع طاف) قال أي تطوعا اه جوهرة (قوله ولا يسعى بعده) أي لان التكرار ليس بمشروع في الرمل والسعي اه اتقاني (قوله وسبعة اذا رجع) ينبغي أن يقول اذا فرغ من أفعال العمرة كما تقدم اه (قوله ليتحقق السبب) أي لان احرام العمرة سبب الى التمتع ولهذا جاز له سوق الهدي قبل احرام الحج فجاز الصوم لوجود المسبب بعد السبب اه اتقاني (قوله وهو أفضل) قال الاتقاني أي المتمتع الذي يسوق الهدي أفضل من المتمتع الذي لا يسوق الهدي أو معناه سوق الهدي بعد الاحرام بالتلبية أفضل من الاحرام بتقليد البدنة وسوقها بعده لي أم لم يلب اه (قوله في المتن بمزادة) قال الجوهري والمزادة الراوية قال أبو عبيد لا تكون الا من جلدين تفأم بجلد ثالث بينهما لتتسع وكذلك السطيحة والشعيب والجمع المزاد والمزايد اه وقال ابن الاثير قد تكرر ذكر المزادة في غير موضع من الحديث وهي الظرف الذي يحمل فيه الماء كالراوية والقربة والسطيحة والجمع المزاد والميم زائدة اه قوله والمزادة الراوية ذكرها الجوهري في فصل الزاي مع الياء من

لانه في معنى المكي وميقات أهل مكة في الحج الحرم وقد بيناه من قبل وان أحرم قبل يوم التروية جاز وهو أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام من أراد الحج فليتعجل ولان فيه مسابقة الى خير وزيادة في المشقة فكان أولى قال رحمه الله (ويحج) أي في تلك السنة لانه لا يكون متمتعا الا اذا حج في تلك السنة ويفعل جميع ما يفعله الحاج على ما تقدم في المفرد لانه مفرد بالحج الا انه يرمل في طواف الزيارة ويسعى بعده لان هذا أول طواف له في الحج وقد بينا ان كل طواف بعده سعي يرمل فيه بخلاف المفرد لانه قد سعى مرة عقيب طواف القدوم فلا يسعى أخرى حتى لو لم يسع عقيب طواف القدوم رمل في هذا الطواف وسعى بعده ولو كان هذا المتمتع طاف وسعى بعدما أحرم بالحج قبل أن يروح الى منى لم يرمل في طواف الزيارة ولا يسعى بعده لما بينا قال رحمه الله (ويذبح) لما تلونا في القران قال رحمه الله (فان عجز فقد مر) أي ان عجز عن الهدي فقد مر حكمه وهو ان يصوم ثلاثة أيام في الحج وسبعة اذا رجع الى أهله على ما بينا في القران قال رحمه الله (فان صام ثلاثة أيام من شوال واعتمر لم يجزه عن الثلاثة) يعني لو صام ثلاثة أيام من شوال قبل أن يحرم بالعمرة ثم أحرم بعدما صام لم يجزه هذا الصوم عن الثلاثة لان سبب وجوب هذا الصوم التمتع لانه بدل عن الهدي وهو في هذه الحالة غير متمتع فلا يجوز أداؤه قبل وجود سببه قال رحمه الله (وصح لو بعد ما أحرم بها قبل أن يطوف) يعني صح صومه ثلاثة أيام اذا صامها بعدما أحرم بالعمرة قبل أن يطوف لها وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز قبل الاحرام بالحج لقوله تعالى فصيام ثلاثة أيام في الحج وقبل الاحرام به لا يكون صومه في الحج ولنا أن المراد به وقت الحج لان الحج لا يصلح ظرفا للصوم وهذا قد صام في وقت الحج بعدما تقرر سببه وهو التمتع اذ هو طريق اليه فيجوز وكان ينبغي أن يجوز وان لم يحرم بالعمرة لانه وقت الحج ولكنا شرطنا احرام العمرة ليتحقق السبب وبقي فيما وراءه على الاصل والافضل تأخير هذا الصوم الى آخر وقته وهو يوم عرفة ويومان قبله لما بينا في القران قال رحمه الله (فان أراد سوق الهدي أحرم وساق) وهو أفضل لانه عليه الصلاة والسلام أحرم بذي الحليفة وساق الهدي بعده ولان الافضل أن يحرم بالتلبية فيأتي بها قبل التقليد والسوق كيلا يكون محرما بالتوجه معها قال رحمه الله (وقلد بدنته بمزادة أو نعل) لانه عليه الصلاة والسلام قلد البدنة وهو أفضل من التجليل لان له ذكرا في القرآن قال الله تعالى ولا الهدي ولا القلائد ولان التقليد يراد به التقرب والتجليل قد يكون لغيره كالزينة وغيرها فكان التقليد أولى وسوقه أفضل من قوده اقتداء برسول الله صلى الله عليه وسلم الا اذا كانت لا تنساق فيقودها للضرورة

قال رحمه الله (ولا يشعر) أى لا يشعر البدنة وهذا عند أبى حنيفة وقالا يشعر وهو أن يشق أحد جانبى سنامها حتى يخرج منه الدم ثم يلطخ به سنامها والاشعار هو الادماء لغة وروى أن عمر رضى الله عنه أصابه حجر فى سفر الحج فأدماه فقالوا أشعر أمير المؤمنين والاحسن أن يشق من الجانب الايسر عند أبى يوسف وعند الشافعى من الايمن كل ذلك مروى عنه عليه الصلاة والسلام انه فعله لانه عليه الصلاة والسلام كان يدخل بين بعيرين فيطعنهما فيقع الطعن على يسار أحدهما وعلى يمين الآخر واليسار كان مقصودا فكان أشبه وهو مكروه عند أبى حنيفة وعندهما حسن وعند الشافعى سنة لانه عليه الصلاة والسلام فعله وفعله أصحابه ولهما أن المقصود هو الاعلام حتى ترد اذا ضلت ولا تهاج اذا وردت ماء أو كلأ وأن لا يتعرض لها أحد وهذا المعنى فى الاشعار أتم لانه ألزم والقلادة قد تقع فن هذا الوجه يكون سنة الا انه عارضه دليل الكراهة وهو كونه مثلة فقلنا بحسنه وان تركه فلا بأس به ولابى حنيفة أنه مثلة لان فيه قطع اللحم أو الجلد وفى حديث عمران بن الحصين ما قام رسول الله صلى الله عليه وسلم فينا خطيبا الا حثنا على الصدقة ونهانا عن المثلة وهى حرام فيمن وجب قتله وهو المرتد أو الحربى فما ظنك بما لا تحل عقوبته وفعله عليه الصلاة والسلام كان صيانة للبدن حتى لا يتعرض لها الكفار لانهم كانوا يتركون الهدايا و يأخذون خلافها وهذا التأويل منقول عن عائشة وابن عباس وهذا المعنى قد زال اليوم فلا فائدة فيه ونظيره اعطاء الصدقة للمؤلفة قلوبهم وقتل الكلاب وكسر الاوانى فى الخمر قلعا لهم ثم لما اشتهر سقط قال الطحاوى ما كره أبو حنيفة أصل الاشعار وكيف يكره ذلك مع ما اشتهر فيه من الاخبار وانما كره اشعار أهل زمنه لانه رآهم يبالغون فيه على وجه يخاف منه الهلاك فرأى سد هذا الباب وأما اذا وقف على قطع الجلد دون اللحم فلا بأس به وقيل انما كره ايثاره على التقليد كما كره ايثار نكاح الكتابية على نكاح المسلمة قال رحمه الله (ولا يتحلل بعد عمرته) لان سوق الهدى يمنعه من التحلل لما روينا ولان لسوق الهدى تأثيرا فى اثبات الاحرام ابتداء فلأن يؤثر فى ابقائه عليه أولى بخلاف ما اذا لم يسق الهدى لانه لا مانع له من التحلل قال رحمه الله (ويحرم بالحج يوم التروية وقبله أحب) لما ذكرنا فى متمتع لا يسوق الهدى وهما سواء فيه قال رحمه الله (فاذا حلق يوم النحر حل من احراميه) لان الحلق فى الحج كالسلام فى الصلاة فيتحلل به عنهما وقوله حل من احراميه تصريح بان احرام العمرة باق بعد الوقوف بعرفة وذكر فى النهاية أن القارن اذا قتل

باب الدال وذكرها صاحب المصباح فى الزاى مع الواو فقال والمزادة شطر الراوية بفتح الميم والقياس كسرها لانها آلة يستقى فيها الماء وجمعها مزايد وربما قيل مزاد بغير هاء والمزادة مفعلة من الزاد لانه يتزود فيها الماء اه (قوله وهو مكروه عند أبى حنيفة) قال فى الحقائق الاشعار مكروه عنده وعندهما مباح وليس بسنة ولا مكروه اه ومثله فى المصفى اه (قوله وعندهما حسن) كذا فى الهداية قال الاتقانى وهو أدنى من السنة اه (قوله ولابى حنيفة أنه مثلة) أى وتعذيب حيوان اه (قوله لان فيه قطع اللحم أو الجلد) أى ومتى وقع التعارض فالترجيح للمحرم قاله فى الهداية قال الاتقانى يعنى لما وقع التعارض بين كون الاشعار سنة وبين كونه مثلة وهى حرام فالرجحان للحرام لان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم أولى وعندى اطلاق اسم المثلة على الاشعار مشكل لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة فى أول مقدمه الى المدينة وأشعر صلى الله عليه وسلم الهدايا فى آخر حياته عام حجة الوداع فلو كان الاشعار من باب المثلة لما أشعر رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه نهى عنها قبل ذلك والكلام الصحيح فى هذا الباب أن يقال ان أبا حنيفة رحمه الله كره الاشعار المحدث الذى يفعل على وجه المبالغة ويخاف منه السراية الى الموت لا مطلق الاشعار اه (قوله لان سوق الهدى يمنعه الخ) وقال مالك والشافعى اذا فرغ المتمتع من أفعال العمرة حل من احرامه سواء ساق الهدى أو لم يسق اعتبارا بما اذا لم يسق الهدى لنا ما روى أن حفصة قالت لرسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك فقال عليه الصلاة والسلام من لم يسق الهدى فليحل وليجعلها عمرة ومن ساق الهدى فلا يحل حتى ينحر معنا يوم النحر اه كرمانى (قوله فى المتن حل من احراميه) قال الكمال رحمه الله فيه دليل على أن يقال احرام العمرة الى الحلق وأورد عليه فى النهاية لو كان كذلك لزم القارن دمان اذا جنى قبل الحلق وقال علماؤنا اذا قتل القارن صيدا بعد الوقوف قبل الحلق لزمه قيمة واحدة ولو بقى بعد الوقوف لزمه دمان وأجاب بان احرام العمرة انتهى بالوقوف ولم يبق الا فى حق التحلل لان الله تعالى جعل الحجة غاية احرام العمرة ولا وجود للمضروب له الغاية بعدها الا ضرورة وهى ما ذكرنا واذا لم تبق فى حق غير ذلك لم يقع الجناية عليه اه قال فى شرح الكنز فان القارن اذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة وبعد الحلق قبل الطواف شاتان اه وما نقله فى النهاية انما هو قول شيخ الاسلام ومن تبعه وقد صرح به عنه بخصوصه فى النهاية فى آخر فصل جزاء الصيد وأكثر عبارات الاصحاب مطلقة وهى الظاهرة اذ قضاء الاعمال لا يمنع بقاء الاحرام والوجوب انما هو باعتبار أنه جناية على الاحرام لا على الاعمال والفرع المنقول فى الجماع يدل على ما قلنا بل سنذكر عن الكتب المعتبرة عن بعضهم ان فيما بعد الحلق البدنة والشاة أيضا بالجماع وعن بعضهم البدنة فقط ويتبين الاولى منهما ثم شيخ الاسلام قيد لزوم الدم الواحد بغير الجماع وقال ان فى الجماع بعد الوقوف شاتين فلا يخلو اما أن يكون احرام العمرة بعد الوقوف توجب الجناية عليه شيأ أولا فان أوجبت لزم شمول الوجوب والا فشمول العدم اه ما قاله الكمال وكتب ما نصه الا فى حق النساء الى طواف الزيارة اه

(قوله فى المتن ولا تمتع ولا قران لمكى) قال فى التحفة ومع هذا لو تمتعوا جاز واساؤا ويجب عليهم دم الجبر اه (قوله وهم أهل مادون المواقيت الى الحرم) وليس لهؤلاء الا الافراد عندنا اه ع قال الاتقانى ومن تمتع منهم أو قرن كان عليه دم وهو دم جناية لا يأكل منه بخلاف القارن أو المتمتع من أهل الآفاق فان الدم الواجب عليه مادم نسك يأكلان منه اه (قوله وأهل مادون المواقيت ملحق بهم) يعنى من كان داخل الميقات الى الحرم تبع لاهل مكة حيث كانت أوطانهم داخل الميقات كاهل مكة وكانوا بمنزلتهم اه (قوله وقال مالك لا يلحق بهم غيرهم) قال العينى وقال مالك من كان داخل الميقات الى الحرم لهم التمتع والقران وبه قال أحمد لانهم ليسوا من حاضرى المسجد الحرام اه (قوله ولو أن هذا المكى قدم الخ) قال الكرمانى رحمه الله واذا خرج المكى من مكة الى الكوفة ثم قرن ودخل مكة صح قرانه لانه لما خرج من مكة ولحق بالكوفة صار آفاقيا فيصح قرانه ولا يبطل ذلك بالالمام باهله لان القران انعقد صحيحا وحصل بنفس الاحرام فالالمام بعده لا يؤثر فى ابطاله كالكوفى اذا قرن ثم عاد الى الكوفة لم يبطل كذا هنا أما لو أحرم المكى بعد ما خرج بعمرة ثم دخل مكة فحج من عامه ذلك لم يكن متمتعا لوجود الالمام باهله بين العمرة والحج (٤٨) وسواء ساق الهدى أو لم يسق بخلاف الكوفى اذا ساق الهدى ثم ألم بأهله بين الحج والعمرة لم يبطل تمتعه والفرق بينهما هو أن العود مستحق لاجل السوق بخلاف المكى فانه فى عين مكة عند الالمام باهله فلا يستحق عليه العود فاستوى الحال فى حقه فتسقط المتعة فى الوجهين جميعا قال محمد بن سماعة عن محمد رحمه الله انما يصح قران المكى اذا خرج الى الكوفة أو الى ميقات من المواقيت وجاوزه قبل أشهر الحج فاما اذا دخلت عليه أشهر الحج وهو بمكة أو داخل المواقيت ثم خرج الى الكوفة ثم قرن لم يصح قرانه عند أبى حنيفة لانه لما دخلت أشهر الحج عليه وهو فى أهله أو بمكة فقد صار بحال لا يصح منه قران ولا تمتع على ما أصلنا فى هذه السنة فبالخروج منها بعد ذلك لا يتغير حكمه وهو الصحيح اه (قوله لان نسكيه ميقاتيان) فصار كالكوفى بخلاف ما اذا تمتع بعد ما خرج الى الكوفة فانه لا يصح أيضا لان احرامه فصار للحج مكى ولا تمتع للمكى فعن هذا احترز بقوله خرج الى الكوفة وقرن اه اتقانى (قوله كذا روى) أى عن عمر و اه اتقانى (قوله وسعيد بن جبير) أى وطاوس وسعيد بن المسيب اه اتقانى (قوله فصار نظير أهل مكة) أى حيث لا يصح تمتعهم لوجود الالمام الصحيح اه (قوله فى المتن وان ساق لا) قال فى الحقائق آفاقى ساق للمتعة هديا واعتمر فى أشهر الحج أو اعتمر الا أنه لم يحلق رأسه حتى ألم باهله ثم عاد فى عامه هذا عند محمد لا يكون متمتعا لوجود سفرين وعندهما متمتع حيث أداهما فى سفر واحد لان بقاء احرامه بالسوق او ترك الحلق يمنع صحة الالمام لما عرف وانما وضع هكذا فانه لو لم يسق الهدى بطل تمتعه عندهم لانه ألم باهله بين النسكين الماما صحيحا وهو النزول فى وطنه الاصلى من غير بقاء صفة الاحرام اه قال الاتقانى اعلم أن الالمام باهله بين الحج والعمرة اذا كان صحيحا يبطل التمتع بالاتفاق أما اذا كان فاسدا كالمتمتع الذى ساق الهدى ألم بأهله حين فرغ من عمرته فقال أبو حنيفة وأبو يوسف لا يبطله لان العود مستحق عليه مادام على نية التمتع فلا يبطل تمتعه كالقارن اذا عاد الى أهله وقال محمد يبطل تمتعه اه

صيدا بعد الوقوف بعرفة لا تلزمه قيمتان لان احرام العمرة قد انتهى بالوقوف فى حق سائر الاحكام بعد الوقوف بعرفة وانما يبقى فى حق التحلل لا غير كاحرام الحج ينتهى بالحلق فى يوم النحر ولا يبقى الا فى حق النساء خاصة وهذا بعيد لان القارن اذا جامع بعد الوقوف يجب عليه بدنة للحج وشاة للعمرة و بعد الحلق قبل الطواف شاتان قال رحمه الله (ولا تمتع ولا قران لمكى ومن يليها) وهم أهل مادون المواقيت الى الحرم وقال الشافعى رحمه الله لهم التمتع والقران لقوله تعالى فمن تمتع بالعمرة الآية فيدخل تحتها كل أحد من أهل مكة وغيرهم وقوله تعالى ذلك لمن لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام عائد على الهدى والصوم لقربه يعنى لهم أن يتمتعوا او يقرنوا ولا يجب عليهم هدى ولا صوم قلنا لو كان المراد ما قاله لقال ذلك على من لم يكن أهله حاضرى المسجد الحرام الآية لان اللام تستعمل فيما لنا لا فيما علينا ولنا الخيار فى التمتع ان شئنا فعلنا وان شئنا لم نفعل وأما الهدى فواجب من غير اختيار منا والاشارة فى قوله ذلك عائدة على التمتع واللام فيه تدل عليه لانها للبعيد وهو أبعد ولان التمتع هو الترفه باسقاط أحد السفرين من غير أن يلم بينهما بأهله ولا يمكنه أن لا يلم بينهما ولا يتصور السفر فى حقهم فلا يشرع فى حقهم أصلا وقال ابن عمر ليس لاهل مكة متعة ومثله عن ابن عباس وابن الزبير ولان ميقات أهل مكة فى الحج الحرم وفى العمرة الحل فلا يتصور الجمع بينهما فلا يشرع فى حقه القران وأهل مادون المواقيت ملحق بهم فيكونوا بمنزلتهم وقال مالك لا يلحق بهم غيرهم وقال الشافعى رحمه الله يلحق بهم من حولها دون مسافة القصر لا غير ولو أن هذا المكى قدم من الكوفة بعمرة وحجة صار قارنا لان نسكيه ميقاتيان وذكر المحبوبى انه انما يصير قارنا اذا خرج من الميقات قبل أشهر الحج قال رحمه الله (فان عاد المتمتع الى بلده بعد العمرة ولم يسق الهدى بطل تمتعه) لانه ألم بأهله فيما بين النسكين الماما صحيحا وبه يبطل التمتع كذا روى عن ابن عمر وسعيد بن جبير وعطاء وابراهيم وغيرهم من جمهور التابعين والمعنى فيه أن التمتع هو الترفق باسقاط أحد السفرين فاذا أنشأ لكل واحد منهما سفرا بطل هذا المعنى أو نقول انه لما ألم بأهله الماما صحيحا صار العود غير مستحق عليه فصار نظير أهل مكة ويتأتى فيه خلاف الشافعى لان الالمام عنده لا يمنع التمتع حتى أجازه لاهل مكة قال رحمه الله (وان ساق لا) أى وان ساق الهدى لا يبطل تمتعه بالمامه بأهله وقال محمد يبطل لانه ألم بأهله بين النسكين وأداهما بسفرتين

(قوله حتى لو بعث هديه) يعني لو بدا له أن لا يتمتع فبعث هديه اهـ (قوله لان العود مستحق عليه لاجل الحلق) و يؤيد هذا ما نقله عن الحقائق اهـ (قوله لان للاكثر حكم الكل) أي اذا لم يعارضه نص ولهذا الاتمام ثلاث ركعات من الظهر مقام أربع ركعات اقامة للاكثر مقام الكل لان النص ناطق بان فرض المقيم أربع ركعات اهـ اتقاني (قوله وان كان الاكثر قبلها لم يجتمعا فيها) قال الاتقاني رحمه الله وقد اعتبر الشرع الغلبة والكثرة ألا ترى أن فرائض الحج ثلاثة الاحرام والوقوف (٤٩) بعرفات وطواف الزيارة وقد أقيم

فصار كمن لم يسق الهدي وهذا لان العود غير مستحق عليه حتى لو بعث هديه لينحر عنه ولم يحج كان له ذلك والهدي لا يمنع صحة الالمام ألا ترى أن المكي اذا قدم من الكوفة بعمرة وساق هديا لا يكون متمتعا والالمام بأهله مع سوق الهدي ولهما أن الالمام غير صحيح لانه محرم على حاله ما لم ينحر عنه الهدي فكان العود مستحقا عليه وذلك يمنع صحة الالمام بأهله كالقارن اذا أتى بأفعال العمرة ثم رجع الى أهله ثم حج كان قارنا لان الالمام محرما غير صحيح بخلاف ما اذا لم يسق الهدي أو ساق وهو مكي لان العود غير واجب عليه وفي الايضاح أن المعتمر اذا لم يحلق حتى ألم بأهله ثم حج من عامه ذلك قبل أن يحل في أهله فهو متمتع لان العود مستحق عليه لاجل الحلق اما وجوبا أو استحبابا فجعل الحرف عدم التحلل لا سوق الهدي قال رحمه الله (ومن طاف أقل أشواط العمرة قبل أشهر الحج وأتمها فيها وحج كان متمتعا وبعكسه لا) أي لو طاف ثلاثة أشواط من العمرة قبل أشهر الحج وطاف الاربعة فيها كان متمتعا وبعكسه لا يكون متمتعا وهو ما اذا طاف الاكثر قبل أشهر الحج لان للاكثر حكم الكل فان وجد أكثر طواف العمرة في أشهر الحج فقد اجتمع له الحج والعمرة فيها فيصير متمتعا وان كان الاكثر قبلها لم يجتمعا فيها لا حقيقة ولا حكما أما الحقيقة فظاهر لانه لم يوجد فيها الا بعضها وكذا حكما لانها فرغت تقديرا ألا ترى أنها صارت بحال لا تحتمل الفساد بالجماع ومالك رحمه الله يعتبر الختم في أشهر الحج والشافعي يعتبر الاحرام فيهما بناء على أصله أن الاحرام من الاركان عنده قال رحمه الله (وهي شوال وذو القعدة وعشر ذي الحجة) كذا روي عن العبادلة الثلاثة وعبد الله بن الزبير وعن أبي يوسف انها عشر ليال وتسعة أيام من ذي الحجة لان الحج يفوت بطلوع الفجر من يوم النحر ولو كان وقته باقيا لما فات قلنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال يوم الحج الاكبر هو يوم النحر فكيف يكون يوم الحج الاكبر ولا يكون من شهره ولان وقت الركن وهو طواف الزيارة يدخل وقته بطلوع الفجر من يوم النحر فكيف يدخل وقت ركن الحج بعد ما خرج وقت الحج وفوات الوقوف بطلوع الفجر من يوم النحر لكونه مؤقتا بالنص فلا يجوز في غيره ألا ترى أن يوم التروية وما قبله من أشهر الحج ولا يجوز فيه الوقوف لما قلنا وقال مالك ذو الحجة كلها من أشهر الحج لقوله تعالى الحج أشهر معلومات بلفظ الجمع وأقله ثلاثة قلنا يجوز اطلاق لفظ الجمع على ما دون الثلاث كقوله تعالى وان كان له اخوة فلامه السدس فالاخوان يحجبانها من الثلث الى السدس و يجوز أن ينزل البعض منزلة الكل يقال رأيت زيدا سنة كذا وانما رآه في ساعة منها وفائدة التوقيت بهذه الاشهر أن شيأ من أفعال الحج لا يجوز الا فيها حتى اذا صام المتمتع أو القارن ثلاثة أيام قبل أشهر الحج لا يجوز وكذا السعي بين الصفا والمروة عقيب طواف القدوم لا يجوز الا في أشهر الحج قال رحمه الله (وصح الاحرام به قبلها وكره) أي جاز الاحرام بالحج قبل أشهر الحج وقال الشافعي في الجديد لا يجوز و ينعقد عمرة كما لو أحرم للصلاة قبل دخول وقتها تنعقد نفلا وكما لو صام القضاء بنية من النهار يكون نفلا ولان الاحرام ركن عنده فلا يجوز قبل الوقت كسائر الاركان ولنا أنه شرط ألا ترى أنه يستدام الى أن يحلق وينتقل من ركن الى ركن ولا ينتقل عنه و يجامع كل ركن من أركان الحج ولو كان ركنا لما كان كذلك فجاز تقديمه مثل الطهارة في الصلاة وهذا لانه لا يتصل به الاداء ولهذا لا يكون الاحرام من الميقات وأفعال الحج من مكة وكذا لو أحرم في أول أشهر الحج يجوز أداء الافعال

الاكثر مقام الكل ثمة ولهذا لو جامع بعد الوقوف لم يفسد حجه ولو جامع قبله يفسد ولهذا لا تفسد عمرته بعد ما طاف أربعة أشواط أيضا فلما كان كذلك قلنا ان وجود أكثر الطواف قبل أشهر الحج صار كوجود كل الاطوفة قبلها فلو وجدت الاطوفة كلها قبل الاشهر وتحلل ثم حج من عامه لم يكن متمتعا فكذا هنا لانه صار بحال لا يفسد نسكه بالجماع اهـ (قوله أن الاحرام من الاركان عنده) وعندنا شرط فيصح تقديمه على أشهر الحج اهـ (قوله وعبد الله بن الزبير الخ) وانما فصل عبد الله بن الزبير رضي الله عنه عن العبادلة الثلاثة وهم عبد الله بن مسعود وعبد الله بن عمر وعبد الله ابن عباس لانه كان لا يفهم في عرفهم من اطلاق العبادلة الا هؤلاء الثلاثة هذا ما عليه أهل اللغة وما عليه الفقهاء فأما العبادلة عند المحدثين فهم عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر وعبد الله بن عمرو وعبد الله بن الزبير وليس عبد الله ابن مسعود من العبادلة لانه

قد تقدم موته ذكره ابن الصلاح في النوع التاسع والثلاثين من علوم الحديث ثم العبادلة يجوز أن يكونوا جمع عبدل لغة في عبد قياسا لان من العرب من يقول في عبد عبدل وفي زيد زيدل وان يكون جمع عبد على غير قياس كالنساء للمرأة اهـ اتقاني (قوله وقال مالك ذو الحجة كلها من أشهر الحج) أي وفائدته تأخير طواف الزيارة الى آخر الشهر بلا وجوب دم اهـ اتقاني قال في الحقائق في باب مالك أشهر الحج شوال وذو القعدة وعشر من ذي الحجة عندنا وعنده الى تمام ذي الحجة و يظهر الخلاف فيما اذا نذر أن يصوم أشهر الحج والثاني اذا اشتغل بالعمرة بعد عشر ذي الحجة يكون مكروها عنده لانه يصير بانيا للعمرة على الحج وعندنا لا يكون مكروها لان أشهر الحج قد فاتت اهـ

(قوله أو نقول له شبه بالركن) أي من وجه من حيث الاتصال به ذكره الشارح في أول الباب عند قول المصنف فلو أحرم صبي أو عبد اه (قوله فهو متمتع فيهما) وكذا اذا خرج من الحرم ولم يتخذ مكانا دارا بان لم ينو الاقامة فيه خمسة عشر يوما اذ الخلاف انما هو فيما اذا نوى الاقامة في غير وطنه خمسة عشر يوما اه (قوله والرابع أن يخرج من الميقات ولا يرجع الى وطنه) أي بل ينوي الاقامة في مكان خمسة عشر يوما اه مبسوط قال الكرماني رحمه الله في مناسكه وصفة التمتع المسنون أن يحرم بعمرة من الميقات في أشهر الحج ثم يدخل مكة على ما ذكرنا ويطوف ويسعى ويقطع التلبية في ابتداء الطواف ويفعل ما ذكرنا في العمرة ويفرغ منها ثم يحلق أو يقصر اذا لم يسق الهدي وقد حل من عمرته ثم يحرم بالحج من عامه ذلك قبل أن يلم بأهله الماما صحيحا والالمام الصحيح الذي يبطل التمتع عندنا أن ينصرف الى أهله بعد ما أدى العمرة ثم يعود ويحرم بالحج وذكر في شرح الطحاوي وزاد شيئا آخر فقال لو فرغ من أفعال العمرة وحل منها ثم ألم بأهله أو خرج من ميقات نفسه ثم عاد وأحرم بحجة من الميقات وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا بالاجماع لان العود الى الميقات نفسه ملحق باهل من وجه لانه يشبه الرجوع الى أهله كما في السعي الى الجمعة اه وكالقارن اذا توجه الى عرفات قبل أداء العمرة ونحو ذلك يبطل حكمه ولو فرغ من أفعال العمرة وحل ثم خرج الى غير ميقاته ولحق بموضع لاهله التمتع والقران اتخذ دارا أو لم يتخذ توطن أو لم يتوطن ثم أحرم من هنالك بالحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا عند أبي حنيفة لانعدام الالحاق بالاهل من كل وجه وقالا والشافعي لا يكون متمتعا لانه لما خرج من الميقات صار حكمه حكم الآفاقي فلم يبق ذلك الحكم بدليل أنه لو أراد أن يرجع الى مكة لا يجوز الا باحرام جديد وقيل قولهما مثل قول أبي حنيفة رواه الرازي وهو الاصح اه قال الكرماني في ما مناسكه ولو دخل الكوفي بعمرة فأداها وتحلل وأقام بمكة حتى دخل عليه أشهر الحج فاحرم بعمرة أخرى لم يكن متمتعا في قولهم لانه لما أقام صار في حكم أهل مكة بدليل أن ميقاته ميقات أهل مكة وليس لاهل مكة تمتع لما ذكرنا كذا في حقه الا أن يخرج الى أهله أو ميقات نفسه على ما ذكر الطحاوي ثم يرجع محرما بالعمرة وقالا اذا خرج الى موضع لاهله التمتع والقران صار متمتعا وقد ذكرناه ولو خرج من مكة قبل أشهر الحج الى موضع لاهله التمتع والقران وأحرم بالعمرة ودخل محرما فتمتع فهو متمتع في قولهم جميعا الماسر واذا كان للكوفي أهل بالكوفة وأهل بمكة يقيم عند هؤلاء سنة وهؤلاء سنة فاعتمر في أشهر الحج وحج من عامه لم يكن متمتعا لانه ألم باهله فان كان له بالكوفة أهل و بالبصرة أهل ورجع الى أهله بالبصرة ثم حج من عامه لم يكن متمتعا لانه ملم باهله بين نسكين اه

متأخر عنه وهذا آية الشرطية فيجوز تقديمه بخلاف الصلاة لان الاداء فيها متصل بالتحريمة فلا يجوز تقديمها على الوقت كيلا يقع الاداء قبله وأما في الحج فنفصل عن الاحرام فلا مانع ولانه لو كان ركنا لكان له وقت معلوم ومكان معلوم كسائر أركان الحج فان قيل لو كان شرطا لما كره قبل أشهر الحج قلنا كراهيته كيلا يقع في المحظورات بطول الزمان أو نقول له شبه بالركن ولهذا اذا عتق العبد بعد الاحرام لا يجوز له أداء الفرض به وكذا الصبي اذا بلغ بعد الاحرام فاذا كان له شبه بالركن والشرط توفر حظهما فيه والذي يدلك على انه ليس من الحج أن الاحرام لا يخلو اما أن يكون قصد الحج أو التزامه وكل ذلك ليس من الحج ولانه جاز تقديمه على وقته في المكان فكذا في الزمان بل أولى لان المكان ألزم فيما كان متعينا به من الزمان ألا ترى أن من أفعال الحج ما يجوز في غير وقته من الزمان ولا يجوز في غير مكانه ولان الاحرام تحريم أشياء كلبس المخيط والتطيب والاصطياد والجماع وغيرها من المحظورات وايجاب أشياء كالوقوف والطواف وغير ذلك فيصح في كل وقت كالنذر واليه الاشارة بقوله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هي مواقيت للناس والحج من حيث إن جميعها مواقيت الناس فكذا للحج وهي اثنا عشر شهرا وقوله ينعقد عمرة مشكل على قوله لان العمرة فرض عنده كالحج فكيف ينعقد بتحريمة الفرض فرض آخر وهذا خلف قال رحمه الله (ولو اعتمر كوفي فيها) أي في أشهر الحج (وأقام بمكة أو بالبصرة وحج صح تمتعه) أي حج من عامه ذلك صار متمتعا أما اذا أقام بمكة فلانه أدى نسكين وترفق باسقاط أحد السفرين وهو حقيقة المتعة وأما اذا أقام بالبصرة فذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة وأما على قولهما لا يكون متمتعا لان المتمتع من تكون عمرته ميقاتية وحجته مكية ونسكاه هذان ميقاتيان فصار كما اذا رجع الى أهله ولابي حنيفة رحمه الله ما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أن قوما سألوه فقالوا اعتمرنا في أشهر الحج ثم زرنا قبر النبي صلى الله عليه وسلم ثم حججنا فقال أنتم متمتعون ولان السفر الاول قائم ما لم يعد الى وطنه وقد اجتمع له فيه نسكان واقامته ببصرة كاقامته بمكة ألا ترى أنه لو أوصى بأن يحج عنه يحج عنه من وطنه لا من موضع اقامته فلا يتغير حكم التمتع بالاقامة العارضة فيها ولا بالخروج عن الميقات ما لم يرجع الى وطنه وثمرته تظهر في وجوب الدم فعنده يجب لانه متمتع وعندهما لا يجب وذكر الجصاص أنه لا خلاف فيه ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه أحدها أن يقيم بمكة والثاني أن يخرج من الحرم ولا يجاوز الميقات فهو متمتع فيهما والثالث أن يرجع الى وطنه فلا يكون متمتعا والرابع أن يخرج من الميقات ولا يرجع الى وطنه فهو متمتع عنده على ما ذكرنا من الاختلاف على قولهما بين الطحاوي والجصاص والمسئلة التي بعد هذه المسئلة وهو ما اذا أفسد العمرة ثم أحرم بعمرة أخرى من خارج الميقات ثم حج من عامه ذلك تشهد لما ذكره الطحاوي على

مايجيء قال رحمه الله (ولو أفسدها فأقام بمكة وقضى وحج لا الا أن يعود الى أهله) يعني لو أفسد الكوفي عمرته فأقام بمكة وقضاها وحج من عامه ذلك لا يكون متمتعا لان سفره انتهى بالفاسد وصارت عمرته الصحيحة مكية ولا تمتع لاهل مكة وقوله الا أن يعود الى أهله يعني يعود الى أهله بعدما مضى في الفاسد وبعدما حل منه ثم قضاها وحج من عامه ذلك فانه يكون متمتعا لان عمرته ميقاتية وحجته مكية وهو من أهل الآفاق فيكون متمتعا ضرورة ولو خرج الى البصرة ولم يرجع الى أهله فقضاها لم يكن متمتعا عند أبي حنيفة وعندهما يكون متمتعا لانه أنشأ سفرا وقد ترفق فيه بنسكين وهذا لانه لما وصل الى موضع لاهله التمتع فقد ألحق بهم فصار كاهل ذلك المكان بخلاف ما اذا لم يخرج من مكة لانه صار من أهلها وليس لهم تمتع فكذا هو ولابي حنيفة انه باق على السفر الاول ما لم يرجع الى وطنه وقد انتهى بالفاسد ولم ينشئ سفرا آخر غيره فصار الحاصل أن عنده الخروج من الميقات من غير أن يعود الى أهله كالاقامة بمكة وعندهما كالرجوع الى وطنه وهذا يؤيد ما ذكره الطحاوي من حيث ان خارج الميقات له حكم الوطن وذكر شيخ الاسلام أن هذا اذا خرج من الميقات في أشهر الحج فأما اذا خرج منه قبل أشهر الحج ثم قضى العمرة في أشهر الحج وحج من عامه ذلك يكون متمتعا بالاجماع قال رحمه الله (وأيهما أفسد مضى فيه ولا دم عليه) يعني الكوفي اذا قدم بعمرة ثم حج من عامه ذلك فأيهما أفسد مضى فيه لانه لا يمكنه الخروج عن عهدة الاحرام الا بالافعال وسقط عنه دم التمتع لانه لم يترفق باداء نسكين صحيحين في سفر واحد قال رحمه الله (ولو تمتع وضحى لم يجزئ عن المتعة) لانه أتى بغير ما عليه لان دم التمتع غير الاضحية فلا ينوب أحدهما عن الآخر ولو تحلل يجب عليه دمان دم المتعة ودم التحلل قبل الذبح على ما بينا في القران وذكر المسئلة في الجامع الصغير وأوردها في المرأة لان الجهل عليهن أغلب أو لانها واقعة امرأة فنقلها أبو يوسف لمحمد كما سمعها من أبي حنيفة وكذا محمد رحمه الله نقلها كما سمعها من أبي يوسف قال رحمه الله (ولو حاضت عند الاحرام أتت بغير الطواف) لقوله عليه الصلاة والسلام لعائشة حين حاضت بسرف افعلي ما يفعل الحاج غير أن لا تطوفي بالبيت حتى تطهري متفق عليه ولان الطواف في المسجد وهي ممنوعة من دخوله وما عداه من أفعال الحج من الوقوفين ورمي الجمار والسعي في المفازة فلا يمتنع بسبب الحيض وقد ذكرنا انها تغتسل في أول باب الاحرام قال رحمه الله (ولو عند الصدر تركته كمن أقام بمكة) أي لو فعلت جميع أفعال الحج غير طواف الصدر فحاضت عنده تركت طواف الصدر كما يتركه من أقام بمكة ولا شيء عليه لتركه لقول ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام أمر الناس أن يكون آخر عهدهم بالبيت الا أنه خفف عن المرأة الحائض متفق عليه وذكرت عائشة رضي الله عنها لرسول الله صلى الله عليه وسلم أن صفية بنت حيي حاضت بعدما طافت بعد الافاضة فقال فلتنفر اذا متفق عليه ولو طهرت قبل أن تخرج من مكة يلزمها طواف الصدر لانها صارت من أهله في وقته وان جاوزت بيوت مكة ثم طهرت فليس عليها أن تعود وكذا لو انقطع دمها فلم تغتسل ولم يذهب وقت الصلاة حتى خرجت من مكة لم يلزمها العود لانه لم يثبت لها أحكام الطهارات في وقت الطواف ولهذا لم تلزمها الصلاة وان اغتسلت ثم رجعت الى مكة قبل أن تجاوز الميقات فعليها الطواف والنفساء كالحائض وأما من أقام بمكة فان كانت نيته الاقامة قبل أن يحل النفر الاول يسقط بالاجماع لانه صار من أهل مكة قبل الوجوب وان كان بعدما حل النفر الاول لا يسقط عند أبي حنيفة ومحمد لانه وجب عليه بدخول وقته فلا يسقط بعزيمته كمن أصبح مقيما لا يحل له أن يفطر في ذلك اليوم بالسفر وقال أبو يوسف سقط عنه ولا يلزمه الا اذا شرع فيه ثم نوى الاقامة لان طواف الصدر لا يصير دينا في الذمة ألا ترى انه يسقط بالحيض قبل الخروج من مكة ولو كان دينا لما سقط كالصلاة بعدما خرج وقتها لا تسقط بالحيض وقبل الخروج تسقط لعدم الوجوب في الذمة والله سبحانه أعلم

(قوله فلا يكون متمتعا) أي بالاجماع اه (قوله ثم قضاها) أي بعدما عاد الى أهله اه (قوله وذكر شيخ الاسلام أن هذا الخ) هذا القيد غير محتاج اليه هنا لان المسئلة مفروضة فيمن اعتمر في أشهر الحج وأفسدها ثم خرج الى مكان غير بلده اه

(قوله بالافعال) أي بافعال الحج فيما اذا أحرم بالحج وأفسده أو بافعال العمرة فيما اذا أحرم بالعمرة وأفسدها قال بعض الشارحين أي بافعال العمرة لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة وفيه نظر لان الرواية مسطورة في سائر الكتب وفي الهداية أيضا في باب الجنايات ان من فسد حجه يجب عليه شاة ويمضي في الحج كما يمضي من لم يفسده وعليه الحج من قابل فعلم أن فاسد الحج يمضي في الحج كما يمضي من لم يفسد حجه ولا يتحلل بأفعال العمرة كما يتحلل فائت الحج بها اه اتقاني (قوله لانه أتى بغير ما عليه) وذلك لان دم المتعة واجب والاضحية ليست بواجبة على الحاج لانه لا أضحية على المسافر اه اتقاني (قوله لان دم التمتع غير الاضحية) قال الفقيه أبو الليث ولو كان الرجل جاهلا ونوى عن الاضحية ولو كان متمتعا وحلق رأسه فان تلك الشاة لا تجوز عن المتعة كما قال في المرأة لكن لما لم يجزها عن المتعة يجب عليها دمان سوى ما ذبحت دم المتعة الذي كان واجبا ودم آخر لانها قد حلت قبل الذبح اه اتقاني (قوله النفر) النفر بسكون الفاء الرجوع والنفر الاول في آخر أيام النحر وهو اليوم الثاني عشر من ذي الحجة والنفر الثاني في آخر أيام التشريق وهو اليوم الثالث عشر من ذي الحجة اه اتقاني رحمه الله

﴿باب الجنايات﴾

لما فرغ من بيان أحكام المحرمين شرع فى بيان العوارض من الجنايات والاحصار والفوات ثم الجنايات عبارة عن فعل ماليس للانسان فعله وقيل هى اسم لفعل محرم شرعا من قولهم جنى عليه شرا أى كسبه وهى تشتمل على الغصب الا أن الغصب أخص لان الفعل المحرم يسمى غصبا اذا وقع فى المال والجناية أعم منه لانها تستعمل فى النفوس والاطراف والمال اه اتقانى قال فى المغرب الجناية مايجنيه من شر أى يحدثه تسمية بالمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا أنه خص بما يحرم من الفعل اه (قوله وقال محمد رحمه الله إنه يجب بقدره من الدم) أى اعتبارا للجزء بالكل اه هداية يعنى يعتبر كم قدره من قدر مايوجب الدم فيكون عليه بحساب ذلك فاذا كان

﴿باب الجنايات﴾

وهو اسم لفعل محرم شرعا وفى اصطلاح الفقهاء يطلق على مايكون فى النفوس والاطراف وأصله من جنى الثمر اذا أخذه من الشجر ثم استعمل فى الشر توسعا كذلك قال رحمه الله (تجب شاة إن طيب محرم عضوا) وذلك مثل الرأس والفخذ والساق لان الجناية تتكامل بتكامل الارتفاق وذلك فى العضو الكامل فيترتب عليه كمال الموجب وان أكل طيبا كثيرا يجب الدم عند أبى حنيفة وقالا لاتجب الصدقة لانه لم يستعمله استعمال الطيب وله أنه اذا استعمله كثيرا يلتزق بأكثر فمه أو كله وهو عضو كامل فيجب عليه الدم قال رحمه الله (والا تصدق) أى وان طيب أقل من عضو يجب عليه الصدقة لقصور الجناية وقال محمد يجب بقدره من الدم وفى المنتقى انه اذا طيب ربع العضو فعليه دم اعتبارا بالحلق والفرق بينهما على الظاهر أن حلق بعض الرأس معتاد فيتكامل الارتفاق وتطييب بعض العضو غير معتاد فلا يتكامل وذكر الفقيه أبو جعفر أن الكثرة تعتبر فى نفس الطيب لا فى العضو فان كان كثيرا مثل كفين من ماء الورد وكف من الغالية وبقدر مايستكثره الناس من المسك يكون كثيرا وان كان قليلا فى نفسه والقليل مايستقله الناس وان كان فى نفسه كثيرا وكف من ماء الورد يكون قليلا وقيل بالتوفيق بينهما وهو الصحيح فيقال ان كان الطيب قليلا فالعبرة للعضو وان كان كثيرا فللطيب وله تشهد المسائل كأكل الطيب على مامر وكما ذكر فى النوادر ان من مس طيبا باصبعه فأصابها كلها فعليه دم وفيه عن أبى يوسف ان طيب شاربه كله أو بقدره من لحيته أو رأسه فعليه دم وقالوا اذا اكتحل بالكحل المطيب فعليه صدقة ومثله الانف فان فعل ذلك مرارا كثيرة فعليه دم وفى مناسك الكرمانى لو طيب جميع أعضائه فعليه دم واحد لاتحاد الجنس ولو كان الطيب فى أعضاء متفرقة يجمع ذلك كله فان بلغ عضوا كاملا فعليه دم والا فصدقة ولو شم طيبا فليس عليه شئ وان دخل بيتا مجمرا فليس عليه شئ وان أجمر ثوبه فان تعلق به كثيرا فعليه دم والا فصدقة ثم فى كل موضع وجب فيه الدم تجزيه الشاة الا من جامع بعد الوقوف بعرفة أو طاف للزيارة جنبا أو حائضا أو نفساء وكل موضع وجب فيه صدقة فهى نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير الا مايجب بقتل جرادة أو قمل أو بازالة شعرات قليلة من رأسه أو عضو آخر من أعضائه قال رحمه الله (أو خضب رأسه بحناء) أى يجب عليه الدم وهو معطوف على قوله تجب شاة ان طيب محرم عضوا الا على مايليه لان الحناء طيب لقوله عليه الصلاة والسلام الحناء طيب رواه البيهقى وهو حجة على الشافعى فى قوله لايجب عليه شئ فاذا كان طيبا وقد طيب عضوا كاملا فيجب عليه الدم وهذا اذا كان مائعا وان كان متلبدا فعليه دمان دم للتطييب ودم لتغطية الرأس ثم قال فى الاصل رأسه ولحيته بالحناء وأفرد الرأس فى الجامع الصغير فدل ان كل واحد منهما بانفراده مضمون بالدم والواو فى ولحيته فى الاصل بمعنى أو كقوله تعالى مثنى وثلاث ورباع وان خضب رأسه بالوسمة فلا شئ عليه لانها ليست بطيب وانما تغير لون الشعر وفيها زينة

نصف العضو يجب عليه نصف الدم وان كان ربع العضو يجب عليه ربع الدم اعتبارا للجزء بالكل كما فى الحسبات اذا اشترى شيأ بدينار يجب أن يكون نصفه بنصف دينار بالضرورة اه (قوله وكف من الغالية) كذا بخط الشارح ويوجد فى بعض النسخ وكف من ماء الغالية وهو خطأ وليس فى خط الشارح اه (قوله وفى مناسك الكرمانى لو طيب جميع أعضائه الخ) فى البدائع إن طيب الاعضاء كلها فان كان فى مجلس واحد فعليه دم وان كان فى مجلسين مختلفين فعليه لكل واحد دم فى قول أبى حنيفه وأبى يوسف سواء ذبح للاول أو لم يذبح وقال محمد ان ذبح للاول فكذلك وان لم يذبح فعليه دم واحد والاختلاف فيه كالاختلاف فى الجماع اه (قوله وان دخل بيتا مجمرا) اى فطال مكثه فى البيت فعلق بثوبه اه اتقانى (قوله فليس عليه شئ) أى لان الرائحة ههنا ليست متعلقة بالعين ومجرد الريح لايمنع منه اه اتقانى (قوله فعليه دم والا فصدقة) أى لان الرائحة وعين هنا متعلقة بالعين وقد استعملها فى بدنه فصار كما لو تطيب بها اه اتقانى (قوله أو عضو آخر من أعضائه) أى فانه يتصدق فيها بما شاء اه وقال فى التحفة فهو كف من الطعام اه (قوله لا على مايليه) يعنى قوله والا تصدق اه (قوله الحناء طيب) قال فى الصحاح فى فصل الحاء المهملة من باب الهمزة الحناء بالمد والتشديد معروف وقال فى المصباح المنير والحناء فعال اه (قوله ودم لتغطية الرأس) يعنى اذا غطاه يوما الى الليل فان كان أقل من ذلك فعليه صدقة اه ألـ (قوله وان خضب رأسه بالوسمة) الوسمة بكسر السين فى لغة الحجاز وهى أفصح من السكون وأنكر الازهرى السكون وقال كلام العرب بالكسر نبت يختضب بورقه ويقال هو العظلم كذا فى المصباح المنير وفى الصحاح والوسمة

وعن أبي حنيفة أن عليه صدقة رواها الحسن عنه كأنه يقتل الهوام أو يلين الشعر وعن أبي يوسف أنه اذا خضب رأسه به المعالجة من الصداع فعليه دم باعتبار انه يغلف رأسه وهذا صحيح فينبغي أن لا يكون فيه خلاف لان وجوب الدم بتغطية الرأس مجمع عليه قال رحمه الله (أو ادهن بزيت) يعني يجب فيه الدم وهذا عند أبي حنيفة وقال الشافعي ان استعمله في الشعر فعليه دم لانه يزيل الشعث وان استعمله في غيره فلا شئ عليه لعدمه وقال أبو يوسف ومحمد يجب عليه الصدقة لانه من الاطعمة الا أن فيه نوع ارتفاق بمعنى قتل الهوام وازالة الشعث فكانت جناية قاصرة ولابي حنيفة انه أصل الطيب فان الروائح تلقى فيه فتصير تامة فيجب باستعمال أصل الطيب ما يجب بالطيب كالبيض لما كان أصل الصيد يجب بكسره قيمته كما يجب بالصيد فاذا كان أصلا له فلا يخلو عن نوع طيب ولانه يقتل الهوام ويزيل الشعث والتفث ويلين الشعر فتتكامل الجناية بهذه الجملة وكونه مأكولا لا ينافي وجوب الدم كالزعفران وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت أي الخالص الذي لا يخالطه طيب أما المطيب بالبنفسج والزنبق والبان وما أشبه ذلك يجب فيه الدم بالاجماع لانه طيب وهذا اذا استعمله على وجه التطيب أما لو داوى بجرحه أو شقوق رجليه فلا شئ عليه بالاجماع لانه ليس بطيب في نفسه وانما هو أصل الطيب أو هو طيب وجه فيشترط استعماله على وجه التطيب ألا يرى انه اذا أكله لا يجب عليه شئ لانه لم يستعمله استعمال الطيب من بخلاف ما اذا تداوى بالمسك وما أشبهه لانه طيب بنفسه فلا يتغير باستعماله حتى لو أكل زعفرانا مخلوطا بطعام أو طيب آخر ولم تمسه النار يلزمه دم وان مسته فلا شئ عليه لانه صار مستهلكا وعلى هذا التفاصيل في المشروب وذكر في النهاية لو ادهن بالشحم أو السمن فلا شئ عليه وعزاه الى التجريد ولو غسل رأسه بالخطمي وجب عليه الدم عند أبي حنيفة وقالا لا يجب عليه لانه ليس له رائحة مستلذة فلا يكون طيبا وتجب الصدقة لازالة الشعث وقتل الهوام وله أن له رائحة طيبة ويقتل الهوام وقيل جوابه في خطمي العراق وجوابهما في خطمي الشام قال رحمه الله (أو لبس مخيطا أو غطى رأسه يوما) يعني يجب الدم في كل واحد منهما اذا كان يوما كاملا وقال الشافعي يجب الدم بنفس اللبس لانه محظور احرامه فلا يشترط دوامه كسائر المحظورات ولنا أن الارتفاق الكامل به لا يحصل الا بالدوام لان المقصود منه دفع الحر والبرد واليوم يشتمل عليهما فقدرناه به وعن أبي يوسف انه اذا لبس أكثر من نصف يوم فعليه دم وهو قول أبي حنيفة الاول وعن محمد أنه إن لبسه في بعض اليوم يجب عليه من الدم بحسابه ولو لبس اللباس كلها من قميص وقباء وسراويل وخفين يوما كاملا يلزمه دم واحد لانها من جنس واحد فصار كجناية واحدة وكذا لو دام أياما لما ذكرنا وكذا لو كان ينزعه بالليل ويلبسه بالنهار لا يجب عليه الا دم واحد الا اذا نزعه على عزم

بكسر السين العظلم يختضب به وتسكينها لغة ولا تقل وسمة بالضم واذا أمرت منه قلت توسم اه (قوله وعن أبي يوسف أنه اذا خضب رأسه بها المعالجة من الصداع فعليه دم) لا باعتبار أنه خضاب اه اتقاني (قوله وهذا) أي تأويل أبي يوسف بقوله باعتبار أنه يغلف رأسه اه اتقاني (قوله يجب فيه الدم) أي اذا بلغ عضوا كاملا سواء كان مطبوخا أو غير مطبوخ اه (قوله وكونه مأكولا لا ينافي وجوب الدم كالزعفران) أي ولهذا اذا طيب عضوا كاملا بالزعفران يجب عليه الدم لارتفاقه بالطيب وان كان مأكولا ولهذا لا يجب عليه شئ اذا ادهن بشحم أو الية أو سمن لانه ليس بطيب في نفسه ولا هو أصل الطيب اه اتقاني (قوله وهذا الخلاف في الزيت البحت والحل البحت) هو بالباء المفتوحة المنقوطة بنقطة تحتانية بعدها الحاء المهملة الساكنة بعدها التاء المنقوطة بنقطتين من فوق هو الخالص اه اتقاني (قوله والحل) قال الاتقاني والحل بالحاء المهملة المفتوحة دهن السمسم اه (٥٣) (قوله ولو غسل رأسه بالخطمي الخ) وأجمعوا أنه لو غسله بالحرض أو بالصابون أو بالماء القراح فلا شئ عليه ذكره في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله يجب عليه من الدم بحسابه) وكذا روى عنه في الحلق اه (قوله يلزمه دم واحد) أي بالاجماع وان ذبح الهدي ثم أقام على لبسه يوما كاملا فعليه دم آخر بالاجماع لان الدوام عليه كلبس مبتدا ولو أحرم وهو مشتمل على المخيط فدام على ذلك يوما كاملا فعليه دم اه اتقاني قال الاتقاني أيضا ولو اضطر المحرم الى لبس ثوب واحد فلبس ثوبين فانه ينظر ان كان على موضع الضرورة لم يجب عليه الا كفارة واحدة نحو ما اذا اضطر الى قميص واحد فلبس قميصين أو لبس عليه جبة أو اضطر الى لبس قلنسوة فلبس قلنسوة وعمامة او كان في موضعين مختلفين نحو ما اذا اضطر الى لبس قلنسوة فلبس قلنسوة مع القميص وما شابه ذلك فعليه دم لاجل لبسه ما لا يحتاج اليه ويخير في الكفارة لاجل لبس ما احتاج اليه ولو لبس الثوب لاجل الضرورة ثم زالت الضرورة عنه فدام في شك الزوال لا يجب عليه الا كفارة الضرورة ولو جاء اليقين أن الضرورة قد زالت فلبس بعد ذلك ودام عليه يوما كاملا فعليه كفارتان كفارة الضرورة وكفارة غير الضرورة وقال في الايضاح اذا كان به حمى غب فجعل يلبسه يوما ويوما لا فما دامت الحمى قائمة فاللبس متحد وان زالت هذه الحمى وحدثت حمى أخرى اختلف حكم اللبس وكذلك لو كان اللبس لاجل العدو فجعل يلبس السلاح ويقاتل بالنهار وينزع بالليل فهذا اللبس واحد ما لم يذهب هذا العدو ويجيء آخر فالمعتبر في هذه المسائل اتحاد الجهة واختلافها لا صورة اللبس اه (قوله لا يجب عليه الا دم واحد) أي بالاجماع اه اتقاني

(قوله فانه يجب عليه دم آخر) قال الاتقاني ولو نزعه وعزم على تركه ثم لبس بعد ذلك ان كفر للاول فعليه كفارة أخرى بالاجماع وان لم يكفر للاول فعليه كفارتان في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه كفارة واحدة اهـ (قوله ولهذا يتكلف في حفظه) قال الولوالجي ويتوشح بالثوب ولا يخلله بخلال ولا يعقده على عاتقه أما جواز التوشح لانه في معنى الارتداء والاتزار وأما كراهة عقده فلانه اذا عقده لا يحتاج الى حفظه على نفسه بلا تكلف فكان في معنى لابس المخيط ولو فعله لم يلزمه شيء لانه ليس بمخيط على الحقيقة فاكتفى بالكراهة ولا بأس بأن يلبس المحرم الطيلسان ولا يزره عليه فان زره يوما فعليه دم لانه لما زره يوما صار منتفعا به انتفاع المخيط اهـ وقوله ولهذا يتكلف في حفظه هذا اذا لم يزره فان زره لا يجوز وقال الاتقاني بخلاف ما اذا زره يوما كاملا حيث يجب عليه الدم لوجود الارتفاق الكامل اهـ (قوله كما في الحلق) قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن التقدير في التغطية على وجهين تقدير بالزمان وهو اليوم وقد مضى بيانه وتقدير بالعضو وهو أنه اذا غطى ربع رأسه فصاعدا يوما فعليه دم وان غطى ما دون الربع فعليه صدقة في رواية الاصل وفي نوادر ابن سماعة عن محمد رحمه الله قال لا يكون عليه دم حتى يغطي الاكثر من رأسه كذا في شرح الكرخي وشرح الطحاوي وجه اعتبار الربع أن تغطية الجميع استمتاع مقصود وما دون الربع ليس بمقصود فجعل الربع فاصلا بينهما كما في الحلق اهـ ﴿فرع﴾ قال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله فان كان المحرم نائما فغطى رجل رأسه ووجهه بثوب يوما كاملا الصدر فعليه دم ألا ترى أنه لو انقلب من نومه على صيد فقتله كان عليه جزاؤه وقال في شرح الطحاوي ولا بأس بأن يغطي المحرم والمحرمة الفم الا في الصلاة فانه لا يغطيه اتقاني رحمه الله (قوله وهو معطوف على الاول) أي على الذي فيه الدم اهـ (قوله وله أن حلقه لمن يحتجم مقصود) فان قلت لا شك أن حلق موضع المحاجم وسيلة الى الحجامة وما كان وسيلة الى الشيء كيف يصح أن يكون مقصودا قلت لا ينافي كونه وسيلة أن يكون مقصودا ألا ترى أن الايمان وسيلة لصحة جميع العبادات وهو مع هذا من أعظم المقاصد اهـ اتقاني

الترك ثم لبسه بعد ذلك فانه يجب عليه دم آخر لان اللبس الاول انفصل عن الثاني بالترك ولو لبس قميصا للضرورة ولبس خفين من غير ضرورة فعليه دم وفدية لان السبب قد اختلف فلا يمكن التداخل ولو ارتدى بالقميص أو اتشح به أو اتزر به أو بالسراويل فلا بأس به ولا يلزمه شيء لانه لم يلبسه لبس المخيط وكذا لو أدخل منكبيه في القباء ولم يدخل يديه في الكمين لانه لم يلبسه لبس القباء ولهذا يتكلف في حفظه وقال زفر يجب عليه الجزاء لانه يلبس كذلك عادة قلنا العادة في لبس القباء الضم الى نفسه بادخال المنكبين واليدين مأخوذ من القبو وهو الضم وكماله فيما قلناه وتغطية الرأس من حيث الوقت قد بيناه وأما من حيث القدر فالمروي عن أبي حنيفة أنه الربع اعتبارا بالحلق اذ كل واحد منهما جناية تتعلق بالرأس وبعض الرأس مقصود فيهما في حق الاستمتاع بخلاف الحلق على ما مر وعن أبي يوسف أنه اعتبر فيه الاكثر لان المنظور اليه الكثرة ولا تظهر الا عند المقابلة على ما مر في شروط الصلاة وقياس قول محمد أن يعتبر الوجوب فيه بحسابه من الدم قال رحمه الله (والا تصدق) أي وان كان اللبس والتغطية أقل من يوم تصدق لقصور الجناية وكذا اذا كانت التغطية أقل من ربع الرأس تصدق لما قلنا قال رحمه الله (أو حلق ربع رأسه أو لحيته والا تصدق كالحالق أو رقبته أو ابطيه أو أحدهما أو محجمه) معناه أنه اذا حلق ربع رأسه أو ربع لحيته يجب عليه دم وهو معطوف على الاول على ما بيناه وان حلق منهما أقل من الربع تجب عليه الصدقة وقوله كالحالق أي كالحالق رأس غيره وهو تشبيه لحلق أقل من الربع بحلق رأس غيره فانه يوجب الصدقة على ما يجيء بيانه وقوله أو رقبته الى آخره معطوف على الربع أي يجب الدم عليه بحلق رقبته أو ابطيه أو أحدهما أو محجمه فانه ان حلق واحدا من هذه الاشياء يجب الدم عليه وان حلق بعض واحد منهما تجب الصدقة فجعل الواحد منهما كالربع من الرأس واللحية على ما نبينه أما وجوب الدم بحلق ربع الرأس واللحية فلما بيناه في تغطية الرأس وهو أن البعض فيه مقصود لان من الناس من يحلق بعض الرأس ومنهم من يحلق بعض اللحية فيحصل به الارتفاق على الكمال فيجب الدم وأما وجوب الصدقة بحلق أقل من الربع دون الدم فلقصور الجناية لان بحلق شعرة أو شعرات لا يكمل الارتفاق فجعلنا الفاصل بينهما الربع احتياطا كما في كثير من الاحكام وأما وجوب الدم بحلق الرقبة كلها فلانها عضو كامل فيكمل الارتفاق بحلقه وكذا الابطين أو أحدهما لما ذكرنا وكذا موضع الحجامة عند أبي حنيفة وقالا عليه صدقة لما روى ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام احتجم وهو محرم متفق عليه ولو كان يوجب الدم لما باشره عليه الصلاة والسلام ولانه قليل فلا يوجب الدم كما اذا حلقه لغير الحجامة وله أن حلقه لمن يحتجم مقصود وهو المعتبر بخلاف الحلق لغيرها ولا حجة لهما فيما رويا لانه يحتمل أنه لعذر ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام لا يباشر ما يوجب الصدقة أيضا ويحتمل انه لم يحلق بل احتجم في موضع لا شعر فيه وهو الظاهر ثم الربع من هذه الاعضاء لا يعتبر بالكل لان العادة لم تجر في هذه الاعضاء بالاقتصار على البعض فلا يكون حلق البعض ارتفاقا كاملا حتى لو حلق أكثر أحد ابطيه لا يجب عليه الا الصدقة بخلاف الرأس واللحية وذكر في الابطين الحلق هنا وكذا في الجامع الصغير وفي الاصل النتف وهو السنة والاول دليل الجواز وقال أبو يوسف ومحمد اذا حلق عضوا كاملا فعليه دم وان كان أقل من ذلك فطعام ويريد به

الصدر والساقين والعانة دون الرأس واللحية لان الربع منهما يقوم مقام الكل وفي هذه الاعضاء لا يقوم مقامه والفارق العادة الجارية بالاكتفاء بالبعض وعدم الاكتفاء به على ما بينا آنفا وقولهما بيان للمذهب لالان أبا حنيفة يخالفهما في ذلك وانما خصا بالذكر لان الرواية محفوظة عنهما لاغير قال رحمه الله (وفي أخذ شاربه حكومة عدل) وتفسيره انه ينظر أن هذا المأخوذ كم يكون من ربع اللحية فيجب عليه بحسابه من الطعام حتى اذا أخذ منه نصف ثمن اللحية يجب عليه ربع الدم وذكر الاخذ في الشارب وهو القص لانه هو السنة وهو أن يقص منه حتى يوازي الاطار وهو الحرف الاعلى من الشفة العليا وذكر الطحاوي أن حلق الشارب هو السنة عند أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد رحمهم الله تعالى لقوله عليه الصلاة والسلام أحفوا الشارب وأعفوا اللحى رواه مسلم عن ابن عمر وكان ابن عمر يحفي شاربه حتى ينظر الى الجلد والاحفاء الاستئصال والاعفاء تركها حتى تكث وتكثر والسنة قدر القبضة فما زاد قطعه قال رحمه الله (وفي شارب حلال أو قلم أظفاره طعام) أي محرم أخذ شارب حلال أو قلم أظفاره تجب الصدقة عليه وكذا بحلق رأسه وكذا اذا فعل ذلك بمحرم آخر وقال الشافعي لا يجب شئ على المحرم الحالق لان المحرم منع عن ازالة تفث نفسه لما فيه من الراحة له ولا يحصل ذلك بحلق رأس غيره ولنا أن ازالة ما ينمو من بدن الانسان من محظورات احرامه لاستحقاقه الامان كنبات الحرم فمنع عن مباشرته من بدن غيره كما منع من مباشرته من بدنه ولانه يتأذى بتفث غيره فمنع من ازالته كما يمنع من ازالته عن نفسه الا أن كمال الجناية في ازالة تفث نفسه فيجب عليه الدم وتأذيه بتفث غيره دون التأذي بتفث نفسه فتجب عليه الصدقة وأما المحلوق فيجب عليه الدم ان كان محرما سواء حلقه بأمره أو بغير أمره بان كان نائما أو مكرها لان لزوم الدم لما حصل له من الراحة وذلك لا يختلف باختلاف الاحوال ولا يرجع به على المكره لان الدم بازاء ما حصل له من الراحة فصار كالمغرور اذا أخذ منه العقر لا يرجع به على الغار لانه بازاء ما حصل له من اللذة ولو كان الحالق حلالا والمحلوق محرما فكذلك الجواب لان المحرم حصل له راحة والحلال جنى بازالة ما استحق الامن كنبات الحرم على ما مر فصارت المسئلة بالقسمة العقلية على أربعة أقسام اما أن يكونا محرمين فيجب على الحالق الصدقة وعلى المحلوق الدم أو الحالق حلالا والمحلوق محرما فكذلك الحكم فيه لما ذكرنا أو كان الحالق محرما والمحلوق حلالا فتجب على الحالق الصدقة لاغير أو كانا حلالين فلا يجب عليهما شئ قال رحمه الله (أو قص أظفار يديه ورجليه بمجلس أو يدا أو رجلا والا تصدق كخمسة متفرقة) ومعنى هذا الكلام أن المحرم لو قص أظفار يدي نفسه ورجليه يجب عليه الدم وهو معطوف على ما يجب فيه الشاة ولو قص يدا واحدة أو رجلا واحدة فكذلك أيضا لوجود قلم الخمسة متوالية وقوله والا تصدق كخمسة متفرقة أي وان كان خلافه لزمه صدقة وذلك مثل قلم خمسة أظافير متفرقة فحاصله أن قص اليدين والرجلين في مجلس يوجب دما واحدا لانها من المحظورات لما فيه من قضاء التفث وهي من نوع واحد فلا يزاد على الدم كالايلاجات في الجماع حتى لا يزيد على مهر واحد وان كثر وان كان في مجالس فكذلك عند محمد لان مبناها على التداخل ككفارة الفطر الا اذا تخللت الكفارة بينهما لارتفاع الاول بالتكفير فصار كما لو حلق رأسه في مجالس في كل مجلس ربعه وعلى قولهما يجب لكل يد دم ولكل رجل دم اذا وجد ذلك في كل مجلس حتى يجب عليه أربع دماء اذا وجد في كل مجلس قلم يد أو رجل لان الغالب فيها معنى العبادة فيتقيد التداخل باتحاد المجلس كما في آية السجدة ولان هذه الاعضاء متباينة حقيقة وانما جعلناها جناية واحدة معنى لاتحاد المقصود وهو الارتفاق فاذا اتحد المجلس يعتبر المعنى فيتحد الموجب

(قوله فيجب عليه بحسابه من الطعام) قال في الهداية حتى لو كان مثلا مثل ربع الربع فيلزمه قيمة ربع الشاة قال الاتقاني أي لو كان المأخوذ من الشارب مثل ربع ربع اللحية وانما قال مثلا لانه يجوز أن يكون ثلث الربع أو نصف الربع أو غير ذلك ففي الاول ثلث الشاة وفي الثاني نصف الشاة اه (قوله حتى يوازي الاطار) الاطار على وزن كتاب اه (قوله وذكر الطحاوي أن حلق الشارب هو السنة) قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ومن الناس من قال بان الحلق بدعة احتجاجا بحديث النبي صلى الله عليه وسلم عشر من فطرتي وذكر منها الشارب واحتج أصحابنا رحمهم الله بحديث أبي هريرة وعبد الله بن عمر رضي الله عنهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال أحفوا الشوارب وأعفوا اللحى والاحفاء الاستئصال والقص يحتمل فيحمل على ما روينا لانه محكم اه اتقاني وكتب ما نصه وهو أحسن من القص والقص حسن جائز اه اتقاني (قوله والاعفاء تركها) اختلف الناس فيه ما هو فقال بعضهم تركها حتى تطول فذلك اعفاؤها من غير قص ولا قصر وقال أصحابنا الاعفاء (١) اه اتقاني (قوله فما زاد قطعه) لان الحديث قد ورد بالاعفاء وهو التكثير قال الله تعالى حتى عفوا أي كثروا ولان اللحية لما كانت زينة كان كثرتها وكثافتها من كمال الزينة وتمامها فاما الطول اذا فحش فهو خلاف الزينة اه اتقاني وكتب ما نصه وقد مر في كتاب الصوم اه (قوله فكذلك الحكم فيه لما ذكرنا) فيه نظر فقد قال في مختصر البدائع واذا كان الحالق حلالا فلا صدقة عليه وقال الكرماني في مناسكه وأما الحلال اذا حلق رأس المحرم فليس على الحالق شئ اه

(١) قوله وقال أصحابنا الاعفاء اه اتقاني هكذا في النسخ وهنا سقط ولعله التكثير فرر اه مصححه

(قوله ثم ان اختار الاطعام الخ) قال في شرح الطحاوي وفي كل موضع اذا فعل مختارا لزمه الدم فاذا فعل ذلك لعلة أو ضرورة فعليه أي الكفارات شاء ان شاء ذبح هديا في الحرم وان شاء تصدق على ستة مساكين على كل واحد منهم نصف صاع من حنطة ويجوز فيه التمليك وطعام الاباحة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجزيه الا التمليك وان شاء صام ثلاثة أيام ان شاء تابع وان شاء فرق والصوم والصدقة يجوز في أي مكان شاء ولا يجوز (٥٦) الذبح الا اذا تصدق بلحمه على ستة مساكين على كل واحد منهم قيمة نصف صاع من

واذا اختلف تعتبر الحقيقة كاللبس المتفرق والتطيب المتفرق في مجالس حيث يلزمه لكل مرة كفارة وبخلاف حلق الرأس لان المحل واحد وانما جعلنا الربع حكم كله عند عدم حلق الباقي فاذا حلق ولم يتخلل بينهما كفارة أمكن التداخل لاتحاد المحل حقيقة وبخلاف كفارة الافطار لانها شرعت للزجر على ما بينا من قبل فشابهت الحدود وهذه شرعت لجبر النقصان وقوله والا تصدق كخمسة متفرقة أي وان قلم أقل من يد أو رجل في مجلس تصدق كما يتصدق فيما اذا قلم خمسة أصابع متفرقة وكذا اذا قلم أكثر من خمسة متفرقة ومعناه أنه يلزمه أن يتصدق بنصف صاع من بر بقلم كل ظفر الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء وقال زفر يجب الدم بقلم ثلاث منها وهو قول أبي حنيفة الاول لان في أظافير اليد الواحدة دما والثلاث أكثرها قلنا ان أظافير كف واحد أقل ما يجب فيه الدم وقد أقمناها مقام الكل لكونه ربع الاصابع فلا يقام أكثرها مقام كلها لانه يؤدي الى التسلسل فصار كربع الرأس وقال محمد لو قلم خمسا متفرقة من يديه ورجليه فعليه دم اعتبارا بما لو قصها من كف واحد وبما اذا حلق ربع رأسه من مواضع متفرقة قلنا ان كمال الجناية بنيل الراحة والزينة والقلم على هذا الوجه يتأذى به ويشينه بخلاف الحلق لانه معتاد على ما مر وبخلاف الطيب لانه ليس له عضو يخصه فجعل البدن كله كعضو واحد فيجمع المتفرق فيه كما في النجاسة قال رحمه الله (ولا شئ بأخذ ظفر منكسر) لانه لا ينمو بعد الانكسار فأشبه اليابس من شجر الحرم وحشيشه قال رحمه الله (وان تطيب أو لبس أو حلق بعذر ذبح شاة أو تصدق بثلاثة أصوع على ستة أو صام ثلاثة أيام) لما روي عن كعب بن عجرة أنه قال كان بي أذى من رأسي فحملت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم والقمل يتناثر على وجهي فقال ما كنت أرى أن الجهد بلغ منك ما أرى أتجد شاة قلت لا فنزلت الآية ففدية من صيام أو صدقة أو نسك قال هو صوم ثلاثة أيام أو اطعام ستة مساكين نصف صاع نصف صاع طعاما لكل مسكين متفق عليه وفسر النسك عليه الصلاة والسلام بالشاة فيما رواه أبو داود وكلمة أو للتخيير فصار هذا أصلا في كل ما يفعله المحرم للضرورة كلبس المخيط والتطيب ثم الصوم يجزيه في أي موضع شاء لانه عبادة في كل مكان وكذا الصدقة عندنا وأما النسك فيختص بالحرم بالاتفاق لان الاراقة لم تعرف قربة الا في زمان أو في مكان وهذا الدم لا يختص بزمان فوجب اختصاصه بالمكان ثم ان اختار الاطعام تجزيه التغدية والتعشية بالاباحة عند أبي يوسف وقال محمد لا يجزيه الا التمليك لان المذكور في النص بلفظ الصدقة وهي تنبئ عن التمليك كقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم وتزكيهم بها وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن آخذ الصدقة وهي الزكاة بخلاف كفارة اليمين لان المذكور فيها الاطعام وهو جعل الغير طاعما ولا يشترط فيه التمليك ولابي يوسف أن المذكور في حديث كعب أو اطعام ستة مساكين وهو تفسير للآية فلا يقتضي التمليك فصار ككفارة اليمين قال رحمه الله

﴿فصل ولا شئ ان نظر الى فرج امرأة بشهوة فأمنى﴾ لانه لم يوجد منه المباشرة ولا صنع له فيه فأشبه التفكر وهذا لا يفسد به الصوم قال رحمه الله (وتجب شاة ان قبل أو لمس بشهوة) وفي الجامع الصغير اذا مس بشهوة فأمنى ولا فرق بين ما اذا أنزل أو لم ينزل ذكره في الاصل وكذا الجماع فيما دون الفرج

حنطة أجزأه بدلا عن الصيام اه اتقاني

﴿فصل﴾ قال الكمال رحمه الله تعالى قدم النوع السابق على هذا لانه كالمقدمة له اذ التطيب وازالة الشعر والظفر مهيجات للشهوة لما تعطيه من الراحة والزينة اه (قوله في المتن ولا شئ) أي لا شئ عليه قال الاتقاني سوى الغسل لان انزال المني موجب للغسل وانما لم يجب عليه شئ لان المحظور هو الجماع وهو قضاء الشهوة على سبيل الاجتماع صورة ومعنى ولم يوجد ذلك وكذا الاحتلام ولهذا لا يجب عليه شئ سوى الغسل اه (قوله في المتن ان نظر الى فرج امرأة) الذي في الهداية فان نظر الى فرج امرأته قال الاتقاني وانما قيد بفرج امرأته وهو موضع البكارة ولا يتحقق الا اذا كانت امرأته متكئة لان النظر الى فرج الاجنبية حرام ولا يظن بالمسلم ذلك اه (قوله ولا فرق بين ما اذا أنزل أو لم ينزل ذكره في الاصل) أي حيث قال والمس والتقبيل من شهوة والجماع فيما دون الفرج أنزل أو لم ينزل لا يفسد الاحرام ولكنه يوجب الدم وذكر في شرح الطحاوي والكرخي كما في الاصل وجه ما ذكر في الجامع الصغير أنه حصل قضاء الشهوة باجتماع العضو وهو جماع من وجه فوجب عليه الدم ووجه ما ذكره في الاصل أنه استمتع استمتاعا مقصودا وهو اللمس بشهوة فوجب عليه الدم وان لم يوجد الانزال وكذا التقبيل بشهوة لكن لم يفسد الحج لعدم الارتفاق الكامل اه اتقاني وكتب ما نصه مخالف لما صحح في الجامع الصغير لقاضيخان من اشتراط الانزال ليكون جماعا من وجه موافق لما في المبسوط حيث قال وكذلك اذا لم ينزل يعني يجب الدم كما في فتح القدير (قوله وكذا الجماع فيما دون الفرج) أراد بما دون الفرج الاستمتاع بين الفخذين لا الدبر لانه يحصل فيه قضاء

وعن الشافعي أنه يفسد احرامه في جميع ذلك اذا أنزل كما في الصوم ولنا أن فساد الاحرام حكم يتعلق بعين الجماع ألا ترى أن ارتكاب سائر المحظورات لا يفسده وما تعلق بالجماع لا يتعلق بغيره كالحد الا أن فيه معنى الاستمتاع بالنساء وهو منهي عنه فاذا أقدم عليه فقد ارتكب محظور احرامه فيلزمه الدم بخلاف الصوم لان المحرم فيه قضاء الشهوة وهو يحصل بالانزال بالمباشرة فيفسد لاجل ما يضاده ولا يضره اذا لم ينزل لعدم ذلك المعنى وهو قضاء الشهوة ولان أقصى ما يجب في الحج القضاء بالفساد وفي الصوم الكفارة فكما لا يتعلق بهذه الاشياء وجوب الكفارة في الصوم فكذا لا يتعلق بها وجوب القضاء في الحج قال رحمه الله (أو أفسد حجه بجماع في أحد السبيلين قبل الوقوف بعرفة) هذا الكلام يشتمل على شيئين أحدهما وجوب الشاة والثاني فساد الحج وهو مجمع عليه وأما وجوب الشاة فمذهبنا وقال الشافعي يجب بدنة اعتبارا بما لو جامع بعد الوقوف بعرفة بل أولى لان الجناية فيه قبل الوقوف أكمل لوجودها في مطلق الاحرام فيكون جزاؤه أغلظ ولنا ما روى يزيد بن نعيم الأسلمي التابعي أن رجلا جامع امرأته وهما محرمان فسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال لهما اقضيا نسككما وأهديا هديا الحديث رواه البيهقي والهدي يتناول الشاة ولانه لما وجب القضاء صار الفائت مستدركا به فخف معنى الجناية فيكتفى بالشاة بخلاف ما بعد الوقوف لانه لا قضاء عليه فكان كل الجابر فيغلظ وعن أبي حنيفة انه لا يفسد بالجماع في الدبر لقصور معنى الجماع فيه ولهذا لا يجب به الحد عنده ولا فرق في ذلك بين أن يكون عامدا أو ناسيا طائعا أو مكرها لما ذكرنا في الصوم ولو كان قارنا فسد حجه وعمرته ان جامع قبل أن يطوف للعمرة وعليه دمان وقضاؤهما وسقط عنه دم القران قال رحمه الله (ويمضي ويقضي) أي يمضي في الحج ويقضي بعد ما أفسده بالجماع كما يمضي من لم يفسد حجه لما روي عن عمر وعلي وابن مسعود انهم قالوا يريقان دما ويمضيان في حجهما وعليهما الحج من قابل قال رحمه الله (ولم يفترقا فيه) أي ولم يفترقا في القضاء وقال زفر ومالك والشافعي يفترقان فيه لان الصحابة رضي الله عنهم أوجبوا الافتراق غير أن مالكا قال يفترقان اذا خرجا من منزلهما والشافعي اذا انتهيا الى المكان الذي جامعها فيه لانهما يتذاكران ذلك فيقعان فيه وعند زفر اذا أحرما لان

الشهوة دون الانزال اه اتقاني وكتب ما نصه تجب به الشاة ولا يفسد به الاحرام أنزل أو لم ينزل اه اتقاني (قوله يفسد احرامه في جميع ذلك) اشارة الى المس بشهوة والتقبيل بشهوة والجماع فيما دون الفرج اه (قوله في المتن أو أفسد حجه بجماع في أحد السبيلين الخ) قال في الهداية وان جامع في احد السبيلين قبل الوقوف بعرفة فسد حجه وعليه شاة قال الكمال وكذا اذا تعدد الجماع في مجلس واحد لامرأة أو نسوة اه (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا يفسد بالجماع في الدبر) أي لانه وطء في موضع لا يتعلق به وجوب المهر بحال فلا يتعلق به فساد الحج كالوطء فيما دون الفرج ويفسد الحج في الرواية الاخرى لانه وطء يوجب الاغتسال من غير انزال فصار كالوطء في الفرج وقال أبو يوسف ومحمد يفسد الحج لانه وطء يتعلق به الحد عندهما فصار كالوطء في الفرج فاما اذا وطئ بهيمة فلا تجب به الكفارة لانه ليس باستمتاع مقصود وكفارة الاحرام تجب بالاستمتاع المقصود فان أنزل فعليه شاة لانه أنزل عن مباشرة كالوطء فيما دون الفرج ولا يفسد حجه لانه وطء غير مقصود فصار كالوطئ فيما دون الفرج روى جميع ذلك هشام عن محمد اه اتقاني قال الكمال رحمه الله والاستمناء بالكف على هذا أي كجماع البهيمة وقوله ولا يفسد بالجماع في الدبر قال الكمال رحمه الله تعالى والوطء في (٥٧) الدبر كهو في القبل عندهما واحدى الروايتين عن أبي حنيفة وفي أخرى عنه لا يتعلق به فساد والاولى أصح فان جامع في مجالس قبل الوقوف ولم يقصد به رفض الحجة الفاسدة لزمه دم آخر عند أبي حنيفة وأبي يوسف ولو نوى بالجماع الثاني رفض الفاسدة لا يلزمه بالثاني شئ كذا في خزانة الاكمل وقاضيخان وقدمنا من المبسوط لزوم تعدد الموجب لتعدد المجالس عندهما من غير هذا القيد وقال محمد يلزمه كفارة واحدة الا أن يكون كفر عن الاولى فيلزمه أخرى والحق اعتباره على أن تصير الجنايات المتعددة بعده متحدة فانه نص في ظاهر الرواية على أن المحرم اذا جامع النساء ورفض احرامه وأقام يصنع ما يصنع الحلال من الجماع والطيب وقتل الصيد عليه أن يعود كما كان حراما قال في المبسوط لان بافساده الاحرام لم يصر خارجا عنه قبل الاعمال وكذا بنية الرفض وارتكاب المحظورات استند الى قصد واحد وهو تعجيل الاحلال فيكفيه لذلك دم واحد اه فكذا لو تعدد جماع بعد الاول بقصد الرفض فيه دم واحد اه (قوله ولا فرق في ذلك بين أن يكون عامدا الخ) قال الكمال رحمه الله وما يلزم به الفساد والدم على الرجل يلزم مثله على المرأة وان كانت مكرهة أو نائمة أو ناسية انما ينتفي بذلك الاثم ولو كان الزوج صبيا يجامع مثله فسد حجها دونه ولو كانت هي الصبية أو مجنونة انعكس الحكم ثم اذا كانت مكرهة حتى فسد حجها ولزمها دم هل ترجع على الزوج عن أبي شجاع لا وعن القاضي أبي حازم نعم اه (قوله إن جامع قبل أن يطوف) أي أربعة أشواط اه ولو جامع بعد ما طاف لعمرته أربعة أشواط فسد حجه دون عمرته واذا فسد الحج سقط دم القران لانه لم يجتمع له نسكان صحيحان وعليه دمان لفساد الحج وللجماع في احرام العمرة لانه باق فيقضي الحج وكذا لو أحرم بعمرة فافسدها ثم أهل بحجة ليس بقارن لهذا اه فتح (قوله وعليه دمان وقضاؤهما) ويمضي فيهما ويتمهما على الفساد اه (قوله أنهم قالوا) أي فيمن جامع امرأته وهما محرمان اه (قوله يريقان) أي الرجل والمرأة وكل واحد منهما يريق دما يجزيه في ذلك شاة أو شرك في بقرة أو جزور اه (قوله وعليهما الحج من قابل) أي من عام قابل اه

خوف الافساد يتحقق من وقت الاحرام وهـذا لان التحرز عن الوقاع يجب بعـده ولنا أن الافتراق ليس بنسك في الاداء فكذا في القضاء لان القضاء يحكي الاداء ولان الجامع بينهـما وهو النكاح قائم فلا معنى للافتراق قبـل الاحرام لاباحـة الوقاع ولا بعده لانهما يتذاكران مالحقهما من المشقة العظيمة بسبب لذة يسـيرة فيزدادان ندما وتحرزا فلا معنى للافتراق ألا ترى انه لا يؤمر أن يفارقها في الفراش حالة الحيض ولا حالة الصوم مع توهم تذاكرهما ما كان بينهـما حالة الطهر والفطر والافتراق المنقول عن الصحابة رضي الله عنهم محمول على الندب والاستحباب لا على الحتم والايجاب ونحن نقول به اذا خيف ذلك قال رحمه الله (وبدنة لو بعده ولا فساد) أي يجب عليه بدنة لو جامع بعد الوقوف بعرفة ولا يفسـد حجه وقال الشافعي يفسـد حجه اذا جامع قبل الرمي اعتبارا بما لو جامعها قبل الوقوف والجامع أن كلا منهما قبل التحلل ولنا قوله عليه الصـلاة والسـلام من وقف بعرفة فقد تم حجه وحقيقة التمام غـير مراد لبقاء طواف الزيارة عليه وهو ركن فتعين التمـام حكما بالامن من الفسـاد وبفراغ الذمة عن الواجب ووجوب البدنة مروي عن ابن عباس ولا يعرف ذلك الا سماعا ولانه أعلى الارتفاقات فيتغلظ موجبه ولو كان قارنا فعليه بدنة لحجه وشاة لعمرته قال رحمه الله (أو جامع بعد الحلق) يعني يجب عليه الشاة اذا جامع بعد الحلق قبل طواف الزيارة وهو معطوف على ما قبله مما تجب فيه الشاة لا على ما يليه مما تجب فيه البدنة لان الجناية خفت لوجود الحل في حق غير النساء وذكر في الغاية معزيا الى المبسوط والبدائع والاسبيجابي لو جامع القارن أول مرة بعد الحلق قبـل طواف الزيارة فعليـه بدنة للحج وشاة للعمرة لان القـارن يتحلل من الاحرامين معا بالحلق الا في حق النساء فهو محرم بهما في حق النساء وهـذا يخالف ما ذكره القدوري وشروحه لانهم يوجبون على الحاج الشاة بعد الحلق وهؤلاء أوجبوا البدنة عليه وذكر فيه أيضا معزيا الى الوبري أن القارن لو جامع بعد الحلق قبل طواف الزيارة يجب عليه بدنة للحج ولا شئ عليه للعمرة لانه خرج من احرامها بالحلق وبقي احرام الحج في حق النساء وهو مشكل لانه اذا بقي محرما في حق الحج فكذا في العمرة ولو لم يحلق حتى طاف للزيارة ثم جامع قبل الحلق فعليه شاة لوجود الجناية في الاحرام لانه لا يتحلل الا بالحلق وان كان قارنا يجب عليـه دمان قال رحمه الله (أو في العمرة قبل أن يطوف لها الاكثر وتفسد ويمضي ويقضي) أي لو جامع في العمرة قبل أن يطوف لها أربعة أشواط وهو الاكثر يلزمه شاة وهو معطوف على ما قبله مما يجب فيه الشاة وتفسد عمرته ويمضي فيها ويقضيها كالحج اذا جامع فيه قبل الوقوف قال رحمه الله (أو بعد طواف الاكثر ولا فساد) أي لو جامع بعد ما طاف الاكثر من طواف العمرة يجب عليه شاة ولا تفسد عمرته وقال الشافعي تفسد في الوجهين وعليه بدنة اعتبارا بالحج اذ هي فرض عنده كالحج ولنا أنها سنة فكانت أحط رتبة منه فتجب الشاة فيها والبدنة في الحج اظهارا للتفاوت بينهـما وطواف العمرة ركن فصار كالوقوف بعرفة وأكثره يقوم مقام كله قال رحمه الله (وجماع الناسي كالعامد) لاستوائهما في الارتفاق وهو الموجب وكذا جماع النائمة والمكرهة مفسد لما ذكرنا وفيـه خلاف الشافعي هو يقول ان فعـله لم يقع جناية لعدم الحظر مع العذر فشابه الصوم قلنـا الارتفاق موجود وهو الموجب بخـلاف الصوم لان حاله مذكر فصار كالصـلاة بخلاف الصوم وقد ذكرناه غير مرة قال رحمه الله (أو طاف للركن محدثا) أي تجب شاة اذا طاف طواف الزيارة محدثا وقال الشافعي لا يعتد به لما روى ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام قال الطواف بالبيت صلاة الا أنكم تتكلمون فيـه

(قوله لو جامع بعد الوقوف بعرفة) يعني قبل الحلق لانه سيذكر أن الجماع بعد الحلق فيه شاة هذا والعبد اذا جامع مضى فيه وعليه هدي وحجة اذا عتق سوى حجة الاسلام وكل ما يجب فيه المال يؤاخذ به بعد عتقه بخلاف ما فيه الصوم يؤاخذ به للحال ولا يجوز اطعام المولى عنه الا في الاحصار فان المولى يبعث عنـه فيحل هو فاذا عتق فعليـه حجة وعمرة اهـ فتح (قوله فيتغلظ موجبه) أي وهو البدنة بخلاف ما اذا جامع بعـد الوقوف مرة ثانية حيث تجب شاة لا بدنة لان الجماع صادف احراما ناقصا بالجماع فلم يتغلظ موجبـه اتقاني (قوله قبل طواف الزيارة) ولو جامع بعـد ما طاف للزيارة أربعـة أشواط لم يجب عليـه شئ وان فعـل ذلك في طواف العمرة فعليه شاة كما سيأتي هنا وهذا يوهم تفضـيل نقصان طواف العمرة على طواف الزيارة والفـرق بينهـما مذكور في العناية شرح الهـداية للاكمل (قوله معزيا الى الوبري) أي في المسئلة المتقدمة اهـ (قوله أن القـارن لو جامع بعد الحلق الخ) قال الكمال رحمه الله بعد أن ذكر ما عن الوبري واشكال الشارح والذي يظهر أن الصواب ما عن الوبري لان احرام العمرة لم يعهد بحيث يتحلل منـه بالحلق من غير النساء ويبقى في حقهن بل اذا حلق بعـد أفعالها حل بالنسبة الى كل ما حرم عليـه وانما يعهـد ذلك في احرام الحج فاذا ضم احرام الحج الى احرام العمرة استمر كل ما عهد له في الشرع اذ لا يزيد القران على ذلك الضم فينطوي بالضم احرام العمرة بالكلية فلا يكون له موجب بسبب الوطء بل للحج فقط ثم يجب النظر في الترجيح اهـ (قوله وجماع الناسي كالعامد) يعني أن جماع الناسي للاحرام قبل الوقوف بعرفة يفسد الحج كجماع العامـد اهـ (قوله لاستوائهما في الارتفاق) قال في شرح الطحاوي اما المرأة اذا كانت نائمة أو جامعها صبي أو مجنون فذلك كله سواء ولا ترجع المرأة من ذلك بما لزمها على المكره لان ذلك شئ لزمها فيما بينها وبين الله غـير مجبور عليها كرجل أكره على النذر فانه يلزمه فاذا أدى ما نذره فانه لا يرجع على المكره كذلك ههنا اهـ اتقاني رحمه الله تعالى

فتح

فمن تكلم لا يتكلم الا بخير رواه الترمذي فيكون من شرطه الطهارة ولنا قوله تعالى وليطوفوا بالبيت العتيق من غير قيد بالطهارة فاشتراط الطهارة فيه يكون زيادة على النص وهي نسخ فلا يثبت بخبر الواحد والمراد بالحديث تشبيه الطواف بالصلاة في الثواب دون الحكم كقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة هو في الصلاة والمراد به الثواب ألا ترى أن المشي والانحراف عن القبلة والكلام لا يفسده و يفسد الصلاة وعلى هذا لو طاف منكوسا أو عاريا أو راكبا يجوز عندنا و يجب عليه الدم لتركه الواجب وعنده لا يعتد به ثم الطهارة سنة عند ابن شجاع والصحيح انها واجبة لانه يجب الدم بتركها ولان خبر الواحد يوجب العمل دون العلم فلم تصر الطهارة فيه ركنا لان الركنية لا تثبت بمثله قال رحمه الله (وبدنة لو جنبا) أي تجب البدنة اذا طاف طواف الزيارة جنبا كذا روي عن ابن عباس ولان الجنابة أغلظ من الحدث فيجب جبر نقصانها بالبدنة اظهارا للتفاوت بينهما وكذا اذا طاف أكثره جنبا أو محدثا لان للاكثر حكم الكل قال رحمه الله (و يعيد) أي يعيد الطواف في الجنابة والحدث ليأتي به على وجه الكمال ولم يذكر أن الاعادة تستحق أو تستحب وذكر في الهداية أن الافضل الاعادة مادام بمكة وقال في بعض النسخ وعليه أن يعيد والاصح أنه يؤمر بالاعادة في الحدث استحبابا وفي الجنابة ايجابا لفحش النقصان بسبب الجنابة وقصورها في الحدث بسبب الحدث ثم اذا أعاده وقد طافه محدثا فلا ذبح عليه وان أعاده بعد أيام النحر لانه بعد الاعادة لا يبقى الا شبهة النقصان وان أعاده وقد طافه جنبا في أيام النحر فلا شئ عليه لانه أعاده في وقته وان أعاده بعد أيام النحر لزمه الدم عند أبي حنيفة بالتأخير على ما عرف من مذهبه وهذا يدل على أن الثاني هو المعتد به حيث أوجب الدم بتأخيره ولو رجع الى أهله وقد طافه جنبا وجب أن يعود لان النقص كثير فيؤمر بالاعادة استدراكا للمصلحة الفائتة و يعود باحرام جديد وان لم يعد و بعث بدنة أجزأه لما بينا أنه جائز له الا أن العود هو الافضل وفي المحيط بعث الدم أفضل لان الطواف وقع معتدا به وفيه منفعة الفقراء ولو رجع الى أهله وقد طاف محدثا ان عاد وطاف جاز وان بعث بالشاة فهو أفضل لانه خف معنى الجناية وفيه نفع الفقراء ولو لم يطف طواف الزيارة أصلا حتى رجع الى أهله فعليه أن يعود بذلك الاحرام لانعدام التحلل منه لانه محرم في حق النساء أبدا حتى يطوف وكذا ان ترك الاكثر لان له حكم الكل والاكثر هو المعتبر في طوافه جنبا أو محدثا حتى يجب عليه موجبه وذكر في المحيط أنه لو طاف الاقل من طواف الزيارة محدثا تجب عليه الصدقة لكل شوط نصف صاع من بر قال رحمه الله (وصدقة لو محدثا للقدوم) أي تجب عليه صدقة لو طاف للقدوم محدثا لانه دخله نقص بترك الطهارة فينجبر بالصدقة وكذا الحكم في كل طواف هو تطوع ولا يجب فيه دم لانه لو وجب لكان مثل طواف الزيارة وهو دونه فيجب فيه دون ما يجب في طواف الزيارة اظهارا للتفاوت بينهما ولو كان جنبا فعليه دم ان لم يعد وتجب عليه الاعادة كطواف الزيارة ذكره في المحيط قال رحمه الله (والصدر) أي تجب الصدقة اذا طاف للصدر محدثا وهو معطوف على طواف القدوم وهذا لانه واجب فكان أدنى من طواف الزيارة فتجب فيه الصدقة ولو كان جنبا فعليه دم لانه نقص كبير وهو دون طواف الزيارة فيجب فيه دون ما يجب في طواف الزيارة فان قيل على هذا سويتم بين الواجب والنفل فانكم أوجبتم في طواف القدوم ما أوجبتم في طواف الصدر قلنا طواف القدوم يجب بالشروع فيه فاستويا ولا يقال ان الدم هنا كسجدة السهو في الصلاة ولا فرق في سجدة السهو بين النفل والفرض فكيف اختلف هنا قلنا الجابر متنوع في الحج فأمكن الفرق وفي الصلاة متحد فلا يمكن الفرق قال رحمه الله (أو ترك أقل طواف الركن) أي يجب الدم بترك أقل طواف الزيارة وهو ثلاثة أشواط فما دونها وهو معطوف على ما يوجب الدم من الذي تقدم ذكره وجاز حجه و حل اذا حلق لان النقصان يسير فينجبر بالدم فيلزمه كالنقصان بسبب الحدث ولو رجع الى أهله جاز أن لا يعود و يبعث شاة لما مر من قبل قال رحمه الله (ولو ترك أكثره بقي محرما) أي لو ترك من طواف الزيارة أكثره وهو أربعة أشواط فصاعدا بقي محرما أبدا حتى يطوفه يعني في حق النساء لان للاكثر حكم الكل

فصار كأن لم يطف أصلا قال رحمه الله (أو ترك أكثر الصدر أو طافه جنبا وصدقة بترك أقله) أي يجب الدم بترك أكثر طواف الصدر أو طافه جنبا وتجب صدقة بترك أقله وهو ثلاثة أشواط وما دونه لان طواف الصدر واجب فتركه يوجب الدم وكذا ترك أكثره لان للأكثر حكم الكل وبترك أقله يجب لكل شوط نصف صاع من بر ولا يجب فيه دم بخلاف طواف الزيارة وطواف العمرة حيث يجب فيهما الدم بترك الاقل لانهما فرض ولهذا لو تركهما لا ينجبران بالدم وطواف الصدر ينجبر به لانه واجب فتجب الصدقة بترك أقله اظهارا التفاوت بينهما وفرقا بين ترك الكل والاقل وقد ذكرنا طوافه جنبا قال رحمه الله (أو طاف للركن محدثا وللصدر طاهرا في آخر أيام التشريق ودمان لو طاف للركن جنبا) أي تجب شاة لو طاف طواف الزيارة محدثا وطواف الصدر في آخر أيام التشريق طاهرا وان كان طاف للزيارة جنبا فعليه دمان عند أبي حنيفة وقالا عليه دم واحد لانه في الوجه الاول لم ينتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه واجب واعادة طواف الزيارة بسبب الحدث غير واجب وانما هو مستحب فلا ينتقل طواف الصدر اليه فيجب الدم بسبب الحدث في طواف الزيارة وفي الوجه الثاني ينتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة لانه مستحق الاعادة فيصير تاركا لطواف الصدر مؤخرا لطواف الزيارة عن أيام النحر فيجب الدم بترك طواف الصدر بالاتفاق وبتأخير الآخر على الخلاف وسقطت عنه البدنة لارتفاض الطواف الاول واقامة طواف الصدر مقامه ولغت عزيمته انه للصدر لانه وجب عليه أفعال الحج مرتبا على ما شرع فاذا نوى خلاف ذلك تلغو نيته كمن عليه السجدة الصلبية اذا سجد للسهو تصرف الى الصلبية وكالقارن اذا طاف عند قدومه مكة وسعى وهو ينوي طواف القدوم يكون للعمرة حتى لو ترك الآخر ووقف بعرفة يصير قارنا ولا يجب عليه شئ لان ترك طواف القدوم لا يوجب شيأ وكذا الحاج لو طاف بعد فراغه من أفعال الحج تطوعا ثم انصرف يكون للصدر وكذا لو ترك طواف الزيارة وطاف للصدر يكون للزيارة وكذا لو ترك بعضه يكمل منه ثم ان بقي من طواف الصدر بعد التكميل أربعة أشواط يجب صدقة لان ترك أقله يوجب الصدقة وان كان أقل منه يجب الدم لانه ترك الاكثر وله حكم الكل قال رحمه الله (أو طاف لعمرته وسعى محدثا ولم يعد) أي تجب عليه شاة اذا طاف لعمرته وسعى لها محدثا ولم يعدهما حتى رجع الى بلده لترك الطهارة في طواف الفرض ولا يؤمر بالعود لوقوع التحلل باداء الركن والنقصان أيضا يسير وليس عليه في السعي شئ لانه أتى به على اثر طواف معتد به وهو لا يفتقر الى الطهارة وما دام بمكة يعيد الطواف لتمكن النقصان فيه

(قوله في آخر أيام التشريق) ظرف لطواف الصدر فقط كما يدل عليه سياق الكلام فتنبه اهـ (قوله وقالا عليه دم واحد لانه في الوجه الاول لم ينتقل الخ) قال الاتقاني وانما وجب عليه دم في الصورة الاولى لان طواف الصدر محدثا يقع مجزيا بالركن مع النقصان فلما وقع الطواف مع الحدث معتدا به لم يجب نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة ووجب دم ويجزيه شاة لنقصان الحدث وانما وجب عليه دمان في الصورة الثانية عند أبي حنيفة لان الطواف مع الجنابة في حكم العدم ولهذا يؤمر بالاعادة ما دام بمكة وجوبا لا استحبابا فلما كان في حكم العدم وجب نقل طواف الصدر اليه لان العزيمة في ابتداء الاحرام حصلت للافعال على الترتيب الذي شرعت فبطلت نيته على خلاف ذلك الترتيب فينتقل طواف الصدر الى طواف الزيارة فيصير كأنه طاف طواف الزيارة في آخر أيام التشريق ولم يطف للصدر فيجب عليه دمان دم لترك طواف الصدر ودم لتأخير طواف الزيارة عن أيام النحر عند أبي حنيفة وقالا يجب عليه دم لترك طواف الصدر ولا شئ عليه بالتأخير اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وفي الوجه الثاني ينتقل) وفائدة نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة سقوط البدنة عنه انتهى أك (قوله فيصير تاركا لطواف الصدر) لانه لما وجب نقل طواف الصدر الى طواف الزيارة صار كأنه لم يطف طواف الصدر أصلا اهـ (قوله وبتأخير الآخر على الخلاف الخ) قال في الهداية الا أنه يؤمر باعادة طواف الصدر ما دام بمكة ولا يؤمر بعد الرجوع على ما بيناه قال الاتقاني وانما يؤمر بالاعادة اقامة للواجب في وقته ثم اذا أعاد طواف الصدر يجب دم واحد عند أبي حنيفة لتأخير طواف الزيارة عن وقته وعندهما لا شئ عليه أصلا وان طاف طواف الزيارة جنبا ولم يطف طواف الصدر بعد ذلك ورجع الى أهله فعليه دمان دم لترك طواف الصدر ويجزيه شاة ودم اخر وهو جزور أو بقرة لطواف الزيارة جنبا بخلاف ما اذا طاف لعمرته جنبا ورجع الى أهله حيث يجزيه ويعيد شاة لان العمرة ليست بفريضة فكان النقصان فيها دون النقصان في الحج لان الجناية تخف لمعنى في المحل كما تخف لمعنى في الجاني اهـ ما قاله الاتقاني رحمه الله وكتب ما نصه يعني طواف الزيارة (قوله في المتن أو طاف لعمرته وسعى محدثا) أي حل فما دام بمكة يعيدهما ولا شئ عليه قاله في الهداية وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله يعني طاف لعمرته محدثا وسعى كذلك اهـ قال الاتقاني رحمه الله ثم إن المصنف قال بوجوب الشاة فيما اذا طاف لعمرته محدثا ورجع الى أهله قبل أن يعيد ولم يذكر الحكم فيما اذا طاف جنبا فالقياس أن لا يكتفى بالشاة لان حكم الجنابة أغلظ من حكم الحدث فوجب أن يظهر حكم التغليظ في ايجاب الزيادة كما في طواف الزيارة وانما اكتفى بالشاة استحسانا لان طواف الزيارة فوق طواف العمرة وايجاب أغلظ الدماء وهو البدنة في طواف الزيارة كان لمعنيين وكادة الطواف وغلظ أمر الجنابة فاذا وجد أحد المعنيين دون الثاني تعذر ايجاب أغلظ الدماء فاقتصرنا على الشاة اهـ اتقاني

ويعيد السعي لانه تبع للطواف ولا شئ عليه لارتفاع النقصان بالاعادة ولو أعاد الطواف ولم يعد السعي فلا شئ عليه على ما اختاره شمس الائمة لان الطهارة ليست بشرط في السعي وانما الشرط أن يقع عقيب طواف معتد به وطواف المحدث بهذه الصفة ألا ترى أنه يتحلل به وذكر قاضيخان وغيره من شراح الجامع الصغير أنه يجب عليه دم لانه لما أعاد الطواف صار الطواف الاول غير معتبر كأن لم يكن ولولا ذلك لكانا فرضين أو الاول وحده ولا يعتد بالثاني ولم يقل به أحد فاذا ارتفض الاول بقي السعي قبل الطواف وهو لا يجوز لانه ما عرف كونه قربة الا بفعله عليه الصلاة والسلام فلا يكون عبادة على غير ذلك الوجه فيكون تاركا له فيجب عليه الدم بخلاف ما اذا لم يعد الطواف وأراق دما حيث لا يجب عليه لاجل السعي شئ لان باراقة الدم لا يرتفع الطواف الاول وانما ينجبر به نقصانه فيكون متقررا في موضعه فيكون السعي عقيبه فيعتبر ولو طاف الفرض في جوف الحجر وهو الحطيم فان كان بمكة أعاده لانه من البيت فيجب الطواف وراءه والطواف في جوف الحجر أن يدور حول الكعبة ويدخل الفرجة التي بين الكعبة والحطيم فيدخله بذلك نقص فما دام بمكة أعاده كله ليكون مؤديا له على الوجه المشروع وان أعاده على الحجر خاصة جاز لانه تلافي ما هو المتروك وهو أن يأخذ عن يمينه خارج الحجر حتى ينتهي الى آخره ثم يدخل الحجر من الفرجة ويخرج من الجانب الآخر هكذا يفعل سبع مرات وقال قاضيخان وقد يكون ذلك بطريق آخر وهو أنه اذا أتى آخر الحجر يرجع ولا يدخل في الحجر ثم يبتدئ من أول الحجر من المكان الذي بدأ منه أولا لكن لا يعد رجوعه الى ذلك شوطا وهكذا سبع مرات ولو طاف على جدار الحجر من داخل الحطيم بان تسور الحائط ينبغي أن يجوز لان الحطيم كله ليس من البيت على ما بينا من قبل ولو عاد الى أهله ولم يعد الطواف يلزمه الدم في الفرض لان ترك شوط منه يوجب الدم وهذا أولى لانه قريب من الربع وان كان في الواجب ينبغي ان يجب فيه الصدقة على ما قدمنا قال رحمه الله (أو ترك السعي) أى يجب عليه دم بترك السعي بين الصفا والمروة لان السعي من الواجبات عندنا على ما بينا فيلزمه الدم بتركه قال رحمه الله (أو أفاض من عرفات قبل الامام) أى يجب عليه الدم بافاضته منها بالنهار وهو المراد بقوله قبل الامام حتى لا يجب عليه الدم اذا أفاض بعد غروب الشمس وان كان قبل الامام وقال الشافعي رحمه الله لا يجب عليه شئ بالافاضة من النهار لان الركن أصل الوقوف فلا يلزمه بترك الاستدامة شئ ولنا أن نفس الوقوف ركن واستدامته الى غروب الشمس واجب لقوله عليه الصلاة والسلام فادفعوا بعد غروب الشمس أمر وهو للوجوب وبترك الواجب يجب الجابر بخلاف ما اذا وقف ليلا لانا عرفنا الاستدامة بالسنة فيمن وقف نهارا لا ليلا فبقي ما وراءه على أصل ما روى عنه عليه الصلاة والسلام وهو قوله من وقف بعرفة ليلا أو نهارا فقد أدرك الحج ولو عاد الى عرفات بعد غروب الشمس لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه يسقط لان الواجب الافاضة بعد الغروب وقد حصل فصار نظير من طاف جنبا ثم أعاده أو جاوز الميقات بغير احرام ثم عاد وأحرم منه ووجه الظاهر أن الاستدامة واجبة فلا يمكن تداركها بالعود بخلاف المستشهد به وان عاد قبل الغروب ففيه اختلاف المشايخ والوجه من الجانبين ما بيناه قال رحمه الله (أو ترك الوقوف بالمزدلفة) يعني يجب عليه بتركه الدم لانه واجب فيجب الدم بتركه قال رحمه الله (أو رمي الجمار كلها أو رمي يوم) أى بترك رمي الجمار في الايام كلها وهو أربعة أيام أو في يوم واحد

(قوله ولو أعاد الطوف ولم يعد السعي فلا شئ عليه) أى في الصحيح اه هداية قال الاتقاني وأكثر مشايخنا في شروح الجامع الصغير على خلاف ما ذهب اليه صاحب الهداية حيث قالوا اذا أعاد الطواف ولم يعد السعي عليه دم لان الاعادة تجعل المؤدى كأن لم يكن من وجه فيبقى السعي قبل الطواف وذلك خلاف المشروع لان المشروع في السعي أن يكون بعد الطواف اه (قوله لانه قريب من الربع) أى ربع البيت اه (قوله يجب عليه الدم بترك السعي بين الصفا والمروة) أى بغير عذر كذا في البدائع اه قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان ترك السعي فيما بين الصفا والمروة رأسا في حج أو عمرة كان عليه دم وكذلك ان ترك منه أربعة أشواط وان ترك ثلاثة أشواط أطعم لكل شوط مسكينا نصف صاع من حنطة الا أن يبلغ ذلك دما فحينئذ يطعم منه ما شاء يعني نقص منه ما شاء وذلك لان السعي واجب كالرمي وطواف الصدر فيكون ترك الاكثر كترك كله في وجوب الدم وتجب الصدقة بترك الاقل ليكون الواجب بترك الاقل دون ما يجب بترك الاكثر اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله فادفعوا بعد غروب الشمس) والدفع من عرفات هو الافاضة اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا وقف ليلا) أى حيث لا يلزمه شئ اه (قوله لا يسقط عنه الدم في ظاهر الرواية) أراد به ما ذكر في الاصل بقوله وان رجع ووقف بها بعد ما غربت الشمس لم يسقط عنه الدم وذلك لان المتروك سنة الدفع مع الامام ولم يستدرك ذلك اه اتقاني (قوله وروى ابن شجاع عن أبي حنيفة أنه يسقط) قال القدوري وهو الصحيح لانه استدرك المتروك قاله الاتقاني اه (قوله في المتن أو ترك الوقوف بالمزدلفة) اعلم أن وقت الوقوف بمزدلفة بعد طلوع الفجر من يوم النحر الى أن يسفر جدا فمن حضر المزدلفة في هذا الوقت فقد أتى بالوقوف ومن تركه في هذا الوقت بان جاوز المزدلفة قبل طلوع الفجر فعليه دم لترك الواجب الا اذا جاوزها ليلا عن علة وضعف فخاف الزحام فلا شئ عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم رخص للضعفاء أن يتعجلوا بليل اه اتقاني

يوجب دما واحدا لانه من الواجبات فيجب بتركه الدم ويكفيه دم واحد لان الجنس متحد كما في الحلق حتى اذا حلق جميع بدنه يكفيه دم واحد وان كان يجب عليه بحلق كل عضو على الانفراد وبحلق ربع الرأس والترك انما يتحقق بغروب الشمس من آخر أيام الرمي وهو آخر يوم من أيام التشريق لانه لم يعرف قربة الا فيها ومادامت الايام باقية يمكن قضاؤها فيرميها على التأليف ثم بتأخير رمي كل يوم الى اليوم الثاني يجب الدم عند أبي حنيفة مع القضاء خلافا لهما وان أخره الى الليل فرمى قبل طلوع الفجر من اليوم الثاني فلا شئ عليه بالاجماع لما روينا من حديث الرعاة الا في آخر يوم من أيام التشريق فانه يجب عليه الدم بتأخيره الى الغروب ولا يقضيه بالليل لان وقته قد خرج بعد غروب الشمس وان ترك رمي يوم واحد فعليه دم لانه نسك تام أو ترك رمي جمرة العقبة في يوم النحر يجب دم لانه نسك تام وحده في ذلك اليوم وان ترك أحد الجمار الثلاث في يوم فعليه صدقة لان الكل نسك واحد في يوم فكان المتروك أقل الا أن يكون المتروك أكثر من النصف وذلك بأن يرمي عشر حصيات ويترك إحدى عشرة حصاة فحينئذ يلزمه الدم لان للاكثر حكم الكل ومعنى وجوب الصدقة بترك الاقل أن يجب عليه لكل حصاة نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير الا أن يبلغ ذلك دما فينقص ما شاء قال رحمه الله (أو أخر الحلق أو طواف الركن) أي اذا أخر الحلق أو طواف الزيارة عن وقته وهو أيام النحر في المشهور من الرواية يجب عليه دم وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا شئ عليه فيهما وعلى هذا الخلاف في تأخير الرمي وفي تقديم نسك على نسك كالحلق قبل الرمي ونحر القارن قبل الرمي والحلق قبل الذبح لهما أنه عليه الصلاة والسلام سأله رجل فقال يا رسول الله لم أشعر حلقت قبل أن أذبح فقال اذبح ولا حرج وقال آخر يا رسول الله لم أشعر نحرت قبل أن أرمي فقال ارم ولا حرج فما سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شئ قدم أو أخر الا قال افعل ولا حرج ولان ما فات يستدرك بالقضاء ولا يجب مع القضاء شئ آخر وله قول ابن عباس من قدم نسكا على نسك فعليه الدم ولان التأخير عن المكان يوجب الدم فيما هو مؤقت بالمكان كالاحرام فكذا التأخير عن الزمان فيما هو مؤقت بالزمان فلا حجة لهما فيما رويا لان المراد بالحرج المنفي فيه الاثم لا الفدية وقول السائل لم أشعر يدل على انهم عذروا لجهلهم أو للنسيان ولا يأثمون ولانه لا يمكن اجراؤه على اطلاقه ألا ترى انه لا يجوز أن يطوف أو يحلق قبل الوقوف ولان الله تعالى أوجب الفدية على من حلق للضرورة قبل أوانه فما ظنك اذا حلق لغير ضرورة قال رحمه الله (أو حلق في الحل) أي يجب الدم اذا حلق في الحل للحج أو العمرة والمراد فيما اذا حلق للحج في غير الحرم في أيام النحر وأما اذا خرج أيام النحر فحلق في غير الحرم فعليه دمان عند أبي حنيفة وقال محمد يجب دم واحد في الحج والعمرة وقال زفر ان حلق للحج في أيام النحر فلا شئ عليه وان حلق بعده فعليه دم وأصل الخلاف أن الحلق للحج يتعين بالزمان والمكان عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف لا يتعين بواحد منهما وعند محمد يتعين بالمكان دون الزمان وعند زفر يتعين بالزمان دون المكان وأما الحلق للعمرة فلا يتعين بالزمان بالاجماع لان أفعالها لا تتعين به وتتعين بالمكان عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا تتعين لابي يوسف أنه عليه الصلاة والسلام وأصحابه أحصروا بالحديبية وحلقوا في غير الحرم ولهما في المكان ان الحلق نسك فيختص بالمكان كسائر مناسك الحج وكذا يقول أبو حنيفة في تعيينه بالزمان لانه لم يعرف قربة الا في ذلك الوقت فاذا تأخر عنه أوجب نقصانا فيجبر بالدم ولا حجة لابي يوسف فيما روى لان المحصر لا يجب عليه الحلق وانما حلق عليه الصلاة والسلام في الحديبية ليعرف استحكام عزمه على الرجوع ولئن وجب لا يجب عليه في الحرم لعجزه ولان بعض الحديبية في الحرم فلعلهم حلقوا فيه وان لم يحلق حتى خرج من الحرم ثم عاد فحلق فيه لا يجب عليه شئ في قولهم جميعا قال رحمه الله (ودمان لو حلق القارن قبل الذبح) أي يجب على القارن دمان اذا حلق قبل أن يذبح واختلفت عبارات المشايخ في هذه المسئلة فعبارة فخر الاسلام قارن حلق قبل أن يذبح فعليه دمان وقالا ليس عليه الا دم القران لان تأخير النسك عن وقته يوجب الدم عند أبي حنيفة وهنا لما حلق قبل الذبح ترك الترتيب بتقديم هذا وتأخير ذاك وهو جناية واحدة ودم

(قوله في المشهور من الرواية) قال الشيخ أبو نصر وأما آخر وقته فآخر أيام التشريق فان أخره عنها طاف وعليه دم عند أبي حنيفة اه قال الزاهدي لكن المذكور في المحيط والهداية وغيرهما أن وقت هذا الطواف أيام النحر اه (قوله فقال اذبح ولا حرج) يحتمل أن يكون هذا السائل مفردا بالحج وهو لا ذبح عليه فيجوز أن يحلق قبل أن يذبح اه (قوله كالاحرام) أي اذا أخره عن الميقات اه (قوله ولا حجة لهما فيما رويا) قال الاتقاني والجواب عن الحديث فنقول كان ذلك في الابتداء حين لم يستقر أفعال المناسك

اخرللقران وعندهمالايجب للاول ولفظ محمد فى الجامع الصغير قارن ذبح قبل الحلق عليه دمان دم للحلق قبل الذبح ودم للقران يعنى عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ليس عليه الادم القران وقال القاضى الامام فخر الدين اتفقوا على وجوب دم واحد وهو دم القران لتحقق سببه ثم عنده يجب دم اخر بتأخير الذبح عن الحلق وعندهما لايجب شئ بسبب التأخير وقال بعضهم يجب دمان اجماعا دم القران ودم بسبب الجناية على الاحرام لان الحلق لايحل الابعد الذبح فاذا حلق قبل الذبح فقد صار جانيا على احرامه ويجب دم آخر بتأخير الذبح عند أبى حنيفة خلافا لهما واليه مال صاحب الهداية فينبغى على هذا أن يجب خمسة دماء على قوله ثلاثة ماذكره هو دمان للجناية فى احرامه لان جناية القارن مضمون بدمين وحلقه قبل أوانه جناية وعندهما ثلاثة دماء دمان للجناية وكذا على القولين الاولين أيضا ينبغى أن يزيد دمين لاجل الجناية والى هذا أشار فى الكافى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

(فصل) اعلم أن الصيد هو الحيوان الممتنع المتوحش بأصل الخلقة وهو نوعان برّى وهو مايكون توالده وتناسله فى البر وبحرى وهو مايكون توالده فى الماء لان المولد هو الاصل والتعيش بعد ذلك عارض فلايتغير به ويحرم الاول على المحرم دون الثانى لقوله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم وقوله تعالى أحل لكم صيد البحر الآية والخمس الفواسق خارجة بالنص على مايجىء قال رحمه الله (ان قتل محرم صيدا أودل عليه من قتله فعليه الجزاء) أما وجوبه بالقتل فلقوله تعالى لاتقتلوا الصيد وأنتم حرم ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل من النعم وقد نص على وجوبه عليه به وأما الدلالة فلمارويناه من حديث أبى قتادة رضى الله عنه وقال عطاء أجمع الناس على أن على الدال الجزاء وقال الشافعى لايجب بالدلالة شئ لان الجزاء متعلق بالقتل والدلالة ليست بقتل فأشبه دلالة الحلال والحجة عليه مارويناه ولان الدلالة من محظورات الاحرام وانه تفويت الامن على الصيد اذ هو آمن بتوحشه وتواريه فصار كالاتلاف ولان المحرم باحرامه التزم الامتناع عن التعرض فيضمن بترك ماالتزمه كالمودع اذا دل السارق على الوديعة بخلاف الحلال لانه لاالتزام من جهته فلايضمن بالدلالة كالاجنبى اذا دل السارق على مال انسان على أنه يجب الضمان على الدال الحلال على ماروى عن أبى يوسف وزفر فلنا أن نمنع والدلالة الموجبة للجزاء أن لايكون المدلول عالما بمكان الصيد وأن يصدقه فى الدلالة وان يبقى الدال محرما الى أن يقتله وأن لاينفلت الصيد لانه اذا انفلت صار كالوجرحه ثم اندمل وسواء فى ذلك الناسى والعامد لان السبب لايختلف بهما كاتلاف الاموال والتقييد بالعمد فى قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا فجزاء مثل ماقتل من النعم لاجل الوعيد المذكور فى آخر الآية وهو قوله تعالى ليذوق وبال أمره والمبتدئ فى الحج والعائد فيه سواء وكذا المبتدئ فى القتل والعائد لماذكرنا قال رحمه الله (وهو قيمة الصيد بتقويم عدلين فى مقتله أو أقرب موضع منه فيشترى بها هديا وذبحه ان بلغت قيمته هديا أو طعاما وتصدق به فهو كالفطر أو صام عن طعام كل مسكين يوما) أى الجزاء قيمة الصيد بأن يقومه عدلان فى موضع قتل فيه أو فى أقرب موضع منه ان كان فى برية ثم هو مخير فى القيمة ان شاء ابتاع بها هديا وذبحه ان بلغت قيمته هديا أو اشترى بها طعاما وتصدق على كل مسكين نصف صاع من برّ أو صاعا من تمر أو شعير كما قلنا فى صدقة الفطر وان شاء صام عن كل نصف صاع يوما وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد والشافعى يجب النظير فيما له نظير ففى الظبى شاة وفى الضبع شاة وفى الارنب عناق وفى اليربوع جفرة وفى النعامة بدنة وفى حمار الوحش وبقر الوحش بقرة وزاد الشافعى فأوجب فى الحمامة شاة وزعم أن بينهما مشابهة من حيث ان كل واحد منهما يعب ويهدر وقال محمد تجب فيها القيمة وكذا قولهما فيما لانظير له كالعصفور يجب فيه القيمة فاذا وجبت القيمة عندهما كان جواب محمد كجواب أبى حنيفة وأبى يوسف وجواب الشافعى فيه أنه يصوم

(قوله قارن ذبح قبل الحلق) كذا بخط الشارح وصوابه قارن حلق قبل الذبح اه (قوله ودم للقران) ليس فى خط الشارح (قوله لان جناية القارن الخ) قال شيخنا رحمه الله هذا غلط لان الجناية انما تتضاعف على القارن اذا كانت تلك الجناية توجب على المفرد دما وهذا مما لاخلاف فيه ولاخلاف أيضا أن المفرد لوحلق قبل الذبح لم يجب عليه شئ فكيف يجب على القارن به دمان فالحق ماقاله فى الجامع الصغير أن عليه دمين ليس الا عند أبى حنيفة وعندهما دم واحد اه

﴿فصل﴾ (قوله وأنتم حرم) أى محرمون جمع حرام كردح فى جمع رداح فى محل النصب على الحال من ضمير الفاعل أى ذاكرا لاحرامه أو عالما أن مايقتله مما يحرم قتله عليه فان قتله ناسيا لاحرامه أو رمى صيدا وهو يظن أنه ليس بصيد فهو مخطئ اه مدارك (قوله والتقييد بالعمد الخ) قال فى المدارك وانما شرط التعمد فى الآية مع أن محظورات الاحرام يستوى فيها العمد والخطأ لان مورد الآية فيمن تعمد فقد روى أنه عن لهم فى عمرة الحديبية حمار وحش فحمل عليه أبو اليسر فقتله فقيل له انك قتلت الصيد وأنت محرم فنزلت ولان الاصل فعل التعمد والخطأ يلحق به للتغليظ وعن الزهرى نزل الكتاب بالعمد ووردت السنة بالخطا اه مدارك (قوله يعب ويهدر) عب من باب طلب أى شرب الماء من غير ان يقطع الجرع والحمام يشرب هكذا بخلاف سائر الطيور فانها تشرب شيأ فشيأ وهدر البعير والحمام اذا صوت من باب ضرب انتهى ألف

(قوله وكذا قولهما) أى محمد والشافعى اه

أو يتصدق ولا يذبح لان الذبح عنده لا يكون الا من النظير لمحمد والشافعي قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم أوجب المماثلة مقيدا بكونه نعما تقديره فعليه جزاء من النعم مثل المقتول فمن قال انه مثله من الدراهم فقد خالف النص لانها لا تكون من النعم ولا من المثل لان حقيقة المثل ما يماثل الشيء صورة ومعنى وانما يعدل عن الحقيقة الى المجاز عند تعذر العمل بالحقيقة وهنا ممكن لان النظير مثل صورة ومعنى والقيمة مثل معنى لا صورة فلا يصار اليه الا اذا لم يكن له نظير ولهذا أوجبت الصحابة رضي الله عنهم النظير على ما ذكرنا ولابي حنيفة وأبي يوسف ان الواجب هو المثل والمثل المطلق هو المثل صورة ومعنى وعند تعذره يعتبر المثل معنى وأما المثل صورة بلا معنى فلا يعتبر شرعا مثاله اذا أتلف مال انسان يجب عليه مثله ان كان مثليا لانه المثل صورة ومعنى والا فقيمته لانه مثله معنى ويقوم مقامه ولا يعتبر مثله صورة في الشرع حتى اذا أتلف دابة لا يجب عليه دابة مثلها مع اتحاد الجنس لعدم امكان المماثلة لاختلاف المعاني فيها فما ظنك مع اختلاف الجنس فاذا لم تكن البقرة مثلا للبقرة فكيف تكون مثلا لحمار الوحش وكيف تكون الشاة مثلا للظبي وهي لا تكون مثلا للشاة مع اتحاد الجنس وفساد هذا لا يخفى على أحد وهنا تعذر حمله على المثل صورة ومعنى فوجب حمله على المثل معنى وهو القيمة لكونه معهودا في الشرع أو لكونه مرادا بالاجماع لان ما لا نظير له تجب فيه القيمة فلا يكون النظير مرادا لان اللفظ الواحد لا يتناول معنيين مختلفين ولان قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم عام لجميع الصيد والضمير في قوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا عائد اليه فوجب ان يكون المثل في قوله تعالى فجزاء مثل ما قتل من النعم مثلا للكل وليس لنا مثل يعم الكل الا القيمة فتعين ان المراد بالمثل القيمة ولان المثل لو كان من حيث الصورة والمنظر لما احتيج الى العدلين لانه لا يخفى على أحد ولان الصحابة حكموا بالمثل وهو النظير على زعمهم فلا يحتاج الى تحكيم جديد في كل مقتول للاستغناء بحكمهم والمراد بالنعم في النص والله أعلم المقتول وهو الصيد لان اسم النعم يطلق على الوحش هكذا قال أبو عبيدة والاصمعي فيكون معناه فجزاء قيمة ما قتل من النعم الوحشي والمراد بما روي عن الصحابة رضي الله عنهم التقدير دون ايجاب العين وهو نظير قول علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولولا ذلك لكان تقديرهم لازما في الازمنة كلها ولم يحتج الى تحكيم الحكمين لوقوع الاستغناء بقولهم ورأيهم ثم اذا ظهرت قيمته بتقويمهما خير القاتل بين الاشياء الثلاثة عندهما وعند محمد والشافعي الخيار الى الحكمين في ذلك فان حكما بالهدي يجب النظير على ما مر وان حكما بالطعام أو الصوم فعلى ما مر من قول أبي حنيفة وأبي يوسف لهما ان الحاجة الى الحكمين لاظهار قيمة الصيد وبعد ما ظهرت قيمته يكون الخيار الى الجاني لانه شرع رفقا بمن عليه ككفارة اليمين والفدية ولمحمد والشافعي قوله تعالى يحكم به ذوا عدل منكم هديا بالغ الكعبة أو كفارة طعام مساكين أو عدل ذلك صياما أثبت لهما الحكم في الهدي ثم عطف عليه التكفير بالاطعام والصوم بكلمة أو فيكون الخيار اليهما ضرورة قلنا قوله تعالى أو كفارة معطوف على فجزاء وكذا قوله أو عدل ذلك صياما معطوف عليه فلا يدخل تحت حكمهما وانما كان يدخل أن لو كان مجرورا عطفا على الضمير في به لانه مفعول يحكم وهذا مرفوع فلم يكن فيها دلالة على اختيار الحكمين وانما يرجع اليهما في معرفة قيمته لا غير ويقومانه في المكان الذي قتله فيه في زمان القتل لاختلاف القيم باختلاف الاماكن والازمنة وان كان في برية لا يباع فيها الصيد يعتبر أقرب المواضع منه مما يباع فيه والواحد يكفي في التقويم والمثنى أحوط لانه أبعد عن الغلط وقيل يعتبر المثنى لظاهر النص فان اختار التكفير فعليه الذبح في الحرم والتصدق بلحمه على الفقراء لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة وقد ورد الشرع بالنقل اليه دون غيره ويجوز الاطعام في أي موضع شاء لانه قربة معقولة المعنى وفيه خلاف الشافعي هو يقيسه على الهدي والجامع التوسعة على فقراء الحرم والفرق ما بينا ويجوز الصوم في أي مكان شاء بالاجماع لان عبادة قهر النفس لا تختلف باختلاف المكان وان ذبح في

(قوله فلا يكون النظير مرادا) أي اذ لا عموم للمشترك اه مدارك

غير

غير الحرم أجزأه عن الطعام يعني اذا تصدق باللحم وفيه وفاء وأعطى كل مسكين من اللحم ما يساوي نصف صاع من بر بخلاف ما اذا ذبح في الحرم حيث يخرج عن العهدة بالاراقة حتى اذا تلف أو سرق بعد الذبح لا يجب عليه شئ وفيما اذا ذبح في غير الحرم يجب عليه قيمته لان الاراقة لم تعتبر فيه لما ذكرنا ويخرج عن العهدة بالتصدق لا غير ولا يجوز في الهدايا الا ما يجوز في الضحايا لان مطلق اسم الهدي ينصرف اليه وهو المذكور في قوله تعالى هديا بالغ الكعبة كما انصرف اليه هدي المتعة والقران المذكور في قوله تعالى فما استيسر من الهدي وأوجب محمد والشافعي صغار النعم لان الصحابة أوجبوا جفرة وعناقا قلنا يجوز ذلك على سبيل الاطعام كالمذبوح في غير الحرم وهو تأويل ما روي عنهم واذا وقع الاختيار على الاطعام اشترى بالقيمة طعاما وأطعم كل مسكين نصف صاع من البر أو صاعا من تمر أو شعير كما يطعم في الكفارة وليس له أن يطعم مسكينا واحدا أقل من نصف صاع وله أن يطعم أكثر تبرعا حتى لا تحسب الزيادة من القيمة كيلا ينتقص أعداد المساكين وان اختار الصوم يقوم المقتول طعاما وعند محمد والشافعي يقوم النظير فيما له نظير بناء على انه الواجب الاصلي عندهما ثم يصوم مكان طعام كل مسكين يوما لانه لا قيمة للصوم فلا يمكن تقديره بالمقتول فقدر بالطعام وقد عهد في الشرع اقامة طعام مسكين مقام صوم يوم كما في كفارة الظهار قال رحمه الله (ولو فضل أقل من نصف صاع تصدق به أو صام يوما) أي لو فضل من الطعام أقل من نصف صاع من بر فهو بالخيار ان شاء صام عنه يوما كاملا وان شاء تصدق به لان صوم أقل من يوم غير مشروع وكذا ان كان الواجب ابتداء دون طعام مسكين بان كان قيمة المقتول أقل من نصف صاع لما قلنا وقوله وان شاء تصدق به دليل على أنه يجوز الجمع بين الصوم والاطعام بخلاف كفارة اليمين والفرق أن في كفارة الصيد الصوم أصل كالاطعام حتى يجوز الصوم مع القدرة على الاطعام فجاز الجمع بينهما وأكمل أحدهما بالآخر وأما في كفارة اليمين الصوم بدل عن التكفير بالمال حتى لا يجوز المصير اليه مع القدرة على المال فلا يجوز الجمع بين الاصل والبدل للتنافي ولا يتصور تمام أحدهما بالآخر وان اختار الهدي وفضل منه شئ لا يبلغ هديا فهو بالخيار في الفضل ان شاء صام عن كل نصف صاع من بر يوما وان شاء تصدق به وأعطى كل مسكين نصف صاع وان شاء تصدق بالبعض وصام عن البعض لما قلنا وعلى هذا لو بلغ قيمته هديين كان له الخيار ان شاء ذبحهما أو تصدق بهما أو صام عنهما أو ذبح أحدهما وأدى بالآخر أي الكفارات شاء أو جمع بين الثلاث لما قلنا فان قيل ينتقض هذا بالاطعام والكسوة في كفارة اليمين فان كل واحد منهما أصل بنفسه وليس ببدل عن الآخر ومع هذا لا يجوز الجمع بينهما ذكره في المحيط قلنا الفرق بينهما أن التقدير متحد في كفارة الصيد وهو قيمته فله أن يؤدي هذا القدر من أي نوع شاء وله أن يجمع بين الانواع بخلاف الاطعام والكسوة في كفارة اليمين لان قدر أحدهما مخالف قدر الآخر فلا يكونان من باب واحد ولكن اذا كسا خمسة وأطعم خمسة يجزيه عن الطعام ان كان الطعام أرخص فيجعل كأنه أعطى قيمة الطعام وان كانت الكسوة أرخص يجزيه عن الكسوة على ما عرف في موضعه وفرق آخر أن العدد منصوص عليه في كفارة اليمين فلا يجوز دونه بخلاف كفارة الصيد قال رحمه الله (وان جرحه أو قطع عضوه أو نتف شعره ضمن ما نقص) اعتبارا للجزء بالكل كما في حقوق العباد وهذا اذا برأ وبقي أثره وان لم يبق له أثر لا يضمن لزوال الموجب وقال أبو يوسف يلزمه صدقة للالم وعلى هذا لو قلع سنه أو ضرب عينه فابيضت فنبتت له سن أو زال البياض وذكر في الغاية معزيا الى البدائع أنه لا يسقط عنه الضمان بخلاف جرح الآدمي اذا اندمل ولم يبق له أثر حيث لا يجب عليه شئ لزوال الشين ولو مات بعد ما جرحه ضمن كله لان جرحه سبب لموته فيحال به عليه ما لم يبرأ ولو غاب الصيد ولم يعلم هل مات أو برأ ضمن نقصانه لانه لزمه بالجرح فلا يسقط عنه ولا يلزمه جميع القيمة بالاحتمال والشك وهذا قياس وفي الاستحسان يلزمه جميع القيمة احتياطا لمعنى العبادة كمن أخذ صيدا في الحرم فأرسله ولم يعلم دخوله الحرم بخلاف الصيد المملوك قال رحمه الله (وتجب القيمة بنتف

(قوله ولا يجوز في الهدايا) الذي بخط الشارح في الهدي اهـ (قوله وان شاء تصدق به) أقول وبالله التوفيق لم يقل المصنف وان شاء تصدق به لكن معنى كلامه ان شاء تصدق فاطلق الشارح عليه كلام المصنف مراعاة لمعناه لكن على هذا كان ينبغي للشارح أن يقول وقوله ان شاء تصدق بدون الواو اذ لا وجه للاتيان بها والله أعلم (قوله بخلاف الصيد المملوك) معناه لو خرج الصيد المملوك ولم يعلم موته بالخروج بان انفلت من صاحبه فانه يجب عليه النقصان قياسا واستحسانا لعدم معنى العبادة اهـ من خط الشارح اهـ

ريشه وقطع قوائمه وحلبه وكسر بيضه وخروج فرخ ميت به) أى بالكسر أما وجوب القيمة بنتف ريشه أو قطع قوائمه فلانه فوّت عليه الامن بتفويت آلة الامتناع فيغرم قيمته فصار كما لو قلع عينى عبد أو قطع رجليه وأما وجوب القيمة بحلبه يعنى قيمة اللبن فلان اللبن من أجزائه فيكون معتبرا بكله وأما وجوبها بكسر بيضه يعنى وجوب قيمة البيض فلانه أصل الصيد لانه معدّ ليكون صيدا فأعطى له حكم الصيد فى ايجاب الجزاء على المحرم وقيل المراد فى قوله تعالى تناله أيديكم البيض ورماحكم الصيد ولانه صيد باعتبار المآل دون الحال فاعتبار الحال يمنع وجوب الجزاء واعتبار المآل يوجب الجزاء فأوجبناها احتياطا ما لم يفسد فان فسد بأن صار مذرة لا يجب عليه شئ لانه لم يجئ منه صيد فلا يمكن اعتباره لا حالا ولا مآلا وأما وجوب القيمة بخروج فرخ ميت بالكسر فلان البيض معدّ ليخرج منه فرخ حىّ والتمسك بالاصل واجب حتى يظهر خلافه وكسر البيض قبل وقته سبب لموت الفرخ والظاهر أنه مات به والقياس أن لا يجب به سوى البيضة لان حياة الفرخ غير معلومة وكذا لو ضرب بطن ظبية فألقت جنينا ميتا ثم ماتت يجب عليه قيمتهما لان الضرب سبب صالح لموتهما بخلاف من ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا ثم ماتت حيث يجب ضمان الام ولا يجب ضمان الولد غير الغرة فى الحرة وفى الامة يجب قيمة الام ونصف عشر قيمة الولد لو كان ذكرا أو عشر قيمته لو كان أنثى لان الجنين جزء من وجه ونفس من وجه فجزاء الصيد مبنى على الاحتياط فرجحنا فيه جانب النفسية فأوجبنا فيه ضمانهما بخلاف حقوق العباد وان قتل خنزيرا أو قردا أو فيلا تجب القيمة لانه متوحش لا يبتدئ بالاذى وفيه خلاف زفر قال رحمه الله (ولا شئ بقتل غراب وحدأة وذئب وحية وعقرب وفارة وكلب عقور وبعوض ونمل وبرغوث وقراد وسلحفاة) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقتل خمس فواسق فى الحل والحرم الغراب والحدأة والعقرب والفارة والكلب العقور متفق عليه والمراد بالكلب العقور الذئب أو ثبت جواز قتله بدلالة النص لانه مثل الخمس فى الابتداء بالاذى والمراد بالغراب الابقع الذى يأكل الجيف أو يخلط وأما العقعق فلا يحل قتله للمحرم وان قتله فعليه الجزاء لانه لا يسمى غرابا عرفا ولا يبتدئ بالاذى وعن أبى حنيفة أن الكلب العقور وغير العقور والمستأنس منه والمتوحش سواء والفارة الاهلية والبرية سواء وعن أبى حنيفة أنه لا يجب الجزاء بقتل السنور ولو كان بريا وبالضب واليربوع والارنب يجب الجزاء لانها ليست من المستثناة ولا تبتدئ بالاذى وأما البعوض والنمل والبرغوث والقراد والسلحفاة فلانها ليست بصيود وانما هى من الحشرات كالخنافس ومع هذا القراد والبرغوث يبتدئان بالاذى والمراد بالنمل السوداء والصفراء التى تؤذى بالعض وما لا تؤذى لا يحل قتلها ولكن لا يضمن لانها ليست بصيد ولا هى متولدة من البدن وذكر فى الغاية معزيا الى المحيط ليس فى القنافذ والخنافس والوزغ والذباب والزنبور والحلمة وصياح الليل والصرصر وأم حبين وابن عرس شئ لانها من هوام الارض وحشراتها وليست بصيود ولا هى متولدة من البدن قال رحمه الله (وبقتل قملة وجرادة تصدق بما شاء) لان القملة تتولد من البدن فيكون قتلها من قضاء التفث والمحرم ممنوع من ذلك بمنزلة ازالة الشعر حتى لو قتل قملة ساقطة على الارض لا شئ عليه لعدم قتل الصيد وازالة التفث وفى الجامع الصغير أطعم شيأ وهذا يدل على جواز الاباحة وان قتل قملا كثيرا أطعم نصف صاع من بر ولو وقع فى ثوبه قمل كثير فألقاه على الشمس ليموت القمل وجب عليه نصف صاع من بر وان لم يقصد به قتل القمل لا شئ عليه لانه لم يتسبب فى قتله والجراد صيد لان الصيد ما لا يمكن أخذه الا بحيلة ويقصده بالاخذ وهو بهذه المثابة وروى أن أهل حمص أصابوا جرادا كثيرا فى احرامهم فجعلوا يتصدقون مكان كل جرادة بدرهم فقال عمر رضى الله عنه أرى دراهمكم كثيرة يا أهل حمص تمرة خير من جرادة قال رحمه الله (ولا يجاوز عن شاة بقتل السبع) وقال الشافعى لا يجب الجزاء بقتل السبع لانها جبلت على الايذاء فكانت من الفواسق المستثناة ولان اسم الكلب يتناول السباع بأسرها لغة وقد قال عليه الصلاة والسلام حين دعا على عتبة بن أبى لهب اللهم سلط عليه كلبا من كلابك

(قوله وخروج فرخ) لفظة فرخ ليست فى خط الشارح اه (قوله وقيل المراد من قوله) الذى فى خط الشارح بدل من فى اه (قوله مذرة) كذا هو بخط الشارح اه (قوله كالخنافس) أى والقنفذ اه كرمانى (قوله وأم حبين) بحاء مهملة مضمومة وباء موحدة دويبة على هيئة الحرباء عظيمة البطن اه تبيان

فسلط

فسلط عليه أسد والكلب من الفواسق الخمس بالحديث والمراد به السباع لا الكلب المعروف لانه غير مؤذ وانا قوله تعالى لا تقتلوا الصيد وأنتم حرم وهو باطلاقه يتناول المتوحش من السباع وغيره لانه اسم للمتوحش قال الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال

والقياس على الخمس الفواسق ممتنع لما فيه من ابطال العدد الثابت بالنص ولان السباع ليست في معنى الخمسة لانها تبتدئ بالاذى وتخالط الناس وتعيش بينهم بالاختطاف والافساد والسباع لا تبتدئ بالاذى وهي بعيدة عنهم فكان ايذاؤها دون ايذاء الفواسق فلا تلحق بها واسم الكلب لا يتناول السبع عرفا فان من قال فلان يقتني الكلاب أو في بابه كلب لا يفهم أحد أنه السباع والعرف أولى بالاعتبار ثم لا يجاوز بقيمته شاة وقال زفر رحمه الله تجب قيمته بالغة ما بلغت لان كله مضمون عليه فوجب اعتباره كما كول اللحم ولنا أن قيمته باعتبار اللحم والجلد لا تزيد على قيمة الشاة وهو المعتبر في حق الضمان ولا تعتبر زيادة قيمته لاجل تفاخر الملوك كما لا يعتبر في الصيد المعلم علمه في حق الشارع وان كان تزداد قيمته به ويضمنه معلما في حق مالكه لان ضمانه لمالكه باعتبار الانتفاع به وفي حق الشارع باعتبار ذاته قال رحمه الله (وان صال لا شئ بقتله بخلاف المضطر) أي وان صال عليه السبع فقتله فلا شئ عليه وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته لان عصمته لا تزول بفعله لقوله عليه الصلاة والسلام العجماء جبار ولهذا لو صال الجمل على رجل فقتله يجب عليه ضمان قيمته ولنا ماروى عن عمر انه قتل ضبعا وأهدى كبشا وقال انا ابتدأناه نبه على العلة الموجبة للضمان بقوله انا ابتدأناه وقال على إن قتله قبل أن يعدو عليه ففيه شاة مسنة ولان المحرم ممنوع عن التعرض له وليس بمأمور بتحمل أذاه بل هو مأمور بقتل ما توهم منه الاذى وهو الخمس الفواسق لما روينا فلأن يكون مأمورا بقتل ما تحقق منه الاذى أولى لما فيه من دفع الاذى عن نفسه فاذا جاز قتل المسلم والوالد للدفع فما ظنك بالسباع فاذا ابتدأ بالاذى التحق بالفواسق فصار مأذونا له في قتله ومع الاذن من الشارع لا يجب الضمان بخلاف الجمل الصائل لانه لا اذن من مالكه وهو العبد ولا يرد على هذا وجوب الفدية عند الضرورة ولا وجوب قيمة الصيد اذا قتله وأكله عند المخمصة مع الاذن من الشارع لان كلا مناف الفعل الاختياري من الحيوان لا بآفة سماوية وهو المراد بقوله بخلاف المضطر وذكر في المنتقى أنه اذا أمكنه دفعه بغير سلاح فقتله فعليه الجزاء قال رحمه الله (وللمحرم ذبح شاة وبقرة وبعير ودجاجة وبط أهلي) لاجماع الامة عليه ولانه ممنوع من الصيد وهي ليست بصيود والمراد بالبط التي تكون في المساكن والحياض ولا تطير لانها ألوف بأصل الخلقة كالدجاج وأما التي تطير فصيد فيجب بقتلها الجزاء فينبغي أن تكون الجواميس على هذا التفصيل فانه في بلاد السودان وحشي ولا يعرف منه مستأنس عندهم قال رحمه الله (وعليه الجزاء بذبح حمام مسرول وظبي مستأنس) لانهما صيد بأصل الخلقة والاستئناس عارض فلا يبطل به الحكم الاصلي كالبعير اذا ند يأخذ حكم الصيد في حق الذكاة لا غير حتى لا يحرم عقره على المحرم وفي الحمام المسرول خلاف مالك هو يقول انه ألوف مستأنس ولا يمتنع بجناحيه فصار كالبط وهذا لان ما يمتنع به الصيد ثلاثة أشياء إما بالعدو أو بالطيران أو بالدخول في الجحر والشقوق فلم يوجد شئ منها فيها فلا تكون صيدا ونحن نقول هو صيد بأصل الخلقة وانما لا يطير لثقله وبطء نهوضه وذلك لا يخرجه من أن يكون صيدا واشتراط ذكاة الاختيار لا يدل على انه ليس بصيد لان ذلك كان للعجز وقد زال بالقدرة عليه قال رحمه الله (ولو ذبح محرم صيدا حرم) يعني على الذابح وعلى غيره وقال الشافعي يحل لغيره وله اذا حل لان الذكاة موجودة حقيقة فتعمل عملها غير انه حرم على الذابح لارتكابه المنهي عنه عقوبة له فيبقى في حق غيره من المحرمين وغيرهم وفي حق نفسه بعد ما حل على الاصل ولنا أن الذكاة فعل مشروع وهذا الفعل حرام فلا يكون ذكاة فصار كذبيحة المجوسي وهذا لان المحرم هو الدم المسفوح ولا يمكن التمييز بينه وبين اللحم فأقام الشارع بعض الافعال مقام التمييز تيسيرا وهو الفعل المشروع فلا يقام غيره مقامه بالرأي فيبقى

على الاصل وهو الحرمة الا محل عدم التمييز قال رحمه الله (وغرم بأكله لا محرم آخر) يعنى القاتل اذا أكل من الصيد المقتول يغرم قيمة اللحم ولا يضمن محرم آخر اذا أكل منه وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن القاتل أيضا بأكله لانه ميتة وتناول الميتة لا يوجب الا الاستغفار فصار كما لو أكله محرم آخر وكالحلال اذا قتل صيد الحرم فأكل منه وله أن حرمته بسبب احرامه لانه هو الذى أخرج الصيد عن المحلية والذابح عن الاهلية فى حق الذكاة فصار حرمة التناول محظور احرامه بهذه الوسائط واذا تناول محظور احرامه يجب عليه الجزاء كسائر محظوراته بخلاف محرم آخر لانه لا صنع له فيه وبخلاف الحلال اذا قتل صيد الحرم فأكله لان وجوب الجزاء هناك باعتبار الامن الثابت بسبب الحرم وذلك للصيد لا للحم فتكون حرمته مضافا الى كونه ميتة ولان مقصوده من ذبح الصيد تناوله فاذا وجب الجزاء بالوسيلة وهو الذبح فلأن يجب بالتناول أولى لانه تحقيق المقصود ولان المقتول ظلما كالحى فى حق القاتل لا يرث منه القاتل فكذا هنا يجعل حيا حتى يجب الضمان عليه ثانيا بأكله ولو أكل منه قبل أداء الضمان لا يضمنه لدخوله فى ضمان النفس كمن نتف ريش طائر ثم قتله قبل أداء الضمان لا يضمن الا قيمة واحدة واطعام كلابه كأكله لحصول مقصوده وان اضطر المحرم الى قتل صيد فقتله فعليه الجزاء لان الاذن مقيد بالكفارة فى حق المضطر بقوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك والآية وان نزلت فى الحلق تتناول كل مضطر دلالة ولو اضطر الى أكل الميتة وقتل الصيد يأكل الميتة ولا يقتل الصيد وقال أبو يوسف والحسن يقتل الصيد لان حرمته أخف لانه حرام حكما والميتة حرام حقيقة وحكما ويقوم مقامه الكفارة أيضا فيكون كلا فائت قلنا فى أكل الصيد ارتكاب محظورين الاكل والقتل وفى أكل الميتة ارتكاب محظور واحد فكان أخف وان وجد صيدا ذبحه محرم يأكل الصيد ويدع الميتة لما ذكرنا ولو وجد صيدا حيا ومال مسلم يأكل الصيد لا مال المسلم لان الصيد حرام حقا لله تعالى والمال حرام حقا للعبد فكان الترجيح لحق العبد لافتقاره وان وجد لحم انسان وصيدا أكل الصيد لان لحم الانسان حرام حقا للشرع وحقا للعبد والصيد حقا للشرع لا غير فكان أخف قال رحمه الله (وحل له لحم ما صاده حلال وذبحه ان لم يدل عليه ولم يأمره بصيده) وقال مالك والشافعى ان اصطاده الحلال لاجل المحرم لا يحل له تناوله لقوله عليه الصلاة والسلام الصيد حلال لكم ما لم تصيدوه أو يصاد لكم رواه أبو داود والترمذى ولنا أن أبا قتادة لم يصد حمار الوحش لنفسه خاصة بل صاده له ولاصحابه وهم محرمون وأباحه لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم يحرمه عليهم بارادته أن يكون لهم هكذا قاله الطحاوى ولانه ليس لاحد أن يحرم على غيره من غير صنع منه ولا بسبب ما كان حلالا له وما رواه ضعفه يحيى بن معين ولئن صح فهو محمول على ما اذا اصيد له بأمره أو يحمل على انه أهدى اليه الصيد الحى دون اللحم توفيقا بين الآثار وشرط أن لا يكون دالا على الصيد وهو المختار لما روينا من حديث أبى قتادة وقيل لا يحرم بالدلالة قال رحمه الله (وبذبح الحلال صيد الحرم قيمة يتصدق بها لا صوم) أى وتجب القيمة ان ذبح الحلال صيد الحرم ويتصدق بقيمته ولا يجزيه صوم لقوله عليه الصلاة والسلام ان الله حرم مكة لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها ولا ينفر صيدها فقال العباس الا الاذخر فانه لقبورنا وبيوتنا قال عليه الصلاة والسلام الا الاذخر متفق عليه وعلى ذلك انعقد الاجماع وانما لم يجزه الصوم لانه غرامة وليس بكفارة وأشبه غرامات الاموال وشجر الحرم والجامع أنهما ضمان المحل لا جزاء الفعل وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول وجوب الجزاء انما كان باعتبار الجناية على الصيد لا بدلا عن المتلف لان الصيد قبل الاحراز لا قيمة له لانه مباح والمباح لا يتقوم الا بالاحراز فاذا وجب باعتبار الجناية كان كفارة كالمحرم فيجزيه الصوم قلنا ان الحرمة فى المحرم باعتبار معنى فيه وهو احرامه فيكون جزاء الفعل وهو الكفارة والحرمة فى صيد الحرم باعتبار معنى فى الصيد فصار بدل المحل والصوم يصلح جزاء الافعال لا ضمان المحل واختلفوا فى جواز الذبح عنه فقيل لا يجزيه لان ضمان المحل كضمان الاموال الا أن تكون قيمته مذبوحا مثل قيمة الصيد المقتول فيجزيه عن الاطعام كما بينا فيمن ذبح فى غير

الحرم

(قوله القاتل اذا أكل من الصيد المقتول) أى بعد أداء الجزاء ولابد من هذا القيد ويدل عليه قول الشارح ولو أكل منه قبل أداء الضمان لا يضمنه اه (قوله ولو أكل منه قبل أداء الضمان لا يضمنه) أى لا يضمن قيمة اللحم وهذا بالاتفاق اه (قوله فى المتن وحل له) أى للمحرم اه (قوله ان لم يدل عليه) أى المحرم اه (قوله ولم يأمره) أى المحرم الحلال اه (قوله لا يحل له تناوله) قال الاقطع وذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لا بأس بأكل المحرم الصيد ما لم يصده أو يصاد له اه قال الكاكى روى أو يصاد بالرفع وحينئذ لا تمسك للمخالف بهذه الرواية لانها تقتضى الحل اذا صاده غيره لاجله لانه معطوف على المغيا الا الغاية وظاهر العربية أو يصد له وهكذا روى فى المصابيح وابن تيمية ولكن فى الحديث كسنن أبى داود والترمذى والنسائى أو يصاد بالالف وقال مولانا حميد الدين الصحيح عندى أنه بالنصب وبيانه فى الخبازية اه قوله أو يصد له ذكر الاكمل رحمه الله أن رواية أو يصد له ضعيفة اه

الحرم وفى ظاهر الرواية يجزيه لانه فعل مثل ما جنى لان جنايته كانت باراقة وقد أتى بمثل ما فعل والاعتبار بمثل هذا الطريق معتبر فى ضمان المحال كالقصاص ولو قتل محرم صيد الحرم فالقياس أن يلزمه جزاآن لوجود الجناية فى الاحرام والحرم وفى الاستحسان يلزمه جزاء واحد لان حرمة الاحرام أقوى من حرمة الحرم لان الاحرام يحرم القتل فى الاماكن كلها والحرم لا فيجب اعتبار الاقوى وتضاف الحرمة اليه عند تعذر الجمع بينهما وأما شجر الحرم وحشيشه فهما فيه سواء لانه ليس من محظورات الاحرام قال رحمه الله (ومن دخل الحرم بصيد أرسله) يعنى اذا كان فى يده وقال مالك والشافعى لا يرسله لان حق الشرع لا يظهر فى مملوك العبد لحاجة العبد ولنا أنه بدخول الحرم صار من صيده فلا يجوز التعرض له كما اذا دخله هو بنفسه وهو قول ابن مسعود وابن عمر وعائشة رضى الله عنهم ولو كان معه بازى فارسله فى الحرم فاتلف حمامة لا يجب عليه شئ لانه فعل ما يجب عليه فلا يغرم قال رحمه الله (فان باعه رد البيع ان بقى وان فات فعليه الجزاء) أى اذا باع الصيد بعد ما دخل به الحرم يجب رد بيعه ان كان باقيا فى يده وان كان فائتا تجب قيمته لان البيع فاسد لمكان النهى فيجب رده بعد ان كان باقيا والا فقيمته وهذا لانه لما حصل فى الحرم صار من صيده فيحرم عليه التعرض له والبيع تعرض فيرد كبيع المحرم الصيد ولا فرق فى ذلك بين أن يبيعه فى الحرم أو بعد ما أخرجه منه فباعه خارج الحرم لانه صار بالادخال من صيد الحرم ولا يحل اخراجه بعد ذلك ولو تبايع الحلالان وهما فى الحرم والصيد فى الحل جاز عند أبى حنيفة وعند محمد لا يجوز لانه ممنوع عن التعرض له بالرمى فكذا بالبيع فصار كما لو كان فى الحرم وله أن البيع ليس بتعرض له حسا وانما يظهر أثره شرعا فلا يمنع عنه ألا ترى أنه لو أمر بذبح هذا الصيد لا يضمن والبيع دون الامر بالذبح قال رحمه الله (ومن أحرم وفى بيته أو قفصه صيد لا يرسله) وقال الشافعى رحمه الله عليه أن يرسله لانه متعرض للصيد بامساكه فى ملكه وذلك حرام عليه باحرامه فوجب تركه بارساله كما اذا كان فى يده ولنا أن الصحابة رضى الله عنهم كانوا يحرمون وفى بيوتهم صيود ودواجن ولم ينقل انهم أوجبوا ارسالها وبذلك جرت أفعال الامة الى يومنا هذا فصار اجماعا فعلا وهو من أقوى الحجج الشرعية ولان الواجب عليه ترك التعرض له وهو ليس بمتعرض فى تركه فى البيت أو فى القفص بل هو محفوظ فى موضعه لا به غير أنه فى ملكه وهو لو أرسله فى المفازة لا يخرج عن ملكه فلا معتبر ببقائه وقيل اذا كان القفص فى يده لزمه ارساله بحيث لا يضيع لان القفص كالحق للدرة وممسك الحق ممسك للدرة بخلاف ما اذا كان القفص فى رحله قال رحمه الله (ولو أخذ حلال صيدا فأحرم ضمن مرسله) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يضمن لان المرسل آمر بالمعروف وناه عن المنكر وليس على المحسنين من سبيل فصار كما اذا أخذه المحرم فى حالة الاحرام وله أنه ملكه بالاخذ ملكا محترما فلا يبطل احترامه باحرامه وقد أتلفه المرسل فيضمنه بخلاف ما اذا أخذه فى حالة الاحرام لانه لم يملكه وهذا لان الواجب عليه ترك التعرض له ويمكنه ذلك بأن يخليه فى بيته فاذا قطع يده عنه كان متعديا بخلاف ما اذا أخذه وهو محرم على ما بينا وأصل هذا اختلافهم فى كسر المعازف قال رحمه الله (ولو أخذه محرم لا يضمن) أى لو أخذ محرم صيدا فارسله انسان من يده لم يضمن وهذا بالاجماع لانه بالاخذ لم يملكه لان

(قوله فهما) أى الحلال والمحرم اهـ (قوله فلا يجوز التعرض له) قال فى البدائع ولو أدخل صيدا من الحل الى الحرم وجب ارساله وان ذبحه فعليه الجزاء ولا يجوز بيعه وقال الشافعى يجوز بيعه وجه قوله أن الصيد كان ملكه فى الحل وادخاله فى الحرم لا يوجب زوال ملكه فكان ملكه قائما فكان محلا للبيع ولنا انه لما حصل الصيد فى الحرم وجب ترك التعرض له رعاية لحرمة الحرم كما لو أحرم والصيد فى يده ذكره محمد فى الاصل وقال لا خير فيما ترخص به أهل مكة من الحجل واليعاقيب ولا يدخل شئ منه فى الحرم حيا لما ذكرنا ان الصيد اذا حصل فى الحرم وجب اظهار حرمة الحرم بترك التعرض له فى الارسال فان قيل ان أهل مكة يبيعون الحجل واليعاقيب وهى كل ذكر وأنثى من القبج من غير نكير ولو كان حراما لظهر النكير عليهم فالجواب ان ترك النكير عليهم ليس لكونه حلالا بل لكونه محل الاجتهاد فان المسئلة مختلفة بين عثمن وعلى والانكار لا يلزم فى محل الاجتهاد اذا كان الاختلاف فى الفروع وأما وجوب الجزاء بذبحه فلانه ذبح صيدا يستحق الارسال وأما فساد البيع فلأن ارساله واجب والبيع ترك الارسال ولو باعه يجب عليه فسخ البيع واسترداد المبيع لانه بيع فاسد والبيع الفاسد مستحق لفسخ حقا للشرع فان كان لا يقدر على فسخ البيع واسترداد المبيع فعليه الجزاء لانه وجب عليه ارساله فاذا باعه وتعذر عليه فسخ البيع واسترداد المبيع فكأنه أتلفه فيجب عليه الضمان اهـ (قوله فى المتن فان باعه رد البيع ان بقى الخ) قال الكرمانى ولا خير فيما يترخص فيه أهل مكة من الحجل واليعاقيب ولا يدخل منهما شئ فى الحرم حيا لما ذكرنا أنه يصير من صيد الحرم وقال الشافعى لا يصير من صيد الحرم اذا أدخله حلال فى الحرم ولا تجب تخليته ويحل ذبحه لان بالدخول فى الحرم لا يزول ملك المالك كسائر أملاكه اهـ قوله واليعاقيب اليعقوب يفعول ذكر الحجل والجمع يعاقيب قاله فى المصباح وفيه القبج الحجل الواحدة قبجة مثل تمر وتمرة ويقع على الذكر والانثى فان قيل يعقوب اختص بالذكر اهـ (قوله ألا ترى انه) أى الحلال اهـ (قوله لو أمر بذبح هذا الصيد) أى الذى فى الحل اهـ وكتب ما نصه هذا الحلال اهـ (قوله وأصل هذا اختلافهم فى كسر المعازف) أى فانه لا ضمان فيه عندهما لانه آمر بالمعروف ناه عن المنكر وعند أبى حنيفة يجب الضمان لغيرا لهو اهـ أكمل

(قوله ضمن قيمته) أى ولا يجزى فيه الصوم ذكره الشارح فى قوله ويذبح الحلال صيد الحرم قيمة فانظره والله أعلم وهل يجزى فى ذلك الذبح اه قوله ولا يجزى فيه الصوم وذكره الشارح أيضا فى هذه المقالة بقوله ولا يكون للصوم فى هذه القيمة مدخل اه (قوله ولو نبت بنفسه) أى وكان من جنس ما لا ينبته الناس اه (قوله فى المتن وكل شئ على المفرد به دم فعلى القارن به دمان الا أن يجاوز الميقات غير محرم) قال العلامة ابن أمير حاج الحلبى فى منسكه الذى عقده لبيان القران ما نصه التتميم الخامس بجميع ما ذكرنا أنه يجب فيه صدقة أو صدقتان أو كفارة أو كفارتان فانما هو بالنسبة الى المحرم بحجة أو عمرة على سبيل الافراد وأما القارن فيجب عليه ضعف ذلك قالوا الا فى أشياء منها اذا جاوز الميقات غير محرم ثم أحرم بالحج والعمرة ومنها طواف الزيارة محدثا أو جنبا قلت أو ما فى معناه من حائض أو نفساء وانما لم يذكروهما لان غالب أحكام الحيض والنفاس كأحكام الجنابة ومنها قتل صيد الحرم وقطع شجره الكائن على الصفة المحرمة لقطعه فان الاحكام فى هذه بالنسبة الى القارن والمفرد سواء وهذا كله عندنا وقالت الائمة الثلاثة القارن والمفرد فى أحكام هذا الباب من الكفارات والصدقات سواء وفى هذا القدر كفاية فاغتنمه فانك لا تكاد تظفر به مجموعا فى موضع غير هذا والله بكل شئ عليم اه فرحمه الله رحمة واسعة وسائر علماء المسلمين قوله ومنها قتل صيد الحرم الخ قال الكرمانى رحمه الله فى مناسكه ما نصه وان قطع رجلان شجرة من الحرم مما لا يقطع فعليهما قيمة واحدة للمامر ان هذا ضمان المحل وانه متحد والقارن والمفرد فى ذلك سواء بخلاف ما اذا قتل القارن حيوانا فان حرمة الحيوان أقوى فلا يقاس عليه اه انتهى قوله بخلاف ما اذا قتل القارن فيه مخالفة لما ذكره ابن أمير حاج من التسوية بين قتل الصيد وقطع شجر الحرم ولما ذكره السروجى رحمه الله المسائل التى يلزم القارن فيها دم واحد كالمفرد وذكر منها قطع شجر الحرم ولم يذكر معها قتل الصيد وما ذكره ابن أمير حاج تبع فيه الاتقانى رحمهما الله قال الولوالجى رحمه الله والقارن فى قتل الصيد يلزمه جزاآن لانه جان على احرامين واذا لزمته قيمتان فى السبع لم يجاوز بهما دمين ويكفيه دمان لان القارن فى حق الدمين كالمفرد فى حق دم واحد اه

المحرم لا يملك الصيد بسبب ما لانه محرم عليه بقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما فصار الصيد فى حقه كالخمر والخنزير بخلاف ما اذا أخذه وهو حلال ثم أحرم حيث يضمن مرسله لانه ملكه بالاخذ قبل الاحرام فيكون المرسل متلفا عليه ملكه ولهذا لو وجد ذلك الصيد فى يد انسان بعد ما حل له أن يأخذه فى هذه المسئلة لانه ملكه وليس له أن يأخذه فى المسئلة الاولى لانه ليس يملكه قال رحمه الله (فان قتله محرم آخر ضمنا ورجع آخذه على قاتله) أى ان قتله محرم آخر فى يده فيما اذا أخذه المحرم فى حالة الاحرام يضمن القاتل والآخذ جميعا ثم يرجع الآخذ على القاتل أما وجوب الجزاء عليهما فلوجود الجناية منهما لان الآخذ متعرض للصيد بالاخذ والآخر بالقتل فيضمن كل واحد منهما ثم يرجع الآخذ على القاتل ولو كان القاتل حلالا وقال زفر لا يرجع لان الآخذ مؤاخذ بصنعه فلا يرجع به على غيره وهذا لانه لم يملك الصيد لا قبل الضمان ولا بعده ولا كانت له فيه يد محترمة ووجوب الضمان بتفويت يد أو ملك فلم يوجد ولنا أن يده على هذا الصيد كانت معتبرة لتمكنه به من ارساله واسقاط الضمان عن نفسه والقاتل فوت عليه هذا اليد فيضمن ولانه قرر عليه ما كان على شرف السقوط وللتقرير حكم الابتداء فى حق التضمين كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ولان الاخذ انما يصير علة للضمان عند اتصال الهلاك به وهو بالقتل جعل فعل الآخذ علة فيكون مباشرا لعلة العلة فيضاف الضمان اليه ثم انما يرجع على القاتل أن لو كفر بالمال وأما اذا كفر بالصوم فلا يرجع عليه بشئ لانه لم يغرم شيأ قال رحمه الله (فان قطع حشيش الحرم أو شجرا غير مملوك ولا مما ينبته الناس ضمن قيمته الا فيما جف) لان حرمتهما تثبت بسبب الحرم قال عليه الصلاة والسلام لا يختلى خلاها ولا يعضد شوكها فكان المحرم هو المنسوب الى الحرم والنسبة اليه على الكمال عند عدم النسبة الى غيره بالانبات وما ينبته الناس عادة غير مستحق الامن بالاجماع وما لا ينبت عادة اذا أنبته الناس التحق بما ينبت عادة ولو نبت بنفسه فى ملك انسان فعلى قاطعه قيمتان قيمة حقا للشرع وقيمة لمالكه كالصيد المملوك فى الحرم أو فى الاحرام ولا يكون للصوم فى هذه القيمة مدخل لان حرمة تناوله بسبب الحرم لا بالاحرام فكان من ضمان المحال واذا أدى قيمته ملكه كما فى حقوق العباد ويكره بيعه بعد القطع لانه لو أبيح ذلك لتطرق الناس اليه ولم يبق فيه شجر وفيه ايحاش صيد الحرم لانه يستظل بظلها ويتخذ الاوكار على أغصانها وما جف منه لا ضمان فيه ويحل الانتفاع به لانه حطب وليس بنام وثبوت الحرمة بسبب الحرم لما يكون ناميا فيه قال رحمه الله (وحرم رعى حشيش الحرم وقطعه الا الاذخر) وجوز أبو يوسف رعيه لمكان الحرج فى حق الزائرين والمقيمين والحجة عليه ما روينا والقطع بالمشافر كالقطع بالمناجل وحمل الحشيش متيسر فلا حرج ولئن كان فيه حرج فلا يعتبر لان الحرج انما يعتبر فى موضع لا نص فيه وأما مع النص بخلافه فلا ولا بأس بأخذ الكمأة من الحرم لانها ليست من نبات الارض وانما هى مودعة فيها ولانها لا تنمو ولا تبقى فأشبهت اليابس من النبات قال رحمه الله (وكل شئ على المفرد به دم فعلى القارن دمان) دم لحجته ودم لعمرته وقال الشافعى رحمه الله يلزمه دم واحد وقالوا بناء على أنه محرم باحرام واحد عنده لانه يقول بالتداخل وعندنا باحرامين وقد جنى عليهما فيجب عليه دمان وهذا كالقتل الخطا فانه جناية فى حق الآدمى باراقة دمه وفى حق الله تعالى بارتكاب المنهى عنه فتجب الدية حقا له والكفارة حقا لله تعالى فان

قيل ينبغي أن يتداخلا كحرمة الحرم والاحرام فان المحرم اذا قتل صيد الحرم يجب عليه دم واحد مع أنه محرم عليه من وجهين لاجل احرامه ولاجل الحرم قلنا حرمة الاحرام أقوى لانه يحرم قتل الصيد في الاماكن كلها ويحرم التطيب ولبس المخيط فجعلنا أضعف الحرمتين تابعا للاقوى اهما بخلاف الحج والعمرة لانهما مستويان احراما وان اختلفا أداء اذ احرام العمرة يحرم جميع ما يحرمه احرام الحج فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعا للآخر كحرمة الجماع بسبب الصوم وعدم الملك اذا اجتمعا بان زنى صائم في رمضان يجب عليه الحد والكفارة وذكر شيخ الاسلام أن وجوب الدمين على القارن فيما اذا كان قبل الوقوف بعرفة وأما بعد الوقوف بعرفة ففي الجماع يجب عليه دمان وفي غيره من المحظورات يجب دم واحد قال رحمه الله (الا أن يتجاوز الميقات غير محرم) وقال زفر يجب عليه دمان لانه أخر الاحرامين من الميقات فيلزمه لكل واحد منهما دم اعتبارا بسائر المحظورات ألا ترى أنه لو دخل الميقات من غير احرام فاحرم بحج ثم دخل الحرم فاحرم بعمرة فانه يلزمه دمان لترك الاحرام في ميقاته فكذا هذا ولنا أن الواجب عليه احرام واحد لتعظيم البقعة ولهذا لو أحرم من الميقات بالعمرة وأحرم بالحج داخل الميقات لا يجب عليه شيء وهو قارن فبترك واجب واحد لا يجب عليه دمان بخلاف المستشهد به لانه لما دخل الميقات وأحرم بالحج داخل الميقات وجب عليه دم لترك وقته ولما دخل مكة صار منهم وميقاتهم في العمرة الحل فاذا أحرم من الحرم فقد ترك الميقات فيجب عليه دم آخر لذلك وأما في مسئلتنا لم يترك الوقت الا في أحدهما بترك تعظيم البقعة قال رحمه الله (ولو قتل محرمان صيدا تعدد الجزاء) يعني اذا اشترك المحرمان في قتل صيد فعلى كل واحد منهما جزاء كامل وقال الشافعي عليهما جزاء واحد لان ما يجب بقتل الصيد بدل محض ألا ترى أنه يزداد الواجب بكبره وينقص بصغره ولو كان كفارة لما اختلف باختلاف المتلف ككفارة القتل لا تختلف باختلاف قيمة العبد المقتول فصار كالحلالين اذا اشتركا في صيد الحرم ولنا أنه كفارة قتل وبدل للمحل لان الله تعالى سماه كفارة بقوله أو كفارة طعام مساكين واعتبر المماثلة بقوله فجزاء مثل ما قتل من النعم فجمعنا بين الامرين عملا بالدليلين وهذا لانه جناية على احرامه فباعتباره يكون كفارة وتفويت للصيد فباعتباره يكون بدلا ومثل هذا ليس بمستنكر ألا ترى أن القصاص جزاء الفعل حتى اذا تعدد القاتل والمقتول واحد أجرى على جميعهم وبدل أيضا حتى يورث كالدية وفعل كل واحد من المحرمين كامل فيجب عليهما موجبه بخلاف الحلالين يشتركان في قتل صيد الحرم على ما يجيء قال رحمه الله (ولو حلالان لا) أي لو اشترك حلالان في قتل صيد الحرم لا يتعدد الجزاء وهو القيمة لان الواجب فيه بدل المحل لا جزاء الفعل وهو الجناية حتى لا مدخل للصوم فيه فلا يتعدد الا بتعدد المحل بخلاف المحرمين لان الواجب هناك جزاء الجناية ولهذا يتأدى بالصوم ويتعدد بتعدد الفعل نظيره رجلان قتلا رجلا خطأ يجب عليهما دية واحدة لانها بدل المحل وعلى كل واحد منهما كفارة كاملة لانها جزاء الفعل ولان المحرم في المحرمين الاحرام وهو متعدد فيتعدد الموجب وفي الحلالين الحرم وهو واحد فيتحد الواجب ثم اعلم أن الواجب في صيد الحرم وان كان بدلا لكنه فيه معنى الجزاء حتى اذا اختلفت جهة الجناية بأن أخذه أحدهما وقتله الآخر يجب على كل واحد منهما جزاء كامل لان كلا منهما أتلفه بجهة أحدهما بالاخذ المفوت للامن وذلك استهلاك معنى والآخر بالاتلاف حقيقة بخلاف حقوق العباد لانه بدل المحل من كل وجه فلا يستحق أكثر من عوض واحد ثم يرجع الآخذ هنا على القاتل على ما بينا في قتل المحرم ولو كان أحد القاتلين ممن لا يجب عليه الجزاء بأن كان صبيا أو كافرا يجب على الآخر بحسابه ان كان حلالا أو جميع قيمته ان كان محرما وقد بيناوجهه قال رحمه الله (ويبطل بيع المحرم صيدا وشراؤه) لان بيعه حيا تعرض للصيد وبيعه بعد قتله بيع ميتة بخلاف ما اذا باع لبن الصيد أو بيضه أو الجراد أو شجر الحرم لان هذه الاشياء لا يشترط فيها الذكاة ثم اذا قبض المشتري وعطب في يده فعليه وعلى البائع الجزاء لانهما قد جنيا عليه البائع بالتسليم والمشتري باثبات اليد عليه ويضمن المشتري أيضا للبائع لفساد البيع ولو رده على البائع يجب على المشتري الجزاء التعدي

(قوله فتسرى الى الولد) أى عند حدوثه اه فتح (قوله كسائر الصفات الشرعية) أى فيصير خطاب رد الولد مستمرا واذا تعلق خطاب الرد كان الامساك تعرضا له ممنوعا فاذا اتصل الموت به ثبت الضمان اه فتح القدير (قوله لو هلك ولد الظبية الخ) على هذا أكثر مشايخنا قاله الشارح عند قوله فى الغصب وزوائد الغصب مضمونة فراجعه اه (قوله ان كان قبل التكفير لا يضمنها وان كان بعده يضمنها) كذا هو بخط الشارح رحمه الله وصوابه ان كان قبل التكفير يضمنها وان كان بعده لا يضمنها فتأمل قال الكمال رحمه الله والذى يقتضيه النظر أن التكفير أعنى أداء الجزاء ان كان حال القدرة على اعادة أمنها بالرد الى المأمن لا يقع كفارة ولا يحل بعده التعرض لها بل حرمة التعرض لها قائمة وان كان حال العجز عنه بان هربت فى الحل عند ما أخرجها اليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها اذا متن وله ان يصطادها وهذا لان المتوجه قبل العجز عن تأمينها انما هو خطاب الرد الى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لان سقوط الامن انما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد فاذا عجز توجه خطاب الجزاء وقد صرح هو بان الاخذ ليس سببا للضمان بل القتل بالنص فالتكفير قبله واقع قبل السبب فلا يقع الانفلا فاذا ماتت بعد أداء هذا الجزاء لزمه الجزاء لانه الآن تعين خطاب الجزاء هذا الذى دين به وأقول يكره اصطيادها اذا أدى الجزاء بعد الهرب ثم ظفر بها لشبهة كون دوام العجز شرط إجزاء الكفارة الا اذا اصطادها ليردها الى الحرم اه (قوله ولو ذبح الام أو الاولاد يحل) قال الاتقانى فى الغصب عند قوله وولد المغصوب الخ فان قيل تفويت الامن فى حق صيد الحرم سبب صالح لوجوب الضمان لا فى حق كل الصيود والولد ليس بصيد الحرم بدليل أنه يحل بيعه ويحل أكله فلو كان صيد الحرم لما حل أكله وبيعه ولان تفويت الامن انما يتصوّر بعد ثبوت الامن ولم يوجد ثبوت الامن فى حق الولد لان الولد كما حدث حدث خائفا فلا يتصوّر تفويت الامن فى حق الخائف قلنا الولد لم يكن صيد الحرم من وجه بدليل أنه يجب ارساله الى الحرم وقوله فانه يحل أكله قلنا نعم يحل قال ولكن يكره فمن حيث إنه ليس صيد الحرم يحل ومن حيث إنه صيد الحرم يكره والثابت من وجه يلحق بالثابت من كل وجه احتياطا فى باب الحرمات وقوله فانه حدث خائفا قلنا نعم ولكن مستحق الامن والمستحق للامن كالآمن حكما وهو لما أثبت يده على الولد فقد فوّت الامن حكما وتفويت الامن حكما سبب صالح لوجوب الضمان اه

بالتسليم اليه وجعله عرضة للهلاك ويبرأ من الضمان للبائع وعلى هذا لو وهب محرم صيدا من محرم فهلك عنده يجب عليه جزا آن ضمان لصاحبه لفساد الهبة وجزاء حقا لله تعالى وان أكله فعليه ثلاثة أجزية عند أبى حنيفة لانه يجب عنده بالاكل الجزاء على ما مر ولو وقع البيع بين الحلالين ثم أحرما أو أحرم أحدهما فوجد به عيبا ليس له أن يرده لكن يرجع بالنقصان ولو غصب محرم من محرم صيدا فرده وجب عليهما الجزاء لتعديهما بالتسليم والتسلم وان هلك فى يده فعليه قيمتان قيمة لمالكه وقيمة حقا لله تعالى ويجب عليه ارساله ولا يجوز له أن يسلمه الى صاحبه فان أرسله يجب عليه الضمان لصاحبه ويبرأ من الضمان لحق الشرع قال رحمه الله (ومن أخرج ظبية الحرم فولدت وماتا ضمنهما) أى الولد والام لان الصيد بعد الاخراج من الحرم مستحق الامن حتى يجب عليه رده الى مأمنه وهو الحرم وهذه الصفة شرعية فتسرى الى الولد كسائر الصفات الشرعية كالرق والحرية فيضمن الولد كالام فان قيل يشكل على هذا ولد المغصوب حيث لا يضمن قلنا الفرق بينهما من وجهين أحدهما أن الولد فى الظبية حق لله تعالى وهو طالب للرد فى كل ساعة فاذا لم يرده حتى هلك تحقق الهلاك بعد المنع بخلاف المغصوب لان صاحبه لم يطلبه حتى لو طلب ومنعه يضمن فعلى هذا لو هلك ولد الظبية قبل أن يتمكن من الرد لا يضمن كما فى ولد المغصوب والثانى من الفرق أن سبب الضمان فى صيد الحرم ازالة الامن وقد وجد فى الولد لانه كما يحدث يحدث مستحقا للامن وقد أثبت فيه الخوف باثبات اليد عليه فيضمن وفى المغصوب سبب الضمان ازالة يد المالك ولم توجد فافترقا وعلى هذا يضمن ولد الظبية كيفما كان قال رحمه الله (وان أدى جزاءه فولدت لا يضمن الولد) لانه صيد حل وقد انعدم أثر فعله بالتكفير ولان الكفارة بدل الصيد فيكون له حكم العين فلم يستحق عليه الامن بعد ذلك لان وصول بدله كوصول نفسه وكذا كل زيادة فيها من سمن أو شعر ان كان قبل التكفير لا يضمنها وان كان بعده يضمنها وقال فى الغاية لا يضمن بعد التكفير الزيادة ويضمن الاصل ولو ذبح الام أو الاولاد يحل لانه صيد الحل للحلال ويكره والله أعلم

﴿ باب مجاوزة الميقات بغير احرام ﴾

﴿ باب مجاوزة الميقات بغير احرام ﴾

قال الاتقانى رحمه الله وصل هذا الباب بما تقدم لمناسبة بينهما فى معنى الجناية الا أن مجاوزة الميقات بغير احرام جناية قبل الاحرام وما مضى جناية بعد الاحرام ومطلق اسم الجناية فى باب الحج ينطلق على ما كان بعد الاحرام فكان كاملا فقدم ذلك على هذا لهذا اه قال الكمال ثم تحقيق ما يقع عليه هذه الجناية أمران البيت والاحرام لا الميقات فانه لم يجب الاحرام منه الا لتعظيم غيره فالحاصل أنه أوجب تعظيم البيت بالاحرام من المكان الذى عينه فاذا لم يحرم منه كان مخلا بتعظيمه على الوجه الذى أوجبه فيكون جناية على البيت ونقصا فى الاحرام لانه لما وجب أن ينشئه من المكان الاقصى فلم يفعل فقد أوجده ناقصا اه

(قوله ثم أفسد) أى تلك العمرة ثم عاد الى الميقات فى عامه ذلك اه عينى (قوله ولا خلاف بينهم) أى بين الثلاثة دون زفر نبه عليه قارئ الهداية رحمه الله تعالى آمين اه (قوله وان رجع بعد الخ) قال فى الهداية ولو عاد بعد ما ابتدأ الطواف واستلم الحجر لا يسقط عنه الدم بالاتفاق اه قال الكمال ولو عاد بعد ما ابتدأ بالطواف ولو شوطا لا يسقط بالاتفاق لان السقوط باعتباره مبتدأ الاحرام عند الميقات

قال رحمه الله (من جاوز الميقات غير محرم ثم عاد محرما ملبيا أو جاوز ثم أحرم بعمرة ثم أفسد وقضى بطل الدم) أما الاول فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وعندهما سقط عنه الدم بعوده الى الميقات محرما لبى أو لم يلب وعند زفر لا يسقط لبى أو لم يلب ولا خلاف بينهم أنه اذا رجع الى الميقات قبل الاحرام فأحرم من الميقات سقط عنه الدم وان رجع بعد ما طاف لا يسقط عنه الدم لزفر رحمه الله أن جنايته لم ترتفع بالعود فصار كما اذا أفاض من عرفات ثم عاد اليها على ما بينا من قبل وهذا لانه لما وصل الى الميقات غير محرم وجب عليه أن ينشئ التلبية فيه فاذا ترك وجب عليه الدم ثم اذا عاد ولبى لم يأت بالمتروك لانه كان واجبا وما أتى به ليس بواجب ولهما أن الواجب عليه كونه محرما فى ذلك المكان ألا ترى أنه لو أحرم من دويرة أهله ومر به ساكتا ولم يلب لا شئ عليه فاذا رجع فقد تلافى المتروك فيسقط عنه الدم وله ان اصل الميقات فى حقه دويرة أهله ولهذا كان الاحرام منها أفضل ورخص التأخير الى الميقات فصار الميقات آخر الغايات فاذا انتهى اليه وجب عليه التلبية والاحرام منه فاذا تركه وأحرم داخل الميقات وجب عليه الدم فان عاد بعد ذلك فان لبى فيه فقد أتى بعين ما ترك فيسقط عنه الدم وان لم يلب لم يأت به فلا يسقط عنه الدم بخلاف ما اذا أفاض من عرفات فان المتروك هنالك امتداد الوقوف فلم يتداركه وبخلاف ما اذا أحرم من دويرة أهله ومر بالميقات وهو ساكت لانه أتى بالعزيمة فكان أولى وعلى هذا لو خرج من الميقات بمسافة بعيدة ثم لبى ينبغى أن يسقط عنه الدم ولا يشترط أن يلبى فى آخر حد الميقات لانه أتى بالواجب فيه وانما كان له الترخص الى آخر الحد لا غير وأطلق صاحب المختصر بقوله من جاوز الميقات غير محرم ثم عاد محرما ولم يقيده بحج ولا عمرة لانه لا فرق بينهما وأما الثانية وهو ما اذا جاوز الميقات غير محرم ثم أحرم داخل الميقات بعمرة فأفسدها فمضى فيها وقضاها أى أحرم فى القضاء من الميقات سقط عنه الدم وكذا الحكم اذا أحرم بحجة بعد ما جاوز الميقات فأفسدها أو فاته الحج ثم أحرم فى القضاء من الميقات يسقط عنه الدم وقال زفر رحمه الله لا يسقط عنه الدم فى جميع ذلك لانه وجب بارتكابه المحظور فلا يسقط عنه بالاجتناب فى القضاء كسائر المحظورات ألا ترى أنه لو قتل صيدا أو حلق أو تطيب فى احرامه ثم أفسده وقضاه واجتنبه فى القضاء لا يسقط عنه الدم فكذا هذا ولنا أنه لما قضى من الميقات انجبر ذلك النقصان لان القضاء يحكى الاداء وهذا لان النقص حصل بترك الاحرام من الميقات ويصير قاضيا حقه بالقضاء منه فانعدم المعنى الموجب له بخلاف غيره من المحظورات لانه لا ينعدم بالقضاء فاتضح الفرق قال رحمه الله (فلو دخل الكوفى البستان لحاجة له دخول مكة بغير احرام ووقته البستان) لان البستان غير واجب التعظيم فلا يلزمه الاحرام بقصده فاذا دخله التحق بأهله وللبستانى أن يدخل مكة بغير احرام للحاجة لما ذكرنا فى باب الاحرام فكذا لهذا الداخل اليهم والمراد بقوله ووقته البستان جميع الحل الذى بينه وبين الحرم وقد بيناه من قبل ولا فرق بين أن ينوى الاقامة فى البستان خمسة عشر يوما أو لم ينو وعن أبى يوسف انه ان نوى الاقامة فيه أقل من خمسة عشر يوما لا يكون منهم ولا يكون له أن يدخل مكة بغير احرام والظاهر الاول ولو أحرم من البستان للحج ولم يدخل مكة حتى وقف بعرفة أجزأه لانه أحرم من ميقاته ولم يترك نسكا واجبا فلا يلزمه شئ كأهل البستان قال رحمه الله (ومن دخل مكة بغير احرام وجب عليه أحد النسكين) يعنى الحج أو العمرة لان دخوله مكة سبب لوجوب الاحرام فاذا وجد منه لزمه الاحرام بالحج أو العمرة كمن نذر بالاحرام فانه يلزمه أن يحرم بأحد النسكين وفيه خلاف الشافعى بناء على أن له أن يدخل مكة بغير احرام ان لم يرد أداء النسك عنده وعندنا ليس له ذلك قال رحمه الله (ثم حج عما عليه فى عامه ذلك صح عن دخوله مكة بلا احرام فان تحولت السنة لا) يعنى اذا دخل

وهذا الاعتبار بعد الشروع فى الافعال يستلزم اعتبار بطلان ما وجد منه من الطواف ولا سبيل اليه بعد وقوعه معتدا به فكان اعتبارا ملزوما للفاسد وملزوم الفاسد فاسد وكذا اذا لم يعد حتى شرع فى الوقوف بعرفة من غير أن يطوف لما ذكرنا بعينه اه ﴿فرع﴾ وفى مجاوزة المرقوق مع مولاه بلا احرام ثم أذن له مولاه فأحرم من مكة دم يؤاخذ به بعد العتق وان جاوزه صبى أو كافر فأسلم وبلغ وأحرم فلا شئ عليهما قاله الكمال رحمه الله (قوله وبخلاف ما اذا أحرم من دويرة أهله) أى حيث لا يشترط التلبية عند الميقات لان مكان احرامه جعل ميقاتا فى حقه وقد لبى هنالك فلم يشترط بعد ذلك اه اتقانى (قوله وأما الثانية) كذا بخط الشارح وقضية قوله سابقا أما الاول أن يقول وأما الثانى اه (قوله فأفسدها) أى أفسدها بالجماع اه (قوله فى المتن فلو دخل الكوفى البستان) أى بستان بنى عامر وهى قرية فى داخل الميقات وخارج الحرم اه عينى (قوله فى المتن لحاجته) كذا بخط الشارح اه (قوله ولو أحرم) أى الداخل للبستان لحاجة اه (قوله لان دخوله مكة سبب لوجوب الاحرام) أى سواء قصد الحج أو العمرة أو التجارة أو لم يقصد شيأ اه عينى

رحمه الله (قوله فى المتن ثم حج عما عليه) أى من حجة الاسلام أو حجة منذورة اه ع قال الاتقانى اذا دخل مكة بغير احرام ثم عاد الى الميقات من تلك السنة فأحرم بحجة عليه نذرا وحجة الاسلام أو عمرة منذورة سقط ما وجب عليه من العمرة أو الحجة بسبب دخول مكة بغير احرام اه

(قوله صار بالتفويت دينا فى ذمته مقصودا) قال الكمال رحمه الله ولقائل أن يقول لا فرق بين سنة المجاوزة وسنة أخرى فان مقتضى الدليل اذا دخلها بلا احرام ليس الا وجوب الاحرام باحد النسكين فقط ففى أى وقت فعل ذلك يقع أداء اذ الدليل لم يوجب ذلك فى سنة معينة ليصير بفواتها دينا يقضى فهما أحرم من الميقات بنسك عليه تأدى هذا الواجب فى ضمنه وعلى هذا اذا تكرر الدخول بلا احرام منه ينبغى أن لا يحتاج الى التعيين وان كانت أسبابا متعددة الاشخاص دون النوع كما قلنا فيمن عليه يومان من رمضان فصام ينوى مجرد قضاء ما عليه ولم يعين الاول ولا غيره جاز وكذا لو كان من رمضانين على الاصح فكذا نقول اذا رجع مرارا أو أحرم كل مرة بنسك حتى أتى على عدد دخلاته خرج عن عهدة ما عليه اه (قوله ولو خرج مكى من الحرم) أى يريد الحج اه كافى وهداية (قوله لتركه وقته) أى فان ميقاته للعمرة من الحل اه

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

لما كان اضافة الاحرام الى الاحرام من أهل مكة ومن منزله داخل الميقات جناية وكذا اضافة احرام العمرة الى الحجة من الآفاقى اساءة كما سيجىء ذكره أورد باب اضافة الاحرام الى الاحرام عقيب باب الجنايات لانها نوع من الجنايات بخلاف اضافة احرام الحجة الى احرام العمرة من الآفاقى فانها مشروعة اه اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن مكى طاف الخ) قيد بالمكى لان الآفاقى اذا أهل بالعمرة أولا فطاف لها شوطا ثم أهل بالحج مضى فيها ولا يرفض الحج لان بناء أعمال الحج على أعمال العمرة صحيح فى حق الآفاقى الا أنه لو طاف لها أقل الاشواط كان قارنا وان طاف لها الاكثر كان متمتعا لان المتمتع من يحرم بالحج بعد عمل العمرة ولا كثر الطواف حكم الكل والقارن من يجمع بينهما اه الخ قال الاتقانى رحمه الله وقيد بطواف شوط وأراد به أقل الاشواط حتى اذا طاف شوطين أو ثلاثة أشواط كان الخلاف فيه كذلك اه (قوله فى المتن رفضه) أى ويتم العمرة (قوله وقضاء العمرة على ما عرف) سيأتى بعد أسطر أنه كفائت الحج اه (قوله يرفض الحج) كذا هو فى الكافى وهو الصواب وفى خط الشارح يرفض العمرة اه

مكة بغير احرام ولزمه به حجة أو عمرة اذا حج عما عليه من حجة الاسلام فى تلك السنة أجزأه عما لزمه بدخول مكة وان تحولت السنة لا يجزيه وقال زفر لا يجزيه وان لم تحول السنة أيضا وهو القياس لانه بدخول مكة وجب عليه حجة أو عمرة فصار ذلك دينا فى ذمته فلا يتأدى الا بنيته كما لو وجب عليه بالنذر المبهم أحد النسكين وكما لو تحولت السنة وجه الاستحسان ان الواجب عليه أن يكون محرما عند دخول مكة تعظيما لهذه البقعة الشريفة لا أن يكون احرامه لدخول مكة على التعيين ألا ترى انه لو أتاه محرما فى الابتداء بما عليه من الحج لا يلزمه شئ فكذا هذا ونظيره ما لو نذر ان يعتكف شهر رمضان جاز صومه عن صوم الاعتكاف لان الواجب عليه ان يكون صائما فى هذا الاعتكاف وقد وجد صوم رمضان فى مدته فلا حاجة الى غيره بخلاف ما اذا تحولت السنة لانه لما لم يقض حق البقعة حتى تحولت السنة صار بالتفويت دينا فى ذمته مقصودا فلم يتأدّ الا بالاحرام له مقصودا كما اذا نذر ان يعتكف شهر رمضان فصامه ولم يعتكف ثم أراد أن يعتكف فى العام القابل فى شهر رمضان عما لزمه لم يجزه عنه لانه بالتفويت صار مضمونا عليه بصومه التابع له وصار مطلقا عن الوقت فلا يتأدى بصوم رمضان كما اذا لزمه الاعتكاف بالنذر المطلق ولو خرج مكى من الحرم فاحرم بحجة يلزمه دم لان وقته فى الحج الحرم على ما بينا فان عاد الى الحرم قبل الوقوف بعرفة فلبى سقط عنه الدم عند أبى حنيفة والا فلا وعندهما يسقط مطلقا وعند زفر لا يسقط مطلقا على ما بينا فى حق الآفاقى وكذا المتمتع اذا فرغ من عمرته ثم خرج من الحرم فأحرم لزمه دم وان عاد الى الحرم فعلى الاختلاف الذى ذكرنا فى المكى لانه صار منهم ووقته وقتهم ولو أحرم المكى للعمرة من الحرم يجب عليه دم لتركه وقته فان خرج الى الحل بعد الاحرام فعلى ما مر من الاختلاف وكذا أهل الحل الذى بين الميقات والحرم اذا دخلوا الحرم فأحرموا بالحج أو العمرة يجب عليهم دم لتركهم ميقاتهم فان عادوا بعد الاحرام الى الحل فهو على الاختلاف الذى ذكرناه فى غيرهم والله أعلم

باب اضافة الاحرام الى الاحرام

قال رحمه الله (مكى طاف شوطا لعمرته فاحرم بحج رفضه وعليه حج وعمرة ودم لرفضه) وهذا عند أبى حنيفة وقالا يرفض العمرة ويقضيها وعليه دم لرفضها ويمضى فى الحج لان الجمع بينهما غير مشروع فى حق المكى فلا بد من رفض أحدهما فكانت العمرة أولى بالرفض لانها أدنى حالا وأقل أعمالا وأيسر قضاء لكونها غير مؤقتة وليس فيها الا الطواف والسعى وهى سنة وليس الحج كذلك ولانه لو رفض العمرة يلزمه قضاؤها لا غير واذا رفض الحج يلزمه قضاؤه وقضاء العمرة على ما عرف فى موضعه فصار كما اذا لم يطف للعمرة شيأ حتى أحرم بالحج فانه يرفض العمرة بالاجماع لما قلنا بخلاف ما اذا طاف لها أربعة أشواط حيث يرفض العمرة بالاجماع لان للاكثر حكم الكل وفى المبسوط لا يرفض واحدا منهما لان للاكثر حكم الكل فصار كما اذا فرغ منها وعليه دم لمكان النقص بالجمع بينهما ولابى حنيفة ان احرام العمرة تأكد بما أتى به من الطواف واحرام الحج لم يتأكد بشئ من أعماله وغير المتأكد أولى بالرفض وانما يرجح بالايسر اذا استويا فى القوة والدليل على أنه

يتأكد

يتأكد بالسقوط أن الآفاقى اذا جاوز الميقات غير محرم فاحرم داخل الميقات فطاف شوطا ثم عاد الى الميقات لا يسقط عنه الدم لبى أو لم يلب بالاتفاق لتأكده بالطواف ولان فى رفض العمرة ابطال العمل وفى رفض الحج امتناعا عنه فكان أولى وعليه دم للرفض أيهما رفض لتحلله قبل أوانه كالمحصر ثم ان رفض العمرة قضاها لا غير وان رفض الحج قضاه وقضى العمرة معه لانه كفائت الحج من حيث انه عجز عن المضى فيه وفائت الحج يتحلل بافعال العمرة ثم يأتى بالحج من قابل ولو قضى الحج فى تلك السنة بعدما فرغ من أفعال العمرة ينبغى ان لا يجب عليه الدم لانه لا يصير كفائت الحج الا اذا لم يحج فى تلك السنة وأما اذا حج فلا كالمحصر اذا تحلل ثم حج فى تلك السنة لا تجب عليه العمرة بخلاف ما اذا تحولت السنة قال رحمه الله (فلو مضى عليهما جاز وعليه دم) لانه أداهما كما التزمهما غير انه منهى عنه والنهى لا يمنع المشروعية ولا تحقق الفعل وعليه دم لجمعه بينهما وهو دم جبر حتى لا يجوز له أن يأكل منه بخلاف الآفاقى حيث يجوز له الاكل منه لان ذلك دم شكر قال رحمه الله (ومن أحرم بحج ثم بآخر يوم النحر فان حلق فى الاول لزمه الآخر ولا دم والا لزمه وعليه دم قصر أولا ومن فرغ من عمرته الا التقصير فاحرم باخرى لزمه دم) ومعنى هذا الكلام أنه اذا أحرم بحج وفرغ منه ثم أحرم بحج آخر يوم النحر لزمه الثانى ثم ان كان حلق فى الحج الاول قبل أن يحرم بالثانى فلا شئ عليه وان كان لم يحلق بينهما فعليه دم سواء حلق بعد الاحرام الثانى أو لم يحلق ولو أحرم بالعمرة وفرغ منها ثم أحرم بعمرة أخرى قبل الحلق للاولى فعليه دم أى للجمع بينهما وهذا عند أبى حنيفة فى الحج وقالا ان لم يحلق بعدما أحرم بالحج الثانى فلا شئ عليه وأصل هذا أن الجمع بين احرامى الحج أو احرامى العمرة بدعة فاذا أحرم بالحج الثانى بعدما حلق للاول لزمه ولا شئ عليه بالاتفاق لانه حل من الاول وأحرم للثانى بعده وان لم يحلق حتى أحرم بالثانى لزمه لصحة شروعه فيه وعليه دم حلق بعد ما أحرم بالثانى أو لم يحلق عند أبى حنيفة لانه ان حلق يكون جانيا على الاحرام الثانى وان لم يحلق يكون مؤخرا للحلق فى الحج الاول عن أيام النحر وهو يوجب الدم عنده وعندهما ان حلق بعد الاحرام بالثانى يجب عليه الدم لما قال أبو حنيفة وان لم يحلق فلا شئ عليه لان تأخير الحلق عندهما لا يوجب شيأ ثم فرق فى المختصر بين الحج والعمرة فاوجب فى العمرة دما للجمع بين العمرتين ولم يوجبه فى الحج وهو رواية الجامع الصغير وفى الاصل أوجب الدم فى الحج أيضا للجمع بينهما احراما وهو ظاهر لا اشكال فيه اذ لا فرق بين الجمعين وجه رواية الجامع الصغير وهو الفرق بينهما ان الجمع فى الاحرام انما كان حراما لاجل الجمع فى الافعال اذ الجمع فى الافعال يوجب النقصان فالجمع بين الحجتين فى الاحرام لا يؤدى الى الجمع بينهما فى الافعال لان أفعال الثانية متأخرة الى القابل بخلاف العمرتين لان الجمع بينهما فى الاحرام يؤدى الى الجمع بينهما فى الافعال لعدم ما يوجب تأخير الثانية وهذا على تحقيق الروايتين وهو قول بعضهم وقيل ليس فيها الا رواية واحدة وهى وجوب الدم لاجل الجمع بين الحجتين كالعمرتين وسكوته عنه فى الجامع الصغير لا يدل على نفيه ولو أحرم بحجتين أو عمرتين لزماه عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد هو يقول ان المقصود من الاحرام الاداء فلا يمكنه أن يؤدى الا أحدهما فلا يلزمه الآخر واعتبره بالصوم والصلاة قلنا يمكن فى باب الحج ان يحرم باحرامين كما فى القارن ثم لا يصير رافضا لاحدهما عنده حتى يسير فى أحدهما الى مكة وقيل حتى يشرع فى الطواف لانه لا تنافى بين الاحرامين وانما التنافى بين الاداءين وقال أبو يوسف يصير رافضا لاحدهما كما فرغ من احراميهما لانه أوان الافعال وفائدته تظهر فيما اذا جنى فى الحال فانه يلزمه دمان عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف قال رحمه الله (ومن أحرم بحج ثم بعمرة ثم وقف بعرفة فقد رفض عمرته وان توجه اليها لا) أى اذا جمع بين الحج والعمرة ثم وقف بعرفة قبل أن يدخل مكة فقد صار رافضا لعمرته بالوقوف وان توجه الى عرفة ولم يقف بها بعد لا يصير رافضا لانه يصير قارنا بالجمع بين الحج والعمرة لانه مشروع فى حق الآفاقى والكلام فيه لكنه مسئ بتقديم احرام الحج على احرام العمرة لكونه أخطأ السنة لان السنة فى القران ان يحرم بهما معا أو يقدم احرام العمرة على احرام الحج ثم اذا وقف بعرفة ما لم يأت أفعال العمرة صار رافضا لها

(قوله ينبغى أن لا يجب عليه دم) لكن ينبغى أن يجب عليه دم جبر لانه تمتع وهو مكى اهـ (قوله فى المتن ولو مضى عليهما جاز الخ) قيل ذكر المصنف فى أول المسئلة أن الجمع بينهما فى حق المكى غير مشروع ثم ذكر ههنا أنه لا يمنع تحقق الفعل ومعناه كما قلنا أنه يقتضى المشروعية فكان التناقض فى كلامه وأجيب بأنه أراد بقوله غير مشروع غير مشروع كاملا كما فى حق الآفاقى وبه يندفع التناقض اهـ اك (قوله والنهى لا يمنع تحقق الفعل) على ما عرف من أصلنا أن النهى يقتضى المشروعية دون النفى اهـ اك (قوله فى المتن وعليه دم قصر) أراد بالتقصير الحلق الا أنه اتبع محمدا فى الجامع الصغير ولم يغيره اهـ اتقانى (قوله لما قال أبو حنيفة) لفظة لما باللام لا بالكاف اهـ (قوله خلافا لابى يوسف) أى وكذلك اذا أحصر فى هذه الحالة يحتاج الى هديين للتحلل عند أبى حنيفة خلافا لابى يوسف رحمهما الله تعالى اهـ اك (قوله صار رافضا لها) أى لانه تعذر عليه أداؤها اذ هى مبنية على الحج غير مشروعة اهـ هداية

بالوقوف لا بالتوجه بخلاف من صلى الظهر فى منزله ثم توجه الى الجمعة حيث يبطل بالتوجه وقد بينا المعنى وذكرنا الفرق فى باب القران قال رحمه الله (فلو طاف للحج ثم أحرم بعمرة ومضى عليهما يجب دم) يعنى بجمعه بينهما والمراد بالطواف للحج طواف القدوم وبالمضى عليهما أن يقدم أفعال العمرة على افعال الحج لانه قارن على ما بينا ولكنه أساء أكثر من الاول حيث أخر احرام العمرة عن طواف الحج غير أنه ليس بركن فيه فيمكنه أن يأتى بافعال العمرة ثم بافعال الحج فيكون قارنا على حاله ويجب عليه دم وهو دم كفارة وجبر على ما اختاره فخر الاسلام ودم شكر على ما اختاره شمس الائمة وثمرته تظهر فى جواز الاكل له قال رحمه الله (وندب رفضها) أى رفض العمرة لانه فات الترتيب فى الفعل من وجه بتقديم طواف القدوم على العمرة وفيما سبق لم يفت لانه هنالك لم يقدم الا الاحرام ولا ترتيب فيه ولا يلزمه الرفض هنا لان المؤدى ليس بركن الحج واذا رفضها قضاها لصحة الشروع فيها وعليه دم لرفضها قال رحمه الله (وان أهل بعمرة يوم النحر لزمته ولزمه الرفض والدم والقضاء) أى ان أحرم بعمرة يوم النحر لزمته لصحة الشروع فيها ويلزمه الرفض لانه أدى اركان الحج فيكون بانيا أفعال العمرة على افعال الحج من كل وجه فكان خطأ محضا وقد كرهت العمرة فى هذه الايام أيضا تعظيما لامر الحج فترفض فاذا رفضها يجب عليه دم لرفضها للتحلل منها قبل أوانه ويجب عليه قضاؤها لصحة الشروع فيها بخلاف صوم النحر فانه اذا أفسده بعد ما شرع فيه لا يلزمه قضاؤه لانه بنفس الشروع قد باشر المنهى عنه فيجب عليه افساده ولا يجب عليه صيانته ووجوب القضاء فرع وجوب الصيانة وهنا بنفس الشروع لم يباشر المنهى عنه وهو أفعال العمرة فصار كالصلاة فى الوقت المكروه قال رحمه الله (فان مضى عليها صح) أى اذا مضى على العمرة جاز لان الكراهة لمعنى فى غيرها وهو كونه مشغولا باداء بقية افعال الحج فى هذه الايام ولتخليص الوقت له تعظيما لامره قال رحمه الله (ويجب دم) أى ويجب عليه دم بالمضى عليها لانه جمع بينهما فى الاحرام أو فى بقية الافعال فان قيل كيف يكون جامعا بينهما وهو لم يحرم بالعمرة الا بعد تمام التحلل من احرام الحج بالحلق وطواف الزيارة قلنا قد بقى عليه بعض واجبات الحج وهو رمى الجمار فى أيام التشريق فيصير جامعا بينهما فعلا وان لم يكن جامعا بينهما احراما فيلزمه الدم لذلك وقيل اذا أحرم بالعمرة بعد الحلق لا يرفضها كذا ذكر فى الاصل والاصح انه يرفضها احترازا عن ارتكاب المنهى عنه لان العمرة منهى عنها فى خمسة أيام على ما يجىء من قريب وتأويل ما ذكر فى الاصل أنها لا ترفض من غير رفض قال رحمه الله (ومن فاته الحج فاحرم بعمرة أو حجة رفضها) أى رفض التى أحرم بها لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة والجمع بين الحجتين أو العمرتين غير مشروع على ما بينا فاذا أحرم بحجة يصير جامعا بين الحجتين احراما وهو بدعة فيرفضها وان أحرم بعمرة يصير جامعا بين العمرتين أفعالا وهو بدعة أيضا فيرفضها ونظيره المسبوق اذا قام لقضاء ما سبق به هو مقتد بحريمه لانه التزم متابعة الامام فلا يجوز الاقتداء به لذلك وهو منفرد أداء حتى تلزمه القراءة والسجود بسهوه والله أعلم

باب الاحصار

(قوله فى المتن فلو طاف) أى الرجل الذى أراد الجمع بين الحج والعمرة اهـ ع (قوله وهو دم كفارة) وهو الصحيح اهـ هداية (قوله وجبر على ما اختار فخر الاسلام) هذا ما وعدنا به فى باب القران اهـ وذكر أنه دم جبر على الصحيح اهـ (قوله فى المتن وان أهل) أى أحرم اهـ (قوله فى المتن يوم النحر) أى أو فى أيام التشريق اهـ هداية (قوله لانه بنفس الشروع قد باشر المنهى عنه) أى وهو ترك اجابة ضيافة الله تعالى فيؤمر بالافطار فلا يجب القضاء اهـ (قوله وهنا بنفس الشروع الخ) قال الاتقانى وهنا لا يلزم المعصية بمجرد احرام العمرة فى هذه الايام لان المعصية أداء أفعالها فى هذه الايام فيلزمه القضاء لصحة الشروع (قوله لانه جمع بينهما فى الاحرام) يعنى إن كان أحرم قبل التحلل بالحلق وقوله أو فى بقية الافعال يعنى اذا كان بعد الحلق اهـ الخ (قوله أو فى بقية الافعال) قالوا وهذا دم كفارة أيضا اهـ هداية قوله قالوا وهذا دم كفارة أى للجمع بين الاحرامين أو للجمع فى الافعال الباقية لانه بقى عليه مناسك الحج الى آخر أيام التشريق اهـ اتقانى (قوله والاصح أنه يرفضها) أى وان كان بعد الحلق لانه بقى عليه واجبات من الحج كالرمى وطواف الصدر وسنة المبيت اهـ فتح (قوله احترازا عن ارتكاب المنهى) لانه وان حلق فقد بقى عليه مناسك الحج الى آخر أيام التشريق اهـ غاية البيان (قوله لان العمرة منهى عنها فى خمسة أيام) أى فيصير بانيا أفعال العمرة على أفعال الحج بلا ريب اهـ كمال رحمه الله (قوله فى المتن ومن فاته الحج) أى بفوات الوقوف اهـ (قوله من غير أن ينقلب احرامه احرام العمرة) نصب بنزع الخافض أى الى احرام العمرة كما فى قوله تعالى واختار موسى قومه أى من قومه ويجوز أن يقال ضمن فيه معنى صار اهـ اتقانى (قوله فيرفضها) أى كما لو أحرم بحجتين وعليه قضاؤها لصحة الشروع فيها ودم لرفضها لتحلله قبل أوانه اهـ هداية قوله لتحلله قبل أوانه لان أوان التحلل عن الثانية بعد الحلق ولم يوجد فصار كالمحصر اهـ اتقانى (قوله ونظيره) أى نظير فائت الحج وبيانه أن فائت الحج حاج احراما لان احرام الحج باق ومعتمر أداء لان فائت الحج يتحلل بافعال العمرة اهـ

باب الاحصار

هومن العوارض النادرة وكذا الفوات فاخرهما اه فتح قال فى المشكلات الباب المتقدم بيان جناية المحرم على نفسه وفى هذا الباب بيان جناية الغير على المحرم أو يقول فى الابواب المتقدمة احرام مع الاداء وفى هذا الباب احرام بلا أداء اه (قوله فى المتن لمن أحصر) أى عن المضى الى الحج أو العمرة اه ع وفى المحيط والبدائع والتحفة والمرغينانى والاسبيجابى وغيرها أن المرأة اذا أحرمت بغير زوج أو محرم أو مات محرمها أو زوجها بعد احرامها فهى محصرة والعدو يكون من المشركين والبغاة وقطاع الطريق وفى المغرب من المسلمين وغيرهم وبمعناه فى المبسوط وغيره اه غايه (قوله بعدو) أى من بنى آدم أو من حيوان اه ع (قوله فى المتن أو ببعث شاة) قال العينى أى بعث شاة لان أن مصدرية فى محل الرفع على الابتداء وخبره قوله لمن أحصر اه (قوله وقال الشافعى) أى ومالك واسحق واحدى الروايتين عن أحمد بن حنبل اه غاية (قوله لا احصار الا بعدو) والمحصر من العدو ونحوه يبقى على احرامه سنين حتى يطوف بالبيت ويتحلل بافعال العمرة كفائت الحج اه غاية ﴿فائدة﴾ وأما من سرقت نفقته ذكر ابن شجاع عن محمد أنه اذا كان يقدر على المشى لا يتحلل وان لم يقدر فهو محصر يتحلل بالهدى هكذا قال أبو يوسف ولا يبعد أن لا يلزمه المشى فى الابتداء ويلزمه بعد الشروع كالحج التطوع لا يلزم ابتداء ويلزم بالشروع وكالفقير لا يلزمه حجة الاسلام ابتداء ويلزمه الاتمام بعد الشروع فيه كذا فى المبسوط اه كاكى وأما الذى ضل الطريق فهو محصر الا أنه يزول احصاره بوجود من يبعث معه هدى التحلل فانه به يذهب المانع اذ يمكنه الذهاب معه الى مكة فهو كالمحصر الذى لا يقدر على الهدى فيبقى محرما الى أن يحج ان زال الاحصار قبل فوات الحج أو يتحلل بالطواف والسعى ان استمر الاحصار حتى فاته الحج هذا اذا جهل فى الحل أما ان ضل فى أرض الحرم فعلى قول من أثبت الاحصار فى الحرم اذا لم يجد أحدا من الناس له أن يذبح ان كان معه الهدى ويحل كذا ذكر والذى يظهر من تعليل منع الاحصار فى الحرم تخصيصه بالعدو أما ان أحصر بغيره فالظاهر تحققه على قول الكل والله أعلم اه فتح (قوله لا من المرض) وانما يكون من المرض الشفاء اه كاكى

وهو فى اللغة المنع مطلقا يقال حصره العدو وأحصره المرض قال الله تعالى للفقراء الذين أحصروا فى سبيل الله وفى الشرع هو منع الوقوف والطواف فاذا قدر على أحدهما فليس بمحصر قال رحمه الله (لمن أحصر بعدو أو مرض أن يبعث شاة تذبح عنه ويتحلل) وقال الشافعى لا احصار الا بعدو لان آية الاحصار نزلت فى حق النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه وكانوا محصرين بالعدو وقال فى سياق الآية فاذا أمنتم والأمن يكون من العدو لا من المرض والنص الوارد فى العدو لا يكون واردا فى المرض لانه ليس فى معناه لان التحلل بالهدى ليتخلص من أمر العدو بالرجوع الى أهله ولا يمكنه التخلص من المرض لانه حل لا يفارقه بالاحلال ولان الله تعالى قال فى سياق آية الاحصار فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه ففدية من صيام أو صدقة أو نسك وهذا يدل على أن المريض غير المحصر ولولا أنه غيره لم يكن لذكره معنى بعد ذكر المحصر ولنا قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى وجه الاستدلال به أن الاحصار يكون بالمرض وبالعدو الحصر لا الاحصار كذا قال أهل اللغة منهم الفراء وابن السكيت وأبو عبيد وأبو عبيدة والكسائى والاخفش والقتبى وغيرهم من أهل اللغة المتقنين لهذا الفن وقال أبو جعفر النحاس على ذلك جميع أهل اللغة فعلم بذلك أن الآية نزلت فى الاحصار بالمرض ولئن كان الاحصار بغيره فهو مطلق فيتناوله وغيره من الاعذار ولا وجه لما ذكره من السبب لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب والامان يستعمل فى المرض قال عليه الصلاة والسلام الزكام أمان من الجذام

(قوله وجه الاستدلال به ان الاحصار الخ) وقيل حصر وأحصر بمعنى واحد قاله أبو عمرو الشيبانى وحكى ابن فارس أن ناسا يقولون حصره المرض وأحصره العدو وقال ابن قتيبة الاحصار بهما والحصر بالعدو اه غاية (قوله فعلم بذلك ان الآية نزلت الخ) أى ودخول المحصور فى الآية بدلالة النص لان العذر بالعدو فى المنع أقوى لان المريض ربما وصل الى مقصده بالدابة والمحمل والاستعانة بغيره كحرمة ضرب الابوين فانه ثابت بدلالة النص ويسمى فحوى الخطاب أو نقول العلة المبيحة للتحلل من الاحصار قدر مشترك وهو المنع على ما مر وهو موجود فى العدو والمرض فيعم بعموم العلة اه غاية (قوله ولئن كان) هذا جواب ثان على تقدير تسليم ما قالوا اه (قوله الزكام أمان من الجذام) أى والدمل أمان من الطاعون اه غاية وقال عليه الصلاة والسلام من سبق العاطس بالحمد لله أمن من الشوص واللوص والعلوص والشوص وجع السن واللوص وجع الاذن والعلوص وجع البطن اه كاكى وقد جمعها بعضهم فى بيتين فقال

من يستبق عاطسا بالحمد يأمن من * شوص ولوص وعلوص كما وردا
عنيت بالشوص داء الضرس ثم بما * يليه للاذن والقلب اتبع رشدا

اه الحمد لله سئل الشيخ العلامة الحافظ بن حجر هل ورد هذا الحديث وما المراد بالثلاث فاجاب الحديث ذكره ابن الاثير فى نهاية الغريب ولفظه من سبق العاطس بالحمد أمن من الشوص واللوص والعلوص والاول بفتح الشين المعجمة وجع الضرس وقيل وجع فى البطن من ريح والثانى وجع الاذن وقيل وجع المخ والثالث بكسر العين المهملة وفتح اللام الثقيلة وسكون الواو وآخره مهملة هو وجع فى البطن من التخمة والحديث ضعيف اه

(قوله لان التحلل انما شرع لدفع الحرج الخ) قال في الغاية وقولهم إن المرض لا يزول بالتحلل فلا فائدة فيه بخلاف العدو فانه يتحلل ويرجع الى أهله فيفيد فالجواب عنه من وجهين أحدهما أنه منقوض بالعدو المحيط به من جميع الجهات فانه يتحلل منه على الاصح عند الشافعي وان لم يزل كالمرض وبالحبس عند الشافعي وان لم يكن له منه خلاص ولا نجاة والثاني أنه يمكنه أن يرجع الى أهله محرما من غير تحلل فما أبيح له التحلل اهـ (قوله وواعد من تبعثه) الاحتياج الى المواعدة على قول أبي حنيفة لانه يجوز ذبح هدي الاحصار قبل يوم النحر اما على قولهما فلا حاجة لانهما عينا يوم النحر وقتا له اهـ فتح (قوله قلنا المراعى أصل التخفيف لا نهايته) لم يذكر في كلام الشافعي أنه اعتبر نهاية التخفيف لكن دعواه القائلة التوقيت يبطل التخفيف وحاصل الجواب أن يقال ان قلت المراعى نهاية التخفيف منعناه أو أصله فبالتوقيت لا ينتفي أصل التخفيف بالكلية لتيسر من يرسل معه الهدي عادة مع المسافرين اهـ فتح وكتب ما نصه لانه لو كان نهاية التخفيف مراعى فيه للتحلل التحلل بالاحصار بلا دم كما قال مالك وفي المحيط ولهذا لم يستحق التخفيف حتى لم يجد الهدي

فلا يدل على أنها نزلت في المحصور بالعدو خاصة ولئن كان مختصا به كما زعم الشافعي رحمه الله فيتناول المرض دلالة لان التحلل انما شرع لدفع الحرج الآتي من قبل امتداد الاحرام والحرج بالاصطبار عليه مع المرض أعظم فكان أولى بالتحلل والدليل على صحة هذا المعنى أن المحصر بعدو له أن يرجع الى أهله من غير تحلل ويصبر وهو محرم الى أن يزول الخوف فاذا أدرك الحج والا تحلل بالعمرة وانما أبيح له التحلل للضرورة حتى لا يمتد احرامه فيشق عليه فصار كالمريض وذكر صاحب البيان والروياني من الشافعية ان لم تكن معهم نفقة تكفيهم لذلك الطريق فلهم أن يتحللوا وهذا احصار بغير عدو فكذا المريض ولا يدل قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو به أذى من رأسه على أن المريض ليس بمحصر لانها سيقت لبيان حكم آخر من التخفيف عليهم مع بقاء الاحرام فلا تنافي فيكون للمريض الخيار ان شاء بهذا وان شاء بذلك فاذا جاز له التحلل يقال له ابعث شاة تذبح في الحرم وواعد من تبعثه أن يذبحها في يوم بعينه ثم تحلل لان دم الاحصار مختص بالحرم وقال الشافعي يذبح في موضع أحصر فيه لانه شرع رخصة وترفيها ألا ترى الى قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدي والتوقيت بالحرم ينافي اليسر فيعود على موضوعه بالنقض ولنا قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدي محله والمراد به الحرم بدليل قوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق بعد ذكر الهدايا وقال تعالى هديا بالغ الكعبة ولان الدم غير مؤقت بالزمان ولا بالمكان غير مشروع فلا يثبت به التحلل وقوله التوقيت ينافي اليسر قلنا المراعى أصل التخفيف لا نهايته وقد حصل وتجزيه الشاة لان المنصوص عليه الهدي وهو يتناولها وتجزيه الجزور والبقرة أو سبع كل واحد منهما كما في الضحايا ولم يرد بقوله أن يبعث شاة نفس الشاة لانه قد يتعذر عليه وانما أراد قدرها أي قيمتها حتى لو بعث قيمة شاة يشترى بها هنالك شاة ثم تذبح عنه جاز وقوله ويتحلل يشير الى أنه لا حلق عليه ولا تقصير بل يتحلل بالذبح عنه وهو قول أبي حنيفة ومحمد وان حلق فحسن وقال أبو يوسف عليه أن يحلق ولو لم يحلق فلا شيء عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم وأصحابه أحصروا بالحديبية وأمرهم بأن يحلقوا وحلق عليه الصلاة والسلام بعد بلوغ الهدايا محلها ولهما أن الحلق لم يعرف كونه نسكا الا بعد أداء الافعال وقبله جناية فلا يؤمر به ولهذا العبد والمرأة اذا منعهما المولى والزوج لا يؤمران بالحلق إجماعا وفي الكافي انما لا يحلق عندهما اذا أحصر في الحل وأما اذا أحصر في الحرم فيحلق لان الحلق مؤقت بالحرم عندهما فعلى هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم حلق لكونه في الحرم لان بعض الحديبية من الحرم فلعله عليه

بل يبقى محرما حتى يطوف ويسعى كما يفعله فائت الحج اهـ كاكي قال في فتح القدير وأما الاستيضاح على كون المراعى أصل التخفيف بانه لو لم يجد هديا يبقى محرما أبدا فلا يرد عليه لان الشافعي لا يقول به بل اذا لم يجده عنده قومت شاة وسط فيصوم عن كل مد من قيمتها يوما وفي قول عشرة أيام كما في العجز عن هدي المتعة عنده والجواب ما تقدم فالمعول عليه الترديد الذي ذكرناه اهـ (قوله ثم تحلل) يفيد أنه لا يتحلل قبله حتى لو ظن المحصر ان الهدي قد ذبح في يوم المواعدة ففعل من محظورات الاحرام ثم ظهر عدم الذبح اذ ذاك كان عليه موجب الجناية وكذا لو ذبح على ظن أنه ذبح في الحرم وما أكل منه الذي معه ضمن قيمته يتصدق بها عن المحصر ان كان غنيا

ولو سرق الهدي بعد ذبحه لا شيء عليه ولو لم يسرق تصدق به اهـ فتح القدير (قوله يشير الى أنه لا حلق عليه ولا تقصير) والا قال ثم الصلاة احلق ونحوه فلما عدل الى المعنى الاعم استفدنا عدم تعين الحلق اهـ فتح (قوله وقال أبو يوسف عليه أن يحلق) وفي الخبازية والكافي المراد من قوله عليه الحلق الحلق استحبابا لا وجوبا بدليل قوله ولو لم يفعل لا شيء عليه لان ترك الواجب يوجب الدم وترك السنة يوجب الاساءة كاكي (قوله ولو لم يحلق فلا شيء عليه) وفي الكرماني في حلق المحصر روايتان عن أبي يوسف في رواية واجب وفي رواية غير واجب وفي رواية النوادر عنه يجب الدم بتركه اهـ غاية (قوله فعلى هذا كان النبي صلى الله عليه وسلم حلق لكونه في الحرم) قال الاتقاني والجواب عن حلق النبي وأصحابه أنه قد روينا عن الزهري لانه حلق حيث نحر وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم نحر بالحديبية والمحصر اذا قدر على الحلق بالحرم حلق عندنا أيضا ولهذا قال أبو بكر الرازي رحمه الله انما لا يجب الحلق عند أبي حنيفة ومحمد على المحصر في الحل لان الحلق يختص بالحرم فأما اذا أحصر في الحرم فعليه الحلق اهـ (قوله لان بعض الحديبية من الحرم) وفي المبسوط نصف الحديبية من الحرم ونصفه من الحل اهـ غاية

(قوله وأمرهم بالحلق ليعرف) هو بتشديد الراء وبتخفيفها مبنيا للمفعول اه فتح (قوله في المتن ولو قارنا بعث دمين) ولا يحتاج الى تعيين أحدهما للعمرة والآخر للحج لان هذا تعيين غير مفسد اه كاكى فان قيل وجب أن يكتفى بهدى واحد لان الهدى شرع للتحلل والتحلل عن الاحرامين يقع بتحلل واحد كالو حلق قبل الذبح بعد أداء الافعال قلنا ليس هذا كالحلق لان الحلق في الاصل محظور الاحرام وانما صار قربة بسبب التحلل فكان قربة لمعنى في غيره لا لعينه فينوب الواحد عن اثنين كالطهارة الواحدة تكفى للصلوات الكثيرة وكالتسليم الواحد في باب الصلاة فانه يكفى للتحلل عن صلوات كثيرة فأما الهدى شرع للتحلل الا انها قربة بنفسها وما شرع قربة مقصودة بنفسها فلا ينوب الواحد عن اثنين كافعال الصلاة اه كاكى قوله

الصلاة والسلام كان فيه أولانه عليه الصلاة والسلام حلق وأمرهم بالحلق ليعرّف استحكام عزيمته على الانصراف ويأمن المشركون منهم فلا يشتغلون بمكيدة أخرى بعد الصلح وان لم يجد ما يذبح بقى محرما حتى يذبح أو يطوف وقال الشافعي رحمه الله يحل بالصوم بأن يقوم شاة وسطا فيصوم عن كل مدّ يوما اعتبارا بصوم المتعة ولنا قوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله أنهى الحرمة الى غاية فلا يثبت الحل قبلها قال رحمه الله (ولو قارنا بعث دمين) أى لو كان المحصر قارنا بعث دمين دما لحجته ودما لعمرته لانه محرم باحرامهما فلا يتحلل الا بعد الذبح عنهما ولو بعث بهدى واحد ليتحلل عن الحج ويبقى في احرام العمرة لم يتحلل عن واحد منهما لان التحلل منهما لم يشرع الا في حالة واحدة فلو تحلل عن أحدهما دون الآخر يكون فيه تغيير للمشروع قال رحمه الله (ويتوقت بالحرم لا بيوم النحر) أى دم الاحصار يتوقت بالحرم حتى لا يجوز ذبحه في غيره ولا يتوقت بيوم النحر حتى جاز ذبحه في أى وقت شاء وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يتوقت بالزمان وهو أيام النحر وبالمكان وهو الحرم وهذا الخلاف في المحصر بالحج وأما المحصر بالعمرة فلا يتعين بالزمان بالاجماع لان أفعال العمرة لا تتوقت فيه فكذا الهدى الذى يتحلل به منها وجه قولهما في الخلافية أن هذا دم يتحلل به من احرام الحج فيختص بيوم النحر كالحلق في الحج وربما يعتبرانه بدم المتعة والقران وله قوله تعالى فان أحصرتم فما استيسر من الهدى ذكره مطلقا والتقييد بالزمان نسخ له فلا يجوز الا بمثله وانما قيدناه بالمكان بقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وهو اسم للمكان على ما بينا ولانه دم كفارة لانه يجب للاحلال قبل أوانه ولهذا لا يباح له التناول منه ودم الكفارة يختص بالحرم ولا يختص بالزمان بخلاف دم المتعة والقران لانه دم نسك كالاضحية وبخلاف الحلق لانه تحلل في أوانه ألا ترى أنه بعد أداء الافعال وهذا الدم قبل أداء الافعال فلا يتوقت بالزمان قال رحمه الله (وعلى المحصر بالحج ان تحلل حجة وعمرة) كذا روى عن ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وقال الشافعي رحمه الله يلزمه حجة لا غير لانه شارع في الحج لا غير فلا يلزمه غيره كالمحصر بالعمرة ولنا أنه لزمه الحج بالشروع وتلزمه العمرة للتحلل لانه في معنى فائت الحج فان فائت الحج يتحلل بأفعال العمرة فان لم يأت بها قضاها فكذا هذا ولا يقوم الدم مقام العمرة الا في حق التحلل وهذا لان احرام الحج لا يخرج عنه الا بافعال الحج أو العمرة وينعقد لازما وان لم يقصد الالتزام ألا ترى أنه لو شرع في الحج بنية الفرض ثم تبين له أنه أدى الفرض لزمه المضى فيه وان أفسده وجب عليه قضاؤه بخلاف الصوم والصلاة حيث لا يلزمه بالشروع فيهما مسقطا وانما يلزمه بالشروع فيهما ما التزما فاذا كان كذلك فلا يتصور أن يخرج عن عهدة الاحرام الا بالافعال ألا ترى انه اذا أفسد الحج يجب عليه المضى فيه ولا يخرج عنه الا بالافعال وهذا اذا لم يقض الحج من عامه ذلك وأما اذا قضاه فيها لا يجب عليه العمرة لانه لا يكون

كالو حلق قبل الذبح هذا السؤال أورده الاتقانى أيضا فقال ولا يقال دم الاحصار قائم مقام الحلق ويتحلل القارن بالحلق الواحد عن الاحرامين فينبغى أن يجزى الهدى الواحد لانه بدل الحلق لانا نقول جهة الكفارة فيه راجحة ولهذا لا يجوز للمحصر أكله من دم الاحصار وتتعدد الكفارة على القارن لجنايته على الطرفين اه (قوله لم يشرع الا في حالة واحدة) قال صلى الله عليه وسلم فلا أحل حتى أحل منهما جميعا في الصحيح اه فتح (قوله فلا يتعين بالزمان) وأما التعيين بالمكان فلا بد منه في كل من الحج والعمرة بالاتفاق اه (قوله وربما يعتبرانه بدم المتعة والقران) بيانه أن دم المتعة والقران لما كان مؤقتا بالمكان صار مؤقتا بالزمان ودم الاحصار مؤقت في الحج مؤقت بالمكان فكان ينبغى أن يكون مؤقتا بالزمان اه اتقانى (قوله ولهذا لا يباح التناول منه) أى بالاتفاق اه كى (قوله في المتن وعلى المحصر بالحج ان تحلل حجة وعمرة) فان قيل العمرة في فائت الحج للتحلل وههنا تحلل بالهدى فلا حاجة الى ايجاب العمرة قلنا الهدى لاجل التحلل لا يسقط العمرة الواجبة بعد تحقق الاحصار لما أن المحصر في معنى فائت الحج والعمرة واجبة عليه كذا ذكره مولانا حميد الدين وفي المستصفى الهدى شرع لتعجيل التحلل عن الاحرام لا للتحلل عنه لانا لو شرطنا توقف تحلله بالعمرة يؤدى الى الحاق الضرر به لعجزه عنها بواسطة الاحصار اه كاكى قوله الهدى شرع الخ قال الكمال وعن هذا قلنا لو لم يحل حتى تحقق بوصف الفوات تحلل بالافعال بلا دم ولا عمرة في القضاء اه (قوله كذا روى عن ابن عباس وابن عمر) وذكره الرازى عن ابن عباس وابن مسعود اه فتح

بمنزلة فائت الحج حينئذ كذا روى عن أبي حنيفة وعنه انه لا يحتاج الى نية التعيين اذا قضاه فى تلك السنة ولو قضاها من قابل فهو مخير ان شاء أتى بكل واحد منهما على الانفراد وان شاء قرن قال رحمه الله (وعلى المعتمر عمرة) معناه المعتمر اذا أحصر وتحلل يجب عليه قضاؤها لا غير والاحصار عنها متحقق عندنا وقال مالك والشافعي رحمهما الله تعالى لا يتحقق لانها لا تفوت وحكم الاحصار لمن يخاف الفوت ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وأصحابه أحصروا بالحديبية وكانوا معتمرين فكانت تسمى عمرة القضاء ولان التحلل ثبت لدفع ضرر امتداد الاحرام والحج والعمرة فى ذلك سواء ولو كان كما قالا لما جاز للحاج أيضا التحلل لانه اذا فاته الحج يتحلل بأفعال العمرة وهى لا تفوت فعلم بذلك أن التحلل انما جاز لما ذكرنا من دفع ضرر الامتداد قال رحمه الله (وعلى القارن حجة وعمرتان) يعنى اذا تحلل لانه صح شروعه فى الحج والعمرة فيلزمه بالتحلل قضاؤهما وقضاء عمرة أخرى اذا لم يقض الحج فى تلك السنة على ما بينا وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الحاج عليه العمرة بعد التحلل وان قضى العمرة فى تلك السنة والظاهر أنه لا يقضى العمرة اذا قضى الحج فى تلك السنة لانه لم يؤخرها بل أتى بجميع أفعال الحج فى وقته الذى شرع فيه قال رحمه الله (فان بعث ثم زال الاحصار وقدر على الهدى والحج توجه والا لا) أى فان بعث المحصر بالحج الهدى ثم زال الاحصار فان كان يقدر ان يدرك الهدى والحج وجب التوجه عليه لاداء الحج وليس له أن يتحلل بالهدى لان ذلك كان لعجزه عن ادراك الحج فكان فى حكم البدل وقد قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل فسقط اعتباره كالمكفر بالصوم لعجزه عن العتق اذا قدر على الرقبة قبل ان يفرغ من الصوم فانه يجب عليه العتق كذا هذا ويصنع بالهدى ما شاء لانه ملكه وقد كان عينه لجهة فاستغنى عنه وان كان لا يقدر أن يدركهما لا يجب عليه التوجه وان توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز لانه هو الاصل فى التحلل كما فى فائت الحج والدم بدل عنه وفى التوجه فائدة وهو سقوط العمرة عنه فى القضاء فان قيل ان كان المحصر قارنا ينبغى أن يجب عليه أن يأتى بالعمرة التى وجبت عليه بالشروع فى القران لانه قادر عليها قلنا لا يقدر على آدائها على الوجه الذى التزمه وهو أن تكون أفعال الحج مرتبة عليها او بفوات الحج يفوت ذلك وقوله والا لا أى وان لم يقدر على الهدى والحج لا يجب عليه التوجه وذلك ينقسم الى أقسام اما ان يدرك الهدى دون الحج فيتحلل لانه عجز عن الاصل أو لا يدرك واحدا منهما فيتحلل أيضا لفوات المقصود أو يدرك الحج دون الهدى فيجوز له التحلل استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله تعالى والاستحسان قول أبي حنيفة وهذا القسم لا يتصور على قولهما فى الحج لان دم الاحصار بالحج عندهما يتوقت بيوم النحر فاذا أدرك الحج يدرك الهدى ضرورة وفى المحصر بالعمرة يتصور اتفاقا فينبغى أن يكون جوابهما

(قوله وعنه أنه لا يحتاج الى نية التعيين اذا قضاه فى تلك السنة) وروى الحسن عنه أن عليه حجة وعمرة فى الوجهين وعليه نية القضاء وهو قول زفر وعلى هذا الاختلاف والتفصيل ما اذا أحرمت المرأة بحجة تطوع فمنعها زوجها وحللها ثم أذن لها بالاحرام فأحرمت من عامها أو تحولت السنة * واعلم أن نية القضاء انما تلزم اذا تحولت السنة اتفاقا فاما اذا كان الاحصار بحج نفل أما اذا كان بحجة الاسلام فلا لانها قد بقيت عليه حين لم يؤدها فينوى حجة الاسلام فى قابل اه فتح (قوله ولنا أنه عليه الصلاة والسلام وأصحابه أحصروا الخ) ولنا قوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله فان أحصرتم فما استيسر من الهدى أى فان أحصرتم عن اتمام الحج والعمرة فعليكم ما تيسر من الهدى اه اتقانى (قوله فكانت تسمى عمرة القضاء) قال فى الغاية قالت المالكية انما سميت عمرة القضاء لانه عليه الصلاة والسلام قاضى عام الحديبية قريشا وصالحهم لمدة على انه يرجع الى مكة فى العام المقبل وتسمى عمرة القضية قلت هذا فاسد لوجهين أحدهما أن المقاضاة انما وقعت عام الحديبية ولم يكن فيه عمرة وانما سميت عمرة القضاء فى العام المقبل عند اتيانه عليه الصلاة والسلام بأفعالها والثانى لو كان اشتقاقها مما ذكروا لقيل عمرة المقاضاة أو القضاء بكسر القاف وقال فى الغاية وانما سميت عمرة القضاء فى العام المقبل عند اتيانه عليه الصلاة والسلام بأفعالها اه (قوله والحج والعمرة فى ذلك سواء) ومن فروع الاحصار بالعمرة رجل أهل بنسك مبهم فأحصر قبل التعيين فعليه أن يبعث بهدى واحد ويقضى عمرة استحسانا وفى القياس حجة وعمرة لان احرامه ان كان للحج لزماه فكان فيه الاحتياط لكنه استحسن المتيقن وهو العمرة فتصير هى دينا فى ذمته وفيه نظر ولانه كان متمكنا من الخروج عن هذا الاحرام باداء عمرة فكذا بعده وعن هذا أيضا قلنا لو جامع قبل التعيين لزمه دم الجماع والمضى فى أعمال العمرة وقضاؤها بخلاف ما لو كان عين فيه نسكا فنسيه ثم أحصر لان هنالك تيقنا عدم نية الحج وهنا جاز كون المنوى كان الحج فيحل بهدى وعليه حجة وعمرة أخذا بالاحتياط اه فتح القدير (قوله فى المتن وعلى القارن حجة وعمرتان) ثم ان شاء أدى عمرتين متفرقتين والحجة مفردة فيكفيه دم الاحصار وان شاء ضم احدى العمرتين الى الحجة فيكون قارنا فيلزمه دم القران مع دم الاحصار وفى المحيط وان شاء ضم احدى العمرتين فيكون قارنا فيلزمه ثلاثة دماء ولا يلزمه أن يقضى قارنا كما فاته لانه بالشروع التزم أصل العبادة لا صفتها لكن افتتح تطوعا قائما جاز أن يقعد عنه حينئذ طرابلسى قوله فيلزمه ثلاثة دماء يعنى دم شكر للقران ودما جبر لاحصاره قارنا اه (قوله وان قضى العمرة) لعله وان قضى الحج فتأمل اه (قوله وان توجه ليتحلل بأفعال العمرة جاز) لانه فائت الحج اه هداية (قوله وهو قول زفر) أى وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة اه فتح

(قوله وحرمة المال كحرمة النفس) أي ولهذا يقاتل من قصد أخذ ماله كما يقاتل من قصد قتله ولا يمكن تضمين المبعوث على يده لانه أمين اه غاية (قوله في المتن ولا احصار بعد ما وقف بعرفة) أي فلا يتحلل بالهدى اه (قوله لانه لا يتصور الفوات بعده) قال في الجامع الصغير وهو محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة اه اتقاني (قوله ولتأخير الحلق وطواف الزيارة دم عند أبي حنيفة) فكان عليه أربعة دماء عنده وعندهما ليس لتأخير الطواف شيء لما بينا اه كي وكتب ما نصه لكل منهما اه (قوله على ما بينا) وعندهما عليه الدمان الاولان لا الآخران اه قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن الحاج اذا أحصر بعد الوقوف بعرفة لا يتحلل بالهدى عندنا خلافا للشافعي لان الاحصار لا يتحقق بعد تمام الحج وقد تم حجه لقوله عليه الصلاة والسلام ومن وقف بعرفة فقد تم حجه لا يقال انه مصدود عن البيت بغير حق فجاز له التحلل كما قبل الوقوف لانا نقول بينهما فرق فلا يصح القياس لان فيما قبل الوقوف لم يتم حجه وفيما بعد الوقوف تم فافترقا ولان فيما قبل الوقوف اذا لم يتحلل تلحقه المشقة بالامتناع عن محظورات الاحرام وفيما

فيه كجواب أبي حنيفة وجه القياس أن العجز عن أداء الافعال قد زال فيسقط حكم البدل وهو الهدى لقدرته على الاصل وهو الحج وجه الاستحسان أنه لو لم يتحلل يضيع ماله مجانا وحرمة المال كحرمة النفس فيتحلل كما اذا خاف على نفسه والافضل ان يتوجه لان فيه ايفاء بما التزم كما التزم قال رحمه الله (ولا إحصار بعد ما وقف بعرفة) لانه لا يتصور الفوات بعده فأمن منه فان قيل يشكل هذا عليكم بالمعتمر فانه أمن من الفوات لان العمرة لا تفوت لعدم توقتها بزمان دون زمان قلنا المعتمر يلزمه ضرر بامتداد الاحرام فوق ما التزمه فيكون له الفسخ كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يثبت له خيار الفسخ لانه يلزمه ضرر بالمضي فيه فان قيل امتداد الاحرام موجود هنا أيضا لانه يبقى محرما الى أن يحلق قلنا يمكنه أن يتحلل بالحلق في يوم النحر في غير النساء وان لزمه دم لكونه حلق في غير الحرم فلا حاجة الى أن يبعث دم الاحصار ليتحلل به من غير عذر ثم ان دام الاحصار حتى مضت أيام التشريق فعليه لترك الوقوف بالمزدلفة دم ولترك رمي الجمار دم ولتأخير الحلق وطواف الزيارة دم عند أبي حنيفة على ما بينا واختلفوا في تحلله في مكانه قيل لا يتحلل لانه لو تحلل في مكانه يقع الحلق في غير الحرم ومكانه الحرم ولو أخره حتى يحلق في الحرم يقع في غير زمانه وتأخيره عن الزمان أهون من تأخيره عن المكان فيؤخره حتى يحلق في الحرم وقيل يتحلل لانه لو لم يحلق في الحال ربما يمتد الاحصار فيحتاج الى الحلق في غير الحرم فيفوته الزمان والمكان جميعا فتحمل أحدهما أولى قال رحمه الله (ومن منع بمكة عن الركنين فهو محصر) يعني ان منع بمكة عن الطواف والوقوف بعرفة صار محصرا لانه تعذر عليه الوصول الى الافعال فكان محصرا كما اذا كان ذلك في الحل قال رحمه الله (وإلا لا) أي ان لم يمنع عنهما بأن قدر على أحدهما لا يكون محصرا أما اذا قدر على الوقوف فلأنه أمن من الفوات على ما بينا وأما اذا قدر على الطواف فلان فائت الحج يتحلل به والدم بدل عنه في التحلل فلا حاجة الى الهدى وروى ان أبا يوسف قال سألت أبا حنيفة عن المحصر يحصر في الحرم قال لا يكون محصرا قلت أليس أن النبي صلى الله عليه وسلم أحصر بالحديبية وهي من الحرم فقال ان مكة يومئذ كانت دار الحرب وأما اليوم فهي دار الاسلام فلا يتحقق الاحصار فيها قال أبو يوسف أما أنا فأقول اذا غلب العدو على مكة حتى حالوا بينه وبين البيت كان محصرا وهو قول الشافعي والاول أصح وهو التفصيل والله أعلم

﴿باب الفوات﴾

بعد الوقوف يجوز له التحلل بالحلق فلا يبقى من المحظورات الا النساء الى طواف الزيارة والصبر على النساء ليس بمشقة لا تحمل وقوله في الجامع الصغير وهو محرم عن النساء حتى يطوف طواف الزيارة دليل على أنه يحلق في غير الحرم حيث أحصر لانه قيد احرامه عن النساء فيعلم من هذا أنه يتحلل بالحلق عن سائر الاشياء الا النساء وقال في الاصل وهو حرام كما هو حتى يطوف طواف الزيارة يوم النحر وذلك يدل على تأخير الحلق الى أن يفعله في الحرم لانه قال حرام كما هو وقال الامام العتابي رواية الجامع الصغير أظهر اه (قوله فلا حاجة الى الهدى) قال الشيخ أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي كل من أمكنه أن يتحلل من احرامه بالطواف لا يكون محصرا ألا ترى ان الذي يفوته الحج ليس بمحصر لانه يمكنه أن يتحلل بالطواف اه اتقاني ﴿تقسيم﴾ المتحلل قبل أعمال ما أحرم به إما محصر أو فائت الحج أو غيرهما وتحلل الاول في الحال بالدم والثاني بأفعال العمرة والثالث بلا شيء يتقدمه وهو كل من منع من المضي شرعا لحق العبد كالمرأة والعبد الممنوعين لحق الزوج والمولى اذا أحرما بغير اذن الزوج والمولى فان للزوج والمولى أن يحللهما في الحال ثم على المرأة أن تبعث بهدى يذبح عنها في الحرم وعلى العبد اذا أعتق هدى الاحصار وعليهما معا قضاء حجة وعمرة اه فتح (قوله والاول أصح) قال في الفتح والاصح أن التفصيل المذكور قول الكل اه (قوله وهو التفصيل) وهو أن من منع عنهما بمكة كان محصرا ومن قدر على أحدهما لا يكون محصرا اه

﴿باب الفوات﴾

قدم الاحصار لان فيه احراما بلا أداء وفي الفوات احرام مع الاداء مع تغيير وكان الاحصار كاملا في العارضية فقدم في بيان العوارض اه كاكي

قال رحمه الله (من فاته الحج بفوت الوقوف بعرفة فليحل بعمرة وعليه الحج من قابل بلادم) لحديث ابن عمر وابن عباس ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من فاته عرفة بليل فقد فاته الحج فليتحلل بعمرة وعليه الحج من قابل رواه الدارقطني وقال جابر لا يفوت الحج حتى يطلع الفجر من ليلة جمع قال أبو الزبير محمد بن مسلم فقلت له أقال ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم قال نعم رواه الاثرم وقال الحسن بن زياد يجب عليه الدم مع القضاء روى ذلك عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وبه قال الشافعي وهو محمول على الاستحباب عندنا بدليل ما روى عن الاسود أن رجلا قدم على عمر وقد فاته الحج فأمره عمر أن يحل بعمرة قال وعليك الحج من قابل ولم يوجب عليه هديا ولو كان واجبا لبينه له ولان التحلل وقع بأفعال العمرة والدم بدل عنها فلا يجمع بينهما وتجب العمرة حتما لان الاحرام متى انعقد صحيحا لا يمكنه الخروج عنه الا باداء الافعال وان فسد فيما بعده على ما بينا من قبل ولهذا في الاحرام المبهم وجب عليه أحدهما ثم عند أبي حنيفة ومحمد أصل احرامه باق ويتحلل عنه بأفعال العمرة وقال أبو يوسف يصير احرامه احرام العمرة لان أفعالها باحرام غيرها غير متصورة فتعين قلب الاحرام ولهما أنه لا يمكن جعل احرامه للعمرة الا بفسخ احرام الحج الذي شرع فيه ولا سبيل اليه ثم يقطع التلبية حين يستلم الحجر لانه عمرة فعلا وان كان فائت الحج قارنا طاف طوافين وسعى سعيين ان فاته قبل أن يؤدي العمرة فالاولى منهما هي التي أحرم بها والثانية يخرج بها عن احرام الحج ويقطع التلبية عند استلام الحجر في الطواف الثاني قال رحمه الله (ولا فوت لعمرة) لانها غير مؤقتة وعليه الاجماع قال رحمه الله (وهي طواف وسعي) عليه اجماع الامة وركنها الطواف والسعي واجب والاحرام شرط كما في الحج قال رحمه الله (وتصح في السنة) لما ذكرنا قال (وتكره يوم عرفة ويوم النحر وأيام التشريق) لما روى عن ابن عباس لا تعتمر في خمسة أيام واعتمر فيما قبلها وبعدها وعن عائشة رضي

(قوله في المتن فليحل بعمرة) أي وهو أن يطوف ويسعى ويتحلل بالحلق اه حصاري شرح كنز ﴿فائدة﴾ قال في الغاية نقلا عن المحيط والذخيرة المالكية ما نصه العمرة لغة الزيارة يقال اعتمر فلان فلانا اذا زاره وفي الشريعة زيارة البيت على وجه مخصوص قيل سميت عمرة لانها تفعل في العمر كله وقيل لانها تفعل في الموضع العامر اه (قوله فليتحلل بعمرة وعليه الحج الخ) واعلم أن الغرض من خصوص هذا المتن الاستدلال على نفي لزوم الدم فان ماسواه من الاحكام المذكورة لا يعلم فيها خلاف ووجهه أنه شرع في بيان حكم الفوات فكان المذكور جميع ماله من الحكم والا نافى الحكمة وليس من المذكور لزوم الدم فلو كان من حكمه لذكره اه فتح (قوله وبه قال الشافعي) أي ومالك وأحمد اه كاكي (قوله ولان التحلل الخ) المراد أن لزوم الدم عن المحصر لكونه تعجل الاحلال قبل الاعمال فلا يجب عليه الدم لا ما يتخايل من ظاهر العبارة ليقال عليه مقتضاه أن لا يجب على المحصر عمرة في قضاء الحجة حينئذ اه فتح (قوله لان الاحرام متى انعقد صحيحا الخ) وفي المحيط العمرة من الحج بمنزلة التطوع من المكتوبة في باب الصلاة ولو خرج وقت الجمعة وهو فيها يتحلل من تحريمها بالتطوع فكذا هذا اه غاية وكتب ما نصه المراد من الصحيح اللازم ليخرج به العبد والزوجة بغير اذن لا مقابل ما فسد اه فتح (قوله ولهذا في الاحرام الخ) هو أن لا يزيد في النية على مجرد الاحرام ثم يلبي فانه يصح ولا يخرج عنه الا باداء أحد النسكين وله أن يعين ما شاء ما لم يشرع في الطواف فاذا شرع قبل التعيين تعينت العمرة ولذا قلنا لو لم يعين حتى طاف أقل الاشواط ثم أحرم بعمرة رفضها ولزم حكم الرفض على ما ذكرناه في اضافة الاحرام لانه حينئذ صار جامعا بين عمرتين اه فتح (قوله ثم عند أبي حنيفة ومحمد) أي والشافعي وآخرين اه غاية (قوله وقال أبو يوسف) أي وابن حنبل اه غاية (قوله ولا سبيل اليه) أي بدليل أن المكي لو فاته الحج يتحلل بها من غير أن يخرج من الحرم ولو انقلب للزمه الخروج اليه لان ميقات احرام المكي للعمرة الحل ولانه لو لم يتحلل منه حتى دخل أشهر الحج فتحلل بعمرة ثم حج من عامه لا يكون متمتعا ولو انقلب احرامه عمرة لصار متمتعا ولان التحلل من احرام الحج يقتضي بقاء احرامه اذ لو زال وانفسخ لم يكن ذلك تحللا منه لانه خروج فكيف يخرج منه بعد انفساخه وانقلابه احرام عمرة وفي المبسوط بقي أصل احرام الحج بدليل أنه لو أحرم بحجة أخرى يطوف للذي فاته ويسعى ويرفض الثانية فلو لم يكن احرامه باقيا لم يكن جامعا بين احرامي الحج ولم يجب رفض الثانية وفي المحيط رفض الثانية قول أبي حنيفة وعند أبي يوسف يمضي في الحجة الثانية لان الاولى انقلب احرامها احرام عمرة فكان محرما بعمرة أضاف اليها حجة اه كاكي وغاية قوله يتحلل بها أي بأفعال العمرة اه (قوله في المتن وتكره يوم عرفة الخ) هكذا في عامة كتب الاصحاب وفي الينابيع يكره فعلها يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق ولم يذكر يوم عرفة وذكر مكانه يوم الفطر ولعله سهو من الكاتب اه غاية وفي المستصفى والنهاية الشاهية والمراد بقوله يكره فعلها أي انشاء الاحرام في هذه الايام أما لو كان قارنا أو فائت الحج يجوز أداء أفعالها بلا كراهة فيها كما في سائر الايام اه كاكي وفي التحفة والقنية يكره في خمسة أيام الا اذا قصد القران أو التمتع بل فعلها فيها حينئذ أفضل في حق الافقي وفي المنافع يكره فعلها فيها أي انشاء احرام فعلها وأداؤها أما لو كان قارنا يجوز فعلها قبل الزوال يوم عرفة وفائت الحج يتمكن من فعلها في سائر أيام الرمي لانه لا يشتغل فيها بالرمي اه غاية

رضى الله عنها انها قالت حلت العمرة فى السنة كلها الا أربعة أيام يوم عرفة ويوم النحر ويومان بعده رواه رلهر وى ولان هـذه أيام الحج فتعينت له وفى قوله تعالى يوم الحج الاكبر اشارة اليـه لان الاضافة تفيـد التخصيص فيكون الحج الاكبر أخص به من الحج الاصغر وهو العمرة يعنى يوم النحر قال رحمه الله (وهى سنة) أى سنة مؤكدة وقيل واجبة وقيل فرض كفاية وقال الشافعى فى القديم هى تطوع وفى الجديد هى فريضة كالحج لقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله أمر بها وهى للوجوب وروى عن رجل من بنى عامر قال يارسول الله ان أبى شيخ كبير لا يستطيع الحج والعمرة والظعن قال احجج عن أبيك واعتمر رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن صحيح وروى عبد الحق باسناده أنه عليه الصلاة والسلام قال الحج والعمرة فريضتان واجبتان لا يضرك بأيهما بدأت وقال ابن عمر ليس أحد الا وعليه حجة وعمرة وقال ابن عباس انها القرينتها فى كتاب الله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله رواهما البخارى فى صحيحه ولنا ماروى عن جابر بن عبد الله انه قال أتى اعرابى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله أخبرنى عن العمرة أواجبة هى فقال عليه الصلاة والسلام لا وأن تعتمر خير لك قال الترمذى حديث حسن صحيح وعن ابن عباس وأبى هريرة عن النبى صلى الله عليه وسلم الحج جهاد والعمرة تطوع والاخبار فى كونها تطوعا كثيرة وقد ظهرت فيها آثار النفل حيث تتأدى بنية غيرها كفائت الحج يتحلل بها ولكن أحرم بالحج قبل أشهر الحج يكون شارعا فيها عندهم ولو كانت فرضا لما تأدت بنية غيرها كصلاة الفرض بخلاف النفل ولا حجة له فى الآية لانه سبحانه وتعالى أمر بالاتمام وذلك انما يكون بعد الشروع ونحن نقول بوجوبها بعده ولان الصحابة كعمر وعلى وابن مسعود فسروا الاتمام بأن يحرم بهما من دويرة أهله وهو ليس بفرض بالاجماع فيكون أمر استحباب وكذا لا حجة له فى حديث العامرى لانه عليه الصلاة والسلام أمره أن يحج ويعتمر عن أبيه ولم يأمره عن نفسه وعن أبيه لا يجب عليه اجماعا فدل على ان ذلك أمر استحباب أيضا وفيه اشارة الى انها ليست بواجبة لانه بين أن أباه لا يستطيع وهما لا يجبان على غير المستطيع وحديث عبد الحق لم يصح رفعه وانما هو من قول زيد بن ثابت وقول ابن عمر يعارض بقول ابن مسعود وقول ابن عباس مضطرب فيه فانه روى عنه انه قال ياأهل مكة ليس عليكم عمرة وانما عمرتكم طوافكم ولو كانت فرضا لما سقطت بالنفل لان أحدا لم يقل ان الطواف يجب على أهل مكة ابتداء من غير احرام بحج ولا عمرة والفرض لا يثبت الا بدليل مقطوع به فلم يوجد والله أعلم

﴿باب الحج عن الغير﴾

الاصل فى هذا الباب أن الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره عند أهل السنة والجماعة صلاة كان أو صوما أو حجا أو صدقة أو قراءة قرآن أو الاذكار الى غير ذلك من جميع أنواع البر ويصل ذلك الى الميت وينفعه وقالت المعتزلة ليس له ذلك ولا يصل اليـه ولا ينفعه لقوله تعالى وان ليس للانسان الا ماسعى وأن سعيه سوف يرى ولان الثواب هو الجنـة وليس فى قدرة العبـد أن يجعلها لنفسه فضلا عن غيره وقال مالك والشافعى يجوز ذلك فى الصدقة والعبادة المالية وفى الحج ولا يجوز فى غيره من الطاعات كالصلاة والصوم

(قوله ويومان بعده) وهو يشير الى أن الكراهة كراهة تحريم وفى كلام المصنف مايفيده اه فتح (قوله فى المتن وهى سنة) أى وقد تقدمت صفتها فى باب التمتع اه (قوله وفى الجديد هى فريضة) وبه قال ابن حنبل وابن حبيب وأبو بكر بن الجهم من المالكية اه غاية وأيضا الثورى والفضلى من أصحابنا الا أنه قال فرض كفاية اه كى (قوله وقال حديث حسن صحيح) وقال أحمد لا أعرف حديثا أجود من هذا فى ايجاب العمرة ولا أصح منه اه غاية (قوله ونحن نقول بوجوبها بعده) وبهذا لا تثبت فرضيتها كما لا تثبت فرضية الحج بهذه الآية بل بقوله تعالى ولله على الناس حج البيت وقوله تعالى وأتموا الحج والعمرة لله (٨٣) قرئت والعمرة بالرفع والنصب وعلى تقدير الرفع ابتداء اخبار أن العمرة لله والنوافل لله تعالى وعلى تقدير النصب لا يدل على فرضيتها كما ذكرناه اه كاكى

﴿باب الحج عن الغير﴾

لما فرغ من بيان حج الانسان عن نفسه وهو الاصل شرع فى بيان الحج عن غيره لانه كالتبع لان الاصل أن يكون تصرفه لنفسه لا لغيره اه اتقانى (قوله عند أهل السنة والجماعة) ليس المراد أن المخالف لما ذكر خارج عن أهل السنة فان مالكا والشافعى لا يقولان بوصول العبادات البدنية المحضة كالصلاة والتلاوة بل غيرهما كالصدقة والحج بل المراد أن أصحابنا لهم كمال الاتباع والتمسك ماليس لغيرهم فعبر عنهم باسم أهل السنة فكأنه قال عند أصحابنا غير أن لهم وصفا عبر عنهم به اه فتح (قوله وقالت المعتزلة ليس له ذلك) قال العلامة كمال الدين رحمه الله لا يراد به أن الخلاف بيننا وبينهم فى أن له ذلك وليس له كما هو ظاهر فى أنه يجعل بالجعل أو لا بل يلغو بجعله اه (قوله لقوله تعالى وأن ليس للانسان الا ماسعى) وسعى غيره ليس سعيه وهى وان كانت مسوقة قصا لما فى صحف موسى وابراهيم عليهما الصلاة والسلام فحيث لم يتعقب بانكار كان شريعة لنا على ما عرف اه فتح قال الكمال رحمه الله والجواب أنها وان كانت ظاهرة فيما قالوه لكن يحتمل أنها نسخت أو مقيدة وقد ثبت ما يوجب المصير الى ذلك وهو مارواه المصنف اه (قوله ولان الثواب هو الجنة) أى وهى لله وليس للانسان تمليك ملك الغير اه اتقانى (قوله كالصلاة والصوم الخ) واذا قرئ القرآن فللميت أجر المستمع عندهما اه كاكى

وقراءة القرآن وغيره ولنا ماروى أن رجلا سأل النبي صلى الله عليه وسلم فقال كان لى أبوان أبرهما حال حياتهما فكيف لى ببرهما بعد موتهما فقال له عليه الصلاة والسلام ان من البر بعد البر أن تصلى لهما مع صلاتك وأن تصوم لهما مع صيامك رواه الدارقطنى وعن على رضى الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من مر على المقابر وقرأ قل هو الله أحد احدى عشرة مرة ثم وهب أجرها للاموات أعطى من الاجر بعدد الاموات رواه الدارقطنى وعن أنس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دخل المقابر فقرأ سورة يس خفف عنهم يومئذ وكان له بعدد من فيها حسنات وعن أنس أنه سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله انا نتصدق عن موتانا ونحج عنهم وندعو لهم فهل يصل ذلك اليهم قال نعم انه ليصل ويفرحون به كما يفرح أحدكم بالطبق اذا أهدى اليه رواه أبو حفص العكبرى وعن معقل بن يسار أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اقرؤا على موتاكم سورة يس رواه أبو داود وعنه عليه الصلاة والسلام أنه ضحى بكبشين أملحين أحدهما عن نفسه والآخر عن أمته متفق عليه أى جعل ثوابه لامته وهذا تعليم منه عليه الصلاة والسلام ان الانسان ينفعه عمل غيره والاقتداء به هو الاستمساك بالعروة الوثقى وروى عن أبى هريرة قال يموت الرجل ويدع ولدا فيرفع له درجة فيقول ماهذا يارب فيقول سبحانه وتعالى استغفار ولدك ولهذا قال تعالى واستغفر لذنبك وللمؤمنين والمؤمنات وما أمر الله به من الدعاء للمؤمنين والاستغفار لهم وماذكره فى كتابه العزيز من استغفار الانبياء والملائكة لهم حجة لنا عليهم لان كل ذلك عمل الغير وأما قوله تعالى وان ليس للانسان الا ماسعى فقد قال ابن عباس انها منسوخة بقوله تعالى والذين آمنوا وأتبعناهم ذرياتهم بايمان الآية وقيل هى خاصة بقوم موسى وابراهيم لانه وقع حكاية عما فى صحفهما عليهما الصلاة والسلام بقوله تعالى أم لم ينبأ بما فى صحف موسى وابراهيم

الذى

(قوله كان لى أبوان أبرهما) ويوجد فى بعض النسخ لم أبرهما وهو مخالف لما فى فتح القدير اه (قوله أملحين) والملحة بياض يشوبه شعيرات سود اه فتح (قوله أحدهما) بالجر وكذا قوله والآخر وهما بدلان من قوله بكبشين ويجوز أن يقال بالنصب فيهما على تأويل ذبح أحدهما لان التضحية تدل على الذبح اه اتقانى (قوله والآخر عن أمته الخ) وفى سنن ابن ماجه بسنده عن عائشة وأبى هريرة أنه صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد أن يضحى يشترى كبشين عظيمين سمينين أقرنين أملحين موجوأين فذبح أحدهما عن أمته ممن شهد لله بالتوحيد وشهد له بالبلاغ وذبح الآخر عن محمد وآل محمد ورواه أحمد والحاكم والطبرانى فى الاوسط عن أبى هريرة وأخرج أبو نعيم فى ترجمة ابن المبارك عنه عن يحيى بن عبد الله عن أبيه سمعت أبا هريرة رضى الله عنه يقول ضحى رسول الله صلى الله عليه وسلم بكبشين أقرنين أملحين موجوأين فلما وجههما قال انى وجهت وجهى الآية اللهم لك ومنك عن محمد وأمته بسم الله والله أكبر ثم ذبح ورواه الحاكم وقال صحيح على شرط مسلم بنقص فى المتن ورواه ابن أبى شيبة عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم أتى بكبشين أملحين عظيمين أقرنين موجوأين فأضجع أحدهما وقال بسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وآل محمد ثم أضجع الآخر وقال بسم الله والله أكبر اللهم عن محمد وأمته ممن شهد لك بالتوحيد وشهد لى بالبلاغ وكذا رواه ابن اسحق وأبو يعلى فى مسنديهما وروى هذا المعنى من حديث أبى رافع رواه أحمد واسحق والطبرانى والبزار والحاكم ومن حديث حذيفة بن أسيد الغفارى أخرجه الحاكم فى الفضائل ومن حديث أبى طلحة الانصارى رواه ابن أبى شيبة ومن طريقه رواه أبو يعلى والطبرانى ومن حديث أنس بن مالك رواه ابن أبى شيبة أيضا والدارقطنى فقد روى هذا عن عدة من الصحابة وانتشرت مخرجوه فلا يبعد أن يكون القدر المشترك وهو أنه ضحى عن أمته مشهورا يجوز تقييد الكتاب به مالم يجهله صاحبه اه فتح القدير قال الكمال رحمه الله فهذه الآثار وماقبلها وما فى السنة أيضا من نحوها من كثير تركناه لحال الطول يبلغ القدر المشترك بين الكل وهو أن من جعل شيأ من الصالحات لغيره نفعه الله به مبلغ التواتر وكذا ما فى كتاب الله من الامر بالدعاء للوالدين فى قوله تعالى وقل رب ارحمهما كما ربيانى صغيرا ومن الاخبار باستغفار الملائكة للمؤمنين قال الله تعالى والملائكة يسبحون بحمد ربهم ويستغفرون لمن فى الارض وقال الله تعالى فى أخرى الذين يحملون العرش ومن حوله يسبحون بحمد ربهم ويؤمنون به ويستغفرون للذين آمنوا وسياق عبارتهم ربنا وسعت كل شئ رحمة وعلما فاغفر للذين تابوا واتبعوا سبيلك الى قوله وقهم السيآت قطعى فى حصول الانتفاع بعمل الغير فيخالف ظاهر الآية التى استدلوا بها اذ ظاهرها أن لا ينفع استغفار أحد لاحد بوجه من الوجوه لانه ليس من سعيه فلا يكون له منه شئ فقطعنا بانتفاء ارادة ظاهرها على صرافته فتتقيد بما يهبه العامل وهو أولى من النسخ أما أولا فلانه أسهل اذ لم يبطل بعد الارادة وأما ثانيا فلانها من قبيل الاخبارات ولا يجرى النسخ فى الخبر وما يتوهم جوابا من أنه تعالى أخبر فى شريعة موسى وابراهيم أن لا يجعل لغير العامل ثم جعله لمن بعدهم من أهل شريعتنا حقيقة مرجعه الى تقييد الاخبار لا الى النسخ اذ حقيقته أن يراد المعنى ثم يرفع ارادته وهذا تخصيص بالارادة بالنسبة الى أهل تلك الشرائع ولم يقع نسخ لهم ولم يرد الاخبار أيضا فى حقنا ثم نسخ وأما جعل اللام فى الانسان بمعنى على فبعيد من ظاهرها ومن سياق الآية أيضا فانها وعظ للذى تولى وأعطى قليلا وأكدى وقد ثبت فى ضمن ابطالنا القول المعتزلة انتفاء قول الشافعى ومالك فى العبادات البدنية عما فى الآثار اه

الذى وفى وقيل أريد بالانسان الكافر وأما المؤمن فله ماسعى أخوه وقيل ليس له من طريق العدل وله من طريق الفضل وقيل اللام فى للانسان بمعنى على كقوله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها او كقوله تعالى لهم اللعنة أى عليهم وقيل ليس له الا سعيه لكن سعيه قد يكون بمباشرة أسبابه بتكثير الاخوان وتحصيل الايمان حتى صار ممن تنفعه شفاعة الشافعين وأما قوله عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث لا يدل على انقطاع عمل غيره والكلام فيه وليس فيه شئ مما يستبعد علا لانه ليس فيه الا جعل ماله من الاجر لغيره والله تعالى هو الموصل اليه وهو قادر عليه ولا يختص ذلك بعمل دون عمل ثم العبادة أنواع مالية محضة كالزكاة والعشور والكفارة وبدنية محضة كالصلاة والصوم والاعتكاف وقراءة القرآن والاذكار ومركبة منهما كالحج فانه مالى من حيث اشتراط الاستطاعة ووجوب الاجزية بارتكاب محظوراته وبدنى من حيث الوقوف والطواف والسعى قال رحمه الله (النيابة تجزى فى العبادة المالية عند العجز والقدرة) لان المقصود فيها سد خلة المحتاج وذلك يحصل بفعل النائب كما يحصل بفعله ويحصل به تحمل المشقة باخراج المال كما يحصل بفعل نفسه فيتحقق معنى الابتلاء فيستوى فيه الحالتان قال رحمه الله (ولم تجز فى البدنية بحال) أى لا تجزى النيابة فى العبادة البدنية بحال من الاحوال لان المقصود فيها اتعاب النفس الامارة بالسوء طلبا لمرضاته تعالى لانها انتصبت لمعاداته تعالى ففى الوحى عاد نفسك فانها انتصبت لمعاداتى وذلك لا يحصل بفعل النائب أصلا فلا تجزى فيها النيابة لعدم الفائدة قال رحمه الله (وفى المركب منهما تجزى عند العجز فقط) أى فى المركب من المال والبدن تجزى النيابة عند العجز لحصول المشقة بدفع المال ولا تجزى عند القدرة لعدم اتعاب النفس عملا بالشبهين بالقدر الممكن قال رحمه الله (والشرط العجز الدائم الى وقت الموت) أى شرط جواز النيابة أن يكون العجز دائما الى الموت ان كان الحج فرضا بان وجب عليه وهو قادر ثم عجز بعد ذلك وهذا عند أبى حنيفة وعندهما يجب الاحجاج على العاجز ان كان له مال ولا يشترط ان يجب عليه وهو صحيح وانما اشترط دوام العجز لانه فرض العمر فيعتبر عجز مستوعب لبقية العمر ليقع به اليأس عن الاداء بالبدن حتى لو أحج عن نفسه وهو مريض يكون مراعى فان مات به أجزأه وان تعافى بطل وكذا لو أحج عن نفسه وهو محبوس قال رحمه الله (وانما شرط عجز المنوب للحج الفرض لا للنفل) لانه فى الحج النفل تجوز الانابة مع القدرة لان باب النفل أوسع ألا ترى أنه يجوز التنفل فى الصلاة قاعدا وراكبا مع القدرة على القيام والنزول ثم الصحيح من المذهب فيمن حج عن غيره أن أصل الحج يقع عن المحجوج عنه لما روى ان امرأة من خثعم قالت يارسول الله ان فريضة الله فى الحج على عباده أدركت أبى شيخا كبيرا لا يثبت على الراحلة أفأحج عنه قال نعم متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام لرجل حج عن أبيك واعتمر رواه أبو داود والنسائى والترمذى وقال حديث حسن صحيح فدل ان نفس الحج يقع عنه وعن محمد أن الحج يقع عن الحاج وللآمر ثواب النفقة لان الحج عبادة بدنية والمال شرط للوجوب لكونه عاجزا بدونه فلا تجرى فيها النيابة كالصلاة والصوم بل يقام الانفاق مقام فعله

(قوله وأما قوله عليه الصلاة والسلام اذا مات ابن ادم انقطع عمله الخ) قال الكرمانى فلو مات رجل وعليه فرض الحج سقط فرض الحج عنه عندنا الا أن يوصى بأن يحج عنه من ثلث ماله فتجبر الورثة على ذلك وان لم يوص لم يجبروا على ذلك وقال الشافعى وأحمد اذا مات بعد التمكن لا يسقط عنه الحج ويجب أن يحج عنه من أصل ماله وتجبر الورثة على ذلك كسائر الديون ثم عندنا اذا مات بعد فرض الحج ولم يوص فحج رجل عن الميت من غير وصية أو تبرع الورثة بذلك فحج عن أبيه أو أمه حجة الاسلام من غير وصية أو أوصى بها الميت قال أبو حنيفة يجزئه ذلك ان شاء الله تعالى ولو مات وأوصى بالحج فتطوع عنه رجل لم يجز اذا كان له مال وكذا لو تطوع وارث لم يجز لان الفرض هنا يتعلق بماله وكذا اذا حج عن الشيخ الكبير بغير اذنه لا يجوز لما ذكرنا وأما قول أبى حنيفة يجزئه ان شاء الله تعالى انما قال ذلك لان هذا الخبر من أخبار الآحاد فلم يسقط الفرض عنه فلذلك علق بالمشيئة بخلاف سائر الاحكام التى تثبت بخبر الواحد حيث ما استثنى لان فى سائر الاحكام يجب علينا العمل بخبر الواحد دون العلم به على ما عرف فى الاصول أما سقوط الفرض عن الميت فليس طريقه العمل بل طريقه العلم فلا يثبت بخبر الواحد فلهذا علق بالمشيئة والاستثناء وقيل انما علق بالمشيئة لان قبول العبادات فى مشيئة الله تعالى الا ما ثبت بدليل قطعى على ما عرف فى الاصول وفيه وجه آخر وهو ان من قضى دين غيره بغير أمره كان لصاحب الدين أن لا يقبله حكما وله أن يقبل كرما وجودا ولو قضى بأمره فعليه أن يقبله لا محالة كذا هنا فلذا قلنا يجب عليه أن يوصى بالحج عنه ليخرج عن عهدة الواجب بيقين اه قال الاتقانى رحمه الله ثم الحاج عن غيره إن شاء قال لبيك عن فلان وان شاء اكتفى بالنية كذا قال الحاكم الجليل الشهيد رحمه الله اه ج (قوله فى المتن وفى المركب منهما الخ) قال الاتقانى رحمه الله وأما الجهاد فلا تجوز النيابة فيه أصلا لان الوقعة اذا حضرت يفترض الجهاد على كل مسلم فبعد ذلك كل ما يفعله يقع عن نفسه لا عن غيره اه (قوله ولا تجزئ عند القدرة) أى على فعلها لانها تتعلق بالبدن وانما المال شرط اه اتقانى (قوله فى المتن المنوب) بميم مضمومة ونون مفتوحة وواو مشددة مكسورة وباء مكسورة هكذا ضبطه الشارح بالقلم (قوله يقع عن المحجوج عنه) لان الآثار تدل عليه ولهذا تشترط النية عن المحجوج عنه ويذكره الحاج فى التلبية فيقول اللهم انى أريد الحج فيسره لى وتقبله منى ومن فلان اه خان

(قوله والصحيح الاول) قال الاتقانى وهـذا هو ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عن محمد أن الحج يقع عن الحاج وهو المأمور وللآمر ثواب النفقة له انه تلزمه الكفارة والقضاء اذا فسد لا على الآمر فعلم أن الحج يقع عن المأمور ولانها عبادة بدنية اه (قوله فى المتن ومن أحرم عن آمريه الخ) ولو أن رجلا دفع اليه دراهم يحج عن الميت فرجع عن الطريق فقال منعت لم يصدق ويضمن ما أنفق من مال الميت عن الميت الا أن يكون أمر ظاهر على صدق مقالته لان سبب الضمان قد ظهر فلا يصدق الا بدليل ظاهر وان قال المأمور حججت عن الميت وأنكر الورثة والوصى فالقول قوله مع يمينه لانهم (٨٦) أرادوا الرجوع عليه بالنفقة وهو منكر فيكون القول قوله الا أن يكون الميت كان له على أحد

الحج بنفسه كالفدية فى حق الشيخ الفانى أقيم مقام الصوم والصحيح الاول ولهذا لا يسقط به الفرض عن المأمور وهو الحاج قال رحمه الله (ومن أحرم عن آمريه ضمن النفقة) ومعناه ان رجلا أمره رجلان ان يحج عن كل واحد منهما حجة فأهل بحجة عنهما فهى عن الحاج ويضمن النفقة لانه خالفهما والمسئلة على ثلاثة أوجه إما أن يكون أحرم عنهما جميعا أو عن أحدهما غير عين أو أطلق فان نواهما جميعا وهى مسئلة الكتاب فقد خالفهما لان كل واحد منهما أمره أن يخلص له الحج وان ينويه بعينه عند الاحرام فان لم يفعل صار مخالفا ولا يكون عن أحدهما اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فوقع عن المأمور ولا يمكنه أن يجعله عن أحدهما بعد ذلك لانه قد وقع عن نفسه فلا يقدر على جعله لغيره بخلاف ما اذا أدى الحج عن أبويه فان له ان يجعله عن أحدهما بعد ذلك لانه غير مأمور بالحج عنهما ومن حج عن غيره بغير أمره لا يكون حاجا عنه بل يكون جاعلا ثواب حجه له ونيته عنهما لغو لان الحجة الواحدة لا تكون عن اثنين فبقى له أصل الحج وهو سبب الثواب فله أن يجعله لاحدهما أو لهما ولا كذلك اذا أمر بالحج لان المأمور به ايقاع حجة لكل واحد منهما فاذا أحرم عنهما فقد خالف فيضمن النفقة لهما إن أنفق من مالهما للتعدى وان نوى أحدهما غير عين فان مضى على ذلك صار مخالفا بالاتفاق لان أحدهما ليس بأولى من الآخر وان عين أحدهما قبل المضى أى قبل الطواف والوقوف جاز استحسانا عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف وقع ذلك عن نفسه بلا توقف وضمن نفقتهما وهو القياس لان كل واحد منهما أمره بتعيين الحج له فاذا لم يعين فقد خالف فيضمن النفقة كما اذا وكله رجلان بان يشترى لكل واحد منهما عبدا فاشترى عبدا لاحدهما لا يلزم واحدا منهما بل يلزم الوكيل بخلاف ما اذا أحرم عنهما ولم يعين حجة ولا عمرة فانه يصح وله أن يعين أيهما شاء لانه التزم الحق لمعلوم وهو الله تعالى وانما المجهول الملتزم وفيما نحن فيه من له الحق مجهول نظيره اذا أقر بمعلوم لمجهول لا يصح واذا أقر بمجهول لمعلوم صح ولا يلزم الحج عن أبويه حيث كان له أن يجعله عن أيهما شاء لانه غير مأمور من جهتهما وقد بينا أن من حج عن غيره انما يجعل ثوابه له وذلك بعد الفراغ منه وجه قولهما وهو الاستحسان أن هذا ابهام فى الاحرام والاحرام ليس بمقصود وانما هو وسيلة الى الافعال والمبهم يصلح وسيلة بواسطة التعيين فاكتفى به شرطا كما فى الاحرام المبهم على ما مر بخلاف ما اذا أدى الافعال على الابهام ثم عينه لاحدهما حيث لا يصح بالاجماع لان المؤدى لا يحتمل التعيين فصار مخالفا وان أطلق بأن سكت عن ذكر المحجوج عنه معينا ومبهما قال فى الكافى لا نص فيه وينبغى أن يصح التعيين هنا اجماعا لعدم المخالفة قال رحمه الله (ودم الاحصار على الآمر ودم القران ودم الجناية على المأمور) لان دم الاحصار مؤنة لانه هو الذى أدخله فى هذه العهدة فيجب عليه تخلصه ودم القران وجب شكرا لما وفقه الله من الجمع بين النسكين والمأمور هو المختص بهذه النعمة لان حقيقة الفعل منه ولانه نسك ابتداء وسائر المناسك عليه فكذا هذا وصورة المسئلة فيما اذا أمره واحد بالقران أو أمره اثنان أحدهما بالحج والآخر بالعمرة وأذنا له بالقران وأما اذا فعل ذلك بغير اذن فقد صار

شئ فقال حج عنى بهذا المال فحج عنه بعد موته فعليه البينة أنه قد حج بها لانه هنا يدعى الخروج عن عهدة ما عليه والورثة ينكرون ذلك بخلاف المسئلة الاولى اه كرمانى (قوله فان له أن يجعله عن أحدهما) وانما يحصل الثواب بعد الاداء فتلغو نيته عنهما قبل الاداء فبعد ذلك اذا جعل ثواب حجه لاحدهما جاز وكذا اذا جعل لهما جميعا بخلاف ما اذا أهل المأمور بحجة عن آمريه حيث لا يجوز أن يجعل عن أحدهما لانه بحكم الامر اه اتقانى (قوله وان نوى أحدهما غير عين الخ) قال الكرمانى وان أمره كل واحد منهما بحجة فاحرم بحجة لاحدهما لا ينويه بعينه فله أن يجعلهما عن أيهما شاء فى قول أبى حنيفة ومحمد كما لو أحرم عن أحد أبويه فله أن يجعلها عن أيهما شاء كذا هنا لما مر وقال أبو يوسف يقع ذلك عن نفسه ويضمن النفقة لانه مأمور باحرام معين ولم يأت به لهما ولم يعين عن أحدهما حتى طاف شوطا لم يمكنه ان يعين عن أحدهما بشروعه فى العمل وأداء الفعل عن المجهول لا يقع عن المعين مخالفا بخلاف ما قبل الفعل فان الاحرام ليس من الاداء على ما مر من أصلنا الا أن فى الابوين يجوز عن أحدهما بعد الفعل أيضا لان المقصود هنا الثواب لهما وانه متطوع فيه وذلك معلوم عند الله تعالى فلا تؤثر الجهالة فيه فجاز الصرف الى أيهما شاء ابتداء وانتهاء بخلاف الآمرين لان المقصود اسقاط الفرض من الذمة وامتثال الامر على الوجه الذى أمر وأوصى اه (قوله أو أمره اثنان الخ) قال الكرمانى ولو أمر أحدهما بحجة والآخر بعمرة ولم يأمره بالجمع فجمع بينهما كان مخالفا أيضا لما مر ويجوز عند أبى يوسف فحسب وان أمره بالجمع جاز لانه وافق وهدى المتعة عليه فى ماله وان كان فقيرا فعليه الصوم لانه دم نسك وكذا اذا كان الآمر بهما رجل واحد لما ذكرنا اه

(قوله ودم القران يشهد لمحمد) فى أن الحج يقع عن الحاج لا عن الآمر اه (قوله فى المتن فان مات) أى المأمور بالحج اه ع (قوله فى المتن يحج عنه) أى عن الميت الاول الذى كان أوصى بالحج فأحجوا عنه هذا اه ع (قوله وكذلك اذا سرقت نفقته الخ) فان لم يهلك ذلك المال ولكن مات المجهز فى بعض طريق مكة فما أنفق المجهز الى وقت الموت نفقة مثله فلا ضمان عليه (٨٧) لانه لم يبق على الخلاف بل على الوفاق

مخالفا فيضمن النفقة ودم الجناية على المأمور لانه الجانى فيجب عليه كفارته وقال أبو يوسف يجب دم الاحصار على المأمور للتحلل فصار كدم القران قلنا هو مؤنة بمنزلة نفقة الرجوع ويجب على المأمور قضاء حجة وعمرة كما اذا أحرم بحجة لنفسه ثم أحصر وتحلل قالوا هذا ودم القران يشهد لمحمد ولو فاته الحج لا يضمن النفقة لعدم المخالفة كالمحصر وعليه الحج من قابل بمال نفسه ولو أفسده بالجماع يضمن النفقة وعليه الحج من قابل بمال نفسه قال رحمه الله (فان مات فى طريقه يحج عنه من منزله بثلث ما بقى) ومعنى المسئلة أنه اذا أوصى شخص بان يحج عنه فأحجوا عنه فمات الحاج فى طريق الحج يحج عنه من منزله بثلث ما بقى من ماله وكذلك اذا سرقت نفقته فى الطريق وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات الاول والكلام فيه فى موضعين فى اعتبار الثلث وفى مكان الحج أما الاول فأبو حنيفة يقول يحج عنه بثلث ما بقى من المال وعند محمد يحج بما بقى من المال المدفوع اليه المفرز للحج ان بقى شئ والا بطلت الوصية اعتبارا لقسمة الوصى بقسمة الموصى والموصى لو أفرز مالا ودفعه الى رجل ليحج عنه ومات فهلك المال فى يد النائب لا يؤخذ غيره فكذا اذا أفرزه الوصى لانه قائم مقامه وعند أبى يوسف يحج عنه بما بقى من الثلث الاول لان محل نفاذ الوصية الثلث فما بقى منه شئ ينفذ حتى يستوفى ثلث الجميع وأبو حنيفة يقول القسمة لا تصح الا بالتسليم الى الوجه الذى سمى لعدم خصم تتم به القسمة فتمامها بالصرف الى ذلك الوجه فصار كما لو هلك قبل الافراز أو بعده فى يد الموصى فيحج عنه بما بقى وكذا لو مات الثانى يحج عنه بما بقى من الثلث وكذا لو مات الثالث الى أن لا يبقى شئ وعند محمد لا يحج عنه الا بالمفرز ان بقى شئ والا بطلت وعند أبى يوسف يحج عنه الى أن يستوفى ثلث الجميع فان لم يبق من الثلث شئ بطلت وأما الثانى فالاختلاف فيه مبنى على خلافية أخرى وهو ما اذا حج بنفسه ومات فى الطريق وأوصى بان يحج عنه فانه يحج عنه من منزله عنده وعندهما من موضع مات فيه وجه قول أبى حنيفة وهو القياس أن القدر الموجود من السفر بطل فى حق أحكام الدنيا لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاثة ولد صالح يدعو له بالخير وعلم علمه الناس ينتفعون به وصدقة جارية وتنفيذ الوصية من أحكام الدنيا وهو ليس من الثلاث فبطل ووجب الاستئناف كأنه لم يوجد الخروج أو خرج لغير حج كالتجارة أو غيرها وأوصى بان يحج عنه ومات فانه يحج عنه من بلده وجه قولهما وهو الاستحسان أن خروجه لم يبطل بموته قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله الآية وقال عليه الصلاة والسلام من مات فى طريق الحج كتبت له حجة مبرورة فى كل سنة فاذا لم يبطل عمله وجب البناء عليه وهذا الخلاف فيما اذا أطلق الوصية وأما اذا بين من أى مكان يحج عنه من بلده أو من موضع مات فيه أو موضع آخر يحج عنه من ذلك الموضع بالاجماع قال رحمه الله (ومن أهل بحج عن أبويه فعين صح) أى من أحرم عن أبويه بحج من غير أمرهما ثم عينه لاحدهما جاز وكذا لو أحرم عن أحدهما ثم عينه جاز وقد بينا المعنى فيه وهو مستحب لقوله عليه الصلاة والسلام من حج عن أبويه أو قضى عنهما مغرما بعث يوم القيامة مع الابرار رواه الدارقطنى من حديث ابن عباس وعن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال من حج عن أبيه أو أمه فقد قضى عنه حجته وكان له فضل عشر حجج وعن زيد بن أرقم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا حج الرجل عن والديه تقبل منه ومنهما واستبشرت أرواحهما وكتب عند الله برا روى ذلك كله الدارقطنى

وما بقى فى يد المجهز القياس ان يضم الى مال الموصى فيعزل ثلث ماله ويحج عنه من وطنه وهو قول أبى حنيفة وفى الاستحسان يحج بالباقى من حيث يبلغ وهو قولهما كذا فى البدائع (قوله فأبو حنيفة يقول يحج) أى المأمور الاول اه قال الاتقانى رحمه الله ثم اعلم أن الكلام هنا فى موضعين فى اعتبار الثلث وفى مكان الحج ففى كل منهما اختلاف أما الاول فقال أبو حنيفة رضى الله عنه يحج عنه من ثلث ما بقى من المال وقالا لا يحج عنه من الذى بقى من الثلث الاول ان كان بقى منه شئ هذا على تقدير الايصاء بان يحج عنه بالثلث أما اذا أوصى بان يحج عنه من الثلث أو أمر بان يحج عنه ولم يذكر شيأ ففيه اختلاف بينهما قال أبو يوسف يحج بما بقى من الثلث الاول مع ما بقى من المال المفرز وقال محمد يحج بما بقى من المال المفرز والا بطلت الوصية اه (قوله فصار كما لو هلك قبل الافراز) فيعتبر تنفيذ الوصية من ثلث الباقى فصار كما اذا أوصى بالثلث لرجل وأفرزه الوصى وبعث به على يد انسان فهلك فى الطريق اه اتقانى (قوله فيحج عنه بما بقى) أى بثلث ما بقى ولا بد من هذا التقدير ليوافق قول الامام رضى الله عنه اه (قوله وعندهما من موضع مات فيه) وسيأتى فى كتاب الوصايا اه (قوله فاذا لم يبطل عمله وجب البناء عليه) وأصل هذا الاختلاف فى الذى يحج بنفسه وبنى على ذلك المأمور بالحج اه هدايه (قوله فى المتن ومن أهل بحج) أى أحرم قال فى الهداية ومن أهل بحجة عن أبويه يجزيه أن يجعلها عن أحدهما لان من حج عن غيره بغير اذنه فانما يجعل ثواب حجه له وذلك بعد أداء الحج فلغت نيته قبل أدائه وصح جعله ثوابا لاحدهما بعد الاداء بخلاف المأمور على ما فرقنا من قبل اه

﴿فصل﴾ (قوله المأمور بالحج الخ) قال الكرمانى ولو حج المأمور ماشيا فقد خالف ويقع الحج عن نفسه وهو ضامن للنفقة لما مر أن الحج كان بحسب الايجاب والايجاب كان بالزاد والراحلة وذلك بأن يكون راكبا ولو لم يأت على الراحلة المأمور فيجب الضمان وكذا لو حج وقطع أكثر الطريق ماشيا لما عرف أن للاكثر حكم الكل وعن محمد لو حج عن الميت على الحمار كرهت له ذلك والجمل أفضل اتباعا للسنة اه ﴿فرع﴾ لو أوصى بان يحج عنه لا يجزيه الحج ماشيا حتى يضمن المأمور النفقة لو حج ماشيا ويكون الحج له ذكره الشارح فى أواخر باب الهدى اه (قوله فى رجوعه) أى الى رجوعه اه شمنى قال الكرمانى رحمه الله ثم عندنا المحرم الذى يحج عن الميت أو عن غيره من العاجزين على ماذكرنا فى الفصول المتقدمة يحج عنه بنفقة وسط من غير تقتير ولا اسراف ذاهبا وجائيا راكبا غير ماش من غير اشتراط الاجرة على الصحيح كذا ذكر فى الطحاوى حتى لو استأجر رجلا للحج عنه ففعل لا تجوز الاجارة عندنا وعند أحمد للاجير نفقة مثله ويقع الحج عن الحاج دون الآمر كذا نص فى شرح الكافى والاصل عندنا (٨٨) ان كل عبادة لا مدخل للكافر أصلا فيها كالصلاة والصوم والزكاة والحج لا يجوز الاستئجار عليها وكل عبادة للكافر فيها مدخل كعمارة الربط والمشاهد والطرق والمقابر وشد الثغور ونحوها يجوز الاستئجار عليها وقال الشافعى ومالك تصح الاجارة على الحج ويستحق الاجرة ويقع الحج عن المستأجر اعتبارا لسائر العقود وذكر فى الكفاية لابى الحسن المعروف بالعبدرى ولو استأجر ليحج عنه من الميقات وقع الحج عن المحجوج عنه فى رواية الاصل عن أبى حنيفة وهو قول أحمد وعن محمد بن الحسن أنه يقع الحج عن الحاج وللمحجوج عنه ثواب النفقة اه كلام الكرمانى مع حذف ﴿فائدة﴾ قال الكرمانى ولو بدأ المأمور بالحج عن الميت ثم بالعمرة لنفسه لا يضمن النفقة للميت لانه أتى بحجة ميقاتية كما أمر ومادام مشغولا بالعمرة فنفقته على نفسه لانه عامل لنفسه فاذا فرغ منها فنفقته فى مال الميت فان أمر بالحج فبدأ بالعمرة لنفسه ثم بالحج عن الميت قالوا يضمن جميع النفقة لانه مخالف لامره لانه أمره بالانفاق فى سفر الحج وقد أنفق فى سفر العمرة ولانه أمر بحجة ميقاتية وقد أتى بحجة مكية فيكون مخالفا باتفاق بيننا وقال الشافعى يصح عن الميت اه ﴿فرع﴾ ولو دفع اليه المال ليحج عن الميت فى هذه السنة فأخر الحج عن وقته حتى مضت السنة وحج من قابل جاز عن الميت ولا يضمن النفقة لان ذكر السنة هنا للاستعجال دون تعين الامر فصار كرجل وكل وكيلا بعتق عبده غدا أو بيعه غدا فأعتقه أو باعه بعد غد جاز كذا هنا خلافا لزفر ولو مرض المأمور فى الطريق ليس له أن يدفع المال الى غيره ليحج لانه غير مأمور الا أن يكون أذن له فيصح بحكم الاذن ولو أن الحاج عن الميت وصل الى عرفة ومات بعد الوقوف بعرفة أجزأه ذلك عن الميت لوجود معظم أركان الحج بنص الحج عرفة ولو لم يمت ولكن رجع قبل طواف الزيارة فهو حرام على النساء فيرجع بغير احرام بنفقته ويقضى ما بقى لان هذا من جنايته ولو حج المأمور وأقام بمكة جاز لان الغرض اداء المناسك وقد حصل لكن الافضل أن يحج عنه من يذهب ويرجع ليحصل للميت ثواب فى الذهاب والرجوع جميعا اه مناسك الكرمانى فى فصل ما يكون الحاج المأمور مخالفا وما لا يكون اه

﴿فصل﴾ المأمور بالحج له أن ينفق على نفسه بالمعروف ذاهبا وآيبا من غير تبذير ولا تقتير فى طعامه وشرابه وثيابه وركوبه ومالا بد منه وما فضل يرده على ورثته أو وصيه الا اذا تبرع به الوارث أو أوصى له به الميت وليس له أن يدعو أحدا الى طعامه ولا يتصدق به ولا يقرض أحدا ولا يصرف الدراهم بالدنانير ولا يشترى بها ماء لوضوئه ولا يدخل بها الحمام ولا يشترى بها دهن السراج ولا يدهن به ولا يتداوى بشئ منه ولا يحتجم به ولا يعطى أجرة الحلاق منه الا أن يوسع عليه الميت أو الوارث ولا ينفق على من يخدمه الا اذا كان ممن لا يخدم نفسه ولو نوى الاقامة بمكة خمسة عشر يوما سقطت نفقته من مال الميت ثم اذا عاد تعود نفقته عند محمد وهو الظاهر وعند أبى يوسف لا تعود ولو خرج من مكة مسيرة سفر لحاجة نفسه سقطت نفقته من مال الميت فى رجوعه وان توطن بمكة سقطت نفقته قل أو كثر ثم اذا عاد لا تعود بالاتفاق وان كانت الاقامة بها قدر العادة حتى تخرج القافلة لا تسقط للضرورة وكذا اذا دخل فى الطريق بلدة فان أقام بها القدر المعتاد فنفقته لا تسقط والا سقطت حتى يخرج منها ولو تعجل الى مكة فى رمضان تكون نفقته من مال نفسه الى عشر ذى الحجة وينبغى أن ينفق فى الطريق من مال الميت لا غير فان أنفق من ماله شيأ فان كان الاكثر مال الميت جاز عنه والا فلا ويضمن مال الميت وقال السرخسى وهذه المسئلة تدل على أن الحج يقع للميت اذ لو كان له ثواب الانفاق لا غير لحصل له بذلك ويؤيد هذا أنه يجب عليه أن ينويه عن الميت ولو سلك طريقا آخر أبعد من المعتاد وتكون النفقة فيه أكثر فان كان مما يسلكه الناس فله ذلك وله أن يشترى حمارا يركبه ويجوز احجاج الرجل والمرأة والحر والعبد باذن مولاه وكذا يجوز احجاج الصرورة وهو الذى لم يحج لنفسه لحصول المقصود بهم والاولى أن يحج رجلا عالما بالمناسك قد حج عن نفسه وهو حر لانه أبعد عن الخلاف وأقدر على المناسك من السعى والهرولة وكشف الرأس والحلق وقال الشافعى لا يجوز احجاج العبد والامة لانهما لا يقدران أن يؤديا عن أنفسهما فكذا عن غيرهما وكذا قال لا يجوز احجاج الصرورة لما روى عن ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام سمع رجلا يقول لبيك عن شبرمة فقال من شبرمة فقال أخ لى أو قريب لى قال حججت عن نفسك قال لا قال حج عن نفسك ثم حج عن شبرمة رواه أبو داود وابن ماجه قال البيهقى هذا اسناد صحيح ليس فى الباب أصح منه ولان حجه يقع عن نفسه عنده لانه متعين له كصوم رمضان عندنا ولهذا لم يجوز النفل للصرورة ولنا

حديث

حديث الخثعمية المتفق عليه وجه التمسك به أنه عليه الصلاة والسلام قال لها حجي عن أبيك ولم يسألها هل حجت عنها أولا وهل هي أمة أو حرة ولو كان شرطا لسألها عليه الصلاة والسلام أو لبينه لها ولا حجة له فيما روى لانه عليه الصلاة والسلام أمره أن يحج عن نفسه وهو طلب الفعل في المستقبل ولو كان كما قال الشافعي لقال وقع حجك هذا عن نفسك فلم يبق له حج ولا نسلم أن حجه وقع عن نفسه من غير نية منه بخلاف رمضان فانه لم يشرع فيه صوم آخر وفي الحج شرع فيه النفل لان جميع العمر وقت له ولهذا لو أداه في آخر عمره لا ينوي القضاء بل ينوي الاداء ولا كذلك الصوم ويجوز أنه عليه الصلاة والسلام أمره بفسخ حجه عن شبرمة ثم يحرم بحج عن نفسه وهذا ليس ببعيد لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه برفض الحج على ما بينا من قبل على أن حديث شبرمة ضعيف لان أبا الفرج ذكر له طرقا وبين ضعف كل واحد منها فلا يصح الاستدلال به وهذا كله فيما اذا أحجوا عنه بامره وان أحجوا عنه بغير أمره أو حج عنه الوارث بغير أمره سقط عنه الحج ان شاء الله تعالى لما روى أن رجلا سأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ان أمي ماتت في الحج أفأحج عنها فقال عليه الصلاة والسلام نعم وانما قرنه بالاستثناء لان الحكم بالجواز من باب العلم وسقوط الحج بفعل الوارث بغير أمره ثبت بخبر الواحد وهو لا يوجب العلم قطعا فعلق السقوط بالمشيئة احترازا عن الشهادة على الله من غير علم قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب الهدى﴾

الهدى ما يهدى من النعم الى الحرم قال رحمه الله (أدناه شاة) لقول ابن عباس ما استيسر من الهدى شاة قال رحمه الله (وهو إبل وبقر وغنم) أي الهدى من هذه الثلاثة وهذا مجمع عليه قال رحمه الله (وما جاز في الضحايا جاز في الهدايا) وهو الثني لما روى أن ابن عمر كان يقول في الضحايا والهدايا الثني فما فوقه رواه مالك ويجزى الجذع من الضأن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن تعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه الجماعة الا البخاري والترمذي قال رحمه الله (والشاة تجوز في كل شيء الا في طواف الركن جنبا ووطء بعد الوقوف) أراد بالركن ركن الحج وهو طواف الزيارة وبالوطء بعد الوقوف أن يكون قبل الحلق فان في هذين الموضعين عليه بدنة وفي غيرهما شاة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ويأكل من هدى التطوع والمتعة والقران) أي يجوز لصاحبه أن يأكل بل يستحب له لقوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها الآية أمر بالاكل منها وأقله يفيد الاستحباب ولحديث جابر أنه قال في صفة حج النبي صلى الله عليه وسلم ثم انصرف الى المنحر فنحر ثلاثا وستين بدنة بيده ثم أعطى عليا فنحر ما غبر أي ما بقي وأشركه في هديه ثم أمر من كل بدنة ببضعة فجعلت في قدر وطبخت فأكلا من لحمها وشربا من مرقها رواه مسلم وأحمد رضي الله عنهما وعن عائشة رضي الله عنها قالت خرجنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم لخمس بقين من ذي القعدة ولا نرى الا الحج من مكة أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم من لم يكن معه هدى اذا طاف بين الصفا والمروة أن يحل قالت فدخل علينا يوم النحر بلحم بقر فقلت ما هذا فقيل نحر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن أزواجه متفق عليه وكان عليه الصلاة والسلام قارنا وكذا عائشة على ما ذكره في المنتقى فدل على جواز أكله ولانه دم نسك فيجوز له الاكل منه كالاضحية ويستحب له أن يتصدق على الوجه الذي عرف في الاضحية كذا روي عن ابن مسعود واليه الاشارة بما تلونا والمراد بهدي التطوع ما بلغ الحرم وأما اذا لم يبلغ لا يجوز لصاحبه أن يأكله ولا لغيره من الاغنياء لان القربة فيه بالاراقة انما تكون في الحرم وفي غيره بالتصدق ولا يجوز لصاحبه ولا لغيره من الاغنياء أن يأكل من بقية الهدايا لانها دماء كفارة وقال صاحب الهداية وغيره من الاصحاب لا يأكل هو ولا غيره من الاغنياء لقوله عليه الصلاة والسلام لناجية الاسلمي لا تأكل أنت ورفقتك منها شيأ ولا دلالة له على المدعى لانه عليه الصلاة والسلام قال ذلك فيما عطب منها في الطريق على ما يجيء من قريب نص عليه صاحب الهداية وأهل الحديث كأبي داود والترمذي

لما جرى ذكر الهدى في كتاب الحج نسكا وجزاء ومؤنة شرع في بيان أنواعه وما يتعلق به من المسائل اهـ اتقاني قال الكمال رحمه الله هذا الباب تتعلق به الابواب السابقة فان الهدى إما المتعة أو قران أو احصار أو جزاء صيد أو كفارة جناية أخرى فأخره عنها لان معرفة هدى المتعة أو القران فرع معرفة المتعة والقران وكذا الباقي والمقصود أنه يتضمن حوالات تستدعي سبق تصورات مفهوماتها وتصديقات بعض أحكام منها اهـ (قوله في المتن وهو إبل وبقر وغنم) ذكورها وإناثها وهذا بالاجماع اهـ ع (قوله أن يأكله) أي يأكل منه اهـ ﴿فرع﴾ ولا يتصدق من جزاء الصيد على ولده ونوافله ولا على أبويه وأجداده لان الصرف على هؤلاء صرف على نفسه من وجه فلم يوجد الاخراج على صفة الكمال وان أعطى ذميا أجزأه لانه بالتصدق على مطلق المساكين الا أن فقراء المسلمين أحب الي لان له وصلة للدين اهـ كرماني (قوله لناجية الاسلمي) قال الاتقاني رحمه الله ناجية بن جندب الاسلمي كان نازلا في بني سلمة ومات بالمدينة وبقي الى دهر معاوية وهو سائق بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم كذا قال ابن شاهين في كتاب المعجم وقال ابن سعد استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على هديه حين توجه الى الحديبية وأمره أن يقدمها الى ذي الحليفة واستعمله أيضا على هديه في حجة الوداع اهـ

وغيرهما والكلام فيما اذا بلغ الحرم هل يجوز له الا كل منها قال رحمه الله (وخص ذبح هدى المتعة والقران بيوم النحر فقط) لقوله تعالى فكلوا منها وأطعموا البائس الفقير ثم ليقضوا تفثهم وليوفوا نذورهم وليطوفوا الآية وقضاء التفث والطواف يختص بأيام النحر فكذا الذبح ليكون الكلام مسرودا على نسق واحد ولانه دم نسك فيختص بيوم النحر كالاضحية وذكر القدوري أن دم التطوع يختص بأيام النحر كدم المتعة والقران لانه نسك مثله وفي الاصل ذبحه يجوز قبل يوم النحر وذبحه يوم النحر أفضل وهذا هو الصحيح لان القربة في التطوع باعتبار أنه هدى ويتحقق ذلك بالبلوغ الى الحرم ولكن ذبحه يوم النحر أفضل لان القربة باراقة الدم فيه أظهر ويجوز ذبح بقية الهدايا في أي وقت شاء خلافا للشافعي رحمه الله هو يعتبره بدم المتعة والقران لان كل واحد دم جبر عنده ولنا أنه دم جبر فكان التعجيل بها أفضل بخلاف المتعة لانه دم نسك وكذا القران قال رحمه الله (والكل بالحرم) أي كل دم يجب على الحاج يختص بالحرم لقوله تعالى هديا بالغ الكعبة ولقوله تعالى ولا تحلقوا رؤسكم حتى يبلغ الهدى محله وقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق ولان الهدى اسم لما يهدى الى مكان ولا مكان له غير الحرم فتعين له وقال عليه الصلاة والسلام كل منى منحر وكل فجاج مكة طريق ومنحر رواه البيهقي ثم اعلم أن الدماء على أربعة أوجه منه ما يختص بالزمان والمكان وهو دم المتعة والقران ودم التطوع في رواية القدوري ودم الاحصار عندهما ومنه ما يختص بالمكان دون الزمان وهو دم الجنايات ودم الاحصار عنده والتطوع في رواية الاصل ومنه ما يختص بالزمان دون المكان وهو الاضحية ومنه ما لا يختص بالزمان ولا بالمكان وهو دم النذور عندهما وعند أبي يوسف دم النذور يتعين بالمكان قال رحمه الله (لا بفقيره) أي لا يختص جواز التصدق بالدماء بفقير الحرم بل يجوز التصدق عليهم وعلى غيرهم من الفقراء وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز التصدق على غيرهم لان الدماء وجبت توسعة لاهل الحرم قلنا هو معقول المعنى وهو سد خلة المحتاج ولا فرق فيه بينهم وبين غيرهم قال رحمه الله (ولا يجب التعريف بالهدى) وهو أن يذهب بها الى عرفات لان الواجب عليه الهدى وهو لا ينبئ عن التعريف وانما ينبئ عن النقل الى مكان ليتقرب باراقة دمه فيه وهو الحرم لا التعريف ولو عرف بهدى المتعة والقران فحسن لتوقته بيوم النحر فربما لا يجد من يحفظه فيحتاج الى التعريف به ولانه دم نسك فيكون مبنيا على الاشهار تحقيقا لمعنى الشعائر ولا كذلك دم الكفارات لان سببها الجناية فاخفاؤها أولى ويجوز ذبحها قبل يوم النحر فلا حاجة الى التعريف بها والافضل في الجزور النحر وفي البقر والغنم الذبح لقوله تعالى فصل لربك وانحر أي انحر الجزور وقال تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وهو ما أعد للذبح وكان كبشا وتنحر الابل قياما وله أن يضجعها والاول أفضل لحديث جابر أنه عليه الصلاة والسلام وأصحابه كانوا ينحرون البدنة معقولة اليد اليسرى قائمة على ما بقي من قوائمها وفي قوله تعالى فاذا وجبت جنوبها فكلوا منها أي سقطت اشارة الى انها تنحر قائمة اذ السقوط يكون من القيام ولا يذبح البقر والغنم قائما لانه خلاف السنة ويضجعها لان المذبح به أبين واستحب الجمهور استقبال القبلة بها وكان ابن عمر يكره أن يأكل مما لم يستقبل به القبلة والاولى أن يتولى ذبحها بنفسه اذا كان يحسن ذلك لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نحر ثلاثا وستين من هداياه وهي كانت مائة بدنة وولى الباقي عليا رضي الله عنه ولانها قربة والتولي في القرب أولى ولو ولى غيره جاز لما روينا ولانه قد لا يهتدي لذلك ولا يحسنه وقد يعسر عليه مباشرة الجميع فجوزنا التولية ويجوز تولية الكتابي لحل ذبيحته وتكره لان الاراقة قربة فيتشاءم به قال رحمه الله (ويتصدق بجلالها وخطامها ولم يعط أجرة الجزار منها) لما روى عن علي رضي الله عنه أنه قال أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أقوم على بدنه وان أتصدق بلحمها وجلودها وجلالها وأن لا أعطي أجرة الجزار منها شيئا قال نحن نعطيه من عندنا ولانه اذا شرط اعطاءه منه بقي شريكا له فيها فلا يجوز الكل لقصده اللحم وان أعطاه منها أجرته من غير شرط قبل الذبح ضمنه لانه اتلاف للحم أو معاوضة وان تصدق بشئ من لحمها عليه سوى أجرته جاز لانه أهل للتصدق عليه قال

وتقليم الاظافر ونتف الابط وحلق العانة والحلق من الشعر كأنه الخروج من الاحرام الى الاحلال اه اتقاني (قوله فجاج) الفجاج الطريق الواسع بين الجبلين اه الخ (قوله وهو دم الجنايات ودم الاحصار) قال الكرماني في مناسكه ويجوز ذبح ما وجب من الدماء قبل يوم النحر وبعده بمكة ما خلا دم القران والمتعة وكذا هدى المحصر بالحج أيضا عندهما وعند أبي حنيفة يجوز وما سوى ذلك من التطوع وغيره يجزيه أن يذبحه قبل يوم النحر لانه ليس من مناسك الاحرام فلا يختص بوقت جبران بخلاف دم القران والمتعة لانهما دم نسك اه (قوله في المتن لا بفقيره) قال الكرماني فان ذبحها ثم سرقت منه فليس عليه شئ ويسقط عنه الجزاء بنفس الذبح لان بالذبح اخراجها الى الله تعالى كفارة ولان هذه صفة متعلقة بالعين فتفوت بفواتها كالزكاة وتسقط بهلاك النصاب عندنا وعند الشافعي لا تسقط وكذا ان اصطلمته آفة سماوية أو ضاع بأي سبب كان فلا ضمان عليه وجاز له أن يتصدق بالكل على فقير واحد بعد الذبح ويجزي فيه التمليك واطعام الاباحة وان تصدق أو هلك قبل الذبح فعليه بدله لا بانعدام الاراقة على ما مر اه (قوله وله أن يضجعها) وأي ذلك فعل فهو حسن اه هداية (قوله في المتن وخطامها) الخطام هو الزمام وهو ما يجعل في أنف البعير اه اتقاني رحمه

رحمه الله (ولا يركبه بلا ضرورة) لانه جعله خالصا لله تعالى فلا ينبغي له أن يصرف شيأ من عينه أو منافعه الى نفسه الا أن يبلغ محله ولان في ركوبها استهانة بها وتعظيمها واجب قال الله تعالى ومن يعظم شعائر الله فانها من تقوى القلوب والتقوى واجب فيكون التعظيم واجبا فان احتاج الى ركوبه جاز له ذلك لقول أنس رضي الله عنه رأى رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا يسوق بدنة فقال اركبها قال انها بدنة قال اركبها قال انها بدنة قال اركبها قال انها بدنة ثلاثا متفق عليه وهو محمول على حالة الاضطرار بدليل ماروى عن أنس انه عليه الصلاة والسلام رأى رجلا يسوق بدنة وقد أجهده المشي فقال اركبها قال انها بدنة قال اركبها وان كانت بدنة رواه أحمد والنسائي وقال مالك يجوز ركوبها من غير ضرورة لاطلاق ماروينا من حديث أنس ولرواية جابر انه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول اركبها بالمعروف وهو محمول على حالة الاضطرار عندنا وان ركبها فانتقصت فعليه ضمان مانقص ويتصدق به على الفقراء دون الاغنياء لان جواز الانتفاع بها للاغنياء معلق ببلوغها المحل قال رحمه الله (ولا يحلبه) لانه جزء الهدى فلا يجوز له أن ينتفع به ولا غيره من الاغنياء لما ذكرنا فان حلبه وانتفع به أو دفع الى الغني ضمنه لوجود التعدي منه كما لو فعل ذلك بوبره أو صوفه وان ولدت تصدق به أو ذبحه معها وان باعه تصدق بثمنه لما ذكرنا قال رحمه الله (وينضح ضرعه بالنقاخ) أي بالماء البارد حتى ينقطع اللبن قالوا هذا اذا كان قريبا من وقت الذبح وان كان بعيدا يحلبها ويتصدق بلبنها كيلا يضر ذلك بها قال رحمه الله (وان عطب واجبا أو تعيب أقام غيره مقامه) لان الواجب في الذمة فلا يسقط عنه حتى يذبح في محله والمعيب لا يصلح لذلك لان المراد بالتعيب ما يمنع الجواز كذهاب العين أو الاذن أو نحو ذلك قال رحمه الله (والمعيب له) لانه بتعيينه لذلك الوجه لا يخرج عن ملكه فاذا امتنع صرفه فيه صرفه في غيره قال رحمه الله (ولو تطوع نحره وصبغ نعله بدمه وضرب به صفحته ولم يأكله غني) لما روى عن قبيصة أنه قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يبعث معه بالبدن ثم يقول ان عطب منها شيء فخشيت عليه موتا فانحرها ثم اغمس نعلها في دمها ثم اضرب به صفحتها ولا تطعمها أنت ولا أحد من أهل رفقتك رواه مسلم وأحمد ومثله عن ناجية الخزاعي وكان صاحب بدن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه أبو داود وأحمد والمراد بالعطب هنا ما قرب من العطب وأراد بالنعل قلادتها وفائدته أن يعلم الناس انه هدى فيأكل منه الفقراء دون الاغنياء ولان الاذن بتناوله معلق ببلوغه محله فينبغي أن لا يحل قبل ذلك أصلا الا ان التصدق على الفقراء أولى من أن يتركها جزرا للسباع وفيه نوع تقرب وهو المقصود وقال الشافعي لا يجوز أن يأكلها الفقراء من رفقته لاطلاق ماروينا بل يتركها جزرا للسباع قلنا هو محمول على انه ورفقته كانوا أغنياء ألا ترى الى ما يروى عن هشام عن أبيه ان صاحب هدى النبي صلى الله عليه وسلم قال كيف أصنع بما عطب من الهدى قال كل بدنة عطبت من الهدى فانحرها ثم ألق قلائدها في دمها ثم خل بين الناس وبينها يأكلوها رواه مالك في الموطا وعن ناجية الاسلمي مثله ذكر مطلق الناس ولم يفرق بين رفقته وغيرهم والمراد به الفقراء دون الاغنياء بدليل ما نص على تخليته للمساكين في حديث الترمذي وهداياه عليه الصلاة والسلام كانت تطوعا ظاهرا الا الواحد منها لانه كان قارنا والقارن لا يجب عليه أكثر من الواحد ولا يقال أنتم قد استدللتم بأكله عليه الصلاة والسلام على جواز أكل دم القران وكيف يمكنكم القول كانت هداياه تطوعا لانا نقول القارن لا يجب عليه أكثر من واحد والباقي تطوع فأكل عليه الصلاة والسلام من الكل لان المروى انه أمر أن يقطع من كل واحد بضعة فكان فيه دليل على جواز أكل دم القران وعلى جواز أكله للفقراء اذا عطبت في الطريق قال رحمه الله (وتقلد بدنة التطوع والقران والمتعة فقط) لانها دماء نسك وفي التقليد اشهارها فحسنت لذلك لان اظهار الطاعات للاقتداء به حسن قال الله تعالى ان تبدوا الصدقات فنعما هي وفي المحيط يقلد دم النذر لانه دم نسك وعبادة وفيه اظهار الشعائر واشهاره فيليق ذلك بالنسك مع موافقته السنة ولا يقلد دم الجنايات لان سببها الجناية فيليق بها الستر قال عليه الصلاة والسلام من أصاب من هذه القاذورات فليستتر

(قوله وينضح ضرعه) ينضح بكسر الضاد أي يرش اهـ
(قوله حتى ينقطع اللبن) دفعا للضرورة اهـ اتقاني

يسترالله تعالى ولادم الاحصار لانه من باب الجنايات لانه للتحلل قبل أوانه فالحق بها ولو فعل ذلك لا يضره ذكره في المبسوط والتقليد تعليق القلادة على الهدى والمراد بالهدى الجزور والبقرة دون الغنم لان التقليد للاعلام بانها هدى حتى لا تهاج اذا وردت ماء أو كلأ وفي الغنم لا يفيد لعدم التعارف بالتقليد وقال الشافعي رحمه الله تقلد الغنم لقول عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى الى البيت غنما فقلدها رواه البخاري ومسلم وغيرهما قلنا انه لا يفيد لان الناس قد تركوه ولو كانت سنة معروفة لما تركوه وما رواه شاذ لانه انفرد به الاسود بن يزيد ولم يذكره غيره وهو يوجب التوقف ألا ترى انها لا تشعر ولا تجلل لعدم الفائدة ثم ان بعث الهدى يقلده من بلده وان كان معه فمن حيث يحرم هو السنة والله أعلم

﴿مسائل منثورة﴾ قال رحمه الله (ولو شهدوا بوقوفهم قبل يومه تقبل وبعده لا) أى أهل عرفة لو وقفوا في يوم وشهد قوم انهم وقفوا قبل يوم الوقوف بان شهدوا أنهم وقفوا يوم التروية تقبل وعليهم الاعادة ولو شهدوا بأنهم وقفوا بعد يوم الوقوف بان شهدوا أنهم وقفوا يوم النحر لا تقبل ويجزيهم حجهم وهذا استحسان والقياس أنه لا يجزيهم لانه عرف عبادة مختصا بزمان ومكان فلا يكون عبادة دونهما فصار كما لو وقفوا قبله وهو يوم التروية أو في غير عرفات وكالجمعة وجه الاستحسان أن هذه شهادة على النفي لان غرضهم نفي حجهم فلا تقبل ولان الحج عبادة وهي لا تدخل تحت الحكم لكونها لا يجبر عليها ولان الاحتراز عن الخطا غير ممكن والتدارك متعذر وفي الامر بالاعادة حرج بين وهو مدفوع بالنص فوجب أن يكتفى به عند الاشتباه بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن في الجملة بأن يزول الاشتباه يوم عرفة ولان العبادة قبل وقتها لا تصح أصلا وبعدها تصح في الجملة فالحقناه بها ترفيها على الناس وبخلاف الجمعة لان المصير الى الاصل وهو الظهر متيسر وان ظهر الغلط في العيدين بان صلوهما بعد الزوال فعن أبي حنيفة أنهم لا يخرجون من الغد فيهما لانه في الفطر فات الوقت وفي الاضحى فاتت السنة وعنه أنهم يخرجون فيهما للعذر وعنه انهم يخرجون للاضحى لبقاء وقته ولا يخرجون للفطر لفواته وان شهدوا يوم التروية أن هذا اليوم يوم

﴿مسائل منثورة﴾ اعلم أن من عادة المصنفين أنهم يذكرون في آخر الكتاب ماشذ وندر من المسائل في الابواب السالفة في فصل على حدة تكثيرا للفائدة ويقولون في أوله مسائل منثورة أو مسائل متفرقة أو مسائل شتى أو مسائل لم تدخل في الابواب اه اتقاني (قوله ولو شهدوا أنهم وقفوا بعد يوم الوقوف) قال الكمال رحمه الله صورتها أن يشهدوا أنهم رأوا هلال ذي الحجة في ليلة كذا اليوم يكون الوقوف منه العاشر وذكر للاستحسان أوجها أحدها أنها قامت على النفي أي نفي جواز الوقوف ومالا يدخل تحت الحكم وليس هذا بشئ لانها قامت على الاثبات حقيقة وهو رؤية الهلال في ليلة قبل رؤية أهل الموقف ثم هو يستلزم عدم جواز وقوفهم ولا حاجة الى الحكم بل الفتوى تفيد عدم سقوط الفرض فيخاطب به وعدم سقوطه هو المراد هنا وصار كما لو رآه أهل الموقف كذلك ثم أخروا الوقوف ثانيها ان شهادتهم مقبولة لما ذكرنا لكن لا يستلزم عدم صحة الوقوف لعدم وقوعه في وقته بل قد وقع في وقته شرعا وهو الذي وقف عليه الناس على اعتقاد أنه التاسع لما روى عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون وأضحاكم يوم تضحون أي وقت الوقوف بعرفة عند الله تعالى اليوم الذي يقف الناس فيه عن اجتهاد ورأى أنه يوم عرفة ثالثها أنها مقبولة لكن وقوفهم جائز لان هذا النوع من الاشتباه مما يغلب ولا يمكن التحرز عنه فلو لم يحكم بالجواز بعد الاجتهاد (٩٢) لزم الحرج الشديد وقد نفاه بفضله الغني عن العالمين فهذا الوجه يصلح بيان حكمة الدليل السمعي المذكور فيما قبله واذا كانت هذه الشهادة لا يترتب عليها عدم صحة الوقوف فلا فائدة في سماعها للامام فلا يسمعها الان سماعها اشهرها بين عامة الناس من أهل الموقف فيكثر القيل والقال فيها وتثور الفتنه وتتكدر قلوب المسلمين بالشك في صحة حجهم بعد طول عنائهم فاذا جاؤا ليشهدوا يقول لهم انصرفوا لا تسمع هذه الشهادة قد تم حج الناس اه ﴿ واعلم أن وقت الوقوف بعرفات ما بين الزوال من يوم عرفة وهو التاسع من ذي الحجة الى طلوع الفجر من يوم النحر فمن أدرك الوقوف في هذا الوقت فقد أدرك الحج والا فقد فاته الحج فيتحلل بأفعال العمرة ويقضي الحج من قابل وقد مضى بيانه فبعد ذلك نقول اذا وقفوا في يوم وشهد الشهود أن ذلك اليوم يوم النحر أجزأهم استحسانا اه عرفة (قوله وجه الاستحسان أن هذه شهادة على النفي) أى لان معناها أنهم لم يحجوا أو فات عنهم الوقوف فلا تسمع الشهادة لان التدارك ليس بممكن وليس فيه الا ايقاع الفتنة اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا وقفوا يوم التروية لان التدارك ممكن) يعنى اذا ظهر لهم خطؤهم والكلام في تصوير ذلك ولا شك أن وقوفهم يوم التروية على أنه التاسع لا يعارضه شهادة من يشهد أنه الثامن لان اعتقاده الثامن انما يكون بناء على ان أول ذي الحجة ثبت باكمال عدة ذي القعدة واعتقاده التاسع بناء على انه رؤى قبل الثلاثين من ذي القعدة فهذه شهادة على الاثبات والقائلون انه الثامن حاصل ما عندهم نفي محض وهو أنهم لم يروا ليلة الثلاثين من ذي القعدة ورآه الذين شهدوا فهذه شهادة لا معارض لها اه فتح (قوله لان التدارك ممكن) أى بأن يقفوا في اليوم الثاني اه اتقاني (قوله ولان العبادة قبل وقتها لا تصح أصلا) ولا يقال له نظير أيضا ألا ترى أن صلاة العصر تقدم عن وقتها يوم عرفة لانا نقول ذلك أمر ثبت بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره اه اتقاني (قوله وبعدها تصح) أى كما في قضاء الصوم والصلاة اه اتقاني (قوله وان شهدوا يوم التروية) أى في اليوم الذي كانوا يزعمون أنه يوم التروية فظهر بشهادة الشهود أنه يوم عرفة اه

(قوله فان أمكن الامام) ينتظر اعراب أمكن زيدا السفر في الباب الرابع من المغني (قوله فاتهم الحج) أي لان يوم النحر جاز يوم الوقوف في حق الجماعة و وقت الوقوف لا يجوز أن يختلف فلا يعتد بما فعله بانفراده اه فتح (قوله ولم يترك الا الترتيب) أي وترك الترتيب لا يضره لانه سنة اه اتقاني (قوله قلنا ان كل جمرة قربة) ولا يقال كل صلاة مقصودة بنفسها أيضا لا تعلق بجوازها بغيرها ومع هذا وجب الترتيب عندكم لانا نقول ثبت ذلك بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم من نام عن صلاة أو نسيها فليصلها اذا ذكرها فان ذلك وقتها اه اتقاني (قوله بخلاف السعي الخ) قال في الهداية بخلاف السعي لانه تابع للطواف لانه دونه اه قوله لانه دونه أي لانفصاله عن البيت ولكنه من جنسه فيعاد تحقيقا للتبعية اه (قوله فيجب عليه الايفاء بما التزم) قال الاتقاني رحمه الله فلو حج راكبا يجزئه لكن يلزمه الجزاء لترك الواجب اه ووجوب المشي عليه أشار اليه في الجامع الصغير لانه قال لا يركب حتى يطوف طواف الزيارة (قوله قيل يمشي من الميقات) وعليه فخر الاسلام والامام العتابي وغيرهما وهو ما صح عندي لانه نذر بالحج والحج ابتداؤه الاحرام وانتهاؤه طواف الزيارة فيلزمه بقدر ما التزم ولا يلزمه غير ذلك وقال شمس الائمة السرخسي يبتدئ المشي من بيته ومال اليه صاحب الهداية لان العرف معتبر في النذر اه والظاهر أنه أراد به المشي من بيته فأقول سلمنا أن العرف معتبر في النذر ولكن لا نسلم أن العرف كما قال ولفظ الناذر دليل على خلافه لما قلنا فلا يوجبه ما لم يلتزمه ولئن سلمنا أن العرف كما قال فنقول لفظ الناذر نفوذ دلالة العرف فلا يعتبر العرف بخلاف ما اذا أوصى أن يحج عنه فانه يحج عنه من بيته لان الوصية تنصرف الى الفرض في الاصل اه اتقاني ﴿تنبيه﴾ اختلف العلماء أن حج الآفاقي راكبا أفضل أم ماشيا فعندنا راكبا أفضل من المشي وهو أحد قولي الشافعي وهو الاصح من قوليه لما روي أنه صلى الله عليه وسلم حج راكبا فاتباعه أولى ولان في الركوب انفاقا ومؤنة بالمال وعونا على قوة النفس لقضاء النسك بصفة الكمال فكان أفضل والقول الثاني له أن المشي أفضل وهو قول داود لقول النبي صلى الله عليه وسلم للماشي فضل على الراكب كفضل ليلة القدر على سائر الليالي ولقول النبي صلى الله عليه وسلم للحاج الراكب بكل خطوة تخطوها ناقته مائة حسنة وللحاج الماشي بكل قدم يرفعه ويضعه

عرفة ينتظر فان أمكن الامام أن يقف مع الناس أو أكثرهم نهارا قبلت شهادتهم قياسا واستحسانا للتمكن من الوقوف وان لم يقفوا عشيته فاتهم الحج وان أمكنه أن يقف معهم ليلا لا نهارا فكذلك استحسانا حتى اذا لم يقفوا فاتهم الوقوف وان لم يمكنه أن يقف ليلا مع أكثرهم لا تقبل شهادتهم ويأمرهم أن يقفوا من الغد استحسانا لما بينا والشهود في هذا كواحد من الناس حتى لو وقفوا بما رأوا ولم يقفوا مع الناس فاتهم الحج لان العبرة للجمع لقوله عليه الصلاة والسلام صومكم يوم تصومون وفطركم يوم تفطرون وعرفتكم يوم تعرفون وأضحاكم يوم تضحون قال رحمه الله (ولو ترك الجمرة الاولى في اليوم الثاني رمى الكل أو الاولى فقط) يعني لو رمى فيه الجمرة الثانية والثالثة وترك الاولى وهي التي تلي مسجد الخيف فان رمى الاولى ثم الباقيتين فجائز وهو أفضل لانه راعى الترتيب المسنون وان رمى الاولى وحدها أجزأه أيضا لانه تلافى المتروك في وقته ولم يترك الا الترتيب وقال الشافعي لا يجزيه ما لم يعد الكل لانه عليه الصلاة والسلام رماه مرتبا فلا يكون غيره مشروعا فصار كما اذا سعى قبل الطواف أو طاف قبل الوقوف أو بدأ بالمروة قبل الصفا قلنا ان كل جمرة قربة قائمة بنفسها لا تعلق لها بغيرها وليس بعضها تابعا للبعض ألا ترى أن جمرة العقبة وحدها يوم النحر قربة تامة وان لم يكن قبلها رمي بخلاف السعي لانه تابع للطواف وهو دونه فلا يعتبر قبل وجود الاصل والسعي بين الصفا والمروة قربة واحدة شرعت بدايتها بالصفا وختمها بالمروة بالنص فلا يجوز تغييره قال رحمه الله (ومن أوجب حجا ماشيا لا يركب حتى يطوف للركن) أي من أوجب على نفسه بالنذر أن يحج ماشيا لا يجوز له أن يركب حتى يطوف طواف الركن وهو طواف الزيارة لانه التزم الحج على صفة الكمال لان المشي أشق على البدن فيجب عليه الايفاء بما التزم كما لو نذر أن يصوم متتابعا ولا يقال كيف يجب عليه المشي بالنذر وهو من شرطه أن يكون له نظير في الشرع وهذا لا نظير له لانا نقول لا بل له نظير لان أهل مكة ومن حولها لا يشترط في حقهم الراحلة بل يجب المشي على كل من قدر منهم على المشي ولو ركب أراق دما لانه أدخل فيه النقص وكذا اذا ركب في أكثره وان ركب الاقل يجب عليه بحسابه من الدم و بطواف الزيارة ينتهي الاحرام فيمشي اليه وطواف الصدر للتوديع وليس بأصل في الحج حتى لا يجب على من لا يودع ولم يذكر في المختصر من أين يبتدئ المشي قيل يمشي من الميقات والاصح أنه يمشي من بيته لانه هو المراد في العرف وهو أملك وفي الاصل خيره بين الركوب والمشي وروى عن أبي حنيفة أنه كره المشي فيه فيكون الركوب أفضل وأتم ولهذا لو أوصى بان يحج عنه لا يجزيه الحج ماشيا حتى يضمن المأمور النفقة لو حج ماشيا ويكون الحج له وقال الفقيه أبو جعفر الهندواني انما يطلق له الركوب اذا كانت المسافة بعيدة بحيث لا يبلغ الا بمشقة عظيمة وفي البخاري عن أنس أنه عليه الصلاة والسلام رأى شيخا يهادى بين ابنين فقال ما له قالوا نذر أن يمشي فقال ان الله عن تعذيب هذا نفسه لغني فأمره أن يركب قالوا والصحيح هو الاول لما ذكرنا أنه التزم بصفة الكمال لكونه أشق على البدن وانما كره أبو حنيفة الجمع بين المشي والصوم لانه عند ذلك يسوء خلقه ويجادل رفيقه وروى عن ابن عباس أنه قال بعدما كف بصره ما تأسفت على شئ كتأسفي على أن لا أحج ماشيا فان الله تعالى قدم المشاة فقال يأتوك رجالا وعلى كل ضامر وكان الحسن بن على رضى الله

سبعمائة ألف حسنة من حسنات الحرم قالوا يارسول الله وما حسنات الحرم قال الحسنة بمائة ألف ولما روى أن ابن عباس أوصى بنيه عند الموت بأن يحجوا مشاة وساق الحديث الأ أنا نقول المراد من هذا الحج من مكة وحوا ليها على ماذكرنا اذ القدرة على الراحلة ليست بشرط فى حقهم لانهم لا يلحقهم زيادة مشقة تخل بنسك الحج لقرب المسافة دل عليه قول ابن عباس لبنيه عند الموت اخرجوا حاجين من مكة حتى ترجعوا الى مكة مشاة فان للحاج الراكب بكل خطوة وساق الحديث فكان المراد من الحديث الحج ماشيا من مكة جمعا بين الحديثين وعملا بهما بقدر الامكان فكأن النبى صلى الله عليه وسلم أراد بهذا تفضيل الحج من مكة وان قربت المسافة على الحج من سائر البلاد وان بعدت المسافة شرفا وتعظيما لها ومن كان به ضعف من أهل مكة لا يقدر على المشى فالركوب له أفضل بناء على ماذكرنا اه كرمانى قال الولوالجى الحاج اذا خرج راكبا كان أفضل لان المشى يجهد الانسان و يسىء خلقه فلا يأمن أن يأثم فى احرامه فى آخر أمره والله أعلم (قوله الا بمشقة عظيمة) أى فاذا قربت والرجل ممن يعتاد المشى ولا يشق عليه ينبغى أن لا يركب وهذا الذى نقله عن الفقيه جمع بين روايتى الاصل والجامع الصغير اه اتقانى

عنهما يمشى فى حجه وجنائبه تقاد بين يديه قال رحمه الله (ولو اشترى محرمة حللها وجامعها) أى لو اشترى جارية قد أحرمت باذن مولاها فللمشترى أن يحللها ويجامعها وفى بعض نسخ الجامع الصغير أو يجامعها والاول يدل على أنه يحللها بغير الجماع كقص ظفر أو شعر ثم يجامعها والثانى أنه يحللها بالمجامعة لانه وان وقع التحليل به صورة لم يقع به فى الحقيقة لانه لا يخلو عن تقديم محظوره من مقدمات الجماع كاللمس والقبلة وبه يقع التحليل فلم يقع الجماع قبل التحليل والاولى أن يحللها بغير المجامعة تعظيما لامر الحج وقال زفر رحمه الله ليس له أن يحللها وعلى هذا الخلاف فى الحرة اذا أحرمت بحج نفل ثم تزوجت فللزوج أن يحللها خلافا له هو يقول إن احرامها صح ولزم فى حال ليس للزوج ولا للمولى فيهما حق فليس لهما أن يبطلاه كما فى الامة اذا تزوجت باذن المولى ثم باعها فليس للمشترى أن يبطله ولنا أن المشترى قائم مقام البائع وقد كان للبائع أن يحللها فكذا للمشترى ولان الاذن انما يحتاج اليه لبقاء الاحرام لا للابتداء فانه يجوز بغير اذنه وله أن يحللها والبقاء فى ملك المشترى والزوج فيشترط اذنهما فيه بخلاف نكاح الامة فانه يحتاج فيه الى الاذن فى الابتداء دون البقاء فاذا وجد فى ملك البائع وقع لازما ولهذا لا يملك البائع فسخه فكذا المشترى وفى الاحرام يملك الا أنه يكره لما فيه من خلف الوعد فكذا يملكه المشترى ولا يكره لعدم الخلف فاذا كان له التحليل لا يردها بالعيب بخلاف النكاح ولو أذن لامرأته بالحج النفل ليس له أن يرجع فيه لملكها منافعها وكذا المكاتبة بخلاف الامة والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب النكاح﴾

لما فرغ من ذكر العبادات شرع فى المعاملات لانها تالية العبادات لما أنها سبب لبقاء العابدين ونسلهم وقدم النكاح على غيره من المعاملات لانه أقرب منزلة من العبادات حتى كان الاشتغال بالنكاح أولى من التخلى للنوافل عندنا وفيه آثار فى توعيد من رغب عنه وتحريض من رغب فيه ولا يلزمه الجهاد لان النكاح شامل لفضيلتين وهو كونه سببا لوجود المسلم والاسلام والجهاد سبب لوجود الاسلام فقط وله فضائل أخر من انتظام مصالح الدارين وقد اجتمع فيه دواعى الشرع والعقل والطبع فكان أولى بالتقديم قال رحمه الله (هو عقد يرد على تملك المتعة قصدا) احترز بقوله قصدا عن عقد تملك به المتعة ضمنا كالبيع

(قوله والجهاد سبب لوجود الاسلام فقط) قال الكمال رحمه الله والحق أن الجهاد أيضا سبب لهما اذ نقل الموصوف من صفة الى صفة أعنى من الكفر الى الاسلام يصحح قولنا انه سبب لوجود المسلم والاسلام فالحق اشتراكهما فى ذلك لكن لا نسبة بينهما فى تحصيل ذلك فان ما يحصل بأنكحة أفراد المسلمين منه أضعاف ما يحصل بالقتال اذ الغالب حصول القتل به أو الذمة دون اسلام أهل الدار فقدم للاكثرية فى ذلك اه وأخر صاحب القدورى النكاح عن المعاملات لان المعاملات الداخلة تحت التكليف ثلاثة أنواع عبادات محضة وهو المقصد من الفطرة كالمعارف الدينية والصلوات والصدقات وما يضاهيها ومعاملات محضة كالبياعات والاجارات والضمانات وما يحكيها وما هو جامع لهما والهبة كالانكحة وما يتبعها وتقديم البسيط على المركب من فضائل العقول اه كاكى (قوله وقد اجتمع فيه دواعى الشرع الخ) فأما دواعى الشرع من الكتاب والسنة والاجماع فظاهرة وأما دواعى العقل فان كل عاقل يحب أن يبقى اسمه ولا يمحى رسمه وما ذاك غالبا الا ببقاء النسل وأما الطبع فان الطبع البهيمى من الذكر والانثى يدعو الى تحقيق ما أعد من المباضعات الشهوانية والمضاجعات النفسانية ولا مزجرة فيها اذا كانت بأمر الشرع وان كانت بدواعى الطبع بل يؤجر عليه بخلاف سائر المشروعات اه أكمل (قوله فى المتن هو عقد الخ) والمراد بالعقد مطلقا نكاحا كان أو غيره مجموع ايجاب أحد المتكلفين مع قبول الآخر سواء كان باللفظين المشهورين من زوجت وتزوجت أو غيرهما مما سنذكر أو كلام الواحد القائم مقامهما أعنى متولى الطرفين اه فتح وكتب ما نصه قال الكمال رحمه الله وهو عقد وضع لتملك المتعة بالانثى قصدا والقيد الآخر لاخراج شراء الامة للتسرى والمراد وضع الشارع لا وضع المتعاقدين له والا ورد عليه أن المقصود من الشراء قد لا يكون الا المتعة اه

والهبة ونحوهما لان المقصود فيها ملك الرقبة ويدخل ملك المتعة فيها ضمنا اذا لم يوجد ما يمنعه ثم يحتاج هنا الى معرفة سبعة أشياء تفسير النكاح شريعة ولغة وسببه وشرطه وركنه وحكمه وصفته أما تفسيره شرعا فقد ذكره في المختصر وأما تفسيره لغة فهو الوطء حقيقة قاله المطرزي والازهري ومنه قول الفرزدق

اذا سقى الله قوما صوب غادية * فلا سقى الله أرض الكوفة المطرا
التاركين على طهر نساءهم * والناكحين بشطي دجلة البقرا

وهو مجاز للعقد لان العقد فيه ضم والنكاح هو الضم حقيقة قال الشاعر

ضممت الى صدري معطر صدرها * كما نكحت أم الغلام صبيها

أي كما ضمت أو لانه سببه فجازت الاستعارة لذلك وسببه تعلق بقاء العالم به بالتناسل والتوالد وشرطه نوعان عام وخاص فالاول المحل القابل والاهلية من العقل والبلوغ والحرية والخاص الاشهاد وركنه الايجاب والقبول وحكمه ثبوت الحل والملك له وثبوت حرمة المصاهرة وصفته إما فرض أو سنة على ما نبين ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وهو سنة وعند التوقان واجب) أي النكاح سنة وعند شدة الاشتياق واجب لمكنه التحرز عن الوقوع في الزنا لان ترك الزنا واجب وما لا يتوصل الى الواجب الا به يكون واجبا كوجوبه وعند عدم التوقان سنة حتى كان الاشتغال به أفضل من التخلي للعبادة النفل عندنا خلافا للشافعي رحمه الله هو يقول إن النكاح من المعاملات حتى صح من الكافر والعبادة أولى منها لانها شرعت لله تعالى وشرع المعاملات للعباد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من كان على ديني ودين داود وسليمان وابراهيم فليتزوج فان لم يجد اليه سبيلا فليجاهد في سبيل الله فجعل النكاح من الدين وقدمه على الجهاد واختار لنفسه الاشتغال به فثبت أنه أفضل وقد ذم قوم أن يتخلوا للعبادة ويطلقوا نساءهم فرد عليهم وقال تناكحوا توالدوا تكثروا فاني أباهي بكم الامم يوم القيامة هذا أمر وقد عرف مقتضاه في موضعه وقال عليه الصلاة والسلام النكاح سنتي فمن رغب عن سنتي فليس مني ولان فيه انتظام المصالح الدينية والدنيوية اذ لا يتهيأ الا بصالح البدن وهي تتعلق بخارج البيت وداخله فكل منهما يقوم بالواحد وفيه استعمال الحكم الذي هو استنان بسنة النبي الموصوف بالخلق العظيم عليه الصلاة والسلام فان تحمل سوء الخلق من أخلاق الابرار وفيه انضمام الذكر الى الانثى غاية الانضمام اذ لا بقاء لهذا العقد الا بالالتئام قال الله تعالى ومن

(قوله قاله المطرزي والازهري) أي وصاحب الصحاح وطلبة الطلبة اه (قوله ومنه قول الفرزدق) وعزاه في الدراية الى النجاشي اه (قوله صوب غادية) الغادية سحابة تنشأ صباحا اه ص (قوله فجازت الاستعارة لذلك) قلت ولهذا لا يسمى غيره من العقود نكاحا كالتسري والهبة والصدقة والاجارة ونحوها لان ذلك ليس سببا للوطء لا محالة اه سروجي (قوله فالاول المحل) قال الكمال وأما المحلية في الشروط العامة وتختلف بحسب الاشياء والاحكام كمحلية المبيع للبيع والانثى للنكاح اه (قوله والخاص الاشهاد) قال الكمال رحمه الله شرطه الخاص به سماع اثنين بوصف خاص يذكر اه وهو أولى من قول الشارح والخاص الاشهاد اذ الاشهاد ليس بشرط اه قال الشيخ باكير رحمه الله وشرطه الخاص حضور شاهدين لا ينعقد الا به بخلاف بقية الاحكام فان الشهادة فيها للظهور عند الحاكم لا للانعقاد اه قال الكمال شرطه الذي لا يخصه الاهلية بالعقل و بالبلوغ وينبغي أن يراد في الولي لا في الزوج والزوجة ولا في متولي العقد فان تزويج الصغير والصغيرة جائز وتوكيل الصبي الذي يعقل العقد ويقصده جائز عندنا في البيع فصحته هنا أولى لانه محض سفير وأما الحرية فشرط النفاذ بلا اذن أحد اه (قوله وركنه الايجاب والقبول) أي حتى لا ينعقد بالتعاطي اه قال في العمادية حتى لو قالت امرأة لرجل زوجتك نفسي منك بدينار فدفع الدينار اليها في المجلس ولم يقل بلسانه شيأ لا ينعقد النكاح وان كان بحضرة الشهود اه قال في التتارخانية نقلا عن السغناقي وهذا العقد لا ينعقد بالتعاطي مبالغة في صيانة الابضاع من الهتك اه (قوله النكاح سنة) أي حالة الاعتدال اه (قوله وعند عدم التوقان سنة) قال الكمال وأما في حالة الاعتدال فداود وأتباعه من أهل الظاهر على أنه فرض عين على القادر على الوطء والانفاق واختلف مشايخنا فقيل فرض كفاية وقيل واجب على الكفاية وقيل مستحب وقيل سنة مؤكدة وهو الاصح وهو محمل قول من أطلق الاستحباب وكثيرا ما يتسامح في اطلاق المستحب على السنة اه مع اختصار قوله وقيل واجب على الكفاية أي وقيل واجب عين كالوتر والاضحية اه غاية (قوله هو يقول الخ) أي لانه ايجاب وقبول كالبيع والشراء اه غاية (قوله فليتزوج) أمر به وهو للوجوب اه غاية (قوله فليجاهد في سبيل الله) ذكره في الفردوس وصححه اه غاية (قوله وقدمه على الجهاد) أي ولا شك أن الجهاد أفضل من النافلة فما كان مقدما على الافضل فهو أفضل قطعا اه غاية (قوله فثبت أنه أفضل) قال شمس الدين سبط ابن الجوزي في ايثار الانصاف وهو قول عامة الصحابة والتابعين وبه قال مالك وأحمد وقال النووي وهو قول بعض الشافعية والمالكية قلت ذكر القرافي في الذخيرة قول مالك والشافعي اه غاية (قوله وفيه انضمام الذكر الى الانثى) أي وبه يحصل الاعفاف اه ﴿ فائدة ﴾ قال الكمال ويستحب مباشرة عقد النكاح في المسجد لانه عبادة وكذا في يوم الجمعة واختلفوا في كراهة الزفاف والمختار لا يكره اذا لم يشتمل على مفسدة دينية وفي الترمذي عن عائشة رضي الله عنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أعلنوا النكاح واجعلوه في المساجد واضربوا عليه بالدف وفي البخاري عنها رضي الله عنها قالت زففنا

امرأة الى رجل من الانصار فقال النبي صلى الله عليه وسلم يا عائشة أما يكون معهم لهو فان الانصار يعجبهم اللهو وروى الترمذي والنسائي عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال فصل ما بين الحلال والحرام الدف والصوت وقال الفقهاء المراد بالدف ما لا جلاجل له والله أعلم اهـ (قوله كما نسخت الرهبانية والخصاء) الخصاء هو الاعتزال عن النساء كما يفعله الرهبان كأنه خصاء معنى اهـ من خط الشارح (قوله في المتن وينعقد بايجاب وقبول الخ) وفي البدائع والفور في القبول ليس بشرط عندنا خلافا للشافعي اهـ غاية وفي التجريد في قبول النكاح في المجلس قول أصحابنا وقال الشافعي على الفور قاله في التتارخانية (قوله بلفظين) المراد باللفظين ما هو أعم من الحقيقة والحكم فيدخل فيه متولي الطرفين أو ما يخص الحقيقة اهـ كمال قال في الدراية وانما قيد انعقاده باللفظ ليخرج الكتابة فانه لو كتب رجل على شيء لامرأة زوجيني نفسك فكتبت المرأة على (٩٦) ذلك الشيء عقيبه زوجت نفسي منك لا ينعقد النكاح كذا في الفوائد الكتابية اهـ (قوله والآخر

آياته أن خلق لكم من أنفسكم أزواجا لتسكنوا اليها وجعل بينكم مودة ورحمة وهذه الوجوه يترجح بها على التخلي للنوافل فان قيل ان الله تعالى مدح يحيى بكونه سيدا وحصورا وهو من لا يأتي النساء مع القدرة عليه فلو كان الاشتغال به أفضل لما استحق المدح بتركه قلنا نحن لا ننكر فضل التخلي للعبادة واستحقاق المدح به ولكن نقول الاشتغال بالنكاح أفضل ويحتمل ان ذلك في شريعتهم ثم نسخ في شريعتنا فصارت العشرة أفضل من العزلة كما نسخت الرهبانية والخصاء قال رحمه الله (وينعقد بايجاب وقبول وضعا للمضي أو أحدهما) أي ينعقد النكاح بالايجاب والقبول بلفظين وضعا للماضي أو وضع أحدهما للماضي والآخر للمستقبل لان النكاح عقد فينعقد بهما كسائر العقود واختص بما ينبئ عن الماضي لانه انشاء تصرف وهو اثبات ما لم يكن ثابتا وليس له لفظ يختص به باعتبار الوضع فاستعمل فيه لفظ ينبئ عن الثبوت وهو الماضي دفعا للحاجة وهذا لان الانشاء يعرف بالشرع لا باللغة فكان ما ينبئ عن الثبوت أولى من غيره لان غرضهما الثبوت دون الوعد وهذا المعنى موجود أيضا فيما اذا كان أحدهما ماضيا والآخر مستقبلا مثل أن يقول زوجني فيقول زوجتك لان قوله زوجني توكيل وانابة وقوله زوجتك امتثال لامره فينعقد به النكاح لان الواحد يتولى طرفي النكاح على ما نبين في موضعه ان شاء الله تعالى ولا يقال لو كان توكيلا لما اقتصر على المجلس لانا نقول هو توكيل في ضمن الامر بالفعل فيكون قبوله بتحصيل الفعل بالمجلس فاذا قام قبل الفعل فقد قام قبل القبول فيبطل ولان قوله زوجني يراد به التحقيق عادة لا السوم لتقدمه عليه غالبا بخلاف البيع ولانه لو لم ينعقد بقوله زوجتك بعد قوله زوجني كان للزوج أن يرجع فيلحق الولي بذلك عار فيتضرر بذلك بخلاف البيع وعلى هذا لو قال جئت خاطبا بنتك أو لتزوجنيها فقال زوجتكها انعقد ولزم قال رحمه الله (وانما يصح بلفظ النكاح والتزويج وما وضع لتمليك العين في الحال) أي لا يصح النكاح الا بهذه الالفاظ واحترز بقوله في الحال عن الوصية لانها تمليك العين بعد الموت لا في الحال وقال الشافعي رحمه الله لا ينعقد الا بلفظ النكاح والتزويج لان التمليك ليس حقيقة فيه ولا مجازا عنه لان التزويج للتلفيق والنكاح للضم حتى يراعى فيه مصالح المتناكحين ولا ضم ولا ازدواج بين المالك والمملوكة أصلا حتى لا يراعى فيه الا مصالح المالك ولان الاشهاد فيه شرط والكناية يحتاج فيها الى النية ولا اطلاع للشهود على النيات ولان التمليك مفسد للنكاح وكذا الهبة من ألفاظ الطلاق حتى يقع الطلاق بقوله وهبتك لاهلك فلا يكون موجبا لضده ولنا قوله تعالى وامرأة مؤمنة ان

مستقبلا) وفي الينابيع يريد بالمستقبل لفظ الامر وفيه وينعقد النكاح بلفظ يصلح للحال والاستقبال مثل أتزوجك وأنكحك اهـ تتارخانية (قوله لان الواحد يتولى طرفي النكاح) أي فلم يكن انعقاده بلفظين وانما اللفظ الاول توكيل منه لا غير بخلاف البيع فانه لا يتولى فيه الواحد طرفي العقد الا الاب والجد استحسانا والفرق بين النكاح والبيع من ثلاثة أوجه أولها أن الحقوق في البيع تتعلق بالوكيل فلو تولى الواحد طرفي البيع أفضى الى التنافي ولا كذلك النكاح فان وكيل الزوج لا يطالب بتسليم المهر ولا غيره من حقوقه لانه سفير فيه وكذا وكيل الزوجة لا يطالب بتسليمها بل هو سفير ومعبر عنها كذا في الغاية وبقية الاوجه مذكورة في الشرح (قوله ولانه) أي الثاني اهـ (قوله ولانه) أي الثالث اهـ (قوله وهبت زوجني) أي واحتاج الى أن يقول بعد قول الولي زوجتك قبلت (قوله فيلحق الولي بذلك عار) ويقال زوجه ابنته فلم يقبله (قوله بخلاف البيع) أي حيث لا عار في رده (قوله فقال زوجتكها الخ) وكذا لو قال لامرأة أتزوجك على ألف درهم فقالت قد تزوجتك على ذلك صح لان النكاح لا يحضره السوم فكان الظاهر من جميع ذلك الايجاب اهـ غاية قال زوجتك بنتي بالف فقال قبلت وسكت عن المهر صح وان قال قبلت ولا أقبل المهر لا يصح لانه رد وعن أبي حفص الكبير يصح لان المال في النكاح تبع قال المرغيناني لو قال زوجني ابنتك فقال ارفعها واذهب بها حيث شئت بحضرة الشهود لا ينعقد وقال الامام محمد بن الفضل ينعقد وفي الذخيرة صرت امرأتي فقالت نعم أو صرت لك اختيار المشايخ أنه ينعقد اهـ غاية (قوله وقال الشافعي) أي وابن حنبل اهـ غاية (قوله لان التمليك ليس حقيقة فيه) أي في النكاح والتزويج اهـ (قوله ولا مجازا عنه) أي عن النكاح والتزويج اهـ (قوله ولنا قوله تعالى وامرأة مؤمنة الخ)

وانما ينعقد بلفظ الهبة اذا طلب الزوج منها النكاح حتى لو طلب منها التمكين من الوطء فقالت وهبت نفسي منك وقبل الزوج لا يكون نكاحا كذا في المطلع واليه أشير في فتاوى القاضي الامام فخر الدين اه وأيضا انما ينعقد بلفظ الهبة اذا كانت المنكوحة حرة أما اذا كانت أمة كان العقد هبة نص عليه العلامة صدر الشريعة رحمه الله في توضيحه في فصل علاقات المجاز (قوله لانا نقول الاختصاص والخلوص الخ) قال في الغاية ولانه لو كان الخلوص أمرين الانعقاد بلفظ الهبة وشرعيته بغير مهر يلزم كثرة الاختصاص بغير دليل مع أن الاصل عدم اختصاصه عن أمته اه قال في الدراية وإمامنا في المسئلة علي رضي الله عنه فان رجلا وهب ابنته لعبد الله بن جزء عند شاهدين فأجاز ذلك علي رضي الله عنه اه (قوله في سقوط) أي الذي لا يجوز خلو النكاح عنه في حق غيره اه (قوله المهر) أي لا في اللفظ فان المجاز لا يختص بحضرة الرسالة اه تنقيح صدر الشريعة (قوله دون لفظ التزويج) خصوصا بالنسبة الى أفصح العرب اه فتح (قوله في أنها لا تحل لاحد) أي لقوله تعالى وأزواجه أمهاتهم اه (قوله في محل يقبلها) احترز به عن البهائم والغلمان والمحارم اه من خط الشارح (قوله والسببية) فاذا ثبت أن تلك الالفاظ سبب لملك المتعة عند عدم المانع الشرعي فاطلاق السبب وارادة المسبب من أقوى طرق المجاز اه غاية (قوله وذكر السرخسي أنها) أي النية اه (٩٧) (قوله ينصرف الى المجاز من غير نية) لان اللفظ اذا لم يحتمل الاوجها واحدا استغنى عن النية اه غاية (قوله ولان كلامنا فيما اذا صرحا به) أي بأن قال الموجب بالكناية أردت بها عقد النكاح فلا اعتبار حينئذ الا لاقراره بالتزام صحة النكاح بالكناية اه غاية (قوله وقال أبو بكر الأعمش لا ينعقد الخ) قال في الهداية وينعقد بلفظ البيع هو الصحيح قال في الدراية بأن قالت المرأة بعتك نفسي أو قال الاب بعت ابنتي منك بكذا وكذا بلفظ الشراء بأن قال اشتريتك بكذا فأجابت بنعم وكان أبو القاسم البلخي يقول بانعقاده واليه أشار محمد في كتاب الحدود حيث قال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها سقط الحد اه وكذا في الغاية السروجية

وهبت نفسها الآية وقوله عليه الصلاة والسلام ملكتكها بما معك من القرآن وردا في النكاح ولا يقال الانعقاد بلفظ الهبة خاص به عليه الصلاة والسلام بدليل قوله تعالى خالصة لك لانا نقول الاختصاص والخلوص في سقوط المهر بدليل انه سماها مقابلة بمن آتى مهرها في قوله انا أحللنا لك أزواجك اللاتي آتيت أجورهن الى قوله وامرأة مؤمنة وبدليل قوله تعالى لكيلا يكون عليك حرج والحرج بلزوم المهر دون لفظ التزويج وبنفي المهر تحصل المنة التي سيق الكلام لاجلها الا باقامة لفظ مقام لفظ ويحتمل ان يكون الخلوص في انها لا تحل لاحد بعده ولان التمليك سبب لملك المتعة بواسطة ملك الرقبة في محل يقبلها والسببية طريق من طرق المجاز وقوله التمليك مفسد للنكاح والهبة من ألفاظ الطلاق الخ ينتقض بقوله تزوجي فان الفرقة تقع به اذا نوى به الطلاق وهو من ألفاظ الطلاق والتمليك لا يفسد النكاح من حيث انه محرم عليه أمته وانما يفسده من حيث انه أبطل مالكية المرأة لان المرأة ثبت لها بالنكاح ضرب ملك على الزوج في مواجب النكاح من طلب القسم وتقدير النفقة والسكنى والمنع عن العزل وغيرها وبالتمليك بطل ذلك وصارت مملوكة محضة والجواب عن قولهم لا اطلاع للشهود على النيات انها ليست بشرط مع ذكر المهر وذكر السرخسي أنها ليست بشرط مطلقا لعدم اللبس كقولهم للشجاع أسد وكما لو حلف انه لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى المجاز من غير نية ولان كلامنا فيما اذا صرحا به ولم يبق الاحتمال وقال أبو بكر الاعمش لا ينعقد النكاح بلفظ البيع لانه تمليك المال بالمال والمملوك به غير مال قلنا طريق المجاز موجود فيه فصار كالهبة واليه أشار محمد رحمه الله في كتاب الحدود وقال اذا زنى بامرأة ثم قال تزوجتها أو اشتريتها سقط الحد فسوى بينهما وجعله دعوى النكاح وبلفظ السلم قيل ينعقد وقيل لا ينعقد وكذا في الصرف روايتان وفي القرض قيل ينعقد وقيل لا ينعقد وقيل الاول قياس قولهما والثاني قياس قول أبي يوسف بناء على ان الملك فيه بالقبض يثبت عندهما وعنده لا يثبت وبالجعل ينعقد على الصحيح ولا ينعقد بلفظ الوصية لانها توجب الملك مضافا الى ما بعد الموت وفي النوادر اذا قال أوصيت لك بابنتي للحال ينعقد

(قوله والمملوك به) أي (١) منفعته وهي اه (قوله طريق المجاز موجود) أي وهو أن البيع يوجب ملكا هو سبب ملك المنفعة في محله (قوله وبلفظ السلم قيل ينعقد) أي لانه يفيد ملك الرقبة وينعقد السلم في الحيوان حتى لو قبضه ملكه ملكا فاسدا اه سروجي (قوله وقيل لا ينعقد) أي لان السلم في الحيوان لا يجوز اه غاية (قوله وكذا في الصرف روايتان) قيل لا ينعقد لانه عقد خاص في أحد النقدين وقيل ينعقد به لانه يفيد الملك في العين ففي المنفعة أولى اه غاية قال الكمال وظاهر هذا انهما قولان وان منشأهما الروايتان اه قوله لانه يفيد الملك في العين أي في الجملة اه فتح (قوله وفي القرض قيل ينعقد) لانه يفيد ملك الرقبة للمستقرض اه غاية (قوله وقيل لا ينعقد) أي لانه اعارة اه غاية (قوله وبالجعل ينعقد الخ) وقد ذكر المصنف في آخر الكتاب في المسائل التي بالفارسية أنه ينعقد بالجعل اه قال المرغيناني النكاح لا ينعقد بالجعل قال في الذخيرة هذا ليس بصحيح وفي نوادر ابن رستم عن أبي يوسف اذا قالت المرأة لرجل جعلت لك نفسي بألف بحضرة الشهود فقال قبلت يكون نكاحا وذكر السرخسي في دعوى الجامع اذا قال جعلت ابنتي هذه لك بألف كان نكاحا المعنى والعبرة في العقود للمعاني وفي المحيط وينعقد بلفظ الجعل وبلفظ الرجعة ان كانت مبانة اه وفي الرهن اختلاف المشايخ وقال الجرجاني لا ينعقد بالاقالة لانها للفسخ

(١) (قوله أي منفعته وهي) هكذا في النسخ التي بأيدينا ولعل هنا سقطا فحرر اه مصححه

لانه تمليك للحال بخلاف ما اذا أطلق ولا ينعقد بلفظ الاجارة في الصحيح لانها ليست بسبب لملك المتعة والانعقاد باعتباره وفيه خلاف الكرخي هو يقول ان المستوفى في النكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى بدله أجرة بقوله فآتوهن أجورهن فتثبت المشاكلة بينهما قلنا المملوك بالنكاح له حكم العين حتى كان التأبيد من شرطه كتمليك العين والتأقيت مفسد له فتثبت المضادة بينهما فلا تصح الاستعارة ولو جعلت المرأة أجرة ينبغي أن ينعقد اجماعا لانه يفيد ملك الرقبة ولا ينعقد بلفظ الاعارة خلافا للكرخي وقد بينا الوجه من الجانبين ولا بلفظ الاباحة والاحلال والتمتع والاجازة بالزاي والرضا والابراء ونحوها لانها لا تفيد ملك المتعة وذكر في جوامع الفقه ان كل لفظ موضوع لتمليك العين ينعقد به النكاح ان ذكر المهر والا فالنية وما ليس بموضوع له لا ينعقد به واختلفوا في انعقاده بلفظ لا يعلمان انه نكاح والحاصل ان كناياته على ثلاثة أنواع ما ينعقد به اجماعا وما لا ينعقد به اجماعا وما هو مختلف فيه وقد مضى ذكره فاحفظه قال رحمه الله (عند حرين أو حر وحرتين عاقلين بالغين مسلمين ولو فاسقين أو محدودين أو أعميين أو ابني العاقدين) يعني ينعقد بتلك الالفاظ التي تقدم ذكرها اذا وجدت عند رجلين حرين أو رجل حر وامرأتين حرتين يعني به حضور الشهود ولا ينعقد الا بحضورهم وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي يجوز بغير شهود وزوج ابن عمر بغير شهود وكذا فعل الحسن بن علي وابن الزبير رضي الله عنهم وقال الزهري ومالك يجوز بغير شهود اذا أعلنوا وهو قول أهل المدينة لقوله عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف وعلى هذا قال مالك لو عقد بحضرة شاهدين وشرط كتمان العقد لا يجوز لما روينا ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن نكاح السر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بشهود وأتى عمر بن الخطاب رضي الله عنه بنكاح لم يشهد عليه الا رجل وامرأة فقال هذا نكاح السر فلا أجيزه ولا يلزمنا ما رووا فيه لانه بحضور الشاهدين يحصل الاعلان ويخرج من أن يكون سرا ثم لا بد من اعتبار الحرية والعقل والبلوغ لان العبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الولاية والشهادة من باب الولاية لانها نفوذ قول الانسان على الغير رضي أو لم يرض

موضوعة وكذا الصلح لكونه لاسقاط الحق لا لابتداء العقد وقال السرخسي ينعقد بلفظ الصلح والعطية اهـ غاية السروجي (قوله لانه تمليك للحال) وينبغي أن لا يختلف في صحته حينئذ اهـ فتح وأما لفظ الرد هل ينعقد به النكاح ذكر في كتاب النكاح املاء رواية بشر بن غياث أن من طلق امرأته طلاقا بائنا فقالت رددت نفسي عليك فقال الزوج قبلت كان نكاحا قال الشيخ الامام أبو العباس الناطفي والرد قد يكون في حكم الابتداء اهـ تتارخانية (قوله ولا ينعقد بلفظ الاجارة) أي بان تقول المرأة آجرت نفسي منك بكذا أو يقول الاب آجرت ابنتي منك بكذا ونوى به النكاح وأعلم الشهود اهـ (قوله وفيه خلاف الكرخي) وما قاله رواية عن أبي حنيفة اهـ (قوله والتأقيت مفسد له) أي والتأقيت شرط صحة الاجارة اهـ غاية (قوله ولو جعلت المرأة أجرة) أي أو رأس مال السلم اهـ فتح وكتب ما نصه بان قال لرجل استأجرت دارك بابنتي هذه أي أو أسلمتها اليك في كر حنطة اهـ فتح (قوله ينبغي أن ينعقد) أي النكاح اهـ (قوله والرضا والابراء) أي والشركة والاعتاق والكتابة والولاء والايداع اهـ غاية (قوله وما ليس بموضوع له الخ) وكل لفظ لا ينعقد به النكاح تنعقد به الشبهة حتى يسقط به الحد ويجب لها الاقل من المسمى ومن مهر المثل ان دخل بها اهـ فتح (قوله واختلفوا في انعقاده بلفظ لا يعلمان الخ) لو لقنت المرأة زوجت نفسي بالعربية ولا تعلم معناه وقبل والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون صح كالطلاق وقيل لا كالبيع كذا في الخلاصة اهـ فتح (قوله ما ينعقد به اجماعا) أي من مشايخنا وذلك كالتمليك والهبة والصدقة ونحوها اهـ (قوله في المتن عند حرين) يتعلق بقوله ينعقد أو بقوله يصح اهـ وقوله عند حرين وكتب ما نصه قال العيني ثم قول الشيخ عند حرين يدل على ان المراد حضورهما لا سماعهما لان عند للحضرة اهـ (قوله أو محدودين) قال في الحقائق محل الخلاف المحدودين قبل ظهور التوبة اذ بعده ينعقد اتفاقا اهـ ابن فرشتا (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا نكاح الا بشهود) رواه الدارقطني اهـ فتح والشهود الحضور إما مصدر بمعنى الحضرة ويجوز أن يكون جمع شاهد كالسجود جمع ساجد والثاني أظهر اهـ كاكي (قوله لان العبد والصبي والمجنون ليسوا من أهل الولاية الخ) والمدبر والمكاتب كالقن لا ينعقد بشهادتهم ولو حضر العبد والصبي العقد مع غيرهما ممن تصح شهادته ثم عتق العبد وبلغ الصبي واحتيج الى الاداء لجحد النكاح فشهدا به دون من كان معهما من العقد بحضوره جازت شهادتهما وان لم يكن صحة العقد كانت بحضورهما هذا ومذهب أحمد رضي الله عنه جواز شهادة العبد مطلقا واستبعد نفيها لانه لا كتاب ولا سنة ولا اجماع في نفيها وحكى عن أنس رضي الله عنه أنه قال ما علمت أحدا رد شهادة العبد والله تعالى يقبلها على الامم يوم القيامة فكيف لا يقبل هنا ويقبل شهادته على النبي صلى الله عليه وسلم في رواية الاخبار والذي ذكر من المعنى وهو ان الشهادة من باب الولاية ولا ولاية له مما يمنع فانه لا تلازم عقلا بين تصديق مخبر في اخباره بما شاهده بعد كونه عدلا تفاوت بين كونه مملوك المنافع ولا شرعا لم لا يجوز أن يبتلي عبد من الله بالرق ويقبل اخباره كيف وليس الشرط هنا كون الشاهد ممن يقبل أداؤه ولا أداء لهما وغاية ما يلم فيه انه لما لم يجعل له ولاية على نفسه شرطا ولم يصح له تصرف التحق بالجمادات في حق العقود فكان حضوره كلا حضور وأما ما ذكره في المبسوط حيث قال ولان

ولابد من اشتراط الاسلام فى أنكحة المسلمين لانه لا شهادة للكافر على المسلم اذ لا ولاية له عليه قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولا يشترط وصف الذكورة عندنا حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين خلافا للشافعى رحمه الله بناء على أصله ان شهادة النساء فى غير المال وتوابعه غير مقبولة عنده وسيعرف فى الشهادات ان شاء الله تعالى ولا يشترط العدالة حتى ينعقد بحضرة فاسقين وقال الشافعى لا ينعقد لان الشهادة من باب الكرامة والفاسق من أهل الاهانة ولان الشهادة فيه معقولة المعنى وهو صون العقد عن الجحود وهو لا يثبت بشهادتهما ولنا أنه من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة وهذا لانه لما لم يحرم الولاية على نفسه لا يحرم على غيره لانه من جنسه ولانه من أهل الامامة الكبرى ومن ضرورة كونه أهلا لها أن يكون أهلا للقضاء ويلزم منه أن يكون أهلا للشهادة وقيل هذه المسئلة مبنية على أن الفسق لا ينقص من ايمانه شيأ وعلى أن العمل من شرائع الايمان لا من نفسه وعنده الشرائع من نفس الايمان و يزداد بالطاعة وينتقص بالمعصية فجعل نقصان الدين كنقصان الحال بالرق وغيره وهذا لا يستقيم لان الفاسق انما ردت شهادته عند الاداء للتهمة ولا تهمة هنا لتقبله وما قاله الشافعى من صون العقد عن الجحود يبطل بابنى العاقدين وبابنى أحدهما وكذا بالمستورين وبعدويهما على الاصح عندهم والمحدود فى القذف من أهل الولاية فيكون من أهل الشهادة تحملا وانما الفائت ثمرة الاداء بالنهى لجريمته فلا يبالى بفواته كما فى شهادة العميان وابنى العاقدين ثم قيل الشرط فيه حضور الشاهدين لا سماعهما وفى رواية لا بد من سماعهما ولو عقد بحضرة النائمين جاز على الاصح ولا ينعقد بحضور الاصمين على المختار وبحضرة السكارى صح اذا فهموا وان لم يذكروا بعد الصحو ولو عقد بحضرة هنديين لم يفهما كلامهما لم يجز وان سمع أحد الشاهدين فأعيد على الآخر فسمعه دون الآخر لم يصح الا فى رواية عن أبى يوسف استحسانا اذا اتحد المجلس ولو كان أحدهما أصم فأعاد عليه صاحبه حتى سمع لا يجوز ولو سمع أحدهما كلام الزوج والآخر كلام المرأة ثم أعيد فسمع الذى كان سمع كلام الزوج كلام المرأة والآخر كلام الزوج لا يجوز عند العامة وقال أبو سهل ان اتحد المجلس يجوز قال رحمه الله (وصح تزويج مسلم ذمية

النكاح يعقد فى محافل الرجال والعبيد والصبيان لا يدعون فى محافل الرجال عادة فكان حضورهما كلا حضور وحاصله ان اشتراط الشهادة انما هو لاظهار الخطر ولا خطر فى احضار مجرد العبيد والصبيان وكذا أهل الذمة فى أنكحة المسلمين وكذا النساء منفردات عن الرجال فشمل هذا الوجه نفى شهادة الكل واعتباره أولى أن ينفى شهادة السكارى حال سكرهم وعربدتهم وان كانوا بحيث يذكرونها بعد الصحو وهذا الوجه الذى أدين به اه كمال رحمه الله (قوله حتى ينعقد بحضور رجل وامرأتين الخ) وأجاز النكاح بشهادة رجل وامرأتين معا الشعبى وداود وأصحابه وكذا فى اشارة ابن حنبل ذكره فى المغنى واختاره أبو محمد بن حزم وجوزه بشهادة أربع من النساء اه غاية وفى شرح الارشاد وأجمعوا أن النكاح لا ينعقد بشهادة النسوة المنفردات لانهن يقمن مقام رجل واحد وبشهادة الواحد لا ينعقد وهكذا فى المبسوط اه كاكى (قوله انه) أى الفاسق اه (قوله فيكون من أهل الشهادة) أى حتى لو حكم به حاكم نفذ حكمه اه غاية (قوله لانه) أى لان الغير من جنس الفاسق ويجوز قلبه اه كمال (قوله ومن ضرورة كونه أهلا لها أن يكون أهلا للقضاء) أى لان تقلد القضاء انما يكون من الامام اه كافى (قوله ويلزم منه أن يكون أهلا للشهادة) أى لان القاضى لا بد أن يكون أهلا للشهادة اه كافى (قوله أن الفسق لا ينقص من ايمانه شيأ) أى عندنا اه (قوله بالرق وغيره) أى كالصغر اه (قوله على الاصح عندهم) أى ولا يثبت بهما اه غاية (قوله ثم قيل الشرط فيه حضور الشاهدين لا سماعهما) قال الكمال رحمه الله وهو قول جماعة منهم القاضى على السغدى ونقل عن أبواب الامان من السير الكبير أنه يجوز وان لم يسمعوا وعلى هذا جوزه بالاصمين والنائمين والصحيح اشتراط السماع لانه المقصود بالحضور ثم قال الكمال بعد ورقة ونص القدورى وغيره على اشتراط السماع لانه المقصود بالحضور فلا يجوز بالاصمين على ما هو الاصح وعن اشتراط السماع ما قدمنا فى التزوج بالكتاب من أنه لا بد من سماع الشهود ما فى الكتاب المشتمل على الخطبة بأن تقرأ المرأة عليهم أو سماعهم العبارة عنه بأن تقول ان فلانا كتب الى يخطبنى ثم تشهد أنها زوجته نفسها أما لو لم تزد على الثانى لا يصح على ما قدمنا فى التفريع ولقد أبعد عن الفقه وعن الحكمة الشرعية من زاد النائمين ونص فى فتاوى قاضيخان عليه اذا لم يسمعا كلامهما ثم الشرط أن يسمعا معا كلامهما مع الفهم أما الاول فذكر فى روضة العلماء أنه الاصح قال وبه أخذ عامة العلماء اه اذ لو سمع أحد الشهود ثم أعيد على الآخر فسمعه وحده لم يكن الثابت على كل عقد سوى شاهد واحد وعن أبى يوسف ان اتحد المجلس جاز استحسانا والا فلا وعنه لا بد من سماعهما معا وأما الثانى فعن محمد لو تزوجها بحضرة هنديين لم يفهما لم يجز وعنه ان أمكنهما أن يعبرا ما سمعا جاز والا فلا وحكى عن فتاوى قاضيخان خلافا فيه وجعل الظاهر عدم الجواز اه فتح (قوله وفى رواية لا بد من سماعهما) قال فى جمع التفاريق لا بد من سماع الشهود كلامهما وفى نظم الزندويستى الاصح أن سماعهما معا شرط وبه أخذ عامة العلماء اه وفى المحيط ولا تقبل شهادة الكفار والصبيان والعبيد والمدبرين والمكاتبين والمجانين والنائمين والاصمين الذين لا يسمعون العاقدين اه كاكى (قوله جاز على الاصح) كذا ذكر فى القنية

عند ذميين) يعني بشهادة ذميين وقال محمد وزفر لا يصح لان السماع في النكاح شهادة ولا شهادة للكافر على المسلم فلا يصح سماعهما كلام المسلم بطريق الشهادة وشرط انعقاده سماع الشاهدين شطري العقد ولم يوجد فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلامه ولهما أن الشهادة انما شرطت في النكاح لما فيه من اثبات ملك المتعة له عليها تعظيما للجزء الآدمي لشرفه لا لثبوت ملك المهر عليه لان وجوب المال لا يشترط فيه الشهادة كالبيع وغيره وللذمي شهادة على مثله لولايته عليه ولهذا لو باشر عقدها نفذ عليه بخلاف ما اذا لم يسمعا كلام الرجل أصلا لان الشهادة معتبرة لصحة العقد وهي تتوقف على الشطرين فلا بد من سماع الشطرين ثم اذا وقع التناكر بينهما فان كان الزوج هو المنكر لا تقبل شهادتهما عليه وان كانت هي المنكرة قبلت شهادتهما عليها ونظيره ما لو تزوج رجل امرأة بشهادة ابنيه من غيرها ثم تجاحدا لا تقبل شهادتهما ان كانت هي المنكرة لانهما يشهدان لابيهما وان كان الاب هو المنكر قبلت شهادتهما عليه وكذا لو تزوجها بشهادة ابنيها من غيره ثم تجاحدا فان كانت هي المنكرة تقبل والا لا تقبل لما قلنا ولو تزوجها بشهادة ابنيهما ثم تجاحدا لا تقبل مطلقا لانهما يشهدان لغير المنكر منهما وعند محمد لما لم يصح النكاح بشهادة الكافرين لا تقبل شهادتهما مطلقا الا اذا قالا كان معنا مسلمان فتقبل شهادتهما عليها دونه وروى عنه انها لا تقبل فيه أيضا لاثباتهما فعل المسلم ولا يثبت فعله بشهادة الكافر كمسلم ادعى عبدا في يد ذمي فجحده فأقام المسلم شاهدين كافرين على أن العبد عبده قضى له به قاضي فلان لا تقبل شهادتهما لما فيه من اثبات فعل القاضي بشهادتهما ولو أسلما ثم اديا الشهادة تقبل عندهما مطلقا وعند محمد لا تقبل لعدم صحة العقد الا اذا قالا كان معنا مسلمان عند العقد قال رحمه الله (ومن أمر رجلا أن يزوج صغيرته فزوجها عند رجل والاب حاضر صح والا لا) أي وان لم يكن الاب حاضرا لا يصح لان الاب اذا كان حاضرا يجعل مباشرا لاتحاد المجلس فيبقى الوكيل المزوج سفيرا ومعبرا فيكون شاهدا مع الرجل بخلاف ما اذا كان الاب غائبا لان المجلس مختلف فلا يمكن أن يجعل الاب مباشرا فلا ينتقل كلام الوكيل اليه فيبقى الرجل وحده شاهدا وبه لا ينعقد النكاح وقوله ومن أمر رجلا وقع اتفاقا لانه لو أمر امرأة فعقدت بحضرة رجل وامرأة أخرى والاب حاضر كان الحكم كذلك وكذا قوله عند رجل وقع اتفاقا لانه لو عقد بحضرة امرأتين والاب حاضر كان الجواب كذلك وعلى هذا لو زوج الاب بنته البالغة بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز وان كانت غائبة لم يجز لما ذكرنا والاصل في جنس هذه المسائل انه متى أمكن مباشرته حقيقة يجعل مباشرا حكما والا فلا ولهذا جعل الزوج واطئا حكما بالخلوة الصحيحة ما لم يكن عاجزا حقيقة أو شرعا وكذا الجاهل بالاحكام في دار الاسلام جعل عالما تقديرا لتمكنه من التحصيل بخلاف ما اذا كان في دار الحرب وعلى هذا لو زوجت المرأة ابنتها البالغة برضاها بحضرة رجل وامرأة جاز بحضرتها وان كانت غائبة لم يجز لما قلنا وان كانت البنت صغيرة لم يجز سواء كانت حاضرة أو لا لعدم الانتقال كالاب اذا زوج الصغيرة بحضرة رجل واحد ومن هذا الجنس لو وكل رجلا أن يزوجه امرأة فعقد الوكيل بحضرة رجل واحد أو امرأتين فان كان الموكل حاضرا جاز والا فلا وعلى هذا لو وكلت امرأة رجلا أن يزوجها فعقد بحضرة رجل أو امرأتين جاز ان كانت حاضرة والا فلا ولو وكل رجلا أن يزوج عبده فزوج الوكيل

(قوله وقال محمد وزفر) أي والشافعي وابن حنبل اهـ غاية (قوله فصار كأنهما سمعا كلام المرأة دون كلامه) قلت وفي هذا اختلاف قد تقدم من قريب اهـ سروجي (قوله ولهذا) أي ولكون الذمي له ولاية على مسلمة لو باشر الذميان عقد الذمية على المسلم بان كانا وليين لها أو وكيلين نفذ على الزوج والله أعلم هذا ما ظهر حال المطالعة ثم وقفت عليه بعد هذا في الغاية وهاك عبارتها وفي المبسوط ولهما طريقان أحدهما أن الذمي يصلح وليا للذمية في تزويجها وقابلا لهذا العقد فيصلح شاهدا فيه على ما مر بل أولى لان الايجاب والقبول ركن للعقد والشهادة شرطه فاذا قام الذي بركنه فبشرطه أولى اهـ (قوله فلا بد من سماع الشطرين) أي مع أن فيه معنى على ما مر اهـ غاية ألا ترى أنه لو كان معهما مسلمان عند العقد فأسلما وشهدا بالعقد عند انكار المسلم قبل بالاتفاق اهـ غاية (قوله لا تقبل شهادتهما عليه) أي بالاجماع اهـ غاية (قوله وروى عنه أنها لا تقبل فيه أيضا) قال في البدائع هو الصحيح من مذهبه اهـ غاية (قوله وبه لا ينعقد النكاح) قال في النهاية هذا تكلف غير محتاج اليه في المسئلة الاولى لان الاب يصلح أن يكون شاهدا في باب النكاح فلا حاجة الى نقل المباشرة من المأمور الى الآمر حكما وانما يحتاج اليه في المسئلة الاخيرة وهي ما اذا زوج الاب ابنته البالغة بحضرة شاهد واحد فان كانت حاضرة جاز بنقل مباشرة الاب اليها لعدم صلاحيتها للشهادة على نفسها وان كانت غائبة لم يجز لان الشيء انما يقدر أن لو تصور تحقيقا وأقول العبد أرى أنه لا فرق بين الصورتين في الاحتياج الى ذلك التكلف وذلك لان الاب اذا كان حاضرا لا يصلح أن يكون شاهدا في نكاح امر به لان الوكيل سفير ومعبر فكان الاب هو المزوج ولا يجوز أن يكون المزوج شاهدا واذا انتقل اليه المباشرة أيضا صار هو المزوج من كل وجه فجاز أن يكون الوكيل شاهدا اهـ أكمل (قوله كان الحكم كذلك) وكذا قوله صغيرته قيد اتفاقي لان البالغة يقوم والدها مقام شاهد اهـ (قوله ولهذا جعل الزوج واطئا حكما بالخلوة الصحيحة) أي في حق تكميل المهر اهـ غاية

(قوله لان العبد لا ينتقل اليه) قال فى الغاية لان العبد لا ينتقل اليه العبارة لان الوكيل ليس بوكيل من جهة العبد حتى ينتقل عبارته اليه فبقى الوكيل مزوجا الاشاهدا اه (قوله وان أذن لعبده) أى أو أمته اه فتح (قوله وقال المرغينانى الخ) قال الكمال رحمه الله ومما ذكر فى مسئلة وكيل السيد يظهر أن ثبوت الصحة فيما اذا زوّج السيد عبده أو أمته بحضورهما مع شاهد محل نظر لان مباشرة السيد ليس فكالمحجر عنهما فى التزوّج مطلقا والاصح فى مسئلة وكيله ولذا خالف فى صحتها المرغينانى قال وقال أستاذى فيهما روايتان أى فى وكيل السيد والسيد اه ﴿فصل فى المحرمات﴾ المحرمات المؤبدة ثنتان وعشرون سبع بالنسب وهن المذكورات فى قوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله تعالى وبنات الاخت وأربع بالصهر وهن أمهات النساء والربائب وحليلة الابن ومنكوحة الاب فهذه احدى عشرة ومثلهن بالرضاع والمحرمات المؤقتة سبع الجمع بين الاختين وتزويج الخامسة (١٠١) وعنده أربع وتزويج الامة على الحرة وتزويج الاربع فى عدة الموطوأة بشبهة وكذا تزويج أختها وأمة الرجل اذا كاتبها والمشركة على المؤمن كذا فى المشور اه مستصفى (قوله وهن فروعه) أى وهم بناته وبنات أولاده وان سفلن اه (قوله وأصوله) أى وهم أمهاته وأمهات أمهاته وآبائه وان علوا اه (قوله وفروع أبويه وان نزلوا) أى فتحرم بنات الاخوة والاخوات وبنات أولاد الاخوة والاخوات وان نزلن اه (قوله اذا انفصلوا ببطن واحد) فلهذا تحرم العمات والخالات وتحل بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات اه (قوله فروع نسائه المدخول بهن) أى وان نزلن اه (قوله وأصولهن) أى وان علون اه وان لم يدخل بالزوجات اه فتح قال الكمال رحمه الله وتحرم موطوآت آبائه وأجداده وان علوا ولو بزنا والمعقود لهم عليهن بعقد صحيح وموطوآت أبنائه وأبناء أولاده وان سفلوا ولو بزنا والمعقود لهم عليهن بعقد صحيح اه (قوله قال تعالى هن أم الكتاب أى أصله) أى أصل يرد اليه المتشابه اه كافى (قوله من تحتها) لفظة من ليست فى خط الشارح (قوله وبغير واسطة حقيقة) لان الام على هذا من قبيل المشكك اه كمال (قوله أو نقول ثبتت حرمة الجدات الخ) وفى البدائع اسم الام يتناول الجدة مجازا ولهذا كان من نفى ذلك صادقا وهو مما تعلم به الحقيقة من المجاز وقد تأيد ذلك بالشرع فان من قال لست بابن فلان لجده لا يصير قاذفا اه غاية (قوله وبنات الاولاد بالاجماع) أى ان لم يكن اطلاق الام على الاصل بطريق الحقيقة حتى لا يتناول النص الجدات والتحقيق ان الام مراد به الاصل على كل حال لانه ان استعمل فيه حقيقة فظاهر والا فيجب أن يحكم بارادته مجازا فتدخل الجدات فى عموم المجاز والعرف لارادة ذلك فى النص والاجماع على حرمتهن ولم يثبت عند المصنف اطلاق لفظ البنت على الفرع حقيقة فلذا اقتصر فى حرمة بنات الاولاد على الاجماع فظاهر بعض الشروح ثبوته اه فتح

العبد امرأة بشهادة رجل أو امرأتين والعبد حاضر لا يجوز لان العبد لا ينتقل اليه لعدم التوكيل من جهته وان أذن لعبده أن يتزوّج فتزوّج بشهادة المولى ورجل آخر فقد قيل لا يجوز لانه وكيل فتنتقل عبارته الى المولى فيكون كأنه زوّجه بشهادة رجل واحد قالوا هذا ليس بصواب لانه مخالف لاصل أصحابنا فان أصلهم أن العبد يتصرف بأهلية نفسه والاذن فك الحجر وليس بتوكيل ولا ينتقل الى المولى فيصلح شاهدا ولو زوّج المولى عبده البالغ امرأة بحضرة رجل واحد والعبد حاضر صح لان المولى يخرج من أن يكون مباشرا فينتقل الى العبد والمولى يصلح أن يكون شاهدا وان كان العبد غائبا لم يجز وعلى هذا الامة وقال المرغينانى لا يجوز فكان فى المسئلة روايتان ثم اذا وقع التجاحد بين الزوجين فى هذه المسائل فللمباشر أن يشهد وتقبل شهادته اذا لم يذكر انه عقده بل قال هذه امرأته بعقد صحيح ونحوه وان بين لا تقبل لانه شهادة على فعل نفسه قال رحمه الله

﴿فصل فى المحرمات﴾ اعلم أن المحرمات أنواع النوع الاوّل المحرمات بالنسب وهن أنواع فروعه وأصوله وفروع أبويه وان نزلوا وفروع أجداده وجداته اذا انفصلوا ببطن واحد والنوع الثانى المحرمات بالمصاهرة وهن أنواع أربعة فروع نسائه المدخول بهن وأصولهن وحلائل فروعه وحلائل أصوله والنوع الثالث المحرمات بالرضاع وأنواعهن كالنسب والنوع الرابع حرمة الجمع وهى أنواع حرمة الجمع بين المحارم وحرمة الجمع بين الاجنبيات كالجمع بين الخمس أو بين الحرة والامة والحرة متقدمة والنوع الخامس المحرمة لحق الغير كمنكوحة الغير ومعتدته والحامل بثابت النسب والنوع السادس المحرمة لعدم دين سماوى كالمجوسية والمشركة والنوع السابع المحرمة للتنافى كنكاح السيدة مملوكها وسيأتى تفصيل كل نوع بدليله ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (حرم تزوّج أمه وبنته وان بعدتا) لقوله تعالى حرمت عليكم أمهاتكم وبناتكم والجدات أمهات وبنات الاولاد بنات اذ الام هى الاصل لغة والبنت هى الفرع قال الله تعالى هن أم الكتاب أى أصله وسميت مكة أم القرى لانها أصل الارض فانها دحيت من تحتها ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الخمر أم الخبائث ولكون البنت اسما للفرع يتناول النص الوارد على بنات الاخ وبنات الاخت بنات أولادهما وان سفلن فيتناول الام والبنت بواسطة وبغير واسطة حقيقة فلا يكون جمعا بين الحقيقة والمجاز أو نقول ثبتت حرمة الجدات وبنات الاولاد بالاجماع أو بدلالة النص فان الله تعالى حرم العمات والخالات وهن أولاد الجدات فهن أقرب من أولادهن وكذا حرم بنات الاخ فبنات الاولاد أقرب منهن فكن أولى بالتحريم لان الحكمة فى تحريم هؤلاء تعظيم القريب وصونه عن الاستخفاف لان فى الاستفراش استخفافا به وتعظيمه واجب شرعا ولان نكاحهن يفضى الى قطع الرحم

لان النكاح لايخلوعن مباسطات تجرى بين المتناكحين فيكون ذلك سبب جريان الخشونة بينهما فيفضى الى قطع الرحم فيمنع منه أصلا فكل من كان أقرب فهو أولى بالمنع قال رحمه الله (وأخته وبنتها وبنت أخيه وعمته وخالته) لان حرمتهن منصوص عليها فى هذه الآية ويدخل فى النص الاخوات المتفرقات وبناتهن وبنات الاخوة المتفرقين والعمات والخالات المتفرقات لان الاسم يشمل الجميع وكذا يدخل فى العمات والخالات أولاد الاجداد والجدات وان علوا حقيقة قال رحمه الله (وأم امرأته) لقوله تعالى وأمهات نسائكم وسواء دخل بامرأته أولم يدخل لاطلاق ما تلونا وتدخل فى لفظ الامهات جداتها لما ذكرنا فى الام وقال محمد بن شجاع وبشر المريسى ومالك إن أم الزوجة لاتحرم حتى يدخل بها وهو مروى عن على وزيد بن ثابت وابن مسعود وجابر واحتجوا بقوله تعالى وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتى فى حجوركم من نسائكم اللاتى دخلتم بهن ذكر أمهات النساء وعطف عليهن الربائب ثم أعقبهما ذكر الشرط وهو الدخول فينصرف الشرط اليهما وهو الاصل فى الشروط والاستثناء بمشيئة الله تعالى فتقيد حرمتهما بالدخول أو يقال إن الموصول وقع صفة لهما فتقيدا بالدخول ولنا اطلاق قوله تعالى وأمهات نسائكم من غير قيد بالدخول وهو كلام تام منفصل عن الثانى فلا يتعلق به اذ هو الاصل فى الجمل وهو مذهب عمر وابن عباس وعمران بن حصين ورواية عن على وزيد بن ثابت وروى عن ابن مسعود رجوعه اليه وقال ابن عباس أبهموا ما أبهم الله تعالى أى أطلقوه وقال عمران بن حصين الآية مبهمة لاتفصيل بين الدخول وعدمه وقولهم ينصرف الشرط اليهما وهو الاصل قلنا ذلك فى الشرط المصرح به والاستثناء بمشيئة الله تعالى وأما فى الصفة المذكورة فى آخر الكلام فتنصرف الى ما يليها فانك اذا قلت جاء زيد وعمرو العالم تقتصر الصفة على المذكور آخرا على أنه لايجوز ههنا أن يكون صفة لهما أصلا لاختلاف العامل فيهما لان العامل فى أمهات نسائكم الاضافة وفى نسائكم حرف الجر ولو كان صفة لهما لما اختلف العامل فى الصفة لان العامل فى الموصوف هو العامل فيها ولا يجتمع العاملان فى معمول واحد فامتنع أن يكون صفة للاول قال رحمه الله (وبنتها ان دخل بها) أى بنت امرأته ان دخل بامرأته لثبوت قيد الدخول فيما تلونا وسواء كانت فى حجره أوفى حجر غيره لان ذكر الحجر فى النص خرج مخرج العادة لامخرج الشرط كقوله عليه الصلاة والسلام فى ست وثلاثين بنت لبون وفى خمس وعشرين بنت مخاض المراد ما طعنت فى الثالثة أو الثانية لاأن تكون أمها لبونا أو مخاضا ويجوز أن يكون ذكر الحجر للتشنيع عليهم بذكر قبيح فعلهم لالتعلق الحكم به كقوله تعالى لاتأكلوا الربا أضعافا مضاعفة ولا تأكلوها اسرافا وبدارا والذى يدل عليه أنه اكتفى فى الاحلال بنفى الدخول فى قوله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن فلا جناح عليكم ولو كان الحجر شرطا لما اكتفى به ولا يقال إنه معلق بشرطين والحكم المعلق بشرطين ينتفى بانتفاء أحدهما فلا حاجة الى ذكر الثانى فى النفى لانا نقول نعم ينتفى بانتفاء أحدهما لكن غير معين وهنا المنفى متعين ولو كان معلقا بهما لقيل فان لم تكونوا دخلتم بهن أولم يكن فى حجوركم أو كان ينفى الاثنين بأن يقال فان لم تكونوا دخلتم بهن ولم يكن فى حجوركم وحيث اكتفى بنفى أحدهما بعينه علم انه هو المناط وحده وقال عمر وعلى لاتحرم الربيبة الا اذا كانت فى حجره لظاهر الآية وقال مالك لاتحرم الربيبة الا اذا كانت صغيرة وقت التزوج وجعلت فى حجره وتكفلها وتمسك بظاهر الآية لان الصغيرة هى التى فى حجره دون الكبيرة ونحن قد بينا المعنى ولان الحرمة لئلا يفضى الى القطيعة وفى هذا المعنى لايختلف بين أن تكون فى حجره أوفى حجر غيره بخلاف الدخول لانه منصوص عليه نفيا واثباتا واشتراط الحجر مذكور فى الاثبات لاغير فانتفاؤه لايدل على انتفاء الحكم لما عرف فى موضعه ويدخل فى قوله وربائبكم بنات الربيبة والربيب لان الاسم يشملهن بخلاف حلائل الابناء والآباء لانه اسم خاص لهن فلا يتناول غيرهن قال رحمه الله (وامرأة

(قوله لان حرمتهن منصوص عليها) الذى فى خط الشارح عليه اه (قوله ولذا يدخل فى العمات والخالات أولاد الاجداد) أى لانهن أخوات آباء علون اه فتح (قوله والجدات وان علون) لانهن أخوات أمهات عليات اه فتح (قوله فى المتن وأم امرأته) اذا كان نكاح البنت صحيحا اما بالفاسد فلا تحرم الام الا اذا وطئ بنتها اه فتح القدير (قوله وقال محمد بن شجاع وبشر المريسى ومالك ان أم الزوج لاتحرم الخ) قال فى الدراية وفى الصحيح ان مالكا مع الجمهور اه (قوله حتى يدخل بها) ولاتحرم بنفس العقد حتى لوطلقها قبل الدخول بها أوماتت جازله التزوج بأمها اه (قوله فينصرف الشرط اليهما) كمن قال فلانة طالق وفلانة طالق ان دخلت الدار فشرط الدخول ينصرف اليهما فكذا هنا اه كاكى (قوله أو يقال ان الموصول) وهو قوله اللاتى دخلتم بهن اه (قوله لهما لما اختلف العامل) الذى فى خط الشارح لاختلف والصواب ما فى الاصل اه (قوله ولايجتمع العاملان فى معمول واحد) هذا معنى قولهم الوصف الواحد لايقع على موصوفين مختلفى العامل اه (قوله وبنتها ان دخل بها) فان طلق الام قبل الدخول أوماتت يحل له تزوج البنت وفيه خلاف زيد اه مبسوط (قوله أوفى حجر غيره) وهو مذهب الائمة الاربعة وأصحابهم اه غاية (قوله لامخرج الشرط) أى فلا يكون له مفهوم حينئذ اجماعا اه غاية (قوله ولا يقال انه معلق بشرطين) أى الدخول وكون الربيبة فى الحجر اه (قوله لانه اسم خاص) أى فلذا جاز التزوج بأم زوجة الاب وبنتها وجاز للابن التزوج بأم زوجة الاب وبنتها اه فتح

(قوله وان كان آب) الذى بخط الشارح أبواه (قوله أوأب الام) الذى فى خط الشارح أبواه (قوله أوأب أم الاب) الذى بخط الشارح أبواه
واسم الاب يتناول الاجداد والاب الحقيقى باعتبار عموم المجاز وهو الاصل فثبتت الحرمة فى الجميع نصا أواجماعا كما مر وعلى قول من يجوّز
الجمع بين الحقيقة والمجاز فى المحلين ثبت نصا وقدمر وهذا نهى بمعنى النفى اذ لو كان المراد هو النهى لكان ينعقد نكاحها الا ان النهى فى الافعال
الشرعية لا يعدم المشروعية اهـ كاكى (قوله لانه نفى) أى معنى وان كان نهيا صورة اهـ (قوله وحلائل أبنائكم الخ) وسميت حليلة
لانها حلت للابن من الحل أو لانها تحل فراشه وهو يحل فراشها من الحلول اهـ كافى (قوله يتناول أبناء الاولاد وان سفلوا) فتحرم امرأة
ابن ابنه وامرأة ابن بنته اهـ أقطع فان قيل ابن الابن لا يكون من صلبه فكيف يصح تعديته هذا التحريم اليه مع هذا التقييد قلنا مثل
هذا اللفظ يذكر باعتبار أن الاصل من صلبه كقوله تعالى خلقكم من تراب والمخلوق من التراب هو الاصل كذا فى المبسوط وغيره كى
(قوله وبنات اخوته) أى وبنات أخواته اهـ (قوله فى المتن والجمع بين الاختين نكاحا) أى عقدا اهـ فتح ولا يجمع بين الاختين من
الرضاع بملك نكاح ولا بملك يمين فى الوطء كذا فى التكملة ومثله فى شرح الكرخى (١٠٣) للقدورى (قوله نكاحا ووطأ) وهذان تمييزان
لنسبة اضافية والاصل بين نكاح أختين ووطئهما مملوكتين اهـ فتح (قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله الخ) قال الكمال رحمه الله والحديث الذى ذكره وهو قوله صلى الله عليه وسلم من كان يؤمن بالله واليوم الآخر الخ غريب اهـ (قوله وقال عثمان يجوز) أى والظاهرية اهـ غاية (قوله أو أخته من الرضاع) يعنى اذا ملك محارمه بالرضاع أو بالمصاهرة لا يحل له وطؤهن وان دخلن فى عموم الآية اهـ (قوله أو بغيرهما من شركة) أى بأن كانت مشتركة بينه وبين شخص اهـ (قوله فكذا بهذه الآية) قال الكمال قيل الظاهر أن عثمان رجع الى قول الجمهور وان لم يرجع فالاجماع اللاحق
يرفع الخلاف السابق وانما يتم اذا لم يقيد بخلاف أهل الظاهر وبتقدير عدمه فالمرجح التحريم عند المعارضة اهـ (قوله أحلتهما آية)
وهى قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم فان كلمة ما عامة تتناول جميع ما ملكت أيمانهم اهـ (قوله وحرمتهما آية) وهى قوله تعالى وان تجمعوا
بين الاختين اهـ (قوله وقال بعض المالكية الخ) ذكر أبو بكر بن العربى فى العارضة عن عبد الله وأشهب من المالكية اذا وطئ أمة
بملك اليمين ثم تزوج أختها قبل أن يحرم الامة جاز وقال ابن القاسم لا يجوز أن يعقد النكاح حتى يحرم الامة اهـ غاية (قوله لان المنكوحة
موطوءة حكما) أى باعترافكم فيصير بالنكاح جامعا وطئا حكما وهو باطل أى باعترافكم لانكم قلتم عدم جواز وطء الامة وان لم يكن وطئ
المنكوحة بلزوم الجمع وطأ حكما وقلتم ان وطء الامة السابق قام حتى استحب له لو أراد بيعها أن يستبرئها وما قيل حالة صدور العقد لا يكون
جامعا وطأ بل بعد تمامه فان ذلك حكمه فيتعقبه ليس بدافع فان صدوره من أهله مضافا الى محله وان كان ليس جمعا فى نفسه لكنه يستلزمه
حيث كان هو حكمه وهو لازم باطل شرعا وملزوم الباطل باطل فالعقد باطل وقد يوجد فى صفحات كلامهم مواضع عللوا المنع فيها بمثله وقد
يجاب بأن هذا اللازم بيده ازالته فليس لازما على وجه اللزوم فلا يضر بالصحة ويمنع بالوطء بعدها القيامه اذ ذاك اهـ كمال

أبيه وابنه وان بعدا) أى تحرم عليه امرأة أبيه وامرأة ابنه وان بعد الاب والابن بأن كان أب الاب أوأب الام أوأب أم الاب وان علا او كان ابن الابن وان سفل أما امرأة الاب فلقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء فيتناول منكوحة الاب وطأ أو عقدا صحيحا وكذلك لفظ الآباء يتناول الآباء والاجداد وان كان فيه جمع بين الحقيقة والمجاز لانه نفى وفى النفى يجوز الجمع بينهما كما يجوز فى المشترك أن يعم جميع معانيه فى النفى وأما امرأة الابن فلقوله تعالى وحلائل أبنائكم الذين من أصلابكم وذكر الاصلاب لاسقاط اعتبار التبنى لا لاحلال حليلة الابن من الرضاع ويجوز أن يكون للتأكيد كقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه ولفظ الابناء يتناول أبناء الاولاد وان سفلوا ولا يشترط دخول الابن ولا الاب لاطلاق النص قال رحمه الله (والكل رضاعا) أى يحرم عليه جميع من تقدم ذكره من الرضاع وهن أمه وبنته وأخته وبنات اخوته وعمته وخالته وأم امرأته وبنتها وامرأة أبيه وامرأة ابنه كل ذلك يحرم من الرضاع كما يحرم من النسب لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة ولقوله عليه الصلاة والسلام يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب وفى حليلة الابن من الرضاع وامرأة الاب من الرضاع خلاف الشافعى بناء على أصله أن لبن الفحل لا يتعلق به التحريم والحجة عليه ما روينا قال رحمه الله (والجمع بين الاختين نكاحا ووطأ بملك اليمين) لقوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين ولقوله عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه فى رحم أختين ولان الجمع بينهما يفضى الى القطيعة فيحرم وقد انعقد الاجماع على تحريم الجمع بينهما نكاحا وأما الجمع بينهما وطأ فمختلف فيه فذهب على أنه لا يجوز وقال عثمن يجوز لاطلاق قوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم وأخذ عامة العلماء بقول على رضى الله عنه لما تلونا وما تلاه مخصوص بامه من الرضاع أو أخته من الرضاع وبغيرهما من المحرمات بالمصاهرة أو بغيرهما من شركة فكذا بهذه الآية وقال على رضى الله عنه أحلتهما آية وحرمتهما آية فالاخذ بالمحرم أولى احتياطا قال رحمه الله (فلو تزوج أخت أمته الموطوأة لم يطأ واحدة منهما حتى يبيعها) أى لم يطأ المنكوحة ولا الموطوأة وقال بعض المالكية لا يصح النكاح حتى يحرم الامة على نفسه لان المنكوحة موطوأة حكما اذ النكاح ملحق بالوطء فى حق ثبوت النسب فلو صح النكاح لصار جامعا بينهما وطأ وهو ممنوع قلنا نفس العقد

(قوله وحكم الشئ يعقبه) هذا انما يستقيم على قول من يجعل العلة غير مقارنة للمعلول أما من يجعل العلة مقارنة للمعلول وهم الجمهور ينبغي أن لا يجوز النكاح اه (قوله لاحتمال أن تكون حاملا) فعلى هذا لو حاضت بعد الوطء قبل التمليك حلت المنكوحة بمجرد التمليك اه فتح (قوله وكذا بالتزويج) أي قول الشارح كالبيع والتزويج أراد به التزويج الصحيح لا الفاسد الا اذا دخل بها فيه اه (قوله لان المرقوقة ليست بموطوأة حكما) أي لان ملك (١٠٤) اليمين لم يوضع للوطء بخلاف النكاح ولهذا لا يثبت نسب ولدها الا بدعوة اه فتح (قوله لم تحل له الاخرى) أي حتى يحرم الموطوأة بسبب ولو وطئها أثم اه فتح (قوله حتى يخرج احداهما عن ملكه) ولو باع احداهما أو وهبها أو زوجها ثم ردت المبيعة أو رجع في الهبة أو طلقت المنكوحة وانقضت عدتها لم يحل وطء واحدة منهما حتى يحرم الاخرى بسبب كما كان أولا اه فتح (قوله ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية) طولب بالفرق بين هذا وبين ما اذا طلق احدى نسائه بعينها ونسيها حيث يؤمر بالتعيين ولا يفارق الكل واجيب بامكانه هنالك لا هنا لان نكاحهن كان متيقن الثبوت فله أن يدعي نكاح من شاء بعينه منهن تمسكا بما كان متيقنا ولم يثبت نكاح واحدة منهما بعينها فدعواه حينئذ تمسك بما لم يتحقق ثبوته اه فتح (قوله ولا الى التنفيذ) أي تنفيذ نكاحهما اه (قوله مع الجهالة) أي مع جهل المحللة منهما اه (قوله فتعين التفريق) قال الكمال رحمه الله الظاهر أنه طلاق حتى ينقص من طلاق كل منهما طلقة لو تزوجها بعد ذلك اه (قوله لم تدر الاولى) وهو الصواب والذي بخط الشارح لا تدري الاولى اه (قوله الا أن يصطلحا) بجواز أي بان يقولا نصف المهر لنا عليه لا يعدونا فنصطلح على أخذه اه فتح (قوله وعن محمد أنه يجب المهر) قال الكمال رحمه الله وعن محمد أن عليه مهرا كاملا بينهما نصفان لان الزوج أقر بجواز نكاح احداهما فيجب مهر كامل وجوابه أنه يستلزم ايجاب كماله حكم الموت أو الدخول اه والحال أنه انما يجاب القضاء بما تحقق عدم لزومه وان لم يوجد واحد منهما اه

ليس بوطء وانما يصير وطأ عند ثبوت حكمه وهو حل الوطء ووجود الولد وحكم الشئ يعقبه وحال صدوره خال عنه فيصح لصدوره من أهله مضافا الى محله ثم لا يجوز له وطء واحدة منهما عندنا وقال مالك والشافعي يجوز له وطء المنكوحة لان الموطوأة حرمت عليه بنكاح أختها والاخرى منكوحة فيحل وطؤها ونحن نقول لو جامع المنكوحة يصير جامعا بينهما وطأ ولو جامع المملوكة يصير جامعا بينهما وطأ حقيقة وحكما فاذا حرم المملوكة على نفسه بسبب من الاسباب كالبيع والتزويج والهبة مع التسليم والاعتاق والكتابة حل وطء المنكوحة وعن أبي يوسف ان المنكوحة لا تحل بالكتابة وعنه انه لو ملك الامة من انسان لا تحل المنكوحة حتى تحيض المملوكة حيضة لاحتمال أن تكون حاملا منه ووجه الظاهر أنها تحرم بالكتابة حتى لو وطئها وجب عليه العقر واعتاق البعض كاعتاق الكل وكذا تمليك البعض كتمليك الكل لثبوت الحرمة وأراد بالتزويج النكاح الصحيح وأما الفاسد فلا عبرة به الا اذا دخل بها فحينئذ تحرم الموطوأة لوجود الجمع بينهما حقيقة لانه تجب به العدة ويثبت به النسب فصار كالنكاح الصحيح وكذا بالتزويج الصحيح هو المراد به الا اذا دخل بها لما ذكرنا وتحرم به على المولى ولا يؤثر الاحرام والحيض والنفاس والصوم ويطأ المنكوحة ان لم يكن وطئ المملوكة لان المرقوقة ليست بموطوأة حكما فلا يصير جامعا بينهما وطأ لا حقيقة ولا حكما وعلى هذا لو وطئ احدى الاختين المملوكتين أو لمسها بشهوة لم تحل له الاخرى وان وطئهما حرمتا جميعا حتى تخرج احداهما من ملكه قال رحمه الله (ولو تزوج أختين في عقدين ولم يدر الاولى فرق بينه وبينهما) لان نكاح احداهما باطل بيقين ولا وجه الى التعيين لعدم الاولوية والترجيح من غير مرجح لا يجوز ولا الى التنفيذ مع الجهالة لعدم الفائدة اذ لا يمكنه الاستمتاع بواحدة منهما أو للضرر عليه وعليها بالزام النفقة والكسوة من غير قضاء حاجة وتصير المرأة كالمعلقة وهي التي لها زوج قد أعرض عنها ولا يجوز التحري في الفروج فتعين التفريق وقوله في عقدين احترز به عما اذا تزوجهما في عقد واحد فانه لا يجوز نكاحهما بيقين وقوله لا يدري الاولى احترز به عما اذا دري من هي الاولى فانه حينئذ يجوز عقد الاولى ويحل وطؤها الا اذا وطئ الثانية فحينئذ تحرم الاولى ما دامت الثانية في العدة ولا يحل وطء الثانية لفساد العقد وان أراد أن يتزوج احداهما بعد التفريق فله ذلك ان كان التفريق قبل الدخول وان كان بعد الدخول فليس له ذلك حتى تنقضي عدتهما وان انقضت عدة احداهما دون الاخرى فله أن يتزوج بالمعتدة دون الاخرى كيلا يكون جامعا بينهما وان دخل باحداهما فله أن يتزوجها دون الاخرى ما لم تنقض عدتها لان عدتها تمنع التزوج باختها وان انقضت عدتها جاز له أن يتزوج بأيهما شاء لعدم المانع قال رحمه الله (ولهما نصف المهر) لانه وجب للاولى منهما فيصرف اليهما لعدم الاولوية قال الفقيه أبو جعفر الهندواني معنى المسئلة أن تدعي كل واحدة منهما انها هي الاولى ولا بينة لهما فيقضى لهما بنصف المهر أما اذا قالتا لا ندري أي النكاحين أول لا يقضى لهما بشئ لان المقضى له مجهول وجهالة المقضى له تمنع صحة القضاء كمن قال لرجلين لاحدكما علي ألف درهم فانه لا يقضى لواحد منهما عليه بشئ فكذا هذا الا أن يصطلحا بان يتفقا على أخذ نصف المهر منه فيقضى لهما به لان الحق لا يعدوهما وعن أبي يوسف رحمه الله انه لا يجب لهما شئ لجهالة المقضى له ولانه مجبور على الطلاق قبل الدخول فلا يجب عليه شئ وعن محمد رحمه الله أنه يجب المهر كاملا هكذا ذكره في البدائع ولم يعلله وقال في النهاية في تعليله لان الزوج أقر

يجوز نكاح احداهما واذا جاز نكاح احداهما وجب المهر كاملا فلا يسقط منه شئ مالم يطلقها وفيه نظر لانه يشير الى أن هذا الخلاف فى هذه المسئلة والى ان الكلام فيها وقع قبل الطلاق وهذا لا يستقيم لان المسئلة مفروضة بعد تفريق القاضى ولهذا قال يجب نصف المهر ولا معنى لهذا الخلاف قبل الطلاق اذ لا يتنصف قبله بالاجماع وقوله ولهما نصف المهر معناه ان كان مهراهما متساويين وهو مسمى فى العقد وكان الطلاق قبل الدخول وان كانا مختلفين يقضى لكل واحد منهما بربع مهرها وان لم يكن مسمى فى العقد يجب متعة واحدة لهما بدل نصف المهر وان كانت الفرقة بعد الدخول يجب لكل واحدة المهر كاملا لانه استقر بالدخول فلا يسقط منه شئ وكل ماذكرنا من الاحكام بين الاختين فهو الحكم بين كل من لا يجوز جمعه من المحارم قال رحمه الله (وبين امرأتين أية فرضت ذكرا حرم النكاح) أى حرم الجمع بين امرأتين اذا كانتا بحيث لو قدرت احداهما ذكرا حرم النكاح بينهما أيتهما كانت المقدرة ذكرا وقال عثمان البتى يجوز الجمع بين المحارم غير الاختين وهو مذهب داود الظاهرى والخوارج لقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها ولا تنكح الكبرى على الصغرى ولا الصغرى على الكبرى ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن الجمع بين عمتين او بين خالتين ولان الجمع بينهن يفضى الى القطيعة فيحرم والآية مخصوصة بنته وعمته من الرضاع وبالمشركة فجاز تخصيصها بخبر الواحد والقياس وذكر النهى من الجانبين للتأكيد أو لازالة وهم الجواز فى العكس لانه لو اقتصر على قوله لا تنكح المرأة على عمتها ولا على خالتها لتوهم أن العكس يجوز لفضيلة العمة والخالة عليها كما يجوز ادخال الحرة على الامة دون العكس فازال هذا الوهم بقوله ولا على ابنة أخيها ولا على ابنة أختها والمراد بالكبرى العمة والخالة وبالصغرى بنت الاخ وبنت الاخت وصورة العمتين فى الحديث الثانى أن يتزوج كل واحد من الرجلين أم الآخر فيولد لكل واحد منهما بنت فتكون كل واحدة من البنتين عمة الاخرى وصورة الخالتين فيه أن يتزوج كل واحد منهما بنت الآخر فيولد لكل منهما بنت فتكون كل واحدة منهما خالة الاخرى وقوله أية فرضت اشارة الى أن الشرط أن لا يتصور جواز تزوج احداهما بالاخرى على كل التقادير حتى لو جاز بينهما على تقدير مثل المرأة وبنت زوجها أو امرأة ابنها جاز الجمع بينهما وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول لما ثبت الامتناع من وجه فالاحوط الحرمة وهو مذهب ابن أبى ليلى والحسن البصرى وعكرمة وللجمهور قوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم ولانه لا قرابة بينهما فلم يكن بينهما قطيعة الرحم وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين بنت على وامرأة على وكذا جمع ابن عباس

(قوله وفيه نظر) محصل النظر قوله مالم يطلقها اه (قوله معناه اذا كان مهراهما متساويين) أى فى القدر والجنس اه غاية (قوله وان كانا مختلفين) يعنى جنساً أو قدراً اه فتح (قوله فى المتن وبين امرأتين أية فرضت ذكرا الخ) قال الكمال رحمه الله والدليل على اعتبار الاصل المذكور ماثبت فى الحديث من رواية الطبرانى وهو قوله فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامكم وروى أبوداود فى مراسيله عن عيسى بن طلحة قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تنكح المرأة على قرابتها مخافة القطيعة فاوجب تعدى الحكم المذكور وهو حرمة الجمع الى كل قرابة يفرض وصلها وهى ماتضمنه الاصل المذكور اه (قوله ولا على ابنة أختها) فانكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن وهذا نهى بصيغة الخبر وهو أبلغ مايكون من النهى والحديث مذكور فى الصحيحين اه كاكى (قوله ولا الصغرى على الكبرى) رواه أبوداود والنسائى والترمذى وقال حديث حسن صحيح اه غاية (قوله أو بين خالتين) ذكره الصفاقسى فى شرح البخارى اه غاية وقال الكمال رحمه الله وقد روى فى خصوص العمتين والخالتين حديث عن خصيف عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه كره أن يجمع بين العمة والخالة وبين العمتين والخالتين وان تكلم فى خصيف فالوجه قائم بغيره وهذا مؤيد اه (قوله لفضيلة العمة والخالة) قال صلى الله عليه وسلم الخالة بمنزلة الام فى الصحيحين اه فتح (قوله كما يجوز ادخال الحرة على الامة دون العكس) لشرف الحرية اه أو لانه انما كرر للمبالغة والتأكيد لما أن الباب باب الحرمة وفى الحرمات يؤكد ويبالغ ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تبيعوا الحنطة بالحنطة الا سواء بسواء مثلا بمثل كيلا بكيل فقد كرر شرط المماثلة بالفاظ مختلفة للتأكيد لما أن الباب باب الحرمة كذا ههنا اه كاكى رحمه الله

(قوله وبالصغرى بنت الاخ وبنت الاخت) ولم يرد صغر السن وكبره ذكره فى النهاية اه غاية (قوله جاز الجمع بينهما) وبه قالت الائمة الاربعة وعامة أهل العلم اه غاية (قوله ولانه لاقرابة بينهما) أى ولا رضاع اه هداية (قوله وقد صح أن عبد الله بن جعفر جمع بين ابنة على وامرأة على) أى ولم ينكر عليه أحد من أهل زمانه وهم الصحابة والتابعون وهو دليل ظاهر على الجواز أخرجه الدارقطنى عن قثم مولى ابن عباس قال تزوج عبد الله بن جعفر بنت على وامرأة على وذكره البخارى تعليقاً وقال وجمع عبد الله بن جعفر بين ابنة على وامرأة على وتعليقاته صحيحة اه فتح (قوله وكذا جمع ابن عباس الخ) رواه الدارقطنى اه غاية وقوله وكذا جمع ابن عباس الخ قال الشيخ قاسم فى حاشيته على شرح المجمع هذا لا يعرف عن ابن عباس فى شئ من كتب الاحاديث والآثار وانما روى الدارقطنى عن مولى ابن عباس أن عبد الله بن جعفر جمع بين امرأة على بن أبى طالب رضى الله عنه وابنته من غيرها اه

بين امرأة رجل وابنته من غيرها قال رحمه الله (والزنا واللمس والنظر بشهوة يوجب حرمة المصاهرة) وقال الشافعي رحمه الله الزنا لا يوجب حرمة المصاهرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحرم الحرام الحلال ولانها نعمة فلا تناط بالمحظور ولانه لو كان مؤثرا لحللها للمطلق ثلاثا وقال الشافعي لمن ناظره أنت جعلت الفرقة الى المرأة بتقبيلها ابن زوجها والله تعالى لم يجعلها اليها ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم والنكاح هو الوطء حقيقة ولهذا حرم على الابن ما وطئ أبوه بملك اليمين وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها وقال عليه الصلاة والسلام من نظر الى فرج امرأة لم تحل له أمها ولا ابنتها وقال عليه الصلاة والسلام من مس امرأة بشهوة حرمت عليه أمها وابنتها وهو مذهب عمر وعمران بن الحصين وجابر بن عبد الله وأبي بن كعب وعائشة وابن مسعود وابن عباس وجمهور التابعين وقال الذي ناظره الشافعي أنت تزعم انها تحرم عليه بردتها فقد جعلت الفرقة اليها فكيف قلت بما أنكرت على غيرك فقال أقول ان رجعت الى الاسلام وهي في العدة فهما على نكاحهما قال أبو بكر الرازي أنكر على خصمه وقوع التحريم من قبل المرأة ثم قال به وجعل الرجعة اليها أيضا وقوله لو كان مؤثرا لحللها للمطلق ثلاثا قلنا المحلل وطء الزوج والزاني ليس بزوج ولهذا لا يحللها وطء المولى وتثبت به حرمة المصاهرة والوطء انما صار محرما من حيث انه سبب للجزئية بواسطة الولد يضاف الى كل واحد منهما كملا ولا تأثير لكونه حلالا أو حراما لانه أوصاف له فذات الوطء لا تختلف ألا ترى أن المصاهرة تثبت بوطء المنكوحة نكاحا فاسدا والمشتراة شراء فاسدا والجارية المشتركة والمكاتبة وبوطء المظاهر منها وأمته المجوسية والحائض والنفساء وبوطء المحرم والصائم فصار كالرضاع حيث لا يختلف فيه بين الحلال والحرام والقياس أن تحرم الموطوأة لانها جزؤه بواسطة الولد لكن أبيحت للضرورة لانها لو حرمت عليه لأدى الى فناء الاموال أو ترك الزواج وللضرورة أبيحت حواء عليها السلام لآدم عليه السلام وهي جزؤه فبقي في

(قوله في المتن والزنا واللمس) أي في سائر الاعضاء اه اتقاني (قوله والنظر بشهوة) الشهوة قيد في اللمس والنظر كما سيأتي اه (قوله وقال الشافعي الخ) اعلم أن الوطء الحلال بملك يمين أو نكاح يوجب حرمة المصاهرة بالاتفاق وكذلك الزنا عندنا حتى لو وطئ أم امرأته أو بنتها حرمت عليه امرأته وكذلك اذا زنى بامرأة حرمت عليه أمها وبنتها وكذلك المزني بها تحرم على أصول الزاني وفروعه ويحرم الزاني على أصولها وفروعها اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحرم الحرام الحلال) وعن عائشة رضي الله تعالى عنها أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الرجل يتبع المرأة حراما أينكح أمها أو بنتها فقال لا يحرم الحرام الحلال رواهما الدارقطني اه غاية (قوله ملعون من نظر الى فرج امرأة وابنتها) خرجه الجوزجاني اه غاية (قوله من نظر الى فرج امرأة لم تحل الخ) ذكره أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه اه غاية (قوله من مس امرأة بشهوة الخ) ذكره السمعاني في الكفاية وابن قدامة في المغني والاصح أنه موقوف على عمر ذكره في المغني اه غاية (قوله وابن عباس) أي في الاصح اه غاية وعن ابن عباس الزنا لا يحرم اه غاية (قوله قلنا المحلل وطء الزوج الخ) قال الكمال وما رواه من قوله صلى الله عليه وسلم لا يحرم الحرام غير مجرى على ظاهره أرأيت لو بال أو صب خمرا في ماء قليل مملوك لم يكن حراما مع أنه يحرم استعماله فيجب كون المراد ان الحرام لا يحرم باعتبار كونه حراما وحينئذ نقول بموجبه اذ لم نقل باثبات الزنا حرمة المصاهرة باعتبار كونه زنا بل باعتبار كونه وطأ هذا لو صح الحديث لكن حديث ابن عباس مضعف بعثمان بن عبد الرحمن الوقاصي على ما طعن فيه يحيى بن معين بالكذب وقال البخاري وأبو داود والنسائي ليس بشيء وذكره عبد الحق عن ابن عمر ثم قال في اسناده اسحق بن أبي فروة وهو متروك وحديث عائشة ضعف بانه من كلام بعض قضاة العراق وقيل من كلام ابن عباس وخالفه كبار الصحابة اه وقوله في الشرح نعمة فلا تنال بالمحظور مغلطة فان النعمة ليست التحريم من حيث هو تحريم لانه تضييق ولذا اتسع الحل لرسول الله صلى الله عليه وسلم من الله سبحانه حق وتعالى بل من حيث هو يترتب على المصاهرة فحقيقة النعمة هي المصاهرة لانها هي التي تصير الاجنبي قريبا عضدا وساعدا يهمه ما أهمك ولا مصاهرة بالزنا فالصهر زوج البنت مثلا لا من زنى ببنت الانسان فانتفى الصهرية وفائدتها أيضا أن الانسان ينفر من الزاني ببنته فلا يتعرف به بل يعاديه فأنى ينتفع به فالمرجع القياس اه كمال (قوله والوطء انما صار محرما الخ) قال في الهداية والوطء محرم من حيث انه سبب الولد لا من حيث انه زنا قال الاتقاني وهذا جواب لقول الشافعي ان حرمة المصاهرة نعمة فلا تنال بالمحظور بيانه ان الوطء يثبت حرمة المصاهرة لا من حيث انه زنا بل من حيث انه سبب الولد المخلوق من الماءين والولد محترم مكرم داخل تحت قوله ولقد كرمنا بني آدم فليس فيه صفة القبح لانه مخلوق بخلق الله تعالى على أي وجه اجتمع الماآن في الرحم ألا ترى الى قوله تعالى ثم أنشأناه خلقا آخر فلما لم يكن في الاصل وهو الولد صفة القبح صار المنظور اليه هو الذي قام مقامه وهو الوطء كالتراب لما قام مقام الماء عند عدمه صار المنظور صفة الماء في اثبات الطهارة لا صفة التراب الذي هو تلويث فلم يرد علينا قول الشافعي ان الزنا محظور لا يثبت به ما سبيله النعمة والكرامة لان الزنا ليس بمنظور اليه في ايجاب حرمة المصاهرة فافهم اه (قوله بواسطة الولد يضاف الى كل واحد منهما كملا) يقال ابن فلانة وفلان اه غاية (قوله والحائض والنفساء) أي والمطلقة طلاقا بائنا في العدة اه غاية

(قوله حتى صار أصولها وفروعها كأصوله الخ) قال الكمال رحمه الله عند قول صاحب الهداية رحمه الله ومن زنى بامرأة حرمت عليه أمها أى وان علت فتدخل الجدات بناء على ماقدمنا من ان الام هى الاصل لغة وابنتها وان سفلت وكذا تحرم المزنى بها على آباء الزانى واجداده وان علوا وأبنائه وان سفلوا هذا اذا لم يفضها الزانى فلو أفضاها لاتثبت هذه الحرمات لعدم تيقن كونه فى الفرج الا اذا حبلت وعلم كونه منه وعن أبى يوسف أكره له الام والبنت وقال محمد التنزه أحب الى ولكن لاأفرق بينه وبين أمها وقد يقال اذا كان المس بشهوة تنتشر بها الآلة محرما يجب القول بالتحريم اذا أفضاها ان لم ينزل وان أنزل فعلى الخلاف الآتى معه وان انتشر معه أو زاد انتشاره كما فى غيره والجواب ان العلة هى الوطء السبب للولد وثبوت الحرمة بالمس ليس الا لكونه سببا لهذا الوطء ولم يتحقق فى صورة الافضاء ذلك اذ لم يتحقق كونه فى القبل اه ﴿فرع﴾ قال الكاكى ثم اتيان المرأة فى دبرها حرام باجماع الفقهاء وماروى ابن عبد الحكم عن الشافعى أنه قال لم يصح تحريمه عندنا عن النبى صلى الله عليه وسلم والقياس أنه حلال قال الربيع كذب ابن عبد الحكم فان الشافعى نص فى ستة كتب على تحريمه وروى عن مالك تحريمه وبعضهم جعل ماروى عنه قولا قديما والعراقيون لم يثبتوا الرواية عن مالك وماجعله البعض غير ثابت كذا فى شرح الوجيز اه (قوله أن ينظر الى الفرج الداخل) أى دون سائر الاعضاء اه اتقانى (قوله حتى ينظر الى الشق الخ) وجه ظاهر الرواية ان هذا حكم تعلق بالفرج والداخل فرج من كل وجه والخارج فرج من وجه وان الاحتراز عن النظر الى الفرج الخارج متعذر فسقط اعتباره وفيه بحث ذكره الكمال فى الفتح وأجاب عنه اه (قوله وحد الشهوة ان تنتشر آلته (١٠٧) أو تزداد انتشارا الخ) فى الصحيح اه

حق غيرهما على موجب القياس لعدم الحاجة حتى صار أصولها وفروعها كأصوله وفروعه فى حقه وكذا العكس فى حقها والمس بشهوة كالجماع لماروينا ولانه يفضى الى الجماع فاقيم مقامه وان كان بينهما حائل فان وصل حرارة البدن الى يده تثبت الحرمة والافلا وقيل ان وجد الحجم تثبت وفى مس الشعر روايتان ولافرق بين ان يكون المس عمدا أو خطأ أو نسيانا أو مكرها والمعتبر فى النظر أن ينظر الى الفرج الداخل ولايتحقق ذلك الا اذا كانت متكئة حكاه السرخسى وقال أبو يوسف النظر الى منابت الشعر يكفى لثبوت حرمة المصاهرة وقال محمد لاتثبت حتى ينظر الى الشق والشهوة تعتبر عند المس والنظر حتى لو وجدا بغير شهوة ثم اشتهى بعد الترك لاتتعلق به الحرمة وحد الشهوة أن تنتشر آلته أو تزداد انتشارا ان كانت متنشرة حتى قيل ان من انتشرت آلته وطلب امرأته وأولجها بين فخذى ابنتها لاتحرم عليه أمها مالم تزدد انتشارا ووجود الشهوة من أحدهما يكفى وشرطه ان لا ينزل حتى لو أنزل عند المس أو النظر لم يثبت به حرمة المصاهرة لانه ليس بمفض الى الوطء لانقضاء الشهوة وكذا لو وطئ دبر المرأة لاتثبت به الحرمة لانه ليس بمحل الحرث فلا يفضى الى الولد وفى الشيخ الكبير والمجبوب والعنين يعتبر تحرك القلب والنظر من وراء الزجاج يوجب حرمة المصاهرة بخلاف المرآة ولذا لو وقفت على الشط فنظر الى الماء فرأى فرجها لايوجب الحرمة ولو كانت هى فى الماء فرأى فرجها يوجب الحرمة ويشترط أن تكون المرأة مشتهاة قال أبو بكر محمد بن الفضل بنت تسع سنين مشتهاة من غير تفصيل وبنت خمس وما

هداية وماذكر فى حد الشهوة من أن الصحيح أن تنتشر الآلة أو تزداد انتشارا هو قول السرخسى وشيخ الاسلام وكثير من المشايخ لم يشترطوا سوى أن يميل قلبه ويشتهى جماعها اه كمال (قوله وشرطه ان لاينزل الخ) قال الكمال رحمه الله تعالى ثم شرط الحرمة بالنظر واللمس ان لا ينزل فان أنزل قال الاوزجندى وغيره تثبت لانه بمجرد المس بشهوة تثبت الحرمة والانزال لايوجب رفعها بعد الثبوت والمختار لايثبت كقول المصنف وشمس الائمة والبزدوى بناء على ان الامر موقوف حال المس الى ظهور عاقبته ان ظهر انه لم ينزل حرمت والا لا اه فتح (قوله لم يثبت به حرمة المصاهرة) أى على الصحيح اه هداية (قوله وكذا لو وطئ دبر المرأة الخ) قال الكاكى رحمه الله أما لو لاط بغلام لايوجب ذلك حرمة عند عامة العلماء الا عند أحمد والاوزاعى فان تحريم المصاهرة عندهما يتعلق باللواطة حتى تحرم عليه أم الغلام وبنته اه وفى الغاية والجماع فى الدبر لايوجب حرمة المصاهرة وبه أخذ بعض مشايخنا وقيل يوجبها وبه كان يفتى شمس الائمة الاوزجندى لانه مس وزيادة قال صاحب الذخيرة وماذكره محمد أولا أصح لعدم افضائه الى الجزئية اه (قوله لاتثبت به الحرمة) خلافا لما عن الاوزاعى وأحمد اه فتح (قوله والنظر من وراء الزجاج يوجب حرمة المصاهرة) أى لان العلة والله سبحانه أعلم أن المرئى فى المرآة مثاله لاهو وبهذا عللوا الحنث فيما اذا حلف لاينظر الى وجه فلان فنظره فى المرآة والماء وعلى هذا فالتحريم به من وراء الزجاج بناء على نفوذ البصر منه فيرى نفس المرئى بخلاف المرآة ومن الماء وهذا ينفى كون الابصار من المرآة والماء بواسطة انعكاس الاشعة والا لرآه بعينه بل بانطباع مثل الصورة فيهما بخلاف المرئى فى الماء لان البصر ينفذ فيه اذا كان صافيا فيرى نفس مافيه وان كان لايراه على الوجه الذى هو عليه ولهذا كان له الخيار اذا اشترى سمكة رآها فى ماء بحيث تؤخذ منه بلا حيلة اه فتح (قوله ويشترط أن تكون المرأة مشتهاة) أى حالا أو ماضيا وعن أبى يوسف اذا وطئ صغيرة لاتشتهى تثبت الحرمة قياسا على العجوز الشوهاء ولهما أن العلة وطء هو سبب للولد وهو منتف فى الصغيرة التى لاتشتهى بخلاف الكبيرة لجواز وقوعه كابراهيم وزكريا عليهما السلام وله أن يقول الامكان العقلى ثابت فيهما والعادى منتف عنهما فتساويا والقصتان على خلاف الغاية لايوجبان الثبوت العادى ولايخرجان العادة عن النفى اه فتح القدير

دونها غير مشتهاة من غير تفصيل و بنت ثمان أو سبع أو ست ان كانت عبلة ضخمة كانت مشتهاة والا فلا ولو جامع صغيرة فافضاها لا تحرم عليه أمها ولو كبرت المرأة حتى خرجت عن حد المشتهاة توجب الحرمة لانها دخلت تحت الحرمة فلم تخرج بالكبر ولا كذلك الصغيرة ومس المرأة الرجل ونظرها الى ذكره بشهوة كمس الرجل ونظره في جميع ماذكرنا قال رحمه الله (وحرم تزوج أخت معتدته) وقال الشافعي وابن أبي ليلى ومالك يجوز أن يتزوج تلك اذا كانت العدة عن طلاق بائن وعلى هذا الخلاف سائر محارمها وأربع سواها لهم أن النكاح قد انقطع بينهما إعمالا للقاطع ولهذا لو وطئها في العدة يجب الحد فصار كالوطلقها قبل الدخول ولنا ما رواه أبو عبيدة السلماني ان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم لم يجتمعوا على شئ كاجتماعهم على أربع قبل الظهر وان لا تنكح امرأة في عدة أختها وعنه عليه الصلاة والسلام انه قال من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يجمعن ماءه في رحم أختين وإمامنا فيه علي وابن مسعود وابن عباس وزيد بن ثابت وكفى بهم قدوة ولان نكاح المطلقة قائم من وجه لبقاء أحكامه من وجوب النفقة والسكنى والمنع من الخروج والفراش حتى يثبت نسب ولدها والقاطع وهو الطلاق قد تأخر عمله في حق الاحكام غير حرمة الوطء ولهذا بقي في حق العقد حتى لا يجوز لها أن تتزوج بغيره فصار كالرجعي ولان في تزوج أختها زيادة قطيعة الرحم فانها ممتنعة منه ومن غيره فكان أشد من التزوج بها وهي في النكاح والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق فلنا أن نمنع وعلى عبارة كتاب الحدود يجب لانقطاع النكاح في حق الحل وعلى هذا لو أعتق أم ولده لا يجوز له أن يتزوج أختها حتى تنقضي عدتها عند أبي حنيفة وقالا يجوز لان الحرمة لمكان الجمع بينهما نكاحا ولم يوجد ولهذا جاز له أن يتزوج أربعا سواها ولان العدة فيها أثر الملك وحقيقة الملك فيها لا تمنع تزوج الاخت فالاثر أولى ولابي حنيفة رحمه الله انه انما جاز نكاح أخت أم الولد لضعف الفراش فاذا أعتقها قوى الفراش ولهذا لا يجوز تزويجها بعد العتق حتى تنقضي عدتها وقبله يجوز فاذا قوى الفراش لا يجوز له أن يتزوج أختها كي لا يكون مستلحقا لنسب ولد أختين في زمان واحد بخلاف أربع سواها لفقد هذا المعنى ويجوز لزوج المرتدة ان يتزوج أختها بعد لحاقها بدار الحرب قبل انقضاء عدتها لانه لا عدة عليها من المسلم لتباين الدارين وان عادت مسلمة لا يضر نكاح الاخت لان العدة لا تعود وعند أبي يوسف تعود وفي بطلان نكاح أختها له روايتان

(قوله والا فلا) وكذا يشترط في الذكر حتى لو جامع ابن أربع سنين زوجة أبيه لا تثبت به حرمة المصاهرة اه فتح (قوله في المتن وحرم تزوج أخت معتدته) وبقولنا قال أحمد اه فتح (اعلم) انه لا يجوز نكاح المعتدة من غيره على أي وجه لزمتها العدة لقوله تعالى ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله ويجوز لصاحب العدة أن يتزوجها فيها لان منعها عن التزوج لصون ماء صاحب العدة فلا يجوز منعه اه اتقاني (قوله اذا كانت العدة عن طلاق بائن) أي مثل الطلاق على مال اه وقوله بائن أي أو ثلاث اه هداية (قوله ولهذا لو وطئ في العدة) أي مع العلم بالحرمة اه هداية (قوله فصار كالرجعي) أي فيما ينبني على الاحتياط اه غاية (قوله فكان أشد من التزوج بها) أي بالاخت (قوله وهي في النكاح) أي المطلقة اه (قوله والحد لا يجب على اشارة كتاب الطلاق) أي حيث قال فيه معتدة عن طلاق ثلاث جاءت بولد لاكثر من سنتين من يوم طلقها زوجها لم يكن الولد للزوج اذا أنكره ففيه دليل انه لو ادعى نسبه ثبت يثبت نسبه فكان ذلك رواية في عدم الحد اه فتح (قوله فلنا أن نمنع) قال الكمال رحمه الله وان سلم أي وجوب الحد كما في عبارة كتاب الحدود فغاية ما يفيد انقطاع الحل بالكلية وقد قلنا به وانما قلنا أثر النكاح قائم من وجه وبه يقوم هو من وجه وبه تحرم الاخت من وجه وبه تحرم مطلقا اه قال في الهداية واذا طلق الرجل امرأته طلاقا بائنا أو رجعيا لم يجز له أن يتزوج باختها حتى تنقضي عدتها قال السروجي رحمه الله وكذا الفسخ بعد الدخول بها حتى تنقضي عدتها اه وقوله في الكنز وحرم تزوج أخت معتدته شامل لكل معتدة سواء كانت عن طلاق أو فسخ والله أعلم (قوله وعلى عبارة كتاب الحدود يجب) قال في الدراية فانه نص في كتاب الحدود لو وطئ المعتدة من ثلاث يجب عليه الحد اذا لم يدع الشبهة فصار في المسئلة روايتان وجه رواية كتاب الطلاق ان النكاح قائم من وجه ما دامت في العدة ويكفي ذلك لدرء الحد ووجه رواية كتاب الحدود أن الحل منتف من كل وجه فلا يصير شبهة لان النكاح قائم امساكا لا استمتاعا بوجه ما فصار في حق الحل كالاجنبية ولكن لم يزل في حق الامساك فصار جامعا نظرا اليه اه (قوله لانقطاع النكاح في حق الحل) فكان الزنا متحققا اه كافي (قوله وقالا يجوز الخ) عندهما لا يطأ المنكوحة حتى تنقضي عدة المعتقة لئلا يصير جامعا بينهما وطأ حكما اه كافي (قوله فالاثر أولى) أي لان حكم الاثر لا يربو على حكم الحقيقة اه كافي (قوله لفقد هذا المعنى) أي اذ غايته أنه جمع بين فرش الخمس ولا بأس به اه فتح (قوله ويجوز لزوج المرتدة أن يتزوج أختها) أي وأربعا سواها اه قاضيخان (قوله قبل انقضاء عدتها) أي كما اذا ماتت اه فتح

ويستلزم ان الوطء في عدة الثلاث ليس زنا مستعقبا لوجوب الحد والاثم

(قوله حرم عليه نكاح أمته) أى ولو ملك بعضها اه فتح ﴿ فرع ﴾ لا يجوز للرجل أن يتزوج أمة مكاتبه ذكره الكاكى فى مصارف الزكاة اه (قوله وحرم على العبد نكاح سيدته) أى وان لم تملك سوى سهم منه اه فتح (قوله للاجماع على بطلانه) قال السروجى رحمه الله مانصه وفى الذخيرة المالكية لا يجوز للسيد نكاح أمته ولا للسيدة نكاح عبدها قاله الائمة الاربعة وعليه الاجماع وقال ابن المنذر أجمع أهل العلم على بطلان نكاح المرأة عبدها اه قال الكمال رحمه الله وقد حكى فى شرح الكنز الاجماع على بطلانه وحكى غيره فيه خلاف الظاهرية اه (قوله ويوجب لها عليه المهر والنفقة والكسوة والقسم) أى والمنع من العزل الا باذن اه فتح (قوله والمملوكية تنافى المالكية) فان قيل المالكية والمملوكية يجتمعان بجهتين والمنافاة بينهما بجهة واحدة وههنا يمكن أن تجعل المرأة مالكة بجهة ملك اليمين ومملوكة بجهة ملك النكاح كالاب يكون ابنا لابيه قلنا المرأة بجميع أجزائها مالكة وبالتزوج بعبدها يكون بعضها مملوكا له فتحقق المنافاة وان اختلفت جهة الملك اذ كل واحد من الملكين يقتضى أن يكون المالك قاهرا والمملوك مقهورا ولان نفقته تجب عليها للملك ونفقتها تجب عليه للنكاح فيتقاصان فيموتان جوعا اه كاكى وفى الذخيرة لو اشترت زوجها بعد البناء فسخ النكاح وتبعته بالمهر كدين عبد اشتراه وعندنا سقط الدين فيهما ولا يستوجب المولى على عبده دينا ابتداء ولا بقاء للتنافى كذا فى الغاية والدراية وفى الغاية نقلا عن البدائع لو اشترى القن أو المدبر أو المكاتب زوجته لا يفسد نكاحه لعدم الملك اه (قوله لما عرف أن كل تصرف الخ) فلذلك لا يحد المجنون بسبب وجد فى صحته ولا السكران بسبب وجد منه فى صحوه (١٠٩) اذ المقصود من الحد الزجر ولا يحصل مع الجنون والسكر فلهذا لا يشرع نكاح أمته لحصول مقصوده بدونه بما هو أقوى منه اه غاية (قوله فى المتن والمجوسية) عليه الاربعة اه فتح والمراد بالمجوس عبدة النار اه (قوله فى المتن والوثنية) أى وهى التى تعبد الوثن وهو الصنم اه اتقانى قال قاضيخان رحمه الله فى باب المحرمات من كتاب النكاح ومن المحرمات الكافرة بكفر مخصوص لا تحل الوثنية للمسلم وتحل لكل كافر الا للمرتد ولا يجوز نكاح المرتدة لاحد والمجوسية لا تحل للمسلم وتحل لكل كافر الا المرتد اه (قوله يروى ذلك عن على) قال أحمد ماروى عن على باطل واستعظمه جدا اه غاية (قوله وعمرو بن دينار) أى ومالك لكنه قال يجبر على الاسلام اه غاية (قوله سنوا بهم) أى اسلكوا بهم طريقتهم يعنى عاملوهم معاملتهم فى اعطاء الامان وأخذ الجزية اه (قوله أو هو منسوخ) قاله أبو عمر بن عبد البر اه غاية (قوله بما تلونا) وهو قوله ولا تنكحوا المشركات اه (قوله فى المتن وحل تزوج الكتابية) أى الحرة أما الامة فسيأتى حكمها متنا وشرحا اه والاولى أن لا يفعل أى التزوج بالكتابية ولا تؤكل ذبيحتهم الا للضرورة وتكره الكتابية الحربية اجماعا لافتتاح باب الفتنة من امكان التعلق المستدعى للمقام معها فى دار الحرب أو تعريض الولد على التخلق بأخلاق أهل الكفر وعلى الرق بأن تسبى وهى حبلى فتولد رقيقا وان كان مسلما والكتابى من يقر بنبى ويؤمن بكتاب والسامرية من اليهود أما من آمن بزبور داود وصحف ابراهيم وشيث فهم أهل كتاب تحل مناكحتهم عندنا ثم قال فى المستصفى قالوا هذا يعنى الحل اذا لم يعتقد المسيح الها أما اذا اعتقده فلا وفى مبسوط شيخ الاسلام ويجب أن لا يأكلوا ذبائح أهل الكتاب اذا اعتقدوا أن المسيح اله وان العزير اله ولا يتزوجوا نساءهم وقيل عليه الفتوى ولكن بالنظر الى الدلائل ينبغى أن يجوز الاكل والتزوج اه وهو موافق لما فى رضاع مبسوط شيخ الائمة فى الذبيحة قال ذبيحة النصرانى حلال مطلقا سواء قال بثالث ثلاثة أولا وهو موافق لاطلاق الكتاب هنا اه فتح ثم اعلم أن حرائر أهل الكتاب حلال للمسلمين نكاحهن وممن روى ذلك عمر بن الخطاب وعثمان بن عفان وطلحة وحذيفة وسلمان وجابر وغيرهم وقال ابن المنذر لم يحرم نكاحهن أحد من الاوائل وحرمته الامامية اه غاية

قال رحمه الله (وأمته وسيدته) أى حرم عليه نكاح أمته وحرم على العبد نكاح سيدته للاجماع على بطلانه ولان النكاح لم يشرع الا مثمرا ثمرات مشتركة بين المتناكحين يوجب له عليها التمكين من نفسها وقرارها فى بيته وخدمة داخل البيت ويوجب لها عليه المهر والنفقة والسكنى والكسوة والقسم والمملوكية تنافى المالكية فيمتنع وقوع الثمرة على الشركة فلا يشرع لما عرف ان كل تصرف لا يترتب عليه مقصوده لا يكون مشروعا ولان المقصود من النكاح التوادّ والاحسان ومقصود الرق الامتهان والقهر بسبب ما سبق منه من الكفر فلا يجتمعان للتضاد قال رحمه الله (والمجوسية والوثنية) أى حرم عليه نكاحهما وكذا لا يجوز وطؤهما بملك اليمين وقال داود الظاهرى وأبو ثور يجوز تزوج المجوسية يروى ذلك عن على بناء على ان المجوس من أهل الكتاب فواقع ملكهم أخته ولم ينكر عليه فرفع كتابهم فنسوه وقال سعيد بن المسيب وعطاء وطاوس وعمرو بن دينار يجوز وطء المشركة بملك اليمين لورود الاثر بجواز وطء سبايا العرب ولنا قوله تعالى ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن وقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحى نسائهم ولا آكلى ذبائحهم والنكاح حقيقة فى الوطء أو نقول هو فى موضع النفى فيتناول الوطء والعقد وما ورد فى الخبر من جواز وطئهن محمول على الوطء بعد الاسلام أو هو منسوخ بما تلونا ولا عبرة بما روى أن المجوس من أهل الكتاب لان المعتبر الحالة الحاضرة ألا ترى أن الوثنى أيضا من ولد اسمعيل ولا يعتبر ذلك فى الحال قال رحمه الله (وحل تزوج الكتابية) لقوله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب وعن ابن عمر انه لا يحل لانها مشركة لانهم يعبدون المسيح وعزيرا وحل

(قوله والمراد بالمحصنات العفائف الخ) قال الكمال رحمه الله ليست العفة شرطا بل هو للعادة أو لندب أن لا يتزوّجوا غيرهن كما أشرنا اليه آنفا والائمة الاربعة على حل الكتابية الحرة وأما الامة الكتابية فكذلك عندنا وسيأتى الخلاف فيها اه (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز نكاحها) وفى فتاوى العتابى المختار قولهما اه كاكى (قوله وقيل هم صنف من النصارى الخ) قال السروجى نقلا عن السير الكبير ما نصه عندهم صنف من النصارى يقرؤن الزبور وهو الذى يظهرون من اعتقادهم اه فقول الشارح وهم الذين يظهرون من اعتقادهم أى إياها يظهرون على تقدير المفعول الراجع الى القراءة المفهومة من يقرؤن وانما قدرنا المفعول مقدما ليفيد المقصود من انهم لا يظهرون من معتقدهم سوى القراءة ولم نقدره متصلا مؤخرا لان مفاد التركيب حينئذ انهم هم الذين يظهرون لا غيرهم وليس ذلك بالمقصود فليتأمل ثم وقفت بعد هذا على نسخة الشارح التى بخطه فوجدت عبارته وهو الذى يظهرون من اعتقادهم كما نقلته عن السروجى فلا محل لهذه الحاشية اه (قوله وهم الذين) الذى بخط الشارح وهو الذى اه وقوله وهم أى هذا الصنف اه (قوله وقد اختلف فيهم اختلافا) هو منصوب فى خط الشارح اه (قوله حل تزوج المحرمة الخ) أما الوطء فى حالة الاحرام لا يجوز بالاجماع اه اتقانى (قوله وقال الشافعى) أى ومالك وأحمد اه غاية (قوله لا ينكح المحرم ولا ينكح) هذا الحديث صحيح رواه مسلم كذلك واللفظ الاول لا ينكح بفتح أوله أى لا يتزوج والثانى لا ينكح بضم أوله أى لا يزوج غيره قال العسكرى ومن فتح الكاف من الثانى فقد صحف والحاء من قوله لا ينكح مكسورة كما رواه المحققون على معنى النهى ولا يصح تأويله بانه اخبار كأنه عليه المحب فى أحكامه فى الحج اه من المحرر المذهب فى تخريج أحاديث المهذب لابن الملقن رحمه الله تعالى اه وقوله لانه لا ينكح المحرم ولا ينكح كان القاضى الامام تقى الدين السبكى يقول لو أحرم قاض وله نائب فى بلدة عقد أنكحة فعقوده باطلة على مذهب الشافعى اه مقنع شرح مجمع لابن الأدرب (قوله وفى رواية ولا يخطب رواه مسلم) أى وأبو داود والترمذى والنسائى اه غاية (قوله رواه مسلم والبخارى) أى وأبو داود والنسائى والترمذى اه غاية (قوله وهو حلال) وماتت بسرف اه غاية (قوله ولا تأثير لثبوت الحل كالرجعة) يعنى لو راجعها وهو محرم كانت رجعته صحيحة بالاتفاق وعند الخصم الرجعة سبب يثبت الحل به فى الوطء ولم يكن المحرم ممنوعا عنه فكذا النكاح والله أعلم (قوله كتزوج المظاهر منها) وصورته انه طلق امرأته التى ظاهر منها ثم تزوجها يصح وان كان لا يحل له وطؤها لاجل الظهار وكذا المحرم اه من خط الشارح

المحصنات فى الآية على من أسلم منهن والجمهور ما تلونا والمشرك ليس من أهل الكتاب ولهذا عطف على أهل الكتاب فى قوله تعالى لم يكن الذين كفروا من أهل الكتاب والمشركين والعطف يقتضى المغايرة والمراد بالمحصنات العفائف الحرائر ثم كل من يعتقد دينا سماويا وله كتاب منزل كصحف ابراهيم وشيث وزبور داود عليهم السلام فهو من أهل الكتاب فتجوز مناكحتهم وأكل ذبائحهم خلافا للشافعى فيما عدا اليهود والنصارى والحجة عليه ما تلونا قال رحمه الله (والصابئة) أى حل تزوج الصابئة وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز نكاحها وهذا الخلاف بناء على أنهم عبدة الاوثان أم لا فعندهما هم عبدة الاوثان فانهم يعبدون النجوم وعند أبى حنيفة ليسوا بعبدة الاوثان وانما يعظمون النجوم كتعظيم المسلم الكعبة فان كان كما فسره أبو حنيفة يجوز بالاجماع لانهم أهل كتاب وان كان كما فسراه لا يجوز بالاجماع لانهم مشركون وقيل فيهم الطائفتان وقيل هم صنف من النصارى يقرؤن الزبور وهم الذين يظهرون من اعتقادهم وهم بنفسهم يعتقدون الكواكب آلهة ويضمرون ذلك ولا يستجيزون اظهار ما يعتقدون البتة فبنى أبو حنيفة على ما يظهرون وبنيا على ما يضمرون وقال السدى هم طائفة من اليهود كالسامرة وقال قتادة ومقاتل هم قوم يقرون بالله ويعبدون الملائكة ويصلون الى الكعبة أخذوا من كل دين شيأ وقد اختلف فيهم اختلافا كثيرا ولو أوردناه لطال الكلام فيه فالحاصل انه لا خلاف فى مناكحتهم فى الحقيقة وانما نشأ الخلاف مبنيا على اشتباه مذاهبهم فكل أجاب بما عنده من أحوالهم قال رحمه الله (والمحرمة ولو محرما) أى حل تزوج المحرمة ولو كان المتزوج بها محرما أو الولى المزوج اياها محرما وهو قول ابن مسعود وابن عباس وأنس بن مالك وجمهور التابعين وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز لحديث نبيه بن وهب عن أبان بن عثمان بن عفان عن أبيه انه عليه الصلاة والسلام قال لا ينكح المحرم ولا ينكح وفى رواية ولا يخطب رواه مسلم وغيره ولنا حديث جابر بن زيد عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو محرم رواه مسلم والبخارى وغيرهما وعن عكرمة عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام تزوج ميمونة وهو محرم وبنى بها وهو حلال وقال الطحاوى قد روى أبو عوانة عن مغيرة عن أبى الضحى عن مسروق عن عائشة قالت تزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم بعض نسائه وهو محرم قال الطحاوى نقلة هذا الحديث كلهم ثقات يحتج برواياتهم ولانه عقد معاوضة والمحرم غير ممنوع عنه كشراء الجارية للتسرى ولو جعل عقد النكاح بمنزلة ما هو المقصود به وهو الوطء لكان تأثيره فى ايجاب الجزاء أو فى افساد الاحرام لا فى بطلان النكاح ولانه بعد الاحرام يبقى النكاح ولو كان منافيا لابتدائه لكان منافيا لبقائه كالرضاع ولا تأثير لثبوت الحل كالرجعة فى الاحرام وهو مثبت للحل عنده وكذا لا تأثير لحرمة الوطء فى منع العقد كتزوج المظاهر منها وحديث عثمان ضعيف قاله البخارى فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على الوطء

لانه الحقيقة أى لا يطأ المحرم ولا تمكن المحرمة من الوطء والتذكير باعتبار الشخص ولا يعارض بما روى عن يزيد بن الاصم انه عليه الصلاة والسلام تزوج بها وهو حلال لان رواية يزيد لا تعارض رواية ابن عباس ولهذا قال عمرو بن دينار للزهرى وما يدرى ابن الاصم أعرابى بوال على ساقه أتجعله مثل ابن عباس أو يحتمل انه أراد بالتزوج البناء بها مجازا لانه سببه فجاز اطلاقه على البناء وهذا الحديث أيضا ضعيف قال الطحاوى رفعه من رواية مطر الوراق وهو ليس ممن يحتج به وقال أبو عمر وهو غير متصل ووصله غلط و بين وجهه قال الطحاوى الذين رووا أنه عليه الصلاة والسلام تزوج بها وهو محرم أهل فقه وثبت من أصحاب ابن عباس مثل سعيد بن جبير وعطاء وطاوس ومجاهد وعكرمة وجابر بن زيد فلا تعادلهم رواة حديثه قال رحمه الله (والامة ولو كانت كتابية) أى جاز تزوج الامة ولو كانت الامة كتابية وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز للحر أن يتزوج أمة كتابية ويجوز بالمسلمة بشرط عدم القدرة على الحرة لقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم من فتياتكم المؤمنات أباح نكاح الاماء بشرطين عدم الطول وأن تكون مؤمنة فاذا انتفيا أو انتفى أحدهما انتفى الحكم وهو الحل بناء على أصله أن الحكم متى علق بشرط أو أضيف الى مسمى بوصف خاص أوجب ذلك نفى الحكم عند عدم الوصف أو الشرط ولان جواز نكاحهن ضرورى لما فيه من تعريض الجزء الحر على الرق وهو موت حكما فصار كالاهلاك حسا وقد ارتفعت الضرورة بالمسلمة ولنا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء ولفظ النساء عام يدخل تحته الاماء والحرائر وما تلا يوجب الحكم عند وجود الوصف المذكور وعند وجود الشرط ولا يتعرض للنفى ولا للاثبات عند عدمه لان اللفظ لا يدل على خلاف ما وضع له وهذا لان غاية درجات الوصف اذا كان مؤثرا أن يكون علة ولا أثر للعلة فى النفى ولان الطول هو القدرة والنكاح الوطء حقيقة فيحمل عليه فيكون التقدير والله أعلم من لم يقدر على أن يطأ الحرة بأن لم تكن تحته فليتزوج أمة فلا يبقى حجة مع الاحتمال واشتراط عدم الطول يفيد الكراهية عند وجوده وكذا اشتراط خشية العنت كقوله تعالى فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا يفيد الاستحباب عند عدم الخير ولا ينفى جوازه عند عدمه ولان الله تعالى وصف المحصنات أيضا بالايمان فقضيته على أصله أن تجوز الامة مع طول الحرة الكتابية وهم منعوه فى أحد الوجهين وفيه ترك أصله وفى الوجه الآخر جوزوه وفيه ارقاق الولد مع الاستغناء عنه فقد ناقضوا على التقديرين ولان العلة لو كانت ارقاق الولد لما جاز عند الحاجة كما لا يجوز ارقاق ولده الحر عند الحاجة ولجاز له أن يتزوج مطلقا بالامة الآيسة والرتقاء ولكان جائزا للمجبوب وهو باطل أيضا بادخال الحرة على الامة ومن نصفه حر ينكح الامة عندهم مع القدرة على الحرة وكذا العبد يجوز له أن يتزوج أمتين ولا يجوز ذلك للحر فجعلوا ما لكه أزيد على ملك الحر ولا يجوز للعبد أن يتزوج الامة الكتابية عندهم لكونه ضروريا وقياسه أن لا يجيزوا له الا أمة واحدة لانه ضرورى كالحر وهذا تناقض عظيم ولانه لو لم يجز نكاحها مع القدرة على الحرة لم يكن لنهيه عليه الصلاة والسلام عن تزوج الامة على الحرة معنى وقوله تعريض الجزء الحر على الرق قلنا ليس فيه ارقاق الجزء لان الارقاق يستدعى تقدم الحرية والنطفة لا توصف بالحرية ولا بالرق فبطل ما ذكر وله أن

(قوله والتذكير باعتبار الشخص) قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله تعالى فان قيل روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه قال لا ينكح المحرم ولا ينكح ولا يخطب قيل له معناه ان لا يطأ المحرم ولا تمكن المحرمة من نفسها التوطأ بظاهر خبرنا ومعنى قوله ولا يخطب ... نفس الوطء اه (قوله فجاز اطلاقه على البناء) وهذا أولى من الحكم على أحدهما بالغلط والرد اذ المجاز أولى من الغلط اه غاية (قوله وهذا الحديث) أى حديث زيد بن الاصم اه (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز للحر) قال الكمال رحمه الله قيد الحر غير مفيد لان الشافعى رحمه الله لا يجيز للعبد المسلم الامة الكتابية فكان الصواب ابداله بالمسلم وعن مالك وأحمد كقوله وعنهما كقولنا اه وفى الذخيرة روى عن مالك جواز نكاح الامة مطلقا ومنشأ الخلاف مفهوم الشرط ليس بحجة أو حجة وهو قول ابن القاسم والطول صداق الحرة ولا تراعى القدرة على النفقة اه غاية (قوله ولنا قوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء) أى وقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم اه (قوله ولا أثر للعلة فى النفى) أى لان عدم العلة لا يكون علة لعدم الحكم والامر العدمى لا يصلح علة لحكم عدمى ولا وجودى اه غاية لا يقال الوصف بالايمان يدل على منع الامة الكتابية كقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اذ لا يجوز تحرير الرقبة الكافرة فى كفارة القتل اجماعا لتقييدها بالايمان فيها فانا نقول تحرير الرقبة فى كفارة القتل لم يشرع الا مقيدة بالايمان بخلاف النكاح فانه شرع مقيدا ومطلقا اه غاية (قوله ولان الطول هو القدرة) كقوله ذى الطول اه (قوله مع الاستغناء عنه) أى بالحرة الكتابية اه غاية (قوله كما لا يجوز ارقاق ولده الحر) أى بالبيع عند الحاجة اه غاية (قوله بادخال الحرة على الامة) أى مع بقاء نكاح الامة اه غاية (قوله وكذا العبد يجوز له أن يتزوج أمتين) أى بالاتفاق مع ان فيه تعريض الولد على الرق فى موضع الاستغناء عن ذلك وعدم الضرورة وكون العبد أبا لا أثر له فى ثبوت رق الولد فانه لو تزوج حرة كان ولده حرا اه كمال رحمه الله (قوله فبطل ما ذكر) ولئن قال فيه امتناع عن تحصيل الولد الحر قلنا ليس هذا بحرام لان له أن لا يحصل أصل الولد الى آخر ما ذكره الشارح

لايحصل الولد بأن يتزوج عاقرا أو بالامتناع عن التزوج فكذا له أن لايحصل وصف الحرية في الولد قال رحمه الله (والحرة على الامة لاعكسه) أي يجوز تزوج الحرة على الامة ولا يجوز عكسه وهو أن يتزوج الامة على الحرة وقال الشافعي يجوز للعبد ذلك بناء على ان طول الحرة لا يمنع من التزوج بالامة في حق العبد عنده وانما ذلك في حق الحر فقط فلا يكون نكاحها ضروريا في حقه عنده وقال مالك يجوز ذلك برضا الحرة لان الحل لا يتنصف بالرق عنده حتى جاز للعبد أن يتزوج أربعا باذن المولى عنده لكن حرمة نكاح الامة على الحرة لاحترام الحرة كيلا يلحقها زيادة غضاضة بادخال الامة عليها فكان المنع لحقها فيرتفع برضاها والحجة عليهما قوله عليه الصلاة والسلام لا تنكح الامة على الحرة وقوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا يتناول الحر والعبد ولان الحل نعمة وكرامة فيتنصف بالرق لنقصانه وشرف الحرية ولا يمكن تنصف نفس الحل لانه لا يتجزأ فأظهرنا النقصان في حقوق النكاح وأحكامه كالقسم والطلاق والعدة وفي الاحوال حتى لا يجوز نكاح الامة المنفردة ولا يجوز حالة الانضمام حتى لو تزوجهما بعقد واحد صح نكاح الحرة وبطل نكاح الامة ولو تزوج أربعا من الاماء وخمسا من الحرائر في عقد صح نكاح الاماء لان التزوج بالخمس باطل فلم يتحقق الجمع قال رحمه الله (ولو في عدة الحرة) أي ولو كان العكس في عدة الحرة وهو تزوج الامة على الحرة والحرة في العدة لا يجوز وهذا عند أبي حنيفة وقالا يجوز اذا كانت العدة من طلاق بائن لان هذا ليس بتزوج عليها وهو المحرم وأما الجمع بينهما فليس بمحرم بدليل جوازه فيما اذا تقدم نكاح الامة بخلاف نكاح المرأة في عدة اختها أو الخامسة في عدة الرابعة لان المحرم هنالك الجمع وقد تحقق لبقاء بعض أحكام النكاح فصار كما لو حلف لا يتزوج عليها حيث لا يحنث بالتزوج بعدما أبانها وان كانت في العدة ولابي حنيفة ان لبقاء العدة حكم قيام النكاح فالاحتياط المنع فأشبه نكاح المرأة في عدة أختها ونكاح الخامسة في عدة الرابعة بخلاف اليمين لان المقصود فيها أن لا يدخل في قسمها غيرها ولان بقاء النكاح من وجه لا يكفي للحنث لانه يشترط في الحنث وجود الشرط صورة ومعنى حتى لا يحنث بالشك اذ الاصل براءة الذمة ولان الايمان مبنية على العرف وهذا ليس يتزوج عليها عرفا قال رحمه الله (وأربع من الحرائر والاماء) أي حل تزوج أربع من الحرائر والاماء ولا يجوز أكثر من ذلك لقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع والنص على العدد يمنع الزيادة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز من الاماء الا واحدة لان جوازه ضروري عنده وقد اندفعت بواحدة والحجة عليه ما تلونا اذ لفظ النساء ينتظم الحرائر والاماء كما في قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم والذين يظاهرون من نسائهم وقال القاسم بن ابراهيم يجوز التزوج بالتسع لان الله تعالى أباح نكاح اثنتين بقوله مثنى ثم عطف عليه ثلاث ورباع بالواو وهي للجمع فيكون المجموع تسعا ومثله عن النخعي وابن أبي ليلى وقال بعض الشيعة والخوارج يجوز ثماني عشرة امرأة لان قوله مثنى يفيد التكرار لكونه معدولا به عن اثنين اثنين مكررا وكذلك ثلاث ورباع وأقل التكرار مرتان فيكون ثماني عشرة وحكى القاضي عبد الوهاب عن بعض الناس ان له أن يتزوج ما شاء من العدد غير محصور لان مثنى وثلاث ورباع يفيد التكرار من غير حصر وهؤلاء خرقوا الاجماع لان الامة أجمعت على انه لا يجوز أكثر من أربع ولا حجة لهم فيما ذكروا لان كلمة مثنى وثلاث ورباع وان كانت تقتضي التكرار لكن تفيد تكرار الناكح لان الخطاب للجمع والواو بمعنى أو فلا

(قوله في المتن والحرة على الامة) وهو اجماع اه غاية (قوله لا تنكح الامة على الحرة) اخرج الدارقطني عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم طلاق العبد اثنتان الحديث الى ان قال وتتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وفيه مظاهر بن أسلم ضعيف وأخرج الطبراني في تفسيره في سورة النساء بسنده الى الحسن أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى أن تنكح الامة على الحرة قال وتنكح الحرة على الامة قال وهذا مرسل الحسن ورواه عبد الرزاق عن الحسن أيضا مرسلا وكذا رواه ابن أبي شيبة عنه وأخرج عبد الرزاق ان ابن جريج قال أخبرني أبو الزبير انه سمع جابر بن عبد الله يقول لا تنكح الامة وأخرج عن الحسن وابن المسيب نحوه وأخرج ابن أبي شيبة عن علي رضي الله عنه لا تنكح الامة على الحرة وأخرج عن ابن مسعود نحوه وأخرج ابن أبي شيبة حدثنا عبدة عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال تتزوج الحرة على الامة ولا تتزوج الامة على الحرة وعن مكحول نحوه فهذه آثار ثابتة عن الصحابة والتابعين تقوي الحديث المرسل لو لم نقل بحجته فوجب قبوله اه كمال (قوله وهو تزوج الامة على الحرة) أي وكذا المدبرة وأم الولد اه فتح (قوله اذا كانت العدة من طلاق بائن) قيد بالبائن لان في عدة الرجعي لا يجوز نكاح الامة اتفاقا وقولهما قول ابن أبي ليلى اه فتح (قوله لان هذا) أي لا يقال تزوج عليها اذا تزوج وهي مبانة معتدة اه كمال (قوله في المتن وأربع) بالجر عطف على قوله تزوج الكتابية أي وحل أيضا تزوج أربع اه عيني وكتب ما نصه وأما الجواري تفقد فله ما شاء منهن وفي الفتاوى رجل له أربع نسوة وألف جارية أراد أن يشتري جارية أخرى فلامه رجل يخاف عليه الكفر وقالوا اذا ترك أن يتزوج خوف أن يدخل الغم على زوجته التي كانت عنده كان مأجورا اه كمال (قوله مثنى يفيد التكرار) وفي البدائع أدنى ما يراد بالمثنى مرتان وبالثلاث ثلاث مرات من هذا العدد قلت هذا سهو منه بل أدنى ما يراد من ثلاث ستة اه غا

(قوله أو ثلاث) الذي بخط الشارح أو ثلاثا بالنصب وهو سبق قلم اه (قوله وقال مالك له أن يتزوج أربعا) قال في الهداية لانه في حق النكاح بمنزلة الحر عنده حتى ملكه بغير اذن المولى قال السروجي رحمه الله هذا لم يقله مالك قال أبو بكر بن العربي في العارضة لا خلاف في أن العبد لا يجوز له زواج بغير اذن سيده فان تزوج بغير اذن سيده كان للسيد اجازته أورده اه (قوله والحجة عليه ما روى عن عطاء) وهذا المروى عن عطاء عزاه السروجي الى المحلى اه (قوله ولان الرق منصف) توضيح مراده أن الحل الثابت بالنكاح مشترك بين الزوجين حتى ان للمرأة أن تطالبه بالاستمتاع وقد نصف الرق للمرأة ما لها من ذلك الحل حتى اذا كانت تحت الرجل حرة وأمة يكون للحرة ليلتان وللامة ليلة فلما نصف رقها ما لها وجب أن ينصف رقه ماله وللحر تزوج أربع وللعبد ثنتان بقي أن يستدل له بقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع نظرا الى عموم المخاطبين في الاحرار والعبيد كما استدل به المصنف عن الشافعي في اطلاق الزائد (١١٣) على الامة نظرا الى العموم في الحرائر والاماء لكن قد يقال ان المخاطبين هم الاحرار بدليل آخر الآية وهو قوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم فان المخاطب بهذا هم المخاطبون الاولون ولا ملك للعبد فلزم كون المراد الاحرار اه فتح (قوله وعند أبي يوسف) أي وزفر ومالك وابن حنبل اه غاية (قوله والامتناع في الجمع عليه) وهو الحمل الثابت النسب اه (قوله بخلاف ما اذا تزوجت بالزاني) قال الكمال رحمه الله أما لو كان الحبل من زنا منه جاز النكاح بالاتفاق كما في الفتاوى الظهيرية محالا الى النوازل قال رجل تزوج حاملا من زنا منه فالنكاح صحيح عند الكل ويحل وطؤها عند الكل واذا جاز في الخلافية عندهما ولا يطؤها هل تستحق النفقة ذكر التمرتاشي لا نفقة لها وقيل لها النفقة والاول أوجه لان النفقة وان وجبت من العقد الصحيح عندنا لكن اذا لم يكن مانع الى الدخول من جهتها بخلاف الحائض فان عذرها سماوي وهذا يضاف الى فعل الزنا وعن محمد كقول أبي يوسف وكما لا يباح وطؤها لا تباح دواعيه وقيل لا بأس بوطئها ونقل عن الشافعي وكأنه يقيسه على التي زنت حيث جاز تزوجها وحل وطؤها في الحال مع احتمال العلوق فعلم أن العلوق من الزنا لا يمنع الوطء والا لمنع مع تجويزه في مقام الاحتياط وليس بشئ لان الفرق بين المحقق والموهوم في الشغل الحرام ثابت شرعا لورود عموم النهي في المحقق وهو ما روى رويفع بن ثابت الانصاري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقي ماءه زرع غيره يعني اتيان الحبالى رواه أبو داود والترمذي وقال حديث حسن اه كمال رحمه الله (قوله ولان امتناع النكاح) أي في ثابت النسب اه (قوله كالحامل من الزنا) أي اذ لا حرمة لماء الحربي فهو بمنزلة ماء الزاني اه (قوله واعتمده الكرخي وهو الاصح) أي لان الحمل من الزنا لا نسب له وهنا النسب ثابت

تفيد الجمع فصار نظير قوله تعالى جاعل الملائكة رسلا أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع ليس معناه ان لكل واحد منهم تسعة أجنحة أو ثمانية عشر أو الى ما لا يتناهى وانما معناه ان طائفة منهم اثنين اثنين ولطائفة أخرى ثلاثا ثلاثا ولطائفة أخرى أربعا أربعا ولهذا لو قال اقتسموا هذا المال درهمين درهمين أو ثلاثا ثلاثا يفهم منه أن كل واحد منهم يصيبه درهمان أو ثلاث ولا يفهم ان كل واحد منهم يأخذ درهمين درهمين مرارا وانما أتى بلفظ ينبئ عن التكرار ليستقيم هذا المعنى ألا ترى أنه لو قيل اقتسموا هذا المال درهمين ليس له معنى فكذا هذا ولو كان المعنى كما زعموا لما كان لذكر ثلاث ورباع معنى لان مثنى يفيد التكرار الى غير نهاية وحصر قال رحمه الله (واثنتين للعبد) أي وحل تزوج اثنتين للعبد ولا يحل له أن يتزوج أكثر من ذلك وهو قول عمر وعلي وعبد الرحمن بن عوف وجمهور التابعين وقال مالك له أن يتزوج أربعا للعمومات والحجة عليه ما روى عن عطاء ان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أجمعوا على أن العبد لا يجمع بين النساء فوق اثنتين ولان الرق منصف للنعمة فيتنصف وهذا لان النعمة تزداد بالشرف ولهذا جاز للنبي صلى الله عليه وسلم نكاح التسع لا لغيره قال رحمه الله (وحبلى من زنا لا من غيره) أي حل تزوج الحبلى من الزنا ولا يحل تزوج الحبلى من غيره وعند أبي يوسف يفسد النكاح في الحبلى من الزنا أيضا لان هذا الحمل محترم حتى لا يجوز اسقاطه والامتناع في الجمع عليه لحرمة الحمل وصيانته عن سقيه بماء الغير لا لصاحب الماء ولهذا لا ترتفع الحرمة باذنه وقد وجد هذا المعنى هنا ولان النكاح شرع لحكمة فاذا لم تترتب عليه حكمة لم يشرع أصلا بخلاف ما اذا تزوجت بالزاني الذي حملت منه لان الاحكام مرتبة عليه من حل الوطء ووجوب النفقة والسكنى وغير ذلك ولهما قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم ولان امتناع النكاح لحرمة صاحب الماء لا للحمل بدليل جواز التزوج بها لصاحب الماء في ثابت النسب وغيره ولا حرمة للزاني ولو كان لاجل الحمل لما اختلف وامتناع الوطء كيلا يسقي ماءه زرع غيره لقوله عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره لان به يزداد سمعه وبصره حدة كما جاء في الخبر وليس من ضرورة الحرمة بعارض على شرف الزوال فساد النكاح كحرمته بالحيض والنفاس وانما لا تجب النفقة لعدم التمكن من الوطء ففات الاحتباس وقال الشافعي رحمه الله يحل وطؤها لانها منكوحته والحجة عليه ما ذكرنا وقوله لا من غيره أي لا الحبلى من غير الزنا وهي أن تكون حبلى بثابت النسب فانه لا يجوز نكاحها اجماعا لان الامتناع لحرمة صاحب الماء وذلك عند ثبوت النسب وعن أبي حنيفة ان كان الحمل من حربي كالمهاجرة والمسبية يجوز النكاح ولا يطؤها حتى تضع حملها كالحامل من الزنا ورواه أبو يوسف عنه واعتمدها الطحاوي والمنع رواية محمد واعتمدها الكرخي وهو الاصح

المعتمد عليه قال رحمه الله (والموطوأة بملك) أي جاز تزوج من وطئها المولى بملك يمين ويدخل تحت هذا اللفظ أم الولد ما لم تكن حبلى لان فراشها ضعيف ولهذا ينتفي ولدها بمجرد نفيه من غير لعان ويستحب للولي أن يستبرئها صيانة لمائه فاذا جاز النكاح حل له أن يطأها وقال محمد لا أحب له أن يطأها حتى يستبرئها لاحتمال الشغل فصار كما لو كان مكان النكاح شراء ولهما أن النكاح لم يشرع الا في رحم فارغ لكن الفراغ باطن لا يوقف عليه فأقيم جواز النكاح مقام الفراغ ولا يرد على هذا الحبلى من الزنا لان مرادنا حمل ثابت النسب أو نقول يكون دليل الفراغ في المحتمل لا فيما تحقق وجوده بخلاف الشراء لجوازه مع الشغل فيجب التعرف بعده وقيل لا خلاف في الحقيقة لانهما يقولان بعدم وجوب الاستبراء ومحمد يقول باستحبابه فلم يتقابل النفي والاثبات وكان قوله تفسيرا لقولهما قال رحمه الله (أو زنا) أي حل نكاح الموطوأة بزنا حتى لو رأى امرأة تزني فتزوجها جاز وله أن يطأها خلافا لمحمد والوجه من الجانبين ما بيناه في الامة الموطوأة وهذا صريح بان نكاح الزانية يجوز وكذا نكاح الزاني وهو قول أبي بكر وعمر وابنه وابن عباس وروي عن عائشة وابن مسعود منعه لظاهر قوله تعالى الزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك الآية وللجمهور ما روي أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله ان امرأتي لا تدفع يد لامس فقال عليه الصلاة والسلام طلقها فقال اني أحبها وهي جميلة فقال عليه الصلاة والسلام استمتع بها وفي رواية أمسكها اذا والمراد بالنكاح في الآية الوطء يعني والله أعلم الزانية لا يطؤها الا زان في حالة الزنا والدليل عليه أنه قال الزانية لا ينكحها الا زان أو مشرك ولا يحل للمسلمة الزانية أن تتزوج بمشرك ولو كان المراد العقد لجاز ويجوز أن يكون معنى الآية والله أعلم اخبارا عن رغبة كل واحد من الزاني والزانية في الآخر على معنى أن الزاني الفاسق لا يرغب الا في نكاح مثله وقيل منسوخة بقوله تعالى وأنكحوا الايامى الآية وبقوله تعالى فانكحوا ما طاب لكم من النساء قال رحمه الله (والمضمومة الى محرمة) أي حل تزوج المضمومة الى محرمة وصورته أنه تزوج امرأتين احداهما لا يحل له نكاحها بان كانت محرما له أو ذات زوج أو وثنية والاخرى يحل له نكاحها صح نكاح من تحل وبطل نكاح الاخرى لان المبطل في احداهما فيتقدر بقدره بخلاف البيع لانه يبطل بالشروط الفاسدة وقبول العقد فيما لا يجوز شرط لصحة العقد فيما يجوز والنكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فافترقا قال رحمه الله (والمسمى لها) أي المهر المسمى كله للتي جاز نكاحها وهذا عند أبي حنيفة وقالا يقسم على مهر مثلهما فما أصاب التي صح نكاحها لزمه وما أصاب الاخرى لا يلزمه لان المسمى مقابل بهما فيكون منقسما عليهما فيلزمه حصة ما سلم له ولا يلزمه حصة ما لم يسلم له كما اذا اشترى عبدا ومدبرا يلزمه حصة العبد دون المدبر ولابي حنيفة أن التي لا يحل نكاحها لا يصلح أن تكون مزاحمة للتي تحل فيكون لها كله كما لو تزوجها وحمارا أو جدارا أو ذكرا بخلاف بيع القن مع المدبر لان المدبر داخل في العقد لكونه محلا له وانما ينقض البيع بعده لحقه فيكون

من الحربي بالاجماع فصار كالحامل بثابت النسب اهـ كاكي (قوله ويدخل تحت هذا اللفظ أم الولد الخ) وعند الائمة الثلاثة لا يصح نكاحها قبل الاستبراء بحيضة على ما يأتي في باب العدة والاستبراء اهـ غاية (قوله فاذا جاز النكاح حل له أن يطأها) أي قبل الاستبراء عند الامام وأبي يوسف اهـ غاية (قوله وقال محمد لا أحب له أن يطأها الخ) قال الكمال رحمه الله واختار الفقيه أبو جعفر قول محمد لانه أحوط هذا وعند زفر لا يجوز للرجل أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض بناء على أصله وهو وجوب العدة للزوج بعد كل وطء ولو زنا اهـ وكتب ما نصه لا أحب له أي للزوج اهـ وفي المشكلات لا يحل له وطؤها حتى يستبرئها بحيضة اهـ غاية (قوله فاقيم جواز النكاح مقام الفراغ) أي فلا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا اهـ هداية (قوله لان مرادنا حمل ثابت النسب) قال الكمال بعد أن ذكر جواب صاحب النهاية عن هذا الايراد وجواب شارح الكنز وغيره بتخصيص الدعوى فان مرادنا انه أمارة الفراغ عن حمل ثابت النسب ثم قال بعد الجواب الثاني الذي ذكره الشارح وهو الاولى أعني كونه دليل الفراغ في المحتمل ومحل الفراغ محتمل ومع الحكم بالفراغ لا يثبت توهم الشغل شرعا فلا موجب لاستحباب الاستبراء لكن صحته موقوفة على دليل اعتباره أمارة الفراغ عنه لان حاصله ادعاء وضع شرعي والاجماع انما عرف على مجرد الصحة أما على اعتبارها دليل الفراغ في المحتمل دون المحقق فلا اهـ (قوله بخلاف الشراء لجوازه مع الشغل) أي بالحمل الثابت النسب كشراء الامة المتزوجة الحامل من الزوج اهـ غاية (قوله وقيل لا خلاف الخ) قال الكمال رحمه الله وقد وفق بعض المشايخ بان محمدا نفى الاستحباب وهما أثبتا جواز النكاح بدونه فلا معارضة له فيجوز اتفاقهم على الاستحباب بلا نزاع فان لفظه في الجامع محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وطئ جاريته ثم زوجها قال للزوج أن يطأها قبل أن يستبرئها وقال محمد أحب له أن لا يطأها حتى يستبرئها اهـ وليس فيه استبراء المولى أصلا وفيه تصريح محمد بالاستحباب للزوج قيل قوله تفسير لقول أبي حنيفة وقيل بل هو قوله خاصة وهو ظاهر السوق وصريح قول المصنف لا يؤمر بالاستبراء لا استحبابا ولا وجوبا يخالفه بخلاف البيع أي فيما اذا جمع بين حر وعبد اهـ (قوله وقالا يقسم) والشافعي وابن حنبل في أشهر قوليهما اهـ غاية (قوله على مهر مثلهما) كان يكون المسمى ألفا ومهر مثل المحرمة ألفان والمحللة ألف فيلزمه ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث درهم اهـ فتح

له حصة والمحرمة ليست بداخلة فيه ولو دخل بالتي لا تحل يلزمه مهر مثلها نص عليه في الزيادات وادعى المناقضة على قول أبي حنيفة وكذا لا يلزمه الحد بوطئها مع العلم بالحرمة عنده وهذا يدل على انها دخلت في العقد ومن ضرورة دخولها فيه انقسام المهر المسمى وجوابه ان الدخول بالتي لا تحل يوجب مهر المثل مطلقا بالغا ما بلغ هكذا ذكره في المبسوط وهو الاصح وما ذكره في الزيادات قولهما او بعد التسليم نقول المنع من المجاوزة يحصل بمجرد التسمية و رضاها بالقدر المسمى لا نعقاد العقد عليها او دخولها تحته وذلك موجود في التي لا تحل وأما الانقسام فللاستحقاق باعتبار الدخول في العقد وهي لا تستحق وكذا سقوط الحد عنده من حكم صورة العقد لا من حكم الانعقاد عليها ولهذا لو تزوج محارمه عالما بالحرمة ثم قربها يسقط الحد عنده وأما الانقسام فمن حكم الاستحقاق وهي لا تستحق شيأ لعدم دخولها تحت العقد قال رحمه الله (وبطل نكاح المتعة) وصورته أن يقول أتمتع بك كذا مدة بكذا من المال وقال مالك هو جائز لانه كان مشروعا فيبقى الى أن يظهر ناسخه واشتهر عن ابن عباس تحليلها وتبعه على ذلك أكثر أصحابه من أهل اليمن ومكة وكان يستدل على ذلك بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن وعن عطاء أنه قال سمعت جابرا يقول تمتعنا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر ونصفا من خلافة عمر ثم نهى الناس عنه وهو محكي عن أبي سعيد الخدري واليه ذهبت الشيعة وخالفوا عليا وأكثر الصحابة والحجة عليهم ما روى أنه عليه الصلاة والسلام حرمها يوم خيبر من رواية علي بن أبي طالب متفق عليه و روى أنه عليه الصلاة والسلام حرمها يوم الفتح رواه مسلم فثبت نسخه به وقال بعضهم نسخت بقوله تعالى والذين هم لفروجهم حافظون الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وهي ليست من الازواج بدليل انتفاء حكم النكاح عنها وانتفاء شرطه من وجوب النفقة والسكنى والطلاق والعدة والارث وصحة الايلاء والظهار والشهود ولا هي مما ملكته الايمان فيجب حفظ الفرج والتباعد عنها اذ هي ليست من المستثناة وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال كنت أذنت لكم في الاستمتاع من النساء وقد حرم الله ذلك الى يوم القيامة رواه مسلم وروى عن ابن عباس انه أمسك عن الفتوى بها وقال له علي انك تائه ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن متعة النساء رواه مسلم وروى ثلاثة أشياء نسخت مرتين المتعة ولحوم الحمر الاهلية والتوجه الى بيت المقدس في الصلاة والجواب عما تلونا من الآية أن المراد بالاستمتاع منهن النكاح والمهر يسمى أجرة قال الله تعالى فانكحوهن باذن أهلهن وآتوهن أجورهن والجواب عن حديث جابر انما كان يفعل ذلك من لم يبلغه النسخ ثم بلغهم فتركوه قال رحمه الله (والمؤقت) أي وبطل النكاح المؤقت وهو معطوف على المتعة وقال زفر هو صحيح لان النكاح عقد بحضور شاهدين وشرط فيه شرط فاسد فيصح العقد و يبطل الشرط اذ النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فصار كما لو تزوجها على أن يطلقها بعد شهر قلنا هو في معنى نكاح المتعة والعبرة للمعاني دون الالفاظ ألا ترى أن من قال لغيره جعلتك وكيلا بعد موتي يكون وصية ولو قال جعلتك وصيا في حياتي يكون وكيلا وكذا لو أعطى المال مضاربة بشرط أن يكون كل الربح للمضارب يكون قرضا ولو شرطه لرب المال يكون بضاعة واذا اعتبر المعنى صار متعة بخلاف ما اذا شرط في العقد أن يطلقها بعد شهر لان اشتراط القاطع يدل على انعقاده مؤبدا بخلاف المؤقت فانه لا يبقى بعد مضي المدة كالاجارة ولا فرق بين ما اذا طالت المدة أو قصرت وروى الحسن عن أبي حنيفة انه اذا ذكر مدة لا يعيش مثلهما اليها صح النكاح لانه في معنى المؤبد وجه الظاهر أن التأقيت هو المعين لجهة المتعة وقد وجد وكذا لا فرق بين المدة المعلومة والمجهولة لما ذكرنا ولو تزوجها مطلقا وفي نيته أن يقعد معها مدة نواها فالنكاح

(قوله ولو دخل بالتي لا تحل يلزمه مهر مثلها) أي لا يجاوز به حصتها من الالف نص عليه في الزيادات اه غاية (قوله وادعى المناقضة على قول أبي حنيفة الخ) أي بهذا اه غاية (قوله وأما الانقسام) أي انقسام البدل اه (قوله فللاستحقاق باعتبار الدخول في العقد) أي والتي تحل هي المختصة بالدخول تحت العقد فكان جميع البدل للداخلة تحت العقد اه غاية (قوله وصورته أن يقول) أي لامرأة خالية من الموانع اه فتح (قوله وقال مالك هو جائز الخ) قال ابن فرشتا في الباب الاول من شرح المشارق وما حكاه بعض الحنفية عن مالك من جوازها خطأ وقال ابن الهمام نسبته اليه غلط اه وقال السروجي ونكاح المتعة لا يجوز عند مالك ذكره في الذخيرة المالكية قال وهو قول الائمة ونقل صاحب الكشاف عنه سهو اه وفي المنافع صورته أن يقول خذي هذه العشرة لاتمتع بك أو لاستمتع بك أو متعيني بنفسك أياما والنكاح المؤقت أن يتزوج امرأة بشهادة شاهدين عشرة أيام أو شهرا أو سنة ونحوها والفرق بذكر لفظ التزوج في المؤقت دون المتعة وكذا بالشهادة فيه دون المتعة وفي المحيط كل نكاح مؤقت متعة وقال زفر لا تكون المتعة الا بلفظها اه غاية (قوله وروى أنه عليه الصلاة والسلام حرمها يوم الفتح) والتوفيق انها حرمت مرتين اه فتح (قوله والتوجه الى بيت المقدس في الصلاة) ذكره في العارضة اه غاية (قوله ولا فرق بين ما اذا طالت المدة الخ) قال ابن الهمام في باب التدبير والمصنف كالمناقض فانه في النكاح اعتبره توقيتا فأبطل به النكاح وفي التدبير جعله تأبيدا موجبا للتدبير اه (قوله مدة لا يعيش مثلهما اليها صح النكاح الخ) قال شيخ الاسلام الفرق بينهما أن المؤقت بلفظ النكاح أو التزويج وفي المتعة أتمتع أو أستمتع اه يعني ما اشتمل على مادة متعة والذي يظهر مع ذلك عدم اشتراط الشهود في المتعة وتعيين المدة وفي المؤقت الشهود وتعيينها اه فتح (قوله ولو تزوجها مطلقا) أي ولو تزوجها الى يوم موته أو يوم موتها صح اه خلاصة

صحيح ولا بأس بتزوّج النهاريات وهو أن يتزوجها على أن يقعد معها نهارا دون الليل قال رحمه الله (وله وطء امرأة ادّعت عليه انه تزوّجها وقضى بنكاحها ببينة ولم يكن تزوجها) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو قول أبى يوسف الاوّل وفى قوله الاخير وهو قول محمد رحمه الله لا يسعه أن يطأها وهو قول الشافعى رحمه الله لان القاضى أخطأ الحجة اذ الشهود كذبة فصار كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار ولابى حنيفة رحمه الله ماروى أن رجلا أقام بينة على امرأة انها زوجته بين يدى على رضى الله عنه فقضى على بذلك فقالت المرأة ان لم يكن لى منه بدّ فزوّجنى اياه فقال على شاهداك زوّجاك ولو لم ينعقد النكاح لاجابها بما طلبت للحقيقة التى عندها ولانه قضى بما فى وسعه فوجب القول بنفاذه ولهذا اذا حكم الحاكم فى فصل مجتهد فيه ينفذ لعدم القدرة على القضاء بالحق يقينا وأقرب منه أن المشترى للجارية اذا أنكر الشراء وحلف عند القاضى وفسخ القاضى البيع بينهما جاز للبائع أن يطأها وان كان البائع يعلم أن المشترى كاذب وكذا اللعان بين الزوجين شهادة فيفرق بينهما وان كان أحدهما كاذبا بيقين ويسع المرأة أن تتزوج بغيره وان كانت تعلم الكذب بيقين ثم يجعل قضاء القاضى انشاء ولهذا يشترط أن تكون المرأة محلا للانشاء حتى لو كانت ذات زوج أو فى عدّة غيره أو مطلقة منه ثلاثا لا ينفذ قضاؤه لانه لا يقدر على الانشاء فى هذه الحالة ويشترط حضور الشهود عند القضاء فى قول العامة وعند بعضهم لا يشترط لان انعقاد العقد فى ضمن القضاء وما ثبت فى ضمن شئ لا يراعى فيه شرائطه ولهذا سقط الايجاب والقبول وعلى هذا الخلاف لو أقامت المرأة البينة أن زوجها طلقها ثلاثا ولم يكن طلقها فقضى القاضى بذلك نفذ قضاؤه ووقعت الفرقة بينهما وحل لها أن تتزوّج بغيره ولا يحل للاوّل أن يطأها بعد القضاء بالفرقة وعند أبى يوسف لا تحل لا للاول ولا للثانى وعند محمد تحل للاوّل ما لم يدخل بها الثانى فاذا دخل بها حرمت عليه لوجوب العدّة كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وأما الثانى فلا تحل له أبدا وعند الشافعى يأتيها الاوّل سرا والثانى علانية وقد جعل لها زوجين وهو من أقبح الوجوه ولا خلاف بينهم فى الاملاك المرسلة أن قضاءه لا ينفذ ومعناه أن يدعى الملك المطلق ولم يذكر له سببا بأن قال هذا ملكى وأقام البينة عليه وقضى به القاضى لان فى الاسباب كثرة فليس بعضها أولى من بعض حتى لو ذكر سببا معينا صار على الخلاف ان كان سببا يمكن اثباته من جهة القاضى انشاء مثل البيع والاجارة وأما ان كان سببا لا يمكن اثباته من جهة القاضى كالارث لا ينفذ قضاؤه اتفاقا وفى الهبة والصدقة روايتان وفى دعوى العتق والنسب ينفذ قضاؤه باطنا والله أعلم

﴿باب الاولياء والاكفاء﴾

(قوله فى المتن وله وطء امرأة الخ) لقب المسئلة أن القضاء بشهادة الزور فى العقود والفسوخ ينفذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة اذا كان مما يمكن القاضى انشاء العقد فيه فلو ادعى نكاح امرأة أو هى ادعت النكاح أو الطلاق الثلاث كذبا وبرهنا زورا فقضى بالنكاح والطلاق نفذ ظاهرا فتطالب فى الحكم بالقسم والوطء والنفقة وباطنا فيحل له وطؤها وان علم حقيقة الحال ولها تمكينه اه كمال رحمه الله قال الكاكى والمعنى من النفاذ باطنا ثبوت الحل والتحريم فيما بينه وبين الله تعالى (قوله وهو قول الشافعى) أى ومالك وأحمد اه غاية (قوله لان القاضى أخطأ الحجة الخ) قال الكمال رحمه الله ثم على المبتدى بالدعوى الباطلة واتيانها بالطريق الباطل اثم بالله من اثم غير أن الواطئ بعد ذلك فى حل وقول أبى حنيفة أوجه وقد استدل على أصل المسئلة بدلالة الاجماع اه (قوله فصار كما اذا ظهر أنهم عبيد أو كفار) أى أو محدودون فى قذف اه (قوله جاز للبائع أن يطأها) أى عنده خلافا لهما اه (قوله ولهذا يشترط أن تكون المرأة محلا للانشاء) أى ويشترط أن يكون بمهر المثل لان القاضى لا يملك انشاء النكاح بدون مهر المثل اه (قوله حتى لو كانت ذات زوج الخ) فلو ادّعى النكاح على امرأة بمهر يسير أو على الرجل بغبن فاحش أو ادعى البيع بغبن فاحش لا ينفذ باطنا لانه لا يملك انشاءه بذلك ذكره فى الجامع اه غاية (قوله ويشترط حضور الشهود عند القضاء فى قول العامة) أى على قول ذكره الزعفرانى اه غاية (قوله وعند بعضهم لا يشترط) أى وهو الاوجه اه فتح (قوله وحل لها أن تتزوج بغيره) أى عنده اه غاية (قوله ولا تحل للاوّل) أى وتحل للثانى اه لان القاضى يملك التطليق على الغير أحيانا بخلاف المعتدة وأختها اه فتح (قوله وعند أبى يوسف لا تحل للاوّل ولا للثانى) قال الكاكى ثم قيما قالا تعطيل التزوج لانه لا تحل للاوّل ولا للثانى ولا يمكنها التزوّج بزوج آخر اه وهذا فى تقدير ان يكون محمد مع أبى يوسف وبه صدر الكاكى ثم نقل عن السرخسى مثل ما ذكر الشارح عن محمد اه قال (قوله وفى الهبة والصدقة الخ) قال الكمال رحمه الله أما الهبة والصدقة ففى نفاذ القضاء بهما باطنا روايتان اذا ادعى كذبا وجه المانعية أن القاضى لا يملك تمليك مال الغير بلا عوض اه

﴿باب الاولياء والاكفاء﴾

قال العلامة قوام الدين رحمه الله لما فرغ من بيان المحرمات وقد علم من ذلك المحللات شرع فى باب الاولياء والاكفاء للمناسبة بين البابين لان كون المرأة محللة شرط جواز النكاح وكذا الولى والكفء على حسب الاختلاف اعلم أن الولى من كان أهلا للميراث وهو عاقل بالغ لا يثبت

للصبي والمجنون ولاية وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم أصلا لانه لا يرث منه والمسلم لا ولاية له على الكافر أيضا لانه لا يرث منه وكذا العبد لا ولاية له أيضا لانه لا يرث من أحد كذا في شرح الطحاوى اه وقال الكمال أولى الشروط المتفق عليها غالبا الشرط المختلف فيه وهو عقد الولى والولى" العاقل البالغ الوارث فخرج الصبي والمعتوه والعبد والكافر على المسلمة الولاية في النكاح نوعان ولاية ندب واستحباب وهو الولاية على البالغة العاقلة بكرا كانت أو ثيبا و ولاية اجبار وهو الولاية على الصغيرة بكرا كانت أو ثيبا وكذا الكبيرة المعتوهة والمرقوقة وتثبت بأسباب أربعة بالقرابة والملك والولاء والامامة اه وكتب ما نصه الاولياء جمع ولى كأغنياء جمع غنى (قوله نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولى) الا أنه خلاف المستحب اه فتح (قوله وقال مالك والشافعى لا ينفذ بعبارة النساء أصلا) أى أصيلة كانت أو وكيلة اه فتح (قوله لا نكاح الا بولى الخ) قال الرازى وما رواه محمول على أمة زوجت نفسها بغير اذن سيدها أو صغيرة أو مجنونة اه وكتب ما نصه رواه الدارقطنى اه غاية (قوله بأن النكاح صادر منها) لانه حقيقة اسناد الفعل الى فاعله اه فتح (قوله الايم أحق بنفسها الخ) والايم من لا زوج لها بكرا كانت أو ثيبا فى كتاب الامثال لابى عبيد فى أمثال أكثم بن صيفى كل ذات بعل ستئيم (١١٧) يضرب لتحول الزمن بأهله وأنشد قول الاول

أفاطم إنى هالك فتثبتى
ولا تجزعى كل النساء تئيم

ووجه الاستدلال أنه أثبت لكل منها ومن الولى" حقا فى ضمن قوله أحق ومعلوم أنه ليس للولى سوى مباشرة العقد اذا رضيت وقد جعلها أحق منه به اه فتح (قوله أحق بنفسها من وليها) ويروى من أبيها اه غاية (قوله متفق على صحته) ليس بالمعنى المصطلح عليه فانه انما رواه مسلم والاربعة اه ق (قوله واستدلالهم بالنهى الخ) قال الكمال والجواب أما الآية فمعناها الحقيقى النهى عن منعهن عن مباشرة النكاح هذا هو حقيقة لا تمنعوهن أن ينكحن اذا أريد بالنكاح العقد هذا بعد تسليم كون الخطاب للاولياء والا فقد قيل للازواج فان الخطاب معهم فى أول الآية واذا طلقتم النساء فبلغن أجلهن فلا تعضلوهن أى لا تمنعوهن حسا حبسا بعد انقضاء العدة أن يتزوجن (قوله وعن أبى حنيفة) وهذه رواية الحسن اه (قوله لان كثيرا من الاشياء لا يمكن دفعه بعد الوقوع) أى وليس كل ولى يحسن المرافعة والخصومة ولا كل قاض يعدل ولو أحسن الولى وعدل القاضى فقد يترك أنفة للتردد على أبواب الحكام واستثقالا لنفس الخصومات فيتقرر الضرر فكان منعه دفعا له وينبغى تفييد عدم الصحة المفتى به بما اذا كان لها أولياء أحياء لان عدم الصحة انما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم فانه قد يتقرر لما ذكرنا أما ما يرجع الى حقها فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتى فى فصل الكفاءة اه كمال (قوله واختار بعض المتأخرين الخ) قال الكمال رحمه الله وعلى المختار للفتوى لو زوجت المطلقة نفسها ثلاثا بغير كفء ودخل لا تحل للاول قالوا ينبغى أن تحفظ هذه فان المحلل فى الغالب يكون غير كفء وأما لو باشر الولى عقد المحلل فانها تحل للاول واذا جاز من غير الكفء على ظاهر المذهب فللولى أن يفرق بينهما على ما ذكره فى فصل الكفاءة اه

قال رحمه الله (نفذ نكاح حرة مكلفة بلا ولى) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف فى ظاهر الرواية وكان أبو يوسف أولا يقول انه لا ينعقد الا بولى اذا كان لها ولى ثم رجع وقال ان كان الزوج كفأ لها جاز ولا فلا ثم رجع وقال جاز سواء كان الزوج كفأ لها أو لم يكن وعند محمد ينعقد موقوفا على اجازة الولى سواء كان الزوج كفأ لها أو لم يكن ويروى رجوعه الى قولهما وقال مالك والشافعى لا ينفذ بعبارة النساء أصلا لقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن فلولا أن له ولاية التزويج لما منع عن العضل وقال الشافعى هى أبين آية فى كتاب الله تعالى على اشتراط الولى ولقوله عليه الصلاة والسلام لا نكاح الا بولى وشاهدى عدل وقد رووا فى كتبهم أحاديث كثيرة ليس لها صحة عند أهل النقل حتى قال البخارى وابن معين لم يصح فى هذا الباب حديث يعنى على اشتراط الولى ولنا قوله تعالى فلا جناح عليكم فيما فعلن فى أنفسهن وقوله تعالى فلا تعضلوهن أن ينكحن أزواجهن وقوله تعالى حتى تنكح زوجا غيره وقوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتراجعا ان ظنا أن يقيما حدود الله وهذه الآيات تصرح بأن النكاح ينعقد بعبارة النساء لان النكاح المذكور فيها منسوب الى المرأة من قوله أن ينكحن وحتى تنكح وهذا صريح بأن النكاح صادر منها وكذا قوله تعالى فيما فعلن وأن يتراجعا صريح بأنها هى التى تفعل وهى التى ترجع ومن قال لا ينعقد بعبارة النساء فقد رد نص الكتاب وقوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها متفق على صحته ولانها حرة بالغة عاقلة فتكون لها الولاية على نفسها كالغلام وكالتصرف فى المال واستدلالهم بالنهى عن العضل لا يستقيم لانه نهى عن المنع عن مباشرتها العقد فليس له أن يمنعها عن المباشرة بعدما نهى عنه وهذا كمن يقول نهيت عن قتل المسلم بغير حق فلولا يكن لى حق القتل لما نهيت عنه وهذا ظاهر الفساد لا يخفى على أحد ومن الدليل على صحة مذهبنا أن المرأة لو أقرت بالنكاح صح ولو لم يكن لها انشاء العقد لما صح كالرقيق والصغار وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انه لا يجوز فى غير الكفء لان كثيرا من الاشياء لا يمكن دفعه بعد الوقوع واختار بعض المتأخرين الفتوى بهذه الرواية لفساد الزمان وقوله نفذ نكاح حرة مكلفة يدخل تحته الثيب والبكر لاطلاق ما تلونا وما روينا وما بينا من المعقول والمنقول قال

(قوله فى المتن ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) يريد به أنه لا يزوّجها بغير رضاها فان فعل ذلك فالنكاح موقوف على اجازتها عندنا وان ردّته بطل وان سكتت عند استئذان وليها لها فهو اذن منها اهـ غاية قال الكمال ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الاجبار أهو الصغر أو البكارة فعندنا الصغر وعند الشافعى البكارة فانبنى عليه بهذه ما اذا زوج الاب الصغيرة فدخل وطلقت قبل الدخول لم يجز للاب تزويجها حتى تبلغ فتشاور لعدم البكارة وعندنا له تزويجها لوجود الصغر وحاصل وجه قوله أن ألحق البكر الكبيرة بالبكر الصغيرة فى ثبوت ولاية اجبارها فى النكاح بجامع الجهل بأمر النكاح وعاقبته ونحن نمنع أن الجهل بأمر النكاح هو العلة فى الاصل بل هو معلوم الالغاء للقطع بجواز عقد البيع والشراء ممن جهله لعدم الممارسة مع أن الجاهل منتف لانه قلما تجهل بالغة معنى عقد النكاح وحكمه اهـ فتح (قوله فى المتن فان استأذنها) أى البكر البالغة اهـ عينى (قوله فسكتت فهو إذن) أى يمضى به العقد عليها وان لم تدر أن السكوت رضا كذا فى الفتح فى أول باب الاستثناء فى الطلاق اهـ وقوله فسكتت المراد بالسكوت الاختيارى فلو أخذها سعال أو عطاس أو أخذ بفيها فخلصت فردت ارتد ولا فرق بين العلم والجهل فى التجنيس حتى لو زوّجها أبوها فسكتت وهو لا يعلم أن السكوت رضا جاز ولو تبسمت يكون اذنا فى الصحيح اهـ فتح (قوله بخلاف ما اذا بكت فانه دليل السخط) أى وليس برد حتى لو رضيت بعده ينفذ العقد وان قالت لا أرضى ثم قالت رضيت لا يصلح للرد اهـ غاية وكاكى (قوله ويعتبر فى الاستئمار) أى يعتبر فى كون السكوت رضا بالاستئمار اهـ فتح قال الكمال رحمه الله هذا اعتباره قليل الجدوى أو عديمه اذ الاحساس بكيفيتى الدمع لا يتهيأ الا للباكى ولو ذهب انسان يجسه لا يدرك حقيقة المقصود وليس يعتاد ولا يطمئن القلب اهـ (قوله ولا يشترط ذكر المهر) أى فى كون السكوت رضا وقيل يشترط لاختلاف الرغبة باختلاف الصداق قلة وكثرة وقوله وان كان غيرهما يشترط قال الكمال رحمه الله والاوجه الاطلاق أو وما ذكر من التفصيل ليس بشئ لان ذلك فى تزويجه الصغيرة بحكم الجبر والكلام فى الكبيرة التى وجب مشاورتها والاب فى ذلك كالاجنبى لا يصدر عن شئ من أمرها الا برضاها غير أن رضاها يثبت بالسكوت عند عدم ما يضعف ظن كونه رضا ومقتضى النظر أن لا يصح بلا تسمية المهر لها الجواز كونها لا ترضى الا بالزائد على مهر المثل بكمية خاصة فالم تعلم ثبوتها لا ترضى وصحة العقد بلا تسمية هو فيما اذا رضيت بالتفويض وقد انتفى والمثبت بدلالة زائدة على السكوت وكون الظاهر من الاب أن لا يتركه الا لما هو عليه لا يقتضى رضاها بتركه لذلك فقد لا تختار ذلك والكلام فى البكر الكبيرة والمسئلة المعروفة فيه عن أبى حنيفة انما هو فى الصغيرة أما الكبيرة فنفاذ تزويج الاب موقوف على رضاها كالوكيل غير أن سكوتها جعل دلالة شرعا فاذا عارضه ترك التسمية أو تسمية الناقص صار محتملا على السواء لكونه للرضا أو لخوف الرد عليه مع عدمه فلا يثبت الرضا به وفى غيره ليس الاحتمال مساويا بل الراجح جنبة الرضا فما اكتفى الا بالمظنون على ما ذكرناه آنفا اهـ

رحمه الله (ولا تجبر بكر بالغة على النكاح) وقال الشافعى للاب والجد ولاية الاجبار لجهلها بأمر النكاح فأشبهت الصغيرة ولهذا يقبض الاب صداقها ولان قوله عليه الصلاة والسلام الثيب أحق بنفسها من وليها يدل على أن البكر بخلافها فيحمل كل ما ورد من استئذان البكر واستئمارها على الاستحباب ولنا ما بينا وقوله عليه الصلاة والسلام البكر يستأذنها أبوها رواه مسلم وقال ابن المنذر ثبت انه عليه الصلاة والسلام قال لا تنكح الثيب حتى تستأمر ولا تنكح البكر حتى تستأذن قالوا وكيف اذنها يا رسول الله قال تسكت وهو فى صحيح مسلم وردت هذه الاحاديث الصحاح بصيغة الخبر والمراد بها الامر وهو أقوى وجوه الامر على ما عرف فى موضعه فيكون الاستئذان واجبا كالاستئمار فى الثيب وليس فى حديثهم ما يدل على اختصاص الاب والجد بذلك بل فيه الثيب أحق بنفسها من وليها فيتناول جميع الاولياء فيكون مفهومه على زعمهم أن جميع الاولياء أحق بنفس البكر منها ولان هذا الاستدلال باطل لان المفهوم اذا عارضه المنطوق يقدم المنطوق عليه لكونه أقوى وأحاديثنا تنص على أن البكر تستأذن لا سيما حديث مسلم وهو قوله عليه الصلاة والسلام البكر يستأمرها أبوها نص عليه فى موضع الخلاف فلا يعتبر المفهوم معه وأوضح منه قوله عليه الصلاة والسلام الايم أحق بنفسها من وليها يتناول البكر والثيب لانه اسم لمن لا زوج لها وهو متفق عليه وانما يقبض الاب مهرها برضاها دلالة ولهذا لا يملك مع نهيها قال رحمه الله (فان استأذنها الولى فسكتت أو ضحكت أو زوّجها فبلغها الخبر فسكتت فهو اذن) لقوله عليه الصلاة والسلام البكر تستأمر فى نفسها فان سكتت فقد رضيت ولان جنبة الرضا راجحة فيه لانها تستحى عن اظهار الرغبة فيه لا عنه والضحك صار رضا دلالة لانه أدل على الرضا من السكوت فانه علامة السرور والفرح بما سمعت بخلاف ما اذا بكت فانه دليل السخط والكراهية وقيل اذا ضحكت كالمستهزئة بما سمعت لا يكون رضا واذا بكت بلا صوت لم يكن ردا بل حزن على مفارقة أهلها وعليه الفتوى وذكر المرغينانى أن دمعها ان كان باردا يكون رضا وان كان حارا لا يكون رضا ويعتبر فى الاستئمار تسمية الزوج على وجه تقع لها به المعرفة لتظهر رغبتها فيه من رغبتها عنه حتى لو قال لها أريد أن أزوّجك من رجل فسكتت لا يكون رضا لعدم العلم به ولو قال لها أزوّجك من فلان أو فلان وذكر جماعة فسكتت فهو رضا يزوّجها الولى من أيهم شاء وان قال من جيرانى أو من بنى عمى ان كانوا جماعة يحصون فهو رضا والا فلا ولا يشترط ذكر المهر فى الصحيح لان للنكاح صحة بدونه واختار بعض المشايخ ان كان المزوج هو الاب

(قوله أو الجد أبا الاب لا يشترط) أى لانه لا ينقص من المهر الا لغرض يفوق المهر اه غاية (قوله وسوّى) أى المصنف اه (قوله والاصح أنه رضا) قال الكمال و ينبغى تقييده بما اذا كان الزوج حاضرا أو عرفته قبل ذلك اه (قوله حتى تجيز أحدهما) أى

أو الجد أبا الاب لا يشترط وان كان غيرهما يشترط وسوّى بين الاستئذان وبين بلوغ الخبر بالتزويج لان وجه الدلالة فى السكوت لا يختلف بين أن يكون قبل العقد أو بعده وقال محمد بن مقاتل اذا بلغها بعد عقد النكاح فسكتت لا يكون اجازة منها لان السكوت لا يكون اجازة والحاجة هنا الى الاجازة بخلاف سكوتها قبل العقد لان ذلك ثبت نصا وعن أبى يوسف أن سكوتها بعد العقد يكون ردا ذكره فى البدائع وقال وهو قول محمد ولو زوّجها الولى بحضرتها فسكتت اختلف المشايخ فيه والاصح أنه رضا ولو زوّجها وليان مستويان كل واحد منهما من رجل فاجازتهما معا بطلا لعدم الاولوية وان سكتت بقيا موقوفين حتى تجيز أحدهما وعن محمد انهما بطلا لان سكوت البكر اجازة لهما ولو زوّجها من غير كفء فسكتت لم يكن رضا فى قول محمد ابن سلمة وهو قول أبى يوسف ومحمد وقال الفقيه أبو الليث وهو يوافق قولهما فى الصغيرة ولا يشترط تسمية المهر فى الصحيح لان للنكاح صحة بدونه وان سماه يشترط أن يكون وافرا وهو مهر المثل حتى لا يكون السكوت رضا بدونه ثم المخبر ان كان هو الولى فعلى ماذكرنا ورسول الولى كالولى ولو كان المبلغ فضوليا يشترط فيه العدد أو العدالة عند أبى حنيفة رضى الله عنه خلافا لهما ولها نظائر وهى الشفيع اذا أخبر ببيع المشفوع والوكيل اذا أخبر بالعزل والعبد المأذون له اذا أخبر بالحجر والمولى اذا أخبر بجناية عبده فحاصله ان محل الخبر خمسة أوجه أحدها ما هو حق الله تعالى وأمكن تلقيه من جهة العدول كاخباره عليه الصلاة والسلام مما ليس فيه عقوبة يشترط فيه العدالة والبلوغ لا العدد وشهر رمضان منه ثانيها ما هو حقه وهو يوجب العقوبة قيل هو كالاوّل وقيل يشترط فيه التواتر ثالثها حقوق العباد وفيه إلزام من كل وجه كدعوى الحقوق عند الحكام فيشترط فيه العدد والعدالة رابعها حقوق العباد وفيه الزام من وجه دون وجه كاخبار البكر بتزويج الولى فانها يلزمها العقد على تقدير أن تسكت ولا يلزمها شئ على تقدير الرد وكذا الشفيع يلزمه سقوط الشفعة على تقدير السكوت ولا يلزمه شئ على تقدير الطلب وكذا المولى اذا أخبر بجناية عبده يلزمه الارش على تقدير التصرف فيه ولا يلزمه شئ على تقدير عدم التصرف وكذا الوكيل ان تصرف يلزمه والا فلا وكذا العبد المأذون له فلما تردّد بين اللزوم وعدمه اشترط فيه احد شطرى الشهادة عنده خلافا لهما وخامسها حقوق العباد وليس فيه الزام أصلا وهى المعاملات فيقبل فيه خبر كل مميز من غير اشتراط عدد ولا عدالة ولا بلوغ قال رحمه الله (فان استأذنها غير الولى فلا بد من القول كالثيب) لان سكوتها لقلة الالتفات الى كلامه فلا يدل على الرضا وذكر الكرخى أن سكوتها عند استئمارها الاجنبى يكون رضا لانها تستحى من الاجنبى أكثر والاوّل أصح لان جعل السكوت رضا ضرورى فلا حاجة اليه عند استئمارها الاجنبى وقوله كالثيب يشير الى انه لا بد من نطقها هكذا ذكروا واستدل بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب تشاور وليس فيه دلالة على اشتراط النطق فان البكر أيضا تشاور وكذا الرضا بالقول لا يشترط فى حق الثيب أيضا بل رضاها يتحقق تارة بالقول كقولها رضيت وقبلت وأحسنت وأصبت أو بارك الله لك أولنا ونحوها وتارة بالدلالة كطلب مهرها أو نفقتها أو تمكينها من الوطء وقبول التهنئة والضحك بالسرور من غير استهزاء فثبت بهذا أنه لا فرق بينهما فى اشتراط الاستئذان والرضا وان رضاهما قد يكون صريحا وقد يكون دلالة غير ان سكوت البكر رضا دلالة لحيائها دون الثيب لان حياءها قد قل بالممارسة فلا يدل سكوتها على الرضا قال رحمه الله (ومن زالت بكارتها بوثبة أو حيضة أو بجراحة أو تعنيس أو زنا فهى بكر) حتى تكون أحكامها كاحكام البكر فى التزويج فأما اذا زالت بكارتها بوثبة أو حيضة او جراحة أو تعنيس فلانها بكر حقيقة لان مصيبها أوّل مصيب لها ومنه البكرة لاوّل النهار والباكورة لاوّل الثمار وكل من بادر الى شئ فقد بكر وأبكر ويقال بكر بالصلاة أى صلاها فى أوّل وقتها وفيه خلاف الشافعى هو يقول ان البكر اسم لامرأة عذرتها قائمة والثيب من زالت عذرتها وهذه قد زالت عذرتها فتكون ثيبا

بالقول أو بالفعل اه (قوله وعن محمد انهما يبطلان) أى كما لو أجازتهما معا وهو القياس اه فتح (قوله لان سكوت البكر اجازة لهما) وان زوّجها الوليان متعاقبين باذنها فالنكاح للاوّل منهما اذا علم وان وقعا معا أو جهل المتقدم بطلا اه غاية (قوله ولو زوّجها) أى البكر البالغة اه (قوله وهو قول أبى يوسف ومحمد) وعند أبى حنيفة يكون رضا اه (قوله وهو يوافق قولهما فى الصغيرة) أى فان الاب اذا زوّج الصغيرة من غير كفء لا يصح عندهما ويصح عند أبى حنيفة اه (قوله حتى لا يكون السكوت رضا بدونه) أى عندهما مطلقا وعند أبى حنيفة فى غير الاب والجد لانهما وليان فى النكاح عنده أجنبيان عندهما اه زاهدى وكذا عزاه الكاكى الى جامع قاضيخان والمحيط والمبسوط اه (قوله ورسول الولى كالولى) أى فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة اتفاقا اه (قوله خلافا لهما) أى فيهما فانهما قالا الواحد كاف ولا يشترط العدد ولا العدالة كالرسول اه غاية (قوله والمولى اذا أخبر بجناية عبده) أى ليكون بيعه واعتاقه اختيارا للفداء اه فتح (قوله فى متن فان استأذنها غير الولى الخ) بان كان الاب كافرا أو عبدا أو مكاتبا أو وليا غيره أولى منه كالاخ مع الاب اه كمال (قوله فقد بكر وأبكر) أى في أى وقت كان اه غاية

(قوله إذا أقر المشتري بذلك) أي بأن عذرتها زالت بالوثبة اهـ (قوله وليست بعذراء) قال في الصحاح في مادة بكر البكر العذراء والجمع أبكار والمصدر البكارة وقال في مادة عذر والعذرة البكارة والعذراء البكر والجمع العذارى والعذاري والعذراوات كما قلنا في الصحاري اهـ (قوله فالمذكور هنا قول أبي حنيفة) وبه قال مالك اهـ غاية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد)

ولهذا لو اشترى أمة على أنها بكر يردها إذا وجدها بهذه الصفة ولنا أن البكر إنما اكتفي بسكوتها لأجل حيائها وهذا معنى قائم وهي بكر حقيقة على ما بينا ولهذا لو أوصى لأبكار بني فلان تدخل في الوصية وأما مسألة شراء الجارية فقد قيل لا يردها إذا أقر المشتري بذلك قلنا أن نمنع ولئن سلمنا أن المعتاد بين الناس في اشتراط البكارة صفة العذرة وهذه بكر وليست بعذراء فيردها والحكم في مسألتنا تعلق باسم وهو باق وأما إذا زالت بكارتها بالزنا فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي لا يكتفى بسكوتها لأنها ثيب حقيقة لأن مصيبها عائد إليها ومنه المثوبة للثواب العائد جزاء عمله والمثابة للبيت الذي يعود إليه الناس في كل عام والتثويب العود إلى الإعلام بعد الإعلام فيتناولها قوله عليه الصلاة والسلام الثيب تشاور ولهذا لو أوصى لثيبات بني فلان تدخل ولأبكارهم لا تدخل وكذا لو اشترى جارية على أنها بكر فإذا هي زالت بكارتها بالزنا يردها فصار كما إذا وطئت بشبهة أو أقيم عليها الحد أو تكرر زناها ولأبي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام إذنها صماتها خرج جوابا لقول عائشة رضي الله عنها إنها تستحي فكانت العلة هي الحياء ولا تأثير للبكارة في ذلك والحياء فيها أقوى فكان السكوت دليل الرضا وهو المعتبر ألا ترى أن الثيب أيضا إذا وجد منها فعل يدل على الرضا نفذ النكاح ولا يشترط فيها القول فقط بخلاف الوصية لأنها تعلقت باسم الثيبات والأبكار لا بالحياء وهي ثيب حقيقة وكذا الشراء تعلق بوصف مرغوب فيه وقد فات ولأن البيع تعلق بالسليم من العيب والزنا عيب ولا يقال النص ورد في حياء البكر فلا يكون واردا في حياء الفساد لأنا نقول النص ورد لأجل الحياء لا لجهته فيتناوله قطعا إذ هو المؤثر دون جهته والحياء فيها أعظم حذارا لنسبة إلى الفساد ولأن الشارع قد ندب إلى الستر وفي إلزامها النطق إشاعة الفساد مع تفويت مصالحها وبخلاف ما إذا وطئت بشبهة لأن الشارع أظهره حيث علق به أحكاما من ثبوت النسب والعدة وبخلاف ما إذا تكرر زناها فإنها لا تستحي بعد التكرار عادة بل تجعله مكسبة وكذا إذا أخرجت وأقيم عليها الحد لأنه ظهر بين الناس وعرفت به فلا تخفيه ولو خلا بها زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها أو فرق بينهما بعنة أو جب تزوج كما تزوج الأبكار وإن وجبت عليها العدة لأنها بكر حقيقة والحياء فيها موجود قال رحمه الله (والقول قولها إن اختلفا في السكوت) أي إذا قال لها الزوج بلغك النكاح فسكت فقالت هي بل رددت فالقول قولها وقال زفر القول قول الزوج لأن السكوت أصل والرد عارض فكان الظاهر شاهدا له فصار كالمشروط له الخيار إذا ادعى الرد بعد مضي المدة حيث لا يقبل قوله وكما لو ادعى المشتري خيار الشرط أو البائع فالقول لصاحبه لما قلنا وكما لو زوجها الولي وهي صغيرة ثم أدركت وادعت أنها ردت النكاح حين بلغت وكذبها الزوج كان القول له ونحن نقول إنه يدعي عليها لزوم العقد وتملك البضع والمرأة تنكره فكان القول قول المنكر كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله بخلاف مسألة الخيار لأن العقد لزم بمضي مدة الخيار ولم يظهر اللزوم هنا وبخلاف دعوى خيار الشرط لأنه عارض والأصل عدمه وبخلاف ما إذا زوجها الولي وهي صغيرة لأن العقد نفذ عليها في حالة الصغر والظاهر بقاؤه وهي تدعي الفسخ تريد إبطاله فلا يقبل قولها إلا بحجة وهذا لأن الشيء إذا ثبت في وقت فالظاهر بقاؤه فلا يقبل منها إسناد الفسخ إلى وقت الإدراك حتى لو قالت عند القاضي أدركت الآن وفسخت صح وقيل لمحمد كيف يصح وهو كذب وإنما أدركت قبل هذا الوقت فقال لا تصدق بالإسناد فجاز لها أن تكذب كيلا يبطل حقها وكذلك إذا زوجها الولي وهي صغيرة وعلمت بالنكاح بعد البلوغ وادعت

قال الأقطع وجه قولهما أن وطأها يزيل الحياء الذي يتعلق به حكم الأبكار ويجعلها في حكم الثيب والجواب أنها إذا زنت مرة لا يزول حياؤها عند الولي وإنما يزول عند الزاني لا سيما إذا لم يتكرر الزنا منها والمعتبر وجود حيائها عند استئذان الولي لها ذلك موجود اهـ (قوله والشافعي) أي وابن حنبل اهـ غاية (قوله في المتن والقول قولها إن اختلفا في السكوت) وصورتها ادعى على بكر بالغة أن وليها زوجها منه قبل استئذانها فلما بلغها سكتت وقالت بل رددت اهـ كمال (قوله فالقول قولها) أي بلا يمين عنده وبه عندهما كما سيأتي اهـ (قوله وقال زفر القول قول الزوج) ونظير هذا الخلاف فيما إذا قال السيد لعبده إذا لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم وقال العبد لم أدخل وكذبه المولى فالقول قول المولى عندنا وعنده العبد وهذه العبارة أولى من قوله في المبسوط أن الخلاف في مسألة النكاح بناء على الخلاف في مسألة العبد إذ ليس كون أحدهما بعينه مبنى الخلاف بأولى من القلب بل إنما الخلاف فيهما معا ابتداء اهـ فتح (قوله والرد عارض) أي والقول قول منكر العوارض اهـ غاية (قوله فصار كالمشروط له الخيار) أي وكالشفيع إذا قال علمت بالبيع أمس وطلبت الشفعة وقال المشتري بل سكت فالقول قول المشتري أما لو قال طلبت الشفعة حين علمت بالبيع فالقول له اهـ فتح

(قوله ثم فى مسئلة الكتاب أيهما أقام البينة قبلت بينته) قال الكمال ثم ان أقام الزوج البينة على سكوتها عمل بها لانها لم تقم على النفى بل على حالة وجودية فى مجلس خاص يحاط بطرفيه أو هو نفى يحيط به الشاهد فيقبل كما لو ادعت أن زوجها تكلم بما هو ردة فى مجلس فأقامها على عدم التكلم فيه تقبل وكذا اذا قال الشهود كنا عندها ولم نسمعها تتكلم ثبت سكوتها بذلك كذا فى الجوامع اهـ فتح (قوله فان أقاماها معا فالبينة بينة المرأة) أى لاثبات الزيادة أعنى الرد فانها زائدة على السكوت اهـ فتح (قوله وذكر قاضيخان أن الزوج اذا أقام بينة أنها أجازت الخ) قال الكمال ولو كان أقامها على أنها رضيت أو أجازت حين علمت ترجحت بينته لاستوائهما فى الاثبات وزيادة بينته باثبات اللزوم كذا فى الشروح وعزاه فى النهاية للتمرتاشى وكذا هو فى غير نسخة من الفقه لكن فى الخلاصة نقلا من أدب القاضى للخصاف فى هذه المسئلة لو أقام الاب أو الزوج البينة على الاجازة والمرأة على الرد فبينتها أولى فتحصل فى هذه الصورة اختلاف المشايخ ولعل وجهه أن السكوت لما كان مما تحقق الاجازة به لم يلزم من الشهادة بالاجازة كونها بامر زائد على السكوت ما لم يصرحوا بذلك فلا يلزم باستواء البينتين فى الاثبات وهذا كله اذا كان قبل الدخول فلو قالت لم أجزه بعد الدخول لم تصدق

على ذلك الا اذا كانت مكرهة فحينئذ القول لها الظهور دليل السخط دون الرضا ولا يقبل عليها قول وليها بالرضا اهـ (قوله لان بينة الزوج قامت فيه الخ) أى وبينة المرأة قامت على اثبات الرد فكانت أولى اهـ غاية (قوله فالقول قولها ولا يمين عليها) أى فتذهب من عصمته عنده بغير يمين (قوله وقالا عليها اليمين) فان نكلت بقى النكاح عندهما اهـ فتح (قوله وهى المسائل الست) قال الكمال وزيد عليها دعوى الامة أنها أسقطت مستبين الخلق فصارت أم ولد وجمعتها فى هذين البيتين

نكاح وفيئة ايلاؤه
ورق ورجع ولاء نسب
ودعوى الاماء امومية
فليس بها من يمين وجب

(قوله وموضعها كتاب الدعاوى) والفتوى على قولهما فيها وقيل يتأمل القاضى فى حال المدعى فان ظهر له منه التعنت قضى بقوله والا فبقولها اهـ فتح (قوله ومع هذا لا تحلف) أى لو ادعى عليها فأنكرت اهـ فتح (قوله والاشبه أن يكون هذا قولهما الخ) وذكر العمادى فى الفصل السادس عشر أن ذلك قولهما وان عند أبى حنيفة لا يحلف اهـ (قوله فى المتن وللولى انكاح الصغير والصغيرة) أى سواء كانت بكرا أو ثيبا اهـ ع (قوله وقال مالك لا يجوز لغير الاب) أى نكاح الصغير والصغيرة اهـ وهو قول ابن حنبل اهـ غاية (قوله وهو ماروى أن أبا بكر زوج عائشة) وهى بنت ست اهـ فتح وبنى بها وهى بنت تسع سنين وكانت عنده تسع سنين اهـ كاكى (قوله لكون الثيابة الخ) يقال ثيبت المرأة تثييبا اذا صارت ثيبا والثيابة والثيوبة فى مصدرها ليس من كلامهم اهـ مغرب (قوله سلمة الخ) انما هو عمر كما ذكره المحب الطبرى فى ذخائر العقبى فى مناقب ذوى القربى وكذا فى الفتح اهـ (قوله بدليل اثبات الخيار لها اذا بلغت) ولو كان تزويجه بالنبوة لم يثبت لها الخيار كما لو زوجها الاب والجد والمولى اذ النبوة أعظم من ذلك ولا قصور فيها والعباس وان كان عمها ولكن يحتمل انه كان غائبا أو تأدب مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وجعل الامر اليه ذكره سبط ابن الجوزى وغيره اهـ غاية

انها فسخت حين علمت لم تصدق بالاسناد الى وقت العلم لما بينا ثم فى مسئلة الكتاب أيهما أقام البينة قبلت بينته وان أقاماها معا فالبينة بينة المرأة كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فالقول قوله والبينة بينته وذكر قاضيخان أن الزوج اذا أقام بينة انها أجازت النكاح حين أخبرت وأقامت المرأة البينة انها ردت حين أخبرت كانت البينة بينة الزوج لانها تثبت اللزوم فترجحت بخلاف الاول لان بينة الزوج قامت فيه على أمر عدمى وهو السكوت وان لم يكن لهما بينة فالقول قولها ولا يمين عليها عند أبى حنيفة وقالا عليها اليمين وهذا مبنى على أن فائدة اليمين القضاء بالنكول وهو بدل عنده وعندهما اقرار وثمرة الخلاف تظهر فى كل موضع لا يصح فيه البدل وهى المسائل الست وموضعها كتاب الدعاوى وذكر فى الغاية معزيا الى الفتاوى للناصحى أن رجلا لو ادعى على الاب أنه زوجه ابنته الصغيرة فأنكر الاب يحلف عند أبى حنيفة وفى الكبيرة لا يحلف عنده اعتبارا بالاقرار فيهما وهذا مشكل جدا على قوله لان امتناع اليمين عنده لامتناع البدل لا لامتناع الاقرار ألا ترى أن المرأة لو أقرت لرجل بالنكاح نفذ اقرارها ومع هذا لا تحلف والاشبه أن يكون هذا قولهما قال رحمه الله (وللولى انكاح الصغير والصغيرة والولى العصبة بترتيب الارث) وقال مالك لا يجوز لغير الاب لان القياس يأبى أن يكون له على الغير ولاية اذا كان حرا الا لحاجة ولا حاجة عند انعدام الشهوة الا أن ولاية الاب ثبتت نصا وهو ماروى ان أبا بكر زوج عائشة النبى صلى الله عليه وسلم والجد ليس فى معناه فلا يلحق به وقال الشافعى ان كانت الصغيرة ثيبا لا يجوز لاحد أن يزوجها لان الثيب تشاور لكون الثيابة سببا لحدوث الرأى بوجود الممارسة ولا يعتبر اذنها قبل البلوغ فوجب الانتظار وان كانت بكرا جاز للاب والجد أن يزوجها ولا يجوز ذلك لغيرهما كما قال مالك الا أن الجد كالاب ولهذا يملك التصرف فى المال كما يملكه الاب بخلاف غيرهما من العصبات لانه لا يملك التصرف فى المال مع انه أدنى حالا فلأن لا يملكه فى النفس وهو أعلى رتبة أولى وأحرى ومذهبنا منقول عن عمر وعلى والعبادلة وأبى هريرة وكفى بهم حجة وحكى الكرخى رحمه الله اجماع الصحابة رضى الله عنهم وزوج رسول الله صلى الله عليه وسلم امامة بنت حمزة وهى صغيرة سلمة بن أبى سلمة وهى بنت عمه وقال لها الخيار اذا بلغت وانما زوجها بالعصوبة لا بالنبوة بدليل اثبات الخيار لها اذا بلغت ولانه عليه الصلاة والسلام لم يزوج أحدا

(قوله الانكاح الى العصبات) ويروى النكاح فى العصبات اه غاية (قوله وشمس الائمة) أى السرخسى ولم يخرجه أحد من الجماعة ولا يثبت اه غاية (قوله ومافيه) أى فى القريب اه (قوله من القصور) أى قصور الشفقة اه (قوله لتكرره) أى بأن باع وليه ثم باع المشترى منه من غيره وغاب فلا يمكن تدارك الخلل لانه لا يمكن الظفر من المشترى منه لغيبته أو لموته أو لنسيانه أو يتطرق على العوض التوى فلم يمكن اثبات الولاية لغير الاب والجد لقصور شفقته اه كاكى (قوله وقوله) أى الشافعى اه (قوله وعندنا عدم العقل) أى فى

بالنبوة ولو كان زوج بها لما تقدم عليه أحد ولم ينقل الينا انه عليه الصلاة والسلام منع الاولياء من التزويج وزوجها وذكر هذا الحديث سبط ابن الجوزى وغيره وروى عن على موقوفا ومرفوعا الانكاح الى العصبات ذكره سبط ابن الجوزى وشمس الائمة وقد أجمع العلماء على العمل بهذا الحديث فى حق الكبيرة فوجب أن يعمل به فى الصغيرة لانها أعجز وأمس حاجة لان الخاطب قد لا ينتظر الى البلوغ فيفوت الكفء الخاطب فوجب القول بجواز عقده لوجود أصل الشفقة ومافيه من القصور فى غير الاب والجد أظهرناه فى عدم ولاية الالزام بخلاف التصرف فى المال لانه لا يمكن تداركه بعد البلوغ لتكرره والذى يدل على جواز نكاح الصغيرة قوله تعالى وان خفتم أن لا تقسطوا فى اليتامى فانكحوا ما طاب لكم من النساء أى فى نكاح اليتامى هكذا فسرته عائشة رضى الله عنها ولان تأثير البلوغ فى زوال الولاية عنها القدرتها على التصرف واعتدال عقلها به ولهذا توجه التكاليف الشرعية اليها فمن أثبت الولاية عليها بعد البلوغ ومنعها قبله فقد عكس المعنى وهو بعيد عن القواعد الشرعية ألا ترى أن الولاية تثبت لوليها فى مالها حالة الصغر فاذا بلغت انتفت الولاية عنها فكذا الولاية على النفس وجب أن تجرى على القواعد كما فى الغلام ولان هذا يؤدى الى اسقاط آدميتها والحاقها بالبهائم حيث لا يجوز لاحد أن يتزوجها الا برضاها ولا بغير رضاها والله تعالى جعل الانثى من بنى آدم قابلا للنكاح فيكون باطلا ولان الولاية لما ثبتت عليها بعد البلوغ مع قدرتها على قاعدتهم كان ثبوتها فى صغرها وهى أعجز أولى وقوله لكن الثيابة سببا لحدوث الرأى ليس بشئ لان ذلك فى البالغة وأما فى الصغيرة فلا تدل على حدوث الرأى لعدم الشهوة ولهذا لا توجب فى حق الغلام شيأ فالحاصل ان علة ثبوت الولاية عليها البكارة عنده وعندنا عدم العقل أو نقصانه وهذا أولى لانه هو المؤثر فى ثبوت الولاية على مالها اجماعا وكذا فى حق الغلام فى ماله ونفسه وكذا فى حق المجنونة اجماعا ولا تأثير لكونها ثيبا أو بكرا فكذا الصغيرة وقوله بترتيب الارث يعنى أولاهم الابن وابن الابن وان سفل ولكن لا يتصور هذا الا فى المعتوه والمعتوهة لا فى الصغار ثم الاب وأب الاب وان علا ثم الاخوة الا الاخ من الام ثم الاعمام الا العم من الام ثم أعمام الجد كذلك ثم مولى العتاقة يستوى فيه الذكر والانثى ثم عصبة المولى ثم ذووا الارحام على ما نذكره من قريب ان شاء الله تعالى وذكر الكرخى ان الاخ والجد يشتركان فى الولاية عند أبى يوسف ومحمد كالميراث عندهما والاصح ان الجد أولى بالتزويج بالاجماع لان شفقة الجد مثل شفقة الاب ولهذا لا يكون لهم الخيار اذا زوجهما الجد كما فى الاب والابن أولى من الاب عندهما خلافا لمحمد وقال الرازى ادعى محمد أن أبا حنيفة معه ثم السلطان ولا ولاية للقاضى فى تزويج الصغار الذين لا ولى لهم الا اذا شرط السلطان فى عهده ومنشوره ولو زوج الصغار بغير اذن السلطان ثم أذن له فأجاز ما صنع قيل يجوز على الاصح استحسانا قال رحمه الله (ولهما خيار الفسخ بالبلوغ فى غير الاب والجد بشرط القضاء) أى للصغير والصغيرة خيار الفسخ اذا بلغا فيما اذا زوجهما غير الاب والجد وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا خيار لهما لان النكاح عقد لازم وقد صدر من الولى فلا يفسخ قياسا على الاب والجد وهذا لان الولاية لم تشرع فى غير موضع النظر صيانة عن الافضاء الى الضرر واذا صح النظر قام عقد الولى مقام عقده بعد بلوغه ولهما ما رويناه ولان العقد صدر ممن هو قاصر الشفقة فيثبت لهما الخيار اذا ملكا أنفسهما كالامة المزوجة اذا عتقت وهذا لان أصل الشفقة موجود ولكنها قاصرة

المجنون (قوله أو نقصانه) أى فى الصغير اه (قوله وقوله) أى المصنف اه (قوله ولكن لا يتصور هذا الا فى المعتوه) المعتوه الناقص العقل وقيل المدهوش من غير جنون وقد عته عتها وعتاهة وعتاهية قاله فى المغرب وفى المصباح عته عتها من باب تعب وعتاها بالفتح نقص عقله من غير جنون لغة فى عته بالبناء للمفعول عتاهة بالفتح وعتاهية بالتخفيف فهو معتوه بين العته اه وفى النهاية لابن الاثير رفع القلم عن ثلاثة الصبى والنائم والمعتوه هو المجنون المصاب بعقله اه وفى الصحاح المعتوه الناقص العقل والتعته التجنن والرعونة وقال الاخفش رجل عتاهية وهو الاحمق اه وفى لسان العرب التعته التجنن والرعونة ثم قال وقيل المعتوه الناقص العقل اه (قوله يستوى فيه الذكر والانثى الخ) ولو كان لها أولياء فأيهم زوجها جاز وقال مالك لا يجوز ما لم يزوجها الكل اه مختصر المحيط فان عقد كل عليها ولم يعلم السابق بطل الجميع اه كشف شرح بزدوى (قوله ثم ذووا الارحام) أى الاقرب فالاقرب ثم مولى الموالاة فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف كما ذكر فى الميراث اه غاية (قوله ثم أذن له) أى فى تزويج الصغائر والصغار اه (قوله فى المتن بشرط القضاء) يتعلق بقوله خيار الفسخ اه عينى (قوله وقال أبو يوسف) يعنى آخرا وقوله الاول كقولهما ثم رجع اه فتح (قوله ولهما ما رويناه) أى من قوله صلى الله عليه وسلم فى بنت حمزة لها الخيار اذا بلغت اه

عنـد المقابلة بشفقة الاب والجد وقد أثر النقصان حكما حتى امتنع ثبوت الولاية فى المال ولو جوّز أصل الشفقة نفذناه فى الحال ولقصورها أثبتنا لهما الخيار فى المآل ليزال الضرر لو كان فيه ضرر ويضاف الى اختيارهما الى أنفسهما فيبرأ الاولياء عن عهدة اليتامى بخلاف الاب والجد لانهما وافرا الشفقة تاما الولاية فلا يحتاج الى اثبات الخيار وعلى هذا المعتوه والمعتوهة اذا زوّجهما الاب والجد لا خيار لهما اذا أفاقا وان زوّجهما الابن فلا رواية فيه عن أبى حنيفة وينبغى أن لا يكون لهما الخيار لانه مقدم على الاب ولا خيار فى الاب فهذا أولى ولو زوّج المولى أمته الصغيرة ثم أعتقها ثم بلغت لا يثبت لها خيار البلوغ لكمال ولايته فصار كالاب والجد ولان خيار العتق يغنى عن خيار البلوغ والعبد الصغير كذلك لا يثبت له خيار البلوغ على الاصح وقوله فى غير الاب والجد يتناول الام والقاضى حتى اذا زوّجهما القاضى والام يثبت لهما الخيار لان ولاية الالزام تبنى على الرأى الكامل والشفقة الوافرة والموجود فى كل واحد منهما أحدهما وعن أبى حنيفة أنه لا يثبت لهما الخيار لان ولاية القاضى تامة لانها تعم المال والنفس وشفقة الام فوق شفقة الاب فكانا كالاب والاوّل هو الصحيح لان ولايتهما متأخرة عن ولاية الاخ والعم فاذا ثبت الخيار فى الحاجب ففى المحجوب أولى وقوله بشرط القضاء أى لهما الخيار بشرط أن يحكم القاضى بالفسخ لان فى أصله ضعفا اذ هو مختلف فيه وكذا فى سببه لان سببه ترك الولى النظر ولا يوقف على حقيقته فيوقف على القضاء كالرجوع فى الهبة بخلاف خيار المخيرة لان سببه قوى وهو تخيير الزوج وبخلاف خيار العتق لان سببه مقطوع به وهو زيادة الملك عليها ولهذا يختص بالانثى ألا ترى أنه كان يملك مراجعتها فى قرأين ويملك عليها تطليقتين وتنقضى عدتها بحيضتين وقد ازداد ذلك بالعتق فكان لها أن تدفع الزيادة ولان ولاية المولى لم تكن ثابتة فى هذه الزيادة فصار العقد فى حق هذه الزيادة كأنه وجد الآن فلا يملكه الا برضاها فكان الاختيار منها دفعا للحكم عن الثبوت لا رفعا له بعد الثبوت والدفع لا يفتقر الى القضاء لان الدفع أمر يستقل به الدافع لان لكل أحد ولاية دفع الضرر عن نفسه كالرد بالعيب قبل القبض فانه يتم بالخصم دون الحكم ولانها تنفرد بدفع أصل الملك بعد الحرية حتى لا يجوز النكاح بدون رضاها فكذا تنفرد بدفع الزيادة الا أنه لا يمكنها أن تدفع الزيادة الا بدفع ما كان ثابتا فملكت دفعه ضمنا ولا يقال ان كانت المرأة دافعة للزيادة فهى مبطلة لما كان ثابتا من ملك الزوج فيما اذا ترجح جانبها

(قوله فلا يحتاج الى اثبات الخيار الخ) قال العلامة قوام الدين الاتقانى رحمه الله ثم الخيارات ثلاثة خيار المدركة وخيار المعتقة وخيار المخيرة فخيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل الخيار بالسكوت وكذلك اذا كان الخيار للزوج فلا يبطل الا بصريح الابطال أو يجيء منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشيء آخر أو أعرضت عن الخيار بوجه من الوجوه ولا تقع الفرقة الا بقضاء القاضى وعلم النكاح شرط وعلم الخيار ليس بشرط وأما خيار المعتقة فلا يبطل بالسكوت ويمتد الى آخر المجلس وتقع الفرقة بنفس الاختيار ولا يحتاج الى قضاء القاضى وكذلك هذا فى خيار المخيرة فانه لا يحتاج الى قضاء القاضى ويمتد الى آخر المجلس ويتعلق بعلم الخيار لها أى للمعتقة لا للمخيرة لان جهل خيار المخيرة جهل فى غير موضعه فلا يعتبر اه (قوله لا خيار لهما اذا أفاقا) وان زوّجهما الاخ أو العم ثم أفاق كان لهما الخيار اه عمادى (قوله وينبغى أن يكون لهما الخيار) هذه عبارة فصول العمادى اه (قوله فهذا أولى) وعن محمد أن لهما الخيار اه فصول فى ٢٥ (قوله لا يثبت لها خيار البلوغ) ولا خلاف فى ذلك بين أصحابنا قاله السروجى اه (قوله له خيار البلوغ على الاصح) الا انه لا يتصوّر فى حقه خيار العتق فيطلق ان شاء اه فتح (قوله لهما الخيار بشرط أن يحكم القاضى بالفسخ) قال الكمال رحمه الله ويشترط القضاء فى الفرقة فى مواضع هذه والفرقة بعدم الكفاءة ونقصان المهر وكلها فسخ والفرقة بالجب والعنة واللعان وكلها طلاق وباباء زوج الذمية التى أسلمت وهى طلاق خلافا لابى يوسف وقد جمع بعض الفضلاء فرق الطلاق والفسخ وما يحتاج منها الى القضاء فى قوله

فى خيار البلوغ والاعتاق * فرقة حكمها بغير طلاق
فقد كفء كذا ونقصان مهر * ونكاح فساده باتفاق
ملك احدى الزوجين أو بعض زوج
وارتداد كذا على الاطلاق * ثم جب وعنة ولعان
وإبا الزوج فرقة بطلاق * وقضاء القضاة فى الكل شرط * غير ملك وردة وعتاق

(قوله باتفاق احترازا عن الحامل من الزنا فان نكاحها جائز عند أبى حنيفة ومحمد فاسد عند أبى يوسف فالفرقة منه بطلاق عندهما وفسخ عنده وقوله على الاطلاق احترازا عن قول محمد فانه يفرق بين الردة من الزوج فهى فرقة بطلاق وبين المرأة فهى فسخ وكل فرقة بطلاق اذا وقع عليها فى العدة طلقة وقعت الا فى اللعان لانه يوجب حرمة مؤبدة وكل فرقة توجب حرمة مؤبدة لا يقع الطلاق بعدها اه قال قاضيخان فى باب الردة رجل ارتد مرارا وجدد الاسلام فى كل مرة وجدد النكاح على قول أبى حنيفة تحل له امرأته من غير اصابة الزوج الثانى لان عنده الردة لا تكون طلاقا وإباء الزوج عن الاسلام يكون طلاقا وعند أبى يوسف ردته وإباؤه لا يكون طلاقا وعند محمد كلاهما طلاق وردة المرأة وإباؤها لا يكون طلاقا اه (قوله بخلاف خيار المخيرة) أى فانها ان اختارت نفسها تقع الفرقة بلا قضاء اه (قوله وبخلاف خيار العتق) أى حيث لا يحتاج فيه الى قضاء القاضى بل تثبت الفرقة بخيار المعتقة اه (قوله ضمنا) أى لدفع الزيادة لا قصدا اه كاكى (قوله لما كان ثابتا من ملك الزوج) أى والزوج يبقى ملكه الثابت ثم تثبت الزيادة ضمناله اه كاكى

(قوله لانا نقول هى تبطل حقا الخ) ولان الزوج قد رضى بهذا الضرر حيث تزوج الامة باختياره أما المرأة لم ترض بهذا الضرر لعدم اختيارها في النكاح اه كاكى (قوله فلا مهر لها قبل الدخول) وهذا فائدة كون الفرقة فسخا اه كاكى (قوله فلها المهر كاملا) أى لان العقد المفسوخ لا يوجب شيأ قبل الاستيفاء وبعد الاستيفاء يجب المسمى لانه استوفى بعقد صحيح وأثر الفسخ لا يظهر في المستوفى ويستوى في ذلك اختياره واختيارها اه كاكى (قوله في المتن مالم يرض ولو دلالة) كذا هو في نسخ المتن والذى بخط الشارح مالم يقل رضيت ولو دلالة اه (قوله اعتبار الهذه الحالة) أى حالة ثبوت الاختيار اه فتح (قوله بحالة الابتداء) أى ابتداء النكاح اه فكما لا يكون سكوتها رضا لو زوجت ثيبا بالغة لا يكون سكوتها رضا حالة ثبوت الاختيار وهى ثيب بالغة ولو زوجت بكرا بالغة اكتفى بسكوتها فكذا اذا ثبت لها الخيار للعلم بالنكاح وهى بكر بالغة ولما كان المفهوم من قوله خيار البكر يبطل بالسكوت انما يقتضى أن خيار الثيب لا يبطل ولا تعرض فيه لما يبطل به خيار الثيب صرح بمفهومه ليفيد ذلك وهو قوله وكذلك الجارية الخ اه فتح (قوله لا يمتد الى آخر المجلس) أى بل يبطل بمجرد السكوت اه والمراد بالمجلس مجلس بلوغها بان كانت حاضت في مجلس وقد كان بلغها النكاح أو مجلس بلوغ خبر النكاح اذا كانت بكرا بالغة وجعل الخصاف إخبار البكر ممتدا الى آخر المجلس وهو قول بعض العلماء مال هو اليه وهو خلاف رواية المبسوط اه فتح (قوله ولا يبطل بالقيام الخ) والحاصل أنها اذا بلغت ثيبا فوقت خيارها العمر لان سببه عدم الرضا فيبقى الى ان يوجد مايدل على الرضا بالنكاح وكذا الغلام على هذا تضافرت كلماتهم ومافى غاية البيان مما نقل عن الطحاوى

لانا نقول هى تبطل حقا مشتركا بينها وبينه بدفع زيادة الحق عليها له وهو يثبت لنفسه زيادة حق عليها لا ستيفاء حق مشترك بينهما فترجح رعاية حقها لذلك وفى الصغير قد ثبت حكم العقد على الكمال ولم يزد الملك بالبلوغ ولكن احتجنا الى الفسخ لتوهم ترك النظر من الولى لقصور شفقته وهو خفى موهوم اذ لو كان ظاهرا لما نفذ لان ولايته نظرية ولهذا تشمل الذكر والانثى لان تمكن الخلل يشملهما فجعل الزاما فى حق الآخر لكونه رافعا الحكم ثابت فيتوقف على قضاء القاضى كالرد بالعيب بعد القبض لان له ولاية الالزام ثم اذا فسخ بخيار البلوغ فلا مهر لها قبل الدخول وان كان بعد الدخول فلها المهر كاملا قال رحمه الله (وبطل بسكوتها ان علمت بكرا الا بسكوته مالم يرض ولو دلالة) أى بطل خيارها بسكوتها عند البلوغ ان كان لها علم بالنكاح ولا يسقط خيار الغلام بالسكوت مالم يقل رضيت أو يوجد منه فعل يدل على الرضا مثل الوطء والتقبيل وكذلك الجارية اذا دخل بها قبل البلوغ ثم بلغت لا يبطل خيارها مالم تقل رضيت أو يوجد منها مايدل على الرضا كالغلام اعتبارا لهذه الحالة بحالة الابتداء وشرط علمها بالنكاح لانها لا تتمكن من التصرف بحكم الخيار الا بعد العلم به والولى ينفرد بالنكاح فعذرت ولم يشترط العلم بالخيار لانها تتفرغ لتعلم الاحكام والدار دار العلم فلم تعذر بالجهل بخلاف المعتقة حيث تعذر اذا لم تعلم خيار العتق لانها لا تتفرغ لتعلم الاحكام لكونها مشغولة بخدمة المولى فتعذر بالجهل ثم خيار البلوغ فى حق البكر لا يمتد الى آخر المجلس ولا يبطل بالقيام فى حق الثيب والغلام لانه ما ثبت باثبات الزوج بل لتوهم خلل وانما يبطل بالرضا غير أن سكوت البكر رضا بخلاف خيار العتق حيث لا يبطل الا بما يدل على الاعراض

حيث قال خيار المدركة يبطل بالسكوت اذا كانت بكرا وان كانت ثيبا لم يبطل به وكذا اذا كان الخيار للزوج لا يبطل الا بصريح الابطال أو يجىء منه دليل على ابطال الخيار كما اذا اشتغلت بشئ آخر أو أعرضت عن الاختيار بوجه من الوجوه مشكل اذ يقتضى ان الاشتغال بعمل آخر يبطله وهذا يقيد بالمجلس ضرورة اذ تبدله حقيقة أو حكما يستلزمه ظاهرا وفى الجوامع وان كانت ثيبا حين بلغها أو كان غلاما لم يبطل بالسكوت وان أقامت معه أياما الا أن ترضى بلسانها أو يوجد مايدل على الرضا من الوطء أو التمكين منه طوعا أو المطالبة بالمهر أو النفقة وفيها لو قالت كنت مكرهة فى التمكين صدقت ولا يبطل خيارها وفى الخلاصة لو أكلت من طعامه أو خدمته لانه فهى على خيارها اه فتح (قوله بخلاف خيار العتق) متصل بقوله لا يمتد الى آخر المجلس أى فيمتد خيار العتق الى آخر المجلس وحاصل وجوه الفرق بين خيارى البلوغ والعتق خمسة أوجه احتياجه الى القضاء فلو فسخ أحدهما ولم يفسخ القاضى حتى مات ورثه الآخر وله الوطء بعد الفسخ قبل القضاء به بخلاف خيار العتق ينفسخ النكاح بمجرد فسخها ولا يبطل خيار العتق بالسكوت الخ ويبطل خيار البلوغ اذا كان من جهة المرأة وهى بكر بخلاف الغلام والثيب لان السكوت لم يجعل فى حقهم ارضا ويثبت خيار البلوغ لكل من الذكر والانثى بخلاف خيار العتق لو زوج عبده ثم أعتقه لا خيار له لان خيار العتق لدفع ضرر زيادة الملك وهو منتف فى الذكر وخيار البلوغ لما عن قصور الشفقة وهو يعمهما لا يقال الغلام يتمكن بعد البلوغ من التخلص بالطريق المشروع للذكران وهو الطلاق فلا حاجة الى اثبات الخيار وما ثبت الخيار الا للحاجة لانا نقول لا يتخلص عن نصف المهر بالطلاق ان كان قبل الدخول بل يلزمه وهنا اذا قضى القاضى بالفرقة قبل الدخول لا يلزمه شئ وأما بعده فيلزمه كله لكن لو تزوجها بعد ذلك ملك عليها الثلاث وفى الحول اذا بلغ الغلام فقال فسخت ينوى الطلاق فهى طلاق بائن وان نوى الثلاث فثلاث وهذا حسن لان لفظ الفسخ يصلح كناية عن الطلاق والرابع ان الجهل بثبوت الخيار شرعا معتبر فى خيار العتق دون البلوغ والخامس ان خيار العتق يبطل بالقيام عن المجلس ولا يبطل خيار البلوغ فى الثيب والغلام اه فتح

(قوله لانه ثبت باثبات المولى) أى لانه حكم العتق الثابت باثباته اه فتح (قوله وينبغى) بناء على أنه يبطل بمجرد سكوتها اه (قوله وان بعثت خادمها حين حاضت الخ) قال الكمال رحمه الله وماذكر فى بعض المواضع من انها لو بعثت خادمها حين حاضت للشهود فلم تقدر عليهم وهى فى مكان منقطع لزمها ولم تعذر ينبغى أن يحمل على ما اذا لم تفسخ بلسانها حتى فعلت وما قيل لو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر أو سلمت على الشهود بطل خيارها تعسف لا دليل عليه وغاية الامر كون هذه الحالة كحالة ابتداء النكاح ولو سألت البكر عن اسم الزوج لا ينفذ عليها وكذا عن المهر وان كان عدم ذكره لها لا يبطل كون سكوتها رضا على الخلاف فان ذلك اذا لم تسأل عنه لظهور انها راضية بكل مهر والسؤال يفيد نفى ظهوره فى ذلك وانما يتوقف رضاها على معرفة كميته وكذا السلام على القادم لا يدل على الرضا كيف وانما أرسلت لغرض الاشهاد على الفسخ (قوله ثم الفرقة بخيار البلوغ لا تكون طلاقا) أى بل فسخ لا ينقص عدد الطلاق فلو جدد بعده ملك الثلاث اه فتح (قوله وكذا بخيار العتق لما بينا) أى من انه يصح من الانثى ولا طلاق اليها ومن انه ثبت باثبات المولى ولا طلاق اليه اه فتح (قوله ولا يقال النكاح لا يحتمل الفسخ الخ) قال السروجى رحمه الله والاصحاب يقولون النكاح لا يقبل الفسخ والصواب أن يقال النكاح الصحيح النافذ اللازم لا يقبل الفسخ قصدا وذكر الصحيح لاخراج الفاسد والنافذ للاحتراز من الموقوف فانه غير نافذ وان كان صحيحا وهو قابل للفسخ وذكر اللازم احترازا من النكاح الذى فيه خيار البلوغ وخيار العتق فانه فسخ لانه غير لازم وقولى قصدا احترزت به عن الردة فانه فسخ عند أبى حنيفة وأبى يوسف لكنها فسخ من غير قصد وان كان النكاح صحيحا نافذا لازما اه (قوله بخلاف الموقوف) والنكاح الموقوف على الاجازة يبطل بالموت من أحدهما ولا يقع طلاقه ولا تفتقر الفرقة فيه على القضاء لانه غير نافذ اه غاية وكتب ما نصه كنكاح الفضولى اه (قوله والفاسد) أى فان أصل الملك فيه لم يكن ثابتا فلا يثبت حل الوطء والتوارث اه كاكى (قوله فى المتن ولا ولاية لصغير وعبد ومجنون) أى باجماع الائمة الاربعة اه كاكى وكتب ما نصه قال الكمال رحمه الله والمراد بالمجنون المطبق وهو على ما قيل سنة وقيل أكثر السنة وقيل شهر وعليه الفتوى وفى التجنيس وأبو حنيفة لا يوقت فى المجنون المطبق شيأ كما هو دأبه فى التقديرات فمفوض الى رأى القاضى وغير المطبق يثبت له الولاية فى حال افاقته بالاجماع وقد يقال لا حاجة الى تقييده به لانه لا يزوج حال جنونه مطبقا كان أو غير مطبق لكن المعنى أنه اذا كان مطبقا تسلب ولايته فتزوج ولا تنتظر افاقته وغير المطبق الولاية ثابتة له فلا تزوج وتنتظر إفاقته كالنائم ومقتضى النظر أن الكفء الخاطب ان فات بانتظار افاقته تزوج وان لم يكن مطبقا والا انتظر على ما اختاره المتأخرون فى غيبة الولى الاقرب على ما سنذكره اه (قوله فى المتن ولا لكافر على مسلمة) وفى بعض نسخ الهداية على مسلم صغير اه قال السروجى رحمه الله ولا ولاية لكافر على مسلم ولا مسلمة ولا لمسلم على كافرة قال ابن المنذر أجمع على هذا كل من يحفظ عنه من أهل العلم قالوا الا ان يكون المسلم سلطانا أو سيد أمة كافرة وهو مذهب الشافعى وابن حنبل ولم أر هذا الاستثناء عن أصحابنا فى كتبهم اه قال الكمال والذى ينبغى أن يكون مرادا ورأيت فى موضع معزوا الى المبسوط الولاية بالسبب العام تثبت للمسلم على الكافر كولاية السلطنة والشهادة ولا تثبت للكافر على المسلم فقد ذكر معنى ذلك الاستثناء فأما الفسق فهل يسلب الاهلية كالكفر المشهور عندنا لا وهو المذكور فى المنظومة وعن الشافعى اختلاف فيه وأما المستور فله الولاية بلا خلاف فى الجوامع ان الاب اذا كان فاسقا فللقاضى أن يزوج الصغيرة من كفء غير معروف نعم ان كان متهتكا لا ينفذ تزويجه اياها بنقص ومن غير كفء وستأتى هذه اه

لانه ثبت باثبات المولى فيعتبر فيه المجلس كخيار المخيرة وينبغى أن تختار نفسها مع رؤية الدم وان رأته بالليل تختار بلسانها فتقول فسخت نكاحى وتشهد اذا أصبحت وتقول رأيت الدم الآن فان قالت الحمد لله اخترت فهى على خيارها وان بعثت خادمها حين حاضت فذهب الشهود فلم يقدر عليهم وهى فى مكان منقطع لزمها النكاح ولم تعذر ولو سألت عن اسم الزوج أو عن المهر المسمى أو سلمت على الشهود بطل خيارها ولو اختارت وأشهدت ولم تتقدم الى القاضى لشهرين فهى على خيارها كخيار العيب واذا اجتمع خيار البلوغ والشفعة تقول أطلب الحقين ثم تبدأ فى التفسير بخيار البلوغ ثم الفرقة بخيار البلوغ لا تكون طلاقا لانه يصح من الانثى ولا طلاق اليها وكذا بخيار العتق لما بينا بخلاف المخيرة لان الزوج هو الذى ملكها وهو مالك للطلاق ولا يقال النكاح لا يحتمل الفسخ فكيف يستقيم جعله فسخا لانا نقول المعنى بقولنا لا يحتمل الفسخ بعد التمام وهو النكاح الصحيح النافذ اللازم وأما قبل التمام فيقبل الفسخ وتزويج الاخ والعم صحيح نافذ لكنه غير لازم فيقبل الفسخ قال رحمه الله (ويتوارثان قبل الفسخ) لان النكاح صحيح والملك به ثابت فاذا مات أحدهما فقد انتهى النكاح سواء مات قبل البلوغ أو بعده لان الفرقة بينهما لا تقع الا بقضاء القاضى فيتوارثان ويجب المهر كله وان مات قبل الدخول كما لو وجد الاعتراض بعدم الكفاءة فمات أحدهما قبل القضاء بالفسخ بخلاف الموقوف والفاسد قال رحمه الله (ولا ولاية لصغير وعبد ومجنون) لانهم لا ولاية لهم على انفسهم فأولى أن لا يكون لهم ولاية على غيرهم لان الولاية على الغير فرع الولاية على النفس ولهذا لم تقبل شهادتهم ولان هذه الولاية نظرية ولا نظر فى التفويض الى رأيهم قال رحمه الله (ولا لكافر على مسلمة) لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته

(قوله وكذا الاولاية لمسلم على كافرة) هذا عكس ما في المتن اه (قوله في المتن وان لم يكن عصبة) قال البزازي وان لم يكن عصبة فمولى العتاقة ثم ذوو الارحام الرجل والمرأة سواء وكذا أولادهم فيه سواء ثم عصبة مولى العتاقة ثم ذوو الارحام اه بزازي ﴿فرع﴾ معتقة بين رجلين تزوجها أحدهما الا يصح لان الولاية تثبت بالولاء والولاء بكمال العتق وكماله يثبت بهما فانعدم بانعدام أحدهما اه (قوله ثم للاخت لاب) قال الامام السرخسي انكاح الاخت والعمة وبنت الاخ وبنت العمة والتي من قبل الاب يجوز اجماعا انما الخلاف في الام والخالة ونحوها ودعواه الاجماع يصح في الاخت لا في العمة وبنت العم لان ثبوت الولاية لذوي الارحام مختلف فيه وفي شرح الطحاوي ذكر الخلاف في الكل اه بزازي (قوله وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات) وقال في الكافي الجمهور ان أبا يوسف مع أبي حنيفة وفي الهداية الاشهر انه مع محمد اه (قوله وهي موجودة في الام وغيرها الخ) فانا نرى شفقة الانسان على ابنة أخته كشفقته على ابنة أخيه بل قد ترجح على الثانية ولا شك ان شفقة ذوي الارحام ليست كشفقة السلطان ومن والاه فكانوا أولى منهم وأما قولهما انما ثبتت الولاية صونا للقرابة عن نسبة غير الكفء اليها فالحصر ممنوع بل

ثبوتها بالذات تحصيلا لمصلحة الصغيرة بتحصيل الكفء لانها بالذات لحاجتها الا لحاجتهم وكل من ذوي الارحام فيه داعية تحصيل حاجتها فتثبت له الولاية بهذا الاعتبار وان ثبتت لغيره من العصبات لكل من حاجتها بالذات الى ذلك وحاجته وستزداد وضوحا في مسئلة الغيبة ويدل على ذلك اجازة ابن مسعود تزويج امرأة بنتها وكانت من غيره على الاصح وأما اثبات جنس ولاية الانكاح الى العصبات في الحديث فانما هو حال وجودهم ولا تعرض لهم حال عدمهم بنفي الولاية عن غيرهم ولا اثباتها فاثبتناها بالمعنى وقصة ابن مسعود أيضا لاشك انه خص منها السلطان لانه ليس من العصبات بقوله السلطان ولي من لا ولي له أو بالاجماع جاز تخصيصه بعد ذلك بالمعنى وهذا الوجه على تقدير تسليم تعرض الحديث لغير العصبات بالنفي وبحثه وقوله في قول الموصى محمد قياس وفي قول أبي حنيفة استحسان مع استدلاله بالحديث لمحمد وبالمعنى الصرف لابي حنيفة يناقش فيه بان الاستحسان هو الذي يكون بالاثر لا القياس فان شرطه ان لا يكون فيه نص ويجاب بانه على بابه والمراد ان ما ذكره محمد من الحكم في نفس الامر قياس مقابله الاستحسان الذي قال به أبو حنيفة وأن محمدا ظنه خلافه في الاستحسان فاستدل بالحديث وقد ظهر أنه لا متمسك له به وكان الاولى أن يجيب به المصنف وحاصل بحثه معارضة مجردة وهي لا تفيد ثبوت المطلوب قبل الترجيح وقالوا العصبات تتناول الام لانها عصبة في ولد الزنا وولد الملاعنة فيثبت لاهلها الا أن أقارب الاب مقدمون اه فتح قوله وولد الملاعنة أي بدليل أن ولد الملاعنة ترث منه الام كل المال وكذا ولد الزنا اه غاية (قوله وليس للوصي أن يزوج الايتام الاالخ) هذا رواية عن أبي حنيفة وظاهر الرواية ليس له ذلك مطلقا قال قاضيخان في فتاواه والوصي لا يملك انكاح الصغير والصغيرة أوصى اليه الاب في ذلك أو لم يوص وروى هشام عن أبي حنيفة وهو قول مالك ان أوصى اليه الاب جاز له تزويج الصغير والصغيرة اه

عليه ولاية وارثان وكذا الاولاية لمسلم على كافرة وينبغي أن يقال الا أن يكون المسلم سيد أمة كافرة أو سلطانا وللكافر ولاية على مثله لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض ولهذا تقبل شهادته عليه ويجري الارث بينهما قال رحمه الله (وان لم تكن عصبة فالولاية للام ثم للاخت لاب وأم ثم لاب ثم لاولاد الام ذكورهم واناثهم فيه سواء ثم لاولادهم ثم للعمات ثم للاخوال والخالات ثم لبنات الاعمام) وقيل الاخت لاب وأم أو لاب تقدم على الام لانها حالة تكون فيها عصبة وفي الغاية قيل قرابة الاب كالعمة ونحوها يقدمن يعني اذا لم يكن قريب ممن يرث الفرض ثم قال وأكثرهم أن ترتيبهم كترتيب الارث فأولاهم الفروع ثم الاصول ثم فروع الاب ثم فروع الجد أبي الاب الاقرب فالاقرب كما ذكر في توريث ذوي الارحام ثم مولى الموالاة ثم القاضي ومن نصبه القاضي اذا شرط له الامام في عهده ومنشوره وهذا عند أبي حنيفة وهو استحسان وقال محمد اذا لم يكن عصبة نسبية أو سببية فالانكاح الى القاضي وليس لغير العصبات من الاقارب ولاية التزويج وهو القياس وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة وأبو يوسف مع أبي حنيفة في أكثر الروايات وذكره الكرخي مع محمد والاول أصح لمحمد قوله عليه الصلاة والسلام الانكاح الى العصبات جعل جنس الانكاح لجنس العصبات وليس وراء الجنس شئ ولان الولاية انما تثبت صونا للقرابة عن نسبة من لا يكافؤهم وذلك يحصل من العصبة لانهم يعيرون بعدم الكفاءة فيكون ذلك باعثا لهم على صيانة القريب عن غير الكفء ولا يتحقق ذلك من ذوي الارحام وان كانوا ذكورا لانتسابهم الى قبيلة أخرى فلا يلحقهم العار بذلك ولهما أن ثبوت الولاية لنظر المولى عليه وذلك يحصل بالشفقة الباعثة عليه وهي موجودة في الام وغيرها من الاقارب فتثبت لهم ولاية التزويج الا أن أقارب الاب يقدمون باعتبار العصوبة وذا لا ينفي ثبوتها لهم عند عدمهم كاستحقاق الارث يكون بسبب القرابة وتقدم في ذلك العصبات على ذوي الارحام ولا يدل ذلك على انهم لا يرثون فكذا هذا أو نقول ان ارث ذوي الارحام بطريق العصوبة فينتظمهم ما رواه قال رحمه الله (ثم للحاكم) أي بعد ذوي الارحام ومولى الموالاة ولاية التزويج للحاكم لانه نائب السلطان وقال عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له وقد ذكرنا غير مرة أن القاضي ليس له أن يزوج الصغار الا اذا شرط له ذلك في التقليد وليس للوصي أن يزوج الايتام الا أن يفوض اليه

(قوله وقال زفر لا يزوجها أحد) أي حتى تبلغ بناء على انه على ولايته اه فتح (قوله وقال الشافعي يزوجها الحاكم) أي لا الابعد اه فتح (قوله اعتبارا بعضله) أي فان الولاية تنتقل فيه الى السلطان كذا هنا اه غاية (قوله أو صغيرا) والفرق بين العاضل والغائب أن العاضل ظالم فتنتقل الى السلطان لان رفعه اليه والغائب غير ظالم لاسيما اذا كان سفره للحج والجهاد فافترقا فأشبه النفقة والحضانة فانها تنتقل الى الابعد اه غاية (قوله ولو زوجها حيث هو) جواب عن استدلال زفر على قيام ولايته حال غيبته بأنه لو زوجها حيث هو صح اتفاقا فدل على انه لم يسلب الولاية شرعا بغيبته أجاب بمنع صحة تزويجه قال في المحيط لا رواية فيه وينبغي أن لا يجوز لانقطاع ولايته

الموصي ذلك قال رحمه الله (وللابعد التزويج بغيبة الاقرب مسافة القصر) وقال زفر رحمه الله لا يزوجها أحد وقال الشافعي رحمه الله يزوجها الحاكم اعتبارا بعضله لزفر أن ولاية الاقرب قائمة ولهذا لو زوجها حيث هو جاز ولا ولاية للابعد ولا للسلطان مع ولايته فصار كما اذا كان حاضرا ولنا أن هذه الولاية نظرية وليس من النظر التفويض الى من لا ينتفع برأيه ففوضناه الى الابعد وهو مقدم على السلطان فصار كما اذا كان الاقرب مجنونا أو رقيقا أو كافرا أو ميتا أو صغيرا ولو زوجها حيث هو لا رواية فيه فلنا أن نمنع لانه لو جاز أدى الى مفسدة بيانه أن الحاضر لو زوجها بعد تزويج الغائب لعدم علمه بذلك لدخل عليها الزوج وهي في عصمة غيره وفساد هذا لا يخفى فلم يبق الا ولاية الابعد وما قالوه في صلاة الجنازة يدل على ذلك وهو أن الغائب اذا كتب اليه ليقدم رجلا في صلاة جنازة الصغير فللابعد منعه ولو كانت ولايته باقية لما كان له منعه كما لو كان حاضرا وقدم غيره ولئن سلمنا فنقول للابعد بعد القرابة وقرب التدبير وللاقرب عكسه فنزلا منزلة وليين متساويين فأيهما عقد أولا نفذ ولا يرد ثم قدر الغيبة بمسافة القصر لانه ليس لاقصاه غاية فاعتبر بأدنى مدة السفر وهو اختيار أكثر المتأخرين وعليه الفتوى وقال شمس الائمة السرخسي ومحمد بن الفضل الاصح انه مقدر بفوات الكفء الحاضر الخاطب الى استطلاع رأيه وهذا أحسن لان الولاية نظرية والكفء لا يتفق في كل وقت ولا نظر في ابقاء ولاية الاقرب على وجه يفوت به الكفء واختار القدوري وابن سلمة أن يكون في بلد لا تصل اليه القافلة في السنة الا مرة واحدة ومنهم من شرط أن تكون أكثر من مسيرة ثلاثة أيام وفي الواقعات واختار أكثر المشايخ الشهر وهو مروي عن أبي يوسف ومحمد وعن محمد من كوفة الى الري وهو خمس وعشرون مرحلة وفي رواية من الري الى بغداد وهو عشرون مرحلة وفي الروضة هو قول أبي حنيفة رحمه الله ذكره الطحاوي وذكر الاسبيجابي ان كان في مكان لا تختلف اليه القوافل فهو غيبة منقطعة وقيل ان كان في موضع تذهب اليه القوافل في كل سنة فليست بمنقطعة وقيل ان كان في موضع يقع اليه الكراء بدفعة واحدة فليست بمنقطعة ومن المشايخ من قال أن لا يوقف له على أثر وفي رواية عن أبي يوسف من جابلقا الى جابلسا وهما مدينتان إحداهما بالمشرق والاخرى بالمغرب قال السرخسي هذا رجوع الى قول زفر اذ هذه المسافة لا يتصور الوصول اليها قال رحمه الله (ولا يبطل بعوده) أي لا تبطل ولاية الابعد بمجيء الاقرب لان ما عقده من العقد لا يبطل بمجيئه لانه حصل بولاية تامة قال رحمه الله (وولي المجنونة الابن لا الاب) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد أبوها لانه أشفق من الابن ولهذا تتم ولايته في المال والنفس وليس للابن الولاية في المال فكان أولى ولهما أن الابن مقدم على الاب بالعصوبة وهذه الولاية مبنية عليها ولا فرق بين الجنون الطارئ والاصلي لوجود العجز وقال زفر لا يزوجها أحد في الطارئ لان الولاية قد زالت ببلوغها عاقلة فلا تحدث بعده وليس بشيء لما ذكرنا من وجود العجز وعن أبي يوسف أنهما وليان فأيهما زوج صح وعند حضورهما يقدم الاب احتراما له ولو كان مكان الاب جد مع الابن فعلى الخلاف الذي ذكرنا لانه كالاب

وفي المبسوط لا يجوز اه فتح (قوله فأيهما عقد أولا نفذ ولا يرد) وكذلك اذا كان له أبوان بأن ادعيا ولد جارية بينهما فانه ينفرد كل منهما بالتزويج ولا خيار للصغير اذا بلغ بخلاف التصرف في ماله فانه لا ينفرد واحد منهما بذلك على قول أبي حنيفة ومحمد اه أنفع الوسائل (قوله وهذا أحسن) قال الامام السرخسي في مبسوطه والاصح انه اذا كان في موضع لو انتظر حضوره واستطلاع رأيه يفوت الكفء وعن هذا قال قاضيخان في الجامع الصغير لو كان مختفيا بحيث لا يوقف عليه تكون غيبته منقطعة وهذا أحسن لانه النظر وفي النهاية عليه أكثر المشايخ منهم الامام أبو بكر محمد بن الفضل وفي شرح الكنز أكثر المتأخرين على أدنى مدة السفر ولا تعارض بين أكثر المتأخرين وأكثر المشايخ والاشبه بالفقه قول أكثر المشايخ اه فتح وقال الاسبيجابي هو أقرب الى الصواب كذا في الغاية اه وقال في الهداية وهذا أقرب الى الفقه اه (قوله الا مرة واحدة) وهو رواية ابن شجاع والمراد به أن يصل الخبر الى الخاطب في تلك السنة اه غاية (قوله ومن المشايخ من قال الخ) بأن كان جوالا من موضع الى موضع أو مفقودا حتى لو كان معها في بلد واحد لا يوقف عليه مختفيا كانت غيبته منقطعة هو الصحيح اه غاية (قوله جابلسا) في القاموس جابلصا اه (قوله ولهما أن الابن مقدم على الاب بالعصوبة) أي شرعا لانفراده بالاخذ بالعصوبة عند اجتماعه معه اه فتح (قوله ولا فرق بين الجنون الطارئ) أي بأن طرأ الجنون بعد البلوغ اه فتح (قوله والاصلي) أي بأن بلغت مجنونة اه فتح وكتب ما نصه هذا هو الصواب وفي خط الشارح والعارض والعارض هو الطارئ اهـ (قوله وعن أبي يوسف أنهما وليان فأيهما زوج صح) ولا يبعد اذ في الابن قوة العصوبة وفي الاب زيادة الشفقة ففي كل منهما جهة اه فتح

﴿فصل في الاكفاء﴾ الكفء النظير لغة يقال كافأه أي ساواه ومنه قوله عليه الصلاة والسلام المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم * اعلم أن الكفاءة معتبرة في النكاح لما روى جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال ألا لا يزوّج النساء الا الاولياء ولا يزوّجن إلا من الاكفاء ولان النكاح يعقد للعمر ويشتمل على أغراض ومقاصد كالازدواج والصحبة والالفة وتأسيس القرابات ولا ينتظم ذلك عادة الا بين الاكفاء ولانهم يتعيرون بعدم الكفاءة فيتضرر الاولياء به وقال مالك رحمه الله لا تعتبر الكفاءة الا في الدين لقوله عليه الصلاة والسلام الناس سواسية كاسنان المشط لا فضل لعربي على عجمي انما الفضل بالتقوى وقال الله تعالى ان أكرمكم عند الله أتقاكم قلنا المراد به في حكم الآخرة وكلامنا في الدنيا قال رحمه الله (من نكحت غير كفء فرّق الولي) لما ذكرنا والنكاح ينعقد صحيحا في ظاهر الروايه وتبقى أحكامه من ارث وطلاق الى أن يفرق الحاكم بينهما والفرقة به لا تكون طلاقا ثم ان كان دخل بها فلها المهر والا فلا قال رحمه الله (ورضا البعض كالكل) أي رضا بعض الاولياء كرضا كلهم حتى لا يتعرض أحد منهم بعد ذلك الا اذا كان أقرب منه وقال أبو يوسف اذا رضي بعضهم لا يسقط حق من هو مثله لانه حق الكل فلا يسقط الا برضا الكل كالدين المشترك ولهما انه حق واحد لا يتجزأ لانه ثبت بسبب لا يتجزأ فيثبت لكل واحد منهم على الكمال كولاية الامان اذا أسقطه بعضهم لا يبقى حق الباقين قال رحمه الله (وقبض المهر ونحوه رضا) لانه تقرير لحكم العقد وكذا التجهيز ولو زوّجها الولي من غير كفء برضاها ففارقته ثم تزوجت به بغير اذن الولي كان للولي أن يفرق بينهما لان الرضا بالاوّل لا يكون رضا بالثاني قال رحمه الله (لا السكوت) أي لا يكون السكوت من الولي رضا لان السكوت عن المطالبة محتمل فلا يجعل رضا الا في مواضع مخصوصة وليس هذا من قبيلها الا اذا سكت الى أن تلد فيكون رضا دلالة قال رحمه الله (والكفاءة تعتبر نسبا فقريش أكفاء والعرب أكفاء وحرية واسلاما وأبوان فيهما كالآباء وديانة ومالا وحرفة) لان هذه الاشياء يقع بها التفاخر فيما بينهم فلا بد من اعتبارها وتعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد وزوالها بعد ذلك لا يضر ولا يوجب الخيار كالمبيع اذا تعيب عند المشتري وكذلك نعتبر الكفاءة في العقل والحسب لما ذكرنا وقوله فقريش أكفاء

﴿فصل في الاكفاء﴾ الاكفاء جمع كفء كأقفال جمع قفل اه فتح ولما كانت الكفاءة شرط اللزوم على الولي اذا عقدت بنفسها حتى كان له الفسخ عند عدمها كانت فرع وجود الولي وهو بثبوت الولاية فقدم بيان الاولياء ومن ثبتت له ثم أعقبه فصل الكفاءة اه كمال (قوله اعلم ان الكفاءة معتبرة) أي في اللزوم على الاولياء حتى ان عندهما جاز للولي الفسخ اه فتح (قوله لما روى جابر الخ) رواه الدارقطني والبيهقي قال أبو عمر بن عبد البر هذا ضعيف لا أصل له ولا يحتج بمثله وقال البيهقي ضعيف بمرة اه غاية (قوله ولا ينتظم ذلك عادة) أي لان الشريفة تأبى أن تكون مستفرشة للخسيس فلا بد من اعتبارها بخلاف جانبها لان الزوج مستفرش فلا يغيظه دناءة الفراش اه هداية (قوله وقال مالك لا تعتبر الكفاءة الا في الدين) وقال في البدائع هو قول الحسن البصري والكرخي من أصحابنا وفي المبسوط قال الكرخي الاصح عندي انه لا اعتبار بالكفاءة في النكاح اه غاية (قوله قلنا المراد به في حكم الآخرة) أي والا ففي الدنيا ثابت فضل العربي على العجمي بالاجماع اه غاية (قوله في المتن من نكحت غير كفء فرّق الولي) قال الكمال فللاولياء العصبات لا لغيرهم وان لم يكونوا محارم كابن العم أن يفرقوا بينهما دفعا للعار عن أنفسهم ما لم يجئ (١٣٨) من الولي دلالة الرضا كقبضه المهر أو النفقة أو المخاصمة في أحدهما وان لم يقبض وكالتجهيز ونحوه كما لو زوّجها على السكت فظهر عدمها بخلاف ما اذا شرط العاقد الكفاءة أو أخبره الزوج بها حيث كان له التفريق أما اذا لم يشترط ولم يخبره فذكر في الفتاوى الصغرى فيمن زوّجت نفسها ممن لا يعلم حاله فاذا هو عبد مأذون له في النكاح ليس لهم الفسخ ولو أخبر بحريته أو شرطوا ذلك فظهر بخلافه كان للعاقد الفسخ اه (قوله والنكاح ينعقد صحيحا في ظاهر الروايه) أما على الرواية المختارة للفتوى لا يصح العقد أصلا اذا كانت زوّجت نفسها منه وهل للمرأة اذا زوّجت نفسها من غير كفء أن تمنع نفسها من أن يطأها مختار الفقيه أبي الليث نعم قال في التجنيس هذا وان كان خلاف ظاهر الجواب لان من الحجة أن يقول انما تزوّجتك على رجاء أن يجيز الولي وعسى لا يرضى فيفرق فيصير هذا وطأ بشبهة اه فتح (قوله الى أن يفرق الحاكم بينهما) أي قال الرازي ولا يكون ذلك التفريق الا عند القاضي لانه فصل مجتهد فيه فلا بد من حكم الحاكم اه وصفة التفريق أن يقول القاضي فسخت هذا العقد بين هذه المدعية وبين هذا المدعى عليه وتمامه في أنفع الوسائل اه (قوله والفرقة به لا تكون طلاقا) أي بل فسخا اه قال الرازي لان الطلاق تصرف في النكاح وهذا فسخ فلا يكون طلاقا اه (قوله ان كان دخل بها فلها المهر) أي وكذا بعد الخلوة الصحيحة وعليها العقر اه ولها نفقة العدة لانها كانت واجبة اه كمال (قوله ورضا بعض الاولياء) أي المستوين في درجة اه فتح (قوله وقال أبو يوسف) أي وزفر اه فتح (قوله كان للولي أن يفرّق بينهما الخ) وفي الحلواني لو رضي الولي ثم طلقها طلقة رجعية ثم راجعها لم يكن للولي اعتراض بخلاف البائن اه غاية (قوله لا يكون رضا بالثاني) أي كالشفيع اذا سلم في البيع الاول ثم بيع ثانيا يأخذه بالشفعة في الثاني اه غاية (قوله فيكون رضا دلالة) وعن شيخ الاسلام أن له التفريق بعد الولادة أيضا اه كمال (قوله وتعتبر الكفاءة عند ابتداء العقد) فلو تزوّجها وهو كفء في الديانة ثم صار داعرا لا يفسخ النكاح اه فتح القدير (قوله وكذلك نعتبر الكفاءة في العقل والحسب) والحسب ما يعده الانسان من مفاخر آبائه ويقال

حسبه دينه ويقال ماله والرجل حسيب وقد حسب حسابة بالضم مثل خطب خطابة قال ابن السكيت الحسب والكرم يكونان في الرجل وان لم يكن له آباء لهم شرف قال والشرف والمجد لا يكونان الا بالآباء اهـ جوهري (قوله وعن محمد الا أن يكون نسبا مشهورا) الذي بخط الشارح شيأ اهـ (قوله والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل) قال السروجي لم أجده في كتب الحديث وانما ذكر في كتب الفقه اهـ (قوله وانما قال في الموالي رجل برجل) أي لان النسب لا يعتبر عندهم اهـ غاية (قوله وسمي العجم موالي) أي وان لم يمسهم رق اهـ (قوله وبنو باهلة) استثناء من قوله والعرب بعضهم أكفاء لبعض وباهلة في الاصل اسم امرأة من همدان كانت تحت سعد بن أعصر بن

أي بعضهم أكفاء لبعض فلا يعتبر التفاضل فيما بين قريش وعن محمد الا أن يكون نسبا مشهورا كأهل بيت الخلافة كأنه قال ذلك تعظيما للخلافة وتسكينا للفتنة ويدل عليه أن عليا زوج ابنته أم كلثوم بنت فاطمة عمر بن الخطاب وهي صغيرة وعمر عدوي وهي هاشمية ويجمعهما قريش وكذا العرب غير قريش بعضهم أكفاء لبعض ولا يكون سائر العرب أكفاء لقريش لما تبين والموالي ليسوا بكفء للعرب والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام قريش بعضهم أكفاء لبعض بطن ببطن والعرب بعضهم أكفاء لبعض قبيلة بقبيلة والموالي بعضهم أكفاء لبعض رجل برجل وانما قال في الموالي رجل برجل لانهم ضيعوا أنسابهم ولا يفتخرون بها وانما يفتخرون بالاسلام والحرية وسمي العجم موالي لان بلادهم فتحت عنوة بأيدي العرب وكان للعرب استرقاقهم فاذا تركوهم احرارا فكأنهم أعتقوهم والموالي هم المعتقون وفي المبسوط أفضل الناس نسبا بنو هاشم ثم قريش ثم العرب لما روي عن محمد بن علي عنه عليه الصلاة والسلام ان الله اختار من الناس العرب ومن العرب قريشا واختار منهم بني هاشم واختارني من بني هاشم ولا فخر وبنو باهلة ليسوا بكفء لجميع العرب لانهم معروفون بالخساسة والدناءة ويدل عليه قول الشاعر

اذا ولدت حليلة باهلي * غلاما زاد في عدد اللئام

وقال آخر

ولو قيل للكلب يا باهلي * عوى الكلب من لؤم هذا النسب

وروي أن رجلا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم أتتكافأ دماؤنا قال نعم ولو قتلت باهليا لقتلتك به وهذا يدل على دناءتهم عندهم وانما عرفوا بذلك لانهم كانوا يأكلون بقية الطعام مرة ثانية ويأكلون نقي عظام الميتة وقوله وحرية واسلاما يعني تعتبر الكفاءة في الحرية والاسلام وهذا في حق العجم لانهم يفتخرون بهما دون النسب وهذا لان الكفر عيب وكذا الرق لانه أثره والحرية والاسلام زوال العيب فيفتخر بهما وقوله وأبوان فيهما كالآباء يعني من له أبوان في الاسلام والحرية يكون كفأ لمن له آباء فيهما لان أصل النسب في التعريف الى الاب وتمامه الجد فلا يشترط أكثر من ذلك ومن له أب واحد فيهما لا يكون كفأ لمن له أبوان فيهما ومن أسلم بنفسه أو أعتق لا يكون كفأ لمن له أب واحد في الاسلام والحرية وعن أبي يوسف أنه جعل الاب الواحد كالابوين والاشبه أن يكون هذا الخلاف لاختلاف الاحوال كأن أبا يوسف قال ذلك في موضع لا يعد كفر الجد عيبا بعد ان كان الاب مسلما وهما قالاه في موضع يعد عيبا والدليل على ذلك أنهم قالوا جميعا لا يكون ذلك عيبا في حق العرب لانهم لا يعيرون بذلك ونظير هذا الاختلاف اختلافهم في التعريف حيث قال أبو يوسف رحمه الله يكفي النسبة الى الاب وعندهما لا بد من النسبة الى الجد بناء على ان أبا يوسف قال ذلك في قرية صغيرة لا يقع اللبس فيها لعدم من يشاركه في الاسم وهما قالا ذلك في مصر وهذا صحيح لان العادة جرت بأن الكفر يعد عيبا في موضع امتد الاسلام فيه وطال ولا يعد عيبا في موضع قريب العهد بالاسلام وقوله وديانة وهو قول أبي حنيفة وأبي يوسف وهو من أعلى المفاخر والمرأة تعير بفسق الزوج فوق ما تعير بضعة نسبه وقال محمد لا تعتبر لانها من أمور الآخرة فلا تبنى

سعد بن قيس بن عيلان فنسب ولده اليها اهـ كمال (قوله ويأكلون نقي عظام الميتة) النقي بكسر النون اهـ قال في الصحاح والنقي مخ العظم اهـ قال الكمال رحمه الله ولا يخلو من نظر فان النص لم يفصل مع انه صلى الله عليه وسلم كان أعلم بقبائل العرب وأخلاقهم وقد أطلق وليس كل باهلي كذلك بل فيهم الاجواد وكون فصيلة منهم أو بطن صعاليك فعلوا ذلك لا يسري في حق الكل اهـ وكتب ما نصه وهو قوله صلى الله عليه وسلم والعرب بعضهم أكفاء لبعض اهـ (قوله وأبوان فيهما الخ) وفي التجنيس لو كان أبوها معتقا وأمها حرة الاصل لا يكافؤها المعتق لان فيه أثر الرق وهو الولاء والمرأة لما كانت أمها حرة الاصل كانت أيضا هي حرة الاصل وفي المجتبى معتقة الشريف لا يكافؤها معتق الوضيع اهـ فتح وفي الغاية وموالي العرب أكفاء لموالي قريش لقوله عليه الصلاة والسلام الموالي بعضهم أكفاء لبعض ذكره في البدائع وكذا في الاسبيجابي ومولى العربي لا يكون كفأ

 لمولاة الهاشمي اهـ (قوله ومن أسلم بنفسه أو أعتق الخ) اعلم انه لا يبعد كون من أسلم بنفسه كفأ لمن عتق بنفسه اهـ فتح (قوله لانهم لا يعيرون بذلك) وهذا حسن به ينتفي الخلاف أيضا اهـ فتح ولا تعتبر الكفاءة بين أهل الذمة فلو زوجت نفسها فقال وليها ليس هذا كفأ لا يفرق بل هم أكفاء بعضهم لبعض قال في الاصل الا أن يكون نسبا مشهورا كبنت ملك من ملوكهم خدعها حائك أو سائس فانه يفرق بينهما لا لعدم الكفاءة بل لتسكين الفتنة والقاضي مأمور بتسكين الفتنة بينهم كما بين المسلمين اهـ فتح (قوله فوق ما تعير بضعة نسبه) قال الجوهري والوضيع الدنيء من الناس ويقال في حسبه ضعة وضعة والهاء عوض من الواو اهـ

(قوله وهو) أى الكفاءة فى المال اه (قوله أن يكون مالكا للمهر والنفقة) وهذا هو المعتبر فى ظاهر الرواية اه هداية (قوله و بالنفقة الخ) وفى المجتبى الصحيح أنه اذا كان قادرا على النفقة على طريق الكسب كان كفأ ومعناه منقول عن أبى يوسف قال اذا كان قادرا على ايفاء ما يعجل لها باليد و يكتسب ما ينفق لها يوما بيوم كان كفأ لها وفى غريب الرواية للسيد بن شجاع جعل الاصح ملك نفقة شهر اه فتح (قوله وقيل فى النفقة تعتبر نفقة ستة أشهر) وفى جامع شمس الائمة سنة اه فتح (قوله وان كانت فقيرة) قال الكمال رحمه الله عقب كلام الذخيرة وفيه نظر اه (قوله لانها لا نفقة لها) أى فيكتفى بالقدرة على المهر اه غاية (قوله وهو غاد ورائح) الغادى الذاهب من أول النهار الى الزوال والرائح من الزوال الى آخر النهار والمراد بهما هنا مطلق الذهاب اه (قوله فى المتن ولو نقصت من مهر مثلها) أى نقصا لا يتغابن الناس فى مثله أما اذا كان يسيرا يكون عفوا اه مستصفى وقوله من مهر مثلها الذى بخط الشارح عن اه (قوله حتى يتم لها مهرها أو يفارقها) أى فالثابت التزام حد الامرين وهو فرع قيام مكنة كل منهما فعن هذا ما فى فتاوى النسفى لو لم يعلموا بذلك حتى ماتت ليس لهم أن يطالبوه بتكميل مهر المثل لان الثابت ليس لهم الا أن يفسخ أو يكمل فاذا امتنع هنا عن تكميل المهر لا يمكن الفسخ اه كمال (قوله المرجوع اليه فى النكاح) أى بغير الولى اه هداية (قوله فى المتن ولم يجز ذلك) أى تزويج الطفل الصغير بغير كفء وبغبن فاحش اه عينى وكتب ما نصه قال العينى دفعا للضرر عنه وهذا بلا خلاف اه قال فى الهداية ومن زوج بنته وهى صغيرة عبدا أو زوج ابنه الصغير أمة فهو جائز وهذا عند أبى حنيفة قال الاتقانى فى شرحه ثم هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير قال فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وكذلك ان زوج بنته الصغيرة ممن لا يملك مهرها أو لا يقدر على نفقتها فهو على الاختلاف وان كان ذلك من غير الاب والجد فهو باطل بالاجماع اه وقال الكمال ولابى حنيفة أن النظر وعدمه فى هذا العقد ليسا من جهة كثرة المال وقلته بل باعتبار أمر باطن فالضرر كل الضرر بسوء العشرة وادخال كل منهما المكروه على الآخر والنظر كل النظر فى ضده فى هذا العقد وأمر المال سهل غير مقصود فيه بل المقصود فيه ما قلنا فاذا كان باطنا يعتبر دليله فيعلق الحكم عليه ودليل النظر قائم هنا وهو قربة القرابة الداعية الى وفور الشفقة

عليها أحكام الدنيا الا اذا كان يصفع و يسخر منه أو يخرج سكران و يلعب به الصبيان لانه مستخف به وعن أبى يوسف أنه ان كان معلنا بالفسق فغير كفء وان كان مستترا فهو كفء وهو قريب من قول محمد وقوله ومالا أى تعتبر الكفاءة فى المال أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام الحسب المال ولانه يقع به التفاخر وهو أن يكون مالكا للمهر والنفقة والمراد بالمهر المهر المعجل وهو ما تعارفوا تعجيله ولا يعتبر الباقى ولو كان حالا وبالنفقة أن يكتسب كل يوم قدر النفقة وقدر ما يحتاج اليه من الكسوة ولا يعتبر أن يكون مساويا لها فى الغنى هو الصحيح وعن أبى حنيفة ومحمد فى غير رواية الاصول ان من ملكهما لا يكون كفأ للفائقة وليس بشئ وقيل ان كان ذا جاه كالسلطان والعالم يكون كفأ وان لم يملك الا النفقة لان الخلل ينجبر به ومن ثم قالوا الفقيه العجمى يكون كفأ للعربى الجاهل وقيل ان النفقة تعتبر نفقة ستة أشهر وقيل نفقة شهر وفى الذخيرة اذا كان يجد نفقتها ولا يجد نفقة نفسه يكون كفأ وان لم يجد نفقتها لا يكون كفأ وان كانت فقيرة ولو كانت الزوجة صغيرة لا تطيق الجماع فهو كفء وان لم يقدر على النفقة لانها لا نفقة لها وعن أبى يوسف انه لم يعتبر القدرة على المهر لانه تجرى المساهلة فيه و يعد قادرا بيسار أبيه ولان المال لا ثبات له وهو غاد ورائح قوله وحرفة أى تعتبر الكفاءة فى الحرف وهى الصنائع لان الناس يتفخرون بشرف الحرف ويتعيرون بدناءتها وعن أبى حنيفة أنها لا تعتبر أصلا لانها ليست بلازمة و يمكنه التحول الى أنفس منها وعن أبى يوسف مثله الا أن يفحش كالحائك والحجام والدباغ وعن محمد انها لا تعتبر فى الحرف والاول أظهر الروايتين عنه وقيل هذا اختلاف عادة لا اختلاف حجة قال رحمه الله (ولو نقصت من مهر مثلها فللولى أن يفرق أو يتم مهرها) أى لو تزوجت المرأة ونقصت من مهر مثلها فللولى الاعتراض عليها حتى يتم لها مهرها أو يفارقها فاذا فارقها قبل الدخول فلا مهر لها وان فارقها بعده فلها المسمى وكذا اذا مات أحدهما قبل التفريق وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك لان المهر حقها لا حق الاولياء ومن أسقط حقه لا يعترض عليه فصار كما لو أبرأته بعد العقد ولابى حنيفة ان الاولياء يتفاخرون بغلاء المهر ويتعيرون بنقصانه فصار بمنزلة عدم الكفاءة بل أولى لان ضرره أشد من ضرر عدم الكفاءة لانه عند تقادم العهد يعتبر مهر قبيلتها بمهرها فيرجع الضرر على القبيلة كلها فكان لهم دفعه بخلاف الابراء بعد العقد لانه لا ضرر عليهم بل هو من باب الكرم ومكارم الاخلاق وهذا الوضع انما يصح على قول محمد على اعتبار قوله المرجوع اليه فى النكاح وقد صح ذلك وهذه المسئلة شاهدة عليه ومن المشايخ من منع ذلك فقال المسئلة تتصور فيما اذا أكره الولى على النكاح على أقل من مهر المثل ثم زال الاكراه وهى راضية ولم يرض الولى ويحتمل أن يأذن لها الولى بالنكاح ولم يقدر لها المهر فتزوجت على أقل من مهر مثلها فعلى هذا لا تشهد عليه هذه المسئلة وروى انه رجع الى قولهما قبل موته بسبعة أيام ولا يقال لا فائدة فى هذا الاتمام لانها تسقطه لانا نقول فائدته اقامة حق الولى كما اذا كان المسمى أقل من عشرة دراهم يتم لها عشرة دراهم اقامة لحق الله تعالى قال رحمه الله (ولو زوج طفله غير كفء أو بغبن فاحش صح ولم يجز ذلك لغير الاب والجد)

أى لو زوج ولده الصغير غير كفء بأن زوج ابنه أمة أو زوج بنته عبدا أو زوجه بغبن فاحش بأن زوج البنت ونقص من مهرها أو زوج ابنه وزاد على مهر امرأته جاز وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يجوز أن يزوجهما غير كفء ولا يجوز الحط والزيادة الا بما يتغابن الناس فيه ومعنى هذا الكلام أنه لا يجوز العقد عندهما وقال بعضهم يجوز العقد ويبطل الحط والزيادة لان فساد التسمية لا يوجب بطلان النكاح كما اذا لم يسم شيأ أو سمى ما ليس بمال كالخمر والخنزير والاصح عندهما أنه لا يجوز كما اذا زوجها بغير كفء عندهما ووجهه أن الولاية مقيدة بالنظر فعند فواته يبطل العقد وهذا لان الحط عن مهر المثل والزيادة عليه ليس من النظر كما فى البيع ولهذا لا يجوز ذلك لغيرهما من الاولياء كما فى البيع ولابى حنيفة أن الحكم يدار على دليل النظر وهو قرب القرابة وفى النكاح مقاصد تربو على ذلك بخلاف البيع فان المقصود فيه المالية فاذا فاتت فات النظر وبخلاف غيرهما من الاولياء لان دليل النظر لم يوجد فيه وهو قرب القرابة ووفور الشفقة واستدل فى الغاية على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام زوج فاطمة على أربعمائة درهم وهى أفضل النساء وزوج أبو بكر عائشة على خمسمائة درهم ومعلوم أن ذلك لم يكن مهر مثلهما ألا ترى أن ابن عمر رضى الله عنهما تزوج صفية على عشرة آلاف درهم وكان يزوج بناته على عشرة آلاف وتزوج عمر أم كلثوم بنت على من فاطمة على أربعين ألف درهم وهذا الاستدلال لا يصح لان فاطمة كانت كبيرة ولهذا استأذنها عليه الصلاة والسلام وكلامنا فى الصغيرة واستدلاله بأمهاتهما وعمر وابنه فاسد لانه يحتمل أنهم زادوا على مهر المثل اذ لا يجب الاقتصار على مهر المثل بل يجوز ذلك برضا الزوج عند عدم رضاها بمهر المثل ويجوز أن يكون ذلك مهر مثل كل واحدة منهن لانه يختلف باختلاف الزمان ولا يدل ذلك على الفضيلة بل هو الظاهر لان المال كان قليلا فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ثم اتسع المسلمون بعد ذلك لما حصل لهم من فتوح البلاد ولهذا روى عن كثير منهم مثل ذلك مع علمهم بمهور بنات النبى صلى الله عليه وسلم وأزواجه حتى روى عن الحسن بن على أنه تزوج امرأة فساق اليها مائة جارية قيمة كل واحدة منهن ألف درهم وتزوج ابن عباس شميلة على عشرة آلاف درهم وتزوج أنس امرأة على عشرة آلاف درهم ومعلوم ان عادتهم لم تجر بذلك والله أعلم

مع كمال الرأى ظاهر بخلاف غير الاب والجد من العصبات والام لقصور الشفقة فى العصبات ونقصان الرأى فى الام وهو معنى قوله والدليل عدمناه فى حق غيرهما فلا يصح عقدهم كذلك وعلى هذا ينبنى الفرع المعروف لو زوج العم الصغيرة حرة الجد من معتق الجد فكبرت فأجازت لا يصح لانه لم يكن عقدا موقوفا اذ لا مجيز له فان العم ونحوه لا يصح منهم التزويج بغير الكفء وكذا لو كان الاب معروفا بسوء الاختيار أو المجانة والفسق كان العقد باطلا عند أبى حنيفة على ما ذكرناه هو الصحيح اه قال قاضيخان رحمه الله فى فتاواه ما نصه غير الاب والجد اذا زوج الصغيرة من رجل كان جده معتق قوم أو لم يكن مسلما فى الاصل وانما صار مسلما وللصغيرة آباء احرار مسلمون ثم أدركت الصغيرة فأجازت النكاح لم يجز لان هذا نكاح لم يكن له مجيز حال وقوعه فلم يتوقف فلا يلحقه الاجازة وكذا لو انعدمت الكفاءة بسبب آخر لا ينعقد نكاح غير الاب والجد اه وقال التمرتاشى فى شرح الجامع الصغير وأجمعوا أن غير الاب والجد لو زوج الصغيرة من غير الكفء لا يجوز حتى لو بلغت وأجازت لم ينفذ اه وقال قاضيخان فى شرح الجامع رجل زوج ابنته الصغيرة بعشرة ومهر مثلها عشرة آلاف أو زوج ابنه الصغير امرأة بعشرة آلاف ومهر مثلها عشرة دراهم فهو جائز وقال أبو يوسف ومحمد لا يجوز النكاح على واحد منهما الا أن يكون الحط والزيادة بقدر ما يتغابن الناس فى مثله ذكر ههنا أن النكاح باطل فى قول أبى يوسف ومحمد وذكر هذه المسئلة فى كتاب النكاح ولا يجوز الزيادة والنقصان لان فساد التسمية لا يمنع صحة النكاح كما لو تزوج امرأة بخمر أو خنزير والصحيح أنه لا يجوز النكاح عندهما لهما أن ولاية الآباء مقيدة بشرط النظر ولا نظر فى هذا العقد وعند ترك النظر كان الاب بمنزلة الاجانب فكما لا يصح من الاجانب لا يصح من الآباء ولهذا لو تصرف فى المال بغبن فاحش لا يصح تصرفه وله أن الاب والجد لكمال رأيه ووفور شفقته لا يتحمل الزيادة والنقصان الفاحش الا لمصلحة مطلوبة لا يمكنه تحصيلها الا به فيعد ذلك نظرا ولا يعد ضررا حتى لو عرف الاب بالمجانة وسوء الاختيار لا يصح عقده بخلاف غير الاب والجد لان شفقته قاصرة فيبطل عقده لاجل الضرر الظاهر وبخلاف التصرف فى المال لان المقصود ثمة هو المال فاذا فات المقصود يعد ضررا ولا يعد نظرا فيبطل عقده وعلى هذا الخلاف اذا زوج ابنته الصغيرة عبدا أو زوج ابنه الصغير أمة عند أبى حنيفة يجوز وعندهما لا يجوز ووجه المذهبين ما قلنا اه (قوله وزاد على مهر امرأته جاز) أى وثبت المال كله فى ذمة الصغير فى الثانية لا فى ذمة الاب سواء كان الاب موسرا أو معسرا فيقبضه من مال الصغيرة اه فتح (قوله ويبطل الحط والزيادة) أى ويجب مهر المثل اه غاية وقد روى الحسن عن أبى يوسف أن النكاح جائز والتسمية لا تجوز وذكر هشام عن محمد ان النكاح جائز اه طرسوسى وغاية (قوله واستدل فى الغاية الخ) وعزاه فيها لشرح الارشاد اه (قوله زوج فاطمة على أربعمائة درهم) أى وهى ثمن درعه اه غاية وكذا ما نصه رواه البيهقى اه غاية (قوله وهى أفضل النساء) الذى بخط الشارح أفضل الناس

﴿ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ﴾ من أحكام الولي والفضولي ويبقى الرسول نذكره بعده ان شاء الله تعالى ولما كانت الوكالة نوعا من الولاية اذ ينفذ تصرفه على الموكل غير أنها تستفاد من الولي على نفسه أو غيره كانت ثانية للولاية الاصلية فأوردها ثانية في التعليم لباب الاولياء ثم ذكر غيرها من الفضولي لتأخره عنهما لان النفاذ بالاجازة انما ينسب الى الولي المجيز فنزل عقد الفضولي كالشرط له حيث لم يستعقب بنفسه حكمه كما هو الاصل في السبب غيران ابتداءه بالولي ان نظر فيه الى أنه أقوى ناسب الابتداء به وان نظر الى أن عقد الفصل للوكيل أولا وبالذات كان المناسب الابتداء بمسئلة الوكيل اهـ كمال رحمه الله (قوله في المتن لابن العم أن يزوج بنت عمه) أى الصغيرة كذا في شرح المجمع اهـ (قوله من نفسه) بغير اذنها والكبيرة باذنها فيقول اشهدوا أني زوجت بنت عمي فلانة بنت فلان من فلان أو زوجتها من نفسي اهـ فتح (قوله ولنا أن المباشر في النكاح سفير) أى والواحد يصلح أن يكون معبرا عن اثنين اهـ فتح (قوله ومعبر) أما كونه معبرا فمن حيث إن عبارة العقد صدرت منه وأما كونه سفيرا فباعتبار أن حقوق العقد ليست راجعة اليه بل الى الموكل اهـ ق (قوله والتمانع في الحقوق) أى دون التعبير حتى لا يطالب بالمهر وتسليم الزوجة اهـ فتح (قوله بخلاف البيع الخ) قال الكمال رحمه الله واعلم أنه يستثنى من مسئلة الوكيل بالبيع من الجانبين (١٣٢) الاب فانه لو باع مال ابنه من نفسه أو اشتراه ولو بغبن يسير صح ولا يخفى أن هذا على التشبيه والا فبيع الاب ليس بطريق الوكالة بل الولاية والاصالة ثم اذا تولى طرفيه قال المصنف فقوله زوجت فلانة من نفسي يتضمن الشطرين فلا يحتاج الى القبول بعده وكذا ولي الصغيرين القاضي وغيره والوكيل من الجانبين يقول زوجت فلانة من فلان وقال شيخ الاسلام خواهرزاده هذا اذا ذكر لفظا هو أصيل فيه أما اذا ذكر لفظا هو نائب فيه فلا يكفي فان قال تزوجت فلانة كفى وان قال زوجتها من نفسي لا يكفي لانه نائب فيه وعبارة الهداية وهي ما ذكرناه آنفا صريحة في نفي هذا الاشتراط وصرح بنفيه في التجنيس أيضا في علامة غريب الرواية والفتاوى الصغرى قال رجل زوج بنتا من ابن أخيه فقال زوجت فلانة من فلان يكفي ولا يحتاج الى أن تقول قبلت وكذا كل من صدر من يتولى طرفي العقد اذا أتى باحد شطري الايجاب يكفيه ولا يحتاج الى الشطر الآخر لان اللفظ الواحد يقع دليلا من الجانبين اهـ كمال (قوله في المتن ونكاح العبد والامة بغير اذن السيد موقوف) أى على اجازته فان أجازه المولى جاز وان رده بطل وان عتق العبد والامة نفذ اهـ غاية (قوله ولان العقد صدر من أهله) وهو العاقل البالغ اهـ فتح (قوله مضافا الى محله) وهو غير المحرمات اهـ فتح (قوله ولا ضرر في انعقاده) اى على التوقف انما الضرر في ابرامه بدون اختيار من له الاجازة اهـ (قوله حتى اذا رأى) أى من له الاجازة اهـ فتح (قوله وهو لا يحصل) الذي في خط الشارح لا ينفق اهـ (قوله كالبيع بشرط الخيار) أى للبائع يتراخى ملك المشترى الى اختيار البائع البيع فعدم ترتبه في الحال على عقد الفضولي لا يوجب بطلانه والاولى أن يقال عقد يرجى نفعه واستعقابه حكمه ولا ضرر في انعقاده موقوفا فوجب انعقاده كذلك حتى اذا رأى الخ فقوله لا يقدر على اثبات حكمه فيلغو ممنوع الملازمة بل اذا أيس من مصلحته وانما قلنا هذا لان قوله صدر من أهله مما يمنع ويقول الشافعي ان أريد أهل العقد في الجملة فمسلم ولا يفيد وان أريد هذا العقد الذي هو فيه فضولي فممنوع بل أهله من له ولاية اثبات حكمه اهـ فتح (قوله ثم الاصل فيه أن كل عقد) أى كالبيع والاجارة ونحوهما اهـ

﴿ فصل في الوكالة بالنكاح وغيرها ﴾ قال رحمه الله (لابن العم أن يزوج بنت عمه من نفسه وللوكيل أن يزوج موكلته من نفسه) وقال زفر والشافعي لا يجوز لان الواحد لا يكون مملكا ومتملكا كما في البيع ولنا أن المباشر في النكاح سفير ومعبر والتمانع في الحقوق وهي لا ترجع اليه بخلاف البيع لانه أصيل فيه ولهذا ترجع الحقوق اليه وروى البخاري أن عبد الرحمن بن عوف قال لام حكيم بنت قارظ أتجعلين أمرك الي قالت نعم قال تزوجتك فعقده بلفظ واحد وعن عقبة بن عامر انه عليه الصلاة والسلام قال لرجل أترضى أن أزوجك فلانة قال نعم وقال للمرأة أترضين أن أزوجك فلانا قالت نعم فزوج أحدهما صاحبه وكان ممن شهد الحديبية الحديث رواه أبو داود وذكر في الغاية أن قولهم الوكيل في النكاح سفير ومعبر ولهذا لا ترجع الحقوق اليه تعليل صحيح لو سلم من النقض ولم يسلم فان الوكيل لو زوج موكله على عبد نفسه يطالب بتسليمه وهذا سهو فانه لم يلزمه بمجرد العقد وانما لزمه بالتزامه حيث جعله مهرا وأضاف العقد اليه كما قالوا في الصلح بغير الامر والخلع بغير الامر اذا صالح أو خالع على عبد نفسه أو على ألف مضافة اليه لزمه تسليمه لانه باضافة العقد اليه التزمه كالوضمنه قال رحمه الله (ونكاح العبد والامة بغير اذن السيد موقوف كنكاح الفضولي) وهو قول مالك وأهل المدينة والحسن وسعيد بن المسيب والنخعي غير أن مالكا جعل التفرقة طلاقا وهذا يدل على نفوذه من غير لزوم وقال الشافعي هو باطل ولا يتوقف شئ من ذلك على الاجازة لان المباشر لا يقدر على اثبات الحكم وهو الملك لعدم الولاية فيلغو لعدم الفائدة ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل أمر المرأة التي زوجها أبوها بغير اذنها اليها فقالت قد أجزت ما صنع أبي انما أردت لاعلم هل للنساء من الامر شئ وأجاز نكاح امرأة زوجتها أمها ولان العقد صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر في انعقاده فوجب القول بانعقاده حتى اذا رأى المصلحة فيه من تحصيل الزوج الكفء وهو لا يحصل في كل وقت وتقدير المهر اجازه ولا يمنع من التصرف النافع شرعا ولا عقلا وقد يتراخى حكم العقد عنه كالبيع بشرط الخيار ثم الاصل فيه أن كل عقد

(قوله انعقد موقوفا) أى على الاجازة فاذا أجاز من له الاجازة ثبت حكمه مستندا الى العقد فسر المجيز فى النهاية بقابل يقبل الايجاب سواء كان فضوليا أو وكيلا وقال فى فصل بيع الفضولى من النهاية الاصل عندنا أن العقود تتوقف على الاجازة اذا كان لها مجيز حالة العقد وان لم يكن تبطل والشراء اذا وجد نفاذا انفذ على العاقد والا توقف بيانه الصبى اذا باع ماله واشترى أو تزوج أو زوج أمته أو كاتب عبده ونحوه يتوقف على اجازة الولى فى حالة الصغر فلو بلغ قبل أن يجيزه الولى فأجاز بنفسه نفذ لانها كانت متوقفة ولا ينفذ بمجرد بلوغه ولو طلق الصبى امرأته أو خلعها أو أعتق عبده على مال أو دونه أو وهب أو تصدق أو زوج عبده أو باع ماله بمحاباة فاحشة أو اشترى بأكثر من القيمة مما لا يتغابن فيه أو غير ذلك مما لو فعله وليه لا ينفذ كانت هذه الصور باطلة غير متوقفة ولو أجازها الولى لعدم المجيز وقت العقد الا اذا كان لفظ الاجازة يصلح لابتداء العقد فيصح على وجه الانشاء كان يقول بعد البلوغ (١٣٣) أوقعت ذلك الطلاق والعتاق اه وهذا

صدر من الفضولى وله مجيز انعقد موقوفا وما لا مجيز له يبطل كما اذا كان تحته حرة وزوجه الفضولى أمة أو أخت امرأته أو كانت تحته أربع نسوة فزوجه الفضولى خامسة فان العقد وقع باطلا فى هذه المواضع ولا يتوقف على اجازة أحد حتى لو زال المانع بأن ماتت امرأته وأجاز العقد لا يجوز وكذا لو زوجه خمسا فى عقدة واحدة ليس له أن يجيز فى بعضهن وعلى هذا لو باع الصبى بغبن فاحش أو زوج المكاتب عبده كان باطلا ولا يتوقف على اجازة أحد حتى لو بلغ الصبى أو عتق المكاتب فأجازه لم يجز ولا يلزم على هذا المكاتب اذا تكفل بمال ثم عتق حيث تصح هذه الكفالة وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها حتى يؤاخذ بها بعد الحرية وكذا لو وكل المكاتب رجلا بعتق عبده ثم أجاز هذه الوكالة بعد العتق نفذت الوكالة وان لم يكن لها مجيز حال وقوعها وكذا لو أوصى بعين من ماله ثم عتق فأجاز الوصية تصح لان كفالته جائزة فى حق نفسه نافذة عليه لانها التزام المال فى الذمة وذمته مملوكة له قابلة للالتزام وانما لا يظهر فى الحال لحق المولى فاذا زال المانع بالعتق ظهر موجبه وأما التوكيل والوصية فالاجازة فيهما انشاء لانهما ينعقدان بلفظ الاجازة والانشاء لا يستدعى عقدا سابقا ألا ترى أنه لو قال لرجل أجزت أن تطلق امرأتى أو تعتق عبدى أو أجزت أن تكون وكيلى فى ذلك كان توكيلا صحيحا وكذا لو قال أجزت أن يكون مالى وصية لفلان كانت وصية صحيحة بخلاف غيرهما من التصرفات فانه لو قال أجزت عتق عبدى أو أجزت أن يكون من مالى لفلان كذا أو أجزت أن تكون فلانة امرأتى لا يصح فاذا تعذر جعلها انشاء ولا يمكن انعقادها لعدم المجيز حال صدورها لغت قال رحمه الله (ولا يتوقف شطر العقد على قبول ناكح غائب) وصورته أن تقول المرأة اشهدوا أنى تزوجت فلانا وهو غائب أو يقول الرجل اشهدوا أنى تزوجت فلانة وهى غائبة لم يجز ولا يتوقف على اجازته حتى لو بلغ كل واحد منهما الخبر فأجاز لم يجز ولو قال رجل آخر اشهدوا أنى زوجتها منه حين قال الرجل ذلك أو قال اشهدوا أنى قد زوجته منها حين قالت ذلك جاز وعلى هذا لو قال فضولى اشهدوا أنى قد زوجت فلانة من فلان وهما غائبان لم يجز ولو بلغهما فأجازا لا ينفذ وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يتوقف جميع ذلك وحاصله أن الواحد يصلح وكيلا من الجانبين أو وليا من الجانبين أو أصيلا من جانب وليا من جانب أو وكيلا من جانب أصيلا من جانب أو وليا من جانب وكيلا من جانب باتفاق الثلاثة ولو كان فضوليا من الجانبين أو من أحدهما لم يتوقف عندهما وعنده يتوقف وعند زفر لا يجوز النكاح بعبارة الواحد أصلا على ما تقدم وكذا عند الشافعى الا ان كان فيه ضرورة مثل الجد فانه يزوج ابن ابنه من بنت ابنه لانه لا يوجد أحد فى درجته حتى يزوجهما بخلاف ابن العم اذا أراد أن يزوج بنت عمه من نفسه حيث لا يجوز لانه لا ضرورة اليه لانه يمكن أن يزوجها

يوجب أن يفسر المجيز هنا بمن يقدر على امضاء العقد لا بالقابل مطلقا ولا بالولى اذ لا توقف فى هذه الصورة وان قبل فضولى آخر أو ولى لعدم قدرة الولى على امضائها ولو أراد بالمجيز هنا المخاطب مطلقا كان ينبغى أن يقول وله مجيز ومن يقدر على انفاذه ليصح جواب المسئلة أعنى قوله انعقد موقوفا لان الصبى فى الصور المذكورة فضولى ولو قبل عقده آخر لا يتوقف لعدم من يقدر على انفاذه وعلى هذا لا يكون العقد شاملا لليمين لانها لا تتوقف على مخاطب بل على من له قدرة امضائه فقط وصورته أن يقول أجنبى لامرأة رجل ان دخلت الدار مثلا فأنت طالق فانه يتوقف على اجازة الزوج فان أجاز تعلق فتطلق بالدخول ولو دخلت قبل الاجازة لا تطلق عند الاجازة فان عادت ودخلت بعدها طلقت كذا فى الجامع وفى المنتقى اذا دخلت قبل الاجازة فقال الزوج أجزت الطلاق على فهو جائز ولو قال أجزت هذا اليمين على لزمته اليمين ولا يقع الطلاق حتى تدخل بعد الاجازة وعرف مما ذكرنا أن الصبى اذا تزوج يتوقف على اجازة وليه لان الصبى العاقل من أهل العبارة غير أنه يحتاج الى رأى الولى فالصواب أن يحمل المجيز على من له قدرة الامضاء ليندرج الخاطب فى ذكر العقد من قوله كل عقد يعقده الفضولى فان اسم العقد لا يتم الا بالشطرين أو ما يقوم مقامهما فعلى هذا قوله وما لا مجيز له أى ما ليس له من يقدر على الاجازة يبطل اه فتح (قوله لانهما ينعقدان) الذى فى خط الشارح يعقدان اه (قوله أن تقول المرأة اشهدوا أنى قد تزوجت فلانا وهو غائب) أى من غير اذن سابق لها منه اه فتح (قوله أو يقول الرجل اشهدوا أنى قد تزوجت فلانة) أى من غير اذن سابق منها له اه فتح (قوله حيث لا يجوز) أى عند زفر والشافعى اه

ابن عمها غيره في درجته وكذلك الوكيل لا حاجة اليه ولابي يوسف أن كلام الواحد في باب النكاح يقوم مقام كلامين والشخص الواحد يقوم مقام شخصين ولهذا لو كان مأمورا من الجانبين يجوز فاذا لم يكن مأمورا يتوقف لان تأثير الاذن في النفوذ لا في جعل غير العقد عقدا كما اذا جرى ذلك بين فضوليين أو بين فضولي وغيره فاذا أجازه نفذ لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وصار هذا كما لو قال الزوج خالعت امرأتي على كذا وهي غائبة فبلغها فقبلت جاز وكذا الطلاق والاعتاق على مال بخلاف البيع لانه لو صدر عن اذن لا يصح فبدون الاذن أولى ولهما أن الصادر من الواحد شطر العقد ولهذا كان شطرا حالة الحضرة حتى يبطل بقيام أحدهما ويكون لكل واحد منهما الخيار وشطر العقد لا يتوقف على ما وراء المجلس بخلاف ما اذا كان وليا من الجانبين لانه صار كل العقد حكما لحق الولاية ولهذا لا يحتاج فيه الى القبول فصار كشخصين وكلامه ككلامين فيقدر على اعتبار وجود الكلامين لا على اعتبار كلام واحد وانما جعل الكلام الواحد كالكلامين عند وجود الولاية ولا يدل ذلك على أنه ككلامين عند عدمها فبقي مقصورا على المتكلم حقيقة وانه باعتبار الحقيقة بعض العقد فلا يتوقف على ما وراء المجلس وهذا لانه لا بد من بقاء الكلام حتى يتصل به القبول فيصير عقدا معتبرا ولا بقاء للكلام حقيقة لانه عرض يتلاشى ويضمحل وانما يعتد باقيا ببقاء حكمه فتى أفاد حكما يبقى باعتباره فتعمل فيه الاجازة والا فلا والعقد التام له حكم وبعض العقد لا حكم له وبخلاف المأمور من الجانبين لان عبارته تنتقل اليهما فصارت قائمة مقام عبارتهما فكان تمام العقد باثنين معنى وهنا لا تنتقل عبارته اليهما لان الانتقال بالامر وهو غير مأمور به فبقيت عبارته مقصورة عليه فكانت بعض العقد وبخلاف الخلع والطلاق والاعتاق على مال لان ذلك يمين من جانب الزوج والمولى ولهذا لا يملكان الرجوع عن الايجاب واليمين حكم فيبقى باعتبار حكمه ولا يمكن أن يجعل النكاح تعليقا لانه لا يحتمل التعليق بالشرط ولا يلزم على هذا أطلانه بقيامها لانه من جانبها معاوضة ولهذا يصح خيار الشرط فيه من جانبها وما جرى بين الفضوليين أو بين الفضولي وغيره عقد تام لوجود الايجاب والقبول ولا يلزم من جوازه جواز الشرط وفي الحواشي قال في تعليل قول أبي يوسف لان هذا الواحد يتكلم من الجانبين بكلام واحد حكما ولو تكلم من الجانبين صريحا يتوقف بان قال زوجت فلانة من فلان وقبلت عن فلان وهذا تصريح بان الفضولي اذا أتى بلفظين ينعقد ولو زوج ابنة عمه الكبيرة من نفسه قبل الاستئذان لا يصح ولا يتوقف وبعد الاستئذان يصح وينفذ لانه في الاولى فضولي من جانبها وفي الثانية وكيل وكذا اذا كانت صغيرة نفذ لانه ولي من جهتها قال رحمه الله (والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين) يعني اذا أمر رجل رجلا بان يزوجه امرأة فزوجه امرأتين يكون مخالفا ولا يلزمه واحدة منهما لانه فضولي فيهما لمخالفته امره ولا وجه الى تنفيذهما لما ذكرنا ولا الى التنفيذ في احداهما غير عين للجهالة ولعدم الفائدة اذ لا يفيد حل الوطء اذ الوطء لا يقع الا في معينة والمنكرة ضدها ولا الى التعيين لعدم الاولوية وقول صاحب الهداية فتعين التفريق لا يستقيم لان له أن يجيز نكاحهما أو نكاح احداهما أيتهما شاء لانه يجوز الجمع بينهما غير أنه لا ينفذ بغير رضاه للمخالفة ولو قال فانتفى اللزوم استقام وكان أبو يوسف أولا يقول يصح نكاح احداهما بغير عينها والبيان الى الزوج لان المأمور قد امتثل أمره في الواحدة منهما ولا يبعد أن تكون احداهما منكوحة والاخرى غير منكوحة كما لو طلق احدى امرأتيه بغير عينها ثلاثا وهذا ضعيف لانه انما يثبت في المجهول ما يحتمل التعليق بالشرط وما لا يحتمل التعليق به لا يثبت في المجهول لانه تعليق بالبيان والنكاح لا يحتمل التعليق به ثم على قول أبي يوسف الاول ان مات الزوج قبل أن يختار احداهما كان الميراث ومهر احداهما بينهما لهما ويلزمهما عدة الوفاة قال رحمه الله (لا بامة) أي لا يكون المأمور بنكاح مخالفا بتزويجه الامة وهو معطوف على قوله والمأمور بنكاح امرأة مخالف بامرأتين والمراد به أمة الغير أما اذا زوجه أمة نفسه فلا ينفذ عليه لانه متهم فيه ولا فرق بين أن يكون الزوج أميرا أو غيره وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز الا أن يزوجه كفأ وعلى هذا الخلاف

(قوله وهذا تصريح بأن الفضولي اذا أتى بلفظين ينعقد) أي موقوفا اتفاقا كذا في النهاية قال السروجي وهذا خلاف ما ذكره الجماعة فانهم نصوا على انه لا يصلح فضوليا من الجانبين ولا فضوليا من جانب مأمورا من جانب آخر وفي جوامع الفقه الواحد لا يصلح فضوليا من الجانبين أو أصيلا أو وكيلا من جانب وفضوليا من جانب آخر عندهما حتى لو زوج غائبة من نفسه أو من موكله لا يتوقف عندهما اه (قوله ولا يتوقف) أي خلافا لابي يوسف اه غاية (قوله في المتن والمأمور بنكاح امرأة) وفي النهاية التتمة هذا اذا وكله بنكاح امرأة غير معينة فأما اذا وكله بنكاح امرأة معينة فزوجها مع أخرى جاز نكاح المعينة وتوقف نكاح الاخرى على الاجازة لانه وكيل فيها فضولي في الاخرى اه كاكي (قوله فزوجه امرأتين) أي في عقدة واحدة اه هدايه (قوله لان له أن يجيز) قال بعض الافاضل لا يرد هذا على صاحب الهداية لان مراده التفريق ان لم يرد الآمر ذلك ورد بتعيين التفريق وأما اذا أجازهما أو أحدهما فله ذلك اه (قوله وقالا لا يجوز) أي والائمة الثلاثة اه غاية [illegible] الثلاثة [illegible] اه غاية [illegible] سروجي رحمه الله في [illegible] فصل الكفاءة ما نصه وفي الجملة الكفاءة من جانب النساء غير معتبرة عند أبي حنيفة قلت وهو الصحيح من مذهب الشافعي وابن حنبل

اذا

وعندهما معتبرة استحسانا نص عليه محمد في الجامع الصغير وفي البدائع ومن المشايخ من قال انها معتبرة عندهما الاجل مسئلة الجامع الصغير قال ولا دلالة فيها الا ان من أصلهما ان المطلق يتقيد بالمتعارف وليس في العرف تزوج الامراء بالاماء وقد نص محمد على القياس والاستحسان في المسئلة التي ذكروها في وكالة الاصل فلم تكن هذه المسئلة دليلا على اعتبار الكفاءة من الجانبين وفي الذخيرة وروى هشام عن أبي يوسف انه لو تزوج امرأة على انها قرشية فظهرت نبطية فله الخيار عنده وعند أبي حنيفة لا خيار له وفي المرغيناني الكفاءة في النساء غير معتبرة عنده وعندهما معتبرة ويروى غير معتبرة حتى لم يكن لاوليائه الاعتراض على الامير اذا تزوج

اذا زوجه عمياء أو مقطوعة اليدين أو رتقاء أو مفلوجة أو مجنونة ولهما أن المطلق ينصرف الى المتعارف كما في التوكيل بشراء الفحم والجمد حيث يتقيد بايامه وكالتوكيل بشراء اللحم حيث يتقيد بالنيء ان كان مقيما وبالمطبوخ والمشوي ان كان مسافرا ولابي حنيفة أن العرف مشترك فان الانسان يتزوج الكفء وغير الكفء طلبا لتخفيف المؤنة فلا يجوز تقييده والغاء إطلاقه أو هو عرف عملي فلا يصلح مقيدا كما لو حلف لا يلبس ثوبا أو حلف لا يأكل لحما فلبس ثوب حرير أو أكل لحم خنزير أو لحم انسان أو حلف لا يركب حيوانا فركب انسانا فانه يحنث لاطلاق اللفظ وتناوله اياه لغة وان كان العمل بخلافه بخلاف ما اذا حلف لا يركب دابة فركب انسانا حيث لا يحنث لان لفظ الدابة في العرف لا يتناول الانسان فصلح مقيدا لكونه عرفا لفظيا ولفظ المرأة يتناول الحرة والامة على السواء ولهذا لو حلف لا يتزوج امرأة فتزوج أمة يحنث والعرف في مسئلة التوكيل بشراء الفحم والجمد واللحم مشتهر وفي المرأة مشترك وذكر في الوكالة أن اعتبار الكفاءة في هذا استحسان عندهما لان كل أحد لا يعجز عن التزوج بمطلق المرأة فكانت الاستعانة في التزوج بالكفء ولو زوجه صغيرة لا يجامع مثلها جاز بالاجماع لان اسم المرأة يتناولها ولهذا دخلت في قوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وكذا العرف جار بتزوج الصغيرة كتزوجه عليه الصلاة والسلام بعائشة وهي صغيرة ولو زوجه الوكيل ابنته الكبيرة لا يجوز عند أبي حنيفة لان المطلق يتقيد بغير مواضع التهم عنده خلافا لهما ولو زوجه أخته الكبيرة جاز بالاجماع لعدم التهمة وفي المنتقى وكل رجل رجلا بان يزوجه امرأة فزوجه بنته الصغيرة أو بنت أخيه الصغيرة وهو وليها لم يجز وكذا اذا وكل رجل امرأة أن تزوجه امرأة فزوجته نفسها لم يجز وكذا لو أمرت امرأة رجلا أن يزوجها فزوجها من نفسه لم يجز وكذا اذا زوجها غير كفء بالاجماع على الصحيح والفرق لابي حنيفة أن المرأة تعير بعدم الكفء فيتقيد به بخلاف الرجل وقيل هو قولهما وعنده يجوز للاطلاق فعلى هذا لا فرق ولو كان كذا الا أنه أعمى أو مقعد أو صبي أو خصي أو عنين أو معتوه فهو جائز وفي الذخيرة وكله أن يزوجه امرأة بعينها يجوز تزويجه بالغبن اليسير اجماعا وكذا بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة وعندهما لا يجوز بناء على الاطلاق والتقييد بالعرف وفرق أبو حنيفة بينه وبين الوكيل بالشراء والفرق أن الوكيل بالشراء يستغني عن اضافة العقد الى موكله فتتمكن التهمة في تصرفه بان وجد الصفقة خاسرة وحولها الى موكله وفي النكاح لا يستغني عن اضافته الى موكله فلا تهمة فيه وذكر في المحيط أنه يكون مشتريا للموكل فعلى هذا لا فرق وفي التحرير يكون مشتريا لنفسه وقد ذكرنا الفرق ثم كل موضع قلنا فيه إنه لا يجوز معناه أنه لا ينفذ بل يكون موقوفا لكونه فضوليا فيه ولا تنتهي به الوكالة للعدم من وجه فصار كما اذا زوجه الوكيل امرأة بغير رضاها والله أعلم

﴿باب المهر﴾

لما ذكر ركن النكاح وشرطه وما هو في معنى الشرط شرع في بيان حكمه وهو وجوب المهر لان المهر

وضيعة وفي المفيد والمزيد غير معتبرة في ظاهر الرواية وقيل معتبرة عندهما اهـ (قوله ولابي حنيفة أن العرف مشترك) أي يستعمل فيما قلتم ويستعمل فيما قلنا فلا يكون حجة لاحد الخصمين على الآخر اهـ وكتب مانصه والواقع من أهل العرف تزوجهم بالمكافئات وغير المكافئات فليس مختصا بتزويج المكافئات لينصرف الاطلاق اليه اهـ فتح (قوله أو هو عرف عملي) أي لا لفظي اهـ غاية (قوله جاز بالاجماع) وقيل هو على قوله خلافا لهما اهـ فتح (قوله لا يجوز عند أبي حنيفة) أي إلا برضا الزوج اهـ غاية (قوله وهو وليها لم يجز) أي لم ينفذ على الموكل بل يتوقف على اجازته اهـ (قوله فزوجها من نفسه لم يجز) ينظر في هذا وفي قصة عبد الرحمن بن عوف وبنت قارظ على ما مر في أول هذا الفصل اهـ (قوله وكذا اذا زوجها غير كفء) أي لم ينفذ عليها بل يتوقف اهـ (قوله أو معتوه فهو جائز) كذا في فتاوى قاضيخان وفي المحيط عندهما لا يجوز اهـ غاية (قوله وذكر في المحيط الخ) وفي المحيط الوكيل بشراء معين اذا لم يسم له الثمن يشتريه لموكله بالغبن الفاحش لانه لا يملك الشراء لنفسه اهـ غاية

﴿باب المهر﴾

قال الكمال رحمه الله المهر حكم العقد فيتعقبه في الوجود فعقبه اياه في البيان ليحاذي بتحقيقه الوجودي تحقيقه التعليمي اهـ وا [illegible] له تسعة أسماء الصداق والصدقة والمهر والنحلة والاجر والفريضة والعلائق والعقر وهو غالب في الاماء والحباء قال عليه الصلاة والسلام أدوا العلائق قيل يا رسول الله وما العلائق قال ما تراضى عليه الاهلون رواه الدارقطني وقال لها عقر نسائها يقال أصدقها

ولا يقال أمهرها بل مهرها هكذا ذكره ابن قدامة فى المغنى وفى الصحاح أمهرها ومهرها وفى المغرب مهر المرأة أعطاها المهر وأمهرها اذا سمى لها مهرا وتزوجها به اه (قوله فى المتن صح النكاح بلا ذكره) لاخلاف فى ذلك اه فتح (قوله وقال مالك الخ) وجه قوله ان النكاح عقد معاوضة كالبيع والمهر كالثمن والبيع بشرط أن لاثمن لا يصح فكذا النكاح بشرط أن لامهر وكان مقتضى هذا أن يفسد بترك التسمية أيضا الا أنا تركناه بالنص السابق ثم بحديث ابن مسعود فى المفوضة وسنذكره قلنا حديث ابن مسعود دل على ان المهر اعتبر حكما شرعا والا لما تم بدون التنصيص عليه اذ لاوجود للشئ بلا ركنه وشرطه فحيث كان واجبا ولم يتوقف عليه الوجود كان حكما واذا ثبت به كونه حكما كان شرط عدمه شرطا فاسدا وبه لا يفسد النكاح بخلاف البيع لان الثمن ركنه فلا يتم دون ركنه وبهذا ظهر أن ركن البيع بعت بكذا لا مجرد بعت هذا ويصح الرهن بمهر المثل لانه كالمسمى فى كونه دينا فان هلك وبه وفاء كانت مستوفية فان طلقها قبل الدخول لزمها أن ترد مازاد على قدر المتعة ولو كان المهر قائما وقت الطلاق قبل الدخول فليس لها أن تحبسه بالمتعة فى قول أبى يوسف الآخر وفى قوله الاول وهو الاستحسان وهو قول محمد لها حبسه بها لانها خلفه والرهن بالشئ يحبس بخلفه كالرهن بالعين المغصوبة يكون محبوسا بالقيمة وجه الآخر انها دين آخر لانها ثياب وهى غير الدراهم والدليل عليه ان الكفيل بمهر المثل لا يكون كفيلا بالمتعة ويتفرع على القولين ماذا هلك بعد طلب الزوج الرهن بعد الطلاق فمنعته حتى هلك هل تضمن تمام

قيمته ففى قوله الاول لاضمان عليها لانها حبسته بحق وفى الاخير تضمن تمامه لانها غاصبة ولو هلك قبل منعها لاضمان عليها ولكنها فى قوله الاول تصير مستوفية للمتعة وفى قوله الآخر لها أن تطالبه بها اه كمال رحمه الله (قوله ولنا أن النكاح عقد انضمام) يعنى ليس ماخوذا فى مفهومه المال جزأ فيتم بدونه الا أن قوله عقد يستلزمه الا اذا لم يثبت فى مفهومه زيادة شروط وهو منتف اذ قد يثبت زيادة عدم المحرمية ونحوه فلا بد من زيادة شرعا على الدعوى ويرد حينئذ أن المهر أيضا واجب شرعا فيه فأجاب بانه وجب شرعا حكما له حيث أفاد عليه بقوله فلا يحتاج الى ذكره ان لم يسم ابانة لشرف المحل أما أنه وجب شرعا فلقوله تعالى وأحل لكم ماوراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم قيد الاحلال به وأما اعتباره حكما فلقوله تعالى لاجناح عليكم ان طلقتم النساء مالم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة فان رفع الجناح عن الطلاق قبل الفرض فرع صحة النكاح قبله وكان واجبا ليس متقدما وهو الحكم وأما أنه إبانة لشرفه فلعقليه ذلك اذ لم يشرع بدلا كالثمن والاجرة والا لوجب تقديم تسميته فعلمنا أن البدل النفقة وهذا الاظهار خطره فلا يستهان به واذا نقدتا كد شرعا باظهار شرفه مرة باشتراط الشهادة ومرة بالزام المال فتحصل أن المهر حكم العقد فلا يشترط لصحة العقد التنصيص على حكمه كالملك لا يشترط لصحة البيع ذكره ثم يثبت هو كذلك يثبت مهر المثل عند عدم تسمية مهر انتهى كمال (قوله وازدواج) أى لغة اه هداية (قوله وذلك يتم بالزوجين) ثم المهر واجب شرعا ابانة لشرف المحل فلا يحتاج الى ذكره لصحة النكاح انتهى هداية (قوله فى المتن أقل المهر عشرة دراهم) لو تزوجها بدينار قيمته أقل من عشرة دراهم يكمل لها عشرة دراهم عند علمائنا الثلاثة ذكره الوبرى اه غاية السروجى (قوله وان كانت قيمته أقل) أى من عشرة مضروبة (قوله وقال بعض الظاهرية) هو ابن حزم فى المحلى نقله صاحب الغاية عنه اه (قوله واستدلت الشافعية والحنابلة) أى ومن لم يقدر العشرة اه (قوله فقال زنة نواة من ذهب) أى فقد أجازه عليه الصلاة والسلام باقل مما حده أبو حنيفة اذ النواة خمسة دراهم عند الاكثر اه غاية ة اه (قوله [illegible] الاهلون) أى ولو قضيبا من أراك اه فتح (قوله رواه الدارقطنى) أى والطبرانى اه فتح

موجبه النكاح قال رحمه الله (صح النكاح بلا ذكره) أى بلا ذكر المهر وكذا مع نفيه وقال مالك لا يصح النكاح مع نفى المهر اعتبارا بالبيع وقال بعض الشافعية إن تزوجها بلا مهر فى الحال ولا فى الثانى لا يصح النكاح لانها تصير كالموهوبة ولنا أن النكاح عقد انضمام وازدواج وذلك يتم بالزوجين ولان المقصود فيه التوالد والازدواج دون المال فلا يشترط فيه ذكره بخلاف البيع ولان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فكذا بترك المهر قال رحمه الله (وأقله عشرة دراهم) أى أقل المهر عشرة دراهم سواء كانت مضروبة أو غير مضروبة حتى يجوز وزن عشرة تبرا وان كانت قيمته أقل بخلاف نصاب السرقة وقال مالك مقدر بربع دينار أو ثلاثة دراهم وقال ابن شبرمة أقله خمسة دراهم وقال ابراهيم النخعى أقله أربعون درهما وعنه عشرون درهما وقال سعيد بن جبير أقله خمسون درهما وكل واحد منهم قدره بنصاب السرقة عنده وقال الشافعى وأحمد ما جاز أن يكون ثمنا جاز أن يكون مهرا وقال بعض الظاهرية ما جاز أن يملك بالهبة أو بالميراث جاز أن يكون صداقا وان لم يصلح ثمنا فى البيع كحبة حنطة أو شعير واستدلت الشافعية والحنابلة بحديث عبد الرحمن بن عوف لما جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم وبه أثر صفرة فأخبره أنه تزوج فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كم سقت اليها فقال زنة نواة من ذهب فقال له عليه الصلاة والسلام أولم ولو بشاة رواه الجماعة وعن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال من أعطى فى صداق امرأة ملء كفيه سويقا أو تمرا فقد استحل رواه أبو داود وعنه عليه الصلاة والسلام أدوا العلائق قيل يارسول الله وما العلائق قال ماتراضى به الاهلون رواه الدارقطنى وعنه عليه الصلاة والسلام أنه قال فى حديث سهل بن سعد الساعدى التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيأ فقال

(قوله ويروى أنكحتكها وزوجتكها) متفق على صحته اهـ غاية (قوله وبما روى الترمذي) أي وقال حديث حسن صحيح اهـ غاية (قوله لا مهر أقل من عشرة) قال الكمال ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من حديث جابر ألا لا يزوج النساء إلا الأولياء ولا يزوجن إلا من الأكفاء ولا مهر أقل من عشرة رواه الدارقطني والبيهقي اهـ (قوله وأبو عمر بن عبد البر) أي في التمهيد اهـ وأبو عمر بن عبد البر هو حافظ المغرب توفي بشاطبة سنة ثلاث وستين وأربعمائة ذكره النووي في أواخر المبهمات اهـ (قوله وهو يزيد على دينارين) أي وحديث عبد الرحمن ابن عوف استدل به المالكية أيضا على أقل المهر قال في الغاية قال عياض لا يصح لهم هذا لأنه قال من ذهب وذلك يزيد على دينارين ولم يقله أحد وهو غفلة اهـ (قوله وقيل النواة هي نواة التمر الخ) قال ابن عبد البر هذا عندي لا وجه له لأن وزنها مجهول والصداق لا يكون إلا معلوما لأنه من باب المعاوضات قال السروجي رحمه الله قلت بل له وجه صحيح لأن ذلك محمول على المعجل ولا جهالة فيه عند تعجيلها وقبضها وكانت عادتهم تعجيل بعض الصداق قبل الدخول اهـ (قوله وكانت عادتهم تعجيل بعض الصداق قبل الدخول) حتى ذهب بعض العلماء إلى أنه لا يدخل بها حتى يقدم لها شيئا روي ذلك كما قال في الغاية عن ابن عمر وابن عباس والزهري وقتادة ومالك واستدلوا بمنعه عليه الصلاة والسلام عليا من الدخول على فاطمة حتى يعطيها شيئا قال الكمال لكن المختار الجواز قبله لما روت عائشة رضي الله عنها قالت أمرني رسول الله صلى الله عليه وسلم أن أدخل امرأة على زوجها قبل أن يعطيها شيئا رواه (١٣٧) أبو داود فيحمل المنع المذكور على الندب أي

عليه الصلاة والسلام هل معك شئ من القرآن قال نعم سورة كذا وسورة كذا لسور سماها فقال عليه الصلاة والسلام قد ملكتكها بما معك من القرآن ويروى أنكحتكها وزوجتكها وبما روى الترمذي أن امرأة تزوجت بنعلين فأجازه عليه الصلاة والسلام ولأنه عقد معاوضة فيكون تقدير العوض فيه إلى المتعاقدين كالبيع والإجارة واعتباره بالإجارة أشبه لكون المهر بدل المنفعة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في حديث جابر لا مهر أقل من عشرة دراهم رواه الدارقطني وفيه مبشر بن عبيد وحجاج بن أرطاة وهما ضعيفان عند المحدثين لكن البيهقي رواه من طرق وضعفها في سننه الكبير والضعيف إذا روي من طرق يصير حسنا يحتج به ذكره النووي في شرح المهذب وعن علي رضي الله عنه أنه قال أقل ما تستحل به المرأة عشرة دراهم ذكره البيهقي وأبو عمر بن عبد البر ولأن المهر حق الله تعالى ولهذا لا يملك نفيه فيكون تقديره إلى الله تعالى كسائر حقوقه كالصلاة والزكاة والحج والصوم والجواب عن حديث عبد الرحمن بن عوف أنه لا حجة لهم فيه لأنه ذكر أنه ساق زنة نواة من ذهب والنواة خمسة دراهم عند الأكثر وعند أحمد بن حنبل ثلاثة دراهم وثلث وهو يزيد على دينارين فكيف يحتج به على جواز الفلس وقيل النواة هي نواة التمر والجواب عنه على هذا التقدير وعن حديث جابر المتقدم أنه محمول على المعجل وكانت عادتهم تعجيل بعض الصداق قبل الدخول وهو نظير قوله عليه الصلاة والسلام لعلي لما تزوج فاطمة وأراد البناء بها أعطها شيئا فقال علي ما عندي شئ فقال عليه الصلاة والسلام أين درعك الحطمية وفي رواية أعطها درعك فأعطاها درعه ومعلوم أن مهرها كان غير ذلك في ذمة علي وهي أربعمائة درهم ولأن حديث جابر كان في المتعة وقد ذكره جابر في آخره وهو منسوخ ولا يجوز قياس النكاح عليه لأن ما شرع بدلا لوطئه لا يلزم

ندب تقديم شئ إدخالا للمسرة عليها تألفا لقلبها فإذا كان ذلك معهودا وجب حمل ما خالف ما رويناه عليه جمعا بين الأحاديث وكذا يحمل أمره صلى الله عليه وسلم بالتماس خاتم من حديد على أنه تقديم شئ تألفا ولما عجز قال قم فعلمها عشرين آية وهي امرأتك رواه أبو داود وهو محمل رواية الصحيح زوجتكها بما معك من القرآن فإنه لا ينافيه وبه تجتمع الروايات اهـ (قوله قال عليه الصلاة والسلام أين درعك الحطمية) رواه أبو داود والنسائي وفي رواية عن

أبي داود أن عليا لما أراد أن يدخل بفاطمة منعه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى يعطيها فقال يا رسول الله مالي شئ فقال أعطها درعك فأعطاها درعه ثم دخل بها اهـ غاية (قوله ولأن حديث جابر كان في المتعة الخ) قال الكمال رحمه الله وحديث النعلين وإن صححه الترمذي فليس بصحيح فيه عاصم بن عبد الله قال ابن الجوزي قال ابن معين ضعيف لا يحتج به وقال ابن حبان فاحش الخطأ فترك وحديث العلائق معلول بمحمد بن عبد الرحمن البيلماني قال ابن القطان قال البخاري منكر الحديث ورواه أبو داود في المراسيل وفيه محمد بن عبد الرحمن بن أبي لبيبة ضعيف مع احتمال كون تينك النعلين تساويان عشرة وكون العلائق يراد بها النفقة والكسوة ونحوها إلا أنه أعم من ذلك واحتمال التمس ولو خاتما في المعجل وإن قيل إنه الظاهر لكن يجب المصير إليه لأنه ينافيه بعده زوجتكها بما معك من القرآن فإن حمل على تعليمه إياها ما معه أو نفي المهر بالكلية عارض كتاب الله تعالى وهو قوله تعالى بعد عد المحرمات وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم محصنين فقيد الإحلال بالابتغاء بالمال فوجب كون الخبر غير مخالف له وإلا لم يقبل ما لم يبلغ رتبة التواتر وهو قطعي في دلالته لأنه نسخ للقطعي فيستدعي أن يكون قطعيا تأملا إذا كان خبر واحد فلا يكفي واحتمال كونه غير تمام المهر ثابت بناء على ما عهد من أن لزوم تقديم شئ أو ندبه كان واقعا فوجب الحمل على ذلك لكن ينبغي كون الحمل على ذلك إعمالا للخبر واحد لم يصح عند المحدثين يستلزم الزيادة على النص به لأنه يقتضي تقييد الإحلال بمطلق المال فالقول بأنه لا يحل الإعمال مقدر زيادة عليه بخبر الواحد وأنه لا يجوز فإن قيل قد اقترن النص نفسه بما يفيد تقديره بعين وهو قوله تعالى عقيبه قد علمنا ما فرضنا عليهم

فى أزواجهم وما ملكت ايمانهم ثم ذلك المعين مجمل فيلتحق بيانا بخبر الواحد قلنا انما أفاد النص معلومية المفروض له سبحانه و الاتفاق أن فى الزوجات والمملوكين كلا من النفقة والسكنى فهو مراد من الآية قطعا وكون المهر أيضا مرادا بالسياق لانه عقيب قوله تعالى خالصة لك يعنى نفى المهر خالصة لك وغيرك قد علمنا ما فرضنا عليهم من ذلك فخالف حكمهم حكمك لا يستلزمه تقديره بمعين اه مع حذف والله أعلم (قوله وهو ضعيف) قاله المنذرى اه غاية (قوله فلها عشرة بالوطء أو بالموت) وسواء فى ذلك موتها وموته واقتصار صاحب الهداية على موته اتفاقى قاله الكمال اه (قوله فيتأكد بالدخول) أى يتأكد لزومه فانه كان قبل لازما لكن على شرف السقوط بارتدادها وتقبيلها ابن الزوج بشهوة اه فتح قال الكمال رحمه الله عند قوله فلها المسمى ان دخل بها الخ هذا اذا لم تكسد الدراهم المسماة وان كان قد تزوجها على الدراهم التى هى نقد البلد فكسدت وصار النقد غيرها فانما على الزوج قيمتها يوم كسدت

أن يصلح للابدو لان فى اسناده موسى بن مسلم وهو ضعيف وأما قوله عليه الصلاة والسلام ملكتكها بما معك من القرآن فما فيه دلالة على ان القرآن جعل مهرا ولهذا لم يشرط أن يعلمها وانما قال بما معك أى بسبب ما معك من القرآن لحديث أم سليم وفيه فكان صداق ما بينهما الاسلام وهو لا يصلح صداقا بالاجماع وفى الغاية لو لم يكن للصداق حد لكان الدانق والحبة والفلس صداقا للبضع فيكون دون مهر البغى ومهر البغى منهى عنه فى الصحيح وهذا الكلام انما يستقيم أن لو كان النهى عن مهر البغى لقلته وليس كذلك وانما نهى عنه لحرمته فلا يستقيم وذكر فى الغاية أيضا اذا كانت الحبة تصلح أن تكون مهرا فلا معنى لاشتراط عدم طول الحرة لجواز نكاح الامة اذ كل من يقدر على الحرة يقدر على الامة وهذا أيضا غير جيد لان كلامهم فى الجواز أى هل يصلح أن يكون ذلك القدر مسمى فى النكاح اذا رضيت المرأة بذلك أم لا وليس كلامهم ان مهرها لا يزيد على ذلك بل المرأة قد لا ترضى أن تتزوج على أقل من مهر المثل غالبا وهو العادة ومهر مثل الحرة أكثر من مهر مثل الامة فلا يلزمهم ما قال وما يقطع شغبهم أن يقول إن المهر شرط فى النكاح ولم يشرع بدونه اظهارا لشرف المحل وخطره ولو صلح الفلس وأمثاله مما ليس بخطير مهرا لم يظهر خطره ولجاز بدون المهر اذ ذلك القدر وجوده كعدمه وقول الظاهرية فى هذا أفسد لان حبة حنطة أو شعير لا يعد مالا ولهذا لو سقطت لا يأخذها والله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله عز وجل وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم ولم يشرعه بدون المال قال رحمه الله (فان سماها أو دونها) أى فان سمى العشرة أو دون العشرة (فلها عشرة بالوطء أو الموت) فأما اذا سمى عشرة فلانه سمى ما يصلح مهرا فيتأكد بالدخول لتحقق تسليم المبدل به وكذا بالموت لانه ينتهى به النكاح نهايته لانه يعقد للابد وقد تحقق بموت أحدهما والشئ بانتهائه يتقرر بجميع مواجبه وأما اذا سمى ما دون العشرة فلانها قد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها فيتأكد بهما على ما مر وقال زفر يجب مهر المثل لان المسمى لا يصلح مهرا فصار كعدمه قلنا فساد هذه التسمية لحق الشرع وقد صار مقضيا بالعشرة فلا معنى للزيادة ولان العشرة لا تتجزأ حقا للشرع وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كالطلاق والعفو عن القصاص واسقاط الشفعة بخلاف ما اذا لم يسم شيأ أو سمى ما ليس بمال حيث يجب فيه مهر المثل لعدم رضاها بالقليل ثم المصنف رحمه الله ذكر الوطء والموت حيث يجب جميع المسمى ولم يذكر الخلوة وهى كالوطء عندنا لانه ذكره فيما بعد مفردا بشروطه فلقصده ذلك تركه فى هذا الموضع وكذا ذكر فيما اذا سمى عشرة وما دونها ولم يذكر فيما اذا سمى أكثر منه لان حكمه ظاهر يعرف بمعرفة العشرة قال رحمه الله (وبالطلاق قبل الدخول يتنصف) والمراد قبل الدخول والخلوة وانما تركها لما قلنا وانما يتنصف لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل

على المختار بخلاف البيع حيث يبطل بكساد الثمن قبل القبض على ما سيعرف اه فتح (قوله والشئ بانتهائه يتقرر) أى لان انتهاءه عبارة عن وجوده بتمامه فيستعقب مواجبه الممكن الزامها من المهر والارث والنسب بخلاف النفقة ويعلم من هذا الدليل أن موتها أيضا كذلك اه فتح (قوله فصار كعدمه) كما لو سمى خمرا أو خنزيرا اه (قوله وقد صار مقضيا بالعشرة) فأما ما يرجع الى حقها فقد رضيت بالعشرة لرضاها بما دونها اه هداية (قوله وذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله كالطلاق) أى كما لو طلقها نصف تطليقة وكما لو تزوج بنصفها حيث ينفذ قاله الكمال اه (قوله والعفو عن القصاص) أى كما لو عفا عن نصف القصاص اه (قوله واسقاط الشفعة) أى كما لو أسقط بعض الشفعة اه (قوله وهى كالوطء) الذى فى خط الشارح وهو كالوطء اه (قوله فى المتن وبالطلاق قبل الدخول يتنصف) ثم ان كانت قبضت المهر فحكم هذا التنصيف يثبت عند زفر بنفس الطلاق ويعود النصف الى ملك الزوج وعندنا لا يبطل ملك المرأة فى النصف الا بقضاء أو رضا لان الطلاق قبل الدخول أوجب فساد سبب ملكها فى النصف وفساد السبب فى الابتداء لا يمنع ثبوت ملكها بالقبض فأولى أن لا يمنع بقاءه فيتفرع على الخلاف ما لو أعتق الزوج الجارية المهر بعد الطلاق قبل الدخول وهى مقبوضة للمرأة ينفذ عتقه فى نصفها عنده وعندنا لا ينفذ فى شئ منها ولو قضى القاضى بعد عتقه بنصفها له لا ينفذ ذلك العتق لانه عتق سبق ملكه كالمقبوض بشراء فاسد اذا أعتقه البائع ثم رد عليه لا ينفذ ذلك العتق الذى كان قبل الرد ولو أعتقتها المرأة بعد الطلاق نفذ فى الكل وكذا اذا باعت ووهبت لبقاء ملكها فى الكل قبل القضاء أو التراضى عندنا واذا نفذ

أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم ونصف المسمى خمسة دراهم وعند زفر رحمه الله تجب المتعة اذا سمى أقل من عشرة بناء على ما تقدم من مذهبه انه كانعدامه وفي العشرة يجب النصف بالاجماع لما تلونا وقال صاحب الهداية الاقيسة متعارضة ومراده قياسان بيانه أن فيه تفويت لزوج الملك على نفسه باختياره ومقتضاه وجوب جميع المهر لاسيما اذا كان بعد عرض نفسها عليه كالمشترى اذا أتلف المبيع في يد البائع وفيه أيضا عود المعقود عليه وهو البضع اليها سالما ومقتضاه أن لا يجب لها شئ لاسيما اذا كان بسؤالها كالتقايل في البيع فتعارضا فرجعنا الى النص فان قيل هذا يشير الى أن القياس مقدم على النص حيث رجع الى النص لتعذر العمل بالقياس والمذهب أن القياس لا يصار اليه الا عند عدم النص قلنا النص مخصوص بالخلوة وتسمية الخمر ونحوها حيث لا يتنصف المسمى فيهما بل يجب كل المهر في الاول والمتعة في الثاني والقياس يعارض مثله وهو المذهب ورد في الغاية هذا الجواب فقال لا يجوز ترك النص المخصوص بالقياس وانما يجوز زيادة التخصيص به وهذا لا يكاد يصح لانهم لم يختلفوا في أن القياس يعارض النص المخصوص وانما اختلفوا في جواز الاحتجاج به بعد التخصيص فمذهب الكرخي أنه لا يبقى حجة أصلا عارضه القياس أولا والصحيح أنه يبقى حجة لا على اليقين فيعمل به اذا لم يعارضه حجة شرعية من خبر الواحد وقول الصحابي والقياس ولانه ليس فيه ترك النص المخصوص بالقياس هنا فلا يرد عليه ما ذكر ثم ذكر في الحواشي سؤالا فقال فان قيل ليس من شأن التعارض بين القياسين تركهما بل العمل بأحدهما قلنا انما يجوز العمل بأحدهما اذا لم يخالفهما نص على أن التنصيف عمل بكل واحد منهما من وجه فان القياس المقتضى لوجوب الكل يعمل به في ايجاب النصف والقياس المقتضى لسقوط الكل يعمل به في اسقاط النصف وهو مقتضى النص أيضا وقال صاحب الغاية ردا لما ذكره في الحواشي الاصل اذا تعارض الحجتان ولم يمكن ترجيح إحداهما على الاخرى تهاترتا وتساقطتا ولا يعمل باحداهما وهو سهو منه أيضا لان ذلك في الآيتين أو السنتين أما اذا وقع التعارض بين القياسين أو بين أقوال الصحابة لا يسقطان بل يجب العمل بأحدهما لان التعارض من حكم جهلنا بالناسخ فيختص بمحل يقبل النسخ وهو الكتاب أو السنة وأما القياس وأقوال الصحابة فلا يتصور نسخ بعضه ببعض فلا يتعارضان في الحقيقة وانما هو يشبه التعارض صورة فلا يبطل أحدهما بالآخر بل يجب العمل بأحدهما بشهادة قلبه فيختار أيهما شاء فحاصله أن في قوله والاقيسة متعارضة اشكالا من أربعة أوجه أحدها أن القياس لا يعتبر مع وجود النص فكيف اعتبره هنا والثانى أن القياسين اذا تعارضا لا يتركان بل يعمل بأحدهما فكيف تركهما هنا والثالث أن القياسين لا يتعارضان في الحقيقة فكيف قال متعارضة وقد تقدم جواب الثلاثة والوجه الرابع أن الحجتين اذا تعارضتا يصار الى الاضعف لا الى الاقوى كالآيتين مثلا اذا تعارضتا يصار الى السنة واذا تعارض السنتان يصار الى قول الصحابة أو القياس فكيف صار هنا بتعارض القياسين الى الكتاب فجواب هذا قد تقدم أيضا وهو ان النص المخصوص أضعف من القياس فلهذا صار اليه بعد التعارض قال رحمه (وان لم يسمه أو نفاه فلها مهر مثلها) أى وان لم يسم المهر في العقد أو نفاه فلها مهر مثلها ان وطئ أو مات عنها وكذا اذا ماتت هى لان الواجب بالعقد في مثله مهر المثل ولهذا كان لها أن تطالبه به قبل الدخول فيتأكد ويتقرر بموت أحدهما أو بالدخول على ما مر في المهر المسمى في العقد وقال الشافعى رحمه الله لا يجب بنفس العقد شئ وكذا بالدخول والموت عند بعضهم لان المهر خالص حقها فتتمكن من

تصرفها فقد تعذر عليها رد النصف بعد وجوبه فتضمن نصف قيمتها للزوج يوم قبضت ولو وطئت الجارية بشبهة فحكم العقد كحكم الزيادة المنفصلة المتولدة من الاصل كالارش لانه بدل جزء من عينها فان المستوفى بالوطء في حكم العين دون المنفعة وسنذكر حكم الزيادة المذكورة وازالة البكارة بلا دخول كمن تزوج ببكر فدفعها فزالت بكارتها ليس كالدخول فلا يوجب الا نصف المهر عند أبى حنيفة وعند محمد عليه كماله واختلفت الرواية عن أبى يوسف فقيل هو مع محمد وقيل هو مع أبى حنيفة اه كمال (قوله وعند زفر تجب المتعة اذا سمى أقل من عشرة) وفي المبسوط وكذا لو تزوجها على ثوب يساوى خمسة فلها الثوب والخمسة خلافا له ولو طلقها قبل الدخول فلها نصف الثوب ودرهمان ونصف وعنده المتعة وتعتبر قيمة الثوب يوم التزوج عليه وكذا لو سمى مكيلا أو موزونا لان تقدير المهر واعتباره عند العقد وروى الحسن عن أبى حنيفة انه في الثوب يعتبر قيمته يوم القبض وفي المكيل والموزون يثبت في الذمة ثبوتا صحيحا بنفس العقد والثوب لا يثبت ثبوتا صحيحا بل يتردد بينه وبين القيمة فلهذا تعتبر قيمته وقت القبض اه وعلم مما ذكر ان المراد ثوب بغير عينه أما لو كان بعينه فانها تملكه بنفس العقد كما سيعلم اه فتح (قوله قلنا) أى العمل بالقياس في معارضة النص المخصوص جائز وهذا النص الخ اه غاية (قوله والقياس يعارض) أى ما اذا سمى بعد العقد الخالى عن التسمية فانه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول اه فتح (قوله ولا يعمل باحداهما) أى للترجيح من غير مرجح اه (قوله فحاصله أن في قوله) أى في قول صاحب الهداية اه (قوله اشكالا) الذى في خط الشارح اشكال وهو سبق قلم اه (قوله وان لم يسم المهر في العقد الخ وقوله ان وطئ أو مات) أى وان ماتا فلا شئ لها عند أبى حنيفة وقالا يقضى لورثتها بمهر المثل اذا كان النكاح ظاهرا وسيأتى بعد تسع أوراق من هذا الكتاب اه (قوله وقالت الشافعية لا يجب بنفس العقد شئ) أى من غير تسمية اه

نسيه ابتداء كما تمكن من اسقاطه انتهاء ولنا حديث علقمة أن ابن مسعود رضى الله عنه سئل عن رجل تزوج امرأة ولم يفرض ولم يمس حتى مات فرددهم ثم قال أقول فيها برأيى فان كان صوابا فمن الله وان كان خطأ فمنى ومن الشيطان أرى لها مهر امرأة من نسائها لاوكس ولاشطط وعليها العدة ولها الميراث فقام معقل بن سنان الاشجعى فقال أشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى فى بروع بنت واشق امرأة من بنى رؤاس حى من بنى عامر بن صعصعة رواه الخمسة وفى رواية أبى داود فقام ناس من أشجع فيهم الجراح وأبو سنان فقالوا يا ابن مسعود نحن نشهد أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضاها فينا فى بروع بنت واشق وان زوجها هلال بن مرة الاشجعى كما قضيت قال ففرح عبد الله بن مسعود فرحا شديدا حين وافق قضاؤه قضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال البيهقى جميع روايات هذا الحديث أسانيدها صحاح وروى عن على رضى الله عنه أنه قال لا يقبل معقل بن سنان أعرابى بوال على عقبيه قال الترمذى لم يصح هذا عن على رضى الله عنه وقولهم إن المهر خالص حقها الخ ممنوع بل فيه حق الله تعالى الى العشرة وفيه حق الاولياء الى مهر المثل وفيه حقها ابتداء وبقاء وليس لها أن تمنع الوجوب لتضمنه ابطال حق الغير ولها أن تبرئه بعد الوجوب لانه خالص حقها فى حالة البقاء قال رحمه الله (والمتعة ان طلقها قبل الوطء) أى ولها المتعة ان طلقها قبل الوطء فيما اذا لم يسم لها مهرا أو نفاه ويشترط أن تكون قبل الخلوة أيضا لانها كالدخول وانما لم يذكرها لما ذكرنا من قبل وهذه المتعة واجبة وقال مالك والليث وابن أبى ليلى مستحبة لقوله تعالى حقا على المحسنين ولقوله تعالى حقا على المتقين والواجب لا يختلف بين المحسن والمتقى وغيرهما ولنا قوله تعالى ومتعوهن أمر به وهو للوجوب وكذا كلمة حقا وكلمة على للوجوب واللزوم وذكر المحسنين والمتقين للتأكيد كقوله تعالى انما أنت منذر من يخشاها مع أنه منذر للكل لكن لما لم ينتفع به الا من يخشى صار كأنه لم ينذر غيره فكذا فيما نحن فيه لما لم يأتمر الا المتقى والمحسن خصا بالذكر وما ذكروه يلزمهم أيضا فان المستحب لا يختلف بين المحسن والمتقى وبين غيرهما قال رحمه الله (وهى درع وخمار وملحفة) أى المتعة هذه الثلاثة المذكورة وهو مروى عن عائشة وابن عباس رضى الله عنهم ويعتبر فيها حالها لقيامها مقام نصف مهر المثل وهو قول الكرخى وقيل حاله وقال صاحب الهداية هو الصحيح عملا بالنص وهو قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقيل يعتبر بحالهما حكاه صاحب البدائع وفى الآية اشارة اليه وهو قوله تعالى بالمعروف وهذا القول أشبه بالفقه كما قلنا فى النفقة لانها لو اعتبرت بحاله وحده لسوى بين الشريفة والوضيعة فى المتعة وذلك غير معروف بين الناس بل هو منكر ثم هى لا تزاد على نصف مهر المثل لان المهر المسمى أقوى ومع هذا لا يزاد على نصفه فهذا أولى ولا ينقص عن خمسة دراهم ولا تجب الا اذا حصلت الفرقة من جهته كالطلاق والفرقة بالايلاء واللعان والجب والعنة وردته وإبائه الاسلام

(قوله كما تمكن من اسقاطه انتهاء) أى بعد التسمية اه فتح (قوله فرددهم) أى شهرا وكان يجتهد ويطلب الحق مدة الشهر اه (قوله لاوكس ولاشطط) الوكس النقص والشطط العدوان وهو الزيادة على قدر الحق اه غاية (قوله فى بروع بنت واشق) وبروع بكسر الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الواو بعدها عين مهملة هو المشهور وقال بعضهم بفتح الباء وقال بعضهم تزوع بكسر التاء وسكون الزاى اه غاية وفى المغرب بفتح الباء وابكسر خطأ وفى الصحاح أصحاب الحديث يقولونه بكسر الباء والصواب الفتح لانه ليس فى الكلام فعول الا خروع وعتود اسم واد اه قوله بكسر الباء الموحدة ويروى بفتحها هكذا رواه أصحابنا اه فتح (قوله رواه الخمسة) وقال الترمذى حديث حسن صحيح اه غاية (قوله فى المستن والمتعة) بالرفع عطف على قوله فلها مهر مثلها اه ع (قوله ولها المتعة ان طلقها الخ) أى ولا يتنصف مهر المثل لان التنصيف ثبت بالنص فى المفروض بالعقد على خلاف القياس وهذا ليس بمفروض عنده فلا يلحق به اه رازى (قوله وهذه المتعة واجبة) أى عندنا وعند الشافعى وأحمد اه فتح (قوله لقوله تعالى حقا على المحسنين) أى وهم المتطوعون فيكون ذلك قرينة صرف الامر المذكور الى الندب والجواب منع قصر المحسن على المتطوع بل هو أعم منه ومن القائم بالواجبات أيضا فلا ينافى الوجوب فلا يكون صارفا للامر عن الوجوب مع ما انضم اليه من لفظ حقا وعلى اه فتح (قوله فى المتن وهى درع الخ) درع المرأة قميصها اه صحاح (قوله وخمار) وهو ما يخمر به الرأس أى يغطى اه ع (قوله وملحفة) بكسر الميم وهى ما تلتحف به من قرنها الى قدميها اه ع (قوله لقيامها مقام نصف مهر المثل) أى ومهر المثل يعتبر فيه فكذا خلفه اه والیه يشير قول القدورى من كسوة مثلها اه فتح (قوله على الموسع قدره وعلى المقتر قدره) قال الكمال رحمه الله وقد يقال ان هذا يناقض قولهم ان المتعة لا تزاد على نصف مهر المثل لانها خلفه فان كانا سواء فالواجب المتعة لانها الفريضة بالكتاب العزيز وان كان نصف مهر المثل أقل من المتعة فالواجب الاقل الا أن تنقص عن خمسة دراهم فيكمل لها الخمسة وهذا كله نص الاصل والمبسوط وهو صريح فى اعتبار حالها وهذا لان مهر المثل هو العوض الاصلى لكنه تعذر تنصيفه لجهالته فصير الى المتعة خلفا عنه فلا تجوز الزيادة على نصف مهر المثل ولا تنقص عن الخمسة لان أقل المهر عشرة اه (قوله ثم هى لا تزاد على نصف مهر المثل) أى المتعة (قوله كالطلاق) أى بالطلاق لفظا أو حكما وان وجدت بما هو فسخ من كل وجه بان لم يوجد لفظ الطلاق ولا حكمه فلا متعة لانه لا يجب فيه شئ من الصداق اه

(قوله وان جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب) أى ولا تستحب أيضا اه فتح (قوله وكذا لو فسخه بخيار البلوغ) أى الصغير اذا زوجه غير الاب والجد ثم بلغ ففسخ النكاح لا تجب المتعة لانه بمنزلة نكاح الفضولى قال فى الاختيار وليس لنا فرقة جاءت من قبل الزوج ولا مهر عليه الا هذه اه (قوله ولو باعها المولى من رجل ثم اشتراها الزوج) قال فى الذخيرة وفى المنتقى رجل وكل رجلا بشراء امرأته فاشتراها الوكيل من المولى حتى فسد النكاح فلا مهر للمولى على الزوج ولو باعها المولى من رجل ثم ان الزوج اشتراها من المشترى فعليه نصف المهر للمولى الاول لان فى الوجه الاول لم يكن من قبله على فساد النكاح ولو وكل الزوج من يشتريها له ووكل المولى من يبيعها فاشتراها وكيل الزوج من وكيل المولى فقد بطل المهر وبهذا يظهر ما قاله الشارح فى المتعة اه (قوله وقيل كله ويجب النصف الخ) وهذا القول هو الذى ذكره الرازى فى أحكام القرآن فى باب الزيادة فى المهور اه (قوله فى المتن وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف) لا يخفى أن الزيادة بعد العقد يصدق عليها أنها فرضت بعد العقد فالاولى أن يقول وما فرض بعد العقد لا يتنصف فانه يتناول أصل المهر والزيادة عليه اه مجتبى (قوله وكان أبو يوسف أولا يقول) اشارة الى أن قوله الآخر كقولهما اه فتح (قوله وهو قوله فنصف ما فرضتم) أى فانه يتناول ما فرض بالعقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضى فان لها أن ترفعه الى القاضى ليفرض لها (١٤١) اذا لم يكن فرض لها فى العقد اه فتح

الاسلام وتقبيله أمها أو بنتها بشهوة وان جاءت الفرقة من جهتها فلا تجب كردتها واباءتها الاسلام وتقبيلها ابن الزوج بشهوة والرضاع وخيار البلوغ وخيار العتق وعدم الكفاءة وكذا لو فسخه بخيار البلوغ وكذا لو اشترى منكوحته من المولى أو اشتراها وكيله منه ولو باعها المولى من رجل ثم اشتراها الزوج منه تجب المتعة وكل موضع لا تجب المتعة فيه عند عدم التسمية لا يجب نصف المسمى عند وجودها وكل موضع تجب فيه يجب والواجب بالعقد هو المسمى أو مهر المثل ان لم يسم ثم بالطلاق قبل الدخول يسقط نصفه وقيل كله ويجب النصف بطريق المتعة قال رحمه الله (وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف) يعنى اذا تزوجها ولم يسم لها مهرا أو نفاه ثم تراضيا على التسمية وسمى لها بعد العقد أو تزوجها على مهر مسمى ثم زادها بعد ذلك ثم طلقها قبل الدخول بها لا يتنصف المسمى بعد العقد ولا الزائد على المسمى بعده بل تجب المتعة فى الاول ونصف المسمى عند العقد فى الثانى ويسقط الزائد وكان أبو يوسف أولا يقول يتنصف المفروض بعد العقد والزائد بعده وهو قول الشافعى فى المفروض بعده دون الزائد لعدم صحة الزيادة عنده ووجهه أنه مفروض فيتنصف بالنص وهو قوله تعالى فنصف ما فرضتم ولنا أن هذا المفروض تعيين للواجب بالعقد وهو مهر المثل وذلك لا يتنصف فكذا ما نزل منزلته والدليل على أنه تعيين للواجب بالعقد أن مهر المثل يسقط بالدخول عليها والموت عنها ويجب هذا المسمى وهو المفروض بعد العقد ولولا انه تعيين له لوجب معه كما اذا سمى لها مهرا ثم زادها تجب الزيادة مع المسمى فيجبان جميعا اذا دخل بها أو مات عنها والمراد بما تلى الفرض الموجود عند العقد وهو المتعارف بين الناس قال فى الغاية ولا يتناول غير المسمى لان المطلق لا عموم له وهذا سهو فان المطلق هو المتناول للذات من غير أن يتعرض للصفات الا بقيد فلا يقيد بوصف دون وصف فيتناول الذات على أى صفة كانت ولا يتصور فيه عموم ولا خصوص فاستحال كلامه قال رحمه الله (وصح حطها) يعنى من مهرها لان المهر بقاء حقها والحط يلاقيه حالة البقاء ثم المصنف رحمه الله ذكر جواز الحط ولم يذكر جواز الزيادة لان جوازها علم من قوله وما فرض بعد العقد أو زيد لا يتنصف

(قوله ولنا أن هذا المفروض الخ) قال الرازى وقلنا ان الفرض المطلق ينصرف الى المعتاد وهو فى العقد والمسمى بعد العقد لا يكون مسمى فيه فلا يتنصف اه (قوله وهو المتعارف بين الناس) حتى كان المتبادر من قولنا فرض لها الصداق أنه وجد فى العقد وكتب ما نصه قال الكمال وهذا من المصنف تقييد بالعرف العملى بعد ما منع منه فى الفصل السابق حيث قال وهو عرف عملى ولا يصلح مقيدا اللفظ وقدمنا ان الحق التقييد به (قوله قال فى الغاية ولا يتناول غير المسمى) قال فى الغاية ولنا قوله تعالى ومتعوهن والفرض المطلق ينصرف الى المتعارف بين الناس وهو المقدر لدى العقد ولا يتناول غيره لان المطلق لا عموم له اه (قوله ولا يتناول غير المسمى) أى غير المسمى عند العقد لانه مراد اتفاقا فلا يراد غيره والا يلزم تعميم المطلق ولا عموم له اه (قوله فان المطلق هو المتناول للذات الخ) أما العموم فقد نفاه ولم يدع أنه خص ليستحيل كلامه وقوله فلا يتقيد الا بقيد قلنا يقيد بالعرف فانتفى الاطلاق اه (قوله على أى صفة كانت) أى سواء كان فى العقد أو بعده بتراضيهما أو بفرض القاضى عليه لو رافعته ليفرض لها فالصواب ما ذكرنا من أن المفروض بعد العقد نفس مهر المثل وان الفرض لتعيين كميته ليمكن دفعه وهو لا يتنصف اجماعا فتعين كون المراد به فى النص المتعارف دون غيره مما يصدق عليه لغة لما بينا ولان غيره غير متبادر لندرة وجوده ﴿فرع﴾ لو عقد بعد التسمية ثم فرض لها دارا بعد العقد فلا شفعة فيها للشفيع لما قلنا ان المفروض بعده تقدير مهر المثل ومهر المثل بدل البضع فلا شفعة فيه ولهذا لو طلقها قبل الدخول بها كان عليها أن ترد الدار وترجع على الزوج بالمتعة بخلاف ما لو كان مسمى فى العقد ثم باعها به الدار فان فيها الشفعة لانها ملكت الدار شراء بالمهر وان طلقها قبل الدخول بها فالدار لها فترد نصف المسمى على الزوج لانها صارت مستوفية للصداق بالشراء والشراء لا يبطل بالطلاق اه كمال رحمه الله (قوله وما فرض بعد العقد أو زيد الخ) ولا يشترط قيام النكاح حالة الزيادة على قول أبى حنيفة فيما ذكره القدورى خلافا لهما لكن القدورى ذكر

صورة الموت ولم يذكر الزيادة بعد الطلاق البائن وانقضاء العدة في الرجعي والظاهر أنه يجوز عنده أيضا قياسا على حالة الموت بل بالطريق الاولى لان في الموت انقطع النكاح وفات محل التمليك وبعد الطلاق المحل قابل اه طرسوسي (قوله حتى يجب المهر به) أي وان صدقته على عدم الوطء اه قنية ومن فروع لزوم المهر بالخلوة لو زنى بامرأة فتزوجها وهو على بطنها فعليه مهران مهر بالزنا لانه سقط الحد بالتزوج قبل تمام الزنا والمهر المسمى بالنكاح لان هذا يزيد على الخلوة اه فتح (قوله ولانها سلمت المبدل الخ) يتضمن منع توقف وجوب الكمال على الاستيفاء بل على التسليم اه كمال (قوله اعتبارا بالبيع) أي والاجارة يعني أن الموجب للبدل تسليم

فلهذا لم يذكره مقصودا وعند زفر والشافعي لا تجوز الزيادة لان الزوج قد ملك البضع بالمهر المسمى عند العقد فكانت الزيادة عوضا عن ملكه فلا تصح فتكون هبة مبتدأة فيشترط فيها شروط الهبة ولنا قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة ولان ما بعد العقد زمن لفرض المهر ولهذا جاز فرضه فيه اذا لم يفرض عند العقد فكان حالة الزيادة كحالة العقد فيستند الى حالة العقد وقول الشافعي يبطل بما اذا لم يسم في العقد شيأ ثم فرض لها بعد ذلك فان الزوج يملك بضعها بلا مهر عنده فاذا فرض لها يجب المهر بالفرض لا بالعقد فيكون المفروض بازاء ملكه الحاصل قبل فرضه قال رحمه الله (والخلوة بلا مرض أحدهما وحيض ونفاس واحرام وصوم فرض كالوطء) حتى يجب المهر به كاملا كما يجب بالوطء وقال الشافعي رحمه الله في الجديد يجب نصف المهر لقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن الآية ولان المعقود عليه انما يصير مستوفى بالوطء فلا يتأكد المهر دونه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من كشف خمار امرأة ونظر اليها وجب الصداق دخل أو لم يدخل رواه الدارقطني والشيخ أبو بكر الرازي في أحكامه وحكى الامام أبو جعفر الطحاوي اجماع الصحابة في وجوب المهر بالخلوة وقال ابن المنذر هو قول عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وزيد بن ثابت وعبد الله بن عمرو وجابر ومعاذ ومثله حكى أبو بكر الرازي في أحكام القرآن وقال أيضا هو اتفاق الصدر الاول ولانها سلمت المبدل حيث رفعت الموانع وذلك وسعها فيتأكد حقها في البدل اعتبارا بالبيع وقال تعالى وكيف تأخذونه وقد أفضى بعضكم الى بعض أوجب جميع المهر بعد الافضاء وهو الخلوة لانه من الدخول في الفضاء قاله الفراء وأما قوله تعالى من قبل أن تمسوهن فقد دخلها خصوص على ما مر فيجوز تخصيصها بما ذكرنا أو يجوز أن يكون المراد بالمس الخلوة بطريق اطلاق المسبب على السبب ثم المصنف رحمه الله شرط أن تكون الخلوة بلا مانع من الموانع التي ذكرها لانه لا يتمكن من الوطء مع المانع والخلوة انما جعلت كالدخول للتمكن منه ومع المانع لا يتمكن فلا تكون صحيحة والموانع ثلاثة أنواع حسي وطبعي وشرعي والمراد بالمرض مرض أحدهما أيهما كان اذا كان مرضا يمنع الجماع أو يلحقه به ضرر وقيل هذا التفصيل في مرضها وأما مرضه فمانع مطلقا لانه لا يعرى عن تكسر وفتور عادة وهو الصحيح والحيض مانع طبعا وشرعا وكذا النفاس والاحرام بحج فرض أو نفل أو عمرة مانع شرعا لما يلزمه بالجماع من الدم والقضاء لفساد الاحرام وصوم رمضان مانع بالاتفاق لما يلزمهما بالجماع من الكفارة والقضاء وأما صوم التطوع والمنذور والكفارات والقضاء فالصحيح أنه لا يمنع صحة الخلوة لعدم وجوب الكفارة بالافساد فان قيل في النفل لزوم القضاء فصار كرمضان قلنا اللزوم لضرورة صيانة المؤدى فيتقدر بها فلا يظهر في حق المهر والصلاة كالصوم فرضها كفرضه ونفلها كنفله ومن الموانع لصحة الخلوة أن تكون المرأة رتقاء أو قرناء أو عفلاء أو شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع وان كان هو صغيرا لا يقدر على الجماع ذكر في القنية لا يجب بخلوته كمال المهر وقال شرف الائمة ان كان يشتهي وتتحرك آلته ينبغي أن يكمل ولو كان معهما ثالث لا تكون الخلوة صحيحة وسواء كان الثالث بصيرا أم أعمى يقظان أو نائما بالغا أو صبيا يعقل لان الاعمى يحس والنائم يستيقظ أو يتناوم وان كان صغيرا لا يعقل أو مجنونا

المبدل لا حقيقة استيفاء المنفعة كالبيع والاجارة الموجب فيهما التسليم وهو رفع الموانع والتخلية بينه وبين المسلم اليه وان لم يستوف المشتري والمستأجر منفعة أصلا فكذا في المتنازع فيه يكون تسليم البضع بذلك بل أولى اه فتح (قوله فقد دخلها خصوص) أي بما اذا كان المسمى غير خمر وخنزير ونحوهما اه (قوله على ما مر) أي في قوله وبالطلاق قبل الدخول يتنصف اه (قوله بطريق اطلاق المسبب) أي الذي هو المس اه (قوله على السبب) أي الذي هو الخلوة اه (قوله حسي) أي وهو أن يكون معهما ثالث اه ع (قوله وطبعي) قال العيني ككون المرأة رتقاء أو قرناء أو شعراء أو صغيرة لا تطيق الجماع اه وقال الرازي أما المانع الحسي فكمرض أحدهما اه (فرع) ولو أزال بكارة امرأته بحجر أو غيره يجب عليه المهر اه ديات الخلاصة (قوله وأما صوم التطوع الخ) قال في الهداية وان كان أحدهما صائما تطوعا فلها المهر كله لانه يباح له الافطار من غير عذر في رواية المنتقى وهذا القول في المهر هو الصحيح اه فقوله وهذا القول أي رواية المنتقى في حق كمال المهر وهو الصحيح دفعا للضرر عنها أما في حق جواز الافطار فالصحيح ظاهر الرواية وهو أنه لا يباح الا بعذر وقد قدمنا في كتاب الصوم بحثا ان رواية المنتقى في جواز الافطار بلا عذر ثم وجوب القضاء أقعد بالدليل من ظاهر الرواية وقول المصنف هو الصحيح احتراز عن رواية شاذة عن أبي حنيفة أنه يمنع لانه يمنع الجماع ويجعله آثما لما فيه من ابطال العمل اه كمال (قوله أو شعراء) أي خشنة اه قاموس

(قوله وفى جوامع الفقه جاريتها تمنع صحة الخلوة) وفى مجموع النوازل ولو كان فى البيت معها جاريتها اختلف المشايخ فيه والمختار أنه تصح الخلوة اهـ خلاصة (قوله بخلاف جاريته) وفى شرح المجمع وفى امته روايتان اهـ فتح (قوله وان كان للزوج صحت الخلوة) قال الكمال وعندى ان كلبه لا يمنع وان كان عقورا لان الكلب قط لا يتعدى على سيده ولا على من يمنعه سيده عنه اهـ (قوله تصح الخلوة اذا كانت فى الظلمة الخ) والاوجه أن لا تصح لان المانع الاحساس ولا يختص بالبصر ألا ترى الى المنع لوجود الاعمى والابصار للاحساس اهـ كمال رحمه الله (قوله دخلت عليه ولم يعرفها) أى فمكثت اهـ خلاصة (قوله فيجب نصف المهر) هذا الفرع نقله فى الخلاصة عن الفتاوى ثم قال ولم يذكر حكم العدة وينبغى أن لا يجب لانه لا يمكنه الوطء فى تلك الساعة اهـ (قوله وكذا اختلفوا فى وقت الختان) قال قاضيخان فى فتاواه فى باب التعليق من كتاب الطلاق رجل قال لامرأته ان بلغ (١٤٣) ولدى الختان فلم أختنه فامرأته طالق

قال الفقيه أبو الليث اذا أخر الختان عن عشر سنين ينبغى أن تطلق لان عشر سنين نهاية وقت الختان فان الصبى اذا بلغ عشر سنين يضرب على ترك الصلاة فيؤمر بالختان حتى يكون أبلغ فى التطهير وغيره من المشايخ قال لا يحنث مالم يؤخر الختان عن ثنتى عشرة سنة وعليه الفتوى لان هذا أدنى مدة يتصور فيها بلوغ الغلام فان الصبى اذا بلغ هذا المبلغ وقال احتلمت يقبل قوله ويحكم ببلوغه وقبل ذلك لو قال احتلمت لا يقبل قوله ولا يحكم ببلوغه اهـ (قوله ولو مجبوبا) قال العينى وهو مقطوع الذكر والخصيتين والخصى هو الذى قلعت خصيتاه اهـ عينى وقد فسر العينى فى باب العنين المجبوب بما فسره هنا وقال فى الاختيار فى فصل العنين ما نصه والمجبوب وهو الذى قطع ذكره أصلا

فانه يفرق بينهما فى الحال لانه لا فائدة فى التأجيل والخصى كالعنين لان له آلة تنتصب ويجامع بها غير أنه لا يحبل وهو الذى سلت أنثياه اهـ فقوله لانه لا يحبل يشكل بما ذكره الشارح وغيره من ثبوت النسب من المجبوب اللهم الا أن يقال المراد بالمجبوب الذى يثبت النسب منه من قطع ذكره فقط وبقيت أنثياه والا فلا يستقيم ما قاله فى الاختيار وعلى ما ذكرنا من حمل المجبوب الذى يثبت النسب منه على من قطع ذكره فقط لا يثبت النسب من الطواشى اهـ (قوله أو عنينا) أى وهو الذى فى آلته فتور اهـ ع (قوله وفى المجبوب خلاف) قال الحدادى واذا خلا المجبوب بامرأته فلها كمال المهر عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لها نصف المهر وعليها العدة احتياطا اجماعا اهـ (قوله لانه أعجز من المريض) أى لان المريض ربما يجامع والمجبوب لا يقدر عليه أصلا لعدم الآلة فلما لم تصح خلوة المريض فلأن لا تصح خلوة المجبوب أولى بخلاف العنين لان الوطء منه متصور اهـ

أو مغمى عليه لا يمنع صحة الخلوة وقيل المجنون والمغمى عليه يمنعان وان كانت معهما زوجته الاخرى تمنع صحة الخلوة وعن محمد أنها لا تمنع وروى انه رجع قال هشام كان محمد يرى له أن يطأها بحضرة الاخرى ثم رجع قال محمد كنت قلت بالرقة هذا ثم رجعت وقلت يكره أن يطأ احداهما بحضرة الاخرى وفى الجوارى لا يكره وتكون الخلوة صحيحة وفى جوامع الفقه جاريتها تمنع صحة الخلوة بخلاف جاريته وفى الذخيرة وان كان معهما كلب عقور يمنع صحة الخلوة وان لم يكن عقورا فان كان للمرأة فكذلك وان كان للزوج صحت الخلوة معه ثم انما تصح الخلوة اذا كانا فى مكان يأمنان عن اطلاع غيرهما عليهما أو يهجم كالدار والبيت ولا تصح الخلوة فى المسجد والطريق الاعظم والحمام وكان شداد يقول فى المسجد والحمام تصح الخلوة اذا كانت فى الظلمة ونحوها كالسترة وفى المنتقى قال ابراهيم عن محمد فى رجل ذهب بامرأته الى رستاق فرسخين بالليل فى طريق الجادة لا تكون الخلوة صحيحة وان عدل بها عن الطريق الى مكان خال كانت صحيحة ولو خرج بها فنزل فى مفازة من غير خيمة فليست الخلوة صحيحة وكذا فى الجبل وفى البيت غير المسقف تصح وكذا على سطح الدار ذكره فى المنتقى مطلقا قالوا اذا لم يكن على جوانبه ساتر لا تصح الخلوة وكذا ذكره القدورى فى شرحه وعلى قياس ما قاله شداد فى المسجد والحمام تصح اذا كانت فى ظلمة ولو خلا بها فى بستان ليس عليه باب لا تصح الخلوة رواه هشام عن محمد وفى محمل عليه قبة مضروبة ليلا أو نهارا وهو يقدر على وطئها فهى خلوة ولو كان بينهما سترة من ثوب رقيق قال أبو يوسف لا تصح الخلوة وكذا السترة القصيرة بحيث لو قام رجل رآهما ولو دخلت عليه ولم يعرفها ثم خرجت أو دخل هو عليها ولم يعرفها لا تصح الخلوة هكذا اختاره أبو الليث وقال الفقيه أبو بكر تصح وكذا لو كانت نائمة ولو عرفها هو ولم تعرفه هى تصح الخلوة ولو ردت أمها الباب ولم تغلق وهما فى خان يسكنه الناس والناس قعود فى ساحة الخان ينظرون من بعيد فان كانوا مترصدين لهما فى النظر لا تصح الخلوة والا فتصح لانهما يقدران على الانتقال الى زاوية أخرى أو على سترة لا تقع أبصارهم عليهما وقد قيل لو كان البيت فى دار بابه مفتوح لا يدخله أحد الا باذن تصح الخلوة وفى البدائع الخلوة فى الحجلة والقبة صحيحة ولو قال لها ان خلوت بك فأنت طالق فخلا بها طلقت فيجب نصف المهر ﴿ فرع ﴾ وفى المحيط قيل يدخل بها اذا بلغت وقيل اذا كانت بنت تسع وقيل ان كانت سمينة جسيمة تطيق الجماع يدخل بها والا فلا هكذا روى عن محمد وهكذا اختلفوا فى وقت الختان قيل لا يختن حتى يبلغ لانه للطهارة ولا طهارة عليه حتى يبلغ وقيل اذا بلغ عشرا وقيل تسعا قال رحمه الله (ولو مجبوبا أو عنينا أو خصيا) يعنى خلوته بها بلا مانع من الموانع التى ذكرها صحيحة ولو كان الزوج مجبوبا أو عنينا أو خصيا وفى المجبوب خلاف أبى يوسف ومحمد لانه أعجز من المريض بخلاف العنين لان الحكم

(قوله يدار على سلامة الآلة) يعطى أن خلوة الخصى صحيحة وهو كذلك بالاتفاق اه كمال رحمه الله (قوله ولابى حنيفة أن المستحق عليها التسليم الخ) قال الولوالجى المطلقة الثلاث اذا تزوجت بمجبوب فطلقها ان لم تحبل من المجبوب لا تحل للاول لانه لم يوجد الدخول لا حقيقة ولا حكما وان حبلت وولدت حلت للزوج الاول وصارت محصنة عند أبى يوسف خلافا لزفر لانه يثبت الدخول حكما لثبات النسب منه ا (قوله ولو جاءت بولد ثبت نسبه منه الخ) سيأتى فى باب العنين أن امرأة المجبوب اذا أتت بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضى اه (قوله تجب العدة فى الخلوة) أى احتياطا اه ع (قوله سواء كانت الخلوة صحيحة أولم تكن صحيحة) أى للموانع المذكورة اه (قوله لتوهم الشغل الخ) نظرا الى التمكن الحقيقى وكذا فى المجبوب لقيام احتمال الشغل بالسحق ولذا يثبت نسب الولد منه عند أبى سليمان وذكر التمرتاشى ان علم انه ينزل يثبت وان علم بخلافه فلا وعليها العدة والاول أحسن وعلم القاضى بانه ينزل أولا ربما يتعذر أو يتعسر قال العتابى تكلم مشايخنا فى العدة الواجبة بالخلوة الصحيحة انها واجبة ظاهرا أو حقيقة فقيل لو تزوجت وهى متيقنة بعدم الدخول حل لها ديانة لا قضاء وقوله والعدة حق الشرع ولذا لا تسقط لو أسقطاها ولا يحل لها الخروج ولو أذن لها الزوج وتتداخل العدتان ولا يتداخل حق العبد والولد أى وحق الولد ولذا قال صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يسقى ماءه زرع غيره فلا يصدقان فى ابطالها باتفاقهما على عدم الوطء بخلاف المهر لانه مال فلا يحتاط فى ايجابه غير ان فى وجه الاستدلال بالحديث على انها حق الولد تأملا اه كمال رحمه الله (قوله وذكر القدورى الخ) مخصص لقوله فيما سبق أولم تكن صحيحة

يدار على سلامة الآلة كالخصى ولابى حنيفة رحمه الله أن المستحق عليها التسليم فى حق السحق وقد أتت به ولو جاءت بولد ثبت نسبه منه واستحقت كمال المهر بالاتفاق قيل هذا اذا علم أنه ينزل وان علم انه لا ينزل لا يثبت النسب منه قال رحمه الله (وتجب العدة فيها) أى تجب العدة فى الخلوة سواء كانت الخلوة صحيحة أولم تكن صحيحة استحسانا لتوهم الشغل ولان العدة حق الشرع والولد فلا يصدقان فى ابطال حق الغير بخلاف المهر حيث لا يجب الا اذا صحت الخلوة لانه مال يحتاط فى ايجابه وذكر القدورى فى شرحه أن المانع ان كان شرعيا تجب العدة لثبوت التمكن حقيقة وان كان حقيقيا كالمرض والصغر لا تجب لانعدام التمكن حقيقة واعلم أن أصحابنا رحمهم الله أقاموا الخلوة الصحيحة مقام الوطء فى حق بعض الاحكام دون البعض فأقاموها فى حق تأكد المهر وثبوت النسب والعدة والنفقة والسكنى فى هذه العدة ونكاح أختها وأربع سواها وحرمة نكاح الامة على قياس قول أبى حنيفة ومراعاة وقت الطلاق فى حقها ولم يقيموها مقام الوطء فى حق الاحصان وحرمة البنات وحلها للاول والرجعة والميراث وأما فى حق وقوع طلاق آخر ففيه روايتان والاقرب أن يقع قال رحمه الله (وتستحب المتعة لكل مطلقة الا للمفوضة قبل الوطء) أى التى لم يسم لها مهرا فان المتعة لها واجبة على ما تقدم أخرج المتعة لها من أن تكون مستحبة وان كان الواجب مستحبا وزيادة لان اسم المستحب على اصطلاحهم لا يطلق على الواجب وهذا ظاهره يتناول المطلقة قبل الدخول وقد سمى لها مهرا فتكون المتعة لها مستحبة ذكره فى المبسوط والمصروف كر القدورى ان المتعة مستحبة لكل مطلقة الا المطلقة واحدة وهى التى طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا وفى

وحاصله أنه ليس كل خلوة فاسدة تجب العدة فيها بل انما تجب فى البعض منها قال فى شرح المجمع للمصنف بعد ذكر الخلوة الصحيحة والفاسدة والعدة واجبة عليها فى جميع ذلك ثم قال وقيل ان كان المانع شرعيا وساق ما ذكره القدورى وظاهره ضعف ما قال القدورى اه (قوله لا تجب لانعدام التمكن حقيقة) فكان كالطلاق قبل الدخول من حيث قيام اليقين بعدم الشغل وما قاله قال به التمرتاشى وقاضيخان ويؤيد ماذكره العتابى الا أن الاوجه على هذا أن يخص الصغير بغير القادر والمريض بالمدنف لثبوت التمكن حقيقة بعض فى غيرهما واعلم أن المراد بوجوب العدة بالخلوة انما هو فى النكاح الصحيح أما الفاسد فلا تجب العدة بالخلوة فيه بل بحقيقة الدخول اه كمال وفى فصول الاستروشنى قال ورأيت فى فوائد صاحب المحيط اذا خلا بها فى النكاح الموقوف هل يكون اجازة قال يكون اجازة لان الخلوة مع الاجنبية حرام وقال بعضهم نفس الخلوة لا تكون اجازة اه اتقانى (قوله واعلم الخ) سيأتى فى كلام الشارح رحمه الله عند قوله وفى النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل اه (قوله وحرمة البنات) يعنى اذا اختلى بامرأته ثم طلقها لا تحرم بناتها اه قال فى الخلاصة وفى تحريم البنت عليه بعد الخلوة بالام اختلاف الروايات اه (قوله والرجعة) يعنى اذا خلا بالمطلقة الرجعية لا يصير مراجعا اه (قوله والميراث) أى حتى لو طلقها بعد الخلوة ومات وهى فى العدة لا ترث منه وكذا لو ماتت فى العدة لا يرث منها للاحتياط الواجب فى هذه الاحكام اه (قوله والاقرب أن يقع) أقول القول بالوقوع مشكل لانه بائن نص عليه فى الكفاية ولان الاول بائن فالثانى أولى فيلزمه لحوق البائن البائن من غير تعليق وقد تقدم نفيه اه مجتبى وكتب ما نصه قال الكمال لان الاحكام لما اختلفت فى هذا الباب وجب أن تقع احتياطا اه قوله مشكل لا اشكال وانظر ما كتبته على هامش شرح المجمع اه (قوله فى المتن وتستحب المتعة لكل مطلقة الا للمفوضة) قال فى الغاية والمتوفى عنها زوجها لا متعة لها بالاجماع اه وقوله الا للمفوضة بكسر الواو ووقع به السماع لانها مفوضة نفسها لوليها وللزوج ويجوز فتحها أى فوضها وليها للزوج وهى التى زوجت بلا مهر مسمى اه كمال

بعض النسخ ولم يسم لها مهرا وذكر في بعض مشكلات القدوري أنها أربعة واجبة كما تقدم ومستحبة وهي التي طلقها بعد الدخول ولم يسم لها مهرا وسنة وهي التي طلقها بعد الدخول وقد سمى لها مهرا والرابعة ليست بواجبة ولا سنة ولا مستحبة وهي التي طلقها قبل الدخول وقد سمى لها مهرا لان نصف المهر قام في حقهن مقام المتعة وقال الشافعي في الجديد تجب المتعة للمدخول بها لان ما سلم لها من جميع المهر في مقابلة البضع لا في مقابلة العقد والطلاق ولانه أوحشها بالطلاق فتجب دفعا للوحشة غير أن التي لم يدخل بها وقد سمى لها مهرا وجب لها نصف المهر بطريق المتعة فلا يجب لها ثانيا ولنا أن المتعة خلف عن المهر فلا تجامعه ولا شيأ منه وقوله لان ما سلم لها في مقابلة البضع لا في مقابلة العقد ممنوع بل نقول وجب كل المهر بالعقد ولهذا كان لها أن تطالبه بالجميع قبل الدخول بها وانما الدخول يتقرر به ما وجب بالعقد وهو غير جان في الايحاش لمشروعية الطلاق قال رحمه الله (ويجب مهر المثل في الشغار وخدمة زوج حر للامهار وتعليم القرآن) أي يجب مهر المثل لبطلان التسمية في هذه الصور الثلاث في نكاح الشغار وفي التزويج على خدمة الزوج الحر وعلى تعليم القرآن أما نكاح الشغار وهو أن يزوج الرجل ابنته أو أخته أو أمته على أن يزوجه الآخر ابنته أو أخته أو أمته ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر فلانه سمى ما لا يصلح مهرا اذ المسمى ليس بمال فوجب مهر المثل كما اذا تزوجها على خمر أو ميتة وقال الشافعي رحمه الله يفسد النكاح لحديث نافع عن ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار وليس بينهما صداق رواه الجماعة وعن عبد الله بن عمر أنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار في الاسلام رواه مسلم ولانه جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا ولا اشتراك في هذا الباب فيبطل به الايجاب ولنا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة وهذا شرط فيه ألا ترى أنه لا يفسد بتسمية ما ليس بمال كالدم ونحوه ولا بترك التسمية بالكلية والنهي الوارد فيه انما كان من أجل إخلائه عن تسمية المهر واكتفائه بذلك من غير أن يجب فيه شئ آخر من المال على ما كانت عليه عادتهم في الجاهلية أو هو محمول على الكراهية وأما قوله جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا فلا وجه له اذ لم يجتمع النكاح والصداق في بضع واحد لعدم صلاحية البضع صداقا فلا يتصور الاشتراك مع عدم الاستحقاق بخلاف ما اذا زوجت نفسها من رجلين حيث يبطل العقد فيه لصلاحية الاشتراك لانها تصلح منكوحة لكل واحد منهما وأما اذا تزوجها على خدمته وهو حر أو على تعليم القرآن فلان المسمى أيضا ليس بمال والشارع انما شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم وخدمة الحر وتعليم

(قوله غير أن التي لم يدخل بها وقد سمى لها مهرا الخ) وأما المطلقة قبل الدخول والتسمية فالمتعة لها واجبة اتفاقا بيننا وبينه بالنص اهـ (قوله لها نصف المهر بطريق المتعة) أي بطريق ايجاب المتعة في غيرها وهو جبر صدع الايحاش لا المهر لعدم استيفاء منافع بضعها فلا تجب متعة أخرى والا تكررت اهـ فتح (قوله يتقرر به ما وجب بالعقد) وقوله تعالى وللمطلقات متاع بالمعروف حقا على المتقين أما أن اللام للعهد الذكري في المطلقات التي لم يسم لهن لانهن تقدم ذكرهن بقوله تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء ما لم تمسوهن أو تفرضوا لهن فريضة ثم قال ومتعوهن أو يراد بمتعوهن ايجاب نفقة العدة وكسوتها وأما غير المدخول بها المسمى لها فمحل الاتفاق وإنما أثبتنا الاستحباب في المدخولات لقوله تعالى أمتعكن وأسرحكن سراحا جميلا وهن مدخولات اهـ كمال رحمه الله (قوله وهو غير جان في الايحاش لمشروعية الطلاق) وعلم أن لا جناية في الطلاق بل قد يكون مستحبا في التي لا تصلي (١٤٥) والفاجرة اهـ فتح (قوله ليكون أحد العقدين عوضا عن الآخر) أي صداقا فيه وانما قيد به لانه لم يقل به على أن يكون بضع كل صداقا للاخرى أو معناه بل قال زوجتك بنتي على ان تزوجني بنتك ولم يزد عليه فقبل جاز النكاح اتفاقا ولا يكون شغارا ولو زاد قوله على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا كان نكاح الثاني صحيحا اتفاقا والاول على الخلاف اهـ كمال (فرع من الغاية) لو زوجه بنته بألف على أن يزوجه بنته بألف جاز النكاح بالمسمى فان لم يزوجه الآخر فللمزوجة تمام مهر مثلها لفوات المنفعة المقصودة لذي الرحم المحرم فان كانت المنفعة للاجنبي لا يكمل مهرها عند فواتها اهـ (قوله اذ المسمى) أي وهو البضع اهـ (قوله ليس بمال) أي ولهذا لا يجوز بيعه ولا إيجاره اهـ غاية

(١٩ - زيلعي ثاني) (قوله فوجب مهر المثل) أي لكل واحدة والنكاح صحيح اهـ غاية (قوله ان رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار الخ) والنهي يقتضي فساد المنهي عنه والفاسد في هذا العقد لا يفيد الملك اتفاقا اهـ فتح (قوله أنه صلى الله عليه وسلم قال لا شغار الخ) والنفي رفع الوجود في الشرع اهـ فتح وكتب ما نصه قال في الغاية والشغار بكسر الشين المعجمة وبالغين المعجمة هو من أنكحة الجاهلية من غير أن يجب صداق في الحال ولا في الثاني وهو من الشغور وهو الخلو فان كان المهر مسمى فيه فأين الخلو وكذا اذا وجب لها مهر مثلها يقال شغر البلد اذا خلا من الناس اهـ (قوله ولانه جعل نصف البضع مهرا والنصف منكوحا) فيكون مشتركا بين الزوج ومستحق المهر وهو باطل اهـ فتح ولانه جعل كل بنته منكوحة كلها صداقا والشئ الواحد اذا دفع لشخصين يكون لكل واحد نصفه اهـ (قوله ولنا أن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة) قال الرازي في مسئلة الشغار ولنا ان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة بعد وجوده وهو تسمية ما ليس له صلاحية المهر والنهي لا يقتضي بطلان النكاح لانه بمعنى في غيره وهو خلو العقد عن المهر والنهي لغيره في العقد الشرعي لا يقتضي الفساد

القرآن ليس بمال فيجب مهر المثل وقال محمد تجب قيمة الخدمة لان المسمى مال الا أنه عجز عن التسليم لمكان المناقضة فصار كالتزوّج على عبد الغير بخلاف تعليم القرآن ولهما أن خدمة الزوج الحرّ ليست بمال حقيقة اذ لا تستحق فيه بحال وانما تصير مالا للضرورة والحاجة عند استحقاق عينها والانتفاع بها فعند عدم استحقاق عينها لا ضرورة اليها فلا تجعل مالا فصارت كالخمر ونحوها فيجب مهر المثل وقال الشافعي لها تعليم القرآن وخدمة الزوج وجه قوله في التعليم أنه عليه الصلاة والسلام قال في حديث سهل بن سعد الساعدي التمس ولو خاتما من حديد فالتمس فلم يجد شيأ فقال عليه الصلاة والسلام له هل معك شيء من القرآن قال نعم سورة كذا وكذا السور التي سماها فقال قد ملكتكها بما معك من القرآن ويروى أنكحتكها وزوّجتكها ونحن قد بينا الوجه فيه ولا حجة له في قوله عليه الصلاة والسلام زوّجتكها بما معك من القرآن لان معناه ببركة ما معك من القرآن أو بسبب ما معك من القران أو من أجل أنك من أهل القرآن وليس فيه دلالة على أنه جعله مهرا كتزوّج أبي طلحة على اسلامه وقد ذكرناه من قبل ولان تعليم القرآن عبادة فلا يصلح صداقا لكونه عاملا لنفسه كتعليم الايمان والصلاة والصوم وفي قوله تعالى فنصف ما فرضتم لهن اشارة الى أن المفروض يشترط أن يكون مما له نصف حتى يمكنه أن يرجع عليها بنصف المقبوض اذا طلقها قبل الدخول بعد قبض المهر وعلى ما قاله الشافعي لا يمكنه أن يرجع عليها بشيء من المسمى اذا طلقها قبل الدخول بها بعد التعليم فيكون مخالفا للنص ووجه قوله في الخدمة أن المنافع مال متقوّم عنده ولهذا تضمن بالغصب عنده ولانه انما يجوز الاعتياض عنها فصار كما لو تزوّجها على خدمة حرّ آخر أو على رعي الغنم وكما اذا كان الزوج عبدا فتزوّجها على خدمته ولنا أن المشروع انما هو الابتغاء بالمال على ما بينا والمنافع ليست بمال على أصلنا حتى لا تضمن بالغصوب وانما تصير مالا بالعقد للضرورة اذا احتيج اليها وأمكن تسليمها وهنا لا يمكن تسليمها لما فيه من قلب الموضوع فلا تستحق خدمته بحال فانعدمت الضرورة بخلاف خدمة العبد لانها مال لما فيه من تسليم رقبته ولانه يخدم مولاه معنى حيث يخدمها بامره فلا تناقض وبخلاف رعي الغنم لانه من باب القيام بامور الزوجة ولقصة موسى عليه السلام وبخلاف خدمة حرّ آخر برضاه لانه لا مناقضة هكذا في الهداية وهذا يشير الى أنه يخدمها وذكر في الغاية معزيا الى المحيط أنه لو تزوّجها على خدمة حرّ آخر فالصحيح صحته ويرجع على الزوج بقيمة خدمته وهذا يشير الى أنه لا يخدمها لانه أجنبي لا يجوز له الخلوة معها ولا يؤمن من انكساف ما لا يجوز النظر اليه أو يجوز أن يكون مراده فيما اذا تزوّجها على خدمته بغير رضاه ولم يجزه فيصير حينئذ كما لو تزوّجها على عبد الغير ولم يجز مولاه حيث ترجع على الزوج بقيمة العبد وما ذكره في الهداية منصوص عليه بانه وقع برضاه فيجب عليه تسليم خدمته كما لو تزوّجها على عبد الغير برضا مولاه حيث يجب على المولى تسليمه قال رحمه الله (ولها خدمته لو عبدا) أي ولها خدمة الزوج ان كان الزوج عبدا والتزمه والوجه ما بيناه قال رحمه الله (ولو قبضت ألف المهر ووهبت له فطلقت قبل الوطء

اذا كان مجاورا كالبيع وقت النداء اه (قوله وقال محمد) أي في الجامع اه فتح (قوله تجب قيمة الخدمة الخ) ولم يذكر القدوري خلافا واختلف في قول أبي يوسف فقال الهندواني ينبغي أن يكون مع محمد وقال بعض المشايخ مع أبي حنيفة وهو الاظهر والا لم يقتصر على خلاف محمد في الجامع الصغير اه فتح وكتب ما نصه وقال الثلاثة تجب الخدمة اه عيني (قوله لان المسمى مال) أي متقوّم عند ايراد العقد عليها اه (قوله ولهما أن خدمة الزوج الحر الخ) وقلنا المنافع ليست بمتقوّمة حقيقة لعدم الاحراز وتقوّمها في العقود لضرورة حكم شرعي فاذا منعنا الشرع من تسليمها لم يثبت (١٤٦) تقوّمها وبقيت على أصلها وقيمة الشيء خلف عنه وشرط الخلف تصور الاصل والمسمى لا يصلح مستحقا بحال فلا يقوم الخلف مقامه قوله لعدم الاحراز أي لان المنافع أعراض لا تبقى ولا يتصوّر احرازها اه (قوله وليس فيه دلالة على انه جعله مهرا) ولهذا لم يشترط أن يعلمها اه ع (قوله وفي قوله تعالى فنصف ما فرضتم لهن) كذا بخطه وكان ينبغي أن يقول أي لهن اه (قوله ان المنافع مال متقوّم عنده) أي حيث يجوز في الصحيح اه (قوله أو على رعي الغنم) أي على أن يرعى لها غنمها اه (قوله وكما اذا كان الزوج عبدا فتزوّجها) أي باذن مولاه اه (قوله فتزوّجها على خدمته) أي سنة اه (قوله على ما بينا والمنافع الخ) وفي المحيط ويجوز اصداق منافع الاعيان كالدور والعقار والحيوان لانها مال متقوّم عند الناس اه غاية (قوله لما فيه من تسليم رقبته) أي وهي مال اه (قوله وبخلاف رعي الغنم الخ) يعني انه لم تتمحض خدمته لها اذ العادة اشتراك الزوجين في القيام على مصالح مالهما أي يقوم كل منهما بمصالح مال الآخر على أنه ممنوع في رواية في الدراية بخلاف رعي الغنم والزراعة حولا لا يجوز على رواية الاصل والجامع وهو الاصح يعني أن يزرع لها أرضها ويجوز على رواية ابن سماعة لانه ليس من باب الخدمة لما ذكرنا ألا ترى أن الابن اذا استأجر أباه للخدمة لا يجوز ولو استأجره للزراعة والرعي يصح اه كمال رحمه الله (قوله لانه من باب القيام بأمور الزوجة) أي فلا مناقضة على انه ممنوع في رواية اه هداية قال الكمال واختلفت الرواية في رعي غنمها وزراعة أرضها للتردد في تمحضها خدمة وعدمه وكون الاوجه الصحة لقص الله سبحانه قصة شعيب وموسى عليهما الصلاة والسلام من غير بيان نفيه في شرعنا انما يلزم لو كانت الغنم ملك البنت دون شعيب وهو منتف اهـ (قوله وهذا يشير الى انه يخدمها) أي ويرجع الحر على الزوج بقيمة خدمتها اه كاكي (قوله يجوز أن يكون مراده) أي صاحب المحيط اه

(قوله لان الدراهم لا تتعين فى العقد) والدليل على عدم التعين ان المرأة لا يلزمها رد عين ما أخذت بالطلاق قبل الدخول اهـ اتقانى وكتب ما نصه وحينئذ فما وهبته للزوج غير ما قبضته فصارت هبة المقبوض كهبة مال آخر فلم يسلم للزوج نصف الصداق فيجب عليها أن ترد نصف ما قبضت اهـ (قوله لم يرجع عليها بشئ) أى فى هذه المسائل الثلاث اهـ (قوله فالحكم فيه أنه لا يرجع عليها بشئ) أى ولا هى عليه اهـ (قوله والقياس أن يرجع عليها بنصف الالف) أى قياسا على ما اذا وهبت بعد القبض اهـ اتقانى (قوله وهو قول زفر الخ) ووجهه ان المرأة بالهبة من الزوج صارت مستهلكة للصداق وكأنها قبضت ثم استهلكت فيرجع الزوج بالنصف اهـ اتقانى

رجع عليها بالنصف) معنى هذا الكلام انه تزوجها على ألف درهم المهر فقبضتها كلها ثم وهبت المقبوض كله للزوج وهو ألف درهم ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف المهر المقبوض وهو خمسمائة درهم لانه يجب عليها أن ترد نصف المهر بالطلاق قبل الدخول ولم يصل اليه بالهبة عين ما يستحقه لان الدراهم لا تتعين فى العقد فكذا فى الفسخ لان الفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد وكذا اذا كان المهر مكيلا أو موزونا آخر فى الذمة لعدم تعينها قال رحمه الله (فان لم تقبض الالف أو قبضت النصف ووهبت الالف أو وهبت العرض المهر قبل القبض أو بعده فطلقت قبل الوطء لم يرجع عليها بشئ) هذه جملة تضمنت ثلاثة فصول الاول فيما اذا لم تقبض من المهر شيأ فأبرأته من جميعه وهو ألف فالحكم فيه أنه لا يرجع عليها بشئ والقياس أن يرجع عليها بنصف الالف وهو قول زفر لانه برئت ذمته بالابراء أو بالهبة ولم تبرأ بالطلاق قبل الدخول وهو يستحق البراءة به عن نصف الصداق فيرجع عليها بما استحق وهذا لما عرف أن اختلاف السبب بمنزلة اختلاف العين فكأنها وهبته عينا أخرى غير المهر ولهذا لو قال لرجل وهبتنى جاريتك فقال المولى لا بل زوجتكها لا يحل له وطؤها وان اتفقا على حلها قلنا فصار كما لو وهب المريض عبدا لاحد ابنيه وسلمه اليه ثم وهبه الموهوب له لاخيه ثم مات المريض فان الاخ الواهب يضمن لاخيه نصف قيمته وان سلم له جميع العبد لكونه لم يحصل له النصف بجهة الارث فكذا هذا ووجه الاستحسان أنه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول وهو براءة ذمته من نصف المهر فلا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود ونظيره باع بيعا فاسدا وقبض المشترى المبيع ثم وهبه للبائع لا يضمن قيمته لحصول المقصود ولا اعتبار باختلاف السبب بخلاف ما لو وصل اليه المبيع من جهة غير المشترى حيث لا يبرأ المشترى من الضمان لانه لم يصل اليه من الجهة المستحقة وهى جهة المشترى وكذا فى هبة المريض لم يصل اليه من جهة أبيه وهى الجهة المستحقة له وانما وصل اليه من جهة أخيه بخلاف ما لو اشترى جارية من رجل وهى فى يد ثالث يدعى أنها ملكه ونقد الثمن ثم وصلت اليه من ذى اليد بسبب من الاسباب حيث لا يرجع بالثمن على البائع لانه يعتقد بطلان تصرف ذى اليد ويدعى حصولها له بالشراء من البائع والجواب عن مسئلة الجارية ان الاحكام مختلفة ولم يثبت ما ادعاه واحد منهما لانكاره الآخر وعدم الحجة فلا يثبت الحل والفصل الثانى فيما اذا قبضت نصف المهر ثم وهبت للزوج جميع المهر المقبوض وغيره ثم طلقها قبل الدخول بها فالحكم فيه أنه لا يرجع عليها بشئ عند أبى حنيفة وقالا يرجع عليها بنصف المقبوض لانها لو قبضت الكل كان يرجع عليها بنصفه فكذا اذا قبضت النصف يرجع عليها بنصف المقبوض اعتبارا للجزء بالكل ولانها لو لم تقبض شيأ لا يرجع عليها بشئ ولو قبضت الكل يرجع عليها بنصفه فيتنصف فيجب عليها نصف النصف اعتبارا للبعض بالكل ولان هبة ما فى الذمة حط وهو يلتحق بأصل العقد ويخرج من أن يكون مهرا فكان المقبوض هو كل المهر حكما ولابى حنيفة أن مقصود الزوج بالطلاق قبل الدخول سلامة نصف المهر بغير عوض وقد حصل له فلا يستوجب الرجوع عليها والحط لا يلتحق بأصل العقد فى النكاح ألا ترى أنه يجوز وان بقى أقل من عشرة دراهم ولو كان يلتحق بأصل

(قوله لم يحصل له النصف بجهة الارث) أى بل بالهبة (قوله ووجه الاستحسان الخ) اذ مقصود الزوج سلامة نصف المهر بالطلاق قبل الدخول وقد حصل ذلك فلا يعتبر اختلاف السبب عند اتحاد المقصود لان الاسباب لا تراد لاعيانها بل لمقاصدها فلا يرجع الزوج عليها بالنصف كمن عليه الدين المؤجل اذا عجله لا يطالب صاحب الدين بشئ آخر عند حلول الاجل ولان هبة المهر قبل القبض اسقاط الدين والدين يتعين فى الاسقاط فلما تعين وصل الى الزوج عين المهر قبل الطلاق فمحال أن يرجع عليها بعد الطلاق بعين ما سلم له اهـ اتقانى رحمه الله (قوله فلا يبالى باختلاف السبب عند حصول المقصود) ولا يقال اختلاف السبب بمنزلة اختلاف العين كما فى قصة بريرة لان ذا بالنظر الى غير المتعاقدين كما فى قصة بريرة أما بالنظر اليهما فلا ينزل منزلة اختلاف الاعيان اهـ كافى (قوله ولا اعتبار باختلاف السبب الخ) قال فى الايضاح ونظيره من ادعى أنك غصبت منى ألف درهم وقال المدعى عليه بل استقرضتها لا يعتبر هذا الاختلاف بينهما لما وقع الاتفاق على ما هو المقصود وهو وجوب الالف اهـ (قوله بخلاف ما لو اشترى جارية الخ) وفى قاضيخان قال له على ألف من ثمن هذه الجارية التى اشتريتها منك فقال المقر له هى جاريتك ولى عليك ألف درهم بسبب آخر لزمه المال لاتفاقهما على الدين وان اختلف سببه وفى الجامع قال لك هذا الالف وديعة أو مضاربة فقال المقر له ليس لى عندك وديعة ولا مضاربة بل أقرضتكها فله أن يأخذها وان كذبه لاتفاقهما على العين اهـ غاية (قوله وقالا يرجع عليها بنصف المقبوض) أى وهو مائتان وخمسون اهـ (قوله فكان المقبوض هو كل المهر حكما) أى فيتنصف بالطلاق قبل الدخول فيأخذ الزوج نصفه اهـ اتقانى (قوله والحط لا يلتحق بأصل العقد فى النكاح) أى كالزيادة اهـ اتقانى

(قوله يرجع عليها الى تمام النصف) أى لانه لم يصل اليه عين حقه على التمام مثل مالو قبضت ستمائة ووهبت له أربعمائة فعند أبى حنيفة يرجع عليها بالمائة وعندهما يرجع بنصف المقبوض وهو ثلثمائة اهـ اتقانى (قوله فحكمه فى جميع ماذكرنا كحكمهما) قال العينى فى شرح الهداية مانصه وفى جامع قاضيخان والمكيل والموزون اذا كان عينا فهو بمنزلة العروض واذا كان دينا فهو بمنزلة الدراهم اهـ (قوله والفصل الثالث فيما اذا تزوجها على عرض بعينه) أى وكذلك الحكم فيما لو كان بغير عينه كما اذا كان فى الذمة كما سيجىء بعد ستة أسطر اهـ (قوله لا يرجع عليها بشئ) أى فى قولهم جميعا اهـ اتقانى (قوله ولهذا لم يكن لكل واحد منهما) أى لكل واحد من الزوجين لاهو يدفعها غيره ولاهى تردغيره اهـ من خط الشارح (قوله فكذلك الجواب) يعنى اذا تزوجها على دين لا يجرى فيه القرض كالحيوان والعروض لا يرجع الزوج عليها بشئ اذا طلقها قبل الدخول بعدما وهبت المهر سواء كانت الهبة قبل القبض أو بعده أما قبل القبض فظاهر لان الزوج وصل اليه عين حقه لان الدين فى الاسقاط يتعين وكذا بعد القبض لانها لما قبضت المسمى وهو الحيوان أو العرض صار كأن العقد ورد على عين ذلك الشئ وقد وصل اليه بالهبة عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول فلا يعتبر باختلاف السبب لاتحاد المقصود وهذا فيما اذا بين نوع الحيوان ونوع العرض بان قال على فرس أو على حمار أو على ثوب هروى لانه اذا ذكر مطلق الحيوان ومطلق العرض تفسد التسمية ويجب مهر المثل اهـ اتقانى (قوله وموزون آخر) أى موزون غير الدراهم والدنانير يعنى يرجع الزوج عليها بنصف المهر اذا وهبت بعد القبض لعدم التعيين اهـ اتقانى رحمه الله قال الاتقانى رحمه الله بخلاف ما اذا كان المهر دينا أعنى اذا كان دينا يجرى فيه القرض كالكيلى والوزنى فقبضته فوهبته فطلقها بعد ذلك حيث يكون له الرجوع عليها لان الهبة مال آخر على ما بينا وبخلاف ما اذا باعت عرضها الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول يرجع عليها بالنصف لانه وصل اليه عين حقه بعوض وكان حقه فى نصف الصداق بلا عوض قال فى المبسوط ولو قبضت الصداق ووهبته لاجنبى ثم وهبه الاجنبى من الزوج ثم طلقها قبل الدخول بها رجع عليها بنصف الصداق العين والدين فى ذلك سواء لان مقصود الزوج سلامة نصف الصداق له من جهتها عند الطلاق ولم يحصل له ذلك انما سلم له مال من أجنبى آخر بالهبة وتبدل المال ينزل منزلة تبدل العين اهـ (قوله فلها مهر المثل) يريد اذا سمى لها أقل من مهر مثلها كذا فى الينابيع وفى البدائع والتحفة ان كان المسمى مهر مثلها أو أكثر فلا شئ لها غيره اهـ غاية

العقد لما جاز كما لا يجوز الانشاء على أقل من عشرة ولهذا لا تتنصف الزيادة على المهر بعد العقد اذا طلقها قبل الدخول بها ولو كان يلتحق لتنصف بخلاف البيع والمعنى فيه أن النكاح ليس عقد مبادلة ومغابنة فلا تمس الحاجة الى دفع الغبن والبيع عقد مغابنة ومرابحة فتقع الحاجة الى دفع الغبن ولا يمكن ذلك الا بالالتحاق بأصل العقد وعلى هذا الخلاف لو وهبت النصف الباقى فى ذمته ولم تهب من المقبوض شيأ والوجه من الجانبين ما بيناه ولو وهبت أقل من النصف وقبضت الباقى يرجع عليها الى تمام النصف عند أبى حنيفة وعندهما بنصف المقبوض والوجه ظاهر ولو كان المهر مكيلا أو موزونا آخر غير الدراهم والدنانير فى الذمة فحكمه فى جميع ماذكرنا كحكمهما لعدم تعينه والفصل الثالث فيما اذا تزوجها على عرض بعينه فقبضته أو لم تقبضه ووهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشئ والقياس أن يرجع بنصف قيمته وهو قول زفر لان استحقاقه بجهة الطلاق على ما مر ولم يحصل له من تلك الجهة وجه الاستحسان أنه وصل اليه عين ما يستحقه بالطلاق قبل الدخول لتعينه فى الفسخ كما تعين فى العقد ولهذا لم يكن لكل واحد منهما دفع شئ آخر حتى لو امتنع رده بأن دخله عيب كبير يمنع رده فوهبته له ثم طلقها قبل الدخول بها يستحق عليها نصف قيمة العرض يوم قبضت لانه لما تعيب عيبا فاحشا امتنع الرد وبطل استحقاقه العين فصار كأنها وهبته عينا أخرى غير المهر ولو تزوجها على حيوان أو عرض فى الذمة فكذلك الجواب أى مثل ما اذا تزوجها بعرض معين لان المقبوض متعين فى الرد لان القياس يأبى ثبوت الحيوان فى الذمة وكذا العرض للجهالة كما فى البيع لكنها جوزت فى النكاح لان المال ليس بمقصود فيه فيجرى فيه التسامح فى الجهالة اليسيرة فلا تفضى الى المنازعة فاذا عينه فى التسليم يصير كأن العقد وقع عليه بخلاف ما اذا وقع على دراهم أو دنانير أو مكيل أو موزون آخر فى الذمة حيث لا يتعين عليها ردما قبضت لما بينا ويأتى خلاف زفر فى جميع ذلك لما مر من أصله أنه يشترط وصوله من الجهة المستحقة وفى الغاية قال زفر فى الدراهم والدنانير المعينة لا يرجع عليها بناء على أصله فى تعينها وهذا بعيد لا يكاد يصح عن زفر لان وصوله بالجهة المستحقة شرط عنده على ماذكره الجمهور سواء كان المهر مما لا يتعين أولا وهذا يناقض ذلك أو يكون له روايتان فيما يتعين قال رحمه الله (ولو نكحها بألف على أن لا يخرجها أو على أن لا يتزوج عليها أو على ألف إن أقام بها وعلى ألفين إن أخرجها فإن وفى وأقام فلها الالف والا فمهر المثل) للمسئلة صورتان احداهما أن يسمى لها مهرا ويشترط لها معه شيأ آخر ينفعها بأن تزوجها مثلا على ألف على أن لا يخرجها أو على أن لا يتزوج عليها والثانية أن يسمى لها مهرا على تقدير ويسمى خلافه على تقدير آخر بأن تزوجها على ألف ان أقام بها وعلى ألفين ان أخرجها وقوله فان وفى أى وفى بالشرط فى الصورة الاولى فلها المهر المسمى لانه صلح مهرا وقد تم رضاها به وان لم يف بالشرط بأن تزوج عليها أو أخرجها فلها مهر المثل لانه سمى

لهاشيألهافيه نفع فعندفواته يجب لهامهر المثل لعدم رضاها به وقال زفر رحمه الله ان كان المضموم الى المهر مالا كالهدية ونحوها يكمل لهامهر المثل عندفواته والافلا وقالت الحنابلة ان لم يف به يفسخ النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام أحق الشروط ما استحللتم به الفروج ولنا قوله عليه الصلاة والسلام كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وليس فيه هذه الشروط وقال عليه الصلاة والسلام المسلمون على شروطهم الا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا وهذه الشروط تحرم الحلال كالتزوج والمسافرة بها والتسري ونحو ذلك فكانت مردودة ولا دليل في الحديث على مدعاهم لانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق أي بالايفاء فمن أين لهم الفسخ عند فواته وقوله وأقام بها أي أقام بها في الصورة الثانية وهو ما اذا تزوجها على ألف ان أقام بها وعلى ألفين ان أخرجها وانما وجب الالف فيه لوجود رضاها به وصلاحيته مهرا وقوله والا فمهر المثل أي إن لم يف بالشرط في الصورة الاولى ولم يقم بها في الثانية فلها مهر المثل أما في الاولى فقد بيناه وأما في الثانية فليس يجري على اطلاقه بل ان أخرجها فلها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وهذا عند أبي حنيفة وقالا الشرطان جميعا جائزان حتى كان لها الالف عند الاقامة والالفان عند اخراجها وقال زفر الشرطان فاسدان فيكون لها مهر المثل لا يزاد على الالفين ولا ينقص عن الالف وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على ألف ان كانت مولاة وعلى ألفين ان كانت حرة الاصل وكذا اذا تزوجها على ألف ان لم يكن له امرأة وعلى ألفين ان كانت له امرأة لزفر رحمه الله أنه ذكر للبضع بدلان على سبيل البدل لا على سبيل الاجتماع فيكون مجهولا فيفسد كما اذا تزوجها على ألف أو على ألفين وهذا لان الاقامة انما تذكر للترغيب فعند فواتها لا تنعدم التسمية وكذا الاخراج فيجتمع في الحال تسميتان فتفسد ولهما أن الاقامة والاخراج مقصود عرفا فاختلافهما كاختلاف النوع فلا يجتمع في كل حالة تسميتان بل فيه تسمية واحدة فصار كما اذا تزوجها على ألف ان كانت قبيحة وعلى ألفين ان كانت جميلة وكما اذا اشترى أحد الشيئين على أن يأخذ أيهما شاء وبين ثمن كل واحد منهما على التفاوت ولابي حنيفة ان إحدى التسميتين منجزة والاخرى معلقة فلا يجتمع في الحال تسميتان فاذا أخرجها فقد اجتمعتا فتفسدان وهذا لان المعلق لا يوجد قبل شرطه والمنجز لا ينعدم بوجود المعلق فيتحقق الاجتماع عند وجود الشرط لا قبله وتمامه يجيء في الاجارة في قوله ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبدرهمين ان شاء الله تعالى والفرق لابي حنيفة بين هذه وبين ما اذا تزوجها على ألف ان كانت قبيحة وعلى ألفين ان كانت جميلة أن الخطر في مسئلة الكتاب دخل على التسمية الثانية لان الزوج لا يعرف هل يخرجها أو لا ولا مخاطرة في تلك المسئلة لان المرأة على صفة واحدة لكن الزوج لا يعرف ذلك وجهالته لا توجب خطرا هكذا ذكر الفرق في الغاية ويرد عليه ما اذا تزوجها على أنها ان كانت حرة الاصل على ألفين وان كانت مولاة على ألف أو تزوجها على ألفين ان كان له امرأة وعلى ألف ان لم يكن له امرأة لانه لا مخاطرة هنا ولكن جهل الحال وأما مسئلة الشراء فان الثمنين لم يجتمعا بمقابلة شيء واحد بل جعل لكل واحد منهما ثمنا معلوما فيأخذ أيهما شاء بثمنه قال رحمه الله (ولو تزوجها على هذا العبد أو على هذا الالف حكم مهر المثل وكذا اذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا

(قوله لعدم رضاها به) أي بالمسمى وهو الالف اه (قوله كالهدية الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي وان تزوجها على ألف درهم وكرامتها أو على ألف وعلى أن يهدي لها هدية فلها مهر مثلها لا ينقص من الالف وان طلقها قبل الدخول كان لها نصف الالف لان مهر المثل سقط بالطلاق قبل الدخول اه اتقاني (قوله والا فلا) أي وان لم يكن مالا كطلاق امرأة أخرى أو على ان لا يخرجها من البلد فليس لها الا المسمى وعندنا متى كان المضموم اليه لها غرض صحيح فيه فعند فواته يكمل لها مهر مثلها وان لم يكن لها غرض صحيح لا يكمل مثل لاو تزوجها على مائة وعلى أن يعتق أخاها يكمل عند إبائه ولو تزوجها على مائة وعلى أن يعتق (١٤٩) أجنبيا لا يكمل وهي مسئلة الزيادات اه غاية قوله فليس لها الا المسمى أي لان ما ليس بمال لا يصلح مهرا فاستحكم المسمى مهرا فلا يجب الرجوع بعوض ما ليس بمال وان كان المسمى مالا وجب الرجوع بعوضه عند فواته ووجب مهر المثل لانها لم ترض بالمسمى الا بمنفعة أخرى فاذا لم يسلم لها وجب مهر المثل لانعدام الرضا بالمسمى كما اذا تزوجها على ألف وكرامتها وان يهدي لها هدية أما اذا كان شيئا يحرم به الانتفاع به كخمر وخنزير فان كان المسمى عشرة فصاعدا يجب ذلك ويبطل الحرام ولا يكمل مهر المثل لان المسلم لا ينتفع بالحرام فلا يجب عوضه بفواته اه اتقاني (قوله أحق الشروط ما استحللتم به الفروج) رواه الجماعة اه غاية (قوله كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل) أي ولو كان مائة شرط اه غاية (قوله ان لم يف بالشرط في الصورة الاولى) أي بان أخرجها أو تزوج عليها اه (قوله ولا ينقص عن الالف) أي لرضاها بسقوط الزيادة على الالفين ورضاه بالالف اه غاية (قوله ذكر للبضع بدلان) أي وهما الالف والالفان اه (قوله فيكون) أي المهر اه (قوله فيفسد) أي فيجب مهر المثل اه (قوله وبين ثمن كل واحد منهما على التفاوت) قال الاتقاني رحمه الله ولابي حنيفة ان الشرط الاول قد صح لعدم الجهالة فيه فتعلق العقد به ثم لم يصح الشرط الثاني لان الجهالة نشأت منه ولم يفسد النكاح لان الشرط الفاسد لا يؤثر في النكاح فلما خالف الشرط الاول وجب لها مهر المثل لان في ذلك الشرط نفعا اه (قوله ويرد عليه ما اذا تزوجها) الذي في خط الشارح فيما اذا تزوجها اه

(قوله حكم مهر مثلها) بتشديد الكاف على صيغة المجهول اهـ ع (قوله وقالا لها الاوكس في ذلك كله) أي في الصور الثلاث اهـ اتقاني (قوله وعندهما المسمى هو الاصل) قال الاتقاني وجه قولهما أن الاقل متيقن والفضل مشكوك فيجب الاخذ بالمتيقن كما في الخلع والاعتاق والطلاق على ألف أو ألفين اهـ (قوله وصار كالخلع) أي على ألف أو ألفين اهـ (قوله والاعتاق) أي على ألف أو ألفين اهـ (قوله والاقارير) أي [illegible] أو ألفين اهـ (قوله [illegible] يجب بالطلاق قبل الدخول بها نصف الاوكس) أي في ذلك كله بالاجماع اهـ هدايه لان اعتبار الزيادة [illegible] وقد سقط مهر المثل بالطلاق قبل الدخول وبقي ما هو المتيقن في حكم المسمى فوجب تنصيفه اهـ اتقاني (قوله [illegible] أن الموجب الاصلي مهر المثل) أي لانه أعدل لانه لا يقبل الزيادة بخلاف التسمية لانها تقبلها اهـ قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة أن الموجب الاصلي في باب النكاح هو مهر المثل لانه أعدل وذلك لان المسمى ربما يكون أقل من قيمة البضع (١٥٠)

العبد وأحدهما أوكس حكم مهر المثل) يعني اذا كان أحد العبدين أرفع من الآخر ومعنى التحكيم ان مهر مثلها ان كان مثل أرفعهما أو أكثر فلها الارفع لرضاها به وان كان مثل أوكسهما أو أقل فلها الاوكس لرضاه بذلك وان كان بينهما فلها مهر مثلها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لها الاوكس في ذلك كله وعلى هذا الخلاف لو تزوجها على ألف أو على ألفين ومنشأ الخلاف أن البدل الاصلي هو مهر المثل عنده وانما يعدل عنه عند صحة التسمية وعندهما المسمى هو الاصل ولا يصار الى مهر المثل الا اذا فسدت التسمية من كل وجه وقد أمكن هنا ايجاب المسمى وقد أمكن هنا ايجاب الاوكس لانه المتيقن به لكونه أقل فلا تفسد التسمية وصار كالخلع والاعتاق على مال والاقارير ولهذا يجب بالطلاق قبل الدخول بها نصف الاوكس ولابي حنيفة أن الموجب الاصلي مهر المثل بدليل انه يجب بنفس العقد من غير تسمية وهذا لان قيمة البضع كالقيمة في المبيع اذ البضع متقوم حالة الدخول في الملك فلا يعدل عنه الا اذا صحت التسمية كما في البيع ولهذا لو تزوج امرأتين على ألف درهم يقسم الالف على مهر مثلهما كما في المبيع بخلاف الطلاق والعتاق لانه لا موجب لهما في الاصل وانما يجب البدل فيهما بالتسمية وكذا الاقرار لان المال المقر به ليس بعوض فان طلقها قبل الدخول بها فلها نصف الاوكس في ذلك كله بالاجماع وفي الطلاق قبل الدخول بها تحكم متعة المثل لانه الاصل فيه كمهر قبل الطلاق ولكن نصف الاوكس يزيد على المتعة عادة فيجب فيه بطريق التحكيم ولو كانت المرأة بالخيار تأخذ أيهما شاءت صحت التسمية بالاجماع وكذا اذا كان الخيار له يعطى أيهما شاء لانقطاع المنازعة ولو كانت قيمة العبدين سواء تصح التسمية ذكره في الغاية ولو تزوجها على ألف حالة أو مؤجلة الى سنة ومهر مثلها ألف أو أكثر فلها الحالة والا فالمؤجلة وعندهما المؤجلة لانها أقل وان تزوجها على ألف حالة أو ألفين الى سنة ومهر مثلها كالاكثر فالخيار لها وان كان كالاقل فالخيار له وان كان بينهما يجب مهر المثل وعندهما الخيار له لوجوب الاقل عندهما قال رحمه الله (وعلى فرس أو حمار يجب الوسط أو قيمته) يعني لو تزوجها على فرس أو حمار على معنى أنه اذا تزوجها على فرس فقط فانه مخير بين أن يسلم فرسا وسطا وبين أن يسلم لها قيمته وكذا اذا تزوجها على حمار فقط وهكذا الحكم في كل حيوان ذكر جنسه دون نوعه وأما اذا تزوجها على فرس أو حمار بمعنى التردد بينهما فالجواب فيهما كالجواب في مسئلة الاولى من تحكيم مهر المثل عنده ووجوب الاقل عندهما ولو تزوجها على حيوان ولم يبين جنسه بان تزوجها على دابة بطل التسمية ويجب مهر المثل لتفاحش الجهالة وقال الشافعي يجب مهر المثل في الوجهين جميعا لان عنده ما لا يصلح ثمنا في البيع لا يصلح مسمى في النكاح اذ كل واحد منهما عقد معاوضة ولنا انه معاوضة مال بغير مال فجعلناه بمنزلة التزام المال ابتداء حتى لا يفسد بمطلق الجهالة كالدية

أو تنزيلا على مهر المثل [illegible]
لأنه معادل كالتسمية في باب
البيع [illegible] عنه الى
المسمى اذا صحت التسمية
[illegible] الى الموجب
[illegible] النكاح
[illegible] لان الجهالة
[illegible] بالكثير من عدم
[illegible]
[illegible] موجب
[illegible] لا الاقل لكونه
[illegible]
[illegible] وكتب

[illegible] لان الجهالة لانه أدخل فيه كلمة الشك اهـ (قوله لانه لا موجب له في الاصل) ولهذا لا يجب فيه [illegible] والاقارير [illegible] النكاح ولهذا أوجبنا الاول فيهما اهـ غايه (قوله لانه الاصل فيه) أي لان المتعة بعد الطلاق عند فساد [illegible] الطلاق قبل الدخول عنده اهـ (قوله بطريق التحكيم) أي تحكيم المتعة اهـ (قوله ولو كانت قيمة العبدين سواء تصح التسمية) [illegible] مهر المثل أو أقل أو أكثر لوجود الرضا منهما بالمسمى اهـ غاية (قوله في المتن وعلى فرس أو حمار) كلمة [illegible] كل واحد منهما عقد معاوضة) أي والعبد المطلق لا يصلح ثمنا في البيع فكذا في النكاح اهـ رازي [illegible] يستحق عوضا عما ليس بمال وهو البضع والحيوان يثبت دينا في الذمة مطلقا فيما ليس بمال كما [illegible] في الجنين عبدا أو أمة فصح أن يثبت في الذمة شرطا أيضا وفي المهر معنى المالية فجعلناه التزام المال ابتداء

ولاتمنع الجهالة المستدركة صحة الالتزام كالاقرار بعبد الاأن محمدارحمه الله لايحكم ثمة بالوسط لان المقربه ليس بعوض بخلاف ... [illegible]
فان المهر عوض ثم لما كان حظ المتعاقدين السواء أوجبنا الوسط رعاية للجانبين لانه ذوحظ منهما لاشتماله على الجيد والردىء كما اعتبر
الوسط فى الزكاة نظرا الى الفقير ورب المال اهـ فقوله الاأن محمدالايحكم ثمة بالوسط الخ (١٥١) يعنى اذ لا اقرار ... [illegible]

والاقرار بر وشرطنا أن يكون المسمى مالا وسطه معلوم رعاية للجانبين لان الجنس يشتمل على الجيد والردىء
والوسط ذوحظ من الجانبين لانه دون الارفع وفوق الادنى فكان أعدل من ايجاب مهر المثل لان جهالة
مهر المثل أفحش لانه جهالة فى الجنس ومانحن فيه جهالة فى النوع وليس من الحكمة أن ينقض شئ
لاجل الجهالة ثم يصار الى ماهو أكبر جهالة منه ولا يمكن القياس على البيع لان الجهالة فيه تفضى الى
المنازعة لكونه مبنيا على المماكسة والمضايقة بخلاف النكاح لانه مبنى على المسامحة والمساهلة لان
المقصود منه غير المال بخلاف البيع وهذا لان المعقود عليه ليس بمال فيكون بمنزلة التزام المال ابتداء
كالمنذور وغيره على ماتقدم ويدل عليه عموم قوله عليه الصلاة والسلام العلائق ماتراضى عليه الاهلون
رواه أبو بكر البخارى وغيره فيعمل به ماأمكن ثم الاصل فيه أن كل جهالة دون جهالة مهر المثل لاتمنع صحة
التسمية وكل جهالة مثل جهالة مهر المثل أوفوقها تمنع الصحة وجهالة مهر المثل جهالة جنس هكذا ذكره
فى الغاية وقال فى النهاية كل جهالة هى نظير جهالة مهر المثل لاتمنع صحة التسمية وجهالة الوصف نظير
ذلك وانما يخير الزوج بين دفع المسمى وبين دفع قيمته وأيهما أدى تجبر المرأة على قبوله لان الوسط لايعرف
الا بالقيمة فصارت أصلا ايفاء والعين أصلا تسمية فيميل الى أيهما شاء قال رحمه الله (وعلى ثوب وخمر أو
خنزير أو على هذا الخل فاذا هو خمر أو على هذا العبد فاذا هو حر يجب مهر المثل) لان هذه الاشياء لاتصلح
عوضا للجهالة أو لحرمتها شرعا وجملة ماذكره هنا ثلاثة أنواع نوع يبطل لجهالة المسمى كالثوب ونوع لحرمته
شرعا ونوع لكونه على خلاف المشار اليه أما الاول فمعناه أنه ذكر الثوب ولم يزد عليه ووجهه أن هذه
جهالة الجنس اذ الثياب أجناس شتى كالحيوان ولو سمى جنسا بأن قال هروى أو مروى تصح التسمية
ويجب الوسط ويخير الزوج لما بينا فى الحيوان وكذا اذا بالغ فى وصف الثوب فى ظاهر الرواية لانها
ليست من ذوات الامثال وفى شرح المختار يجب تسليم الثوب لان موصوفه يجب فى الذمة بخلاف
الحيوان وقال أبو يوسف ان ذكر له أجلا يجبر على تسليمه لان مؤجله يثبت فى الذمة حتما كما فى السلم
وان لم يذكر له أجلا يخير وعن أبى حنيفة مثله ولو تزوجها على مكيل أو موزون غير الدراهم والدنانير فان
ذكر جنسه وصفته يجبر على تسليمه لان موصوفه يجب فى الذمة ثبوتا صحيحا وان ذكر جنسه دون وصفه
يخير بين تسليمه وتسليم قيمته وأما الثانى وهو ما اذا تزوجها على خمر أو خنزير فلان المسمى ليس بمال متقوم
فى حق المسلم فكان شرط قبوله شرطا فاسدا غير أن النكاح لايبطل بالشروط الفاسدة فيصح النكاح
ويلغو الشرط ويجب مهر المثل بخلاف البيع فانه يفسد بالشرط الفاسد وقال مالك يفسد النكاح
لان الخمر والخنزير لايمكن ايجابه على المسلم وتسميته تمنع وجوب غيره بالعقد فتعين الفساد كالبيع ونحن
نقول تفسد التسمية فصار كأن لم يسم شيأ فيجب مهر المثل بخلاف البيع لانه لايجوز بلاتسمية ثمن
وأما الثالث وهو ما اذا تزوجها على هذا الدن من الخل فاذا هو خمر أو على هذا العبد فاذا هو حر فالمذكور
انه يجب مهر المثل مذهب أبى حنيفة وقال أبو يوسف لها مثل وزن الخمر من الخل وقيمة الحر لو كان عبدا
ومحمد مع أبى حنيفة فى العبد ومع أبى يوسف فى الخل لابى يوسف أنه أطمعها مالا وعجز عن تسليمه فتجب
قيمته أو مثله ان كان من ذوات الامثال كما اذا تزوجها على عبد واستحق أو هلك قبل القبض ولابى حنيفة
ان الاشارة قد اجتمعت مع التسمية فتعتبر الاشارة لكونها أبلغ فى المقصود وهو التعريف فكأنه تزوجها على
خمر أو حر ولمحمد رحمه الله أن الاصل متى كان المسمى من جنس المشار اليه يتعلق العقد بالمشار اليه
لان المسمى موجود فيه ذاتا والوصف يتبعه وان كان من خلافه يتعلق بالمسمى لانه مثل المشار اليه وليس

يتعين فيه ... [illegible]
بيان المقصود ... [illegible] والله أعلم
(قوله ووجهه) أى وجه
وجوب مهر المثل فيه اهـ
(قوله ويجب الوسط ويخير
الزوج) أى بين دفع الوسط
منه وبين قيمته اهـ (قوله
وكذا ... [illegible]
فيه ... [illegible]
فيه ... [illegible]
(قوله فى ظاهر الرواية) قيد
بظاهر الرواية احترازا عما
روى عن أبى حنيفة أن
الزوج يجبر على تسليم الوسط
... [illegible]
... [illegible]
ولهذا تجوز ... [illegible] اهـ
اتقانى (قوله لانها ليست
من ذوات الامثال) أى
بدليل أن مستهلكه لا يضمن
المثل اهـ ... (قوله وان
ذكر جنسه ... [illegible]
... [illegible]
كر حنطة ... [illegible]
... [illegible]
فكأنه ... [illegible]
... [illegible]

لو تزوجها على شاة ذكية فظهرت ميتة فالخلاف فيها كالخلاف فى الحر اهـ ... (قوله وقيمة الحر ... [illegible]
مذبوحة اهـ (قوله لكونها أبلغ فى المقصود وهو التعريف الخ) أى لكونها قاطعة للشركة اهـ اتقانى ... [illegible]
رحمه الله وصاحب الهداية أخر دليل محمد ولم يجب عنه وكأنه اختار قوله وكذا أخره الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير اهـ

بتابع له والتسمية أبلغ فى التعريف من حيث انها تعرّف الماهيـة والاشارة تعرف الذات ألا ترى أن من اشترى ياقوتا أحمر فاذا هو أخضر ينعقد العقد لاتحاد الجنس ولو تبين أنه زجاج لا ينعقد لاختلاف الجنس وفى مسئلتنا الحر مع العبـد جنس واحد لقلة التفاوت فى المنافع والخل مع الخمر جنسان لفحش التفاوت فى المقاصد وقال فى النهاية فحاصل الخلاف بينهم هو ان محمدا مع أبى يوسف فى ذوات الامثال فى أن العقد يتعلق بالتسمية دون مهر المثل ومع أبى حنيفـة فى ذوات القيم فى ايجاب مهر المثـل دون التسمية وهـذا الكلام لا يكاد يصح أبدا لان محمدا رحمه الله لم يعلق الحكم بكونه من ذوات الامثال أو من ذوات القيم ولم يعتبر هذه الجهة أصلا وانما اعتبر كون المسمى من جنس المشار اليه أم لا فان كان من جنسه يتعلق بالمشار اليه وان كان من خلافه يتعلق بالمسمى سواء كان من ذوات الامثال أو من ذوات القيم وقال أيضا ثم الاصل عندهم أن المعتبر هو الاشارة عند أبى حنيفة فى الفصول كلها حتى اذا لم يكن المشار اليه مالا كان لها مهر المثل وعنـد محمد فى الجنس الواحد تعتبر الاشارة وفى الجنسين تعتبر التسمية وعند أبى يوسف تعتبر التسمية فى الفصول كلها وهذا أيضا ليس بجيد لما ثبت ان المعتبر عند اختلاف الجنس المسمى وعند اتحاد الجنس المشار اليه فى النكاح والبيوع والاجارات وسائر العقود والاجود ما ذكره صاحب الايضاح وهو أنه لا خلاف بينهم ان المعتبر المشار اليـه اذا كان المسمى من جنسه وان كان من خلاف جنسـه فالمعتبر المسمى كما ذكر محمد هنا وانما الخلاف فى التخريج وهو ان الحر والعبد جنس واحد عند أبى حنيفة وكذا الخل والخمر فتعتبر الاشارة فيهما وعند أبى يوسف الحر والعبد جنسان مختلفان وكذا الخل والخمر لان المسمى يصلح مهرا والمشار اليه لا يصلح مهرا فتعلق العقد بالمسمى وعند محمد الحر مع العبد جنس واحد والخل مع الخمر جنسان كما مر من أصله وهذا أصل متفق عليه فى العقود كلها ثم اذا تعلق العقد بالمسمى عند اختلاف الجنس ينظر فان كان المسمى مما يمكن أن يجعل مهرا و يثبت فى الذمة ثبوتا صحيحا لزمه تسليمه من غير خيار والا فينظر أيضا فان بين جنسـه دون وصفه فلها الوسط منه ويخير الزوج والا فمهر المثل على ما تقـدم ولهذا أوجب أبو يوسف فى الخل مثله وفى العبد القيمة وانما لم تجب قيمة عبد وسط لاعتبار الاشارة من وجه قال رحمه الله (واذا أمهر عبدين وأحدهما حر فمهرها العبد) يعنى اذا كان يساوى العبد عشرة دراهم وان لم يساو العشرة يكمل لها العشرة وهذا عنـد أبى حنيفة وقال أبو يوسف لها العبد وقيمة الحر لو كان عبـدا وقال محمد لها العبد الباقى وتمام مهر مثلها ان كان مهر مثلها أكثر من قيمة العبد وهو رواية عن أبى حنيفة لابى يوسف أنهما لو ظهرا حرين تجب قيمتهما عنـده فكذا اذا ظهر أحـدهما حرا اعتبارا للبعض بالكل ولمحمد أنهما لو كانا حرين يجب مهر المثل عنـده فكذا اذا كان أحـدهما حرا يجب العبد وتمام مهر المثل لعدم رضاها بدون مهر المثل الا بسلامة العبـدين لها فصار كما لو تزوجها على ألف على أن لا يخرجها من البلد أو على أن لا يتزوج عليها أو على أن يهدى لها هدية ولابى حنيفة أن الباقى صلح مهرا لكونه مالا فيجب ووجوب المسمى وان قل يمنع وجوب مهر المثل وذكر فى الغاية فى الفرق بين هذه وبين ما استشهد به لمحمد أن ترك التزوج عليها وترك اخراجها يمكن الوفاء به فلم تكن راضية بالمسمى بدونها واذا كان أحدهما حرا لا يمكن الوفاء بالحر لانه ليس بمال فكانت راضيـة بالعبـد الباقى ووجـه آخر أنه لا يمكن الوقوف على المشروط هناك فى الحال ويمكن معرفة الحر قبـل العقد فيلزمها الضرر بتقصير منها فيكون غارا لها فى الاول دون الثانى ولا يرد علينا ما اذا تزوجها على ألف أو ألفين حيث صير فيه الى مهر المثل مع امكان وجوب المسمى وهو الاقل لانا نقول ان الثابت هناك احدى التسميتين وليست احداهما أولى من الاخرى فلم تثبت واحدة منهما أما هنا فتسمية العبـد الباقى ثابتـة قطعا فيمنع المصير الى مهر المثل قال رحمه الله (وفى النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء) لان المهر انما يجب فيـه باستيفاء منافع البضع لا بمجرد العـقد لفساده ولا بالخلوة لوجود المانع من صحة الخلـوة وهو الحرمة وهذا لان الخلوة انما أقيمت مقام الوطء للتمكن منه ولا تمكن مع الحرمة ولهذا لا يجب بها حرمة المصاهرة ولا العدة ولكل واحـد منهما فسخه بغير محضر من صاحبه وقال بعضهم

عبده اهـ غاية (قوله فى المتن وفى النكاح الفاسـد الخ) وأراد بالنكاح الفاسد تزوج الاختين معا والنكاح بغير شهود ونكاح الاخت فى عدة الاخت ونكاح المعتدة ونكاح الخامسـة فى عدة الرابعـة ونكاح الامة على الحرة وذلك كله فاسد وانما يجب التفريق على القاضى كيلا يلزم ارتكاب المحظور اغترارا بصورة العـدة اهـ اتقانى (قوله انما يجب مهر المثل بالوطء) يعنى اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ثم فرق القاضى بينهـما ان كان التفريق قبل الدخول فلا مهر لها وان كان بعد الدخول يجب مهر المثل أما الاول فلان المهر انما يجب فيـه باستيفاء منفعة البضع دون العقد لعدم صحتـه وأما الثانى فلان الوطء فى محل معصوم بسبب للضمان الجابر أو الحد الزاجر وتعذر الثانى للشبهة فتعين الاول اهـ رازى (قوله ولا تمكن مع الحرمة) أى ولا يقال ينبغى أن يجب نصف المسمى بقوله تعالى وان طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم لانا نقول ذلك فى التطليق بعد النكاح من كل وجه لان المطلق ينصرف الى الكامل ولم يوجـد النكاح ههنا من كل وجـه أو نقول نصف المسمى ثبت فى المنصوص عليه بخلاف القياس فلا يقاس عليه غيره اهـ اتقانى (قوله ولهذا لا يجب بها) أى بالخلوة فى النكاح الفاسد ولو كانت الخلوة صحيحة اهـ ليس

(قوله وكذا لو كان مهر المثل أقل من المسمى) أى لا يجب المسمى قال الاتقانى الا أن مهر المثل اذا كان أنقص من المسمى لا يجب المسمى بل يجب مهر المثل لان ما هو متقوم فى نفسه لا يزاد على قدر القيمة فى العقد الفاسد فهذا أولى اه (قوله فحينئذ تستوى المدتان) قال الاتقانى ويثبت نسب المولود فى النكاح الفاسد اذا جاءت به على رأس ستة أشهر لان أقل مدة الحمل ستة أشهر ولو جاءت به لاقل من ستة أشهر لا يثبت النسب لان العلوق كان قبل النكاح اه (قوله قال شمس الدين) هو أحمد السروجى اه (قوله ويجب المهر) أى مهر المثل اه (قوله لانها تجب باعتبار شبهة) أى وهى قوله زوجت وتزوجت اه اتقانى

(قوله وقال زفر من آخر الوطآت)

ليس له ذلك بعد الدخول الا بحضرة من صاحبه كما فى البيع الفاسد بعد القبض قال رحمه الله (ولم يزد على المسمى) أى ان زاد مهر مثلها على المسمى لا يزاد عليه وقال زفر يجب مهر المثل بالغا ما بلغ اعتبارا بالبيع الفاسد ولنا أنها أسقطت حقها فى الزيادة لرضاها بما دونها فلا يجب ولان المنافع ليست بمال وانما تتقوم بالعقد أو شبهة العقد للضرورة وفيما لم يوجد فيه العقد أو شبهته لا يتقوم وكذا لو كان مهر المثل أقل من المسمى يجب مهر المثل لعدم صحة التسمية بخلاف البيع لانه مال متقوم فى نفسه فيتقدر بدله بقيمته ولو لم يكن المهر مسمى أو كان مجهولا يجب بالغا ما بلغ بالاتفاق قال رحمه الله (ويثبت النسب) أى نسب الولد المولود فى النكاح الفاسد لان النسب يحتاط فى اثباته إحياء للولد فيترتب على الثابت من وجه ويعتبر مدة النسب من وقت الدخول عند محمد رحمه الله وعليه الفتوى قاله أبو الليث وعندهما من وقت النكاح وهو بعيد لان النكاح الفاسد ليس بداع الى الوطء لحرمته ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة بمجرد العقد بدون الوطء أو المس أو التقبيل وذكر فى كتاب الدعوى من الاصل اذا تزوجت الامة بغير اذن مولاها ودخل بها الزوج وولدت لستة أشهر منذ تزوجها فادعاه المولى والزوج فهو ابن الزوج فقد اعتبره من وقت النكاح لا من وقت الدخول ولم يحك خلافا قال الحلوانى فى هذه المسئلة دليل على أن الفراش ينعقد بنفس العقد فى النكاح الفاسد خلافا لما يقوله البعض انه لا ينعقد الا بالدخول وذكر شيخ الاسلام أن الفراش لا ينعقد فى النكاح الفاسد الا بالدخول وتأويل هذه المسئلة أن الدخول كان عقيب النكاح لا مهلة فحينئذ تستوى المدتان قال شمس الائمة فى الغاية قد اعتبروا العدة من وقت التفريق فكان الاحوط فى النسب من وقت التفريق أيضا لا من وقت النكاح لان العدة للنسب وهذا الذى ذكره وهم لا تحقق له لانهم انما اعتبروا من وقت النكاح ليثبت نسبه بمجرد العقد اقامة للتمكن من الوطء بالشبهة مقام الوطء حتى لو جاءت بولد لستة أشهر من وقت العقد ولأقل منها من وقت الوطء يثبت نسبه كما فى الصحيح ولا ينافى ذلك اعتبارها من وقت التفريق ألا ترى أنها لو جاءت بولد لاكثر من سنتين من وقت النكاح ولم يفارقها بل هى معه يثبت نسبه ولو كان الاعتبار لوقت التفريق لا غير لما ثبت وكذا لو فارقها بعد عشر سنين لا يمكن اعتباره من وقت العقد ولو خلا بها ثم جاءت بولد ثبت نسبه ويجب المهر والعدة فى رواية عن أبى يوسف وعنه لا يثبت ولا يجب المهر ولا العدة وهو قول زفر وان لم يخل بها لا يلزمه الولد قال رحمه الله (والعدة) أى وتجب العدة يعنى اذا دخل بها لان الفاسد ملحق بالصحيح فى موضع الاحتياط تحرزا عن اشتباه النسب ويعتبر ابتداؤها من وقت التفريق كالطلاق فى النكاح الصحيح لانها تجب باعتبار شبهة النكاح ورفعها بالتفريق أو بمتاركة الزوج وقال زفر رحمه الله من آخر الوطآت واختاره أبو القاسم الصفار حتى لو حاضت ثلاث حيض من آخر الوطآت قبل التفريق فقد انقضت ولا يتحقق الطلاق فى النكاح الفاسد بل هو متاركة فيه ولا تتحقق المتاركة الا بالقول بأن يقول تاركتك أو تاركتها أو خليت سبيلك أو خليتها وعلم غير المتارك ليس بشرط لصحة المتاركة على الاصح كما فى الصحيح وانكار النكاح ان كان بحضرتها فهو متاركة والا فلا روى ذلك عن أبى

سيأتى هذا الخلاف فى العدة عند قوله فى المتن وفى النكاح الفاسد اه وكتب ما نصه لان المؤثر فى ايجاب العدة هو الوطء لا العقد فيعتبر آخر الوطء ولنا أن العدة انما تجب لشبهة النكاح ورفع تلك الشبهة يحصل بالتفريق لا بالوطء ولهذا لو وطئها قبل التفريق مرارا لا يجب الحد للشبهة وبعد التفريق لو وطئها مرة واحدة يجب الحد ولان الاصل فى وجوب العدة هو العقد الصحيح ففى الصحيح يعتبر ابتداء العدة من وقت الفرقة بالطلاق فكذا فى الفاسد يعتبر ابتداؤها من وقت الفرقة بالمتاركة اه اتقانى (قوله ولا يتحقق الطلاق فى النكاح الفاسد) أى ولا يرتفع الا بما قلنا اه فتح وكتب ما نصه أى بالتفريق أو بالافتراق بالمتاركة اه وكتب ما نصه أيضا حتى لو طلق فى النكاح الفاسد لا ينقص به عدد الطلاق اه قال الشيخ قوام الدين الاتقانى رحمه الله عند قول صاحب الهداية واذا تزوج العبد بغير اذن مولاه فقال المولى طلقها أو فارقها فليس باجازة اه والطلاق فى النكاح الفاسد والموقوف ليس بطلاق بل هو متاركة للنكاح وفسخ له حتى لا ينقص شئ من عدد الطلاق وذلك لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح اه وقد نقلت هذه العبارة أيضا فيما سيأتى (قوله أو خليتها) أى أو تركتها أما لو تركها ومضى على ذلك سنون لم يكن لها أن تتزوج بآخر قال الشيخ فخر الدين قاضيخان هذا فى المدخول بها أما غير المدخول بها فيتفرق الابدان بأن لا يعود اليها اه كمال

يوسف قال رحمه الله (ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها اذا استويا سنا وجمالا ومالا وبلدا وعصرا وعقلا ودينا وبكارة) لان الانسان من جنس قوم أبيه وقيمة الشئ انما تعرف بالنظر فى قيمة جنسه ولهذا قال ابن مسعود رضى الله عنه لها مهر مثل نسائها وهن أقارب الاب ألا ترى أن أولاد الخلفاء يصلحون للامامة وان كانت أمهاتهم جوارى ويشترط الاستواء فى الاوصاف المذكورة لان المهر يختلف باختلاف هذه الاوصاف لاختلاف الرغبات فيها وكذا يشترط أن يستويا فى العلم والادب وكمال الخلق وأن لا يكون لها ولد وقالوا يعتبر حال الزوج أيضا وقيل لا يعتبر الجمال فى بيت الحسب والشرف وانما يعتبر ذلك فى أوساط الناس اذ الرغبة فيهن للجمال بخلاف بيت الشرف قال رحمه الله (فان لم يوجد فمن الاجانب) أى فان لم يوجد من قبيلتها من هى مثل حالها يعتبر بمهر مثلها من الاجانب من قبيلة هى مثل قبيلة أبيها وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يعتبر بالاجنبيات قال رحمه الله (وصح ضمان الولى المهر وتطالب زوجها أو وليها) وهذا اللفظ يتناول ولى الصغير بان زوج ابنه الصغير امرأة ثم ضمن عنه مهرها صح ضمانه لانه سفير ومعبر فيه وليس بمباشر بخلاف ما اذا اشترى له شيأ ثم ضمن عنه الثمن للبائع حيث لا يجوز له لانه أصيل فيه فيلزمه الثمن ضمن أو لم يضمن ثم للمرأة أن تطالب الولى بالمهر فاذا أدى الولى من مال نفسه فله أن يرجع فى مال الصغير إن أشهد أنه يؤديه ليرجع عليه وان لم يشهد فهو متطوع استحسانا فلا يكون له الرجوع فى ماله وليس لها أن تطالب الزوج ما لم يبلغ فاذا بلغ تطالب أيهما شاءت ويتناول ولى الصغيرة أو الكبيرة بان زوج ابنته الصغيرة أو الكبيرة وهى بكر أو مجنونة رجلا وضمن عنه مهرها صح ضمانه لما ذكرنا ثم هى بالخيار ان شاءت

(قوله فى المتن ومهر مثلها يعتبر بقوم أبيها) أى كأخواتها وعماتها وبنات عمها والمراد بأخواتها أخواتها الابيها وأمها أو لابيها وكذا عماتها هن أخوات أبيها الابيه وأمه أو لابيه ولا يعتبر بأمها وخالتها الا أن تكونا من قبيلة أبيها بأن تكونا بنات عمه اهـ (قوله اذا استويا سنا وجمالا الخ) وفى شرح المجمع وان لم يوجد كلها فى قوم أبيها يعتبر الموجود منها اهـ عينى وفى النتف تعتبر المماثلة فى خمس عشرة خصلة الجمال والحسب والمال والعقل والدين والعلم والادب والتقوى والعفة وكمال الخلق وحداثة السن والبكارة وحال الوقت وحال الزوج وأن لا يكون لها ولد اهـ غاية قوله والتقوى ذكر التقوى بعد ذكره الدين يقتضى المغايرة وقد فسر العينى الدين بالتقوى فتأمل اهـ (قوله وعصرا) أى زمانا اهـ (قوله وعقلا) فلا يعتبر بالمجنونة اهـ ع (قوله ودينا) فلا يعتبر بالفاسقة اهـ ع (قوله وهن أقارب الاب) ليس من كلامه بل تفسير نسائها من المصنف بناء على أن الظاهر من اضافة النساء اليها بأنها باعتبار قرابة الاب لان الانسان من جنس قوم أبيه اهـ كمال رحمه الله وفى شرح المجمع وان لم توجد كلها فى قوم أبيها يعتبر الموجود منها اهـ عينى (قوله ويشترط الاستواء فى الاوصاف الخ) قال الاتقانى رحمه الله ويعتبر اتحاد البلد والعصر حتى لا يعتبر مهر المثل بامرأة أخرى من عشيرتها فى بلدة أخرى لان المهر يختلف باختلاف البلدان والعصر وهذا لان مهر المثل تقويم البضع والاعتبار فى التقويم للموضع والزمان اللذين يقع فيهما التقويم كما فى تقويم السلعة المستهلكة ويعتبر المساواة فى البكارة لان المهر بحسب البكارة والثيوبة يزيد وينقص وفى المنتقى يشترط أن يكون المخبر بمهر المثل رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط لفظة الشهادة فان لم يوجد على ذلك شهود عدول فالقول قول الزوج مع يمينه اهـ مع حذف (قوله فاذا أدى الولى من مال نفسه الخ) قال الاتقانى رحمه الله أما اذا زوج ابنه الصغير فى حال صحته وضمن عنه لزوجته المهر يصح اذا قبلت ذلك ولم يتعرض صاحب الهداية لهذا أيضا فاذا أدى الاب بعد ذلك لم يرجع على الابن استحسانا وفى القياس يرجع لان غير الاب لو ضمن باذن الاب وأدى يرجع فى مال الصغير فكذا الاب لان قيام ولايته عليه فى الصغر بمنزلة أمره بعد البلوغ وجه الاستحسان أن الآباء يتحملون المهور عن أبنائهم عادة ولا يطمعون فى الرجوع والثابت بالعرف كالثابت بالنص الا اذا شرط الرجوع فى أصل الضمان فحينئذ يرجع لان الصريح يفوق الدلالة أعنى دلالة العرف بخلاف الوصى اذا أدى المهر عن الصغير بحكم الضمان يرجع لان التبرع من الوصى لا يوجد عادة هذا اذا أدى الاب بعد الضمان أما اذا مات قبل الاداء فللمرأة الخيار ان شاءت أخذت المهر من الزوج وان شاءت استوفت ذلك من تركة الاب لان الكفالة كانت صحيحة فلا تبطل بالموت ثم اذا استوفت من التركة قال فى المبسوط رجع سائر الورثة بذلك فى نصيب الابن أو عليه ان كان قبض نصيبه وقال زفر لا يرجعون ولم يذكر خلاف أبى يوسف فيه وفى الكافى للحاكم الشهيد أيضا والولوالجى فى فتاواه ذكر خلاف أبى يوسف كما هو مذهب زفر وكذا أثبت خلاف أبى يوسف فى خلاصة الفتاوى منقولا عن المحيط أن الخصاف ذكره كذلك وجه قوله ان الكفالة لم تنعقد موجبة للضمان فلا تنقلب موجبة ولهذا لو أدى الاب حال حياته وصحته لا يرجع فكذا لا رجوع بعد الموت ولنا أن الرجوع فى حال الحياة انما لم يثبت لمعنى الصلة وقد بطل ذلك بالموت قبل التسليم ثم التبرع انما يكون بالاداء لا بمجرد الكفالة فاذا حصل الاداء فى مرض الموت أو بعد الموت يقع ذلك تبرعا فى حق سائر الورثة فيرجعون فان كان الضمان فى مرض الموت فهو باطل لما قلنا والمجنون فى ذلك بمنزلة الصبى فى جميع ذلك لانه مولى عليه كالصغير سواء كان الجنون أصليا أو طارئا اهـ

(قوله ويرجع الولي بعد الاداء على الزوج ان ضمن بأمره) وهذا اذا كان الضمان في صحة الاب فان كان ضمان الاب في مرضه ومات منه فهو باطل ولم يتعرض له صاحب الهداية وذلك لان تصرف المريض فيما يكون فيه نفع لوارثه لا يصح وبه صرح في المبسوط اه اتقاني وذكر في باب الوليمة من شرح الطحاوي الاب اذا زوج ابنه الصغير امرأة فلها أن تطالب الاب بالمهر فيؤدي الاب من مال ابنه الصغير وان لم يضمن الاب باللفظ صريحا بخلاف الوكيل فان المرأة لا تطالبه بالمهر ما لم يضمن اه (قوله حتى ترجع العهدة عليه الخ) أي ويجبر على تسليم المبيع والثمن اه (قوله ويملك) أي الاب اه ك (قوله وهو كونه سفيرا ومعبرا) أي في باب النكاح ولهذا وكيل الزوجة لا يجبر على تسليمها ووكيل الزوج لا يطالب بالمهر اه غاية (قوله فالمطالبة الى ولي الزوج) أي متوجهة الى ولي الزوج اه (قوله مكان زوجها) أي فاذا بلغ الزوج طالبت أيهما شاءت اه (قوله ولو سلمت نفسها الخ) وفي جوامع الفقه لو قبضت مهرها ثم ردته بالزيافة أو استحق ما اشترت من الزوج بالمهر لا تمنع نفسها

بلا خلاف وفي الذخيرة في المنتقى لو كان المهر حالا فأحالت عليه غريما لها بمهرها فلها أن تمنع نفسها منه حتى يأخذه غريمها بمنزلة وكيلها (١) ولو أن الزوج أحالها على غريم له (قوله كما تعين حق الزوج في المبدل) يعني ولا يتعين حقها الا بالتسليم وهذا التعليل لا يصح الا في الصداق الدين أما العين لو تزوجها على عبد بعينه فلا لانها ملكته وتعين حقها فيه حتى ملكت عتقه اه فتح (قوله والخروج من منزله) أي وزيارة أهلها اه هداية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد) أي وهو قول أبي حنيفة الاول اه اتقاني (قوله ويترتب عليه) أي على هذا الخلاف (استحقاق النفقة) أي تستحقها مدة المنع عنده لانه منع بحق ولا تستحق عندهما لانها ناشزة اه أكمل (قوله كالبائع اذا سلم المبيع) أي باختياره اه (قوله بخلاف ما اذا كانت مكرهة) قال في الهداية والخلاف فيما اذا كان الدخول برضاها حتى لو كانت مكرهة أو كانت صبية أو مجنونة لا يسقط حقها في الحبس بالاتفاق اه (قوله لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم) أي فلا يجوز اخلاؤه عن شئ يقابله فهي بالحبس تمنع ما يقابل المهر وهو الوطء الثاني فلها ذلك كما اذا لم يدخل بها اه رازي (قوله فيما تعورف تأجيله) الذي بخط الشارح تأخيره (قوله ولو كان حالا) أي في نفس الامر باطلاق العقد ولو كان معناه ولو كان حالا بالشرط لناقض قوله بعده وأما اذا نص على تعجيل جميع المهر فهو على ما شرط اذ شرط التعجيل مرادف لشرط الحلول حكما والذي عليه العادة في مملكة مصر والشام وما والاهما من البلاد هو التأخير الى اختيار المطالبة كذا قرره شيخ شيخنا زين الدين قاسم المصري رحمه الله

شاءت طالبت زوجها أو وليها ان كانت أهلا لذلك ويرجع الولي بعد الاداء على الزوج ان ضمن بأمره وهذا بخلاف ما اذا باع من مال الصغير وضمن الثمن عن المشتري حيث لا يجوز لانه أصيل فيه حتى ترجع العهدة عليه والحقوق اليه ويصح ابراؤه المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد لكنه يضمنه للولد لتعديه بالابراء ويملك قبض الثمن بعد بلوغه فلو صح الضمان لصار ضامنا لنفسه وفي النكاح تنعكس الاحكام لانعكاس المعنى وهو كونه سفيرا ومعبرا ولا يقال ان الاب يملك قبض مهر الصغيرة فصار كالبيع لانا نقول انما ملكه بحكم الابوة لا باعتبار أنه عاقد ولهذا لا يملكه بعد بلوغها الا برضاها وقوله وتطالب زوجها أو وليها هذا اذا كان الضامن وليها بأن زوجها ثم ضمن مهرها وأما اذا كان الضامن ولي الزوج بأن زوجه امرأة وضمن مهرها فالمطالبة الى ولي الزوج مكان وليها وقد مضى بيانه قال رحمه الله (ولها منعه من الوطء والاخراج للمهر وان وطئها) أي لها أن تمنع نفسها اذا أراد الزوج أن يسافر بها أو يطأها حتى تأخذ مهرها منه ولو سلمت نفسها ووطئها برضاها لتعين حقها في البدل كما تعين حق الزوج في المبدل وصار كالبيع وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله حتى يوفيها مهرها لان حق الحبس لاستيفاء المستحق وليس له حق الاستيفاء قبل الايفاء والخلوة برضاها في هذا كالوطء سوى المصنف رحمه الله بينهما أعني قبل الدخول وبعده وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا دخل بها برضاها أو خلا بها ليس لها أن تمنع نفسها ويترتب عليه استحقاق النفقة لهما أن المعقود عليه قد صار مسلما اليه بالوطأة أو بالخلوة ولهذا يتأكد جميع المهر فلم يبق لها حق الحبس كالبائع اذا سلم المبيع بخلاف ما اذا كانت مكرهة أو صغيرة أو مجنونة وله أنها منعت منه ما قابل البدل لان كل وطأة تصرف في البضع المحترم فلا تخلو عن العوض ابانة لخطره والتأكد بالوطأة الواحدة لجهالة ما وراءها فلا يصلح مزاحما للمعلوم ما لم يوجد فاذا وجد صار معلوما فتحققت المزاحمة وصار المهر مقابلا بالكل كالمدبر اذا جنى جناية يدفع المولى قيمته لولي الجناية ثم اذا جنى أخرى يتبع ولي الجناية الثانية ولي الاولى لتحقق المزاحمة ۞ اعلم أن المهر المذكور هنا ما تعورف تعجيله حتى لا يكون لها أن تحبس نفسها فيما تعورف تأجيله الى الميسرة أو الموت أو الطلاق ولو كان حالا لان المتعارف كالمشروط وذلك يختلف باختلاف البلدان والازمان والاشخاص هذا اذا لم ينصا على التعجيل أو التأجيل وأما اذا نصا على تعجيل جميع المهر أو تأجيله فهو على

---

(١) قوله ولو أن الزوج الخ هكذا في الاصول التي بأيدينا ولعل هنا سقطا فحرر اه مصححه

(قوله وليس لها أن تحبس نفسها فيما اذا كان كله مؤجلا) أى لاسقاطها حقها بالتأجيل كما فى البيع اه هداية قال الاكمل وقوله لاسقاطها حقها بالتأجيل يشير الى أنها ليس لها المنع لاقبل حلول الاجل ولا بعده وهو ظاهر الرواية أما قبل الحلول فظاهر وأما بعده فلأن هذا العقد ما أوجب حق الحبس فلا يثبت بعده اه (قوله لها أن تمنع نفسها) أى سواء كانت المدة قصيرة أو طويلة اه اتقانى (قوله واختار بعضهم) هو الولوالجى (قوله ينقلها حيث شاء) أى وهو ظاهر الرواية اه غاية وكتب ما نصه وهو قول الائمة الثلاثة اه غاية (قوله أسكنوهن من حيث سكنتم) قال الاتقانى ومن فى الآية للتبعيض أى أسكنوهن بعض مكان سكناكم كذا فى الكشاف (من وجدكم) أى بقدر سعتكم والوجد المقدرة والغنى (ولا تضاروهن) أى لا تستعملوا معهن الضرار اه (قوله واختاره أبو الليث) قال الاستاذ ظهير الدين الاخذ بقول الله تعالى أولى من الاخذ بقوله أى أبى الليث اه خلاصة ورد بأن الفقيه هو الذى أخذ بقول الله تعالى لان قوله تعالى من حيث سكنتم مخصوص بدليل مستقل مقارن وهو قوله تعالى ولا تضاروهن وفى قرى المصر القريبة لا تتحقق الغربة ﴿سئل﴾ أبو القاسم الصفار عن يخرجها من المدينة الى قريه ومن القرية الى المدينة فقال ذلك تبوئة وليس بسفر واخراجها من بلد الى بلد سفر وليس بتبوئة اه الخ قال فى الهداية وليس للزوج أن يمنعها من السفر والخروج من منزله وزيارة أهلها حتى يوفيها المهر كله أى المعجل قال الكمال وقوله أى المعجل يتناول المعجل عرفا وشرطا فاذا كان قد شرط تعجيل كله فلها الامتناع حتى تستوفيه كله أو بعضه فبعضه وان لم يشترط تعجيل شئ بل سكتوا عن تعجيله وتأجيله فان كان عرف فى تعجيل بعضه وتأخير باقيه الى الموت أو الميسرة أو الطلاق فليس لها أن تحبس الا الى تسليم ذلك القدر قال فى فتاوى قاضيخان فان لم يبينوا قدر المعجل ينظر الى المرأة والى المهر انه كم يكون المعجل لمثل هذه المرأة من مثل هذا المهر فيتعجل ذلك ولا يتقدر ران بالربع ولا بالخمس بل يعتبر المتعارف فان الثابت عرفا كالثابت شرطا بخلاف ما اذا شرطا تعجيل الكل اذ لا عبرة بالعرف اذا جاء الصريح بخلافه ومثله هذا فى غير نسخة من كتب الفقه فما وقع فى غاية البيان من اطلاق قوله فان كان يعنى المهر بشرط التعجيل أو مسكوتا عنه يجب حالا ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها ليس بواقع بل المعتبر فى المسكوت العرف هذا وللاب أن يسافر بالبكر قبل ايفائه ﴿فى الفتاوى﴾ رجل زوج بنته البكر البالغة ثم أراد أن يتحول الى بلد آخر بعياله فله أن يحملها معه وان كره الزوج فان أعطاها المهر كان له أن يحبسها اه (قوله فى المتن وان اختلفا فى قدر المهر حكم) أى حكم مهر المثل أى سواء كان الاختلاف فى حال قيام النكاح أو بعد الفرقة بعد الدخول أى والخلوة الصحيحة اه غاية (قوله ومعناه ان مهر المثل يجعل حكما) أى عند أبى حنيفة ومحمد كما سيأتى اه (قوله فان حلف لزمه ما أقر به تسمية) أعنى بذلك أنه يتحتم عليه دفع الدراهم ولا يتخير بينها وبين دفع الدنانير كما هو الحكم فى مهر المثل اه غاية (قوله ثم الوجوب) أى وجوب الزائد اه (قوله فان لم يكن لهما بينة تحالفا) الزوج لنفى الزيادة والمرأة لنفى الحط والقاضى أن يبدأ فى الحلف بأيهما شاء والمستحب القرعة اه سروجى رحمه الله

ما شرطا حتى كان لها أن تحبس نفسها الى أن تستوفى كله فيما اذا شرط تعجيل كله وليس لها أن تحبس نفسها فيما اذا كان كله مؤجلا لان التصريح أقوى من الدلالة فكان أولى وشدد أبو يوسف آخرا فيما روى عنه المعلى فقال لها أن تمنع نفسها اذا كان كله مؤجلا استحسانا لان الاستمتاع فى مقابلة تسليم المهر فاذا طلب تأجيل المهر كله فقد رضى باسقاط حقه فى الاستمتاع واختار بعضهم الفتوى بهذا القول لجريان العادة بتأخير الدخول عند تأخير جميع المهر واذا أوفاها مهرها أو كان كله مؤجلا ينقلها حيث شاء لقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم وكذلك اذا دخل بها برضاها عندهما لسقوط حق الحبس وعند أبى حنيفة ليس له ذلك لبقائه وكان أبو القاسم الصفار يفتى بقول أبى حنيفة فى المنع من السفر و بقولهما فى عدم المنع من الوطء وقيل لا يخرجها الى بلد غير بلدها الا برضاها لان الغربة تؤذى اذا لم يكن لها فيها عشيرة واختاره أبو الليث وقال صاحب ملتقى البحار وأفتى أنا بأنه يتمكن من نقلها اذا أوفاها المعجل والمؤجل وكان مأمونا ولا يمكن منه اذا أوفاها المعجل دون المؤجل لانها لا ترضى بالتأجيل اذا أخرجها الى بلاد الغربة لعلمها أن الغربة تؤذى قال رحمه الله (وان اختلفا فى قدر المهر حكم مهر المثل والمتعة لو طلقها قبل الوطء) ومعناه أن مهر المثل يجعل حكما بينهما فمن شهد له مهر المثل فالقول قوله مع يمينه فان كان يشهد له بأن كان مثل ما يدعيه أو أقل يحلف فان حلف لزمه ما أقر به تسمية وان نكل لزمه ما ادعت المرأة على انه مسمى لاقراره أو بذله بالنكول وان كان يشهد لها بأن كان مهر مثلها مثل ما تدعيه أو أكثر تحلف فان نكلت فلها ما أقر به الزوج تسمية لاقرارها به وان حلفت فلها جميع ما ادعت بقدر ما أقر به الزوج على انه مسمى لاتفاقهما عليه والزائد بحكم أنه مهر المثل لا باليمين ثم يتخير فيه الزوج بين الدراهم والدنانير لان عينها الدفع الحط الذى يدعيه الزوج ثم الوجوب بحكم أنه مهر المثل وأيهما أقام البينة يقبل فى الوجهين لانه نور دعواه بها ويجب ما يدعيه تسمية لثبوته بالبينة وان أقاما البينة فبينة من لم يشهد له الظاهر أولى لانها تثبت الحط أو الزيادة ويجب على أنه مسمى لان البينة كاسمها مبينة وان لم يشهد مهر المثل لواحد منهما بأن كان أكثر مما ادعاه الزوج وأقل مما ادعته المرأة فان لم يكن لهما بينة تحالفا فأيهما نكل لزمه دعوى صاحبه لانه اقرار أو بذل

وان حلفا يجب مهر المثل بقدر ما أقر به الزوج يجب على أنه مسمى لاتفاقهما عليه والزائد بحكم مهر المثل حتى يتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير ولو أقام أحدهما البينة أيهما كان ثبت ما يدعيه على انه مسمى لانه أثبته بالبينة وان أقاما البينة تهاترتا فى الصحيح لاستوائهما فى الدعوى والاثبات ثم يجب مهر المثل كله فيتخير فيه الزوج بين دفع الدراهم والدنانير بخلاف التحالف لان بينة كل واحد منهما تنفى تسمية صاحبه فخلا العقد عن التسمية فيجب مهر المثل ولا كذلك التحالف لان وجوب قدر ما يقر به الزوج بحكم الاتفاق والزائد بحكم مهر المثل هكذا ذكره الكرمانى وذكر قاضيخان أنه يجب قدر ما اتفقا عليه على أنه مسمى والزائد على أنه مهر المثل فيتخير فى الزائد كما فى التحالف وان طلقها قبل الدخول بها تحكم متعة مثلها على التفصيل الذى ذكرناه فى تحكيم مهر المثل وهذا معنى قوله والمتعة لو طلقها قبل الوطء أى تحكم المتعة ان طلقها قبل الدخول ثم ذكر هنا تحكيم المتعة بعد الطلاق قبل الدخول وكذا فى الجامع الكبير وذكر فى الجامع الصغير أن القول قول الزوج فى نصف المهر وكذا فى الاصل ووجه التوفيق أنه وضع المسئلة فى الاصل فى الالف والالفين ومتعة مثلها لا تبلغ نصف الالف الذى يقر به الزوج عادة فلا يفيد التحكيم بل الظاهر يشهد له ووضعها فى الجامع الكبير فى العشرة والمائة ومتعة مثلها تزيد على نصف العشرة عادة فيفيد التحكيم والمذكور فى الجامع الصغير ساكت عن ذكر المقدار فيحمل على ماهو المذكور فى الاصل وكذا المذكور فى هذا الكتاب ساكت عن ذكره فيحمل على ماهو المذكور فى الجامع الكبير وهذا تخريج الرازى وقال الكرخى يتحالفان فى الفصول كلها ثم يحكم مهر المثل بعد ذلك على نحو ما ذكرنا من التفاصيل واختاره صاحب المبسوط وغيره من المتأخرين لان ظهور مهر المثل عند عدم التسمية وذلك بعد التحالف فان ما يدعيه كل واحد منهما من المسمى ينتفى بيمين صاحبه فيبقى العقد بلا تسمية فحينئذ يصار الى مهر المثل لخلو العقد عن التسمية وقبل ذلك لم يوجد ما ينفى التسمية فلا يعتبر مهر المثل وقال قاضيخان ما قاله الرازى أولى لانا لا نحتاج الى مهر المثل لان نوجبه بل لنصحح به ما سماه فلا حاجة الى التحالف مع أن المذكور فى شرح الجامع الصغير تخريج الرازى وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف القول قول الزوج الا أن يأتى بشئ مستنكر وهو ما لا يتعارف مهرا لها لانه مستنكر عرفا قال قاضيخان وهو الاصح وقيل ما لا يصلح مهرا شرعا وهو أن يكون أقل من عشرة دراهم لانه مستنكر شرعا قال الولوى هذا أشبه بالصواب لانه ذكر فى كتاب الرجوع عن الشهادة أنه لو ادعى أنه تزوجها على مائة وهى تدعى أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها ألف وأقام البينة ثم رجع الشهود لم يضمنوا عند أبى يوسف لانه لولا الشهادة كان القول قوله ولم يجعل المائة مستنكرا فى حقها فعلم بذلك أن المراد ما ذكرنا لابى يوسف أن المرأة تدعى زيادة والزوج ينكرها والقول قول المنكر لان الاصل براءة الذمة الا اذا كذبه الظاهر ولأن تقوم منافع البضع ضرورى فمتى أمكن ايجاب شئ لا يصار الى مهر المثل فصار كالخلع والعتق والصلح عن دم العمد على مال وكالاجارة ولهما أن القول فى الدعاوى قول من يشهد له الظاهر والظاهر يشهد لمن يشهد له مهر المثل اذ هو الموجب الاصلى فى باب النكاح فصار كالصباغ مع صاحب الثوب اذا اختلفا فى مقدار الاجرة يحكم قيمة الصبغ بخلاف سائر الاجارات وهذا لان البضع متقوم حالة الدخول فى الملك لانه ملحق بالاعيان كالصبغ فى الثوب ولا قيمة للمنافع ولا للبضع حالة الخروج وكذا الصلح عن دم العمد والعتق ولهذا لا يجب شئ عند عدم التسمية قال رحمه الله (ولو فى أصل المسمى يجب مهر المثل) أى لو كان الاختلاف فى أصل المسمى بان نفاه أحدهما وادعاه الآخر يجب مهر المثل وهذا بالاتفاق أما عندهما فظاهر لان أحدهما يدعى التسمية والآخر ينكره فالقول قول المنكر وكذا عند أبى يوسف لتعذر القضاء بالمسمى بخلاف ما تقدم لانه أمكن القضاء بالمتفق عليه وهو الاقل ما لم يكن مستنكرا وقال صاحب الهداية ولو كان الاختلاف فى أصل المسمى يجب مهر المثل بالاجماع لانه هو الاصل عندهما أى عند أبى حنيفة ومحمد وهذا مشكل لان عند محمد التسمية هى الاصل وانما يصار الى مهر المثل عند تعذر ايجاب المسمى وهو مع

يتحالفان فى الفصول) أى الثلاثة على قول أبى حنيفة ومحمد وهى أن يكون مهر المثل شاهدا لها أو شاهدا له أو بينهما اهـ اتق (قوله واختاره صاحب المبسوط) أى والمحيط اهـ غاية (قوله فان ما يدعيه كل واحد منهما الخ) قال السروجى والجواب عن قول الكرخى أنه يبقى نكاحا بلا تسمية بالتحالف فيكون موجبه مهر المثل أنه لا يستقيم لانه لو كان كذلك لخير الزوج بين دفع الدراهم والدنانير كما هو الحكم فى مهر المثل وقد ذكرنا أنه يجب عليه دراهم من غير تخيير ويجبر عليها اهـ (قوله قال قاضيخان وهو الاصح) أى تفسير المستنكر بهذا اهـ (قوله وأقام البينة) أى ودخل بها اهـ (قوله ولم يجعل المائة مستنكرا فى حقها) أى مع ان مهر مثلها ألف اهـ (قوله وكالاجارة) أى فانه لا يحكم فيها أجرة المثل اهـ غاية (قوله يحكم قيمة الصبغ الخ) واذا لم يشهد الصبغ لواحد منهما تحالفا ويبدأ بيمين صاحب الثوب فاذا حلف يغرم صاحب الثوب ما زاد الصبغ فى ثوبه اهـ غاية (قوله بخلاف سائر الاجارات) الذى فى خط الشارح الاجارة اهـ (قوله بان نفاه أحدهما وادعاه الآخر يجب مهر المثل) أى ولو كان بعد الطلاق قبل الدخول تجب المتعة بالاتفاق اهـ كمال

أبي يوسف فيه وانما ذلك قول أبي حنيفة وحده ذكره في الجامع الكبير وغيره وكذا ذكره في الهداية قيل هذا فيما اذا تزوجها على هذا العبد أو على هذا العبد وأحدهما أرفع من الآخر الخ ولو كان الاختلاف بعد موت أحدهما فالجواب فيه كالجواب في حياتهما بالاتفاق لان اعتبار مهر المثل لا يسقط بموت أحدهما وكذا لو طلقها بعد الدخول قال رحمه الله (وان ماتا ولو في القدر فالقول لورثته) أى ان مات الزوجان ووقع الاختلاف بين الورثة في مقدار المسمى فالقول قول ورثة الزوج ولا يستثنى المستنكر وهذا عند أبي حنيفة وقالا الاختلاف بعد موتهما كالاختلاف في حياتهما وأصل الخلاف أنه لا حكم لمهر المثل بعد موتهما عنده وعندهما له حكم على ما يأتي من قريب ان شاء الله تعالى ولو وقع الاختلاف بعد موتهما في أصل التسمية فالقول قول من ينكره عنده ولا شيء للمرأة وان ماتا وقد كان سمى لها مهرا فهو لورثتها بالاتفاق وان لم يكن سمى لها شيأ فلا شيء لها عند أبي حنيفة وقالا لورثتها يقضى بمهر المثل اذا كان النكاح ظاهرا الا اذا قامت البينة على ايفاء المهر أو على اقرارها به أو اقرار ورثتها به لانه كان دينا في ذمته فلا يسقط بالموت كالمسمى ولابي حنيفة أن موتهما يدل على انقراض أقرانهما ظاهرا فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل وهذا لان مهر المثل يقدر بحالها وبحال نساء عشيرتها وموتهما يدل على موت نساء عشيرتها او موت نساء زمانها فلا يمكن تقدير مهرها ولانه لو سمع الدعوى في ذلك لسمع من وارث وارث من مات في العصر الاول ان كان نكاحهما ظاهرا مشهورا في زماننا وبهذا احتج أبو حنيفة أرأيت لو ادعت ورثة أم كلثوم بنت على رضى الله عنهما مهر المثل على ورثة عمر رضى الله عنه أكنت أسمع البينة في ذلك ولان القضاء به يؤدى الى استيفاء مهر المثل مرارا لان النكاح يثبت بالاستفاضة والشهرة فيقضى بمهر المثل ثم يأتي قوم آخرون فيدعون ذلك فيقضى لهم بمهر المثل ثم وثم فيتسلسل الى آخر الدهر وفي فتاوى قاضيخان ولان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في سقوطه بموت أحدهما فكان اجماعا منهم على سقوطه بموتهما ولان الظاهر الاستيفاء والابراء في مثل هذه الحالة هو العادة بين الناس فلا يثبت وقيل اذا لم يتقادم العهد بموتهما يقضى بمهر المثل عنده أيضا وقوله فبمهر من يقدر القاضي مهر المثل يشير اليه وفي المبسوط المستحق بالنكاح ثلاثة أشياء المهر المسمى وهو أقواها والنفقة وهي أضعفها ومهر المثل وهو المتوسط فالاقوى لا يسقط بالموت والاضعف يسقط بموت أحدهما والمتوسط يسقط بموتهما لا بموت أحدهما وقال مشايخنا هذا كله اذا لم تسلم نفسها فان سلمت ثم وقع الاختلاف في حالة الحياة أو بعد الموت فانه لا يحكم بمهر المثل بل يقال لها لا بد أن تقرى بما تعجلت والا حكمنا عليك بالمتعارف في المعجل ثم يعمل في الباقي كما ذكرنا لانها لا تسلم نفسها الا بعد قبض شيء من المهر عادة قال رحمه الله (ومن بعث الى امرأته شيأ فقالت هو هدية وقال هو من المهر فالقول له في غير المهيا للاكل) لانه المملك فكان أعرف بجهة التمليك كما اذا قال أودعتك هذا الشيء فقالت بل وهبته لي وكذا الظاهر يشهد له لانه يسعى في اسقاط ما في ذمته الا في الطعام المهيا للاكل كالشواء واللحم المطبوخ والفواكه التي لا تبقى فان القول قولها فيه استحسانا لجريان العادة باهدائها فكان الظاهر شاهدا لها بخلاف ما اذا لم يكن مهيأ للاكل كالعسل والسمن والجوز واللوز وقيل ما يجب عليه من الخمار والدرع ونحو ذلك ليس له أن يحسبه من المهر لان الظاهر يكذبه بخلاف ما لا يجب عليه كالخف والملاءة لانه لا يجب عليه أن يمكنها من الخروج بل له أن يمنعها ثم اذا كان القول قول الزوج ترد عليه المتاع ان كان قائما وترجع بمهرها لانه بيع بالمهر فلا ينفرد به الزوج بخلاف ما اذا كان من جنس المهر وان كان هالكا لا ترجع ولو قالت هي من المهر وقال هو وديعة فان كان

(قوله فالقول قول ورثة الزوج) أى ولا يحكم مهر المثل قل أو كثر لانهم لو لم يقروا بشيء لا يقضى لهم عنده بشيء فاذا أقروا بشيء قضى به اه غاية وكتب ما نصه أى لان مهر المثل يسقط اعتباره بعد موتهما عنده وعند أبي يوسف القول قول ورثة الزوج فيما أقروا به الا أن يأتوا بشيء قليل وعند محمد القول لورثة المرأة الى مهر مثلها والقول لورثة الزوج في الفضل كما في حال الحياة وفي الاختلاف في الاصل القول قول ورثة الزوج عنده ولا يلزمه شيء لان المسمى ليس بمحقق ومهر المثل لا اعتبار به عنده بعد موتهما وعندهما يقضى بمهر المثل كما في حال حياتهما وعليه الفتوى اه رازى رحمه الله (قوله كالاختلاف في حياتهما) أى فعند أبي يوسف يقضى بما تدعيه ورثة الزوج لقيامهم مقام مورثهم وعند محمد يقضى بمهر المثل اه غاية (قوله فالقول قول من ينكره) أى المسمى والمنكر ورثة الزوج اه (قوله فهو لورثتها) أى من تركة الزوج اه غاية (قوله وقالا لورثتها الخ) والفتوى على قولهما اه قاضيخان (قوله فلا يثبت) أى البقاء الا بالبينة أو اقرار ورثته كذا علل في البدائع اه غاية قال في البدائع وقوله في المسئلة مشكل اه غاية (قوله والمتوسط يسقط بموتهما) أى عند أبي حنيفة كما تقدم (قوله في المتن فقالت هو هديه) أى المبعوث اه (قوله فالقول له) أى مع يمينه اه رازى (قوله الا في الطعام المهيأ) أى المعد للاكل مما يتسارع اليه الفساد اه اتقانى (قوله واللحم المطبوخ) أى والدجاج المطبوخ اه والحلوى والخبيصة والخبز واللحم وسائر الاطعمة اه غاية (قوله كالعسل والسمن) أى من الدقيق والسكر والشاة الحية اه فتح (قوله وقيل ما يجب عليه) أى في الزمن الثاني اه (قوله وان كان هالكا لا ترجع) قال الكمال رحمه الله وان كان هالكا لا ترجع بالمهر بل بما بقى ان كان يبقى بعد قيمته شيء اه

من جنس المهر فالقول قولها وان كان من خلافه فالقول قوله ولو بعث الى امرأته شيأ و بعث اليه أبوها شيأ ثم قال هو من المهر فلأبيها أن يرجع بما بعث ان كان من مال نفسه وكان قائما وان كان من مال البنت باذنها فليس له أن يرجع لانه هبة منها للزوج هكذا ذكره فى الذخيرة وفى فتاوى أهل سمرقند رجل تزوج امرأة و بعث اليها بهدايا وعوضته المرأة على ذلك عوضا ثم زفت اليه ثم فارقها وقال انما بعثت اليك عارية وأراد أن يسترد ذلك وأرادت المرأة أن تسترد العوض فالقول له فى الحكم لانه أنكر التمليك فاذا استرد ذلك منها كان لها أن تسترد ما عوضته وفى الذخيرة جهز بنته وزوجها ثم زعم أن الذى دفعه اليها ماله وكان على وجه العارية عندها فقالت هو ملكى جهزتنى به أو قال الزوج ذلك بعد موتها فالقول قولهما دون الاب لان الظاهر شاهد بملك البنت اذ العادة دفع ذلك اليها بطريق الملك وحكى عن على السغدى أن القول قول الاب لان ذلك يستفاد من جهته وذكر مثله السرخسى وأخذ به بعض المشايخ وقال فى الواقعات ان كان العرف ظاهرا بمثله فى الجهاز كما فى ديارنا فالقول قول الزوج وان كان مشتركا فالقول قول الاب ولو أبرأت زوجها من مهرها أو وهبته اياه ثم ماتت بعد مدة فقالت الورثة أبرأته فى مرض موتها وأنكر الزوج فالقول له وقيل ينبغى أن يكون القول قول الورثة لان الزوج يدعى سقوط ما كان ثابتا وهم ينكرون وجه الظاهر أن الورثة لم يكن لهم حق وانما كان لها وهم يدعونه لانفسهم والزوج ينكره فكان القول له قال رحمه الله (ولو نكح ذمى ذمية بميتة أو بغير مهر وذا جائز عندهم فوطئت أو طلقت قبله أو مات عنها فلا مهر لها وكذا الحربيان ثمة) أى فى دار الحرب وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وهو قولهما فى الحربيين وأما فى الذمية فلها مهر مثلها ان دخل بها أو مات عنها والمتعة ان طلقها قبل الدخول بها وهو قول الشافعى رحمه الله وقال زفر لها مهر المثل فى الحربيين أيضا لان الخطاب عام والنكاح لم يشرع بغير المال ولهما أن أهل الحرب غير ملتزمين أحكام الاسلام وولاية الالزام منقطعة لتباين الدارين بخلاف أهل الذمة فان أحكام أهل الاسلام جارية عليهم من استحقاق النفقة فى النكاح والعدة والتوارث بالنسب و بالنكاح الصحيح وثبوت خيار البلوغ وحرمة نكاح المحارم والمطلقة ثلاثا والزنا والربا وغيرها من الاحكام وقد تحققت ولاية الالزام مع تحقق الالتزام ولابى حنيفة رحمه الله أن أهل الذمة لا يلتزمون أحكامنا فى الديانات وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات ولهذا لا نمنعهم من شرب الخمر وأكل الخنزير و بيعهما وولاية الالزام بالسيف والمحاجة وكل ذلك منقطع عنهم باعتبار عقد الذمة فانا أمرنا أن نتركهم وما يدينون فصاروا كأهل الحرب فلا فائدة للمحاجة بعد الامر بالترك ورفع السيف عنهم بخلاف بائع متروك التسمية ونحوه حيث نبطله بالحجة ولان المهر حق الله تعالى والكافر غير مخاطب به بخلاف الاحكام التى ذكر على ما يأتى ان شاء الله تعالى عن قريب وقوله فى الكتاب أو بغير

(قوله وكان قائما) أى وان كان هالكا لا يرجع اه فتح (قوله وفى فتاوى أهل سمرقند الخ) ولو خطب بنت رجل و بعث اليها شيأ ولم يزوج الاب البنت قالوا ما بعث للمهر وهو قائم أو هالك يسترد (١) وكذا ما بعث هدية وهو قائم فاما الهالك والمستهلك فلا شئ له فى ذلك اه استروشنى (قوله و بعث اليها بهدايا الخ) قال الكمال رحمه الله هذا والذى يجب اعتباره فى ديارنا أن جميع ما ذكر من الحنطة واللوز والدقيق والسكر والشاة الحية و باقيها يكون القول فيه قول المرأة لان المتعارف فى ذلك كله ارساله هدية فالظاهر مع المرأة لا معه ولا يكون القول له الا فى نحو الثياب والجارية وفيما اذا بعث الاب بعد بعث الزوج تعويضا يثبت له حق الرجوع على الوجه الذى ثبت فى فتاوى أهل سمرقند وكذا البنت فيما أذنت فى بعثه تعويضا هذا اذا كان بعثهما عقيب بعث الزوج فان تقدم عليه فالظاهر أنه هدية لا يوجب الرجوع فيه للزوج الا ان كان قائما والله سبحانه وتعالى أعلم (قوله اذ العادة دفع ذلك اليها بطريق الملك) وهذا القول هو الذى كان يفتى به مشايخنا رحمهم الله تعالى للعادة الفاشية فى ديارنا بالملك وتجد الزوجة تتصرف فى الجهاز تصرف الملاك من استمتاع و بيع وهبة على طول السنين ولا يوجد نهى من أبويها عن ذلك بل ولا يسمع منهما شئ من ذكر العارية وقد اتفقت فتواى وفتاوى قاضى القضاة نور الدين الطرابلسى متع الله بحياته المسلمين على هذا والله الموفق اه (قوله وذكر مثله السرخسى) أى فى شرح السير فى باب الوصية بالمال فقال العارية تبرع والهبة تبرع والاولى أدناهما (قوله وقال فى الواقعات) أى للصدر الشهيد هو المختار للفتوى (قوله فى المتن ولو نكح ذمى ذمية الخ) لما ذكر مهور المسلمين شرع فى ذكر مهور الكفار اه كمال ولا تعتبر الكفاءة بينهم أيضا ذكره فى جوامع الفقه اه غاية (قوله فلا مهر لها) وكذا اذا أسلما بعد ذلك اه غاية (قوله لان الخطاب عام) أى وهو قوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم اه (قوله و بالنكاح الصحيح) سيأتى عند قوله ولو كانت محرمه فرق ما يؤيده اه (قوله لا يلتزمون أحكامنا فى الديانات) أى كالصوم والصلاة اه وحرمة الخمر والخنزير اه اتقانى (قوله وفيما يعتقدون خلافه من المعاملات) أى كالنكاح بغير شهود اه اتقانى (قوله ولان المهر) أى ولان تسمية المهر عند العقد حق الله تعالى اه (قوله حق الله) أى بدليل أن المهر لا يسقط بتراضيهما على اسقاطه اه غاية

---

(١) (قوله وكذا ما بعث هدية الخ) من هنا الى أول باب التعليق انفردت بيدنا نسخة سقيمة كثيرة التحريف كتبه مصححه

مهر يحتمل نفي المهر ويحتمل السكوت عنه وفي كل منهما يرجع الى اعتقادهم وقيل في الميتة والسكوت روايتان عنه في رواية يجب مهر المثل لانها لم ترض بغير بدل والاصح أن الكل على الخلاف فعنده لايجب شئ بدون اعتقادهم لانها لما رضيت بما ليس بمال ولاقيمة له فقد رضيت بغير بدل ولانه لو وجب لوجب حقا لله تعالى والكافر غير مخاطب به ولا يجب حقا لها لرضاها بدونه واختلاف العلماء في خطاب الكفار بالشرائع وفي جواز خطابهم بها عقلا وذكر صاحب كفاية الفحول اختلافهم في جوازه عقلا وأما وقوعه ففي مختصر البزدوي أن الكافر أهل لاحكام لايراد بها وجه الله تعالى وليس بأهل لوجوب الشرائع وفي أصول أبي الحسن البستي قال أبو حنيفة وعامة أصحابه ان الخطاب بالحرمات وماموجب العقوبات يتناول الكفار وخطاب العبادات لايتناولهم ولاخلاف في تناولهم الامر بالايمان وفي أصول السرخسي الكفار مخاطبون بالايمان والمشروع من العقوبات فيما اعتقدوا حرمته ولهذا تقام عليهم الحدود بطريق الجزاء والزجر عن الاقدام على أسبابها ولايحدون حد شرب الخمر والسكر لعدم اعتقادهم حرمته وكذا يتناولهم الخطاب بالمعاملات كالبيع لوجود التزامهم قال ولاخلاف أن الخطاب بالشرائع يتناولهم في حكم المؤاخذة في الآخرة لان موجب الامر اعتقاد لزوم المأمور به وهم ينكرون اللزوم وذلك كفر منهم بمنزلة انكار التوحيد لان صحة التصديق والاقرار بالتوحيد لايكون مع انكار شئ من الشرائع وفي الميزان قال بعض مشايخ سمرقند لايتناولهم الخطاب أصلا لافي حق المحرمات ولافي حق العبادات الاماقام دليل شرعي عليه نصا وقال بعض أهل التحقيق منهم انهم مخاطبون بالحرمات والمعاملات دون العبادات وفي المحصول قال الاكثرون منا ومن المعتزلة الامر بفروع الشرائع لايتوقف على الايمان وقال الجمهور من أصحاب أبي حنيفة انه يتوقف عليه وهو قول أبي حامد الاسفرايني من الشافعية ومال الكرخي والجصاص الى تناولهم الخطاب بالفروع ولايمكنهم الاحتجاج بمثل قوله تعالى وويل للمشركين الذين لايؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون لان المراد بها الجحود أي يجحدون الزكاة وقد عرف الحجج من الجانبين في موضعه قال رحمه الله (ولو تزوج ذمي ذمية بخمر أو خنزير عين فأسلما أو أسلم أحدهما فلها الخمر والخنزير وفي غير العين لها قيمة الخمر ومهر المثل في الخنزير) معناه أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف لها مهر المثل في المعين وغير المعين وهو قوله الآخر وقال محمد لها قيمتهما في الوجهين وهو قول أبي يوسف الاول لهما أن القبض مؤكد للملك في المعين حتى لو طلقها قبل الدخول بها بعد القبض لايثبت ملك الزوج في النصف الا بالقضاء أو التراضي على الاسترداد وقبل القبض يثبت له بنفس الطلاق ولهذا لو هلك قبل القبض كان على الزوج وبعده عليها فكان للقبض شبهة بالعقد فيمتنع بالاسلام إلحاقا للشبهة بالحقيقة في موضع الاحتياط فصار كالبيع وفي غير المعين موجب للملك اذ لايملك قبله فكان القبض ابتداء تملك للعين فيمتنع بالاسلام كالعقد فاذا امتنع تسليم المعين فأبو يوسف يقول يجب مهر المثل كما لو أنشأ العقد بعد الاسلام ومحمد رحمه الله يقول صحت التسمية لكون المسمى مالا عندهم الا أنه امتنع التسليم بالاسلام فتجب قيمته كما اذا هلك المسمى قبل القبض ولابي حنيفة رحمه الله أن الملك في الصداق المعين يتم بنفس العقد ولهذا تملك التصرف فيه من البيع والهبة وبالقبض ينتقل من ضمان الزوج الى ضمانها وذلك لايمتنع بالاسلام كاسترداد الخمر المغصوب بخلاف المشترى لان ملك التصرف فيه قد ثبت بالقبض فصار كالعقد وفي غير المعين القبض يوجب ملك العين فيمتنع بالاسلام فيتعذر قبضه فاذا تعذر القبض لاتجب القيمة في الخنزير لانه من ذوات القيم فيكون أخذ قيمته كأخذ عينه ولهذا لو أتى بقيمة الخنزير تجبر على الاخذ ولا كذلك الخمر وقال في الغاية يرد على هذا مالو اشترى ذمي دارا من ذمي بخمر أو خنزير وشفيعها مسلم يأخذها بالشفعة بقيمة الخمر والخنزير فلم تجعل قيمة الخنزير كعينه ولم يجب عنه بشئ والجواب أن

(قوله وقيل في الميتة والسكوت روايتان عنه) أي عن أبي حنيفة اه (قوله وذكر صاحب كفاية الفحول) أي في علم الاصول اه غاية (قوله الاماقام دليل شرعي عليه نصا) أي كعقود أهل الذمة من حرمة الربا ووجوب الحدود والقصاص اه غاية (قوله ولو تزوج) كذا في المتون والذي بخط الشارح تزوج بغير قوله ولو اه (قوله وفي غير العين) أي وهو الدين وهو الموصوف في الذمة (قوله كان على الزوج) أي ويجب عليه قيمته اه غاية (قوله ولهذا تملك) أي تملك المرأة التصرف في الصداق المعين وهو ايضاح لتمام الملك بنفس العقد في الصداق المعين (قوله بخلاف المشترى) متصل بقوله ان الملك في الصداق المعين الخ يعني بخلاف ما اذا باع الخمر والخنزير أو اشترى ثم أسلم قبل القبض فانه لايجوز له القبض بل ينفسخ العقد لان المبيع يستفاد ملك التصرف فيه بعد القبض لاقبله والاسلام مانع منه اه ك (قوله ولهذا لو أتى بقيمة الخنزير) أي قبل الاسلام اه هداية

(قوله ولو طلقها الخ) يعنى على قول أبى حنيفة فى العين لها نصف العين وفى غير العين فى الخمر لها نصف القيمة وفى الخنزير لها المتعة لان مهر المثل لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول بل فى كل موضع كان الواجب مهر المثل قبل الطلاق فالواجب المتعة بعد الطلاق وعند أبى يوسف لها المتعة على كل حال وعند محمد لها بعد الطلاق نصف القيمة على كل حال اه ك

﴿باب نكاح الرقيق﴾

الرقيق العبد ويقال للعبيد اه فتح وانما أخر هذا الباب عن فصل النصرانى والنصرانية لما أن الرقيق لا ينفذ نكاحه أصلا الا اذا أذن له مولاه بخلاف أهل الكتاب فان لهم ولاية النكاح فلما ذكر من لهم ولاية النكاح بأنفسهم وهم المسلمون وأهل الكتاب ألحق بهم من ليس لهم ولاية النكاح بأنفسهم وهم الارقاء وقدم هذا الباب على نكاح أهل الشرك لان الرق يتحقق فى المسلم بقاء وان لم يتحقق ابتداء والرقيق المسلم خير من المشرك الحر قاله الاتقانى رحمه الله وقال الكمال لما فرغ من نكاح الاحرار (١٦١) المسلمين شرع فى بيان نكاح الارقاء والاسلام فيهم غالب فلذا قدم باب نكاح المسلمين ثم أولاه نكاح أهل الشرك وأما ما تقدم من فصل النصرانى فانما هو فى المهر من توابع مهور المسلمين والمهر من توابع النكاح فأردفه تتمة له اه (قوله فى المتن لم يجز نكاح العبد الخ) قال العينى هذه المسئلة مكررة فلذا ذكرها الشيخ فيما مضى فى باب الاولياء بعبارة أحسن من هذا حيث قال ونكاح العبد والامة بلا اذن السيد موقوف وههنا قال لم يجز والصواب أن يقال موقوف مثل ما قال هنالك أو لا ينفذ اه (قوله وقال مالك الخ) قال الكمال وما نسبه الى مالك فى الكتاب ليس مذهبه وحاصل تقرير وجهه المذكور ملازمة بين (٢١ - زيلعى ثانى) الملكين شرعا فقد تبين بان من ملك رفع شئ ملك وضعه وتمنع يملك رفع الضرر عن النفس ولا يملك اثباته شرعا على نفسه ولذا ملك التطبب ولم يملك أكل السم وادخال المؤذى على البدن والاوجه بيانها بانه ملك الطلاق لانه من خواص الآدمية فكذا النكاح ويجاب بما سنذكر ثم قال الكمال ولان فى تنفيذ نكاحهما تعييبهما أما فى العبد فبشغل ماليته بالمهر والنفقة وأما فى الامة فلحرمة الاستمتاع بها عليه بالنكاح وهذا تصرف فى ماله بالافساد فلا ينفذ الا برضاه وبهذا يجاب عن المنسوب الى مالك من قوله يملك الطلاق فيملك النكاح فالطلاق ازالة عيب عن نفسه بخلاف النكاح اه (قوله وهى شاذة) أى الرواية المنقولة عن مالك من أصلها تدل على ذلك ما ذكره الكمال رحمه الله اه (قوله فهو عاهر) أى زان اه (قوله تعييبهم) أى فى البيع اه (قوله فيما يتعلق به خطاب الشرع) أى أمر ونهيا كالصلاة والصوم والغسل والزنا والشرب وغيره الا فيما علم اسقاط الشارع اياه عنه كالجمعة والحج اه فتح (قوله فى ضمنه ضرورى) أى ضرورة صيانة الواجب كذا بخط الشارح اه (قوله بيع فى مهرها) أى ان لم يفده المولى اه فتح وكتب ما نصه على قوله فى مهرها بخط الشارح بمهره اه (قوله بخلاف ما اذا تزوج بغير اذن مولاه ودخل بها) أى ثم فرق المولى بينهما اه اتقانى

قيمة الخنزير انما تكون كعينه أن لو كان بدلا عن الخنزير كما فى مسئلة النكاح أما اذا كان بدلا عن غيره فلا وفى مسئلة الشفعة قيمة الخنزير بدل عن الدار المشفوعة وانما صير اليها للتقدير بها لا غير فلا يكون لها حكم عينه ولو طلقها قبل الدخول بها فمن أوجب لها مهر المثل أوجب المتعة لانها حكم مهر المثل ومن أوجب القيمة أوجب نصفها والله أعلم

﴿باب نكاح الرقيق﴾

الرق الضعف وضده العتق قال رحمه الله (لم يجز نكاح العبد والامة والمكاتب والمدبر وأم الولد الا باذن السيد) والصواب أن يقال لا ينفذ لانه يجوز لكنه لا ينفذ كعقد الفضولى وقال مالك لا ينكح العبد الا باذن سيده فان عقده من غير اذنه صح ثم للسيد أن يطلق عليه ويكون ذلك طلاقا وكذا لو طلقها العبد قبل اجازة المولى يكون طلاقا بخلاف الامة فان العقد عليها بغير اذنه باطل ولا يصح باجازته وعنه للسيد فسخه أو تركه كنكاح العبد وهى شاذة ولنا قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ والنكاح شئ فلا يقدر عليه وقال عليه الصلاة والسلام أيما عبد تزوج بغير اذن مولاه فهو عاهر رواه أبو داود والترمذى من حديث جابر وقال حديث حسن والمدبر وأم الولد والمكاتب ما بقى عليه درهم عبد فيتناوله اللفظ ولان فى تنفيذ نكاحهم تعييبهم اذ النكاح عيب فيهم فلا يملكونه بغير اذن مولاهم ولا يقال إن اقرار العبد بالحدود والقصاص مقبول مع انه تعييب بل فيه اهلاك فالنكاح أولى لانا نقول لا يدخل العبد تحت ملك المولى فيما يتعلق به خطاب الشرع وهذه الاحكام تجب عقوبة جزاء على ارتكابه المحظور وزجرا للعباد عن الفساد وذلك بالآدمية وملكه ثبت من حيث المالية وما ثبت من التعييب فى ضمنه ضرورى فلا يبالى به قال رحمه الله (فلو نكح عبد باذنه) أى باذن المولى (بيع فى مهرها) أى فى مهر امرأته لان هذا الدين ظهر فى حق المولى فأشبه دين المأذون له فى التجارة فيتعلق برقبته دفعا للضرر عنها وهذا لان ذمته ضعيفة فلو لم يتعلق برقبته لتضررت بخلاف ما اذا تزوج بغير اذن مولاه ودخل بها حيث لا يباع به بل يطالب به بعد الحرية لعدم صدور الاذن من المولى كما اذا لزمه الدين باقراره بخلاف ما اذا لزمه بالاتلاف

(قوله وأما اذا زوج عبده امته) قال الاتقانى فى شرح الطحاوى ولو زوج أمته من عبده فانه يجوز وان كان يكره منهما ولا يجب المهر لانه لو وجب له على نفسه ولا يجوز أن يجب له على نفسه وقال بعضهم يجب ثم يسقط ولو أعتقهما جميعا فالعبد لا خيار له والامة لها الخيار اه قال الكمال واذا زوج عبده من أمته لا يجب عليه مهر لها ولا للسيد ومنهم من قال يجب ثم يسقط لان وجوبه لحق الشرع والاولون يقولون لا فائدة فى هذا الوجوب لانه لو وجب لوجب فى ماليته وهى للمولى اه قال ابن أمير حاج رحمه الله وقول الاولين هو الاصح وبه قال مالك والشافعى وأحمد اه (قوله وطلقها رجعية اجازة الخ) هذه من خواص مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى عبد تزوج امرأة بغير اذن مولاه فقال له مولاه طلقها لم يكن ذلك اجازة وكذلك لو قال له فارقها ولو قال له طلقها تطليقة تملك الرجعة كان اجازة وانما لم يكن اجازة فى الصورة الاولى لان قول المولى طلقها يحتمل الاجازة ويحتمل الرد والطلاق فى النكاح الفاسد والموقوف ليس بطلاق بل هو متاركة للنكاح وفسخ له حتى لا ينتقص شئ من عدد الطلاق وذلك لان وقوع الطلاق يختص بنكاح صحيح الا أن النكاح وان لم يكن صحيحا يكون شبهة يسقط الحد اذا وطئ قبل الاجازة الا اذا وطئ بعد المتاركة فحينئذ يلزمه الحد لارتفاع الشبهة اه اتقانى (قوله ولو قال طلقها أو فارقها لا يكون اجازة) أى وكذا لو قال طلقها طلاقا بائنا ذكره فى المحيط اه غاية (قوله وهو) أى الرد أليق بحاله أى من الاجازة اه (قوله وهو أدنى) أى الرد من حيث إن المتاركة رد والطلاق رفع والرد أسهل من الرفع اه (قوله فكان الحمل عليه أولى) أى لئلا تثبت الاجازة بالشك اه غاية (قوله ولان فعل الفضولى اعانة) أى وليس بتمرد أما العبد فمتمرد بالنكاح بدون اذن المولى فالرد أليق بالعبد اه (قوله أو لا بأس) أى أو أحسنت ما أو أصبت اه فتح وفى خزانة الاكمل لو قال أنا كاره أو لا أرضى لا يكون اجازة و يكون ردا أما لو وصل فقال أنا كاره ولكن أجزته أو قال لا أرضى ولكن رضيت جاز استحسانا اه ع (قوله أو شيأ منه) أى وسكوته لا يكون اجازة اه فتح (قوله بخلاف الهديه) أى فانها لا تكون اجازة اه (قوله قال الفقيه أبو القاسم لا يكون شئ من هذه) يعنى قوله هذا حسن وما ذكر معه من الالفاظ اجازة اه (قوله والاذن فى النكاح لا يكون اجازة) أى للنكاح الصادر قبل الاذن اه (قوله فان أجاز العبد الخ) انظر ما ذكره الشارح بعد الورقة الآتية عند قوله ولو نكحت بلا اذن بقوله وكذا لا يلزم ما اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ثم اذن له أن يتزوج الخ ففيه ايضاح لهذا اه قال الكمال رحمه الله ولو أذن له السيد بعدما تزوج لا يكون اجازة فان أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولى اذا وكل فأجاز ما صنعه قبل الوكالة اه

لكونه غير محجور عليه فى حق الفعل فيظهر فى الحال ثم اذا بيع مرة ولم يف الثمن بالمهر لا يباع ثانيا بل يطالب به بعد العتق لانه بيع بجميع المهر بخلاف النفقة حيث يباع بها مرة بعد أخرى لانها تجب ساعة فساعة فلم يقع البيع بالجميع ولو مات العبد سقط المهر والنفقة لفوات محل الاستيفاء هذا اذا تزوج أجنبية وأما اذا زوج عبده أمته فاختلف المشايخ فمنهم من قال يجب المهر ثم يسقط لان وجوبه حق الشرع ومنهم من قال لا يجب لاستحالة وجوبه للمولى على عبده ولو تصور وجوبه ساعة لتصور دهرا وهذا لانه لو وجب لوجب فى ماليته وهى للمولى فلا فائدة فيه قال رحمه الله (وسعى المدبر والمكاتب ولم يبع فيه) وكذا ولد أم الولد ومعتق البعض لعدم قبول النقل من ملك الى ملك فيسعون و يوفى من كسبهم المهر كما فى دين التجارة قال رحمه الله (وطلقها رجعية اجازة للنكاح الموقوف لا طلقها أو فارقها) يعنى اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه وقال له المولى طلقها رجعية يكون اجازة للنكاح ولو قال طلقها أو فارقها لا يكون اجازة لان الطلاق الرجعى لا يكون الا فى نكاح صحيح فتعين الاجازة وقوله طلقها أو فارقها يحتمل الرد لان رد هذا العقد ومتاركته يسمى طلاقا ومفارقة وهو أليق بحال العبد المتمرد وهو أدنى فكان الحمل عليه أولى وقال ابن أبى ليلى قوله طلقها يكون اجازة أيضا لانه أمر مطلق فينصرف الى الجائز ولنا ما ذكرنا من الاحتمالات فلا تثبت الاجازة بالشك حتى لو قال أوقع عليها الطلاق أو طلقها تطليقة تقع عليها يكون اجازة لان وقوع الطلاق مختص بالنكاح النافذ فيكون اجازة ولو زوج فضولى رجلا امرأة فقال له الرجل طلقها يكون اجازة لانه يملك التطليق بالاجازة فيملك الامر به بخلاف المولى ولان فعل الفضولى اعانة كالوكيل ولهذا يكون عند الاجازة كالوكالة السابقة فكان حمله على الاجازة أليق بخلاف فعل المتمرد ولان الضرر فى حق الزوج ينجبر بملك بضع يقابله بخلاف ضرر المولى فان قيل لو ادعت المرأة على رجل نكاحا وأنكر ثم طلقها يكون اقرارا منه بالنكاح وكذا لو قالت امرأة لرجل طلقنى يكون اقرارا منها بالنكاح الصحيح النافذ وكذا لو زوجه فضولى أربعا فى عقدة ثم زوجه ثلاثا فى عقدة أخرى فبلغه فطلق احدى الاربع أو احدى الثلاث بغير عينها يكون اجازة لنكاح ذلك الفريق فما الفرق بينهما وبين مسئلة العبد قلنا أما الاول فالفرق بينهما أن ظاهر حالهما يدل على مباشرة الصحيح النافذ فيحمل عليه بخلاف نكاح المتمرد وأما الثانى فلان كلام الزوج لا يصح الا اذا حمل على وقوع الطلاق فيكون اجازة تصحيحا لكلامه ثم الاصل فيه أن اذن السيد يثبت بالتصريح كقوله أجزت أو رضيت به أو أذنت فيه و يثبت أيضا بالدلالة قولا أو فعلا مثل أن يقول عند سماعه هذا حسن أو صواب أو نعم ما صنعت أو بارك الله فيها أو لا بأس بها أو يسوق اليها مهرها أو شيأ منه بخلاف الهدية قال الفقيه أبو القسم لا يكون شئ من هذه الاقوال اجازة والاول اختيار أبى الليث وبه كان يفتى الصدر الشهيد الا اذا علم أنه قاله على وجه الاستهزاء والاذن فى النكاح لا يكون اجازة فان أجاز العبد ما صنع جاز استحسانا كالفضولى اذا وكل فأجاز

ماصنعه قبل التوكيل وكالعبد اذا زوجه فضولى فاذن له مولاه فى التزوج فأجاز ماصنعه الفضولى قال رحمه الله (والاذن بالنكاح يتناول الفاسد أيضا) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يتناول الا الصحيح وثمرة الخلاف تظهر فى حق لزوم المهر فيما اذا تزوج امرأة نكاحا فاسدا ودخل بها حيث يظهر لزوم المهر عنده فى الحال فيباع فيه وعندهما لا يطالب الا بعد العتق وفى حق انتهاء الاذن بالعقد حيث ينتهى به عنده وعندهما لا ينتهى حتى لو تزوج غيرها نكاحا صحيحا أو أعاد عليها العقد صح عندهما وعنده لا يصح لهما أن المقصود من النكاح فى المستقبل الاعفاف والتحصين وذلك بالجائز لا الفاسد لانه لا يفيد الحل فصار كالتوكيل بالنكاح فانه يتناول الجائز دون الفاسد ولهذا لو حلف لا يتزوج ينصرف الى الجائز بخلاف البيع حيث يتناول الجائز والفاسد لان الفاسد فيه يفيد الملك بالقبض ولابى حنيفة رحمه الله أن اللفظ مطلق فيتناول العقد غير مقيد بوصف الصحة أو الفساد فيجرى على اطلاقه فكان كالبيع وبعض المقاصد حاصل بالنكاح الفاسد كثبوت النسب بالوطء وسقوط الحد ووجوب المهر والعدة ولان العبد أهل لمباشرة النكاح وانما يشترط فيه رضا المولى ليتعلق المهر بماليته وفى هذا لا فرق بين الصحيح والفاسد فيتناولهما الاذن بخلاف الوكيل فان مطلوب الآمر فيه ثبوت الحل له وذكر فى المفيد والمزيد ان الوكالة بالنكاح تنتهى بالفاسد فلنا أن نمنع والاول ذكره صاحب المحيط وقال فى المستصفى وعليه الفتوى وأجمعوا على ان الاذن والوكالة لا ينتهيان بالموقوف حتى جاز لهما أن يجددا العقد ثانيا عليها أو على غيرها ومسئلة اليمين ممنوعة على طريقة اجراء اللفظ على اطلاقه ولئن سلم فالايمان مبنية على العرف والعرف بالصحيح دون الفاسد اذا كانت يمينه على أن لا يتزوج فى المستقبل وان حلف أنه ما تزوج فى الماضى يتناول الصحيح والفاسد جميعا لان المراد فى المستقبل الاعفاف وفى الماضى العقد ذكره فى المبسوط قال رحمه الله (ولو زوج عبدا مأذونا له امرأة صح وهى اسوة الغرماء فى مهرها) وهذا اذا كان النكاح بمهر المثل أو أقل أما صحة النكاح فلانه ينبنى على ملك الرقبة فيجوز تحصينا له وأما المهر فلانه لزمه حكما بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح اذ هو بلا مهر غير مشروع فصار كدين الاستهلاك وكالمريض اذا تزوج امرأة فبقدر مهر مثلها تكون اسوة الغرماء ولو زوجه المولى على أكثر من مهر المثل فالزائد تطالبه به بعد استيفاء الغرماء كدين الصحة مع دين المرض قال رحمه الله (ومن زوج أمته لا يجب عليه تبوئتها فتخدمه ويطؤها الزوج ان ظفر بها) لان حق المولى أقوى من حق الزوج لانه يملك ذاتها ومنافعها ولا كذلك الزوج ولهذا يدخل فيه ملك المتعة تبعا ولو وجبت التبوئة لبطل حقه فى الاستخدام وحق الزوج فى الوطء لا يبطل الاستخدام لانه يتحقق أحيانا فان قيل التبوئة تسليم فتجب عليه قلنا لا بل هو أمر زائد عليه لان التسليم يتحقق بدون التبوئة بأن يقال له متى ظفرت بها وطئتها وكذا اذا شرط التبوئة لا تجب عليه لانه لا يقتضيه العقد فلو صح لا يخلو اما أن يكون اجارة أو عارية فالاول باطل لعدم التوقيت والثانى ليس بلازم فان بوّأها

(قوله وكالعبد اذا زوجه فضولى الخ) ولو باع السيد العبد بعد أن باشر بلا اذن فللمشترى الاجازة وقال زفر يبطل وكذا لو مات السيد فورث العبد توقف على اجازة الوارث أما ان كانت أمة فتزوجت بلا اذن ثم مات المولى فورثها من يحل له وطؤها بطل لطريان الحل النافذ على الموقوف وان ورثها من لا تحل له كان ورثها جماعة أو امرأة أو ابن المولى وقد كان الاب وطئها توقف على اجازة الوارث وعلى هذا قالوا فى أمة تزوجت بغير اذن مولاها فوطئها الزوج فباعها المولى للمشترى الاجازة لانه لا يحل له وطؤها الان وطء الرجل يحرمها فاذا حاضت بطل العقد لحلها للمشترى ولو كان الزوج لم يطأها بطل العقد بمجرد الشراء لطريان الحل البات على الموقوف وقال زفر يبطل بالموت وبالبيع وأصله ان الموقوف على اجازة انسان يحتمل الاجازة من غيره وعنده لا لانه انما كان موقوفا على الاول فلا يفيد من الثانى قلنا انما توقف على الاول لان الملك له لا لانه هو والثانى مثله فى ذلك فالحاصل أنه دائر مع الملك فينتقل بانتقاله اه فتح (قوله فى المتن والاذن بالنكاح) أى كما لو قال لعبده تزوج امرأة اه (قوله حيث ينتهى به عنده الخ) ولو جدد العبد نكاح هذه المرأة على وجه الصحة لا ينفذ عنده اه رازى (قوله فانه يتناول الجائز دون الفاسد) أى اتفاقا اه فتح (قوله بخلافه) أى الاذن فى البيع لعبد أو الوكيل اه اتقانى (قوله يتناول الجائز والفاسد) أى اتفاقا اه فتح (قوله يفيد الملك بالقبض) أى ولذا صح اعتاقه وهبته اه (قوله فى المتن ولو زوج عبدا مأذونا) أى مديونا اه فتح (قوله فيجوز تحصينا) أى وما يقال من أنه ابطال لحق الغرماء فى قدر المهر ليس به لان النكاح لا يلاقى حق الغرماء بالابطال مقصودا بل وضع لقصد حل البضع بالملك ثم يثبت المهر حكما له بسبب لا مرد له وهو صحة النكاح لصدوره من الاهل فى المحل ثم يلزمه بطلان حقهم فى مقداره اذا كان قدر مهر مثلها أو أقل بخصوص أمر واقع فهو لازم اللازم باتفاق الحال لا فى نفس الامر فكان ضمنيا فلا يعتبر فى اثباته ونفيه الاحال المتضمن له لا حاله وصار كالمريض المديون اذا تزوج امرأة صح وكانت اسوة غرماء الصحة لما ذكرنا اه كمال (قوله فى المتن ومن زوج أمته لا يجب عليه تبوئتها) ومعنى التبوئة أن يدفعها للزوج ولا يستخدمها فلو كانت تذهب وتجىء وتخدم المولى لا يكون تبوئة اه فتح وكذا اذا زوج مدبرته وأم ولده اه كمال والنفقة على المولى ما لم يبوئها اه فتح (قوله لانه لا يقتضيه العقد) أى على الامة غير أن النكاح لا يبطل بالشرط الفاسد اه فتح (قوله لا يخلو اما أن يكون اجارة) أى لمنافع أعضائها اه (قوله فان بوّأها) أى وهى صالحة للجماع اه غاية

(قوله فله ذلك) أى وكلما بوّأها وجبت نفقتها على الزوج وكلما أعادها سقطت اه فتح (قوله جاء من قبله) أى حيث امتنع من ايفاء ما التزمه وهنا التفويت ليس من جهة الزوج بل من جهة من له الحق وهو المولى لشغله اياها بخدمة نفسه فلم يكن لها نفقة كالمحبوسة بدين اه (قوله لزوال يد المولى عنها) أى فهى فى يد نفسها فلها النفقة اذا لم تحبس نفسها ظلما ولو جاءت الامة بولد فنفقته على مولى أمته لانه ملكه لا على الاب اه كمال (قوله فى المتن وله اجبارهما الخ) قال فى شرح الطحاوى للمولى أن يزوج أمته على كره منها صغيرة كانت أو كبيرة بالاجماع وأما فى العبد اذا كان صغيرا فكذلك وان كان كبيرا فكذلك عندنا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه قال لا يجوز الا برضا العبد وهو قول الشافعى وقال فى الايضاح وللمولى أن يجبر عبده على النكاح وروى عن أبى حنيفة أنه لا يجبره وهو قول الشافعى والمراد بالاجبار أنه لو باشر النكاح بغير رضاهما ينفذ اه اتقانى (قوله فكان أجنبيا عنه فى انكاحه) كتزويجه مكاتبه ومكاتبته اه فتح (قوله صيانة ملكه) أى عن الوقوع فى الزنا

اه غاية قوله عن الوقوع فى الزنا أى اذ الزنا سبب الهلاك والنقصان اذ بالجلد ربما يهلك فيملكه بلا رضاهما اه رازى قال الاتقانى بيانه أن الزنا يوجب الحد فربما يقع الحد مهلكا أو جارحا ففى الاول هلاك المال وفى الثانى نقصانه وللمولى اصلاح ملكه عن الهلاك أو النقصان وفى التزويج اصلاح ذلك فيملكه بلا رضا العبد والامة اه وليس للاب والوصى والشريك والمأذون والمضارب أن يزوجوا العبد لان تزويجه ينقص المالية ويشغلها بالمهر والنفقة فلا يكون اكتسابا للمال وأما الامة فيصح تزويجها من الاب والوصى والجد والمكاتب والمفاوض والقاضى لانه اكتساب المال بازاء ما ليس بمال فيكون من باب النفع أما شريك العنان والمضارب والمأذون لا يملكون تزويج الامة عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يملكون كالمفاوض لهما أن هذا مبادلة المال بما ليس بمال فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة اه اتقانى (قوله ولا يعانده بايقاع الطلاق) ولان عقد النكاح مما ترغب فيه النفس غالبا وتدعو اليه فالظاهر عدم طلب قطعه قاله الكمال (قوله لانهما التحقا بالاجانب) أى ولهذا لا يملك المولى استخدامهما اه (قوله توقف على اجازتهما) ما داما مكاتبين اه (قوله فى المتن ويسقط المهر بقتل السيد أمته) فى تزويجه مكاتبته لا يستحق المهر بل المكاتبة وفى تزويج أمته هو المستحق لها ولو قتلها قبل الدخول سقط عند أبى حنيفة عن الزوج اه فتح (قوله قبل الوطء) حتى لو كان المولى قبضه رده عليه اه فتح قال الاتقانى اعلم أن المولى اذا قتل أمته قبل دخول الزوج فان كان قبض الصداق يرده عليه وان كان لم يقبضه يسقط عن ذمة الزوج وعندهما لا يسقط شئ منه أما اذا قتلها أجنبى فلا يسقط بالاتفاق وكذا لا يسقط اذا قتلها المولى بعد دخول الزوج واذا غيبها المولى بمكان لا يقدر عليه الزوج لا يطالبه بالمهر بالاتفاق واذا ارتدت الامة أو الحرة قبل الدخول يسقط المهر بالاتفاق والحرة اذا قتلت نفسها لا يسقط بالاتفاق اه اتقانى (قوله وقالا لا يسقط) أى وعليه المهر لمولاها لان هذه فرقة وقعت بالموت فلا يسقط شئ من المهر بها اه رازى

معه منزلا ولها النفقة والسكنى لان النفقة تقابل الاحتباس ولو بدا له أن يستخدمها بعد التبوئة فله ذلك لان حقه لا يسقط بها كما لا يسقط بالنكاح فان قيل ينبغى أن يجب لها النفقة وان لم يبوّئها بيت الزوج لان حبسها بحق كحبسها لاستيفاء المهر قلنا فوات التسليم الى أن يوفيها المهر جاء من قبله بخلاف ما نحن فيه ولو طلقها بائنا بعد التبوئة تجب لها النفقة والسكنى وقبلها أو بعد الاسترداد لا تجب والمكاتبة فى هذا كالحرة لزوال يد المولى عنها قال رحمه الله (وله اجبارهما على النكاح) أى للمولى اجبار العبد والامة على النكاح ومعنى الاجبار هنا أن ينفذ عليهما النكاح بغير رضاهما وقال الشافعى لا اجبار فى العبد وهو رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف لانه مبقى على أصل الآدمية فيما هو من خواص الآدمية والنكاح منها ولا يدخل فى ملكه الا المالية وهى لا تعلق لها بالنكاح فكان أجنبيا عنه فى انكاحه ألا ترى أنه لا يملك الاقرار عليه بالقصاص ولا أن يطلق عليه امرأته لما قلنا بخلاف الامة لان بضعها مملوك له فيملك تمليكه ولان اجباره عليه لا يفيد لان الطلاق بيده فيطلقها من ساعته ولنا أنه مملوك رقبة ويدا فيملك عليه كل تصرف فيه صيانة ملكه كالامة وهذا لانه انما ملك تزويج الامة لكونها مملوكة له رقبة ويدا لا لانه يملك بضعها ولا تأثير لملك البضع فيه ولا لعدمه ألا ترى أنه ليس له أن يزوج امرأته وان كان يملك بضعها وله أن يزوج ابنته وان كان لا يملك بضعها فلا تأثير لما ذكره طردا وعكسا وما ذكره فى المعنى من انه مبقى على أصل الآدمية لعدم ملكه فاسد لانه لو كان كذلك لملكه العبد وهذا لان ما لا يملكه المولى يملكه العبد كالاقرار بالحدود والقصاص وما لا يملكه العبد يملكه المولى كالاقرار عليه بالمال فعلم بهذا أن قياسه على الطلاق والاقرار بالقصاص باطل وقوله يطلقها من ساعته قلنا كلا منافى جواز تزويجه وبقاء ملكه الى وجود الطلاق ولان حشمة المولى تمنعه عن الطلاق ظاهرا ولا يعانده بايقاع الطلاق وهذا بخلاف المكاتب والمكاتبة لانهما التحقا بالاجانب بعقد الكتابة ولهذا يستحقان الارش على المولى بالجناية عليهما وتستحق المكاتبة المهر اذا وطئها المولى فصارا كالحر فلا يجبران على النكاح وان كانا صغيرين وهذه من أغرب المسائل حيث اعتبر فيها رأى الصغير والصغيرة فى تزويجهما حتى قالوا لو زوجهما المولى بغير اذنهما توقف على اجازتهما فان أديا المال وعتقا لا يعتبر رأيهما ما داما صغيرين بل ينفرد به المولى أو الولى قال رحمه الله (ويسقط المهر بقتل السيد أمته قبل الوطء) وهذا عند أبى حنيفة وقالا لا يسقط اعتبارا بموتها

حتف أنفها وهذا لان المقتول ميت بأجله والقتل موت ولهذا لو قال لعبده ان مت فأنت حر فقتل عتق فصار كما اذا قتلها أجنبي ولابي حنيفة رحمه الله أن المعقود عليه فات قبل الدخول بفعل من له المهر وهو المولى فلا يجب عليه كما لو باعها وذهب بها المشترى من المصر أو أعتقها قبل الدخول فاختارت الفرقة أو غيبها بموضع لا يصل اليها الزوج والقتل جعل اتلافا فى حق أحكام الدنيا حتى وجب القصاص والدية والحرمان من الارث وانما لا يجب عليه القصاص والقيمة للتعذر حتى لو كانت رهنا يضمن قيمتها ولو قتل المولى زوجها لا يسقط بالاجماع لانه ليس بتفويت للمعقود عليه وانما هو تصرف فى العاقد فلا يكون تفويتا ولو كان السيد صغيرا قيل يسقط وقيل لا يسقط ذكره فى المستصفى ولو قتلت الامة نفسها ففيه روايتان فى رواية يسقط كقتلها المولى وهذا لان فعل العبد مضاف الى مولاه حتى يؤمر بالدفع أو الفداء وفى رواية لا يسقط وهو قولهما كالحرة اذا قتلت نفسها وكما لو قتلها أجنبي وكذا فى ردتها روايتان وكذا فى تقبيلها ابن زوجها قال رحمه الله (لا بقتل الحرة نفسها قبله) أى لا يسقط المهر بقتل الحرة نفسها قبل الدخول بها وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول انها فوتت المبدل قبل التسليم فيفوت البدل كقتل المولى أمته وتقبيلها ابن زوجها ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة أصلا ولهذا اذا قتل نفسه يغسل و يصلى عليه ووجه آخر وهو أن قتل الحرة نفسها لو اعتبر تفويتا للمهر انما يكون تفويتا بعد موتها وبالموت ينتقل المهر الى ورثتها فلا يسقط لانه للورثة لا لها بخلاف قتل المولى أمته لان المهر له فكان مفوتا حق نفسه وهو كمن قال اقتل عبدى فقتله لا يجب عليه شئ ولو قال اقتلنى فقتله تجب عليه الدية ولا يصح اذنه فى ابطال حق الورثة وهذا بخلاف قتل الوارث الحرة قبل الدخول حيث لا يسقط المهر لانه صار محروما بالقتل فلم يصر مبطلا حق نفسه فى المهر ووجه آخر أن القتل لا يتم الا بعد زهوق الروح وعند ذلك ليست باهل للقتل فلا يمكن اضافته اليها مثاله اذا قال لامرأته ان جننت فأنت طالق لا يقع الطلاق اذا جن لان عند تحقق الشرط انتفت الاهلية بخلاف ما اذا قال ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلتها وهو مجنون حيث تطلق لان التعليق صحيح لكون الشرط لا ينافى الطلاق ولا يرد علينا رضاع الصغيرة الكبيرة حيث لا يسقط من مهرها شئ وان كانت الفرقة بفعلها وكذا المجنونة اذا قبلت ابن زوجها قبل الدخول لان فعلهما لا يصلح لاسقاط حقهما كما لو قتلا مورثهما فان قيل ينتقض هذا بردة الصغيرة اذا كانت مميزة حيث يسقط بها مهرها قبل الدخول قلنا ردتها محظورة فى حقها بدليل حرمانها بها الميراث واستحقاق حبسها

(قوله حتف أنفها) قال الاتقانى رحمه الله والحتف الموت وجمعه حتوف ليس له فعل متصرف وانما يضاف الحتف الى الانف اذا مات الشخص بلا سبب ويقال مات حتف أنفه لان الروح تخرج من الانف اهـ (قوله وهذا لان المقتول ميت باجله) أى لا أجل له سوى هذا على مذهب أهل السنة والجماعة اهـ (قوله ولابى حنيفة رحمه الله) أى أن من له البدل منع المبدل قبل التسليم فيجازى بمنع البدل تحقيقا للمساواة كما اذا تلف المبيع قبل التسليم يسقط جميع الثمن اهـ (قوله بفعل من له المهر وهو المولى) أى فيجازى بمنع البدل اذا كان من أهل المجازاة اهـ فتح (قوله والقتل) وان كان موتا لكنه (جعل اتلافا) وقوله والقتل هذا جواب عن قولنا الميت مقتول بأجله اهـ (قوله حتى وجب القصاص والدية والحرمان من الارث (١) وانما يجب عليه القصاص والقيمة) أى والضمان فيما لو ذبح شاة غيره وان كان قد أحلها له وقد تثبت أحكامه كذلك فى حق المولى حتى لزمته الكفارة فى الخطا اهـ فتح (قوله حتى لو كانت رهنا) أى عند انسان فقتلها سيدها الراهن ضمن قيمتها له اهـ فتح (قوله ولو كان السيد صبيا الخ) (١٦٥) قال الكمال ولو لم يكن السيد من أهل المجازاة بان كان صبيا زوج أمته وصيه مثلا قالوا يجب أن لا يسقط فى قول أبى حنيفة اهـ (قوله فى رواية يسقط كقتلها) أى كما اذا قتلها المولى اهـ (قوله وهذا لان فعل العبد مضاف الى مولاه) قال الكمال رحمه الله والاوجه ما ذكر فى وجه قول من قال من المشايخ فى ردتها بالسقوط وهو أن المهر يجب أولا لها ثم ينتقل الى المولى وفائدة الاولية ما ذكرنا أنه اذا كان عليها دين قضى ولم يعط المولى الا ما فضل اهـ فتح (قوله وهو قولهما كالحرة) أى بل أولى لان المهر لمولاها لا لها وهو لم يباشر منع المبدل اهـ غاية (قوله وكذا فى ردتها روايتان) قال الكمال أما الامة فلا رواية فى ردتها واختلف المشايخ قيل لا يسقط لان المنع وهو المسقط لم يجئ ممن له الحق وهو المولى وقيل يسقط لان المهر يجب أولا لها ثم ينتقل الى المولى بعد الفراغ عن حاجتها حتى لو كان عليها دين يصرف اليه اهـ (قوله لا يسقط المهر بقتل الحرة نفسها قبل الدخول بها) فلها مهر مثلها تستحقه ورثتها اهـ فتح (قوله كقتل المولى أمته) أى على قول أبى حنيفة اهـ فتح (قوله ولنا أن جناية المرء على نفسه غير معتبرة) أى فى أحكام الدنيا انما يؤخذ به فى الآخرة اهـ فتح (قوله ولهذا) قال أبو حنيفة ومحمد اذا قتل نفسه يغسل و يصلى عليه أى ولم يعتبر اه باغيا على نفسه اهـ فتح (قوله ولو قال اقتلنى فقتله الخ) ذكر صاحب المجمع فى مسئلة ما لو قال له اقتلنى فقتله ثلاث روايات فلتنظر فيه فى باب الاكراه اهـ (قوله لكون الشرط لا ينافى الطلاق) قال فى الطريقة الرضوية أجمعنا أن الاهلية فى تعليق الطلاق تعتبر وقت اليمين لا وقت الشرط حتى لو كان مفيقا وقت اليمين مجنونا وقت الشرط يصح و يقع وعلى عكسه لا تصح اليمين اهـ قنية (قوله قلنا ردتها محظورة) أى بخلاف غيرها من الافعال لانها لم تحظر عليها اهـ فتح

قول المحشى وانما يجب عليه القصاص الخ كذا فى أصل الحاشية وهو مخالف لعبارة الشرح كما ترى فحرر اهـ مصححه

حتى تتوب أو تموت قال رحمه الله (والاذن فى العزل لسيد الامة) وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن اليها لان النكاح شرع صيانة لها عن السفاح وذا انما يكون اذا كان كل واحد منهما قاضيا الشهوته والعزل يخل به فشرط فيه رضاها كما فى الحرة بخلاف الامة المملوكة لانها لا مطالبة لها فلا يعتبر رضاها وللامة المنكوحة ولاية المطالبة فلا يجوز الا برضاها وله أن الامة لا حق لها فى قضاء الشهوة لان النكاح لم يشرع حقالها ابتداء وبقاء فانها لا تتمكن من مطالبة سيدها بالتزويج وهو يخل بالمقصود وهو الولد وهو حق المولى لا حق الامة بخلاف الحرة ولهذا لو كان زوج الامة عنينا لا يكون لها حق الخصومة وانما يكون لمولاها فيما روى عن أبى حنيفة وأبى يوسف لما ذكرنا وفيه خلاف زفر رحمه الله ثم العزل ليس بمكروه برضا امرأته الحرة أو برضا مولى امرأته الامة وفى الامة المملوكة بغير رضاها لما روى عن جابر كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم والقرآن ينزل متفق عليه ولمسلم كنا نعزل على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبلغه ذلك فلم ينهنا قال جابر لو كان شيأ ينهى عنه لنهانا القرآن متفق عليه وروى مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال لرجل كانت له جارية اعزل عنها ان شئت فانه سيأتيها ما قدر لها وعن أبى سعيد الخدرى أن رجلا أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال ان لى جارية وأنا أعزل عنها وأكره أن تحمل وان اليهود تحدث ان العزل الموؤدة الصغرى قال كذبت يهود لو أراد الله أن يخلقه ما استطعت أن تصرفه قالوا وكذلك المرأة يسعها أن تعالج لاسقاط الحبل ما لم يستبن شئ من خلقه وذلك ما لم يتم له مائة وعشرون يوما ثم اذا عزل وظهر بها حبل هل يجوز نفيه قالوا ان لم يعد الى وطئها أو عاد بعد البول جاز له نفيه والا فلا قال رحمه الله (ولو أعتقت أمة أو مكاتبة خيرت ولو زوجها حرا) ولا فرق فى هذا بين أن يكون النكاح برضاها أو بغير رضاها والشافعى رحمه الله يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا لحديث بريرة من رواية عائشة أن النبى صلى الله عليه وسلم خيرها وكان زوجها عبدا رواه مسلم ولان العبد ليس بكفء لها فثبت لها الخيار بخلاف الحر ولنا حديث عائشة رضى الله عنها أن زوج بريرة كان حرا حين أعتقت رواه البخارى ومسلم ولان الخيار لازدياد الملك عليها وهذا المعنى لا يختلف بين أن يكون حرا أو عبدا ولانه عليه الصلاة والسلام قال لها ملكت بضعك فاختارى فجعل علة الخيار ملكها بضعها فلا نشتغل بالتعليل بعد تعليل صاحب الشرع

(قوله فى المتن والاذن فى العزل لسيد الامة) أى عزل الماء عن الامة فى الجماع اه عينى (قوله وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن اليها) أى لان قضاء الشهوة حقها لا حق مولاها ولهذا كان لها مطالبة الزوج بالوطء فصارت كالحرة اه اتقانى قال فى الهداية وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن اليها لان الوطء حقها حتى يثبت لها ولاية المطالبة وفى العزل تنقيص حقها فيشترط رضاها اه قوله وفى العزل تنقيص حقها قال الاتقانى قوله تنقيص حقها أى فى قضاء الشهوة قالوا مطالبة الوطء لها من الزوج قضاء مرة واحدة فأما ديانة ففى كل مرة اه وفى قوله وعن أبى يوسف ومحمد اشارة الى أن ظاهر الرواية قولهما كقول الامام اه كاكى (قوله فلا يعتبر) أى فى العزل اه (قوله وهو حق المولى) قال الكمال ولو كان الزوج عنينا قالوا الخصومة للمولى أو لها على الخلاف اه (قوله لا حق الامة) الذى بخط الشارح لا حقها اه (قوله بخلاف الحرة) أى فان لها حقا فى الولد فيشترط رضاها اه اتقانى (قوله وذلك ما لم يتم له مائة وعشرون يوما) قال الكمال وهذا يقتضى أنهم أرادوا بالتخليق نفخ الروح والا فهو غلط لان التخليق يتحقق بالمشاهدة قبل هذه المدة اه (قوله أو عاد) أى وعزل فى العود أيضا (قوله بعد البول) وينبغى أن يزادو بعد غسل الذكر اه من خط الشارح (قوله والا فلا) أى وان عاد ولم يبل لا يجوز نفيه اه كذا روى عن على رضى الله عنه لان بقية المنى فى ذكره يسقط فيها ولذا قال أبو حنيفة فيما اذا اغتسل من الجنابة قبل البول ثم بال فخرج المنى وجب اعادة الغسل وفى فتاوى قاضيخان رجل له جارية غير محصنة تخرج وتدخل ويعزل عنها المولى فجاءت بولد وأكبر ظنه أنه ليس منه كان فى سعة من نفيه وان كانت محصنة لا يسعه نفيه لانه ربما يعزل فيقع الماء فى الفرج الخارج ثم يدخل فلا يعتمد على العزل اه فتح (قوله فى المتن ولو أعتقت أمة الخ) قال الرازى رحمه الله يعنى لو زوج المولى أمته من رجل حر أو عبد ثم أعتقها فلها الخيار فان اختارت نفسها فلا مهر لا حد ان كان العتق والاختيار قبل الدخول لان الفرقة جاءت من قبلها وان اختارت الزوج فالمهر لسيدها اه (قوله فى المتن خيرت) وخيارها يقتصر على المجلس عندنا وقد تقدم اه (قوله ولا فرق فى هذا الخ) أى بان تزوجت باذن مولاها أو تزوجها وبرضاها اه (قوله والشافعى يخالفنا فيما اذا كان زوجها حرا) أى فلا خيار لها وهو قول مالك اه فتح (قوله لازدياد الملك) وذلك لان حل الحرة أوسع من حل الامة فانه قبل العتق كان يملك الزوج عليها تطليقتين ويملك مراجعتها فى مرتين وكانت عدتها حيضتين فازداد ذلك بالعتق فأثبت الشرع لها الخيار برفع أصل العقد لانها لا تتمكن من دفع الضرر الا برفع العقد ولانها بعد العتق تمنعها زوجها عن الخروج والبروز وذلك ازدياد الملك أيضا اه اتقانى رحمه الله قال الكمال رحمه الله وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من رد المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعى بالرجال لا بالنساء كأنه اعتماد على اثبات الاصل المختلف فيه وتارة بعلة منصوصة وهو ملكها بضعها اه منح (قوله فجعل علة الخيار ملكها بضعها) واذا فالواجب أن تكون هى المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة

المنصوصة اه فتح وكتب ما نصه ولم يفصل بين ما اذا كان زوجها حرا أو عبدا اه اتقاني (قوله والمكاتبة) أي اذا اعتقت باداء الكتابة كذا بخط شيخنا اه (قوله لا نفاذ للنكاح عليها الا برضاها) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أنها اذا اعتقت ولها زوج زوجها منه المولى أو تزوجت باذن مولاها كان لها الخيار سواء كان زوجها حال الاعتاق حرا أو عبدا ان شاءت أقامت معه وان شاءت اختارت نفسها ففارقته ولا مهر لها ان لم يدخل بها الزوج لان اختيارها نفسها فسخ من الاصل فان كان دخل بها فالمهر واجب لسيدها لان الدخول بحكم نكاح صحيح فيقرر به المسمى وان اختارت زوجها فالمهر لسيدها دخل الزوج بها أو لم يدخل لان المهر واجب بمقابلة ما ملك الزوج من البضع وقد ملكه على الولي فيكون بدله للمولى اه وكتب ما نصه قال الكمال وخالف زفر في المكاتبة واستدل بان العقد نفذ برضاها فلا خيار لها ولو صح لزم أن سيد الامة لو زوجها برضاها ومشاورتها في ذلك أن لا خيار لها وليس بصحيح والاوجه في استدلاله أن النص لم يتناولها وهو قوله ملكت بضعك فاختاري لان المكاتبة كانت مالكة لبضعها قبل العتق وأجيب بالمنع لان ملكه تابع لملك نفسها ولم تكن مالكة نفسها وانما كانت مالكة لاكسابها ولقائل أن يقول قوله صلى الله عليه وسلم ملكت بضعك ليس معناه الا منافع بضعك اذ لا يمكن ملكها العينه وملكها الاكسابها تبع لملكها المنافع نفسها وأعضائها فيلزم كونها كانت مالكة لبضعها بالمعنى المراد قبل العتق فلم يتناولها النص ويترجح قول زفر اه (قوله فصارت كالحرة) أي ولهذا يسلم لها بدل بضعها اه اتقاني (قوله ولنا ما روينا من حديث بريرة) قال الاتقاني وبريرة براءين مهملتين على وزن كريمة وكان اسم زوجها مغيثا وكان عبدا لآل أبي أحمد كذا قال صاحب السنن وقال أبو جعفر الطحاوي في شرح الآثار كان مغيث عبدا لآل المغيرة من بني مخزوم اه **(١٦٧)** وقال الاتقاني قيل هذا في سياق دليل الشافعي وروى صاحب السنن أيضا باسناده الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما أن زوج بريرة كان عبدا أسود يسمى مغيثا فخيرها النبي صلى الله عليه وسلم وأمرها أن تعتد اه (قوله وكانت مكاتبة) قال الاتقاني فأقول لا يخلو من أحد الامرين اما أن كانت بريرة مكاتبة قبل الاعتاق أو أمة قنة فان كانت مكاتبة فاثبات الخيار لها حجة لنا على زفر لان الرأي في معارضة النص فاسد وان كانت أمة قنة فنقول النص الوارد في بريرة معلول بزيادة الملك وازدياد الملك بعد العتق حاصل في المكاتبة فيكون لها الخيار دفعا للضرر عن نفسها وملك المكاتبة بدل بضعها الا باعتبار عقد النكاح بل باعتبار عقد الكتابة لانها صارت أحق بأكسابها وبدل البضع من جملة الكسب فلم يدل على سقوط الخيار كما اذا وهب المولى مهر الامة لها ثم عتقت يكون لها الخيار لان سلامة بدل البضع لم يكن بعقد النكاح فلم يؤثر في سقوط النكاح اه (قوله ولان الملك يزداد) قال الكمال رحمه الله وأصحابنا تارة يعللونه بزيادة الملك عليها لانها كانت بحيث تخلص بثنتين فازداد الملك عليها وهذا من رد المختلف الى المختلف فان الطلاق عند الشافعي بالرجال لا بالنساء وكأنه اعتماد على إثبات الاصل المختلف فيه وتارة بعلة منصوصة وهي ملكها بضعها ثم قال الكمال واذن فالواجب أن تكون هي المعتبرة ويكون ما ذكروه من التعليل بزيادة الملك اظهار حكمة هذه العلة المنصوصة ومقتضاها ثبوت الخيار فيما اذا كان زوجها حرا أو عبدا وفيما اذا كانت مكاتبة عتقت باداء الكتابة بعد ما زوجها سيدها برضاها أو غيره اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله في المتن ولو نكحت بلا اذن فعتقت نفذ بلا خيار الخ) قال الكمال وعن زفر يبطل النكاح لان توقفه كان على اجازة المولى فلا ينفذ من جهة غيره ولا يمكن ابقاؤه موقوفا على اجازته بعد بطلان ولايته واذا بطل تنفيذه وتوقفه لزم بطلانه بالضرورة اذ لا واسطة وصار كما اذا اشتريت ثم عتقت يبطل ولا يتوقف لما قلنا من عدم امكان القسمين اه قال الاتقاني ولنا أن العقد لم يتوقف على اذن المولى لان النكاح من خصائص الآدمية والرقيق فيه مبقى على أصل الحرية فانعقد النكاح لصدور ركنه من أهله مضافا الى المحل الا أن النفاذ توقف على اذن المولى لقيام حقه فبعد العتق سقط حقه فتم نفاذ النكاح بعد الحرية من جهتها ولهذا لم يكن لها الخيار

الشرع وحديثنا أولى لكونه مثبتا للحرية لاتفاقهم على أنه كان قبل عبدا أو نقول ليس فيما روى دلالة على أنه اذا كان حرا لا يكون لها الخيار فلا يمكن الاحتجاج به الا على ثبوت الخيار لها فيما اذا كان زوجها عبدا ونحن نقول بموجبه وبموجب الحديث الآخر وبتعليله عليه الصلاة والسلام جمعا بين الاحاديث أو نقول بالتوفيق بين الروايتين فنقول كان عبدا قبل أن تعتق بريرة ثم أعتق وكان حرا حين أعتقت وهو الظاهر ولا فرق في هذا بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة وزفر رحمه الله يخالفنا في المكاتبة هو يقول لا نفاذ للنكاح عليها الا برضاها فصارت كالحرة بخلاف الامة لان رضاها غير معتبر ولنا ما روينا من حديث بريرة وكانت مكاتبة ولا يقال انها لم تكن مكاتبة عند النكاح فلم يكن حجة لانا نقول الظاهر أنها كانت مكاتبة لان الحال يدل على ما قبله ولان الملك يزداد عليها كالامة وهو الموجب للخيار وقول الشافعي ليس بكفء ليس بشيء لان الكفء انما يعتبر في الابتداء دون البقاء فان قيل كيف يقدم حقها على حق الزوج حتى كان لها ابطال حقه دفعا للضرر عنها بالحاق الضرر عليه قلنا لما كان لها دفع الزيادة ولا يمكن ذلك الا بابطال أصل النكاح كان لها ابطال أصله دفعا للضرر عنها ولان الزوج قد رضي به حيث تزوجها مع علمه أنها قد تعتق قال رحمه الله (ولو نكحت بلا اذن فعتقت نفذ بلا خيار) أي لو تزوجت

لان خيار العتق انما يكون بازدياد الملك عليها بالعتق ولا يتصور ازدياد الملك هنا لان نفاذ العقد ابتداء بعد العتق ولهذا كان لها المهر ان لم يدخل بها قبل العتق وهذا بخلاف ما اذا أذن لها المولى فى النكاح فتزوجت فان ذلك العقد لا ينفذ مالم يجز لان بالاذن لم يسقط حق المولى ولهذا كان له أن يمنعها من التزوج بعد ما أذن فلا بد من اجازة المولى أو اجازة من قام مقامه أما اذا لم يعتقها المولى لكنه مات فورثها من لا يحل له وطؤها أو باعها منه أو وهبها ممن لا يحل له وطؤها بان كانت ثبتت بين الجارية وبين الوارث أو المشترى أو الموهوب له محرمية بالرضاع أو المصاهرة أو كانت ورثتها امرأة أو اشترتها امرأة فعندنا ينفذ النكاح اذا أجاز المالك الثانى وعند زفر يبطل لان العقد كان متوقفا على اجازة الاول لتعلق حقه برقبتها والمالك الثانى مثل الاول فى هذا الباب فيبقى العقد متوقفا على اجازة الثانى لعدم المنافى بخلاف ما اذا كان المالك الثانى من يحل له وطؤها حيث ينفسخ الشانى لوجوب النكاح وهو طريان الحل البات على الحل الموقوف أما العبد اذا تزوج بدون اذن المولى فللمالك الثانى أن يجيزه لانه لا يملك بضعه وعند زفر لا تنفذ اجازة الثانى اه وقال الكمال رحمه الله خيار العتق انما شرع فى نكاح نافذ قبل العتق لدفع زيادة الملك فلا يتحقق زيادة الملك لذلك وأورد أنه ينبغى أن يثبت لها الخيار لان بالاستناد يظهر أن النفاذ قبل العتق والجواب

أن الشئ يثبت ثم يستند وحال ثبوته كان بعد العتق فانتفى الخيار معه اه (قوله

الامة بغير اذن مولاها ثم عتقت نفذ النكاح ولا خيار لها أما نفوذ النكاح فلانها من أهل العبارة وامتناعه لحق المولى وقد زال ولا يلزم على هذا ما لو اشترت شيأ فأعتقها المولى حيث لا ينفذ ذلك الشراء بل يبطل لانا نقول كان الشراء موجبا الملك المولى فلو نفذ عليها لتغير المالك ولا كذلك هنا لان الحل بالعقد قد ثبت لها فى الحالتين وكذا لا يلزم ما اذا تزوج العبد بغير اذن مولاه ثم أذن له أن يتزوج حيث لا ينفذ العقد بغير اجازته لزوال المانع لانا نقول ان الاذن فك الحجر عن التصرف ولو جاز النكاح المباشر قبل الاذن لا يقع الاذن فكا فيمتنع الجواز وقضية هذا لا يجوز باجازة مستقبلة الا أنا استحسنا وقلنا بالجواز عند الاجازة لقيام الاجازة مقام النكاح كما فى نكاح الفضولى وهكذا نقول فى التوكيل وكذا لا يلزم الولى الابعد اذا زوج مع وجود الاقرب ثم انتقلت الولاية اليه حيث لا ينفذ الا باجازة مستأنفة وان زال المانع لان الابعد حين باشر لم يكن وليا ومن لم يكن وليا فى شئ لا يبالى بعواقبه اتكالا على رأى الاقرب فيتوقف على اجازته ليتمكن من الاصلح وكذا أيضا لا يلزم تزويج المولى مكاتبته الصغيرة حتى توقف على اجازتها ثم اذا أدت المال قبل الاجازة فعتقت لا ينفذ ذلك العقد وان زال المانع لانا نقول لم يكن وليا حال العقد فلا يبالى بعواقبه كالمسئلة الاولى وأما عدم الخيار فلان النفوذ بعد العتق فلا يتصور ازدياد الملك عليها وثبوت الخيار باعتباره قال رحمه الله (فلو وطئ قبله فالمهر له) أى لو وطئ زوج الامة الامة قبل العتق فيما اذا تزوجت بغير اذن المولى فالمهر للمولى لانه استوفى منافع مملوكة للمولى فان قيل ينبغى أن يجب مهران أحدهما مهر المثل بالدخول لشبهة والثانى مهر العقد وهو المسمى كما لو قال لامرأة ان تزوجتك فأنت طالق فتزوجها ثم دخل بها يجب مهر المثل بالوطء ونصف المسمى بالطلاق قبل الدخول قلنا القياس كذلك لكنا استحسنا فأوجبنا المسمى لا غير لان الاجازة تستند الى وقت العقد فكان عاملا من الابتداء فلو وجب

ثم عتقت نفذ النكاح) أى بمجرد العتق ولا فرق بين الامة والعبد فى هذا الحكم وانما فرضها فى الامة ليرتب عليها المسئلة التى تليها تفريعا اه فتح قوله تفريعا أى ويجوز أن يكون تخصيصه بالامة ليفرع مسئلة الخيار عليها لانها تختص بالاماء دون العبيد اه الـ (قوله فلانها من أهل العبارة) أى ولذا صح اقرارها بالديون وتطالب بعد العتق وأهلية العبارة من خواص الآدمية وهى مبقاة فيها على أصل الحرية اه (قوله وهكذا نقول فى التوكيل) يعنى فيما اذا زوج فضولى شخصا ثم وكله توقف على اجازته بعد الوكالة اه (قوله ثم انتقلت الولاية) أى اما بغيبة الاقرب أو بموته اه (قوله لا ينفذ ذلك العقد) أى الا باجازة مستقبلة من السيد مع أنه المزوج اه فتح (قوله وثبوت الخيار باعتباره) أى كما لو زوجت نفسها بعد العتق اه (قوله لكنا استحسنا الخ) قال الشيخ قوام الدين رحمه الله تعالى قال أصحابنا رضى الله عنهم كان القياس أن يجب لها مهران اذا وطئها قبل العتق مهر بالدخول فى النكاح الموقوف وهو مهر المثل ومهر آخر وهو المسمى لجواز العقد الا أنا استحسنا فأوجبنا مهرا واحدا وهو المسمى لان نفاذ العقد استند الى أصل العقد فصار كان نفاذ العقد كان ثابتا وقت العقد فقلنا بصحة التسمية وصحتها تمنع مهر المثل فوجب المسمى وهو للمولى لان الاستناد يظهر أثره فى القائم لا فى الفائت وقد فاتت منافع البضع وكانت حين فاتت مملوكة للمولى فكان بدلها للمولى أيضا قال فى شرح الطحاوى هذا اذا كانت الامة كبيرة فاذا كانت صغيرة فأعتقها يبطل النكاح عند زفر وعند ثلاثة وقف على اجازة المولى ان لم يكن لها عصبة سواه فاذا أجاز المولى جاز فاذا أدركت بعد ذلك فلها خيار الادراك لان العقد نفذ عليها فى حالة الصغر وهى حرة الا اذا كان المجيز للعقد أباها أو جدها فحينئذ لا خيار لها اه ما قاله الاتقانى وقوله لان نفاذ العقد استند الى أصل العقد أولى من قول الشارح لان الاجازة تستند الى وقت العقد اذ لا اجازة هنا كما لا يخفى والله تعالى أعلم بالصواب (قوله فأوجبنا المسمى) أى بسبب استناد النفاذ لان النافذ ليس الا ذاك

مهر

مهر آخر لو جب مهران بعقد واحد والدليل على أن العقد هو العامل أن الحد يسقط به فهذا يكشف لك أنه هو الموجب للمهر لان العامل فى سقوط الحد هو العامل فى وجوب المهر يوضحه أن الزوج فى النكاح الموقوف لو كان عبدا ودخل بها قبل الاجازة يطالب بالمهر بعد الحرية ولو كان الوجوب فيه بالدخول لطولب فى الحال لكون الدخول من قبيل الافعال كضمان الاتلاف والعبد ليس محجورا عليه فى الافعال فيظهر وجوبه فى الحال وهو محجور عليه فى الاقوال فلا يظهر فى الحال لعدم رضا المولى ويظهر بعد العتق لزوال المانع قال الراجى عفو ربه هذه المسئلة مشكلة بما ذكرنا فى باب المهر فى تعليل قول أبى حنيفة فى حبس المرأة نفسها بعد الدخول برضاها حتى يوفيها مهرها ان المهر مقابل بالكل أى بجميع وطآت توجد فى النكاح حتى لا يخلو الوطء من المهر فقضية هذا أن يكون لها شئ من المهر بمقابلة ما استوفى بعد العتق ولا يكون الكل للمولى قال رحمه الله (والا فلها) أى وان لم يطأها الزوج قبل العتق فالمهر للامة لانه استوفى منافع مملوكة لها والمراد بالمهر هو المسمى عند العقد لان نفاذ العقد يستند الى وقت وجود العقد فتصح التسمية على ما قررناه فان قيل ينبغى أن يكون المهر للمولى لانه بالاستناد تبين أن العقد ورد على ملكه فصار كما اذا زوجها المولى ثم أعتقها قبل الدخول بها ثم دخل بها الزوج حيث يكون المهر كله للمولى فكذا هذا قلنا حكم الاستناد انما يظهر فيما لم يختلف مستحقه وهنا قد اختلف لان المستحق أوان العقد هو المولى والمستحق أوان الثبوت هى الامة فاستحقاق الامة لا يمكن استناده لانه يبطل به لعدم ملكها وقت العقد وحق المولى معدوم أوان الثبوت والشئ انما يستند اذا كان ثابتا فى الحال بخلاف المستشهد به لان جميع المهر هناك يجب بالعقد وانما الدخول يتأكد به الواجب فحالة الثبوت وهى حالة العقد لا حق لها فيه فافترقا قال رحمه الله (ومن وطئ أمة ابنه فولدت فادعاه ثبت نسبه وصارت أم ولده وعليه قيمتها لا عقرها وقيمة ولدها) ومعنى هذه المسئلة أن يكون الاب حرا مسلما حتى لو كان عبدا أو مكاتبا أو كافرا لا تصح دعوته لانه لا ولاية له على المسلم وكذا اذا كان مجنونا ولو أفاق ثم ولدت لاقل من ستة أشهر لا تصح قياسا وتصح استحسانا ويشترط أن تكون الامة فى ملك الابن من حين العلوق الى حين الدعوة حتى لو حبلت فى غير ملكه أو فى ملكه وأخرجها الابن عن ملكه ثم استردها لم تصح دعوته لعدم الولاية وهذا لان الملك انما يثبت بطريق الاستناد الى وقت العلوق فيستدعى قيام ولاية التملك من حين العلوق الى حين التملك ولا يشترط دعوى الشبهة ولا تصديق الابن لان له ولاية تملك مال ابنه ابتداء عند الحاجة الى ابقاء نفسه فكذا له أن يتملك عند الحاجة الى ابقاء نسله لكن الحاجة الى ابقاء النفس أشد من الحاجة الى ابقاء النسل ولهذا يتملك الطعام بغير شئ والجارية بالقيمة ويحل له تناول الطعام عند الحاجة ولا يحل له الوطء ويجبر على انفاقه عليه ولا يجبر على دفع الجارية اليه ليتسرى بها الاب فلاجل الحاجة جاز له التملك ولقصورها وعدم الضرورة اليها أوجبنا عليه القيمة صيانة لمال الولد مع حصول مقصود الاب اذ ملكه محترم وزواله ببدل كلا زوال فراعينا فيها الحقين ثم هذا الملك يثبت قبيل الاستيلاد شرطا له فيتبين أنه وطئ ملك نفسه فلا يجب عليه المهر وقال زفر والشافعى يجب لان الوطء وجد فى غير الملك اذ الملك انما يثبت ضرورة تصحيح الاستيلاد صيانة لمائه عن الضياع فيثبت الملك قبيل العلوق فلا ضرورة فى نقله الى حال الوطء فكان الايلاج واقعا فى غير الملك ولهذا لو وطئ جارية مشتركة بينه وبين ابنه فجاءت بولد فادعاه يجب عليه العقر مع أنه يملك البعض فهذا أولى لعدم ملكه البتة وكذا لو وطئها الاب غير معلق يجب عليه العقر لما قلنا ألا ترى أن من وطئ جارية ابنه يسقط احصانه وان علقت من الوطء ويثبت النسب منه ولنا أن المصحح للاستيلاد حقيقة الملك أو حقه وكلاهما غير ثابت للاب فيها لما ذكر فلا بد من تقدمه ليصح الاستيلاد بوقوع الوطء فى ملكه فلا يجب عليه العقر وهذا لان الغرض أن لا يصير زانيا ولا يضيع ماؤه فلو صار زانيا فى ابتداء الايلاج لضاع ماؤه لان ماء الزانى هدر والاستيلاد عبارة عن الفعل الذى يحصل به الولد فيتقدم الملك على الوطء ضرورة بخلاف الجارية المشتركة بينهما لان ماله من الملك يكفى لصحة

العقد وحين صح العقد لزم صحة التسمية ويلزمه بطلان لزوم مهر المثل لانه لا يجب معه اه فتح (قوله لانه استوفى منافع مملوكة لها) وكان يتبادر ان فى الوطء قبل العتق مهر المثل للسيد لعدم صحة التسمية فكان دخولا فى نكاح موقوف وهو كالفاسد حيث لا يحل الوطء فيه فوجبت قيمة البضع المستوفى منافعه المملوكة للسيد فلا تجب الزيادة لها على هذا خلافا لما قيل والزيادة لها لان الزيادة انما ثبتت باعتبار صحة التسمية وهذا التوجيه على اعتبار عدمها والثابت بهذا الاعتبار ليس الا مهر المثل وهو كله للسيد ثم اذا عتقت ووطئها يجب المسمى لها لانه صح بصحة العقد اه فتح (قوله فى المتن ومن وطئ أمة ابنه الخ) ذكرها فى المجمع فى فصل الاستيلاد من كتاب العتق اه (قوله وعليه قيمتها لا عقرها) أى وهو مهر مثلها فى الجمال أى ما يرغب به فى مثلها جمالا فقط وأما ما قيل ما يستأجر به مثلها للزنا لو جاز فليس معناه بل العادة أن ما يعطى لذلك أقل مما يعطى مهرا لان الثانى للبقاء بخلاف الاول والعادة زيادته عليه اه فتح (قوله وكذا اذا كان مجنونا) يعنى لا تصح دعوته اه قال الكمال فان كان الاب واحدا من هؤلاء لا تصح دعوته لعدم الولاية اه وكتب ما نصه ولو كانا من أهل الذمة الا أن ملتهما مختلفة جازت الدعوى من الاب اه فتح (قوله ولا يحل له الوطء) أى عند الائمة الا ما نقل عن مالك بن أنس رضى الله عنه وابن أبى ليلى اه فتح (قوله ثم هذا الملك يثبت الخ) أى لان ثبوت النسب يتوقف

الاستيلاد فلا حاجة الى تقدم الملك فيكون واطئا ملك الغير فيجب عليه بحصته وبخلاف ما اذا كان الوطء غير معلق لان انتقالها الى ملكه لم يوجد لعدم الضرورة لان تقدم ملكه لصيانة فعله عن الزنا وصيانة مائه فاذا لم يوجد أحدهما انتفى الشرط فلم تنتقل وانما لم يحد قاذفه لان تقدم الملك مختلف فيه فيكون الوطء فى غير الملك عند البعض فيكون فيه شبهة وبالشبهة تدرأ الحدود ولا يضمن قيمة الولد لانه انعلق حرا لتقدم الملك عليه والملك شرط لصحة الاستيلاد عندنا وعند الشافعى حكم الاستيلاد ولهذا يضمن قيمة الولد عنده فى قول قال رحمه الله (ودعوة الجد كدعوة الاب حال عدمه) والمراد بالجد أب الاب لقيامه مقامه والمراد بالعدم عدم ولايته بالموت أو الكفر أو الرق أو الجنون ويشترط أن تثبت ولايته من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو أتت بالولد لاقل من ستة أشهر من وقت انتقال الولاية اليه لم تصح دعوته لما ذكرنا فى الاب قال رحمه الله (ولو زوجها أباه فولدت لم تصر أم ولده) لان ماءه صار مصونا به وانتقالها الى ملك الاب لصيانة مائه وقد صار مصونا بدونه فلا حاجة اليه وكذلك لو استولدها بنكاح فاسد لما ذكرنا وقال الشافعى لا يجوز للاب أن يتزوج بجارية ابنه لان ماله من الحق يمنع صحة النكاح ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك أضافه اليه بلام التمليك وقال عليه الصلاة والسلام فان أطيب ما أكلتم من كسبكم وإن أموال أولادكم من كسبكم فكلوه هنيأ رواه البخارى ومسلم والاول رواه أحمد ولهذا لا يجب الحد بوطئها ولانه لو ملك جزأ منها لا يحل له نكاحها فما هى مضافة بجملتها أولى بتحريمها فصارت كجارية مكاتبه أو مكاتبته ولنا أن المانع من النكاح حقيقة الملك أو حقه وكلاهما منتف عن الاب ألا ترى أنه يجوز للابن أن يتصرف فيها كيف شاء من الوطء والاعتاق والاخراج عن الملك ولا يجوز ذلك كله للاب فلو كان فيها حق للاب لما جاز له ذلك وانما له حق التملك وذلك لا يمنع صحة النكاح ألا ترى ان الواهب له التزوج بالموهوبة وان كان له حق التملك بالاسترداد وحق الملك يمنع كما فى كسب المكاتب وفى المكاتبة حقيقة الملك ثابتة فلا يلزمنا وانما لا يحد للشبهة بصورة الاضافة اليه والحديث الاول غير ثابت ولئن ثبت فالاضافة اليه للتخصيص لا للملك ويدل عليه اضافة الابن اليه مع المال وهو لا يملك ابنه فكذا ماله يحققه أن المال مضاف الى ابنه بقوله أنت ومالك لابيك وهو اضافة ملك فكيف يكون ملكا للاب مع ذلك والحديث الثانى المراد به حل الاكل وقال زفر رحمه الله يجوز النكاح وتصير أم ولده اذا جاءت بولد لانها لما صارت أم ولده بالفجور فلان تصير أم ولده بالنكاح أو شبهه أولى والحجة عليه ما بينا من المعنى من أن ماءه صار مصونا به فلا حاجة الى تقديم الملك واحتيج اليه فى الاول ليصير ماؤه مصونا به قال رحمه الله (ويجب المهر) لالتزامه بالنكاح (لا القيمة) لعدم ملك الرقبة قال رحمه الله (وولده حر) لانه ملكه أخوه فيعتق عليه لقوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه رواه أبو داود والترمذى والنسائى قال رحمه الله (حرة قالت لسيد زوجها أعتقه عنى بألف ففعل فسد النكاح) وكذا لو قال رجل تحته أمة لمولاها أعتقها عنى بالف ففعل عتقت الامة وفسد النكاح ويسقط فى المسئلة الاولى المهر لاستحالة وجوبه على عبدها ولا يسقط فى الثانية وقال زفر رحمه الله لا يفسد النكاح وأصله أن العتق يقع عن الآمر عندنا حتى يكون الولاء للآمر ويخرج عن عهدة الكفارة ان نواها به وعنده يقع عن المأمور لان هذا الكلام خرج باطلا لان الاعتاق عن غير المالك لغو اذ لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فيقع العتق عن مالكه وهو المأمور كما اذا لم يسم الالف ولنا أنها أمرته باعتاق عبده عنها ولا يتصور ذلك الا بتقديم ملكها فيه فيقدر تقديمه اقتضاء كمن قال لامرأته المدخول بها اعتدى ونوى الطلاق فانه يقع لانه لا صحة للاعتداد الا بتقديم الطلاق فوجب تقديمه اقتضاء تصحيحا للكلام وكذا لو باع شيأ بالف

على الملك اه (قوله والمراد بالجد أب الاب) أى ولا تصح دعوة الجد لام اتفاقا اه فتح (قوله وكذلك لو استولدها بنكاح فاسد) أى أو بوطء بشبهة خلافا لزفر فيهما اه كاكى (قوله حقيقة الملك) أى كما فى المملوك (قوله أو حقه) أى كما فى جارية مكاتبه وفى المكاتبة حقيقة الملك ثابتة اه (قوله وقال زفر يجوز النكاح الخ) قال فى الفتح وما عن زفر أنها تكون أم ولده لانها لما كانت أم ولده بالفجور فأولى بالحل بعيد صدوره عنه فان أمومية الولد فرع الملك الامة وملكها ينافى النكاح وانما يصح تفريعا على عدم صحة النكاح اه (قوله لانه ملكه أخوه فيعتق عليه) وفى فوائد الكاكى فيه اختلاف عند البعض يعتق قبل الانفصال من الام حتى اذا مات المولى وهو الابن قبل الانفصال يرث الولد منه لانه عتيق وعند البعض يعتق بالانفصال حتى لا يرث قبل الانفصال لان الرق مانع من الارث اه معراج الدراية قال العلامة قوام الدين الاتقانى رحمه الله أقول الوجه هو الاول لان الولد حدث على ملك الاخ من حين العلوق فكما ملكه عتق عليه بالقرابة للحديث اه (قوله وأصله) أى أصل هذا الخلاف اه (قوله فوجب تقديمه اقتضاء) فيصير قوله أعتق طلب التمليك منه بالالف وأمره له باعتاقه عنه وقوله أعتقت تمليك متضمنا للاعتاق الصريح الواقع جوابا واعلم أنه لو صرح بالبيع فقال بعتك وأعتقته لا يصح عن الآمر بل عن المأمور فيثبت البيع ضمنا فى هذه المسألة ولا يثبت صريحا كبيع الاجنة فى الارحام وهذا لان الثابت ثم مقتضى يعتبر فيه شروط المتضمن لا شروط نفسه وشرط العتق الاهلية بالملك والعقل وعدم الحجر وهو ثابت فى المأمور فاذا صرح به ثبت

بشرط نفسه والبيع لا يتم الا بالقبول ولم يوجد فيعتق عن نفسه اهـ فتح وكتب مانصه قال الاتقاني وهو جعل غير المنطوق منطوقا لتصحيح المنطوق وهذا اذا لم يصرح بالمقتضى أما اذا صرح به المأمور يقع العتق عن المأمور اتفاقا ولهذا قال في التقويم لو قال المأمور بعتك بألف درهم ثم أعتقت لم يصر مجيبا لكلامه بل كان مبتدئا ووقع العتق عن نفسه اهـ (قوله لم تذكر المال) أي بان

ثم جدد البيع بخمسمائة ينعقد الثاني وينفسخ الاول ولا يقال ان البيع ينعقد بالايجاب لانا نقول نعم اذا كان مقصودا وأما اذا دخل في ضمن شيء آخر فلا ولا يقال ان الملك للآمر مختطف غير مستقر ومثله لا يوجب فسخ النكاح كالوكيل اذا اشترى زوجته للموكل لانا نقول الملك لما ثبت ثبت بموجبه وانفساخ النكاح لازم للملك فلا يفارقه ألا ترى أن من قال لامرأته الامة ان اشتريتك فأنت حرة فاشتراها عتقت وفسد النكاح وكذا لو قال لصغير هذا ابني فجاءت أمه بعد موته فطلبت ارثه ترث وان كان الاقرار بالنكاح ضرورة ثبوت النسب ولا نسلم أن المشتري يدخل في ملك الوكيل بل يقع الملك ابتداء للموكل في الصحيح كالعبد يتهب يقع الملك لمولاه ابتداء ولئن وقع الملك للوكيل كما قاله البعض فهو متعلق به حق الموكل حالة ثبوته ومثله لا يوجب فسخ النكاح بخلاف ما نحن فيه فان العبد لم يتعلق به حق الغير ولا يقال ان الشيء اذا ثبت للضرورة يتقدر بقدرها فوجب ان لا يظهر في حق فسخ النكاح لانا نقول الشيء اذا ثبت يثبت بلوازمه كما تقدم فان قيل لو قال لعبده كفر يمينك بالمال لا يعتق وان كان لا يمكنه التكفير بالمال الا بعد العتق فكذا هنا وجب ان لا ينفسخ النكاح قلنا الحرية أصل للتكفير بالمال وأصل الشيء لا يكون تبعا لفرعه ولو ثبت اقتضاء لصار تبعا له فامتنع لذلك قال رحمه الله (ولو لم تقل بألف) أي لم تذكر المال والمسئلة بحالها (لا يفسد) النكاح (والولاء له) أي للمأمور وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو والاول سواء فيصح الامر وتملكه المرأة ويعتق عنها وولاؤها لها ويفسد النكاح ويسقط المهر لانه تقدم الملك بغير عوض تصحيحا لتصرفه ويسقط القبض كما يسقط القبول في البيع المقدر بل أولى لان القبول في البيع ركن والقبض في الهبة شرط فلما سقط الركن فأولى أن يسقط الشرط ولهذا لو قال أعتق عبدك عني بألف درهم ورطل من خمر أو أكره المأمور على أن يعتق العبد عنه بألف يقع العتق عن الآمر وبيع المكره فاسد والقبض فيه شرط كالهبة ومع هذا سقط اعتباره فكذا هذا وصار كالامر بالتكفير عنه بالاطعام ولهما أن القبض فعل حسي فلا يدخل في ضمن القول وانما يدخل في الضمن الحكمي لا الحسي وقياسه على القبول باطل لانه انما يسقط تبعا ما يحتمل السقوط والقبض في الهبة لا يحتمل السقوط فلا يعمل فيه دليل السقوط وهو التبعية والركن في البيع يحتمل السقوط كما في التعاطي وسقوط القبض في البيع الفاسد ممنوع فيما ذكره الكرخي ولئن سلم فالفاسد منه معتبر بالصحيح فيسقط القبض فيه بخلاف الهبة لان القبض منصوص عليه فلا يمكن اسقاطه أصلا وهذا هو الاصل المعول عليه ولا تأثير لكونه ركنا أو شرطا ألا ترى أن الطهارة ونية الصلاة لا يسقطان وهما شرطان فيها والقيام والقراءة يسقطان بعذر وهما ركنان والفقير في مسئلة التكفير ينوب عن الآمر في القبض لكون الطعام قابلا للقبض فتتم به الهبة ثم يصير مؤديا الى نفسه بحق الكفارة وأما العبد فلا يمكن أن يجعل قابضا نيابة عن الآمر لان ماليته تتلف بالاعتاق فلا يقع في يده شيء لينوب عن الآمر ولانه عند عدم ذكر المال يحتمل أن يقدر هبة ويحتمل أن يقدر بيعا فاسدا لعدم ذكر الثمن وليس البعض بأولى من البعض فوقعت الجهالة في التقدير

﴿باب نكاح الكافر﴾

قال رحمه الله (تزوج كافر بلا شهود أو في عدة كافر وذا في دينهم جائز ثم أسلما أقرا عليه) وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين الا أنا لا نتعرض لهم قبل الاسلام أو المرافعة الى الحكام وهما في الاولى مع أبي حنيفة وفي الثانية مع زفر له أن الخطابات عامة الا أنا لا نتعرض لهم لذمتهم

قالت أعتقه عني مقتصرة على ذلك اهـ (قوله وقال أبو يوسف هو والاول سواء) أي عدم ذكر البدل مع ذكر المبدل سواء يعني يقع العتق عن الآمر في الصورتين اهـ اتقاني (قوله كما يسقط القبول في البيع المقدر) أي كقوله أعتق عبدك عني بألف اهـ (قوله فلا يدخل في ضمن القول) أي ففعل اليد الذي هو الاخذ لا يتصور أن يتضمنه فعل اللسان ويكون موجودا بوجوده بخلاف القول فانه يتضمن ضمن قول آخر ويعتبر مراده معه وهذا ظاهر وقول أبي اليسر قول أبي يوسف أظهر لا يظهر اهـ كمال

﴿باب نكاح الكافر﴾

قال الاتقاني انما أخر نكاح أهل الشرك عن نكاح الرقيق لانهم أدنى منزلة من الرقيق قال تعالى ولعبد مؤمن خير من مشرك اهـ وكتب عليه أيضا مانصه يتناول الذمي والمشرك والمجوسي ونحوهم اهـ ع (قوله أو في عدة كافر) أي بموت أو طلاق اهـ وكتب مانصه لانه لو كان في عدة مسلم كان النكاح فاسدا بالاجماع كذا قيل وفيه نظر لان كلامنا في أهل الشرك ولا يجوز للمسلم نكاح المشركة حتى تكون في عدته ويجوز أن يتصور بأن أشركت بعد الطلاق والعياذ بالله وهي في عدة المسلم اهـ أكمل (قوله وذا في دينهم) أي التزوج بلا شهود أو في عدة كافر اهـ ع (قوله وقال زفر النكاح فاسد في الوجهين) أي النكاح بغير شهود وفي عدة كافر اهـ وبه قال مالك اهـ ع (قوله وهما في الاولى) أي وهو النكاح بلا شهود اهـ (قوله وفي الثانية مع زفر) أي النكاح في عدة الكافر اهـ

(قوله اعراضا لاتقريرا) أى لاتقريرا لهم على صنعهم الفاحش القبيح اه (قوله بخلاف الربا والزنا على ماتقدم) أى فى آخر باب المهر عند قوله ولو نكح ذمى ذمية بميتة أو بغير مهر الخ اه (قوله وجب التفريق) أى لقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله اه (قوله والنكاح بغير شهود مختلف فيه) أى فان مالكا وابن أبى ليلى يجوّزانه اه ك (قوله ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات) وقد تقدم من مذهبهما ان أهل الذمة التزموا أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات وهذا تقييد له حيث أفاد أنهم التزموا المجمع عليه فى ملتنا لامطلقا اه كمال بالمعنى فى بعضه (قوله لانه لايعتقده) ولايمكن أن تجب للولد لان فى الزنا لاتجب مع وجوده فاذا لم تجب العدة صح النكاح اه رازى وكتب على قوله لايعتقده مانصه أى الكافر لايعتقد العدة وتذكير الضمير على تأويل الاعتداد اه (قوله بخلاف ما اذا كانت) أى الكتابية اه (قوله تحت مسلم) طلقها فانه تجب العدة حقا له لانه يعتقده فلا يصح نكاح هذه الكتابية فيها اه كمال (قوله حتى لاتثبت له

اعراضا لاتقريرا كما لانتعرض لهم فى عبادة الاوثان بخلاف الربا والزنا على ماتقدم فاذا ترافعوا أو أسلموا والحرمة قائمة وجب التفريق ولهما أن النكاح فى العدة لايجوز اجماعا وقد التزموا أحكامنا فتلزمهم والنكاح بغير شهود مختلف فيه ولم يلتزموا أحكامنا بجميع الاختلافات ولابى حنيفة رحمه الله أن العدة لايمكن اثباتها حقا للشرع لكونهم غير مخاطبين به ولا حقا للزوج لانه لايعتقده بخلاف ما اذا كانت تحت مسلم والخلاف فى صحة نكاحهم فى العدة بناء على أن العدة تجب عندهما وعنده لاتجب حتى لاتثبت له الرجعة ولا يثبت نسب ولدها الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر وقيل تجب عنده لكنها لاتمنع من صحة النكاح لضعفها كالاستبراء فاذا صح النكاح فحالة الاسلام والمرافعة حالة البقاء والشهادة ليست شرطا فيها وكذا وجوب العدة فى حالة البقاء لاينافى النكاح ألا ترى أن المنكوحة اذا وطئت بشبهة بان تزوجها رجل ودخل بها تجب عليها العدة وتحرم على الاول على ماهو المختار واختار خواهرزاده أن العدة لاتجب ولا يحرم وطؤها على الاول وقيل اذا كان الثانى عالما فكما اختاره خواهرزاده وان لم يعلم فكالاول وذكر صاحب النهاية معزيا الى المبسوط أن الاختلاف بينهم فيما اذا كانت المرافعة أو الاسلام والعدة غير منقضية وأما اذا كانت المرافعة أو الاسلام بعد انقضاء العدة لايفرق بالاجماع قال رحمه الله (ولو كانت محرمه فرق بينهما) أى لو كانت منكوحة الكافر محرما له أى للزوج بأن كانت أمه أو أخته فأسلم أحدهما أو كلاهما فرق بينهما لعدم المحلية فيستوى فيه الابتداء والبقاء بخلاف ماتقدم ثم هل لهذه الانكحة حكم الصحة فعند أبى حنيفة هى صحيحة بينهم حتى يترتب عليها وجوب النفقة ولايسقط احصانه بالدخول بها بعد العقد وقيل عنده هى فاسدة وهو قولهما الا أنا لانتعرض لهم قبل الاسلام أو المرافعة اعراضا لاتقريرا لان الخطاب محرم لهذه الانكحة فى ديارنا وهم من أهلها وقد شاع الخطاب فى دار الاسلام فيثبت فى حقهم لانه ليس فى وسع المبلغ التبليغ الى الكل وانما فى وسعه جعل الخطاب شائعا فجعل كالوصول ولهذا لايتوارثون بها والصحيح الاول لانا أمرنا بأن نتركهم ومايدينون فصار الخطاب كأنه لم ينزل فى حقهم لان الالزام بالسيف والمحاجة وقد ارتفعا والشيوع انما يعتبر فى حق من يصدق رسالة المبلغ وانما لايتوارثون بها لان الارث ثبت بالنص على خلاف القياس فيما اذا كانت الزوجة مطلقة بنكاح صحيح فيقتصر عليه وعلى هذا الخلاف المطلقة ثلاثا والجمع بين المحارم أو الخمس وفى النهاية لو تزوج اختين فى عقدة واحدة ثم فارق احداهما ثم أسلم أقرا عليه ثم بمرافعة أحدهما لايفرق عنده وعندهما يفرق لالتزامه حكم الاسلام فصار كما اذا التزمه بالاسلام وقال الله تعالى فاحكم بينهم وله أنه بمرافعة أحدهما لايبطل حق الآخر لانه لم يلتزم أحكام الاسلام وليس لصاحبه ولاية الزامه بخلاف ما اذا أسلم لان الاسلام يعلو ولايعلى وليس

الرجعة) أى للزوج بمجرّد طلاقها لانه انما علكها فى العدّة اه (قوله الا اذا جاءت به) أى بعد الطلاق اه (قوله كالاستبراء) أى فيما بين المسلمين اه الخ وكتب على قوله كالاستبراء مانصه يجوز تزويج الامة فى حال قيام وجوبه على السيد اه فتح (قوله حالة البقاء) أى حالة بقاء النكاح اه (قوله تجب عليها العدة) أى مع بقاء النكاح اه رازى (قوله لو كانت منكوحة الكافر) أى المجوسى اه (قوله فأسلم أحدهما أو كلاهما فرق بينهما) أى اجماعا اه فتح وكتب على قوله بينهما مانصه أى وهذا بالاتفاق لكن عندهما باعتبار أن نكاح المحارم حكمه البطلان فيما بينهم لكونه مجمعا عليه كما فى المعتمدة وأما عنده فله حكم الصحة فى الصحيح الا أن المحرمية تنافى بقاء النكاح فيفرق بخلاف العدة فانها لاتنافيه اه (قوله حتى يترتب عليها وجوب النفقة) قال الاتقانى وكذا اذا ترافعا فى الينا وطلبت المرأة النفقة فان القاضى يقضى بالنفقة فى قول أبى حنيفة وهذا دليل على أن النكاح وقع صحيحا ولكن لما أسلما أو أسلم أحدهما يفرق بينهما للمنافاة بين المحرمية والنكاح وذلك لان كل صفة ترجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء كالرضاع اه اتقانى (قوله ولا يسقط احصانه بالدخول بها الخ) حتى لو قذفه انسان يحد اه فتح قوله يحد أى فى قول الامام ولو كان النكاح فاسدا لاوجب الدخول فيه سقوط الاحصان اه (قوله والجمع بين المحارم أو الخمس) يعنى لو تزوج مجوسى مطلقته ثلاثا أو جمع بين خمس أو أختين فى عقدة ثم أسلما أو أحدهما فرق بينهما اجماعا اه (قوله ثم بمرافعة أحدهما الخ) ولو ترافعا يفرق بالاجماع لان مرافعتهما كتحكيمهما اه هداية (قوله وعندهما يفرق) أى كاسلام أحدهما اه (قوله بخلاف ما اذا أسلم الخ) وبخلاف ما اذا اتفقا على التفريق لانهما

في الآية دلالة الالزام وانما هي توجب التخيير وفيها اشارة الى أن مجيئهم ما شرط بقوله فان جاؤك وذكر في الغاية معزيا الى المحيط أن المطلقة ثلاثا لو طلبت التفريق يفرق بينهما بالاجماع لانه لا يتضمن ابطال حق الزوج وكذا في الخلع وعدة المسلم لو كانت كتابية وكذا لو تزوجها قبل زوج آخر في المطلقة ثلاثا قال رحمه الله (ولا ينكح مرتد أو مرتدة أحدا) لان النكاح يعتمد الملة ولا ملة له وما انتقل اليه لا يقر عليه ولان النكاح شرع للبقاء والمرتد يقتل فلا يحصل به ما شرع لاجله فلا يشرع والتأخير ضرورة التأمل وفيما وراءها كأنه لا حياة فيه واشتغاله بالنكاح يشغله عن شئ حياته لاجله وكذا المرتدة لانها تحبس للتأمل وخدمة الزوج تشغلها عنه فلا يشرع ولان النكاح شرع لمصالحه وهي السكن والازدواج والتوالد والتناسل لا لعينه فاذا فات ما شرع له لم يشرع أصلا ألا ترى أن البيع لما كانت شرعيته لافادة الملك لم يشرع في محل لا يقبل حكمه وكذا النكاح ولا يرد علينا مستحق القتل للقصاص حيث يجوز له التزوج مع أنه يقتل لان العفو مندوب اليه فيه فيسلم بخلاف المرتد لانه لا يرجع غالبا لاسيما اذا أعرض عما نشأ عليه ورأى محاسنه وكذا لا يرد علينا الوثني حيث تصح مناكحتهم مع أنهم لا دين لهم لانا نعني بالملة دينا يعتقد صحته ولم يقر ببطلانه وقد وجد فيهم ذلك والمرتد قد أقر ببطلان ما انتقل اليه قبل الارتداد فافترقا قال رحمه الله (والولد يتبع خير الابوين دينا) لانه أنظر له وهذا اذا لم تختلف الدار بأن كانا في دار الاسلام أو في دار الحرب أو كان الصغير في دار الاسلام وأسلم الوالد في دار الحرب لانه من أهل دار الاسلام حكما وأما اذا كان الولد في دار الحرب والوالد في دار الاسلام فأسلم لا يتبعه ولده ولا يكون مسلما لانه لا يمكن أن يجعل الوالد من أهل دار الحرب بخلاف العكس قال رحمه الله (والمجوسي شر من الكتابي) لانه له دين سماوي دعوى ولهذا تؤكل ذبيحتهم ويحل نكاح نسائهم للمسلمين فكان المجوس شرا حتى اذا ولد بينهما ولد يكون كتابيا تبعا له وقال الشافعي يكون مجوسيا لان المعارضة قد تحققت فيه فأحدهما يوجب الحرمة والآخر يوجب الحل فيرجح ما يوجب الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام في شئ الا غلب الحرام الحلال بخلاف ما اذا كان أحدهما مسلما لان الكفر لا يعارض الاسلام ولنا أن حل الذبيحة والمناكحة من أحكام الاسلام فيرجح بهما كما يرجح بالاسلام فلا تتحقق المعارضة بينهما ولانه يعتقد

أبطلا اعتقادهما لجواز النكاح اه وكتب ما نصه بخلاف مرافعة أحدهما ورضاه فانه لا يتغير به اعتقاد الآخر فيبقى الامر الشرعي بعدم التعرض له بلا معارض والاوجه تخريج الخلاف في مرافعة أحدهما على الخلاف في أنه حين صدر كان باطلا عندهما لكن ترك التعرض للوفاء بالذمة فاذا انقاد أحدهما لحكم الاسلام كان كاسلامه وعنده كان صحيحا ورفع أحدهما لا يرجحه على الآخر في ابطال استحقاقه بل يعارضه الآخر فيبقى الحكم على الصحة هذا كله بعد الاسلام أو المرافعة أما اذا لم يكن أحدهما فلا يفرق الا في قول أبي يوسف الآخر على ما في المبسوط في الذميين أنه يفرق اذا علم ذلك لما روى أن عمر كتب الى عماله أن فرقوا بين المجوس ومحارمهم وأجيب بأنه غير مشهور بل المعروف ما كتب عمر بن عبد العزيز الى الحسن البصري ما بال الخلفاء الراشدين تركوا أهل الذمة وما هم عليه من نكاح المحارم واقتناء الخمور والخنازير فكتب اليه انما بذلوا الجزية ليتركوا وما يعتقدون وانما أنت متبع ولست بمبتدع والسلام ولان الولاة والقضاة من وقت الفتوحات الى يومنا هذا لم يشتغل أحد منهم بذلك مع علمهم بمباشرتهم ذلك فحل محل الاجماع اه كمال (قوله وكذا في الخلع) يعني اختلعت من زوجها الذمي ثم أمسكها فرفعته الى الحاكم فانه يفرق بينهما لان امساكها ظلم وما أعطيناهم العهد على تقريرهم على الظلم اه فتح (قوله وكذا لو تزوجها قبل زوج آخر الخ) لانهم يعتقدون أن الطلاق مزيل للملك وان لم يعتقدوا خصوص عدد اه فتح (قوله في المتن ولا ينكح مرتد أو مرتدة أحدا) سواء كانت مسلمة أو كافرة أو مرتدة اه قال الكمال أما المسلمة فظاهر لانها لا تكون تحت كافر وأما الكافرة فلانه مقتول معنى اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وانما لم يجز نكاح المرتد لان الردة رافعة للنكاح فلان تكون مانعة أولى لان الدفع أسهل من الرفع ولانها شرعت مزيلة للملك فلا يستفاد الملك معها كالموت اه (قوله والتناسل) أي وحسن العشرة ولا يحصل ذلك بين المسلم والمرتدة اذ ليس مع الاختلاف ائتلاف اه اتقاني (قوله أو كان الصغير في دار الاسلام الخ) مقتضى قول الشارح رحمه الله أو كان الصغير في دار الاسلام الخ أن الاب اذا أسلم في دار الحرب يصير ولده الذي هو في دار الاسلام مسلما باسلامه لعدم تباين الدارين حكما وتبعه العيني في هذا وخالفه الكمال فقال هذا اذا كانا في دار واحدة أما لو تباينت داراهما بان كان الاب في دار الاسلام والولد في دار الحرب أو على العكس فانه لا يصير مسلما باسلام الاب وسنذكرها في السير في فصل من باب المستأمن ان شاء تعالى اه قال الرازي رحمه الله هذا اذا لم تختلف الدار فان اختلفت الدار فالولد تابع للدار حتى لو كان الاب في دار الاسلام وهو مسلم والولد في دار الحرب لا يتبع الولد ولا يكون مسلما باسلام أبيه اه (قوله في المتن والمجوسي) الذي في خط الشارح المجوس اه (قوله لان المعارضة قد تحققت الخ) قال الكمال رحمه الله واعلم أن التعارض هنا تجوز فان ثبوته ثبوت المتعارضين مستلزمين لحكميهما وليس هنا الا ثبوت حكم على تقدير اعتبار وضده على تقدير آخر فلما اشترك مع المعارضة في ترجيح أحدهما بالقول به سمي تعارضا والا فالتعارض تقابل الحجتين وليس هنا حجة فضلا عن ثنتين

(قوله فكان في جعل الولد تبعا له) أي للكتابي دون المجوسي اه (قوله والزوج مجوسي فأسلم الخ) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن أحد الزوجين اذا أسلم ان كان بحال يجوز استئناف العقد عليهما لا يفسد النكاح كالذمي يتزوج الذمية ابتداء ثم يسلم الرجل وذلك لان نكاح المسلم الذمية ابتداء يجوز عندنا فبقاء أولى وان كان بحال لا يجوز استئناف العقد عليهما يفسد النكاح ولكن يعرض الاسلام على الكافر فان أبى فرق بينهما وهذا كالنصرانية اذا أسلمت وزوجها كافر وكالمجوسي اذا أسلم وزوجته مجوسية أو وثنية وهذا لان المسلمة لا يجوز أن تكون تحت الكافر مطلقا اه (قوله الى انقضاء ثلاث حيض) صوابه ثلاثة أطهار اذ العدة عنده بالاطهار ولهذا ذكر

التوحيد فكان في جعل الولد تبعا له نوع نظر وهو واجب وقوله يرجح ما يوجب الحرمة ينتقض بما لو كان أحدهما مسلما قال رحمه الله (واذا أسلم أحد الزوجين عرض الاسلام على الآخر فان أسلم والا فرق بينهما) وهذا الكلام على اطلاقه يستقيم في المجوسيين لانه باسلام أحدهما أيهما كان يفرق بينهما بعد الاباء وأما اذا كانا كتابيين فان أسلمت هي فكذلك وان أسلم هو فلا يتعرض لها لجواز تزوجها للمسلم ابتداء فلا حاجة الى العرض وكذلك اذا كانت هي كتابية والزوج مجوسي فأسلم لما قلنا وقال الشافعي لا يعرض على المصر الاسلام لان فيه تعريضا لهم وقد ضمنا بعقد الذمة أن لا نتعرض لهم الا أن ملك النكاح قبل الدخول غير متأكد فينقطع بنفس الاسلام وبعده متأكد فيؤجل الى انقضاء ثلاث حيض كما في الطلاق حيث ينقطع قبل الدخول بنفسه وبعده لا ينقطع حتى تنقضي عدتها ولنا أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرق بين نصراني ونصرانية باباته عن الاسلام ذكره الطحاوي وأبو بكر بن العربي في العارضة وظهر حكمه بينهم ولم ينقل الينا خلاف فكان اجماعا ولان بالاسلام لا تبقى مقاصد النكاح بينهما وهو الملك والازدواج وقضاء الشهوة والتوالد ونحوها فلا بد من سبب يبنى عليه فوات الملك والاسلام طاعة سبب لثبوت العصمة لا لانقطاعها وكذا كفر المصر لا ينافيه كما في حالة الابتداء وفي حالة البقاء قبل الاسلام وكذا اختلاف الدين لا ينافيه كما لو كان مسلما وهي كتابية فيعرض عليها الاسلام لمصلحة من غير اكراه لتحصل تلك المقاصد بالاسلام أو الفرقة بالاباء فانه معصية تناسب زوال العصمة ثم ان مذهبه على خلاف المعهود في الشرع فانه يقول ان أسلم قبل انقضاء عدتها بقيا على نكاحهما فلم يحصل بالاسلام فرقة بطلاق أو فسخ واذا حاضت بعد اسلام من أسلم منهما ثلاث حيض انقضت عدتها فيحل لها التزوج بمن شاءت فكيف يعتبر انقضاء عدة من غير فرقة والعدة تجب بعد ارتفاع النكاح لا مع بقائه مع أنه ليس على ارتكابه دليل سمعي يقوم به التمسك فلا يلزمنا ارتكاب المحظور ولان النكاح على حاله حتى يفرق بينهما بالاباء حتى لو مات أحدهما انتهى النكاح به وتأكد المهر به ان كان قبل الدخول بها ثم لا فرق بين أن يكون المصر صبيا مميزا أو بالغا حتى يفرق بينهما باباته لان ردته كانت معتبرة فكذا إباؤه بل أولى لان الاباء أدنى لانه امتناع والردة انكار فكان أقوى وهذا على قولهما وأما على قول أبي يوسف فقد اختلف المشايخ فيه منهم من يقول لا يصح إباؤه عنده قياسا على ردته عنده ومنهم من صحح إباءه وفرق بينه وبين الردة ولو كان أحدهما صغيرا غير مميز ينتظر عقله بخلاف ما اذا كان مجنونا حيث لا ينتظر بل يعرض على أبويه لانه ليس له نهاية معلومة ونظيره ما اذا وجدته عنينا فانه ينتظر بلوغه لانه يرجى زواله به ولو وجدته مجبوبا يفرق بينهما في الحال لعدم الفائدة في الانتظار قال رحمه الله (وإباؤه طلاق لا إباؤها) وقال أبو يوسف إباؤه أيضا لا يكون طلاقا لانه يتصور وجوده من المرأة ومثله لا يقع الطلاق كالفرقة بسبب الملك والمحرمية وخيار البلوغ وهذا لان الطلاق ليس اليها فكل سبب تشاركه المرأة فيه على معنى أنه يتحقق وجوده منها لا يكون طلاقا اذا وجد منه كما لا يكون طلاقا فيما اذا وجد منها ولهما أنه فات الامساك بالمعروف من جانبه فتعين التسريح بالاحسان فان طلق والا ناب القاضي منابه ولهذا المعنى صارت الفرقة بسبب

في الاسرار وكتب أصحاب الشافعي يتوقف على انقضاء العدة اه (قوله في العارضة) هي عارضة الاحوذي على شرح الترمذي اه (قوله وقضاء الشهوة والتوالد ونحوها) قال الرازي ولان الاسلام طاعة لا يجوز أن يكون سببا لزوال النعمة اه (قوله والاسلام طاعة سبب لثبوت العصمة) قال صلى الله عليه وسلم فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها (قوله حتى لو مات أحدهما) أي قبل اسلام الآخر اه (قوله ثم لا فرق بين أن يكون المصر صبيا مميزا) أي يعقل الاديان اه (قوله في المتن وإباؤه طلاق) أي بائن اه فتح (قوله وقال أبو يوسف إباؤه أيضا لا يكون طلاقا) أي بل فسخا لا ينقص شيأ من عدد الطلاق اه (قوله والمحرمية) أي بالرضاع اه وكتب على قوله والمحرمية ما نصه ولكن لا يبطل هذا بالخلع اه اتقاني (فرع) يقع طلاق زوج المرتدة وزوج المسلمة الآبي بعد التفريق عليهما ما داما في

العدة اه في الاباء فلان الفرقة بالطلاق وأما في الردة فلان الحرمة غير متأبدة فانها ترتفع بالاسلام فيقع طلاقه عليها في العدة مستتبعا فائدته من حرمتها عليه بعد الثلاث حرمة مغياة بوطء زوج آخر بخلاف حرمة المحرمية فانها متأبدة لا غاية لها فلا يفيد لحوق الطلاق فائدة قاله الكمال (قوله ولهما أنه فات الامساك بالمعروف) أي في المساعدة على الاسلام اه (قوله فتعين التسريح بالاحسان) أي وهو الطلاق اه رازي (قوله فان طلق) أي فيها ونعمت اه رازي (قوله والا ناب القاضي منابه) فان قلت هذا صريح في أن الاباء ليس بطلاق فانما الطلاق تفريق القاضي بعد الاباء حيث لم يوجد من الزوج طلاق فكيف يستقيم قوله في المتن وإباؤه طلاق قلت لما كان

الجب والعنة طلاقا بخلاف إبائها لان الطلاق لا يكون منها حتى ينوب القاضى منابها وبخلاف ما استشهد به من الاحكام فان الفرقة فيه لا لهذا المعنى وبخلاف ردته أيضا عند أبى حنيفة لان الفرقة فيها للتنافى وهذا لان الردة تنافى النكاح ابتداء فكذا تنافيه بقاء ولهذا لا يحتاج فيه الى حكم الحاكم وفى الاباء يحتاج اليه ولو كان الزوج صغيرا أو مجنونا يكون طلاقا عندهما لما ذكرنا من المعنى وهى من أغرب المسائل حيث يقع الطلاق منهما ونظيره اذا كانا مجنونين أو كان المجنون عنينا فان القاضى يفرق بينهما ويكون طلاقا اتفاقا ثم اذا وقعت الفرقة بالاباء فان كان بعد الدخول بها فلها المهر كله لانه تأكد به وان كان قبل الدخول فان كان باباته فلها نصف المهر لانه قبل الدخول وان كان باباتها فلا مهر لها لانها فوتت المبدل قبل تأكد البدل فاشبه الردة والمطاوعة قال رحمه الله (ولو أسلم أحدهما ثمة) أى فى دار الحرب (لم تبن حتى تحيض ثلاثا) فاذا حاضت ثلاثا بانت وهذا الكلام يجرى على اطلاقه اذا لم يكونا كتابيين وكذا اذا كانا كتابيين أو كان أحدهما كتابيا والآخر وثنيا والمرأة هى المسلمة وأما اذا أسلم الزوج وهى كتابية فهما على نكاحهما لما ذكرنا وقال الشافعى اذا كان اسلام أحدهما قبل الدخول وقعت الفرقة بالاسلام فى الحال وان كان بعد الدخول يتوقف على مضى ثلاثة قروء على ما مر من مذهبه فيما اذا أسلم أحدهما فى دار الحرب ولا تأثير لاختلاف الدارين عنده وعندنا نفس الاسلام غير موجب للفرقة ولا كفر المصر ولا اختلاف الدين على ما مر من قبل ولكن يمكن تقرير السبب فى دار الاسلام بالعرض حتى اذا أبى يكون مفوتا للامساك بالمعروف وفى دار الحرب لا يتأتى ذلك لانقطاع الولاية فأقيم شرط الفرقة وهو مضى ثلاثة قروء مقام السبب كما فى حفر البئر اذا وقع فيها انسان ولم يمكن اضافة الحكم الى العلة فأضيف الى الشرط وهو الحفر فكذا هنا مست الحاجة الى الفرقة تخليصا للمسلمة عن ذل الكفر فأقمنا شرط البينونة فى الطلاق الرجعى مقام عرضات القاضى وتفريقه عند تعذر اعتبار العلة وهذه الحيض لا تكون عدة ولهذا يستوى فيها المدخول بها وغير المدخول بها ثم ان كان ذلك قبل الدخول فلا عدة عليها وان كان بعد الدخول والمرأة حربية فكذلك لان حكم الشرع لا يثبت فى حقها وان كانت هى المسلمة فكذلك الجواب عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يوجب العدة على المسلمة من الحربى وعندهما يجب عليها العدة وأصل الخلاف فى المهاجرة اذا خرجت الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية وسيأتى البيان فيها ان شاء الله تعالى ثم اذا وقعت الفرقة بمضى ثلاث حيض هل يكون طلاقا أم لا ذكر فى السير الكبير أنه يكون طلاقا عندهما لان انصرام هذه المدة جعل بدلا عن قضاء القاضى والبدل قائم مقام الاصل وروى عنهما أنه فرقة بغير طلاق لان هذه فرقة وقعت حكما لا بتفريق القاضى فكان بمنزلة ردة الزوج وملكه امرأته وكذلك اذا خرج أحدهما الى دار الاسلام بعد اسلام أحدهما فى دار الحرب لا تقع الفرقة بينهما حتى تمضى ثلاث حيض لعدم ولاية القاضى على من بقى فى دار الحرب فما لم يجتمعا فى دار الاسلام لا يعرض

الاباء سببا التفريق القاضى أطلق عليه طلاقا من باب اطلاق السبب على المسبب وهو سائغ هذا ما ظهر لى أوان القاء الدرس من الجواب والله أعلم بالصواب وكتب على قوله والاناب القاضى منابه ما نصه فى ذلك فيكون طلاقا اذ كان نائبا عمن اليه الطلاق لانه انما ينوب عنه فيما اليه التفريق به والذى اليه الطلاق وأما المرأة فالذى اليها عند قدرتها على الفرقة شرعا الفسخ فاذا أبت ناب القاضى منابها فيما اليها التفريق به فلا تكون الفرقة الا فسخا فالقاضى ناب منابهما فيهما اه فتح (قوله فان الفرقة فيهما الخ) أى فان الفرقة فى الملك والمحرمية للتنافى وأما خيار البلوغ فان ملك الفرقة فيه لتطرق الخلل الى المقاصد بسبب قصور شفقة العاقد لقصور قرابته وعلى اعتبار تحقق هذا التطرق لا يكون للنكاح انعقاد من الاصل فالوجه فى الفرقة الكائنة عنه كونها فسخا اه فتح بمعناه (قوله ونظيره اذا كانا مجنونين الخ) ذكر الشارح رحمه الله فى باب التعليق أن المجنون لو كان عنينا أو مجبوبا يفرق بينهما ويجعل طلاقا وكذا اذا أسلمت امرأته وعرض الاسلام على أبويه وأبيا اه (قوله وان كان باباتها فلا مهر لها) أى لان الفرقة حصلت بسبب من قبلها فلا يكون لها مهر اه اتقانى (قوله فأشبه الردة) أى ردتها اه (قوله والمطاوعة) أى مطاوعة ابن زوجها من نفسها اه (قوله حتى تحيض ثلاثا) أى ان كانت ممن تحيض والا فثلاثة أشهر فان أسلم الآخر قبل انقضاء هذه المدة فهما على نكاحهما اه فتح (قوله مقام السبب) أى سبب الفرقة اه وقوله سبب الفرقة كأنه أراد به أنه سبب بطريق النيابة والا فقد تقدم أن سبب الفرقة هو الاباء اه أكمل رحمه الله (قوله كما فى حفر البئر) يعنى فى قيام الشرط وذلك لان الاصل اضافة التلف الى ثقل الواقع فى البئر التى حفرت على قارعة الطريق لانه هو العلة لكنه تعذر ذلك لكونه طبعيا ولا تعدى فيه ثم اضافته الى السبب وهو المشى وقد تعذر لان المشى فى الطريق مباح لا محالة فأضيف الى الشرط وهو حفر البئر لانه لم تعارضه العلة والسبب وله شبه بالعلة من حيث تعلق الحكم به وجودا وفيه تعد لانه فى غير ملك الحافر وموضعه أصول الفقه اه الخ (قوله فأقمنا شرط البينونة) أى وهو مضى ثلاثة قروء (قوله وهذه الحيض لا تكون عدة) أى بل لاجل الفرقة اه (قوله ولهذا يستوى الخ) وهذا لان الزوج فى صورة الطلاق باشر سبب الفرقة وهو الطلاق فجاز أن يعتبر السبب فى الحال اذا كان قبل الدخول فلا يحتاج الى مضى الحيض وأما ههنا فالفرض أنه لم يباشره فاحتاج الى مضيها للفرقة فيستويان فيها اه أكمل

(قوله في المتن وتباين الدارين الخ) اعلم أن علة وقوع البينونة بين الزوجين عندنا هو تباين الدارين سواء وجد السبي أو لم يوجد وعند
الشافعي العلة السبي سواء وجد التباين بين الزوجين أم لا اه اتقاني وكتب مانصه ثم فائدة وقوع البينونة حل وطء الامة

على المصر سواء خرج المسلم أو الآخر قال رحمه الله (ولو أسلم زوج الكتابية بقي نكاحها) لانه يجوز له التزوج بها ابتداء فالبقاء أولى لانه أسهل من الابتداء ولهذا يشترط فيه الشهادة في الابتداء دون البقاء وكذا حق الملك يمنع الابتداء دون البقاء حتى لو اشترى المكاتب زوجة مولاه لايفسد النكاح ولو عقد عليها ابتداء لايجوز وكذا لو تزوج المكاتب بنت سيده فمات سيده لايفسد نكاحه ولو تزوج بها بعد موته لما جاز لان حقها فيه يمنع الابتداء دون البقاء قال رحمه الله (وتباين الدارين سبب الفرقة لا السبي) حتى لو خرج أحد الزوجين مسلما أو ذميا من دار الحرب الى دار الاسلام أو أسلم أو عقد عقد الذمة في دار الاسلام وقعت الفرقة بينهما وكذا اذا سبي أحد الزوجين ودخل به دار الاسلام ولو سبيا معا لم تقع الفرقة بينهما وقال الشافعي رحمه الله سبب الفرقة السبي دون تباين الدارين حتى تقع الفرقة عنده بالسبي ولو سبيا معا ولا تقع بالتباين لان السبي يقتضي صفاء المسبي للسابي ولهذا لايبقى الدين الذي كان على المسبي ولو بقي النكاح بينهما لامتنع الصفاء أما تباين الدارين فتأثيره في انقطاع الولاية وانقطاع الولاية لاتأثير له في ابطال النكاح ألا ترى أن الحربي المستأمن أو المسلم المستأمن لم تقع الفرقة بينه وبين امرأته وان اختلفت دارهم حقيقة وكذا الخروج من منعة أهل البغي الى منعة أهل العدل أو بالعكس لاتقع به الفرقة ولهذا رد عليه الصلاة والسلام بنته زينب الى زوجها بالعقد الاول وذلك أن بعض أصحابه عليه الصلاة والسلام تحرجوا في وطئهن لاجل أزواجهن فنزل قوله تعالى والمحصنات من النساء الا ماملكت أيمانكم أي ذوات الازواج حرم عليكم الا ماملكت أيمانكم من تلك السبايا وأباح وطء سبايا أوطاس بعد الاستبراء وقد سبين مع أزواجهن وهذا لان السبي سبب ملك مايحتمل التملك ومحل النكاح محتمل للتملك فيكون مملوكا للسابي وهذا لانه لو امتنع ثبوت الملك فانما يمتنع لحق الزوج وهو ليس بذي حق محترم ألا ترى أنه يسقط مالكيته عن نفسه وماله ولهذا لو كانت المسبية منكوحة لمسلم أو ذمي لايبطل به النكاح لكون المالك للنكاح محترما ولنا أنه مع التباين حقيقة وحكما لاتنتظم المصالح والنكاح شرع لمصالحه لا لعينه فلا يبقى عند عدمها كالمحرمية اذا اعترضت عليه وهذا لان أهل الحرب كالموتى ولهذا لو التحق بهم المرتد تجري عليه أحكام الموتى فلا يشرع النكاح بين الحي والميت بخلاف المستأمن لان تباين الدار فيه لم يوجد حكما لقصده الرجوع الى داره اذ هو لم يدخلها للقرار ولهذا يمكن الذمي من دخوله دار الحرب بهذا الطريق وأما منعة أهل البغي فهي في دار الاسلام فلم تختلف الدار والسبي سبب لملك الرقبة مالا وملك المتعة ثبت تبعا لا مقصودا فلا يكون مبطلا للنكاح كالشراء وهذا لان ملك البضع مقصودا يختص بشرطه كالشهود وفي السبي لايشترط ذلك وانما يثبت الملك فيه تبعا لملك الرقبة اذا كان فارغا ولهذا لو كان مالك النكاح محترما بان كان مسلما أو ذميا لايبطل النكاح ولو كان السبي يوجبه لما اختلف بين المحترم وغيره ولان السبي لاينافي ابتداء النكاح فلا ينافي البقاء كسائر أسباب الملك وأما الدين فان كان على عبد لم يسقط وان كان على حر يسقط لان الحر كان دينه ثابتا في ذمته فلو بقي بعد السبي لوجب في رقبته لانه موجب دين العبد حتى يباع فيه فلا يمكن ابقاؤه بالصفة التي وجبت بخلاف دين العبد لان صفته لاتختلف وأما رد زينب فقد روي انه عليه السلام ردها بعقد جديد فكان المثبت أولى من النافي على أن ماروواه غير صحيح عند أهل النقل فلا يعارض مارويناه لصحته وما روي أن فيما روينا حجاجا وهو متكلم فيه لايصح لانه جرح مبهم وقد وثقه أهل النقل حتى خرج له مسلم ولان ماروواه متروك الظاهر لانه ذكر فيه أن اسلامها كان قبل اسلامه بست سنين وقيل بسنتين وهو لايرى بقاء النكاح بعد انقضاء عدتها قبل اسلام المتأخر منهما وأما سبايا أوطاس فلا يلزمنا حجة لانهن سبين وحدهن لان رجالهن قتلوا

ان وقعت في سهمه بعد الاستبراء وإن الخارج هو الرجل يجوز له أن يتزوج أربعا سواها أو أختها ان كانت في دار الاسلام لانها لاعدة على التي بقيت في دار الحرب عندهم جميعا اه اتقاني (قوله يقتضي صفاء المسبي) قال الكمال والصفاء هنا بالمد أي الخلوص اه (قوله ولهذا) أي لثبوت الصفاء بالمسبي اه وكتب على قوله ولهذا يعني لو سبي الحربي وفي ذمته دين لحربي آخر بطل الدين في السبي ذكره في الاسرار اه كاكي (قوله لايبقى الدين الذي كان على المسبي) أي ان كان لكافر بعدم احترامه اه فتح (قوله فتأثيره في انقطاع الولاية) أي ولاية من في دار الحرب عليه ان كان خارجا الينا وولاية من في دارنا ان كان لاحقا بدار الحرب بحيث يتعذر الالزام عليه اه فتح (قوله ولنا أنه مع التباين حقيقة وحكما) المراد بالتباين حقيقة تباعدهما شخصا وبالحكم أن لايكون في الدار التي دخلها على سبيل الرجوع بل يكون على سبيل القرار والسكنى اه اك (قوله لان رجالهن قتلوا الخ) في الكاكي المروي أن الرجال هربوا الى حصونهم
وانما سبي النساء وحدهن اه قال الكمال وأما سبايا أوطاس فقد روي أن النساء سبين وحدهن ورواية الترمذي تفيد وليس
ذلك عن أبي سعيد الخدري قال أصبنا سبايا أوطاس ولهن أزواج في قومهن فذكروا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فنزلت والمحصنات
من النساء الا ماملكت أيمانكم لكن بقي أن يقال ان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ومقتضى اللفظ حل المملوكة مطلقا سواء سبيت

وحدها أم مع زوج وأما المشتراة متزوجة فخارجة بالاجماع فوجب أن يبقى ماسواها داخلا تحت العموم على الاباحة والجواب أن المسبية مع زوجها تخص أيضا بدليلنا وبما ذكروتبقى المسبية وحدها ذات بعل وبلا بعل والله سبحانه أعلم وكتب على قوله وتنكح المهاجرة الخ مانصه هذه المسئلة حكم آخر زائد على حكم بعض ماتضمنه موضوع المسئلة التى قبلها لانها كانت اذا خرج أحد الزوجين مهاجرا وقعت الفرقة وهذه اذا كان الخارج منهما المرأة ووقعت الفرقة اتفاقا هل عليها عدة فيها خلاف اه كمال (قوله وتنكح المهاجرة) أى تاركة الدار الى أخرى على عزم عدم العود بان تخرج مسلمة أو ذمية اه فتح (قوله وقال أبو يوسف ومحمد الخ) ثم اختلفا لوخرج بعدها وهى بعد فى هذه العدة فطلقها هل يلحقها طلاقه قال أبو يوسف لا يقع عليها وقال محمد يقع والاصل أن الفرقة اذا وقعت بالتباين لا تصير المرأة محلا للطلاق عند أبى يوسف وعند محمد تصير وهو أوجه الا أن تكون محرمية لعدم الفائدة على ماقدمناه وثمرته تظهر فيما لوطلقها ثلاثا لا يحتاج زوجها فى تزوجها اذا أسلم الى زوج آخر عند أبى يوسف وعند محمد يحتاج اليه اه فتح وكتب مانصه وثمرة الخلاف تظهر فى أن الحربية اذا دخلت دار الاسلام لم يلزم الحربى ولدها عنده لعدم العدة الا أن (١٧٧) تأتى به لاقل من ستة أشهر وعندهما يلزمه

وليس فى الآية دلالة على أن أزواجهن كانوا معهن فلا يلزمنا حجة قال رحمه الله (وتنكح المهاجرة الحائل بلا عدة) أى يجوز تزوج من خرجت من دار الحرب الى دار الاسلام مسلمة أو ذمية ولا عدة عليها وكذا اذا أسلمت فى دار الاسلام أو صارت ذمية وقيده بكونها حائلا لان الحامل لا يجوز تزوجها حتى تضع وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجب عليها العدة لانها حرة فارقت زوجها بعد الاصابة وفرقتها وقعت فى دار الاسلام فتلزمها العدة كالمطلقة فى دارنا وهذا لان العدة حق الشرع كيلا يجتمع ماء رجلين فى رحمها وذلك محترم حتى يثبت نسبه الى سنتين بخلاف المطلقة فى دار الحرب وهى حربية ثم خرجت الينا حيث لا تجب عليها العدة لان الطلاق وقع غير موجب للعدة لكونها غير مخاطبة فلا ينقلب موجبا وبخلاف المسبية لان حلها للسابى دليل على فراغ رحمها ولابى حنيفة قوله تعالى فلا جناح عليكم أن تنكحوهن فأباح نكاح المهاجرة مطلقا فتقييده بما بعد العدة زيادة والزيادة على النص نسخ وهو قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر فمن منع فقد أمسك ولانها فرقة وقعت بتباين الدارين فلا توجب العدة كما فى المسبية وهذا لان تباين الدارين مناف للنكاح فيكون منافيا لاثره والعدة من أثره ولانه لو وجب لوجب حقا للزوج ولا حرمة للحربى حتى ألحق بالجماد وصار محلا للملك فكيف يكون لملكه حرمة وهو كمن اشترى امرأة انه لا تجب العدة لان الحل الثابت بالملك حقه لا حق الشرع لوجود المنافى وأما اذا كانت حاملا فلا نقول بوجوب العدة عليها ولكن لا يصح نكاحها حتى تضع حملها لان فى بطنها ولدا ثابت النسب من الغير وذلك يمنع النكاح كأم الولد اذا حبلت من مولاها لا يزوجها حتى تضع حملها وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يصح النكاح ولكن لا يقربها حتى تضع حملها لانه لا حرمة لماء الحربى فكان كالزانى والاول أصح لان نسبه ثابت فكان الرحم مشغولا بحق الغير بخلاف الحبل من الزنا فان قيل أبلغ مافى الباب أن يكون سقوط الحرمة بتباين الدارين فى حكم السقوط بالموت وبالموت لا تسقط العدة فكذا بالتباين قلنا ان الموت لا يوجب سقوط الحرمات أصلا فان التركة مبقاة على أصل ملكه وانما أسقط بالموت الحرمة فى حقيقة صفة مالكيته وذلك منقطع بالموت حتى لا تصح اضافة الطلاق الى مابعد الموت

الى سنتين لقيام العدة قيد بالمهاجرة لانه لوهاجر زوجها لا تجب العدة اتفاقا حتى كان له أن يتزوج أختها وأربعا سواها فى الحال اتفاقا من الحقائق اه ابن فرشته (قوله وفرقتها وقعت فى دار الاسلام الخ) احترازعما لو وقعت الفرقة فى دار الحرب وسيأتى قريبا (قوله فتلزمها العدة) أى حقا للشرع اه فتح (قوله كالمطلقة فى دارنا) أى من المسلمات اه (قوله حتى يثبت نسبه الى سنتين) أى عندهما وعنده لا يثبت نسبه الا أن تأتى به لاقل من ستة أشهر اه ابن فرشته (قوله لان حلها للسابى دليل على فراغ رحمها) قال الاتقانى بخلاف المسبية فانها ليست بحرة وتأثير ذلك انها تحل للسابى وحل الوطء دليل فراغ الرحم فلا حاجة الى العدة على أن الاستبراء يجب عليها بحيضة وفراغ الرحم كما يحصل بالعدة يحصل بالاستبراء فلا حاجة الى ايجاب العدة اه (قوله ولا تمسكوا بعصم الكوافر) جمع كافرة فلو شرطت العدة لزم التمسك بعقدة نكاحهن الموجودة فى حال كفرهن وبهذا يبطل قولهما وجبت لحق الشرع كيلا تختلط المياه اه كمال رحمه الله (قوله بخلاف الحبل من الزنا) وتحقيقه أن الحبل من الغير يمنع الوطء مطلقا وثابت النسب محترم فيمنع النكاح أيضا دون غيره اه الخ قال الاتقانى رحمه الله ولابى حنيفة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الى قوله فلا ترجعوهن الى الكفار لاهن حل لهم ولاهم يحلون لهن ثم قال ولا جناح عليكم أن تنكحوهن اذا آتيتموهن أجورهن ولا تمسكوا بعصم الكوافر فأوجب قطع العصمة بينها وبين زوجها بخروجها الينا والعصمة المنع كقوله تعالى لا عاصم اليوم من أمر الله أى لا مانع فدل على أنها ليس عليها أن تمتنع من الازواج لاجل الزوج الذى كان لها فى دار الحرب وأما نفى العدة فلقوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن لانه أباح نكاحها من غير شرط العدة والوجه الثانى قوله تعالى ولا تمسكوا بعصم الكوافر فوجب علينا بظاهر الآية أن لا تمنع نكاحها لاجل زوجها الذى فى دار الحرب فلو اشترطت العدة يلزم التمسك بعقد نكاحها حال كفرهن فلا يجوز اه

ولكن لما بقيت المحال المملوكة مملوكة على حكم ملكه لبقاء الحرمة حكما لزمتها العدة بحكم الملك لا بحقيقته وبتباين الدارين أسقطت الحرمة حقيقة وحكما حتى ان المرتد الذي يلتحق بدار الحرب يصير بمنزلة الميت حكما فتورث أملاكه ويعتق مدبروه فأوجب الزوال لا الى أثر ملكه * قال الراجي عفو ربه علماؤنا لعدم وجوب العدة بتباين الدارين وما كانوا يحتاجون الى هذا التعليل فان عنده الذمي اذا طلق الذمية في دار الاسلام لا تجب العدة الا اذا كانوا يعتقدونه في الصحيح وعند بعضهم تجب لكن لا تمنع من صحة النكاح لضعفها على ما بيناه فصار المعوّل عليه في عدم وجوب العدة كونها تحت كافر لا غير قال رحمه الله (وارتداد أحدهما فسخ في الحال) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد ان كانت الردة من المرأة فكذلك وان كانت من الزوج فهي فرقة بطلاق هو مر على أصله في الاباء وكذا أبو يوسف وعلة كل واحد منهما ما بيناه هنالك وأبو حنيفة فرق بينهما فوافق أبا يوسف في الردة ووافق محمدا في الاباء والفرق له أن الردة منافية للنكاح لكونها منافية للعصمة ألا ترى أنه يسقط به عصمة النفس والمال فلم يبق الملك حرمة والطلاق منه يستدعي قيام النكاح فتعذر جعله طلاقا فالذلك بخلاف الاباء فانه تفويت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان ولهذا تتوقف الفرقة بالاباء على القضاء ولا تتوقف عليه بالردة وفرق أيضا بين الفرقة بالاباء وبين الفرقة بخيار البلوغ أن الفرقة بالخيار فسخ للعقد الاول والعقد اذا انفسخ يجعل كأنه لم يكن والاحكام به من عدم لزوم المهر اذا كان فيه قبل الدخول بخلاف الاباء وفرق محمد رحمه الله بين الفرقة باباء وردة وبين الفرقة بملك أحدهما صاحبه وبالمحرمية فقال ان الفرقة بالاباء والردة قولية كالطلاق وبالملك والمحرمية حكمية كالموت ولو أسلم أحدهما ثم ارتد والعياذ بالله تعالى قبل عرض الاسلام على الآخر انفسخ النكاح لانه كان باقيا الى أن يحكم بالفرقة فتنافيه الردة وقوله في المختصر فسخ في الحال احترازا عن قول الشافعي فان عنده ان كانت الردة بعد الدخول لا تبين منه حتى تمضي ثلاثة قروء وان كانت قبل الدخول تبين في الحال وقال ابن أبي ليلى لا تقع الفرقة بردة أحدهما ولكن يستتاب فان تاب فهي امرأته وجعله كالاباء ونحن نقول الارتداد منافيه واعتراض المنافي يوجب الفرقة كالمحرمية بخلاف ما اذا أسلم أحدهما على ما تقدم وهذا ظاهر الرواية وبعض مشايخ بلخ وسمرقند كانوا يفتون بعدم وقوع الفرقة بالردة حسما لباب المعصية وعامتهم يقولون يقع الفسخ ولكن تجبر على النكاح لزوجها بعد الاسلام لان المقصود يحصل بذلك ومشايخ بخارى كانوا على هذا قال رحمه الله (فللموطوأة المهر) أي للمرتدة المدخول بها المهر كله سواء كانت الردة منها أو منه لانه تأكد بالدخول فلا يتصور سقوطه قال رحمه الله (ولغيرها النصف ان ارتد) أي لغير الموطوأة نصف المهر ان كان المرتد هو الزوج لان الفرقة من جهته قبل الدخول توجب نصف المهر قال رحمه الله (وان ارتدت لا والاباء نظيره) أي وان كانت المرتدة قبل الدخول هي المرأة لا يجب لها شئ لان الفرقة من جهتها قبل الدخول بمعصية توجب سقوطه لحصول الفوت منها قوله والاباء نظيره أي نظير الارتداد حتى اذا كان بعد الدخول من أيهما كان يجب المهر كله وان كان قبل الدخول فان كان منه يجب النصف به وان كان منها لا يجب شئ لما ذكرنا في ارتدادها قال رحمه الله (ولو ارتدا وأسلما معا لم تبن)

(قوله لكونها منافية للعصمة) أي والمنافي لا يحتمل التراخي بخلاف الاسلام فانه غير مناف للعصمة كمال (قوله فيجب التسريح بالاحسان) واعترض بوجهين أحدهما أن الردة لا تنافي ملك العين بل يصير موقوفا فما بال ملك النكاح لا يكون كذلك والثاني أن الردة لو كانت منافية لما وقع طلاق المرتد على امرأته بعد الردة كما في المحرمية لكنه يقع بالاتفاق والجواب عن الاول انما يرجع الى المحل فالابتداء والبقاء فيه سواء والردة تنافي النكاح ابتداء فكذا بقاء وبوقف تحصيل ملك العين بالشراء ابتداء فكذا بقاء وعن الثاني أن وقوع الطلاق تابع لامكان ظهور أثره وحيث كانت المحلية متصورة العود بالتوبة أمكن ظهور أثره وعن هذا قالوا اذا ارتد الرجل ولحق بدار الحرب لم يقع على المرأة طلاقه لان تباين الدارين مناف للنكاح فكان منافيا للطلاق الذي هو من أحكام النكاح فان عاد الى دار الاسلام وهي في العدة وقع عليها الطلاق لان المنافي وهو تباين الدارين قد ارتفع ومحلية الطلاق بالعدة وهي قائمة فيقع واذا ارتدت المرأة ولحقت بدار الحرب لم يقع طلاق الزوج عليها لان العدة قد سقطت عنها عنده لفوات المحلية لان من كان في دار الحرب فهو كالميت في حقها وبقاء الشئ في غير محله مستحيل والعدة متى سقطت لا تعود الا بعود سببها بخلاف الفصل الاول لان العدة هنالك باقية ببقاء محلها لانها في دار الاسلام الا أن تباين الدارين كان مانعا من وقوع الطلاق فاذا ارتفع المانع والعدة باقية وقع وقال أبو يوسف يقع الطلاق لان العدة باقية عنده اه الك (قوله ولهذا تتوقف الفرقة) توضيح لكون الردة منافية للطلاق دون الاباء اه الك قال (قوله ولكن تجبر على النكاح لزوجها الخ) ولكل قاض أن يجدد النكاح بينهما بمهر يسير ولو بدينار رضيت أم لا وتعزر خمسة وسبعين اه كاكي (قوله في المتن فللموطوأة المهر الخ) قال الكمال رحمه الله ثم ان كان الزوج هو المرتد فلها كل المهر ان دخل بها ونفقة العدة أيضا ونصفه ان لم يدخل بها وان كانت هي المرتدة فلها الكل ان دخل بها الا نفقة العدة لان الفرقة من جهتها وان لم يكن دخل بها فلا مهر ولا نفقة اه (قوله ولو ارتدا أو أسلما معا لم تبن) هذا اذا لم يلحق أحد منهما بدار الحرب بعد ارتدادهما فان لحق فسد للتباين اه فتح

قال زفر تبين وهو القياس لان ردة أحدهما منافية وفى ردتهما ردة أحدهما وزيادة فكان أولى بالبينونة ولانه مناف ابتداء فيكون منافيا بقاء كردة أحدهما وكالمحرمية وجه الاستحسان أن بنى حنيفة ارتدوا ثم أسلموا ولم يأمرهم الصحابة بتجديد الانكحة وارتدادهم واسلامهم واقع معا لجهالة التاريخ فتركنا القياس باجماعهم ولا يقال ان ارتدادهم لا يمكن أن يقع جملة واحدة فأنى يستقيم الاستدلال به لانا نقول عند جهالة التاريخ يجعل كان الكل وجد جملة واحدة كموت الغرقى والحرقى والهدمى حتى لا يرث بعضهم من بعض ولانه لم يختلف بهما دين ولا دار فيبقى ما كان على ما كان كما اذا أسلم الزوجان معا والفقه فيه ان ارتدادهما معا واسلامهما دليل الموافقة كما هو مقتضى النكاح بخلاف ارتداد أحدهما وهذا لان الفرقة بردة أحدهما لظهور الخبث عند المقابلة بالطيب وهذا المعنى منتف هنا ولا يلزم من منع الابتداء منع البقاء كعدة الغير فانه يمنع الابتداء دون البقاء قال رحمه الله (وبانت لو أسلما متعاقبا) لانه لما تقدم اسلام أحدهما بقى الآخر على ردته فتحقق الاختلاف وهذا لان اصراره فى هذه الحالة كانشائه فيها فتضاف الفرقة اليه حتى اذا كانت المتأخرة هى المرأة قبيل الدخول سقط المهر وان تأخر الزوج لها نصف المهر كما ذكرنا ولو كانت نصرانية تحت مسلم فتمجسا وقعت الفرقة بينهما عند أبى يوسف وقال محمد لم تقع لانهما ارتدا معا لان تمجس النصرانية كاحداث أصل الكفر وهذا لان المجوسية لا يجوز للمسلم أن يتزوج بها فاحداثها كاحداث الردة لابى يوسف أن الزوج لا يقر على ذلك الدين بل يجبر على الاسلام والمرأة تقر عليه فصار كردة الزوج وحده وهذا لما عرف أن الكفر كله ملة واحد فالانتقال من كفر الى كفر لا يجعل كالانشاء فصار كما لو تهودا فان الفرقة تقع فيه بالاتفاق فكذا هذا ومحمد رحمه الله يفرق فيقول ان المجوسية لا يجوز التزوج بها فيكون احداثها كالارتداد بخلاف اليهودية ألا ترى أنها لو تمجست وحدها تقع الفرقة بينهما ولو تهودت لا تقع فافترقا والله أعلم

﴿باب القسم﴾

وهو بفتح القاف وسكون السين مصدر قسمت الشئ فانقسم وبالكسر واحد الاقسام والنصيب من الخبز كالطحن للدقيق ذكره صاحب المغرب والجوهرى قال رحمه الله (البكر كالثيب والجديدة كالقديمة والمسلمة كالكتابية فيه) أى فى القسم لقوله تعالى فان خفتم أن لا تعدلوا فواحدة أو ما ملكت أيمانكم ذلك أدنى أن لا تعولوا معناه أن لا تجوروا وقوله تعالى ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل وقوله عليه الصلاة والسلام من كانت له امرأتان فمال الى احداهما جاء يوم القيامة وشقه مائل أى مفلوج رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه وابن حنبل وعن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم فيعدل ويقول اللهم هذا قسمى فيما أملك فلا تلمنى فيما تملك ولا أملك يعنى زيادة المحبة رواه أبو داود والنسائى وابن ماجه والترمذى وقال فيه الارسال أصح وهذه النصوص عامة فى النساء فيسوى بين الجديدة والقديمة والبكر والثيب والصحيحة والمريضة والرتقاء والمجنونة التى لا يخاف منها والحائض والنفساء والحامل والحائل والصغيرة التى يمكن وطؤها والمحرمة والمولى منها والمظاهر منها وقال الشافعى يقيم عند البكر الجديدة سبعا وعند الثيب الجديدة ثلاثا ولا يحتسب عليها بذلك الا اذا طلبت زيادة على ذلك فحينئذ بطل حقها ويحتسب عليها بتلك المدة لما روى عن أنس أنه قال سمعت النبى صلى الله عليه وسلم يقول للبكر سبع وللثيب ثلاث ثم يعود الى أهله أخرجه الدارقطنى وروى أبو قلابة عن أنس أنه قال من السنة اذا تزوج بكرا أقام عندها سبعا واذا تزوج ثيبا أقام عندها ثلاثا ثم قسم وأقام رسول الله صلى الله عليه وسلم عند أم سلمة حين تزوجها ثلاثا وقال انه

(قوله قال زفر تبين) أى والائمة الثلاثة اه فتح (قوله ولا يقال ان ارتدادهم الخ) قال الكمال رحمه الله والمذكور فى الحكم بارتداد بنى حنيفة فى المبسوط منعهم الزكاة وهو يتوقف على نقل أن منعهم كان لجحد افتراضها (١٧٩) ولم ينقل ولا هو لازم وقتال أبى بكر رضى الله عنه اياهم لا يستلزمه لجواز قتالهم اذا أجمعوا على منعهم حقا شرعيا وعطلوه اه

﴿باب القسم﴾

لما فرغ من ذكر النكاح وأقسامه باعتبار من قام به من المسلمين الاحرار والارقاء والكفار وحكمه اللازم له من المهر شرع فى حكمه الذى لا يلزم وجوده وهو القسم وذلك انما يثبت على تقدير تعدد المنكوحات ونفس النكاح لا يستلزمه ولا هو غالب فيه اه كمال رحمه الله (قوله وبالكسر واحد الاقسام والنصيب) ولكن الاول يستعمل فى موضع خاص بخلاف الثانى اه عينى (قوله رواه أبو داود) أى والترمذى اه (قوله وابن ماجه وابن حنبل) أى والحاكم ولفظ أبى داود والنسائى فمال الى احداهما على الاخرى ولم يبين فيماذا وأما ما فى الكتاب من زيادة قوله فى القسم فالله أعلم بها لكن لا نعلم خلافا فى أن العدل الواجب فى البيتوتة والتأنيس فى اليوم والليلة وليس المراد أن يضبط زمان النهار فبقدر ما عاشر فيه احداهما يعاشر الاخرى بقدره بل ذلك فى البيتوتة وأما النهار ففى الجملة اه كمال رحمه الله (قوله فيما تملك ولا أملك) يعنى القلب اه فتح (قوله زيادة المحبة) فظاهره أن ما عداه مما هو داخل تحت ملكه وقدرته يجب التسوية فيه ومنه عدد الوطآت والقبلات والتسوية فيهما غير لازمة اجماعا اه فتح (قوله وقال الشافعى يقيم عند البكر الخ) وقول مالك وأحمد كقول الشافعى اه

(قوله ان شئت سبعت لك الخ) وهذا دليل استثناء الشافعي ماذكرنا من أنه يسقط حقها ويحسب عليها بالمدة ان طلبت زيادة على الثلاث اه فتح (قوله والمراد من الحديث التفضيل الخ) ونحن نقول للزوج أن يبتدئ بالجديدة ولكن بشرط أن يسوي بينهما اه الك (قوله والاختيار في مقدار الدور الى الزوج) (١٨٠) يعني ان شاء ثلث لكل واحدة وان شاء سبع لكل واحدة الى غير ذلك اه (قوله لان

ليس لك على أهلك هوان ان شئت سبعت لك وسبعت لنسائي ولانها لم تألف صحبة زوجها بعد ولعله يحصل لها في أول الامر نفرة فكان في الزيادة ازالتها ولنا ما تلونا وما روينا من غير فصل ولان اجتماع الزوجات عنده سبب لوجوب التسوية بينهن فلا يكون سببا لتفضيل بعضهن على بعض ولو جاز تفضيل البعض لكانت القديمة أولى لما وقع لها من الكسر والوحشة وادخال الغيظ والغيرة بسبب ادخال الضرة عليها والمراد من الحديث التفضيل بالبداءة بالجديدة دون الزيادة وليس في حديث أم سلمة ما يدل على أنها اذا طلبت الزيادة يسقط حقها بل هو نص على التسوية ابتداء ألا ترى أنه روى في بعض طرقه ان شئت ثلثت لك وثلثت لهن فعلم بهذا أن التسوية في السبع لا لطلبها الزيادة ولان القسم من حقوق النكاح فهن فيه سواء والاختيار في مقدار الدور الى الزوج لان المستحق هو التسوية دون طريقه والتسوية المستحقة في البيتوتة لا في المجامعة لانها تبتنى على النشاط والمقصود من القسم الاقامة عند كل واحدة منهن والمعاشرة معها ولهذا يستوي فيه المجبوب والعنين والمريض والصحيح والمرأة الرتقاء وغيرها والصبي الذي دخل على المرأة كالبالغ لان القسم حق العباد وهو من أهله قال رحمه الله (وللحرة ضعف الامة) روى ذلك عن علي رضي الله عنه والمدبرة وأم الولد والمكاتبة كالامة في القسم وهذا لان حل الامة أنقص من حل الحرة ولا يمكن تنصيفه فاظهر في حقوقه من القسم والطلاق وفي حق الادخال حتى لا يجوز ادخال الامة على الحرة وعلى العكس يجوز وفي الغاية بخلاف النفقة والكسوة والسكنى فانها مبنية على الكفاية وقال فيه اتفقوا على التسوية فيها وفيه نظر فانه في النفقة يعتبر حالهما على المختار فكيف يدعي الاتفاق فيها على التسوية ولا يتأتى ذلك الا على قول من يعتبر حال الرجل وحده ولو أقام عند الامة يوما فأعتقت يقيم عند الحرة يوما وكذا لو أقام عند الحرة ثم عتقت الامة ينتقل الى العتيقة لان المنقص قد زال وفي الاولى خلاف زفر رحمه الله قال رحمه الله (ويسافر بمن شاء منهن والقرعة أحب) وقال الشافعي يجب لما روي عن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم كان اذا أراد سفرا أقرع بين نسائه وأيتهن خرجت قرعتها وروي أيتها خرج سهمها خرج بها متفق عليه ولنا أنه لا حق لهن في حالة السفر حتى كان للزوج أن لا يستصحب واحدة منهن فكذا له أن يسافر بواحدة منهن أو أكثر بلا اذن من صاحبتها ولا قرعة ولانه قد يتعسر عليه السفر ببعضهن لمرض بها أو سمن أو كثرة أولاد وقد يأمن بعضهن في حفظ الامتعة في السفر أو في تركها في البيت وفيه من الحرج ما لا يخفى وفعله عليه الصلاة والسلام يدل على الاستحباب ونحن نقول به تطييبا لقلوبهن والدليل عليه أنه عليه الصلاة والسلام لم تكن التسوية واجبة عليه في الحضر وانما كان يفعله تفضلا لما روي أنه عليه الصلاة والسلام كان يقسم لثمان ولا يقسم لواحدة قال عطاء هي صفية بنت حيي بن أخطب رواه مسلم وقال الله تعالى ترجي من تشاء منهن وتؤوي اليك من تشاء فكان ممن يؤوي عائشة وأم سلمة وزينب وحفصة وممن أرجأ سودة وجويرية وأم حبيبة وصفية وميمونة ذكره المنذري فاذا لم يجب عليه في الحضر فكيف يستدل بفعله على الوجوب والقاعدة أن الفعل أيضا لا يدل على الوجوب ولا يحتسب عليه بتلك المدة حتى لا يقضي لبقية نسائه وقال الشافعي يقضي اذا سافر بها من غير قرعة ولنا ما بينا من أنه لا حق لهن في السفر ووجوب القضاء يترتب على وجوب الاداء ولانه لو كان واجبا عليه في السفر لما سقط حق الباقين بالقرعة كما لا يسقط به في الحضر وعلى هذا لو أقام عند واحدة منهن شهرا في الحضر ورافعته الاخرى لم يؤمر بقضاء ما مضى وانما يؤمر أن

المستحق هو التسوية دون طريقها) أي ان شاء يوما يوما أو يومين يومين أو ثلاثا ثلاثا أو أربعا أربعا واعلم أن هذا الاطلاق لا يمكن اعتباره على صرافته لانه لو أراد أن يدور سنة ما يظن اطلاق ذلك له بل لا ينبغي أن لا يطلق له مقدار مدة الايلاء وهو أربعة أشهر واذا كان وجوبه للتأنيس ودفع الوحشة وجب أن تعتبر المدة القريبة وأظن أكثر من جمعة مضارة الا أن يرضيا به والله أعلم اه فتح وكتب على قوله لان المستحق هو التسوية دون طريقها ما نصه يعني ليس لها أن تقول له بت عندي ليلة وعند صاحبتي كذلك لان المستحق عليه هو التسوية لا طريقها وكتب أيضا على قوله طريقها ما نصه في خط الشارح طريقه اه وكتب أيضا على قوله دون طريقها ما نصه لان طريقها مفوض الى الزوج اه (قوله لان القسم حق العباد وهو من أهله) وصح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم لما مرض استأذن نساءه أن يمرض في بيت عائشة رضي الله عنها فأذن له اه (قوله لان حل الامة أنقص) يدل عليه أنه لا يحل نكاحها مع الحرة ولا بعدها وانما يحل قبلها اه (قوله وفي الغاية بخلاف النفقة الخ) مراد صاحب الغاية التسوية في وجوب النفقة لا في كميتها فسقط النظر الذي ذكره الشارح كذا نقلته من خط يحيى (?) الشارح رحمه الله (قوله وقال الشافعي يقضي اذا سافر بها الخ) يعني اذا سافر باحدى المرأتين شهرا مثلا لا يؤمر أن يكون عند الاخرى شهرا آخر بل يسوي بينهما في الحضر ابتداء اه (قوله لم يؤمر بقضاء ما مضى) والذي يقتضيه النظر أن يؤمر بالقضاء اذا طلبت لانه حق آدمي وله قدرة على ايفائه اه كمال

يسوى بينهما فى المستقبل لان القسم انما يكون بعد الطلب ولكنه يأثم فيه ولو فعل ذلك بعد أمر القاضى يوجع ضربا لانه ارتكب محظورا وهو الجور ويقضى قال رحمه الله (ولها أن ترجع ان وهبت قسمها للاخرى) لانها أسقطت حقا لم يجب بعد فلا يسقط وهذا لان الاسقاط انما يتحقق فى القائم فيكون الرجوع امتناعا بمنزلة العارية حيث يرجع المعير فيها متى شاء لما قلنا والله أعلم

﴿كتاب الرضاع﴾

الرضاع والرضاعة بكسر الراء وفتحها فيهما وأنكر الاصمعى الكسر مع الهاء قال رحمه الله (هو مص الرضيع من ثدى الآدمية فى وقت مخصوص) وهو مدة الرضاع هذا فى الشرع وفى اللغة لا يتقيد بهذه القيود ويقال لئيم راضع للذى يرضع ابله أو غنمه ولا يحلبها كى لا يسمع صوت حلبه فيطلب منه اللبن وفعله من باب علم ومن باب ضرب ثم قيل ليس كتاب الرضاع من تصنيف محمد رحمه الله وانما عمله بعض أصحابه ونسبه اليه ليروج ولهذا لم يذكره الحاكم أبو الفضل فى مختصره وقال عامتهم هو أوائل تصنيفاته وانما لم يذكره الحاكم اكتفاء بما أورده من ذلك فى كتاب النكاح وذكر صاحب المختصر شيأ من مسائله فى فصل المحرّمات ثم أفرد له كتابا لما فيه من أحكام جمة تختص به قال رحمه الله (وحرم به وان قلّ فى ثلاثين شهرا ماحرم بالنسب) أى حرم بسبب الرضاع ماحرم من الناس بسبب النسب اذا وجد فى ثلاثين شهرا ولو كان الرضاع قليلا وقال الشافعى رحمه الله لا يحرم الا بخمس رضعات يعنى مشبعات لما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كان فيما نزل من القرآن عشر رضعات معلومات يحرّمن ثم نسخن بخمس معلومات فتوفى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهى فيما يقرأ من القرآن رواه مسلم قالوا هذا يدل على قرب النسخ حتى ان من لم يبلغه النسخ كان يقرؤها وعنها أنها قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحرم المصة والمصتان وفى لفظ لا تحرم الاملاجة والاملاجتان رواه مسلم وفى لفظ لا تحرم الرضعة والرضعتان والمصة والمصتان وهذا النفى مذهبنا والاوّل لاثبات مذهبه ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة علقه بفعل الارضاع من غير قيد بالعدد والتقييد به زيادة وهو نسخ ولان كل علة حكم فى الشرع كثبوت المصاهرة بالنكاح والوطء وغيره لا يشترط فيه العدد ولا التكرار والاحاديث فيه كثيرة كلها مطلقة منها ما رواه البخارى ومسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال يحرم من الرضاع ما يحرم من الرحم وفى لفظ ما يحرم من النسب ومنها حديث عائشة رضى الله عنها أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله حرم من الرضاع ماحرم من الولادة متفق عليه ولان الحرمة وان كانت لشبهة

(قوله لانه ارتكب محظورا وهو الجور ويقضى) وعلى هذا فقول الولوالجى لان القسم لا يصير دينا فى الذمة محمول على ماقبل القضاء به فيقع التوفيق بينه وبين قول الشارح ويقضى وقد نقلت عبارة الولوالجى على المتن فانظرها اه (قوله فى المتن ولها أن ترجع) أى الواحدة منهن اه ع

﴿كتاب الرضاع﴾

لما كان المقصود من النكاح الولد وهو لا يعيش غالبا فى ابتداء انشائه الا بالرضاع وكان له أحكام تتعلق به وهو من آثار النكاح المتأخرة عنه بمدة وجب تأخيره الى اخر أحكامه قيل وكان ينبغى أن يذكره فى المحرمات لكنه أفرده بكتاب على حدة لاختصاصه بمسائل كشهادة النساء وخلط اللبن ونحوه والحق أنه ذكر فى المحرمات ما تتعلق المحرمية به وانما ذكر هنا التفاصيل الكثيرة اه فتح (قوله ومن باب ضرب) أى وعليه قول السلولى يذم علماء زمانه * وذموا لنا الدنيا وهم يرضعونها * اه فتح (١٨١) (قوله ولهذا لم يذكره الحاكم أبو الفضل فى مختصره) أى المسمى بالكافى مع التزامه ايراد كلام محمد فى جميع كتبه محذوفة التعاليل اه فتح (قوله ولو كان الرضاع قليلا) وبه قال مالك أما لو شك فيه بان أدخلت الحلمة فى فم الصغيرة وشكت فى الرضاع لا تثبت الحرمة بالشك وهو كما لو علم أن صبية أرضعتها امرأة من قرية ولا يدرى من هى فتزوجها رجل من أهل تلك القرية صح لانه لم يتحقق المانع من خصوصية امرأة والواجب على النساء أن لا يرضعن كل صبى من غير ضرورة واذا أرضعن فليحفظن ذلك ويشهرنه ويكتبنه احتياطا اه فتح (قوله يعنى مشبعات) أى فى خمسة أوقات متفاصلة عرفا وعن أحمد روايتان كقولنا وكقوله اه فتح (قوله لا تحرم المصة) المصة فعل الرضيع والاملاجة فعل المرضع وهو الارضاع اه (قوله لا تحرم الاملاجة) الاملاجة الارضاعة والتاء للوحدة والاملاج الارضاع وأملجته أرضعته وملج هو أمه رضعها اه فتح (قوله ولنا قوله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم الخ) قال الشيخ أبو بكر الرازى فى أصول فقهه فى باب اثبات القول بالعموم قيل لابن عمر رضى الله عنهما ان ابن الزبير يقول لا تحرّم الرضعة ولا الرضعتان فقال قضاء الله تعالى أولى من قضاء ابن الزبير قال الله تعالى وأمهاتكم اللاتى أرضعنكم وأخواتكم من الرضاعة اه اتقانى وسيأتى فى كلام الشارح (قوله ولان كل علة حكم فى الشرع) يعنى أن الرضاع لما كان يوجب تحريما مؤبدا وجب أن يثبت حكم الحرمة بمرة واحدة كالوطء فى النكاح اه (قوله ولان الحرمة الخ) هذا جواب سؤال مقدّر بان يقال ينبغى أن لا يثبت حكم الرضاع الا بالكثير لان القليل لا يحصل به نشوز العظم وانبات اللحم فقال إنشاز العظم وإنبات اللحم

أمر مبطن فيه خفاء والرضاع سبب ظاهر فأقيم مقام الامر الخفى فتعلق حكم الحرمة بمجرد الارضاع قال فى ديوان الادب نشز الشئ أى ارتفع وأنشزه فنشز أى حركه وقال ثعلب فى أماليه فى قوله تعالى الى العظام كيف ننشزها نرفع بعضها على بعض وقال فى المغرب الانشار الاحياء وفى التنزيل ثم اذا شاء أنشره ومنه لارضاع الاما أنشر العظم أى قواه كأنه أحياه و روى بالزاى اه اتقانى

البعضية الثابتة بنشوز العظم وانبات اللحم لكنه أمر مبطن فتعلق الحكم بفعل الارضاع كما فى السفر والتقاء الختانين ونحوهما وما رواه منسوخ روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال قوله لاتحرم الرضعة ولا الرضعتان كان فأما اليوم فالرضعة الواحدة تحرم فجعله منسوخا حكاه عنه أبو بكر الرازى ومثله عن ابن مسعود ونسخه بالكتاب نص عليه ابن عباس وقال ابن بطال أحاديث عائشة مضطربة فوجب تركها والرجوع الى كتاب الله لانه روبه ابن زيد مرة عن النبى عليه الصلاة والسلام ومرة عن عائشة ومرة عن أبيه ومثله يسقط أونقول انما لم تحرم المصة والاملاجة لانها لاينفصل اللبن بها لضعف الصبى حتى يتكرر منه المص والرضعة رواية بالمعنى عنده أى عند الراوى لانه اعتقد أن الرضعة هى المصة فعبر عنها بها ولاحجة له فى خمس رضعات أيضا لان عائشة أحالتها على أنه قرآن وقالت ولقد كان فى صحيفة تحت سريرى فلما مات رسول الله صلى الله عليه وسلم وتشاغلنا بموته دخل دواجن فأكلتها وقد ثبت أنه ليس من القرآن لعدم التواتر ولا تحل القراءة به ولا اثباته فى المصحف ولا يجوز التقييد به عنده ولا عندنا أما عنده فظاهر وأما عندنا فانما يجوز التقييد بالمشهور من القراءة ولم يشتهر ولانه لو كان قرآنا لكان متلوا اليوم اذ لانسخ بعد النبى صلى الله عليه وسلم وقيل العشر والخمس كان فى رضاع الكبير ثم نسخ وروى أن ابن عمر قيل له ان ابن الزبير يقول لابأس بالرضعة والرضعتين فقال قضاء الله خير من قضاء ابن الزبير ومذهبنا مذهب على وابن عباس وابن عمر وابن مسعود وجمهور التابعين وقال النووى هو قول جمهور العلماء وقال أبو الليث أجمع المسلمون على ان قليل الرضاع وكثيره يحرم فى المهد كما يفطر الصائم وقوله فى ثلاثين شهرا بيان لمدة الرضاع وهو قول أبى حنيفة وقالا مدته سنتان وعند زفر ثلاث سنين وقال بعضهم لاحد له للنصوص المطلقة ولنا أن ارضاع الكبير منسوخ بقوله عليه الصلاة والسلام لارضاع بعد فصال ولايتم بعد احتلام رواه أبو داود وبقوله عليه الصلاة والسلام لارضاع الاما أنشز العظم وأنبت اللحم وردلرد إرضاع الكبير لان ذلك لايحصل للكبير بالرضاع وانما يحصل له بالخبز ونحوه ولزفر رحمه الله أن الرضيع لايمكنه التحول من الرضاع الى الطعام فى ساعة واحدة فلابد من الزيادة والحول حسن للتحول من حال الى حال لاشتماله على الفصول الاربعة ولهذا أجل العنين به وعلق به وجوب الزكاة ولهما قوله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن حولين كاملين لمن أراد أن يتم الرضاعة وهذه صيغته خبر والمراد به أمر وهو أبلغ وجوه الامر ولا اعتبار للزيادة بعد الاتمام وقوله تعالى وفصاله فى عامين ولا رضاع بعد الفصال لما روينا وقوله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وأقل مدة الحمل ستة أشهر فبقى للفصال حولان ولابى حنيفة هذه الآية ووجهه أن الله تعالى ذكر شيئين وضرب لهما مدة فصار لكل واحد منهما كاملا كالاجل المضروب للدينين بأن كان له دين على شخصين أو على شخص واحد بسببين مختلفين والحمل المذكور فى الآية على هذا هو الحمل باليد والحجر لان المنقص قد قام فى حق الحمل فى البطن على ما يأتى ان شاء الله تعالى فى العدة ولان الفطام لايحصل فى ساعة واحدة بل يحصل شيأ فشيأ حتى ينسى اللبن ويتعود غيره فلابد من زيادة على الحولين لمدة الفطام فقدرناها بأدنى مدة الحمل لانها مدة تغير الغذاء فان الجنين يبقى فى البطن ستة أشهر ويتغذى بغذاء الام ثم ينفصل ويصير أصلا فى الغذاء والنص المقيد بحولين محمول على الرضاع المستحق حتى لايستحق على الوالد نفقة الارضاع بعد ذلك أى أجرته بالاجماع لو كانت مطلقة فعلم بهذا أن الفصال المذكور فى النص فصال استحقاق الاجرة على الاب لافصال مدة

(قوله لكنه أمر مبطن) بفتح الطاء يقال رجل مبطن أى خميص البطن وأراد هنا الخفى مجازا اه اتقانى (قوله فى ثلاثين شهرا) فبعد ذلك لايكون رضاعا سواء فطم أولم يفطم اه اتقانى (قوله بيان لمدة الرضاع) أى التى يتعلق بها التحريم اه (قوله وقالا مدته سنتان) أى سواء فطم أولم يفطم اه قاله الاتقانى وقال الطحاوى فى مختصره أخذ بقولهما اه وكتب على قوله وقالا الخ مانصه وهو قول مالك والشافعى وأحمد اه اتقانى (قوله وعند زفر ثلاث سنين) أى فبعد ذلك لايكون رضاعا سواء فطم أولم يفطم وقال بعضهم يثبت الرضاع الى خمس عشرة سنة وقال بعضهم الى أربعين سنة وقال بعضهم الى جميع العمر اه اتقانى (قوله والحول حسن للتحول) أى صالح لتغير الطبع اه (قوله لاشتماله على الفصول الاربعة الخ) والربيع أوفق الفصول لانه حار رطب طبع الحياة والصيف حار يابس والخريف بارد يابس طبع الموت والشتاء بارد رطب اه من خط الشارح (قوله ووجهه أن الله تعالى ذكر شيئين) أى وهما الحمل والفصال اه (قوله وضرب لهما مدة) أى وهو قوله ثلاثون شهرا اه (قوله بان كان له دين على شخصين) بان قال أجلت الدين الذى لى على فلان والدين الذى لى على فلان سنة يفهم منه أن السنة بكمالها للكل اه فتح (قوله أو على شخص واحد) أى بان قال مثلا لفلان على ألف درهم وعشرة أقفزة الى سنة فصدقه المقرله فى الاجل فاذا مضت السنة يتم أجلهما جميعا اه اتقانى

الرضاع

الرضاع ولئن سلم أنه فصال مدة الرضاع يكون بيانا لاقل مدته لا أنه لا يوجب الحرمة بعد ذلك ألا ترى أنه فرق بين الفصال والحمل وأراد أقل مدة الحمل وكذا أقل مدة الفصال والدليل على بقاء مدته أن الله تعالى قال بعد ذلك فان أرادا فصالا عن تراض منهما وتشاور ذكره بعد الحولين بحرف الفاء فدل على بقاء مدة الرضاع ولهذا علق الفصال بعد الحولين بتراضيهما عليه والفطام في مدة الرضاع غير معتبر كما أن الرضاع بعد مدته غير معتبر فطم أو لم يفطم وذكر الخصاف أنه ان فطم قبل مضى المدة واستغنى بالطعام لم يكن رضاعا وان لم يستغن ثبتت به الحرمة وهو رواية عن أبي حنيفة وعليه الفتوى وروى الحسن عن أبي حنيفة وأبي يوسف ان كان لا يجتزئ بالطعام لكن أكثر ما يتناوله هو اللبن دون الطعام يكون رضاعا فان كان الاكثر هو الطعام لا يكون رضاعا ثم قيل لا يباح الارضاع بعد مدة الرضاع لان اباحته للضرورة لكونه جزء الآدمية ولا حاجة بعد مدته وقوله ما حرم منه بالنسب أي الذين ثبتت حرمتهم بالنسب لما روينا قال رحمه الله (الا أم أخيه وأخت ابنه) فانه يجوز أن يتزوج بهما من الرضاع ولا يجوز أن يتزوج بهما من النسب لان أم أخيه من النسب تكون أمه أو موطوأة أبيه بخلاف الرضاع وأخت ابنه من النسب ربيبته أو بنته بخلاف الرضاع قال في الهداية هذا تخصيص للحديث بدليل عقلي وهذا سهو فان الحديث يوجب عموم الحرمة لاجل الرضاع حيث وجدت الحرمة لاجل النسب وحرمة أم أخيه من النسب لا لاجل انها أم أخيه بل لكونها أمه أو موطوأة أبيه ألا ترى أنها تحرم عليه وان لم يكن له أخ وكذا أخت ابنه من النسب انما حرمت عليه لاجل أنها بنته أو بنت امرأته بدليل حرمتها عليه وان لم يكن له ابن وهذا المعنى يوجب الحرمة في الرضاع أيضا حتى لا يجوز له أن يتزوج بأمه ولا بموطوأة أبيه ولا ببنت امرأته كل ذلك من الرضاع فبطل دعوى التخصيص وكذا يجوز له أن يتزوج بأم حفيدته من الرضاع ولا يجوز له من النسب لانها حليلة ابنه أو بنته بخلاف الرضاع فانها أجنبية عنه وكذا يحل له التزوج بجدة ولده من الرضاع ولا يحل له ذلك من النسب لانها أمه أو أم امرأته بخلاف الرضاع وكذا يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع ولا يجوز ذلك من النسب لانها أخته بخلاف الرضاع وكذلك المرأة يحل لها أن تتزوج بأبي أخيها من الرضاع وبأخي ولدها من الرضاع وبأبي حفيدتها من الرضاع وبجد ولدها من الرضاع وبخال ولدها من الرضاع ولا يجوز ذلك كله من النسب لما قلنا في حق الرجل وهذا ليس بتخصيص وانما الحل لعدم المعنى الموجب للحرمة فلم يتناوله اللفظ والتخصيص لا يكون الا بعد ما يتناوله اللفظ على ما عرف في موضعه يحققه أنه لو خلا عن هذا المعنى في النسب أيضا جاز له أن يتزوج بها كما اذا ثبت النسب من اثنين ولكل واحد منهما بنت جاز لكل واحد منهما أن يتزوج ببنت الآخر وان كانت أخت ولده من النسب ومن العجب ما ذكره في الغاية أن أم العم من الرضاع لا تحرم وكذا أم الخال وهذا لا يصح لما ذكرنا انه معتبر بالنسب والمعنى الذي أوجب الحرمة في النسب موجود في الرضاع فكيف يصح هذا بيانه أنها لا تخلو اما أن تكون جدته من الرضاع أو موطوأة جده وكلاهما موجب الحرمة فلا يستقيم الا اذا أريد بالعم من الرضاع من رضع مع أبيه وبالخال من الرضاع من رضع مع أمه فحينئذ يستقيم قال رحمه الله (زوج مرضعة لبنها منه أب للرضيع وابنه أخ وبنته أخت وأخوه عم وأخته عمة) وفي قول الشافعي لبنه لا يحرم لان الحرمة لشبهة البعضية واللبن بعضها لا بعضه ولنا ما روينا والحرمة بالنسب من الجانبين

(قوله وكذا أقل مدة الفصال) يعني في قوله تعالى وحمله وفصاله في عامين اه من خط الشارح (قوله لكونه جزء الآدمية) أي ولا يجوز أن يكون الآدمي أو جزؤه مبتذلا ممتهنا اه اتقاني وكتب ما نصه والانتفاع به حرام واختلف المشايخ في الانتفاع به للدواء قيل لم يجز وقيل يجوز اذا علم أنه يزول به الرمد اه كي (قوله تكون أمه أو موطوأة أبيه) وهذه العبارة أولى من عبارة كتاب النافع حيث يقول لانها أمه أو امرأة أبيه ويرد عليه ما اذا كانت الاخت من أمه لا بيه اه (قوله وكذا يجوز له أن يتزوج بأم حفيدته من الرضاع) أي بان أرضعت نافلتك أجنبية يجوز التزوج بها اه كمال (قوله أو بنته) اعلم أن النافلة هي أولاد الابن وأولاد البنت وقوله لانها حليلة ابنه راجع للاول وقوله أو بنته راجع للثاني اه (قوله وكذا يحل له التزوج بجدة ولده من الرضاع) أي بان أرضعت ولدك أجنبية لها أم اه فتح (قوله وكذا يجوز له أن يتزوج بعمة ابنه من الرضاع) أي وهي أخت صاحب اللبن لانه أبوه من الرضاع فأخته تكون عمته اه (قوله من رضع مع أبيه وبالخال من الرضاع من رضع مع أمه) أي وله أم أخرى من النسب أو الرضاع اه فتح (قوله فحينئذ يستقيم) قال الكمال رحمه الله ولقائل أن يمنع الحصر لجواز كونها لم ترضع أباه ولا أمه فلا تكون جدته من الرضاع ولا موطوأة جده بل أجنبية أرضعت عمه من النسب وخاله اه (قوله في المتن زوج مرضعة الخ) يجوز لزوج المرضعة أن يتزوج أم الرضيع لان الرضيع ابنه ويجوز للانسان أن يتزوج أم ابنه من النسب وكذا أبو الرضيع من النسب يجوز له أن يتزوج المرضعة لانها أم ابنه من الرضاع فهي كأم ابنه من النسب وكذا يجوز له أن يتزوج بمحارم أبي الصبي من الرضاعة أو النسب اه بدائع (قوله ولنا ما روينا) أي وهو يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب اه

(قوله ولان الفحل سبب الخ) وفي قوله تعالى وإن لكم في الانعام لعبرة نسقيكم مما في بطونه دليل على أن اللبن للفحل فشرب اللبن من الاناث واللبن من الفحل ولهـذا أعاد الضمير عليه مذكرا حكى ذلك عن اسمعيل بن حماد بن الامام الاعظم أبي حنيفة رضي الله عنه اهـ اعراب مكي (قوله وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت دخل على أفلح) وأفلح هو بفتح الهمزة واللام وسكون الفاء بينهما و بالمهملة أخو أبي القعيس بالقاف والمهملتين اهـ كرماني (قوله وأخواته) أي أخوات الزوج الثاني اهـ (قوله ولو ولدت من الزنا فأرضعت الخ) وهكذا ذكر الكاكي رحمه الله فقال وتثبت الحرمة من اللبن النازل من الزنا وولد الملاعنة في حق الفحل عندنا اهـ (قوله ومثله في الاسبيجابي)

فكذا بالرضاع ولان الفحل سبب لنزول لبنها بواسطة احبالها فينسب اللبن اليه بحكم السببية وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت دخل على أفلح أخو أبي القعيس فاستترت منه فقال تستترين مني وأنا عمك قالت قلت من أين قال أرضعتك امرأة أخي قالت قلت انما أرضعتني المرأة ولم يرضعني الرجل فدخل على رسول الله صلى الله عليه وسلم فحدثته فقال انه عمك فليلج عليك رواه البخاري ومسلم وغيرهما وقوله لبنها منه احترازا عن زوج ليس لبنها بسببه بأن تزوجت ذات لبن ولبنها بسبب زوج آخر كان لها من قبل رجلا فأرضعت به صبيا فانه لا يكون ولدا له من الرضاع وانما يكون ربيبه من الرضاع حتى يجوز له أن يتزوج بأولاد الزوج الثاني من غيرها وأخواته كما في النسب ويكون ولدا للزوج الاول ما لم تلد من الثاني فاذا ولدت منه فأرضعت به صبيا فهو ولد الثاني بالاتفاق لان اللبن منه وان لم تحبل من الثاني فهو ولد الاول بالاتفاق لان اللبن منه وان حبلت من الثاني ولم تلد منه بعد فهو ولد الاول عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد هو منهما استحسانا وقال أبو يوسف ان علم أن اللبن من الثاني بأمارة من زيادة فهو ولد الثاني والا فهو للاول وعنه ان كان اللبن من الاول غالبا فهو له وان كان من الثاني غالبا فهو للثاني وان استويا فهو لهما ولو ولدت من الزنا فأرضعت به صبيا فهو كالاول حتى تثبت الحرمة من جانب الرجل حتى لا يجوز لها أن تتزوج بهذا الولد ولا لابيه ولا لابنه ولا لابناء أولاده لوجود البعضية ولعم الزاني وخاله أن يتزوج به كالمولود من الزنا ذكره في المحيط وذكر الولوالجي ان الحرمة تثبت من جهة الام خاصة الا اذا ثبت النسب فحينئذ تثبت من جهة الاب أيضا ومثله في الاسبيجابي قال رحمه الله (وتحل أخت أخيه رضاعا ونسبا) مثاله في النسب أن يكون له أخ من أب له أخت من أمه جاز له أن يتزوج بها ومثاله في الرضاع ظاهر قال رحمه الله (ولا حل بين رضيعي ثدي) لانهما أخوان من الرضاع قال رحمه الله (وبين مرضعة وولد مرضعتها) لانهما أخوان من الرضاع أيضا ولا يشترط الاجتماع على ثديها هنا ولهذا ساغ ذكرها والا كانت المسئلة مكررة وهـذا لانه لما أرضعت أجنبية حرمت على ولدها سواء أرضعت ولدها أو لم ترضعه قال رحمه الله (وولد ولدها) أي ولد ولد التي أرضعت لانه ولد أختها قال رحمه الله (واللبن المخلوط بالطعام لا يحرم) وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة لانه لا يشترط الغلبة فيه وعندهما اذا كان اللبن غالبا ولم تمسه النار تعلق به التحريم وشرط القدوري على قول أبي حنيفة أن يكون الطعام مستبينا كالثريد قيل هـذا اذا لم يتقاطر اللبن عند حمل اللقمة فان تقاطر ثبتت به الحرمة وقيل لا تثبت بها الحرمة بكل حال واليه مال السرخسي هو الصحيح وذكر خواهر زاده أن على قول أبي حنيفة انما لا تثبت به الحرمة اذا أكل لقمة لقمة أما اذا أحساه حسوا تثبت به الحرمة وقيل اذا وصل اللبن الى حلقه منفردا فلا خلاف فيه واذا تناول الثريد فلا خلاف فيه وفي كتاب الرضاع للخصاف اذا ثردت له خبزا حتى تشرب الخبز ذلك اللبن أو لتت به سويقا فأطعمته اياه فان كان طعم اللبن يوجد فيه فهو رضاع وذكر صاحب الاجناس أنه قولهما وجه قولهما ان العبرة للغالب كما اذا اختلط بالماء ولم يغيره شيأ ولابي حنيفة أن الطعام أصل واللبن تابع له في حق المقصود لان المقصود المأكول وانما اللبن ادام له وهو تابع ألا ترى أنه كان مشروبا فبقي مأكولا

أي والينابيع والبدائع اهـ قال الكمال وهو أوجه لان الحرمة من الزنا للبعضية وذلك في الولد نفسه لانه مخلوق من مائه دون اللبن اذ ليس اللبن كائنا عن منيه لانه فرع بخلاف الولد والتغذي لا ينفع الا مما يدخل من أعلى المعدة لا من أسفل البدن كالحقنة فلا اثبات فلا حرمة بخلاف ثابت النسب لان النص وهو قوله صلى الله عليه وسلم يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب أثبت الحرمة منه اهـ (قوله ولا يشترط الاجتماع على ثديها هنا) وهذا هو الفرق بين هذه المسئلة والمسئلة الاولى اهـ (قوله وعندهما اذا كان اللبن غالبا ولم تمسه النار الخ) حتى لو طبخ بها لا يتعلق به التحريم في قولهم جميعا اهـ هداية (قوله فان تقاطر ثبتت به الحرمة) أي اتفاقا لان تلك القطرة اذا دخلت الجوف أثبتت التحريم اهـ فتح (قوله واليه مال السرخسي هو الصحيح) أي لان التغذي حينئذ بالطعام والتغذي مناط التحريم اهـ فتح (قوله اذا ثردت) هو من باب قتل اهـ مصباح (قوله واللبن تابع له في حق المقصود) أي وهو بخلاف التغذي وهـذا لان خلط اللبن بالطعام لا يكون للرضيع الا بعد تقوته بالطعام وتغذيه به وعند ذلك يقل تغذيه باللبن ونشوؤه منه فقد اجتمع في جوفه ما ينبت وأحدهما أكثر وهو الطعام فيصير الآخر الرقيق مستهلكا فلا يثبت التحريم فان قيل فرض المسئلة أن اللبن غالب في القصعة أما عند رفع اللقمة الى فيه فأكثر الواصل الى جوفه الطعام حتى لو كان ذلك الطعام رقيقا يشرب اعتبرنا غلبة اللبن ان غلب وأثبتنا الحرمة اهـ فتح

بخلاف ما اذا اختلط بالماء وبخلاف ما اذا اختلط بالدواء لان المقصود هنالك هو اللبن على ما نبين ان شاء الله تعالى من قريب قال رحمه الله (ويعتبر الغالب لو بماء ودواء ولبن شاة وامرأة أخرى) أى لو اختلط بماء أو دواء أو بلبن شاة أو بلبن امرأة أخرى لان المغلوب لا يظهر فصار مستهلكا أما الاول وهو ما اذا اختلط بالماء فلأنه ان كان الماء غالبا صار مستهلكا كاللبن فلا يحصل به التغذى ولا انبات اللحم ولا انشاز العظم وقد قال عليه الصلاة والسلام الرضاع ما أنبت اللحم وأنشز العظم ولا يسمى رضاعا ولا وجورا فلا يعتبر فصار كما لو حلف لا يشرب لبنا لا يحنث بشرب الماء الذى فيه أجزاء اللبن وأما الثانى وهو ما اذا اختلط بالدواء فلأن اللبن مقصود فيه اذ الدواء لتقويته على الوصول فتعتبر الغلبة وفى المنتقى فسر الغلبة فى رواية ابن سماعة عن أبى يوسف فقال اذا جعل فى لبن المرأة دواء فغير لونه ولم يغير طعمه أو على العكس فأوجر به صبى حرم وان غير اللون والطعم ولم يوجد فيه طعم اللبن وذهب لونه لم يحرم وفسر الغلبة فى رواية الوليد عن محمد فقال اذا لم يغيره الدواء من أن يكون لبنا ثبتت به الحرمة وقيل عند أبى حنيفة بمنزلة خلطه بالطعام وأما الثالث وهو ما اذا اختلط بلبن شاة فهو كما اذا اختلط بالماء لاختلاف الجنس بين لبن الآدمية وبين لبن البهيمة وقال فى الغاية ولم يذكروا الحكم فيما اذا كانا متساويين وينبغى أن تثبت به الحرمة احتياطا ولانه غير مغلوب فلم يكن مستهلكا وأما الرابع وهو ما اذا اختلط لبن امرأتين فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد وزفر تعلق بهما التحريم كيفما كان وهو رواية عن أبى حنيفة ووجهه أن المعنى لا يختلف بالزيادة بل يقوى بها وكل واحد محرم لانه سبب لانبات اللحم وانشاز العظم ويستوى فيه قليله وكثيره والجنس لا يغلب الجنس فلا يصير مستهلكا به لاتحاد المقصود ولهما أن الاقل تابع للاكثر فى بناء الحكم عليه كما لو اختلط بلبن الانعام وان اتحد المقصود وأصل المسئلة فى الايمان اذا حلف لا يشرب من لبن هذه البقرة فخلط لبنها بلبن بقرة أخرى والمحلوف عليه مغلوب فانه على الخلاف وقول محمد وزفر أظهر وأحوط كذا فى الغاية قال رحمه الله (ولبن البكر والميتة محرم) أى مثبت للحرمة أما لبن البكر فلاطلاق النصوص ولانه سبب النشو والنمو فيثبت به شبهة البعضية كلبن غيرها من النساء اذ هو لبن حقيقة وأما الميتة فمذهبنا وقال الشافعى لا يثبت بلبن الميتة حرمة لان الاصل فى ثبوت الحرمة المرأة حتى تصير أماله وتتعلق به الاحكام وبالموت لم تبق محلا له ولهذا لا يوجب وطؤها حرمة المصاهرة ولان اللبن محله الحياة فيموت بموتها فيكون نجسا فلا يفيد حرمة الرضاع ولان هذا الفعل حرام وحرمة الرضاع كرامة فلا تنال بالحرام كالزنا فى ثبوت حرمة المصاهرة عنده ولنا أنه لبن حقيقة وهو سبب النشو والنمو فيتناوله اطلاق النصوص ولا نسلم أن اللبن يموت بموتها ألا ترى أنه يحل اذا بان من الحى ولو كان يموت لما حل لان ما أبين منه ميت وقوله نجس أو فعل حرام يبطل بما اذا خالطه خمر فأوجر به صبى فانه يتعلق به التحريم اذا كان اللبن غالبا لما فيه من انبات اللحم وانشاز العظم وهو المعتبر فى الباب ولا نسلم ان الحكم لا يثبت فى حقها بل يثبت فى حقها دفنا وتيمما ألا ترى ان لبنها لو حلب فى حياتها فأوجر به صبى بعد موتها يثبت به التحريم ولو كان ما ذكره مانعا لما ثبت والحرمة بالوطء لكونه ملاقيا لمحل الحرث وقد زال بالموت قال رحمه الله (لا الاحتقان

(قوله ولا يسمى رضاعا ولا وجورا) الوجور الدواء يصب فى الحلق قسرا بفتح الواو والسعوط صبه من الانف ويقال أوجرته ووجرته اه فتح (قوله وأما الثانى وهو ما اذا اختلط بالدواء الخ) وعلى هذا اذا اختلط بالدهن أو النبيذ تعلق به التحريم سواء أوجر بذلك أو استعط اه فتح (قوله فى المتن ولبن البكر الخ) أى وعليه الاربعة الا فى رواية عن الشافعى ورواية عن أحمد لانه نادر فاشبه لبن الرجل قلنا ندرة الوجود لا تعمل عمل الدليل اذا وجد اه فتح (قوله وأما الميتة فمذهبنا) وبه قال مالك وأحمد اه فتح (قوله لان الاصل فى ثبوت الحرمة المرأة الخ) ثم يتعدى الى غيرها بواسطتها وبالموت لم تبق محلا له اه هداية قلنا ان أردت أنه لا يتعدى الى غيرها الا بعد ثبوته فيها منعناه بل ذلك عند اتفاق محليتها حينئذ مع أن الحرمة انما تثبت فى الكل معا شرعا والتقدم فى الأم ذاتى لا زمانى فاذا ثبت المانع فى حقها ثبت فيمن سواها ولو علل ابتداء بنجاسة اللبن أو الحرمة كرامة اذ فيه تكثير الاعوان على المقاصد والسكن وبالموت تنجس فان أراد عينا منعناه بل لبن الميتة الطاهرة طاهر عند أبى حنيفة وقد أسلفنا توجيهه بأن التنجس بالموت لما حلته الحياة قبله وهو منتف فى اللبن وقد كان طاهرا فيبقى كذلك لعدم المنجس اذ لم يطرأ عليه سوى الخروج من باطن الى ظاهر والمتيقن من الشرع فيه أنه لا يوجب تغير وصفه بخلاف البول وأبو يوسف ومحمد انما قالا بتنجسه بالمجاورة للوعاء النجس وهو غير مانع من الحرمة كما لو حلب فى اناء نجس وأوجر به الصبى ثبت الحرمة وان أراد التنجس منعناه لما ذكرنا اه فتح (قوله ولان هذا الفعل) أى وهو ايجار اللبن النجس اه (قوله بل يثبت فى حقها دفنا وتيمما) أى بأن كان لهذه المرضعة التى أوجر لبن هذه الميتة فى فمها زوج فان لهذا الزوج أن يدفن وييمم المرأة لانه صار محرما لها حيث صارت أم امرأته اه ك (قوله والحرمة بالوطء) جواب عن قياسه على عدم حرمة المصاهرة بوطئها بالفرق وهو أن سبب الحرمة فى الرضاع الانبات والنشو بواسطة التغذى وفى حرمة المصاهرة الجزئية الحاصلة بواسطة الولد ولا يتصور الولد بعد

الموت فلم تتصور الجزئية بخلاف الجزئية المعتبرة في الرضاع لانها واقعة في ارتضاع لبن الميتة اه كمال رحمه الله (قوله ولو أقطر في احليله الخ) والاقطار في الاحليل غايته مايصل الى المثانة فلا يتغذى به الصبي وكذا في الاذن اضيق الثقب وفيه نظر لتصريحهم بالفطر باقطار الدهن في الاذن لسريانه فيصل الى باطنه ولا يمنعه ضيق والاوجه كونه ليس مما يتغذى به و ينبت وان حصل به رفق من

ولبن الرجل والشاة) أي هذه الثلاثة لا توجب الحرمة أما الاحتقان باللبن فلأن النشو لا يوجد فيه والتحريم باعتباره وانما يوجد بالغذاء وهو من الاعلى لامن الدبر وعن محمد أنه يثبت به الحرمة كما يفسد به الصوم قلنا الفطر يتعلق بالوصول الى الجوف والمحرم في الرضاع معنى النشو ولا يوجد فيه وعلى هذا الخلاف لو أقطر في أذنه أو وصل الى جائفة أو آمة ولو أقطر في إحليله لا تثبت به الحرمة والسعوط والوجور يثبت بهما التحريم بالاتفاق لحصول النشو بهما وأما لبن الرجل فلأنه ليس بلبن على التحقيق فان اللبن لا يتصور الا ممن يتصور منه الولادة فصار كما اذا نزل من ثدي البكر ماء أصفر وأما لبن الشاة فلأن الحرمة انما تثبت بطريق الكرامة بواسطة شبهة الجزئية والاصل فيه المرضعة ثم يتعدى الى غيرها ولا جزئية بين الآدمي والبهائم ولادا فكذا ارضاعا فلا يتعدى الى غيرها وحكى شمس الائمة أن البخاري صاحب الاخبار دخل بخارى وجعل يفتي فقال له أبو حفص الكبير لا تفعل فأبى أن يقبل نصحه حتى استفتي في هذه المسئلة فأفتى بثبوت الحرمة بين صبيين ارتضعا من لبن شاة فأخرجوه من بخارى قال رحمه الله (ولو أرضعت ضرتها حرمتا) ومعناه كانت تحته صغيرة وكبيرة فأرضعت الكبيرة الصغيرة حرمتا على الزوج لانه يصير جامعا بين الام والبنت رضاعا فلا يجوز كالجمع بينهما نسبا قال رحمه الله (ولا مهر للكبيرة ان لم يطأها) لان الفرقة جاءت من قبلها قبل الدخول بها فصار كردتها قبل الدخول بها حتى لو لم تجئ الفرقة من قبلها بان كانت الكبيرة مكرهة أو نائمة فارتضعتها الصغيرة أو أخذ رجل لبن الكبيرة فأوجر به الصغيرة أو كانت الكبيرة مجنونة لها نصف المهر لعدم اضافة الفرقة اليها قال رحمه الله (وللصغيرة نصفه) أي للصغيرة نصف المهر لان الفرقة قبل الدخول لامن قبلها ولا يقال الارتضاع فعلها والفرقة باعتباره لانا نقول فعلها غير معتبر في اسقاط حقها لان المهر انما يسقط جزاء على الفعل والصغيرة ليست من أهل المجازاة على الفعل فلا يسقط مهرها ألا ترى أنه لا تجب الكفارة عليها ولا تحرم عن الارث بالقتل حتى لو وجد في الكبيرة أيضا ما يمنع اعتبار فعلها كالجنون وغيره على ما تقدم لا يسقط حقها قال رحمه الله (ويرجع به على الكبيرة ان تعمدت الفساد والا فلا) أي يرجع الزوج على الكبيرة بنصف المهر الذي لزمه للصغيرة ان تعمدت الفساد وان لم تتعمد فلا شئ عليها وعن محمد والشافعي يرجع عليها في الوجهين لانها أكدت ما كان على شرف السقوط وهو نصف المهر والتأكيد جار مجرى الاتلاف كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا ولنا انها مسببة لا مباشرة فانها باشرت الارضاع وهو ليس بموضوع لافساد النكاح بل هو سبب موضوع للجزئية وانما ثبت الفساد في هذه الصورة باتفاق الحال والمسبب انما يضمن اذا كان متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا في داره لا يضمن ما وقع فيها وان حفر في الطريق يضمن ولو رمى سهما في داره يضمن ما أصابه لان المباشرة علة وضعا فلا يبطل حكمه بالعذر والتسبب ليس بعلة وانما جعل في حكم العلة صيانة للدم عن الهدر وانما يستقيم اذا صلح علة لضمان العدوان والحفر ليس بعلة للتلف بل هو شرط في معنى العلة على معنى انه لولا حفره لما وقع فيه اذ الوقوع لا يتصور الا في مكان خال عن الاجسام الكثيفة فهو محصل محل الوقوع والثقل علة السقوط وهو علة التلف ثم أضيف الحكم مع هذا الى محصل الشرط وهنا المرضعة ليست بصاحبة علة فساد النكاح لان فساده بالجزئية وسببه الارتضاع الا أنه لولا الارضاع لم يوجد محل الارتضاع فصارت محصلة لمحل علة الفساد فيضاف الفساد اليها بوصف التعدي والارضاع نفسه ليس بتعد لانه فرض ان خافت هلاك الصغيرة ومندوب ان كانت

ترطيب ونحوه والمفسد في الصوم لايتوقف عليه كما في الحصى والحديد اه فتح (قوله وحكى شمس الائمة أن البخاري) أي محمد بن اسمعيل اه كاكي (قوله فأخرجوه من بخارى) وذكر العمادي في الفصل الثامن والثلاثين أن سبب اخراجه قوله الايمان مخلوق اه (قوله كالجمع بينهما نسبا) ثم حرمة الكبيرة حرمة مؤبدة لانها أم امرأته والعقد على البنت يحرم الام وأما الصغيرة فان كان اللبن الذي أرضعتها به الكبيرة نزل لها من ولد ولدته للرجل كان حرمتها أيضا مؤبدة كالكبيرة لانه صار أبا لها وان كان نزل لها من رجل قبله ثم تزوجت هذا الرجل وهي ذات لبن من الاول جاز له أن يتزوجها ثانيا لانتفاء أبوته لها الا ان كان دخل بالكبيرة فيتأبد أيضا لان الدخول بالام يحرم البنت اه (قوله فصار كردتها قبل الدخول بها) وان كان دخل بها فلها كمال المهر لكن لا نفقة عدة لها لجنايتها ان لم تكن مجنونة ونحوها اه فتح (قوله ولا تحرم عن الارث بالقتل) أي بقتلها مورثها اه (قوله

وعن محمد الخ) والصحيح ظاهر الرواية عنه وهو قولهما اه فتح (قوله كشهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا) أي يضمنون نصف المهر لذلك اه فتح (قوله ولنا أنها مسببة لا مباشرة) أي لان إلقام الثدي شرط الفساد لا علة له بل العلة فعل الصغيرة الارتضاع فكانت الكبيرة مباشرة للشرط العقلي اه فتح (قوله باتفاق الحال) أي وهي صيرورتها بنتا وأما تحت رجل اه

جائعة

جائعة ومباح ان لم تقصد الفساد وتعمد الفساد انما يتحقق اذا أرضعتها بلا حاجة عالمة بقيام النكاح وبان الارضاع مفسد فان فات شيء منه لم تكن متعمدة والقول في ذلك قولها لانه شيء في باطنها لا يقف عليه غيرها فلا بد من قبول قولها فيه ولا يقال الجهل بحكم الشرع لا يعتبر في دار الاسلام لانا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم وانما اعتبرناه لدفع قصد الفساد الذي يصير الفعل به تعديا وهذا لانه يجب عليها الضمان الا اذا قصدت الفساد وقصدها الفساد لا يتصور مع الجهل بالفساد أو بالنكاح ولو كانت الكبيرة مجنونة لا يرجع عليها بمهر الصغيرة ولا يسقط مهرها لما ذكرنا في الصغيرة ولو كانت الكبيرة نائمة فأخذت الصغيرة ثديها لا يرجع على أحد ولكل واحدة منهما نصف المهر ولو أخذ رجل لبنها فأوجرها به فعلى الزوج نصف مهر كل واحدة منهما ويرجع به على الرجل ان تعمد الفساد وان أرضعت امرأة الاب زوجة الابن تحرم عليه لانها أخته لاب وكذا لو كان تحته صغيرتان فأرضعتهما امرأة معا أو متعاقبا حرمتا عليه لانهما صارتا أختين فلا يجوز الجمع بينهما فيرجع على المرضعة ان تعمدت الفساد ولو طلق امرأته ثم ان أخت المطلقة أرضعت امرأته الصغيرة والمطلقة في العدة بانت الصغيرة للجمع مع خالتها ولو كان تحته رضيعتان فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل واحد فأرضعت كل واحدة منهما واحدة منهما معا وتعمدتا الفساد لا ضمان عليهما لان كل واحدة منهما غير مفسدة بصنعها وانما الفساد للاختية اتفاقا قال رحمه الله (ويثبت بما يثبت به المال) أي يثبت الرضاع بما يثبت به المال وهو شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وقال مالك يثبت بشهادة امرأة واحدة اذا كانت موصوفة بالعدالة لان الحرمة من حقوق الله تعالى فتثبت بخبر الواحد كسائر حقوقه كمن اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة مجوسي فان الحرمة تثبت به ولا يحل تناوله غير أنه اذا ثبتت الحرمة يثبت زوال ملك النكاح ضمنا وكم من شيء يثبت ضمنا وان كان لا يثبت قصدا ولنا أن ثبوت الحرمة لا يقبل الفصل عن زوال الملك في النكاح وابطال الملك يتوقف على شهادة شاهدين كما في الشهادة على الطلاق وهذا لان ملك النكاح مع الرضاع لا يجتمعان فتكون الشهادة بالرضاع شهادة بالفرقة اقتضاء بخلاف مسئلة اللحم لان حرمة التناول تقبل الفصل عن زوال الملك كالعصير اذا تخمر والدهن اذا تنجس وجلد الميتة فانها مملوكة مع حرمة تناولها فأمكن قبولها لثبوت الحرمة مع بقاء الملك فاعتبر فيه الامر الديني وذكر في الكافي والنهاية أنه لا فرق بين أن يشهد قبل النكاح أو بعده وذكر في المغني أن خبر الواحد مقبول في الرضاع الطارئ ومعناه أن يكون تحته صغيرة وتشهد واحدة بأنها أرضعت أمه أو أخته أو امرأته بعد العقد ووجهه أن إقدامهما على النكاح دليل على صحته فمن شهد بالرضاع المتقدم على العقد صار منازعا لهما لانه يدعي فساد العقد ابتداء وأما من شهد بالرضاع المتأخر عن العقد فقد سلم صحة العقد ولا ينازع فيه وانما يدعي حدوث المفسد بعد ذلك وإقدامهما على النكاح يدل على صحته ولا يدل على انتفاء ما يطرأ عليه من المفسد فصار كمن أخبر بارتداد مقارن من أحد الزوجين حيث لا يقبل قوله ولو أخبر بارتداد طارئ يقبل قوله لما قلنا وذكره صاحب الهداية أيضا في كتاب الكراهية وعلى هذا ينبغي أن يقبل قول الواحدة قبل العقد لعدم ما يدل على صحة العقد من الاقدام عليه ولعدم ازالة الملك وقال الشافعي يقبل في الرضاع شهادة أربع نسوة بناء على أصله أن شهادة أربع منهن مقبولة فيما لا يطلع الرجال عليه فيقوم كل اثنين مقام رجل والرضاع منه ونحن لا نسلم أن الرضاع مما لا يطلع عليه الرجال لان ذا الرحم المحرم يجوز له أن ينظر الى ثديها ويثبت بالايجار كما يثبت بالمص من الثدي وقال أحمد بن حنبل تقبل شهادة المرضعة وحدها استدل على ذلك

(قوله لانا نقول لم نعتبر الجهل لدفع الحكم) أي الحكم الذي هو وجوب الضمان اه فتح (قوله لا يتصور الخ) فان قلت دفع قصد الفساد يستلزم دفع الحكم فكان اعتبار الجهل لدفع الحكم قلت لزم ذلك ضمنا فلا يعتبر اه اتقاني (قوله أو بالنكاح ولو كانت الكبيرة مجنونة الخ) فعدم الحكم لعدم العلة لا للجهل مع وجود العلة ولهذا يندفع قول من قال تضمن اذا علمت بالنكاح ولم تعلم أن الارضاع مفسد لانها لا تعذر بجهل الحكم اه فتح (قوله فجاءت امرأتان لهما لبن من رجل الخ) قال الكمال رحمه الله وقد حرفت هذه المسئلة فوقع فيها الخطأ وذلك بان قيل فأرضعتهما امرأتان لهما منه لبن مكان قولنا لهما لبن من رجل لان في هذه الصورة الصواب الضمان على كل من هاتين لان كلا منهما أفسدت لصيرورة كل بنتا للزوج اه (قوله وانما الفساد للاختية) وبيان هذا ان فعل كل واحدة من هاتين المرأتين على الانفراد لا يستقل بالافساد فلا تضاف الفرقة الى كل واحدة من المرأتين يوضحه أن الفساد باعتبار الجمع بين الاختين لانهما لما ارتضعتا صارتا أختين لاب والاختية قائمة بهما فلا تتعدى الى المرأتين وفي مسئلة ارضاع الكبيرة الصغيرة الفساد باعتبار الجمع بين الام والبنت والامية قائمة بالمرضعة فيعتبر تعديها الانها مخاطبة اليه أشار في المبسوط اه (قوله بناء على أصله الخ) ونقل عن أحمد واسحق والشافعي باربع نسوة والذي في كتبهم انما يثبت بشهادة امرأتين وكذا عند مالك بناء على انه مما لا يطلع عليه الرجال لانه لا يحل النظر الى ثدي الاجنبية اه كمال رحمه الله (قوله ويثبت بالايجار الخ) هذا جواب عن قول الشافعي ان الارضاع يكون بالثدي ولا يجوز للاجانب النظر اليه والله أعلم

لما فرغ من النكاح و بيان أحكامه اللازمة عند وجوده والمتأخرة عنه وهى أحكام الرضاع شرع فيما به يرتفع لانه فرع تقدم وجوده واستعقاب أحكامه وأيضا بينه وبين الرضاع مناسبة من جهة أن كلا منهما يوجب الحرمة الا أن ما بالرضاع حرمة مؤبدة وما بالطلاق حرمة مغياة بغاية معلومة فقدم بيان الحكم الاشد اهتماما بشأنه ثم ثنى بالآخر وأيضا الترتيب الوجودى يناسب الترتيب الوضعى والنكاح ثابت فى الوجود باحكامه ويتلوه الطلاق فأوجده فى التعليم كذلك والطلاق اسم بمعنى المصدر الذى هو التطليق كالسلام والسراح بمعنى التسليم والتسريح ومنه قوله تعالى الطلاق مرتان أى التطليق أو هو مصدر طلقت المرأة بضم اللام أو فتحها كالفساد وعن الاخفش نفى الضم وفى ديوان الادب انه لغة اه كمال (١٨٨) (قوله فى المتن هو رفع القيد الثابت شرعا الخ) قال الكمال رحمه الله وفى الشرع رفع قيد النكاح بلفظ مخصوص وهو ما اشتمل على مادة ط ل ق صريحا كانت طالق أو كناية كطلقة بالتخفيف وهجاء طالق بلا تركيب كانت ط ا ل ق على ما سيأتى وغيرهما كقول القاضى فرقت بينهما عند إباء الزوج الاسلام والعنة واللعان وسائر الكنايات المفيدة للرجعة والبينونة ولفظ الخلع فخرج تفريق القاضى فى ابائها وردة أحد الزوجين وتباين الدارين حقيقة أو حكما وخيار البلوغ والعتق وعدم الكفاءة ونقصان المهر فانها ليست طلاقا فقول بعضهم رفع قيد النكاح من أهله فى محله غير مطرد لصدقه على الفسوخ ومشتمل على ما لا حاجة اليه فان كونه من الاهل فى المحل من شرط وجوده لا دخل له فى حقيقته والتعريف لمجردها اه (قوله ولكن استعمل فى النكاح الخ) قال الكمال واستعمل فعله بالنسبة الى غير نكاح المرأة من الافعال أطلقت بعيرى وأسيرى وفيه من التفعيل طلقت امرأتى يقال ذلك اخبارا عن أول طلقة أوقعها فليس فيه الا التأكيد أما اذا قاله فى الثالثة فللتكثير كغلقت الابواب اه فتح (قوله وهو زوال الملك عن المحل) أى مؤجلا بانقضاء العدة فى الرجعى وبدونه فى البائن اه فتح (قوله فى المتن تطليقها واحدة فى طهر لا وطء فيه) أى ولا فى الحيض الذى قبله ولم يطلقها فيهما وهذا على ظاهر المذهب على ما سيأتى اه فتح (قوله وتركها حتى تمضى عدتها أحسن) أى بلا طلاق آخر اه وكتب ما نصه قال الكمال ولما ذكرنا من قله ضرر هذا واستحبابه عند الصحابة كان أحسن اه وكتب أيضا ما نصه قيل الاصل فى الطلاق الحظر فكيف يصح أن يكون منه حسن وأحسن وأجيب بأن الحظر من حيث ذاته وأما كونه حسنا وأحسن فمن حيث الوقت اه واعلم أن الطلاق فى الاصل على نوعين طلاق

بحديث عقبة بن الحرث أنه قال تزوجت أم يحيى بنت أبى اهاب فجاءت أمة سوداء فقالت قد أرضعتكما فأتيت رسول الله صلى الله عليه وسلم فذكرت له ذلك فأعرض عنى ثم ذكرت له ثانيا فأعرض عنى ثم ثالثا فقال فارقها اذن فقلت انها سوداء يارسول الله فقال كيف وقد قيل وما ذهبنا اليه مذهب عمر وعلى وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين وكفى بهم قدوة وحديث عقبة حجة لنا أيضا فانه عليه الصلاة والسلام أعرض عنه مرتين فلو كانت الحرمة ثابتة لما فعل ذلك ثم لما رأى منه طمأنينة القلب الى قولها حيث كرر السؤال أمره أن يفارقها احتياطا والدليل عليه أن الشهادة كانت عن ضغن فانه قال جاءت امرأة سوداء تستطعمنا فأبينا أن نطعمها فجاءت تشهد على الرضاع و بالاجماع بمثل هذا الشهادة لا تثبت الحرمة فعرفنا أن ذلك كان تنزها واليه أشار عليه الصلاة والسلام بقوله كيف وقد قيل ونحن نقول بالتنزه اذا وقع فى قلبه أنها صادقة والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الطلاق ﴾

قال رحمه الله (هو رفع القيد الثابت شرعا بالنكاح) وهذا فى الشريعة وقوله شرعا يحترز به عن رفع القيد الثابت حسا وهو حل الوثاق وقوله بالنكاح يحترز به من العتق لانه رفع قيد ثابت شرعا لكنه لا يثبت ذلك القيد بالنكاح وفى اللغة عبارة عن رفع القيد مطلقا يقال أطلق الفرس والاسير ولكن استعمل فى النكاح بالتفعيل وفى غيره بالافعال ولهذا فى قوله لامرأته أنت مطلقة بتشديد اللام لا يحتاج فيه الى النية و بتخفيفها يحتاج ثم ان الله تعالى شرع النكاح لمصلحة العباد لانه ينتظم به مصالحهم الدينية والدنيوية ثم شرع الطلاق اكمالا للمصلحة لانه قد لا يوافقه النكاح فيطلب الخلاص فمكنه من ذلك وجعله عددا وحكمه متأخرا ليجرب نفسه فى الفراق كما جربها فى النكاح ثم حرمها عليه بعد فراغ العدد قبل أن تتزوج بزوج آخر ليتأدب بما فيه غيظه وهو الزوج الثانى على ما عليه جبلة الفحولة بحكمته ولطفه بعباده ثم اعلم أنه يحتاج هنا الى معرفة سبعة أشياء معنى الطلاق لغة وشريعة وقد بيناهما وركنه وهو اللفظ وسببه وهو الحاجة اليه وشرطه وهو الاهلية والمحل بان يكون بالغا عاقلا والمرأة فى النكاح أو فى العدة وحكمه وهو زوال الملك عن المحل مع انتقاص العدد والسابع أنواعه على ما يجىء فى باب ايقاع الطلاق ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (تطليقها واحدة فى طهر لا وطء فيه وتركها حتى تمضى عدتها أحسن) لما روى عن ابرهيم ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم كانوا يستحبون

أن لا يزيدوا في الطلاق على واحدة حتى تمضي عدتها وان هذا أفضل عندهم ولانه أبعد من الندم لتمكنه من التدارك قال الله تعالى لا تدري لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا وأقل ضررا بالمرأة حيث لم تطل عليها العدة ولم تبطل محليتها لان اتساع المحلية نعمة في حقهن ولم يقل أحد انه مكروه اذا كان لحاجة وفي النهاية للسغناقي أن ايقاع الطلاق مباح ومن الناس من يقول لا يباح الا لضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلاق وقال عليه الصلاة والسلام أبغض الحلال الى الله تعالى الطلاق وقال عليه الصلاة والسلام تزوجوا ولا تطلقوا وقال عليه الصلاة والسلام لا تطلقوا النساء الا من ريبة ان الله لا يحب الذواقين ولا الذواقات ولنا قوله تعالى اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن وقال تعالى لا جناح عليكم ان طلقتم النساء وهذا يقتضي الاباحة وطلق رسول الله صلى الله عليه وسلم حفصة والصحابة رضوان الله عليهم كانوا يطلقون من غير نكير حتى روي أن مغيرة بن شعبة كان له أربع نسوة فأقامهن بين يديه صفا فقال أنتن حسنات الاخلاق ناعمات الارزاق طويلات الاعناق اذهبن فانتن الطلاق قال رحمه الله (وثلاثا في أطهار حسن وسني) أي تطليقها ثلاثا متفرقة في ثلاثة أطهار حسن وسني وقال مالك هو بدعة لان الطلاق محظور فلا يباح الاقدام عليه الا لدفع حاجة التخلص عنها بتنافر الاخلاق وهو يحصل بالواحدة فلا حاجة الى الزيادة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعمر مر ابنك

سنة وطلاق بدعة والأول على قسمين حسن وأحسن والثاني وهو البدعي على قسمين أيضا بحسب العدد وهو أن يطلقها ثلاثا بكلمة واحدة وجملة أو على التفريق في طهر واحد وبحسب الوقت وهو أن يطلقها في حالة الحيض أو في طهر جامعها فيه اهـ وكتب أيضا ما نصه قال الكمال رحمه الله واعلم أن السني المسنون وهو كالمندوب في استعقاب الثواب والمراد به هنا المباح لان الطلاق ليس عبادة في نفسه ليثبت له ثواب فمعنى المسنون منه ما ثبت على وجه لا يستوجب عتابا نعم لو وقعت له داعية أن يطلقها عقيب جماعها أو حائضا أو ثلاثا فمنع نفسه الى الطهر الآخر والواحدة نقول انه يثاب عليها لا على الطلاق في الطهر الخالي بل على كف نفسه عن ذلك الايقاع على ذلك الوجه امتناعا عن المعصية وذلك الكف غير فعل الايقاع وليس المسنون يلزم تلك الحالة لانه لو أوقع واحدة في الطهر الخالي من غير أن يخطر له داعية ذلك الايقاع سميناه طلاقا مسنونا مع انتفاء سبب الثواب وهو كف النفس عن المعصية بعد تهيؤ أسبابها وقيام داعيتها وهذا لمن استمر على عدم الزنا من غير أن تخطر له داعيته وتهيؤه له مع الكف عنه لا يثاب عليه ولو وقعت له داعيته وطلب النفس له وتهيؤه له وكف تجافيا عن المعصية أثيب اهـ (قوله لتمكنه من التدارك) أي حيث يمكنه التزوج بها في العدة أو بعدها بلا تخلل زوج آخر اهـ فتح (قوله لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) أي تبدو له مراجعتها اهـ (قوله ولم تبطل محليتها) أي بالنسبة اليه اهـ فتح (قوله أن ايقاع الطلاق مباح الخ) رجل أراد أن يطلق امرأته بغير ذنب منها يسعه ذلك فيما بينه وبين الله تعالى اذا سرحها بالاحسان وهو أن يعطي لها مهرها ونفقة عدتها لما روي عن الحسن بن علي انه كان كثير النكاح كثير الطلاق فقيل له في ذلك فقال لاني أحب الغنى والله تعالى جمع الغنى في هذين يعني النكاح والطلاق أما النكاح فقد قال الله تعالى ان يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله وأما الطلاق فقد قال الله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته اهـ كبرى وكتب ما نصه قال قاضيخان في باب النفقة في فصل حقوق الزوجين رجل يريد أن يطلق امرأته بغير ذنب ان أوفاها المهر ونفقة العدة وسع له ذلك لانه تسريح باحسان اهـ (قوله وقال صلى الله عليه وسلم أبغض الحلال الخ) قال الكمال رحمه الله تعالى وأما وصفه فهو أبغض المباحات الى الله تعالى على ما رواه أبو داود وابن ماجه عنه صلى الله عليه وسلم أنه قال ان أبغض المباحات عند الله تعالى الطلاق فنص على اباحته وكونه مبغوضا وهو لا يستلزم ترتب لازم المكروه الشرعي الا لو كان مكروها بالمعنى الاصطلاحي ولا يلزم ذلك من وصفه بالبغض الا لو لم يصفه بالاباحة لكنه وصفه بهما لان أفعل التفضيل بعض ما أضيف اليه وغاية ما فيه أنه مبغوض اليه سبحانه ولم يرتب عليه ما رتب على المكروه اهـ قوله ولم يرتب عليه الخ يعني من اللوم على الترك في التنزيه والعقاب في كراهة التحريم اهـ (قوله والصحابة رضي الله عنهم كانوا يطلقون الخ) فان عمر طلق أم عاصم وابن عوف طلق تماضر اهـ (قوله وتطليقها ثلاثا متفرقة الخ) أي سواء كانت الزوجة مسلمة أو غير مسلمة لانه المخاطب بايقاعه كذلك ويجب على الغائب اذا أراد أن يطلق أن يكتب اذا جاءك كتابي هذا وأنت طاهرة فأنت طالق وان كنت حائضا فاذا طهرت فأنت طالق اهـ كمال وكتب ما نصه ثم اذا أوقع الثلاث في ثلاثة أطهار فقد مضى من عدتها حيضتان ان كانت حرة فاذا حاضت حيضة انقضت وان كانت أمة فبالطهر من الحيضة الثانية بانت ووقع عليها ثنتان اهـ كمال رحمه الله (قوله وقال مالك هو بدعة) أي الطلاق المفرق على ثلاثة أطهار في المدخول بها بدعة اهـ (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعمر مر ابنك الخ) ثم الوجوب ليس بمراد من الامر المذكور في النص بالاجماع فيتعين ما دونه وهو السنة فاذا كان الطلاق المفرق على الاطهار سنة فيكون الطلاق الموقع بكلمة واحدة جملة أو على التفريق في طهر واحد أو في الحيض أو في طهر جامعها فيه بدعة لانها نقيض السنة وقد شرط رسول الله صلى الله عليه وسلم التطليق قبل المسيس كما ترى وانما ثبت الحسن في طلاق السنة لان الحسن في المأمور به من قضية حكم الامر وقد بيناه في التبيين اهـ اتقاني رحمه الله

فليراجعها ثم يدعها حتى تحيض وتطهر ثم يطلقها ثم تحيض وتطهر ثم يطلقها ان أحب وقال عليه الصلاة والسلام لابنه انك أخطأت السنة ماهكذا أمرك الله تعالى ان من السنة أن تستقبل الطهر استقبالا وتطلق لكل قرء واحدة فتلك العدة التى أمر الله تعالى أن تطلق لها النساء يريد به قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن وبيانه أنه تعالى قابل الطلاق بالعدة وهما ذوعدد فيقسم آحاد أحدهما على آحاد الآخر كقوله أعط هؤلاء الثلاثة ثلاثة دراهم فكان هذا أمرا بالتفريق وأقله الاباحة وقوله لان الطلاق محظور قلنا لانسلم بل مباح على ماتقدم ولئن سلمنا فنقول انه يستباح للحاجة والحاجة الى ايقاع الثلاث ثابتة ليتخلص منها ولا يقع فى عدتها بالمراجعة ولا يمكن الاطلاع على حقيقة الحاجة لخفاء تنافر الطباع وتباين الاخلاق فاقيم دليل الحاجة وهو الاقدام على الطلاق فى زمن تجدد الرغبة مقامها كما فى الطلقة الاولى والحاجة متكررة نظرا الى دليلها فيدار عليه ثم قيل يؤخر الطلقة الاولى الى آخر الطهر كيلا تتضرر بتطويل العدة وقيل يطلقها عقيب الطهر كيلا يبتلى بالايقاع عقيب الوقاع وهو الاظهر قال رحمه الله (وثلاثا فى طهر أو بكلمة بدعى) أى تطليقها ثلاثا فى طهر واحد أو بكلمة واحدة طلاق بدعى وكذلك الثنتان فى طهر واحد أو بكلمة واحدة وأراد بقوله ثلاثا فى طهر اذا لم يتخلل بين التطليقتين رجعة وان تخللت فلا يكره عند أبى حنيفة وان تخلل التزوج بينهما فلا يكره بالاجماع وقال الشافعى لايكون الثلاث فى طهر واحد أو بكلمة بدعة لانه مشروع وهو لايجامع الحظر عنده بخلاف الطلاق فى حالة الحيض أو فى طهر جامعها فيه لان الحظر فيه لغيره ولنا ماتلونا ومارويناه من حديث ابن عمر لانه أمر بالتفريق والايقاع جملة يضاده فيكون مفوتا للمأمور به فيكون بدعة ضرورة وفى مصنف أبى بكر بن أبى شيبة والدارقطنى فى حديث ابن عمر قال قلت يارسول الله أرأيت لوطلقتها ثلاثا قال اذا قد عصيت ربك وبانت منك امرأتك ولان الطلاق انما جعل متعددا ليمكنه التدارك عند الندم فلا يحل له تفويته كما قلنا ليس له أن يطلقها فى حالة الحيض لانها زمان النفرة فلعله يندم فى زمان الطهر عند توقان النفس الى الجماع فلا علك تفويت ماجعل الشرع نظرا له ولا يقال انما كره فى حالة الحيض لاجل تطويل العدة لانا نقول لو طلقها فى حالة الحيض بعد ماطلقها فى طهر لم يجامعها فيه كان مكروها وليس فيه تطويل العدة وقال ابن عباس أخبر رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل طلق امرأته ثلاث تطليقات جميعا فقام غضبان ثم قال أيلعب بكتاب الله وأنا بين أظهركم ذكره القرطبى فى شرح الموطا رواه النسائى وقال ابن عباس لرجل طلق امرأته ثلاثا يطلق أحدكم ثم يركب الحموقة ثم يقول يا ابن عباس قال الله ومن يتق الله يجعل له مخرجا وانك لم تتق الله فلم أجد لك مخرجا عصيت ربك وبانت منك امرأتك رواه أبو داود

(قوله وهو الاقدام على الطلاق فى زمن تجدد الرغبة) أى وهو الطهر الخالى عن الجماع اهـ قال الاتقانى وانما قلنا ان الطهر الخالى عن الجماع زمان تجدد الرغبة لان الحيض زمان النفرة وكذا الطهر اذا وجد فيه الجماع تفتر رغبة الرجل فيها فلا يكون الاقدام على الطلاق فى حيض أو فى الطهر بعد الجماع دليل الحاجة فلا يكون مباحا اهـ (قوله ثم قيل يؤخر الطلقة الاولى الخ) قال فى الهداية ثم قيل الاولى أن يؤخر الايقاع الى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة والاظهر أنه يطلقها كما طهرت لانه لو أخر ربما يجامعها ومن قصده التطليق فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع اهـ فقوله يطلقها كما طهرت أولى من قول الشارح عقيب الطهر اذ ربما أوهم قوله عقيب الطهر الحيض اذ لا يعقب الطهر الا الحيض لكن هذا ليس بمراد بل المراد من قوله عقيب الطهر عقيب أول الطهر على حذف مضاف والله الموفق اهـ الـ (قوله كيلا يبتلى بالايقاع الخ) يعنى لو أخر الطلاق الى آخر الطهر يحتمل أن يجامع لان الطهر زمان تجدد الرغبة فاذا جامع ومن قصده تطليقها يبتلى الزوج بالطلاق البدعى ضرورة اهـ (قوله وهو الاظهر) أى الاظهر من قول محمد حيث قال اذا أراد أن يطلقها ثلاثا طلقها واحدة اذا طهرت ورجحه بأنه لو أخر ربما يجامعها فيه ومن قصده تطليقها فيبتلى بالايقاع عقيب الوقاع ولا يخفى أن الاول أقل ضررا فكان أولى وهو رواية عن أبى يوسف عن أبى حنيفة اهـ فتح قال الاتقانى قال فى خلاصة الفتاوى واختار بعض مشايخنا تأخير الطلاق الخ ثم قال وهو رواية عن أبى يوسف عن أبى حنيفة اهـ (قوله وقال الشافعى لايكون الخ) قال الاتقانى رحمه الله وقال الشافعى لا أعرف فى الجمع بدعة ولا فى التفريق سنة بل الكل مباح وربما يقول ايقاع الثلاث جملة سنة حتى اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع الكل فى الحال عنده كذا فى المبسوط فالحاصل ان عندنا يعتبر فى طلاق السنة التفريق كارقت وعند مالك تعتبر الواحدة والوقت وعند الشافعى يعتبر الوقت ولا يلتفت الى العدد اهـ (قوله لان الحظر فيه لغيره) أى وهو تطويل العدة عليها فى الاول وتلبيس وجه العدة عليها أهو بالاقراء أو الوضع لاحتمال الحبل فى الثانى قوله وهو تطويل العدة عليها فى الاول أى لان الحيض الذى وقع فيه الطلاق ليس بمحسوب من العدة بالاجماع اهـ اتقانى (قوله لانها زمان النفرة) أى نفرة الطبيعة لتلوثها بالدم (قوله كان مكروها) أى باتفاق وليس ثم تطويل ولا تلبيس اهـ اتقانى (قوله أيلعب بكتاب الله تعالى) واللعب بكتاب الله تعالى وهو

(قوله وذهب أهل الظاهر الخ) وعن الامامية لايقع بلفظ الثلاث ولا في حالة الحيض لانه بدعة محرمة وقال صلى الله عليه وسلم من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد اه فتح (قوله كانه قال الطلاق الموقع الآن الخ) قال الكمال رحمه الله وما قيل في تأويله أن الثلاث التي يوقعونها الآن انما كانت في الزمان الاول واحدة تنبيه على تغير الزمان ومخالفة السنة فيشكل اذ لا يتجه حينئذ قوله فأمضاه عمر اه (قوله كانت لهم فيه أناة الخ) أناة على وزن حصاة اه مصباح والاناة بفتح الهمزة أي مهلة اه شرح مسلم (قوله واختلفت الرواية في الواحدة البائنة) أي اختلفت الرواية عن أصحابنا فيما اذا طلق الرجل امرأته

في طهر لم يجامعها فيه طلقة واحدة بائنة

داود والدارقطني عن مجاهد وذهب أهل الظاهر وجماعة منهم الشيعة الى أن الطلاق الثلاث جملة لا يقع الا واحدة لما روي عن ابن عباس أنه قال كان الطلاق الثلاث على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وأبي بكر وسنتين من خلافة عمر رضي الله عنهم واحدة فأمضاه عليهم عمر رضي الله عنه رواه مسلم والبخاري وروى ابن سحق عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال طلق ركانة بن عبد يزيد زوجته ثلاثا في مجلس واحد فحزن عليها حزنا شديدا فسأله عليه الصلاة والسلام كيف طلقتها قال طلقتها ثلاثا في مجلس واحد قال انما تلك طلقة واحدة فارتجعها ولنا ما روينا وما روي من حديث العجلاني وفيه فطلقها ثلاثا في مجلس واحد قبل أن يأمره النبي صلى الله عليه وسلم متفق عليه ولم ينقل انكاره وكذا حديث عائشة ان امرأة قالت يا رسول الله ان رفاعة طلقني وبت طلاقي متفق عليه ولم ينكره وكذا حديث بنت قيس أن زوجها أرسل لها بثلاث تطليقات وروي أن رجلا جاء الى ابن مسعود فقال اني طلقت امرأتي ثماني تطليقات فقال ماذا قيل لك فقال قيل لي بانت منك قال صدقوا هو مثل ما يقولون ذكره في الموطأ وقول الرجل قيل لي بانت منك وقول ابن مسعود صدقوا دليل على اجماعهم على ذلك وقد روي ذلك أيضا عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أجمعين والجواب عن الحديث الاول من وجهين أحدهما أنه انكار على من يخرج عن سنة الطلاق بايقاع الثلاث واخبار عن تساهل الناس في مخالفة السنة في الزمان المتأخر عن العصرين كأنه قال الطلاق الموقع الآن ثلاثا كان في ذينك العصرين واحدة كما يقال كان الشجاع الآن جبانا في عصر الصحابة رضي الله عنهم أجمعين والثاني ان قول الزوج أنت طالق أنت طالق أنت طالق كانت طلقة واحدة في العصرين لقصدهم التأكيد والاخبار وصار الناس بعدهم يقصدون به التجديد والانشاء فألزمهم عمر ذلك لعلمه بقصدهم يدل عليه قول عمر قد استعجلوا في أمر كانت لهم فيه أناة والجواب عن الثاني أنه منكر قاله أبو جعفر فانه روى جماعة عن ابن عباس أنه قال فيمن طلق امرأته ثلاثا قد عصى ربه وبانت منه امرأته لا ينكحها الا بعد زوج منهم سعيد بن جبير ومجاهد وعطاء ونافع وعمرو بن دينار ومالك بن الحرث والدليل عليه ما رواه أبو داود والترمذي وابن ماجه أن ركانة طلق زوجته البتة فحلفه رسول الله صلى الله عليه وسلم انه ما أراد الا واحدة فردها اليه فطلقها الثانية في زمن عمر والثالثة في زمن عثمان وقال أبو داود وهذا أصح واختلفت الرواية في الواحدة البائنة قال في الاصل انه أخطأ السنة اذ لا حاجة الى اثبات زيادة صفة في الخلاص وفي زيادات الزيادات انه لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا ألا ترى أن الخلع مشروع سني وهو بهذه الصفة قال رحمه الله (وغير الموطوءة تطلق للسنة ولو حائضا) أي التي لم يدخل بها جاز أن يطلقها للسنة وهي الطلقة الواحدة وان كانت حائضا وقال زفر لا يطلقها في حالة الحيض للمعنى الذي ذكرنا بعد الدخول ولنا أن الرغبة فيها صادقة ما لم يحصل غرضه منها بالوطء عادة فصار اقدامه على الطلاق دليل الحاجة فيباح له مطلقا بخلاف المدخول بها فان الرغبة فيها تتجدد بالطهر فلم

فعلى رواية كتاب الطلاق من الاصل يكره لانه قال أخطأ السنة اه اتقاني قال العمادي رحمه الله في الفصل الثاني والعشرين ولو قال خوشتين خويدم فقال من يك طلاق بسدب وادم وانها مدخول بها تقع رجعية على رواية الاصل لان على روايته البائن ليس بسني ويقع بائنا على رواية الزيادات فان البائن على تلك الرواية سني اه (قوله قال في الاصل) يعني أصل المبسوط وهو الكافي للحاكم أبي الفضل اه فتح (قوله أخطأ السنة) أي وهو ظاهر الرواية اه فتح (قوله لا يكره للحاجة الى الخلاص ناجزا الخ) قال الكمال رحمه الله ومما يدل على صحة هذا أن ركانة طلق امرأته البتة والواقع بها بائن ولم ينكر صلى الله عليه وسلم عليه ذلك والقياس على الخلع والجواب يجوز أن يكون ركانة طلق امرأته قبل الدخول أو أنه أخر الانكار عليه لحال اقتضت تأخيره اذ ذاك والخلع لا يكون الا عند تحقق الحاجة وبلوغها النهاية ولهذا روي عن أبي حنيفة أن الخلع لا يكره حالة الحيض اه (قوله في المتن ولو حائضا) فان قلت العبرة بعموم اللفظ لا بخصوص السبب على ما عرف في أصول الفقه وقد قال عليه الصلاة والسلام لابن عمر رضي الله عنه ما هكذا أمرك الله تعالى انما السنة أن تستقبل الطهر استقبالا فكيف فرقتم بين الحائض وغير الحائض بالدخول وعدمه في الكراهة وعدمها قلت المراد منه المدخول بها بدليل ما روينا من صحيح البخاري في أوائل الباب حيث قال في آخر الحديث فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء ولا عدة في غير المدخول بها فيكره فلا تكون مرادة الا أن زفر يقيسها على المدخول بها فيكره طلاقها وجوابه أن القياس مع وجود الفارق فاسد اه اتقاني

(قوله اذا كانت المرأة ممن لا تحيض لصغر) أي بأن لم تبلغ سن الحيض وهو تسع على المختار وقيل ثمان وسبع اه فتح (قوله أو كبر) بأن كانت آيسة بنت خمس وخمسين على الاظهر أولا لهما بأن بلغت بالسن ولم تر دما أصلا اه فتح (قوله ثم قيل الاشهر قائمة مقام الحيض والطهر) واليه ذهب صاحب المنافع وغيره اه اتقاني (قوله والاصح أنها قائمة مقام الحيض لا غير) واليه ذهب صاحب الهداية تبعا لشمس الائمة في المبسوط وكتب ما نصه وهذا الخلاف قليل الجدوى لا ثمرة له في الفروع كذا في فتح القدير قال الاتقاني أقول لا نسلم أن الشهر قائم مقام الحيض وحده ولئن كان ذلك لم يحتج الى اقامة ثلاثة أشهر مقام ثلاث حيض بل يكفي اقامة شهر واحد مقام ثلاث حيض لان الحيض أكثره عشرة أيام ومدة ثلاث حيض تحصل في شهر واحد (قوله ولهذا يعتبر الاستبراء بالشهر) أي فيمن لا تحيض لصغر أو كبر اه (قوله حتى يكون أحدهما محجوجا) أي أحد المختلفين اه (قوله ثم ان كان الطلاق في أول الشهر) أي وهو أن يقع في أول ليلة رئي فيها الهلال تعتبر الشهور بالاهلة اتفاقا في التفريق والعدة وان كان وقع في وسطه فبالايام في التفريق أي تفريق الطلقات بالاتفاق فلا يطلق الثانية في اليوم الموفي ثلاثين من الطلاق الاول بل في الحادي والثلاثين فما بعده لان كل شهر معتبر ثلاثين يوما فلو طلقها في اليوم الموفي ثلاثين كان جامعا بين طلاقين في شهر واحد وفي حق العدة كذلك عند أبي حنيفة تعتبر بالايام وهو رواية عن أبي يوسف فلا تنقضي عدتها الا بمضي تسعين يوما وعندهما يكمل الاول بالاخير والشهران المتوسطان بالاهلة وقوله في الفتاوى الصغرى تعتبر في العدة بالاهلة بالاجماع يخالف نقل الخلاف اه فتح (تعتبر الشهور بالاهلة) أي بالاتفاق ناقصا كان الشهر أو كاملا اه اتقاني (قوله وهي مسئلة فالافضل الاجارة) يعني اذا استأجر ثلاثة أشهر في رأس الشهر اعتبر بالاهلة اتفاقا ناقصة كانت أو كاملة وان استأجرها في أثناء شهر تعتبر الاشهر الثلاثة بالايام عنده وعندهما يكمل الشهر الاول بالاخير وفيما بين ذلك بالاهلة وقيل الفتوى على قولهما لانه أسهل وليس بشيء ووجه بأن الاصل في الاشهر الاهلة فلا يعدل عنه الا لضرورة وهي مندفعة بتكميل الاول بالاخير ويمكن أن يقول ذلك في الاشهر العربية وهي المسماة بالاسماء وهو لم يستأجر مدة جماديين ورجب ثلاثة أشهر مثلا وليس يلزم من ذلك الاهلة وحينئذ فلا بد من تسعين لانه لما لم يلزم من مسمى اللفظ الاهلة صار معناه ثلاثة أشهر من هذا اليوم فلا ينقضي هذا الشهر حتى يدخل من الآخر أيام ثم يبتدئ الآخر من حين انتهاء الاول فيلزم كذلك في الثلاثة اه فتح (قوله وقال زفر في ذوات الاشهر يفصل بينهما) أي بين الوطء والطلاق اه (قوله لانه [illegible] اه فتح

يوجد دليل الحاجة فلا يباح له وعلى هذا لا يكره له تخييرها قبل الدخول في حالة الحيض وان تختار نفسها وأن يفرق القاضي بينهما بخيار البلوغ وغيره قال رحمه الله (وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض) أي فرق الزوج الطلاق على أشهر العدة اذا كانت المرأة ممن لا تحيض لصغر أو كبر أو حمل لان الاشهر فصول عدة الصغيرة والكبيرة لاقامتها مقام فصول العدة وهي الحيض في حق من تحيض فيفرق عليها وكذا في حق الحامل يفرق على الاشهر وان لم تكن الاشهر من فصول عدتها لتجدد الرغبة على ما يجيء من قريب ثم قيل الاشهر قائمة مقام الحيض والطهر والاصح أنها قائمة مقام الحيض لا غير لان المعتبر في ذوات الحيض الحيض دون الطهر الا أن تكرر الحيض لا يتصور بدون تخلل الطهر فاحتيج اليه ضرورة وانعدم هذا المعنى في حقهما فلا حاجة اليه فلا يعتبر ولهذا يعتبر الاستبراء بالشهر وهو بحيضة وكذا الفصل بين التطليقتين يكون بحيضة بدليل جواز الايقاع قبل الحيضة وبعدها فيقام مقام ما هو المعتبر ولا يقال على هذا وجب أن يكون الطلاق واقعا في حالة الحيض في أي شهر وقع من الاشهر الثلاثة لانا نقول الخلف تبع للاصل بحاله لا بذاته فان ذاته طهر حقيقة وانما أقيم مقام الحيض في حق بعض الاحكام والا لزم الطلاق في حيض قد جامعها فيه ولم يقل به أحد ولا تظهر ثمرة الخلاف الا في حق لزوم الحجة حتى يكون أحدهما محجوجا ولو طلق الصغيرة ثم حاضت وطهرت قبل مضي الشهر فله أن يطلقها أخرى للسنة عند أبي حنيفة وكذا لو طلق الحائض ثم أيست فله أن يطلقها أخرى لتبدل الحال ذكره في جوامع الفقه ثم ان كان الطلاق في أول الشهر تعتبر الشهور بالاهلة وان كان في وسطه فبالايام في حق التفريق والعدة عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وعندهما يكمل الاول بالاخير والمتوسطات بالاهلة وهي مسئلة الاجارة قال رحمه الله (وصح طلاقهن بعد الوطء) أي جاز طلاق ذوات الاشهر والحامل عقيب الوطء من غير فصل وقال زفر رحمه الله في ذوات الاشهر يفصل بينهما بشهر كما يفصل بين التطليقتين به وهذا لانه بالجماع تفتر الرغبة فلا بد من مضي المدة لتجددها كذوات الاقراء بخلاف الحامل لان الرغبة فيها وان فترت من وجه بقيت من وجه آخر لان الحبل يدعو الى امساكها لمكان الولد منها ولنا أن الكراهية في ذوات الحيض باعتبار توهم الحبل لان عند ذلك يشتبه وجه العدة لاحتمال العلوق ولم يوجد هذا المعنى هنا وصارت كالحامل والرغبة وان فترت من وجه كثرت من وجه آخر لانه يرغب في وطء غير معلق لان الطباع تميل اليه فصارت كالحامل على ما مر وفي الذخيرة قيل اذا كانت الصغيرة يرجى منها الحيض أو الحبل

(قوله فالافضل أن يفصل بينهما) أى بين وطئها وطلاقها اه (قوله وقال محمد) وقول محمد هو قول الأئمة الثلاثة اه فتح

فالافضل أن يفصل بينهما بشهر ولم يذكر المصنف خلاف الحامل مفردا فالظاهر أنه أرادها بقوله وفرق على الاشهر فيمن لا تحيض أى فرق طلاق الآيسة والصغيرة والحامل على الاشهر لان الحامل لا تحيض وحكمها أيضا عندهما كحكم من لا تحيض فى حق ايقاع الطلاق ابتداء وفى حق التفريق وقال محمد وزفر لا يطلقها للسنة الا واحدة لان اباحة العدد عند التفريق على فصول العدة والشهر فى حقها ليس من فصول العدة فلا يباح فصارت كالممتد طهرها ولنا أن الحاجة الى ايقاع الثلاث ماسة لما ذكرنا ولا بد من دفعها فأقيم دليلها وهو مضى الشهر مقامها كما فى ذوات الاشهر ولهذا لا يفصل بين وطئها وطلاقها بزمان كما لا يفصل فى حق من لا تحيض بخلاف الممتد طهرها لان عدتها باقية ما دام حيضها مرجوا فأمكن التفريق على الاطهار ثم قيل لا يطلقها حتى يستبين حملها قال رحمه الله (وطلاق الموطوأة حائضا بدعى) لما ذكرنا وقال أهل الظاهر لا يقع لانه منهى عنه فلا يكون مشروعا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعمر مر ابنك فليراجعها وكان طلاقها فى حالة الحيض والمراجعة بدون وقوع الطلاق محال ولان النهى لمعنى فى غيره وهو تطويل العدة فلا ينافى المشروعية كالسوم على سوم أخيه قال رحمه الله (فيراجعها ويطلقها فى طهر ثان) يعنى اذا طهرت من تلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق ثم حاضت ثم طهرت وهو الطهر الثانى والكلام فيه من وجهين أحدهما فى صفة المراجعة والثانى فى وقتها أما الاول فقد ذكره القدورى بلفظ الاستحباب ووجهه أنه مأمور به على ما مر والامر قد يكون للندب فحمل عليه لانه أدنى أو لانه شرع نظرا له فلو حمل على الوجوب لعاد على موضوعه بالنقض وذكر صاحب الهداية أن الاصح أنها واجبة عملا بحقيقة الامر ودفعا للمعصية بالقدر الممكن برفع أثره وهو العدة ودفعا للضرر عنها بتطويل العدة وصار كالبيع الفاسد وأما الثانى وهو وقت المراجعة فالمذكور هنا ظاهر الرواية وهو المذكور فى الاصل وذكر الطحاوى انه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة قال أبو الحسن الكرخى ما ذكره الطحاوى قول أبى حنيفة رحمه الله وما ذكره فى الاصل قولهما وهو قول الحسن وقول محمد مضطرب ذكره الطحاوى مع أبى حنيفة رحمه الله والكرخى مع أبى يوسف رحمه الله ووجه المذكور فى الاصل ما رواه نافع عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه طلق امرأته وهى حائض وفى رواية تطليقة على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فسأل عمر رضى الله عنه رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليمسكها حتى تطهر وتحيض ثم تطهر ثم ان شاء أمسك وان شاء طلق قبل أن يمس فتلك العدة التى أمر الله أن يطلق لها النساء رواه البخارى ومسلم والترمذى وأبو داود والنسائى ولان السنة أن يفصل بين كل تطليقتين بحيضة والفاصل هنا بعض الحيضة فيكمل بالثانية وهى لا تتجزأ فتتكامل ولان بعض الحيضة بمنزلة الطهر الذى بعدها ولهذا لا يعتد به فى العدة فكذا فى حق الفصل بين الطلقتين فاذا لم يعتد به صار بمنزلة طهر واحد فليس له أن يوقع به طلقتين ووجه ما ذكره الطحاوى ما روى سالم عن ابن عمر انه طلق امرأته وهى حائض فذكر ذلك عمر لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال مره فليراجعها ثم ليطلقها اذا طهرت أو وهى حامل رواه مسلم وأبو داود والترمذى والنسائى وابن ماجه وأحمد قال البيهقى أكثر الروايات عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يراجعها حتى تطهر ثم ان شاء طلق وان شاء أمسك ولان أثر الطلاق قد انعدم بالمراجعة فصار كأنه لم يطلقها ولهذا لو طلقها فى طهر ثم راجعها فيه له أن يطلقها فيه أخرى عنده لارتفاع الاول بالمراجعة وعلى هذا لو قال لها أنت طالق ثلاثا للسنة وهو يمسها بشهوة وقعت الثلاث للسنة متعاقبا عنده لانه يصير مراجعا باللمس بشهوة وبعد تخلل النكاح لا يكره اتفاقا وقيل عنده خاصة وقيل فى تخلل الرجعة ليس له أن يطلق اتفاقا ثم جملة الامر أن النساء صنفان مدخول بها وغير مدخول بها والمدخول بها نوعان حبالى وحيالى والحيالى نوعان ذوات الاقراء وذوات الاشهر والطلاق نوعان سنى

(قوله فصارت كالممتد طهرها) أى وفيها لا يفرق الطلاق على الاشهر اه فتح (قوله كما لا يفصل فى حق من لا تحيض) قال شمس الائمة السرخسى الحامل لا تحيض والشهر فى حق من لا تحيض فصل من فصول العدة فى حق انقضاء العدة وتفريق الطلاق ولكن ههنا فى حق انقضاء العدة وجدنا ما هو أقوى من الشهر وهو وضع الحمل وفى حق تفريق الطلاق لم نجد ما هو أقوى من الشهر فبقى الشهر فصلا من فصول العدة فلا يفرق الطلاق على الاشهر (قوله بخلاف الممتد طهرها الخ) قال الاتقانى وانما قيد القدورى بالصغيرة والآيسة لان التى يمتد طهرها لا تطلق للسنة الا واحدة لان الشهر ليس من فصول عدتها اه (قوله وذكر الطحاوى أنه يطلقها فى الطهر الخ) قال فى التحفة ما ذكره الطحاوى قول أبى حنيفة وهو القياس اه اتقانى وقال أبو الحسن الكرخى ما ذكره الطحاوى قول أبى حنيفة قال فى الكافى وعن أبى حنيفة أنه يطلقها فى الطهر الذى يلى الحيضة التى طلقها فيها لان أثر الطلاق الاول قد انتفى بالرجعة فيجعل كأنه لم يطلقها واذا لم يطلقها جاز له

أن يطلقها فى هذا الطهر كذا هنا وفى ظاهر الرواية وهو قولهما لا يطلقها حتى تطهر من الحيضة الثانية لان حكم الطلاق الاول لم يضمحل من كل وجه اه (قوله حين تطهر) الذى فى خط الشارح حتى تطهر اه

وبدعى فالسنى من وجهين أحدهما من جهة العدد والآخر من جهة الوقت فالسنة من حيث العدد شامل للكل حتى لا يجوز له أن يطلق بكلمة واحدة أو فى طهر واحد من غير تخلل رجعة أو نكاح أكثر من واحدة والسنة من حيث الوقت يختص بالمدخول بها الحائل ذات الاقراء والبدعى أنواع أن يطلقها بكلمة واحدة أو فى طهر واحد من غير تخلل ماذكرنا أو يطلق المدخول بها فى حالة الحيض أو فى طهر قد جامعها فيه وهى من ذوات الاقراء أكثر من واحدة فكل ذلك مذكور فى المتن فتأمله قال رحمه الله (ولو قال لموطوأته أنت طالق ثلاثا للسنة وقع عند كل طهر طلقة) لانه مطلق فيتناول الكامل هذا اذا لم ينو شيأ أو نوى أن يقع عند كل طهر طلقة وكانت هى من ذوات الحيض وان كانت من ذوات الاشهر يقع للحال طلقة وبعد شهر أخرى وبعد شهر أخرى وكذلك الحامل ان لم يكن له نية أو نوى كذلك فان كان قبل الدخول بها وقعت للحال طلقة ثم لا يقع عليها قبل التزوج شئ لان تقدير هذا الكلام أنت طالق ثلاثا لوقت السنة فينصرف فى حق كل واحدة منهن قال رحمه الله (وان نوى أن يقع الثلاث الساعة أو عند كل شهر واحدة صحت) وقال زفر رحمه الله لا يصح لانه نوى ضد السنة والشئ لا يحتمل ضده ولنا انه نوى ما يحتمله لفظه فصحت نيته وهذا لانه سنى وقوعا من حيث ان وقوع الثلاث جملة عرف بالسنة لا ايقاعا فلم يتناوله مطلق كلامه اذ المطلق ينصرف الى الكامل وهو السنى وقوعا وايقاعا وينتظمه عند نيته كما اذا قال كل مملوك لى حر أو حلف لا يأكل لحما لا يتناول المكاتب ولا لحم السمك الا بالنية لقصور فيه وقد عرف فى موضعه فاذا صحت نيته للحال فأولى أن تصح عند كل شهر لانه احتمل أن يكون سنيا مطلقا بأن يصادف طهر الاجماع فيه فان قيل لما كان اللام للوقت كان تقديره أنت طالق ثلاثا أوقات السنة فلو قال ذلك ونوى الوقوع جملة لا تصح فوجب أن يكون هنا كذلك قلنا اللام هنا ليست بصريح للوقت بل هى محتملة تحتمل العلة وانما حملناها على الوقت بذكر السنة والسنة المطلقة هى الكاملة فاذا نوى محتمله صحت نيته وأما ذكر أوقات السنة صريحا فلا يحتمل خلافه فلا تصح نية الوقوع جملة بل يقع متفرقا على الاطهار المنصوص عليها فان قيل اذا كان سنيا من حيث الوقوع وجب أن يكون سنيا من حيث الايقاع ولا يكون بدعة لان الوقوع بدون الايقاع ممتنع قلنا الوقوع لا يوصف بالحرمة لانه ليس بفعل للعالف فلا يخرج من أن يكون سنيا بخلاف الايقاع فيكون تقديره بعد هذا التحرير أنت طالق ثلاثا جملة لاجل أنا عرفنا وقوعه جملة بالسنة ولو قال أنت طالق للسنة ونوى ثلاثا جملة أو متفرقا على الاطهار صح لان قوله للسنة عبارة عن زمان وقت الوقوع ووقت الوقوع أنواع مستحب وبدعة وكلاهما عرف بالسنة فأيهما نوى صح هكذا ذكر شمس الأئمة السرخسى وشيخ الاسلام وصاحب الاسرار وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد وجماعة منهم صاحب الهداية أنه لا تصح نية الجملة فيه لانه انما صح نية الثلاث فيه من حيث ان اللام فيه للوقت فيفيد تعميم الوقت ومن ضرورة تعميم الوقت أن يتعمم الواقع فيه فيكون ناويا محتمل لفظه فيجوز أما لو نوى وقوع الثلاث جملة فقد الغا قضية اللام وهو عموم الوقت المستفاد منه فيكون هذا ايقاعا للحال بقوله أنت طالق فلا تصح فيه نية الثلاث بخلاف الفصل الاول لان العدد ثم ثبت نصا وألفاظ السنة أن يقول أنت طالق للسنة أو فى السنة أو مع السنة أو على السنة أو طلاق السنة أو طلاق العدة أو للعدة أو الدين أو الاسلام أو الحق أو القرآن أو الكتاب أو أحسن الطلاق أو أجمله أو أعدله ولو قال فى كتاب الله أو بكتاب الله تعالى ان نوى السنة فهو سنة قال رحمه الله (ويقع طلاق كل زوج عاقل بالغ ولو مكرها أو سكران وأخرس باشارته حرا أو عبدا) لا طلاق الصبى والمجنون والنائم والسيد على امرأة عبده لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق جائز الا طلاق الصبى والمجنون ولانه صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بوقوعه وقوله يقع طلاق كل زوج لا ينتقض بالمبانة حيث لا يلحقها البائن لان امتناعه لعارض لاستحالة تحصيل الحاصل حتى لو كان

اه كاف ولهذا من أنكر وقوع الثلاث جملة ينسب الى مذهب الرفض والبدعة وهو خلاف السنة اه اتقانى (قوله فاذا صحت نيته للحال الخ) قال الاتقانى وكذا تصح نيته اذا نوى أن يقع عند رأس كل شهر واحدة لانه اذا نوى السنى فى الوقوع دون الايقاع يصح عندنا وهنا يحتمل أن يكون سنيا فى الوقوع والايقاع لان رأس الشهر جائز أن تكون المرأة فيه طاهرة فيكون الطلاق سنيا وقوعا وايقاعا وجائز أن تكون حائضا فيكون سنيا وقوعا لا ايقاعا ونية السنى الذى لا يحتمل الايقاع بحسب السنة تصح كما اذا نوى الثلاث جملة فما يحتمله أولى اه (قوله ولو قال أنت طالق للسنة ونوى ثلاثا) فان لم ينو شيأ يقع واحدة اذا طهرت من الحيض اه اتقانى (قوله فى المتن ولو مكرها وسكران) ولا خلاف بين أصحابنا فى وقوع طلاق المكره كذا قال الاتقانى رحمه الله قال فى الهداية وطلاق السكران واقع قال الكمال وكذا اعتاقه وخلعه وهو من لا يعرف الرجل من المرأة ولا السماء من الارض ولو كان معه من العقل ما يقوم به التكليف فهو كالصاحى اه (قوله لا ينتقض الخ) هذا مأخوذ من كلام الشيخ الامام بدر الدين حيث قال لا ينتقض بلحاق البائن البائن حيث لا يعمل لان ذلك من أمر خارج

صريحا الحقها ولانه ليس بزوج من كل وجه والمراد هو الزوج مطلقا والمعتوه والمغمى عليه كالنائم والمجنون لعدم التميز أو العقل والمعتوه من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون وقيل في الفاصل بينهم ان العاقل من يستقيم كلامه وأفعاله وغيره نادر والمجنون ضده والمعتوه من يكون ذلك منه على السواء وقيل المجنون من يفعل ما يفعله لا عن قصد والعاقل قد يفعل ما يفعله المجانين أحيانا الا عن قصد على ظن الصلاح والمعتوه من يفعل ما يفعله المجانين عن قصد مع ظهور الفساد وقال الشافعي رحمه الله طلاق المكره لا يقع لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد حكمه فيشمل حكم الدارين ولانه يسلب الاختيار والتصرف الشرعي لا يعتبر بدون الاختيار فصار كالاكراه على الاقرار بالطلاق بخلاف الهازل لانه مختار في التكلم به والحجة عليه ما رويناه ولا نسلم عدم الاختيار بل له اختيار لانه عرف الشرين فاختار أهونهما الا أنه فات رضاه وذلك لا يخل بوقوع الطلاق كالهازل ولانه مخاطب أما في غير ما أكره عليه فظاهر وكذا فيما أكره عليه لانه أبيح له الفعل تارة وفرض عليه أخرى وحرم عليه تارة والخطاب بدون الاهلية لا يتصور بخلاف الاكراه على الاقرار لانه خبر محتمل للصدق والكذب وقيام السيف على رأسه يرجح جانب الكذب والمراد بما رواه أحكام الآخرة لان نفسه ليس بمراد لوجوده حقيقة وحكمه نوعان دنيوي وأخروي فلا يتناولهما اللفظ الواحد لانهما كالمشترك وحكم الآخرة مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا واستدل الطحاوي على أن طلاقه واقع بحديث حذيفة وابنه حين حلفهما المشركون فقال لهما رسول الله صلى الله عليه وسلم نفي لهم بعهدهم ونستعين بالله عليهم فقال الطحاوي بين رسول الله صلى الله عليه وسلم أن اليمين على الطواعية والاكراه سواء فكذا الطلاق والعتاق لعدم القائل بالفرق وقال عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة رواه البخاري وجماعة وقال الترمذي حديث حسن غريب أخرجه الحاكم في المستدرك وقال هذا صحيح الاسناد وقال في الغاية العمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فدل على عدم اشتراط الرضا ثم جملة ما يصح من الاحكام مع الاكراه عشرة العتاق والطلاق والنكاح والعفو عن

وهو اثبات الثابت وهو البينونة حتى لو كان صريحا يعمل ولا نقول إنه يقع كل طلاق كل زوج بل نقول يقع طلاق كل زوج وطلاق هذا الزوج مما يقع في الجملة اهـ (قوله وقيل في الفاصل الخ) نقله الاتقاني عن الولوالجي اهـ وذكره قاضيخان أيضا (قوله وغيره نادر) أي غير المستقيم من كلامه وأفعاله نادر اهـ (قوله وقيل المجنون من يفعل ما يفعله الخ) قال الاتقاني رحمه الله وفيه أيضا أي في فتاوى الولوالجي اذا طلق انسان امرأة الصبي فبلغ الصبي بعد الطلاق فقال أجزت لا يقع ولو قال أوقعت عليها الطلاق الذي أوقعه فلان يقع وقال في خلاصة الفتاوى النائم اذا طلق امرأته في المنام لا يقع فلما استيقظ قال لامرأته طلقتك في المنام لا يقع ولو قال بعد ذلك أجزت ذلك الطلاق لا يقع الطلاق ولو قال أوقعت ذلك الطلاق يقع وكذا الصبي لو قال أوقعت ما تلفظت به في حال النوم لا يقع وقال في شرح الطحاوي ولو أن الصبي والمجنون طلق امرأته لم يقع طلاقه وكذا المغمى عليه والمبرسم والمدهوش والنائم والمعتقل والذي شرب الدواء مثل البنج ونحوه فتغير عقله اذا طلق واحد من هؤلاء زوجته لم يقع طلاقه وقال أبو بكر الرازي في شرحه (١٩٥) لمختصر الطحاوي وروي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن طلاق الصغير جائز لان الله تعالى لم يستثنه وقال سعيد بن المسيب اذا كان الصبي يعقل الصلاة جاز طلاقه الى هنا لفظ أبي بكر الرازي وعند أحمد بن حنبل اذا عقل الصبي الطلاق فطلق لزمه اهـ (قوله وقيام السيف على رأسه يرجح جانب الكذب) أي فيما كان كذبا فلا يكون صدقا بخلاف الانشاء فانه لا يحتمل الكذب ولهذا لو أقر بالطلاق هازلا لم يقع واذا أنشأه هازلا يقع اهـ اتقاني (قوله ثم جملة ما يصح من الاحكام مع الاكراه الخ) قال الكمال رحمه الله وقد جمعتها لتسهيل حفظها في قولي

يصح مع الاكراه عتق ورجعة
نكاح وايلاء طلاق مفارق
وفي ظهار واليمين ونذره
وعفو لقتل شاب عنه مفارقي

وهذا في الاكراه على غير الاسلام والا فبالاكراه على الاسلام تتم أحد عشر لان الاسلام يصح معه اهـ قوله وهذا في الاكراه على غير الاسلام قال قاضيخان في فتاواه فيما يكون كفرا من المسلم وما لا يكون ما نصه وكذا اسلام المكره اسلام عندنا ان كان حربيا وان كان ذميا لا يكون اسلاما اهـ فليحفظ هذا فانه مقيد لما أطلقوه من قولهم اسلام المكره صحيح والله الموفق والعجب أن قاضيخان في باب الاكراه أطلق كما أطلقوا فقال واذا أجبر الكافر على الاسلام صح اسلامه فشمل كما ترى الحربي والذمي لكن قال الشيخ جلال الدين الخبازي في مختصر المحيط ما نصه أكره الذمي على الاسلام فأسلم يصح اسلامه استحسانا خلافا للشافعي قياسا ولو أكره الحربي على الاسلام فأسلم صح اسلامه بالاجماع اهـ وقال في الاختيار أكره الذمي على الاسلام فأسلم يصح اسلامه اهـ فقد ظهر أن ما ذكره قاضيخان من قوله وان كان ذميا لا يكون اسلاما هو جواب القياس والاستحسان يكون اسلاما وعلى هذا فالمذهب الاطلاق ولهذا لم تقيده المشايخ بالحربي والله الموفق وقال قاضيخان في فتاواه في باب الاكراه ولو أكرهت المرأة على ارضاع صغير أو أكره الرجل على أن يرضع من لبن امرأته صغيرا ففعل يثبت أحكام الرضاع اهـ ﴿فرع﴾ السلطان اذا أكره رجلا ما وكله بطلاق امرأته فقال الرجل مخافة الضرب والحبس أنت

القصاص والرجعة والايلاء والفيء في الايلاء والظهار واليمين والنذر لان هذه تصرفات لا يفتقر وقوعها الى الرضا بدليل انها تصح مع الهزل والخطا واختار الكرخي والطحاوي أن طلاق السكران لا يقع لانه لا قصد له كالنائم وهذا لان شرط صحة التصرف العقل وقد زال فصار كزواله بالبنج وغيره من المباحات ولنا أنه مخاطب شرعا لقوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى فوجب نفوذ تصرفه ولانه زال عقله بسبب هو معصية فيجعل باقيا زجرا له بخلاف ما اذا زال بالمباح حتى لو صدع رأسه وزال بالصداع لا يقع طلاقه وبخلاف ردته حيث لا تعتبر لانه لا يدل على تبدل الاعتقاد في هذه الحالة والذي يوضحه أن عقله باق في حق حكم لا يثبت مع الشبهة كحد القذف والقصاص فأولى أن يجعل باقيا في حق حكم يثبت مع الشبهة واختلفوا فيما اذا شرب الخمر مكرها فسكر وطلق منهم من قال لا يقع لان عقله زال بالمباح ومنهم من قال يقع لوجود التلذذ به ولا اكراه عنده ومثله اذا شربها للضرورة ولو سكر من الانبذة المتخذة من الحبوب أو العسل لا يقع طلاقه عندهما وعند محمد يقع بناء على أنه حرام أم لا ولو زال عقله بالبنج لا يقع وعن أبي حنيفة رحمه الله انه ان كان يعلم حين يشرب أنه بنج يقع والا فلا وطلاق الاخرس بالاشارة ان كانت تعرف لانه يحتاج الى ما يحتاج اليه الناطق ولو لم تجعل اشارته كعبارة الناطق لادى الى الحرج وهو مدفوع بالنص وعلى هذا جميع تصرفاته بالاشارة ان كانت تعرف كاعتاقه وبيعه وشرائه وغيرها لما ذكرنا وفي الينابيع هذا اذا ولد أخرس أو طرأ عليه ودام وان لم يدم لا يقع طلاقه وانما وقع طلاق العبد على امرأته دون طلاق مولاه لقول ابن عباس جاء النبي صلى الله عليه وسلم رجل فقال يا رسول الله سيدي زوجني أمته وهو يريد أن يفرق بيني وبينها فصعد النبي صلى الله عليه وسلم المنبر فقال يا أيها الناس ما بال أحدكم يزوج عبده من أمته ثم يريد أن يفرق بينهما انما الطلاق لمن أخذ بالساق رواه ابن ماجه من رواية ابن لهيعة وهو ضعيف ورواه الدارقطني أيضا عن غيره وفي المنافع قال عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد ولا المكاتب شيأ الا الطلاق ولان ملك النكاح من خصائص الآدمية والعبد دخل في ملك المولى من حيث المالية دون الآدمية ولهذا يملك الاقرار بالدم والحدود ولا يملكه المولى عليه فوقع طلاقه لكونه مالكا لا طلاق مولاه على امرأته لاستحالة وقوعه بدون الملك قال رحمه الله (واعتباره بالنساء) أي اعتبار عدد الطلاق بالنساء حتى كان طلاق الحرة ثلاثا وطلاق الامة ثنتين حرا كان زوجها أو عبدا وقال الشافعي عدد الطلاق معتبر بحال الرجل لقوله عليه الصلاة والسلام الطلاق بالرجال والعدة بالنساء ولان صفة المالكية كرامة والآدمية مستدعية لها ومعنى الآدمية في الحر أكمل فكانت مالكيته أبلغ وأكثر ولنا ما رونه عائشة رضي الله عنها عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال طلاق الامة ثنتان وعدتها حيضتان ويروى قرآن رواه ابن ماجه وأبو داود والترمذي والدارقطني قال الترمذي حديث غريب والعمل عليه عند أهل العلم من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم وغيرهم وفي الدارقطني قال القاسم وسالم عمل به المسلمون وهذا اجماع وقال مالك شهرة الحديث بالمدينة تغني عن صحة سنده ولا يقال أراد به الامة التي تحت العبد لانا نقول عدة الاماء لا تختلف بين أن تكون تحت حر أو عبد وتقييده في حق الطلاق يوجب تقييده في حق العدة ولم يقل به أحد فكان باطلا ولان حل المحلية نعمة في حقها وللرق أثر في تنصيف النعمة فالحرة تملك التزوج برجل ثلاث مرات فوجب أن تملك الامة مرة ونصفا الا أن العدة لا تتجزأ فتتكامل وما رواه موقوف على ابن عباس غير مرفوع ذكره أبو الفرج وتأويله على تقدير

الثبوت

وكيلي فطلق الوكيل امرأته فقال لم أرد بقولي أنت وكيلي الطلاق لا يصدق وتطلق امرأته لان كلام الرجل خرج جوابا لقول السلطان وكلني بطلاق امرأتك اه قاضيخان في الوكالة (قوله فأولى أن يجعل باقيا في حق حكم الخ) قال الكمال وعلى هذا لو شربها مكرها أو لاساغة لقمة لا يقع عند الائمة الثلاثة وبه قال بعض مشايخنا وفخر الاسلام وكثير منهم على أنه يقع لان عقله زال عند كمال التلذذ وعند ذلك لم يبق مكرها والاول أحسن لان موجب الوقوع عند زوال العقل ليس الا التسبب في زواله بسبب محظور وهو منتف والحاصل أن السكر بسبب مباح كمن أكره على شرب الخمر أو الاشربة الاربعة المحرمة أو اضطر لا يقع طلاقه وعتاقه ومن سكر منها مختارا اعتبرت عبارته وأما من شرب من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل فسكر وطلق لا يقع عند أبي حنيفة وأبي يوسف خلافا لمحمد ويفتى بقول محمد لان السكر من كل شراب محرم اه وقال قاضيخان في فتاويه أما اذا شربه مكرها وسكر اختلفوا فيه والاصح أنه لا يقع كما لا يحد اه وقال الاتقاني قال في التحفة المكره على شرب الخمر أو المضطر اذا شرب فسكر فان طلاقه لا يقع فان هذا ليس بمعصية ثم قال وبعض المشايخ قالوا يقع وفي الايضاح يقع لان الزوال حصل بفعل هو محظور في الاصل والاول هو الصحيح اه قال قاضيخان في فتاواه في طلاق من لا يعقل ولو أكره على شرب الخمر أو شرب الخمر لضرورة وسكر فطلق اختلفوا فيه والصحيح أنه كما لا يلزمه الحد لا يقع طلاقه ولا ينفذ تصرفه اه (قوله ولو زال بالبنج) قال قاضيخان في فتاواه ومن زال عقله بالبنج ولبن الرماك لا ينفذ طلاقه وعتاقه اه قال في باب حد الشرب من النهاية الفتوى في زماننا على أن من سكر

الثبوت أن ايقاعه بالرجال دون عدده وظاهر قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن يقتضي أن يكون زوج الحرة المطلقة ثنتين متمكنا من رجعتها حرا كان زوجها أو عبدا ولا يرد علينا الامة تحت الحر لاختصاص المطلقات بالحرائر لقوله تعالى يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء اذ الامة تعتد بقرأين وكذا قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان يقتضي أن يتمكن من الرجعة بعد الطلقتين حرا كان زوجها أو عبدا ولان الحر لو ملك ثلاثا على الامة لملك ايقاعها عليها على وجه المشروع وهو ايقاعه في أوقات السنة لان من ملك الطلقات ملك ايقاعه في أوقات السنة وبه أفحم عيسى بن أبان بن صدقة الشافعي فقال أيها الفقيه اذا ملك الحر على الامة ثلاث تطليقات كيف يطلقها للسنة فقال يوقع عليها واحدة فاذا حاضت وطهرت يوقع عليها واحدة فلما أراد أن يقول فاذا حاضت وطهرت قال أمسك حسبك فان عدتها قد انقضت بالحيضتين فلما تحير رجع فقال ليس في الجمع بدعة ولا في التفريق سنة قال رحمه الله (وطلاق الحرة ثلاث والامة ثنتان) لما بينا والله أعلم

﴿باب الطلاق﴾

الطلاق ضربان صريح وكناية فالصريح ما ظهر المراد منه ظهورا بينا حتى صار مكشوف المراد بحيث يسبق الى فهم السامع بمجرد السماع حقيقة كان أو مجازا ومنه الصرح للقصر لظهوره قال رحمه الله (الصريح هو كأنت طالق ومطلقة وطلقتك) لان هذه الالفاظ يراد بها الطلاق وتستعمل فيه لا في غيره فكانت صريحا قال رحمه الله (وتقع واحدة رجعية) لقوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان فأثبت الرجعة بعد الطلاق الصريح وقال تعالى وبعولتهن أحق بردهن وانما يكون هو أولى اذا كان النكاح باقيا فدل على بقاء النكاح وتسميته بعلا أيضا يدل عليه ولا يقال الرد لا يكون الا بعد خروجه عن ملكه لانا نقول لا يلزم من الرد الخروج عن ملكه كما يقال رد البائع المبيع اذا فسخ البيع بعد ما باعه بشرط الخيار ولم يخرج به عن ملكه قال رحمه الله (وان نوى الاكثر أو الابانة أو لم ينو شيأ) يعني ولو نوى أكثر من واحدة أو نوى واحدة بائنة لا يقع به الا واحدة رجعية في هذه الاحوال كلها لانه ظاهر المراد فتعلق الحكم بعين الكلام وقام مقام معناه فاستغنى عن النية وبنيته الابانة قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء العدة فيلغو قصده كما اذا أسلم يريد قطع الصلاة وعليه سهو وكذا نية الثلاث تغيير لمقتضى اللفظ على ما يأتي بيانه فيلغو وقال الشافعي وزفر يقع ما نوى لانه محتمل لفظه فان ذكر الطالق ذكر للطلاق لغة كذكر العالم ذكر للعلم لغة فصار كالتصريح به ولهذا يصح تفسيره به فصار كالبائن بل أولى لانه صريح والبائن كناية عنه ولهذا لو قال لاجنبي طلقها ونوى الثلاث صحت نيته وكذا اذا قال لها طلقي نفسك ونوى الثلاث ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه فتلغو نيته وهذا لان قوله انت طالق خبر واقتضاؤه أن يكون صادقا ان كان مطابقا أو كاذبا ان لم يكن مطابقا كقوله أنت قائمة ونحوه وأما الوقوع من جهة الزوج فلا يقتضيه اللفظ لغة وانما ثبت بالشرع اقتضاء كيلا يكون كاذبا والمقتضى لا عموم له لان ثبوته للضرورة وقد اندفعت بواحدة فلا حاجة الى أزيد منها بخلاف البائن لان البينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة فكان اللفظ صالحا لهما فتعمل نيته ويدل عليه أنه عليه الصلاة والسلام لم يسأل ابن عمر هل أراد ثلاثا أم لا حين طلق امرأته في حال الحيض ولو كان من محتملات لفظه لسأله كما سأل ركانة حين أبان امرأته أنه لم يرد به الا واحدة ولا نسلم ان البائن كناية عن الطلاق على ما نذكر وبخلاف قوله طلقها أو طلقي نفسك حيث يصح نية الثلاث فيه لان المصدر فيه ثابت لغة فكان محذوفا وهو كالمنطوق فتصح نية الثلاث على اعتبار الجنس ولا تصح نية الثنتين لانه عدد محض فلا يدل عليه لفظ الجنس كسائر الاجناس ولا نسلم أن العدد المذكور بعده تفسير بل هو تغيير لانه نعت لمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا كما يقال أعطيته جزيلا أي عطاء جزيلا وذكر طالق يكون ذكرا لطلاق هو صفة للمرأة

من حيث الايقاع لانه لا يخلو اما أن يكون بالصريح وإما أن يكون بالكناية والصريح ما كان ظاهر المراد لغلبة الاستعمال والكناية ما كان مستتر المراد فيحتاج فيه الى النية ثم الطلاق لا يخلو إما أن يكون مرسلا أو مضافا الى وقت أو يكون معلقا بشرط فالمرسل يقع من ساعته سواء كان سنيا أو بدعيا والمضاف الى وقت كما اذا قال أنت طالق غدا أو رأس الشهر أو يوم الجمعة أو ما شاكله لا يقع الا بوجود الوقت والمعلق بالشرط مثل أن يقول أنت طالق ان دخلت الدار أو ان كلمت فلانا لا يقع الا بوجود الشرط وكذلك في ألفاظ الكناية وسيجيء ألفاظها اهـ اتقاني رحمه الله تعالى (قوله ومنه الصرح للقصر لظهوره) أي وارتفاعه على سائر الابنية اهـ (قوله وبنيته الابانة قصد تنجيز ما علقه الشارع بانقضاء العدة) أي لان الابانة معلقة بانقضاء العدة فهو بنيته أراد تنجيز ما علقه الشارع بانقضائها لانه قصد تقديم ما أخر الشرع الى وقت فيرد عليه قصده اهـ (قوله ولهذا يصح تفسيره به) أي في قوله أنت طالق ثلاثا اهـ (قوله ولنا أنه نوى ما لا يحتمله لفظه) أي لان اللفظ فرد فلا يحتمل العدد فتلغو نيته اهـ رازي (قوله هو صفة للمرأة) أي لا للطلاق الذي هو صفة للرجل وهو فعل التطليق اهـ رازي

لا الطلاق يوقعه الزوج لان اسم الفاعل يدل على مصدر قائم بالفاعل لغة لا على مصدر يوقعه الواصف فان قيل انما يستقيم ماذكرت من المعنى ان لو كان خبرا وقد جعله الشارع انشاء فلا يستقيم قلنا فاذا كان إنشاء صار ابتداء فعل والفعل الواحد لا يحتمل التعدد بالنية كالضربة والخطوة فكيف يتصور أن يكون الايقاع الواحد ايقاعين أو أكثر ولا يلزمنا اذا قال أنت طالق للسنة حيث تصح نية الثلاث فيه لان السنة صفة لتطليق محذوف اذ الفعل هو الذى يوصف بالسنة وذكر الصفة ذكر للموصوف تقديره أنت طالق تطليقا للسنة على انه روى عن أبى حنيفة أنه لا يصح نية الثلاث فيه وقول صاحب الهداية انه نعت فرد لا يستقيم لان الكلام فى الطلاق لا فى المرأة ولو قال لها أنت طالق ونوى به الطلاق عن وثاق لم يصدق قضاء ويدين فيما بينه و بين الله تعالى لانه خلاف الظاهر والمرأة كالقاضى لا يحل لها ان تمكنه اذا سمعت منه ذلك أو شهد به شاهد عدل عندها ولو قال أنت طالق عن وثاق لم يقع فى القضاء شئ لانه صرح بما يحتمله اللفظ فيصدق ديانة وقضاء وكذا لو قال أنت طالق من هذا القيد لما بينا ولو نوى بقوله أنت طالق الطلاق من العمل لم يصدق ديانة ولا قضاء لعدم الاستعمال فيه حقيقة ومجازا وهذا لانه لرفع القيد وهى غير مقيدة بالعمل وعن أبى حنيفة أنه يدين ديانة لا قضاء لانه يستعمل للتخليص لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء ولو قال أنت طالق من عمل كذا أو من هذا العمل دين ديانة لوجود البيان الموصول صورة ولا يدين قضاء لعدم الاستعمال فيه وفى الاختيار لو قال أنت طالق ثلاثا من هذا العمل طلقت ثلاثا ولا يصدق قضاء أنه لم ينو الطلاق ولو قال أنت مطلقة بتسكين الطاء لا تقع الا بالنية لانها غير مستعملة فيه عرفا فلم يكن صريحا قال رحمه الله (ولو قال أنت الطلاق أو أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا تقع واحدة رجعية بلا نية أو نوى واحدة أو ثنتين وان نوى ثلاثا فثلاث) وكذا اذا قال أنت طلاق فوقوع الطلاق باللفظة الثانية والثالثة ظاهر لان ذكر النعت وحده يقع به الطلاق ومع المصدر المؤكد له أولى وأما وقوعه باللفظة الأولى والرابعة فلان المصدر يذكر و يراد به الاسم يقال رجل عدل أى عادل وأبو حنيفة علم أى عالم وقال قائلهم ✲ فانما هى اقبال وادبار ✲ أى مقبلة ومدبرة وقال اخر

فأنت الطلاق وأنت الطلاق ✲ وأنت الطلاق ثلاثا تماما

أنوهت باسمى فى العالمين ✲ وأفنيت عمرى عاما فعاما

فصار كقوله أنت طالق فلا يحتاج فيه الى النية لانه صريح فيه و يكون رجعيا لما تلونا وتصح نية الثلاث لان المصدر جنس فيحتمل الادنى مع احتمال الكل فاذا نواه فقد نوى محتمل كلامه فصحت نيته ولا تصح نية الثنتين خلافا لزفر هو يقول انها بعض الثلاث فتصح ضرورة صحة الثلاث ونحن نقول انه عدد محض ولفظ الجنس لا يدل عليه فتلغو نيته ونية الثلاث انما صحت لكونها جميع الجنس وهذا لان اللفظ مفرد فلا بد من مراعاته غير أن الفرد نوعان فرد حقيقى وهو أدنى الجنس وفرد حكمى وهو جميع الجنس فأيهما نوى صحت نيته لان اللفظ يحتمله ولا كذلك التثنية حتى لو كانت المرأة أمة تصح نية الثنتين فيه لانه جميع الجنس فى حقها كالثلاث فى حق الحرة فان قيل ذكر المصدر ظاهر فى قوله أنت طالق طلاقا أو طالق الطلاق وأما فى قوله أنت الطلاق أو أنت طلاق فقد أقيم مقام أنت طالق وفيه لا يصح نية الثلاث فينبغى أن يكون هذا كذلك لقيامه مقامه قلنا هو مصدر فى أصله فيلاحظ فيه جانب المصدر به كما يلاحظ فيه جانب المصدرية فى حق غيره حتى استوى فيه المذكر والمؤنث وكذا المفرد والتثنية والجمع فكذا فى احتمال الجنس كله أو يكون معناه أنت ذات الطلاق على حذف المضاف فينتفى الايراد رأسا أو يجعل ذاتها طلاقا للمبالغة فلا يرد وذكر ابن سماعة أن الكسائى كتب الى محمد بن الحسن فتوى فدفعها الى فقرأتها عليه ما قول القاضى الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقى يا هند فالرفق أيمن ✲ وان تخرقى يا هند فالخرق أشأم

(قوله ونوى به الطلاق عن وثاق) أى عن قيد اه اتقانى والوثاق بفتح الواو وكسرها والفتح أفصح اه اتقانى (قوله لانه يستعمل للتخليص) أى الطلاق اه (قوله لوجود البيان الموصول) يحترز من المفصول بان سكت ثم قال ذلك اه من خط الشارح (قوله لانها غير مستعملة فيه عرفا) أى بل فى الانطلاق عن القيد الحسى اه فتح (قوله فى المتن أو أنت طالق الطلاق) ضبطه الشارح الرازى رحمه الله بالقلم بالنصب كما شاهدته فى خطه وكذا لعينى ومقتضى كلام الشارح الرفع على ما سيأتى فى اخر هذه المقالة من قوله لان كلا منهما يصلح للايقاع باضمار أنت الخ وقد يقال انه لا يقتضى الرفع لانه وان كان منصوبا فهو بالجملة يصلح أن يكون مرفوعا ولان العوام لا يفرقون بين وجوه الاعراب اه (قوله و يكون رجعيا لما تلونا) أى فى قوله تعالى الطلاق مرتان فامساك بمعروف أو تسريح باحسان اه (قوله وفرد حكمى وهو جميع الجنس) أى لانه فرد محض فلا يجوز نيته غير أنه عند اطلاق النية ينصرف الى الواحد لسعته لانه أدنى و يكون فردا حقيقة وحكما اه رازى (قوله ولا كذلك التثنية) أى فانه ليس من المحتملات اه

(قوله فى الشعر فأنت طلاق) فيه وجهان الاول أن يكون مصدرا موضوعا موضع اسم الفاعل كرجل عدل وصوم وندر وفطر اى مفطر قال تعالى ماؤكم غورا وقد يقع موقع المفعول كرجل رضا والثانى أن يكون على حذف مضاف كما قيل صلى المسجد أى أهله وكما قالت الخنساء فانما هى إقبال وادبار اه (قوله فى الشعر أعق) قال العينى فى فوائده يريد فهو أعق فحذف فهو وهو من قبيل الضرورات اه (قوله وعزيمة ان رفعها خبر) أى خبر أول وثلاث خبر ثان اه (قوله وان نصبها حال) قال العينى فى الدرة أى اذا كان عزيمة اه وفى المغنى لابن هشام نقلا عن بعض التواريخ أن الرشيد كتب الى أبي يوسف ماقول القاضى الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقى ياهنـد فالرفق أيمن * وإن تخرقى ياهند فالخرق أشأم
فأنت طلاق والطـلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فقال ماذا يلزمه اذا رفع الثلاث واذا نصبها قال أبو يوسف هذه مسئلة نحوية فقهية ولا آمن من الغلط فيها فأتى الى الكسائى فسأله فأجاب عنها بما سنذكره وهو بعد كونه غلطا فيه بعد عن معرفة مقام الاجتهاد فان من شرطه معرفة العربية وأساليبها لان الاجتهاد يقع فى الادلة السمعية العربية والذى نقله أهل الثبت من هذه المسئلة عمن قرأ الفتوى حين وصلت خلاف هذا وأن المرسل بها الكسائى الى محمد بن الحسن ولا دخل لابى يوسف أصلا ولا للرشيد ومقام أبي يوسف أجل من أن يحتاج فى مثل هذا التركيب مع امامته واجتهاده وبراعته فى التصرفات من مقتضيات الالفاظ ففى المبسوط ذكر ابن سماعة أن الكسائى بعث الى محمد بفتوى فدفعها الى فقرأتها عليه فقال ماقول قاضى القضاة الامام فيمن قال لامرأته

فان ترفقى ياهنـد فالرفق أيمن * وان تخرقى ياهند فالخرق أشأم
فأنت طـلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

فما يقع عليه فكتب فى جوابه ان قال ثلاث مرفوعا كان ابتداء فيبقى قوله أنت طلاق (١٩٩) فيقع واحدة واذا قال ثلاثا منصوبا

فأنت طلاق والطلاق عزيمة * ثلاث ومن يخرق أعق وأظلم

كم يقع عليها فكتب محمد رحمه الله جوابه ان رفع ثلاث يقع واحدة وان نصب يقع ثلاث لانه اذا رفع ثلاثا فقد تم الكلام بقوله أنت طلاق ثم ابتدأ والطلاق عزيمة ثلاث والطلاق مبتدأ وثلاث خبره وعزيمة ان رفعها خبر وان نصبها حال واذا نصب ثلاثا فكأنه قال فأنت طالق ثلاثا ثم ابتدأ والطلاق عزيمة ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولى طالق واحدة وبقولى الطلاق أخرى يقع ثنتان لان كل واحدة منهما تصلح للايقاع باضمار أنت فصار كقوله أنت طالق أنت طالق فيقع رجعيتان اذا كانت مدخولا بها

على معنى البدل أو التفسير فيقع به ثلاث كأنه قال أنت طلاق ثلاثا والطلاق عزيمة لان الثلاث فى تفسير الواقع فاستحسن الكسائى جوابه ثم قال الشيخ جمال الدين بن هشام بعد الجواب المذكور والصواب ان كلا من الرفع والنصب يحتمل وقوع الثلاث والواحدة أما الرفع فلان أل فى الطلاق اما لمجاز الجنس نحو زيد الرجل أى المعتد به وإما للعهد الذكرى أى وهذا الطلاق المذكور عزيمة ثلاث ولا يكون للجنس الحقيقى لئلا يلزم الاخبار بالخاص عن العام وهو ممتنع اذ ليس كل طلاق عزيمة ثلاثا فعلى العهد به تقع الثلاث وعلى الجنسية واحدة وأما النصب فيحتمل كونه على المفعول المطلق فيقع الثلاث اذ المعنى حينئذ فأنت طالق ثلاثا ثم اعترض بينهما بالجملة وكونه حالا من الضمير فى عزيمة فلا يلزم وقوع الثلاث لان المعنى والطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا فانما يقع مانواه هذا ما يقتضيه اللفظ وأما الذى أراده الشاعر فالثلاث لانه قال بعده

فبينى بها ان كنت غير رفيقة * وما لامرئ بعد الثلاث مقدم

اه وتخرقى بضم الراء مضارع خرق بضمها أو بفتح الراء مضارع خرق بكسرها والخرق بالضم الاسم وهو ضد الرفق ولا يخفى أن الظاهر فى النصب كونه على المفعول المطلق نيابة عن المصدر لقلة الفائدة فى ارادة أن الطلاق عزيمة اذا كان ثلاثا وأما الرفع فلامتناع الجنس الحقيقى كما ذكر بقى أن يراد مجاز الجنس فيقع واحدة أو العهد الذكرى وهو أظهر الاحتمالين فيقع الثلاث ولهذا ظهر من الشاعر أنه أراده كما أفاده البيت الاخير فجواب محمد بناء على ماهو الظاهر كما يجب فى مثله حمل اللفظ على الظاهر وعدم الالتفات الى الاحتمال اه كمال (قوله ولو قال أنت طالق الطلاق فقال أردت بقولى طالق الخ) اعلم أنه ذكر قبل هذا اذا قال أنت طالق الطلاق أو أنت طالق طلاقا ونوى به ثنتين لا يصح عندنا الا اذا كانت المرأة أمة ثم ذكر ههنا صحة نية الثنتين فى تلك الصورة بعينها اذا أراد الثنتين على التقسيم فقال اذا نوى طلقة واحدة بقوله طالق وطلقة أخرى بقوله طلاقا أو الطلاق يصدق لان كل واحد من اللفظين صالح للايقاع فيصير طالق مقتضيا وطلاقا دليلا على نعت محذوف فيقع تطليقتان رجعيتان اذا كان بعد الدخول هكذا نقلوه فى شروح الجامع الصغير عن الفقيه أبي جعفر وذلك مروى عن أبي يوسف ومنعه فخر الاسلام البزدوى لان طالق نعت وطلاقا مصدره فلا يقع إلا واحدة وكذلك أنت طالق الطلاق فأقول انما كان كذلك لانه اذا نوى الثنتين على الجمع لا يصح لان لفظه لا يحتمل العدد فكذا اذا نواهما على التقسيم قاله الاتقانى اه

والالغا الكلام الثاني قال رحمه الله (وان أضاف الطلاق الى جملتها أو الى ما يعبر به عنها كالرقبة والعنق والروح والبدن والجسد والفرج والوجه أو الى جزء شائع منها كنصفها أو ثلثها تطلق) لانه أضافه الى محله أما اذا أضافه الى جملتها بأن قال أنت طالق فظاهر لان كلمة أنت ضمير المخاطبة وكذلك الروح والبدن والجسد وأما غيرها فلانها تذكر ويراد بها جملتها قال الله تعالى فظلت أعناقهم لها خاضعين والمراد ذاتهم ولهذا جمع هذا الجمع وقال الله تعالى فتحرير رقبة وقال تعالى ويبقى وجه ربك وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الفروج على السروج ويقال أمري حسن ما دام رأسك أي ما دمت باقيا وهؤلاء رؤس القوم والجزء الشائع محل لسائر التصرفات كالبيع ونحوه فكذا يكون محلا للطلاق الا أنه لا يتجزأ في حق الطلاق فيثبت في الكل بخلاف البيع لان النفس تتجزأ في حقه فيقتصر على الجزء المضاف اليه لعدم الحاجة الى التعدي قال رحمه الله (والى اليد والرجل والدبر لا) أي ان أضاف الطلاق الى هذه الاعضاء لا يقع لانها لا يعبر بها عن الجملة وباعتباره كان الوقوع فيما تقدم حتى لو قال الرأس منك طالق أو الوجه أو وضع يده على الرأس أو العنق وقال هذا العضو طالق لم يقع في الاصح وقال زفر والشافعي يقع اذا أضافه الى اليد أو الرجل ونحوه مما لا يعبر به عن الجملة لانه جزء مستمتع به بعقد النكاح فيكون محلا للطلاق فتثبت فيه قضية الاضافة ثم يسري الى الكل كما في الجزء الشائع بخلاف اضافة النكاح اليه لان الحرمة في غيره تغلب الحل فيه لما عرف فصار كما لو قال طلقتك شهرا تطلق دهرا ولو قال تزوجتك شهرا لا يصح ولنا ان الطلاق شرع لرفع القيد فيختص بمحل القيد ومحله ما يجوز اضافة النكاح اليه لا ما يدخل تبعا كالرقبة تدخل فيه الاطراف تبعا ولا يجوز اضافة الشراء اليها بخلاف الجزء الشائع لانه يجوز اضافة النكاح اليه فيكون محلا للطلاق وحل الاستمتاع به تبع لورود الحل في جميعها فلا يجعل أصلا كما في اضافة النكاح اليه والاصح انه لا يقع في الظهر والبطن والبضع وذكر في الدم روايتان هنا وقال في العتاق اذا قال دمك حر لا يعتق وصحح في كتاب الكفالة صحة التكفيل به فعلم بهذا مع ما ذكرنا أنه لا يقع الا بما يعبر به عن جميع البدن ولا يلزم على هذا اليد والقلب لانهما يعبر بهما عن الجميع بقوله تعالى تبت يدا أبي لهب وتب وبقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت وبقوله تعالى فانه آثم قلبه وبقوله تعالى ما ألفت بين قلوبهم أي بينهم ولهذا قال ولكن الله ألف بينهم لانا نقول لم يعرف استعماله لغة ولا عرفا وانما جاء بها على وجه الندرة حتى اذا كان عند قوم يعبرون به عن الجملة وقع به الطلاق أي شئ كان ذلك العضو قال رحمه الله (ونصف التطليقة أو ثلثها طلقة) أي اذا طلقها نصف التطليقة أو ثلثها وقعت واحدة وكذا في كل جزء شائع لان ذكر بعض ما لا يتجزأ كذكر كله صيانة لكلام العاقل عن الالغاء وتغليبا للمحرم عن المبيح واعمالا للدليل بالقدر الممكن لانه اذا لم يتكامل يؤدي الى ابطال الدليل قال رحمه الله (وثلاثة أنصاف تطليقتين ثلاث) أي اذا طلقها ثلاثة أنصاف تطليقتين يقع ثلاث تطليقات لان

(قوله كالرقبة والعنق) قال في المصباح العنق الرقبة وهو مذكر والحجاز تؤنث فيقال هي العنق والنون بالضم للاتباع في لغة الحجاز وساكنة في لغة تميم والجمع أعناق اه (قوله فتحرير رقبة) أي مملوكة اه (قوله لعن الله الفروج) أي النساء اه (قوله والى اليد والرجل الخ) قال الاتقاني رحمه الله فان قلت سلمنا أن الطلاق لا يثبت في البدن ابتداء ولا بناء على ثبوته في اليد بطريق الحقيقة ولكن لم لا يجوز أن يثبت بطريق المجاز بان يراد باليد البدن كما في قوله تعالى ذلك بما قدمت أيديكم وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترده قلت ثبوت المجاز انما يتحقق اذا وجدت النية والارادة والا فالكلام على حقيقته وكلامنا فيما اذا لم يخطر ببال المتكلم ذلك حتى اذا ذكر اليد وأراد بها كل البدن يصح كذا ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف اه قال في الخلاصة وان أراد بقوله يدك ورجلك طالق عبارة عن جميع البدن كان لنا أن نقول انها تطلق اه (قوله وقال هذا العضو طالق لم يقع في الاصح) ووجهه أن لا يراد به الذات اه اتقاني وقيل يقع ومنشأ الخلاف أن المعتبر هو الاضافة الى الجملة أو الى ما يبقى الانسان حيا بعد قطعه والاصح الاول اه من خط الشارح (قوله بخلاف الجزء الشائع الخ) قال في الهداية بخلاف الجزء الشائع لانه محل للنكاح عندنا حتى تصح اضافته اليه فكذا يكون محلا للطلاق اه ومثله في الكافي اه (قوله والاصح أنه لا يقع في الظهر والبطن الخ) وفي الظهر والدم اختلاف المشايخ قال في خلاصة الفتاوى والمختار أن لا يقع بهما اه (قوله وذكر في الدم روايتان هنا) أي في الطلاق (قوله في المتن ونصف التطليقة الخ) قال العيني رحمه الله بالرفع والنصب أما الرفع فعلى أنه مبتدأ وأما النصب فعلى أنه صفة لمصدر محذوف تقديره قال أنت طالق تطليقة نصف التطليقة هذا من حيث التركيب وأما من حيث الايقاع نصف فهو أن يقول أنت طالق نصف تطليقة أو ثلثها أي أو ثلث التطليقة بان قال أنت طالق ثلث تطليقة ويجوز فيها الوجهان أيضا الرفع على العطف والنصب على ما ذكرنا وقوله طلقة بالرفع ليس الا لانه اما خبر عن قوله ونصف التطليقة أو خبر مبتدأ محذوف تقديره اذا قال أنت طالق نصف تطليقة أو ثلث تطليقة هو طلقة واحدة اه (قوله وثلاثة أنصاف تطليقتين) قال العيني بالرفع والنصب أيضا على ما ذكرنا وقوله ثلاث أي ثلاث تطليقات بالرفع ليس الا أيضا كما ذكرنا اه (فائدة) الطلاق عند الموافقة لا يتجزأ وعند المخالفة يتجزأ

وصورته أن يقول لزوجته طلقي نفسك نصف تطليقة فقالت طلقت نفسي طلقة فإنه لا يقع شيء لما قلنا بخلاف ما إذا قالت والمسئلة بحالها طلقت نفسي نصف تطليقة حيث يقع واحدة اهـ (قوله وثلاث أنصاف تطليقتين ثلاث) هذه من خواص الجامع الصغير وإنما أوردها محمد اشكالا بتراءى وهو أن ثلاث أنصاف تطليقتين واحدة ونصف لأن كل طلقة إذا نصفتها تكون نصفين وكان ينبغي أن يقع الطلقتان لا الثلاث كما إذا قال أنت طالق واحدة ونصفا وجوابه أن النصف الواحد من تطليقتين واحدة فإذا كان نصف واحدة طلقة واحدة يكون ثلاثة أنصاف ثلاث طلقات ضرورة اهـ اتقاني قوله يكون ثلاث أنصاف ثلاث طلقات ضرورة قال الكمال رحمه الله وينبغي أن لا تقع الثالثة لأن في إيقاعها اشكالا لأن ثلاثة أنصاف تطليقتين يحتمل ما ذكرنا ويحتمل كونه طلقة ونصفا لأن التطليقتين إذا انصفتا صارتا أربعة أنصاف فثلاثة منها طلقة ونصف فتكمل طلقتين وهذا غلط من اشتباه قولنا نصفنا تطليقتين ونصفنا كلا من تطليقتين والثاني هو الموجب للاربعة الانصاف وهو احتمال في ثلاثة أنصاف تطليقتين فيثبت بالنية لا في القضاء لأن الظاهر هو أن نصف التطليقتين تطليقة لا نصفا تطليقتين اهـ (قوله قيل يقع تطليقتان) وهذا هو المنقول عن محمد (٢٠١) في الجامع الصغير وإليه ذهب الناطفي في

نصف التطليقتين تطليقة فإذا جمع بين ثلاثة أنصاف تطليقتين يقع ثلاث تطليقات ضرورة ولو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف تطليقة قيل يقع تطليقتان لأنها طلقة ونصف فتتكامل وقيل يقع ثلاث تطليقات لأن كل نصف يتكامل في نفسه فيصير ثلاثا ولو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلث تطليقة وسدس تطليقة وهي مدخول بها طلقت ثلاثا لأنه أوقع من كل تطليقة جزأ فيتكامل كل جزء وهذا لأنه ذكر كل طلقة منكرا والمنكر إذا أعيد منكرا كان الثاني غير الأول بخلاف ما إذا قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها حيث تطلق واحدة لأن الثاني والثالث معرف فيكون عين الأول فتكون الأجزاء من طلقة واحدة فيضم بعضها الى بعض حتى تكمل ثم إذا تمت واحدة وفضل شيء وقعت ثانية ثم لا تقع ثالثة حتى تزيد الأجزاء على الثانية وهذا هو الحرف ويتبين ذلك فيما إذا طلقها ثلاثة أرباع طلقة أو أربعة أرباع حيث تقع واحدة في المعرف وثلاثة في المنكر لما ذكرنا ولو قال خمسة أرباع يقع ثنتان في المعرف وثلاث في المنكر وعلى هذا في كل جزء سماه كالأخماس والأعشار قال رحمه الله (ومن واحدة أو ما بين واحدة الى ثنتين واحدة والى ثلاث ثنتان) معناه إذا قال لامرأته أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو بين واحدة الى ثنتين تطلق واحدة ولو قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث أو بين واحدة الى ثلاث تطلق ثنتين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله تدخل الغاية الأولى دون الثانية وقالا تدخل الغايتان حتى يقع في الأولى ثنتان وفي الثانية ثلاث وقال زفر لا تدخل الغايتان حتى لا يقع في الأولى شيء وفي الثانية تقع واحدة وهو القياس لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية كما إذا قال بعتك من هذا الحائط الى هذا الحائط وجه قولهما وهو الاستحسان أن مثل هذا الكلام متى ذكر في العرف يراد به الكل يقال خذ من مالي من درهم الى مائة ويقال كل من مالي من الملح الى الحلو ويراد به الإذن في الكل ويقال اشتر لي عبدا بدراهم من مائة الى ألف يكون له أن يشتريه بألف والمطلق محمول على العرف ولأن الغاية لا بد من وجودها وهو بالوقوع هنا ولأبي حنيفة أن مثل هذا الكلام يراد به الأكثر من الأقل والأقل من الأكثر

الاجناس والعتابي في شرح الجامع الصغير اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال العتابي هو الصحيح اهـ اتقاني (قوله ويتبين ذلك فيما إذا طلقها ثلاثة أرباع) أي بأن قال أنت طالق ربع تطليقة وربع تطليقة وربع تطليقة يقع ثلاث هكذا في المنكر وفي المعرف كما إذا قال أنت طالق ربع تطليقة وربعها وربعها يقع واحدة اهـ (قوله ولو قال خمسة أرباع) أي لو ذكر خمسة أرباع بأن قال أنت طالق ربع تطليقة وربعها وربعها وربعها وربعها يقع ثنتان هذا في المعرف وفي المنكر ثلاث وصورته ظاهرة (قوله ولو قال أنت طالق من واحدة

(٣٦ - زيلعى ثانى)

الى ثلاث الخ) وكذا الخلاف أيضا لو قال من ثلاث الى واحدة أو ما بين ثلاث الى واحدة لأن الغاية الأولى أقلهما مقدارا إلا التي بدأ بها أولا اهـ قنية (قوله وقال زفر الخ) وعلى هذا الخلاف إذا قال لك من درهم الى عشرة فعنده يلزمه تسعة وعندهما عشرة وعند زفر ثمانية اهـ اتقاني (قوله لأن الغاية لا تدخل تحت المضروب له الغاية) أي وإلا فلا تكون الغاية غاية اهـ اتقاني (قوله وجه قولهما وهو الاستحسان الخ) مقتضى قوله وهو الاستحسان أن يكون المفتى به اهـ قال الاتقاني وجه قولهما وهو الاستحسان أن الشيء متى جعل غاية وحدا لا بد من وجوده ليصح كونه غاية ووجود الطلاق بوقوعه والطلاق بعد الوقوع لا يحتمل الرفع فيقع الكل ضرورة أنه لا يحتمل الرفع اهـ (قوله ولأبي حنيفة أن مثل هذا الكلام الخ) قال الاتقاني وفيه نظر لأن الأكثر من الأقل لا يراد في قوله من واحدة الى ثنتين عند أبي حنيفة وكذا في قوله ما بين واحدة الى ثنتين اهـ وقال الرازي رحمه الله ومن خطه نقلت فإذا قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث يجب أن يكون أكثر من الواحدة والأقل من الثلاث وذلك ثنتان وفي قوله أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثلاث يجب أن يكون أكثر من الواحدة والأقل من الثلاث وذلك ثنتان وفي قوله أنت طالق من واحدة الى ثنتين أو ما بين واحدة الى ثنتين الأقل من الأكثر موجود والأكثر من الأقل ليس بموجود فيقع الأقل من الأكثر لإمكانه ولا يقع الأكثر

عرفا يقال سن فلان من ستين الى سبعين أو ما بين الستين الى السبعين و يراد به أكثر من ستين وأقل من سبعين وقد حاج الاصمعي زفر في هذه المسئلة عند باب هرون الرشيد فقال الاصمعي ما تقول في رجل قال أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلاث لان الغاية لا تدخل فقال له ما تقول في رجل قيل له كم سنك فقال ما بين الستين الى سبعين أيكون ابن تسع سنين فتحير فقال أستحسن في مثل هذا وارادة الكل فيما طريقه الاباحة كما ذكر والقياس ما قاله زفر الا أنه لا بد أن تكون الغاية الأولى موجودة ليترتب عليها الثانية لتعذر الثانية بدون الأولى ووجودها بوقوعها فتثبت ضرورة بخلاف البيع لان الغاية فيه موجودة قبل البيع فلا حاجة الى ادخالها ولا يقال انه لو قال أنت طالق تطليقة ثانية لا يقع الا واحدة ومقتضى ما ذكرتم من تعذر الثانية بدون الأولى أن تقع ثنتان لانا نقول ان قوله ثانية وقع لغوا فلا يعتبر وقوله من واحدة الى ثلاث كلام صحيح معتبر بايقاع الثانية فأوقعنا الاولى ضرورة ولو نوى واحدة في قوله من واحدة الى ثلاث أو ما بين واحدة الى ثلاث يدين ديانة لا قضاء لانه يحتمله وهو خلاف الظاهر وفيه تخفيف على نفسه ولو قال من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة وقيل ثلاث لان اللفظ معتبر في الطلاق حتى لو قالت طلقني ستا بألف فطلقها ثلاثا يقع الثلاث بخمسمائة ولو قال من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف وقيل يقع واحدة بالاتفاق لاستحالة أن يكون الشئ الواحد حدا ومحدودا فيلغو ويبقى قوله أنت طالق ولو قال ما بين واحدة وثلاث يقع واحدة يروى ذلك عن أبي يوسف بخلاف ما اذا كان غاية قال رحمه الله (وواحدة في ثنتين واحدة ان لم ينو أو نوى الضرب وان نوى واحدة وثنتين فثلاث) يعني اذا قال لامرأته أنت طالق واحدة في ثنتين تقع واحدة ان لم يكن له نية أو نوى الضرب والحساب وان نوى واحدة وثنتين يقع ثلاث أما اذا نوى الضرب أو لم يكن له نية فلان عمل الضرب أثره في تكثير الاجزاء بعدد المضروب فيه لا في زيادة المضروب اذ لو أفادها ما وجد في الدنيا فقير وتكثير أجزاء الطلقة الواحدة لا يوجب تعددها ما لم تزد الاجزاء على الواحدة على ما تقدم ولان قوله في ثنتين ظرف حقيقة وهو لا يصلح له فيقع المظروف لا ما جعله ظرفا وعند زفر يقع ثنتان لعرف الحساب وهو قول الحسن وقد بينا المعنى وأما اذا نوى واحدة وثنتين فلان بين الحرفين مناسبة لاشتراكهما في افادة معنى الجمع فان الظرف

يقارن

من الاقل لعدم امكانه اه (قوله و يراد به أكثر من ستين) أي التي هي الاقل اه (قوله وأقل من سبعين) أي التي هي الاكثر اه (قوله وقد حاج الاصمعي زفر) (١) الذي في شرح النقاية للشمني روى ان أبا حنيفة قال لزفر كم سنك قال ما بين الستين الى السبعين الخ اه فقال الاصمعي ما تقول في رجل قال لامرأته أنت طالق ما بين واحدة الى ثلاث قال تطلق واحدة لان كلمة ما بين لا تتناول الحدين وكذلك من واحدة الى ثلاثة لان الغاية لا تدخل فقال له الاصمعي ما تقول في رجل الخ اه (قوله كما ذكر) أي أبو يوسف ومحمد اه كاكي (قوله والقياس ما قاله زفر) ان الغاية لا تدخل تحت المغيا اه قال الاتقاني ولابي حنيفة أن الحد لا يدخل تحت المحدود وهو القياس على ما قال زفر الا أن في ادخال الغاية الاولى ضرورة وذلك لانه أوقع الثانية ولا بد للثانية من الاولى لترتب الثانية عليها فتقع الاولى لاجل هذه الضرورة ولا ضرورة في الغاية الثانية فبقيت على (٢٠٢) القياس فلم تدخل تحت المغيا ولان الغاية التي ينتهي اليها الكلام قد تدخل كالمرافق والكعاب في الوضوء وقد لا تدخل كالليل في الصوم والطلاق لا يقع بالشك فلا يدخل المنتهى اليها اه (قوله يقع ثنتان عند أبي حنيفة) هكذا هو في غاية السروجي رحمه الله وهكذا وقفت عليه في فتح القدير بخط العلامة ابن أمير حاج مقروأ على مؤلفه خاتمة المحققين الكمال رحمه الله وقال في القنية بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط قال لها أنت طالق من واحدة الى عشر يقع ثنتان عند أبي حنيفة كما اذا قال الى ثلاث ثم رقم الى قاضي بديع وقال يقع الثلاث بالاجماع لان اللفظ في الطلاق معتبر حتى لو قالت طلقني ستا بالف فطلقها ثلاثا يقع الثلاث بخمسمائة قال رحمه الله وهذا أحسن من حيث المعنى اه (قوله ولو قال من واحدة الى واحدة قيل على الخلاف) أي فلا يقع شئ عند زفر و يقع عندهما ثنتان وعند أبي حنيفة واحدة وعلى هذا الخلاف من واحدة الى أخرى اه من خط الشارح (قوله وقيل يقع واحدة بالاتفاق) قال في الحقائق وقوله من واحدة الى واحدة قيل على هذا الاختلاف قال الامام السرخسي الاصح أنه يقع واحدة عندهم لان الشئ لا يكون غاية نفسه فيلغو قوله الى واحدة اه (قوله أن يكون الشئ الواحد حدا) وفيه اشكال لان النكرتين ليسا بشئ واحد اه من خط الشارح وأخذه من غاية السروجي اه (قوله وان نوى واحدة وثنتين فثلاث) أي فالواقع ثلاث اه (قوله وان نوى واحدة وثنتين يقع ثلاث) أي بالاتفاق (قوله بعدد المضروب) فمعنى قولنا واحدة في ثنتين واحدة ذو جزأين وكذا معنى قولنا واحدة في ثلاث واحدة ذو أجزاء ثلاثة والطلقة الواحدة وان كثرت أجزاؤها لا تصير أكثر من واحدة كما لو قال أنت طالق نصف تطليقة وثلثها وسدسها لم يقع الا واحدة اه (قوله اذ لو أفادها ما وجد في الدنيا فقير) اي لانه يضرب ما ملكه من درهم في مائة فيصير مائة و يضرب المائة في ألف فيصير مائة ألف اه (قوله وعند زفر) أي ومالك وأحمد والشافعي

(١) قوله الذي في شرح النقاية الخ) كذا في الاصل وحرر اه مصححه

في قوله اه غ (قوله لان كلمة في تأتي بمعنى مع الخ) يقال دخل الامير البلد في جنده أي مع جنده (قوله ولو نوى الظرف الخ) قال الاتقاني ولو نوى الظرف يقع في الصورة الاولى واحدة وفي الصورة الثانية ثنتان بالاجماع لان الطلاق لا يصلح ظرفا للطلاق لانه عرض فصار ذكر الثاني لغوا اه وأراد بالصورة الاولى واحدة في ثنتين وبالصورة الثانية ثنتين في ثنتين اه (قوله وهي مدخول بها) قيد في المثال الثاني وهو قوله أو ثنتين وثنتين لا في المثال الاول وهو قوله ولو نوى ثنتين مع ثنتين اذ لا فرق في هذا بين المدخول بها وغيرها كما تقدم

يقارن المظروف ويتصل به والعطف يتصل بالمعطوف عليه وفيه تشديد على نفسه فتقع الثلاث ان كانت مدخولا بها والا فواحدة كقوله أنت طالق واحدة وثنتين ولو نوى واحدة مع ثنتين يقع الثلاث دخل بها أو لم يدخل لان كلمة في تأتي بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي وادخلي جنتي ولو نوى الظرف يقع واحدة لان الطلاق لا يقع ظرفا للطلاق فيلغى الثاني قال رحمه الله (وثنتين في ثنتين ثنتان وان نوى الضرب) أي وان قال لها أنت طالق ثنتين في ثنتين يقع ثنتان ان لم يكن له نية أو نوى الضرب لما ذكرنا والاعتبار للمذكور أولا ولو نوى ثنتين مع ثنتين أو ثنتين وثنتين وهي مدخول بها فهي ثلاث لما بينا ولو نوى الضرب أو الظرف يقع ثنتان لما قدمنا وفيه خلاف زفر على ما مر قال رحمه الله (ومن ههنا الى الشأم واحدة رجعية) أي اذا قال لها أنت طالق من ههنا الى الشأم تقع طلقة واحدة رجعية وقال زفر رحمه الله هي بائنة لانه وصف الطلاق بالطول ولا يقال انه لو صرح بالطول لا تكون بائنا عنده فكيف يمكن ايقاع البائن عنده بهذا القول لانا نقول الكناية أقوى من الصريح فجاز أن يختلف ألا ترى أن قولهم فلان كثير الرماد أبلغ في الوصف بالكرم من قولهم جواد ولان قوله الى الشام يفيد الطول والعرض فجاز أن يقع به البينونة عنده بخلاف ما اذا وصفه بالطول لانه لا يستعظم عادة ذكره في الكافي وجاز أن يكون له روايتان وفي الغاية يحتمل أن يستفاد من قوله من ههنا الى الشام المبالغة في الطول أي بالطول الكثير فحذف الصفة كقوله تعالى يأخذ كل سفينة غصبا أي كل سفينة صحيحة أو صالحة أو سليمة ولنا انه وصفه بالقصر لان الطلاق متى وقع وقع في الاماكن كلها ونفسه لا يحتمل القصر لانه ليس بجسم وقصر حكمه بكونه رجعيا وذكر بعضهم ان قوله الى الشام للمرأة دون الطلاق حتى لو قال تطليقة الى الشام يكون بائنا قال رحمه الله (وبمكة أو في مكة أو في الدار تنجيز) أي اذا قال لها أنت طالق بمكة أو في مكة أو في الدار يقع للحال لان الطلاق لا اختصاص له بالمكان لانه وصف حكمي فيعتبر بالحقيقي ولو عنى به اذا دخلت مكة صدق ديانة لا قضاء لان الاضمار خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي وكذلك اذا قال أنت طالق في ثوب كذا يقع في الحال ولو نوى اذا لبست يصدق ديانة لا قضاء لما ذكرنا وعلى هذا لو قال أنت طالق في الشمس أو في الظل يقع في الحال بخلاف الاضافة الى الزمان المستقبل حيث لا يقع في الحال لانه كالتعليق بالفعل لمناسبة بينهما من حيث التجدد والحدوث وفيما اذا قال أنت طالق الى الشتاء أو الى رأس الشهر ونحوه خلاف زفر رحمه الله حيث يوقع فيهما في الحال لان الطلاق لا يحتمل التأجيل لانه اذا وقع في وقت يقع في الدهر كله ولنا أن الواقع يحتمل التأجيل فاذا جعلنا اذا داخلة على الايقاع كان عملها في تأخير الوقوع ولم يكن لغوا فكأنه قال بعد شهر واستعمال كلمة مكان كلمة شائع عند الكوفيين قال رحمه الله (واذا دخلت مكة تعليق) أي اذا قال لها اذا دخلت مكة فأنت طالق يكون تعليقا بدخول مكة لوجود حقيقة التعليق ولو قال أنت طالق في دخولك الدار أو في لبسك ثوب كذا يتعلق بالفعل فلا تطلق حتى تفعل لان حرف في للظرف والفعل لا يصلح ظرفا على معنى أنه شاغل له فيحمل على معنى الشرط لمناسبة بين الشرط والظرف وهو أن كل واحد منهما للجمع فان المظروف يجامع الظرف ولا يوجد بدونه وكذا المشروط يجامع الشرط ولا يوجد بدونه والشرط يكون سابقا على المشروط

في آخر المقالة التي قبلها في قوله ولو نوى واحدة مع ثنتين الخ اه (قوله وفيه خلاف زفر) أي يقع ثلاث عنده اه (قوله في المتن ومن ههنا الى الشأم واحدة رجعية) أي ولو نوى الابانة لانه صريح لم يوصف بالزيادة أو الشدة اه (قوله وبمكة أو في مكة الخ) بخلاف ما لو قال في دخول الدار على ما سيأتي (قوله فيعتبر بالحقيقي) أي الحقيقي لا يختص بالمكان فكذا الحكمي اه من خط الشارح (قوله وفيما اذا قال أنت طالق الى الشتاء أو الى رأس الشهر ونحوه خلاف زفر) قال السروجي وقال زفر تطلق في الحال وهو رواية عن أبي يوسف وبه قال مالك اه قال الشمني ولو قال أنت طالق الى الشتاء أو الى رأس الشهر يقع في الحال عند أبي يوسف وفي انتهاء الشتاء أو الشهر عندهما وان نوى التنجيز يقع في الحال اتفاقا (قوله فاذا جعلنا اذا) هكذا هو في خط الشارح وصوابه أن يقال الى بدل اذا اذ لا ذكر لاذا في كلام الشارح والذي أوقع الشارح في التعبير باذا ما قاله السروجي في شرحه فانه ذكر بعد قوله أو الى الشتاء أو الى الصيف قوله اذا جاء رأس الشهر أو رأس السنة واذا جاء رمضان أو اذا طهرت من حيضتك يقع في الحال عند زفر ثم قال ولنا أن الواقع الى آخر ما ذكره الشارح رحمه الله اه فتنبه والله الموفق اه (قوله في دخولك الدار الخ) وان قال أنت طالق في مرضك أو وجعك أو صلاتك لم تطلق حتى تمرض أو تصلي اه اتقاني (قوله ولا يوجد بدونه) أو تحمل في على معنى مع كما في قوله فادخلي في عبادي اه اتقاني

﴿فصل في اضافة الطلاق الى الزمان﴾ الفرق بين الاضافة والتعليق نقل عن القاضي الامام ظهير الدين أن من قال لعبده ليلة العيد أنت حر غدا يعتق مقارنا للغد حتى لا يجب عليه صدقة الفطر وأما اذا قال اذا جاء غد فأنت حر يثبت العتق بعد تحقق مجيء أول جزء من أجزاء الغد لكون مجيء الغد شرطا لثبوت العتق حتى تجب صدقة الفطر لان الغد جاء وهو عبده وقال الاكمل اضافة الطلاق تأخير حكمه عن وقت التكلم الى زمان يذكر بعده بغير كلمة شرط اهـ (قوله وهذا باطل بالتدبير) أي فان موت المولى كائن لا محالة مع أن العتق لا يتنجز اهـ (قوله فقد نوى التخصيص في العموم) تنزيل للاجزاء منزلة الافراد والا فلفظ غدا نكرة في الاثبات فليس من صيغ العموم اهـ فتح (قوله فلا يصدق) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن قول الرجل لامرأته أنت طالق في رمضان مثل ما ذكرنا في أنت طالق في غد فان لم يكن له نية فهي طالق حين تغيب الشمس من آخر يوم من شعبان لانه حينئذ يوجد الجزء الاول من رمضان وان نوى آخر رمضان فهو على الخلاف المتقدم وهذه مسئلة الاصل ذكرناها تكثيرا للفائدة اهـ (قوله كما في الفصل الثاني) أي المضاف الى الوقت يقع بأوله والمضاف الى الفعل يقع بآخره مثال الاول قوله أنت طالق في غد وغدا ومثال الثاني أنت طالق في ثلاث دخلات

وكذا الظرف يكون سابقا على المظروف فتقاربا فجازت الاستعارة

﴿فصل في اضافة الطلاق الى الزمان﴾ قال رحمه الله (أنت طالق غدا أو في غد تطلق عند الصبح) وقال مالك يقع للحال لانه اضافة الى وقت كائن لا محالة فيقع في الحال وهذا باطل بالتدبير قال رحمه الله (ونية العصر تصح في الثاني) يعني نية آخر النهار تصح في قوله أنت طالق في غد ولا تصح في قوله أنت طالق غدا ومراده في القضاء وأما ديانة فيصدق فيهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق فيهما قضاء ويصدق فيهما ديانة لانه وصفها بالطلاق في جميع الغد فيقع في أول جزء منه ضرورة فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص في العموم وفيه تخفيف عليه فلا يصدق كما في الفصل الثاني وكما اذا حلف لا يأكل طعاما فنوى طعاما دون طعام وهذا لان حذف حرف في وعدم حذفه بمنزلة ولهذا يقع فيهما في أول جزء منه عند عدم النية ولا فرق بين قوله صمت يوم الجمعة وبين قوله في يوم الجمعة لانه ظرف في الحالين وله وهو الفرق أن كلمة في للظرف والظرف لا يقتضي الاستيعاب بل اذا شغل جزأ منه يكفي كما يقال قعدت في المسجد ونحوه فاذا نوى البعض فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق قضاء وان كان فيه تخفيف بخلاف قوله أنت طالق غدا فانه وصفها بالطلاق في جميع الغد وهو الحقيقة فاذا نوى البعض فقد نوى التخصيص في العام وهو مجاز فلا يصدق اذا كان فيه تخفيف ونظيره ما اذا قال لأصومن عمري أو في عمري أو الدهر أو في الدهر وسرت فرسخا أو في فرسخ وانتظرته يوما أو في يوم بخلاف ما استشهد به لان اليوم لا يتجزأ في حق الصوم فاستوى فيه الحذف وعدمه وقد يختلف الشيء بين تقديره والتصريح به ألا ترى أنه اذا حلف لا تخرج امرأته الا باذنه يحتاج الى الاذن في كل خرجة ولو قال الا أن آذن لك يكتفي باذن واحد وان كانت الباء فيه مقدرة ولا يقال هو ظرف في الحالين لانا نمنع ظرفيته مع ظهور في قال رحمه الله (وفي اليوم غدا أو غدا اليوم يعتبر الاول) يعني اذا قال لها أنت طالق اليوم غدا أو غدا اليوم يعتبر الوقت المذكور أولا حتى يقع في الاول في اليوم وفي الثاني غدا لانه حين ذكره ثبت حكمه تنجيزا أو تعليقا فلا يحتمل التغيير بذكر الثاني لان المعلق لا يقبل

لانه لما جعل اليوم ظرفا وقع الطلاق من أوله حتى يستوعب اليوم كله ولما علق بالفعل لا يقع الا عند وجود كمال الشرط اهـ شرح التلخيص وكتب ما نصه يعني به أنت طالق غدا وانما قال في الفصل الثاني وان كان المصنف ذكره أولا لتأخر التقرير فانه بدأ أولا بشرح قوله أنت طالق في غد وثنى بقوله أنت طالق غدا اهـ (قوله والظرف لا يقتضي الاستيعاب) أي غير أنه اذا لم ينو شيأ يقع في الجزء الاول لعدم المزاحم واذا عين جزأ فهو أولى بالاعتبار لانه صار قصديا والجزء الاول ضروري اهـ رازي (قوله ونظيره ما لو قال لأصومن عمري) أي فانه يتناول جميع العمر حتى لا يبر الا بصوم جميع العمر اهـ كاكي (قوله أو في عمري) يتناول ساعة من عمره حتى لو صام ساعة بر في يمينه اهـ كاكي ونظيره قوله تعالى انا لننصر رسلنا والذين آمنوا في الحياة الدنيا ويوم يقوم الاشهاد ذكر نصرتهم في الدنيا مقرونة بحرف في وذكر نصرتهم في الآخرة غير مقرونة بفي لان نصرة الله اياهم في الآخرة مستوعبة لجميع الاوقات دائمة لانها دار جزاء فأما نصرته اياهم في الدنيا فقد تقع في بعض الاوقات دون البعض لانها دار ابتلاء اهـ اخر التحقيق (قوله لانا نمنع ظرفيته مع ظهور في) أي لانك اذا قلت خرجت في يوم الجمعة فهذا لا يسمى ظرفا عند أهل العربية وجلست في الدار في تسميته ظرفا اصطلاحا خلاف ابن عقيل اهـ (قوله حتى يقع في الاول في اليوم) أي وصار قوله غدا لغوا لانه أراد أن يجعل الواقع في الحال واقعا غدا وهو مستحيل فيلغو ذكر الغد اهـ رازي وكتب على قوله في اليوم في ليست في خط الشارح والمعنى عليها اهـ (قوله وفي الثاني في غد) لفظة في ليست في خط الشارح والمعنى عليها اهـ وقوله وفي الثاني في غد أي وصار قوله اليوم لغوا لان الايقاع في الغد لا يتصور أن يكون ايقاعا في اليوم فلغا قوله اليوم لانه جعل قوله اليوم صفة لغد وهو لا يصلح أن يكون صفة له فيلغو ذكر اليوم اهـ رازي (قوله تنجيزا أو تعليقا) فيه

لف ونشر فقوله تنجيزا راجع لقوله اليوم غدا وقوله تعليقا راجع لقوله غدا اليوم قال الاتقاني رحمه الله وانما اعتبر أول الوقتين حتى يقع الطلاق في الصورة الاولى وهي قوله أنت طالق اليوم غدا في اليوم وفي الصورة الثانية وهي قوله أنت طالق غدا اليوم في الغد لانه ذكر وقتين ولم يعطف أحدهما على الآخر فصار ذكر الثاني لغوا وذلك لان الطلاق في الاولى منجز والواقع منجز لا يحتمل الاضافة وفي الثانية الطلاق مضاف الى الغد فلا يتنجز لانه لو تنجز لا يبقى المضاف مضافا وقوله اليوم ثانيا ليس بناسخ لحكم المذكور أولا فكان ذكر اليوم لغوا اهـ وتعبيره بالاضافة أولى من تعبير الشارح بالتعليق فتأمل اهـ (قوله مع انعدام ذلك المعنى) أي وهو اتصافها في اليوم بطلقة واحدة اهـ (قوله ولو ذكرهما بالواو الخ) قال الاتقاني أما اذا قال أنت طالق غدا واليوم فكذلك عند زفر وعندنا يقع اليوم واحدة وغدا أخرى لزفر أنه لم يذكر بكلمة التكرار فلا يتكرر الوقوع اهـ وان قال أنت طالق الساعة غدا بدون

العطف طلقت الساعة واحدة وذكر

لا يقبل التنجيز ولا المنجز يقبل التعليق بخلاف ما اذا قال أنت طالق اليوم اذا جاء غد حيث لا يقع قبل غد لانه تعليق بمجيء غد فلا يقع قبله وذكر اليوم لبيان وقت التعليق فان قيل ينبغي أن يقع في غد طلقة أخرى في قوله أنت طالق اليوم غدا لانه وصفها به فيهما قلنا وقوع الطلاق بالخبر ضروري وقد اندفعت بالواحدة لان الواقع في اليوم يتصف به غدا فلا حاجة الى أخرى ولا يلزمنا العكس وهو ما اذا قال لها أنت طالق غدا اليوم حيث يقع فيه واحدة أيضا مع انعدام ذلك المعنى لانا نقول جعل اليوم فيه صفة لغد وهو لا يصلح أن يكون صفة له فيلغو ذكر اليوم ولو ذكرهما بالواو والمسئلة بحالها بأن قال أنت طالق اليوم وغدا أو أنت طالق غدا واليوم تقع واحدة في الأولى وفي الثانية ثنتان لان المعطوف غير المعطوف عليه غير أنا لا حاجة لنا الى ايقاع الأخرى في الأولى لامكان وصفها غدا بطلاق وقع عليها اليوم ولا يمكن ذلك في الثانية فيقعان وعلى هذا لو قال أنت طالق آخر النهار وأوله تطلق ثنتين ولو قال أول النهار وآخره تطلق واحدة قال رحمه الله (أنت طالق قبل أن أتزوجك أو أمس ونكحها اليوم لغو) يعني لو قال لامرأته أنت طالق قبل أن أتزوجك أو قال لها أنت طالق أمس وقد نكحها اليوم لا تطلق لانه أضاف الطلاق الى وقت لم يكن مالكا له فيه فلغا كما اذا قال لها أنت طالق قبل أن أخلق أو قبل أن تخلقي أو طلقتك وأنا صبي أو نائم أو مجنون وجنونه كان معهودا بخلاف ما اذا قال لعبده أنت حر قبل أن أشتريك أو أنت حر أمس وقد اشتراه اليوم حيث يعتق عليه لاقراره له بالحرية قبل ملكه ألا ترى أن من قال لعبد الغير أعتقك مولاك ثم اشتراه يعتق عليه لما قلنا ولان اضافة الطلاق الى أمس يمكن تصحيحه اخبارا عن عدم النكاح أو عن كونها مطلقة بتطليق غيره من الازواج وجعله انشاء ضروري فلا يصار اليه عند امكان الحقيقة كما اذا قال لامرأته احداكما طالق مرارا يقع طلقة واحدة لامكان حقيقة الخبر فيما عدا الأولى وكذا لو قال لها يا طالق يا مطلقة ونوى به أنها مطلقة من غيره وقد كان طلقها غيره يصدق قضاء في رواية أبي سليمان ولا يصدق في رواية أبي حفص ولو كرر قوله أنت طالق في المعينة يتكرر والفرق بينها وبين المنكرة أن قوله أنت طالق غالب في الانشاء في المعينة ولعل الحاجة لم تندفع بالأولى والثانية فلا يعدل عن الغالب بخلاف المنكرة اذ الدواعي الى الطلاق من اللجاج والبغضاء والنشز يتحقق في المعينة دون المنكرة ولم يوجد دليل التكرار فيها قال رحمه الله (وان نكحها قبل أمس وقع الآن) أي لو كان تزوجها قبل أمس فيما اذا قال لها أنت طالق أمس وقع الطلاق الساعة لانه لم يسنده الى حالة منافية ولا يمكن تصحيحه اخبارا عن طلاق نفسه ولا عن طلاق غيره لانعدامهما فيه فتعين الانشاء ولا قدرة له على الاسناد فتعين الانشاء في الحال قال

الغد لغو لما بينا اهـ اتقاني (قوله أنت طالق قبل أن أخلق أو قبل أن تخلق) قال لها أنت طالق اذا تزوجتك قبل أن أتزوجك فتزوجها طلقت لانه أضاف الطلاق الى وقتين ليس بينهما حرف العطف فيقع في أولهما ويبطل الثاني كما لو قال أنت طالق اذا تزوجتك قبل أن تخلق يقع بالتزوج ويبطل قوله قبل أن تخلق اهـ ك (قوله حيث يعتق عليه) أي لان كونه حرا أمس يقتضي تحريم استرقاقه اليوم وبعده فصار كأنه قال أنت حر الاصل أو معتق الغير كذا في فروق الكرابيسي اهـ (قوله وجعله انشاء ضروري) يعني ان هذا الكلام إخبار بوضعه وانما يجعل انشاء في موضع تعذر جعله إخبارا فاذا أمكن جعله إخبارا لا يجعل انشاء لان العمل بحقيقة كل كلام واجب ما أمكن اهـ (قوله فتعين الانشاء في الحال) أي فيقع الساعة وعلى هذه النكتة حكم بعض المتأخرين من مشايخنا في مسئلة الدور المنقولة عن متأخري الشافعية وهي إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا وحكم أكثرهم أنها لا تطلق بتنجيز طلاقها لانه لو تنجز وقع المعلق قبله ثلاثا ووقوع الثلاث سابقا على التنجيز يمنع المنجز بوقوع المنجز والمعلق لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال ونقول ان هذا تغيير لحكم اللغة لان الاجزية تنزل بعد الشرط أو معه لا قبله ولحكم العقل أيضا لان مدخول أداة الشرط سبب والجزاء مسبب عنه ولا يعقل تقدم المسبب على السبب فكان قوله قبله لغوا البتة فيبقى الطلاق جزاء الشرط غير مقيد بالقبلية ولحكم الشرع لان النصوص ناطقة بشرعية الطلاق وهذا يؤدي الى رفعها فيتفرع في المسئلة المذكورة وقوع ثلاث الواحدة المنجزة وثنتان من المعلقة ولو طلقها ثنتين وقعتا وواحدة من المعلقة أو ثلاثا وقعن فيصير الطلاق المعلق لا يصادف أهلية فيلغو ولو كان قال ان طلقتك فأنت طالق قبله ثم طلقها واحدة وقع ثنتان المنجزة والمعلقة

وقس على ذلك اه كمال (قوله أومتى مالم أطلقك وسكت) انما قيد بقوله وسكت لانه اذا قال موصولا انت طالق عقيب قوله انت طالق مالم أطلقك ثم قال أنت طالق موصولا بكلامه قال أصحابنا وقعت تطليقة و برفى يمينه وقال زفر يقع ثلاث تطليقات وقال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى وهـذا استحسان والقياس أن يقع عليها ثلاث تطليقات حين سكت فيما بين فراغه من يمينه الى قوله أنت طالق وقال الحاكم أيضا وان قال أنت طالق حين لم أطلقك ولا نية له فهى طالق حين سكت وكذلك قوله زمان لم أطلقك وحيث لم أطلقك و يوم لم أطلقك وان قال زمان لا أطلقك أوحين لا أطلقك لم تطلق حتى يمضى ستة أشهر وذلك لان لم موضوع لقلب المضارع ماضيا ونفيه وقد وجد زمان لم يطلقها فيه فوقع الطلاق وحيث عبارة عن المكان فكم من مكان لم يطلقها فيه فوجد شرط الطلاق وكلمة لا للاستقبال

رحمه الله (وأنت طالق مالم أطلقك أومتى لم أطلقك أومتى مالم أطلقك وسكت طلقت) لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد حين سكت وهـذا لان متى صريح للوقت لكونها من ظروف الزمان وأما ما فلانها قد تستعمل فى الوقت قال الله تعالى حكاية عن عيسى عليه السلام مادمت حيا أى مدة حياتى وقد تستعمل فى الشرط قال الله تعالى ما يفتح الله للناس من رحمة فلا ممسك لها وما يمسك فلا مرسل له من بعده قال حافظ الدين هذا موضع الوقت لان التطليق يستدعى الوقت لا محالة فترجحت جهة الوقت وهذا تحكم لان الطلاق يتعلق بالشرط أيضا فينبغى أن يكون أولى كيلا يقع بالشك وعلى هـذا لو قال كلما لم أطلقك فأنت طالق وسكت يقع الثلاث متتابعا ولا يقع جملة لانها تقتضى عموم الانفراد لا عموم الاجتماع حتى لو كانت غير مدخول بها وقعت عليها واحدة لا غير قال رحمه الله (وفى ان لم أطلقك أو اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لا حتى يموت أحدهما) أى اذا قال لها أنت طالق ان لم أطلقك أو اذا لم أطلقك أو اذا مالم أطلقك لا تطلق حتى يموت أحدهما قبل أن يطلق فأما حرف ان فلانه للشرط حقيقة وقد علقه بعدم الفعل وتحققه باليأس عن الوقوع وذلك بالموت كما اذا قال لها ان لم آت البصرة فأنت طالق أو ان لم أدخل الدار ثم اذا مات الزوج وقع عليها الطلاق قبيل الموت لتحقق عجزه عن ايقاع الطلاق فترثه وان كان الطلاق ثلاثا ان كانت مدخولا بها وهى مسئلة الفار وجعل موتها كموته وفى النوادر لا يقع بموتها لان الزوج قادر على الايقاع مالم تمت فاذا ماتت بطلت المحلية كما اذا قال لها أنت طالق ان لم أدخل الدار أو ان لم آت البصرة تطلق بموته قبل الاتيان والدخول لتحقق اليأس ولا تطلق بموتها لانه قادر على الاتيان والدخول الى أن يموت والصحيح هو الاول وهو رواية الاصل والفرق بينه و بين قوله ان لم آت البصرة ونحوه أن العجز عن ايقاع الطلاق قد تحقق قبيل موتها فوجد الشرط وهى محل للطلاق وفى تلك المسئلة وأمثالها لا يثبت العجز مالم تمت و بعد الموت ليست بمحل ثم الزوج لا يرثها ان كان قبل الدخول أو كان ثلاثا لانه منه وجد وأما اذا واذا ما فالمذكور هنا قول أبى حنيفة فانهما مثل ان فى جميع ما ذكرنا عنده وعندهما مثل متى ونحوها فتطلق حين يسكت هـذا اذا لم يكن له نية وان نوى الشرط يكون كان وان نوى الوقت يكون كمتى اجماعا لهما ان كلمة اذا للوقت قال الله تعالى والليل اذا يغشى وليس القسم معلقا بالشرط لان المعنى يفسد به ولهذا يستعمل فيما هو كائن لا محالة كقولهم اذا احمر البسر آتيك ونحوه وقال الله تعالى اذا الشمس كورت والشرط يكون فى المتردد ولهذا لو قال لها أنت طالق اذا شئت لا يخرج الامر من يدها كقوله متى شئت ولهذا تطلق حين سكت فى قوله اذا سكت عن طلاقك فأنت طالق ولابى حنيفة أنها تستعمل بمعنى الشرط قال الشاعر

فان لم يكن له نية لا يقع للحال وانما راد ستة أشهر لانه أوسط استعمال الحين اذ يراد به الساعة كما فى قوله تعالى حين تمسون وحين تصبحون ويراد به ستة أشهر كما فى قوله تعالى تؤتى أكلها كل حين ويراد به أربعون سنة كقوله حين من الدهر والزمان كالحين لانهما فى الاستعمال سواء تقول مالقيتك منذ زمان كما يقال مالقيتك منذ حين اه اتقانى رحمه الله وسيأتى فى كلام الشارح رحمه الله حكم مالو قال أنت طالق حين لم أطلقك أو حيث لم أطلقك أو حين لا أطلقك والله الموفق وسيأتى أيضا فى المتن والشرح محترز قوله وسكت وذكر الشارح فيه خلاف زفر الذى ذكره الاتقانى لكنى بادرت بكتابته ظنا أنه لم يذكره (قوله وقد يستعمل فى الشرط) أى وحمله على الوقت أولى لعدم انفكاك الطلاق عن الوقت فترجحت جهة الوقت اه رازى (قوله والصحيح هو الاول) أى لانها اذا أشرفت على الموت فقد بقى من حياتها مالا يسع التكلم بالطلاق وذلك القدر من الزمان صالح لوقوع المعلق فوجد الشرط والمحل باق فيقع والمعلق كالمرسل حكما لا حقيقة فلا يشترط فيه ما يشترط فى حقيقة الارسال فلهذا يقع المعلق وان كان لا يقدر على الارسال فى هذه الساعة اللطيفة ولا ميراث للزوج منها لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية عند الموت اه مبسوط (قوله ثم الزوج لا يرثها ان كان قبل الدخول أو كان ثلاثا) قال الكمال رحمه الله واذا حكمنا بوقوعه قبل موتها لا يرث منها الزوج لانها بانت قبل الموت فلم يبق بينهما زوجية حال الموت وانما حكمنا بالبينونة وان المعلق صريحا لانتفاء العدة كغير المدخول بها لان الفرض أن الوقوع فى آخر جزء لا يتجزأ فلم يله الا الموت وبه تبين اه (قوله وان نوى الشرط يكون كان) أى بالاتفاق فلا يقع الطلاق الا بموت أحدهما اه (قوله وان نوى الوقت يكون كمتى) أى فيقع الطلاق حين سكت اه

اذا قصرت أسيافنا كان وصلها * خطانا الى أعدائنا فنضارب

وتستعمل بمعنى الوقت قال الشاعر

واذا تكون كريهة أدعى لها * واذا يحاس الحيس يدعى جندب

واذا ترددت لم تطلق فى الحال بالشك والاحتمال ولا يلزمه مسئلة المشيئة لان الامر صار بيدها فلا يخرج بالشك أيضا واستعمالها فى الشرط مطلقا يدل على أنها حقيقة فيه ولهذا تصح نيته وان كان فيه تخفيف ولا يقال اذا ترددت كان الاحتياط فى الوقوع تغليبا لجانب الحرمة لانا نقول يرجح بالاصل وهو أنها فى عصمته بيقين فلا تطلق بالاحتمال كما اذا شك فى الوضوء أو الحدث ترجح بالاصل وان كان الاحوط ايجاب التوضئ ولا يلزمنا قوله أنت طالق حين لم أطلقك حيث تطلق فى الحال وان كانت تستعمل فى الزمان الطويل على ما عرف فى موضعه لانا نقول انما وقع للحال اذا أضيف الى الزمان الماضى حتى لو أضافه الى المستقبل بأن قال حين لا أطلقك لم تطلق حتى تمضى ستة أشهر لما عرف فى كتاب الايمان وذكر فى الغاية ان اذا شرطية عند الكوفيين وعند المبرد من البصريين فان وليها اسم كان بتأويل الفعل كان وبعضهم قال اذا دخلها ما يجازى بها لان ما تكفها عن الاضافة فيحصل الابهام والشرط بابه الابهام وهذا صحيح لان اذ مع كونها للماضى اذا دخلت عليها ما جوزى بها لما ذكرنا فهذه أولى ولا حجة لهما فى قوله أنت طالق اذا شئت لان اذا لما ترددت وكان الامر بيدها فى الحال بيقين لا يخرج بالشك وكذا قوله اذا سكت عن طلاقك فأنت طالق لا حجة لهما فيه لانه لو قال ان سكت عن طلاقك كان الحكم كذلك وما غرضنا الا أن تكون مثل ان ولو قال اذا طلقتك فأنت طالق واذا لم أطلقك فأنت طالق ولم يطلق حتى مات وقع عليها تطليقتان ولو قال اذا لم أطلقك وأنت طالق واذا طلقتك فأنت طالق فمات قبل أن يطلق وقعت تطليقة واحدة لانه بالموت صار حانثا فيقع به طلقة ثم يقع طلقة أخرى فى المسئلة الأولى لوجود الطلاق بكلام وجد بعد اليمين الأولى فيحنث به ولا تطلق فى المسئلة الثانية لانه وقع عليها بكلام وجد قبل اليمين الثانية فلا تقع المعلقة لعدم الشرط قال رحمه الله (أنت طالق ما لم أطلقك أنت طالق طلقت هذه الطلقة) معناه اذا قال ذلك موصولا والقياس أن يقع ثنتان اذا كان مدخولا بها وهو قول زفر لانه أضاف الطلاق الى زمان خال عن التطليق وقد وجد ذلك وان كان قليلا وهو زمان اشتغاله بالطلاق قبل أن يفرغ منه وجه الاستحسان ان زمان البر غير داخل فى اليمين وهو المقصود به ولا يمكن تحقيقه الا باخراج ذلك القدر عن اليمين وأصل الخلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه وأخواتها قال رحمه الله (أنت كذا يوم أتزوجك فنكحها ليلا حنث بخلاف الامر باليد) يعنى اذا قال لامرأته يوم أتزوجك فأنت طالق فتزوجها ليلا حنث بخلاف ما اذا قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان حيث لا يكون أمرها بيدها الا اذا قدم بالنهار لان اليوم يذكر ويراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره وقال الله تعالى وذكرهم بأيام الله أى بأوقات نعمائه وبلائه ويقال يوم لنا ويوم علينا ويذكر ويراد به بياض النهار قال الله تعالى اذا نودى للصلاة من يوم الجمعة والمراد النهار وهو الحقيقة فاذا شاع استعماله فيهما فلا بد من ضابط يمتاز به أحدهما عن الآخر فنقول اذا قرن به فعل يمتد يراد به بياض النهار واذا قرن به فعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت ونعنى بالممتد ما يقبل التأقيت كالامر باليد والصوم وبما لا يمتد ما لا يقبل التأقيت كالطلاق والتزوج لانه لا يقال طلقت شهرا ويراد به الايقاع فى جميعه أو الامتداد اليه ولا تزوجت يوما بهذا المعنى فكان الاليق أن يحمل الممتد على الممتد وغير الممتد على غير الممتد رعاية للمناسبة واستعمال أهل العرف ثم اختلفت عباراتهم فيما اذا يعتبر الامتداد وعدمه فمنهم من يعتبره فى المضاف اليه اليوم ومنهم من يعتبره فى الجواب لانه هو العامل فيه فكان بحسبه والاوجه أن يعتبر الممتد منهما وعليه مسائلهم ولهذا لو قال لها أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم نهارا ولم تعلم بالقدوم حتى جن الليل بطل خيارها لانصرافه الى النهار ومضيه ولو قال

(قوله فى الشعر فنضارب) جزمه عطفا على المحل اه من خط الشارح (قوله طلقت هذه الطلقة) أى هذه الطلقة الاخيرة لا المعلقة بعدم التطليق اه (قوله اذا قال ذلك موصولا) أى أما لو قاله مفصولا يقعان بالاجماع قياسا واستحسانا لوجود الزمان الخالى عن التطليق اه (قوله والقياس أن يقع ثنتان) أى المعلقة والمضافة اه (قوله وهو المقصود به) أى لان الحالف انما حلف ليبر فى يمينه اه (قوله فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه) أى فنزعه فى الحال (قوله وأخواتها) أى كما لو حلف لا يركب هذه الدابة وهو راكبها فنزل من ساعته اه (قوله قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره) والفرار من الزحف حرام ليلا ونهارا اه فتح (قوله فكان الاليق أن يحمل الممتد) أى وهو الامر باليد ونحوه (قوله على الممتد) أى وهو بياض النهار اه (قوله وغير الممتد) أى كالتزوج ونحوه اه (قوله على غير الممتد) أى وهو مطلق الوقت اه (قوله لانصرافه الى النهار) أى لانه جعل اليوم معيارا للامر باليد اه

(قوله في المتن أنا منك طالق الخ) قال الاتقاني هذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم في رجل يقول لامرأته أنا منك طالق ينوي الطلاق قال لا يكون طلاقا ولو قال أنا منك بائن فنوى الطلاق كانت طالقا قال وكذلك لو قال أنا عليك حرام ينوي الطلاق كانت (٣٠٨) طالقا وهذا مذهبنا اه وهو يفيد أنه لابد من النية في قوله أنا منك بائن وعليك حرام واستفيد من قوله في المتن وتبين في البائن والحرام أن الواقع بهما بائن لا رجعي ولزم منه أنه لابد فيهما من النية لان الكناية لابد فيها من النية والله الموفق اه (قوله وقال الشافعي رحمه الله تعالى يقع الطلاق في الوجه الاول الخ) وبه قال مالك وأحمد اه ع (قوله خطأ الله نوأها) يقال لمن طلب حاجة فلم ينجح أخطأ نوأك أراد جعل الله نوأها مخطئا لها لا يصيبها مطره ويروى خطى الله نوأها بلا همز من خطى الله عنك السوء أي جعله يتخطاك يريد يتعداها فلا يمطرها ويكون من باب المعتل اللام كذا في نهاية ابن الاثير وصاحب الطلبة صحح الثاني وخطأ الاول اه (قوله ولم يقل عليك لم تطلق) أي وان نوى اه قال في الوجيز ولو قال أنا بائن أو حرام ولم يقل منك أو عليك لا يقع شئ وان نوى ذكره في الكنايات وفي غاية السروجي ولو قال أنا بائن أو حرام ولم يقل منك ولا عليك لم يقع الطلاق وان نواه بخلاف أنت بائن أو حرام ونوى الطلاق ذكره في الوجيز ومثله في المبسوط اه وفي النهاية ألا ترى أنه اذا قال لامرأته أنا بائن يعني منك ولم يقل منك لا يقع به شئ وان أنت عنى به الطلاق وكذا لو قال أنا حرام ولم يقل عليك اه وقول العيني رحمه الله في شرحه ولو قال أنا بائن أو حرام ولم يزد عليه تطلق اذا نوى غير صحيح لما تقدم من النقول اه (قوله في المتن أنت طالق واحدة) أي أو ثنتين أو ثلاثا (قوله اولا) أي وكذا طالق أو غير طالق أو وطالق أولا وبه قالت الائمة الاربعة قال المصنف هكذا ذكر في الجامع الصغير من غير خلاف اه فتح

في مسئلة الكتاب عنيت به النهار صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق وان كان فيه تخفيف على نفسه ثم النهار للبياض خاصة وهو من طلوع الشمس الى غروبها والليل للسواد خاصة وهو ضد النهار واليوم من طلوع الفجر الى غروبها قاله النضر بن شميل وعليه الفقهاء وقيل من طلوع الشمس وفي المجمل لابن فارس النهار ضياء ما بين طلوع الفجر الى غروب الشمس والمشهور الاول وقيل ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس ليس من اليوم ولا من النهار ولا من الليل قال رحمه الله (أنا منك طالق لغو وان نوى وتبين في البائن والحرام) يعني اذا قال لامرأته أنا منك طالق فليس بشئ وان نوى الطلاق وتبين منه بقوله أنا منك بائن أو عليك حرام وقال الشافعي رحمه الله يقع الطلاق في الوجه الاول أيضا اذا نوى وعلى هذا الخلاف اذا ملكها الطلاق فطلقته هو يقول ان الملك وقع مشتركا بينهما حتى ملك كل واحد منهما المطالبة بحقوق النكاح وكذا حكم النكاح وهو الحل وقع مشتركا بينهما حتى يستمتع كل واحد منهما بصاحبه ويسميان متناكحين وينتهي بموت أحدهما ويرث كل واحد منهما الآخر والزوج مقيد من جهتها حتى لا يتزوج أختها ولا أربعا سواها والطلاق وضع لازالة الملك والحل فيصح مضافا اليه كما يصح مضافا اليها كما في الابانة والتحريم غير أن اضافة الطلاق اليه غير متعارف فلا بد من النية ولنا أن الطلاق شرع مضافا الى المرأة بقوله تعالى فطلقوهن وبقوله اذا طلقتم النساء وغير ذلك من النصوص وهو اذا طلق نفسه فقد غير المشروع فيلغو كالعتق المضاف الى المولى ولهذا قال ابن عباس في امرأة جعل زوجها أمرها بيدها في الطلاق الثلاث فقالت أنت طالق ثلاثا خطأ الله نوأها لو قالت أنا طالق ثلاثا لكان كما قالت وتحقيقه أن الطلاق لازالة القيد وهو فيها دونه أو لازالة الملك وهو عليها دونه كالعتق لازالة الرق ثم المولى اذا أعتق نفسه أو أعتق العبد مولاه لا يعتق العبد فكذا الزوج اذا طلق نفسه أو طلقته هي لا تطلق المرأة لعدم اضافته الى المحل ولانه يستحيل ان يطلق الانسان ويقع الطلاق على غير المطلق ولا نسلم أن الملك مشترك بل الملك للزوج خاصة حتى ظهر عليها أثره من المنع من التزوج والخروج وجاز له تزوج الكتابية دونها وصار المهر لها بدل ما ملك عليها وما ثبت لها من الحل تبع لثبوت الحل للزوج فيزول بزواله وما يكون تبعا في النكاح لا يكون محلا لاضافة الطلاق اليه على ما عرف في موضعه وما ثبت لها عليه من الحق كالمهر والنفقة والكسوة فالطلاق غير موضوع لازالته ورفعه وتسميتهما متناكحين من باب التغليب لا سيما عنده حيث لا يجوز العقد منها وأما حرمة أختها وأربع سواها فثابت بالنص لا لدخوله في ملكها ألا ترى أن حرمة الجمع بين الاختين أو بين الخمس ثابت قبل التزوج بها بخلاف الابانة والتحريم لانهما لازالة الوصلة والحل وهما مشترك بينهما فتصح اضافتهما اليهما والطلاق لرفع القيد فلا يضاف الا الى المقيد وقوله الا أنه غير متعارف فلا بد من النية قلنا انه صريح غير محتاج الى النية اجماعا وكونه غير متعارف ايقاعه لا يخرجه من أن يكون صريحا كقوله عشرك طالق أو فرجك طالق أو طلقتك نصف تطليقة ونحوه ولو قال أنا بائن ولم يقل منك أو حرام ولم يقل عليك لم تطلق بخلاف ما اذا قال أنت بائن أو حرام ولم يزد عليه حيث تطلق اذا نوى والفرق أن البينونة أو الحرام اذا كان مضافا اليها تعين لازالة ما بينهما من الوصلة والحل واذا أضافه اليه لا يتعين لجواز أن يكون له امرأة أخرى فيريد بقوله أنا بائن منها أو حرام عليها قال رحمه الله (أنت طالق واحدة أولا أو مع موتي أو مع موتك لغو) أي اذا قال لها

أنت طالق واحدة أولا أو قال لها أنت طالق مع موتى أو مع موتك لا يقع الطلاق أما الاول فالمذكور هنا قولهما وعند محمد رحمه الله وهو قول أبى يوسف أولا تطلق واحدة رجعية ذكر قول محمد فى كتاب الطلاق من المبسوط له أنه أدخل الشك فى الواحدة لدخول حرفه بينها وبين النفى فيسقط اعتبار الواحدة للشك ويبقى قوله أنت طالق سالما عن الشك بخلاف قوله أنت طالق أولا أو قوله أنت طالق أو غير طالق لانه أدخل الشك فى أصل الايقاع ولهما أن الوصف متى قرن بالمصدر أو وصفه كان الوقوع به لا بالوصف فكان الشك داخلا فى الايقاع فصار كقوله أنت طالق أو لا شئ والدليل على أن الوقوع بالمصدر أو وصفه أنه لو قال لغير المدخول بها أنت طالق ثلاثا وقع عليها الثلاث ولو كان الوقوع بالوصف لما وقع لكونها أجنبية عنده وكذا لو قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة أو قال أنت طالق واحدة ان شاء الله لم يقع شئ ولو كان الوقوع بالوصف لوقع واستحقت نصف المهر اذا كان قبل الدخول لوقوع الطلاق قبل الموت ولما ورثها لما قلنا وكذا صحة الاستثناء فى قوله أنت طالق ثلاثا ان شاء الله دليل على أن الوقوع به لا بالوصف اذ لو كان الوقوع به لما صح لدخول الفاصل وهو قوله ثلاثا وأما الثانى وهو قوله أنت طالق مع موتى أو مع موتك فلانه أضاف الطلاق الى حالة منافية له لان موته ينافى الاهلية وموتها ينافى المحلية ولا بد منهما وهذا لان مع للقران حقيقة وحال موت احدهما حال ارتفاع النكاح والطلاق لا يقع الا فى حال الاستقرار أو نقول انه علقه بالموت لان مع تكون للشرط ألا ترى أنه اذا قال أنت طالق مع دخولك الدار تعلق به فلو وقع لوقع بعد الموت وهو محال قال رحمه الله (ولو ملكها أو شقصها أو ملكته أو شقصه بطل العقد) يعنى لو ملك الزوج امرأته بأن كانت أمة أو ملك جزأ منها أو كانت هى المالكة لزوجها أو لجزئه بطل النكاح وأما ملكها اياه فللاجتماع بين المالكية والمملوكية فلا ينتظم المصالح وهو ما شرع الا للمصالح وأما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى وقد استغنى عنه بالاقوى لثبوت الحل به ولا يقال الحل لا يثبت بالشقص لانا نقول ملك اليمين دليل الحل فقام مقام الحل تيسيرا ولا يلزم على هذا المكاتب اذا اشترى زوجته حيث لا يبطل النكاح وان وجد ما ذكرنا الا انا لا نسلم ان له ملكا بل له حق الملك وهو لا يمنع بقاء النكاح قال رحمه الله (فلو اشتراها وطلقها لم يقع) يعنى لو اشترى امرأته ثم طلقها لم يقع الطلاق عليها لان وقوع الطلاق يستدعى قيام النكاح من كل وجه أو من وجه ولم يوجد وكذا اذا ملكته أو شقصا منه لا يقع لما قلنا وعن محمد رحمه الله أنه يقع لان العدة واجبة هنا اتفاقا وقيام

(قوله بخلاف قوله أنت طالق أولا) أى بلا ذكر الواحدة (قوله أو غير طالق) أى أو أنت طالق أو لا شئ لا يقع الطلاق بالاتفاق اهـ اتقانى (قوله لانه أدخل الشك الخ) كما اذا قال لعبده أنت حر أو عبد لا يعتق بالاتفاق اهـ اتقانى (قوله لدخول الفاصل وهو قوله ثلاثا) أى بين المستثنى والمستثنى منه اهـ (قوله لان موته ينافى الاهلية الخ) ألا ترى أن الصبى أو المجنون اذا طلق امرأته لا يقع لعدم الاهلية واذا قال العاقل البالغ للحمار أو للجدار أنت طالق لا يثبت حكم الطلاق لعدم المحلية فعلم أن الاهلية والمحلية شرط لصحة التصرف اهـ اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن ولو ملكها أو شقصها) أى سهما بان كان تزوج أمة لغيره ثم اشتراها جميعها منه أو سهما منها أو وهبها له أو ورثها اهـ فتح قال ابن دريد يقال فى هذا المال شقص أى سهم اهـ اتقانى (قوله وأما ملكها اياه) كذا فى خط الشارح اهـ اعلم أن أحد الزوجين اذا ملك صاحبه بشراء أو ارث أو هبة أو صدقة تقع الفرقة بينهما للمنافاة بين ملك اليمين وملك النكاح أما اذا ملكته فلانها مالكة له بجميع أجزائها بحكم ملك اليمين فلو بقى النكاح يلزم أن يكون بضعها مملوكا للرجل والمالكية أثر القاهرية والمملوكية أثر المقهورية فمحال أن يكون الشئ الواحد فى حالة واحدة مالكا ومملوكا قاهرا ومقهورا فيلزم التنافى لا محالة والمنافى للشئ اذا وجد وطرأ عليه يبطله كالردة وأما اذا ملكها فلان ملك اليمين ليس بضرورى وملك النكاح ضرورى وبين السلب والايجاب منافاة فيلزم التنافى لا محالة فمن ثبوت الضد يلزم ارتفاع الضد الآخر (قوله وأما ملكه اياها فلان ملك النكاح ضرورى) لان اثبات الملك على الحرة على خلاف القياس وانما يثبت ضرورة الحل لبقاء النسل فلما طرأ الحل القوى بطل الحل

الضعيف اهـ (قوله وقد استغنى عنه بالاقوى) أى وهو ملك اليمين اهـ (قوله فقام مقام الحل) أى لانه سبب احتياطا اهـ فتح (قوله فى المتن فلو اشتراها) تفريع على ما قبله اهـ (قوله أو من وجه) أى من حيث العدة اهـ (قوله أو من وجه) قال فى الفتح ولو اشتراها ثم طلقها لم يقع شئ لان الطلاق يستدعى قيام النكاح ولا بقاء له مع المنافى لا من وجه كما فى ملك البعض ولا من كل وجه كما فى ملك الكل اهـ (قوله ولم يوجد) أى بنفس الشراء اهـ رازى (قوله وعن محمد) قال الكمال رحمه الله وانما قلنا وعن محمد لانه لا فرق بين الفصلين فى عدم الوقوع فى ظاهر الرواية والمنقول عن محمد فى هذا الفصل فى المنظومة من الوقوع فيما اذا أعتقته أما اذا لم تعتقه حتى طلقها لا يقع الطلاق بالاتفاق وتفصيل محمد على هذا أنه لا عدة هنالك عليها يعنى منه حتى حل له وطؤها بملك اليمين وظاهره أنه يحل تزويجه اياها كما حل له وطؤها لعدم العدة وقد قيل به نقله فى الكافى قال ولو زوجها سيدها الذى كان زوجها جاز ثم قال والصحيح أنه لا يجوز تزويجها من آخر قال فعلم أنه لا تجب العدة عليها فى حق من اشتراها وفى حق غيره روايتان وهذا لان العدة انما تجب لاستبراء

القيد من وجه يكفى لوقوع الطلاق عليها بخلاف ما اذا ملكها هو لانه لا عدة عليها هنا حتى حل له وطؤها قلنا العدة واجبة فى الأولى أيضا حتى لا يجوز له أن يزوجها من غيره حتى تنقضى عدتها ولو أعتقها ظهرت العدة وانما لا تظهر بالنسبة اليه لحل وطئها له بملك اليمين فتبين أن هذا الفرق غير صحيح ولو اشترت زوجها ثم أعتقته ثم طلقها وقع طلاقه عليها لزوال المنافى لمالكية الطلاق ولهذا يجب عليه النفقة والسكنى وفى الكافى جعل هذا قول محمد وفرق بين ما اذا كان الطلاق بعد العتق وقبله بهذا الفرق وهذا سهو فان عنده الطلاق واقع عليها قبل العتق وقد ذكره هو بنفسه قبيله فلا معنى لهذا الفرق وعلى هذا لو اشترى زوجته ثم أعتقها ثم طلقها وهى فى العدة وقع طلاقه لزوال المانع ولو علق طلاقها بشرط أو قال لها أنت طالق للسنة أو آلى منها قبل الشراء فوجد الشرط أو جاء وقت السنة أو مضت مدة الايلاء بعد الشراء والعتق وقع عليها الطلاق وان وجد ذلك بعد الشراء قبل العتق لم يقع فى الوجهين والبيع بعد الشراء كالعتق فيما ذكرنا لزوال المانع ونظيره ما لو ارتد الزوج ولحق بدار الحرب وطلقها لم يقع ولو أسلم ثم طلقها فى دار الحرب وقع ولو أسلم أحد الزوجين فى دار الحرب وخرج الينا مسلما وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين فلو طلقها وهى فى العدة لم يقع عليها لانعدام أحكام النكاح من وجوب النفقة والسكنى والعدة عنده ثم الاصل فيه أن كل فرقة هى فسخ من كل وجه كالفرقة بخيار البلوغ أو العتق أو بعدم الكفاءة أو كل فرقة هى تحريم على التأبيد فطلاقها فيه لم يقع طلاقه وفى العنة واللعان يقع طلاقه لان الفرقة فيهما طلاق قال رحمه الله (أنت طالق ثنتين مع عتق مولاك اياك فأعتق له الرجعة) أى اذا قال الرجل لزوجته الامة أنت طالق ثنتين مع اعتاق مولاك اياك فأعتقها المولى طلقت ثنتين وملك الزوج الرجعة فالعتق حكم الاعتاق فاستعير لسببه وانما ملك الرجعة لانه علق الطلقتين بالاعتاق والمعلق يوجد بعد الشرط فتطلق وهى حرة والحرة لا تحرم بالطلقتين حرمة غليظة وانما قلنا أنه معلق به لوجود معناه وهذا لان الشرط ما يكون معدوما على خطر الوجود والحكم يتعلق به ويضاف اليه وجودا لا وجوبا وهذا المعنى قد وجد فيه فاذا صار معلقا به يصير تطليقا عند وجود الشرط لدخوله على السبب عندنا فيوجد التطليق بعد الاعتاق كأنه أرسله فى ذلك الوقت مقارنا للعتق الذى هو حكم الاعتاق فتصير حرة به ثم يقع عليها الطلاق الذى هو حكم التطليق بعد الحرية فلا تحرم به حرمة غليظة ولا يقال ان كلمة مع للقران فكيف يتصور ما ذكرتم لانا نقول قد تذكر للتأخر قال الله تعالى فان مع العسر يسرا وقال الله تعالى وأسلمت مع سليمن أى بعده فان قيل على ما ذكرتم ينبغى أن يصح قوله لاجنبية أنت طالق مع نكاحك على معنى ان تزوجتك والحكم أنه لا يصح ولا يقع الطلاق اذا تزوجها ذكره فى الجامع قلنا انما تركنا الحقيقة فيما نحن فيه باعتبار أن الزوج مالك للطلاق تنجيزا أو تعليقا وتصرفه نافذ فلزم من صحته تعلقه به وأما الاجنبى فلا يملك الطلاق تنجيزا ولا تعليقا ولكن يملك اليمين فان صح التركيب بذكر حروفه بأن قال ان تزوجتك فأنت طالق صح ضرورة صحة اليمين مع المنافى فيما لم يلزم العدول فيه عن الحقيقة وفيما لم يؤد الى التنافى والطلاق مع النكاح يتنافيان لان الطلاق رفع القيد والنكاح اثباته فلا يقترنان فيلغو ضرورة بخلاف ما نحن فيه لان الطلاق والعتق لا يتنافيان ونظيره ما لو قال لامرأته أنت طالق فى دخولك الدار يتعلق بالدخول ولو قال لاجنبية أنت طالق فى نكاحك يلغو لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو تعلق عتقها وطلقتاها بمجىء الغد فجاء لا وعدتها ثلاث حيض) ومعناه اذا قال المولى لامته اذا جاء غد فأنت حرة وقال زوجها اذا جاء غد فأنت طالق ثنتين فجاء الغد لا يملك الزوج الرجعة وعدتها ثلاث حيض وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد زوجها يملك الرجعة والاصل فيه أن العلة والمعلول يقترنان عند الجمهور كالاستطاعة مع الفعل وعند البعض يتعاقبان لان العلل الشرعية لها بقاء لانها فى حكم الاعيان والاصل تقدم المؤثر على الاثر فأمكن ذلك فيها فيصار اليه فيها

بخلاف

الرحم عن الماء ويستحيل استبراء رحمها من ماء نفسه مع بقاء السبب الموجب للحل اه والله أعلم (قوله لزوال المنافى) أى وهو ملك اليمين اذ لا قيد حينئذ فلا يتصور رفعه فاذا أعتقته ظهر أحكام النكاح فتحقق القيد اه (قوله وفى الكافى جعل هذا قول محمد) وكذا ذكره صاحب المنظومة فى باب قول أبى يوسف على خلاف محمد ولا قول لابى حنيفة وتبعه على ذلك مصنف مجمع البحرين اه (قوله فان عنده الطلاق واقع عليها قبل العتق) أى لم يقع عليها طلاق فى ظاهر الرواية عنه وانما ذلك فى رواية ذكرها صاحب الهداية اه (قوله لم يقع فى الوجهين) يعنى فيما اذا اشترى الرجل امرأته أو اشترت هى زوجها اه (قوله والعدة عنده) أى لا تجب العدة عند أبى حنيفة خاصة اه (قوله لانه علق الطلقتين بالاعتاق) فيه نظر لانه أضاف الثنتين الى الاعتاق بكلمة مع ولا تعليق هنالك لعدم أداة التعليق والمضاف الى العتق يقارنه ولا يتأخر عنه لان المضاف سبب فى الحال فيقارن المضاف اليه ولا يتأخر عنه والمعلق بالشرط يتأخر لانه انما يصير سببا عند وجود الشرط اه سروجى رحمه الله

ـرض فلو تقدمت كان الفعل بلا استطاعة وهو محال ثم التخريج
ـر قول من يقول بالقران فى العتق و بالتعاقب فى الطلاق والوجه
ـا فيكون كأن المولى والزوج أرسلا فى ذلك الوقت فيقع أو جز
ـة أو جزمن قوله أنت طالق ثنتين ثم يقع الطلاق وهى حرة فلا
تحرم بهما حرمة غليظة والوجه الثالث أن العتق والطلاق وان كانا يقترنان مع علتهما أو يتعاقبان على اختلاف المذهبين لكن حكم التطليق يتأخر عن حكم الاعتاق فى الوجود لكون الطلاق محظورا والاعتاق مندوبا اليه شرعا كما فى البيع اذا كان صحيحا يفيد الحكم وهو الملك للحال واذا كان فاسدا يتأخر الى وجود القبض لكونه محظورا والوجه الرابع وهو معتمده أنهما لما تعلقا بشرط واحد وجب أن تطلق زمن نزول الحرية فيصادفها وهى حرة لاقترانهما وجودا فلا تحرم بهما حرمة غليظة والوجه الخامس أن الاحتياط بقاء ما كان على ما كان لان الملك أو الحل كان ثابتا بيقين فلا يزول بالشك احتياطا ولهذا كان عدتها ثلاث حيض ولهما انهما تعلقا بشرط واحد ثم العتق يصادفها وهى أمة فكذا الطلقتان فتحرم بهما حرمة غليظة وهذا لان زمان ثبوت العتق هو زمان ثبوت الطلاق ضرورة تعلقهما بشرط واحد والعتق فى زمان ثبوته ليس بثابت لاطباق العقلاء على أن الشئ فى زمان ثبوته ليس بثابت فلا يصادفها تطليقتان وهى حرة بخلاف المسئلة الأولى لان العتق ثم شرط فيقع الطلاق بعده وبخلاف العدة لانها حكم الطلاق فتعقبه أولانه يحتاط فيها وكذا الحرمة الغليظة يحتاط فيها قال رحمه الله (أنت طالق هكذا وأشار بثلاث أصابع فهى ثلاث) لان الاشارة بالاصابع تفيد العلم بالعدد عرفا وشرعا اذا اقترنت بالاسم المبهم قال عليه الصلاة والسلام الشهر هكذا وهكذا وهكذا وأشار بأصابعه العشرة يعنى ثلاثين يوما ثم قال الشهر هكذا وهكذا وهكذا وخنس ابهامه فى الثالثة يعنى تسعة وعشرين يوما ولو أشار بالواحدة طلقت واحدة ولو أشار بالثنتين طلقت ثنتين والاشارة تقع بالمنشورة منها دون المضمومة للعرف والسنة ولو نوى الاشارة بالمضمومتين صدق ديانة لا قضاء وكذا لو نوى الاشارة بالكف لانه يحتمله لكنه خلاف الظاهر وقيل اذا أشار بظهورها فبالمضمومة منها وهو أن يجعل ظهر الكف اليها وبطون الاصابع الى نفسه وقيل ان كان بطن كفه الى السماء فالعبرة للنشر وان كان الى الارض فالعبرة للضم وقيل ان كان نشرا عن ضم فالعبرة للنشر وان كان ضما عن نشر فالعبرة للضم ولا فرق بين اصبع واصبع ولو قال أنت طالق وأشار بأصابعه ولم يقل هكذا فهى واحدة لان الاشارة تفسير للعدد المبهم ولم يوجد فلغت فيكون العامل فيه قوله أنت طالق وهو لا يحتمل العدد قال رحمه الله (أنت طالق بائن أو البتة أو أفحش الطلاق أو طلاق الشيطان أو البدعة أو كالجبل أو أشد الطلاق أو كألف أو ملء البيت أو تطليقة شديدة أو طويلة أو عريضة فهى واحدة بائنة ان لم ينو ثلاثا) وقال الشافعى رحمه الله تقع واحدة رجعية ان دخل بها وكان بغير بدل لانها حكم الطلاق بعد الدخول فلا يملك تبديله كسائر أحكام الشرع فصار كما اذا قال لها أنت طالق على أن لا رجعة لى عليك ولنا أنه وصف الطلاق بما يحتمله لفظه وهو البينونة ألا ترى أن البينونة تثبت به للحال قبل الدخول وبعده بعد انقضاء العدة وهذا لان الطلاق فى الاصل هو الموجب للبينونة لانه شرع لرفع النكاح وقطعه ولا تأثير لمضى المدة فيها لكن الشرع ورد بالتأخير الى انقضاء العدة فى صريح الطلاق اذا لم يكن موصوفا بالبينونة فبقى ما وراءه على أصل القياس وهو اتصال الحكم بعلته فى الحال فتقع واحدة بائنة ان لم يكن له نية أو نوى واحدة أو ثنتين وان نوى ثلاثا فثلاث لما مر فى أوائل باب ايقاع الطلاق فى مقابلة قول زفر من أنه جنس وهو لا يحتمل العدد ومسئلة الرجعة ممنوعة ولو نوى بقوله أنت طالق واحدة و بقوله بائن ونحوه أخرى يقع ثنتان و يكون بائنا لان كل واحد من اللفظين يصلح للايقاع وقياسه أن تكون احداهما رجعية لكن لا فائدة فيه

(قوله لان الملك أو الحل كان ثابتا) أى ملك النكاح والحل به اهـ من خط الشارح (قوله المضمومة للعرف والسنة) لانه عليه الصلاة والسلام لما خنس ابهامه فى المرة الثالثة فهم منه تسعة وعشرون يوما ولو اعتبرت المضمومة لكان المفهوم أحدا وعشرين يوما اهـ (قوله وكذا لو نوى الاشارة بالكف) وصورة الاشارة بالكف أن تكون جميع الاصابع منشورة قاله فى الدراية اهـ (قوله وهو أن يجعل ظهر الكف اليها) أى الى المرأة اهـ (قوله ولا فرق بين اصبع واصبع) يعنى بين الاصابع التى اعتاد الناس الاشارة بها وبين الاصابع الاخر اهـ (قوله قال لها أنت طالق على أن لا رجعة) سيأتى بعد أسطر أن مسئلة الرجعة ممنوعة يعنى أن الطلاق فيها بائن والله أعلم اهـ (قوله وان نوى ثلاثا فثلاث) وكذا ذكر الصدر الشهيد وقال العتابى الصحيح أنه لا تصح نيته الثلاث فى طالق تطليقة شديدة أو عريضة أو طويلة لانه نص على التطليقة وانها تتناول الواحدة ونسبه الى شمس الائمة ورجح بان النية انما تعمل فى المحتمل وتطليقة بتاء الوحدة لا تحتمل الثلاث كما قال رحمه الله وكتب ما نصه من حيث انه واحد اعتبارى لا من حيث انه عدد اهـ رازى

لثبوت البينونة فى الاخرى فان قيل ينبغى أن يقع بقوله أنت طالق أفحش الطلاق أو أشده ثلاث تطليقات من غير نية لان هذه الصيغة للتفضيل وبقوله شديدة أو فاحشة تقع واحدة بائنة فوجب أن يزيد على ذلك قلنا هذه الصيغة مشتركة بين التفضيل وبين مطلق الزيادة أو مطلق الاثبات قال الله تعالى وبعولتهن أحق بردهن وقال الشاعر

ان الذى سمك السماء بنى لنا * بيتا دعائمه أعز وأطول

أى عزيزة طويلة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه اذا قال طلاق البدعة لا يكون بائنا الا بالنية لان البدعة قد تكون من حيث الايقاع فى حالة الحيض فلا بد من النية وعن محمد انه اذا قال للبدعة أو طلاق الشيطان يكون رجعيا لما ذكرنا لابى يوسف وقال أبو يوسف اذا قال كالجبل أو مثل الجبل يكون رجعيا لان الجبل شئ واحد فكان تشبيها له فى توحده وعن محمد فى قوله كألف أنه يقع ثلاث عند عدم النية لانه عدد فيراد به التشبيه فى العدد ظاهرا فصار كقوله كعدد ألف وعن محمد لو قال أنت طالق كالنجوم يقع واحدة وكعدد النجوم ثلاث فيحتاج الى الفرق بينه وبين قوله كألف والفرق ان الالف موضوع للعدد فيكون التشبيه به للكثرة بخلاف النجوم لانه يحتمل التشبيه فى الضياء والنور ولو قال أنت طالق مثل التراب تقع واحدة رجعية عند محمد ولو قال عدد التراب يقع ثلاثا عنده خلافا لابى يوسف هو يقول لا عدد للتراب ولو قال أنت طالق كثلاث فهى واحدة بائنة عند أبى يوسف وثلاث عند محمد كما لو قال كعدد ثلاث ثم الاصل انه متى وصف الطلاق ان كان وصفا لا يوصف به الطلاق يلغو الوصف ويقع رجعيا مثل أن يقول أنت طالق طلاقا لم يقع عليك أو على أنى بالخيار ومتى وصفه بصفة يوصف بها الطلاق فلا يخلو إما أن لا ينبئ عن زيادة كقوله أحسن الطلاق أو أفضله أو أسنه أو أجمله أو أعدله أو خيره أو ينبئ عن زيادة كقوله أشد الطلاق ونحوه فالاول رجعى والثانى بائن على أصولهم فأصل أبى حنيفة أنه متى شبه الطلاق بشئ يقع بائنا أى شئ كان المشبه به للزيادة وعند أبى يوسف ان ذكر العظم فكذلك والا فرجعى أى شئ كان المشبه به لان التشبيه قد يكون فى التوحيد على التجريد وذكر العظم للزيادة لا محالة وعند زفر ان كان المشبه به مما يوصف بالعظم عند الناس يقع بائنا والا فرجعى ذكر العظم أولا وقول محمد مضطرب يروى مع أبى حنيفة ومع أبى يوسف وثمرته تظهر فى قوله أنت طالق مثل سمسمة أو عظم سمسمة أو كالجبل أو عظم الجبل ولو قال أنت طالق أقبح الطلاق أو أفحشه أو أخشنه أو أسوأه أو أغلظه أو أشره أو أطوله أو أكبره أو أعرضه أو أعظمه ولم ينو شيئا أو نوى واحدة أو ثنتين فى غير الامة كانت واحدة بائنة وان نوى ثلاثا فثلاث لان الطلاق انما يوصف بهذه الاشياء باعتبار أثره وهو البينونة وهى متنوعة الى خفيفة وغليظة فأيهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيئا يثبت الأدنى للتيقن به بخلاف قوله أفضل الطلاق أو أكمله أو أعدله أو أحسنه أو أجمله حيث تقع واحدة رجعية عند عدم النية أو نوى واحدة أو ثنتين ويحتمل الثلاث لذكر المصدر ولو قال كالثلج كان بائنا للزيادة عند أبى حنيفة وعندهما ان أراد به بياضه فرجعى وان أراد به برده فبائن

(قوله لما ذكرنا لابى يوسف) ولابى حنيفة رحمه الله أن الفحش والبدعة وطلاق الشيطان أوصاف لا بد لها من تأثير وتأثيره بأن يكون قاطعا للنكاح فى الحال اه (قوله فكان تشبيها له فى توحده) ولنا أن التشبيه به يوجب زيادة لا محالة وذا بوصف البينونة وأما شدة الطلاق فلا يكون الا بوصف البينونة لانه بها يكون مأمونا عن الانتقاض وأما قوله كألف فلانه تشبيه بالعدد وقد يشبه به من حيث القوة وأيهما نوى صحت نيته وعند عدمها يثبت أقلهما وهو الواحدة البائنة اه رازى ثم قال الرازى رحمه الله وأما قوله فلان الشئ قد يملأ البيت لعظمه أو لكثرته فأيهما نوى صحت نيته وعند عدم النية يثبت أقلهما وهى الواحدة البائنة وعند أبى يوسف وزفر فى قوله طويلة أو عريضة الواقع بهما رجعية لان الطلاق لا يوصف بهما فيلغو وقلنا الطول والعرض عبارتان عن الكمال والقوة وهما فى البينونة ولو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بها بائن والبينونة تتنوع الى غليظة وخفيفة فصحت نيته أيهما كانت بخلاف ما اذا قال أفضل الطلاق أو أكمله أو أعدله أو أحسنه حيث يقع به واحدة رجعية عند عدم النية أو نوى واحدة أو ثنتين ويحتمل الثلاث لذكر المصدر اه (قوله كان المشبه به للزيادة) أى لاقتضاء التشبيه الزيادة (قوله وثمرته تظهر فى قوله أنت طالق مثل سمسمة) تقع واحدة بائنة عند أبى حنيفة وعند أبى يوسف وزفر رجعية اه (قوله أو عظم سمسمة) تقع بائنة عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند زفر رجعية اه (قوله أو كالجبل) بائنة عند أبى حنيفة وزفر رجعية عند أبى يوسف اه (قوله أو عظم الجبل) بائنة اتفاقا اه (فصل هذا كله عند عدم النية أما لو نوى الثلاث فى هذه الفصول صحت نيته لان الواقع بها بائن والبينونة متنوعة الى غليظة وخفيفة اه كمال (قوله ولو قال كالثلج الخ) قال الكمال هذا يقتضى ان أبا يوسف لا يقصر البينونة فى التشبيه على ذكر العظم بل يقع بدونه عند قصد الزيادة وكذا يبعد كل البعد أن يقع بائن عند أبى حنيفة لو قال أنت طالق كأعدل الطلاق وكأحسنه وكأسنه والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿فصل فى الطلاق قبل الدخول﴾ قال رحمه الله (طلق غير الموطوأة ثلاثا وقعن) وقال الحسن البصرى اذا قال أنت طالق ثلاثا وقعت واحدة واذا قال أوقعت عليك ثلاث تطليقات وقعن عليها لانها تبين بقوله أنت طالق لا الى عدة وقوله ثلاثا يصادفها وهى أجنبية فصار كما لو عطف بخلاف قوله أوقعت عليك ثلاث تطليقات ولنا أنه متى ذكر العدد كان الوقوع بالعدد على مامر بفروعه بخلاف العطف ولان الكل كلمة واحدة فلا يفصل بعضها عن بعض بخلاف العطف وهو مذهب ابن عباس وابن مسعود وابن عمرو على بن أبى طالب و زيد بن ثابت و جمهور التابعين وفقهاء الامصار قال رحمه الله (وان فرق بانت بواحدة) أى ان فرق الطلاق بانت بطلقة واحدة وذلك مثل أن يقول أنت طالق واحدة وواحدة وواحدة أو يقول أنت طالق طالق طالق أو يقول أنت طالق أنت طالق أنت طالق وقال مالك وأحمد تطلق ثلاثا اذا كان بعطف وهو قول ابن أبى ليلى و ربيعة وقول الشافعى رحمه الله فى القديم لان الواو للجمع المطلق بغير ترتيب والملفوظ بحرف الجمع كالملفوظ بلفظ الجمع ولهذا لو زوجه فضولى أختين فى عقدتين فقال أجزت نكاح هذه وهذه بطلا وكذا لو مات شخص وترك ثلاثة أعبد قيمتهم على السواء فقال ابنه أعتق أبى هذا وهذا وهذا حيث يكون الثلاث بينهم على السواء ولو لم يكن كالملفوظ به جملة لاختص به الأول كما اذا سكت بين الكلمات وكذا اذا قال لغير المدخول بها أنت طالق واحدة ونصفا أو واحدة وأخرى يقع ثنتان وكذا لو قال لها أنت طالق واحدة وعشرين تطلق ثلاثا لما قلنا ولنا أنها بانت بالأولى لا الى عدة فلا يقع ما بعدها بخلاف المجموع بلفظ الجمع فانها تقع جملة واحدة فان قيل ينبغى أن يتوقف صدر الكلام ليتحقق الجمع قلنا لو توقف لصار للقران والواو لا توجبه فان قيل لو لم يتوقف لصار للترتيب قلنا الواو لمطلق الجمع أى جمع كان ولا تنافى الا أن المحل لا يقبل هذا الجمع لعدم العدة وقوله واحدة ونصفها أو واحدة وعشرين ليس لهما عبارة أخصر منهما فكان فيهما ضرورة بخلاف ما نحن فيه فانه يمكن تثنيته أو جمعه وانما وقع ثنتان فى قوله واحدة وأخرى لعدم استعمال أخرى ابتداء واستقلالا وأما نكاح الاختين ومسئلة الوارث فلان آخر كلامه مغير لصدره فيتوقف على آخره كما يتوقف على الشرط والاستثناء وهذا لان نكاح المرأة متى صح أبطل نكاح أختها فكان مغيرا وكذا اقرار الوارث بالعتق للثانى والثالث مغير لصدره لانه لو سكت عن اقراره للاول كان له الثلث كله فاذا أقر لغيره معه شاركه فيه فنقص حقه فكان مغيرا قال رحمه الله (ولو ماتت بعد الايقاع قبل العدد لغا) أى اذا قال لها أنت طالق ثلاثا أو نحوه من العدد فماتت بعد قوله طالق قبل قوله ثلاثا ونحوه لم يقع شئ لان الواقع هو العدد على مامر فاذا ماتت قبل ذكره بطل المحل قبل الايقاع فلا يقع بدونه وهذه المسئلة تجانس ما قبلها من حيث فوات المحل عند الايقاع ولا فرق بين أن تبطل المحلية بالطلاق أو بالموت ولا يقال لو كان الواقع هو العدد لما وقع عليها عند اقتصاره على قوله أنت طالق ولم يذكر العدد ماتت بعده أو لم تمت لانا نقول تقدر الطلقة الواحدة عند عدم ذكرها اقتضاء وعند وجود ذكر العدد يقع المذكور فلا حاجة الى التقدير قال رحمه الله (ولو قال أنت طالق واحدة و واحدة أو قبل واحدة أو بعدها واحدة تقع واحدة) وهذا ظاهر فى العطف لانها بانت بالاولى لعدم العدة فلا يلحقها الثانية لعدم توقف صدر الكلام على آخره عند عدم المغير فصار كل واحد ايقاعا على حدة ولا ينتقض بما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا ان شئت فقالت شئت واحدة و واحدة و واحدة حيث يقع عليها ثلاث مع التفريق لانا نقول انما وقع عليها الثلاث ثمة لان تمام الشرط بآخر كلامها فما لم يتم الشرط لا ينزل الجزاء وأما قوله أنت طالق واحدة قبل واحدة أو بعدها واحدة فلأن الاصل أن القبلية والبعدية صفة للمذكور أولا ان لم يقرن بالكناية وان قرن بها يكون صفة للمذكور آخرا كقولك جاءنى زيد قبل عمرو يقتضى سبق زيد ولو قلت جاءنى زيد قبله عمرو اقتضى سبق عمرو فالقبلية فى قوله واحدة قبل واحدة صفة الاولى فوقعت قبل الثانية فلا تلحقها الثانية لما قلنا والبعدية فى قوله واحدة

﴿فصل فى الطلاق قبل الدخول﴾ (قوله فى المتن طلق غير الموطوءة ثلاثا وقعن) أى لانه ايقاع بمصدر محذوف تقديره طلاقا ثلاثا فيقعن جملة اه عينى رحمه الله (قوله مامر بفروعه) أى فى قوله أنت طالق واحدة أو لا اه (قوله بانت بطلقة واحدة) أى لانه ما لم يعلق الكلام بشرط أو يذكر فى آخره ما يغير صدره كان كل لفظ ايقاعا على حدة فيقع بالاول وتبين لا الى عدة فيصادفها الثانى وهى بائن فلا يقع قاله العينى رحمه الله (قوله فانه يمكن تثنيته أو جمعه) من هنا الى قوله فى باب المريض والمرأة فى جميع ماذكرنا كالرجل ساقط من نسخة المصنف التى بخط يده رحمه الله (قوله أو بعدها واحدة تقع واحدة) أى بائنة فى الصور الثلاث اه عينى (قوله كقولك جاءنى زيد قبل عمرو) أى أو جاءنى زيد بعده عمرو اه (قوله ولو قلت جاءنى زيد قبله عمرو) أى أو بعد عمرو اه

بعدها واحدة صفة الاخيرة فوقعت الاولى قبلها ضرورة فلا تلحقها الثانية لماذكرنا قال رحمه الله (وفي بعد واحدة أو قبلها واحدة أو مع واحدة أو معها ثنتان) يعني فيما اذا قال أنت طالق واحدة بعد واحدة أو قال واحدة قبلها واحدة أو قال واحدة مع واحدة أو معها واحدة يقع ثنتان أما في قوله واحدة بعد واحدة أو قبلها واحدة فلماذكرنا أن القبلية والبعدية صفة للمذكور أولا ان لم يقرن الظرف بالكناية وان قرنه بها يكون صفة للمذكور آخرا فالبعدية في قوله أنت طالق واحدة بعد واحدة صفة للاولى لعدم القران بالكناية فيستدعي تقدم الثانية وقوعا وليس في وسعه ذلك فيقترنان والقبلية في قوله قبلها واحدة صفة للاخيرة لقرن الظرف بالكناية فيقتضي تقدمها على الاولى ولا يقدر عليه فيقترنان لان الايقاع في الماضي ايقاع في الحال لاستحالة حقيقته كما اذا قال لها أنت طالق أمس يقع في الحال وأما في قوله مع واحدة أو معها واحدة فلان كلمة مع للقران فيتوقف على الثانية تحقيقا لمعناها وعن أبي يوسف في قوله معها واحدة تقع واحدة لان الكناية تقتضي سبق المكنى عنه وجودا قال رحمه الله (ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة وواحدة فدخلت تقع واحدة وان أخر الشرط فثنتان) يعني اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة و واحدة فدخلت تطلق طلقة واحدة ولو أخر الشرط بأن قال أنت طالق واحدة و واحدة ان دخلت الدار فدخلت يقع ثنتان وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يقع ثنتان فيهما لانه أوقعهما عند الشرط وحال وجود الشرط حالة واحدة فوقعا جملة ضرورة كما اذا أخر الشرط وهذا لان الواو لمطلق الجمع دون الترتيب فيقتضي الاجتماع في الوقوع ولان الجملة الثانية ناقصة فشاركت الاولى في التعلق بالشرط ولابي حنيفة أن المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط ولو نجزه حقيقة لم تقع الثانية فكذا اذا صار كالمنجز حكما بخلاف ما اذا أخر الشرط لان صدر الكلام توقف على آخره لوجود المغير في آخره فكان في حكم البيان ولا كذلك اذا تقدم الشرط لانه ليس في آخر كلامه ما يوجب التوقف من شرط وغيره فان قيل أليس انه لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة لا بل ثنتين فدخلت الدار طلقت ثلاثا ولو نجزه بهذا اللفظ لم يقع الا واحدة فدل على أن وقوعه مرتبا في المنجز لا يدل على وقوعه كذلك في المعلق قلنا قوله لا بل لاستدراك الغلط باقامة الثاني مقام الاول فصح ذلك في التعليق لبقاء المحل بعد ما تعلق الاول بالشرط فتتعلق الثانية بذلك الشرط بلا واسطة كأنه أعاد ذكر الشرط فاذا وجد الشرط نزلا جملة واحدة لان الشرط الواحد ينحل به أيمان كثيرة بخلاف ما اذا نجزه بقوله لا بل لانها بانت بالاولى لا الى عدة فلم يصح التكلم منه بالثنتين لعدم المحل وفي المدخول بها تقع الثانية في الوجوه كلها لقيام المحلية بعد وقوع الاولى ولو عطف بالفاء قال الكرخي والطحاوي انه على الخلاف الذي ذكرناه لانه للعطف كالواو وذكر أبو الليث أنه تقع واحدة عند الكل ان قدم الشرط وهو الاصح لان الفاء للتعقيب فصارت ككلمة ثم و بعد بخلاف الواو ولو عطف بثم وأخر الشرط فان كانت مدخولا بها يقع في الحال ثنتان وتتعلق الثالثة بالشرط وان كانت غير مدخول بها يقع في الحال واحدة و يلغو الباقي وان قدم الشرط تعلق الاول بالشرط ووقعت الثانية والثالثة ان كانت مدخولا بها وان لم تكن مدخولا بها تعلق الاول ووقع الثاني ولغا الثالث وهذا عند أبي حنيفة وعندهما تعلق الكل بالشرط قدم الشرط أو أخره الا أن عند وجود الشرط تطلق ثلاثا ان كانت مدخولا بها والا تطلق واحدة وهذا بناء على ان أثر التراخي يظهر في التعليق عنده فكأنه سكت بين كلمتين وعندهما يظهر في الوقوع عند وجود الشرط لا في التعليق والله أعلم بالصواب

باب الكنايات

قال رحمه الله (لا تطلق بها الا بنيته أو دلالة الحال) أي لا تطلق بالكنايات الا بأحد هذين الامرين لان ألفاظ الكنايات غير مختصة بالطلاق بل تحتمله وغيره فلا بد من المرجح وقال الشافعي رحمه الله لا اعتبار

(قوله أو معها ثنتان) أي في هذه الصور الاربع اه (قوله فلان كلمة مع للقران) أي اقترنت بالضمير أولا اه عيني (قوله وعندهما يقع ثنتان) قال الكمال رحمه الله وقولهما أرجح اه (قوله باقامة الثاني مقام الاول) أي ولا يمكن ذلك في الطلاق اه (قوله وفي المدخول بها تقع الثانية) أي في مسئلة المتن وهي قوله أنت طالق واحدة وواحدة لا في قوله أنت طالق واحدة لا بل ثنتين فانها اذا كانت مدخولا بها وقع عليها الثلاث اه (قوله ولو عطف بالفاء) أي بان قال ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة فواحدة اه (قوله قال الكرخي والطحاوي انه على الخلاف الذي ذكرناه) فعنده تبين بواحدة و يسقط ما بعدها وعندهما يقع الثلاث اه كمال (قوله ولو عطف بثم وأخر الشرط) أي بان قال أنت طالق واحدة ثم واحدة ثم واحدة ان دخلت الدار اه (قوله وان قدم الشرط) أي ان دخلت الدار فأنت طالق واحدة ثم واحدة ثم واحدة اه

باب الكنايات

لما ذكر أحكام الصريح شرع في بيان الكنايات وقدم الصريح اذ هو الاصل في الكلام لانه وضع للافهام فما كان أدخل وأظهر إفهاما كان أصلا بالنسبة لما وضع له وحين كان الصريح ما ظهر المراد منه لاشتهاره في المعنى كان الكناية ما خفي المراد به لتوارد الاحتمالات عليه اه فتح

(قوله فلا يصدق قضاء) أي وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيصدقه سبحانه اذا نوى خلاف مقتضى ظاهر الحال فقول المصنف لا يقع بها الطلاق الا بالنية أو بدلالة الحال يحمل على حكم القاضي بالوقوع أما في نفس الامر فلا يقع الا بالنية مطلقا ألا ترى ان أنت طالق اذا قال أردت عن وثاق لا يصدقه وفيما بينه وبين الله هي زوجته اذا كان نواه اهـ كمال (قوله فيكون المقتضى صريح الطلاق) قال الكمال رحمه الله ولا يخفى أن القول بالاقتضاء وثبوت الرجعة فيما اذا قاله بعد الدخول أما قبله فهو مجاز عن كوني طالقا باسم الحكم عن العلة لا المسبب عن السبب ليرد أن شرطه اختصاص المسبب بالسبب والعدة لا تختص بالطلاق لثبوتها في أم الولد اذا أعتقت ويجاب بان ثبوتها فيما ذكر لوجود سبب ثبوتها في الطلاق وهو الاستبراء لا بالاصالة وهو غير دافع سؤال عدم الاختصاص ﴿واعلم﴾ أنه كما يجب كونها مجازا عن كوني طالقا في غير المدخول بها يجب كون استبرئي كذلك في المدخول بها اذا كانت آيسة أو صغيرة وما في النوادر من أن وقوع الرجعي بها استحسان لحديث سودة أنه صلى الله عليه وسلم قال لها اعتدي ثم راجعها والقياس أن يقع البائن كسائر الكنايات بعيد بل ثبوت الرجعي بها قياس واستحسان لان علة البينونة في غير الثلاثة منتفية فيها فلا يتجه القياس أصلا نعم الاعتداد يقتضي فرقة بعد الدخول وهي أعم من رجعي وبائن لكن لا يوجب ذلك تعين البائن بل يتعين الاخف لعدم الدلالة على الزائد عليه اهـ والله أعلم (قوله لطلقها) أي في حال فراغ رحمها اهـ (قوله فلا يقع الطلاق بدون القرينة) ولا يخفى أيضا انها قبل الدخول مجاز عن كوني طالقا كاعتدي وكذا في الآيسة والصغيرة المدخول بها كما ذكرناه اهـ فتح (قوله أنت طالق طلقة واحدة) أي فاذا نواه فكأنه قاله يعني اذا نواه مع الوصف المذكور فكأنه قاله لظهور أن مجرد نية الطلاق لا يوجب الحكم اهـ كمال (قوله ويحتمل أن يكون نعتا) أي بالرفع اهـ قال الكمال فقد ظهر أن الطلاق في هذه الالفاظ الثلاثة مقتضى كما هو في اعتدي واستبرئي رحمك لانه يقع شرعا بها فهو ثابت اقتضاء (١) ومضمر في واحدة ولو كان مظهرا لا يقع الا واحدة فاذا كان مضمرا وانه أضعف منه أولى أن لا يقع الا واحدة وفي واحدة وان كان المصدر مذكورا بذكر صفته لكن التنصيص على الواحدة يمنع ارادة الثلاث لانها صفة للمصدر المحدود بالهاء فلا يتجاوز الواحدة اهـ

بالدلالة بل لا بد من النية لانه مختار في جميع أحواله ولا يبعد أن يضمر خلاف الظاهر ولسان الحال أقوى دلالة من النية لانها ظاهرة والنية باطنة ومن قال لغيره يا عفيف أو يا عتيق أو يا بريا من العيوب ونحوه يكون مدحا له في حال تعظيمه والثناء عليه كما قال حسان يمدح النبي عليه الصلاة والسلام

فما حملت من ناقة فوق رحلها * أبر وأوفى ذمة من محمد

وفي حال الشتم والغضب يكون ذما كما قال النجاشي يهجو قوما

قبيلته لا يغدرون بذمة * ولا يظلمون الناس حبة خردل

وكذلك في الافعال الحسية حتى لو أن رجلا سل سيفه وقصد انسانا والحال يدل على المزح واللعب لم يجز قتله ولا يعتبر احتمال الجد واظهار المزح للتمكن ولو دل الحال على الجد جاز قتله دفعا فكانت الحالة الظاهرة مغنية عن النية ومعينة للجهة ظاهرا فاذا قال لم أرد به الطلاق فقد أراد بطلان حكم الظاهر فلا يصدق قضاء كما اذا قال أنت طالق وقال نويت به الطلاق عن وثاق وعلى هذا أحكام جمة تتعلق بظاهر الحال فلا ينكرها الا مكابر كتعيين غالب نقد البلد عند اطلاق الثمن مع اختلاف النقود وصرف مطلق النية في الحج الى حجة الاسلام للضرورة بدلالة حالهما وأوضح منه أن الرجل اذا قال لغيره لي عليك ألف فقال نعم لزمه ولو قال أعتقت عبدك فقال نعم عتق لاقراره به دلالة قال رحمه الله (فتطلق واحدة رجعية في اعتدي واستبرئي رحمك وأنت واحدة) يعني لا يقع في هذه الثلاثة الا واحدة رجعية ولو نوى ثلاثا أو ثنتين كما في الصريح اذا لم يذكر المصدر أما الاول فلما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لسودة اعتدي ثم راجعها ولان حقيقتها أمر بالحساب فيحتمل أن يراد بها اعتداد نعم الله تعالى أو ما أنعم الله عليها أو ما أنعم عليها الزوج أو الاعتداد من النكاح فاذا نواه زال الابهام ووجب الطلاق بعد الدخول اقتضاء فيكون المقتضى صريح الطلاق كأنه قال لها طلقتك فاعتدي وهو رجعي ولا يقبل العدد وقبل الدخول جعل مستعارا عن الطلاق لانه سببه في الجملة وان لم يكن سببا له في هذه الحالة فاستعير الحكم لسببه فجاز ذلك وان لم يكن السبب علة لكونه مختصا به مثل قوله تعالى اني أراني أعصر خمرا أي عنبا فصار مجازا عن صريح الطلاق وهو يعقب الرجعة وأما الثاني فلانه صريح بما هو المقصود في الاعتداد وهو براءة الرحم فيكون بمنزلته غير أنه يحتمل الاستبراء ليطلقها أو بعد ما طلقها فلا يقع الطلاق بدون القرينة وأما الثالث فلانه يحتمل أن يكون نعتا لمصدر محذوف أي أنت طالق طلقة واحدة ويحتمل أن يكون نعتا للمرأة أي أنت واحدة عند قومك أو عندي أو لعدم نظيرها في الجمال والكمال أو في القبح فاذا زال الابهام بالنية أو بدلالة الحال كان الواقع به صريح الطلاق وهو يعقب الرجعة والنص على الواحدة ينافي العدد ولا معتبر باعراب الواحدة عند عامة المشايخ وقال بعضهم ان نصب الواحدة وقع وان لم ينو لانه نعت لمصدر محذوف وان

---

(١) قول المحشي ومضمر عطف على قوله مقتضى اهـ من هامش الاصل

(قوله بل يجوز أن يكون مصدرة مل آخر) وهذا الوجه يعم العوام والخواص ولان الخاصة لا تلتزم التكلم العرفي على صحة الاعراب بل تلك صناعتهم والعرف لغتهم فلذا ترى أهل العلم في مجاري كلامهم لا يقيمونه اه فتح (قوله لكونهما جميع جنس طلاقها)

رفع لا يقع شيء وان نوى لانه نعت للمرأة وان سكنها يحتاج الى النية لاحتمال الامرين والصحيح الاول لان العوام لا يفرقون بين وجوه الاعراب ولان الرفع لا ينافي الطلاق لانه يحتمل ان نفس المرأة جعلها طلاقا للمبالغة أي أنت طلقة واحدة كما يقال رجل عدل ولهذا انما يقع في قوله أنت الطلاق أو أنت طلاق والنصب لا يتعين أن يكون نعتا لمصدر الطلاق بل يجوز أن يكون مصدر فعل آخر كقوله أنت ضاربة ضربة واحدة ونحوه فصار الاحتمال موجودا في الكل فلا يتعين البعض مرادا مع الاحتمال الا بدليل قال رحمه الله (وفي غيرها بائنة وان نوى ثنتين وتصح نية الثلاث) أي في غير الثلاثة المذكورة تقع واحدة بائنة ان نوى واحدة أو ثنتين وان نوى ثلاثا فثلاث وقد ذكرنا مرارا أن نية العدد في الجنس لا تصح ونية الثنتين نية العدد فلا تصح الا أن تكون المرأة أمة فحينئذ يصح نية الثنتين في حقها لكونهما جميع جنس طلاقها كالثلاث في حق الحرة ولا تصح نية الثلاث في قوله اختاري لما نذكر من قريب ان شاء الله تعالى فبطل اطلاقه قال رحمه الله (وهي) أي غير الثلاثة الاول من الكنايات (بائن بتة بتلة حرام خلية برية حبلك على غاربك الحقي بأهلك وهبتك لاهلك سرحتك فارقتك أمرك بيدك اختاري أنت حرة تقنعي تخمري استتري اغربي اخرجي اذهبي قومي ابتغي الازواج) لان هذه الجملة تحتمل الطلاق وغيره فلا بد من التعيين ليتبين الحال أما البائن فلانه يحتمل وجوه البينونة عن وصلة النكاح وعن المعاصي وعن الخيرات أو بائن مني نسبا لان البينونة ضد الاتصال والاتصال متنوع والبت القطع فيحتمل الانقطاع عن النكاح أو عن الخيرات أو عن الاقارب وكذلك البتل لان معناه القطع قال الله تعالى وتبتل اليه تبتيلا أي انقطع الى الله تعالى ومنه سميت مريم بتولا لانقطاعها الى الله ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التبتل وهو الانقطاع عن النكاح فيحتمل ما يحتمله البت من الوجوه فلا يكون طلاقا مع الاحتمال الا بمعين له من نية أو دلالة حال والحرام هو الممنوع فيحتمل ما يحتمله البتة والخلية من الخلو فيحتمل الخلو عن الخيرات أو عن قيد النكاح والبرية مثله لانه من البراءة فيحتمل البراءة عن حسن الثناء أو عن قيد النكاح وحبلك على غاربك ينبئ عن التخلية لانهم كانوا اذا أرسلوا النوق يخلون حبلها أي مقودها على غاربها ويخلون سبيلها وهو كالخلية والغارب ما بين العنق والسنام أي اذهبي حيث شئت والحقي بأهلك لاني طلقتك أو سيري بسيرة أهلك أو لاني أذنت لك أن تلحقي بهم ووهبتك لاهلك أي عفوت عنك لاجل أهلك أو وهبتك لهم لاني طلقتك وسرحتك وفارقتك لانه يحتمل التسريح والمفارقة بالطلاق أو بغيره وقال الشافعي هما صريحان لا يحتاجان الى النية قلنا الصريح ما تعين استعماله في شيء وما لم يتعين لا يكون صريحا وهما لم يتعينا في النساء يقال سرحت ابلي وفارقت مالي وأصحابي وصار كسائر الكنايات وأمرك بيدك أي عملك بيدك اذ المراد بالامر العمل هنا قال الله تعالى وما أمر فرعون برشيد أي فعله فصار كأنه قال لها عملك بيدك ثم يحتمل انه أراد به الامر باليد في حق الطلاق فيكون تفويضا له اليها ويحتمل انه أراد به الامر باليد في حق تصرف آخر واختاري يحتمل أيضا أي اختاري نفسك بالفراق في النكاح أو اختاري نفسك في أمر آخر وفي هذين اللفظين لا تطلق حتى تطلق نفسها لانهما تفويضان وأنت حرة عن حقيقة الرق أو رق النكاح وتقنعي وتخمري واستتري لانك بنت مني بالطلاق وحرم علي نظرك أو لئلا ينظر اليك أجنبي واغربي أي ابعدي عني لاني طلقتك أو لزيارة أهلك ويروى اعزبي من العزوبة واخرجي واذهبي وقومي مثل اغربي وابتغي الازواج لاني قد طلقتك أو الازواج من النساء لانه لفظ مشترك بين الرجال والنساء وقوله في أول الباب لا تطلق بها أي

أي فيكون فردا حكما فتصح نيته اه رازي (قوله لما نذكر من قريب) أي في باب التفويض اه (قوله فبطل اطلاقه) أي اطلاق المصنف حيث قال وفي غيرها تصح نية الثلاث اه (قوله مقودها على غاربها) كيلا تتعقل به اذا كان مطروحا اه فتح (قوله ويخلون سبيلها الخ) شبه بهذه الهيئة الاطلاقية اطلاق المرأة عن قيد النكاح أو العمل أو التصرف من البيع والشراء والاجارة والاستئجار وصار كناية في الطلاق لتعدد صور الاطلاق اه كمال (قوله والحقي بأهلك) بوصل الهمزة اه فتح قال في المستصفى وهو من حد علم وفتح الالف وكسر الحاء خطأ اه وقال الاتقاني الحقي من اللحوق لا من الالحاق اه (قوله ووهبتك لاهلك) وفي وهبتك لاهلك اذا نوى يقع وان لم يقبلوها لانه يجب كون وهبتك لاهلك مجازا عن رددتك عليهم فيصير الى الحالة الاولى وهي البينونة فلا يحتاج الى قبولهم اياها في ثبوت البينونة اه فتح (قوله لا تطلق حتى تطلق نفسها) وانما هما كنايتان عن التفويض حتى لا يدخل الامر في يدها الا بالنية اه كمال (قوله واغربي) بالغين المعجمة والراء المهملة من الغربة اه فتح (قوله ويروى بالكنايات اعزبي) بالعين المهملة والزاي اه (قوله واذهبي) قال شمس الائمة في المبسوط لو قال اذهبي ونوى به الطلاق كان طلاقا موجبا للبينونة لانه لا يلزمها الذهاب الا بعد زوال الملك اه اتقاني

بالكنايات الابنية أو بدلالة حال أراد بدلالة الحال حال مذاكرة الطلاق أو حالة الغضب وأشار بإطلاقه أن الكنايات كلها يقع بها الطلاق بدلالة الحال وليس كذلك وانما يقع ببعضها دون بعض وجملة الامر أن الاحوال ثلاثة حالة مطلقة وهي حالة الرضا وحالة مذاكرة الطلاق وحالة الغضب والكنايات ثلاثة أقسام قسم منها يصلح جوابا ولا يصلح ردا ولا شتما وهي ثلاثة ألفاظ أمرك بيدك اختاري واعتدي ومرادفها وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا وهي خمسة ألفاظ خلية برية بتة بائن حرام ومرادفها وقسم يصلح جوابا وردا ولا يصلح سبا وشتيمة وهي خمسة ألفاظ اخرجي واذهبي اغربي قومي تقنعي ومرادفها ففي حالة الرضا لا يقع الطلاق بشيء منها الا بالنية للاحتمال والقول قوله مع يمينه في عدم النية وفي حال مذاكرة الطلاق وهي ان تسأله المرأة طلاقها أو يسأله أجنبي يقع في القضاء بكل لفظ لا يصلح للرد وهي القسم الاول والثاني ولا يصدق قوله في عدم النية لان الظاهر انه أراد به الجواب لان القسمين لا يصلحان للرد والقسم الثالث وان كان يصلح للشتم لكن الظاهر يخالفه لان السب غير مناسب في هذه الحالة فتعين الجواب ولا يقال وجب أن يصدق في غير الطلاق لانه غير حقيقة فيه أيضا لانا نقول انما يصدق في الحقيقة لما أنه يخطر بالبال وهنا لما ذكر فقد خطر بالبال فكلما كان أشد خطرا بالبال كان أولى ولهذا قلنا في هذه الحالة لا يقع بما يقصد به الرد وهو القسم الثالث لاحتمال الرد لخطرانه بالبال وفي حالة الغضب لا يقع بكل لفظ يصلح للسب والرد وهو القسم الثاني والثالث لانه يحتمل الرد والشتم ولا ينافيه حالة الغضب ويقع بكل لفظ لا يصلح لهما بل يصلح للجواب فقط وهو القسم الاول لظاهر حاله وعن أبي يوسف في قوله لا ملك لي عليك ولا سبيل لي عليك وخليت سبيلك وفارقتك انه لا يصدق لما فيها من معنى السب أي لا ملك لي عليك لانك أدون من أن تملكي ولا سبيل لي عليك لشرك وسوء خلقك وخليت سبيلك لهوانك علي وفارقتك اتقاء شرك ثم وقوع البائن بما سوى الثلاث الاول مذهبنا وقال الشافعي رحمه الله الكنايات كلها رواجع لكونها كنايات عن الطلاق ولهذا يشترط فيها نية الطلاق فيكون الواقع بها طلاقا حتى ينتقص به العدد وهو يعقب الرجعة ولنا أنه أتى بالابانة بلفظ صالح لها وهو من أهلها والمحل قابل لها والولاية ثابتة عليها فوجب أن يعمل ويتعجل أثرها كما لو كان بعوض أو قبل الدخول وهذا لان الابانة تصرف مشروع اذ هي رفع وصلة النكاح وهو مشروع وقد أمر الله تعالى به بقوله سرحوهن وبقوله أو فارقوهن ولان الحاجة ماسة الى اثبات البينونة في الحال كي ينسد عليه باب التدارك حتى لا يقع في مراجعتها فوجب أن يكون مشروعا دفعا للحاجة وكان القياس في الصريح أن يكون بائنا الا أن الرجعة فيه ثبتت نصا بخلافه فلا يلحق به ما ليس في معناه لانها أبلغ في الدلالة على المقصود وهي

(قوله وهي حالة الرضا) أي حالة ابتداء الزوج بالطلاق ليست بحالة مذاكرة الطلاق وليست بحال الغضب اه اتقاني (قوله والكنايات) أي مطلق الكنايات اه (قوله قسم منها تصلح جوابا) أي لطلبها الطلاق أي التطليق اه فتح (قوله ولا يصلح ردا) قال الاتقاني والقسم الثاني ما يصلح جوابا لا ردا وهو قوله أنت واحدة اعتدي واستبرئي رحمك أمرك بيدك واختاري وهذه الالفاظ لا تصلح الا لجواب سؤال الطلاق لانها لا تصلح للرد والتبعيد ولا للشتم اه (قوله وقسم يصلح جوابا وشتما ولا يصلح ردا) قال الاتقاني وهذه الالفاظ تصلح جوابا لسؤال الطلاق على معنى أنت خلية لاني طلقتك وكذا الباقي ويحتمل الشتيمة على معنى أنت خلية عن الخير خليعة العذار لا حياء لك برية عن الطاعات والمحامد أو عن الاسلام بائن بتة عن كل رشد أو بائن عن الدين بتة عن الاخلاق الحسنة حرام الصحبة والعشرة ويقال حرام مكروه مستخبث قبيح اه (قوله وقسم يصلح جوابا وردا) أي رد الكلام المرأة عند سؤالها الطلاق اه ومعنى الرد في هذه أي اشتغلي بالتقنع الذي هو أهم لك من القناع وكذا أخواه ويجوز فيه بخصوصه كونه من القناعة اه فتح (قوله وهي خمسة ألفاظ) قال الاتقاني وهو سبعة ألفاظ ذكرها الصدر الشهيد في الجامع الصغير اخرجي اذهبي قومي اغربي تقنعي استبرئي تخمري وذكر في شرح أبي نصر تزوجي أيضا وهو في معنى ابتغي الازواج وألحق في شرح الطحاوي بهذا القسم الحقي بأهلك حبلك على غاربك لا سبيل لي عليك لا نكاح بيني وبينك لا ملك لي عليك وهذه الالفاظ كما تصلح جوابا للطلاق أي اخرجي واذهبي لاني طلقتك تصلح للرد وتبعيد

المرأة عن نفسه وكذا الالفاظ الباقية وقوله تزوجي كونه جوابا ظاهر وكونه ردا الكلامها بحسب التهديد وكذا لا نكاح بيني وبينك اه (قوله ومرادفها) أي نحو تخمري استبرئي اه كافي (قوله للاحتمال) أي وعدم دلالة الحال اه اتقاني (قوله والقول قوله مع يمينه في عدم النية) أي اذا قال لم أرد الطلاق لانه لا ظاهر يكذبه اه فتح (قوله لان الظاهر أنه اراد به الجواب) فيقع الطلاق بدلالة الحال وان لم ينو اه (قوله لا يقع بما يقصد به الرد الخ) وهو القسم الثالث أي ويصدق في انه لم ينو الطلاق لانه لما احتمل الوجهين ثبت الرد وهو الادنى لكونه متيقنا ولم يتعين الجواب بالشك اه اتقاني (قوله ويقع بكل لفظ الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي اذا قال لها اعتدي سئل عن نيته فان لم ينو الطلاق فهي امرأته بعد أن يحلف وكذا كل شيء مما ذكرت اذا قال لم أنو به الطلاق فعليه اليمين وان نوى باعتدي الطلاق فهي واحدة يملك الرجعة وان نوى ثلاثا فهي واحدة رجعية الى هنا لفظ الحاكم اه اتقاني رحمه الله

البينونة ولا نسلم انها كنايات عن الطلاق لانها تعمل على نفسها لا على المكنى عنه وتسميتها كنايات مجاز وانما احتيج فيها الى النية لان البينونة مشتركة بين الحسية والمعنوية فاذا تعينت المعنوية فهي أيضا متنوعة بين الخفيفة والغليظة فاشترطت النية لتعيين احدى البينونتين لا لتعيين المكنى عنه وهو الطلاق فيعمل بموجباتها وعند عدم النية لا يقع للاحتمال وعند وجودها يقع الاقل مالم ينو الاكثر للتيقن به وانتقاص العدد ضرورة ثبوت الطلاق بناء على زوال وصلة النكاح قال رحمه الله (ولو قال اعتدى ثلاثا ونوى بالاول طلاقا وبما بقي حيضا صدق وان لم ينو بما بقي شيأ فهي ثلاث) يعني اذا قال لامرأته اعتدى اعتدى اعتدى ثلاث مرات وقال نويت بالاولى طلاقا وبالباقي حيضا صدق قضاء لانه نوى حقيقة كلامه ولان الانسان يأمر امرأته بالاعتداد عادة بعد الطلاق فكان الظاهر شاهدا له وان قال لم أنو بالباقي شيأ فهي ثلاث لانه لما نوى بالاولى الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين الباقيتان للطلاق بهذه الدلالة فلا يصدق في نفي النية بخلاف ما اذا قال لم أنو بالكل شيأ حيث لا يقع شئ لانه لا ظاهر يكذبه وبخلاف ما اذا قال نويت بالثالثة الطلاق دون الاوليين حيث لا يقع الا واحدة لان الحال عند الاوليين لم يكن حال مذاكرة الطلاق وعلى هذا اذا نوى بالثانية الطلاق دون الاولى والثالثة يقع ثنتان لانه لما نوى عند الثانية صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعينت الثالثة له وجملة الامر أن هذه المسئلة على اثنى عشر وجها أحدها أن يقول لم أنو بالكل شيأ فلا يقع شئ وثانيها أن يقول نويت الطلاق بالاولى لا غير أو قال نويت به بالاولى والثانية ولم أنو بالثالثة شيأ أو قال نويت بالاولى والثالثة الطلاق ولم أنو بالثانية شيأ أو قال نويت بكلها الطلاق ففي هذه الوجوه تطلق ثلاثا وسادسها أن يقول نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين الحيض يدين قضاء فتقع واحدة وسابعها أن يقول نويت بالاولى والثانية الطلاق وبالثالثة الحيض فهو كما قال يقع ثنتان وثامنها وتاسعها أن يقول نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بالثانية شيأ أو نويت بالثالثة الحيض أو يقول نويت بالاولى الطلاق وبالثانية الحيض ولم أنو بالثالثة شيأ يقع فيهما ثنتان وعاشرها أن يقول لم أنو بالاولى والثانية شيأ ونويت بالثالثة الطلاق يقع واحدة والحادي عشر أن يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثانية طلاقا وبالثالثة حيضا يقع واحدة والثاني عشر أن يقول لم أنو بالاولى شيأ ونويت بالثالثة الطلاق ولم أنو بالثانية شيأ فهي ثنتان والاصل فيه أنه ان لم ينو بشئ منها لم يقع شئ وان نوى بواحدة منها الطلاق ينظر فان نوى بما بعدها الحيض صدق قضاء والا وقع بها الطلاق نوى به الطلاق أو لم ينو لانه لما نوى عند واحدة منها الطلاق صار الحال حال مذاكرة الطلاق فتعين للطلاق ولو قال نويت بهن طلقة واحدة فهو كما قال ديانة لانه يحتمله لا قضاء لانه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي كما اذا قال أنت طالق طالق طالق وقال انما أردت به التكرار صدق ديانة لا قضاء فان القاضي مأمور باتباع الظاهر والله يتولى السرائر والمرأة كالقاضي لا يحل لها أن تمكنه اذا سمعت منه ذلك أو علمت به لانها لا تعلم الا الظاهر وكل موضع كان القول فيه قوله انما يصدق مع اليمين لانه أمين في الاخبار عما في ضميره والقول قول الامين مع يمينه قال رحمه الله (وتطلق بلست لي بامرأة أو لست لك بزوج ان نوى طلاقا) يعني تطلق امرأته بقوله لها لست أنت امرأتي أو قال لست أنا زوجك اذا نوى به طلاقا وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا تطلق لانه نفي النكاح فلا يكون طلاقا بل يكون كذبا فصار كما لو قال لم أتزوجك أو قال والله ما أنت لي بامرأة أو قيل له هل لك امرأة فقال لا ولو نوى به الطلاق وله أن هذه الالفاظ تصلح انكارا للنكاح وتصلح أن تكون انشاء للطلاق ألا ترى أنه يجوز أن يقول لست لي بامرأة لاني طلقتك كما يجوز أن يقول لست لي بامرأة لاني ما تزوجتك فاذا نوى الطلاق فقد نوى محتمل كلامه فيصح كما لو قال لا نكاح بيني وبينك ومسئلة الحلف ممنوعة ولئن سلم فنقول بدلالة اليمين علم أنه أراد به النفي في الماضي لا في الحال لان الحلف انما يستقيم في شئ يدخل فيه الشك وذلك يستقيم في الاخبار لا في الانشاء وقوله لم أتزوجك جحود للنكاح فلا يحتمل الانشاء وقوله لا عند السؤال ألك امرأة علم بدلالة السؤال

(قوله لانها تعمل عمل نفسها الخ) الا في الالفاظ الثلاثة المتقدمة فانها كنايات على سبيل الحقيقة اه (قوله بناء على زوال وصلة النكاح) أي لانه يلزم من زوال وصلة النكاح وقوع الطلاق اه (قوله لانه نوى حقيقة كلامه) أي باللفظة الثانية والثالثة ونوى محتمل كلامه بالاولى اه اتقاني (قوله فلا يصدق في نفي النية) أي ولو قال نويت بالاولى الطلاق ولم أنو بالباقيتين طلاقا ولا حيضا لا يصدق في نفي النية اه (قوله ولو قال نويت الخ) وهذه صورة زائدة على الصور الاثنى عشرة المتقدمة الا أنه انما أفردها لانه لا يصدق في هذه قضاء بخلاف تلك اه (قوله في المتن أو لست لك بزوج) وفي فتاوى صاحب النافع اذا قالت لزوجها لست لي بزوج فقال صدقت ينوي طلاقها يقع عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف اذا قال لست أو ما أنت امرأتي أو لست أو ما أنا زوجك عنده يقع بالنية وألغياه اه فتح (قوله أو قيل له هل لك امرأة فقال لا) هذا الفرع نقله قاضيخان وقد نقلت عبارته على شرح المجمع عند قوله ولو قال لست امرأتي فلينظر هنالك اه (قوله ونوى به الطلاق) أي لا يقع كذا هنا اه فتح

أنه أراد به النفي في الماضي وعلى هذا الخلاف لو قال ما أنت بامرأة لي أو قال ما أنا زوج لك قال رحمه الله (والصريح يلحق الصريح والبائن) وقال الشافعي رحمه الله الصريح لا يلحق البائن حتى لو قال لها أنت بائن أو خالعها على مال ثم قال أنت طالق وقع عندنا وعنده لا يقع بعد الخلع لان الطلاق شرع لازالة ملك النكاح وقد زال بالخلع أو الطلاق على مال فلم يصادف محله وصار كما اذا طلقها بعد انقضاء العدة ولنا قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به يعني الخلع ثم قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والفاء للتعقيب مع الوصل فيكون هذا نصا على وقوع الثالثة بعد الخلع مرتين وقال عليه الصلاة والسلام المختلعة يلحقها صريح الطلاق ما دامت في العدة ولان القيد الحكمي باق لبقاء أحكام النكاح وانما فات الاستمتاع وذلك لا يمنع التصرف في المحل كفواته بالحيض وغيره قال رحمه الله (والبائن يلحق الصريح لا البائن الا اذا كان معلقا بان قال ان دخلت الدار فأنت بائن ثم قال أنت بائن) ثم دخلت الدار وهي في العدة فتطلق أما كون البائن يلحق الصريح فظاهر لان القيد الحكمي باق من كل وجه لبقاء الاستمتاع وأما عدم لحوق البائن البائن فلانه أمكن جعله خبرا عن الاول وهو صادق فيه فلا حاجة الى جعله انشاء لانه اقتضاء ضروري حتى لو قال عنيت به البينونة الغليظة ينبغي أن يعتبر وتثبت به الحرمة الغليظة لانها ليست بثابتة في المحل فلا يمكن جعله اخبارا عن ثابت فيجعل انشاء ضرورة ولهذا لو كان معلقا بان قال لها ان دخلت الدار فأنت بائن ثم قال لها أنت بائن ثم دخلت الدار يقع المعلق لانه لا يمكن جعله خبرا لصحة التعليق قبله وعند وجود الشرط هي محل للطلاق فيقع وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط وجوابه ما بينا والله سبحانه أعلم

﴿باب تفويض الطلاق﴾

قال رحمه الله (ولو قال لها اختاري ينوي به الطلاق فاختارت في مجلسها بانت بواحدة) لان المخيرة لها

(قوله وعنده لا يقع بعد الخلع) أي ولو قال بائن لم يقع اتفاقا اه فتح (قوله في المتن والبائن يلحق الصريح الخ) المراد بالبائن الذي لا يلحق البائن ما كان بلفظ الكناية أما لو طلقها ثلاثا وقع قال في التهذيب حتى ان المعتدة البائنة لا يلحقها شيء من الكنايات عندنا الا ما يقع به الرجعي وفي الذخيرة اذا قال للمبانة أنت بائن لا يصلح لعدم مصادفته محله لان محل الابانة من قام به الاتصال لان الابانة لقطع الوصلة وقد انقطعت بالابانة السابقة ولو قال للمبانة أنت طالق بائن يلغو قوله بائن لعدم تأثيره ويبقى قوله أنت طالق فيقع ولو قال أبنتك بتطليقة يلغو أبنتك لما تقدم ويبقى قوله بتطليقة فلا يقع اه ق قوله المراد بالبائن الذي لا يلحق البائن أي فلو قال لزوجته أنت بائن ثم قال لها وهي في العدة أنت بائن لا تطلق ثلاثا الا اذا أراد بقوله ثانيا أنت بائن البينونة الغليظة فحينئذ تطلق ثلاثا ولا تحل له حتى تنكح زوجا غيره اه ﴿فرع﴾ ذكر صاحب الفوائد أن الثلاث هل تلحق البائن ذكر عن بعض المعاصرين أنه رجح الوقوع لانه صريح قال وتتبعت المسئلة فلم أجدها منقولة ثم نقل عن فتاوى قاضيخان ما يقتضي صحة الجواب وهو ظاهر فانه لا يمكن جعله اخبارا عن الاول اه شرح وهبانية قال في القنية في باب الخلع ما نصه في خلاصة العزى خالعها بمال ثم خالعها في العدة لم يصح وان طلقها بمال بعد الخلع وقع الطلاق ولا يجب المال والخلع والطلاق بمال بعد الطلاق الرجعي يصح ويجب المال فان اختلعت بمال ثم أقامت بينة أنه كان طلقها قبله بائنا استردت المال اه

﴿باب تفويض الطلاق﴾

لما فرغ من بيان مباشرة الانسان الطلاق بنفسه شرع في بيانه بغيره لان الاصل أن يتصرف الانسان بنفسه وقدم فصل الاختيار على فصل الامر باليد والمشيئة لان ذلك مؤيد باجماع الصحابة رضي الله عنهم اه اتقاني وقال الكمال لما فرغ من بيان الطلاق بولاية المطلق نفسه شرع في بيانه بولاية مستفادة من غيره وتحت هذا الصنف ثلاثة أصناف التفويض بلفظ التخيير وبلفظ الامر باليد وبلفظ المشيئة اه

(قوله في المتن لو قال لها اختاري ينوي به الطلاق) يعني ينوي تخييرها فيه أو قال لها طلقي نفسك فلها أن تطلق نفسها اه فتح قال بعضهم في شرحه اذا قال اختاري فقالت اخترت نفسي يشترط نية الطلاق أما اذا قال اختاري نفسك فقالت اخترت يقع الطلاق بدون النية وذلك خلاف الرواية والتحقيق أما الاول فلان شمس الائمة السرخسي اشترط النية في الموضعين في المبسوط وكذا صرح العتابي في شرح الجامع الصغير باشتراط النية فيهما وأما الثاني فلان قوله اختاري ليس بصريح في الطلاق وما ليس بصريح فيه فكيف لا يشترط النية فيه اه اتقاني (قوله فاختارت في مجلسها) قال الاتقاني اعلم أن القياس أن لا يقع الطلاق اذا اختارت نفسها وان نوى الزوج ذلك لان الزوج لا يملك ايقاع الطلاق بهذا اللفظ بنفسه فكان ينبغي أن لا يملك التفويض الى غيره ولهذا لو قال اخترتك من نفسي أو اخترت نفسي منك لا يقع الطلاق ولكنا تركنا القياس بما روى محمد بن الحسن رحمه الله في الاصل وقال بلغنا عن عمر وعثمان وعلي وابن مسعود وجابر رضي الله عنهم في الرجل يخير امرأته أن لها الخيار ما دامت في مجلسها ذلك فاذا قامت من مجلسها فلا خيار لها وقد صح في صحيح البخاري والسنن وغيرهما مسندا الى مسروق عن عائشة رضي الله تعالى عنها قالت خيرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم فاخترنا الله ورسوله فلو كان التخيير لا يقع به الفرقة لم يكن له معنى اه (قوله لان المخيرة لها

مجلس العلم) قال الشارح عند قوله فيما سيأتي ولو مكثت بعد التفويض ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها لانه يتوقف على ماوراء مجلس الزوج اه (قوله كما في سائر التمليكات) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا خير الرجل امرأته فلها الخيار في ذلك المجلس وان تطاول يوما أو أكثر اه اتقاني قوله وان تطاول يوما أو أكثر قال الكمال وان طال يوما أو أكثر مالم يتبدل بالاعمال اه (قوله ولابد من النية فيه) أما اذا خيرها بعد مذاكرة الطلاق فاختارت نفسها ثم قال لم أنو الطلاق لا يصدق في القضاء وكذا اذا كانا في غضب واذا لم يصدق في القضاء لا يسوغ للمرأة أن تقيم معه الا بنكاح مستقبل اه كمال قال في الشامل فان خيرها ثم قال ما أردت الطلاق يقبل قوله مع عينه لانه ليس بصريح وقال في الشامل أيضا خيرها فأكلت طعاما أو امتشطت أو نام بها الزوج بيده يبطل خيارها ولو لبست ثوبا أو شربت الماء (٢٣٠) لا يبطل خيارها اه (قوله والواقع به بائن) أي لانه ينبئ عن الاستخلاص والصفاء عن ذلك الملك وهو بالبينونة والا لم يحصل فائدة التخيير اذا كان له أن يراجعها شاءت أو أبت اه فتح (قوله وبخلاف الامر باليد) أي حيث تصح نية الثلاث فيه أيضا اه (قوله وبقي ماوراءه على الاصل) أي وعند مالك يقع ثلاث بلا نية وعند الشافعي يقع ثلاث اذا كان بالنية اه عيني (قوله أو أخذ في عمل آخر غيره) أي لان المجلس قد يكون مجلس المناظرة ثم ينقلب فيكون مجلس الاكل اذا اشتغلوا به فيكون مجلس القتال اذا اقتتلوا اه اتقاني (قوله في المتن وذكر النفس أو الاختيارة) قال في الهداية ولابد من ذكر النفس في كلامه أو كلامها قال الكمال يعني أو ما يقوم مقامه كالاختيارة والتطليقة وكذا اذا قالت اخترت أبي أو أمي أو الازواج أو أهلي بعد قوله اختاري يقع لانه مفسر في الازواج ظاهر وكذا أهلي لان السكون خرج عندهم وهو المعروف من اخترت أهلي انما يكون للبينونة وعدم الوصلة مع الزوج ولذا تطلق بقول الزوج الحقي بأهلك بخلاف قولها اخترت قومي أو ذا رحم محرم لا يقع وينبغي أن يحمل على ما اذا كان لها أب أو أم أما اذا لم يكن ولها أخ ينبغي أن يقع لانها تكون عنده عادة عند البينونة اذا عدمت الوالدين (قوله لانه انما عرف كونه طلاقا باجماع الصحابة) قال الكمال فان قيل اجماع الصحابة على المفسر بذكر النفس فينبغي أنه لا يجوز بقولها اخترت اختيارة أو أهلي أو نحوه فان هذه لم يجمع عليها قلنا ما عرف من اجماع الصحابة اعتبار مفسر لفظا من جانب فيقتصر عليه فينتفي غير المفسر وأما خصوص لفظ المفسر فمعلوم الالغاء واعتبار المفسر أعم منه حتى بقرينة غير لفظية توجب ما ذكرنا من الوقوع بلا لفظ صالح اه (قوله باختيارها نفسها مرارا) يعني بان تختار نفسها كلما فوض اليها (قوله أو تكرار قوله اختاري الخ) وفي الشامل قال لها اختاري ثم أبانها فقالت اخترت نفسي لا يقع لان المبانة لا تبان اه عيني

مجلس العلم باجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولانه تمليك الفعل منها والتمليكات تقتضي الخيار في المجلس كما في سائر التمليكات فان قيل كيف يعتبر تمليكا مع بقاء ملكه والشيء يستحيل أن يملكه شخصان كل واحد منهما كله قلنا هذا تمليك الايقاع لا تمليك العين فلا يستحيل وانما ذلك في العين ولابد من النية فيه لانه من الكنايات على ما تقدم وهذا لانه يحتمل انه خيرها في النفقة أو الكسوة أو الدار للسكنى ويحتمل أنه خيرها في نفسها فلا يتعين الا بالنية والواقع به بائن لان اختيارها نفسها به يتحقق لثبوت اختصاصها بنفسها في البائن دون الرجعي قال رحمه الله (ولم تصح نية الثلاث) لان الاختيار ينبئ عن الخلوص وهو غير متنوع بخلاف البينونة لانه متنوع الى غليظة وخفيفة فأيهما نوى صح وبخلاف الامر باليد لانه ينبئ عن التمليك وضعا بصيغة العموم كقوله تعالى والامر يومئذ لله وقال تعالى قل ان الامر كله لله وهو مصدر والمصدر جنس يحتمل العموم والخصوص فاذا نوى الثلاث فقد نوى تمليك جميع ما يملك وهو محتمل لفظه فيجوز وأما قوله اختاري فليس بتمليك وضعا وانما جعل تمليكا على خلاف القياس لاجماع الصحابة لكونه لا ينبئ عن الايقاع ولا عن التفويض والاجماع منعقد على الواحدة وبقي ماوراءه على الاصل قال رحمه الله (فان قامت أو أخذت في عمل آخر بطل خيارها) لانه تمليك فيبطل بما يدل على الاعراض من قيام أو أخذ في عمل آخر غيره كسائر التمليكات بخلاف الصرف والسلم لان المبطل هنالك الافتراق لا عن قبض دون الاعراض قال رحمه الله (وذكر النفس أو الاختيارة في أحد كلاميهما شرط) لانه انما عرف كونه طلاقا باجماع الصحابة وهو في المفسرة من أحد الجانبين وهذا لان قولها اخترت مبهم فلا يصلح تفسيرا للمبهم ويشترط ذكر النفس متصلا وان انفصل فان كان في المجلس صح والا فلا وذكر الاختيارة كذكر النفس لانها تنبئ عن الاتحاد واختيارها نفسها هو الذي يتحد تارة ويتعدد أخرى بأن قال لها اختاري نفسك بما شئت أو بثلاث تطليقات وهذا لان التعدد من لوازم الطلاق وذلك باختيارها نفسها مرارا دون اختيارها زوجها وكذا ذكر التطليقة أو تكرار قوله اختاري يقوم مقام ذكر النفس وكذا قولها أختار أبي أو أمي أو أهلي أو الازواج يغني عن ذكر النفس بخلاف قولها اخترت أختي أو عمي وان قالت اخترت نفسي وزوجي فالعبرة للسابق ولو قالت أو زوجي يبطل ولو قال لها اختاري فقال اخترت لم يقع لعدم التفسير من الجانبين وهو شرط من أحدهما بخلاف ما اذا قالت اخترت نفسي أو قال هو اختاري نفسك فقالت هي اخترت حيث يقع لان كلامها مفسر وما نواه الزوج من محتملات كلامه أو كلامه مفسر وكلامها

(قوله فيكون المذكور في كلامه كالمعاد في كلامها) أي فكأنها قالت اخترت نفسي اهـ كافي (قوله فقالت أنا أختار نفسي) المقصود أنها ذكرت بلفظ المضارع كأختار نفسي سواء ذكرت أنا أو لا اهـ كمال (قوله فقالت أنا أطلق نفسي) أي لا يقع الطلاق قياسا واستحسانا اهـ اتقاني وكذا لو قال لعبده أعتق رقبتك فقال أنا أعتق لا يعتق اهـ فتح (قوله ولان هذه الصيغة) أي صيغة المضارع اهـ (قوله بخلاف قولها أنا أطلق) قال الكمال رحمه الله تعالى بخلاف قولها أطلق نفسي

لا يمكن جعله اختيارا عن طلاق قائم

خرج جوابا له فيكون المذكور في كلامه كالمعاد في كلامها قال رحمه الله (ولو قال لها اختاري فقالت أنا أختار نفسي أو اخترت نفسي تطلق) أما قولها اخترت نفسي فقد ذكرناه وأما قولها أنا أختار نفسي فالقياس أن لا يقع شئ لان كلامها مجرد وعد أو يحتمله لكونه مشتركا بين الحال والاستقبال فلا يقع بالشك فصار كما اذا قال لها طلقي نفسك فقالت أنا أطلق نفسي وجه الاستحسان ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال لعائشة حين نزلت آية التخيير اني مخبرك بشئ فلا تجيبيني حتى تستأمري أبويك ثم أخبرها بالآية فقالت أفي هذا أستأمر أبوي بل أختار الله ورسوله والدار الآخرة فجعله عليه الصلاة والسلام جوابا منها ولان هذه الصيغة غلب استعمالها في الحال كما في كلمة الشهادة وأداء الشاهد الشهادة يقال فلان يختار كذا يريدون به تحقيقه فيكون حكاية عن اختيارها في القلب بخلاف قولها أنا أطلق نفسي لانه لا يمكن أن يجعل حكاية عن تطليقها في تلك الحالة لعدم تصوره لان الطلاق فعل اللسان فلا يمكنها أن تنطق به مع نطقها بهذا الخبر بخلاف الاختيار لانه فعل القلب فلا يستحيل اجتماعهما كما في كلمة الشهادة لما كانت حكاية عن التصديق بالقلب لم يستحيل اجتماعهما فجعلت إخبارا عما في ضميره ألا ترى أنه يقال أملك كذا وكذا من المال لما لم يستحيل ذلك قال رحمه الله (ولو قال اختاري اختاري اختاري فقالت اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة أو اختيارة وقع الثلاث بلا نية) ولذا لا يحتاج فيه الى ذكر النفس لان في لفظه ما يدل على ارادة الطلاق لان الاختيار في حق الطلاق هو الذي يتكرر فتعين له بخلاف قوله اعتدي اعتدي اعتدي حيث لم يقع به شئ بلا نية والفرق أنه يحتمل اعتداد نعم الله تعالى وهي لا تحصى فلا يتعين للطلاق واختيارها الزوج لا يتعدد وكذا الاختيار في عمل آخر فتعين للمتعدد وهو الطلاق هذا رواية الجامع الصغير وفي رواية الزيادات تشترط النية وان كرر قوله اختاري وفي الجامع الكبير قال اختاري اختاري اختاري بألف ينوي الطلاق فقد اشترط النية مع ذكر المال والتكرار مع أن ذكر المال يرجح جانب الطلاق أيضا وفي الكافي قيل لا بد من ذكر النفس وإنما حذف لشهرته لان غرض محمد رحمه الله التفريع دون بيان صحة الجواب وعلى هذا ينبغي أن تكون النية حذفت لهذا المعنى أيضا الا أنها ليست بشرط بدليل ما ذكرنا من رواية الجامع والزيادات وفي البدائع ما يدل عليه فانه قال لو قال لها اختاري اختاري اختاري فاختارت نفسها فقال نويت بالاولى الطلاق وبالباقيتين التأكيد لم يصدق قضاء لانه لما نوى بالاولى الطلاق كان الحال حال مذاكرة الطلاق فكان طلاقا ظاهرا ومثله في المحيط وهذا يدل على اشتراط النية بل يصرح به ثم وقوع الثلاث بقولها اخترت الاولى أو الوسطى أو الاخيرة قول أبي حنيفة وعندهما تطلق واحدة لان هذا اللفظ يفيد الافراد والترتيب لان الاولى اسم لفرد سابق والوسطى اسم لفرد بين شيئين متساويين والاخيرة اسم لفرد لاحق والترتيب باطل لاستحالته في المجتمع في ملك وإنما الترتيب في أفعال الاعيان كما يقال جاء هذا أولا ونحوه لا في ذاتها فيعتبر فيما يفيد وهو الافراد فصار كأنها قالت اخترت الطلقة التي صارت إلي بالكلمة الاولى وهي الواحدة وله أن هذا الكلام للترتيب والافراد من ضروراته فاذا بطل في حق الاصل بطل في حق التبع وهذا لان قولها الاولى ونحوها نعت والنعت ينصرف الى المذكور والاختيار هو المذكور في قوله اختاري دون غيره ولو قالت اخترت

لانه إنما يقوم باللسان فلو جاز قام به الامران في زمن واحد وهو محال وهذا بناء على أن الايقاع لا يكون بنفس أطلق لانه لا تعارف فيه وقد قدمنا أنه لو تعورف جاز ومقتضاه أن يقع به هنا ان تعورف لانه إنشاء لا اخبار اهـ (قوله فجعلت اخبارا عما في ضميره) أي ولان العادة لم تجر في أنا أطلق بإرادة الحال اهـ كافي (قوله حذفت لهذا المعنى أيضا) وهذا ليس بشئ لان صريح اللفظ يخالفه اهـ ق (قوله وهذا يدل على اشتراط النية الخ) قال الاتقاني رحمه الله بعد أن نظر في قول صاحب الهداية وإنما لا يحتاج الى النية الخ والظاهر أن النية شرط لان الاختيار ليس من ألفاظ الصريح والتكرار لا يدل على الطلاق لانه قد يكون للتأكيد ولهذا شرط النية في الجامع الكبير مصرحا وأبو المعين النسفي وغيره صرحوا باشتراط النية في شروح الجامع الكبير مع وجود تكرار الاختيار اهـ (قوله فيعتبر) أي هذا اللفظ اهـ (قوله وهو الافراد) أي فيما لا يفيد وهو الترتيب اهـ (قوله فاذا بطل في حق الاصل) أي وإنما جعل الترتيب أصلا لانه هو المقصود من ذكر الكلام لا بيان الافراد اهـ اتقاني (قوله بطل في حق التبع) أي فيبقى قولها اخترت فيقع الثلاث اهـ اتقاني فان قيل ينبغي أن لا يقع شئ لانه لما لغا ذكر الترتيب بقي قولها اخترت وبهذا اللفظ لا يقع الطلاق ما لم تقل اخترت نفسي قلنا هذا اذا لم يكن في لفظ الزوج ما يدل على تخصيص الطلاق وهنا في لفظه ما يدل على ذلك وهو قوله اختاري ثلاث مرات اهـ كافي (قوله ولو قالت اخترت) أي لو قالت في جواب قوله اختاري

أواخترت اختيارة أو مرة أو بمرة أو دفعة أو بدفعة أو بواحدة أو اختيارة واحدة يقع ثلاثا في قولهم جميعا ولافرق بين أن يذكر الاخيرتين بالعطف من واو أو فاء أو ثم أو لم يذكر ولو كان التخيير بمال والمسئلة بحالها وقع الثلاث عند أبي حنيفة ولزمها المال كله سواء كان التخيير بعطف أولا لانه لما لغا الوصف عنده لم يختلف الجواب وعندهما ان كان بعطف لم يقع شئ الا اذا أوقعت الثلاث لان الكل تعلق بالمال فلو وقع كما أوقعته لوقع بثلث المال المشترط وهو لم يرض بالبينونة الا بالكل وان كان بغير عطف تعلقت الاخيرة بالمال كالشرط والاستثناء ثم ان اختارت الاخيرة وقع بالمال وان اختارت غيرها وقع بغير مال وهذا ظاهر ولو قالت اخترت أو اخترت اختيارة ونحوها وقع الثلاث اجماعا ولزم المال كله قال رحمه الله (ولو قالت طلقت نفسي أو اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) لان العامل فيه تخيير الزوج دون ايقاعها هكذا ذكره في المبسوط والجامع والزيادات والاوضح وشروح الجامع الصغير وجوامع الفقه وماذكره في الهداية من أنه يقع رجعيا غلط لامعنى له لانه وان أوقعت بالصريح لكنه لاعبرة لايقاعها بل لتفويض الزوج والدليل عليه انه لو أمرها بالبائن فأوقعت رجعيا أو بالعكس أو قالت طلقت نفسي واحدة في جواب الامر باليد وقع ما أمر به الزوج دون ما أوقعته هي ذكره في الهداية في الفصل الذي يلي هذا الفصل فان قيل ينبغي أن لا يقع الطلاق بقولها طلقت نفسي في جواب اختاري لان المفوض اليها الاختيار فلا ينبغي أن يكون جوابه التطليق كما لو قال لها طلقي نفسك فقالت اخترت نفسي قلنا التطليق دخل في ضمن التخيير فقد أتت ببعض ما فوض اليها فصلح جوابا كما لو قال لها طلقي نفسك ثلاثا فطلقت واحدة بخلاف الاختيار فانه لم يفوض اليها الا قصدا ولا ضمنا وكذا هو ليس من ألفاظ الطلاق الا في جواب التخيير قال رحمه الله (أمرك بيدك في تطليقة أو اختاري تطليقة فاختارت نفسها طلقت رجعية) لانه جعل اليها الاختيار لكنه بتطليقة وهي معقبة للرجعة فان قيل قوله أمرك بيدك أو اختاري يفيد البينونة فلا يجوز صرفها عنها الى غيرها قلنا لما قرنه بالصريح علم انه أراد الرجعي كما لو قرن الصريح بالبائن في قوله أنت طالق بائن

﴿فصل في الامر باليد﴾ قال رحمه الله (أمرك بيدك ينوي ثلاثا فقالت اخترت نفسي بواحدة وقعن) لان الاختيار يصلح جوابا للامر باليد لكونه جوابا للتمليك باجماع الصحابة وهذا تمليك وقولها بواحدة أي باختيارة واحدة بطريق اقامة الصفة مقام الموصوف وانما صحت نية الثلاث لانه جنس يحتمل العموم والخصوص فأيهما نوى صحت نيته وان لم ينو شيأ ثبت الاقل وكذا اذا نوى ثنتين لانه عدد محض والجنس لا يحتمله وذكر النفس خرج مخرج الشرط حتى لو لم يذكرها لا يقع كما لا يقع في جواب التخيير الا به فحاصله أن جعل الامر بيدها كالتخيير في المسائل كلها الا في احتمال الثلاث فانه لا تصح نيته في التخيير لان وقوع الطلاق به على خلاف القياس لاجماع الصحابة فكان ضروريا بخلاف الامر باليد لانه تمليك فيملك تمليك ما يملكه قياسا واستحسانا قال رحمه الله (وفي طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة بانت بواحدة) يعني في قولها طلقت نفسي واحدة أو اخترت نفسي بتطليقة في جواب قول الزوج أمرك بيدك بانت بطلقة واحدة لان الواحدة صفة لمصدر محذوف أي طلقت نفسي طلقة واحدة فتعين أن يكون الموصوف المحذوف مصدر قولها طلقت لدلالة هذا الفعل عليه ولهذا كان المحذوف في المسئلة الاولى مصدر قولها اخترت لما قلنا ولتبادر الفهم اليه وذكر النفس في قولها طلقت نفسي في جواب الامر باليد شرط حتى لو قال لها أمرك بيدك فقالت طلقت ولم تقل نفسي لم يقع شئ ذكره في المحيط وانما كان بائنا لما ذكرنا ان المعتبر تفويض الزوج لا ايقاعها فتكون الصفة المذكورة

اختاري اختاري اخترت أو اخترت اختيارة الخ وقع الثلاث بالاتفاق بين أبي حنيفة وصاحبيه اه (قوله يقع ثلاثا في قولهم جميعا) أي [ولو قالت اخترت التطليقة الاولى يقع واحدة اجماعا اه ع (قوله ولو قالت طلقت نفسي) أي في جوابه في المسئلة المذكورة اه عيني (قوله والجامع) اذا أطلق الجامع يراد به الجامع الكبير اه (قوله وشروح الجامع الصغير) وجوامع الفقه) وعامة الجوامع سوى جامع صدر الاسلام فانه ذكر فيه كما ذكر في الهداية اه كاكي (قوله وماذكره في الهداية من أنه يقع رجعيا غلط الخ) قال الكمال بعد أن ذكر أن قول صاحب الهداية فهي واحدة يملك الرجعة سهو وجه الصحيح أن الواقع بالتخيير بائن لان التخيير تمليك النفس منها وليس في الرجعي ملكها نفسها وايقاعها وان كان بلفظ الصريح لكن انما يثبت به الوقوع على الوجه الذي فوض به اليها والصريح لا ينافي البينونة كما في تسمية المال فيقع به ما ملكته لانها لا تملك الا ما ملكت اه وقال في الفوائد الظهيرية ماذكر في الهداية من أنه يملك الرجعة سهو وقع من الكاتب والاصح من الرواية فهي واحدة لا تملك الرجعة اه كي (فقالت اخترت نفسي) قال في المبسوط لو قال لها طلقي نفسك فقالت قد اخترت نفسي كان باطلا لان لفظ الاختيار أضعف من لفظ الطلاق ألا ترى أن الزوج يملك الايقاع بلفظ الطلاق دون الاختيار فالاضعف لا يصلح جوابا للاقوى والاقوى لا يصلح جوابا للاضعف اه اتقاني في (قوله الا في جواب التخيير) والدليل على ذلك أن لفظ الاختيار ليس من ألفاظ الطلاق اه ﴿فصل في الامر باليد﴾

فى التفويض مذكورة فى الجواب ضرورة الموافقة قال رحمه الله (ولا يدخل الليل فى أمرك بيدك اليوم وبعد غد) يعنى اذا قال لامرأته أمرك بيدك اليوم وبعد غد لا يدخل فيه الليل حتى لا يكون لها الخيار بالليل لان كل واحد من اليومين ذكر مفردا واليوم المفرد لا يتناول الليل فكان الأمر بيدها فى وقتين منفصلين فى كل واحد منهما على حدة ولا يمكن أن يجعل أمرا واحدا لتخلل ما يوجب الفصل بين الوقتين وهو اليوم والليلتان فكانا أمرين ضرورة حتى لا يبطل خيارها بعد غد برد أمرها اليوم وقال زفر هما أمر واحد لانه عطف أحد الوقتين على الآخر من غير تكرار لفظ الامر فيكون أمرا واحدا كقوله اليوم وغدا وكقوله أنت طالق اليوم وبعد غد قلنا الامر باليد يحتمل التوقيت فلا حاجة الى ادخال مالم يدخل فى اللفظ مقصودا ولا تبعا فكانا أمرين ضرورة الانفصال بخلاف الطلاق لانه لا يحتمل التوقيت فجاز أن يوصف فى اليوم وبعد غد بطلاق واحد فلا حاجة الى ايقاع طلاق آخر لبقاء الاول الى الوقت الثانى وبخلاف قوله اليوم وغدا على ما يأتى من الفرق وهى المسئلة الثانية فى الكتاب قال رحمه الله (وان ردت الامر فى يومها بطل أمر ذلك اليوم وكان بيدها بعد غد) لانه لما ثبت أنهما أمران لانفصال وقتيهما ثبت لها الخيار فى كل واحد من الوقتين على حدة فبرد أحدهما لا يرتد الآخر وفيه خلاف زفر رحمه الله بناء على ما تقدم من أنه أمر واحد عنده قال رحمه الله (وفى أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل) أى فى قوله أمرك بيدك اليوم وغدا يدخل الليل لانه لم يتخلل بين الوقتين المذكورين وقت من جنسهما لم يتناوله الامر فكان أمرا واحدا وهذا لان تخلل الليلة لا يفصلهما لان القوم قد يجلسون للمشورة فيهجم الليل ولا تنقطع مشورتهم ومجلسهم ولا يقال ان اليوم هنا ذكر مفردا فوجب أن لا يتناول الليل كالمسئلة الاولى لانا نقول الجمع بينهما بحرف الجمع كالجمع بلفظ الجمع فصار كقوله أمرك بيدك يومين ولا يمكن ذلك فى المسئلة الاولى لتخلل وقت من جنسهما لم يدخل تحت اللفظ وهنا أمكن لعدمه حتى لو قال هناك أيضا أمرك بيدك اليوم وغدا وبعد غد كان أمرا واحدا لما قلنا قال رحمه الله (وان ردت فى يومها لم يبق فى الغد) أى ان ردت الامر فى يومها باختيارها الزوج لم يبق لها الخيار فى الغد لما ذكرنا انه أمر واحد فلا يبقى لها الخيار بعد الرد كما اذا قال لها أمرك بيدك اليوم فردته فى أول النهار لا يبقى لها الخيار فى آخره وعن أبى حنيفة فيما ذكره الكرخى أن لها الخيار فى الغد لانها لا تملك رد الامر كما لا تملك رد الايقاع والجامع عدم اشتراط القبول فيهما فى المجلس فصار بمنزلة قيامها عن المجلس واشتغالها بعمل آخر وجه الظاهر أن المدة كلها بمنزلة المجلس فيما لم يذكر الوقت فيه لكونه أمرا واحدا وهناك لم يثبت لها الخيار بعد الرد فكذا هنا ولان من له الخيار بين شيئين اذا اختار أحدهما لا يكون له خيار الآخر ألا ترى أنها لو اختارت نفسها اليوم ليس لها أن تختار زوجها غدا فكذا هذا وعن أبى يوسف انه اذا قال لها أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا انهما أمران قال شمس الأئمة وهذا صحيح لاستقلال كل واحد من الكلامين فلا حاجة الى الارتباط بما قبله وذكر قاضيخان هذه المسئلة ولم يذكر فيها خلافا وروى ابن سماعة عن محمد انه لو قال لامرأته أمرك بيدك اليوم كان لها الخيار الى غروب الشمس ولو قال أمرك بيدك فى اليوم كان لها الخيار فى المجلس فاذا قامت بطل وهو كقوله أنت طالق غدا وفى غد ولو قال أمرك بيدك يوم يقدم فلان فقدم نهارا ولم تعلم بالقدوم حتى جن الليل بطل خيارها بمضى مدته وقد حققناه فى فصل اضافة الطلاق الى الزمان قال رحمه الله (ولو مكثت بعد التفويض يوما ولم تقم أو جلست عنه أو اتكأت عن القعود أو عكست أو دعت أباها للمشورة أو شهودا للاشهاد أو كانت على دابة فوقفت بقى

رازى (قوله يدخل الليل) حاصله أن قوله اليوم وبعد غد واليوم وغدا يفترقان فى حكمين أحدهما انها لو اختارت زوجها اليوم وخرج الامر من يدها فيه تملكه بعد الغد والثانى عدم ملكها فى الليل وفى اليوم وغدا لو اختارت زوجها اليوم لا تملك طلاق نفسها غدا أى نهارا وتملكه ليلا والفرق مبنى على أنه تمليك واحد فى اليوم وغدا وتمليكان فى اليوم وبعد غد وعن أبى يوسف أنه اذا قال أمرك بيدك اليوم وأمرك بيدك غدا أنهما أمران حتى لو اختارت زوجها اليوم لها أن تطلق نفسها غدا لانه يثبت لها فى الغد تخيير جديد بعد ذلك التخيير المنقضى باختيارها الزوج اه فتح (قوله وذكر قاضيخان هذه المسئلة ولم يذكر فيها خلافا) أى فلم يبق تخصيص أبى يوسف الا لانه مخرج الفرع المذكور واعلم أنه يتفرع على هذا عدم جواز اختيارها نفسها ليلا فلا تغفل عنه لانه أثبت لها فى يوم مفرد فلا يدخل الليل والثابت فى اليوم الذى يليه بأمر آخر كقوله أمرك بيدك اليوم حيث يمتد الى الغروب فقط اه وفى جامع التمرتاشى أمرك بيدك اليوم غدا بعد غد فهو أمر واحد فى ظاهر الرواية لانها أوقات مترادفة فصار كقوله أمرك بيدك أبدا فبرد برده امرة وعن أبى حنيفة ثلاثة أمور لانها أوقات حقيقة اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن ولو مكثت بعد التفويض يوما) قال فى الهداية وقوله مكثت يوما ليس للتقدير به اه

خيارها وان سارت لا) هذا اذا كان التفويض مطلقا وأما اذا كان مؤقتا فلا يبطل بالقيام ونحوه وانما يبطل بمضى الوقت وان لم تقم وقوله أو جلست عنه أى جلست عن القيام وقوله أو عكست أى قعدت عن الاتكاء وهو عكسه وانما تقيد الخيار بالمجلس لاجماع الصحابة رضى الله عنهم على ذلك ولانه تمليك التطليق منها التصرف فيها برأيها والتمليك يقتضى جوابا فى المجلس كالايجاب فى باب البيع ثم ان كانت تسمع يعتبر مجلسها ذلك وان كانت لا تسمع فمجلس علمها الا انه يتوقف على ماوراء مجلس الزوج بخلاف البيع لان التمليك هنا يتضمن معنى التعليق لما فيه من تعليق وقوع الطلاق بتطليقها ولهذا لزم من جانبه والبيع تمليك محض ولهذا لا يتوقف على ماوراء المجلس من الجانبين ولا يلزم واحدا منهما قبل القبول فاذا اعتبر مجلسها فالمجلس يتبدل تارة حقيقة بالتحول الى مكان آخر وتارة حكما بالاخذ فى عمل آخر والمراد بالعمل مايعلم به انه قطع لما كانت فيه لا مطلق العمل حتى لو شربت ماء لا يبطل خيارها لانها قد تشرب لتتمكن من الخصومة فان رطوبة الفم تذهب بالمشاجرة فلا تقدر على الكلام مالم تشرب فلا يكون دليل الاعراض وكذلك اذا أكلت شيأ يسيرا من غير أن تدعو بطعام أو لبست ثيابها من غير أن تقوم من ذلك المجلس أو سبحت أو قرأت آية لان ذلك عمل قليل وكذا لو كانت قائمة فقعدت لانه دلالة الاقبال اذ القعود أجمع للرأى لانه سبب الاستراحة وكذا لو كانت قاعدة فاتكأت أو كانت متكئة فاستوت قاعدة لانه دلالة الجد فى التأمل كما اذا كانت محتبية فتربعت وفى رواية يبطل خيارها بالاتكاء لانه اظهار التهاون بما حزبها والاصح الاول وكذا اذا ادعت أباها للمشورة أو شهودا للاشهاد لا يبطل لان الاستشارة لتحرى الصواب ولهذا أمر النبى صلى الله عليه وسلم عائشة بمشاورة والديها قبل أن تجيبه والاشهاد للتحرز عن الجحود فصار دليل الاقبال بخلاف ما اذا دعت بطعام فأكلت أو قامت أو اغتسلت أو امتشطت أو اختضبت أو جامعها زوجها حيث يبطل خيارها لاشتغالها بعمل آخر لا يحتاج اليه فيكون اعراضا عن تلك الجهة وكذا لو كانت قاعدة فاضطجعت فى رواية عن أبى يوسف وهو قول زفر رحمه الله لانه دليل التهاون فيكون اعراضا وعن أبى يوسف أنه لا يكون اعراضا لان الانسان قد يضطجع للتأمل فلا يكون دليل الاعراض وذكر المرغينانى انها ان لم تجد أحدا يدعو لها شهودا فقامت لتدعو ولم تنتقل قيل لا يبطل خيارها لعدم مايدل على الاعراض وقيل يبطل لتبدل المجلس ولا تعذر فيه كما لا تعذر فيما اذا أقيمت كرها وقيل اذا لم تنتقل لا يبطل خيارها واذا انتقلت ففيه روايتان وان كانت قاعدة لا يبطل خيارها ولو كانت تصلى المكتوبة أو الوتر فأتمتها لا يبطل خيارها وكذا لو كانت فى النفل فأتمتها ركعتين ولو قامت الى الشفع الثانى بطل خيارها لان التحريمة مبتدأة وعن محمد فى الاربع قبل الظهر لا يبطل خيارها لانها صلاة واحدة وهو الصحيح ولو كانت على دابة أو محمل فوقفت فهى على خيارها وان سارت بطل لان سيرها مضاف اليها لان الدابة تسير باختيار راكبها ولو اختارت مع سكوته والدابة تسير طلقت لانه لا يمكنها الجواب بأسرع من ذلك فلم يوجد تبدل المجلس حكما وهذا لان اتحاد المجلس انما يعتبر ليصير الجواب متصلا بالخطاب وقد وجد اذا كان من غير فصل ولا فرق بين أن يكون الزوج معها على الدابة أو المحمل أو لا يكون ولو كانت راكبة فنزلت أو تحولت الى دابة أخرى أو كانت نازلة فركبت بطل خيارها

(قوله وأما اذا كان مؤقتا) قال الاتقانى وأما اذا كانت غائبة وقد جعل الامر اليها فى وقت معين فان بلغها الامر مع بقاء شئ كان لها الخيار والا فلا اه (قوله وانما تقيد الخيار بالمجلس) قال الحاكم الجليل والقياس أن يكون لها الخيار أبدا ولكنا تركناه وأخذنا بالاثر ووجه القياس اطلاق الامر ووجه الاستحسان اجماع الصحابة بقولهم للمخيرة المجلس اه (قوله ولانه تمليك) أى قوله أمرك بيدك وقوله اختارى نفسك تمليك للابانة بدليل أنها تعمل لنفسها لا لغيرها والتمليكات تقتصر على المجلس اه اتقانى قوله والتمليكات تقتصر على المجلس قال الاتقانى رحمه الله تعالى ثم الاعتبار لمجلسها لا لمجلسه حتى اذا قام الرجل بعد أن جعل اليها الامر لا يبطل خيارها بقيامه لان التعليق فى حقه لازم ولهذا ليس له أن يرجع ويفسخ الخيار بخلاف البيع حيث يعتبر فيه مجلسهما جميعا حتى أيهما قام عن المجلس قبل قبول الآخر بطل البيع لان البيع لا يحتمل التعليق أصلا ولهذا اذا رجع أحدهما عن كلامه قبل قبول الآخر فله ذلك اه (قوله ثم ان كانت تسمع) أى تسمع لفظه بالتخيير اه فتح (قوله يعتبر مجلسها) أى مجلس سماعها اه (قوله من غير أن تدعو بطعام) أما اذا دعت بطعام وأكلت خرج الامر من يدها قل الاكل أو كثر اه عمادى (قوله لانه اظهار التهاون بما حزبها) يقال حزبه أمر أى أصابه من باب طلب اه مغرب ويقال أيضا حزنه أمر بالنون اه نهاية (قوله فأكلت أو قامت) أى من مجلسها وان لم تذهب اه ابن فرشته قال الكمال رحمه الله ولو قال أمرك بيدك فقالت لم لا تطلقنى بلسانك فطلقت نفسها لان قولها لم لا تطلقنى ليس ردا فتملك بعده الطلاق قيل فيه نظر لان قولها لم الخ كلام زائد فيتبدل المجلس به وفيه نظر لان الكلام المبدل للمجلس ما يكون قطعا للكلام الاول وافاضة فى غيره وليس هذا كذلك بل الكل متعلق بمعنى واحد وهو الطلاق اه وفى (قوله ولو اختارت مع سكوته) أى اختارت متصلا بتخيير الزوج من غير سكوت بين كلامه وكلامها اه

(قوله وفى المحمل بقود الجمال) أى لانه والحالة هذه كالسفينة اه فتح (قوله فى المتن والفلك كالبيت) أى فى كل ما يبطل الخيار اذا كانت فى البيت اه اتقانى

﴿فصل فى المشيئة﴾ (قوله فى المتن ولو قال لها طلقى نفسك الخ) فان قلت كيف بدأ المصنف مسائل الفصل بقول الرجل لامرأته طلقى نفسك والفصل فى المشيئة وليس فى طلقى نفسك ذكر المشيئة قلت المشيئة وان كانت غير مذكورة لفظا مذكورة معنى لان قوله طلقى تفويض الطلاق اليها بمشيئتها واختيارها ولهذا اقتصر على المجلس اه اتقانى (قوله أو نوى واحدة فطلقت وقعت رجعية الخ) أما وقوع الطلاق فلأنه ملكها اياه وأما كونه واحدة فلانه أمر معناه افعلى فعل الطلاق وهو جنس يقع على الادنى المتيقن ويحتمل الكل عند الارادة والنية وأما كونه رجعيا فلان المفوض اليها صريح الطلاق وانه معقب للرجعة اه عينى (قوله وان طلقت ثلاثا ونواه وقعن) أى عليها لان قوله طلقى مختصر من قوله افعلى فعل الطلاق والمختصر من الكلام كالمطول (٢٢٥) وقد صححت نية الثلاث فى المطول فكذا فى المختصر اه كافى وكتب على قوله وقعن ما نصه سواء أوقعتها بلفظ واحد أو متفرقا اه فتح وانما صح ارادة الثلاث لان قوله طلقى نفسك معناه افعلى فعل التطليق فهو مذكور لغة لانه جزء معنى اللفظ فصح نية العموم غير أن العموم فى حق الامة ثنتان وفى حق الحرة ثلاث اه فتح (قوله والفرق) أى أن المفوض الطلاق والابانة من ألفاظه التى تستعمل فى ايقاعه كناية فقد أجابت بما فوض اليها اه فتح (قوله وأجاز الزوج بانت) أى ولو قالت اخترت نفسى فهو باطل ولا تلحقه اجازة اه فتح (قوله لانه فوض اليها طلاقا تبين به فى الثانى من الزمان) أى فاذا قالت أبنت فقد أتت به اه كافى (قوله وزادت وصفا وهو تعجيل الابانة) أى فيلغو الوصف ويثبت الاصل اه (قوله وينبغى) هكذا عبر فى الكافى تبعا لصاحب الهداية قال الاتقانى وانما قال بلفظ ينبغى لان هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير ومحمد لم ينص فيه على الرجعى بل قال هى طالق وكذا قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير أعنى أنه قال وينبغى أن تقع واحدة رجعية وانما قال ذلك لعدم تصريح محمد بالرجعى اه (قوله رجعية) أى بقولها أبنت نفسى فى جواب قوله طلقى نفسك اه (قوله وأما الاختيار فليس من ألفاظ الطلاق) أى لا صريحا ولا كناية اه فتح (قوله بخلاف المستشهد به لانها خالفته فى الاصل) واعلم أن المسئلتين ذكرهما التمرتاشى والخلاف فيهما فى الاصل انما هو باعتبار صورة اللفظ ليس غير اذ لو أوقعت على الموافقة أعنى الثلاث والنصف كان الواقع هو الواقع بالتطليقة والالف والخلاف فى مسئلة الكتاب باعتبار المعنى فان الواقع بمجرد الصريح ليس هو الواقع بالبائن وقد اعتبر الخلاف لمجرد اللفظ بلا مخالفة فى المعنى خلافا فانظر الى أنه الاصل فى الايقاع والخلاف فى المعنى غير خلاف وفيه ما لا يخفى اه كمال رحمه الله (قوله فى الاصل)

وفى المحمل بقود الجمال وهما فيه لا يبطل ذكره فى الغاية قال رحمه الله (والفلك كالبيت) لان جريان السفينة لا يضاف الى راكبها لعدم قدرته على الايقاف والتسيير قال الله تعالى حتى اذا كنتم فى الفلك وجرين بهم فأضاف الجرى اليها فيثبت لها الخيار ما دامت فى مجلسها وان تحولت بطل كما فى البيت وعن أبى يوسف أن السفينة اذا كانت واقفة فسارت بطل خيارها

﴿فصل فى المشيئة﴾ قال رحمه الله (ولو قال لها طلقى نفسك ولم ينو أو نوى واحدة فطلقت وقعت رجعية وان طلقت ثلاثا ونواه وقعن) لانه أمر بالتطليق لغة فيقتضى مصدرا وهو اسم جنس فيقع على الادنى مع احتمال الكل كسائر أسماء الاجناس بخلاف قوله طلقتك لانه موضوع للخبر لغة فمقتضاه أن يكون صادقا ان كان مطابقا أو كاذبا ان لم يكن مطابقا ولا يقع به شئ الا أن الشارع جعله ايقاعا فصار من باب الضرورة وهو لا عموم له ولو نوى ثنتين يقع واحدة لانه عدد واللفظ لا يقتضيه الا أن تكون المنكوحة أمة لانه جميع الجنس فى حقها فيصح ولو طلقت نفسها ثلاثا وقد نوى الزوج واحدة لم يقع عليها شئ عند أبى حنيفة وعندهما تقع واحدة على ما يأتى وجهه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وبأبنت نفسى طلقت لا باخترت) أى بقولها أبنت نفسى فى جواب قوله طلقى نفسك تطلق ولا تطلق بقولها اخترت فى الجواب والفرق أن الابانة من ألفاظ الطلاق وضعا لانها القطع وحكما حتى لو قال لها أبنتك أو قالت هى أبنت نفسى وأجاز الزوج بانت فكانت موافقة للتفويض فى الاصل لانه فوض اليها طلاقا تبين به فى الثانى من الزمان وزادت وصفا وهو تعجيل الابانة فلم تمنع الموافقة فى الاصل وينبغى أن تقع تطليقة رجعية وأما الاختيار فليس من ألفاظ الطلاق اذ لا يقدر على ايقاع الطلاق به حتى اذا قال لها اخترتك أو اختارى ينوى الطلاق أو قالت هى اخترت نفسى وأجاز الزوج لم يقع به شئ لان وقوع الطلاق به على خلاف القياس عرف باجماع الصحابة رضى الله عنهم اذا كان جوابا للتخيير فيقتصر على مورده وقوله طلقى ليس بتخيير فيلغو ولا يقال بقولها أبنت فقد خالفت أمره فينبغى أن لا يقع كما لو أمرها بنصف تطليقة فطلقت واحدة أو أمر بثلاث فطلقت ألفا لانا نقول هى وافقته فى الاصل والمخالفة فى الوصف لا تعدم الاصل فلا يعد خلافا لكونه تبعا بخلاف المستشهد به لانها خالفته فى الاصل حيث أتت بغيره فيعتبر خلافا وعن أبى حنيفة أنه لا يقع شئ بقولها أبنت نفسى لانها أتت بغير ما فوض اليها اذ المفوض

اليها الطلاق والابانة تخالفـه حقيقـة وحكما فكان اعراضامنها حتى يبطل خيارها به كما يبطل بقولها اخترت نفسى لاشتغالها بما لا يعنيها قال رحمه الله (ولا يملك الرجوع) أى لا يملك الزوج الرجوع بعد قوله طلقى نفسك حتى لا يصح نهيه لان فيـه معنى اليمين اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها واليمـين تصرف لازم لا يصح الرجوع عنها بخلاف ما اذا قال طلقى ضرتك لانه توكيـل وانابة وهـذا لانه أمر بايقاع الطلاق والامر لا يقتضى الائتمار على الفور كأوامر الشرع وكسائر الوكالات ويقبـل الرجوع كيلا يعود على موضوعه بالنقض وهذا لانه انما استعان بغيره فى حاجته ليكون التصرف له لا عليه وربما تزول الحاجة فلو ألزمناه يلحقـه ضرر أو يلحقه منـة من جهته وهو ضرر أيضا فان قيل لم كان تمليكا ويمينا اذا أمرها بتطليق نفسها وتوكيلا اذا أمرها بتطليق غـيرها أو أمر أجنبيا بذلك حتى صح الرجوع فى الثانى دون الاول قلنا المالك هو الذى يتصرف لنفسـه والوكيل لغـيره فاذا فوض اليها طلاق نفسها تكون مالكة لكونها تتصرف لنفسها وفيـه معنى التعليق لان فيـه تعليق وقوع الطلاق بتطليقها فكان يمينا وهى لا تقبل الرجوع ولا خيار فى التمليك بعد القيام فعملنا بهما واذا فوض اليها طلاق غيرها تكون وكيلة لكونها تعمل لغـيرها والتوكيل لا يقتصر على المجلس لان غرضه الاعانة وقد لا تحصل فى المجلس ويملك الرجوع كيلا يلحقه الضرر فان قيل ينتقض هذا بما اذا أمر الدائن المديون بابراء ذمته عن الدين فانه يكون وكيلا فيه حتى لا يقتصر على المجلس ويكون للدائن الرجوع عنـه مع أنه عامل لنفسـه وهى مسئلة الجامع وبما اذا قال لها طلقى نفسك ثم حلف لا يطلق ثم طلقت هى نفسها حيث يحنث ولو لم تكن هى وكيلة عنـه لما حنث وهى مسئلة الزيادات قلنا الجواب عن الاول انه وكيل عامل لغـيره وانما يعمل لنفسـه فى ضمن ذلك فلا يبالى به لانه من ضروراته ولان جواز الرجوع لا يدل على انه ليس بتمليك بل يجوز فى التمليك الرجوع كما فى الهبة والبيع قبل القبول وانما لا يكون له الرجوع هنا لمعنى التعليق لا لانه تمليـك والجواب عن الثانى انه ممنوع وانما ذلك قول محمد رحمه الله قال رحمه الله (وتقيد بمجلسها الا اذا زاد متى شئت) يعنى اذا قال لها طلقى نفسك يقيد بالمجلس فيثبت لها الخيار مادامت فى المجلس واذا قامت بطل خيـارها لانه تمليك على ما تقدم الا اذا زاد على ذلك قوله متى شئت أى زادها على قوله طلقى نفسـك فيكون لها أن تطلق نفسها بعـد القيام أيضا لان كلمة متى عامة فى الاوقات فصار كما اذا قال لها فى أى وقت شئت ولانه لم يفوض اليها الطـلاق الا فى وقت شاءت فيـه الطلاق فلا تملك بدون المشيئة وكذا قوله مـتى ما شئت أو اذا شئت أو اذا ما شئت لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال لرجل طلق امرأتى لم يتقيد بالمجلس الا اذا زاد ان شئت) لانه توكيل محض لا يشوبه تمليك ولا تعليـق ولهذا كان له الرجوع فكذا لا يقتصر على المجلس بخلاف ما اذا قال لها طلقى نفسـك حيث يلزم ويقتصر على المجلس لانه تمليك وتعليق لكونها عاملة لنفسها فى رفع قيد النكاح لكن يرفع القيد الحقيقى من رجله فالتمليك يقتصر على المجلس والتعليق يلزم بخلاف الاجنبى فانه عامل لغيره فيكون توكيلا محضا فلا يقتصر ولا يلزم وأما اذا زاد كلمة ان شئت بأن قال طلق امرأتى ان شئت فانه يقتصر على المجلس ويلزم حتى لا يكون له الرجوع وقال زفر هو والاول سواء لانه توكيل كالاول وهذا لانه عامل لغـيره وبذكر المشيئة لا يكون عاملا لنفسه ولا مالكا لان التوكيل ينصرف عن مشيئة ذكرها الموكل أم لا فصار كالوكيل بالبيع اذا قيـل له بعه ان شئت ولنا أن المأمور يصلح وكيلا ومالكا لان الوكيل

فى الأولى ظاهر وكذا فى الثانية لان الايقاع بالعدد عنـد ذكره لا بالوصف على ما تقدم فيكون خلافا معتبـرا اه كمال رحمه الله (قوله والابانة تخالفه) أى لحصول كل منهما دون الآخر اه فتح (قوله لاشتغالها) يعنى لو قال لها طلقى نفسك فأجابته باخترت نفسى خرج الامر من يدها لاشتغالها بما لا يعنيها فى ذلك الامر اه (قوله فى المتن ولا يملك الرجوع) وعند الشافعى يصح رجوعه حتى اذا طلقت نفسها بعد أن نهاها يقع الطلاق عندنا خلافا له اه اتقانى (قوله اذ هو تعليق الطلاق بتطليقها) أى فكأنه قال ان طلقت نفسك فأنت طالق والطـلاق مما يحلف به فكان يمينا ولا رجوع فى اليمين لان فائدته وهى الحمـل أو المنع لا تحصل اذا صح الرجوع فصار كما اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق فلا يصح الرجوع ثمة فكذا هنا اه (قوله بابراء ذمته) أى بأن قال له أبرأت ذمتك اه (قوله فى المتن وتقيـد بمجلسها) وقال مالك هو مؤبد لانه مطلق وهو القياس عندنا أيضا كما بينا فى قوله اختارى نفسـك ولنا أن الصحابة أجمعوا عـلى أن للمخـيرة المجلس (قوله لما ذكرنا) أى من العموم ويرد على قول أبى حنيفة فى اذا أنها عنـده بمنزلة ان فلا تقتضى بقاء الامر فى يدها وفيه جواب المصنف بأنها يمكن أن تعمـل شرطا وان تعمـل ظرفا والامر صار فى يدها فلا يخرج بالشـك وصار كما اذا قال فى أى وقت شئت ولانها انما تملك ما ملكت وانما ملكها الطلاق وقت المشيئة فلا تملكه دونها وبهـذا يتضح أن هـذا اضافة للتمليك لا تنجيز ومن فروع ذلك أنها لو طلقت نفسها بلا قصد غلطا لا يقع اذا ذكر المشيئة ويقع اذا لم يذكرها وقد قدمنا فى أول باب ايقاع الطلاق ما يوجب حمل ما أطلق من كلامهم من الوقوع بلفظ الطلاق غلطا على الوقوع فى القضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى اه كمال رحمه الله (قوله وقال زفر هو والاول) أى وهو قوله للرجل طلق امرأتى بلا ذكر مشيئة اه (قوله فصار كالوكيل بالبيع اذا قيـل له بعـه ان شئت) أى لا يقتصر وله الرجوع أجيب بانه ليس الكلام فى هذه المشيئة التى بمعنى عدم الجبر بل فى أنه اذا أثبت له المشيئة

من يتصرف برأى غيره والمالك من يتصرف برأى نفسه سواء تصرف لنفسه أولغيره فاذا قال له طلقها ان شئت كان تمليكا لانه فوّض الامر الى رأيه والمالك هو الذى يتصرف عن مشيئته وأما الوكيل فمطلوب منه الفعل شاء أولم يشأ وقوله لان الوكيل يتصرف عن مشيئته الخ قلنا المراد بالمشيئة مشيئة تثبت بالصيغة وماذكر من المشيئة ليست كذلك وانما نشأت من عدم القدرة على الالزام وكلامنا فى موجب الصيغة ألاترى أنه اذا صدر ممن له ولاية الالزام لايفيد الوجوب اذا قال ان شئت والا أفاد ولان الاجنبى بالامر به صار رسولا لكونه سفيرا ومعبرا فاذا قال له ان شئت فقد جعله متصرفا ماكالا رسولا مبلغا بخلاف المرأة نفسها لانها لاتصلح رسولا الى نفسها فكانت مالكة كيفما كان والتمليك يقتصر على المجلس ولايكون له الرجوع فيه لما فيه من معنى التعليق بخلاف البيع لانه لايحتمل التعليق قال رحمه الله (ولو قال لها طلق نفسك ثلاثا فطلقت واحدة وقعت واحدة) لانها ملكت ايقاع الثلاث فتملك ايقاع الواحدة ضرورة لان من ملك شيأ ملك كل جزء من أجزائه قال رحمه الله (لافى عكسه) أى لايقع شئ فى عكس هذه المسئلة وهو أن يقول لها طلق نفسك واحدة فطلقت ثلاثا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما تطلق واحدة لانها أتت بما تملكه وزيادة فيقع ماتملكه وتلغو الزيادة كما اذا طلقها الزوج ألفا وهذا لان الموافقة فى القدر المأمور به موجودة فتعتبر كما اذا قالت طلقت نفسى واحدة وواحدة وواحدة وكما اذا قالت أبنت نفسى فى قوله طلق نفسك حيث يقع واحدة رجعية لوجود أصل الموافقة ويلغو الزائد من العدد ووصف البينونة ألاترى أنه اذا قال لها طلق نفسك فطلقت نفسها وضرتها أو قال لعبده أعتق نفسك فأعتق نفسه وصاحبه يقع الطلاق والعتق عليهما دون الآخرين لما قلنا ولابى حنيفة انها أتت بغير مافوّض اليها فكانت مخالفة مبتدأة وهذا لانه فوّض اليها المفرد وهى أتت بالمركب فكان بينهما مغايرة على سبيل المضادّة فكان غيره ضرورة بخلاف الزوج لانه يتصرف بحكم الملك فيملك ماشاء من العدد الا أنه لاينفذ الا بقدر المحل فان المحل شرط النفاذ لاشرط الايجاب فيصح ايجابه وينفذ بما أوجبه بقدر المحل وبخلاف ما اذا قالت واحدة وواحدة وواحدة لانها تكون بالكلام الاول ممتثلة لما فوّض اليها فيقع وتكون فى الثانى والثالث مبتدأة فيلغو وكذلك طلاق ضرتها وعتق العبد صاحبه لما ذكرنا ولا يقال بقولها طلقت نفسى تكون ممتثلة فيقع وتبقى بالزائد مبتدئة فيلغو الزائد لانا نقول لايقع شئ بقولها طلقت نفسى اذا ذكرا العدد وانما يقع بالعدد على ما بينا فصارت مخالفة فان قيل فى الثلاث واحدة وهى مملوكة فوجب أن يقع لان كون الثلاث مركبا لايمنع وقوع الواحدة كما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة قلنا ان الواحدة قائمة بالجملة ضمنا فاذا لم تثبت الجملة فكيف يثبت مافى ضمنها ونظيره رجلان شهد أحدهما على رجل أنه قال لامرأته خلية حال مذاكرة الطلاق وشهد الآخر أنه قال لها برية لاتثبت البينونة لعدم ثبوت المتضمن بخلاف ما اذا فوّض اليها ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع الواحدة لان الثلاث صار مملوكا لها وهذا التمليك صح من الزوج فقد أتت بما فى ضمن كلامه فيصح أن تأتى بها كلها مجتمعة أو متفرقة لانها ملكتها فان شاءت أوقعتها جملة أوثنتين وواحدة أو واحدة وواحدة الى أن تقع الثلاث وفى مسئلتنا لم تأت بما فى ضمن كلامه وانما أتت بما فى ضمن كلامها فصارت مبتدئة لامجيبة له فتوقف على اجازته ولا يرد علينا ما اذا قال لها أمرك بيدك ينوى واحدة فطلقت نفسها ثلاثا حيث تقع الواحدة لانا نقول انه لم يتعرض لشئ من العدد وانما ذكر لفظا صالحا للعموم والخصوص وبايقاع الثلاث لم تصر مخالفة لوجود الموافقة فى أصل التفويض فتقع ونظيره ما اذا أمرها أن تطلق نفسها رجعيا أو بائنا فعكست قال رحمه الله (وطلق نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة وعكسه لا) يعنى اذا قال لها طلق نفسك ثلاثا ان شئت فطلقت واحدة أو قال لها عكسه فأجابت بعكسه بأن قال لها طلق نفسك واحدة فطلقت ثلاثا لايقع شئ فى الوجهين أما الاول فلأن معناه ان شئت الثلاث فصارت مشيئة الثلاث

لفظا صار موجب اللفظ التمليك لا التوكيل لان تصرف الوكيل لغيره انما هو عن مشيئة ذلك الغير وان كان امتثاله بمشيئة نفسه بخلاف المالك فانه المتصرف بمشيئة نفسه ابتداء غير معتبر ذلك امتثالا فاذا صرح له المالك بتعليق الطلاق بمشيئته كان ذلك تمليكا فيستلزم حكم التمليك اه كمال (قوله سواء تصرف لنفسه أولغيره) أى كولى الصغير ووصيه اذا باع له أو اشترى مثلا اه لـ (قوله بخلاف البيع الخ) قال الكمال رحمه الله قيل فيه اشكال لان البيع فيه ليس بمعلق بالمشيئة بل المعلق فيه الوكالة بالبيع وهى تقبل التعليق وكأنه اعتبر التوكيل بالبيع بنفس البيع وهذا غلط يظهر بأدنى تأمل وذلك لان التوكيل هو قوله بع فكيف يتصور كون نفس قوله معلقا بمشيئة غيره بل وقد تحقق وفرغ منه قبل مشيئة ذلك الغير ولم يبق لذلك الغير سوى فعل متعلق التوكيل أو عدم القبول والردّ اه (قوله لانه لايحتمل التعليق) أى فيلغو وصف التمليك ويبقى الاذن والتصرف بمقتضى مجرّد الاذن لايقتصر على المجلس اه فتح (قوله وتلغو الزيادة الخ) فى نسخة الزائد اه (قوله ووصف البينونة) أى لان معنى أبنت نفسى طلقت بائنا اه فتح بمعناه (قوله فكانت مخالفة) أى فيتوقف على اجازة الزوج اه فتح

(وأجزاء الشرط الخ) فى بعض النسخ وأجزاء المشروط لا تتوزع على أجزاء الشرط اه (قوله وهى المسئلة المتقدمة) وهى

شرطا لوقوع الثلاث لان مثل هذا الكلام يفهم منه البناء على ما سبق فاذا بنى عليه تبين أن الشرط مشيئة الثلاث فلم يوجد الا مشيئة الواحدة وأجزاء الشرط لا تتوزع على أجزاء المشروط فلا يقع شئ بخلاف المرسلة وهى المسئلة المتقدمة لانه ملكها الثلاث هنالك ولم يعلق وقوعها بمشيئة الثلاث فلها أن توقع بعض ما ملكت ولو قالت فى هذه المسئلة شئت واحدة وواحدة وواحدة فان كان بعضها متصلا ببعض طلقت ثلاثا دخل بها أو لم يدخل لان مشيئة الثلاث قد وجدت والطلاق لا يقع الا بمشيئة الثلاث ومشيئة الثلاث لا توجد الا بعد الفراغ من الكل فوجدت مشيئة الثلاث وهى فى نكاحه فبانت بثلاث جملة وان كان بعضها منفصلا عن بعض بأن سكتت عند الاولى أو الثانية ثم شاءت الباقى لا يقع شئ لانه لم يوجد مشيئة الثلاث لان السكوت فاصل وأما الثانى وهو العكس فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وعندهما يقع واحدة وهذا بناء على ما تقدم من أن ايقاع الثلاث ايقاع للواحدة عندهما وعنده ليس بايقاع للواحدة فكانت مشيئة الثلاث مشيئة الواحدة عندهما وعنده ليس بمشيئة لها وهذا ظاهر قال رحمه الله (ولو أمرها بالبائن أو الرجعى فعكست وقع ما أمر به) أى عكست فى الجواب ومعنى المسئلة أن يقول لها الزوج طلقى نفسك طلقة بائنة فتقول طلقت نفسى واحدة رجعية أو يقول لها طلقى نفسك واحدة رجعية فتقول طلقت نفسى واحدة بائنة فيقع ما أمر به الزوج ويلغو ما وصفت به لكونها مخالفة فيه وهذا لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فحاجتها بعد ذلك الى ايقاع الاصل دون تعيين الوصف فصار كأنها اقتصرت على الاصل فيقع بالصفة التى عينها الزوج بائنا أو رجعيا وقد ذكرنا فيما تقدم انها لا تكون مخالفة بمثل هذا حتى يقع الطلاق لموافقتها فى الاصل قال رحمه الله (وأنت طالق ان شئت فقالت شئت ان شئت فقال شئت ينوى الطلاق أو قالت شئت ان كان كذا لمعدوم بطل) لانه علق طلاقها بالمشيئة المرسلة وهى أتت بالمعلقة فلم يوجد الشرط فلم يقع شئ وبطل أمرها لانه اشتغال بما لا يعنيها فان قيل ينبغى أن يقع بقوله شئت ينوى الطلاق لانه سبق منه ذكر الطلاق فصار كأنه قال شئت طلاقك بناء على المتقدم فيقع ابتداء غير الذى علقه بمشيئتها قلنا ليس فى كلامه ولا فى كلام المرأة ذكر الطلاق فبقى قوله شئت مبهما والنية لا تعمل فى غير المذكور ولا يمكن البناء على ما تقدم لانه انما يبنى على السابق اذا اعتبر السابق وهنا قد بطل السابق لاشتغالها بما لا يعنيها فخلا قوله شئت عن ذكر الطلاق فلم يقع به شئ حتى لو قال شئت طلاقك ينوى الايقاع يقع لانه ايقاع مبتدأ لان المشيئة تنبئ عن الوجود فكأنه قال أوجدت أو حصلت طلاقك وتحصيل الطلاق وايجاده بايقاعه الا أنه لا بد فيه من النية لانه قد يقصد وجوده وقوعا وقد يقصد وجوده ملكا فلا يقع الطلاق بالشك بخلاف قوله أردت طلاقك لان الارادة لغة عبارة عن الطلب قال عليه الصلاة والسلام الحمى رائد الموت أى طالبه وفى المثل السائر لا يكذب الرائد أهله أى طالب الكلا أو الغيث وليس من ضرورة الطلب الوجود ولا يلزمنا أن الارادة والمشيئة سيان عند المتكلمين من أهل السنة لان ذلك فى صفات البارى جل قدرته وكلامنا فى ارادة العباد وجاز أن يكون بينهما تفرقة بالنظر الينا وتسوية بالنظر الى الله تعالى لان ما أراده الله تعالى يكون لا محالة وكذا سائر صفاته تعالى تخالف صفاتنا وعلى هذا لو قال لامرأته شائى طلاقك ينوى به الطلاق فقالت شئت يقع وان لم ينو لا يقع ولو قال لها أريدى طلاقك ينوى به الطلاق فقالت أردت لا يقع لما بينا وكذا لو قال لها أحبى طلاقك أو اهوى طلاقك ففعلت لم يقع شئ لان المحبة والهوى نوع تمن بخلاف ما اذا قال لها أنت طالق ان أردت أو أحببت أو رضيت أو هويت ففعلت حيث تطلق لوجود الشرط وهو كقوله ان كنت تحبينى فأنت طالق فقالت أحبك وفى المنتقى لو قال لها ارضى طلاقك يقع يعنى اذا نوى فجعله بمنزلة المشيئة قال رحمه الله (وان كان لشئ مضى طلقت) أى قالت شئت ان كان كذا لامر قد مضى والمسئلة

ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع الواحدة اه (قوله فتقول طلقت نفسى واحدة رجعية) أى تقع رجعية لان قولها رجعية لغو لان الزوج لما عين صفة المفوض اليها فى الصورتين فحاجتها بعد ذلك الى أصل الايقاع لا الى ذكر وصفه فذكرها اياه موافقا أو مخالفا لا عبرة به لان الوقوع بايقاعها ليس الا بناء على التفويض فذكرها كسكوتها عنه وعند سكوتها يقع على الوصف المفوض وحاصل هذا كله أن المخالفة ان كانت فى الوصف لا يبطل الجواب بل يبطل الوصف الذى به المخالفة ويقع على الوجه الذى فوض به بخلاف ما اذا كانت فى الاصل حيث يبطل كما اذا فوض واحدة فطلقت ثلاثا على قول أبى حنيفة أو فوض ثلاثا فطلقت ألفا اه فتح (قوله قلنا ليس فى كلامه ولا فى كلام المرأة) اى لانها لم تقل شئت طلاقى ان شئت ليكون الزوج بقوله شئت شائيا طلاقها لفظا اه فتح (قوله والنية لا تعمل فى غير المذكور) أى الصالح للايقاع ولا فى المذكور الذى ليس بصالح للايقاع به نحو اسقينى اه فتح (قوله لان المشيئة تنبئ عن الوجود) أى لانها من الشئ وهو الموجود اه فتح (قوله لان الارادة) أى لا تنبئ عن الوجود بل هى طلب لنفس الوجود عن جالها ميل اه فتح (قوله لامر قد مضى) أى كشئت ان كان فلان قد جاء وقد جاء أو لامر كائن كشئت ان كان أبى فى الدار وهو فيها اه فتح

بحالها طلقت لان التعليق بالشئ كالتنجيز ولا يقال لو كان تنجيز الكفر بقوله هو يهودي ان كان كذا الامر قد مضى لانا نقول اختلف المشايخ فيه قلنا أن نمنع أو نقول انه كناية عن اليمين بالله اذا كان مستقبلا فكذا اذا كان ماضيا اعتبارا بالمستقبل ثم الاصل فيه انه متى علقه بمشيئتها أو ارادتها أو رضاها أو هواها أو حبها يكون تمليكا فيه معنى التعليق فيقتصر على المجلس لما فيه من معنى التنجيز فصار كالامر باليد بخلاف ما اذا علقه بشئ آخر من أفعالها كأكلها وشربها ونحو ذلك حيث لا يقتصر على المجلس لانه تعليق محض وليس فيه معنى التمليك لعدم معنى التنجيز قال رحمه الله (وأنت طالق متى شئت أو متى ما شئت أو اذا شئت أو اذا ما شئت فردت الامر لا يرتد ولا يتقيد بالمجلس ولا تطلق الا واحدة) لانها تعم الاوقات كلها فلها أن توقع في أي وقت شاءت كما لو نص عليه فلا يقتصر على المجلس ولا يرتد بالرد لانه لم يملكها الطلاق الا في الوقت الذي شاءت فيه فلم يكن تمليكا قبل المشيئة حتى يرتد بالرد ولا تطلق الا واحدة لانها تعم الازمان دون الافعال وهذا كله ظاهر في متى ومتى ما وكذا في اذا واذا ما عندهما وعند أبي حنيفة أن اذا وان كانت تستعمل للشرط والوقت لكن جعلها هنا للوقت لان الامر صار بيدها فلا يخرج من يدها بالقيام والرد بالشك وقد مر الكلام فيهما من قبل فان قيل وجب أن يحمل على الشرط في هذه الصورة تصحيحا للرد قلنا انما يجب حملها على الشرط أن لو كان الرد صادرا ممن صدر منه التعليق تصحيحا لتصرفه ونفيا للتناقض في كلامه وأما اذا صدر الرد من غيره فلا حاجة الى هذا التأويل لعدم التناقض قال رحمه الله (وفي كلما شئت لها أن تفرق الثلاث ولا تجمع) أي اذا قال لها أنت طالق كلما شئت لها أن توقع ثلاث طلقات متفرقات وليس لها أن توقع الثلاث جملة لان كلما تعم الافعال والازمان عموم الانفراد لا عموم الاجتماع فيقتضي ايقاع الواحدة في كل مرة الى ما لا يتناهى الا أن اليمين تنصرف الى الملك القائم لان صحتها باعتباره فلا تملك الايقاع بعد وقوع الثلاث اذا رجعت اليه بعد زوج آخر مع صلاحية اللفظ له ولو طلقت نفسها ثلاثا جملة لا يقع شئ عند أبي حنيفة وعندهما تقع واحدة بناء على أن ايقاع الثلاث ايقاع للواحدة أم لا وقد مر بيانه ولا ترتد بالرد لانه لم يفوض اليها الطلاق الا في الوقت الذي تشاء فيه فلا يعتبر ردها قبله قال رحمه الله (ولو طلقت بعد زوج آخر لا يقع) يعني فيما اذا قال لها أنت طالق كلما شئت فطلقت نفسها ثلاثا وتزوجت بزوج آخر وعادت اليه وطلقت نفسها لا يقع لما ذكرنا أن التعليق ينصرف الى الملك القائم فلا يتناول المستحدث وعلى قياس قول زفر يقع لان الملك عنده ليس بشرط لبقاء اليمين ولهذا لو قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثلاثا ثم طلقها ثلاثا قبل أن تدخل ثم عادت اليه بعد زوج آخر فدخلت الدار طلقت ثلاثا ولو طلقت نفسها طلقة أو طلقتين ثم تزوجت بزوج آخر ثم عادت الى الاول يملك عليها الثلاث عندهما ولها أن تطلق واحدة وواحدة الى أن توقع الثلاث خلافا لمحمد وسيأتي في مسائل التنجيز ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي حيث شئت وأين شئت لم تطلق حتى تشاء في مجلسها) يعني اذا قال لها أنت طالق حيث شئت أو أين شئت لا تطلق الا اذا شاءت في المجلس وان قامت من مجلسها فلا مشيئة لها لان كلمة حيث وأين من أسماء المكان فيكون هذا ايقاع الطلاق في مكان تتحقق فيه مشيئتها والطلاق لا تعلق له بالمكان فيلغو ويبقى ذكر مطلق المشيئة

(قوله بقوله هو يهودي) أي ان كنت فعلت كذا وهو يعلم أنه قد فعله اهـ فتح (قوله لانا نقول اختلف المشايخ الخ) من المشايخ من قال بكفره فالالزام حق وعلى المختار وهو عدم كفره وهو مروي عن أبي يوسف يفرق بأن هذه الالفاظ جعلت كناية عن اليمين بالله تعالى اذا جعل تعليق كفره بأمر في المستقبل فكذا اذا جعله بماض تحاميا عن تكفير المسلم والاوجه أن الكفر بتبدل الاعتقاد وتبدله غير واقع مع ذلك الفعل فان قيل لو قال هو كافر بالله ولم يتبدل اعتقاده يجب أن يكفر فليكفر هنا بلفظ هو كافر وان لم يتبدل اعتقاده قلنا النازل عند وجود الشرط حكم اللفظ لا عينه فليس هو بعد وجود الشرط متكلما بقوله هو كافر حقيقة اهـ كمال (قوله فردت الامر) أي بان قالت لا أشاء اهـ فتح (قوله حتى يرتد بالرد) وقد يقال ليس هذا تمليكا في حال أصلا لانه صرح بطلاقها معلقا بشرط مشيئتها فاذا وجدت مشيئتها وقع طلاقه وانما يصح ما ذكر في لفظ طلقي نفسك اذا شئت لانها تتصرف بحكم الملك بخلاف ما لو قالت طلقت نفسي في هذه المسئلة فانه وان وقع الطلاق لكن الواقع طلاقه المعلق وقولها طلقت ايجاد للشرط الذي هو مشيئة الطلاق على تقدير أن المشيئة تقارن الايجاد اهـ فتح (قوله لا عموم الاجتماع) وعلى هذا لا تطلق نفسها ثنتين اهـ فتح (قوله ولو طلقت نفسها ثلاثا جملة لا يقع شئ) أو ثنتين (١) اهـ فتح (قوله فدخلت الدار طلقت ثلاثا) أي عنده خلافا للعلماء الثلاثة كما سيأتي في قوله ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه اهـ (قوله والطلاق لا تعلق له بالمكان) ألا ترى أنه لو قال لها أنت طالق في الكعبة يقع في الحال وهذا لان الطلاق الواقع في مكان يعتبر واقعا في جميع الامكنة فلما لم يتعلق الطلاق بالمكان صار ذلك المكان وعدمه سواء فبقي الطلاق معلقا بمشيئتها فكأنه قال أنت طالق ان شئت فاقتصر على المجلس بخلاف الزمان فان للطلاق تعلقا به لان الزمان جزء داخل في ماهية الفعل فيدل فعل

---

(١) (قول المحشي أو ثنتين اهـ فتح) هكذا في الاصل الذي بيدنا وكتب على هامشه ما نصه عبارة الفتح فلو طلقت ثلاثا أو ثنتين وقع عندهما واحدة وعنده لا يقع شئ انتهت كتبه مصححه

فيقتصر على المجلس بخلاف الزمان لان له تعلقا به حتى يقع فى زمان دون زمان فوجب اعتباره خصوصا كقوله أنت طالق غدا ونحوه وعموما كقوله أنت طالق فى أى وقت شئت ونحوه فان قيل لما الغا ذكر المكان بقى قوله أنت طالق شئت فينبغى أن يقع فى الحال كما لو قال لها أنت طالق دخلت الدار فلم يتعلق قلنا يحمل الظرف على الشرط لمناسبة بينهما من حيث ان الظرف يجامع المظروف كما أن الشرط يجامع المشروط أولان كل واحد منهما يفيد ضربا من التأخير فعند تعذر الظرف حقيقة يصير كناية عن الشرط مجازا فان قيل اذا جعل مجازا عن الشرط فلم يبطل بالقيام وفى أدواته مالا يبطل بالقيام كمتى واذا قلنا حملها على ان أولى من حملها على متى لانها صرف الشرط بخلاف متى ونحوها قال رحمه الله (وفى كيف شئت تقع رجعية فان شاءت بائنة أو ثلاثا ونواه وقع) أى فيما اذا قال لها أنت طالق كيف شئت تقع واحدة رجعية قبل مشيئتها فان قالت شئت واحدة بائنة أو ثلاثا وقال الزوج نويت ذلك فهو كما قال لانه حينئذ تثبت المطابقة بين مشيئتها وارادته أما اذا اختلفت بين نيته ومشيئتها بأن شاءت خلاف مانوى وقعت واحدة رجعية لان مشيئتها لغت لعدم الموافقة فبقى ايقاع الزوج ولو لم تحضره النية لم يذكره فى الاصل ويجب أن تعتبر مشيئتها جريا على موجب التخيير لانه أقامها مقام نفسه وهو يقدر أن يجعله بائنا أو ثلاثا بعدما وقع رجعيا فكذا من قام مقامه وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا يقع شئ مالم تشأ فان شاءت وقعت واحدة رجعية أو بائنة أو ثلاثا بشرط مطابقة ارادته وعلى هذا لو قال لعبده أنت حر كيف شئت يعتق عنده فى الحال وعندهما يتوقف على مشيئته لهما أن هذا تفويض الطلاق اليها على أى وصف شاءت وانما يكون كذلك اذا تعلق أصل الطلاق بمشيئتها والا لم يقع كما شاءت وهذا لان كيف للاستيصاف عن الشئ فيكون تعليقا بجميع أوصاف الطلاق بمشيئتها ولا يمكن ذلك الا بتعليق أصله لاستحالته بدون وصف من أوصافه ولانه لو لم يتعلق أصله لغا تخييره قبل الدخول بها وله أن كيف للاستيصاف ولا يتصور ذلك الا بعد وجود أصله ألا ترى الى قول القائل

خليلى قل لى كيف صبرك بعدنا * فقلت وهل صبر فتسأل عن كيف

واذا كان للاستيصاف استدعى وجود الموصوف فيقع أصل الطلاق قبل المشيئة ويثبت أدنى وصفه ضرورة أنه لا ينفك عن وصفه وجودا ويتعلق ماوراءه بالمشيئة وهذا لان كلامه ايقاع فلو ثبت التعليق بمشيئتها انما يثبت ضرورة التخيير وهو داخل فى الصفة لافى الذات وهذه الاوصاف تنفك عن الذات فلم تكن من ضرورة تعلقها بالمشيئة تعلق الذات بها وما قاله أولى لان اثبات الموصوف وان كان فيه تخصيص بعض الاوصاف عن التعليق ليصح الاستيصاف أولى من تعليق أصل الطلاق بالمشيئة وتعميم الاوصاف وفيه ابطال الاستيصاف لان الكلام يحتمل التخصيص دون التعطيل بخلاف قوله حيث شئت وأين شئت لانهما عبارة عن المكان والطلاق اذا وقع فى مكان وقع فى جميع الاماكن فيكون تعليقا لاصل الطلاق بمشيئتها وبخلاف قوله كم شئت لانه استخبار عن العدد فيكون تفويضا للعدد والواحد أصل العدد فى المعدودات فتكون الذات مفوضا اليها ألا ترى أنه يصير عددا بانضمامه الى غيره فصار الواحدة عددا بهذا الاعتبار فدخل تحت الامر بخلاف الذات فانه لا يتصور أن يكون وصفا أبدا فلا يدخل تحته وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين فيما اذا قامت عن المجلس قبل المشيئة وفيما اذا كان ذلك قبل الدخول فانه يقع عنده طلقة رجعية وعندهما لا يقع شئ والرد كالقيام قال رحمه الله (وفى كم شئت أو ماشئت تطلق ماشاءت فيه وان ردت ارتد) أى فيما اذا قال لها أنت طالق كم شئت أو ماشئت تطلق نفسها ماشاءت واحدة أو ثنتين أو ثلاثا لان كم اسم للعدد وما عام فيتناول الكل وان ردت الامر كان ردا وكذا ان قامت بطل خيارها لانه أمر واحد وهو تمليك فى الحال وليس فيه ذكر الوقت فاقتضى جوابا فى المجلس كسائر التمليكات ولا يقال ليس للزوج أن يطلقها أكثر من واحدة فكيف

الطلاق على الزمان واعتبر خصوص الزمان كما اذا قال أنت طالق غدا وكذا اعتبر عمومه كما اذا قال أنت طالق متى شئت أو زمان شئت أو حين شئت اهـ اتقانى (قوله عن الشرط مجازا) أى وهو خير من الغائه بالكلية اهـ فتح (قوله بأن شاءت خلاف مانوى) أى بان شاءت بائنة والزوج نوى ثلاثا أو على القلب اهـ (قوله فبقى ايقاع الزوج) أى بالصريح ونيته لا تعمل فى جعله بائنا ولا ثلاثا اهـ فتح (قوله بدون وصف من أوصافه) أى لاستحالة وجود الصفة بدون الموصوف اهـ (قوله فى الشعر وهل صبر فتسأل عن كيف) أنكر وجود الكيفية لعدم الصبر اهـ (قوله وفيما اذا كان ذلك قبل) صوابه ابدال قبل ببعد اهـ (قوله فانه يقع عنده طلقة رجعية) فيه نظر اذ المذهب أنها بائنة لكونه طلاقا قبل الدخول وهو بائن اجماعا اهـ (قوله أو ثنتين أو ثلاثا) بشرط مطابقة ارادة الزوج ذكره شارح المنار ابن فرشته والمولى عبد الله (قوله لان كم اسم للعدد) قال الكمال رحمه الله ثم الواحد عدد على اصطلاح الفقهاء ولما تكرر لهم من اطلاق العدد وارادته وما شئت تعميم العدد فتقريره تقريره (قوله وكذا ان قامت) أى لو اخذت فى عمل آخر أو فى كلام آخر اهـ

(قوله وهذا عند أبي حنيفة) ثم عند أبي حنيفة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع شيء لان مذهبه ان التي فوض اليها الواحدة اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع فكذا التي فوض اليها الثنتين اذا طلقت نفسها ثلاثا لا يقع اه اتقاني رحمه الله (قوله بخلاف مالو قال كل من طعامي ماشئت) أي لان ثمة قام الدليل على ارادة المجاز وعدل عن الحقيقة لان الاباحة لا يتعلق بها اللزوم فكان الامر فيها مبنيا على التوسع لان في العرف براد بمثل هذا الكلام اظهار السخاء والكرم وذلك بالعموم بخلاف الطلاق فانه تعلق به اللزوم فلم يعدل فيه عن حقيقة كل لفظ اه اتقاني (قوله وما للتعميم) أي حقيقة اه (قوله فيعمل بهما) أي حملا للكلام على الحقيقة اذ الاصل في الكلام الحقيقة مالم يدل دليل المجاز والثنتان بالنسبة الى الواحدة عام وبالنسبة الى الثلاث بعض ولا يقال على هذا ينبغي أن لا تطلق نفسها واحدة لان الواحدة ليس فيها معنى العموم أصلا وهي بعض صرف لانا نقول لما ملكت الثنتين بحكم الامر ملكت الواحدة أيضا اه اتقاني (قوله حتى لو قال من شئت) أي في المسئلة التي استشهد بها طلق من نسائي من شئت اه

يكون لهاذلك وهي قائمة مقامه لانا نقول المراد بالمشيئة مشيئة القدرة لا مشيئة الاباحة وهو يقدر أن يوقع الثلاث ان شاء فكذا هي لقيامها مقامه أو نقول في حقها لا يكره للزيادة لانها لو فرقت يبطل خيارها فلا يتمكن من ايقاع الثلاث الا جملة فيباح لها العدم قدرتها رواه الحسن عن أبي حنيفة بخلاف الزوج فانه قادر على التفريق قال رحمه الله (وفي طلق من ثلاث ماشئت تطلق مادون الثلاث) أي فيما اذا قال لها طلقي نفسك من ثلاثة ماشئت لها أن تطلق نفسها واحدة أو ثنتين وليس لها أن تطلق الثلاث وهذا عند أبي حنيفة وقالا لها أن تطلق ثلاثا ان شاءت لأن ما محكمة في التعميم ومن قد تكون للتبيين كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الأوثان فيحمل عليه كما في قوله طلق من نسائي من شئت وله أن من للتبعيض حقيقة وما للتعميم فيعمل بهما بخلاف مالو قال كل من طعامي ماشئت لأنه أمر بني على المسامحة أو على اظهار السماحة فيسقط اعتبار التبعيض وفي مسئلة الطلاق أريد به البعض أيضا الا أنه وصف بصفة عامة وهي المشيئة فيسقط اعتبار التبعيض لهذا المعنى كمن حلف لا يتزوج الا امرأة كوفية حتى لو قال من شئت كان على الخلاف والله أعلم

﴿باب التعليق﴾

قال رحمه الله (انما يصح في الملك كقوله لمنكوحته ان زرت فأنت طالق أو مضافا اليه) أي الى الملك (كان نكحتك فأنت طالق فيقع بعده) أي يقع الطلاق بعد وجود الشرط وهو الزيارة في الاول والنكاح في الثاني ومثل بقوله ان نكحتك بعد أن شرط أن يكون مضافا الى الملك والنكاح ليس علك وانما هو اسم للعقد لكونه سببا للملك كأنه قال ان ملكتك بالنكاح واطلاق السبب وارادة المسبب طريق من طرق المجاز ومثله قوله ان اشتريت عبدا أي ان ملكته بالشراء والا لما انعقد تعليقا ثم ذكر في المختصر فصلين أحدهما أن يكون الحالف مالكا وتعلقه بأي شرط كان والثاني أن لا يكون مالكا ولكنه علقه بالملك فكل واحد منهما جائز أما الاول فظاهر ولا خلاف فيه وأما الثاني فالمذكور هنا مذهبنا وهو قول عمر بن الخطاب وابن عمر ورواية عن ابن مسعود وقال مالك ان عمم بأن قال كل امرأة أتزوجها طالق ونحوه لا يجوز وان خصص بلدا أو قبيلة بأن قال كل امرأة من مصر أو من بني تميم أو كل بكر أو ثيب أتزوجها طالق صح

بوب له في الهداية باب الايمان في الطلاق قال الاتقاني لما فرغ من ذكر الطلاق بالتنجيز بالصريح والكناية شرع في ذكره بسبيل التعليق لان التنجيز هو الاصل لكونه سببا في الحال والتعليق لا يكون سببا مالم يوجد الشرط لان جملتي الشرط والجزاء بمنزلة جملة واحدة لان جملة الشرط لا تفيد مالم يكن معها جملة الجزاء والاصل في الجملة أن تكون مفيدة بنفسها بحيث يصح السكوت عليها والتنجيز بهذه المثابة لا التعليق ثم اعلم ان الحلف باسم الله تعالى وصفاته يمين عند أهل اللغة والفقهاء جميعا أما التعليق بالشرط فيمين عند الفقهاء ولا تسميه أهل اللغة يمينا اه

(قوله في المتن أو مضافا اليه) قال الرازي التعليق اذا كان في الملك أو مضافا الى الملك أو سببه يقع الطلاق بعد وجود الشرط وهو الزيارة في الاول والنكاح أو ملكه في الثاني اه فقد جعله كما ترى على ثلاثة أقسام إما في الملك أو مضافا الى الملك أو مضافا الى سببه والمصنف جعل التعليق على قسمين اما في الملك أو مضافا له ومثل للمضاف للملك بان نكحتك فأنت طالق وأفاد الشارح بان هذا ليس مضافا للملك بل لسببه وهو النكاح فحينئذ لم يمثل بما هو مضاف للملك ويصح ان يمثل له بما لو قال لاجنبية ان دخلت في عصمتي فأنت طالق (قوله يقع الطلاق بعد وجود الشرط) هذا اذا ذكر الرابط وهي الفاء أما لو لم يذكره بان قال ان زرت أنت طالق يقع في الحال لعدم صحة التعليق وسيجيء هذا في كلام الشارح عند قوله في المتن ولا في أنت طالق ان شاء الله (قوله ولكنه علقه بالملك الخ) قال الاتقاني رحمه الله واعلم ان تعليق الطلاق بالملك أو بسبب الملك يصح عندنا والتعليق بالملك كقوله ان ملكتك فأنت طالق والتعليق بسبب الملك كقوله ان تزوجتك فأنت طالق اه مع حذف (قوله صح) أي لان المانع هو الجهالة فاذا خص ارتفعت فيصح اه كافي

لان في التعميم سد باب النكاح على نفسه فلا يصح بخلاف ما اذا قال كل امرأة أتزوجها فهي علي كظهر أمي حيث يصح ويصير مظاهرا اذا تزوج مع العموم لان الحرمة ترتفع بكفارة فلا سد فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يصح هذا التعليق أصلا وهو قول ابن عباس وعائشة لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر لابن آدم فيما لا يملك ولا طلاق لابن آدم فيما لا يملك ولا بيع فيما لا يملك رواه أحمد وابن ماجه وسئل ابن عباس عن هذه المسئلة فقال قال الله تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن شرع الله الطلاق بعد النكاح فلا طلاق قبله ولانه لا يملك التنجيز لعدم المحل فلا يملك التعليق بالملك كما لا يملك التعليق بغيره من الشروط وهذا لان المحل شرط للطلاق كالاهلية فكما لا يجوز التعليق من غير الاهل بالاهلية كالصبي يقول اذا بلغت فامرأتي طالق فكذا في غير المحل فصار كبيع ما لا يملك كالطير في الهواء ثم ملكه ولانه يضاد المقصود من النكاح وهو التوالد فلا يشرع أصلا ولنا أن التعليق بالشرط يمين فلا تتوقف صحته على وجود ملك المحل كاليمين بالله تعالى وهذا لان اليمين تصرف من الحالف في ذمة نفسه لانه يوجب البر على نفسه والمحلوف به ليس بطلاق لانه لا يكون طلاقا الا بعد الوصول الى المحل وما لم يصل فهو يمين واشتراط قيام الملك لاجل الطلاق لا لاجل الحلف لكن المحلوف به سيصير طلاقا عند وجود الشرط بوصوله الى المحل وعند ذلك الملك واجب ولهذا لا يكره في حالة الحيض التعليق ولو كان ايقاعا لكره فاذا لم يكن طلاقا للحال لا يشترط له المحل كمن قال ان ملكت عبدا فالله على أن أعتقه ولهذا لو حلف أن لا يطلق فعلق الطلاق بالشرط لا يحنث ولو حلف أن لا يحلف يحنث ولو كان طلاقا لحنث بالتعليق فعلم انه يمين واليمين تعقد للمنع أو الحمل اذا احتمل وجود الملك عند الشرط ليكون محققا عند وقوع الجزاء وهنا الملك لازم عنده فكان أولى بالجواز ونظيره من الحسيات الرمي فانه ليس بقتل والترس لا يكون مانعا هو قتل ولا مؤخر اله بل يكون مانعا ما سيصير قتلا اذا وصل الى المحل وما رواه الشافعي رحمه الله لم يصح قاله أحمد وقال أبو الفرج روي من طرق مجتنبة بمرة وقال ابن العربي أخبارهم ليس لها أصل في الصحة فلا يشتغل بها ولئن صح فهو محمول على التنجيز والتأويل منقول عن السلف كمكحول وسالم والشعبي والزهري وهو المراد بالآية اذ المطلق ينصرف الى الكامل والبيع كالطلاق لا يصح الا في الملك فيكون لغوا قبل الملك بخلاف اليمين لانه لا يشترط له الملك وهو الموجود هنا والاهلية شرط لجميع التصرفات واليمين منها فلا يجوز من صبي وقوله لا يملك التنجيز لعدم الملك فلا يملك التعليق يبطل بما اذا قال لجاريته ان ولدت ولدا فهو حر حيث تعتق اذا ولدت وان كان لا يملك التنجيز في الولد المعدوم وقت اليمين وحاصل الخلاف أن المعلق بالشرط لا ينعقد سببا للحال وأثر التعليق في اعدامه الى زمان وجود الشرط عندنا فلا يكون طلاقا قبله فلا يشترط الملك له وعنده ينعقد سببا وأثر التعليق في تأخير الحكم فكان ايقاعا في الحال فيشترط له الملك وقد عرف الدليل في موضعه ولا يقال لو جن بعد التعليق ووجد الشرط وهو مجنون تطلق ولو كان ايقاعا عنده لما طلقت لعدم الاهلية لانا نقول هو ايقاع حكما والمجنون أهل لذلك ألا ترى انه لو كان عنينا أو مجبوبا يفرق بينهما ويجعل طلاقا وكذا اذا أسلمت امرأته وعرض الاسلام على أبويه وأبيا وكذا اذا ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه لكونه أهلا له حكما وقول مالك رحمه الله تعالى ان في التعميم سد باب النكاح لا يصح لانه لا ينسد عليه بابه لان كلمة كل تقتضي التعميم دون التكرار فيمكنه أن يتزوجها بعد ما وقع الطلاق عليها وقوله فيقع بعده أي بعد الشرط فيه اشارة الى أن الحكم يتأخر عنه وهو المختار لان

(قوله وعند ذلك الملك واجب) أي ثابت اه (قوله ولهذا لا يكره في حالة الحيض التعليق) أي اذا قال لامرأته الحائض اذا طهرت فأنت طالق كان هذا طلاقا للسنة وان كان لا يملك تنجيزه في الحال اه كفاية (قوله فعلق الطلاق بالشرط لا يحنث) ذكر الشارح رحمه الله في باب طلاق المريض لو حلف أن لا يطلق (٢٣٢) بعد ما علق طلاقها بشرط ثم وجد الشرط لا يحنث فراجعه اه (قوله ولو حلف أن لا يحلف يحنث) هذا اذا علقه بغير المشيئة أما اذا علقه بالمشيئة بأن قال أنت طالق ان شاء الله تعالى لا يحنث عند أبي حنيفة ومحمد ويحنث عند أبي يوسف كما سيجيء عند قوله وفي أنت طالق ان شاء الله (قوله والشعبي) اسمه عامر ابن شراحيل وهو من كبار التابعين (قوله والزهري) هو محمد بن مسلم بن عبد الله ابن شهاب الزهري اه ويوجد في بعض النسخ بعد قوله والزهري وغيرهم اه فانهم قالوا كانوا في الجاهلية يطلقون قبل التزوج تنجيزا ويعدون ذلك طلاقا فنفى رسول الله صلى الله عليه وسلم ذلك بقوله لا طلاق قبل النكاح اه (قوله ولا يقال الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم انما وقع الطلاق عقيب الشرط في تعليق طلاق امرأته لان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فان قلت لو كان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط لما وقع الطلاق على امرأة الرجل اذا علق في حال الصحة ثم وجد الشرط في حال جنونه لان المجنون ليس بأهل للتنجيز قلت انما وقع ذلك حكما لكلام صدر من العاقل البالغ فكم من شيء يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا وضمنيات الشيء لا تعلل ولهذا الطلاق اذا ملك أقاربه يعتقون عليه حكما لصحة ملك القريب وان كان لا يصح اعتاق المجنون ابتداء وكذا تقع الفرقة بينه وبين امرأته بسبب الجب والعنة والفرقة طلاق حكما لصحة تفريق القاضي وان كان لا يصح طلاقه ابتداء اه

الطلاق المقارن للنكاح لا يقع ولهذا لو قال أنت طالق مع نكاحك أو فى نكاحك لا يقع لان الطلاق ينافى النكاح فلا يتصور أن يثبت الشئ منفيا ولهذا لو قال لها تزوجتك على أنك طالق صح النكاح ولم يقع شئ لانه تعذر اعتباره بدلا أو شرطا لان البدل يقارن والشرط يتقدم فلغا هذا الشرط وصح النكاح بخلاف المضاف حيث يقع مقارنا للوقت المضاف اليه لان المضاف سبب للحال والمعلق يكون سببا عند وجود الشرط فيتأخر الحكم عنه ضرورة وانما كان كذلك لان المضيف يريد الحكم والمعلق يريد انتفاءه لان غرضه المنع من ايجاد الحكم وقوله أو مضافا الى الملك المراد التعليق به ثم ان كان التعليق بالملك بصريح الشرط مثل أن يقول ان تزوجتك ونحوه كان معلقا كيفما كان وان كان بمعنى الشرط مثل أن يقول المرأة التى أتزوجها طالق فانما يتعلق اذا كانت غير معينة وأما اذا كانت المرأة معينة مثل أن يقول هذه التى أتزوجها طالق فلا يصح حتى لو تزوجها لا يقع الطلاق لانه عرفها بالاشارة ولا يراعى فيها الصفة وهى التزوج فبقى قوله هذه المرأة طالق وأما الفصل الاول وهو ما اذا كان الحالف مالكا فمتفق عليه وذلك مثل أن يقول لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق لان الملك قائم فى الحال والظاهر بقاؤه الى وقت الشرط لان الاصل فى كل ثابت استمراره خصوصا فى النكاح الذى هو عقد عمر فصح يمينا عندنا وايقاعا عنده قال رحمه الله (فلو قال لاجنبية ان زرت فأنت طالق فنكحها فزارت لم تطلق) وقال ابن أبى ليلى تطلق لان المعتبر فى وقوع الطلاق وقت وجود الشرط لكونه يصل الى المحل فى ذلك الوقت والملك موجود عنده فيقع الطلاق ولا معنى لاشتراطه قبله ولان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فيكون كأنه أرسله فيه ولنا ان الجزاء لا بد أن يكون ظاهرا أو لازما ليكون مخيفا فتوجد ثمرة اليمين فيه وذلك انما يتحقق اذا كان مالكا أو أضافه الى الملك فلا ينعقد بدونهما ولا يقال يضمر له الملك فيكون التقدير ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق لانا نقول ان اليمين مذموم لقوله تعالى ولا تطع كل حلاف مهين فلا يحتاج لتصحيحه فيتحقق عدم المحلوف به فيبطل ولا ينقلب صحيحا بعد ذلك بوجود الملك لانه وقع باطلا والاضافة الى سبب الملك كالاضافة الى الملك وقال بشر المريسى لا تصح اضافته الى سبب الملك لان الملك يثبت عقيب سببه والجزاء يقع عقيب شرطه فلو صح تعليقه به لكان الطلاق مقارنا لثبوت الملك والطلاق المقارن لثبوت الملك أو لزواله لا يقع كما لو قال أنت طالق مع نكاحك او مع موتى أو مع موتك بخلاف ما اذا علقه بالملك لانه جعله شرطا فيتقدم والطلاق يتأخر فلا يؤدى الى المحظور والجواب عنه قال محمد رحمه الله حمل الكلام على الصحة أولى من الغائه فيكون قد ذكر السبب وأراد به المسبب فيكون تقديره قوله ان تزوجتك ان ملكتك قال رحمه الله (وألفاظ الشرط ان واذا واذا ما وكل وكلما ومتى ومتى ما) لان الشرط مشتق من الشرط الذى هو بمعنى العلامة ومنه أشراط الساعة أى علاماتها قال الله تعالى فقد جاء أشراطها فسميت هذه الالفاظ به لاقترانها بالفعل الذى هو علامة الحنث لان الجزاء انما يتعلق بما هو على خطر الوجود وهو الافعال دون الاسماء لاستحالة معنى

(قوله ولان المعلق بالشرط الخ) قال الاتقانى رحمه الله فى جوابه قلت المعلق انما يكون كالمنجز اذا صح التعليق ولا نسلم صحة التعليق فى هذه الصورة اه (قوله ظاهرا أو لازما) أى غالب الوجود أو متيقن الوجود اه (قوله ليكون مخيفا) أى بوقوع الجزاء اه (قوله ولا يقال يضمر له الملك) قال الاتقانى فان قلت لم يدرج فى كلامه التزوج تصحيحا لكلام العاقل بأن يقدر ان تزوجتك ودخلت الدار فأنت طالق قلت كلامه صحيح بدون تقدير التزوج لان الكلام ما أفاد المستمع وقد أفاد لانه شرط وجزاء غاية ما فى الباب ان الشارع ما أثبت حكمه لعدم شرطه وذلك لا يدل على عدم صحة الكلام وأيضا يلزم من ادراجه التكلف فى اثبات الطلاق وهو أبغض المباحات عند الله تعالى فلا يجوز التكلف فى اثبات ما كان بغيضا فافهم اه مع حذف (قوله لانا نقول) أى بدون الملك أو سببه اه (قوله والجزاء يقع عقيب شرطه) أى والشرط هنا التزوج اه (قوله فى المتن وألفاظ الشرط الخ) وانما قال ألفاظ الشرط ولم يقل حروف الشرط لان ان هو الحرف وحده والالفاظ الباقية أسماء ثم اعلم أن الشرط عبارة عن أمر منتظر على خطر الوجود يقصد نفيه واثباته كقولك ان زرتنى أكرمتك وان لم تشتمنى أحببتك فعلمت من هذا ان كلمة ان هى الشرط فى باب الشرط لدخوله على الفعل وفيه خطر بخلاف سائر الالفاظ فانها تدخل على الاسم وليس فيه خطر وانما المجازاة بها باعتبار تضمنها معنى ان وكان ينبغى على هذا أن لا يستعمل كل فى المجازاة لدخوله على الاسم خاصة الا أن الاسم الذى يتعقبه

يوصف بفعل لا محالة فيكون ذلك الفعل فى معنى الشرط كقولك كل عبد أشتريه فهو حر وكل امرأة أتزوجها فهى طالق فألحق كل بحرف الشرط وللمجازاة أسماء تقع موقع ان وهى ظروف وغير ظروف فالظروف متى وأين وأنى وأى وحيث وحيثما واذما ولا يجازى بحيث ولا باذ حتى يلزم كل واحد منهما ما وغير الظروف ما ومن وأى فان قلت قد استدللت على كون ان أصلا فى باب الشرط بدخولها على الفعل وفيه خطر وقد جاء دخولها على الاسم أيضا كقوله تعالى وان أحد من المشركين استجارك وقوله ان امرؤ هلك فينبغى أن لا يكون أصلا قلت الفعل فيه مضمر يفسره الظاهر فافهم اه اتقانى

(قوله والاصل فيهاان) أي لانه لايحتمل غيره اه رازى (قوله ان لم يؤثر فيه الشرط) أراد بالشرط اداة الشرط

انخطر فيها والاصل فيهاان وهي صرف الشرط وماوراءها ملحق بها لمافيها من معنى الشرط لانها تدل على الوقت الذي هو علم عليه وكلة كل وان كانت تدخل على الاسماء لكنها جعلت منها لان الاسم الذي تدخل عليه يلازمه الفعل فكانت منها بهذا الاعتبار ومن جملة ألفاظ الشرط لو ومن وأى وأيان وأين وأنى ثم الجواب اذا تأخر عن الشرط يكون بالفاء ان لم يؤثر فيه الشرط لا لفظا ولا معنى وذلك في سبع مواضع نظموها موزونا في قوله

طلبية واسمية وبجامد * وبما ولن وبقد وبالتنفيس

وان تقدم فلا تدخل فيه الفاء واختلفوا فيه هل هو الجزاء أو يقدر بعد الشرط من جنسه فاذا عرفنا هذا فنقول لو قال لامرأته ان دخلت الدار أنت طالق طلقت للحال لعدم الرابط وهو الفاء فان نوى تعليقه يدين وكذا ان نوى تقديمه وفي رواية عن أبي يوسف لا يتنجز حملا لكلامه على الفائدة وهو أولى من الغائه فيضمر الفاء كقوله

من يفعل الحسنات الله يشكرها * الشر بالشر عند الله مثلان

وهذا يبطل بما اذا أجاب بالواو فانه يتنجز ويلغو الشرط مع أنه يمكن تعليقه حتى لو نواه يدين وفي الحكم روايتان ذكره في الغاية ولو أخر الشرط وأدخل الفاء في الشرط لا رواية فيه ويمكن أن يقال يتنجز لأن الفاء فاصلة ويمكن أن يقال يتعلق لان الفاء حرف تعليق ولو قال أنت طالق ان فعند محمد يتنجز لعدم ذكر ما يتعلق به وعند أبي يوسف لا لأن ذكره بيان ارادته التعليق ولو قال أنت طالق دخلت الدار يتنجز لعدم التعليق والصفة المعتبرة كالشرط مثل أن يقول المرأة التي أتزوجها طالق أو المرأة التي تدخل الدار طالق وذلك في غير المعينة قال رحمه الله (ففيها ان وجد الشرط انتهت اليمين) يعني في الالفاظ التي تقدم ذكرها اذا وجد الشرط انتهت اليمين وانحلت لانها غير مقتضية للعموم والتكرار لغة فبوجود الفعل مرة يتم الشرط ولا بقاء لليمين بدون الشرط وذكر في الغاية رجل قال لنسوة له من دخل منكن الدار فهي طالق فدخلت واحدة منهن مرارا طلقت بكل مرة تطليقة لان الفعل وهو الدخول أضيف الى جماعة فيراد به تعميم الفعل عرفا مرة بعد أخرى كقوله تعالى ومن قتله منكم متعمدا أفاد العموم واستدل عليه بما ذكر في السير الكبير اذا قال الامام من قتل قتيلا فله سلبه فقتل واحد قتيلين فله سلبهما وفيه إشكال لان عموم الصيد لكون الواجب فيه مقدرا بقيمة المقتول وفي السلب بدلالة حاله وهو ان مراده التشجيع وكثرة القتل وذهب بعض الناس الى أن متى تقتضي التكرار واستدل عليه بقول الشاعر

متى تأته تعشو إلى ضوء ناره * تجد خير نار عندها خير موقد

وقال آخر

متى تأتنا تلمم بنا في ديارنا * تجد حطبا جزلا ونارا تأججا

وفي المحيط وجوامع الفقه لو قال أي امرأة أتزوجها فهي طالق فهو على امرأة واحدة بخلاف كل امرأة أتزوجها حيث يعم بعموم الصفة وهو أيضا مشكل حيث لم يعم قوله أي امرأة أتزوجها بعموم الصفة قال رحمه الله (الا في كلما لاقتضائه عموم الافعال كاقتضاء كل عموم الاسماء) لان كلمة كلما وكل تفيد عموم ما دخلت عليه غير ان كلما تدخل على الافعال وكل تدخل على الاسماء فيفيد كل واحد منهما عموم ما دخلت عليه قال الله تعالى كلما أوقدوا نارا للحرب أطفأها الله وقال تعالى وكل شئ فصلناه تفصيلا فاذا وجد فعل واحد أو اسم واحد فقد وجد المحلوف عليه فانحلت اليمين في حقه وفي حق غيره من الافعال والاسماء باقية على حالها فيحنث كلما وجد المحلوف عليه فيهما الا الى نهاية ولا يقال اذا كانت اليمين بكلما فتكرر الشرط حتى بانت بثلاث ثم عادت اليه بعد زوج فوجد الشرط لا يقع شئ

وحيث لم يصح الجواب أن يكون شرطا لم تؤثر أداة الشرط فيه (قوله وذلك في سبع مواضع) أي كونه بالفاء اه (قوله طلبية واسمية الخ) مثال الطلبية ان كنتم تحبون الله فاتبعوني فان شهدوا فلا تشهد معهم ومثال الاسمية ان تعذبهم فانهم عبادك ومثال الفعلية الجامدة ان تبدوا الصدقات فنعما هي ومن يفعل ذلك فليس من الله في شئ ومثال المقرونة بما فان توليتم فما سألتكم من أجر ومثال المقرونة بلن وما تفعلوا من خير فلن تكفروه ومثال المقرونة بقد إن يسرق فقد سرق أخ له ومثال المقرونة بتنفيس وان خفتم عيلة فسوف يغنيكم الله اه (قوله وذلك في غير المعينة) أما المعينة فلا تصح اه (قوله فيحنث كلما وجد المحلوف عليه فيهما الا الى نهاية) بخلاف سائر ألفاظ الشرط فانها تدل على جنس الفعل لا التكرار وجنس الفعل يتحقق في المرة الواحدة فاذا وجد الفعل مرة انحلت اليمين ولا يقع الجزاء اذا وجد الفعل ثانيا لارتفاع اليمين اه اتقاني (قوله ولا يقال اذا كانت اليمين بكلما) أي كما اذا قال لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق اه

وكذا

وكذا اذا كانت بكل فتزوج امرأة حتى طلقت ثم تزوجها لم يقع عليها شئ فكيف تصح دعواهم لا الى نهاية لانا نقول كلمة كلما تقتضى عموم الافعال وعموم الاسماء ضرورى فاذا وجد الفعل مرة حنث وانحلت اليمين فى حقه ولا يتصور عود ذلك الفعل بعد ذلك وبقيت فى حق غيره فيحنث كلما وجد فعل لانه غير الاول غير أن المحلوف عليه طلقات هذا الملك وهى متناهية فيتناهى لاجل ذلك لا لان اللفظ لا يقتضيه حتى لو أضافه الى سبب الملك بان قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق تكرر دائما الا ان انعقادها باعتبار ما سيحدث من الملك وذلك لا نهاية له وكلمة كل تقتضى عموم الاسماء وعموم الافعال ضرورى فاذا تزوج امرأة حنث وانحلت اليمين فى حقها وبقيت فى حق غيرها فاذا تزوجها بعد ذلك لم يقع شئ لعدم تجدد الاسم واذا تزوج غيرها حنث لبقاء اليمين فى حقها وكذا اذا تزوج أخرى وأخرى بعد أخرى يقع الى ما لا يتناهى قال رحمه الله (فلو قال كلما تزوجت امرأة يحنث بكل امرأة ولو بعد زوج آخر) لان صحة هذا اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه على ما تقدم وعن أبى يوسف على رواية المنتقى اذا قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق فتزوج امرأة فطلقت فاذا تزوجها ثانيا لم تطلق ولا يحنث فى امرأة واحدة مرتين فجعلها ككلمة كل ولو كانت اليمين على امرأة معينة بان قال كلما تزوجتك أو كلما تزوجت فلانة تكرر دائما واستوضح ذلك بما اذا قال كلما اشتريت هذا الثوب فهو صدقة أو كلما ركبت هذه الدابة فعلى صدقة كذا يلزمه بكل مرة ما التزم ولو قال كلما اشتريت ثوبا أو كلما ركبت دابة فعلى كذا لا يلزمه ذلك الا مرة واحدة وفى الاول وهو ما اذا قال لها كلما دخلت الدار فأنت طالق خلاف زفر حيث يتكرر عنده دائما ولو بعد زوج لان كلما تعم الافعال وقد صح التعليق فلا يشترط لبقائه الملك وانما يشترط لصحته ابتداء ليكون الجزاء مخيفا بوجوده ظاهرا عند الحنث وهذا لان المعلق بالشرط لا يكون طلاقا ولا سببا له قبل وجوده ألا ترى أنه صح التعليق بالملك فى المطلقة الثلاث لتحققه عند الشرط ولحصول فائدة اليمين من الاخافة مع ان الملك معدوم بل الحل الاصلى معدوم فلأن يبقى بعد الانعقاد أولى وجوابه أن التعليق باعتبار الملك الموجود ولم يبق فيبطل التعليق بخلاف المستشهد به لان انعقاده باعتبار ما سيحدث من الملك على ما تقدم ونظيره ما لو قال لأمته ان دخلت الدار فأنت حرة ثم أعتقها بطل التعليق حتى لو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم استرقت لا تعتق بدخولها الدار بخلاف ما اذا باعها حيث لا يبطل التعليق حتى لو ملكها بعد ذلك ودخلت الدار تعتق قال رحمه الله (وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) لانه لم يوجد الشرط والجزاء باق لبقاء محله فتبقى اليمين والمراد زواله بطلقة واحدة أو طلقتين أما اذا زال بثلاث طلقات فانه يزيلها الا اذا كانت مضافة الى سبب الملك فحينئذ لا تبطل بالثلاث لان صحتها باعتبار ملك سيحدث على ما مر من قبل قال رحمه الله (فان وجد الشرط فى الملك طلقت وانحلت) لانه وجد الشرط والمحل قابل للجزاء فينزل ولم تبق اليمين لان بقاءها ببقاء الشرط والجزاء ولم يبق واحد منهما قال رحمه الله (والا لا وانحلت) أى وان لم يوجد الشرط فى الملك لا يقع الطلاق وتنحل اليمين ومراده اذا وجد الشرط فى غير الملك أما عدم الشرط فى الملك لا تنحل اليمين وانما تنحل بوجوده

(قوله تكرر دائما) أى وان كان بعد زوج آخر وذلك لان الطلاق لا يصح تعليقه الا اذا كان الرجل مالكا للطلاق أو مضيفا الى الملك أو الى سبب الملك وقدمر بيان ذلك فيكون عند وجود الشرط كالمنجز للطلاق اه اتقانى (قوله وكلمة كل تقتضى عموم الاسماء الخ) قال فى الكافى وأما كل فتستدعى عموم الاسماء فلا يتكرر الحنث بتكرر الفعل لان كلمة التعميم لم تدخل عليه فلو قال كل امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج نسوة طلقن ولو تزوج امرأة مرارا لم تطلق الا مرة اه (قوله فى المتن ولو بعد زوج آخر) قال الرازى فى شرحه لان صحة هذا اليمين باعتبار ما سيحدث من الملك وهو غير متناه فى حق غير المطلقة وفى حقها متناه الى استيفاء طلقات هذا الملك عندنا فقوله فى حق غير المطلقة صوابه فى حق غير المنكوحة وفى حقها أى حق المنكوحة متناه الى استيفاء طلقات هذا الملك فاذا قال لزوجته كلما دخلت الدار فأنت طالق فتكرر الشرط حتى بانت بثلاث ثم عادت إليه بعد زوج آخر فوجد الشرط لا يقع شئ خلافا لزفر كما قرره الشارح ولو قال كلما تزوجت امرأة فهى طالق تكرر دائما ولو بعد زوج آخر كما ذكره فى المتن فظهر لك ان ما قاله الرازى فيه نظر وصوابه ما قلناه فتأمله اه (قوله فى المتن وزوال الملك بعد اليمين لا يبطلها) أى كما اذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق ثم أبانها تبقى اليمين وذلك لان اليمين تنعقد وتصح مع عدم الملك ابتداء كما اذا قال لأجنبية إن تزوجتك فأنت طالق فلأن تصح مع عدم الملك بقاء أولى لان البقاء أسهل من الابتداء اه اتقانى (قوله فى المتن فان وجد الشرط فى الملك) أى مثل أن تزوجها ثانيا ثم وجد الشرط وهو دخول الدار اه اتقانى (قوله ولم يبق واحد منهما) أى لان اللفظ لا يدل على التكرار فبوجود الشرط مرة انتهت اليمين بخلاف كلمة كلما وقدمر بيانها اه اتقانى (قوله فى المتن والا لا وانحلت) مثل ما اذا وجد دخول الدار بعد زوال الملك قبل التزوج ثانيا اه اتقانى

(قوله في المتن وان اختلفا في وجود الشرط) أي والحال انه يوقف عليه من جهة غيرها كدخول الدار مثلا أما إذا كان الشرط لا يعلم إلا منها فحكمه يعرف مما بعده (قوله لانه متمسك بالاصل) أي لان الأصل عدم الشرط والقول قول من يتمسك بالاصل اه كافي (قوله وعلى هذا لو قال ان لم أجامعك في حيضك) ثم قال جامعتك وأنكرت اه (قوله مع ان الظاهر يشهد لها) أي من وجهين اه (قوله كأحد الورثة إذا أقر بدين على الميت لرجل) أي

فيقتصر على نصيبه إلا أن يصدقه الباقون اه فتح (قوله وكالمشتري إذا أقر بالمبيع للمستحق) أي لا يرجع بالثمن على البائع اه فتح لان اقراره لا ينفذ عليه اه (قوله فاذا انقطع لا يقبل) أي بأن قالت في الصورة المذكورة حضت وطهرت فلا تصدق إذا كذبها الزوج لانها أخبرت عما هو الشرط حال فواته (قوله ولا بعده) أي حتى لو قالت بعد مدة حضت وطهرت وأنا الآن حائض بحيضة أخرى لا يقبل قولها ولا يقع لانها أخبرت عن الشرط حال عدمه ولا يقع إلا إذا أخبرت عن الطهر بعد انقضاء هذه الحيضة فحينئذ يقع لانها جعلت أمينة شرعا فيما تخبر من الحيض والطهر ضرورة إقامة الاحكام المتعلقة بهما فلا تكون مؤتمنة حال عدم تلك الاحكام لعدم الحاجة إذا كذبها الزوج اه كمال (قوله ولو قال لامرأتيه اذا حضتما الى آخره) أي ولو قال لهما إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا فأنتما طالقان فحاضت أو ولدت احداهما طلقتا لانه راد به إحداهما لاستحالة اجتماعهما في حيضة واحدة وولد واحد ذكره الشارح في باب الصرف في مسألة السيف المحلى اه طلقت

(قوله لم تطلق واحدة منهما إلا أن يصدقهما) وكذا اذا قال ان ولدتما يعتبر وجود الولادة منهما اه (قوله طلقت المكذبة) لوجود الشرط في حقها وهو حيضها الثابت باقرارها وحيض ضرتها الثابت بتصديق الزوج ولا تطلق المصدقة لعدم وجود الشرط حيث لم يقر الزوج بحيض ضرتها واقرار ضرتها بالحيض مقبول في حق المخبرة لا غير اه

في غير الملك لوجود الشرط حقيقة ولا يقع شئ لعدم الأهلية قال رحمه الله (وان اختلفا في وجود الشرط فالقول له) أي للزوج لانه متمسك بالاصل فكان الظاهر شاهدا له ولانه ينكر وقوع الطلاق وهي تدعيه فالقول قول المنكر وعلى هذا لو قال لها إن لم تدخلي هذه الدار اليوم فأنت طالق فقالت لم أدخلها وقال الزوج بل دخلتها فالقول له لانه المنكر لوقوع الطلاق وزوال الملك وان كان الظاهر شاهدا لها وهو أن الاصل عدم الدخول ولان الزوج ينكر السبب لان المعلق يصير سببا عند الشرط فكان القول له وعلى هذا لو قال ان لم أجامعك في حيضك فالقول له مع ان الظاهر يشهد لها وهو ان الاصل عدمه وان الحرمة أيضا تمنعه من الوقاع ولو قال لها ان لم أجامعك في حيضك فأنت طالق للسنة ثم قال جامعتك فان كانت حائضا فالقول له لانه يملك الانشاء فلا يتهم وان كانت طاهرا لا يصدق لانه يريد ابطال حكم واقع في الظاهر لوجود وقت السنة وقد اعترف بالسبب لان المضاف سبب للحال لكونه يريد كونه بخلاف المعلق حيث يتأخر سببه لانه لا يريد كونه فيكون منكرا فالقول قوله قال رحمه الله (الا اذا برهنت) أي اذا أقامت بينة لانها نورت دعواها بالحجة قال رحمه الله (وما لا يعلم إلا منها فالقول لها في حقها كان حضت فأنت طالق وفلانة أو ان كنت تحبيني فأنت طالق وفلانة فقالت حضت أو أحبك طلقت هي فقط) أي اذا علقه بما لا يعلم الا من جهتها كقوله ان حضت فأنت طالق وفلانة أو قال ان كنت تحبيني فأنت طالق وفلانة فقالت حضت أو أحبك طلقت هي وحدها ولم تطلق فلانة والقياس أن لا يقع الطلاق عليها بقولها لانها تدعي شرط الحنث على الزوج ووقوع الطلاق وهو منكر فيكون القول له ولا تصدق الا بحجة كغيره من الشروط وجه الاستحسان أن هذا أمر لا يعرف الا من قبلها وقد ترتب عليه حكم شرعي فيجب عليها أن تخبر كي لا يقعا في الحرام اذ الاجتناب عنه واجب عليهما شرعا فيجب طريقه وهو الاخبار فتعينت له فيجب قبول قولها ليخرج عن عهدة الواجب ولانها مأمورة بالاظهار لقوله تعالى ولا يحل لهن أن يكتمن ما خلق الله في أرحامهن ولو لم يقبل قولها لم يكن للاخبار فائدة ولهذا قبل قولها في حق العدة والغشيان حتى انقطعت الرجعة بقولها انقضت عدتي ويحل لها التزوج بالثاني ويحرم غشيانها وهو الوطء بقولها أنا حائض ويحل بقولها قد طهرت لكنها شاهدة في حق ضرتها بل هي متهمة فلا ضرورة في حقها فلا يقبل قولها حتى يعلم أنها حاضت حقيقة ولا يمتنع أن يقبل قول شخص بالنسبة الى نفسه دون غيره كأحد الورثة اذا أقر بدين على الميت لرجل وكالمشتري اذا أقر بالمبيع للمستحق وكذا لا يبعد أن يكون لكلام واحد جهتان ألا ترى أن شهادة رجل وامرأتين تقبل في السرقة لوجوب الضمان لا للحد وانما يقبل قولها اذا أخبرت والحيض قائم فاذا انقطع لا يقبل قولها لانه ضروري فيشترط فيه قيام الشرط ولو قال إن حضت حيضة يقبل في الطهر الذي يلي الحيضة لانه الشرط فلا يقبل قبله ولا بعده هذا اذا كذبها الزوج وأما إذا صدقها فتطلق ضرتها أيضا لثبوت الحيض في حقها بتصديقه ولو قال لامرأتيه اذا حضتما فأنتما طالقان فقالتا حضنا لم تطلق واحدة منهما الا أن يصدقهما وان صدق احداهما وكذب الاخرى طلقت المكذبة وان كن ثلاثا فقال ان حضتن فأنتن طوالق فقلن حضنا لم تطلق واحدة منهن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة منهن وان صدق ثنتين وكذب واحدة

طلقت المكذبة وان كن أربعا والمسئلة بحالها لم يطلقن الا أن يصدقهن وكذا ان صدق واحدة أو ثنتين وان صدق ثلاثا وكذب واحدة طلقت المكذبة وحدها دون المصدقات والاصل فيه ان حيض جميعهن شرط لوقوع الطلاق عليهن ولم تطلق واحدة منهن حتى يرى جميعهن الحيض وان حاضت بعضهن يكون ذلك بعض العلة وهى لا يثبت بها الحكم فان قلن جميعا قد حضن لا يثبت حيض كل واحدة منهن الا فى حقها ولا يثبت فى حق غيرها فلم يتم الشرط فى حق غيرها الا أن يصدقها فيثبت فى حق الجميع وان صدق البعض وكذب البعض يتطرف فان كانت المكذبة واحدة طلقت هى وحدها لتمام الشرط فى حقها لان قولها مقبول فى حق نفسها وقد صدق غيرها فتم الشرط فيها ولا يطلق غيرها لان المكذبة لا يقبل قولها فى حق غيرها فلم يتم الشرط فى حق غيرها وان كذب أكثر من واحدة لم تطلق واحدة منهن لان كل واحدة من المكذبات لم يثبت حيضها الا فى حق نفسها فكان الموجود بعض العلة ولا يطلق واحدة منهن حتى يصدق غيرها جميعا وكذا اذا قال لها ان كنت تحبين أن يعذبك الله بنار جهنم فأنت طالق وفلانة وعبدى حر فقالت أحب طلقت ولم تطلق فلانة ولم يعتق العبد وهو بمنزلة قوله ان كنت تحبينى أو تبغضينى لان المحبة أمر باطن لا يوقف عليها فتعلق الحكم بما يدل عليها وهو الاخبار عنها وان كانت كاذبة لان أحكام الشرع لا تناط بمعان خفية بل بمعان جلية ألا ترى ان الرخص والحدث والجنابة والاستبراء وتوجه الخطاب يناط بالسفر والنوم والتقاء الختانين وحدوث الملك مع اليد والبلوغ دون المشقة وخروج النجس والانزال وشغل الرحم واعتدال العقل حقيقة تحقيقا لليسر المرضى ودفعا للحرج المنفى الا أنها أمينة فى حق نفسها شاهدة فى حق غيرها وشهادة الفرد مردودة لا سيما اذا كان فى فعل نفسه أو فيه تهمة فتعلق الحكم فى حقها باخبارها وفى غيرها بحقيقة المحبة فان قيل تيقننا بكذبها لان محبة العذاب أمر تأباه العقول قلنا احتمال الصدق فى خبرها ثابت لان الانسان قد يبلغ به ضيق الصدر وقلة الصبر وسوء الحال درجة يحب الموت فيها فجاز أن يحملها شدة بغضها اياه على ايثار العذاب على صحبته وان قال لها ان كنت تحبينى بقلبك فأنت طالق فقالت أحبك وهى كاذبة طلقت قضاء وديانة عند أبى حنيفة وأبى يوسف لان المحبة لا تكون الا بالقلب فلا يفيد تقييده بها وقال محمد رحمه الله لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا كانت صادقة لان الاصل فى المحبة القلب واللسان خلف عنه والتقييد بالاصل يبطل الخلفية ونحن نقول لا يمكن الوقوف على ما فى قلبها فانتقل الى الخلف مطلقا وذكر فى الفوائد الظهيرية مسئلة تدل على أن المحبة بالقلب لا تعتبر وان أمكن الاطلاع عليها وهى ما اذا قال لامرأته أنت طالق ان كنت أنا أحب كذا ثم قال لست أحبه وهو كاذب فيه فهى امرأته ويسعه أن يطأها فيما بينه وبين الله تعالى قال شمس الائمة وهذا مشكل لانه ان لم يعرف ما فى قلبها حقيقة يعرف ما فى قلبه ولكن الطريق ما قلنا أنه تعلق بالاخبار كيفما كان ثم اعلم ان التعليق بالمحبة كالتعليق بالحيض لا يفترقان الا فى شيئين أحدهما ان التعليق بالمحبة يقتصر على المجلس لكونه تخييرا حتى لو قامت وقالت أحبك لا تطلق والتعليق بالحيض لا يبطل بالقيام كسائر التعليقات والثانى أنها اذا كانت كاذبة فى الاخبار تطلق فى التعليق بالمحبة لما قلنا وفى التعليق بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى قال رحمه الله (وبرؤية الدم لا يقع) يعنى فيما اذا قال لها ان حضت فأنت طالق فرأت الدم لا يقع الطلاق لانه يحتمل أن تكون مستحاضة فلا يقع بالشك قال رحمه الله (فان استمر ثلاثا وقع من حين رأت) أى ان استمر الدم ثلاثة أيام وقع الطلاق من حين رأت الدم لكونه بالامتداد تبين انه من الرحم فكان حيضا من الابتداء وتظهر ثمرة الاسناد فيما اذا كانت المرأة غير مدخول بها

(قوله وكذا ان صدق واحدة منهن أو ثنتين) أى لم تطلق واحدة منهن اهـ (فرع) فى الجامع الاصغر قال الفقيه أبو جعفر اذا قالت المرأة لزوجها شيأ من السب نحو قرطبان وسفلة فقال ان كنت كما قلت فأنت طالق طلقت سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لان الزوج فى الغالب لا يريد الا ان يؤذيها بالطلاق كما آذته وقال الاسكاف فيمن قالت يا قرطبان فقال زوجها ان كنت أنا قرطبان فأنت طالق تطلق وان قال أردت الشرط يصدق فيما بينه وبين الله ونص بعضهم على ان فتوى أهل بخارى على المجازاة دون الشرط اهـ فتح (قوله ان كنت تحبينى أو تبغضينى) يجوز بنون لعماد ويجوز بتركه أيضا لانه ليس بلازم فى المضارع الذى فى آخره نون الاعراب وقد عرف فى موضعه اهـ اتقانى (قوله ولكن الطريق ما قلنا) أى ان القلب متقلب لا يثبت على شئ فالوقوف على حقيقة المحبة متعذر والاحكام انما تناط بالامور الظاهرة لا الخفية كالرخصة بالسفر والحدث بالنوم والجنابة بالتقاء الختانين ولا يخفى ما فيه بالنسبة الى قلبه اهـ فتح (قوله وفى التعليق بالحيض لا تطلق فيما بينه وبين الله تعالى) أى حتى لو وطئها الزوج بعد هذا لا يلحقه اثم بخلاف مسئلة المحبة (قوله فيما اذا قال لها ان حضت فأنت طالق الى آخره) اذا قال أنت طالق فى حيضك وهى حائض لم تطلق حتى تحيض أخرى لانها عبارة عن درور الدم وتركه ونزوله لوقته فكان فعلا فصار شرطا كما فى الدخول والشرط يعتبر فى المستقبل لا فى الماضى اهـ محيط وكتب ما نصه ولو كانت حائضا لم يقع حتى تطهر ثم تحيض وكذا لو قال لطاهر أنت

فتزوجت حين رأت الدم أو كان المعلق بالحيض عتق عبد فجنى العبد أو جنى عليه بعد ما رأت الدم قبل أن يستمر فانه يصح نكاحها ويعتبر في العبد جناية الاحرار قال رحمه الله (وفي ان حضت حيضة يقع حين تطهر) أي في قوله لها ان حضت حيضة فأنت طالق تطلق اذا طهرت من حيضها وذلك بالانقطاع على العشر أو بمضي العشرة وان لم ينقطع أو بالانقطاع والاغتسال أو بما يقوم مقام الاغتسال اذا انقطع دون العشرة لان الحيضة اسم للكامل من الحيض ولهذا حمل عليه في حديث الاستبراء وهو قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وكذا اذا قال ان حضت نصف حيضة فأنت طالق لانها اسم للكامل وهي لا تتجزأ بخلاف قوله اذا حضت لانه يدل على الجنس وهو الحيض ونظيره قوله إن صمت أو ان صمت صوما أو ان صليت أو ان صليت صلاة وعن هذا قالوا فيمن قال ان حضت حيضة لا يكون الطلاق بدعيا لان الطلاق يقع بعد ما طهرت بخلاف قوله ان حضت قال رحمه الله (وفي ان ولدت ولدا ذكرا فأنت طالق واحدة وان ولدت أنثى فثنتين فولدتهما ولم يدر الاول تطلق واحدة قضاء وثنتين تنزها ومضت العدة) أي فيما اذا قال لها ان ولدت غلاما فأنت طالق واحدة وان ولدت جارية فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما وجارية ولم يدر الاول تلزمه طلقة واحدة قضاء وفي الاحتياط ثنتان تنزها وقد انقضت العدة لانه عينان أيهما ولدت أولا يحنث به ويقع جزاؤه فتكون معتدة وانقضاؤها بوضع الثاني لانها حامل به فاذا وضعت الثاني انقضت العدة وانحلت اليمين الاخرى به لوجود الشرط ولم يقع به شيء لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع ثم ان كان الغلام أولا وقعت واحدة وان كان آخرا فثنتان فالواحدة متيقن بها فتلزمه ولا تلزمه الزيادة بالشك والتنزه أن يقع ثنتان لاحتمال وقوعهما بتقدم الجارية حتى لو طلقها واحدة غيرها أو كانت أمة لا يردها الا بعد زوج آخر لاحتمال تقدم الجارية ولادة والعدة منقضية بيقين هذا إذا لم يعلما أيهما الاول وان علما الاول منهما

طالق إذا طهرت لم تطلق حتى تحيض ثم تطهر اه كاكي (قوله أو كان المعلق بالحيض عتق عبد الى آخره) بأن قال إن حضت فعبدي حر اه (قوله ويعتبر في العبد جناية الاحرار) قال الكمال رحمه الله ولا تحتسب هذه الحيضة من العدة لأنها بعض حيضة لانه حين كان الشرط رؤية الدم لزم أن يقع الطلاق بعد بعضها اه (قوله لان الحيضة اسم للكامل من الحيض) وكمالها بانتهائها وذلك بالطهر لان الشيء ينتهي بضده اه كافي وكتب على قوله أيضا لان الحيضة إلى آخره ما نصه لان الفعلة للمرة والمرة من الحيض لا تكون إلا بكماله وكماله بانتهائه وانتهاؤه بما قلنا بخلاف قوله إن حضت اذ ليس ثمة ما يدل على الكمال فيحكم بالوقوع من أول الحيض لكن بعد ما تبين الدم حيضا باستمراره ثلاثة أيام وقالوا لا يكون الحيض الذي وقع فيه الطلاق في قوله إن حضت فأنت طالق محسوبا من العدة لان الشرط مقدم على المشروط اه اتقاني (قوله ولهذا حمل عليه إلى آخره) أي لاجل أن الحيضة هي الشيء الكامل أو الدم الكامل من الحيضة اه اتقاني (قوله ونظيره قوله إن صمت) لانه لم يقدره بمعيار إذ لم يقل إذا صمت يوما أو شهرا فيتعلق بما يسمى صوما في الشرع وقد وجد الصوم بركنه وشرطه بامساك ساعة به وان قطعته وكذا اذا صمت في يوم أو شهر لانه لم يشترط كماله اه كمال وكتب أيضا على ونظيره الخ ما نصه قال الاتقاني هذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة قال في رجل قال لامرأته ان صمت يوما فأنت طالق اذا صامت حتى غربت الشمس طلقت وذلك أن اليوم اذا قرن بفعل ممتد يراد به بياض النهار والصوم ممتد وقد مر تحقيق ذلك في آخر فصل في اضافة الطلاق الى الزمان بخلاف ما اذا قال ان صمت فأنت طالق فشرعت في الصوم يقع الطلاق بمجرد الشروع فيه لوجود ركن الصوم وشرطه أما ركنه فهو الامساك عن المفطرات الثلاث نهارا وأما شرطه فهو النية والطهارة عن الحيض والنفاس ولم يوجد ما يدل على بياض النهار فلم يشترط انتهاؤه وقوله اذا صمت يوما نظير قوله ان حضت حيضة وقوله اذا صمت نظير قوله ان حضت اه قال الكمال رحمه الله ونظير اذا صمت يوما فلا اذا صمت صوما لا يقع الا بتمام يوم لانه مقدر بمعيار وفي اذا صليت صلاة يقع بركعتين وفي اذا صليت يقع بركعة اه (قوله أو ان صمت يوما) الذي في الهداية والكافي اذا صمت يوما اه (قوله بخلاف قوله ان حضت) فانه يكون بدعيا لوقوع الطلاق في الحيض اه وهذا هو الفرق بين المسئلتين اه (قوله تطلق واحدة قضاء وثنتين تنزها) قال الكمال وما عن الشافعي من أنه يقع الثلاث لاحتمال الخروج معا قيل ينبغي أن لا يعول عليه لانه مستحيل عادة غير انه اذا تحقق ولادتهما معا وقع الثلاث وتعتد بالاقراء اه (قوله ولم يدر الاول) أي بأن كانت الولادة ليلا اه (قوله وفي الاحتياط ثنتان تنزها) قال العلامة قوام الدين الاتقاني رحمه الله يقال تنزه القوم اذا بعدوا من الريف الى البدو فأما النزهة في كلام العامة فانها موضوعة في غير موضعها لانهم يذهبون إلى أن النزهة حضور الارياف والمياه وليس كذلك هذا في الجمهرة والمراد هنا التباعد عن السوء وعن مظان الحرمة اه (قوله لان الطلاق المقارن لانقضاء العدة لا يقع) لانه حال الزوال والمزيل لا يعمل حين الزوال اه كافي (قوله ولا تلزمه الزيادة بالشك) قال في الشامل ولا رجعة ولا توارث لان العدة تنقضي بوضع الثاني منهما فلا تثبت الرجعة والارث اه اتقاني (قوله لاحتمال تقدم الجارية ولادة والعدة منقضية بيقين) أي لانها لو ولدت الغلام أولا تنقضي عدتها

فلا اشكال فيه وان اختلفا فالقول قول الزوج لانه منكر وان ولدت غلاما وجاريتين ولا يدرى الاول منهم يقع ثنتان في القضاء وفي التنزه ثلاث لان الغلام ان كان أولا أو وسطا تطلق ثلاثا واحدة بالغلام وثنتان بالجارية الاولى لان العدة لا تنقضي ما بقي في البطن ولد وان كان الغلام آخرا يقع ثنتان بالجارية الاولى ولا يقع بالثانية شيء لان اليمين بها قد انحلت بالاولى ولا يقع بولادة الغلام أيضا شيء لانه حال انقضاء العدة فتردد بين ثلاث وثنتين فيحكم بالاقل قضاء وبالاكثر تنزها ولو ولدت غلامين وجارية لزمه واحدة في القضاء وثلاث في التنزه لانه ان كان الغلامان أولا وقعت بالاول منهما واحدة ولا يقع بالثاني شيء لان اليمين به قد انحلت ولا يقع بولادة الجارية أيضا شيء لانه حال انقضاء العدة كما تقدم وان كانت الجارية أولا أو وسطا يقع ثلاث واحدة بولادة أول الغلامين وثنتان بولادة الجارية فتردد بين واحدة وثلاث فيلزمه الاقل قضاء والاكثر تنزها ولو قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان جارية فثنتين فولدت غلاما وجارية لم تطلق لان الحمل اسم للكل فما لم يكن الكل جارية أو غلاما لم تطلق وكذا لو قال ان كان ما في بطنك غلاما والمسئلة بحالها لان كلمة ما عامة ولو قال ان كان في بطنك والمسئلة بحالها وقع ثلاث قال رحمه الله (والملك يشترط لآخر الشرطين) يعني اذا كان الشرط ذا وصفين بان قال لها ان دخلت دار زيد ودار عمرو أو قال لها ان كلمت أبا عمرو وأبا يوسف فأنت طالق يشترط لوقوع الطلاق أن يكون آخرهما في الملك حتى لو طلقها بعد ما علق طلاقها بشرطين وانقضت عدتها ثم وجد أحد الشرطين وهي مبانة ثم تزوجها فوجد الشرط الآخر وقع عليها الطلاق المعلق وقال زفر رحمه الله لا تطلق حتى يوجد الاول أيضا في الملك اعتبارا له بالشرط الثاني وهذا لانهما كشيء واحد ألا ترى أن الطلاق لا يقع الا بهما ثم الملك يشترط عند وجود الثاني فكذا عند الاول ولنا ان حال وجود الشرط الاول حال البقاء فلا يشترط فيه الملك لاستغنائه عنه في حالة البقاء وانما يشترط ذلك وقت التعليق ليكون الجزاء غالب الوجود باستصحاب الحال الى وجود الشرط ويشترط وجوده عند وجود الشرط لينزل الجزاء وفيما بين ذلك حال البقاء وبقاء اليمين بذمة الحالف بايجاب البر على نفسه فلا يشترط له الملك وهذا كالنصاب يشترط عند انعقاد السبب وعند الوجوب وفيه خلاف زفر وتنقسم هذه المسئلة عقلا الى أربعة أقسام اما أن يوجد الشرطان في الملك فيقع بالاتفاق أو يوجدا في غير الملك فلا يقع بالاتفاق أو يوجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع الا عند ابن أبي ليلى أو يوجد الاول في غير الملك والثاني في الملك وهي الخلافية المذكورة فيما تقدم قال رحمه الله (ويبطل تنجيز الثلاث تعليقه) أي يبطل تنجيز الطلقات الثلاث تعليقا كان علقه من قبل وصورته أن يقول لامرأته ان دخلت الدار

بوضع الجارية ولو ولدت الجارية أولا تنقضي عدتها بوضع الغلام لان الحامل عدتها وضع الحمل بالنص اه اتقاني (قوله ولو قال ان كان حملك غلاما فأنت طالق واحدة وان كان جارية فثنتين) قال الكمال وفي الجامع لو قال ان ولدت ولدا فأنت طالق فان كان الذي تلدينه غلاما فأنت طالق ثنتين فولدت غلاما يقع الثلاث لوجود الشرطين لان المطلق موجود في المقيد وهو قول مالك والشافعي اه (قوله وكذا لو قال ان كان ما في بطنك غلاما الخ) وكذا لو قال ان كان ما في هذا العدل حنطة فهي طالق أو دقيقا فطالق فاذا فيه حنطة ودقيق لا تطلق اه فتح (قوله حتى يوجد الاول أيضا في الملك اعتبارا له بالشرط الثاني الخ) فان الملك شرط فيه حتى لو وجد في غير الملك لا ينزل الجزاء فكذا اذا وجد الاول في غير الملك ينبغي أن لا ينزل الجزاء اه (قوله وبقاء اليمين بذمة الحالف الخ) وهي موجودة فلا يشترط له الملك وزمان نزول الجزاء في مسئلتنا زمان وجود الشرط الثاني فيشترط الملك عنده اه رازي (قوله إما أن يوجد الشرطان) فيه مسامحة لان كلام أحدهما دون الآخر ليس بشرط بل الشرط كلامهما جميعا فلو كان كل واحد من الكلامين شرطا تاما لوقع الطلاق اذا وجد أحدهما ولا ينزل الجزاء بوجود أحدهما ما لم يوجد الشرط في الملك فعلم أن تمام الشرط كلامهما جميعا فافهم كذا قال الشيخ قوام الدين الاتقاني رحمه الله وقال الكمال رحمه الله تعالى وجعله في الكنز مسئلة الكتاب من تعدد الشرط ليس بذاك لان تعدده بتعدد فعل الشرط ولا تعدد في الفعل هنا بل في متعلقه ولا يستلزم تعدده تعدده فانها لو كلمتهما معا وقع الطلاق لوجود الشرط وغايته تعدد بالقوة اه (قوله او يوجدا في غير الملك فلا يقع بالاتفاق) أي لعدم المحلية والجزاء لا ينزل في غير الملك اه كافي (قوله فلا يقع بالاتفاق) أي لعدم المحلية والجزاء لا ينزل في غير الملك اه كافي (قوله الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع) قال في الكافي أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع اجماعا أيضا لان الجزاء وهو الطلاق لا يقع في غير الملك اه (قوله فلا يقع الا عند ابن أبي ليلى) قال في الكافي أو وجد الاول في الملك والثاني في غير الملك فلا يقع اجماعا أيضا لان الجزاء وهو الطلاق لا يقع في غير الملك اه (قوله وصورته أن يقول لامرأته ان دخلت الدار الخ) الظاهر من عبارة الشارح رحمه الله ان الضمير في قول المصنف تعليقه راجع للزوج ولذا شمل تعليق الواحدة والثنتين ورجعه العيني للثلاث وهو الظاهر من شرح الرازي وحينئذ لا يشمل الواحدة والثنتين وصنيع الشارح رحمه الله أحسن والله الموفق للصواب اه

فأنت طالق واحدة أو ثنتين أو ثلاثا ثم نجز الثلاث بطل المعلق حتى لو تزوجها بعد زوج آخر فدخلت الدار لم يقع شيء خلافا لزفر رحمه الله هو يقول إن المعلق مطلق الطلاق لا طلاق الأقسط وقد بقي احتمال الوقوع بعد تنجيز الثلاث فيبقى اليمين فينزل الجزاء عند الشرط لأن الشرط وجد في الملك بعد صحة اليمين وتخلل زوال المحل لا يخل كما لا يخل تخلل زوال الملك وكيف يقال يبطل التنجيز التعليق وما صادفه التنجيز غير ما صادفه التعليق لأن ما صادفه التنجيز طلاق وما صادفه التعليق ما سيصير طلاقا وليس بطلاق ولا سبب له في الحال ولهذا جاز تعليقه بالملك في المطلقة الثلاث وإن عدم الحل فلأن يبقى أولى ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك لأن اليمين إنما يعقد لطلاق يصلح جزاء والذي يصلح جزاء طلاق يحصل به مقصود الحالف باليمين وهو المنع عن تحصيل الشرط أو الحمل على إعدام الشرط وهذا المقصود إنما يحصل بما يغلب وجوده عند الشرط وطلقات هذا الملك اتصفت بهذه الصفة لكونها موجودة والظاهر بقاؤها عند الشرط فيحصل معنى التخويف فيقع الحمل أو المنع أما طلقات ملك سيوجد فيندر وجوده عند الشرط فلا يصلح جزاء في عينه فلا يتناولها مطلق التعليق لأن مطلق التعليق إنما ينصرف فيما يصلح جزاء لا فيما لا يصلح فإذا ثبت تقييد الجزاء بطلقات هذا الملك وقد فاتت بالتنجيز فيبطل اليمين ضرورة أن بقاء اليمين بالشرط والجزاء ولأنها بوقوع الثلاث عليها خرجت من أن تكون محلا للطلاق وفوت محل الجزاء يبطل اليمين كفوت محل الشرط بأن قال لها إن دخلت هذه الدار فأنت طالق ثم جعلت الدار بستانا أو حماما لا تبقى اليمين فهذا مثله وقوله ليس بطلاق قلنا له شبهة ذلك على معنى أنه عين موجبه البر وعند فواته مضمون بالطلاق فلا تتحقق الشبهة إلا في محله كالحقيقة ولهذا لو قال لأجنبية إن دخلت الدار فأنت طالق لا تنعقد ولأن اليمين بالطلاق لا تنعقد إلا في الملك أو مضافة إلى الملك ولم توجد الإضافة هنا فكذا انعقادها باعتبار التطليقات المملوكات له وهي محصورة بالثلاث وقد أوقع كله فلا يتصور بعده ما يكون مخيفا له من مباشرة الشرط فإن قيل يشكل هذا بما إذا طلقها طلقتين ثم عادت إليه بعد زوج فدخلت حيث تطلق ثلاثا وبما إذا قال لعبده إن دخلت الدار فأنت حر ثم باعه لا يبطل اليمين مع أن العبد لم يبق محلا ليمينه وبما إذا طلقها ثلاثا بعدما ظاهر منها حيث يبقى الظهار وإن فات محله وكذا إذا قال لها إن دخلت الدار فأنت علي كظهر أمي ثم نجز الثلاث تبقى اليمين بالظهار وإن فات المحل حتى لو تزوجها بعد زوج آخر ودخلت الدار صار مظاهرا لها قلنا أما الأول فلأن الحل باق بعد الثنتين إذ الحل باعتبار صفة الحل وهي قائمة بعد الطلقتين فيبقى اليمين وقد استفاد من جنس ما انعقد عليه اليمين فيسري إليه حكم اليمين تبعا وإن لم ينعقد اليمين عليها قصدا وأما الثاني فلأن العبد بصفة الرق محل للعتق وبالبيع لم تفت تلك الصفة حتى لو فاتت بالعتق لم يبق اليمين وأما الثالث فلأن الظهار تحريم الفعل لا تحريم الحل الأصلي إلا أن قيام النكاح من شرطه فلا يشترط بقاؤه لبقاء المشروط كالشهود في النكاح بخلاف الطلاق لأنه تحريم للحل الأصلي وقد فات بتنجيز الثلاث فيفوت بفوات محله فافترقا ولو أبانها بطلقتين قبل أن يدخل الدار والمسألة بحالها ثم تزوجها بعد زوج آخر ثم دخلت الدار طلقت ثلاثا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمهما الله تطلق ما بقي من الأول وهذه مبنية على أن الزوج الثاني هل يهدم الطلقة والطلقتين أم لا وسيأتي في باب الرجعة إن شاء الله تعالى وثمرة الخلاف لا تظهر في هذه الصورة لأن الحرمة الغليظة تثبت بالإجماع على اختلاف الأصلين وإنما تظهر فيما إذا طلقها بعد الرد طلقة واحدة فعندهما لا تحرم حرمة غليظة وعند محمد وزفر تحرم وكذا تظهر فيما إذا كان المعلق طلقة واحدة والمسألة بحالها فدخلت الدار بعد ما ردها بعد زوج آخر تطلق طلقة واحدة ولا تثبت الغليظة عندهما وتثبت عند محمد وزفر رحمهما الله وتظهر أيضا فيما إذا قال لها كلما دخلت الدار فأنت طالق فدخلت مرتين ووقع الطلاق وانقضت عدتها ثم تزوجت بزوج آخر ثم ردها الأول تطلق كلما دخلت الدار إلى أن تبين

راجع للزوج ولذا شمل تعليق الواحدة والثنتين ورجعه العيني للثلاث وهو الظاهر من شرح الرازي وحينئذ لا يشمل تعليق الواحدة والثنتين فصنيع الشارح أحسن والله الموفق اه (قوله ولنا أن الجزاء طلقات هذا الملك) لما قدمنا من أن معنى اليمين إنما يتحقق بكون الجزاء غالب الوقوع لتحقق الإخافة والظاهر عند استيفاء الطلقات الثلاث عدم العود لأنه موقوف على التزوج بغيره والظاهر عند التزوج به عدم فراقها وعودها إلى الأول لأنه عقد يعقد للعمر فلا يكون غير الملك القائم من أداة العدم تحقق اليمين باعتبار تقييد الإطلاق به بدلالة حال المتكلم أعني إرادة اليمين وأيضا بوقوع الثلاث خرجت عن المحلية له وإنما تحدث محليتها بعد الثاني فصار كالمرتدة تحدث محليتها بالإسلام وبطلان المحلية للجزاء يبطل اليمين كفوات محل الشرط بأن قال إن دخلت هذه الدار فجعلت بستانا أو حماما لا يبقى اليمين فهذا كذلك اه كمال رحمه الله تعالى (قوله لا يبطل اليمين) حتى لو ملكه بعد هذا فدخل الدار عتق اه ابن فرشتا (قوله وبالبيع لم تفت تلك الصفة) أي لأن زوال الملك بعرضية الزوال بأن يشتريه ثانيا من مالكه فيجعل كالباقي في ملكه اه

بثلاث طلقات عندهما وعند محمد تطلق واحدة وتبين به وكذا اذا آلى من امرأته فبانت منه بمضى أربعة أشهر مرتين ثم تزوجت بزوج آخر تطلق كلما ردّها ومضى أربعة أشهر حتى تبين بثلاث عند أبى حنيفة وأبى يوسف خلافا لمحمد رحمه الله ولو وقعت ثلاث طلقات فى ملكه ثم ردّها بعد زوج فى المسئلتين لا يقع شئ خلافا لزفر وهى مبنية على مسئلة التنجيز على ما مرّ قال رحمه الله (ولو علق الثلاث أو العتق بالوطء لم يجب العقر باللبث) أى لو علق الطلقات الثلاث بالجماع بأن قال لامرأته ان جامعتك فأنت طالق ثلاثا فجامعها ووقع الطلاق عليها بالتقاء الختانين ثم لبث بعد الادخال ولم يخرجه بعد وقوع الثلاث لم يجب عليه المهر وكذا لو علق به العتق بأن قال لامته ان جامعتك فأنت حرة فجامعها عتقت اذا التقى الختانان ثم اذا لبث ساعة لم يجب عليه العقر ولو أخرجه ثم أولجه فى الموضعين يجب العقر عليه وعن أبى يوسف يجب عليه العقر باللبث فيهما لوجود الجماع معنى بعد ثبوت الطلقات الثلاث والحرمة اذ معنى الجماع حصول الالتذاذ بمماسة الفرجين وقد وجد الا أنه لا يجب الحدّ لان المقصود واحد وهو قضاء الشهوة فكان الجماع واحدا من وجه وأوّله غير موجب للحدّ فامتنع وجوبه فوجب العقر اذ البضع المحترم لا يصان الا بضمان جابر أو بحدّ زاجر فاذا امتنع الحدّ للشبهة تعين المهر لانه يجب مع الشبهة وجه ظاهر الرواية أن الجماع ادخال الفرج فى الفرج ولم يوجد ذلك بعد الطلقات الثلاث والعتق لان الادخال لا دوام له حتى يكون لدوامه حكم الابتداء ولهذا لو حلف لا يدخل دابته الاصطبل وهى فيه لا يحنث بامساكها فيه بخلاف ما اذا أخرج ثم أولج لانه وجد الجماع فيه حقيقة بعد ثبوت الحرمة الا أنه لا يجب الحدّ نظرا الى اتحاد المجلس والمقصود وهو قضاء الشهوة فاذا امتنع الحدّ وجب المهر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولم يصر به مراجعا فى الرجعى الا اذا أولج ثانيا) أى لم يصر مراجعا باللبث اذا كان المعلق بالجماع طلاقا رجعيا الا اذا أخرج ثم أولج ثانيا وهذا عند محمد وقال أبو يوسف يصير مراجعا لوجود المساس بشهوة وهو القياس ولمحمد أن الدوام ليس بتعرض للبضع على ما مرّ من أصله بخلاف ما اذا أخرج ثم أولج وعن محمد لو أن رجلا زنى بامرأة ثم تزوجها فى تلك الحالة فان لبث على ذلك ولم ينزع وجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالعقد وان لم يستأنف الفعل لان دوامه على ذلك الفعل فوق الخلوة بعد العقد قال رحمه الله (ولا تطلق فى ان نكحتها عليك فهى طالق فنكح عليها فى عدة البائن) أى لا تطلق امرأته الجديدة فيما اذا قال للتى تحته ان تزوجت عليك امرأة فالتى أتزوجها طالق فطلق التى معه ثلاثا ثم تزوج أخرى وهى فى العدة لان الشرط لم يوجد لان التزوج عليها أن يدخل عليها من ينازعها فى الفراش ويزاحمها فى القسم ولم يوجد قال رحمه الله (ولا فى أنت طالق ان شاء الله متصلا وان ماتت قبل قوله ان شاء الله) أى لا يقع الطلاق فى قوله أنت طالق ان شاء الله اذا كان متصلا ولو ماتت قبل قوله ان شاء الله لقوله عليه الصلاة والسلام من حلف على يمين وقال ان شاء الله فقد استثنى رواه النسائى من رواية أبى هريرة ورواه الترمذى أيضا ولفظه لم يحنث وقال حديث حسن وليس فى الحديث متصلا ولان مشيئة الله لا يطلع عليها فكان اعداما للجزاء كقوله تعالى حتى يلج الجمل فى سم الخياط ومثله

اذا شاب الغراب أتيت أهلى * وعاد القار كاللبن الحليب

وقال الله تعالى حكاية عن موسى عليه الصلاة والسلام ستجدنى ان شاء الله صابرا ولم يصبر ولم يكن بذلك مخلف الوعد لتعليقه بمشيئة الله تعالى وقال مالك يقع الطلاق لانه لو لم يشأ الله لما أجراه على لسانه والحجة عليه ما بينا وما جرى على لسانه تعليق لا تطليق وموتها لا ينافى التعليق لانه مبطل والموت أيضا مبطل فلا يتنافيان فيكون الاستثناء صحيحا فلا يقع عليها الطلاق بخلاف ما اذا قال أنت طالق واحدة فماتت قبل قوله واحدة حيث يبطل الايجاب فلا يقع عليها الطلاق لان الموت يبطل الموجب لا المبطل وهذا لان الوقوع بالعدد اذ ذكر العدد والموت أيضا قبله ينافيه فلا يقع الموجب بعد الموت وقوله متصلا اشارة

(قوله ولو علق الثلاث أو العتق بالوطء لم يجب العقر) قال فى ديوان الادب العقر مهر المرأة اذا وطئت عن شبهة والمراد منه مهر المثل وبه فسر الامام العتابى العقر فى شرح الجامع الصغير ولهذا ذكر صاحب المنظومة فى هذه المسئلة لفظ مهر المثل وذكر صاحب المختلف العقر فعلم أن المراد من العقر هو مهر المثل اه اتقانى

(قوله لم يجب عليه المهر) أى مهر المثل اه اتقانى

(قوله وعن أبى يوسف) أى فى غير رواية الاصول اه اتقانى

(قوله ومن الناس من جوزه في المجلس) أي وقاسوا على التخصيص المتراخي فقال ذلك جائز بطريق البيان فكذا هذا قلنا لا نسلم أن الرواية عن ابن عباس صحيحة فكيف يقال هذا وهو من أفصح أهل اللسان وهم لم يستعملوا مثل هذا قط حتى لو قال أحد لفلان علي ألف درهم ثم استثنى منه قدرا معلوما بعد يوم يسخر منه ويضحك بخلاف التخصيص المتراخي فانه يستعمل عندهم أن يذكر اللفظ عاما ثم يقول المتكلم به بعد زمان ان مرادي كان به ذلك الشيء الخاص فبطل القياس لفرق وأيضا التخصيص انما يكون بالنص المنفصل التام بنفسه بخلاف الاستثناء فانه لا صحة له مالم يكن المستثنى منه ولا يقال قد روي أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله تعالى لانا نقول لا نسلم أنه صحيح ولئن صح فنقول لا نسلم ان الاستثناء كان من قوله لأغزون قريشا الذي سبق قبل سنة لانه يحتمل أن الاستثناء كان من كلام آخر متصل به ولئن سلمنا أن الاستثناء كان منه لكن لا نسلم أن قصد النبي صلى الله عليه وسلم كان الى الاستثناء فلم لا يجوز أن يكون قصده الى استدراك المأمور به الفائت في قوله تعالى ولا تقولن لشيء اني فاعل ذلك غدا الا أن يشاء الله واذكر ربك اذا نسيت اه اتقاني (قوله ولو جرى على لسانه الخ) (٣٤٢) قال الكمال ولا يفتقر الى النية حتى لو جرى على لسانه من غير قصد لا يقع وحكى فيه عندنا خلاف قال خلف يقع وقال شداد لا يقع وهو الظاهر من المذهب لان الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقا وقال رأيت أبا يوسف في النوم فسألته فقال لا يقع فقلت لم قال أرأيت لو قال أنت طالق فجرى على لسانه أو غير طالق أكان يقع قلت لا قال كذا هنا وكذا لم يدر ماهو ان شاء الله لما ذكرنا وصار كسكوت البكر اذا زوجها أبوها فسكتت ولا تدري أن السكوت رضا يمضي به العقد عليها وفي خارج المذهب خلاف في النية قيل يشترط نية الاستثناء من أول الكلام وقيل قبل فراغه وقيل ولو بعد فراغه وقيل ولو بالقرب من الكلام ولا يشترط اتصاله به اه كمال رحمه الله (قوله لا يقع) وممن نص على عدم وقوعه الحسام الشهيد في الواقعات وصاحب العناية وصاحب الاختيار وغيره اه والله أعلم (قوله ثم التعليق بمشيئة الله تعالى اعدام) قال الاتقاني عند قوله في الهداية فيكون اعداما من الاصل أي يكون التعليق بمشيئة الله تعالى اعداما من الابتداء لعدم العلم بالمشيئة فصار كأنه لم يقل أنت طالق أصلا اه ثم قال الاتقاني ثم اعلم ان كونه اعداما على قول محمد رحمه الله لانه بمنزلة الاستثناء عنده وكونه شرطا على مذهب أبي يوسف رحمه الله واحدا قال في الفتاوى الصغرى اذا قال أنت طالق ان شاء الله فهو يمين عند أبي يوسف حتى لو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ثم قال لها أنت طالق ان شاء الله تعالى يحنث وعند محمد لا يكون يمينا حتى لا يحنث به عنده اه وظاهره أن ثمرة الخلاف في كونه ابطالا أو تعليقا والاكمل رحمه الله لم ينصب الخلاف الا بين الصاحبين فقط كما مشى عليه الاتقاني وقد حكى الكمال الخلاف كما هنا اه (قوله وقال أبو يوسف هو تعليق الخ) ملاحظة للصيغة وهما لاحظا المعنى وهو أولى وقد نقل الخلاف بين أبي يوسف ومحمد على عكس هذا اه فتح (قوله كما لو علقه بمشيئة غائب) يوجد في بعض النسخ عقب قوله بمشيئة غائب اذا بلغه وشاء في مجلسه يقع اه (قوله فيكون ابطالا) قال الكمال

الى أنه اذا كان منفصلا لا يصح ومن الناس من جوزه في المجلس وعن ابن عباس جوازه الى سنة وعنه جوازه أبدا لانه عليه الصلاة والسلام قال والله لاغزون قريشا ثلاثا ثم سكت ثم قال ان شاء الله تعالى ولنا قوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية ولو جاز الاستثناء منفصلا لما كان لايجابها معنى لانه كان يستثني في يمينه وكذا قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو جاز منفصلا لما كان لهذا معنى ولكانوا يستثنون اذا طلقوا نساءهم بعد انقضاء عدتها بل بعد ما تزوجت وولدت ولا كان لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته الحديث معنى لانه كان يستثني اذا ندم فلا يحتاج الى رضا الآخر وكذا قال من حلف على يمين ورأى غيرها خيرا منها فليأت الذي هو خير وليكفر عن يمينه ولو جاز منفصلا لامر به ولما وجبت الكفارة أبدا وروي أن امرأة أنكرت على ابن عباس في ذلك وقالت لو كان ما قاله جائزا لم يكن لقوله تعالى وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث معنى وروي أن أبا جعفر المنصور دعا أبا حنيفة رضي الله عنه فقال له لم خالفت جدي في الاستثناء فقال له احفظ الخلافة عليك فانك تأخذ عقد البيعة بالايمان والعهود الموثقة على وجوه العرب وسائر الناس فيخرجون من عندك ويستثنون فيخرجون عليك فقال أحسنت فاستتر على رحلي سبيله ثم اذا سكت قدر ما يتنفس أو تجشأ أو كان بلسانه ثقل وطال في تردده ثم قال ان شاء الله صح استثناؤه ولو أراد أن يستثني فسد انسان فمه فمنعه ثم رفع يده عنه واستثنى متصلا برفعه صح الاستثناء ولو جرى على لسانه ان شاء الله تعالى من غير قصد لا يقع الطلاق لان الاستثناء وجد حقيقة وهو صريح في بابه فلا يفتقر الى النية كقوله أنت طالق ثم التعليق بمشيئة الله تعالى اعدام وابطال له عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هو تعليق بشرط الا أن الشرط لا يوقف عليه فلا يقع كما لو علقه بمشيئة غائب اذا بلغه وشاء في مجلسه يقع ولهذا شرط أن يكون متصلا كسائر الشروط لهما أن معناه رفع الحكم واعدامه من الاصل وهذا لان التعليق بالشرط وان كان اعداما للحال لكن له عرضية الوجود عند وجود الشرط وهذا اعدام لحكم الكلام أصلا اذ لا طريق للوصول الى معرفة مشيئة الله تعالى فكان ابطالا وأبو يوسف

اعتبر الصيغة وهما اعتبرا المعنى وقيل الخلاف بالعكس بين أبي يوسف ومحمد وثمرة الخلاف تظهر في مواضع منها اذا قدم الشرط ولم يأت بالفاء في الجواب بأن قال ان شاء الله أنت طالق فعندهما لا يقع لانه ابطال فلا يختلف وعند أبي يوسف يقع لان التعليق لا يصح الا بالرابطة وهي الفاء كما لو قال لها ان دخلت الدار أنت طالق وكذا لو قال ان شاء الله وأنت طالق أو قال كنت طلقتك أمس ان شاء الله لا يقع عندهما للابطال ويقع عند أبي يوسف لعدم صحة التعليق ومنها اذا جمع بين يمينين بأن قال أنت طالق ان دخلت الدار وعبدي حر ان كلمت زيدا ان شاء الله ينصرف الى الجملة الثانية عند أبي يوسف كالشرط لان الاصل في الشرط اذا دخل على جملتين معلقتين بشرطين ينصرف الى الاخيرة منهما وعندهما ينصرف الى الكل لعدم الاولوية بالابطال ولو أدخله في الايقاعين بأن قال أنت طالق وعبدي حر ان شاء الله ينصرف الى الكل بالاجماع أما عندهما فلما ذكرنا وأما عند أبي يوسف فلانه كالشرط عنده وهو اذا دخل على ايقاعين ينصرف اليهما ذكره في النهاية وقال في الغاية بعد ذكر المسئلة إن ان شاء الله ينصرف الى اليمين في ظاهر الرواية وعزاه الى أيمان الجامع ومنها انه اذا حلف لا يحلف بالطلاق أو باليمين يحنث بذلك عند أبي يوسف للشرط ولا يحنث عندهما ولو قال أنت طالق واحدة ان شاء الله وأنت طالق ثنتين ان لم يشأ الله لم يقع شيء لان الاول لحقه الاستثناء فلم يقع به والثاني باطل لانه لو وقع الطلاق به لشاءه الله تعالى فكان في تصحيحه ابطاله ولو قال أنت طالق واحدة اليوم ان شاء الله وان لم يشأ الله فثنتين فمضى اليوم ولم يطلقها وقع ثنتان لانه لو شاء الله الواحدة في اليوم لطلقها فيه فثبت أنه لم يشأ الله الواحدة فتحقق شرط وقوع الثنتين وهو عدم مشيئة الواحدة بخلاف المسئلة المتقدمة لان شرط وقوع الثنتين فيها عدم مشيئتهما فلا يتصور وقوعهما مع عدم مشيئة الله لهما لان أفعال العباد كلها بمشيئته سبحانه وتعالى وعلى هذا لو قال لها أنت طالق ثنتين ان شاء الله في اليوم وأنت طالق ثلاثا ان لم يشأ الله تطلق ثلاثا لانها معلقة بعدم مشيئة الثنتين وقد تحقق عدم المشيئة اذ لو شاءهما لوقعتا وكما يبطل بقوله ان شاء الله يبطل بقوله ان لم يشأ الله أو ما شاء الله وكذا اذا علقه بمشيئة من لا تظهر مشيئته لنا كالجن وكالحائط والملائكة يكون تعليقا أو ابطالا على الاختلاف الذي مضى ولو قال أنت طالق ثلاثا وثلاثا ان شاء الله أو قال أنت حر وحر ان شاء الله وقع العتق والثلاث في الحال عند أبي حنيفة وعندهما صح الاستثناء ولم يقعا لان هذا الكلام صحيح لغة فصح فعمل في الكل كما لو قال أنت طالق ستا ان شاء الله وله أن ذكر الثلاث الثاني لغو شرعا فصار فاصلا بكلام آخر وعلى هذا الخلاف لو قال أنت طالق ثلاثا وواحدة ان شاء الله أو قال أنت طالق وطالق وطالق ان شاء الله بخلاف ما لو قال أنت طالق واحدة وثلاثا ان شاء الله حيث يصح الاستثناء ولا يقع به شيء اجماعا لان الكلام الثاني ليس بلغو بل يتعلق به حكم وهو تكميل الثلاث منها ولو قال أنت طالق ثلاثا بوائن ان شاء الله لم يصح الاستثناء ويقع في الحال لانه وصف لا يفيد فصار لغوا لعدم احتمال خلافه بخلاف ما لو قال أنت طالق واحدة بائنة ان شاء الله حيث يصح الاستثناء ولم يقع به شيء لانه يحتمله ويحتمل خلافه فصار الوصف مفيدا فلا يلغو ولو قال أنت طالق بمشيئة الله أو بارادته أو بمحبته أو برضاه لا يقع لانه ابطال أو تعليق بما لا يوقف عليه كقوله ان شاء الله لان حرف الباء للالصاق وفي التعليق الصاق الجزاء بالشرط وان أضافه الى العبد كان تمليكا منه فيقتصر على المجلس كقوله ان شاء فلان وان قال بأمره أو بحكمه أو بقضائه أو باذنه أو بعلمه أو بقدرته يقع في الحال سواء أضافه الى الله تعالى أو الى العبد لانه يراد به في مثله التنجيز عرفا كقوله أنت طالق بحكم القاضي وان قال بحرف اللام يقع في الوجوه كلها سواء أضافه الى الله تعالى أو الى العبد لانه للتعليل كأنه أوقع وعلل كقوله أنت طالق لدخولك الدار وان ذكر بحرف في ان أضاف الى الله تعالى لا يقع في الوجوه كلها الا في العلم فانه يقع الطلاق فيه للحال لان في بمعنى الشرط فيكون تعليقا بما لا يوقف عليه فلا يقع الا في العلم لانه يذكر للمعلوم وهو واقع ولانه لا يصح

وفي فتاوى قاضيخان رحمه الله والفتوى على قول أبي يوسف الا أنه عزى اليه الابطال فتحصل أن الفتوى على أنه ابطال اه (قوله ينصرف الى الجملة الثانية) أي فلو كلمت زيدا لا يقع ولو دخلت الدار يقع اه فتح (قوله لعدم الاولوية بالابطال) قال في الفتح فلو كلمت زيدا أو دخلت الدار لا يقع اه (قوله فلما ذكرنا) أي من عدم الاولوية بالابطال اه (قوله يحنث بذلك) أي بقوله أنت طالق ان شاء الله تعالى (قوله وكالحائط) أي كما اذا قال أنت طالق ان شاء الملك أو الجن أو الحائط اه اتقاني (قوله أو قال أنت حر وحر الخ) ولو قال حر حر بلا واو واستثنى لا يعتبر فاصلا بلا خلاف لظهور التأكيد وقياسه اذا كرر ثلاثا بلا واو يكون مثله ولو قال عبده حر وعتيق ان شاء الله صح فلا يعتق بخلاف حر وحر لان العطف التفسيري انما يكون بغير لفظ الاول فلا يصح وحر لقوله حر تفسير فكان فاصلا بخلاف حر عتيق اه فتح (قوله لا يقع في الوجوه كلها الا في العلم) أي كقوله أنت طالق في علم الله اه

نفيه عن الله تعالى محال لانه يعلم ما كان ومالم يكن فكان تعليقا بأمر موجود فيكون ايقاعا ولا يلزم القدرة لان المراد بالقدرة هنا التقدير و يقدر شيأ وقد لا يقدره حتى لو أراد به حقيقة قدرته تعالى يقع فى الحال وان أضافه الى العبد كان تمليكا فى الار بع الاول تعليقا فى غيرها فالحاصل ان هذه الالفاظ عشرة أربعة منها للتمليك وهى المشيئة واخواتها وستة ليست للتمليك وهى الامر واخواته والكل على وجهين اما أن يضاف الى الله تعالى أو الى العبد وكل وجه على وجوه ثلاثة اما أن يكون بالباء أو باللام أو بفى على ما بينا فتأمله قال رحمه الله (وفى أنت طالق ثلاثا الا واحدة يقع ثنتان وفى الا ثنتين يقع واحدة وفى الا ثلاثا ثلاث) أى فيما اذا قال لامرأته أنت طالق ثلاثا الا واحدة يقع ثنتان وفيما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا الا ثنتين يقع واحدة وفيما اذا قال لها أنت طالق ثلاثا الا ثلاثا يقع ثلاث والاصل فيه ان الاستثناء تكلم بالباقى بعد الثنيا خلافا للشافعى رحمه الله فان عنده الاستثناء يمنع الحكم بطريق المعارضة كدليل الخصوص فاذا قال على عشرة الا خمسة فهذا اللفظ عبارة عن الخمسة عندنا وصار اسما لها كما صار قوله مسلمون اسما للجمع ولا دلالة له على المفرد بعد ان كان جزأه وهو قوله مسلم اسما للمفرد قبل التركيب فزال ذلك المعنى بالزيادة فكذا هذا وعنده دخلت العشرة كلها ثم خرجت الخمسة بطريق المعارضة كانه قال على عشرة الا خمسة فانها ليست على ولهذا جاز اظهاره كقوله تعالى فسجد الملائكة كلهم أجمعون الا ابليس أبى أن يكون مع الساجدين وكذا قول أهل اللغة يدل على ذلك فانهم قالوا الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى فعلم بذلك أنه اخراج للبعض بطريق المعارضة بعد دخوله فى الجملة ونحن نقول هذا فاسد لانه ليس فى وسعه أن يخرج بعض الحكم بعد ثبوته ولانه لو كان بطريق المعارضة لاستوى فيه الكل والبعض كالنسخ ولكان مستقلا أيضا ولانه لو كان كذلك لما صح ذلك فى الاخبار لان التعارض فيها يؤدى الى أن أحدهما كذب أو يشبه الكذب فعلم بذلك أن قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عبارة عن تسعمائة وخمسين لانه سبحانه وتعالى أخبر بانه لبث فيهم ألف سنة ثم رجع عنه وكذا قوله تعالى حكاية عن ابراهيم عليه السلام اننى براء مما تعبدون الا الذى فطرنى يكون تبرأ من غير الله لا أنه تبرأ منه أولا ثم رجع عنه فالحاصل أن التعارض تناقض فلا يتصور من الصادق وقول أهل اللغة الاستثناء من النفى اثبات ومن الاثبات نفى تسامح لانه لولا الاستثناء لدخل فمنعه من الدخول فصار كالمخرج بهذا الاعتبار وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا قال على ألف الا مائة أو خمسين يلزمه تسعمائة للشك فى الدخول وعنده يلزمه تسعمائة وخمسون لانه داخل عنده بيقين والشك فى المخرج فيخرج الاقل بيقين ويشترط أن يكون موصولا بخلاف العطف حيث يصح وان كان منفصلا لكونه غير مغير فاذا ثبت هذا نقول يصح استثناء البعض من الجميع سواء استثنى الاقل أو الاكثر وهو مذهب الكوفيين الا الفراء منهم وقال ابن مالك هو الصحيح ثم قال وممن وافقهم ابن خروف ولا يصح استثناء الكل لانه لم يبق بعده شئ يصير متكلما به وصار فالفظ اليه وقال الفراء لا يصح استثناء الاكثر لان العرب لم تتكلم به وهو مذهب البصريين ومن أهل البصرة من اشترط الاقل وأكثرهم على انه ليس بشرط بل استثناء النصف جائز وعن أبى يوسف أن استثناء الاكثر لا يجوز وجه ظاهر الرواية قوله تعالى ان عبادى ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فالغاوون أكثر ومنه قوله تعالى ومن يرغب عن ملة ابراهيم الا من سفه نفسه فان المراد من سفه المخالفون لملة ابراهيم عليه السلام وهم أكثر ممن اتبعها ومنه قوله تعالى فلا يأمن مكر الله الا القوم الخاسرون اذهم أكثر من الرابحين ولان الاستثناء لما صار عبارة عن الباقى يشترط لصحته أن يبقى شئ يصير متكلما به بعد الثنيا ولا فرق فى ذلك بين القليل والكثير فاذا ثبت هذا فنقول قوله

(قوله فى المتن أنت طالق ثلاثا الا واحدة الخ) ﴿فرع﴾ قال شمس الأئمة السرخسى فى مبسوطه وهو شرح الكافى ولم يذكر فى الكتاب أى فى الكافى اذا قال أنت طالق ثلاثا إلا نصف تطليقة لم يقع ثم قال وقيل على قول أبى يوسف تطلق ثنتين لان التطليقة كما لا تتجزأ فى الايقاع لا تتجزأ فى الاستثناء فكانه قال إلا واحدة وعند محمد تطلق ثلاثا لان فى الايقاع انما لا يتجزأ لمعنى فى الموقع وذلك لا يوجد فى الاستثناء فيتجزأ فيه واذا كان المستثنى نصف تطليقة صار كلامه عبارة عن تطليقتين ونصف فتطلق ثلاثا اهـ اتقانى رحمه الله وقال الكمال فرع اخراج بعض التطليقة لغو بخلاف ايقاعه فلو قال أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة وقع الثلاث وهو قول محمد وهو المختار وقيل على قول أبى يوسف ثنتان (قوله بعد الثنيا) أى والثنيا اسم بمعنى الاستثناء ومعناه ان صدر الكلام بعد الاستثناء يصير عبارة عما وراء المستثنى يدل عليه قوله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما معناه لبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما وهذا ظاهر وكذا اذا أقر الرجل وقال له على عشرة دراهم الا تسعا يلزمه درهم واحد فكانه تكلم بما حصل بعد الاستثناء وهو الدرهم الواحد فان ثبت هذا قلنا تقع الطلقتان فى قوله أنت طالق ثلاثا إلا واحدة لان الطلقتين هما الحاصلتان بعد الاستثناء فكانه تكلم بهما ابتداء وقال أنت طالق طلقتين أو أنت طالق ثنتين وتقع الطلقة الواحدة فى قوله أنت طالق ثلاثا الا ثنتين لان الطلقة الواحدة هى الحاصلة بعد الاستثناء فكانه تكلم بالواحدة ابتداء اهـ اتقانى

أنت طالق ثلاثا الا واحدة استثناء للاقل فيقع ثنتان بالاجماع وقوله الا ثنتين استثناء للاكثر فيقع واحدة على الخلاف وقوله الا ثلاثا استثناء للكل فلا يصح فتقع الثلاث بالاجماع لعدم بقاء ما يصير به متكلما بعد الثنيا ومن المشايخ من زعم أنه انما لا يجوز لانه رجوع وهذا فاسد لانه لا يجوز فيما يجوز الرجوع عنه أيضا كالوصية وقد قالوا انما لا يصح استثناء الكل اذا كان بلفظ المستثنى منه بان قال نسائي طوالق الا نسائي وأما اذا كان بغير ذلك اللفظ فصحيح مثل أن يقول نسائي طوالق الا زينب وهندو عمرة وبكرة ولو أتى على الكل حتى لا تطلق واحدة منهن وكذا لو قال ثلث مالي لزيد الا ثلث مالي لا يصح ولو قال ثلث مالي لزيد الا ألفا وثلث ماله ألف صح ولا يستحق شيأ ويعتبر كونه كلا أو بعضا من جملة الكلام لا من جملة الكلام الذي يحكم بصحته حتى لو قال لها أنت طالق عشرا الا تسعا صح الاستثناء فتقع واحدة وان كان لا صحة لهذا الكلام حكما ولو قال أنت طالق ثلاثا الا واحدة وواحدة وواحدة وقع ثلاث عند أبي حنيفة وهو الظاهر من قول أبي يوسف لان العطف للاشتراك فكأنه قال ثلاثا الا ثلاثا وقال زفر يقع ثنتان وهو رواية عن أبي يوسف لانه لو لم يزد على الاثنتين لكان صحيحا ولو وقعت الثنتان وانما يبطل زيادة الثالثة فتبطل هي وحدها فيقع ما قبلها ولو قال أنت طالق ثلاثا الا نصف تطليقة تطلق ثلاثا عند محمد لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعد الثنيا فيكون عبارة عن تطليقتين ونصف فيصير ثلاثا وعند أبي يوسف يقع ثنتان لان الطلقة كما لا تتجزأ في الايقاع لا تتجزأ في الاستثناء فصار كأنه قال الا واحدة

﴿باب المريض﴾

قال رحمه الله (طلقها رجعيا أو بائنا في مرضه ومات في عدتها ورثت وبعدها لا) أي اذا مات بعد

(قوله فلا يصح فتقع الثلاث بالاجماع) قال الكمال عند قوله في الهداية ولا يصح استثناء الكل من الكل وما حكى عن بعضهم من تجويزه يجب حمله على كون الكل مخرجا بغير لفظ الصدر أو مساويه كعبيدي الا مماليكي فيعتقون كما صرح به في المبسوط وقاضيخان وزيادات المصنف ثم قال الكمال وفي البقالي لو قال كل امرأة لي طالق الا هذه وليس له امرأة غيرها لا تطلق اه وقال الاتقاني وانما بطل الاستثناء يعني الاستثناء من الكل لانه لا يتوهم وراء المستثنى شئ يكون الكلام عبارة عنه بعد الاستثناء فعرفنا أنه تصرف في الكلام لا في الحكم بيانه اذا قال عبيدي أحرار الا عبيدي لم يصح الاستثناء ولو قال الا هؤلاء صح الاستثناء ولو قال نسائي طوالق الا نسائي لا يصح الاستثناء ولو قال الا هؤلاء صح الاستثناء لانه يتوهم بقاء شئ يكون الكلام عبارة عنه بعد الاستثناء بان يكون له عبيد معتقون غير هؤلاء ونساء طوالق غير هؤلاء ولا يتوهم هذا في الصورة الاولى اه وقال الاكمل رحمه الله ولو قال نسائي طوالق الا زينب وعمرة وبكرة وسلمى لا تطلق واحدة منهن وان كان هو استثناء الكل من الكل وهذا لان الاستثناء تصرف لفظي فيصح فيما يصح فيه اللفظ فلما استثنى الجزء من الكل صح لفظا فكذا فيما بقي اذ لو كان الاستثناء يتبع الحكم الشرعي لما صح في قوله أنت طالق عشرة الا تسعة لما أنه لا مزيد على الثلاث شرعا وهو صحيح بلا خلاف اه (قوله لعدم بقاء ما يصير به متكلما الخ) وتركيب الاستثناء لم يوضع الا للتكلم بالباقي بعد الثنيا الا لنفي الكل كما يفيده البقاء مع الاتفاق على أنه لنفي الكل اه فتح (قوله لا يجوز فيما يجوز الرجوع عنه أيضا) كالوصية حتى لو قال أوصيت لفلان بثلث مالي إلا ثلث مالي كان الاستثناء باطلا اه اتقاني (قوله فتقع واحدة وان كان لا صحة لهذا الكلام) قال قاضيخان في فتاواه في كتاب العتق ولو قال لثلاثة أنتم أحرار إلا فلانا وفلانا وفلانا عتقوا جميعا وبطل الاستثناء وذكر في الطلاق وقال أبو يوسف يصح استثناء الاول والثاني وتقع الثلاثة ويبطل استثناؤها فعلى قياس تلك الرواية عن أبي يوسف وجب أن لا يعتق الاول والثاني ويعتق الثالث اه (قوله ولو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة الخ) قال الكمال رحمه الله وفي الذخيرة لو قال أنت طالق ثلاثا إلا واحدة وواحدة وواحدة بطل الاستثناء ووقع الثلاث عند أبي حنيفة وعندهما يقع ثنتان وعن أبي يوسف واحدة وهو قول زفر فكأن أبا حنيفة يرى توقف صحة الاولى الى أن يظهر أنه مستغرق أولا وهما يريان اقتصار صحته على الاولى وأبو يوسف في الرواية الأخرى عنه وزفر يريان اقتصار صحته على الأولى والثانية وقول أبي حنيفة أوجه لان الصدر يتوقف على الاخراج ولو قال طالق واحدة وواحدة وواحدة إلا ثلاثا بطل الاستثناء اتفاقا لعدم تعدد يصح معه إخراج شئ اه (قوله لانه لو لم يزد على الاثنتين لكان صحيحا) أي لانه لو قال إلا واحدة وواحدة كان مستثنيا للثنتين فكان صحيحا وانما بطل استثناء الثالثة فقط (قوله ولو وقعت الواحدة) في نسخة الثنتان أي مستثناة فتقع الواحدة (قوله فتقع الثنتان) أي مستثناة فتقع الواحدة وقوله فتقع الثنتان كذا هو في نسخ عديدة من هذا الشرح والظاهر أن يقال فتقع الواحدة والله تعالى أعلم

﴿ باب المريض ﴾

قال الكمال رحمه الله لما فرغ من طلاق الصحيح باقسامه من التنجيز والتعليق والصريح والكناية كلا وجزأ شرع في بيان طلاق المريض إذ المرض من العوارض وتصور مفهومه ضروري إذ لا شك أن فهم المراد من لفظ المرض أجلى من فهمه من قولنا معنى يزول بحلوله في بدن الحي اعتدال الطبائع الاربع بل ذلك يجري مجرى التعريف بالاخفى فتح

(قوله وأما في الرجعي فترث منه مطلقا) أي سواء كان في الصحة أو في المرض وسواء كان الطلاق برضاها أم بغير رضاها وسواء كانت المرأة حرة مسلمة وقت الطلاق أم مملوكة أم كتابية ثم أعتقت أم أسلمت في العدة اهـ بدائع قال الكمال رحمه الله وأجمعوا أنه لو طلقها في الصحة في كل طهر واحدة ثم مات أحدهما لا يرثه الآخر (قوله فلا ينبغي لها أن ترثه الخ) يعني لو أبان امرأته ثم ماتت لا يرثها لأن الزوجية قد بطلت بهذا العارض (قوله بخلاف ما إذا كانت كافرة الخ) قال الكمال ولا بد من قيد كونهما بحيث يتوارثان حال الطلاق لأن تعلق حقها بماله إذا مرض هو إذ ذاك حتى لو كانت كتابية أو أحدهما مملوكا وقت الطلاق لا ترث وإن أسلمت في العدة قبل موته أو عتق اهـ (قوله لأن السبب) أي وهو النكاح اهـ اتقاني (قوله قد ارتفع قبل الموت) أي بالطلاق البائن أو الثلاث اهـ اتقاني وكتب ما نصه فلم يجز أن يثبت الحكم بلا سبب كما بعد العدة اهـ اتقاني (قوله تماضر) هو بضم التاء وكسر الضاد اهـ (قوله لأنه بعد انعقاد الإجماع) أي والخلاف المتأخر لا يرفع الإجماع السابق اهـ اتقاني (قوله وذكر في الغاية أنه لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء) أي إذ لم نعرف له قبل ذلك فتوى ولا شهرة بفقه والحكم بذلك يتبع ظهور ذلك كخلافه كخلاف ابن عباس في مسئلة العول اهـ (قوله والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده) أي ويجعل كأن النكاح قائم في حق الإرث حكما دفعا للضرر عنها ويؤيده أن مرض الموت زمان تعلق حق الوارث بمال المورث

انقضاء عدتها لا ترث وقوله في مرضه تقييد للبائن وأما في الرجعي فترث منه مطلقا إذا مات وهي في العدة لبقاء الزوجية بينهما ولهذا يرثها هو إذا ماتت بخلاف البائن لأن السبب وهو النكاح قد زال فلا ينبغي لها أن ترثه كما لا يرثها هو ولكن إذا صار فارا بإبانة طلاقها بعدما تعلق حقها بماله وكانت وقت الطلاق ممن ترثه بأن كانا حرين متحدي الدين رد عليه قصده على ما نبينه من قريب إن شاء الله تعالى بخلاف ما إذا كانت كافرة وهو مسلم أو كانا مملوكين أو أحدهما وقت الطلاق ثم زال المانع حيث لا ترث لعدم تعلق حقها بماله وقت الطلاق فلا يكون فارا ولو علق طلاقها البائن بإسلامها بأن قال إن أسلمت فأنت طالق بائنا ترث لأنه زمان تعلق حقها بماله وقال الشافعي رحمه الله لا ترث المبانة مطلقا وهو القياس لأن السبب قد ارتفع قبل الموت فصار كما لو طلقها قبل الدخول بها وهذا لأن سبب الإرث شيئان أما السبب أو النسب وقد انعدما فصار كما لو طلقها في صحته ولهذا لو حلف أنه لا زوجة له لا يحنث بها وجه الاستحسان ما روي أن عثمان بن عفان ورث تماضر بنت الأصبغ امرأة عبد الرحمن بن عوف وكان قد أبانها في مرضه بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار إجماعا ولا يقدح فيه قول ابن الزبير في خلافته لو كنت أنا لم أر بتوريثها لأنه بعد انعقاد الإجماع وذكر في الغاية أنه لم يكن في ذلك الوقت من الفقهاء فعلى هذا يكون معناه لم أقل بتوريثها لجهلي بالحكم ولأن الزوجية سبب إرثها في مرض موته والزوج قصد إبطاله فيرد عليه قصده بتأخير عمله إلى انقضاء العدة لبقاء بعض الأحكام كما رد تبرعاته في حق الغريم والوارث وكما رد قصد القاتل حتى بطل إرثه من المقتول بخلاف ما إذا ماتت هي حيث لا يرثها لأن الزوجية في هذه الحالة ليست بسبب لإرثه منها لأنه أسقطها إذ رضي به هو وبخلاف ما إذا طلقها بسؤالها لأنها رضيت ببطلان حقها ولا يمكن إبقاء السبب بعد انقضاء العدة لأنه يؤدي إلى توريثها من زوجين وإلى توريث ثماني نسوة أو أكثر من رجل واحد وبهذا يعلم فساد قول مالك أنها ترث بعد انقضاء عدتها ولو تزوجت بعشرة

ولهذا يمنع من التبرع بما زاد على الثلث فبقي النكاح في حق الإرث كما لو كان الطلاق رجعيا فإن قلت لا نسلم أن النكاح قائم أصلا ولهذا يجب عليه الحد إذا وطئها ولا ترث إذا كان الطلاق برضاها وكذلك لا ترث إذا كان الطلاق قبل الدخول وكذا لا ترث إذا مات بعد انقضاء العدة وكذا لا ترث إذا برأ ثم مات وهي في العدة فصار كما إذا ماتت المرأة حيث لا إرث له منها قلت أما الجواب عن وجوب الحد فنقول ذلك باعتبار ارتفاع الحل ولم يقل يدل على ارتفاع النكاح أصلا وهو قائم من وجه ولهذا لا يجوز للمعتدة أن تتزوج بزوج آخر فلما كان النكاح قائما من وجه في حق بعض الآثار جعل قائما أيضا في حق الإرث دفعا للضرر عنها والجواب عن الطلاق برضاها فنقول رضيت ببطلان حقها فلا ترث لعدم الفرار من الزوج والجواب عن الطلاق قبل الدخول فنقول لما لم تجب العدة لم يكن إبقاء النكاح حكما ولأن الزوج وإن قصد إبطال حقها قصدا إلى خلف لأنه مكنها من التزوج بآخر وتحصيل المهر منه فلم يعتبر إبطالا والجواب عن انقضاء العدة أنها لما تمكنت من التزوج بزوج آخر وحصل لها ذلك وهذا المنافي للنكاح الأول فلم يجعل قائما (١) والجواب عما إذا برأ ثم مات (قوله لبقاء بعض الأحكام) أي ولهذا يجب لها السكنى ولا يجوز لها التزوج بآخر اهـ (قوله لأنه يؤدي إلى توريثها من زوجين) وصورة إرثها من زوجين أن تتزوج بعد انقضاء عدتها ثم مات الأول والثاني وصورة إرث الثمانية أن يطلق أربع نسوة فتنقضي عدتهن ثم يتزوج بأربع أخر ثم يموت اهـ (قوله وبهذا يعلم فساد قول مالك أنها ترث) قال الرازي وقال مالك امرأة الفار بعد انقضاء العدة قبل أن تتزوج بزوج آخر ترث كقول ابن أبي ليلى رضي الله عنه أنها ترث ما لم تتزوج اهـ وعلى هذا فقول مالك كقول ابن أبي ليلى اهـ

---

(١) قوله والجواب عما إذا برأ ثم مات كذا في الأصل وفي الكلام هنا سقط فحرر اهـ مصححه

بعشرة أزواج وقول ابن أبي ليلى مالم تتزوج لانه لم يعلم في الشرع ولم يجعل الارث لا كثر من أربع نسوة واختلفوا فيما اذا دام به المرض أكثر من سنتين ثم مات ثم جاءت بولد بعد موته لاقل من ستة أشهر فعند أبي حنيفة ومحمد لا ترث وعند أبي يوسف ترث وهو مبني على أصل وهو أن المبانة اذا جاءت بولد لا كثر من سنتين تنقضي به العدة عنده لان الحمل حادث في العدة من زنا ولهذا لا يثبت نسبه منه لكن تيقنا براءة الرحم بعد وضعه فتنقضي به العدة وعندهما يحمل على أن الحمل من زوج تزوجته بعد انقضاء عدتها من الاول لان في حمله على الزنا اضرارا بالولد فلا يحمل عليه ولا يقبل قولها انه من الزنا فتبين أن عدتها قد انقضت قبل موته فلا ترث وستأتي المسئلة في ثبوت النسب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو أبانها بأمرها أو اختلعت منه أو اختارت نفسها بتفويضه لم ترث) لانها رضيت بابطال حقها لرضاها بالمبطل فيكون رضا ببطلانه وهو قابل له فينعدم التعدي والتأخير لحقها اذا كان متعديا بخلاف ما اذا طلقت نفسها ثلاثا فأجاز حيث ترث لان المبطل للارث اجازته وبخلاف النسب لانه لا يقبل الابطال وقال مالك لها الميراث في جميع ذلك لان عبد الرحمن قال لتماضر اذا طهرت فآذنيني فطهرت فأعلمته فطلقها البتة فورثها عثمان ولم يعتبر رضاها به مبطلا قلنا ليس فيه دلالة على رضاها بالطلاق المبطل للارث وانما فيه اعلام بطهارتها عن الحيض وبمثله لا يبطل ارثها ولو فارقته بسبب الجب والعنة وخيار البلوغ والعتق لم ترث لان الفرقة من قبلها فكانت راضية بالبطلان وكذا لو وقعت الفرقة بالتمكين من ابن زوجها لما قلنا الا أن يكون الاب أمره بذلك فقربها الابن مكرهة لانه بالامر انتقل اليه فيكون الاب كالمباشر له ولو وجدت هذه الاشياء منها وهي مريضة ورثها الزوج لكونها فارة قال رحمه الله (وفي طلقني رجعية فطلقها ثلاثا ورثت) أي فيما اذا قالت له طلقني طلقة رجعية فطلقها ثلاثا ترث لان الطلاق الرجعي لا يزيل النكاح ولهذا يحل له وطؤها ولا يحرم به الميراث فلم تكن بسؤالها اياه راضية ببطلان حقها وكذا لو طلقها واحدة بائنة لما قلنا وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى أبي الليث اذا قالت لزوجها طلقني فطلقها ثلاثا ورثت استحسانا ولم يذكر الرجعة في سؤالها وهذا صحيح لان قولها طلقني ينصرف الى الواحد الرجعي عند الاطلاق ولهذا ينصرف اليه في الوكالة والتفويض والانشاء فلم تكن بسؤالها راضية ببطلان حقها قال رحمه الله (وان أبانها بأمرها في مرضه أو تصادقا عليها في الصحة ومضي العدة فاقر أو أوصى لها فلها الاقل منه ومن ارثها) أي اذا طلقها بائنا في مرضه بسؤالها أو قال لها في مرضه كنت طلقتك وأنا صحيح فانقضت عدتك فصدقته ثم أوصى لها بمال أو أقر لها به ثم مات فلها الاقل من ميراثها منه ومن الذي أقر لها به أو أوصى لها به وهذا عند أبي حنيفة وقال زفر رحمه الله لها جميع ما أقر لها به وما أوصى في المسئلتين وأبو يوسف ومحمد مع زفر في الاولى ومع أبي حنيفة في الثانية لزفر في المسئلتين أن الارث بطل بسؤالها أو اقرارها فزال المانع من صحة الاقرار والوصية ولهما أن دليل التهمة

(قوله وقول ابن أبي ليلى مالم تتزوج) وهو قول أحمد اه وكتب أيضا على قوله وقول ابن أبي ليلى مالم تتزوج أي بزوج آخر وان انقضت العدة (قوله في المتن أو اختارت نفسها بتفويضه) يعني لو قال لها في مرض موته اختاري فقالت اخترت نفسي اه (قوله لانها رضيت بابطال حقها) اما بالرضا بالعلة كما في المسئلة الاولى أو بمباشرة الشرط كما في الخلع أو بمباشرة العلة كما في الاختيار والارث انما يجب بكونه متعديا ولا تعدي مع الرضا فثبت حكم القاطع من كل وجه اه رازي (قوله لانه لا يقبل الابطال) راجع لقوله سابقا لانها رضيت بابطال حقها وهو قابل له وحاصله أن الارث حقها وهو قابل للابطال بخلاف النسب فانه بعد أن يثبت لا يقبل الابطال أصلا اه (قوله فكانت راضية بالبطلان) أي وان كانت مضطرة لان سبب الاضطرار ليس من جهة الزوج فلم يكن جانيا في الفرقة اه (قوله ولو وجدت هذه الاشياء) ستأتي مع زيادة والله الموفق اه (قوله ولهذا ينصرف اليه) أي الى الرجعي وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار بها لانها وارثة اذ هو فار وسيأتي في كتاب الاقرار من هذا الشرح اه (قوله في المتن وان أبانها بامرها في مرضه أو تصادقا الخ) قال الاتقاني واعلم أن المريض مرض الموت اذا قال لامرأته قد طلقتك ثلاثا في صحتي وانقضت عدتك فصدقته المرأة بذلك فلا ميراث لها لان الثابت بالتصادق كالثابت بالبينة في حقهما اه (قوله وأبو يوسف ومحمد مع زفر الخ) هكذا هو في كثير من النسخ وصوابه وأبو يوسف ومحمد مع أبي حنيفة في الاولى ومع زفر في الثانية لما عرف في الهداية وغيرها من كتب المذهب قال شيخنا رحمه الله ولعل السهو انما ورد على الشارح حيث استمد من الهداية وفيها مسئلة التصادق قبل مسئلة الابانة في المرض بعكس ما في الكنز ثم قال فيها وجه قولهما في المسئلة الاولى وأراد بها مسئلة التصادق وهي الثانية في الكنز ثم قال فيها بخلاف المسئلة الثانية وأراد بها مسئلة الابانة في مرضه وهذه هي الاولى في الكنز فجاء الاشتباه من هذا والله أعلم وكتب أيضا على قوله وأبو يوسف ومحمد الخ هكذا في شرح الرازي بخطه وكتب بعضهم تحت خطه هكذا وقع في عبارة الزيلعي بخطه وكتب على الهامش صوابه أن يقول وأبو يوسف ومحمد رحمهما الله مع زفر في المسئلة الثانية ومع أبي حنيفة في الاولى اه أقول وقول الشارح ولهما أن دليل التهمة وهي العدة قائمة في الاولى يؤيد وجه الصواب اه فتنبه والله الموفق (قوله ولهما أن دليل التهمة الخ) قال الاتقاني والفرق لهما في المسئلتين أن التهمة أمر باطن فيدار الحكم على السبب الظاهر الداعي اليها وذلك قيام العدة

وهى العدّة قائمة فى الأولى فيدار الحكم عليه ولا عدّة فى الثانية فانعدمت التهمة ولهذا يجوز له أن يتزوج أختها ودفع الزكاة اليها والشهادة لها وهذا لان التهمة أمر باطن لا يوقف عليها فيدار الحكم على دليلها وهى العدّة كما أدير الحكم على النكاح والقرابة حتى امتنعت بهما هذه الاحكام ولابى حنيفة انه لما مرض والنكاح قائم حقيقة أو ظاهر اصارمتهما بالاقرار والوصية لها لان الزوجين قد يتفقان على الاقرار بالطلاق وانقضاء العدّة وعلى سؤالها الطلاق لينفتح باب الاقرار والوصية ليحصل لها به أكثر من الارث فترد الزيادة لهذه التهمة ولا تهمة فى قدر الميراث فيصح وكذا لا تهمة فى حق الزكاة والتزوج والشهادة لانهما لا يتواضعان عادة لهذه الاحكام أو نقول ان التهمة انما تثبت فى حق الورثة فلا تتعداهم وهذه الاحكام حق الشرع ولا تهمة فى حقه ثم ما تأخذه له حكم الميراث حتى اذا توى بعض التركة يتوى على الكل وله حكم الدين حتى كان للورثة أن يعطوها من غير التركة اعتبارا لزعمها قال رحمه الله (ومن بارز رجلا أو قدم ليقتل بقود أو رجم فأبانها ورثت ان مات فى ذلك الوجه أو قتل ولو محصورا أو فى صف القتال لا) وأصله ما مر ان امرأة الفار ترث اذا مات وهى فى العدّة استحسانا بأن تجعل البينونة معدومة حكما كما جعلت القرابة الثابتة معدومة حكما بالقتل جزاء لظلمه وانما يثبت حكم الفرار اذا تعلق حقها بماله وانما يتعلق حقها به بمرض يخاف منه الهلاك غالبا بأن يكون صاحب فراش وهو الذى لا يقوم بحوائجه فى البيت كما يعتاده الاصحاء وان كان يقدر على القيام بتكلف والذى يقضى حوائجه فى البيت وهو يشتكى لا يكون فارا لان الانسان قل ما يخلو عنه وقيل اذا كان يخطو ثلاث خطوات من غير أن يستعين بغيره فهو صحيح حكما والا فهو مريض والصحيح ان من عجز عن قضاء حوائجه خارج البيت فهو مريض وان أمكنه القيام بها فى البيت اذ ليس كل مريض يعجز عن القيام بها فى البيت كالقيام للبول والغائط وقيل المريض من لا يقدر على أداء الصلاة جالسا وقيل من لا يقدر أن يقوم الا أن يقيمه غيره وقيل من لا يقدر على المشى الا أن يهادى بين اثنين واختلفوا فى المسلول والمفلوج وأمثالهما قيل ما دام يزداد ما به فهو مريض والا فهو صحيح وذكر محمد بن سلمة ان كان لا يرجى برؤه بالتداوى فهو مريض والا فهو صحيح وقال الهندوانى ان كان يزداد أبدا فهو مريض وان كان يزداد مرة ويقل أخرى فهو صحيح وقد يثبت هذا المعنى وهو توجه خوف الهلاك فى غير المرض فيكون فارا اذا أبانها فيه وهو ما ذكر من المبارزة والتقديم للقتل لان الغالب فيه الهلاك والمحصور والذى فى صف القتال الغالب فيه السلامة لان الحصر لدفع بأس العدوّ وكذا المنعة فلا يثبت به حكم الفرار وعن أبى حنيفة أن طلاق المبارز كطلاق الصحيح ومن المشايخ من قال اذا قدم للقصاص لا يكون فارا لان العفو مندوب اليه بخلاف ما اذا قدم للرجم وعلى الاوّل الاعتماد وقوله ان مات فى ذلك الوجه أو قتل دليل على انه لا فرق بين ما اذا مات بذلك السبب أو بسبب آخر كالمريض اذا قتل وفيه خلاف عيسى بن أبان هو يقول أن مرض الموت ما يكون سببا للموت ولما مات بسبب آخر علمنا أن مرضه لم يكن مرض الموت قلنا الموت اتصل بمرضه حيث لم يصح حتى مات وقد يكون للموت سببان فلم يتبين ان مرضه لم يكن مرض الموت وان حقها لم يتعلق بماله ولهذه المسائل أخوات تخرج على هذا الحرف فمن لا يكون فارا راكب السفينة والنازل فى المسبعة أو فى المخيف من عدوه والمحبوس ليقتل فى حد أو قصاص وممن يكون فارا راكب السفينة اذا انكسرت وبقى على لوح أو افترسه السبع وبقى فى فمه والمرأة فى جميع ما ذكرنا كالرجل حتى لو باشرت سبب الفراق من خيار البلوغ والعتق والتمكين من ابن الزوج والارتداد ونحو ذلك بعد ما حصل لها ما ذكرنا من المرض وغيره يرثها الزوج لكونها فارة والحامل لا تكون فارة الا اذا جاءها الطلق خلافا لمالك بعد ما تم لها ستة أشهر هو يقول تتوقع الولادة فى كل ساعة قلنا لا يخاف منه الهلاك قبل الطلق

فى الثانية دون الاولى اه وكتب أيضا على قوله أن دليل التهمة مانصه قال الاتقانى والتهمة معروفة ويجوز فى عينها السكون والفتح والاكثر الفتح والسكون حسن كذا قال عبد القاهر فى المقتصد (قوله لانهما لا يتواضعان) قال الاتقانى والمواضعة عبارة عن وضع الشخصين رأيهما على شئ واحد (قوله ومن بارز رجلا الخ) هذا لبيان أن حكم الفرار غير منحصر فى المرض بل كل شئ يقربه الى الهلاك غالبا فهو فى معنى مرض الموت اه (قوله ولو محصورا) والمحصور المحبوس يقال حصرته أحصره حصرا اذا حبسته اه اتقانى (قوله وانما يثبت حكم الفرار الخ) قال الاتقانى ثم اعلم أن مرض الموت زمان تعلق حكم حق الوارث بمال المورث فترثه اذا مات وهى فى العدة دفعا للظلم والعدوان ثم كل سبب يكون الهلاك فيه غالبا يثبت حكم الفرار فيكون ذلك السبب فى حكم مرض الموت وما كان الغالب فيه السلامة وان كان يخاف الهلاك منه فلا يعطى له حكم المرض (قوله أو بسبب آخر كالمريض اذا قتل) وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا اه اتقانى (قوله قلنا الموت اتصل بمرضه) انما أطلق عليه مرضا وان لم يكن به مرض لان هذه الاشياء التى ذكرت فى المتن نزلت منزلة المرض لانهم يعنون به كل سبب يكون الهلاك فيه غالبا اه

فلا يعتبر كما لا يعتبر قبله احتمال الاسقاط في كل ساعة قال رحمه الله (ولو علق طلاقها بفعل أجنبي أو بمجيء الوقت والتعليق والشرط في مرضه أو بفعل نفسه وهما في مرضه أو الشرط فقط أو بفعلها ولا بد لها منه وهما في المرض أو الشرط ورثت وفي غيرها لا) وهذه المسئلة على أربعة أوجه إما أن علق الطلاق بمجيء الزمان أو بفعل أجنبي أو بفعل نفسه أو بفعل المرأة وكل وجه على وجهين إما أن كان التعليق في الصحة والشرط في المرض أو كانا في المرض أما الوجهان الاولان وهو ما إذا علقه بمجيء الزمان أو بفعل الاجنبي فان كان التعليق والشرط في المرض ورثت للفرار وان كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لم ترث وقال زفر ترث لان المعلق بالشرط كالمرسل عند وجود الشرط فكان تطليقا بعد تعلق حقها بماله ولنا أنه كالمنجز عنده حكما لا قصدا ولهذا لو وجد الشرط وهو مجنون يقع ولو كان قصدا لما وقع لعدم القصد منه وكذا لو حلف أن لا يطلق بعد ما علق طلاقها بشرط ثم وجد الشرط لا يحنث ولو كان قصدا لحنث ولانه لم يوجد منه صنع بعد ما تعلق حقها بماله ولا هو متمكن من منع فعل الاجنبي ومجيء الزمان فلم يكن متعديا والفرار بالتعدي ولهذا شرط في المختصر أن يكونا في المرض بقوله والتعليق والشرط في مرضه وأما الوجه الثالث وهو ما إذا علقه بفعل نفسه فترث كيفما كان إذا وجد الشرط في المرض سواء كان التعليق في الصحة أو في المرض وكان الفعل مما له منه بد أو لا بد له منه لانه صار قاصدا ابطال حقها بالتعليق والشرط أو بالشرط وحده لان الشرط شبيها بالعلل لما أن الوجود عنده فصار متعديا من وجه صيانة لحقها واضطراره لا يبطل حق غيره كاتلاف مال الغير حالة الاضطرار أو النوم وأما الوجه الرابع وهو ما إذا علقه بفعلها فان كان فعلا لها منه بد لم ترث مطلقا سواء كان التعليق والشرط في المرض أو كان التعليق في الصحة والشرط في المرض لانها رضيت بالشرط والرضا به يكون رضا بالمشروط ولا يلزم على هذا ما لو قال أحد الشريكين لصاحبه ان ضربت هذا العبد فهو حر فضربه كان للضارب أن يضمن الحالف مع رضاه بالشرط لانها ممنوعة وبعد التسليم الارث يثبت بماله شبهة العدوان فيبطل بماله شبهة بالرضا ولا كذلك الضمان وذكر في النهاية الرضا بالشرط انما يكون رضا بالمشروط إذا كان الاقدام على الشرط باختياره ومسئلة الضرب موضوعة فيما إذا قال ان لم أضربه اليوم فهو حر وقال شريكه ان ضربته فهو حر فكان مضطرا في الضرب فلا يكون الرضا به رضا بالعتق وان لم يكن لها منه بد كالاكل والشرب وكلام الابوين وقضاء الدين واستيفائه ترث مطلقا سواء كانا في المرض أو كان التعليق في الصحة والشرط في المرض خلافا لمحمد رحمه الله فيما إذا كان التعليق في الصحة والشرط في المرض هو يقول ان الزوج لم يباشر العلة بعد ما تعلق حقها بماله ولا الشرط فلا يكون متعديا وبه يثبت الفرار وأقصى ما في الباب أن رضاها قد انعدم باعتبار أنها لا تجد منه بدا وذلك لا يجعله فارا إذا كان التعليق في الصحة كما قلنا في التعليق بفعل الاجنبي ومجيء الوقت بخلاف ما إذا كان التعليق في المرض لوجود التعدي منه فيرد عليه وهما يقولان انها مضطرة في تحصيل الشرط من قبل الزوج لانها ان لم تقدم يخاف على دينها أو نفسها وان أقدمت يسقط حقها وهذا الاضطرار من جهته فينقل اليه كما ينقل الى المكره والى الشاهد حتى لا يجب على القاضي شيء عند رجوعهم ولا على المكره فان قيل الضرورة التي توجب نقل الفعل هي الضرورة الحاملة عليه وهذه ضرورة مانعة لان غرضه المنع من تحصيل الطلاق فكيف ينتقل اليه قلنا لما ثبتت الضرورة ثبتت شبهة النقل وهذا القدر كاف لهذا الحكم لثبوته بشبهة العدوان وذكر فخر الاسلام في مبسوطه أن الصحيح من هذه المسئلة ما قاله محمد رحمه الله وحاصله أنه متى علقه بمجيء الزمان أو بفعل الاجنبي يشترط فيه لارثها أن يوجد التعليق والشرط في المرض كما شرطه في المختصر وان علقه بفعل نفسه يشترط فيه أن يوجد التعليق والشرط أو الشرط

(قوله أو بمجيء الوقت) أي بأن قال إذا جاء رأس الشهر فأنت طالق اه (قوله ولنا أنه كالمنجز الخ) قال في الهداية ولنا أن التعليق السابق يصير تطليقا عند الشرط حكما لا قصدا ولا ظلم الا عن قصد فلا يرد تصرفه وقال الاتقاني ولنا أنه لم يوجد منه الفرار فلا ترث بيانه أنه حين علق كان صحيحا ولم يكن حق المرأة متعلقا بماله فلم يوجد الفرار وحين وجد الشرط لم يوجد فعل من الزوج لان الشرط أمر سماوي أو فعل الاجنبي والزوج ليس بقادر على ابطال التعليق ولا على منع الفعل السماوي ولا على منع الاجنبي من ايجاد الشرط فلم يكن فارا فلا ترث لعدم قصد العدوان من الزوج اه (قوله حكما) أي ضرورة تحقق المشروط لا أنه قصد الايقاع عند الشرط حتى يكون فارا اه (قوله بعد ما تعلق حقها الخ) لفظة ما ليست في خط الشارح اه (قوله فان كان فعلا لها منه بد) أي ككلام زيد ونحوه اه (قوله كالاكل والشرب) أي وصلاة الظهر اه هداية (قوله خلافا لمحمد) أي وهو قول زفر كذا في الهداية اه (قوله وبه يثبت) أي بالتعدي اه (قوله فينتقل اليه) أي فصار كأن الفعل وجد من الزوج فترث اه (قوله كما ينقل الى المكره) أي على اتلاف مال الغير اه

(قوله فلم يبق النكاح سببا فى حق الارث) أى اذ بارتدادها انفسخ النكاح اه (قوله فاذا أسلمت بعد ذلك) أى بعد ما بطل النكاح اه (قوله بخلاف النفقة) أى نفقة العدة اه (قوله اما اذا اذا وقعت الفرقة بالمطاوعة لا ترث) قال الاتقانى بخلاف ما اذا طاوعت ابن زوجها قبل الطلاق أو أكرهها ابن زوجها فغلب على نفسها حيث لا يكون لها الميراث اذا طلقها الزوج بعد ذلك أما اذا طاوعت فظاهر لانها رضيت ببطلان حقها بمباشرة سبب (٣٥٠) الفرقة وكذا اذا أكرهها ابن زوجها لان النكاح لما بطل بالمحرمية الحاصلة بحرمة المصاهرة لم يصادف طلاق الزوج محلا فلم يكن فارا الا اذا أمر ابنه بذلك فأكرهها حيث يكون لها الميراث لانه لما أمر صار قاصدا الى اسقاط حقها فصار فارا وان كان الزوج هو المريد بعد ما أبانها فلا يبطل ميراثها لان المسقط للارث لم يوجد من جهتها وانما تكرر سبب الفرار من الزوج أعنى الردة بعد الطلاق وبه يتقرر حقها ولا يبطل اه (قوله لانها لا تنافى الارث) أى ولهذا يرث المحرم من المحرم اه اتقانى (قوله ولا فرق بين أن يكون القذف فى المرض أو فى الصحة) أى ولاعن فى المرض وفرق بينهما ثم مات وهى فى العدة ورثت اه رازى (قوله وقال محمد) أى وزفر اه اتقانى (قوله ولاعنها فى المرض لا ترث) أى لعدم الفرار لان سبب الفرقة قذف الرجل ولم يكن قذفه فى زمان تعلق حقها بماله اه (قوله وأما اذا آلى وهو صحيح) أى بان قال فى حال صحته والله لا أقربك أربعة أشهر ثم مرض ثم مضت المدة فى المرض وحصلت البينونة لم ترث لان البينونة تضاف الى الايلاء وقد وجد الايلاء فى الصحة ولم يصنع الزوج فى المرض شيأ من مباشرة علة أو شرط اه رازى (قوله وبانت بمضى المدة وهو مريض فلا ميراث لها) أى اتفاقا ويحتاج الشيخان الى الفرق بين هذه المسئلة وبين ما اذا قذفها وهو صحيح ولاعنها وهو مريض حيث قالا لها الميراث وفرق لهما بان القذف محظور فجوزى برد قصده عليه بخلاف الايلاء فانه مشروع فى الجملة فلم يرتكب به محظورا فلا يرد عليه اه

وحده فى المرض وهو المراد بقوله فى المختصر وهما فى المرض أو الشرط فقط وان علقه بفعلها يشترط أن يكون فعلا لا بد لها منه وأن يكون التعليق والشرط أو الشرط وحده فى المرض وهو المراد بقوله وهما فى المرض أو الشرط وقوله وفى غيرها لا أى فى غير هذه الصور التى ذكرنا لا ترث وهو ما اذا كان التعليق والشرط فى الصحة فى الوجوه كلها أو كان التعليق فى الصحة فيما اذا علقه بفعل الاجنبى أو بمجىء الوقت أو كيفما كان اذا علقه بفعلها الذى لها منه بد فانها لا ترث فى هذه الصور كلها قال رحمه الله (ولو أبانها فى مرضه فصح فمات أو أبانها فارتدت فأسلمت فمات لم ترث) أما الاولى فلانه بالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت وأن حقها لم يتعلق بماله اذ مرض الموت هو الذى يتصل به الموت وما برأ منه ليس بمرض الموت ولهذا تعتبر تبرعاته فيه من جميع المال وكذا اذا أقر بالدين لا يتقدم عليه غرماء الصحة وقال زفر ترث لانه صار متهما بالفرار حين طلقها ظانا أنه مرض الموت فصار متعديا به ولا عبرة بالبرء المتخلل بعد ذلك والحجة عليه ما بيناه وأما الثانية فلانها بالارتداد أبطلت أهلية الارث اذ المرتد لا يرث أحدا ولانها انما ترث بتقدير بقاء النكاح فى حق استحقاق الارث فلم يبق النكاح سببا فى حق الارث فى حقها فبطل من كل وجه فاذا أسلمت بعد ذلك لا يمكن عود السبب بخلاف النفقة حيث تعود اذا أسلمت لان سقوطها لفوات الاحتباس بحبس الزوج لانها تكون محبوسة بحبس القاضى فاذا أسلمت عادت الى حبسه فتعود النفقة قال رحمه الله (وان طاوعت ابن الزوج أو لاعن أو آلى مريضا ورثت) أما المطاوعة فالمراد بها المطاوعة بعد ما أبانها أما اذا وقعت الفرقة بالمطاوعة لا ترث لان الفرقة من جهتها فلم يكن فارا وكذا اذا طلقها رجعيا ثم طاوعت لا ترث لما قلنا لان الرجعى لا يزيل النكاح فتكون الحرمة مضافة الى المطاوعة وهو فعلها باختيارها بخلاف ما اذا طاوعت بعد ما أبانها لان الحرمة ثبتت بفعل فصار به فارا لتعلق حقها بماله ولا يبطل بثبوت المحرمية لانها لا تنافى الارث بخلاف الردة بعد الابانة لانها تنافى أهلية الارث اذ المرتد لا يرث أحدا وأما اللعان فلان الفرقة جاءت بسبب قذف وجد منه فكان فارا ولا فرق بين أن يكون القذف فى المرض أو فى الصحة وقال محمد اذا قذفها فى الصحة ولاعنها فى المرض لا ترث وهذا ملحق بفعلها الذى لا بد لها منه اذ هى ملجأة الى اللعان لدفع عار الزنا عن نفسها وقد بينا الوجه من الجانبين بيان أنه ملحق به أن الطلاق يقع بلعانها وهو آخر اللعانين فيضاف الحكم اليه ولا يقال ان الفرقة تقع بقضاء القاضى فكيف يضاف الى فعلها لانا نقول اللعان شهادة عندنا والحكم بها الا بالقضاء لانه ملجأ فكان منسوبا اليها وهى مضطرة فيه فلا يبطل حقها به وأما الايلاء فالمراد به اذا آلى فى المرض ومضت المدة وهو مريض وأما اذا آلى وهو صحيح وبانت بمضى المدة وهو مريض فلا ميراث لها ونبه عليه بقوله أو لاعن أو آلى مريضا وانما كان كذلك لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضى الزمان فكأنه قال لها اذا مضى أربعة أشهر فأنت بائن وقد بينا الحكم فيه فان قيل فى الايلاء فى الصحة ينبغى أن يكون فارا لانه متمكن من ابطاله بالفىء فاذا لم يفئ حتى بانت كان قاصدا الابطال حقها فيرد عليه قصده فترث كما اذا وكل وكيلا فى الصحة فطلقها الوكيل فى مرض الموكل فانها ترث لانه جعل مباشرا لتمكنه من العزل قلنا لا يتمكن من الفىء الا بضرر وهو وجوب الكفارة عليه فلم يكن متمكنا مطلقا بخلاف مسئلة الوكيل لانه متمكن من عزله

عزله حتى لولم يقدر على عزله حتى آبانها لم ترث ذكره فى المنتقى قال رحمه الله (وان آلى فى صحته وبانت به فى مرضه لا) أى بانت بالايلاء فى مرضه لا ترث وقد بيناه من قبل

﴿باب الرجعة﴾

وقد بينا فى أول الطلاق أن الله تعالى شرع النكاح والطلاق لمصالح العباد وجعله غير قاطع للحال تكميلا للصلحة بحكمته ولطفه بعباده وجعلهم متمكنين من ابطال عمل الطلاق مادامت فى العدة وقد بيناهما فالآن نشرع فى بيان الرجعة ووقتها قال رحمه الله (هى استدامة القائم فى العدة) أى الرجعة ابقاء النكاح على ما كان مادامت فى العدة لان النكاح قائم لقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن أى لهم حق الرجعة لا أن يكون لها أو للاجنبى حق فيكون البعل أولى لانها ليس لها أن تمتنع البتة ولا للاجنبى أن يتزوجها مادام حقه باقيا وهذه الآية تدل على شرعية الرجعة وعدم رضاها بها واشتراط العدة لان بعد انقضائها لا يسمى بعلا ولا له حق بل هو والاجنبى فيها سواء ولا دلالة فى قوله تعالى أحق بردهن على أن ملكه قد زال لان الرد يستعمل للاستدامة يقال رد البائع المبيع اذا باعه بشرط الخيار ثم فسخ وهو لم يخرج عن ملكه لكن لما كان بعرضية أن يخرج لو لم يفسخ حتى مضت المدة سمى ردا فكذا هنا وقال الله تعالى فامسكوهن بمعروف والامساك هو الابقاء فيكون أقوى دلالة على أن الرجعة استدامة قال رحمه الله (وتصح ان لم يطلق ثلاثا ولو لم ترض براجعتك أو راجعت امرأتى وبما يوجب حرمة المصاهرة) أى تصح الرجعة ان لم يطلق الزوج امرأته الحرة ثلاثا بغير رضاها بقوله راجعتك أو راجعت امرأتى أو بفعل يوجب حرمة المصاهرة كالوطء والقبلة واللمس والنظر الى داخل الفرج بشهوة أما صحتها فثابت بالكتاب والسنة واجماع الامة وأما كون الطلاق غير ثلاث فمن شرائطها لانه لو طلقها ثلاثا تحرم عليه حرمة غليظة فلا يتصور رفعها بالمراجعة والطلقتان فى الامة كالثلاث فى الحرة ومن شرائطها أن يكون الطلاق صريحا لفظا أو اقتضاء وأن لا يكون مقابلا بمال وأن تكون المرأة فى العدة ولهذا لم تشرع قبل الدخول وأما صحتها بما ذكرنا من الاقوال والافعال فلان اللفظين الاولين صريحان فيها وقال عليه الصلاة والسلام مر ابنك فليراجعها وقد أجمعت الأمة على صحتها بهما ومن الصريح قوله ارتجعتك أو رجعتك أو رددتك أو أمسكتك ومن الكنايات أنت عندى كما كنت أو قال أنت امرأتى وما عداها من الافعال يدل على الاستبقاء أيضا لانها أفعال تختص بالنكاح فيكون مستدعيا للملك كما اذا باع جاريته على انه بالخيار ثم وطئها يكون ردا للبيع ومستبقيا لها على ملكه وكذا وطء المولى جعل استبقاء لانه لو لم يطأها كانت تبين منه بمضى أربعة أشهر وقال الشافعى رحمه الله لا تصح الرجعة الا بالقول عند القدرة عليه بأن لا يكون أخرس أو معتقل اللسان وهذا بناء على ان الطلاق الرجعى يحرم الوطء عنده فيكون مثبتا للحل كما هو أصله وعندنا لا يحرم فيكون استدامة على ما يجىء من قريب ان شاء الله تعالى فكل فعل يدل على الاستدامة تكون به رجعية وهو فعل يختص بالنكاح بخلاف النظر والمس بغير شهوة لانه قد يحل للطبيب والقابلة والخافضة وتحمل أداء الشهادة فى الزنا ولا يكون بالنظر الى شىء من بدنها سوى الفرج رجعة حتى الدبر لما فيهما من الحرج فلو كانت رجعة لطلقها وطال عدتها عليها واختلفوا فى الوطء فى الدبر قيل انه ليس برجعة واليه أشار القدورى والفتوى على انه رجعة ولو قبلته أو لمسته أو نظرت الى فرجه بشهوة وعلم الزوج ذلك وتركها حتى فعلت ذلك فهى رجعة ولو كان ذلك اختلاسا منها لا بتمكينه فكذلك وعن أبى يوسف ومحمد لا يكون رجعة وجه الاول الاعتبار بالمصاهرة ولهذا لو أدخلت فرجه فى فرجها وهو نائم كانت رجعة فصار كالجارية المبيعة بشرط الخيار للبائع لو فعلت ذلك بالبائع فى مدة الخيار حتى صار فسخا للبيع وان تزوجها فى العدة لا تكون رجعة عند أبى حنيفة لان انشاء النكاح فى المنكوحة باطل لغو فلا يثبت ما فى ضمنه وعند محمد يكون رجعة وعن أبى يوسف روايتان واختار الفقيه أبو جعفر قول محمد وبه يفتى

﴿باب الرجعة﴾

هى مصدر من رجع يرجع اهـ ع لما ذكر أنواع الطلاق وذكر صفة موقعه صحة ومرضا شرع فى بيان الرجعة للمناسبة لان الرجعة تقتضى سابقة الطلاق اهـ اتقانى (قوله ان لم يطلق الزوج امرأته الحرة ثلاثا بغير رضاها) أى لان النص مطلق اهـ رازى قال الاتقانى وانما لا يعتبر رضاها وكذا لا يعتبر رضا الولى لقوله تعالى فامسكوهن بمعروف مطلقا عن قيد الرضا ولقوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن فلو كان رضاها معتبرا لم يكن البعل أحق بالرد لانها ربما لا ترضى بالرجعة ولان الرجعة وضعت لاستدراك الزوج حقه من النكاح لقوله تعالى لا تدرى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فلا يشترط رضا المرأة والولى كالفىء فى الايلاء اهـ (قوله وما عداها من الافعال يدل على الاستبقاء) سيأتى فى باب ثبوت النسب أن المراجعة بالفعل خلاف السنة اهـ ﴿فرع﴾ التقبيل بالشهوة ونحوه يكون رجعة وان نادى الزوج على نفسه بعدم الرجعة اهـ كمال قبيل ما تحل به المطلقة اهـ

(قوله ورجعة المجنون بالفعل) ويتصوّر فيما اذا طلقها وهو مفيق ثم جن اه (قوله فى المتن والاشهاد مندوب) أى مستحب اه ع وصورة الاشهاد أن يقول لاثنين من المسلمين اشهدوا أنى قد راجعت امرأتى اه اتقانى (قوله وقال مالك والشافعى لاتصح) (١) أى لقوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف (قوله ولنا النصوص المطلقة الخ) وهذا ودل على الوجوب للزم التعارض والتدافع والتعارض خلاف الاصل فيحمل على الندب توفيقا بين المطلق والمقيد ولا يجوز حمل المطلق على المقيد لئلا يلزم بطلان صفة الاطلاق بل كل واحد منهما يجرى على سننه (٢٥٢) اه اتقانى (قوله وهى ليست شرطا فيه) قال الاتقانى رحمه الله والثانى أن الاشهاد مقرون بالمفارقة والرجعة جميعا ثم الاشهاد عند المفارقة مستحب بالاجماع فلا يجوز أن يراد به الوجوب عند الرجعة للزوم خرق الاجماع وذلك لان العلماء اختلفوا فى موجب الامر فقال بعضهم بالوجوب وبعضهم بالندب وبعضهم بالاباحة الى غير ذلك ولم يقل أحد منهم ان موجبه الوجوب والندب جميعا وكان منهم اجماعا على أن ارادة الآخرين جميعا على الوجوب والندب لا يجوز اه (قوله وكذا يستحب له أن يعلمها بالمراجعة كيلا تقع فى المعصية) أى وذلك لان المرأة اذا لم تعلم الرجعة ربما تتزوج بعد انقضاء مدة العدة رجلا بناء على الطلاق السابق فتقع فى الحرام قال فى شرح الطحاوى قبيل باب صريح الطلاق الرجعة على ضربين سنى وبدعى فالسنى هو أن يراجعها بالقول ويشهد على رجعتها ويعلمها ولو راجعها بالقول ولم يشهد أو أشهد ولم يعلمها كان مخالفا للسنة وقال الحاكم الشهيد واذا كتمها الطلاق ثم راجعها وكتمها الرجعة فهى امرأته غير أنه قد أساء فيما صنع وانما قال أساء لترك الاستحباب وهو الاشهاد والاعلام اه (قوله لا علك انشاءه فى الحال) أى فكان متهما الآن بالتصديق ترتفع التهمة اه هداية (قوله بخلاف ما اذا كانت العدة باقية) أى وقال كنت راجعتك أمس وأنكرت المرأة اه (قوله ثم لا يمين عليها الخ) أى ان لم تصدقه المرأة على الرجعة فالقول قولها عند الامام بلا يمين وعندهما مع اليمين اه (قوله وعندهما تصح الرجعة) أى لانها صادفت العدة اه هداية (قوله لان عدتها باقية ظاهرا) أى عملا باستصحاب الحال اه اتقانى

ورجعة المجنون بالفعل ولا تصح بالقول وقيل بالعكس وقيل بهما قال رحمه الله (والاشهاد مندوب اليها) أى الاشهاد على الرجعة مندوب اليها احترازا عن التجاحد وعن الوقوف فى مواضع التهم لان الناس عرفوه مطلقا فيتهم بالقعود معها وان لم يشهد على رجعتها صحت وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تصح لقوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم أمر به وهو للوجوب ولنا النصوص المطلقة كقوله تعالى فامسكوهن وبعولتهن أحق بردهن وكقوله عليه الصلاة والسلام مر ابنك فليراجعها من غير قيد بالاشهاد واشتراطها زيادة وهى نسخ فلا يجوز الا بمثله ولان الملك باق فيها والرجعة استدامة على ما بينا ولهذا كان باقيا فى حق الارث والايلاء والظهار واللعان وعدة الوفاة وتناولها قوله زوجاتى طوالق وجواز الاعتياض بالخلع ومراجعة الامة على الحرة وعدم اشتراط رضاها ولفظة الانكاح والولى والشهادة ليست شرطا فيه فى حالة البقاء كما فى الفيء فى الايلاء والامر فى الآية محمول على الندب يدل عليه أنه قرنها بالمفارقة وهى ليست شرطا فيه فكذا فى الرجعة لاستحالة ارادة معنيين مختلفين بلفظ واحد وهو يحتمل الندب كقوله تعالى وأشهدوا اذا تبايعتم وكقوله تعالى فاذا دفعتم اليهم أموالهم فاشهدوا عليهم وهذا بناء على أن الطلاق الرجعى لا يحرم الوطء عندنا والعجب منهم أنهم يشترطون الاشهاد فى الرجعة اعتبارا بابتداء النكاح ولا يشترطون رضاها ولا تجديد المهر ولا الولى وأعجب منه أن مالكا يشترط فيها الاشهاد ولا يشترطه فى ابتداء النكاح وقال فى الهداية وكذا يستحب له أن يعلمها بالمراجعة كى لا تقع فى المعصية يعنى بالتزوج بغيره وفيه اشكال لان المعصية لا تكون بدون العلم وفى الغاية لا تتحقق المعصية بغير ذلك الا أن يقال ينبغى أن لا تتزوج بغيره حتى تسأل عن ارتجاعه لانفراده به فاذا تزوجت بغير سؤال وقعت فى المعصية وهذا مشكل أيضا من حيث انه أوجب عليها السؤال والمعصية بالعمل بما ظهر عندها قال رحمه الله (ولو قال بعد العدة راجعتك فيها فصدقته تصح والا لا كراجعتك فقالت مجيبة مضت عدتى) أى لو قال لها بعد انقضاء عدتها كنت راجعتك فى العدة فان صدقته تصح الرجعة وان كذبته لا تصح كما لا تصح فى قوله لها راجعتك يريد به الانشاء فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى أما الاولى فلانه مدعى ما لا يملك انشاءه فى الحال وهى منكرة فالقول قول المنكر وان صدقته تثبت الرجعة لانه بتصادق الزوجين يثبت النكاح فالرجعة أولى بخلاف ما اذا كانت العدة باقية حيث يكون القول فيها قوله لانه أخبر عما يملك انشاءه فى الحال فلا يكون متهما فيه كالوكيل بالبيع اذا قال بعته من فلان فانه يصدق قبل العزل لا بعده لما ذكرنا ثم لا يمين عليها عند أبى حنيفة خلافا لهما وهى مسئلة الاستحلاف فى الاشياء الستة على ما يجيء فى موضعها ان شاء الله تعالى وأما المسئلة الثانية فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وعندهما تصح الرجعة لان عدتها باقية ظاهرا ما لم تقر بانقضائها وسقطت بالرجعة لان العدة لا تبقى معها واخبارها بعد ذلك بانقضاء العدة ولا عدة عليها من قبيل المحال فصار كما اذا أجابته بعد سكتة ولهذا لو قال لها طلقتك فقالت مجيبة له قد انقضت عدتى يقع الطلاق وله أن هذه الرجعة صادفت حال انقضاء العدة

فلا

(١) قول المحشى أى لقوله تعالى الخ كذا فى الاصل وحرره اه مصححه

(قوله دل ذلك على سبق الانقضاء) أى على الرجعة ولا دليل على مقدار معين اه (قوله وتستحلف المرأة هنا بالاجماع) هكذا مشى عليه الكمال رحمه الله فى شرحه ولم يتعقبه وفيه نظر فان الرجعة صحت على قولهما فعلام تحلف وفى فتاوى الولوالجى فالقول قولها مع اليمين عند أبى حنيفة وكذا ذكره الاقطع فى شرحه والاتقانى فى شرح الهداية قال الاتقانى رحمه الله ثم القول قولها عند أبى حنيفة مع اليمين نص عليه الكرخى فى مختصره وبه صرح فى شرح أبى نصر وخلاصة الفتاوى وفتاوى الولوالجى لانها بنكولها تبذل الامتناع

فلا تصح وهذا لانها أمينة فى الاخبار فوجب قبول قولها فاذا أخبرت دل ذلك على سبق الانقضاء وأقرب أحواله حال قول الزوج راجعتك فتكون مقارنة لانقضاء العدة فلا تصح بخلاف ما اذا سكتت ثم أخبرت بالانقضاء لان أقرب الاحوال فيها حال السكتة فيضاف اليه ولان الواجب عليها أن تخبر متصلا بكلامه لو كان الانقضاء ثابتا والتأخير يدل على عدمه فتكون متهمة بالاخبار فلا يقبل قولها وبخلاف ما اذا قال الموكل عزلتك فقال الوكيل بعته من فلان حيث لا يصدق لان بيعه مقارنا لعزله غير ممكن فلا يصدق ومسئلة الطلاق على الخلاف فلا يقع عنده كما لو قال لها أنت طالق مع انقضاء عدتك والاصح أنه يقع لاقراره بالوقوع كما لو قال لها بعد انقضاء عدتها كنت طلقتك فى العدة ولا يقال كان قولها يقتضى سبق الانقضاء وقوله أيضا يقتضى سبق الرجعة فلا يكون مقارنا لانا نقول قوله راجعتك انشاء وهو اثبات أمر لم يكن فلا يستدعى سبق الرجعة وقولها انقضت عدتى إخبار وهو اظهار أمر قد كان فيقتضى سبق الانقضاء ضرورة وتستحلف المرأة هنا بالاجماع والفرق لابى حنيفة بين هذه وبين الرجعة أن اليمين فائدتها النكول وهو بذل عنده وبذل الامتناع من التزوج والاحتباس فى منزل الزوج جائز بخلاف الرجعة وغيرها من الاشياء الستة فان بذلها لا يجوز فيها ثم اذا نكلت ثبتت الرجعة بناء على ثبوت العدة لنكولها ضرورة بمنزلة ثبوت النسب بشهادة القابلة بناء على شهادتها بالولادة قال رحمه الله (ولو قال زوج الامة بعد العدة راجعت فيها فصدقه سيدها وكذبته أو قالت مضت عدتى وأنكرا فالقول لها) أى لو قال زوج الامة بعد انقضاء عدتها كنت راجعتها فى العدة فصدقه مولاها وكذبته الامة أو اختلفوا فى انقضاء عدتها فقالت انقضت وأنكر الزوج والمولى انقضاءها كان القول قولها فى المسئلتين أما فى الاولى فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وقالا القول قول المولى لان البضع ملكه وهو خالص حقه وقد أقر به لغيره فيصدق كاقراره عليها بالنكاح وهى تنكر بل أولى لان البقاء أسهل من الابتداء وهذا لان الاقرار تصرف فى البضع فيستبد به المولى كانشاء النكاح وله أن الرجعة تبتنى على قيام العدة والقول فى العدة قولها فكذا فيما يبتنى عليها ولا نسلم أنه يملك البضع ما دامت فى العدة بل هو كالاجنبى فيه بخلاف الاقرار بالنكاح والانشاء فيه لان ملكه فيه ثابت عند التصرف فينفذ ولو كان على القلب بان كذبه المولى وصدقته الامة فالقول قول المولى ولا تثبت الرجعة اجماعا فى الصحيح أما عندهما فظاهر وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلانها منقضية العدة فى الحال فظهر ملك المولى فى البضع فلا يقبل قولها فى ابطاله بخلاف الاول لان المولى بالتصديق فى الرجعة مقر بقيام العدة عندها ولا يظهر ملكه مع العدة وقيل هى أيضا على الخلاف وقيل لا يقضى بشىء ما حتى يتفق المولى والامة وأما فى الثانية فلانها أعرف بحالها وهى أمينة فيه فيقبل قولها فيه دون المولى والزوج ولهذا يقبل قولها انى حائض فى حق حرمة الوطء عليهما وفى حق الصلاة والصوم قال رحمه الله (وتنقطع ان طهرت من الحيض الآخر لعشرة وان لم تغتسل ولاقل لا حتى تغتسل أو يمضى وقت صلاة) أى تنقطع الرجعة بانقطاع الدم من الحيضة الثالثة لعشرة أيام ولا تنقطع حتى تغتسل ان انقطع لاقل منه لان الحيض لا مزيد له على العشرة فبتمامها يحكم بطهارتها وانقضاء العدة طهرت أو لم تطهر وانما شرطت الطهارة فيه اعتبارا للغالب أو يكون معناه ان طهرت لتمام

من الانتقال من منزل الزوج وهذا المعنى يصح بذله وأورد الشيخ أبو نصر سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا نكلت صحت الرجعة والرجعة لا يصح بذلها قيل الرجعة لا تثبت بنكولها وانما يثبت بنكولها العدة ويملك الزوج الرجعة من طريق الحكم لا ببذلها كما نقول ان النسب يثبت بالفراش عند شهادة امرأة واحدة بالولادة وان لم يثبت النسب بشهادتها ثم انما تصدق المرأة فى انقضاء العدة اذا كانت المدة تحتمل ذلك والا فلا وبه صرح الطحاوى فى مختصره اه وكتب أيضا على قوله وتستحلف ما نصه قال الكمال وتستحلف المرأة هنا بالاجماع على أن عدتها كانت منقضية حال اخبارها اه (قوله والفرق لابى حنيفة بين هذه وبين الرجعة) أى حيث لم تستحلف عنده أنه لم يراجعها فى العدة اه كمال (قوله فالمذكور هنا قول أبى حنيفة) أى وقول زفر كقول أبى حنيفة كذا فى شرح الاقطع اه اتقانى (قوله أما عندهما فظاهر) أى لان منافع بضعها مملوكة للمولى والزوج متهم فى الرجعة لانها منقضية العدة فلا تثبت الرجعة بلا تصديق المولى اه (قوله اعتبارا للغالب) يعنى أن الغالب فيمن انقطع حيضها الاغتسال عادة اه (قوله أو يكون معناه الخ) أقول هذا تقدير ثان لكلام المصنف مغاير لما قدمه وعلى التقدير الثانى يكون فى قول المصنف لعشرة مضاف محذوف تقديره لتمام عشرة والجار والمجرور على هذا متعلق بطهرت وعلى التقدير الاول ليس فيه مضاف محذوف لكن قوله بعشرة متعلق بمحذوف تقديره بالانقطاع وذلك المحذوف متعلق بطهرت هذا ما ظهر لى

العشرة أى لاجل أنها تمت لالانقطاع الدم لانه لا يشترط فيه الانقطاع لان مازاد عليها استحاضة فوجود الانقطاع بعد تمام العشرة كعدمه الا أنه ان انقطع لعشرة تنقطع الرجعة فى الحال وان لم ينقطع وكان لها عادة تردّ الى عادتها فيتبين أن الرجعة انقطعت من ذلك الوقت وفيما دون العشرة يحتمل عود الدم فلا بد أن يعضد الانقطاع بأخذ شئ من أحكام الطاهرات وذلك بالاغتسال لانه يحل لها به القراءة ودخول المسجد والصلاة وغيرها أو يمضى عليها أدنى وقت صلاة وهو قدر ما تقدر على الاغتسال والتحريمة ومادون ذلك ملحق بمدة الحيض وقال زفر لا تنقطع الرجعة مالم تغتسل لان دمها يتوهم عوده وقد قال بعض الصحابة رضى الله عنهم الزوج أحق برجعتها مالم تغتسل قلنا الموهوم لا يعارض المحقق كما اذا اغتسلت وهذا لان الاغتسال انما انقطعت به الرجعة لانها أخذت شيأ من أحكام الطاهرات كما ذكرنا وهذا المعنى موجود بمضى الوقت عليها لان الصلاة تجب عليها وهى من أحكام الطاهرات فيتعدى اليها بخلاف ما اذا كانت كتابية حيث تنقطع الرجعة عنها بمجرد انقطاع الدم وان كان لاقل من عشرة ويحل قربانها وان توهم عود الدم لان القياس أن لا يعتبر الموهوم أصلا ولا يعارض المحقق الا أنا تركناه فى المسلمة بالاثر فبقى فى حق الكافرة على الاصل ولان الامارة الزائدة متعذرة فى حقها فلا تعتبر بخلاف المسلمة ولو اغتسلت بسؤر الحمار مع وجود الماء المطلق انقطعت الرجعة لكنها لا تصلى حتى تغتسل بماء آخر أو تتيمم لاحتمال نجاسة ذلك الماء احتياطا قال رحمه الله (أو تتيمم وتصلى) أى لا تنقطع الرجعة حتى تتيمم وتصلى به وهو معطوف على قوله ولاقل لا حتى تغتسل الخ ولا فرق بين أن تكون الصلاة فرضا أو تطوعا وقال محمد تنقطع الرجعة بمجرد التيمم وهو القياس لان التيمم عند عدم الماء ينزل منزلة الاغتسال بدليل جواز الصلاة وجواز دخول المسجد وغيره من الاحكام به ولا فرق بين الحكم بجواز صلاة أديت وبين الحكم بجواز الاقدام على أدائها اذ كل واحد منهما يشترط له الطهارة فاذا كان كالاغتسال فى حق الاحكام فكذا فى حق هذا الحكم بل أولى لان انقطاع الرجعة يؤخذ فيه بالاحتياط ألا ترى أنها لو اغتسلت وبقيت لمعة فى جسدها لم يصبها الماء أو اغتسلت بسؤر الحمار انقطعت الرجعة وان لم يحل لها أداء الصلاة ولهما انه طهارة ضرورية لكونه ملوثا حقيقة وهذا لانه لا يرفع الحدث بيقين حتى لو وجد الماء كان محدثا بالحدث السابق وانما جعل طهارة ضرورة الحاجة الى أداء الصلاة كيلا تتضاعف الواجبات عليها والثابت ضرورة يتقدر بقدرها وهى أداء الصلاة وتوابعها من دخول المسجد وقراءة القرآن فكان فى حق الرجعة عدما الا اذا حكمنا بجواز الصلاة بالاداء فيلزمه الحكم بطهارتها ضرورة صحة الصلاة لانها لا تصح الا من الطاهرات فيلزمه انقطاع الرجعة ضرورة حكمنا بها وقبل الاداء لا يحكم لها بشئ لان حل الاقدام على الاداء مشروط باستمرار العجز ولهذا تعيد الصلاة اذا وجدت الماء فى خلال الاداء وقولهم حل لها الصلاة بالتيمم كقولهم حل لها الصلاة اذا طهرت فلا ينافى شرطا آخر بخلاف ما اذا اغتسلت وبقى فى جسدها لمعة لان انقطاع الرجعة هنا لتوهم وصول الماء الى ذلك الموضع وسرعة الجفاف فكانت طهارة مطلقة قوية حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء اليه بان تركته عمدا لا تنقطع أيضا وبخلاف الاغتسال بسؤر الحمار لانه ماء حقيقة فيكون مطهرا مطلقا لكنها تؤمر بضم التيمم اليه فى حق الصلاة احتياطا لاشتباه الحال فيه ثم قيل تنقطع الرجعة بنفس الشروع فى الصلاة عندهما والصحيح أنها لا تنقطع حتى تفرغ من الصلاة لان الحال بعد شروعها فى الصلاة كالحال قبله ألا ترى أنها تبطل برؤية الماء بخلاف ما بعد الفراغ منها ولو قرأت القرآن بعد التيمم أو مست المصحف أو دخلت المسجد قال الكرخى تنقطع الرجعة لان صحة القراءة وجواز مس المصحف حكم من أحكام الطاهرات كجواز الصلاة وقال أبو بكر الرازى لا تنقطع الرجعة لانها اتباع للصلاة فلا يعطى لها حكمها قال رحمه الله (ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو تنقطع ولو عضوا لا) وهذا استحسان والقياس فى العضو الكامل أن تنقطع الرجعة لانها غسلت الاكثر وله حكم

حالى المطالعة اه (قوله فيتعدى اليها) أى يتعدى الرجعة حين ينقطع اه من خط الشارح (قوله حيث تنقطع الرجعة عنها بمجرد انقطاع الدم) أى لانها ليس عليها غسل فهى بمنزلة المسلمة اذا اغتسلت اه اتقانى (قوله انقطعت الرجعة) أى بالاتفاق اه اتقانى (قوله لكنها لا تصلى به) أى ولا يقربها زوجها اه اتقانى (قوله لاحتمال نجاسة ذلك الخ) أقول وبالله التوفيق القول باحتمال النجاسة مشكل وغاية ما يقال فيه انه غير طهور أما النجاسة فلا فتأمل وانظر ماذكره فى المقالة الاتية وهو قوله وبخلاف الاغتسال بسؤر الحمار لانه ماء حقيقة فيكون مطهرا مطلقا فان هذا التقدير ينافى احتمال النجاسة كما لا يخفى اه (قوله وقال محمد) أى وزفر والشافعى اه اتقانى (قوله ألا ترى أنها لو اغتسلت وبقيت لمعة الخ) وأجمعوا أنها لا يحل لها أن تتزوج بزوج آخر مالم تصل بذلك التيمم أو يمض عليها وقت صلاة أدنى الصلوات اليها اه شرح الطحاوى (قوله فى المتن ولو اغتسلت ونسيت أقل من عضو) والعضو كاليد والرجل وأقل منه كالاصبع اه مستصفى قال الاتقانى والمراد بما دون العضو أن يبقى لمعة يسيرة نحو اصبع واصبعين ونحوهما وبه صرح الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى

الكل وفيه قياس آخر أن الرجعة لا تبقى فيما دون العضو أيضا لان حكم الحدث لا يتجزأ زوالا كما لا يتجزأ ثبوتا فبقيت على ما كانت قبل الاغتسال ولهذا لم يجز لها من الاحكام مالا يجوز للحائض وفي المبسوط العضو ومادونه سواء غير أن أبا حنيفة رحمه الله استحسن ولم يذكر موضع القياس والاستحسان وقيل عند أبي يوسف القياس والاستحسان في العضو الكامل وعند محمد فيما دون العضو وجه الاستحسان وهو الفرق بين العضو ومادونه أن مادون العضو يتسارع اليه الجفاف لقلته فلا يتيقن بعدم وصول الماء اليه فقلنا تنقطع الرجعة احتياطا ولا يحل لها التزوج بزوج آخر حتى تغسل ذلك الموضع احتياطا أيضا لان الماء لم يصل اليه ظاهرا بخلاف العضو الكامل لانه لا يغفل عنه عادة ولا يتسارع اليه الجفاف غالبا فبقيت على ما كانت وهو القياس فيما دون العضو ولما قلنا الا أنا استحسنا لما ذكرنا من عدم التيقن حتى لو تيقنت بعدم وصول الماء الى مادون العضو بان تركته عمدا لا تنقطع الرجعة أيضا لما قلنا ذكره في المحيط ولو اغتسلت وتركت المضمضة والاستنشاق لا تنقطع الرجعة عند أبي يوسف لبقاء عضو كامل وعنه أنها تنقطع وبه قال محمد احتياطا لشبهة الاختلاف لانهما سنتان في الاغتسال عند البعض فكان الاحتياط في الانقطاع قال رحمه الله (ولو طلق ذات حمل أو ولد وقال لم أطأها راجع) أي لو طلق امرأته وهي حامل أو بعدما ولدت في عصمته وقال لم أجامعها فله الرجعة لان الحبل متى ظهر في مدة يتصور أن يكون منه بان ولدته لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر فكان ذلك دليل الوطء منه وكذا اذا ولدت في عصمته في مدة يتصور أن يكون منه بان ولدته لستة أشهر فصاعدا من يوم التزوج جعل منه حتى ثبت نسبه منه في الموضعين فتأكد الملك والطلاق في الملك المتأكد يعقب الرجعة وبطل زعمه بتكذيب الشرع ولهذا يثبت به الاحصان مع ثبوت تغلظ العقوبة عنده فهذا أولى وشرط أن تكون الولادة قبل الطلاق بقوله ذات حمل أو ولد لانها لو ولدت بعده تنقضي به العدة فتستحيل الرجعة فان قيل وجب أن لا يكون له حق الرجعة لانكاره ذلك وكونه مكذبا شرعا ضرورة ثبوت النسب فلا يوجب بقاء حقه كرجل أقر بعين في يد غيره لانسان ثم اشتراها منه ثم استحقت من يده ثم وصلت اليه بسبب من الاسباب يؤمر بتسليمها الى المقر له وان كان مكذبا شرعا بالحكم للمستحق ثم بصحة الانتقال اليه قلنا لم يتعلق باقراره هنا حق الغير والموجب للرجعة ثابت وهو الطلاق بعد الدخول فوجب أن يكون له حق الرجعة بخلاف الاقرار لانه تعلق به حق الغير فلا يبطل حقه برد زعمه أن المستحق ظالم ولها أخوات كلها تخرج على هذا الفرق منها اذا أقر أن فلانا أعتق عبده أو قال هو حر الاصل وكذبه مولاه ثم اشترى المقر العبد حكم بحريته وان صار مكذبا شرعا بالحكم بصحة شرائه فان قيل قوله لم أجامعها صريح في عدم الجماع وثبوت النسب دلالة الجماع والصريح يفوقها فكان أولى قلنا الدلالة من الشارع أقوى من الصريح الصادر من العبد لاحتمال الكذب منه دون الشارع قال رحمه الله (وان خلا بها وقال لم أجامعها ثم طلقها لا) أي لا يملك الرجعة لان الرجعة تثبت في الملك المتأكد بالوطء وقد أنكره فيصدق في حق نفسه اذ لم يكن مكذبا شرعا ولا يلزم من وجوب المهر ووجوب العدة أن يكون مكذبا شرعا لان تأكد المهر ينبني على تسليم المبدل وهو التخلية ورفع الموانع لان ذلك وسعها ولا يشترط فيه حقيقة القبض لعجزها عنه ولو شرط لتضررت والعدة تجب احتياطا لاحتمال الوطء فلم يكن القضاء بهما قضاء بالدخول فلم يتأكد الملك والرجعة لا تملك الا في الملك المتأكد بخلاف المسألة الأولى لان القضاء بثبوت النسب قضاء بالدخول فيكون الملك متأكدا فيملك الرجعة ضرورة تأكده ولا يعتبر انكاره لكونه مكذبا شرعا على ما مر بيانه قال رحمه الله (وان راجعها ثم ولدت بعدها لاقل من عامين صحت تلك الرجعة) أي راجعها في تلك الحالة وهي ما اذا خلا بها ثم طلقها بعد ما قال لم أجامعها ثم ولدت بعد المراجعة ولدا لاقل من سنتين من وقت الطلاق صحت تلك الرجعة لان العدة

(قوله وتركت المضمضة والاستنشاق) الواو هنا بمعنى أو اذ الحكم في ترك أحدهما كذلك قاله الاكمل والاتقاني (قوله لانهما سنتان) أي قبل الدخول اه (قوله في المتن أو ولد) أي معها ولد مولود اه (قوله فكان ذلك) أي جعل الحمل منه اه (قوله ثم طلقها بعدما قال لم أجامعها) أي ثم راجعها وان كان لا يملكها اه

لما وجبت ثبت نسب الولد منه وظهر أن العلوق كان سابقا على الطلاق فنزل واطئا فيكون به مكذبا شرعا فصار كالمسئلة المتقدمة قال رحمه الله (وان ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت من بطن آخر فهي رجعة) أي لو قال لامرأته ان ولدت فأنت طالق فولدت ثم ولدت ولدا آخر بعد ستة أشهر من وقت الولادة الأولى وهو المراد بقوله من بطن آخر صارت مراجعة لانه وقع عليها الطلاق بالولادة الأولى لوجود الشرط ووجبت العدة عليها فيكون الولد الثاني من علوق حادث لوجود أقل مدة الحمل فيحمل على انه منه لان الظاهر انتفاء الزنا منها فتكون مراجعة بالوطء الحادث وان جاءت به لاكثر من سنتين مالم تقر بانقضاء عدتها بخلاف ما اذا كان بين الولدين أقل من ستة أشهر حيث لا تكون مراجعة لان الثاني ليس بحادث بعد الولد الاول لان الطلاق وقع عليها بالولد الاول وهي حامل بالثاني فتنقضي بوضعه العدة نظيره ما اذا طلقها فجاءت بولد لاقل من سنتين ونظير الاول ما اذا جاءت به لاكثر من سنتين قال رحمه الله (كلما ولدت فأنت طالق فولدت ثلاثة في بطون فالولد الثاني والثالث رجعة) لانها بولادة الاول وقع عليها الطلاق لوجود الشرط فصارت عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بولد آخر من بطن آخر بأن جاءت به بعد ستة أشهر ولو كان لاكثر من سنتين مالم تقر بانقضاء عدتها علم أنه من علوق حدث فتثبت به الرجعة وتقع طلقة أخرى بولادته لوجود الشرط وتكون عدتها بالاقراء ثم اذا جاءت بالثالث تبين انه كان راجعها بوقوع الثانية لما قلنا وتقع طلقة ثالثة بولادته فتحرم عليه حرمة غليظة وتكون عدتها بالاقراء ولو جاءت بعد ذلك بولد في بطن آخر لا تثبت المراجعة لعدم تصورها حقيقة وحكما ولا يثبت نسبه منه لان وطأها حرام عليه الا اذا ادعاه على ما يجيء في ثبوت النسب ان شاء الله تعالى فان قيل القول بالرجعة في الثاني والثالث يؤدي الى حمل فعلهما على الحرام على بعض الوجوه وهو ما اذا ولدت بعد النفاس لاقل من ستة أشهر من وقت الولادة لاكثر منه فانه يؤدي الى انه وطئها في النفاس وهو حرام والمسلم لا يفعل الحرام قلنا لم يتعين ذلك لان دم النفاس قد لا يمتد وقد لا يوجد أصلا فيمكن وطؤها والدم منقطع بل هو الظاهر لما قلنا وعارضه ثبوت النسب واجبة فلا يعرض عنها بالاحتمال ولان في قطعه عنه حمله على أنه من الزنا وهو أشد حرمة من الاول وقوله في بطون يحترز به عما اذا كانوا في بطن واحد وهو ما اذا كان بين الولادتين أقل من ستة أشهر لانها بوضع الاول تقع عليها طلقة لوجود الشرط وهي حامل بالثاني والثالث فتكون عدتها بوضع الحمل فاذا وضعت الثاني يقع عليها طلقة أخرى لما قلنا وعدتها باقية على حالها لانها حامل بالثالث ثم اذا وضعت الثالث انقضت عدتها بولادته ولم يقع عليها شيء وان وجد الشرط لان الطلاق لا يقع مقارنا لانقضاء العدة ولهذا لو لم تلد الثالث لم تقع الثانية أيضا لانقضاء العدة بالثاني فلا يقع مقارنا لانقضائها وانما يقع اذا كانت حاملا بالثالث لبقاء العدة الى وضع الثالث حتى لو كانت هنا أيضا حاملا بالرابع تقع الثالثة لما ذكرنا قال رحمه الله (والمطلقة الرجعية تتزين) لان النكاح بينهما قائم والتزين للازواج مستحب ولانه حامل على الرجعة وهي مستحبة أيضا وقال القدوري تتزين وتتشوف التزين عام في البدن والتشوف في الوجه خاصة وهو من شفت الشيء أي جلوته ودينار مشوف أي مجلو قال رحمه الله (وندب أن لا يدخل عليها حتى يؤذنها) أي يعلمها بخفق النعل أو التنحنح ونحو ذلك معناه اذا لم يكن من قصده أن يراجعها فيخاف أن يقع بصره على موضع يصير به مراجعا فيحتاج الى طلاقها فتطول عليها العدة فيلزمها الضرر بذلك قال رحمه الله (ولا يسافر بها) وقال زفر له أن يسافر بها لان النكاح بينهما قائم فصار كأن لم يطلقها ولان المسافرة تكون رجعة دلالة لكونها حراما بدونها للنهي عن الاخراج والخروج فظاهر حاله اجتناب المحرم فصار الاخراج كالوطء في النكاح الموقوف ولنا قوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الآية نزلت في الطلاق الرجعي بدليل سياقه وسباقه وهو قوله تعالى فطلقوهن وقوله تعالى لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا فلو كانت المسافرة

(قوله فنزل واطئا) أي قبل الطلاق تحسينا للظن به اه رازي (قوله فهي) أي الولادة الثانية اه (قوله علم أنه من علوق حدث) أي ولا يلزم الحكم بالوطء في النفاس وهو محرم لان النفاس لا يلزم له كمية خاصة فجاز أن يكون مجة وجاز أن لا ترى شيأ أصلا على ما تقدم في الحيض اه (قوله تقع بالثالث) كذا بخط الشارح وصوابه بالثاني اه (قوله وهو قوله تعالى فطلقوهن) ذكره بعد صريح الطلاق وهو معقب للرجعة اه من خط الشارح (قوله لعل الله يحدث بعد ذلك أمرا) أي يحدث المراجعة بان تبدو له المراجعة اه من خط الشارح

رجعة لما نهي عنها لكونها مندوبا اليها ولانهما ضدان لان أحدهما منهي عنه والآخر مأمور به فلا يكون أحدهما من الآخر وتعليله مخالف للنص فيكون مردودا وقوله تكون رجعة دلالة لكونها حراما بدونها الخ يبطل باخراجها الى مادون السفر فانه حرام للنهي أيضا ومع هذا لا تكون رجعة والدلالة فعل يختص بالنكاح والمسافرة لا تختص به ألا ترى أنها تجوز لها مع المحرم فصارت كالخلوة والخروج الى مادون السفر ولان تراخي عمل المبطل وهو الطلاق للحاجة الى المراجعة فاذا لم يراجعها حتى انقضت العدة ظهر أنه لا حاجة له اليها وظهر أن المبطل عمل عمله من وقت وجوده ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ولو كان النكاح باقيا لما احتسبت اذ العدة لصيانة الماء وصون الماء بالنكاح أبلغ منه بالعدة فصار كالبيع بشرط الخيار حيث تأخر عمله لحاجته الى الفسخ فاذا لم يفسخ حتى مضت المدة عمل البيع عمله من وقت وجوده حتى استحقه المشتري بزوائده الحاصلة في مدة الخيار ولا يلزمنا اسناد عمله في حق حرمة الخلوة بها لان الخلوة من ضرورات السكنى فلا يمكن اباحتها بدون حلها مطلقا وهذا على ماذكره شمس الائمة أن الخلوة بها لا تكره الا اذا خاف أن يراجعها بغير اشهاد وهو مكروه وغيره أطلق الكراهية فيها فعلى هذا لافرق بينهما قال رحمه الله (والطلاق الرجعي لا يحرم الوطء) وقال الشافعي رحمه الله يحرمه لان الزوجية زائلة لوجود القاطع وهذا لان الطلاق عبارة عن رفع القيد وبقاء الزوجية يدل على بقاء القيد وبينهما منافاة فانعدمت الزوجية ضرورة ولهذا تحتسب الاقراء من العدة ومع بقاء النكاح لا تحتسب ولنا قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن سماه بعلا وهو الزوج وجعله أحق بردها فدل على بقاء النكاح لان أحدا لا يقدر على ملك الاجنبية بغير رضاها والرد لا يدل على الزوال وانما هو عبارة عن ردها الى حالتها الاولى لانها كانت بحيث لا تبين بثلاث حيض فبالطلاق حصل لها ذلك ثم بالرجعة ردها الى حالتها الاولى كرد المبيع بخيار البائع على ما بينا من قبل وكذا قوله تعالى فامسكوهن يدل على بقائه اذ الامساك هو الاستدامة ولهذا تناولها لفظ الازواج في آية المواريث واللعان وفي عدة الوفاة حتى جرى التوارث واللعان بينهما ووجوب عدة الوفاة عليها وكذا لفظة نسائهم تناولها في آية الظهار والايلاء والطلاق حتى لو ظاهر منها أو آلى صح واعتبر طلاقها لعدتها فكذا تناولها قوله تعالى نساؤكم حرث لكم فأتوا حرثكم أنى شئتم وما ذكره من المعنى من أن الطلاق لرفع القيد الخ لا يستقيم لان عمل القاطع مؤخر بالاجماع بدليل ما ذكرنا من الاحكام ولو كان كما ذكره لما ثبتت هذه الاحكام وكان يشترط رضاها والولي والمهر ووقوع الطلاق عليها لا ينافي الحل كما بعد الرجعة فان الطلاق لا يرتفع بها وانما أثرها في ابطال العدة والحل باق على ما كان

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ قال رحمه الله (وينكح مبانته في العدة وبعدها) أي له أن يتزوج التي أبانها بما دون الثلاث اذا كانت حرة وبالواحدة ان كانت أمة في العدة وبعد انقضائها لان الحل الاصلي باق ما لم يتكامل العدد والمنع الى انقضاء العدة لئلا يشتبه النسب ولا اشتباه في اباحته له فيباح له مطلقا قال رحمه الله (لا المبانة بالثلاث لو حرة وبالثنتين لو أمة حتى يطأها غيره ولو مراهقا بنكاح صحيح وتمضي عدته لا بملك يمين) أي لا يحل له أن ينكح التي أبانها بالثلاث ان كانت المرأة حرة وبالثنتين ان كانت أمة حتى يطأها زوج غيره بنكاح صحيح وتمضي عدتها منه ولو كان ذلك الزوج صبيا مراهقا ولا تحل له اذا وطئها غيره بملك يمين لقوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره والمراد الطلقة الثالثة والثنتان في الامة كالثلاث في الحرة اذ الرق منصف لحل المحلية وانما شرط أن يكون النكاح صحيحا لان الغاية نكاح الزوج مطلقا والزوجية المطلقة بالصحيح خصوصا فيما اذا أضيف الى المستقبل لان المراد به الاعفاف والتحصين وذلك بالنكاح الصحيح ولهذا لا يحنث في يمينه لا يتزوج لا بالنكاح الصحيح بخلاف ما اذا حلف انه لم يتزوج فيما مضى حيث يحنث بالفاسد أيضا لان المراد منه

(قوله فلا يكون أحدهما من الآخر) كذا بخط الشارح اه (قوله فصارت كالخلوة والخروج الى مادون السفر) أي فانهما لا يكونان رجعة اه (قوله واعتبر طلاقها لعدتها) أي لولا تناولها قوله تعالى فطلقوهن لعدتهن لما روعي لها وقت السنة اه من خط الشارح

﴿فصل فيما تحل به المطلقة﴾ لما ذكر التدارك في الطلاق الرجعي وهو بالرجعة شرع في بيان التدارك في غيره من الطلقات ففي الحرة فيما دون الثلاث التدارك بنكاح جديد وفي الثلاث باصابة زوج آخر بعد نكاحه وكذا التدارك في الامة في الثنتين باصابة زوج آخر اه غاية البيان (قوله لان الحل الاصلي باق الخ) أي لان محل النكاح أنثى من بنات آدم مع انعدام المحرمية والشرك والعدة عن الغير وهو حاصل لانها داخلة تحت قوله تعالى وأحل لكم ما وراء ذلكم وانما يزول حل المحلية بالطلقة الثالثة ولم توجد فجاز التزوج اه اتقاني (قوله وتمضي عدته) وانما أضاف العدة الى الزوج للتسبيب اه من خط الشارح

(قوله وفي حمله على الوطء مجاز واحد) قال الكمال رحمه الله والزوج حينئذ حقيقة اه (قوله رفاعة بن سموال) قال في الاصابة للحافظ
ابن حجر رحمه الله ما نصه رفاعة بن سموال القرظي له ذكر في الصحيح من حديث عائشة قالت جاءت امرأة رفاعة الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقالت يارسول الله كنت عند رفاعة فطلقني فبت طلاقي وروى مالك عن المسور بن رفاعة عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير أن
رفاعة بن سموال طلق امرأته تميمة بنت وهب فذكر الحديث وهو مرسل عند جمهور رواة الموطا ووصله ابن وهب وابراهيم بن طهمان وأبو
على الحنفي ثلاثتهم عن مالك فقالوا فيه (٢٥٨) عن الزبير بن عبد الرحمن بن الزبير والزبير الأعلى بفتح الزاي والأدنى بالتصغير وروى
ابن شاهين من طريق تفسير
مقاتل بن حيان في قوله تعالى
فلا تحل له من بعد حتى
تنكح زوجا غيره نزلت في
عائشة بنت عبد الرحمن بن
عتيك البدري كانت تحت
رفاعة بن وهب بن عتيك
وهو ابن عمها فطلقها ثلاثا
فتزوجت بعده عبد الرحمن
ابن الزبير فذكر القصة مطولة
قال أبو موسى الظاهر أن
القصة واحدة قلت وظاهر
السياقين أنهما اثنان لكن
المشكل اتحاد اسم الزوج
الثاني عبد الرحمن بن الزبير
وأما المرأة ففي اسمها اختلاف
كما سيأتي في النساء اه ثم
قال في الاصابة رفاعة بن
وهب القرظي تقدم في
رفاعة بن سموال اه قلت
وعلى هذا فسموال هو
لقب وهب بن عتيك ثم ذكر
في الاصابة في كتاب
النساء في حرف التاء المثناة
تميمة بنت وهب لا أعلم لها
غير قصتها مع رفاعة بن
سموال حديث العسيلة ثم
قال وقيل اسمها سهيمة كما
سيأتي وقيل عائشة اه ثم قال في حرف السين المهملة سهيمة امرأة رفاعة القرظي تقدم ذكرها في تميمة ثم قال في حرف
العين المهملة عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك النضرية تقدم ذكرها في ترجمة زوجها رفاعة قاله أبو موسى اه وكتب ما نصه ابن سموال
بكسر السين وفتحها وسكون الميم هكذا شاهدته في خط الشارح وضبطه بالقلم بخطه رحمه الله (قوله تميمة بنت وهب) قال في الاختيار روى
في الصحيح أن عائشة بنت عبد الرحمن بن عتيك القرظي كانت تحت ابن عمها رفاعة بن وهب فطلقها ثلاثا فجاءت الى النبي صلى الله عليه
وسلم فقالت يارسول الله اني كنت تحت رفاعة وساق الحديث اه (قوله فقال غلام لم يبلغ الخ) قال في الواقعات الحسامية غلام ابن عشر
سنين له امرأة يجامعها يجب عليها الغسل ولا يجب عليه ولو كان الزوج بالغا كان الجواب على العكس لان جماع الغلام ليس بسبب لنزول

مجرد صحة الاخبار فيتناولهما وشرط أن يطأها الزوج الثاني لانه ثبت باشارة الكتاب وبالسنة المشهورة
والاجماع أما الكتاب فان النكاح المذكور فيه يحمل على الوطء حملا للكلام على الافادة دون الاعادة اذ
العقد استفيد باطلاق اسم الزوج هكذا ذكره الاصحاب وفيه نظر فان النكاح المنسوب الى المرأة يراد به
العقد لتصوره منها دون الوطء لاستحالته منها ويمكن أن يقال يجوز نسبته اليها مجازا كما تسمى زانية مجازا
بالتمكين منه وهذا أقرب من حمله على العقد لان في حمله على العقد مجازين أحدهما أن النكاح حقيقة
للوطء ومجاز للعقد وفيه حمله عليه والثاني أن فيه تسمية الاجنبي زوجا باعتبار ما سيؤل اليه وفيه حمل
اللفظ على الاعادة أيضا وفي حمله على الوطء مجاز واحد وهو نسبة الوطء اليها فكان أولى وأما السنة فما
روى عن عائشة رضي الله عنها أن رفاعة بن سموال القرظي طلق امرأته تميمة بنت وهب فبت طلاقها
فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير فجاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت انها كانت تحت رفاعة
فطلقها ثلاث تطليقات فتزوجت بعده بعبد الرحمن بن الزبير وانه والله ليس معه الا مثل هذه الهدبة
وأخذت بهدبة من جلبابها قالت فتبسم رسول الله صلى الله عليه وسلم ضاحكا وقال لعلك تريدين أن
ترجعي الى رفاعة لا حتى يذوق عسيلتك وتذوقي عسيلته متفق عليه وعن ابن عمر قال سئل نبي الله صلى
الله عليه وسلم عن الرجل يطلق امرأته ثلاثا فيتزوجها آخر فيغلق الباب ويرخي الستر ثم يطلقها قبل
أن يدخل بها هل تحل للاول قال لا تحل للاول حتى يجامعها وروى لا حتى تذوق عسيلته رواه أحمد
والنسائي وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي صلى الله عليه وسلم قال العسيلة هي الجماع وهذه الاحاديث
مشهورة فجازت الزيادة بها على الكتاب على تقدير أن يراد بالنكاح في الآية العقد وعلى تقدير ارادة
الوطء تكون موافقة له فلا اشكال وأما الاجماع فان الامة أجمعت على أن الدخول بها شرط الحل للاول
ولم يخالف في ذلك الا سعيد بن المسيب والخوارج والشيعة وداود الظاهري وبشر المريسي وذلك خلاف
لا اختلاف لعدم استناده الى دليل ولهذا لو قضى به القاضي لا ينفذ والشرط الايلاج دون الانزال لانه كمال
فيه ونهاية فكان قيدا ويشترط أن يكون موجبا للغسل وهو التقاء الختانين وشذ الحسن البصري في
اشتراط الانزال قال العسيلة الانزال والحجة عليه ما روينا وليس في العسيلة دلالة على الانزال وانما هي كناية
عن لذة الجماع والصبي المراهق وهو الداني من البلوغ فيه كالبالغ وقيل الذي تتحرك آلته ويشتهي الجماع
وانما شرط ذلك لانه عليه الصلاة والسلام شرط اللذة من الطرفين وفسره في الجامع الصغير فقال غلام لم
يبلغ ومثله يجامع جامع امرأته وجب عليها الغسل وأحلها للزوج الاول وانما وجب عليها الغسل
لالتقاء الختانين وهو سبب لنزول مائها ولا غسل على الصبي لعدم الخطاب وانما يؤمر به تخلقا ليتعود به
ويصير له سجية قبل بلوغه حتى لا يشق عليه عند وجوبه والمجنون فيه كالعاقل والخصي الذي يقدر
على الجماع يحلها للاول وذكر في الغاية ان تزوجت بمجبوب وحملت منه حلت للاول وثبت به الاحصان خلافا

خلافا لزفر رحمه الله وفى المبسوط فى رواية أبى حفص ان كان المجبوب لا ينزل لا يثبت نسبه لانه اذا جف ماؤه فهو بمنزلة الصبى أو دونه وكذا لو كانت المرأة مفضاة وحبلت من الثانى حلت للاول لوجود الوقاع فى قبلها ولو وطئها فى الحيض أو النفاس أو الصوم أو الاحرام منهما أو من أحدهما حلت للاول خلافا لمالك ولو لف قضيبه بخرقة فجامعها وهى لا تمنع من وصول حرارة فرجها الى ذكره يحلها للاول وفى فتاوى الوبرى الشيخ الكبير الذى لا يقدر على الجماع لو أولج بمساعدة يده لا يحلها ومن لطائف الحيل فيه أن تزوج المطلقة من عبد صغير تتحرك آلته ثم تملكه بسبب من الاسباب بعدما وطئها فينفسخ النكاح بينهما ووطء المولى لا يحلها لانه ليس بزوج وهو الشرط بالنص وكذا لا تحل له بملك اليمين مالم تتزوج بزوج آخر حتى لو كانت تحته أمة فطلقها ثنتين ثم اشتراها أو كانت تحته حرة فطلقها ثلاثا ثم ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم استرقها لم تحل له حتى تتزوج بزوج آخر ويدخل بها لما تلونا ونظيره اذا ظاهر من امرأته أو لاعنها وفرق بينهما ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم استرقت وملكها الزوج الاول لم تحل له أبدا قال رحمه الله (وكره بشرط التحليل للاول) أى يكره التزوج بشرط أن يحلها له يريد به بشرط التحليل بالقول بان قال تزوجتك على ان أحللك له أو قالت المرأة ذلك وأما لو نويا ذلك فى قلبهما ولم يشترطاه بالقول فلا عبرة به ويكون الرجل مأجورا بذلك لقصده الاصلاح وقال أبو يوسف لا ينعقد النكاح بشرط التحليل للاول ولا تحل له لان هذا فى معنى شرط التوقيت فيكون فى معنى المتعة فيبطل ولهذا قال عمر ابن الخطاب رضى الله عنه لا أوتى بمحلل ولا محللة الا رجمتهما وقال ابن عمر لا يزالان زانيين ولو مكثا عشرين سنة وقال عثمان بن عفان ذلك السفاح ولهذا لعنه رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال محمد يصح النكاح ولا تحل للاول لانه ليس بتوقيت للنكاح ولكنه استعجل بالمحظور ما هو مؤخر شرعا فيعاقب بالحرمان كقتل المورث ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل والمحلل له وهذا الحديث يقتضى صحة النكاح والحل للاول والكراهية ولان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة فيصح وتحل للاول ضرورة صحته ولا معنى لما ذكره محمد ثم قيل انما لعن مع حصول الحل لان التماس ذلك واشتراطه فى العقد هتك للمروءة واعارة النفس فى الوطء لغرض الغير فانه انما يطؤها ليعرضها لوطء الغير وهو قلة حمية ولهذا قال عليه الصلاة والسلام هو التيس المستعار وانما كان مستعارا اذا سبق التماس من المطلق وهو محمل الحديث وقيل أراد به طالب الحل من نكاح المتعة والمؤقت وسماه محللا وان لم يحلل لانه يعتقده ويطلب الحل منه وأما طالب الحل من طريقه لا يستوجب اللعن ولو ادعت المرأة دخول المحلل صدقت وان أنكر هو وكذلك على العكس ولو خافت المرأة أن لا يطلقها المحلل فقالت زوجتك نفسى على ان أمرى بيدى أطلق نفسى كلما أردت فقبل جاز النكاح وصار الامر بيدها قال رحمه الله (ويهدم الزوج الثانى مادون الثلاث) وهو قول ابن عباس وابن عمر رضى الله عنهم وقال محمد وزفر والشافعى لا يهدم وهو قول عمر وعلى رضى الله عنهما لان الزوج الثانى غاية للحرمة الحاصلة بالثلاث بالنص لان كلمة حتى للغاية حقيقة ولم يوجد المغيا وهو الحرمة الغليظة لانها معلقة بالثلاث وببعض أركان العلة لا يثبت به شئ من الحكم فلا يصير الزوج الثانى غاية قبل وجوده لاستحالة وجود الغاية ولا مغيا ألا ترى أنه لو قال اذا جاء رأس الشهر فوالله لا أكلم فلانا حتى أستشير أبى فاستشاره قبل مجئ رأس الشهر لا يعتبر لان الاستشارة غاية للحرمة الثابتة باليمين فلا يعتبر قبل اليمين لان الغاية للانهاء ولا انهاء قبل وجوده ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المحلل وهو المثبت للحل فصار رافعا للحرمة لا غاية منهية لان المنتهى يكون متقررا فى نفسه وهنا لا حرمة بعد اصابة الزوج الثانى فدل على انه رافع للحرمة بيانه أنها تصير محرمة عليه بالتطليقات الثلاث وتصير مطلقة وباصابة الزوج الثانى يرتفع الوصفان جميعا وتلتحق بالاجنبية التى لم يطلقها قط وبالتطليقة الواحدة

مائه لكن يؤمر بالغسل اعتيادا كما يؤمر بالصلاة اه (قوله وانما كان مستعارا اذا سبق التماس من المطلق) أى لان عموم المحلل مطلقا غير مراد اجماعا والاشمل المتزوج تزويج رغبة لانه أيضا يحلها لمطلقها وان لم يقصد التحليل

أيضا تصير موصوفة بأنها مطلقة فيرتفع ذلك باصابة الزوج الثانى كما ترتفع الثلاث لانه جزؤه فتبين بهذا أن كلمة حتى هنا ليست للغاية حقيقة وانما هى مجاز كقوله تعالى ولا جنبا الا عابرى سبيل حتى تغتسلوا فالاغتسال موجب للطهارة رافع لحدث الجنابة لا أن يكون غاية للجنابة لان حكم حرمة الصلاة تثبت مؤبدة لا الى غاية كحكم زوال الملك لا يثبت مؤقتا ولكن يرتفع بوجود ما يرفعه وهو النكاح وكذا ملك اليمين وملك النكاح يثبت متأبدا ويرتفع برافع فاذا ثبت أنه موجب للحل فانما يوجب حلا لا يرتفع الا بثلاث تطليقات وهو غير موجود بعد الطلقة والطلقتين فيثبته بل أولى لان تكميل الوصف أسهل من اثبات الاصل وكذا رفع ما تعرض للثبوت أولى من رفع الثابت فان قيل انما سماه محللا لكونه شرط الحل لا لانه موجب له قلنا ذلك مجاز فلا يصار اليه الا بدليل فان قيل قد قام الدليل على أن المجاز هو المراد اذ الحل ثابت فيما قلتم وتحصيل الحاصل محال قلنا ان لم يقبل المحل اثبات أصل الحل يقبل اثبات وصفه وهو التكميل فى الحل لانه ناقص بالطلقة والطلقتين وما صلح مثبتا لاصل الشئ صلح مثبتا لوصفه بل أولى على ما تقدم أو نقول ان الزوج الثانى مثبت الحل الجديد وهو غير موجود وان كان أصل الحل ثابتا فى المحل ولا يقال لو كان رافعا للحرمة ومثبتا للحل لعادت منكوحة وحلت له بعد اصابة الثانى من غير تجديد عقد النكاح لانا نقول لو كان غاية أيضا يلزم ذلك ثم نقول المراد باثبات الحل انما هو الحل الاصلى وهو جواز ايراد عقد النكاح عليها وكذا المراد برفع الحرمة انما هى الحرمة التى تثبت بالطلقات الثلاث لا الحرمة التى تثبت لاجل عدم التزوج قال رحمه الله (ولو أخبرت مطلقة الثلاث بمضى عدته وعدة الزوج الثانى والمدة تحتمله له أن يصدقها ان غلب على ظنه صدقها) لانه معاملة أو أمر دينى لتعلق الحل به وقول الواحد فيهما مقبول وهو غير مستنكر اذا كانت المدة تحتمله واختلفوا فى أدنى هذه المدة فعند أبى حنيفة رحمه الله شهران فى العدة الاولى يجعل كأنه طلقها فى أول الطهر احترازا عن ايقاع الطلاق فى الطهر بعد الوقاع فيجعل طهرها خمسة عشر يوما لانه لا غاية لاكثره فيؤخذ لها بالاقل وحيضها خمسة لان اجتماع أقلهما فى امرأة واحدة نادر فيؤخذ لها بالوسط فثلاثة اطهار تكون خمسة وأربعين يوما وثلاث حيض تكون خمسة عشر يوما فصارت ستين وهذا على تخريج محمد رحمه الله لقول أبى حنيفة رحمه الله وعلى تخريج الحسن يجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر احترازا عن تطويل العدة فيجعل حيضها عشرة أيام وطهرها خمسة عشر يوما لانا لما قدرنا طهرها بالاقل قدرنا حيضها بالاكثر ليعتدلا ففيها طهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بثلاثين يوما فصارت ستين يوما فهذا من الزوج الاول فيحتاج الى مثله من الزوج الثانى وزيادة طهر على تخريج الحسن وعند أبى يوسف ومحمد أدنى مدة تصدق فيها تسعة وثلاثون يوما يجعل كأنه طلقها فى آخر الطهر فيجعل حيضها ثلاثة أيام وطهرها خمسة عشر يوما أخذا بالاقل فيهما للتيقن به ففيها طهران بثلاثين يوما وثلاث حيض بتسعة أيام ويحتاج الى مثلها فى حق الزوج الثانى وزيادة طهر بخمسة عشر يوما وهذا فى حق الحرة وأما فى حق الامة فعند أبى حنيفة رحمه الله على تخريج محمد أدناه أربعون يوما وعلى تخريج الحسن خمسة وثلاثون يوما ثم يحتاج الى مثلها فى حق الثانى وزيادة طهر خمسة عشر يوما على رواية الحسن وعندهما أحد وعشرون يوما للاول ومثله للثانى وزيادة طهر واحد تأمل تدره وانما اعتبر مضى هذا القدر من المدة ليقبل قولها لانها اذا ادعت انقضاء العدة فى أقل من ذلك كذبها العادة والمكذب عادة كالمكذب حقيقة ألا ترى ان الوصى اذا قال أنفقت على اليتيم مائة درهم فى يوم لا يصدق وان كان صدقه محتملا بأن يشترى له نفقة فتهلك ثم يشترى له فتهلك ثم يشترى فتهلك ثم كذلك الى ما لا يتناهى بغرق فى الماء أو احتراق بالنار ولو علق طلاقها بالولادة بان قال ان ولدت فأنت طالق ثلاثا فولدت لم تصدق فى أقل من خمسة وثمانين يوما فى قول أبى حنيفة على تخريج محمد وعلى تخريج الحسن لم تصدق فى أقل من مائة يوم لان أقصى ما يمكن

(قوله على تخريج محمد أدناه أربعون يوما) اى لانه يجعل كأنه طلقها فى أول الطهر فالطهران ثلاثون يوما والحيضتان عشرة أيام اه

أن يجعل نفاسها خمسة وعشرين يوما ثم طهرها خمسة عشر يوما بعد ذلك ثم فيها ثلاث حيض وطهران على التخريجين وانما كان كذلك لان ماترى من الدم في الاربعين لايكون حيضا وانما هو نفاس لانه في مدته وماتراه بعد تمام الاربعين يكون حيضا ان تقدمه طهر صحيح وهو خمسة عشر يوما وذلك ماذكرناه هذا في حق الزوج الاول وفي حق الثاني يحتاج بعد هذا الى ثلاث حيض وثلاثة اطهار على التخريجين وعند أبي يوسف تصدق في خمسة وستين يوما لان نفاسها يقدر باحد عشر يوما لان مدة النفاس أكثر من مدة الحيض فيقدر بأكثر من أكثر الحيض بيوم ثم بعد هذا ثلاث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الاول وفي حق الثاني يحتاج بعد هذا الى ثلاثة اطهار وثلاث حيض وعند محمد تصدق في أربعة وخمسين يوما وساعة لانه لاغاية لاقل النفاس فاذا قالت كان ساعة وجب تصديقها للاحتمال ثم الطهر بعده خمسة عشر يوما ثم ثلاث حيض وطهران هذا الزوج الاول وللثاني يحتاج الى أربعة وخمسين يوما ثلاث حيض وثلاثة اطهار هذا في حق الحرة وفي حق الامة التخريج ظاهر على المذاهب كلها فتأمله والله أعلم بالصواب

باب الايلاء

الايلاء اليمين لغة قال قائلهم

قليل الألايا حافظ ليمينه * وان بدرت منه الالية برت

وفي الشرع عبارة عن اليمين على ترك وطء المنكوحة أربعة أشهر أو أكثر ولذلك قالوا المولى من لايخلو عن أحد المكروهين إما الطلاق أو الكفارة وقيل المولى من لايمكنه القربان الا بشئ يلزمه وهو أشبه لانه يدخل الكفارة والنذر وغيره تحته غير أنه يدخل فيه التزام مالا يشق عليه كالصلاة والغزو فانه لو قال ان قربتك فلله على أن أصلي ركعتين أو أغزو لايكون موليا والاولى أن يقال الايلاء في الشرع عبارة عن منع النفس عن قربان المنكوحة أربعة أشهر فصاعدا منعا مؤكدا بشئ يلزمه وهو يشق عليه وركنه قوله والله لاأقربك ونحوه وشرطه المحل والاهل وهو أن تكون المرأة منكوحة والحالف أهلا للطلاق عند أبي حنيفة رحمه الله ولوجوب الكفارة عندهما وأن لاتكون المدة منقوصة عن أربعة أشهر وحكمه وقوع الطلاق عند البر ووجوب الكفارة أو نحوه عند الحنث قال رحمه الله (هو الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر أو أكثر) أي الايلاء هو الحلف على ترك وطء الزوجة هذه المدة وقد أشرنا أن تجرد الحلف على تركه لايكون ايلاء حتى يكون المنع بشئ يلزمه وهو يشق عليه وذكرنا الاوجه قال رحمه الله (كقوله والله لاأقربك أربعة أشهر أو والله لاأقربك) لقوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر الآية وقال الشافعي إذا حلف لايقربها أربعة أشهر لايكون موليا حتى تزيد مدة المطالبة واشترط مالك رحمه الله زيادة يوم والحجة عليهما ماتلونا لانه نص على التربص أربعة أشهر فلا تجوز الزيادة عليها كما لاتجوز الزيادة على التربص المذكور في عدة الوفاة والطلاق في قوله تعالى يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء وفي قوله تعالى أربعة أشهر وعشرا والمسلم والذمي فيه سواء عند

(قوله وفي حق الامة التخريج ظاهر الخ) فعلى رواية محمد عن الامام لاتصدق في أقل من خمسة وستين يوما وعلى رواية الحسن عنه لاتصدق في أقل من خمسة وسبعين يوما وقال أبو يوسف لاتصدق في أقل من سبعة وأربعين يوما وقال محمد لاتصدق في أقل من ستة وثلاثين يوما وساعة اه بدائع

باب الايلاء

وجه مناسبة الايلاء لما تقدم أن التحاريم التي تحصل من جهة الزوج أربعة الطلاق والايلاء والظهار واللعان فلما فرغ من بيان الطلاق شرع في الايلاء لان حكم الطلاق في الايلاء لايثبت على الفور بل مؤجلا الى انقضاء المدة وكان القياس أن يذكر الخلع قبل الايلاء لان الايلاء نوع من الطلاق الا أنه لما كان بعوض تباعد عن الطلاق فأخر عن الايلاء وقدم الخلع على الظهار لان الظهار منكر من القول وزور وليس الخلع كذلك ثم قدم الظهار على اللعان لان الظهار أقرب الى الاباحة من اللعان بدليل أن سبب اللعان وهو القذف بالزنا لو أضيف الى غير الزوجة يوجب الحد والموجب للحد معصية محضة بلا شائبة الاباحة فافهم اه اتقاني والايلاء فعله آلى يؤلي ايلاء كتصريف أعطى اه فتح (قوله قال قائلهم قليل الالايا الخ) قال في المصباح والالية الحلف والجمع ألايا مثل عطية وعطايا اه (قوله وان بدرت) هو بالباء من قوله بدر منه كلام سبق (١) والبيان البديهة اه مغرب وكتب على قوله وان ندرت مانصه هو بالنون في خط الشارح اه (قوله لو قال ان قربتك فلله على أن أصلي ركعتين الخ) عند محمد بالتزام الصلاة يصير موليا ذكره في المنظومة والجمع اه (قوله في المتن هو الحلف الخ) قال الكمال رحمه الله وفي الشرع هو اليمين على ترك قربان الزوجة أربعة أشهر فصاعدا بالله أو بتعليق مايستشقه على القربان وهو أولى من قوله الحلف على ترك قربانها أربعة أشهر لان مجرد الحلف يتحقق في ان وطئتك فلله على أن أصلي ركعتين أو أغزو ولايكون بذلك موليا لانه ليس مما يشق في نفسه وان تعلق اه (قوله والمسلم والذمي فيه سواء) أي نظرا الى اطلاق الآية الا أن الذمي اذا قرب يحنث الا أنه لاتجب الكفارة عليه اه رازي

---

(١) قول المحشي والبيان البديهة كذا في الاصل وانظر وحرر اه مصححة

(قوله كالو حلف بطلاق) أى بشئ لا يلزم قربه اه (قوله بطلاق أو عتاق) أى كحلف الذمى بالحج اه وكقوله ان قربتك فعبدى حر
أو فامرأتى طالق فانه يصير موليا اتفاقا اه (قوله فصار كالحلف بالحج والصوم) كان قربتك فعلى حج أو صلاة أو صوم فانه لا يصير موليا
اتفاقا اه (قوله وأبو حنيفة يقول انه أهل لليمين) حتى يحلف به فى الدعاوى واذا صح يمينه يحنث فيه بالقربان اه كافى (قوله ومن الكناية
الوطء والمباضعة) قال الكمال رحمه الله وألفاظه صريح وكناية فالصريح نحو لا أقربك لا أجامعك لا أطؤك لا أباضعك لا أغتسل منك من
جنابة فلو ادعى أنه لم يعن الجماع لم يدين فى القضاء والكناية نحو لا أمسك لا آتيك لا أغشاك لا ألمسك لاغيظنك لا أسوءنك لا أدخل عليك
لا أجمع رأسى ورأسك لا أضاجعك لا أقرب فراشك فلا تكون ايلاء بلا نية ويدين فى القضاء وقيل الصريح لفظان لا أجامعك لا أنيكك
وهذه كنايات تجرى مجرى الصريح والاولى الاول لان الصراحة منوطة بتبادر المعنى لغلبة الاستعمال فيه سواء كان حقيقة أو مجازا
لا بالحقيقة والا لاوجب كون الصريح (٢٦٢) لفظا واحدا وهما ثانى ما ذكر اه (قوله والاغتسال منها) أى من المرأة المولى منها اه

أبى حنيفة رحمه الله لانه لا يمكنه القربان الا بحنث وهو من أهل اليمين بالله تعالى حتى يحلف به فى الدعاوى فصار كالو حلف بطلاق أو عتاق وعندهما لا يكون موليا لانه يمكنه قربانها بلا كفارة تلزمه فصار كالحلف بالحج والصوم وأبو حنيفة رحمه الله يقول انه أهل لليمين الا أنه لا تلزمه الكفارة لانها عبادة وهو ليس من أهلها ولا يلزمه الظهار حيث لا يصح منه لان الظهار شرطه ان يكون منا بالنص وهو قوله تعالى والذين يظهرون منكم وهو ليس منا ولان الحرمة فى الظهار تنتهى بالكفارة وفى اليمين بالحنث وهو ليس من أهل الكفارة لكونها عبادة فلو شرع الظهار فى حقه لكانت الحرمة مطلقة لا مغياة بها وهو خلاف المنصوص فيكون تغييرا للحكم المنصوص عليه بخلاف الايلاء لانه أهل للحنث وبه يندفع الظلم عنها وقال الشافعى رحمه الله يصح ظهاره أيضا والحجة عليهما ما بينا وقوله لا أقربك القربان كناية عن الجماع ومن الكناية الوطء والمباضعة والافتضاض فى البكر والاغتسال منها يجرى مجرى الصريح والاتيان والاصابة والغشيان والمضاجعة والدنو والمس كنايات وكذا قوله لا تجمع رأسى ورأسك وسادة أو لا يجتمعان أو لا أبيت معك فى فراش أو لا أقرب فراشك لا يكون بها موليا الا بالنية وفى البدائع الصريح المجامعة والنيك قال رحمه الله (فان وطئ فى المدة كفر) أى ان وطئها المولى فى أربعة أشهر حنث فى يمينه وكفر لان الكفارة موجب الحنث وقال الحسن البصرى لا تجب الكفارة لقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور رحيم قلنا المراد به إسقاط عقوبة الآخرة بسبب قصده الاضرار بها لا اسقاط الكفارة المشروعة فى الايمان المنعقدة ألا ترى أن قتل الخطأ وجب الكفارة وإن وعد المغفرة قال رحمه الله (وسقط الايلاء) لان الايمان تنحل بالحنث فلا تبقى بعد انحلالها ولا إيلاء بدونها قال رحمه الله (و إلا بانت) أى إن لم يطأها فى المدة وهى أربعة أشهر بانت منه وهو قول ابن مسعود وابن عمر وابن عباس وزيد بن ثابت وروى ذلك عن عثمان بن عفان وعلى بن أبى طالب وهو قول جمهور التابعين وقال الشافعى لا تبين بمضى المدة ولكن يوقف على أن يفىء إليها أو يفارقها فان فعل و إلا فرق القاضى بينهما فصار الخلاف فى موضعين أحدهما أن الفىء عنده يكون بعد مضى المدة وعندنا فى المدة والثانى أن الفرقة لا تقع إلا بتطليق الزوج أو تفريق القاضى عنده وعندنا تقع بمضى المدة واستدل بقوله تعالى فان فاؤا فان الله غفور

(قوله يجرى مجرى الصريح) أى ما ذكر من هذه الالفاظ اه (قوله حنث فى يمينه) أى لوجود شرط الحنث اه كافى (قوله وكفر) أى لزمه كفارة يمين لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم جعل الله تعالى موجب الحلف الكفارة عند الحنث والايلاء حلف وقد حنث فيه فتلزمه الكفارة اه اتقانى (قوله وقال الحسن البصرى لا تجب) قال قتادة الحسن خالف الناس اه فتح (قوله
وان وعد المغفرة) المغفرة تقتضى نفى المؤاخذة فى الآخرة لا غير اه (قوله فى المتن وسقط الايلاء) أى باجماع العلماء على معنى رحيم
أنه لو مضت أربعة أشهر لا يقع طلاق اخر اه فتح (قوله فى المتن والابانت الخ) فان قلت سلمنا أن بمجرد مضى الاربعة الاشهر يقع الطلاق
ولكن لا نسلم انه بائن ولا دلالة فى الآية على البائن فلم لا يجوز أن يكون رجعيا كما روى فى الموطأ عن ابن المسيب انما وقع بائنا لان الزوج
ظلمها حيث منعها حقها المستحق عليه وهو الوطء فى المدة فجازاه الشرع بالطلاق عند مضى المدة تخليصا عن ضرر التعليق ولا يحصل
التخلص بالرجعى فوقع بائنا ولان الايلاء كان طلاقا بائنا على الفور فى الجاهلية فلا يقربها الشخص بعد الايلاء أبدا فجعله الشرع مؤجلا
بقوله تربص أربعة أشهر الى انقضاء المدة فحصلت الاشارة الى أن الواقع بالايلاء بائن لكنه مؤجل اه اتقانى (قوله وقال الشافعى
لا تبين بمضى المدة) قال فى الهداية وقال الشافعى تبين بتفريق الحاكم قال الكمال لم يقل الشافعى تبين بل قال يقع رجعيا سواء طلق الزوج
بنفسه أو الحاكم وبه قال مالك وأحمد اه (قوله واستدل بقوله تعالى فان فاؤا الخ) قال الرازى استدل بقوله تعالى فان فاؤا فان الله الفاء
للتعقيب فاقتضى جواز الفىء بعد المدة وبقوله تعالى وان عزموا الطلاق فانه يدل على أن التفريق بتطليق الزوج أو بتفريق القاضى اه

رحيم فان الفاء للتعقيب فاقتضى جواز الفيء بعد المدة وجواز التفريق ولان الله تعالى قال وان عزموا الطلاق فلو وقع بمضى المدة لا يتصور العزم عليه بعد ذلك ولان النص يشير إلى ان عزمه الطلاق مما هو مسموع وذلك بتطليقه أو بتفريق القاضى ولان التفريق بينهما لرفع الضرر عنها فيكون بتطليقه أو تفريق القاضى بينهما كالتفريق بالجب أو العنة ولان الطلاق لا يقع من غير تطليق أحد فأشبه العنة حيث لا يقع بمضى أجله ولنا ماذكرنا عن كبار الصحابة وقراءة ابن مسعود وأبى فان فاؤا فيهن فاقتضى أن يكون الفيء فى المدة فيكون حجة عليه لان قراءتهما لا تنزل عن روايتهما ولان الايلاء كان طلاقا للحال فى الجاهلية فجعله الشرع مؤجلا فصار كأنه قال إذا مضى أربعة أشهر فأنت طالق ولان هذه مدة تربص بعدما أظهر الزوج الرغبة عنها فتبين بمضيها كمدة العدة بعد الطلاق الرجعى ولا تمسك له بما ذكر فى الآية فان الفاء فيها لتعقيب الفيء على الايلاء بدليل ماذكرنا من القراءة وبدليل جواز الفيء قبل مضى الأشهر ولو كان كما قال لما جاز وعزمه الطلاق تركها الى مضى المدة أى وإن عزموا ان يصيروا الايلاء طلاقا فان الله سميع بالايلاء عليم بالعزيمة فلا دلالة فيه على ماذكر ولا نسلم أنه يقع من غير ايقاع بل بايقاع الزوج لانه كان طلاقا فى الجاهلية فقرر الشرع أصله وجعله متأخرا إلى مضى المدة ولم يوجد من العنين شيء يجعل طلاقا فافترقا ولان العنين ليس بظالم فناسب التخفيف ولهذا كان أجله أكثر والمولى ظالم بمنع حقها فيجازى بوقوع الطلاق فان قيل إذا وطئها مرة لم يبق لها حق فى الوطء لحصول المقصود من تأكد المهر والاحصان وغيره ولهذا لم يفرق بينهما بالعنة بعدما وطئها مرة فكيف يكون ظالما بالامتناع من الوطء قلنا ان لم يكن مستحقا عليه حكما فهو مستحق عليه ديانة فيكون ظالما بالامتناع أو نقول ظلمها بجعل الوطء حراما عليه لغيره وهو اليمين فيفوت الامساك بالمعروف فيجب التسريح بالاحسان جزاء لظلمه بخلاف العنين لانه لم يوجد من جهته صنع يصير به مانعا حقها فلم يكن ظالما قال رحمه الله (وسقط اليمين لو حلف على أربعة أشهر) لان اليمين مؤقتة بوقت فلا تبقى بعد مضيه قال رحمه الله (وبقيت لو على الابد) أى بقيت اليمين لو كان حلف على الابد بأن قال والله لا أقربك أبدا أو قال والله لا أقربك ولم يقل أبدا لان مطلقه ينصرف الى الابد كما فى اليمين لا يكلم فلانا فلا تبطل بمضى أربعة أشهر لعدم ما يبطلها من حنث أو مضى وقتها الا أنه لا يتكرر الطلاق ما لم يتزوجها لعدم منع حقها ذكره فى البدائع والتحفة وشرح الاسبيجابى والجامع وذكر المرغينانى وصاحب المحيط انها لو بانت بمضى أربعة أشهر بالايلاء ثم مضت أربعة أشهر أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى فان مضت أربعة أشهر أخرى وهى فى العدة وقعت أخرى ولم يحك خلافا فيه والاول أصح لما ذكرنا من أن وقوع الطلاق جزاء الظلم وليس للمبانة حق فلا يكون ظالما بخلاف ما لو أبانها بتنجيز الطلاق ثم مضت مدة الايلاء وهى فى العدة حيث تقع أخرى بالايلاء لان الايلاء بمنزلة التعليق بمضى الزمان والمعلق لا يبطل بتنجيز ما دون الثلاث وبه يبطل وفيه خلاف زفر قال رحمه الله (ولو نكحها ثانيا وثالثا ومضت المدتان بلا فيء بانت بأخريين) يعنى لو تزوجها بعدما بانت بالايلاء ثم مضت مدة الايلاء وهى أربعة أشهر بعد التزوج الثانى بانت بتطليقة أخرى وكذا لو تزوجها بعد ذلك ثالثا ومضت مدة الايلاء وقعت طلقة ثالثة لانه لما تزوجها ثبت حقها فى الجماع وبامتناعه عنه يصير ظالما فيجازى بازالة نعمة النكاح بمضى مدة الايلاء وذكر فى الكافى والهداية ان مدة هذا الايلاء تعتبر من وقت التزوج وقال فى الغاية ان تزوجها فى العدة يعتبر ابتداء المدة من وقت وقوع الطلاق الاول ولو تزوجها بعد انقضاء العدة يعتبر ابتداء الثانية من وقت التزوج ولم يحك خلافا ومثله فى النهاية وهذا لا يستقيم الا على قول من قال ان الطلاق يتكرر قبل التزوج وقد بيناضعفه وهذا بخلاف ما اذا أبانها بتنجيز طلقة أو طلقتين قبل مضى المدة ثم تزوجها حيث يكون موليا وتعتبر المدة من وقت الايلاء لان الايلاء كان منعقدا قبل فلا تبطل به ولهذا لو مضت أربعة

(قوله ولنا ماذكرنا عن كبار الصحابة الخ) قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله دليلنا قوله تعالى وان عزموا الطلاق قال ابن عباس رضى الله عنه عزيمة الطلاق انقضاء أربعة أشهر لا فيء فيها فان كان قال ذلك من جهة اللغة فهو حجة فيها وان كان بين هذا الاسم من جهة الشرع فاسماء الشرع انما تؤخذ من جهة الشرع فكان النبى صلى الله عليه وسلم قال ذلك ثم قال الاقطع واذا ثبت وقوع الطلاق بمضى المدة وأنه يكون بائنا لانها فرقة من طريق الحكم والفرقة الواقعة من طريق الحكم تكون بائنة اهـ (قوله وجعله متأخرا الى مضى المدة) أى كأنه قال أنت طالق اذا مضت أربعة أشهر اهـ كافى (قوله فى المتن وبقيت لو على الابد) قال الكمال الا أن تكون حائضا فليس بمول أصلا لانه ممنوع بالحيض فلا يضاف المنع الى اليمين اهـ (قوله الا أنه لا يتكرر) استثناء من قوله وبقيت لو على الابد فانه يتبادر منه أنه تقع أخرى عند مضى أربعة أشهر أخرى اذا كانت لم تنقض عدتها بعد اهـ فتح (قوله وقد بيناضعفه) فالاولى اعتبار الاطلاق كما فى الهداية اهـ فتح

أشهر وهي في العدة تطلق قال رحمه الله (ولو نكحها بعد زوج آخر لم تطلق) أي لو تزوجها بعد ما بانت بالايلاء ثلاث مرات وبعد ما تزوجت بزوج آخر لا تطلق بالايلاء الاول لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضي الزمان كأنه قال كلما مضى أربعة أشهر فأنت طالق فلا يبقى بعد استيفاء هذا الملك لان صحته باعتبار هذا الملك وفيه خلاف زفر وعلى هذا الخلاف لو نجز الثلاث في الحال وهي فرع مسئلة التنجيز الخلافية وقد مرت من قبل ولو بانت بالايلاء مرة أو مرتين وتزوجت بزوج آخر وعادت الى الاول عادت اليه بثلاث تطليقات وتطلق كلما مضى أربعة أشهر حتى تبين منه بثلاث تطليقات وكذا في الثاني والثالث الى ما لا يتناهى وفيه خلاف محمد وهي مبنية على مسئلة الهدم وقد بيناها من قبل قال رحمه الله (فلو وطئها كفر لبقاء اليمين) أي لو وطئها بعد ما عادت اليه بعد زوج آخر كفر عن يمينه لان اليمين باقية في حق التكفير وان لم تبق في حق الطلاق فيتحقق الحنث فصار كما لو قال لاجنبية والله لا أقربك فتزوجها لا يكون بذلك موليا وتجب الكفارة اذا قربها قال رحمه الله (ولا ايلاء فيما دون اربعة أشهر) يعني في الحرة وهو قول ابن عباس وقال ابن أبي ليلى لو حلف على أقل منها يكون موليا وهو قول أبي حنيفة أولا ثم رجع الى ما ذكر في الكتاب حين بلغه فتوى ابن عباس ووجهه أن المولى من لا يمكنه قربانها في المدة الا بشئ يلزمه فيكون امتناعه فيها لاجل ذلك المانع وهنا يمكنه أن يقربها في بعض المدة من غير لزوم شئ فكان الامتناع في بعضها من غير مانع فصار كما اذا امتنع في المدة كلها بلا مانع قال رحمه الله (والله لا أقربك شهرين وشهرين بعد هذين الشهرين ايلاء) أي هذا القول ايلاء فيكون به موليا لان الجمع بحرف الجمع كالجمع بلفظه ولهذا لو قال بعتك بألف الى شهر وشهر كان الاجل شهرين ولو قال والله لا أكلم فلانا يومين ويومين كان كقوله لا أكلمه أربعة أيام وقوله بعد هذين الشهرين وقع اتفاقا لانه لو قال شهرين وشهرين كان الحكم كذلك والاصل في جنس هذه المسائل انه متى عطف من غير اعادة حرف النفي ولا تكرار اسم الله يكون يمينا واحدا ولو اعاد حرف النفي أو كرر اسم الله تعالى يكون يمينين وتتداخل مدتهما بيانه لو قال والله لا أكلم زيدا يومين ولا يومين يكون يمينين ومدتهما واحدة حتى لو كلمه في اليوم الاول أو الثاني يحنث فيهما وتجب عليه كفارتان وان كلمه في اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وكذا لو قال والله لا أكلم زيدا يومين والله لا أكلم زيدا يومين لما ذكرنا ولو قال والله لا أكلمه يومين ويومين كان يمينا واحدا ومدته أربعة أيام حتى لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة وعلى هذا لو قال والله لا أكلمه يوما ويومين كانت يمينا واحدة الى ثلاثة أيام حتى لو كلمه فيها تجب عليه كفارة واحدة ولو قال والله لا أكلمه يوما ولا يومين أو قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه يومين يكون يمينين فمدة الأولى يوم ومدة الثانية يومان حتى لو كلمه في اليوم الاول تجب عليه كفارتان وفي اليوم الثاني كفارة واحدة ولو كلمه في اليوم الثالث لا يحنث لانقضاء مدتهما وعلى هذا لو قال والله لا أقربك شهرين ولا شهرين أو قال والله لا أقربك شهرين والله لا أقربك شهرين لا يكون موليا لانهما يمينان تتداخل مدتهما حتى لو قربها قبل مضي شهرين تجب عليه كفارتان ولو قربها بعد مضيهما لا يجب عليه شئ لانقضاء مدتهما قال رحمه الله (ولو مكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين أو قال والله لا أقربك سنة الا يوما أو قال بالبصرة والله لا أدخل مكة وهي بها لا) أي لا يكون موليا في هذه المسائل كلها أما الأولى وهي ما اذا قال والله لا أقربك شهرين ومكث يوما ثم قال والله لا أقربك شهرين بعد الشهرين الاولين فلان الثاني ايجاب مبتدأ وقد صار ممنوعا بعد اليمين الأولى شهرين وبعد الثانية اربعة أشهر الا يوما مكث فيه فلم تتكامل المدة وقوله بعد الشهرين هنا يفيد تعيين مدة اليمين الثانية لانه لو لم يقل بعد الشهرين كانت مدتهما واحدة لما ذكرنا وكانت الثانية تتأخر عن الأولى انقضاء بيوم حتى لو كانت اليمين مطلقة بأن قال والله لا أقربك ثم قال بعد يوم أو بعد ساعة والله لا أقربك كان ايلاءين ولو قال ثلاث مرات كانت ثلاث

(قوله لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق) (٢٦٤) يعني طلقات هذا الملك اه (قوله ولو قال والله لا أكلمه يوما ولا يومين) كان كل واحد يمينا على حدة صيانة لحرف النفي عن الالغاء فكأنه قال والله لا أكلمه يوما والله لا أكلمه يومين تداخل الاقل في الاكثر فانتهت اليمين الاولى والثانية باليومين ولم يحنث بالكلام في اليوم الثالث فصار اليوم الاول تمام مدة اليمين الاولى ونصف مدة اليمين الثانية ونظير ذلك ما أورده الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير لو قال والله لا أكلم زيدا ولا عمرا فكلم أحدهما يحنث ولو قال والله لا أكلم زيدا وعمرا لا يحنث ما لم يكلمهما جميعا فافهم اه اتقاني (قوله في المتن ولو مكث يوما) لفظ يوما ليس بقيد لا فرق بين مكثه يوما أو ساعة اه كمال (قوله أو قال والله لا أقربك سنة الا يوما) قال في الهدايه ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما لم يكن موليا قال الاتقاني ثم اعلم أن المراد من قوله لم يكن موليا أي في الحال لانه يكون موليا اذا قربها يوما ومضى ذلك اليوم بغروب الشمس وبقي بعده الى تمام السنة أربعة أشهر فصاعدا فان لم يبق أربعة أشهر لا يكون موليا وكذا اذا قال والله لا أقربك سنة الا مرة لا يكون موليا الا اذا قربها مرة فبقي بعد القربان من السنة أربعة

بلاآت فبتمام المدة الأولى يقع واحدة ثم يقع بالثانية أخرى اذا كانت فى العدة ولو تزوجها بعد ذلك
كان موليا من وقت التزوج فاذا مضى أربعة أشهر بانت بواحدة وان انعقد عليها ثلاث أيمان لان الايلاء
ينعقد بعقد التزوج فاتحدت مدة انعقاد الثلاث فلا ينعقد أكثر من واحد لانه انما يصير طلاقا بمعناه وهو
الظلم فاذا اتحدت المدة لم يتحقق الا معنى واحد فلا يتعدد الطلاق لكن لو قربها وجبت عليه ثلاث كفارات
وأما الثانية وهو ما اذا قال والله لا أقربك سنة الا يوما فلان المولى من لا يمكنه القربان فى أربعة أشهر
الا بشئ يلزمه وهنا يمكنه القربان من غير شئ يلزمه لان المستثنى يوم منكر فله أن يجعله أى يوم شاء فلا يتعين
عليه يوم من أيام السنة الا ويمكنه أن يجعله هو المستثنى وفيه خلاف زفر هو يصرف الاستثناء الى آخر
السنة اعتبارا بالاجارة وبما اذا قال سنة الا نقصان يوم وبما اذا أجل الدين الى سنة الا يوما قلنا الاجارة
تبطل بالجهالة فوجب صرفه الى الاخير احترازا عنه بخلاف اليمين فانها لا تبطل بالجهالة فلا حاجة الى
ترك الحقيقة والنقصان يكون من الآخر والمقصود من تأجيل الدين التأخير فلو لم ينصرف الى الآخر
لما حصل المقصود وأورد فى النهاية على هذا فقال لو قال والله لا أكلم فلانا سنة الا يوما ينصرف الى آخر
السنة مع كونه مستثنى منكرا فى اليمين ثم أجاب بجواب غير شاف فقال ان الحامل على اليمين المغايظة
وهى قائمة فى الحال فينصرف المستثنى الى آخر السنة وهذا غير مخلص لان الحامل على اليمين فى الايلاء
أيضا غيظ قائم فى الحال فبطل ما ذكره من الفرق فان قربها ينظر فان بقى من السنة أربعة أشهر أو
أكثر صار موليا والا فلا ولو كانت اليمين مطلقة بأن قال والله لا أقربك الا يوما لا يكون موليا حتى يقربها
فان قربها صار موليا ولو قال والله لا أقربك سنة الا يوما أقربك فيه لا يكون موليا أبدا لانه استثنى
كل يوم يقربها فيه فلا يتصور أن يكون ممنوعا أبدا فكذا لو كانت اليمين مطلقة لما ذكرنا وأما المسئلة
الثالثة وهو ما اذا كان فى البصرة وامرأته فى مكة فقال والله لا أدخل مكة فلانه يمكنه أن يقربها فى
المدة بغير شئ يلزمه بأن يخرجها من مكة وأورد على هذا فى النهاية ما لو قال لنسوته الاربع والله
لا أقربكن فانه يكون موليا من جميعهن فى الحال وان أمكنه قربان كل واحدة منهن من غير شئ
يلزمه لانه لا يحنث الا بقربان جميعهن كما لو حلف لا يكلم فلانا وفلانا وفلانا حيث لا يحنث الا اذا كلمهم
كلهم وأجاب بأن الحالف متعنت فى كل واحدة منهن بمنع حقها فكأنه عقد اليمين عليها وحدها الا أن
الكفارة لا تجب بقربان بعضهن لانها موجب الحنث ولم يحنث ووقوع الطلاق بالبر فى المدة وقد وجد
فى حق كل واحدة منهن فتطلق وقال زفر لا يكون موليا حتى يطأ الثلاث منهن فيكون موليا من الرابعة
وحدها وهو القياس لانه يمكنه قربان ثلاث منهن من غير شئ يلزمه وأما الرابعة فلا يمكنه قربانها الا
بوجوب الكفارة عليه فوجد شرط الايلاء فيها ووجه الاستحسان ما بيناه قال رحمه الله (وان حلف بحج
أو صوم أو صدقة أو عتق أو طلاق أو آلى من المطلقة الرجعية فهو مول) وصورة اليمين بهذه الاشياء أن
يقول ان قربتك فلله على حجة أو صدقة أو صوم أو عتق عبد أو عبده المعين حر أو امرأته طالق هى أو غيرها
وانما صار موليا به لان المنع باليمين قد تحقق وهو ذكر الشرط والجزاء وهذه الأجزية مانعة من الوطء فصار
فى معنى اليمين بالله تعالى بخلاف اليمين بالصلاة والغزو عند أبى حنيفة وأبى يوسف لانه يسهل ايجادهما
فلا يصلحان مانعين وفى عتق العبد المعين خلاف أبى يوسف هو يقول يمكنه أن يبيعه ثم يقربها فلا يلزمه
شئ وهما يقولان ان البيع موهوم فلا يمنع المانعية فى الايلاء وهذا لان البيع لا يتم به وحده فربما لا يجد
فى المدة من يشتريه ولو باعه سقط الايلاء بالاجماع لانه صار بحال يقدر على قربانها من غير شئ يلزمه وان
اشتراه بعد ذلك صار موليا من وقت الشراء ان لم يكن جامعها بعد البيع قبل الشراء لانه صار بحال
لا يقدر على قربانها الا بعتق يلزمه ولو مات العبد قبل البيع سقط الايلاء لقدرته على قربانها من غير أن
يلزمه شئ وعلى هذا التفصيل موت المرأة المعلق طلاقها بالقربان أو ابانتها ثم تزوجها بعد انقضاء المدة

(قوله بأن يخرجها من مكة) أى بوكيله أو نائبه قبل مضى أربعة أشهر فيقربها فلا يتحقق معنى الايلاء اه اتقانى (قوله فى المتن وان حلف بحج الخ) لما فرغ من اليمين بالله شرع فى بيان اليمين بغير الله فبدأ بذكر الشرط والجزاء اه (قوله بخلاف اليمين بالصلاة والغزو الخ) صورة الحلف بالعتق والطلاق أن يعلقهما بقربانها اه من خط الشارح (قوله عند أبى حنيفة وأبى يوسف الخ) وعند محمد يكون موليا لانهما لا يخلوان عن نوع مشقة فيكونان مانعين اه رازى (قوله وهما يقولان ان البيع موهوم) يعنى الاصل عدم ما يحدث اه

وقوله أو آلى من المطلقة الرجعية فهو مول لان الزوجية باقية بينهما على ماقررناه فى باب الرجعة فيتناولها قوله تعالى للذين يؤلون من نسائهم الآية فان قيل وقوع الطلاق بالايلاء بطريق المجازاة لكونه ظلمها بمنعها حقها فى الجماع والمطلقة الرجعية ليس لها حق فيه فلا يجب عليه قربانها لاقضاء ولاديانة ولهذا لاتملك مطالبته به فكيف يتحقق جزاء الظلم فى حقها قلنا ان الحكم فى المنصوص مضاف الى النص لا الى المعنى والمطلقة الرجعية من نسائنا بالنص وهو قوله تعالى وبعولتهن أحق بردهن والبعل هو الزوج فكان الحكم المرتب على نساء الازواج شاملا لها فلو انقضت عدتها قبل مضى مدة الايلاء بطل الايلاء لعدم المحل قال رحمه الله (ومن المبانة والاجنبية لا) أى لو آلى من المطلقة البائنة أو من الاجنبية لايكون موليا لان محل الايلاء من يكون من نسائنا بالنص وهى ليست منها فلم ينعقد موجبا للطلاق أصلا حتى لو تزوجها بعد ذلك لايكون موليا لان الكلام فى مخرجه وقع باطلا لعدم المحلية فلا ينقلب صحيحا وهذا لان الايلاء بمنزلة تعليق الطلاق بمضى الزمان فلا يصح الا فى الملك أو مضافا الى الملك بأن قال ان تزوجتك فوالله لاأقربك ولم يوجد ولو وطئها كفر عن يمينه لان اليمين منعقدة فى حق وجوب الكفارة عند الحنث لان اليمين تعتمد التصور دون الحل لانها تعقد للمنع عن الحرام قال رحمه الله (ومدة ايلاء الامة شهران) لانها ضربت أجلا للبينونة فتتنصف بالرق كمدة العدة وقال الشافعى رحمه الله مدتها كمدة ايلاء الحرة وهذا مبنى على ان هذه المدة ضربت لاظهار الظلم بمنع الحق فى الجماع عنده والحرة والامة فى ذلك سواء وعندنا ضربت أجلا للبينونة فشابهت مدة العدة فتتنصف بالرق لكونها من حقوق النكاح قال رحمه الله (وان عجز المولى عن وطئها بمرضه أو مرضها أو بالرتق أو بالصغر أو بعد مسافة ففيؤه أن يقول فئت اليها) هذا اذا كان عاجزا من وقت الايلاء الى أن تمضى أربعة أشهر حتى لو آلى منها وهو قادر ثم عجز عن الوطء بعد ذلك لمرض أو بعد مسافة أو حبس أو جب أو أسر عدو ونحو ذلك أو كان عاجزا حين آلى وزال العجز فى المدة لم يصح فيؤه باللسان لانه خلف عن الجماع فيشترط فيه العجز المستوعب للمدة ولو آلى منها وهو مريض وبانت بمضى مدة أربعة أشهر ثم صح وتزوجها وهو مريض ففاء بلسانه لم يصح عند أبى حنيفة ومحمد وصح عند أبى يوسف وهو الاصح على ماقالوا لان الايلاء وجد منه وهو مريض وعاد حكمه وهو مريض وفى زمان الصحة هى مبانة لاحق لها فى الوطء فلا يعود فيه حكم الايلاء وهما يقولان ذلك بتقصير منه فانه كان يمكنه الفىء باللسان قبل مضى المدة ولا تبين وقال الشافعى رحمه الله لايصح الفىء باللسان أصلا وبه يذهب الطحاوى لانه ظلمها بمنع حقها وهو الوطء فيكون ايفاؤه به ولهذا لايحنث به وهذا لان المعلق بالفىء حكمان وجوب الكفارة وامتناع حكم الفرقة والفىء باللسان لايعتبر فى حق أحد الحكمين فكذا فى حق الحكم الآخر ومذهبنا مروى عن على وابن مسعود وكفى بهما قدوة ولان وقوع الطلاق عند مضى المدة باعتبار المعنت والاضرار بها وذلك ينعدم بالفىء باللسان عند العجز عن الفىء بالجماع فكان الفىء بالجماع أصلا وباللسان خلفا لان الفىء عبارة عن الرجوع وذلك يوجد بهما ولانسلم ان حقها فى الجماع فى هذه الحالة وهى حالة العجز بل نقول ان كان قادرا على الجماع فحقها فيه فكان قصده الاضرار بها بمنعه نفسه عنه وان كان عاجزا فليس لها حق فى الجماع وانما قصد ايحاشها واضرارها به فيكون فيؤه فى الموضعين بازالة ماقصد لان الموت بحسب الجناية ولو كان وقوع الطلاق باعتبار منع حقها فى الجماع فقط لما كان مواليا حالة العجز عنه لانه لاحق لها فيه فى هذه الحالة ولهذا لم تملك مطالبته به فلم يكن بامتناعه عنه ظالما ومن الناس من لايجوز الايلاء من المجبوب وكذا من امرأته القرناء والرتقاء لانه لايجب عليه الجماع فلا يكون ظالما بامتناعه والطلاق جزاء الظلم

(قوله أو آلى من المطلقة الرجعية فهو مول) أى باتفاق الائمة الاربعة اه فتح (قوله والبعل هو الزوج) أى حقيقة فكانت من نسائه فيشملها نص الايلاء ألاترى أنه يثبت الايلاء وان أسقطت حقها فى الجماع لحق الغيل على ولد أو غيره فعلم أن التعليل بالظلم باعتبار بناء الاحكام على الغالب اه فتح (قوله فى المتن ومن المبانة الخ) وانما لم يكن موليا من المبانة المعتدة لان الايلاء طلاق بائن معلق وبعد الابانة لاتملك الطلاق البائن لانه لها ولاتجيز الان البائن لايلحق البائن لانتفاء الزوجية اه اتقانى (قوله بأن قال ان تزوجتك فوالله لاأقربك الخ) الا أنه لاينعقد الايلاء الا عقيب التزوج بها لانها اذ ذاك تصير محلا لاقبله اه كمال (قوله فى المتن ومدة ايلاء الامة الخ) وعنى بالامة المنكوحة لان الايلاء من أمته لايصح اه اتقانى (قوله وعندنا ضربت أجلا الخ) لنا أن هذه مدة منصوص عليها بلفظ التربص كمدة العدة قال تعالى للذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر وقال تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء اه (قوله ولو آلى منها وهو مريض) أى ايلاء مؤبدا اه فتح (قوله والفىء باللسان لايعتبر فى حق أحد الحكمين) أى وهو وجوب الكفارة اه اتقانى (قوله فكذا فى حق الحكم الآخر) أى وهو امتناع وقوع الفرقة اه ﴿فرع﴾ لو كان المانع شرعيا بأن كان محرما وآلى وقت أفعال الحج أربعة أشهر فصاعدا فالفىء بالجماع وعند زفر باللسان وهو رواية عن أبى يوسف لان الاحرام مانع من الجماع شرعا فثبت العجز وجوابه فكان فيؤه باللسان وهم اعتبروا العجز الحقيقى وهو منتف وهذا لانه المتسبب باختياره بطريق محظور فيما لزمه فلا يستحق تخفيفا اه فتح

(قوله وان نوى الظهار فهو ظهار) أى لانه قد أطلق الحرمة وهى أنواع والظهار منها فاذا نواه بها يصح لانه من محتمله اه (قوله اذا قال لامرأته أنت على حرام والحرام عنده) أى عند القائل اه من خط الشارح (قوله وقيل تطلق واحدة منهن واليه البيان) قال فى الكافى فى أثناء ما يكون يمينا وما لا يكون يمينا ولو قال حلال الله على حرام وله امرأتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان فى الاظهر كقوله امرأتى طالق وله امرأتان أو أكثر وفى كلام الشارح غموض فى تصويرها اه

وجوابه ما ذكرنا ولان النص يقتضى صحة الايلاء من النساء مطلقا غير مقيد بوصف القدرة على الجماع فلا يجوز اشتراطه إما لان فيه تقييد المطلق وهو نسخ فلا يجوز الا بمثله أو لان هذا تعليل فيه ابطال حكم النص والتعليل على وجه يبطل حكم النص باطل بل لا يجوز تعليله وان لم يكن مبطلا له لان الحكم فى المنصوص ثابت بالنص لا بالتعليل وانما التعليل لالحاق غيره به ولهذا لم يجز التعليل بالعلة القاصرة لعدم التعدى ولو قربها بعد ما فاء بلسانه كفر عن يمينه لتحقق الحنث به لان يمينه باقية فى حق الحنث وان بطلت فى حق الطلاق قال رحمه الله (وان قدر فى المدة ففيؤه الوطء) أى ان قدر على الجماع فى مدة الايلاء بعد ما فاء اليها باللسان بطل ذلك الفيء وكان فيؤه بالجماع لما ذكرنا ان الفيء باللسان خلف عن الفيء بالجماع فاذا قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل بطل كالمتيمم اذا رأى الماء قال رحمه الله (أنت على حرام ايلاء ان نوى التحريم أو لم ينو شيأ وظهار ان نواه وكذب ان نوى الكذب وبائنة ان نوى الطلاق وثلاث ان نواه) وهذا مجمل يحتاج فيه الى التفصيل فنقول لو قال لامرأته أنت على حرام سئل عن نيته لانه مجمل فكان بيانه الى المجمل فان قال أردت به التحريم أو لم أرد به شيأ فهو يمين يصير به موليا لان تحريم الحلال يمين قال الله تعالى لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم وان نوى الظهار فهو ظهار لان الظهار فيه حرمة فاذا نواه صح لانه يحتمله وعند محمد لا يكون ظهارا لعدم ركنه وهو تشبيه المحللة بالمحرمة وان قال أردت الكذب فهو كما قال لانه وصف المحللة بالحرمة فكان كذبا حقيقة فاذا نواه صدق لانه حقيقة كلامه وقيل لا يصدق لانه يمين ظاهرا فلا يصدق فى الصرف الى غيره وان قال أردت الطلاق فهو تطليقة بائنة الا ان ينوى الثلاث وقد مر فى الكنايات وقيل يصرف التحريم الى الطلاق من غير نية للعرف لاسيما فى زماننا وذكر فى الفتاوى اذا قال لامرأته أنت على حرام والحرام عنده طلاق ولكن لم ينو طلاقا وقع الطلاق وهذا يدل على أن الاعتبار للعرف وعرف الناس اليوم اطلاقه على الطلاق ولهذا لا يحلف به الا الرجال وعن هذا قالوا لو نوى غيره لا يصدق قضاء ولو كانت له أربع نسوة والمسئلة بحالها يقع على كل واحدة منهن طلقة بائنة وقيل تطلق واحدة منهن واليه البيان وهو الاظهر والاشبه

﴿باب الخلع﴾

الخلع النزع والفصل لغة يقال خلع نعله خلعا وخلع ثوبه أى نزعه وخالعت المرأة زوجها اذا افتدت نفسها منه بمال وخالعها وتخالعا تشبيها بالفراق فيهما بنزع الثياب لان كل واحد منهما لباس الآخر قال الله تعالى هن لباس لكم وأنتم لباس لهن وفى الشرع عبارة عن أخذ المال بازاء ملك النكاح بلفظ الخلع وشرطه شرط الطلاق وحكمه وقوع الطلاق البائن وصفته يمين من جهته معاوضة من جهتها وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقال عليه الصلاة والسلام الخلع تطليقة بائنة وقد أجمعت الصحابة على ذلك ولان ملك النكاح حقه فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص وقال المزنى الخلع غير جائز وزعم أن الآية منسوخة بقوله تعالى وان أردتم

قال فى التاتارخانية التجريد ومطلق لفظ الخلع محمول على الطلاق بعوض حتى لو قال لغيره اخلع امرأتى فخلعها بغير عوض لم يصح اه وفيها نقلا عن السراجية طلقها بعد الخلع على مال طلقت ولم يجب المال اه قال فى الاختيار وهو فى ازالة الزوجية بضم الخاء وازالة غيرها بفتحها كما اختص ازالة قيد النكاح بالطلاق وفى غيره بالاطلاق اه (قوله وخالعها وتخالعا تشبيها) قال الكمال صيغ منها المفاعلة ملاحظة للابسة كل للآخر كالثوب اه (قوله وشرطه شرط الطلاق) أى وهو الاهل والمحل اه من خط الشارح (قوله وقوع الطلاق البائن) أى عندنا اه (قوله وصفته يمين من جهته معاوضة من جهتها الخ) فتراعى أحكام اليمين من جانبه وأحكام المعاوضة من جانبها عند أبى حنيفة وعندهما هو يمين من الجانبين وسيأتى ثمرة الخلاف اه فتح (قوله بالكتاب والسنة واجماع الامة) أى والمعقول اه كافى (قوله أما الكتاب فقوله تعالى فلا جناح الخ) والآية نزلت فى ثابت وامرأته وهو أول خلع وقع فى الاسلام كذا فى الكشاف اه اتقانى (قوله فجاز أخذ العوض عنه الخ) وسواء كان بلفظ الخلع أو الطلاق أو المبارأة أو البيع بأن يقول خلعتك على ألف درهم أو طلقتك على ألف أو بارأتك أو بعت نفسك أو طلاقك على ألف درهم وفى الوجوه كلها لا يقع الطلاق الا بقبولها فى المجلس لانها معاوضة والمعاوضة لا تتم الا بالايجاب والقبول لانها تمليك وتملك من الجانبين ولزمها المال لالتزامها وهى من أهله لولايتها على نفسها اه كافى (قوله فى المتن هو الفصل من النكاح) ليس هذا فى خط الشارح والذى بخط الرازى هو الفصل بين الزوجين اه

استبدال زوج مكان زوج الآية قلنا شرط النسخ العلم بتأخر الناسخ وتعذر الجمع بينهما ولم يوجدا ولان النهي مقيد بارادة الزوج استبدال غيرها مكانها والآية الاولى مطلقة فلا يصح دعوى نسخها بها مطلقا ولان النهي لا يعدم المشروعية في الافعال الشرعية فلا نسلم نسخها وقال أهل الظاهر لا يجوز الخلع الا اذا كرهته المرأة وخافت أن لا توفيه حقه أو لا يوفيها حقها ومنعوا اذا كرهها الزوج لما تلونا وجوابه ماذكرناه وذكر القدوري في مختصره اذا تشاق الزوجان وخافا أن لا يقيما حدود الله فلا بأس بأن تفتدي نفسها منه بمال يخلعها به أخرجه مخرج العادة أو الاولوية لا مخرج الشرط وأراد بالخوف العلم واليقين به لانه يراد به العلم قال الشاعر

اذا مت فادفني الى جنب كرمة * تروي عظامي بعد موتي عروقها
ولا تدفنني في الفلاة فانني * أخاف اذا ما مت أن لا أذوقها

أي أعلم وأتيقن ولهذا رفعه والتشاق الاختلاف والتخاصم مشتق من الشق وهو الجانب كل واحد منهما يأخذ شقا خلاف شق صاحبه وحدود الله تعالى ما يلزمهما من مواجب الزوجية قال رحمه الله (الواقع به وبالطلاق على مال طلاق بائن) يعني الواقع بالخلع وبالطلاق الصريح اذا كان بعوض يكون بائنا لان الزوج ملك العوض فوجب أن تملك هي المعوض تحقيقا للمساواة وذلك بالبائن وكذا اذا وقع بلفظ البيع أو المبارأة كان بائنا لانه معاوضة ولهذا يشترط قبولها في المجلس وهي تقتضي المساواة على ما تقدم ولو قال لم أعن الطلاق لم يصدق لان ذكر العوض أمارة صادقة على أن مراده الطلاق ولو لم يذكر العوض يصدق في لفظ الخلع والمبارأة لانهما كنايتان ولا يصدق في لفظ الطلاق والبيع لانه خلاف الظاهر وفي قول الشافعي القديم الخلع فسخ وليس بطلاق يروى ذلك عن ابن عباس استدل عليه بقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به بعد قوله تعالى الطلاق مرتان الى أن قال فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره فلو كان الخلع طلاقا لصارت التطليقات أربعا ولان النكاح عقد يحتمل الفسخ حتى يفسخ بخيار العتق وعدم الكفاءة والبلوغ فكذا بالتراضي ولنا ما روينا وهو مروي عن عمر وعلي وابن مسعود موقوفا ومرفوعا ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم بخلاف البيع وبخلاف ماذكر من الصور لانه فسخ قبل التمام والكلام فيما بعده ولان ملك النكاح ثابت ضرورة فلا يظهر الا في حق الاستيفاء ولا حاجة الى اعتباره في حق الفسخ ولان لفظ الخلع كناية فوجب أن يكون طلاقا كما اذا لم يسم مالا وقد رجع ابن عباس الى قول الجماعة ذكره في المبسوط والآية تشهد لنا لان الله تعالى ذكر الطلقتين بغير عوض أولا بقوله تعالى الطلاق مرتان الآية ثم ذكر الافتداء بعد ذلك وهو عبارة عن فعلها ولم يذكر فعل الزوج فعلم بذلك أن فعله هو الذي تقدم ذكره وهو الطلاق الاول بعينه لكنه بعوض ثم حرمها عليه بطلقة بعد ذلك فكأنه شرع طلقتين بغير عوض ثم نفى الجناح عن أخذ العوض عنهما ولهذا اكتفى بذكر فعلها في الافتداء والا لذكر فعله لان الافتداء لا يتم بفعلها وحدها أو نقول ذكر الطلقتين أولا ثم طلقة بعوض وبغير عوض فتكون الآية حجة عليه في هذا وفي قوله المختلعة لا يلحقها صريح الطلاق قال رحمه الله (ولزمها المال) لانه لم يرض بخروج البضع عن ملكه

(قوله ولهذا يشترط قبولها في المجلس) قال الحاكم الشهيد اذا قال الرجل لامرأته قد خلعتك على ألف درهم أو بارأتك أو طلقتك بألف درهم فالقبول اليها في المجلس فان قامت قبل أن تقول شيأ أبطل ذلك وكذلك ان بدأت هي فقالت اخلعني على ألف درهم أو بارئني أو طلقني بألف درهم فان قبل ذلك في المجلس فطلقها فالمال لها لازم وان قام من مجلسه قبل أن يقول شيأ فهي امرأته اه اتقاني وقال الرازي ولكن وقوع الطلاق اذا كان بقبولها المال في المجلس لانها معاوضة لا تتم الا بالايجاب والقبول فاذا قبلت لزمها المال ووقع الطلاق البائن اه وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي واذا اختلعت المرأة من زوجها فالخلع تطليقة بائنة الا أن ينوي الزوج ثلاثا فيكون ثلاثا وان نوى ثنتين كانت واحدة بائنة وكذا كل (٣) اه اتقاني مع حذف (قوله وفي قول الشافعي القديم الخلع فسخ) قال في الكافي وأصح قوليه انه طلاق اه

﴿فرع﴾ في فتاوى أبي الليث أن من خلع امرأته على مال ثم زادت في بدل الخلع زيادة ان الزيادة باطلة اه تاتارخانية (قوله ولان النكاح لا يحتمل الفسخ بعد التمام الخ) ولكن يحتمل القطع في الحال فجعل لفظ الخلع عبارة عن رفع القيد في الحال وذا انما يكون بالطلاق اه كافي (قوله لانه فسخ قبل التمام الخ) فكان في معنى الامتناع من الاتمام اه كافي (قوله والآية تشهد لنا) قال في الكافي وأما الآية فالله تعالى ذكر التطليقة الثالثة بعوض وغير عوض ولهذا لا يصير أربعا اه مقتصرا عليه (قوله بقوله تعالى الطلاق مرتان) أي التطليق الشرعي تطليقة بعد أخرى على الا
التفريق دون الجمع والارسال دفعة فانه بدعي ولم يرد به حقيقة التثنية بل التكرير كقوله تعالى فارجع البصر كرتين وقوله لبيك وسعديك وقوله فامساك بمعروف أو تسريح باحسان تخيير للازواج بعد أن أعلمهم كيف يطلقون بين امساكهن بحسن العشرة والقيام بمواجبهن وبين التسريح بالجميل بأن يؤدي حقها ويخلي سبيلها اه ش بالمعنى للهندي

(٣) هنا بياض باصل الحاشية

الابد وهو يجوز الاعتياض عنه وان لم يكن مالا كحق القصاص فوجب بالتزامها له قال رحمه الله (وكره له أخذ شئ ان نشز) يعنى يكره له أن يأخذ منها شيأ ان كان النشوز من قبله لقوله تعالى وان أردتم استبدال زوج مكان زوج وآتيتم احداهن قنطارا فلا تأخذوا منه شيأ ولانه أوحشها بالفراق فلا يزيد على ايحاشها بأخذ المال قال رحمه الله (وان نشزت لا) أى وان كان النشوز من قبلها لا يكره له الاخذ وهذا باطلاقه يتناول القليل والكثير وان كان أكثر مما أعطاها وهو المذكور فى الجامع الصغير لقوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به وقال القدورى ان كان النشوز منها كره له أن يأخذ منها أكثر مما أعطاها وهو المذكور فى الاصل لقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت بن قيس حين أرادت الفرقة أتردين عليه حديقته قالت نعم وزيادة فقال عليه الصلاة والسلام أما الزيادة فلا وقد كان النشوز منها ولو أخذ الزيادة جاز قضاء وكذا اذا أخذ شيأ والنشوز منه لان مقتضى قوله تعالى فلا جناح عليهما فيما افتدت به الجواز حكما والاباحة وقد ترك العمل به فى حق الاباحة لمعارض وهو قوله تعالى فلا تأخذوا منه شيأ وقوله عليه الصلاة والسلام أما الزيادة فلا فبقى معمولا به فى الباقى وهو الصحة فان قيل النهى عن الافعال الحسية يقتضى عدم المشروعية فكيف يصح أخذه بعد النهى قلنا النهى ورد لمعنى فى غيره وهو زيادة الايحاش فلا ينافى المشروعية كالبيع عند النداء وهذا لانها تصرفت فى خالص حقها باختيارها فوجب القول بصحته تصحيحا لتصرف العاقل وتوفيقا بين النصوص قال رحمه الله (وما صلح مهرا صلح بدل الخلع) لان ما صلح أن يكون عوضا للمتقوم أولى أن يصلح عوضا لغير المتقوم وهذا لان البضع حالة الدخول متقوم وعند الخروج غير متقوم ولهذا جاز تزويج الاب ابنه الصغير على مال الصغير ولا يجوز أن يخلع ابنته الصغيرة بمالها وكذا لو تزوج المريض بمهر مثلها يعتبر من جميع المال ولو اختلعت المريضة يعتبر من الثلث حتى يكون له الاقل من ميراثه منها ومن بدل الخلع اذا كان يخرج من الثلث وان لم يخرج فله الاقل من الارث ومن الثلث اذا ماتت وهى فى العدة وان ماتت بعد انقضائها أو كانت غير مدخول بها فله بدل الخلع ان كان يخرج من الثلث لان البضع لا قيمة له حالة الخروج فيعتبر بالتبرع ولهذا لا يضمن لو أخرجته عن ملكه بردتها أو تقبيلها ابنه أو نحو ذلك أو قتلت نفسها أو قتلها أجنبى لم يجب للزوج شئ على المتلف ولو كان متقوما لوجب وقوله وما صلح مهرا صلح بدل الخلع لا ينافى العكس حتى جاز ما لا يصلح مهرا أيضا كالاقل من العشرة وكما فى يدها أو بطن غنمها أو نحو ذلك قال رحمه الله (فان خالعها أو طلقها بخمر أو خنزير أو ميتة وقع بائن فى الخلع رجعى فى غيره مجانا كخالعنى على ما فى يدى ولا شئ فى يدها) لان الايقاع معلق بالقبول وقد وجد ولا يجب عليها شئ لانها لم تسم شيأ متقوما لتصير غارة له ولا هو متقوم لتجب عليها قيمته وانما يتقوم بالتسمية وقد فسدت بخلاف النكاح والعتق والكتابة بالخمر حيث يجب مهر المثل وقيمة العبد فيها لان الخمر مال ولكن الشرع أهانها وأهدر تقومها فلم تصلح لابطال قيمة المتقوم ولا لتقويم غير المتقوم فلم يجب عليها شئ بخلاف ما اذا قالت خالعنى على هذا الخل فاذا هو خمر حيث يجب عليها رد المهر عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يجب مثله من خل وسط لانه صار مغرورا من جهتها بتسمية المال ثم اذا فسدت التسمية فقد وقع بغير عوض فكان العامل فيه لفظ الطلاق أو الخلع والاول صريح فيعقب الرجعة والثانى كناية فيكون بائنا وقوله كخالعنى على ما فى يدى ولا شئ فى يدها يعنى كقولها خالعنى على ما فى يدى ولا شئ فى يدها ومراده أنه يقع الطلاق مجانا أى بغير شئ كما يقع مجانا فى قولها خالعنى على ما فى يدى وليس فى يدها شئ لانها لم تسم مالا متقوما لجواز أن يكون فى يدها شئ متقوم أو غير متقوم فلم تصر غارة له والرجوع بالغرور قال رحمه الله (وان زادت من مال أو من دراهم ردت مهرها أو ثلاثة دراهم) أى زادت على قولها خالعنى على ما فى يدى والمسئلة بحالها بأن قالت خالعنى على ما فى يدى من مال أو قالت من دراهم ولم يكن فى يدها شئ ردت عليه فى الاولى المهر الذى أخذته منه وفى الثانية ثلاثة

(قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لامرأة ثابت الخ) روى أن جميلة كانت تحت ثابت بن قيس فجاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت لا أعتب على ثابت فى دين ولا خلق ولكن أخشى الكفر فى الاسلام لشدة بغضى اياه فقال عليه الصلاة والسلام أتردين عليه حديقته فقالت نعم وزيادة فقال أما الزيادة فلا اهـ (قوله فى الخلع رجعى فى غيره مجانا الخ) يعنى بغير شئ عليها وانتصابه على انه صفة لمصدر محذوف أى وقوعا مجانا ووزنه فعال لانه ينصرف ذكره الجوهرى اهـ عينى وقال الرازى قوله مجانا قيد فى المسئلتين اهـ (قوله وعندهما يجب) أى عليها مثل كيل ذلك اهـ اتقانى ولكن قول محمد فيما اذا ظهر العبد حرا مثل قول أبى حنيفة اهـ اتقانى (قوله فى المتن أو من دراهم) أى أو من الدراهم على ما سيأتى اهـ (قوله أو ثلاثة دراهم) ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن اهـ

دراهم أما في الاولى فلانها لما سمت مالالم يكن الزوج راضيا بزوال ملكه الابعوض ولا وجه الى ايجاب المسمى وقيمته للجهالة ولا الى ايجاب قيمة البضع وهو مهر المثل لانه غير متقوم حالة الخروج فتعين ايجاب ماقام البضع به على الزوج دفعا للضرر عنه وعلى هذا لو قالت على ما في بيتي من مال أو على ما في بطن جاريتي أو غنمي من حمل ولم يكن فيها شيء يجب رد المهر لما قلنا بخلاف ما اذا لم تقل من مال أو حمل حيث لا يجب عليها شيء والفرق مبني على ما ذكرنا من تسمية المال وعدمه وأما في الثانية فلانها سمت بلفظ الجمع وأقله ثلاثة فيجب عليها المتيقن به فصار كما لو أقر أو أوصى بدراهم بخلاف ما اذا تزوجها بدراهم حيث تبطل التسمية للجهالة و يجب مهر المثل لان البضع حالة الدخول متقوم فأمكن ايجاب قيمته اذا جهل المسمى فان قيل قد ذكرت بكلمة من وهي للتبعيض فينبغي أن يجب بعض الدراهم وذلك درهم أو درهمان كما اذا قال ان كان ما في يدي من الدراهم الا ثلاثة فعبده حر وفي يده أربعة دراهم فانه يحنث قلنا قد تكون من لبيان الجنس ففي كل موضع تم الكلام بنفسه لكنه اشتمل على ضرب ابهام فهي للبيان كقوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان والا فهي للتبعيض وقولها خالعني على ما في يدي كلام تام بنفسه حتى جاز الاقتصار عليه الا أن فيه نوع ابهام لان ما في يدها لا يعرف من أي جنس هو فتعينت للبيان وقوله ان كان ما في يدي من الدراهم غير تام بنفسه حتى لا يجوز الاقتصار عليه فكانت للتبعيض وذكر القدوري في مختصره أنها لو قالت خالعني على ما في يدي من دراهم أو من الدراهم ففعل فلم يكن في يدها شيء فعليها ثلاثة دراهم فسوى بين المنكر والمعرف باللام ووجهه ما بيناه في المنكر فان قيل ينبغي أن يلزمها درهم واحد في المعرف لان الجمع المعرف باللام بمنزلة المفرد المعرف بها حتى ينصرف الى أدنى الجنس عند تعذر صرفه الى الكل كما اذا حلف لا يشتري العبيد أو لا يتزوج النساء قلنا انما ينصرف الى الجنس اذا عرى عن قرينة دالة على العهد وقد وجد هنا القرينة الدالة على العهد وهو قولها على ما في يدي فلا يكون للجنس فوجب اعتبار الجمعية فيه بخلاف المستشهد به لانه ليس فيه قرينة تدل على العهد وقال حميد الدين انما تكون اللام للجنس اذا أمكن ارادة كل الجنس فيحمل على الادنى مع احتمال الكل وأما اذا استحال فلا وفي مسئلتنا استحال أن يكون كل دراهم العالم في يدها فلا تكون للجنس فلا يبطل معنى الجمعية فيه لان بطلانه في ضمن كونها للجنس ويجوز أن تكون الالف واللام لتحسين الكلام لا للتعريف كقوله تعالى كمثل الحمار يحمل أسفارا فوجودهما كعدمهما فلا يفيدان التعريف ومنه قول الشاعر

باعد أم العمرو من أسيرها ٭ حراس أبواب على قصورها

قال رحمه الله (وان خالع على عبد آبق لها على أنها بريئة من ضمانه لم تبرأ) لانه عقد معاوضة فيقتضي سلامة العوض واشتراط البراءة عنه شرط فاسد فيبطل الشرط لكونه مخالفا لموجب العقد ولا يبطل الخلع لانه لا يبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح بخلاف البيع حيث لا يصح في الآبق ويبطل بالشروط الفاسدة أيضا لانها منهي عنها فيه لا في الخلع فاذا بطل شرط البراءة عنه وجب عليها تسليم عينه ان قدرت عليه والا فتسليم قيمته كما لو خالعها على عبد الغير قال رحمه الله (قالت طلقني ثلاثا بألف فطلق واحدة له ثلث الالف وبانت) لان الباء تصحب الاعواض وهو ينقسم على المعوض و يكون بائنا لوجوب المال بخلاف البيع حيث لا يجوز فيه أن يقبل في البعض لانه يبطل بالشروط الفاسدة وهذا لا يبطل لقبوله التعليق بالشرط و بالاختيار وهو الفرق بينهما قال رحمه الله (وفي على ألف وقع رجعي مجانا) أي وفي قولها طلقني ثلاثا على ألف فطلقها واحدة وقع طلاق رجعي بغير شيء وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تطلق واحدة بائنة بثلث الالف كالمسئلة الاولى لان كلمة على بمنزلة الباء في المعاوضات حتى ان قوله احمل هذا بدرهم أو على درهم سواء وكذا بعكه بدرهم أو على درهم سواء وأقرب منه انها لو قالت طلقني وفلانة

(قوله ولا وجه الى ايجاب المسمى) أي وهو المال اه (قوله وقيمته للجهالة) أي لجهالة كل منهما اه (قوله في المتن وان خالع على عبد ابق لها على أنها بريئة) أي بمعنى انها لا تطالب بتحصيله وتسليمه بل ان حصل تسلمه اليه والا فلا شيء عليها اه (قوله لا في الخلع) وانما تجوز تسمية العبد الآبق في الخلع لان مبناه على المسامحة دون البيع لان مبناه على المضايقة اه رازي (قوله له ثلث الالف وبانت الخ) وان طلقها ثنتين يجب ثلث الالف اه كاكي في طلاق السنة وعند مالك لزمها كل الالف وعند أحمد يقع بغير شيء اه عيني (قوله بخلاف البيع) أي لو قال له بعتك هذه العبيد الثلاثة بألف فقبل في واحد بعينه بثلث الالف لم يجز اه (قوله وقالا تطلق واحدة بائنة بثلث الالف) وبه قال الشافعي وعند مالك يلزمها كل الالف اه عيني

قوله فاذا تعذر فللشرط الخ) وجعلها بمعنى الباء عند تعذر حمله على الشرط وههنا يمكن حمله عليه فلا يجعل بمعنى الباء اه

على ألف فطلقها واحدها كان عليها حصتها من الالف وله أن على للاستعلاء وضعا فاذا تعذر فللوجوب فاذا تعذرة فللشرط مجازا لمناسبة بين الشرط والوجوب من حيث اللزوم ومنه قوله تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ أى بشرط أن لا يشركن ولو قال أنت طالق على أن تدخلى الدار كان الدخول شرطا وأمكن العمل به فى الطلاق لانه يقبل التعليق بالشرط بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يقبلانه فجعلت مجازا عن الباء فاذا كانت على للشرط فلا يتوزع المشروط على اجزاء الشرط لان المعلق بالشرط لا يوجد الا عند استكمال الشرط لانه علامة على وجود الجزاء كاشراط الساعة فكان الكل علامة واحدة فلا يوجد الجزاء بدونه فيقع رجعيا لانه صريح خلا عن العوض بخلاف المستشهد به لانها لا غرض لها فى طلاق فلانة ليجعل ذلك كالشرط منها ولها فى اشتراط ايقاع الثلاث على نفسها غرض صحيح فافترقا قال رحمه الله (طلقى نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت واحدة لم يقع شئ) يعنى لو قال لها الزوج طلقى نفسك ثلاثا بألف أو على ألف فطلقت نفسها واحدة لم يقع شئ لانه لم يرض بالبينونة الا بسلامة الالف كلها له بخلاف قولها له طلقنى ثلاثا بألف لانها لما رضيت بالبينونة بألف كانت ببعضها أولى أن ترضى قال رحمه الله (أنت طالق بألف أو على ألف فقبلت لزم وبانت) أى لزم المال وبانت المرأة لانه مبادلة أو تعليق فيقتضى سلامة البدلين أو وجود الشرط وذلك بما ذكرنا ولا بد من قبولها لانه عقد معاوضة أو تعليق بشرط فلا تنعقد المعاوضة بدون القبول ولان المعلق ينزل بدون الشرط اذ لا ولاية لاحدهما فى الزام صاحبه بدون رضاه والطلاق بائن لانها ما التزمت المال الا لتسلم لها نفسها وذلك بالبينونة قال رحمه الله (أنت طالق وعليك ألف أو أنت حر وعليك ألف طلقت وعتق مجانا) أى لو قال لامرأته أنت طالق وعليك ألف أو قال لعبده أنت حر وعليك ألف طلقت المرأة وعتق العبد بغير شئ قبلا أو لم يقبلا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان قبلا وقع الطلاق والعتاق ولزمهما المال والا فلا وعلى هذا الخلاف لو قالت هى طلقنى ولك ألف أو قال العبد أعتقنى ولك ألف ففعل لهما أنه يستعمل للمعاوضات فان قولهم احمل هذا ولك درهم كقولهم احمله بدرهم فانه يفهم منه وجوبه بسببه ولا يقال ان فى الاجارة قرينة دالة على وجوبه لانها عقد معاوضة لانا نقول الخلع أيضا عقد معاوضة فاستويا ولان الواو تكون للحال والاحوال شروط على ما عرف فى موضعه فيصير كأنه قال أنت طالق فى حال وجوب الالف لى عليك أو قال لعبده أد الى ألفا وأنت حر وله ان قوله وعليك ألف أو ولك ألف جملة تامة فيكون مبتدأ ولا يتصل بما قبله الا بدلالة الحال لان الاصل فى الجمل الاستقلال ألا ترى أنه لو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك طالق تطلق ضرتها فى الحال لما قلنا حتى لو كانت قاصرة بأن قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق وضرتك تعلق طلاق ضرتها بالشرط لكونه مفردا فلا يكون مستقلا ولو قال ان دخل فلان الدار فأنت طالق وعبدى حر تعلق عتق عبده بدخول الدار وان كان جملة تامة لانه فى حق التعليق قاصر لان الخبر الاول لا يصلح أن يكون خبر الثانى فكان الخبر محتاجا اليه بخلاف طلاق الضرة لان خبر الاول يصلح خبرا له ولو كان غرضه التعليق لاقتصر على قوله وضرتك فاذا كان مستقلا يكون كلاما مبتدأ لا تعلق له بالاول فيصير قوله وعليك ألف أو قولها ولك ألف مجرد دعوى أو وعد بخلاف البيع والاجارة لانهما لا يوجدان بدون المال فلا ينفكان عنه ولهذا اذا قال له خط هذا الثوب ولم يذكر له الاجر يكون استئجارا بأجر المثل وفى البيع تجب القيمة وبخلاف قوله اد الى ألفا وأنت حر لان أول كلامه غير مفيد دون آخره فيصير تعليقا للعتق بأداء المال ولان الواو للعطف حقيقة والكلام محمول على حقيقته حتى يقوم الدليل على خلافه ولم يوجد لان أحد العوضين لا يعطف على الآخر وكذا الشرط لا يعطف على الجزاء والمال غير لازم بيقين فلا يلزم بالشك وكذا حاله لا يدل على وجوبه لان الكرام يمتنعون عن أخذ العوض قال رحمه الله (وصح خيار الشرط لها فى الخلع لا له) وهذا عند أبى حنيفة وقالا

رازى (قوله الا بسلامة الالف كلها) فلو وقعت واحدة بثلث الالف لتضرر الزوج اه وهو غير جائز اه رازى (قوله أو تعليق) هذا على قول أبى حنيفة وأما عندهما فلا فرق بين العبارتين كما علم مما تقدم فى المسئلة السابقة والله الموفق (قوله ولا بد من قبولها) قال فى الهداية ولا بد من القبول فى الوجهين لان معنى قوله بألف بعوض ألف تجب لى عليك ومعنى قوله على ألف على شرط ألف يكون لى عليك اه (قوله ولزمهما المال والا فلا) أى لم يقع شئ اه وبه قالت الثلاثة اه عينى (قوله جملة تامة) من مبتدا وخبر اه (قوله خبرا له) هذا حاشية وأما الثابت فى خط الشارح خبرا له اه (قوله فى المتن وصح خيار الشرط لها فى الخلع) أى كقوله خالعتك بكذا على انك بالخيار ثلاثة أيام فقبلت اه (قوله لا له) أى لو قال لامرأته أنت طالق ثلاثا على ألف على انك بالخيار ثلاثة أيام فقالت قبلت ان ردت الطلاق فى الايام الثلاثة بطل الطلاق وان اختارت الطلاق فى الايام الثلاثة وقع الطلاق ويجب الالف للزوج ولو قال أنت طالق على ألف على أنى بالخيار ثلاثة أيام فقبلت بطل الخيار ووقع الطلاق اه رازى

لا يصح لها أيضا فيقع الطلاق عليها ولا يلزمها المال في الوجهين لان ايجاب الزوج يمين ولهذا لا يملك الرجوع عنه ولا يتوقف على ما وراء المجلس وصحت اضافته وتعليقه بالشرط لكون الموجود من جانبه طلاقا وقبولها شرط اليمين فلا يصح خيار الشرط فيه الا ان الخيار للفسخ بعد الانعقاد لا للمنع من الانعقاد واليمين وشرطها لا يحتملان الفسخ وله ان الخلع من جانبها معاوضة لكون الموجود من جهتها مالا ولهذا يصح رجوعها قبل القبول ولا تصح اضافته وتعليقه بالشرط ولا يتوقف على ما وراء المجلس فصار كالبيع ولا نسلم أنه للفسخ بعد الانعقاد بل هو مانع من الانعقاد في حق الحكم وهو المذهب عندنا وكونه شرط اليمين الزوج لا يمنع أن يكون معاوضة في نفسه كمن قال لآخر ان بعتك هذا العبد فعبدي الآخر حر فان البيع شرط لعتق العبد وهو في نفسه معاوضة وجانب العبد في العتاق مثل جانب المرأة في الطلاق حتى يصح اشتراط الخيار له دون المولى فيبطل برد العبد الخيار في الثلاث وان لم يرد حتى مضت عتق ولزمه المال كما في حق المرأة والجامع بينهما أن المرأة لا يحصل لها بالخلع شئ لان البضع ليس له حكم مال عند الخروج وكذا مالية العبد تتلف على ملك المولى بالاعتاق ومع هذا جاز قبول المال فيهما قال رحمه الله (طلقتك أمس بألف فلم تقبلي فقالت قبلت صدق) بخلاف البيع لان الطلاق بالمال يمين من جانبه وقبولها شرط الحنث فيتم اليمين بلا قبول فلا يكون الاقرار بها اقرارا بالحنث لصحتها بدونه بل هي ضده ولهذا ينتقض به فيكون القول في الحنث قوله لانه منكر لوجود الشرط بخلاف ما اذا قال لغيره بعت منك هذا العبد فلم تقبل حيث لا يقبل قوله في انكار القبول لان الاقرار بالبيع يكون اقرارا بالشراء لانه لا يتم الا به فانكاره يكون رجوعا عنه فلا يسمع قال رحمه الله (ويسقط الخلع والمباراة كل حق لكل واحد على الآخر مما يتعلق بالنكاح) حتى لو خالعها أو بارأها بمال معلوم كان للزوج ما سمت له ولم يبق لاحدهما قبل صاحبه دعوى في المهر مقبوضا كان أو غير مقبوض قبل الدخول بها أو بعده وهذا عند أبي حنيفة وقال محمد لا يسقطان الا ما سمياه وأبو يوسف معه في الخلع ومع أبي حنيفة في المباراة لمحمد أن هذا عقد معاوضة فوجب الاقتصار على المسمى كسائر المعاوضات وكالابانة والطلاق بعوض وهذا لانه لا تأثير لعقد المعاوضة الا في استحقاق المشروط ولهذا لا يسقط بهما دين آخر بسبب آخر غير النكاح ولا نفقة العدة مع كونه يتعلق بالنكاح وأضعف من المهر ولابي يوسف أن المباراة تقتضي البراءة من الجانبين مطلقا لانها مفاعلة من البراءة وانما قيدناه بحقوق النكاح لدلالة الحال وهو أن غرضهما أن يبرأ عما الزمهما بالمعاشرة لا بالمعاملة فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بما كان له قبل المعاشرة ولابي حنيفة رحمه الله أن الخلع أيضا يقتضي البراءة من الجانبين لانه ينبئ عن الخلع وهو الفصل ولا يتحقق ذلك الا اذا لم يبق لكل واحد منهما قبل صاحبه حق والا تحققت المنازعة بعده وليس في لفظ الطلاق والابانة ما يدل على اسقاط الحقوق مع أنه ممنوع في رواية الحسن عن أبي حنيفة اذا كانا على مال وسائر الديون ليس وجوبها بسبب النكاح فلا يدل اللفظ على سقوطها على أنه ممنوع في رواية ونفقة العدة لم تجب بعد والخلع مسقط للواجب لا مانع من الوجوب حتى لو شرطا البراءة منها سقطت ولو شرطا البراءة من نفقة الولد الصغير وهي مؤنة الرضاع ينظر فان وقتا له وقتا كالسنة ونحوه صح والا فلا ولا يصح ابراؤها عن السكنى لان خروجها

(قوله وله أن الخلع من جانبها معاوضة) أي والمعاوضات تقبل الخيار كالبيع اهـ (قوله فصار كالبيع) لكن جوازه في الخلع غير مقدر بالثلاث عنده حتى لو شرطا الخيار أكثر من ثلاثة أيام جاز لان تقدير الخيار بالثلاث ورد في البيع لانه من قبيل الاسقاطات والبيع من الاثباتات اهـ شرح المنار لابن فرشتا في المنزل اهـ (قوله في المتن طلقتك أمس بألف الخ) أو خالعتك أمس بألف اهـ قنية (قوله فقالت قبلت صدق) أي الزوج اهـ (قوله فيكون القول في الحنث قوله الخ) قالت اشتريت نفسي منك أمس بالمهر ونفقة العدة الا انك لم تبع فقال لا بل بعت وقع الطلاق وسقط المهر ولو كان على العكس فالقول لها بخلاف ما اذا قال الزوج طلقتك أمس بألف درهم فلم تقبلي أو قال خالعتك أمس بها وقالت لا بل قبلت فالقول له اهـ قنية (قوله في المتن والمباراة) المباراة بالهمزة وتركها خطأ وهي أن يقول لامرأته برئت من نكاحك بكذا وتقبله هي اهـ ابن فرشتا (قوله لمحمد ان هذا) أي كل واحد من الخلع والمباراة اهـ (قوله على انه ممنوع في رواية) ذكر ابن سماعة عن محمد في امرأة اختلعت من زوجها بما لها عليه من المهر ورضاع ولده الذي هي حامل به اذا ولدته في سنتين فذلك جائز فان ولدته فمات أو لم يكن في بطنها ولد فانها ترد قيمة الرضاع قال بعد هذا ولو جاءت بالولد فمات بعد سنة فعليها قيمة رضاع ولد سنة ولو شرطت انها ان ولدته ثم مات قبل الحولين فهي بريئة من قيمة الرضاع فذلك جائز وهذا مما يجوز في الخلع نوادر ابن سماعة عن محمد اذا شرطت أنها اذا ماتت أو مات الولد فلا شئ عليها فهذا الشرط جائز اهـ تاتارخان (قوله والخلع مسقط للواجب الخ) ولو خالعها بشرط أن يكون الولد الصغير عند الاب صح الخلع دون الشرط ولو خلعت على أن تمسك الولد مدة معلومة لزمها الوفاء بذلك اهـ تاتارخانية (قوله ولا يصح ابراؤها من السكنى) قال قاضيخان في باب النفقات رجل طلق امرأته ثم صالحته من نفقة العدة على شئ ان كانت العدة بالشهور صح الصلح وان كانت بالحيض لم يصح ولو صالحته المعتدة من سكناها على دراهم معلومة لا يصح في الوجهين لان السكنى

معصية

معصية ولو أبرأته عن مؤنة السكنى بأن التزمتها أو سكنت ملكها صح مشروطا في الخلع لانه خالص حقها
ثم جملة الخلع على قول أبي حنيفة على أربعة أوجه فاما أن لا يسميا شيأ أو سميا المهر أو بعضه أو مالا آخر
وكل وجه على وجهين إما أن يكون المهر مقبوضا أو غير مقبوض وكل وجه على وجهين إما أن يكون
قبل الدخول أو بعده فصارت ستة عشر وجها فان لم يسميا شيأ برئ كل واحد منهما عن حق الآخر مما
لزمه بالنكاح في الصحيح سواء كان قبل الدخول أو بعده وكان المهر مقبوضا أو غير مقبوض حتى لا يجب
عليها رد ما قبضت لو كان قبل الدخول وروى عنه انه لا يبرأ عنه وروى عنه أنه يبرأ عن دين آخر أيضا وان
سميا المهر وهو ألف درهم مثلا فان كان بعد الدخول ولم يكن مقبوضا سقط عنه كله وان كان مقبوضا
رجع عليها بجميعه بالشرط وان كان قبل الدخول فان كان المهر مقبوضا ففي القياس يرجع عليها بألف
وخمسمائة ألف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بالالف المقبوض
فقط لان المهر اسم لما تستحقه المرأة وهو خمسمائة قبل الدخول فيجب عليها رده بالشرط وخمسمائة أخرى
بالطلاق قبل الدخول لانها قبضت ما لا تستحق فيجب عليها رده هكذا ذكره قاضيخان وينبغي أن لا يجب
عليها الا خمسمائة بالشرط ويسقط عنها الباقي بحكم الخلع كما اذا خالعها على مال آخر حيث لا يجب عليها
غيره استحسانا وكذا اذا سميا بعض المهر فانه يجب عليها المسمى بالشرط ويسقط عنها الباقي بحكم الخلع
استحسانا على ما يجيء بيانه من قريب وان لم يكن المهر مقبوضا ففي القياس يسقط عنه جميع المهر ويرجع
عليها بخمسمائة لانه يستحق عليها ألفا بالشرط وهي تستحق عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فيلتقيان
قصاصا بقدره ويرجع عليها بالزائد وفي الاستحسان لا يرجع عليها بشئ لما ذكرنا ان المهر اسم لما تستحقه
المرأة وهي خمسمائة فيجب لها ذلك عليه ويجب له مثله عليها بالشرط فيلتقيان قصاصا وان سميا بعض
المهر بأن خالعها على عشر مهرها مثلا والمهر ألف فان كان بعد الدخول والمهر مقبوض رجع عليها بمائة
درهم بالشرط وسلم الباقي لها وان لم يكن مقبوضا سقط عنه كل المهر مائة بالشرط والباقي بحكم الخلع وان
كان قبل الدخول فان كانت قبضت المهر ففي القياس يرجع عليها بستمائة مائة منها بدل الخلع وخمسمائة
بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان يرجع عليها بخمسين درهما لان ذلك عشر مهرها قبل الدخول
لما ذكرنا وبرئت المرأة عن الباقي بحكم لفظ الخلع وان لم يكن المهر مقبوضا سقط كله عنه استحسانا
العشر بالشرط والنصف بالطلاق قبل الدخول والباقي بحكم الخلع وان سميا مالا آخر غير المهر فان كان
بعد الدخول وكان المهر مقبوضا فله المسمى لا غير وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر
بحكم الخلع وان كان قبل الدخول فان كان المهر مقبوضا فله المسمى ويسلم لها ما قبضت ولا يجب عليها رد
شئ منه وان لم يكن مقبوضا فله المسمى بالشرط وسقط عنه المهر بحكم الخلع قال رحمه الله (وان خلع
صغيرته بمالها لم يجز عليها) أي لو خلع الاب ابنته الصغيرة بمالها لا ينفذ عليها أما في حق وجوب المال فظاهر
لان الخلع على مالها كالتبرع به لكونه مقابلا بما ليس بمال ولا متقوم وهو منافع البضع لانها لا قيمة لها
حالة الخروج ولهذا يعتبر خلع المريضة من الثلث بخلاف نكاح المريض وكذا لو قتلها انسان لا يضمن
لزوجها شيأ من منافع بضعها والاب لا يملك التبرع بمالها وأما في حق وقوع الطلاق ففيه روايتان
وقوله لم يجز عليها يحتمل وجهين أحدهما أن لا يقع الطلاق بقبول الاب لان الاب لما لم يضمن بدل الخلع كان
هذا خلعا مع البنت كأنه خاطبها بذلك فيتوقف على قبولها كالكبيرة اذا خالع عنها الاجنبي والثاني انه لم
ينفذ عليها في حق وجوب المال فقط ويقع الطلاق بقبول الاب وهو الاصح ذكره في المنتقى ووجهه انه
علقه بقبول الاب فيكون كتعليقه بسائر أفعاله ولا يلزم من عدم وجوب المال عدم وقوع الطلاق ألا ترى
ان الخلع بالخمر يقع به الطلاق ولا يوجب شيأ قال رحمه الله (ولو بألف على انه ضامن طلقت والالف
عليه) أي لو خالعها الاب على انه ضامن لبدل الخلع جاز ولزمه المال لان اشتراط بدل الخلع على الاجنبي

حق الله تعالى فلا يصح اسقاط المرأة اهـ وقال أيضا وان اختلعت على نفقة العدة والسكنى تسقط نفقة العدة وكان لها السكنى وان اختلعت بمال ولم تذكر نفقة العدة كان لها النفقة وان اختلعت على نفقة العدة سقطت النفقة وان اختلعت بشرط البراءة عن مؤنة السكنى بأن قالت أنا أكترى بيتا وأعتد فيه كان لها أن تكترى بيتا وتعتد فيه وان طلقت المرأة وهي في بيت بكراء كان الكراء على زوجها ما دامت في العدة وان أبرأته عن نفقة العدة بعد الخلع لا يصح الابراء اهـ وفي الخلاصة وان خالعها على أن لا سكنى لها ولا نفقة فلها السكنى وان خالعها على ان مؤنة السكنى على المرأة تجب على المرأة اهـ وسيأتي في فصل الاحداد من هذا الشرح لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تسقط عنه ويلزمها أن تكترى بيت الزوج ولا يحل لها أن تخرج منه اهـ (قوله في المتن لم يجز عليها وطلقت) طلقت ليس في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اهـ وكلام الشارح يقتضي انه ليس من المتن وتأمل قول الشارح وقوله لم يجز عليها الخ يحتمل وجهين الخ فانه يفصح بذلك اهـ (قوله في المتن ولو بألف على أنه ضامن طلقت الخ) قال قاضيخان رحمه الله في باب الخلع رجل خلع ابنته من زوجها ان كانت البنت

صحيح فعلى الاب أولى ولم يرد بهذا الضمان الكفالة عن الصغيرة لان المال لا يلزمها وانما المراد به التزام المال ابتداء لانه يجوز اشتراطه على الاجنبي على ما تقدم بخلاف بدل العتق حيث لا يجوز اشتراطه على الاجنبي والفرق ان الاعتاق اثبات القوة والطلاق اسقاط الملك ولا يحصل لها به شئ لم يكن لها من قبل واشتراط البدل فيه التزام للمال ابتداء كالكفالة فيصح اشتراطه على الاجنبي كما يصح عليها وفي العتق يحصل له به قوة شرعية فصار معاوضة كالبيع فلا يصح اشتراطه على الاجنبي كالثمن والدليل على انه معاوضة أنه لو أعتقه على خمر يجب عليه قيمة نفسه ولو خالعها عليها لا يجب شئ فافترقا ولو شرط الزوج البدل عليها توقف على قبولها ان كانت أهلا له بأن تكون مميزة وهي التي تعرف أن الخلع سالب والنكاح جالب فان قبلت وقع اتفاقا لوجود الشرط ووقوع الطلاق يعتمده دون لزوم المال على ما تقدم وان قبل الاب عنها صح في رواية لانه نفع محض لانها تخلص عن عهدته بلا مال ولذلك صح منها فصار كقبول الهبة ولا يصح في أخرى لان قبولها بمعنى شرط اليمين وهو لا يحتمل النيابة وهذا هو الاصح وان خالعها على مهرها توقف على قبولها فان قبلت وقع الطلاق ولم يسقط من المهر شئ لما ذكرنا وان قبله الاب فعلى الروايتين ما لم يضمنه وان ضمنه صح ووقع الطلاق لوجود الشرط وهو المقصود ثم قيل تأويل المسئلة أن يخالعها على مال آخر مثل مهرها أما الخلع على مهرها فغير جائز لان الاب ليس له ولاية ابطال ملكها بمقابلة ما ليس بمتقوم ولا يعتبر ضمانه في ذلك والاصح أن الخلع على مهرها كالخلع على مال آخر لان العقد يتناول مثله لا عينه وضمان الاب اياه صحيح ثم بعد ذلك ينظر فان كان مهرها ألفا مثلا وكان قبل الدخول لزمه الالف قياسا وفي الاستحسان يلزمه خمسمائة وقد تقدم وجههما وأصله ان الكبيرة اذا خالعت على مهرها وهو ألف قبل الدخول بها وقبل قبض المهر في القياس يلزمها خمسمائة لانه وجب له عليها ألف بالشرط ووجب لها عليه خمسمائة بالطلاق قبل الدخول فالتقيا بقدره قصاصا فبقي عليها خمسمائة زائدة وبعد القبض يجب عليها ألف وخمسمائة ألف بالشرط وخمسمائة بالطلاق قبل الدخول وفي الاستحسان لا يجب عليها شئ قبل القبض لان المهر يراد به ما تستحقه المرأة عرفا وهو نصف المهر فيسقط عنه وبعد القبض يجب عليها رد خمسمائة بالشرط لما قلنا وتبرأ عن الباقي بحكم الخلع وعلى ما ذكره قاضيخان فيما تقدم يجب عليها رد الالف كله ثم جملة ما فيه انه يقع الطلاق بقبولها في الصور كلها وفي وقوعه بقبول الاب روايتان ما لم يضمن ولو ضمن يقع كما في الكبيرة اذا خالع عنها الاجنبي وقد ذكرنا حكم خلع الاب فنذكر طرفا من حكم خلع الاجنبي ليزداد وضوحا لكونه مبنيا عليه فنقول بدل الخلع اذا أضيف الى الاجنبي يشترط قبوله وان أضيف الى المرأة أو الى العين والمرأة مخاطبة أو لم يضف الى أحد يشترط قبولها لانها أولى بهذا العقد اذ الملك يسقط عنها بيانه رجل قال لآخر اخلع امرأتك على هذا العبد أو على هذا الالف فالقبول الى المرأة لان البدل لم يضف الى أحد ولزمها تسليم ذلك أو قيمته ان عجزت ولو قال اخلعها على عبدي هذا أو على ألفي هذه فخلعها صح الخلع ولا يحتاج الى قبول المرأة لان العاقد هو الاجنبي ولا الى قبوله لان الواحد يتولى طرفي العقد فيه كالنكاح وكان البدل عليه لانه أضيف اليه وان استحق فعليه قيمته ولو قالت لزوجها اخلعني على عبد فلان أو داره فأجابها يشترط قبولها لانها المخاطبة وكذا لو قال الزوج خالعتك على عبد فلان لان الخطاب جرى معها فكانت هي الداخلة في العقد ولو قال الزوج لرب العبد خالعت امرأتي على عبدك يعتبر قبول صاحب العبد لان العقد أضيف اليه ولو قال رجل للزوج اخلع امرأتك على عبد فلان يعتبر قبول فلان لان البدل أضيف اليه ولو قالت اخلعني على ألف على ان فلانا

صغيرة وضمن الاب بدل الخلع تم الخلع لان الاجنبي لو فعل ذلك يتم الخلع فالاب أولى وان خالع الاب على صداقها تم الخلع أيضا ثم ينظر ان جازت المرأة تصح اجازتها ويسقط المهر وان لم تجز كان صداقها على الزوج ويرجع الزوج على الاب بحكم الضمان كأن الاب قال له خالع على صداقها ان أجازت وان لم تجز فعلى مقدار ذلك وان كانت البنت صغيرة فان ضمن الاب تم الخلع بقبوله ويكون صداقها على الزوج ثم يرجع الزوج على الاب وان لم يضمن الاب لا يجب المال لا على الاب ولا على الصغيرة كما لو كانت كبيرة وهل يقع الطلاق ان قبلت الصغيرة يقع كما لو كان الخلع مع الصغيرة وان قبل الاب عند الخلع اختلف المشايخ فيه في وقوع الطلاق لاختلاف الرواية والصحيح انه يقع لان لسان الاب كلسانها اهـ وهنالك فروع أخر فانظرها (قوله فالقبول الى المرأة) قال الولوالجي لان العاقد هي المرأة لان المنتفع به هي ولم يوجد من الاجنبي اضافة البدل الى نفسه اضافة ضمان أو اضافة ملك فان استحق شئ من ذلك ضمنته المرأة لانها عجزت عن تسليم المشار اليه فيجب تسليم ما لا تعجز عن تسليمه اهـ (قوله ولا يحتاج الى قبول المرأة) أي لانه لما أضاف البدل الى نفسه اضافة ملك فقد جعل ملك نفسه بدل الخلع والخلع يوجب تسليم البدل فصار مستوجبا للبدل فايجاب الاجنبي بدل الخلع جائز فصار تقدير هذا الخلع كأنه قال خالع امرأتك بألف يجب علي ابتداء بحكم الخلع ولو قال هكذا يكون العاقد هو والقبول اليه لانه انما يشترط قبول من يجب عليه البدل بحكم العقد اهـ ولوالجي رحمه الله

ضامن

ضامن فأجابها تم الخلع معها لأنها العاقدة وتوقف الضمان على قبول فلان ولو وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها بألف ففعل لزمها المال دون الوكيل لأن حقوق العقد في الخلع ترجع الى من عقد له لا الى الوكيل ولو ضمن الوكيل صح وطولب به واذا أدى رجع به عليها لأنه يملك الخلع من مال نفسه بغير أمرها فكان فائدة الأمر بالخلع وجوب الرجوع عليها بخلاف الوكيل بالنكاح اذا ضمن حيث لا يرجع على الزوج الا اذا ضمن بأمره لأنه لا يملك أن يزوجه بغير أمره فكان فائدة الأمر جواز النكاح والصلح عن دم العمد كالخلع في جميع ما ذكرنا والله أعلم بالصواب

تم الجزء الثاني ويليه الجزء الثالث وأوله باب الظهار

(قوله ولو وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها بألف) قال الولوالجي رحمه الله امرأة وكلت رجلا بأن يخلعها من زوجها بألف فإن أرسل الوكيل البدل بأن قال خالع امرأتك على ألف أو على هذه الألف أو أضاف البدل الى نفسه اضافة ملك أو إضافة ضمان بأن قال خالعها على ألف من مالي أو بألفي أو بألف على أني ضامن يتم الخلع بقول الوكيل لأن قبول النائب كقبولها ثم ان كان البدل مرسلا فالبدل عليها وهي تطالب به لأن الوكيل في باب الخلع سفير ورسول وكان الموكل هو الذي يرجع اليه الحقوق وان كان مضافا الى ألفه وغير ذلك فالبدل على الوكيل وهو مطالب به لا المرأة ويرجع به عليها وان لم تأمره بالضمان فرق بين هذا وبين الوكيل بالنكاح اذا زوج امرأة للموكل بألف على أنه ضامن فان ثمة المرأة بالخيار ان شاءت طالبت الزوج بالمهر وان شاءت طالبته وههنا لا يكون للزوج أن يطالب المرأة ببدل الخلع وثمة اذا أدى لا يرجع بما ضمن وهنا يرجع والفرق هو أن ما يجب على الوكيل بالخلع اذا كان البدل مضافا اليه يجب ابتداء بحكم الخلع لا بحكم الضمان وكان الوكيل مالكا لهذا النوع من الخلع قبل الوكالة وقد دخل تحت مطلق الوكالة وكان فائدة الدخول تحت الوكالة الرجوع بما ضمن ولهذا كان له الرجوع قبل الاداء لأنه يرجع بحكم الوكالة لا بحكم الضمان فأما الوكيل بالنكاح اذا ضمن فانما يلزمه المهر بحكم الضمان على الزوج لا بحكم النكاح ابتداء وكانت المرأة بالخيار ان شاءت طالبت الاصل وان شاءت طالبت الضمين واذا أدى لا يرجع لأنه ضمن بغير أمره اهـ

الجزء الثالث

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد دهره
ووحيد عصره فخر الدين عثمان بن علي
الزيلعي الحنفي نفعنا الله ببركته
وأسكنه فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب الدين
أحمد الشلبي على هذا الشرح الجليل تغمد الله الجميع
بالرحمة والرضوان وأسكنهم فسيح الجنان

الطبعة الاولى

بالمطبعة الكبرى الاميريه ببولاق مصر المعزية

سنة ١٣١٣

هجريه

محل بيعه عند ملتزمه حضرة السيد عمر حسين الخشاب بمصر

(فهـــرست)

الجـــــزء الثـالث

من شرح العلامة الزيلعى على متن الكنز

﴿ فهرست الجزء الثالث من شرح العلامة الزيلعى على متن الكنز ﴾

﴿تمت﴾

(قوله في المتن هو تشبيه المنكوحة) احترازعن الامة والاجنبية اه (قوله في المتن بمحرمة) احترازعما اذا لم تكن حراما عليه فانه ليس بمظاهر كما اذا شبه احدى امرأتيه بالأخرى على التأبيد واحترازعما اذا شبه بأخت امرأته أو بمجوسية أجنبية اه رازى (قوله في المتن على التأبيد) أى كالام والاخت والخالة والعمة سواء كانت (٢) من نسب أو من رضاع أو مصاهرة اه اتقانى (قوله اذا كان بينهما شحناء) ضبطها الشارح بالقلم بكسر الشين اه (قوله والرجل من أهل الكفارة الخ) وأهله من كان أهلا لسائر التصرفات وهو العاقل البالغ اه اتقانى (قوله أنت على كظهر أمى الخ) فيقع الظهار به سواء وجدت النية أو لم توجد لانه صريح في الظهار وكذا اذا شبه بعضو شائع أو معبر به عن جميع البدن كما في الطلاق اه اتقانى ومن شرائطه أن يكون المرأة محللة بالنكاح لا بملك اليمين حتى لو ظاهر من أمته أو مدبرته أو أم ولده لا يصح لان حكم الظهار ثابت بخلاف القياس لكونه منكرا من القول وزورا فاقتصر على مورد النص قال تعالى والذين يظاهرون من نسائهم اه (قوله الى وجود الكفارة) أى مع بقاء أصل النكاح لقوله عليه الصلاة والسلام للمظاهر المواقع استغفر الله ولا تعد حتى تكفر اه اتقانى (قوله ونقل حكمه الى تحريم موقت) أى من غير أن يكون الظهار مزيلا للنكاح كالحيض يحرم به الوطء الى وجود الطهر من غير أن يزول النكاح اه اتقانى وكتب ما نصه قال في الهداية وهذا لانه جناية لكونه منكرا من القول وزورا فيناسب المجازاة عليها أن بالحرمة وارتفاعها بالكفارة اه وقوله وهذا اشارة الى نقل حكم الظهار الى تحريم موقت بالكفارة بيانه أن الظهار جناية لان الله تعالى سماه في آية الظهار منكرا وزورا قال تعالى وانهم ليقولون منكرا من القول وزورا أراد بالمنكر ما تنكره الحقيقة والشرع وبالزور الكذب والباطل فناسب أن يجازى بثبوت الحرمة وارتفاع تلك الحرمة بالكفارة زجرا له اه اتقانى

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب الظهار

قال رحمه الله (هو تشبيه المنكوحة بمحرمة عليه على التأبيد) وزاد في النهاية لفظة اتفاقا ليخرج أم المزنى بها وبنتها لانه لو شبهها بهما لا يكون مظاهرا وعزاه الى شرح الطحاوى وفي شرح المختار يكون مظاهرا عند أبى يوسف خلافا لمحمد بناء على أن القاضى اذا قضى بجواز نكاحهما ينفذ عنده خلافا لابى يوسف وذكر في المحيط لو قبل امرأة أو لمسها أو نظر الى فرجها بشهوة ثم شبه امرأته بابنتها لم يكن مظاهرا عند أبى حنيفة ولا يشبه هذا الوطء لان حرمته منصوص عليها وحرمة الدواعى غير منصوص عليها وهو في اللغة مقابلة الظهر بالظهر لانهما اذا كان بينهما شحناء يجعل كل واحد منهما ظهره الى ظهر الآخر وشرطه أن تكون المرأة منكوحة والرجل من أهل الكفارة حتى لا يصح ظهار الذمى وركنه قوله أنت على كظهر أمى أو ما يقوم مقامه وحكمه حرمة الوطء والدواعى الى وجود الكفارة وكان طلاقا في الجاهلية فقرر الشرع أصله ونقل حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة قال رحمه الله (حرم عليه الوطء ودواعيه بأنت على كظهر أمى حتى يكفر) أى حرم على المظاهر الوطء ودواعيه كاللمس والقبلة بشهوة بقوله أنت على كظهر أمى حتى يكفر عن ظهاره لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم الى أن قال فتحرير رقبة من قبل

أن يتماسانزلت فى خولة بنت مالك بن ثعلبة امرأة أوس بن الصامت رآها وهى تصلى وكانت حسناء فلما سلمت راودها فأبت فغضب فظاهر منها فأتت النبى صلى الله عليه وسلم فقالت ان أوسا تزوجنى وأنا شابة مرغوب فى ولما خلا سنى ونثر بطنى جعلنى كأمه وروى أنها قالت له عليه الصلاة والسلام إن لى منه صبية ان ضممتهم اليه ضاعوا وان ضممتهم الى جاعوا فقال عليه الصلاة والسلام ماعندى فى أمرك من شئ وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال لها حرمت عليه فهتفت وشكت الى الله تعالى فنزلت الآية فقال عليه الصلاة والسلام يعتق رقبة فقالت قلت لايجد قال فيصوم شهرين متتابعين قلت يارسول الله شيخ كبير مابه من صيام قال فليطعم ستين مسكينا قلت ماعنده من شئ فقال سأعينه بعرق من تمر فقلت فانى أعينه بعرق آخر فقال عليه الصلاة والسلام أحسنت اذهبى فأطعمى عنه ستين مسكينا الحديث ولانه منكر من القول وزور حيث شبه من هى فى أقصى غايات الحل بمن هى فى أقصى غايات الحرمة فناسب أن يجازى به بالحرمة المغياة بالكفارة والوطء اذا حرم حرم بدواعيه كيلا يقع فيه كما فى حالة الاحرام والاعتكاف والاستبراء بخلاف الحائض والصائم لانه يكثر وجودهما فلو حرم الدواعى لافضى الى الحرج ولايقال كثرة الوجود تدعو الى شرع الزواجر لتقليل فلا يدل على السقوط لانا نقول أيام الطهر والفطر أكثر فوجود الوطء فيهما تفتر الرغبة عنها فلا تدعو الى شرع الزواجر ولان الدواعى لاتفضى الى الوطء فى حالة الحيض لان الطباع تنفر عنها فلا تكون داعية فى هذه الحالة والحرمة باعتباره فلا تحرم وقال الشافعى لاتحرم الدواعى لان التماس أريد به الوطء وهو مجاز فيه فلا يراد به الحقيقة ونحن نقول التماس حقيقة المس باليد فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز أو نقول انه يتناول المجاز لفظا ويلحق غيره به بالقياس احتياطا فى موضع الحرمة ومثله لايمتنع الجمع بينهما قال رحمه الله (فلو وطئ قبله استغفر ربه فقط) أى لو وطئ قبل التكفير استغفر الله تعالى ولا يجب عليه غير الكفارة الاولى وقال سعيد بن جبير تجب عليه كفارتان وقال ابراهيم النخعى ثلاث كفارات والحجة عليهما ماروى أن سلمة بن صخر حين واقع امرأته وقد كان ظاهر منها أتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال يارسول الله انى ظاهرت من امرأتى فوقعت عليها قبل أن أكفر فقال ما حملك على ذلك يرحمك الله فقال رأيت خلخالها فى ضوء القمر قال فلا تقربها حتى تفعل ماأمرك الله تعالى رواه أبوداود والنسائى وابن ماجه والترمذى وقال حديث حسن غريب صحيح وفى رواية قال له استغفر ربك ولا تعد حتى تكفر ولو كان شئ آخر واجبا عليه لبينه عليه الصلاة والسلام له قال رحمه الله (وعوده عزمه على وطئها) أى عود المظاهر وهو العود المذكور فى قوله تعالى ثم يعودون لما قالوا عزمه على وطء المظاهر منها وقال الشافعى رحمه الله سكوته عن طلاقها وهذا فاسد من وجهين أحدهما أن الظهار لم يوجب تحريم العقد حتى يكون العود ممساكها والثانى أن ثم للتراخى وفيما قاله تركه لانه يتصل به سكوته عن طلاقها وهذا بعيد لايفهم من لفظ النص أصلا وقال مالك العود الوطء نفسه وهذا يرده الحديث الذى رويناه لانه يقتضى تقدم الكفارة على الوطء وهذا القول ينفى جوازها قبل الوطء وكذا الآية ترده لان الله تعالى أوجب عليه التحرير بعد العود وقبل التماس فلو كان العود هو الوطء لما استقام وقالت الظاهرية العود أن يتكلم بالظهار مرة أخرى ولا يحرم وطؤها بدون الثانية وهذا لايخفى فساده واللفظ لايحتمله لانه لو أريد به ذلك لقيل يعيدون القول الاول بضم الياء وكسر العين من الاعادة لامن العود وهذا الحديث الذى رويناه ينفيه لانه عليه الصلاة والسلام أوجب الكفارة عليه ولم يسأله عن الظهار هل كرر أولا ولو كان المراد به التكرار لسأله واللام فى قوله تعالى لما قالوا بمعنى الى وقيل بمعنى فى وقال الفراء بمعنى عن أى يرجعون عما قالوا فيريدون الوطء والعود الرجوع قال عليه الصلاة

(قوله ابن الصامت) هو أخو عبادة بن الصامت اه (قوله ولما خلا سنى ونثر بطنى) أرادت أنها كانت شابة تلد أولادا عنده اه هروى (قوله فقال سأعينه بعرق) العرق بالعين والراء المهملتين ستون صاعا رواه أبوداود وقيل هو مكتل يسع ثلاثين صاعا قال أبوداود وهذا أصح (قوله كيلا يقع فيه) فمن حام حول الحمى يوشك أن يقع فيه أى فى الحرام اه (قوله وقال الشافعى لاتحرم الدواعى) وهذا فى الجديد وأحمد فى رواية اه عينى (قوله ولايجب عليه غير الكفارة الاولى) وأراد بالكفارة الاولى الكفارة الواجبة بالظهار على الترتيب المنصوص اه اتقانى (قوله حتى تفعل ماأمرك) كذا فى خط الشارح وفى النسخ ماأمر الله (قوله ولو كان شئ آخر واجبا عليه لبينه عليه الصلاة والسلام) قال صاحب الهداية هذا اللفظ أى قوله أنت على كظهر أمى لايكون الاظهارا أى شئ نوى أما اذا نوى الظهار فظاهر وكذا اذا نوى الطلاق لان الظهار كان طلاقا فى الجاهلية فنسخ الى تحريم مؤقت بالكفارة فتكون نية الطلاق نية المنسوخ فلا يصح ولان النية تعيين محتملات اللفظ واللفظ صريح فى الظهار فلا يحتمل غيره فلا تصح نية الطلاق وكذا اذا نوى تحريم اليمين لانه صريح فى الظهار وكذا اذا قال أردت به الخبر عن الماضى كان كذابا فلا يصدق قضاء اه اتقانى (قوله لانه يقتضى تقديم الكفارة على الوطء) بيانه انه تعالى قال ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة رتب التحرير على العود اه من خط الشارح (قوله وقال الفراء بمعنى عن الخ) قال الرازى وقيل الى بمعنى عن وما مصدرية فيكون معناه ثم يعودون الى مقولهم ويراد بالمقول النساء تسمية للمحل باسم الحال اه وقال الاتقانى وما فى لما قالوا بمعنى المصدر ويراد بالمصدر المفعول كضرب

الامير ونسج اليمن تسمية للمعلى باسم الحال كما فى قوله تعالى خذوا زينتكم وحاصل المعنى ثم يعزمون الى نسائهم أى الى مباشرتهن لكن
اذا بداله فى الوطء سقطت الكفارة لانها تجب عندنا غير مستقرة ولهذا تسقط بموتها أو موته بحققه ان العود بالعزم ولا استقرار فى العزم
فكذا الكفارة المبنية عليه اه اتقانى (قوله بخلاف مالوشبهها بأختها) أى أخت امرأته اه من خط الشارح (قوله فى المتن ورأسك
وفرجك ووجهك الخ) ولو قال يدك أو رجلك أو ظفرك (٤) أو شعرك على كظهر أمى كان باطلا وبه صرح الحاكم الشهيد فى الكافى وقال

والسلام العائد فى هبته كالعائد فى قيئه وهذا تأويل حسن لان الظهار موجبه التحريم المؤبد فاذا قصد
وطأها وعزم عليه رجع عما قال فلهذا تجب عليه الكفارة حتى لو أبانها أو لم يعزم على وطئها لم تجب عليه
الكفارة لعدم الرجوع وكذا لو مات أحدهما ولو عزم ثم رجع وترك العزم سقطت عنه لان وجوبها لاجل
الوطء حتى يحل على مثال من يريد أن يصلى النفل يؤمر بالطهارة ثم اذا رجع وترك التنفل لا يؤمر بها ثم
سبب وجوب الكفارة هو الظهار والعود لان الكفارة دائرة بين العقوبة والعبادة فيكون سببها دائرا أيضا بين
الحظر والاباحة حتى تتعلق العقوبة بالمحظور والعبادة بالمباح وانما جاز تقديم الكفارة على العود لانها
وجبت لرفع الحرمة الثابتة فى الذات فيجوز بعد ثبوت تلك الحرمة لترفع بها كما قلنا فى الطهارة إنها تجوز
قبل ارادة الصلاة مع أنها سببها لانها شرعت لرفع الحدث فتجوز بعد وجوده ولهذا جازت الكفارة بعد
ما أبانها أو بعد ما انفسخ العقد بالارتداد أو غيره لان هذه الحرمة لا تزول بغير التكفير من أسباب الحل
كملك اليمين واصابة الزوج الثانى وللمرأة أن تطالبه بالوطء وعليها أن تمنعه من الاستمتاع بها حتى يكفر
وللقاضى أن يجبره على التكفير دفعا للضرر عنها قال رحمه الله (وبطنها وفخذها وفرجها كظهرها) أى بطن
أمه وفرجها وفخذها كظهرها حتى لو شبه امرأته بعضو من هذه الاعضاء يكون مظاهرا لان هذه الاشياء
يحرم عليه النظر اليها ولمسها والظهار ليس الا تشبيه المحللة بالمحرمة وهذا المعنى يتحقق فى هذه الاعضاء
بخلاف اليد ونحوها لانه يجوز النظر اليه ولمسه بلا شهوة قال رحمه الله (وأخته وعمته وأمه رضاعا كأمه)
أى كأمه نسبا حتى يصير مظاهرا بتشبيه منكوحته بواحدة منهن لان شرطه أن تكون محرمة عليه على
التأبيد على ما ذكرنا وقد وجد ذلك فيهن بخلاف ما لو شبهها باختها أو عمتها أو خالتها لان حرمتهن ليست على
التأبيد وانما تحرم عليه ما دامت هى فى عصمته لاجل الجمع فاذا طلقها أو ماتت حلت له لعدم الجمع قال
رحمه الله (ورأسك وفرجك وظهرك ووجهك ورقبتك ونصفك وثلثك كأنت) أى لو قال لامرأته رأسك
علىّ كظهر أمى أو فرجك أو وجهك على كظهر أمى الخ كان مظاهرا لان هذه الاعضاء يعبر بها عن
الجميع على ما تقدم فى الطلاق وهو الشرط فى حق المرأة ومن جانب المحرم شرطه أن يكون عضوا لا يجوز
النظر اليه على ما بينا وقد وجدا قال رحمه الله (وان نوى بأنت على مثل أمى برا أو ظهارا أو طلاقا فكما نوى
والا لغا) أى وان نوى بقوله لامرأته أنت على مثل أمى أحد هذه الاشياء التى ذكرها فهو كما نوى وان لم يكن
له نية فليس بشئ ومعناه أنه اذا قال لها ذلك يستفسر لانه يحتمل وجوها من التشبيه فان قال نويت البر
أى الكرامة فهو كما قال لان التكريم بالتشبيه فاش فى الكلام فصار كأنه قال أنت عندى فى استحقاق
الكرامة والبر مثل أمى وان قال نويت به الظهار فهو ظهار لانه شبهها بجميعها وفيه تشبيه بالعضو لكنه
غير صريح فيه فيشترط النية وان قال نويت به الطلاق فهو طلاق بائن لانه تشبيه بالام فى الحرمة فكأنه
قال أنت علىّ حرام ونوى الطلاق وان قال لم أنو به شيأ فليس بشئ عند أبى حنيفة وأبى يوسف لاحتمال
الحمل على الكرامة وهذا لان كاف التشبيه لا عموم لها فتعين الادنى ولان كلام المسلم يحمل على الصحيح
ما أمكن وفى جعله ظهارا حمل له على المنكر والزور وقال محمد هو ظهار لانه شبهها بجميعها فيدخل العضو
فى الجملة وعن أبى يوسف مثله اذا كان فى حالة الغضب وعنه أنه يكون ايلاء لان أمه محرمة عليه بالنص

شمس الائمة السرخسى فى
شرح الكافى ولو قال جنبك
أو ظهرك على كظهر أمى لم
يكن مظاهرا بمنزلة قوله يدك
أو رجلك لان هذا العضو
لا يعبر به عن جميع البدن عادة
وأما الجزء الشائع كالنصف
والثلث والربع وغيرهما
اذا شبهه بظهر الام يكون
مظاهرا لان الحكم يثبت فى
ذلك الجزء أولا ثم يسرى الى
سائر البدن بشاع الجزء
كما فى الطلاق وقال الحاكم
الشهيد فى الكافى وان قال
أنت على كظهر أمى اليوم
فهو مظاهر فى ذلك اليوم فاذا
مضى بطل الظهار وقال ابن
أبى ليلى هو مظاهر أبدا وكذلك
شهرا أو قال حتى يقدم فلان
فهو كما قال ويسقط اذا مضى
شهر أو قدم فلان لان حرمة
الظهار شهر فيتأقت الظهار
بتأقيته اه اتقانى (قوله
وان قال نويت به الظهار فهو
ظهار) لانه اذا شبهها بظهرها
وهو عضو منها كان ظهارا
فلأن يكون ظهارا وقد شبهها
بجميعها وجميعها مشتمل
على الظهر أولى وأحرى اه
اتقانى (قوله فكأنه قال
أنت على حرام ونوى الطلاق) قال الاتقانى رحمه الله وان لم يكن له نية فليس بشئ فى قول أبى حنيفة وقال محمد هو ظهار ولم فيحمل
يذكر خلاف أبى يوسف فى الاصل وقال فى مختصر الكافى وقال مشايخنا فى شرح الجامع الصغير عن أبى يوسف روايتان فى رواية كقول
محمد وفى رواية كقول أبى حنيفة وقال الامام الزاهد العتابى فى شرحه للجامع الصغير وعن أبى يوسف ثلاث روايات فى رواية لا يقع شئ
كقول أبى حنيفة وفى رواية يكون ظهارا وفى رواية يكون ايلاء والصحيح قول أبى حنيفة لان اللفظ يحتمل البر والكرامة وما زاد عليه
فهو مشكوك فلا يثبت الا بالنية اه (قوله وهذا لان كاف التشبيه لا عموم الخ) فاقتضى مشابهته فى وصف خاص وما يحتمل أن يكون

فيحمل عليه لان الحرام عين بالنص وان نوى به التحريم لا غير فعند أبي يوسف يكون ايلاء ليكون الثابت به أدنى الحرمات لان سبب الايلاء وحكمه أخف ويمكن رفعه بالوطء ولا يبقى حكمه بعد زوج اخر ولا يثبت للحال ولا يجبره القاضي اذا امتنع بخلاف الظهار وعند محمد يكون ظهارا لان كاف التشبيه تختص به وقال قاضيخان في شرح الجامع الصغير انه ان نوى التحريم ذكر في بعض النسخ أنه ايلاء عند أبي حنيفة وأبي يوسف والاصح أنه يكون ظهارا عند الكل لان التحريم المؤكد بالتشبيه ظهار ولو قال أنت علي كأمي فهو مثل قوله أنت علي مثل أمي في جميع ما ذكرنا قال رحمه الله (و بأنت علي حرام كأمي ظهارا أو طلاقا فكما نوى) أي ان نوى بقوله أنت علي حرام كأمي ظهارا أو طلاقا فهو كما نوى لان قوله أنت علي حرام من الكنايات فيكون طلاقا بالنية وقوله كأمي لتأكيد تلك الحرمة فلا يخرج به من أن يكون طلاقا وان نوى به الظهار فظهار لانه شبهها في الحرمة بامه ولو شبهها بظهرها كان ظهارا فبكلها أولى وانتفى احتمال البر والكرامة هنا التصريحه بالحرمة وان لم تكن له نية فهو ظهار لانه لفظ محتمل فيثبت به الادنى والحرمة بالظهار دون الحرمة بالطلاق لان الحرمة بالظهار لا تزيل الملك والحرمة بالطلاق تزيله وعند أبي يوسف هو ايلاء لما مر قال رحمه الله (و بأنت علي حرام كظهر أمي طلاقا أو ايلاء فظهار) أي لو نوى بقوله أنت علي حرام كظهر أمي طلاقا أو ايلاء لا يكون الا ظهارا لان هذا اللفظ صريح في الظهار فلا تعمل فيه النية وقوله حرام توكيد لمقتضى اللفظ فلا يغيره وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد ان نوى ظهارا أو لم يكن له نية فهو ظهار وان نوى طلاقا فطلاق وان نوى ايلاء فايلاء لان كلا منهما محتمل كلامه لان قوله أنت علي حرام يحتمل الطلاق والايلاء لو اقتصر عليه وقوله كظهر أمي توكيد لتلك الحرمة فلا يتغير به ثم عند محمد ان نوى الطلاق لا يكون ظهارا لانه لما أوقع الطلاق بقوله أنت علي حرام بانت ولا يصير مظاهرا بقوله بعد ذلك كظهر أمي لان الظهار من المبانة لا يصح ولا يقال الظهار والطلاق يوجدان معا بقوله أنت علي حرام لانا نقول اللفظ الواحد لا يحتمل معنيين وقال أبو يوسف يكونان معا الظهار بلفظه والطلاق بنيته كما لو قال زينب طالق وله امرأة معروفة بهذا الاسم فقال لي امرأة أخرى بهذا الاسم وعنيت به تلك يقع عليها بالنية وعلى المعروفة بالظاهر وان نوى ايلاء ينبغي أن يكون ايلاء وظهارا باتفاقهم لعدم التنافي بينهما قال رحمه الله (ولا ظهار الا من زوجته) لقوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم الآية ولفظ النساء يتناول المنكوحات حتى لو ظاهر من أمته لم يكن مظاهرا خلافا لمالك والحجة عليه ما تلونا اذ لفظ النساء مضافا الى الازواج لا يتناول الاماء ولهذا لم يدخلن في قوله تعالى وأمهات نسائكم وفي قوله تعالى الذين يؤلون من نسائهم تربص أربعة أشهر حتى لا يحرم عليه أم أمته بغير وطء ولا يصير موليا من أمته ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فنقل الشرع حكمه الى تحريم مؤقت بالكفارة والامة ليست بمحل للطلاق فلا تكون محلا للظهار كالايلاء كان طلاقا للحال فأخره الشرع الى مضي أربعة أشهر فلا يثبت ذلك الا فيمن يثبت في حقه الاصل ولان الحل ليس بمقصود في الامة وانما المقصود الاستخدام حتى يثبت ملك اليمين فيمن لا يحل له وطؤها كام زوجته وبنتها وأمه من الرضاع فلا تكون مقصودة بالتحريم اذ الحل فيها تبع لملك اليمين لا مقصود ولهذا لو اشترى أمة فوجدها ممن لا يحل له وطؤها برضاع أو غيره ليس له أن يردها على البائع وفي المنكوحة أصل فيمتنع الالحاق ولا يقال ان الامة محل للظهار بقاء بان ظاهر من امرأته وهي أمة لغيره ثم اشتراها يبقى حكم الظهار الاول على حاله حتى لا يجوز له وطؤها قبل أن يكفر ولهذا لو ظاهر منها ثم طلقها ثنتين ثم اشتراها لا يحل له وطؤها بعد زوج آخر حتى يكفر عن ظهاره لانا نقول ذلك في حالة البقاء وكلامنا في الابتداء وكم من شئ يثبت بقاء وان لم يمكن اثباته ابتداء كبقاء النكاح في العدة وكالحرمة الغليظة بالطلاق فانها لا تثبت في الامة ابتداء وتبقى بعدما تثبت حتى لا يحل له وطؤها بملك اليمين ولا التزوج بها بعدما أعتقها ما لم تتزوج بزوج آخر فكذا هذا وهذا لان وقت ثبوته كانت محلا له فيثبت لمصادفته المحل ثم لا يسقط بعد ثبوته الا بشروطه قال رحمه الله (فلو نكح امرأة بغير أمرها فظاهر منها

ظهارا وغيره فلا يكون ظهارا بالشك اهـ رازي (قوله وان نوى به التحريم لا غير الخ) قال الاتقاني أما اذا نوى التحريم لا غير بقوله أنت علي مثل أمي أو كأمي فقال الصدر الشهيد في شرحه للجامع الصغير ذكر بعض المتأخرين في شرحه لهذا الكتاب أي الجامع الصغير خلافا وقال على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ايلاء وعلى قول محمد ظهار ثم قال الصدر الشهيد وهذا غلط بل يكون ظهارا بالاجماع واستدل بما نص عليه الحاكم في مختصر الكافي في قوله أنت علي حرام كأمي فانه اذا لم ينو شيأ أو نوى التحريم يكون ظهارا قال فاذا ظهرت تلك الرواية في قوله أنت علي حرام كأمي ولم ينو شيأ أو نوى التحريم أنه ظهار عندهم فكذا في قوله أنت علي كأمي لانه لما نوى التحريم صار ملتحقا بقوله أنت علي حرام كأمي اهـ وكتب ما نصه أي بقوله أنت علي مثل أمي اهـ (قوله أدنى الحرمات) لان سبب الظهار وحرمته لعينه ولا يمكن رفعه بالوطء ويبقى ما لم يكفر ويثبت للحال ويجبره الحاكم اذا امتنع عن التكفير اهـ من خط الشارح رحمه الله (قوله فهو مثل قوله أنت علي مثل أمي) أي لان المثل أو الكاف تقتضي التشبيه اهـ (قوله يقع عليها بالنية) صوابه باعترافه اهـ

فأجازته بطل) أى لو تزوج امرأة بغير إذنها فظاهر منها قبل الاجازة ثم أجازت النكاح بطل الظهار لانه صادق فى التشبيه فى ذلك الوقت فلا يجب عليه جزاء الزور بخلاف اعتاق المشترى من الفضولى حيث يتوقف وينفذ باجازة البيع لانه من حقوق الملك وله ذا جازله إعتاقه بل مندوب اليه والشئ إذا توقف يتوقف بحقوقه والظهار محظور فلا يستحق بملك النكاح بل لا يجوز قال رحمه الله (أنتن على كظهر أمى ظهار امنهن) أى لو قال لنسائه أنتن على كظهر أمى كان مظاهرا من جميعهن لوجود ركنه فى حق كل واحدة منهن وهو التشبيه فصار كالطلاق والعتاق والايلاء والله أعلم قال رحمه الله (وكفر لكل) أى كفر لكل واحدة منهن وقال مالك يكفيه كفارة واحدة اذا ظاهر منهن بكلمة واحدة كما لو قال لهن والله لا أقربكن ثم قربهن لم يلزمه الا كفارة واحدة وهذا لان الظهار موجب للكفارة كالايلاء وقال بعضهم الظهار يمين لان فيه تحريم الحلال وذلك يمين فلا يجب فيه الا كفارة واحدة ولنا أن الكفارة لانتهاء الحرمة وهى تثبت فى حق كل واحدة منهن فتتعدد الكفارة بتعددها بخلاف الايلاء لان الكفارة تجب فيه لهتك حرمة اسم الله تعالى فلا تتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله تعالى وقول من قال ان الظهار يمين فاسد لان الظهار منكر من القول وزور محض واليمين تصرف مشروع مباح ولهذا اختلفت كفارتهما فكيف يجعل أحدهما من الآخر يحققه أن اليمين إما بالله أو بصفة من صفاته أو بالتعليق بشرط ولم يوجد واحد منها فى الظهار

﴿فصل فى الكفارة﴾ قال رحمه الله (وهو تحرير رقبة) أى كفارة الظهار تحرير رقبة والتذكير باعتبار الخبر وهى قبل الوطء لما تلونا وما روينا من حديث من واقع امرأته قبل التكفير ولان التكفير لانتهاء الحرمة الثابتة بالظهار فيقدم على الوطء ليحل ولا فرق فى ذلك بين الذكر والانثى وبين الصغير والكبير والكافرة والمسلمة لاطلاق النص وقال الشافعى رحمه الله لا تجوز الكافرة لان الكفارة حق الله تعالى فلا يجوز صرفها الى عدوه ولهذا لا يجوز المرتد لانه ناقص لانه عيب ولهذا يرده المشترى اذا وجده كافرا وأصل الخلاف أنه هل يحمل المطلق على المقيد أو لا فعندنا لا يحمل وعنده يحمل اذا اتحد الجنس وهنا قيده بالنص بالمؤمنة فى كفارة القتل فحمل عليه غيره من الكفارات ولنا أن المنصوص عليه اعتاق رقبة وهى اسم لذات مرقوقة مملوكة من كل وجه وقد وجد والتقييد بالايمان زيادة وهى نسخ فلا يجوز بالقياس ولان فيه قياس المنصوص عليه على المنصوص عليه وهو باطل لان من شرط القياس أن يتعدى الحكم الشرعى الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه وهذا لان القياس حجة ضعيفة لا يصار اليه الا عند عدم النص أو شبهته حتى صار مؤخرا عن قول الصحابى وهنا نص يمكن العمل به وهو اطلاق الكتاب ولان الفرع ليس نظير الاصل لان قتل النفس أعظم ولهذا لم يشرع فيه الاطعام ولا يجوز الحاقه بغيره فى حق جواز الاطعام تغليظا للواجب عليه وتعظيما للجريمة حتى تتم صيانة النفس فكذا لا يجوز الحاق غيره به فى التغليظ لان قيد الرقبة بالايمان أغلظ فيناسبه دون غيره لان جريمة القتل أعظم والمقصود من التحرير تمكينه من الطاعة وارتكابه المعصية منسوب الى سوء اختياره فلا يمنع من العتق وهذا لان المصروف الى الكفارة ماليته دون اعتقاده وكونه عدو الله تعالى لا يمنع التقرب الى الله تعالى بالاحسان اليه ألا ترى أنه تعالى قال لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم فى الدين ولم يخرجوكم من دياركم الآية

(قوله فى المتن أنتن على كظهر أمى ظهارا) بالنصب فى خط الشارح رحمه الله (قوله وقال بعضهم) هو ابن قدامة من المالكية كذا بخط الشارح (قوله فلا يتعدد الا بتعدد ذكر اسم الله تعالى) وذكر فى الغاية أن هذه تخالف مذهبنا لان تكرره يدل أنه سبب وهم منعوا تقديمه ولو كان سببا لجاز وهذا سهو لانه ينقلب سببا بالحنث اه من خط الشارح

﴿فصل فى الكفارة﴾ لما كانت الحرمة (٦) بالظهار حرمة مؤقتة الى وجود المنهى وهو الكفارة شرع فى هذا الفصل لبيان ذلك اه اتقانى ثم اعلم أن كفارة الظهار مشروعة على الترتيب دون التخيير لان الله تعالى ذكرها بحرف الفاء وهى للترتيب الاعتاق عند القدرة عليه ثم صيام شهرين متتابعين عند العجز عن الاعتاق ثم إطعام ستين مسكينا عند العجز عن الصوم والاصل فيه قوله تعالى والذين يظهرون من نسائهم ثم يعودون لما قالوا فتحرير رقبة من قبل أن يتماسا ذلكم توعظون به والله بما تعملون خبير فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين من قبل أن يتماسا فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا والمراد من عتق الرقبة اعتاق الرقبة لانه اذا ورث أباه فنوى به الكفارة لم يجزه وقد نص عليه الحاكم الشهيد فى الكافى وذلك لان الميراث يدخل فى ملكه بلا صنع منه فيعتق عليه بلا صنع منه أيضا والكفارة شرط فيها التحرير وهو صنع منه ولم يوجد منه اه اتقانى قوله والمراد من عتق الرقبة الخ أى المراد من قول صاحب الهداية وكفارة الظهار عتق رقبة اه (قوله ولا فرق الخ) قال الأتقانى لا خلاف فى هذا المجموع الا فى الرقبة الكافرة فانها تجزى عندنا عن كفارة الظهار والافطار واليمين خلافا للشافعى فانها لا تجزى عنده وعلى هذا الخلاف اذا نذر أن يعتق رقبة فأعتق رقبة كافرة كذا ذكره الامام علاء الدين فى طريقة الخلاف وقول أحمد كقول الشافعى اه (قوله ولان فيه قياس المنصوص عليه على المنصوص عليه الخ) وهو لا يجوز للزوم اعتقاد النقص فيما تولى الله تعالى بيانه

(قوله ولهذا الوندر الخ) ظاهره أنه بالاتفاق بيننا وبين الشافعي اه (قوله لان المطلق هو الذي يتعرض للذات الخ) وهذا كذلك لانه ليس فيه ما ينبئ على الايمان والكفر بل الرقبة اسم للمملوك كذا قاله الجوهري في الصحاح فلا يجوز تقييده بالايمان بخبر الواحد

الآية ولهذا الوندر بالعتق خرج عن العهدة بعتق الكافرة ولا يقال هو مأمور بتحرير رقبة وهي نكرة فتختص بالاثبات وقد أريد بها المؤمنة فلا تدخل الكافرة لانهما ضدان لانا نقول هذه مطلقة فتتناول رقبة على أي صفة كانت لان المطلق هو الذي يتعرض للذات دون الصفات ألا ترى أنه يجوز الصغيرة والكبيرة وان كانا متضادين وكذا البيضاء والسوداء والذكر والانثى وغيره من الاوصاف المتضادة ويجوز المرتد عند بعض المشايخ فلنا أن نمنع وعند بعضهم لا يجوز لانه مستحق القتل حتى لو كانت مرتدة جازت بلا خلاف والعيب اذا كان لا يفوت جنس المنفعة لا يمنع الصحة كسائر العيوب ولهذا جاز الاصم والاعور ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف والخصي والمجبوب ومقطوع الاذنين والمراد بالاصم الذي يسمع اذا صيح عليه فأما الاخرس فلا يجوز لفوات جنس المنفعة قال رحمه الله (ولم يجز الاعمى ومقطوع اليدين وابهاميهما أو الرجلين والمجنون) والاصل أن فوات جنس المنفعة يمنع الجواز والاختلال لا يمنع وهذا لان بقاء الانسان معنى يكون ببقاء منافعه وبفوات جنس المنفعة يكون هالكا معنى وفيما ذكر فوات البصر والبطش وقوته والمشي فكان هالكا والانتفاع بالجوارح لا يكون الا بالعقل فكان أقوى من الاول والذي يجن ويفيق يجوز لان منفعة العقل غير فائتة وانما هي مختلة وذلك لا يمنع الجواز قال رحمه الله (والمدبر وأم الولد) لاستحقاقهما الحرية من وجه بجهة أخرى فكان الرق فيهما ناقصا وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي الكمال ويقتضي انشاء العتق من كل وجه واعتاقهما تعجيل لما صار مستحقا لهما فلا يكون انشاء من كل وجه فلا يجوز وقال في الغاية يرد على قول صاحب الهداية فكان الرق فيهما ناقصا لو قال كل مملوك لي حر عتق عبيده ومدبروه وأمهات أولاده ولا يعتق مكاتبوه فدل على كمال الرق فيهما ولهذا يحل له وطء المدبرة وأم الولد ولو كان الرق ناقصا فيهما لما حل له وطؤهما كالمكاتبة وهذا غلط وخطأ من وجوه أحدها أنه جعل الرق في المكاتب ناقصا والثاني أنه جعل نقصان الرق محرما الوطء والثالث أنه جعل المناط في قوله كل مملوك لي حر الرق وانما هو الملك والرابع أنه جعل رق المدبر وأم الولد كاملا ونحن نذكر الفرق ونبين المعنى والمناط مختصرا فنقول المكاتب رقه كامل لقوله عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم والملك فيه ناقص لخروجه عن ملك المولى يدا والمدبر وأم الولد عكسه فان رقهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه والملك فيهما كامل لجواز التصرف فيهما ولهذا يحل له وطؤهما وقوله تعالى فتحرير رقبة يقتضي رقا كاملا فيدخل فيه المكاتب دونهما وقول الرجل كل مملوك لي حر يقتضي ملكا كاملا فيدخلان فيه دون المكاتب فكان المناط في تحرير الرقبة عن الكفارة الرق وفي قوله كل مملوك لي حر الملك ولهذا قال صاحب الهداية في عتق المكاتب عن الكفارة في هذا الموضع لقيام الرق فيه من كل وجه وقال فيه في الايمان لان الملك فيه غير ثابت يدا ولهذا لا يملك أكسابه ولا يحل له وطء المكاتبة يعني المولى وقال في المدبر وأم الولد والقن اذا الملك ثابت فيهم رقبة ويدا وكذا ذكر الاصوليون أيضا فيعلم بهذا أن العتق ضد الرق دون الملك لانه يثبت في أشياء لا تقبل العتق ولو كان ضدا له لما ثبت لان شرط التضاد اتحاد المحل واذا كان الرق ناقصا لا يجزيه لعدم الاعتاق من كل وجه لان رقه كان زائلا من وجه قال رحمه الله (والمكاتب الذي أدى شيأ) لانه تحرير بعوض وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز لان رقه لم ينتقص بما أدى فكان باقيا من وجه ولهذا يقبل الفسخ بخلاف المدبر وأم الولد على ما بينا ولان العتق مستحق عليه فيهما قبله فلا ينوب عن الواجب ابتداء قال رحمه الله (فان لم يؤد شيأ أو اشترى قريبه ناويا بالشراء الكفارة أو حرر نصف عبده عن كفارته ثم حرر باقيه عنها صح) أما المكاتب الذي لم يؤد شيأ فلما ذكرنا أن الرق فيه كامل فكان تحريرا من كل وجه وقال زفر والشافعي لا يجوز لانه استحق الحرية بجهة الكتابة فأشبه المدبر

لانه زيادة على النص وهو نسخ اه اتقاني (قوله حتى لو كانت مرتدة جازت) وقال في الغاية الرقبة أعم وهو غلط وانما هو مطلق وهو يتناول ذاتا واحدة على أي صفة كانت من خط الشارح رحمه الله (قول واحدى الرجلين من خلاف) لبقاء جنس المنفعة لان منفعة البطش والمشي قائمة بخلاف ما اذا قطعتا من جانب واحد حيث لا يجوز لفوات جنس المنفعة لتعذر المشي قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا يجزئ الاعمى والمقعد ﴿فرع﴾ يجوز عتق الآبق عن الكفارة اذا علم بحياته وقت الاعتاق مذكور في البيع الفاسد من هذا الشرح اه قال في الاجناس يجوز مقطوع الانف ومقطوع الشفتين اذا كان يقدر على الاكل ولا يجوز ساقط الاسنان ويجوز ذاهب الحاجبين وشعر اللحية والرأس ونقله عن نوادر ابن شجاع وقال في شرح الطحاوي يجوز الاعشى والعنين والخنثى والامة الرتقاء والتي بها قرن يمنع الجماع اه اتقاني (قوله وهذا غلط) أي قول صاحب الغاية اه (قوله وقال في المدبر) يعني في الهداية اه

من خط الشارح (قوله لانه تحرير بعوض) والعوض يبطل معنى القربة اه اتقاني (قوله ولهذا يقبل الفسخ) أي يقبل الفسخ بعد استيفاء بعض البدل كما احتمل قبله اه اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي لا يجوز الخ) وهو القياس اه اتقاني

(قوله لانا نقول الفسخ ضرورى) أى فسخ الكتابة ثبت ضرورة تقتضى صحة التكفير اه (قوله والاولاد الذين ولدتهم قبل الخ) وانما قيد الولادة بما قبل الاستيلاد لان ما ولدته بعده يعتق (٨) بموت المولى كهى اه من خط الشارح (قوله فلا يلزم) ليست الفاء فى خط الشارح

وأم الولد بل أولى لان استحقاق العتق بالكتابة فوق استحقاقه بالتدبير والاستيلاد ولهذا صار أحق بمكاسبه ويمنع المولى من التصرف فيه وفيما فى يده ويضمن له الارش والعقر بالجناية والوطء ولنا أن الواجب تحرير الرقبة وهو تصيير شخص مرقوق حرا وقد وجد ولم يتمكن نقصان فى رقه بالكتابة لان عتقه معلق بشرط الاداء والمعلق به عدم قبل وجوده ولا يثبت بهذا التعليق استحقاق الحرية كما فى سائر الشروط بل أولى لان التعليق بسائر الشروط يمنع الفسخ وهذا لا يمنع وهذا أيضا دليل على أنه لا يوجب نقصان الرق ولا يوجب له حق الحرية لان الحرية لا تقبل الفسخ كحقيقته ألا ترى أن التدبير والاستيلاد لا يقبله فيثبت بهذا أن الرق قائم فى المكاتب من كل وجه والكتابة لا تنافى الرق لانها فك الحجر بمنزلة الاذن فى التجارة الا أنها بعوض فتلزم من جهة المولى ولئن كانت الكتابة مانعة من العتق عن الكفارة تنفسخ بمقتضى الاعتاق اذ هى تقبله برضا المكاتب وقد وجد رضاه دلالة لانه لما رضى بالعتق بعوض كان بغير عوض أولى ولا يقال لو انفسخت الكتابة لما سلمت لها الاولاد والاكساب وسلامتهما تدل على أن العتق حصل بجهة الكتابة لانا نقول الفسخ ضرورى فيتقدر بقدرها فيظهر فى حق جواز التكفير ولا يظهر فى حق استرداد الاولاد والاكساب ولولا أنه فسخ لما سقط عنه بدل الكتابة أو نقول سلامة الاكساب والاولاد باعتبار أنه عتق وهو مكاتب لا لانه عتق بجهة الكتابة كما لو كانت أم ولده ثم ماتت عتقت بجهة الاستيلاد وسلم لها الاكساب والاولاد الذين ولدتهم قبل الاستيلاد ثم اشتراهم بعد الكتابة ولئن سلمنا أنه عتق بجهة الكتابة لا يلزم منه عدم الاجزاء عن الكفارة لان كلامنا فى الاعتاق الصادر من المولى لا فى العتق الحاصل فى المحل والكفارة تتأدى بالاعتاق دون العتق لان العتق واحد فى حق المحل فلا يتنوع والاعتاق تختلف جهاته فجعل فى حق المحل عين ما يستحقه بالكتابة وفى حق المولى اعتاقا بجهة الكفارة لقصده ذلك كالمرأة اذا وهبت صداقها من زوجها قبل القبض ثم طلقها قبل الدخول بها لا يرجع عليها بشئ ويجعل هبتها فى حق الزوج تحصيلا لمقصوده عند الطلاق وفى حقها تمليكا مبتدأ ولا يقال الملك فيه قد انتقص بالكتابة حتى لا يدخل تحت المملوك المطلق لانا نقول إن الله تعالى ما ذكر الملك وانما شرط ضرورة أن العتق لا ينفذ الا فى الملك فهذا القدر من الملك وهو ملك الرقبة كاف لنفوذ العتق فلا حاجة الى ملك اليد وهذا لان الاعتاق لازالة الرق وكماله بملك الرقبة دون اليد فخروجه عن يده لا يوجب نقصانا فى الرق على ما مر وكذا وجوب الضمان على المولى بالجناية عليه أو على ماله لان وجوبه لتحقق مقصوده لا لخروجه عن ملكه وأما اذا اشترى قريبه ينوى به عن كفارته فلان الشراء علة العتق على ما نبينه وهو بصنعه فيكون عما نوى وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى لا يجزيه وهو قول أبى حنيفة رحمه الله الاول لان علة العتق القرابة لانها علة وجوب الصلات بين الاقارب والشراء شرط العتق لانه سبب الملك والاعتاق سبب لزواله وبينهما تناف فاستحال اضافة العتق اليه لهذا المعنى ولاستحقاقه الحرية بالقرابة فصار كما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر ثم اشتراه ينوى به عن الكفارة حيث لا يجزيه لان نيته لم تقترن بالعلة وهى اليمين وانما اقترنت بالشرط وهو الشراء فلا يعتبر ولهذا يشترط الاهلية عند اليمين دون الشرط وكذا الضمان يجب على شهود اليمين لانه صاحب علة ولا يجب على شهود الشرط ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه فلا يجوز كالزكاة ولنا أن النية قارنت علة العتق فيصح وهذا لان شراء القريب علة العتق لان العلة هو تصيير الرقبة حرا وفى الشراء ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أى بالشراء لانه لا يحتاج الى غيره فصار اعتاقا وهذا كما يقال سقاه فأرواه وضربه فأوجعه أى بالسقى والضرب ولان الشراء يوجب الملك وملك القريب يوجب العتق فيضاف الملك مع حكمه الى الشراء لانهما حدثا به وهذا كمن رمى انسانا عمدا فأصابه فمات قتل به كأنه

(قوله وكماله) أى كمال الرق اه من خط الشارح (قوله وأما اذا اشترى قريبه الخ) قال فى الهداية وان اشترى أباه وابنه ينوى بالشراء الكفارة جاز عنها قال الاتقانى وهذه من مسائل القدورى قال شمس الائمة السرخسى رضى الله عنه فى شرح الكافى أجزأه استحسانا فى قول علمائنا الثلاثة وفى القياس لا يجزى وهو قول أبى حنيفة الاول وزفر والشافعى وكذا إن وهب له أو أوصى له به كذا ذكره الحاكم الشهيد فى الكافى وقال فى شرح الطحاوى ولو دخل فى ملكه ذو رحم محرم بلا صنع منه كما اذا دخل فى ملكه بالميراث فانه لا يجوز عن كفارته بالاجماع ولو دخل فى ملكه بصنعه ان نوى عن كفارته وقت وجود الصنع يجزيه عن كفارته عندنا وعند الشافعى لا يجزيه عن كفارته ولو قال ان دخلت الدار فأنت حر يعتق ولا يجوز اذا نوى عن كفارته وقت دخول الدار الا اذا نوى عن كفارته وقت اليمين فحينئذ وجه القياس أن عتقه مستحق بسبب سابق وهو القرابة فلا يجزى عن الكفارة كما اذا اشترى المحلوف بعتقه ناويا عن الكفارة ولنا أن المأمور به فى الآية هو التحرير وقد حصل فيجزئ عن الكفارة وهذا لان شراء القريب إعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام لن يجزى ولد والده الا أن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه أى بالشراء كما فى قولهم أطعمه فأشبعه اه

حز

حز رقبته بالسيف لان فعله وهو الرمى أدّى الى النفوذ والمضى فى الهواء وأوجب المضى الوقوع عليه وأفضى ذلك الى الجرح وهو سبب الموت فيضاف الكل اليه بالتسبب فيكون الرامى قاتلا له بهذه الوسائط فكذا الشراء أوجب الملك والملك أوجب العتق فكان المشترى معتقا بواسطة الملك والملك ليس بشرط للعتق لان الشرط ما لا أثر له فى الايجاب والعتق فيه لا يثبت الا بالملك والقرابة ولكل واحد منهما أثر فيه فجعلا علة ذات وجهين ثم ان وجدا معا أضيف الحكم اليهما وان تعاقبا كان الاخير هو العلة أيهما كان ولهذا اذا اشترى نصف ابنه من أحد الشريكين ضمن للآخر ان كان موسرا والضمان الذى يختلف باليسار والاعسار لا يكون الا بالاعتاق ولو تأخر السبب بأن ادعى أحد الشريكين نسب عبد مشترك بينهما يضمن المدعى نصيب شريكه وهذا آية العلية بخلاف آخر الشاهدين لان الشهادة لا توجب شيأ بدون القضاء والقضاء بهما جميعا فلا يحال التلف الى الثانى منهما يحققه أن العتق صلة وللملك تأثير فى ايجاب الصلات كايجاب الزكاة وللقرابة أيضا تأثير فى ايجاب الصلات فصارا علة واحدة فيضاف اليهما عند اجتماعهما وجودا ولا يضاف الى الاخير بخلاف ما لو قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ينوى به عن الكفارة حيث لا يجوز لان الشراء هنا شرط محض لا تأثير له فى ايجاب الحرية فقران النية به لا يفيد حتى لو اقترنت باليمين بان قال ان اشتريتك فأنت حر عن كفارة ظهارى أجزأه لاقتران النية بالعلة وهى اليمين بخلاف ما اذا قال ذلك لامة قد استولدها بالنكاح ثم اشتراها حيث لا تجزيه عن الكفارة وان اقترنت نيته بالعلة لان عتقها مستحق بالاستيلاد السابق فأضيف العتق الى اليمين من وجه لا من كل وجه فصار كأنه أعتق أم الولد وقولهم ان العتق مستحق بالقرابة فاسد لان الاستحقاق لا يثبت قبل تمام العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه لانه لما جاز صرفها الى عبده كان أولى أن يجوز الى قريبه وعلى هذا الخلاف لو وهب له أو تصدّق به عليه أو أوصى له به وهو ينوى به عن الكفارة لان الملك بهذه الاشياء يحصل بصنعه وهو القبول بخلاف ما اذا ورثه وهو ينويه عن الكفارة حيث لا يجزيه لان الميراث يدخل فى ملكه من غير صنعه ولا بد من صنعه فى الكفارة لان المأمور به هو التحرير وهو جعل الرقبة حرّا وأما اذا حرّر نصف عبده عن كفارته ثم حرّر باقيه عنها فلانه أعتق رقبة كاملة بكلامين فحصل المقصود به وهذا جواب الاستحسان وفى القياس أن لا يجوز لانه بعتق النصف تمكن النقصان فى الباقى فصار كما لو أعتق نصيبه من العبد المشترك بينه وبين آخر ثم ضمن نصيب شريكه ووجه الاستحسان أن هذا النقصان من آثار العتق الاول بسبب الكفارة فى ملكه ومثله غير مانع كمن أضجع شاة للتضحية فأصاب السكين عينها فذهبت بخلاف العبد المشترك على ما نبينه من قريب ان شاء الله تعالى وهذا على قول أبى حنيفة وعلى قولهما لا يتأتى فيه القياس والاستحسان لان العتق لا يتجزأ عندهما ولهذا لو أعتق نصف عبده ولم يعتق الباقى جاز عندهما لانه يعتق كله قال رحمه الله (وان حرر نصف عبد مشترك وضمن باقيه أو حرر نصف عبده ثم وطئ التى ظاهر منها ثم حرر باقيه لا) أى لا يجزيه عن الكفارة فأما فى العبد المشترك فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجزيه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فبعتق جزء منه عتق كله فصار معتقا لكل العبد وهو ملكه الا أن المعتق اذا كان موسرا ضمن نصيب شريكه فيكون عتقا بغير عوض فيجزيه وان كان معسرا سعى العبد فيكون عتقا بعوض فلا يجزيه عن الكفارة وله أن النقصان تمكن فى النصف الآخر لتعذر استدامة الرق فيه وهذا النقصان حصل فى ملك شريكه ثم انتقل اليه بالضمان ناقصا فلا يجزيه عن الكفارة بخلاف ما اذا أعتق نصف عبده ثم باقيه على ما تقدم لان ذلك النقصان كذهاب البعض بسبب العتق فجعل من الاداء ولا يمكن ذلك هنا لانه لا أداء قبل الملك فوضح الفرق ولا يقال انه ملكه بالضمان مستندا الى وقت الاعتاق فحصل النقصان فى ملكه بهذا الاعتبار لانا نقول الاستناد فى المضمونات يثبت فى حق الضامن والمضمون له لا فى حق غيرهما فلا يثبت فى حق الاجزاء عن الكفارة وأما اذا أعتق النصف ثم جامعها ثم أعتق النصف الباقى فلان المأمور به العتق قبل المسيس

فلم يوجد لان النصف وقع بعد المسيس ولا يقال لو كان ذلك مانعا لما جاز له أن يعتق رقبة أخرى بعده لانا نقول النص يقتضى تقديم العتق على المسيس ومنع التفرقة بالجماع بين النصفين فبتعذر أحدهما سقط وهو التقديم وما أمكن تداركه وجب عملا بالنص بالقدر الممكن وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله بناء على ان الاعتاق يتجزأ عنده وعندهما يجزيه لان العتق لا يتجزأ عندهما فاعتاق النصف اعتاق للكل فكان اعتاق الرقبة قبل المسيس قال رحمه الله (فان لم يجد ما يعتق صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان وأيام منهية) وهى يوم الفطر ويوم النحر وأيام التشريق لان التتابع منصوص عليه وشهر رمضان لم يشرع فيه صوم آخر غيره فى حق المقيم الصحيح والصوم فى العيدين وأيام التشريق منهى عنه فلا يتأدى به الكامل وينقطع التتابع بدخول هذه الايام لانه يجد شهرين متواليين خاليين عن هذه الايام بخلاف ما اذا حاضت المرأة فى صوم كفارة الافطار أو القتل حيث لا ينقطع به التتابع لانها لا تجد بدا منه فى شهرين بخلاف كفارة اليمين والنفاس والمرض حيث يستقبل فى هذه الاشياء لانه يمكن وجود شهرين خاليين عن النفاس والمرض ومدة كفارة اليمين قليلة فيمكنها أن تصوم فيها من غير حرج وعلى هذا الاعتبار الصوم المنذور بشرط التتابع ثم ان صام شهرين بالاهلة أجزأه وان كانا ناقصين والا فلا يجزيه الا الكامل قال رحمه الله (وان وطئ فيهما ليلا أو يوما ناسيا أو أفطر استأنف الصوم) لانه بالافطار فات الترتيب المنصوص عليه وبالوطء قبل التكفير يفوت تقديم الكفارة وهذا عندهما وقال أبو يوسف لا يستأنف الا بالافطار لان الوطء المذكور لا يفسد به الصوم كالوجامع غيرها بهذه الصفة فكان الترتيب باقيا على حاله ولان فى الاستئناف تأخير الكل عن المسيس وفى المضى تأخير البعض فكان أولى ولهذا لو جامعها فى خلال الاطعام لا يستأنف ولهما أن النص يقتضى تقديم الصوم على الوطء وأن يكون الصوم خاليا عن الوطء فاذا فات التقديم وسقط لتعذره وجب أن يأتى بالآخر وهو الاخلاء لان العجز عن أحدهما لا يوجب سقوطهما بخلاف الاطعام لانه غير مقيد بالتقديم فيجرى على اطلاقه وقوله يوما ولم يقل نهارا ليدخل فيه ما بين طلوع الفجر الى طلوع الشمس قال رحمه الله (ولم يجز للعبد الا الصوم وان أطعم أو أعتق عنه سيده) لانه لا مال له والتكفير بالمال لا يكون بدونه ولا هو من أهل الملك فلا يصير مالكا بتمليكه ولا يقال ينبغى أن يثبت العتق له فى ضمن تمليكه اقتضاء لانا نقول الحرية أصل الاهلية فلا يثبت اقتضاء لان ما يثبت بطريق الاقتضاء يكون تبعا ولا يصح ذلك فى الاصل وصومه مقدر بشهرين متتابعين كالحر وعن النخعى شهر واحد اعتبارا بالعقوبة لانه شرع زاجرا كالحدود ونحن نقول جانب العبادة أرجح ألا ترى انها لم تشرع فى حق الكافر ويشترط فيها النية وتتأدى بالصوم ولا تنصف فى العبادة وليس للمولى أن يمنعه من التكفير بالصوم بخلاف النذر وكفارة اليمين لان النذر بالتزامه فكان نفلا فى حقه وكفارة اليمين ليس يضطر اليها فلا يضره التأخير ولو صام الحر شهرين فقدر على الاعتاق فى اليوم الاخير قبل غروب الشمس وجب عليه الاعتاق وكان صومه تطوعا والافضل أن يتم صوم اليوم الاخير وان أفطر فلا قضاء عليه خلافا لزفر ولا يجوز الصوم لمن له خادم واحد وقال الشافعى يجوز اعتبارا بالماء المعد للعطش حيث يجوز التيمم ولنا أن الفرق بينهما أن الماء مأمور بامساكه واستعماله محظور عليه فى هذه الحالة بخلاف الخادم قال رحمه الله (فان لم يستطع الصوم أطعم ستين فقيرا كالفطرة أو قيمته) لقوله تعالى فمن لم يستطع فاطعام ستين مسكينا وقوله كالفطرة يعنى فى قدر الواجب حتى يجب عليه نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير لقوله عليه الصلاة والسلام لسلمة بن صخر البياضى أطعم ستين مسكينا وسقا من تمر بين ستين مسكينا رواه أبو داود وابن ماجه والترمذى وأحمد وقال الترمذى حديث حسن وقال عليه الصلاة والسلام لاوس فليطعم ستين مسكينا وسقا من تمر رواه أحمد وأبو داود وأبو داود أيضا من غير ذكر وسقا من تمر وروى الاثرم باسناده

(قوله فى المتن صام شهرين متتابعين ليس فيهما رمضان) قال الاتقانى رحمه الله أما عدم اجزاء صوم رمضان عن الكفارة فلان الصوم الواقع فيه وقع عن فرض رمضان فلا يقع عن فرض آخر الا اذا كان مسافرا فصام شعبان ورمضان بنية الكفارة أجزأه عند أبى حنيفة خلافا لهما لما عرف فان قلت كيف جاز صوم رمضان عنه وعن صوم الاعتكاف اذا نذر أن يعتكف فيه فصامه معتكفا قلت الصوم فى باب الاعتكاف شرط الاعتكاف فيشترط وجود الشرط كيف كان لا قصدا بخلاف الصوم فى الكفارة فانه فرض مقصود يعتبر وجوده قصدا وأما الايام المذكورة فصومها ناقص بورود النهى عن صومها والواجب بالكفارة صوم كامل فلا يخرج عن عهدته بالناقص قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولو أفطر يوما لعذر من مرض أو سفر فانه يستقبل الصيام وكذا لو جاء يوم الفطر أو يوم النحر أو أيام التشريق فانه يستقبل الصوم ولو صام هذه الايام ولم يفطر فكذلك أيضا يستقبل اه (قوله فى المتن ولم يجز للعبد الا الصوم الخ) وكذا السفيه المحجور عليه عندهما اذا ظاهر من امرأته لا يكون الا بالصوم ذكره ابن فرشتا فى كتاب الحجر من شرح المجمع اه (قوله بخلاف النذر وكفارة اليمين) أى فان للمولى منعه عنه اه (قوله ولا يجوز الصوم لمن له خادم واحد) بخلاف المسكن اه (قوله بخلاف الخادم) كذا ذكره الرازى فى أحكام القرآن ورد عليه المسكن وجوابه أنه بمنزلة لباس أهله بخلاف الخادم اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام لاوس) وأوس هذا هو ابن الصامت أخو عبادة اه

باسناده عن عمر قال أطعم صاعا من تمر أو شعيرا أو نصف صاع من بر ذكره في المعلى وقيمته تقوم مقامه عندنا على ما عرف في الزكاة ولان المعتبر دفع حاجة اليوم لكل مسكين فيكون نظير صدقة الفطر فان أعطى منا من بر ومنوين من تمر أو شعير جاز لحصول المقصود لان المن رطلان فوجد نصف الواجب من كل جنس فتندفع به حاجة المسكين وهو المقصود بالاطعام وانما جاز تكميل أحد النوعين بالآخر لاتحاد المقصود وهو الاطعام فصارا جنسا واحدا من هذا الوجه فجاز التكميل بالآخر ولا يجوز بالقيمة حتى لو أدى أقل من صاع من التمر يساوي نصف صاع من بر لا يجوز لان القيمة لا تعتبر في المنصوص عليه فصار كما لو أدى نصف صاع من تمر جيد يساوي صاعا من الوسط حيث لا يجوز لما ذكرنا ولا يرد على هذا ما لو أطعم خمسة وكسا خمسة في كفارة اليمين حيث تجوز الكسوة عن الاطعام بالقيمة والكسوة منصوص عليها وحيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر اجزاء ولا ما لو أعتق نصف رقبة وصام شهرا حيث لا يجوز تكميل أحدهما بالآخر لان شرط منع اعتبار القيمة وشرط جواز التكميل اتحاد الجنس فلم يوجد لان الكسوة غير الاطعام والاعتاق غير الصيام فلم يوجد شرط منع جواز القيمة في الاولى ولا علة جواز التكميل في الاخريين ولان الصوم بدل عن العتق فلا يجوز الجمع بينهما وفي كفارة اليمين هو مخير بين ثلاثة أشياء فقضيته أن يتناول أحدها كله فاذا أتى ببعض واحد منها وأراد تكميله ببعض الآخر لا يجزيه لعدم الامتثال لان من خير بين أشياء ليس له أن يختار بعض كل منها ويلزم من هذا أن يكون مخيرا بين أربعة أشياء وهو خلاف النص ولا يلزم على ما ذكرنا من اشتراط اتحاد الجنس في التكميل أن يجوز عتق نصف رقبتين مشتركتين بينه وبين غيره لان المنصوص عليه الرقبة ونصف الرقبتين ليس برقبة بخلاف ما لو اشتركا في أضحية شاتين حيث يجوز لان الشركة لا تمنع صحة الاضحية ولا يرد على ما ذكرنا جزاء الصيد فانه يجوز الجمع فيه بين الصيام والاطعام والهدي وهي مختلفة لانا نقول هذا ليس بتكميل لان التكميل يكون في المحظور بل هو عمل بموجب النص في كل واحد كأن ليس معه غيره وهذا لان الواجب عليه القيمة بالغة ما بلغت ثم هو مخير فيها وفي كل جزء من أجزائها ان شاء جعله صوما أو غيره بخلاف كفارة اليمين لان الواجب عليه أحدها غير عين فلا يجمع ولو فرق على كل مسكين أقل من نصف الصاع من البر أو أقل من صاع من الشعير بأن أعطى القدر الواجب لمسكينين أو أكثر لا يجزيه وعليه أن يتم لكل مسكين نصف صاع من بر أو صاعا من تمر أو شعير بخلاف صدقة الفطر فان له أن يفرق نصف صاع من بر على مسكينين أو أكثر والفرق أن العدد منصوص عليه في الكفارة كما نص على قدر الواجب فيكون لكل واحد ما يخصه من الواجب وأما صدقة الفطر فالعدد فيها مسكوت عنه فله أن يفرق القدر على أي عدد شاء ولكن الافضل أن يعطي مسكينا واحدا ليتحقق الاغناء لان ما دون نصف صاع لا يحصل به الاغناء قال رحمه الله (فلو أمر غيره أن يطعم عنه عن ظهاره ففعل أجزأه) لانه طلب منه التمليك معنى والفقير قابض له أولا ثم لنفسه فيتحقق تملكه ثم تمليكه كما لو وهب الدين من غير من عليه الدين وأمره بقبضه يجوز لانه يصير قابضا للآمر ثم يجعله لنفسه ثم في ظاهر الرواية ليس للمأمور أن يرجع على الآمر لانه يحتمل الهبة والقرض فلا يرجع بالشك وعن أبي يوسف أنه يرجع ويجعل قرضا لانه أدناهما ضررا قال رحمه الله (وتصح الاباحة في الكفارات والفدية دون الصدقات والعشر) وقال الشافعي لا يجوز في الكفارات والفدية أيضا الا التمليك لانه أدفع للحاجة والاطعام يذكر للتمليك عرفا يقال أطعمتك هذا الطعام أي ملكتكه فيحمل عليه أو هو مراد بالاجماع فانتفى الآخر أن يكون مرادا لان فيه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو العموم في المشترك وكل ذلك لا يجوز ولانها صدقة واجبة فيكون من شرطها التمليك كالزكاة وصدقة الفطر والكسوة في كفارة اليمين ولنا أن المنصوص عليه في الكفارة والفدية الاطعام وهو حقيقة في التمكين لانه عبارة عن جعل الغير طاعما وذلك بالاباحة وانما جاز التمليك بدلالة النص والعمل بها لا يمنع العمل بالحقيقة ألا ترى أن ضرب الوالدين وشتمهما يحرم بدلالة النص في قوله تعالى ولا تقل لهما أف مع

(قوله وأما صدقة الفطر الخ) ذكر الشارح رحمه الله في باب صدقة الفطر أنه يجب دفع صدقة فطر كل شخص الى مسكين حتى لو فرقه على مسكينين أو أكثر لم يجز لان المنصوص عليه هو الاغناء ولا يستغنى بما دون ذلك وجوز الكرخي تفريق صدقة شخص واحد على مساكين لان الاغناء يحصل بالمجموع اه (قوله مسكوت عنه) والمعتبر فيها المقدار دون العدد اه (قوله في المتن فلو أمر) أي المظاهر اه (قوله وانما جاز التمليك بدلالة النص الخ) ووجهه أن التمليك يصلح لقضاء الحوائج والاكل جزء منها فاذا جاز بجزء فالكل أولى اه من خط الشارح

(قوله وهو التأفيف) كذا هذا فلا نص على دفع حاجة الاكل فالتمليك الذى هو سبب لدفع الحاجات التى من جملتها الاكل أجوز فانه حينئذ دافع لحاجة الاكل وغيره اه كمل (قوله فكان المعتبر أكلتان) قال الكمال رحمه الله المعتبر أكلتان مشبعتان بخبز غير مأدوم ان كان خبز برفى سائر الكفارات ككفارة الظهار والافطار واليمين وجزاء الصيد والفدية سواء كانتا غداء وعشاء أو غداءين أو عشاءين بعد اتحاد الستين فلو غدى ستين وعشى آخرين لم يجز والمعتبر الاشباع عن أبى حنيفة فى كفارة اليمين لو قدم بين يدى عشرة أربعة أرغفة أو ثلاثة فشبعوا أجزأه وان لم يبلغ ذلك الاصاعا أو نصف صاع فان كان أحدهم شبعان اختلفوا قال بعضهم يجوز لانه وجد إطعام عشرة وقد شبعوا وقال بعضهم لا يجوز لان المعتبر إشباعهم (١٢) وهو لم يشبعهم بل أشبع التسعة اه وكتب على قوله أكلتان ما نصه كذا بخط الشارح اه

بقاء الاصل مرادا وهو التأفيف بخلاف المستشهد به لان المنصوص عليه فيها الايتاء والاداء والكسوة وهى تقتضى التمليك قال رحمه الله (والشرط غداآن أو عشاآن مشبعان أو غداء وعشاء) لان المعتبر دفع حاجة اليوم وذلك بالغداء والعشاء عادة ويقوم قدرهما مقامهما فكان المعتبر أكلتان والسحور كالغداء ولو غدى ستين وعشى ستين غيرهم لم يجزه الا أن يعيد على أحد الستين منهم غداء أو عشاء ولا بد من الادام فى خبز الشعير والذرة ليمكنه الاستيفاء الى الشبع بخلاف خبز البر فاذا شبعوا أجزأه قليلا أكلوا أو كثيرا لحصول المقصود ولو كان فيمن أطعمهم صبى فطيم لم يجزه لانه لا يستوفى كاملا وكذا لو كان بعضهم شبعان قبل الاكل قال رحمه الله (وان أعطى فقيرا شهرين صح) أى لو أطعم فقيرا واحدا ستين يوما أجزأه وقال الشافعى رحمه الله لا يجزيه لان التفريق على الستين واجب بالنص فلا يجوز ابطاله بالتعليل ولنا ان المقصود سد خلة المحتاج والحاجة تتجدد بتجدد الايام فكان فى اليوم الثانى كمسكين آخر لتجدد سبب الاستحقاق قال رحمه الله (ولو فى يوم لا الا عن يومه) أى لو أعطى مسكينا واحدا كله فى يوم واحد لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهذا فى الاعطاء بدفعة واحدة أو اباحة من غير خلاف لان الواجب عليه التفريق بالنص ولم يوجد كالحاج اذا رمى الجمرة بسبع حصيات بدفعة واحدة لا يجزيه الا عن واحدة وأما اذا ملكه بدفعات فقد قيل يجزيه لان التمليك أقيم مقام حقيقة الاطعام والحاجة بطريق التمليك ليس لها نهاية فكان المدفوع هالكا ولا معنى لاشتراط مضى زمان تتجدد فيه حاجة الاكل مع تحقق الحاجات ألا ترى أنه لو كسا رجلا عشرة أيام كل يوم ثوبا جاز ولا يشترط فيه مضى زمان تتجدد فيه الحاجة الى الكسوة وهذا لانه بعدما أخذ صار كفقير آخر ولهذا جاز له أن يدفع اليه عن كفارة أخرى غير جنس الاولى ككفارة اليمين والقتل وجاز لغيره أن يدفع اليه بخلاف ما اذا ملكه بدفعة واحدة لان التفريق منصوص عليه فلا يجوزونه وبخلاف الاباحة لانه لا يندفع به الا حاجة واحدة وهى حاجة الاكل فى يوم واحد وقيل لا يجزيه الا عن يومه ذلك وهو الصحيح ووجهه أن المعتبر سد خلته وقد اندفعت حاجته فى ذلك اليوم فالصرف اليه بعد ذلك يكون اطعام الطاعم فلا يجوز كما لا يجوز دفعها الى الغنى بخلاف كفارة أخرى لان المستوفى كالمعدوم بالنسبة الى غيرها وبخلاف الثوب لان تجدد الحاجة اليه يختلف باحوال الناس فلا يمكن تعليق الحكم بعينها لتعذر الوقوف عليها فأقيم مضى الزمان مقامها لانها به تتجدد وأدنى ذلك يوم لجنس الحاجة وما دونه ساعات لا يمكن ضبطها قال رحمه الله (ولا يستأنف بوطئها فى خلال الاطعام) لان النص فى الاطعام مطلق غير مقيد بما قبل المسيس فيجرى على اطلاقه ولا يجوز حمله على النص المقيد فى الاعتاق والصوم بالقياس ولا بخبر الواحد وهو قوله عليه الصلاة والسلام للذى واقع امرأته قبل ان يكفر استغفر الله تعالى ولا تعد حتى تكفر لان التقييد نسخ فلا يجوز بمثله وانما منع من الوطء قبله لجواز أن

(قوله وقال الشافعى لا يجزيه الخ) قال الكمال وقال مالك والشافعى وهو الصحيح من مذهب أحمد لا يجزيه وهو قول أكثر العلماء لانه نص على ستين مسكينا وبتكرير الحاجة فى مسكين واحد لا يصير هو ستين فكان التعليل بان المقصود سد خلة المحتاج الى آخر ما ذكر مبطلا لمقتضى النص فلا يجوز وأصحابنا أشد موافقة لهذا الاصل ولهذا قالوا فى المسئلة الآتية عن قريب وهى ما اذا ملك مسكينا واحدا وظيفة ستين بدفعة واحدة لا يجوز لان التفريق واجب بالنص فيكون المدفوع كله عن وظيفة واحدة كما اذا رمى الجمرات السبع مرة واحدة يحتسب عن رمية مع أن تفريق الدفع غير مصرح به وانما هو مدلول التزامى بعدد المساكين ستين فالنص على العدد أولى لانه المستلزم وغاية ما يعطيه كلامهم أن بتكرر الحاجة يتكرر المسكين حكما فكان تعددا حكما وتمامه موقوف على أن ستين مسكينا مرادا به الاعم من الستين حقيقة أو حكما ولا يخفى أنه مجاز فلا مصير اليه الا بموجبه فان قلت المعنى الذى باعتباره يصير اللفظ مجازا ويندرج فيه التعدد الحكمى يقدر ما هو قلت هو الحاجة لكون ستين مسكينا مجازا عن ستين حاجة وهو أعم من كونها حاجات ستين أو حاجات واحد الا أن الظاهر انما هو عدد معدوده ذوات المساكين مع عقلية العدد مما يقصد لما فى تعميم الجميع من بركة الجماعة وشمول المنفعة واجتماع القلوب على المحبة والدعاء اه (قوله فكان فى اليوم الثانى) الذى بخط المصنف فكان يوم الثانى كمسكين آخر اه (قوله ككفارة اليمين والقتل) وكذا لو دفع اليه عن كفارتين من جنس واحد عند محمد رحمه الله وقال فى المنظومة فى كتاب الايمان إطعام عشر والكل تما * صاعا لخمسين يجوز عنهما
(قوله وانما منع من الوطء قبله) لا لذات المسيس بل الخ اه

يقدر على التحرير أو الصيام فيقعان بعده والنهي لغيره لا يعدم المشروعية ولا يقتضي الفساد قال رحمه الله (ولو أطعم عن ظهارين ستين فقيرا كل فقير صاع صح عن واحد وعن افطار وظهار صح عنهما) وقال محمد صح في الظهارين أيضا عنهما لان في المؤدى وفاء بهما والفقير مصرف لهما فصار كما لو ملكه بدفعتين أو اختلف جنس الكفارة ولهما أنه زاد في قدر الواجب ونقص عن المحل فلا يجوز الا بقدر المحل كما لو أعطى ثلاثين مسكينا عن ظهار واحد كل واحد منهم صاعا لان الواجب عليه في الواحدة اطعام ستين وفي كفارتين اطعام مائة وعشرين فقيرا فاذا نقص عنه لا يجوز والفقه فيه أن النية في الجنس الواحد لغو لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة لاختلاف الاغراض فيها فلا يحتاج اليها في الجنس الواحد لعدم الفائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يلغو فاذا لغت نية العدد بقيت نية مطلق الظهار والمؤدى يصلح كفارة واحدة لان التقدير بنصف الصاع لمنع النقصان فلا يمنع الزيادة فصار كما اذا نوى أصل الكفارة ولم يزد عليه بخلاف ما اذا فرق الدفع أو كانتا جنسين لما بينا قال رحمه الله (ولو حرر عبدين عن ظهارين ولم يعين صح عنهما ومثله الصيام والاطعام) أي لو أعتق رقبتين عن كفارتي ظهار أو صام عنهما أربعة أشهر أو أطعم مائة وعشرين مسكينا لا ينوي احداهما بعينها جاز لان الجنس متحد فلا حاجة الى نية التعيين على ما مر قال رحمه الله (وان حرر عنهما رقبة أو صام شهرين صح عن واحد وعن ظهار وقتل لا) أي لو أعتق رقبة واحدة عن ظهارين أو صام عنهما شهرين جاز وكان له أن يجعل ذلك عن أيهما شاء وان أعتق رقبة مؤمنة عن ظهار وقتل لم يجز عن واحد منهما وان كانت كافرة جاز عن الظهار استحسانا لان الكافرة لا تصلح لكفارة القتل فتعينت للظهار وقال زفر لا يجزيه عن واحد منهما في كفارتي ظهار أيضا وقال الشافعي رحمه الله له أن يجعل عن احداهما في الفصلين لان الكفارات كلها عنده جنس واحد لاتحاد المقصود وهو الستر ولهذا حمل المطلق في احداهما على المقيد في الاخرى ولزفر أنه أعتق عن كل واحدة منهما نصف العبد فلغا ولا قدرة له بعد ذلك أن يجعله عن إحداهما لخروج الامر من يده والقياس ما قاله زفر رحمه الله وجه الاستحسان أن نية التعيين في الجنس المتحد لغو وفي المختلف مفيد على ما تقدم فاذا الغا بقي مطلق النية فله أن يعين أيهما شاء كما لو أطلقه في الابتداء ألا ترى أنه لو نوى قضاء يومين من رمضان يجزيه عن يوم واحد ولو نوى عن القضاء والنذر أو عن القضاء والكفارة لا يجزيه عن واحد منهما ويعرف اختلاف الجنس في الحكم باختلاف السبب والصلوات كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وكذا حكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه معلق بشهود الشهر وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلاجل ذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم السبت مثلا أو يوم الاحد حتى لو كان عليه قضاء يومين من رمضانين يشترط التعيين عن أحدهما ولو نوى ظهرا وعصرا أو نوى ظهرا وصلاة جنازة لم يكن شارعا في واحدة منهما للتنافي وعدم الرجحان ولو نوى ظهرا ونفلا لم يكن شارعا أصلا عند محمد لانهما يتنافيان وعند أبي يوسف يقع عن الظهر لانه أقوى وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ولو نوى صوم القضاء والنفل أو الزكاة والتطوع أو الحج المنذور والتطوع يكون تطوعا عند محمد لانهما بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية فصار نفلا وعند أبي يوسف يقع عن الاقوى ترجيحا له عند التعارض وهو الفرض أو الواجب ولو نوى حجة الاسلام والتطوع فهو حجة الاسلام اتفاقا أما عند أبي يوسف فظاهر وأما عند محمد فلان الجهتين بطلتا بالتعارض فبقي مطلق النية وبه تتأدى حجة الاسلام والله أعلم

﴿باب اللعان﴾

(قوله في المتن ولو أطعم عن ظهارين الخ) قال في المبسوط ولو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من ظهارين عن امرأة واحدة أو امرأتين لم يجزه الا من أحدهما في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويجزيه في قول محمد عنهما وكذلك الاختلاف فيما لو أطعم ستين مسكينا كل مسكين صاعا من حنطة من إفطارين وبه صرح في شرح الطحاوي اهـ اتقاني (قوله لان في المؤدى وفاء بهما) أي بالكفارتين لان المقدار الواجب لكل مسكين نصف صاع من كل واحدة من الكفارتين والصاع يعدل ذلك (قوله والفقير مصرف لهما) أي المسكين لا يخرج باخذ أحد الحقين عن كونه مصرفا لاحتياجه مع ذلك ولهذا لو أعطاه نصف الصاع عن إحدى الكفارتين ثم أعطى النصف الآخر اياه عن الكفارة الاخرى جاز بالاتفاق اهـ اتقاني (قوله ونقص عن المحل) أي لان محل الظهارين مائة وعشرون مسكينا اهـ (قوله والفقه فيه الخ) قال الاتقاني رحمه الله وعندي قول محمد أقوى لانا لا نسلم أن النية في الجنس الواحد لا تفيد لانه اذا اعتبرت نيته يقع المؤدى عن الكفارتين واذا لم تعتبر لم يقع اهـ (قوله أو كانتا جنسين) كالقتل والظهار فان نية التمييز فيه مفيدة (قوله يشترط التعيين عن أحدهما) هذا خلاف المختار قال الكمال في الصوم ولو وجب عليه قضاء يومين من رمضان واحد الاولى أن ينوي أول يوم وجب عليه قضاؤه من هذا الرمضان وان لم يعين الاول جاز وكذا لو كان من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لا غير جاز اهـ

﴿باب اللعان﴾

وهو في اللغة الطرد والابعاد وسمي به لما فيه من لعن نفسه في الخامسة وهو من تسمية الكل باسم البعض كالتشهد وكالصلاة تسمى ركوعا وسجودا وسبحة لوجود ذلك كله فيها وشرطه قيام الزوجية وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد في الاجنبية وركنه شهادات مؤكدات باليمين واللعن وحكمه حرمة الوطء بعد التلاعن وأهله من هو أهل لاداء الشهادة على ما يجيء مفصلا قال رحمه الله (هي شهادات مؤكدات بالايمان مقرونة باللعن قائمة مقام حد القذف في حقه ومقام حد الزنا في حقها) وقال الشافعي رحمه الله هي أيمان مؤكدات بلفظ الشهادة لقوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فقوله تعالى بالله محكم في اليمين والشهادة تحتمل اليمين فحملنا المحتمل على المحكم لاسيما اذا تعذر حمله على الحقيقة لان الشهادة لنفسه غير مقبولة بخلاف اليمين وتكرره يدل على أنه يمين أيضا لانها شرعت مكررة كما في القسامة دون أداء الشهادة ولنا قوله تعالى والذين يرمون أزواجهم ولم يكن لهم شهداء الا أنفسهم استثنى أنفسهم عن الشهداء فثبت أنهم شهداء لان المستثنى يكون من جنس المستثنى منه ثم نص على شهادتهم فقال فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله فنص على الشهادة واليمين فقلنا الركن هو الشهادة المؤكدة باليمين ولان الحاجة هنا الى ايجاب الحكم من الطرفين والذي يصلح للايجاب هو الشهادة الا أنها أكدت باليمين لانه يشهد لنفسه والتأكيد لا يخرجه من أن يكون شهادة وقوله الشهادة لنفسه غير مقبولة قلنا انما لا تقبل في موضع التهمة وأما اذا انتفت التهمة فمقبولة قال الله تعالى شهد الله أنه لا اله الا هو فهذه من أصدق الشهادات لانتفاء التهمة والتهمة فيما نحن فيه منتفية باليمين وما قاله الشافعي لا يستقيم لانه يلزم من حمل الشهادة في الآية على اليمين أن يحلف عن غيره فيكون التقدير ولم يكن لهم حالفون الا أنفسهم وأن يكون

موجبا

اللعان هو مصدر لاعن سماعي لا قياسي والقياس الملاعنة وكثير من النحاة يجعلون الفعال والمفاعلة قياسين لفاعل اه فتح (قوله وهو في اللغة الطرد الخ) وفي الفقه هو اسم لما يجري بين الزوجين من الشهادات بالالفاظ المعروفة سمي بذلك لوجود اللعن في الخامسة تسمية للكل باسم الجزء ولم يسم باسم من الغضب وهو أيضا موجود فيها وهو أيضا في كلامها وذلك في كلامه وهو أسبق والسبق من أسباب الترجيح اه كمال (قوله وسبحة) قال في النهاية والسبحة من التسبيح كالسخرة من التسخير وانما خصت النافلة بالسبحة وان شاركتها الفريضة في معنى التسبيح لان التسبيحات في الفرائض نوافل فقيل لصلاة النافلة سبحة لانها نافلة كالتسبيحات والاذكار في أنها غير واجبة اه وفي المصباح التسبيح التقديس والتنزيه يقال سبحت الله أي نزهته عما يقول الجاحدون ويكون بمعنى الذكر والصلاة يقال فلان يسبح الله أي يذكره باسمائه نحو سبحان الله وهو يسبح أي يصلي السبحة فريضة كانت أو نافلة ويسبح على راحلته أي يصلي النافلة وسبحة الضحى ومنه فلولا أنه كان من المسبحين أي من المصلين اه (قوله وشرطه قيام الزوجية) قال الاتقاني وشرطه أن يكونا زوجين حرين مسلمين عاقلين بالغين غير محدودين في القذف وان يكون النكاح بينهما صحيحا سواء دخل بها أو لم يدخل كذا في شرح الطحاوي وانما اشترطت الزوجية لان الله تعالى خصه بالازواج حتى لو قذفها ثم طلقها ثلاثا أو بائنا فلا حد ولا لعان وكذا اذا كان النكاح فاسدا لا يجب اللعان لانه ليس بزوج مطلقا واشترطت الحرية لان الرق مناف للشهادة واللعان شهادة مؤكدة باليمين والحرية من جانبها من شرائط احصان القذف واشترط الاسلام لان الاسلام من شرائط الاحصان حتى لا يجب الحد على قاذف الكافرة فكذا لا يجب اللعان أما اذا كان الزوج كافرا والمرأة مسلمة بان أسلمت المرأة فقذفها بالزنا قبل عرض الاسلام عليه لا يجب اللعان لانه لا شهادة للكافر على المسلمة واشترط العقل والبلوغ لان لا صحة القذف بدونهما واشترط نفي الحد في القذف لان المحدود لا شهادة له بالنص اه (قوله وسببه قذف الرجل زوجته قذفا يوجب الحد) قال الاتقاني قذف الرجل زوجته قذفا صحيحا ونعني بالصحيح ما يوجب الحد في حق الاجانب بان كان عاقلا بالغا والمرأة عاقلة بالغة لان القذف من الصغير والمجنون ليس بموجب للحد لعدم العقل ولان قذف المجنونة والصغيرة بالزنا كذب لانه لا يتصور الزنا منهما فلا يكون قذفا صحيحا اه (قوله وأهله من هو أهل لاداء الشهادة الخ) فلا يجري الا بين المسلمين الحرين العاقلين البالغين غير المحدودين في قذف لقوله تعالى فشهادة أحدهم اه ع (قوله في المتن هي شهادات) التأنيث باعتبار الملاعنة أو بالنظر الى قوله شهادات اه عيني (قوله قائمة مقام حد القذف في حقه) ولهذا يشترط كونها ممن يحد قاذفها ولا تقبل شهادته بعد اللعان أبدا اه ع (قوله ومقام حد الزنا في حقها) ولهذا لو قذفها مرارا يكفي لعان واحد كالحد اه ع (قوله وقال الشافعي هي أيمان مؤكدات الخ) فيشترط أهلية اليمين عنده فيجري بين المسلم وامرأته الكافرة وبين الكافر وامرأته الكافرة وبين العبد وامرأته وبه قال مالك وأحمد اه عيني (قوله والشهادة تحتمل اليمين) ألا ترى أنه لو قال أشهد ينوي اليمين كان يمينا اه فتح (قوله لانها شرعت مكررة كما في القسامة) ولان الشهادة محلها الاثباتات واليمين للنفي فلا يتصور تعليق حقيقتهما بامر واحد فوجب العمل بحقيقة أحدهما ومجاز الآخر فليكن المجاز لفظ الشهادة لما قلنا من الموجبين المذكورين وهذا التقرير في حل مذهبه يوجب أن يقال أيمان مؤكدة بايمان لا أيمان مؤكدة بالشهادة اه كمال وقوله لانها شرعت مكررة الخ يعني لم يعهد شرعا تكرر الشهادة اه (قوله فثبت أنهم شهداء) أي لان الاستثناء من النفي اثبات اه

موجبا للحكم على غيره بيمينه وفساده لا يخفى على أحد لان أحدا لا يحلف عن غيره ولا يوجب الحكم بيمينه على غيره وتكرارها لقيامها مقام الشهود وهم أربعة فى الزنا فكذا ما قام مقامهم فقرن الشرع الركن فى جانبه باللعن لو كان كاذبا وبالغضب فى جانبها لو كان صادقا لان الصادق أحدهما والقاضى لا يعلم ذلك فكان اللعن فى جانبه قائما مقام حد القذف وفى جانبها صار الغضب قائما مقام حد الزنا لان الاستشهاد بالله تعالى كاذبا مهلك كالحد فقام مقامه ولهذا لو قذفها مرارا يكفى لعان واحد كالحد بخلاف ما اذا قذف جماعة من نسائه بكلمة واحدة أو كلمات حيث يلاعن كل واحدة منهن على حدة بخلاف الحد والفرق أن المقصود يحصل بحد واحد وهو دفع العار عن المقذوفين ولا يحصل فى اللعان لانه يتعذر الجمع فى كلمات اللعان وقد يكون صادقا فى البعض دون البعض فلا بد من اللعان مع كل واحدة ليحصل المقصود به وهو التفريق وثمرة الخلاف بيننا وبين الشافعى تظهر فى هذا أعنى فى تكرر اللعان وفى اشتراط أهلية الشهادة فعندنا يشترط وعنده يشترط أهلية اليمين وهو أن يكون ممن يملك الطلاق وهذا القول يؤدى الى أن اللعان لا يقوم مقام حد القذف لانه يؤدى الى أن الاحصان ليس بشرط فى المقذوف بل يشترط فيه أهلية اليمين لا غير واللعان لم يشرع الا قائما مقام الحد فكان باطلا قال رحمه الله (ولو قذف زوجته بالزنا وصلحا شاهدين وهى ممن يحد قاذفها أو نفى نسب الولد وطالبته بموجب القذف وجب اللعان) قيد القذف بالزنا لانه لو قذفها بغيره لا يجب اللعان لانه قائم مقام الحد فلا يجب الا بما يجب به الحد وكان الموجب الاصلى الحد لقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم الآية ولما روى عن ابن مسعود أنه قال كنا جلوسا فى المسجد ليلة الجمعة اذ دخل أنصارى فقال يا رسول الله أرأيتم الرجل يجد مع زوجته رجلا فان قتل قتلتموه وان تكلم جلدتموه وان سكت سكت على غيظ ثم قال اللهم افتح فنزلت آية اللعان وقال عليه الصلاة والسلام لهلال حين قذف امرأته ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك والا فحد على ظهرك فقالت الصحابة رضى الله عنهم الآن يجلد هلال بن أمية فتبطل شهادته فى المسلمين فثبت بهذا أن موجبه كان الحد ثم انتسخ فى حق الزوجات باللعان واستقر عليه وعند الشافعى موجبه الحد ولكن يتمكن من اسقاطه باللعان وقوله وصلحا شاهدين أى الزوجان لان الركن فيه الشهادة لما مر والشرط أن يكونا أهلا للاداء وقال فى الغاية يبطل هذا بلعان الاعمى فانه ليس من أهل الاداء وهذا غلط لان الاعمى من أهل الشهادة الا أن شهادته لا تقبل لانه لا يميز بين المشهود له والمشهود عليه ولهذا ينعقد النكاح بحضوره ذكره فى شرح الطحاوى وشرح الجامع الصغير لقاضيخان وتشترط صلاحيتهما للشهادة على المسلم حتى لا يجرى اللعان بين الكافرين ولا بين كافر ومسلم وان صلح شاهدا على مثله على ما يأتى بيانه من قريب وقوله والمرأة ممن يحد قاذفها لان اللعان قائم مقام حد القذف فى حقه فلا بد من احصانها وذكر فى النهاية فائدة تخصيص المرأة بكونها ممن يحد قاذفها وان كان هذا أيضا فى حق الرجل كذلك حتى لو كان ممن لا يحد قاذفه وهى محصنة لا يجرى اللعان بينهما الا أنه اذا كان منها لا يجب شئ وان كان منه يجب عليه الاصل وهو حد القذف فلا يخلو عن موجب ما اذا كان منه إما الاصل أو الخلف فكان فائدة تخصيص المرأة عدم وجوب شئ ما وهذا الذى ذكره خطأ فاحش لان من شرط اللعان أن يكونا من أهل الشهادة لانه شهادة عندنا على ما تقدم وكونه ممن لا يحد قاذفه لا يخل بهذا الشرط لان من لا يحد قاذفه وهو الزانى أهل للشهادة وانما زناه فسق منه والفاسق أهل لها ولهذا يجرى اللعان بين فاسقين وانما يشترط ذلك فى حقها لتثبت عفتها لان حد القذف لا يجب الا اذا كان المقذوف عفيفا عن فعل الزنا فكذا اللعان لانه قائم مقامه وهذا لان من شرط اللعان أن تطالب المرأة بموجب القذف وهو الحد واذا لم تكن عفيفة ليس لها أن تطالب به لفوات شرطه فلا يتصور اللعان ولم يوجد فى حقه هذا المعنى فلأى معنى يمتنع وقوله أو نفى نسب الولد وقال القدورى أو نفى نسب ولدها وهو المراد بالاول وفى الغاية أو نفى نسب ولدها المولود على فراشه وهذا التقييد لا يفيد لانه لو نفى نسب ولدها من

(قوله وقال فى الغاية يبطل هذا الخ) مدعى صاحب الغاية أنه ليس من أهل أداء الشهادة ومدعى الشارح أنه من أهل الشهادة فلم يتواردا على محل واحد والانسب أن يقال لان الاعمى من أهل أداء الشهادة ولهذا لو قضى القاضى بشهادته جاز كما نص عليه فى الكفاية وغيرها اه وروى ابن المبارك عن أبى حنيفة أن الاعمى لا يلاعن اه فتح

(قوله وانما يشترط ذلك) أى كونها ممن يحد قاذفها اه من خط الشارح

غيره عن أبيه المعروف يكون قذفا لها أيضا كما لو نفاه عنه أجنبي فيكون موجبه اللعان لما تلونا ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بشبهة كما لو نفاه أجنبي لان الاصل في النسب الصحيح والنكاح الفاسد ملحق به فنفيه عن الفراش الصحيح يكون قذفا حتى يظهر الملحق به وفي المحيط اذا نفى الولد بان قال ليس بابني ولم يقذفها بالزنا لا لعان بينهما لان النفي ليس بقذف لها بالزنا يقينا لجواز أن يكون الولد من غيره بوطء عن شبهة لا عن زنا بأن زوجت نفسها من غيره وفي النهاية جعل هذا قول الشافعي ثم قال وأجمعوا أنه لو قال لاجنبية ليس هذا الذى ولدتيه من زوجك لا يصير قاذفا ما لم يقل إنه من الزنا والقياس ما قاله الا أنا تركناه لضرورة في اللعان لان الزوج قد يعلم أن الولد ليس منه اما لانه لم يقربها أو عزل عنها عزلا بينا ولا يدرى من أين هو وهذه الضرورة منعدمة في حق غيره وهذا يخالف ماذكره هنا وماذكره في الهداية وغيره في هذا الموضع وفي كتاب الحدود فانه قال ومن نفى نسب غيره فقال لست لابيك فانه يحد ولم يشترط أن يصرح بالزنا مع نفي الولد حتى يكون قذفا فكيف يصح ماقاله ومن أين هذا الاجماع وكيف يصح قول صاحب المحيط إن اللعان لا يجب بنفي الولد وهو مخالف لعامة الكتب وقوله وطالبته توجب القذف يعني الحد لانه حقها فلا بد من طلبها كسائر حقوقها الا أن يكون القذف بنفي الولد فان له أن يطلب لاحتياجه الى نفي نسب من ليس منه قال رحمه الله (فان أبى حبس حتى يلاعن أو يكذب نفسه فيحد) لانه امتنع عن ايفاء حق مستحق عليه لقوله تعالى فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله أى فالواجب شهادة أحدهم أو نقول انه خبر أريد به الامر وهو أقوى وجوه الامر أو لان المصدر المقرون بالفاء في موضع الجزاء يراد به الامر كقوله تعالى فتحرير رقبة أو لانه بدل عن الحد فيجب كوجوبه فاذا كان واجبا يحبس عليه حتى يأتي به أو يكذب نفسه فيرتفع سبب اللعان وهو التكاذب قال رحمه الله (فان لاعن وجب عليها اللعان) لما بينا في حق الزوج الا أنه يبدأ بالزوج لانه المدعي فيطالب منه الحجة أولا قال رحمه الله (فان أبت حبست حتى تلاعن أو تصدقه) لانه حق مستحق عليها وهي تقدر على ايفائه فتحبس حتى توفي أو تصدقه فيرتفع السبب وفي بعض نسخ مختصر القدوري أو تصدقه فتحد وهو غلط لان الحد لا يجب بالاقرار مرة فكيف يجب بالتصديق مرة وهو لا يجب بالتصديق أربع مرات لان التصديق ليس باقرار قصدا فلا يعتبر في حق وجوب الحد ويعتبر في درئه فيندفع به اللعان ولا يجب به الحد ولو صدقته في نفي الولد فلا حد ولا لعان وهو ولدهما لان النسب انما ينقطع حكما للعان فلم يوجد وهو حق الولد فلا يصدقان في ابطاله وقال الشافعي اذا امتنع الزوج من اللعان يحد لانه وجب عليه الحد بالقذف لقوله تعالى فاجلدوهم الا أنه يتمكن من دفعه باللعان تخفيفا عليه فاذا لم يدفع يحد وكذا المرأة اذا أبت تحد حد الزنا لان الزوج أوجب عليها الحد بلعانه ولكن تتمكن من دفعه باللعان لقوله تعالى ويدرأ عنها العذاب أن تشهد أى يدفع عنها الحد شهادتها قلنا قذف الرجل امرأته لا يوجب الحد عند اجتماع شرائط اللعان وما تلاه منسوخ في حق الزوجين بآية اللعان ولو كان موجبا لما سقط بشهادته أو يمينه لان الحقوق لا تسقط به وكذا لا يجب على المرأة الحد بشهادته أو يمينه فكيف يجب بقول الواحد الحد الذي لا يجب الا بشهادة أربعة عدول يشهدون أنهم رأوه يزني بها كالميل في المكحلة وهذا ينفيه الكتاب والسنة واجماع الامة والمراد بالعذاب فيما تلا والله أعلم الحبس أو يحتمله فلا يدل على ما قال والعجب من الشافعي أنه لا يقبل شهادة الزوج عليها بالزنا مع ثلاثة عدول ثم يوجب الحد عليها بقوله وحده وان كان عبدا أو فاسقا أو كافرا وأعجب منه أنه يمين عنده وهو لا يصلح لايجاب المال ولا لاسقاطه بعد الوجوب فأسقطت المرأة به الحد هنا عن نفسها وكذا الزوج أسقط به الحد عن نفسه وأوجب الرجم الذي هو أغلظ الحدود به على المرأة وجعله شهادة في حقه وهذا تناقض ظاهر فان قال انما وجب عليها الحد بامتناعها عن اللعان لانه نكول قلنا النكول عنده لا يوجب المال مع أنه يثبت مع الشبهة فكيف يوجب الرجم الذي هو أغلظ الحدود وأصعبها اثباتا وأكثرها شروطا قال رحمه الله (فان لم يصلح شاهدا حد) يعني اذا كانت هي من أهل اللعان بان كانت صالحة للشهادة عليه وهو لا يصلح بان كان كافرا أو

(قوله وطالبته توجب القذف الخ) قال الكمال رحمه الله قوله ويشترط طلبها وبه قالت الائمة الثلاثة لانه أى اللعان حقها لانه لدفع العار عنها فيشترط طلبها اهـ (قوله والعجب من الشافعي الخ) قال الكمال رحمه الله وفي كافي الحاكم اذا شهد الزوج وثلاثة نفر على المرأة بالزنا جازت شهادتهم فتحد هي وان كان الزوج قذف وجاء بثلاثة نفر فشهدوا حد الثلاثة ولاعن الزوج اهـ (قوله وجعله شهادة في حقه) أى في حق ايجاب الحد عليها اهـ ﴿فروع﴾ قذفها ثم طلقها بائنا سقط اللعان ولا يجب الحد ولو تزوجها بعد ذلك لان الساقط لا يعود وهو قول الائمة الاربعة ولو قذف أجنبية ثم تزوجها ثم قذفها ثانيا وجب الحد بالاول واللعان بالثاني ويحد للاول ليسقط اللعان ولو طلبت اللعان أولا يلاعن ثم يحد بخلاف حدود القذف اذا اجتمعت فانه يكفي حد واحد لاتحاد الجنس ولو قال قذفتك قبل أن أتزوجك أو زنيت قبل أن أتزوجك فهو قذف في الحال فيلاعن وقال مالك والشافعي يحد وما في خزانة الاكمل من أنه يلاعن في قوله زنيت قبل أن أتزوجك ويحد في قوله قذفتك قبل أن أتزوجك أوجه ولو قذفها ثم زنت أو وطئت بشبهة فلا حد ولا لعان ويسقط اللعان بردتها ولو أسلمت بعده لا يعود ولو قذفها ثم أبانها سقط اللعان ولو كذب نفسه بعد ذلك لا يحد بخلاف ما لو كذب نفسه بعد اللعان اهـ فتح

عبدا

(قوله صفة اللعان الخ) ظاهر في تعينه كذلك حتى لو أخطأ القاضي فبدأ بها قبله لا يفيد لعانها فيعيده بعده وبه قال الشافعي وأحمد وأشهب من المالكية وفي البدائع أنه يعيد اللعان عليها لان اللعان شهادة والمرأة بشهادتها تقدح في شهادة الزوج فلا يصح الا بعد وجود شهادته ولهذا يبدأ بشهادة المدعي في باب الدعوى ثم بشهادة المدعى عليه بطريق الدفع له كذا هنا فان لم تعده حتى فرق بينهما نفذت الفرقة لان تفريقه صادف محل الاجتهاد لانه يزعم أن اللعان يمين لا شهادة ويجوز تقديم احدى اليمينين على الاخرى كتحالف المتبايعين فانه لا يلزم مراعاة الترتيب ومقتضاه لزوم الاعادة كقول الشافعي لكن في الغاية لو بدأ بلعانها (١٧) فقد أخطأ السنة ولا تجب اعادته وبه قال مالك وهو الوجه لان النص أعقب الرمي بشهادة أحدهم وشهادتها الدارئة للحد عنها بقوله ويدرأ عنها العذاب ولان الفاء دخلت على شهادته على وزان ما قلنا في سقوط الترتيب في الوضوء من أنه أعقب جملة الافعال للقيام الى الصلاة وان كان دخول الفاء على غسل الوجه فانظره ثمة اهـ فتح (قوله يشير اليها في كل مرة) أي يشير الى المرأة في قوله رميتها اهـ (قوله لانه يقطع الاحتمال) أي احتمال أن يضمر مرجعا للضمير الغائب هو غيرها بخلاف الخطاب قاله الكمال رحمه الله (قوله انقطع الاحتمال) يعني انقطع احتمال ضمير الغائب لا أن المراد أن انقطاع الاحتمال مشروط باجتماعهما لان الاشارة بانفرادها لا احتمال معها اهـ فتح (قوله في المتن فان التعنا بانت بتفريق الحاكم) قال الكمال رحمه الله وقال أبو يوسف اذا افترق المتلاعنان فلا يجتمعان أبدا فيثبت بينهما حرمة مؤبدة كحرمة الرضاع وبه قالت الائمة الثلاثة واذا كانت حرمة مؤبدة لا تكون طلاقا بل فسخا ويلزم على قول أبي يوسف أن لا يتوقف على تفريق القاضي لان الحرمة ثابتة قبله اتفاقا وكذا الخلاف في كون الزوجية قائمة معها كما تكون بالظهار أو زالت فاذا فرض أن هذه الحرمة من حين ثبتت ثبتت مؤبدة لم يتصور توقفها على تفريق القاضي اهـ (قوله ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة) أي بما لا يرجى زواله اهـ فتح (قوله ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها الخ) غير أن وطأها محرم عليه لما سيعلم ولو فرق القاضي بينهما بعدما التعانها ثلاثا أخطأ ونفذ تفريقه عندنا وعند زفر وبقية الائمة لا ينفذ اهـ فتح

عبدا أو محدودا في قذف يجب عليه الحد لان اللعان تعذر بمعنى من جهته فيصار الى الموجب الاصلي وهو الثابت بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات الآية ولا يتصور أن يكون الزوج كافرا وهي مسلمة الا اذا كانا كافرين فاسلمت ثم قذفها قبل عرض الاسلام عليه قال رحمه الله (وان صلح وهي ممن لا يحد قاذفها فلا حد ولا لعان) يعني اذا كان الزوج صالحا للشهادة وهي زانية لانه صادق في القذف فلا يوجب قذفها الحد كما اذا قذفها أجنبي ولا يوجب اللعان أيضا لانه خلف عنه وكذا اذا كانت مجنونة أو صغيرة لان قذفها لا يوجب الحد وكذا اذا كانت محدودة في قذف لانها ليست من أهل الشهادة فكان الامتناع لمعنى فيها فلا يوجب الحد ولو كانا محدودين في قذف حد لان امتناع اللعان لمعنى من جهته اذ هو ليس من أهله وكذا اذا كان هو عبدا وهي محدودة في قذف يحد لما ذكرنا بخلاف ما اذا كانا كافرين أو مملوكين حيث لا يجب عليه الحد وان امتنع من جهته لان قذف الامة أو الكافرة لا يوجب الحد وقذف المحدودة يوجب الحد اذا كانت عفيفة عن فعل الزنا حتى لو قذفها أجنبي يحد فكذا الزوج ولو قذف الامة أو الكافرة لا يحد فكذا الزوج فصار كما لو كانا صغيرين أو مجنونين وقال الشافعي رحمه الله يلاعن في الكل الا اذا كان أحدهما صغيرا أو مجنونا أو كلاهما لان اللعان أيمان عنده وكل من كان أهلا لليمين يكون أهلا له والحجة عليه ما تلونا وما بينا من المعنى وقوله عليه الصلاة والسلام أربع من النساء ليس بينهن وبين أزواجهن لعان اليهودية والنصرانية تحت المسلم والحرة تحت المملوك والمملوكة تحت الحر رواه أبو بكر الرازي والدارقطني وفيه ليس بين المملوكين والكافرين لعان ذكره أبو عمر بن عبد البر وضعفه ورواه الدارقطني من طرق ثلاث وضعفه والضعيف اذا روي من طرق يحتج به لما عرف في موضعه ثم الاحصان يعتبر عند القذف حتى لو قذفها وهي أمة أو كافرة ثم أسلمت أو عتقت لا يجب الحد ولا اللعان قال رحمه الله (وصفته ما نطق به النص) أي صفة اللعان ما ذكر في كتاب الله تعالى وهو أن يبتدئ القاضي بالزوج فيشهد أربع مرات يقول في كل مرة أشهد بالله اني لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ويقول في الخامسة لعنة الله عليه ان كان من الكاذبين فيما رماها به من الزنا يشير اليها في كل مرة ثم تشهد المرأة أربع مرات تقول في كل مرة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا وتقول في الخامسة غضب الله عليها ان كان من الصادقين فيما رماني به من الزنا لما تلونا وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله انه يأتي بلفظ المواجهة فيقول فيما رميتك به من الزنا وتقول هي انك لمن الكاذبين فيما رميتني به من الزنا لانه يقطع الاحتمال ووجه الظاهر ان لفظ المغايبة اذا انضمت اليه الاشارة انقطع الاحتمال وانما خصت المرأة بالغضب لان النساء يستعملن اللعن كثيرا فلا تقع المبالاة به وتخاف من الغضب قال رحمه الله (فان التعنا بانت بتفريق الحاكم) ولا تبين قبله حتى لو مات أحدهما قبل التفريق ورثه الآخر ولو زالت أهلية اللعان في هذه الحالة بأن أكذب نفسه أو قذف أحدهما انسانا فحد للقذف أو وطئت هي وطأ حراما أو خرس أحدهما لم يفرق بينهما بخلاف ما اذا جن قبل التفريق حيث يفرق بينهما وان زال الاحصان لانه يرجى عوده فيعود الاحصان ولو ظاهر منها في هذه الحالة أو طلقها أو آلى منها صح لبقاء النكاح وقال زفر تقع الفرقة بلعانهما لقوله عليه الصلاة

والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج ويتعلق بلعانه عنده أربعة أشياء قطع النسب وسقوط الحد عنه ووجوب الحد عليها وثبوت الفرقة بينهما له في الفرقة أن الزوج لما شهد عليها بالزنا أربع مرات وأكد ذلك باللعان فالظاهر أنهما لا يأتلفان فلم يكن في بقاء النكاح فائدة فينفسخ كما ينفسخ بالارتداد ولنا حديث ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بين رجل وامرأته ففرق بينهما وألحق الولد بأمه رواه مسلم والبخاري رضي الله عنهما وحديث عويمر بن الحرث العجلاني أنه لاعن امرأته عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما فرغا من لعانهما قال كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها فطلقها ثلاثا قبل أن يأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ابن شهاب فكانت سنة المتلاعنين رواه البخاري ومسلم وغيرهما ولو كانت الفرقة تقع بلعانهما أو بلعانه لانكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي هذا الباب أحاديث كثيرة صحاح كلها تثبت التفريق منه عليه الصلاة والسلام ولانه لما ثبتت حرمة الاستمتاع بينهما المار واه زفر فات الامساك بالمعروف وبمثله لا تقع الفرقة بل يجب عليه أن يسرح فان فعل والا ناب القاضي منابه كما في الاباء والجب والعنة ولهذا قال عمر رضي الله عنه المتلاعنان يفرق بينهما وقال أبو بكر الرازي قول الشافعي خارج ليس له فيه سلف وقال الطحاوي قول الشافعي خلاف القرآن والحديث وينبغي على قوله أن لا تلاعن المرأة أصلا لانها ليست زوجة له عند لعانها ولان اللعان تحالف عنده فوجب أن لا ينفسخ النكاح الا بالقضاء كما في التحالف في البيع وزعمت الشافعية أن التفريق المذكور في الحديث اعلامهما بوقوع الفرقة بينهما وهو غلط وتحريف محض لان التفريق ايقاع الفرقة ولو كان كما قالوا لقال أعلمهما بوقوع الفرقة ويرده مارواه أبو داود فطلقها ثلاث تطليقات فأنفذه رسول الله صلى الله عليه وسلم ومن العجب أنهم تعلقوا بحديث العجلاني المتقدم لاباحة ارسال الثلاث جملة حيث لم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ثم ينكرون وقوع الطلاق عليها هنا ويلزمهم أيضا أنه عليه الصلاة والسلام لم ينكر عليه قوله كذبت عليها يارسول الله ان أمسكتها ولولا أن النكاح قائم لانكر عليه ولا يقال انه أنكر عليه بقوله اذهب فلا سبيل لك عليها لان ذلك ينصرف الى طلب المهر لانه روى أنه عليه الصلاة والسلام قال له حين طلب رد المهر ان كنت صادقا فهو لها بما استحللت من فرجها وان كنت كاذبا فأبعد اذهب فلا سبيل لك عليها أو يكون معناه لا سبيل لك على امساكها ثم قال بعض مشايخنا لا يستقيم هذا القول على قول أبي يوسف لانه يقول الثابت باللعان تحريم مؤبد كحرمة الرضاع والمصاهرة وهي لا تتوقف على القضاء وعلى قولهما يستقيم لان الفرقة باللعان عندهما تطليقة بائنة لانها لدفع الظلم عنها فانتسب فعل القاضي اليه فكان طلاقا كالفرقة بسبب الجب أو العنة ونحوه قال شيخ الاسلام وهو مستقيم على قول أبي يوسف أيضا لان المذهب عند علمائنا أن النكاح لا يرتفع بحرمة الرضاع والمصاهرة بل يفسد حتى لو وطئها قبل التفريق لا يجب عليه الحد اشتبه عليه الامر أو لم يشتبه نص عليه محمد في نكاح الاصل قال رحمه الله (وان قذف بولد نفى نسبه وألحقه بأمه) وشرطه أن يكون العلوق في حال يجري بينهما اللعان حتى لو علقت وهي أمة أو كافرة ثم أعتقت أو أسلمت لا ينفي ولا يلاعن لان نسبه كان ثابتا على وجه

(قوله وقال الشافعي تقع الفرقة بلعان الزوج) أي قبل لعان المرأة لان الفرقة بيد الزوج فيكون لعانه هو المعتبر في الفرقة وانما لعان المرأة لدرء الحد عنها اهـ اتقاني (قوله الثابت باللعان تحريم مؤبد) وهو قول زفر والحسن كذا في شرح الاقطع وقول الشافعي مثل قول أبي يوسف اهـ اتقاني (قوله في المتن وان قذف بولد نفى نسبه الخ) قال في شرح الطحاوي ثم ولد الملاعنة بعدما قطع نسبه فجميع أحكام نسبه باق من الاب سوى الميراث حتى ان شهادة الاب له لا تقبل وشهادته لابيه لا تقبل ودفع الزكاة اليه لا يجوز ولو كان أنثى فتزوجها أبوه أو تزوج بنته منه ان كان ابنا لا يجوز وغير ذلك من أحكام النسب اهـ اتقاني وقال الكمال واعلم أن ولد الملاعنة اذا قطع نسبه من الاب وألحق بالام لا يعمل القطع في جميع الاحكام بل في بعضها فيبقى النسب بينهما في حق الشهادة والزكاة والقصاص والنكاح وعدم اللحوق بالغير حتى لا تجوز شهادة أحدهما للآخر ولا صرف زكاة ماله اليه ولا يجب القصاص على الاب بقتله ولو كان لابن الملاعنة ابن وللزوج بنت من امرأة أخرى لا يجوز للابن أن يتزوج بتلك البنت ولو ادعى انسان هذا الولد لا يصح وان صدقه في ذلك ولا يبقى في حق النفقة والارث كذا في الذخيرة وهو مشكل في ثبوت النسب اذا كان المدعي ممن يولد مثله لمثله وادعاه بعد موت الملاعن لانه مما يحتاط في اثباته وهو مقطوع النسب من غيره ووقع الاياس من ثبوته من الملاعن وثبوت النسب من أمه لا ينافيه اهـ ما قاله الكمال رحمه الله وفي الذخيرة لا يشرع اللعان بنفي الولد في المجبوب والخصي ومن لا يولد له لانه لا يلحق به الولد وفيه نظر لان المجبوب ينزل بالسحق ويثبت نسب ولده على ما هو المختار ولا لعان في القذف بنفي الولد في نكاح فاسد وعند الشافعي وأحمد يجب اللعان به وكذا في نفيه من وطء بشبهة وعند أبي يوسف فيهما الحد واللعان لانه يلحقهما بالنكاح الصحيح وفي الذخيرة قذفها بنفي ولدها فلم يلتعنا حتى قذفها أجنبي به فحد الاجنبي ثبت نسب الولد من الزوج ولا ينتفي بعد ذلك لانه لما حد قاذفها حكم بكذبه اهـ فتح (قوله ثم أعتقت أو أسلمت) أي فنفى ولدها اهـ (قوله لا ينفي ولا يلاعن) لان انتفاءه انما يثبت شرعا حكما للعان ولا لعان بينهما اهـ فتح

لا

لايمكن قطعه فلا يتغير بعده وصورته هذا اللعان أن يأمر الحاكم الرجل فيقول اشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من نفي الولد وكذا في جانبها فتقول أشهد بالله إنه لمن الكاذبين فيما رماني به من نفي الولد ولو قذفها بالزنا ونفي الولد ذكر في اللعان الامرين فيقول أشهد بالله انى لمن الصادقين فيما رميتها به من الزنا ونفي ولدها وتقول المرأة أشهد بالله انه لمن الكاذبين فيما رماني به من الزنا ونفي الولد ثم ينفي القاضي نسبه ويلحقه بأمه لان المقصود بهذا اللعان نفي الولد فيوفر عليه مقصوده ويثبت نفي الولد ضمنا للقضاء بالتفريق وعن أبي يوسف أنه يقول قد فرقت بينكما وقطعت نسب هذا الولد عنه وألزمته أمه لان كل واحد منهما ينفك عن الآخر ألا ترى أن الولد اذا مات قبل اللعان بعد القذف بالنفي أو قذفها بالزنا فقط لا ينتفي نسبه باللعان ولو نفي نسب ولد أم الولد انتفى بقوله من غير لعان وقال ابراهيم يلاعن بينهما ولا ينفي الولد لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر وقال بعض الناس بنفس اللعان ينقطع عن الاب ويلحق بالام ولنا ما روينا من حديث ابن عمر رواه الجماعة وفيه ففرق بينهما وألحق الولد بأمه فيكون حجة على الفريقين قال رحمه الله (فان أكذب نفسه حد) لاقراره بوجوب الحد عليه هذا اذا أكذب نفسه بعد اللعان وان أكذب قبله ينظر فان لم يطلقها قبل الاكذاب فكذلك لما ذكرنا وان أبانها ثم أكذب نفسه فلا حد عليه ولا لعان لان المقصود من اللعان التفريق به بينهما فلا يتأتى به بعد البينونة ولا يجب عليه الحد لان قذفه كان موجبا اللعان فلا ينقلب موجبا للحد لان القذف الواحد لا يوجب حدين بخلاف ما اذا أكذب نفسه بعد اللعان لان وجوب اللعان تم بالقذف الاول والحد بكلمات اللعان لانه نسبها فيه الى الزنا واللعان شهادة والشهود اذا رجعوا يجب الحد عليهم لانهم نسبوه الى الزنا بشهادتهم فكذا هذا وعلى هذا لو قال يا زانية أنت طالق ثلاثا لا يجب عليه الحد ولا اللعان لانه قذفها وهي زوجة ثم أبانها ولو قال لها أنت طالق ثلاثا يا زانية يجب الحد لانه قذفها بعد ما بانت وصارت أجنبية فيحد قال رحمه الله (وله أن ينكحها) أي له أن يتزوج بها بعد ما أكذب نفسه وحد وهذا عندهما وقال أبو يوسف ليس له ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا رواه أبو داود وعنا ومثله عن علي وابن مسعود وابن عباس رواه الدارقطني ولهما أن الاكذاب رجوع والشهادة بعد الرجوع لا حكم لها في حق الراجع فيرتفع اللعان ولهذا يحد ويثبت نسب الولد منه ولا يجتمع الحد واللعان فلزم من اقامة الحد انتفاء اللعان وكذا لا يبقى اللعان مع ثبوت النسب ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا أي ما داما متلاعنين كقوله تعالى ولا تصل على أحد منهم مات أبدا أي ما دام منافقا يقال المصلى لا يتكلم أي ما دام مصليا فلم يبق متلاعنا لا حقيقة لعدم الاشتغال به ولا مجازا لانه انما سمي متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما ولم يبق قال رحمه الله (وكذا ان قذف غيرها فحد أو زنت فحدت) يعني حلت له لانه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان وكذا هي لو قذفت انسانا فحدت لانها لم تبق أهلا له بعده والمنع لاجل الاهلية حتى لا يقذفها مرة أخرى فيلتعنان فاذا بطلت الاهلية أمن من ذلك فيجتمعان وهذا لان اللعان لم يشرع في العمر بين الزوجين الا مرة فلو أبيح له التزوج بها والاهلية باقية لأدى الى وقوعه مرارا واذا بطلت لم يؤد فجاز وكذا زناها يسقط احصانها فيبطل به أهليتها وقوله فحدت وقع اتفاقا لان زناها من غير حد يسقط

(قوله فيوفر عليه مقصوده) يعني أن غرض الزوج من لعانه بسبب نفي الولد هو نفي الولد فيكمل عليه غرضه من نفي الولد فلا جرم ينفي القاضي نسب ولده منه لكن يتضمنه القضاء بالتفريق أي يحصل نفي الولد في ضمن القضاء بالتفريق يعني اذا قال فرقت بينهما كفى اهـ اتقاني (قوله لان كل واحد منهما) أي من القضاء بالتفريق باللعان ونفي الولد اهـ (قوله ينفك عن الآخر) أي فلا بد من ذكره اهـ هداية حتى لو لم يقله لا ينتفي النسب عنه قال شمس الائمة هذا صحيح ولو مات الولد عن مال فادعى الملاعن لا يثبت (١٩) نسبه ويحد فلو كان قد ترك ولدا يثبت نسبه من الاب وذرية الاب لاحتياج الحي الى النسب اهـ (قوله وقال أبو يوسف ليس له ذلك) قال في التهذيب وعند أبي يوسف وزفر رحمهما الله لا يجوز وهذه فرقة مؤبدة (قوله لعدم الاشتغال به) أي لان ذلك لا يكون الا حال تشاغلهما باللعان ولم يبق التشاغل اهـ اتقاني رحمه الله (قوله لانه انما سمي متلاعنا لبقاء اللعان بينهما حكما ولم يبق) أي لانه اذا أكذب نفسه يقام عليه الحد لاقراره على نفسه بالتزام الحد ومن ضرورة اقامة الحد عليه بطلان اللعان والا صار جمعا بين الاصل والخلف (قوله في المتن أو زنت فحدت) قال الكمال قيل لا يستقيم لانها اذا حدت كان حدها الرجم فلا يتصور حلها للزوج بل بمجرد أن تزني تخرج عن الاهلية ولذا أطلقنا فيما قدمناه ومنهم من ضبطه بتشديد النون بمعنى نسبت غيرها للزنا وهو معنى القذف فيستقيم حينئذ توقف حلها للاول على حدها لانه حد القذف ووجه تخفيفها بان يكون القذف واللعان قبل الدخول بها ثم زنت فحدت فان حدها حينئذ الجلد لا الرجم لانها ليست بمحصنة واستشكل بان زوال أهلية الشاهد بطروّ الفسق مثلا لا يوجب بطلان ما حكم به القاضي عنها في حال قيام العدالة فلا يجب بطلان ذلك اللعان السابق الواقع في حال الاهلية ليبطل أثره من الحرمة (قوله والمنع) أي من التزوج بها بعد اللعان اهـ (قوله فيبطل به أهليتها) قلت وبالله التوفيق والحاصل أن الزوج لا يحل له أن يتزوج بالملاعنة بعد التفريق الا اذا لم يبق أهلا للعان بان أكذب نفسه فحد أو قذف غيرها فحد لانه بعد حد القذف لم يبق أهلا للعان أو هي لم تبق أهلا للعان بان زنت مثلا قال في التهذيب ثم بعد اللعان لا تقع الفرقة حتى يفرق القاضي بينهما ثم لا يجوز النكاح بينهما الا ان أكذب

الزوج نفسه أو صدقته المرأة أو صارت بحال لا يحد قاذفها بأن زنت أو صارت رقيقة بأن ارتدت ولحقت بدار الحرب فسبيت

به احصانهما فلا حاجة الى ذكره بخلاف القذف فانه لا يسقط به الاحصان حتى يحد فلا بد من وجود الحد فيه ولا يتصور أن يتزوجها أيضا بعدما زنت وحدت لان حدها الرجم لكونها محصنة لان اللعان لا يجرى الا بين محصنين الا اذا لاعنها قبل الدخول بها أو كانت كافرة أو أمة أو صغيرة أو مجنونة فزال ذلك وصارت محصنة ولم يقربها بعدما صارت محصنة حتى قذفها فانه يلاعن بينهما ولا ترجم اذا زنت لعدم شرطه وهو الدخول عليها وهما على صفة الاحصان وكان الفقيه المكى رحمه الله يقول أو زنت بتشديد النون أى نسبت غيرها الى الزنا وهو القذف فعلى هذا يكون ذكر الحد فيه شرطا على ما بينا فزال الاشكال قال رحمه الله (ولا لعان بقذف الاخرس) وقال الشافعى يجب اللعان به لان اشارته كالصريح ولنا أنه قائم مقام حد القذف فى حقه وقذفه لا يعرى عن شبهة والحدود تدرأ بها ولانه لا بد من أن يأتى بلفظ الشهادة فى اللعان حتى لو قال أحلف مكان أشهد لا يجوز واشارته لا تكون شهادة وكذلك اذا كانت هى خرساء لان قذفها لا يوجب الحد لاحتمال أنها تصدقه أو لتعذر الاتيان بلفظ الشهادة قال رحمه الله (ولا ينفى الحمل) لانه لا يتيقن بقيامه عند القذف لاحتمال انه انتفاخ وهذا عند أبى حنيفة وزفر رحمهما الله تعالى وقال أبو يوسف ومحمد يلاعن بينهما وقت الوضع اذا وضعته لاقل من ستة أشهر لانا تيقنا بقيام الحمل عند القذف فيتحقق القذف وصار كنفيه بعد الولادة وكونه حملا لا ينافيه كما لا ينافى ثبوت حقه من عتق ونسب ووصية وارث وقال الشافعى يلاعن بينهما فى الحمل قبل أن تضع لحديث هلال بن أمية أنه عليه الصلاة والسلام لاعن بينه وبين امرأته وكان قد قذفها وهى حامل بدليل قوله عليه الصلاة والسلام أبصروها فان جاءت به أصيهب أريصح أثيبج حمش الساقين فهو لهلال وان جاءت به أورق جعدا جماليا خدلج الساقين سابغ الاليتين فهو لشريك بن سحماء ولان الاحكام تتعلق به شرعا على ما ذكرناه ويعرف وجوده بالظهور ولهذا ترد المبيعة بعيب الحمل قلنا لا يتيقن بوجود الحمل فلا يكون قذفا بيقين فصار كالمعلق بالشرط فكأنه قال ان كان بك حبل فهو من الزنا فلا يكون به قاذفا كما لو قال لاجنبية ان دخلت الدار فأنت زانية وهذا لانها ان لم تكن زانية قبل الشرط لا تكون زانية به ولا يقال انه ليس بمعلق بل هو موقوف حتى اذا ولدت تبين أنه كان قذفا من ذلك الوقت لما عرف أن التعليق بالشئ الكائن تنجيز لانا نقول كل موقوف فيه شبهة التعليق اذ لا يعرف حكمه الا بعاقبته وهو كالشرط فى حقنا وشبهة التعليق كحقيقته فى الحدود ولعان هلال كان بقذفها بالزنا لا بنفى الحمل لانه شهد عليها بالزنا عنده عليه الصلاة والسلام هكذا ذكره أحمد بن حنبل رحمه الله فلا يلزم حجة بحقه أنه لو كان بنفى الحمل لنفاه عليه الصلاة والسلام عن أبيه أشبهه أو لم يشبهه كما لو تلاعنا بنفيه بعد الولادة فانه ينفى كيفما كان ولا ينظر الى الشبه والجواب عن الاحكام يأتى من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وتلاعنا بزنيت وهذا الحمل منه) أى بقوله زنيت وهذا الحمل من الزنا لوجود القذف منه صريحا قال رحمه الله (ولم ينف الحمل) أى لا ينفى القاضى الحمل وقال الشافعى رحمه الله ينفيه لانه عليه الصلاة والسلام نفى ولد هلال عنه وقد قذفها حاملا ولان الاحكام تتعلق به بدليل ما ذكرنا من الاحكام قلنا الاحكام لا تترتب على الحمل للاحتمال والارث والوصية يتوقفان على الولادة فيثبتان للولد لا للحمل وكذا العتق لانه يقبل التعليق بالشرط وانما كان له الرد بالعيب لان الحمل ظاهر واحتمال الريح شبهة والرد بالعيب لا يمتنع بالشبهة بل يثبت معها وكذا النسب يثبت مع الشبهة بخلاف اللعان لانه من الحدود فلا يثبت معها قال رحمه الله (ولو نفى الولد عند التهنئة وابتياع آلة الولادة صح وبعده لا ولاعن فيهما) أى لو نفى ولد امرأته فى الحالة التى تقبل التهنئة فيها وتبتاع آلة الولادة صح وبعدها لا يصح ويلاعن فيهما أى فيما اذا صح نفيه وفيما اذا لم يصح لوجود القذف فيهما وقال ابو يوسف ومحمد رحمهما الله يصح نفيه فى مدة النفاس لانه اذا طالت المدة لا يصح نفيه واذا قصرت يصح لان وجود قبول التهنئة منه ودلالته تمنع صحة النفى اجماعا واذا لم يوجد يصح نفيه اتفاقا فطول المدة دليل القبول اتفاقا

يجوز أن يتزوجها اه (قوله فى المتن ولا لعان بقذف الاخرس) من اضافة المصدر لفاعله اه (قوله وكذا اذا كانت هى خرساء) يعنى الخرساء اذا قذفها زوجها لا يجرى اللعان بينهما لما ذكره (قوله اذا وضعته لاقل من ستة أشهر) وهو قول أبى حنيفة الاول اه اتقانى (قوله وقال الشافعى) أى ومالك اه اتقانى (قوله أصيهب) الاصيهب تصغير الاصهب وهو الذى يضرب شعره الى الحمرة والاريصح تصغير الارصح وهو قليل لحم الفخذين اه (قوله جماليا) الجمالى بضم الجيم العظيم الخلق كالجمل اه (قوله فكأنه قال ان كان بك حبل فهو من الزنا الخ) والقذف لا يحتمل التعليق بالشرط لان المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ولا حاجة الى ابقائه حكما الى وجود الشرط لعدم الحاجة الى ايجاب الحد لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها اه اتقانى (قوله فى المتن وتلاعنا بزنيت الخ) وانما يثبت اللعان فى هذه الصورة باتفاق أصحابنا لانه قذفها بصريح الزنا وهما من أهل اللعان اه اتقانى (قوله فى المتن ولم ينف الحمل) وانما لم ينف القاضى نسب الحمل عن أبيه لان قطع النسب حكم عليه ولا تترتب الاحكام على الحمل ولا له قبل الانفصال ولهذا لا يحكم له باستحقاق الوصية والميراث قبل الولادة اه اتقانى (قوله وبعده لا) أى بعد وجود هذه الاشياء اه عينى (قوله ودلالته تمنع) أى سكوته عن نفيه اه

جعلنا

فعلنا الفاصل بين الطويلة والقصيرة مدة النفاس لانها كال الولادة من حيث إنها لا تصوم فيها ولا تصلي وله أن قبوله التهنئة أو سكوته عن النفي الى أن تمضي مدتها اقرار منه بأن الولد منه لانه اذا لم يكن منه لا يحل له السكوت عن نفيه بعد الولادة ولا معنى لتقدير تلك المدة لان الدلالة قد توجد في زمان قصير وقد لا توجد فيه وقد تختلف باختلاف الزمان والبلدان ففوضناه الى رأي من لاح له ذلك وذكر أبو الليث عن أبي حنيفة رحمه الله الى ثلاثة أيام وروى الحسن عنه الى سبعة أيام إلا ان هذه المدة مدة العقيقة وضعفه السرخسي وقال نصب المقدار بالرأي لا يكون وكان القياس أن لا يجوز نفيه الا على فور الولادة وهو قول الشافعي رحمه الله ولكن استحسنه أصحابنا لانه لا بد من مدة التأمل والنظر كيلا يكون نفيه بغير حق وهو حرام ولو كان غائبا ولم يعلم بالولادة حتى قدم تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين وروي عن أبي يوسف أنه ان قدم قبل أن تمضي مدة الفصال فله أن ينفيه الى أربعين يوما وان قدم بعد الفصال فليس له أن ينفيه لانه لو جاز ذلك لجاز بعد ما شاخ وهو قبيح قال رحمه الله (وإن نفى أول التوأمين وأقر بالثاني حد) لانه أكذب نفسه بدعوى الثاني قال رحمه الله (وان عكس لاعن) أي أتى بعكس الاول بأن أقر بالولد الاول ونفى الثاني فانه يلاعن بينهما لانه قاذف بنفي الثاني ولم يرجع عنه والاقرار بالعفة سابق على القذف فصار كالو أقر بعفتها ثم قذفها بالزنا قال رحمه الله (ويثبت نسبهما فيهما) أي يثبت نسب الولدين في المسئلتين لانهما خلقا من ماء واحد فبثبوت نسب أحدهما يلزم ثبوت نسب الآخر فلا ينفصلان فيه لانهما توأمان وهما اللذان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر ولو نفاهما ثم مات أحدهما قبل اللعان لزماه لان الميت لا يمكن نفيه لانتهائه بالموت والحي لا ينفصل عنه ويلاعن بينهما عند محمد لوجود القذف واللعان يقبل الفصل عن نفي الولد لانه مشروع لقطع الفراش ويثبت النفي تبعا له ان أمكن ولا يلاعن عند أبي يوسف لان القذف أوجب لعانا بقطع النسب فاذا فات ما هو المقصود من اللعان حال انعقاد السبب لا يثبت من بعد ولو ولدت فنفاه ولاعن ثم ولدت آخر بيوم لزمه الولدان لان القاطع لم يوجد في حق الثاني فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الاول لما ذكرنا واللعان ماض لانه يقبل الفصل عن انتفائه ولو قال بعد ذلك هما ابناي لا حد عليه لانه صادق ولا يكون رجوعا لعدم اكذاب نفسه بخلاف ما اذا قال كذبت عليها لانه وجد الرجوع منه صريحا ولو قال ليسا بابني كانا ابنيه ولا يحد لان القاضي نفى أحدهما وذلك نفي لهما فلم يكونا ولديه من وجه فلم يكن قاذفا لها مطلقا والله أعلم

﴿ باب العنين وغيره ﴾

قال رحمه الله (هو من لا يصل الى النساء أو يصل الى الثيب دون الابكار) أو لا يصل الى امرأة واحدة بعينها فحسب وهو من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لانه يعرض يمينا وشمالا.

(قوله وله أن قبوله التهنئة) وهو ذكر ما يدل على القبول مثل أحسن الله بارك الله جزاك الله رزقك الله مثله أو على دعاء المهنئ اهـ فتح (قوله تعتبر المدة التي ذكرناها على الاصلين) أي بعد قدومه عندهما قدر مدة النفاس وعنده قدر مدة قبول التهنئة اهـ فتح (قوله فانه يلاعن بينهما لانه قاذف الخ) ولا يحد لانه لم يوجد إكذاب النفس اهـ اتقاني (قوله والاقرار بالعفة سابق على القذف) هذا جواب سؤال مقدر صرح به ما في شرح الاقطع فقال فان قيل فقد أكذب نفسه بالاعتراف الاول فصار كالو أكذب نفسه بالاعتراف الثاني قيل له التكذيب قبل القذف لا يتعلق به الحد ألا ترى أنه لو قال متى قذفت هذه المرأة فأنا كاذب في قذفها ثم قذفها أنه يلاعن ولا يحد كذلك هذا أو نقول كأنه أقر بعفتها أو قال هي عفيفة عن الزنا ثم قذفها بالزنا فلا يكون ذلك إكذاب النفس فكذا هنا اهـ (٣١) اتقاني رحمه الله (قوله ولو نفاهما ثم مات أحدهما) أي أو قتل اهـ فتح (قوله لان القاطع لم يوجد في حق الثاني الخ) ولا يجوز نفيه الآن لانها غير منكوحة اهـ فتح

﴿ باب العنين وغيره ﴾

وهو الخصي والمجبوب اهـ قال الاتقاني لما كان للعنين نسبة بالنكاح والفرقة جميعا ذكر أحكام العنين وما شابهه من المجبوب ونحوه بعد الفراغ عن أحكام النكاح والطلاق جميعا لكن أخره عن أبواب الطلاق لكون العنة ونحوها من العوارض اهـ وقال الكمال رحمه الله لما ذكر أحكام الاصحاء المتعلقة بالنكاح والطلاق أعقبها بذكر أحكام تتعلق بهما ممن به مرض له نسبة الى النكاح والعنين من لا يقدر على اتيان النساء مع قيام الآلة من عن اذا حبس في العنة وهي حظيرة الابل أو من عن اذا عرض لان ذكره يعن يمينا وشمالا ولا يقصد لاسترخائه وجمع العنين عنن ويقال عنين بين التعنن ولا يقال بين العنة ولو كان يصل الى الثيب دون البكر لضعف الآلة أو الى بعض النساء دون بعض أو لسحر أو كبر فهو عنين بالنسبة الى من لا يصل اليها لفوات المقصود في حقها وما عن الهندواني يؤتى بطست فيه ماء بارد فيجلس فيه العنين فان نقص ذكره وانزوى علم أنه لا عنة به والا علم أنه عنين لو اعتبر علم فلا يؤجل سنة لان التأخير ليس الا ليعرف أنه عنين على ما قالوا اذ لا فائدة فيه ان أجل مع ذلك لكن التأجيل لا بد منه لانه حكمه وفي المحيط آلته قصيرة لا يمكن ادخالها داخل الفرج لا حق لها في المطالبة بالتفريق ولو كان صغيرا جدا كالزر فحكمه كالمجبوب اهـ (١) (قوله والعنين من لا يقدر على الجماع) بكرا كانت المرأة أو ثيبا اهـ

(١) قول المحشي قوله والعنين من لا يقدر الخ هي نسخة وقعت له من نسخ الشارح اهـ مصححه

ولا يقصد وعن الرجل عن امرأته اذا حكم الحاكم عليه بذلك أو منع من النساء بسحر وامرأة عنينة لا تشتهي الرجال وهو فعيل بمعنى مفعول قال رحمه الله (وجدت زوجها مجبوبا فرق في الحال) يعني اذا طلبت المرأة ذلك لانه حقها فلا بد من طلبها ولا فائدة في التأجيل بخلاف العنين على ما يجيء من قريب وقوله وجدت زوجها مجبوبا اشعار بأنه لو جب بعد ما وصل اليها لا خيار لها كما اذا صار عنينا بعده لما عرف في موضعه ولا فرق في هذا بين أن يكون الزوج مريضا أو صغيرا لما ذكرنا بخلاف العنين حيث ينتظر بلوغه أو برؤه لاحتمال الزوال كما اذا كانت المرأة صغيرة وهو مجبوب أو عنين حيث ينتظر بلوغها لاحتمال أن ترضى به بخلاف ما اذا ثبت له حق الشفعة أو القصاص أو ورث مالا واطلع الولي على عيب فيه حيث يثبت له في الصغر هذه الحقوق والفرق أن التفريق هنا لفوات حقها في قضاء الشهوة وذلك معزل منه في الصغر بخلاف الفصول الأخر فان الحق فيها ثابت في الحال ويتضرر الصغير بتأخير حقه ولو كان هو أو هي مجنونا لا يؤخر في الجب والعنة لعدم الفائدة ويفرق بينهما بخصومة الولي ان كان له ولي والا نصب القاضي من يخاصم عنه ويؤهل للطلاق هنا كما يؤهل له في الاباء بعد العرض على أبويه وكما في اللعان ان جن قبل التفريق ولو جاءت امرأة المجبوب بولد بعد التفريق الى سنتين يثبت نسبه ولا يبطل تفريق القاضي بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت نسبه لم يبق عنينا ذكره في الغاية وفيه نظر لانه وقع الطلاق بتفريقه وهو بائن فكيف يبطل ألا ترى أنها لو أقرت بعد التفريق أنه كان قد وصل اليها لا يبطل التفريق قال رحمه الله (وأجل سنة لو عنينا أو خصيا فان وطئ والا بانت بالتفريق ان طلبت) وقال أهل الظاهر لا يؤجل ولا يفرق لحديث امرأة عبد الرحمن فانه عليه الصلاة والسلام لم يؤجله حين شكت اليه عدم تحرك آلته ولنا اجماع الصحابة على تأجيله ولان الواجب عليه الامساك بالمعروف وذلك بحسن الموافقة والمعاشرة ولا يتحقق ذلك بغير قضاء الشهوة فيكون امساكها بعد ذلك ظلما فيجب التسريح بالاحسان دفعا للظلم عنها لكن ظلمها لا يتحقق في الحال لان حقها في الوطء مرة في الجملة لا في كل زمان وعجزه في الحال لا يدل على عجزه في المآل لانه قد يكون لمرض به وهو لا يوجب الخيار وقد يكون خلقة وهو يوجب الخيار وانما يتبين ذلك بالتأجيل سنة لان المرض غالبا يزول فيها لانه قد يكون لغلبة البرودة أو الحرارة أو اليبوسة أو الرطوبة وفصول السنة مشتملة عليها فالربيع حار رطب والصيف حار يابس والخريف بارد يابس طبع الموت وهو أردأ الفصول والشتاء بارد رطب فان كان مرضه من برد فنصل الحر يقابله وان كان من حر ففصل البرد يقابله وان كان من يبوسة فالرطوبة تقابله وان كان من رطوبة فاليبوسة تقابله وان كان من كل نوعين فيقابله ما يخالفه من النوعين الآخرين فهو كالمداواة له والعلاج له

(قوله في المتن وجدت زوجها مجبوبا) وهو مقطوع الذكر والخصيتين اهـ ع (قوله اذا طلبت المرأة ذلك لانه حقها) أي لفوات منفعة الوطء اهـ كافي (قوله فلا بد من طلبها) كسائر حقوق العباد اهـ كافي (قوله ولا فرق في هذا) أي في التفريق في الحال بسبب الجب اهـ (قوله ويفرق بينهما بخصومة الولي الخ) قال الكمال رحمه الله ولو وجدت زوجها المجنون عنينا يخاصم عنه وليه ويؤجل سنة لان المجنون لا يعدم الشهوة بخلاف ما لو وجدته مجبوبا وطلبت الفرقة فانه لا فائدة في انتظار بلوغه فيجعل وليه خصما والا نصب القاضي عنه ويفرق للحال ولو جاء الولي في المسئلتين ببينة على رضاها بعنته وجبه أو على علمها بحاله عند العقد لزم النكاح ولا يفرق بينهما ولو طلب يمينها على ذلك تحلف فان نكلت لم يفرق والا فرق اهـ (قوله بخلاف العنين حيث يبطل تفريقه لانه لما ثبت الخ) قال العلامة المحقق كمال الدين في شرحه للهداية لكن وجه التفرقة بعد هذا البحث وهو أن التفريق بناء على ثبوت العنة والجب وثبوت النسب من المجبوب وهو مجبوب بخلاف ثبوته من العنين فان بثبوت النسب منه يثبت أنه ليس بعنين فيظهر بطلان معنى الفرقة بخلاف اقرارها بعد المدة بالوطء لاحتمال الكذب بل هي به متناقضة فلا يبطل القضاء بالفرقة اهـ قال الشيخ قاسم رحمه الله فيما ذكر عن الغاية نظر لان التفريق لا يبطل بمجرد ثبوت النسب وانما يبطل بابطال القاضي اذا قال الزوج كنت وصلت اليها وما استظهر به شارح الكنز فيه نظر أيضا لانه لا يوازن شهادة ثبوت النسب على الدخول كما لا يخفى وانما يوازنه ما قال في البدائع فان فرق بالعنة فأقام الزوج البينة على اقرارها قبل الفرقة أنه قد وصل اليها بطلت الفرقة لان الشهادة على اقرارها بمنزلة اقرارها عند القاضي ولو كانت أقرت قبل التفريق لم يثبت حكم الفرقة فكذا اذا شهد على اقرارها بخلاف ما لو شهد على اقرارها بأنها أقرت بعد الفرقة أنه كان وصل اليها قبل الفرقة لم تبطل الفرقة لان اقرارها يتضمن ابطال قضاء القاضي فلا يصدق على القاضي في ابطال قضائه فلا يقبل اهـ فيوافق كلام الشيخ قاسم رحمه الله (قوله في المتن وأجل سنة) أي من وقت الخصومة ولا يعتبر تأجيل غير الحاكم كائنا من كان ولو عزل بعد ما أجله بنى المتولي على التأجيل الاول اهـ فتح (قوله والا بانت بالتفريق ان طلبت) قال في الهداية ولا بد من طلبها قال الكمال هذا اذا كانت حرة غير رتقاء فلا حق لها في الفرقة وان كانت أمة فالطلب عند أبي يوسف لها وعند أبي حنيفة لسيدها وهو فرع مسئلة الاذن في العزل وقيل محمد مع أبي يوسف اهـ

فيوافق طبعه فيزول مابه من المرض باعتدال الطبع فاذا مضت السنة ولم يزل فالظاهر أنه خلقة وأن حقها قد فات به فيفرق بطلبها ولا حجة لهم فى حديث امرأة عبد الرحمن بن الزبير لان الاجل انما يضرب اذا اعترف الزوج بأنه لم يصل اليها وقد أخبر هو والنبى صلى الله عليه وسلم أنه ينفضها نفض الاديم أو يعركها عرك الاديم ولانه قال ابن عبد البر قد صح أنه كان ذلك بعد طلاقها فلا يكون حجة لان كلامنا فى الزوجة ولو كانت أمة فالخيار الى المولى عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال زفر لها الخيار لان الخيار انما يثبت لفوات حقها فى اقتضاء الشهوة وذلك حقها على الخلوص ولهما أن المقصود من الوطء فى الاصل حصول الولد لا اقتضاء الشهوة وماركب فيها من الشهوة حامل لها على تحصيل الولد والولد حق المولى ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله الاذن فى العزل الى المولى ثم إن هذا الخيار لا يجب على الفور حتى لو وجدته عنينا ولم تخاصم زمانا لم يبطل حقها وكذلك لو رفعت الامر الى القاضى وأجله سنة ومضت السنة ولم تخاصم زمانا لانها لا تقدر على المخاصمة فى كل وقت ولان ذلك قد يكون للتجربة والامتحان لا للرضا به ولو وصل اليها مرة ثم عجز لا خيار لها لان حقها فى وطأة واحدة لحصول المقصود بها من تأكد المهر والاحصان ومازاد عليها لا يجب عليه حكما ويجب عليه ديانة والفرقة به تطليقة بائنة وقال الشافعى هو فسخ لانه فرقة من جهتها ولنا أن هذه الفرقة من جهته لان الواجب عليه الامساك بالمعروف فاذا فات وجب التسريح بالاحسان فان فعل والا ناب القاضى منابه فكان الفعل منسوبا اليه فكان طلاقا بائنا ليتحقق دفع الظلم عنها والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ ولهذا لا ينفسخ بالهلاك قبل التسليم لان الملك الثابت به ضرورى فلا يظهر فى غير الاستيفاء والفسخ يغايره فلا يظهر فى حقه والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام فكان فى معنى الامتناع من الاتمام بخلاف ما نحن فيه لانه فرقة بعد التمام فكان رفعا ولها كمال المهر وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة وقد بيناه من قبل هذا اذا أقر الزوج أنه لم يصل اليها وأما اذا أنكر فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (فلو قال وطئت وأنكرت وقلن بكر خيرت وان كانت ثيبا صدق بحلفه) يعنى اذا تمت المدة وقال وطئتها وأنكرت هى نظر اليها النساء فان قلن انها بكر خيرت وان قلن هى ثيب فالقول قوله مع يمينه سواء كانت الثيابة أصلية أو طارئة فى المدة ثم المصنف رحمه الله لم يذكر كيفية ثبوت العنة فى الابتداء ليؤجل وذكره فى الانتهاء ليفرق ولا بد من ذكره فيهما وتمام تفريعاته فنقول اذا ادعت المرأة أنه لم يصل اليها فان صدقها يؤجل سنة مطلقا سواء كانت بكرا أو ثيبا وان أنكر فان كانت بكرا نظر اليها النساء فان قلن انها بكر يؤجل سنة ثم ان تمت السنة فان ادعت عدم الوصول فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق وان أنكر نظر اليها النساء فان قلن انها بكر خيرت وان قلن انها ثيب فالقول قوله مع يمينه لان الثيابة تثبت بقولهن وليس من ضرورة ثبوت الثيابة

(قوله فاذا مضت السنة ولم يزل الخ) قال فى الهداية فاذا مضت السنة ولم يصل اليها عرف أن ذلك آفة أصلية قال الكمال وفيه نظر فان ظاهره أن موجب التفريق كونه من علة أصلية والسنة ضربت لتعريفه وهو ممنوع اذ لا يلزم من عدم الوصول اليها سنة كون ذلك آفة أصلية فى الخلقة اذ المرض يمتد السنة وأيضا مآله حكم العنين المسحور ومقتضى السحر مما قد يمتد السنين ويمضى السنة يفرق بينهما اذا طلبت مع العلم بعدم الآفة الاصلية بفرض العلم بانه يصل الى غيرها من النساء فالحق أن التفريق منوط إما بغلبة ظن عدم زواله لزمانته أو الاصلية ومضى السنة مع عدم الوصول موجب لذلك وهو عدم ايفاء حقها فقط باى طريق كان والسنة جعلت غاية فى الصبر وابلاء العذر شرعا حتى لو غلب على الظن بعد انقضائها قرب زواله وقال بعد السنة أجلنى يوما لا يجيبه (٢٣) الى ذلك الا برضاها فلو رضيت ثم رجعت كان لها ذلك ويبطل الاجل لان السنة عند الناس غاية فى ابلاء العذر اه ﴿فرع﴾ قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى والخنثى اذا كان يبول من مبال الرجال فهو رجل يجوز له أن يتزوج امرأة فان لم يصل اليها أجل كما يؤجل العنين لان رجاء الوصول يتحقق وان كان يبول من مبال النساء فهى امرأة فاذا تزوجت رجلا لم يعلم بحالها ثم علم بعد ذلك فلا خيار للزوج لان الطلاق فى يده وهو نظير الرتقاء وقال شمس الائمة البيهقى فى الشامل زوج خنثى من خنثى وهما مشكلان على ان أحدهما رجل والآخر امرأة وجب الوقف فى النكاح حتى يتبين فان ماتا قبل التبين لم يتوارثا وفيه أيضا مات وأقام رجل بينة أنه كانت امرأته وكانت تبول من مبال النساء وامرأة أنه كان زوجها وكان يبول من مبال الرجال لم يقض لاحدهما الا إذا ذكرت احدى البينتين وقتا أقدم فيقضى له اه اتقانى (قوله والفرقة به تطليقة بائنة) وهو قول مالك والثورى وغيرهما اه فتح (قوله والنكاح الصحيح النافذ اللازم لا يحتمل الفسخ) لان النكاح المطلق يخرج الفاسد والموقوف والفسخ بعدم الكفاءة وخيار العتق والبلوغ فسخ قبل التمام اه (قوله لان الملك الثابت به ضرورى فلا يظهر) أى فى حق النقل الى الغير ولا فى حق الانتقال الى الورثة اه (قوله وعليها العدة لوجود الخلوة الصحيحة) أى لان خلوة العنين صحيحة اذ لا وقوف على حقيقة العنة لجواز أن يمتنع من الوطء اختيارا تعنتا فيدور الحكم على سلامة الآلة اه فتح (قوله هذا اذا أقر الزوج أنه لم يصل اليها) أى فى هذا النكاح وان تصادقا أنه وصل اليها فى نكاح قبله ثم طلقها الا انه اذا وطئها فى نكاح ثم ابانها ثم تزوجها ولم يصل اليها لها المطالبة بالفرقة اه كمال رحمه الله (قوله فان كانت بكرا نظر اليها النساء) وتجزئ الواحدة العدلة والثنتان والثلاث أفضل اه اتقانى

الوصول اليها الاحتمال ثبوتها بشئ آخر فيحلف بخلاف البكارة لان ثبوتها ينفى الوصول اليها ضرورة فتخير بقولهن ثم ان حلف فهى امرأته وان نكل خيرت لان دعواها تأيدت بالنكول وان كانت ثيبا فى الاصل فالقول قوله مع يمينه لانه ينكر استحقاق الفرقة عليه والاصل هو السلامة فى الجبلة ثم ان حلف فلا حق لها وان نكل يؤجل سنة فاذا تمت السنة فان ادعت عدم الوصول اليها فان صدقها خيرت لثبوت حقها بالتصادق وان أنكر فالقول قوله مع يمينه لما ذكرنا ثم ان حلف فهى امرأته وان نكل خيرت لما ذكرنا فحاصله أنها ان كانت ثيبا فالقول قوله ابتداء وانتهاء مع يمينه فان نكل فى الابتداء يؤجل سنة وان نكل فى الانتهاء تخير وان كانت بكرا ثبتت العنة فيهما بقولهن فيؤجل أو يفرق قال رحمه الله (وان اختارته بطل حقها) لان المخير بين شيئين لا يكون له الا أحدهما وكذا اذا قامت من مجلسها أو أقامها أعوان القاضى قبل أن تختار شيأ لان هذا بمنزلة تخيير الزوج فلا يتوقف على ماوراء المجلس بل يبطل بالقيام ثم ان اختارت الفرقة أمر القاضى الزوج أن يطلقها طلقة بائنة فان أبى فرق بينهما هكذا ذكره محمد فى الاصل وقيل تقع الفرقة باختيارها نفسها ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق ولو فرق بينهما ثم تزوجها ثانيا لم يكن لها خيار لرضاها بحاله وان تزوج امرأة أخرى وهى عالمة بحاله ذكر فى الاصل أنها لا خيار لها لعلمها بالعيب وذكر الخصاف ان لها الخيار لان العجز عن وطء امرأة لا يدل على العجز عن وطء غيرها والفتوى على الاول وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية فى ظاهر الرواية واختاره صاحب الهداية وروى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أن السنة الشمسية هى المعتبرة احتياطا لاحتمال أن طبعه يوافق الزيادة التى فيها وهو اختيار السرخسى والسنة القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر يوم بالتقريب كذا فى المغرب وذكر الحلوانى أن القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وربع يوم وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم وفى المحيط يريد بالشمسية أن تعتبر بالايام لا بالاهلة فتزيد على القمرية أحد عشر يوما لان حساب العجم بالايام

(قوله لانه ينكر استحقاق الفرقة عليه) أى وان كان مدعيا للدخول صورة اه اتقانى (قوله أو أقامها أعوان القاضى قبل أن تختار شيأ) أى أو قام القاضى قبل أن تختار شيأ بطل خيارها اه اتقانى (قوله ولا يحتاج الى القضاء كخيار العتق) قال صاحب المختلف فان اختارت نفسها بانت منه فى ظاهر الرواية ثم قال روى الحسن عن أبى حنيفة أنها اذا اختارت نفسها فرق القاضى بينهما ولا تقع الفرقة من غير تفريق كما فى خيار المدركة كذا ذكر الامام الاسبيجابى أيضا فى شرح الطحاوى وقال محمد فى الاصل بعد تأجيل السنة فان قال هى بكر لم يصدق الزوج وخير السلطان المرأة ان شاءت أقامت معه وان شاءت اختارت فرقته فان فارقته كانت تطليقة بائنة وكذا قال الحاكم أيضا وقد مر ذلك وهذا يدل على أنها ان اختارت الفرقة وقع الطلاق وان لم يفرق الحاكم وقال الطحاوى فى مختصره وان اختارت فراقه فرق بينهما وهذا يدل على شرط تفريق الحاكم وكذلك عامة أصحابنا ذكروا فى كتبهم كمبسوط شمس الائمة السرخسى ومبسوط صدر الاسلام البزدوى والشامل وشروح الجامع الصغير للامام فخر الاسلام البزدوى والصدر الشهيد والامام العتابى والتحفة وغيرها وشرطوا تفريق الحاكم وقال شمس الائمة السرخسى وعن أبى يوسف ومحمد فى غير رواية الاصول أنها كما اختارت نفسها وقعت الفرقة بينهما اعتبارا بالخيرة بتخيير الزوج أو بتخيير الزوج كالمعتقة وقال الخصاف فى أدب القاضى وان كان القاضى لما خيرها وهى بكر اختارت الفرقة فانها لا تكون فرقة حتى يفرق القاضى بينهما الى هنا لفظه اه اتقانى (قوله وفى التأجيل تعتبر السنة القمرية فى ظاهر الرواية) قال الولوالجى فى فتاواه العنين يؤجل سنة قمرية لا شمسية هو الصحيح لان المنطوق هو السنة والسنة تنصرف الى القمرية مطلقا اه اتقانى قال الكمال رحمه الله وجهه أن الثابت عن الصحابة كعمر رضى الله عنه ومن ذكرنا معه اسم السنة قولا وأهل الشرع انما يتعارفون الاشهر والسنين بالاهلة فاذا أطلقوا السنة انصرف الى ذلك ما لم يصرحوا بخلافه ثم زيادة الشمسية لا قيل أحد عشر يوما وعن الحلوانى الشمسية ثلثمائة وخمسة وستون يوما وجزء من مائة وعشرين جزأ من اليوم والقمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما كذا رأيت فى نسخة ورأيت فى أخرى فيه فى الشمسية زيادة ربع يوم مع ما ذكرنا وقيل القمرية ثلثمائة وأربعة وخمسون يوما وخمس يوم وسدسه والشمسية ثلثمائة وخمسة وستون وربع يوم الا جزأ من ثلثمائة جزء من يوم وفضل ما بينهما عشرة أيام وثلث وربع عشر بالتقريب والذى يظهر أن هذا كله محدث وعمر بن الخطاب رضى الله عنه حين كتب الى شريح أن يؤجل العنين سنة من يوم يرفع اليه وكذا قول الراوى عن عمر فى المرأة التى أتت اليه فأجله حولا من غير تقييد فى السنة والحول لما ترى بالاهلة هذا الذى يعرفه العرب وأهل الشرع على أن الحول لم يعرف بعرف آخر بل اسم السنة هو الذى توارد عليه العرفان والله سبحانه أعلم اه (قوله لاحتمال أن طبعه يوافق الزيادة) قال الاتقانى وذهب شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى الى رواية الحسن أخذا بالاحتياط وكذا صاحب التحفة لانه ربما يكون موافقة العلاج فى الايام التى يقع التفاوت فيها بين الشمسية والقمرية وهذا هو المختار عندى اه (قوله وهو اختيار السرخسى) أى وقاضيخان وظهير الدين اه فتح

لا بالاهلة ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان لان السنة لا تخلو عنها ولا يحتسب بمرضه ومرضها لان السنة قد تخلو عنه وعن أبي يوسف أنه ان كان أقل من نصف شهر احتسب عليه وان كان أكثر لا يحتسب عليه ويعوّض قدره لان شهر رمضان محسوب عليه وهو قادر بالليل دون النهار وهو قدر نصفه فكذا النصف من كل شهر فان حج أو غاب هو احتسب عليه لان العجز جاء بفعله ويمكنه أن يخرجها معه أو يؤخر الحج والغيبة فلا يكون عذرا بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت حيث لا يحتسب عليه من المدة لان العجز جاء من قبلها فكان عذرا فان حبس الزوج وامتنعت من المجيء الى السجن لم يحتسب عليه وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه وان لم يكن له موضع خلوة لم يحتسب عليه وعلى هذا التفصيل اذا حبس على مهرها ولو ظاهر منها ثم خاصمته فان كان يقدر على العتق أجله سنة وان لم يقدر أجله سنة وشهرين وان ظاهر منها بعد التأجيل لم يلتفت اليه لانه كان متمكنا من غشيانها والامتناع بفعله فلا يعذر قال رحمه الله (ولم يخير أحدهما بعيب) أي لم يخير واحد من الزوجين بعيب في الآخر وقال الشافعي ترد بالعيوب الخمسة الجذام والبرص والجنون والرتق والقرن لانها تمنع الاستيفاء حسا أو طبعا والطبع مؤيد بالشرع قال عليه الصلاة والسلام فرّ من المجذوم فرارك من الاسد وردّ رسول الله صلى الله عليه وسلم بالبرص وقال الحقي بأهلك حين وجد بكشحها وضحا أو بياضا ولان النكاح يشبه البيع لانه عقد مبادلة والبيع يرد بالعيب فكذا النكاح وقال محمد رحمه الله ترد المرأة اذا كان بالرجل عيب فاحش بحيث لا تطيق المقام معه لانها تعذر عليها الوصول الى حقها المعنى فيه فكان كالجب والعنة بخلاف ما اذا كان بها عيب لان الزوج قادر على دفع الضرر عن نفسه بالطلاق ويمكنه أن يستمتع بغيرها ولنا أن المستحق بالعقد هو الوطء وهذه العيوب لا تفوّته بل توجب فيه خللا ففواته بالهلاك قبل التسليم لا يوجب الفسخ فاختلاله أولى أن لا يوجب وهذا لان هذه العيوب تأثيرها في تفويت تمام الرضا ولزوم النكاح لا يعتمده ألا ترى أنه يجوز مع الهزل ولهذا لو تزوج امرأة بشرط أنها بكر شابة جميلة فوجدها ثيبا عجوزا شوهاء بها شق مائل ولعاب سائل وهي عمياء مقطوعة اليدين والرجلين أو شلاء لا يثبت له الخيار وان فقد رضاه والقياس على البيع لا يستقيم لان تمام الرضا شرط في البيع دون النكاح ولو كان مثله لرد بجميع العيوب كالبيع ولا فائدة لتخصيص البعض وفي الجب والعنة اجماع الصحابة رضي الله عنهم ولا يمكن القياس عليهما لانهما يعدمان المقصود من النكاح وهو قضاء الشهوة والتوالد والتناسل وغيرهما من العيوب لا يعدمه بل يخل به ألا ترى أن القرناء والرتقاء يمكن الوصول اليهما بالفتق والشق وما رواه الشافعي لم يصح لانه من رواية جميل بن زيد وهو متروك عن زيد بن كعب بن عجرة وهو مجهول لا يعلم لكعب ولد اسمه زيد ولا حجة له في قوله عليه الصلاة والسلام فرّ من المجذوم فرارك من الاسد لانه يوجب الفرار لا الخيار وظاهره ليس بمراد اجماعا لانه يجوز أن يدنو منه ويثاب على خدمته وتمريضه وعلى القيام بمصالحه والمجذوم هو الذي به الجذام وهو داء يشق الجلد ويقطع اللحم ويتساقط منه والفعل جذم على ما لم يسم فاعله بمعنى أصابه الجذام وهو مجذوم ولا يقال أجذم والبرص داء وهو بياض وقد برص الرجل فهو أبرص وأبرصه الله وجن الرجل على ما لم يسم فاعله فهو مجنون وأجنه الله تعالى فهو مجنون ولا يقال مجن ولا جنه الله تعالى وجاء ثلاثة من أفعل على مفعول على غير قياس دون مفعل هذا والثاني أحزنه الله تعالى فهو محزون والثالث أحبه الله تعالى فهو محبوب وجاء محب على الاصل في شعر عنترة

ولقد نزلت فلا تظني غيره * مني بمنزلة المحب المكرم

والقرن في الفرج ما يمنع سلوك الذكر فيه وهو إما غدة غليظة أو لحمة مرتفعة أو عظم وامرأة قرناء اذا كان ذلك بها وهو العفلة بفتح العين المهملة والفاء وذكر بعضهم أن القرن عظم ناتئ كقرن الرأس كقرن الغزالة يمنع الجماع والرتق التلاحم والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله ويحتسب بأيام الحيض وشهر رمضان) يعني لا يعوض عن أيام الحيض وشهر رمضان الواقعة في مدة التأجيل أيام أخر بل هي محسوبة من مدة التأجيل وذلك لان الصحابة رضي الله عنهم قدروا مدة التأجيل بسنة ولم يستثنوا منها أيام الحيض وشهر رمضان مع علمهم أن السنة لا تخلو عنها اه اتقاني (قوله لان السنة قد تخلو عنه) يعني لا يكون ذلك المرض محسوبا من مدة التأجيل قليلا كان المرض أو كثيرا بل يعوض لذلك من أيام أخر اه اتقاني وكتب على قوله عنه ما نصه أي عن المرض اه (قوله بخلاف ما اذا حجت هي أو غابت الخ) قال الاتقاني وان أحرمت بحجة الاسلام لم يحتسب على الزوج مدة الخروج لانه لا يقدر على أن يحللها بخلاف ما اذا أحرم الزوج حيث يحتسب عليه لان العجز جاء من قبله (قوله وان لم تمتنع وكان له موضع خلوة احتسب عليه) قال الاتقاني ولو كانت محبوسة في حق وكان يمكنه الخلوة معها تحسب عليه تلك الايام والا فلا (قوله في المتن ولم يخير أحدهما بعيب) اعلم أن أصحابنا اتفقوا على أن النكاح لا يفسخ بعيب ما في المرأة اه اتقاني (قوله والرتق) امرأة رتقاء اذا لم يكن لها خرق الا المبال اه مغرب (قوله والقرن) مثل فلس العفلة وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة وقد يكون عظما اه مصباح (قوله لانها تمنع الاستيفاء حسا) أى في الرتق والقرن اه (قوله أو طبعا) أى في البرص والجذام والجنون (قوله برص الرجل) من باب تعب اه مصباح

لما كانت العدة أثر الفرقة بين الزوجين ذكرها بعد ذكر أنواع الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وفرقة العنين والمجبوب لان الاثر يقفو المؤثر لا محالة قاله الاتقاني وقال الكمال لما ترتبت العدة في الوجود على فرقة النكاح شرعا أوردها عقيب وجود الفرقة من الطلاق والايلاء والخلع واللعان وأحكام العنين وهي في اللغة الاحصاء عددت الشئ عدة أحصيته احصاء ويقال أيضا على المعدود اه والعدة مصدر من عد يعد قاله العيني (قوله هي تربص) أي انتظار مدة اه ع (قوله عند زوال النكاح) أي المتأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه من الخلوة والموت اه فتح (قوله في المتن عدة الحرة للطلاق) أي سواء كان بائنا أو رجعيا اه (قوله ثلاثة أقراء) والحكمة في تقدير العدة بثلاثة اقراء ان الاول لتعريف براءة الرحم والثاني لحرمة النكاح والثالث لفضيلة الحرة اه مستصفى (قوله لما عرف في موضعه) قال الكمال ثم لا يخفى ان سبب العدة مأخوذ فيه تأكده بالدخول أو ما يقوم مقامه كما ذكرنا وانما تركه المصنف لشهرة أن الطلاق قبل الدخول (٣٦) لا تجب فيه العدة قال تعالى اذا نكحتم المؤمنات ثم طلقتموهن من قبل أن تمسوهن فما لكم عليهن من عدة تعتدونها اه (قوله والفرقة الخ) لما جمع بين الطلاق والفرقة بلا طلاق في حكم العدة والدليل السمعي لا يتناول الا الطلاق ألحقه بالجامع وهو أن وجوبها في محل النص وهو الطلاق لتعرف براءة الرحم وجعله ثابتا بدلالة النص حيث قال في معنى الطلاق يعني يتبادر لكل من علم بوجوب تركها النكاح الى أن تحيض عندنا الطلاق بعد الدخول أنه لذلك ثم كونها تجب للتعرف لا ينفي أن تجب لغيره أيضا وقد أفاد المصنف فيما سيأتي أنها تجب أيضا لقضاء حق النكاح باظهار الاسف عليه فقد يجتمعان كما في مواضع وجوب الاقراء وقد ينفرد الثاني كما في صورة الاشهر بخلاف غير المتأكد وهو ما قبل الدخول وما قبل الدخول لا يؤسف عليه اذ لا إلف حينئذ ولا مودة فيه اه (قوله وعدم الكفاءة في معنى) في معنى خبر عن قوله والفرقة بغير طلاق اه (قوله ووجوب تعرف براءة الرحم) قال الاتقاني ويتصور الخلاف فيما اذا طلقها في الطهر فعنده تنقضي العدة كما ترى قطرة من الدم من الحيضة الثالثة وعندنا لا تنقضي ما لم تطهر منها اه (قوله لان مفرده مؤنث) وهو الآن تأنيث العدد اه (قوله والقلت) قال في المصباح والقلت نقرة في الجبل يستنقع فيها ماء المطر والجمع قلات مثل سهم وسهام اه ﴿فرع﴾ تنقضي عدة الطلاق البائن والثلاث بالوطء المحرم بأن وطئها وهي معتدة عالما بحرمتها بخلاف ما لو ادعى الشبهة أو كان منكرا طلاقها فانها تستقبل العدة وان كان منكرا حتى لم تنقض العدة ليس لها أن تطالبه بنفقة هذه العدة ولو طلقها في هذه العدة لا يقع ويحل نكاح أختها كما قال في الخلاصة ما نصه وفي الفتاوى الصغرى رجل طلق امرأته ثلاثا ووطئها في العدة مع علمه أنها حرام عليه انقضت عدتها بوطئه لا تستأنف العدة قوله بالوطء أي مع الوطء المحرم يعني ان الوطء المحرم لا يكون مانعا من تقضيها فيه عندهما معه هكذا يجب أن يفهم ولا يحمل بظاهره فليتأمل وقوله انقضت عدتها أي بتمام الاولى بقرينة قوله ولا

﴿ باب العدة ﴾

قال رحمه الله (هي تربص يلزم المرأة) أي العدة عبارة عن التربص الذي يلزم المرأة عند زوال النكاح أو شبهته هذا في الشريعة وفي اللغة عبارة عن الاحصاء يقال عددت الشئ أي أحصيته وسبب وجوبها عندنا النكاح المتأكد بالتسليم أو ما يجري مجراه من الخلوة أو الموت وشرطها الفرقة وركنها حرمات ثابتة بها وعند الشافعي الكف قال رحمه الله (عدة الحرة للطلاق أو الفسخ ثلاثة أقراء أي حيض) أي اذا طلقت الحرة أو وقعت الفرقة بينهما بغير طلاق فعدتها ثلاثة قروء ان كانت من ذوات الحيض لقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء والمراد به اذا طلقها زوجها بعد الدخول لما عرف في موضعه والفرقة بغير طلاق في مثل خيار البلوغ والعتق وملك أحد الزوجين صاحبه والردة وعدم الكفاءة في معنى الفرقة بالطلاق لثبوت النسب ووجوب تعرف براءة الرحم والقرء الحيض وقال مالك والشافعي الطهر وبه كان يقول أحمد بن حنبل ثم رجع لهما حديث ابن عمر وهو أنه عليه الصلاة والسلام أمره أن يراجعها ليتركها حتى تطهر ثم ليطلقها ان شاء ثم قال فتلك العدة التي أمر الله أن يطلق لها النساء فهذا نص على أن العدة هي الطهر بيانه أن الله تعالى أمرنا أن نطلقها للعدة بقوله تعالى فطلقوهن لعدتهن واللام بمعنى في والطلاق يوقع في الطهر فكان هو العدة دون الحيض ولان القرء بمعنى الحيض يجمع على أقراء قال عليه الصلاة والسلام دعي الصلاة في أيام أقرائك وبمعنى الطهر يجمع على قروء قال الاعشى

أفي كل عام أنت جاشم غزوة * تشد لاقصاها عزيم عزائكا
مورثة مالا وفي الحي رفعة * لما ضاع فيها من قروء نسائكا

أراد به الطهر لان الحيض ضائع دائما ولا يختص بزمان الغيبة فعلم بذلك أن القرء في الآية الطهر ولان تذكير الثلاثة باثبات التاء دليل ارادة الطهر اذ لو كان المراد الحيض لقيل ثلاث قروء بلا تاء لان مفرده مؤنث وهو الحيضة ولان القرء هو الجمع ومنه المقرأة للحوض والغدير والقلت يقال ما قرأت الناقة

تستأنف العدة وينظر في الولوالجي وغيره هكذا كتب شيخنا الغزي رحمه الله على هامش نسخة الخلاصة اه (قوله مذكر ومؤنث)

حينئذ في رحمها أي ما جمعته وفي الطهر يجتمع الدم فكان أليق به ولنا قوله عليه الصلاة والسلام عدة الامة حيضتان رواه أبو داود من حديث عائشة مرفوعا والترمذي وابن ماجه والدارقطني والامة لا تخالف الحرة في جنس ما تقع به العدة وانما تخالفها في العدد ولان الله تعالى نص على الثلاثة وعلى الجمع بقوله ثلاثة وبقوله قروء والثلاثة اسم لعدد معلوم لا يجوز اطلاقه على ما هو أكثر منه ولا أقل وحمله على الاطهار يؤدي الى أنه أطلق على أقل وهو طهران وبعض الثالث كما هو مذهبهم وهو خلف وكذا الجمع الكامل هو الثلاثة وهو حقيقة فيه فكان أولى ولا يقال يجوز اطلاق اسم الجمع على اثنين وبعض الثالث كقوله تعالى الحج أشهر معلومات لانا نقول ذلك في الجمع المجرد عن العدد واما العدد والجمع المقرون به فلا ولان العدة شرعت تعرفا لبراءة الرحم وهو بالحيض كالاستبراء ولهذا لو اعتدت الآيسة بالاشهر ثم رأت الدم يجب عليها استئناف العدة وفي قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض وفي قوله واللائي لم يحضن اشارة الى أن المعتبر هو الحيض ألا ترى أنه شرط للاعتداد بالاشهر عدم الحيض كقوله تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا صعيدا طيبا ولان حمله عليه أحوط فكان أولى وعليه كانت الصحابة رضي الله عنهم حتى روى ذلك نصا عن الخلفاء الراشدين والعبادلة الثلاثة وأبي بن كعب ومعاذ بن جبل وأبي الدرداء وغيرهم رضي الله عنهم حتى روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال بحضرة الصحابة رضي الله عنهم لو قدرت أن أجعل عدة الامة حيضة ونصفا لفعلت ولا حجة لهم في حديث ابن عمر ولا في الآية التي تلوها لان معناه فطلقوهن لاستقبال عدتهن كما يقال في التاريخ دخلت المدينة لخمس بقين من الشهر والازم أن تكون العدة متقدمة على الطلاق حتى يقع فيها وهو خلف وحملهم اللام على الظرف غلط ظاهر مخالف لاستعمال أهل اللغة ولا نسلم ان القرء يختص بمعنى الطهر بل يجمع به القرء بمعنى الحيض أيضا قال عليه الصلاة والسلام لفاطمة بنت أبي حبيش فانظري اذا أتاك قرؤك فلا تصلي فاذا مر قرؤك فتطهري ثم صلي وقال ابن الاعرابي

ليس اذا استنهضه بناهض * له قروء كقروء الحائض

ولا متمسك لهم بتذكير الثلاث لان لفظ القرء مذكر فباعتباره يذكر لان الشئ اذا كان له اسمان مذكر ومؤنث كالبر والحنطة جاز تذكيره وتأنيثه على ما عرف في موضعه وكذا استدلالهم بأن القرء بمعنى الاجتماع لا يصح لان المجتمع هو الدم دون الطهر فكان أولى به فيصير شاهدا لنا لا لهم وحاصله أنه اسم مشترك بينهما فحمله على الحيض أولى بدليل ما ذكرنا من الترجيح والقرائن وروى الشعبي عن ثلاثة عشر من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ان الرجل أحق بامرأته ما لم تغتسل من الحيضة الثالثة ولو كان القرء هو الطهر لانقطت بالطعن في الحيضة الثالثة والقرء أيضا هو الانتقال لغة يقال قرأ النجم أي انتقل والحيض هو المنتقل دون الطهر قال رحمه الله (أو ثلاثة أشهر ان لم تحض) أي عدة الحرة ان لم تكن من ذوات الحيض لصغر أو كبر ثلاثة أشهر أما التي لا تحيض لكبر فلقوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم ان ارتبتم فعدتهن ثلاثة أشهر أي ان أشكل عليكم حكمهن وجهلتموه أو انقطاع حيضهن وقيل لما نزل قوله تعالى ثلاثة قروء ارتابوا فيمن لا تحيض فنزل قوله تعالى واللائي يئسن من المحيض من نسائكم الآية وأما الصغيرة فلقوله تعالى واللائي لم يحضن أي فعدتهن كذلك ثلاثة أشهر فحذف المبتدأ أو الخبر لدلالة ما تقدم عليه وما ويدخل تحت الاطلاق من بلغت بالسن ولم تحض وكذا لو رأت الدم يوما أو يومين لانه ليس بحيض وفي الجامع الصغير لقاضيخان امرأة أتى عليها ثلاثون سنة ولم تحض تعتد بالاشهر فكأنه وقع اتفاقا لا على وجه الاشتراط قال رحمه الله (وللموت أربعة أشهر وعشر) أي العدة لموت الزوج أربعة أشهر وعشر سواء كانت الزوجة مسلمة أو كتابية تحت مسلم صغيرة أو كبيرة قبل الدخول وبعده لقوله تعالى والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن

ولا تأنيث حقيقي اه فتح (قوله لصغر) بأن لم تبلغ سن الحيض على الخلاف فيه وأقله تسع على المختار اه فتح (قوله أو كبر) بأن بلغت سن الاياس وانقطع حيضها اه فتح (قوله من بلغت بالسن) بأن بلغت خمس عشرة سنة على قولهما وسبع عشرة سنة على قول أبي حنيفة ومالك اه فتح (قوله ولم تحض) أي اذا طلقت تعتد بالاشهر أيضا ثم ان وقع الطلاق في أول الشهر اعتدت بالاشهر هلالية اتفاقا وان وقع في أثناء الشهر اعتبرت كلها بالايام فلا تنقضي الا بتسعين يوما عند أبي حنيفة وعندهما يكمل الاول ثلاثين من الشهر الاخير والشهران المتوسطان بالاهلة اه قال في التاتارخانية وفي الصغرى واعتبار الشهور في العدة بالايام دون الاهلة اجماعا انما الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه في الاجارة اه (قوله وفي الجامع الصغير لقاضيخان امرأة أتى عليها الخ) قال الكمال وعن الشيخ أبي بكر محمد بن الفضل أنها اذا كانت مراهقة لا تنقضي عدتها بالاشهر بل يوقف حالها حتى يظهر هل حبلت من ذلك الوطء أم لا فان ظهر حبلها اعتدت بالوضع وان لم يظهر فبالاشهر قال في التاتارخانية ما نصه الينابيع امرأة ما رأت الدم وهي بنت ثلاثين سنة مثلا رأت يوما دما لا غير ثم طلقها زوجها قال ليست هي بآيسة وقال أبو جعفر تعتد بالشهور لانها من اللائي لم يحضن وبه نأخذ وفي الخانية والتي لم تحض قط تعتد بالاشهر اه

أربعة أشهر وعشرا ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاث الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا متفق عليه والآية باطلاقها حجة على مالك في الكتابية حيث أوجب الاستبراء عليها فقط ان كانت مدخولا بها ولم يوجب شيأ على غير المدخول بها وقال الاوزاعي عدة الوفاة أربعة أشهر وتسعة أيام وعشر ليال أخذا من قوله تعالى أربعة أشهر وعشرا ومن قوله عليه الصلاة والسلام الا على زوجها أربعة أشهر وعشرا الا ان العشر مؤنث بحذف التاء منه فيتناول الليالي ويدخل ما في خلالها من الايام ضرورة قلنا اذا تناول الليالي يدخل ما بازائها من الايام كذا اللغة على ما ينافي باب الاعتكاف والتاريخ بالليالي فلهذا حذفت التاء قال رحمه الله (وللامة قران ونصف المقدر) أي عدة الامة حيضتان في الطلاق بعد الدخول ان كانت ممن تحيض وان كانت ممن لا تحيض لصغر أو كبر أو كانت متوفى عنها زوجها فنصف ما قدر فيه في حق الحرة وهو شهر ونصف في الطلاق بعد الدخول وشهران وخمس في الوفاة عليه اجماع الامة وقال عليه الصلاة والسلام عدة الامة حيضتان وقد تلقته الامة بالقبول فجاز تخصيص العمومات به ولان الرق أثرا في تنصيف النعمة والعدة نعمة لاستحقاقها بوصف الآدمية ولما فيها من تعظيم أمر النكاح فوجب القول بتنصيفها الا أن الحيضة لا تنتصف لاختلافها من حيث الكثرة والقلة والوقت فلا يدرى نصفها واليه أشار عمر رضي الله عنه بقوله لو استطعت لجعلتها حيضة ونصفا ولا فرق في ذلك بين القنة وأم الولد والمدبرة والمكاتبة ومعتقة البعض عند أبي حنيفة رضي الله عنه لوجود الرق في الكل قال رحمه الله (والحامل وضعه) أي عدة الحامل وضع الحمل سواء كانت حرة أو أمة وسواء كانت العدة عن طلاق أو وفاة أو غيره لاطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن وهذا قول ابن مسعود وعمر رضي الله عنهما وقال علي عدتها أبعد الاجلين لان النصوص متعارضة فبعضها يوجب تربص ثلاثة قروء وبعضها أربعة أشهر وعشرا وبعضها وضع الحمل فقلنا بوجوب الابعد احتياطا قلنا آية الحمل متأخرة فيكون غيرها منسوخا بها أو مخصوصا وقال ابن مسعود من شاء باهلته أن سورة النساء القصرى نزلت بعد الاربعة الاشهر وعشر رواه أبو داود والنسائي وابن ماجه وفي صحيح البخاري عن ابن مسعود في المتوفى عنها زوجها أنزلت سورة القصرى بعد الطولى وعن أبي بن كعب قال قلت يا رسول الله وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن للمطلقة ثلاثا وللمتوفى عنها زوجها فقال هي للمطلقة وللمتوفى عنها زوجها رواه أحمد والدارقطني وعن الزبير بن العوام أنه كان عنده أم كلثوم بنت عقبة فقالت له وهي حامل طيب نفسي بتطليقة فطلقها تطليقة ثم خرج الى الصلاة فرجع وقد وضعت فقال ما لها خدعتني خدعها الله ثم أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال سبق الكتاب أجله اخطبها الى نفسها رواه ابن ماجه وفي صحيح البخاري ومسلم عن سبيعة الاسلمية أنه عليه الصلاة والسلام أفتاها بأن قد حلت حين وضعت وأمرها بالتزوج ان بدا لها وكان قد مات عنها زوجها وقال عمر رضي الله عنه لو وضعت وزوجها على سريره لانقضت عدتها وحل لها أن تتزوج ولا معنى لقول من قال تنقضي عدتها بوضع الحمل ولا يجوز لها أن تتزوج حتى تطهر من نفاسها لانها اذا لم تكن تحت زوج ولا معتدة ولا حبلى بثابت النسب أو غيره فقد خلت عن الموانع الشرعية فتحل ضرورة ولكن لا يطؤها حتى تطهر وحرمة الوطء لا تمنع صحة النكاح كالحائض والصائمة والتي ظاهر منها ثم طلقها بائنا قال رحمه الله (وزوجة الفار أبعد الاجلين) أي عدة زوجة الفار أبعد الاجلين من عدة الوفاة ومن عدة الطلاق وهي التي أبانها في المرض الذي مات فيه وقال

(قوله وتسعة أيام الخ) فلو تزوجت في اليوم العاشر جاز اه كمال (قوله في المتن والحامل الخ) وأطلق فيتناول الحمل الثابت النسب وغيره فلو طلق كبير زوجته بعد الدخول فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من العقد فعدتها بوضع الحمل عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف بالحيض في رواية عنه وسيبين في مسألة الصغير وفي المنتقى اذا خرج من الولد نصف البدن من قبل الرجلين سوى الرجلين أو من قبل الرأس سوى الرأس انقضت العدة والبدن من المنكبين الى الاليتين وفي الخلاصة كل من حبلت في عدتها فعدتها أن تضع حملها والمتوفى عنها اذا حبلت بعد موت الزوج فعدتها بالشهور اه كمال (قوله سواء كانت حرة أو أمة) والمتاركة في النكاح الفاسد والوطء بشبهة اذا كانت حاملا كذلك اه فتح (قوله منسوخا بها أو مخصوصا) انما تردد لانه ان كان منفصلا يكون نسخا وان كان متصلا يكون تخصيصا اه من خط الشارح (قوله باهلته) المباهلة الملاعنة اه (قوله القصرى) أي سورة الطلاق اه (قوله بعد الاربعة أشهر وعشر) أي التي في سورة البقرة اه (قوله وعن الزبير بن العوام) قال ابن اسحق في المغازي حدثني الزهري عن عبد الله بن أبي بكر بن حزم قال هاجرت أم كلثوم بنت عقبة عام الحديبية فجاء أخواها عمارة وفلان ابنا عقبة يطلبانها فأبى النبي صلى الله عليه وسلم أن يردها اليهما وكانت قبل أن تهاجر بلا زوج فلما قدمت المدينة تزوجها زيد بن حارثة ثم تزوجها الزبير بن العوام بعد قتل زيد فولدت له زينب ثم فارقها فتزوجها عبد الرحمن بن عوف فولدت له ابراهيم وحميدا ثم مات عنها فتزوجها عمرو بن العاص فمكثت عنده شهرا وماتت روى عنها ولداها حميد بن عبد الرحمن وابراهيم وحديثها في الصحيحين والسنن الثلاثة اه الاصابة لابن حجر أبو (قوله في المتن وزوجة الفار أبعد الاجلين) أي الابعد من أربعة أشهر وعشر وثلاث حيض فلو تربصت حتى مضت ثلاث حيض بان امتد طهرها لم تنقض عدتها اه

أبو يوسف تعتد عدة الطلاق وهو القياس لان النكاح زال به وبقاء النكاح في حق الارث حكما احتياطا لاجماع الصحابة فلا يلزم بقاؤه حقيقة بخلاف المطلقة رجعيا لان النكاح فيه انقطع بالموت اذ هو لا يزيل النكاح ولهذا بقيت أحكام الزوجات كلها وجه الاستحسان انها لما ورثت جعل النكاح قائما حكما الى الوفاة اذ لا ارث لها الا به فكذا في حق العدة بل أولى لانها تجب مع الشك دون الارث فصارت كالطلقة رجعيا ولو ارتد الرجل وقتل على ردته حتى ورثته امرأته فهو على الاختلاف وقد بينا الوجه من الجانبين وقيل يجب عليها عدة الطلاق بالاجماع لان النكاح لم يعتبر باقيا الى الموت لانه لو اعتبر لما ورثت اذ المسلم لا يرث الكافر بل الارث يستند الى ما قبل الردة قال رحمه الله (ومن عتقت في عدة الرجعي لا البائن والموت كالحرة) أي الامة اذا عتقت في العدة من طلاق رجعي فعدتها كعدة الحرة الا اذا أعتقت وهي معتدة من طلاق بائن أو موت زوج لان النكاح باق من كل وجه في الرجعي فوجب انتقال عدتها الى عدة الحرائر لكمال الملك فيها والطلاق في الملك الكامل يوجب عدة الحرائر وفي البائن والموت زوال النكاح ولم يتكامل الملك بعد زوال النكاح والطلاق في الملك الناقص لا يوجب عدة الحرائر فلا تنتقل عدتها وهذا بخلاف ما لو آلى منها ثم أبانها ثم أعتقها سيدها حيث تصير مدة ايلائها مدة ايلاء الحرائر ولا فرق فيه بين الطلاق الرجعي والبائن والفرق ان البينونة ليست من أحكام الايلاء فالبائن والرجعي فيه سواء بخلاف العدة فان سببها الطلاق وهي تعقبه فتعتبر فيها صفته ولان في زيادة مدة العدة اضرارا بها وليس في زيادة مدة الايلاء ذلك فافترقا كذا ذكره في الغاية قال رحمه الله (ومن عاد دمها بعد الاشهر الحيض) أي وعدة من عاد دمها بعد ما اعتدت بالاشهر الحيض ومراده أن الآيسة اذا اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم انتقض ما مضى من عدتها ووجب عليها أن تستأنف العدة بالحيض معناه اذا رأته على العادة الجارية لان عوده يبطل الاياس لان شرط الخلفية تحقق الاياس عن الاصل وذلك بالعجز الدائم الى الموت كالفدية في حق الشيخ الفاني وكذا اذا حبلت من زوج آخر انقضت عدتها وفسد نكاحها لانه تبين أنها من ذوات الاقراء اذ الآيسة لا تحيض والصغيرة اذا حاضت بعد انقضاء عدتها بالاشهر لا تستأنف لانه لم يتبين أنها كانت من ذوات الاقراء بخلاف ما اذا حاضت في أثناء العدة حيث تستأنف تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل ثم ذكر الاستئناف هنا مطلقا وذكر في الايضاح هذا في الرواية التي لم تقدر للاياس مقدارا أما في الرواية التي قدر للاياس قدرا اذا بلغته ثم رأت الدم لم يكن حيضا وذكر في الغاية معزيا الى الاسبيجابي على رواية عدم التقدير لو اعتدت بالاشهر ثم رأت الدم لا تبطل الاشهر وهو المختار عندنا وذكر فيه أيضا على رواية التقدير للاياس ان رأت دما بعد ذلك اختلف المشايخ فيه أيضا فثبت بهذا أن ما تراه من الدم بعد سن الاياس فيه اختلاف المشايخ على الروايتين قيل يكون حيضا وتستأنف العدة ويبطل النكاح ان تزوجت وقيل لا يكون حيضا ولا تستأنف العدة ولا يبطل النكاح وقول صاحب الهداية يقتضي أنه اختار البطلان والاسبيجابي عدمه وقيل ان كان أحمر أو أسود فهو حيض وان كان أخضر أو أصفر فلا اعتبار به ثم تفسير قول من لم يقدر الاياس ظاهر وهو أن تبلغ حدا لا تحيض فيه مثلها وذلك يعرف بالاجتهاد وأما على قول من قدره فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم ستون سنة وقال الصفار سبعون سنة وقال الصدر الشهيد المختار خمس وخمسون سنة وعليه أكثر المشايخ وفي المنافع وعليه الفتوى وعن محمد أنه قدره في الروميات بخمس وخمسين سنة وفي غيرهن بستين سنة ولو أيست المعتدة بعد ما حاضت حيضة أو حيضتين استأنفت العدة بالشهور ولا عبرة بما مضى من الحيض تحرزا عن الجمع بين الاصل والبدل فان قيل أنتم جوزتم ذلك في الصلاة حيث قلتم المتوضئ اذا أحدث في الصلاة ولم يجد ماء يتيمم ويبني وكذلك لو صلى أول صلاته بركوع وسجود ثم عجز جاز له البناء بالايماء فوجب أن يجوز الجمع بينهما أيضا قلنا الصلاة بالتيمم ليست بخلف عن الصلاة بالوضوء وانما الخلفية بين التراب والماء أو بين الطهارتين بهما على اختلافهم وذلك لا يجوز فيه الجمع وكذا الايماء ليس بخلف عن الركوع والسجود لان الايماء موجود فيهما وزيادة ولكن

(قوله لان النكاح زال به) أي ولزمها ثلاث حيض وانما تجب عدة الوفاة اذا زال النكاح بالوفاة اه هداية (قوله والطلاق في الملك الكامل الخ) لا يخفى أن الطلاق لم يحدث في الملك الكامل بل طرأ كمال الملك بعده بالعتق وقول صاحب الكافي والعدة في الملك الكامل مقدرة بثلاث حيض هو الظاهر اه (قوله والطلاق في الملك الناقص الخ) وقال الكمال وقد صور الانتقال الى جميع كميات العدة البسيطة وهي أربعة صورتها أمة صغيرة منكوحة طلقت رجعيا فعدتها شهر ونصف فلو حاضت في أثنائها انتقلت الى حيضتين فلو أعتقت قبل مضيها صارت ثلاث حيض فلو مات زوجها قبل انقضائها انتقلت الى أربعة أشهر وعشر اه (قوله انتقض ما مضى من عدتها) أي وظهر فساد نكاحها الكائن بعد تلك العدة اه فتح (قوله ثم ذكر الاستئناف هنا مطلقا) أي سواء كان الاياس مقدر الوقت أم لا اه (قوله وهو أن تبلغ حدا لا تحيض فيه مثلها) ويمكن كون المراد بمثلها فيما ذكر في تركيب البدن والسمن والهزال اه فتح

سقط عنه بعض مالا يقدر عليه للعذر وبقي البعض على حاله و بعض الشئ لا يكون خلفا عن الباقي لوجوده معه وانما تكون الخلفية بشئ آخر غيره قال رحمه الله (والمنكوحة نكاحا فاسدا والموطوءة بشبهة وأم الولد الحيض للموت وغيره) أي عدة هولاء الثلاث الحيض اذا فارقته بالموت أو غيره من تفريق القاضي أو عزم الواطئ على ترك وطئها أو عتق أم الولد ومعناه اذا لم تكن حاملا ولا آيسة لان عدتهن للتعرف عن براءة الرحم لا لقضاء حق النكاح والحيض هو المعرّف في غير الحامل والآيسة ولا يختلف بين الموت وغيره فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يكتفى بحيضة كالاستبراء لانه يحصل بها التعرف قلنا النكاح الفاسد ملحق بالصحيح كما في البيع حتى يفيد الملك اذا اتصل به القبض فيؤخذ له الحكم من الصحيح والوطء بشبهة هو كالفاسد حتى يجب به المهر وغيره وعدّة أم الولد وجبت بزوال الفراش فاشبهت عدة النكاح وقال الشافعي ومالك يجب على أم الولد حيضة واحدة يروى ذلك عن عائشة وابن عمر وقال الاوزاعي عدتها في موت مولاها أربعة أشهر وعشر رواه عمرو بن العاص عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجه أبو داود وضعفه وإمامنا فيه عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم وكفى بهم قدوة ولان هذه عدة وجبت على حرة فلا يكتفى فيها بحيضة كعدة النكاح بل أولى لان تلك تجب على الامة وهذه لا تجب الا على الحرة فكانت أولى بالتكميل بخلاف الاستبراء لانه لا يجب عليها وانما يجب على المولى هذا اذا لم تكن مزوجة أو معتدة فأما اذا كانت مزوجة أو معتدة فلا تجب عليها العدة بموت المولى ولا بالعتق لعدم ظهور فراش المولى معه ولو مات المولى والزوج ولا يدرى أيهما أول وبين موتيهما أقل من شهرين وخمسة أيام فعليها أن تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال أن المولى مات أولا ثم مات الزوج وهي حرة ولا يجب بموت المولى شئ لانه ان تقدم موته على موت الزوج فهي منكوحة وان تأخر فهي معتدة فتيقنا بعدم وجوب العدة للمولى وان كان بين موتيهما أكثر من ذلك والمسئلة بحالها تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال تأخر الزوج ويعتبر فيها ثلاث حيض لاحتمال أن المتأخر هو المولى وانه مات بعد انقضاء عدتها من الزوج بخلاف ما تقدم على ما بينا وان لم يعلم كم بينهما فكذلك عندهما للاحتمال ماذكرنا وعند أبي حنيفة رحمه الله تعتد بأربعة أشهر وعشر لاحتمال ان الزوج هو المتأخر ولا يعتبر فيها الحيض لان سبب وجوب العدة للمولى وهو ظهور فراشه لم يوجد والاحتياط انما يكون بعد ظهور سببه قال رحمه الله (وزوجة الصغير الحامل عند موته وضعه والحامل بعده الشهور) أي عدة زوجة الصغير وهي حامل عند موته وضع الحمل وان حدث الحمل بعد موته فعدتها الشهور وتفسير قيام الحمل عند موته أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت موته وقيل لاقل من سنتين ولا كثر من سنتين حادث اجماعا وكذا اذا ولدت لا كثر من ستة أشهر عند الجمهور وقال أبو يوسف عدتها الشهور في الوجهين وبه قال الشافعي ومالك لانه منتف عنه فلا عبرة به كالحمل الحادث بعد موته ولنا اطلاق قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن من غير فصل بين أن يكون منه أو من غيره ولان هذه العدة شرعت لقضاء حق النكاح لا للتعرف عن براءة الرحم لشرعها بالاشهر مع وجود الاقراء وهذا المعنى متحقق في حق الصبي ولئن كان لبراءة الرحم فوضعه يصلح دليلا على براءته فيتعلق

(قوله في المتن والمنكوحة نكاحا فاسدا) أراد بالنكاح الفاسد النكاح بغير شهود ونكاح الاخت في عدة الاخت ونكاح الخامسة في عدة الرابعة وأراد بالموطوأة بشبهة ما اذا زفت اليه امرأة اهـ اتقاني (قوله لا لقضاء حق النكاح) لانه لا حق للنكاح الفاسد والوطء بشبهة اهـ اتقاني (قوله أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت موته) أي في الاصح فاذا وضعته كذلك انقضت عدتها عند أبي حنيفة ومحمد وان وضعت لستة أشهر من موته فأكثر لم يكن محكوما بقيامه عند موته بل بحدوثه بعده فلا تكون تقدير العدة بالوضع عندهما بل بأربعة أشهر وعشر اتفاقا وقيل المحكوم بحدوثه أن تلده لا كثر من سنتين من موته وفيما دون ذلك يكون الانقضاء بالوضع وليس بشئ لان التقدير للحدوث بأكثر من سنتين أو بسنتين كوامل ليس الا للاحتياط في ثبوت النسب ولا يمكن ثبوته في الصبي فلا حاجة الى تأخير الحكم بالحدوث الى السنتين اهـ كمال (قوله وقال أبو يوسف عدتها أربعة أشهر وعشر) وهذه رواية عن أبي يوسف اذ لم يحك في ظاهر الرواية خلاف ولم يذكره محمد في الجامع كلامه الحاكم وقول فخر الاسلام وهذا يعني الاعتداد بوضع الحمل استحسان من علمائنا يدل عليه فانما هي رواية عنه ولهذا قال شمس الائمة وعن أبي يوسف أن عدتها بالشهور وهو القياس وهو قول زفر اهـ واذا قال أبو يوسف في المطلقة جاءت بولد لا كثر من سنتين تعتد بوضعه مع أنه منفي النسب ومحكوم بحدوثه فكيف يقول في المحكوم بقيامه عند الفرقة لا تعتد بوضعه فانما هي رواية شاذة وهو قول الشافعي ومالك وأحمد وهو رواية عن أبي حنيفة ثم يجب كون الصغير غير مراهق أما المراهق فيجب أن يثبت النسب منه الا اذا لم يمكن بان جاءت به لاقل من ستة أشهر من العقد وعلى هذا الخلاف اذا طلق الكبير امرأته فأتت بولد غير سقط لاقل من ستة أشهر من وقت العقد بان تزوجها حاملا من الزنا ولا يعلم به الحال ثم وضعت كذلك بعد الطلاق تعتد بالوضع عندهما وعنده لا اعتبار به وانما قلنا ولا يعلم ليصح كونه على هذا الخلاف لان كونه لم يصح العقد عند أبي يوسف لانه يمنع العقد على الحامل من الزنا بخلاف ما اذا لم يعلما فانه وان لم يصححه لكن يجب من الوطء فيه العدة لانه بشبهة فيقع الخلاف في أنها بالوضع أو بالاشهر اهـ فتح (قوله ولان هذه الخ) أي عدة المتوفى عنها اهـ

بالانقضاء كالذى ينسب الى الميت بخلاف الحادث بعد الموت لانه لم يثبت وجوده وقت الموت لا حقيقة ولا حكما فتعينت الاشهر عند الموت فلا يتغير بحدوثه بعد ذلك بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت لان نسبه ثابت الى حولين ومن ضرورته وجوده عند الموت فتبين أنه ليس بحادث حتى لو تيقن بحدوثه بان ولدته بعد الحولين كان الحكم كذلك وعلى هذا لو تزوج الكبير امرأة فدخل بها ثم طلقها أومات عنها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت التزوج كان على هذا الخلاف لانه ليس بثابت النسب منه وان كان موجودا وقت زوال النكاح بالموت قال رحمه الله (والنسب منتف فيهما) أى نسب الولد لا يثبت من الصغير فى الحمل الحادث بعد الموت وفى غير الحادث لاستحالته منه لان النسب يعتمد الماء ولا ماء له ولا يمكن اثباته حكما مع تعذره حقيقة واقامة النكاح مقام الماء عند التصور فاذا تعذر فات الشرط قال رحمه الله (ولم يعتد بحيض طلقت فيه) أى لو طلقها وهى حائض لا يعتد بتلك الحيضة التى وقع فيها الطلاق لان الواجب عليها ثلاث حيض أو اثنتان بالنص فلا ينقص عنها كاعداد الركعات ولان الحيضة الواحدة لا تتجزأ فما وجد قبل الطلاق لا يحتسب به من العدة لعدم السبب فكذا ما بعده لعدم التجزى ولو احتسب به لوجب تكميله من الرابعة فاذا وجب تكميله من الرابعة لوجب كلها ضرورة أنها لا تتجزأ قال رحمه الله (وتجب عدة أخرى بوطء المعتدة بشبهة وتداخلتا والمرئى منهما وتتم الثانية ان تمت الاولى) أى اذا وطئت المعتدة بشبهة يجب عليها عدة أخرى وتداخلت العدتان والدم الذى تراه محتسب به من العدتين وتتم العدة الثانية ان تمت الاولى ولم تكمل الثانية وقال الشافعى لا يتداخلان لانهما حقان لشخصين فلا يتداخلان كالمهرين ولانهما عبادتا كف فى مدة فلا يجتمع الكفان فى وقت واحد كالصومين فى يوم واحد وهذا لانها مأمورة بالتربص وهو فعل منها والفعل الواحد لا يعتد به فعلين ولنا أن العدة مجرد أجل والآجال اذا اجتمعت تنقضى بمدة واحدة كرجل عليه ديون الى آجال فمضى الاجل حلت كلها والدليل على انه أجل قوله تعالى وأولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن حتى يبلغ الكتاب أجله ولان المقصود فيها براءة الرحم وهى تحصل بالواحدة فصار كما اذا كانت العدتان من شخص واحد أو من أشخاص وهى حامل حيث ينقضى الكل بالوضع اجماعا ولان ركن العدة حرمة الافعال من الخروج والتزوج وغير ذلك بالنهى وهو يقتضى الحرمة ومعنى العبادة تابع فيه حتى يصح من غير قصد وتجب على الكافرة وعلى غير المكلف ويصح منهم والحرمات تجتمع فى وقت واحد كالصيد فى الحرم يحرم على المحرم بجهتين وكذا الخمر على الصائم بخلاف الصوم فان الركن فيه الفعل فلا يكون الفعل الواحد فعلين يحققه أن العدة تنقضى من غير علمها بلا كف وليس لها أن تؤخرها بعد الوجوب ولا اختيار

(قوله بخلاف الحمل الحادث) شرع يفرق بين ما قاسوا عليه فى الصورة وبين محل الخلاف والحاصل أنه تعالى انما شرع العدة بوضع الحمل اذا كان الحمل ثابتا حال الموت وان كان لفظ الآية مطلقا يخص بالعقل للعلم بان حال الموت حال زوال النكاح وعنده يتم السبب الموجود للعدة فلا بد أن تثبت العدة اذ ذاك والفرض أن لا حمل حينئذ ليثبت بالوضع فكان اعتبار قيام الحمل عند الموت وعدم الاعتداد بالوضع أو الاشهر من ضروريات العقل بعد العلم بما ذكرناه فعند عدمه والفرض أن العدة تثبت لا تتوقف فانما تثبت بالاشهر وبهذا لزم أن يراد من الآية بأولات الاحمال أولات الاحمال حال الفرقة اه فتح (قوله بخلاف امرأة الكبير اذا حدث بها الحبل بعد الموت) بان جاءت به لاقل من سنتين مع حدوثه فى نفس الامر حيث تعتد لا بالاشهر مع فرض حدوثه فى نفس الامر وأجاب بمنع الحكم بحدوثه فانه محكوم بثبوت نسبه شرعا وذلك يستلزم الحكم بقيامه عند الموت والاصل والتوافق بين الحكمى والواقع الا أن يتحقق خلافه فوجب كونه قائما عند الموت حقيقة وحكما اه فتح (قوله فى المتن ولم يعتد) اى لم يحتسب وهو على صيغة المبنى للمفعول مسند الى الجار والمجرور منقوط بنقطتين تحتانيتين ويجوز أن يقال على صيغة المبنى للفاعل بنقطتين فوقانيتين على اسناد الفعل الى المرأة اه اتقانى (قوله ولو وجب) الذى موجود بخط الشارح فاذا وجب اه (قوله اذا وطئت المعتدة بشبهة) بان تزوجها رجل أو وجدها على فراشه وقال النساء انها زوجتك اه عينى (قوله وتداخلت العدتان) معنى التداخل جعل المرئى عنهما حتى لو كانت وطئت بعد حيضة من العدة الاولى فعليها حيضتان(١) تمامها ويحتسب بهما عدة الثانى وللآخر أن يخطبها اذا انقضت عدتها من الاول لانها فى عدته ولا يخطبها غيره فان كان الاول طلقها رجعيا فله أن يراجعها اذا شاء ثم لا يقربها حتى تنقضى عدتها من الآخر وان طلقها بائنا فليس له أن يخطبها بعد وجوب العدة عليها من الثانى حتى تنقضى عدتها منه وكذا اذا كانت العدتان بالشهور اه كمال قال قاضيخان فى فتاواه العدتان تنقضيان بعدة واحدة عندنا كانتا من جنس واحد أو من جنسين صورة الاولى المطلقة اذا حاضت حيضة ثم تزوجت بزوج آخر ووطئها الثانى وفرق بينهما وحاضت حيضتين بعد التفريق كان لهذا الزوج أن يتزوجها لانقضاء عدة الاول وليس لغيره أن يتزوجها حتى تحيض ثلاث حيض من وقت التفريق لقيام عدة الثانى فى حق الغير وان كان طلاق الاول رجعيا كان للاول أن يراجعها قبل أن تحيض حيضتين بعد تفريق الثانى لانها فى عدة الاول ولا يطؤها حتى تنقضى عدة الثانى وان حاضت ثلاث حيض من وقت تفريق الثانى تنقضى العدتان جميعا وصورة الثانية المتوفى عنها زوجها اذا وطئت بشبهة تنقضى العدة الاولى باربعة أشهر وعشر وتنقضى العدة الثانية بثلاث حيض تراها فى الاشهر اه

(١) هكذا بياض فى الاصل

لها فى الابتداء فكيف يمكنها أن تؤخر احدى العدتين وتشتغل بالاخرى ولو كان هذا مشروعا لامكنها فى الابتداء أن تؤخرها الى وقت واحد ولا تعلق له بالامر بالتربص على أنه فعل لان معناه الانتظار وانتظار أشياء فى وقت واحد ممكن وكذا الامتناع عن أشياء ممكن فى زمن واحد ولان العدة أثر النكاح وحقيقة النكاح لا تنافى العدة فاثره أولى أن لا ينافيها والمعتدة عن وفاة اذا وطئت بشبهة تعتد بالشهور وتحتسب بما تراه من الحيض فى خلالها لما بينا من العدة لحصول المقصود به قال رحمه الله (ومبدأ العدة بعد الطلاق والموت) لان الله تعالى أوجبها على المطلقة والمتوفى عنها زوجها وهما ينبئان عن وجوبها عقيبهما فيكون وقت ابتدائها ضرورة ولان السبب نكاح متأكد بالدخول أو ما يقوم مقامه والفرقة شرط لوجوبها وقد تحقق فتجب حينئذ وجعل صاحب الهداية أن السبب هو الطلاق أو الموت وهو تجوز لكونه محلا للعلة ولو لم تعلم بالطلاق أو الموت حتى مضت مدة العدة فقد انقضت لانها أجل فلا يشترط فيه العلم لانقضائه ولو أقر أنه طلقها منذ زمان قالوا فان كذبته المرأة أو قالت لا أدرى تجب العدة من وقت الاقرار ويجب لها عليه النفقة والسكنى ولا يحل له أن يتزوج بأختها ولا أربع سواها حتى تنقضى عدتها وان صدقته فى الاسناد ذكر فى الاصل ان عليها العدة من وقت الطلاق واختيار مشايخ بلخ أن تجب العدة من وقت الاقرار عقوبة عليه زجرا على كتمانه الطلاق ولا يجب عليه نفقة ولا سكنى لاعترافها بسقوطه وينبغى على قول هؤلاء أن لا يحل له التزوج بأختها وأربع سواها حتى تنقضى عدتها من وقت الاقرار وقال السغدى ما ذكره محمد من ان العدة تعتبر من وقت الطلاق محمول على ما اذا كانا متفرقين وأما اذا كانا مجتمعين فلا يصدقان لان الكذب فى كلامهما ظاهر قال رحمه الله (وفى النكاح الفاسد بعد التفريق أو العزم على ترك وطئها) أى ابتداء العدة فى النكاح الفاسد عقيب تفريق القاضى أو عقيب عزم الواطئ على ترك الوطء وذلك بأن يقول تركتك أو خليت سبيلك أو نحو ذلك لا بمجرد العزم وقال زفر رحمه الله من آخر الوطآت لانه المؤثر فى وجوبها ولنا أن التمكن على وجه الشبهة أقيم مقام الوطء لعدم امكان الوقوف عليه فأقيم الداعى اليه مقامه ولان الحاجة ماسة الى معرفة الاحكام فى حق غيرهما كنكاح أختها ولا يمكن بناء الاحكام الا على

(قوله لحصول المقصود به) فلو لم ترفيها دما يجب أن تعتد بعد الاشهر بثلاث حيض اه فتح (قوله وان صدقته فى الاسناد) قال الولوالجى وان صدقته فى الاسناد قال محمد رحمه الله تجب العدة من وقت الطلاق والمختار للمشايخ أنه تجب العدة من وقت الاقرار لانه لما طلق وكتم الطلاق وجبت العدة من وقت الاقرار زجرا له ولا تجب لها نفقة العدة ومؤنة السكنى لان نفقة العدة ومؤنة السكنى حقها وهى أقرت أنه لا حق لها ولها أن تأخذ منه مهرا ثانيا بالدخول لان الزوج أقر لها بذلك وهى صدقته اه قال قاضيخان فى فتاواه رجل طلق امرأته منذ خمس سنين ان كذبته فى الاسناد أو قالت لا أدرى كان عليها العدة من وقت الاقرار ولها النفقة والسكنى وان صدقته فى الاسناد ذكر فى الاصل أن عليها العدة من وقت الطلاق وفى الفتوى عليها العدة من وقت الاقرار ولا يظهر أثر تصديقها الا فى ابطال النفقة اه قال فى الهداية ومشايخنا رحمهم الله يفتون فى الطلاق أن ابتداءها من وقت الاقرار نفيا لتهمة المواضعة اه قال الكمال ثم المراد من قوله ومشايخنا أى مشايخ بخارى وسمرقند واقتصار النهاية والدراية على قوله عن مشايخ بلخ غير جيد ثم فيه ترك لشرح الكتاب اه وقال الاتقانى قال فى تتمة الفتاوى والفتاوى الصغرى اذا أقر الرجل أنه طلق امرأته منذ كذا صدقته المرأة فى الاسناد أو كذبته أو قالت لا أدرى فالعدة من وقت الاقرار ولا يصدق فى الاسناد هو المختار وجواب محمد فى الكتاب أن فى التصديق العدة من وقت الطلاق الا أن المختارين اختاروا وجوب العدة من وقت الاقرار حتى لا يحل له التزوج باختها وأربع سواها زجرا له حيث كتم طلاقها ولكن لا يجب لها النفقة والسكنى وعلى الزوج المهر ثانيا بالدخول لاقراره وتصديقها اياه بذلك ومعنى قوله نفيا لتهمة المواضعة أن الزوج يجوز أن يقر من زمان ماض وتصدقه المرأة فى ذلك حتى يجوز للزوج أن يتزوج باختها وأربع سواها أو يجوز أن تكون المرأة مطلقة الثلاث فيصدق زوجها فى اسناد الطلاق الى زمان ماض كى يجوز أن يتزوجها زوجها شئ فى الحال فلنفى المواضعة اعتبروا وقوع طلاقها من وقت الاقرار لا من الزمان الذى أسند اليه الطلاق اه قال الكمال يفيد أن الطلاق المتقدم اذا ثبت بالبينة ينبغى أن تعتبر العدة من وقت قامت لعدم التهمة لان ثبوتها بالبينة لا بالاقرار اه (قوله وفى النكاح الفاسد الخ) راجع الى قوله فى المتن فى باب المهر وفى النكاح الفاسد انما يجب مهر المثل بالوطء فالخلاف المذكور هنا مع زفر مذكور هناك أيضا فراجع كلام الشارح اه (قوله أو عقيب عزم الواطئ على ترك الوطء) وفى الخلاصة والنصاب المتاركة فى النكاح الفاسد بعد الدخول لا تكون الا بالقول كقوله تركتك أو ما يقوم مقامه كتركتها وخليت سبيلها أما عدم المجىء فلا اذ الغيبة لا تكون متاركة لانه عاد به ولو أنكر نكاحها لا تكون متاركة اه كمال رحمه الله (قوله لانه الخ) الضمير راجع الى الوطء ولهذا لو لم يطأها لا تجب عليها العدة اه (قوله ولنا أن التمكن على وجه الشبهة الخ) قال الاتقانى رحمه الله ولنا أن السبب الموجب للعدة هو شبهة النكاح ولهذا لا تجب العدة فى الزنا ورفع تلك الشبهة بالفرقة إما بتفريق القاضى بينهما أو بالمتاركة وتعتبر العدة من وقت الفرقة والدليل على اعتبار الشبهة أن الوطء وان وجد مرارا لا يجب الا مهر واحد لاستناد الكل الى شبهة واحدة وانما قلنا إن الشبهة لا ترتفع الا بالفرقة بدليل أنه اذا وطئها قبل الفرقة مرارا لا يلزمه

الحد للشبهة واذا وطئها مرة بعد الفرقة يجب الحد لعدم الشبهة والوطء الاخير لا يوقف عليه لانه يجوز أن يوجد غيره فلا يكون الذى قبله أخيرا ولئن سلمنا على وقوف المرأة التى تعتد فنقول قد تمس الحاجة الى وقوف غيرها نحو أختها وأربع سواها ولا وقوف للغير فلما كان الوطء الاخير خفيا أقيم السبب الظاهر وهو التمكن من الوطء حقيقة بشبهة النكاح مقام حقيقة الوطء ثم لما ارتفع ذلك التمكن بالفرقة وجبت العدة من ذلك الوقت اهـ (قوله وخلت) الذى فى خط الشارح وخلا اهـ (قوله فالقول قولها مع الحلف الخ) فان حلفت صدقت قال فخر الاسلام يريد به فى حق المراجعة يعنى ان حلفت بطلت الرجعة وان نكلت لم تبطل بل بقيت كما كانت اهـ غاية البيان وهذا ليس باستحلاف على الرجعة بل على بقاء العدة فلا يرد نقضا على أبى حنيفة رضى الله عنه اهـ اتقانى قال الكمال لابد أن يكون محل هذا ما اذا كذبها مع كون المدة تحتمل انقضاءها على الخلاف الذى قدمناه وهو شهران عنده وتسعة وثلاثون يوما عندهما الا انه اذا لم تحتمله المدة لا يقبل قولها أصلا اهـ (قوله ولو نكح معتدته الى آخر المقالة) قال فى القنية طلق المدخولة ثم راجعها ثم طلقها قبل الدخول لا عدة عليها عند زفر كما فى البائن اهـ (قوله وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) قال أبو بكر بن أبى شيبة فى مصنفه وهو قول ابراهيم والشعبى وأشعث وهو رواية عن ابن حنبل سروجى (قوله وقال زفر لها نصف المهر أو المتعة ولا عدة عليها) قال السروجى رحمه الله وقول زفر ضعيف لان اسقاطها بالكلية يفضى الى اختلاط المياه واشتباه الانساب لانه اذا طلقها بائنا بعد الدخول ثم تزوجها وطلقها فيتزوجها ثان قبل أن تحيض فلا يعلم فراغ الرحم اهـ وقال الكمال رحمه الله فى فتح القدير وما قاله زفر فاسد لانه يستلزم ابطال المقصود من شرعها وهو عدم اشتباه الانساب فانه لو تزوجها قبل أن تحيض فى العدة ثم طلقها من يومه حلت للازواج من غير عدة عن الطلاق وفى ذلك اشتباه النسب وفساد كبير اهـ (قوله أو المتعة) أى ان لم يكن سمى فيه شئ اهـ (قوله وقال

شئ ظاهر وهو المتاركة ولان السبب الموجب للعدة شبهة النكاح و رفع هذه الشبهة بالتفريق ألا ترى أنه لو وطئها قبل المتاركة لا يحد و بعده يحد وكذا الوطآت فيه لا توجب الا مهرا واحدا فلا تكون شارعة فى العدة حتى ترتفع هذه الشبهة بالتفريق كما فى النكاح الصحيح ولهذا لا تعتد عقيب كل وطأة بعدها وطء ولو كان كما قاله لاعتدت وانقضت عدتها بثلاث حيض وخلا الوطآت بعدها عن شبهة قال رحمه الله (وان قالت مضت عدتى وكذبها الزوج فالقول قولها مع الحلف) لانها أمينة فيما تخبر والقول قول الامين مع اليمين كالمودع اذا ادعى رد الوديعة أو هلاكها وقد بينا أدنى المدة التى تصدق فيها بيمينها والاختلاف الواقع فيها بين الائمة فى آخر باب الرجعة فلا نعيده قال رحمه الله (ولو نكح معتدته وطلقها قبل الوطء وجب مهر تام وعدة مبتدأة) أى لو أبان امرأته عادون الثلاث ثم تزوجها وهى فى العدة وطلقها قبل الدخول بها فعليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال زفر رحمه الله لها نصف المهر أو المتعة ولا عدة عليها وقال محمد رحمه الله لها نصف المهر أو المتعة وعليها اتمام العدة الاولى لزفر رحمه الله وهو القياس أن العدة الاولى بطلت بالتزوج ولا تجب العدة بعد الطلاق الثانى ولا كمال المهر لانه قبل الدخول ومحمد يقول كذلك غير ان اكمال العدة الاولى وجب بالطلاق الاول لكنه لم يظهر حكمه حال التزوج الثانى فاذا ارتفع بالطلاق الثانى ظهر حكمه كما لو طلق امرأته الامة وليس لها ولد منه طلقة ثم اشتراها ثم أعتقها تجب عليها العدة بالطلاق ثم يبطل ذلك فى حقه بالشراء حتى يجوز له وطؤها ثم يظهر ذلك بالعتق حتى يجب عليها اتمام العدة الاولى لانه كان واجبا بالطلاق السابق وكذا لو اشتراها قبل أن يطلقها والمسئلة بحالها لانه بالشراء ينفسخ النكاح ولم تظهر العدة ثم بالعتق تظهر على ما بينا ولو كانت ولدت منه فكذا الحكم فى الموضعين غير انه تجب عليها عدة أخرى لانها أم ولد أعتقت وتتداخل العدتان ويجب عليها الاحداد الى أن تمضى عدة النكاح وهى حيضتان من وقت الطلاق أو الشراء لانها عدة النكاح ولا يجب عليها فيما بقى لانها عدة أم ولد ولهما أن

محمد) وكذا الشافعى ورواية عن ابن حنبل اهـ سروجى (قوله لانه قبل الدخول) أى والخلوة اهـ سروجى (قوله ومحمد يقول كذلك) أى ان العدة الاولى بطلت بالتزويج اهـ (قوله ولو كانت ولدت منه الخ) قال الاتقانى رجل اشترى امرأته وهى أمة وقد ولدت منه فسد النكاح وكانت حلالا له بالملك فلا بأس بان تتزين ولا تتقى الطيب لانها غير معتدة فى حقه فان العدة أثر النكاح فكما أن الملك ينافى النكاح ينافى أثره لكنها معتدة فى حق غيره حتى اذا أراد أن يزوجها من غيره ليس له ذلك حتى تحيض حيضتين فان الفرقة بعد الدخول فكانت معتدة فى حق غيره ثم اذا أعتقها بعد الشراء فعليها ثلاث حيض لانها صارت أم ولد له حين اشتراها بعد ما ولدت بالنكاح وعلى أم الولد ثلاث حيض لكنها تتقى الطيب والزينة فى الحيضتين الاولتين استحسانا وفى القياس ليس عليها ذلك لان الحداد اذا لم يلزمها عند وقوع الفرقة فلا يلزمها بعد ذلك وجه الاستحسان أن العدة وجبت عليها بالفرقة لكن لم يظهر ذلك فى حق المولى لكونها حلالا له بالملك وقد زال ذلك بالعتق فظهرت تلك العدة فى حق المولى والعدة بعد الفرقة من نكاح صحيح يجب فيها الحداد فأما فى الحيضة الثالثة فلا حداد عليها لانها لم تجب بسبيل النكاح بل بالعتق ولا حداد على أم الولد اهـ (قوله فكذا الحكم فى الموضعين) أى فيما اذا طلقها ثم اشتراها أو اشتراها قبل ان يطلقها اهـ

(قوله لبقاء أثره وهو العدة) أي لاشتغال رحمها بمائه بالوطء السابق اه (قوله يصير قابضا) أي وإن كان المغصوب غائبا اه (قوله ألا ترى أن الخلوة أقيمت مقام الوطء في حقهما) أي في حق وجوب المهر وفي حق وجوب العدة اه (قوله وكذا إذا مات عنها زوجها الذمي) فلو تزوجها مسلم أو ذمي في فور طلاقها جاز اه كمال (قوله بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم) فإن عليها العدة بالاتفاق اه فتح (قوله وعلى هذا الخلاف الحربية إذا خرجت الخ) قال في الهداية وكذا إذا خرجت الحربية إلينا مسلمة قال الكمال ليس بقيد بل المعتبر أن تصير بحيث لا تمكن من العود إما بخروجها مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية لا عدة عليها اه (قوله ولو كانت حاملا) أي

الوطء قبض وهي مقبوضة في يده بالوطء الأول لبقاء أثره وهو العدة فإذا عقد عليها ثانيا وهي مقبوضة في يده ناب القبض الأول عن القبض المستحق بالثاني كالغاصب إذا اشترى المغصوب وهو في يده يصير قابضا بمجرد العقد فكان طلاقا بعد الدخول ولا يقال وجب على هذا أن يملك عليها الرجعة لأن الطلاق بعد الدخول يعقب الرجعة لأنا نقول لا يلزم من إقامته مقام الوطء في العقد الثاني في حق المهر والعدة أن يقوم مقامه في حق ملك الرجعة ألا ترى أن الخلوة أقيمت مقام الوطء في حقهما ولم تقم في حق ملك الرجعة وعلى هذا لو كان النكاح الأول فاسدا ثم تزوجها نكاحا صحيحا وهي في العدة ثم طلقها قبل الدخول بها يجب عليه مهر كامل وعليها عدة مستقبلة عندهما ولو كان على القلب بأن كان الأول صحيحا والثاني فاسدا لا يجب عليه المهر ولا يجب عليها استقبال العدة ويجب عليها إتمام العدة الأولى بالإجماع والفرق لهما أنه لا يتمكن من الوطء في الفاسد فلا يجعل واطئا حكما لعدم الإمكان حقيقة ولهذا لا يجعل واطئا بالخلوة في الفاسد حتى لا يجب عليه المهر ولا عليها العدة قال رحمه الله (ولو طلق ذمي ذمية لم تعتد) وكذا إذا مات عنها زوجها الذمي وهذا إذا كانت لا تجب في معتقدهم وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وروي عنه أنه لا يطؤها حتى يستبرئها بحيضة وعنه أنه لا يتزوجها إلا بعد الاستبراء وقالا عليها العدة لأن العدة حق الزوج وإن كان فيها حق الشرع ولهذا تجب على الصغيرة والكافرة مخاطبة بحقوق العباد ولأبي حنيفة رحمه الله أن العدة لو وجبت عليها لا يخلو إما أن تجب حقا للشرع أو للزوج ولا وجه للأول لأنها غير مخاطبة بحقوق الشرع ولا للثاني لأن الزوج لا يعتقده وقد أمرنا بأن نتركهم وما يدينون بخلاف ما إذا كانت تحت مسلم لأنه يعتقده ولو كانت حاملا لا تتزوج بالإجماع حتى تضع حملها لأنه ثابت النسب على ما يجيء من قريب وعلى هذا الخلاف الحربية إذا خرجت إلينا مسلمة أو ذمية أو مستأمنة ثم أسلمت أو صارت ذمية وهما يقولان إن هذه فرقة وقعت بعد الدخول في دار الإسلام بسبب التباين فتجب عليها العدة كما لو وقعت بسبب آخر نحو الموت ومطاوعة ابن الزوج بخلاف ما إذا هاجر هو وتركها في دار الحرب حيث لا تجب عليها العدة إجماعا لعدم التبليغ حتى يجوز له أن يتزوج أختها وأربعا سواها عقيب دخوله دار الإسلام وله قوله تعالى ولا جناح عليكم أن تنكحوهن مطلقا من غير قيد ولأن العدة حيث وجبت تجب حقا للعبد والحربي ملحق بالجماد والبهائم حتى صار محلا للتمليك فلا حرمة لفراشه ولهذا لا تجب على المسبية إذا وقعت الفرقة بينهما بتباين الدارين وهو الدخول في دار الإسلام ولو كانت حاملا لا يجوز نكاحها حتى تضع الحمل وروي عنه أنه يجوز ولا يطؤها حتى تضع كالحامل من الزنا والصحيح الأول لأنه ثابت النسب لأن النسب يثبت من الحربي فيمتنع التزوج كحمل أم الولد بخلاف الحمل من الزنا

﴿فصل﴾ في الإحداد

وهو ترك الزينة والطيب وفيه لغتان أحدت إحدادا فهي محد وحدت تحد من باب ضرب ونصر حدادا فهي حاد وأصل الحد المنع وهو معروف قال رحمه الله (تحد معتدة البت والموت بترك الزينة والطيب والكحل والدهن إلا بعذر والحناء ولبس المعصفر والمزعفر إن كانت بالغة مسلمة) اقوله

الحربية المهاجرة اه

﴿فصل في الإحداد﴾ لما فرغ عن بيان أنواع العدة وعن بيان من تجب عليها ومن لا تجب شرع في بيان ما يجب على المعتدات قاله الإتقاني (قوله أحدت المرأة إحدادا) قال في المصباح المنير حدت المرأة على زوجها تحد وتحد حدادا بالكسر فهي حاد بغير هاء وأحدت إحدادا فهي محد ومحدة إذا تركت الزينة لموت وأنكر الأصمعي الثلاثي واقتصر على الرباعي اه (قوله في المتن تحد معتدة البت الخ) قال في الهداية وعلى المبتوتة والمتوفى عنها زوجها إذا كانت بالغة مسلمة الحداد قال الكمال قوله وعلى المبتوتة يعني ويجب بسبب الزوج على المبتوتة وأصله المبتوت طلاقها ترك ذلك للعلم به لكثرة الاستعمال وهي المختلعة والمطلقة ثلاثا أو واحدة بائنة ابتداء ولا نعلم خلافا في عدم وجوبه على الزوجة بسبب غير الزوج من الأقارب وهل يباح قال محمد في النوادر لا يحل الإحداد لمن مات أبوها أو ابنها أو أمها أو أخوها وإنما هو في الزوج خاصة قيل أراد بذلك فيما زاد على الثلاث لما في الحديث من إباحته للمسلمات على غير أزواجهن ثلاثة أيام والتقييد بالمبتوتة يفيد نفي وجوبه على الرجعية وينبغي أنها لو أرادت أن تحد على قرابة ثلاثة أيام ولها زوج له أن يمنعها لأن الزينة حقه حتى كان له أن يضربها على تركها إذا امتنعت وهو يريدها وهذا الإحداد مباح لها لا واجب عليها وبه يفوت حقه اه قال الإتقاني قال الحاكم الشهيد في الكافي ولا ينبغي للمعتدة من وفاة زوجها أو طلاق بائن أو لعان أو فرقة بوجه من الوجوه من قبل أنها كان لها أن تطيب أو تلبس الحلي أو الثوب المصبوغ بعصفر أو ورس أو زعفران اه قال في الهداية والحداد والإحداد وهما لغتان أن تترك الطيب قال الكمال ولا تحضر عمله ولا تتجر فيه وإن لم يكن لها كسب إلا فيه اه

(قوله الا اذا ظهرت نبذة من قسط) القسط بضم القاف عرق شجر يتبخر به والاظفار نوع طيب لا واحد له والنبذة القليل منه بضم النون رخص للمعتدة استعماله حين تطهر من حيضها اه (قوله ولا الممشقة) قال في المصباح المشق وزان حمل المغرة وأمشقت الثوب إمشاقا صبغته بالمشق وقياس المفعول على بابه وقالوا ثوب ممشق بالتثقيل والفتح ولم يذكروا فعله اه (قوله نقل ذلك عن ابن مسعود) أي موقوفا ومرفوعا اه كافي (قوله وهو غير مشروع) أي قصدا ولهذا لم يشرع لفوات الاب مع أنه سبب لوجودها وحياتهما لعدم العدة اه كافي (قوله البحت) أي الخالص اه (قوله وتمتشط بالاسنان الواسعة) وأطلقه الأئمة الثلاثة وقد ورد في الحديث مطلقا وكونه بالضيقة يحصل معنى الزينة وهي ممنوعة منها وبالواسعة يحصل دفع الضرر ممنوع بل قد يحتاج لاخراج الهوام الى الضيقة نعم كل ما أرادت به معنى الزينة لم يحل وأجمعوا على منع الادهان المطيبة واختلفوا في غير المطيبة كالزيت والشيرج البحتين والسمن فمنعناه نحن والشافعي الا لضرورة لحصول الزينة وأجازه الامامان والظاهرية اه كمال (قوله مثل أن يكون بها حكة أو قمل) أي أو مرض وقال مالك يباح لها الحرير الاسود والحلي والمعنى المعقول من النص في منع المصبوغ ينفيه وقد صرح بمنع الحلي في الحديث على ما سيذكر ولم يستثن من المصبوغ في الحديث السابق الا العصب فشمل منع الاسود انتهى كمال (قوله العصب مكروه) قال في المصباح المنير والعصب مثل فلس برد يصبغ غزله ثم ينسج ولا يثنى ولا يجمع وانما يثنى ويجمع ما يضاف اليه فيقال برد عصب وبرود عصب والاضافة للتخصيص ويجوز أن يجعل وصفا فيقال شريت ثوبا عصبا وقال السهيلي العصب صبغ لا ينبت الا باليمن انتهى وما نقله الشارح عن الغاية منقول من الصحاح انتهى (قوله اذ ستر العورة واجب) واذا لم يكن لها ثوب آخر تعين هذا الثوب لستر العورة ولكن لا بقصد الزينة انتهى كافي قال الكمال وينبغي تقييده بقدر ما تستحدث ثوبا غيره اما ببيعه والاستخلاف بثمنه أو من مالها ان كان لها انتهى (قوله ولم تفتهما نعمة النكاح) لان زوال الرق لا يليق به التأسف بل يليق به الشكر لزوال أثر الكفر عنها والنكاح الفاسد معصية فلزمها الشكر على فواته لا التأسف انتهى كافي (قوله وكذا الاحداد على كافرة) وان أبانها مسلم أو مات عنها انتهى كافي (قوله ولا على صغيرة) أي ولا مجنونة انتهى فتح

عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر أن تحد على ميت فوق ثلاثة أيام الا على زوج فانها تحد عليه أربعة أشهر وعشرا ولا تكتحل ولا تلبس ثوبا مصبوغا الا ثوب عصب ولا تمس طيبا الا اذا طهرت نبذة من قسط أو أظفار متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام المتوفى عنها زوجها لا تلبس المعصفر من الثياب ولا الممشق ولا الحلي ولا تختضب ولا تكتحل رواه أحمد وأبو داود والنسائي وقال الشافعي رحمه الله لا احداد على المطلقة لانه وجب اظهارا للتأسف على فوت زوج وفى بعهدها الى الممات وهذا قد أوحشها بالفراق فلا تتأسف عليه ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى المعتدة أن تختضب بالحناء رواه النسائي وهو مطلق فيتناول المطلقة ولانه يجب اظهار التأسف على فوت نعمة النكاح الذي هو سبب لصونها وكفاية مؤنها والابانة أقطع لها من الموت حتى كان لها أن تغسله ميتا قبل الابانة لا بعدها فان قيل كيف يجب التأسف عليها وقد قال تعالى لكيلا تأسوا على ما فاتكم ولا تفرحوا بما آتاكم قلنا المراد به الفرح والتأسف بصياح نقل ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه وأما دون الصياح فلا يمكن التحرز عنه فان قيل المختلعة وقع الفراق باختيارها فكيف تتأسف عليه بعد ذلك وكذا المبانة بغير الخلع قد جفاها فكيف يتصور أن تتأسف عليه ولو كان كما قلتم من فوات نعمة النكاح لما وجب عليها اذ هي تختار ضده وكان ينبغي أن يجب على الرجل أيضا لانه فاته نعمة النكاح قلنا يعتبر الاعم الاغلب ولا ينظر الى الافراد وكم من النساء من تتمنى موت الزوج وتفرح بموته ومع هذا يجب الاحداد عليها لما قلنا وهو تبع للعدة فلو وجب على الرجل لوجب مقصودا وهو غير مشروع ولهذا لا يحل لها ذلك على غير الزوج كالولد والابوين وان كان أشد عليها من الزوج لفقد العدة وترك أنواع الحلي والزينة ولبس الحرير وغيره من الثياب المصبوغة والذهب والفضة والجواهر كلها ولا تكتحل الا لضرورة ولا تدهن بشيء من الادهان كالزيت البحت والشيرج البحت والسمن وغير ذلك لانه يلين الشعر فيكون زينة الا اذا كان بها ضرر ظاهر ولا تمتشط بالاسنان الضيقة وتمتشط بالاسنان الواسعة المتباينة لان الضيقة لتحسين الشعر والزينة والمتباعدة لدفع الاذى ولا تلبس الحرير لان فيه زينة الا لضرورة مثل أن يكون بها حكة أو قمل ولا يحل لها لبس الممشق وهو المصبوغ بالمشق وهو المغرة ولا بأس بلبس المصبوغ أسود لانه لا يقصد به الزينة وذكر في الغاية أن لبس العصب مكروه وهو ثوب موشى يعمل في اليمن وقيل ضرب من برود اليمن ينسج أبيض ثم يصبغ بعد ذلك ولو لم يكن لها ثوب سوى المصبوغ فلا بأس بلبسه للضرورة اذ ستر العورة واجب وذكر الحلواني أن المراد بالثياب المذكورة الجدد منها أما لو كان خلقا بحيث لا تقع به الزينة فلا بأس به قال رحمه الله (لا معتدة العتق والنكاح الفاسد) أي لا يجب الاحداد على أم الولد اذا أعتقها سيدها ولا على المعتدة من نكاح فاسد لان الاحداد لاظهار التأسف على فوات نعمة النكاح ولم تفتهما نعمة النكاح وكذا لا احداد على كافرة ولا على صغيرة لانهما غير مخاطبتين بحقوق الشرع اذ هي عبادة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام شرط أن تكون مؤمنة بما روينا من الخبر ولولا أنه عبادة لما شرط فيه الايمان بخلاف العدة فانها حق

الزوج فتجب على الكل ولا احداد على المطلقة الرجعية لان نعمة النكاح لم تفتها اذ النكاح باق فيها حتى يحل وطؤها وتجرى عليها أحكام الزوجات وعلى الامة الاحداد لانها مخاطبة بحقوق الله تعالى اذا لم يكن فيه ابطال حق المولى بخلاف الخروج لانه لو منعت عنه لبطل حق المولى فى الاستخدام وحق المولى مقدم على حق الشرع لحاجته وعلى حق الزوج ألا ترى انه لا يجب عليه أن يبوئها بيت الزوج حال قيام النكاح وبعد زواله أولى حتى لو كانت مبوأة فى بيت الزوج لا يجوز لها الخروج الا أن يخرجها المولى وعن محمد رحمه الله ان لها الخروج لعدم وجوب حق الشرع فان قيل لو وجب على الامة الاحداد لاجل فوت نعمة النكاح لوجب عليها بعد شرائها منكوحته لزوال النكاح بالشراء قلنا يجب هناك أيضا غير أن عدتها لا تظهر فى حق المولى لثبوت حل وطئها له بالشراء فلا يجب الاحداد أيضا بدون العدة حتى لو أعتقها فى هذه الحالة ظهرت العدة والاحداد فى عدة النكاح على ما تقدم بيانه وأم الولد والمكاتبة والمدبرة ومعتقة البعض عند أبى حنيفة رحمه الله كالقنة لوجود الرق فيهن قال رحمه الله (ولا تخطب معتدة وصح التعريض) لقوله تعالى ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء الى قوله تعالى ولكن لا تواعدوهن سرا الا أن تقولوا قولا معروفا والتعريض أن يذكر شيأ يدل على شئ لم يذكره وهو هنا أن يقول لها انك لجميلة وانك لصالحة ومن غرضى أن أتزوج ونحو ذلك من الكلام الدال على ارادة التزوج بها نحو قوله انى فيك لراغب وانى أريد أن نجتمع وهو القول المعروف ولا يصرح بالنكاح ولا يقول انى أريد أن أنكحك وقوله تعالى أو أكننتم فى أنفسكم أى سترتم فى قلوبكم وأضمرتموه والمستدرك فى قوله تعالى ولكن لا تواعدوهن محذوف تقديره علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أى وطأ لانه مما يسر قال عليه الصلاة والسلام السر النكاح هذا اذا كانت المعتدة عن وفاة وأما اذا كانت معتدة عن طلاق فلا يجوز التعريض لانه ان كان رجعيا فالزوجية قائمة وان كان بائنا فلا يمكن التعريض على وجه لا يقف عليه الناس لانها لا تخرج ليلا ولا نهارا والاظهار بذلك قبيح وفيه تحصيل ما يوجب البغض والعداوة بينه وبين الزوج وكذا بينها وبين الزوج ولا يتحقق ذلك فى المتوفى عنها زوجها قال رحمه الله (ولا تخرج معتدة الطلاق من بيتها) بل تعتد فى المنزل الذى كان يضاف اليها بالسكنى حال وقوع الطلاق سواء كان الطلاق رجعيا أو بائنا لقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة قيل الفاحشة نفس الخروج وقيل الزنا فيخرجن لاقامة الحد عليهن نقل ذلك عن ابن مسعود والاول عن النخعى وقال ابن عباس أن تكون بذية اللسان فتؤذى أحماءها فتخرج من منزل الزوج ولو طلقها وهى زائرة وجب عليها أن ترجع الى منزلها وليس لها أن تخرج منه الا لضرورة من خوف على نفسها أو مالها ولو كان الزوج غائبا فأخذت بالكراء فلا تخرج منه ان كانت قادرة بل تدفع وترجع به على الزوج اذا كان باذن الحاكم ولا تخرج الى صحن دار فيها منازل لغيره لانه بمنزلة السكة ولهذا لو أخرج السارق اليه المتاع قطع بخلاف ما اذا كانت المنازل له حيث كان لها أن تخرج اليه وتبيت فى أى منزل شاءت لانها تضاف اليها بالسكنى والصغيرة تخرج فى الطلاق البائن لانها غير مأمورة بحكم الشرع ولا تحد للزوج فانقطع

(قوله ولا احداد على المطلقة الرجعية) قال الاتقانى ثم المطلقة الرجعية تتزين وتلبس ما شاءت من الثياب فلعل زوجها يراجعها انتهى (قوله وعلى الامة الاحداد) يعنى اذا كانت منكوحة فى الوفاة والطلاق البائن انتهى فتح (قوله فى المتن وصح التعريض) أى فى الخطبة انتهى كافى (قوله الا أن تقولوا) قال الزمخشرى الا أن تقولوا قولا معروفا أى لا تواعدوهن الا بأن تقولوا قولا معروفا وهو التعريض انتهى اتقانى قال الكمال وسياق الاية لا جناح عليكم فيما عرضتم به أى فيما ذكرتم لهن من الالفاظ الموهمة لارادة نكاحهن أو أكننتم فلم تنطقوا به تعريضا ولا تصريحا علم الله أنكم ستذكرونهن فاذكروهن ولكن لا تواعدوهن سرا أى نكاحا فلا تقولوا أريد أن أتزوجك وسمى النكاح سرا لانه سبب السر الذى هو الوطء فانه مما يسر وحديث السر النكاح المذكور فى الكتاب غريب الا أن تقولوا قولا معروفا فالاستثناء متعلق بلا تواعدوهن وهو منقطع لان القول المعروف ليس داخلا فى السر والاستدراك متعلق بالمحذوف الذى أبرزنا صورته وهو فاذكروهن انتهى (قوله والتعريض أن يذكر شيأ يدل على شئ لم يذكره) كما يقول المحتاج للمحتاج اليه جئتك لاسلم عليك ولانظر الى وجهك الكريم انتهى كافى (قوله وأضمرتموه) أى ولم تذكروه بالالسنة أصلا انتهى (قوله ستذكرونهن) أى لا تنفكون عن النطق لرغبتكم فيهن وعدم صبركم انتهى اتقانى (قوله فلا يجوز التعريض) قال الاتقانى وقيل المراد من قوله ولا بأس بالتعريض فى الخطبة للمتوفى عنها زوجها أما المطلقة فلا يجوز لها التعريض وانا فيه نظر لان قوله تعالى لا جناح عليكم فيما عرضتم مطلق ولم يفصل انتهى وقال الكمال أراد المتوفى عنها زوجها اذ التعريض لا يجوز فى المطلقة بالاجماع فانه لا يجوز لها الخروج من منزلها أصلا فلا يتمكن من التعريض على وجه لا يخفى على الناس ولافضائه الى عداوة المطلق انتهى فقوله بالاجماع يندفع به نظر الاتقانى والله أعلم (قوله نقل ذلك عن ابن مسعود) وبه أخذ أبو يوسف انتهى فتح قال الكمال وقول ابن مسعود أظهر من جهة وضع اللفظ لان الا أن غاية والشئ لا يكون غاية لنفسه وما قاله النخعى أبدع وأعذب كما يقال فى الخطابيات لا تزنى الا أن تكون فاسقا ولا تشتم أمك الا أن تكون قاطع رحم ونحوه وهو بديع بليغ جدا يخرج اظهار عذوبته عن غرضنا انتهى (قوله والاول عن النخعى) وبه أخذ أبو حنيفة انتهى فتح (قوله فأخذت بالكراء) الكراء بالمد الاجرة انتهى مصباح

حقه عنها ولا يضر به الخروج بخلاف الرجعى حيث لا تخرج الا باذنه لقيام النكاح بينهما فلم ينقطع حقه
عنها والكتابية تخرج لانها غير مخاطبة بحكم الشرع وللزوج أن يمنعها الصيانة مائه بخلاف الصغيرة لانه
لا يتوهم منها الحبل والمعتوهة كالكتابية فى هذا لانها غير مطالبة بحكم الشرع قال رحمه الله (ومعتدة
الموت تخرج اليوم وبعض الليل) لان نفقتها عليها فتحتاج الى الخروج للتكسب وأمر المعاش بالنهار وبعض
الليل فيباح لها الخروج فيهما غير أنها لا يجوز لها أن تبيت فى غير منزلها الليل كله ولها أن تبيت أقل من
نصف الليل لان المبيت عبارة عن الكون فى مكان أكثر الليل بخلاف المعتدة عن طلاق لان نفقتها دارة
عليها فلا حاجة لها الى الخروج حتى لو اختلعت على نفقتها يباح لها الخروج فى رواية للضرورة لمعاشها
وقيل لا يباح لها الخروج لانها هى التى اختارت ابطال النفقة فلا يصلح ذلك فى ابطال حق عليها وبه كان
يفتى الصدر الشهيد فكان كما لو اختلعت على أن لا سكنى لها فان مؤنة السكنى تسقط عن الزوج ويلزمها
أن تكترى بيت الزوج ولا يحل لها أن تخرج منه قال رحمه الله (وتعتدان فى بيت وجبت فيه الا أن
تخرج أو ينهدم) أى تعتد المتوفى عنها زوجها ان أمكنها أن تعتد فى البيت الذى وجبت فيه العدة بان كان
نصيبها من دار الميت يكفيها أو أذنوا لها فى السكنى فيه وهم كبار أو تركوها أن تسكن فيه بأجر وهى تقدر
على ذلك لانه عليه الصلاة والسلام قال لفريعة بنت مالك حين قتل زوجها ولم يدع مالا ترثه وطلبت
أن تتحول الى أهلها لاجل الرفق عندهم امكثى فى بيتك الذى أتاك فيه نعى زوجك حتى يبلغ الكتاب
أجله رواه الترمذى وصححه وقوله الا أن تخرج أو ينهدم أى الا أن يخرجها الورثة يعنى فيما اذا كان
نصيبها من دار الميت لا يكفيها أو ينهدم البيت الذى كانت تسكنه فحينئذ يجوز لها أن تنتقل الى غيره
للضرورة وكذا اذا خافت على نفسها أو مالها أو كانت فيه بأجر ولم تجد ما تؤديه جاز لها الانتقال ثم لا تخرج
من البيت الذى انتقلت اليه الا بعذر لانه يأخذ حكم الاول وتعيين البيت الذى تنتقل اليه اليها لانها
مستبدة فى أمر السكنى بخلاف المطلقة حيث يكون تعيينه الى الزوج لعدم الاستبداد بالسكنى واذا
طلقها بائنا وسكنت فى منزل الزوج يجعل بينها وبينه سترة حتى لا تقع الخلوة بالاجنبية واكتفى بالحائل
لاعتراف الزوج بالحرمة وان كان فاسقا يخاف عليها منه أو كان الموضع ضيقا لا يسعهما فلتخرج هى
والاولى خروجه لوجوب السكنى عليها فيه وان جعل القاضى بينهما امرأة ثقة تقدر على الحيلولة فهو
حسن ولا يقال ان المرأة على أصلكم لا تصلح أن تكون حائلة حتى قلتم لا يجوز للمرأة أن تسافر مع نساء
ثقات وقلتم بانضمام غيرها تزداد الفتنة فكيف تصلح هنا لانا نقول تصلح أن تكون حيلولة فى البلد لبقاء
الاستحياء من العشيرة ولامكان الاستعانة بجماعة المسلمين وأولى الامر منهم بخلاف المفاوز فى السفر قال
رحمه الله (بانت أو مات عنها فى سفر وبينها وبين مصرها أقل من ثلاثة أيام رجعت اليه ولو ثلاثة رجعت
أو مضت معها ولى أو لا ولو فى مصر تعتد ثم تخرج بمحرم) أراد بقوله رجعت أن ترجع الى مصرها ومراده
فيما اذا كان بينها وبين مقصدها ثلاثة أيام وأما اذا كان دونه فلها الخيار ان شاءت رجعت وان شاءت مضت
والرجوع أولى لما نذكره من قريب وقوله ولو ثلاثة رجعت أو مضت يعنى اذا كان بينها وبين مقصدها
أيضا ثلاثة أيام وأما اذا كان دونه فلا خيار لها بل تمضى فحاصله أنه اذا كان كل واحد منهما أقل من
مسيرة ثلاثة أيام كان لها الخيار ان شاءت مضت وان شاءت رجعت سواء كانت فى مصر أو فى مفازة وسواء
كان معها محرم أو لم يكن لانه ليس فى كل واحد منهما انشاء سفر ولكن الرجوع أولى لتعتد فى منزلها
وذكر فى الغاية معزيا الى المبسوط عليها أن ترجع الى منزلها لانها تصير مقيمة بالرجوع وبالمضى تصير مسافرة
وان كان أحدهما مسيرة سفر والآخر دونه تعين الاقل سواء كانت فى مصر أو لا وكان معها محرم أو لم يكن
لانه ليس فيه انشاء سفر والمعتدة يباح لها الخروج الى أقل من السفر للضرورة لان ما يلحقها من الضرر فى
ذلك المكان أعظم من الضرر فى الخروج وان كان كل واحد منهما مسيرة سفر فان كانت فى غير مصر خيرت
بين الرجوع والمضى للضرورة والرجوع أولى لما قلنا وان كانت فى مصر فلا تخرج منه عند أبى حنيفة

(قوله ولها أن تبيت أقل من نصف الليل) قال فى القنية فى باب الايمان التى لها غاية معزيا الى النوازل قال لها ان لم أذهب بك الليلة الى منزلى فانت طالق فان ذهب بها قبل مضى أكثر الليلة لا يحنث والا يحنث انتهى (قوله وبه كان يفتى الصدر الشهيد) وصححه فى جامع قاضيخان انتهى كمال (قوله واذا طلقها بائنا) أى واحدة أو ثلاثا انتهى (قوله ولكن الرجوع أولى لتعتد) أى فى منزل الزوج كذا فى الدراية واطلاق المصنف يقتضى أنه اذا كان بينها وبين مصرها أقل من مدة السفر رجعت سواء كان بينها وبين مقصدها سفر أو دونه أما اذا كان مدة سفر فظاهر لان المضى الى مقصدها سفر والرجوع ليس بسفر وأما ان كان ما دونها فترجع أيضا لانها كما رجعت تصير مقيمة واذا مضت تكون مسافرة ما لم تصل الى المقصد فاذا قدرت على الامتناع عن استدامة السفر فى العدة تعين عليها ذلك كذا فى النهاية وهو أوجه انتهى كمال رحمه الله وما فى النهاية موافق لما فى الغاية والله الموفق (قوله والمعتدة يباح لها الخروج) يعنى عن طلاق أو وفاة انتهى

(قوله وقالا ان كان معها محرم) وهو قول أبي حنيفة أوّلا وقوله الآخر أظهر انتهى فتح وكافي

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

لما فرغ من بيان وجوه العدة من اعتبار الحيض والاشهر ووضع الحمل شرع في بيان ثبوت النسب لان ثبوت النسب من آثار الحمل فناسب أن يذكر هذا الباب عقيب باب العدة قاله الاتقاني (قوله لزمه نسبه ومهرها) أي كاملا انتهى (قوله فلانها فراشه) أي والولد للفراش انتهى (قوله لانها اذا ولدته السـتة أشهر الخ) معناه اذا ولدته لتمام ستة أشهر من غير زيادة ولا نقصان لانه ان كان لاقل فالعلوق سابق على النكاح وان كان لاكثر أمكن أن يجعل من علوق حدث بعد النكاح فلا يكون منه لانا حكمنا حين الطلاق بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم اهـ شرح وهبانية ويأتي في هذا الكتاب اهـ (قوله قلنا هذا هو القياس) أي عـدم ثبوت النسب اهـ (قوله وفي الاستحسان يثبت) قال الكمال رحمه الله وتصور العلوق مقارنا للنكاح ثابت بان يتزوجها وهو يخالطها وطئا وسمع الناس كلامهما فوافق الانزال النكاح والاحسن تصويره بأنهما وكلا فباشر الوكيل وهما كذلك فوافق عقده الانزال وحاصله أن الثبوت يتوقف على الفـراش وهو يثبت مقارنا للنكاح المقارن للعلوق فتعلق وهي فراش فيثبت نسبه وقد يقال الفراشية أثر النكاح أعـني العـقد فيتعقبه فيلزم سبق العلوق على الفـراش ثم اذا فسر الفـراش بالعـقد كما عن الكـرخي وهو مخالف تفسيرهم السابق له في فصل المحرمات بكون المـرأة حيث يثبت نسب الولد منها اذا جاءت به فان هذا الكون انما يثبت بعد العقد الا أنا أن الـعلة مع المعـلول في الخارج وكلامهم ليس عليه وتقرير قاضيخان ان العلوق بعد تمام النكاح مقارنا للطلاق قبل الدخول فيكون حاصلا قبل زوال النكاح فيثبت بان النسب يعني أن زوال الفراش بعد الطلاق قبل الدخول لا معه لان زواله أثره لا يقال مقتضاه أن تكون جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت النكاح اذ لا بد من كون مدة الحمل ستة أشهر وقد عينوا الثبوت نسبه أن لا يكون أكثر من ستة أشهر من النكاح ولا أقل لانا نقول انما يثبتوه في الاقل لان العلوق حينئذ من زوج قبل النكاح وأما في الزيادة فلاحتمال حدوثه بعد الطلاق وهو منتف هنا لانه زيد على ما بعد الطلاق بما يسع وطئا بالفرض فيحل مستثنى هذا القدر ويجب تقديره كذلك ولا يخفى أن نفيهم النسب فيما اذا جاءت لاكثر من ستة في مدة يتصور أن يكون منه وهو سنتان ولا موجب للصرف عنه ينافي الاحتياط في اثباته واحتمال كونه حدث بعـد الطلاق فيما اذا جاءت بالستة أشهر ويوم في غاية البعد فان العادة المستمرة كون الحمل منها ورب ما تمضي دهور لم يسمع فيها ولادة لسـتة أشهر فكان الظاهر عـدم حدوثه وحـدوثه احتمـال فأي احتياط في اثبات النسب اذا نفيناه لاحتمال ضعيف يقتضي نفيه وترك ما ظاهرا يقتضي ثبوته وليت شعري أي الاحتمالين أبعد الاحتمال الذي فرضوه لتصور العلوق منه ليثبتوا النسب وهو كونه تزوجها وهو يطؤها وسمع الناس كلامهما

رحمه الله سواء كان معها محرم أو لم يكن وقالا ان كان معها محرم تخرج والا فلا لان نفس الخروج يرخص لها للضرورة لان الغريب يؤذى وتلحقه الوحشة ولهذا كان لها الخروج الى أقل من السـفر وان كانت في مصر مع أن المعتدة ممنوعة منه حالة الاختيار فلم يبق الا حرمة السفر وتلك ترتفع بالمحرم وله أن تأثير العدّة في المنع من الخروج أقوى من تأثير عـدم المحرم في المنع من الخروج ألا ترى أن العـدّة تمنع مطلق الخروج وان قل بخـلاف عدم المحرم حيث لا يمنع الا السـفر فاذا كان عدم المحرم يمنع السفر فالعدّة أولى أن تمنع لانها أقوى في المنع وما دون السفر انما رخص لها مع قيام العـدة لكونه ليس بانشاء خروج بل هو بناء على الخروج الاول وانشاء الخروج في العدّة حرام مطلقا وهنا هي منشئة للخروج باعتبار أنه سفر فيتناوله التحـريم فلا يرتفع بالمحـرم لان حرمة الخروج على المعتـدة لا ترتفع به وفي المفازة جاز للضرورة وهو خوف الهلاك وقد انعدم هنا فبقي على الاصـل وعلى هذا لو كان كل واحد منهما مسيرة سفر واختارت أحـدهما فقرت بمصر لا تخرج منه عنـده وعندهما تخرج بمحرم وأهـل الكلا اذا انتقلوا انتقلت المعتدّة معهم ان كانت تتضرر بتركها في ذلك المكان والطلاق الرجعي في هذا كالبائن فيما ذكرنا من الاحكام غير أنها ليس لها أن تفارق زوجها في مسـيرة هي سـفر لان الزوجية قائمة بينهـما والمبانة ترجع أو تمضي مع من شاءت لارتفاع النكاح بينهما فصارا أجنبيا والله أعلم بالصواب

﴿ باب ثبوت النسب ﴾

قال رحمـه الله (ومن قال ان نكحتها فهي طالق فولدت لستة أشهر مذ نكحها لزمه نسبه ومهرها) أما النسب فلانها فراشه وهو متصوّر لانها اذا ولدته لسـتة أشهر من وقت التزوج فقـد ولدته لاقل منها من وقت الطلاق فكان العلوق قبله في حال النكاح فان قيل ان كان متصوّرا من الوجه الذي ذكرتم وهو مضي الزمان لكن لا يتصور حقيقة لان الوطء في هذا العقد غير ممكن لوقوع الطلاق عقيبه من غير مهلة فوجب أن لا يثبت نسـبه منـه كما لا يثبت من الصبي لعدم الماء حقيقة قلنا هذا هو القياس وهو قول زفر وقول محمـد الاول وفي الاستحسان يثبت وهو قول محمـد الاخـير لان النسب يحتال لاثباته وقد أمكن ذلك

بان يجعل كأنه تزوجها وهو مخالط لها فوافق الانزال النكاح ثم وجد الطلاق بعد ذلك لانه حكمه وحكم الشئ يعقبه أو يقارنه على ماقاله البعض فيكون العلوق مقارنا للانزال فيثبت به النسب لما ذكرنا انه يحتال لاثباته فصار كتزوج المغربي المشرقية وبينهما مسيرة سنة فجاءت بولد لستة أشهر من يوم تزوجها للامكان العقلي وهو أن يصل اليها بخطوة كرامة من الله تعالى بخلاف مسئلة الصبي فانه لا يتصور أن يخلق من مائه وليس له ماء فافترقا ويشترط أن تلد لستة أشهر من وقت التزوج من غير نقصان ولا زيادة لانها اذا جاءت به لاقل منه تبين أن العلوق كان سابقا على النكاح وان جاءت به لاكثر منه تبين أنها علقت بعده لانا حكمنا حين وقوع الطلاق بعدم وجوب العدة لكونه قبل الدخول والخلوة ولم يتبين بطلان هذا الحكم وأما المهر فلانه لما ثبت النسب منه تحقق الوطء منه حكما وهو أقوى من الخلوة فتأكد به المهر وكان ينبغي أن يجب عليه مهران مهر بالوطء ومهر بالنكاح كما اذا تزوج امرأة في حال ما يطؤها كان عليه مهران مهر بالوطء لانه سقط الحد لوجود التزوج قبل تمامه ومهر بالنكاح وفي النهاية عن أبي يوسف انه يجب مهر ونصف النصف للطلاق قبل الدخول والمهر بالدخول وذكر في النهاية انه لا يكون به محصنا وعزاه الى المنتقى قال رحمه الله (ويثبت نسب ولد معتدة الرجعي وان ولدته لاكثر من سنتين ما لم تقر بمضي العدة فكان رجعة في الاكثر منهما لا في الاقل منهما) أي من السنتين لان ثبوت النسب يعتمد التصور وهو متصور في الصور كلها ما لم تقر بانقضاء عدتها على ما نبين ثم ان جاءت به لاقل من ستة أشهر فلا اشكال في ثبوت نسبه لانه كان موجودا وقت الطلاق فكان من علوق قبله وبانت بالوضع لانقضاء العدة وان جاءت به لاكثر من ستة أشهر ولاقل من سنتين فكذلك الحكم في ثبوت النسب والبينونة لانه يحتمل أن يكون من حمل قبل الطلاق فحمل عليه فان قيل ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق لان الحوادث تحمل على أقرب أوقات الامكان وفيه اثبات الرجعة أيضا احتياطا فكان أولى قلنا الحوادث انما تحمل على أقرب أوقاتها اذا لم يوجد المقتضي بخلاف ذلك وأما اذا وجد فلا وهنا وجد المقتضي لان الطلاق الرجعي يقتضي البينونة عند انقضاء العدة والقول بثبوت الرجعة ابطال له فلا يجوز ولان فيه حمل أمره على خلاف السنة وهو المراجعة بالفعل مع ما فيه من اثبات الرجعة بالشك وهو أيضا لا يجوز فلا يصار اليه مع

وهما على تلك الحالة ثم وافق الانزال العقد أو احتمال كون الحمل اذا زاد على ستة أشهر بيوم يكون من غيره ولا استبعاد هذا الفرض قال بعض المشايخ لا يحتاج الى هذا التكلف بل قيام الفراش كاف ولا يعتبر امكان الدخول بل النكاح قائم مقامه كما في تزوج المشرقي بمغربية والحق أن التصور شرط ولذا لو جاءت امرأة الصبي بولد لا يثبت نسبه والتصور ثابت في المغربية لثبوت كرامات الاولياء والاستخدامات فيكون صاحب خطوة أو جني اه ماقاله الكمال رحمه الله (قوله بان يجعل كأنه تزوجها وهو مخالط لها) يعني بان يدخل عليهما رجلان وهما في تلك الحالة فيسمعان كلامهما فيوافق الانزال النكاح وهذا ممكن وان كان نادرا اه (قوله ويشترط أن تلد الخ) قال الاتقاني وانما يثبت النسب فيما اذا جاءت بالولد لتمام ستة أشهر من وقت النكاح لان قيام النكاح ممن يحتمل العلوق منه قائم مقام الوطء في حق ثبوت النسب لان النسب مما يحتاط في اثباته وقد قال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وللعاهر الحجر أي لصاحب الفراش على حذف المضاف كذا قال المطرزي والفراش العقد كذا فسر الكرخي في املائه لشرح الجامع الصغير وقد ذكرنا نحن في فصل المحرمات أن الفراش كون المرأة بحال لو جاءت بولد يثبت نسبه منه فيكون الوطء زمان التزوج ثابتا حكما وان لم يوجد حقيقة والعبرة بالفراش لا بالماء للحديث ولهذا لو كان من مائه ولم يكن له فراش لا يثبت النسب اه (قوله لانه اذا جاءت به لاقل منه) أي من ستة أشهر اه (قوله وان جاءت به لاكثر منه) أي من ستة أشهر اه (قوله ولم يتبين بطلان هذا الحكم) قال الكمال وأما لزوم المهر كاملا فلانه لثبوت النسب منه جعل واطئا حكما فعليه المهر وما قيل لا يلزم من ثبوت النسب منه وطؤه لان الحبل قد يكون بادخال الماء الفرج دون جماع فنادر والوجه الظاهر هو المعتاد اه (قوله تحقق الوطء منه حكما) فصارت في معنى المدخول بها اه (قوله فتأكد به) أي بثبوت النسب اه اتقاني وكمال (قوله وفي النهاية عن أبي يوسف أنه يجب مهر ونصف) قال الكمال رحمه الله وفي النهاية وفي القياس وهو رواية عن أبي يوسف مهر ونصف أما النصف فللطلاق قبل الدخول وأما المهر فللدخول اه وعبارة أبي يوسف في الامالي على ما نقل الفقيه أبو الليث ينبغي في القياس أنه يجب على الزوج مهر ونصف لانه قد وقع الطلاق عليها فوجب نصف المهر ومهر آخر بالدخول قال الا أن أبا حنيفة استحسن وقال لا يجب الا مهر واحد لانا جعلناه بمنزلة الدخول من طريق الحكم فتأكد بذلك الصداق واشتبه وجوب الزيادة اه وهذه العبارة للمتأمل لا توجب قوله بلزوم مهر ونصف بل ظاهرة في نفيه ذلك لان الاستحسان مقدم على القياس فلا تسوغ الرواية عنه بذلك وانما اشتبه وجوب الزيادة لانها مبنية على وقوع الطلاق قبل الدخول ولا يحكم بذلك والا لم يثبت النسب لان الوطء حينئذ في غير عصمة ولا عدة بل يحكم بانه مقارن له أو للنكاح فأقل الامر كونه قبله ولا يشتبه ذلك اه (قوله في المتن ما لم تقر بمضي العدة) لاحتمال العلوق في حال العدة لجواز أنها تكون ممتدة الطهر اه هداية (قوله لاقل من ستة أشهر) أي من وقت الفراق اه (قوله فان قيل ينبغي أن يحمل على أنه بوطء بعد الطلاق) أي لان الطلاق الرجعي لا يحرم الوطء اه (قوله ولان فيه حمل أمره على خلاف السنة) وكما لا يظن بالعاقل المسلم الاقدام على الحرام لا يظن به

الاقدام على خلاف السنة اه كافى (قوله وان جاءت به لاكثر من سنتين يثبت) أى يثبت ولو عشرين سنة أو أكثر اه فتح قال الكمال رحمه الله أما ثبوت نسب ولد الرجعية اذا جاءت به لاقل من سنتين فظاهر وأما ثبوته اذا جاءت به لاكثر منهما فلاحتمال العلوق فى عدة الرجعى لانقضاء الحكم بزناها أو بوطئها بشبهة لجواز كونها ممتدة الطهر بان امتد الى ماقبل سنتين من مجيئها به أو أقل ثم وطئها فحبلت وعن هذا حكمنا بانها اذا جاءت به لاكثر من سنتين تكون زوجة بالرجعة الكائنة بالوطء فى العدة للمطلقة الرجعية بخلاف ما اذا جاءت به لاقل من سنتين لاتثبت رجعتها فان العلوق يحتمل أنه كان فى العصمة كما يحتمل أنه كان فى العدة واحالة الحادث الى أقرب الاوقات اذا لم يعارضه ظاهر آخر والظاهر الوطء فى العصمة لا العدة لانه هو المعتاد وماقضت به العادة أرجح من اضافة الحادث الى الزمن القريب مع مافيه من مخالفة السنة فى الرجعة ومخالفة العادة أيضا فيها اذ معتاد الناس فى الرجعة أن يراجعوا باللفظ اه قال الرازى رحمه الله فى شرح الكنز وان جاءت به لاكثر من سنتين كانت الولادة رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه حملا لحالها على الصلاح ويثبت النسب وان جاءت لتمام سنتين يثبت النسب لانه يثبت بالشبهة ولا يصير مراجعا لانه يحتمل أن يكون العلوق بعد الطلاق ويحتمل أن يكون مقارنا

امكان غيره وان جاءت به لاكثر من سنتين ثبت نسبه منه وكانت رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه فحمل عليه ولا يحمل على الزنا لامكان الحل ولانتفاء الزنا عن المسلم ظاهرا ولا يقال انتفاء الزنا ممكن بغير هذه الجهة وهو أن تتزوج بزوج آخر بعد انقضاء عدتها فيكون الولد منه لانا نقول الابقاء أسهل من الابتداء فكان أولى هذا كله اذا لم تقر بانقضاء العدة وأما اذا أقرت به فى مدة تحتمل ذلك فهو كما قالت مالم يكذبها الظاهر قال رحمه الله (والبت لاقل منهما) أى يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت اذا جاءت به لاقل من سنتين لانه كان موجودا عند الطلاق أو يحتمله فيحمل عليه احتيالا لاثبات النسب على ماتقدم ولا يعتبر توهم غيره على مابينا قال رحمه الله (والا لا) أى ان لم تأت به لاقل منهما بل أتت به لاكثر لم يثبت نسبه لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لحرمة وطئها فى العدة بخلاف الرجعى وتنقضى به العدة عند أبى يوسف وعندهما يحمل على أن عدتها انقضت قبل الولادة بستة أشهر وتزوجت بغيره وجاءت به منه فترد ما أخذت من النفقة منه فى تلك المدة حملا لامرها على الصلاح واحياء للولد فلا يسمع اقرارها انه من الزنا فى حق الولد لانه ضرر محض فى حقه وأبو يوسف يقول يحتمل انه هو الذى وطئها فى العدة أو غيره بشبهة أو بنكاح صحيح وسبب النفقة كان ثابتا بيقين فلا يرد بالشك وفيه نظر فان نسب الولد لم يثبت بيقين فأقل أحواله أن يكون وطئها أجنبى بشبهة فحبلت منه والمنكوحة اذا وطئت بشبهة فحبلت منه لاتجب لها النفقة على الزوج حتى تضع حملها لكونها مشغولة بغيره فكيف تجب فى المعتدة وهى أدنى حالا ولو ولدت ولدين توأمين أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر منهما ثبت نسبهما منه عند أبى حنيفة وأبى يوسف كالجارية اذا ولدت ولدين بعد بيعها ثم ادعى البائع الولد الاول ثبت نسبهما منه لانهما خلقا من ماء واحد وقال محمد لا يثبت نسبهما لان الثانى من علوق حادث فمن ضرورته أن يكون الاول كذلك لانهما من ماء واحد بخلاف مسئلة الجارية لانه يحتمل أن يكون الثانى علقت به فى ملكه لعدم الاستحالة حتى لو ولدت أحدهما لاقل من سنتين والآخر لاكثر ينبغى أن يكون الحكم كذلك أو نقول يمكن أن يفرق بينهما بان البائع التزمه قصدا بالدعوى والزوج لم يدع حتى لو ادعى الزوج الاول كان مثله قال رحمه الله (الا أن

للطلاق فلا يثبت بالشك اه وفى الاختيار وان جاءت به لسنتين أو أكثر كان رجعة لان العلوق بعد الطلاق والظاهر أنه منه وانه وطئها فى العدة حملا لحالها على الاحسن والاصلح اه ولا يخفى مافيه من المخالفة لما قاله الرازى اه قال فى المجمع واذا أتت به الرجعية لسنتين أو أكثر ثبت مالم تقر بانقضائها وكان مراجعا اه وظاهره أنه يكون مراجعا فى السنتين كما قال فى الاختيار اه وكتب مانصه سكت الشارح عما اذا أتت به لسنتين هل يكون مراجعا وحيث سكت فى المتن عنه كان ينبغى بيانه على الشارح اه (قوله لان العلوق بعد الطلاق) أى فى عدة الرجعى اه (قوله لانا نقول) أى نقول الفرض أنها لم تكن أقرت بانقضاء العدة ومالم (يدعيه)
تقر بذلك ولم يظهر تزوجها فالظاهر أنها فى العدة ولان فيه انشاء نكاح وابقاء الاول أسهل وأخف اه فتح (قوله وأما اذا أقرت به فى مدة تحتمل ذلك) أى بان يكون ستين يوما على قول أبى حنيفة وتسعة وثلاثين يوما على قولهما ثم جاءت بولد لا يثبت نسبه منه الا اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فانه يثبت نسبه لاتيقن بقيام الحمل وقت الاقرار فيظهر كذبها وكذا هو فى المطلقة البائنة والمتوفى عنها اذا ادعت بعد الاربعة أشهر وعشر انقضاءها ثم جاءت بولد لتمام ستة أشهر لا يثبت نسبه من الميت وان جاءت به لاقل منها يثبت نسبه منه انتهى كمال (قوله يثبت نسب ولد معتدة الطلاق البت) أى وهى المطلقة طلاقا بائنا أو ثلاثا انتهى اتقانى (قوله ولا يعتبر توهم غيره الخ) حملا لحالها على الصلاح انتهى رازى (قوله فى المتن والا) أى وان جاءت بولد لسنتين أو أكثر انتهى مسكين (قوله بل أتت به لاكثر) أى من الاقل انتهى فيصدق عما اذا جاءت به لتمام سنتين ولاكثر منهما وقد قال فى الهداية وان جاءت به لتمام سنتين من وقت الفرقة لم يثبت لان الحمل حادث بعد الطلاق فلا يكون منه لان وطأها حرام انتهى (قوله وجاءت به منه) وستة أشهر أقل مدة يتصور فيها الولد انتهى رازى (قوله فترد ما أخذت من النفقة منه) أى من الزوج فى ستة أشهر انتهى (قوله ولو ولدت) أى المبتوتة انتهى

يدعيه) لانه التزمه وله وجه بأن وطئها بشبهة وهى فى العدّة هكذا ذكروه وفيه نظر لان المبتوتة بالثلاث اذا وطئها الزوج بشبهة كانت شبهة فى الفعل وفيها لا يثبت النسب وان ادّعاه نص عليه فى كتاب الحدود فكيف أثبت به النسب هنا وذكر فى النهاية ان الزوج اذا ادّعاه هل يشترط فيه تصديق المرأة قال فيه روايتان وعزاه الى شرح الطحاوى ثم المعتبر خروج الاكثر لاقل من سنتين وهو خروج الصدر ان خرج مستقيما وان كان منكوسا فسرته وهو المعتبر فى انقضاء العدّة وفى حق الارث اذا مات قبل أن يخرج كله قال رحمه الله (والمراهقة لاقل من تسعة أشهر والالا) يعنى يثبت نسب ولد المطلقة المراهقة اذا جاءت به لاقل من تسعة أشهر وان جاءت به لاكثر لا يثبت وهذا عند أبى حنيفة ومحمد والرجعى والبائن فيه سواء وقال أبو يوسف يثبت النسب منه الى سنتين ان كان بائنا وان كان رجعيا يثبت منه الى سبعة وعشرين شهرا او بعده لا يثبت لان الحبل من المراهقة موهوم وشرط انقضاء عدّتها بمضى الاشهر أن لا تكون حاملا وهو لا يعلم الا من جهتها فما لم تقر بانقضاء عدّتها احتمل أن تكون حاملا بعلوق قبل الطلاق وفى الرجعى بعلوق فى العدّة وهذا القدر من التصور كاف لثبوت النسب فيحمل عليه ولهما أنا تيقنا بصغرها فلا يزول بالشك وهو مناف للحمل ولانقضاء عدّتها جهة معينة وهو مضى الاشهر فبمضيها يحكم الشرع بالانقضاء فصار كما لو أقرت بذلك بل فوقه لانه لا يحتمل الخلاف والاقرار يحتمله ولا يرد على هذا المتوفى عنها زوجها حيث يثبت نسب ولدها اذا جاءت به لاقل من سنتين وان كان لانقضاء عدّتها جهة أخرى وهى مضى الاشهر لانا نقول لانقضاء عدّتها جهتان الاشهر ووضع الحمل والجهتان متساويتان فيها فلا تتعين احداهما عند الموت دون الاخرى بخلاف الصغيرة لان الاشهر متعينة فيها اذ الاصل عدم الحبل منها ولا يقال الاصل فى الكبيرة أيضا عدم الحبل لانا نقول ذلك فى غير المنكوحة وأما فى المنكوحة فلا لانه لا يعقد الا للاحبال هذا اذا لم تقر بالحبل ولا بانقضاء العدّة وان أقرت بالحبل فهو اقرار منها بالبلوغ فيقبل قولها فصارت كالكبيرة فى حق ثبوت نسبه وان أقرت بانقضاء العدّة بعد ثلاثة أشهر ثم جاءت بولد لاقل من

(قوله لان المبتوتة بالثلاث الخ) قال البدر بن عبد الله رحمه الله ومن خطه نقلت أقول وتقييده بالثلاث فيه شئ فان المبتوتة بما دون الثلاث على مال كذلك كذا فى الهداية ولو حمل كلام المصنف على أن المراد بها المبانة بالكناية فهو صحيح لكن اطلاق قوله والبت رده والله أعلم ولعل الوجه فى ذلك أن يحمل على وطء بنكاح جديد بشروطه انتهى (قوله قال فيه روايتان) قال الكمال والاوجه انه لا يشترط لانه ممكن منه وقد ادعاه ولا معارض ولهذا لم يذكر الاشتراط فى رواية الامام السرخسى والبيهقى فى الشامل وذلك ظاهر فى ضعفها وغرابتها انتهى (قوله وهو خروج الصدر ان خرج مستقيما) المستقيم أن يخرج رأسه أولا والمنكوس أن يخرج رجلاه أوّلا انتهى صدر (قوله فى المتن والمراهقة لاقل من تسعة أشهر) أى منذ طلقها انتهى كافى (قوله يثبت نسب ولد المطلقة المراهقة) أى المدخول بها انتهى (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد الخ) قال الاتقانى رحمه الله ووجه قولهما أن عدة الصغيرة ذات جهة واحدة وهى ثلاثة أشهر التى عينها النص وما كان متعينا شرعا كان السكوت والبيان فيه سواء فاذا انقضت ثلاثة أشهر حكم بانقضاء عدتها فصار كاقرارها بالانقضاء فلو أقرت بالانقضاء ثم جاءت بالولد لاكثر من ستة أشهر لا يثبت النسب فكذلك ههنا لما مضت ثلاثة أشهر ثم مضى بعدها ستة أشهر وذلك تسعة أشهر لا يثبت النسب سواء كان الطلاق بائنا أو رجعيا بل الحكم بانقضاء العدة بالشرع أقوى من انقضائها باقرار المرأة لان حكم الشرع لا يحتمل الخلاف واقرارها يحتمل ذلك انتهى (قوله وقال أبو يوسف يثبت النسب الخ) قال فى الكافى وعند أبى يوسف ان ولدت لاقل من سنتين منذ طلقها يثبت النسب منه فى الطلاق البائن وفى الرجعى ان ولدت لاقل من سبعة وعشرين شهرا يثبت النسب منه وان ولدت لاكثر من ذلك لا يثبت اه (قوله وان كان رجعيا يثبت منه الى سبعة وعشرين شهرا) لانه يحتمل أنه وطئها فى آخر عدتها وهى ثلاثة أشهر فعلقت ثم مدة الحمل سنتان فالمجموع سبعة وعشرون شهرا انتهى غاية (قوله وهو مضى الاشهر) لقوله تعالى واللائى لم يحضن انتهى (قوله وأما فى المنكوحة فلا لانه لا يعقد) قال فى الهداية وان كانت الصغيرة ادعت الحبل فى العدة فالجواب فيها وفى الكبيرة سواء قال الاتقانى لانها أعرف بأمر عدتها من غيرها حتى يثبت نسب ولدها الاقل من سنتين فى الطلاق البائن ولاقل من سبعة وعشرين شهرا فى الرجعى وبه صرح فى شرح الطحاوى الأن فى الكبيرة يثبت النسب لاكثر من سنتين وان طال الزمان فى الطلاق الرجعى لاحتمال انها كانت ممتدة الطهر فوطئها فى آخر طهرها وههنا فى الصغيرة اذا مضت ثلاثة أشهر بعد الطلاق يحكم بانقضاء العدة ثم اذا ولدت بعد ذلك لاقل من سنتين يكون العلوق فى العدة ويثبت النسب والا فلا وقوله يعقد هو بمعنى ما قاله فى المصفى (قوله وان أقرت بالحبل فهو اقرار) قال فى المصفى وان أقرت بالحبل فان كان الطلاق بائنا يثبت النسب الى سنتين من وقت الطلاق وان كان رجعيا يثبت الى سبعة وعشرين شهرا أما فى البائن فلانها لما أقرت بالحمل صارت بالغة وحكم الكبيرة هكذا وأما فى الرجعى فلانها اذا ولدت لاكثر من ذلك ظهر أن العلوق كان فى العدة فلم يثبت النسب وأما اذا لم تقر بشئ فعنده سكوتها كدعوى الحمل فان كان الطلاق بائنا يثبت نسبه الى سنتين وان كان رجعيا فالى سبعة وعشرين شهرا وعندهما كالاقرار بانقضاء العدة بثلاثة أشهر فان جاءت به لاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه منه ولاكثر منه لا يثبت فى حق الرجعى والبائن انتهى مصفى (قوله فصارت كالكبيرة الخ) من حيث انه لا يقتصر انقضاء عدتها على الاقل من تسعة

ستةأشهرمن وقت الاقرار ولاقل من تسعةأشهرمن وقت الطلاق يثبت نسبه لظهوركذبها بيقين والالم يثبت لان الجهة وهو الاعتداد بالاشهر قد تعينت بدون الاقرار فمع الاقرار أولى بخلاف الآيسة اذا أقرت بانقضاء عدتها مفسرا بالاشهر ثم جاءت بولد لاقل من سنتين حيث يثبت نسبه والفرق أن الآيسة بالولادة تبين أنها لم تكن آيسة بل كانت من ذوات الاقراء ولا كذلك الصغيرة ولهذا لم تستأنف العدة اذا حاضت بعد انقضائها والآيسة تستأنف قال رحمه الله (والموت لاقل منهما) أى ويثبت نسب ولد معتدة الموت اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الموت وقال زفر رحمه الله اذا ولدته لتمام عشرة أشهر وعشرة أيام من حين مات لا يثبت النسب لما ذكرنا فى الصغيرة من تعين عدتها بالاشهر ونحن قد ذكرنا الفرق هنالك بينهما والصغيرة اذا توفى عنها زوجها فان أقرت بالحبل فهى كالكبيرة يثبت نسبه الى سنتين لان القول قولها فى ذلك وان أقرت بانقضاء عدتها بعد أربعة أشهر وعشر ثم ولدت لستة أشهر فصاعدا لم يثبت النسب منه وان لم تدع حبلا ولم تقر بانقضاء العدة فعند أبى حنيفة ومحمد ان ولدت لاقل من عشرة أشهر وعشرة أيام ثبت النسب منه والا لم يثبت وعند أبى يوسف يثبت الى سنتين والوجه ما بينا فى المعتدة الصغيرة من الطلاق والآيسة اذا طلقها زوجها بائنا أو رجعيا ولم تقر بانقضاء عدتها حتى ولدت كان الجواب فيها وفى ذوات الاقراء سواء لانها لما ولدت بطل اياسها وان أقرت بانقضاء عدتها بالاشهر فكذلك الجواب حتى يثبت نسبه الى سنتين ان كان الطلاق بائنا والى ما لا نهاية له فى الرجعى لانها لما ولدت بطل اعتدادها بالاشهر لانه لما ظهر أنها لم تكن آيسة فصار كأنها لم تقر بانقضاء العدة وان أقرت بانقضاء عدتها مطلقا غير مفسر بالاشهر فى مدة يتصور أن يكون فيها ثلاثة أقراء ثم ولدت لستة أشهر من وقت الاقرار لم يثبت نسبه ويحمل اقرارها على انقضاء العدة بالاقراء لانه هو الاصل ويجعل كأنها تزوجت بزوج آخر فحبلت منه فلا يبطل اقرارها الا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار فيبطل لظهور كذبها بيقين وان كانت معتدة عن وفاة فالآيسة فيها والتى من ذوات الاقراء سواء لان عدة الوفاة تكون بالاشهر فى حق كل واحدة منهما اذا لم تكن حاملا قال رحمه الله (والمقرة بمضيها لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار) أى يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لظهور كذبها بيقين هذا اذا جاءت به لاقل من سنتين من وقت الفراق وان جاءت به لاكثر منهما لا يثبت وان كان لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار كما اذا أقرت بعد ما مضى من عدتها سنتان الا شهرين فجاءت بولد بعد ثلاثة أشهر من وقت الاقرار لم يثبت نسبه منه لان شرط ثبوته أن يكون لاقل من سنتين من وقت الفراق بالموت أو بالطلاق وبعده لا يثبت وان لم تقر بالانقضاء فمع الاقرار أولى الا اذا كان الطلاق رجعيا فحينئذ يثبت ويكون مراجعا على ما بينا من قبل بقى فيه اشكال وهو ما اذا أقرت بانقضاء عدتها ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار ولاقل من سنتين من وقت الفراق ينبغى أن لا يثبت نسبه اذا كانت المدة تحتمل ذلك بان أقرت بعد ما مضى سنة مثلا ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار لانه يحتمل أن عدتها انقضت فى شهرين أو ثلاثة ثم أقرت بعد ذلك بزمان طويل ولا يلزم من اقرارها بانقضاء العدة أن تنقضى فى ذلك الوقت فلم يظهر كذبها بيقين الا اذا قالت انقضت عدتى الساعة ثم جاءت بولد لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت قال رحمه الله (والالا)

أشهر لا مطلقا فان الكبيرة يثبت نسب ولدها فى الطلاق الرجعى لاكثر من سنتين وان طال الى سن الاياس لجواز امتداد طهرها ووطئه فى اخر الطهر انتهى مصفى (قوله ولاقل من تسعة أشهر من وقت الطلاق يثبت نسبه) لانها أخطأت فى الاقرار اه كافى (قوله فى المتن والموت) بالجر عطف على المراهقة اه (قوله وقال زفر الخ) هكذا هو فى الكافى وغيره وقال الكمال رحمه الله وقال زفر اذا جاءت به بعد انقضاء عدة الوفاة لاقل من ستة أشهر يثبت نسبه ولستة أشهر لا يثبت ووجهه كوجهه ما فى الصغيرة وهو أن لعدتها جهة واحدة هى انقضاء أربعة أشهر وعشر فاذا لم تقر قبلها بالحبل فقد حكم الشرع بانقضائها بها فاذا جاءت بالولد بعدها لتمام ستة أشهر أو أكثر لا يثبت نسبه بخلاف ما اذا جاءت بالاقل على ما عرف ومنع تعين الجهة الواحدة فى حقها بل لها كل من الجهتين بخلاف الصغيرة لان الاصل فيها عدم الحبل فتستمر ما لم تعترف بالحبل اه (قوله وعند أبى يوسف الخ) أى عند أبى يوسف ان جاءت بالولد لاقل من سنتين من وقت وفاة الزوج يثبت النسب والا فلا لان سكوتها بمنزلة الاقرار بالحبل عنده وأما عندهما فسكوتها بمنزلة الاقرار بانقضاء العدة لان عدتها ذات جهة واحدة لانها لا تحتمل الحبل لصغرها اه اتقانى وكتب ما نصه فعدة الصغيرة المتوفى عنها كعدة المتوفاة عنده اه (قوله وان أقرت بانقضاء عدتها) مفسرا بثلاثة أشهر اه اتقانى (قوله يثبت نسب ولد المقرة بانقضاء العدة الخ) سواء كانت معتدة من طلاق رجعى أو بائن بالاشهر أو بالحيض قال الاتقانى هذا الذى ذكره القدورى يتناول كل معتدة سواء كانت معتدة عن وفاة أو عن طلاق بائن أو رجعى لانه أطلق المعتدة اى ولم يقيدها بدل عليه ما ذكره فخر الاسلام وغيره فى شروح الجامع بقولهم اذا أقرت بانقضاء العدة فى الطلاق البائن أو الرجعى فى مدة تصلح لثلاثة أقراء ثم ولدت فان ولدت لاقل من ستة أشهر منذ أقرت ولاقل من سنتين منذ بانت وفى الرجعى كيفما كان بعد أن يكون لاقل من ستة أشهر من وقت الاقرار يثبت النسب لعلمنا ببطلان الاقرار وان ولدت لستة أشهر منذ أقرت يثبت لانا لم نعلم بفساد الاقرار كذلك فى الوفاة فاذا أقرت بانقضاء العدة بالاشهر صح اقرارها واذا لم تقر وجب الانقضاء بالحمل ويثبت النسب الى سنتين اه (قوله فى المتن والالا) قال فى

الهداية وان اعترفت المعتدة بانقضاء العدة ثم جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه لانه ظهر كذبها بيقين فيبطل الاقرار وان جاءت به لستة أشهر لم يثبت لانا لم نعلم ببطلان الاقرار لاحتمال الحدوث بعده اه (قوله أى ان لم تجئ به لستة أشهر الخ) كان على الشارح أن يقول أى ان لم تجئ به لاقل من ستة أشهر بل جاءت به لستة أو أكثر لا يثبت نسبه منه فتأمل يظهر لك صحة ما قررناه اه (قوله بل جاءت به

أى ان لم تجئ به لستة أشهر من وقت الاقرار بل جاءت به لاكثر لا يثبت نسبه منه وقال الشافعي يثبت لان حمل أمرها على الصلاح ممكن فوجب الحمل عليه وفى ضده حملها على الزنا وهو منتف عن المسلم ولان فيه ضررا على الولد بابطال حقه فى النسب فيرد اقرارها ولنا أنها أمينة فى الاخبار عما فى رحمها وقد أخبرت بمضى عدتها وهو ممكن فوجب قبول خبرها حملا لكلامها على الصحة ولا يلزم من قطعه عنه أن يكون من الزنا لانه يحتمل أنها تزوجت بغيره فحبلت منه فيحمل عليه عند الامكان مع أنا نقول يجوز ابطال حق الغير بقول الامين اذا لم يكن مكذبا شرعا ألا ترى أنها تصدق فى انقضاء عدتها بالاقراء وان تضمن ذلك ابطال حق الزوج فى الرجعة قال رحمه الله (والمعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو حبل ظاهر أو اقرار به أو تصديق الورثة) أى يثبت نسب ولد المعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين الى آخره ولا فرق فى ذلك بين المعتدة من طلاق رجعى أو بائن أو وفاة وقال أبو يوسف ومحمد يثبت نسبه بشهادة امرأة واحدة قابلة لان الفراش قائم لقيام العدة اذ معنى الفراش أن تتعين المرأة للولادة لشخص واحد والمعتدة بهذه الصفة والفراش يلزم النسب والحاجة بعد ذلك الى اثبات الولادة وتعين الولد وذلك يثبت بالقابلة كما فى حال قيام النكاح أو الحبل الظاهر أو اقرار الزوج بالحبل ولابى حنيفة رحمه الله أن العدة تنقضى باقرارها بوضع الحمل فزال الفراش والمنقضى لا يكون حجة فمست الحاجة الى اثبات النسب ابتداء فيشترط فيه كمال الحجة بخلاف ما اذا كان الحبل ظاهرا لان النسب يثبت قبل الولادة بالفراش والحاجة الى تعيين الولد وهو يثبت بشهادة القابلة وقوله والمعتدة ان جحدت ولادتها يدخل فيه جميع أنواع المعتدات وفى الرجعى اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين اشكال لان الفراش ليس بمنقض فى حقها لانها تكون مراجعة لكون العلوق فى العدة على ما بينا فينبغى أن يثبت نسب ولدها بشهادة القابلة من غير زيادة شئ آخر كما فى المنكوحة وفى المبسوط قيده بقيدين لعدم ثبوته بدون شهادة رجلين أن يكون الطلاق بائنا وأن يكون الزوج منكرا للولادة فالظاهر أنه اتفاقى لا على سبيل الشرط لان ظهور الحبل كاقراره ولا فرق فى ذلك بين البائن والرجعى أيضا عند انقضاء العدة بوضعه وذكر فى الغاية أنه لا يحتاج لثبوت النسب الى شهادة القابلة عند اعترافه بالحبل وعند ظهور الحبل وعند قيام الفراش وأنكر على صاحب ملتقى البحار فى اشتراطه شهادة القابلة لتعيين الولد عند أبى حنيفة وهو سهو فان شهادة القابلة لا بد منها لتعيين الولد اجماعا فى هذه الصور كلها وانما الخلاف فى ثبوت نفس الولادة بقولها فعند أبى حنيفة يثبت به فى الصور الثلاث وعندهما لا يثبت الا بشهادة القابلة وأما نسب الولد فلا يثبت بالاجماع الا بشهادة القابلة لاحتمال أن يكون هو غير هذا المعين وثمرة الخلاف لا تظهر الا فى حق حكم آخر كالطلاق والعتاق بأن علقهما بولادتها حتى يقع عند أبى حنيفة بقولها ولدت لانها أمينة لاعترافه بالحبل أو لظهوره فيقبل قولها وعندهما لا يقع شئ حتى تشهد قابلة نص عليه فى الايضاح والنهاية وغيرهما والظاهر ان صاحب الغاية أخذه من الهداية من قوله الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بغير شهادة وليس معناه كما ذكره هو وانما معناه يثبت بغير شهادة رجلين ألا ترى الى ما ذكره فى هذه المسئلة بعد هذه الكلمة من قوله لان النسب ثابت قبل الولادة والتعيين يثبت بشهادتها أى بشهادة القابلة ولولا هذا التأويل لكان متناقضا فحاصله أن شهادة النساء لا تكون حجة فى تعيين الولد الا اذا تأيدت بمؤيد من ظهور حبل أو اعتراف منه أو فراش قائم نص عليه فى ملتقى البحار وغيره ثم قيل تقبل

لاكثر) أى من وقت الاقرار اه (قوله مع أنا نقول يجوز ابطال حق الغير) أى وهو الولد اه (قوله فى المتن والمعتدة) بالجر عطف على قوله والموت اه (قوله فى المتن أو حبل ظاهر) قال فى اختلاف شهادة القابلة على الولادة لا تقبل الا بمؤيد وهو ظهور الحبل أو اقرار الزوج بالحبل أو قيام الفراش حتى ان المعتدة عن وفاة اذا كذبها الورثة فى الولادة وفى الطلاق البائن اذا كذبها الزوج وفى تعليق الطلاق بالولادة لا تقبل الا بينة فلا تقبل شهادة القابلة الا عند ما ذكرنا من القرائن وعندهما يقضى بشهادة القابلة وحدها الى هنا لفظ اختلاف اه اتقانى (قوله يثبت ولد المعتدة ان جحدت ولادتها بشهادة رجلين) يعنى اذا ولدت المعتدة ولدا وأنكر الزوج الولادة لم يثبت نسبه عند أبى حنيفة الا أن يشهد بولادتها رجلان أو رجل وامرأتان الا أن يكون هناك حبل ظاهر أو اعتراف من قبل الزوج فيثبت النسب بلا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين وعندهما يثبت فى الجميع بشهادة امرأة واحدة مسلمة عدلة حرة اه رازى رحمه الله تعالى قال الاتقانى وعندهما يثبت النسب فى جميع الصور أعنى فيما اذا كان الحبل ظاهرا أو الاعتراف ثابتا أو لم يكن بشهادة امرأة واحدة وفسر فى شرح الكافى المرأة الواحدة بالقابلة اه (قوله اذ معنى الفراش أن تتعين المرأة للولادة لشخص واحد) حتى ان كل ولد يحدث منها يثبت نسبه منه اه (قوله فى هذه الصور) الذى فى خط الشارح فى جميع هذه الصور وانما الخ اه (قوله فعند أبى حنيفة يثبت به فى الصور الثلاث) أى المذكورة فى المتن اه

شهادة الرجلين ولا يفسقان بالنظر الى العورة إما لكونه قد يتفق ذلك من غير قصد نظر ولا تعمد أو للضرورة كما في شهود الزنا وقوله أو تصديق الورثة أى يثبت نسب ولد المعتدة عن وفاة بتصديق الورثة كلهم أو بعضهم ومعناه أن يصدقوها فيما قالت ولم يشهدوا به وهذا الثبوت في حق الارث ظاهر لانه خالص حقهم ويثبت في حق غيرهم أيضا استحسانا وان كان القياس يأباه لما فيه من حمل النسب على الغير وهو الميت وجه الاستحسان أنهم قائمون مقام الميت فيقبل قولهم وهذا لان ثبوت نسبه باعتبار فراشه في الحقيقة وهو باق بعد موته لبقاء العدة فيقبل قولهم و يثبت في حق غيرهم أيضا اذا كانوا من أهل الشهادة بأن كان فيهم رجلان عدلان أو رجل وامرأتان عدول فيشارك المصدقين والمكذبين جميعا و يشترط لفظ الشهادة في مجلس الحكم عند بعضهم لانه لا يثبت في حق الكل الا به والصحيح أنه لا يشترط لفظ الشهادة ولهذا اشترط التصديق في المختصر دون لفظ الشهادة وهذا لان الثبوت في حق غيرهم تبع للثبوت في حقهم والتبع يراعى فيه شرائط المتبوع لا شرائط نفسه على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (والمنكوحة لستة أشهر فصاعدا وان سكت وان جحد فبشهادة امرأة على الولادة) أى يثبت نسب ولد المنكوحة اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج وان لم يعترف به وان جحد الولادة يثبت بشهادة القابلة على الولادة لان الفراش قائم والمدة تامة فوجب القول بثبوته اعترف به أو سكت أو أنكر حتى لو نفاه لا ينتفي الا باللعان لانه ولد المنكوحة ولا يقال كيف يجب اللعان بنفي نسب يثبت بشهادة المرأة وهو حد على ما عرف في موضعه لانا نقول النسب لم يثبت بشهادة النساء وانما يثبت بها تعيين الولد ثم يثبت النسب بعد ذلك بالفراش ضرورة كونه مولودا في فراشه ثم نفيه يوجب اللعان كما لو أفطر في رمضان يثبت بشهادة الواحد فانه يجب عليه الكفارة ضرورة ثبوت الرمضانية وان كان قول الواحد لا يقبل في حق هذه الكفارة لانها كالحدود حتى تسقط بالشبهات وان جاءت به لاقل من ستة أشهر من يوم تزوجها لم يثبت نسبه لان العلوق سابق على النكاح فلا يكون منه و يفسد النكاح لاحتمال أنه من زوج آخر بنكاح صحيح أو بشبهة وكذا لو أسقطت لاقل من أربعة أشهر اذا كان قد استبان خلقه لانه لا يستبين الا في مائة وعشرين يوما قال رحمه الله (فان ولدت ثم اختلفا فقالت نكحتني منذ ستة أشهر وادعى الاقل فالقول لها وهو ابنه) لان الظاهر يشهد لها فانها تلد ظاهرا من نكاح لا من سفاح فان قيل الظاهر يشهد له أيضا لان الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات والنكاح حادث قلنا النسب مما يحتال لاثباته احتياطا لاحياء الولد ألا ترى أنه يثبت بالايماء مع القدرة على النطق وسائر التصرفات لا تثبت به ويجب أن يستحلف عندهما خلافا لابى حنيفة لان الاختلاف هنا في النسب والنكاح وهو من الستة المختلف فيها وموضعها الدعاوى قال رحمه الله (ولو علق طلاقها بولادتها وشهدت امرأة على الولادة لم تطلق) عند أبي حنيفة وقالا تطلق لان شهادتهن حجة فيما لا يطلع عليه الرجال لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه ألا ترى أنها تقبل على الولادة فكذا ما يبنى عليها وهو الطلاق وله أنها ادعت الحنث فلا يثبت الا بحجة تامة لان قبول شهادة النساء في الولادة ضرورية فلا تظهر في حق الطلاق لانه ليس من ضرورات

(قوله أو للضرورة) قال صدر الشريعة رحمه الله أو شهد على الولادة رجلان أو رجل وامرأتان بأن دخلت المرأة بيتا ولم يكن معها ولا في البيت أحد والرجلان على الباب حتى ولدت وعلما الولادة برؤية الولد أو سماع صوته اه (قوله فيقبل قولهم و يثبت في حق غيرهم) يعنى المنكرين من الورثة وغريم الميت فاذا كان المصدقون من أهل الشهادة بأن كانوا ذكورا أو ذكورا واناثا يثبت النسب في حق غيرهم حتى يشارك الولد المنكرين أيضا في الارث ويطالب غريم الميت بدينه اه اتقانى (قوله بأن كان فيهم) أى في الورثة اه (قوله و يشترط لفظ الشهادة) أى من الورثة اه (قوله لا به) أى النسب اه (قوله لا شرائط نفسه) كثبوت الاقامة من الجند اذا كانوا في المفازة أو البحر مقيمين تبعا للسلطان م اذا نوى الاقامة في المصر ولم يراع الاقامة في حقهم وهو ثبوت المدد تبعا اه اتقانى (قوله في المتن والمنكوحة) بالجر عطفا على ما قبله اه (قوله وان جحد فبشهادة امرأة على الولادة) قال الاتقانى وكذلك لو قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو منى فشهدت امرأة على الولادة ثبت النسب وصارت الجارية أم ولد لان شهادة القابلة في الولادة وتعيين الولد صحيحة فيثبت النسب بدعوة الرجل بقوله فهو منى ثم أمومية الولد تابعة لاثبات النسب فتثبت الامومية أيضا اه (قوله يثبت نسب ولد المنكوحة اذا جاءت به لستة أشهر أو أكثر) قال محمد في الجامع الصغير في امرأة ولدت فقال الزوج لم تلديه فشهدت به امرأة فنفاه الزوج لاعن وأراد بامرأة واحدة حرة مسلمة وبه صرح في المبسوط اه اتقانى أما اذا ولدته لاكثر من ستة أشهر فظاهر وكذا اذا ولدته لستة أشهر لاحتمال أنه تزوجها وهو عليها فوافق الانزال النكاح والنسب يحتاط في اثباته فيثبت اه (قوله في المتن فالقول لها وهو ابنه) ولا يبطل النكاح الولادة بهذا الكلام وان دام الزوج على ذلك وبه صرح البزدوى في شرح الجامع الصغير لان الشرع لما ألزمه النسب صار مكذبا وصار كمن قال لامرأته وهى معروفة النسب هذه بنتى ودام عليه أن النكاح لا يبطل فكذلك هنا اه اتقانى (قوله في المتن ولو علق طلاقها بولادتها) أى لو قال لامرأته ان ولدت فأنت طالق فقالت ولدت وشهدت القابلة بالولادة ولم يقر الزوج بالحبل ولم يكن الحبل ظاهرا لم تقبل للطلاق لانها ادعت الحنث فيحتاج الى حجة تامة ولم توجد وعندهما تقبل للطلاق اه رازى

الولادة اذا الطلاق ينفك عن الولادة فى الجملة وان صار من لوازمه هنا باتفاق الحال كما اشترى لحما فأخبره عدل أنه ذبيحة المجوسى قبلت شهادته فى حق حرمة اللحم لافى حق الرجوع على البائع بالثمن قال رحمه الله (وان كان أقر بالحبل طلقت بلا شهادة) يعنى فيما اذا علق طلاقها بالولادة وكان قد أقر بالحبل قبل الولادة يقع الطلاق بقولها ولدت من غير شهادة أحد وهذا عند أبى حنيفة وقالا يشترط شهادة القابلة لانها تدعى الحنث فلا يقبل قولها بدون الحجة وشهادة القابلة حجة فى مثله على ما بينا وله أن الاقرار بالحبل اقرار بما يفضى اليه وهو الولادة ولانه أقر بكونها مؤتمنة فيقبل قولها فى رد الامانة وعلى هذا الخلاف لو كان الحبل ظاهرا أما عندهما فظاهر لانها مدعية فلا بد من اقامة البينة وأما عنده فلان الطلاق معلق بأمر كائن لامحالة فيقبل قولها فيه ذكره فى النهاية وغيره قال رحمه الله (وأكثر مدة الحمل سنتان) وقال الشافعى أربع سنين وهو المشهور من مذهب مالك وابن حنبل وقال ربيعة سبع سنين وقال الليث بن سعد ثلاث سنين وقال عباد بن العوام خمس سنين وعن الزهرى ست سنين وقال أبو عبيد ليس لاقصاه وقت يوقف عليه وتعلقوا فى ذلك بحكايات الناس وهى ما روى أن الضحاك بقى فى بطن أمه أربع سنين فولدته أمه وقد نبتت ثناياه وهو يضحك فسمى به لذلك وقال مالك حين بلغه حديث عائشة متنكرا عليها هذه جارتنا امرأة محمد بن عجلان تحمل أربع سنين وابن عجلان نفسه بقى فى بطن أمه أربع سنين ذكره الشافعى وعن ابن عجلان أن امرأة وضعت لاربع سنين ومرة لسبع سنين ولنا قول عائشة رضى الله عنها لا يبقى الولد فى بطن أمه أكثر من سنتين ولو بظل مغزل وهو محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى ولان أحكام الشرع تبتنى على الاعم الاغلب وما زاد على ذلك فى غاية الندرة فلا تتعلق بها الاحكام والحكايات التى ذكروها غير ثابتة وهى بنفسها متعارضة وليست بحجة شرعية فى نفسها فكيف يحتج بها على ثبوت النسب أو نفيه وظل المغزل مثل لقلته لان ظله حال الدوران أسرع زوالا من سائر الظلال وهو على حذف مضاف تقديره ولو بقدر ظل مغزل وروى ولو بفلكة مغزل أى ولو بقدر دوران فلكة مغزل قال رحمه الله (وأقلها ستة أشهر) لما روى أن عمر رضى الله عنه هم برجم امرأة جاءت بولد لستة أشهر من وقت التزوج فقال له على لا سبيل لك عليها قال الله تعالى وحمله وفصاله ثلاثون شهرا وقال وفصاله فى عامين فبقى للحمل ستة أشهر ومثله يروى عن ابن عباس مع عثمان رضى الله عنهم وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (فلو نكح أمة فطلقها فاشتراها فولدت لاقل من ستة أشهر منه) أى من وقت الشراء (لزمه والالا) أى ان ولدت لاكثر من ستة أشهر لا يلزمه لانه لما طلقها وجبت عليها العدة ثم بالشراء لم تبطل العدة فى حق غيره وان بطلت بالنسبة اليه لحلها له بملك اليمين فاذا جاءت بولد بعد ذلك فان جاءت به لاقل من ستة أشهر فهو ولد المعتدة لتقدم العلوق على الشراء فيلزمه سواء أقر به أو نفاه وان كان لاكثر من ستة أشهر لم يلزمه لانه ولد المملوكة لتأخر العلوق عن الشراء فلا يلزمه الا بالدعوة وهذا اذا كان بعد الدخول ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الطلاق رجعيا أو بائنا وان كان قبل الدخول فان جاءت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق لا يلزمه لما قلنا وان كان لاقل منه لزمه اذا ولدته لتمام ستة أشهر أو أكثر من وقت التزوج (١) ولاقل منه من وقت الطلاق لان العلوق حدث فى حال قيام النكاح وان كان لاقل لا يلزمه لان العلوق سابق على التزوج وكذلك اذا اشترى زوجته قبل أن يطلقها فى جميع ما ذكرنا من الاحكام لان النكاح يفسد بالشراء وتكون معتدة فى حق غيره ان كان بعد الدخول حتى لا يجوز له أن يزوجها لغيره ما لم تحض حيضتين فيكون ما جاءت به قبل ستة أشهر ولد المنكوحة وبعده ولد المملوكة لما بينا أن الحوادث تضاف الى أقرب الاوقات ولا ينتقض هذا بما ذكر فى الزيادات أن رجلا قال

(قوله ولو بظل مغزل) والمغزل قال الصغانى فى مجمع البحرين رحمه الله والمغزل ما يغزل به قال الفراء والاصل الضم وانما هو من أغزل أى أدير وفتل اه وقال فى المصباح المنير والمغزل بكسر الميم ما يغزل به وتميم تضم الميم اه (٤٥) (قوله ولو بفلكة مغزل) وزان تمرة اه مصباح (قوله فى المتن فلو نكح أمة فطلقها) أى بعد الدخول وقول الشارح لانه لما طلقها وجب عليها العدة يقيد كونه بعد الدخول اذ لاعدة فى الطلاق قبل الدخول وقد قال الشارح بعد هذا وهذا اذا كان بعد الدخول اه وكتب ما نصه هذه المسئلة من خواص الجامع الصغير أوردها الصدر الشهيد فى شرحه بهذه الصيغة ثم قال يريد به اذا طلقها بعد الدخول بها فانه لو كان الطلاق قبل الدخول بها لا يلزمه الولد الا أن تجىء به لاقل من ستة أشهر من وقت الطلاق وقلده بعض الشارحين وانا فيه نظر لان الطلاق قبل الدخول بائن والحكم فى المبانة أن نسب ولدها يثبت الى سنتين من وقت الطلاق اه اتقانى (قوله أى ان ولدت لاكثر من ستة أشهر) فيه ما مر لك عند قوله والمقرة وصواب العبارة أن يقول أى ان ولدت لستة أشهر فأكثر والله الموفق (قوله ثم بالشراء تبطل العدة فى حق غيره) يعنى حتى لو أراد سيدها بعد الشراء أن يزوجها لا يجوز له ذلك حتى تمضى عدتها منه اه (قوله وان كان لاكثر من ستة أشهر) أى من وقت الشراء اه (قوله لا يلزمه) يصدق بما اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق ولاقل من ستة أشهر من وقت الشراء اه (قوله لما قلنا) يشير به لقوله آنفا لانه ولد المملوكة الخ لكن لا يخفى أن هذا التعليل لا يصح فيما اذا أتت به لاكثر من ستة أشهر من وقت الطلاق ولاقل منها من وقت الشراء مع أن قوله فان جاءت به لاكثر الخ صادق عليه كما قدمته لك فتأمل اه (قوله وان كان لاقل منه) أى لاقل من أكثر من ستة أشهر اه

(١) قوله ولاقل منه الخ هذه العبارة ثابتة فى بعض النسخ ساقطة من بعضها وحرر اه مصححه

لامرأتيه بعد الدخول بهما إحداكما طالق فولدت احداهما لاكثر من ستة أشهر من وقت الايجاب ولاقل من سنتين منه فالايجاب على ابهامه ولا تتعين ضرتها للطلاق ولو أحيل الى أقرب الاوقات لتعينت وكذا اذا قال لامرأته ان حبلت فأنت طالق فولدت لاقل من سنتين من وقت التعليق لم تطلق وكذا اذا جاءت المطلقة رجعيا بولد لاقل من سنتين لم يكن مراجعا لان الحوادث انما تضاف الى أقرب الاوقات اذا لم تتضمن ابطال ما كان ثابتا بالدليل أو ترك العمل بالمقتضى وفي هذه المسائل ذلك فلا يصار اليه لان في الاولى ازالة ملك النكاح وكذا في الثانية وفي الثالثة ترك العمل بما أوجبه الطلاق وهو البينونة عند انقضاء العدة وهذا اذا كان الطلاق واحدا وأما اذا كان ثنتين فيثبت نسب ما ولدته الى سنتين لان الامة تحرم بالطلقتين حرمة غليظة فلا يمكن اضافة العلوق الى ما بعد الشراء فلا يضاف الى أقرب الاوقات لعدم الامكان بل الى أبعدها حملا لامرها على الصلاح ولا يقال ينبغي أن تزول هذه الحرمة بملك اليمين لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لانا نقول قوله تعالى فان طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنكح زوجا غيره يوجب الحرمة فتعارضا فكانت الحرمة أولى ولهذا قلنا اذا ملك أمه من الرضاع لا تحل له ترجيحا لقوله تعالى وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم على المبيح قال رحمه الله (ومن قال لامته ان كان في بطنك ولد فهو مني فشهدت امرأة بالولادة فهي أم ولده) لانه يثبت بدعوته والولادة تثبت بشهادة القابلة هذا اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من وقت قال ذلك لتيقننا بوجوده في ذلك الوقت وان ولدته لاكثر منه لا يلزمه لاحتمال العلوق بعده قال رحمه الله (ومن قال لغلام هو ابني ومات فقالت أمه أنا امرأته وهو ابنه) يعني بعد موته (يرثانه) والقياس أن لا يكون لها الارث لان النسب يثبت بالنكاح الفاسد وبالوطء بشبهة وبامومية الولد فلا يكون الاقرار به اقرارا بالزوجية لها وجه الاستحسان ان المسئلة مفروضة فيما اذا كانت معروفة بالحرية والاسلام وبكونها أم الغلام والنكاح الصحيح هو المعتبر الموضوع للنسب فعند اقراره بالبنوة يحمل عليه ما لم يظهر خلاف ذلك كما يحمل عليه عند نفيه عن ابنه المعروف حتى وجب على النافي الحد واللعان ولم يعتبر احتمال الحاقه بغيره بالنكاح الفاسد أو الوطء بالشبهة ولا يقال ان النكاح ثبت بمقتضى ثبوت النسب فيتقدر بقدر الحاجة لانا نقول النكاح غير متنوع الى نكاح موجب للارث والنسب والى غير موجب لهما فاذا تعين النكاح الصحيح لزم بلوازمه قال رحمه الله (فان جهلت حريتها فقال وارثه أنت أم ولد أبي فلا ميراث لها) لان الحرية الثابتة بظاهر الحال تصلح لدفع الرق ولا تصلح لاستحقاق الارث كاستصحاب الحال وعلى هذا لو قال الوارث انها كانت نصرانية وقت موت أبي ولم يعلم اسلامها فيه أو قال كانت زوجة له وهي أمة ينبغي أن لا ترث لما قلنا وقالوا لها مهر المثل في مسئلة الكتاب لان الوارث أقر بالدخول عليها ولم يثبت كونها أم ولد والله أعلم

﴿باب الحضانة﴾

قال رحمه الله (أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) وفي الكافي الا أن تكون مرتدة أو فاجرة وانما كانت أحق لان الامة أجمعت على أن الام أحق بالولد ما لم تتزوج يعني بزوج آخر وقد روى أبو داود باسناده أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله ان ابني هذا كان بطني له وعاء وحجري له حواء وثديي له سقاء وزعم أبوه أنه ينتزعه مني فقال عليه الصلاة والسلام أنت أحق به ما لم تنكحي ولان الصغار لما عجزوا عن مصالحهم جعل الشرع ولايتها الى غيرهم فجعل ولاية التصرف في النفس والمال الى الآباء لانهم أقوى رأيا مع الشفقة الكاملة وأوجب النفقة عليهم لكونهم أقدر عليها وجعل الحضانة الى الامهات لانهن أشفق وأرفق وأقدر وأصبر على تحمل المشاق بسبب الولد على طول الاعصار وأفرغ للقيام بخدمته فكان في تفويض الحضانة اليهن وغيرها من المصالح الى الآباء زيادة منفعة على الصغير فكان

قال الاتقاني لما فرغ عن بيان النسب (٤٦) من المنكوحة والمعتدة شرع في بيان من تحضن الولد الذي يثبت نسبه اذا وقعت الفرقة ثم شرع في فصل بين فيه الغيبوبة بالولد عن المصر ثم شرع في فصل آخر ذكر فيه نفقة والدة هذا الولد وذكر في فصل آخر وجوب سكناها في دار مفردة ثم ذكر في فصل آخر أنواع من تجب لاجلها النفقة والسكنى بأن تكون المعتدة عن طلاق رجعي أو بائن ثم ذكر في فصل آخر نفقة الولد لانه ولدها وفرعها فأخر ذكر نفقته عن نفقتها ثم لما وقع الكلام في النفقة انجر الى ذكر نفقة ذوي الارحام وذكرها في فصل ثم انجر الى ذكر نفقة المماليك وذكرها في فصل ختم به النفقات والله أعلم اه (قوله في المتن أحق بالولد أمه قبل الفرقة وبعدها) قال في الهداية واذا وقعت الفرقة بين الزوجين فالام أحق بالولد قال الكمال رحمه الله هو على الاطلاق في غير ما اذا وقعت بردتها الحضانة أولا لانها تحبس وتجبر على الاسلام فان تابت فهي أحق به وأما اذا لم تكن أهلا للحضانة بأن كانت فاسقة أو تخرج كل وقت وتترك البنت ضائعة أو كانت أمة أو أم ولد أو مدبرة أو مكاتبة ولدت ذلك الولد قبل الكتابة أو متزوجة بغير محرم للصغير وأما اذا كان الاب معسرا وأبت الام أن تربي الا بأجر وقالت العمة أنا أربي بغير أجر فان العمة أولى هو الصحيح اه (قوله أو فاجرة) أي غير مأمونة كافي اه رازي (قوله وحجري له حواء) وحجر الانسان بالفتح والكسر والحواء بالكسر بيت من الوبر والجمع الاحوية اه فتح

حسنا وأنظر للصغير فيكون مشروعا ولهذا قال أبو بكر لعمر حين فارق امرأته ريحها وسمها ومسحها وريقها خير له من الشهد عندك ولم ينكر عليه أحد فكان اجماعا ثم لا تجبر الام على الحضانة في الصحيح لاحتمال عجزها وهذا لان شفقتها حاملة على الحضانة ولا تصبر عنه غالبا الا عن عجز فلا معنى للايجاب لوجود الحمل بدونه فلا تجبر عليه وقال في النهاية الا أن يكون للولد ذو رحم محرم غير الام فحينئذ تجبر على حضانته كيلا يضيع بخلاف الاب حيث يجبر على أخذه اذا امتنع بعد الاستغناء عن الام لان نفقته واجبة عليه قال رحمه الله (ثم أم الام) أي اذا لم يكن له أم بان ماتت أو تزوجت فأم الام أحق لما روى أبو بكر بن أبي شيبة في مصنفه أن عمر بن الخطاب طلق جميلة بنت عاصم فتزوجت فأخذ عمر ابنه عاصما فأدركته أم جميلة فأخذته فترافعا الى أبي بكر الصديق رضي الله عنه وهما تتشاحان فقال لعمر خل بينها وبين ابنها فأخذته ولان هذه الولاية تستفاد من قبل الام فكانت التي هي من قبلها أولى وان بعدت قال رحمه الله (ثم أم الاب) وان علت وقال زفر الاخت لاب وام أو لام أو الخالة أحق من أم الاب لانها تدلي اليه بقرابة الاب وهن يدلين بقرابة الام فكن أحق لان الحضانة تستحق باعتبار قرابة الام ونحن نقول هذه أم لان لها قرابة الولاد وهي أشفق فكانت أولى كالتي من جهة الام ولهذا تحرز ميراث الام كما تحرز تلك قال رحمه الله (ثم الاخت لاب وأم ثم لام ثم لاب) لانهن بنات الابوين فكن أولى من بنات الاجداد فتقدم الاخت لابوين ثم الاخت لام وعند زفر هما يشتركان لاستوائهما فيما يعتبر وهو الادلاء بالام وجهة الاب لا مدخل له فيه ونحن نقول يصلح للترجيح وان كان قرابة الاب لا مدخل لها فيه ثم الاخت لاب وفي رواية تقدم الخالة عليها لقوله عليه الصلاة والسلام الخالة والدة وقيل في قوله تعالى ورفع أبويه على العرش انها كانت خالته ولانها تدلي بالام وتلك بالاب فكانت أولى باعتبار المدلى به وبنات الاخت لاب وأم أو لام أولى من الخالات واختلفت الروايات في بنات الاخت لاب والصحيح أن الخالة أولى منهن وبنات الاخت أولى من بنات الاخ لان الاخت لها حق في الحضانة دون الاخ فكان المدلى بها أولى واذا اجتمع من له حق الحضانة في درجة فأورعهم أولى ثم أكبرهم قال رحمه الله (ثم الخالات كذلك) لان قرابة الام أرجح في هذا الباب وقوله كذلك أي ينزلن مثل منازلات الاخوات ومعناه من كانت لام وأب أولى ثم لام ثم لاب لان من كان اتصاله من الجانبين أشفق ثم من كان لام أشفق والخالة أولى من بنت الاخ لانها تدلي بالام وتلك بالاخ قال رحمه الله (ثم العمات كذلك) يعني كما ذكرنا من أحوال الاخوات وترتيبهن وبنات الاخ أولى من العمات ولا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة لانهن غير محرم قال رحمه الله (ومن نكحت غير محرمه سقط حقها) أي من تزوج ممن له حق الحضانة بغير محرم للصغير سقط حقها لما رويناه ولان زوج الام يعطيه نزرا وينظر اليه شزرا فلا نظر في الدفع اليه بخلاف ما اذا كان الزوج ذا رحم محرم للصغير كالجدة اذا كان زوجها الجد أو الام اذا كان زوجها عم الصغير أو الخالة اذا كان زوجها عمه أو أخاه أو عمته اذا كان زوجها خاله أو أخاه من أمه لا يسقط حقها لانتفاء الضرر عن الصغير قال رحمه الله (ثم تعود بالفرقة) أي يعود حق الحضانة بالفرقة بعد ما سقط بالتزوج لزوال المانع

(قوله ولهذا قال أبو بكر لعمر حين فارق امرأته) وهي أم عاصم واسمها جميلة فخاصمها بين يدي أبي بكر لينتزع عاصما منها اه اتقاني (قوله وريقها خير له من الشهد) قال في المصباح الشهد العسل في شمعها وفيه لغتان فتح الشين لتميم وجمعه شهاد مثل سهم وسهام وضمها لاهل العالية اه وكتب ما نصه والصحابة كانوا حاضرين يعني حين قال ذلك أبو بكر رضي الله عنه اه (قوله ثم لا تجبر) قال الكمال يعني اذا طلبت الام فهي أحق به وان أبت لا تجبر على الحضانة وهو قول الشافعي وأحمد والثوري ورواية عن مالك وفي رواية أخرى وهو قول ابن أبي ليلى والحسن بن صالح تجبر واختاره أبو الليث والهندواني من مشايخنا لان ذلك حق الولد (٤٧) قال تعالى والوالدات يرضعن أولادهن والمراد الامر وهو للوجوب والمشهور عن مالك لا تجبر الشريفة التي لا عادة لها بالارضاع وتجبر التي من عادتها أن ترضع فان لم توجد غيرها أو لم يأخذ الولد ثدي غيرها أجبرت بلا خلاف وتجبر الوالد على أخذه بعد استغنائه عن الام لان نفقته وصيانته عليه بالاجماع ولنا قوله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى واذا اختلفا فقد تعاسرا فكانت الآية الندب أو محمولة على حالة الاتفاق وعدم التعاسر ولانها عسى أن تعجز عنه لكن في الكافي الحاكم الشهيد الذي هو جمع كلام محمد لو اختلعت على أن تترك ولدها عند الزوج فالخلع جائز والشرط باطل لان حق الولد أن يكون عند أمه ما كان اليها محتاجا هذا لفظه فأفاد أن قول الفقيهين هو جواب الرواية وأما قوله تعالى فسترضع له أخرى فليس الكلام في الارضاع بل في الحضانة قال في التحفة ثم الام وان كانت أحق بالحضانة فانه لا يجب عليها ارضاعه لان ذلك بمنزلة النفقة ونفقة الولد على الوالد الا أن لا يوجد من يرضعه فتجبر اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله اذا لم يكن له أم) بان كانت غير أهل للحضانة أو (١) اه فتح (قوله أو تزوجت) يعني بان تزوجت بغير محرم اه فتح (قوله واذا اجتمع من له حق الحضانة فأورعهم أولى الخ) قال الولوالجي وان كان للصغير اخوة فأفضلهم أولى وان كانوا سواء فأكبرهم سنا لان الاكبر بمنزلة الاب وهو أكثر شفقة اه (قوله ولا حق لبنات العمة) قال في الكافي وأما بنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات فبمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية اه وقال العيني في شرحه للهداية ومن خطه نقلت وبنات الاعمام والعمات والاخوال والخالات بمعزل عن حق الحضانة لان قرابتهن لم تتأكد بالمحرمية كذا في المحيط اه

---

(١) قوله أو كذا في الاصل ولعل هنا سقطا فحرر اه مصححه

كالناشزة تسقط نفقتها ثم اذا عادت الى منزل الزوج تجب وكذا الولاية تسقط بالجنون والارتداد ثم اذا زال ذلك عادت الولاية ثم اذا كان الطلاق رجعيا لا يعود حقها حتى تنقضي عدتها لقيام الزوجية قال رحمه الله (ثم العصبات بترتيبهم) أي اذا لم يكن للصغير امرأة تكون الحضانة للعصبات على ترتيبهم في الارث على ما عرف في موضعه يتقدم الاقرب فالاقرب لان الولاية له غير أن الصغيرة لا تدفع الى غير محرم من الاقارب كابن العم ولا للام التي ليست بمأمونة ولا للعصبة الفاسق ولا الى مولى العتاقة تحرزا عن الفتنة بخلاف الغلام واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى ذوي الارحام عند أبي حنيفة كاخ من أم وعم من أم وخال ونحوهم لان لهم ولاية الانكاح عنده فكذا الحضانة قال رحمه الله (والام والجدة أحق به) أي بالغلام (حتى يستغني وقدر بسبع سنين) وقال القدوري حتى يأكل وحده ويشرب وحده ويستنجي وحده وفي الجامع الصغير حتى يستغني والمعنى واحد وقدره الخصاف بسبع سنين اعتبارا للغالب وهو قريب من الاول بل عينه لانه اذا بلغ سبع سنين يستنجي وحده ألا ترى الى ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال مروا صبيانكم بالصلاة اذا بلغوا سبع سنين والامر بالصلاة لا يكون الا بعد القدرة على الطهارة وقدره أبو بكر الرازي بتسع سنين لانه لا يستغني قبل ذلك عادة والفتوى على قول الخصاف والمراد بالاستنجاء وحده تمام الطهارة وهو أن يتطهر بالماء من غير أن يعينه أحد وقيل هو مجرد الاستنجاء وهو أن يطهر وحده عن النجاسات وان كان لا يقدر على تمام الطهارة وانما كان للاب أن يأخذه اذا بلغ هذا الحد لانه يحتاج الى التأدب والتخلق باخلاق الرجال وآدابهم والاب أقدر على التأديب والتثقيف وان اختلفا في سنه فقال الاب ابن سبع وهي قالت ابن ست فان استغنى بان كان يأكل ويشرب ويلبس ويستنجي وحده دفع اليه والا فلا وان اختلفا في تزويجها فالقول لها وان اختلفا في الطلاق بعد التزوج فان كان الزوج غير معين فالقول قولها والا فلا قال رحمه الله (وبها حتى تحيض) أي الام والجدة أحق بالجارية حتى تحيض لان بعد الاستغناء تحتاج الى معرفة آداب النساء من الغزل والطبخ والغسل والام أقدر على ذلك فاذا بلغت تحتاج الى التزويج والصيانة والى الاب ولاية التزويج وهو أقدر على الصيانة وهذا لانها صارت عرضة للفتنة ومطمعا للرجال وبالرجال من الغيرة ما ليس بالنساء فالاب أقدر على دفع خداع الفسقة واحتيالهم فكان أولى وفي نوادر هشام عن محمد اذا بلغت حد الشهوة فالاب أحق بها وهذا

(قوله أي اذا لم يكن للصغير امرأة الخ) واذا وجب الانتزاع من النساء أو لم يكن للصبي امرأة من أهله يدفع الى العصبة فيقدم الاب ثم أبو الاب وان علا ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم لاب وكذا من سفل منهم ثم العم لاب وأم ثم لاب اه كافي (قوله على ما عرف في موضعه) أي في الفرائض اه (قوله ولا الى مولى العتاقة) ولو كان المعتق أنثى تدفع اليها الانثى أيضا اه (قوله بخلاف الغلام) أي من حيث يدفع لمن ذكر قال الولوالجي ويدفع الذكر الى مولى العتاقة ولا تدفع الانثى فالصغير يدفع الى كل محرم وغير محرم والصغيرة لا تدفع الا الى محرم اه (قوله واذا لم يكن للصغير) قال في الكافي واذا لم يكن للصغير عصبة يدفع الى الاخ لام ثم الى ولده ثم الى العم لام ثم الى الخال لاب وأم ثم لاب ثم لام لان لهؤلاء ولاية الانكاح عند أبي حنيفة في النكاح اه (قوله يدفع الى ذوي الارحام عند أبي حنيفة كاخ من أم الخ) أفاد أن المراد من ذوي الارحام هنا غير ذوي الارحام المذكورين في الفرائض فان ذا الرحم في الفرائض كل قريب ليس بذي سهم ولا عصبة فالاخ من الام ليس من ذوي الارحام (٤٨) لانه صاحب سهم وأما ذو الرحم هنا فالمراد به كل قريب ذي رحم محرم من المحضون وهو غير عصبة فان كلا ممن ذكره الشارح من الاخ للام والعم من الام والخال قريب ذو رحم محرم من المحضون وهو غير عصبة له وانما فسرنا ذا الرحم هنا بما ذكرناه بدلالة التمثيل ولانا لو أجرينا قوله يدفع الى ذوي الارحام على اطلاقه ليشمل من كان ذا رحم من النساء ولم يكن محرما التناقض مع قوله سابقا ولا حق لبنات العمة والخالة في الحضانة لانهن غير محرم فان قوله ولا حق لبنات العمة نكرة في سياق النفي فتعم فلا يكون لبنات العمة والخالة في الحضانة حق في حالة ما من الحالات والتعليل المذكور وهو قوله لانهن غير محرم يفيد أن حق الحضانة لا يستحقه من النساء الا من اتصفت بالمحرمية بخلاف ولاية الانكاح فانها لا تتقيد بالمحرمية وقد ذكر في البزازية ان بنت العمة لها ولاية الانكاح والحاصل أن ولاية الانكاح منوطة بالرحمية فقط وحق الحضانة منوط بالرحمية مع المحرمية هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة والله أعلم بالصواب (قوله ونحوهم) أي كابن أخ من أم اه (قوله والفتوى على قول الخصاف) لانه اذا بلغ ذلك أمكنه القيام بمصالح بدنه حتى لو اهتدى لاقامة مصالح بدنه قبل هذه يعتبر حاله ولا تعتبر المدة اه وجيز (قوله وهو أن يتطهر بالماء الخ) بأن يطهر وجهه بالماء وحده اه أتقاني (قوله وان كان لا يقدر على تمام الطهارة) وهو المفهوم من ظاهر ما ذكره الخصاف اه أتقاني (قوله وهي قالت ابن ست) لا يحلف واحد منهما ولكن ينظر في حاله اه خان (قوله وان اختلفا) يعني ان اختلفا في تزويجها فقال الزوج للام تزوجت بزوج آخر وأنكرت اه (قوله فان كان الزوج غير معين فالقول قولها والا فلا) لانها لم تقر لاحد بحق على نفسها ألا ترى أن كل من ادعى عليها النكاح بحكم هذا الاقرار لا يلزمها وان عينت الزوج لا يقبل قولها حتى يقر بذلك الرجل اه ولوالجي وكتب ما نصه قال الكمال فان لم تعين الزوج فالقول لها وان عينته لا يقبل قولها في دعوى الطلاق حتى يقر به الزوج اه

صحيح

صحيح لما ذكرنا من الحاجة الى الصيانة وبه يفتى فى زماننا لكثرة الفساق واذا بلغت احدى عشرة سنة فقد بلغت حد الشهوة فى قولهم وقدره أبو الليث بتسع سنين وعليه الفتوى قال رحمه الله (وغيرهما أحق بها حتى تشتهى) أى غير الام والجدة أحق بالجارية حتى تشتهى وفى الجامع الصغير حتى تستغنى لما ذكرنا من الحاجة ولان فى الترك عند من يحضنها نوع استخدام وغيرهما لا يقدر على استخدامها ولان المقصود هو التعليم وذلك يحصل بالاستخدام وغيرهما لا يملك الاستخدام ولهذا لا يؤجرها للخدمة فلا يحصل المقصود بخلاف الام والجدة لقدرتهما على ذلك شرعا فيحصل المقصود وفى الكافى اذا خلع الرجل امرأته وله منها بنت احدى عشرة سنة فضمها اليه وتخرج من بيته فى كل ساعة وتترك البنت ضائعة فله أن يأخذها قال رحمه الله (ولا حق للامة وأم الولد مالم يعتقا) لعجزهما عن الحضانة بالاشتغال بخدمة المولى ولان حق الحضانة نوع ولاية ولا ولاية لهما على أنفسهما فلا يكون لهما ولاية على غيرهما فتكون الحضانة للمولى ان كان الصغير فى الرق ولا يفرق بينه وبين أمه اذا كانا فى ملكه على ما نذكر فى البيوع ان شاء الله تعالى وان كان حرا فالحضانة لاقربائه الاحرار على ما قدمنا واذا عتقا كان لهما حق الحضانة فى أولادهما الاحرار لانهما وأولادهما أحرار أوان ثبوت الحق والمدبرة كالقنة لوجود الرق فيها والمكاتبة أحق بولدها المولود فى الكتابة لانه يصير داخلا فى كتابتها تبعا لها بخلاف المولود قبل الكتابة قال رحمه الله (والذمية أحق بولدها المسلم مالم يعقل دينا) لان الحضانة تبتنى على الشفقة وهى أشفق عليه فيكون الدفع اليها أنظر له مالم يعقل الاديان فاذا عقل ينزع منها لاحتمال الضرر ولا حق للمرتدة فى الحضانة لانها تحبس وتضرب فلا تتفرغ له ولا فى دفعه اليها نظر له قال رحمه الله (ولا خيار للولد) عندنا وبه قال مالك وقال الشافعى يخير وعند أحمد اذا بلغ سبع سنين يخير الغلام وتسلم الجارية الى الاب من غير تخيير لما روى أبو هريرة رضى الله عنه أن امرأة جاءت الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت ان زوجى يريد أن يذهب بابنه وقد سقانى من بئر أبى عنبة وقد نفعنى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم استهما عليه فقال زوجها أتحاقنى فى ولدى فقال عليه الصلاة والسلام هذا أبوك وهذه أمك فخذ بيد أيهما شئت فأخذ بيد أمه فانطلقت به رواه الترمذى وصححه وهذا نص على التخيير غير أن أحمد يقول هو نص فى الغلام ولا تقاس الجارية عليه لانها تحتاج الى الحفظ والتزويج دون الغلام ولنا أنه صغير غير رشيد ولا عارف بمصلحته فلا يعتمد اختياره كسائر تصرفاته ولانه لقصور عقله يختار من عنده الراحة والتخلية ولا يتحقق النظر فيه وقد صح أن الصحابة لم يخيروا ولا حجة لهم فى الحديث لانه لم يذكر فيه الفراق فالظاهر أنها كانت فى صحبته ألا ترى الى قولها ان زوجى يريد ولولا أنها فى صحبته لما قالت ذلك ويحتمل أنه كان بالغا بل هو الظاهر لانها قالت وقد سقانى من بئر أبى عنبة والذى يسقى من البئر هو البالغ ظاهرا أو هو حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به وليس فيه دليل على أنه يخير فى السبع لانه ليس فى الحديث ذكر عمره أو لانه وفق ببركة دعائه عليه الصلاة والسلام لاختيار الانظر فلا يقاس عليه غيره ولانه عليه الصلاة والسلام أمرهما أولا بالاستهام وهو متروك اجماعا فكذا التخيير ومن العجب أنهم لا يعتبرون ايمانه وهو اختياره لربه وهو نفع له ثم يعتبرون اختياره لاحد الابوين وهو ضرر عليه وهذا خلف ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد بالسكنى وليس لابيه أن يضمه الى نفسه بغير اختياره الا أن يكون مفسدا مخوفا عليه فحينئذ له أن يضمه الى نفسه بغير اختياره اعتبارا لنفسه بماله فاذا بلغ رشيدا لا يبقى للاب يد فى ماله فكذا فى نفسه واذا بلغ مبذرا كان له ولاية حفظ ماله فكذا له أن يضمه الى نفسه اما لدفع الفتنة أو لدفع العار عن نفسه فانه يعير بفساد ابنه وأما الجارية اذا كانت بكرا فلابيها أن يضمها الى نفسه بعد البلوغ لانها لم تختبر الرجال ولم تعرف حيلهم فيخاف عليها الخداع منهم وأما الثيب فان كانت مأمونة لا يخاف عليها الفتن فليس له أن يضمها الى نفسه لانها اختبرت الرجال وعرفت كيدهم فأمن عليها من الخداع وقد زالت ولايته بالبلوغ فلا حاجة الى ضمه وان كانت مخوفا عليها فله أن يضمها اليه لما ذكرنا فى حق الغلام

للاب ولاية أخذ الجارية اذا بلغت حد الشهوة والاعتماد على هذه الرواية لفساد الزمان اه (قوله وقدره أبو الليث بتسع سنين) قال فى الوجيز وعن أبى يوسف اذا بلغت الجارية حد الشهوة فالاب أحق بها وهى لا تشتهى حتى تبلغ تسع سنين وعليه الفتوى (قوله بخلاف المولود قبل الكتابة) أى فانه لا حق لها فيه اه (قوله بئر أبى عنبة) بكسر العين وفتح ما بعدها كذا ضبطه الشارح اه وفى شرح الكافى بئر أبى عتبة بالمثناة فوق وفى الاحكام والسنن بئر أبى عنبة بلفظ الحبة من العنب وهو الصحيح وهى بئر بقرب المدينة لا يمكن الصغير الاستقاء منها اه مغرب وقوله وهى بئر بقرب المدينة الخ هذه البئر التى عرض رسول الله صلى الله عليه وسلم أصحابه عندها لما سار الى بدر اه ابن الاثير (قوله أتحاقنى فى ولدى) المحاقة المنازعة اه (قوله ثم الغلام اذا بلغ رشيدا فله أن ينفرد الخ) قال الولوالجى اذا بلغ الصغير زال ولاية الاب عنه ولا حق للاب فيه ان كان مأمونا عليه وان كان مخوفا عليه له أن يضمه الى نفسه لما ذكرنا وكذلك الثيب البالغة وان اختلف الاب والثيب البالغة يسئل عن حالها فان كان كما يقول ضمها الى نفسه أما البكر فلابيها أن يضمها الى نفسه لانها سريعة الانخداع اه

والجد بمنزلة الاب فيه وان لم يكن لها أب ولا جد وكان لها أخ أو عم فله أن يضمها اذا لم يكن مفسدا أما اذا كان مفسدا فلا يمكن من ذلك وكذا الحكم في كل عصبة ذى رحم محرم منها وكذلك البكر اذا طعنت في السن فان كان لها عقل ورأى ويؤمن عليها من الفساد فليس لغير الاب والجد أن يضمها اليه وان خيف عليها ذلك فللاخ والعم ونحوهما من العصبات أن يضمها اليه اذا لم يكن مفسدا وان لم يكن لها أب ولا جد ولا غيرهما من العصبة أو كان لها عصبة مفسد فللقاضى أن ينظر في حالها فان كانت مأمونة خلاها تنفرد بالسكنى سواء كانت بكرا أو ثيبا والا وضعها عند امرأة أمينة ثقة تقدر على الحفظ لانه جعل ناظرا للمسلمين قال رحمه الله (ولا تسافر مطلقة بولدها) لما فيه من الاضرار بالولد قال رحمه الله (الا الى وطنها وقد نكحها ثم) لانه التزم المقام فيه شرعا وعرفا قال عليه الصلاة والسلام من تأهل ببلدة فهو منهم ولهذا تصير الحربية بذمية والمسافر مقيما على ما ذكره خواهرزاده وذكر في القنية أنه لا يكون مقيما وشرط في المختصر لجواز النقل شرطين أحدهما أن يكون وطنها والثانى أن يكون التزوج واقعا فيه حتى لو وقع التزوج في بلد وليس بوطن لها ليس لها أن تنقله اليه ولا الى وطنها لعدم الامرين في كل واحد منهما وهو رواية كتاب الطلاق من الاصل وفي الجامع الصغير ان لها النقل الى مكان العقد لان العقد متى وقع في مكان يوجب أحكامه فيه كما يوجب البيع التسليم في مكانه ومن جملته حق امساك الاولاد والاول هو الاصح لان التزوج في دار الغربة ليس التزاما للمقام فيها عرفا فلا يكون لها النقل اليه كما لا يكون لها النقل الى وطنها اذا لم يقع التزوج فيه فحاصله أنه متى وجد الامران في مكان واحد جاز لها النقل اليه كيفما كان الا أن يكون دار الحرب فليس لها أن تنقله اليها لما فيه من الاضرار بالولد المسلم أو الذمى وعن أبي يوسف أنه اعتبر موضع الولادة لا غير حتى كان لها النقل الى موضع ولدته فيه لا الى غيره وان كان وطنها ووجد التزوج فيه رواها عنه الطحاوى رحمه الله تعالى هذا اذا كان بين الموضعين تفاوت وان تقاربا بحيث يتمكن من مطالعة ولده في يوم ويرجع الى أهله فيه قبل الليل جاز لها النقل اليه مطلقا في دار الاسلام ولا يشترط فيه وقوع التزوج ولا الوطن الا الى قرية من مصر لان الانتقال الى قريب بمنزلة الانتقال من محلة الى محلة في بلدة واحدة غير أن الانتقال من مصر الى قرية يضر بالولد لكونه يتخلق باخلاق أهل القرى فلا تملك ذلك الا أن تكون وطنها ووقع العقد فيها في الاصح لما بينا وهذا الحكم في حق الام خاصة وليس لغيرها أن تنقله الا باذن الاب حتى الجدة والله أعلم بالصواب

﴿باب النفقة﴾

وهى مشتقة من النفوق الذى هو الهلاك يقال نفقت الدابة تنفق نفوقا أى ماتت ونفقت الدراهم والزاد تنفق نفوقا أى نفدت وأنفق الرجل أى افتقر وذهب ماله وأنفقت الدراهم من النفقة ونفقت السلعة نفاقا بالفتح راجت وأنفق القوم نفقت سوقهم فكان للهلاك والرواج وفيها هلاك ورواج الحال في المصالح ونفقة الغير تجب على الغير بأسباب ثلاثة بالقرابة والزوجية والملك فبدأ بنفقة الزوجة لانها أنسب بما تقدم قال رحمه الله (تجب النفقة للزوجة على زوجها والكسوة بقدر حالهما) ولو مانعة نفسها للمهر ثبت ذلك بالكتاب والسنة والاجماع وضرب من المعقول أما الكتاب فقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف وأما السنة فما روى عن جابر بن

(قوله فله أن يضمها اذا لم يكن مفسدا) قال الولوالجى الابن اذا بلغ يتخير بين الابوين فان أراد أن ينفرد له ذلك فان كان فاسقا يخشى عليه شئ فالاب أولى من الام وله أن يضمه معه الى نفسه لانه أقدر على صيانته فان كانت بنتا فاراد الاب أن يضمها مع نفسه ان كانت مأمونة ليس له ذلك لزوال ولايتها عنه والاخ والعم لا يكون لهما ولاية الضم الى نفسه اذا كانت بنتا غير مأمونة وللاب ذلك والفرق هو أن الاب والجد كان لهما حق الجبر في ابتداء حالها فجاز لهما أن يعيداها الى حجرهما اذا لم تكن مأمونة اه أما غير الاب والجد لم يكن لهما حق الجبر في ابتداء حالها فجاز لهما أن يعيداها الى حجرهما أيضا لكن يترافعون الى القاضى ليسكنها بين قوم صالحين لان للقاضى ولاية على الناس ولو لم يترافعوا ربما ترتكب ما يلحقهم الضرر بذلك من العار وغير ذلك اه وقوله والاخ والعم لا يكون لهما ولاية الضم الى نفسه مخالف لما قاله الشارح وينبغى العمل بما قاله الشارح سيما في هذا الزمان والله الموفق اه (قوله وليس لغيرها أن تنقله الا باذن الاب الخ) وليس لام الولد اذا أعتقها أن تخرج الولد من المصر الذى فيه أبوه لان ولاية الاخراج بحكم العقد ولم يكن بينهما عقد اه ولوالجى

(باب النفقة)

قال الكمال رحمه الله النفقة مشتقة من النفوق وهو الهلاك نفقت الدابة نفوقا هلكت أو من النفاق الرواج نفقت السلعة نفاقا راجت وذكر الزمخشرى أن كل ما فاؤه نون وعينه فاء يدل على معنى الخروج والذهاب مثل نفق ونفر ونفخ ونفس ونفى ونفد وفي الشرع الادرار على الشئ بما به بقاؤه اه (قوله فبدأ بنفقة الزوجة) الذى بخط الشارح فنبدأ اه عبد
قال الكمال فبدأ بالزوجات اذ هى الاصل في ثبوت النفقة للولد لانه فرعها ثم بالنسب الابعد اه (قوله وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف) ويرجع الضمير الى الوالدات المتقدم ذكرهن قيل هن الزوجات وقيل هن المطلقات والاول هو الظاهر اه فتح

(قوله واستحللتم فروجهن بكلمة الله) قيل هي كلمة لا إله إلا الله وقيل هي الكلمة التي ينعقد بها النكاح اه شرح مسلم القرطبي في باب الحج اه (قوله وأما المعقول فلأن النفقة تجب جزاء الاحتباس الخ) قال في الهداية وكل من كان محبوسا بحق مقصود لغيره قال الكمال أي لمنفعة ترجع الى غيره كانت نفقته عليه فخرج الرهن فان نفقته على الراهن لان منفعة حبسه ليست متمحضة للمرتهن بل مشتركة وخرج المنكوحة نكاحا فاسدا حتى لو تعجلت نفقة شهر ثم ظهر أنه فاسد رجع عليها بما أخذت أما لو أنفق عليها بلا فرض القاضي فلا يرجع وفي الفتاوى رجل اتهم بامرأة فظهر بها حبل فزوجت منه فان لم يقر بان الحبل منه كان النكاح فاسدا عند أبي يوسف وعندهما صحيح فتستحق النفقة وذكر في موضع آخر لا تستحق النفقة عندهما أيضا لانه ممنوع من وطئها ولو أقر أنه منه تجب النفقة بالاتفاق لصحة النكاح عند الكل وحل وطئها وتقدم أصله في المحرمات والله أعلم اه (قوله والمقاتلة) أي اذا قاموا بدفع عدو المسلمين اه فتح (قوله ولا فرق في ذلك بين أن تكون مسلمة أو كافرة) قال في الهداية النفقة واجبة للزوجة على زوجها مسلمة كانت أو كافرة اذا سلمت نفسها في منزله

عبد الله أن رسول الله صلى الله عليه وسلم ذكر في خطبته في حجة الوداع فقال اتقوا الله في النساء فانهن عوان عندكم أخذتموهن بأمانة الله واستحللتم فروجهن بكلمة الله ولكم عليهن أن لا يوطئن فراشكم أحدا تكرهونه فان فعلن ذلك فاضربوهن ضربا غير مبرح ولهن عليكم رزقهن وكسوتهن رواه مسلم وأبو داود وعن جابر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لرجل ابدأ بنفسك فتصدق عليها فان فضل شيء فلأهلك فان فضل شيء فلذي قرابتك الحديث رواه مسلم وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على أن النفقة والكسوة واجبتان للزوجة على زوجها وأما المعقول فلان النفقة تجب جزاء الاحتباس ومن كان محبوسا بحق شخص كانت نفقته عليه لعدم تفرغه لحاجة نفسه أصله القاضي والوالي والعامل في الصدقات والمفتي والمقاتلة والمضارب اذا سافر بمال المضاربة والوصي ولا فرق في ذلك بين أن تكون مسلمة أو كافرة لاطلاق النصوص وقوله بقدر حالهما يعني يعتبر حالهما في النفقة حتى اذا كانا موسرين تجب عليه نفقة الموسرات وان كانا معسرين تجب عليه نفقة المعسرات وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا تجب عليه نفقة دون نفقة الموسرات وفوق نفقة المعسرات وهذا اختيار الخصاف وعليه الفتوى وقال الكرخي يعتبر حال الزوج لا غير لقوله تعالى لينفق ذو سعة من سعته وقال تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وقال تعالى ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها ومن اعتبر حالهما فقد ترك العمل بالكتاب بيانه أن الزوج اذا كان معسرا وهي موسرة فلو أوجبنا عليه فوق نفقة المعسرات لكان تكليفا بما لم يؤت وهو منفي بالنص ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لهند امرأة أبي سفيان خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك بالمعروف فقد اعتبر حالها والحديث صحيح مذكور في الصحيحين وما تلاه يقتضي اعتبار حال الرجل فاعتبرنا حالهما عملا بهما ونحن نقول فيما اذا كان هو فقيرا وهي موسرة يسلم لها قدر نفقة المعسرات في الحال والزائد يبقى دينا في ذمته فلا يكون تكليفا بما لم يؤت وكل جواب عرفته في فصل النفقة من اعتبار حال الزوج أو حالها فهو الجواب في الكسوة اذ المعنى لا يختلف وقد تعارض فيه نصان أيضا لان قوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره المراد به الكسوة وحديث هند عام فيهما فقد تعارضا فيها فعملنا بهما باعتبار حالهما ومعنى قوله بالمعروف الوسط وهو المنصوص عليه في كفارة اليمين والمستحب للزوج الموسر وهي فقيرة أن يأكل معها لاظهار مكارم الاخلاق وحسن العشرة

فعليه نفقتها وكسوتها وسكناها قال الكمال وقوله اذا سلمت نفسها في منزله ليس شرطا لازما في ظاهر الرواية بل من حين العقد الصحيح وان لم تنتقل الى منزل الزوج اذا لم يطلب الزوج انتقالها فان طلبه فامتنعت لحق لها كمهرها لا تسقط أيضا وان كان لغير حق لا نفقة لها لنشوزها وقال بعض المتأخرين لا نفقة لها حتى تزف الى منزل الزوج وهو رواية عن أبي يوسف واختارها القدوري وليس الفتوى عليه وقول الشيخ الاقطع أبي نصر في شرحه ان تسليمها نفسها شرط بالاجماع منظور فيه ثم قدره على وجه يرفع الخلاف وهو أنه اذا لم ينقلها الى بيته ولم تمتنع هي تجب النفقة لانها سلمت نفسها ولكنه رضي ببطلان حقه حيث ترك النقلة فلا يسقط حقها اه (قوله عملا بهما) أي بالكتاب والسنة اه (قوله وكل جواب عرفته في فصل النفقة من اعتبار حال الزوج أو حالها فهو الجواب الخ) قال الكمال رحمه الله وان اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قول الزوج في العسرة كذا في الاصل وأشار شيخ الاسلام الى أن القول قولها انه قادر وهو ما ذكره محمد في الزيادات ومن المتأخرين من قال ينظر الى زيه الا في العلوية والفقهاء واذا كان القول قوله ولا بينة لها فسألت القاضي أن يسأل عن يساره في السر فليس ذلك على القاضي وان فعل فأتاه عنه انه موسر لم تفرض عليه نفقة الموسر الا أن يخبره بذلك عدلان أنهما علما ذلك ويكونان بمنزلة الشاهدين فان أخبراه من وراء وراء لم يؤخذ بقولهما فان أقامت الزوجة أنه موسر فأقام الزوج أنه محتاج أخذ ببينتها وفرض عليه نفقة الموسر كذا في كافي الحاكم اه (قوله ومعنى قوله بالمعروف الوسط) قال في الهداية وهو الواجب قال الكمال أي الوسط هو الواجب بعد اعتبار حالهما وقد يقال لا يمشي على جميع أقسام تفسير قول الخصاف رحمه الله بل في أواسط الحال في اختلافهما باليسار والاعسار فان الواجب فوق الاعسار ودون نفقة اليسار وهو وسط في اليسار وأما في يسارهما فيمكن أن يقال تجب نفقة هي وسط في اليسار وأما في اعسارهما فتجب نفقة وسط في الاعسار وهو بعيد

فاذا فرض أن اعسارهما غاية فى الاعسار فانما تجب الغاية فيه لان اعتبار حاله أو حالهما لا توجب غير ذلك والوجه أن المراد بالمعروف فى قوله صلى الله عليه وسلم خذى من ماله بالمعروف ما يقابل المنكر فيستقيم فان المعروف فى متوسطة الحال أن كفايتها دون كفاية الفائقة فيجب ذلك بيساره وعند غاية اعسارها واعساره المعروف دون التوسط فيه والحاصل أن على القاضى اعتبار الكفاية بالمعروف فيما فرض فى كل وقت وباعتبار الحال من اليسار والاعسار وكما يفرض لها قدر الكفاية من الطعام كذلك من الادام لان الخبز لا يؤكل الا مأدوما اهـ (قوله فى المتن لا ناشزة) قيل لشريح هل للناشزة نفقة فقال نعم فقيل كم فقال جراب من تراب معناه لا نفقة لها اهـ اتقانى (قوله ولو كان يسكن فى المغصوب فامتنعت) قال قاضيخان الا اذا امتنعت ليحولها الى منزله أو يكترى لها منزلا فحينئذ لا تكون ناشزة اهـ

وفى الفتاوى النسفى لو كان بسمرقند وهى بنسف فبعث اليها أجنبيا ليحملها اليه فأبت لعدم المحرم لها النفقة اهـ كمال رحمه الله (قوله وقال الشافعى لها النفقة لانها عوض عن الملك الخ) قال الاتقانى ولا نسلم أنها وجبت عوضا لانها لا تخلو إما أن تكون عوضا عن ملك البضع أو عن الاستمتاع ولا ثالث فمن ادعى فعليه البيان فلا يجوز الاول لان ملك البضع وقع المهر عوضا عنه فلا يجوز أن تكون النفقة عوضا عنه لانه لم يوجد فى الشرع عوضان عن معوض واحد ولا يجوز الثانى أيضا لان الاستمتاع وقع تصرفا فيما ملكه بالعقد فلا يجب شراء جزء غيرما أوجبه العقد كما فى استيفاء المنافع فى الاجارة فان قلت فلم تكن عوضا عن الاستمتاع لم تسقط اذا تعذر الاستمتاع واللازم منتف فينتفى الملزوم قلت لا نسلم الملازمة لانها تجب للمريضة مع تعذر الاستمتاع فان قلت لو كانت تجب على وجه الصلة كما قلتم لم يحبس الزوج لاجلها قلت وجه الملازمة ممنوعة لانتقاضها بنفقة ذوى الارحام لانها على وجه الصلة ومع هذا يحبس من وجبت عليه اذا امتنع اهـ (قوله ألا ترى أنها تجب للحائض والنفساء والمريضة الخ) قال فى شرح الطحاوى اذا مرضت مرضا لا تطيق الجماع أو كبرت ولا تطيق الجماع أو بها رتق يمنع الجماع أو قرن يمنع الجماع أو أصابها بلاء يمنع الجماع فان لها النفقة اهـ اتقانى (قوله والصحيح أنه غير مقدر بالسن) قال فى الفتاوى الصغرى اذا كانت المنكوحة فى بيت الزوج لا تستحق النفقة حتى تبلغ مبلغ الجماع وتكلموا فى تفسير البلوغ مبلغ الجماع قال بعضهم اذا كانت بنت تسع سنين بلغت وان كانت بنت الخمس لا وفى السبع والست والثمان اذا كانت عبلة فقد بلغت والمختار أنها ما لم تبلغ مبلغ الجماع هكذا قال أبو الليث فى النوازل وعليه الفتوى انتهى صغرى فى باب النفقة (قوله وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها) قال الكمال وأكثر ما فى الباب

وقوله (ولو مانعة نفسها للمهر) أى النفقة واجبة لها وان منعت نفسها من التسليم حتى يسلم لها المهر المقدم وهو الذى تعورف تقديمه فى كل بلاد وزمان لانه منع بحق فلا تقصير من جهتها فلا تسقط النفقة به وان كان بعد الدخول عند أبى حنيفة وعندهما الا اذا كانت دون البلوغ لعدم صحة تسليم الاب وهذا لان النفقة وان كانت جزاء الاحتباس عندنا لكن لا يشترط فيها حقيقة الاحتباس بأن ينقلها الى بيته بل الاحتباس المقدر كاف لوجوبها وذلك يوجد بمجرد العقد والتمكين ما لم يوجد منها الامتناع ظلما قال رحمه الله (لا ناشزة) أى لا تجب النفقة للناشزة وهى الخارجة من بيت زوجها بغير اذنه المانعة نفسها منه بخلاف ما لو كانت مانعته فى البيت ولم تمكنه من الوطء حيث لا تسقط النفقة به لقيام الاحتباس لان الظاهر أنه يقدر على وطئها وكذا العادة ألا ترى أن البكر لا توطأ الا كرها ولو كانا يسكنان فى ملك المرأة فمنعته من الدخول عليها لا نفقة لها لانها ناشزة الا أن تكون سألته النقلة لان الاحتباس فات لمعنى منه ولو كان يسكن فى المغصوب فامتنعت منه فلها النفقة لانها ليست بناشزة ولو عادت الناشزة الى منزل الزوج وجبت لها النفقة لزوال المانع قال رحمه الله (وصغيرة لا توطأ) يعنى لا تجب لها النفقة سواء كانت فى منزله أو لم تكن وقال الشافعى لها النفقة لانها عوض عن الملك عنده كما فى المملوكة ملك اليمين وكونها مستمتعا بها الا أنه يرد له ألا ترى أنها تجب للحائض والنفساء والمريضة والرتقاء والعجوز التى لا يجامع مثلها ولنا أن المعتبر فى ايجاب نفقة الزوجات احتباس من ينتفع به الزوج انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أو الدواعى له والصغيرة التى لا تصلح للجماع لا تصلح للدواعى أيضا فكان فوات منفعة الاحتباس لمعنى فيها فصارت كالناشزة بخلاف المستشهد به من المسائل التى ذكرت لان الانتفاع بهن حاصل فى الجملة من حيث الدواعى بان يجامعهن فيما دون الفرج أو من حيث حفظ البيت والمؤانسة بخلاف الصغيرة ولا يمكن اعتباره بملك اليمين لان النفقة فيه لاجل الملك لا لاجل الاحتباس ألا ترى أنه لا يسقط بالاباق وهذه تسقط بالنشوز وقال أبو يوسف اذا كانت الصغيرة تصلح للخدمة والاستئناس فنقلها الى بيته فليس له أن يردها وتستحق عليه النفقة فاعتبر منفعة الخدمة والاستئناس وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة فى تعليل وجوب النفقة وقيل ان الصغيرة اذا كانت مشتهاة ويمكن جماعها فيما دون الفرج تجب لها النفقة ولو كانت الصغيرة تصلح للجماع تجب نفقتها على الزوج بالاجماع لحصول المقصود واختلفوا فى حده فقيل بنت تسع سنين والصحيح أنه غير مقدر بالسن وانما العبرة للاحتمال والقدرة على الجماع فان السمينة الضخمة تحتمل الجماع وان كانت صغيرة السن واذا كان الزوج صغيرا لا يقدر على الجماع وهى كبيرة تجب لها النفقة فى ماله لان العجز من قبله فصار كالمجبوب والعنين وان كانا صغيرين لا يقدران على الجماع فلا نفقة لها للعجز من قبلها فصار كالمجبوب والعنين اذا كان تحته صغيرة قال

رحمه الله (ومحبوسة بدين ومغصوبة وحاجة مع غير الزوج ومريضة لم تزف) أى لاتجب لهن النفقة أما المحبوسة فلان الامتناع جاء من قبلها وان لم يكن منها بان كانت عاجزة فليس منه وذكر الكرخى أنها اذا حبست قبل النقلة فان كانت تقدر أن تخلى بينها وبينه فى الحبس فلها النفقة وان كانت لاتقدر فلا نفقة لها ولو حبست بعد النقلة لم تبطل نفقتها لان المنع بعارض الزوال وهو غير مضاف اليها فلا يؤثر فى اسقاط حقها كالحيض والنفاس وذكر القدورى أن ماذكره الكرخى محمول على ما اذا كانت لاتقدر على قضائه أما اذا كانت تقدر فلم تقض حتى حبست فلا نفقة لها لانها هى التى حبست نفسها وروى هذا التفصيل عن أبى يوسف رحمه الله والمذكور فى الجامع الصغير أنها لاتستحق النفقة مطلقا من غير فصل واستشهد محمد على ذلك بغصب العين المستأجرة من يد المستأجر حيث تسقط عنه الاجرة لفوات الانتفاع لامن جهته وعليه الاعتماد واذا هرب الزوج أوظلم أوحبس بحق فلها النفقة لعدم المانع من جهتها وأما اذا غصبها غاصب فلانه قد فات الاستمتاع بها لامن جهة الزوج فلا تستحق النفقة وعن أبى يوسف أنها تستحق لماذكرنا فى المحبوسة وأما اذا حجت مع غيره فلماذكرنا من أن فوات الاحتباس لامن قبله يوجب سقوط النفقة وعند أبى يوسف لها النفقة اذا حجت بعد تسليم نفسها لانها مضطرة فيه فلم تفت من جهتها باختيارها وقد ذكرنا أن الاحتباس اذا فات لامن جهتها لايوجب سقوط النفقة عنده ويحتمل أن تكون هذه المسئلة مبنية على أن الحج يجب على الفور عنده فتكون مضطرة وعند محمد على التراخى فلا تكون مضطرة لكن يجب عليه نفقة الحضر عنده دون السفر لانها هى الواجبة عليه ولو كان زوجها معها فى السفر يجب عليه نفقة الاقامة اجماعا ولايجب عليه الكراء لان الزيادة على نفقة الاقامة لحقتها بازاء منفعة تحصل لها فلا تكون عليه كالمداواة فى مرضها وأما المريضة قبل النقلة الى منزل الزوج وهو المراد بقوله ومريضة لم تزف فلعدم الاحتباس لاجل الاستمتاع بها ولو سلمت نفسها وهى مريضة لاتجب لها النفقة ولو مرضت بعد التسليم تجب لها روى ذلك عن أبى يوسف رحمه الله والقياس لايجب عليه لماذكرنا وجه الاستحسان أنه ينتفع بها انتفاعا مقصودا بالنكاح وهو الجماع أودواعيه والاستئناس بها وحفظ البيت والمانع على شرف الزوال فصار كالحيض والنفاس ولان النكاح يعقد للصحبة والالفة وليس من الالفة أن يمتنع من الانفاق عليها ويردها الى أهلها اذا مرضت وقيل ان أمكن الاستمتاع بها بوجه فعليه نفقتها والافلا كالعبد الموصى بخدمته لانسان وبرقبته لآخر وروى عن أبى يوسف أنه ينفق عليها الا اذا تطاول بها المرض قال رحمه الله (ولخادمها لوموسرا) يعنى يجب على الزوج نفقة خادمها اذا كان موسرا يعنى اذا كان لها خادم متفرغ لخدمتها ليس له شغل غير خدمتها وهو مملوك لها لانها لابد لها من خادم يقوم بخدمتها ويهيئ أمر بيتها حتى تتفرغ لحوائجه فكما وجب عليه نفقتها يجب عليه نفقة خادمها والجامع أن نفقة كل واحد منهما المنفعة تعود اليه ألا ترى أن القاضى لما وجبت نفقته فى بيت المال تجب نفقة خادمه أيضا لماذكرنا واختلفوا فى هذا الخادم قيل هى جارية مملوكة لها وان كانت غير مملوكة لها لاتستحق النفقة للخادم فى ظاهر الرواية كالقاضى اذا لم يكن له خادم لايستحق نفقة الخادم

أن يجعل المنع من قبله كالمعدوم فالمنع من جهته قائم ومعه لاتستحق النفقة وعن هذا قلنا اذا تزوج المجبوب صغيرة لاتصلح للجماع لايفرض لها نفقة ولايخفى امكان عكس هذا الكلام فيقال يجعل المنع من جهتها كالمعدوم فيحتاج والتحقيق أن النفقة لاتجب الا لتسليم الاستيفاء منافعها المقصودة بذلك التسليم فبذور وجوبها معه وجودا وعدما فلا تجب فى الصغيرين وتجب فى الكبيرة تحت الصغير انتهى (قوله لفوات الانتفاع لامن جهته) وان لم يكن من جهة الآجر انتهى فتح (قوله أوحبس بحق) أى بحق يقدر على ايفائه أو لايقدر انتهى فتح (قوله أوظلم) أى وكذلك لوارتد أوأسلمت وأبى هو الاسلام أوطلقها بعد الدخول وكذا كل فرقة جاءت من قبلها بحق لاتسقط النفقة كالفرقة بخيار العتق والبلوغ وعدم الكفاءة أوبسبب الجب والعنة مادامت فى العدة انتهى فتح (قوله لكن تجب عليه نفقة الحضر) بأن يعتبر ما كان قيمة الطعام فى الحضر فتجب دون نفقة السفر انتهى فتح (قوله تجب عليه نفقة الاقامة) أى لانفقة السفر انتهى (قوله ولوسلمت نفسها وهى مريضة لاتجب لها النفقة) قال فى الهداية وعن أبى يوسف رحمه الله أنها اذا سلمت نفسها اليه ثم مرضت تجب لها النفقة لتحقق التسليم ولو مرضت ثم سلمت قالوا لاتجب لان التسليم لم يصح هذا حسن وفى لفظ الكتاب اشارة اليه انتهى قال الكمال قوله هذا حسن وفى لفظ الكتاب اشارة اليه وهو قوله ان مرضت فى منزل الزوج وهو عبارة عن تسليم نفسها صحيحة ثم طرأ المرض لايخفى أن اشارة الكتاب هذه مبنية على ما اختاره من عدم وجوب النفقة قبل التسليم فى منزله على ماقدمه من قوله النفقة واجبة للزوجة على زوجها اذا سلمت نفسها فى منزله وقدمنا انه مختار بعض المشايخ ورواية عن أبى يوسف وليس الفتوى عليه بل ظاهر الرواية وهو الاصح تعلقها بالعقد الصحيح مالم يقع نشوز فالمستحسن لهذا التفصيل هم المختارون لتلك الرواية عن أبى يوسف وهذه فرعتها والمختار وجوب النفقة لتحقق الاحتباس باستيفاء ماهو من مقاصد النكاح من الاستئناس والاستمتاع باليد وأى وهو ظاهر الرواية ٢ قال فى الاصل نفقة الزوجة انتهى (قوله فى المتن ولخادم) والخادم واحد الخدام غلاما كان أوجارية كذا فى ديوان الادب انتهى اتقانى (قوله اذا كان موسرا) واليسار يقدر بنصاب حرمان الصدقة لابنصاب

وجوب الزكاة كذا في الفتاوى الصغرى وغيرها انتهى اتقاني (قوله ولا يفرض لاكثر من خادم واحد) هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكره الحاكم الشهيد في مختصره الموسوم بالكافي وكذا ذكره الكرخي في مختصره بلا خلاف حيث قال فان كان لها خادم أو خدم فرض الحاكم لخادم واحد لا يزيد عليه فعن هذا قال صاحب النافع بلفظ عن فقال وعن أبي يوسف انه يفرض نفقة خادمين ولكن قال شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي وعلى قول أبي يوسف يفرض نفقة خادمين كذا قال شمس الأئمة البيهقي في الشامل في قسم المبسوط والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وصاحب المختلف فيه وفي التحفة وهذا الذي ذكروه عن أبي يوسف غير المشهور عنه لان المشهور من قوله كقولهما وبه صرح الطحاوي في مختصره ثم قال الطحاوي فيه وروى أصحاب الاملاء عنه انه قال ان المرأة ان كانت ممن يجل مقدارها عن خدمة خادم واحد أنفق على من لا بد لها منه من الخدم ممن هو أكثر من الخادم الواحد أو الاثنين أو أكثر من ذلك قال وبه نأخذ اهـ اتقاني (قوله وزفت اليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع) لان هذا من المعروف لمثلها وهو الواجب في النفقة بالنص اهـ اتقاني (قوله وقال الشافعي يفرق بينهما لما روى الخ) اعلم أن التفريق بالعجز عن الانفاق عند الشافعي فسخ لا طلاق نص عليه في المبسوط اهـ اتقاني ثم اعلم أن العجز عن الانفاق لا يوجب التفريق عندنا ولكن مع هذا اذا فرق القاضي بينهما هل ينفذ قضاؤه أم لا قال الامام أبو حفص محمد بن محمود الاستروشني في الفصل الثاني في القضاء في المجتهدات من كتاب الفصول واذا ثبت العجز بشهادة الشهود فان كان القاضي شافعي المذهب وفرق بينهما نفذ قضاؤه بالتفريق وان كان حنفيا لا ينبغي له أن يقضي بخلاف مذهبه الا اذا كان مجتهدا ووقع اجتهاده على ذلك فان قضى مخالفا رأيه من غير اجتهاد فعن أبي حنيفة في جواز قضائه روايتان ولو لم يقض ولكن أمر شافعي المذهب ليقضي بينهما في هذه الحادثة فقضى بالتفريق نفذ اذا لم يرتش الآمر والمأمور فان كان الزوج غائبا فرفعت المرأة الامر للقاضي وأقامت البينة أن زوجها الغائب عاجز عن النفقة وطلبت من القاضي أن يفرق بينهما فان كان القاضي حنفيا فقد ذكرنا وان كان شافعيا ففرق بينهما فقال مشايخ سمرقند جاز تفريقه لانه قضى في فصلين مجتهد فيهما التفريق بسبب العجز عن النفقة والقضاء على الغائب وكل واحد منهما مجتهد فيه وقال القاضي ظهير الدين المرغيناني لا يصح هذا التفريق لان القضاء على الغائب انما يجوز عند الشافعي وينفذ في احدى الروايتين عن أبي حنيفة اذا ثبت المشهود به وهنا لم يثبت المشهود به عند القاضي وهو العجز لان المال غاد ورائح ومن الجائز أن الغائب صار غنيا ولم يعلم به الشاهد لما بينهما من المسافة وكان الشاهد مجازفا في هذه الشهادة اهـ وقال صاحب الذخيرة الصحيح أنه لا يصح قضاؤه لان العجز لا يعرف حال الغيبة لجواز أن يكون قادرا فيكون هذا ترك الانفاق

سمعت

من بيت المال وهذا لان استحقاقها نفقة الخادم باعتبار ملك الخادم فاذا لم تملك فلا يستحق كالغازي اذا كان راجلا لا يستحق سهم الفارس ولو جاء بخادم يخدمها لم يقبل منه الا برضاها ومنهم من قال كل من يخدمها وهذا اذا كانت حرة وان كانت أمة فلا تستحق عليه نفقة الخادم وقيل اذا كانت من الارذال لا تستحق الخادم وان كانت حرة ولا يفرض لاكثر من خادم واحد عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يفرض لخادمين أحدهما لمصالح داخل البيت والآخر لمصالح خارجه وهو نظير الاختلاف في الغازي اذا كان معه أكثر من فرس واحد وعن أبي يوسف اذا كانت فائقة في الغنى وزفت اليه بخدم كثيرة استحقت نفقة الجميع ولهما أن الواحد يقوم بالامرين فلا حاجة الى الآخر فيما يرجع الى الكفاية وانما هو للزينة ووجوب النفقة باعتبار الكفاية لا باعتبار الزينة والتجمل وهو لو قام بخدمتها بنفسه كان يكفي ولم يلزمه نفقة الخادم فكذا اذا قام الواحد مقام نفسه ويلزمه من نفقة الخادم أدنى الكفاية ولو كان الزوج معسرا لا يجب عليه نفقة خادمها وان كان لها خادم فيما رواه الحسن عن أبي حنيفة خلافا لمحمد هو يقول انها اذا كان لها خادم لم تكتف بخدمة نفسها فتجب عليه نفقته كما لو كان موسرا والاول أصح لان المعسرة تكتفي بخدمة نفسها واستعمال الخادم لزيادة التنعم فتعتبر في حالة اليسار دون الاعسار ولو اختلفا في اليسار والاعسار فالقول قوله الا أن تقيم المرأة البينة لانه متمسك بالاصل قال رحمه الله (ولا يفرق بعجزه عن النفقة وتؤمر بالاستدانة عليه) وقال الشافعي يفرق بينهما لما روى أبو هريرة رضي الله عنه من قوله عليه الصلاة والسلام ابدأ بمن تعول فقال من أعول يا رسول الله قال امرأتك تقول أطعمني أو فارقني جاريتك تقول أطعمني واستعملني وولدك يقول الى من تتركني رواه البخاري ومسلم وروى الدارقطني عن أبي هريرة في الرجل لا يجد ما ينفق على امرأته يفرق بينهما وكتب عمر رضي الله عنه الى أمراء الاجناد في رجال غابوا عن نسائهم فأمرهم أن ينفقوا أو يطلقوا فان طلقوا بعثوا بقية نفقتهن الماضية ولان الواجب عليه الامساك بالمعروف وقد فات ذلك بالعجز عن النفقة فتعين التسريح بالاحسان فصار كالجب والعنة بل أولى لان البدن لا بقاء له بدون النفقة ويبقى بدون الجماع ألا ترى أنه يؤمر بالانفاق على المملوكة بملك اليمين وببيعها عند العجز أو الاباء ولا يؤمر بالجماع وكذا منفعة الجماع مشتركة بينهما ومنفعة النفقة تختص بها فكان فوقه ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة يدخل تحته كل معسر وقوله تعالى لا يكلف الله نفسا الا ما آتاها سيجعل الله بعد عسر يسرا دليل على أن من لم يقدر على النفقة لا يكلف بالانفاق فلا يجب عليه الانفاق في هذه الحالة ولان في التفريق ابطال الملك على الزوج وفي الامر بالاستدانة تأخير حقها وهو أهون من الابطال فكان أولى ولا حجة له في حديث أبي هريرة لانهم قالوا له

سمعت هذا من رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا هذا من كيس أبي هريرة رواه البخارى كذلك عنه في صحيحه ولانه ليس فيه الاحكاية قول المرأة أطعمني أو فارقني وليس فيه دلالة على أن الفراق واجب عليه اذا طلبت ذلك وكذا الحديث الثانى لا يلزم الحجة لان في طريقه عبد الباقى بن قانع وقال البرقانى في حديثه نكرة وقال أيضا هو ضعيف عندنا وضعفه غيره ولا يمكن الاحتجاج بكتاب عمر أيضا لان مذهبه اسقاط طلبها من المعسر ذكره ابن حزم وقال صح ذلك عنه وكتابه أيضا كان الى القادرين على النفقة ولهذا أمرهم أن يوفوا بالبقية من النفقة الماضية ولا يمكن قياسها على الجب والعنة لانهما يفوت بهما المقصود بالنكاح وهو التوالد والمال تابع فلا يلحق بما هو أصل ولانها لا تفوت بل تتأخر وتبقى دينا في ذمته فيمكن تداركها في الاخرة بلا تكون معارضة لابطال حقه من الملك وفي الجب والعنة لا يمكن ذلك فتعارض الحقان فترجح حقها لانه أصدق من حقه اذ لا حاجة له اليهما فيما يرجع الى المقصود بالنكاح وبهذا يجاب عن نفقة الامة اذ لا يمكن تداركها لان المملوك لا يكون له دين على سيده فتعين البيع ولان سقوط حقه في الرقبة الى بدل وهو الثمن وسقوط حق العبد في النفقة لا الى بدل فكان البيع أهون لانه كلا فائت حتى لو كانت الامة أم ولده لا يعتقها القاضى عليه لما فيه من ابطال حقه بلا عوض وبهذا تبين أن الامساك بالمعروف لم يفت لان كل واحد مخاطب بما عنده لقوله تعالى على الموسع قدره وعلى المقتر قدره وليس له قدرة الا على الالتزام في الذمة فيجب المصير اليه الى الميسرة بالنص ولهذا وجب المصير اليه في حق المهر والنفقة المجتمعة عن الماضى وفائدة الامر بالاستدانة مع فرض القاضى النفقة أن يمكنها احالة الغريم على الزوج فيطالبه به بخلاف ما اذا كانت بغير أمره حيث تطالب هي ثم ترجع به على الزوج ولا تحيل عليه الغريم لعدم ولايتها عليه وذكر الخصاف أن تفسير الاستدانة هو الشراء بالنسيئة لتقضى الثمن من مال الزوج وفي شرح المختار المرأة المعسرة اذا كان زوجها معسرا ولها ابن من غيره موسر أو أخ موسر فنفقتها على زوجها ويؤمر الابن أو الاخ بالانفاق عليها ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس الابن أو الاخ اذا امتنع لان هذا من المعروف فتبين بهذا أن الاستدانة لنفقتها اذا كان الزوج معسرا وهي معسرة تجب على كل من كانت تجب عليه نفقتها لولا الزوج وعلى هذا لو كان للمعسر أولاد صغار ولم يقدر على انفاقهم تجب نفقتهم على من تجب عليه لولا الاب كالام والاخ والعم ثم يرجع به على الاب اذا أيسر بخلاف نفقة أولاده الكبار حيث لا يرجع عليه بعد اليسار لانها لا تجب مع الاعسار فكان كالميت قال رحمه الله (وتتم نفقة اليسار بطروه وان قضى بنفقة الاعسار) يعنى اذا كان ينفق عليها نفقة المعسر لاعساره ثم أيسر تتم لها نفقة الموسرين بطرو اليسار أى بحدوثه وان كان الاول بالقضاء لان القضاء به لعذر الاعسار فاذا زال العذر بطل ذلك كالمكفر بالصوم اذا وجد رقبة بطل صومه وتقدم الفرض لا يمنع الاتمام بعده لانه تقدير لنفقة لم تجب وهذه المسئلة تستقيم على قول الكرخى حيث اعتبر حال الرجل فقط ولم يعتبر حال المرأة أصلا وهو ظاهر الرواية ولا يستقيم على ما ذكره الخصاف من اعتبار حالهما على ما عليه الاعتماد فيكون فيه نوع تناقض من الشيخ لان ما ذكره الشيخ في أول الباب هو قول الخصاف ثم بنى الحكم على قول الكرخى قال رحمه الله (ولا تجب نفقة مضت الا بالقضاء أو الرضا) أى اذا مضت مدة ولم ينفق عليها الزوج فلا شئ لها من ذلك الا أن يكون القاضى فرض لها النفقة أو صالحت الزوج على مقدار منها فيقضى لها بنفقة ما مضى لان النفقة صلة فلا تملك الا بالقبض كرزق القاضى وقال الشافعى رحمه الله يصير دينا بلا قضاء ولا رضا لانها عوض عن الملك كالمهر قلنا لو كان عوضا عن الملك لوجب جملة واحدة كالمهر وثمن المبيع ولانه مضمون بالمهر فلا يكون مضمونا بغيره كيلا يقع العوضان على معوض واحد ولانه لو كان عوضا لا يخلو اما أن يكون عوضا عن الملك أو عن الاستمتاع به والاول منتف لما ذكرنا وكذا الثانى لان الاستمتاع تصرف في المملوك فلا يستحق عوضا ولكن لما وقع الاحتباس لاجله ليتمكن من الاستيفاء وصيانة مائه أوجبت عليه النفقة

لالعجز عن الانفاق فان رفع هذا القضاء الى قاض آخر جاز قضاؤه اه (قوله ويرجع به على الزوج اذا أيسر ويحبس) وفي البدائع يضرب ولا يحبس اه (قوله لانه تقدير لنفقة لم تجب) لان النفقة تجب شيأ فشيأ في المستقبل فلا يتقدر حكم القاضى فيها بخصوص مقدار ولانه كان بشرط الاعسار وعلى تقديره قد زال فتزول بزواله اه فتح (قوله فيكون فيه نوع تناقض) رد هذا التناقض الرازى في شرحه وقد نقلت عبارته على هامش المتن اه (قوله في المتن ولا تجب نفقة مضت الا بالقضاء أو الرضا) قال في التتارخانية نقلا عن الفتاوى النسفية ولو فرض القاضى نفقة العدة فلم تأخذ حتى انقضت العدة هل تسقط النفقة كما تسقط بالموت قال بعضهم لا تسقط وذكر شمس الائمة الحلوانى اذا فرض القاضى للمرأة نفقة العدة فلم تستوف حتى مات أحد الزوجين تسقط وكذا اذا انقضت عدتها قبل القبض اه (قوله اذا مضت مدة ولم ينفق عليها الزوج فلا شئ لها) يعنى بان غاب عنها زوجها أو كان حاضرا وامتنع اه فتح (قوله لان النفقة صلة فلا تملك الخ) قال الكمال والحاصل أن نفقتها لا تثبت دينا في ذمته الا بقضاء القاضى بفرض أو باصطلاحهما على مقدار فانه يثبت ذلك المقدار دينا في ذمته اذا لم يعطها وهو رواية عن أحمد وفي رواية أخرى وهو قول مالك والشافعى تصير دينا عليه الا ان كانت أكلت معه بعد الفرض فانها تسقط بالمضى عند مالك والشافعى في الاصح والله أعلم (قوله وقال الشافعى يصير دينا بلا قضاء ولا رضا) وبه قال مالك وأحمد اه ع

(قوله وباعتبار حق الشرع صلة) قال الرازي وإذا كان من الصلات لا يستحكم الوجوب إلا بالقضاء أو بالرضا اه (قوله لما تمكنت من الاخذ أصلا) وهذا حق وقد تم الوجه اه فتح (قوله في المتن وبموت أحدهما تسقط المقضية) قال في الغاية وتسقط في مدة مضت إلا إذا سبق فرض قاض أو رضا بشيء فتجب لما مضى ما داما حيين فإذا مات أحدهما أو طلقها قبل قبض سقطت اه ومثله في أصل الوقاية وقال قاضيخان رحمه الله في فتاويه وكما تسقط المفروضة بموت أحد الزوجين هل تسقط بالطلاق اختلفوا فيه قال بعضهم لا تسقط وقال القاضي الامام أبو علي النسفي وجدت رواية في السقوط وذكر البقالي أن على قول محمد تسقط ولا رواية عن أبي يوسف فيه وذكر شمس الأئمة الحلواني زاد الخصاف لسقوط النفقة المفروضة شيأ آخر فقال تسقط بموته وبموتها وتسقط إذا طلقها أو أبانها اه كلام قاضيخان وسيأتي في كلام الشارح أن الصحيح أنها لا تسقط بالطلاق أي إذا أمرها القاضي بالاستدانة اه قوله قال في الفتاوى وتسقط أي نفقة الزوجة اه شمني وقوله فإن مات أحدهما أو طلقها قبل قبض سقطت أي وبعد فرض القاضي أو التراضي على شيء اه شمني وقوله تسقط المفروض إلا إذا استدانت بأمر قاض أي فإنها لا تسقط على الصحيح في المسألتين قال في الذخيرة إذا أمرها يعني القاضي بالاستدانة على الزوج فاستدانت ثم مات أحدهما لا يبطل ذلك هكذا ذكر الحاكم الشهيد في مختصره وذكر الخصاف أنه يبطل أيضا والصحيح ما ذكر في المختصر لأن استدانتها بأمر القاضي والقاضي ولاية عليهما فصار بمنزلة استدانته بنفسه وهي لا تسقط بالموت وكذلك في مسألة الطلاق يجب أن يكون على الروايتين في رواية لا تسقط وهو الصحيح اه شرح النقاية للشيخ قاسم اه (قوله وبموت أحد الزوجين تسقط النفقة) قال الرازي بخلاف ما إذا أمرها القاضي بالاستدانة فإنها لا تسقط بالموت لأنها زيادة تأكيد بأمر القاضي بالاستدانة فلا تسقط بخلاف ما إذا لم يأمرها بالاستدانة فإنها لا تتأكد تأكدها فتسقط وعند الشافعي لا تسقط لأنها عوض عنده والأعواض عليه لا تسقط بالموت اه (قوله لما ذكرنا أنها صلة) الصلة بذل مال شرعه الشارع من غير أن يكون عوضا عن شيء اه (قوله وإن أمرها القاضي بالاستدانة الخ) فاستدانت ثم مات الزوج لا يبطل الرجوع في هذا الدين وبه صرح في شرح النفقات وعلل وقال لأنها لما استدانت بأمر القاضي جعل كأن الزوج هو الذي استدان ولو كان هو استدان بنفسه ثم مات لا يسقط عنه الدين كذا هذا اه اتقاني (قوله فإن قيل أنتم قلتم فيما تقدم استحكم هذا الخ) وجعلتموه مؤكدا للاستحقاق كالقبض في الهبة اه فتح (قوله لاستحكامه بالقضاء) أي كالهبة المقبوضة اه فتح (قوله أي لا ترد النفقة المعجلة الخ) سواء كانت قائمة أو مستهلكة استحسانا عند أبي حنيفة وأبي يوسف اه اتقاني (قوله وما بقي يسترد منها) وكذا يسترد قيمة المستهلك ولا يرد قيمة الهالك بالاتفاق اه فتح قال الاتقاني وقال محمد يسترد بقدر ما بقي من المدة سواء كانت قائمة أو مستهلكة قياسا كذا في شرح الطحاوي وغيره ولكن ذكر الخصاف في كتاب النفقات الخلاف بين أبي يوسف ومحمد ولم يذكر خلاف أبي حنيفة وكذلك ذكره الولوالجي أيضا في فتاواه وفي عامة نسخ أصحابنا مثل شرح الكافي لشمس الأئمة السرخسي وشرح الطحاوي للإمام الاسبيجابي والمختلف والتحفة وخلاصة الفتاوى ذكر قول أبي حنيفة مع أبي يوسف وقال في الخلاصة والفتوى على قول أبي يوسف اه

كرزق القاضي لما كان مشغولا بحقوقهم وجبت له النفقة من بيت مال المسلمين ألا ترى أن الاستيفاء أمر زائد على ما ورد عليه العقد وكذا الاحتباس فيجب مقابلته جزاء وصلة والصلات لا تملك إلا بالقبض كالهبة والصدقة ولأن فيه حقين حق الزوج وحق الشرع فمن حيث الاستمتاع وقضاء الشهوة وإصلاح المعيشة حق الزوج ومن حيث تحصيل الولد وصيانة كل واحد منهما عن الزنا حق الشرع فباعتبار حقه عوض وباعتبار حق الشرع صلة فإذا تردد بينهما فلا يستحكم إلا بحكم القاضي أو باصطلاحهما لأن ولايتهما على أنفسهما فوق ولاية القاضي عليهما وذكر في الغاية أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط وعزاه إلى الذخيرة فكأنه جعل القليل مما لا يمكن التحرز عنه إذ لو سقطت بمضي يسير من المدة لما تمكنت من الأخذ أصلا قال رحمه الله (وبموت أحدهما تسقط المقضية) أي بموت أحد الزوجين تسقط النفقة المقضي بها لما ذكرنا أنها صلة والصلات تسقط بالموت كالهبة والدية والجزية وضمان العتق هذا إذا لم يأمرها بالاستدانة وإن أمرها القاضي بالاستدانة لم تسقط بالموت هو الصحيح ذكره في النهاية وهذا لأن هذه النفقة لها شبهان شبه بالصلة وشبه بالديون فإن أمرها بالاستدانة لا تسقط كسائر الديون وإن لم يأمرها بها سقطت كسائر الصلات عملا بالدليلين ولأن للقاضي ولاية عامة فاستدانتها بأمر القاضي كاستدانة الزوج وما لزم باستدانته لا يسقط بالموت فكذا باستدانتها بأمر القاضي فإن قيل أنتم قلتم فيما تقدم استحكم هذا الدين بحكم الحاكم فلا يسقط بمضي الزمان بعد ذلك فعلى هذا ينبغي أن لا تسقط بالموت أيضا لاستحكامه بالقضاء قلنا إن الموت يبطل الأهلية بالكلية حتى لا يتصور منه الإتمام بعد ذلك فكان أقوى في إبطال الصلة فيحتاج فيه للاستحكام إلى زيادة تأكيد وهو الأمر بالاستدانة وفي حال الحياة لم تبطل الأهلية فيستحكم بمجرد التأكيد وهو القضاء بها وكذا لا تسقط بالطلاق في الصحيح لما ذكرنا قال رحمه الله (ولا ترد المعجلة) أي لا ترد النفقة المعجلة بموت أحدهما بأن أسلفها نفقة سنة مثلا ثم مات أحدهما لا يسترد ذلك وقال محمد رحمه الله يحتسب لها نفقة ما مضى وما بقي يسترد منها وبه قال الشافعي رحمه الله وعلى هذا الخلاف الكسوة هما يقولان إنها أخذت عوضا عما تستحقه عليه بالاحتباس فتبين أن لا استحقاق لها

عليه فترده كما اذا ادعى على شخص دينا فقضاه ثم تصادقا أن لا دين عليه فانه يرد المقبوض وكما اذا أسلفها نفقة سنة ثم ماتت قبل أن يتزوجها وكرزق القاضي والمقاتلة اذا أسلف ثم مات قبل المدة ولنا أنها صلة اتصل بها القبض ولا رجوع في الصلات بعد الموت بخلاف مسئلة التصادق فان المقبوض هناك مضمون على القابض ألا ترى أنه يرجع عليه وان هلك وهنا يسقط الرجوع بالهلاك اجماعا وبخلاف التعجيل قبل التزوج لانه لم يصح لعدم سببه ولهذا لا يلزم وهنا وقع صحيحا لازما ورزق القاضي ممنوع لانه على الخلاف ولئن سلم فالفرق بينهما أن تصرف الامام في بيت المال مقيد بشرط النظر والنظر أن يؤخذ منه ويعطى لمن يجيء بعده من قضاة المسلمين قال رحمه الله (ويباع القن في نفقة زوجته) ومعناه اذا تزوجها باذن المولى لانه دين وجب في ذمته لوجود سببه وقد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين التجارة بخلاف ما اذا كان بغير اذنه لان النكاح لم يصح فلم تجب النفقة فيه ولو دخل بها لا يباع أيضا في المهر لان وجوب المهر لم يظهر في حق المولى لكونه محجورا عليه وانما يطالب بعد الحرية وللمولى أن يفديه لان حقها في النفقة لا في عين الرقبة فلو مات سقط لما ذكرنا أن الصلات تملك بالقبض وتسقط بالموت قبل القبض وكذا اذا قتل تسقط في الصحيح وقيل لا تسقط لانه أخلف القيمة فينتقل اليه كسائر الديون وانما تسقط أن لو فات المحل لا الى خلف كالعبد الجاني اذا قتل بالجناية وهذا ليس بشيء لان الدين انما ينتقل الى القيمة اذا كان دينا لا يسقط بالموت وهذا يسقط بالموت على ما بينا فكيف ينتقل اليها ولو اجتمع عليه نفقة أخرى بعد ما بيع مرة بيع ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وليس من الديون ما يباع فيه مرارا الا دين النفقة وغيره من الديون يباع فيه مرة فان أوفى الغرماء والا طولب به بعد الحرية والفرق أن دين النفقة يتجدد في كل زمان فيكون دينا آخر حادثا بعد البيع ولا كذلك سائر الديون ولو كان مدبرا أو مكاتبا أو ولد أم ولد لا يباع بالنفقة لعدم جواز البيع الا أن المكاتب اذا عجز يباع لانه يقبل النقل بعد العجز قال رحمه الله (ونفقة الامة المنكوحة انما تجب بالتبوئة) لان الاحتباس لا يتحقق الا بها وتبوئتها أن يخلي بينها وبين زوجها ولا يستخدمها لان المعتبر في استحقاق النفقة تفريغها لمصالح الزوج وذلك يحصل بالتبوئة وان استخدمها بعد التبوئة سقطت نفقتها لزوال الموجب فان خدمته أحيانا من غير أن يستخدمها لا تسقط

(قوله ولا رجوع في الصلات بعد الموت) لانتهاء حكمها كما اذا مات الموهوب له بعد قبض الهبة وكما اذا كانت هالكة من غير استهلاك اهـ اتقاني قال الرازي قلنا انها صلة اتصل بها القبض وحق الاسترداد في الصلات ينقطع بالموت اهـ (قوله وهنا يسقط بالهلاك اجماعا) أي بيننا وبين الشافعي اهـ (قوله في المتن ويباع القن في نفقة زوجته الخ) قال في الهداية واذا تزوج العبد حرة فنفقتها دين عليه يباع فيها ومعناه اذا تزوج باذن المولى قال الاتقاني وانما احتاج الى هذا التفسير لانه اذا تزوج بدون اذن المولى فلا نفقة عليه ولا مهر وبه صرح شمس الائمة السرخسي في مبسوطه لان وجوب النفقة والمهر بعد صحة العقد وبدون اذن المولى لا يصح العقد وانما قيد بالحرة لان المرأة اذا كانت أمة لا تستحق النفقة قبل التبوئة ويجيء بيانها اهـ (قوله لانه دين وجب في ذمته الخ) قال الاتقاني وانما وجبت النفقة دينا على العبد لان النفقة من أحكام العقد فيستوي فيها الحر والمملوك كالمهر وانما يباع في النفقة والمهر لان النكاح لما كان باذن المولى ظهر وجوب المهر والنفقة في حقه فتعلق برقبة العبد وأكسابه كما في ديون العبد المأذون الا أن يفديه المولى لان حق المرأة في النفقة لا في عين الرقبة فاذا أوفاها المولى نفقتها لا يبقى حقها في النفقة بعد ذلك فلا يباع العبد وكذلك الحكم في المدبر والمكاتب اذا تزوجا باذن المولى حرة أو أمة بعد التبوئة حيث تجب النفقة والمهر عليهما ولكنهما لا يباعان في المهر والنفقة لانهما لا يحتملان النقل من ملك الى ملك بل يؤمران بالسعاية اهـ قال الرازي فان كان مدبرا تتعلق النفقة بكسبه وكذا ان كان مكاتبا ما لم يعجز فان عجز بيع فيها اهـ قوله تتعلق النفقة بكسبه يعني لا برقبته لتعذر الاستيفاء منها اهـ (قوله ولو مات) أي العبد الذي تزوج باذن المولى اهـ اتقاني (قوله وغيره من الديون يباع فيه مرة) قال الولوالجي في فتاواه اذا بيع في المهر مرة وبقي شيء من المهر بان لم يف الثمن بكل المهر لا يباع مرة أخرى بل يتأخر الى ما بعد العتق والفرق بين النفقة والمهر أن العبد انما بيع في جميع المهر فلا يباع فيما بقي منه مرة أخرى بخلاف النفقة فانه يباع في النفقة المجتمعة لا في النفقات التي لم تصر واجبة بعد والنفقة تجب شيئا فشيئا فاذا اجتمعت مرة أخرى يباع فيها لان النفقة التي بيع فيها أولا غير هذه النفقة التي وجبت ثانية قال في الكافي للحاكم الشهيد وشرح الكافي للسرخسي وشرح الطحاوي والشامل اذا كان العبد أو المدبر ولد من امرأته لم يكن عليه نفقة الولد لانها ان كانت أمة فالولد ملك لمولاها ونفقة المملوك على المالك دون الاب وان كانت حرة فولدها يكون حرا ولا تجب نفقة حر على مملوك ولا على مولاه لان ولده أجنبي منه وكذلك المكاتب لا تجب عليه نفقة ولده سواء كانت امرأته حرة أو امة لهذا المعنى واذا كانت امرأة المكاتب مكاتبة وهما لمولى واحد فنفقة الولد على الام لان الولد تابع للام في كتابتها ولهذا كان كسب الولد لها وأرش الجناية عليه لها وميراثه لها وكذلك النفقة تكون عليها بخلاف ما اذا وطئ المكاتب أمته فولدت حيث تكون نفقة الولد على المكاتب لانه داخل في كتابته ولهذا يكون كسبه له وكذا أرش الجناية عليه له ولانه جزؤه فاذا تبعه في العقد كان نفقته عليه كنفقة نفسه اهـ اتقاني (قوله وتبوئتها) قال في المصباح وبوأته دارا أسكنته اياها وبوأت له كذلك اهـ (قوله ولا يستخدمها) بالنصب عطفا

النفقة لانه لم يستخدمها فلا يكون استردادا ولا فرق فى ذلك بين أن يكون زوجها حرا أو عبدا أو مدبرا أو مكاتبا لان المعنى الموجب هو التبوئة فلا يختلف باختلاف الازواج ولا يقال إن خدمة المولى مقدمة على حق الزوج شرعا حتى لا يجب عليه التبوئة فيكون حبسها نفسها بحق فينبغى أن يكون لها النفقة كالحرة اذا امتنعت من تسليم نفسها حتى يوفيها مهرها لانا نقول الحرة اذا منعت نفسها حتى يوفيها مهرها كان التفويت من جهته فلا تسقط النفقة بخلاف الامة فان التفويت فيها من جهة المولى فلا تستحق النفقة وكونه مقدما شرعا لا تأثير له فى عدم سقوط النفقة كما اذا حجت مع محرم وأم الولد والمدبرة كالقنة حتى لا تجب نفقتهن الا بالتبوئة بخلاف المكاتبة اذا تزوجت باذن المولى حيث تجب نفقتها قبل التبوئة كالحرة لان المولى ليس له استخدامها لصيرورتها أحق بنفسها ومنافعها فتقدر على تسليم نفسها شرعا كالحرة فتجب لها النفقة بمجرد العقد كالحرة ولو بوأ الامة بعد الطلاق ولم يكن بوأها قبله فلا نفقة لها خلافا لزفر رحمه الله لانها صارت محبوسة بحقه فتستحق النفقة قلنا لم تكن مستحقة عند الطلاق فلا تستحق بعده وان زوج أمته من عبده فنفقتها على المولى بوأها منزلا أو لم يبوئها لان نفقة المملوك على المالك قال رحمه الله (والسكنى فى بيت خال عن أهله وأهلها) أى تجب لها السكنى فى بيت ليس فيه أحد من أهله ولا من أهلها الا أن يختارا ذلك لان السكنى حقها اذ هى من كفايتها فتجب لها كالنفقة وقد أوجبها الله تعالى مقرونا بالنفقة بقوله أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم أى وأنفقوا عليهن من وجدكم وهكذا قرأها ابن مسعود واذا كان حقا لها فليس له أن يشرك غيرها فيها كالنفقة وهذا لان السكنى مع الناس يتضرران به اذ لا يأمنان على متاعهما ويمنعهما من الاستمتاع والمعاشرة الا أن يختارا ذلك لان الحق لهما فلهما أن يتفقا عليه ولو أسكن أمته معها ليس لها أن تمتنع من ذلك لانه يحتاج الى الاستخدام فلا يستغنى عنها ولو أخلى لها بيتا من دار وجعل له مرافق وغلقا على حدة كفاها لحصول المقصود بذلك فان اشتكت من الزوج الايذاء بسوء العشرة فان علم القاضى بذلك أو أخبره عدل نهاه عن ذلك ومنعه وفى الغاية عليه أن يسكنها عند جيران صالحين قال رحمه الله (ولهم النظر والكلام معها) أى لاهلها أن ينظروا اليها ويتكلموا معها أى وقت شاؤا ولا يمنعهم من ذلك لما فيه من قطيعة الرحم وليس عليه فى ذلك ضرر وقيل لا يمنعهم من الدخول والكلام معها وانما يمنعهم من القرار لان الفتنة فى اللباث وتطويل الكلام وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين ولا يمنعهما من الدخول عليها فى كل جمعة وفى

على قوله أن يخلى اه اتقانى (قوله فى المتن والسكنى فى بيت خال عن أهله) قال فى الهداية وان كان له ولد من غيرها ليس له أن يسكنه معها اه (قوله الا أن يختارا) بألف التثنية اه (قوله وأنفقوا عليهن من وجدكم) أى من غناكم اه (قوله فلا يستغنى عنها) غير أنه لا يطؤها بحضرتها كما أنه لا يحل له وطء زوجته بحضرتها ولا بحضرة الضرة اه فتح (قوله ولو أخلى لها بيتا من دار الخ) قال فى الهداية ولو أسكنها فى بيت من الدار مفردة وله غلق كفاها لان المقصود قد حصل قال الكمال اقتصر على الغلق فأفاد أنه وان كان الخلاء مشتركا بعد أن يكون له غلق يخصه ليس لها أن تطالبه بمسكن آخر وبه قال القاضى الامام لان الضرر بالخوف على المتاع وعدم التمكن من الاستمتاع قد زال ولا بد من كون المراد كون الخلاء مشتركا بينهم وبين غير الاجانب والذى فى شرح المختار ولو كانت فى الدار بيوت وأبت أن تسكن مع ضرتها أو مع أحد من أهله ان أخلى لها بيتا وجعل له مرافق وغلقا على حدة ليس لها أن تطلب بيتا ولو شكت أنه يضربها أو يؤذيها ان علم القاضى ذلك زجره وان لم يعلم سأل (٥٨) من جيرانه فان لم يوثق بهم أو كانوا يميلون اليه أسكنها بين قوم أخيار يعتمد القاضى على خبرهم اه (قوله فى اللباث) بفتح اللام اه (قوله وقيل لا يمنعها من الخروج الى الوالدين الخ) قال الكمال ولو كان أبوها زمنا مثلا وهو يحتاج الى خدمتها والزوج يمنعها من تعاهده فعليها أن تعصيه مسلما كان الاب أو كافرا وفى مجموع النوازل فان كانت قابلة أو غسالة أو كان لها حق على آخر أو لآخر عليها حق تخرج بالاذن وبغير الاذن والحج على هذا وما عدا ذلك من غير رضا الزوج ليس لها ذلك فان وقعت لها نازلة ان سأل الزوج من العالم وأخبرها بذلك لا يسعها الخروج وان امتنع من السؤال يسعها أن تخرج بغير رضاه وان لم تقع لها نازلة لكن أرادت أن تخرج لتتعلم مسائل من مسائل الوضوء والصلاة ان كان الزوج يحفظ المسائل ويذكر معها له أن يمنعها وان كان لا يحفظ الاولى أن يأذن لها أحيانا وان لم يأذن فلا شئ عليه ولا يسعها الخروج ما لم تقع لها نازلة وفى الفتاوى فى باب الغزاة المرأة قبل أن تقبض مهرها لها أن تخرج فى حوائجها وتزور الاقارب بغير اذن الزوج فان أعطاها المهر ليس لها الخروج الا باذن الزوج ولا تسافر مع عبدها خصيا كان أو فحلا وكذا أبوها المجوسى والمحرم غير المراهق بخلاف المراهق وحده ثلاثة عشر أو اثنا عشر ولا تكون المرأة محرما لامرأة وحيث أبحنا لها الخروج فانما يباح بشرط عدم الزينة وتغيير الهيئة الى ما لا يكون داعية لنظر الرجال والاستمالة قال الله تعالى ولا تبرجن تبرج الجاهلية الاولى وقول الفقيه وتمنع من الحمام خالفه فيه قاضيخان فقال فى فصل الحمام من فتاواه دخول الحمام مشروع للرجال والنساء جميعا خلافا لما يقوله بعض الناس وروى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم دخل الحمام وتنور وخالد بن الوليد دخل حمام حمص لكن انما يباح اذا لم يكن فيه انسان مكشوف العورة اه وعلى ذلك فلا خلاف فى منعهن من دخوله للعلم بأن كثيرا منهن مكشوف العورة اه

غيرهما

(قوله في المتن وفرض) أي الانفاق اهـ ع قال الرازي يعني اذا غاب شخص وله مال عند رجل وديعة أو مضاربة وهو مقر به وللغائب زوجة يقر المودع بزوجيتها فرض القاضي نفقتها من ذلك اهـ (قوله وأبويه) أي وكذا يفرض نفقة أولاده الكبار الزمنى والاناث اهـ اتقاني (قوله ويؤخذ كفيل منها) أي بالنفقة اهـ (قوله وكذا يشترط اقرار من عنده المال بالنسب) وكان ينبغي للمصنف أن يزيده فيقول عند من يعترف به وبالزوجية وبالنسب اهـ فتح بالمعنى (قوله وكذا اذا علم القاضي بذلك) أي بالزوجية وبأن المال للغائب اهـ (قوله ولم يعترف به) أي بكونها زوجته اهـ وكتب ما نصه أي صاحب اليد اهـ (قوله وهو الغائب ضرورة) أي لكون ما أقر به ملكه اهـ (قوله وكذا اذا كان المال في يد مضاربه) أي مضارب الغائب اهـ (قوله أما اذا كان من خلافه) كالدار والعبد والعروض اهـ اتقاني (قوله فلا تفرض النفقة فيه) وينفق عليها من غلة الدار والعبد لانها من جنس حقها اهـ اتقاني (قوله وتحلف بالله مع التكفيل الخ) قال الرازي وينبغي أن يحلفها أنها ما أخذت النفقة نظرا للغائب اهـ (قوله ولا يقضي بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء) أي لهؤلاء المذكورين من الزوجة والولد الصغار والوالدين والاولاد الكبار الزمنى والاناث يعني يقضى لهؤلاء بالنفقة في مال الغائب ولا يقضى لغيرهم كالاخ والعم وسائر ذوي الارحام وذلك لان نفقة هؤلاء تجب قبل القضاء (٥٩) وانما القضاء الايفاء والاعانة بخلاف نفقة غيرهم فانها لا تجب الا بالقضاء لكونها مجتهدا فيها لان الشافعي لا يقول بوجوب النفقة في غير الاولاد فلما كان وجوبها بالقضاء والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا فلا يقضى لهم بالنفقة في مال الغائب تحقيق ذلك أن نفقة الزوجة جارية مجرى الديون ولهذا تجب مع الاعسار وكذلك نفقة الاولاد لهذا المعنى فلم يتوقف وجوبها الى القضاء وأما الابوان فقد جعل مال الولد الغائب في حكم مالهما أما في الوالد فلقوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك فكان قضاء القاضي بالنفقة اعانة وأما في الوالدة فلانها مثل الوالد في وجوب النفقة عند الجميع وقد قال لها النبي صلى الله عليه وسلم أنت أحق به ما لم تتزوجي فاذا كانت أحق به من الوالد وللوالد أن يأخذ من ماله من النفقة مقدار كفايته أو يفرض له القاضي كانت الام أولى وأما الاولاد الكبار الزمنى والاناث فلعجزهم صاروا في معنى الصغار بخلاف نفقة من سواهم فانها لا تجري مجرى الديون بل هي صلة ابتداء كذا حكمها بالقضاء وذلك لا يجوز على الغائب اهـ اتقاني رحمه الله وقال الكمال رحمه الله عند قول صاحب الهداية أما غيرهم من المحارم فنفقتهم انما تجب بالقضاء لانه مجتهد فيه اهـ ولا شك أن الوجوب ثابت بدليله قبل القضاء حتى كان عليه أن ينفق عليهم اذا كانوا فقراء ديانة وانما المراد أنه لما كان مجتهدا فيه فقد يمتنع تمسكا بقول من يرى أن لا تجب النفقة فلا يعين عليه قول الوجوب الا القضاء به فينتفي تأويله ويتقرر في ذمته ويجبر عليه اذا امتنع وفي الكافي لو أنفق المديون أو المودع نفقة هؤلاء بغير أمر القاضي ضمن المودع ولا يبرأ المديون ولكن لا يرجع على من أنفق عليه ولو اجتمع الدين والوديعة فالقاضي يأمر بالانفاق من الوديعة لانه أنظر للغائب فان الدين محفوظ لا يحتمل الهلاك بخلاف الوديعة اهـ وكتب على قوله الا لهؤلاء ما نصه وهم الزوجة والوالدات والولد الصغير ويستدرك عليه الاولاد الكبار الاناث والذكور الكبار الزمنى ونحوهم لانهم كالصغار للعجز عن الكسب اهـ فتح (قوله لان القضاء على الغائب لا يجوز) وايفاء حق وجب على الغائب من ماله جائز والقضاء بنفقة هؤلاء ايفاء لما وجب على الغائب وليس بقضاء لان القضاء ايجاب ما لم يكن واجبا قبل القضاء وقد

غيرهما من المحارم في كل عام هو الصحيح وقدره محمد بن مقاتل الرازي بشهر في المحارم قال رحمه الله (وفرض لزوجة الغائب وطفله وأبويه في مال له عند من يقر به وبالزوجية ويؤخذ كفيل منها) أي تفرض النفقة في مال الغائب بشرط أن يقر من عنده المال بالمال والزوجية وكذا يشترط اقرار من عنده المال بالنسب وكذا اذا علم القاضي ذلك ولم يعترف به وقال زفر لا يدفع اليها من الوديعة وتؤمر بالاستدانة عليه لان المودع مأمور بالحفظ دون الدفع ولنا أن صاحب اليد اذا كان مقرا بالمال والزوجية والنسب فقد أقر لهم بحق الاخذ لان لهم أن يأخذوا بأيديهم من ماله بغير رضاه وإقرار صاحب اليد مقبول في حق نفسه لا سيما هنا فانه لو أنكر أحد الامرين لا يقبل بينتهم فيه لان المودع ليس بخصم عنه في اثبات الزوجية والنسب ولا هم خصم عنه في اثبات المال فاذا قبل اقراره في حق نفسه حتى يؤخذ منه تعدى الى غيره وهو الغائب ضرورة وكذا اذا كان المال في يد مضاربه أو دينا في ذمة الغريم وأقر بالمال والزوجية والنسب أو علم القاضي بذلك وان علم أحدهما إما النسب والزوجية أو المال يحتاج الى الاقرار بما ليس بمعلوم عنده هو الصحيح هذا كله اذا كان المال من جنس حقهم أي من النقود أو الطعام أو الكسوة أما اذا كان من خلافه فلا تفرض النفقة فيه لانه يحتاج الى القضاء بالقيمة أو الى البيع وكل ذلك لا يجوز على الغائب والتبر بمنزلة الدراهم في هذا الحكم لانه يصلح قيمة للمضروب وان أخذ من المرأة كفيل فحسن احتياطا لجواز أنه قد كان عجل لها النفقة أو كانت ناشزة أو مطلقة قد انقضت عدتها فكان النظر له التكفيل بخلاف ما اذا قسمت التركة بين الورثة بالبينة حيث لم يؤخذ منهم كفيل عند أبي حنيفة لاحتمال أن يكون له وارث آخر والفرق أن المكفول له في النفقة معلوم وهو الزوج وفي الميراث مجهول وتحلف بالله مع التكفيل احتياطا لان من الناس من يعطي الكفيل ولا يحلف ومنهم من يحلف ولا يعطي الكفيل فيجمع بينهما احتياطا نظرا للغائب ولا يقضى بنفقة في مال الغائب الا لهؤلاء لان القضاء على الغائب لا يجوز فنفقة

استشكله السروجي وقال القاضي ليس بمشروع وماذاك الا للنبي صلى الله عليه وسلم ونقله الطرسوسي اهـ (قوله والا فيرجع عليها أو على الكفيل) قال في الهداية وعمل القضاة اليوم على هذا أنه يقضي بالنفقة على الغائب لحاجة الناس قال الاتقاني أي على قول زفر وقال في الفتاوى الصغرى والتتمة والقضاة إنما يقبلون البينة اليوم على النكاح للفرض و يفرضون لانه مجتهد فيه إما لان فيه خلاف زفر أولان فيه خلاف أبي يوسف (٦٠) على ماذكره الخصاف مطلقا أو على قوله الاول على ماذكره في المختصر لحاجة الناس إليه ثم على قول من يفرض لا تحتاج المرأة الى اقامة البينة أن الزوج لم يخلف لها النفقة (قوله وقال الشافعي لانفقة للمبانة الخ) و به قال مالك وأبو الليث اهـ اتقاني وقال أحمد واسحق أيضا ليس لها سكنى ولا نفقة اذا لم يملك زوجها الرجعة وهو مذهب الحسن البصري وعطاء بن أبي رباح والشعبي اهـ اتقاني (قوله لانفقة للمبانة) وهي المطلقة ثلاثا والمختلعة اذلا بينونة عنده بغير ذلك اهـ فتح ولها السكنى اهـ اتقاني (قوله لما روى أن فاطمة بنت قيس قالت طلقني الخ) أخرج مسلم أن أبا عمرو بن حفص بن المغيرة خرج مع علي بن أبي طالب الى اليمن فأرسل الى امرأته فاطمة بنت قيس بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وعلى هذا فتحمل رواية الثلاث على انه أوقع واحدة هي تمام الثلاث اهـ فتح (قوله رواه أحمد ومسلم) لم يرو مسلم هذا وانما رواه أبوداود باسناد مسلم قال ابن الهمام رحمه الله وفي شرح الكنز نسبه الى مسلم قال لكن الحق ما علمت اهـ (قوله الا أنه اذا كانت حاملا يجب عليه نفقة الحمل الخ) قال الكمال والجواب أن شرط قبول خبر الواحد عدم طعن السلف فيه وعدم الاضطراب وعدم معارض يجب تقديمه والمتحقق في هذا الحديث ضد كل من هذه الامور لوجوه اهـ (قوله ومراده بقوله كتاب ربنا الخ) قال عيسى بن أبان أراد بقوله كتاب ربنا وسنة نبينا القياس الصحيح لثبوت كونه حجة بهما اذلو كان مراده عينهما لذكرهما اهـ شرح البدائع للهندي (قوله صيانة لمائه) ولهذا كان لها السكنى بالاجماع اهـ هداية

هؤلاء واجبة قبل القضاء فلهذا كان لهم أن يأخذوها قبل القضاء بدون رضاه فيكون القضاء في حقهم اعانة وفتوى من القاضي بخلاف غير الولاد من الاقارب لان نفقتهم غير واجبة قبل القضاء ولهذا ليس لهم أن يأخذوا من ماله شيأ قبل القضاء اذا ظفروا به فكان القضاء في حقهم ابتداء ايجاب فلا يجوز ذلك على الغائب ولو لم يقر الذي في يده المال بذلك ولم يعلم القاضي فأرادت المرأة اثبات المال أو الزوجية أو مجموعهما بالبينة ليقضي لها في مال الغائب أو لتؤمر بالاستدانة لا يقضي لها بذلك لان ذلك قضاء على الغائب وقال زفر رحمه الله تسمع بينتها ولا يقضي بالنكاح وتعطى النفقة من مال الزوج ان كان له مال وان لم يكن له مال تؤمر بالاستدانة لان قبول البينة بهذه الصفة نظر لها وليس فيه ضرر على الغائب لانه لو حضر وصدقها أو أثبتت ذلك بطريقه كانت آخذة لحقها والا فيرجع عليها أو على الكفيل وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا ثم رجع الى ماذكر في الكتاب وكان أبو يوسف يقول أولا يقضي ببينتها ويثبت به النكاح أيضا ثم رجع الى ماذكرهنا قال رحمه الله (ولمعتدة الطلاق) أي تجب النفقة والسكنى لمعتدة الطلاق ولا فرق في ذلك بين البائن والرجعي وقال الشافعي رحمه الله لانفقة للمبانة الا أن تكون حاملا لما روى أن فاطمة بنت قيس قالت طلقني زوجي ثلاثا ولم يجعل لي رسول الله صلى الله عليه وسلم سكنى ولا نفقة رواه الجماعة الا البخاري وعن الشعبي عن فاطمة بنت قيس عن النبي صلى الله عليه وسلم في المطلقة ثلاثا قال ليس لها نفقة ولا سكنى رواه أحمد ومسلم وفيما رواه عنها مسلم أنه عليه الصلاة والسلام قال لا نفقة لها الا أن تكون حاملا الحديث وقال الله تعالى وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن ولانها بازاء التمكين ولا تمكين هنا لعدم الحل الا أنه اذا كانت حاملا تجب عليه نفقة الحمل لكونه ولده ولنا قول عمر رضي الله عنه لا ندع كتاب ربنا وسنة نبينا عليه الصلاة والسلام لقول امرأة لا ندري لعلها حفظت أو نسيت رواه مسلم وفيما رواه الطحاوي والدارقطني زيادة قوله سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للمطلقة ثلاثا النفقة والسكنى ومراده بقوله كتاب ربنا قوله تعالى يا أيها النبي اذا طلقتم النساء فطلقوهن لعدتهن الى آخر ماذكر من الآيات ووجه التمسك به أنه تعالى نهى عن اخراجهن وخروجهن من بيوتهن بقوله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن وأوجب النفقة والسكنى على الازواج بقوله تعالى أسكنوهن من حيث سكنتم من وجدكم وفي مصحف ابن مسعود وأنفقوا عليهن من وجدكم ولم يفرق بين الرجعي والبائن وهذا لان النفقة تجب بجزاء الاحتباس بحقه صيانة لمائه وهذا المعنى موجود فيهما ويؤيده أن الله تعالى نهى عن مضارتهن بقوله تعالى ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن فلو لم تكن لها النفقة في هذه الحالة لتضررت فأي ضرر وأي تضييق أشد من منع النفقة مع الحبس بحقه وأي جريمة أوجبت ذلك فان قيل لا نسلم عموم الآية بل المراد بها المطلقة رجعيا بدليل قوله تعالى فاذا بلغن أجلهن فامسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف اذ لا خيار له في البائن قلنا صدر الآية عام فلا يبطل بذكر حكم يخص بعض ما تناوله الصدر في آخره كقوله تعالى والمطلقات يتربصن بأنفسهن ثلاثة قروء يتناول البائن والرجعي ثم لا يبطل عمومه بقوله و بعولتهن أحق بردهن وتخصيص الحامل بالذكر لا ينفي الحكم عن عداها اذ لو نفى لنفى عن المطلقة الرجعي أيضا اذا كانت حائلا وانما خصت الحامل بالذكر لشدة العناية بها لما يلحقها من المشاق بالحمل وطول مدته أو لازالة الوهم لانه يتوهم سقوطها لطول المدة وحديث فاطمة لا يجوز الاحتجاج به

(قوله ألا تتق الله) يعنى فى قولها لا نفقة ولا سكنى اه فتح (قوله لا تجب النفقة للمعتدة عن الوفاة) أى فى تركة الزوج وانما ينفق عليها من حصتها من الميراث سواء كانت حاملا أو غير حامل قال الطحاوى فى مختصره ولا سكنى للمتوفى عنها زوجها ولا نفقة فى مال الزوج حاملا كانت أو غير حامل قال أبو بكر الرازى قد كانت نفقتها واجبة فى مال الميت بقوله وصية لازواجهم متاعا الى الحول غير اخراج فنسخت هذه النفقة بالميراث وبقوله يتربصن بأنفسهن فأوجب نفقتها على نفسها وقطعها من مال الزوج اه اتقانى قال هلال رحمه الله فى أوقافه فى باب الرجل يقف الارض على فقراء قرابته وفقراء ولده ونسله قلت أرأيت اذا قال أرضى صدقة موقوفة على فقراء قرابتى فجاءت الغلة يوم ولدت امرأة من قرابته ولدا فقيرا كان مخلوقا فى البطن قبل مجىء الغلة فجاءت به لاقل من ستة أشهر قال لاحق لها فى الغلة لان ما فى البطن لا يوصف بالفقر وانما الفقير من كان محتاجا وما فى البطن لا يحتاج ألا ترى أن الحامل المتوفى عنها زوجها لا ينفق عليها من مال ما فى بطنها وانما ينفق عليها من حصتها لانهم لم يجعلوا الولد فى بطنها محتاجا الى شئ اه (قوله بل لحق الشرع) ولهذا يجب عليها العدة للوفاة قبل الدخول اه رازى (قوله لانها أزالت الحل والنكاح بينهما فلا تجب لها النفقة) قال الاتقانى وانما قيد بالنفقة احترازا عن السكنى لان السكنى واجب لها لان القرار فى البيت مستحق عليها فلا يسقط ذلك بمعصيتها فأما النفقة فواجبة لها فيسقط ذلك بمجىء الفرقة من قبلها بمعصية اه قال فى فتاوى قاضيخان وأما اذا وقعت الفرقة من قبل المرأة ان وقعت بفعل مباح كخيار البلوغ وخيار العتق وعدم الكفاءة كان لها النفقة والسكنى وان وقعت بفعل محظور كالردة ومطاوعة ابن الزوج ليس لها النفقة والسكنى اه فقوله ليس لها النفقة والسكنى ظاهره نفى وجوب النفقة والسكنى ففيه مخالفة لما ذكره الاتقانى من وجوب السكنى ويحتمل قول قاضيخان ليس لها النفقة والسكنى أى لا تستحقهما بل أحدهما فقط وهو النفقة ووجه هذا الاحتمال ظاهر وعلى هذا الاحتمال فلا مخالفة والله الموفق اه وفى التاتارخانية نقلا عن الخانية لو قبلت ابن الزوج حتى وقعت الفرقة لا نفقة لها ولها السكنى اه

لوجوه أحدها أن كبار الصحابة أنكروا عليها كعمر على ما تقدم وابن مسعود وزيد بن ثابت وأسامة بن زيد وعائشة حتى قالت لفاطمة فيما رواه البخارى ألا تتقى الله وروى أنها قالت لها لا خير لك فيه ومثل هذا الكلام لا يقال الا لمن ارتكب بدعة محرمة وفى صحيح مسلم لما حدث الشعبى عنها بهذا الحديث أخذ الاسود بن يزيد كفا من حصى وحصبه الشعبى فقال له ويلك أتحدث بمثل هذا الحديث وقال أبو سلمة أنكر الناس عليها فصار منكرا فلا يجوز الاحتجاج به والثانى الاضطرابه فانه جاء طلقها البتة وجاء طلقها ثلاثا وجاء أرسل اليها بتطليقة كانت بقيت من طلاقها وجاء طلقها البتة وهو غائب وجاء مات عنها وجاء حين قتل زوجها وجاء طلقها أبو عمرو بن حفص وجاء طلقها أبو حفص بن المغيرة فلما اضطرب سقط الاحتجاج به والثالث أن نفقتها سقطت بتطويل لسانها على أحمائها فلعلها أخرجت لذلك قال الله تعالى لا تخرجوهن من بيوتهن ولا يخرجن الا أن يأتين بفاحشة مبينة وهو أن تفحش على أهل الرجل فتؤذيهم قاله ابن عباس ذكره الصفاقسى فى شرح البخارى وفى مصحف أبى الا أن يفحشن عليكم وعن سعيد بن المسيب الفاطمة تلك امرأة فتنت الناس كانت لسنة فوضعت على يد ابن أم مكتوم وعن عائشة بمعناه فعلم بذلك أنه لم يفرض لها رسول الله صلى الله عليه وسلم لاجل ذلك لانها تكون به ناشزة وشرط وجوب النفقة أن تكون محبوسة فى بيته والشافعى احتج به ثم ترك العمل به فى حق السكنى ولان هذا حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ألا ترى الى ما روى عن عائشة رضى الله عنها أنها قالت كانت رخصة لعلة وقوله النفقة بازاء التمكين ولا تمكين هنا لعدم الحل قلنا لا نسلم أنه بازائه بل لاجل الاحتباس بحق الزوج وهو المؤثر فيه لان من كان محبوسا لاجل غيره تكون نفقته عليه أصله القاضى والمضارب ولا تأثير لعدم الحل فى سقوط النفقة ألا ترى أنه يجب عليه نفقة امرأته الحائض والنفساء والمظاهر منها وكذا اذا فات التمكين حسا بنحو المرض لا تسقط النفقة وقوله الا أنه اذا كانت حاملا يجب عليه نفقة الحمل لا يصح لوجوه أحدها أن النفقة لو كانت للحمل لوجبت فى مال الحمل كنفقة أولاده الصغار وثانيها أن امرأته لو كانت أمة وبت طلاقها وهى حامل لوجبت نفقتها على مولاها لا على الزوج لان الحمل ملكه وعلى هذا لو كانت الجارية لشخص وحملها لآخر لوجبت النفقة على صاحب الحمل وثالثها أنها لو كانت للحمل لسقطت بمضى الزمان كنفقة الاقارب وهى لا تسقط عندهم بمضيه ورابعها أنها لو كانت للحمل لتعددت بتعدده قال رحمه الله (لا للموت والمعصية) أى لا تجب النفقة للمعتدة عن الوفاة ولا للمعتدة وقعت الفرقة بينهما بمعصية من جهتها كالردة وتقبيل ابن الزوج أما المتوفى عنها زوجها فلأن الاحتباس ليس بحق الزوج بل لحق الشرع وجبت عليها عبادة ولهذا لا يراعى فيها معنى التعرف عن براءة الرحم بالحيض مع الامكان فلا تجب نفقتها على الزوج ولان النفقة تجب ساعة فساعة ولا ملك له بعد الموت ولا يمكن ايجابها فى ملك الورثة لانعدام الاحتباس لاجلهم وأما اذا حصلت الفرقة بمعصية من جهتها فلأنها صارت حابسة نفسها بغير حق فصارت كالناشزة بل أبعد لانها أزالت الحل والنكاح بينهما فلا تجب لها النفقة بخلاف المهر اذا كانت الردة ونحوها بعد الدخول حيث تجب لها لانه يجب بالتسليم وقد وجد ولو وقعت الفرقة بينهما باللعان أو الايلاء

أو العنة أو الجب فلها النفقة لان الفرقة بهذه الاشياء مضافة الى الزوج وكذا اذا وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ أو العتق أو عدم الكفاءة ولو أسلمت المرأة وأبى الزوج أن يسلم فلها النفقة لان الفرقة بالاباء وهو منه بخلاف ما اذا أسلم الزوج وأبت هى حيث لا يجب لها النفقة لان الامتناع جاء من قبلها ولهذا يسقط بمهرها كله اذا كان قبل الدخول قال رحمه الله (وردتها بعد البت تسقط نفقتها لا تمكين ابنه) أى اذا طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها ولو مكنت ابن الزوج بعد ما طلقها ثلاثا أو واحدة بائنة لا تسقط لان الحرمة تثبت بالطلاق البائن ولا أثر للردة فيها ولا للتمكين غير ان المرتدة تحبس ولا نفقة للمحبوسة لما بينا والممكنة لا تحبس فافترقا حتى لو أسلمت المرتدة وعادت الى بيت الزوج وجبت لها النفقة لزوال المانع فصارت كالناشزة اذا رجعت الى منزله بخلاف ما اذا وقعت الفرقة بالردة بأن ارتدت قبل الطلاق حيث لا تجب لها النفقة وان أسلمت وعادت الى منزله لانها بالردة فوتت عليه ملك النكاح وهو لا يعود بعودها الى منزل الزوج ولو لحقت بدار الحرب مرتدة ثم عادت مسلمة فلا نفقة لها كيفما كان لان العدة تسقط باللحاق حكما لتباين الدارين لانه بمنزلة الموت فانعدم السبب الموجب قال رحمه الله (ولطفله الفقير) يعنى تجب النفقة والكسوة عليه لاولاده الصغار الفقراء لقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف والمولود له هو الاب فأوجب عليه رزق النساء لاجل الاولاد فلأن تجب عليه نفقة الاولاد بالطريق الاولى واعاقلنا أوجب عليه لاجل الاولاد لان ترتب الحكم على الاسم المشتق من معنى يدل على علية ذلك المعنى كالسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ونقول إن الله تعالى أوجب عليه أجرة الارضاع بما تلونا وهو نفقة للولد ولا يشاركه فيه أحد لما تلونا وتقييده بالطفل والفقير يفيد عدم وجوبها اذا كان الولد غنيا أو كبيرا وهذا صحيح لان الغنى يأكل من مال نفسه والبالغ اذا كان ذكرا وهو صحيح لا تجب نفقته على أبيه ولا على غيره من الاقارب على ما يجىء من قريب قال رحمه الله (ولا تجبر أمه لترضع) أى لا تجبر أم الصغير على ارضاع ولدها لما ذكرنا أن النفقة على الاب والارضاع نفقة له فكان على الاب وربما تعجز عن ارضاعه وامتناعها دليل عليه لانها لا تمتنع عن ارضاعه مع القدرة غالبا وهو كالمتحقق فالزامها اياه بعد ذلك يكون اضرارا بها وقد قال الله تعالى لا تضار والدة بولدها وتؤمر به ديانة لانه من باب الاستخدام ككنس البيت والطبخ وغسل الثياب والخبز ونحو ذلك فانه واجب عليها ديانة ولا يجبرها القاضى عليه لان المستحق عليها بعد النكاح تسليم النفس للاستمتاع لا غير وذكر الخصاف أن الاب اذا لم يكن له مال ولا للولد مال تجبر عليه وتجعل الاجرة دينا عليه كما فى نفقته ويحمل هذا القول على ما اذا طلقها وانقضت عدتها قال رحمه الله (ويستأجر من ترضعه عندها) أى يستأجر الاب من ترضعه عند الام لما ذكرنا أن النفقة على الاب والحضانة لها ولا يجب على المرضعة أن تمكث عند الام اذا لم يشترط ذلك عليها بل ترضعه وترجع الى منزلها أو تحمل الصبى معها اليه أو ترضعه فى فناء الدار ثم تدخل به الدار الى أمه هذا اذا كان يجد من ترضعه وكان الولد يأخذ ثدى غيرها وان كان لا يجد من ترضعه أو كان لا يأخذ ثدى غيرها تجبر عليه صيانة عن ضياعه وفى ظاهر الرواية لا تجبر لانه يتغذى بالدهن وغيره من المائعات فلا يؤدى الى ضياعه والى الاول مال القدورى وشمس الائمة السرخسى وقال مالك تجبر الام مطلقا الا اذا كانت شريفة والحجة عليه ما ذكرنا قال رحمه الله (لا أمه لو منكوحة أو معتدة) أى لا يجوز استئجار أم الصبى اذا كانت تحته أو فى

(قوله وكذا اذا وقعت الفرقة بينهما بخيار البلوغ أو العتق) قال الرازى بخلاف ما اذا وقعت الفرقة من قبلها بلا معصية كخيار العتق والبلوغ والتفريق بعدم الكفاءة فانها تجب فيها النفقة لانها حبست نفسها بحق وذا لا يسقط النفقة اهـ (قوله أى اذا طلقها ثلاثا ثم ارتدت والعياذ بالله سقطت نفقتها) لا لعين الردة ولكن لانها محبوسة بحق عليها والحبس لحق عليها مسقط للنفقة كالمحبوسة بدين عليها اهـ رازى (قوله ولو مكنت ابن زوجها بعد ما طلقها ثلاثا الخ) ولو مكنته قبل الطلاق أو بعد الطلاق الرجعى لا تجب لها النفقة اهـ مستصفى قال الرازى فان كان رجعيا اذا مكنت ابن زوجها أو ارتدت حبست أو لا فلا نفقة لها لان النكاح باق فجاءت الفرقة بمعصية من جهتها فتسقط النفقة اهـ (قوله ولا نفقة للمحبوسة) حتى قالوا اذا ارتدت ولم تحبس بعد فلها النفقة اهـ مستصفى (قوله وجبت لها النفقة لزوال المانع) أى وهو الحبس اهـ (قوله حيث لا تجب لها النفقة وان أسلمت وعادت الخ) لان أصل الفرقة كان من جهتها بمعصية ولا تأثير للردة هنا فى التفريق لان التفريق وقع قبل الردة بالطلاق البائن اهـ (قوله فى المتن ولطفله الفقير) قال فى الهداية وفى جميع ما ذكرنا انما تجب النفقة على الاب اذا لم يكن للصغير مال قال الكمال وأطلقه فعم جميع أصناف المال من العروض والحيوان والعقار حتى اذا كان ذلك له فقط فللاب أن يبيعه وينفقه عليه وكذا يعطى منه أجر رضاعه وهذا لان ايجاب نفقة أحد الموسرين على الآخر اذا لم يكن الاحتباس ذلك له ليس بأولى من ايجاب نفقة ذلك عليه بخلاف نفقة الزوجة فانها محتبسة لغرض آخر فنفقتها عليه وان كانت غنية أما الولد فنفقته للحاجة وبغناه اندفعت حاجته فلا تجب على غيره كنفقة المحارم اهـ (قوله فانه واجب عليها ديانة) ولا يجوز أخذ الاجرة عليه كما سيأتى قريبا اهـ (قوله فى المتن ويستأجر من ترضعه عندها) أى ان أرادت ذلك اهـ رازى (قوله والى الاول مال القدورى وشمس الائمة السرخسى) وهو الاصوب لان قصر الرضيع الذى لم يأنس الطعام على الدهن والشراب سبب تمريضه وموته اهـ فتح (قوله فى المتن لا أمه) أى لا تستأجر اهـ (قوله فى المتن أو معتدة)

وهذا في المعتدة عن طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبتوتة في رواية اه هداية (قوله فاذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها) أى فظهر
أن الفعل واجب عليها فاذا استأجرها على فعل واجب عليها لم يجز اه رازى (قوله وقيل اذا كانت معتدة عن طلاق بائن جاز) صرح
بعضهم بأن هذا ظاهر الرواية اه فتح وقوله بعضهم كقاضيخان في فتاواه والخلاصة في الاجارة اه (قوله والاول رواه الحسن) وهو
مختار صاحب الهداية وظاهر اطلاق القدورى اه فتح (قوله ولو استأجر منكوحته الخ) ولو استأجر لولده من ذوات المحارم الرحم
اللاتى لهن حضانته جاز لانه ليس عليهن خدمته ولا نفقة لهن على أبى الولد واستئجار خادم الام بمنزلة الام فما جاز فى الام جاز فى خادمها وما لم
يجز فيها لم يجز فى خادمها وكذا مدبرتها فان استأجر مكاتبتها جاز لانها كالاجنبية اه بدائع (٦٣) (قوله فى المتن ولابويه وأجداده الخ)
يدخل فيهما الجد لاب والجد لام وان علوا اه فتح (قوله في المتن وجداته) يدخل فيه جداته لابيه وجداته لامه وان علون اه فتح
(قوله لو فقراء) أى لا تجب على الفقير نفقة الا للزوجة والوالدين والولد اه محيط
(قوله تجب النفقة لهؤلاء) أى وان خالفوه فى دينه اه
(قوله اذا كانوا فقراء) يوافق باطلاقه قول السرخسى حيث قال اذا كان الاب قادرا على الكسب يجبر الابن على نفقته بخلاف قول الحلوانى انه لا يجبر الابن اذا كان الاب كسوبا لانه كان غنيا باعتبار الكسب فلا ضرورة فى ايجاب النفقة على الغير واذا كان الابن قادرا على الكسب لا تجب نفقته على الاب فلو كان كل منهما كسوبا يجب أن يكسب الابن وينفق على الاب فالمعتبر فى ايجاب نفقة الوالدين مجرد الفقر قيل هو ظاهر الرواية لان معنى الاذى فى اتكاله الى الكد
والتعب أكثر منه فى التأفيف المحرم بقوله تعالى ولا تقل لهما أف اه كمال رحمه الله وسيأتى فى كلام الشارح أن نفقة الوالدين تجب على
الولد وان كانا قادرين على الكسب ثم ذكر اختلاف الرواية فى الاب اذا كان كسوبا اه (قوله بدليل ماقبلها) وهو قوله تعالى وان
جاهداك على أن تشرك بى ماليس لك به علم فلا تطعهما اه (قوله فى المتن ولا تجب مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولادة) مثل
الاولاد الصغار والآباء والامهات اه ع (قوله وأما بسبب الولادة فلما تلونا) وأما الولد فصورته أن يتزوج ذمى ذمية فولدت ولدا ثم اسلمت
فالولد يتبعها فى الاسلام ونفقته على الاب لانه جزؤه اه رازى قال فى الهداية ونفقة الصغير واجبة على أبيه وان خالفه فى دينه
قال الاتقانى وهذا اذا أسلم الصغير العاقل وأبوه كافر أو ارتد والعياذ بالله وأبوه مسلم لان اسلامه وارتداده صحيح عندنا أو اعتبر الصغير
مسلما باسلام أمه اه

عدته لان الارضاع مستحق عليها ديانة قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية وهو أمر بصيغة
الخبر وهو آكد فلا يجوز أخذ الاجر عليه ولهذا لا يجوز أن تأخذ الاجرة على خدمة البيت من الكنس
وغيره وانما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فعذرت فاذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر وقيل اذا كانت
معتدة عن طلاق بائن جاز استئجارها لان النكاح قد زال فالتحقت بالاجانب والاول رواه الحسن عن أبى
حنيفة ووجهه أن العدة من أحكام النكاح ولهذا تجب فيها النفقة والسكنى ولا يجوز دفع الزكاة اليها
والشهادة لها فلم ينقطع فى حق هذه الاحكام فكذا فى هذا الحكم ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من
غيرها جاز لانه لم يجب عليها ارضاعه قال رحمه الله (وهى أحق بعدها مالم تطلب زيادة) أى الام أولى
بارضاع الولد بعد انقضاء عدتها مالم تطلب أكثر من أجرة الاجنبية لانها أشفق وأنظر للصبى وفى الاخذ
منها اضرار بها فكانت أولى فان التمست أكثر من ذلك لم يجبر الاب عليها دفعا للضرر عنه وقال الله
تعالى لا تضار والدة بولدها ولا مولود له بولده أى لا تضار هى بأخذ الولد منها ولا هو بالزامه أكثر من
أجرة الاجنبية وقال الله تعالى وان تعاسرتم فسترضع له أخرى وان رضيت الاجنبية أن ترضعه بغير
أجر أو بدون أجر المثل والام بأجر المثل فالاجنبية أولى لما قلنا قال رحمه الله (ولابويه وأجداده
وجداته لو فقراء) أى تجب النفقة لهؤلاء اذا كانوا فقراء أما الابوان فلقوله تعالى وصاحبهما فى الدنيا
معروفا وفسرها النبى صلى الله عليه وسلم بحسن العشرة بأن يطعمهما اذا جاعا ويكسوهما اذا عريا
نزلت فى حق الابوين الكافرين بدليل ماقبلها قال الله تعالى ووصينا الانسان بوالديه حسنا وليس من
الاحسان ولا من المعروف أن يعيش فى نعم الله تعالى ويتركهما يموتان جوعا وأما الاجداد والجدات
فكالابوين ولهذا يقومان مقام الاب والام فى الارث وغيره ولانهم تسببوا لاحيائه فاستوجبوا عليه
الاحياء كالابوين وشرط الفقر لتحقق الحاجة بخلاف نفقة الزوجة حيث تجب مع الغنى لانها تجب
لاجل الحبس الدائم كرزق القاضى قال رحمه الله (ولا تجب مع اختلاف الدين الا بالزوجية والولاد) أى
لا تجب لاحد النفقة مع اختلاف الدين الا بسبب الزوجية وبسبب قرابة الولاد أما الزوجية فلانها تجب
باعتبار الحبس المستحق بعقد النكاح وذلك يعتمد صحة العقد دون اتحاد الملة حتى لا تجب بالنكاح الفاسد
ولا الوطء بشبهة وأما بسبب الولاد فلما تلونا ولانه جزؤه ونفقة الجزء لا تمتنع بالكفر كنفقة نفسه الا أنه
لا يجب على المسلم نفقة أبويه الحربيين ولا يجبر الحربى على انفاق أبيه المسلم أو الذمى لان الاستحقاق بطريق
الصلة ولا تستحق الصلة للحربى للنهى عن برهم ولهذا لا يجرى الارث بين من هو فى دارنا وبينهم وان
اتحدت ملتهم وان لم يكن ولاد كالاخ والعم ونحوهما لا تجب نفقته مع اختلاف الدين لان النفقة فى غير
الولاد تتعلق بالقرابة والمحرمية مقيدا بالارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك بخلاف العتق حيث

يتعلق بالمحرمية بسبب القرابة من غير قيد بكونه وارثا لقوله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه مطلقا ولان القرابة موجبة للصلة ومع اتحاد الدين آكد ودوام ملك اليمين أشد فى القطيعة من حرمان النفقة فاعتبر فيه أصل العلة وفى النفقة العلة المؤكدة بالثنتين قال رحمه الله (ولا يشارك الاب والولد فى نفقة ولده وأبويه أحد) أما الابوان فان لهما تأويلا فى مال الولد لقوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ولا تأويل لهما فى مال غيره ولانه أقرب الناس اليهما فصار أولى بايجاب النفقة عليهما وهى تجب على الذكور والاناث بالسوية فى الصحيح لان المعنى وهو الجزئية أو اعتبار التأويل فى مال الولد يشمل الذكر والانثى وأما نفقة الولد على الاب فلما تلونا ولما ذكرنا من المعنى وروى الخصاف والحسن أن الولد البالغ تجب نفقته على الابوين أثلاثا باعتبار الارث بخلاف الولد الصغير حيث تجب نفقته على الاب وحده لان الاب يختص بالولاية فى الصغير فكذا فى النفقة بخلاف الكبير والظاهر الاول قال رحمه الله (ولقريب محرم فقير عاجز عن الكسب بقدر الارث لو موسرا) يعنى تجب النفقة لكل ذى رحم محرم اذا كان فقيرا عاجزا عن الكسب لصغره أو لانوثته أو لعمى أو لزمانة وكان هو موسرا لتحقق العجز بهذه الاعذار والقدرة عليه باليسار ويجب ذلك بقدر الارث لقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك فجعل العلة هى الارث فيتقدر الوجوب بقدر العلة وفى قراءة ابن مسعود وعلى الوارث ذى الرحم المحرم وهى مشهورة فجاز التقييد بها ويجبر على ذلك لانه حق مستحق عليه وشرط أن يكون عاجزا عن الكسب فان القادر عليه غنى به بخلاف الابوين لانهما يتضرران به والولد مأمور بدفعه عنهما وشرط أن يكون موسرا لانه اذا كان معسرا فهو عاجز ولا تجب هذه النفقة على العاجز بخلاف نفقة الزوجة وأولاده الصغار لانه التزمه بالعقد فلا تسقط بالفقر وقيل اذا كان فقيرا زمنا أو أعمى أو نحوه تجب نفقة أولاده فى بيت المال كنفسه وان كان كبيرا لا تجب عليه نفقته الا اذا كان موسرا والابن فقير زمن ونحوه أو يكون من أعيان الناس يلحقه العار بالتكسب أو طالب علم لا يتفرغ لذلك وذكر الخصاف أن الاب اذا كان عاجزا والابن فقير كسوب ينفق على الاب فضل كسبه واذا كان الاب كسوبا لا يجبر الابن على الانفاق عليه فى رواية ويجبر فى أخرى لانه يلحقه الضرر بالكسب وجه الاول أن الكسوب لا يجبر على نفقة كسوب آخر ويجبر الابن اذا كان موسرا على نفقة أولاد أبيه الصغار لان الفقير كالميت فتجب عليه نفقة اخوته ذكره فى المحيط وفيه ان الابن يجبر على نفقة امرأة أبيه ذكره هشام عن أبى يوسف وذكر الخصاف أن نفقة خادم الاب لا تجب على الابن الا اذا كان محتاجا اليه واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة عند أبى يوسف لانه هو المعتبر لوجوب المواساة عليه فى الشرع كصدقة الفطر وعن محمد أنه قدره بما يفضل عن نفقة نفسه وعياله شهرا ان كان من أهل الغلة وان كان من أهل الحرف فهو مقدر بما يفضل عن نفقته ونفقة عياله كل يوم لان المعتبر فى حقوق العباد القدرة دون النصاب وهو مستغن عما زاد على ذلك فيصرفه الى أقاربه اذ المعتبر فى حقوق العباد القدرة دون النصاب وهذا أوجه وقالوا الفتوى على الاول قال رحمه الله (وصح بيع عرض ابنه لا عقاره لنفقته) يعنى اذا كان الابن غائبا والاب فقير جاز له أن يبيع العروض من مال ولده للنفقة

(قوله فاعتبر فيه أصل العلة) أى وهو القرابة المحرمية اه فتح (قوله وفى النفقة العلة) أى هى القرابة اه (قوله المؤكدة بالثنتين) أى هما المحرمية والارث (قوله ولا يشارك الاب والولد فى نفقة ولده) أى الصغير أو الكبير الزمن اه (قوله وهى تجب) أى نفقة الابوين على الاولاد الذكور والاناث قال فى التتارخانية فان كان الاولاد ذكورا أو اناثا موسرين فنفقة الابوين عليهم بالسوية فى أظهر الروايتين وفى الخانية وعليه الفتوى * واقعات الناطفى ولا كذلك الاخ والاخت فتجب عليهم أثلاثا على قياس الميراث واعتبرت نفقة ذوى الارحام وهو الاصح اه *فرع قال فى النقاية ونفقة البنت بالغة والابن زمنا على الاب خاصة به يفتى اه (قوله والظاهر الاول) أى وهو ما فى المتن اه (قوله أو لزمانة) زمن الشخص زمنا وزمانة فهو زمن من باب تعب وهو مرض يدوم زمانا طويلا والقوم زمنى مثل مرضى وأزمنه الله فهو مزمن اه مصباح (قوله بخلاف الابوين لانهما يتضرران) قال فى التتارخانية ثم يفرض على الابن نفقة الاب اذا كان الاب محتاجا والابن موسرا سواء كان الاب قادرا على الكسب أو لم يكن وذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح أدب القاضى للخصاف ان الاب اذا كان كسوبا والابن أيضا كسوبا يجبر الابن على الكسب ونفقة الاب وذكر شمس الائمة الحلوانى فى أدب القاضى للخصاف أنه لا يجبر الابن على نفقة الأب اذا كان الأب قادرا على الكسب واعتبره بذى الرحم المحرم فانه لا يستحق النفقة فى كسب قريبه ولا على قريبه الموسر اذا كان هو كسوبا وفى فتاوى الخلاصة وفى الاصل يلحقه العار واذا كان الابن والاب معسرين لا يجب على أحدهما نفقة الآخر اه (قوله أو يكون من أعيان ولا الناس) قال فى القنية فى باب نفقة الاقارب بعد أن رقم للمحيط ولشمس الائمة الحلوانى الرجل الصحيح قد لا يقدر على الكسب لشرفه أو لكونه من أهل البيوتات فنفقته على الاب وهكذا قالوا فى طالب العلم اذا كان لا يهتدى الى الكسب لا تسقط نفقته عن أبيه بمنزلة الزمن والانثى اه (قوله واليسار هنا مقدر بنصاب حرمان الصدقة) وهو نصاب صدقة الفطر وهو ملك ما يبلغ مائتى درهم من أى مال كان فاضلا عن حوائجه الاصلية اه (قوله فى المتن وصح بيع عرض ابنه) أى البالغ الغائب اه

ولا يجوز له أن يبيع العقار وهو استحسان وهذا عند أبي حنيفة والقياس أن لا يجوز وهو قولهما لان ولاية الاب زالت ببلوغ الولد رشيدا الا فيما يبيعه تحصينا كالوصي وليس في بيعه في هذه الحالة تحصين ولهذا لا يملكه حال حضرته ولا في دين له عليه سوى النفقة فصار كالام وغيرها من مستحق النفقة وليس للقاضي أن يحكم به لانه قضاء على الغائب وله أن للاب ولاية حفظ مال ولده الغائب كالوصي بل أولى لان الوصي يستفيد الولاية من جهته فمن المحال أن لا يكون له الولاية وغيره يستفيدها منه وبيع المنقول من باب الحفظ لانه يخشى عليه التلف ولهذا يملكه الوصي بخلاف العقار لانه محصن بنفسه فلا يكون بيعه من الحفظ ثم اذا باع العروض صار الثمن من جنس حقه فله أن ينفق منه بخلاف غيره من الاقارب لانهم ليس لهم ولاية الحفظ في ماله وبخلاف حالة حضرته لان ولاية الحفظ له لا للاب لقدرته عليه وفي المسئلة نوع اشكال وهو أن يقال اذا كان للاب حالة غيبة ابنه ولاية الحفظ اجماعا فالمانع له من البيع بالنفقة عندهما أو بالدين عند الكل قال رحمه الله (ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي لو أنفق مودع الغائب على أبوي الغائب بغير أمر القاضي ضمن المودع لتصرفه في مال غيره من غير ولاية ولا نيابة بخلاف ما اذا أمره القاضي لانه ملزم لولايته عليه ولا يقال ينبغي أن لا يضمن لان للابوين فيه حقا ولهما أن يأخذا منه اذا ظفرا به بغير اذنه لانا نقول جواز الاخذ لهما منه عند الظفر به لا ينفي الضمان عنه عند دفعه كالمودع يقضي بالوديعة دين المودع ثم اذا ضمن لا يرجع عليهما به لانه بالضمان ملكه مستندا الى وقت التعدي فتبين انه تبرع بملكه فصار كما لو قضى بالوديعة دين المودع وذكر في الغاية معزيا الى النوادر اذا لم يكن في مكان يمكن استطلاع رأي القاضي لا يضمن استحسانا وعلى هذا لو مات بعض الرفقة في السفر فباعوا قماشه وعدته وجهزوه بثمنه وردوا البقية الى الورثة أو أغمي عليه فأنفقوا عليه من ماله لم يضمنوا استحسانا وروى أن جماعة من أصحاب محمد حجوا فمات واحد منهم وأخذوا ما كان معه فباعوه فلما وصلوا الى محمد سألهم فذكروا له ذلك فقال لو لم تفعلوا ذلك لم تكونوا فقهاء والله يعلم المفسد من المصلح قال رحمه الله (ولو أنفقا ما عندهما لا) أي لو كان للغائب مال عند أبويه فأنفقا على أنفسهما منه وهو من جنس النفقة لم يضمنا لان نفقتهما واجبة عليه قبل القضاء فاستوفيا حقهما قال رحمه الله (ولو قضى بنفقة الولاد والقريب ومضت مدة سقطت) لان نفقة هؤلاء باعتبار الحاجة وقد وقعت الغنية عن الماضي بخلاف نفقة الزوجة لانها للاحتباس ولهذا تجب مع يسارها فلا تسقط بالاستغناء بمضي الزمان لما فيه من معنى المعاوضة ولهذا لو سرقت النفقة المعجلة أو الكسوة تفرض لذوي الارحام مرة بعد أخرى الى ما لا يتناهى لتحقق حاجته ولا يفرض للزوجة بشئ لعدم اعتبار الحاجة في حقها وبعكسه لو بقيت النفقة المفروضة في مدة بعد المدة يفرض للزوجات ولا يفرض لذوي الارحام وعن هذا اذا أسلفها نفقة مدة ثم مات أحدهما قبل المدة يسترد في الزوجات عند محمد دون الاقارب وذكر في الغاية معزيا الى الذخيرة أن نفقة ما دون الشهر لا تسقط لانه لو سقطت بالمدة اليسيرة لما أمكنهم استيفاؤها فقدروا الفاصل بالشهر وقال في الحاوي نفقة الصغير تصير دينا بالقضاء دون غيره قال رحمه الله (الا أن يأذن القاضي بالاستدانة) لان للقاضي ولاية عامة فصار اذنه كأمر الغائب فلا يسقط بمضي المدة وفي زكاة الجامع نفقة الزوجات والاقارب بعد القضاء مانع من وجوب الزكاة لانه مطالب من جهة العباد فسوى بعد القضاء بين الاقارب والزوجات واختلفوا في تأويله منهم من قال هذا اذا أذن له القاضي بالاستدانة ومنهم من قال هذا اذا قصرت المدة على ما بينا والى الاول مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله تعالى قال رحمه الله (ولمملوكه) أي تجب عليه النفقة لمملوكه لقوله صلى الله عليه وسلم هم اخوانكم وخولكم جعلهم الله تحت أيديكم فمن كان أخوه تحت يديه فليطعمه مما يأكل وليلبسه مما يلبس ولا تكلفوهم ما يغلبهم فان كلفتموهم فأعينوهم متفق عليه وروى عن علي رضي الله عنه انه قال كان آخر كلام رسول الله صلى الله

(قوله ولا يجوز له أن يبيع العقار الخ) وهذا اذا كان الابن بالغا عاقلا أما اذا كان صغيرا جاز أن يبيع عقاره و يأخذ النفقة منه وهذا يجوز للاب ولا يجوز للام وسائر الاقارب لانتفاء ولايتهم في مال الصغير اه رازي (قوله في المتن ولو أنفق مودعه على أبويه بلا أمر ضمن) أي في القضاء أما فيما بينه وبين الله لا ضمان عليه ولو مات الغائب حل له أن يحلف لورثته أنهم ليس لهم عليه حق لانه لم يرد بذلك غير الاصلاح اه فتح (قوله لان نفقة هؤلاء باعتبار الحاجة) ولهذا لا يجب مع اليسار اه (قوله ولا يفرض للزوجة بشئ) يعني حتى تنقضي مدة تلك النفقة والكسوة اه فتح (قوله في المتن الا أن يأذن القاضي بالاستدانة) ويستدين فحينئذ يرجع المستدين على المفروض عليه ولا يكون مضي المدة مسقطا لما استدان وهذا معنى قول صاحب الهداية وقد غلط بعض الفقهاء هنا في مفهوم كلام صاحب الهداية وقال اذا أذن القاضي بالاستدانة ولم يستدن فانها لا تسقط وهذا غلط بل معنى الكلام أذن القاضي بالاستدانة واستدان أما مجرد الاذن من غير استدانة لا يكون محصنا لها من السقوط وهكذا ذكره الشيخ حافظ الدين ونص عليه أيضا السغناقي اه طرسوسي (قوله واختلفوا في تأويله منهم من قال هذا اذا أذن له القاضي الخ) واستدانوا حتى احتاجوا الى وفاء الدين أما اذا لم يستدينوا بل أكلوا من الصدقة لا تصير النفقة دينا والى هذا مال السرخسي وحكم به كثير من القضاة من المتأخرين ونصروه وقيدوا اطلاق الهداية به اه كمال (قوله وليلبسه مما يلبس)

والمراد من جنس ماتأكلون وتلبسون فاذا ألبسه من الكتان والقطن وهو يلبس منهما الفائق كفى بخلاف الباسه نحو الجوالق والله أعلم
ولم يتوارث عن الصحابة انهم كانوا يلبسونهم مثلهم الا عن الافراد اه فتح (قوله بان كان زمنا) يفيد أنه اذا كان صحيحا الا أنه غير عارف بصناعة لا يكون عاجزا عن الكسب لانه يمكن أن يؤاجر نفسه فى بعض الاعمال كحمل شئ وتحويل شئ كمعين البناء اه فتح (قوله أو جارية لا يؤجر مثلها) قال الكمال وكذا اذا كانت جارية لا يؤاجر مثلها بان كانت حسنة يخشى من ذلك الفتنة أجبر على الانفاق أو البيع اه
(قوله بخلاف سائر الحيوانات) قال الكمال ظاهر الرواية أنه لا يجبر القاضى على ترك الانفاق عليها الا ان الاجبار نوع قضاء والقضاء يعتمد المقضى له ويعتمد أهلية الاستحقاق فى المقضى له وليس فليس اه (قوله وفى غير الحيوان يكره) كالدور والعقار والزروع والثمار اه (قوله وعن أبى يوسف أنه يجبر فى الحيوان) وهو قول الشافعى ومالك وأحمد رحمهم الله وغاية مافيه أنه يتصور فيه دعوى حسبة فيجبر القاضى على ترك الواجب ولا بدع فيه وظاهر المذهب الاول اه (قوله ولو كانت الدابة مشتركة بين رجلين الخ) قال الكمال ولو كان العبد بين رجلين فغاب أحدهما فأنفق الآخر بغير اذن القاضى و بغير اذن صاحبه فهو متطوع وكذا النخل والزرع والمودع والملتقط اذا أنفقا على الوديعة واللقطة والدار المشتركة اذا كان أنفق أحدهما فى مرمتها بغير اذن صاحبه وبغير أمر القاضى فهو متبرع كذا فى الخلاصة اه * فرع وتجب النفقة على من له المنفعة مالكا كان أو لا مثاله أوصى بعبد لرجل و بخدمته لآخر فالنفقة على من له الخدمة ولو أوصى بجارية لانسان وبما فى بطنها لآخر فالنفقة على من له الجارية ومثله أوصى بدار لرجل وبسكناها لآخر فالنفقة على السكنى لان المنفعة له فان انهدمت فقال صاحب السكنى أنا أبنيها وأسكنها كان له ذلك ولا يكون متبرعا لانه مضطر فيه لانه لا يصل الى حقه الا به فصار كصاحب العلو مع صاحب السفل اذا انهدم السفل وامتنع صاحبه من بنائه لصاحب العلو أن يبنيه و يمنع صاحبه منه حتى يعطى ماغرم قال فيه ولا يكون متبرعا وكذا لو أوصى بنخل لواحد و بثمرها الآخر فالنفقة على صاحب الثمرة وفى التبن والحنطة ان بقى من ثلث ماله شئ فالنفقة فى ذلك المال وان لم يكن فالتخليص عليهما وأقول ينبغى أن يكون على قدر قيمة مايحصل لكل منهما والا يلزم ضرر صاحب القليل ألا ترى الى قولهم فى السمسم اذا أوصى بدهنه لواحد و بتجيره لآخر ان النفقة على من له الدهن لعده عدما وان كان قد يباع و ينبغى أن يجعل كالحنطة والتبن فى ديارنا لان الكسب يباع لعلف البقر وغيره وكذا أقول فيما عن محمد ذبح شاة فأوصى بلحمها لواحد و بجلدها الآخر فالتخلص عليهما كالحنطة والتبن أنه يكون على قدر الحاصل لهما وقبل الذبح أجرة الذبح على صاحب اللحم لا الجلد ونفقة المبيع قبل أن يقبض قيل على المشترى فتكون تابعة للملك كالمرهون والصحيح أنه على البائع مادام فى يده اه فتح

(كتاب الاعتاق)

عليه وسلم الصلاة الصلاة اتقوا الله فيما ملكت أيمانكم رواه أحمد وأبوداود وقال أنس كان عليه الصلاة والسلام عامة وصيته ذلك حين حضرته الوفاة وهو يغرغر وقال عليه الصلاة والسلام كفى بالمرء اثما أن يضيع من يقوت وقال فى الغاية الحديث محمول على الاستحباب وفيه نظر قال رحمه الله (فان أبى ففى كسبه والا أمر ببيعه) أى ان امتنع المولى من الانفاق عليه فنفقته فى كسبه ان كان له كسب لان فيه نظرا لهما بابقاء المملوك حيا و بقاء ملكه فيه وان لم يكن له كسب بان كان زمنا أو أعمى أو جارية لا يؤجر مثلها أمر ببيعه لانه من أهل الاستحقاق وفى البيع ايفاء حقه وليس فيه ابطال حق المولى لان الثمن يقوم مقامه والابطال الى خلف كلا ابطال بخلاف الزوجة حيث لا يفرق بينهما لانه ابطال لا الى خلف فلا يصار اليه بل يقال لها استدينى عليه كيلا يبطل حقها بخلاف المملوك حيث لا يؤمر بالاستدانة لانه لا يجب له دين على مولاه فيكون ابطالا فلا يصار اليه بل يجبر على البيع لكونه من أهل الاستحقاق بخلاف سائر الحيوانات لانها ليست من أهل الاستحقاق فلا يجبر على الانفاق عليها ولا على بيعها ولكن يفتى فيما بينه و بين الله تعالى أن ينفق عليها أو يبيع لنهيه عليه السلام عن تعذيب الحيوان وعن اضاعة المال وفى غير الحيوان يكره له أن لا ينفق عليه ولا يعنى ذكره فى النهاية وعن أبى يوسف أنه يجبر فى الحيوان والاصح الاول ولو كانت الدابة مشتركة بين رجلين وطلب أحدهما من القاضى أن يأمره بالنفقة حتى لا يكون متطوعا بالانفاق عليها فالقاضى يقول للآبى اما أن تبيع نصيبك منها أو تنفق عليها هكذا روى عن الخصاف وفى المحيط يجبر صاحبه لانه لو لم يجبر لتضرر شريكه بهلاك الدابة وهو من أهل الاستحقاق بخلاف الدابة والمدبر وأم الولد ان أبى مولاهما من الانفاق عليهما اكتسبا وأكلا من كسبهما وان لم يكن لهما كسب أجبر المولى على الانفاق عليهما لانهما لا يقبلان النقل بالبيع وغيره بخلاف المكاتب حيث لا يؤمر فى حقه بشئ لانه كالحر اذ هو خارج عن ملك المولى يدا وهل للعبد أن يتناول من مال المولى اذا امتنع من الانفاق عليه ينظر ان كان قادرا على الكسب ليس له ذلك الا اذا نهاه عن الكسب وان كان عاجزا عن الكسب فله ذلك والله أعلم

(كتاب الاعتاق)

قال رحمه الله (هو اثبات القوة الشرعية للملوك) هذا فى الشرع لانه به يصير قادرا على التصرفات الشرعية حتى صار به أهلا للتصرفات والشهادات والولايات وعلى التصرف فى الاغيار وعلى دفع تصرف الاغيار عن نفسه باثبات قوة حكمية وازالة ضعف حكمى والعتق والعتاق فى اللغة القوة مطلقا وعتاق الطير جوارحها سميت به لاختصاصها بمزيد القوة وعتق الفرخ اذا قوى وطار من وكره والحرية عبارة عن الخلوص لغة يقال أرض حرة لاخراج فيها وفى الشرع عبارة عن خلوص حكمى يظهر فى حق الآدمى بانقطاع حق الاغيار عن نفسه واثبات هذا الوصف الحكمى يسمى اعتاقا وتحريرا وهو تصرف مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام من أعتق رقبة مسلمة أعتق الله بكل عضو منه عضوا منه من النار حتى فرجه بفرجه متفق عليه وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق رقبة مؤمنة أعتق الله بكل ارب منها اربا منه من النار حتى انه ليعتق اليد باليد والرجل بالرجل والفرج بالفرج قال ابن قدامة متفق عليه والمستحب أن يعتق الرجل العبد والمرأة الامة ليتحقق مقابلة الاعضاء بالاعضاء قال رحمه الله (ويصح من حر مكلف لمملوكه بانت حر أو بما يعبر به عن البدن وعتيق ومعتق ومحرر وحررتك وأعتقتك نواه أولا) أى يصح العتق من حر بالغ عاقل بقوله لمملوكه أنت حر او بقوله أنت عتيق أو معتق أو محرر أو حررتك أو أعتقتك أو أتى بدل قوله أنت ما يعبر به عن جميع البدن كقوله وجهك حر أو رأسك أو رقبتك أو عنقك أو قال لامته فرجك نوى العتق به أو لم ينو بشرط أن يكون حرا مكلفا وهو البالغ العاقل لان العتق لا يقع الا فى الملك والعبد لا ملك له والصبى والمجنون ليسا من الاهل لكونه ضررا أو لعدم الاهلية ولهذا لا يملكه الولى عليهما فصار حالهما منافيا ولهذا لو أضافاه الى تلك الحالة بان قالا أعتقته وأنا صبى أو مجنون وجنونه معهود لم يعتق وكذا اذا قال فى حال صباه أو جنونه اذا بلغت أو أفقت فهو حر لم ينعقد لان قوله غير ملزم وشرط أن يكون العبد مملوكا له لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وشرط أن يكون مضافا الى الجملة أو الى ما يعبر به عن الجملة كقوله أنت حر أو رأسك حر أو نحو ذلك لان التحرير يقع فى جملة الاعضاء فلا بد من الاضافة اليها أو الى ما يعبر به عنها وقال نوى أو لم ينو لان هذه الالفاظ صريح فى العتق لاختصاص استعمالها فيه أو لغلبته فلا يحتاج فيها الى النية لما عرف فى موضعه ولو قال أردت به الاخبار الباطل أو أنه حر من العمل صدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه لكنه خلاف الظاهر باعتبار الاستعمال والقاضى يحكم بالظاهر والله يتولى السرائر ولو قال أردت به أنه كان حرا فى وقت من الاوقات ينظر فان كان العبد من السبى يدين وان كان مولدا لا يدين هكذا ذكره فى الغاية قال رحمه الله

وجه المناسبة بين الكتابين من حيث ان الطلاق تخليص الشخص من ذل رق المتعة والاعتاق تخليص الشخص من ذل ملك الرقبة قاله العينى وقال الاتقانى لما فرغ من بيان الطلاق شرع فى بيان العتق لان كل واحد منهما اسقاط الحق الا أن الاول قدم لمناسبة النكاح ثم الاسقاطات أنواع تختلف أسماؤها باختلاف أنواعها فاسقاط الحق عن الرق عتق واسقاط الحق عن البضع طلاق واسقاط ما فى الذمة براءة واسقاط الحق عن القصاص والجراحات عفو اه قال فى المصباح المنير عتق العبد عتقا من باب ضرب وعتاقا وعتاقة بفتح الاوائل والعتق بالكسر اسم منه فهو عاتق ويتعدى بالهمزة فيقال أعتقته فهو معتق على قياس الباب ولا يتعدى بنفسه فلا يقال عتقته ولهذا قال فى البارع لا يقال عتق العبد وهو ثلاثى مبنى للمفعول ولا أعتق هو بالالف مبنيا للفاعل بل الثلاثى لازم والرباعى متعد ولا يجوز عبد معتوق لان مجىء مفعول من أفعلته شاذ مسموع لا يقاس عليه وهو عتيق فعيل بمعنى مفعول وجمعه عتقاء مثل كرماء وربما قيل عتاق مثل كرام وأمة عتيق أيضا بغير هاء وربما ثبتت فقيل عتيقة وجمعها عتائق اه وظاهره أن العتق بالكسر ليس مصدرا وفى الصحاح عتق العبد يعتق بالكسر عتقا وعتاقا وعتاقة وفى لسان العرب عتق العبد يعتق عتقا وعتقا وعتاقا وعتاقة (قوله فى المتن هو اثبات القوة الخ) قال الرازى الاعتاق عبارة عن ازالة الملك عند أبى حنيفة واثبات القوة الحكمية بها يصير أهلا للشهادات والولايات عندهما ولهذا يتجزأ عنده لا عندهما اه (قوله من أعتق رقبة الخ) يقال أعتق رقبة اذا أعتق عبدا أو أمة وخصت الرقبة من بين سائر الاعضاء لان ملك الصاحب له بمنزلة الحبل فى رقبته فاذا أعتقه فقد حل ذلك الحبل من رقبته ذكره الاتقانى قال ابن الاثير وهى فى الاصل العنق فجعلت كناية عن جميع ذات الانسان تسمية للشىء ببعضه ومنه قولهم ذنبه فى رقبته اه (قوله أو قال لامته فرجك الخ) قال الكمال خص الامة لان قوله لعبده فرجك حر فيه خلاف قيل يعتق كالامة وعن محمد لا يعتق لانه لا يعبر به عنه بخلاف الامة ولو قال لها فرجك على حرام ينوى العتق لا تعتق لان حرمة الفرج مع الرق يجتمعان وفى لسانك حر يعتق لانه يقال هو لسان القوم وفى الدم روايتان ولو قال لها فرجك حر عن الجماع عتقت وفى الدبر والاست الاصح أنه لا يعتق لانه لا يعبر به عن البدن وفى العنق روايتان والاولى ثبوت العتق فى ذكرك حر لانه يقال فى العرف هو ذكر من الذكور وفلان فحل ذكر وهو ذكرهم اه (قوله والعبد لا ملك له) عن هذا قلنا ان مال العبد لمولاه بعد العتق وهو مذهب الجمهور وعند الظاهرية للعبد وبه قال الحسن وعطاء والنخعى والشعبى ومالك اه كمال (قوله بان قالا أعتقته وأنا صبى أو مجنون) أو نائم اه بدائع (قوله أو أنه حر من العمل) أى لا أستعمله فى عمل ما اه وقال فى تحفة الفقهاء لو قال أنت حر من هذا العمل وسمى عملا معينا أو قال أنت حر من العمل اليوم فانه يعتق فى القضاء لان العتق لا يتجزأ فاذا جعله حرا فى بعض الاعمال أو جعله حرا عن الاعمال كلها فى

بعض الازمان يثبت فى الكل فيصدق فيما بينه وبين الله تعالى أنه أراد به البعض اهـ اتقانى (قوله فى المتن وبلاملك الخ) هذا شروع فى الكنايات لانه لما فرغ من ألفاظ الصريح شرع فى الكنايات اهـ رازى (قوله لان نفى هذه الاشياء يحتمل بالبيع والكتابة والعتق) يعنى لاملك لى عليك لانى بعتك أولانى كاتبتك أولانى أعتقتك فلابد من النية ليتعين العتق اهـ (قوله فصار مجملا)

(وبلاملك ولارق ولاسبيل لى عليك ان نوى) أى بقوله لاملك لى عليك ولارق لى عليك ولاسبيل لى عليك عتق ان نوى لان نفى هذه الاشياء يحتمل بالبيع والكتابة والعتق وانتفاء السبيل يحتمل بالعتق وبالارضاء حتى لايكون له سبيل فى اللوم والعقوبة فصار مجملا والمجمل لايتعين بعض وجوهه الابالنية بخلاف قوله لاسلطان لى عليك لان السلطان عبارة عن اليد والحجة ونفيهما لايدل على انتفاء الملك كما فى المكاتب ولئن احتمل زوال اليد بالعتق فهو محتمل المحتمل فلا يعتبر بخلاف نفى السبيل لان مطلقه يستدعى العتق لان للمولى سبيلا على مملوكه وان كان مكاتبا لان ملكه باق فيه وقال الكرخى فى عمرى ولم يتضح لى الفرق بينهما والفرق ما بيناه وكذلك كنايات العتق مثل قوله خرجت من ملكى وخليت سبيلك ولو قال أطلقتك ونوى به العتق يعتق لانه بمنزلة قوله خليت سبيلك بخلاف قوله طلقتك أو أنت بائن خلافا للشافعى رحمه الله وعلى هذا الخلاف سائر كنايات الطلاق هو يقول ان بين اللفظين اتصالا من حيث ان عمل كل واحد منهما الاسقاط الملك ولنا ان الاعتاق اثبات القوة على ما بينا والطلاق رفع القيد لان العبد كالجماد وبالعتق يحيا فيقدر على التصرفات الشرعية والمرأة قادرة بعد التزوج على حالها غير أنها ممنوعة من البروز لتنتظم مصالح النكاح فاذا طلقها لم يثبت لها به شئ لم يكن ثابتا من قبل بل يرتفع عنها المانع ولاشك أن المثبت للقوة أقوى من ازالة المانع فلا يجوز أن يستعار الاضعف للاقوى بخلاف العكس وكذا ملك اليمين أقوى من ملك النكاح بدليل أنه يدخل فيه ملك المتعة تبعا فألفاظ العتق تزيلهما وألفاظ الطلاق لاتزيل الاملك المتعة فالموضوع للاضعف لايجوز استعارته للاقوى بخلاف العكس وهذا أصل مستمر لان من شرط المجاز أن لايكون عمل اللفظ فى محل المجاز أقوى من عمله فى محل الحقيقة وبخلاف قوله أطلقتك لانه عبارة عن التسييب فصار بمنزلة قوله خليت سبيلك ولهذا لايختص بالنكاح قال رحمه الله (وهذا ابنى أو أبى أو أمى وهذا مولاى أو يامولاى أو ياحر أو ياعتيق) أى بهذه الالفاظ يقع العتق أما قوله ياحر أو ياعتيق فلانه صريح فيه لانه وضع له وقد غلب الاستعمال فيه والنداء لاستحضار المنادى موصوفا بالوصف المذكور فيقتضى تحقيق الوصف فيه اذا أمكن ثبوته من جهته وقد أمكن ثبوته من جهته فيثبت تصديقا بخلاف ما اذا قال له ياابنى على ماسيجئ من الفرق الا اذا كان اسمه حرا فناداه ياحر لان مراده الاعلام باسمه العلم لا اثبات هذا الوصف لان الاعلام لايراعى فيها المعانى حتى لو ناداه بلفظ آخر بمعناه كعتيق وآزاد عتق لان الاعلام لاتغير وأما قوله هذا مولاى أو يامولاى فلان اسم المولى وان كان يحتمل أشياء الناصر كما قال الله تعالى ذلك بان الله مولى الذين آمنوا وان الكافرين لامولى لهم وابن العم كما قال الله تعالى حكاية عن زكريا وانى خفت الموالى والموالاة فى الدين والمولى الاعلى والاسفل لكن الاسفل متعين له لاستحالة غيره لان المولى لايستنصر بمملوكه عادة وله نسب معروف والموالاة نوع مجاز فلا يزاحم الحقيقة واضافته الى العبد تنافى كونه المولى الاعلى فتعين المولى الادنى ضرورة تصحيحا لكلامه فالتحق بالصريح فلا يحتاج فيه الى النية واستوى فيه الخبر والنداء والانشاء كالصريح وكذا اذا قال لامته هذه مولاتى أو يامولاتى لما ذكرنا ولو قال أردت به الموالاة فى الدين أو الكذب لايصدق قضاء لكونه خلاف الظاهر وقال زفر رحمه الله لايعتق بقوله يامولاى الابالنية لانه يراد به الاكرام عادة لا التحقيق كقوله ياسيدى يامالكى قلنا الكلام محمول على حقيقته ما أمكن وحقيقته أن يكون له عليه ولاء وقد تعين الاسفل لذلك بخلاف قوله يامالكى لانه ليس فيه ذكر ما يقتضى اعتاقه اياه ولايمكن اثبات هذه الصفة من جهته وقال فى الكافى يعتق اذا قال ياسيدى ونوى به العتق وأما قوله هذا

أى محتملا والمحتمل الخ اهـ كافى (قوله بخلاف قوله لاسلطان لى عليك) قال فى الهداية ولو قال لاسلطان لى عليك ونوى العتق لم يعتق قال الاتقانى وهذا لفظ القدورى فى مختصره وهو رواية الاصل وقال فى الهارونى يعتق اذا نوى اهـ ولو قال لعبده اذهب حيث شئت أو توجه حيث شئت من بلاد الله لايعتق وان نوى كذا فى مختصر الكرخى وذلك لانه يفيد زوال اليد فلا يدل على العتق كما فى المكاتب اهـ اتقانى (قوله لان للمولى سبيلا على مملوكه) وان كان مكاتبا ألا ترى أن للمولى على المكاتب سبيلا من حيث المطالبة باداء بدل الكتابة اهـ اتقانى (قوله أى هذه الالفاظ) الذى بخط الشارح أى بهذه اهـ (قوله وآزاد) معناه بالفارسى ياحر اهـ (قوله والاسفل) أى فى العتاقة اهـ هداية (قوله فالتحق بالصريح) هكذا قال فى الهداية اهـ قال الاتقانى عند قوله فى الهداية ولو قال هذا مولاى أو يامولاى عتق ولايحتاج الى النية لكونه صريحا كذا فى التحفة ونقل فى خلاصة الفتاوى عن العيون قال لايعتق بالنداء الافى موضعين يامولاى وياحر اهـ (قوله وقال زفر لايعتق بقوله ابى

يامولاى الابالنية) وبقوله قال الشافعى ومالك وأحمد اهـ كمال (قوله كقوله ياسيدى يامالكى) أفاد أنهما من الكنايات بالاتفاق فاذا قال لعبده ذلك ناويا للعتق عتق وهكذا فى ياسيدتى وقد قيل انه يعتق فيهما وان لم ينو وقيل اذا لم ينو عتق فى ياسيدى لا فى ياسيدتى والمختار

ابنى أو أبى أو أمى فلان ولابنه الدعوة له لقيام ملكه فيثبت به نسبه اذا كان يولد مثله لمثله أو لمثلها ما يولد لذلك
واذا ثبت عتق عليه لانه يستند النسب الى وقت العلوق فى الولد فتبين أنه علق حرا اذا كان العلوق فى ملكه
والا تبين أنه عتيق من وقت ملكه وكذا فى غير الابن وان كان لا يولد مثله لمثله أو مثله لمثلها أو كان الولد
ثابت النسب من غيره لا يثبت منه للتعذر و يعتق لانه يجعل مجازا عن التحرير لكونه من لوازمه فجازت
الاستعارة فيه لان البنوة والابوة سبب لحرية المملوك وعندهما اذا كان لا يولد مثله لمثله أو مثل المدعى
لمثلهما لا يعتق لانه محال فيرد كما لو قال أعتقتك قبل ان أخلق وقبل ان تخلق ولابى حنيفة انه صحيح
بمجازه وان كان مستحيلا بحقيقته لكونه اخبارا عن حريته من حين ملكه فيصار اليه كمن حلف
لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها لاستحالة أكلها وهذا الخلاف مبنى على أن المجاز
خلف عن الحقيقة فى الحكم عندهما ومن شرطه أن ينعقد السبب فى الاصل على الاحتمال ثم يمتنع
وجوده لعارض فيخلفه غيره مجازا كما لو كان فى مسئلتنا غير مستحيل بأن كان يولد مثله لمثله وهو معروف
النسب فانه لولا ثبوته من غيره لثبت منه فيخلفه لوازمه وهو الحرية وعنده المجاز خلف عن الحقيقة فى
التكلم بمعنى أن التكلم بكلام وارادة ما وضع له أصل والتكلم بذلك الكلام وارادة غيره مجاز خلف عن
الاصل وشرطه أن يكون الاصل وهو المتكلم به صالحا بأن يكون مبتدأ وخبرا حتى يكون عاملا فى
ايجاب الحكم الذى يقبله المحل بطريق المجاز ولا معنى لما قالا لان المجاز مأخوذ من جاز يجوز اذا انتقل
والانتقال من أوصاف الالفاظ فان اللفظ هو الذى ينتقل من الموضوع له الى غيره فأما المعانى فلا يمكن
نقلها حتى يجعل مجازا خلفا عن الحقيقة وعلى هذا يخرج قوله لعبده هذا حر أو حمار وكذا لو قال لك
على ألف أو هذا الجدار فعنده يعتق وتلزمه الالف لصحة التكلم به وان لم يمكن ثبوت الحرية والدين
فى مطلق أحدهما خلافا لهما لاستحالة ثبوت الحقيقة ثم قيل لا يحتاج الى تصديق العبد لان اقرار المالك
على مملوكه يصح من غير تصديقه وقيل يشترط تصديقه فيما سوى دعوة البنوة لان فيه حمل النسب على
الغير فيكون فيه الزام العبد بعد الحرية فيشترط تصديقه ولو قال له غيره هذا جدى أو قال لعبده هذا أبى
قيل على الخلاف وقيل لا يعتق بالاجماع لان الاول لا موجب له فى الملك الا بواسطة وهو الاب وهى غير
ثابتة بكلامه فتعذر أن يجعل مجازا عن الموجب بخلاف البنوة والابوة لانهما موجبان فى الملك من غير
واسطة وأما الثانى فالمشار اليه ليس من جنس المسمى فيتعلق الحكم بالمسمى وهو معدوم فلا يعتبر على
ما ينافى النكاح ولو قال هذا أخى لا يعتق فى ظاهر الرواية لما أنه لا موجب له فى الملك الا بواسطة وعن
أبى حنيفة أنه يعتق لما ذكرنا أن صحة المجاز تعتمد صحة التكلم به عنده قال رحمه الله (لا بيا ابنى و يا أخى
ولا سلطان لى عليك وألفاظ الطلاق وأنت مثل الحر) أى لا يعتق بقوله يا ابنى و يا أخى ولا سلطان لى
عليك الى آخره أما عدم الوقوع بقوله يا ابنى فلان النداء لاعلام المنادى واستحضاره موصوفا بالوصف
المذكور غير أنه ان أمكن اثباته من جهته ثبت تصديقا له كما قلنا فى قوله يا حر وان لم يمكن اثباته من جهته
لا يثبت للتعذر والبنوة منه لانه لا يمكن اثباتها بقوله هذا ابنى اذ لم يخلق من مائه بخلاف الحرية فى قوله يا حر
وكذا قوله يا أخى لما ذكرنا ولانه لا يمكن اثباته الا بواسطة وتلك لم تثبت وكذا لو قال يا ابن أو يا بنى أو يا بنية
لانه لم يضفه الى نفسه ولم يدع أنه ابن له وانما ذكر لفظ الابن مكبرا أو مصغرا وذلك لا يوجب العتق لانه كما
قال هو ابن أبيه ولانه لو لم يكن منادى بأن قال هذا ابن لم يعتق لما ذكرنا فمع النداء أولى وأما قوله لا سلطان لى
عليك فلان السلطان هو الحجة قال الله تعالى أو ليأتينى بسلطان مبين أى بحجة و يذكر و يراد به اليد

أنه لا يعتق فيهما الا بالنية اه فتح (قوله فيثبت به نسبه اذا كان مثله) يعنى اذا كان مثله فى السن يجوز شرعا أن يكون ابنا للمثل المدعى فى السن
هذا هو المراد لا المشاكلة حتى لو كان المدعى أبيض ناصعا والمقول له أسود حالك أو بالقلب وسنه يحتمل كونه ابنه ثبت النسب اه فتح
(قوله أو لمثلهما) أى الاب والام اه (قوله فى المتن لا بيا ابنى) قال الكمال لان النداء لاعلام المنادى بطلوبية حضوره
فان كان بوصف يمكن اثباته من جهته تضمن تحقيق ذلك الوصف تحقيقا له كما سلف وان لم يمكن كان لمجرد الاعلام والبنوة لا يمكن اثباتها من جهة المعتق الا تبعا لثبوت النسب وعلى هذا فينبغى أن يكون محل المسئلة ما اذا كان العبد معروف النسب والا فهو مشكل اذ يجب أن يثبت النسب تصديقا له فيعتق اه قال فى تحفة الفقهاء اذا قال يا ابنى يا بنتى يا أبى فانه لا يعتق الا اذا نوى لان النداء لا يراد به ما وضع له اللفظ انما يراد به استحضار المنادى الا اذا ذكر اللفظ الموضوع للحرية كقوله يا حر يا مولاى يعتق لان فى الموضوع يعتبر المعنى ونقل فى الاجناس عن نوادر ابن رستم عن محمد لو قال لعبده يا خالى يا عمى أو قال يا أبى يا جدى أو قال يا ابنى أو قال لجاريته يا عمتى أو يا خالتى أو يا أختى أو قال لعبده يا أخى لا يعتق فى جميع ذلك والاصل هنا أن المقصود من النداء هو استحضار المنادى لكن الاستحضار اذا كان بلفظ مشتمل على وصف يتصور اثبات ذلك الوصف من جهة المنادى كان استحضاره بتحقيق
ذلك الوصف كقوله يا حر فيعتق الا اذا سماه حرا وناداه بقوله يا حر فلا يعتق وقد مر ذلك واذا كان بلفظ مشتمل على وصف لا يتصور اثبات
ذلك الوصف من جهة المنادى كان النداء لمجرد الاعلام لا لتحقيق ذلك الوصف كقوله يا ابنى لان المختلق من ماء الغير لا يكون ابنا للمنادى
بالنداء بلفظ الابن اه اتقانى

والاستيلاء سمى السلطان به لقيام يده واستيلائه فصار كأنه قال لا حجة لى عليك ولو نص على ذلك لم يعتق ولو نوى فكذا هذا ولانه لما صار عبارة عن اليد والحجة صار نفيه تعرضا للنفى اليد والحجة لا الملك واليد تنتفى بالكتابة والرهن والاجارة وغير ذلك فلا يلزم منه انتفاء الملك ولو عتق به لزال الملك واليد به أكثر مما وضع له وهو لا يجوز بخلاف قوله لا ملك لى عليك لانه يفيد انتفاء الملك وهو يحتمل أن يكون بالعتق أو بالتمليك لغيره فايهما نوى صح فان لم يكن له نية حمل على الادنى فلا يعتق وبخلاف قوله لا سبيل لى عليك لان للمولى سبيلا على مملوكه وان خرج من يده بالكتابة أو غيره فنفيه مطلقا يفيد نفى الملك وذلك بالعتق أو غيره فاذا نواه صح وعتق والا فلا لما ذكرنا فى قوله لا ملك لى عليك وأما ألفاظ الطلاق فقد ذكرناه وذكرنا فيه خلاف الشافعى فى قوله لا سبيل لى عليك وأما قوله أنت مثل الحر فلانه أثبت المماثلة بينهما وهى قد تكون عامة وقد تكون خاصة فلا يعتق بلا نية للشك قال رحمه الله (وعتق بما أنت الا حر) أى عتق بقوله ما أنت الا حر لان الاستثناء من النفى اثبات على وجه التأكيد فكان فيه اثبات الحرية بابلغ الوجوه ولو قال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر لم يعتق لانه تشبيه بحذف كاف التشبيه وتشبيه الشئ بالشئ لا يقتضى المماثلة من كل وجه ولو وصفه ولم يضف فقال رأسك رأس حر وبدنك بدن حر عتق لانه وصف وليس بتشبيه والرأس عبارة عن الجملة فصار كأنه قال ذاتك ذات حر قال رحمه الله (وبملك قريب محرم ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) يعنى يعتق عليه بتملك قريبه اذا كان محرما له ولو كان المالك صبيا أو مجنونا وقال الشافعى رحمه الله لا يعتق الا الولاد لان العتق أقوى الصلات فيناط باقرب القرابات وهو الولاد لمكان الجزئية وغير الولاد ملحق بالاجانب فى حق الاحكام كوضع الزكاة والشهادات وحل الحليلة وامتناع التكاتب عليه فكذا فى حق هذا الحكم ولا يمكن الحاقها بالولاد قياسا أو استدلالا لنزولها عن قرابة الولاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ملك ذا رحم محرم منه فهو حر رواه أبو داود وغيره وروى عن عمر وابن مسعود مثله وعن كثير من التابعين كذلك ولان القرابة المؤثرة فى حرمة النكاح هى المؤثرة فى حرمة القطع وهذا لان النكاح انما حرم بهذه القرابة صيانة للقريب عن ذل ملك النكاح والاستفراش قهرا فيؤدى الى قطيعة الرحم وملك اليمين فى ذلك أبلغ فكان أولى بالمنع صيانة وللصيانة عن القطع حرم الجمع بين المحارم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال انكم اذا فعلتم ذلك قطعتم أرحامهن أشار الى المنافرة التى تكون بين الضرائر قال الله تعالى واتقوا الله الذى تساءلون به والارحام أى اتقوا الله أن تعصوه واتقوا الارحام أن تقطعوها فثبت بهذا أن الارحام هى التى تجب صيانتها ووصلها ويحرم قطعها فكل ما كان الذل فيه أقوى فالقطيعة فيه أشد فكانت الصيانة عنه أوجب والتعليل بالولاد والحرية لا ينافى التعليل بغيره لجواز ترادف العلل على ما عرف فى موضعه ولا فرق فى ذلك بين أن يكون صغيرا أو كبيرا مسلما أو كافرا فى دار الاسلام وانما لا يتكاتب لانه لا ملك له فى الحقيقة ولهذا لا يفسد النكاح اذا اشترى امرأته وتحل له الصدقة وانما له التكسب خاصة وقرابة الولاد يجب مواساتها بالتكسب فلهذا تجب نفقة الولاد على المكسوب دون غيرهم من الاقارب فكذا التكاتب على أنه يتكاتب عليه فى رواية عن أبى حنيفة وهو قولهما قلنا أن نمنع والتفاوت فى الاحكام التى ذكرها لا توجب تفاوتا فى الكل ألا ترى أن قرابة الولاد أيضا تتفاوت أحكامهم فى بعض الاشياء كجريان القصاص حتى لا يقتل الوالد بولده ويقتل الولد بالوالد وكذا تجب نفقة أولاده الصغار عليه وان كان فقيرا وعلى المكسوب تجب نفقة الآباء دون أولاده الكبار ثم لا تأثير لهذا الاختلاف فى عدم العتق بالملك فكذا فيما ذكر ولو ملك الحربى قريبه فى دار الحرب لم يعتق عندهما خلافا لابى يوسف وكذا المسلم لو ملك قريبه فيها لم يعتق وكذا لو أعتق الحربى أو المسلم عبدا فى دار الحرب لم يعتق عندهما ويعتق عنده هو يقول انه مالك رقبته فيملك ازالته بالعتق وهما يقولان انه معتق بلسانه مسترق بيده لانه تحت يده وقهره ولو طرأ الاستيلاء على الحربى أبطل حريته فالمقارن أولى أن يمنع الحرية حتى لو خلى سبيله وأزال يده عنه عتق لانه لم يسترق بيده وان كان العبد

(قوله واليد به أكثر) لعله وأريد به كذا بخط شيخنا الغزى رحمه الله (قوله ولو كان المالك صبيا أو مجنونا) والصبى جعل أهلا لهذا العتق وكذا المجنون حتى عتق القريب عليهما عند الملك لانه تعلق به حق العبد فشابه النفقة اهـ هداية (قوله ولنا قوله عليه السلام من ملك ذا رحم الخ) فالرحم عبارة عن القرابة والمحرم عبارة عن حرمة النكاح اهـ رازى

مسلما أو ذميا عتق بالاجماع لانهما ليسا بمحل الاسترقاق بالاستيلاء قال رحمه الله (وبتحرير لوجه الله وللشيطان وللصنم وبكره وسكر) أي يعتق العبد باعتاقه لوجه الله تعالى أو للشيطان أو للصنم أو باكراه أو بسكر بأن أعتقه وهو سكران أو مكرها لان الاعتاق هو الركن المؤثر في ازالة الرق وصفة القربة لا تأثير لها في ذلك ألا ترى أن العتق بالمال والكتابة مشروعان وان عريا عن صفة القربة فلا ينعدم بعدمها أصل العتق ولا يختل به ازالة الرق وكذا عتق المكره والسكران واقع لصدوره من أهله مضافا الى محله ولا يشترط في الاسقاطات الرضا وبالاكراه ينعدم الرضا ولا تأثير له في اعدام الحكم ألا ترى الى ما روى عنه عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والعتاق والهازل لا يرضى بالحكم ولا يريده وعن عمر رضي الله عنه أنه قال من تكلم بنكاح أو طلاق أو عتاق فهو جائز عليه وقد بيناه في كتاب الطلاق بأكثر من هذا قال رحمه الله (وان أضافه الى ملك أو شرط صح) أي ان أضاف العتق الى ملك بأن قال ان ملكتك فأنت حر أو علقه بشرط بان قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر جاز لانه من الاسقاطات وفي الاول خلاف الشافعي وقد بينا الوجه فيه في كتاب الطلاق واذا خرج عبد الحربي الينا مسلما عتق لقوله صلى الله عليه وسلم في عبيد الطائف حين خرجوا اليه مسلمين هم عتقاء الله تعالى ولانه أحرز نفسه وهو مسلم ولا استرقاق على المسلم ابتداء وذكروا للعتق أسبابا كثيرة منها الاعتاق ومنها دعوى النسب ومنها الاستيلاد ومنها ملك القريب ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم كما ذكرنا في عبيد الطائف ومنها اذا أقر بحرية عبد انسان ثم ملكه ولو قال لعبده أنت عتيق فلان عتق عليه لاقراره بحريته وألفاظ العتق تنقسم الى ثلاثة أقسام صريح وكناية وما يجري مجرى الصريح والاعتاق على وجوه مرسل ومعلق ومضاف الى ما بعد الموت وكل ذلك يتنوع الى نوعين ببدل وغير بدل وكل ذلك ينقسم الى ثلاثة أقسام قربة ومعصية ومباح كالعتق لاجل انسان أو بلا نية قال رحمه الله (ولو حرر حاملا عتقا) أي لو أعتق أمة حاملا عتقت هي وحملها لانه تبع لها اذ هو متصل بها وقال أبو يوسف اذا خرج أكثر الولد فأعتق الام لا يعتق الولد لانه كالمنفصل في حق الاحكام ألا ترى انه تنقضي به العدة ولو مات في هذه الحالة يرث بخلاف ما اذا مات قبل خروج الاكثر قال رحمه الله (وان حرره عتق فقط) أي ان أعتق الحمل عتق وحده دون الام لان الام لم يضف اليها الاعتاق ولا يمكن جعلها تبعا للحمل لما فيه من قلب الموضوع فلا يعتق والحمل محل للعتق ولهذا يعتق تبعا للام فلان يعتق اذا أفرده أولى وانما لم يصح بيعه ولا هبته لان التسليم في الهبة والقدرة عليه في البيع شرط الجواز وشئ من ذلك ليس بشرط في العتق ولهذا جاز عتق الآبق دون بيعه وهبته ولان اعتاقه على تقدير انفصاله حيا لان العتق يقبل الاضافة والتعليق فكانه علقه بكونه حيا بخلاف البيع والهبة فافترقا ولو أعتق الحمل على مال بان شرطه على الام صح العتق ولا يجب المال على الجنين لعدم ولاية الغير عليه ولا على الام لان اشتراط بدل العتق على غير المعتق لا يجوز ولانه لا يجب للمولى على أمته دين وانما قلنا لا يجوز اشتراط بدل العتق على الاجنبي لانه معاوضة واشتراط العوض على من لم يسلم له العوض لا يجوز كالثمن والاجرة بخلاف بدل الخلع والقصاص حيث يجوز اشتراطه على الاجنبي لان القاتل والمرأة لا يستفيدان بالعقد شيأ وانما يسقط عنهما حق الغير ومع هذا جاز اشتراطه عليهما فكذا على الاجنبي لكونه مثلهما في هذا المعنى أعني في عدم حصول الفائدة وأما العبد فلانه يملك نفسه بالاعتاق ويثبت له قوة حكمية لم تكن له قبل فان نفسه كانت مملوكة لمولاه فكان العتق على مال في معنى المعاوضة وسلم المعوض للعبد فلا يجوز اشتراط العوض على غيره وانما يعرف قيام الحمل وقت الاعتاق اذا ولدته لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لتيقننا بوجوده وقت الاعتاق وان ولدته لاكثر من ستة أشهر من ذلك الوقت لم يعتق لانه لم يتيقن بوجوده في بطنها وقت الاعتاق الا أن تكون معتدة عن طلاق أو وفاة فتلد لاقل من سنتين من وقت الفراق وان كان لاكثر من ستة أشهر من وقت الاعتاق فحينئذ يعتق لانه كان موجودا حين أعتقه ألا ترى انه يثبت نسبه منه من وقت الاعتاق ومن ضرورته وجوده

(قوله بأن أعتقه وهو سكران أو مكرها) قوله مكرها بالنصب في خط الشارح اه (قوله ومنها زوال يد الكافر عن عبده المسلم) قال في فتح القدير وأما سببه المثبت له فقد يكون دعوى النسب ثم قال وقد يكون بالدخول في دار الحرب فان الحربي لو اشترى عبدا مسلما فدخل به الى دار الحرب ولم يشعر به عتق عند أبي حنيفة وكذا زوال يده عنه بان هرب من مولاه الحربي الى دار الاسلام اه (قوله في المتن ولو حرر حاملا عتقا) * فرع ذكره الشارح في الاجارة في باب ضمان الاجير لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقتني قبل ولادته فيكون حرا تعالى وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له اه

(قوله فى المتن والولد يتبع الام فى الملك والحرية والتدبير الخ) قال فى الهداية فى باب التدبير وولد المدبرة مدبر وعلى ذلك اجماع الصحابة رضى الله عنهم قال الاتقانى قوله وولد المدبرة مدبر هذا لفظ القدورى فى مختصره وعامة النسخ هنا بالتأنيث فى المضاف اليه وهو الصواب وفى بعض النسخ بالتذكير وليس بصحيح لان ولد العبد المدبر لا يخلو اما ان كان من أمة أو حرة فان كان من أمة يكون رقيقا لمولاه ولا يكون مدبرا كابيه وان كان من حرة يكون حرا بخلاف ما اذا كان الولد من أمة مدبرة فانه يكون مدبرا تبعا لامه لان الاوصاف القارة فى الامهات تسرى الى الاولاد ولهذا صرح بالتأنيث فى الشامل فى قسم المبسوط وقال ولد المدبرة بمنزلتها لما روى عن عثمان وزيد بن ثابت وابن عمر رضى الله عنهم أن ولد المدبرة مدبر وكذلك فى فتاوى الولوالجى حيث قال وولد المدبرة بمنزلتها كولد الحرة وهذا مذهبنا وقال الشافعى لا يدخل فى تدبيرها لنا ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال ولد المدبرة بمنزلتها يعتق بعتقها ويرق برقها اه قوله وولد المدبرة مدبر ثم المراد الولد الذى كانت حاملا به وقت التدبير أو الولد الذى حملت به بعد التدبير أما ولدها المولود قبله فلا يصير مدبرا بتدبيرها أما الذى كان حملا فبالاجماع كما لو أعتقها وهى حامل وأما (٧٣) الذى حملت به بعده ففى قول أكثر أهل العلم (٢) ولو اختلف المولى والمدبرة فى ولادتها فقال ولدتيه (قوله وغيرهما) الذى فى خط الشارح وغيره اه (قوله والملك) هو تمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه قال الاتقانى لان الرق حق الله تعالى لما أن الكفار لما استنكفوا عن عبادة الله تعالى جعلهم الله تعالى أرقاء لعبيده فكان سبب رقهم كفرهم أو كفر أصولهم أو الرق حق عامة المسلمين وهو كونه وسيلة الى نفعهم واقامة مصالحهم ودفع الشر عنهم اه اتقانى (قوله حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيها كامل) ولهذا لو قال كل مملوك لى حر تدخل أم الولد فيه ولا تدخل المكاتبة كما سيأتى متنا وشرحا فى الايمان اه وكتب ما نصه حتى جاز له وطؤها وكذا المدبرة وقد مر مبسوطا فى باب الظهار اه (قوله ولا يدخل تحت قوله كل مملوك حر لى) وملكه ناقص فلا يحل للمولى وطء المكاتبة لنقصان الملك فيها اه

عنده قال رحمه الله (والولد يتبع الام فى الملك والحرية والرق والتدبير والاستيلاد والكتابة) لاجماع الامة عليه ولان ماءه يكون مستهلكا بمائها فيرجح جانبها ولانه متيقن به من جهتها ولهذا يثبت نسب ولد الزنا وولد الملاعنة منها حتى ترثه ويرثها ولانه قبل الانفصال هو كعضو من أعضائها حسا وحكما حتى يتغذى بغذائها وينتقل بانتقالها ويدخل فى البيع والعتق وغيرهما من التصرفات تبعا لها فكان جانبها أرجح وكذلك يعتبر جانب الام فى البهائم أيضا حتى اذا تولد بين الوحشى والاهلى أو بين المأكول وغير المأكول يؤكل اذا كانت أمه مأكولة وتجوز الاضحية به اذا كانت أمه مما يجوز التضحية بها فحاصله أن الولد يتبع الام فيما ذكرنا والاب فى النسب لانه للتعريف والام لا تشهر وخيرهما فى الدين وقوله يتبعها فى الرق والملك والفرق بينهما أن الرق هو الذل الذى ركبه الله على عباده جزاء استنكافهم عن طاعته وهو حق الله تعالى أو حق العامة على ما اختلفوا فيه والملك هو الذى يتمكن الشخص من التصرف فيه وهو حقه وأول ما يؤخذ الأسير يوصف بالرق ولا يوصف بالملك الا بعد الاخراج الى دار الاسلام والملك يوجد فى الجماد والحيوان غير الآدمى دون الرق وبالبيع يزول ملكه دون الرق وبالعتق يزول ملكه قصدا لانه حقه ويزول الرق ضمنا لثمرة فراغه من حقوق العباد وتبين لك الفرق بينهما فى الولد القن وأم الولد والمكاتب فان الرق والملك كاملان فى القن ورق أم الولد ناقص حتى لا يجوز عتقها عن الكفارة والملك فيها كامل والمكاتب رقه كامل حتى جاز عتقه عن الكفارة وملكه ناقص حتى خرج من يد المولى ولا يدخل تحت قوله كل مملوك لى حر قال رحمه الله (وولد الامة من سيدها حر) لانه مخلوق من مائه فيعتق عليه ولا يعارضه ماء الامة لان ماءها مملوك له بخلاف أمة الغير لان ماءها مملوك لسيدها فتحققت المعارضة فرجحنا جانبها بما ذكرنا والزوج قد رضى بذلك لعلمه به بخلاف ولد المغرور لانه لم يرض الوالد به فلهذا قلنا اعلق حرا فى حقه فلا يتبعها الولد والله أعلم بالصواب

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

قال رحمه الله (من أعتق بعض عبده لم يعتق كله وسعى له فيما بقى وهو كالمكاتب) وهذا عند أبى حنيفة

رحمه

﴿باب العبد يعتق بعضه﴾

لما ذكر اعتاق الكل شرع فى اعتاق البعض لان الاصل فى كل ثابت كماله ونقصانه بعارض ولان الاول متفق عليه وفى الثانى اختلاف والاصل عدم الاختلاف ولان الاول كثير الوقوع فاستحق التقديم والثانى قليل فأخره اه اتقانى (قوله فى المتن من أعتق بعض عبده) قال الكمال وظاهر أن هذا اذا عين مقدارا كربعك حر ونحوه فلو قال بعضك حرا أو جزء منك أو شقص أمر بالبيان ولو قال سهم منك حر فقياسه فى قول أبى حنيفة أنه يعين سدسه كما فى الوصية بالسهم من عبده فيسعى فى خمسة أسداسه اه وسيأتى فى كلام الشارح اه (قوله لم يعتق كله) قال الرازى فيما كتبه بخطه على حواشى شرحه عند قوله لم يعتق كله ولا بعضه بل يزول الملك عن الشقص ويتأخر العتق الى زوال الملك عن الكل بالسعاية ولهذا كان رقيقا فى شهاداته وسائر أحكامه اه (قوله وسعى فيما بقى وهو كالمكاتب)

(٢) قوله ولو اختلف المولى الخ لم يذكر جواب لو ولعله سقط من الناسخ وبالتأمل فى الفرع الذى نقله عن الشارح قريبا يتضح هذا اه مصححه

قال في الكافي ومادام يسعى فهو مكاتب ويجب ازالة الملك عن الباقي بالاستسعاء أو الاعتاق فاذا زال كل ملكه يعتق حينئذ كله اه وكتب
ما نصه قال في الكافي غير أنه اذا عجز لا يرد الى الرق بخلاف الكتابة المقصودة لان السبب ثم عقد يحتمل الفسخ وهنا السبب ازالة الملك لا
الى أحد فلا يحتمل الفسخ وهذا لان الكتابة عقد صدر من شخصين فانتقل الحق من السيد الى المكاتب تحصيلا لمقصود المكاتب والشئ
مهما بقي قبل التصرف فيه واذا اضمحل فلا اه (قوله وقالا يعتق كله) وهو قول الشافعي ولا سعاية عليه اه كافي (قوله وأما نفس
الاعتاق الخ) قال في المجمع والاعتاق يتجزأ وقال العمادي في الفصل الاربعين والاعتاق يتجزأ عند أبي حنيفة وعندهما لا يتجزأ وقد
يشتبه على بعض الفقهاء تصوير الخلاف بين أبي حنيفة وصاحبيه وذلك لان العتق لا يتجزأ عندنا فاذا أعتق من العبد شقصه ثبت
العتق فيه وفي عامة الاشقاص ضرورة أن العتق لا يتجزأ فيجب أن يكون معتق البعض حرا على قول الكل وليس كذلك فان على قول
أبي حنيفة معتق البعض بمنزلة المكاتب وهذا الاشتباه انما نشأ من الجهل بحقيقة الاعتاق فنقول يحتاج في تقرير هذه المسئلة الى معرفة
معنى الرق فالرق في اللغة عبارة عن الضعف يقال رق الشئ اذا ضعف وخفي أثره ورق الثوب اذا ضعف من طول اللبس وثوب رقيق اذا كان
ضعيف النسج والتركيب وفي الشرع عبارة عن ضعف حكمي في الآدمي والمراد من الضعف الحكمي حال حكمية في المحل لاجل تلك الحالة
يصح ثبوت الملك فيه وايراد الملك عليه كما في الحياة مع العلم فان الحياة شرط مصحح لحصول العلم في المحل وانه معنى وراء الملك لان الملك معنى
يثبت في المحل بناء على سبب يوجد في المحل من جهة العبد وقبول المحل الملك ثابت قبل ذلك فكان الرق معنى وراء الملك ضرورة والعتق عبارة
عن القوة يقال عتق الفرخ اذا قوي وطار عن وكره ومنه عتاق الطير وهي جوارحها الاختصاصها بمزيد القوة والخمرة اذا تقادم عهدها تسمى
عتيقة لاختصاصها بزيادة القوة والكعبة تسمى عتيقا لاختصاصها بالقوة الدافعة لتملك عن نفسها فهذا معناه لغة وفي الشرع عبارة عن
القوة الحكمية يظهر أثرها في المالكية والغرض من المالكية تملك الاشياء بأسبابها (٧٣) وسيأتيك التقريب في أثناء المسئلة واذا ثبت

رحمه الله وقالا يعتق كله وأصله أن الاعتاق يوجب زوال الملك عنده وهو متجز وعندهما يوجب زوال الرق
وهو غير متجز وأما نفس الاعتاق أو العتق فلا يتجزى بالاجماع لان ذات القول وهو العلة وحكمه وهو زوال
الحرية فيه لا يتصور فيهما التجزي وكذا الرق لا يتجزى بالاجماع لانه ضعف حكمي والحرية قوة حكمية فلا
يتصور اجتماعهما في شخص واحد فاذا ثبت هذا فأبو حنيفة اعتبر جانب الرق فجعله رقيقا على ما كان وقال
زوال ملكه عن البعض الذي أعتقه ولم يكن ذلك البعض حرا وهما اعتبرا جانب الحرية فصار كله حرا لهما
على ذلك قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له في عبد عتق كله ليس لله فيه شريك ولان الاعتاق

هذا فنقول الاعتاق اذا وجد
يزول به الملك والرق فبنا أن
ننظر أن تأثيره في زوال الملك
قصدا وابتداء أم يثبت زواله
ضمنا وتبعا لزوال الرق فعلى
قول أبي حنيفة تأثير الاعتاق
في ازالة الملك قصدا وابتداء

(١٠ — زيلعي ثالث) وفي ازالة الرق ضمنا وتبعا وعندهما تأثير الاعتاق في ازالة الرق قصدا وابتداء وفي ازالة الملك ضمنا وتبعا وجه
قولهما هو أن الرق لما كان عبارة عن الضعف والاعتاق عبارة عن اثبات القوة باثبات العتق وهو لا يتجزأ باجماع أصحابنا رحمهم الله
واثبات القوة يكون بازالة الضعف الذي هو الرق فلو كان الاعتاق يتجزأ يلزم نوع محال لانه اذا أعتق البعض يثبت العتق في ذلك البعض
عملا به وذلك لان الاعتاق فعل متعد لازمه العتق ولا وجود للمتعدي الا أن يثبت لازمه كالكسر لا يتحقق بدون الانكسار واذا ثبت العتق
في ذلك البعض ولم يثبت العتق في سائر الابعاض يتقدر بثبوت العتق في الشقص يكون العتق متجزئا وقد ثبت أنه لا يتجزأ ولابي حنيفة
أن الاعتاق تأثيره في ازالة الملك قصدا وابتداء ويثبت زوال الرق ضمنا وتبعا وبيانه أن الرق انما يثبت حقا للشرع أو حقا للعامة المسلمين
لانه انما يكون جزاء على كفره أو كفر أصوله حيث استنكفوا عن أن يكونوا عبيدا لله فالله تعالى ضرب عليهم الرق ليكونوا عبيد عبيده
مجازاة لهم على الاستنكاف أو يكون حقا للعامة المسلمين ليكون معونة لهم على اقامة التكاليف فثبت أن الرق حق الشرع أو حق عامة
المسلمين فبعد ذلك لا يجوز أن يكون الاعتاق تأثيره في ازالة الرق قصدا وابتداء لانه خلاف قاعدة الشرع لان قاعدة الشرع أن لا يكون
الانسان بسبيل من ابطال حق الغير قصدا وابتداء أما يجوز أن يكون بسبيل من ابطال حق نفسه قصدا وابتداء ثم يبطل حق غيره ضمنا
وقصدا ألا ترى أن العبد المشترك بين اثنين اذا أعتق أحدهما نصيب صاحبه قصدا لا يجوز ولو أعتق نصيب نفسه يعتق نصيب الآخر أو
يفسد على اختلاف الاصلين فلو جعلنا تأثير الاعتاق في ازالة الرق قصدا وابتداء كان فيه ابطال حق الغير قصدا وابتداء وانه خلاف قاعدة
الشرع ولو جعلنا تأثيره في ازالة الملك قصدا وابتداء كان فيه ابطال حق نفسه قصدا لان الملك يتمحض حقا له فيثبت أن الاعتاق تأثيره
في ازالة الملك قصدا والملك مما يقبل الوصف بالتجزي والانبوتا فكان الاعتاق متجزيا اه كلام العمادي (قوله ولان الاعتاق

اثبات العتق فى المحل كالاعلام الخ) والعتق قوة حكمية يظهر بها سلطان المالكية ونفاذ الولاية واثباته بازالة ضده وهو الرق الذى هو ضعف حكمى أى حالة حكمية فى المحل يصح ثبوت الملك فيه باعتبارها وبقاء الملك فيه لا يكون الا ببقاء الرق وهو لا يتجزأ كالعتق فى الصحيح لاستحالة أن يكون بعض الشخص قويا متصفا بالمالكية وأهلية الشهادة والولاية والبعض ضعيفا زائل المالكية والولاية والشهادة ولان الرق عقوبة الكفر ولا يتصور وجوبها على النصف شائعا لان الذنب لا يتصور فى النصف دون النصف واذا لم يكونا متجزئين لم يكن الاعتاق متجزئا ضرورة والا يلزم الاثر بلا مؤثر أو عكسه وصار كالتطليق والطلاق وما لا يتجزأ اذا ثبت بعضه ثبت كله كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص اﻫ كافى (قوله فلا يتجزأ كالطلاق والاستيلاد) حتى لو استولد الامة المشتركة تصير كلها أم ولده اﻫ (قوله والعفو عن القصاص) فان عفا أحد الورثة عن نصيبه يسقط القود اﻫ (قوله وتكليف العتق فى الباقى لا يتصور الا عند قيام الملك فيه) والرق فى الباقى والا يكون تكليفا بتحصيل الحاصل اﻫ كافى (قوله لان الاضافة) أى اضافة العتق اﻫ (قوله توجب ثبوت المالكية) أى للعبد اﻫ (٧٤) (قوله فى كله) اذ لا يتمكن من التصرف مع بقاء الملك فى بعضه اﻫ رازى (قوله عنه)

اثبات العتق فى المحل كالاعلام اثبات العلم فلا يتجزى كالطلاق والاستيلاد والعفو عن القصاص ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له فى عبد كلف عتق بقيته وتكليف العتق فى الباقى لا يتصور الا عند قيام الملك فيه فاذا بقى فيه بقى فى الكل ضرورة عدم التجزى ولان الاعتاق ازالة الملك لا ازالة الرق لان الملك حقه والرق حق الشرع أو العامة فلا يدخل تحت ولايته وتصرفه الا ما هو حقه ولا يتعدى الى ما وراءه الا للضرورة ولا ضرورة هنا لان حقه وهو الملك يقبل الوصف بالتجزى كما اذا أزاله بغيره من الاسباب من بيع أو هبة فيبقى الرق على حاله لعدم ما يزيله لا قصدا ولا ضمنا بخلاف ما اذا عتق كله حيث يزول الرق تبعا لزوال الملك لان الرق كان لاجلهم فاذا فرغ عن حقوق العباد زال الرق ضرورة وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا فاذا بقى الملك فى بعضه فلا يزول الرق لبقاء حق العبد فيه فيبقى على ما كان وتجب السعاية عليه لاحتباس مالية البعض عنده فصار كالمكاتب لان الاضافة الى البعض توجب ثبوت المالكية فى كله وبقاء الملك فى البعض يمنعه فعملنا بالدليلين بجعله مكاتبا اذ هو مالك يدا لا رقبة والسعاية كبدل الكتابة فله ذلك ان شاء وان شاء أعتقه لانه قابل له كالمكاتب غير أنه لا يفسخ بالعجز بخلاف الكتابة وليس فى الطلاق الا التصرف فى ملكه بالازالة وكذا فى العفو عن القصاص فجاز ازالته قصدا ولا لهما حالة متوسطة فاثبتناه فى الكل ترجيحا للمحرم والاستيلاد متجز عنده حتى لو استولد نصيبه من مدبرة يقتصر عليه وفى القنية لما ضمن نصيب صاحبه بالافساد ملكه بالضمان فكمل الاستيلاد ولو قال بعضك حر أو جزء منك حر يؤمر بالبيان ولو قال سهم منك حر عتق سدسه وعندهما يعتق كله فى الكل لما ذكرنا قال رحمه الله (وان أعتق نصيبه فلشريكه أن يحرر أو يستسعى والولاء لهما أو يضمن لو موسرا ويرجع به على العبد والولاء له) أى للمعتق وهذا عند أبى حنيفة وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار والولاء للمعتق فى الوجهين وهذا مبنى على أصلين أحدهما ثبوت الحرية فى الكل بعتق البعض وعدم ثبوته وقد بيناه والثانى أن يسار المعتق لا يمنع السعاية عنده وعندهما يمنعها لقوله عليه الصلاة والسلام فى الرجل يعتق نصيبه ان كان غنيا ضمن وان كان فقيرا سعى فى حصة الآخر قسم والقسمة تنافى الشركة وله أنها احتبست مالية نصيبه عند العبد فله أن يضمنه كما اذا هبت الريح بثوب

انسان

أى العبد من المالكية فى الكل اﻫ (قوله فى المتن وان أعتق نصيبه الخ) قال فى الهداية واذا كان العبد بين شريكين فأعتق أحدهما نصيبه عتق قال الكمال أى زال ملكه فان كان المعتق موسرا فشريكه بالخيارات ان شاء أعتق نصيبه منجزا وان شاء مضافا وينبغى اذا أضافه أن لا تقبل منه اضافته الى زمان طويل لانه كالتدبير معنى ولو دبره وجب عليه السعاية فى الحال فيعتق كما صرح بجوابه فينبغى أن يضاف الى مدة تشاكل مدة الاستسعاء وان شاء ضمن المعتق قيمته اذا لم يكن باذنه فان كان باذن الشريك فلا ضمان عليه وان شاء استسعى العبد فيها فان ضمن رجع المعتق على العبد والولاء للمعتق وان أعتق أو استسعى فالولاء بينهما فى الوجهين أى فى الاعتاق والسعاية وهذا كله عند أبى حنيفة هكذا ذكر فى الاصل وذكر فى التحفة خمس خيارات هذه الثلاثة وان يدبره وعلمت حكمه وأن يستسعى وان يكاتبه وهو يرجع الى معنى الاستسعاء ولو عجز استسعى ولو امتنع العبد عن السعاية يؤجره جبرا ويدل على أن الكتابة فى معنى الاستسعاء أنه لو كاتبه على أكثر من قيمته ان كان من النقدين لا يجوز الا ان قدرا يتغابن الناس فيه لان الشرع أوجب السعاية على قيمته فلا يجوز الا كثر وكذا لو صالحه على عرض أكثر اﻫ (قوله فلشريكه أن يحرر أو يستسعى) قال الكمال والاستسعاء أن يؤاجره فيأخذ نصف قيمته من الاجرة ذكره فى جوامع الفقه وسيجىء أنه اذا امتنع عن السعاية فعل ذلك ان كان له عمل معروف وهو يفيد أن معنى الاستسعاء غير هذا وانما يصار اليه عند امتناعه فتكون الاجارة تنفذ عليه جبرا اﻫ (قوله وقالا ليس له الا الضمان مع اليسار الخ) ولا يرجع بما ضمن عندهما كما سيأتى اﻫ (قوله وله أنها احتبست) على صيغة المبنى للفاعل اﻫ اتقانى ولا يقال ان هذا التعليل فى معارضة النص لانه أوجب السعاية اذا كان المعتق معسرا الا اذا كان موسرا الا انا نقول الشرط يوجب الوجود عند الوجود ولا يوجب العدم عند العدم فافهم اﻫ اتقانى

انسان وألقته فى صبغ غيره حتى انصبغ به فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه موسرا كان أو معسرا فكذا هنا غير أن العبد فقير فيستسعيه ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى وهو أن يملك من المال قدر قيمة نصيب الآخر فاضلا عما يحتاج اليه من ملبوسه ونفقة عياله وسكناه لان بذلك اعتدال النظر من الجانبين بتحقيق ما قصده المعتق من القربة وايصال بدل حق الساكت اليه ويعتبر حاله يوم الاعتاق حتى لو أيسر بعده أو أعسر لا يعتبر لانه حق وجب بنفس العتق فلا يتغير بعده وان اختلفا فيه يحكم الحال الا أن يكون بين الخصومة والعتق مدة تختلف فيها الاحوال فيكون القول قول المعتق لانه منكر وان اختلفا فى قيمة العبد يوم العتق فان كان قائما يقوم للحال وان كان هالكا فالقول للمعتق لانه منكر وان اتفقا على أن الاعتاق سابق على الاختلاف فالقول للمعتق قائما كان العبد أو هالكا وان اختلفا فى الوقت والقيمة فادعى الساكت أنه أعتقه للحال يحكم بالعتق للحال ويقوم لان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات وعلى هذا التفصيل لو اختلف العبد والساكت ثم التخريج على قولهما ظاهر فعدم رجوع المعتق على العبد بعد ما ضمن لعدم وجوب السعاية فى حالة اليسار والولاء للمعتق لان العتق كله حصل من جهته لعدم التجزى وأما التخريج على قوله فخيار العتق لقيام ملكه فى الباقى اذ لم يزل الرق عنده وخيار التضمين لجناية المعتق على نصيبه بالافساد حيث امتنع عليه التصرفات سوى الاعتاق وتوابعه والاستسعاء لاحتباس المالية عند العبد ورجوع المعتق على العبد بما ضمن لقيامه مقام الساكت باداء الضمان وقد كان للساكت الاستسعاء فكذا للمعتق ولانه ملكه باداء الضمان ضمنا فصار كأن الكل له وقد أعتق بعضه فله أن يعتق الباقى أو يستسعى ان شاء والولاء للمعتق فى هذا الوجه لان العتق كله من جهته حيث ملكه باداء الضمان وفى حال اعسار المعتق الساكت بالخيار ان شاء أعتق لبقاء ملكه وان شاء استسعى لاحتباس ملكه عند العبد والولاء له فى النصف لوجود العتق من جهته بهذا القدر فيكون الباقى للآخر فيكون ولاء العبد مشتركا بينهما فى الوجهين ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق بما أدى باجماع أصحابنا لانه أدى لفكاك رقبته بخلاف المرهون اذا أعتقه الراهن المعسر لانه يسعى فى دين على الراهن لان رقبته قد فكت وهو غير متبرع فيه فيرجع به عليه وعند ابن أبى ليلى يرجع به على المعتق لانه هو الملزم له كالمرهون وقد بينا الفرق بينهما وللساكت أن يدبره أو يكاتبه ان شاء لان التدبير نوع عتق والكتابة استسعاء وان

(قوله فعلى صاحب الثوب قيمة صبغه) أى ان اختار صاحب الثوب امساكه اه كافى (قوله غير أن العبد فقير فيستسعيه) وفى الحديث بيان ان الضمان يجب على المعتق عند يساره وذا لا ينفى وجوب السعاية على العبد بوصف التخيير وفائدة القسمة فى نفى الضمان لو كان فقيرا اه كافى (قوله ثم المعتبر يسار التيسير لا يسار الغنى) ويسار الغنى ان يملك نصابا اه (قوله لان فى ذلك اعتدال النظر من الجانبين) أى جانب المعتق وجانب الساكت اه (قوله ويعتبر حاله) أى حال المعتق فى اليسار والاعسار اه (قوله يوم الاعتاق) وكذا المعتبر فى القيمة فى الضمان والسعاية حالة الاعتاق اه مستصفى قوله وكذا المعتبر فى القيمة فى الضمان والسعاية حالة الاعتاق لانه السبب كما فى الغصب اه كافى (قوله وان اختلفا فيه) أى فى اليسار اه (قوله والولاء للمعتق) أى فى حالتى الضمان والسعاية اه (قوله حيث امتنع عليه التصرفات) يعنى من البيع والهبة والصدقة والوصية والاجارة والاستخدام والامهار اه اتقانى (قوله سوى الاعتاق وتوابعه) وأراد بالتوابع التدبير والكتابة والاستيلاد اه اتقانى (قوله ضمنا) جواب سؤال مقدر بأن يقال المستسعى كالمكاتب وذلك لا يقبل النقل من ملك الى ملك فالمستسعى كذلك فكيف يملكه المعتق باداء الضمان فأجاب عنه بقوله ضمنا أى كم من شئ ثبت ضمنا ولا يثبت قصدا اه اتقانى (قوله ولا يرجع العبد المستسعى على المعتق الخ) قال فى الكافى وفى حال اعسار المعتق له أن يعتق أو يستسعى لبقاء ملكه والولاء له لان العتق منه ويرجع المستسعى على المعتق بما أدى اذا أيسر عند ابن أبى ليلى لانه هو الذى ألزمه ذلك بفعله وعندنا لا يرجع أما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان معتق البعض كالمكاتب فهذا ضمان وجب على العبد ويستفيد به عتقا فلا يرجع به على المولى كالمكاتب وأما عندهما فلانه لم يستفد بهذا الضمان عتق لانه عتق كله قبل الضمان فما قضى به دينا وجب على المولى ليملك ما فى ذمته لان المولى معسر وضمان العتق لا يجب على المعسر وانما يجب على العبد لانه لما تعذر الايجاب على المولى المعسر لعسرته وتعذر ازالة ملك الشريك مجانا ضرورة أوجبنا على العبد لان منفعته حصلت له فكان هذا ايجاب ضمان على العبد بعوض حصل له فلا يرجع به على غيره اه (قوله وللساكت أن يدبره أو يكاتبه) وحينئذ فيكون له خيارات خمس وفى المتن جعل له ثلاث خيارات اه قال الكمال ولو مات الساكت قبل أن يختار شيأ فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذى أوجب الخيار للمورث ثابت فى الورثة فان شاؤا أعتقوا وان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا ضمنوا المعتق فان ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه باداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق أو الاستسعاء فالولاء فى هذا النصيب للذكور من أولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عنه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب الساكت على ملكه والولاء يكون له فيخلفه فى ذلك الذكور من أولاده دون الاناث اذ الولاء لا يورث وان اختار بعض الورثة السعاية وبعضهم الضمان فلكل واحد منهم ما اختار من ذلك لان كل واحد منهم فيما ورث قائم مقام الميت اه

كان الشريك عبدا مأذونا له فان كان عليه دين فله خيار التضمين والاستسعاء وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى فيكون له الخيارات الخمس ان كان موسرا والا فالاربع وان كان الشريك صبيا فان كان له ولي أو وصي فالخيار اليه وان لم يكن له ذلك نصب القاضي له وصيا أو ينتظر بلوغه وقال الشافعي رحمه الله ان كان المعتق موسرا عتق ويضمن لشريكه قيمة نصيبه وان كان معسرا عتق نصيبه ونصيب شريكه باق على حاله يتصرف فيه شريكه كيف شاء من البيع وغيره سوى السعاية لقوله عليه الصلاة والسلام من أعتق عبدا بين اثنين فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق رواه البخاري وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق شركا له في عبد فكان له مال يبلغ ثمن العبد قوم العبد عليه قيمة عدل فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه والا فقد عتق منه ما عتق رواه البخاري ومسلم ولانه لا وجه الى تضمين الشريك لاعساره ولا الى السعاية لعدم جنايته ورضائه ولا الى اعتاق الكل للاضرار بالساكت فتعين ما عيناه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من أعتق شقصا له في مملوك فخلاصه عليه في ماله ان كان له مال والا قوم عليه واستسعى به غير مشقوق أي لا يشدد عليه الامر رواه البخاري ومسلم وغيرهما وقال عليه الصلاة والسلام من أعتق نصيبا له في مملوك فعليه أن يعتقه كله ان كان له مال والا استسعى العبد غير مشقوق عليه رواه البخاري ومسلم وغيرهما وذكر الطحاوي عن عبد الرحمن عن ابرهيم بن يزيد قال كان غلام لنا قد شهد القادسية فأبلى فيها وكان بيني وبين أخي الاسود وأمي فأرادوا اعتاقه وكنت يومئذ صغيرا فذكر ذلك الاسود لعمر بن الخطاب فقال أعتقوا أنتم فاذا بلغ فان رغب فيما رغبتم أعتق والا ضمنكم فبين أن له أن يعتق بعد البلوغ مع ايجاب الضمان عليهم ولا يمكن ذلك الا اذا بقي رقيقا والسعاية تثبت بما روينا من الحديث وقال ابن حزم على ثبوت الاستسعاء ثلاثون صحابيا ولان الاستسعاء لا يفتقر الى الجناية بل يبنى على احتباس المالية على ما بينا فلا يصار الى المحال وهو الجمع بين الضعف والقوة الحكمين وليس فيما رواه ما ينافي مذهبنا بل فيه دليل على ما نقول انه عليه الصلاة والسلام قال في الحديث الاول فان كان موسرا قوم عليه ثم يعتق وكلمة ثم للتراخي فدل على انه يعتق بعد ذلك إما بعتقه أو بالسعاية وقال في الحديث الثاني فأعطى شركاءه حصصهم وعتق عليه بالواو وهي لا تنافي الترتيب ولا التراخي فحملناه عليه توفيقا بين الاحاديث وقوله والا فقد عتق منه ما عتق لم تصح هذه الزيادة عن الثقة أنه من قوله عليه الصلاة والسلام حتى قال أيوب ويحيى بن سعيد لا ندري أهو شيء في الحديث أو قاله نافع من قبله وهما الراويان لهذا الحديث وقال ابن حزم في المحلى هي مكذوبة قال رحمه الله (ولو شهد كل بعتق نصيب صاحبه سعى لهما) أي لو شهد كل واحد من الشريكين بعتق نصيب صاحبه بأن قال كل واحد منهما لشريكه أعتقت نصيبك منه سعى لهما العبد موسرين كانا أو معسرين أو كان أحدهما موسرا والآخر معسرا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان كل واحد منهما يشهد على صاحبه بالعتق وعلى نفسه بالتكاتب فلا يقبل قوله على صاحبه ويقبل في حق نفسه فيمتنع به استرقاقه ويستسعيه للتيقن به لانه ان كان صادقا فهو مكاتبه وان كان كاذبا فهو عبده ولا يختلف ذلك باليسار والاعسار عنده لان حق الاستسعاء لا يبطل باليسار بل يثبت له الخيار وهنا تعذر التضمين لانكار الآخر فبقي الخيار بين الاستسعاء والاعتاق والتدبير والكتابة على ما تقدم والولاء لهما لان كلا منهما يزعم أنه عتق نصيبه من جهته بالسعاية ورد قوله أعتقه شريكي أو قبوله لا يتغير به ذلك لما عرف أن نصيب الساكت رقيق على حاله ولهذا لا يعتق من العبد شيء حتى يوفيهما السعاية وقال أبو يوسف ومحمد اذا كانا موسرين لا تجب عليه السعاية لان كلا منهما يتبرأ عنه بدعوى الضمان على المعتق في زعمه لان كلا منهما موسر ويسار المعتق

(قوله وان لم يكن عليه دين فالخيار للمولى) لان كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة اه فتح (قوله فيكون له الخيارات الخمس) الاعتاق والتضمين والاستسعاء والتدبير والكتابة اه (قوله وان كان الشريك صبيا) قال الكمال رحمه الله ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية (٧٦) لوليه والتضمين أولى لانه أنظر ولو لم يكن له ولي انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فان كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين أو الاستسعاء وليس للولي اختيار العتق لانه تبرع عمال الصغير وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب أو عبد مأذون ليس لهما الا التضمين أو الاستسعاء أما المكاتب فان له أن يكاتب والاستسعاء بمنزلة المكاتبة وأما العبد المأذون فالقياس أن يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون أن يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء أنفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا اختار المكاتب أو المأذون التضمين أو الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من أهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى اه (قوله فان كان له ولي أو وصي فالخيار اليه) يعني في التضمين أو السعاية اه (قوله وان كان معسرا عتق نصيبه) فالعتق عندهما لا يتجزأ ان كان موسرا وان كان معسرا يتجزأ اه كافي (قوله ونصيب شريكه باق الخ) لان عسرة العبد أظهر من عسرة المعتق لانه ليس بأهل لملك المال فاذا لم يجب الضمان على المعتق بعسرته فأولى الكل دفعا للاضرار بالشريك فيبقى على ما كان من قبل اه كافي (قوله في المتن ولو شهد كل بعتق الخ) أراد بالعتق الاعتاق اه اتقاني (قوله بل يثبت له) يعني أي للساكت اه (قوله أو قبوله) أي قبول المال من العبد وقت السعاية اه (قوله لا تجب عليه السعاية) أي لتصادقهما على حريته اه

(قوله بمنع السعاية) أى عندهما اه (قوله وان كانا معسرين سعى لهما) أى فى قيمته اه (قوله لان كلا منهما يدعى عليه السعاية) أى هنا لانه يقول شريكى أعتق وهو معسر اه (قوله سعى للموسر منهما) أى فى نصف قيمته اه (قوله فى المتن ولو علق أحدهما عتقه الخ) قال الكمال رحمه الله ولا يخفى من صورة المسئلة أن يتفقا على ثبوت الملك لكل الى آخر النهار اه (قوله وكذا عند أبى يوسف ان كانا معسرين) أى وان كانا موسرين لم يسع لواحد منهما فى شئ لما مر وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا يسعى فى ربع قيمته للموسر لانه يدعى السعاية والمعسر يتبرأ عن السعاية بدعوى الضمان على الموسر ودعواه ليس بحجة عليه فلا يثبت الضمان ويثبت الابراء اه رازى (قوله أو طلق واحدة منهن الخ) قال فى المحيط فى باب تطليق احدى امرأتيه لا بعينها ولو قال احدى امرأتيه طالق فالبيان اليه لانه المجهل ويجبر على البيان اذا كان ثانيا أو ثالثا لان احداهما محرمة عليه فلا يمكن استدامة نكاحها (٧٧) وتجب العدة من وقت البيان لان العدة من المجهولة لا تتصور والبيان حكم الانشاء فى المعينة ولو ماتت احداهما تعينت الاخرى للطلاق لان الميتة لم تبق محلا للطلاق ولو قال عينت الميتة صدق فى حق الميراث فلا يرث منها والطلاق واقع على الباقية لانها تعينت للطلاق ظاهرا فلا يصدق فى صرف الطلاق عنها لانه حقها وكذلك اذا ماتتا جميعا احداهما بعد الاخرى ثم قال عينت التى ماتت أولا لم يرث منهما لانه سقط ميراثه عن الاولى بالاعتراف وعن الثانية لتعينها للطلاق ولو ماتتا معا أو احداهما قبل الاخرى ولم تعرف ورث من كل واحدة نصف ميراثها لانه يستحق الميراث من احداهما وهى مجهولة فيوزع عليهما ولو مات الزوج قبل البيان ورثتا ميراث امرأة بينهما لان الواحدة تستحقه واحداهما ليست بأولى من الاخرى فينصف بينهما ولو لم يمت لكن جامع احداهما أو قبلها أو حلف بطلاقها أو ظاهر منها أو آلى أو طلقها تعينت الاخرى للطلاق اه باختصار وفى الباب فروع أخر اه (قوله كما اذا أعتق أحد عبديه بغير عينه الخ) قال قاضيخان رحمه الله فى فصل العتق المبهم ما نصه رجل قال أمة وعبد من رقيقى أحرار ثم مات قبل البيان فان كان له عبدان وأمة عتقت الامة ومن العبدين من كل واحد منهما نصفه ولو كان له أمة وثلاثة أعبد عتقت الامة ومن العبيد من كل واحد ثلثه وان كان له ثلاثة أعبد وثلاثة اماء عتق من الاماء من كل واحدة ثلثها ومن العبيد كذلك ولو كان له ثلاثة أعبد وأمتان عتق نصف كل أمة ونصف كل عبد اه قال قاضيخان وعن محمد لو قال لجاريتين احداكما حرة ثم مات قبل البيان يعتق النصف من كل واحدة منهما ولا يكون البيان الى الورثة ولو قال احداكما أم ولدى ومات قبل البيان كان البيان الى الوارث اه ذكره فى أواخر فصل من تجوز وصيته ومن لا تجوز اه (قوله والآخر معسر سعى) أى فى نصف قيمته اه

بمنع السعاية ولا يجب له الضمان على صاحبه لعجزه عن اقامة البينة باعتاقه واقراره غير مقبول عليه وان كانا معسرين سعى لهما لان كلا منهما يدعى عليه السعاية فيقبل قوله عليه صادقا كان أو كاذبا على ما بينا وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر منهما لانه لا يدعى الضمان على صاحبه لاعساره وانما يدعى السعاية على العبد ولا يسعى للمعسر لانه يدعى الضمان على صاحبه ليساره فيكون مبرئا للعبد عن السعاية والولاء موقوف فى جميع ذلك عندهما لانه للمعتق منهما وكل يحيله على صاحبه ويتبرأ منه فيكون موقوفا الى أن يتفقا على اعتاق أحدهما قال رحمه الله (ولو علق أحدهما عتقه بفعل فلان غدا وعكس الآخر ومضى ولم يدر عتق نصفه وسعى فى نصفه لهما) أى لو علق أحد الشريكين عتق العبد المشترك بينهما بفعل شخص بأن قال أحدهما إن دخل فلان الدار غدا فهو حر وعكس الآخر بأن قال ان لم يدخل فلان ذلك تلك الدار بعينها غدا فهو حر ومضى الغد ولم يدر أدخل أم لا عتق نصفه للتيقن بحنث أحدهما وسعى لهما فى نصف قيمته وهذا عند أبى حنيفة وكذا عند أبى يوسف ان كانا معسرين وقال محمد يسعى فى جميع قيمته ان كانا معسرين على ما يأتيك بيانه على التمام لمحمد رحمه الله أن المقضى عليه بسقوط السعاية مجهول فلا يمكن القضاء به مع الجهالة فصار كما اذا قال لغيره لك على أحدنا ألف درهم فانه لا يقضى عليه بشئ للجهالة فكذا هذا ولان كل واحد منهما يدعى حنث صاحبه وينفيه عن نفسه فيكون شاهدا على صاحبه بالعتق ضرورة فيسعى العبد لهما كالمسئلة الاولى ولهما أنا تيقنا بحنث أحدهما وبسقوط نصف السعاية عن العبد فلا يجوز القضاء به مع التيقن بخلافه كمن طلق احدى نسائه الاربع قبل الدخول فمات قبل البيان أو طلق واحدة منهن معينة فنسيها ثم مات قبل التذكر سقط نصف المهر للتيقن به وان كان المقضى عليها منهن مجهولة بخلاف المسئلة الاولى لانا لم نتيقن بصدق أحدهما واحتمل أن يكونا كاذبين فلا يسقط ما كان ثابتا بيقين باحتمال صدقهما أو صدق أحدهما والجهالة ترتفع بالتوزيع كما اذا أعتق أحد عبديه بغير عينه أو بعينه ونسيه ثم مات قبل البيان أو التذكر وكما اذا طلق احدى نسائه على ما ذكرنا ولا يقال فيه ابطال حق أحدهما بيقين وهو غير المعتق منهما بالتنقيص لانا نقول هو أهون من ابطال حق العبد بالاسقاط مع العلم به ثم عند أبى حنيفة تجب السعاية لهما فى نصف قيمته لكل واحد منهما الربع سواء كانا موسرين أو معسرين أو أحدهما موسرا والآخر معسرا لما بينا وعند محمد ان كانا معسرين سعى لهما فى جميع قيمته لكل واحد منهما فى النصف وان كانا موسرين لا يسعى لهما وان كان أحدهما موسرا والآخر معسرا سعى للموسر ولم يسع للمعسر وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى المقدار ومع محمد

في اعتبار اليسار والاعسار وقد بينا مذهبهم فيما تقدم قال رحمه الله (ولو حلف كل واحد بعتق عبده لم يعتق واحد) يعني لو حلفا على عبدين كل واحد منهما لاحدهما والمسئلة بحالها لم يعتق واحد منهما لان الجهالة في المقضى له والمقضى عليه فتفاحشت فامتنع القضاء وفي العبد الواحد المقضى له بالحرية وبسقوط نصف السعاية عنه وهو العبد والمقضى به وهو الحرية وسقوط نصف السعاية معلوم والمجهول واحد وهو الحانث منهما فغلب المعلوم المجهول وفي هذه بالعكس لان المجهول هو الغالب فيها فامتنع القضاء لذلك فان قيل يشكل هذا بما اذا كان بين رجلين عبد وأمة فقال أحدهما ان دخل فلان الدار اليوم فالعبد حر وقال الآخر ان لم يدخل فالامة حرة ولم يعرف أدخل أم لا لا يعتق كل واحد منهما مع ان المقضى له بالعتق والمقضى عليه مجهول قلنا كل واحد منهما أقر بفساد نصيبه في هذه المسئلة لان كل واحد منهما يزعم أن شريكه هو الحانث لان الحالف بعتق العبد يقول أنا ما حنثت وانما حنث صاحبي في الامة فعتق عليه نصيبه منها وفسد نصيبي بعتق نصيبه والآخر يقول كذلك في العبد فيفسد نصيبه بزعمه وان لم يقبل اقراره في حق صاحبه بخلاف مسئلة الكتاب فان كل واحد منهما يزعم أن الآخر هو الحانث في عبده وليس له فيه نصيب حتى يكون مقرا بفساد نصيبه حتى لو تقابضا عتق عليهما الاقرار كل واحد منهما بحرية عبد الآخر وعلى كل واحد منهما قيمة ما اشترى لان كل واحد منهما يزعم أنه اشترى حرا بعبد فيفسد البيع باقرارهما وكان القياس أن لا يقع البيع بينهما بل يبقى عبد كل واحد منهما على ملكه لاقرارهما بذلك ولكن لا يصدقان في حق العبدين لان هذا البيع يوصلهما الى العتق لاقرارهما بحريتهما ثم اذا لزم كل واحد منهما اقراره في تلك المسئلة في العبد والامة يسعى كل واحد منهما في جميع قيمته عند أبي حنيفة فيكون بينهما نصفان وكذا عندهما ان كانا معسرين وان كانا موسرين سعى كل واحد منهما للحالف بعتقه لانه ينكر العتق فيه أصلا وانما يعتق من جهة صاحبه بدعوى حنثه ولم يسع للآخر وهو غير الحالف فيه لانه يدعي الضمان على صاحبه فيكون مبرئا للعبد هكذا ذكره في المحيط وفي الايضاح أن كل واحد منهما يسعى في ثلاثة أرباع قيمته عند أبي يوسف لان النصف حر بيقين ولو اشترى العبدين في مسئلة الكتاب رجل واحد جاز وان كان عالما بحنث أحد البائعين لان كل واحد منهما يزعم أنه باع عبدا وزعم المشتري قبل دخوله في ملكه غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر ثم اشتراه واذا صح الشراء واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر في حق نفسه في هذه الحالة ويؤمر بالبيان لان المقضى عليه معلوم فصار كما اذا أقر باعتاق البائع ثم ملكه ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى صار مقرا بوجود شرط الطلاق وباليمين الثانية صار مقرا بوجود شرط العتق وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل واحد من الشرطين دائر بين الوجود والعدم فلا يترك الجزاء بالشك كذا في النهاية وينبغي أن يفرق بين التعليق بالشرط الكائن وبغير الكائن فيقع في المعلق بالكائن لا بغير الكائن لان الاقرار يتصور في الكائن دون غيره وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لان باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب اقراره بوقوع الطلاق قال رحمه الله (ومن ملك ابنه مع آخر عتق حظه ولم يضمن ولشريكه أن يعتق أو يستسعي) وانما عتق نصيب الاب لما روينا من المعنى وانما لم

(قوله في المتن ولو حلف كل واحد منهما بعتق عبده) يعني بان قال أحدهما إن دخل فلان هذه الدار غدا فعبدي حر وقال الآخران لم يدخل فلان في هذه الدار غدا فعبدي حر فمضى الغد ولم يدر أدخل أم لا لم يعتق واحد منهما اجماعا اه رازى قوله لم يعتق واحد منهما قال الكمال رحمه الله ولو اشتراهما انسان صح وان كان عالما بحنث أحد المالكين لان كلا منهما يزعم أنه يبيع عبده وزعم المشتري في العبد قبل ملكه له غير معتبر كما لو أقر بحرية عبد ومولاه ينكر صح واذا صح شراؤه لهما واجتمعا في ملكه عتق عليه أحدهما لان زعمه معتبر الآن ويؤمر بالبيان لان المقضى عليه معلوم ولو قال عبده حر ان لم يكن فلان دخل هذه الدار اليوم ثم قال امرأته طالق ان كان دخل اليوم عتق وطلقت لان باليمين الاولى هو مقر بوجود شرط الثانية وبالثانية صار مقرا بوجود شرط الاولى وقيل لم يعتق ولم تطلق لان أحدهما معلق بعدم الدخول والآخر بوجوده وكل منهما يحتمل تحققه وعدم تحققه قلنا ذاك في مثل قوله ان لم يدخل فعبدي حر بخلاف ان لم يكن فانه يستعمل للماضي في الدخول وعدمه في الماضي وكذا ان كان دخل بخلاف ان دخل وعن أبي يوسف يعتق ولا تطلق لانه باليمين الثانية صار مقرا بنزول العتق ولم يوجد بعد الثانية ما يوجب إقراره بنزول الطلاق اه وسيأتي ذلك في كلام الشارح لكن بادرت بكتابته قبل استيفاء مطالعة المقالة ظنا ان الشارح لم يذكره اه (قوله في المتن ومن ملك ابنه الخ) قال الاتقاني اعلم أن الرجلين اذا ملكا عبدا هو ذو رحم محرم من أحدهما بعقد واحد قبلاه جميعا من شراء أو هبة أو صدقة أو وصية لا يضمن الذي عتق عليه لشريكه شيأ عند أبي حنيفة بضمن ولكن العبد يسعى في نصف قيمته للآخر موسرا كان الذي عتق عليه أو معسرا اه فالابن في قوله ومن ملك ابنه ليس بقيد اه (قوله عتق حظه) أي زال ملكه في نصيبه لان العتق لا يثبت ما لم يزل جميع الملك اتفاقا فاذا سعى الابن في نصيب الشريك فحينئذ يثبت العتق منه عند أبي حنيفة قاله الاتقاني (قوله ولم يضمن ولشريكه أن يعتق) قال في الهداية واذا اشترى الرجلان ابن أحدهما قال الكمال بعقد واحد

فان خاطب البائع الاب والآخر معا فقال بعتكما هذا العبد بكذا فقبلا عتق نصيب الاب اهـ (قوله أو بالهبة) ولا يضر الشيوع لانه يحتمل القسمة اهـ (قوله أو الارث) قال في الكافي بأن تزوج أمة ابن عمه فولدت ولدا ثم مات سيدها فورثه زوجها وابن عم له آخر فان الولد يعتق على أبيه ولا يضمنه أبوه لشريكه وان كان موسرا اهـ وقال الاتقاني صورته امرأة اشترت ابن زوجها ثم ماتت المرأة عن أخ لاب وأم وزوج يكون نصف العبد للزوج الذي هو أب فيعتق عليه والباقي للاخ وكذا اذا كان للمرأة زوج وأب ولها عبد هو أبو زوجها فماتت المرأة كان العبد ميراثا نصفه لزوجها الذي هو الابن والباقي لابي المرأة اهـ (قوله وقالا يضمن الاب في غير الارث) أي نصف قيمته اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف لو حلف أحدهما بعتق عبد ان ملك نصفه) قيد بالنصف لانه اذا حلف بعتقه ان اشتراه لا يعتق بشراء النصف لعدم الشرط قاله الاتقاني (قوله لهما انه أفسد نصيبه بالاعتاق) أي الاختياري لترتبه على الشراء وهو اختياري وشراء القريب إعتاق وصار كما اذا كان العبد بين أجنبيين فأعتق أحدهما نصيبه لاتحاد الجامع وهو وقوع العتق من جهته مختارا وله

يضمن الاب نصيب شريكه لانعدام التعدي فيه منه وتثبت الخيارات المتقدم ذكرها لما بيناه هنالك وقوله ومن ملك ابنه مع آخر يتناول ما اذا ملكه بالشراء أو بالهبة أو بالصدقة أو الوصية أو الامهار أو الارث ولا فرق في ذلك بين أن يعلم الآخر أنه ابن شريكه أو لم يعلم وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن الاب في غير الارث ان كان موسرا وان كان معسرا استسعى الابن في نصيبه وعلى هذا الخلاف لو حلف أحدهما بعتق عبد ان ملك نصفه فملكاه بهذه الاسباب لهما أنه أفسد نصيبه بالاعتاق لان مباشرة هذه الاسباب اعتاق له ولهذا يجتزأ به عن الكفارة فصار كقوله أعتقت نصيبي بخلاف ما اذا ورثاه لانه جبري لا اختيار له فيه وله أن الشريك رضي بافساد نصيبه حيث شاركه في علة العتق وهو مباشرة أسبابه لان مباشرتها اعتاق على ما تقدم وهذا ضمان افساد في ظاهر قولهما حتى يختلف باليسار والاعسار خلافا لما روي عن أبي يوسف أنه ضمان تملك كالاستيلاد وليس بشيء وضمان الافساد يسقط بالرضا كضمان الاتلاف بل أولى لان ضمان الاتلاف لا يختلف باليسار والاعسار فكان أقوى فاذا سقط الاقوى به فالاضعف أولى أن يسقط ودلالة الرضا مساعدة على القبول وهذا في الشراء ظاهر لانه لا يصح الا بقبولهما فقد شاركه في العلة فصار كأنه هو الذي أعتقه وأما في الهبة وأمثاله فلأنه ان لم يكن قبول أحدهما شرط الصحة قبول الآخر لكنه اذا وجد القبول منهما صار قبولهما بمنزلة شيء واحد فصار المجموع علة واحدة كما قلنا في القراءة في الصلاة فان الفرض فيها قدر ما تجوز به الصلاة وهو آية ثم اذا قرأ أكثر من ذلك صار الكل فرضا فاذا صار المجموع علة وقد باشرها فلا يضمن بخلاف ما اذا قال أحد الشريكين للآخر ان ضربته فهو حر فضربه يعتق نصيب الحالف حيث يرجع الضارب عليه لان علة العتق هنالك قوله فهو حر ولم يشاركه فيه الضارب وانما وجد منه الشرط وهو لا تأثير له في الحكم فلا يسقط به التضمين فان قيل يشكل على هذا ما لو قال المريض لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق فدخلت فانها ترث وان فعلت راضية بمباشرة الشرط قلنا حكم الفرار يثبت بشبهة العدوان ولهذا يثبت بتعليقه بفعلها أو بفعلها الذي لا بد لها منه في صحته فكذا يسقط بشبهة الرضا ووجد ذلك بمباشرة الشرط وأما هذا الضمان فلا يجب الا بحقيقة العدوان وهو الاتلاف أو الافساد فكذا لا يبطل الا بالرضا صريحا أو بمباشرة العلة دون الشرط ولا فرق في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة بين أن يكون الشريك عالما بأنه ابن شريكه أو لم يكن لان سبب الرضا يتحقق من غير علم والحكم يدار على سببه لا على حقيقته لانه مبطن لا يمكن الوقوف عليه فصار بمنزلة شخص يقول لغيره كل

أن شرط التضمين مع العتق الاختياري أن لا يكون برضا من له حق التضمين ولما باشر العقد معه مختارا وهو علة الملك الذي هو علة العتق والحكم يضاف الى علة العلة كما يضاف الى العلة كان راضيا بافساد نصيب نفسه فلا يضمنه فصار كما اذا أذن له باعتاقه صريحا وعلم مما ذكر أن المراد من العلة في قوله شاركه فيما هو علة العتق علة العلة والدليل على ان اعتاقه يثبت اختيارا بالشراء أنه يخرج به عن عهدة الكفارة اذا نوى بالشراء عتقه عنها اهـ كمال رحمه الله تعالى (قوله بخلاف ما اذا ورثاه) حيث لا يضمن الذي عتق عليه للشريك لانه لم يوجد منه صنع وهذا بلا خلاف قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وهذا ضمان

إفساد) جواب عما يقال كونه راضيا باعتاق شريكه لا يوجب سقوط الضمان كما لو استولد الامة باذن الشريك يصح ويجب الضمان فقال ذلك في ضمان التملك وما نحن فيه ضمان افساد وبسطه ان الضمان في العتق ضمانان ضمان تملك ولا يسقطه الرضا بسببه وذلك ضمان الاستيلاد فلو استولد أحد الشريكين الجارية باذن شريكه لا يسقط ضمانها ومن حكم ضمان التملك أيضا أنه يثبت مع اليسار والاعسار وانما جعلنا ضمان الاستيلاد ضمان تملك لانه وضع الاستيلاد لطلب الولد وهو يستدعي التملك فأثبتناه وضمان اتلاف وهو ضمان الاعتاق ويقال ضمان جناية وليس بصواب لانه لا جناية في عتق الانسان ما لم يملكه سبحانه وتعالى حتى يثاب عليه ثم يفسد به نصيب الشريك فصح أن يقال ضمان اتلاف وضمان افساد وان لم يكن عليه اثم في هذا الافساد نعم لو قصد بعتقه قصدا فاسدا أثم به أما وضع العتق فليس مقتضيا لزومه ثم كون ضمان الاعتاق ضمان اتلاف هو ظاهر الرواية عن علمائنا ويختلف باليسار والاعسار بالنص بخلاف القياس اهـ

هذا الطعام وهو طعام الآمر والآمر لا يعلم أنه طعامه فان المأمور لا يضمن للآمر شيأ لانه أتلفه باذنه حتى لو قال المغصوب منه ذلك للغاصب وهو لا يعلم سقط الضمان عنه وروى الحسن عن أبي حنيفة أن الشريك اذا لم يعلم أنها بنته له أن يضمن الاب قال رحمه الله (وان اشترى نصف ابنه ممن يملك كله لا يضمن لبائعه) لان البائع شاركه في العلة وهو البيع وهذا لان علة دخول المبيع في ملك المشترى الايجاب والقبول وقد شاركه فيه وهذا عند أبي حنيفة وقالا ان كان الاب موسرا يجب عليه الضمان وقد بينا وجهه ولو اشتراه أبوه من أحد الشريكين وهو موسر لزمه الضمان بالاجماع أما عندهما فظاهر وأما عنده فلان الشريك الذى لم يبع لم يشاركه في العلة فلا يبطل حقه بفعل غيره ولو كان مكان الابن جارية مستولدة بالنكاح فلكها الزوج مع غيره يجب عليه ضمان النصف لشريكه كيفما كان وان كانا ملكاها بارث والفرق أن ضمان أم الولد ضمان تملك وذلك لا يختلف بين أن يكون بصنعه أو بغير صنعه ولهذا لا يختلف بين اليسار والاعسار قال رحمه الله (عبد لموسرين دبره واحد وحرره آخر ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق ثلثه مدبرا لا ما ضمن) أى لو كان عبد بين ثلاثة نفر موسرين دبره أحدهم ثم أعتقه آخر فللساكت أن يضمن المدبر وليس له أن يضمن المعتق وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا وليس له أن يضمنه الثلث الذى ضمنه للساكت وهذا عند أبي حنيفة وقالا العبد كله صار مدبرا للذى دبره أول مرة واعتاق المعتق باطل ويضمن لشريكه ثلثي قيمته موسرا كان أو معسرا وأصله أن التدبير يتجزأ عنده كالعتق يتجزأ عنده بمعنى أنه ازالة الملك على ما بينا وعندهما لا يتجزأ لان موجبه حق الحرية فيكون معتبرا بحقيقة الحرية ولما كان التدبير متجزئا عنده اقتصر على نصيب المدبر وفسد به نصيب الآخرين حيث امتنع عليه البيع والهبة فيكون لكل واحد منهما الخيار ان شاء دبر نصيبه وان شاء أعتقه وان شاء كاتبه وان شاء ضمن المدبر قيمة نصيبه قنا وان شاء استسعى العبد في نصيبه وان شاء تركه على حاله لان نصيب كل واحد منهما باق على ملكه فاسد بافساد شريكه حيث سد عليه طريق الانتفاع بالبيع ونحوه فاذا اختار أحدهما العتق تعين حقه فيه وبطل اختياره غيره فتوجه للساكت سببا ضمان تدبير المدبر واعتاق هذا المعتق غير ان له أن يضمن المدبر ليكون الضمان ضمان معاوضة اذ هو الاصل في المضمونات عندنا حتى جعلنا الغصب ضمان معاوضة

(قوله فان المأمور لا يضمن للآمر شيأ لانه أتلفه باذنه) قال الاتقاني قال شمس الائمة السرخسي في شرح الجامع الصغير ثم هو بهذه المشاركة مباشر بسبب اسقاط حقه في الضمان ولا يختلف ذلك بعلمه وجهله بمنزلة الغاصب اذا أطعم المغصوب للمغصوب منه فتناوله وهو لا يعلم أن هذا الطعام طعامه لا يكون له أن يضمن الغاصب شيأ اه (قوله حتى لو قال المغصوب الخ) سقط من هنا مسئلة وهى وان اشترى نصفه أجنبي ثم الاب مابقى فله أن يضمن الاب أو يستسعي فلعل الشارح تركها سهوا وقد ذكرها القوجحصارى في شرحه للكنز وشرح فيه الخطبة والالفاظ الاعجمية التى في آخر الكتاب قال في الهداية وان بدأ الاجنبي فاشترى نصفه ثم اشترى الاب النصف الآخر وهو موسر فالاجنبي بالخيار ان شاء ضمن الاب قال الكمال قيمة نصيبه لانه ما رضي بفساد نصيبه لان دلالة ذلك ما كان الا بقبوله البيع معه وهو منتف هنا اه قال الاتقاني وهذه من مسائل الجامع الصغير ويضمن الاب في هذه الصورة في قولهم جميعا لان الرضا لم يوجد من الشريك لعدم مشاركته مع الاب فيما هو عليه العتق وقد اتفقوا في الضمان واختلفوا في الخيار فعند أبي حنيفة الشريك بالخيار ان شاء ضمن الاب ان كان موسرا وان شاء استسعى العبد لاحتباس المالكية عنده وان شاء أعتقه (٨٠) وعندهما ان كان موسرا ضمنه الشريك وان كان معسرا استسعى العبد كالخلاف في عبد بين اثنين أعتقه أحدهما اه (قوله في المتن وان اشترى نصف ابنه) أى وهو موسر اه هداية (قوله ولو اشتراه أبوه من أحد الشريكين الخ) قال الاتقاني وقيد بقوله ممن يملك كله لانه اذا اشترى نصيب أحد الشريكين يضمن للساكت بالاتفاق كما في المسئلة المتقدمة اه (قوله في المتن عبد لموسرين) أى لجماعة موسرين اه فتح (قوله وحرره آخر) الواو في قوله وحرره بمعنى ثم كما يعلم من حل الشارح اه (قوله ضمن الساكت المدبر والمدبر المعتق الخ) وأراد الساكت والمدبر الضمان اه وانما قال في الهداية وأرادوا بضمير الجمع بسبيل التغليب لان المعتق لا يريد الضمان اه (قوله وليس له أن يضمنه الثلث الخ) قال الكمال رحمه الله فللساكت أن يضمن المدبر قيمة العبد قنا وليس له أن يضمن المعتق شيأ حتى واذا ضمن الثلث رجع به على العبد ان شاء على وزان ما تقدم فيما اذا أعتق أحد الشريكين وهو موسر حصته فضمنه الساكت حيث كان له الرجوع به على العبد عند أبي حنيفة وللمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا ولا يضمنه الثلث الذى ضمن أعنى ثلثه قنا وهذا كله عند أبي حنيفة اه (قوله وأصله أن التدبير يتجزأ عنده كالعتق الخ) لانه شعبة من شعبه فكان معتبرا به اه هداية قوله لانه شعبة من شعبه اذ هو عتق مضاف اه فتح (قوله حيث امتنع عليه) أى على كل واحد من الآخرين اه (قوله فتوجه للساكت الخ) أى وهو الثالث الذى لم يعتق ولم يدبر اه كمال (قوله واعتاق هذا المعتق) فانه تغير نصيب المدبر والساكت حيث كان لهما ولاية الاستخدام بعد التدبير وبطل ذلك بعتق المعتق حيث استحق به العبد خروجه الى الحرية بالسعاية أو التضمين اه فتح (قوله اذ هو الاصل) قال الكمال لان به يعتدل جانب الضامن والمضمون له لانه لما ملك المضمون له بدل ملكه وجب في تحقق المعادلة أن يملك معطيه وهو الضامن ما دفع له بدله بحيث أمكن هذا لا يعدل عنه ولهذا كان ضمان معاوضة على أصلنا خلافا للشافعي رحمه الله حيث جعله ضمان اتلاف فاذا جعل

حتى صحت اقرار العبد المأذون له كاقراره بالبيع وغيره من المعاوضات وكذا الغاصب اذا أبق العبد المغصوب عنده وضمنه ثم عاد جازله أن يبيعه مرابحة على ماضمن من القيمة ولا يلزم من ذلك أن يبطل القضاء بالقيمة فيما اذا غصب ابريق ذهب فقضى عليه بالقيمة من الدراهم بعد ما كسر الابريق ثم افترقا قبل قبض القيمة لانا نقول الغصب ليس بموضوع لاثبات الملك وانما يثبت الملك ضرورة أن لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل فلا يظهر كونه معاوضة فيما عدا ذلك لان الثابت للضرورة يتقدر بقدرها فاذا كان الاصل ضمان معاوضة وأمكن ذلك فى التدبير لكونه قابلا للنقل من ملك الى ملك وقت التدبير لكونه قنا عند ذلك ولا يمكن ذلك فى الاعتاق لاجل التدبير لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك فلهذا يضمن المدبر ثم للمدبر أن يضمن المعتق ثلث قيمته مدبرا لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا والضمان يتقدر بقيمة المتلف وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا على ما قالوا ولا يضمنه قيمة ما ملكه من جهة الساكت لان ملكه فيه يثبت مستندا وهو ثابت من وجه دون وجه فلا يظهر فى حق التضمين وان ظهر فى حق الاستسعاء لقيامه مقام الساكت فى حقه ولان الساكت بنفسه لا يملك تضمين المعتق لما ذكرنا فكذا من قام مقامه ولو ضمن الساكت المدبر قبل أن يعتقه الآخر ثم أعتقه كان للمدبر أن يضمن المعتق ثلثى قيمته لان الاعتاق وجد بعد ما ملك المدبر نصيب الساكت والولاء بين المدبر والمعتق أثلاثا ثلثاه للمدبر وثلثه للمعتق لان العبد عتق عليهما على هذا المقدار لان المدبر كان له ثلث العبد نصيبه وحصل له الثلث بالضمان من جهة الساكت فتم له الثلثان وللمعتق الثلث الذى كان ملكه لا غير ولا يقال اذا كان المدبر يملك نصيب الساكت بالضمان وجب أن يملك المعتق نصيب المدبر بالضمان فوجب أن يكون له الثلثان من الولاء وللمدبر الثلث لانا نقول ضمان المعتق نصيب المدبر ضمان حيلولة لا ضمان معاوضة لان المدبر لا يقبل الانتقال من ملك الى ملك بسائر الاسباب فكذا بالضمان فلم يملكه بخلاف نصيب الساكت حيث يملكه المدبر بالضمان لان الملك فيه يستند الى وقت التعدى وهو وقت التدبير ونصيب الساكت فى ذلك الوقت يقبل الانتقال من ملك الى ملك فافترقا واذا لم يكن التدبير متجزئا عندهما صار كله مدبرا للذى دبره وصار متملكا نصيب شريكه بالقيمة

الضمان فيما هو عدوان ضمان معاوضة ففى العتق وشبهه من التدبير ونحوه أولى اه كمال (قوله جازله أن يبيعه مرابحة على ما ضمن من القيمة) والمرابحة مخصوصة بالمعاوضات المحضة اه فتح (قوله فاذا كان الاصل) أى فى الضمان اه (قوله ولا يمكن ذلك فى الاعتاق لاجل التدبير) لانه عند ذلك مكاتب أو حر على اختلاف الاصلين ولا بد من رضا المكاتب بفسخه حتى يقبل الانتقال فلهذا يضمن المدبر اه هداية (قوله لانه أفسد عليه نصيبه مدبرا) فان المدبر كان متمكنا قبل عتقه من استخدامه واجارته واعارته الى موته فامتنع بعتقه كل ذلك وهذا معنى الافساد عليه وانما أفسده مدبرا والمدبر مال متقوم حتى لو كان مدبرا لشريكين فأعتقه أحدهما وهو موسر ضمن نصيب الآخر مدبرا وان لم يتملكه بالضمان اه فتح (قوله وقيمة المدبر ثلثا قيمته قنا) فلو كانت قيمته قنا سبعة وعشرين دينارا ضمن له ستة دنانير لان ثلثيها وهى قيمة المدبر ثمانية عشر وثلثها وهو المضمون ستة اه فتح قال فى الكافى وقيمة المدبر ثلثا قيمته لو كان قنا لان منافع المملوك ثلاث الاستخدام والاسترباح بواسطة البيع وقضاء الدين بعد موت المولى وبالتدبير يفوت الاسترباح ويبقى الآخران وقيل نصف قيمته لو كان قنا لانه ينتفع بعين المملوك وببدله أى ثمنه وبقى الاول لا الثانى واليه مال الصدر الشهيد (٨١) وعليه الفتوى اه فقوله واليه مال الصدر الشهيد أى الى القول بكون قيمة المدبر نصف قيمته قنا مال الصدر الشهيد فيه مخالفة لما نقلته عن الكمال من كون الصدر الشهيد مال الى أن قيمته ثلثا قيمته قنا فليتأمل وكتب ما نصه وقيمة أم الولد قدر ثلث قيمتها أمة لان للمالك فى مملوكه ثلاث منافع الاستخدام والاسترباح بالبيع وقضاء ديونه من ماليته بعده فبالتدبير ينعدم أحد هذه المعانى وهو الاسترباح وتبقى منفعتان وبالاستيلاد تبقى واحدة وهى الاستخدام وتنعدم اثنتان فتوزع القيمة على ذلك كذا فى مبسوط شيخ الاسلام اه مستصفى لم يحرر لنا قيمة المكاتب اه اق (قوله على ما قالوا) وقال بعضهم قيمته لو كان قنا وقال بعضهم ينظر بكم يستخدم مدة عمره من حيث الحزر والظن وقال الفقيه أبو الليث قيمته نصف قيمته لو كان قنا اه قاضيخان وكتب ما نصه قال الكمال طريقته فى مثله الاشعار بالخلاف فقيل قيمته قنا وهو غير سديد لان القيم تتفاوت بتفاوت المنافع الممكنة وقيل نصف قيمته قنا لانه ينتفع بالمملوك بعينه وبدله وفات الثانى دون الاول وقيل تتقوم خدمته مدة عمره حزرا فيه فما بلغت فهى قيمته وقيل ثلثا قيمته قنا لان الانتفاع بالوطء والسعاية والبدل وانما زال الاخير فقط واليه مال الصدر الشهيد وعليه الفتوى الا أن الوجه يخص المدبرة دون المدبر وقيل يسئل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا بيع هذا فاتت المنفعة المذكورة كم يبلغ فما ذكر فهو قيمته وهذا حسن عندى وأما قيمة أم الولد فثلث قيمة القن لان البيع والاستسعاء قد انتفيا وبقى ملك الاستمتاع وقيل خدمتها مدة عمرها على الحزر كما تقدم والوجه أن يقال مدة عمر أحدهما من مولاها وقيل يسئل أهل الخبرة أن العلماء لو جوزوا هذا على ما ذكرنا وقيمة المكاتب نصف قيمة القن لانه حر يدا وبقيت الرقبة اه قوله وقيمة أم الولد الخ سيأتى متنا وشرحا أن أم الولد غير متقومة عند الامام خلافا لصاحبيه اه (قوله ولا يضمنه) أى المدبر المعتق اه (قوله لان ملكه فيه) أى فى ثلثه قنا اه (قوله ثلثاه للمدبر) بكسر الباء اه (قوله من جهة الساكت) أى وهو ثلثه قنا اه فتح

فلا يصح اعتاق الآخر لخروجه عن ملكه ولا يختلف هذا الضمان باليسار والاعسار لانه ضمان تملك بخلاف ضمان الاعتاق حيث يختلف بهما لانه ضمان افساد وكذا ضمان التدبير عند أبي حنيفة يختلف بهما لما ذكرنا فان قيل المضارب بالنصف اذا اشترى برأس المال وهو ألف عبدين وقيمة كل واحد منهما ألف فأعتقهما رب المال عتقا وضمن نصيب المضارب موسرا كان أو معسرا وهو ضمان اعتاق ومع هذا لا يختلف بهما قلنا هذا ضمان اعتاق هو افساد لا ضمان سراية الفساد لانهما حين أعتقهما ما أفسد كلا منهما بالاعتاق لكون كل واحد منهما مشغولا برأس المال ولا يظهر نصيب المضارب في واحد منهما بعينه ولهذا لو كانا ذوي رحم محرم منه لم يعتقا والاختلاف بين اليسار والاعسار في التضمين ورد على خلاف القياس في سراية الفساد فلا يلحق به الافساد ولا التملك ولا الاتلاف بغير العتق لانه ليس مثله قال رحمه الله (ولو قال الشريك هي أم ولدك وأنكر تخدمه يوما وتتوقف يوما) أي لو كانت جارية بين اثنين فزعم أحدهما أنها أم ولد صاحبه وأنكر الآخر ذلك فهي موقوفة يوما وتخدم المنكر يوما ولا سعاية عليها للمنكر ولا سبيل عليها للمقر وهذا عند أبي حنيفة وقالا ليس للمنكر أن يستخدمها وله أن يستسعيها في نصف قيمتها ثم تكون حرة ولا سبيل عليها وذكر في الاصل رجوع أبي يوسف الى قول أبي حنيفة لهما أنه لما لم يصدقه صاحبه انقلب اقراره عليه فصار كأنه استولدها المنكر أو أقر بالاستيلاد على نفسه كالمشتري اذا ادعى أن البائع كان أعتق العبد المبيع قبل البيع والبائع ينكر يجعل كأنه أعتقه المشتري حتى يحال بينهما ولا يسقط الثمن لانه لا يصدق في حق البائع ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعي الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا ليس له أن يستخدمها لانه تبرأ منه بدعوى انتقالها الى شريكه وليس للمنكر أن يستخدمها لانه لما أنكر نفذ على المقر فصار كأن المقر استولدها أو أقر بأنها استولدها وهو في ذلك لا يستخدمها فكذا هذا ولهذا لو شهد أحد الشريكين على شريكه بعتق العبد المشترك وأنكر الآخر ليس له أن يستخدمه فاذا بطل الاستخدام وصارت ماليتها محبوسة عندها على وجه لا يمكن تضمين الغير وجب عليها السعاية لانها هي التي تنتفع بذلك ثم تخرج الى الحرية وانما قلنا لا يمكن تضمين الغير لان المقر ينكر الاستيلاد من جهته فصارت كأم ولد النصراني اذا أسلمت فانها تسعى في قيمتها وتخرج الى الحرية لتعذر الاستخدام والاستدامة على ملكه ثم اذا أدت نصف قيمتها الى المنكر عتق كلها لان العتق لا يتجزأ عندهما ولابي حنيفة رحمه الله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب كان له نصف الخدمة فثبت ما هو المتيقن به وهو النصف ولا خدمة للمقر ولا استسعاء له عليها لانه يتبرأ عن ذلك بدعوى الاستيلاد من شريكه وبدعوى الضمان عليه

(قوله لانه ضمان تملك) فأشبه الاستيلاد اه هداية (قوله حيث يختلف بهما) والولاء كله للمدبر اه هداية (قوله لما ذكرنا) أي لما ذكرنا أنه ضمان افساد اه (قوله فهي موقوفة) قال الاتقاني والمراد من كونها موقوفة يوما أن ترفع عنها الخدمة يوما وأن لا يكون للمقر عليها سبيل اه (قوله وتخدم المنكر يوما) يعني ليس لهما غير ذلك اه (قوله ولا سبيل) يعني للمقر بالاستيلاد اه (قوله لهما أنه لما لم يصدقه الخ) قال الرازي لهما أن المقر لما لم يصدق على شريكه انقلب اقراره عليه كأنه استولدها ولا سعاية للمقر لانه يدعي ضمان التملك على شريكه دون السعاية وامتنعت الخدمة على المنكر لانه لما أنكر نفذ الاستيلاد على المقر فصار كأنه استولدها ولو استولدها لا يكون للمنكر الاستخدام فكذا هذا واذا لم يكن له ولاية الاستخدام وماليتها محبوسة عندهما على وجه لا يمكن تضمين المقر لانكاره الاستيلاد من نفسه فيجب عليها السعاية ولابي حنيفة أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر ولو كذب فله نصفها وكان النصف ثابتا بيقين فأثبتناه فكان له أن يستخدمها يوما وتكون موقوفة يوما لان كل واحد منهما مقر بأنه لا حق له في استخدامها في ذلك اليوم أما المقر فلانه أقر بأنها أم ولد الغير وأما المنكر فلانه استوفى حقه ولا سعاية عليها لان السعاية للاستخراج عن الرق عند تعذر استدامة الرق فيها ولم يوجد هنا لان المقر يزعم أنها أم ولد صاحبه فله أن يستديم الملك فيها الى ثبوته والمنكر يزعم أنها قنة مشتركة بينهما اه (قوله أن المقر لو صدق كانت الخدمة كلها للمنكر) لانها أم ولده اه اتقاني (قوله ولو كذب كان له نصف الخدمة) لانها قنة بينهما اه اتقاني (قوله ولا خدمة للمقر ولا استسعاء له عليها) يعني عند أبي حنيفة وكذا هو أيضا قولهما كما تقدم في بيان قولهما حيث قال الشارح ولا سعاية عليها للمقر لانه يدعي الضمان على شريكه بدعوى التملك عليه دون السعاية وكذا ليس له أن يستخدمها الخ فالحاصل أنهم اتفقوا على أن المقر لا يستسعيها ولا يستخدمها واختلفوا في المنكر فقال أبو حنيفة له الخدمة دون الاستسعاء وقالا له الاستسعاء دون الخدمة والله الموفق اه لـ قال الكمال رحمه الله وفي اختلاف في باب محمد أن نفقتها في كسبها فان لم يكن لها كسب فنفقتها على المنكر ولم يذكر خلافا في النفقة وقال غيره نصف كسبها للمنكر ونصفه موقوف ونفقتها من كسبها فان لم يكن كسب فنصف نفقتها على المنكر لان نصف الجارية للمنكر وهذا اللائق بقول أبي حنيفة رحمه الله وينبغي على قول محمد أن لا نفقة لها عليه أصلا لانه لا خدمة له عليها ولا احتباس وأما جنايتها فتسعى فيها على قول محمد كالمكاتب وتأخذ الجناية عليها لتستعين بها وعلى قول أبي حنيفة جنايتها موقوفة الى تصديق أحدهما صاحبه اه (قوله لانه يتبرأ عن ذلك) أي عن الخدمة والاستسعاء اه

ولايمكن أن يجعل المقر كالمستولد لان الاقرار بأمومية الولد يتضمن الاقرار بالنسب وذلك لا يرتد بالرد فكذا هذا فيكون اقراره باقيا على حاله ولا سعاية عليها للمنكر أيضا لان استدامة ملكه ممكن بأن تخدمه يوما ويوما لا ولا يصار الى السعاية الا عند تعذر الاستدامة بخلاف أم ولد النصرانى اذا أسلمت لانه لايمكن استدامة الملك فيها فتعينت السعاية وبخلاف ما اذا شهد أحد الشريكين على صاحبه بعتق المشترك لانا لم نتيقن للمنكر بشئ من الخدمة فلم يمكن استدامته على ملكه فوجبت السعاية عليه للتعذر ولو مات المنكر عتقت لاقرار المقر أنها كانت أم ولد له ثم تسعى فى نصف قيمتها لورثة المنكر ولو جنت أوجنى عليها كان النصف موقوفا عند أبى حنيفة والنصف على الجاحد وعند محمد يلزمها الاقل من قيمتها ومن أرش الجناية كالمكاتبة وقال أبو يوسف النصف على المنكر وأدت النصف لانه فى مال سيدها وكسبها ماله قال رحمه الله (ومالام ولد تقوم) أى ليس لها قيمة وقالا لها قيمة لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما فتكون متقومة كالمدبر ولهذا لو قال كل مملوك لى حر تدخل أم الولد فيه واستباحة الوطء دليل الملك لانه لا يحل الا بالنكاح أو بملك اليمين والاول منتف فتعين الثانى وبقاء الملك آية بقاء المالية والتقوم اذ المملوكية فى الآدمى ليست غير المالية والتقوم وحق الحرية لا ينافى التقوم كالمدبر ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصرانى تسعى وهى آية التقوم ولابى حنيفة قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وقضيته الحرية وزوال التقوم لكنه تقاعد عن افادة الحرية لمعارض وهو قوله عليه الصلاة والسلام أيما أمة ولدت من سيدها فهى معتقة عن دبر منه أو قال من بعده رواه أحمد ولا معارض له فى زوال التقوم فيثبت ولان التقوم لا يثبت الا بالاحراز على قصد التمول ولم يوجد فلا يتقوم وهذا لان الآدمى ليس بمال متقوم فى الاصل لانه خلق ليملك لا ليصير مالا مملوكا ولكن متى أحرز على قصد التمول صار مالا متقوما ويثبت به ملك المتعة تبعا فاذا حصنها واستولدها ظهر أن احرازها كان لملك المتعة والنسب لا للتمول فكانت محرزة احراز المنكوحات فلا تتقوم وملك المتعة ينفصل عن التقوم كالمنكوحة ولهذا لم تبع فى دين المولى ولان سبب الحرية فيها قد تحقق فى الحال لان اضافة الولد على الكمال آية اتحاد النفسين فصارت كنفسه والى هذا أشار عمر بقوله وكيف تبيعوهن وقد اختلطت لحومهن بلحومكم ودماؤهن بدمائكم الا أنه لم يظهر

(قوله وذلك لا يرتد بالرد) فلا يمكن أن يجعل المقر كالمستولد بنفسه حكما نعم يوجب ذلك أن يؤاخذ باقراره فيمتنع استخدامه وامتسعاؤه وقد قلنا ذلك ولا يسرى قوله فى حق شريكه فيبقى حقه على ما كان وعتق العبد لو اشتراه من هذا الاقرار على نفسه لامن الانقلاب وحاصله منع الانقلاب والجواب عما استدل به عليه اه فتح (قوله ولا سعاية عليها للمنكر) لان المقران كان صادقا كان كلها أم ولد ولا سعاية على أم الولد وان كان كاذبا فهى قنة بينهما فلا سعاية عليها بحال اه اتقانى (قوله لانا لم نتيقن للمنكر بشئ من الخدمة) لانه ان كان صادقا فلا خدمة له وان كان كاذبا فله نصف الخدمة فنصف الخدمة ثابت له على تقدير فلم يتيقن بها اه (قوله لانها مملوكة محرزة منتفع بها وطأ واجارة واستخداما) أى وكذا يملك كسبها انتهى فتح (قوله وحق الحرية لا ينافى التقوم) اذ هو عبارة عن استحقاق لا يرد عليه الابطال بالبيع ولا تنافى بينه وبين التقوم انتهى كافى (قوله ولهذا اذا أسلمت أم ولد النصرانى تسعى وهى آية التقوم) قال الكمال ولو قال كل مملوك لى حر عتقت وهذا هو دلالة التقوم والفائت ليس الا مكنة البيع وهو لا ينفى التقوم كما فى المدبر والآبق وامتناع سعايتها لغرماء المولى أو لورثته اذا لم يكن له مال سواها مثلا لانها مصروفة الى حاجته كى يضيع نسبه وماؤه وهذا مانع يخصهم الا يوجد فى المدبر فلذا افترقا فى السعاية وعدمها وهذا أى الانتفاع المطلق شرعا على هذه الوجوه دلالة التقوم لان هذه الافعال لا تكون الا بملك اليمين فيها لعدم عقد النكاح والاجارة ولا زيادة بعد هذا الا ثبوت حق الحرية ولا تنافى بين حق الحرية والتقوم ألا ترى أن أم ولد النصرانى اذا أسلمت سعت له وهذا آية التقوم فى أم الولد مطلقا لانه لا قائل بالفصل بين أم ولد المسلم وبين أم ولد النصرانى فاذا ثبت التقوم فى احداهما ثبت فى الاخرى وكذا ولد المغرور اذا كانت أمه أم ولد فان المغرور يضمن قيمة ولده منها عندهما انتهى وقوله وهى آية التقوم قال فى الهداية غير أن قيمتها ثلث قيمتها قنة على ما قالوا قال الكمال لفوات منفعتين منفعة البيع والسعاية بعد الموت والباقى منفعة من ثلاث فحصتها ثلث القيمة بخلاف المدبر فان الفائت منفعة البيع فقط لانه يسعى بعد الموت اذا لم يخرج من الثلث بعد قضاء الدين ويستخدم فكانت قيمته ثلثى قيمته قنا وقوله على ما قالوا يفيد الخلاف وقد كتبناه فى الكلام على قيمة المدبر انتهى (قوله ولابى حنيفة) قال الكمال الحاصل أن ما ذكر من اللوازم انما هى لوازم الملك بعضها أعم منه تثبت مع غيره كالوطء والاستخدام والاجارة فان الوطء يثبت ولا ملك له فى المنكوحة والاستخدام والاجارة بالاجارة واللازم الخاص هو ملك الكسب ولا كلام فى ملك الرقبة انما الكلام فى التقوم والمالية والتقوم يثبت بالاحراز على قصد التمول حتى لا يكون العبد قبل الاحراز مالا متقوما الا بالملك وان ثبت معه والآدمى وان صار مالا بعد أن لم يكن فى الاصل مالا لانه خلق لان يكون مالكا للمال ولكن ذلك اذا أحرز للتمول وأم الولد اذا أحرزها واستولدها كان احرازه لها للنسب لا للتمول وان كان أول تملكها كان للتمول لكن عند ما استولدها تحول صفتها عن المالية الى ملك مجرد عنها فصارت محرزة لما ذكرنا انتهى (قوله لكنه تقاعد عن افادة الحرية اجماعا) ولا اجماع فى زوال التقوم فيثبت انتهى كافى (قوله فكانت محرزة احراز المنكوحات) أى لا احراز المملوكات فصار كأن الاحراز لم يوجد أصلا فى المالية انتهى كافى

(قوله والنصرانى يعتقد تقومها) أى وجواز بيعها انتهى (قوله دفعا للضرر عنهما) لان فى ابقائها فى ملك الكافر اضرارا بها وابطال حق النصرانى مجانا اضرار به انتهى (قوله يعنى اذا كانت أم ولد بين شريكين) أى بأن ادعى كل منهما أنها أم ولد له انتهى فتح (قوله فاعتقها أحدهما) أى وهو موسر انتهى هداية (قوله وقالا يضمن) أى نصف قيمتها انتهى هداية (قوله ان كان موسرا) وان كان معسرا سعت للساكت فيه انتهى كمال (قوله وعندهما يضمن) أى يضمن عندهما الشريك نصف قيمة الولد انتهى (قوله ويسعى له) أى للشريك انتهى (قوله لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب) وكالو قتلها حيث يضمن بالاتفاق انتهى فتح (قوله فى المتن له أعبد الخ) قال الكمال هذا أيضا من عتق البعض غير أن الاول بعض الواحد وهذا الكلام فى بعض المتعدد فنزل الاول من هذا منزلة الجزء وهو مقدم على الكل لان الاول فى عتق بعض ما هو بعض لهذا وهو الواحد انتهى (قوله فقال أحدكما حر) وذلك فى حال الصحة انتهى اتقانى وقوله فقال أحدكما حر الخ فما دام حيا يؤمر بالبيان انتهى فالمسئلة على ثلاثة أوجه أحدها ان يبين العتق قبل الموت والثانى أن يموت المولى قبل بيانه وهى مسئلة الكتاب والثالث أن يموت العبد قبل البيان وحكم هذا القول اذا وقع منه أن يؤمر المولى بالبيان وللعبد مخاصمته فى ذلك فاذا بين العتق فى الثابت وهو العبد لم يخرج بالكلام الاول عتق وبطل الكلام الثانى لانه حينئذ جمع بين حر وعبد وقال أحدكما حر انشاء فى المبهم الدائر بينهما ولا يمكن ذلك الا اذا كان كل منهما محلا لحكمه والحر ليس كذلك فبطل انشاؤه وصار أحدهما حرا وهو الثابت فلا يفيد فى الخارج عتقا انتهى (قوله وهو الذى يسمى ثابتا ثلاثة أرباعه الخ) قال الكمال رحمه الله واستشكل قولهما يعتق النصف وثلاثة أرباع مع قولهما بعدم تجزى الاعتاق والجواب أن قولهما بعدم تجزيه اذا وقع فى محل معلوم أما اذا كان انما هو الحكم بثبوته بالضرورة وهى مقتضية لانقسامه انقسم ضرورة والحاصل عدم التجزى عند الامكان والانقسام هنا ضرورى ورده بعض الطلبة بمنع ضرورة الانقسام لان الواقع أن كل من عتق منه البعض الذى ذكر لا يقر فى الرق بل يسعى فى باقيه حتى يخلص كله حرا فيمكن أن نقول يعتق جميع كل واحد ويسعى فى ذلك القدر انتهى ما

عمل هذا السبب فى الحال فى افادة حقيقة العتق ضرورة الحاجة الى الانتفاع بها اذ قصده استفراشها الى الممات فيظهر فى حق سقوط التقوم فاذا مات استغنى عنها فظهرت حقيقة الحرية وقبله الحاجة باقية فلم يظهر بخلاف المدبر لان الاصل فيه أن ينعقد السبب بعد الموت اذ التعليقات ليست بأسباب فى الحال وانما تصير أسبابا عند الشرط وانما قضينا بانعقاد السبب فى الحال ضرورة على ما نذكره فى موضعه ان شاء الله تعالى فظهر أثر الانعقاد فى حرمة البيع خاصة والنصرانى يعتقد تقومها وقد أمرنا بتركه وما يدين كبيع الخمر والخنزير ولانا حكمنا بتكاتبها عليه دفعا للضرر عنهما ووجوب بدل الكتابة لا يحتاج فيه الى التقوم قال رحمه الله (فلا يضمن أحد الشريكين باعتاقها) يعنى اذا كانت أم ولد بين شريكين فاعتقها أحدهما عتقت ولا يضمن المعتق للساكت شيأ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن اذا كان موسرا وهذا ينبنى على أنها متقومة أم لا وقد بينا المذهبين وينبنى على هذا الاصل عدة مسائل منها اذا غصبها غاصب فهلكت عنده لا يضمن عنده وعندهما يضمن ومنها اذا مات أحدهما يعتق ولا يسعى للحى فى شئ عنده وعندهما يسعى فى نصف قيمتها له ومنها اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وصارت كلها له ولم يضمن لشريكه شيأ ومنها اذا باع جارية فجاءت بولد عند المشترى لاقل من ستة أشهر فماتت الجارية وادعى البائع أن الولد ابنه ثبت نسبه منه ويأخذ الولد ويرد الثمن كله عنده وعندهما يرد حصة الولد ولا يرد حصة الام وذكر فى الكافى والنهاية أن أم الولد اذا جاءت بولد فادعاه أحدهما ثبت نسبه منه وعتق ولم يضمن لشريكه قيمة الولد عنده لان ولد أم الولد كأمه فلا يكون متقوما عنده وعندهما يضمن ان كان موسرا ويسعى له الولد ان كان معسرا وفيه نظر فان النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق فلم يتعلق شئ منه على ملك الشريك وهكذا ذكره صاحب الهداية فى باب الاستيلاد فى القنة فضلا أن تكون أم ولد قبله حتى قال لا تغرم قيمة ولدها وكذا ذكر غيره ولم يذكروا فيه خلافا فكيف يتصور أن يكون سقوط الضمان لاجل أنه كأمه عنده وعندهما يضمن وهو حر الاصل ولو كان مكان الدعوى اعتاق كان مستقيما وذكر محمد فى الرقيات أن أم الولد تضمن بالغصب عند أبى حنيفة رحمه الله على نحو ما يضمن به الصبى الحر حتى لو ماتت حتف أنفها لم يضمن ولو قربها الى مسبعة فافترسها السبع يضمن لان هذا ضمان جناية لا ضمان غصب ولهذا يضمن الصبى الحر مثله قال رحمه الله (له أعبد قال لاثنين أحدكما حر فخرج واحد ودخل آخر وكرر ومات بلا بيان عتق ثلاثة أرباع الثابت ونصف كل من الآخرين) أى رجل له ثلاثة أعبد قد دخل عليه اثنان فقال أحدكما حر فخرج أحدهما ودخل آخر فقال أحدكما حر فمات المولى قبل أن يبين عتق من الذى أعيد عليه القول وهو الذى يسمى ثابتا ثلاثة أرباعه ونصف كل واحد من الآخرين وهو الخارج والداخل وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد هو كذلك الا فى الداخل فانه يعتق ربعه أما الخارج فلان الايجاب الاول أوجب عتق رقبة وهو دائر بين الثابت والخارج فليس أحدهما أولى به من الآخر فيتنصف بينهما والايجاب الثانى كذلك وهو دائر بين الثابت والداخل فكان بينهما نصفين غير أن الثابت استفاد بالايجاب الاول نصفا فكان

(قوله فما أصاب المستحق) أي النصف المعتق بالايجاب الاول انتهى (قوله وما أصاب الفارغ) أي من العتق انتهى (قوله فحصل له الربع) فان قيل يجب أن يتعين النصف الفارغ تصحيحا للتصرف كما في مسئلة الصرف وغيره قلنا انما يكون كذلك أن لو ثبت قصدا أما اذا ثبت ضمنا فلا انتهى كافي (قوله ولانه لو أريد بالثاني) أي بالايجاب الثاني انتهى (قوله وان أريد الداخل فلا يعتق) فاذن يعتق من الثابت نصفه الباقي في حال دون حال انتهى (قوله فمحمد يقول ان الايجاب الثاني دائر) أي بين الثابت والداخل وقد أصاب منه الربع الثابت بالاتفاق فينبغي أن نصيب الداخل كذلك ولان الايجاب الثاني دائر انتهى اتقاني بعضه بالمعنى (قوله وان أريد به) أي بالايجاب الاول انتهى (قوله لكونه دائرا بين الحر والعبد) لانه يصير كانه قال لعبده ولحر أحدكما حر فيلغو انتهى (قوله ولهما أن الكلام الثاني صحيح)

ما أصابه بالايجاب الثاني وهو النصف شائعا في نصفيه فما أصاب المستحق باه وّل لغا وما أصاب الفارغ ثبت فحصل له الربع فتم له ثلاثة الارباع ولانه لو أريد بالثاني هو يعتق نصفه وان أريد الداخل فلا يعتق فيتنصف فحصل له الربع بالثاني و بالاول النصف وأما الداخل فمحمد يقول ان الايجاب الثاني دائر بين الصحة وعدمها لانه لو أريد بالايجاب الاول الخارج صح الايجاب الثاني لكونه دائرا بين العبدين فأوجب عتق رقبة وان أريد به الثابت بطل الايجاب الثاني لكونه دائرا بين الحر والعبد فدار بين أن يوجب وأن لا يوجب فيتنصف فيعتق نصف رقبة بينهما نصفان فيصيب كل واحد منهما الربع فصار كما لو كان تحته ثلاث نسوة ولم يدخل بهن فقال للثنتين منهن احدا كما طالق فخرجت واحدة منهما ودخلت الاخرى فقال احدا كما طالق ثم مات قبل البيان سقط من مهر الخارجة ربعه ومن مهر الثابتة ثلاثة أثمانه ومن مهر الداخلة ثمنه والثمن في الطلاق كالربع في العتاق لان كل الساقط فيه النصف كما أن كل الواجب هنالك الرقبة ولهما أن الكلام الثاني صحيح في حق الداخل من كل وجه لان الكلام الاول تناول المبهم منهما فصار بمنزلة المعلق بالبيان في حق غيرهما ولهذا لو جنى عليهما بأن قطع واحد أيديهما أوجب عليه أرش العبيد واذا صح الكلام الثاني في حق الداخل كان الكلام الثاني في حقه بمنزلة الاول في حق الخارج فيعتق نصفه وانما يعتق من الثابت ربعه بالكلام الثاني لان الكلام الاول تنجيز في حقه حتى تثبت له المطالبة بالبيان ويتعين للعتق اذا زالت المزاحمة بالموت أو بالاخراج عن الملك ويشيع العتق فيهما اذا مات المولى قبل البيان لان قوله أحدكما حر نكرة من وجه دون وجه فاعتبر العتق واقعا في حقهما ولم يعتبر تعليقا فاذا كان كذلك فان أريد بالاول الخارج صح الكلام الثاني وان أريد به الثابت لم يصح فتردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه في حقه فيتنصف فيعتق ربعه وأما مسئلة الطلاق فقيل هو قول محمد وأما على قولهما فلها ثلاثة أرباع مهرها ويسقط الربع ولئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الكلام الاول انما يعتبر تعليقا في حق الداخل في حق حكم يقبل التعليق وأما في حق حكم لا يحتمل التعليق يكون تنجيزا في حقه أيضا فالبراءة من المهر لا تقبل التعليق فيكون تنجيزا بالنسبة اليه فيثبت التردد في الكلام الثاني بين الصحة وعدمه في حقه فيتنصف بخلاف العتق فانه يقبل التعليق فلا يكون الكلام الثاني مترددا في حقه فيثبت كله أو يقول هو معتق البعض ومعتق البعض عند أبي حنيفة رحمه الله مكاتب فلا يمنع صحة الكلام الثاني ووافقه أبو يوسف فيه هنا لكونه غير معين ولهذا يسعى عندهما أيضا بخلاف الطلاق لانه يقع بجزء منه فيتردد الكلام الثاني بين الصحة وعدمه فيصح اذا أريد بالاول الخارجة والا فلا فيبرأ عن نصف النصف فيوزع عليهما قال رحمه الله (ولو في المرض قسم الثلث على هذا) يعني لو كان هذا القول منه في المرض قسم الثلث على قدر ما يصيبهم من سهام العتق لان العتق في المرض وصية ولا مزيد لها على الثلث فترد الى الثلث فيقسم بينهم على قدر سهامهم وشرح ذلك أنك تنظر الى مخرج أقل جزء من

قال الاتقاني رحمه الله ووجه قولهما أن الايجاب الثاني لو أريد به الداخل عتق ولو أريد به الثابت يعتق الباقي منه ولا يعتق الداخل فاذن عتق الداخل في حال دون حال فينصف العتق بينهما فيعتق نصف الداخل وكان ينبغي أن يعتق النصف الباقي من الثابت أيضا الا أن النصف الذي أصابه شاع في نصفيه فما أصاب النصف المعتق لغا وما أصاب النصف الباقي صح فيتنصف النصف ونصف النصف الربع (قوله اذا زالت المزاحمة بالموت) أي بموت الخارج انتهى (قوله في المتن ولو في المرض قسم الثلث على هذا) أي سهام العتق وهي سبعة انتهى (قوله يعني لو كان هذا القول منه في المرض الخ) فان كان له مال يخرج قدر العتق من الثلث أو لم يكن وأجازت الورثة فالجواب ما ذكرنا وان لم يكن له مال كذلك ولم تجز الورثة انتهى رازي (قوله فيقسم بينهم على قدر سهامهم) أي فنقول حق الخارج في النصف وحق الثابت في ثلاثة الارباع وحق الداخل عندهما في النصف أيضا فنحتاج الى مخرج له نصف وربع وأقله أربعة فحق الخارج في سهمين وحق الثابت في ثلاثة وحق الداخل في سهمين فبلغت سهام العتق سبعة فنجعل ثلث المال سبعة فاذا صار ثلث المال سبعة صار ثلثا المال أربعة عشر وهي سهام السعاية وسهام العتق سبعة و يصير كل عبد سبعة فيعتق من الخارج سهمان ويسعى في خمسة ويعتق من الداخل سهمان ويسعى في خمسة ويعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في أربعة فبلغت سهام الوصايا سبعة وسهام السعاية أربعة عشر فاستقام الثلث والثلثان وعند محمد حق الداخل في سهم فكان سهام الوصايا ستة وكل رقبة ستة وسهام السعاية اثنى عشر فيعتق من الثابت ثلاثة ويسعى في ثلاثة ومن الخارج سهمان ويسعى في أربعة ومن الداخل سهم ويسعى في خمسة انتهى رازي

سهامهم وهو الربع وذلك أربعة فللثابت ثلاثة أجزاء منها ولكل واحد من الآخرين جزآن فبلغ سهام العتق سبعة فيقسم الثلث عليها فيسقط عن كل واحد منهم من السعاية قدر ما أصاب سهمه مثاله لو كان كل واحد منهم قيمته سبعمائة درهم وليس له مال غيرهم كان جميع ماله ألفين ومائة وثلثه سبعمائة فاذا قسمت الثلث على سبعة أصاب كل واحد مائة فمن كان له سهمان سقط عنه ما أصابهما وهو مائتان وهو الداخل والخارج ومن كان له ثلاثة أسهم سقط عنه ثلثمائة قدر ما أصاب سهامه ويسعى كل واحد منهم فيما بقي من قيمته فيسعى الخارج في خمسمائة وكذا الداخل والثابت يسعى في أربعمائة وعند محمد يجعل الثلث أسداسا لاجل أن الداخل لا يستحق سوى الربع عنده فنقص سهمه لذلك وباقي العمل ماذكرناه هذا اذا مات قبل البيان وان كان المولى بالحياة أجبر على البيان فحاصله أن هذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يموت المولى والثاني أن تموت العبيد والثالث أن يكونوا بالحياة فالاول قد ذكرنا حكمه والثاني نذكره فيما بعد والثالث حكمه أن يجبر المولى على البيان مادام حيا لانه هو المبهم فان بدأ ببيان الكلام الاول فقال عنيت به الخارج عتق وصح الكلام الثاني لانه بقي دائرا بين العبدين فيؤمر ببيانه وان قال عنيت به الثابت عتق وبطل الايجاب الثاني لانه دائر بين حر وعبد فيكون مخبرا صادقا في قوله أحدكما حر فان قيل العتق المبهم متعلق بشرط البيان ولهذا كان للبيان حكم الانشاء حتى كان له استخدامهما قبله وحتى اعتبرت العدة من ذلك الوقت لو كان الابهام في الطلاق فلا يكون دائرا بين الحر والعبد قلنا العتق المبهم وان كان معلقا بشرط البيان انشاء من وجه اظهار من وجه لان قوله أحدكما لا يتناول المعين وبعد البيان يصير واقعا في المعين فكان البيان انشاء من هذا الوجه ومن حيث انه يجبر على البيان اذا خاصمه العبيد كان اظهارا لانه لا يجبر على الانشاء فبالنظر الى كونه انشاء صح الكلام الثاني وعتق به الداخل وبالنظر الى كونه اظهارا لا يصح الايجاب الثاني فلا يعتق والعتق في الداخل غير ثابت فلا يثبت بالشك وان بدأ ببيان الكلام الثاني فان قال عنيت به الداخل عتق ويؤمر ببيان الكلام الاول فيعتق من يبينه فيه فان قيل ينبغي أن لا يعتق الداخل لاحتمال أن يبين الكلام الاول في الثابت فيكون الكلام الثاني دائرا بين الحر والعبد فيكون باطلا قلنا الكلام الاول مبهم اذا لم يصادف المعين منهما فهو كالمعلق بالبيان على ما يتناول لم يتصل بالمحل فكان الكلام الثاني صحيحا لكونه دائرا بين العبدين فاذا صح الكلام الثاني صح بيانه في أحدهما أيضا لكونه رقيقا وقت البيان وان بين الاول بعد ذلك في الثابت بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا بدأ ببيان الكلام الاول فبينه في الثابت حيث يبطل الكلام الثاني لانه دائر الساعة بين الحر والعبد والكلام الاول تنجيز من وجه على ما بينا فيرجح جانبه لقيام الحرية في الحال وفي الاولى يرجح جانب التعليق لكونه رقيقا وقت البيان وان قال عنيت بالكلام الثاني الثابت عتق به وعتق الخارج بالكلام الاول وهذا ظاهر قال رحمه الله (والبيع والموت والتحرير والتدبير بيان في العتق المبهم) أي اذا أعتق أحد عبديه غير معين ثم باع أحدهما أو مات أو أعتقه أو دبره تعين الآخر للعتق وصار بيانا لان هذا الكلام أوجب عتقا مترددا بينهما عند قيام المحلية فكانا فيه سواء فاذا فاتت المحلية تعين الآخر للعتق من غير تعيين لزوال المزاحم أما في الموت فظاهر وكذا في البيع والهبة لانه لم يبق قابلا للاعتاق من جهته وكذا في الاعتاق لان المعتق لا يعتق وكذا في التدبير لانه صار حرا من وجه فلم يبق قابلا للاعتاق من كل وجه وهو الواجب به فلم يبق محلا له ولا يقال يرد على هذا ما اذا قال لغلامين أحدهما ابني أو قال لجاريتين له احداهما أم ولدي ففاتت احداهما لا يتعين الباقي للعتق ولا للاستيلاد لانا نقول انه اخبار عن أمر كائن والاخبار يصح في الحي والميت بخلاف البيان لانه في حكم الانشاء فلا يصح الا في المحل وهو الحي فان قيل لو اشترى أحد العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا وشرط الخيار لنفسه ثم مات أحدهما تعين البيع في الهالك وهنا تعين العتق في الحي قلنا قال علي القمي لا فرق بينهما فان الهالك يهلك على ملكه في الفصلين لان الهالك في البيع داخل في ملكه حين أشرف على الهلاك لتعذر رده كالقبض

(قوله أو دبره) بأن قال لاحدهما أنت حر بعد موتي عتق الآخر انتهى (قوله وكذا في التدبير) قال الحاكم الشهيد في الكافي لو قال لعبديه أحدكما حر ثم مات أحدهما أو قتل أو باعه أو دبره عتق الباقي اعلم انه اذا قال لعبديه أحدكما حر أو قال هذا حر أو هذا أو سماهما فقال سالم حر أو مبارك يؤمر بالبيان لانه المجمل فيصرف العتق الى أيهما شاء ثم البيان يثبت صريحا أو دلالة فالاول كقوله اخترت أن يكون هذا حرا باللفظ الذي قلت أو يقول أنت حر بذلك العتق أو يقول أعتقتك بالعتق السابق والثاني كما اذا باع أحدهما مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين أو باع بيعا فاسدا وقبضه المشتري على ماذكره في شرح الطحاوي وتحفة الفقهاء أو لم يقبضه على ما ذكره في الفتاوى الولوالجي أو كاتب أو دبر أو رهن أو آجر فانه يكون بيانا في هذا كله ولو استخدم أحدهما أو قطع يد أحدهما أو جنى على أحدهما لا يكون بيانا في قولهم كذا في شرح الطحاوي وان أعتق أحدهما عتقا مستأنفا يعتقان جميعا هذا باعتاقه وذاك باللفظ السابق وان قال عنيت به العتق باللفظ السابق صدق في القضاء كذا في شرح الطحاوي (قوله لانا نقول انه اخبار) أي بصيغته انتهى اتقاني

والكتابة

والكتابة وتعليق عتق أحدهما بالشرط كالتدبير والرهن والايصاء والاجارة والتزويج والعرض على البيع كالبيع لان هذه التصرفات لا تصح الا في الملك فصار اقدامه عليها بيانا منه أنه مملوك له ومن ضرورته تعين الآخر للعتق ولا يقال الاجارة لا تختص بالملك لجواز اجارة الحر لانا نقول الاستبدال باجارة الاعيان على وجه يستحق الاجر لا يكون الا بالملك فيكون تعيينا دلالة وهكذا نقول في الانكاح وقال في الكافي ذكر التسليم في الهبة والصدقة في الهداية وقع اتفاقا يعني لا يحتاج اليه لان الاقدام عليه دليل على ابقائه لان هذا تصرف لا يصح الا في الملك فلا تتوقف دلالته على القبض ولهذا سوى في البيع بين المطلق وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد ولم يشترط القبض في الفاسد منه وان كان لا يفيد الحكم الا به وروى عن أبي يوسف أن العرض على البيع كالبيع والمعنى ماذكرنا ثم لا فرق في هذا بين أن يكون العتق المبهم مطلقا أو معلقا حتى تكون هذه التصرفات بيانا فيهما حتى اذا قال لعبديه اذا جاء غد فأحدكما حر فتصرف في أحدهما شيأ من هذه التصرفات ثم جاء الغد عتق الآخر لما بينا وكذا اذا استولد احداهما تعينت الاخرى للحرية لماذكرنا في التدبير قال رحمه الله (لا الوطء) أي لا يكون وطء احدى الامتين في العتق المبهم بيانا حتى لا تعتق الاخرى وهو قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا تعتق لان الوطء لا يحل الا في الملك فصار الاقدام عليه دليل الاستبقاء فصار كما لو علقت منه وكما اذا وطئ احدى المرأتين في الطلاق المبهم وله أن الملك ثابت فيهما ولهذا كان له أن يستخدمهما وكان له الارش اذا جني عليهما والمهر اذا وطئتا بشبهة وهذا لان العتق المبهم معلق بالبيان والمعلق بالشرط لا ينزل قبله فصار كما لو قال ان دخلت الدار فأنت حرة أو أحدا كما حرة فوطئهما أو وطئ احداهما قبل دخول الدار وهذا لان وطء الامة لقضاء الشهوة لا لطلب الولد فلا يراد به الاستبقاء فصار كالاستخدام بخلاف ما اذا باع احدى أمتيه على أنه بالخيار ثم وطئ احداهما أو اشترى كذلك ثم وطئ احداهما حيث يتعين البيع في الاولى غير الموطوءة وفي الثانية الموطوأة حتى لا يكون للبائع أن يعين البيع في الموطوءة ولا للمشترى في غيرها لانه يؤدي الى أنه وطئ ملك غيره لان الملك فيه يستند الى وقت العقد فتبين أنه وطئ ملك غيره وبخلاف وطء احدى الزوجتين لان المقصود منه الولد فيكون دليلا على الاستبقاء ثم يقال الاعتاق غير نازل في المحل قبل البيان لتعلقه به ولهذا احل وطؤهما عنده ولكنه لا يفتى به للاحتياط في باب الحرمات أو يقال هو نازل في المنكرة فيظهر في حق حكم يقبله كالبيع فان المنكر يقبله بان اشترى أحد المعينين على أنه بالخيار أن يأخذ أيهما شاء والمنكرة لا تقبل الوطء لان الوطء فعل حسي فلا يتصور وقوعه في غير المعين فلا يعمل العتق المبهم في المعينة أو نقول ان حل الوطء ينبني على ملك المتعة والعتق محله ملك الرقبة فلم يتحد محلهما فلا تتحقق المنافاة لان من شرط المنافاة اتحاد المحل قال رحمه الله (وهو والموت بيان في الطلاق المبهم) أي الوطء والموت يكونان بيانا في الطلاق المبهم وقد بينا المعنى فيه والفرق بين الطلاق والعتق في الوطء قال رحمه الله (ولو قال ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة فولدت ذكرا وأنثى ولم يدر الاول رق الذكر وعتق نصف الام والانثى) أي رجل قال لامته ان كان أول ولد تلدينه ذكرا فأنت حرة الى آخره وهذه المسئلة على وجوه أحدها أن يوجد التصادق بعدم العلم وجوابه

(قوله ولهذا استوى) كذا بخط الشارح انتهى وعبارة الكافي سوى (قوله وبين ما فيه الخيار لاحدهما وبين الصحيح والفاسد) قال في الهداية ولا فرق بين الصحيح والفاسد مع القبض وبدونه والمطلق وبشرط الخيار لاحد المتعاقدين لاطلاق جواب الكتاب اه قال الاتقاني أراد بالكتاب الجامع الصغير فان اطلاقه يدل عليه لانه قال باع أحدهما ولم يقيده انتهى قال الكمال والبيان يقع صريحا ثم قال ودلالة كما اذا باع مطلقا أو بشرط الخيار لاحد المتبايعين بيعا صحيحا أو فاسدا مع القبض ودونه في الصحيح لان البيان يقع بتصرف مختص بالملك سواء كان مخرجا له عن الملك كالوبخز عتق أحدهما أو باعه أولا ولذا عتق الآخر بالمساومة في صاحبه وهذا لان ذلك يدل على قصده استبقاء ملكه في الذى تصرف فيه فيقع بيانا لعتق الآخر وحكما كما اذا مات أحدهما فانه يعتق الآخر وليس بيانا من المتكلم لانه ليس اختيارا ولان البيان انشاء من وجه ولا انشاء في الآخر بموت قرينه لان الانشاء صفة اللفظ بل لزم من طريق الحكم ذلك بسبب فوات محلية الذى مات لنزول العتق فيه ولا بد من عتق أحدهما فلزم لذلك عتق الحي انتهى (قوله وروى عن أبي يوسف الخ) قال في شرح الطحاوي روى ابن سماعة عن أبي يوسف اذا ساوم أحدهما يكون بيانا يعني أن الآخر يتعين للعتق انتهى اتقاني (قوله والمعنى ماذكرنا) وهو أنه قصد الوصول الى الثمن والوصول الى الثمن ينافي العتق فيتعين الآخر للعتق انتهى اتقاني (قوله والمعلق بالشرط لا ينزل قبله) فقبل البيان الملك ثابت في كل واحد منهما انتهى رازى (قوله ولهذا احل وطؤهما) أي جميعا بعد قوله لهما احدا كما حرة انتهى (قوله ولكنه لا يفتى به) لان المبهم لا يعدوهما انتهى رازى (قوله في المتن وهو والموت بيان في الطلاق المبهم) هذا التقدير للفرق بين الوطء والعتق المبهم وبين الوطء في الطلاق المبهم على قول أبي حنيفة انتهى (قوله يكونان بيانا الخ) فان قال لامرأتيه احدا كما طالق فماتت احداهما أو وطئ احداهما يكون بيانا اجماعا لان الغرض الاصلي من وطء المنكوحة الولد وقصد الولد بالوطء دليل استبقاء الملك في الموطوأة صيانة للولد بخلاف الامة فان الغرض الاصلي من وطئها قضاء الشهوة لا الولد وذا لا يدل على استبقاء الملك فلا تتعين الاخرى للعتق انتهى رازى

ماذكروهو أن يكون الغلام رقيقا ويعتق نصف الام ونصف الجارية والغلام عبد لان كل واحد منهما يعتق فى حال وهو ما اذا ولدت الغلام أولا فالام بالشرط والجارية بالتبعية اذ الام عتقت بولادتها وترق فى حال وهو ما اذا ولدت الجارية أولا لعدم الشرط فيعتق نصف كل واحد منهما وتسعى فى النصف وأما الغلام فيرق فى الحالين لان ولادته شرط لحرية الام فتعتق بعد ولادته فلا يتبعها واعتبار الاحوال معتبر شرعا اذا اشتبه الاحوال لما روى أنه عليه الصلاة والسلام بعث أناسا الى بنى حنيفة للقتال فاعتصم ناس منهم بالسجود فقتلهم بعض أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم فلما بلغه عليه الصلاة والسلام ذلك قضى بنصف العقل لتردد حالهم لانه يحتمل أنهم سجدوا لله اه ويحتمل أنهم سجدوا لغيره فصار أصلا فى اعتبار الاحوال والثانى أن تدعى الام أن الغلام ولدته أولا وأنكر المولى ذلك والجارية صغيرة فالقول قول المولى لانه ينكر شرط العتق ويحلف على العلم لانه فعل الغير فاذا حلف لم يعتق واحد منهما الا أن يقيم البينة بعد ذلك وان نكل عتقت الام والبنت لان دعوى الام حرية الصغيرة معتبرة لانها نفع محض ولها عليها ولاية لاسيما اذا لم يعرف لها أب بخلاف ما اذا كانت كبيرة والثالث أن يوجد التصادق بان الغلام هو الاول فتعتق الام والبنت دون الغلام والرابع أن يوجد التصادق بان البنت هى الاولى فلا يعتق منهم أحد والخامس أن تدعى الام بان الغلام هو الاول ولم تدع البنت وهى كبيرة فانه يحلف المولى فان حلف لم يعتق أحد منهم وان نكل عتقت الام دون البنت لان النكول حجة ضرورية فلا يتعدى ولا ضرورة فى غير المدعية هكذا ذكروا وهذا يشير الى أنها لو أقامت البينة يتعدى والسادس أن تدعى البنت وهى كبيرة أن الغلام هو الاول ولم تدع الام فتعتق البنت اذا نكل دون الام لما ذكرنا هكذا فصلها فى الكافى ولا يقال وجب أن يعتقا اذا نكل عندهما لانه اقرار عندهما فاذا أقر بحرية احداهما صار اقرارا بحرية الاخرى لانا نقول اقرار بطريق الضرورة ولهذا لا يثبت العتق بمجرد النكول حتى يحكم به الحاكم والدليل عليه ماذكره محمد فى الاصل رجل قال لغيره أنا كفيل بكل ما يقر لك به فلان من المال فادعى المكفول له على فلان مالا فانكر فحلف فنكل فقضى عليه بالمال لا يصير كفيلا به ولو كان اقرارا من كل وجه لصار كفيلا به وقال فى النهاية قال فى المبسوط وذكر محمد رحمه الله فى الكيسانيات هذا الجواب الذى ذكره ليس بجواب هذا الفصل بل فى هذا الفصل لا يحكم بعتق واحد منهم ولكن يحلف المولى بالله ما يعلم أنها ولدت الغلام أولا فان نكل عن اليمين فنكوله كاقراره فان حلف فهم أرقاء وأما جواب الكتاب ففى فصل آخر وهو ما اذا قال المولى لامته اذا كان أول ولد تلدينه غلاما فانت حرة وان كان جارية فهى حرة فولدتهما جميعا ولم يدر أيهما أول فالغلام رقيق والجارية حرة فيعتق نصف الامة لانها ان ولدت الغلام أولا فهى حرة والغلام رقيق وان ولدت الجارية أولا فالجارية حرة والامة والغلام رقيق فالام تعتق فى حال دون حال فيعتق نصفها والغلام عبد بيقين والجارية حرة بيقين اما بعتق نفسها أو بعتق أمها تبعا ثم قال صاحب النهاية وماذكره فى الكيسانيات هو الصحيح لان الشرط اذا كان فى طريق واحد فالقول قول من ينكر وجوده كدخول الدار ونحوه وان كان الشرط مذكورا فى جانب الوجود والعدم كان أحدهما موجودا لا محالة فيحتاج فيه الى اعتبار الاحوال قال رحمه الله تعالى (ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه أو أمتيه لغت الا أن تكون فى وصية أو طلاق مبهم) أى لو شهد رجلان

(قوله ويعتق نصف الام ونصف الجارية) وتسعى كل واحدة منهما فى النصف كما سيأتى انتهى (قوله لان ولادته شرط لحرية الام) والحكم يعقب الشرط اه رازى (قوله ويحلف على العلم لانه فعل الغير) وكل من حلف على فعل الغير حلف على العلم أصله حديث القسامة انتهى أتقانى (قوله وان نكل عتقت الام والبنت) لان الجارية صغيرة فصارت الام خصما عنها لكون حريتها نفعا محضا فعتقا جميعا انتهى اتقانى رحمه الله قال فخر الاسلام وانما تصح خصومة الام عن البنت مادامت صغيرة وان كانت كبيرة لم تصح اتقانى (قوله فتعتق الام والبنت دون الغلام) لانه لاحظ له من العتق اه رازى لان الغلام قد زال عن الام فى حال الرق فلم يعتق تبعا أيضا انتهى اتقانى (قوله فلا يعتق منهم أحد) أى لانعدام وجود شرط العتق انتهى اتقانى (قوله فانه يحلف المولى) أى على العلم انتهى (قوله وان نكل عتقت الام دون البنت) لان النكول انما صار حجة باعتبار الدعوى ودعوى الانابة عن الجارية لا تصح لعدم الانابة ولم توجد الولاية على الجارية أيضا فلم تصح دعواها عنها فلم يعتبر النكول فى حق الجارية انتهى اتقانى (قوله ولم تدع الام) فان حلف المولى لا يثبت عتق أحد انتهى اتقانى (قوله والدليل عليه ماذكره محمد فى الاصل) هذا الفرع الذى نقله عن الاصل سيأتى فى كتاب الدعوى انتهى (قوله فى المتن ولو شهدا أنه حرر أحد عبديه الخ)* فروع شهدا أنه حرر أمة بعينها وسماها فنسيا اسمها لا تقبل لانهما لم يشهدا بما تحملاه وهو عتق معلومة بل مجهولة وكذا الشهادة على طلاق احدى زوجتيه وسماها فنسياها وعند زفر تقبل ويجبر على البيان ويجب أن يكون قولهما كقول زفر فى هذه على

لانها كشهادتهما على عتق احدى أمتيه وطلاق احدى زوجتيه ولو شهدا أنه أعتق عبده سالما ولا يعرفون سالما وله عبد واحد اسمه سالم عتق لانه كان متعينا لما أوجبه وكون الشهود لا يعرفون عين المسمى لا يمنع قبول شهادتهم كما أن القاضى يقضى بالعتق بهذه الشهادة وهو لا يعرف العبد بخلاف ما لو شهدوا ببيعه ولو كان له عبدان كل واحد اسمه سالم والمولى يجحد لم يعتق واحد منهما فى قول أبى حنيفة لانه لابد من الدعوى لقبول هذه الشهادة عنده ولا تتحقق هنا من المشهود له لانه غير معين منهما فصارت كمسئلة الكتاب الخلافية انتهى

على رجـل أنه أعتق أحـد مملو كيه لا تقبل الشهادة فيـه الا أن تكون فى وصية استحسانا وهذا عند أبى حنيفة رحـمه الله تعالى وقالا تقبل الشهادة ولو شهدا أنه طلق احدى نسائه جازت الشهادة ويجـبر الزوج على أن يطلق احداهن بالاجماع وأصل هـذا أن الشهادة بعتق العبد من غير دعوى العبد لا تقبل عنـد أبى حنيفة رحـمه الله تعالى وعندهما تقبـل وفى الطلاق تقبل اجماعا لهـما أن العتق حق الشرع وعـدم الدعوى فيـه لا يمنع قبول الشهادة فيه ألا ترى انه لا يحتاج فيـه الى قبول العبـد ولا يرتد برده ولا يجوز أن يحلف به وانما يحلف بما هو حـق الله ويجوز ايجابه فى المجهول ولا يصح ايجاب الحـق للمجهول ويتعلق به حرمة استرقاقه والحرمة حق الله تعـالى قال عليه الصـلاة والسلام ثلاثة انا خصمهم وعـد منها من استرق حرا ويتعلق به تكميل الحـدود ووجوب الجمعـة والزكاة والحج وتثبت به أهليـة الشهادة والولاية ولا يمنع قبول الشهادة بالتناقض فى دعوى العتـق حتى لو أقر بالرق لانسان ثم ادعى حرية الاصـل وأقام بينة تقبل بينته ولو كانت الدعوى شرطا لكان مانعا لان التناقض يعـدم الدعوى ولهذا لا يشـترط الدعوى فى عتق الامة بمنزلة طلاق المرأة وهـذا دليل على أنه حق الله تعالى ولهـذا كان قربة يتأدى به بعض الواجبات فان قيل على هذا وجب أن تقبل فيـه شهادة الفرد لكونه أمرا دينيا قلنا فيه الزام وان كان دينيا فلا يثبت الا بحجة تامة ولأبى حنيفة رحـمه الله تعالى أن المشهود به حق العبـد لانه يثبت به القوة الحكمية لنفسه والقوة الحقيقية حقـه لانه نفسه حقه بجميع معانيـه وأوصافه والقوة الحكمية منها لانه يصـير بها مالكا لنفسـه وأكسابه والمالكية الاكساب حـق المالك لانها عبارة عن اختصاص يتمكن به من اقامـة المصالح المتعلقـة به وما وراء ذلك ثمرات العتق ولا عـبرة به وانما العـبرة للمشهود به فاذا كان حق العبد يتوقف قبول البينة فيه على دعواه وحق العبد قد لا يتوقف على قبوله ولا يرتد برده كالعفو عن القصاص والتناقض فيه عفو لخفائه كدعوى النسب بخلاف عتق الامة لانه تضمن تحريم الفرج وحرمـة الفرج حـق الله تعالى فصار كطلاق المنكوحة واذا كان الدعوى شرطا عنـده لم يتحقق فى عتق أحدهما لان الدعوى من المجهول لا تصح فلا تقبل الشهادة فيه وفى عتق الامة انما قبلت لتضمنها تحريم الفرج وليس فى عتق احـدى الامتين ذلك لان العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج على ما بينا فتكون الدعوى شرطا فيه بخلاف الطلاق المبهم لانه يتضمن تحريم الفرج فيكون حقا لله تعالى فلا يشترط فيه الدعوى اجماعا فان قيل لو كان سقوط الدعوى فى عتق الامة لثبوت حرمة فرجها على المعتق لما قبلت على عتق الامة المجوسية وأخته من الرضاع وأمثالهما وعلى الطلاق الرجعى لعدم تضمن الحرمة قلنا لا يخلو عن اثبات حق الله تعالى فيه أما الرجعى فقد انعقد سببا للحرمة لانها تحرم به عند انقضاء العدة وينتقص به العدد أيضا وهو نوع من الحرمة والامة المجوسية لا يوجب وطؤها الحد ولا يسقط به الاحصان ما دامت فى ملكه وبعد العتق يوجب الحد ويسقط به احصانه وكذا أخته من الرضاع لا يوجب وطؤها الحد ما دامت فى ملكه وبضعها مملوك له حتى يملك تمليكه ويملك العقر اذا وطئت بشبهة ولان الامة متهمة فى تركها الدعوى أو فى انكارها لما لها من الحظ عند المولى فلا يعتبر انكارها بخلاف العبد حتى لو كان العبـد متهما بان وجب عليه حد أو قصاص فى طرفه فأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره وفى حرية الاصل قيل لا يشترط الدعوى اجماعا لانه يتضمن تحريم فرج الام وقيل يشترط لما ذكرنا وان شهدا أنه أعتق أحد عبديه فى مرض موته أو شهدا على تدبيره فى مرضه أو فى صحته تقبل استحسانا والقياس أن لا تقبل لما ذكرنا أن العتق فى مرض الموت وصية حتى اعتـبرت من الثلث والتدبير وصية سواء كان فى المرض أو فى الصحة والخصم فى تنفيذ الوصية هو الموصى لان وجوب تنفيذ الوصية لحقـه ونفعه يعود اليـه وانكاره مردود لانه سفه وهو معلوم وله خلف وهو الوصى أو الوارث فتحقق الدعوى من الخلف ولان العتق المبهم يشيع فيهما بالموت حتى يعتق من كل واحـد منهما نصفه فتحقق الدعوى من كل واحـد منهما فصار كل

(قوله ولو شهدا الخ) هذا معنى قوله أو طلاق مبهم انتهى (قوله ويجبر الزوج على أن يطلق احداهن بالاجماع) وهذا لان الطلاق متضمن لتحريم الفرج وهو من حقوق الله فلا تشترط فيه الدعوى انتهى (قوله لهما أن العتق) يعنى حق الله لان من حق الله تعالى أن لا تسترق الاحرار فصار كالشهادة على الطلاق انتهى اتقانى (قوله لان العتق المبهم لا يوجب تحريم الفرج) أى عنده انتهى رازى (قوله على ما بينا) فصار كالشـهادة على عتق أحد عبـديه انتهى رازى (قوله لما ذكرنا) انه لا بد فيه من الدعوى والدعوى من المبهم لا تتصور انتهى (قوله وان شهدا انه أعتق أحـد عبديه الخ) هذا معنى قوله الا فى وصية انتهى (قوله أو فى صحته تقبـل استحسانا) ذكر الاستحسان فى عتاق الاصـل وقال لو قالا أى الشاهـدان كان هذا عند الموت استحسنت أن أعتق من كل منهما نصفه وهـذه من مسائل الجامع الصغير المعادة وصورتها فيـه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقول أحد عبدى هذين حر وشهد عليه شاهدان بذلك قال شهادتهما باطلة الا أن يكون فى وصية ويموت القائل ويترك ورثة فينكرون فالشـهادة جائزة وهو قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد الشهادة جائزة فى الصحة ويجـبر على أن يوقع العتق على أحدهما بعينه اعلم أن الشهادة على عتق الامـة جائزة بالاتفاق وكذا الشهادة على طلاق المرأة وعلى طلاق احدى النساء جائزة بالاتفاق والشهادة على عتق العبد بلا دعواه لا يجوز عنـد أبى حنيفة خلافا لهما وكذا الخلاف فى الشهادة على عتق احدى الأمتين انتهى

كذا بخط الشارح وفى نسخة بالعتق كذا بخط الشارح الرازى وكذا فى الهداية اهـ قال الكمال الحلف بالكسر مصدر لحلف سماعى وله مصدر آخر أعنى حلفا بالاسكان يقال حلف حلفا وحلفا وتدخله التاء للمرة كقول الفرزدق

على حلفة لا أشتم الدهر مسلما * ولا خارجا من فىّ زور كلام

وقال امرؤ القيس

حلفت لها بالله حلفة فاجر * لناموا فما إن من حديث ولا صالى

والمراد بالحلف بالعتق تعليقه بشرط اهـ قال الاتقانى ثم شرع فى بيان التعليق بعد ذكر مسائل التنجيز لان التعليق قاصر فى كونه سببا لانه ليس سببا فى الحال عندنا اهـ (قوله فاعتبر قيام الملك وقت الدخول) قال الكمال رحمه الله وعدول المصنف الى لفظ وقت عن لفظ يوم فى قوله فكان المعتبر قيام الملك وقت الدخول يفيد أن لفظ يوم يراد به الوقت حتى لو دخل ليلا عتق لانه أضيف الى فعل لا يمتد وهو الدخول وان كان فى اللفظ انما أضيف الى لفظ اذ المضافة للدخول لكن معنى اذ غير ملاحظ والا كان المراد به يوم وقت الدخول وهو وان كان يمكن على معنى يوم الوقت الذى فيه الدخول تقييد اليوم به لكن اذا أريد به مطلق الوقت يصير المعنى وقت وقت الدخول ونحن نعلم مثله كثيرا فى الاستعمال اذا انتصح كنحو ويومئذ (٩٠) يفرح المؤمنون فانه لا يلاحظ فى هذه الآية وقت وقت يغلبون يفرح المؤمنون ولا يوم وقت يغلبون يفرحون ونظائره كثيرة فى كتاب الله وغيره فعرف أن لفظة اذ لم تذكر الا لتكثير العوض عن الجملة المحذوفة أو عماد له أعنى التنوين لكونه حرفا واحدا ساكنا تحسينا ولم يلاحظ معناها ومثله كثير فى أقوال أهل العربية فى بعض الالفاظ لا يخفى على من له نظر فيها اهـ (قوله فبقى الخ) ولو لم يبق بل باعه وتجدد له فيه ملك يعتق أيضا اهـ (قوله لا يعتق من ملكه بعد اليمين) لانه أرسل الملك ارسالا والملك المرسل يراد به الحال لان المستقبل موهوم فلا يعتبر فصار كأنه قال كل مملوك لى فى الحال اهـ ع (قوله لان قوله كل مملوك لى للحال) قال الرازى لان قوله كل مملوك لى يتناول من كان مملوكا له وقت صدور الكلام منه لا ما يملكه فى المستقبل اهـ ع (قوله والجزاء حرية المملوك فى الحال) ووجه كون كل مملوك لى حالا أن المختار فى الوصف من اسم الفاعل والمفعول أن معناه قائم حال التكلم عن نسب اليه على وجه قيامه به أو وقوعه عليه واللام للاختصاص أى لاختصاص من تجر معنى متعلقها اليه به أى بمعنى المعتق وهو مملوك فلزم من التركيب اختصاص ياء المتكلم بالمتصف بالمملوكية للحال وهى أثر ملكه فلزم قيام ملكه فى الحال ضرورة اتصافه بأثرها فى الحال والا ثبت الاثر بلا مؤثر هذا ويعتق بقول القائل كل مملوك لى حر العبيد ولو مرهونين أو مأذونين أو مؤاجرين والاماء وان كن حوامل وأمهات أولاده والمدبرون وأولادهم ولا يدخل المكاتب خلافا لزفر لانه مملوك من وجه اذ هو حر يدا ولو نوى الذكور فقط لم يصدق لانه خلاف الظاهر فى عرف الاستعمال ويصدق ديانة مع ان طائفة من الاصوليين على أن جمع الذكور يعم النساء حقيقة وضعا ولا يدخل المملوك المشترك ولا الجنين الا أن يعينهم ولا عبيد عبده التاجر وهو قول أبى يوسف الا أن ينويهم وسواء كان على العبد دين أولا وعلى قول أبى حنيفة ان لم يكن عليه دين عتقوا اذا نواهم والا فلا وان كان عليه دين لم يعتقوا ولو نواهم ولو قال عنيت ما يستقبل عتق ما كان فى ملكه وما سيملكه اذا ملكه لانه قصد تغيير ما يدل عليه ظاهر لفظه فلم تعتبر نيته فى ابطال حكم الظاهر واعتبرنا اعترافه لاثبات العتق فيما يستقبل ولا يخفى أن التعليل يرشد الى أن عتق ما هو فى ملكه مع هذه النية انما هو فى القضاء وفى الذخيرة قال مماليكى كلهم أحرار ونوى

منهما خصما معنى ولو شهدا بعد موته أنه قال فى صحته أحد كما حر فلا نص فيه فقال بعض مشايخنا لا يقبل لان العتق فى الصحة ليس بوصية والاصح أنه يقبل اعتبارا للشيوع والله أعلم بالصواب

﴿باب الحلف بالدخول﴾

قال رحمه الله (ومن قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق ما يملك بعده به) أى اذا قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى يومئذ حر عتق ما يملكه بعد اليمين بدخول الدار لان معنى قوله يومئذ يوم اذ دخلت الدار فحذف الجملة وعوضه التنوين فاعتبر قيام الملك وقت الدخول وكذا لو كان فى ملكه يوم حلف عبد فبقى على ملكه حتى دخل عتق لما قلنا من أن المعتبر قيام الملك وقت الدخول فان قيل ينبغى أن لا يعتق بهذا اليمين من لم يكن فى ملكه يوم حلف لانه ما أضاف العتق الى الملك ولا الى سببه فلا يتناول ما سيملكه قلنا ان لم توجد الاضافة الى الملك صريحا فقد وجدت دلالة لان المملوك لا يكون بدون الملك فصار كأنه قال ان ملكت مملوكا فهو حر وقت دخول الدار بخلاف ما اذا قال لعبد الغير ان دخلت الدار فأنت حر فاشتراه ثم دخل الدار حيث لم يعتق لانه لم توجد الاضافة الى الملك لا صريحا ولا دلالة قال رحمه الله (ولو لم يقل يومئذ لا) أى لو لم يقل فى يمينه يومئذ بل قال ان دخلت الدار فكل مملوك لى حر لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان قوله كل مملوك لى للحال والجزاء حرية المملوك فى الحال الا أنه لما دخل الشرط عليه تأخر الى وجود الشرط فيعتق

الرجال دون النساء لم يذكره وقالوا لا يصدق ديانة بخلاف قوله كل مملوك لى ونوى التخصيص يصدق ديانة اهـ فان قلت ما الفرق وفى الوجهين هو تخصيص العام فالجواب ان كلهم تأكيد للعام قبله وهو مماليكى لانه جمع مضاف فيعم وهو يرفع احتمال المجاز غالبا والتخصيص يوجب المجاز فلا يجوز بخلاف كل مملوك لى فان الثابت به أصل العموم فقط فقبل التخصيص اهـ فتح (قوله فى المتن والمملوك لا يتناول الحمل) قال الرازى حتى لو قال لامته كل مملوك غيرك حر لم يعتق حملها اهـ (قوله لانه يتناول المملوك) اى بالاصالة والاستقلال اهـ (قوله والحمل مملوك تبعا للام) كعضو من أعضائها حتى ينتقل بانتقالها ويتغذى بغذائها كما يتغذى العضو به ولهذا لا يملك بيعه منفردا بل تبعا للحامل والدليل أنه لم يعتبر فى الشرع نفسا مملوكة أنه لا يجزى عن الكفارة ولا تجب صدقة فطره اهـ فتح (قوله أو قال كل مملوك لى ذكر) قال المصنف رحمه الله وفائدة التقييد بالذكورة أنه لو قال كل مملوك ولم يقل ذكر تدخل الانثى فتدخل الحامل فيعتق حملها تبعا وهذا بناء على أن لفظة مملوك إما الذات متصفة بالمملوكية وقيد التذكير ليس جزء المفهوم وان كان التأنيث جزء مفهوم مملوكة فيكون مملوك أعم من مملوكة فالثابت فيه عدم الدلالة على التأنيث لا الدلالة على عدم التأنيث (٩١) وإما أن الاستعمال استمر فيه على الاعمية

اذا بقى على ملكه الى وجود الشرط وهو الدخول ولا يتناول من اشتراه بعده لعدم الاضافة الى الملك أو الى سببه ونظيره ما لو قال كل مملوك لى حر غدا لا يعتق من ملكه بعد اليمين لما قلنا وعلى هذا لو قال ان دخلت الدار فكل مملوك أملكه حر ينصرف الى المملوك للحال لان أملكه للحال وان قال يومئذ ينصرف الى ما يملكه يوم دخول الدار مع ذلك لما ذكرنا قال رحمه الله (والمملوك لا يتناول الحمل) أى لفظ المملوك لا يدخل تحته الحمل لانه يتناول المملوك المطلق والحمل مملوك تبعا للام لا مقصودا فلا يدخل تحت المطلق ولانه عضو من وجه واسم المملوك يتناول الانفس دون الاعضاء حتى لو قال كل مملوك لى حر وكان له حمل مملوك بطريق الوصية بان أوصى له بالحمل فقط أو قال كل مملوك لى ذكر فهو حر وله جارية حامل فولدت ذكرا لاقل من ستة أشهر لم يعتق لما ذكرنا وكذا لا يدخل المكاتب فيه لانه ليس بمملوك من كل وجه لانه حر يدا وخرج من يد المولى حتى يستحق الارش على المولى ان جنى عليه وان كان رقه كاملا بخلاف أم الولد والمدبر لان ملكهما كامل وان كان الرق فيهما ناقصا على ما يجىء فى الايمان ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (كل مملوك لى أو أملكه حر بعد غد أو بعد موتى يتناول من ملكه منذ حلف فقط) يعنى اذا قال كل مملوك لى حر بعد غد أو قال كل مملوك أملكه حر بعد غد أو قال بعد موتى فيهما يتناول من كان فى ملكه يوم حلف ولا يتناول ما ملكه بعد اليمين حتى يعتق بعد غد أو يكون مدبرا فى الحال من كان فى ملكه فى ذلك الوقت ولا يعتق ولا يصير مدبرا من ملكه بعد ذلك لان قوله كل مملوك لى للحال على ما بينا وكذا كل مملوك أملكه ولهذا يستعمل فيه بغير قرينة وللاستقبال بقرينة من سين أو سوف فينصرف مطلقه الى الحال فكان الجزاء حرية المملوك أو تدبير المملوك فى الحال فلا يتناول ما يشتريه بعد اليمين قال رحمه الله (وبموته عتق من ملك بعده من ثلثه أيضا) أى يعتق بموت المولى من ملكه بعد اليمين من ثلث ماله أيضا وهذا عندهما وقال أبو يوسف لا يعتق من ملكه بعد اليمين لان اللفظ حقيقة للحال على ما بيناه فلا يتناول ما سيملكه ولهذا صار من كان فى ملكه وقت اليمين مدبرا ولا يصير الآخر مدبرا ولهذا لا يعتق فى قوله كل مملوك لى أو كل مملوك أملكه حر بعد غد الا من كان فى ملكه وقت اليمين وبه استدل عيسى حين طعن عليهما

فوجب اعتباره كذلك اهـ كمال رحمه الله (قوله وكذا لا يدخل المكاتب) يعنى اذا قال كل مملوك لى حر يعتق المدبرون وأم الولد بخلاف المكاتبين فان المكاتب لا يعتق ما لم ينوه كذا نص الحاكم فى الكافى اهـ اتقانى فى باب التدبير (قوله فى المتن بعد غد) ظرف لحر لا لاملكه اهـ (قوله أو قال بعد موتى فيهما) أى فى قوله كل مملوك لى وفى قوله كل مملوك أملكه كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله فلا يتناول ما سيملكه) قال الكمال قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو كل مملوك لى حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر ثم مات فالذى كان عنده مدبر مطلق لا يصح بيعه بعد هذا القول والذى اشتراه ليس بمدبر مطلق بل مدبر مقيد حتى يجوز بيعه ولو لم يبعه حتى مات عتقا جميعا من الثلث ان خرجا منه عتق كل منهما وان ضاق عنهما يضرب كل منهما بقيمته فيه وهذا ظاهر المذهب عن الكل وعن أبى يوسف فى النوادر انه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه وانما يعتق ما كان فى ملكه يوم حلف اهـ (قوله وبه استدل عيسى حين طعن عليهما) قال الكمال رحمه الله وبهذا الوجه طعن عيسى بن أبان فى جواب المسئلة وأوجب المروى عن أبى يوسف اهـ قال الاتقانى رحمه الله قوله ولو قال كل مملوك أملكه أو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وله مملوك فاشترى آخر فالذى كان عنده مدبر والآخر ليس بمدبر وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ذكرها محمد فى أواخر الكتاب قبيل باب الاشربة وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل قال كل مملوك أملكه فهو حر بعد موتى فاشترى مملوكا آخر فان المملوك الذى كان عنده مدبر وهذا الآخر ليس بمدبر ويعتقان من الثلث ويكونان شريكين فى الثلث وكذا لو قال كل مملوك لى فهو حر بعد موتى وذكر أبو طاهر الدباس عن أبى يوسف فى النوادر أنه لا يعتق ما استفاد بعد يمينه لانه لم يدخل فى الايجاب ولهذا يصير الاول مدبرا ولا يصير الثانى مدبرا قال فخر الاسلام البزدوى هذه المسئلة طعن فيها عيسى بن أبان فقال قوله أملكه يتناول الحال عند الاطلاق فان كان العمل واجبا بهذا الاصل وجب أن لا يعتق الذى اشتراه فيكون مملوكا يباع كما لو قال

كل مملوك أملكه فهو حر وان كان هذا الكلام يتناول الاستقبال لقوله بعد موتي وجب أن يصير ما اشتراه مدبرا ثم قال عيسى بن أبان فالجواب عندي في هذه المسئلة أنه انما يعتق من كان في ملكه يوم حلف عند الموت ولا يجوز بيعهم قبل الموت ومن حدث في ملكه جاز بيعه ولم يعتق عند الموت بمنزلة قوله كل مملوك أملكه فهو حر غدا اه (قوله ولهما أن هذا) أي قوله كل مملوك أملكه أو قوله كل مملوك لي فهو حر بعد موتي اه (قوله أو كل مملوك أملكه يتناول الحال) أي والحال نوعان راهنة ومتربصة وهي حالة الموت والكل جنس واحد فصار المراد به ما يملكه في الحالة الراهنة وما يملكه حال الموت فاذا تناولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم مرادا به بلا احتمال فصار مدبرا فلم يجز بيعه فأما الذي يملكه فيما يستقبل فانه لم يصر مرادا به لان ما بين حال التكلم وحال الموت مستقبل محض ليس من الحال في شئ فاذا باعه فقد باعه قبل وجوب حق العتق فصح واذا لم يبعه حتى بقي على ملكه الى وقت الموت يتناوله الايجاب حينئذ لكونه واقعا على حال الموت فوجب له العتق وصار موصى له فزاحم الاول في الثلث فوجب أن يقسم الثلث بينهما يضرب كل واحد منهما في ذلك بقيمته كذا في الكافي قال الاتقاني رحمه الله والمذهب عندي ما ذهب اليه أبو يوسف في النوادر لانه يلزم على ما قال أبو حنيفة ومحمد الجمع بين الحقيقة والمجاز بلفظ واحد فلا يجوز لانهما أرادا بقوله أملكه الحالة الراهنة والمحكية جميعا والحالة الراهنة حقيقة والمحكية مجاز لان نافي المحكية لا يكذب وأيضا لا تراد بلا قرينة وذلك أمارة المجاز اه ﴿فروع من تعليق العتق﴾ قال لعبده ان بعتك فأنت حر لم يعتق لان نزول العتق المعلق بعد الشرط وبعد البيع هو ليس بمملوك فلا يعتق الا أن يكون البيع فاسدا فيعتق لان الملك فيه بعد البيع باق لا يزول الا بتسليمه الا أن يكون المشتري تسلمه قبل البيع فحينئذ يزول ملكه بنفس البيع فلا يعتق كذا في المبسوط وحقيقة الوجه أن يقال وقت نزول العتق هو وقت زوال الملك لانهما معا يتعقبان البيع فلا يثبت العتق في حال زوال الملك كما لا يثبت في حال تقرر زواله ولو قال لعبده (٩٣) ان دخلت فأنت حر فباعه فدخل(١) لم يعتق لان اليمين انحلت بالدخول الاول في غير الملك اذ ليس يلزم من انحلال اليمين نزول الجزاء ولو لم يدخل بعد البيع حتى اشتراه فدخل عتق خلافا للشافعي لعدم بطلان اليمين عندنا بزوال الملك ومثله في الطلاق ولو قال ان دخلت هاتين الدارين فأنت حر فباعه فدخل احداهما ثم اشتراه فدخل الاخرى عتق لان الشرط اذا كان مجموع أمرين كان الشرط احتمال وجود الملك عند آخرهما وليس يلزم من كون الشرط مجموع أمرين اعتراض الشرط ولو قال ان دخلت فأنت حر اذا كلمت فلانا فباعه فدخل ثم اشتراه فكلم فلانا لم يعتق لان شرط العتق ليس الا الكلام غير أنه علق اليمين المنعقدة من شرط الكلام وجزائه الذي هو العتق بالدخول فالدخول شرط اليمين فيصير كأنه قال له عند الدخول الكائن في غير ملكه أنت حر اذا كلمت فلانا لان المعلق كالمنجز عند وجود الشرط واليمين لا تنعقد في غير ملكه فكلامه غير موقع ولو قال ان دخلت فأنت حر بعد موتي فباعه فدخل ثم اشتراه ومات لم يعتق لانه علق التدبير بدخول الدار فيصير كالمنجز عنده وعنده لم يكن الملك قائما والتدبير لا يصح الا في الملك أو مضافا واذا لم يصح التدبير لم يعتق بموته ولو علق عتق عبد مشترك بينه وبين غيره ثم اشترى باقيه ففعل ما علق عتقه عليه لم يعتق الا نصفه لانه انما نزل المعلق والمعلق كان عتق النصف والعتق يتجزأ عند أبي حنيفة فيسعى في قيمة نصفه لسيده وعندهما يعتق كله فلا يسعى ولو كان باع النصف الاول ثم اشترى نصف شريكه ثم دخل الدار لم يعتق منه شئ لان المعلق النصف المبتاع لا المستحدث وقد وجد الشرط في غير ملكه ولو جمع بين عبده وما لا يقع فيه العتق من ميت أو حجر أو حمار وقال أحدكما أو قال هذا أو هذا عتق عبده عند أبي حنيفة وان لم ينوه وقالا لا يعتق الا أن ينويه ومثله وأصله مر في الطلاق وروى ابن سماعة عن محمد أنه اذا جمع بين عبده واسطوانة وقال أحدكما حر عتق عبده لان كلامه ايجاب الحرية بالجزم ولو قال هذا حر أو هذا لم يعتق عبده لان هذا اللفظ ليس بايجاب لها كقوله هذا حر أولا وهذه مسئلة في الشهادة على الشرط قال ان دخلت دار فلان فأنت حر فشهد فلان وآخر أنه قد دخل عتق لان الدخول فعل العبد وصاحب الدار في شهادته به غير متهم فصحت شهادته بخلاف ما لو قال ان كلمته فشهد هو وآخر أنه كلمه لم يعتق لان فلانا في هذه شاهد على فعل نفسه فلم يعتق الا شاهد واحد على الشرط فلو شهد ابنا فلان أنه كلم أباهما فان جحد الاب جازت شهادتهما لانها على أبيهما بالكلام وعلى أنفسهما بوجود الشرط وان ادعاه أبوهما فعند أبي يوسف هي باطلة وعند محمد هي جائزة لانه لا منفعة للمشهود به لابيهما فمحمد يعتبر المنفعة لثبوت التهمة وأبو يوسف يعتبر مجرد الدعوى والامكان لان بشهادتهما يظهر ان صدقه فيما يدعيه وتقدم مثل هذه في النكاح والله أعلم اه كمال رحمه الله

ولزوما أن هذا ايجاب عتق بطريق الوصية حتى اعتبر من الثلث والوصية انما تقع بعد الموت ويكون حال الموت فيهما مقصودا ألا ترى أن من أوصى بثلث ما يملكه وليس له مال أو كان له مال واستحدث غيره يتناولهما اذا بقيا في ملكه الى الموت وكذا اذا أوصى لاولاد فلان وله أولاد وولد له بعد ذلك أولاد دخل الكل في الوصية فاذا ثبت هذا فنقول قوله كل مملوك لي أو كل مملوك أملكه يتناول الحال لما مر فصار ايجابا من هذا الوجه وهو أيضا ايصاء لما ذكرنا فيتناول ما يملكه عند الموت لما مر فيعتبر فيه حالة الموت فعملنا بوجهيهما فأعملنا الايجاب في المملوك للحال وأعملنا الوصية فيه وفي المستحدث فاذا تناولهما الايجاب صار الذي يملكه وقت التكلم داخلا فيه بلا احتمال فصار مدبرا والذي يملكه بعد ذلك فيه

(١) قوله فباعه فدخل لم يعتق هكذا في الاصل ولعل هنا سقطا فحرر اه مصححه

(قوله بخلاف قوله بعد غد) حيث لا يدخل المشترى تحت هذا اللفظ لانه يتناول الراهنة اه (قوله فجمعنا بينهما باعتبار سببين) وأنت تعلم أن هذا قول للعراقيين غير مرضى فى الاصول والا لم يمتنع الجمع مطلقا ولم يتحقق خلاف فيه لان الجمع قط لا يكون الا باعتبارين وبالنظر الى شيئين اه

احتمال لانه ان بقى الى موته فى ملكه صار داخلا فيه باعتبار الوصية والا فلا فصار كالمدبر المقيد فجاز تصرفه فيه بالاخراج عن ملكه وما بينهما ليس حال ايجاب العتق ولا حال اعتبار الوصية فلا يدخل فيه بخلاف قوله بعد غد لانا انما ألحقنا المستقبل بالحال اذا قام الدليل عليه وهو الايصاء ولم يقم الدليل فى قوله بعد غد فان قيل قد جمعتم بين الحال والاستقبال فى لفظ واحد فيلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز أو تعميم المشترك على ما اختلفوا فى الفعل المضارع وذلك لا يجوز قلنا هذا الكلام يتناول الموجود حالة الاعتاق لكن حال الاعتاق هو حال التكلم من وجه ومن وجه حال الموت لان الحكم يثبت عنده لكن بالكلام السابق فصار حالة الموت وحالة التكلم كحالة واحدة فى المعنى وهو حال وجود العلة فيتناولهما باعتبارها أو نقول هذا الكلام ايجاب عتق وايصاء والايجاب لا يصح الا فى الملك أو مضافا الى سببه والوصية لا تصح الا فى الموجود عند الموت فجمعنا بينهما باعتبار سببين مختلفين وانما لا يجوز ذلك اذا كان بسبب واحد وهذا كاختلافهم فى قوله لله على أن أصوم رجبا ونوى النذر واليمين فان أبا يوسف يمنع الجمع بينهما وقد عرف فى موضعه وهذا كله فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فيتناول الكل لانه نوى التشديد على نفسه فيصدق والله أعلم

﴿باب العتق على جعل﴾

قال رحمه الله (حرر عبده على مال فقبل عتق) أى أعتق عبده على مال فقبل العبد عتق وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف أو بألف أو على أن لى عليك ألفا أو على ألف تؤديها الى أو على أن تعطينى ألفا أو على أن تجيئنى بألف وانما يعتق بقبوله لانه علق عتقه بقبول المال ولانه معاوضة ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض فى الحال كما فى البيع فاذا قبله العبد صار حرا فى جميع أحكامه والمال دين عليه لانه التزمه بقوله وكانت ذمته صالحة وقد تأكدت بالعتق وجاز أن يجب المال عليه وان لم يملك عقابله ما سقط من حق المولى شيأ كما يجب بالخلع وان لم تملك المرأة شيأ بازاء ما سقط من حق الزوج وكما يجب بالصلح عن دم العمد وهو دين وجب عليه بعد الحرية حتى صحت الكفالة به فلا يؤدى الى التنافى بخلاف بدل الكتابة لانه وجب مع المنافى لانه يسعى وهو عبد والاصل أن لا يكون للمولى على عبده دين فلم يكن بدل الكتابة دينا مطلقا اذ الدين ما لا يمكن المدين الخروج عنه الا بالقضاء أو الابراء ودين الكتابة يمكنه الخروج عنه بالعجز واطلاق لفظ المال يتناول أنواعه حتى الحيوان وان لم يكن معينا بعد أن يكون معلوم الجنس ولا يبالى بجهالة الوصف كالجودة والرداءة لانها يسيرة ولا بجهالة النوع لانه معاوضة المال بغير المال فشابه النكاح والطلاق والصلح عن دم العمد وانما لم تمنع الجهالة اليسيرة من صحة هذه العقود لانه يجرى التسامح فيها فلا تكون مانعة من التسليم والتسلم والفساد باعتباره ولهذا لو عقد على ملك الغير ولم يجز صاحبه تجب قيمته ولا يفسخ العقد مع أن القيمة مجهولة بخلاف البيع قال رحمه الله (ولو علق عتقه بادائه صار مأذونا) أى

قال الكمال أخر هذا الباب عن أبواب العتق منجزها ومعلقها كما أخر الخلع فى الطلاق لان المال فى هذين البابين من الاسقاط غير أصل بل الاصل عدمه فأخر ما ليس بأصل عما هو أصل والجعل ما يجعل للانسان على شئ يفعله وكذا الجعيلة ويقال الجعالة ضبطها بالكسر فى الصحاح وفى غيره من غريب الحديث للقتبى وديوان الادب للفارابى بالفتح فيكون فيه وجهان اه قال الاتقانى والمراد منه العتق على مال قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى اذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم أو بألف درهم فانه لا يعتق ما لم يقبل ويقع على مجلسه ذلك فان قبل وقع العتق بنفس القبول والمال دين عليه وان كان غائبا يقع بمجلس علمه فان وجد القبول صح وان ردا وأعرض عن المجلس بطل وانما يكون الاعراض عن المجلس إما بالقيام أو باشتغاله بعمل آخر يعلم أنه قطع لما قبله اه (قوله وذلك مثل أن يقول أنت حر على ألف) ولا يشترط الاداء اه اتقانى (قوله ومن قضية المعاوضة ثبوت الحكم بقبول العوض) لان المولى يثبت ملكه فى العوض الكائن من جهة العبد بقبوله فيلزم زوال ملكه عن المعوض والا اجتمع العوضان فى ملكه اه فتح وكتب على قوله بثبوت الحكم ما نصه أراد به العتق هنا اه (قوله كما فى البيع) يزول ملكه عن المبيع بمجرد القبول قبل اداء الثمن اه وكما اذا طلقها على مال يقع الطلاق بمجرد القبول قبل أداء العوض اه (قوله واطلاق لفظ المال يتناول أنواعه) أى من النقد والمكيل والموزون والعرض اه فتح (قوله ولا بجهالة النوع) لا بد من معلومية النوع الا أن يريد منه المصنف فيصح كلام الشارح رحمه الله

(قوله أو بأداء المال) حاصل ما ذكره الشارح أن الضمير في قول المصنف بأدائه يصح أن يرجع للعبد ويصح أن يرجع للمال اهـ (قوله صار مأذونا له في التجارة) واعلم أن تعليق العتق بأداء المال لأن العتق استدا حق فيه معنى المال ولهذا لو أعتقه في مرض موته ولا مال له غيره لزمه السعاية وما كان فيه معنى المال جاز أخذ العوض عنه اهـ اتقاني (قوله ولم يرد به الاكتساب بالتكدي لأنه أمارة الخساسة) أي فيلحق المولى عارها إذا لو اكتسب منه فأدى عتق لوجود الشرط اهـ فتح (قوله وكما إذا قال متى أديت أو إذا أديت) فرع ذكره الشارح في الشفعة في باب طلب الشفعة إذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك إذا أديت إلي ألفين فأنت حر وقال العبد قلت إذا أديت إلي ألفا فأنت حر وأقاما البينة فالبينة بينة العبد وتمام الكلام هناك اهـ (قوله على ما بينا في الطلاق) فيعمان الأوقات كلها اهـ (قوله ونزله قابضا إلخ) (٩٤) أي بالتخلية بينه وبينه بحيث لو مد يده أخذه وعلى هذا فمعنى نسبة الإجبار إليها كم أن يحكم بأنه قد قبض هذا إذا كان العوض صحيحا أما لو كان خمرا أو نحوه ولا جهالة فاحشة كما إذا قال إن أديت إلي كذا خمرا أو ثوبا فأنت حر فأدى ذلك لا يجبر على قبوله أي لا ينزل قابضا الآن أخذه مختارا وأما عدم العتق في قوله إن أديت إلي ألفا خبيثة فأنت حر لا يجبر على القبول لأن التعليق بشيئين المال والطيب فلا يعتق بمجرد المال لبطلان معنى المعاوضة وكذا إن قال إن أديت إلي ألفا أحج بها لا يجبر على القبول لأن الأداء تمام الشرط والحج وقع مشورة اهـ كمال (قوله وهو تفسير الإجبار في سائر الحقوق) أي من ثمن المبيع وبدل الإجارة وغيرها اهـ فتح قال في الهداية ومعنى الإجبار فيه وفي سائر الحقوق أنه ينزل قابضا بالتخلية اهـ (قوله ولا يجبر عليه) أي لا ينزل قابضا بالتخلية بل إن أخذه كان قابضا وعتق العبد اهـ فتح (قوله ولا يحتمل الفسخ) وإذا كان يمينا فلا إجبار على مباشرة شروط الأيمان لأنه لا استحقاق قبل الشرط بل بالشرط ولا يجبر الإنسان على أن يباشر سببا يوجب عليه شيئا اهـ فتح (قوله حتى لو طلقها بهذه الصفة) كما إذا قال إن أديت إلي ألفا فأنت طالق حتى وقع بائنا اهـ (قوله رعاية للفظ) أي للفظ المولى اهـ (قوله فأجبرنا المولى على القبول) أي إذا أدى العبد المال اهـ (قوله ولو أدى البعض يجبر على القبول إلخ) قال في الزيادات لو قال إذا أديت إلي ألف درهم فأنت حر فجاء ببعض الألف أجبر المولى على قبوله لأن هذا جزء من جملة هي عوض عند الأداء فصار للبعض حكم الأعواض أيضا كقبض بدل الكتابة وبعض الثمن فإن أداء بعض الثمن لا يوجب قبض شيء من المبيع وكذلك بدل الكتابة ومع ذلك يجبر على القبول لأنا لو لم نجبره لكلفنا المؤدي ما ليس في وسعه وهو أداء جميع البدل وذلك باطل وقال في شرح الطحاوي ولو أتى العبد بخمسمائة فالقياس أن لا يجبر لأنه لا يعتق

لو علق المولى عتق العبد بأداء العبد أو بأداء المال صار العبد مأذونا له في التجارة لدلالة حاله على ذلك لأنه حثه على أداء المال ولا يتمكن من ذلك إلا بالاكتساب ولم يرد به الاكتساب بالتكدي لأنه أمارة الخساسة فتعين التجارة لأنها هي المعتادة ولا يصير مكاتبا لأن صيغته صيغة التعليق وهو أن يقول إن أديت إلي ألفا فأنت حر أو نحوه فتعلق عتقه بأداء المال كتعليقه بسائر الشروط وهذا لا يحتاج فيه إلى قبول العبد ولا يبطل بالرد وللمولى أن يبيعه والكتابة توجب المال على العبد بالقبول فيثبت المال له بمقابلة ما حصل للمكاتب من ملك اليد والكسب وهنا لم يجب من المال على العبد شيء لعدم ملك اليد والكسب ثم إن قال إن أديت إلي يقتصر على المجلس وعن أبي يوسف أنه لا يقتصر حتى لو باعه ثم اشتراه وأدى يجبر على القبول ويعتق لأنه تعليق محض فلا يقتصر على المجلس كما في التعليق بسائر الشروط وكما إذا قال متى أديت أو إذا أديت ووجه الظاهر أن هذا بمنزلة التعليق بمشيئة العبد لتخيره بين الأداء والامتناع ولو قال إن شئت فأنت حر يتوقف به فكذا هذا بخلاف متى وإذا لأنهما للوقت على ما بينا في الطلاق قال رحمه الله (وعتق بالتخلية) ومعنى هذا الكلام أن العبد إذا أحضر المال بحيث يتمكن المولى من قبضه وخلى بينه وبين المال أجبره الحاكم ونزله قابضا بذلك وحكم بعتق العبد قبض أو لا وهو تفسير الإجبار في سائر الحقوق وقال زفر لا يجب على المولى القبول ولا يجبر عليه وهو القياس لأنه تعليق العتق بالشرط ولهذا لا يتوقف على قبول العبد ولا يحتمل الفسخ ويمكنه أن يبيعه قبل الأداء ولا يصير العبد أحق بأكسابه ولو أبرأه المولى لا يعتق ولا يعتبر إبراؤه ولو تبرع به غيره وأدى عنه لم يعتق ولو حط عنه البعض بطلبه وأدى الباقي لم يعتق ولو مات وترك مالا فهو للمولى ولو مات المولى لا يعتبر أداؤه إلى الورثة ولا يتبعه أولاده فإذا كان تعليقا فلا يجبر على الحنث كما إذا علقه بغيره من الشروط فإذا لم يقبل المولى لم يعتق لأن الشرط أداء متصل بقبوله لمكان قوله إلي فلا يتم بفعل العبد وحده بخلاف المكاتب لأن الكتابة معاوضة والبدل فيها واجب فاحتجنا إلى جعل المولى قابضا ليتخلص عن عهدة الوجوب ولنا أن هذا اللفظ باعتبار الصورة تعليق وباعتبار المقصود معاوضة لأنه حثه على اكتساب المال ورغبه في الأداء بما جعل له فيه من العتق وهذا معنى الكتابة وهذا المال عوض من وجه حتى لو طلقها بهذه الصفة كان لازما وكان الطلاق بائنا وما تردد بين أمرين يوفر حظه عليهما فوفرنا عليه حكم التعليق ابتداء في حق تلك الأحكام رعاية للفظ ودفعا للضرر عن المولى ووفرنا عليه حكم الكتابة في الآخرة فأجبرنا المولى على القبول دفعا للضرر والغرور عن العبد لأنه لم يتحمل المشقة في اكتساب المال إلا لينال شرف الحرية نظير الهبة بشرط العوض فإنه جعل هبة ابتداء حتى اعتبر التقابض في العوضين وبطل بالشيوع وجعل بيعا انتهاء حتى يرد بخيار العيب والرؤية عملا بالشبهين ولو أدى البعض يجبر على القبول

اعتبارا للجزء بالكل لكنه لم يعتق ما لم يؤد الكل لعدم الشرط بخلاف الكتابة فإنها معاوضة فيعتبر فيها الابراء وغيره من الاحكام التي ذكرناه وذكر شيخ الاسلام في مبسوطه أن المولى لا يجبر على قبض البعض لانه انما يكون كالمكاتب اذا كان يعتق بالاداء ولا يقال كيف يجعل معاوضة وكلاهما مال المولى لانا نقول لما ثبت معنى المعاوضة من الوجه الذي بينا أنه كالكتابة ثبت معنى المعاوضة قبل الاداء اقتضاء وكان أحق باكسابه وصار كما اذا كاتب عبده على نفسه وماله فانه يكون أحق بذلك المال ولو أداه عتق ثم اذا أدى ألفا اكتسبها بعد التعليق عتق ولم يرجع المولى عليه لانه مأذون له بالاداء منه وان فضل منه شئ فهو للمولى لانه كسب عبده وان أدى ألفا اكتسبها قبله رجع بالاستحقاق وهو لا يمنع العتق كما لو أدى مغصوبا فاستحق هذا اذا كان المال معلوما وان كان مجهولا بأن قال ان أديت الي دراهم فأنت حر لا يجبر على قبول المال لان مثل هذه الجهالة لا تكون في المعاوضة فلا يمكن حملها على الكتابة فيكون يمينا محضا ولا جبر فيها قال رحمه الله (وان قال أنت حر بعد موتي بألف فالقبول بعد موته) لان ايجاب العتق أضيف الى ما بعد الموت ولا يعتبر وجود القبول قبل وجود الايجاب فصار كقوله أنت طالق غدا ان شئت فانه لا يعتبر مشيئتها قبل غد وكذا لو قال لعبده أنت حر غدا بألف درهم بخلاف ما اذا قال أنت مدبر على ألف درهم حيث يكون القبول اليه في الحال لان ايجاب التدبير في الحال الا أنه لا يجب المال لان الرق قائم والمولى لا يستوجب على عبده دينا الا أن يكون مكاتبا فسقط بخلاف ما اذا أعتقه على مال حيث يجب عليه لان الرق قد زال فان قيل اذا لم يجب المال فما فائدة القبول قلنا فائدته أن يكون مدبرا لوجود الشرط لان التدبير معلق بقبول المال فلا يكون مدبرا ما لم يقبل ونظيره ما لو قال أنت حر على ألف درهم بعد موتي فانه يعتبر القبول فيه في الحال فاذا قبل صار مدبرا ولا يجب المال لما ذكرنا وعلى هذا لو قال ان شئت فأنت طالق غدا فالمشيئة في الحال بخلاف ما اذا قال أنت طالق غدا ان شئت حيث تكون المشيئة فيه في غد لما ذكرنا وقال أبو يوسف تعتبر المشيئة في الغد فيهما لان الطلاق يتوقف على مجئ الغد فيهما فكذا المشيئة وقال زفر المشيئة في الحال فيهما اذ لا فرق في الايمان بين تقديم المشيئة وتأخيرها ولو قدم المشيئة تعتبر المشيئة في الحال اجماعا فكذا اذا أخر ثم قالوا في مسئلة الكتاب لا يعتق وان قبل بعد الموت ما لم يعتقه الوارث لان الميت ليس بأهل للعتق وهذا صحيح لان العتق ليس بمعلق بالموت وفي مثله لا يعتق الا باعتاق الوارث كما لو قال أنت حر بعد موتي بشهر بخلاف المدبر لان عتقه تعلق بنفس الموت فلا يشترط فيه اعتاق أحد فان قيل أهلية المعلق ليس بشرط وقت وجود الشرط ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بشرط ثم جن ووجد الشرط وهو مجنون فانه يقع الطلاق والعتاق فوجب أن يكون هنا مثله قلنا نعم اذا كان ملك المعلق قائما وقت وجود الشرط وهنا خرج ما ملكه وبقي للوارث ومتى خرج عن ملكه لا يقع بوجود الشرط مع وجود الاهلية فما ظنك عند عدمها ولانه لما تأخر العتق عن الموت صار بمنزلة الموصى بعتقه وذلك لا يعتق الا باعتاق الوارث أو الوصي أو القاضي فكذا هذا قال رحمه الله (ولو حرره على خدمته سنة فقبل عتق) يعني من ساعته لان الاعتاق على الشئ يشترط فيه وجود القبول لا وجود المقبول كسائر العقود وصورة المسئلة أن يقول له أعتقتك على أن تخدمني وأما اذا قال ان خدمتني كذا مدة فأنت حر لا يعتق حتى يخدمه لانه معلق بشرط والاول معاوضة قال رحمه الله (وخدمه) لانه سلم له المبدل فيجب عليه تسليم البدل قال رحمه الله (فلو مات تجب قيمته) أي لو مات المولى أو العبد تجب قيمته عليه وتؤخذ من تركته اذا كان الميت هو العبد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد عليه قيمة الخدمة في المدة وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا وهذا الخلاف مبني على خلافية أخرى وهي ما اذا باع العبد من نفسه بجارية أو أعتقه عليها ثم هلكت قبل القبض أو استحقت يرجع المولى عليه بقيمة نفسه عندهما وبقيمة الجارية عند محمد وعلى هذا لو أعتق ذمي عبده على خمر في الذمة فاسلم يجب عليه قيمة نفسه عندهما وعنده قيمة الخمر له أنه معاوضة مال بغير مال لان نفس العبد ليست بمال في حقه اذ لا يملك نفسه فصار كما لو تزوج امرأة على عبد فاستحق فانها

بقبول هذا وهو قول أبي يوسف وفي الاستحسان يجبر على القبول كما في المكاتب اه اتقاني (قوله وان أدى ألفا اكتسبها قبله رجع) أي المولى عليه وعتق اه هداية (قوله لانه ايجاب) الذي بخط الشارح لان ايجاب الخ اه (قوله لو مات المولى أو العبد) أي قبل الخدمة اه رازي (قوله له أنه معاوضة مال) أي وهو الخدمة اه (قوله اذ لا يملك نفسه) أي وقد حصل العجز عن تسليم الخدمة بموته فوجب تسليم قيمتها اه

ترجع عليه بقيمة العبد لا بقيمة البضع وهو مهر المثل ولهما أنه معاوضة مال بمال لان العبد مال في حق المولى وكذا المنافع صارت مالا بايراد العقد عليها فصار كما لو اشترى أباه بأمة فهلكت قبل القبض أو استحقت فان البائع يرجع عليه بقيمة الاب لا بقيمة الامة وعلى هذا لو استأجر دارا الى سنة بعبد فقبضه فهلك عنده ثم انهدمت الدار أو استحقت فانه يرجع عليه بقيمة العبد فكذا هذا لان الاجارة مبادلة مال بمال لان المنافع تصير مالا بورود العقد عليها ولهذا يجوز التزوج على منافع الدار ونحوها وسوى هنا بين موت المولى والعبد وطعن عيسى وقال هذا غلط يعني فيما اذا مات المولى بل تأخذه ورثته بما بقي على العبد من الخدمة لان الخدمة دين عليه فيخلفه وارثه فيه بعد موته كما لو أعتقه على ألف درهم واستوفى بعضها ومات ولكن في ظاهر الرواية تقول الناس يتفاوتون في الخدمة وكان الشرط في العقد خدمة المولى فيفوت ذلك بموت المولى كما يفوت بموت العبد قال شمس الائمة السرخسي إن هذا العذر ليس بقوي فان الخدمة عبارة عن خدمة البيت وهي معروفة بين الناس لا يتفاوتون فيها فلا تفوت بموت المولى ولكن الاصح أن نقول الخدمة عبارة عن المنفعة وهي لا تورث فلا يمكن ابقاء عين المنفعة بعد موت المولى فلهذا كان المعتبر قيمة نفسه أو قيمة المنفعة على حسب اختلافهم وفي قوله لا يتفاوتون فيها نظر فان خدمة الفقراء أسهل من غيرهم وخدمة الشيخ أصعب من خدمة الشاب وقد يكونون كثيرين فخدمة الواحد أسهل من خدمة الجماعة وهذا ظاهر قال رحمه الله (ولو قال أعتقها بالف على أن تزوجنيها ففعل فأبت أن تتزوجه عتقت مجانا) لان من قال لغيره أعتق عبدك على ألف درهم علي لا يلزمه شئ ووقع العتق بخلاف ما اذا كان ذلك في الطلاق وقد حققناه في عتق الجعل وقوله أعتقها بالف على أن تزوجنيها من غير ذكر لفظة علي قبل قوله على أن تزوجنيها وهكذا ذكر في عامة نسخ الهداية وقد ذكرها في بعض النسخ وهو الحق وعليه تدل على ذلك فانه قال لان اشتراط البدل على الاجنبي في الطلاق جائز وفي العتاق لا يجوز ولا يكون اشتراطا على الاجنبي الا اذا قال علي فيكون الصواب أن يقول اعتق أمتك بالف درهم علي على أن تزوجنيها قال رحمه الله (ولو زاد عني قسم الالف على قيمتها ومهر مثلها ويجب ما أصاب القيمة فقط) أي لو زاد لفظة عني والمسئلة بحالها بان قال أعتق أمتك عني بالف درهم علي على أن تزوجنيها فأبت أن تتزوجه قسمت الالف على قيمتها وعلى مهر مثلها فما أصاب القيمة أداه الآمر وما أصاب المهر سقط لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء على ما تقدم في آخر باب نكاح الرقيق فاذا كان كذلك فقد قابل الالف بالرقبة شراء وبالبضع نكاحا

(قوله ولهذا كان المعتبر قيمة نفسه) أي على قولهما اهـ (قوله أو قيمة المنفعة) أي التي هي الخدمة على قول محمد اهـ (قوله في المتن فأبت أن تتزوجه عتقت مجانا) قال الاتقاني لا تجبر الامة على التزويج بعد العتق لانها صارت حرة مالكة أمر نفسها اهـ قال الكمال فاذا أعتق فأما ان تتزوجه أولا ولا يلزمها تزوجه لانها ملكت نفسها بالعتق فان لم تتزوجه لا يجب على الآمر شئ أصلا لان حاصل كلامه أمره المخاطب باعتاقه أمته وتزويجها منه على عوض ألف مشروطة عليه عنها وعن مهرها فلما لم تتزوجه بطلت عنه حصة المهر منها وأما حصته العتق فباطلة اذ لا يصح اشتراط بدل العتق على الاجنبي بخلاف الخلع لان الاجنبي فيه كالمرأة لم يحصل لها ملك مالم تكن تملكه بخلاف العتق فانه يحصل للعبد فيه قوة حكمية هي ملك البيع والشراء والاجارة والتزويج وغير ذلك من الشهادات والقضاء ولا يجب العوض الا على من حصل له المعوض فان تزوجته قسمت الالف على قيمتها ومهر مثلها فما أصاب قيمتها سقط عنه وما أصاب مهرها وجب لها عليه فان استويا بان كانت (٩٦) قيمتها مائة ومهرها مائة أو كان قيمتها ألفا ومهرها ألفا سقط عنه خمسمائة ووجب لها خمسمائة عليه وان تفاوتا بان كان قيمتها مائتين أو ألفين ومهرها مائة أو ألفا سقط عنه ستمائة وستة وستون وثلثان ووجب لها ثلثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث اهـ (فرع) رجل قال لآخر أعتق أمتك هذه على ألف درهم على أن تزوجنيها فأعتقها فأبت أن تتزوجه فالعتق واقع من المالك ولا شئ على الآمر لان من قال لآخر أعتق عبدك على ألف درهم علي ففعل لا شئ على الآمر ويقع العتق عن المأمور بخلاف ما لو قال طلق امرأتك على ألف درهم علي ففعل لزم الالف على الآمر لان اشتراط البدل على الاجنبي يجوز في الطلاق دون العتاق اهـ رازي (قوله بخلاف ما اذا كان ذلك في الطلاق) والفرق أن الاجنبي في باب الطلاق كالمرأة في عدم ثبوت شئ لهما بالطلاق اذ الثابت به سقوط ملك الزوج لا غير فكما جاز التزام المرأة بالمال فكذلك الاجنبي بخلاف العتاق فانه يثبت للعبد بالاعتاق قوة حكمية لم تكن له قبل ذلك فكان البدل في مقابلة ذلك وليس الاجنبي كالعبد حيث لا يثبت له به شئ أصلا فكان اشتراط البدل عليه كاشتراط الثمن على غير المشتري فلا يجوز اهـ (قوله وقد ذكرها في بعض النسخ) أي نسخ الهداية اهـ (قوله لانه لما قال عني تضمن الشراء اقتضاء) لكنه ضم الى رقبتها تزويجها وقابل المجموع بعوض ألف فانقسمت عليهما بالحصة وكان هذا كمن جمع بين عبده ومدبره في البيع بالف حيث يصح البيع وينقسم على قيمتهما فما أصاب قيمة المدبر سقط وما أصاب قيمة العبد وجب ثمنا بناء على دخول المدبر في البيع لكونه مالا ثم خروجه باستحقاقه نفسه ومنافع البضع وان لم يكن مالا لكن أخذت حكم المال لانها متقومة حالة الدخول وايراد العقد عليها اهـ كمال

فانقسم عليهما ووجب عليه حصة ما سلم له وهو الرقبة وبطل عنه حصة ما لم يسلم له وهو البضع ولم يبطل البيع باشتراط النكاح لانه مقتض لصحة العتق عنه فيكون مدرجا فيه فلا يراعى فيه شرائطه بل شرائط المقتضى وهو العتق فلهذا وجب عليه حصته من الالف المسمى ولو كان فاسدا لوجبت عليه القيمة ولو زوجت نفسها منه في الوجهين لم يذكره في الجامع الصغير وجوابه أن ما أصاب قيمتها سقط في الوجه الاول وهو للمولى في الوجه الثاني وما أصاب مهر مثلها كان مهرا لها في الوجهين لانه قابل الالف بالرقبة والبضع فينقسم عليهما فيجب عليه عوض ما سلم له دون غيره ولو أعتق أمته على أن تزوجه نفسها فزوجته نفسها كان لها مهر مثلها عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان العتق ليس بمال فلا يصلح مهرا وعند أبي يوسف يجوز جعل العتق صداقا لانه عليه الصلاة والسلام أعتق صفية ونكحها وجعل عتقها مهرها قلنا كان النبي صلى الله عليه وسلم مخصوصا بالنكاح بغير مهر فان أبت أن تتزوجه فعليها قيمتها في قولهم جميعا وكذا لو أعتقت المرأة عبدا على أن يتزوجها فان فعل فلها مهرها وان أبى فعليه قيمته والله أعلم بالصواب

﴿باب التدبير﴾

قال رحمه الله (هو تعليق العتق بمطلق موته) أي موت المولى هذا في الشريعة وفي المبسوط التدبير عبارة عن العتق الموقع في المملوك بعد موت المالك والاول أحسن لان الثاني يرد عليه المدبر المقيد بان قال ان مت في سفري أو مرضي هذا أو من مرض كذا ونحو ذلك مما ليس بمطلق واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موت المولى والتدبير مأخوذ من قوله صلى الله عليه وسلم في أم الولد فهي معتقة عن دبر منه وفي اللغة التدبير هو النظر فيما يؤل اليه عاقبته ودبر الرجل اذا ولى فكأنه من دبر الحياة أو من التدبير لانه دبر نفسه فيه حيث استخدمه في حال حياته وتقرب به الى الله تعالى بعد وفاته قال رحمه الله (كاذا مت فأنت حر أو أنت حر يوم أموت أو عن دبر مني أو مدبر أو دبرتك) أي كقوله اذا مت فأنت حر الخ وهذا تمثيل للتدبير المطلق لانه علق عتقه بمطلق موته فيصير به مدبرا لانه صريح فيه ويوم اذا قرن بفعل لا يمتد يراد به مطلق الوقت فيكون مدبرا مطلقا ولو نوى النهار دون الليل لا يكون مدبرا مطلقا لاحتمال أن يموت بالليل وكذا لو قال أعتقتك بعد موتي أو أنت عتيق أو معتق أو محرر بعد موتي الى غير ذلك من ألفاظ العتق وكذا اذا قال ان مت فأنت حر لانه تعليق بالموت وان كان كائنا لا محالة وكذا اذا قال ان حدث بي حدث فأنت حر لان الحدث يراد به الموت عادة وكذا اذا قال أنت حر مع موتي لان اقتران الشيء بالشيء يقتضي وجوده معه فكان اثباتا للعتق في حال وجود الموت وكذا لو قال في موتي لان حرف الظرف اذا دخل على الفعل يصير شرطا كقوله أنت طالق في دخولك الدار وكذا اذا ذكر مكان الموت الوفاة أو الهلاك لانه بمعناه ولا يحتاج

(قوله ولم يبطل البيع الخ) قال الكمال فان قيل اذا لم يتحقق فساد البيع من جهة جمع ما ليس بمال الى ما هو مال في صفقة واحدة ينبغي أن يفسد لانه ادخال صفقة في صفقة واذا فسد وجب إما عدم وقوع العتق لانه من جهة الآمر ولم يقبضها والمبيع في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فلا عتق فيما لم يملك وإما وجوب كل القيمة للأمور ان اعتبر قبضها نفسها بالعتق قبضا للمولى وان ضعف فيكتفى به لان القيمة حيث وجبت بالقبض في البيع الفاسد وجبت كلها أجيب بانه بيع صحيح والنكاح وقع مدرجا في البيع ضمنا له فلا يراعى من حيث هو مستقلا ولا يفسده ولا يخفى انه يمكن ادعاؤه في كل صفقة في صفقة فلا يتصور كونه من المفسدات اهـ (قوله بل شرائط المقتضى وهو العتق) فلم يبطل بالشرط الفاسد اهـ رازى (قوله سقط في الوجه الاول) أي وهو ما اذا لم يقل عني اهـ (قوله وهو للمولى في الوجه الثاني) أي وهو ما اذا قال عني اهـ (قوله كان مهرا لها في الوجهين) أي فيما اذا قال عني أو لم يقل اهـ

﴿باب التدبير﴾

لما فرغ عن العتق الواقع في حالة الحياة شرع في العتق الواقع بعد الموت لان الموت يتلو الحياة والتدبير في اللغة هو النظر في عاقبة الامر وكأن المولى لما نظر في عاقبة أمره وأمر عاقبته أخرج عبده الى الحرية بعده اهـ اتقاني (قوله والاول أحسن) أي وهو تعريف المصنف رحمه الله (قوله واحترز الشيخ عنه بقوله بمطلق موت المولى) وعلى هذا فيكون قول المصنف هو تعليق العتق بمطلق موته تعريفا للتدبير المطلق فقط لا الشامل له وللمقيد كما اقتضته عبارة المبسوط لكن قول الشارح لان الثاني يرد عليه المدبر المقيد لعله يريد به بعض أفراد المقيد فانه سيأتي في ألفاظ المقيد قوله أنت حر بعد موت فلان مع أنه لا يصدق عليه تعريف المبسوط فانه انما يعتق بعد موت فلان لا بعد موت المالك كما صرح به صاحب المبسوط وقد نقلت عبارته بحروفها فيما سيأتي والحاصل أن تعريف المصنف خاص بالتدبير المطلق وتعريف صاحب المبسوط شامل للمطلق ولبعض أفراد المقيد لا لكل أفراده هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق (قوله أو عن دبر مني) قال في المصباح الدبر بضمتين وسكون الباء تخفيف خلاف القبل من كل شيء ومنه يقال لآخر الامر دبر وأصله ما أدبر عنه الانسان ومنه دبر الرجل عبده تدبيرا اذا أعتقه بعد موته وأعتق عبده عن دبر أي بعد دبر والدبر الفرج والجمع أدبار وولاه دبره كناية عن الهزيمة وأدبر اذا ولى أي صار ذا دبر اهـ

الى النية في هذه الالفاظ لانها صرائح فيه وتكون مطلقة لعدم تقييده على صفة في أصله أن ألفاظه ثلاثة أنواع أحدها أن يصرح بالتدبير بان يقول دبرتك أو يضيف الحرية الى ما بعد موته كقوله أنت حر بعد موتي أو نحو ذلك وروى هشام عن محمد أنه اذا قال أنت مدبر بعد موتي يصير مدبرا للحال لان المدبر اسم لمن يعتق عليه بعد موته فصار كقوله أنت حر بعد موتي والثاني أن يكون بلفظ التعليق كقوله ان مت فأنت حر ونحوه من القران بالموت أو التعليق به والثالث أن يكون بلفظ الوصية بان قال أوصيت لك برقبتك أو بعتقك لان العبد لا يملك نفسه فكانت الوصية له وصية بالعتق وكذا لو أوصى له بثلث ماله لان رقبته من جملة ماله فكان موصى له بثلث رقبته وهو تمليك بعد الموت وتمليك العبد من نفسه اعتاق لانه لا يملك نفسه فصار كأنه قال أنت حر بعد موتي قال رحمه الله (فلا يباع ولا يوهب) وقال الشافعي رحمه الله تعالى يجوز بيعه وغيره من التصرفات لما روى عن جابر أن رجلا أعتق غلاما له عن دبر منه فاحتاج فأخذه النبي صلى الله عليه وسلم فقال من يشتريه مني فاشتراه نعيم بن عبد الله بكذا وكذا فدفعه اليه متفق عليه وفيما رواه النسائي كان عليه دين فباعه النبي صلى الله عليه وسلم بثمانمائة درهم فأعطاه فقال له اقض دينك وأنفق على عيالك ولان التدبير تعليق العتق بالشرط ولا أثر له في المحل قبل وجود الشرط فلا يمنع جواز التمليك كما لو علقه بغيره من الشروط وكالمدبر المقيد ولان التدبير وصية حتى يصح بلفظ الوصية ويعتبر من الثلث والوصية لا تمنع الموصي من التصرف ولنا رواية ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ان المدبر لا يباع ولا يوهب ولا يورث وهو حر من الثلث احتج به الطحاوي وغيره من الائمة وروى أبو الوليد الباجي أن عمر رضي الله عنه رد بيع المدبر في ملا خير القرون وهم حضور متوافرون وهو اجماع منهم أن بيع المدبر لا يجوز ولانه وجد فيه سبب العتق وقد تعلق بمطلق موت المولى فلا يجوز بيعه كام الولد وهذا لانه يعتق بعد الموت بهذا الكلام لا بكلام آخر فجعله سببا للحال أولى من جعله سببا بعد الموت لقيام الاهلية في الحال وزوالها بعد الموت ولا يقال انها موجودة حكما بعد الموت كما قلنا في رجل علق طلاق امرأته بالشرط فوجد الشرط وهو مجنون لانا نقول الشيء انما يعتبر موجودا حكما اذا أمكن وجوده حقيقة ولا امكان هنا لاستحالة وجود الفعل من الميت ولان هذا الحكم لا يثبت الا اذا حكم الشرع بموته ومتى حكم بموته استحال أن يحكم بحياته لافضائه الى التناقض بخلاف ما اذا جن لانه أهل للتصرف في الجملة ألا ترى أنه يعتق عليه قريبه بالملك ويمكن وجود الشرط وهو أهل أيضا فأمكن اعتباره حكما بخلاف ما نحن فيه لانه لا يمكن جعله سببا بعد الموت لانه حال زوال الاهلية فكان سببا في الحال وأخرنا الحكم مع انعقاد السبب كما في البيع بشرط الخيار وهذا هو القياس في سائر التعليقات الا أنه وجد المانع من السببية وهو انعقاده يمينا واليمين تصرف آخر يمنع الحكم لانه يعقد للمنع من مباشرة الشرط والمانع من الشرط مانع من الحكم المتعلق به فيضاد وقوع الجزاء وضد الشيء لا يكون سببا له لان أدنى درجات السبب أن يكون مفضيا الى المسبب فما ظنك اذا كان منافيا له وانما يكون سببا اذا انتقض اليمين بالحنث وأمكن جعله سببا في ذلك الوقت لبقاء أهلية التصرف وههنا اليمين تعقد تصرفا آخر في الحال فبقي سببا في الحال فلا يجوز ابطاله لانه تعلق به حق العبد وهذا لان حقيقة الحرية لا تقبل الابطال فكذا حق الحرية وسببها كالاستيلاد ولانه وصية اثبات الخلافة في ملكه للموصى له مقدما على الوارث فاعتبر سببا في الحال لاثبات الخلافة كالقرابة وما رواه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به لانه يحتمل أنه كان مدبرا مقيدا ويحتمل أنه باع منفعته بان آجره والاجارة تسمى بيعا

(قوله بان قال أوصيت لك برقبتك) قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله في شرح القدوري وقد قالوا لو أوصى لعبده بسهم من ماله انه يعتق بعد موته ولو أوصى له بجزء من ماله لم يعتق رواه بشر عن أبي يوسف والفرق بينهما أن السهم عبارة عن السدس فاذا أوصى له بسدس ماله دخل سدس رقبته في الوصية فاستحق عتق جزء منها وهو معلق بالموت فكان مدبرا واذا أوصى بجزء فالخيار الى الورثة ولهم أن يعينوا ذلك فيما شاؤا فلم تتضمن الوصية الرقبة (٦٨) على كل حال فلم يكن مدبرا اهـ (قوله في المتن فلا يباع ولا يوهب) قال في الهداية ثم لا يجوز بيعه ولا هبته ولا اخراجه عن ملكه الا الى الحرية كما في الكتابة اهـ (اعلم) أن المدبر المقيد يجوز بيعه بالاتفاق أما المدبر المطلق فلا يجوز بيعه عندنا وهو مذهب مالك في الموطا ومذهب سفيان الثوري والاوزاعي كذلك اهـ اتقاني (قوله وقال الشافعي يجوز بيعه) وهو مذهب أحمد بن حنبل واسحق اهـ اتقاني (قوله ان رجلا أعتق غلاما) واسمه يعقوب اهـ (قوله فاشتراه نعيم بن عبد الله) ابن النحام بثمانمائة وفي بعض الروايات بسبعمائة أو تسعمائة اهـ اتقاني (قوله كما لو علقه بغيره من الشروط) كدخول الدار ومجيء رأس الشهر اهـ (قوله حتى يصح بلفظ الوصية الخ) وسائر الوصايا ليست بلازمة حتى يجوز الرجوع عنها صريحا أو دلالة فكذا هذه الوصية يجوز الرجوع عنها اهـ اتقاني (قوله فكان سببا في الحال) قال الشيخ قوام الدين رحمه الله وهذا هو المذهب عند أصحابنا وما قاله صاحب الهداية قبيل باب عتق أحد العبدين بقوله وفي المدبر ينعقد السبب بعد الموت فذلك تناقض منه لا محالة اهـ وكتب ما نصه بخلاف التدبير المقيد فانه لم يجعل سببا في الحال بلغة لانه تردد في كونه سببا لانه ربما لا يموت من ذلك الوجه فاذا مات حينئذ يجعل سببا في آخر جزء من أجزاء حياته اهـ اتقاني (قوله ويحتمل أنه باع منفعته) يعني لا رقبته توفيقا بين حديثنا وحديثه اهـ اتقاني

(قوله ويحتمل أنه باعه) أى فى ابتداء الاسلام اه اتقانى (قوله ولا يملك المولى الرجوع عنه بالقول) ولا يرتد بالرد اه اتقانى بخلاف سائر الوصايا فانها يشترط فيها القبول بعد الموت وترتد بالرد فلم يصح القياس اه اتقانى (قوله فى المتن ويباع لو قال ان مت من سفرى الخ) قال الكمال قوله ومن المقيد أى ومن التدبير المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين فأنت حر فان مات قبل السنة أو العشر عتق مدبرا وان مات المولى بعد السنة أو العشر لا يعتق ومقتضى الوجه كونه لو مات فى رأس السنة يعتق لان الغاية لولاها تناول الكلام ما بعدها لانه تنجيز تحققه فيصير حرا بعد السنة والعشر فيكون للاسقاط اه قال فى المبسوط ولو قال ان حدث بى حدث فى مرضى أو سفرى هذا فأنت حر لم يكن مدبرا وله أن يبيعه لانه علق عما ليس بكائن لا محالة فربما يرجع من ذلك السفر ويبرأ من ذلك المرض وفقه هذا الكلام أنا انما نوجب حق الحرية بالتدبير فى الحال بناء على قصده القربة بطريق الخلافة وهذا القصد منه ينعدم اذا علق بموته بصفة لان القصد الى القربة لا يختلف من ذلك المرض ومن غيره فلانعدام هذا القصد لم يكن مدبرا بخلاف ما اذا علقه بمطلق الموت فان القصد الى ايجاب القربة متحقق هناك حين علقه بما هو كائن لا محالة ولكن ان مات كما قال عتق من ثلثه لان التعليق بالشرط صحيح مع انعدام القصد الى ايجاب القربة واذا وجد الشرط عتق من ثلثه وان برأ من مرضه أو رجع من سفره ثم مات لم يعتق لان الشرط الذى علق به العتق قد انعدم فاذا قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبرا لان موت فلان ليس بسبب الخلافة فى حق هذا المولى ووجوب حق العتق باعتبار معنى الخلافة فاذا لم يوجد ذلك لم يكن مدبرا والى هذا أشار فقال (٩٩) ألا ترى أن فلانا لو مات والمولى حى عتق العبد ولا خلافة قبل موته ولو مات المولى وذلك الرجل حى صار العبد ميراثا للورثة فكيف يكون مدبرا وتجرى فيه سهام الورثة اه فقوله فاذا قال أنت حر بعد موت فلان لم يكن مدبرا اه قال الفقيه أبو الليث فى خزانته خمسة ألفاظ يصير بها العبد مدبرا مقيدا ويجوز بيعه قوله ان مت من سفرى هذا فأنت حر ان مت من مرضى هذا فأنت حر أنت حر قبل موتى بشهر أنت حر قبل موت فلان بشهر ان مات فلان فأنت حر اه وهو كما ترى صريح فى ان قوله ان مات فلان من التدبير المقيد ومعناه ومعنى قوله أنت حر بعد موت فلان واحد فلا ريب يكون قوله أنت حر بعد موت فلان من التدبير المقيد والحاصل أن التدبير المطلق هو الذى يعلقه المولى بمطلق موته والتدبير المقيد هو الذى يعلقه المولى بموت نفسه على صفة كان مت فى سفرى هذا أو مرضى هذا أو بموت غيره كانت حر قبل موت فلان بشهر أو ان مات فلان فأنت حر أو أنت حر بعد موت فلان هذا ما ظهر لكاتبه وبالله المستعان اه قال الحدادى رحمه الله فى الجوهرة وان قال أنت حر قبل موتى بشهر فليس بمدبر فاذا مضى شهر قبل موته وهو فى ملكه فهو مدبر عند أبى حنيفة وعندهما ليس بمدبر لانه لم يعلق الحرية بالموت على الاطلاق وان مات قبل مضى الشهر لا يعتق اجماعا اه وقوله فليس بمدبر أى فليس بمدبر مطلق بل هو مدبر مقيد حتى يجوز بيعه وقوله فاذا مضى شهر قبل موته وهو فى ملكه فهو مدبر عند أبى حنيفة يريد فهو مدبر مطلق عنده ومقيد عندهما فيجوز بيعه على قولهما يدل على ما قلنا قوله فى دليلهما لانه لم يعلق الحرية بالموت على الاطلاق فهذا كما ترى ينفى أن يكون مدبرا مطلقا ولا ينفى أصل التدبير ويقتضى أن يكون مدبرا مطلقا عند الامام فتنبه لذلك والله الموفق قال قاضيخان رحمه الله قبيل باب الوصى ما نصه وقيل الرجوع فى الوصية على أربعة أوجه منها ما يكون رجوعا بالقول والفعل جميعا نحو أن يوصى لرجل بشئ ثم قال رجعت كان رجوعا وكذا لو أوصى بعين ثم أخرجه عن ملكه بوجه من الوجوه بطلت الوصية حتى لو عاد اليه بعد ذلك فى حياته لا تكون وصية ومنها ما يكون رجوعا بالقول ولا يكون رجوعا بالفعل نحو أن يوصى بثلث ماله ثم قال رجعت صح رجوعه ولا يكون رجوعا بغير ذلك ومنها ما يكون رجوعا بالفعل ولا يكون رجوعا بالقول نحو أن يقول لعبده ان مت من مرضى هذا فأنت حر فهو مدبر مقيد لو قال رجعت عن ذلك لا يصح ولو باع العبد جاز بيعه وتبطل الوصية ومنها ما لا يكون رجوعا

بلغه أهل المدينة لان فيها بيع المنفعة يؤيده ما رواه جابر أنه عليه الصلاة والسلام باع خدمة المدبر ذكره أبو الوليد المالكى رحمه الله ويحتمل أنه باعه فى وقت كان يباع الحر بالدين كما روى انه عليه الصلاة والسلام باع حرا بدينه ثم نسخ بقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة ذكره فى الناسخ والمنسوخ ولا نسلم أن التدبير وصية محضة بل انعقد السبب فيه للحال على ما بينا ولهذا لا يبطل التدبير بقتل المدبر سيده ولا يملك المولى الرجوع عنه بالقول ولو كان التدبير وصية محضة لبطل ولملك الرجوع قال رحمه الله (ويستخدم ويؤجر ويوطأ وتنكح) أى يستخدم المدبر ويؤجر للناس ويطأ المولى الامة المدبرة ويزوجها من انسان لان ملكه ثابت فيه ولهذا يدخل تحت قوله كل مملوك لى حر وبالملك تستفاد ولاية هذه التصرفات وهى لا تبطل حق المدبر فى نفسه بخلاف البيع ونحوه فانها تبطل حقه فيه فلا يملك وليس له أن يرهنه لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء من المالية بطريق البيع وهو ليس محلا للبيع كأم الولد قال رحمه الله (وبموته يعتق من ثلثه) أى بموت المولى يعتق من ثلث ماله لما روينا ولان التدبير وصية لكونه تبرعا مضافا الى ما بعد الموت فينفذ من الثلث قال رحمه الله (وسعى فى ثلثيه لو فقيرا وكله لو مديونا) يعنى سعى فى ثلثى قيمته اذا كان المولى فقيرا ولم يكن له مال غيره وسعى فى جميع قيمته اذا كان عليه دين يستغرق ماله لما ذكرنا أنه وصية ومحل نفاذه الثلث ولم يسلم للموصى له شئ الا اذا سلم للورثة ضعفه والدين مقدم على الوصية ولا يمكن نقض العتق فيجب نقضه معنى برد قيمته قال رحمه الله (ويباع لو قال ان مت من سفرى أو مرضى أو الى عشر

سنين أو عشرين سنة أو أنت حر بعد موت فلان ويعتق ان وجد الشرط) يعنى ان علق التدبير بموته على صفة بأن قال ان مت فى سفرى أو مرضى الخ يجوز بيعه لانه ليس بمدبر مطلق ويعتق ان مات المولى على تلك الصفة لوجود الشرط وهذا لان الموت على تلك الصفة ليس كائنا لامحالة فلم ينعقد سببا فى الحال واذا انتفى معنى السببية لتردده بين الثبوت والعدم بقى تعليقا كسائر التعليقات فلم يمنع البيع بخلاف المدبر المطلق لان عتقه معلق بمطلق موته وهو كائن لامحالة فاذا عتق بوجود الشرط عتق كما يعتق المدبر أعنى من ثلث ماله لان الصفة لما صارت متيقنة فى آخر جزء من أجزاء حياته أخذ حكم المدبر المطلق لزوال التردد ولو وقته بمدة لا يعيش مثله اليها بأن قال ان مت الى مائة سنة فأنت حر ومثله لا يعيش الى مائة سنة فهو مدبر مطلق عند الحسن بن زياد وقال أبو يوسف ليس بمطلق لان العبرة للتوقيت ولا ينظر الى طول المدة أو قصرها كما فى التوقيت فى النكاح والمختار هو الاول لانه اذا كان فى الغالب لا يعيش اليه صار كالكائن لامحالة ومن المقيد أن يقول اذا مت وغسلت فأنت حر لانه علقه بالموت وشئ آخر بعده وان مات ففى القياس أن لا يعتق مالم يعتق وان غسل لانه لما لم يعتق بنفس الموت انتقل الى الوارث فهو كقوله ان مت ودخلت الدار فأنت حر وفى الاستحسان يعتق لانه يغسل عقيب موته قبل أن يتقرر ملك الوارث فيه فصار نظير تعليقه بموته على صفة بخلاف زيادة دخول الدار لانه لا يتصل بالموت فيتقرر ملك الوارث فيه قبله ومن المقيد أن يقول أنت حر قبل موتى بشهر أو بيوم ومضى الشهر أو اليوم فهو مقيد حتى يملك بيعه وقال زفر لا يملك لانه مطلق للتيقن به قلنا احتمال موته قبل الشهر كان قائما وقت اليمين فصار مقيدا فلا يتغير بعد ذلك بمضى الشهر أو اليوم ولان المدبر هو الذى يعتق بموت مولاه وهذا يعتق قبله فلا يكون مدبرا وذكر فى اختلاف زفر ويعقوب اذا قال لعبده اذا مت أو قتلت فأنت حر فعند زفر يكون مدبرا لان عتقه تعلق بمطلق موته حتى يعتق اذا مات على أى وجه كان وعلى قول أبى يوسف لا يكون مدبرا لان عتقه علقه بأحد الشيئين الموت أو القتل فلم يكن عزيمة فى أحدهما فلم يكن مدبرا والله أعلم بالصواب

﴿ باب الاستيلاد ﴾

وهو طلب الولد لغة وفى الشرع طلب الولد من الامة وأم الولد للامة المستولدة وهو من الاسماء التى خرج بها

لا بالقول ولا بالفعل نحو أن يدبر عبده تدبيرا مطلقا لا يمكنه أن يرجع عنه لا قولا ولا فعلا اهـ (قوله لان الصفة الخ) هذا التعليل ظاهر فى قوله ان مت من سفرى أو مرضى أو الى عشر سنين لا فى قوله أنت حر بعد موت فلان فتأمل اهـ (قوله والمختار هو الاول) أخذه من الاختيار اهـ (قوله لانه اذا كان فى الغالب لا يعيش اليه صار كالكائن الخ) قال فى الهداية ومن المقيد أن يقول ان مت الى سنة أو الى عشر سنين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قال ان مت الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها فى الغالب لانه كالكائن لامحالة قال الاتقانى وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة فى المنتقى وذكر الفقيه أبو الليث فى نوازله لو أن رجلا قال لعبده أنت حر ان مت الى مائة سنة قال أبو يوسف هذا مدبر مقيد وله أن يبيعه وقال الحسن هو مدبر لا يجوز بيعه لانه علم أنه لا يعيش الى تلك المدة فصار كأنه قال ان مت فأنت حر قال الفقيه وهذا الاختلاف بمنزلة الاختلاف الذى قالوا فى رجل تزوج امرأة الى مائتى سنة قال الحسن جاز النكاح لانهما لا يعيشان الى ذلك الوقت وفى قول علمائنا الثلاثة لا يجوز النكاح الى هنا (١٠٠) لفظ النوازل وقد ذكرنا فى كتاب النكاح رواية المجرد عن أبى حنيفة قبيل باب الاولياء والاكفاء قال اذا ذكر امدة لا يعيش الى مثلها جاز النكاح ويلغو ذكر المدة واختار الولوالجى فى فتاواه ما ذهب اليه أبو يوسف حيث قال رجل قال لعبده أنت حر ان مت الى مائتى سنة ثم باعه جاز بيعه لانه مدبر مقيد لانه يتصور أن لا يموت الى مائتى سنة وكذا لو تزوج امرأة الى مائة سنة لا يجوز النكاح لانه موقت لانه يتصور أن يعيش أكثر من مائة سنة اهـ وقال الكمال قوله بخلاف ما اذا قال الى مائة سنة ومثله لا يعيش اليها فى الغالب لانه كالكائن لامحالة فيكون مدبرا مطلقا فلا يجوز بيعه وهذه رواية الحسن عن أبى حنيفة وقال قاضيخان على قول أصحابنا مدبر مقيد وكذا ذكره فى الينابيع وجوامع الفقه لانه لم يخرج عن التعيين وعلى قول الحسن ذكر ما لا يعيش اليه غالبا تأبيد معنى وهو كالخلاف فى النكاح المؤقت اذا سميا مدة لا يعيشان اليها غالبا صح النكاح عند الحسن لانه تأبيد معنى والمذهب أنه توقيت فلا يصح والمصنف كالمناقض فانه فى النكاح اعتبره توقيتا وأبطل به النكاح من وهنا جعله تأبيدا موجبا للتدبير اهـ ما قاله الكمال (قوله مالم يعتق) أى تعتقه الورثة اهـ (قوله قلنا) أى قلنا لم يوجد تعليقه بمطلق موته لاحتمال موته قبل شهر فلم يتعلق بشرط كائن لامحالة ولو مات بعد شهر قيل يعتق من الثلث وقيل من جميع المال لان على قول أبى حنيفة يستند العتق الى أول الشهر وهو كان صحيحا فيعتق من كله وعلى قولهما يصير مدبرا بعد مضى الشهر قبل موته اهـ فتح

﴿ باب الاستيلاد ﴾

(اعلم) أن مناسبة باب الاستيلاد بباب التدبير ظاهرة وهى أن فى كل منهما استحقاق العتق فى الحال وحقيقته بعد الموت ولما كان التدبير

أنسب بما قبله من حيث ان العتق به بإيجاب اللفظ بخلاف الاستيلاد قدمه عليه والاستيلاد مصدر استولد أى طلب الولد وهو عام أريد به خصوص وهو طلب ولد أمته أى استلحاقه أى باب بيان أحكام هذا الاستلحاق الثابتة فى الام اهـ من شرح الاتقانى والكمال رحمهما الله
قوله الاستيلاد قال الكمال أصله استولاد ومثله يجب قلب واوه ياء كميعاد وميزان وميقات فصار استيلادا وأم الولد تصدق لغة على الزوجة وغيرها ممن لها ولد ثابت النسب وغير ثابت النسب وفى عرف الفقهاء أخص من ذلك وهى الامة التى يثبت نسب ولدها من مالك كلها أو بعضها اهـ قال الاتقانى اعلم أن الاستيلاد طلب الولد لغة وأم الولد من الاسماء الغالبة على بعض من يقع عليه الاسم كالنجم للثريا والصعق لخالد بن نفيل بن عمرو بن كلاب وهذا فى الاصل اسم لمن أصابته الصاعقة ثم غلب عليه وفى اصطلاح أهل الشرع أم الولد كل مملوكة ثبت نسب ولدها من مالك لها أو مالك لبعضها وذلك أن الاستيلاد تابع لثبات النسب فاذا ثبت النسب ثبت الاستيلاد اهـ (قوله ولان الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة) قال الكمال واليه أشار عمر رضى الله عنه فيما رواه محمد بن قارب قال اشترى ابى أمة من رجل قد أسقطت منه فأمر عمر رضى الله عنه بردها وقال أبعد ما اختلطت لحومكم بلحومهن ودماؤكم بدمائهن اهـ (قوله بواسطة الولد) أى بحيث يضاف الولد الى كل واحد منهما كملا ولهذا تثبت حرمة المصاهرة فصارت أصوله وفروعه كأصولها وفروعها وبالعكس فلما كان الولد مضافا الى الواطئ صارت الجارية أيضا مضافة اليه بواسطة ولد مضاف اليه واليه أشار رسول الله صلى الله عليه وسلم بقوله أعتقها ولدها أى صار الولد معتقا لها بنسبه اهـ اتقانى وأما حكم الاستيلاد فانه لا يجوز بيعها ولا اخراجها (١٠١) من ملكه بوجه من الوجوه ويجوز اعتاقها

من العموم الى الخصوص كالتيمم والحج فانه اسم لمطلق القصد لغة وقد صار فى العرف لقصد مخصوص ونظيره البيت والكعبة والنجم والربا قال رحمه الله (ولدت أمة من السيد لم تملك) أى اذا ولدت أمة من مولاها لا يجوز تمليكها لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال من وطئ أمة فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواه أحمد وابن ماجه وعنه رضى الله عنه ذكرت أم ابراهيم عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أعتقها ولدها رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن ابن عمر رضى الله عنهما عن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع أمهات الاولاد وقال لا يبعن ولا يوهبن ولا يورثن يستمتع منها السيد ما دام حيا فاذا مات فهى حرة رواه الدارقطنى ورواه مالك فى الموطا ولأن الجزئية قد حصلت بين الواطئ والموطوءة بواسطة الولد فان الماءين قد اختلطا بحيث لا يمكن التمييز بينهما على ما عرف فى موضعه الا أن بعد الانفصال تبقى الجزئية حكما لا حقيقة فضعف السبب فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت وبقاء الجزئية حكما باعتبار النسب وهو من جانب الرجال فكذا الحرية تثبت فى حقهم لا فى حقهن حتى لو ملكت الحرة زوجها بعد ما ولدت منه جاز لها بيعه ولا يعتق بموتها وبثبوت عتق مؤجل يثبت حق الحرية فى الحال ويوجب عتقها بعد موته وكذا اذا كان بعضها مملوكا له لان الاستيلاد لا يتجزأ اذا أمكن تكميله اذ هو فرع النسب فيعتبر بأصله وقال بشر وداود الظاهرى يجوز بيعها ولا تعتق بموت المولى وروى عن على رضى الله عنه انه كان يجوز بيع أمهات الاولاد ثم رجع الى قول الجماعة وحكى عن أبى سعيد البردعى شيخ الكرخى أنه خرج حاجا من بردعة فوصل يوم الجمعة بغداد فرأى بعد صلاة الجمعة قوما جلسوا للنظر وفيهم داود فسأله

وتدبيرها وكتابتها ووطؤها واستخدامها قاله الاتقانى قال الكمال واذا ثبت قوله أعتقها ولدها وهو متأخر الى الموت اجماعا وجب تأويله على مجاز الاول فثبت فى الحال بعض مواجب العتق من امتناع تمليكها اهـ (قوله على ما عرف فى موضعه) أى فى باب حرمة المصاهرة اهـ (قوله فضعف السبب) أعنى سبب العتق وهو الجزئية بينهما اهـ اتقانى (قوله فأوجب حكما مؤجلا الى ما بعد الموت) أى ولم يثبت فى الحال ولم يجز بيعها فى الحال وان لم يثبت العتق فى الحال لانها استحقت الحرية فلو جاز بيعها لبطل استحقاقها اهـ اتقانى (قوله وبقاء الجزئية الخ) جواب سؤال مقدر بأن يقال لو كانت الجزئية حكما بواسطة الولد بين الواطئ والموطوءة اهـ (قوله فكذا الحرية) بالحاء وفى بعض النسخ الجزئية والحرية بالحاء أصح لان الجزئية كما تثبت فى حقهم كذلك تثبت فى حقهن بل فى حقهن أولى لان الولد يقرض منهن بالمقراض وقد ذكر فى الكتاب تثبت فى حقهم لا فى حقهن والمعنى على تقدير الحاء تثبت حرية النساء فى حق الرجال ولا تثبت حرية الرجال فى حق النساء كما دل عليه ما ذكر فى الايضاح وعلى تقدير الجيم معناه لان الجزئية المؤكدة بالنسب فى حقهم لا فى حقهن اذ النسب الى الآباء اهـ معراج (قوله وبثبوت عتق مؤجل) يعنى قد ثبت بما ذكرنا أنه يثبت لها عتق مؤجل ويلزم من ثبوت عتقها مؤجلا أن يثبت لها فى الحال حق العتق فيمتنع بيعها واخراجها الا الى الحرية ولقائل أن يقول ثبوت العتق المؤجل الى أجل معلوم ثابت فى قوله اذا جاء رأس الشهر فأنت حر ومع ذلك لم يمتنع البيع قبل أن يبيعه قبله ولم يلزم من ثبوت العتق الى أجل معلوم الوقوع ثبوت استحقاقها فى الحال بل عند حلول الاجل فالحق أن استحقاقها فى الحال العتق عند الموت ليس الا حكم النص حيث صرح النص بأنهن لا يبعن ولا يوهبن لمعنى الجزئية التى أشار اليها عمر رضى الله عنه اهـ فتح (قوله لا يتجزأ اذا أمكن تكميله) كما فى القنية اهـ (قوله وقال بشر) الذى فى فتح القدير بشر المريسى والذى فى غاية البيان بشر بن غياث وهما شخص واحد لا شخصان كما ظن وبشر بن غياث المريسى هذا من أصحاب أبى يوسف خاصة وله تصانيف وروايات كثيرة عن أبى يوسف وكان معتزليا ورغب الناس فى ذلك الزمان وكان أبو يوسف يذمه اهـ (قوله أبى سعيد البردعى) تفقه على أبى على الدقاق وعلى بن موسى

ابن نصير قال عبد القادر فى طبقاته فى كتاب الانساب البردعى بفتح الباء الموحدة وسكون الراء وفتح الدال المهملة وفى آخرها العين نسبة الى بردعة قرية باقصى أذربيجان كذا قيده السمعانى والذهبى وذكر الذهبى ان بعضهم يعجم الدال نسبة الى أبى سعيد البردعى اسمه أحمد ابن الحسين تقدم قلت والبردعى بذال معجمة نسبة الى برذعة الدابة وهى نسبة الحسن بن صفوان صاحب ابن أبى الدنيا اهـ

حنفى عن بيع أم الولد فقال يجوز بيعها الان بيعها كان جائزا قبل العلوق بالاجماع فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر لان ما ثبت باليقين لا يزول الا بيقين مثله فتحير الحنفى فانه لا يقبل القياس وخبر الواحد لا يوجب اليقين فقال أبو سعيد أجمعنا على عدم جواز بيعها بعد العلوق فان فى بطنها ولدا حرا فنحن على هذا الاجماع حتى ينعقد اجماع آخر فتحير داود وانقطع فلما رأى وهن داود وهن أصحابه فى الفقه ترك الخروج الى الحج وجلس للتدريس فاجتمع أصحاب داود عند أبى سعيد وكان على ذلك حتى سمع ليلة مناديا يقول فأما الزبد فيذهب جفاء وأما ما ينفع الناس فيمكث فى الارض فما لبث ساعة أن قرع انسان بابه وأخبره بموت داود فاستقر أمره بعد ذلك قال رحمه الله (ويوطأ وتستخدم وتؤجر وتزوج) لبقاء ملكه وولايته هذا التصرف تستفاده فصارت كالمدبر ولا يثبت نسب ولدها فى أول مرة الا أن يعترف به وقال الشافعى رحمه الله يثبت نسب ولدها اذا اعترف بالوطء وان عزل عنها الا أن يدعى انه استبرأها بعد وطئها بحيضة لانه لما ثبت النسب بالعقد فلأن يثبت بالوطء وانه أقوى افضاء أولى ولنا أن وطء الامة يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود ما يمنع من الولد وهو سقوط تقومها أو نقصان قيمتها أو الاستنقاص بأولاد الامة عادة أو خساسة الحل فان النفوس الابية تستنكف عن وطئهن فضلا عن طلب الولد منهن وانما يتفق ذلك لبعض الناس لغلبة الشهوة والقياس على النكاح ممتنع لان المقصود من النكاح التوالد ولهذا يثبت نسبه منه وان لم يطأها لوجود الفراش القوى ولهذا لا ينفرد بالعزل والاستبراء بحيضة لا يفيد لان الحامل تحيض عنده فأى فائدة فى اشتراطه وروى الطحاوى باسناده عن عكرمة عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه كان له جارية يطؤها فحملت فقال ليس منى انى أتيتها اتيانا لا أريد به الولد وعن عمر انه كان يعزل عن جاريته فجاءت بولد أسود فشق عليه فقال ممن هو فقالت من راعى الابل فحمد الله وأثنى عليه ولم يلتزمه ولو اعترف بالحمل فان جاءت به لستة أشهر ثبت نسبه منه للتيقن بوجوده وقت الاقرار ولا فرق فى ذلك بين أن يكون حيا أو ميتا بعد ما استبان خلقه وان جاءت به لا كثر لم يثبت قال رحمه الله (فان ولدت بعده ثبت بلا دعوة بخلاف الاول) أى اذا ولدت ولدا بعد الولد الاول ثبت نسبه بلا دعوة منه لانه لما ادعى الولد الاول تعين الولد مقصودا منها فصارت فراشا له وقال عليه الصلاة والسلام الولد للفراش وصارت كالمنكوحة ولهذا لو أعتقها المولى أو مات عنها يجب عليها العدة بثلاث حيض هذا اذا لم تحرم عليه أما اذا حرمت عليه بوطء أمها ونحوه لم يثبت الا بالدعوة لانقطاع الفراش قال رحمه الله (وانتفى بنفيه) أى انتفى نسب ولد أم الولد بعد ما اعترف بالاول بمجرد نفيه من غير لعان لان فراشها ضعيف حتى يملك نقله بالتزويج بخلاف المنكوحة حيث لا ينتفى نسب ولدها الا باللعان لتأكد الفراش ألا ترى أنه لا يملك ابطاله بالتزويج وذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط فقال انما يملك نفيه ما لم يقض القاضى به أو لم يتطاول ذلك فأما اذا قضى القاضى به فقد لزمه على وجه لا يملك ابطاله وكذا بعد التطاول لانه وجد منه دليل الاقرار من قبول التهنئة ونحوه فيكون كالتصريح بالاقرار ومدة التطاول ما ذكرنا فى باب اللعان على اختلافهم ولو أعتقها ثم جاءت بولد الى سنتين لزمه ولا ينتفى بنفيه لان فراشها قد تأكد بالحرية ولهذا لا يملك نقله بالتزويج وليس له أن يتزوج أختها عند أبى حنيفة رحمه الله ما دامت فى العدة وعلى هذا لو مات فجاءت بولد لاقل من سنتين ثبت ولزم لما قلنا ثم اعلم أنه لا يلزمه أن يقر بنسب ولد الجارية فى الحكم لما ذكرنا وأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان وطئها وحصنها ولم يعزل عنها يلزمه أن يقر به ويدعى أنه منه لان الظاهر أنه منه لانتفاء الزنا لاسيما عند التحصين

(قوله فنحن على هذا حتى ينعقد اجماع آخر فانقطع داود) وكان له أن يجيب ويقول الزوال كان بمانع عرض وهو قيام الولد الحر فى بطنها وزال بانفصاله فعاد ما كان فيبقى الى أن يثبت المزيل قاله الكمال رحمه الله (قوله وتزوج لبقاء ملكه الخ) ولا ينبغى أن يزوجها حتى يستبرئها بحيضة وهذا الاستبراء ليس بواجب بل مستحب كاستبراء البائع ولو زوجها فولدت لاقل من ستة أشهر فهو من المولى والنكاح فاسد اهـ بدائع (قوله ولنا أن وطء الامة الخ) قال الاتقانى ولنا ان وطء الامة قد يقصد به الولد وقد يقصد به قضاء الشهوة دون الولد لوجود المانع عن طلب الولد لانه اذا استولدها سقط عنها التقوم عند أبى حنيفة وتنتقص قيمتها عندهما فلما كان وطء الامة محتملا لم يكن مجرد الوطء دليلا على الفراش فلم يثبت النسب بلا دعوة بمجرد ملك اليمين اهـ (قوله وهو سقوط تقومها) أى عند أبى حنيفة اهـ (قوله أو نقصان قيمتها) أى عند صاحبيه لان قيمتها ثلث قيمة القن لزوال منفعة السعاية والبيع وبقاء منفعة الوطء اهـ (قوله فى المتن فان ولدت بعده ثبت بلا دعوة) أى اعتراف منه قال فى الظهيرية وان أنكر المولى الولادة فشهدت عليها امرأة جاز ذلك ويثبت النسب وتصير الجارية أم ولد له اهـ (قوله تعين الولد مقصودا) أى ولم يبق احتمال قضاء الشهوة اهـ اتقانى (قوله لان الظاهر أنه منه لانتفاء الزنا) لان الظاهر من حال المسلمة أن لا يكون ولدها من الزنا اهـ اتقانى (قوله لاسيما عند التحصين) قال الاتقانى والمراد من التحصين أن يمنعها من الخروج والبروز عن مظان الريبة والعزل أن يطأها ولا ينزل فى موضع وهو

وهو عبارة عن حفظها عما يوجب ريبة الزنا وعند عدم العزل وقد ولدته في ملكه والبناء على الظاهر فيما لا يعلم حقيقته واجب. وأما اذا لم يحصنها أو عزل عنها فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز له نفيه لان الظاهر وان كان عدم الزنا يعارضه ظاهر آخر وهو العزل أو عدم التحصين وعن أبي يوسف أنه اذا وطئها ولم يستبرئها بعد ذلك حتى جاءت بولد فعليه أن يدعيه عزل عنها أو لم يعزل حصنها أو لم يحصنها حملا لامرها على الصلاح ما لم يتبين له خلاف ذلك لان ما يظهر عقيب سبب يحال عليه حتى يتبين خلافه وفي الايضاح ذكر قول أبي يوسف بلفظ الاستحباب وفي المبسوط بلفظ الوجوب وعن محمد رحمه الله لا ينبغي له أن يدعي نسبه اذا لم يعلم أنه منه ولكن ينبغي له أن يعتق الولد ويستمتع بالام ثم يعتقها بعد موته لان استلحاق نسب ولد ليس منه لا يحل شرعا فيحتاط من الجانبين وهو مستحب عنده قال رحمه الله (وعتقت بموته من كل ماله ولم تسع لغريم) أي عتقت بموت المولى من جميع ماله ولا يلزمها السعاية لغريم ولا لوارث لما رويناه وبينا من المعنى ولان الاستيلاد من حوائجه الاصلية لما أن قوامه بالنسل معنى كما أن قوامه بالاكل حقيقة وحاجته مقدم على حق الغرماء والورثة كحاجته الى التجهيز والتكفين بخلاف التدبير لانه ليس من أصول حوائجه ولانها لا تتقوم عند أبي حنيفة رضي الله عنه وحق الغرماء لا يتعلق بما لا يتقوم كالقصاص حتى اذا قتل المدين وجب القصاص بقتله أو قتل له ولي ووجب له القصاص على القاتل ثم مات المدين قبل أن يقتله أو قتل هو رجلا فوجب عليه القصاص فلاوليائه أن يقتلوا القاتل أو يعفوا عنه بغير شيء وكذا الاولياء المقتول أن يقتلوا الغريم وان أدى الى ابطال حقهم في هذا كله قال رحمه الله (ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) وقد بينا أنها تكون مكاتبة فلا تؤدي السعاية الى الاضرار بالمولى وقال زفر رحمه الله تعتق للحال والسعاية دين عليها وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام فأبى له أن في استدامة الملك عليها ذلا وازالة ذل الكافر عن المسلم واجب وذلك بالبيع أو العتق وقد تعذر الاول فتعين الثاني ولنا أنه تعذر ابقاؤها في ملك المولى ويده وتعذر ازالته لك الذمي مجانا لان ملكه محترم فيخرج الى الحرية بالسعاية كما في معتق البعض نظرا للجانبين وهذا لان الذل في الاستخدام قهرا بملك اليمين وذا يزول بالاستسعاء لانها تخرج عن يده وتكون حرة يدا وأحق بمكاسبها ونفسها ودفع الضرر عن الذمي واجب أيضا فلو قلنا بزوال ملكه في الحال ببدل في ذمة مفلسة والمال في ذمة المفلس كالتاوي بل هو تاو لانها تتوانى ولا تنشط على الاكتساب بعد حصول الحرية لحصول مقصودها بخلاف ما اذا لم تعتق لانها تنشط وتجتهد على تحصيل المال لنيل شرف الحرية فكان ضررا عليه لانه بمنزلة ازالتها عن ملكه بلا بدل ولا يقال هي غير متقومة عند أبي حنيفة رضي الله عنه فكيف يجب عليها السعاية لانا نقول وجوب السعاية لا يشترط فيه التقوم ألا ترى أن القصاص لا يتقوم ومع هذا لو عفا بعض الاولياء انقلب نصيب الباقين مالا لتعذر ودفع الضرر عنهم ولانها تكاتب عليه وكتابة أم الولد جائزة لتعجيل عتقها قبل موت سيدها ولان الذمي يعتقد ماليتها فيترك على ما يعتقد على ما بينا من قبل ولو مات مولاها عتقت بلا سعاية لانها أم ولد له ولو عجزت لا ترد الى ما كانت لانها لو ردت لاعيدت مكاتبة لقيام الموجب ما لم يسلم مولاها والمدبر في هذا كأم الولد حتى اذا أسلم

الجامعة أما اذا وطئها وعزل أو وطئها ولم يعزل لكن لم يحصنها جاز للمولى نفي الولد لتعارض الظاهرين وذلك أن عدم الزنا وان كان ظاهرا فالعزل أو عدم التحصين أيضا دليل على ان الولد من الزنا فوقع الشك والاحتمال في كون الولد من المولى فلم تلزمه الدعوة بالشك والاحتمال اه (قوله ولكن ينبغي له أن يعتق الولد) يعني لئلا يسترقه بالشك اه (قوله ولا يلزمها السعاية لغريم الخ) أي ولو كان السيد مديونا مستغرقا اه فتح (قوله ولا لوارث لما روينا) وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها اه (قوله كالقصاص) يعني اذا مات من له القصاص وهو مديون فليس لارباب الديون أخذ من عليه القصاص بدينهم لاستيفاء ديونهم اه (قوله في المتن ولو أسلمت أم ولد النصراني سعت في قيمتها) قال الرازي وهذه السعاية انما تجب نظرا الى اعتقاد الذمي لانه مال عنده كالخمر اه وهي أي أم ولد النصراني اذا أسلمت بمنزلة المكاتب لا تعتق حتى تؤدي السعاية اه هداية قال الكمال وقال زفر تعتق للحال أي حال إباء مولاها الاسلام والسعاية دين عليها تطالب بها وهي حرة وان أسلم عند العرض فهي على حالها بالاتفاق بخلاف ما لو أسلم بعدها اه وكتب على قوله سعت في قيمتها ما نصه وهي ثلث قيمتها قنة اه (قوله وهذا الخلاف فيما اذا عرض على المولى الاسلام) فان أسلم تبقى على حالها اه (قوله وذلك بالبيع أو العتق) الذي في الكافي وتبعه فيه الرازي في شرحه وذا بالبيع أو الاعتاق وعدل الشارح عن لفظ الاعتاق الى العتق وهو ظاهر اه (قوله ولنا أنه تعذر ابقاؤها في ملك المولى ويده) يعني بعد اسلامها واصراره على الكفر اه رازي (قوله كان) جواب قوله فلو قلنا اه (قوله لانه بمنزلة ازالتها عن ملكه بلا بدل) فلهذا لا تعتق ما لم تؤد السعاية وهذا اشكال لهما على أبي حنيفة في تقوم أم الولد حيث وجبت السعاية وملك المتعة في هذه الحالة زال بلا بدل كما لو أسلمت امرأته وأبى أن يسلم والعذر له أن الذمي يعتقد فيها المالية والتقوم ويجوز بيعها كذلك لانه يعتقد جواز بيعها وانما يبنى الحكم في حقهم على اعتقادهم كما في مالية الخمر ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن مالا متقوما وقد احتبس عندها المعنى من جهتها فيكون مضمونا عليها عند الاحتباس وان لم يكن مالا متقوما كالقصاص فانه ليس بمال متقوم ثم اذا احتبس نصيب أحد الشريكين عند القاتل بعفو الآخر يلزمه بدله اه كافي (قوله ولان الذمي يعتقد ماليتها) أي حتى يعتقد جواز بيعها اه

مدبر النصراني يسعى في قيمته لما ذكرنا في أم الولد قال رحمه الله (وان ولدت بنكاح فلكها فهي أم ولده) أي اذا تزوج أمة فولدت له ثم ملكها صارت أم ولده وقال الشافعي رحمه الله لا تصير أم ولده ولو استولدها بملك يمين ثم استحقت ثم ملكها صارت أم ولده عندنا وله فيها قولان له قوله صلى الله عليه وسلم أيما أمة ولدت من سيدها فهي حرة عن دبر منه شرط لثبوت العتق لها أن تكون الولادة من سيدها وهذه ولدت من زوجها لا من سيدها ولانها علقت برقيق فلا تكون أم ولده كما لو علقت من الزنا ثم ملكها الزاني وهذا لان ثبوت أمومية الولد باعتبار علوق الولد حرا لانه جزء الام في تلك الحالة والجزء لا يخالف الكل ولنا أن السبب هو الجزئية على ما ذكرنا والجزئية تثبت بينهما بنسبة الولد الى كل واحد منهما كملا وقد ثبت النسب فتثبت الجزئية بينهما بواسطة انتساب الولد اليهما بخلاف ولد الزنا فانه لا نسبة له الى الزاني نظيره من اشترى أخاه من أبيه أو عمه من الزنا حيث لا يعتق عليه لانه ينسب اليه بواسطة نسبته الى الاب أو الجد وهي غير ثابتة وانما يعتق عليه ولده من الزنا بالملك لانه جزؤه حقيقة بغير واسطة بخلاف العتق والتدبير قبل الملك فان ذلك لغو شرعا اذ لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فلا يظهر حكمه بعد الملك وهذا النسب متقرر شرعا ولا معتبر بما ذكر من جزئية الجنين لانه لو أعتق ما في بطنها لم يثبت لها حق العتق ولا حقيقته ولو كان لاجل الاتصال بها لثبتت ولا حجة له بما روى لانه لا نص فيه على ان العلوق وجد في ملكه وهو نظير ملك القريب فانه لا يشترط لعتقه أن يكون حادثا في ملكه وفيما اذا ولدت بالزنا خلاف زفر وهو القياس وجوابه ما بينا ولو طلقها فتزوجت بغيره فولدت منه ثم اشتراها وأولادها كلهم تصير أم ولده ويعتق ولده منه وولدها من غيره يجوز بيعه ولا يكون بمنزلة أمه خلافا لزفر رحمه الله بخلاف الولد الحادث في ملكه حيث يكون حكمه حكم أمه بالاتفاق وان وطئ جارية ابنه فجاءت بولد فادعاه الاب ثبت نسبه منه وصارت أم ولده وعليه قيمتها وليس عليه عقرها ولا قيمة ولدها وقد ذكرناها في النكاح ويشترط لصحة دعوة الاب أن يكون له ولاية التملك من وقت العلوق الى وقت الدعوة حتى لو حبلت في غير ملك الابن أو حبلت في ملكه ثم أخرجها عن ملكه ثم ردها الى ملكه أو جن الاب أو كان رقيقا أو كافرا فأفاق أو عتق أو أسلم فجاءت بولد لاقل من ستة أشهر من ذلك الوقت لم تصح دعوة الاب الا أن يصدقه الابن فان صدقه الابن ثبت نسبه منه ولا يملك الجارية ويعتق الولد على الابن لزعمه أنه ملك أخاه وكذا لو كانت الجارية أم ولد الابن أو مدبرته لم تصح دعوة الاب لعدم قبول النقل الى ملك الاب ولو وطئ أب الاب مع قيام ولاية الاب لا يثبت النسب منه لانه لا ولاية للجد حال قيام ولاية الاب وان زالت ولاية الاب بالموت أو الرق أو الكفر أو الجنون تصح دعوة الجد لان المصحح ثبوت الولاية للجد من وقت العلوق الى وقت الدعوة كما ذكرنا في الاب وقد وجد حتى لو لم يوجد ملك الجد في بعض هذه المدة أو لم يكن الجد أهلا للولاية في بعضها لا تصح دعوته قال رحمه الله (ولو ادعى ولد أمة مشتركة ثبت نسبه) لاحتياج الولد الى النسب لانه صادف ملكه في النصف فتصح دعوته فيه ويثبت نسبه فيه فاذا ثبت نسبه فيه ثبت في الباقي ضرورة أنه لا يتجزأ لما أن سببه لا يتجزأ وهو العلوق اذ الواحد لا يخلق من ماء رجلين ولا فرق في ذلك بين أن يكون الدعوى في المرض أو في الصحة لانه من الحاجة الاصلية على ما بينا قال رحمه الله (وهي أم ولده) لان الاستيلاد لا يتجزأ عندهما وعند أبي حنيفة رضي الله عنه يصير نصيبه أم ولد له ثم يتملك نصيب صاحبه اذ هو قابل للتملك اذ لم يحصل لها شيء من أسباب الحرية قبل كالتدبير وغيره قال رحمه الله (ولزمه نصف قيمتها) لانه تملك نصيب صاحبه لما استكمل الاستيلاد وتعتبر قيمتها يوم العلوق لان أمومية الولد تثبت من ذلك الوقت ولا يختلف بين أن يكون موسرا أو معسرا لانه ضمان تملك بخلاف ضمان العتق على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (ونصف عقرها) أي لزمه نصف عقرها لانه وطئ جارية مشتركة اذ ملكه ثبت بعد الوطء حكما للاستيلاد فيتعقبه الملك في نصيب صاحبه بخلاف الاب اذا استولد جارية ابنه حيث لا يجب عليه العقر لان الملك هناك يثبت شرطا للاستيلاد فيتقدمه فصار واطئا ملك نفسه وانما كان كذلك لان ماله من الحق لا يكفي للاستيلاد لانه حق تملك لا حقيقة ملك ولا حقه ولهذا

(قوله وله فيها قولان) وهو ولد المغرور اه كافي (قوله ولنا) يعني ولنا أنها علقت بولد ثبت نسبه منهما فتصير أم ولد له لانه اذا ثبت النسب من كل واحد منهما يضاف الى كل واحد منهما على سبيل الكمال وذا دليل اتحادهما والجزئية موجبة للعتق اه (قوله نظيره من اشترى أخاه من أبيه) وانما قيد بقوله من أبيه لانه اذا كان من أمه لا تنقطع النسبة اه من خط الشارح (قوله فيما روى) الذي في خط الشارح بما روى اه (قوله وقد ذكرناها في النكاح) يعني تقدم في باب نكاح الرقيق حكم وطء الرجل جارية ولده وولد ولده ودعوة نسب الولد اه (قوله الى وقت الدعوة) وان يكون الاب صاحب ولاية بان لا يكون كافرا ثم أسلم ولا عبدا ثم أعتق اه (قوله في المتن وهي أم ولده) أي بالاتفاق اه (قوله لان الاستيلاد لا يتجزأ الخ) فاذا ثبت في نصيب المستولد ثبت في نصيب الآخر اذ الاستيلاد فرع النسب وهو لا يتجزأ اه كافي (قوله لانه وطئ جارية مشتركة) أي فلاقى الوطء ملكه وملك شريكه فيجب العقر لان الوطء لا يخلو من الحد أو العقر فسقط الاول للشبهة في المحل فوجب الثاني اه

يجوز له أن يتزوجها بخلاف الشريك فان له حقيقة الملك فى النصف فيكفى لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل قال رحمه الله (لاقيمته) أى لا تلزمه قيمة الولد لانه علق حر الاصل اذ النسب يثبت مستندا الى وقت العلوق والضمان يجب فى ذلك الوقت فيحدث الولد على ملكه ولم يعلق شئ منه على ملك شريكه قال رحمه الله (ولو ادعياه معا ثبت نسبه منهما) ومعناه اذا حبلت فى ملكهما وكذا اذا اشترياها حبلى لا يختلف فى حق ثبوت النسب منهما وانما يختلف فى حق وجوب العقر والولاء وضمان قيمة الولد حتى لا يجب على كل واحد منهما العقر لصاحبه لعدم الوطء فى ملكه ويجب عليه نصف قيمة الولدان كان المدعى واحدا ويثبت لكل واحد منهما فيه الولاء لانه تحرير على ما عرف فى موضعه وقال الشافعى رحمه الله يرجع الى قول القافة لان اثبات النسب من شخصين مع علمنا أن الولد لا يخلق من ماءين متعذر وقد سر رسول الله صلى الله عليه وسلم بقول القائف فى أسامة بن زيد ولان النسب مما لا يتجزأ فلا يتصور فيه الشركة كالنكاح ولنا كتاب عمر رضى الله عنه الى شريح رحمه الله لبسا فلبس عليهما ولو بينا لبين لهما هو ابنهما يرثهما ويرثانه وهو للباقى منهما وكان ذلك بحضر من الصحابة من غير نكير وهو مذهب على وابن عباس وزيد بن ثابت ولانه رجم بالغيب والله تعالى هو المنفرد بعلم الغيب ويعلم ما فى الارحام ولان فيه قذفا للمحصنات ولهذا صار قذفا فى غير هذه الحالة اجماعا ولان قول القائف لو كان معتبرا شرعا لرجع اليه فى اللعان بنفى الولد ولم ينف الولد بالجهل وهذا دليل على أن قوله غير معتبر ولانه من أحكام الجاهلية قال الله تعالى أفحكم الجاهلية يبغون قالت عائشة رضى الله عنها كانت أنكحتهم على أربعة أنحاء منها أن رهطا كانوا يجتمعون على امرأة فاذا أتت بولد دعوا بقائف فألحقه بأشبههم وذلك باطل بما تلونا ولان القائف فى اللغة هو الذى يقول الباطل قال الشاعر

وطال حذارى خيفة البين والنوى * ومن قائف فى قوله يتقول

أى يقول الباطل وسرور النبى صلى الله عليه وسلم كان لقطع طعن المشركين لانهم كانوا يطعنون فى نسب أسامة بن زيد لاختلاف لونهما وكانوا يعتقدون أن القائف يعلم ذلك ولما مر مجزز المدلجى عليهما فقال هذه الاقدام بعضها من بعض انقطع طعنهم ولزمتهم الحجة على زعمهم فسر عليه الصلاة والسلام لذلك لا لان قول القائف حجة شرعا ولانه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به على ما عرف فى موضعه يحققه أنه عليه الصلاة والسلام لم يثبت نسبه به ولم يجعل قوله حجة فيه لان نسبه كان ثابتا قبل ذلك فكيف يصح الاستدلال به على ثبوت النسب وهو لم يثبت بشئ ولان الشبه لا يوجب ثبوت النسب ولا عدم الشبه يوجب انتفاءه لان الله تعالى يفعل ما يشاء ويحكم ما يريد ألا ترى أن الرجل الذى قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم ان امرأتى ولدت غلاما أسود فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هل لك ابل فقال نعم قال ما ألوانها قال حمر قال هل فيها من أورق فقال ان فيها الورقا فقال مم ترى ذلك جاءها قال من عرق نزعها فقال صلى الله عليه وسلم فلعل هذا عرق نزعه رواه الجماعة ولم يرخص له عليه الصلاة والسلام فى نفيه لعدم الشبه ولم يعول عليه حكما فدل على أن ذلك ليس بشئ ولانهما استويا فى سبب الاستحقاق فيستويان فى الاستحقاق والنسب وان كان لا يتجزأ لكن يتعلق به أحكام متجزئة كالميراث والنفقة والحضانة والتصرف فى المال وأحكام غير متجزئة كالنسب وولاية الانكاح فما يقبل التجزئة يثبت بينهما على التجزئة وما لا يقبلها يثبت فى حق كل واحد منهما على الكمال كأنه ليس معه غيره الا اذا وجد المرجح فى حق أحدهما فلا يعارضه المرجوح كما اذا كان أحدهما أبا الآخر لان للاب حقا فى مال ابنه أو يكون أحدهما ذميا والآخر مسلما لان الاسلام يعلو ولا يعلى والحر أولى من العبد والمرتد أولى من الذمى والكتابى أولى من المجوسى قال رحمه الله (وهى أم ولدهما) لان دعوة كل واحد منهما فى نصيبه فى الولد معتبرة راجحة على دعوة صاحبه لقيام المرجح فتصح دعوته فيه فتتبعه أمه فيصير نصيبه فيها أم ولد له تبعا لولدها قال رحمه الله (وعلى كل واحد نصف العقر) لان الوطء فى المحل المعصوم سبب للضمان

(قوله يطعنون) من باب قتل اه (قوله هل فيها من أورق) قال فى المصباح وجمل وغيره أورق لونه كلون الرماد وحمامة ورقاء اه (قوله لكن يتعلق به) أى بالاستيلاد اه (قوله فى المتن وعلى كل واحد نصف العقر) قال فى الكافى وعلى كل واحد منهما نصف العقر قصاصا بماله على الآخر فان قيل لا فائدة فى وجوب العقر لانه يصير قصاصا قلنا فيه فائدة فربما يبرئ أحدهما حقه فيبقى حق الآخر فتتوجه المطالبة اه وقال الكمال وفائدة ايجاب العقر مع التقاص أن أحدهما لو أبرأ الآخر من حقه بقى حق الآخر وأيضا لو قوم نصيب أحدهما بالدراهم والآخر بالذهب كان له أن يدفع الدراهم ويأخذ الذهب اه

(قوله وو رثامنه ارث أب) فان وهب لهذا الابن مال أو ورثه من أخ له لامه لا ينفرد أحد الابوين بالتصرف فى ذلك المال عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ينفرد أحدهما اه وصايا فتاوى قاضيخان اه (قوله لانه لا ملك له فيها حقيقة) فان ملكها يوما من الدهر صارت أم ولده لانه ملكها وله منها ولد ثابت النسب اه كفاية (١٠٦) (قوله ولو ملكه) أى الولد على تقدير تكذيب المكاتب اه

الجابر أو الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر قال رحمه الله (وتقاصا) لعدم فائدة الاشتغال بالاستيفاء الا اذا كان نصيب أحدهما أكثر من نصيب الآخر فيأخذ منه الزيادة اذ المهر يجب لكل واحد منهما بقدر ملكه فيها بخلاف البنوة والارث منه حيث يكون لهما على السواء لان النسب لا يتجزأ وهو فى الحقيقة لاحدهما فيكون بينهما على السواء لعدم الاولوية قال رحمه الله (وورث من كل ارث ابن) أى يرث الابن من كل واحد منهما ميراث ابن كامل لان كل واحد منهما أقر له على نفسه ببنوته على الكمال فيقبل قوله قال رحمه الله (وورثا منه ارث أب) أى يرثان منه ميراث أب واحد لان المستحق أحدهما فيقتسمان نصيبه لعدم الاولوية كما اذا أقام كل واحد منهما البينة ان هذا ابنه أو على ان هذا الشئ له قال رحمه الله (ولو ادّعى ولد أمة مكاتبه وصدّقه المكاتب لزم النسب) لتصادقهما على ذلك فصار كالو ادّعى نسب ولد جارية الاجنبى فصدقه المولى قال رحمه الله (والعقر) أى ولزمه العقر لانه وطئ بغير نكاح ولا ملك يمين وقد سقط عنه الحد للشبهة فصار كوطء المكاتبة بل أولى لان فى المكاتبة ملك الرقبة ثابت للمولى ومع هذا وجب عليه العقر بوطئها كوجوب الارش بالجناية عليها لانها صارت بالعقد كالاجنبية عنه والعقر ملحق بالارش وليس له فى جارية المكاتب ملك فكان أولى بالوجوب قال رحمه الله (وقيمة الولد) أى لزمه قيمة الولد لانه فى معنى المغرور حيث اعتمد دليلا وهو أنه كسب كسبه فلم يرض برقه فيكون حرا بالقيمة ثابت النسب منه كما ان المغرور اعتمد دليلا وهو الملك ظاهرا وان لم يكن له ملك حقيقة قال رحمه الله (ولم تصر أم ولده) لانه لا ملك له فيها حقيقة وماله من الحق كاف لصحة الاستيلاد فلا حاجة الى النقل وتقديم الملك بخلاف جارية الابن لانه ليس للاب فيها حقيقة الملك ولا حقه وانما له حق التملك وذلك غير كاف لصحة الاستيلاد فاحتجنا الى نقلها الى ملك الاب ليصح الاستيلاد قال رحمه الله (وان كذبه لم يثبت النسب) أى ان كذبه المكاتب لم يثبت نسب الولد منه وقال أبو يوسف رحمه الله يثبت لان الجارية كسب كسبه فصار كجارية الابن بل أولى لان للمولى فى المكاتب ملك الرقبة ولهذا ينفذ عتقه ويمنع المكاتب من التصرف غير الاكتساب بخلاف الابن وحقه أيضا فى مال المكاتب أقوى ولهذا منع المكاتب من التصرفات فكان أولى بالتنفيذ من غير تصديق وجه الفرق أن الاب له أن يتملك مال ابنه اذا احتاج اليه ولهذا لا يجب عليه عقرها ولا قيمة الولد وتصير أم ولده وليس للمولى أن يتملك مال مكاتبه لانه بالعقد حجر على نفسه وألحق نفسه بالاجنبى ولهذا يجب عليه عقرها وقيمة ولدها ولا تصير أم ولده فيشترط تصديقه بخلاف ما اذا وطئ المكاتبة فجاءت بولد فادّعاه حيث يثبت نسبه ولا يشترط تصديقها لان رقبتها مملوكة له بخلاف كسبها ولو ملكه يوما بعد ما كذبه المكاتب ثبت نسبه وصارت أم ولده ان ملكها لان الاقرار به باق وهو الموجب وزال حق المكاتب وهو المانع ولو ولدت منه جارية غيره وقال أحلها لى مولاها والولد ولدى فصدقه المولى فى الاحلال وكذبه فى الولد لم يثبت نسبه وان ملكهما يوما ثبت نسبه وصارت أم ولده ولو صدّقه فى الولد ثبت نسبه ولو استولد جارية أحد أبويه أو امرأته وقال ظننت أنها تحل لى لم يثبت نسبه منه ولا حدّ عليه وان ملكه يوما عتق عليه وان ملك أمّه لا تصير أم ولده لعدم ثبوت نسبه والله أعلم

﴿كتاب الايمان﴾

اليمين القوة لغة قال الله تعالى لاخذنا منه باليمين وقال الشماخ

رأيت عرابة الأوسى يسمو ＊ الى الخيرات منقطع القرين

﴿كتاب الايمان﴾

اشترك كل من اليمين والعتاق والطلاق والنكاح فى ان الهزل والاكراه لا يؤثر فيه الا أنه قدم على الكل النكاح لانه أقرب الى العبادات كما تقدّم والطلاق رفعه بعد تحققه قايلاؤه اياه أوجه واختص الاعتاق عن اليمين بزيادة مناسبة بالطلاق من جهة مشاركته اياه فى تمام معناه الذى هو الاسقاط وفى لازمه الشرعى الذى هو فى السراية فقدمه على اليمين اه كمال رحمه الله قال فى المصباح ويمين الحلف انثى وتجمع على أيمن وأيمان قيل سمى الحلف يمينا لانهم كانوا اذا تحالفوا ضرب كل واحد منهم يمينه على يمين صاحبه فسمى الحلف يمينا مجازا اه قال الاتقانى والحلف واليمين من الاسماء المترادفة اه (قوله اليمين) أى اليمين مشترك بين الجارحة والقسم اه فتح (قوله وقال الشماخ) كذا عزاه الاتقانى وعزاه فى الصحاح للحطيئة واقتصر عليه اه (قوله رأيت عرابة) قال فى مجمع البحرين للصغانى وقوله عرابة اسم رجل من الانصار من الاوس قال الحطيئة ليس البيت للحطيئة وانما هو للشماخ وذكر المبرد وابن قتيبة ومحمد بن سعد أن الشماخ خرج يريد المدينة فلقيه عرابة بن اوس فسأله عما أقدمه المدينة فقال أردت ان أمتار لاهلى وكان معه بعيران فاوقرهما عرابة تمرا وبرا وكساه وأكرمه فخرج من المدينة وامتدحه بالقصيدة التى يقول فيها رأيت عرابة اه قال فى الصحاح وعرابة بالفتح اسم رجل من الانصار من الاوس قال الحطيئة اذا ما راية البيت اه

اذا ماراية رفعت لمجد * تلقاها عرابة باليمين

وفى الشرع عبارة عن عقد قوى به عزم الحالف على الفعل أو الترك وسمى هذا العقد بها لان العزيمة تتقوى بها وهى مشروعة لان الله تعالى أقسم وأمر نبيه صلى الله عليه وسلم بالقسم فقال تعالى قل إى وربى إنه لحق ولأن فيها تعظيم أسماء الله وصفاته لان من أقسم بشئ فقد عظمه وأقسم عليه الصلاة والسلام ليغزون قريشا والصحابة رضى الله عنهم كانوا يقسمون فكانت ثابتة بالكتاب والسنة والاجماع واليمين بغير الله تعالى أيضا مشروع وهو تعليق الجزاء بالشرط وهو ليس بيمين وضعا وانما سمى يمينا عند الفقهاء لحصول معنى اليمين بالله وهو الحمل أو المنع واليمين بالله تعالى لا يكره وتقليله أولى من تكثيره واليمين بغيره مكروهة عند البعض للنهى الوارد فيه وعند عامتهم لا يكره لانه يحصل بها الوثيقة لاسيما فى زماننا وما روى من النهى محمول على الحلف بغير الله لا على وجه الوثيقة كقولهم بأبيك ولعمرك ونحوه وركن اليمين بالله تعالى ذكر اسمه أو صفته وبغيره ذكر شرط صالح وجزاء صالح وصلاحية الشرط أن يكون معدوما على خطر الوجود وصلاحية الجزاء أن يكون غالب الوجود عند وجود الشرط ليتحقق الحمل أو المنع وقد يكون متحقق الوجود عند وجود الشرط كالتعليق بالملك وسببه وحكمها وجوب البر أصلا والكفارة خلفا وشرط انعقادها تصور البر فى المستقبل خلافا لابى يوسف رحمه الله ثم اليمين بالله تعالى ثلاثة أقسام غموس ولغو ومنعقدة على ما يجئ بيانه ودليل الحصر عليه أنها لا تخلو إما أن تكون فيها مؤاخذة أولا فالثانى لغو والاول لا يخلو إما أن تكون المؤاخذة دنيوية أو عقوبية فالاول المنعقدة والثانى الغموس قال رحمه الله (حلفه على ماض كذبا عمدا غموس وظنا لغو) أى اذا حلف على أمر قد مضى وهو كاذب فيه فان تعمد الكذب فهو غموس وان كان يظن أن الامر كما قال فهو لغو ويتأتيان فى الحال أيضا سميت الاولى غموسا لانها تغمس صاحبها فى الذنب ثم فى النار وسميت الثانية لغوا لانه لا اعتبار بها واللغو اسم لما لا يفيد يقال لغا اذا أتى بشئ لا فائدة فيه فكلاهما يتصور فى اليمين بالله تعالى ولا يتصور فى اليمين بغيره لان تعليق الطلاق والعتاق والنذور بأمر كائن فى الماضى لا يتحقق فيه اللغو ولا الغموس لان الطلاق يقع به وكذا العتاق والنذور سواء كان عالما وقت اليمين أو لم يكن عالما قال رحمه الله (وأثم فى الاولى دون الثانية) يعنى يأثم فى الغموس ولا يأثم فى اللغو لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم ولقوله صلى الله عليه وسلم الكبائر الاشراك بالله تعالى وعقوق الوالدين وقتل النفس واليمين الغموس رواه البخارى وأحمد وقال عليه الصلاة والسلام من اقتطع حق امرئ مسلم

(قوله تلقاها عرابة باليمين) أى بالقوة اهـ (قوله واليمين بغير الله تعالى) نحو قولك ان دخلت الدار فأنت طالق اهـ (قوله وهو الحمل أو المنع) أى على المحلوف عليه اهـ (قوله واليمين بغيره مكروه) قال الكمال رحمه الله ثم يكره الحلف بالطلاق والعتاق لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله الحديث والاكثر على انه لا يكره لانه لمنع نفسه أو غيره ومحل الحديث غير التعليق مما هو بحرف القسم اهـ (قوله لاسيما فى زماننا) أى فان أحدا لا يصدق ولا يؤتمن عليه فى اليمين بالله تعالى لقلة مبالاة ظهرت فى الناس فتمس الحاجة الى الوثيقة بالطلاق وغيره وقد روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أنه حلف بالطلاق عند النبى صلى الله عليه وسلم فلم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان مكروها لانكر عليه اهـ كاكى (قوله كالتعليق بالملك وسببه) وأما شروطها فالعقل والبلوغ اهـ كمال (قوله فى المتن حلفه على ماض) قال الكمال وليس هذا بقيد بل الحلف (١٠٧) على الحال أيضا كوالله ماله هذا على دين وهو يعلم خلافه وقال الاتقانى اعلم أن يمين الغموس ما يتعمد فيه الكذب على اثبات شئ أو نفيه سواء كان ماضيا أو حالا نظير الماضى قول الرجل والله ما فعلت ذلك الامر وهو عالم بأنه فعله ونظير الحال قوله والله انه زيد مع علمه أنه عمرو وما شابه ذلك وما وقع فى تفسير الغموس فى مختصر القدورى بأنه الحلف على أمر ماض يتعمد فيه الكذب فهو بناء على الغالب لا أن الماضى شرطه ولهذا صرح صاحب التحفة وغيره ان الغموس يتحقق فى الحال أيضا وقال فى شرح الكافى اليمين ليست منهن على الحقيقة لان اليمين عقد مشروع وهذه كبيرة محضة والكبيرة ضد المشروع ولكن سماها يمينا مجازا لان ارتكاب هذه الكبيرة باستعمال صورة اليمين كما سمى النبى صلى الله عليه وسلم بيع الحر بيعا مجازا لان ارتكاب تلك الكبيرة باستعمال صورة البيع ٢ ثم اعلم ان فى اليمين الغموس لانها كبيرة اهـ (قوله فى المتن غموس) قال فى المصباح واليمين الغموس بفتح الغين اسم فاعل لانها تغمس صاحبها فى الاثم لانه حلف كاذبا على علم منه اهـ (قوله فى المتن لغو) قال الرازى ولغو وهو أن يحلف على أمر فى المضى أو الحال وهو يظن أنه كذلك وليس كذلك بان قال والله فعلت كذلك وما فعل وهو يظن أنه فعل أو رأى شخصا من بعيد فقال والله انه لزيد فظنه زيدا وهو ليس كذلك اهـ قال فى الهداية ويمين اللغو أن يحلف على أمر وهو يظن انه ٢ قال والامر بخلافه فهذا اليمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها قال الاتقانى وهذا الذى ذكره مثل ما حلف على شئ متوهما أنه فيه صادق كقوله والله لقد دخلت الدار والله ما كلمت زيدا والامر بخلافه أو رأى طائرا من بعيد فظنه غرابا فقال والله انه غراب فاذا هو حمام اهـ (قوله ولا يأثم فى اللغو) قال الاتقانى ثم يمين اللغو لا حكم لها أصلا لقوله تعالى لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم أى لا يؤاخذكم باللغو اليمين الذى يحلفه أحدكم بالظن هذا على ما ذهبنا اليه ومعناه على ما ذهب اليه الشافعى أنه لا يلزمكم الكفارة بلغو اليمين الذى لا قصد معه اهـ

يمينه فقد أوجب الله له النار وحرم الله عليه الجنة فقال رجل وان كان يسيرا قال وان كان قضيبا من أراك رواه مسلم وأحمد وغيرهما وقال عليه الصلاة والسلام اليمين الفاجرة تدع الديار بلاقع أى خالية ولا تجب فيها الكفارة الا التوبة والاستغفار وقال الشافعى رحمه الله تجب فيها الكفارة لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما كسبت قلوبكم والمراد القصد لانه فعل القلب والمراد بالمؤاخذة الكفارة لانه تعالى فسرها بها فى آية أخرى بقوله ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد بالعقد القصد أيضا وفيه توفيق بين الآيتين ولان الكفارة شرعت لرفع ذنب هتك حرمة اسم الله تعالى وقد تحقق بالاستشهاد بالله تعالى كاذبا فأشبه المعقود ولنا قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الكبائر لا كفارة فيهن وعد منها اليمين الفاجرة وقال ابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهما كنا نعد اليمين الغموس من الكبائر التى لا كفارة فيها وهو اشارة الى الصحابة وحكاية لاجماعهم ولانها كبيرة محضة والكفارة عبادة فلا تناط بها كسائر الكبائر وهذا لان المشروعات اللازمة للعباد ثلاثة أقسام عبادة محضة وسببها مباح وعقوبة محضة وسببها محظور محض ومتردد بين العبادة والعقوبة وهى الكفارة لانها عبادة من وجه حتى تتأدى بالصوم ويشترط فيها النية وعقوبة من وجه لانها شرعت أجزية زاجرة كالحدود فيكون سببها أيضا مترددا بين الحظر والاباحة لتكون العبادة متعلقة بالمباح والعقوبة بالمحظور كسائر الكفارات مثل كفارة الظهار فانها تتعلق بالمنكر من القول الزور والعود وكفارة القتل تجب بالخطا وهو بالتقصير فى التثبت وهو محظور وبالحركة المباحة مثل المشى فى الطريق وكذا كفارة اليمين تجب بالحلف والحنث والاول مباح والثانى محظور وأما الغموس فمحظور محض لان الكذب بدون الاستشهاد بالله تعالى حرام فمعه أولى لانه ذكر اسم الله تعالى لترويج الكذب وهو فى نهاية الحظر فلا يصلح سببا للكفارة ألا ترى أن اللعان استشهاد بالله تعالى وأحدهما كاذب بيقين ولم يوجب الشارع على الكاذب منهما كفارة وأجمع المسلمون على ذلك فمن أوجبه فى اليمين الفاجرة صار مخالفا للنص والاجماع وهذا لانه عليه الصلاة والسلام أخبر أن أحدهما كاذب فقال هل فيكما من تائب فبين أن الواجب على الكاذب منهما فى يمينه التوبة لا غير ولو كانت الكفارة تجب بها لبين له أن عليه أربع كفارات ولا حجة له فيما تلا لان المراد بها المعقودة والذى يدل على ذلك أن الله تعالى أمر بحفظ الايمان بعد ما شرع الكفارة فيها بقوله تعالى واحفظوا أيمانكم والحفظ انما يتأتى فى المستقبل الذى يقبل التضييع والغموس لا يتصور ذلك فيها فلا تتناولها الآية وكذلك العقد لا يكون الا فيما يقبل الحل لانه ضده قال قائلهم

خطرات الهوى تروح وتغدو * ولقلب المحب حل وعقد

والمؤاخذة المطلقة يراد بها المؤاخذة فى الآخرة لانها دار الجزاء فيحمل عليها وقياسه على المعقودة فاسد لان المعقودة مباحة فلا يأثم بمباشرتها ولو كان فيها ذنب فهو متأخر متعلق باختياره الحنث ابتداء فى ذلك الوقت والاثم فى الغموس ملازم وهو أعظم جرما فامتنع الالحاق وقال محمد رحمه الله فى اللغو فهذه يمين نرجو أن لا يؤاخذ الله بها صاحبها مع أن عدم المؤاخذة مقطوع به لكونه ثابتا بالكتاب وانما قال ذلك لان فى صورتها اختلافا فذهب عائشة رضى الله عنها اللغو ما يجرى على اللسان من غير قصد سواء كان فى الماضى أو فى المستقبل مثل أن يقول لا والله بلى والله وقد روى عن أبى حنيفة رضى الله عنه مثله ومذهب ابن عباس مثل مذهبنا وهو الحلف على يمين كاذبة وهو يرى أنه صادق وهذا يكون فى الماضى والحال فلاحتمال أن تكون صورتها خلاف ذلك علقه بالرجاء يعنى نرجو أن تكون هذه الصورة هى التى لا يؤاخذ بها أو قال ذلك تعظيما للامر واظهارا للتواضع لانه يذكر لذلك كما يذكر للطمع قال رحمه الله (وعلى آت منعقدة وفيه كفارة فقط) أى اليمين على شئ سيأتى فى المستقبل منعقدة وحكم هذه اليمين وجوب الكفارة عند الحنث لقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته الآية والمراد به اليمين فى المستقبل بدليل قوله

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام اليمين) الذى فى خط الشارح بلا ألف ولام اه

(قوله فى المتن وعلى آت منعقدة الخ) قال فى الهداية والمنعقدة ما يحلف على أمر فى المستقبل أن يفعله أو لا يفعله قال الكمال وما فى قوله ما يحلف مصدرية أى الحلف على أمر فى المستقبل وهذا يفيد ان الحلف على ماض صادقا فيه كوالله لقد قدم زيد لا تسمى منعقدة ويقتضى أنها اما ليست يمين وهو بعيد أو زيادة أقسام اليمين على الثلاثة وهو مبطل لحصرهم السابق وفى كلام شمس الائمة ما يفيد انها من قبيل اللغو فان أراد لغة فممنوع لانه ما لا فائدة له وفى هذه اليمين فائدة تأكيد صدقه فى خبره عند السامع وان أراد دخولها فى اللغو المذكور فى الآية بحسب الارادة فقد فسره السلف واختلفوا فيه ولم يقل أحد بذلك فكان خارجا عن أقوال السلف والجواب أن الاقسام الثلاثة فيما يتصور فيه الحنث لا فى مطلق اليمين اه

تعالى واحفظوا أيمانكم ولا يتصور الحفظ عن الحنث والهتك الا في المستقبل ولان الله تعالى قال بما عقدتم الايمان والعقد يقتضي ارتباط الكلام بالكلام على وجه يتعلق بهما حكم فيصير عقدا شرعيا كسائر العقود الشرعية ولانه تعالى قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والنقض يكون في موضع العقد وهذا انما يتصور في المستقبل وقوله وفيه كفارة فقط لا معنى لقوله فقط لان في اليمين المنعقدة اثما أيضا ولفظ الكفارة ينبئ عنه لان معناها الستارة وهي لا تجب الا لرفع المأثم قال رحمه الله (ولو مكرها أو ناسيا) يعني تجب فيها الكفارة اذا حنث ولو كان حلف مكرها أو ناسيا لقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جدهن جد وهزلهن جد وعد منها اليمين وقد بينا من قبل والمراد بالناسي المخطئ كما اذا أراد أن يقول اسقني الماء فقال والله لا أشرب الماء وذكر في الكافي أنه المذهول عن التلفظ به كأن قيل له ألا تأتينا فقال بلى والله غير قاصد لليمين وانما ألجأنا الى هذا التأويل لان حقيقة النسيان في اليمين لا تتصور قال رحمه الله (او حنث كذلك) أي أو حنث مكرها أو ناسيا تقديره تجب الكفارة ولو كان حلف مكرها أو ناسيا أو حنث مكرها أو ناسيا بأن فعل المحلوف عليه مكرها أو ناسيا لان الفعل حقيقة لا ينعدم بالاكراه والنسيان وتحقق الفعل منه هو الشرط والحنث ناسيا متصور فلا يحتاج الى التأويل وكذا لو فعله وهو مغمى عليه أو مجنون لتحقق الشرط حقيقة ولو كانت الحكمة رفع الذنب فالحكم يدار على دليله وهو الحنث لا على حقيقة الذنب كما أدير الحكم على السفر لا حقيقة المشقة قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم وعزته وجلاله وكبريائه وأقسم وأحلف وأشهد وان لم يقل بالله ولعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله وان فعل كذا فهو كافر) أي اليمين تكون بهذه الالفاظ لان الحلف بها متعارف ومعنى اليمين وهو القوة حاصل بها أما الحلف بالله تعالى أو الرحمن أو غيره من أسمائه تعالى فظاهر لانه يعتقد تعظيم اسم الله تعالى فصلح ذكره حاملا أو مانعا سواء تعارف الناس الحلف به أو لم يتعارفوا في الظاهر من مذهب أصحابنا وهو الصحيح لان اليمين بالله تعالى ثبت نصا لقوله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه والحلف بسائر أسمائه حلف بالله تعالى وما ثبت بالنص أو بدلالته لا يراعى فيه العرف وكذا لا يحتاج فيه الى النية انه أراد به الحق أو غيره وقال بعض أصحابنا كل اسم لا يسمى به غير الله تعالى كالله والرحمن فهو يمين مطلقا وما يسمى به غير الله تعالى كالحكيم والحليم والعليم والقادر فان أراد به الله كان يمينا والا فلا وهذا ليس بصحيح لان اليمين بغير الله تعالى منهي عنه بقوله صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت متفق عليه وقال ابن مسعود لأن أحلف بالله كاذبا أحب الي من أن أحلف بغير الله صادقا والظاهر من حاله أنه لا يباشر المحرم وان من قصده يمينا صحيحة فيحمل عليه ما لم ينو خلاف ذلك فان نوى خلافه لا يكون يمينا لانه نوى محتمل كلامه فيصح هذا اذا حلف بأسماء الله تعالى وأما اذا حلف بصفاته كعزة الله وكبريائه وجلاله فان كان متعارفا بأن كان يحلف به عادة يكون يمينا والا فلا وقال بعضهم ان حلف بصفات الذات يكون يمينا وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا والفرق بينهما عندهم أن كل وصف جاز أن يوصف الله تعالى به وبضده فهو من صفات الفعل كالرضا والغضب والسخط والرحمة والمنع والاعطاء وكل ما جاز أن يوصف به لا بضده فهو من صفات الذات كعزة الله وكبريائه وجلاله وقدرته والصحيح الاول لان صفات الله تعالى كلها

(قوله ثلاث جدهن جد وهزلهن جد) النكاح والطلاق واليمين اهـ هداية (قوله في المتن واليمين بالله تعالى والرحمن والرحيم) (فرع) رجل قال والله والرحمن والرحيم لا أفعل كذا ففعل في الروايات الظاهرة يلزمه ثلاث كفارات و يتعدد اليمين بتعدد الاسم اذا لم يجعل الثاني نعتا للاول وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله ان عليه كفارة واحدة وبه أخذ مشايخ سمرقند لان الواو بين الاسم الاول والثاني وبين الثاني والثالث واو القسم لا واو العطف فلم يتصل الثاني بالاول ولا الثاني بالثالث واذا ذكر الخبر عقيب (١٠٩) الثالث اقتصر الخبر على الثالث وكانت يمينا واحدة وأكثر المشايخ على ظاهر الرواية ولو قال والله والرحمن لا أفعل كذا ففعل يلزمه كفارتان في قولهم ولو قال والله والله لا أفعل كذا تعدد اليمين في ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله ان في الاسم الواحد لا تتعدد اليمين ويحمل الثاني على التأكيد والتكرار ولو قال والله لا أدخل هذه الدار ثم قال والله لا أدخل هذه الدار فدخلها مرة يلزمه كفارتان وكذا لو قال لامرأته والله لا أقربك ثم قال في مجلسه والله لا أقربك فقربها مرة يلزمه كفارتان وحكي عن الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل أنه قال اذا قال الرجل (١) والله لا أكلم فلانا فكلمه مرة ان نوى بالثاني التكرار والتأكيد يلزمه كفارة واحدة لانه يجعل الاسم الثاني نعتا للاول فكانت يمينا واحدة كما لو قال والله العزيز لا أفعل كذا ولو قال بالله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها أو رفعها يكون يمينا لانه ذكر اسم الله تعالى بحرف القسم والخطأ في الاعراب لا يمنع صحة اليمين ولو قال الله لا أفعل كذا وسكن الهاء أو نصبها لا يكون يمينا لانعدام حرف القسم الا أن يعربها بالكسر فيكون يمينا لان الكسر يقتضي سبق حرف الخافض وهو حرف القسم اهـ قاضيخان (قوله وان حلف بصفات الفعل لا يكون يمينا) والمراد بالاسم ههنا لفظ دال على الذات الموصوفة بصفة كالرحمن والرحيم وبالصفة المصادر التي تحصل عن وصف الله تعالى بأسمائها كالرحمة والعلم والعزة اهـ

---

(١) اذا قال الرجل والله الخ هكذا في الاصل الذي بيدنا وحرر اهـ مصححه

(قوله سو كندمى) اليمين (قوله خوردم) أحلف (قوله بخداى) بالله تعالى (قوله وأنملة) قال فى مجمع البحرين والانملة بالفتح واحدة الانامل وهى رؤس الاصابع اه وقال فى المصباح الانملة العقدة من الاصابع وبعضهم يقول الانامل رؤس الاصابع قال وعليه قول الازهرى الانملة المفصل الذى فيه الظفر وهى بفتح الهمزة وفتح الميم أكثر من ضمها وابن قتيبة يجعل الضم من لحن العوام اه وقال فى مجمع البحرين السنام واحد أسنمة الابل وأسنمة بفتح الهمزة وضم النون أكمة معروفة بقرب طخفة اه وقال فى مجمع البحرين الآنك الاسرب وفى الحديث من استمع الى قينة صب فى أذنيه الآنك وأفعل من أبنية الجمع ولم يجئ عليه الواحد الا الآنك وأشد اه

صفات للذات وكلها قديمة فلا يستقيم الفرق والايمان مبنية على العرف فما تعارف الناس الحلف به يكون يمينا وما لا فلا ولو قال وعلم الله لا يكون يمينا لانه يراد به المعلوم ولانه لم يتعارف الحلف به ولو نوى العلم الحقيقى لا يكون يمينا لعدم العرف وقدرة الله تكون يمينا للعرف وقوله أقسم أو أحلف أو أشهد انما كان يمينا وان لم يقل بالله لان هذه الالفاظ مستعملة فى الحلف عرفا وهذه الصيغ للحال حقيقة وتستعمل فى الاستقبال بقرينة السين أو سوف أو اذا أو ان أو على أو ان فجعل حالفا به للحال ألا ترى الى قوله تعالى قالوا نشهد انك لرسول الله ثم قال اتخذوا أيمانهم جنة فسماه يمينا وان لم يذكروا الاسم فدل أن الشهادة يمين وأن ذكر الاسم ليس بشرط وقال زفر رحمه الله لا يكون يمينا الا اذا قال بالله لانه يحتمل الحلف بالله وبغيره ويحتمل الوعد وانما بيناه ولان اليمين بالله تعالى هو المعهود المشروع وبغيره محظور فينصرف الى الاول بلا نية فى الصحيح لما ذكرنا ولو كان وعدا لكان مع اسم الله أيضا وعدا ولو قال سوكندمى خورم بخداى يكون يمينا لانه للحال ولو قال سوكند خورم قيل لا يكون يمينا لانه وعد ولو قال سوكند خورم بطلاق زنم لا يكون يمينا لعدم التعارف وانما كان حالفا بقوله لعمر الله وايم الله وعهد الله وميثاقه وعلى نذر ونذر الله لان عمر الله بقاؤه فكان صفة له وقد ذكرنا الحلف بالصفات وايم أصله أيمن وهو جمع يمين عند الكوفيين وحذف الهمزة فى الوصل تخفيف وكذا حذفوا النون تخفيفا فقالوا ايم الله وايم الله بالكسر أيضا وربما حذفوا الياء أيضا فقالوا أم الله وربما أبقوا الميم وحدها مضمومة ومكسورة فقالوا م الله وربما قالوا من الله ومن الله ومن الله بالضم والفتح والكسر وعند البصريين ليست جمعا والهمزة للوصل والجمع لا يجوز أن يخفف حتى يبقى على حرف واختار الزجاج وابن كيسان قول الكوفيين وقالا انما خففت همزتها وطرحت فى الوصل لكثرة استعمالهم والمفرد لا يأتى على أفعل وقيل آنك وأسنمة وأنملة لغية والعهد يمين قال الله تعالى وأوفوا بعهد الله اذا عاهدتم ثم قال ولا تنقضوا الايمان بعد توكيدها والميثاق بمعنى العهد وكذا الذمة ولهذا سمى المعاهد ذميا والنذر اذا لم يسم شيأ يوجب الكفارة لقوله عليه الصلاة والسلام كفارة النذر اذا لم يسم كفارة يمين رواه ابن ماجه والترمذى وصححه وهذه المسئلة على وجهين إما أن يكون النذر مطلقا أو معلقا بشرط وكل واحد منهما على وجهين إما أن يسمى شيأ أو لا فان لم يسم شيأ فى المطلق والمعلق تجب عليه كفارة يمين لكن فى المطلق تجب للحال وفى المعلق اذا وجد الشرط وان سمى شيأ ففى المطلق يجب الوفاء به وكذا فى المعلق ان كان التعليق بشرط يراد كونه وان كان لا يراد كونه قيل يجب عليه الوفاء بالنذر وقيل يجزيه كفارة اليمين ان شاء وان شاء أوفى بالمنذور وهو الصحيح رجع اليه أبو حنيفة رضى الله عنه قبل موته بثلاثة أيام وقيل بسبعة وكذا لو قال على يمين يجب عليه كفارة لان معناه على موجب اليمين وانما يصير قوله ان فعل كذا فهو كافر يمينا لان حرمة الكفر كحرمة هتك الاسم اذ لا يتصور نسخه عقلا فاذا جعله علما على الكفر فقد اعتقده واجب الامتناع وقد أمكن القول بوجوبه بغيره بجعله يمينا كما يقول فى تحريم الحلال وان كان قال ذلك لشئ قد فعله فى الماضى فان كان صادقا فلا شئ عليه وكذا اذا كان يعلم أنه صادق عنده وان كان يعلم أنه كاذب يكفر عند محمد بن مقاتل لانه علق الكفر بما هو موجود والتعليق بالموجود

وقال فيه أيضا فى باب الدال وقوله تعالى حتى يبلغ أشده أى قوته وهو ما بين ثمانى عشرة الى ثلاثين وهو واحد جاء على بناء الجمع مثل آنك وهو الاسرب ولا نظير لهما ويقال هو جمع لا واحد له من لفظه مثل آسال وأبابيل وعباديد ومذاكير وكان سيبويه يقول واحده شدة وهو حسن فى المعنى لانه يقال بلغ الغلام شدته ولا تجمع فعلة على أفعل وأما أنعم فهو جمع نعم من قولهم يوم بؤس ويوم نعم اه قوله وأشد أصلها أشدد نقلت حركة الدال الاولى الى ما قبلها ثم أدغم اه (قوله إما ان يكون النذر مطلقا) كقوله لله على نذر أو نذر الله على أو لله على صوم أو صدقة أو صوم يوم الجمعة فهذا كله مطلق من حيث انه لم يعلقه بشرط لم يقل اذا جاء فلان ونحوه اه (قوله اما ان يسمى شيأ) كقوله لله على صوم أو صدقة أو حج اه قال فى المحيط ولو قال لله على عتق فهو على رقبة لان ذلك أقل ما أوجبه الله تعالى ولو قال على صوم فعليه صوم يوم لانه مقدر به شرعا وأدنى ما يجب بالامر وقد ذكر أبو يوسف فى الامالى لو قال على صيام تجيز يلزمه صوم ثلاثة أيام لان ذلك أقل ما أوجبه الله تعالى فى كفارة اليمين بقوله تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام اه (قوله وكذا فى المعلق ان كان التعليق بشرط يراد كونه) كالشفاء من المرض اه (قوله وان كان لا يراد كونه) كشرب الخمر أو كلام زيد اه (قوله وان كان يعلم أنه كاذب يكفر) قال فى الذخيرة فى فصل النذور من كتاب الايمان ما نصه ألا ترى ما ذكر عن الطحاوى أنه اذا أضاف النذر الى سائر المعاصى وعنى به اليمين بان قال لله على أن أقتل فلانا وما أشبه ذلك كان يمينا وتلزمه الكفارة بالحنث اه

تنجيز فصار كأنه قال هو كافر وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكفر اعتبارا للماضي بالمستقبل والصحيح أنه ان كان عالما أنه يمين لا يكفر في الماضي والمستقبل وان كان جاهلا أو عنده أنه يكفر بالحلف في الغموس أو بمباشرة الشرط في المستقبل يكفر فيهما لانه لما أقدم عليه وعنده أنه يكفر فقد رضي بالكفر وقال الشافعي رحمه الله تعالى لا يكون يمينا لانه تعليق المعصية بالشرط فصار كما لو قال ان فعل كذا فهو زان أو شارب خمر ونحوه ولنا ما روي عن ابن عباس أنه قال من حلف بالتهود فهو يمين ولان حرمته كحرمة هتك الاسم اذ لا يحتمل التبديل على ما بينا بخلاف الزنا وشرب الخمر لانه يحتمل التبديل عقلا فلا يكون كالكفر في الحرمة قال رحمه الله (لا بعلمه وغضبه وسخطه ورحمته والنبي والقرآن والكعبة وحق الله وان فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا) أي الحلف بهذه الالفاظ لا يكون يمينا أما قوله وسخطه وغضبه ورحمته والقرآن والكعبة والنبي وحق الله فلما رويناه وبينا أن اليمين لا يكون بغير الله لان العلم يراد به المعلوم والغضب والسخط يراد به أثره وهو النار وكذا الرحمة يراد بها أثرها وهي الجنة والقرآن يراد به الحروف التي في اللهوات والنقوش التي في المصاحف ولان قوله علي غضب الله ونحوه دعاء على نفسه ولا تعلق له بما نحن فيه وكذا لم تجر العادة بالتحالف به وكذا اذا قال والنبي والقرآن والكعبة لأفعلن كذا وأما اذا قال هو بريء من أحد هذه الاشياء يكون يمينا لان التبري منه كفر والحق المضاف الى الله تعالى طاعته فقيل للنبي عليه الصلاة والسلام ما حق الله على العباد فقال أن لا يشركوا به شيأ ويعبدوه ويقيموا الصلاة ويؤتوا الزكاة والحلف بالطاعة لا يكون يمينا لانه حلف بغير الله تعالى بخلاف ما اذا قال والحق لانه اسم من أسماء الله وعن أبي يوسف رحمه الله يكون يمينا لان الحق من صفات الله تعالى وجوابه ما تقدم ولو قال حقا لا يكون يمينا لان المنكر منه يراد به تحقيق الوعد فكأنه قال أفعل كذا حقيقة لا محالة ولو قال ووجه الله لا يكون يمينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يكون يمينا لان الوجه يذكر بمعنى الذات قال الله تعالى ويبقى وجه ربك ووجه الاول أنه يراد به الذات ويراد به الثواب يقال افعل هذا ابتغاء وجه الله تعالى أي ثوابه ولو قال وأمانة الله يكون يمينا في رواية عن محمد ولما سئل عن معناه فقال لا أدري كأنه وجد الناس يحلفون به فجعله يمينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يكون يمينا لاحتمال أنه أراد به الفرائض وأما قوله ان فعلته فعلي غضب الله وسخطه أو أنا زان أو سارق أو شارب خمر أو آكل ربا فلعدم التعارف بالحلف بها بخلاف قوله هو كافر لان العادة جارية بالحلف به وقد بينا الفرق بينهما من حيث المعنى قال رحمه الله (وحروفه الباء والواو والتاء) أي حروف القسم هذه الثلاثة كقوله بالله ووالله وتالله لان كل ذلك معهود في الكلام ومذكور في القرآن والباء هي الاصل وهي أم الباب تدخل على الظاهر والمضمر كقوله بالله وبه ويجوز اظهار الفعل معها تقول حلفت بالله والواو بدل عن الباء تدخل على المظهر كقولك والله والرحمن ولا تدخل على المضمر لا يقال وك ولاه مثل ما يقال بك وبه ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول أحلف والله كما تقول أحلف بالله والتاء بدل من الواو وهي تدخل على لفظة الله خاصة تقول تالله قال الله تعالى تالله تفتأ تذكر يوسف ولا تقول تالرحمن ولا تالرحيم وألحق الاخفش به تالله رب الكعبة وهو شاذ ولا يجوز اظهار الفعل معها لا تقول أحلف تالله ولا أقسم تالله وله حروف أخر وهي لام القسم وحروف التنبيه وهمزة الاستفهام وقطع ألف الوصل والميم المكسورة والمضمومة في القسم ومن كقوله لله وها الله وآلله وم الله ومن الله واللام بمعنى التاء ويدخلهما معنى التعجب وربما جاءت التاء لغير التعجب دون اللام قال رحمه الله (وقد تضمر) أي وقد تضمر حروف القسم فيكون حالفا كقوله

(قوله وعن أبي يوسف أنه لا يكفر) اعتبارا للماضي بالمستقبل قال قاضيخان في فتاواه ولو قال هو يهودي أو نصراني أو مجوسي أو بريء من الاسلام أو بريء من الله ان فعل كذا عندنا يكون يمينا وان فعل ذلك الفعل هل يصير كافرا فهو على وجهين ان حلف بهذه الالفاظ وعلق الكفر بأمر ماض وقال هو يهودي لو كان فعل كذا وقد كان فعل وهو عالم وقت اليمين أنه كاذب اختلفوا فيه قال بعضهم يصير كافرا الان التعليق بالماضي يتنجز فيصير كأنه قال هو يهودي أو نصراني وقال بعضهم لا يكفر ولا تلزمه الكفارة لانها غموس وان حلف بهذه الالفاظ على أمر في المستقبل ثم فعل ذلك قال بعضهم لا يكفر وتلزمه الكفارة والصحيح ما قاله بعض المشايخ انه ينظر ان كان في اعتقاد الحالف انه لو حلف بذلك على أمر في الماضي يصير كافرا في الحال فيصير كافرا وان حلف على أمر في المستقبل وفي اعتقاده انه لو فعل ذلك يصير كافرا فاذا فعل ذلك يصير كافرا وان لم يكن في اعتقاده ذلك لا يكفر سواء كانت اليمين على أمر في المستقبل أو في الماضي اهـ (قوله لان التبري منه كفر) وتعليق الكفر بالشرط يمين اهـ كافي ولو قال أنا بريء من المصحف لا يكون يمينا ولو قال أنا بريء مما في المصحف يكون يمينا لان ما في المصحف قرآن فكأنه قال أنا بريء من القرآن اهـ كافي (قوله أي ثوابه) أي فلا يكون يمينا بالشك اهـ كافي (قوله ولو قال وأمانة الله يكون يمينا) في رواية الاصل كأنه والله الامين اهـ كافي وحكى الطحاوي عن أصحابنا أنه ليس بيمين لانه عبارة عن الطاعات اهـ كافي (قوله وقد بينا الفرق بينهما من حيث المعنى) أي قبل هذه المقالة اهـ (قوله كقوله بالله) قال في الكافي فالباء تدخل على المظهر والمضمر والواو لا تدخل الا على المظهر والتاء لا تدخل الا على مظهر واحد وهو اسم الله لان الباء أصل والواو ملحق به لان في الالصاق معنى الجمع ولهذا لا يستعمل اظهار الفعل مع الواو والتاء ملحق بالواو

لانهما من حروف الزوائد وتبدل بها في نحو تجاه اه (قوله في المتن وكفارته تحرير رقبة الخ) شرع في الكفارة بعد بيان ما ينعقد به اليمين وما لا ينعقد لانها تكون بعد اليمين لوجوبها بالحنث اه اتقاني قال الكمال الكفارة فعالة من الكفر وهو الستر وبه سمي الليل كافرا قال * في ليلة كفر النجوم غمامها * وتكفر بثوبه اشتمل به واضافتها الى اليمين في قولنا كفارة اليمين إضافة الى الشرط مجازا وعند الشافعي اضافة الى السبب فاليمين هي السبب اه قال في الهداية وكفارة اليمين عتق رقبة قال الكمال أي اعتاقها الا نفس العتق فانه لو ورث من يعتق عليه فنوى عن الكفارة لا يجوز ويجزئ فيهما ما يجزئ في الظهار وتقدم المجزئ في الظهار من انها المسلمة والكافرة والذكر والانثى والصغيرة والكبيرة ولا يجزئ فائت جنس المنفعة بخلاف غيره فتجزئ العوراء لا العمياء ومقطوع احدى اليدين واحدى الرجلين من خلاف ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة ولا مقطوع اليدين والرجلين وفي الاصم اختلاف الرواية والاصح انه اذا كان بحيث اذا صيح عليه يسمع جاز ولا يجوز المجنون الذي لا يفيق ومن يفيق ويجن يجوز ولا المدبر وأم الولد لانهما لاستحقاقهما الحرية نقص الرق فيهما بخلاف المكاتب الذي لم يؤد شيأ يجوز بخلاف الذي أدى بعض شئ لانه كالمعتوق بعوض وان شاء كسا عشرة مساكين كل واحد ثوبا فما زاد يعني ان كساه ثوبين أو ثلاثة فهو أفضل وأدناه ما يجوز فيه الصلاة وان شاء أطعم عشرة مساكين كالاطعام في كفارة الظهار وهي نصف صاع من بر أو صاع من تمر أو شعير ذكره الكرخي باسناده الى عمر رضي الله عنه قال كفارة اليمين صاع من تمر أو شعير أو نصفه من بر وباسناده الى علي رضي الله عنه قال كفارة اليمين نصف صاع من حنطة وبسنده الى الحسن رضي الله عنه قال يغديهم ويعشيهم وباسناده الى مجاهد قال كل كفارة في القرآن نصف صاع من بر لكل مسكين ولو غداهم وعشاهم وفيهم فطيم أو فوقه قريبا لم يجز عن اطعام مسكين ويجوز أن يغديهم (١١٢) ويعشيهم بخبز الا أنه ان كان برا لا يشترط فيه الادام وان كان غيره فبادام ويجزئ في الاطعام كل من التمليك والاباحة وتقدم والاصل فيه قوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين من أوسط ما تطعمون أهليكم أو كسوتهم أو تحرير رقبة وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وللعبد الخيار في تعيين أيها شاء ويتعين الواجب عينا بفعل العبد والمسئلة طويلة في الاصول اه قوله والصغيرة الخ لان الله تعالى أطلق في الموضعين ولم يقيد فجازهنا ما جازثمة اه اتقاني وقوله ولا يجوز مقطوعهما من جهة واحدة أي لان منفعة المشي متعذرة اه (قوله وذلك قميص أو إزار) أو قباء أو كساء أو جبة أو ملحفة لان لابس هذه الاشياء يسمى مكتسيا فيجزئ كل واحد منها وفي السراويل اختلاف الرواية قال في نوادر هشام لا يجوز وفي نوادر ابن سماعة يجوز كذا في الاجناس وقال الكرخي في مختصره لا يجزئ في ذلك العمامة ولا القلنسوة ولا السراويل وروى ذلك ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد عن أبي يوسف ورواه محمد بن كيسان عن املاء محمد عنه كذلك ان لابسه يسمى عريانا وقال في خلاصة الفتاوى وعن محمد إن أعطى المرأة لا يجوز وان أعطى الرجل يجوز لجواز صلاته فيه كالقميص اه اتقاني قال الاتقاني وذكر ابن شجاع في كتاب الكفارات من تصنيفه قال أبو حنيفة ان كان العمامة قدرها قدر الازار السابغ أو ما يقطع قميصا يجزي والا لم يجزه من الكسوة وهذا كله اذا كسا رجلا فأما اذا كسا امرأة قال الطحاوي يزيد فيه الخمار لان رأسها عورة لا تجوز الصلاة اذا كانت مكشوفة اه قال الكمال وهذا يشابه الرواية التي عن محمد في دفع السراويل أنه للمرأة لا يكفي وهذا كله خلاف ظاهر الجواب وانما ظاهر الجواب ما ثبت به اسم المكتسي وينتفي عنه اسم العريان وعليه بني عدم إجزاء السراويل لا صحة الصلاة وعدمها فانه لا دخل له في الامر بالكسوة اذ ليس معناه الا جعل الفقير مكتسيا على ما ذكرنا والمرأة اذا كانت لابسة قميصا سابلا وازارا وخمارا غطى رأسها وأذنيها دون عنقها لا شك في ثبوت اسم انها مكتسية لا عريانة ومع هذا لا تصح صلاتها فالعبرة لثبوت ذلك الاسم صحت الصلاة أولا اه (قوله ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة الخ) قال الكمال ثم ظاهر المذهب أنه لا يشترط للاجزاء عن الاطعام أن ينوي به عن الاطعام وعن أبي يوسف لا يجزيه الا أن ينويه عن الاطعام اه

الله لأفعلن كذا لان حذف الحرف متعارف بينهم اختصارا ثم اذا حذف الحرف ولم تعوض منه ها التنبيه ولا همزة الاستفهام ولا قطع ألف الوصل لم يجز الخفض الا في اسم الله بل ينصب باضمار فعل أو يرفع على أنه خبر ابتداء مضمر الا في ايمن فانه التزم فيهما الرفع وهما أيمن الله ولعمر الله قال رحمه الله (وكفارته تحرير رقبة أو اطعام عشرة مساكين كهما في الظهار أو كسوتهم بما يستر عامة البدن) لقوله تعالى فكفارته اطعام عشرة مساكين أو كسوتهم الآية وكلمة أو للتخيير فكان الواجب أحد الاشياء الثلاثة وقوله كهما في الظهار أي كالاطعام والتحرير في الظهار وقد بيناهما هنالك وقوله أو كسوتهم بما يستر عامة البدن أي كسوة عشرة مساكين بثوب يستر عامة الجسد وهو بيان أدنى الكسوة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما والمروي عن محمد رحمه الله أن أدناه ما يجوز به الصلاة حتى يجوز السراويل عنده لانه لابس شرعا اذ الواجب عليه ستر العورة وقد أقامه وروى عنه أنه لا يجوز ان أعطى المرأة ذلك القدر والصحيح الاول لان لابسه يسمى عريانا في العرف وهو المعتبر في المطلقات وذلك قميص أو ازار أو رداء ولكن ما لا يجزيه عن الكسوة

(قوله يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة) قال الاتقاني ولو أعطى عشرة مساكين ثوبا بينهم وهو ثوب كثير القيمة يصيب كل انسان منهم أكثر من قيمة ثوب لم يجزه من الكسوة وأجزأه من الاطعام اهـ (قوله في المتن فان عجز عن أحدهما) يعني اذا حنث الرجل في يمينه وهو معسر لا يجد ما يعتق أو يكسو او يطعم فعليه صيام ثلاثة أيام متتابعة اهـ (قوله فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب) فلو زنى العبد ثم أعتق يقام عليه حد العبيد اهـ (قوله والشرط في الموضعين عدم الاصل بالنص) قال تعالى فمن لم يجد فصيام ثلاثة أيام وقال تعالى فلم تجدوا ماء فتيمموا اهـ (قوله وقال الشافعي يجوز التكفير بالمال قبل الحنث) أي دون الصوم اهـ وعنه في التكفير بالصوم قبل الحنث روايتان اهـ اتقاني (قوله بدليل اضافتها اليها) قال تعالى ذلك كفارة أيمانكم اهـ فيقال كفارة اليمين والواجبات تضاف الى أسبابها اهـ كافي قال الكمال وأهل اللغة والعرف يقولون كفارة اليمين ولا يقولون كفارة الحنث والاضافة دليل سببية المضاف اليه للمضاف الواقع حكما شرعيا أو متعلقه كما فيما نحن فيه فان الكفارة متعلق الحكم الذي هو الوجوب واذا ثبت سببيته جاز تقديم الكفارة على الحنث لانه حينئذ شرط والتقديم على الشرط بعد وجود السبب ثابت شرعا كما جاز في الزكاة تقديمها على الحول بعد السبب الذي هو ملك النصاب وكما في تقديم التكفير بعد الجرح على الميت بالسراية ومقتضى هذا أن لا يفترق المال والصوم وهو قوله

يجزيه عن الطعام باعتبار القيمة ولا يجوز الجمع فيه بين الكسوة والاطعام بخلاف جزاء الصيد حيث يجوز الجمع فيه بين الاطعام والصوم والهدى على ما بيناه من قبل في المناسك وأجازوا هنا اعتبار القيمة في المنصوص لاختلاف المقصود ولم يجيزوا ذلك في الاطعام حتى لا يجوز اقامة البر مقام التمر لاتحاد المقصود وهو الاطعام ولا يشترط فيه جعله عن الاطعام في الظاهر خلافا لما يروى عن أبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا يجوز نوى أو لم ينو قال رحمه الله (فان عجز عن أحدها صام ثلاثة أيام متتابعة) وقال الشافعي رحمه الله يتخير لاطلاق النص ولا يلزم حمل هذا المطلق على المقيد بالتتابع في كفارة الظهار وكفارة القتل لان ذلك اذا كان غير متعارض بين التقييدين وأما اذا تعارضا فلا لان حمله على أحدهما ليس بأولى من حمله على الآخر وهنا تعارضا لان كفارة الظهار مقيدة بالتتابع وكذا كفارة القتل وصوم المتعة مقيد بالتفريق فتعارضا فبقي المطلق على اطلاقه لعدم الاولوية ولنا قراءة ابن مسعود وأبي ثلاثة أيام متتابعات فجاز التقييد بها لانها مشهورة فصارت كخبره المشهور ولا يلزمنا أنا لا نحمل المطلق على المقيد لان ذلك اذا كانا في السبب أو في حكمين وأما اذا كانا في حكم واحد فنحمله وقوله صوم المتعة مقيد بالتفريق ممنوع بل هو مطلق وانما لا يجوز صوم السبعة في أشهر الحج لان وقته لم يدخل لانه معلق بالرجوع ألا ترى أنه لو صامه فيها متفرقا لا يجوز أيضا ثم الفقر واليسار يعتبر وقت التكفير عندنا وقال الشافعي رحمه الله يعتبر عند الحنث حتى لو حنث وهو موسر ثم أعسر جاز له التكفير بالصوم عندنا وبعكسه لا يجوز وعنده على العكس هو يعتبره بالحد فانه يعتبر فيه التنصيف بالرق وقت الوجوب ولنا أن الصوم بدل عن التكفير بالمال فيعتبر فيه وقت الاداء كالتيمم بدل عن الماء فيصار اليه عند عدم الماء وقت الاستعمال والشرط في الموضعين عدم الاصل بالنص بخلاف الحد فان حد العبد ليس ببدل عن حد الاحرار قال رحمه الله (ولا يكفر قبل الحنث) يعني لا يجوز التكفير قبل الحنث وقال الشافعي رحمه الله يجوز التكفير بالمال قبل الحنث لقوله عليه الصلاة والسلام اذا حلفت على يمين فكفر عن يمينك ثم ائت الذي هو خير رواه النسائي وأبو داود وهذا صريح في جواز تقديم الكفارة لان كلمة ثم للترتيب ولانه أداها بعد وجود السبب وهو اليمين بدليل اضافتها اليها فيجوز كما لو كفر بعد الجرح قبل زهوق الروح وكما اذا كفر بعد الظهار وقبل العود ولان الوجوب حاصل بالسبب ووجوب الاداء متراخ عنه بالشرط والمالي يحتمل الفصل بين وجوبه ووجوب أدائه أما البدني فلا يحتمل الفصل فلما تأخر الاداء لم يبق الوجوب لان الفعل لما وجب وجب أداؤه اذ الصوم هو الاداء بعينه بخلاف المالي لان المال مع الفعل متغايران فجاز أن يتصف المال بالوجوب ولا يثبت وجوب الاداء ألا ترى أن الثمن يجب بمجرد البيع ولا يجب الاداء ما لم يطالب وكذا في الديون المؤجلة يجب المال ولا يجب الاداء ولنا أن الكفارة لستر الجناية ولا جناية قبل الحنث واليمين ليست بسبب لوجوب الكفارة لان أدنى درجات السبب أن يكون مفضيا الى الحكم طريقا له واليمين مانعة من الحنث محرمة له فكيف تكون سببا له ولهذا لا يجب الا بعد انتقاض تركيب اليمين بالحنث ويستحيل أن يقال في شيء إنه سبب لحكم لا يثبت ذلك الحكم الا بعد انتقاضه بخلاف الجرح لانه مفض الى الموت ولهذا يجامعه الموت وهنا يستحيل اجتماعهما وبخلاف كفارة الظهار لان الكفارة فيه لرفع الحرمة وهي ثابتة قبل العود وفي اليمين لستر الجناية وهي معدومة قبل الحنث ولئن قلنا إنه سبب فاعتباره بسببه له وقت الحنث وقبله سبب للبر وكم من شيء يكون سببا لشيء ثم يجعله الناس سببا لغيره كانزال القرآن للهدى والكفار جعلوه سببا للضلال وتأويل ما رواه ان صح أن كلمة ثم فيه بمعنى الواو لانها قد تكون بمعنى الواو كقوله تعالى فك

 القديم وفي الجديد لا يقدم الصوم لان العبادات البدنية لا تقدم على الوقت يعني أن تقدم الواجب بعد السبب قبل الوجوب لم يعرف شرعا الا في المالية كالزكاة فيقتصر عليه وذهب جماعة من السلف الى التكفير قبل الحنث مطلقا صوما كان أو مالا وهو ظاهر الاحاديث التي يستدل بها على التقديم اهـ (قوله واليمين مانعة من الحنث محرمة له) أي لانها تنعقد للبر لا للحنث اهـ

(قوله ثم كان من الذين امنوا) قال فى التيسير ان ثم هنا الترتيب الاخبار لا الترتيب الوجود أى ثم أخبركم ان هذا لمن كان مؤمنا اه كشف
(قوله ولو قدم التكفير لا يسترد من الفقير) وان كان لا يقع عن الكفارات قبل الحنث اه (قوله لانه وقع صدقة تطوعا) فليس له أن يستردها
منه لانه تمليك لله قصد به القربة مع شئ آخر (١١٤) وقد حصل التقرب وترتب الثواب فليس له أن ينقضه ويبطله اه فتح (قوله فى المتن

رقبة أو اطعم فى يوم ذى مسغبة يتيما ذا مقربة أو مسكينا ذا متربة ثم كان من الذين آمنوا تقديره وكان قبل ذلك لان الاعمال الصالحات قبل الايمان لا يعتدّ بها ولهذا لا يجب عليه التكفير قبل الحنث ولو كان كما قاله لوجب التكفير أولا ثم الحنث بعده مقصولا للامر به بكلمة ثم على زعمه ولا يلزم من الاضافة اليه أن يكون سببا له لان الاضافة الى غير السبب كالشرط وغيره جائز ألا ترى أنه يقال كفارة الصوم وكفارة الاحرام والصوم ليس سببا لوجوبها وكذا الاحرام ولان الكفارة خلف عن البر فلا يصار اليها مادام البر باقيا ولا يعتدّ به ان فعله كما لا يصار الى التيمم ولا يعتدّ به اذا فعله مع القدرة على الماء وهذا لان الكفارة توبة قال الله تعالى فى كفارة القتل توبة من الله والتوبة قبل الجريمة لا يعتدّ بها كالطهارة قبل الحدث ولهذا لا يجوز التكفير بغير المال ولو كان سببا كما قال لجاز ككفارة القتل فانه يجوز بالصوم بعد الجرح وفرقه بين المالى والبدنى ساقط لان حق الله تعالى فى المالى فعل الاداء والمال آلته وانما يقصد عين المال فى حقوق العباد لحاجتهم اليه ولا يقال ان الله تعالى رتب الكفارة على اليمين بقوله تعالى ولكن يؤاخذكم بما عقدتم الايمان فكفارته والفاء للوصل والتعقيب فيقتضى أن تجوز الكفارة بعد اليمين متصلا بها وقال ذلك كفارة أيمانكم اذا حلفتم جعلها كفارة اليمين ورتبها على الحلف لا على الحنث لانا نقول الحنث مضمر فيه تقديره فكفارته اذا حنثتم وتقدير الاخرى اذا حلفتم وحنثتم كما أضمر الفطر فى قوله تعالى فمن كان منكم مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر أى فأفطر فعدة من أيام أخر وكقوله اذا قمتم الى الصلاة فاغسلوا أى اذا قمتم اليها وأنتم محدثون ولو كان كما قاله لما اختص بالمالى على ماذكرنا ولو قدم التكفير لا يستردّ من الفقير لانه وقع صدقة تطوّعا كما اذا قدم الزكاة قبل الحول ثم ذهب المال قال رحمه الله (ومن حلف على معصية ينبغى أن يحنث ويكفر) أى يجب عليه أن يحنث لما رويناه ولقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر ولا يمين فيما لا يملك ابن آدم ولا فى معصية ولا فى قطيعة رحم رواه النسائى وأبو داود وهو محمول على نفى الوفاء بالمحلوف عليه ولان البر معصية أيضا كالحنث لهتك حرمة الاسم فيجب المصير الى أخفهما اثما وهو الحنث لانه مرخص له شرعا بما رويناه وما يلزم من المعصية فى البر ليس بمرخص له فوجب الاخذ بالمرخص ولان فى الحنث فوات البر الى جابر وفى البر لزوم المعصية بلا جابر فيجب الحنث لان الفوات الى خلف كلا فوات قال رحمه الله (ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما) وقال الشافعى رحمه الله تجب عليه الكفارة وان حنث كافرا لان اليمين يعقد للبر وهو أهل له لان البر يتحقق ممن يعتقد تعظيم حرمة اسم الله تعالى فيحمله اعتقاده على البر ولهذا يستحلف فى الدعاوى والخصومات ولنا قوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر انهم لا أيمان لهم ولانه ليس بأهل لليمين لان المقصود منها البر تعظيما لله تعالى والكافر ليس من أهله لانه هاتك حرمة الاسم بالكفر والتعظيم مع الهتك لا يجتمعان والبر لا يتحقق الا من المعظم بخلاف الاستحلاف فى الخصومات لانه أهل لمقصوده وهو النكول أو الاقرار وليس بأهل للكفارة لانها عبادة ستارة كاسمها ومعنى العقوبة فيها تابع ويستحيل منه العبادة لانه ليس بأهل لها ولا لحكمها وهو الثواب فلا يشرع فى حقه أصلا قال رحمه الله (ومن حرم ملكه لم يحرم) أى من حرم على نفسه شيأ مما يملكه بأن يقول مالى على حرام أو ثوبى أو جاريتى فلانة أو ركوب هذه الدابة لم يصر محرما عليه لذاته لانه قلب المشروع وتغييره ولا قدرة له على ذلك بل الله تعالى هو المتصرف فى ذلك بالتبديل قال رحمه الله (وان استباحه كفر) أى ان أقدم على ما حرمه يلزمه كفارة اليمين لانه ينعقد به يمينا فصار حراما لغيره وقال الشافعى رحمه الله لا كفارة عليه لانه قلب الموضوع على ماذكرنا فلا ينعقد به اليمين الا فى النساء والجوارى ولنا قوله تعالى يا أيها النبى

ومن حلف على معصية) مثل أن لا يصلى أو لا يكلم أباه أو ليقتلن فلانا اه فتح (قوله فى المتن ينبغى أن يحنث ويكفر) قال الكمال رحمه الله واعلم ان المحلوف عليه أنواع فعل معصية أو ترك فرض فالحنث واجب أو شئ غيره أولى منه كالحلف على ترك وطء زوجته شهرا ونحوه فان الحنث أفضل لان الرفق أعين وكذا اذا حلف ليضربن عبده وهو يستأهل ذلك أو ليشكون مديونه ان لم يواف غدا لان العفو أفضل وكذا تيسير المطالبة أو على شئ وضده مثله كالحلف لا يأكل هذا الخبز أو لا يلبس هذا الثوب فالبر فى هذا وحفظ اليمين أولى ولو قال قائل انه واجب لقوله تعالى واحفظوا أيمانكم على ما هو المختار فى تأويلها انه البر فيها أمكن اه (قوله ويكفر) ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتن اه (قوله ابن آدم) ليس فى خط الشارح اه (قوله فى المتن ولا كفارة على كافر وان حنث مسلما) وقال فى الشامل وكذلك لو حلف ثم ارتد ثم أسلم فحنث لا يلزمه شئ اه (قوله وقال الشافعى تجب عليه الكفارة) قال فى شرح الاقطع قال الشافعى تنعقد يمينه فان حنث حال كفره كفر بالعتق والكسوة والاطعام دون الصوم وان حنث بعد اسلامه كفر بالصوم ان كان معسرا اه اتقانى لم
(قوله فى المتن ومن حرم ملكه لم يحرم) ضبطه الرازى بالقلم بضم حرف المضارعة وفتح الحاء المهملة وفتح الراء المشددة اه (قوله أى ان أقدم على ما حرمه) يعنى عامله معاملة المباح اه (قوله فلا ينعقد به اليمين) أى لانه عقد مشروع فلا ينعقد بلفظ هو قلب المشروع اه

لم تحرم ما أحل الله لك ثم قال قد فرض الله لكم تحلة أيمانكم وقال أنس رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كانت له أمة يطؤها فلم تزل به عائشة وحفصة حتى حرمها على نفسه فأنزل الله عز وجل يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك الى آخر الآية رواه النسائي وقال ابن عباس رضي الله عنهما اذا حرم الرجل امرأته فهي يمين يكفرها وقال لقد كان لكم في رسول الله أسوة حسنة متفق عليه وفي لفظ أنه أتاه رجل فقال اني جعلت امرأتي علي حراما فقال كذبت ليست عليك بحرام ثم تلا هذه الآية يا أيها النبي لم تحرم ما أحل الله لك عليك أغلظ الكفارات عتق رقبة رواه النسائي وقيل انه عليه الصلاة والسلام كان حرم العسل على نفسه والتمسك بالنص ظاهر لان العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب ولان التحريم لما صار يمينا في الجواري صار في جميع المباحات أيضا يمينا دلالة اذ لا فرق بين مباح ومباح ولان لفظه يقتضي أن تكون الحرمة ثابتة لعينها الا أنه ليس له ذلك لما ذكرنا فتثبت الحرمة لغيره كما هو موجب اليمين فان المحلوف عليه حرام من حيث إنه حنث وان كان فعله مباحا في نفسه ولان حرمة الحلال مسبب اليمين فالتنصيص عليه يجعل كالتنصيص على السبب مجازا ولو وهب ما جعله حراما أو تصدق به لم يحنث لان المراد بالتحريم حرمة الاستمتاع عرفا لا حرمة الصدقة والهبة وقوله ومن حرم ملكه وقع اتفاقا لانه لا يشترط في اليمين أن يكون مالكا له حتى لو قال مال فلان أو ماله علي حرام يكون يمينا الا اذا أراد به الاخبار عن الحرمة قال رحمه الله (كل حل علي حرام فهو على الطعام والشراب) للعرف (الا أن ينوي غير ذلك) والقياس أن يحنث كما فرغ من يمينه وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة كل للعموم وقد باشر فعلا مباحا كما فرغ من يمينه وهو التنفس ونحوه وجه الاستحسان أن المقصود هو البر ولا يحصل ذلك مع اعتبار العموم فيسقط اعتباره فاذا سقط ينصرف الى الطعام والشراب للتعارف فانه يستعمل فيما يتناول عادة ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم واذا نواها كان ايلاء ولا ينصرف اليمين عن المأكول والمشروب لما فيه من التخفيف وهذا كله جواب ظاهر الرواية قال رحمه الله (والفتوى على انه تبين امرأته من غير نية) لغلبة الاستعمال فيه وان لم يكن له امرأة ذكر في النهاية معزيا الى النوازل أنه يجب عليه الكفارة وكذا ينبغي في قوله حلال بروي حرام واختلفوا في قوله هر جه بردست راست كيرم بروي حرام في أنه هل يشترط فيه النية والاظهر أنه يجعل طلاقا من غير نية للعرف قال رحمه الله (ومن نذر نذرا مطلقا أو معلقا بشرط ووجد وفى به) أي وفى المنذور هذا اذا سمى شيأ وان لم يسم فعليه كفارة يمين فيهما أعني في المطلق والمعلق لكن يجب في الحال في المطلق وعند وجود الشرط في المعلق لان المعلق كالمنجز عنده وقد بينا المسئلة وتفصيلها فيما تقدم قال رحمه الله (ولو وصل بحلفه ان شاء الله بر) لقوله صلى الله عليه وسلم من حلف على يمين فقال ان شاء الله فلا حنث عليه رواه النسائي والترمذي وعن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا من حلف على يمين فقال ان شاء الله فقد استثنى ومن استثنى فلا حنث عليه ولا كفارة وشرط أن يكون موصولا لانه بعد الانفصال

(قوله الا أن ينوي غير ذلك) فاذا أكل أو شرب حنث ولا يحنث بجماع زوجته اهـ فتح (قوله فانه) أي هذا اللفظ الخ اهـ فتح (قوله يستعمل فيما يتناول عادة) وهو الطعام والشراب وظهر أن ما قيل انه تعذر الحمل على العموم فيحمل على أخص الخصوص لا يصح اذ ليس مجموع الطعام والشراب أخص الخصوص بل حمل على ما تعورف فيه اللفظ اهـ فتح (قوله ولا يتناول المرأة الا بالنية لسقوط اعتبار العموم) أي في غير الطعام والشراب مع صلاحية اللفظ فاذا نواها اتصلت النية بلفظ صالح فصح فيه دخولها في الارادة بخلاف نحو اسقيني اذا أريد به الطلاق لا يقع لعدم الصلاحية فلو وقع كان بمجرد النية اهـ فتح (قوله واذا نواها كان ايلاء) وذلك لان اليمين في الزوجات ايلاء فان جامعها في المدة كفر عن يمينه وان لم يقربها حتى مضت مدة الايلاء بانت بالايلاء اهـ غاية (قوله ولا ينصرف اليمين عن المأكول والمشروب) حتى اذا أكل أو شرب حنث كما اذا قرب اهـ غاية (قوله في المتن والفتوى على انه تبين امرأته من غير نية) قال في الهداية ومشايخنا قالوا يقع به الطلاق من غير نية لغلبة الاستعمال وعليه الفتوى قال في الغاية اراد بهم مشايخ بلخ كأبي بكر الاسكاف وأبي بكر بن أبي سعيد والفقيه أبي جعفر حيث قالوا يقع الطلاق وان لم ينوه قال الفقيه أبو الليث وبه نأخذ لان العادة جرت فيما بين الناس في زماننا هذا انهم يريدون بهذا اللفظ الطلاق قال في الفتاوى الصغرى اختلف المشايخ في قوله حلال الله علي حرام واختار الفقيه أبو الليث انه ينصرف الى الطلاق من غير نية وقال فيها أيضا وفي فتاوى النسفي حلال المسلمين علي حرام ينصرف الى الطلاق بلا نية للعرف اهـ ما قاله في الغاية وكتب ما نصه قال الكمال رحمه الله تعالى قال البزدوي في مبسوطه هكذا قال بعض مشايخ سمرقند ولم يتضح لي عرف الناس في هذا لان من لا امرأة له يحلف به كما يحلف ذو الحليلة ولو كان العرف مستفيضا في ذلك لما استعمله الا ذو الحليلة فالصحيح أن يقيد الجواب في هذا ونقول ان نوى الطلاق يكون طلاقا فأما من غير دلالة فالاحتياط أن يقف الانسان فيه ولا يخالف المتقدمين (واعلم) أن مثل هذا اللفظ لم يتعارف في ديارنا بل المتعارف فيه حرام علي كلامك ونحوه كأكل كذا ولبسه دون الصيغة العامة وتعارفوا أيضا الحرام يلزمني ولا شك في أنهم يريدون الطلاق معلقا فانهم يذكرون بعده لا أفعل كذا أو لأفعلن كذا وهو مثل تعارفهم الطلاق يلزمني لا أفعل كذا فانه يراد به ان فعلت كذا فهي طالق ويجب امضاؤه عليهم انتهى ولو قال حلال الله علي حرام وله امرأتان يقع الطلاق على واحدة واليه البيان في الاظهر كقوله امرأتي طالق وله امرأتان أو أكثر اهـ كافي

(قوله وعن ابن عباس انه كان يجوز الاستثناء المنفصل) أى الى ستة أشهر اه كافى (قوله وأراد بقوله) أى المصنف اه

﴿ باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والاتيان وغير ذلك ﴾

لما كان انعقاد اليمين على فعل شئ أو ترك شئ ذكر الافعال التى تنعقد عليها اليمين بابا بابا الا أنه قدم هذا الباب على غيره لانه أهم لان الانسان محتاج الى مسكن يدخل فيه ويستقر ثم يترتب على ذلك سائر الافعال من الاكل والشرب واليه اشار الله تعالى بقوله جعل لكم الارض فراشا والسماء بناء وأنزل من السماء ماء فأخرج به من الثمرات رزقا لكم وفى هذه الآية ذكر الرزق بعد جعل الارض فراشا قاله الاتقانى انتهى قال الكمال وكل من الاكل والشرب وان كان من الضروريات لكن حاجة الحلول فى مكان ألزم للجسم من أكله ولبسه انتهى (قوله اعلم أن الايمان عندنا مبنية على العرف) لان المتكلم انما يتكلم بالكلام العرفى أعنى الالفاظ التى يراد بها معانيها التى وضعت لها فى العرف كما أن العربى حال كونه بين (١١٦) أهل اللغة انما يتكلم بالحقائق بلغته فوجب صرف ألفاظ المتكلم الى ما عهد أنه المراد بها ثم من المشايخ من جرى على هذا الاطلاق فحكم فى الفرع الذى ذكره صاحب الذخيرة والمرغينانى وهو ما اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت أنه يحنث بأنه خطأ ومنهم من قيد حمل الكلام على العرف بما اذا لم يمكن العمل بحقيقته ولا يخفى أن هذا يصير المعتبر الحقيقة اللغوية الا فيما من الالفاظ ليس له وضع لغوى بل أخذه أهل العرف وان ماله وضع لغوى ووضع عرفى يعتبر معناه اللغوى وان تكلم به متكلم من أهل العرف وهذا يهدم قاعدة حمل الايمان على العرف فانه لم يصر المعتبر الا اللغة الا ما تعذر وهذا بعيد اذ لا شك أن المتكلم لا يتكلم الا بالعرف الذى به التخاطب سواء كان عرف اللغة ان كان من أهل اللغة أو غيرها ان كان من غيرها نعم ما وقع وعند استعماله مشتركا بين أهل اللغة وأهل العرف تعتبر اللغة على أنها العرف فأما الفرع المذكور فالوجه فيه انه اذا كان نواه فى عموم بيت حنث وان لم يخطر له وجب أن لا يحنث لانصراف الكلام الى المتعارف وظهر أن مرادنا بانصراف الكلام الى العرف انه اذا لم يكن له نية كان موجب الكلام ما يكون موجبا عرفيا وان كان له نية شئ واللفظ يحتمله انعقد اليمين باعتباره اذا عرفنا هذا فالكعبة وان أطلق عليها بيت فى قوله تعالى ان أول بيت وضع للناس للذى ببكة وكذا المسجد فى قوله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع وكذا بيت العنكبوت وكذا الحمام ولكن اذا أطلق البيت فى العرف فانما يراد ما يبات فيه عادة فدخل الدهليز اذا كان كبيرا بحيث يبات فيه لان مثله يعتاد بيتوتة للضيوف فى بعض القرى وفى المدن يبيت فيه بعض الاتباع فى بعض الاوقات فيحنث والحاصل أن كل موضع اذا أغلق الباب صار داخلا لا يمكنه الخروج من الدار وله سعة تصلح للبيت من سقف يحنث بدخوله وعلى هذا يحنث بالصفة سواء كان لها أربع حوائط كما هى صفاف الكوفة أو ثلاثة على ما صححه المصنف بعد أن يكون مسقفا كما هى صفاف ديارنا لانه يبات فيه غاية الامر أن مفتحه واسع وكذا الظلة اذا كان معناها ما هو داخل الدار مسقفا بخلاف ما اذا كان ساباطا وهو ما على ظاهر الباب فى الشارع من سقف له جذوع

رجوع ولا رجوع فى الايمان وعن ابن عباس أنه كان يجوز الاستثناء المنفصل لقوله تعالى واذكر ربك اذا نسيت أى اذا نسيت الاستثناء موصولا فاستثن مفصولا ويؤدى هذا القول الى أن تكون العقود الشرعية كلها غير ملزمة واخراجها من أن تكون مقيدة لاحكامها لانه يبيع أو يتزوج أو يطلق ثم يستثنى أى وقت شاء فلو كان هذا يصح لما احتيج الى الزوج الثانى حتى تحل للاول فيما اذا طلقها ثلاثا بل كان يؤمر بالاستثناء حتى تبطل الطلقات الثلاث به وكذا بين الله تعالى ورسوله أحكام الحنث فى الايمان ولو كان الاستثناء المفصول جائزا لامر الله به حتى لا يلزمه الحنث ولا الاثم ومعنى الآية اذا نسيت فى أول كلامك فاذكره فى آخره موصولا وروى أن محمد بن اسحق صاحب المغازى كان عند المنصور فكان يقرأ عنده المغازى وأبو حنيفة رضى الله عنه كان حاضرا عنده فأراد أن يغرى الخليفة عليه فقال ان هذا الشيخ يخالف جدك فى الاستثناء المنفصل فقال له أبلغ من قدرك أن تخالف جدى فقال ان هذا يريد أن يفسد عليك ملكك لانه اذا جاز الاستثناء المنفصل فبارك الله لك فى عهودك اذا فان الناس يبايعونك ويحلفون ثم يخرجون ويستثنون ثم يخالفون ولا يحنثون فقال نعم ما قلت وغضب على محمد بن اسحق وأخرجه من عنده وقال لابى حنيفة رضى الله عنه استر هذا على ثم ان الاستثناء مبطل للكلام ومخرج له من أن يكون عزيمة عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبى يوسف رحمه الله هو بمعنى الشرط وعند مالك رحمه الله لا عمل للاستثناء بل يلزمه حكم اليمين وغيره لان الامور كلها بمشيئة الله تعالى ولا يتغير بذكره حكم الاول وانما يذكر تبركا والحجة عليه ما روينا وفى قوله تعالى حكاية عن قول موسى للخضر عليهما السلام ستجدنى ان شاء الله صابرا ما يرد قوله لانه لم يصبر ولم يعاتب على ذلك ولو كان كما قاله لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم وأراد بقوله بر عدم الانعقاد لان فيه عدم الحنث كالبر فأطلق عليه والله سبحانه وتعالى أعلم

(باب اليمين فى الدخول والخروج والسكنى والاتيان وغير ذلك)

اعلم أن الايمان عندنا مبنية على العرف وعند الشافعى على الحقيقة لان الحقيقة أحق بالارادة

أطرافها على جدار الدار المقابل له وسيأتي أن السقف ليس شرطا في مسمى البيت فيحنث وان لم يكن الدهليز مسقفا انتهى كمال رحمه الله (قوله وعند مالك على معاني كلام القرآن) أي وعند أحمد على النية مطلقا انتهى كمال بالمعنى (قوله في المتن والبيعة والكنيسة) ثم البيعة متعبد النصارى والكنيسة لليهود قال القتبي في تفسيره لهدمت صوامع الصابئين وبيع النصارى وصلوات يريد وبيوت صلوات يعني كنائس اليهود ومساجد المسلمين ونقل في خلاصة الفتاوى عن الاصل لو حلف لا يسكن بيتا ولا نية له فسكن بيتا من شعر أو فسطاطا أو خيمة لا يحنث ان كان الحالف من أهل المصر وان كان من أهل البادية يحنث انتهى (قوله وهذه البقاع ما بنيت لها) قال الاتقاني رحمه الله والمعتبر في الايمان العادة دون ألفاظ القرآن فلهذا لم يحنث بالدخول فيها وان أطلق

عليها اسم البيت في القرآن كقوله في

وعند مالك على معاني كلام القرآن لانه نزل على أصح اللغات وأفصحها قلنا ان غرض الحالف ما هو المعهود المتعارف عنده فيتقيد بغرضه ولهذا لو حلف لا يجلس على الفراش أو على البساط أو لا يستضيء بالسراج لا يحنث بجلوسه على الارض ولا بالاستضاءة بالشمس قال رحمه الله (حلف لا يدخل بيتا لا يحنث بدخول الكعبة والمسجد والبيعة والكنيسة والدهليز والظلة والصفة) لان البيت ما أعد للبيتوتة وهذه البقاع ما بنيت لها وقيل اذا كان الدهليز بحيث لو أغلق الباب يكون داخلا وهو مسقف يحنث لانه يبات فيه عادة والظلة هي الساباط الذي يكون على باب الدار ولا يكون فوقه بناء وهي ليست ببيت لانه لا يبات فيها وكذا اذا كان فوقها بناء الا أن مفتحه الى الطريق لا يحنث اذا كان عقد يمينه على بيت شخص بعينه لانه ليس من جملة بيته وذكر صاحب الحصر أن الظلة هي التي أحد طرفي جذوعها على هذه الدار وطرفها الآخر على حائط الدار المقابل وفي المغرب الظلة كل ما أظلك من بناء أو جبل أو سحاب أي سترك وألقى ظله عليك وقول الفقهاء ظلة الدار يريدون بها السدة التي فوق الباب وفي طلبة الطلبة وهي التي تظل عند باب الدار وفي الصحاح كهيئة الصفة وفي الجامع الصغير يحنث بدخول الصفة لانها تبنى للبيتوتة فيها في الصيف قيل هذا على عرف أهل الكوفة لان صفافهم كانت ذات حوائط أربعة والظاهر من عرف ديار صاحب هذا المختصر لا تبنى على هيئة البيوت بل تبنى ذات حوائط ثلاثة على ما هو المعتاد فلا تكون بيتا فلهذا قال لا يحنث ويمكن أن لا يحنث مطلقا عنده كما ذكر في المبسوط أنه لا يطلق عليها اسم البيت بل ينفى عنها فيقال هذه صفة وليست ببيت وقال صاحب النهاية الاصح عندي أن يحنث لان البيت اسم لشيء مسقف مدخله من جانب واحد وهو مبني للبيتوتة فيه وهذا موجود في الصفة الا أن مدخلها أوسع من مدخل البيوت المعروفة فكان اسم البيت متناولا لها فيحنث بسكناها الا أن يكون نوى البيوت دون الصفاف فحينئذ يصدق بينه وبين الله تعالى لانه خص العام بنيته قال رحمه الله (وفي دارا بدخولها خربة وفي هذه الدار يحنث وان بنيت دارا أخرى بعد الانهدام) أي في حلفه لا يدخل دارا لا يحنث بدخول الدار الخربة وفيما اذا قال لا أدخل هذه الدار يحنث اذا دخلها بعد ما انهدمت ولو بنيت دارا أخرى بعد ذلك لان الدار اسم للعرصة في كلام العرب يقال دار عامرة ودار غامرة قال لبيد

عفت الديار محلها فمقامها * بمنى تأبد غولها فرجامها

وقال النابغة

يا دارمية بالعلياء فالسند * أقوت وطال عليها سالف الامد

والبناء وصف فيها غير أن الوصف في المعين لغو ان لم يكن داعيا الى اليمين وحاملا عليها وان كانت حاملة على اليمين تعتبر الصفة فتتقيد بها اليمين كمن حلف لا يأكل هذا البسر أو هذا الرطب فصار تمرا أو رطبا فأكله لا يحنث الا اذا كانت الصفة مهجورة شرعا فحينئذ لا تعتبر وان كانت حاملة كمن حلف لا يكلم هذا الصبي

الكعبة ان أول بيت وضع للناس وكقوله في بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وما ذكر بعضهم في شرح منية ولا عن الفوائد الظهيرية انه اذا حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث فذلك سهو لكونه مخالفا للاصل الذي ذكرنا ولكونه مخالفا للرواية ألا ترى أن الشيخ أبا نصر قال وان حلف لا يخرب بيتا فخرب بيت العنكبوت لا يحنث وان سماه الله بيتا ذكره في مسئلة لا يأكل لحما فأكل السمك لم يحنث وسيأتي في كلام الشارح عند قوله والرأس ما يباع في مصره انه يحنث بهدم بيت العنكبوت انتهى (قوله في المتن وفي دارا بدخولها خربة) قال الرازي قوله في دارا عطف على قوله بيتا وقوله بدخولها الباء تتعلق بمحذوف وهو لا يحنث اهـ (قوله يحنث اذا دخلها بعد ما انهدمت) يعني وصارت صحراء اهـ هداية (قوله لان الدار اسم للعرصة) أي عند العرب والعجم فيقال دار عامرة ودار غير عامرة في العجم والعرب اهـ فتح (قوله والبناء وصف فيها) والصفة في المنكر معتبرة لان الغائب يعرف بالوصف فتعلقت اليمين بدار موصوفة بصفة فلا يحنث بعد زوال تلك الصفة اهـ رازي (قوله غير أن الوصف في المعين لغو) لان الاشارة أبلغ في التعريف وأغنت عن الوصف الذي وضع للتوضيح فاستوى وجودها وعدمها وتعلقت اليمين بذاتها وذاتها باقية بعد انتقاض الحيطان بالدخول فيها وكذا اذا خربت وبنيت دارا أخرى لان ذاتها لم تتبدل اهـ قاله الرازي (قوله لا يحنث الا اذا كانت الصفة مهجورة شرعا) قال الكمال بعد أن ساق جملة من أبيات العرب فهذه الاشعار وما لا يحصى كثرة تشهد بان اسم الدار للعرصة ليس غير لان هؤلاء المتكلمين بهذه الاشعار لا يريدون بالاسم الا العرصة فقط فان هذه الديار التي ذكروها

لا يتقيد اليمين بزمان صباه لان صباه وان كان حاملا على اليمين لكن هجر الصغير لاجل صغره مهجور شرعا قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا وفى ترك الكلام له ترك الترحم عليه فكان مهجورا فتعلقت اليمين بالذات دون الصفة فصار كأنه قال لا أكلم هذا فان قيل لو وكل رجلا بشراء دار فاشترى دارا خربة تنفذ على الموكل وعلى قياس ما قلتم وجب أن لا ينفذ عليه لان الصفة فى المنكر معتبرة قلنا فى الوكالة تعرفت من وجه لان الوكالة بشراء دار لا تصح الا اذا بين الثمن والمحلة وهى فى اليمين منكرة من كل وجه فافترقا فان قيل لا يخلو إما أن تكون الصفة داخلة فى اليمين أو لا فان كانت داخلة وجب أن لا يختلف بين المنكر والمعرف وان لم تكن داخلة فكذلك أيضا كمن حلف لا يكلم رجلا فان عينه لم يتقيد بشئ من أوصاف الرجال قلنا صفة البناء فى الدار متعينة لعدم ما يزاحمها من الاوصاف بخلاف الرجل فان الاوصاف فيه متزاحمة فتقييده بالكل محال وليس البعض أولى من البعض فسقط الكل وقال أبو الليث ان كانت اليمين بالفارسية لا يحنث الا بدخول المبنية قال رحمه الله (وان جعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا كهذا البيت فهدم أو بنى آخر) يعنى فيما اذا حلف لا يدخل هذه الدار فخربت فجعلت بستانا أو مسجدا أو حماما أو بيتا لا يحنث بدخوله فيه كما لا يحنث بدخوله فيما اذا حلف لا يدخل هذا البيت فهدم ثم دخله أو بنى بيتا آخر فدخله لانها لم تبق دارا بعدما اعترض اسم آخر عليها الا ان بقاء الاسم يدل على بقاء المسمى وزواله على زواله بخلاف ما اذا بنيت دارا لان الاسم كان باقيا وهى صحراء حتى يحنث بالدخول فيها فاذا بنيت لم يتبدل اسمها ولو انهدم الحمام ونحوه فدخله لم يحنث وكذا لو بنيت دارا بعد انهدام هذه الاشياء لانه بالانهدام لم يعد اسم الدار لبقاء اسم المسجد والحمام ونحوه فيه وان عاد الاسم بالبناء لكنه بصفة جديدة فكان غير المحلوف عليه والبيت اسم لما يبات فيه وبعد الانهدام زال الاسم لانه لا يصلح للبيتوتة فيه حتى لو سقط السقف وبقيت الحيطان فدخله يحنث لان السقف وصف فيه كالبناء فى الدار ولو بنى بيتا آخر بعدما انهدم فدخله لم يحنث لما ذكرنا فى الدار قال رحمه الله (والواقف على السطح داخل) أى الواقف على سطح الدار هو داخل الدار حتى لو حلف لا يدخل دار فلان فوقف على السطح يحنث لان السطح من الدار ألا ترى أن لسطح المسجد حكم المسجد حتى لا يبطل الاعتكاف بالصعود عليه ولا يجوز للجنب والحائض الوقوف عليه ولا يجوز التخلى فيه والمختار أن لا يحنث فى العجم لان الواقف على السطح لا يسمى داخلا عندهم وعلى هذا لو رقى على شجرة فى الدار أو على حائط الدار لا يحنث عندهم ودهليز الدار كدهليز البيت على ما ذكرنا من التفصيل غير أنه لم يشترط أن يكون مسقفا هنا لان اسم الدار يتناوله بدونه و بدون البناء بخلاف البيت قال رحمه الله (وفى طاق الباب لا) أى الواقف فى طاق الباب ليس بداخل حتى لو حلف لا يدخل هذه الدار أو هذا البيت فوقف على طاق الباب لا يحنث هذا اذا كان بحيث لو أغلق الباب كان خارجا لان البناء وتركيب الغلق لاحرازما فى الدار والبيت فما كان داخلا فهو منهما لوجود المعنى فيه والا فلا ولو أدخل احدى رجليه دون الاخرى ان استوى الجانبان أو كان الجانب الخارج

لم يكن فيها بناء أصلا بل هى عرصات منزولات يضعون فيها الاخبية لا الابنية الحجر والمدر فصح أن البناء وصف فيها غير لازم وانما اللازم فيها كونها قد نزلت غير أنها فى عرف أهل المدن لا يقال الا بعد البناء فيها ولو انهدم بعد ذلك بعضها قيل دار خراب فيكون هذا الوصف جزء المفهوم لها فأما اذا انمحت الابنية بالكلية وصارت ساحة فالظاهر أن اطلاق اسم الدار فى العرف عليها كهذه دار فلان مجاز باعتبار ما كان والحقيقة أن يقال كانت دارا واذا عرف ذلك فاذا حلف لا يدخل دارا فدخل دارا خربة بان صارت لا بناء بها لا يحنث وهذا هو المراد فانه قال فى مقابله فيما اذا حلف (118) لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما صارت صحراء حنث وانما تقع المقابلة بين المعين والمنكر فى الحكم اذا تواردحكمهما على محل فأما اذا دخل بعد ما زالت بعض حيطانها فهذه دار خربة فينبغى أن يحنث فى المنكر الا أن يكون له نية وانما وقعت هذه المفارقة لان البناء وان كان وصفا فيها يعنى معتبرا فيها غير أن الوصف فى الحاضر لغو لان ذاته تتعرف بالاشارة فوق ما تتعرف بالوصف وفى الغائب معتبر لانه المعرف له اه (قوله لا يحنث بدخوله فيه) وكذا اذا غلبت عليها دجلة أو الفرات فصارت بحرا أو نهرا فدخلها لا يحنث اه اتقانى (قوله وكذا لو بنيت) أى الدار بنيت دارا مرة أخرى بعد انهدام هذه الاشياء اه (قوله لان السقف وصف فيه) وهذا يفيدك أن ذكر السقف فى الدهليز من قوله وهو مسقف لا حاجة اليه لانه معتاد للبيتوتة كما قدمنا والبيت لا يلزم فى مفهومه السقف فقد يكون مسقفا وهو البيت الشتوى وغير مسقف وهو الصيفى اه كمال (قوله لم يحنث لما ذكرنا فى الدار) حلف لا يجلس الى أسفل هذه الاسطوانة وهى من آجر أو جص أو حجارة فنقضت ثم بنيت ثانيا بحجارتها فجلس اليها لا يحنث وكذا الحائط اه قاضيخان ولو حلف لا يدخل هذه الدار فغر على الباب وزلقت رجله ووقع فى الدار اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث لانه لم يقع فى الدار باختياره فصار كما لو دخل مكرها أو هبت به الريح وألقته فى الدار وكذا اذا كان على دابة فانفلتت ولم يستطع امساكها فأدخلته فى الدار لا يحنث ولو حلف لا يدخل هذه الدار فقام على حائط من حيطانها حنث فى يمينه لان الحائط من جملة الدار وتدخل فى بيع الدار من غير ذكر وقال الشيخ الامام محمد بن الفضل هذا اذا كان لصاحب الدار فأما اذا كان الحائط مشتركا لا يحنث كما لا يحنث لا يدخل دار فلان فدخل دارا بينه وبين غيره وكذا

أسفل لم يحنث وان كان الجانب الداخل أسفل حنث لان اعتماد جميع بدنه على رجله التى فى الجانب الاسفل فتعتبر تلك دون الاخرى ولو دخل كنيفها وهو شارع الى الطريق ومفتحه من داخل حنث لانه من توابع الدار وفى الكافى لو حلف لا يدخل بيت فلان ولا نية له فدخل فى صحن داره لم يحنث حتى يدخل البيت لان شرط حنثه الدخول فى البيت ولم يوجد ثم قال وهذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فالدار والبيت واحد فيحنث ان دخل صحن الدار وعليه الفتوى ولو حلف لا يدخل هذه الدار وهو فيها لم يحنث بالقعود فيها حتى يخرج ثم يدخل استحسانا والقياس أن يحنث لان للدوام حكم الابتداء وجه الاستحسان أن الدخول عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو قال لا ادخل هذه الدار غدا فمكث فيها حتى مضى الغد حنث لما ذكرنا أنه عبارة عن الانفصال من الخارج الى الداخل ولم يوجد ولو نوى بالدخول الاقامة فيها دين لانه من محتملات كلامه قال رحمه الله (ودوام اللبس والركوب والسكنى كالانشاء لا دوام الدخول) يعنى لدوام هذه الاشياء حكم الابتداء حتى لو حلف لا يلبس هذا الثوب وهو لابسه أو لا يركب هذه الدابة وهو راكبها أو لا يسكن هذه الدار وهو ساكنها واستمر على ما كان حنث لان لهذه الافعال دواما بحدوث أمثالها ألا ترى أنه يضرب لها مدة يقال ركبت يوما ولبست يوما بخلاف الدخول فانه لا يقال دخلت يوما بمعنى التوقيت وكذا لا يقال لمن هو داخل الدار ادخل هذه الدار ولا تدخل ويقال للقاعد اقعد وكذا يقال له لا تقعد وكذا فى نظائره قال الله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين أى لا تمكث وقال عليه الصلاة والسلام ولا تتبع النظرة النظرة فان الاولى لك والثانية عليك فدل على أن لدوامه حكم الابتداء ولهذا لو قال لامرأته كلما ركبت فأنت طالق فى حال ركوبه فمكث ساعة ولم ينزل طلقت وان مكث ساعة أخرى طلقت أخرى والفارق بينهما أن كل ما يصلح امتداده له دوام كالقعود والقيام والنظر ونحوه وما لا يمتد لا دوام له كالخروج والدخول ولو نزل من الدابة للحال أو نزع الثوب أو انتقل للحال لا يحنث وقال زفر رحمه الله يحنث لوجود اللبث والركوب والسكنى بعد اليمين وان قل وذلك كاف للحنث ولنا أن اليمين يعقد للبر ولا يمكن تحقيق البر الا باستثناء هذه المدة فلا تدخل فى اليمين للضرورة وهذا لان الشارع أمر بالبر ونهى عن الحنث بقوله واحفظوا أيمانكم وبقوله ولا تنقضوا الأيمان بعد توكيدها فلو لم يستثن زمن البر لكان تكليفا بما ليس فى الوسع فكان مردودا بالنص فان قيل اليمين كما يعقد للبر يعقد للحنث أيضا كما فى قوله لأمسن السماء قلنا هنالك أيضا عقدت للبر لتصور البر حقيقة وان لم يتصور عادة وانما يحنث بعد انعقاده للعجز عادة لا لانها عقدت للحنث قال رحمه الله (لا يسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة فخرج وبقى متاعه وأهله حنث) أى لو حلف لا يسكن هذه الاشياء فخرج بنفسه ولم يرد الرجوع وبقى متاعه فيها حنث لان يمينه انعقدت على السكنى وهى تكون بنفسه وعياله ومتاعه فما لم يخرج الكل فهو ساكن فيها عرفا لان السكنى عبارة عن الكون فى مكان على سبيل الاستقرار والدوام فان من يقعد فى المسجد أو فى السوق لا يعد ساكنا فيه لعدم ما ذكرنا وهى تكون بهذه الجملة وضدها وهو عدم السكنى يكون باخراجها وان أبت المرأة أن تنتقل وغلبته وخرج هو ولم يرد العود اليه أو منع هو من الخروج بان أوثق أو منع متاعه فتركه أو وجد باب الدار مغلقا فلم يقدر على فتحه ولا على الخروج منه لم يحنث بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فامرأته طالق فقيد ومنع من الخروج أو قال لامرأته ان لم تجيئى الليلة الى البيت فأنت طالق فمنعها والدها حيث تطلق فيهما فى الصحيح لان شرط الحنث فى مسئلة الكتاب الفعل وهو السكنى وهو مكره فيه وللاكراه أثر فى اعدام الفعل والشرط فى تلك المسئلة عدم الفعل ولا أثر للاكراه فى ابطال العدم ولو كانت اليمين فى جوف الليل فلم يمكنه الخروج حتى أصبح لم يحنث ولو اشتغل بطلب دار أخرى لينقل اليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث لانه لا يعد ساكنها وكذا لو خرج لطلب دابة لينقل عليها المتاع فلم يجد أياما لم يحنث وكذا لو كانت أمتعته كثيرة فاشتغل بنقلها بنفسه وهو يمكنه أن يستكرى دابة فلم يستكر لم يحنث هذا اذا كان الحالف ذا عيال منفردا بالسكنى وأما

لو قام على سطح الدار حنث قيل هذا فى عرفهم الصعود على السطح والحائط لا يسمى دخولا فلا يحنث والصحيح جواب الكتاب اه شرح الجامع الصغير لقاضيخان (قوله ولم يوجد) أى الدخول الذى حلف على ايجاده فى الغد اه (قوله بخلاف ما اذا قال ان لم أخرج من هذا المنزل اليوم فأنت طالق) قال الامام قاضيخان رحمه الله فى فتاواه فى كتاب الطلاق فى باب التعليق رجل قال لاصحابه ان لم أذهب بكم الليلة الى منزلى فامرأته طالق فذهب بهم بعض الطريق فأخذهم اللصوص وحبسوهم قالوا لا يحنث فى يمينه وهذا الجواب يوافق قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أصل المسئلة اذا حلف ليشربن الماء الذى فى هذا الكوز اليوم فاهراقه قبل مضى اليوم لا يحنث عندهما اه قلت وتخريج هذا الفرع على مسئلة الكوز انما يأتى على ما اختاره قاضيخان وصححه من أن الذهاب بمعنى الاتيان فلا يحنث فيما اذا حلف لا يأتى مكة بمجرد الذهاب بل انما يحنث بالوصول اليها أما من جعل الذهاب بمعنى الخروج كما مشى عليه فى الكنز فلا يحتاج الى التخريج على مسئلة الكوز فانه يبر بمجرد الذهاب وان لم يصل الى منزله والله الموفق اه (قوله حيث تطلق فيهما) أى فيما اذا قال ان لم أخرج أو قال ان لم تجيئى اه من خط الشارح

اذا كان ساكنا فى عيال غيره كالابن فى بيت أبيه أو بالعكس أو الزوجة فى بيت الزوج لا يحنث بترك المتاع لان المعتبر فيه سكنى نفسه لاغير هذا اذا كانت اليمين بالعربية وان كانت بالفارسية فخرج هو على عزم أن لا يعود ومتاعه فيها لا يحنث وان كان من عزمه أن يعود يحنث قال رحمه الله (بخلاف المصر) أى بخلاف ما لو كان اليمين على المصر فخرج بنفسه وترك متاعه وأهله فيه لم يحنث لانه لا يعد ساكنا فى المصر الذى انتقل عنه بخلاف الاول فان السوقى طول نهاره فى السوق ويقول اسكن سكة كذا روى ذلك عن أبى يوسف والقرية كالمصر فى الصحيح ثم قال أبو حنيفة رحمه الله فيما اذا حلف لا يسكن هذه الدار أو البيت أو المحلة لا بد من نقل المتاع كله حتى لو بقى وتد يحنث لان السكنى تثبت بالكل فتبقى ببقاء شئ منه وقد صار هذا أصلا له حتى قال بقاء صفة السكون فى العصير يمنع من صيرورته خمرا وبقاء مسلم واحد فى دار ارتد أهلها يمنع من صيرورتها دار حرب فان قيل الشئ ينتفى بانتفاء جزء منه كالعشرة والدينار مثلا ينتفى هذا الاسم بانتفاء جزء منه فكان ينبغى أن تنتفى السكنى هنا بانتفاء البعض حتى لا يحنث الا بترك الجميع قلنا انما ينتفى الشئ بانتفاء بعضه اذا كان المجموع من الاجزاء كالعشرة ونحوه وأما اذا كان من الافراد فلا ينتفى بانتفاء بعضه كالرجال لا ينتفى بانتفاء بعض الرجال فانه يبقى بعد ذلك رجال أيضا والسكنى من هذا القبيل لانه يبقى ساكنا باعتبار البعض وقال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا كان الباقى يتأتى به السكنى وأما اذا بقى مكنسة أو وتد أو قطعة حصير فلا يحنث لانه لا يعد ساكنا فيها وقال محمد رحمه الله يعتبر نقل ما يقوم به السكنى لان ما وراء ذلك ليس من السكنى قالوا هذا أحسن وأرفق بالناس وقال أبو يوسف رحمه الله يعتبر نقل الاكثر لان نقل الكل قد يتعذر فلا يحنث اذا نقل الاكثر والا فيحنث وعليه الفتوى وهذا الاختلاف فى الامتعة وأما الاهل فلا بد من نقل الكل بالاجماع ولو انتقل الى السكة أو الى المسجد قالوا لا يبر استدلالا بما ذكره فى الزيادات فى كوفى انتقل باهله ومتاعه الى مكة ليستوطنها فاستوطنها ثم بدا له أن يعود الى خراسان فمر بالكوفة يصلى فيها ركعتين لان استيطانه للكوفة بطل بمكة وان بدا له أن يعود الى خراسان قبل أن يدخل مكة يصلى أربعا بالكوفة لان استيطانه لها باق ما لم يستحدث وطنا آخر وقال أبو الليث هذا اذا لم يسلم الدار المستأجرة الى أهلها وأما اذا سلم فلا يحنث وان كان هو والمتاع فى السكة أو فى المسجد قال رحمه الله (لا يخرج فأخرج محمولا بأمره حنث وبرضاه لا بأمره أو مكرها لا كلا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة) أى لو حلف لا يخرج من المسجد مثلا أو من غيره فأمر غيره فأخرجه محمولا حنث وان لم يأمره فأخرجه برضاه أو أخرجه مكرها لم يحنث كما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لان فعل المأمور ينتقل الى الآمر فيكون مضافا اليه ولهذا لو أتلف مال انسان بأمر صاحبه لا يضمن فصار كما اذا ركب دابة فخرجت به وفى الاكراه يضاف الفعل الى المكره لعدم ما يوجب النقل وهو الامر فلا يحنث بفعل غيره به ولا تنحل به اليمين فى الصحيح لعدم فعله فصار كما اذا أخرجته الريح بخلاف ما اذا هدده فخرج هو بنفسه حيث يحنث لوجود الفعل منه وهو الخروج الا أنه مكره وفعل المحلوف عليه لا يختلف بين أن يكون مكرها أو طائعا على ما ذكرناه فى أول الكتاب فصار نظير من حلف لا يأكل فأكره

(قوله أحسن وأرفق بالناس) أى فى نفى الحنث عنهم ومنهم من صرح بان الفتوى عليه وكثير كصاحب المحيط والفوائد الظهيرية والكافى على أن الفتوى على قول أبى يوسف ولا شك أن المراد هنا ليس على نقل الكل ليقوم الاكثر مقامه بل على العرف فى أنه ساكن أولا والحق أن من خرج على نية ترك المكان وعدم العود اليه ونقل من أمتعته فيه ما يقوم به أمر سكناه وهو على نية نقل الباقى يقال ليس ساكنا فى هذا المكان بل انتقل عنه وسكن فى المكان الفلانى اه كمال (قوله وعليه الفتوى) قال العينى والشيخ باكير والفتوى على قول محمد اه (قوله وأما اذا سلم فلا يحنث) وكذا اذا سلم داره باجارة انتهى شمنى (قوله كما اذا ركب دابة فخرجت به) أى فانه يحنث فان فعل الدابة مضاف اليه كذا هذا اه فتح (قوله فلا يحنث بفعل غيره به) لانه اخراج ولم يخرج اه اتقانى (قوله ولا تنحل به اليمين فى الصحيح) قال الاتقانى ثم فى صورة الحمل مكرها لا يحنث بالاتفاق ولكن هل تنحل اليمين أم لا فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم تنحل وعليه السيد أبو شجاع فقال سئل شيخنا شمس الائمة الحلوانى عن هذا فقال تنحل اليمين وقال بعضهم لا تنحل وهو الصحيح كذا قال التمرتاشى وغيره اه قوله وعليه السيد أبو شجاع قال الكمال قال السيد أبو شجاع تنحل وهو أرفق بالناس اه وقوله وهو الصحيح وذلك لانه انما لا يحنث لانقطاع نسبة الفعل اليه واذا لم يوجد منه المحلوف عليه كيف تنحل اليمين فبقيت على حالها فى الذمة ويظهر أثر هذا الخلاف فيما لو دخل بعد هذا الاخراج هل يحنث فمن قال انحلت قال لا يحنث وهذا بيان كونه أرفق بالناس ومن قال لم تنحل قال حنث ووجبت الكفارة وهو الصحيح اه كمال (قوله بخلاف ما اذا هدده الخ) أفاد أن صورة مسئلة الاكراه أن يخرج محمولا لا أن يخرج هو بنفسه خوفا من التهديد اه (قوله الا أنه مكره) قال الكمال رحمه الله والمراد من الاخراج مكرها هنا أن يحمله ويخرجه كارها لذلك لا الاكراه المعروف وهو أن يتوعده حتى يفعل فانه اذا توعده فخرج بنفسه حنث لما عرف أن الاكراه لا يعدم الفعل عندنا اه ﴿فرع﴾ قال قاضيخان رحمه الله رجل قال لامرأته ان خرجت من باب هذه الدار فأنت طالق فصعدت السطح فنزلت فى دار الجار ذكر فى الكتاب انه لا يحنث وقيل بأنه يحنث لان الناس يريدون به الخروج من الدار لا التقييد بالباب ولان

باب السطح باب الدار فان عين الباب وقال ان خرجت من هذا الباب فيقيد بذلك الباب وقال فى الصغرى قال لامرأته ان خرجت من باب هـذه الدار فأنت طالق فخرجت لامن باب الدار طلقت لان باب الدار يذكر ويراد به جميع الدار لكن انما خص الباب لانه المعد للخروج فى مضاربة خواهرزاده ونص فى مختصر الكافى بخلاف هذا فيفتى بما ذكر فى المختصر وهذا على سبيل الاستقصاء فى الواقعات اه وذكر فى تتمة الفتاوى بعد قوله فيفتى بما ذكر فى المختصر ما نصه وذكر القدورى رحمه الله بخلاف هـذا أيضا والمذكور فى القدورى اذا حلف لا يخرج من باب هذه الدار فخرج من غير الباب لم يحنث وان نقب بابا آخر فخرج منه يحنث اه (قوله وحمله برضاه الخ) قال فى الهداية ولو حمله برضاه لا بأمره لم يحنث فى الصحيح قال الاتقانى أما اذا حمله فرضى به بقلبه ولم يأمره فجوابه لم يذكر فى الجامع الصغير قال فى شرح الطحاوى اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث كما اذا خرج طائعا لانه لما كان متمكنا من الامتناع فلم يمتنع صار كالآمر بالاخراج وقال بعضهم لم يحنث لانه لم يوجد فعل ينسب اليه وبهذا كان يقول الفقيه أبو جعفر وهكذا روى عن أبى يوسف فى الامالى وقال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير أشار فى الاصل الى انه لا يحنث حتى يأمره به لان (١٣١) حاجتنا الى اثبات الفعل وبالرضا

فأكل بنفسه يحنث ولو حط المأكول فى حلقه مكرها لا يحنث لما ذكرناه وحمله برضاه من غير أمره كحمله مكرها لانه لم يوجد منه الفعل حقيقة ولا ما يوجب النقل اليه وهو الامر وعن أبى يوسف رحمه الله فيما اذا حلف لا يخرج من دار كذا فهو على الخروج ببدنه ولو قال من هذه الدار فهو على الخروج ببدنه وأهله هو المتعارف وانما لا يحنث من حلف لا يخرج الا الى جنازة فخرج اليها ثم أتى حاجة أخرى لان الموجود هو الخروج المستثنى والمضى بعد ذلك ليس بخروج لان الخروج عبارة عن الانفصال من داخل والاتيان الى حاجة أخرى عبارة عن الوصول فتغايرا فلا يحنث قال رحمه الله (لا يخرج أو لا يذهب الى مكة فخرج يريدها ثم رجع حنث) لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج فاذا انفصل عن وطنه قاصدا الى مكة فقد خرج اليها عرفا وان لم يصل قال الله تعالى ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية والمراد بها من مات قبل الوصول اليه ويشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة حتى لو رجع قبل أن يجاوز العمران لا يحنث بخلاف الخروج الى الجنازة حيث يحنث فيه بمجرد الخروج من بيته لان الخروج الى مكة سفر ولا سفر قبل مجاوزة العمران ولا كذلك الخروج الى جنازة والذهاب كالخروج فى الصحيح وقال نصير بن يحيى رحمه الله هو كالاتيان حتى لا يحنث ما لم يدخلها لقوله تعالى اذهبا الى فرعون والمراد الاتيان وجه الاول وهو قول محمد بن سلمة أنه بمنزلة الخروج يقال ذهب الى مكة بمعنى خرج اذا زال عن مكانه فلا يقتضى الوصول وأذهبه غيره اذا أزاله قال الله تعالى ليذهب عنكم الرجس أهل البيت أى ليزيله عنكم ولهذا صح أن يقال ذهب الى مكة قبل الوصول اليها كما يقال أخرج الى مكة بخلاف الاتيان هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى أحدهما فهو على ما نوى لانه نوى ما يحتمله لفظه قال رحمه الله (وفى لا يأتيها لا) أى فى يمينه لا يأتيها لا يحنث بالخروج وانما يحنث بالوصول لانه عبارة عنه قال الله تعالى فأتيا فرعون والمراد به الوصول وقال عليه الصلاة والسلام من أتى امرأته الحائض أو أتاها فى غير مأتاها أو أتى كاهنا وصدقه فيما قال فقد كفر بما أنزل على محمد عليه الصلاة والسلام ثم فى الخروج والذهاب يشترط النية عند الانفصال للحنث وفى الاتيان لا يشترط بل اذا وصل اليها يحنث نوى أو لم ينو لان الخروج متنوع يحتمل الخروج اليها والى غيرها وكذا الذهاب فلا بد من النية عند ذلك كالخروج الى الجنازة بخلاف الاتيان لان الوصول غير متنوع قال رحمه الله (ليأتينه فلم يأته حتى مات حنث فى آخر حياته)

لا يثبت الفعل وانما ينتقل اليه بالامر اه (قوله لان الخروج انفصال عن الداخل الى الخارج) أى لا عن الوصول اه (قوله ويشترط للحنث أن يجاوز عمران مصره على قصد الخروج الى مكة) كأنه ضمن لفظ أخرج معنى أسافر للعلم بأن المضى اليها سفر لكن على هذا لو لم يكن بينه وبينها مدة سفر ينبغى أن يحنث بمجرد انفصاله من الداخل اه كمال (قوله والذهاب كالخروج فى الصحيح) قال قاضيخان فى فتاواه رجل قال لامرأته ان خرجت الى بيت أبيك فأنت كذا فخرجت ناسية ثم تذكرت فرجعت فهذه ثلاث مسائل الخروج والاتيان والذهاب قال الشيخ

 الامام أبو بكر محمد بن الفضل فى الاتيان لا يحنث اذا لم تصل الى دار أبيها وفى الخروج يحنث واختلفوا فى الذهاب والصحيح أن الذهاب كالاتيان قال مولانا رضى الله عنه وينبغى أن ينوى فى ذلك ان نوى بالذهاب الوصول فهو على ما نوى وان نوى به الخروج فهو على ما نوى وان لم ينو شيأ يحمل على الاتيان لان الناس يريدون بهذا الاتيان والوصول اه وقال فى الوقاية وذهابه كخروجه فى الاصح اه (قوله فالمراد الاتيان) أى الاتيان اليه وتبليغه الرسالة اه فتح (قوله أى ليزيله عنكم) أى فبمجرد تحقق الزوال يتحقق الحنث وكونه استعمل مرادا به الوصول فى اذهبا الى فرعون لا يدل على أنه لازم فى استعمالاته غاية الامر أن يكون صادقا مع الوصول وعدمه فيكون للقدر المشترك بين الخروج بلا وصول والخروج المتصل به وصول فلا يتعين أحدهما فالتحقق المسمى بمجرد الانفصال اه فتح (قوله هـذا) أى كون الذهاب بمعنى الخروج اذا لم ينو بالذهاب شيأ اه (قوله وأما اذا نوى أحدهما) أى الخروج أو الاتيان اه وكتب ما نصه أى بالذهاب اه (قوله ثم فى الخروج الخ) قال قاضيخان فى فتاواه ولو قال لها ان خرجت الى منزل أبيك فأنت طالق أو قال ان ذهبت فهو على الخروج عن قصد ولو قال لها ان أتيت فهو على الوصول قصدت الخروج الى منزله أو لم تقصد اه

أى لوحلف ليأتين زيدا أو البصرة أو نحو ذلك فلم يأته حتى مات حنث فى آخر جزء من أجزاء حياته لان شرط الحنث فوت الاتيان وهو لا يتحقق الا بما ذكرنا لان البر مرجو مادام حيا قال رحمه الله (ليأتينه ان استطاع فهو على استطاعة الصحة) لان الاستطاعة فى العرف سلامة الاسباب والآلات وارتفاع الموانع الحسية فعند الاطلاق ينصرف اليه لانه هو المعهود قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا والمراد بها الاستطاعة الحسية وقال الله تعالى وأعدوا لهم ما استطعتم من قوة ويقال فلان يستطيع كذا والمراد بها سلامة الاسباب قال رحمه الله (وان نوى القدرة دين) أى ان نوى حقيقة القدرة التى تقارن الفعل دين فيما بينه وبين الله تعالى لان هذا الاسم يطلق عليها قال الله تعالى ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم وقال تعالى فما اسطاعوا أن يظهروه وما استطاعوا له نقبا الا أنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى وفى رواية يصدق قضاء أيضا لانه نوى حقيقة كلامه فيصدق كيفما كان وهذا لانه اذا نوى الحقيقة لا يخلو اما أن يكون خلاف الظاهر أولا فان لم يكن خلاف الظاهر يصدق قضاء وديانة باتفاق الروايات وان كان خلاف الظاهر فيصدق ديانة قولا واحدا وهل يصدق قضاء أولا ففيه روايتان وعلى احداهما يخرج قوله لا يصدقه القاضى وهذا بخلاف ما اذا نوى المجاز حيث لا يصدق قضاء مطلقا الا فيما فيه تشديد على نفسه على ما عرف واذا نوى استطاعة الفعل لا يتصور حنثه أبدا لانها لا تسبق الفعل قال رحمه الله تعالى (لا تخرج الا باذنى شرط لكل خروج اذن بخلاف الا أن وحتى) أى لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه يشترط الاذن فى كل خروج حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت بغير اذنه مرة أخرى يحنث بخلاف ما اذا قال الا أن آذن لك أو حتى آذن ذلك فانه بالاذن مرة تنتهى اليمين حتى لو أذن لها مرة فخرجت ثم خرجت مرة أخرى بغير اذنه لا يحنث أما الاول وهو ما اذا قال الا باذنى فلانه استثنى خروجا بصفة وهو أن يكون الخروج ملصقا بالاذن لان الباء للالصاق فكل خروج لا يكون بتلك الصفة كان داخلا فى اليمين وصار شرطا للحنث قال الله تعالى وما نتنزل الا بأمر ربك أى لا يوجد نزول الا بهذه الصفة ونظيره ما لو قال ان خرجت الا بملحفة أو بقناع والحيلة فى ذلك أن يقول لها كلما أردت الخروج فقد أذنت لك فان قال ذلك ثم نهاها لم يعمل نهيه عند أبى يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله ولو أذن لها فى خرجة ثم نهاها عن تلك الخرجة يعمل نهيه بالاجماع ومحمد يعتبر العام بالخاص وأبو يوسف يقول يبطل اليمين بالعام لاستحالة بقائها مع اطلاق جميع الخروج بخلاف الخاص لان اليمين باقية فى حق غيرها فكذا يصح النهى ولو نوى الاذن مرة يصدق ديانة لا قضاء لانه محتمل كلامه حتى لا يحنث فى المرة الثانية اذا خرجت بغير

(قوله حنث فى آخر جزء من أجزاء حياته) قال الاتقانى وأصل هذا أن الحالف فى اليمين المطلقة لا يحنث مادام الحالف والمحلوف عليه قائمين لتصور البر فاذا مات أحدهما فحينئذ يحنث لفوات البر وهنا فى مسئلتنا اليمين مطلقة عن الوقت فمادام الحالف حيا يرجى وجود البر وهو الاتيان فلا يحنث فاذا مات فقد تعذر شرط البر وتحقق شرط الحنث وهو ترك الاتيان فيحنث فى آخر جزء من أجزاء حياته بخلاف اليمين المؤقتة مثل أن يقول ان لم أدخل هذه الدار اليوم فعبدى حر فان اليمين تتعلق بآخر الوقت حتى اذا مات الحالف قبل خروج الوقت ولم يدخل الدار لا يحنث أما اذا فات الوقت قبل دخوله وهو حى يحنث ويعتق العبد اه (قوله فى المتن ليأتينه ان استطاع الخ) أى لو حلف ليأتين زيدا غدا ان استطاع فلم يمنع عنه مانع من مرض أو سلطان أو عارض آخر فلم يأته حنث لان الاستطاعة فى العرف سلامة الاسباب والآلات وهى موجودة قاله الرازى وقال الكمال ولو حلف أى بالله أو بطلاق أو عتاق ليأتينه غدا ان استطاع وصورته فى التعليق أن يقول امرأتى طالق ان لم آتك غدا ان استطعت ولا نية له تصرف الاستطاعة الى سلامة آلات الفعل المحلوف عليه وصحة أسبابه لانه هو المتعارف فعند الاطلاق ينصرف اليه وهذا ما أراد بقوله استطاعة الصحة دون القدرة أى دون الاستطاعة التى هى القدرة التى لا تسبق الفعل بل تخلق معه بلا تأثير لها فيه لان أفعال العبد مخلوقة لله تعالى ولو أراد هذه بقوله ان استطعت صحت ارادتها فاذا لم يأته لعذر منه أو لغير عذر لا يحنث كأنه قال لآتينك ان خلق الله اتيانى أو الا أن لا يخلق اتيانى وهو اذا لم يأت لم يخلق اتيانه ولا استطاعة الاتيان المقارنة والالاتى واذا صحت ارادتها فهل يصدق ديانة وقضاء أو ديانة فقط قيل يصدق ديانة فقط لانه نوى خلاف الظاهر وهو قول الرازى وقيل ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه اذ كان اسم الاستطاعة يطلق بالاشتراك على كل من المعنيين والاول أوجه لانه وان كان مشتركا بينهما لكن تعورف استعماله عند الاطلاق عن القرينة لاحد المعنيين بخصوصه وهو سلامة آلات الفعل وصحة أسبابه فصار ظاهرا فيه بخصوصه فلا يصدقه القاضى فى خلاف الظاهر اه ثم اعلم ان الاستطاعة على قسمين أحدهما استطاعة الحال والمراد بها سلامة الآلات وصحة الاسباب وحدها التهيؤ لتنفيذ الفعل عن ارادة المختار والثانى استطاعة الفعل والمراد بها القدرة التى يحصل بها الفعل ولا تسبق الفعل وهى عرض يخلقه الله تعالى مع الفعل معا وهى علة للفعل عندنا وزعمت المعتزلة أنها سابقة على الفعل واليه ذهب أكثر الكرامية اه اتقانى رحمه الله (قوله ان نوى حقيقة القدرة التى تقارن الفعل) أى وهى التى يحدثها الله تعالى للعبد حالة الفعل مقارنة له عند أهل السنة اه (قوله فلا يصدقه القاضى) قال الشيخ أبو نصر قال الطحاوى يصدق فى القضاء وقال الشيخ أبو بكر الرازى يجب أن لا يصدق فى القضاء اه اتقانى (قوله خلافا لمحمد) والفتوى على قول محمد

وهو اختيار الشيخ الامام أبي بكر محمد بن الفضل رحمه الله اهـ ولوالجي (قوله لان حقيقتها وهي أن تكون مصدرية الخ) قال الرازي وفي قوله الا أن آذن لك لا يمكن حمله على الاستثناء لان أن مع الفعل مصدر فيصير كأنه استثنى الاذن من الخروج وهذا باطل لعدم المجانسة ولا يمكن تقدير الخروج اذ أوقات الاخروجا ان آذن لك لاختلاف فتعين مجازه وهو أن يجعل غاية لاتصال بينهما فان حكم المصدر والمغيا ينتهي بالمستثنى والغاية وما بعدهما يكون مخالفا لما قبلهما اهـ (قوله في المتن ولو أرادت الخروج الخ) قال الاتقاني وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في المرأة تذهب لتخرج فيقول لها زوجها ان خرجت فأنت طالق ثلاثا فتعود فتجلس ثم تخرج بعد ساعة قال لا تطلق وكذلك الرجل يريد أن يضرب عبده فيذهب ليضربه فقال له رجل ان ضربته فعبدي حر فتركه ثم ضربه لم يعتق وكذلك الرجل يقول لآخر اجلس فتغد فيقول ان تغديت فعبدي حر ثم يأتي أهله في ذلك اليوم فيتغدى عندهم لم يحنث انما اليمين في ذلك على الفور اهـ قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير (١٣٣ أ) واذا أرادت المرأة أن تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فأنت طالق فجلست ثم خرجت لم يحنث وهذه خمس مسائل احداها هذه والثانية اذا أراد أن يضرب عبده فقال له رجل ان ضربته فعبدي حر فكف عن ضربه ثم ضربه لم يحنث ومنها اذا قال له رجل اجلس فتغد معي فقال ان تغديت معك فعبدي حر ورجع الى منزله ثم عاد وتغدى عنده لم يحنث والقياس أن يحنث وهذه اليمين تسمى يمين الفور ووجه القياس اطلاق الكلام ووجه الاستحسان ان في مسئلة الغداء اخراج الكلام مخرج الجواب والجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فيتقيد بالغداء المدعو اليه وفي الفصلين الآخرين مقصود الحالف منع عما قصد من الخروج والضرب فيتقيد به دلالة اهـ وقال الكمال وهذه تسمى يمين الفور انفرد أبو حنيفة رضي الله عنه باظهاره وكانت اليمين في عرفهم قسمين مؤبدة وهي أن يحلف مطلقا ومؤقتة وهي أن يحلف أن لا يفعل كذا اليوم أو هذا الشهر فأخرج أبو حنيفة رضي الله عنه يمين الفور وهي مؤبدة لفظا مؤقتة معنى تتقيد بالحال وهي ما يكون جوابا لكلام يتعلق بالحال مثل أن يقال تعال فتغد عندي فيقول ان تغديت فعبدي حر فيتقيد بالحال فاذا تغدى في يومه في منزله لا يحنث لانه حين وقع جوابا تضمن اعادة ما في السؤال والمسؤل الغداء في الحال فينصرف الغداء الى الغداء الحالي لتقع المطابقة فلزم الحالي بدلالة الحال بخلاف ما لو قال ان تغديت اليوم فانه يحنث اذا تغدى في منزله من يومه لانه زاد على الجواب فيعتبر مبتدئا لا مجيبا فيعمل بظاهر لفظه ويلغى ظاهر الحال والغاؤه أولى من الغاء لفظ صريح في معناه أو ما يكون بناء على أمر حالي كامرأة تهيأت للخروج فحلف لا تخرج فاذا جلست ساعة ثم خرجت لا يحنث لان قصده أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت له فكأنه قال ان خرجت الساعة اهـ (قوله أو ترك ضرب عبده) أي ساعة بحيث يذهب فور ذلك اهـ فتح (قوله ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث) وقال زفر يحنث وهو قول الشافعي لانه عقد يمينه على كل غداء وخروج وضرب فاعتبر الاطلاق اللفظي وهو القياس وجه الاستحسان

بغير اذنه وانما صار محتملا له لانه يصير غاية بمعنى حتى بعدما كان استثناء وبين الغاية والاستثناء مناسبة من حيث ان ما بعدهما يخالف ما قبلهما فصحت الاستعارة وقالوا ان هذا الاذن يتقيد بحال قيام النكاح لان الاذن لا يصح الا ممن له المنع وهو الزوج كالوالي اذا استحلف رجلا ليعلمنه بكل داعر دخل البلد يتقيد بحال ولايته وهذا صحيح اذا كانت الزوجية قائمة وقت اليمين وأما اذا قال ذلك لاجنبي أو لاجنبية بأن قال ان خرجت الا باذني فعبدي حر أو امرأتي طالق أو نحو ذلك فينبغي أن يصح ولا يتقيد بشيء وأما الثاني وهو ما اذا قال الا أن آذن لك أو حتى آذن لك فلان كلمة حتى للغاية فينتهي اليمين بها وكلمة أن محمولة عليها لان حقيقتها وهي أن تكون مصدرية متعذر لانه يلزم منه أن يكون الاذن مستثنى من الخروج فيصير كأنه قال لا تخرج هي الا اذني أو خروجا أن آذن لك وكل ذلك باطل فتعين حملها على كلمة حتى فتكون للغاية لما ذكرنا من المناسبة بين الغاية والاستثناء بخلاف قوله الا باذني حيث لا يحمل على كلمة حتى الا بالنية لان حقيقته غير متعذرة لان معناه لا تخرج الا خروجا ملتصقا باذني فلا يحتاج فيه الى ترك الحقيقة فان قيل قال الله تعالى لا تدخلوا بيوت النبي الا أن يؤذن لكم فتكرار الاذن شرط لجواز الدخول فبطل ما ذكرتم من انها للغاية كحتى قلنا تكرار الاذن فيه عرفناه بدليل آخر من خارج وهو أن دخول دار انسان بغير اذنه حرام فصار نظير قوله تعالى لا تدخلوا بيوتا غير بيوتكم حتى تستأنسوا وتسلموا على أهلها أو عرفناه بقوله تعالى ان ذلكم كان يؤذي النبي الآية فصارت العلة هي الايذاء ولو نوى التعدد بقوله الا أن آذن لك صدق قضاء لانه محتمل كلامه وفيه تشديد على نفسه لان كلمة أن وما دخلت عليه بتأويل المصدر فتكون الباء فيه مقدرة فيصير كأنه قال الا بان آذن لك ولان فيه تغليظا على نفسه فيصدق بخلاف العكس وهو ما اذا نوى الاذن مرة بقوله الا باذني حيث لا يصدق قضاء لانه نوى التخفيف على نفسه فلا يصدق وعلى هذا لو قال ان باع فلان مالي الا باذني والا أن آذن له لما بينا والرضا والامر كالاذن فيما ذكرنا قال رحمه الله (ولو أرادت الخروج فقال ان خرجت أو ضرب العبد فقال ان ضربت تقيد به كاجلس فتغد عندي فقال ان تغديت) يعني لو أرادت المرأة أن تخرج فقال لها الزوج ان خرجت فأنت طالق أو أراد رجل ضرب عبده فقال له آخر ان ضربته فعبدي حر تقيدت يمينه بتلك الخرجة والضربة حتى لو قعدت المرأة ثم خرجت أو ترك ضرب عبده ثم ضربه بعد ذلك لم يحنث كما يتقيد في قوله اجلس فتغد عندي فقال

ان تغديت فعبدي حر يحنث بالغداء المدعو اليه حتى لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث لان مراد المتكلم الزجر عن تلك الحالة فيتقيد بها لان المطلق يتقيد بالحال حتى لو قال ان تغديت اليوم أو معك فعبدي حر فتغدى في بيته أو معه في وقت آخر يحنث لانه زاد على حرف الجواب فيكون مبتدئا ولا يقال إن موسى عليه السلام زاد في الجواب حين سئل عن العصا ولم يكن مبتدئا لانا نقول لما سئل عما وهي تقع عن ذات ما لا يعقل والصفات فاشتبه عليه الامر فأجاب بهما حتى يكون مجيبا عن أيهما كان وهذه المسائل تسمى يمين فور مأخوذ من فور القدر اذا غلت يقال فارت القدر تفور فورا واستعير للسرعة ثم سميت به الحال التي لا ريث فيها ولا لبث فقيل جاء فلان وخرج من فوره أي من ساعته وقيل سميت هذه الايمان به باعتبار فوران الغضب وتفرد أبو حنيفة باظهاره ولم يسبقه أحد فيه وكانوا يقولون من قبل اليمين نوعان مطلقة كلا يفعل كذا ومؤقتة كلا يفعل كذا اليوم فصارت قسما ثالثا هي مؤقتة معنى مطلقة لفظا وانما أخذه من حديث جابر وابنه حين دعيا الى نصرة رجل فحلفا أن لا ينصراه ثم نصراه بعد ذلك ولم يحنثا قال رحمه الله (ومركب عبده مركبه إن نوى ولا دين عليه) أي مركب العبد مركب للمولى ويتناوله اللفظ ويدخل فيه ان نواه ولم يكن على العبد دين حتى اذا قال ان ركبت دابة فلان فعبده حر ولم ينو دابة العبد فركبها لم يعتق وان نواها فان كان عليه دين مستغرق فكذلك وان لم يكن عليه دين أو كان عليه دين ولم يكن مستغرقا فان نوى حنث والا فلا لانه اذا كان عليه دين مستغرق لا يملك المولى ما في يد عبده حتى لا يعتق بعتقه فلا يدخل تحت اليمين نوى أو لم ينو وفيما اذا لم يكن عليه دين مستغرق يملك ما في يده لكنه يضاف الى العبد عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام من باع عبدا وله مال الحديث فتختل الاضافة الى المولى فلا بد من النية وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث في الوجوه كلها اذا نوى لان الملك للمولى لكن الاضافة اليه قد اختلت لما ذكرنا فلا تدخل الا بالنية وقال محمد رحمه الله يحنث في الوجوه كلها نوى أو لم ينو اعتبارا للحقيقة لان العبد وما في يده ملك المولى حقيقة عنده والله أعلم

﴿ باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام ﴾

الاكل ايصال ما يتأتى فيه المضغ والهشم الى الجوف ممضوغا كان أو غير ممضوغ والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم الى الجوف والذوق ايصال الشيء الى فيه لاستبانة طعمه حتى لو حلف لا يأكل هذا اللبن أو هذا السويق

ما ذكرنا والكلام فيما اذا لم يكن للحالف نية اه كمال (قوله حتى لو رجع الى بيته فتغدى لم يحنث) أو تغدى معه في وقت آخر اه (قوله التي لا ريث فيها) قال في مجمع البحرين راث على خبرك يريث ريثا أي ابطأ وفي المثل رب عجلة تهب ريثا وروى وهبت ريثا والمعنى واحد من الهبة وما أراثك علينا أي ما ابطأ بك عنا ورجل ريث بالتشديد أي بطيء اه (قوله ولا لبث) قال في المجمع واللبث واللباث المكث اه (قوله فقيل جاء فلان وخرج من فوره) قال الاتقاني وعين الفور أي الحال وهي كل عين خرجت جوابا للكلام أو بناء على أمر فتتقيد بذلك لدلالة الحال ولا يحنث في يمينه استحسانا خلافا لزفر وخلاف زفر مذكور في التحفة أما في مسئلة الغداء فانما لم يحنث لان كلامه خرج جوابا والجواب يتضمن اعادة ما في السؤال فصار كأنه قال ان تغديت الغداء الذي دعوتني اليه فانصرف يمينه الى ذلك الغداء بدلالة الحال وأما في مسئلة الخروج والضرب فكذلك لان قصد الزوج أن يمنعها من الخروج الذي تهيأت هي له فصار كأنه قال ان خرجت هذه الخرجة فتقيدت اليمين بتلك الخرجة وكذا قصد (١٢٤) الرجل ان يمنع مولى العبد عن الضرب الذي تهيأ له فكأنه قال ان ضربت هذه الضربة التي تهيأت لها فتقيدت اليمين بتلك الضربة بدلالة الحال عرفا ومبنى الايمان على العرف اه (قوله في المتن ومركب عبده مركبه) قال الاتقاني هذه في مسائل الجامع الصغير المعادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة فيمن حلف لا يركب دابة فلان فركب دابة لعبده قال لا يحنث ان كان عليه دين أو لم يكن وقال محمد يحنث في الوجهين قال فخر الاسلام البزدوي ولم يشبع محمد هذه المسئلة ولم يشرحها ثم قال أما عند أبي حنيفة فان كان عليه دين مستغرق لم يحنث وان نواه لانه لا حق لفلان فيه وان لم يكن عليه دين أو لم يكن مستغرقا لم يحنث حتى ينويه فان نواه حنث وقال أبو يوسف في الاحوال كلها لا يحنث حتى ينوي فاذا نواه حنث بكل حال وقال محمد يحنث بكل حال وان لم ينوه هذا لفظه اه (قوله ومن باع عبدا وله مال) أي فهو للبائع اه اتقاني (قوله لان العبد وما في يده ملك المولى حقيقة عنده) ألا ترى الى قوله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شيء وقول الشافعي كقول محمد اه اتقاني

﴿ باب اليمين في الاكل والشرب واللبس والكلام ﴾

قد ذكرنا ان الانسان يحتاج أولا الى موضع يسكن ويستقر ثم تتوارد سائر الحوائج وأول ذلك في حالة البقاء الاكل والشرب فشرع في بيانهما قاله الاتقاني وقال الكمال أعقبه الخروج لان الخروج من المنزل يراد لتحصيل ما به بقاء البنية من المأكول والمشروب اليه الاشارة بقوله تعالى فامشوا في مناكبها وكلوا من رزقه على ما يقال اه (قوله أو غير ممضوغ) حتى لو بلع ما يتأتى فيه المضغ من غير مضغ يسمى آكلا اه أكمل (قوله والشرب ايصال ما لا يتأتى فيه الهشم الى الجوف) كالماء واللبن والنبيذ اه فتح (قوله حتى لو حلف لا يأكل هذا اللبن أو هذا ا

السويق فشربه لا يحنث) ولو ثرد فيه فأوصله الى جوفه حنث اهـ (قوله وكذا بالعكس بأن حلف لا يشرب الخ) قال الكمال واذا حلف لا يأكل
شيأ مما لا يتأتى فيه المضغ فخلطه بغيره مما يؤكل فأكله معه حنث اهـ (قوله فثرد) من باب قتل وهو أن تفتته ثم تبله بمرق اهـ مصباح (قوله والمص
عبارة عن عمل اللهاة خاصة) اللهاة بالفتح واحدة اللهوات وهي اللحمات في سقف أقصى الفم وأما اللها بالضم فهي العطايا واحدها لهية
ولهوة ومنه قولهم اللها تفتح اللها أي العطايا تفتح الأفواه بالشكر اهـ (قوله في المتن حنث بثمرها) قال الكمال بالمثلثة أي ما يخرج منها لانه
أضاف اليمين الى ما لا يؤكل ومثله لا يحلف على عدم أكله لانه ممتنع الاكل قبل اليمين فيلغو الحلف فوجب لتصحيح كلام العاقل صرفها الى
ما يخرج منها تجوزا باسم السبب وهو النخلة في المسبب وهو الخارج لانها سبب فيه لكن بلا تغير بصنع جديد اهـ (قوله أو طلع) قال في المصباح
الطلع بالفتح ما يطلع من النخلة ثم يصير ثمرا ان كان أنثى وان كانت النخلة ذكرا لم يصر ثمرا بل يؤكل طريا ويترك على النخلة أياما معلومة حتى يصير
فيه شئ أبيض مثل الدقيق وله رائحة ذكية فيلقح به الانثى اهـ وقال في المصباح أيضا الطلح الموز الواحدة طلحة مثل تمر وتمرة والطلح من شجر
العضاه الواحدة طلحة أيضا وبه سمي الرجل اهـ والعضاه وزان كتاب كل شجر الشوك كالطلح والعوسج اهـ (قوله أو دبس يخرج من ثمرها) قال
الاتقاني اعلم انه اذا أكل عين النخلة لا يحنث وان نواها كذا في فتاوى الولوالجي وانما وقعت اليمين على ثمر النخلة دون عينها لان الحقيقة مهجورة
بدلالة محل الكلام فاريد المجاز اهـ ولا يحنث بأكل خشب النخلة كما سيأتي في الكلام على أكل الدقيق اهـ (قوله وعلى هذا اذا قال من هذا
الكرم) قال الكمال فهو على عنبه وحصرمه وزبيبه وعصيره وفي بعض المواضع دبسه والمراد عصيره فانه ماء العنب وهو ما يخرج بلا صنع
عند انتهاء نضج العنب ولانه كان مكمنا بين القشر بخلاف ما لو حلف لا يأكل من هذا العنب لا يحنث بزبيبه وعصيره لان حقيقته ليست
مهجورة فيتعلق الحلف بمسمى العنب اهـ يعني فيكون شرط حنثه أكل ما يسمى عنبا والعنب اسم للقشر واللحم والماء جميعا وهو مأكول
بجميع أجزائه والزبيب والعصير بعض أجزائه فلا يحنث بأكله كما لو حلف لا يأكل هذا الرغيف (١٢٥) فأكل بعضه اهـ (قوله حتى لا يحنث

السويق فشربه لا يحنث وكذا بالعكس بأن حلف لا يشرب هذا اللبن فثرد فيه فأكله لا يحنث لان هذا
ليس بشرب ولا الاول بأكل ولو حلف لا يأكل عنبا أو رمانا فمصه فابتلع ماءه ورمى ثفله لم يحنث لان
المص نوع ثالث ليس بأكل ولا شرب وذكر بعضهم أن الاكل والشرب عبارة عن عمل الشفاه والحلق
والذوق عبارة عن عمل الشفاه دون الحلق والابتلاع عبارة عن عمل الحلق دون الشفاه والمص عبارة عن
عمل اللهاة خاصة قال رحمه الله (لا يأكل من هذه النخلة حنث بثمرها) أي لو حلف لا يأكل من هذه النخلة
حنث بأكل ثمرها لانه أضاف اليمين الى ما لا يؤكل فينصرف الى ما يخرج منه لانه سبب له فجازت الاستعارة
فيحنث بجميع ما يخرج منها من جمار أو بسر أو رطب أو تمر أو طلع أو دبس يخرج من ثمرها وعلى هذا اذا
قال من هذا الكرم ينصرف الى ما يخرج منه لان نفسه لا يؤكل وشرطه أن لا يتغير بصنعة حادثة حتى
لا يحنث بالنبيذ والناطف والدبس المطبوخ والخل لان هذا مضاف الى فعل حادث فلم يبق مضافا الى

بالنبيذ والناطف والدبس المطبوخ) قال الاتقاني اذا حلف لا يأكل من هذا الكرم فهو على ما يخرج منه وهو حصرمه وعنبه وزبيبه ودبسه أي عصيره ولو أكل من خل من ذلك لم يذكره محمد في الجامع الكبير قال العتابي في شرح الجامع الكبير ينبغي أن لا يحنث لانه لا يخرج من
النخل والكرم كذلك وذكر الفقيه أبو الليث أنه يحنث قال في المجمل الدبس عصارة الرطب اهـ قال وفي الجامع الكبير لو حلف لا يأكل
من هذا العنب أو من هذا الرطب أو من هذه الشاة أو من هذه البقرة فأكل من عصير العنب وزبيبه أو من تمر الرطب ودبسه أو من لبن
الشاة والبقرة او سمنها لم يحنث وكذا لو حلف لا يأكل من هذا اللبن فأكل من شيرازه أو زبده لان ما عقد عليه اليمين عينه تؤكل فلم ينصرف
الى ما يتخذ منه تحقيقه ان العنب أو الرطب اسم للعين المشتمل على ما في العين من الماء واللحم والقشر فبالجفاف زال الماء فيكون آكلا
بعض الشئ فلا يحنث كما اذا حلف لا يأكل هذا الرغيف فأكل بعضه لا يحنث وكلمة من وان كانت تقتضي التبعيض الا انها تقتضي أكل
بعض العنب المشار اليه الذي يسمى عنبا الا أكل الاجزاء التي لا تسمى عنبا وكذا في الرطب المشار اليه بعد ما صار تمرا وهذا بخلاف ما اذا قال
لا يكلم هذا الشاب حيث يحنث اذا كلمه بعد ان شاخ لان الفائت هو الوصف لا الشخص فبقي كل المحلوف عليه وفرق آخر وهو أن
الانسان قد يمتنع عن أكل العنب والرطب لرطوبة فيهما تضر به كالحماة فيقصدان بالمنع فتعلقت اليمين بهما بخلاف الصبي والشاب فانهما
لا يقصدان بالمنع لان هجرانهما مهجور شرعا فكان الذات هو المقصود بالحلف دون الصفة بخلاف مسئلة الوصية في الزيادات فانه اذا
أوصى بهذا الرطب فصار تمرا ثم مات لم تبطل الوصية لان بعض الموصى به فات وفوات بعض الموصى به لا يوجب بطلان الوصية في البقية
وفيما نحن فيه تناول بعض المحلوف فلا يحنث ولا يشكل على هذا مسئلة الزيادات أيضا فانه اذا أوصى بعنب ثم صار زبيبا ثم مات الموصي
بطلت الوصية والفرق ان الرطب والتمر صنف واحد لقلة التفاوت بينهما بخلاف العنب والزبيب لانه تبديل وهلاك ألا ترى ان من
غصب عنبا فجعله زبيبا انقطع حق المالك لوجود التبدل مضافا الى صنع الغاصب وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا
حلف لا يأكل من هذا الرطب أو من هذا العنب فأكله بعد ان صار تمرا أو زبيبا لا يحنث في يمينه وفي قول ابن أبي ليلى يحنث لانه أشار اليه
فلا عبرة لتغيره ووجه قولنا مر اهـ اتقاني

الشجر الاترى أن الله كيف عطف المصنوع على الثمر بقوله تعالى ليأكلوا من ثمره وما عملته أيديهم والعطف للمغايرة ويحنث بالعصير لانه لم يتغير بصنعة جديدة وهذا بخلاف ما اذا حلف لا يأكل من هذه الشاة حيث يحنث باللحم خاصة ولا يحنث باللبن والزبد لانهما مأكولة فينعقد اليمين عليها ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين الى ثمنها قال رحمه الله (ولو عين البسر والرطب واللبن لا يحنث برطبه وتمره وشيرازه بخلاف هذا الصبي وهذا الشاب وهذا الحمل) أى لو عين هذه الاشياء فى يمينه بأن حلف لا يأكل هذا البسر أو هذا الرطب أو هذا اللبن فصار البسر رطبا والرطب تمرا واللبن شيرازا فأكله لم يحنث لان صفة البسورة والرطوبة داعية الى اليمين وكذا كونه لبنا فيتقيد به بخلاف ما اذا حلف لا يأكل لحم هذا الحمل أولا يكلم هذا الشاب أو هذا الصبى فأكله بعد ما صار كبشا أو كلمهما بعد ما شاخا حيث يحنث لانه ليس فى الحمل صفة داعية الى اليمين والاصل أن الصفة لغو فى الحاضر الا أن تكون حاملة على اليمين فتعتبر وصفة الصبى والشاب وان كانت داعية الى اليمين لكن هجرانه لاجل صباه منهى عنه شرعا لانا أمرنا بتحمل اخلاق الفتيان ومرحمة الصبيان فكان مهجورا شرعا والمهجور شرعا كالمهجور عادة فلم يعتبر الداعى وقد قررناه من قبل فان قيل كيف يستقيم هذا الكلام واليمين يجوز عقدها على فعل الحرام قلنا نعم يجوز قصدا لكن اذا كان الكلام محتملا فالنهى يجوز أن يكون دليلا على ارادة غير المحظور وان كان خلاف الظاهر حملا لامر المسلم على الصلاح قال رحمه الله (لا يأكل بسرا فأكل رطبا لم يحنث) أى حلف لا يأكل بسرا من غير تعيين فأكل رطبا لم يحنث لانه لم يأكل المحلوف عليه قال رحمه الله (وفى لا يأكل بسرا أو رطبا أو لا يأكل رطبا ولا بسرا حنث بالمذنب) أى لو حلف لا يأكل رطبا أو لا يأكل بسرا أو حلف لا يأكلهما حنث بأكل المذنب سواء أكل رطبا مذنبا أو بسرا مذنبا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله والرطب المذنب بكسر النون الذى أكثره رطب وشئ قليل منه بسر والبسر المذنب عكسه وقال أبو يوسف رحمه الله ان حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا لم يحنث وكذا لو حلف لا يأكل بسرا فأكل رطبا مذنبا وجعل فى الهداية قول محمد مع أبى يوسف رحمه الله وذكره فى المبسوط والايضاح والاسرار وشروح الجامع الكبير والصغير والمنظومة مع أبى حنيفة لابى يوسف أن الرطب المذنب يسمى رطبا والبسر المذنب يسمى بسرا عرفا وهو المعتبر فى الايمان فصار الاعتبار للغالب اذ المغلوب فى مقابلته كالمعدوم ولهذا لو حلف لا يشترى رطبا فاشترى بسرا

وكتب على قوله والدبس المطبوخ ما نصه احترز به عن غير المطبوخ وهو ما يسيل بنفسه من الرطب وهو الذى يسمى فى عرفنا صقر الرطب فانه يحنث به كما يحنث بالرطب والتمر والبسر والرامخ والجمار والطلع وهذا لان ما توقف على الصنعة ليس مما خرج مطلقا وقيل لان ما يحصل بالصنعة ليس مما خرج ابتداء من النخلة ومن لابتداء الغاية وكل ما يخرج على وجه الابتداء انعقد عليه يمينه ولا يخفى ان من المذكورة فى كلامه داخلة على النخلة تبعيضية لا ابتدائية ثم من المذكورة فى التأويل أعنى قوله لا آكل مما يخرج من النخلة ابتدائية وهو غير مذكور وكأنه اعتبر كالمذكور اه كمال (قوله ولو لم يكن للشجرة ثمر ينصرف اليمين الى ثمنها) فيحنث اذا اشترى به مأكولا ﴿فرع﴾ حلف لا يأكل من هذه الشجرة فقطع غصنا منها ووصله بشجرة أخرى فأكل من ثمر تلك الشجرة من هذا الغصن لا يحنث وقال بعضهم يحنث اه كمال (قوله بخلاف هذا الصبى وهذا الشاب) قال الكمال بخلاف ما اذا حلف لا يكلم هذا الصبى أو هذا الشاب فكلمه بعد ما شاخ فانه يحنث لان هجران المسلم بمنع الكلام معه منهى فلم يعتبر من جهله وسوء أدبه داعيا الى اليمين اذا كان الشارع منعنا من هجران المسلم مطلقا مع علمه بان الداعى قد يكون كذا وكذا فوجب الاتباع وتطرقيه بان الهجران قد يجوز ويجب اذا كان لله بان كان يتكلم بما هو معصية أو يخشى فتنة أو فساد عرضه بكلامه فلا نسلم ان الشارع منع الهجران مطلقا فحيث حلف لا يكلمه لا يحكم الا أنه وجد المسوغ واذا وجد اعتبر الداعى فتقيد بصباه وشبيبته وذكر ما فيه فى المسئلة التى تليها اه (قوله وهذا الحمل) الحمل بفتحتين ولد الضائنة فى السنة الاولى اه مغرب (قوله واللبن شيرازا) أى رائبا وهو الخاثر اذا استخرج ماؤه اه فتح (قوله لان صفة البسورة والرطوبة داعية) بحسب الامزجة وكذا صفة اللبنية فاذا زالت زال ما عقد عليه اليمين فأكله أكل ما لم تنعقد عليه اه فتح (قوله وقد قررناه من قبل) أى فى أول الباب الذى قبل هذا الباب اه (قوله فى المتن وفى لا يأكل رطبا أو بسرا الخ) هنا أربع مسائل فى اثنتين منها اتفاق وفى الاخريين اختلاف ذكره فى كتاب الايمان ولم يذكره فى الجامع الصغير بيانه اذا حلف وقال لا آكل بسرا فأكل بسرا مذنبا يحنث فى قولهم جميعا ولو قال لا آكل رطبا فأكل رطبا فيه شئ من البسر يحنث فى قولهم جميعا أيضا أما اذا حلف لا يأكل رطبا فأكل بسرا مذنبا أو قال لا آكل بسرا فأكل رطبا فيه شئ من البسر فان فى قول أبى حنيفة ومحمد يحنث وفى قول أبى يوسف لا يحنث هكذا نص على الخلاف الحاكم الشهيد فى الكافى اه اتقانى (قوله وجعل فى الهداية الخ) قال الاتقانى الا ان الصدر الشهيد والعتابى ذكرا قول محمد مع قول أبى يوسف وصاحب الهداية تبعهما اه (قوله وذكره فى المبسوط) أى والكافى للحاكم الشهيد اه اتقانى (قوله مع أبى حنيفة) أى وهو الاصح اه اتقانى (قوله والبسر المذنب يسمى بسرا) أى ولا يسمى رطبا لان الرطب فيه مغلوب اه كمال

مذنبا

(قوله ولابى حنيفة ان آكله آكل بسر ورطب فيحنث به) لانه جمع بين المحلوف عليه وغيره والمحلوف عليه ليس بمستهلك بغيره فيكون حانثا اه اتقانى (قوله ولهذا لوميزه فأكله يحنث) أى يحنث اجماعا اه كافى (قوله يحنث لما ذكرنا) قال الكمال وقد يقال لولا التعليل المذكور يقتصر على مافصله فأكله وحده أما لو أكل ذلك المحل مخلوطا ببعض البسر تحققت التبعية فى الأكل وثانيا هو بناء على انعقاد اليمين على الحقيقة لا العرف والا فالرطب الذى فيه بقعة بسر لا يقال لا آكله آكل بسر فى العرف فكان قول أبى يوسف اقعد فى المبنى والله أعلم (قوله فى المتن كباسة) الكباسة بكسر الكاف العذق وهو القنو والقنا أيضا ويقال لعود العذق وهو عود الكباسة العرجون والاهان كذا ذكره أبو عبيد فى المصنف اه اتقانى (قوله لما بينا أن البيع يصادفه) الذى فى خط الشارح يصادف بلا ضمير اه (قوله فى المتن وبسمك فى لا يأكل لحما) أى ومن حلف لا يأكل لحما قال الكمال ينعقد يمينه على لحم الابل والبقر والجاموس والغنم والطيور مطبوخا ومشويا وفى حنثه بالنيء خلاف الاظهر أن لا يحنث وعند الفقيه أبى الليث يحنث اه (قوله وقال مالك والشافعى يحنث) قال فى شرح الطحاوى وروى عن أبى يوسف أنه قال يحنث اه اتقانى قال الكمال وهى رواية شاذة اه ﴿فرع﴾ حلف لا يأكل لحما فأكل من مرقه لا يحنث الا اذا كان نواه اه كمال (قوله لان اللحم يدل على القوة فى اللغة) (١) وقوته بأن يكون اه اتقانى (قوله اذ هو من سواكن الماء) أى والدموى لا يسكن الماء اه (قوله وان سمى فى القرآن دابة) قال تعالى إن شر الدواب عند الله الذين كفروا ولو حلف لا يجلس على وتد فجلس على الجبل لا يحنث وان كان قال تعالى والجبال أوتادا اه اتقانى (قوله الا أن ينويه) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وان حلف لا يأكل لحما ولا نية له فأكل سمكا طريا أو مالحا لم يحنث الا أن يعنيه اه اتقانى (قوله فى المتن ولحم الخنزير) قال فى المصباح الخنزير فنعيل حيوان خبيث ويقال انه حرم على لسان كل نبى والجمع خنازير اه (قوله والكبد والكرش) أى والقلب والرئة والطحال اه (قوله لان منشأ هذه الاشياء الدم) وتستعمل استعمال اللحم اه كمال (قوله حتى يحنث بأكلها فى عينه لا يأكل لحما) فان قلت قد قلت قبل هذا ان مبنى الايمان على العرف ولا يسبق أوهام الناس من لفظ اللحم الى لحم الخنزير والانسان فينبغى أن لا يحنث قلت الناظر لو نظر الى لحم الخنزير أو الانسان سماه لحما على الاطلاق بخلاف لحم السمك فانه لا يسمى لحما على الاطلاق فيظهر الفرق على أنا نقول قال الامام العتابى فى شرح الجامع الصغير فى لحم الخنزير والآدمى قيل الحالف

مذنبا لا يحنث وكذا لو حلف لا يشرب لبنا أو هذا اللبن فصب عليه الماء حتى صار مغلوبا لا يحنث بشربه وكذا لا يتعلق بالمغلوب حرمة الرضاع ولابى حنيفة رحمه الله ان آكله آكل بسر ورطب فيحنث به وان كان قليلا لان ذلك القدر كاف للحنث ولهذا لو ميزه فأكله يحنث بخلاف الشراء لانه يصادفه جملة فيعتبر الغالب فيكون المغلوب تبعا له والاكل يقضى شيأ فشيأ فيصادفه وحده نظيره اذا حلف لا يشترى شعيرا فاشترى حنطة فيها حبات شعير لا يحنث لما ذكرنا ولو حلف لا يأكل شعيرا فأكل حنطة فيها حبات شعير يحنث لما ذكرنا وبخلاف اللبن المصبوب فيه الماء لانه يشيع فيه ويختلط حتى لا يرى مكانه فيكون مستهلكا وهنا يرى مكانه فيكون قائما وقت التناول ولا يقال الحنث يكون بالمضغ والابتلاع وعند ذلك يكون مستهلكا ولا يرى مكانه فكان كالماء المخلوط به والماء غالب لانا نقول معنى الاستهلاك هنا أكل لان طعم الرطب والبسر اليسير موجود فى الحلق بخلاف ماذكره ولان الرطب والبسر جنس واحد فلا يكون مستهلكا بجنسه عندهما على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (ولا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب فى لا يشترى رطبا) أى لو حلف لا يشترى رطبا لا يحنث بشراء كباسة بسر فيها رطب لما بينا أن البيع يصادفه جملة فيكون القليل تابعا للكثير ولهذا بائعه لا يسمى بائع الرطب فصار نظير من حلف لا يشترى لبنا أو صوفا فاشترى شاة لها لبن أو صوف حيث لا يحنث لما ذكرنا أن بائعه لا يسمى بائعا للمحلوف عليه فكذا مشتريه لا يسمى مشتريا له لان الشراء يبتنى على البيع بخلاف ما اذا عقد يمينه على المس حيث يحنث فى الوجوه كلها لان المس فيها متصور حقيقة واسم المحلوف عليه باق بخلاف ما اذا حلف لا يمس قطنا أو كتانا فمس ثوبا اتخذ منه حيث لا يحنث لزوال اسم القطن والكتان عنه فصار كما لو حلف لا يأكل سمنا أو زبدا أو لا عسلا فأكل لبنا أو زمسه قال رحمه الله (وبسمك فى لا يأكل لحما) أى لو حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل لحم السمك وقال مالك والشافعى يحنث وهو القياس لانه سمى لحما فى القرآن قال الله تعالى ومن كل تأكلون لحما طريا والمراد لحم السمك بالاجماع ولنا أن التسمية مجازية لان اللحم منشؤه الدم ولا دم فيه اذ هو من سواكن الماء ولهذا حل أكله من غير ذكاة فصار كالجراد فكان قاصرا فى اللحمية ومطلق الاسم يتناول الكامل دون القاصر فخرج عن المطلق بدلالة اللفظ ولهذا لا يفهم من لفظ اللحم لحم السمك الا بقرينة حتى لو وكل رجلا بشراء لحم فاشترى لحم السمك لا يلزمه وكذا بائع السمك لا يسمى لحاما عادة ومبنى الايمان على العرف لا على ألفاظ القرآن ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة فركب كافرا لا يحنث لما ذكرنا وان سمى فى القرآن دابة وكذا فى اللغة الا أن ينويه فحينئذ يحنث بأكله لانه لحم من وجه وفيه تشديد على نفسه قال رحمه الله (ولحم الخنزير والانسان والكبد والكرش لحم) لان منشأ هذه الاشياء الدم فصارت لحما حقيقة حتى يحنث بأكلها فى عينه لا يأكل لحما الا أن

(١) قوله (قوله لان اللحم يدل على القوة الخ) هكذا فى النسخ التى بأيدينا وانظر وحرر اه مصححه

اذا كان مسلما ينبغى أن لا يحنث لان أكله ليس بمتعارف ومبنى الايمان على العرف ثم قال وهو الصحيح اه اتقانى (قوله ولكن هذا عرف عملى) وهو أنه لا يؤكل عادة اه (قوله فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع) أى الخيل والبغال والحمير اه (قوله

لحم الخنزير والآدمى حرام واليمين قد تعقد لمنع النفس عن الحرام كما اذا حلف لا يزنى أو لا يكذب يصح يمينه وكذا يدخل أيضا فى العموم ألا ترى أنه لو حلف لا يشرب شرابا يدخل فيه الخمر حتى تلزمه الكفارة بشربها لكونها شرابا حقيقة ولا يقال الكفارة فيها معنى العبادة فكيف تناط بالمحظور المحض لانا نقول الحل والحرمة انما يراعيان فى السبب لا فى الشرط والسبب للكفارة فى الحقيقة هو اليمين لانه ينقلب سببا عند الحنث على ما بينا من قبل والحنث شرط والشرط لا يضاف اليه الحكم ولهذا لا يضمن شهود الشرط مع شهود اليمين اذا رجعوا وهذا بخلاف النذر بالمعصية حيث لا يلزمه به شئ ولا ينعقد نذره أصلا وان كان النذر موجبا كاليمين لان النذر ايجاب على نفسه ما شرعه الله على العباد ولم يشرع الله تعالى المعاصى فلا يصح النذر بها ولانه لا نظير له فى الشرع من الواجبات لعينها حتى لا يلزمه بالنذر الا ما له نظير من الواجبات وأما وجوب الكفارة فى اليمين ليس لعينها بل لمعنى فى غيرها وهو هتك حرمة اسم الله تعالى ولا يختلف ذلك بين أن يكون يمينه على الطاعة أو على المعصية وذكر العتابى رحمه الله أنه لا يحنث بأكل لحم الخنزير والآدمى وقال فى الكافى وعليه الفتوى فكأنه اعتبر فيه العرف ولكن هذا عرف عملى فلا يصلح مقيدا بخلاف العرف اللفظى ألا ترى أنه لو حلف لا يركب دابة لا يحنث بالركوب على الانسان للعرف اللفظى فان اللفظ عرفا لا يتناول الا الكراع وان كان فى اللغة يتناوله ولو حلف لا يركب حيوانا يحنث بالركوب على الانسان لان اللفظ يتناول جميع الحيوان والعرف العملى وهو أنه لا يركب عادة لا يصلح مقيدا وقال صاحب المحيط فى الكبد والكرش هذا فى عادة أهل الكوفة وأما فى عرفنا فلا يحنث بأكله فى يمينه لا يأكل لحما لانه لا يعد لحما قال رحمه الله (و بشحم الظهر فى شحما) أى لا يحنث بأكل شحم الظهر وشرائه وبيعه فى يمينه لا يأكل شحما أو لا يشتريه أو لا يبيعه وانما يحنث بشحم البطن خاصة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يحنث بشحم الظهر أيضا لان شحم الظهر شحم حقيقة وفيه خاصية ألا ترى أنه يذاب كشحم البطن ويصلح لما يصلح له الشحم ويستعمل استعماله ويتناوله اسم الشحم قال الله تعالى ومن البقر والغنم حرمنا عليهم شحومهما الا ما حملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم فاستثناه من الشحوم والاصل فى الاستثناء أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه فصارت الشحوم أربعة شحم البطن وشحم الظهر وشحم مختلط بالعظم وشحم على ظاهر الامعاء واتفقوا على انه يحنث بشحم البطن والثلاثة على الخلاف هكذا ذكره فى الكافى وانما لا يحنث بشرائه فى يمينه لا يشترى شحما فى رواية عنهما لان الشراء لا يتم بالحالف وانما يكون مشتريا للشحم اذا اشتراه ممن يسمى بائعه شحاما وأما الاكل ففعل يتم بالآكل وحده ألا ترى أنه لو حلف لا يشترى طعاما فاشترى لحما لا يحنث وفى الاكل يحنث ولابى حنيفة رحمه الله أنه لحم حقيقة ألا ترى أنه ينشأ من الدم ويستعمل استعمال اللحوم لا الشحوم فى اتخاذ القلايا والباجات وله قوة اللحم ولا يطلقون عليه اسم الشحم ولهذا لو حلف لا يأكل لحما يحنث بأكله ولو لم يكن لحما لما حنث فكيف يكون شحما مع كونه لحما والاستثناء فى الآية منقطع بدليل استثناء الحوايا فان قيل المراد ما حملته الحوايا من الشحم قلنا اذا اضمار وهو خلاف الاصل فلا يصار اليه الا لضرورة والاستثناء المنقطع وان كان خلاف الاصل ولكنه يثبت اذا دل الدليل عليه وهنا دل عليه الدليل وهو استثناء ما اختلط بعظم وهو المخ ولم يقل أحد انه شحم ولئن سمى شحما لا يلزمنا لان الايمان مبناها على العرف لا على ما ذكر فى القرآن وقد بيناه من قبل وذكر الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة وقيل هذا اذا حلف بالعربية وأما اسم ييه بالفارسية لا يقع على شحم الظهر بحال قال رحمه الله (و بألية فى لحما أو شحما) أى لا يحنث بأكل ألية أو شرائه فيما اذا حلف لا يشترى أو لا يأكل لحما أو شحما لانها نوع ثالث حتى لا يستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم فلا يتناولها اللفظ معنى

وقال صاحب المحيط فى الكبد والكرش الخ) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير أما فى عرفنا لا يحنث بأكل الكبد والكرش لانهما لا يعدان من اللحم ولا يستعملان استعمال اللحم ويحنث بأكل الرؤس لانه لحم حقيقة يقال رأس كثير اللحم ورأس قليل اللحم اه ولو حلف لا يأكل لحم شاة فأكل لحم العنز قالوا ان كان مصريا لا يحنث وان كان قرويا يحنث لان أهل القرى لا يميزون بين الشاة والعنز منه أيضا (قوله وأما فى عرفنا فلا يحنث) قلت وكذا فى عرف أهل مصر لا يحنث لانه لا يسمى لحما اه وكتب ما نصه ولو أكل الرأس والاكارع يحنث وبه قال الشافعى فى الاصح ولا يحنث بأكل الشحم والالية الا اذا نواه فى اللحم بخلاف شحم الظهر حنث به بلا نية لانه تابع اللحم فى الوجود ويقال فى العرف لحم سمين اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن وبشحم) عطف على قول بشراء كاسة اه رازى (قوله وهو استثناء ما اختلط بعظم الخ) قال الماوردى فى تفسيره فيه قولان أحدهما شحم الجنب الثانى شحم الجنب والالية لانه على العصعص اه (قوله حتى لا يستعمل استعمال اللحوم ولا الشحوم) قال الكمال رحمه الله والحق انه ولا لا يحنث به فى حلفه على اللحم خلافا لبعض الشافعية ولا فى يمين الشحم خلافا لاحمد للعرف والعادة وأما انه لا يستعمل استعمال الشحم فيه نظر الا ان يراد جميع استعمالاته اه

(قوله في المتن وبالخبز في هذا البر) قال قاضيخان في شرح الجامع ولو حلف لا يأكل هذه الحنطة ان نوى لا يأكلها حبا فهو على ما نوى لانه نوى الحقيقة فلا يحنث بأكل الخبز وان نوى أكل الخبز فهو على ما نوى لانه نوى المجاز المتعارف وان لم ينو شيأ فان أكلها قضما حنث وان أكل من خبزها لا يحنث في قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يحنث بأكل الخبز أيضا اه (قوله فأكل من خبزه

ولا عرفا قال رحمه الله (وبالخبز في هذا البر) يعني لو حلف لا يأكل من هذا البر فأكل من خبزه لا يحنث وكذا اذا أكل من سويقه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث بأكل الخبز منه ولا يحنث بالسويق وقال محمد رحمه الله يحنث بهما وان قضمه حنث في قولهم جميعا وضع المسئلة في المعين لانه لو كان منكرا ذكر شيخ الاسلام أنه ينبغي أن يكون جواب أبي حنيفة كجوابهما والخلاف فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فهو كما نوى بالاجماع لانه نوى حقيقة كلامه أو محتمله وهو المجاز لهما في الخلافية ان أكل ما يتخذ من البر أكل له عادة يقال أهل مصر يأكلون البر يراد به كل ما يتخذ منه فوجب العمل بعموم المجاز ومعناه أن يكون للمجاز أفراد كثيرة ومن جملة أفراده محل الحقيقة فتدخل الحقيقة في المجاز كمن حلف لا يدخل دار فلان فانه مجاز عن المسكن وحقيقته للملك فيدخل في اليمين ما يسكنه كيفما كان سواء كان مستأجرا أو عارية أو ملكا لعموم المجاز اجماعا فكذا هذا ومحمد رحمه الله مر على أصله في السويق لانه أكل المتخذ منه وحلفه واقع عليه وأبو يوسف خالف أصله لان حلفه يقع على المتخذ منه عرفا ولا عرف في السويق ولابي حنيفة رحمه الله أن هذا الكلام له حقيقة مستعملة فانه يؤكل قضما ومطبوخة وكشكا وهريسة ومقلية ومجاز متعارف فالحقيقة المستعملة أولى عنده من المجاز المتعارف فصار كمن حلف لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فرخها وعندهما المجاز المتعارف أولى وهذا يرجع الى أصل وهو أن المجاز خلف عن الحقيقة في الحكم عندهما وعنده في التكلم وقد بيناه في أول العتاق ولو زرع الحنطة فأكل ما خرج منها لم يحنث قال رحمه الله (وفي هذا الدقيق حنث بخبزه لا بسفه) أي لو حلف لا يأكل هذا الدقيق يحنث بأكل خبزه ولا يحنث بسفه لان عين الدقيق لا تؤكل فانصرف اليمين الى ما يتخذ منه كمن حلف لا يأكل من هذه النخلة ينصرف الى ما يخرج منها ولا يحنث بالسف لان الحقيقة مهجورة فسقط اعتبارها كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث وكذا لو أكل خشب النخلة في يمينه لا يأكل من هذه النخلة لا يحنث لان يمينه انصرف الى المجاز ولم يتناول بعده الحقيقة الا بطريق عموم المجاز ولم يوجد وقيل يحنث لانه أكل الدقيق حقيقة والعرف وان اعتبر لا يسقط به الحقيقة والصحيح هو الاول وان عنى أكل الدقيق بعينه لم يحنث بأكل الخبز المتخذ منه لانه نوى حقيقة كلامه قال رحمه الله (والخبز ما اعتاده بلده) أي الذي اعتاد أهل بلد الحالف أكله حتى لو حلف في القاهرة أن لا يأكل الخبز ينصرف الى خبز البر وبطبرستان ينصرف الى خبز الرز وفي زبيد ينصرف الى خبز الذرة والدخن ولو أكل الحالف خلاف ما عندهم من الخبز لم يحنث وكذا اذا أكل خبز القطائف الا أن ينويه لانه لا يسمى خبزا مطلقا ولو حلف لا يأكل هذا الخبز فجففه ثم دقه فشربه بالماء لم يحنث لان هذا شرب وليس بأكل وعن أبي حنيفة فيمن قال لامرأته ان أكلت هذا الخبز فأنت طالق فطلبت حيلة حتى تأكل ولا تطلق قال ينبغي أن تدق ذلك الخبز وتلقيه في عصيدة وطبخ حتى يصير الخبز هالكا فأكلت العصيدة ولا تحنث قال رحمه الله (والشواء والطبيخ على اللحم) أي ومطلق اسم الشواء يقع على اللحم لان الشواء يراد به اللحم المشوي عند الاطلاق دون الباذنجان والجزر المشويين ألا ترى أن الشواء اسم لمن يبيع اللحم المشوي دون غيره فمطلق الاسم ينصرف اليه الا أن ينوي كل ما يشوى من بيض وغيره فتعمل نيته وفيه تشديد على نفسه وكذا الطبيخ يقع على ما طبخ من اللحم عرفا والقياس أن يحنث بكل ما طبخ لكونه طبيخا حقيقة وجه الاستحسان أن الطبيخ اسم للمطبوخ من اللحم عرفا وعليه مبنى الايمان ومتخذه يسمى طباخا ولا يسمى من يطبخ الادوية طباخا وكل أحد يعلم بالضرورة أنه لم يرد به الادوية المطبوخة فتعذر حمله على العموم فحملناه على خاص هو

لا يحنث) أي لا يحنث حتى يقضمها غير نيئة ولو قضمها نيئة لم يحنث اه كمال رحمه الله (قوله وقال أبو يوسف يحنث بأكل الخبز منه) قال في شرح الطحاوي وهذا اذا لم ينو الحالف بعينه فاذا نواه لا يحنث بأكل الخبز عندهما أيضا وعليه نص الحاكم الشهيد لانه نوى حقيقة كلامه فلا يراد المجاز اه اتقاني (قوله وكشكا) وزان فلس ما يعمل من الحنطة وربما عمل من الشعير فارسي معرب اه مصباح (قوله فصار كمن حلف لا يأكل من هذه البيضة فأكل من فرخها) لا يحنث لانعقاد اليمين على عينها اذا كان مأكولا اه كمال رحمه الله (قوله ولا يحنث بالسف) هو الصحيح اه هداية (قوله كمن قال لاجنبية ان نكحتك فعبدي حر فزنى بها لم يحنث) لانصراف عينه الى العقد فلم يتناول اليمين الوطء الا أن ينويه اه فتح (قوله ومطلق اسم الشواء يقع على اللحم) أي لان الشواء عبارة عما ينضج في النار بلا ماء وذلك موجود في اللحم وغيره الا ان في العرف لما أريد به اللحم وقعت يمينه عليه خاصة اه اتقاني (قوله الا أن ينوي كل ما يشوى من بيض وغيره) أي كالفول الاخضر الذي يسمى في عرفنا شوي العرب اه فتح (قوله وجه الاستحسان أن الطبيخ اسم للمطبوخ من اللحم عرفا) أي ولا يقال لمن أكل الباقلا المطبوخ أكل الطبيخ وان كان طبيخا في الحقيقة اه اتقاني (قوله فحملناه على خاص) أي على

أخص الخصوص وهو اللحم المطبوخ بالمرق وهو متعارف الآن لا أن ينوى غيره من الباذنجان فاطبخ فيحنث به وهذا يقتضى أن لا يحنث بالارز المطبوخ بلا لحم وفى الخلاصة يحنث بالارز اذا طبخ بودك فانه يسمى طبيخا بخلاف ما لو طبخ بزيت أو سمن قال ابن سماعة الطبيخ يقع على الشحم أيضا ولا شك أن اللحم بالماء طبيخ وانما الكلام فى انه هو المتعارف الظاهر أنه لا يختص به اه كمال قال فى الهداية وان حلف لا يأكل الطبيخ فهو على ما يطبخ من اللحم قال الكمال يعنى بالماء حتى ان ما يتخذ من اللحم قلية لا يسمى طبيخا فلا يحنث به اه (قوله وان أكل الخبز بالمرقة يحنث) أى لانه فى العرف يقال أكل الطبيخ وان لم يأكل اللحم اه اتقانى (قوله وفيها أجزاء اللحم) قال الكمال وهذا يقتضى ان من حلف لا يأكل لحما فأكل المرق الذى طبخ فيه اللحم حنث وقدمنا من المنقول خلافه والوجه ما ذكرناه ثانيا من قوله ولانه يسمى طبيخا يعنى فى العرف بخلاف مرق اللحم فانه لا يسمى لحما فى العرف اه (قوله وهذا اختلاف عصر وزمان) قال الكمال فكان العرف فى زمنه فيها ثم صار فى البقر والغنم فرجع أبو حنيفة عن انعقاده فى حق رؤس الابل وفى زمانهما فى الغنم خاصة فوجب على المفتى أن يفتى بما هو المعتاد فى كل مصر (١٣٠) وقع فيه الحلف كما هو فى مختصر القدورى اه (قوله ان أمكن العمل بحقيقته الخ) نظر فيه الكمال وقد نقلت عبارته أول باب اليمين فى الدخول اه (قوله فهدم بيت العنكبوت يحنث) فى الحنث بهدم بيت العنكبوت نظر قال الاتقانى انه سهو وقد نقلت عبارته أول باب اليمين فى الدخول ونقلت ماذكره الكمال فيه فليراجع فيه فانه مفيد اه (قوله وأكل الكل ممتنع) أى فصير الى المتعارف اه فتح (قوله ولو عقد يمينه الخ) يعنى اللحم يمكن فيه أكل كل ما يسمى لحما فانعقد باعتباره بخلاف الرؤس اه (قوله لان اللحم يؤكل بجميع أجزائه) أى فلذا حنث بأكل لحم الخنزير والآدمى اه (قوله وعلى هذا يخرج الجواب فيمن حلف لا يركب دابة) أى انه لا يحنث اذا ركب كافرا وهو دابة حقيقة فأمكن

اسم

العمل بالحقيقة ومع ذلك لم يجر على عمومه فان امكان العمل بحقيقة عمومه منتف اذ من الدواب النمل وما هو أصغر منها ولا يمكن ركوبه فصير الى المتعارف وهذا يهدم ما تقدم من ان المتكلم انما يتكلم بالعرف الذى به التخاطب فوجب عند عدم نيته أن يحكم بان المراد ما عليه العرف وتقدم تصحيح العتابى وغيره فى لحم الخنزير والآدمى عدم الحنث وليس الابناء على هذا الاصل ولو كان هذا الاصل المذكور منظورا اليه لما تجاسر أحد على خلافه فى الفروع اه فتح (قوله كرؤس النمل ونحوها) أى كرؤس الآدمى اه (قوله فى المتن والبطيخ) قال فى المصباح البطيخ بكسر الباء فاكهة معروفة وفى لغة لاهل الحجاز جعل الطاء مكان الباء قال ابن السكيت فى باب ما هو مكسور الاول وتقول هو البطيخ والطبيخ والعامة تفتح الاول وهو غلط لفقد فعيل بالفتح اه (قوله والقثاء) قال فى المصباح القثاء فعال وهمزته أصل وكسر القاف أكثر من ضمها وهو اسم جنس لما يقول له الناس الخيار والعجور والفقوص الواحدة قثاءة وأرض مقثأة وزان مسبعة ذات قثاء وبعض الناس يطلقون القثاء على نوع يشبه الخيار وهو مطابق لقول الفقهاء لو حلف لا يأكل الفاكهة حنث بالقثاء والخيار اه

متعارف ولا يحنث الا اذا أكل المطبوخ بالماء وأما القلية اليابسة فلا تسمى طبيخا فلا يحنث بأكلها وان أكل الخبز بالمرقة يحنث لانه يسمى طبيخا وفيها أجزاء اللحم أيضا قال رحمه الله (والرأس ما يباع فى مصره) أى اسم الرأس يتناول جميع ما يباع فى بلده من الرؤس حتى لو حلف لا يأكل رأسا فيمينه على رؤس تكبس فى التنانير وتباع فى مصره لانا نعلم انه لا يريد به رأس كل شئ فان رأس الجراد والعصفور لا يدخل تحته وهو رأس حقيقة فاذا لم يرد به الحقيقة وجب اعتبار العرف وهو ما ذكرنا وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول يدخل فيه رأس الابل والبقر والغنم ثم رجع فقال يحنث فى رأس البقر والغنم خاصة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يحنث الا فى رأس الغنم خاصة وهذا اختلاف عصر وزمان وتبدل عادة لا اختلاف حجة وبرهان اذ مسائل الايمان مبنية على العرف فتدور معه فان قيل أنتم حنثتموه بلحم الخنزير والآدمى وهو لم يجر فيه تبايع فى الاسواق ولا عرف بين الناس قلنا الاصل فى جنس هذه المسائل ان الانسان متى عقد يمينه على فعل مضاف الى شئ ان أمكن العمل بحقيقته يعمل بحقيقته وان لم يكن متعارفا وان لم يمكن العمل بحقيقته يجب تقييده بالمتعارف وبيانه اذا حلف لا يدخل بيتا فدخل بيعة أو كنيسة أو بيت نار والكعبة لا يحنث لانه تعذر العمل بحقيقة البيت فانه لا يمكن الدخول فى بيت العنكبوت وبمثله لو حلف لا يهدم بيتا فهدم بيت العنكبوت يحنث وان كان لا يتعارف لانه أمكن العمل بحقيقته فى حق الهدم بخلاف الدخول فاذا ثبت هذا نقول فيه اذا عقد يمينه على أكل الرأس فالعمل بحقيقته فيه ممتنع لان الرأس اسم للعظم واللحم وأكل الكل ممتنع ولو عقد يمينه على اللحم فالعمل بحقيقته ممكن لان اللحم يؤكل بجميع أجزائه فينعقد على حقيقته وعلى هذا يخرج الجواب فيمن حلف لا يركب دابة لانه لا يمكن ركوب جميع الدواب فان قيل هذا يستقيم فى الاكل ولا يستقيم فى الشراء فان شراء الرأس بجميع أجزائه ممكن قلنا لا نسلم فان من الرؤس ما لا يمكن شراؤها كرؤس النمل ونحوها قال رحمه الله (والفاكهة التفاح والبطيخ والمشمش لا العنب والرمان والرطب والقثاء والخيار) حتى لو حلف لا يأكل فاكهة يحنث بأكل التفاح والبطيخ والمشمش ولا يحنث بالعنب والرمان الخ لان الفاكهة

(قوله أي يتنعم به) أي زيادة على المعتاد من الغذاء الاصلي اه (قوله وهذا المعنى) أي معنى التفكه بان يؤكل زيادة على الغذاء اه (قوله والاجاص) قال في المصباح الاجاص مشدد معروف الواحدة اجاصة وهو معرب لان الجيم والصاد لا يجتمعان في كلمة عربية اه (قوله ولهذا أفردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام) فان قيل اين جاء العموم وفاكهة نكرة في سياق الاثبات فالجواب ان النكرة في مقام الامتنان تعم والمقام مقام الامتنان اه قال في غاية البيان اعلم انه اذا حلف لا يأكل فاكهة فأكل تينا أو مشمشا أو خوخا أو سفرجلا أو اجاصا أو كمثرى أو تفاحا أو جوزا أو لوزا أو فستقا أو عنابا يحنث بالاجماع سواء كان رطبا أو يابسا ولو أكل خيارا أو قثاء أو جزرا لا يحنث لانها من البقول ولهذا يؤدم معها اه (قوله ولابي حنيفة أن الفاكهة الخ) قال الكمال وأبو حنيفة يقول هي ما يتغذى بها منفردة حتى يستغني بها في الجملة في قيام البدن ومقرونة مع الخبز ويتداوى ببعضها كالرمان في بعض عوارض البدن ولاشك انها يتفكه بها ولكن لما كانت قد تستعمل اصالة لحاجة البقاء قصر معنى التفكه فلا يحنث باحدها الا أن ينويه فيحنث بالثلاثة اتفاقا ولهذا كان اليابس منها من التوابل كحب الرمان ومن الاقوات وهو التمر والزبيب والمشايخ قالوا هذا اختلاف زمان ففي زمانه لم يعدوها من الفواكه فأفتى على حسب ذلك وفي زمانهما عدت منها وأفتيا به فان قيل الاستدلال المذكور لابي حنيفة يخالف هذا الجمع فان مبنى هذا على العرف والاستدلال المذكور صريح في ان مبناه اللغة حيث قال الفاكهة ما يتفكه به ولاشك ان ذلك لغة والتفكه ما يتنعم به زيادة على المحتاج اليه اصالة وهذا معنى اللغة واستعمال العنب وأخويه ليس كذلك دائما فقصر الخ أمكن الجواب بجواز كون العرف وافق اللغة في زمنه ثم خالفها في زمنهما اه قال الاتقاني قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير ان الرجل من خراسان لو حلف بالفارسية لا يأكل الفاكهة ينبغي أن يحنث في هذه الاشياء كما قال أبو يوسف ومحمد قال في خلاصة الفتاوى فالحاصل ان العبرة للعرف فكل ما يؤكل على سبيل التفكه ويعد فاكهة في العرف يدخل في اليمين وما لا فلا اه (قوله وبعض الناس يكتفون بها) كذا بخط الشارح وينبغي أن يقال وبعض الناس يكتفون بهما اه (قوله وحب الرمان من التوابل) أي حوائج الطبيخ اه (قوله في المتن والادام ما يصطبغ به) قال الكمال وما لم يصبغ الخبز مما له جرم كجرم الخبز وهو بحيث يؤكل وحده ليس بادام كاللحم والبيض والتمر والزبيب اه (قوله والملح) أي لانه يؤل الى الذوب في الفم ويحصل به صبغ الخبز اه كمال رحمه الله وسيأتي في كلامه (قوله وهو رواية عن أبي يوسف) أي وهو قول الشافعي وأحمد والحاصل ان ما يصبغ به كالخل وما ذكرنا إدام بالاجماع وما يؤكل وحده غالبا كالبطيخ والعنب والتمر والزبيب وأمثالها ليس إداما بالاجماع أي بالاتفاق على ما هو الصحيح في البطيخ والعنب كما ذكره المصنف خلافا لما قيل إنها على الخلاف وممن صحح الاتفاق شمس الائمة وفي المحيط قال محمد التمر والجوز ليس بادام وكذا العنب والبطيخ والبقل وكذا سائر الفواكه ولو كان في بلد يؤكلان تبعا للخبز يكونان إداما أما البقول فليست بادام بالاتفاق لان آكلها لا يسمى مؤتدما

اسم لما يتفكه به بعد الطعام وقبله أي يتنعم به وهذا المعنى ثابت في التفاح والبطيخ والمشمش والخوخ والتين والاجاص ونحوها فيحنث بأكلها وغير ثابت في القثاء والخيار لانهما من البقول بيعا فانهما يباعان معها وأكلا لانهما يوضعان على الموائد مع البقول فلا يحنث بأكلهما وأما العنب والرمان والرطب فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هي فاكهة حتى يحنث بأكلها في يمينه لا يأكل فاكهة فان معنى التفكه فيها موجود فانها أعز الفواكه وأكملها ولهذا أفردت بالذكر بعد دخولها في اللفظ العام في القرآن كما أفرد جبرائيل وميكائيل عليهما السلام بالذكر بعد دخولهما في لفظ الملائكة ومطلق الاسم يتناول الكامل فيكون التنعم بها فوق التنعم بغيرها من الفواكه ولابي حنيفة رحمه الله تعالى أن الفاكهة من التفكه وهو التنعم بما لا يتعلق به البقاء زيادة على المعتاد وذلك بما لا يصلح غذاء ولا دواء ألا ترى أنهم يقولون النار فاكهة الشتاء والمزاح فاكهة وهذه الاشياء تصلح لهما لان الرطب والعنب يؤكلان غذاء ويتعلق بهما البقاء وبعض الناس يكتفون بها في بعض المواضع والرمان يؤكل للتداوي فيتحقق القصور في معنى التفكه فلا يتناولها اسم الفاكهة على الاطلاق ألا ترى أن يابس هذه الاشياء ليست من الفواكه فالزبيب والتمر من الاقوات وحب الرمان من التوابل والفواكه لا يختلف بين رطبها ويابسها في أنها لا تصلح للغذاء وما بيناه شاهد له لا لهما وكذا قوله تعالى فأنبتنا فيها حبا وعنبا وقضبا وزيتونا ونخلا وحدائق غلبا وفاكهة وأبا لان العطف يقتضي المغايرة اذ الشيء لا يعطف على نفسه وهو الاصل فلا يعدل عنه من غير ضرورة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فأفتى كل واحد بما شاهد من عادة أهل عصره وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى بالاجماع وجعل البطيخ في هذا الكتاب من الفاكهة وهكذا ذكره القدوري والحاكم الشهيد في المنتقى عن أبي يوسف وقال في المحيط اليابس من ثمار الشجر فاكهة الا البطيخ فانه لا يعتاد يابسه فاكهة في عامة البلدان وذكر شمس الائمة السرخسي في شرحه أن البطيخ ليس من الفاكهة لان ما لا يكون يابسه فاكهة فرطبه لا يكون فاكهة قال رحمه الله (والادام ما يصطبغ به كالخل والملح والزيت لا اللحم والبيض والجبن) أي الادام شيء يختلط به الخبز وهو من الصبغ وذلك بالمائع دون غيره حتى لو حلف لا يأتدم لا يحنث الا بالمائع وهذا عند أبي حنيفة وهو الظاهر من قول أبي يوسف وقال محمد ما يؤكل مع الخبز غالبا ادام كاللحم والجبن وهو رواية عن أبي يوسف

الاماقد يقال فى أهل الحجاز بالنسبة الى أكل الكراث وعند الشافعى والبصل وسائر الثمار إدام وفى التمر عنده وجهان فى وجه إدام لما روى أنه صلى الله عليه وسلم وضع تمرة على كسرة وقال هذه إدام هذه رواه أبو داود وفى آخر ليس إداما وأنه فاكهة كالزبيب واختلفوا فى الجبن والبيض فجعلها محمد إداما اهـ كمال قوله فجعلها محمد إداما أى لانها تؤكل وحدها غالبا فكانت تبعا للخبز وموافقة له والمؤادمة الموافقة اهـ قال الكمال وبقول محمد أخذ الفقيه أبو الليث اهـ (قوله وهو الموافقة) أى واللحم والبيض والجبن توافق الخبز فتكون أدما ولان مبنى الايمان على العرف والناس يستعملون هذه الاشياء استعمال الادام اهـ اتقانى (قوله ولهما أن الادام الخ) قال الكمال ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا فما يؤكل وحده ولو أحيانا ليس إداما وهذا لانه من المؤادمة وهى الموافقة وذلك بان يصير مع الخبز كشئ واحد وهو بان يقوم به قيام الصبغ بالثوب وهو ان يتغمس فيه جسمه اذ حقيقة القيام غير مرادة لان الخل ونحوه ليس عرضا يقوم بالجوهر والاجرام المذكورة من البيض وما معه ليست كذلك فليست بادام ويرد عليه أنه ان اعتبر فى مسمى الادام ما بحيث يؤكل تبعا للخبز

لان الادام من المؤادمة وهو الموافقة قال عليه الصلاة والسلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة لو نظرت اليها لكان أحرى أن يؤدم بينكما أى يوافق وما لا يؤكل وحده غالبا موافق له وقال عليه الصلاة والسلام سيد إدام أهل الجنة اللحم ولهما أن الادام ما يؤكل تبعا للخبز وحقيقة التبعية بالاختلاط وعدم الاكل وحده فكذا كمال الموافقة تكون بالامتزاج والمرق ونحوه من المائعات لا يؤكل وحده بل يشرب والملح لا يؤكل وحده عادة ولانه يذوب فى الفم فيحصل الاختلاط فيكون تبعا بخلاف اللحم وأختيه فانها تؤكل وحدها فلم تكن اداما وليس له حجة فيما روى لانه فى الجنة وكلامنا فى الدنيا وهى خلافها فيجوز أن يكون اداما فيها ولانه لا يلزم من كونه سيد الادام أن يكون من الادام كما يقال الخليفة سيد العرب والعجم وان لم يكن هو من العجم وهذا الخلاف فيما اذا لم يكن له نية فان نوى فعلى ما نوى اجماعا وهذا الاختلاف على عكس اختلافهم فيمن حلف لا يأكل الا رغيفا فأكل معه البيض ونحوه لا يحنث عندهما وعند محمد يحنث هو يقول انه قد يؤكل وحده مقصودا فلا يصير تبعا للخبز بالشك بخلاف ما اذا أكله مع المائعات لانها تبع له فلا يعد زيادة عليه وهما يقولان هو ادام من وجه لانه قد يؤكل تبعا فلا يحنث فيهما بالشك والعنب والبطيخ هو على هذا الاختلاف وذكر شمس الائمة السرخسى أنه ليس بادام بالاجماع وهو الصحيح لانهما يؤكلان وحدهما غالبا ولان آكلهما لا يسمى مؤتدما عادة والبقل ليس بادام بالاجماع قال رحمه الله (والغداء الاكل من الفجر الى الظهر) وهو فى الحقيقة اسم لطعام يؤكل فى هذا الوقت وانما أطلق على الاكل فى هذا الوقت وهو التغدى توسعا فلو حلف لا يتغدى فأكل فى هذا الوقت حنث فان أكل قبله أو بعده لا يحنث لان الطعام المأكول فيه يسمى غداء فيتناول الاكل الواقع فيه فيحنث ولا يتناول ما يأكله بعده فلا يحنث ومقدار ما يحنث به من الاكل أن يكون أكثر من نصف الشبع لان اللقمة واللقمتين لا يسمى غداء عادة وجنس المأكول يشترط أن يكون ما يأكله أهل بلده عادة حتى لو شرب اللبن وشبع لا يحنث ان كان حضريا وان كان بدويا يحنث ومثله لو أكل تمرا أو أرزا حتى شبع لم يحنث والتصبح من طلوع الشمس الى ارتفاع الضحى لانه من الصباح فيتقيد بهذا الوقت ذكره فى النهاية قال رحمه الله (والعشاء منه الى نصف الليل والسحور منه الى الفجر)

موافقا لمناه ولا يستلزم نفى ما ذكر لانه كذلك وان اعتبر فيه كونه لا يؤكل الا تبعا منعناه ثم ما لا يؤكل الا تبعا أكمل فى مسمى الادام لكن الادام لا يخص اسمه الا كمل منه واستدل لابى حنيفة وأبى يوسف أيضا بانه يرفع الى الفم وحده بعد الخبز أو قبله فلا تتحقق التبعية بخلاف المصطبغ به اهـ (قوله وهو الصحيح) قال فى شرح الطحاوى الفاكهة ليست بادام بالاجماع اهـ اتقانى (قوله ومقدار ما يحنث به من الاكل) أى غداء أو عشاء أو سحورا اهـ (قوله أن يكون أكثر من نصف الشبع) أى فلو أكل لقمة أو لقمتين ما لم يبلغ نصف الشبع لا يحنث بحلفه ما تغديت ولا تعشيت ولا تسحرت اهـ فتح (قوله وجنس المأكول يشترط أن يكون ما يأكل أهل بلده عادة) حتى يعتبر الارز غداء بطبرستان واللبن أى لاهل البوادى والتمر ببغداد كمن حلف لا يدخل بيتا فهو على المدر للبلدى وعلى بيت الشعر للبدوى اهـ اتقانى قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن حلف أن يتغدى فانه يقع على الغداء المعروف فان كان الرجل كوفيا فيقع على خبز الحنطة والشعير ولا يقع على اللبن والسويق وان كان الرجل بدويا يقع على اللبن والسويق وان كان حجازيا يقع على السويق وأما فى بلادنا فيقع على خبز الحنطة ووقت الغداء من وقت طلوع الشمس اهـ (قوله فى المتن والعشاء منه الى نصف الليل) أى لان ما بعد الظهر يسمى عشاء بكسر العين ولهذا سمى الظهر احدى صلاتى العشاء فى الحديث اذ فى الصحيحين من رواية أبى هريرة صلى بنا رسول الله صلى الله عليه وسلم احدى صلاتى العشاء وفسرت بأنها الظهر فى بعض الروايات هذا وتفسير التغدى بالاكل من الفجر الخ مذكور فى التجريد وفى الخلاصة ووقت التغدى من طلوع الشمس الى الزوال ويشبه كونه نقلا عن الفتاوى الصغرى وفيها التسحر بعد ذهاب ثلثى الليل ويوافقه ما عن محمد فيمن حلف لا يكلمه الى السحر قال اذا دخل ثلث الليل الاخير فكلمه لم يحنث وقال الاسبيجابى فى شرح الطحاوى وقت الغداء من طلوع الشمس الى وقت الزوال

ووقت العشاء من بعد الزوال الى أن يمضى نصف الليل ووقت السحور من مضى أكثر الليل الى طلوع الفجر ثم قال هذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فوقت العشاء من بعد صلاة العصر اه فعرفهم كان موافقا للغة لان الغدوة اسم لاول النهار وماقبل الزوال أوله فالاكل فيه تغدّ وقد أطلق على السحور غداء فى قوله عليه الصلاة والسلام لعرباض بن سارية هلم الى الغداء المبارك وليس الا مجازا لقربه من الغداة وكذا السحور لما كان المأكول فى السحر والسحر من الثلث الاخير سمى مايؤكل فى النصف الثانى لقربه من الثلث الاخير سحورا بفتح السين والاكل فيه التسحر والتضحى الاكل فى وقت الضحى ويسمى الضحاء أيضا بالفتح والمد ووقت الضحى من حين تحل الصلاة الى أن تزول وأصل هذه فى مسائل القضاء قال السرخسى فيمن حلف ليعطين فلانا حقه ضحوة فوقت الضحوة من حين تبيض الشمس الى أن تزول وان قال عند طلوع الشمس أوحتى تطلع فله من حين تطلع الى أن تبيض لان صاحب الشرع نهى عن الصلاة عند طلوع الشمس والنهى يمتد الى أن تبيض ولوحلف ليأتينه غدوة فهذا بعد طلوع الفجر الى نصف النهار اه فتح (قوله والآخر اذا غربت) أى فأيهما نوى صحت نيته اه كمال (قوله فتعين الثانى) أى وهو مابعد الغروب اه (قوله ونوى شيأ معينا) أى من (١٣٣) المأكول أو الملبوس أو المشروب اه (قوله لا يصدق قضاء ولا ديانة) أى فأى شئ أكل أو شرب أو لبس حنث وعند الشافعى تصح نيته ديانة وهو رواية عن أبى يوسف واختارها الخصاف اه كمال (قوله لانها التعيين المحتمل) أى والثوب فى إن لبست والمأكول والمشروب فى إن أكلت وان شربت غير مذكور تنصيصا فلم تصادف النية محلها فلغت فان قيل ان لم يذكر تنصيصا فهو مذكور تقديرا وهو كالمذكور تنصيصا أجاب بأن تقديره لضرورة اقتضاء الاكل مأكولا وكذا الشرب واللبس والمقتضى لاعموم له عندنا ولان ثبوته ضرورى فيتقدر بقدرها والضرورة فى تصحيح الكلام وتصحيحه لا يتوقف الا على مأكول لا على مأكول هو كذا فلا تصح ارادته اه كمال (قوله وبه أخذ الخصاص) قال الاتقانى وبهذه الرواية أخذ الخصاف فى كتاب الحيل اه ومثله فى شرح الجامع الصغير للتمرتاشى وقال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وعن أبى يوسف أنه يصدق فيما بينه وبين الله تعالى وهذه رواية الخصاف وبنى كتاب الحيل عليها والصحيح ظاهر الرواية اه فقول الشارح الخصاص هكذا وقفت عليه فى النسخ والظاهر أنه سبق قلم وصوابه الخصاف اه فان قلت من الجائز أن يكون الخصاص اختار ما اختاره الخصاف فيصح قول الشارح رحمه الله واختاره الخصاص قلت نعم يجوز ماقلت لكن لابد من النقل المعتمد عنه بذلك والله الموفق اه (قوله فتعم كما تعم فى النفى) أى لما لها الى كونها فى سياق النفى بسبب أن الشرط المثبت فى اليمين يكون الحلف على نفيه لان المعنى نفى لبس ثوبه فكأنه قال لا ألبس ثوبا الا أنه خلاف الظاهر فلا يقبله القاضى منه اه فتح (قوله وعلى هذا لو قال ان اغتسل) أى بالبناء للمفعول كذا فى خط الشارح اه

أى العشاء هو الاكل من الظهر الى نصف الليل والسحور الاكل من نصف الليل الى طلوع الفجر وأصل هذه الاشياء أنها اسم للأكول فى ذلك الوقت وسمى بها الفعل مجازا على ما بينا فيحنث بالفعل الواقع فيها لاغير وروى عن محمد رحمه الله فيمن حلف لا يكلمه الى السحر أنه قال اذا دخل الثلث الاخير من الليل فكلمه لا يحنث لان وقت السحر ماقرب من الفجر فانتهت يمينه والمساء مساآن أحدهما اذا زالت الشمس والآخر اذا غربت فاذا حلف بعد الزوال لا يفعل كذا حتى يمسى فهو على غيبوبة الشمس لانه لا يمكن حمله على المساء الاول فتعين الثانى قال رحمه الله (ان لبست أو أكلت أو شربت ونوى معينا لم يصدق أصلا) أى لو حلف وقال ان أكلت ونحوه فعبدى حر ونوى شيأ معينا بان قال نويت الخبز أو اللحم أو نحوه لا يصدق قضاء ولا ديانة لان النية تعمل فى الملفوظ لانها التعيين المحتمل والطعام ونحوه غير مذكور وانما ثبت مقتضى وهو لا عموم له فلا يحتمل الخصوص وعن أبى يوسف أنه يصدق ديانة وبه أخذ الخصاص ونحن نقول نية غير الملفوظ لا تصح فان قيل يشكل على هذا ما اذا قال ان خرجت أو قال ان ساكنت فلانا ونوى الخروج الى سفر أو المساكنة فى بيت واحد فانه يصدق ديانة حتى لو خرج الى غير السفر أو ساكنه فى دار لا يحنث مع أن السفر والسكنى غير مذكورين فى اللفظ قلنا الخروج متنوع الى مديد وقصير وهما يختلفان اسما وحكما والفعل يحتمل التنويع دون التخصيص فيصح ألا ترى أنه لو حلف لا يتزوج فنوى حبشية أو رومية صح ويصدق ولو نوى امرأة بعينها لا يصدق لان الاول تنويع دون الثانى ولان ذكر الفعل ذكر للمصدر لغة لانه محذوف وهو كالمنطوق فتصح نيته بخلاف نية المكان وسبب الخروج حيث لا يصح لانه ثبت اقتضاء مع أن بعض أصحابنا منعوا صحة النية منهم القاضى أبو حازم وأبو طاهر الدباس فعلى هذا لا يرد علينا وكذا المساكنة عامة متنوعة فان أعمها أن يكون فى بلدة واحدة والمطلق منها أن يكون فى دار واحدة وأعمها أن يكون فى بيت واحد وقد بينا أن نية النوع فى الفعل صحيح قال رحمه الله (ولو زاد ثوبا أو طعاما أو شرابا دين) أى زاد هذه الكلمات على كلامه الاول بان قال ان لبست ثوبا أو أكلت طعاما أو شربت شرابا ونوى شيأ دون شئ دين ديانة لا قضاء لانه نكرة فى الشرط فتعم كما تعم فى النفى لكنه خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضى وعلى هذا لو قال ان اغتسل ونوى تخصيص الفاعل أو المكان أو السبب بدون ذكره لا يصدق قال رحمه الله

(قوله في المتن بخلاف من ماء دجلة) كذا هو ثابت في المتون والذي بخط الشارح بغير لفظ من اهـ (قوله لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا) أي يتناول بفمه من نفس النهر كذا قال الكمال وقال الاتقاني كرع في الماء اذا تناوله بفيه من موضعه وفي الصحاح كرع في الماء يكرع كروعا اذا تناوله بفيه من موضعه من غير أن يشرب بكفيه أو باناء وفي المغرب والكرع تناول الماء بالفم من موضعه يقال كرع الرجل في الماء وفي الاناء اذا مد عنقه نحوه ليشربه ومنه كره عكرمة الكرع في النهر لانه فعل البهيمة تدخل فيه أكارعها وفي المصباح المنير كرع في الماء كرعا وكروعا من باب نفع شربه بفيه من موضعه فان شرب بكفيه أو بشئ آخر فليس بكرع وكرع كرعا من باب تعب لغة وكرع في الاناء أمال عنقه اليه فشرب منه وفي الفتاوى الظهيرية وتفسير الكرع عند أبي حنيفة أن يخوض الانسان في الماء ولا يكون الكرع

(لا يشرب من دجلة على الكرع بخلاف من ماء دجلة) أي لو حلف لا يشرب من دجلة فيمينه على الكرع حتى لو شرب باناء لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا بخلاف ما اذا حلف لا يشرب من ماء دجلة حيث يحنث بالشرب بالاناء و بغيره لان كلمة من للتبعيض وحقيقته في الكرع وهو الشرط في الاول دون الثاني وقالا اذا شرب بالاناء أيضا يحنث لانه المتعارف يقال يشرب أهل بغداد من دجلة والمراد الشرب باي شئ كان وله أن كلمة من للتبعيض حقيقة وهي مستعملة فيه عرفا وشرعا قال النبي صلى الله عليه وسلم لقوم نزل عندهم هل عندك ماء بات في الشن والا كرعنا والحقيقة مرادة ولهذا لو شرب كرعا يحنث ولو حنث بالشرب باناء يلزم منه الجمع بين الحقيقة والمجاز وهو ممتنع وهما يقولان ليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز بل هو عمل بعموم المجاز وأبو حنيفة يقول الحقيقة مستعملة فلا يصار الى المجاز والحق أن هذه المسئلة مبنية على أن المجاز الراجح أولى عندهما من الحقيقة المستعملة فيصار الى المجاز لذلك وعنده الحقيقة المستعملة أولى فلا يصار الى المجاز وهو نظير اختلافهم فيمن حلف لا يأكل من هذه الحنطة ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث بشربه بالاناء اجماعا لانه لا يمكن فيه الكرع فتعين المجاز وان كان يمكن الكرع فعلى الخلاف ولو تكلف وشرب بالكرع فيما لا يمكن الكرع لا يحنث لان الحقيقة والمجاز لا يجتمعان ولو حلف لا يشرب من الفرات أو من ماء الفرات فعلى ما تقدم في دجلة وفاقا وخلافا ولو شرب من نهر يأخذ من الفرات لا يحنث في يمينه لا يشرب من الفرات لعدم الكرع في الفرات اجماعا لحدوث النسبة الى غيره فانقطعت النسبة الى الفرات ويحنث في يمينه لا يشرب من ماء الفرات لان يمينه انعقدت على شرب ماء منسوب الى الفرات ومثل هذه النسبة لم تنقطع عنده ولو حلف لا يشرب ماء فراتا فهو على شرب ماء عذب من أي موضع كان لانه عبارة عن العذب وقد جعله الله تعالى وصفا للماء قال الله تعالى وأسقيناكم ماء فراتا وكذلك لو قال لا أشرب من ماء فرات لما ذكرنا ولو حلف لا يشرب ماء هذا الكوز فصب ماؤه في كوز آخر فشربه لم يحنث لتبدل النسبة قال رحمه الله (ان لم أشرب ماء هذا الكوز اليوم فكذا ولا ماء فيه أو كان فصب أو أطلق ولا ماء فيه لا يحنث وان كان فصب حنث) أي رجل قال لامرأته ان لم أشرب الماء الذي في هذا الكوز اليوم فأنت طالق وليس فيه ماء أو كان فيه ماء فصب قبل غروب الشمس أو أطلق اليمين أي لم يقل اليوم وليس في الكوز ماء لم يحنث في هذه الصور كلها وان كان فيه فصب حنث أي في المطلق وهو ما اذا لم يقل اليوم فحاصله أن هذه المسئلة على وجهين اما أن تكون مؤقتة باليوم أو لم تكن مؤقتة به وكل وجه على وجهين إما أن يكون فيه ماء فصب أو لا يكون فيه ماء أما في المؤقت لا يحنث في الوجهين لانه ان لم يكن فيه ماء يستحيل الشرب منه واليمين على المحال لا تنعقد وكذلك ان كان فيه ماء فصب قبل الليل لان البر في المؤقت يجب في آخر الوقت وعند

الا بعد الخوض في الماء فانه من الكراع وهو من الانسان ما دون الركبة ومن الدواب ما دون الكعب كذا قال الامام نجم الدين النسفي اهـ وقال ابن الاثير في نهايته في حديث أنه دخل على رجل من الانصار في حائطه فقال ان كان عندك ماء بات في شنة والا كرعنا اهـ كرع في الماء يكرع كرعا اذا تناوله بفيه من غير أن يشرب بكفه ولا باناء كما تشرب البهائم لانها تدخل فيه أكارعها اهـ (قوله لم يحنث حتى يكرع فيها كرعا) يعني اذا لم يكن له نية أما اذا نوى باناء حنث به اجماعا اهـ فتح (قوله وقالا اذا شرب) أي منها كيفما شرب باناء أو بيده أو كرعا حنث لا فرق بين ذلك و بين قوله من ماء دجلة لان نسبة الماء اليها ثابت في جميع هذه الصور وقولهما قول الشافعي وأحمد قاله الكمال (قوله ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث) هكذا شاهدته في خط الشارح رحمه الله وقد قال في معراج الدراية ما نصه ولو قال من هذا الجب أو من هذا البئر قال أبو سهل الشرغي لو كان الجب أو البئر ملآن يمكن الكرع منه فيمينه على الكرع عند أبي حنيفة لامكان العمل بالحقيقة وعندهما على الاغتراف وان لم يكن ملآن فيمينه على الاغتراف ولو تكلف في هذه الصورة وكرع من أسفل البئر أو الجب اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يحنث لعدم العرف بالكرع كذا في الذخيرة اهـ قوله كذا في الذخيرة أي ومثله في الظهيرية اهـ وقوله قال أبو سهل الشرغي بفتح الشين المعجمة وسكون الراء وفي آخرها غين معجمة نسبة الى شرغ قرية من قرى بخارى قاله الشيخ عبد القادر في طبقاته اهـ وقول الشارح ولو حلف لا يشرب من ماء البئر أو من ماء الجب يحنث ينبغي أن تكون عبارته هكذا ولو حلف لا يشرب من هذا البئر أو من هذا الجب يحنث فتأمل اهـ

ذلك يستحيل البر فيه فبطلت وأما اذا كانت اليمين مطلقة غير موقتة فان لم يكن فيه ماء لا ينعقد اليمين لاستحالة البر للحال وان كان فيه ماء انعقدت للتصور ثم يحنث بالصب لان البر يجب عليه كما فرغ فاذا صب فقد فات البر فيحنث في ذلك الوقت كما لو مات الحالف والماء باق وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله يحنث في الوجوه كلها غير أنه في المؤقت يحنث في آخر الوقت لان التوقيت للتوسعة فلا يجب الفعل الا في آخر الوقت فلا يحنث قبله وفي المطلق يحنث للحال ان لم يكن فيه ماء وان كان فيه ماء يحنث عند الصب لانه يجب عليه البر كما فرغ وقد تحقق عجزه للحال في الفارغ فيحنث في الحال وعند الصب في المشغول فيحنث في ذلك الوقت وعلى هذا الخلاف اذا كانت اليمين بالله تعالى وأصله أن من شرط انعقاد اليمين وبقائها التصور عندهما وعنده لا يشترط التصور بل محلها عنده خبر في المستقبل سواء كان قادرا عليه أو لم يكن ألا ترى أن اليمين على مس السماء وتحويل الحجر ذهبا تنعقد لانه عقدها على خبر في المستقبل وان لم يكن قادرا عليه وعندهما محلها خبر فيه رجاء الصدق لان محل الشئ ما يكون قابلا لحكمه وحكم اليمين البر وهو لا يتحقق فيما ليس فيه رجاء الصدق فلا ينعقد أصلا كيمين الغموس ولا يقال يمكن أن تنعقد اليمين موجبة للبر على وجه يظهر في الخلف وهو الكفارة لانا نقول شرط انعقاد السبب في حق الخلف احتمال الانعقاد في حق الاصل ولا احتمال هنا لعدم تصور البر فلا ينعقد ولا يقال يتصور أن يوجد الله تعالى الماء في الكوز فينعقد كما في اليمين على تحويل الحجر ذهبا لانا نقول الماء الذي يوجده الله تعالى فيه غير محلوف عليه وانما المحلوف عليه الماء الكائن فيه وقت اليمين وهو غير متصور الوجود لتحقق عدمه فيه بخلاف تحويل الحجر ذهبا ثم أبو يوسف رحمه الله فرق بين المطلق والمقيد في حق الحنث فحنثه في المقيد في آخر الوقت وفي المطلق ان لم يكن فيه ماء في الحال وان كان فيه ماء فعند الصب وهما فرقا بين المطلق والمقيد فيما اذا كان في الكوز ماء فحنثاه عند الصب في المطلق فيه دون المقيد وقد ذكرنا في أثناء البحث ما يحصل به الفروق من المعاني يعرفه من تأمل فيه قال رحمه الله (حلف ليصعدن السماء أو ليقلبن هذا الحجر ذهبا حنث للحال) وقال زفر رحمه الله لا ينعقد يمينه لانه مستحيل عادة فأشبه المستحيل حقيقة ولو كانت منعقدة لما حنث في الحال لانه في المتصور لا يحنث الا عند تحقق اليأس من فعله وهو في آخر جزء من أجزاء حياته كما اذا حلف ليدخلن بصرة ونحوه ولنا أن البر متصور حقيقة لان الصعود الى السماء ممكن ألا ترى أن الملائكة يصعدونها وكذلك الجن قال الله تعالى حكاية عنهم وأنا لمسنا السماء الآية وكذلك انقلاب الحجر ذهبا ممكن بتحويل الله تعالى فتنعقد يمينه موجبة للبر على وجه تخلفه الكفارة عند فواته كسائر المتصورات بخلاف مسئلة الكوز فانه يستحيل أن يشرب الماء من الكوز

(قوله فبطلت عندهما) أي لانعقادها ثم طرو العجز عن الفعل قبل آخر المدة لفوات شرط بقائها وهو تصور البر حال البقاء الى آخر الوقت اه فتح وهذا عند أبي حنيفة ومحمد سواء علم وقت الحلف أن فيه ماء أو لم يعلم اه فتح (قوله ثم يحنث بالصب) أي في قولهم جميعا اه هداية (قوله غير أنه في المؤقت) يعني بوجهيه وهما اذا كان فيه ماء فصب أو لم يكن اه (قوله لان التوقيت للتوسعة) أي على نفسه حتى يختار الفعل في أي وقت شاء فما لم يمض ذلك الوقت لا يتحقق ترك الفعل لان الفعل يتعين عليه في آخر أجزاء الوقت المقدر فاذا فات الجزء الآخر فلم يفعل يحنث حينئذ اه اتقاني قال الاتقاني وقال أبو يوسف يحنث فيها اذا مضى اليوم اه (قوله وأصله) أي أصل هذا الخلاف اه (قوله وبقائها التصور) أي تصور البر اه (قوله فلا ينعقد أصلا كيمين الغموس) قال الاتقاني ولهما أن المقصود من اليمين البر فاذا فات البر تجب الكفارة خلفا عنه ثم اذا لم يتصور البر لا تنعقد اليمين لفوات المقصود ولا حنث بدون انعقاد اليمين فلا تجب الكفارة بلا حنث تحقيقه أن اليمين لا توجب الكفارة لذاتها ولهذا لا تجب الكفارة في اللغو واليمين الغموس مع أنهما يمينان وانما تجب الكفارة بالحنث فكل يمين استحال فيها البر استحال فيها الحنث فلما استحال شرب ما لم يكن في الكوز استحال البر فلما استحال البر استحال الحنث لان الترك انما يكون فيما يصح وجوده وهنا يحتاج الى الفرق بين هذه المسئلة حيث لا تنعقد اليمين عندهما سواء علم أو لم يعلم وبين مسئلة الجامع الكبير وهي ما اذا حلف ليقتلن فلانا وهو ميت ان علم بموته تنعقد اليمين وان لم يعلم لا تنعقد والفرق أنه اذا لم يعلم الموت عقد يمينه على الحياة القائمة ولم تنعقد اليمين لانعدام المحل كما في مسئلة الكوز واذا كان عالما بموته فقد عقد يمينه على تفويت حياة يعيدها الله تعالى وذلك متصور كما في قوله تعالى فأماته الله مائة عام ثم بعثه وتفويت الحياة المحدثة يكون قابلا لذلك الشخص المحلوف عليه فتنعقد اليمين ثم يحنث من ساعته لوقوع العجز عادة اه (قوله وكذلك انقلاب الحجر ذهبا ممكن بتحويل الله تعالى) أي بخلعه صفة الحجرية وإلباسه صفة الذهبية بناء على أن الجواهر كلها متجانسة مستوية في قبول الصفات أو باعدام الاجزاء الحجرية وابدالها بأجزاء ذهبية والتحويل في الاول أظهر وهو ممكن عند المتكلمين على ما هو الحق من كرامات الاولياء فكان البر متصورا فتنعقد اليمين موجبة لخلفه وهو الكفارة للعجز الثابت عادة فلا يرجى زواله وصار كما اذا مات الحالف فانه يحنث في آخر جزء كما قلنا مع احتمال اعادة الحياة فيه فيثبت معه احتمال أن يفعل المحلوف عليه ولكن لم يعتبر ذلك الاحتمال بخلاف العادة فحكم بالحنث اجماعا اه فتح ولا يقال ينبغي أن يحنث في آخر حياته كما في قوله ليأتين البصرة لانا نقول انما ننتظر آخر الحياة فيما يرجى وجوده غالبا لتحقق مزاحمته لزمان الحال كما في مسئلة البصرة أما فيما لا يرجى وجوده غالبا كما في مسئلتنا فلا لتحقق العجز في الحال وعدم مزاحمة المآل اه (قوله فتنعقد يمينه موجبة للبر) أي لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى وفي

الفارغ فلا ينعقد لعدم التصوّر وانما يحنث في الحال اعتبارا للعجز الثابت عادة وهو يصلح لمنع تأخر الحنث دون منع الانعقاد ألا ترى أن الحالف اذا مات يحنث وان تصوّر أن يفعل بعده باحياء الله تعالى ولان اليمين ينعقد للفائدة وقد وجدت وهي وجوب الكفارة بدلا عن البرّ والحكم ببقاء اليمين كان لاحتمال البرّ وقد تحقق العجز عنه فلا فائدة في التأخير هذا اذا كانت اليمين مطلقة وان كانت مؤقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت وقال زفر رحمه الله يحنث للحال لثبوت العجز كما في المطلق وهذا القول لا يستقيم منه لانه يمنع الانعقاد على ما ذكرنا آنفا فكيف يحنث الا اذا حمل على أن له رواية أخرى ولنا أنه لم يلتزم البرّ للحال فلا يحنث بتركه للحال ولو قال ان تركت مس السماء فعبدي حرّ لا يحنث لان الترك لا يتصور في غير المقدور عليه عادة قال رحمه الله (لا يكلمه فناداه وهو نائم فأيقظه أو الا باذنه فأذن له ولم يعلم فكلمه حنث) أي لو حلف لا يكلم فلانا فناداه وهو نائم فنبهه أو حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم الحالف بالاذن حنث أمّا الاول فلانه كلمه وأسمعه فيحنث ولو لم يوقظه ذكر القدوري أنه اذا كان بحيث يسمع لو لم يكن نائما يحنث يعني بحيث يسمع لو أصغى أذنه لانه قد كلمه ووصل الى سمعه الا أنه لم يفهم لنومه فصار كما اذا ناداه وهو بحيث يسمع الا انه لم يفهم لغفلته ولان استماع الغير أمر باطن لا يوقف عليه فأقيم السبب المؤدّي اليه مقامه وهو أن يكون بحيث يسمع لو أصغى أذنه ولم يكن به مانع من السماع والمختار الاول لانه اذا لم ينبه كان كما اذا ناداه من بعيد وهو بحيث لا يسمع صوته وقيل هو على الخلاف عند أبي حنيفة رحمه الله يحنث خلافا لهما والمسئلة معروفة فان النائم عنده كالمستيقظ في حق الاحكام وأمّا الثاني وهو ما اذا قال لا أكلمه الا باذنه فلانّ الاذن مشتق من الاذان الذي هو الاعلام أو من الوقوع في الاذن قال الله تعالى وأذان من الله ورسوله أي اعلام وقيل سمي الكلام اذنا لانه يقع في الاذن الذي هو طريق العلم بالمسموعات وكل ذلك لا يتحقق الا بعد العلم وقال أبو يوسف لا يحنث لان الاذن هو الاطلاق وانه يتم بالاذن كالرضا قلنا الرضا من أعمال القلب فيتم به ولا كذلك الاذن ثم اعلم أنه لا يحنث الا اذا كلمه بكلام يسمعه المحلوف عليه وهو مستأنف بعد اليمين منقطع عن اليمين فان كان موصولا بها لم يحنث نحو أن يقول ان كلمتك فأنت طالق فاذهبي أو قومي لان هذا من تمام الكلام الاول فلا يكون مرادا باليمين الا أن يريد به كلاما مستأنفا ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة ولو سلم على جماعة هو فيهم حنث لانه للجميع وان نواهم دونه دين ديانة لا قضاء ولو قال السلام عليكم الا واحدا لا يحنث ولو دخل دارا ليس فيها غير المحلوف عليه فقال من وضع هذا أو من أين هذا حنث لانه كلام له بطريق الاستفهام ولو قال ليت شعري من أين هذا أو من وضع هذا لا يحنث لانه مخاطب لنفسه ولو كان معه في الدار أحد لا يحنث في المسئلتين ولو كلم غيره وقصد أن يسمعه لا يحنث ولو أشار اليه أو أرسل اليه لا يحنث لان الكلام حروف منظومة ولو كان الحالف اماما لا يحنث بالتسليمتين لانه من أفعال الصلاة وليس بكلام عرفا ولو كان المؤتم هو الحالف فكذلك خلافا لمحمد بناء على أنه يخرج بسلام الامام عنده ولو سبح أو فتح عليه في الصلاة لا يحنث وخارجها يحنث ولو قرع عليه الباب فقال من هذا يحنث ولو ناداه المحلوف عليه فقال لبيك أو لبي يحنث ولو كلمه بكلام لا يفهمه المحلوف عليه ففيه اختلاف الروايتين ولو قال الحالف افعل يا حائط كذا وكذا وقصد اسماع المحلوف عليه

ايجاب الله تعالى يعتمد التصوّر دون القدرة فيما له خلف ألا ترى أن الصوم واجب على الشيخ الفاني وان لم يكن له قدرة لمكان التصوّر والخلف وهو الفدية فتجب الكفارة هنا عقيب وجوب البرّ بحنثه بواسطة عجزه الثابت عادة كما وجبت الفدية هناك عقيب وجوب الصوم ذكره في الفوائد الظهيرية اه (قوله فلا ينعقد لعدم التصوّر) قال الاتقاني وانما وجب الحنث في الحال لان البرّ ليس له زمان ينتظر اه فحط الخلاف أنه ألحق المستحيل عادة بالمستحيل حقيقة (١٣٦) ونحن نمنعه وكل ما وقع هنا في هذه المسائل من لفظ متصور فمعناه ممكن وليس معناه متعقلا منفهما اه فتح (قوله وان كانت مؤقتة لا يحنث حتى يمضي ذلك الوقت) حتى لو مات قبله لا كفارة عليه اذ لا حنث اه كمال (قوله في المتن فكلمه) ثابت في المتن ساقط من خط الشارح رحمه الله (قوله فان النائم عنده كالمستيقظ) قال الكمال والمراد بما نسب اليه ما ذكره في باب التيمم من أن المتيمم اذا مر على ماء وهو نائم ولا علم له به ينتقض تيممه وقد تقدم هناك ما فيها من الاستبعاد للمشايخ فانه لو كان مستيقظا حقيقة والى جانبه حفيرة ماء لم يعلم بها لا ينتقض تيممه فكيف بالنائم حتى حمله بعضهم على الناسي وأضيف الى هذه مسائل تزيد على عشرين جعل فيها النائم كالمستيقظ اه (قوله وأما الثاني وهو ما اذا قال لا أكلمه الا باذنه) قال في الهداية ولو حلف لا يكلمه الا باذنه فأذن له ولم يعلم بالاذن حتى كلمه حنث قال الاتقاني وهذا لفظ القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا هو المشهور من قولهم وعن أبي يوسف أنه لا يحنث وبه قال الشافعي لان الاذن يتم بالحالف فلا يحتاج الى علم غيره كما اذا حلف لا يكلمه الا برضاه فرضي ولم يعلم المحلوف عليه فكلمه لا يحنث لان الرضا يتم بالراضي ولا حاجة الى علم الغير فكذا هنا اه (قوله نحو ان يقول ان كلمتك فأنت طالق فاذهبي) قال الكمال وفي المنتقى لو قال فاذهبي أو واذهبي لا تطلق ولو اذهبي طلقت لانه منقطع عن اليمين وأما في نوادر ابن سماعة عن محمد لا أكلمك اليوم أو غدا حنث لانه كلمه اليوم بقوله أو غدا فلا شك في عدم صحته لانه كلام واحد فانه اذا أراد أن يحلف على أحد الامرين لا يقال الا كذلك اه (قوله أو قومي) أي أو شتمها أو زجرها متصلا اه فتح (قوله وان نواهم دونه دين ديانة لا قضاء) وعند مالك والشافعي قضاء أيضا اه فتح (قوله أو لبي) أي قال لبي بلا كاف اه

لايحنث ولو قال لغيره ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر فالتقيا فسلم كل واحد منهما على صاحبه لايحنث لانه لم يوجد منه كلام بصفة البداءة وهو المحلوف عليه وسقط اليمين عن الحالف فلا يتصور حنثه في تلك اليمين ابدا لان كل كلام يوجد من الحالف بعد ذلك يكون بعد وجود الكلام من المحلوف عليه فلا يحنث لان شرط حنثه أن يكون قبله كلام وعن هذا لو كان كل واحد منهما حالفا أن لا يكلم صاحبه والمسئلة بحالها لايحنث كل واحد منهما أبدا لما ذكرناه ولو قال لامرأته ان ابتدأتك بالكلام فأنت طالق فقالت هي ان ابتدأتك بالكلام فعبدي حر ثم ان الزوج كلمها بعد ذلك لايحنث لانها سبقته بالكلام حين حلفت ولا يتصور حنثها بعد ذلك لانه حين كلمها بعد يمينها فقد سبقها بالكلام فكل كلام يوجد منها بعد ذلك يكون بعد كلامه لها فقد فات شرط الحنث قال رحمه الله (لايكلمه شهرا فهو من حين حلف) أي لو حلف لايكلم فلانا شهرا فابتداء مدة اليمين من حين حلف لانه لو لم يذكر الشهر تتأبد اليمين فصار ذكر الشهر لاخراج ماوراءه لا لاثبات المذكور ومدته اليه ولان الحامل على اليمين غيظ لحقه منه في الحال فيمنع نفسه عن التكلم في الحال فيكون ابتداؤه من ذلك الوقت عملا بدلالة حاله وكذا لو قال ان تركت كلامه شهرا أو ان تركت الصوم شهرا أو ان لم أساكنه شهرا يتناول شهرا من حين حلف لان ترك الصوم مطلقا أو ترك الكلام أو ترك المساكنة مطلقا يتناول الابد فصار ذكر الوقت لاخراج ماوراءه وكذا الاجارة والآجال بخلاف قوله لاصومن أو لاعتكفن شهرا لان مطلق الصوم أو الاعتكاف المطلق لايتأبد بل يتناول الادنى في النفي والاثبات فيكون ذكر الوقت لمد اليه لا لاخراج ماوراءه قال رحمه الله (لايتكلم فقرأ القرآن أو سبح لم يحنث) أي لو حلف لايتكلم فقرأ القرآن أو سبح لم يحنث وعلى هذا التهليل والتكبير واطلاقه يتناول القراءة والتسبيح في الصلاة وخارجها وهو اختيار شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده لانه لايسمى متكلما عادة وشرعا قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحدث من أمره مايشاء وان مما أحدث أن لايتكلم في الصلاة ولم يفهم منه أحد ترك القراءة والذكر وقال عليه الصلاة والسلام ان صلاتنا هذه لايصلح فيها شئ من كلام الناس وانما هي التهليل والتسبيح وقراءة القرآن ولان الكلام مفسد ولو كانت هذه الاشياء من كلام الناس لافسدت وقال تعالى حتى يسمع كلام الله فعلم أنه ليس بكلام الناس واختار القدوري أنه اذا قرأ في الصلاة لايحنث وخارجها يحنث لانه في الصلاة لايسمى متكلما عادة وكذا شرعا لما روينا واختار أبو الليث أنه ان كانت اليمين بالعربية فكما قاله القدوري وان كانت بالفارسية فكما اختاره خواهر زاده والقياس أن يحنث في الصلاة وخارجها لوجود التكلم حقيقة وهو قول الشافعي رحمه الله ووجه الاستحسان ما بينا قال رحمه الله (يوم أكلم فلانا فعلى الجديدين) أي الليل والنهار ومعناه لو قال يوم أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل والنهار لان اسم اليوم اذا قرن بفعل لايمتد يراد به مطلق الوقت قال الله تعالى ومن يولهم يومئذ دبره والكلام لايمتد وكذا الطلاق بخلاف الامر باليد وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (فان نوى النهار خاصة صدق) أي ديانة وقضاء لانه نوى حقيقة كلامه وهو مستعمل فيه أيضا فيصدق وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لايصدق في القضاء لانه خلاف المتعارف وقد ذكرنا اختلاف الروايتين في صحة نية الحقيقة اذا كانت الحقيقة خلاف المتعارف في قوله ليأتينه ان استطاع قال رحمه الله (وليلة أكلمه على الليل) أي لو قال ليلة أكلم فلانا فامرأته طالق فهو على الليل خاصة لان حقيقته في سواد الليل خاصة كالنهار للبياض خاصة ولم يجئ استعماله في مطلق الوقت بخلاف اليوم وهما ضدان قال الله تعالى وهو الذي جعل الليل والنهار خلفة فان قيل كيف يصح أن يقال لم يجئ استعمال الليل لمطلق الوقت وقد أطلقته العرب على الليل والنهار حتى قال الشاعر

وكنا حسبنا كل سوداء تمرة * ليالي لاقينا الحزيم وحميرا (١)

قلنا هذا القائل ذكر الليالي بعبارة الجمع وذكر عدد أحدهما بعبارة الجمع يدخل مابازائه من العدد الآخر على مابينا من الاعتكاف وكلامنا هنا في المفرد فلا يلزمنا قال رحمه الله (ان كلمته الا أن يقدم زيد

(قوله لانه لو لم يذكر الشهر يتأبد اليمين) أي لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت اه اتقاني (قوله بخلاف قوله لاصومن أو لاعتكفن) انظر ما كتبته من كلام الكمال عند قوله فيما يأتي الزمان والحين ومنكرهما ستة أشهر (قوله لوجود التكلم حقيقة) أي لان الكلام اسم لحروف منظومة تحتها معان مفهومة فيكون قارئ القرآن متكلما لامحالة فيحنث اه اتقاني (قوله الحزيم) هكذا هو بخط الشارح (قوله وذكر عدد أحدهما) كذا هو في خط الشارح وصوابه وذكر العددين اه وهكذا عبر في معراج الدراية اه

(١) قوله الحزيم كذا في بعض النسخ وفي غير هذا الكتاب لاقينا جذاما وحميرا اه

أوحتى أو الا أن يأذن أوحتى فكذا فكلم قبل قدومه أو اذنه حنث وبعدهما لا) أى لو قال ان كلمت فلانا الا أن يقدم فلان أوحتى يقدم فلان أو قال الا أن يأذن لى فلان أوحتى يأذن لى فلان فامرأته طالق فكلمه قبل قدومه أو اذنه طلقت ولو كلمه بعد القدوم والاذن لا تطلق لان القدوم والاذن صار غاية لليمين فيبقى اليمين قبل وجود الغاية فيحنث بوجود الشرط لبقاء اليمين ولا يحنث بعدها لانتهاء اليمين وانما قلنا انهما غايتان لدخول حرف الغاية فيهما وهى كلمة حتى و إلا أن أما حتى فظاهر فانها للغاية وأما إلا أن فالاصل فيها انها للاستثناء وتستعار للشرط والغاية اذا تعذر الاستثناء لمناسبة بينها و بينهما وهو أن حكم ماقبل كل واحد من الاستثناء والشرط والغاية يخالف مابعده ثم الاصل فيها اذا تعذر الاستثناء أنها متى دخلت على مالا يتوقت تكون للشرط كقوله أنت طالق الا أن يقدم فلان ان قدم لا تطلق وان لم يقدم حتى مات طلقت فحملت على الشرط كأنه قال ان لم يقدم فلان فأنت طالق لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الطلاق والقدوم وكان حملها على الشرط أولى من حملها على الغاية فيه لان الطلاق لا يحتمل التأقيت لانه متى وقع فى وقت وقع فى جميع الاوقات فتعين أن تكون للشرط فيكون معلقا بعدم القدوم لا بوجوده لانه جعل القدوم رافعا للطلاق فيكون علما على عدم الطلاق وعدم القدوم على وجود الطلاق واذا دخلت على مايتوقت تكون للغاية كما فيما نحن فيه من مسئلة الكتاب لان الاستثناء متعذر لعدم المجانسة بين الاذن والكلام فحملت على الغاية لانها دخلت على اليمين وهى تقبل الغاية كما اذا حلف لا يكلمه الى رجب ونحو ذلك فكان حمله على الغاية فيه أولى من حمله على الشرط لان مناسبة الاستثناء للغاية أقوى من مناسبته للشرط ألا ترى أن الحكم موجود فيهما فى الحال بخلاف الشرط فاذا ثبت هذا فنقول اذا كلمه قبل القدوم أو الاذن حنث لان اليمين باقية قبل وجود الغاية وان كلمه بعد القدوم أو الاذن لا يحنث لان اليمين انتهت بوجود الغاية قال رحمه الله (وان مات زيد سقط الحلف) أى لو مات زيد قبل أن يأذن أو يقدم سقطت اليمين لان حكم هذا اليمين حرمة الكلام فى مدة تنتهى بالقدوم والاذن و بعد الموت لا يتصور ذلك فبطلت ولا يعتبر تصوره باعادة الحياة فيه لان المحلوف عليه الاذن أو القدوم فى هذه الحياة فصار كالو حلف ليقتلن فلانا فمات فلان يحنث فى الحال لليأس من القتل ولا يعتبر تصور القتل لبقاء اليمين باعادة الحياة فيه وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تبطل اليمين لان التصور ابتداء عنده ليس بشرط على مابينا فى مسئلة الكوز فكذا بقاء فيتأبد اليمين لسقوط الغاية قال رحمه الله (لا يأكل طعام فلان أو لا يدخل داره أو لا يلبس ثوبه أو لا يركب دابته أو لا يكلم عبده ان أشار وزال ملكه وفعل لا يحنث كالمتجدد وان لم يشر لا يحنث بعد الزوال وحنث بالمتجدد) أى لو حلف لا يأكل طعام فلان الخ ان أشار الى الطعام ونحوه بان قال طعام زيد هذا أى هذا الطعام وزال ملك المحلوف عليه ثم أكله الحالف لا يحنث كما لا يحنث فى أكل طعامه المتجدد بان ملكه بعد اليمين وان لم يشر اليه بل أطلقه بأن قال لا آكل طعام زيد فزال ما كان يملكه فى ذلك الوقت عن ملكه فأكله لا يحنث أيضا ولو تجدد له ملك غير ذلك فأكله يحنث هنا فحاصله أنه ان أشار اليه مع الاضافة فخرج عن ملكه لم يحنث بالفعل وان تجدد له ملك لم يحنث أيضا وان لم يكن مشارا اليه يحنث فى ملكه مطلقا سواء كان موجودا فى ملكه عند اليمين أو حدث بعده أما اذا لم يشر اليه فلانه عقد يمينه على فعل واقع فى محل مضاف الى فلان فيحنث مادامت الاضافة باقية وان كانت متجددة بعد اليمين ولا يحنث بعد زوالها لعدم شرط الحنث وعن أبى يوسف رحمه الله انه لا يحنث فى الملك المتجدد له فى الدار وحدها لان الملك لا يتجدد فيها عادة فهى أول مايشترى وآخر مايباع فتقيدت اليمين

المضافة

(قوله أما حتى فظاهر فانها للغاية) أى لانها حرف خافضة موضوعة لانتهاء الغاية كالى اه اتقانى (قوله وأما إلا أن) أى فلان ينتهى منع الكلام فشابهت الغاية اذا كانت غاية لنعمه فأطلق عليها اسمها ومثله قوله تعالى لا يزال بنيانهم الذى بنوا ريبة فى قلوبهم الا أن تقطع قلوبهم أى الى موتهم اه كمال (قوله وبعد الموت لا يتصور ذلك فبطلت) أى لان شرط بقاء اليمين تصور البر عندهما اه (قوله أو القدوم فى هذه الحياة) أى القائمة لافى حياته المعادة بعد موته اه قال الكمال فان قيل لانسلم عدم تصور البر عوته لانه سبحانه وتعالى قادر على اعادة فلان فيمكن ان يقدم و يأذن والجواب أن الحياة المعادة غير الحياة المحلوف على اذنه فيها وقدومه وهى الحياة القائمة حالة الحلف لان تلك عرض تلاشى فلا تمكن اعادتها بعينها وان أعيدت الروح فان الحياة غير الروح لانه أمر لازم للروح فيماله روح اه (قوله يحنث فى الحال) قال ابن فرشتا فى الكلام على مسئلة الكوز ولو كانت اليمين مطلقة يحنث فى الحال حين هلاك المحلوف عليه اتفاقا اه (قوله وقال أبو يوسف لا تبطل اليمين) أى فتبقى اليمين مؤبدة بعد سقوط الغاية حتى اذا كلم فلانا المحلوف عليه يحنث اه اتقانى رحمه الله قوله يحنث أى فى أى وقت كلمه فيه اه (قوله ثم أكله الحالف لا يحنث) أى وفى المشار اليه لو زال ملكه عنه ثم عاد فأكله يجب أن لا يحنث يتضح بهذا قول الشارح فى أثناء هذه المقالة فصار كأنه قال مادام ملكا لفلان فان الديمومة قد انقطعت بالخروج عن ملكه هذا ماظهر حال المطالعة (قوله وان كانت متجددة بعد اليمين) والحاصل أنه بعد زوال الملك لا يحنث فى المشار ولا فى غير المشار وفى المتجدد لا يحنث فى المشار أيضا و يحنث فى غيره اه

(قوله لانه انقطع شركة الاغيار) أى بمنزلة وضع اليد على المشار اليه اه اتقانى (قوله والاضافة لاتقطع) أى لانه يجوز أن يكون لفلان دار أخرى اه اتقانى (قوله لجواز أن يكون الحامل له على اليمين غيظا) الذى فى خط الشارح لجواز أن يكون حامله غيظ اه

المضافة الى الدار بالقائمة منها فى ملكه وقت اليمين وعنه فى رواية تتقيد اليمين فى الجميع بالقائم فى ملكه وقت الحلف وهما يقولان ان اللفظ مطلق فيجرى على اطلاقه والعرف مشترك فلا يصلح مقيدا وأما اذا أشار اليه فلان اليمين عقدت على عين مضاف الى فلان اضافة ملك فلا يبقى اليمين بعد زوال الملك كما اذا لم يعين وهذا لان هذه الاعيان لا يقصد هجرانها لذواتها بل لمعنى فى ملاكها واليمين يتقيد بمقصود الحالف ولهذا يتقيد بالصفة الحاملة على اليمين وان كانت فى الحاضر على ما بينا من قبل وهذه صفة حاملة على اليمين فيتقيد بها فصار كأنه قال مادام ملكا لفلان نظرا الى مقصوده وهذا عندهما وقال محمد يحنث اذا فعل بعد ما خرج من ملكه لانه جمع بين الاشارة والاضافة وكل واحد منهما للتعريف الا أن الاشارة أبلغ فى التعريف لانها انقطع شركة الاغيار والاضافة لا تقطع فاعتبرت الاشارة ولغت الاضافة والمشار اليه قائم فيحنث وجوابه ما بينا وقوله الاضافة تلغو مع الاشارة قلنا الاضافة انما تلغو اذا لم يكن فيها فائدة أخرى غير التعريف وهنا فى اضافة الملك فائدة أخرى غير التعريف وهو هجران صاحبه لجواز أن يكون حامله على اليمين غيظ لحقه من جهة المالك فيعتبران حتى اذا فقد أحدهما لا يحنث قال رحمه الله (وفى الصديق والزوجة حنث فى المشار بعد الزوال) أى لو حلف لا يكلم صديق فلان هذا أو زوجة فلان هذه فكلمه بعد زوال الصداقة والزوجية حنث وهذا بالاجماع لان الحر مقصود بالهجران لذاته فكانت الاضافة للتعريف المحض والداعى لمعنى فى المضاف اليه غير ظاهر لانه لم يعين أى لم يقل لا أكلم صديق فلان لان فلانا عدو لى فلا يشترط دوامها بخلاف ما مر على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لان تلك الاعيان لا تهجر لذواتها أما غير العبد فظاهر وكذا العبد على ظاهر الرواية خلافا لما روى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه لخسته وسقوط منزلته ألحق بالجماد حتى يباع كالبهائم فلا يقصد بالهجران فكانت الاضافة معتبرة فلا يحنث بعد زوالها قال رحمه الله (وفى غير المشار لا) أى لو حلف فى غير المشار اليه من الصديق والزوجة بان قال لا أكلم صديق فلان أو زوجته فزالت النسبة اليه بان عادى صديقه أو طلق زوجته فكلمه لا يحنث وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يحنث لان المقصود هجرانه والاضافة للتعريف فصار كالمشار اليه ولهما أن هجران الحر لغيره محتمل وترك الاشارة والتسمية باسمه يدل على ذلك فلا يحنث مع الاحتمال بالشك قال رحمه الله (وحنث بالمتجدد) أى حنث بالمستحدث من الصديق والزوجة فى هذه الصورة وهى ما اذا حلف لا يكلم صديق فلان أو زوجته ولم يشر اليه وهذا عندهما وعند محمد لا يحنث وهو مبنى على ما تقدم من أنه يتناول المعين وهو الموجود فتكون معاداته لذاته عنده وعندهما لا لاجل الاضافة هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى فعلى ما نوى لانه نوى محتمل كلامه قال رحمه الله (لا يكلم صاحب هذا الطيلسان) أى حلف لا يكلم صاحب هذا الطيلسان (فباعه فكلمه حنث) لان الانسان لا يمتنع عن كلام صاحب الطيلسان لاجل الطيلسان فكانت الاضافة للتعريف فتعلقت اليمين بالمعرف ولهذا لو كلم المشترى لا يحنث قال رحمه الله (الزمان والحين ومنكرهما ستة أشهر) والمراد بالمنكر مالم تدخله الالف واللام منهما حتى لو قال لا أكلم فلانا حينا أو زمانا أو الحين أو الزمان فهو على ستة أشهر لان الحين يذكر بمعنى الساعة قال الله تعالى فسبحان الله حين تمسون وحين تصبحون أى ساعة تمسون ويطلق على أربعين سنة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر والمراد أربعون سنة ويطلق على ستة أشهر قال الله تعالى تؤتى أكلها كل حين قال ابن عباس رضى الله عنهما هى ستة أشهر فيحمل عليه لانه هو الوسط وخير الامور أوسطها ولان اللحظة لا يقصد الامتناع عنها باليمين للقدرة على الامتناع بدونها وأربعون سنة بمنزلة الابد ومن يؤمل أن يعيش أربعين سنة ولو قصد ذلك لا طلقه ولم يذكر الحين لانه يتأبد عند الاطلاق فتعين ما عيناه والزمان يستعمل استعمال الحين يقال ما رأيتك

(قوله فى المتن وفى غير المشار لا) قال الكمال رحمه الله وفى بعض الشروح لا أتزوج بنت فلان لا يحنث بالبنت التى بعد اليمين بالاجماع وهو مشكل فانها اضافة نسبة فينبغى أن تنعقد على الموجود حال التزوج فلا جرم أن فى التفاريق عن أبى يوسف ان تزوجت بنت فلان أو أمته أنه على الموجود والحادث اه (قوله خلافا لما روى عن أبى حنيفة) أى أنه بمنزلة المرأة والصديق اه (قوله فى المتن فكلمه حنث) أى بالاجماع اه فتح (قوله فتعلقت اليمين بالمعرف) أى فصار كأنه قال لا أكلم هذا بالاشارة الى الصاحب اه (قوله فى المتن ومنكرهما ستة أشهر) قال الكمال فى النفى كلا أكلمه الحين أو حينا والاثبات نحو لاصومن حينا أو الحين أو الزمان أو زمانا اه (قوله قال ابن عباس هى ستة أشهر) فمن وقت الطلع الى وقت الرطب ستة أشهر ومن وقت الرطب الى وقت الطلع ستة أشهر اه اتقانى (قوله والزمان يستعمل استعمال الحين الخ) قال الكمال وليس المراد انه ثبت استعماله لستة أشهر ولاربعين سنة ولاقل ما يطلق عليه بل انه ثبت استعماله فى المديد والقصير والمتوسط وهو أخو الحين فى الوضع والاستعمال فى ذلك وان لم يكن مثله فى خصوص المدة فيصرف الى ما سمع متوسطا ثم قيل هذا ان تم فى زمان المنكر لم يتم فى المعرف بل الظاهر انه الابد كالدهر والعمر ولهذا صح الاستثناء منه فلو قال لا أكلمه الزمان الا سنة صح وعهدية الستة أشهر

منذ حين ومنذ زمان ويستوى فيه المعرّف والمنكر لان ستة أشهر لما كانت معهودة انصرف المعرف اليها هذا اذا لم يكن له نية وأما اذا نوى شيأ فعلى مانوى لانه محتمل كلامه قال رحمه الله (والدهر والابد العمر) لان المعرف منهما يراد به الابد عادة قال الله تعالى هل أتى على الانسان حين من الدهر أى الابد وقال عليه الصلاة والسلام من صام الابد فلا صيام له أى عمره كله قال رحمه الله (ودهر مجمل) أى المنكر منه مجمل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو كالحين والخلاف فى المنكر خاصة هو الصحيح وأما المعرف بالالف واللام يرادبه الابد بالاجماع على ما بينا انهما أنه يستعمل استعمال الحين يقال مارأيته منذ دهر ومنذ حين بمعنى واحد وأبوحنيفة رحمه الله توقف فيه وقال لاأدرى ما الدهر والتوقف عند عدم المرجح من الكمال كما روى انه عليه الصلاة والسلام سئل عن خير البقاع فقال لاأدرى حتى أسأل جبريل عليه السلام فسأل جبريل فقال لاأدرى حتى أسأل ربى عز وجل فصعد الى السماء ونزل فقال سألت ربى عن ذلك فقال خير البقاع المساجد وخير أهلها من يكون أول الناس دخولا وآخرهم خروجا وسئل ابن عمر عن شئ فقال لاأدرى ثم قال بعد ذلك طوبى لابن عمر سئل عما لايدرى فقال لاأدرى فعلم انه من الكمال والتورع وقيل انما قال لاأدرى تأدبا وحفظا للسانه عن التحدث فى الدهر فانه جاء فى الخبر انه عليه الصلاة والسلام قال لا تسبوا الدهر فان الله هو الدهر أى خالق الدهر وقيل وجد استعمال الناس فيه مختلفا فان المعرف منه للابد والمنكر بخلاف ذلك فقال لاأدرى ما الدهر لان اللغات لاتدرك بالرأى فترك الخوض فيه بالقياس قال رحمه الله (والايام وأيام كثيرة والشهور والسنون عشرة ومنكرها ثلاثة) وكذلك الجمع والازمنة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا فى الايام وأيام كثيرة سبعة والشهور اثناعشر وما عداها للابد والمنكر منها ثلاثة بالاجماع لانه جمع ذكر منكرا فيتناول الاقل للتيقن به بخلاف منكر المعاوضات حيث يبطل بمثله لانه يفضى الى المنازعة للجهالة وأما المعرّف بالالف واللام فالاصل فيه أنه لتعريف العهد ان كان ثم معهود وان لم يكن فللجنس فاذا كان للجنس فلا يخلو اما أن ينصرف الى أدنى الجنس أو الى الكل ولا يتناول ما بينهما فاذا ثبت هذا فهما يقولان وجد العهد هنا فى الايام والشهور لان الايام تدور على سبعة والشهور على اثنى عشر فينصرف اليه وفى غيرهما لم يوجد فيستغرق العمر وأبوحنيفة يقول ان أكثر ما يطلق عليه اسم الجمع عشرة وأقله ثلاثة فاذا دخلت عليه آلة التعريف استغرق الجميع وهو العشرة لان الكل من الاقل بمنزلة العام من الخاص والاصل فى العام هو العموم مالم يقم الدليل على الخصوص فحملناه عليه ولا نسلم ان ما ذكراه معهود لان انتهاءها الى انتهاء أساميها لا الى نفسها وآلة التعريف انما دخلت على الايام والشهور ونحوها فانصرفت الى تعريفها فى أنفسها فصارت لاقصى ما يطلق عليه ذلك اللفظ فان قيل آلة التعريف اذا دخلت على الاعيان تفيد تعريف الجنس لا تعريف العدد ألا ترى أن من حلف لايشترى العبيد أولا يتزوج النساء ينصرف الى الجنس لا الى العدد فوجب أن يكون كذلك قلنا العدد فى الزمان معهود لانه معدود عادة فصار صرفه الى هذا المعهود أولى من صرفه الى الجنس لانه يتبادر الى الذهن ولانه لو حمل على العدد لحمل على العشرة فحينئذ يتنكر لعدم الاولوية وذلك لايجوز بعد دخول آلة التعريف فيكون باطلا بخلاف الزمان فان ابتداءه من وقت اليمين فلا يتنكر فان قيل الجمع المحلى بآلة التعريف يحمل على الادنى مع احتمال الكل كقوله لاأشترى العبيد ونحوه فلم حمل ههنا على الكل قلنا الاصل فى العموم الاستغراق الا اذا تعذر وأمكن ذلك فى الازمان دون الاعيان لان غرضه المنع عما يقدر عليه أو الحمل وهو لم يقدر أن يشترى الافراد كلها فى الاعيان فكيف يمنع نفسه عنه ولو امتنع عنه يضاف الامتناع الى عدم القدرة لا الى اليمين بخلاف الزمان فانه يمكنه أن يمتنع فى الكل وكذا بالفعل مرة فى ذلك الزمان يحنث لان من حلف لايفعل شيأ فى زمان ففعله مرة حنث كمن حلف لايكلم فلانا شهرا فكلمه مرة وفى الاعيان لايحنث حتى يفعل فى كل فرد من أفراده فلو حمل على الاستغراق لما تصور حنثه فلا يحتاج أن يمنع نفسه عنه لعدم قدرته على الفعل فى الكل وفى قوله لاأكلمه أياما كثيرة انما انصرف الى المعهود وهو العشرة

انما ثبتت فى لفظ الحين وكون الزمان مثله ان أريد فى الوضع فسلم ولا يفيد لان المقصود أن يحمل اللفظ عند عدم المعين لخصوص مدة على المدة التى استعمل فيها وسطا وان أريد فى الاستعمال فيحتاج الى ثبت من موارد الاستعمال ولم يوجد هذا ويعتبر ابتداء الستة أشهر من وقت اليمين بخلاف لاصومن حينا أو زمانا كان له أن يعين أى ستة أشهر شاء وتقدم الفرق اه (قوله لانه محتمل كلامه) أى لان كلا من الحين والزمان للقدر المشترك بين القليل والكثير والمتوسط اه فتح (قوله فى المتن والدهر والابد العمر) ﴿فرع﴾ اذا قال لاأكلمه العمر فهو على الابد واختلف جواب بشر بن الوليد فى المنكر نحو عمرا فمرة قال فى لله على صوم عمر يقع على يوم واحد ومرة قال هو مثل الحين ستة أشهر الا أن ينوى أقل أو أكثر اه كمال رحمه الله

عنده وعندهما السبعة لانه لما وصفه بالكثرة يعلم بالضرورة أنه لم يرد به الاقل وهو الثلاث لانه لو لم يصفه كان متناولا له ومنصرفا اليه وليس بعض الاعداد مما فوق الثلاث بأولى من البعض فينصرف الى المعهود بلفظ الايام على القولين ثم الجمع معرفا ومنكرا يقع على أيام الجمعة في المدة وله أن يكلمه ما بين الجمعات لانه حقيقة اسم ليوم مخصوص الا اذا نوى الاسبوع فيصدق للاحتمال والتغليظ على نفسه والله أعلم

﴿باب اليمين في الطلاق والعتاق﴾

الاصل في هذا الباب أن الولد الميت ولد في حق غيره لا في حق نفسه وان الاول اسم لفرد سابق والاخير لفرد لاحق والوسط لفرد بين العددين المتساويين وان الشخص الواحد متى اتصف بواحد من هذه الثلاثة فلا يتصف بالآخر منها للتنافي بينها وكذلك الفعل قال رحمه الله (ان ولدت فأنت كذا حنث بالميت بخلاف فهو حر فولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وحده) أي لا يعتق الذي ولد بعده ومعنى هذا الكلام ان من قال لامرأته ان ولدت ولدا فأنت طالق فولدت ولدا ميتا طلقت وكذا اذا قال لأمته اذا ولدت ولدا فأنت حرة لان الموجود ولد حقيقة وعرفا وشرعا حتى تنقضي به العدة والدم الذي بعده نفاس وتصير الامة به أم ولد وترجى شفاعته يوم القيامة قال عليه الصلاة والسلام ان السقط ليقوم محبنطئا على باب الجنة فيقول لا أدخل حتى يدخل أبواي فاذا كان ولدا تحقق الشرط فينزل الجزاء على أمه ضرورة بخلاف ما اذا قال اذا ولدت ولدا فهو حر حيث يشترط أن يكون حيا عند أبي حنيفة حتى اذا ولدت ولدا ميتا ثم آخر حيا عتق الحي عنده وهو المراد بقوله بخلاف فهو حر أي بخلاف قوله اذا ولدت ولدا فذلك الولد حر وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يعتق واحد منهما لان الشرط قد تحقق بولادة الميت على ما بيناه فتنحل اليمين لا الى جزاء لان الميت ليس بمحل للحرية وهي الجزاء وانحلال اليمين لا يتوقف على نزول الجزاء ألا ترى أنه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق فأبانها وانقضت عدتها ثم دخلت الدار انحلت اليمين فصار كما لو علق به الطلاق أو عتق غيره على ما بيناه والذي يحققه أنه لو قال ثاني ولد تلدينه فهو حر فولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الثاني فلولا أن الاول ولادة لما عتق لانه صار أولا وله انه لما جعل الحرية وصفا للمولود تقيد بولادة الحي نظرا الى هذا الوصف اذ الميت لا يقبله وبه فارق ما استشهدا به لان الجزاء هناك ليس وصفا للشرط أو نقول ثبتت الحياة فيه مقتضى صونا لكلام العاقل عن اللغو ألا ترى أنه لو قال ان ولدت ولدا ميتا فهو حر لغا ونظيره ما اذا قال ان ضربت فلانا فعبدي حر يتقيد بحياة المضروب لان معنى الضرب وهو الايلام لا يتحقق بعد الموت بخلاف ما اذا قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا لغيره حيث ينحل به اليمين ولم يتقيد اليمين بالشراء لنفسه لان المشتري لغيره محل الاعتاق وان كان لا ينفذ فيه الا باجازة المالك وعلى هذا الخلاف لو قال أول ولد تلدينه فهو حر فانه يتقيد بوصف الحياة عنده حتى لو ولدت ميتا ثم آخر حيا عتق الحي وعندهما لا يعتق بخلاف ما اذا قال أول ولد تلدينه حيا أو قال ان ولدت ولدا حيا فهو حر لانه قيده بالحياة نصا وبخلاف ما اذا قال أول عبد يدخل علي فهو حر فأدخل عليه عبد ميت ثم آخر حي حيث يعتق الآخر بالاجماع في الصحيح والعذر لهما ان العبودية بعد الموت لا تبقى لان الرق يبطل بالموت بخلاف الولد والولادة

قدم هذا الباب على غيره لكثرة وقوعه في حلف الناس فكان بيانه أهم باعتبار الكثرة اهـ اتقاني (قوله ولد في حق غيره لا في حق نفسه) فلا يسمى ولا يغسل ولا يصلى عليه ولا يستحق الارث والوصية ولا يعتق اهـ (قوله في المتن ان ولدت فأنت كذا الخ) قال الحاكم في الكافي اذا قال لها اذا ولدت ولدا فأنت طالق فأسقطت سقطا قد استبان بعض خلقه طلقت ألا ترى أن العدة تنقضي عنه وتصير الامة عنه له أم ولد فان لم يستبن خلقه لم يقع به طلاق ولم تنقض به عدة ولم تصر به أم ولد اهـ اتقاني (قوله وتصير الامة به أم ولد) ألا ترى انه يحيا في الآخرة اهـ اتقاني (قوله محبنطئا) المحبنطئ بالهمز وتركه المتغضب المستبطئ للشئ كذا في نهاية ابن الاثير وقال الشيخ قوام الدين في شرح الهداية يروى بغير همز وبهمز فعلى الاول معناه المتغضب المستبطئ للشئ وعلى الثاني معناه العظيم البطن المنتفخ يعني يغضب وينتفخ بطنه من الغضب حتى يدخل أبواه الجنة من حبط اذا انتفخ بطنه اهـ وقال الكمال والفعل منهما احبنطأ مهموزا واحبنطى مقصورا (قوله وله أنه لما جعل الحرية الخ) قال الكمال رحمه الله ولابي حنيفة ان الشرط ليس الا الولد الحي بخلاف ما قبله وهذا لانه جعل الجزاء وصفا للموصوف بالشرط وهو الولد وهذا الوصف الخاص وهو الحرية لا يكون الا في الحي فيتقيد الموصوف بالشرط بالحياة والا لغا الكلام فكأنه قال اذا ولدت ولدا حيا اهـ (قوله حيث ينحل به اليمين) حتى لو اشترى عبدا لنفسه بعد ذلك لا يعتق اهـ (قوله لان المشتري لغيره محل الاعتاق) أي لصحة ثبوته فيه موقوفا على اجازة مالكه فانحلت اليمين به ولم يحتج الى اضمار الملك فيه أما الميت لا يصح ايجاب العتق فيه لا موقوفا ولا غيره اهـ كمال (قوله لان الرق يبطل بالموت) وايضاحه ان اسم العبد انما يتناوله باعتبار الملك والمالية فيه فكان العبد اسما للشخص قام به الملك والمالية وبالموت خرج من أن يكون مالا فلا يتناوله اسم العبد على الحقيقة وصار كأنه قال أول عبد يدخل علي وهو حي وانما سمي عبدا مجازا بالصفة الموجودة حال الحياة بخلاف الولد لان حقيقته اسم للمولود والميت مولود حقيقة كالحي فلا يتقيد بالحياة اهـ

(قوله لان وحده للحال لغة) أي فيقيد عامله وهو الشراء بمعناه فيفيد أن الشراء في حال تفرد المشتري وهو صادق في الثالث فيعتق بخلاف ما لو قال أول عبد أملكه واحدا لا يعتق الثالث لان واحدا يحتمل التفرد في الذات فتكون حالا مؤكدة لان الواقع كونه كذلك في ذاته فلا يعتق لان كلا من الاولين كذلك فانه أول بهذا المعنى فانه في ذاته فرد واحد وسابق على من يكون بعده فلم يكن الثالث أولا بهذا المعنى و يلزم على هذا انه لو قصد هذا المعنى يعتق كل من الاثنين السابقين ويحتمل كونه بمعنى الانفراد في تعلق الفعل فتكون مؤسسة فيعتق لانه المنفرد في تعلق الفعل بخلاف الاولين فلا يعتق بالشك اهـ فتح قال في الغاية واستشكل يعني الحكم المذكور في مسئلة الجامع الكبير أعني أول عبد اشتريته وحده فهو حر بما لو قال أول عبد أملكه واحدا فهو حر فاشترى عبدين معا ثم اشترى آخر لا يعتق الثالث مع ان طريق التفرد فيهما على طريقة واحدة وفرق بينهما بان واحدا يقتضي نفي المشاركة في الذات ووحده يقتضيه في الفعل المقرون بدون الذات ولهذا صدق الرجل في قوله في الدار رجل واحد وان كان معه فيها صبي أو امرأة وكذب ان قال وحده واذا كان كذلك قلنا اذا قال واحدا انه أضاف العتق الى أول عبد مطلق لان قوله واحدا لم يفد أمرا زائدا على ما أفاده لفظ أول فكان حكمه كحكمه واذا قال وحده فقد أضاف العتق الى أول عبد لا يشاركه فيه غيره في التمليك والثالث بهذه الصفة فيعتق اهـ (قوله ثم اشترى عبدا لا يعتق) أي أحد منهم اهـ اتقاني (قوله ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى) أي حال كوني فاتت منفردا اهـ فتح (قوله فلا يكون لاحقا) قال الكمال رحمه الله وهذه المسئلة مع التي تقدمت تحقق ان المعتبر في تحقق الآخرية وجود سابق بالفعل وفي الاولية عدم تقدم غيره لا وجود آخر متأخر عنه والا لم يعتق المشتري في قوله أول عبد أشتريه فهو حر اذا لم يشتر بعده غيره اهـ (قوله فيستحيل أن يدخل في ضده) أي لانه ليس من صفات المخلوقين أن يكون الواحد أولا وآخرا وانما هو من صفات الباري جل وعلا اهـ اتقاني (قوله فيعتبر من الثلث على كل حال) أي سواء اشتراه في صحته أو مرضه اهـ

فانه يطلق على الميت أيضا اجماعا ولهذا لو علق به الطلاق أو حرية غيره لا يتقيد بالحياة قال رحمه الله (أول عبد املكه فهو حر فملك عبدا عتق ولو ملك عبدين معا ثم آخر لا يعتق واحد منهم) لان الاول اسم لفرد سابق لا يشاركه غيره في اسمه ومعناه فالمشتري في المسئلة الاولى وجد فيه هذا المعنى فيعتق وفي الثانية لم يوجد لانه لما اشترى العبدين معا في عقد واحد لم يوجد فيهما الشرط وهو الفردية ولا فيما اشتراه بعدهما لعدم السبق قال رحمه الله (ولو زاد وحده عتق الثالث) أي زاد هذه الكلمة على الكلام الاول بان قال أول عبد اشتريه وحده أو أملكه وحده فهو حر فاشترى عبدين معا ثم واحدا بعدهما عتق الثالث لانه يراد به الانفراد في حالة الشراء لان وحده للحال لغة يقال جاء زيد وحده أي منفردا فيشترط انفراده في حالة الشراء ولم يسبقه أحد بهذه الصفة فكان أولا فصار نظير ما لو قال أول عبد أشتريه بالدنانير فهو حر فاشترى عبدا بالدراهم أو بالعروض ثم اشترى عبدا بالدنانير عتق لما قلنا وكذا لو قال أول عبد اشتريه اسود فهو حر فاشترى عبدا بيضا ثم اشترى اسود عتق وفي المسئلة الاولى قال أول عبد اشتريه ولم يتعرض لحاله فان قيل لو قال أول عبد اشتريه واحدا فهو حر فاشترى عبدين ثم اشترى عبدا لا يعتق الثالث فما الفرق بينهما قلنا الفرق بينهما ان وحده يقتضي الانفراد في الفعل المقرون به ونفي مشاركة الغير اياه في ذلك الفعل ولا يقتضي الانفراد في الذات وواحدا يقتضي الانفراد في الذات وتأكيد الموجب ألا ترى انه يصح أن يقال في الدار رجل واحد وان كانت معه امرأة لانه يقتضي الانفراد في ذاته وهو الرجولية لا في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار ولا يصح أن يقال وحده لانه يقتضي وصف التفرد للرجل في الفعل المقرون به وهو الكينونة في الدار لا الانفراد في ذاته وهو الرجولية وعلى هذا لو قال ما في الدار رجل واحد وفيها رجلان كان كاذبا ولو قال ما في الدار رجل وحده كان صادقا فاذا ثبت هذا فنقول قوله أملكه وحده يقتضي التفرد في التملك والعبد الثالث متصف بهذه الصفة على ما بيناه فيعتق وقوله أملكه واحدا صفة للعبد فيقتضي التفرد في ذاته فلم يتعلق الحكم به وجرى وجوده مجرى عدمه فيما يرجع الى افادة معنى التفرد حالة الشراء فلم يعتق الا اذا نوى معنى التوحد في حالة الشراء ولانه يحتمل أن يكون حالا من العبد أو من المولى فلا يعتق بالشك ولو قال أول عبد املكه فهو حر فملك عبدا ونصف عبد عتق العبد الكامل لان نصف العبد ليس بعبد فلم يشاركه في اسمه فلا ينقطع عنه وصف الاولية والفردية كما لو ملك معه ثوبا أو نحوه بخلاف ما اذا قال أول كر أملكه فهو هدي فملك كرا ونصف كر حيث لا يلزمه شيء لان النصف يزاحم الكل في المكيلات والموزونات لانه بالضم يصير شيئا واحدا بخلاف الثياب والعبيد قال رحمه الله (ولو قال آخر عبد املكه فهو حر فملك عبدا فمات) أي السيد (لم يعتق) لان الآخر اسم لفرد لاحق لا يشاركه غيره من جنسه ولا سابق له فلا يكون لاحقا ألا ترى انه يدخل في قوله أول عبد املكه فيستحيل أن يدخل في ضده قال رحمه الله (فلو اشترى عبدا ثم عبدا فمات عتق الآخر) لانه فرد لاحق ويستند العتق الى وقت الشراء حتى يعتق من جميع المال ان كان اشتراه في صحته عند أبي حنيفة وعندهما يعتق مقتصرا على حالة الموت فيعتبر من الثلث على كل حال لان الآخرية تثبت بعدم شراء غيره بعده فصار العتق معلقا بعدم الشراء بعده وانما يثبت العدم عند الموت فيقتصر العتق على زمن الموت كما لو قال ان لم أشتر عليك عبدا

فأنت حر فلم يبشر حتى مات يعتق المخاطب مقتصرا على حالة الموت فكذا هذا لانه فى معناه والمعنى هو المعتبر وله ان الآخرية تثبت للثانى كما اشتراه الا أن هذه الصفة بعرض الزوال لاحتمال شراء غيره بعده فاذا مات ولم يوجد ما يبطل صفة الآخرية تبين انه كان آخرا منذ اشتراه فيعتق من ذلك الوقت كما لو علق الطلاق أو العتاق بالحيض فرأت الدم لم يحنث للحال لاحتمال الانقطاع دون الثلاث فاذا استمر ثلاثة أيام تبين ان العتق أو الطلاق كان واقعا من وقت رأت الدم وقولهم ان صفة الآخرية انما تثبت بعدم شراء غيره بعده قلنا نعم ولكن ذلك غير مذكور فلم يجعل شرطا شرعا ألا ترى أنه لو آلى من امرأته وتمت أربعة أشهر ثم قال كنت فئت اليها لم يقبل قوله مع أن الطلاق معلق بعدم القربان لكنه لما لم يكن ملفوظا صريحا لم يجعل شرطا بخلاف ما لو قال ان لم أقربك أربعة أشهر فأنت طالق بائن فلما مضت أربعة أشهر قال كنت قربتها فى المدة فانه يقبل قوله كذا هنا وعلى هذا الخلاف فيما اذا قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق ثلاثا يقع عند الموت عندهما وترث بحكم أنه فار ولها مهر واحد وعليها العدة لا بعد الاجلين من عدة الطلاق والوفاة وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة وتحد وعنده يقع منذ تزوجها فان كان دخل بها فلها مهر ونصف مهر بالدخول بشبهة ونصف مهر بالطلاق قبل الدخول وعدتها بالحيض بلا حداد ولا ترث منه ولو قال آخر امرأة أتزوجها فهى طالق فتزوج امرأة ثم أخرى ثم طلق الاولى ثم تزوجها ثم مات طلقت التى تزوجها مرة لان التى أعاد عليها التزوج اتصفت بكونها أولى فلا تتصف بالآخرية للتضاد كمن قال آخر عبد أضربه فهو حر فضرب عبدا ثم ضرب آخر ثم أعاد الضرب فى الاول ثم مات عتق المضروب مرة قال رحمه الله (كل عبد بشرنى بكذا فهو حر فبشره ثلاثة متفرقون عتق الاول) لان البشارة اسم لخبر سار صدق ليس للمبشر به علم عرفا ويتحقق ذلك من الاول دون الباقين ألا ترى الى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام مر بابن مسعود وهو يقرأ القرآن ومعه أبو بكر وعمر رضى الله عنهما فقال عليه الصلاة والسلام من أراد أن يقرأ القرآن غضا طريا كما أنزل فليقرأ بقراءة ابن أم عبد فأخبره بذلك أبو بكر ثم عمر فكان يقول ابن مسعود بشرنى أبو بكر وأخبرنى عمر فقد سمى أبا بكر مبشرا لانه أخبره بخبر سار صدق وليس له به علم وهذا بخلاف الخبر حيث لا يشترط عدم العلم به حتى لو قال من أخبرنى بقدوم فلان فهو حر فأخبره ثلاثة متفرقون عتقوا لما بينا ورويناه لكنه يشترط أن يكون صدقا كالبشارة ولو أرسل اليه العبد عتق فى البشارة والخبر لان الكتاب والمراسلة تسمى بشارة وهذا بخلاف الحديث حيث لا يحنث الا بالمشافهة ولو أن عبد الله أرسل عبدا آخر بالبشارة فجاء الرسول وقال للمولى ان فلانا يقول لك قدم فلان عتق المرسل دون الرسول وهذه بمنزلة الكتاب ولو قال الرسول ان فلانا قد قدم ولم يقل أرسلنى عتق الرسول خاصة قال رحمه الله (وان بشروه معا عتقوا) لان البشارة تحققت من الجميع لانها عبارة عن خبر يغير بشرة الوجه لغة وفى العرف عبارة عما بيناه وهى تتحقق من الجماعة قال الله تعالى فبشروه بغلام عليم قال رحمه الله (وصح

(قوله وعلى هذا الخلاف فيما اذا قال آخر امرأة الخ) فتزوج امرأة ثم أخرى ثم مات اه فتح (قوله وترث بحكم انه فار) أى حيث حكما بطلاقها فى آخر نفس من حياته اه فتح (قوله ولها مهر واحد) أى ان كان دخل بها وكذا اذا لم يكن دخل بها لانتهاء النكاح بالموت اه كمال (قوله وعليها العدة لا بعد الاجلين الخ) ظاهره ان هذا الحكم متفق عليه عند الصاحبين وليس كذلك قال الكمال وتعتد عدة الوفاة والطلاق عند محمد وعند أبى يوسف عدة الطلاق لا غير له وقال فى المجمع فى فصل الفار ويجعلها بالاقراء وهما بأبعد الاجلين اه وقال فى الكنز وزوجة الفار أبعد الاجلين قال الشارح وقال أبو يوسف تعتد عدة الطلاق بالحيض وهو القياس اه (قوله وان كان الطلاق رجعيا فعليها عدة الوفاة) أى بالاتفاق بين الثلاثة اه (قوله ولا ترث منه) (١٤٣) أى لانها طلقت ثلاثا وقت تزوجها اه فتح (قوله لان البشارة اسم لخبر سار صدق) قال الكمال وقد أورد على اشتراط الصدق فى البشارة ان تغير الوجه كما يحصل بالاخبار السار صدقا كذلك يحصل كذبا وأجيب بما ليس بمفيد والوجه فيه نقل اللغة والعرف اه (قوله فى المتن وان بشروه معا عتقوا) قال الحاكم وان قال عنيت واحدا لم يدين فى القضاء وأما فيما بينه وبين الله تعالى فيسعه أن يختار منهم واحدا فيمضى عتقه ويمسك البقية اه اتقانى (قوله لانها عبارة عن خبر يغير بشرة الوجه) أى من فرح أو ترح قال الله تعالى فبشرهم بعذاب أليم فبشرناها باسحق اه كافى قال الكمال رحمه الله ويشترط كونه سارا فى العرف وأما فى اللغة فهو ما يغير البشرة سارا أو ضارا قال تعالى فبشرهم بعذاب أليم ولكن اذا وقع بما يكره قرن بذكره به الوعيد كما فى الآية المذكورة فلو ادعى انه فى اللغة أيضا خاص بالمحبوب وما ورد به فى المكروه فمجاز دفع بمادة اشتقاقه وهى البشرة فانها تفيد أن لذلك الخبر أثرا فى البشرة ولا شك ان الاخبار بما يخافه الانسان يوجب تغير بشرته فى المشاهد المعروف كما يتغير بالمحبوب الا أن على العرف بناء الايمان اه وكتب على قوله بشرة الوجه ما نصه والبشرة ظاهر الجلد ومن ذلك قولهم باشر الرجل امرأته اذا ألصق بشرته ببشرتها اه (قوله فبشروه بغلام عليم) بالفاء فى خط الشارح وهكذا هو فى النسخ وكذا هو فى فتح القدير كما شاهدته بخط ابن أمير حاج والتلاوة وبشروه بغلام عليم بالواو لا بالفاء وفى شرح الاتقانى كما شاهدته بخط العينى فبشروه بغلام حليم والتلاوة فبشرناه بغلام حليم وهى فى سورة الصافات والاولى فى الذاريات اه

شراء أبيه للكفارة لاشراء من حلف بعتقه وأم ولده) وقال زفر والشافعي لايجوز شراء أبيه أيضا عن الكفارة ومعنى هذه المسئلة في أم الولد أن يقول لامة غيره وقد استولدها بالنكاح ان اشتريتك فأنت حرة عن كفارة يميني فاشتراها فانها تعتق لوجود الشرط ولاتجزيه عن الكفارة والاصل فيه ان النية اذا قارنت علة العتق ورق المعتق كامل صح التكفير والافلا والخلاف في المسئلة الاولى بناء عليه فعندهما علة العتق القرابة لانها علة الصلات بين الاقارب لانها تجب بالقرابة كما في النفقة والتزاور والشراء شرط العتق لانه سبب الملك والاعتاق سبب زواله وبينهما تناف فاستحال اضافة العتق الى الشراء فلم تتصل النية بعلة العتق فلا يصح كمن قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لايجزيه وهو المراد بقوله لاشراء من حلف بعتقه والجامع بينهما ان نية التكفير قارنت الشرط في المسئلتين وهو الشراء لا العلة هو التعليق الاول ولهذا تشترط الاهلية عنده حتى لو قارنته النية صح وجاز عن الكفارة ولان فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه فلاتجوز كغيرها من القرب الواجبة عليه ولنا أن شراء القريب اعتاق قال عليه الصلاة والسلام لايجزى ولد والده الاأن يجده مملوكا فيشتريه فيعتقه رواه الجماعة الا البخاري أي يعتقه بذلك الشراء لانه لايحتاج للعتق الى شيء آخر وهذا كما يقال سقاه فأرواه أي بذلك السقي وضربه فأوجعه أي بذلك الضرب وقد اقترنت النية به فوجب القول بجوازه لاقتران النية بعلة العتق والدليل على انه اعتاق أن الرجل لواشترى نصفه من أحد الشريكين يضمن ان كان موسرا وهذا الضمان لايجب الا على المعتق ولان الشراء يوجب الملك والملك يوجب العتق في القريب فيضاف الملك مع حكمه الى شرائه لانهما حدثا به وهذا كمن رمى انسانا فأصابه فمات قتل به كأنه حز رقبته بالسيف لان

(قوله وقال زفر والشافعي لايجوز) أي ومالك وأحمد اه فتح (قوله عن الكفارة) وهو قول أبي حنيفة الاول وهو القياس اه اتقاني (قوله ومعنى هذه المسئلة الخ) قال الكمال رحمه الله وانما صورت هكذا لانه يريد الفرق بين شراء القريب عن الكفارة وشراء أم الولد والافالحاصل ان عتق أم الولد عن الكفارة لايجزى معلقا ولامنجزا والفرق بين الشراءين مع ان الشراء في الفصلين مسبوق بما يوجب العتق من وجه وهما القرابة والاستيلاد أن أم الولد استحقت العتق بالاستيلاد حتى جعل اعتاقا من وجه قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها فهي قبل الشراء قد عتقت من وجه فلم يكن عتقها بالشراء أو تنجيزا اعتاقا من كل وجه بل من وجه دون وجه والواجب بالحنث في اليمين وغيره من الكفارات اعتاق من كل وجه بخلاف شراء القريب فانه اعتاق من كل وجه لانه لم يكن قبل الشراء عتق من وجه اه (قوله فانها تعتق لوجود الشرط ولاتجزيه عن الكفارة) قال الاتقاني أما العتق فلوجود الشرط المذكور في اليمين السابقة وهو الشراء وأما عدم الاجزاء عن كفارة اليمين فلانها لما استحقت العتق بالاستيلاد لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها لم يكن كل العتق مضافا الى الشراء لان الاستيلاد علة العتق من وجه والواجب عليه عن كفارة اليمين تحرير كامل لاتحرير من وجه دون وجه اه (قوله فعندهما علة العتق القرابة) أي المتقدمة لا الشراء فان الشراء شرط العتق وانما اقترنت النية بالشراء الذي هو الشرط لا بالعلة فصار كعتقه بيمين متقدمة بيانه أن الواجب عليه التحرير والشراء ليس بتحرير للمنافاة بينهما لان الشراء استجلاب الملك والتحرير ازالة الملك والدليل على ان استحقاق العتق بالقرابة ان أحد الشريكين اذا ادعى نسبه يضمن لشريكه نصيبه فيه كما لو أعتقه اه اتقاني (قوله لانها تجب بالقرابة كما في النفقة) والحاصل من دليل زفر والشافعي أن العلة للعتق هي القرابة المحرمة لا الشراء للقريب لانها التي ظهر أثرها في وجوب الصلات كالنفقة فهي المؤثرة في العتق وانما الملك شرط عملها سواء حصل بطريق الشراء أو غيره وأما ان يكون الشراء نفس العلة فلا لانه لاثبات الملك والعتق لازالته وبينهما تناف فلا يكون العتق مقتضاه اه الرمي (قوله فاشتراه ناويا عن التكفير فانه لايجزيه) وذلك لان عتق العبد وجب عليه بقول كان منه فليس له بعد ذلك أن يصرفه الى غيره حتى اذا قال هو حر يوم اشتريه وعني به أن يقع عما عليه من العتق ثم اشتراه أجزأه لاقتران نية الكفارة بالاعتاق الذي هو علة العتق بخلاف الصورة الاولى حيث لم تقترن نية الكفارة بعلة العتق بل اقترنت بشرط العتق وليس للشرط أثر في ايجاب العتق لان العتق ثبت بقول سابق وهو قوله حر فصار كأنه قال عبدي حر ثم نوى عن كفارة يمينه لايجوز فكذا هذا قاله الاتقاني (قوله أي يعتقه بذلك الشراء) بيانه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل الولد معتقا لوالده بالشراء فيكون الشراء اعتاقا لامحالة لان العتق المبتدأ لم يوجد بالاتفاق فكان اشتراه عتقا وكلام الرسول تجب صيانته عن الالغاء فلولم يكن الشراء اعتاقا لزم الالغاء ومثله وارد في كلام العرب كما في قولهم سقاه فأرواه أي بالسقي يؤيده ماروى صاحب السنن باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ملك ذا رحم محرم فهو حر بيانه أنه عليه الصلاة والسلام جعل الحرية جزاء للملك والشراء علة للملك فكأنه قال من اشترى قريبه فهو حر فيكون الشراء تحريرا واعتاقا وقد اقترنت النية به فجاز عما عليه وهذا بخلاف ما اذا ورث أباه ينوي به الكفارة حيث لايجزيه لان الميراث يدخل في ملك الوارث واختياره والتكفير يتأدى بالتحرير الذي هو صنعه وفي الاسباب السابقة أعني الهبة والصدقة والوصية يحصل صنعه وهو القبول اه اتقاني (قوله أي بذلك الضرب) والترتيب بالفاء يفيد العلية على ماعرف مثل سها فسجد وزنى ماعز فرجم اه

الرمى يوجب نفوذ السهم ومضيه فى الهواء والنفوذ سبب الوقوع فى المرمى اليه والوقوع سبب الجرح وهو سبب الموت فيضاف كله الى الرمى الذى هو علة ولان العتق صلة وللملك تأثير فى استحقاق الصلة شرعا حتى تجب الزكاة باعتبار الملك صلة للفقراء كالقرابة تأثير فى استحقاق الصلة فكانا علة ذات وصفين ومتى تعلق الحكم بعلة ذات وصفين يضاف الحكم الى آخرهما لان تمام العلة به وآخر الوصفين هنا الملك فيكون به معتقا ولهذا لو ادعى أحد الشريكين نسب نصيبه من العبد المشترك ضمن نصيب شريكه لان القرابة صارت آخر الوصفين فصار بها معتقا ولا يدخل على هذا شهادة الشاهد الثانى حيث لا يضاف الحكم اليها وحدها وان تمت الحجة بها بل يجب عليهما ضمان ما أتلفا بشهادتهما عند الرجوع لان الشهادة لا توجب شيأ بدون القضاء والقضاء يكون بهما جميعا ولا يقال ان العتق مستحق بالقرابة لانا نقول الاستحقاق لا يثبت قبل كمال العلة ولا معنى لقولهم فيه صرف منفعة الكفارة الى أبيه لانه لما جاز صرفها الى عبده فأولى أن يجوز الى أبيه بخلاف غيرها من أنواع الواجبات كالاطعام والكسوة والزكاة لانه لا يجوز صرفها الى عبده فكذا الى أبيه وعلى هذا الخلاف لو وهب له قريبه أو تصدق عليه به أو أوصى له به فقبل ناويا عن الكفارة بخلاف ما اذا ورثه فانه جبرى وليس له فيه صنع ولا اختيار ولهذا لا يجب عليه الضمان لشريكه به فلا يمكن أن يجعل معتقا بدون اختياره ومباشرته وانما لا يجوز شراء من حلف بعتقه عن الكفارة اذا نوى بالشراء عن الكفارة لان النية لم تقترن بالعلة وهى اليمين ولا يقال المعلق بالشرط كالمنجز عنده فيكون علة فى ذلك الوقت وقد اقترنت النية به فيه لانا نقول هو كالمنجز فى ذلك الوقت حكما لا حقيقة ألا ترى ان الاهلية شرط النية وهى تشترط عند العلة وهى اليمين وأما الشراء فشرط محض لانه لا يضاف اليه الحكم وهو العتق وانما يضاف الى اليمين السابق لانه هو المؤثر حتى لو اقترنت النية به بان قال ان اشتريتك فأنت حر عن كفارة يمينى فاشتراه جاز عن كفارته لاقتران النية بالعلة الا اذا كانت أمة قد استولدها بالنكاح فان عتقها لا يجزى عن الكفارة لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى وقال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها قال رحمه الله (ان تسريت أمة فهى حرة صح لو فى ملكه) أى لو قال ان تسريت أمة فهى حرة فتسرى أمة كانت فى ملكه يوم حلف عتقت لان اليمين انعقدت فى حقها لانها تتناول المملوكة فى ذلك الوقت على العموم لكون الامة نكرة فى سياق الشرط وهو كالنفى قال رحمه الله (والا لا) أى وان لم تكن الجارية التى استولدها فى ملكه حين حلف لا يصح ومراده انه لا يتناول من ليس فى ملكه يوم حلف حتى لو اشترى جارية وتسرى بها لا تعتق وقال زفر رحمه الله تعالى تعتق لان التسرى لا يصح الا فى الملك فكان ذكره ذكرا للملك كمن قال لاجنبية ان طلقتك فعبدى حر يصير كأنه قال ان تزوجتك وطلقتك فعبدى حر لان الطلاق لا يصح الا فى الملك فصار ذكره ذكرا للملك فكذا هنا ولا يقال هذا اثبات الملك بالاقتضاء وهو لا يرى الاقتضاء لانه يجوز انه أثبته بدلالة اللفظ أو الحذف اذ اثبات ما لم يذكر لا ينحصر بالاقتضاء بل الظاهر انه من باب دلالة اللفظ لانه بمجرد ذكر التسرى يسبق الملك الى الفهم وفى الاقتضاء لا يلزم الفهم من اللفظ وقد يتفق كما فى قوله ان أكلت أو شربت يفهم منه الطعام وهو مقتضى ولنا ان اليمين بالعتق انما يصح فى الملك أو مضافا اليه أو الى سببه ولم يوجد واحد منها فى حقها وهذا لان التسرى عبارة عن التحصين والمنع عن الخروج مأخوذ من السرية واحدة السرارى وهى منسوبة الى السر وهو الجماع أو الاخفاء أو الى السرور لان الانسان يسر بها أو الى السرى وهو السيد وهى من جملة ما غير فى النسب الى فعلية كما قالوا فى النسب الى الدهر دهرى والى الارض السهلة سهلى وقلبت احدى الراآت ياء فى تسريت وأصله تسررت كما قلبت احدى النونات ياء فى تظنيت وأصله تظننت وطلب الولد ليس بشرط فى التحصين للتسرى خلافا لابى يوسف رحمه الله حتى

(قوله فكان ذكره ذكرا للملك) أى فكأنه قال ان ملكت جارية فتسريتها فهى حرة اه (قوله ولم يوجد واحد منها) أما الملك فظاهر وأما الاضافة الى الملك فلأنه لم يقل ان ملكت أمة وأما الاضافة الى سبب الملك فلأنه أضافها الى التسرى وهو ليس بسبب لملك الامة فلم يصح اضافة الاعتاق اليه وهذا لان التسرى عبارة عن التحصين والاسكان وهو أن يبوئها ويمنعها من الخروج عند أبى حنيفة ومحمد اه وعند أبى يوسف طلب الولد مع ذلك شرطه لان السرية فى العادة هى التى يطلب ولدها اه كافى (قوله وهو السيد) أى لانها اذا اتخذها سرية فقد جعلها سيدة الاماء اه كافى (قوله خلافا لابى يوسف) قال الاتقانى وعند أبى يوسف لا يكون تسريا الا بطلب الولد مع هذا والمراد من طلب الولد ان لا يعزل ماءه ولو لم يفعل بها شيأ من هذا ولكن وطئ خادمه فعلقت منه لم تعتق لانه لم يتسرها قال الكمال رحمه الله ومعنى التسرى عند أبى حنيفة ومحمد أن يحصن أمته ويعدها للجماع أفضى اليها بمائه أو عزل عنها وعند أبى يوسف ونقل عن الشافعى أنه لا يعزل ماءه مع ذلك فعرف أنه لو وطئ أمة له ولم يفعل ما ذكرنا من التحصين والاعداد لا يكون تسريا وان لم يعزل عنها وان علقت منه لنا ان مادة اشتقاقه سواء اعتبرت من السرور أو ما يرجع الى الجماع أو غير ذلك لا تقتضى الانزال فيها لان الجماع والسرور والسيادة كل منها يتحقق دونه فأخذه فى المفهوم واعتباره بلا دليل وكون العرف فى التسرى تحصينها لطلب الولد انما ممنوع بل العرف مشترك فى المشاهد فمن الناس من يقصد ذلك ومنهم من يقصد مجرد قضاء الشهوة من غير أن تلد

لوعزل عنها لا تكون سرية عنده فاذا كانت عبارة عن التحصين وذلك يكون بملك النكاح كما يكون بملك اليمين فكان من ضرورته ملك المتعة لا ملك الرقبة فلا يصير ذكره ذكر ملك اليمين كما اذا قال لجارية الغير اذا جامعتك فأنت حرة فاشتراها وجامعها لم تعتق لما قلنا بخلاف الطلاق لانه لا يملك التطليق الا بملك النكاح فيصير ذكره ذكرا للنكاح ولئن سلمنا ان ذكر التسرى ذكر لملك اليمين لا يلزم منه عتقها الا ان اشتراط الملك ثبت اقتضاء ضرورة صحة التسرى وهو شرط فيتقدر بقدرها ولا يظهر ثبوته فى حق صحة الجزاء وهو الحرية لان ما ثبت اقتضاء للضرورة يتقدر بقدرها ولا يظهر فيما وراءها وهذا لانه لما جعل التسرى شرطا للعتق يحتاج الى اثبات الشرط وهو التسرى ولا يكون التسرى الا فى الملك فلزم الملك ضرورة صحة هذا الشرط وهو التسرى وأما نزول الجزاء فالشرط مستغن عنه لانه يمكن ثبوت الشرط بدون نزول الجزاء ألا ترى ان التسرى يوجد وان لم تعتق الامة وفى مسئلة الطلاق ظهر النكاح فى حق الشرط وهو الطلاق الذى علق به العتق ولم يتعد الى الجزاء وانما يعتق العبد الذى فى ملكه لانه صادف التعليق لكونه فى ملكه للحال وللانسان أن يعلق عتق عبده بشرط سيوجد ووزان مسئلتنا ما لو قال لاجنبية ان طلقتك واحدة فأنت طالق ثلاثا فتزوجها وطلقها واحدة لم تطلق ثلاثا لان ذكر الطلاق ذكر للنكاح لصحة الطلاق الذى هو الشرط ولم يكن ذكرا للنكاح فى صحة الجزاء وهو وقوع الثلاث المعلق بالطلاق الذى هو الشرط وما قاله زفر لا يصح لانه لو كان كما قاله لما تناول من كان فى ملكه يوم حلف لانه لما كان تقدير الكلام ان ملكت جارية وتسريت بها فهى حرة فلا تعتق من كانت فى ملكه يومئذ اذا تسرى بها ووزان ما استشهد به زفر أن يقول لامة ان تسريت بك فعبدى حر فاشتراها فتسرى بها عتق عبده الذى كان فى ملكه وقت الحلف ولا يعتق من اشتراه بعده قال رحمه الله (كل مملوك لى حر عتق عبيده القن وأمهات أولاده ومدبروه) لان المطلق ينصرف الى الكامل وملكه لهؤلاء كامل لانه يملكهم رقبة ويدا ولو قال أردت به الرجال دون النساء دين ديانة لا قضاء لانه نوى التخصيص فى اللفظ العام وهذا بخلاف ما لو قال نويت السود دون البيض أو بالعكس حيث لا يصدق ديانة ولا قضاء لانه نوى التخصيص بوصف ليس فى اللفظ ولا عموم له ان لم يدخل تحت اللفظ فلا تعمل فيه نية التخصيص ولو قال نويت النساء دون الرجال لم يصدق لان المملوك حقيقة للذكور دون الاناث فان الانثى يقال لها مملوكة لكن عند الاختلاط يستعمل عليهم لفظ التذكير عادة بطريق التبعية ولا يستعمل فيهن عند انفرادهن فتكون نيته لغوا بخلاف ما اذا قال نويت الرجال خاصة حيث يصدق ديانة لانه نوى حقيقة كلامه لكنه خلاف الظاهر فلا يصدق قضاء وكذا لو قال نويت غير المدبر لم يصدق قضاء قال رحمه الله (لا مكاتبه) أى لا يعتق مكاتبه بهذا اللفظ لان الملك فيه ناقص لانه خرج من ملك المولى يدا ولهذا لا يملك المولى اكسابه وليس له أن يطأ مكاتبته ويضمن جنايته عليه كجنايته على الاجنبى وكذا معتق البعض لا يعتق عند أبى حنيفة رحمه الله لانه كالمكاتب عنده فيكون قاصرا فلا يدخل تحت الاطلاق الا بالنية كالمختلعة لا تدخل تحت قوله كل امرأة لى طالق بخلاف المدبر وأم الولد لان الملك فيهما كامل فيدخلان تحت الاطلاق والرق فيهما ناقص لاستحقاقهما الحرية من وجه فلا يجزيان عن الكفارة والمكاتب عكسه فان رقه كامل وملكه ناقص فانعكس الحكم لذلك قال رحمه الله (هذه طالق أو هذه وهذه طلقت الاخيرة وخير فى الاولين) لان كلمة أو لاثبات أحد المذكورين وقد أدخلها بين الاولين وعطف الثالثة على المطلقة منهما لان العطف للمشاركة فى الحكم وهو الطلاق فيختص بمحل الحكم وهى المطلقة فصار كما اذا قال احداكما طالق وهذه قال رحمه الله (وكذا العتق والاقرار) حتى اذا قال لعبيده هذا حر أو هذا وهذا عتق الاخير وله الخيار فى الاولين لما بينا ولو قال فى الاقرار لفلان على ألف درهم أو لفلان وفلان كان خمسمائة للاخير وخمسمائة بين الاولين يجعله لايهما شاء لان كلمة أو لاحد المذكورين على ما بينا فكأنه أقر لاحد الاولين وللثالث بالف فيكون للثالث نصفه ولاحدهما نصفه وذكر فى المغنى ان النصف للاول والنصف للآخرين

له اذا عرف هذا فاعلم أنه اذا حلف لا يتسرى فاشترى جارية فحصنها ووطئها حنث ذكره القدورى فى التجريد عن أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ولو قال ان تسريت جارية فعبدى حر فاشترى جارية فتسراها عتق العبد الذى كان فى ملكه وقت الحلف ولو لم يكن فى ملكه عبد فملك عبدا ثم اشترى جارية فتسراها لا يعتق هذا العبد المستحدث ولو قال ان تسريت جارية فهى حرة فتسرى جارية كانت فى ملكه يوم حلف عتقت وهى مسئلة الكتاب وهى اجماعية ولو اشترى جارية بعد الحلف فتسراها لا تعتق عندنا ولا عند أحد من الائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد وقال زفر تعتق اه (قوله لانه لما كان) كذا بخط الشارح اه (قوله فى المتن كل مملوك لى حر عتق عبيده القن) القن الرقيق يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره فيقال عبد قن وعبيد قن وأمة قن بالاضافة وبالوصف أيضا وربما جمع على اقنان وأقنة وهو الذى ملك هو وأبواه ومن كانت أمه أمة وأبوه عربيا فهو هجين اه مصباح (قوله لا يعتق مكاتبه بهذا اللفظ) أى الا أن ينويه اه.

والصواب

(قوله الا أن في الطلاق ونحوه) أي العتق والاقرار اهـ (قوله ولا تطع منهم آثما أو كفورا) أي آثما ولا كفورا اهـ كافي (قوله فصار كأنه قال لا أكلم فلانا ولا فلانا) هكذا هو في معراج الدراية وفي الكافي وصار كأنه قال والله لا أكلم فلانا ولا فلانا وفلانا ولا تخالف بين العبارتين في المعنى والله الموفق

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج والصوم والصلاة وغيرها

قال الكمال والحاصل أن كل باب عقده فوقوعه أقل مما قبله وأكثر مما بعده واعلم أن الاصل (١٤٧) عندنا أن كل عقد ترجع حقوقه الى المباشر يستغني الوكيل فيه عن نسبة العقد الى الموكل ولا يحنث الحالف على عدم فعله بمباشرة المأمور لوجوده من المأمور حقيقة وحكما فلا يحنث بفعل غيره كذلك وذلك كالحالف لا يبيع ولا يشتري ولا يؤجر ولا يستأجر ولا يصالح عن مال ولا يقاسم وكذا الفعل الذي يستناب فيه ويحتاج الوكيل الى النسبة الى الموكل كما اذا حلف لا يخاصم فلانا فان الوكيل يقول ادعى لموكلي وكذا الفعل الذي يقتصر أصل الفائدة فيه على محله كضرب الولد فلا يحنث بشيء من هذه من فعل المأمور وكل عقد لا ترجع حقوقه الى المباشر بل هو فيه سافر ناقل عبارة يحنث فيه بمباشرة المأمور كما يحنث بفعل نفسه وذلك اذا حلف لا يتزوج فوكل به أو لا يطلق أو لا يعتق بمال أو بلا مال أو لا يكاتب أو لا يهب أو لا يتصدق أو لا يوصي أو لا يستقرض أو لا يصالح عن دم العمد أو لا يودع أو لا يقبل الوديعة أو لا يعير أو لا يستعير وكذا كل فعل ترجع مصلحته الى الآمر كحلفه لا يضرب عبده ولا يذبح شاته فانه يحنث بفعل المأمور ومنه قضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل على دابته وخياطة الثوب وبناء الدار اهـ وكتب على قوله والتزوج ما نصه ليس في خط الشارح اهـ (قوله في المتن وضرب الولد) قال في القنية معزيا الى المحيط ولو حلف لا يضرب ولده فأمر غيره فضربه لا يحنث وقيل الزوجة نظير الولد وقيل نظير العبد ثم رسم للقاضي البديع وقال ان جنت المرأة فنظير العبد وان لم تجن فنظير الحر وقال رحمه الله ولو فصل أحد في الولد بتفصيله في الزوجة فحسن اهـ (قوله ولهذا رجعت الحقوق اليه) أي وكان هو الطالب بالتسليم بالثمن أو المثمن والمخاصم بالعيب وبالغبن الموجود والاجرة اهـ فتح (قوله حتى لو كان الوكيل حالفا يحنث بمباشرتها) أي لصدق أنه باع واشترى واستأجر حقيقة وحكما وهذا قول الشافعي في الاظهر وعند مالك وأحمد يحنث

والصواب الاول وعليه المعنى لان الثالث معطوف على من له الحق منهما فيكون شريكاله ولو كان معطوفا على ما يليه كما ذكر لكان المقر به للاول وحده أو للآخرين لانه أوجبه لاحد المذكورين لا لهما فاقتضى الشركة اذا مات قبل البيان ولو قال والله لا أكلم فلانا أو فلانا وفلانا فان كلم الاول وحده حنث ولا يحنث بكلام أحد الآخرين حتى يكلمهما لجعل الثالث في الكلام مضموما الى الثاني على التعيين وفيما تقدم جعله مضموما الى من وقع له الحكم والفرق ان أو اذا دخلت بين شيئين تناولت أحدهما منكرا الا ان في الطلاق ونحوه الموضع موضع الاثبات فتخص فتطلق احداهما وفي الكلام الموضع موضع النفي فتعم عموم الافراد قال الله تعالى ولا تطع منهم آثما أو كفورا فصار كأنه قال لا أكلم فلانا ولا فلانا فينضم الثالث الى ما يليه لانها لما كانت أو لعموم الافراد صار كل واحد منهما كلاما على حدة كأن الاول انقطع وشرع في الكلام الثاني والعطف فيه لا ينصرف الى الاول بخلاف الطلاق وأمثاله فان الايصال فيه بين الكلامين ثابت فيكون الثالث معطوفا على من وجب له الحكم ولان قوله طالق لا يصلح أن يكون خبرا للمثنى وفي ضم الثالث الى الثاني جعله للمثنى لانه يصير كأنه قال هذه طالق أو هاتان طالق فلا يجوز الا اذا قال طالقان لان المفرد لا يصلح خبرا للمثنى بخلاف الكلام فان قوله لا أكلم يصلح للمثنى ولا قل وأكثر وهذا كله اذا لم يذكر للثاني والثالث خبرا فاذا ذكر له خبرا بان قال هذه طالق أو هذه وهذه طالقان أو قال هذا حر أو هذا وهذا حران فانه لا يعتق أحد ولا تطلق بل يخير ان اختار الايجاب الاول عتق الاول وحده وطلقت الاولى وحدها وان اختار الايجاب الثاني عتق الاخيران وطلقت الاخيرتان والله أعلم

باب اليمين في البيع والشراء والتزوج والصوم والصلاة وغيرها

الاصل فيه ان كل فعل ترجع حقوقه الى المباشر لم يحنث الحالف ان لا يفعل بمباشرة وكيله لوجود الفعل من الوكيل حقيقة وحكما وان كانت حقوقه ترجع الى الآمر يحنث بفعل الوكيل كما يحنث بالمباشرة لان الوكيل فيه سفير ومعبر ولهذا لا يضيفه الى نفسه بل الى الآمر ويتوقف لو باشره بغير أمره ولا ينفذ عليه وفي الاول الوكيل مباشر ولهذا لا يضيفه الى الآمر بل الى نفسه وينفذ عليه لو باشره بغير أمره قال رحمه الله (ما يحنث بالمباشرة لا بالامر البيع والشراء والاجارة والاستئجار والصلح عن مال والقسمة والخصومة وضرب الولد) أي الاشياء التي يحنث الحالف بمباشرتها ولا يحنث بالتوكيل بفعلها هي هذه الاشياء التي عدها من البيع والشراء والاجارة الخ وهو القسم الاول من الاصل الذي ذكرنا وانما لا يحنث الحالف في هذه الاشياء بمباشرة الوكيل لان الفعل وجد من الوكيل حقيقة وكذا حكما ولهذا رجعت الحقوق اليه حتى لو كان الوكيل حالفا يحنث بمباشرتها فلم يوجد الفعل من الموكل لا حقيقة ولا حكما فلا

لان بالامر يصير كأنه فعله بنفسه كما لو حلف لا يحلق رأسه فأمر من حلق له حنث قلنا لم يوجد الفعل منه حقيقة ولا حكما وهذا الشرط للحنث بل من العاقد حقيقة وحكما وانما الثابت له حكم العقد الذى هو الملك لا كل حكم وان كان الحكم الاعلى بخلاف الحلق لان اليمين لم ينعقد فيه على حلقه بنفسه لانه غير معتاد وانما انعقدت على الحلق مطلقا فيحنث بفعل الغير كما لو حلق بنفسه ان كان ممن يقدر على ذلك ويفعله اه فتح (قوله فحينئذ يحنث بالامر) أى وان لم ينو لان مقصوده من الفعل ليس الا الامر به فيوجد سبب الحنث بوجود الامر به للعادة وان كان السلطان ربما باشر بنفسه عقد بعض البيعات اه فتح (قوله فى المتن وما يحنث بهما الخ) قال فى القنية فى باب اليمين على عقد ما يشترط فيه قبول صاحبه وما لا يشترط بعد أن رقم لسيف الائمة السائلى حلف لا يوكل فوكل رجلا فلم يقبل ينبغى أن يحنث اه ولو حلف لا يوكل فأمر غيره أن يوكل عنه فوكل هل يحنث (قوله والعتق والكتابة) أى والصلح من دم العمد هكذا هو فى نسخ المتن وساقط من خط الشارح ذكره فى (١٤٨) القنية أيضا معزيا للمحيط اه (قوله والهبة والصدقة) أى والوقف كذلك اه لـ

(قوله وضرب العبد) قال فى الهداية ولو حلف لا يضرب عبده أو لا يذبح شاته فأمر غيره ففعله يحنث فى يمينه اه (قوله وقضاء الدين وقبضه) أى والخصومة والشركة بأن حلف لا يشارك فلانا فأمر غيره يعقد مع فلان عقد الشركة نيابة عنه اه اتقانى (قوله منقول أيضا الى الآمر) قال فى الكافى وان حلف ليضربن عبده أو ليخيطن ثوبه أو ليبنين داره فأمر غيره بر فى يمينه الا أن يعنى أن يليها بيده ولو حلف على حر ليضربنه فأمر غيره فضربه لم يبر حتى يضربه بيمينه وليس هذا كالعبد وأما السلطان أو القاضى اذا قال لاضربنه فأمر غيره فضربه بر الا أن ينوى بيده فيدين فى القضاء اه اتقانى (قوله ويتزجر عن القبائح) أى فلم ينسب فعل المأمور الى الآمر وان كان يرجع الى الاب أيضا لكن أصل المنافع وحقيقتها انما ترجع الى المتصف بها فلا لا موجب للفعل وأما فى عرفنا وعرف عامتنا فانه يقال ضرب فلان اليوم ولده وان لم يباشر ويقول العامى لولده غدا أسقيك علقة ثم يذكر لمؤدب الولدان يضربه فيعد الاب نفسه قد حقق ايعاده ذلك ولم يكذب فقتضاه أن ينعقد على معنى لا يقع بك ضرب من جهتى ويحنث بفعل المأمور اه كمال رحمه الله (قوله ولا ألى) بفتح الهمزة وكسر اللام وفتح الياء التحتية أى أولاه اه (قوله صدق ديانة) أى لانه نوى شيأ يحتمله لفظه فصحت نيته والله تعالى عالم الغيب والشهادة يعلم من ضميره ما لا يعلمه غيره اه اتقانى قال الكمال فى الهداية ومن حلف لا يتزوج أو لا يطلق أو لا يعتق فوكل بذلك حنث قال الكمال يعنى اذا فعله الوكيل وهو قول مالك وأحد وجه للشافعية وأكثرهم لا يحنث لانه لم يفعل وانما نسبه الى الآمر مجازا ثم انه يحنث عندكم بفعل نفسه كما بفعل المأمور وفيه جمع بين الحقيقة والمجاز وأنتم تأبونه قلنا الما لم علك اضافته الى نفسه بل لا يستغنى عن اضافته الى موكله كان ناقل عبارة للموكل فانضاف العقد كله لفظا وحكما اليه فيحنث به ألا ترى انه يقال فى العرف للمتكلم بكلام غيره من شعر أو حكمة هذا ليس كلام هذا الرجل بل كلام فلان وكان المعقود عليه عدم لزوم أحكام هذه العقود نظرا

يحنث الا اذا نوى أن لا يأمر به غيره فحينئذ يحنث بالتوكيل لانه شدد على نفسه فتصح نيته ويحنث بفعله أيضا لانه تناوله حقيقة فلا يتغير بنيته أو يكون مثله لا يباشر هذه الاشياء كالقاضى والامير فحينئذ يحنث بالامر لان كل أحد يمنع نفسه باليمين عما يعتاده وعادته الامر به دون المباشرة فينصرف اليه لان اليمين تتقيد بالعرف وبمقصود الحالف ولهذا تتقيد بمباشرته بنفسه لو كان مثله ممن يباشر هذه الاشياء حتى لا يحنث بالتوكيل لان غرضه بالحلف التوقى من الحقوق وان كان يباشر تارة ويأمر أخرى يعتبر الاغلب قال رحمه الله (وما يحنث بهما النكاح والطلاق والخلع والعتق والكتابة والصلح عن دم عمد والهبة والصدقة والقرض والاستقراض وضرب العبد والذبح والبناء والخياطة والايداع والاستيداع والاعارة والاستعارة وقضاء الدين وقبضه والكسوة والحمل) أى الاشياء التى يحنث فيها بالمباشرة والتوكيل النكاح والطلاق الى آخر ما ذكر حتى لو حلف لا يفعل شيأ من هذه الاشياء يحنث بمباشرته وبمباشرة وكيله خلافا للشافعى فى مباشرة الوكيل لان الفعل وجد من المأمور حقيقة ومن الآمر حكما فوجد شرط الحنث من الآمر من وجه دون وجه فلا يحنث كما فى القسم الاول ولنا أن غرض الحالف التوقى عن حكم العقد وحقوقه وهذه العقود تنتقل اليه بحقوقها فصار مباشرة الوكيل كمباشرته فى حق الاحكام والحقوق وصار الوكيل سفيرا ومعبرا ولهذا لا يستغنى عن اضافتها اليه ولو باشرها بغير اذنه لا ينفذ عليه فاذا فعلها بأمره فقد وجد منه شرط الحنث فيحنث وما كان منها حسيا كضرب الغلام والذبح ونحوهما منقول أيضا الى الآمر حتى لا يجب الضمان على الفاعل فكان منسوبا اليه فيحنث ومنفعة ضرب العبد عائدة الى المولى اذ العبد يجرى على موجب أمر المولى ويسعى فى مصالحه اذا ضرب به فصار ضربه كضرب المولى بخلاف ضرب الولد فان معظم منفعته تحصل للولد لانه يتأدب به ويرتاض ويتزجر عن القبائح فصار كمن حلف لا يضرب رجلا حرا فأمر بضربه حيث لا يحنث بضرب المأمور اياه لانه لا يملك ضربه فلا يصح أمره الا أن يكون الآمر ذا سلطان أو قاضيا فحينئذ يحنث لانهما يملكان ضرب الاحرار حدا وتعزيرا فيملكان الامر به فيضاف فعل المأمور اليهما ولهذا لا يجب على الضارب بأمرهما الضمان فى الحد والتعزير ولو قال الحالف فى الطلاق والتزوج ونحوهما من الحكميات نويت أن لا أتكلم به ولا ألى بنفسى صدق ديانة لا قضاء بخلاف ما اذا قال فى ذبح الشاة وضرب العبد نويت أن

الى الغرض وهو أعم مما يلزم بمباشرته أو مباشرة مأموره وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز اه (قوله والامر بذلك مثل التكلم به) أى لان المأمور به كالرسول به ولسان الرسول كلسان المرسل بالاجماع فاذا نوى التكلم به خاصة فقد نوى خلاف الظاهر فلا يصدقه القاضي من حيث انه يتكلم بكلام داخل تحت ولاية المرسل مع فرض ان مقتضياته لا ترجع اليه وهى الحقوق وحقيقة المراد ان الطلاق وما معه لما كان انما يثبت عنده أمر شرعى فالحلف على تركه حلف على ان لا يوجد الفرقة من جهته وهذا المعنى أعم من ان يتحقق بمباشرته أو بمباشرة المأمور فنيته أحدهما خلاف الظاهر أما الذبح والضرب ففعل حسى لا يتوقف تحقق أثره على الآمر لان الضرب يثبت مع أثره من الفاعل بلا اذن قال الكمال ولو زوجه فضولى فأجاز بالقول حنث وعن محمد لا يحنث وفى الاجازة بالفعل اختلاف المشايخ قال شمس الائمة والاصح عندى لا يحنث لان عقد النكاح يختص بالقول فلا يمكن جعل المجيز بالفعل عاقدا له ولا فرق بين كون التوكيل بعد اليمين أو قبله ولو وكل بالطلاق والعتاق ثم حلف لا يطلق ولا يعتق ثم طلق الوكيل أو أعتق يحنث لان عبارة الوكيل هنا منقولة اليه اه قوله ولا فرق بين التوكيل بعد اليمين أو قبله أى فى الحنث وعدمه فى هذه المسئلة الا انه اذا كان عقد الفضولى قبل اليمين وأجاز الحالف بعدها بالقول أو الفعل فعدم الحنث لا خلاف فيه واذا كان عقد الفضولى بعد اليمين فأجاز الحالف بعدها بالقول فالحنث على المختار وان أجاز بالفعل فعدم الحنث على قول أكثر المشايخ قال قاضيخان والفتوى على قول الاكثر اه (قوله يعرف بأثره المحسوس فى المحل) أى ولا يحتاج فيه الى الآمر حتى يكون ضربا أو ذبحا فانه اذا ضرب عبد الغير أو ذبح شاة الغير يسمى ذلك ضربا أو ذبحا وان وقع بغير أمر وانما نسبة الفعل الى الآمر بسبيل التسبب مجازا اه اتقانى (قوله فى المتن ودخول اللام الخ) (١٤٩) قال العلامة قوام الدين الاتقانى رحمه الله والاصل فى معرفة ذلك ان تعرف ان اللام قد تكون للتمليك كقولهم المال لزيد وقد تكون للتعليل وهو المنبئ عن الباعث على الفعل كقولهم فعلت هذا الامر لابتغاء مرضاتك أى لاجل ابتغاء مرضاتك فلما كان مشتركا يجب صرفه الى أحد الوجهين لوجود المرجح أو لتعذر صرفه الى الآخر والاصل الآخر ان تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام أولى من تصحيحه مع تغيير نظامه والاصل الآخر أن كل فعل تجرى فيه الوكالة قد يفعله الفاعل تارة لنفسه وتارة لغيره وما لا تجرى فيه الوكالة لا يعمله لغيره فيتعين الكلام فيه للملك فاذا عرفنا هذا فنقول اذا قال لغيره ان بعت لك هذا الثوب فامرأته طالق فدس المحلوف عليه ثوبه فى ثياب الحالف فباعه ولم يعلم لم يحنث لان المعنى ان بعت لاجلك هذا الثوب لانا لو جعلناه للتمليك يتغير نظم الكلام لان اللام حينئذ تصير صلة للثوب والصلة لا تتقدم على الموصول فلا بد من التقدير فيه بان يقال معناه ان بعت ثوبا لك وقد تقدم أن تصحيح الكلام مع مراعاة نظم الكلام أولى من تصحيحه مع تغييره فقلنا معناه ان بعت لاجلك ثوبا لئلا يتغير النظم ولم يوجد البيع لاجل المحلوف عليه لعدم أمره فلم يحنث أما اذا قال ان بعت ثوبا لك يحنث سواء باعه بامره أو بغير أمره لان اللام ذكرت عقيب الثوب فكانت للتمليك فكان شرط الحنث بيع ثوب مملوك لفلان لا البيع لاجله وقد وجد بيع الثوب المملوك لفلان وسواء وجد الامر أو لم يوجد وكذلك الحكم فى كل فعل تجرى فيه الوكالة اذا قدم اللام على العين تكون للتعليل وان أخر تكون للتمليك مثل قوله ان خطت لك قميصا أو قميصا لك أو ان صغت لك حليا أو حليا لك أو ان اشتريت لك جارية أو جارية لك أو ان استأجرت لك دارا أو دارا لك أو ان بنيت لك دارا أو دارا لك ومثله لو قال فى ما لا تجرى فيه الوكالة ان ضربت لك عبدا أو ان ضربت عبدا لك أو ان مسست لك ثوبا أو ان مسست ثوبا لك أو دخلت لك دارا أو دخلت دارا لك أو ان أكلت لك طعاما أو أكلت طعاما لك أو شربت لك شرابا أو شربت شرابا لك يحنث سواء قدم اللام أو أخر وسواء فعل بامره أو بغير أمره لان هذه الاشياء لا تجرى فيها الوكالة اذ ليس لهذه الاشياء عهدة يرجع بها المأمور على الآمر فتكون اللام للتمليك اذا لم يكن له نية ولو نوى غير ذلك تصح نيته لانه يؤدى ما يحتمله كلامه قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير وكلا الفصلين فى القياس سواء

لا إلى بنفسى حيث يصدق ديانة وقضاء والفرق بينهما أن الطلاق ليس الا تكلما بكلام يفضى الى وقوع الطلاق على المرأة والامر بذلك مثل التكلم به واللفظ ينتظمهما فاذا نوى أن لا يلى فقد نوى الخصوص فى العام فلا يصدق قضاء لانه خلاف الظاهر اذ الظاهر فى العام العموم دون الخصوص والضرب ونحوه فعل حسى يعرف بأثره المحسوس فى المحل وانما يحصل ذلك بالفعل فكان فيه حقيقة والنسبة الى الآمر بالتسبب مجازا فاذا نوى الفعل بنفسه فقد نوى حقيقة كلامه فيصدق ديانة وقضاء فصار الضابط ان كل فعل يرجع حقوقه الى الآمر أو يحتمل نقل حكم فعله الى غيره يحنث الحالف بمباشرة المأمور والا فلا ثم انما يحنث بالطلاق والعتاق اذا وقعا بكلام وجد بعد اليمين وأما اذا وقعا بكلام وجد قبل اليمين فلا يحنث حتى لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم حلف أن لا يطلق فدخلت لم يحنث لان وقوع الطلاق عليها بكلام كان قبل اليمين ولو حلف أن لا يطلق ثم علق الطلاق بالشرط ثم وجد الشرط حنث ولو وقع عليها الطلاق بمضى مدة الايلاء فان كان الايلاء قبل اليمين لا يحنث والا حنث ولو فرق بينهما بالعنة لا يحنث عند زفر وعن أبى يوسف رحمه الله روايتان وعلى هذا لو حلف أن لا يعتق يشترط للحنث وقوع العتق بكلام وجد بعد اليمين ولو أدى المكاتب فعتق فان كانت الكتابة قبل اليمين لا يحنث وان كانت بعده يحنث قال رحمه الله (ودخول اللام على البيع والشراء والاجارة والصياغة والخياطة

والبناء كان بعت لك ثوبا لاختصاص الفعل بالمحلوف عليه بأن كان بأمره كان ملكه أولا وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بأن كان ملكه أمره أولا) أى دخول اللام على الفعل كقوله ان بعت لك ثوبا أو اشتريت الخ كان لاختصاص الفعل بالشخص المحلوف عليه يعنى يشترط أن يكون الفعل وهو البيع ونحوه لاجل المحلوف عليه بأن كان بأمره سواء كان الثوب ملكا للمحلوف عليه أولم يكن بعد ان باعه الحالف بأمره حتى لودس المحلوف عليه ثوبه و باعه الحالف بغير علمه لايحنث لان حرف اللام لما دخلت على البيع وهو قوله ان بعت لك ثوبا أى ان بعت لاجلك ثوبا اقتضت اختصاص البيع به وذلك بأن يفعله بأمره اذ البيع تجرى فيه النيابة ولم توجد بخلاف ما اذا قال ان بعت ثوبا لك حيث يحنث اذا باع ثوبا مملوكا له سواء كان بأمره أو بغير أمره علم بذلك أو لم يعلم لان حرف اللام دخلت على العين وهو الثوب لانه أقرب اليها فاقتضت اختصاص العين به وهو المراد بقوله فى آخره والعين كان بعت ثوبا لك لاختصاصها به بأن كان ملكه أمره أولا أى دخول اللام على العين كقوله ان بعت ثوبا لك يكون اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه بأن كان ملكه سواء أمره أولم يأمره وهذا الاختلاف الذى ذكره بين دخول اللام على الفعل و بين دخولها على العين اذا كان الفعل مما يملك بالعقد وتجرى فيه النيابة كالبيع والشراء ونحوهما وان كان مما لايملك بالعقد كدخول الدار وضرب الغلام والاكل والشرب لايختلف الحكم بينهما اذا دخلت على الفعل أو على العين بل يكون اليمين فيهما لاجل اختصاص العين بالمحلوف عليه حتى لو قال ان دخلت لك دارا أو ان دخلت دارا لك أو ان ضربت لك غلاما أو غلاما لك ونحو ذلك يحنث كيفما كان وهو المراد بقوله وعلى الدخول والضرب والاكل والشرب أى لو دخلت اللام على الدخول والاكل والشرب الخ كانت اليمين لاختصاص العين بالمحلوف عليه فصار كدخولها على العين ولهذا عطف العين على هذه الاشياء وانما كان كذلك لان اللام للاختصاص وأقوى وجوهه الملك فاذا جاوزت الفعل أوجبت ملكه دون العين ان كان ذلك الفعل مما يملك بالعقد كالبيع والشراء وبناء الدار ونحوها وان كان مما لايملك بالعقد كالاكل والشرب ودخول الدار ونحوها لايفيد ملك الفعل لاستحالته ويفيد ملك العين لانه يحتمل كلامه بأن يقدر فيه تأخيرها بخلاف الفصل الاول فان كل واحد منهما مما يملك بالعقد فرجحنا الفعل بالقرب وان جاوزت العين توجب ملك العين مطلقا لان الاعيان كلها تملك فلا حاجة الى التعيين وذكر ظهير الدين أن المراد بالغلام الولد دون العبد لان ضرب العبد يحتمل النيابة والوكالة فصار نظير الاجارة لا نظير الاكل والشرب والغلام يطلق على الولد قال الله تعالى فبشروه بغلام وذكر قاضيخان أن المراد به العبد للعرف ولان الضرب مما لايملك بالعقد ولا يلزم به فانصرف الى المحل المملوك بالتقديم والتأخير على ما بينا قال رحمه الله (فان نوى غيره صدق فيما عليه) أى ان نوى خلاف ما اقتضاه ظاهر كلامه صدق فيما فيه تشديد على نفسه ديانة وقضاء وفيما فيه تخفيف يصدق ديانة لا قضاء وذلك مثل أن ينوى بقوله ان بعت لك ثوبا معنى قوله ان بعت ثوبا لك أو بالعكس لانه نوى ما يحتمله كلامه على ما بيناه من قبل فيصدق قال رحمه الله (ان بعته أو ابتعته فهو حر فعقد بالخيار حنث) أى لو قال المالك ان بعت هذا العبد فهو حر فعقد بالخيار حنث أو قال غيره ان اشتريته فهو حر فباعه بشرط الخيار أو اشتراه بشرط الخيار عتق لوجود شرط العتق وهو البيع أو الشراء ولقيام الملك عند وجود الشرط لان البيع بشرط الخيار يمنع خروج المبيع عن ملكه فكان ملكه قائما عند الشرط فيحنث وكذا المشترى ملكه قائم عند وجود الشرط اما عندهما فظاهر لان خيار المشترى لايمنع دخول المبيع فى ملكه وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلان المعلق بالشرط كالمنجز عند وجود الشرط فيصير كأنه قال بعد الشراء أنت حر فيصير مختارا بذلك الامضاء وله ذلك بخلاف ما اذا علقه بالملك بأن قال ان ملكتك فأنت حر حيث لايعتق به عنده لان الشرط وهو الملك لم يوجد عنده لان خيار المشترى يمنع دخول المبيع فى ملكه على قوله وعندهما يعتق لوجود الشرط لان خيار المشترى

لكن الاغلب انه اذا قدم قوله لك فى فعل يجرى فيه التوكيل يراد به الفعل لاجله وهى لام التعليل واذا أخر يراد به لام التمليك وفى فعل لايجرى فيه التوكيل الاغلب ان المراد لام التمليك سواء قدم أو أخر فاجرى الباب على ما عليه أغلب كلام الناس اهـ (قوله حتى لودس) يقال دس الشئ فى الشئ أى أخفاه فيه يدسه بالضم دسا قاله الاتقانى وقال فى المصباح دسه فى التراب دسا من باب قتل دفنه فيه وكل شئ أخفيته فقد دسسته ومنه يقال للجاسوس دسيس القوم اهـ (قوله و باعه الحالف بغير علمه لايحنث) أى لان تقدير الكلام ان بعت ثوبا بوكالتك وأمرك ولم يوجد اهـ كافى (قوله دون ملك العين) يعنى وذا أن يفعله بأمره لان نفع ذلك الفعل يقع له اهـ كافى (قوله فان كل واحد منهما) أى من الفعل والعين اهـ (قوله توجب ملك العين) أى لا ملك الفعل فصار تقديره عينه ان بعت ثوبا هو مملوك لك اهـ كافى (قوله فبشروه بغلام) بالفاء فى خط الشارح (قوله فيصير كأنه قال بعد الشراء أنت حر الخ) ومن اشترى عبدا على أنه بالخيار وأعتقه بعد الشراء يسقط خياره ويثبت الملك مقتضيا للاعتاق سابقا عليه كذا هنا كافى

لايمنع الدخول فى ملكه وبهذا يفرق لابى حنيفة رحمه الله بين شراء القريب وبين شراء من علق عتقه بالشراء حيث لايعتق القريب بالشراء بشرط الخيار ويعتق الآخر به على ماذكرنا لانه لم يوجد منه الاعتاق فى القريب وانما يعتق اذا ملكه ولم يدخل فى ملكه مع خياره بخلاف المعلق عتقه بالشراء لان الشرط قد وجد فى حقه على ما بينا أو ينزل معتقا فى ذلك الوقت لتقدم التعليق منه وفى القريب لا ينزل لعدمه ولو باعه بعد ما حلف بيعا باتا لم يعتق لانه كما باعه تم البيع فيه وزال عن ملكه والجزاء لا ينزل فى غير الملك وينبغى أن ينحل اليمين لوجود الشرط وهو البيع حقيقة ولو كان الخيار للبائع لا يحنث المشترى لان المشترى لم يتمكن بهذا الشراء من شئ فكان كأن الشراء لم يوجد قال رحمه الله (وكذا بالفاسد والموقوف) أى وكذا يحنث بالفاسد من البيع والشراء وبالموقوف منهما فى يمينه أن لا يبيع أو لا يشترى أو لا يبيع ولا يشترى فأما الفاسد منهما فان كان الحالف هو البائع ينظر فان كان العبد فى يد المشترى مضمونا عليه بمثل غصب لا يعتق لانه كما يتم البيع يزول عن ملكه كالبيع الصحيح البات وينبغى أن تنحل اليمين لما قلنا فى الصحيح البات وان كان العبد فى يد البائع عتق لانه لا يزول ملكه قبل التسليم ولو كان المشترى هو الذى حلف بعتقه فاشتراه شراء فاسدا فان كان فى يده مضمونا على الوجه الذى ذكرناه يعتق لدخوله فى ملكه كما تم البيع والا فلا وفى المحيط عن أبى يوسف لو قال ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا شراء فاسدا ثم تاركا البيع ثم اشتراه شراء صحيحا لا يعتق لانه حنث بالشراء الفاسد لانه شراء حقيقة فانحلت اليمين به وارتفعت وهذا دليل على انه لو اشتراه شراء فاسدا والعبد فى يد البائع تنحل اليمين لا الى جزاء لعدم الملك قبل القبض ثم بالقبض لا يعتق لانه ليس بشراء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يحنث بالفاسد ولا بما فيه خيار لاحدهما أصلا لان الفاسد ناقص ذاتا لا يفيد الملك للحال ولا بعد القبض على الكمال لانه لا يفيد الحل فكان الشرط معدوما من وجه وشرط الخيار يمنع تعلق الاستحقاق بالعقد فصار كالايجاب بلا قبول وجه الظاهر انه كامل ذاتا لوجود الاهلية والركن والمحل وتخلف الحكم من الملك والحل لا يضر كالهبة وشراء أخته من الرضاع ولا يقال التعليق بالشرط اعدام قبله فوجب أن لا يحنث كما لا يحنث بتعليق الطلاق فى يمينه أن لا يطلق لانا نقول ذلك فى الاسقاطات التى تتعلق بالشرط لا فى البيع لان فى البيع ذات العقد موجود وأثر الشرط فى تأخير الحكم لا فى العقد ولهذا ينبرم بموت من له الخيار ولو كان معلقا لبطل لما عرف فى موضعه من المطولات وأما الموقوف فلانه قد وجد فيه البيع حقيقة لوجود ركنه وشرطه ومحله وكذا حكما على سبيل التوقف فيحنث وصورة المسئلة أن يقول ان اشتريت عبدا فهو حر فاشترى عبدا من فضولى حنث بالشراء لان الاجازة شرط الحكم دون السبب والركن قد وجد قبلها ولهذا يستند الحكم عند الاجازة اليه ويثبت عندها به لا بها وعن أبى يوسف أنه يصير مشتريا عند الاجازة كالنكاح ونحن نقول الفرق بينهما أن المقصود من النكاح الحل ولم ينعقد الموقوف لافادته بخلاف البيع فان المقصود منه الملك دون الحل ولهذا تجامعه الحرمة فيحنث فيه من وقت العقد وفى النكاح من وقت الاجازة وعلى هذا لو حلف أن لا يبيع فباع ملك الغير بغير اذن صاحبه يحنث لوجود البيع منه حقيقة على ماذكرنا فى الشراء ولهذا ترجع الحقوق اليه قال رحمه الله (لا بالباطل) أى لا يحنث بالبيع الباطل ولا بالشراء الباطل فى يمينه لا يبيع أو لا يشترى لانه ليس ببيع حقيقة ولا حكما حتى لا يفيد شيأ من أحكام البيع ولو اتصل به القبض حتى لو قال ان اشتريت اليوم شيأ فعبدى حر أو ان بعت عبدى فهو حر فباعه بميتة أو حر لا يحنث بخلاف ما اذا باعه بخمر لانه فاسد على ما عرف والاول باطل لان الميتة ليست بمال عند أحد ولو اشترى مدبرا أو أم ولد لا يحنث لانه انعقد لهما سبب الحرية وهى تنافى الانعقاد ولو قضى بجوازه القاضى يحنث للحال لان قضاءه يؤثر فى ازالة المانع من الجواز فيقتصر على وقت القضاء فيحنث حينئذ بخلاف اجازة بيع الفضولى فانه يستند الى وقت وجوده فيمتد السبب فيه الى وقت الاجازة ولهذا لو أعتقه المشترى قبل الاجازة ينفذ عند الاجازة وفى أم الولد والمدبر لا ينفذ عند القضاء لان المانع كان ممتدا اليه فأبطل الايجاب فكان

(قوله ولو باعه بعد ما حلف بيعا باتا لم يعتق) أى بالاجماع اهـ

(قوله فى المتن أودبر) أى تدبيرا مطلقا اه كمال (قوله رجل قال ان لم أبع هذا العبد) أى أو هذه الامة اه (قوله ولا يقال لم يقع الياس لجواز أن ترتد الخ) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير من المشايخ من قال اذا عقد اليمين على بيع الجارية ثم أعتقها أو دبرها لا يحنث لاحتمال أن تسبى بعد الردة فتباع والصحيح جواب الكتاب لانه عقد اليمين فى هذا الملك وبالاعتاق والتدبير وقع اليأس عن البيع فى هذا الملك اه (قوله وعن أبى يوسف انها الخ) قال الكمال وهذه مسئلة الجامع الصغير ولم يحك خلافا وذكروا عن أبى يوسف فى شرح الجامع الصغير لا تطلق واختاره شمس الائمة وكثير من المشايخ اه (قوله لا تطلق) قال الاتقانى ومال كثير منهم الى هذا القول اه (قوله فيكون مطابقا له) أى فكأنه قال كل امرأة لى غيرك أتزوجها فهى طالق ثلاثا والاستثناء قد يكون دلالة كما يكون افصاحا فتكون المحلفة مستثناة من عموم اللفظ دلالة فينصرف الطلاق الى غيرها اه اتقانى (قوله ولنا أن العمل بالعموم واجب) قال الاتقانى وجه ظاهر الرواية أن العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب اه ﴿فروع﴾ قال لى اليك حاجة أتقضيها فقال نعم وحلف على ذلك بالطلاق والعتاق فقال حاجتى أن تطلق زوجتك ثلاثا له أن لا يصدقه لانه متهم ولو حلف ليطيعنه فى كل ما يأمره به وينهاه عنه ثم

القضاء باطالاذلك المبطل والمكاتب كالمدبر فى زواله لكن قضاء القاضى لا يتصور فيه ويتصور فيه رضاه ولو حلف أن يبيع هذا الحر فباعه بر لان البيع الصحيح لا يتصور فيه فانعقد على الباطل وكذا لو عقد يمينه على الحرة أو أم الولد لما ذكرنا وعن أبى يوسف فى الحرة وأم الولد ينعقد على الصحيح لانه يمكن فيهما بأن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى قال رحمه الله (ان لم أبع فكذا فأعتق أو دبر حنث) أى رجل قال ان لم أبع هذا العبد فامرأتى طالق أو نحو ذلك ثم أعتقه أو دبره حنث وكذا لو كانت أمة فاستولدها لتحقق العجز عن البيع لفوات محله ولا يقال لم يقع اليأس لجواز أن ترتد وتلحق بدار الحرب ثم تسبى وتسترق ان كان المحلوف عليه أنثى لانا نقول الحالف عقد يمينه على البيع باعتبار هذا الملك وذلك لا يمكن بعد هذه التصرفات وقضاء القاضى ببيع المدبر موهوم والاحكام لا تبنى على الموهومات فيتحقق اليأس عن البيع نظرا الى الاصل قال رحمه الله (قالت تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق طلقت المحلفة) يعنى اذا قالت المرأة لزوجها تزوجت على فقال كل امرأة لى طالق طلقت التى حلفته وهى المخاطبة وعن أبى يوسف رحمه الله أنها لا تطلق لان كلامه خرج جوابا لكلامها فيكون مطابقا له ولانه قصد ارضاءها وذلك بطلاق غيرها فيتقيد به وهو وان زاد فى الجواب لكن الزيادة ليست بلغو وانما تخرج الزيادة الكلام من أن يكون جوابا اذا كانت لغوا وهنا فيها فائدة وهو تطييب قلبها وتسكين نفسها بأبلغ الوجوه حتى لا تؤوله على غير التى ظنت ولنا أن العمل بالعموم واجب ما أمكن وقد أمكن هنا فيعمل به وهذا لان جوابه كان أن يقول ان تزوجت فهى طالق فكان بالزيادة مبتدئا وجاز أن يكون غرضه ايحاشها أو الحاق الغيظ بها حين اعترضت عليه فيما أحله الشرع ومع التردد لا يصلح مقيدا ولو نوى غيرها يصدق ديانة لا قضاء لانه تخصيص العام وهو خلاف الظاهر ولو قالت له تريد أن تتزوج على فقال كل امرأة أتزوجها فهى طالق دخلت المخاطبة حتى لو أبانها ثم تزوجها طلقت خلافا لابى يوسف والمعنى ما بينا قال رحمه الله (على المشى الى بيت الله تعالى أو الى الكعبة حج أو اعتمر ماشيا فان ركب أراق دما) أى رجل قال على المشى الى بيت الله أو الى الكعبة لزمه حج أو عمرة ماشيا وان شاء ركب وأراق دما والقياس أن لا يلزمه شئ لانه التزم المشى وهو ليس

نهاه عن جماع امرأته فجامعها الحالف لا يحنث الا ان كان ما يدل على قصده الى ذلك عند تحليفه على الطاعة لان الناس لا يريدون به النهى عن جماع المرأة عادة كما لا يريدون النهى عن الاكل والشرب حلف لا يطلق امرأته فكل طلاق يضاف اليه يحنث به حتى لو وقع عليه طلاق بمضى مدة الايلاء يحنث لا عما لا يضاف اليه فلا يحنث بتفريق القاضى للعنة واللعان ولا باجازة خلع الفضولى بالفعل ويحنث لو أجازه بالفعل قال امرأته طالق ثلاثا ان دخلت الدار اليوم فشهد شاهدان انه دخلها اليوم فقال عبده حران كانا رأيانى دخلت الدار لم يعتق عبده بقولهما رأياه دخل حتى يشهد آخران غيرهما أن الاولين رأياه دخل ادعت انها امرأته فحلف بطلاق بقرية زوجة أخرى له ماهى امرأته فأقامت بينة انها امرأته فقال كانت امرأتى وطلقتها لا يحنث حلف ماله عليه شئ فشهدا أن له عليه ألفا وقضى بها القاضى يحنث فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد حتى لو كان الحلف بطلاق فرق بينهما عند أبى يوسف خلافا له بخلاف ما لو شهدا أنه أقرضه ألفا والمسئلة بحالها لا يحنث فى قولهما حلف بطلاق ولا يدرى حلف بواحدة أو أكثر يتحرى ويعمل بما يقع عليه التحرى فان استوى ظنه يأخذ بالاكثر احتياطا قال عمرة طالق الساعة أو زينب ان دخلت الدار لم يقع الطلاق على احداهما حتى تدخل الدار فاذا دخلت احداهما خير فى ابقائه على أيهما شاء ولو اتهمت امرأة بالسرقة فأمرت زوجها أن يحلف بطلاقها انها لم تسرق فحلف فقالت قد كنت سرقت فللزوج أن لا يصدقها لانها صارت متناقضة حلف ان لم يجامع امرأته ألف مرة فهى طالق قالوا هذا على المبالغة ولا تقدير فيه والسبعون كثير حلف لا يكلم ابن فلان وليس لفلان ابن فولد له ابن فكلمه يحنث فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ولا يحنث فى قول محمد والاصل انه يعتبر وجود الولد وقت اليمين وهما وقت التكلم اه كمال رحمه الله

بقربة مقصودة بل هو وسيلة اليها كالوضوء والسعي والنذر بما ليس بقربة مقصودة لا يجوز ولا يجب وانما يجوز بقربة مقصودة ولها نظير من الواجبات في الشرع لان ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى فان لم يوجبه الشرع لا يوجبه العبد وجه الاستحسان ان هذه العبارة صارت كناية عن ايجاب الاحرام عرفا وشرعا اذ الناس تعارفوا التزام الاحرام بهذه العبارة وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أخت عقبة حين نذرت أن تمشي الى بيت الله الحرام أن تحرم بحجة أو عمرة ولا فرق بين أن يكون الناذر في الكعبة أو خارجا منها لان هذا اللفظ صار كناية عن التزام الاحرام والالتزام لا يختلف باختلاف الاماكن وكذا اذا قال علي المشي الى مكة يلزمه الاحرام بأحدهما للعرف فاذا لزمه فله الخيار ان شاء مشى وهو أكمل وفيه ايفاء بما التزمه كما التزمه وقال عليه الصلاة والسلام من حج ماشيا فله بكل خطوة حسنة من حسنات الحرم قيل وما حسنات الحرم قال واحدة بسبعمائة ولان هذا اللفظ وان كان عبارة عن الالتزام لكن فيه نص على المشي وفي المشي فضيلة فتراعى تلك الصفة لفضيلتها بخلاف ما اذا نذر أن يضرب بثوبه حطيم الكعبة فانه عبارة عن التزام التصدق به بمكة ولا يلزمه أن يضرب به الحطيم لعدم التقرب بالضرب وان شاء ركب وذبح شاة لقوله عليه الصلاة والسلام مرها فلتركب ولترق دما وكانت نذرت أن تحج ماشية وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط أن من حلف بالمشي الى بيت الله تعالى وهو ينوي مسجدا من المساجد سوى المسجد الحرام لم يلزمه شيء لان المنوي من محتملات لفظه اذ المساجد كلها بيوت الله تعالى على معنى انها تحررت عن حقوق العباد فكانت معدة لاقامة طاعته تعالى قال رحمه الله (بخلاف الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى أو المشي الى الحرم أو الصفا والمروة) أي بخلاف ما اذا قال علي الخروج أو الذهاب الى بيت الله تعالى أو علي المشي الى الحرم أو الى الصفا والمروة حيث لا يلزمه شيء بهذه العبارة وكذا اذا قال علي المشي الى المسجد الحرام لا يلزمه شيء لان التزام الحج أو العمرة بهذه العبارات غير متعارف واللزوم للعرف ولا يمكن ايجابه باعتبار حقيقة اللفظ فامتنع أصلا وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقالا في قوله علي المشي الى الحرم أو الى المسجد الحرام عليه حجة أو عمرة لان الحرم والمسجد الحرام شامل للبيت فصار ذكره كذكره بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه وجوابه ما ذكرنا أن المعتبر فيه العرف وليس فيه عرف ولا مدخل للقياس فيه ولهذا لا يلزمه بلفظة الذهاب والخروج وان قال الى بيت الله تعالى قال رحمه الله (عبده حر ان لم يحج العام فشهدا بنحره بالكوفة لم يعتق) أي لو قال لعبده ان لم أحج هذه السنة فأنت حر ثم قال حججت وشهد شاهدان انه ضحى العام بالكوفة لم تقبل الشهادة ولا يعتق وقال محمد يعتق لان هذه شهادة قامت على أمر معلوم وهو التضحية ومن ضرورته انتفاء الحج فيتحقق الشرط وهو عدم الحج ولهما أن هذه شهادة قامت على النفي فلا تقبل كما لو شهدا أنه لم يحج وهذا لان الشهادة بالتضحية باطلة اذ لا مطالب لها وهي لا تدخل تحت الحكم أيضا فبقي النفي مقصودا والشهادة على النفي مقصودا باطلة فان قيل الشهادة بالنفي انما لا تقبل اذا لم يحط بها علم الشاهد وأما اذا أحاط بها فتقبل وهنا أحاط بها علم الشاهد لان من ضرورة ثبوت التضحية انتفاء الحج فصار نظير شهادتهما على رجل انه قال المسيح ابن الله ولم يقل قول النصارى وهو يقول وصلت به قول النصارى قبلت هذه الشهادة لاحاطة علم الشاهد به فكذا هنا قلنا اختلاف

(قوله بخلاف الصفا والمروة لانهما منفصلان عنه) أي عن البيت اه (قوله وان قال الى بيت الله تعالى) قال الاتقاني اعلم أن مسائل هذا الفصل على ثلاثة أوجه في وجه يلزمه اما حجة أو عمرة في قولهم جميعا وفي وجه لا يلزمه شيء بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه أما الوجه الذي يلزمهم بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي المشي الى بيت الله أو علي المشي الى الكعبة أو علي المشي الى مكة وفي رواية النوادر الى بكة وكل ذلك متعارف وأما الوجه الذي لا يلزمه شيء بالاتفاق فهو ما اذا قال لله علي الخروج الى بيت الله وكذا اذا ذكر لفظ السعي أو السفر أو الذهاب أو الركوب أو الاتيان لعدم العرف وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا قال لله علي المشي الى الحرم أو المسجد الحرام قال أبو حنيفة لا يلزمه شيء وقال صاحباه يلزمه اما حجة أو عمرة وجه قولهما ان الحرم أو المسجد الحرام يشمل كل واحد منهما البيت فاذا ذكر البيت وحده يلزمه فكذا اذا ذكر ما يشمله ووجه قول أبي حنيفة ان في لفظ المشي ليس ما ينبئ عن الحج أو العمرة الا ان في النذر بالمشي الى بيت الله أو الى الكعبة أو الى مكة ثبت الحكم بالاجماع خارجا عن القياس فبقي الباقي على أصل القياس لعدم العرف ولهذا لو قال لله علي المشي الى الصفا أو الى المروة أو الى باب بني شيبة لا يلزمه شيء بالاتفاق اه (قوله لان الشهادة بالتضحية باطلة الخ) قال الاتقاني ولئن قال الشهادة على التضحية وهي اثبات فمن ضرورتها يلزم عدم الحج ضمنا والضمنيات لا تعلل قلنا الشهادة على الاثبات انما تقبل اذا كانت مما يدخل تحت القضاء والتضحية لا تدخل تحت القضاء فلا تقبل الشهادة عليها وذلك لانه لا مطالب لها من جهة العباد فلا تدخل تحت القضاء لانها ان كانت تطوعا فظاهر وان كانت واجبة فالقاضي لا يجبر عليها فثبت عدم المطالب فلما انتفت الشهادة على التضحية ثبت أنها قامت على نفي الحج والشهادة على نفي الحج لا تقبل لما قلنا اه (قوله اذ لا مطالب لها) أي لان المدعي وهو العبد لا حق له فيها يطلبه لان العتق لم يعلق بها وما لا مطالب له لا يدخل تحت القضاء واذا بطلت الشهادة على التضحية بقيت في الحاصل على نفي الحج مقصودا والشهادة على النفي باطلة اه كمال

(قوله أو بنيا على ظاهر العدم) حاصل الجواب ان هذا نفي يحيط به علم الشاهد لكنه لا يميز بين نفي ونفي في عدم القبول بان يقال النفي اذا كان كذا صحت الشهادة به وان كان كذا لا تصح تيسيرا ودفعا للحرج اللازم في تمييز نفي من نفي اه (قوله ولا يفرق بين نفي ونفي تيسير اللامر الخ) قال الكمال رحمه الله وأما مسئلة السير فالقول باعتبار أنها شهادة على السكوت الذي هو أمر وجودي فصار كشهود الارث اذا قالوا نشهد انه وارثه لا نعلم له وارثا غيره حيث يعطى له كل التركة لانها شهادة على الارث والنفي في ضمنه والارث مما يدخل تحت القضاء فأما النحر وان كان وجوديا ونفي الحج في ضمنه لكنه لا يدخل تحت القضاء كما ذكر فكانت الشهادة كعدمها في حقه فكان النفي هو المقصود بها وأما ما في المبسوط من أن الشهادة على النفي تقبل في الشروط حتى لو قال لعبده ان لم تدخل الدار فأنت حر فشهد أنه لم يدخلها قبلت ويقضى بعتقه وما نحن فيه من قبيل الشروط فاجيب عنه بانها قامت بامر ثابت معاين وهو كونه خارجا فيثبت النفي ضمنا ولا يخفى أنه يرد عليه أن العبد كما لا حق له في التضحية اذا لم تكن هي شرط العتق فلم تصح الشهادة بها كذلك لا حق له في الخروج لانه لم يجعل الشرط بل عدم الدخول كعدم الحج في مسئلتنا فلما كان المشهود به مما هو موجود متضمن للمدعى به من النفي المجعول شرطا قبلت الشهادة عليه وان كان غير مدعى به لتضمنه المدعى به كذلك يجب قبول شهادة التضحية المتضمنة للنفي المدعى به فقول محمد رحمه الله أوجه اه (قوله فأقام البينة انه لم يدخل تقبل) أي ويقضى بعتقه اه (قوله وقد وجد) أي تمام حقيقته اه (قوله وبعدها تكرار) قال الكمال ولان بمجرد الشروع في الفعل اذا تمت حقيقته يسمى فاعلا ولذا نزل ابراهيم عليه الصلاة والسلام ذابحا حيث أمر السكين في محل الذبح فقيل له قد صدقت الرؤيا بخلاف ما اذا كانت حقيقته تتوقف على أفعال مختلفة كالصلاة ولذا قال فيمن حلف لا يصلي انه اذا قام وركع وسجد حنث اذا قطع ولو قطع بعد الركوع لا يحنث لم يدخل في الوجود تمام حقيقتها اه (قوله لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء) أي نهيا يمنع الصحة لو فعلت ومن فروع هذه ما في الذخيرة قال لعبده ان صليت ركعة فأنت حر فصلى ركعة ثم تكلم لا يعتق يوم ولو صلى ركعتين عتق بالركعة الاولى لانه في الصورة الاولى ما صلى ركعة لانها بتيراء بخلاف الثانية وهذه المسئلة مذكورة في نوادر ابن سماعة عن أبي يوسف فقال بعض المتأخرين تبين بهذه أن المذكور في الجامع قول محمد يعني وحده وهو غير لازم فان المذكور عن أبي يوسف حلف لا يصلي ركعة فصلاة الركعة حقيقة دون مجرد الصورة لا تحقق الا بضم أخرى اليها والمذكور في الجامع الصغير حلف لا يصلي ولم يقل ركعة والبتيراء تصغير البتراء تأنيث الابتر وهو في الاصل مقطوع الذنب ثم صار يقال للناقص وفي البيع يحنث بالفاسد بخلاف النكاح والفرق غير خاف ثم اذا حلف لا يصلي صلاة فهل يتوقف حنثه على قعوده قدر التشهد بعد الركعتين اختلفوا فيه والاظهر انه ان عقد يمينه على مجرد الفعل وهو اذا حلف لا يصلي صلاة يحنث قبل القعدة لما ذكرته وان عقدها على الفرض كصلاة الصبح أو ركعتي الفجر ينبغي أن لا يحنث حتى يقعد اه كمال وكتب على قوله البتيراء ما نصه أي الركعة الواحدة اه كافي كمال (قوله وقالا ليس عليه أن يهدي الا اذا غزلته من قطن كان الخ) قال في الكافي ولا خلاف أن القطن أو الغزل اذا كان في ملكه يوم حلف والمسئلة بحالها انه هدي ومعنى الهدي التصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها اه قال الكمال ومعنى الهدي هنا ما يتصدق به بمكة لانه اسم لما يهدى اليها فان

شهادتهما أنه لم يحج لانا لا ندري هل شهدا عن علم أو بنيا على ظاهر العدم قلنا البينات شرعت للاثبات دون النفي فترد ولا يفرق بين نفي ونفي تيسيرا للامر ودفعا للحرج بخلاف المستشهد به فان ذلك شهادة على أمر محسوس وهو السكوت فان قيل الشهادة على النفي في الشروط مقبولة كما اذا قال لعبده ان لم تدخل الدار اليوم فأنت حر فأقام البينة أنه لم يدخل تقبل ذكره في المبسوط قلنا هو الآخر معاين وهو كونه في خارج الدار قال رحمه الله (وحنث في لا يصوم بصوم ساعة بنية) أي لو حلف لا يصوم فنوى الصوم وأمسك ساعة ثم أفطر يحنث لوجود الشرط اذ الصوم هو الامساك عن المفطرات على قصد التقرب وقد وجد لان الشارع في الفعل يسمى فاعلا ثم بالافطار بعد ذلك لا يرتفع الحنث المتقرر ولان الامساك المستمر تكرار وتكرار الفعل المحلوف عليه ليس بشرط للحنث قال رحمه الله (وفي صوما أو يوما بيوم) أي يحنث في يمينه لا يصوم صوما أو يوما بصوم يوم لانه ذكر الصوم مطلقا فينصرف الى الكامل وهو المعتبر والمفيد لحكمه شرعا وفي قوله يوما تصريح في تقديره باليوم فلا يحنث فيهما الا بصوم يوم كامل قال رحمه الله (وفي لا يصلي بركعة) أي في يمينه لا يصلي يحنث بركعة وهو ما اذا قيدها بسجدة ولا يحنث ما لم يقيدها بها والقياس أن يحنث بالشروع اعتبارا بالصوم وجه الاستحسان أن الصلاة عبارة عن أركان مختلفة فما لم يأت بجميعها لا تسمى صلاة ألا ترى أنه لا يقال صلى ركوعا ولا صلى سجودا وانما يقال صلى ركعة وهي تشتمل على الاركان كلها وبعدها تكرار بخلاف الصوم لان الامساك ركن واحد ويتكرر ذلك بعده ثم ان محمدا لم يذكر أنه متى يحنث واختلف المشايخ فيه قال بعضهم يحنث بنفس السجدة وقال بعضهم يحنث برفع الرأس منها قال رحمه الله (وفي صلاة بشفع) أي لا يحنث الا بشفع في يمينه لا يصلي صلاة لان الصلاة المطلقة تنصرف الى الكامل وهي الركعتان لنهيه عليه الصلاة والسلام عن البتيراء قال رحمه الله (ان لبست من غزلك فهو هدي فملك قطنا فغزلته ونسج فلبس فهو هدي) أي لو قال ذلك لامرأته كان الحكم كما ذكره وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا رحمهما الله ليس عليه أن يهدي الا اذا غزلته من قطن كان في ملكه

كان نذر هدى شاة أو بدنة فانما يخرجه عن العهدة ذبحه فى الحرم والتصدق به هنالك فلا يجزيه اهداء قيمته وقيل فى اهداء قيمة الشاة روايتان فلو سرق بعد الذبح ليس عليه غيره وان نذر ثوبا جاز التصدق فى مكة بعينه أو بقيمته وقال الاتقانى ثم الهدى اسم لما يهدى الى مكة أى ينتقل اليها للتصدق ثم اذا نذر أن يهدى ثوبا جازله أن يتصدق به على مساكين مكة وغيرهم ولو نذر أن يهدى نعما لا يجوز الا أن يهدى بمكة ويتصدق به ولو تصدق به حيا لا يجوز ولا يكون هديا حتى يذبح ثم اذا سرق لا شئ عليه كذا ذكر صاحب الاجناس وذلك لقوله تعالى ثم محلها الى البيت العتيق واذا نذر ما لا ينقل كالعقار يكون نذرا بالقيمة لتعذر نقل العين اه (قوله لان النذر لا يصح الا فى الملك) أى فيما هو فى الملك اه (قوله أو الى سببه) أى مثل ان اشتريت كذا فهو هدى أو فعلى ان اتصدق به اه فتح (قوله ولابى حنيفة ان الغزل سبب الملك) قال الكمال وله ان غزل المرأة عادة يكون من قطن الزوج لان المعتاد أن يشترى القطن فى البيت وهى تغزله فيكون المغزول ملكا له والمعتاد هو المراد بالالفاظ فالتعليق تعليق بسبب ملكه للزوج كأنه قال ان لبست ثوبا أملكه بسبب غزلك قطنه هو هدى ولا حاجة الى تقدير ملك القطن ولا الى الالتفات اليه اه (قوله ولهذا لو غزلته من قطن كان فى ملكه لخ) قال الكمال رحمه الله والواجب فى ديارنا أن يفتى بقولهما لان المرأة لا تغزل الا من كتان نفسها أو قطنها فليس الغزل سببا الملكه للغزول عادة فلا يستقيم جواب أبى حنيفة اه قلت جواب أبى حنيفة مستقيم فى حق بعض أهل الريف اه (قوله يحنث) وانما يحنث به لانه أضافه الى سبب الملك وهو غزل المرأة لا الى ملكيته لان القطن لم يصر مذكورا حتى يضاف اليه اه كافى (قوله حلى) الحلى بفتح الحاء وسكون اللام مفرد وجمعه حلى بضم الحاء وتشديد الياء على فعول كذا بخط الشارح (قوله مرصعا) الترصيع التركيب يقال تاج مرصع بالجواهر اه (قوله وعندهما يحنث) وبقولهما قالت الائمة الثلاثة اه فتح قال الاتقانى قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير وقيل على قياس قوله لا بأس بان يلبس الغلمان اللؤلؤ وكذلك الرجال وقاس أبو حنيفة اللؤلؤ بالذهب والفضة لانه لا يكون حليا الا بصيغة تصاغ فكذا اللؤلؤ لا يكون حليا الا بالترصيع قال الصدر الشهيد فعلى هذا اذا علقت المرأة فى عنقها شيأ من الذهب غير مصوغ لا يحنث اه (قوله والعادة هى المعتبرة فى الايمان) أى لا استعمال القرآن اه (قوله ولو كان حليا من كل وجه لما حل) أى لان التزين بالذهب والفضة حرام على الرجال ولو لبس خلخالا أو دملوجا أو سوارا يحنث سواء كان من ذهب أو فضة اه كافى (قوله يحنث وهو الصحيح) قال الكمال وقيل لا يحنث بخاتم الفضة مطلقا وان كان مما يلبسه النساء وليس ببعيد لان العرف فى خاتم الفضة نفى كونه حليا وان كان زينة وان كان من ذهب اه

يوم حلف لان النذر لا يصح الا فى الملك أو مضافا اليه أو الى سببه لقوله عليه الصلاة والسلام لا نذر فيما لا يملك ابن آدم ولم يوجد واحد منها اذ غزل المرأة واللبس ليسا من أسباب الملك فصار نظير ما لو قال ان تسريت أمة فهى حرة على ما مر ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الغزل سبب للملك ولهذا يملك به الغاصب وغزل المرأة من قطن الزوج سبب لملك الزوج عادة ولهذا لو اشترى قطنا وغزلته ونسجته بغير اذنه كان ملكا له بحكم العرف لانها لا تغزله عادة الا له والمعتاد كالمشروط ولولا ذلك لكان ملكا لها كما لو غزله الاجنبى فاذا كان سببا للملك يكون ذكره ذكرا للملك كسائر أسباب الملك ولهذا لو غزلته من قطن كان فى ملكه يوم حلف ونسجته ولبسه يحنث بخلاف مسئلة التسرى فان التسرى ليس بسبب للملك على ما بيناه فى موضعه فلم يكن ذكره ذكرا للملك قال رحمه الله (لبس خاتم ذهب أو عقد لؤلؤ لبس حلى) أما الذهب فلانه لا يستعمل الا للتزين فكان لبسه لبس الحلى ولهذا حرم استعماله على الرجال فكان كاملا فى معنى التحلى فيدخل تحت مطلق اسم الحلى حتى لو حلف لا يلبس حليا فلبس خاتم ذهب يحنث لما ذكرنا وأما عقد اللؤلؤ فالمذكور هنا على اطلاقه قولهما وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فليس بحلى الا اذا كان مرصعا حتى لا يحنث فى يمينه لا يلبس حليا بلبس غير المرصع منه وعندهما يحنث لان اللؤلؤ الخالص يدخل تحت اسم الحلى قال الله تعالى وتستخرجون منه حلية تلبسونها وانما يستخرج من البحر اللؤلؤ الخالص وقال تعالى يحلون فيها من أساور من ذهب ولؤلؤ ولابى حنيفة رحمه الله ان العادة لم تجر بالتحلى به الا مرصعا بذهب أو فضة والعادة هى المعتبرة فى الايمان ثم قيل على قياس قوله لا بأس للرجال بلبس اللؤلؤ الخالص وقيل هذا اختلاف عصر وزمان فكل أفتى بما عاين فى زمانه وقال فى الكافى قولهما أقرب الى عرف ديارنا فيفتى بقولهما لان التحلى به على الانفراد معتاد وعلى هذا الخلاف اذا لبس عقد زبرجد أو زمرد غير مرصع قال رحمه الله (لا خاتم فضة) أى لا يكون لبس خاتم فضة لبس حلى حتى لو حلف لا يلبس حليا لا يحنث بلبسه لانه ليس بحلى كامل لان الحلى تستعمل للتزين فقط وهذا يستعمل له ولغيره ولهذا حل للرجل ولو كان حليا من كل وجه لما حل واذا لم يكن حليا كاملا لا يدخل تحت مطلق الاسم عرفا ولا شرعا وذكر فى النهاية معزيا الى الفوائد الظهيرية أن خاتم الفضة اذا صيغ على هيئة خاتم النساء بأن كان ذا فص يحنث وهو الصحيح قال رحمه الله (لا يجلس على الارض) أى حلف لا يجلس على الارض (فجلس على بساط أو حصير أو لا ينام على هذا الفراش فجعل فوقه فراش آخر فنام عليه أو لا يجلس على سرير فجعل فوقه سريرا آخر لا يحنث) لان الجالس على البساط أو الحصير لا يعد جالسا على الارض عادة فانقطعت النسبة الى الارض فلا يحنث بخلاف ما اذا حال بينه

(قوله يقال نائم على فراشين) أى ولا يقال جلس على سريرين ان كان أحدهما فوق الآخر اه اتقانى (قوله فسلم على جمع هو فيهم) أى بقوله سلام عليكم اه كافى (قوله وقوله لا يجلس على سرير ليس على ظاهره) قال صاحب الهداية ومن حلف لا ينام على فراش قال الكمال أى فراش معين فانه قال فى غير هذا الكتاب على هذا الفراش وبدليل قوله وان جعل فوقه فراشا آخر فنام عليه لا يحنث اه قال الاتقانى فلو كان المراد منه منكرا حنث لانه نام على فراش اه (قوله وعلى هذا لو حلف لا ينام على هذا السطح أو الدكان الخ) ولو بنى دكانا فوق الدكان أو سطحا فوق السطح انقطعت النسبة عن الاسفل فلا يحنث بالجلوس على الاعلى ولذا كرهت الصلاة على سطح الكنيف والاصطبل ولو بنى على ذلك سطحا آخر (١٥٦) فصلى عليه لا يكره قاله الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع وفى كافى الحاكم حلف لا يمشى على الارض فمشى عليها بنعل أو خف حنث وان حلف على بساط لم يحنث وان مشى على أحجار حنث لانها من الارض اه كمال

وبين الارض ثوبه وهو لابسه حيث يحنث لانه تبع له فلا يعتبر حائلا الا اذا نزعه وفرشه على الارض وجلس عليه فانه حينئذ يكون كالفراش وكذا النوم على فراش فوق فراش أو الجلوس على سرير فوق سرير لا يعد جالسا ولا نائما على الفراش الاسفل أو على السرير الاسفل وذكر فى الكافى معزيا الى المختلف ان عند أبى يوسف رحمه الله يحنث فى الفراش فوق الفراش لانه نائم عليهما عرفا يقال نائم على فراشين فصار كمن حلف لا يكلم فلانا فسلم على جمع هو فيهم وقوله لا يجلس على سرير ليس على ظاهره لانه لو كان السرير المحلوف عليه نكرة كما ذكره يحنث بالجلوس على السرير الاعلى لان اللفظ المنكر يتناوله وانما لا يحنث اذا كان السرير المحلوف عليه معينا بان حلف لا يجلس على هذا السرير فجعل فوقه سريرا آخر فجلس عليه لانه غيره قال رحمه الله (ولو جعل على الفراش قرام أو على السرير بساط أو حصير حنث) لانه يعد جالسا ونائما على الفراش والسرير عادة وعلى هذا لو حلف لا ينام على هذا السطح أو الدكان أو لا يجلس فبسط عليه فراشا أو حصيرا فنام عليه أو جلس حنث لانه يعد نائما وجالسا عليهما والنوم والجلوس عليهما هكذا يكون عادة ألا ترى أنه لو حلف لا يركب هذا الفرس فوضع عليه سرجا فركبه حنث بخلاف الفراش على الفراش أو السرير على السرير لان الاعلى مثل الاسفل فلا يكون تبعا له وبخلاف ما اذا حلف لا يجلس على الارض حيث لا يحنث بالجلوس على الفراش والفارق العرف والله أعلم

﴿ باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك ﴾

والاصل فيه أن ما شرك الميت فيه الحى يقع اليمين فيه على حالة الحياة والموت وما اختص بحالة الحياة تقيد بها قال رحمه الله (ان ضربتك وكسوتك وكلمتك ودخلت عليك فعبدى حر تقيد بالحياة) أى لو قال ان ضربتك أو كسوتك أو دخلت عليك فعبدى حر تقيد بحياة المخاطب حتى لو فعل هذه الاشياء بعد موت المخاطب لم يحنث لان هذه الاشياء لا تتحقق فى الميت وهذا لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن وبعد الموت لا يتصور ذلك ومن يعذب فى القبر توضع فيه الحياة فى الصحيح وان اختلفوا فى كيفية تلك الحياة ولا يرد علينا أن أيوب عليه الصلاة والسلام أمر أن يضرب امرأته بالضغث وهو غير مؤلم لانه حزمة صغيرة من حشيش أو ريحان لانه جاز أن يكون مختصا به اكراما له وتخفيفا عليها وقيل الضغث قبضة من أغصان الشجر فعلى هذا لا اشكال فيه والكسوة يراد بها التمليك عند الاطلاق ومنه الكسوة فى الكفارة وهو لا يتحقق فى الميت ولهذا لو تبرع بكفنه أحد ثم أخرجه السيل أو السباع يكون للمتبرع لا لورثته لما قلنا بخلاف اللبس لانه عبارة عن الستر وهو يتحقق فى الميت حتى لو حلف لا يلبسه فألبسه بعد الموت يحنث لما قلنا الا أن ينوى بالكسوة الستر فانه حينئذ يحنث والكلام يراد به الافهام وهو لا يتحقق فى الميت ولا

﴿ باب اليمين فى الضرب والقتل وغير ذلك ﴾

(قوله وهذا لان الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل بالبدن) أى أو استعمال آلة التأديب فى محل قابل للتأديب والايلام والادب لا يتحقق فى الميت لانه لا يحس ولذا كان الحق أن الميت المعذب فى قبره توضع فيه الحياة بقدر ما يحس بالالم والبنية ليست بشرط عند أهل السنة حتى لو كان متفرق الاجزاء بحيث لا تتميز الاجزاء بل هى مختلطة بالتراب فعذب جعلت الحياة فى تلك الاجزاء التى لا يأخذها البصر وان الله على ذلك لقدير والخلاف فيه ان كان بناء على انكار عذاب القبر والا فلا يتصور من عاقل القول بالعذاب مع عدم الاحساس اه (قوله فى الصحيح) احتراز عن قول الكرامية والصالحية اه اتقانى (قوله وان اختلفوا فى كيفية تلك الحياة) فقيل توضع فيه الحياة بقدر ما يتألم لا الحياة المطلقة وقيل توضع فيه الحياة من كل وجه اه (قوله بالضغث) والضغث فى اللغة ما جمعته بكفك من نبات الارض فانتزعته قال الشاعر * وجمعت ضغثا من خلا متطيب * كذا قال صاحب الجمهرة اه اتقانى (قوله والكسوة يراد بها التمليك) أى فى لغة العرب اه اتقانى (قوله عند الاطلاق) أى يقال كسا الامير فلانا أى ملكه اه كافى (قوله ومنه الكسوة فى الكفارة) أى فلو أنه كسا عشرة أموات عن كفارة يمينه لم تجزه لعدم التمليك يؤيده ان الرجل لو قال كسوتك هذا الثوب يصير هبة قال الفقيه أبو الليث لو كانت يمينه بالفارسية ينبغى أن يحنث لان هذا اللفظ بالفارسية يراد به اللبس ولا يراد به التمليك اه اتقانى (قوله حتى لو حلف لا يلبسه) أى لو حلف لا يلبس فلانا ثوبا فألبسه بعد موته يحنث اه (قوله لما قلنا) يعنى بخلاف الكسوة اه (قوله وهو لا يتحقق فى الميت) أى فلو كلمه بعد موته لا يحنث اه

(قوله لانا نقول) أي هو غير ثابت فانه لما بلغ هذا الحديث عائشة رضي الله عنها قالت كذبتم على رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وما أنت بمسمع من في القبور اهـ كافي (قوله ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء) أي لا لافهام الموتى اهـ (قوله فأخبرنا عندكم) أي وبانه مخصوص بأولئك تضعيفا للحسرة عليهم لكن بقي أنه روي أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الميت ليسمع خفق نعالهم اذا انصرفوا ولينظر في كتاب الجنائز من هذا الشرح اهـ فتح (قوله أو زيارته) ألا ترى أنه لا يقال دخل على دابة أو دخل على حائط فما لم يكن الدخول على شيء دخولا عليه اذا لم يكن من أهل اليمين لم يحنث في يمينه لا يدخل على فلان اذا دخل عليه بعد الموت وهذا لان زيارة عين الميت لا تكون لان المزور قبره لا عينه ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم كنت نهيتكم عن زيارة القبور ألا فزوروها قال في شرح الطحاوي الاصل في هذا أن كل فعل يلذ ويؤلم ويغم ويسر يقع على الحياة دون الممات كالضرب والشتم والجماع والكسوة والدخول عليه اهـ اتقاني قال الكمال ومثله التقبيل اذا حلف لا يقبلها فقبلها بعد الموت لا يحنث وتقبيله عليه الصلاة والسلام عثمان بن مظعون بعد ما أدرج في الكفن محمول على ضرب من الشفقة والتعظيم وقيل ان عقد يمينه على تقبيل ملتح يحنث أو على امرأة لا يحنث وهو على الوجه اهـ (قوله كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها) أي ولم يقل عن زيارة الموتى اهـ فتح (قوله والمقصود منه التطهير) قال الكمال أو ازالة الوسخ والكل يتحقق في حالة الموت كالحياة اهـ (قوله في المتن لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) قال الكمال وكذا لو وجأها أو قرصها وعن بعض المشايخ ينبغي أن لا يحنث بذلك لانه لا يتعارف ضربا وأجيب بما علل به في الكتاب وهو أن الضرب اسم لفعل مؤلم يتصل به وهذه الاشياء كذلك وفي المنتقى حلف لا يضرب فلانا فنفض ثوبه فأصاب وجهه أو رماه بحجر فأدماه أو نشابة فأصابته لا يحنث واستشكل بين الضرب بانها اما ان تعلقت بصورة الضرب عرفا فهو ايقاع آلة التأديب في محل قابل له فيجب أن لا يحنث بالخنق ومد الشعر والعض لانه لا يتعارف ضربا أو بمعناه وهو الايلام فيجب أن يحنث بالرمي بالحجر أو بهما فيحنث بالضرب مع الايلام ممازحة لكنه لا يحنث وهو اشكال وارد وما أجيب به من أن شرط الحنث حصول المحلوف عليه وهو الضرب لفظا وعرفا مثاله حلف لا يبيع كذا بعشرة فباعه بتسعة لا يحنث لانه ان وجد شرط الحنث عرفا لكن لم يوجد شرط الحنث لفظا لان مقصوده أن لا يبيع بعشرة أو بأقل بل بأكثر ولو باعه بأكثر لا يحنث لانه وان وجد شرط الحنث لفظا لانه لما باعه بأحد عشر فقد باعه بعشرة أيضا لكنه لم يوجد عرفا فلا يحنث غير دافع بقليل تأمل ثم قال فخر الاسلام وغيره هذا يعني الحنث اذا كان في الغضب أما اذا فعل في الممازحة فلا يحنث ولو أدماها لكن لا على قصد الادماء بل وقع خطأ في الممازحة باليد وعن الفقيه أبي الليث أنه قال هذا اذا كانت بالعربية أما اذا كانت بالفارسية لا يحنث بمد الشعر والخنق والعض والحق أن هذا هو الذي يقتضيه النظم في العربية أيضا الا أنه خلاف المذهب اهـ (قوله لان يمينه تنعقد) أي على حياة يحدثها الله وهو ممكن بالنظر الى قدرة الله تعالى لكنه يحنث في الحال وتجب عليه الكفارة لعجزه عادة عن قتله اهـ اتقاني (قوله اذا الروح لا تموت)

يقال انه عليه الصلاة والسلام قال لقتلى بدر من المشركين هل وجدتم ما وعد ربكم حقا فلولا أنه فيه متحقق لما قال لهم ذلك لانا نقول ردت عائشة رضي الله عنها هذا الحديث وقالت قال الله تعالى انك لا تسمع الموتى وقال تعالى وما أنت بمسمع من في القبور فلم يثبت ولئن ثبت فهو مختص بالنبي صلى الله عليه وسلم ويجوز أن يكون ذلك لوعظ الاحياء ونظيره ما روي عن علي رضي الله عنه كان اذا أتى المقابر قال عليكم السلام ديار قوم مؤمنين أما نساؤكم فقد نكحت وأموالكم فقد قسمت ودياركم فقد سكنت فهذا خبركم عندنا فما خبرنا عندكم وكان يقول سل الارض من شق أنهارك وغرس أشجارك وجنى ثمارك فان لم تجبك جوابا أجابتك اعتبارا وكان ذلك على سبيل الوعظ للاحياء لا على سبيل الخطاب للموتى والجمادات والغرض من الدخول اكرامه بتعظيمه أو اهانته بتحقيره أو زيارته ولهذا لو لم يقصده بالدخول بأن دخل على غيره أو لحاجة أخرى أو دخل عليه في موضع لا يجلس فيه للزيارة كالمسجد والظلة والدهليز لا يكون دخولا عليه الا اذا اعتاد الجلوس فيه للزيارة ولا يتحقق الكل بعد الموت لانه لا يزار هو وانما يزار قبره قال عليه الصلاة والسلام كنت نهيتكم عن زيارة القبور فزوروها قال رحمه الله (بخلاف الغسل والحمل والمس) أي بخلاف ما اذا حلف لا يغسل فلانا أو لا يحمله أو لا يمسه حيث يحنث اذا فعل به ذلك بعد موته لان هذه الاشياء تتحقق في الميت كما تتحقق في الحي وهذا لان الغسل هو الاسالة والمقصود منه التطهير والميت يطهر بالغسل ألا ترى أنه اذا حمله رجل وصلى لا يجوز قبل الغسل وبعده يجوز وكذا الصلاة عليه قبل الغسل لا تجوز فلا ينافيه الموت وكيف ينافيه وغسله واجب على الاحياء والحمل يتحقق بعد الموت قال عليه الصلاة والسلام من حمل ميتا فليتوضأ والمس للتعظيم أو الشفقة فيتحقق بعد الموت قال رحمه الله (لا يضرب امرأته فمد شعرها أو خنقها أو عضها حنث) أي لو حلف لا يضربها ففعل بها هذه الاشياء يحنث لان الضرب اسم لفعل مؤلم وقد تحقق وقيل هذا اذا كانت هذه الاشياء في حالة الغضب وان كانت في الملاعبة لا يحنث لانه يسمى ممازحة لا ضربا عادة وقيل اذا كانت يمينه بالفارسية لا يحنث بهذه الاشياء قال رحمه الله (ان لم أقتل فلانا فكذا وهو ميت ان علم به حنث) أي اذا قال شخص ان لم أقتل فلانا فامرأتي طالق وفلان ميت فان كان الحالف عالما بموته حين حلف حنث للحال لان يمينه تنعقد لتصور البر فيه لان الله تعالى قادر على اعادة الحياة فيه اذ الروح لا تموت فيمكن قتله ثم يحنث للحال للعجز عادة كمسألة صعود السماء قال رحمه الله (والا لا) أي ان لم يعلم بموته

لكنه زال عن قلب فلان اهـ كافي (قوله فيصير نظير مسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء) أى فعنده تنعقد و يحنث وعليه الكفارة وعند أبى حنيفة ومحمد لا كفارة لانه لا حنث اذ لا انعقاد اهـ فتح (قوله في المتن ليقضين دينه اليوم) قال الكمال رحمه الله ومن حلف ليقضين دينه الى قريب أو عاجلا فهو مادون الشهر فان أخره الى الشهر حنث وان قال الى بعيد أو آجلا فهو على الاكثر من شهر وعلى الشهر أيضا ولكنه قصد الطباق بين قوله مادون الشهر وما فوقه فلا يحنث الا اذا مات لشهر فصاعدا من حين حلف سنة أو أكثر بلا غاية محدودة الا الموت فان مات لا قل منه فلا حنث عليه على مقتضى ما ذكروا وقال الشافعي وأحمد ليس في عين القريب والبعيد تقدير لانه اضافى فكل مدة قريبة بالنسبة الى ما بعدها و بعيدة بالنسبة الى مادونها ومدة الدنيا كلها قريبة باعتبار و بعيدة باعتبار آخر وانما يحكم بحنثه اذا مات قبل أن يقضيه وقلنا هنا وجهان من الاعتبار اعتبار الاضافة ولا ضبط فيها كما ذكرت واعتبار العرف وعليه مبنى الايمان والعرف

وقت الحلف لا يحنث لانه عقد يمينه على حياة كانت فيه وذلك لا يتصور فيصير نظير مسئلة الكوز اذا لم يكن فيه ماء وهذا قولهما وعند أبى يوسف يحنث لان التصور ليس بشرط عنده لانعقاد اليمين كما بينا في مسئلة الكوز الا أنه لا فرق فيها بين العلم وعدمه على الصحيح خلافا لما يقوله مشايخ العراق لانه عقد يمينه على شرب ماء مفقود في الكوز والله تعالى وان أحدث فيه ماء فليس هو ذلك الماء الذى كان فيه وقت الحلف بخلاف مسئلة القتل اذا كان يعلم بموت فلان لانه عقد يمينه على فعل القتل في فلان فاذا أحياه الله تعالى فهو فلان فكان ما عقد عليه متوهما ونظير مسئلة الكوز أن يقول والله لاقتلن هذا الميت فان يمينه لا ينعقد لما أنه عقدها على تفويت حياة ليست بموجودة زمان الحلف فلو أحدث الله فيه حياة لا تكون هى حياة حلف على تفويتها لان هذه موجودة وتلك معدومة قال رحمه الله (ومادون الشهر قريب وهو وما فوقه بعيد) لان مادون الشهر يعد قريبا عادة والشهر وما فوقه يعد بعيدا عادة حتى لو حلف ليقضين دينه الى قريب فهو مادون الشهر وان قال الى بعيد فهو الشهر فما فوقه قال رحمه الله (ليقضين دينه اليوم فقضاه زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر) أى لو حلف ليقضين دين فلان اليوم فقضاه فوجدها زيوفا أو نبهرجة أو مستحقة بر في يمينه لان الزيوف دراهم حقيقة غير أن فيها عيبا والعيب لا يعدم الجنسية ولهذا لو تجوز بها صار مستوفيا وكذا لو تجوز به في رأس مال السلم و بدل الصرف يجوز ولولا أنه حقه لما جاز لانه يصير استبدالا به وهو لا يجوز فيهما فاذا كان المقبوض من حقه بر في يمينه ولا ينتقض البر المتحقق بانتقاض قضاء الدين لان شرط البر لا يحتمل الانتقاض وقبض المستحق صحيح حتى لو أجازه المستحق في الصرف والسلم بعد الافتراق جاز فقد وجد فيه شرط البر فيبر فان قيل ما الفرق بين القضاء والبر حيث قلتم ينتقض قضاء الدين بالرد أو بالاستحقاق ولا ينتقض البر قلنا لو لم ينتقض القبض لتضرر صاحب الدين ببطلان حقه لانه لا يمكنه استيفاء الجودة وحدها ولا استيفاء الجيد مع بقاء الاستيفاء الاول فتعين النقض ضرورة ليتمكن من أخذ حقه ولا حاجة الى نقضه في حق البر قال رحمه الله (ولو رصاصا أو ستوقة لا) أى لو وجده رصاصا أو ستوقة لا يبر في يمينه لانهما ليسا من جنس الدراهم ولهذا لو تجوز بهما لم يجز الا برضا الآخر بطريق الاستبدال ولو تجوز بهما في الصرف والسلم لا يجوز لحرمة الاستبدال وهذا لان الستوقة هى التى غلب عليها النحاس فصار حكمها حكم النحاس والزيوف هو الردىء من الدراهم يرده بيت المال والنبهرجة أردأ منه يرده التجار أيضا وان كان أكثره فضة والاقل ستوقة لا يحنث وبالعكس يحنث لان العبرة بالغالب قال رحمه الله (والبيع به قضاء) أى البيع بالدين قضاء للدين حتى يبر في يمينه ليقضين دينه لان قضاء الدين طريقه المقاصة

وقد

بعيدا الشهر بعيد الانه يقال ما رأيتك منذ شهر عند استبعاد مدة الغيبة فيه فعند الاطلاق وعدم النية يعتبر ذلك فأما ان نوى بقوله الى قريب والى بعيد مدة معينة فهو على مانوى حتى لو نوى بقوله الى قريب أو عاجلا سنة أو أكثر صحت نيته وكذا اذا قال الى آخر الدنيا لانها قريبة بالنسبة الى الآخرة اهـ (قوله برفى يمينه) قال الاتقانى سواء حلف على القبض أو على الدفع اهـ (قوله غير أن فيها) الذى في خط الشارح أن فيه اهـ (قوله ولهذا لو تجوز بها) أى تسامح اهـ (قوله فتعين النقض ضرورة الخ) قال الاتقانى وكذلك قبض الدراهم المستحقة صحيح ولهذا لو أجاز المالك جاز ولو ضمن له الدفع جاز فيحنث اذا أراد الزيف أو النبهرجة أو استرد المستحق انتقض القبض في حق كل حكم يقبل الانتقاض والبر لا يقبل الانتقاض ألا ترى أن مولى المكاتب اذا رد بدل الكتابة بسبب أنه زيف أو نبهرجة أو استرد البدل بالاستحقاق لا ينقض العتق فكذا هنا بخلاف ما اذا كانت الدراهم المقضية رصاصا أو ستوقة حيث يحنث اذا خرج اليوم ولم يستبدل الجياد في اليوم لان القضاء لم يقع بها لانها ليست من جنس الدراهم ولهذا لا يجوز أخذها في ثمن الصرف ولهذا لو وجد مولى المكاتب بدل الكتابة رصاصا أو ستوقة لا يعتق المكاتب اهـ (قوله في المتن أو ستوقة) قال الاتقانى والستوقة فارسية معربة ومعناها ثلاث طاقات لانها صفر مموه من الجانبين بالفضة قال الكمال والستوقة المغشوشة غشا زائدا وهى تعريب سى توقة أى ثلاث طبقات طبقتا الوجهين فضة وما بينهما نحاس ونحوه اهـ (قوله والنبهرجة) قال الكمال وغشها أكثر من الزيوف يرده من التجار المستقصى و يقبله السهل منهم اهـ (قوله في المتن والبيع به قضاء) أى باع الحالف المديون رب الدين بالدراهم التى لرب الدين على الحالف عبدا وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة

في الرجل يقول ان لم أقض دراهمك التي لك على فعبد ذي حر فباعه بها عبدا ثم يقضيه قال قد قضاه وقد بر وان وهبها له لم يبر وذلك لان قضاء الدين بالمقاصة وقد حصلت المقاصة فحصل القضاء فبر في يمينه بيانه أن حق رب الدين في الدين لا في العين والقضاء لا يتحقق في نفس الدين لانه وصف ثابت في الذمة ولكن ما يقبضه رب الدين من العين يصير مضمونا عليه لانه قبضه على وجه التملك لنفسه فكان دينا عليه للمديون ولرب الدين على المديون مثله فالتقى الدينان قصاصا وهذا معنى قول أصحابنا الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها اهـ اتقاني (قوله فكان آخرهما قضاء للاول) وكذا ذكر في كتاب الصلح عند قوله ولو اشترى بنصيبه شيأ وانظر ما سيأتي آخر هذا الباب قبيل كتاب الحدود اهـ (قوله وهذا المعنى قد تحقق بمجرد البيع) أي قبض الدائن العبد أو لم يقبض اهـ اتقاني (١٥٩) (قوله واشتراط قبض المبيع في الجامع

وقد تحققت بمجرد البيع وهذا لان الديون تقضى بأمثالها اذ نفس الدين لا يمكن قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين فكان غيره مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا لعدم الفائدة بقبضهما فكان آخرهما قضاء للاول حتى يحنث الآخر في يمينه لا يقضي دينه دون الاول وهذا المعنى قد تحقق بمجرد البيع هنا فتقع المقاصة به فيبر في يمينه واشتراط قبض المبيع في الجامع الصغير وقع اتفاقا لا انه شرط للبر ولا يقال شرط القبض ليتقرر الثمن لانه بعرضية السقوط بهلاك المبيع قبل القبض لانا نقول البر المتحقق لا يرتفع ببطلان الثمن وانتقاض المقاصة وعود الدين على ما كان لما بينا فيما تقدم ولو كان البيع فاسدا يشترط قبض المبيع لوقوع المقاصة لانه في البيع الفاسد لا يملك الا بالقبض فاذا قبضه وكان قيمته مثل الدين وقعت المقاصة وبر في يمينه وكذا لو تزوج الطالب أمة المطلوب على ذلك المال فدخل عليها أو وجب عليه للمطلوب دين بالجناية أو بالاستهلاك لا يحنث ولو كان الحالف هو الطالب فالحكم كذلك في جميع ما ذكرنا قال رحمه الله (لا الهبة) أي هبة الدين ممن عليه الدين لا تكون قضاء للدين لان القضاء فعل المطلوب والهبة اسقاط الدين من الطالب فلا تتحقق المقاصة فتبطل اليمين اذا كانت مؤقتة فأبرأه قبل الوقت لان القضاء لا يتصور بعد الابراء فصار نظير من حلف ليشربن الماء الذي في هذا الكوز اليوم وفيه ماء فأريق قبل الليل على ما بينا من قبل بشعبها وفيه خلاف أبي يوسف بناء على أن تصور البر وقت وجوبه شرط عندهما لانعقاد اليمين وعنده ليس بشرط ويخرج على هذا الاصل مسائل منها ما اذا حلف ليقضين دينه غدا فقضاه اليوم أو حلف ليقتلن فلانا غدا فمات اليوم أو حلف ليأكلن هذا الرغيف غدا فأكله اليوم ومنها ما اذا قال ان رأيت فلانا ولم أعلمك به فعبده حر فرآه معه فلم يقل شيأ لم يعتق العبد عندهما ولم يحنث في الكل وعند أبي يوسف يعتق ويحنث في الجميع ومن جملة فروعها ما اذا قال رجل لامرأته ان لم تهبي اليوم صداقك فأنت طالق وقال أبوها ان وهبت له صداقك فأمك طالق فالحيلة في هذا حتى لا يحنثا أن تصالح أباها بثوب فاذا مضى اليوم لم يحنث واحد منهما أما الاب فلانها ما وهبت الصداق للزوج وأما الزوج فلانها عجزت عن الهبة في آخر النهار لان الصداق سقط عن الزوج بالصلح ذكره في النهاية في آخر باب اليمين في الاكل والشرب قال رحمه الله (لا يقبض دينه درهما دون درهم فقبض بعضه لا يحنث حتى يقبض كله متفرقا) لان شرط حنثه قبض الكل بوصف التفرق لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه فيتناول كله فما دام عند المدين شئ من دينه باقيا لا يحنث لعدم قبض الكل وهو الشرط ولو كانت متقيدة باليوم بان قال لا يقبض دينه درهما دون درهم اليوم فقبض البعض في اليوم متفرقا أو لم يقبض منه شيأ لم يحنث لان شرط الحنث أخذ الكل في اليوم متفرقا ولم يوجد ولو قال ان قبضت من ديني درهما دون درهم حنث وكذا اذا قال ان أخذت منه درهما دون درهم والفرق بينه وبين الاول أن شرط الحنث هنا قبض البعض من الدين متفرقا وفي الاول قبض الكل بصفة التفرق ولو قبض الكل جملة ثم

الصغير) أي ليتأكد البيع بالقبض لان المبيع اذا هلك قبل القبض ينفسخ البيع لكن لا يرتفع البر لانه لا يقبل الانتقاض اهـ اتقاني (قوله وبر في يمينه) أي ولا يحنث لانه مضمون بالقيمة اهـ اتقاني (قوله أن تصالح) بالتاء الفوقية في خط الشارح رحمه الله اهـ وصواب العبارة على هذا أن يقول الشارح تصالح زوجها فان الضمير في تصالح عائد للزوجة فتأمل (قوله أباها) هكذا هو بخط الشارح وهكذا هو في النهاية وقد عزا المسئلة فيها للامام التمرتاشي وهذه عبارته وفي موضع قال لامرأته ان لم تهبي لي صداقك اليوم فأنت طالق وقال أبوها ان وهبت له فأمك طالق الحيلة في ان لا يحنثا يصالح أباها عن مهرها بثوب ملفوف فاذا مضى اليوم لا يحنث الاب لانها لم تهب ولم يحنث الزوج لانها عجزت عن الهبة عند الغروب لان الصداق سقط عن الزوج

بالصلح وهي فرع مسئلة الكوز اهـ (قوله لانه أضاف القبض الى دين معرف بالاضافة اليه) أي بان قال والله لا أقبض ديني درهما دون درهم والدين اسم للكل فكانه قال والله لا أقبض كل ديني بصفة التفرق فلا يحنث بمجرد قبض ذلك البعض بل يتوقف حنثه على قبض البعض الآخر والحاصل أنه لا يحنث الا بتمام القبض متفرقا غير أنه لو كان التفرق في مجلس واحد لتعذر الوزن لا يحنث اذا كان لم يتشاغل بين الوزنتين الا بعمل الوزن لان المجلس جامع المتفرقات فكان الوزنات كوزنة واحدة بخلاف ما اذا تشاغل بعمل آخر لانه يختلف مجلس القبض على ما عرف قال الاتقاني رحمه الله قال في الجامع الكبير اذا كان لرجل على رجل مائة درهم فقال عبدي حر ان أخذتها منك اليوم درهما دون درهم فأخذ منها خمسة ولم يأخذ ما بقي حتى غابت الشمس لم يحنث لان شرط حنثه أخذ كل المائة على التفريق فكانه قال ان أخذت

كل المائة متفرقة فلو قال هكذا لا يحنث ما لم يوجد قبض الكل بصفة التفريق فأما اذا أخذ الكل مجتمعا أو قبض البعض متفرقا لم يحنث لانعدام شرط الحنث اه (قوله متفرقا) أي لان كلمة من للتبعيض وقد وجد شرط الحنث فيحنث اتقاني (قوله ولو قبض الكل جملة) أي وقد كان حلف لا يقبض دينه درهما دون درهم وهي مسئلة المتن (قوله لا يحنث اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري) قال الاتقاني هذا الذي ذكره القدوري استحسان والقياس أن يحنث كذا ذكر الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وذلك لان شرط الحنث قبض الكل متفرقا وقد حصل ذلك لانه لما وزن خمسين فدفعها اليه ثم وزن خمسين أخرى فدفعها اليه حصل قبض الكل بصفة التفريق لا محالة ولكنه لا يحنث في الاستحسان لان الناس يعدون هذا قبض الجملة دفعة واحدة فيقولون قبض فلان حقه دفعة واحدة والمعنى الجامع الموجب للاتحاد وهو المجلس موجود اه (قوله أو نزل عنها للحال) وأوضح محمد رحمه الله المسئلة بالعدديات فقال ألا ترى أن الدين لو كان شيأ عدديا فجعل يعد عشرة عشرة أو مائة مائة ويدفعها اليه لا يحنث ويعتبر قابضا جملة والمعنى كون الامتناع عنه غير ممكن اه اتقاني (قوله لان غرضه) أي منعه عرفا اه كمال (قوله لا يحنث بمال ليس للتجارة) قال الكمال وفي خزانة الاكمل لو قال امرأته طالق ان كان له مال وله عروض وضياع ودور لغير التجارة لم يحنث والمسئلة تأتي ان شاء الله تعالى (قوله في المتن لا يفعل كذا تركه أبدا) قال الاتقاني ومعنى قوله لا يفعل كذا تركه أبدا أي فيما اذا كانت اليمين مطلقة أما اذا كانت مؤقتة بزمان كاليوم والشهر تتوقت يمينه بذلك الزمان فبعد ذلك تحل ولا يلزمه ترك الفعل بعد ذلك الزمان اه (قوله بل في البعض المنفي) قال الاتقاني ولان النكرة اذا وقعت في موضع النفي تعم ضرورة وهنا قد وقعت فتعم لان كل فعل يدل على مصدر نكرة أما دلالته على المصدر فظاهرة لدلالته على الحدث وأما دلالته على النكرة فلكونها هي الاصل وانما المعرفة بعارض اه (قوله ويأتي فيه خلاف أبي يوسف في فوت المحل) قال الاتقاني لان رحمه الله وأما التوقيت في الاثبات كقوله والله لآكلن هذا الرغيف اليوم فانه لا يحنث ما دام الحالف والمحلوف عليه قائمين واليوم باق أما اذا مضى اليوم يحنث وان كانا قائمين لفوات البر لفوات الوقت المعين وأما اذا هلك الحالف قبل مضي اليوم لا يحنث بالاتفاق وان هلك المحلوف عليه وهو الرغيف قبل مضي اليوم أجمعوا أنه لا يحنث في الحال فاذا مضى اليوم اختلفوا قال أبو حنيفة ومحمد لا يحنث في يمينه وقال أبو يوسف يحنث وتجب الكفارة لان تصور البر ليس بشرط عنده خلافا لهما اه وقال الكمال فلو كانت مقيدة مثل لآكلنه في هذا اليوم سقطت بفوات محل الفعل قبل مضي الوقت عندهما على ما سلف في مسئلة الكوز خلافا لابي يوسف فلو مات الحالف قبل مضيه لا حنث عليه ولا كفارة ولو جن الحالف في يومه حنث عندنا خلافا لاحمد (قوله في المتن داعر) بالدال والعين المهملتين الخبيث المفسد من الناس وجمعه دعار من الدعر وهو الفساد يقال دعر العود يدعر دعرا بكسر العين في الماضي وفتحها في المضارع اذا فسد كذا في الجمهرة اه اتقاني (قوله تقيد بقيام ولايته) والاصل أن المطلق لا يتقيد الا بدليل وهنا تقيد بحال الولاية بدليل غرض الوالي اه اتقاني

وجد بعضها ستوقة فرد لم يحنث بالرد ما لم يستبدل لان الستوقة غير معتد بها فلم يوجد قبض الكل حتى يقبض البدل فاذا قبضه وجد قبض الكل متفرقا بخلاف ما اذا وجد بعضها زيوفا حيث لا يحنث مطلقا لانه بزعمه حين وجد قبض الكل وبالرد لم ينتقض القبض في حقه على ما مر قال رحمه الله (لا بتفريق ضروري) أي لا يحنث اذا قبضه متفرقا بتفريق ضروري وهو أن يقبضه في وزنتين أو أكثر ولم يتشاغل بين الوزنات بعمل غير الوزن لانه قد يتعذر قبض الكل دفعة واحدة فيصير هذا القدر مستثنى منها ولان هذا القدر من التفريق لا يسمى تفريقا عادة والعادة هي المعتبرة وفيه خلاف زفر رحمه الله وهو نظير الاختلاف فيمن حلف لا يلبس هذا الثوب أو لا يركب هذه الدابة فنزعه للحال أو نزل عنها للحال وقد بينا الوجه فيه من قبل قال رحمه الله (ان كان لي الا مائة أو غير أو سوى فكذا لم يحنث بملكها أو بعضها) أي لو قال ان كان لي الا مائة درهم أو غير مائة درهم أو سوى مائة درهم فامرأته طالق لم تطلق امرأته اذا كان ماله مائة درهم أو دونها لان غرضه نفي ما زاد على المائة فكان شرط حنثه ملك الزيادة على المائة ولانه لما استثنى المائة صار المستثنى بجميع أجزائه خارجا عن اليمين وقال في الجامع عبده حر ان كنت أملك الا خمسين درهما فلم يملك الا عشرة لم يحنث لانها بعض المستثنى ولو ملك زيادة على خمسين ان كان من جنس مال الزكاة حنث والا فلا ألا ترى أنه لو حلف أنه ليس له مال لا يحنث بملك ما ليس للتجارة ولو قال مالي صدقة ينصرف الى مال الزكاة قال رحمه الله (لا يفعل كذا تركه أبدا) لانه نفى الفعل مطلقا فيتناول فردا شائعا في جنسه فيعم الجنس كله ضرورة شيوعه والا لما كان شائعا في الجنس بل في البعض المنفي قال رحمه الله (ليفعلنه بر بمرة) أي لو حلف ليفعلن كذا بر في يمينه بفعله مرة لانه يتناول فعلا واحدا وهو نكرة في موضع الاثبات فيخص ويحنث اذا لم يفعله في عمره في آخر جزء من أجزاء حياته أو بفوت محل الفعل هذا اذا كانت مطلقة غير مؤقتة وان كانت مؤقتة بوقت ولم يفعل فيه يحنث بمضي الوقت ان كان الامكان باقيا في آخر الوقت ولا يحنث ان لم يبق بان وقع الاياس بموته أو بفوت المحل لانه في المؤقتة لا يجب عليه الفعل الا في آخر الوقت فاذا مات الفاعل أو فات المحل استحال البر في آخر الوقت فتبطل اليمين على ما ذكرنا في مسئلة الكوز ويأتي فيه خلاف أبي يوسف في فوت المحل قال رحمه الله (ولو حلفه وال ليعلمنه بكل داعر دخل البلد تقيد بقيام ولايته)

(قوله لان المقصود منه دفع شره) أى دفع شر الداعر الذى رفع خبره الى الوالى اه (قوله وشر غيره) أى لانه اذا زجر وأدب ينزجر غيره اه كمال قال الله تعالى ولكم فى القصاص حياة اه (قوله وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية) أى واذا سقطت اليمين لا تعود ولو عاد الى الولاية اه اتقانى (قوله لاحتمال أن يولى بعده فيؤذيه) أى لتقدم معرفته بحاله وهذا بعيد اه كمال (قوله فيحنث بمضى الوقت مع الامكان) قال الكمال رحمه الله ولو حكم بانعقادهذه الفور لم يكن بعيدا نظرا الى المقصود وهو المبادرة لزجره ودفع شره فالداعى يوجب التقييد بالفور فور علمه به اه (قوله تقيد بحال قيام الزوجية) أى واذا زال الدين والزوجية سقطا ثم لا تعود اليمين بعودهما اه فتح (قوله ولم يقيده بالاذن) أى فلا موجب لتقييده بزمان الولاية فى الاذن وكذا الحال فى حلفه على العبد مطلقا ومقيدا وعلى هذا لو قال لامرأته كل امرأة أتزوجها بغير اذنك طالق فطلق امرأته طلاقا بائنا أو ثلاثا ثم تزوج من غير اذنها طلقت لانه لم يتقيد يمينه ببقاء النكاح لانها انما تتقيد به لو كانت المرأة تستفيد ولاية الاذن والمنع بعقد النكاح اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن لا يشم ريحانا) (١٦١) قال الكمال رحمه الله ويشم بفتح الياء والشين مضارع شممت الطيب بكسر الميم فى الماضى هذه هى اللغة المشهورة الفصيحة وأما شممته أشمه بفتح الميم فى الماضى وضمها فى المضارع فقد أنكرها بعض أهل اللغة وقال هو خطأ وصحح عدمه فقد نقلها الفراء وغيره وان كانت ليست فصيحة ثم عين الشم تنعقد على الشم المقصود فلو حلف لا يشم طيبا فوجد ريحه لم يحنث ولو وصلت الرائحة الى دماغه اه (قوله لا يحنث بشم ورد وياسمين) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وان حلف لا يشم ريحانا فشم آسا أو ما أشبهه من الرياحين حنث وان شم الياسمين أو الورد لم يحنث وهذا لان الريحان عند الفقهاء ما لساقه رائحة طيبة كما لورقه كالآس والورد ما لورقه رائحة طيبة فحسب كالياسمين كذا ذكر صاحب المغرب قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى هشام عن محمد أنه قال كل ما كان أخضر فهو ريحان مثل الآس والشاهسفرم ونحو ذلك وما سوى ذلك فليس بريحان وعلل فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير بقوله لان الريحان اسم لما لا يقوم على ساق من البقول مما له رائحة طيبة وهو موضوع ذلك لغة وقلده الصدر الشهيد وصاحب الهداية قالا والياسمين والورد لهما ساق ولنا فيه نظر لانه لم يثبت فى قوانين اللغة الريحان بهذا التفسير أصلا ولئن صح ما قالوا كان ينبغى أن لا يحنث بالآس لان له ساقا وليس من البقول أيضا وقد نص الحاكم على أنه يحنث وقال الجوهرى الريحان نبت معروف وأما قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان فالعصف ساق الزرع والريحان ورقه كذا فى الصحاح وقال بعض أهل اللغة كل ما طاب ريحه من النبات فهو ريحان اه اتقانى وكتب على قوله وياسمين ما نصه سينه مكسورة اه تحرير

لان المقصود منه دفع شره وشر غيره بالضرب والحبس أو القتل فلا يفيد فائدته بعد زوال سلطنته لعدم قدرته على ذلك والزوال بالموت وكذا بالعزل فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجب عليه الرفع اليه بعد العزل لانه يفيد لاحتمال أن يولى بعده فيؤذيه أو يسعى فى أذيته عند أولى الامر وقوله ليعلمنه بكل داعر ليس على ظاهره لانه لا يمكنه أن يعلمه بكل داعر فى الدنيا وانما مراده كل داعر يعرفه أو فى بلده أو دخل البلد ثم ان الحالف لو علم الداعر ولم يعلمه لم يحنث الا اذا مات هو أو المستحلف أو عزل لانه لا يحنث فى اليمين المطلقة بمجرد الترك بل باليأس عن الفعل وذلك بما ذكرنا الا اذا كانت مؤقتة فيحنث بمضى الوقت مع الامكان والا فلا لما بينا من المعنى وعلى هذا لو حلف رب الدين غريمه أو الكفيل بامر المكفول عنه أن لا يخرج من البلد الا باذنه يتقيد بالخروج حال قيام الدين والكفالة لان الاذن انما يصح ممن له ولاية المنع وولاية المنع حال قيامه وعلى هذا لو حلف لا تخرج امرأته الا باذنه تقيد بحال قيام الزوجية بخلاف ما اذا قال ان خرجت امرأته من هذه الدار فعبده حر ولم يقيده بالاذن أو حلف لا يقبلها فخرجت بعد ما أبانها أو قبلها بعد ما أبانها حيث يحنث لانه لم يوجد فيه دلالة التقييد بحال قيام الزوجية قال رحمه الله (بر بالهبة بلا قبول بخلاف البيع) أى لو حلف أن يهب عبده مثلا بر بقوله لرجل وهبته لك وان لم يقبل الموهوب له بخلاف البيع فانه لو حلف أن يبيع فباع ولم يقبل المشترى لا يعتد به ولا يبر فى يمينه لان الهبة تمليك بلا عوض فيتم بالواهب والقبول شرط ثبوت الحكم وهو الملك وشرط الحنث الهبة لا حكمها ولهذا يقال وهب ولم يقبل ولان غرضه حمل نفسه على اظهار السماحة والجود وهى تمليك من جانب واحد وكل ذلك يحصل بنفس الهبة بخلاف البيع لانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما وقال زفر لا يحنث ما لم يقبل وفى رواية عنه ما لم يقبل ويقبض لان الهبة تمليك والتمليك لا يتم بلا تملك وهو القبول ولان المطلق ينصرف الى الكامل وكمالها بالقبول أو بالقبول والقبض وجوابه ما قلنا واختلفوا فى ثبوت الملك بها فقال بعضهم يثبت قبل القبول الا أنه يرتد بالرد دفعا لضرر المنة وقال بعضهم لا يثبت لانه لو ثبت لما أمكنه دفعه فى بعض الصور بان كان الموهوب عبدا ذا رحم محرم من الموهوب له لانه يعتق عليه كما ملكه ولانه لا ولاية له على غيره حتى يدخل فى ملكه ونظير الهبة الصدقة والعارية والوصية والاقرار وفى القرض روايتان عن أبى حنيفة رحمه الله ونظير البيع الاجارة والصرف والسلم والرهن والنكاح والخلع ويحنث بالفاسد من البيع والهبة قال رحمه الله (لا يشم ريحانا لا يحنث بشم ورد وياسمين) أى لو حلف لا يشم ريحانا فشم وردا أو ياسمينا

لا يحنث لان الريحان اسم لنبات لا ساق له وله رائحة مستلذة عرفا ولهما ساق وليس لهما رائحة مستلذة وانما الرائحة الطيبة لزهرهما لا لهما فأشبها التفاح والسفرجل ألا ترى الى قوله تعالى والحب ذو العصف والريحان بعد ما ذكر الشجر بقوله والنجم والشجر يسجدان والشجر اسم لما يقوم على ساق من النبات فدل على أنه غيره وقال فى الكافى الريحان اسم لما له رائحة طيبة ولا ساق له لغة وعرفا وذكر فى المبسوط أنه يحنث بشم الآس وما أشبهه من الرياحين قال رحمه الله (البنفسج والورد على الورق) أى اسم البنفسج والورد يقع على الورق حتى لو حلف لا يشترى بنفسجا أو وردا فاشترى ورقهما يحنث ولو اشترى دهنهما لا يحنث لانهما يقعان على الورق دون الدهن فى عرفنا هكذا ذكره فى الكافى وفى المبسوط لو اشترى ورق البنفسج لا يحنث ولو اشترى دهنه يحنث لان اسم البنفسج اذا أطلق يراد به الدهن ويسمى بائعه بائع البنفسج فيصير هو بشرائه مشتريا للبنفسج أيضا وهو رواية الجامع الصغير وذكر الكرخى فى مختصره أنه لو اشترى الورق يحنث أيضا وهذا شئ ينبنى على العرف وفى عرف أهل الكوفة بائع الورق لا يسمى بائع البنفسج وانما يسمى به بائع الدهن فبنى الجواب فى الكتاب على ذلك ثم شاهد الكرخى عرف أهل بغداد أنهم يسمون بائع الورق بائع البنفسج أيضا فقال يحنث به وقال وهكذا فى ديارنا أعنى فى المبسوط ولا يقال فى أحدهما حقيقة وفى الآخر مجاز بل فيهما حقيقة أو يحنث فيهما باعتبار عموم المجاز والياسمين قياس الورد لا يتناول الدهن لان دهنه يسمى زنبقا لا ياسمينا وكذا الحناء يتناول الورق هذا اذا لم يكن له نية وقال فى الكافى الحناء فى عرفنا تقع على المدقوق قال رحمه الله (حلف لا يتزوج فزوجه فضولى وأجاز بالقول حنث) لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة كأنه وكله فى الابتداء ولهذا يثبت للفضولى حكم الوكيل وللمجيز حكم الموكل قال رحمه الله (وبالفعل لا) أى لو أجاز بالفعل لا يحنث وقيل يحنث لما أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة وعن محمد رحمه الله أنه لا يحنث بهما لان الاجازة ليست بانشاء العقد حقيقة وانما ينفذ بالرضا بحكم العقد وبه كان يفتى بعض المشايخ والمختار الاول لان المحلوف عليه هو التزوج وهو عبارة عن العقد والعقد يختص بالقول ولا يكون بالفعل وانما ينفذ عليه ببعض الافعال كالوطء وايفاء المهر ونحو ذلك لدلالته على الرضا بالعقد لا لانه عقد ولان القول يجانس العقد فأمكن الحاقه به بخلاف الفعل وبخلاف ما اذا زوجه ثم حلف حيث لا يحنث بالاجازة لانها تستند الى وقت العقد وفيه لا يحنث بمباشرته فبالاجازة أولى ولو حلف لا يزوج عبده أو أمته يحنث بالتوكيل والاجازة لان ذلك مضاف اليه متوقف على اذنه لملكه وولايته وكذا الحكم فى ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما ولو كانا كبيرين لا يحنث الا بالمباشرة لعدم ولايته عليهما بل هو كالاجنبى عنهما فيتعلق بحقيقة الفعل وهو مباشرته العقد ولو كان الحالف هو العبد أو الابن فزوجه مولاه وهو كاره أو أبوه وهو مجنون حيث لا يحنثان به بخلاف المكره لوجود الفعل منه حقيقة دونهما قال رحمه الله (وداره بالملك والاجارة) أى لو حلف لا يدخل دار فلان يحنث بدخول ما يسكنه بالملك والاجارة وقال الشافعى لا يحنث الا بالملك لان الحقيقة وهى الملك مرادة فلا يبقى المجاز مرادا لاستحالة اجتماعهما مرادين بلفظ واحد ولنا أن المراد به المسكن عرفا فدخل ما يسكنه بأى سبب كان باجارة أو اعارة أو ملك باعتبار عموم المجاز ومعناه أن يكون محل الحقيقة فردا من أفراد المجاز لا باعتبار الجمع بين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله (حلف بأنه لا مال له وله دين على مفلس أو ملىء لا يحنث) لان الدين ليس بمال وانما هو وصف فى الذمة لا يتصور قبضه حقيقة ولهذا قيل الديون تقضى بأمثالها على معنى أن المقبوض مضمون على القابض لانه قبضه لنفسه على وجه التملك ولرب الدين على المدين مثله فالتقى الدينان قصاصا فصار غيره حقيقة وشرعا أما الحقيقة فظاهر وأما الشرع فلانه لا حاجة الى اسقاط اعتباره لان التصرف فى الثمن قبل القبض جائز والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله وانما الرائحة الطيبة لزهرهما) قال الكمال والذى يجب أن يعول عليه فى ديارنا ان دار ذلك كله لان الريحان متعارف لنوع وهو ريحان الحماحم وأما كون الريحان الترنجى منه فيمكن أن لا يكون لانهم يلزمونه التقييد فيقولون ريحان ترنجى وعند ما يطلقون اسم ريحان لا يفهم منه الا الحماحم فلا يحنث الا بعين ذلك النوع اه (قوله فى المتن البنفسج) بفتح الباء اه معراج قال فى الهداية ومن حلف لا يشترى بنفسجا ولا نية له فهو على دهنه قال الاتقانى وهذه من مسائل الجامع المعادة وذلك لان الايمان محمولة على معانى كلام الناس وفى عرفهم اذا ذكروا البنفسج يراد به دهنه لا ورقه قال الفقيه أبو الليث هذا عند أهل العراق فأما فى بلادنا فلا يقع على الدهن الا أن ينوى اه كمال رحمه الله وأما فى عرفنا فيجب أن لا تنعقد الا على نفس النبات فلا يحنث بالدهن أصلا كما فى الورد والحناء أن اليمين على شرائهما ينصرف الى الورق لانهما اسم للورق والعرف مقرر له بخلافه فى البنفسج اه (قوله وكذا الحكم فى ابنه وبنته الصغيرين لولايته عليهما) لكن اذا عقد النكاح فضولى بحضرة شاهدين وقبل الزوج وأجاز الاب النكاح المذكور بالفعل بأن قبض مهر ابنته وهو ساكت نفذ النكاح ولا حنث على الاب اه (قوله وهو مجنون) أى وكان وقت حلفه عاقلا اه (قوله ولهذا قيل الديون تقضى بأمثالها) انظر ما قدمه الشارح فى الباب الذى قبل هذا عند قوله والبيع بقضاء فانه نافع هنا اه ذكر الشارح رحمه الله تعالى فى كتاب الصلح فى قوله ولو اشترى بنصفه شيأ أن آخر الدينين قضاء لاولهما اه

كتاب

﴿ كتاب الحدود ﴾

الحد في اللغة المنع ومنه سمي البواب حدادا لمنعه الناس عن الدخول وسمي اللفظ الجامع المانع حدا لانه يجمع معنى الشئ ويمنع دخول غيره فيه وسميت العقوبات الخالصة حدودا لانها موانع من ارتكاب أسبابها معاودة وحدود الله محارمه لانها ممنوعة ومنه قول الله تعالى تلك حدود الله فلا تقربوها وحدود الله أيضا أحكامه لانها تمنع عن التخطي الى ماوراءها ومنه تلك حدود الله فلا تعتدوها وفي الشرع اسم لعقوبة مقدرة تجب حقا لله تعالى فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير ولا القصاص لانه حق العبد وحكمه الاصلي الانزجار عما يتضرر به العباد وصيانة دار الاسلام عن الفساد ولهذا كان حقا لله تعالى لانه شرع لمصلحة تعود الى كافة الناس والطهرة من الذنب ليست بحكم أصلي لاقامة الحد لانها تحصل بالتوبة لا باقامة الحد ألا ترى الى قوله تعالى في حق قطاع الطريق ذلك لهم خزي في الدنيا ولهم في الآخرة عذاب عظيم الا الذين تابوا الآية وعد المغفرة للتائب ولهذا يقام الحد على الكافر ولا طهرة له قال رحمه الله (الحد عقوبة مقدرة لله تعالى) وهذا في الشرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والزنا وطء في قبل خال عن ملك وشبهته)

قال الكمال رحمه الله لما اشتملت الايمان على بيان الكفارة وهي دائرة بين العقوبة والعبادة أولاها الحدود التي هي عقوبات محضة اندفاعا الى بيان الاحكام بتدريج ولولا مايعارض هذه المناسبة من لزوم التفريق بين العبادات المحضة لكان ايلاء الحدود الصوم أوجه لاشتماله على بيان كفارة الافطار المغلب فيها جهة العقوبة حتى تداخلت على ماعرف بخلاف كفارة الايمان المغلب فيها جهة العبادة لكن كان يكون الترتيب حينئذ الصلاة ثم الايمان ثم الصوم ثم الحدود ثم الحج فيقع من الفصل بين العبادات التي هي جنس واحد بالاجنبي ما يبعد بين الاخوات المتحدة في الجنس القريب وموجب استعمال الشارع لها كذلك لكنه قال بني الاسلام على خمس شهادة أن لا اله الا الله الحديث اهـ (قوله فلا يسمى التعزير حدا لعدم التقدير) قال الاتقاني وهذا ماعليه عامة أصحابنا وقال صدر الاسلام البزدوي في مبسوطه والقصاص يسمى أيضا حدا فحدود الشرع موانع قبل الوقوع وزواجر بعده قال الكمال أي العلم بشرعيتها يمنع الاقدام على الفعل وايقاعها بعده يمنع من العود اليه اهـ وقال الكمال فلا يسمى القصاص حدا لانه حق العبد ولا التعزير لعدم التقدير على ماعليه عامة المشايخ وهذا لان المقدر نوع منه وهو التعزير بالضرب لكنه لا ينحصر في الضرب بل يكون بغيره من حبس وعرك أذن وغيره على ماسيأتي وهذا الاصطلاح هو المشهور وفي اصطلاح آخر لا يؤخذ القيد الاخير فيسمى القصاص حدا فالحد هو العقوبة المقدرة شرعا غير أن الحد على هذا قسمان مايصح فيه العفو ومالا يقبله وعلى الاول الحد مطلقا لا يقبل الاسقاط بعد ثبوت سببه عند الحاكم وعليه انبنى عدم الشفاعة فيه فانها طلب ترك الواجب ولذا أنكر رسول الله صلى الله عليه وسلم على أسامة بن زيد (١٦٣) حين شفع في المخزومية التي سرقت فقال أتشفع في حد من حدود الله وأما قبل الوصول الى الامام والثبوت عنده يجوز الشفاعة عند الرافع له الى الحاكم ليطلقه وممن قال به الزبير بن العوام وقال اذا بلغ الى الامام فلا عفا الله عنه ان عفا وهذا لان وجوب الحد قبل ذلك لم يثبت فالوجوب لا يثبت بمجرد الفعل بل على الامام عند الثبوت عنده اهـ (قوله لانه حق العبد) أي بدلالة جواز العفو والاعتياض اهـ اتقاني (قوله والطهرة من الذنب الخ) قال السمرقندي شارح الكنز عند هذه المقالة اعلم ان المسلم اذا حد أو اقتص في الدنيا لا يحد ولا يقتص في الآخرة لقوله عليه الصلاة والسلام من أذنب ذنبا فعوقب به في الدنيا لم يعاقب به في الآخرة اهـ وفي معراج الدراية الطهرة عن الذنب لا تحصل باقامة الحد بل بالتوبة ولهذا يقام الحد على كره منه اهـ (قوله لا باقامة الحد) قال علماؤنا اذا ارتكب العبد ذنبا يوجب الحد فأجري عليه الحد لا يحصل له التطهير به من غير توبة وندم للحديث الوارد فيه وفيه رد لمذهب المرجئة فان عندهم لا يضر ذنب مع الايمان كما لا تنفع طاعة مع الكفر اهـ أول الكشف شرح البزدوي اهـ (قوله لهم خزي في الدنيا) قال أبو الليث في تفسير قوله تعالى ذلك لهم خزي يعني القتل والقطع لهم عذاب في الدنيا ولا يكون ذلك كفارة لذنوبهم ان لم يتوبوا اهـ (قوله في المتن والزنا وطء في قبل خال الخ) قال في الهداية الوطء الموجب للحد هو الزنا وانه في عرف أهل الشرع واللسان وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهته قال الكمال وذكر أن الزنا في عرف اللغة والشرع يعني لم يزد عليه في الشرع قيد وعرفه على هذا التقدير بانه وطء الرجل المرأة في القبل في غير الملك وشبهة الملك وهذا لان في اللغة معنى الملك أمر ثابت قبل مجيء هذا الشرع وان كان هو في نفسه أمرا شرعيا لكن ثبوته بالشرع الاول بالضرورة والناس لم يتركوا سدى في وقت من الاوقات فيكون معنى الملك أمرا مشروعا من بعث آدم أو قبل بعثه بوحي يخصه أي يخص الملك فكان ثبوته شرعا مع اللغة مطلقا في الوجود الدنيوي سواء كانت اللغة عربية أم غيرها مخصوصة بالدنيا وان كان الوضع قبلها فثبوت المسمى في الدنيا والوضع لمعنى معقول قبل تحققه ولا شك انه تعريف في اللغة والشرع فان الشرع لم يخص اسم الزنا بما يوجب الحد بل هو أعم والموجب للحد منه بعض أنواعه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر ولو وطئ رجل جارية ابنه لا يحد للزنا ولا يحد قاذفه بالزنا فدل على أن فعله زنا وان كان لا يحد فلولا قول المصنف الموجب

للحد هو الزنا وهو فى عرف الشرع الخ اصح تعريفه ولم يرد عليه شئ لكنه لما قال ذلك كان ظاهرا فى قصده الى تعريف الزنا الموجب للحد وحينئذ يرد على طرده وطء الصبية التى لا تشتهى و وطء المجنون والمكره بخلاف الصبى فان الجنس وطء الرجل فالاولى فى تعريفه انه وطء مكلف طائع مشتهاة حالا أو ماضيا فى القبل بلا شبهة ملك فى دار الاسلام فخرج زنا الصبى والمجنون والمكره و بالصبية التى لا تشتهى والميتة والبهيمة ودخل وطء العجوز اه قوله وانه فى عرف أهل الشرع واللسان الخ هكذا عرفه الشارح فى باب الوطء الذى يوجب الحد تبعا لصاحب الهداية اه (قوله ويشترط أن تكون الموطوأة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا) فان قلت لو كان الطوع داخلا فى ماهية الزنا الموجب للحد لما وجب الحد على المرأة اذا كان الرجل مكرها لانها مكنت من فعل غير موجب للحد فيكون كالتمكين من فعل الصبى أو المجنون قلت الطوع انما اعتبر فى الزنا الموجب للحد على فاعله لا فى الزنا مطلقا ففعل المكره زنا وان لم يوجبه عليه وفعلها ليس بزنا فظهر الفرق اه مجتبى قال الكمال رحمه الله ابتدأ بحد الزنا لكثرة وقوع سببه مع قطعيته عن كتاب الله بخلاف السرقة فانها لا تكثر كثرته والشرب وان كثر فليس حده بتلك القطعية والزنا مقصور فى اللغة الفصحى لغة أهل الحجاز التى بها جاء القرآن قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا ويمد فى لغة نجد قال الفرزدق

أبا طاهر من يزن يعرف زناؤه * ومن يشرب الخرطوم يصبح مسكرا

بفتح الكاف وتشديدها من التسكير والخرطوم من أسماء الخمر اه (قوله فى المتن ويثبت بشهادة أربعة) أى ليس فيهم امرأة على رجل أو امرأة اه فتح قال فى الهداية والزنا (١٦٤) يثبت بالبينة والاقرار قال الكمال والمراد ثبوته عند الحكام أما ثبوته فى نفسه

يعنى به الزنا الموجب للحد ويشترط أن تكون الموطوأة مشتهاة والواطئ مكلفا طائعا ولو قال الزنا وطء مكلف فى قبل المشتهاة عار عن ملك وشبهته عن طوع كان أتم ليخرج بذلك وطء غير المكلف كالمجنون والصبى و وطء غير المشتهاة كالصغيرة التى لم تبلغ حدا تشتهى والميتة والبهائم لان كل ذلك لا يوجب الحد وانما كان كذلك لان الزنا اسم لفعل محظور والحرمة على الاطلاق عند التعرى عن الملك وشبهة الملك ولهذا وجب درؤه بها شرعا والحد شرع لتقليل الفساد فيما يكثر وجوده و وطء هذه الاشياء نادر لان من له الطباع السليمة والعقول المستقيمة ينفر عنه وانما يفعل ذلك بعض السفهاء لغلبة الشبق وذلك نادر فلا يستدعى زاجرا وهذا لان الاصل فى الجزاء أن يكون فى الآخرة لا فى الدنيا لانها دار الابتلاء والآخرة دار الجزاء لكن السفهاء لما لم ينتهوا بمجرد النهى والوعيد فى الآخرة من الشارع شرع فى الدنيا بعض العقوبة دفعا لفسادهم عن العالم فيما يكثر وجوده قال رحمه الله (ويثبت بشهادة أربعة بالزنا لا بالوطء والجماع) أى يثبت الزنا عند الحاكم ظاهرا بشهادة أربعة يشهدون عليه بالزنا أى بلفظ الزنا لا بلفظ الوطء والجماع لان الوصول الى العلم القطعى متعسر فاكتفى بالدليل الظاهر وهو البينة أو الاقرار لرجحان جنبة الصدق لاسيما الاقرار بما يتعلق به ضرر على المقر واشتراط الاربعة لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم وقال تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء وقال عليه الصلاة والسلام للذى قذف امرأته ائت بأربعة شهداء يشهدون على صدق مقالتك ولان الله تعالى يحب الستر على عباده وذم من يحب اشاعة الفاحشة وفى اشتراط الاربع

فبايجاد الانسان للفعل لانه فعل حسى وسيذكر المصنف تعريف الزنا فى باب الوطء الذى يوجب الحد وخص البينة والاقرار لنفى ثبوته بعلم الامام وعليه جماهير العلماء وكذا سائر الحدود وقال أبو ثور ونقل قولا عن الشافعى أنه يثبت به وهو القياس لان الحاصل بالبينة والاقرار دون الحاصل بمشاهدة الامام قلنا نعم لكن الشرع أهدر اعتباره بقوله تعالى فاذلم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون ونقل فيه اجماع الصحابة اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام للذى قذف امرأته) هو هلال بن أمية (قوله يشهدون على صدق مقالتك) أى والاخذ فى ظهرك اه (قوله ولان الله تعالى يحب الستر على عباده) قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من ستر على مسلم ستره الله فى الدنيا والآخرة رواه الترمذى فى جامعه اه اتقانى قال الكمال واذا كان الستر مندوبا اليه ينبغى أن تكون الشهادة به خلاف الاولى التى مرجعها الى كراهة التنزيه لانها فى رتبة الندب فى جانب الفعل وكراهة التنزيه فى جانب الترك وهذا يجب أن يكون بالنسبة الى من لم يعتد الزنا ولم يتهتك به أما اذا وصل الحال الى اشاعته والتهتك به بل بعضهم ربما افتخر به فيجب كون الشهادة به أولى من تركها لان مطلوب الشارع اخلاء الارض من المعاصى والفواحش بالخطابات المفيدة لذلك وذلك يتحقق بالتوبة من الفاعلين وبالزجر لهم فاذا ظهر حال الشرة فى الزنا مثلا والشرب وعدم المبالاة به واشاعته فاخلاء الارض المطلوب حينئذ بالتوبة احتمال يقابله ظهور عدمها ممن اتصف بذلك فيجب تحقيق السبب الآخر للاخلاء وهو الحدود بخلاف من زنى مرة أو مرارا متسترا متخوفا متندما عليه فانه محل استحباب ستر الشاهد وعلى هذا ذكره فى غير مجلس القاضى وأداء الشهادة يكون بمنزلة الغيبة فيه يحرم منه ما يحرم منها و يحل منه ما يحل منها اه كلام الكمال مع حذف والله أعلم (قوله وفى اشتراط الاربع الخ) لا يقال اشتراط الاربع لا لمعنى الستر لان الزنا يحصل بين اثنين وعلى كل واحد منهما يشهد اثنان لانا نقول شهادة الاثنين كما جازت على الرجل جازت على المرأة لوجود العدالة فلا حاجة على هذا الى اشتراط شاهدين آخرين فعلم أن المعنى هو الستر لكن يشترط أربعة أحرار عدول مسلمين ولا تقبل شهادة الرجال مع النساء ولا كتاب القاضى

تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربعة على هذه الفاحشة نادر واشتراط لفظ الزنا لانه هو الدال على فعل الحرام لا لفظ الوطء والجماع قال الله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الآية واتحاد المجلس شرط لصحة الشهادة عندنا حتى لو شهدوا متفرقين لا تقبل شهادتهم عندنا ويحدون حد القذف وقال الشافعي تقبل كسائر الحقوق اذ لا تفصيل فى النصوص الواردة فيه فيعمل باطلاقها ولنا قول عمر رضى الله عنه لو جاؤا مثل ربيعة ومضر فرادى لجلدتهم ولان قول الواحد قبل قول غيره وقع قذفا وكذا الثانى والثالث فلا ينقلب شهادة الا للضرورة وهو ما اذا جاؤا جملة فشهد واحد بعد واحد فتقبل شهادتهم لتعذر أدائها جملة وان كان أحدهم الزوج تقبل شهادته وقال الشافعي لا تقبل لان فيه تهمة ولنا انه يتضرر به لانه يقر بزنا امرأته فكان أبعد من التهمة كشهادة الوالد على ولده قال رحمه الله (فيسألهم الامام عن ماهيته وكيفيته ومكانه وزمانه والمزنية) أى يسألهم عن نفس الزنا وحاله وموضعه ووقته والمرأة التى زنى بها لانه عليه الصلاة والسلام استفسر ماعزا الى ان ذكر الكاف والنون ولان كلامهم محتمل والاحتياط فيه واجب فيجب عليه الاستفسار ليزول الاحتمال فيسألهم عن ماهيته أى ذاته وهو ادخال الفرج فى الفرج لانه يحتمل انهم عنوا به غير الفعل فى الفرج كما قال صلى الله عليه وسلم العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشى ولان من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا يوجب الحد وعن كيفيته لاحتمال وقوعه حالة الاكراه أو تماس الفرجين من غير ايلاج الى الحشفة وعن زمانه ومكانه لاحتمال أنه زنى فى دار الحرب أو البغى أو فى قدم الزمان أو فى حال صباه أو جنونه وعن المزنى بها لاحتمال أن تكون امرأته أو أمته أو تكون له شبهة لا يعرفها هو ولا الشهود كوطء جارية الابن فيستقصى فى ذلك احتيالا للدرء وهو مندوب اليه قال عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود ما استطعتم قال رحمه الله (فان بينوه وقالوا رأيناه وطئها كالميل فى المكحلة وعدلوا سرا وجهرا حكم به) لظهور الحق ووجوب الحكم به على القاضى ولو قالوا لا نزيد على قولهم زنى لا يحد المشهود عليه للشبهة وكذا الشهود أيضا لا يحدون لانهم شهدوا بالزنا ولم يقذفوا وانما يسئلون احتياطا حتى لو وصفوه بغير وصفه يحدون ولم يكتف هنا بظاهر العدالة بخلاف سائر الحقوق احتيالا للدرء ويحبسه حتى يسأل عن الشهود كيلا يهرب ولا وجه الى أخذ الكفيل منه لان أخذ الكفيل نوع

الى القاضى ولا الشهادة على الشهادة اه اتقانى (قوله تحقيق) أما أن فيه معنى الستر فلان الشئ كلما كثرت شروطه قل وجوده فان وجوده اذا توقف على أربعة ليس كوجوده اذا توقف على اثنين منها فيتحقق بذلك الاندراء اه (قوله وقال الشافعى لا تقبل لان فيه تهمة) أى ونحن نقول التهمة ما توجب جر نفع والزوج مدخل بهذه الشهادة على نفسه لحوق العار وخلو الفراش خصوصا اذا كان له منها أولاد صغار اه فتح (قوله والرجلان تزنيان وزناهما المشى) أى والفرج يصدق ذلك أو يكذبه فلعل الشهود تسمى مقدمات الزنا زنا ويجب الاحتراز عن مثل ذلك بالسؤال اه اتقانى (قوله ولان من الناس من يعتقد كل وطء حرام زنا الخ) كوطء الحائض والنفساء والامة المجوسية والامة المشتركة والامة التى هى أخته من الرضاع فان كل ذلك حرام وليس بزنا اه اتقانى (قوله زنى فى دار الحرب أو البغى) مثال للسؤال عن المكان اه أى ولان المسلم اذا زنى فى دار الحرب ثم خرج الينا لا يحد لانه لم يكن للامام يد عليه عند وجوب الحد اه اتقانى (قوله أو فى قدم الزمان أو فى حال صباه أو جنونه) مثال للسؤال عن الزنا اه يعنى اذا شهدا الشهود بزنا متقادم لا يقبل اه (قوله فى المتن كالميل فى المكحلة) بضم الميم والحاء اه كمال وكتب على قوله كالميل فى المكحلة ما نصه جواب كيف هو اه اتقانى (قوله وعدلوا سرا وجهرا) قال الاتقانى فاذا عدلوا حكم بشهادتهم ربما كان موجب الزنا أو جلدا هذا اذا لم يعرف القاضى عدالة الشهود أما اذا عرفها يحد بلا تعديل وقال الكمال واعلم أن القاضى لو كان يعلم عدالة الشهود لا يجب عليه السؤال عن عدالتهم لان علمه يغنيه عن ذلك وهو أقوى من الحاصل من تعديل المزكى ولولا ما ثبت من اهدار الشرع علمه بالزنا فى اقامة الحد بالسمع الذى ذكرناه لكان يحد بعلمه لكن ثبت ذلك هناك ولم يثبت فى تعديل الشهود اهدار علمه بعدالتهم فوجب اعتباره اه قال الاتقانى وصورة تعديل السر أن يبعث القاضى أسماء الشهود الى المعدل بكتاب فيه أسماؤهم وأنسابهم وحلاهم ومحالهم وسوقهم حتى يعرف المعدل ذلك فيكتب تحت اسم من كان عدلا عدل جائز الشهادة ومن لم يكن عدلا فلا يكتب تحته شئ أو يكتب الله أعلم وصورة تعديل العلانية أن يجمع بين المعدل والشاهد فيقول المعدل هذا هو الذى عدلته وسيجئ ذلك فى كتاب الشهادات اه قال الكمال رحمه الله وبقى شرط آخر وهو أن يعلم أن الزنا حرام مع ذلك كله ونقل فى اشتراط العلم بحرمة الزنا اجماع الفقهاء اه ولفظ المحيط وأما شرطه فالعلم بالتحريم حتى لو لم يعلم بالحرمة لم يجب الحد للشبهة وأصله ما روى سعيد بن المسيب أن رجلا زنى باليمن فكتب فى ذلك عمر رضى الله عنه ان كان يعلم أن الله تعالى حرم الزنا فاجلدوه وان كان لا يعلم فعلموه وان عاد فاجلدوه ولان الحكم فى الشرعيات لا يثبت الا بعد العلم وان كان الشيوع والاستفاضة فى دار الاسلام أقيم مقام العلم ولكن لا أقل من ايراث الشبهة لعدم التبليغ والاسماع للحرمة اه (قوله بخلاف سائر الحقوق) أى عند أبى حنيفة حيث يكتفى بظاهر العدالة لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا اذا طعن الخصم فحينئذ يسأل القاضى عن الشهود عنده أيضا اه اتقانى

احتياط فلا يكون مشروعا فيما يبنى على الدرء فان قيل الاحتياط فى الحبس أكثر فكيف يكون مشروعا قلنا حبسه ليس بطريق الاحتياط بل بطريق التعزير لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة فيحبسه تعزيراله وحبس عليه الصلاة والسلام رجلا بالتهمة بخلاف الديون حيث لا يحبس فيها قبل ظهور قاله القالان الحبس أقصى عقوبة فيها ألاترى أنه لا يعاقب به بعد ثبوت الحق الا به فلا يجوز أن يفعله قبل الثبوت بخلاف الحدود فان فيها عقوبة أخرى أغلظ منه قال رحمه الله (وباقراره أربعا فى مجالسه الاربعة كلما أقر رده) أى يثبت الزنا باقراره أربع مرات فى أربعة مجالس من مجالس المقر كلما أقر رده القاضى وقال الشافعى يكتفى بالاقرار مرة لان الاقرار مظهر وتكراره لا يزيد شيأ كما فى سائر الحقوق بخلاف كثرة العدد فى الشهود لانه يفيد زيادة طمأنينة القلب ولنا حديث ماعز رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام أخر اقامة الحد عليه الى أن تم اقراره أربع مرات فى أربعة مجالس فلو ظهر دونها لما أخرها لثبوت الوجوب ولان الشهادة فيه اختصت بزيادة العدد فكذا الاقرار تعظيما لامر الزنا وتحقيقا للستر ولا بد من اختلاف المجالس لما روينا ولان لاتحاد المجلس أثرا فى جمع المتفرقات فعنده يتحقق شبهة الاتحاد فيه وهو قائم بالمقر فيعتبر مجلسه دون مجلس القاضى ويرده القاضى كلما أقر فيذهب به حتى يغيب عن نظره فى كل مرة فيما روى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام طرد ماعزا حتى توارى بحيطان المدينة فان قيل انما رده عليه الصلاة والسلام قبل أن يتبين له عقله لانه جاء أشعث أغبر متغير اللون ولما استبان له عقله رجمه ألاترى أنه عليه الصلاة والسلام قال له أبك خبل أبك جنون فقال لا فسأل عنه فقالوا ما نعلم فيه الا خيرا وبعث الى أهله هل تنكرون من عقله شيأ فقالوا لا فسأله عن احصانه فأخبره انه محصن فرجمه قلنا ليس كذلك لان حاله يدل على كمال عقله اذهى حالة التوبة والخوف من الله لا على جنونه وقوله عليه الصلاة والسلام أبك خبل أبك جنون تلقين منه لما يدرأ به الحد كما قال عليه الصلاة والسلام لعلك قبلتها لعلك باشرتها والسؤال عنه كان على سبيل الاحتياط والدليل عليه ما قاله أبو بكر الصديق رضى الله عنه له بعد ما أقر ثلاث مرات انك ان اعترفت الرابعة رجمك فاعترف وهذا دليل على أن هذا العدد كان معروفا بينهم ظاهرا عندهم ألاترى الى قول أبى بريدة كنا نتحدث فى أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ماعزا لو قعد فى بيته بعد المرة الثالثة ولم يقر لم يرجمه وصح أن الغامدية رجمها عليه الصلاة والسلام بعد ما أقرت أربع مرات ولا يقال اذا لم يجب الحد باقراره مرة وجب أن يجب المهر لانه أقر بوطء لا يوجب الحد فاذا وجب المهر وجب أن لا يجب الحد بعد ذلك لانهما لا يجتمعان لانا نقول الامر موقوف فان تمت الحجة لم يجب والا وجب كما قلنا فى الشهادة ان البعض اذا شهدوا يتوقف الامر فان تم النصاب لا يكون قذفا والا فهو قذف فكانا متوقفين فى ايجاب الحد عليهم أو على الزانيين ولا فرق فى الاقرار بين أن يكون حرا أو عبدا وفى العبد خلاف زفر رحمه الله وقد عرف فى موضعه وقال ابن أبى ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس وانما يعتبر العدد فقط كما فى الشهادة والحجة عليه ما بيناه وينبغى للامام أن يزجره عن الاقرار ويظهر الكراهية من ذلك ويأمر بابعاده عن مجلسه فى كل مرة لانه عليه الصلاة والسلام فعل كذلك وقال عمر رضى الله عنه اطردوا المعترفين يعنى بالزنا قال رحمه الله (وسأله كما مر فان بينه حد) أى اذا تم اقراره أربع مرات سأله كما مر فى الشهادة وهو أن يسأله عن الزنا ما هو وكيف هو وأين هو وأين زنى وبمن زنى ومتى زنى ليزول الاحتمال على ما مر وقيل لا يسأله عن الزمان لان تقادم

(قوله لانه صار متهما بارتكاب الفاحشة) أى بشهادة هؤلاء وان لم يثبت الزنا الموجب للحد بعد وحبس المتهمين تعزيرا لهم جائز اهـ كمال رحمه الله (قوله فى المتن وباقراره) أى باقرار البالغ العاقل واعتبار البلوغ والعقل لان كلام الصبى والمجنون ليس بصحيح اهـ قال الكمال قدم الثبوت بالبينة لانه المذكور (١٦٦) فى القرآن ولان الثابت بها أقوى حتى لا يندفع الحد بالفرار ولا بالتقادم ولانها حجة متعدية والاقرار قاصر ولا بد من كونه صريحا ولا يظهر كذبه ولذا قلنا لو أقر الاخرس بالزنا بكتابة أو اشارة لا يحد للشبهة بعدم الصراحة وكذا الشهادة عليه لا تقبل لاحتمال أن يدعى شبهة كما لو شهدوا على مجنون أنه زنى فى حال افاقته بخلاف الاعمى يصح اقراره والشهادة عليه وكذا الخصى والعنين وكذا لو أقر وظهر مجبوبا أو أقرت فظهرت رتقاء قبل الحد وذلك لان اخبارها بالرتق يوجب شبهة فى شهادة الشهود وبالشبهة يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بخرساء أو هى أقرت بأخرس لا حد على واحد منهما اهـ (قوله من مجالس المقر) أى لا مجالس القاضى اهـ (قوله وقد عرف فى موضعه) أى فى باب الحجر اهـ (قوله وقال ابن أبى ليلى لا يعتبر اختلاف المجالس) أى فيقام الحد عنده بالاقرار أربع مرات وان كان فى مجلس واحد اهـ (قوله وبمن زنى) العلم بالمزنى بها ليس بشرط لصحة الاقرار حتى لو قال زنيت بامرأة لا أعرفها صح اقراره ويحد اهـ بدائع (قوله ومتى زنى) قال الاتقانى ولم يذكر القدورى السؤال عن الزمان فى الاقرار بان يقول متى زنيت لان التقادم مانع للشهادة لتهمة الحقد والمرء لا يتهم على نفسه فيقبل اقراره وان تقادم العهد وبيان التقادم يعلم فى باب الشهادة على الزنا وقال الكمال ولم يذكر السؤال فيه عن الزمان فلا يقول متى زنيت وذكره فى الشهادة لان تقادم العهد يمنع الشهادة دون الاقرار وهذا السؤال لتلك الفائدة فاذا لم يكن التقادم مسقطا لم يكن فى السؤال عنه فائدة ووجه الفرق بين الشهادة والاقرار فى ذلك سيذكره المصنف فى باب الشهادة على الزنا وهذا بخلاف سؤال عن زنيت لانه قد

بين من لا يحد بوطئها كما ذكرنا في جارية ابنه بخلاف ما لو قال في جوابه لا أعرف التي زنيت بها فانه يحد لانه أقر بالزنا ولم يذكر ما يسقط كون فعله زنا بل تضمن اقراره أنه لا ملك له في المزنية لانه لو كان لعرفها اذ الانسان لا يجهل زوجته وأمته * والحاصل أنه اذا أقر أربع مرات أنه زنى بامرأة لا يعرفها حد وكذا اذا أقر أنه زنى بفلانة وهي غائبة يحد استحسانا الحديث العسيف حده ثم أرسل الى المرأة فقال فان اعترفت فارجمها ولان انتظار حضورها انما هو لاحتمال أن تذكر مسقطا عنه وعنها ولا يجوز اتما اعتبار هذا الاحتمال كما لا يؤخر اذا ثبت بالشهادة لاحتمال أن يرجع الشهود لان كلا منهما شبهة الشبهة وبه لا يندرئ الحد ولو أقر أنه زنى بفلانة وكذبته وقالت لا أعرفه لا يحد الرجل عند أبي حنيفة وقالا يحد وعلى هذا الخلاف اذا أقرت أنها زنت بفلان فأنكر فلان تحد هي عندهما لا عنده اه (قوله أو في وسطه) أي قبل رجوعه اه (قوله وقال الشافعي) قال الكمال والمسطور في كتبهم أنه لو رجع قبل الحد أو بعد ما أقيم عليه بعضه سقط وعن أحمد كقولنا وعن مالك في قبول رجوعه روايتان اه (قوله هلا تركتموه) ووجه الاستدلال به أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل فراره دليلا على الرجوع وأسقط به الحد فاذا اسقط الحد بدليل الرجوع سقط بصريح الرجوع بالطريق الاولى اه اتقاني (قوله في المتن فان كان محصنا الخ) هذا من الاحرف التي جاء الفاعل منها على مفعل بفتح العين يقال أحصن يحصن فهو محصن في ألفاظ معلومة هي أسهب فهو مسهب اذا أطال وأمعن في الشيء ومنه قول المصنف في خطبة الكتاب معرضا عن هذا النوع من الاسهاب وقيل لابن عمر ادع الله لنا فقال أكره أن أكون من المسهبين بفتح الهاء وألفج بالفاء والجيم افتقر فهو ملفج الفاعل والمفعول فيه سيان ويقال بكسرها أيضا اذا أفلس وعليه دين اه وكتب ما نصه هذا أحد ما جاء على أفعل فهو مفعل وامرأة محصنة أي متزوجة وليس في كلامهم أفعل فهو مفعل الا ثلاثة أحرف هذا أحدها ويقال أسهب من لدغ الحية أي ذهب عقله فهو مسهب قال الراجز * فمات عطشان ومات مسهبا * ويقال ألفج الرجل فهو ملفج اذا رقت حاله وسأل رجل الحسن أيدالك الرجل أهله قال نعم اذا كان ملفجا المدالكة والمماطلة بمعنى وهي المدافعة كذا في الجمهرة اه اتقاني (قوله فارجموهما) الذي في خط الشارح فارجمهما اه (قوله لكتبتها على حاشية المصحف) قيل في هذا اشكال وهو أنه اذا كان جائز الكتابة كما هو ظاهر اللفظ فهو قرآن متلو ولكن لو كان متلوا لوجب على عمر المبادرة لكتابتها لان مقال الناس لا يصلح مانعا من فعل الواجب

العهد تمنع الشهادة دون الاقرار والاصح انه يسأله لاحتمال انه زنى في صباه وهذا السؤال يكون بعد ما نظر في حاله وعرف أنه صحيح العقل كما فعل عليه الصلاة والسلام ولا بد من التصريح به في ذلك ولا يكتفي بالكناية لانه عليه الصلاة والسلام قال لماعز فهل تدري ما الزنا قال نعم وقال له أنكتها ولا تكني قال نعم فاذا بين ذلك وظهر زناه سأله عن الاحصان فان قال انه محصن سأله عن الاحصان ما هو فان وصفه بشرائطه حكم برجمه ولا يعتبر اقراره عند غير القاضي ممن لا ولاية له في اقامة الحدود ولو كان أربع مرات حتى لا تقبل الشهادة عليه بذلك لانه ان كان منكرا فقد رجع وان كان مقرا لا تعتبر الشهادة مع الاقرار ولو أقر بالزنا مرتين وشهد عليه أربعة لا يحد عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يحد لان هذا الاقرار ليس بحجة فلا يعتد به فيكون الامتناع عن الباقي دليل الرجوع أو هو غير صحيح فيه فيلتحق بالعدم شرعا فبقيت الشهادة وحدها هي الحجة فيقبل ولابي يوسف رحمه الله ان الاقرار موجود حقيقة لكنه غير معتبر شرعا فأورثت الحقيقة شبهة وهو يدرأ بها فصار كما اذا كانت معتبرة شرعا قال رحمه الله (فان رجع عن اقراره قبل الحد أو في وسطه خلي سبيله) وقال الشافعي وابن أبي ليلى رحمهما الله يحد لوجوبه باقراره فلا يبطل بعد ذلك بانكاره وهذا لانه احدى الحجتين فصار ثبوته به كثبوته بالشهادة كالقصاص وحد القذف ولنا أن الرجوع خبر يحتمل الصدق والكذب كالاقرار الاول فأورث شبهة وهو يدرأ بها وهذا لان كل واحد من كلاميه يحتملها فلا يمكن العمل باحدهما لعدم الاولوية فيترك على ما كان بخلاف القصاص وحد القذف لانه من حقوق العباد وهو يكذبه والحد حق الله فلا يكذب له والى صحة الرجوع أشار عليه الصلاة والسلام بقوله هلا تركتموه حين أخبر بفرار ماعز قال رحمه الله (وندب تلقينه بلعلك قبلت أو لمست أو وطئت بشبهة) أي يستحب للامام أن يلقنه الرجوع بقوله لعلك قبلتها أو لمستها أو وطئتها بشبهة أو بنكاح أو بملك يمين لانه عليه الصلاة والسلام قال لماعز لعلك قبلت أو غمزت أو نظرت قال لا يا رسول الله قال أنكتها ولا تكني قال نعم فعند ذلك أمر برجمه رواه البخاري وأحمد وأبو داود وقال عليه الصلاة والسلام في رواية أنكتها كما يغيب المرود في المكحلة والرشاء في البئر قال نعم فقال فهل تدري ما الزنا قال نعم أتيت منها حراما ما يأتي الرجل من امرأته حلالا الحديث قال رحمه الله (فان كان محصنا رجمه في فضاء حتى يموت) لانه عليه الصلاة والسلام أمر برجم الغامدية وماعز وكانا محصنين وأخرج ماعزا الى الحرة وقيل الى البقيع ففر الى الحرة فرجم بالحجارة حتى مات وفيما رواه الجماعة أنه عليه الصلاة والسلام رجم المرأة التي زنى بها العسيف وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل دم امرئ مسلم الا باحدى معان ثلاث كفر بعد ايمان وزنا بعد احصان وقتل النفس بغير حق وقال عمر رضي الله عنه وهو على المنبر وان مما أنزل في القرآن الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة وسيأتي قوم ينكرون ذلك ولولا أن الناس يقولون ان عمر زاد في كتاب الله تعالى لكتبتها على حاشية المصحف وعليه اجماع الصحابة رضي الله عنهم فوصل الينا اجماعهم بالتواتر ولا معنى لانكار الخوارج الرجم لانهم ينكرون القطعي فيكون

مكابرة وعنادا قال رحمه الله (يبدأ الشهود به) أي يبدأ الشهود بالرجم وقال الشافعي لا تشترط بداءتهم اعتبارا بالجلد ولنا ماروى عن علي رضي الله عنه أنه قال حين رجم شراحة الهمدانية ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان شهد على هذه أحد لكان أول من يرمي الشاهد يشهد ثم يتبع شهادته حجره ولكنها أقرت فأنا أول من رماها بحجر قال الراوي ثم رمى الناس وأنا فيهم ولان الشاهد ربما يتجاسر على الشهادة ثم يستعظم المباشرة فيأبى أو يرجع فكان في بداءته احتيال للدرء بخلاف الجلد فان كل أحد لا يحسنه فيخاف أن يقع مهلكا أو متلفا لعضو وهو غير مستحق ولا كذلك الرجم لان الاتلاف فيه متعين قال رحمه الله (فان أبوا سقط) أي ان أبى الشهود من البداءة يسقط الحد لانه دلالة الرجوع وكذلك اذا امتنع واحد منهم أو جنوا أو فسقوا أو قذفوا فحدوا أو أحدهم أو عمى أو خرس أو ارتد والعياذ بالله تعالى لان الطارئ على الحد قبل الاستيفاء كالوجود في الابتداء وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا أو بعضهم لما ذكرنا وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبي يوسف وروى عنه أنهم اذا امتنعوا أو ماتوا أو غابوا رجم الامام ثم الناس وان كان الشهود مرضى لا يستطيعون أن يرموا أو مقطوعي الايدي رجم بحضرتهم بخلاف ما اذا قطعت أيديهم بعد الشهادة ذكره في النهاية قال رحمه الله (ثم الامام ثم الناس) لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ويقصدون بذلك مقتله الا من كان منهم ذا رحم محرم منه فانه لا يقصد مقتله لان بغيره كفاية وروى أن حنظلة استأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل أبيه وكان كافرا فنعه من ذلك وقال دعه يكفيك غيرك ولانه مأمور بصلة الرحم فلا يجوز القطع من غير حاجة قال رحمه الله (ويبدأ الامام لو مقرا ثم الناس) أي يبدأ الامام بالرجم ان كان الزاني مقرا لما روينا من أثر علي رضي الله عنه ورمى رسول الله صلى الله عليه وسلم الغامدية بحصاة مثل الحمصة ثم قال للناس ارموا وكانت أقرت بالزنا ويغسل ويكفن ويصلى عليه لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن غسل ماعز وتكفينه والصلاة عليه اصنعوا به كما تصنعون بموتاكم فلقد تاب توبة لو قسمت على أهل الحجاز لوسعتهم ولقد رأيته ينغمس في أنهار الجنة ولانه قتل بحق فلا يسقط به الغسل كالقتل بقصاص بخلاف الشهيد وصلى رسول الله صلى الله عليه وسلم على الغامدية بعد ما رجمت وكانت أقرت وقال عليه الصلاة والسلام والذي نفسي بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له رواه مسلم وأبو داود قال رحمه الله

قال السبكي اهل الله ييسر علينا حل هذا الاشكال فان عمر رضي الله عنه انما نطق بالصواب ولكنا انتم فهمنا وأجيب بأنه يمكن تأويله بان مراده لكتبتها مثبتها على نسخ تلاوتها ليكون في كتابتها في محلها أمن من نسيانها بالكلية لكن قد تكتب من غير تنبيه فيقول الناس زاد عمر فترك كتابتها بالكلية وذلك من دفع أعظم المفسدتين باخفهما والله أعلم (قوله لا يحسنه) الذي في خط الشارح بلا ضمير اه (قوله ان أبى الشهود من البداءة يسقط الحد) أي عن المشهود عليه ولا يحدون لان امتناعهم ليس صريحا في رجوعهم ولو كان ظاهرا فيه ففيه احتمال كونهم تضعف نفوسهم عن القتل وان كان بحق كما تراه في الشاهد من امتناع بعض الناس من ذبح الحيوان الحلال الا كل والاضحية بل ومن حضورها فكان امتناعهم شبهة في درء الحد عن المشهود عليه وهذا الاحتمال شبهة في اندفاع الحد عنهم وقيل يحدون والاول رواية المبسوط اه فتح (قوله أو قذفوا فحدوا) أي سواء اعترض ذلك قبل القضاء أو بعد القضاء قبل الامضاء لان الامضاء من القضاء في باب الحدود فاذا لم يحصل الامضاء (١٦٨) فكأنه لم يحصل القضاء اه اتقاني (قوله أو عمى أو خرس) قال الكمال وكذا يسقط الحد باعتراض ما يخرج عن أهلية الشهادة كما لو ارتد أحدهم أو عمى أو خرس أو فسق أو قذف فحد لا فرق في ذلك بين كونه قبل القضاء أو بعده قبل اقامة الحد لان الامضاء من القضاء في الحدود وهذا اذا كان محصنا وفي غير المحصن قال الحاكم في الكافي يقام عليه الحد في الموت والغيبة اه قال الاتقاني أما اذا كان غير محصن فقد قال الحاكم الشهيد في الكافي أقيم عليه الحد في الموت والغيبة ويبطل فيما سواهما وكذلك ما سوى الحدود من حقوق الناس اه (قوله وكذا اذا غابوا أو بعضهم أو ماتوا) في ظاهر الرواية اه هداية وانما قيد بظاهر الرواية احترازا عما روى عن أبي يوسف اه اتقاني (قوله في المتن ويبدأ الامام لو مقرا) قال الكمال رحمه الله واعلم أن مقتضى هذا أنه لو (ولو امتنع الامام لا يحل للقوم رجمه ولو أمرهم لعلمهم بفوات شرط الرجم وهو منتف برجم ماعز فان القطع بانه عليه الصلاة والسلام لم يحضره بل رجمه الناس عن أمره عليه الصلاة والسلام ويمكن الجواب بان حقيقة ما دل عليه قول علي أنه يجب على الامام أن يأمرهم بالابتداء احتيالا للثبوت دلالة الرجوع وعدمه وان يبتدئ هو في الاقرار ليكشف للناس انه لم يقصر في أمر القضاء بان يتساهل في بعض شروط القضاء بالحد فاذا امتنع حينئذ ظهرت امارة الرجوع فامتنع الحد لظهور شبهة تقصيره في القضاء وهي دارئة فكان البداءة في معنى الشرط اذ لم يكن عن عدمه العدم لا أنه جعل شرطا بذاته وهذا في حقه عليه الصلاة والسلام منتف فلم يكن عدم رجمه دليلا على سقوط الحد اذا لم يبدأ واعلم أن مقتضى ما ذكر أنه لو بدأ الشهود فيما اذا ثبت بالشهادة يجب أن يثني الامام فلو لم يثن الامام يسقط الحد لاتحاد المأخذ فيهما (قوله الغامدية) منسوبة الى بني غامد قبيلة من العرب اه اتقاني (قوله بخلاف الشهيد) أي فانه قتل بغير حق فلا يغسل ليكون الاثر شاهدا له ولاظهار زيادة تشريفه بقيام أثر الشهادة يوم القيامة اه كمال

(ولوغير محصن جلد مائة) أى لو كان الزانى غير محصن جلد مائة جلدة لقوله تعالى الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة والخطاب للائمة لان اجتماع الامة متعذر فتعين الامام لقيامه مقامهم وهى عامة فى المحصن وغيره الا أنها نسخت فى حق المحصن بما ذكرنا فبقيت معمولا بها فى حق غيره وقدمت الزانية بالذكر لانها هى المادة فى هذه الجناية اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع ولم يتمكن أو لان الفاحشة منهن أكثر لغلبة شهوتهن وقلة دينهن وعدم حفظهن للمروءة قال رحمه الله (ونصف للعبد) أى نصف المائة للعبد لقوله تعالى فان أتين بفاحشة فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب والمراد به الجلد لان الرجم لا يتنصف فتعين الجلد لذلك أو لعدم الاحصان لفقد شرطه وهو الحرية فاذا ثبت التنصيف فى الاماء لمكان الرق المنقص للكرامات والعقوبات ثبت فى العبيد بدلالة النص اذ النص الوارد فى أحد المثلين يكون واردا فى المثل الآخر أو نقول دخل العبيد فى اللفظ وأنث للتغليب ومثله قوله عليه الصلاة والسلام فى خمس من الابل السائمة شاة ولفظ خمس بلا تاء يتناول الاناث ودخل الذكور فيه إما بدلالة النص أو دخل فى اللفظ وأنث للتغليب وفى مثله يغلب الذكور عادة كما فى قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا قمتم الى الصلاة وان كنتم جنبا وغيره قال رحمه الله (بسوط لا ثمرة له متوسطا) أى يضرب بسوط لا عقدة له

(قوله فى المتن ولو غير محصن) أى وهو حر اه (قوله لقوله تعالى الزانية والزانى) قال الاتقانى ورفع الزانية والزانى بالابتداء وخبرهما محذوف تقديره وفيما فرض عليكم الزانية والزانى أى حكمهما وهو الجلد ويجوز أن يكون الخبر فاجلدوا وهو مذهب المبرد والاول مذهب الخليل وسيبويه ودخول الفاء فى الخبر لتضمن المبتدا معنى الشرط لان الالف واللام بمعنى الذى أى التى زنت والذى زنى فاجلدوهما كقولك من زنى فاجلدوه اه (قوله الا أنها نسخت فى حق المحصن) أى قطعا ويكفينا فى تعيين الناسخ القطع برجم النبى صلى الله عليه وسلم فيكون من نسخ الكتاب بالسنة القطعية وهى أولى من ادعاء أن الناسخ الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم لعدم الحكم بثبوتها قرآنا ثم انتساخ تلاوتها وان ذكرها عمر رضى الله عنه وسكت الناس فان كون الاجماع السكوتى حجة مختلف وبتقدير حجيته لا يقطع بان جميع المجتهدين من الصحابة كانوا اذ ذاك حضورا ثم لا شك أن الطريق فى ذلك الى عمر ظنى ولهذا قال على رضى الله عنه فيما ذكرناه ان الرجم سنة سنها رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ينسبه للقرآن المنسوخ التلاوة وعرف من ذلك أنه قائل بعدم نسخ عموم الآية فيكون رأيه أن الرجم حكم زائد فى حق المحصن ثبت بالسنة وهو قول قيل به ويستدل له بقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة ورجم بالحجارة وفى رواية أبى داود ورمى بالحجارة وسيأتى الكلام فيه اه كمال وكتب ما نصه أى بآية أخرى نسخت تلاوتها وبقى حكمها رواها عمر رضى الله عنه فى خطبته بحضرة الصحابة من غير نكير وقال ان مما يتلى فى كتاب الله تعالى الشيخ والشيخة اذا زنيا فارجموهما البتة نكالا من الله والله عزيز حكيم ولا تهمة فى روايته الا أن الله تعالى لما صرفها عن قلوب العباد لحكمة لم يكتبها عمر فى المصحف وقال لولا أن يقول الناس زاد عمر فى كتاب الله لكتبتها اه اتقانى (قوله وقدمت الزانية بالذكر) أى مع أن العادة عكسه اه فتح (قوله اذ لو لم تطمعه ولم تمكنه لم يطمع) بخلاف آية السرقة حيث قدم الرجل فيها على المرأة لان الرجل هو الاصل فى باب العدوان وان كان يقع من المرأة أيضا اه اتقانى (قوله لقوله تعالى) أى فاذا أحصن اه (قوله فعليهن) أى الاماء اذا أحصن أى تزوجن فان أتين بفاحشة أى زنين اه اتقانى (قوله ما على المحصنات) أى الحرائر اه اتقانى (قوله من العذاب) أى من الحد اه (قوله لان الرجم لا يتنصف) أى فلا رجم على الرقيق اه فتح (قوله فتعين الجلد لذلك أو لعدم الاحصان الخ) وحضرة المولى ليس بشرط فى صحة اقراره وشرط اقامة البينة عند أبى حنيفة ومحمد اه ابن فرشتا فى الجر (قوله والعقوبات ثبت فى العبيد بدلالة النص) أى بناء على أنه لا يشترط فى الدلالة أولوية المسكوت بالحكم من المذكور بل المساواة تكفى فيه اه كمال (قوله وأنث للتغليب) قال الكمال وقول بعضهم يدخلون بطريق التغليب عكس القاعدة وهى تغليب الذكور والنص عليهن فقط لان الكلام كان فى تزويج الاماء أعنى قوله ومن لم يستطع منكم طولا الى قوله من فتياتكم المؤمنات ثم عم حكمهن اذا زنين ولان الداعية فيهن أقوى وهو حكمة تقديم الزانية على الزانى فى الآية وهذا الشرط أعنى الاحصان لا مفهوم له فان على الارقاء نصف المائة أحصنوا أو لم يحصنوا وأسند أبو بكر الرازى الى أبى هريرة وزيد بن خالد الجهنى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم سئل عن الامة اذا زنت ولم تحصن قال ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فاجلدوها ثم ان زنت فبيعوها ولو بضفير وهو الحبل والقائلون بمفهوم المخالفة يجوزون أن الاحصان يدل عليه وروى مسلم وأبو داود والنسائى عن على قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أقيموا الحدود على ما ملكت أيمانكم من أحصن ومن لم يحصن ونقل عن العباس وطاوس أن لا حد عليهما حتى يحصنا بزوج وعلى هذا هو معتبر المفهوم الا أنه غير صحيح وقرئ فاذا أحصن بالبناء للفاعل وتؤول على معنى أسلمن اه (قوله فى المتن بسوط لا ثمرة له) قال الكمال قيل المراد بثمرة السوط عذبته وذنبه مستعار من واحدة ثمرة الشجرة وفى الصحاح وغيره عقد أطرافه ورجح المطرزى ارادة الاول لما ذكر الطحاوى أن عليا جلد الوليد بسوط له طرفان أربعين جلدة فكانت الضربة ضربتين وفى

الايضاح ما يوافقه قال ينبغي أن لا يضرب بسوط له ثمرة لان الثمرة اذا ضرب بها تصير كل ضربة ضربتين وفي الدراية لكن المشهور في الكتب لا ثمرة له لا عقدة له وقول المصنف في الاستدلال عليه لان عليا لما أراد أن يقيم الحد كسر ثمرته لا يحتمل الوجه الاول اصلا بل أحد الامرين إما العقدة وإما تليين طرفه بالدق اذ كان يابسا وهو الظاهر روى ابن أبي شيبة حدثنا عيسى بن يونس عن حنظلة السدوسي عن أنس بن مالك قال كان يؤمر بالسوط فتقطع ثمرته ثم يدق بين حجرين حتى يلين ثم يضرب به قلنا له في زمن من كان هذا قال في زمن عمر ابن الخطاب والحاصل أن المراد لا يضرب وفي طرفه يبس لانه حينئذ يجرح أو يبرح فكيف اذا كان في طرفه عقدة ويفيد ذلك ما روى عبد الرزاق عن يحيى بن أبي كثير أن رجلا أتى النبي صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله اني أصبت حدا فأقمه علي فدعا عليه الصلاة والسلام بسوط فأتي بسوط شديد له ثمرة فقال سوط دون هذا فأتي بسوط مكسور لين فقال سوط فوق هذا فأتي بسوط بين سوطين فقال هذا وأمر به فجلد ورواه ابن أبي شيبة عن زيد بن أسلم ان النبي صلى الله عليه وسلم أتي برجل فذكره وذكره مالك في الموطأ والحاصل أن يجتنب كلا من الثمرة بمعنى العقدة وبمعنى الفرع الذي يصير ذنبين تعميما للمشترك في النفي لانه عين العدد مائة ولو تجوز بالثمرة فيما يشمل كل العقدة اسم المجاز ماهو يابس الطرف على ما ذكرنا كان أولى فانه لا يضرب بمثله حتى يدق رأسه فيصير متوسطا اهـ (قوله والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح) قال الكمال رحمه الله ولو كان الرجل الذي وجب عليه الحد ضعيف الخلقة فخيف عليه الهلاك يجلد جلدا خفيفا يحتمله اهـ وسيأتي هذا في كلام الشارح عند قوله (١٧٠) والمريض يرجم قال الاتقاني وروى أنه عليه الصلاة والسلام أمر الجلاد أن لا يبين ابطه اهـ

ضربا متوسطا وفي النهاية هي عذبته وذنبه وطرفه لان كل ضربة بها تصير ضربتين وعن علي رضي الله عنه أنه كسر ثمرته ولو لم يكسر الثمرة يعد كل ضربة بضربتين لما روى أن عليا رضي الله عنه ضرب الوليد بسوط له طرفان وفي رواية ذنبان أربعين جلدة فكانت الضربة بضربتين والضرب المتوسط هو المؤلم غير الجارح لان الجارح يفضي الى التلف أو يبقى في جسده أثر يشينه ولهذا يكسر عقدته وغير المؤلم لا يفيد والواجب التأديب دون الاهلاك قال رحمه الله (ونزع ثيابه) يعني غير الازار لان في نزعه كشف العورة والمقصود من ضربه ايصال الالم اليه لاسيما هذا الحد لانه مبني على الشدة والتجريد فيه أبلغ وقد صح أن عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود قال رحمه الله (وفرق على بدنه) أي فرق الضرب على بدنه وأعضائه لان الجمع في عضو واحد قد يفضي الى التلف والحد زاجر وليس بمتلف ولانه نال اللذة في كل عضو منه فيعطى حظه من الضرب ولهذا يرجم اذا كان محصنا قال رحمه الله (الا رأسه ووجهه وفرجه) لقوله عليه الصلاة والسلام للجلاد اتق الوجه والمذاكير ولان الضرب على الفرج متلف وعلى الرأس سبب لزوال الحواس كالسمع والبصر والشم والفهم وكذا على الوجه وهو مجمع المحاسن أيضا فلا يؤمن ذهابها فيكون اهلاكا من وجه فلا يشرع وقال أبو يوسف اخرا يضرب الرأس سوطا لقول أبي بكر رضي الله عنه للجلاد اضرب الرأس فان فيه شيطانا قلنا قال ذلك في مستحق القتل لانه كان من دعاة أهل الحرب محلوقا وسط رأسه فأمر بضرب ذلك الموضع وأخبر أن فيه شيطانا وقال عمر للجلاد اياك أن تضرب الرأس والفرج وقال بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن لانه مقتل

(قوله وقد صح ان عليا الخ) قال الكمال وقول المصنف لان عليا رضي الله عنه كان يأمر بالتجريد في الحدود زاد عليه شارح الكنز فقال صح أن عليا كان يأمر بالتجريد فابعدها قال المخرج انه لم يعرف عن علي بل روى عنه خلاف اهـ فتح (قوله فرق الضرب على أعضائه) أي على الكتفين والذراعين والعضدين والساقين والقدمين اهـ اتقاني وكتب على قوله أعضائه ما نصه أي أعضاء المحدود اهـ (قوله في المتن الا رأسه ووجهه) قال الكمال وذكر عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال للذي أمره بضرب الحد اتق الوجه والمذاكير ولم يحفظه المخرجون كالراس مرفوعا بل موقوفا على علي رضي الله عنه أنه أتي برجل سكران أو في حد فقال اضرب وأعط كل عضو حقه واتق الوجه والمذاكير رواه ابن أبي شيبة وعبد الرزاق في مصنفيهما وسعيد بن منصور وقال ابن المنذر وثبت عن عمر بن الخطاب أنه قال وقد أتي برجل وأعط كل عضو حقه قال وروينا هذا القول عن علي وابن مسعود والنخعي رضي الله عنهم اهـ ولا شك أن معنى ما ذكره المصنف في الصحيحين من حديث أبي هريرة عنه عليه الصلاة والسلام قال اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه والمذاكير ولا شك أن هذا ليس مرادا على الاطلاق لانا نقطع أن في حال قيام الحرب مع الكفار لو توجه لاحد ضرب وجه من يبارزه أو هو في مقابلته حالة الحملة لا يكف عنه اذ قد يمتنع عليه بعد ذلك ويقتله فليس المراد الا من يقتله صبرا في حد قتلا أو غير قتل اهـ قال الكمال أيضا والمذاكير جمع ذكر بمعنى العضو فرقوا في جمعه بين الذكر بمعنى الرجل حيث قالوا ذكران وذكورة وذكارة وبمعنى العضو ثم جمعه على اعتبار تسمية ما حوله من كل جزء ذكرا كما قالوا شابت مفارقه وانما له مفرق واحد اهـ وفي الصحاح الذكر خلاف الانثى والجمع ذكور وذكران وذكارة أيضا مثل حجر وحجارة والذكر العوف والجمع مذاكير على غير قياس كأنهم فرقوا بين الذكر الذي هو الفحل وبين الذكر الذي هو العضو في الجمع وقال الاخفش هو من الجمع الذي ليس له واحد مثل العباديد والابابيل اهـ وفي الصحاح في باب الفاء وكان بعض الناس يتأول العوف الفرج فذكرته لابي عمرو فأنكره اهـ (قوله من دعاة) الدعاة جمع داع كالقضاة جمع قاض اهـ اتقاني (قوله وسط رأسه) أي وضرب رأسه واجب واهلاكه مستحق اهـ اتقاني (قوله وقال بعض مشايخنا لا يضرب الصدر والبطن) قال الكمال فيه نظر بل الصدر من المحامل والضرب بالسوط المتوسط عددا يسيرا

لايقتل فى البطن فكيف بالصدر ثم اذا فعل بالعصا كما يفعل فى زماننا فى بيوت الظلمة ينبغى أن لايضرب البطن اهـ (قوله وقال الشافعى الخ) قال الكمال وماقيل فى المنظومة والكافى ان الشافعى رحمه الله يخص الظهر واستدلال الشارحين عليه بقوله صلى الله عليه وسلم لهلال بن أمية البينة والا حد فى ظهرك غير ثابت فى كتبهم بل الذى فيها كقولنا واغما رواية عن مالك أنه خص الظهر ومايليه وأجيب بان المراد بالظهر نفسه أى حدّ عليك بدليل ماثبت عن كبار الصحابة مثل عمر وعلى وابن مسعود ومااستنبطناه من قوله عليه الصلاة والسلام اذا ضرب أحدكم فليتق الوجه وأنه فى نحو الحدّ فماسواه داخل فى الضرب ثم خص منه الفرج بدليل الاجماع اهـ

كالرأس وعن أبى يوسف مثله وقال الشافعى رحمه الله يخص الظهر بالضرب لقوله عليه الصلاة والسلام شهودك أوحدّ فى ظهرك قلنا ليس فيه نفى ضرب غيره من الاعضاء قال رحمه الله (ويضرب الرجل قائما فى الحدود غير ممدود) لقول على رضى الله عنه يضرب الرجال فى الحدود قياما والنساء قعودا ولان مبنى الحدود على التشهير لقوله تعالى وليشهد عذابهما طائفة من المؤمنين والقيام أبلغ فيه والممدود هو الملقى فى الارض كما يفعل اليوم وقيل أن يمدّ فيرفع يده فوق رأسه وقيل أن يمدّ السوط على جسده عند الضرب فيجرّ عليه وكل ذلك لا يفعل لانه زيادة على المستحق قال رحمه الله (ولا ينزع ثيابها الا الفرو والحشو) أى المرأة لا ينزع عنها ثيابها الا الفرو والحشو لان فى تجريدها كشف العورة والفرو والحشو يمنعان وصول الالم الى الجسد والستر حاصل بدونهما فلا حاجة اليهما فينزعان ليصل الالم الى البدن قال رحمه الله (وتضرب جالسة) لمارويناه من قول على رضى الله عنه ولانها عورة فلو ضربت قائمة فلا يؤمن كشف عورتها قال رحمه الله (ويحفر لها فى الرجم لاله) أى يحفر للمرأة لا للرجل لقول أبى سعيد فوالله ماحفرنا لماعز ولا أوثقناه الحديث وقال عبد الله بن بريدة عن أبيه حفر للغامدية الى صدرها رواهما مسلم وأحمد وأبو داود ولانه ربما تضطرب اذا أصابتها الحجارة فتبدو أعضاؤها وهى كلها عورة فكان الحفر أسترلها بخلاف الرجل ولا بأس بترك الحفر لها لانه عليه الصلاة والسلام لم يأمر بذلك والربط والامساك غير مشروع فى المرجوم قال رحمه الله (ولا يحدّ عبده الا باذن إمامه) أى المولى لايحدّه الا اذا فوّض الامام اليه وقال الشافعى رضى الله عنه له أن يقيم عليه الحدّ الذى هو خالص حق الله تعالى اذا عاين السبب أو أقر عنده اذا كان المولى ممن علك الحد بتولية الامام بان كان بالغا عاقلا حرّا وان ثبت بالبينة فله فيه قولان وفى حد القذف والقصاص له وجهان وان كان المولى مكاتبا أو ذمّيا أو امرأة فليس له أن يقيم الحد على مملوكه له قوله عليه الصلاة والسلام اذا زنت أمة أحدكم فتبين زناها فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت فليجلدها الحد ولا يثرب عليها ثم ان زنت الثالثة فليبعها ولو بحبل من شعر متفق عليه ولان له ولاية مطلقة فيملك اقامة ماوجب عليه كالامام بل أولى لان ولايته عليه فوق ولاية الامام حتى ملك فيه من التصرفات مالا يملكه الامام ألا ترى أن المولى هو الذى يزوّج دون الولى بالقرابة لان ولاية الملك فوقها وولاية القرابة فوق ولاية السلطنة لان السلطان لايزوّج الا بعد فقد القريب فلما جعلت ولاية الملك فوق ولاية القرابة دل أنها فوق ولاية السلطنة ضرورة ولهذا علك تعزيره كما علكه الامام والحد كالتعزير لان كلا منهما عقوبة شرعت للزجر ولنا ماروى عن العبادلة الثلاثة موقوفا ومرفوعا أربعة الى الولاة الحدود والصدقات والجمعات والفىء وعن على مثله ولان الحد حق الله تعالى اذ المقصود من شرعه إخلاء العالم عن الفساد ولهذا لايسقط باسقاط العباد فتكون الولاية مستفادة بالنيابة من الله تعالى والامام هو المتعين لها فى استيفاء حقوق الله تعالى فأما المولى فولايته بالملك لايصلح أن يكون نائبا لله تعالى ألا ترى أن المرأة لا تصلح لذلك وان كانت مالكة وكذا الذمى والمكاتب بخلاف التعزير لانه حق العبد وهو المالك والمقصود منه

(قوله على التشهير) أى زجرا للعامة عن مثله اهـ فتح (قوله فيرفع) أى الضارب اهـ (قوله عند الضرب) أى بعد وقوعه اهـ فتح (قوله والربط والامساك الخ) قال الكمال وان امتنع الرجل ولم يقف ولم يصبر لابأس بربطه على اسطوانة أو يمسك اهـ ﴿فرع﴾ قال الكمال رحمه الله ولا يقام حدّ فى مسجد باجماع الفقهاء ولا تعزير الا ماروى عن مالك أنه لابأس بالتأديب فى المسجد خمسة أسواط قال أبو يوسف أقام ابن أبى ليلى الحدّ فى المسجد فخطأه أبو حنيفة وفى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال جنبوا مساجدكم صبيانكم ومجانينكم ورفع أصواتكم وشراءكم وبيعكم واقامة حدودكم وجمروها فى جمعكم وضعوا على أبوابها المطاهر ولانه لايؤمن خروج النجاسة من المحدود فيجب نفيه عن المسجد اهـ قوله وجمروها قال فى النهاية ومنه نعيم المجمر الذى كان يلى اجمار مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم اهـ وقال قاضيخان قبيل فصل حد القذف ولا قود ولا تعزير فى المسجد ولكن القاضى يخرج من المسجد اذا أراد اقامة الحدّ بين يديه اهـ وذكر الشارح قبيل فصل التعزير ان الحدّ لايقام فى المسجد اهـ (قوله وقال الشافعى) أى ومالك وأحمد اهـ فتح (قوله أن يقيم عليه الحدّ) أى بلا اذن وعن مالك إلا فى الامة المزوّجة اهـ فتح (قوله العبادلة الثلاثة) أى ابن مسعود وابن عباس وابن الزبير اهـ اتقانى (قوله ولان الحد حق الله) أى فلا يجوز للمولى أن يستوفيه لانه أجنبى فى حقه فلا يجوز للاجنبى أن يتصرف فى حق غيره اهـ اتقانى (قوله وكذا الذمى الخ) قال الكمال واستثنى الشافعى من المولى أن يكون ذميا أو مكاتبا أو امرأة وهل يجرى ذلك على العموم حتى لو كان قتلا بسبب الردة أو قطع الطريق أو قطعا بالسرقة ففيه خلاف عندهم قال النووى الاصح المنصوص نعم لاطلاق الخبر اهـ

(قوله في المتن واحصان الرجم الخ) قيد باحصان الرجم لان احصان القذف غير هذا كما سيأتي قاله الكمال ثم قال وقولنا يدخل بها في نكاح صحيح يعني تكون الصحة قائمة حالة الدخول حتى لو تزوج من علق طلاقها بتزوجها يكون النكاح صحيحا فلو دخل بها عقبه لا يصير محصنا لوقوع الطلاق قبله واعلم أن الاضافة في قولنا شرائط الاحصان ينبغي أن تكون بيانية أي الشرائط التي هي الاحصان وكذا شرط الاحصان والحاصل أن الاحصان الذي هو شرط الرجم هي الامور المذكورة فهي أجزاؤه وهو هيئة يكون باجتماعها فهي أجزاء علته وكل جزء علة فكل واحد حينئذ شرط وجوب الرجم والمجموع علة لوجود الشرط المسمى بالاحصان والشرط يثبت سمعا أو قياسا على ما اختاره فخر الاسلام وغيره اه (قوله وهما صفة الاحصان) الى هنا كلام الشارح وينبغي أن يذكر بعد قوله الاحصان والتكليف غير أنه ليس ثابتا في خطه والصواب اثباته اه (١٧٢) (قوله وهذه الشرائط) أي التي ذكرها المصنف سبعة الاول الحرية الثاني والثالث العقل والبلوغ أشار اليهما المصنف بقوله والتكليف الرابع الاسلام الخامس النكاح الصحيح السادس الدخول فيه وهو المراد بقوله والوطء السابع احصانهما حالة الدخول اه واعلم أولا أن الزنا سبب لوجوب الجلد والرجم جميعا لكن للرجم شرائط هي المذكورة آنفا فاذا وجدت هذه الشرائط يجب الرجم والا فيجب الجلد قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن الدخول آخر شرائط الاحصان حتى لو وجد الدخول أولا ثم وجد سائر الشرائط لا يكون محصنا ما لم يوجد الدخول بعدها بيانه فيما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي أن المسلم البالغ العاقل تزوج امرأة نصرانية فدخل بها ثم أسلمت المرأة فقبل أن يدخل بها بعد الاسلام زنى الرجل لا رجم عليه لانه لم يدخل بها بعد اسلامها ولم تكمل شرائط احصانه عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يكون محصنا ولو كانت المرأة أمة فدخل بها زوجها ثم أعتقها المولى فلم يدخل بها بعد العتق لا يكمل الاحصان بالاتفاق وكذا لو دخل بها وهي صغيرة ثم أدركت وكذا لو كان تحته امرأة حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل احصانهما ثم اذا أسلما لا يعود احصانهما الا بعد الدخول بها بعد الاسلام الى هنا لفظ الشارح والله أعلم (قوله ويمكنه) أي الاسلام يمكن اه (قوله وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط وبه قال الشافعي) قال الاتقاني وأما الاسلام فانه شرط الاحصان في ظاهر الرواية عن أصحابنا جميعا لما قلنا وروي عن أبي يوسف أن الاسلام ليس بشرط وهو قول الشافعي وثمرة الخلاف أن الذمي الثيب الحر اذا زنى عندنا يجلد ولا يرجم وعندهما يرجم اه (قوله وأما التزوج بنكاح صحيح) أي ثم لا يكون محصنا بالدخول في النكاح الفاسد لانه لا يبيح الوطء وكذا لا يكون محصنا أيضا بالجماع في النكاح الصحيح اذا قال ان تزوجتك فأنت طالق نص عليه الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله ولانه) أي التزوج بنكاح صحيح اه (قوله وأما احصانهما) قال الكمال رحمه الله

التأديب والتثقيف ولهذا علكه عليه وان كان صغيرا غير مخاطب شرعا وهو كتأديب الدواب وتقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو والتقدم في ولاية الانكاح لا يدل على تقدمه في ولاية الحدود كالقريب فانه يتقدم عليه فيه وليس له ولاية اقامة الحدود ولان الحد وانما تجب باعتبار الآدمية والمولى علك ماليته لا غير فكان أجنبيا عنه فصار كالحر في حقه ولهذا يصح اقراره بالحدود دون الاموال والمراد بما روى التسبيب بالمرافعة الى الحكام لا المباشرة بغير اذن الامام وهذا كما يقال قتل الامير فلانا ونادى الامير في الناس والمباشر للقتل والنداء غيره وانما نسب اليه بالتسبيب بالامر بذلك وهذا المعنى هو الظاهر لانه عليه الصلاة والسلام خاطب الموالي كلهم بذلك وكلهم لا يملكون المباشرة بالاجماع أو يكون ذلك اذنا منه عليه الصلاة والسلام للموالي بان يقيموا الحدود عليهم وعندنا تجوز اقامته للمولى باذن الامام قال رحمه الله (واحصان الرجم الحرية والتكليف والاسلام والوطء بنكاح صحيح وهما بصفة الاحصان) العقل والبلوغ وهذه الشرائط سبعة الحرية والعقل والبلوغ والاسلام والتزوج نكاحا صحيحا والدخول بالنكاح الصحيح وكونهما محصنين حالة الدخول أما العقل والبلوغ فهما شرط لاهلية العقوبات كلها لان المجنون والصبي ليسا مكلفين وأما الحرية فلان الاحصان ينطلق عليها قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أي الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات أي الحرائر ولانها تمكنه من النكاح الصحيح المغني عن الزنا وأما الاسلام فلقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن ولانه يتمكن به من نكاح المسلمة اذ الكافرة لا تحصنه ويمكنه من اعتقاد الحرمة أو يؤكده وعن أبي يوسف أنه ليس بشرط وبه قال الشافعي رحمه الله لانه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين قلنا كان ذلك بحكم التوراة قبل نزول آية الجلد في أول ما دخل عليه الصلاة والسلام المدينة وصار منسوخا بها ثم نسخ الجلد في حق المحصن والكافر ليس بمحصن لما روينا وأما التزوج بنكاح صحيح فلان الاحصان ينطلق عليه قال الله تعالى والمحصنات من النساء أي المنكوحات وقال تعالى فاذا أحصن أي تزوجن ولانه يمكنه من الوطء الحلال وأما الدخول فلقوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب الحديث والثيابة لا تكون بمجرد دخول ولانه باصابة الحلال تنكسر شهوته ويشبع فيستغني به عن الزنا والمعتبر ايلاج الحشفة بحيث يجب عليه الغسل ولا يشترط الانزال وأما احصانهما حالة الدخول فلأن هذه النعمة به تتكامل اذ الطبع ينفر عن صحبة المجنونة وقلما يرغب في الصغيرة لقلة رغبتها فيه وفي المملوكة حذرا عن رق الولد ولا ائتلاف مع الاختلاف في الدين وفي الكافرة خلاف أبي يوسف وعنه أنه

وكون كل واحد من الزوجين مساويا للآخر في شرائط الاحصان وقت الاصابة فهو شرط خلافا للشافعي حتى لو تزوج الحر المسلم البالغ العاقل أمة أو صبية أو مجنونة أو كتابية ودخل بها لا يصير الزوج محصنا بهذا الدخول حتى لو زنى بعده لا يرجم عندنا خلافا له وكذا لو تزوجت الحرة البالغة العاقلة المسلمة من عبد أو مجنون أو صبي ودخل بها لا تصير محصنة فلا ترجم لو زنت ولو تزوج مسلم ذمية فأسلمت بعد ما دخل بها ثم قبل أن يدخل بها بعد الاسلام أي يطأها زنى لا يرجم وكذا لو أعتقت الامة التي هي زوجة الحر العاقل البالغ المسلم بعد ما دخل لا يرجم لو زنى ما لم يطأها بعد الاعتاق وكذا لو بلغت بعد ما دخل بها وهي صغيرة وكذا لو كانت تحته حرة مسلمة وهما محصنان فارتدا معا بطل إحصانهما فاذا أسلما لا يعود إحصانهما حتى يدخل بها بعد الاسلام اه وقال الاتقاني (١٧٣) عند قوله وكونهما على صفة الاحصان عند الدخول فعن هذا عرفت أن إحصان أحد الزوجين شرط لاحصان صاحبه بخلاف احصان أحد الزانيين حيث لا يكون شرطا لاحصان الآخر حتى يحد كل واحد منهما حد نفسه جلدا كان أو رجما اه ﴿فرع﴾ قال قاضيخان في الجامع أربعة شهدوا على رجل بالزنا فأنكر الاحصان وهو الدخول بحكم النكاح وله امرأة قد ولدت في نكاحه يرجم لان حكم الشرع بثبات النسب منه حكم بالدخول ولهذا لو طلقها كان له الرجعة اه وقال التمرتاشي فان أقرا بالدخول ثبت إحصانهما وان أقر أحدهما دون الآخر ثبت في حق المقر لان حكم إقراره يلزمه ولو ولدت منه وهما ينكران الدخول فهما محصنان لان الولد شاهد على ذلك ولو لم يكن له منها ولد يثبت الاحصان بشهادة رجل وامرأتين وقال زفر والشافعي لا يثبت كما لا يثبت الزنا ولنا أن الاحصان شرط والحكم يضاف الى العلة وهو الزنا لا الى الشرط ولو رجعوا لا يضمنون وقالا يضمنون نصف الدية لان الحجة قامت بهم وبشهود الزنا ويستفسر القاضي شهود الاحصان ما هو وكيف هو فان ذكرا الشرائط وقالا دخل بها كفى ذلك خلافا لمحمد قال الدخول قد يكون للزنا وقد يكون للوطء فلا يقبل للاحتمال ولهما أن الدخول بها لا يستعمل الا في الوطء أما في غيره فيقال دخل عليها وفي جامع الرازي لا يشترط قيام النكاح لبقاء الاحصان اه (قوله بخلاف العلم والشرف) هذا متصل بقوله هذه الاشياء من أعظم النعم اه (قوله في المتن ولا يجمع بين جلد ورجم) وهو قول مالك والشافعي ورواية عن أحمد وذهب في رواية أخرى عنه وأهل الظاهر الى أنه يجمع اه فتح

لا يشترط الاحصان عند الدخول والحجة عليه ما بيناه وقوله عليه الصلاة والسلام لا تحصن المسلم اليهودية ولا النصرانية ولا الحر الامة ولا الحرة العبد وهذه الاشياء من أعظم النعم وكلها زواجر عن الزنا والجناية عند توفر النعمة ووجود المانع أغلظ وأقبح فيناط بها نهاية العقوبة ولهذا اهدد الله تعالى نساء النبي بضعف ما هدد به غيرهن وعاتب الانبياء عليهم السلام بزلات لا يؤاخذ بها غيرهم لزيادة النعمة عليهم بخلاف العلم والشرف لان الشرع لم يرد باعتبارهما ونصب الشرع بالرأي ممتنع ولو زال الاحصان بعد ثبوته بالجنون والعته يعود محصنا اذا أفاق وعند أبي يوسف لا يعود حتى يدخل بالمرأة بعد الافاقة قال رحمه الله (ولا يجمع بين جلد ورجم) يعني في المحصن (و) لا بين (جلد ونفي) يعني في البكر أما الاول فلأنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما على المحصن وعند أصحاب الظواهر يجلد ثم يرجم لقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة والثيب بالثيب جلد مائة والرجم رواه الجماعة الا البخاري والنسائي وعنه عليه الصلاة والسلام جمع بينهما في رجل وعن الشعبي أن عليا حين رجم المرأة جلدها يوم الخميس ورجمها يوم الجمعة وقال جلدتها بكتاب الله ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه البخاري وأحمد ولنا أنه عليه الصلاة والسلام لم يجمع بينهما في ماعز ولا في الغامدية ولا في المرأة التي زنى بها العسيف بل رجمهم من غير جلد ولو كان الجمع حدا لما تركه ولأنه لا فائدة في الجلد مع الرجم لان الحد شرع زاجرا وزجره بالجلد لا يتأتى مع هلاكه وزجر غيره يحصل بالرجم لكونه أبلغ العقوبات فاذا عرى عن الفائدة فلا يشرع ولهذا لو تكرر من شخص ما يوجب الحد يكتفي بحد واحد لعدم الفائدة في الباقي لان المقصود وهو زجره وزجر غيره يحصل بالاول وما رووه معناه الثيب بالثيب جلد مائة أو الرجم لان الواو تجيء بمعنى أو قال الله تعالى جاعل الملائكة رسلا أولي أجنحة مثنى وثلاث ورباع أي أولي أجنحة مثنى أو ثلاث أو رباع فيكون معنى الحديث الثيب بالثيب الرجم ان كانا محصنين أو جلد مائة ان لم يكونا محصنين وهذا معنى مستقيم لا اشكال فيه فان كل ثيب لا يرجم فيكون تنبيها منه عليه الصلاة والسلام على الحكمين في الثيب على أن هذا الحديث منسوخ على ما نبين وجه نسخه من قريب ان شاء الله تعالى وأما الذي جمع فيه عليه الصلاة والسلام بينهما فانما جلده أول مرة ظنا منه أنه غير محصن ثم لما عرف أنه محصن رجمه فان جابرا قال ان رجلا زنى بامرأة فأمر به النبي صلى الله عليه وسلم فجلده الحد ثم أخبر أنه محصن فأمر به فرجم رواه أبو داود وفعل علي رضي الله عنه محمول على ذلك وتأخيره الرجم الى يوم الجمعة دليل عليه لان تأخير الحد بعد وجوبه لا يجوز وعرف أحد الحدين بكتاب الله تعالى والآخر بالسنة فلهذا قال جلدتها بكتاب الله تعالى ورجمتها بسنة رسول الله صلى الله عليه وسلم لا لان الجمع مشروع في واحد وأما الثاني وهو عدم الجمع بين الجلد والنفي في البكر فمذهبنا وقال الشافعي رحمه الله يجمع بينهما لحديث المار وبما من قوله عليه الصلاة والسلام البكر بالبكر جلد مائة ونفي سنة وقال عليه الصلاة والسلام في العسيف عليه جلد مائة وتغريب

عام والخلفاء الراشدين كانوا يضربون ويغربون ولان الزنا ينشأ من المصاحبة والمؤانسة فيفرق ويغرب حسما لمادته ألا ترى أن السارق لما كان تمكنه من السرقة بالمشي والبطش صار حده قطع آلة المشي والبطش حسما لمادته ولنا قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة جعل الجلد كل الموجب نظرا الى الجواب بالفاء لان الفاء للجزاء والجزاء ما يكون كفاية لانه من جزأ بالهمز أي كفى والى كونه كل المذكور فيكون كل الموجب اذ الموضع موضع الحاجة الى البيان فلو وجب التغريب لكان الجلد بعض الموجب فيكون نسخا وهو لا يجوز الا بمثله ولان في التغريب تعريضها على الزنا لانها اذا تباعدت عن العشائر والاقارب ارتفع الحياء واذا نزلت في الرباطات أو الخانات أحوجها انقطاع مواد المعاش الى اتخاذ الزنا مكسبة لارتفاع الاستحياء من المعارف وهو أقبح وجوه الزنا لانه يقع جهرا لكونه ناشئا عن وقاحة ومع العشائران وقع يقع خفية ومكتوما لكونه ناشئا عن استحياء ولهذا قال علي رضي الله عنه كفى بالنفي فتنة وعمر رضي الله عنه نفى شخصا فارتد ولحق بدار الحرب فحلف أن لا ينفي بعده أبدا وبهذا يعرف أن نفيهم كان بطريق السياسة والتعزير لا بطريق الحد لان مثل عمر رضي الله عنه لا يحلف أن لا يقيم الحد وعندنا يجوز أن يفعله ان رأى فيه مصلحة ولا يختص ذلك بالزنا ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام نفى المخنث وعمر رضي الله عنه نفى نصر بن الحجاج وكان غلاما صبيحا يفتتن به النساء والجمال لا يوجب النفي ولكن فعل ذلك لمصلحة رآها فان الغلام قال له ما ذنبي يا أمير المؤمنين فقال لا ذنب لك وانما الذنب لي حيث لا أطهر دار الهجرة منك فنفاه والتحق بالروم فحلف أن لا ينفي أحدا بعد هذا ولان نفي المرأة لا يمكن شرعا لان سفرها بغير محرم حرام ولا ذنب للمحرم حتى ينفى معها ولا يمكن القياس على المهاجرة من دار الحرب لانها لا تقصد سفرا وانما تطلب الخلاص حتى لو وصلت الى جيش المسلمين ولهم منعة لا يجوز لها أن تخرج من عندهم وتسافر وكذا في الامة حق المولى في الخدمة مقدم على حق الشرع فلا يمكن أن يفصل بينها وبين مولاها وكذا العبد وما رواه منسوخ كشطره وهو قوله عليه الصلاة والسلام الثيب بالثيب جلد مائة والرجم فانه لا يجمع بين الجلد والرجم على المحصن بالاجماع وبيان نسخه أن حد الزنا كان في الابتداء الايذاء باللسان كما قال الله تعالى فآذوهما ثم نسخ بالحبس في البيوت بقوله تعالى فأمسكوهن في البيوت حتى يتوفاهن الموت أو يجعل الله لهن سبيلا ثم نسخ الحبس في البيوت بقوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني فقد جعل الله لهن سبيلا البكر بالبكر جلد مائة وتغريب عام والثيب بالثيب جلد مائة والرجم فكان هذا قبل نزول سورة النور بدليل قوله عليه الصلاة والسلام خذوا عني ولو كان بعد نزولها لقال خذوا عن الله ثم نسخ بقوله تعالى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فكان الجلد حد كل زان ثم نسخ في حق المحصن بالرجم فبقي في حق غير المحصن معمولا به فاستقر الحكم على الجلد فقط في غير المحصن وعلى الرجم فقط في حق المحصن قال رحمه الله (ولو غرب بما يرى صح) أي لو غرب الامام الجاني بما يرى من التغريب جاز لما ذكرنا وقال في النهاية المراد بالتغريب الحبس قال الشاعر

ومن يك أمسى بالمدينة رحله * فاني وقيار بها لغريب

أي لمحبوس وهو أحسن وأسكن للفتنة من نفيه الى اقليم آخر لانه بالنفي يعود مفسدا كما كان ولهذا كان الحبس حدا في ابتداء الاسلام دون النفي وحمل النفي المذكور في قطاع الطريق عليه قال رحمه الله (والمريض يرجم ولا يجلد حتى يبرأ) أي اذا زنى المريض وكان محصنا يرجم لان الرجم متلف فلا يمتنع بسبب المرض وان كان غير محصن لا يجلد حتى يبرأ كيلا يفضي الى التلف والجلد شرع زاجرا لا متلفا ولهذا لا يقام الحد في شدة الحر ولا في شدة البرد وان كان الزاني ضعيف الخلقة بحيث لا يرجى برؤه يخاف عليه الهلاك لو ضرب يجلد جلدا خفيفا مقدار ما يتحمله لما روي أن رجلا ضعيفا زنى فذكر ذلك سعد بن عبادة لرسول الله صلى الله عليه وسلم وكان ذلك الرجل مسلما فقال عليه الصلاة والسلام اضربوه

(قوله فيكون كل الموجب) أي لان الحكيم مهما شرع في بيان حكم حادثة لم يقتصر على بيان بعض الحكم اه (قوله وعمر نفى شخصا) أي وهو نصر بن حجاج اه (قوله وبيان نسخه أن حد) لفظة حد ليست في خط الشارح ولا بد من مراعاته اه

حدّه فقالوا يارسول الله انه ضعيف عما نحسب ولو ضربناه مائة قتلناه فقال عليه السلام خذوا عشكالا فيه مائة شمراخ ثم اضربوه ضربة واحدة قال ففعلوا رواه أحمد وابن ماجه وفيما رواه أبوداود لو حملناه اليك لتفسخت عظامه وماهو الاجلد على عظم قال رحمه الله (والحامل لاتحد حتى تلد وتخرج من نفاسها لو كان حدها الجلد) أى لو كانت الزانية حاملا لاتحد حتى تلد لانه يخاف الهلاك على الولد وله حرمة الآدمى وان كان من الزنا لعدم الجناية منه وقد روى أن امرأة من غامد جاءت رسول الله صلى الله عليه وسلم فقالت طهرنى فقال ويحك ارجعى واستغفرى الله تعالى وتوبى اليه فقالت أراك تريد أن تردنى كما رددت ماعز بن مالك فقال وماذاك قالت انها حبلى من الزنا قال أنت قالت نعم فقال لها حتى تضعى مافى بطنك قال فكفلها رجل من الانصار حتى وضعت قال فأتى النبى صلى الله عليه وسلم فقال وضعت الغامدية فقال اذا لانرجمها وندع ولدها صغيرا ليس له من يرضعه فقام رجل من الانصار فقال الىّ رضاعه قال فرجمها رواه مسلم والدارقطنى وقال هذا حديث صحيح وتحبس حتى تلد ان ثبت زناها بالشهادة وان كانت مقرة لاتحبس ولو كان حدها الجلد لم تجلد حتى تخرج من نفاسها لما روى عن على رضى الله عنه أنه قال ان أمة لرسول الله صلى الله عليه وسلم زنت فأمرنى أن أجلدها فأتيتها فاذا هى حديثة عهد بنفاس فخشيت ان أجلدها أن أقتلها فذكرت ذلك للنبىّ صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت اتركها حتى تماثل رواه مسلم وأحمد وأبوداود والترمذى وصححه ولان النفاس نوع مرض فينتظر البرء على ما بيناه بخلاف الرجم لان التأخير لاجل الولد وقد انفصل وعن أبى حنيفة رحمه الله أن الرجم يؤخر الى أن يستغنى ولدها عنها اذا لم يكن له أحد يقوم بتربيته لما روى عن عبد الله بن بريدة قال جاءت الغامدية فقالت يارسول الله انى قد زنيت فطهرنى وانه ردها فلما كان الغد قالت يارسول الله لم تردنى لعلك تردنى كما رددت ماعزا فوالله انى لحبلى قال إما لا فاذهبى حتى تلدى فلما ولدت أتته بالصبى فى خرقة قالت هذا قد ولدته قال اذهبى فأرضعيه حتى تفطميه فلما فطمته أتته بالصبى وفى يده كسرة خبز فقالت هذا يانبىّ الله قد فطمته وقد أكل الطعام فدفع الصبى الى رجل من المسلمين ثم أمر بها فحفر لها الى صدرها وأمر الناس فرجموها فيقبل خالد بحجر فرمى رأسها فانتضح الدم على وجه خالد فسبها فسمع النبىّ صلى الله عليه وسلم سبه اياها فقال مهلا ياخالد فوالذى نفسى بيده لقد تابت توبة لو تابها صاحب مكس لغفر له ثم أمر بها وصلى عليها ودفنت رواه مسلم وأحمد وأبوداود والتوفيق بين الحديثين أنه يحتمل أن تكون امرأتان من غامد فأخر رجم احداهما الى أن يفطم ولدها دون الاخرى ويحتمل أن تكون احداهما من غامد والاخرى من قبيلة أخرى فغلط الراوى فى الرواية والله أعلم

﴿ باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه ﴾

الوطء الموجب للحد هو الزنا وهو عند أهل اللغة والشرع وطء الرجل المكلف فى قبل المشتهاة فى غير الملك وشبهته عن طوع وقد بيناه فى أول الكتاب وانما شرط ذلك لوجوب الحد لان الزنا فعل حرام والحرمة على الاطلاق تثبت عند التعرى عن الملك وشبهته يؤيده قوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود عن المسلمين مااستطعتم فان كان له مخرج فخلوا سبيله فان الامام أن يخطئ فى العفو خير من أن يخطئ فى العقوبة رواه الترمذى من حديث عائشة رضى الله عنها وذكر أنه قد روى موقوفا وان الوقف أصح وعندنا لايضر ذلك اذا صح الرفع لاسيما فيما لايدرك بالرأى فان الموقوف فيه محمول على السماع لانهم كانوا يرفعونه تارة ويفتون به أخرى وقال عليه الصلاة والسلام ادفعوا الحدود ماوجدتم لها مدفعا ثم الشبهة ثلاثة أنواع شبهة فى الفعل وشبهة فى المحل وشبهة فى العقد على ما يجىء بيانه فالاول يسمى شبهة

(قوله عشكالا) العشكال والعشكول عذق وهو النخل والشمراخ شعبة منه من خط الشارح اه (قوله فى المتن والحامل لاتحدّ حتى تلد) قال الحاكم الشهيد فى الكافى فان ادعت أنها حبلى أراها القاضى النساء فان قلن هى حبلى حبسها الى سنتين ثم رجمها واذا شهدوا عليها بالزنا فادعت أنها عذراء أو رتقاء فنظر اليها النساء فقلن هى كذلك درئ عنها الحد ولاحد على الشهود أيضا وكذلك المجبوب ولاحد على قاذفه ويقبل فى الرتقاء والعذراء والاشياء التى يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة قال فى الفتوى الولوالجى والمثنى أحوط اهـ اتقانى (قوله فقال) لفظ فقال مشطوب عليه فى خط الشارح اهـ يراجع الحديث (قوله تماثل) هكذا هو بخط الشارح اهـ

﴿ باب الوطء الذى يوجب الحد والذى لايوجبه ﴾

(قوله ثم الشبهة ثلاثة أنواع الخ) قال الاتقانى والشبهة على نوعين شبهة اشتباه وهو أن يشتبه عليه الحال بان يظن أنه محل له وهذه الشبهة تسمى شبهة فى الفعل والنوع الثانى شبهة فى المحل وهى أن تكون الشبهة ناشئة فى المحل بان يكون فى المحل شبهة الملك أعنى شبهة ملك الرقبة أو ملك المتعة وهذه الشبهة تسمى شبهة حكمية باعتبار ان المحل أعطى له حكم الملك فى اسقاط الحد وان لم يكن الملك ثابتا حقيقة ثم كل واحدة من الشبهتين يسقط بها الحد لاطلاق الحديث المذكور الا أن فى كل موضع تثبت فيه شبهة الاشتباه اذا قال علمت أنها علىّ حرام وجب الحد لارتفاع الشبهة بارتفاع الاشتباه وفى شبهة المحل لايجب الحد وان قال علمت أنها علىّ حرام لقيام الشبهة بقيام المحل اهـ وقال الكمال وأصحابنا قسموا الشبهة قسمين شبهة فى الفعل وتسمى شبهة اشتباه وشبهة مشابهة أى شبهة

اشتباه وهو أن يظن غير الدليل دليلا فيتحقق في حق من اشتبه عليه فقط لان المحل خال عن الملك والحق فكان زنا حقيقة غير أنه سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو الظن ولهذا لو جاءت بولد لا يثبت نسبه وان ادّعاه والنوعان الآخران الشبهة في كل واحد منهما حكمية فيثبت مطلقا لان الشبهة فيه لدليل قائم به يقتضى الحل وانما امتنع من افادته لمانع على ما يجيء تفاصيله قال رحمه الله (لا حدّ بشبهة المحل وان ظن حرمته كوطء أمة ولده وولد ولده ومعتدة الكنايات) أى لا يجب الحد لاجل شبهة وجدت في المحل وان علم حرمته لان الشبهة اذا كانت في الموطوءة يثبت فيها الملك من وجه فلم يبق معه اسم الزنا فامتنع الحد على التقادير كلها وهذا لان الدليل المثبت للحل قائم وان تخلف عن اثباته حقيقة لمانع فأورث شبهة فلهذا سمى هذا النوع شبهة في المحل لانها نشأت عن دليل موجب للحل في المحل بيانه أن قوله عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك يقتضى الملك لان اللام فيه للملك وكذا أمة ولد الولد والمعتدة التى طلقها بالكنايات فيها اختلاف الصحابة فذهب عمر رضى الله عنه أنها رجعية فأورث شبهة وان كان المختار قول على رضى الله عنه ولهذه المسائل أخوات منها الجارية المبيعة في حق البائع قبل التسليم لانها في ضمانه ويده وتعود الى ملكه بالهلاك قبل التسليم وكان مسلطا على الوطء بالملك واليد وقد بقيت اليد فتبقى الشبهة وكذا في البيع الفاسد قبل القبض وبعده لانه ثبت له حق الملك فيها وكذا اذا كان بشرط الخيار ومنها جارية مكاتبه أو عبده المأذون له وعليه دين محيط بماله ورقبته لان له حقا في كسب عبده فكان شبهة في حقه ومنها الجارية المهمورة قبل التسليم في حق الزوج لما ذكرنا من المعنى في المبيعة ومنها الجارية المشتركة بينه وبين غيره لان ملكه في البعض ثابت حقيقة فتكون الشبهة فيها أظهر ومنها المرهونة في حق المرتهن في رواية كتاب الرهن لان استيفاء الدين يقع بها عند الهلاك وقد انعقد له سبب الملك في الحال

في حق من اشتبه عليه دون من لم يشتبه عليه وشبهة في المحل وتسمى شبهة حكمية وشبهة ملك أى الثابت شبهة حكم الشرع بحل المحل ثم قال الكمال عند قوله في الهداية ثم الشبهة عند أبى حنيفة تثبت بالعقد وان كان العقد متفقا على تحريمه وهو عالم به وعند الباقين لا تثبت هذه الشبهة اذا علم بتحريمه ويظهر أثر ذلك في نكاح المحارم فصارت الشبهة على قول أبى حنيفة ثلاثة شبهة في الفعل وشبهة في المحل وشبهة في العقد وكذا قسمها في المحيط اه (قوله فيتحقق في حق من اشتبه عليه) أى من اشتبه عليه الحل والحرمة ولا دليل في السمع يفيد الحل بل ظن غير الدليل دليلا كما يظن ان جارية زوجته تحل له لظنه أنه استخدام واستخدامها حلال له فلا بد من الظن والا فلا شبهة أصلا لفرض أن لا دليل أصلا لتثبت الشبهة في نفس الامر فلو لم يكن ظنه ثابتا لم تكن شبهة أصلا اه فتح (قوله فيثبت مطلقا) أى سواء ظن الحل أو علم الحرمة اه (قوله في المتن كوطء أمة ولده) أى ولا يحد قاذفه كما يأتى في حد القذف اه (قوله وولد ولده) أى وان كان ولده حيا اه فتح (قوله وكذا أمة ولد الولد) قال الاتقانى ويثبت النسب اذا ادعى الاب ذلك لانه ملكها بالقيمة ولا عقر عليه لان الاب لما ملكها بجميع العقر سقط لانه ضمان الجزء وقد مر تحقيق ذلك في نكاح الرقيق أما الجد اذا وطئ جارية ولد ولده لا يثبت النسب ولا يجب الحد اذا كان الاب حيا كذا ذكر الفقيه أبو الليث (١٧٦) في شرح الجامع الصغير وذلك لان الجد يكون محجوبا بالاب فلم يثبت النسب لعدم ولاية الملك في الحال وانما لم يحد لان القرابة التى يتأول بها الملك في ثانى الحال ثابتة في الحال أعنى قرابة الولاد فتمكنت الشبهة فدرئ الحد بها وكذا كل موضع كان سقوط الحد فيه لشبهة في المحل ولا فرق فيه بين أن يعلم الحرمة أو لا يعلم لقيام الشبهة في الحالين كالجارية المبيعة قبل القبض لان ملك المشترى لم يستقر فيها قبل القبض ولهذا اذا هلكت ينفسخ البيع اه قال الكمال رحمه الله وما وقع في نسخ النهاية مما نقله عن خزانة الفقه لابى الليث رحمه الله اذا زنى بجارية نافلته والاب في الاحياء وقال ظننت أنها على حرام لا يحد ويثبت النسب يجب الحكم بغلطه وأنه سقط عنه لفظة لا لان جميع الشارحين لهذا المكان مصرحون بعدم ثبوته ونفس أبى الليث صرح في الجامع الصغير أنه لا يثبت لانه محجوب بالاب وصرح به في الكافى وفي المبسوط أن من وطئ جارية ولد ولده فجاءت بولد فادعاه فان كان الاب حيا لم تثبت دعوة الجد اذا كذبه وكذب الولد لان صحة الاستيلاد تبتنى على ولاية نقل الجارية وليس للجد ولاية ذلك في حياة الاب ولكن ان أقر به ولد الولد عتق باقراره لانه زعم أنه ثابت النسب من الجد وأنه عمه فيعتق عليه بالقرابة ولا شئ عليه من قيمة الامة لانه لم يتملكها وعليه العقر لان الوطء ثبت باقراره وسقط الحد للشبهة الحكمية وهى البنوة فيجب العقر وكذلك ان كانت ولدته بعد موت الاب لاقل من ستة أشهر لانا علمنا أن العلوق كان في حياة الاب وأنه لم يكن للجد عند ذلك ولاية نقلها الى نفسه وان كانت ولدته بعد موته بستة أشهر فهو مصدق في الدعوة صدقه الابن أو كذبه لان العلوق حصل بعد موت الاب والجد عند عدم الاب كالاب في الولاية فله أن ينقلها الى نفسه بدعوة الاستيلاد اه (قوله فيها اختلاف الصحابة) يعنى هل الكنايات بوائن أو رواجع اه (قوله منها الجارية المبيعة في حق البائع) أى اذا وطئها البائع قبل تسليمها الى المشترى اه (قوله وكذا اذا كانت بشرط الخيار) أى للمشترى اه فتح (قوله ومنها الجارية المهمورة) أى المجعولة مهرا اذا وطئها زوجها قبل تسليمها الى الزوجة لان الملك فيها لم يستقر للزوجة اه (قوله ومنها الجارية المشتركة بينه) أى بين الواطئ اه (قوله في رواية كتاب الرهن) وهذه الرواية غير مختارة كما سيجيء قريبا اه (قوله وقد انعقد له سبب الملك في الحال) أى فيصير مستوفيا ومالكا بالهلاك من وقت

الرهن اه فتح قال الكمال رحمه الله وقد دخل فى سبب الملك صور مثل وطء جارية عبده المأذون المديون ومكاتبه ووطء البائع الجارية المبيعة بعد القبض فى البيع الفاسد والتى فيها الخيار وينبغى أن يزاد جاريته التى هى أخته من الرضاع وجاريته قبل الاستبراء والاستقراء يفيد ذلك غير ذلك أيضا كالزوجة التى حرمت بردتها أو مطاوعتها لابنه أو جماعه أمها ثم جامعها وهو يعلم أنها عليه حرام فلا حد عليه ولا على قاذفه لان بعض الائمة لم يحرم به فاستحسن أن يدرأ بذلك الحد فالاقتصار على الستة لا فائدة فيه اه وقد عدها الكمال رحمه الله ستة أيضا تبعا للشارحين فقال قبل ما نقلته عنه آنفا والشبهة فى المحل فى ستة مواضع جارية ابنه والمطلقة طلاقا بائنا بالكنايات والجارية المبيعة والمجعولة مهرا والمشتركة والمرهونة اذا وطئها المرتهن فى رواية كتاب الرهن وعلمت أنها ليست بالمختارة ففى هذه المواضع لا يجب الحد وان قال علمت أنها على حرام لان المانع هو الشبهة وهى هنا قائمة فى نفس الحكم أى الحرمة القائمة بها فيها شبهة أنها ليست بثابتة نظرا الى دليل الحل على ما تقدم من نحو قوله صلى الله عليه وسلم أنت ومالك لابيك ونحوه فلا اعتبار بمعرفته بالحرمة وعدمها اه مع حذف

فصارت كالمشتراة بشرط الخيار للبائع قال رحمه الله (والشبهة الفعل ان ظن حله كمعتدة الثلاث وأمة أبويه وزوجته وسيده) أى يسقط الحد لاجل الشبهة فى الفعل ان ظن أن وطأها حلال له ويسمى هذا النوع من الشبهة شبهة فى الفعل لان الملك والحق غير ثابت فى هؤلاء اللاتى ذكرهن لان حرمة المطلقة ثلاثا مقطوع بها فلم يبق له فيها ملك ولا حق غير أنه بقى فيها بعض الاحكام كالنفقة والسكنى والمنع من الخروج وثبوت النسب وحرمة أختها وأربع سواها وعدم قبول شهادة كل واحد منهما لصاحبه فحصل الاشتباه لذلك فأورث شبهة ان ظن حله لانه فى موضع الاشتباه فيعذر ولا فرق فى ذلك بين أن يوقع الثلاث جملة أو متفرقا ولا اعتبار بخلاف من أنكر وقوع الجملة لكونه مخالفا للقطعى وكذا الاملاك متباينة بينه وبين أبويه وكذا بينه وبين زوجته فلا ملك له ولا حق فى مالهم وكذا العبد فى مال مولاه غير أن البسوطة تجرى بينهم فى الانتفاع بالاموال والرضا بذلك عادة وهى تجوز الانتفاع بماله شرعا فاذا ظن الوطء من هذا القبيل حلالا يعذر لان وطء الجوارى من قبيل الاستخدام فيشتبه عليه الحال والاشتباه فى محله معذور فيه ولهذه المسائل أيضا أخوات منها المطلقة على مال لان حرمتها ثابتة بالاجماع فصارت كالمطلقة ثلاثا ومنها أم الولد اذا أعتقها مولاها لثبوت حرمتها بالاجماع وتثبت الشبهة عند الاشتباه لبقاء أثر الفراش وهى العدة ومنها الجارية المرهونة فى حق المرتهن فى رواية كتاب الحدود وهو المختار لان الاستيفاء من عينها لا يتصور وانما يتصور من معناها فلم يكن الوطء حاصلا فى محل الاستيفاء وهذا لان الرهن لا يفيد ملك العين حقيقة ولهذا لو مات العبد المرهون يكون كفنه على الراهن على ما عرف فى موضعه والوطء يصادف العين ولئن أفاد ملك العين لا يتصور أن يفيد ملك المتعة بحال لانه يصير مستوفيا لها بعد الهلاك وفى ذلك الوقت لا يتصور ملك المتعة فيها فصارت كالجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت فى حق الغريم بخلاف المشتراة بشرط الخيار للبائع لان الملك فيها يثبت حقيقة فى حال قيامها عند نفوذ البيع وذلك سبب لملك المتعة فان قيل فعلى هذا وجب أن يجب الحد على المرتهن مطلقا اشتبه عليه أو لم يشتبه كما فى الجارية المستأجرة للخدمة وكجارية الميت فى حق الغريم قلنا الاستيفاء سبب لملك المال فى الجملة وملك المال سبب لملك المتعة فى الجملة فحصل الاشتباه بخلاف المستأجرة وجارية الميت لان الاجارة لا تفيد المتعة بحال والغريم لا يملك عين التركة وانما يستوفى حقه من الثمن ولو ملك العين أو تعلق حقه بها لما جاز بيعها الا باذنه كالرهن ثم كما يسقط الحد عنهما بدعوى الفحل يسقط عنهما بدعوى الجارية وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يسقط عنه لانها تبع

(قوله فى المتن والشبهة الفعل ان ظن حله) قال الكمال رحمه الله فشبهة الفعل فى ثمانية مواضع أن يطأ جارية أبيه أو أمه وكذا جارية جده وجدته وان عليا أو زوجته أو المطلقة ثلاثا فى العدة أو بائنا على مال وكذا المختلعة بخلاف البينونة بلا مال فانها من الحكمية أو أم ولده التى أعتقها وهى فى عدته والعبد يطأ جارية مولاه والمرتهن يطأ المرهونة اه وقد ذكر فى الكنز من هذه الثمانية خمسة وذكر الشارح الثلاثة الباقية والله الموفق (قوله لانه فى موضع الاشتباه فيعذر) بخلاف ما لو وطئ امرأة أجنبية وقال ظننت أنها تحل لى أو جارية أجنبية على ما يأتى لانه فى غير موضعه اه فتح (قوله بخلاف من أنكر وقوع الجملة) أى فان الزيدية ولو ان اذا طلقها ثلاثا جملة لا يقع الا واحدة والامامية يقولون انه لا يقع شئ أصلا اه اتقانى (قوله وكذا بينه وبين زوجته) قال فى أمالى الحسن قال أبو حنيفة اذا زنى بجارية امرأته وقال ظننت انها لى حلال عليه العقر ولا حد عليه ولا يثبت نسب الولد ان جاءت به صدقته المرأة أو لم تصدقه ولو قال علمت أنها على حرام لا عقر عليه وعليه الحد ولا يثبت النسب اه (قوله وهو المختار) قال الكمال وهو الاصح والمستعير للرهن فى هذا بمنزلة المرتهن ففى هذه المواضع لا حد اذا قال ظننت أنها تحل لى ولو قال علمت أنها حرام وجب الحد ولو ادعى أحدهما الظن والآخر لم يدع لا حد عليهما حتى يقرا جميعا بعلمهما الحرمة لان الشبهة اذا ثبتت فى الفعل من أحد الجانبين تعدت الى الآخر ضرورة اه (قوله يسقط عنهما بدعوى الجارية الحل) اى لا يحد الواطئ وان لم يدع الاشتباه اذا قالت الجارية ظننت أن عبد مولاى أو مولاتى أو ابن مولاى أو مولاتى أو زوج سيدتى يحل لى لان دعوى الاشتباه يسقط عنها الحد فاذا سقط عنها سقط عنه لان الفعل واحد اه اتقانى

رحمه الله قال الكمال واذا سقط الحد كان عليه العقر لزوجته وغيرها ولا يثبت نسب ولدها لو جاءت به جارية الزوجة وغيرها وان صدقته الزوجة أنه ولده اهـ وكتب ما نصه الحل ليس فى خط الشارح اهـ (قوله كالبالغ اذا زنى بصبية) أى يجب عليه الحد ولا يجب عليها مع أن الفعل واحد لان عدم الوجوب عليها لا للشبهة بل للحد اهـ (قوله باعتبار عدم الاهلية) أى للعقوبات لكونها مرفوعة القلم فلم يؤثر ذلك فى اسقاط الحد عنه لعدم الشبهة اهـ (قوله فى المتن والنسب يثبت فى الاولى فقط) سيأتى ما يخالفه فى من زفت اليه غير امرأته وقيل هى امرأته وقيل هى زوجتك فانه اذا وطئها لا يجب الحد ويثبت النسب مع أنها شبهة فى الفعل اهـ (قوله يثبت النسب ان ادعاه فى الشبهة الاولى) أى وذلك لان الفعل لما لم يكن زنا الشبهة فى المحل ثبت نسب الولد بالدعوة لان النسب مما يحتاط فى اثباته اهـ اتقانى (قوله وفى النوع الاول وجد أحدهما) أى وهو الحق اهـ رازى (قوله فلم يتمحض) أى لم يخلص اهـ (قوله وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه) أى الى الواطئ لا الى المحل فكان المحل ليس فيه شبهة حل فلا يثبت نسب بهذا الوطء ولذا لا يثبت به عدة لانه لا عدة من الزنا اهـ كمال رحمه الله (قوله وان ظن أنها تحل له) وذلك لانه لا شبهة هنا لا فى الملك ولا فى الفعل لعدم الانبساط فلا يعتبر الظن اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال الكمال ومعنى هذا أنه علم ان الزنا حرام لكنه ظن ان وطأه هذا ليس زنا محرما فلا يعارض ما فى المحيط من قوله شرط وجوب الحد أن يعلم ان الزنا حرام وانما ينفيه مسئلة الحربى اذا دخل دار الاسلام فأسلم فزنى وقال ظننت أنه حلال لا يلتفت اليه ويحد وان كان فعله أول يوم دخل الدار لان الزنا حرام فى جميع الاديان والملل لا يختلف فى هذه فكيف يقال اذا ادعى مسلم أصلى أنه لا يعلم حرمة الزنا لا يحد لانتفاء شرط الحد ولو أراد أن المعنى أن شرط الحد فى نفس الامر علمه بالحرمة فى نفس الامر فاذا لم يكن عالما لا حد عليه كان قليل الجدوى أو غير صحيح لان الشرع لما أوجب على الامام أن يحد هذا الرجل الذى ثبت زناه عنده عرف ثبوت الوجوب فى نفس الامر لانه لا معنى لكونه واجبا فى نفس الامر الا وجوبه على الامام لانه لا يجب على الزانى أن يحد نفسه ولا أن يقر بالزنا بل الواجب عليه فى نفس الامر بينه وبين الله التوبة والانابة ثم اذا اتصل بالامام ثبوته وجب الحد على الامام اهـ (قوله سوى الولاد) أى كالخال والخالة اهـ (قوله وان قال ظننت أنها امرأتى) وقال الشافعى لا حد عليه للاشتباه وهو قول زفر أيضا اهـ اتقانى قال فى الهداية ومن وجد امرأة على فراشه فوطئها فعليه الحد قال الكمال خلافا للائمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد قاسوها على المزفوفة بجامع ظن الحل ولنا أن المسقط شبهة الحل ولا شبهة هنا أصلا سوى أن وجدها على فراشه ومجرد وجود امرأة على فراشه لا يكون دليل الحل ليستند الظن اليه وهذا لانه قد ينام على الفراش غير الزوجة من حبائبها الزائرات وقراباتها فلم يستند الظن الى ما يصلح دليل حل فكان كالوطء المستأجرة للخدمة والمودعة حلالا فوطئها فانه يحد اهـ (قوله فلانة يحد) أى لانه يمكن التمييز بأكثر من ذلك بحيث يكون الحال متوسطا فى اطمئنان النفس الى أنها هى اهـ فتح

قال

فسقوطه عن التبع لا يوجب السقوط عن الاصل كالبالغ اذا زنى بصبية والظاهر الاول لان سقوط الحد عن الجارية باعتبار الشبهة فيتعدى اليه لان الفعل واحد بخلاف الصبية لان عدم الوجوب عليها باعتبار عدم الاهلية فلا يمكن تعديته اليه فاقتصر عليها قال رحمه الله (والنسب يثبت فى الاولى فقط) أى يثبت النسب ان ادعاه فى الشبهة الاولى وهى الشبهة فى المحل ولا يثبت فى النوع الثانى وهو الشبهة فى الفعل وان ادعاه لان النسب يعتمد قيام الملك أو الحق فى المحل لانه لا يثبت بدون الفراش والفراش أو شبهته توجد باحدهما وفى النوع الاول وجد أحدهما فلم يتمحض زنا ولم يتحقق فى الثانى فتمحض زنا وانما سقط الحد لمعنى راجع اليه وهو اشتباه الامر عليه والمحل خال عن الملك وعن الحق ولهذا يجب عليه الحد اذا لم يدع الاشتباه بخلاف النوع الاول على ما بينا قال رحمه الله (وحد بوطء أمة أخيه وعمه وان ظن حله وامرأة وجدت فى فراشه) يعنى وان ظن أنها تحل له لانه لا بسوطة فى مال هؤلاء عادة فلم يستند ظنه الى دليل فلم يعتبر وكذا فى سائر المحارم سوى الولاد بخلاف السرقة منهم حيث لا تقطع بها يده لان حد السرقة يجب بهتك الحرز ولم يوجد الحرز فى حقه لان المحارم بعضهم يدخل على بعض بغير استئذان ولا حشمة لوجود الاذن بالدخول عادة فيدرأ به الحد وأما هنا يجب الحد بالزنا وقد وجد ويدرأ بالحل أو بشبهته ولم يوجد ويتبين لك هذا المعنى فى الضيف فانه اذا سرق من المضيف لا تقطع يده وان زنى بجاريته أو فى بيته بل فى بيت نفسه يحد لما قلنا وهو المراد بقوله وامرأة وجدت فى فراشه أى يحد بوطء امرأة أجنبية وجدت فى فراشه وان قال ظننت أنها امرأتى لانه بعد طول الصحبة لا تشتبه عليه امرأته وقد ينام فى فراشها غيرها من المحارم والمعارف والجيران فلم يستند الظن الى دليل فلا يعتبر وكذا اذا كان أعمى لان امرأته لا تخفى عليه بعد طول الصحبة يعرفها بالجس والنفس والرائحة والصوت فلا يعذر بترك التفحص عنها الا اذا دعاها فأجابته أجنبية فقالت أنا امرأتك فوطئها فانه لا حد عليه لان ظنه استند الى دليل شرعى وهو الاخبار وكذا لو قالت أنا فلانة باسم امرأته فواقعها لا يحد لما قلنا ولو جاءت بولد يثبت نسبه منه لما ذكر من قريب فى المزفوفة وان أجابته ولم تقل أنا امرأتك ولا أنا فلانة يحد لعدم ما يوجب السقوط ولو أكرهها يجب عليه الحد دونها ولا يجب عليه المهر عندنا خلافا للشافعى وهو نظير الاختلاف فى ضمان المسروق مع القطع

(قوله فى المتن لا بأجنبية) انظر ما تقدم بأسطر وهو قوله الا اذا ادعاها الخ فانه من شبهة الفعل مع أنه يثبت فيه النسب كما فى المزفوفة وان كان النسب لا يثبت فى شبهة الفعل اهـ (قوله فى المتن زفت) ومعنى قوله زفت أى بعثت وهو من باب فعل يفعل بفتح العين فى الماضى وضمها فى المضارع اهـ اتقانى (قوله لانه اعتمد دليلا شرعيا الخ) قال الاتقانى أما عدم وجوب الحد فلان الموضع موضع الاشتباه بيانه ان الانسان لا يميز بين امرأته وغيرها فى أول الوهلة الا بالاخبار وخبر الواحد مقبول فى أمور الدين والمعاملات ولهذا اذا جاءت الجارية وقالت بعثنى مولاى اليك هدية يحل وطؤها اعتمادا على قولها فلما كان الموضع موضع اشتباه تحققت الشبهة فسقط الحد اهـ (قوله وان كانت شبهة اشتباه) قال الكمال رحمه الله ثم الشبهة الثابتة فيها شبهة اشتباه عند طائفة من المشايخ ودفع بانه يثبت النسب من هذا الوطء ولا يثبت من الوطء عن شبهة الاشتباه نسب فالاوجه أنها شبهة دليل فان قول النساء هى زوجتك دليل شرعى مبيح للوطء فان قول الواحد مقبول فى المعاملات ولهذا حل وطء الامة اذا جاءت الى رجل وقالت مولاى أرسلنى اليك هدية فاذا كان دليلا غير صحيح فى الواقع أوجب الشبهة التى يثبت معها النسب وعلى المزفوفة العدة اهـ قوله عند طائفة أى فى غير ظاهر الرواية اهـ (قوله ولا يحد قاذفه) أى لا يحد قاذف الذى زفت اليه غير امرأته فوطئها فى ظاهر الرواية اهـ اتقانى قال فى الهداية فلا يحد قاذفه الا فى رواية عن أبى يوسف قال الكمال فان احصانه لا يسقط عنده بهذا الوطء لانه وطئها على انه نكاح صحيح معتمدا دليلا واذا يثبت (١٧٩) النسب والمهر باجماع الصحابة فيكون وطأ حلالا ظاهرا أجيب بأنه لما تبين خلاف الظاهر بقى الظاهر معتبرا فى ايراث الشبهة وبالشبهة سقط الحد لكن سقط احصانه لوقوع الفعل زنا وهذا التوجيه يخالف مقتضى كونها شبهة محل لان فى شبهة المحل لا يكون الفعل زنا والحاصل أنه لو اعتبر شبهة اشتباه أشكل عليه ثبوت النسب وأطلقوا أن فيها لا يثبت النسب وان اعتبر شبهة محل اقتضى أنه لو قال علمتها حراما على لعلى بكذب النساء لم يحد ولا يحد قاذفه والحق أنه شبهة اشتباه لانعدام الملك من كل وجه وكون الاخبار يطلق الجماع شرعا ليس هو الدليل المعتبر فى شبهة المحل لان الدليل المعتبر فيه هو ما مقتضاه ثبوت الملك نحو أنت ومالك لابيك والملك القائم للشريك لا ما يطلق شرعا مجرد الفعل غير أنه مستثنى من الحكم المرتب عليه أعنى عدم ثبوت النسب للاجماع فيه وبهذه والمعتدة ظهور عدم انضباط ما مهدوه من أحكام الشبهتين اهـ (قوله وعن أبى يوسف) أى فى غير ظاهر الرواية اهـ (قوله فى المتن وبمحرم نكحها) قال فى الهداية ومن تزوج امرأة لا يحل نكاحها قال الكمال بان كانت من ذوات محارمه بنسب كامه وابنته فوطئها لم يجب عليه الحد عند أبى حنيفة وسفيان الثورى وزفر وان قال علمت أنها على حرام ولكن يجب المهر ويعاقب عقوبة هى أشد ما يكون من التعزير سياسة لا حدا مقدرا شرعا اذا كان عالما بذلك وان لم يكن عالما لا حد عليه ولا عقوبة تعزير وقالا والشافعى أى أبو يوسف ومحمد وكذا مالك وأحمد يجب حده اذا كان عالما بذلك وعلى هذا الخلاف كل محرمة برضاع أو صهرية متفق عليه وأما غير ذلك ففى الكافى لحافظ الدين منكوحة الغير ومعتدته ومطلقته الثلاث بعد التزوج كالمحرم قال وان كان النكاح مختلفا كالنكاح بلا ولى وبلا شهود فلا حد عليه اتفاقا لتمكن الشبهة عند الكل وكذا اذا تزوج أمة على حرة أو تزوج مجوسية أو أمة بلا اذن سيدها أو تزوج العبد بلا اذن سيده فلا حد عليه اتفاقا أما عنده فظاهر وكذا عندهما لان الشبهة انما تنتفى عندهما اذا كان مجمعا على تحريمه وهى حرام على التأبيد وفى بعض الشروح أراد بنكاح من لا يحل له نكاحها نكاح المحارم والمطلقة الثلاث ومعتدة الغير ومنكوحة الغير ونكاح الخامسة وأخت المرأة فى عدتها

قال رحمه الله (لا بأجنبية زفت وقيل هى زوجتك) أى لا يجب الحد بوطء أجنبية زفت اليه وقيل له هى زوجتك فيما اذا تزوج امرأة ولم يدخل بها بعد لانه اعتمد دليلا شرعيا فى موضع الاشتباه وهو الاخبار فيطلق له العمل اذ المرء لا يميز بين زوجته وغيرها فى أول الوهلة ولا دليل يقف عليه سوى هذا ولهذا قلنا يثبت نسبه وان كانت شبهة اشتباه لعدم الملك وشبهته لان الشارع جعل الاخبار بالملك كالمتحقق دفعا لضرر الغرور وعنه فى الامة التى اشتراها ثم استحقت بعدما وطئها واستولدها ولا يحد قاذفه لانه وطء حرام فى غير الملك فيسقط به احصانه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يسقط احصانه لان هذا الوطء حلال له ظاهرا والحكم يبنى على الظاهر قلنا ليس له فيها ملك ولا شبهته فكان زنا حقيقة فيبطل به احصانه واستناده الى دليل شرعى لا يمنع من ذلك كمن وطئ جارية ابنه فانه يسقط احصانه بذلك علقت أو لم تعلق ادعاه أو لم يدع قال رحمه الله (وعليه مهر) لان عليا رضى الله عنه قضى بذلك ولان الوطء فى دار الاسلام لا يخلو عن الحد أو المهر وقد سقط الحد عنه فتعين المهر وهو مهر المثل ولهذا قلنا فى كل موضع سقط فيه الحد مما ذكرنا يجب المهر لما ذكرنا الا فى وطء جارية الابن وعلقت منه وادعى نسبه لما ذكرنا فى النكاح أو فى وطء البائع المبيعة قبل التسليم ذكرها فى الزيادات وينبغى أن لا يجب بوطء جارية السيد لان المولى لا يجب له دين على عبده ولو قيل وجب ثم سقط فيستقيم على ما اختلفوا فى تزويج المولى عبده بجاريته ويكون المهر للموطوءة بذلك قضى على رضى الله عنه وكان عمر رضى الله عنه يجعله فى بيت المال كأنه جعله حق الشرع لما أن الحد حق له وهذا كالعوض عنه والمختار قول على رضى الله عنه لان الوطء كالجناية عليها وأرش الجنايات للمجنى عليه ولو كان عوضا عن الحد لوجب على المرأة لان الحد ساقط عنها قال رحمه الله (وبمحرم نكحها) أى لا يجب الحد بوطء محرم تزوجها وهذا هو الشبهة فى العقد سواء كان عالما بالحرمة أو لم يكن عالما بها عند أبى حنيفة رحمه الله ولكن ان كان

والمجوسية والامة على الحرة ونكاح العبد أو الامة بلا اذن المولى والنكاح بغير شهود ففي كل هذا لا يجب الحد عند أبي حنيفة وان قال علمت انها علي حرام وعندهما يجب اذا علم بالتحريم والا فلا ثم قال ولكنهما قالا فيما ليس بحرام على التأبيد لا يجب الحد كالنكاح بغير شهود فقد تعارضا حيث جعل في الكافي الامة على الحرة والمجوسية والامة بلا اذن السيد وتزوج العبد بلا اذن السيد محل الاتفاق على سقوط الحد وجعلها هذا الشارح من محل الخلاف فعندهما يحد وأضاف الى ذلك ماسمعت ثم لا يخفى ما في عبارته من عدم التحرير ثم قول حافظ الدين في الكافي في تعليل سقوط الحد في تزوج المجوسية ومامعها الا ان الشبهة انما تتحقق عندهما يعني حتى يجب الحد اذا كان مجمعا على تحريمه وهي حرام على التأبيد يقتضي أنه لا يحد عندهما في تزوج منكوحة الغير ومامعها الا انها ليست محرمة على التأبيد فان حرمتها مقيدة ببقاء نكاحها وعدتها كما أن حرمة المجوسية مغياة بتمجسها حتى لو أسلمت حلت كما أن تلك لو طلقت وانقضت عدتها حلت وانه لا يحد عندهما الا في المحارم فقط وهذا هو الذي يغلب على ظني والذي يعتمد على نقلهم مثل ابن المنذر كذلك ذكروا فحكى ابن المنذر عنهما أنه يحد في ذوات المحارم ولا يحد في غير ذلك قال مثل أن يتزوج مجوسية أو خامسة أو معتدة وعبارة الكافي للحاكم تفيد ذلك حيث قال رجل تزوج امرأة ممن لا يحل له نكاحها فدخل بها قال لا حد عليه وان فعله على علم لم يحد أيضا ويوجع عقوبة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا علم بذلك فعليه الحد في ذوات المحارم الى هنا لفظه فعمم في المرأة التي لا تحل له في سقوط الحد على قول أبي حنيفة ثم خصص مخالفتهما بذوات المحارم من ذلك العموم فاللفظ ظاهر في ذلك والا على ما عرف في الروايات اه (قوله والذين) الواو ثابتة في خط الشارح والتلاوة بدونها في هذه الآية اه (قوله في المتن وباجنبية في غير قبل) أراد به التفخيذ والتبطين ونحو ذلك وليس المراد ما يعم الدبر لان بيانه يعلم من قوله وبلواطة اه (قوله وبلواطة) اعلم أن الرجل اذا أتى المرأة في الموضع المكروه أي في الدبر أو عمل مع الغلام عمل قوم لوط فلا حد عليه عند أبي حنيفة اه اتقاني (قوله لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها) أي بل يعزر وقال الكمال لانه منكر محرم ليس فيه تقدير فقيه التعزير ومثله ما اذا أتت امرأة امرأة أخرى فانهما يعزران لذلك اه (قوله وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا) قال الكمال وهذه العبارة تفيد اعترافهما بانه ليس من نفس الزنا بل حكمه

عالما يوجع بالضرب تعزيرا له وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله ان كان عالما يحد في كل امرأة محرمة عليه على التأبيد أو ذات زوج لان حرمتهن ثبتت بدليل قطعي واضافة العقد اليهن كاضافته الى الذكور لكونه صادف غير المحل فيلغو لان محل التصرف ما يكون محلا لحكمه وهو الحل هنا وهي من المحرمات فيكون وطؤها زنا حقيقة لعدم الملك فيها والحق واليه الاشارة بقوله تعالى ولا تنكحوا ما نكح اباؤكم من النساء الى قوله انه كان فاحشة والفاحشة هي الزنا لقوله تعالى ولا تقربوا الزنا انه كان فاحشة الآية ومجرد اضافة العقد الى غير المحل لا عبرة به ألا ترى أن البيع الوارد على الميتة والدم غير معتبر شرعا حتى لا يفيد شيأ من أحكام البيع غير أنه اذا لم يكن عالما يعذر بالاشتباه ولابي حنيفة رحمه الله أن الانثى من أولاد آدم محل لهذا العقد لان محل العقد ما يكون قابلا لمقصوده الاصلي وكل أنثى من أولاد آدم قابل لحكم النكاح وهو التوالد والتناسل واذا كانت قابلة لمقصوده كانت قابلة لحكمه اذ الحكم يثبت ذريعة الى المقصود فكان ينبغي أن ينعقد في جميع الاحكام الا أنه تقاعد عن افادة الحل حقيقة لمكان الحرمة الثابتة فيهن بالنص فيورث شبهة اذ الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة بنفسها ألا ترى أن الخمر ليست بمال عندنا ولا هي محل للعقد ومع هذا لو اشترى بها شيأ اعتبرت مالا في حق انعقاد العقد حتى ملك ما يقابلها لكونها مالا عند أهل الذمة والانثى من أولاد آدم محل للعقد في حق غيره من المسلمين فكانت أولى بايراث الشبهة وكونها محرمة على التأبيد لا ينافي الشبهة ألا ترى أنه لو وطئ أمته وهي أخته من الرضاع عالما بالحرمة لا يجب عليه الحد والنكاح في افادة ملك المتعة أقوى من ملك اليمين لانه شرع له بخلاف ملك اليمين فكان أولى في افادة الشبهة لان الشبهة تشبه الحقيقة فما كان أقوى في اثبات الحقيقة كان أقوى في اثبات الشبهة واستدلالهم بالفاحشة على أنه زنا غير صحيح لان الفاحشة اسم للمحرم قال الله تعالى ولا تقربوا الفواحش ما ظهر منها وما بطن وقال تعالى والذين يجتنبون كبائر الاثم والفواحش الا اللمم فلا يكون اسم الفاحشة مختصا بالزنا ولو كان مختصا به فليس فيه دلالة على ما قالوا لان النكاح حقيقة للوطء فيحمل عليه النكاح المذكور في الآية لا على العقد لان العقد ليس بزنا اتفاقا ولا على الوطء بعد العقد لان اللفظ لا يدل عليه اذ النكاح لم يذكر الامرة فيتناول أحدهما على البدل دون الجمع بينهما لاستحالة الجمع بين الحقيقة والمجاز والدليل على انه ليس بزنا ان أهل الذمة يقرون عليه وكان مشروعا في دين من قبلنا والذمي لا يقر على الزنا ولم يشرع الزنا في دين من الاديان قط فاذا لم يجب الحد عنده لما ذكرنا يبالغ في تعزيره ان كان عالما بذلك لانه ارتكب محظورا فيه فساد العالم ومن الشبهة في العقد وطء المتزوجة بغير شهود أو بغير اذن المولى أو وطء أمة تزوجها على حرة أو تزوج خمسا في عقدة فوطئهن أو وطئ مجوسية أو مشركة تزوجها أو جمع بين أختين في عقدة فوطئهما أو الاخيرة لو كان متعاقبا في جميع ذلك لا يجب الحد عنده كيفما كان قال رحمه الله (وبأجنبية في غير القبل وبلواطة) أي لا يجب الحد بوطء امرأة أجنبية في غير قبلها ولا باللواطة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي هو كالزنا فيحد حد الزنا فيرجم ان كان محصنا

والا يجلد لما روى عن على رضى الله عنه ولانه فى معنى لزنا لان فيه قضاء الشهوة بسفح الماء فى محل مشتهى على سبيل الكمال على وجه تمحض حراما كالزنا فى القبل بل فوقه لانه فى الزنا يتوهم منه حدوث ولد يعبد ربه ولا يتوهم فى عمل قوم لوط فكان فوقه فى تضييع الماء فكان أدعى الى الزاجر ولا خفاء فى كونه مشتهى لان المحل انما يشتهى باللين والحرارة والدبر فى هذا المعنى كالقبل ولهذا يرغب فيه العقلاء كما يرغبون فى القبل و يكثر وقوعه كالزنا بل أكثر وأشد حرمة منه لانه فى الزنا يمكن ازالة الحرمة بالتزوج والشراء ولا يمكن فى عمل قوم لوط فكان أدعى الى الزاجر من هذا الوجه أيضا وقال الشافعى رحمه الله فى رواية عنه انهما يقتلان فقط سواء كانا محصنين أولم يكونا لما روى عن عكرمة عن ابن عباس أنه قال من وجدتموه يعمل عمل قوم لوط فاقتلوا الفاعل والمفعول به رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وعن سعيد بن جبير ومجاهد عن ابن عباس فى البكر يوجد على اللواطة يرجم رواه أبو داود ولنا أنه ليس بزنا لاختلاف الصحابة رضى الله عنهم فى موجبه مع علمهم بحكم الزنا فمن مذهب أبى بكر الصديق رضى الله عنه أن يحرقان بالنار ومذهب ابن عباس أن يعلى بهما أعلى مكان من القرية ثم يلقيا منكوسين لقوله تعالى فجعلنا عاليها سافلها وأمطرنا عليهم حجارة من سجيل ومذهب ابن الزبير أن يحبسا فى أنتن المواضع حتى يموتا نتنا وكان على يقول حكمه حكم الزنا من الجلد والرجم وعن بعضهم يهدم عليهما جدار كل ذلك بالاجتهاد والحدود لا تثبت به ولا بخبر الواحد وكذا عند أهل اللغة لا يسمى هذا زنا وانما يسمونه لواطة قال الشاعر

من كف ذات حر فى زى ذى ذكر * لها محبان لوطى وزناء

وافراد كل واحد منهما بالاسم يدل على تغايرهما ولا يمكن الحاقه بالزنا بطريق الدلالة لان شرط الدلالة أن يكون مثلا له واللواطة ليست بمثل للزنا لان فى اللواطة قصورا دون الزنا ألا ترى أن الداعى فى الزنا من الجانبين ويؤدى الى اشتباه النسب وافساد الفراش واهلاك البشر باعتبار أنه يفضى الى ولد ليس له أب يقوم بتربيته وتثقيفه فيكون هالكا وليس شئ من هذه الاشياء موجود فى اللواطة وهى أندر وقوعا لكون الداعى فيها من جانب واحد ولم يشابهه الا فى الحرمة وذلك لا يجوز الالحاق به ألا ترى أن البول مثل الخمر فى الحرمة ولا يلحق به فى حق وجوب الحد على شاربه لقصور فيه فكذا هنا لاجل قصوره امتنع الالحاق به وسفح الماء ليس بمحظور ألا ترى أنه يجوز العزل فى المملوكة وكذا فى المنكوحة برضاها وما رواه الشافعى لا يصح لانه لو صح لظهرت المحاجة فى الصحابة وارتفع الخلاف بينهم وان صح فهو محمول على السياسة وهو جائز عندنا حتى لو رأى الامام فى قتل من اعتاده مصلحة جاز له قتله أو يحمل ذلك على المستحل ثم اذا لم يجب الحد عنده يوجع ضربا وزاد فى الجامع الصغير فقال ويودع فى السجن هذا اذا فعل فى الاجانب وأما اذا فعل فى عبده أو أمته أو منكوحته لا يجب الحد بالاجماع وانما يعزر لارتكابه المحظور قال رحمه الله (وبهيمة) أى لا يجب الحد بوطء بهيمة وقال الشافعى رحمه الله يجب لانه وجد سفح الماء فى محل مشتهى فيستدعى زاجرا قلنا ان وطء البهيمة لا يميل اليه الطبع فلا يستدعى زاجرا لوجود الانزجار بدون الحد والحامل عليه نهاية السفه وغلبة الشبق كما يكون بالكف ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع ولو كان مشتهى لوجب ستره كما فى القبل والدبر الا انه يعزر لانه جناية ليس فيها حد مقدر فيعزر وما روى عن عمر انه أتى برجل وقع فى بهيمة فعزر الرجل وأمر بالبهيمة فاحرقت كان لقطع التحدث به لانه مادامت باقية يتحدث الناس به فيلحقه العار

حكم الزنا اه قوله قال الكمال أى فى قول صاحب الهداية وقالا هو كالزنا اه (قوله يحرقان) باثبات النون فى خط الشارح (قوله ثم يلقيا منكوسين) أى مع اتباع الاحجار اه فتح (قوله وعن بعضهم يهدم عليهما جدار) أى ولو كان زنا فى اللسان أو فى معناه لم يختلفوا بل كانوا يتفقون على ايجاب حد الزنا عليه فاختلافهم فى موجبه وهم أهل اللسان أدل دليل على انه ليس من مسمى لفظ الزنا ولا بمعناه نعم قول من قال ان أهل اللغة فرقوا بينهما حيث قال قائلهم

من كف ذات حر فى زى ذى ذكر
لها محبان لوطى وزناء

غلط وذلك أنه ليس بعربى بل هو من شعر أبى نواس من قصيدته التى أولها

دع عنك لومى فان اللوم اغراء
وداونى بالتى كانت هى الداء

وهى قصيدة معروفة فى ديوانه وهو مولد لا تثبت اللغة بكلامه مع انه ينبغى تطهير كتب الشريعة عن أمثاله اه فتح (قوله من اعتاده) أى فعل قوم لوط اه فتح (قوله جاز له قتله) قال الكمال ولو اعتاد اللواطة قتله الامام محصنا كان أو غير محصن سياسة أما الحد المقدر شرعا فليس حكما له اه (قوله أو منكوحته) أى بنكاح صحيح أو فاسد اه فتح (قوله لا يجب الحد بالاجماع) نعم فيه ما ذكرنا من التعزير والقتل لمن اعتاده ان رأى الامام ذلك لكن للشافعى فى عبده وأمته ومنكوحته قولان وهل تكون اللواطة فى الجنة أى هل يجوز كونها فى الجنة قيل ان كان حرمتها عقلا وسمعا لا تكون وان سمعا فقط جاز أن تكون والصحيح أنها لا تكون فيها لانه تعالى استبعده واستقبحه فقال ما سبقكم بها من أحد من العالمين وسماه خبيثة فقال كانت تعمل الخبائث والجنة منزهة عنها اه (قوله لا يجب الحد بوطء بهيمة) أى وكذا ان زنى بميتة اه فتح (قوله ولهذا لا يجب ستر ذلك الموضع) أى ستر فرج البهيمة اه

بذلك لالان الاحراق واجب ثم ان كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها تذبح وتحرق لما ذكرنا وان كانت مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تحرق هذه أيضا هذا ان كانت البهيمة للفاعل وان كانت لغيره يطالب صاحبها أن يدفعها اليه بقيمتها ثم تذبح هكذا ذكروا ولا يعرف ذلك الا سماعا فيحمل عليه قال رحمه الله (ويزنا في دار حرب أو بغي) أي لا يجب الحد بالزنا في دار الحرب أو في دار البغي وقال الشافعي يجب لان المسلم ملتزم أحكام الاسلام حيث كان ومن حكمه وجوب الحد على الزاني ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب ولانه لم يجب لذاته وانما وجب لمقصوده وهو الانزجار والاستيفاء فان لم يمكن الاستيفاء فلا يجب لخلوه عن الفائدة ولا يتحقق الاستيفاء هنالك لانه ليس له ولاية على نفسه حتى يقيمه على نفسه ولا لامامنا عليهم ولاية حتى يقيمه هنالك فامتنع الوجوب لعدم الفائدة وهو الاستيفاء فاذا لم ينعقد موجبا من الابتداء فلا ينقلب موجبا بالخروج الينا ولو غزا الخليفة ودخل دار الحرب أو أمير مصر فله أن يقيم الحد على من زنى في معسكره لان العسكر تحت ولايته فيقيم الحد على من زنى منهم كما يقيم في دار الاسلام ولو زنى واحد منهم خارج المعسكر لا يقيم عليه الحد لما ذكرنا فصار كالمستأمن في دار الحرب اذا زنى هنالك ولو دخلت سرية دار الحرب فزنى رجل منهم لم يحد وكذا أمير العسكر لا يقيم الحد والقصاص لان أمير العسكر أو السرية فوض اليهما تدبير الحرب لا اقامة الحدود ثم اذا خرج لا يقام عليه الحد لما رويناه وذكرنا من المعنى فان قيل هذا معارض لقوله تعالى فاجلدوا فلا يقبل قلنا خص منه مواضع الشبهة من ذلك فبعد ذلك يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس وأهل البغي التحقوا بأهل الحرب لعدم قدرة الامام عليهم قال رحمه الله (ويزنا حربي بذمية في حقه) أي لا يجب الحد بزنا رجل حربي مستأمن بذمية في حق الحربي المستأمن وأما الذمية فتحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا لو زنى بمسلمة تحد المسلمة دونه عنده وعند أبي يوسف يحد المستأمن أيضا وعند محمد لا يحد واحد منهما ولو كان بالعكس بان زنى ذمي أو مسلم بمستأمنة يحد الذمي والمسلم دون المستأمنة عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وعند أبي يوسف تحد المستأمنة أيضا وأبو يوسف كان يقول مثل قول محمد أولا ثم رجع عنه الى ما ذكرنا والاصل لابي يوسف أن الحدود كلها تقام على المستأمن والمستأمنة في دارنا الا حد الشرب كما تقام على الذمي والذمية لان المستأمن يعتقد حرمة الزنا لكونه حراما في كل الاديان وقدر الامام على اقامته عليه وقد التزم أحكامنا فيما يرجع الى المعاملات والسياسات مدة مقامه في دارنا كالذمي التزمها مدة حياته ألا ترى انه يقام عليه حد القذف والقصاص ويمنع من الزنا وشراء العبد المسلم والمصحف ويجبر على بيعهما ان اشتراهما كما يجبر الذمي بخلاف حد الشرب لانه يعتقد حله فلا يقام الحد عليه كما لا يقام على الذمي لانا أمرنا بان نتركهم وما يعتقدون والاصل عند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود الا حد القذف لان الاقامة تبنى على الولاية والولاية تبنى على الالتزام اذ لو ألزمناه حكمنا بدون التزامه أدى الى تنفيره من دارنا وقد ندبنا الى معاملة تحمله على الدخول في دارنا ليرى محاسن الاسلام فيسلم وهو بالامان التزم حقوق العباد لان دخوله لقضاء حاجته وهي تحصل بذلك فالتزم ان ينصفهم كما ينصف وان لا يؤذي أحدا كما لا يؤذى فيلزمه بالتزامه وأما حقوق الله تعالى فلا تلزمه لانه لم يلتزمها ألا ترى انه لم تضرب عليه الجزية ولم يمنع من رجوعه الى دار الحرب ومنع الكافر من أن يكون حربا علينا واجب علينا حقا لله تعالى فعلم بذلك أنه حربي على حاله ولهذا لا يقتل المسلم به ولا الذمي به ولم يظهر حكم الامان بالنسبة الى حقوق الله تعالى بخلاف الذمي فانه بالامان صار من أهل دار الاسلام فتجرى عليه

(قوله ثم اذا كانت الدابة مما لا يؤكل لحمها الخ) قال الاتقاني وقال شمس الائمة السرخسي الاحراق جائز وليس بواجب فان كانت الدابة مما يؤكل لحمها تذبح وتؤكل ولا تحرق بالنار على قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف تحرق بالنار (قوله في المتن ويزنا في دار حرب) قال في الهداية ومن زنى في دار الحرب أو في دار البغي ثم خرج الينا فاقر عند القاضي به لا يقام عليه الحد اهـ (قوله أو بغي) أي وأهل البغي طائفة من المسلمين يخرجون على الامام ولهم قوة وشوكة ومنعة ويخالفون بعض أحكام المسلمين بالتأويل ويظهرون على بلدة من البلاد اهـ اتقاني (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود الخ) قال الكمال لكن الحديث المذكور وهو قوله عليه الصلاة والسلام لا تقام الحدود في دار الحرب لم يعلم له وجود وروى محمد في كتاب السير الكبير عن النبي عليه الصلاة والسلام انه قال من زنى أو سرق في دار الحرب وأصاب بها حدا ثم هرب فخرج الينا فانه لا يقام عليه الحد والله أعلم (قوله ولو دخلت سرية) أي وهم الذين يسرون بالليل ويختفون بالنهار ومنه خير السرايا أربعمائة اهـ اتقاني (قوله فان قيل هذا) أي عدم وجوب الحد على من زنى في دار الحرب اهـ (قوله قلنا خص منه) يعني الصبيان والمجانين اهـ اتقاني (قوله يجوز تخصيصه بخبر الواحد والقياس) أي لانه بعد لحاق الخصوص لم يبق حجة قطعا ويقينا اهـ اتقاني (قوله والاصل عند أبي حنيفة) أي ومحمد اهـ اتقاني (قوله انه لا يقام على المستأمن والمستأمنة شئ من الحدود) أي كحد الزنا والسرقة والشرب اهـ اتقاني (قوله الا حد القذف) أي فانه يجب عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجب عليه جميع الحدود الا حد الشرب والحاصل ان حد الخمر لا يجب عليه بالاتفاق لانه يراه حلالا وحد القذف يجب بالاتفاق لان فيه حق العبد وحد الزنا والسرقة يجب عنده وعندهما لا اهـ اتقاني (قوله أحكامها

(قوله وفعله هنا لا يوجب الحد الخ) قال الاتقانى ثم ان محمدا رحمه الله فرق بين المسلم أو الذمى اذا زنى بحربية مستأمنة حيث يجب الحد عنده على الفاعل وبين المسلمة أو الذمية اذا زنت بحربى حيث لا يجب الحد عليهما عنده جميعا لان الاصل فى باب الزنا فعل الذكر والمرأة تابعة لكونها محلا فوجب من امتناع الحد على الاصل امتناعه على التبع ولم يلزم من امتناع الحد على التبع امتناعه على الاصل اه (قوله تحد المرأة دونه عندهما) سيأتى قريبا نقلا عن الحاكم الشهيد ان الرجل اذا أكرهه السلطان على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما وهو قول أبى حنيفة المرجوع اليه اه فعلى هذا ما ذكره الشارح عن أبى حنيفة من وجوب الحد على المرأة هو قول أبى حنيفة المرجوع عنه فلا معول عليه والله الموفق اه (قوله وعند محمد لا تحد لما ذكرنا) قال الكمال (١٨٣) ونظيره ما لو زنى مكره بمطاوعة تحد المطاوعة

أحكامها فى الدنيا وأما القصاص وحد القذف فمن حقوق العباد وكذا المنع من شراء المصحف والعبد المسلم من حقوق العباد لان فى تركه فى يده قهر المسلم بالاذلال والاستخفاف بالمصحف ونحن بالامان لم نلتزم الاحتمال والصبر على ذلك فلا نمكنه منه ومحمد يقول كذلك فى جميع ما ذكرنا غير أنه يقول فعل الرجل أصل وفعل المرأة تبع والفعل قائم بالفاعل فصار محلا له والمحال كالشروط فامتناع الحد فى حق الاصل يوجب امتناعه فى حق التبع وهذا لان الحد انما يجب عليها بالتمكين من فعل موجب للحد وفعله هنا لا يوجب الحد ان كان مستأمنا فكذا تمكينها منه وأما اذا كانت هى المستأمنة فسقوط الحد عنها وهى تبع لا يوجب سقوطه عنه وهو أصل لما ذكرنا نظيره فعل الصغير أو المجنون مع البالغ العاقل فان البالغ العاقل اذا زنى بصغيرة أو مجنونة يجب عليه الحد دونها وان زنت البالغة العاقلة بصغير أو مجنون لا يجب عليها الحد لما ذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الموجب للحد عليها هو التمكين من الفعل الفاحش وهو الزنا وقد وجد لان فعل المستأمن زنا لان الكافر مخاطب بالحرمات فى الصحيح وان لم يكن مخاطبا عندنا بالعبادات على ما عرف فى موضعه ولهذا يحد الذمى والمستأمن ويسقط به احصانه واحصان المستأمن حتى لو قذفهما قاذف بعد اسلامهما لا يجب عليه الحد لكونه صادقا فيما لتحقق الزنا منهما فى حالة الكفر وانما لم يحد المستأمن لفقد شرطه على ما بينا آنفا فصار نظير ما لو غاب الرجل بعد ثبوت زناهما والمرأة حاضرة بخلاف الصبى والمجنون لانهما ليسا بمخاطبين فلم يكن فعلهما زنا والتمكين منه لا يوجب الحد عليها وقوله فعل المرأة تبع قلنا تبع فى حق نفس الفعل لا فى حكمه ألا ترى ان المرأة اذا كانت محصنة والرجل غير محصن يجلد الرجل وترجم المرأة ولا تصير تبعا له فيه ولا يكون شبهة فى حقها ونظير هذا الاختلاف لو زنت مطاوعة بمكره تحد المرأة دونه عندهما وعند محمد لا تحد لما ذكرنا ولو زنى مستأمن بمستأمنة لا حد عليهما عندهما خلافا لابى يوسف وقد بينا الوجه من الجانبين قال رحمه الله (و بزنا صبى أو مجنون بمكلفة بخلاف عكسه) أى لا يجب الحد اذا زنى الصبى أو المجنون بامرأة مكلفة وهى البالغة العاقلة بخلاف العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بصبية أو مجنونة حيث يجب الحد على الرجل وقال زفر والشافعى رحمهما الله تعالى يجب الحد على المرأة فى الفصل الاول أيضا لانها زانية لان الزنا هو قضاء الشهوة بالوطء الخالى عن الملك وشبهته وقد وجد ذلك فكان زنا والزنا منها متصور ألا ترى ان الله تعالى سماها زانية بقوله الزانية والزانى فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة ولهذا من قذفها به يحد ولو لم يتصور الزنا منها لما حد قاذفها كقاذف الصبى والمجنون فاذا كان زنا فامتناع وجوب الحد لمعنى يخصه لا يوجب الامتناع فى حقها كما فى العكس وهو ما اذا زنى البالغ العاقل بالصبية أو المجنونة فانه عليه الحد اجماعا فكذا هذا ولنا أن فعل الزنا لا يتحقق من الانثى وانما يتحقق من الذكر ولهذا هو يسمى زانيا وواطئا والمرأة موطوءة ومزنيا بها الا أنها سميت زانية مجازا تسمية للمفعول به باسم الفاعل كالراضية

عند أبى حنيفة وبه قالت الائمة الثلاثة وعند محمد لا تحد اه فلم يذكر لابى يوسف قولا اه وهكذا الاتقانى لم يذكر لابى يوسف قولا اه (قوله ولو زنى) أى حربى اه (قوله فى المتن و بزنا صبى الى قوله عكسه) تقدم فى كلام الشارح اه (قوله لا يجب الحد اذا زنى الصبى أو المجنون بامرأة مكلفة) أى لا عليه ولا عليها اه فتح (قوله وهو ما اذا زنى العاقل البالغ بصبية) أى يجامع مثلها قال الاتقانى وانما قيد بقوله يجامع مثلها لانها اذا لم تكن يجامع مثلها فوطئها لا يجب عليه الحد لانه كاتيان البهيمة لان الطباع السليمة لا ترغب فى مثلها ألا ترى الى ما قال صاحب الاجناس فى كتاب الصوم ولو وطئ الرجل جارية لها خمس سنين وأفضاها ولا تحتمل الوطء لصغرها لا كفارة عليه ولا يفطر اذا لم ينزل وهو كالايلاج فى البهيمة ونقل أيضا صاحب الاجناس عن نوادر ابن رستم قال أبو حنيفة اذا جامع ابنة امرأته وهى صغيرة لا يجامع مثلها فافضاها أو أفسدها لا تحرم عليه أمها لان هذه ممن لا يجامع وقال أبو يوسف أكره له الام والابنة وقال محمد التنزه أحب الى لكن لا أفرق بينه وبين أمها اه (قوله يجب الحد على الرجل) أى دون المرأة اه وهذا بالاجماع اه اتقانى (قوله وقال زفر والشافعى يجب على المرأة) أى وهو قول مالك وأحمد اه (قوله كالراضية) فان قلت يرد عليكم مسائل وهى ان المكره اذا زنى بمطاوعة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المستأمن اذا زنى بمسلمة يجب الحد عليها لا عليه وكذا المرأة اذا مكنت نفسها من النائم يجب الحد عليها لا عليه فعلم بذلك أن امتناع الحد على الذكر لا يوجب امتناعه على المرأة قلت المسائل ممنوعة لان الحاكم الشهيد نص على ان الرجل اذا أكرهه السلطان على الزنا بامرأة مطاوعة فلا حد على واحد منهما

العيشة والدافق للمدفوق أو لكونها متسببة بالتمكين فيتعلق الحد في حقها بالتمكين من الزنا وهو فعل من هو مخاطب بالكف عنه ومؤثم على مباشرته وفعل الصبي والمجنون ليس بهذه الصفة فلا يكون فعلها موجبا للحد إذ هو ليس بزنا وإنما يسمى فعلها زنا إذا مكنت من الزنا تبعا وفعلهما ليس بزنا فلا يكون فعلها أيضا زنا وهذا لأنها مكنت نفسها من فاعل لا يأثم ولا يحرج فلا يوجب عليها الحد كتمكينها من زوجها أو من النائم بخلاف العكس لأن فعل الرجل هو الأصل وهو زنا حقيقة وعدمه في التبع لا يدل على العدم في الأصل وإنما يجب الحد على قاذفهما وإن لم يتصور منهما زنا حقيقة لالحاق العار بهما بنسبتها إلى التمكين من الزنا وهو وصف قبيح في حقها فلهذا يجب الحد به عليها إلا أنها ما زنت حقيقة وعبارات أصحابنا أن فعلها مع الصبي والمجنون ليس بزنا يشير إلى أن احصانها لا يسقط بذلك كما لا يسقط احصان الصبي والمجنون به حتى يجب الحد على قاذفهما بعد البلوغ والافاقة ثم وطء الصبي يوجب المهر إذا كانت الموطوءة صغيرة أو كبيرة غير مطاوعة أو أمة لأن الوطء لا يخلو عن الحد أو المهر وقد انتفى الحد فتعين المهر لأن الصبي يؤاخذ بفعله ورضا الصغيرة والأمة لم يصح وكذا أمرهما لعدم الولاية على أنفسهما وإن كانت الموطوءة كبيرة مطاوعة لا يجب لها عليه المهر لأنه لو وجب لرجع به عليها لأنه فعل بأمرها وأمرها صحيح لولايتها على نفسها ومن أمر صبيا بشيء ولحقه بذلك ضمان يرجع به الولي على الآمر فلا يفيد قال رحمه الله (وبالزنا بمستأجرة) أي لا يجب الحد بالزنا بامرأة استأجرها ومعناه استأجرها ليزني بها أما لو استأجرها للخدمة فزنى بها يجب عليه الحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يجب عليه الحد في الأول أيضا لأنه ليس بينهما ملك ولا شبهته فكان زنا محضا فيحد وهذا لأن الاستئجار ليس بطريق لاستباحة الابضاع شرعا فكان لغوا كما لو استأجرها للطبخ أو للخبز ثم زنى بها لأن محل الاجارة المنافع لا الأعيان والمستوفى بالوطء في حكم العين لما عرف في موضعه والعقد لا ينعقد في غير محله أصلا ولهذا لا يثبت بهذا الوطء النسب والعدة ولو كان سببا لانعقاد لثبتا ولأبي حنيفة رحمه الله ما روي أن امرأة طلبت من رجل مالا فأبى أن يعطيها حتى تمكنه من نفسها فدرأ عمر رضي الله عنه الحد عنهما وقال هذا مهرها ولأن الله تعالى سمى المهر أجرة بقوله تعالى فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة فصار شبهة لأن الشبهة ما يشبه الحقيقة لا الحقيقة ألا ترى أنه لو قال أمهرتك كذا لأزني بك لم يجب الحد فكذا إذا قال استأجرتك أو خذي هذا لأطأك أو مكنيني من نفسك بكذا ولأن المستوفى بالوطء منفعة حقيقة وإن كان في حكم العين شرعا فاعتبار الحقيقة يقتضي أن يكون محلا للإجارة فأورث شبهة بخلاف ما إذا استأجرها للطبخ والخبز لأن العقد لم يضف إلى المستوفى بالوطء والعقد المضاف إلى محل يورث الشبهة في ذلك المحل لا في محل آخر قال رحمه الله (وبإكراه) أي لا يجب الحد بالزنا بإكراه وهذا إذا أكرهه السلطان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول يجب الحد وهو قول زفر رحمه الله لأن الزنا من الرجل لا يكون إلا بعد انتشار الآلة وذلك دليل الاختيار والطواعية فلا يسقط الحد بخلاف المرأة حيث لا تحد لأنه لم يوجد منها دليل الاختيار ولأنها مرخص لها هذا الفعل إذا خافت على نفسها أو على عضو من أعضائها لكون نسب الولد لا ينقطع عنها ولهذا يوجب القاصر من الإكراه في حقها شبهة ولا عقوبة في المرخص بخلاف الرجل لأنه ليس بمرخص له فيمكن ترتيب العقوبة على فعله ثم رجع وقال لا يحد لأنه شرع للزجر وهو منزجر وإنما أقدم عليه ليدفع الهلاك عن نفسه فلا يحد كالمرأة وانتشار الآلة لا يدل على الاختيار لأنه قد يكون طبعا كما يكون طوعا ألا ترى أن النائم قد تنتشر آلته وإن لم يكن له قصد

وهو قول أبي حنيفة المرجوع إليه كذا قال الحاكم أما في المسألة الثانية فقد وجد تمكين المرأة من الزنا لأن الكافر مخاطب بالمحرمات بخلاف ما إذا كان الفاعل صبيا أو مجنونا حيث لم يوجد التمكين من الزنا أصلا لأن فعلهما لا يوصف بالزنا لارتفاع القلم لكن الحد لم يلزم الكافر لأنه لم يلتزم حقوق الشرع وأما تمكينها نفسها من النائم فممنوع إذ لا يجب الحد عليهما جميعا بهذا أجاب الإمام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وإلى هذا أشار في شرح الطحاوي أيضا لأنه قال الأصل أن الحد متى سقط عن أحد الزانيين لشبهة سقط عن الآخر للشركة كما إذا ادعى أحدهما النكاح والآخر ينكره ومتى سقط عن أحد الزانيين لقصور الفعل فإن كان القصور من جهتها سقط عنها ولا يسقط عن الرجل كما إذا كانت صبية يجامع مثلها أو مكرهة أو مجنونة أو نائمة لم يجب الحد عليها ويجب الحد على الرجل وإن كان القصور من جهته سقط الحد عنهما جميعا كما لو كان مكرها أو مجنونا أو صبيا إلى هنا لفظه فعلم أن الممكنة من النائم لا يجب عليها الحد لأن القصور من جهة الرجل فظهر من هذا أن ما قاله بعضهم في شرحه من وجوب الحد عليها إلا أنها وجدتها فعل خلاف الرواية اهـ فتح (قوله لأنه فعل بأمرها) أي لأنها سلطته وعنه صارت آمرة له بالزنا معها اهـ فتح (قوله وأمرها صحيح لولايتها على نفسها) قال الكمال وأما إيراد أن القاعدة أن كلما انتفى الحد عن الرجل انتفى عن المرأة وهي منقوضة بزنا المكره بالمطاعة والمستأمن بالذمية والمسلمة فوروده بناء على كون هذه قاعدة وهو ممنوع بل الحكم في كل موضع مقتضى الدليل فلا حاجة إلى الإيراد ثم تكلف الدفع اهـ (قوله وهو قول زفر) أي وبه قال أحمد اهـ فتح (قوله أو على عضو من أعضائها) أي وليس ذلك في معنى القتل اهـ (قوله لأنه قد يكون طبعا) أي لقوة الفحولية وقد يكون لريح تسفل إلى الجرة اهـ فتح واختيار

(قوله في المتن وباقرار) أي أربع مرات اهـ قال في الهداية ومن أقر أربع مرات في مجالس مختلفة أنه زنى بفلانة وقالت هي تزوجني أو أقرت بالزنا وقال الرجل تزوجتها فلا حد عليهما وعليه المهر في ذلك قال الاتقاني أي فيما اذا أقر الرجل وادعت المرأة النكاح وفيما اذا أقرت المرأة وادعى الرجل النكاح وانما قيد بقوله بالاقرار أربع مرات في مجالس مختلفة لانه اذا أقر أربع مرات في مجلس واحد يعتبر ذلك مرة واحدة وانما الاقرار الموجب للحد هو الذي يتكرر في مجالس مختلفة من مجالس المقر كلما أقر رده القاضي الى أن يعود أربع مرات ثم اذا أقر أحدهما هكذا أو سأل القاضي عن الزنا ما هو وكيف هو ومتى هو وأين هو وادعى الآخر النكاح سقط الحد عنهما ويجب على الرجل العقر وذلك لان دعوى النكاح تحتمل الصدق وصار احتمال الصدق شبهة في سقوط الحد عن المدعي فاذا سقط عنه الحد سقط عن الآخر أيضا لان النكاح اذا وجد قام بالطرفين فتعدت الشبهة الى جانب الآخر ثم لما سقط الحد وجب العقر بانه لخطر المحل لكن هذا فيما اذا كانت دعوى النكاح قبل أن يحد المقر فاذا كانت دعوى النكاح بعد الحد فلا مهر لها لان الحد لا ينقض بعد الاقامة قال في شرح الطحاوي وان لم تدع المرأة النكاح وأنكرت وادعت على الرجل حد القذف يحد الرجل حد القذف ولا يحد حد الزنا ثم

واختيار وان أكرهه غير السلطان حد عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحد لتحقق الاكراه من غيره لان المعتبر خوف التلف وذلك لا يختلف بين قادر وقادر بل في غير السلطان أظهر لانه يكون على عجلة خوفا على نفسه من أولي الامر فيستعجل قبل ظهور الامر ولابي حنيفة رحمه الله أن الاكراه من غيره لا يدوم الا نادرا لان المبتلى به يستغيث بالسلطان أو بجماعة المسلمين أو يدفعه عن نفسه بالسلاح أو بالحيل وهذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فكان في زمنه للسلطان قوة ولا يجترئ أحد على الاجتماع على الفساد وفي زمنهما ظهرت قوة المفسدين فأفتى كل واحد منهم على ما شاهد في زمنه وزماننا كزمانهما أو أفسد فيفتى بقولهما ولذا أطلقه في المختصر ولم يقيده بالسلطان قال رحمه الله (وباقرار ان أنكره الآخر) أي لا يجب الحد باقرار أحد الزانيين اذا أنكره الآخر وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان ادعى المنكر منهما الشبهة بأن قال تزوجتها فهو كما قال وان أنكر بأن قال ما زنيت ولم يدع ما يسقط الحد وجب على المقر الحد دون المنكر وجه الوفاقية أن دعوى النكاح تحتمل الصدق والنكاح يقوم بالطرفين فأورث شبهة فيسقط الحد ولهما في الخلافية ما روى عن سهل بن سعد أن رجلا جاء الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال انه قد زنى بامرأة سماها فأرسل النبي صلى الله عليه وسلم الى المرأة فدعاها فسألها عما قال فأنكرت فحده وتركها رواه أحمد وأبو داود ولان اقرار المقر حجة في حقه وتكذيب غيره لا يوجب تهمة في اقراره خصوصا في الحدود فصار كما لو قال أنا وفلان قتلنا فلانا عمدا وأنكر شريكه فان المقر يقتص منه فكذا هذا ولابي حنيفة رحمه الله أن الزنا فعل مشترك بينهما قائم بهما فانتفاؤه عن أحدهما يورث شبهة في الآخر اذ لا يتصور الا منهما بخلاف مسئلة القتل لانه يحتمل أن ينفرد به المقر لانه يتحقق من واحد ونظيره أن يقر بالزنا على نفسه وعلى رجل آخر بأن يقول زنيت بها أنا وفلان ولان المنكر يحتمل أن يكون صادقا بانكاره فيورث شبهة في حق الآخر كما اذا ادعى أحدهما النكاح بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة أو شهد عليه بذلك حيث يحد وان احتمل أن ينكر الغائب الزنا أو يدعي النكاح لانه لو حضر وأنكر الزنا أو ادعى النكاح يكون شبهة واحتمال ذلك يكون شبهة الشبهة فالشبهة هي المعتبرة دون شبهة الشبهة ثم اذا سقط الحد يجب المهر تعظيما لامر البضع شرعا ولا يقال كيف

اعلم أن سقوط الحد ووجوب المهر فيما اذا ادعى غير المقر النكاح لم يذكر فيه خلاف أما اذا أقر أحدهما وأنكر الآخر الزنا ولم يدع النكاح ففيه خلاف قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا أقر الرجل أربع مرات أنه زنى بفلانة وقالت كذب ما زنى بي ولا أعرفه لم يحد الرجل في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يحد وان قالت زنى بي مستكرهة حد الرجل دونها وان أقرت المرأة أربع مرات أن هذا زنى بها وكذبها الرجل لم تحد المرأة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تحد وان قال الرجل صدقت حدت المرأة ولم يحد الرجل لانه لم يقر الا مرة واحدة الى هنا لفظ الشارح اهـ (قوله لا يجب الحد الخ)

وعليه مشى صاحب الهداية في الاكراه حيث قال والسلطان وغيره سيان عند تحقق القدرة على ايقاع ما توعد به اهـ فتح (قوله فهو كما قال) أي لا يحد واحد منهما في الصورتين لان دعوى النكاح محتملة للصدق ويتقدر بصدق مدعي النكاح منهما يكون النكاح ثابتا فلا يحد وعليه المهر في صورتي دعواه النكاح ودعواه الزنا وان كانت المرأة في صورة دعواه النكاح معترفة بانه لا مهر لها لدعواها الزنا لانه لما حكم الشرع بسقوط الحد عنها مع ثبوت الوطء باعترافهما به وان اختلفا في جهته كانت مكذبة شرعا والوطء لا يخلو عن عقد أو عقر فلزم لها المهر وان ردته الا أن تبرئه منه اهـ كمال رحمه الله (قوله في انكاره) الذي في خط الشارح بانكاره اهـ (قوله بخلاف ما اذا أقر أنه زنى بغائبة الخ) وحديث سهل ضعفه أهل الحديث أو تأويله انها أنكرت وطالبته بحد القذف فحده رسول الله صلى الله عليه وسلم بقذفه اياها بالزنا لا باقراره على نفسه بالزنا اهـ مبسوط (قوله ثم اذا سقط الحد الخ) كما اذا ادعى أحدهما الشبهة لا في مسئلة انكار الوطء فانه لا يجب المهر كذا بخط شيخنا رحمه الله (قوله يجب المهر) أي وقد سقط الحد بدعوى الزوج النكاح فوجب عليه المهر وبطل زعمها لان المهر حق الله تعالى في ابتداء النكاح بدليل وجوب المهر في المفوضة اهـ كفاية

يجب لها المهر وهي تنكره اذا كانت هي المقرة بالزنا لانا نقول وجوب المهر من ضرورات سقوط الحد فلا يعتبر ردها أو نقول صارت مكذبة شرعا بسقوط الحد فلا يلتفت الى تكذيبها كما اذا ادعى رجل أنه تزوج امرأة فأنكرت وأقام عليها البينة يجب لها المهر وان أنكرت لما ذكرنا فكذا هنا قال رحمه الله (ومن زنى بأمة فقتلها لزمه الحد والقيمة) مراده قتلها بفعل الزنا لانه جنى جنايتين فيوفر على كل واحد منهما حكمها الحد بالزنا والقيمة بالقتل كما اذا زنى بها ثم حز رقبتها ولا يقال لما ماتت بفعل الزنا صار الزنا قتلا فوجب أن لا يعتبر الا القتل ويسقط اعتبار الزنا كقطع اليد اذا سرى ومات صار قتلا وسقط اعتبار القطع حتى لا يجب الا ضمان النفس من الدية أو القصاص لانا نقول ضمان اليد بدل اليد وضمان النفس بدل النفس واليد تابعة للنفس كسائر الاعضاء فان الاعضاء تهلك بهلاك النفس تبعا ويدخل ضمانها في ضمان النفس بخلاف الحد وضمان النفس لانهما حقان مختلفان وجبا بسببين مختلفين أحدهما بالزنا والآخر بالاتلاف النفس فصار كمن شرب خمرا لذمي فانه يحد ويضمن قيمة الخمر للذمي لما قلنا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يحد لان تقرر ضمان القيمة عليه بقتلها يملكها بفعل الزنا سبب لملكها لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى وقت وجود سبب الضمان فصار كما اذا غصب جارية فزنى بها ثم ضمن قيمتها فانه يسقط الحد به فكذا هنا ولان اعتراض الملك قبل اقامة الحد يسقط كما اذا ملك المسروق قبل القطع ولهما أنه ضمان قتل فلا يوجب الملك لانه ليس بضمان مال وانما هو ضمان الدم وهو بمقابلة الآدمية وهي لا تقبل الملك ولهذا يجب على العاقلة مقسطا على ثلاث سنين وتجب به الكفارة ولو كان ضمان ملك لما وجب على العاقلة ولا الكفارة بخلاف ضمان الغصب لانه ضمان المال ولهذا يجب على الغاصب وحده دون عاقلته ولا نسلم أن اعتراض الملك قبل اقامة الحد يوجب سقوط الحد وانما سقط في السرقة لانتهاء الخصومة وهي شرط فيه لا في حد الزنا ولو استند الملك كما قال كان يظهر في حق القائم وهو العين لا في حق المتلاشي وهو المستوفى من منافع البضع فلا يظهر الاستناد في حقه حتى يجعل كأنه استوفى ملكه بل المستوفى حرام محض فلا يسقط الحد بملك العين بعده ولان وجوب القيمة يكون بعد تقرر الجناية بالموت وهي ليست بمحل للملك بخلاف ما اذا أذهب عينها بالزنا حيث يجب عليه قيمتها ويسقط الحد لان الملك يثبت في الجثة العمياء بضمان القيمة وهي عين فأورثت شبهة دارئة للحد اذ العين باقية فأمكن ابقاء المنافع تبعا لها بخلاف ما اذا هلكت وعلى هذا الخلاف لو تزوجها أو اشتراها بعد ما زنى بها أو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها وقد بينا الوجه من الجانبين وان جنت الامة فزنى بها ولي الجناية فان كانت الجناية توجب القصاص بان قتلت نفسا عمدا فلا حد عليه وعليه العقر لان من العلماء من قال يملكها في هذه الصورة فأورثت شبهة وان كانت الجناية لا توجب القصاص فان فداها المولى يجب عليه الحد بالاتفاق لان الزاني لم يملك الجثة وان دفعها بالجناية فعلى الخلاف والوجه ما بيناه ولو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع لان الحرة لا تملك بالضمان ولو زنى بكبيرة فأفضاها فان كانت مطاوعة له من غير دعوى شبهة فعليهما الحد ولا شيء عليه في الافضاء لرضاها به ولا مهر لها لوجوب الحد وان كان مع دعوى شبهة فلا حد ولا شيء في الافضاء ويجب العقر وان كانت مكرهة من غير دعوى شبهة منه فعليه الحد دونها ولا مهر لها ثم ينظر في الافضاء فان لم يستمسك بولها فعليه دية المرأة كاملة لانه فوت جنس المنفعة على الكمال وان كان يستمسك بولها حد وضمن ثلث الدية لما ان جنايته جائفة وان كان مع دعوى شبهة فلا حد عليهما ثم ان كان البول

(قوله اذا كانت هي المقرة بالزنا) أي لانها تنفي وجوب المهر بزعمها انها زانية ولا عقر لها اه كفاية (قوله في المتن ومن زنى بامة فقتلها) انما قيد بالامة لتكون صورة الخلاف فانه لو زنى بحرة فقتلها يحد اتفاقا ويجب عليه الدية كما سيأتي اه (قوله لانه جنى جنايتين) أي وهما الزنا والقتل اه (قوله وعن أبي يوسف) ذكره المفظ عن المفيد أنه ليس ظاهر المذهب عنه فان محمدا لم يذكر فيها خلافه في الجامع الصغير وعادته اذا كان خلافه ثابتا ذكره وكذا الحاكم الشهيد لم يذكر في الكافي خلافا وانما نقل الفقيه أبو الليث خلافه فقال ذكر أبو يوسف في الامالي أن هذا قول أبي حنيفة خاصة وفي قول أبي يوسف لا حد عليه وحين نقل قوله خاصة ذكره في المنظومة في باب قول أبي يوسف على خلاف قول أبي حنيفة ولا قول لمحمد وقيل الاشبه كون قول محمد مثل قول أبي حنيفة وبه قال الشافعي وأحمد لانه لو كان لا قول له أن توقف لذكره وانما قال أبو يوسف هذا قول أبي حنيفة خاصة لان محمدا كان في عداد تلامذته فلم يعتبر ما قاله قولا يتقلده هو وعلى كون الخلاف هكذا مشى المصنف حيث قال ولهما أنه ضمان قتل اه فتح قال الكمال ولابي حنيفة أنه زنى وجنى فيؤاخذ بموجب كل من الفعلين ولا منافاة فيجمع بين الحد والضمان وكون الضمان يمنع الحد لاستلزامه الملك ممنوع لان هذا ضمان دم وجب في ثلاث سنين على العاقلة (١) ولا يجب بالقيمة ما بلغت وهو لا يوجب ملكا لان محل الملك والدم ليس بمال (قوله يسقط) أي يسقط الحد اه (قوله وعلى هذا الخلاف يستمسك
لو تزوجها الخ) وفي الفوائد الظهيرية لو غصبها ثم زنى بها ثم ضمن قيمتها فلا حد عليه عندهم جميعا خلافا للشافعي أما لو زنى بها ثم غصبها وضمن قيمتها لم يسقط الحد وفي جامع قاضيخان لو زنى بحرة ثم نكحها لا يسقط الحد اه كمال رحمه الله (قوله ولو زنى بحرة فقتلها به يجب الحد مع الدية بالاجماع) سيأتي قبيل كتاب السرقة أنه اذا جامع امرأة فماتت من الجماع أو أفضاها لا يجب عليه شيء عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله فانظره

(١) قوله ولا يجب الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة سقطا أو تحريفا فلتراجع الاصول الصحيحة اه مصححه

(قوله في المتن والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال الخ) فانه اذا قتل انسانا أو أتلف مال انسان يؤاخذ به قال في الهداية وكل شئ صنعه الامام الذى ليس فوقه امام فلا حد عليه الا القصاص فانه يؤخذ به وبالاموال وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الامام الذى ليس فوقه امام اذا صنع شيأ يجب فيه الحد فلا حد وأما القصاص والمال فيؤاخذ به وفسر الفقيه أبو الليث في شرحه للجامع الصغير الامام الذى ليس فوقه امام بالخليفة أعلم أنه اذا قذف انسانا أو زنى أو شرب الخمر فلا حد عليه في الدنيا لان هذه الحدود يفوض اقامتها واستيفاؤها الى الامام لكونها حق الله تعالى وحد القذف المغلب فيه حق الله تعالى عندنا فكان كبقية الحدود اه (قوله بمنعة المسلمين الخ) وبهذا يعلم أنه يجوز استيفاء القصاص بدون قضاء القاضى (١٨٧) والقضاء لتمكين الولى من استيفائه لا أنه شرط اه كمال

﴿ باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ﴾

قال الاتقانى قد ذكر في أول كتاب الحدود أن ثبوت الزنا بالبينة والاقرار وبهما جميعا ثم احتاج هنا أن يذكر في هذا الباب ما كان سببا لرد الشهادة مثل التقادم والرجوع وكون الشهود عميانا أو محدودين في القذف ونحو ذلك ومثل ظهور المشهود عليها بالزنا بكرا أو مثل كون عدد الشهود أقل من الاربعة أو غير ذلك مما يذكر في الباب فأخر الباب لان هذه الاشياء عوارض والاصل عدم العارض اه (قوله متقادم) قال الكمال اسناده في الحقيقة الى ضمير السبب أى متقادم سببه وهو الزنا مثلا وهو المشهود به وقوله شهدوا بحد تساهل فانهم انما يشهدون بسبب الحد والتقادم صفة له في الحقيقة اه فتح والتقادم من التقدم بمعنى القديم وهو خلاف الحديث وهو المراد هنا فمعنى قوله شهدوا بحد متقادم أى بحد قديم سببه لا حديث والقديم يكون بمعنى الذى لم يزل وليس هو المراد اه اتقانى (قوله أو زنا بعد حين لم يؤخذ به) وقد جعلوه عند عدم النية ستة أشهر على ما تقدم في الايمان اذا حلف لا يكلمه حينا وأبو حنيفة لم يقدره قال أبو يوسف جهدنا بأبي حنيفة أن يقدره لنا فلم يفعل وفوضه الى رأى القاضى في كل عصر فما رآه بعد مجانبة الهوى تفريطا فهو تقادم وما لا يعد تفريطا غير متقادم وأحوال الشهود والناس والعرف تختلف في ذلك فانما يوقف عليه في كل تطر نظر في كل واقعة فيما تأخر فنصب المقادير بالرأى متعذر اه فتح قوله وقد جعلوه أى لفظ حين اه (قوله وهو مروى عن أبي حنيفة) وقد ذكر في المجرد قال أبو حنيفة لو سأل القاضى الشهود متى زنى بها فقالوا منذ أقل من شهر أقيم الحد وان قالوا شهرا أو أكثر درئ عنه الحد قال أبو العباس الناطفى فقد قدر على هذه الرواية بشهر وهو

يستمسك فعليه ثلث الدية ويجب المهر في ظاهر الرواية وان لم يستمسك فعليه الدية كاملة ولا يجب المهر عندهما خلافا لمحمد لما ذكر وان كانت صغيرة يجامع مثلها فهى كالكبيرة فيما ذكرنا الا في حق سقوط الارش برضاها وان كانت صغيرة لا يجامع مثلها فان كان يستمسك بولها لزمه ثلث الدية والمهر كاملا ولا حد عليه لتمكن القصور في معنى الزنا وهو الايلاج في قبل مشتهاة ولهذا لا يثبت به حرمة المصاهرة والوطء الحرام في دار الاسلام يوجب المهر اذا انتفى الحد فيجب ثلث الدية لكونه جائفة على ما بينا وان كان لا يستمسك ضمن الدية ولا يضمن المهر عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله يضمن المهر أيضا لما ذكرنا ولهما أن الدية ضمان كل العضو والمهر ضمان جزء منه وضمان الجزء يدخل في ضمان الكل اذا كانا في عضو واحد كما اذا قطع اصبع انسان ثم قطع كفه قبل البرء يدخل أرش الاصبع في ارش الكف ويسقط احصانه بهذا الوطء لوجود صورة الزنا وهو الوطء الحرام وفي المحيط لو كسر فخذ امرأة في الزنا أو جرحها ضمن الدية في ماله وحد لانه شبه العمد وفي شبه العمد تجب الدية في ماله يعنى به فيما دون النفس قال رحمه الله (والخليفة يؤخذ بالقصاص وبالاموال لا بالحد) يعنى مثل حد الزنا وشرب الخمر والقذف لان الحدود حق الله تعالى وهو المكلف باقامتها لانها من الاربعة المفوضة الى الامام على ما بينا ولا يقدر على اقامتها على نفسه لان اقامتها بطريق الخزى والنكال لينزجر ولا يفعل ذلك أحد بنفسه ولا ينزجر بمعاقبة نفسه اذ لا يخاف من نفسه ولا يبالى بها فلا يفيد وفعل نائبه كفعله لانه بأمره فاذا لم يفد لا يشرع لان الاسباب انما تشرع لاحكامها فاذا لم تفد أحكامها لا تكون مشروعة ولهذا لم تشرع في دار الحرب ثم بعد ذلك لا تنقلب موجبة لانها انعقدت غير موجبة كمن زنى في دار الحرب ثم خرج الينا بخلاف حقوق العباد كالقصاص والاموال لان حق الاستيفاء لمن له الحق ولا يشترط فيه القضاء بل لو استوفاه صاحبه جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك فكذا هنا يمكن استيفاؤه من الامام اما بتمكينه هو بنفسه أو بالاستعانة بمنعة المسلمين عليه والله أعلم

﴿ باب الشهادة على الزنا والرجوع عنها ﴾

قال رحمه الله (شهدوا بحد متقادم سوى حد القذف لم يحد) معناه اذا لم يمنعهم عن الشهادة على الفور بعدهم عن الامام وحد التقادم شهر روى ذلك عن أبي يوسف ومحمد وأبو حنيفة رحمه الله لم يقدره بشئ وفوضه الى رأى القاضى على ما هو دأبه في المقدرات المترددة بين القليل والكثير وأشار في الجامع الصغير الى أنه مقدر بستة أشهر فانه قال واذا شهد عليه الشهود بسرقة أو بشرب خمر أو بزنا بعد حين لم يؤخذ به ويضمن السرقة وكذا أشار الطحاوى رحمه الله اليه والاول أصح وهو مروى عن أبي حنيفة رحمه الله لان الشهر

ومافوقه آجل ومادونه عاجل أصله مسئلة اليمين فيما اذا حلف ليقضين دين فلان عاجلا فان قضاه فيما دون الشهر برّ والا فلا وحد التقادم فى شرب الخمر أو السكر بغيرها انقطاع الرائحة خلافا لمحمد رحمه الله هو يجعله كغيره من الحدود على ماتجىء فى موضعه والاقرار لايمنع بالتقادم خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره بالبينة التى هى احدى الحجتين وقال الشافعى رحمه الله لا تبطل الحدود بالتقادم لان الشهادة انما صارت حجة باعتبار وصف الصدق وتقادم العهد لايخل بالصدق فلا يخرج من أن يكون حجة كالاقرار وحقوق العباد ولنا قول عمر رضى الله عنه أيما قوم شهدوا فى حد لم يشهدوا به عند حضرته فانما هم شهود ضغن ولا شهادة لهم ولان الشاهد متى عاين الزنا ونحوه فهو مخير بين حسبتين حسبة أداء الشهادة ليقام الحد فيحصل الانزجار قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وحسبة الستر على المسلم فان الشارع ندب اليه قال عليه الصلاة والسلام من ستر على أخيه المسلم عورته ستر الله عليه عوراته يوم القيامة وقال تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا لهم عذاب أليم وتأخيرهم الاداء لايخلو اما أن يكون للستر أولا فان كان للستر فالاقدام على الاداء بعد ذلك لضغينة حركتهم فيتهمون فيها ولا شهادة للمتهم وان كان لا للستر صاروا آثمين فاسقين بالتأخير لان أداء الشهادة من الواجبات وتأخيرها فسق ولهذا لو أخر الشهادة فى حقوق العباد بعد طلب المدعى بلا عذر لا تقبل شهادته بخلاف الاقرار لان تهمة الضغينة لا تتصور فيه لانه لا يعادى نفسه ولان الاقرار لا يبطل بالتهمة والفسق بخلاف حد القذف وحقوق العباد لان الدعوى شرط فيها فالتأخير لعدم الدعوى اذ لا يصح بدونها فكانوا معذورين بالتأخير فان قيل الدعوى شرط فى السرقة ومع هذا لا تقبل الشهادة فيها بالتقادم قلنا الدعوى ليست بشرط فى الحد وانما تشترط للمال ولهذا لو شهد شاهدان على السرقة بدون الدعوى تقبل شهادتهما ويحبس السارق الى أن يجىء المسروق منه وانما لا يقطع لاحتمال أن يكون المسروق ماله لا يعرف السارق فيتهمون بالتأخير فلا تقبل شهادتهم ولان السرقة تقام على وجه الاستسرار على غرة من المالك فيجب على من عرف اعلامه فيصير فاسقا بالكتمان ولان الحكم يدار على كونه حقا لله تعالى فلا تعتبر التهمة فى كل فرد من أفراده اذ التهمة أمر باطن لا يوقف عليه فيكتفى بالصورة لان الحد يسقط بصورة الشبهة كما يسقط بمعناه فان النكاح الفاسد يسقط بمعناه ودعواه تسقط بصورته ثم التقادم كما يمنع قبول الشهادة فى الابتداء يمنع بعد القضاء حتى لو هرب بعد ما ضرب بعض الحد ثم أخذ بعد تقادم العهد لا يقام عليه الحد لان الامضاء من القضاء فى الحدود بدليل عمى الشهود وردتهم بعد القضاء قبل الامضاء حيث يسقط الحد عن المشهود عليه ولا يجب الحد على الشهود لان سقوط الحد عن الزانى لنوع شبهة ولا يصلح ذلك لايجاب الحد على الشهود قال رحمه الله (ويضمن المال) أى اذا لم تقبل شهادتهم بالسرقة المتقادمة فى حق الحد لكونه حق الله تقبل فى حق المال ويضمنه لان التقادم يمنع الشهادة بالحد للتهمة ولا يمنع بالمال لعدم التهمة ولان المال يثبت مع الشبهة أيضا فصار نظير ما لو شهد رجل وامرأتان بالسرقة فانه يجب فيه المال ولا يجب القطع قال رحمه الله (ولو أثبتوا زناه بغائبة حد بخلاف السرقة) وكذا اذا أقر أنه زنى بغائبة لانه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية حين أقرا بالزنا بغائبين ولان الزنا قد ثبت بالحجة فيجب الحد بخلاف ما اذا شهدوا أنه سرق من فلان الغائب حيث لا يجب الحد لان الغيبة تفوت الدعوى وهى شرط فى السرقة دون الزنا ولانهم يشهدون فى السرقة بثبوت الملك للغائب فى المال المسروق منه ولا يقدرون على ذلك الا بحضرته فان قيل ينبغى أن لا يحد فى الزنا أيضا حتى يحضر الغائب لاحتمال أن يدعى النكاح فيكون شبهة قلنا دعوى النكاح شبهة لاحتمال الصدق فتعتبر واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا تعتبر لان اعتبارها يؤدى الى سد باب الحدود ولا يقال ينتقض هذا بالقصاص اذا كان بين شريكين وكان أحدهما غائبا لا يتمكن الحاضر من الاستيفاء لاحتمال العفو من الغائب لانا نقول العفو حقيقة المسقط واحتماله يكون شبهة المسقط

قول أبي يوسف ومحمد اه اتقانى (قوله والاقرار لا يمنع بالتقادم) أى لا يبطل بالتقادم لكن هذا فى حد الزنا والسرقة لا فى حد الشرب لانه يبطل الاقرار فيه بالتقادم عند أبى حنيفة وأبى يوسف كما سنذكره ويجىء ذلك فى حد الشرب اه اتقانى قال الكمال ثم هذا التقادم المقدر بشهر بالاتفاق فى غير شرب الخمر أما فيه فكذلك عند محمد وعندهما يقدر بزوال الرائحة فلو شهدوا عليه بالشرب بعدها لم تقبل عندهما اه (قوله فهو مخير بين حسبتين) قال فى المصباح واحتسب الاجر على الله ادخره عنده لا يرجو ثواب الدنيا والاسم الحسبة بالكسر اه (قوله يمنع بعد القضاء) أى خلافا لزفر اه فتح (قوله لا يقام عليه الحد) وقول زفر قول الائمة الثلاثة اه فتح (قوله لان الامضاء) أى الاستيفاء اه فتح (قوله فى المتن ولو أثبتوا زناه بغائبة حد) وعلى قول أبى حنيفة الاول لا يحد وهو القياس كذا ذكره أبو الليث فى شرحه للجامع الصغير وذلك لانها اذا حضرت ربما جاءت بشبهة دارئة للحد والحدود تدرأ بالشبهات (١) وعلى قوله الاخير وهو قول أبى حنيفة وأبى يوسف يحد الرجل اه اتقانى وكتب ما نصه أجمع عليه الائمة الاربعة اه فتح (قوله وكذا اذا أقر أنه زنى بغائبة) أى يحد الرجل باجماعهم اه فتح (قوله لانا نقول العفو الخ) الحاصل أنه اذا حضر فعفا يسقط القصاص بحقيقة العفو لا بشبهة العفو فاذا غاب كان احتمال العفو شبهة فاعتبرت الشبهة وفيما نحن فيه لا اذا حضرت وادعت النكاح كان شبهة فاذا غابت احتمل الشبهة فلا تعتبر لانه وهم والله الموفق (قوله واحتماله يكون شبهة المسقط)

---

(١) قوله وعلى قوله الاخير الخ هكذا فى الاصل وليحرر اه مصححه

أي وإنما يكون شبهة الشبهة لو كان العفو نفسه شبهة فيكون احتماله شبهة الشبهة بخلاف الغائبة فإن نفس دعواها النكاح مثلا شبهة فاحتمال دعواها ذلك شبهة الشبهة واعتبارها باطل والأدى إلى نفي كل حد فإن ثبوته بالبينة أو الاقرار والذي يثبت به يحتمل أن يرجع عنه وكذا الشهود يحتمل أن يرجعوا فلو اعتبرت شبهة الشبهة انتفى كل حد ووجه أنه شبهة الشبهة أن نفس رجوع المقر والشاهد شبهة لأنه يحتمل كذبه في الرجوع فاحتمال الرجوع شبهة الشبهة اهـ فتح (قوله لما أقر) أي بالزنا كان فرع علمه أنها لم تشتبه عليه بزوجته التي لم تزف وصار معنى قوله لم أعرفها أي باسمها ونسبها ولكن علمت أنها أجنبية فكان هذا كالمنصوص بخلاف الشاهد فإنه يجوز أن يشهد على من لم يشتبه عليه فكان قوله لا أعرفها ليس موجب الحد قاله الكمال رحمه الله (قوله وأما الثاني وهو ما إذا شهد الشهود عليه بذلك) أي بزناه بامرأة لا يعرفونها اهـ (قوله لأنه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته) قال الحاكم الشهيد في الكافي وإن قال المشهود عليه ان التي رأوها معي ليست بامرأة ولا خادم لم يحد أيضا وذلك لأنها تتصور أمة ابنه أو منكوحة نكاحا فاسدا اهـ اتقاني رحمه الله وقال الكمال فلو قال المشهود عليه المرأة التي رأيتموها معي ليست زوجتي ولا أمتي لم يحد أيضا لأن الشهادة وقعت غير موجبة للحد فلا يحد وأما ما قيل ولو كان اقرارا فمرة واحدة لا يقام الحد يقتضي أنه لو قال له أربعا حد وليس كذلك اهـ قوله وأما ما قيل قائله صاحب الدراية رحمه الله. (قوله لأن زناها طوعا غير زناها مكرهة) أي وشهادتهم بزنا دخل في الوجود والشاهدان بزناه بطائعة ينفيان زناه بمكرهة والآخران ينفيان زناه بطائعة فلم يتحقق على خصوص الزنا المتحقق في الخارج شهادة أربعة اهـ فتح (قوله وهو الاكراه) أي وهو لا يوجب التخفيف عنه بخلاف جانبها لأن طواعيتها شرط وجوب الحد عليها ولم يثبت إذ قد اختلفوا فيه وتعارضوا بعدم الوجوب عليها يعني غير مشترك فلا يسقط عنه كما لو زنى بصغيرة مشتهاة أو مجنونة اهـ (قوله وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان) أي بشهادة اثنين لأن الاحصان يثبت بشهادتهما اهـ (قوله على ما نبين من قريب) أي في خلافية زفر اهـ (قوله وأما إذا اختلفوا الخ) حاصلها أنه شهد أربعة على رجل أنه زنى بفلانة إلا أن رجلين قالا استكرهها وآخرين قالا طاوعته فعند أبي حنيفة يندرئ الحد عنهما وهو قول زفر والأئمة الثلاثة وقالا يحد الرجل خاصة اهـ فتح (قوله ولم يتم في كل واحد منهما نصاب) أي الشهادة وهو أربعة اهـ (قوله ولا يحد الشهود) أي للقذف اهـ

لاشبهة الشبهة قال رحمه الله (وإن أقر بالزنا بمجهولة حد وإن شهدوا عليه بذلك لا كاختلافهم في طوعها أو في البلد ولو على كل زنا أربعة) أي لو أقر أنه زنى بامرأة لا يعرفها يجب عليه الحد وإن شهد عليه الشهود بذلك بأن قالوا زنى بامرأة لا نعرفها لا يجب عليه الحد كما لا يجب عليه إذا اختلفوا في طواعيتها بأن قال اثنان انه زنى بفلانة وأكرهها وقال آخران انها طاوعته أو في البلد بأن قال بعضهم انه زنى بها بالكوفة وبعضهم قال زنى بها بالبصرة وإن تم في كل زنا أربعة أما الأول وهو ما إذا أقر أنه زنى بمجهولة فلأنه لو كانت امرأته أو أمته لعرفها لأنه لا يخفى عليه امرأته ولا أمته فإن قيل قد تشتبه عليه امرأته بأن لم تزف إليه قلنا الانسان لا يقر على نفسه كاذبا ولا حال الاشتباه فلما أقر انتفى كون الموطوأة امرأته ولا يعتبر الاحتمال البعيد بأن تكون أمته بجهة من الجهات كالارث وهو لا يعرف ذلك أو بالتوالد من مملوكه أو مملوكات آبائه لأن ذلك يؤدي إلى استداد باب إقامة الحدود ولأن ذلك يحتمل في المعروفة أيضا كما يحتمل في المجهولة وأما الثاني وهو ما إذا شهد الشهود عليه بذلك فإنه إنما لا يحد لأنه يحتمل أن تكون امرأته أو أمته بل هو الظاهر لأن المسلم يمنعه دينه عن ارتكاب المحرم ظاهرا ولا يلزم من عدم معرفة الشهود الموطوأة أن يكون زنا بخلاف ما إذا لم يعرفها الزاني وأما إذا اختلفوا في طوع المرأة فلأنه زنايان مختلفان ولم يكمل في كل واحد منهما النصاب لأن زناها طوعا غير زناها مكرهة فلا يحد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وزفر وقالا يجب الحد على الرجل خاصة لأن الشهود اتفقوا عليه بأنه زنى وتفرد اثنان منهم بزيادة جناية وهو الاكراه وجوابه ما ذكرنا ولأن الطوع يقتضي اشتراكهما في الفعل والكره يقتضي تفرده فكانا غيرين ولم يوجد في كل واحد منهما نصاب الشهادة ولأن شاهدي الطواعية صارا قاذفين لها بالزنا فصارا خصمين فيه ولا شهادة للخصم وإنما سقط حد القذف عنهما بشهادة شاهدي الاكراه لأن زناها مكرهة يسقط احصانها فإن من قذف امرأة ثم أقام شاهدين أنها زنت مكرهة سقط الحد عن القاذف واعتبار عدد الأربعة في الشهادة على الزنا الموجب للحد وهذا شهادة على سقوط احصانها وسقوط الاحصان يثبت بشهادة الاحصان ذكره في الكافي وهذا التخريج يستقيم على قولهما وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فاتفاق الشهود الأربعة على النسبة إلى الزنا بلفظ الشهادة مخرج لكلامهم من أن يكون قذفا على ما نبين من قريب وفائدة اختلاف الطريق تظهر فيما إذا شهد ثلاثة أنها طاوعته وشهد واحد أنه أكرهها فعلى قوله لا يقام الحد على واحد منهم لما قلنا وعندهما يقام على الثلاثة لأنهم قذفة ولم يسقط احصانها بشهادة الفرد وأما إذا اختلفوا في البلد فإن لم يتم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد اثنان أنه زنى بها بالكوفة واثنان أنه زنى بها بالبصرة فلا إشكال في أنه لا يجب عليهما الحد لأن المشهود به مختلف لأن الفعل يختلف باختلاف الأماكن ولم يتم في كل واحد منهما النصاب فلم يثبت فلم يحدا ولا يحد

(قوله وقال زفر يحدون) أي وهو قول الشافعي اهـ فتح وهو القياس اهـ اتقاني (قوله لسقوط الحد) أي عن القاذف اهـ (قوله والاحصان) أي احصان المقذوف اهـ (قوله وان كان كبيرا لا يقبل) أي كالدار بن اهـ (قوله والقياس الخ) قال الكمال والقياس قول زفر والشافعي ومالك اهـ (قوله وانتهاؤه في زاوية) قال الكمال وقد استشكل على هذا مذهب أبي حنيفة فيما اذا شهدوا فاختلفوا في الاكراه والطواعية فان هذا التوفيق ممكن بان يكون ابتداء الفعل كرها وانتهاؤه طواعية قال في الكافي يمكن أن يجاب عنه بان ابتداء الفعل اذا كان عن اكراه لا يوجب الحد فبالنظر الى الابتداء لا يجب وبالنظر الى الانتهاء يجب فلا يجب بالشك وهنا بالنظر الى الزاويتين يجب فافترقا اهـ (قوله

الشهود أيضا وقال زفر يحدون لان العدد لم يتكامل في كل زنا فصاروا قذفة ولنا أن كلامهم وقع شهادة صورة لاستجماع شرائطها من الاهلية ولفظ الشهادة وتمام العدد في حق المشهود عليه وان لم يتم في حق المشهود به فاعتبرنا تكامل العدد في حق المشهود عليه فلا يجب الحد على قاذفه اعتبارا للصورة واعتبرنا انتقاص العدد في حق المشهود به فقلنا لا يجب عليهم حد الزنا اعتبارا للحقيقة وعلى هذا الخلاف اذا جاء القاذف بأربعة شهداء فشهد اثنان أنه زنى في بلد وشهد آخران انه زنى في بلد آخر فظاهر الآية يقتضي سقوط الحد عن القاذف وهو قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء شرط شهادة الاربع لسقوط الحد والاحصان مطلقا عن القاذف وقد وجد وان تم نصاب الشهادة بالزنا في كل بلد بأن شهد أربعة بأنه زنى بها بالبصرة وأربعة بأنه زنى بها بالكوفة فالمسئلة محمولة على ما اذا ذكرا وقتا واحدا بأن شهد كل طائفة بأنه زنى بها وقت طلوع الشمس في يوم الخميس مثلا لانا تيقنا بكذب أحد الفريقين لان الشخص الواحد لا يكون في ساعة واحدة في مكانين متباعدين ولا يعرف الصادق من الكاذب فيعجز القاضي عن الحكم بهما للتعارض أو لتهمة الكذب فتهاترتا ولا يحد الشهود أيضا لما ذكرنا آنفا وهنا أظهر لان كل واحد من الزنا تم فيه نصاب الشهادة ويحتمل صدق احدى الطائفتين فلا يحدون مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو اختلفوا في بيت واحد حد الرجل والمرأة) ومعناه أن يشهد كل اثنين على الزنا في زاوية وكان البيت صغيرا وان كان كبيرا لا يقبل ذكره في المحيط والقياس أن لا يقبل كيفما كان لاختلاف المكان حقيقة وجه الاستحسان أن التوفيق ممكن بأن يكون ابتداء الفعل في زاوية وانتهاؤه في زاوية أخرى ينتقلان اليه بالاضطراب أو يحتمل أن يكونا في وسط البيت فيحسبه من في المقدم في المقدم ومن في المؤخر في المؤخر فيشهد كل واحد منهم بحسب ما عنده وكذلك لو اختلفوا في ساعتين من يوم متقاربتين بحيث يمكن أن يمتد الزنا اليها يقبل لامكان التوفيق وان اختلفوا في الثوب الذي كان عليه حالة الزنا يقبل لان التوفيق ممكن بأن يكون عليه ثياب فيعاين كل فريق غير الذي عاينه الآخر أو يحتمل انه أخذ في العمل في ثوب ثم لبس آخر وهو على حاله وفيه خلاف زفر وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها أو في طولها وقصرها يقبل والاصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق يصار اليه لان التوفيق فيه مشروع ولولا ذلك لما وجب الحد أصلا لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا غير الذي يشهد به أصحابه قال رحمه الله (ولو شهدوا على زنا امرأة وهي بكر أو والشهود فسقة أو شهدوا على شهادة أربعة وان شهد الاصول أيضا لم يحد أحد) يعني لم يحد الزانيان ولا الشهود في هذه الصور كلها أما في الصورة الاولى فلان الزنا لا يتحقق مع البكارة فظهر كذبهم بيقين فلا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لان عددهم متكامل وانما سقط الحد عنهما بقول النساء انها بكر وقولهن حجة في اسقاط الحد لا في ايجابه وكذلك اذا شهدوا على رجل بالزنا وهو مجبوب فانه لا يحد لظهور كذبهم ولا يحد الشهود أيضا لتكامل عددهم ولفظ الشهادة صورة ولان الحد يجب لدفع العار عن المقذوف في موضع التهمة وهذا لا يلحقه العار لعدم التهمة ونظيره اذا شهدوا على

امرأة

ينتقلان اليه بالاضطراب) قال الكمال وأما ما قيل اختلفوا فيما لم يكلفوا نقله فليس بجيد لان ذلك أيضا قائم في البلدين ثم انهم مكلفون بان يقولوا مثلا في دار الاسلام فالوجه ما اقتصرنا عليه اهـ (قوله وعلى هذا لو اختلفوا في لون المزني بها) أي انها بيضاء أو سمراء اهـ فتح (قوله أو في طولها وقصرها) أي أو في سمنها وهزالها اهـ فتح (قوله والاصل في هذا أنه مهما أمكن التوفيق الخ) قال في الكافي فان قيل التوفيق غير مشروع لايجاب الحد لانه احتيال للاقامة وقد أمرنا بالاحتيال للدرء قلنا التوفيق في الحدود مشروع صيانة للبينات عن التعطيل اهـ (قوله لاحتمال أن كل واحد منهم يشهد بزنا الخ) معناه أن أربعة لو شهدوا على رجل أنه زنى بفلانة تقبل هذه الشهادة ويحمل على أن كل واحد منهم شهد بالزنا الذي شهد به أصحابه وان لم ينصوا في شهادتهم على هذا الاتحاد مع أن احتمال الاختلاف ثابت بان كان الزنا أربع مرات وشهد كل واحد منهم بزنا على حدة وفي ذلك لا يجب الحد على المشهود عليه اهـ كفاية (قوله فظهر كذبهم بيقين) اذ لا بكارة مع الزنا وقول النساء حجة فيما لا يطلع عليه الرجال فتثبت بكارتها بشهادتهن ومن ضرورته سقوط الحد والوجه أن يقال لم تعارض شهادتهن شهادتهم بل ثبت بشهادتهن بكارتها وهو لا يستلزم عدم الزنا لجواز أن تعود العذرة لعدم المبالغة في ازالتها فلا تعارض شهادة الزنا فينبغي أن لا يسقط الحد وان عارضت بان لا يتحقق عود العذرة يجب أن تبطل شهادتهن لانها لا تقوى قوة شهادتهم قلنا سواء انتهضت معارضة أم لا لا بد من أن تورث شبهة بها يندرئ قاله الكمال (قوله لان عددهم متكامل) الذي في خط الشارح متكاملة اهـ وكتب ما نصه أي في الشهادة على الزنا اهـ (قوله ونظيره اذا شهدوا على

امرأة بالزنا فوجدت رتقاء لا يجب الحد عليهما ولا على الشهود لما ذكرنا في البكر والمجبوب وأما اذا كان الشهود فسقة فلان الفاسق من أهل التحمل والاداء وان كان في أدائه نوع قصور لتهمة الكذب ولهذا لو قضى القاضي بشهادته ينفذ عندنا لما عرف في موضعه فيثبت بشهادتهم الزنا من وجه باعتبار الاهلية ولا يثبت من وجه باعتبار القصور فيسقط الحد عن المشهود عليهما باعتبار عدم الثبوت ويسقط عن الشهود باعتبار الثبوت ولهذا لو أقام القاذف أربعة من الفساق على أن المقذوف قد زنى يسقط عنه الحد بخلاف القاتل حيث لا يسقط عنه القود باقامة الشهود الفسقة على أن أولياء المقتول قد عفوا لان وجوب القود بالقتل متيقن به فلا يسقط بالشك والاحتمال وحد القذف لم يجب بالقذف وانما يجب بالعجز عن اقامة البينة لان الله تعالى علقه به بقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء الآية عطفه على الشرط والمعطوف على الشرط شرط فكان العجز شرطا للوجوب وأما القود فترتب على نفس القتل بقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى فظهر السبب الموجب بنفس القتل وتقرر فلو سقط بعد ذلك انما يسقط بقبول شهادتهم وليس لهم شهادة ملزمة وهذا لان العفو مسقط بعد الوجوب وليس يمنع من الوجوب بخلاف حد القذف فان الشهادة فيه تمنع من الوجوب وهو بقاء ما كان على ما كان والعجز موجب فلم يتيقن بالعجز مع شهادتهم فلا يجب وأما اذا شهد أربعة على شهادة أربعة فلما فيهما من زيادة الشبهة لان احتمال الكذب فيها في موضعين في شهادة الاصول وفي شهادة الفروع أولان الكلام اذا تداولته الالسن يمكن فيه زيادة أو نقصان ولا يمكن التحرز عنهما عادة ولان الشهادة على الشهادة بدل والابدال تنصب للحاجة ولا حاجة في الحدود الى البدل لانها مبنية على الدرء ولا حد على الفروع لانهم ما نسبوا المشهود عليه الى الزنا انما حكوا شهادة الاصول والحاكي للقذف لا يكون قاذفا ولان عددهم متكامل والاهلية موجودة وانما ردت شهادتهم لنوع شبهة وهي كافية لدرء الحد لا لاثباته وان جاء الاصول وشهدوا على معاينة ذلك الزنا بعينه لم تقبل شهادتهم ولم يحدوا أيضا وهو المراد بقوله وان شهد الاصول لم يحد أحد وانما لم تقبل لان شهادتهم قد ردت من وجه برد شهادة الفروع في عين تلك الحادثة اذهم قائمون مقامهم بالامر والتحميل والشهادة متى ردت لتهمة لم تقبل في عين تلك الحادثة أبدا وانما تقبل في المال شهادة الاصول بعدما ردت شهادة الفروع لان شهادة الاصول لم ترد حقيقة وانما حصل فيها شبهة الرد والمال يثبت مع الشبهة دون الحد ولا يحد الاصول أيضا لما ذكرنا ولو ردت شهادة الاصول لم تقبل شهادة الاصول ولا الفروع بعده أبدا هذا اذا ردت شهادتهم لتهمة مع الاهلية وان ردت لعدم الاهلية كالعبيد والكفار تقبل شهادتهم في تلك الحادثة بعد العتق والاسلام لزوال المانع ولو شهد أربعة على رجل بأنه زنى بفلانة ثم شهد أربعة آخرون أن هؤلاء الشهود هم الذين زنوا بها فلا يحد أحد منهم عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يحد الفريق الاول من الشهود والمرأة حد الزنا ولا يحد الرجل المشهود عليه لان الشهود الثاني جرحوا الشهود الاول بفعل الزنا وقد ثبت عليهم ذلك وعلى المرأة بشهادتهم فيحدون حد الزنا ثم لا تقبل شهادتهم لثبوت فسقهم بالزنا فلا يحد الرجل المشهود عليه الاول وله أن مثل هذا الكلام يراد به النفي عن الاول واثبات ذلك بعينه للثاني عادة كما اذا قال زيد دخل عمرو الدار وقال آخر لزيد هو الذي دخل الدار فالشهود الاول أثبتوه على المشهود عليه والشهود الثاني نفوه عنه وأثبتوه على الشهود والفعل الواحد لا يتصور أن يفعله شخصان ويحتمل ان يكون أحد الفريقين صادقا والآخر كاذبا ولا يعرف ذلك بعينه فأورث شبهة فلا يحدون حد القذف ولا حد الزنا لذلك فصار نظير ما لو شهد أربعة بالزنا على رجل في بلد عند طلوع الشمس وشهد أربعة آخرون انه زنى في بلد آخر في ذلك الوقت على ما بينا من قبل وعلى هذا لو شهد أربعة على رجل وامرأة بالزنا وشهد أربعة آخرون على الشهود بأنهم هم الذين زنوا بها وشهد أيضا أربعة آخرون على الشهود الثاني بأنهم هم الذين زنوا بها لا حد على الكل عند أبي حنيفة رحمه الله لما ذكرنا وعندهما يحد الرجل والمرأة والفريق الاوسط من الشهود حد الزنا لان الفريق الاوسط صاروا

امرأة بالزنا فوجدت رتقاء الخ) وتقبل في الرتقاء والعذراء والاشياء التي يعمل فيها بقول النساء قول امرأة واحدة كذا قال الحاكم الشهيد في الكافي اه اتقاني (قوله وأما اذا كان الشهود فسقة) قال في الكافي وأصله أن الشهود أصناف صنف أهل للشهادة تحملا وأداء كالحر العدل البالغ العاقل وصنف أهل للتحمل دون الاداء كالاعمى والمحدود في القذف لاستجماع شرائطهم فيهما الا أن الاداء فات في الاعمى لعدم التمييز وفي المحدود للنص الوارد لاداء شهادته وصنف أهل للتحمل والاداء ولكن في أدائه نوع قصور كالفساق لتهمة الكذب اه كافي (قوله باعتبار الثبوت) أي فاحتطنا في الحدين والشافعي خالفنا فيه لان الفاسق ليس بأهل للشهادة عنده كالعبد اه كافي

(قوله فى المتن ولو كانوا عميانا أو محدودين) أى أو أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف اه (قوله ولا حسبة عند نقصان العدد) أى وخروج الشهادة عن القذف باعتبارها اه كافى (قوله وشبل بن معبد) الذى بخط الشارح شهد بشين معجمة وهاء ودال قلت والصواب أنه شبل ابن معبد قال فى الاصابة فى القسم الثالث من حرف الشين المعجمة شبل بن معبد بن عبيد بن الحرث نسبه الطبرانى والعسكرى وقال لا يصح له سماع من النبى صلى الله عليه وسلم وقال ابن السكن يقال له صحبة وأمه سمية والدة أبى بكرة وزياد وروى الطبرانى فى ترجمته

فسقة بشهادة الفريق الآخر بالزنا عليهم فبطلت شهادتهم على الفريق الاول وصار واقذفة لهم الا أنه لا يجب عليهم حد القذف لكمال النصاب على ما بينا من قبل ويحدون حد الزنا لثبوته عليهم بالشهود الاخير قال رحمه الله (ولو كانوا عميانا أو محدودين أو ثلاثة حد الشهود لا المشهود عليهما) لان شهادة العميان أو المحدودين فى القذف لم يثبت بها المال مع أنه يثبت بالشبهة فكيف يثبت بها الحد وهو يسقط بالشبهات بعد الثبوت وشهادة الثلاثة قذف لانه لم يكمل النصاب لان الشهادة قذف حقيقة وخروجها من أن تكون قذفا باعتبار الحسبة ولا حسبة عند نقصان العدد فيحدون وحد عمر رضى الله عنه الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بن شعبة وهم أبو بكرة وشبل بن معبد ونافع بن الازرق بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا قال رحمه الله (ولو حد فوجد أحدهم عبدا أو محدودا حدوا) لانهم قذفة اذ الشهود ثلاثة على ما بينا قال رحمه الله (وأرش ضربه هدر وان رجم فديته على بيت المال) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا أرش الضرب أيضا على بيت المال وعلى هذا لو مات من الضرب تجب الدية فى بيت المال عندهما خلافا له وعلى هذا الخلاف لو رجع الشهود وقد جرحته السياط أو مات من الضرب لا يضمنون عنده وعندهما يضمنون أما الرجم فلانه حصل بقضاء القاضى وهو خطأ منه وخطؤه فى بيت المال لان عمله يقع للمسلمين فيجب غرمه فى مالهم وهذا بالاجماع وأما أرش الضرب فلهما أن الجرح أضيف الى شهادتهم لان الواجب بشهادتهم مطلق الضرب والاحتراز عن الجرح غير ممكن فينتظم الجارح وغيره فيكون الكل مضافا الى شهادتهم فيضمنون بالرجوع وعند عدم الرجوع يجب على بيت المال لان فعل الجلاد ينتقل الى القاضى وهو عامل للمسلمين فصار كالرجم والقصاص وهذا لان الامام لا يلزمه ضمان ما أخطأ فيه وانما يلزم من وقع فعله له وفعله وقع هنا للعامة المسلمين فيجب ضمانه عليهم ومال بيت المال لهم فيجب فيه ولابى حنيفة رحمه الله أن المستحق هو الجلد وهو ضرب مؤلم غير مهلك ولا جارح ولا يقع جارحا ظاهرا الا لمعنى فى الضارب وهو قلة اهتدائه لذلك فاقتصر عليه الا أنه لا يجب عليه الضمان فى الصحيح كيلا يمتنع الناس من الاقامة مخافة الغرامة وهذا لانه مأمور بالضرب وفعل المأمور لا يتقيد بالسلامة بخلاف الرجم والقصاص لان المستحق بشهادتهم فيهما الاتلاف فيجب عليهم ضمانه عند رجوعهم وعلى بيت المال عند ظهورهم عبيدا لما ذكرنا قال رحمه الله (فلو رجع أحد الاربعة بعد الرجم حد وغرم ربع الدية) وكذا كلما رجع واحد منهم يحد ويغرم ربع الدية أما الغرامة فلان تلف النفس بشهادتهم فاذا أقر أنه أتلف بغير حق تجب عليه الغرامة بحسابه من الدية اذا لم يكن التلف مستحقا بغيره لان فى هذا الباب يعتبر بقاء من بقى لا رجوع من رجع حتى لو كان الشهود خمسة فرجع واحد لا شئ عليه لان التالف مستحق بغيره وأما الحد فالمذكور هنا مذهب الثلاثة وقال زفر لا يجب الحد على الراجع لانه لو وجب اما أن يجب بالقذف قبل الرجم ولا سبيل اليه لان من قذف حيا ثم مات المقذوف لا يحد القاذف لكونه لا يورث أو بالقذف بعد الرجم فلا سبيل اليه أيضا لان المرجوم لا يحد قاذفه لكونه مرجوما بحكم الحاكم فيكون شبهة فصار كما لو قذفه غيره ولنا أن كلامه ليس بقذف للحال لانه انعقد شهادة ووقع الحكم به بهذا الوصف لكنه عند الرجوع ينقلب قذفا لانه فسخ الشهادة به بعد

من طريق أبى سلمان التيمى عن أبى عثمان قال شهد أبو بكرة ونافع وشبل بن معبد على المغيرة وأنهم نظروا اليه كما ينظرون الى الميل فى المكحلة فجاء زياد فقال عمر جاء رجل لا يشهد الا بحق قال رأيت منظرا قبيحا ولا أدرى ما وراء ذلك فجلدهم عمر الحد اه مع حذف (قوله فى المتن وأرش ضربه هدر) يعنى اذا شهد أربعة على رجل بالزنا وهو غير محصن فضربه الامام ثم ظهر ان الشهود كانوا عبيدا أو محدودين فى قذف أو وجد أحدهم عبدا أو محدودا فى قذف وقد جرحته السياط فليس عليهم ولا على بيت المال أرش الضرب عند أبى حنيفة خلافا لهما وان كان محصنا فرجم فديته فى بيت المال بالاتفاق اه (قوله وعندهما يضمنون) أى أرش الجراحة ان لم يمت والدية ان مات اه كاكى (قوله وعند عدم الرجوع يجب) أى بان ظهروا عبيدا أو محدودين فى قذف أو ظهر أحدهم لم يضمنوا اه كاكى (قوله وصار) أى الجرح فى هذه الصورة اه كاكى (قوله كالرجم) يعنى اذا رجم الامام أحدا ثم ظهر الشهود عبيدا أو محدودين فى قذف فالضمان فى بيت المال فكذا هذا اه كاكى (قوله والقصاص) يعنى اذا حكم بالقصاص لاحد ثم ظهر الشهود عبيدا أو محدودين فى قذف فالضمان على المقضى له بالقصاص اه كاكى (قوله ولابى حنيفة) أى أن الجرح غير مضاف الى شهادتهم لانهم أوجبوا بشهادتهم الحد وهو ضرب مؤلم لا جارح ولا متلف ولهذا لا يحد فى الحر أو البرد الشديد ولا المرض تفاديا عن الاتلاف اه كافى (قوله الا لمعنى فى الضارب) أى وهو الجلاد اه (قوله لا يجب عليه الضمان فى الصحيح) أى لانه ما تعمد الجرح فلو ضمناه لامتنع الناس عن اقامة الحدود اه كافى (قوله لا يجب الحد على الراجع)

الوجود

الوجود(١) فينفسخ ما بني عليه وهو القضاء فيكون قذفا للحال وهو محصن في زعمه فيحد بخلاف ما إذا
قذفه غيره لأنه مرجوم بحكم الحاكم ولم يوجد ما يوجب فسخ الشهادة في حقه لأن زعم الراجع يعتبر في
حقه لا في حق غيره ونظيره الطلاق المعلق بالشرط فإنه ليس بطلاق للحال لأنه إعدام ويصير طلاقا عند
وجود الشرط فإن قيل غاية ما فيه أنه قد أقر بعد ما قذفه بأنه كان عفيفا وذلك لا يوجب الحد عليه برجمه
بحكم الحاكم فصار كما إذا قذفه غيره فأقر بأنه كان عفيفا قلنا الحجة ليست بكاملة في حق الراجع
لانفساخها في حقه على ما بيناه وفي حق غيره كاملة فلا يعتبر زعمه فيه وهذا بخلاف ما إذا وجد واحد منهم
عبدا حيث لا يحدون لأنه لما ظهر أنه عبد تبين أن شهادتهم لم تكن شهادة بل كانت قذفا في ذلك الوقت
فصاروا قاذفين حيا ثم مات والحد لا يورث على ما يجيء إن شاء الله تعالى ولو كان حده الجلد فجلد
بشهادتهم ثم رجع واحد منهم حد الراجع وحده بالإجماع والفرق لزفر أن المقذوف حي هنا فيطالب
هو بالحد وفي مسألة الكتاب قد مات بالرجم والحد لا يورث على ما عرف ولو شهد على رجل أربعة أنه زنى
بفلانة وشهد عليه أربعة آخرون بالزنا بغيرها ورجم فرجع الفريقان ضمنوا ديته إجماعا وحدوا
للقذف عندهما وقال محمد لا يحدون لأن رجوع كل فريق يعتبر في حقهم لا غير ولهما أن كل فريق
أقر على نفسه بحد القذف لأن كل فريق يقول إنه عفيف قتل ظلما وإنه قذفه كاذبا قال رحمه الله (وقبله
حدوا ولا رجم) أي لو رجع واحد من الشهود قبل الرجم يحد كلهم ولا يرجم المشهود عليه وقال محمد
حد الراجع وحده إن رجع بعد القضاء وهو قول زفر لأن الشهادة تأكدت بالقضاء فسقط إحصانه ثم
بالرجوع ينفسخ في حق الراجع فقط كما في المسألة الأولى ولهما أن الإمضاء من القضاء في حقوق الله
تعالى لأن المقصود من القضاء إعلام من له الحق بحقه ليستوفيه منه والله عالم بالأشياء ولا تخفى عليه خافية
فكان المفوض إلى الحاكم الاستيفاء فلما لم يستوف لم يستحكم قضاؤه فكان العارض بعد القضاء قبل
الإمضاء كالعارض قبل القضاء ولهذا امتنع الإمضاء بموت القاضي وعزله وردة الشهود وعماهم وغيبتهم
وخروجهم من أن يكونوا أهلا للشهادة بإقامة حد القذف عليهم وغير ذلك مما يمنع القبول ولهذا لا يجب
الحد على المشهود عليه فدل على بطلان الحكم وإن رجع واحد منهم قبل القضاء حدوا جميعا وقال زفر
حد الراجع وحده لأن رجوع الراجع لا يصح في حق غيره ولنا أن كلامهم قذف في الأصل وإنما يصير
شهادة باتصال القضاء به وإذا لم يتصل به بقي قذفا على حاله ولا يكون شبهة ولهذا لا يقضى بها بالمال بعد
الرجوع مع أنه يثبت مع الشبهة فيحد كلهم بخلاف ما تقدم ولا يقال كيف يجب عليهم الحد برجوع
غيرهم بعد كمال النصاب ولا يؤاخذ أحد بفعل غيره لأنا نقول الحد وجب عليهم بقذفهم لا بالرجوع لأن
الشهادة قذف وإنما تخرج من أن تكون قذفا باتصال القضاء بها وبالرجوع امتنع القضاء لا غير فصار
كما لو امتنع الشاهد الرابع عن الشهادة ابتداء بعد ما شهد أصحابه قال رحمه الله (ولو رجع أحد الخمسة
لا شيء عليه) يعني لو كان الشهود خمسة فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد منهم لا شيء على الراجع من
الضمان والحد لما ذكرنا أن المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يقوم بكل الحق قال رحمه
الله (فإن رجع آخر حدا وغرما ربع الدية) أما الحد فلانفساخ القضاء بالرجم في حقهما وأما الغرم فلأن
المعتبر بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى ببقائه ثلاثة أرباع الحق فيلزمهما الربع فإن
قيل الأول منهما حين رجع لم يلزمه شيء فكيف يجتمع عليه الحد والضمان بعد ذلك برجوع غيره قلنا
وجد منه الموجب للحد والضمان وهو قذفه وإتلافه بشهادته وإنما امتنع الوجوب لمانع وهو بقاء من
يقوم بالحق فإذا زال المانع برجوع الثاني ظهر الوجوب قال رحمه الله (وضمن المزكون دية المرجوم
إن ظهروا عبيدا كما لو قتل من أمر برجمه فظهروا كذلك) يعني إذا شهد أربعة على رجل بالزنا فزكوا
فرجم فظهر الشهود عبيدا يجب الضمان على المزكين كما يجب الضمان على القاتل بضرب عنقه فيما
إذا أمر الإمام برجمه بعد ما شهد عليه أربعة بالزنا ثم ظهر الشهود عبيدا أما الأول فهذا إذا رجعوا عن

(١) قوله الوجود في بعض النسخ الرجوع اهـ مصححه

أي ولا يحد الباقون إجماعا اهـ كافي (قوله فيكون قذفا للحال) أي والمقذوف في الحال ميت اهـ (قوله وهذا بخلاف ما إذا وجد واحد منهم) أي من الشهود عبدا أي بعد الرجم اهـ كاكي (قوله حيث لا يحدون) أي حد القذف بالإجماع اهـ كاكي (قوله لو رجع أحد الشهود) أي بعد القضاء اهـ كافي وفي نسخة واحد من الشهود وهذه هي التي في خط الشارح اهـ (قوله ولهما أن الإمضاء) أي استيفاء الحد اهـ فتح (قوله فكان العارض بعد القضاء قبل الإمضاء إلخ) قال الكمال وتظهر ثمرة كون الإمضاء من القضاء فيما إذا اعترضت أسباب الجرح في الشهود أو سقوط إحصان المقذوف أو عزل القاضي يمتنع استيفاء حد القذف وغيره اهـ (قوله وعماهم) الذي بخط الشارح وعميهم اهـ (قوله ولا يكون شبهة) كذا بخط الشارح وصوابه شهادة تأمل (قوله فظهر الشهود عبيدا) أي أو كفارا كما سيأتي اهـ

التزكية بأن قالوا تعمدنا التزكية مع علمنا بحالهم وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لم يضمنوا وان ثبتوا على شهادتهم ولم يرجعوا لم يضمنوا بالاجماع لانهم أخطؤا فيما عملوا والعامة العاملين فصاروا كالقاضى ولهما فى الخلافية أنهم أثنوا على الشهود خيرا فصاروا كشهود الاحصان ولانهم لو ضمنوا لكان ضمان عدوان وذلك بالمباشرة أو بالتسبيب ولم يوجد واحد منهما أما المباشرة فظاهر وكذا التسبيب لان سبب الاتلاف الزنا وهم لم يثبتوه وانما أثنوا على الشهود خيرا وذلك لا يوجب الضمان كشهود الاحصان فيكون فى بيت المال لتبين خطا الامام ولابى حنيفة رحمه الله أن الشهادة لا تعمل ولا تكون حجة الا بالتزكية فصارت كعلة العلة لالزامهم القاضى القضاء بالبينة بخلاف شهود الاحصان لان الاحصان علامة محض ولهذا تشترط الذكورة فى التزكية دون شهود الاحصان على ما يأتى من قريب والشهادة موجبة للعقوبة وان لم يكن محصنا ولافرق بين ما اذا شهدوا بلفظ الشهادة أو أخبروا لان التزكية لا يشترط فيها لفظ الشهادة وهذا اذا أخبروا بالحرية وأما اذا قالوا هم عدول وظهروا عبيدا لم يضمنوا اتفاقا لانهم صادقون فى ذلك اذ الرق لا ينافى العدالة اذ هى اجتناب المحظورات ولكن القاضى أخطأ حيث اكتفى بهذا القدر ولا ضمان على الشهود لان كلامهم لم يقع شهادة ولا يحدون للقذف لانهم قذفوا حيا وقد مات فلا يورث وعلى هذا التفصيل لو وجد الشهود كفارا وأما الثانى وهو ما اذا أمر الامام برجمه فضرب رجل عنقه ثم ظهر الشهود عبيدا أو كفارا فمعناه قتله عمدا بعد تعديل الشهود وقضاء القاضى به والقياس أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة بغير حق وهذا لان الشهود لما ظهروا عبيدا تبين أن القضاء به لم يصح ولم يصر مباح الدم وقد قتله بفعل لم يؤمر به اذ المأمور به الرجم وهذا حز فلم يوافق أمر القاضى ليصير فعله منقولا اليه فبقى مقصورا عليه وفى الاستحسان تجب الدية فى ماله لان قضاء القاضى نفذ ظاهرا وحين قتله كان القضاء صحيحا فأورث شبهة الاباحة ولانه قتل شخصا على ظن أنه مباح الدم ثم ظهر بخلافه فصار كما اذا قتل مسلما على ظن أنه حربى وعليه علامتهم ثم ظهر أنه مسلم وانما تجب الدية فى ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل العمد وتجب فى ثلاث سنين لانها وجبت بنفس القتل بخلاف الواجب بالصلح حيث يجب حالا لانه وجب بالعقد فأشبه الثمن فى البيع وفى الكافى وان شهد أربعة على رجل بالزنا وأمر الامام برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ بعد الشهادة قبل التعديل يجب القود فى العمد والدية فى الخطا على عاقلته وكذا اذا قتله بعد التزكية قبل القضاء بالرجم وان قضى برجمه فقتله رجل عمدا أو خطأ فلا شئ عليه معناه اذا لم يوجد الشهود عبيدا ولا كفارا وأما اذا وجدوا عبيدا أو كفارا فقد بيناه ولو رجمه كما أمر الامام ثم وجد الشهود عبيدا فالدية فى بيت المال لان فعله بأمر القاضى فينتقل اليه بخلاف الحز لانه مخالف له ولهذا يؤدبه فيه دون الاول قال رحمه الله (وان رجم فوجدوا عبيدا فديته فى بيت المال) لانه فعل بأمر الامام فينتقل اليه وقد ذكرناه مرارا قال رحمه الله (ولو قال شهود الزنا تعمدنا النظر قبلت شهادتهم) وقال بعضهم لا تقبل لاقرارهم على أنفسهم بالفسق لان النظر الى عورة الغير عمدا فسق وانما تقبل شهادتهم اذا وقع اتفاقا من غير قصد ونحن نقول يباح النظر ضرورة تحمل الشهادة وهو مأمور به شرعا قال الله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقال تعالى فأشهدوا عليهن أربعة منكم ولا وجه الى التحمل الا بالنظر عمدا لانه قلما يتفق نظر الاربعة من غير قصد كالميل فى المكحلة ولان التعمد فيه للحاجة جائز كالطبيب والخافضة والخاتن والقابلة والحاجة اليه هنا ثابتة لاقامة الحسبة وتقليل الفساد فى العالم وأية حاجة أعظم منها فكانت أولى بالاباحة قال رحمه الله (ولو أنكر الاحصان فشهد عليه رجل وامرأتان أو ولدت زوجته منه رجم) ومعناه أن ينكر الدخول بعد وجود سائر الشروط فاذا جاءت امرأته بولد فى مدة يتصور أن يكون منه جعل واطئا شرعا لان الشارع أثبت نسب الولد منه والحكم بثبوت نسب الولد منه حكم بالدخول بها ولهذا يعقب الرجعة وان لم يكن له ولد من حرة مسلمة عاقلة وأنكر الاحصان فشهد به عليه رجل وامرأتان تقبل ويرجم خلافا لزفر والشافعى رحمهما الله فالشافعى مر على أصله أن شهادتهن لا تقبل فى غير المال وتوابعه وزفر يقول انه شرط فى معنى العلة لان الجناية تتغلظ

(قوله وهذا اذا أخبروا بالحريه) أى والاسلام اه كافى (قوله وقال تعالى فأشهدوا) التلاوة فاستشهدوا (قوله والخافضة) قال فى الصحاح وخفضت الجارية مثل ختنت الغلام واختفضت هى والخافضة الخاتنة اه

(قوله وكلها) الواو ليست في خط الشارح اه (قوله في هذه الحالة) أي بعد ظهور الزنا اه (قوله في غير هذه الحالة) أي قبل ظهور الزنا اه

﴿باب حد الشرب﴾ قدم حد الزنا عليه لان المعصية في الزنا أشد ولهذا كان حد الزنا مائة أو رجما في الحر وحد الشرب ثمانون في الحر وعند الشافعي أربعة كما في العبد يحققه ماروى صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنه قال قلت يارسول الله أي الذنب أعظم قال أن تجعل لله ندا وهو خلقك قال ثم أي قال ان تقتل ولدك خشية أن يأكل معك قال ثم أي قال أن تزني بحليلة جارك قال وأنزل تصديق النبي صلى الله عليه وسلم والذين لايدعون مع الله الها آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الآية وأخر حد القذف عن حد الشرب لتيقن الجريمة في الشارب دون القاذف لانه يحتمل أنه صدق في القذف بان يكون المقذوف زانيا

عند وجود الاحصان فيضاف الحكم اليه فأشبه حقيقة العلة فلا تقبل فيه شهادة النساء احتيالا للدرء فصار كما اذا شهد ذميان على ذمي زنى عبده المسلم أنه أعتقه قبل الزنا لايقبل لما فيه من زيادة العقوبة بتكميل حد الاحرار وهذا لانه شرط في معنى العلة لانه مكمل للعقوبة والمكمل كالموجب ولانه شرط والحكم يضاف الى الشرط وجودا عنده كما يضاف الى العلة وجوبا وضرر العقوبة لايثبت بالوجوب وانما يثبت بالوجود والاستيفاء فصار له حكم العلل ولنا أن الاحصان ليس بعلة عقوبة ولا سبب ولا شرط لان العلة ما يكون موجبا وهو ليس بموجب عقوبة وانما أوجبها الزنا والسبب ما يكون مفضيا وهو ليس بمفض بل هو مانع لان الاحصان عبارة عن الخصال الحميدة كلها تمنع عن القبائح والشرط ما يوجد العلة بصورتها ويتوقف انعقاده علة على وجود الشرط ويكون الوجود مضافا اليه دون الوجوب كدخول الدار في تعليق الطلاق والعتاق وأما الزنا قبل الاحصان لم يوجد بصورته حتى ينعقد علة لوجوب الرجم على وجود الاحصان ولا يضاف وجود الرجم اليه فكان علامة بمعنى أنه معرف لحكمه وهو الرجم اذا وجد منه الزنا والحكم غير مضاف الى العلامة لاوجوبا ولاوجودا ولا افضاء فعرف بذلك أنه غير مكمل للعقوبة فكانت الشهادة بالاحصان في هذه الحالة بمنزلة الشهادة به في غير هذه الحالة فلا يشترط فيها الذكورة بخلاف المستشهد به لان العتق يثبت بشهادتهما وانما لايثبت بسبق التاريخ لانه ينكره المسلم أو يتضرر به ولا شهادة للكافر على المسلم فيما ينكره المسلم أو يتضرر به والاحصان عبارة عن الخصال الحميدة وليس فيها شئ يوجب عقوبة أو ضررا وانما لاتقبل شهادة النساء في شئ يوجب العقوبة ويستحيل أن يكون الاحصان موجبا للعقوبة بل هو أوصاف حميدة من الحرية والعقل والبلوغ والتزوج والاسلام كلها تنافي العقوبة بخلاف التزكية فانها مكملة للعلة فكانت بمنزلة علة العلة فلا يعتبر فيها قول النساء كالشهادة على الزنا وكيفية الشهادة به أن يقول الشهود تزوج امرأة وجامعها أو باضعها ولو قالوا دخل بها يكفي عندهما وقال محمد رحمه الله لايكفي ولا يثبت بذلك احصانه لان لفظة الدخول مشترك يستعمل في الوطء وفي الزفاف وفي الخلوة والزيارة فلا يثبت به الاحصان بالشك كما لو شهد أنه قربها أو أتاها ولهما أن الدخول متى أضيف الى المرأة بحرف الباء يراد به الجماع قال الله تعالى فان لم تكونوا دخلتم بهن المراد الجماع وقال عليه الصلاة والسلام فان دخل بها فلها المهر بما استحل من فرجها أي جامعها وفي العرف اذا قيل فلان دخل بامرأته يراد به الوطء دون الخلوة واذا خلا بها يقال دخل عليها وهو بمعنى الزيارة ولو خلا بها ثم طلقها وقال وطئتها وأنكرت صار محصنا دونها وكذا لو قالت بعد الطلاق كنت نصرانية وقال كانت مسلمة واذا كان أحد الزانيين محصنا يحد كل واحد منهما حده وان رجع شهود الاحصان لايضمنون خلافا لزفر رحمه الله وهو مبني على ما تقدم من أنه هل هو شرط مكمل للعلة وهو الزنا أولا والله أعلم بالصواب

﴿باب حد الشرب﴾

قال رحمه الله (من شرب خمرا فأخذ وريحها موجود أو كان سكران ولو بنبيذ وشهد رجلان أو أقر مرة

ولهذا كان حد القذف أخف الجميع وتأخير حد السرقة لما أنه شرع لصيانة الاموال والمال تبع قاله الاتقاني وقال الكمال وأخر حد السرقة وان كان أشد لان شرعيته لصيانة أموال الناس وصيانة الانساب والعقل آكد من صيانة المال بقي أنه أخره عن حد القذف لان المال دون العرض فانه جعل وقاية للنفس عن كل ما تكره (قوله في المتن من شرب خمرا فأخذ وريحها موجود الخ) قال الكمال رحمه الله قوله ومن شرب الخمر فأخذ أي الى الحاكم وريحها موجود وهو غير سكران منها (١) ويعرف كونه يحد اذا كان سكران بطريق الدلالة أو سكران أي جاؤا به اليه سكران من غير الخمر من النبيذ فشهد الشهود عليه بذلك أي بالشرب في الاول وهو عدم السكر منها وفي الثاني وهو السكر من غيرها فانه يحد والشهادة بكل منهما مقيدة بوجود الرائحة فلابد من شهادتهما بالشرب أن يثبت عند الحاكم أن الريح قائم حال الشهادة وهو بان يشهدا به وبالشرب أو يشهدا به فقط فيأمر القاضي باستنكاهه فيستنكه ويخبره بان ريحها موجود وأما اذا جاؤا به من بعيد فزالت الرائحة فلابد أن يشهدا بالشرب ويقولا أخذناه وريحها موجود لان مجيئهم به من مكان بعيد لايستلزم كونهم أخذوه في حال قيام الرائحة فيحتاجون الى ذكر ذلك للحاكم خصوصا بعدما علمنا كونه سكران من غير الخمر فان ريح الخمر لايوجد من السكران من غيرها ولكن المراد هذا لان الحد لايجب عند أبي حنيفة وأبي يوسف بالشهادة مع عدم الرائحة فالمراد في الثاني أن يشهدوا أنه سكر من غيرها مع وجود رائحة ذلك المسكر الذي هو غير الخمر وكذلك عليه الحد اذا أقر وريحها موجود لان جناية الشرب قد ظهرت بالبينة أو الاقرار ولم يتقادم العهد اه (قوله وشهد رجلان) وانما

(١) قوله ويعرف كونه الخ كذا بالاصل ولعل في الكلام تحريفا فحرر اه مصححه

قلنا وشهد رجلان لان شهادة النساء مع الرجال لاتكون مقبولة لانها مورثة للشبهة اه رازى قال فى الكافى ولاتقبل فيها شهادة النساء مع الرجال لان فيها شبهة البدلية لقوله تعالى فان لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان اعتبر شهادة النساء مع الرجال عند عدم نصاب الرجال ولم يرد حقيقته فأورث شبهة وتهمة الضلال والنسيان لقوله تعالى أن تضل احداهما فتذكر احداهما الاخرى اه (قوله وهو الحد فائدته) أى لان المقصود من الحد الانزجار ولا يحصل الانزجار اذا حد فى حال السكر لعدم الاحساس بألم الحد اه اتقانى (قوله والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة) أى لان السكر من المباح كالبنج ولبن الرماك لا يوجب الحد اه (قوله واحترز بقوله أو أقر مرة من قول أبى يوسف) أى وزفر اه اتقانى (قوله فانه يشترط الاقرار مرتين) أى فى مجلسين اه اتقانى (قوله أوشهدا بعد) بعد ظرف للفعلين قبله اه (قوله فانه يقدر التقادم بمضى الزمان) اعلم أن التقادم فى الحدود الا فى حد القذف مانع عن قبول الشهادة بالاتفاق الا أن فى تقديره اختلافا فعند أبى حنيفة هو على ستة أشهر أو على ما يراه الامام وعند محمد بشهر هذا فى غير حد الشرب وقدر محمد فيه أيضا كما فى حد الزنا والسرقة بشهر اه اتقانى (قوله كما فى الزنا وغيره) أى لان وجود الرائحة لا يصلح دليلا لانه قد توجد رائحته من غير الخمر وقد يتكلف لزوال الرائحة مع بقاء الخمر فى البطن اه رازى (قوله ولا يبطل بالتقادم) قال الاتقانى أما الاقرار بالشرب فالتقادم لا يبطله عند محمد كما لا يبطله فى حد الزنا بالاتفاق وعند أبى حنيفة وأبى يوسف (١٩٦) يبطله التقادم كما تبطل الشهادة والقياس ما قال محمد لان الانسان لا يتهم فى الاقرار على نفسه وانما يتهم فى الشهادة بعد تطاول العهد وذكر فى نوادر ابن سماعة عن محمد قال هذا عظيم عندى من القول أن يبطل الحد بالاقرار وأنا أقيم الحد عليه وان جاء بعد أربعين عاما أنه كان شرب النبيذ وسكر تقادم أو لم يتقادم وجد ريحها أو لم يوجد ولهما أن حد الشرب ثبت باجماع الصحابة ولا يصح اجماعهم بدون رأى ابن مسعود رضى الله عنه وقد اعتبر هو قيام الرائحة لاقامة الحد فان قلت الشرط يوجب وجود الحكم عند وجوده ولا يوجب العدم عند عدمه قلت عدم الحكم عند عدم الرائحة لا باعتبار أن عدم الشرط أوجب عدم الحكم بل لعدم الاجماع على الحد على يقولون ذلك التقدير لان اجماعهم لا يصح بدون رأى ابن مسعود وهو لم ير الحد عند انقطاع الرائحة والمذهب عندى فى الاقرار ما قال محمد لما بينا وحديث ابن مسعود أنكره بعض أهل العلم كذا قال أبو عبيدة لان الاصل فى الحدود اذا جاء صاحبها مقرا بها الرد والاعراض وعدم الاستماع احتيالا للدرء كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم حين أقر ماعز فكيف يأمر ابن مسعود بالتلتلة والمزمزة والاستنكاه حتى يظهر سكره فلو صح فتأويله أنه جاء فى رجل مولع بالشراب مدمن فاستجاز ذلك اه ورجح الكمال أيضا قول محمد وقال فقول محمد هو الصحيح اه (قوله والرائحة قد تكون من غيره) قال الكمال فالتقادم يمنع قبول الشهادة بالاتفاق غير أنه أى هذا التقادم مقدر بالزمان عند محمد اعتبارا بحد الزنا أنه ستة أشهر أو مفوض الى رأى القاضى أو شهر وهو المختار وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان بلا شك بخلاف الرائحة لانها قد تكون من غيره كما قيل يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

وانكه بوزن امنع وتكه من بابه أى أظهر رائحة فمه فظهر أن رائحة الخمر مما تلتبس بغيرها فلا يناط شئ من الاحكام بوجودها ولا بذهابها ولو سلمنا انها لا تلتبس على ذوى المعرفة فلا موجب لتقييد العمل بالبينة بوجودها لان المعقول تقييد قبولها بعدم التهمة والتهمة لا تتحقق فى الشهادة بسبب وقوعها بعد ذهاب الرائحة بل بسبب تأخير الاداء تأخيرا يعد تفريطا وذلك منتف فى تقدير يوم ونحوه وبه تذهب

حدا ان علم شربه طوعا وصحا) لحديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم أتى برجل قد شرب الخمر فجلده بجريدتين نحو أربعين قال وفعله أبو بكر فلما كان عمر استشار الناس فقال عبد الرحمن بن عوف أخف الحدود ثمانون فأمر به عمر رواه أحمد ومسلم وأبو داود والترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه فان عاد فاجلدوه الى أن قال فى الرابعة فاقتلوه رواه أبو داود وغيره قال الترمذى انما كان هذا فى أول الامر ثم نسخ لانه عليه الصلاة والسلام أتى برجل قد شرب الخمر فجلده ثم أتى به فجلده الى أن جلده أربع مرات ورفع القتل رواه أبو داود والترمذى بمعناه وقال عليه الصلاة والسلام فى السكران ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاجلدوه ثم ان سكر فاضربوا عنقه رواه أبو داود وأحمد وغيرهما وقال الزهرى فأتى رسول الله صلى الله عليه وسلم بسكران فى الرابعة فخلى سبيله وشرط أن يكون شربه طوعا لان الشرب مكرها لا يوجب الحد وشرط أن يكون صاحيا ليفيد الضرب وهو الحد فائدته والمراد بالسكر من النبيذ الانبذة المحرمة على ما يجىء فى موضعه ان شاء الله تعالى واحترز بقوله أو أقر مرة من قول أبى يوسف فانه يشترط الاقرار مرتين اعتبارا بالشهادة كما فى الزنا قلنا ثبت ذلك على خلاف القياس فلا يقاس عليه غيره قال رحمه الله (فان أقر أو شهدا بعد مضى ريحها الا لبعد المسافة أو وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها أو رجع عما أقر أو أقر سكران بأن زال عقله لا) أى لا يجب عليه الحد فى هذه الصور كلها أما اذا أقر بعد ذهاب رائحتها أو شهد عليه الشاهدان بذلك فللتقادم وهو مقدر به وهو زوال الرائحة عندهما خلافا لمحمد رحمه الله فانه يقدر التقادم بمضى الزمان ان كان ذلك بالشهادة كما فى الزنا وغيره من الحدود وان أقر به يصح مطلقا ولا يبطل بالتقادم اعتبارا بما ذكرنا من الحدود وهذا لان التأخير يتحقق بمضى الزمان والرائحة قد تكون من غيره كما قال الشاعر

الرائحة اجاب المصنف وغيره بما حاصله أن اشتراط قيام الرائحة لقبول الشهادة عرف من قول ابن مسعود وهو ماروى عبد الرزاق حدثنا سفيان الثورى عن يحيى بن عبد الله التيمى عن جابر عن أبى ماجد الحنفى قال جاء رجل بابن أخ له سكران الى عبد الله بن مسعود فقال عبد الله ترتروه ومزمزوه واستنكهوه ففعلوا فرفعه الى السجن ثم عاد من الغد ودعا بسوط ثم أمر به فدقت ثمرته بين حجرين حتى صارت درة ثم قال للجلاد اجلد وارجع يدك وأعط كل عضو حقه ومن طريق عبد الرزاق رواه الطبرانى ورواه اسحق بن راهويه ودفع بان محل النزاع كون الشهادة لايعمل بها الا عند قيام الرائحة والحديث المذكور عن ابن مسعود ليس فيه شهادة منع من العمل بها لقيام الرائحة وقت أدائها بل ولا اقرار انما فيه أنه حده بظهور الرائحة بالترترة والمزمزة والتحريك بعنف والترترة والتلتلة التحريك وهما بتاءين منقوطتين من فوق وانما فعله لان بالتحريك تظهر الرائحة من المعدة التى كانت خفيت وكان ذلك مذهبه ويدل له مافى الصحيحين عن ابن مسعود أنه قرأ سورة يوسف فقال ماهكذا أنزلت فقال عبد الله والله لقد قرأتها على رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أحسنت فبينما هو يكلمه اذ وجد منه رائحة الخمر فقال أتشرب الخمر وتكذب الكتاب فضربه الحد وأخرج الدارقطنى بسند صحيح عن السائب بن يزيد عن عمر بن الخطاب أنه ضرب رجلا وجد منه رائحة الخمر وفيه لفظ ريح شراب والحاصل أن حده عند (١٩٧) وجود الرائحة مع عدم البينة والاقرار لا يستلزم اشتراط الرائحة مع أحدهما ثم هو مذهب لبعض العلماء منهم مالك وقول الشافعى ورواية عن أحمد والاصح عن الشافعى وأكثر أهل العلم نفيه وما ذكر عن عمر يعارض ماذكر عنه أنه عزر من وجد منه الرائحة ويترجح لانه أصح اه مع حذف (قوله يقولون لى إنكه شربت مدامة البيت) يروى بكلمة قد وهى رواية المطرزى فى المغرب وبدونها وهى رواية الفقهاء فعلى الاول تسقط الهمزة للوصل من انكه فى اللفظ وعلى الثانى تحرك بالكسر لضرورة الشعر ويجوز تحريك همزة الوصل فى الحشو اه اتقانى (قوله ومطلق) جواب سؤال مقدر اه (قوله والتمييز ممكن) أى بين الروائح اه (قوله لبعد مسافة يجب الحد) أى فى قولهم جميعا اه اتقانى ولا يكون التقادم مانعا عن قبول الشهادة لان تأخير الشهادة حينئذ عن عذر فلا يتهمون فى التأخير كما فى سائر الحدود اذا أخروا الشهادة لبعد المسافة تقبل شهادتهم لعدم التهمة فكذا هنا اه اتقانى (قوله وأما اذا أقر وهو سكران) اعلم أن السكران اذا أقر على نفسه بشئ من الحدود لا يؤخذ به الا حد القذف بيانه أن السكران اذا أقر على نفسه بالحدود الخالصة لله تعالى نحو حد الزنا والشرب والسرقة لا يؤاخذ بما أقر ولا يحد لان كلامه هذيان يحتمل الكذب ومع احتمال الكذب لا يحد لان الحدود يحتال لدرئها لا لاثباتها الا أنه يضمن المسروق لانه حق العبد ولو أقر بحد فيه حق العبد كحد القذف أو أقر بقصاص على نفسه أو بطلاق أو بعتاق صح اقراره الا انه يحد حد القذف اذا صحا وهذا لانه يؤاخذ بحقوق العباد وفى حد القذف حق العبد ولهذا لا يبطل بالتقادم ولا يصح الرجوع بعد الاقرار ولا يقام بدون دعوى المقذوف اه اتقانى قال الكمال وهذا بخلاف حد القذف لان فيه حق العبد والسكران كالصاحى فيما فيه حقوق العباد عقوبة عليه لانه أدخل الآفة على نفسه فاذا أقر بالقذف سكران حبس حتى يصحو فيحد للقذف ثم يحبس حتى يخف عنه الضرب فيحد للسكر وينبغى أن يكون معناه انه أقر بالقذف سكران وشهد عليه بالسكر من الانبذة المحرمة أو مطلقا على الخلاف فى الحد بالسكر من الاشربة المباحة والا فبمجرد سكره لا يحد

يقولون لى إنكه شربت مدامة * فقلت لهم لا بل أكلت السفرجلا

ولهما قول ابن مسعود رضى الله عنه فيمن شرب الخمر تلتلوه ومزمزوه ثم استنكهوه فان وجدتم رائحة الخمر فاجلدوه وعن عمر رضى الله عنه أنه أتى برجل قد شرب الخمر بعدما ذهبت رائحتها واعترف به فعزره ولم يحده ولا يقال هذا استدلال بنفى الحكم عند انتفاء الشرط وهو فاسد لانا نقول لا بل هو استدلال بعدم الاجماع لان ثبوت هذا الحد كان باجماع الصحابة وكان اجماعهم برأى عمر وابن مسعود وقد شرطا فيه الرائحة ولا اجماع عند عدم الرائحة ومطلق قوله عليه الصلاة والسلام من شرب الخمر فاجلدوه مخصوص بالمضطر والمكره فجاز تخصيصه أيضا باجماعهم ولان قيام الاثر من أقوى دلائله على القرب فيقدر به بخلاف غيره من الحدود لعدم الاثر فيها فيتعذر اعتباره والتمييز ممكن لمن يعرف وانما يشتبه على الجهال وكونه مقرا لا ينافى التأكيد باشتراط الرائحة كما لا ينافى التأكيد فى الزنا باشتراط التكرار ثم الرائحة يشترط وجودها عند التحمل حتى لو أخذوه وريحها يوجد فيه ثم انقطعت قبل أن ينتهوا به الى الامام لبعد مسافة يجب الحد ومنه احترز بقوله بعد مضى ريحها لا لبعد مسافة ولو جاؤا به سكران يشترط فيه وجود الرائحة لما ذكرنا ذكره فى النهاية وأشار فى الهداية الى أنه لا يشترط وأما اذا وجد منه رائحة الخمر أو تقيأها فلانه يحتمل أنه شربها مكرها أو مضطرا والرائحة محتملة أيضا فلا يجب الحد بالشك وكذا اذا وجد سكران لا يحد لاحتمال ماذكرنا ولاحتمال أنه سكر من المباح وأما اذا رجع عن الاقرار فلانه خالص حق الله تعالى فيعمل الرجوع فيه كسائر الحدود وهذا لانه يحتمل أن يكون صادقا فصار شبهة والحدود تدرأ بها وأما اذا أقر وهو سكران فلان الاقرار يحتمل الكذب وفى اقراره زيادة الاحتمال فأورث شبهة فلا يعتبر فيما يندرئ بالشبهات مثل الزنا والشرب ونحوهما الا أنه يقبل اقراره فى السرقة فى حق المال لانه من حقوق العباد ولان السكران لا يكاد يثبت على شئ فأقيم السكر مقام الرجوع فيما يحتمل الرجوع بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص وغيرهما من حقوق العباد لانه لا يحتمل

الرجوع و بخلاف ما اذا زنى أو سرق أو شرب فى حالة السكر حيث يجب عليه الحد لان الانشاء لا يحتمل الكذب فيعتبر فعله فيما ينفذ من غير قصد واعتقاد بخلاف ارتداده حيث لا يعتبر ولا تبين منه امرأته بدلالة عدم القصد والاعتقاد وهو شرط فيه وعند أبى يوسف ارتداده كفر ذكره فى الذخيرة ولو أسلم ينبغى أن يصح كاسلام المكره وهذا اذا سكر بالمحرم وأما اذا سكر بالمباح كشرب المضطر والمكره والمتخذ من الحبوب والعسل والدواء فلا تعتبر تصرفاته كلها لانه بمنزلة الاغماء لعدم الجناية ثم بين حد السكران بقوله بان زال عقله وهو أن لا يعرف الارض من السماء ولا الرجال من النساء ولا يعرف شيأ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو من يهذى و يخلط جده بهزله لانه هو السكران فى العرف ألا ترى الى ما روى عن على رضى الله عنه أنه قال اذا سكر هذى واذا هذى افترى وحد المفترى ثمانون سوطا وله أن الحد عقوبة فتعتبر النهاية فى سببها احتيالا للدرء ونهاية السكر أن يغلب السرور على العقل فيسلب التمييز أصلا وما دونه لا يخلو عن شبهة الصحو ألا ترى الى قوله تعالى لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى حتى تعلموا ما تقولون عبر عن الصحو بعلم ما يقولون فكان السكر ضده وهو عدم العلم بما يقولون وعلى قولهما أكثر المشايخ والمعتبر القدر المسكر فى حق الحرمة ما قالاه بالاتفاق للاحتياط فى الحرمات وعند الشافعى رحمه الله المعتبر ظهور أثر السكر فى مشيه وحركاته وأطرافه وهذا مما يختلف بالاشخاص فان الصاحى ربما يتمايل فى مشيه والسكران قد لا يتمايل و يمشى مستقيما قال رحمه الله (وحد السكر والخمر ولو شرب قطرة ثمانون سوطا) وقال الشافعى رحمه الله أربعون لما روينا فى أول الباب من حديث أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم ضرب فى الخمر بالجريد والنعال وضرب أبو بكر أربعين متفق عليه وعن على رضى الله عنه أنه أمر أن يضرب شارب الخمر أربعين ولنا قول على رضى الله عنه أنه اذا شرب سكر واذا سكر هذى واذا هذى افترى وعلى المفترى ثمانون جلدة رواه الدارقطنى ومالك بمعناه وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم وما رواه كان بجريدتين فنعلين فيكون كل ضربة بضربتين فكان حجة لنا والذى يدل على هذا قول أبى سعيد رضى الله عنه جلد على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الخمر بنعلين فلما كان فى زمن عمر رضى الله عنه جعل بدل كل نعل سوطا رواه أحمد والجريدتان فيما روى عنه عليه الصلاة والسلام منصوص عليهما وفى الصحيح أن عثمن أمر عليا أن يجلد الوليد ثمانين وفى رواية أربعين ويتوجه الجمع بينهما بما رواه أبو جعفر محمد بن على أن على بن أبى طالب جلد الوليد بسوط له طرفان رواه الشافعى رحمه الله فى مسنده وكل ما ورد فى هذا الباب من ضربه أربعين سوطا محمول على ذلك ولهذا جلده عمر رضى الله عنه ثمانين بعدما استشار الناس قال رحمه الله (وللعبد نصفه) لما روى عن ابن شهاب أنه سئل عن حد العبد فى الخمر فقال بلغنى أن عليه نصف حد الحر وأن عمر وعثمن وعبد الله بن عمر قد جلدوا عبيدهم نصف الحد فى الخمر رواه مالك فى الموطا ولان الرق منصف على ما عرف من قبل قال رحمه الله (وفرق على بدنه كحد الزنا) لان تكرار الضرب فى موضع واحد قد يفضى الى التلف والحد شرع زاجرا لا متلفا و يتوقى المواضع التى استثناها فى حد الزنا لما ذكرنا هناك و ينزع عنه الفرو والحشو لانهما يمنعان ايصال الالم بالبدن و يجرد عن ثيابه فى المشهور عن أصحابنا مبالغة فى الايلام لان سببه متيقن به كحد الزنا بخلاف حد القذف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه

باقراره بالسكر اه (قوله حيث يجب عليه الحد) أى بعد الصحو اه كاكى (قوله ولا تبين منه امرأته) قال الكمال لان الكفر من باب الاعتقاد أو الاستخفاف و باعتبار الاستخفاف حكم بكفر الهازل مع عدم اعتقاده لما يقول ولا اعتقاد للسكران ولا استخفاف لانهما فرع قيام الادراك وهذا يقتضى أن السكران الذى لا تبين امرأته هو الذى لا يعقل منطقا كقول أبى حنيفة فى حده والظاهر أنه كقولهما ولهذا لم ينقل خلاف اه (قوله فتعتبر النهاية فى سببها احتيالا للدرء) ألا ترى أن فى الزنا تعتبر المخالطة كالميل فى المكحلة وفى السرقة يعتبر الاخذ من الحرز التام فكذا هنا اعتبر أقصى غايات السكر وهو أن يبلغ مبلغا لا يعرف الارض من السماء والرجل من المرأة واذا لم يبلغ هذا المبلغ فى غير الخمر من سائر الاشربة المحرمة لا يحد لان السكر ناقص وفى النقص شبهة العدم بخلاف الخمر حيث لم يشترط فيها السكر أصلا لان حرمتها قطعية لا اجتهادية اه اتقانى (قوله وعلى قولهما أكثر المشايخ) قال الكمال وانما اختار والفتوى قولهما لضعف وجه قوله وذلك أنه حيث قال يؤخذ فى أسباب الحدود بأقصاها فقد سلم أن السكر يتحقق قبل الحالة التى عينها وأنه تتفاوت مراتبه وكل مرتبة هى سكر اه (قوله و يمشى مستقيما) أى فلا معنى لاعتباره اه هداية (قوله فى المتن وحد السكر) والسكر بضم السين وسكون الكاف كذا السماع أى حد الخمر كيفما شربها قليلا أو كثيرا بعد ان كان عن طوع فان حرمتها قطعية يجب الحد بشرب قطرة منها بلا اشتراط السكر وحد السكر فى غير الخمر فان فى غير الخمر لا يجب الحد ما لم يسكر لان حرمتها اجتهادية اه اتقانى (قوله ثمانون سوطا) أى وهو مذهب مالك وأحمد وعن اه اتقانى (قوله فى المتن وفرق على بدنه) أى وانما يفرق الضرب لان الحد يراد به الطهرة من الذنب وجميع الاعضاء تحتاج الى التطهير بخلاف الاشياء المستثناة فان الضرب على الوجه يورث المثلة وهى منهية والضرب على الفرج والرأس يخاف منه الهلاك والحد زاجر لا متلف اه اتقانى (قوله بخلاف حد القذف) أى فانها لا تنزع اه

(قوله وعن محمد) أى فى ظاهر الرواية اه اتقانى

﴿باب حد القذف﴾

قد ذكر وجه المناسبة فى أول باب حد الشرب قال الكمال وهو من الكبائر باجماع الامة قال الله تعالى إن الذين يرمون المحصنات الغافلات المؤمنات لعنوا فى الدنيا والآخرة ولهم عذاب عظيم وقال عليه الصلاة والسلام اجتنبوا السبع الموبقات قيل وما هن يا رسول الله قال الشرك بالله والسحر وقتل النفس التى حرم الله وأكل الربا وأكل مال اليتيم والتولى يوم الزحف وقذف المحصنات المؤمنات الغافلات متفق عليه وعنه عليه الصلاة والسلام من أقام الصلوات الخمس واجتنب السبع الكبائر نودى يوم القيامة ليدخل من أى أبواب الجنة شاء وذكر منها قذف المحصنات وتعلق الحد به بالاجماع مستندين الى قوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا والمراد الرمى بالزنا حتى لو رماه بسائر المعاصى غيره لا يجب الحد بل التعزير وفى النص اشارة اليه أى الى أن المراد الزنا وهو اشتراط أربعة من الشهود يشهدون عليها عار ما رماها به ليظهر به صدقه فيما رماها به ولا شئ يتوقف ثبوته بالشهادة على شهادة أربعة الا الزنا ثم ثبت وجوب جلد القاذف للمحصن بدلالة هذا النص للقطع بالغاء الفارق وهو صفة الانوثة واستقلال دفع عار ما نسب اليه بالتأثير بحيث لا يتوقف فهمه على ثبوت أهلية الاجتهاد اه (قوله وهو ثمانون جلدة) يعنى فى الحر لان القاذف اذا كان عبدا فحده أربعون وهو مذهب مالك والشافعى وأحمد لقوله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ولأن الرق منصف على ما مر اه اتقانى (قوله فى المتن فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا) قال الهداية بصريح الزنا قال الاتقانى بأن قال لمحصن يا زانى أو لمحصنة أو قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا أو لست لأبيك وأمه حرة مسلمة اه والأصل فيه ما قال فى شرح الطحاوى أن من قذف أحدا بفعل يوجب الحد على المقذوف لو ظهر ذلك منه فاذا لم يظهر ذلك بقول القاذف فيجب الحد ثمانون جلدة اذا كان حرا وأربعون اذا كان عبدا سواء كان القاذف رجلا أو امرأة بعد أن يكون من أهل العقوبة وان لم يكن من أهل العقوبة فلا حد عليه كالصبى والمجنون ولو لم يكن الفعل موجبا للحد على المقذوف لو ظهر ذلك فلا يجب الحد على القاذف ويجب التعزير اه اتقانى وكتب ما نصه قال الكمال وقوله بصريح الزنا يحترز عن القذف بالكناية كقائل صدقت لمن قال يا زانى بخلاف ما لو قال هو كما قلت فانه يحد ولو قال أشهد أنك زان فقال الآخر وأنا أشهد لا حد على الثانى لان كلامه محتمل ولو قال أنا أشهد بمثل ما شهدت به حد ويحد بقوله زنى فرجك وبقوله زنيت ثم قال بعد ما قطع كلامه وأنت مكرهة بخلافه موصولا وكذا اذا قال لست أمى بزانية أو أبى فانه لا يحد وبه قال الشافعى وأحمد وسفيان وابن شبرمة والحسن ابن صالح وقال مالك وهو رواية عن أحمد يحد بالتعريض لما روى الزهرى عن سالم عن عبد الله بن عمر قال كان عمر يضرب الحد فى التعريض وعن على أنه جلد رجلا بالتعريض ولانه اذا عرف المراد بدليله من القرينة صار كالصريح قلنا لم يعتبر الشارع مثله فانا رأيناه حرم صريح خطبة المتوفى عنها فى العدة وأباح التعريض فقال ولكن لا تواعدوهن سرا وقال ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء فاذا ثبت فى الشرع نفى اتحاد حكمهما فى غير الحد لم يجز أن يعتبر مثله على وجه يوجب الحد المحتاط فى درئه وأما الاستدلال بانه صلى الله عليه وسلم لم يلزم الحد للذى قال إن امرأتى ولدت غلاما أسود يعرض بنفيه فغير لازم لان الزام حد القذف متوقف على الدعوى والمرأة لم تدع وأورد ان الحديث يثبت بنفى النسب وليس صريحا فى القذف ووروده باعتبار المفهوم وليس حجة فى الروايات وأجيب بأنه يثبت بالنسبة الى الزنا بالاقتضاء والثابت مقتضى كالثابت بالعبارة والحق أن لا دلالة اقتضاء فى ذلك لما سيظهر بل حده بالاثر والاجماع فهو وارد لا يندفع ولا فرق فى ثبوت

وعن محمد رحمه الله أنه لا يجرد اظهارا للتخفيف لعدم ثبوته بدليل مقطوع به بخلاف حد الزنا قلنا أظهرنا التخفيف من حيث العدد حيث أوجبنا عليه أقل الحدود عددا وأخف من حد الزنا وصفا فلا يخفف ثانيا بترك التجريد والله أعلم بالصواب

﴿باب حد القذف﴾

وهو فى اللغة عبارة عن الرمى مطلقا ومنه القذافة والقذيفة للمقلاع والتقاذف الترامى وفى الشرع رمى مخصوص وهو الرمى بالزنا صريحا وهو القذف الموجب للحد وشرطه احصان المقذوف وعجز القاذف عن اثباته بالبينة ولو قال لى بينة حاضرة فى المصر أمهله القاضى الى آخر المجلس وعن أبى يوسف أنه يؤخره الى المجلس الثانى وجه الظاهر أن السبب قد تحقق وبالتأخير يتضرر المقذوف بالعار وفى المجلس لا يعد تأخيرا كتأخيره الى أن يحضر الجلاد ولو شهدوا عليه بزنا متقادم سقط الحد عن القاذف استحسانا والقياس أن يحد لان الزنا لم يثبت به وجه الاستحسان أن الشهادة وجدت حقيقة واعتبرت التهمة فى اعتبار الدرء عن الزانى لا للوجوب على القاذف كشهادة الفساق قال رحمه الله (هو كحد الشرب كمية وثبوتا) أى حد القذف كحد الشرب عددا وهو ثمانون جلدة وكذا ثبوتا حتى يثبت كل واحد منهما بشهادة رجلين ولا تقبل فيهما شهادة النساء لان شهادتهن لا تقبل فى الحدود على ما مر فى حد الزنا قال رحمه الله (فلو قذف محصنا أو محصنة بزنا حد بطلبه مفرقا) أى بطلب المقذوف مفرقا على أعضاء القاذف لقوله تعالى

القذف بعد أن يكون بصريح الزنا بين أن يكون بالعربى أو النبطى أو الفارسى أو غير ذلك فلا يحد لو قال لها زنيت بحمار أو بعير أو ثور لان الزنا ادخال رجل ذكره الخ بخلاف ما لو قال لها زنيت بناقة أو ثور أو أثواب أو دراهم حيث يحد لان معناه زنيت وأخذت البدل اذ لا تصلح المذكورات للادخال فى فرجها ولو قيل هذا الرجل لم يحد لانه ليس العرف فى جانبه أخذ المال ولو قال زنيت وأنت صغيرة أو جامعك فلان جماعا حراما لا يحد لعدم الاثم ولعدم الصراحة والجماع الحرام يكون بنكاح فاسد وكذا لا يحد بقوله يا حرام زاده لانه ليس كل حرام زنا ولا بقوله أشهدنى رجل أنك زان لانه حاك لقذف غيره ولا بقوله أنت أزنى من فلان أو أزنى من فلان أو أزنى الزناة لان أفعل فى مثله يستعمل للترجيح فى العلم فكأنه قال أنت أعلم به (٢٠٠) وسيأتى خلافه فى فروع نذكرها ان شاء الله تعالى اه كلام الكمال (قوله فلما نزل أمر

والذين يرمون المحصنات الى قوله فاجلدوهم ثمانين جلدة والمراد الرمى بالزنا باجماع العلماء وفى الآية اشارة اليه حيث شرط أربعة شهداء وهو من خصائص الزنا والنص وان ورد فى المحصنات لكن الحكم يثبت فى المحصنين أيضا لان المعنى وهو دفع العار يشملهما فكان متناولا لهم دلالة وعليه الاجماع وقد روى عن عائشة رضى الله عنها لما أنزلت الآية قام رسول الله صلى الله عليه وسلم على المنبر فذكر ذلك وتلا الآية فلما نزل أمر برجلين وامرأة فضربوا حدهم رواه أبو داود والترمذى وغيرهما وكانوا قاذفين لعائشة رضى الله عنها وان لم يصرح القاذف بالزنا بأن قال جامعت فلانة حراما أو فجرت بها ونحوه لا يجب عليه الحد لان الجماع الحرام قد يكون بنكاح فاسد ولا يقال يجب الحد بقوله لغيره لست لابيك وهو ليس بصريح فى الزنا لاحتمال أن يكون من غيره بالوطء بالشبهة لانا نقول فيه نسبة أمه الى الزنا بطريق الاقتضاء والمقتضى اذا ثبت يثبت ما هو من ضروراته فيجب الحد اذ الثابت اقتضاء كالثابت بالعبارة وشرط طلبه لان فيه حقه وينتفع به على الخصوص من حيث دفع العار عن نفسه وان كان الغالب فيه حق الله تعالى وانما يفرق على بدنه لما ذكرنا فى حد الشرب ولا بد من تصور الزنا من المقذوف حتى لو قذف رتقاء أو مجبوبا لا يجب عليه الحد لانهما لا يلحقهما العار بذلك لظهور كذبه بيقين وكذا قذف الاخرس لا يوجب الحد لان طلبه يكون بالاشارة ولعله لو كان ينطق لصدقه قال رحمه الله (ولا ينزع عنه غير الفرو والحشو) لانهما يمنعان وصول الالم فينزعان ولا ينزع غيرهما اظهارا للتخفيف لان سببه غير متيقن به لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه فلا يقام على الشدة ولانه ظهر التشديد عليه من وجه آخر وهو رد شهادته فيخفف عنه من هذا الوجه كيلا يلزم الاجحاف به بخلاف حد الزنا والشرب لان سببهما متيقن به وليس فيهما شئ آخر غير الجلد فيشدد عليهما بالتجريد وبزيادة وصف الشدة فى الضرب قال رحمه الله (واحصانه بكونه مكلفا حرا مسلما عفيفا عن زنا) وأراد بالمكلف أن يكون بالغا عاقلا لان الصبى والمجنون لا يتصور منهما الزنا اذ الزنا فعل محرم وذلك بالتكليف ولانهما لعدم عقلهما أو قصوره لا يقفان على عواقب الامور فلا يلحقهما الشين به والعقل زاجر عن ارتكاب ماله عاقبة ذميمة وكماله بالبلوغ فلا بد منه ولفظ الاحصان ينتظم الحرية قال الله تعالى فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب أى الحرائر وقال تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات أى الحرائر والكافر ليس بمحصن لقوله عليه الصلاة والسلام من أشرك بالله فليس بمحصن وينتظم العفة أيضا قال الله تعالى والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب أى العفائف وقيل الحرائر ولان المقذوف اذا لم يكن عفيفا يكون القاذف صادقا فيه والصدق لا يوجب الحد فعند اجتماع جميع ما ذكرنا يجب الحد فيكون الكل وهى خمس شرائط داخلا تحت قوله تعالى والذين يرمون المحصنات فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا قال رحمه الله (فلو قال لغيره لست لابيك أو لست بابن فلان

برجلين وامرأة فضربوا حدهم) والرجلان هذان حسان بن ثابت ومسطح بن أثاثة والمرأة حمنة بنت جحش اه زركشى (قوله دفع العار عن نفسه) فاذا لم يطالب المقذوف فقد ترك حقه فلا يستوفى الحد حينئذ اه اتقانى (قوله فى المتن ولا ينزع غير الفرو والحشو) أى الثوب المحشو اه فتح (قوله لانهما يمنعان وصول الالم) قال الكمال ومقتضاه أنه لو كان عليه ثوب ذو بطانة غير محشو لا ينزع والظاهر أنه ان كان فوق قميص ينزع لانه يصير مع القميص كالمحشو أو قريبا منه ويمنع ايصال الالم الذى يصلح زاجرا اه (قوله لان سببه) أى سبب حد القذف وهو كذبه فى النسبة الى الزنا اه (قوله فى المتن واحصانه) أى المقذوف اه (قوله أى العفائف) قال الكمال وفى شرح الطحاوى فى العفة قال لم يكن وطئ امرأة بالزنا ولا بشبهة ولا بنكاح فاسد فى عمره فان كان فعل ذلك مرة يريد النكاح الفاسد سقطت عدالته ولا حد على قاذفه وكذا لو وطئ فى غير الملك أو وطئ جارية مشتركة بينه وبين غيره سقطت عدالته ولو وطئها فى الملك الا أنه محرم فانه ينظر ان كانت الحرمة مؤقتة لا تسقط عدالته كما اذا وطئ امرأة فى الحيض أو أمته المجوسية لا يسقط احصانه وان كانت مؤبدة سقط احصانه كما اذا وطئ أمته وهى أخته من الرضاع ولو مس امرأة بشهوة أو نظر الى فرجها بشهوة ثم تزوج بنتها فدخل بها أو أمها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة وعندهما يسقط ولو وطئ امرأة بالنكاح ثم تزوج بنتها ودخل بها سقط احصانه اه لفظه واعلم أنه لم يسقط احصانه عند أبى حنيفة فى بنت الممسوسة بشهوة لان كثيرا من الفقهاء يصححون نكاحها اه (قوله فاذا فقد واحد منها لا يكون محصنا) أى فلا يجب على قاذفه الحد اه (قوله فى المتن لست لابيك أو) ليس هذا

في غضب حدّ) يعني اذا كانت أمه محصنة لانه قذف لامه حقيقة لانه اذا كان من غير أبيه المنسوب اليه كان من الزنا ضرورة اذ لا نكاح لغير أبيه ولا يعتبر احتمال كونه من غيره بالنكاح أو بالوطء بالشبهة لان ذلك احتمال بعيد فلا يصار اليه ولو اعتبر مثله لما وجب الحد أبدا وفيه أثر ابن مسعود رضي الله عنه قال لا حدّ الا في قذف محصنة أو نفي رجل من أبيه وشرط أن يكون في غضب لانه في غير حالة الغضب قد يراد به المعاتبة أي أنت لا تشبه أباك في المروءة والسخاء فلا يحد مع الاحتمال وفي حالة الغضب يراد به الحقيقة فيحد وعلى هذا لو قال انك ابن فلان لغير أبيه يحد اذا كان في حالة المشاتمة لان غرضه نفي نسبه ونسبة أمه الى الزنا وان كان في حالة الرضا لا يحد لان غرضه أن أخلاقه تشبه أخلاق ذلك الشخص فكأنه ابنه فلا يكون قاذفا والقياس أن لا يكون قذفا في الاحوال كلها لما ذكرنا من الاحتمال ولكن أوجبناه استحسانا في حالة الغضب لما ذكرنا من الاثر بخلاف ما اذا نفي الولادة عن أبويه بأن قال لست بابن فلان ولا فلانة حيث لا يجب عليه الحد في الاحوال كلها لانه ليس فيه قذف أمه لا لفظا ولا اقتضاء لان نفي الولادة نفي للوطء وفيه نفي الزنا لا لاثباته قال رحمه الله (وفي غيره لا كنفيه عن جدّه وقوله لعربي يا نبطي ويا ابن ماء السماء ونسبته الى عمه وخاله ورابه) أي في غير الغضب لا يجب الحدّ كما لا يجب بنفيه عن جده الى آخر ما ذكر والمراد برابه من رباه وهو زوج أمه فهذه الجملة كلها لا تكون قذفا لما بين كل واحد منها على الانفراد أما اذا قال في غير حالة الغضب لست لابيك ونحوه فلما ذكرنا وأما اذا نفاه عن جدّه فلانه صادق في كلامه فانه ابن أبيه لا ابن جدّه وأما اذا قال لعربي يا نبطي فلانه يراد به التشبيه في الاخلاق وعدم الفصاحة فلا يكون قذفا ألا ترى أنه يقال للمصري أنت رستاقي وأنت قروي ويراد به ما ذكرنا الا القذف وقال ابن أبي ليلى هو قذف فيحد به لانه نسبه الى غير أبيه والحجة عليه ما بيناه وروي عن ابن عباس أنه سئل عن رجل قال لرجل من قريش يا نبطي فقال لا حد عليه وعلى هذا الخلاف لو نسبه الى قبيلة أخرى غير قبيلته التي ينسب اليها هو أو نفاه عن قبيلته وأما اذا قال لرجل يا ابن ماء السماء فلانه يراد به التشبيه في الجود والسماحة والصفاء وكان عامر بن حارثة يلقب بماء السماء لكرمه وقالوا بأنه كان يقيم ماله في القحط مقام القطر وسميت أم المنذر بن امرئ القيس بماء السماء لحسنها وجمالها وقيل لاولادها بنو ماء السماء وهم ملوك العراق وأما اذا نسبه الى عمه أو خاله أو مربيه فلانه ينسب اليهم عادة مجازا وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد لهذا المعنى قال الله تعالى حكاية عن اسرائيل وبنيه عليهم الصلاة والسلام حين حضرته الوفاة قالوا نعبد إلهك وإله آبائك ابراهيم واسمعيل واسحق وابراهيم كان جده واسحق أباه واسمعيل عمه وقال تعالى ورفع أبويه على العرش يعني أباه وخالته وقال عليه الصلاة والسلام الخال أب وقال تعالى حكاية عن نوح عليه السلام ان ابني من أهلي قيل انه كان ابن امرأته ونسبته الى المربي في الكتاب دون زوج الام تشير الى أن العبرة فيه للتربية لا غير حتى لو نسبه الى من رباه وهو ليس بزوج لامه

في خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه ثم انما قيد بقوله لست لابيك لانه اذا قال لست لامك لا يحد وبه صرح في التحفة وذلك لانه صدق لان النسبة الى الآباء لا الى الامهات اه اتقاني (قوله في غضب) ظاهر عبارة الهداية أنه قيد في المسئلة الثانية خلاف الاولى وفي الدراية وقيل يشترط في هذه المسئلة الغضب كما في المسئلة التي تجيء اه قال في النقاية من قذف محصنا أي حرا مسلما عفيفا عن الزنا بصريحه أو بلست لابيك أو لست بابن فلان بغضب وهو أبوه حد ثمانين سوطا قال الشمني وقوله في غضب قيد في هذه المسئلة والتي قبلها اه (قوله أو بالوطء بالشبهة) قال الاتقاني فان قلت ينبغي أن لا يجب الحد على القاذف بقوله لست لابيك لان هذا اللفظ يشبه لجواز أن يراد به لست لابيك لان أمك وطئت بشبهة أو نكاح فاسد ولا حد على من قذف من وطئ بشبهة أو نكاح فاسد لانه يسقط احصان الواطئ بذلك قلت انما وجب الحد لان الامة اجتمعت على صحة هذا القذف ووجوب الحد به لان الشتم انما يكون في عادات الناس بنفي النسب بالزنا لا في غيره من الوطء بشبهة ونحوه فثبت أن معنى قوله لست لابيك أمك زانية فيحد القاذف اذا كانت هي محصنة اه (قوله بخلاف ما اذا نفي الولادة عن أبويه) قال الكمال وأما اذا قال يا ولد الزنا أو يا ابن الزنا فلا يأتي فيه تفصيل بل يحد البتة بخلاف ما اذا قال يا ابن القحبة فانه يعزر ولو قال لامرأته يا حليلة فلان لا يحد ولا يعزر اه (قوله يا نبطي) قال في ديوان الادب النبط قوم ينزلون سواد العراق قال الفرزدق في هجو طيئ

هم نبط من أهل حوران نصفهم * ومن أهل عين التمر كانت سطورها

وفسر الفقيه أبو الليث النبطي برجل من غير العرب في كتاب العتاق اه في شرح الجامع الصغير وذكر عبد الله بن أحمد المالقي في تفسير المقالة الثالثة من كتاب ديسقوريدوس وبلاد الجرامقة هي بلاد النبط وهي في بلاد الرها والموصل والجزيرة فيما وصفه بعض المؤرخين الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله وكذا اذا نسبه الى جده لا يجب عليه الحد) قال الكمال لانه قد ينسب الى الجد مجازا متعارفا وفي بعض أصحابنا ابن أمير حاج وأمير حاج جده اه (قوله اسرائيل) أي يعقوب اه (قوله وقال تعالى ورفع أبويه الخ) قال الزمخشري والبيضاوي في قوله تعالى لا جناح عليهن في آبائهن ولا أبنائهن انما لم يذكر العم والخال لانهما بمنزلة الوالدين اه (قوله قيل انه كان ابن امرأته) يؤيده قراءة علي كرم الله وجهه ونادى

فوح ابنها اهـ كشاف (قوله في المتن ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة) أي محصنة قال الاتقاني وانما قيد بكون الام محصنة لان الحد لا يجب على قاذف غير المحصن لان الله تعالى شرط الاحصان في الآية ثم الاحصان يثبت باقرار القاذف أو بالبينة والبينة رجلان أو رجل وامرأتان عندنا خلافا لزفر فانه يشترط رجلين وقد مر بيانه قبيل باب حد الشرب فان أنكر القاذف وعجز المقذوف عن البينة لا يستحلف القاذف والقول قوله لان الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يثبت احصانها بالظاهر اهـ (قوله لوقوع القدح) أي الطعن اهـ (قوله فيحد بطلبهم الخ) هل للاصول أو الفروع مطالبة قاذف الميت بغير الزنا بان قال كان سارقا أو فاسقا ونحوه هل لهم المطالبة بالتعزير ذكرها في آخر القنية في المسائل التي لم يوجد فيها نص ولا جواب شاف اهـ (قوله وهم الاصول والفروع) في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يقذف الرجل وهو ميت قال لا يأخذ بالحد الا الوالد والولد قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير يعني الوالد والجد وان علا والولد وولد الولد وان سفل وذلك لان الجد يسمى أبا وولد الولد يسمى ابنا وليس للاخ والاخت والعم أن يأخذوا بالحد وعند الشافعي تثبت المطالبة لكل وارث لان حد القذف للميت عنده بطريق الارث وعندنا تثبت المطالبة لمن يقع القدح في نسبه بطريق الاصالة كأنه هو المقذوف لا بطريق الارث لان حد القذف لدفع العار والعار انما يتصل بالحي بقذف الميت اذا كان بينهما جزئية كالوالد والولد والافلا ولهذا صار الوالد والولد بمنزلة شئ واحد حيث لا تجوز شهادة أحدهما للآخر بخلاف شهادة الاخ للاخت وبالعكس فانها جائزة ولهذا اقتصرت حرمة المصاهرة بالزنا على قرابة الولاد دون سائر الاقارب فلما كان حق المطالبة بطريق الاصالة لقرابة الولاد كان الوارث وغير الوارث سواء وكذا الاقرب والابعد سواء ألا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قذف ميتا وجب الحد على القاذف وللوالدين والمولودين أن يخاصموا سواء كان الولد أو الوالد وارثا أو لم يكن ولا يعتبر في ذلك الاقرب فالاقرب والابعد في ذلك سواء وان عفا بعضهم فللباقين أن يخاصموا لان النقيصة تلحق بهم اهـ اتقاني (قوله وغير ذلك من الاحكام) يعني ومنها ليس له أن يبيع ما اشتراه منهم مرابحة من غير بيان كذا بخط الشارح اهـ (قوله فله أن يطالب) يعني اذا كان المقذوف ميتا بان وقع بعد موت المقذوف لانه لا يورث ولا يطالب به الابن في حال حياة المقذوف اهـ (قوله بان قذف نفسه) أي بان قذف انسان نفس الابن الكافر أو الابن العبد لا يجب الحد لعدم الاحصان لكفره أو رقه اهـ (قوله بخلاف الكفاءة) قال الكمال وأما حق خصومة الكفاءة فانما يثبت للاقرب بالحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم الانكاح الى العصبات فعلم ترتيبهم في ذلك لان الاسم يشعر به حيث علم أن حكمه ذلك اهـ (قوله ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده) قال الكمال رحمه الله لكن لحوقه لهما بواسطة لحوقه للمقذوف بالذات فهو الاصل في ذلك فهو الاصل في الخصومة لان العار يلحقه مقصودا فلا يطالب الغير بموجبه الا عند اليأس عن مطالبته وذلك بان يكون ميتا فكذا لو كان المقذوف غائبا لم يكن لولده ولا لوالده المطالبة خلافا لابن أبي ليلى ولانه يجوز أن يصدقه الغائب وما ذكرنا من أن حق المطالبة يثبت للاب وان علا ذكره الفقيه أبو الليث وفي فتاوى قاضيخان رجل قذف ميتا فلولده وولد ولده ووالده أن يأخذ القاذف ويحده وولد الابن

وجب أن لا يحد قال رحمه الله (ولو قال يا ابن الزانية وأمه ميتة فطلب الوالد أو الولد أو ولده) أي ولد الولد (حد) لانه قذف محصنة بعد موتها والهؤلاء الذين ذكرهم مطالبة لوقوع القدح في نسبهم بقذفها فيحد بطلبهم دفعا للعار عنهم ولا يطالب بحد القذف للميت الا من يقع القدح في نسبه وهم الاصول والفروع لانهم يلحقهم العار بذلك وان علوا أو سفلوا لمكان الجزئية فكان القذف متناولا لهم معنى لان العار نوع ضرر والضرر الراجع الى الاصول والفروع كالراجع الى نفسه وكذا النفع الراجع اليهم كالنفع الراجع الى نفسه ألا ترى أن ذلك يمنع قبول الشهادة لهم ودفع الزكاة اليهم ومنع الوكيل من البيع لهم وغير ذلك من الاحكام وروى عن محمد أنه لا تثبت المطالبة لولد البنت لانه منسوب الى أبيه لا الى أمه فلا يلحقه الشين بزنا أبي أمه وجوابه ما ذكرنا أن الشين يلحقه اذ النسب ثابت من الطرفين ولهذا لو قذفت أمه كان له أن يخاصم ولو كان كما قاله لما خاصم فكذا له أن يخاصم بقذف أبيها اذ المعنى يشملهما ولو كان أصل المحصن أو فرعه كافرا أو عبدا فله أن يطالب بالحد خلافا لزفر هو يقول القذف يتناوله معنى لرجوع العار اليه فلا يطالب بالحد كما اذا تناوله صورة ومعنى بأن قذف نفسه بل أولى لانه أخف ولنا أنه من أهل الاستحقاق اذ الكفر أو الرق لا ينافيه وقد عيره بنسبة محصن الى الزنا فله أن يأخذه بالحد بخلاف ما اذا قذف نفسه لانه ليس بمحصن فلا يلحقه العار على الكمال لانه يتحقق عند شرف المنسوب الى الزنا ويثبت لولد الولد مع قيام الولد خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان الشين يلحقه فوق ما يلحق ولد الولد فصار هو معه كالمقذوف مع ولده فاعتبره بالكفاءة فانه لا حق في الخصومة للابعد مع الاقرب ولنا أن حق الخصومة باعتبار لحوق العار وهما فيه سواء بخلاف الكفاءة فان الحق فيه باعتبار الولاية على ما قاله عليه الصلاة والسلام الانكاح الى العصبات ولهذا لا يعتبر الارث في القذف وهنالك يعتبر بخلاف المقذوف حيث لا يكون لأحد معه حق لان حق الخصومة له باعتبار نيل القاذف من عرضه ولا يزاحمه أحد في هذا المعنى ولا يثبت لغيره فيه حق مع وجوده خلافا لابن أبي ليلى فيما اذا كان المقذوف غائبا هو يعتبره

بموته والحجة عليه ماذكرنا واعتباره بموته باطل لانه بالموت بطلت أهليته ولم ترج خصومته بخلاف ما اذا كان حيا ولا يثبت هذا الحق الا للوارث عند الشافعي رحمه الله حتى لا يكون لابنه الكافر والعبد وأولاد بنته المطالبة به وهذا مبني على أن الغالب فيه حق العبد عنده فيورث وعندنا حق الله تعالى وثبوت الخصومة للعبد باعتبار ما يلحقه من الشين كحد السرقة فانه حق الله تعالى ولصاحب المال الخصومة باعتبار المال قال رحمه الله (ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) لانهما لا يعاقبان بسببهما حتى سقط القصاص بقتلهما لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده فالحد أولى لعدم التيقن بسببه وكونه حقا لله تعالى فيحتمل أنه صادق بالنسبة الى الزنا ولان ما يجب للعبد يكون حقا للمولى فلو وجب لوجب له على نفسه وهو محال ولو كان لها ابن من غيره أو أب ونحوه وليس بمملوك له فله أن يطالبه بالحد لوجود السبب وعدم المانع لان سقوط حق بعضهم لا يوجب سقوط حق الباقين بخلاف القصاص والفرق بينهما أن القصاص حق العبد يستحقونه بالميراث ولهذا يثبت لجميع الورثة بقدر ارثهم فاذا سقط حق بعضهم وهو لا يقبل التجزي سقط حق الباقين ضرورة وأما حد القذف فحق الله تعالى وانما للعبد حق الخصومة اذا لحقه به شين فيثبت لكل واحد منهم على الكمال فبسقوط حق بعضهم في الخصومة لا يسقط حق الباقين ولهذا كان للابعد منهم حق مع وجود الاقرب قال رحمه الله (ويبطل بموت المقذوف لا بالرجوع والعفو) يعني حد القذف يبطل بموت المقذوف ولا يبطل بالرجوع عن الاقرار ولا بالعفو وكذا بموته في أثناء الحد يبطل لان فيه حق الله تعالى وحق العبد فبالنظر الى حق الله تعالى يبطل بالموت ولا يبطل بالعفو وبالنظر الى حق العبد لا يبطل بالرجوع بخلاف غيره من الحدود وانما قلنا بأن فيه الحقين لانه من حيث إنه شرع لصيانة عرض العبد ولدفع العار عن المقذوف وهو الذي ينتفع به على الخصوص صار حقا للعبد ومن حيث إنه شرع زاجرا ولإخلاء العالم عن الفساد صار حقا لله تعالى ولهذا سمي حدا فلما تعارضت فيه الادلة تعارضت فيه الاحكام أيضا فمن حيث انه حق الله تعالى لا يباح القذف باباحته ويستوفيه الامام دون المقذوف ولا ينقلب مالا عند سقوطه ويتنصف بالرق ولا يحلف القاذف ولا يؤخذ منه كفيل الى أن يثبت ولا يورث ولا يصح فيه العفو ولا يجوز الاعتياض عنه ويجري فيه التداخل ويشترط فيه احصانه ومن حيث انه حق العبد تشترط فيه الدعوى ولا يبطل بالتقادم ويجب على المستأمن ويقيمه القاضي بعلمه ويقدم استيفاؤه على سائر الحدود ولا يبطل بالرجم ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار فاذا تعارض فيه الحقان كان المغلب فيه حق الله عندنا وعند الشافعي

وولد البنت سواء في ظاهر الرواية ولا يأخذه بذلك أخ ولا عم ولا جد أبو الاب ولا أم الام ولا عمة ولا امرأة اهـ قال الكمال فان قلت قد ظهر الاتفاق على ولاية مطالبة ولد الولد بقذف جده وجدته اتفاقا في ذلك لزفر عند وجود الاقرب فما وجه ما في قاضيخان اذا قال يا بن الزاني لا حد عليه قلنا ذلك للابهام لان في أجداده من هو كافر فلا يكون قاذفا ما لم يعين مسلما بخلاف قوله أنت ابن الزانية لانه قاذف لجده الادنى فان كان أو كانت محصنة حد اهـ (قوله في المتن ولا يطلب ولد وعبد أباه وسيده بقذف أمه) أي التي قذفها في حال موتها اهـ فتح قال الكمال بان قال رجل لعبده يا ابن الزانية وأمه ميتة حرة أو قال لابنه أو لابن ابنه وان سفل بعد وفاة أمه يا ابن الزانية اهـ (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده الخ) قال الاتقاني وعلى هذا قالوا ليس للولد المطالبة بالحد اذا كان القاذف أباه أو جده وان علا أو أمه أو جدته وان علت اهـ (قوله ولو كان لها) أي لزوجته الميتة التي قال لولدها بعد موتها يا ابن الزانية ولد آخر من غيره كان له حق المطالبة باجماع الائمة الاربعة اهـ (قوله حد القذف يبطل بموت المقذوف) وقال الشافعي لا يبطل اهـ فتح (قوله ولا يبطل بالرجوع الخ) أي لو عفا المقذوف لا يحد القاذف لا لصحة عفوه بل لترك طلبه حتى لو عاد وطلب حد اهـ ابن فرشتا (قوله وكذا بموته في أثناء الحد يبطل) أي الباقي عندنا خلافا له بناء على أنه يورث عنده فيرث الوارث الباقي فيقام عليه وعندنا لا يورث ولا خلاف أن فيه حق الشرع وحق العبد اهـ فتح (قوله وهو الذي ينتفع به على الخصوص) أي كالقصاص اهـ فتح (قوله ويستوفيه الامام دون المقذوف) أي بخلاف القصاص اهـ فتح (قوله ويتنصف بالرق) أي كالعقوبات الواجبة حقا لله تعالى وحق العبد يتقدر بقدر التالف لا يختلف باختلاف المتلف اهـ كمال رحمه الله (قوله ولا يصح فيه العفو) أي فانه بعدما ثبت عند الحاكم القذف والاحصان لو عفا المقذوف عن القاذف لا يصح منه اهـ فتح قال في الشامل في قسم المبسوط لا يصح عفو المقذوف الا أن يقول لم يقذفني أو كذب شهودي لانه حق الله تعالى الا أن خصومته شرط ثم قال وعند أبي يوسف والشافعي يصح العفو اهـ اتقاني (قوله ويقيمه القاضي بعلمه) أي اذا علمه في أيام قضائه ولذا لو قذف بحضرة القاضي حده وان علمه القاضي قبل أن يستقضي ثم ولي القضاء ليس له أن يقيمه حتى يشهد به عنده اهـ كمال رحمه الله واذا سمع انسانا يقذف انسانا وطولب بذلك عنده لا يحتاج المقذوف الى بينة بل يكفي علم القاضي وهو سماعه اهـ (قوله ولا يصح الرجوع فيه عن الاقرار) اعلم أن الرجوع عن الاقرار في الحدود الخالصة حقا لله تعالى كحد الزنا والشرب والسرقة يصح لعدم المكذب أما في حد القذف وفيه الحقان لا يصح الرجوع بعد الاقرار لوجود المكذب وهو العبد ولانه حين أقر أن الحق

حق العبد لحاجته وغنى الشرع اذ هو الاصل فيما اجتمع فيه الحقان ونحن رجحنا جانب المقصود والاسم فان المقصود منه اخلاء العالم عن الفساد فكان فيه أمر كلي يرجع الى حق العامة فكان الغالب فيه حق الشرع وتسميته بالحد ينبئ عن ذلك ولهذا يشترط فيه الاحصان ولا يحلف فيه القاذف ولا ينقلب مالا عند السقوط ولا يستباح بالاباحة وما للعبد من الحق يكون داخلا فيه اذ المقصود واحد فأمكن مراعاته لان ما للعبد يتولاه مولاه ولا كذلك العكس لانه لا ولاية للعبد في استيفاء حق الشرع وانما يقدم حق العبد فيما اذا اختلف الحقان ولم يمكن الجمع بينهما وهنا أمكن فلا حاجة اليه وعن أبي يوسف رحمه الله أن عفوه يصح لانتهاء الخصومة به كونه قلنا هو حق الله على ما بينا فلا يصح عفوه فيطالب بعده ان شاء بخلاف موته حيث لا يطالب به أحد بعده لانه بقذفه ألحق العار بالمقذوف قصدا وبغيره من الاصول والفروع تبعا فاذا بطل حقه القصدي بالموت بطل الضمني ضرورة وقال صدر الاسلام أبو اليسر الصحيح أن الغالب فيه حق العبد لانه هو المنتفع به على الخصوص وقد نص محمد في الاصل أن حد القذف حق العبد كالقصاص وأجاب عن الاحكام التي تدل على أنه حق الله تعالى بجواب على وفق مذهبنا فقال في تفويض الاقامة الى الامام لان كل أحد لا يهتدي الى الاقامة وانما لا يورث لكونه مجرد حق كحق الشفعة وشرط الخيار وكذا لا يجوز الاعتياض عنه لهذا المعنى بخلاف القصاص لانه في معنى ملك العين وانما لا يصح عفوه لانه مولى عليه في حق الاقامة ولانه متعنت في العفو لانه في الحقيقة رضا بالعار والرضا بالعار عار والاظهر الاول قال رحمه الله (ولو قال زنأت في الجبل وعنى الصعود حد) وقال محمد والشافعي رحمهما الله لا يحد لانه نوى ما يحتمله لفظه وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة قالت امرأة من العرب * وارقأ الى الخيرات زنأ في الجبل * أي صعودا وذكر الجبل يقرره مرادا وحرف في لا ينافي الصعود كما في البيت وكما في قوله تعالى كأنما يصعد في السماء فأقل أحواله أن يورث الشبهة ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن ظاهر هذا اللفظ للفاحشة لا للصعود وان كان يستعمل فيهما فصار كما لو قال زنأت ولم يذكر الجبل وهذا لان المهموز منه لا ينافي الفاحشة لان من العرب من يهمز الملين يقال دأبة وشأبة واسأض لالتقاء الساكنين ومنهم من يهمز من غير التقاء الساكنين كما يلينون المهموز كراس وذم ولا فرق بين المهموز والملين ولهذا لو لم يعن به الصعود يجب الحد اجماعا ولو لم يكن قذفا أو كان محتملا لما وجب وذكر الجبل انما يعين الصعود اذا كان مقرونا بكلمة على اذ هو المستعمل فيه ولان المسئلة مفروضة في حالة الغضب والسباب ودلالة الحال ترجح جانب الفاحشة واستعمال كلمة في بمعنى كلمة على مجاز كقوله تعالى ولاصلبنكم في جذوع النخل فلا تزاحم الحقيقة لانها الاصل فلا يصار الى المجاز مع امكانها ولا تسمع دعواه ذلك كما لو قال زنيت ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج ولو قال زنأت على الجبل قيل يحد وقيل لا يحد لان كلمة على تستعمل في الصعود وفي الكون فوقه يقال زيد على

الشين بغيره ثم اذا رجع يكون ذلك ابطالا واسقاطا لحق الغير فلا يقبل اه اتقانى (قوله وقال صدر الاسلام أبو اليسر) يعني البزدوي فانه ذكره في مبسوطه اه (قوله الصحيح أن الغالب فيه حق العبد) قال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي أطلق محمد في بعض المواضع أن حد القذف من حقوق الناس وأطلق في بعضها أنه من حقوق الله تعالى قال والعبارتان صحيحتان أما قوله إنه من حقوق الناس فانما أراد أن المطالبة به من حقه لما لحقه من الشين بقذفه وتناوله من عرضه ولو لم يطالب لم يحد وقوله انه من حقوق الله تعالى أراد به نفس الحد لا المطالبة اذ ليس يمتنع أن يكون الحق لواحد والمطالبة به لآخر كالوكيل بالبيع يطالب وملك الثمن للآمر وكذلك المشتري اذا كان وكيلا فان قبض العبد اليه والملك للآخر اه اتقانى (قوله الى الامام) الذي بخط الشارح الامامة أي لمن ولي الامامة اه (قوله والرضا بالعار عار) قال في الهداية والاول أظهر اه أي كون حق الله تعالى مغلبا أظهر من كون حق العبد مغلبا وعلى الاول عامة المشايخ اه اتقانى (قوله وهذا لان المهموز منه للصعود حقيقة) أي وقد أراد حقيقة كلامه فيصدق ولا يحد اه اتقانى (قوله قالت امرأة من العرب وارقأ الى آخر الشعر) وأول الشعر

أشبه أبا أمك أو أشبه حمل
ولا تكونن كهلوف وكل
يصبح في مضجعه قد انجدل
وارقأ الى الخيرات الخ

الجمل بالجيم اسم رجل أي حي من العرب وهو جمل بن سعد والهلوف بكسر الهاء وتشديد اللام الشيخ الهرم والكل العيال والانجدال السقوط اه كاكي وكتب على قوله قالت امرأة الخ ما نصه أي وهي ترقص ابنها وقوله وارقأ هكذا ضبطه الشارح بالقلم وقال في مجمع البحرين في المهموز رقأت الدرجة لغة من رقيت وأنشده في مجمع البحرين في مادة هلف وارق بناء على أنه معتل لا مهموز اه وقوله أو أشبه حمل أنشده في مجمع البحرين في مادة هلف أو أشبه عمل ثم قال وعمل اسم رجل وهو خاله تقول لا تجاوزنا في الشبه اه (قوله ثم قال عنيت به الزنا فيما دون الفرج) أي ولو قال زنأت بدون الصلة فقال أبو يوسف ومحمد لا يكون قذفا بدون النية وبه قال الشافعي في وجه وقال ابو حنيفة وأحمد هو قذف صريح لان العامة لا يعرفون به الا القذف اه كاكي

الفرس وعليه قميص فيعتبر الظاهر أو المحتمل في الحدود احتيالا للدرء قال رحمه الله (ولو قال يا زاني وعكس حدا) يعني لو قال لرجل يا زاني وعكس الآخر بان قال لا بل أنت يحدان جميعا لان كل واحد منهما قذف صاحبه أما الاول فظاهر وكذا الثاني لان معناه لا بل أنت الزاني لان كلمة بل للاضراب عن جعل الحكم للاول واثباته للثاني وزيدت لا معها للتأكيد معنى الاضراب فيصير قاذفا قال رحمه الله (ولو قال لامرأته يا زانية وعكست حدت ولا لعان) يعني عكست المرأة بان قالت لا بل أنت على نحو ما ذكرنا فصار كل واحد منهما قاذفا لصاحبه على ما بيناه فقذفه يوجب اللعان وقذفها يوجب الحد فيبدأ بالحد لان في بدايته فائدة وهو ابطال اللعان لان المحدود في القذف ليس بأهل اللعان ولا ابطال في عكسه أصلا لان الملاعنة تحد حد القذف لان احصانه لا يبطل باللعان والمحدود لا يلاعن لسقوط الشهادة به فيحتال لدفع اللعان اذ هو في معنى الحد ولا يقال قد وجد ما يوجب تقديم الحد وهو قذفه لها سابقا على قذفها له لانا نقول لا عبرة بذلك ألا ترى أن الرجلين اذا تقاذفا يحدان من غير مراعاة الترتيب يبدأ به من بدأ بالقذف لعدم الفائدة فهذا نظيره ونظير الاول ما اذا قال لامرأته يا زانية بنت الزانية حيث صار قاذفا لها ولامها فقذفها يوجب اللعان وقذف أمها يوجب الحد فيبدأ بالحد لينتفي اللعان على ما بينا قال رحمه الله (ولو قالت زنيت بك بطلا) أي قالت ذلك جوابا لقوله يا زانية وانما بطل الحد واللعان به لانه قذفها بقوله يا زانية وهي صدقته من وجه بقولها زنيت بك لانه يحتمل انها أرادت به قبل النكاح فيكون ذلك تصديقا له منها بأنها زنت فيسقط اللعان لتصديقها اياه ويجب عليها الحد لانها قذفته ولم يصدقها هو ويحتمل أنها أرادت به حال قيام النكاح أي زناي هو الذي كان معك بعد النكاح لاني ما مكنت أحدا غيرك ولا حصل مني فعل الزنا وهو المراد في مثل هذه الحالة لانه أغضبها وآذاها فتغضبه وتؤذيه متمسكة بقوله تعالى والزانية لا ينكحها الا زان وسمته زنا للمقابلة وان لم يكن زنا حقيقة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها وكقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم فعلى هذا لا تكون مصدقة ولا قاذفة له فلا يجب عليها الحد ويجب اللعان بقذفه فاذا كان كل واحد منهما يجب في حال دون حال لا يجب واحد منهما بالشك وعلى هذا لو قالت له ابتداء زنيت بك ثم قذفها هو لا يجب على واحد منهما الحد ولا اللعان لما ذكرنا من الاحتمال وكذا لو قالت زنيت معك بدل قولها زنيت بك للاحتمال الذي ذكرنا ويحتمل أيضا معنى آخر وهو أني زنيت بحضورك وأنت تشهد فلا يكون قذفا له ولو قالت له زنيت بك قبل أن أتزوجك تحد المرأة دون الرجل لان كلا منهما قذف صاحبه غير أنها صدقته فبطل موجب قذفه ولم يصدقها هو فوجب موجب قذفها ولو كان ذلك كله مع امرأة أجنبية حدت المرأة دون الرجل لما ذكرنا من تصديقها وعدم الاحتمال الذي ذكرناه مع الزوجة قال رحمه الله (وان أقر بولد ثم نفاه لاعن) لان نفي ولد امرأته يوجب اللعان لما ذكرنا في باب اللعان ولم يوجد ما يبطل ذلك من تصديق أو تفريق قال رحمه الله (وان عكس حد) أي قال عكس الاول بان نفاه أولا ثم أقر بانه ولده وانما يحد ولا يلاعن لانه لما أقر بعد ما نفاه سقط اللعان ووجب الحد لاكذابه نفسه وهذا لان اللعان حد ضروري صير اليه للتكاذب فاذا بطل التكاذب بالاكذاب صير الى الاصل وهو الحد قال رحمه الله (والولد له فيهما) أي يثبت نسب الولد منه في الوجهين لاقراره به سابقا أو لاحقا وليس من ضرورة اللعان نفي نسبه نظيره ما مر في اللعان فيما اذا ولدت توأمين فأقر بأحدهما ونفى الآخر قال رحمه الله (ولو قال ليس بابني ولا بابنك بطلا) أي بطل الحد واللعان لانه أنكر الولادة أصلا فيكون انكارا للزنا بل هو انكار للوطء فلا يجب بمثله حد ولا لعان ولهذا لو قال لاجنبي لست بابن فلان ولا فلانة وهما أبواه لا يجب عليه شيء قال رحمه الله (ومن قذف امرأة لم يدر أبو ولدها أو لاعنت بولد أو رجلا وطئ في غير ملكه أو أمة مشتركة أو مسلما زنى في كفره أو مكاتبا مات عن وفاء لا يحد) لوجود الشبهة أو لفقد شرطه من احصان

(قوله تقديم الحد) كذا بخط الشارح ولعل صوابه اللعان اه (قوله كقوله تعالى فجزاء سيئة) التلاوة بالواو اه (قوله أو تفريق) أي بينونة لانه اذا أبانها لا لعان بينهما لكونها أجنبية اه من خط الشارح (قوله صير اليه للتكاذب) أي والحد الاصلي حد القذف اه كاكي (قوله وليس من ضرورة اللعان الخ) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال ان سبب اللعان كان نفي الولد فلما لم ينتف الولد كيف يجب اللعان فقال ليس من ضرورة اللعان قطع النسب لانه ينفك عنه وجودا وعدما فاللعان شرع بلا ولد ألا ترى اذا تطاولت المدة من حين الولادة ثم نفى يلاعن بينهما ولا ينقطع نسب الولد ولو نفى نسب ولد امرأته الامة ينتفي النسب ولا يجري اللعان اليه أشار البزدوي اه دراية

المقذوف أما اذا قذف امرأة معها ولد لا يعرف له أب أو امرأة لاعنت بولد فلوجود أمارة الزنا لان الولد الذى ليس له أب يعرف من الزنا ظاهرا فقد تمكن فى احصانها شبهة العدم لفوات العفة ظاهرا والحدود تدرأ بالشبهات ولا فرق بين أن يكون الولد حيا أو ميتا لان هذه الشبهة لا تزول بموت الولد بل تتقرر ولا تخرج هى من أن تكون والدة بموته بخلاف ما اذا لاعنت بغير ولد حيث يحد قاذفها لعدم أمارة الزنا لان اللعان قائم مقام حد القذف فى جانب الزوج فكان مؤكدا للعفة ولا يقال اللعان فى جانبها قائم مقام حد الزنا فكانت محدودة فوجب أن لا يحد قاذفها لانا نقول لعانها قائم مقام الحد بالنسبة الى الزوج لا بالنسبة الى غيره ألا ترى أن لعان الزوج قائم مقام حد القذف بالنسبة اليها لا بالنسبة الى غيرها ألا ترى ان شهادته تقبل اذ لو كان محدودا فى حق الكل لما قبلت ولان لعانه قائم مقام حد القذف فيكون مؤكدا لاحصانها ولو أكذب نفسه بعد اللعان يحد قاذفها لزوال التهمة بثبوت النسب منه وأما اذا قذف رجلا وطئ فى غير ملكه أو أمة مشتركة فلفوات العفة فيكون القاذف صادقا فيه والاصل أن كل من وطئ وطأ حراما لعينه لا يحد قاذفه لان الزنا هو الوطء المحرم لعينه وان كان محرما لغيره حد قاذفه لانه ليس بزنا فالوطء فى غير الملك من كل وجه كالاجنبية أو من وجه كالامة المشتركة أو فى الملك والحرمة مؤبدة كأمته التى حرمت عليه بالرضاع أو بالمصاهرة بشرط أن يكون ثبوتها بالاجماع أو بخبر مشهور وعند أبى حنيفة رحمه الله يسقط الاحصان حتى لا يحد قاذفه لان التحريم المؤبد ينافى ملك المتعة وان لم يناف ملك الرقبة فصار الوطء واقعا فى غير الملك من وجه فيصير زنا وذكر الكرخى أنه لا يسقط الاحصان به لان الوطء محرم مع قيام الملك فصار كما لو كانت الحرمة مؤقتة والصحيح الاول لثبوت التضاد بين الحل والحرمة لان المحل لا يتصور فيه الحل فكيف يكون فيه شبهة الحل ولا كذلك اذا كانت الحرمة مؤقتة لان المحل فيه يقبل الحقيقة فيكون شبهة ولا يقال انكم قلتم لا يجب عليه الحد بوطئها وعلى اعتبار ما قلتم هنا ينبغى أن يجب عليه حد الزنا لوجود الزنا وانتفاء الشبهة لانا نقول وجود الملك من وجه أثر فى سقوط حد الزنا كما أثر عدمه من وجه فى سقوط الاحصان حتى لا يجب على قاذفه حد فاستوى الحكمان فى انتفاء الحد وهذا لان المحل لما كان مملوكا له من وجه دون وجه فباعتبار الملك لا يجب عليه الحد بوطئها وباعتبار عدم الملك لا يجب الحد على قاذفه ومن الحرمة لعينه جارية ابنه والمنكوحة نكاحا فاسدا والامة المستحقة والمكره على الزنا ومنها اذا زنى بامرأة ثم اشترى أمها أو بنتها أو تزوجها فوطئها أو زنى أبوه بامرأة ثم تزوجها الابن أو اشتراها فوطئها لان حرمة المصاهرة بالوطء منصوص عليه بقوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم فلا يعتبر فيه الخلاف وكذا لو تزوج محارمه ودخل عليها أو جمع بين الاختين أو غيرهما من المحارم أو تزوج أمة على حرة فوطئها كل ذلك يسقط الاحصان لثبوت حرمتهن بالاجماع أو بالنص واذا كانت الحرمة غير مؤبدة كأمته المزوجة والمجوسية لا يسقط احصانه بوطئها وكذا لو اشترى أمة شراء فاسدا أو كانت فى ملكه أمتان أختان فوطئهما أو احداهما أو وطئ مكاتبته أو الحائض أو امرأته التى ظاهر منها أو المحرمة كل ذلك لا يسقط به الاحصان لان ملك المتعة ثابت فيهن والحرمة عارض على شرف الزوال ولو نظر الى فرج امرأة أو لمسها بشهوة ثم تزوج أمها أو بنتها أو اشتراها فوطئها لا يسقط احصانه عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يسقط لثبوت الحرمة به على التأبيد فصار كما لو ثبتت المصاهرة بالوطء وله أن هذه الحرمة تثبت بدليل محتمل وهو خبر الواحد أو نوع اجتهاد من حيث اقامة السبب مقام المسبب احتياطا فلا يسقط به الاحصان الثابت بيقين بخلاف ما اذا ثبتت المصاهرة بالوطء على ما بينا وأما اذا قذف مسلما زنى فى حال كفره فلانه صادق فيه وهذا لان الزنا يتحقق من الكافر حربيا كان أو ذميا فى دار الاسلام أو فى دار الحرب فيسقط به احصانه وأما اذا قذف مكاتبا مات وترك وفاء فلتمكن الشبهة فى حريته لان الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا فى موته حرا كان أو عبدا فأورث شبهة والاحصان لم يكن ثابتا فلا يثبت بالشك قال رحمه الله (وحد

(قوله كما لو كانت الحرمة مؤقتة) أى كأمته المزوجة اه (قوله على ما بينا) أى قريبا اه

قاذف واطئ أمة مجوسية وحائض ومكاتبة ومسلم نكح أمه فى كفره) لما ذكرنا أن ملكه فى هذه الاشياء ثابت وفيمن تزوج أمه أو غيرها من المحارم فى حالة الكفر خلاف أبى يوسف ومحمد فانه عندهما لا يحد قاذفه وهو مبنى على أن نكاحهم عنده صحيح وعندهما فاسد وقد ذكرناه فى نكاح المجوس محارمهم وفى المكاتبة خلاف أبى يوسف هو يقول وطؤها حرام على المولى وانما سقط عنه الحد للشبهة لان الحرمة ثابتة لخروج المنفعة عن ملكه حتى لزمه العقر بوطئها قلنا ملكه فيها ثابت من كل وجه ولهذا جاز اعتاقها عن كفارة اليمين ووجوب العقر لا ينافى الحل فكيف ينافى الشبهة قال رحمه الله (ومستأمن قذف مسلما) أى يحد مستأمن قذف مسلما وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول لا يحد لان المغلب فيه حق الله تعالى فصار كسائر الحدود ثم رجع الى ما ذكرنا ووجهه أن فيه حق العبد وقد التزم ايفاء حقوق العباد ولانه التزم أن لا يؤذى وموجبه اذا آذى طمعا فى أن لا يؤذى والله أعلم قال رحمه الله (ومن قذف أو زنى أو شرب مرارا فحد فهو لكله) لان المقصود من اقامة الحد حقا لله تعالى إخلاء العالم عن الفساد والانزجار عن مباشرة سببه فى المستقبل وهو يحصل بحد واحد أو يحتمل حصوله فخلا الثانى عن المقصود أو يحتمله فتمكن فيه شبهة فوات المقصود فلا يشرع اذ الحدود تدرأ بالشبهات بخلاف ما اذا زنى وقذف وشرب حيث يحد لكل واحد منها حده لعدم حصول المقصود بالبعض اذ الاغراض مختلفة فان المقصود من حد الزنا صيانة الانساب ومن حد القذف صيانة الاعراض ومن حد الشرب صيانة العقول فلا يحصل بكل جنس الا ما قصد بشرعه وعلى هذا لو جلد للقذف الا سوطا ثم قذف آخر فى المجلس فانه يتم الاول ولا شئ عليه للثانى للتداخل ولو ضرب للزنا أو للشرب بعض الحد فهرب ثم زنى أو شرب ثانيا حد حدا مستأنفا ولو كان ذلك فى القذف ينظر فان حضر الاول الى القاضى يتم الاول ولا شئ للثانى وان حضر الثانى وحده يحد حدا مستأنفا للثانى وبطل الاول ولو قذف عبدا فأعتق ثم قذف آخر فأخذه الاول فضرب أربعين ثم أخذه الثانى يتم له ثمانون وقال الشافعى رحمه الله ان حد القذف لا يتداخل الا اذا قذف جماعة بكلمة واحدة أو واحدا بزنا واحد وهذا مبنى على أن المغلب فيه عنده حق العبد ولا تداخل فى حقوق العباد وعندنا المغلب فيه حق الله تعالى فيتداخل وحكى أن ابن أبى ليلى كان قاضيا بالكوفة فسمع رجلا يوما يقول عند باب مسجده لرجل يا ابن الزانيين فأمر بأخذه فأدخل المسجد فضربه حدين ثمانين ثمانين لقذفه الوالدين فأخبر أبو حنيفة بذلك فقال يا للعجب من قاضى بلدنا قد أخطأ فى مسئلة واحدة من خمسة أوجه حده من غير خصومة المقذوف وضربه حدين ولا يجب عليه الا حد واحد ولو قذف ألفا والى بين الحدين والواجب أن يفصل بينهما بيوم أو أكثر وحده فى المسجد وقد قال عليه الصلاة والسلام جنبوا صبيانكم مساجدكم ومجانينكم وسل سيوفكم واقامة حدودكم والخامس ينبغى أن يكشف أن المقذوفين حيين أو ميتين لتكون الخصومة اليهما أو الى ولدهما فان اجتمعت على واحد أجناس مختلفة بأن قذف وزنى وشرب وسرق يقام عليه الكل ولا يوالى بينها خيفة الهلاك بل ينتظر حتى يبرأ من الاول فيبدأ بحد القذف أولا لان فيه حق العبد ثم الامام بالخيار ان شاء بدأ بحد الزنا وان شاء بالقطع لاستوائهما فى القوة اذ هما ثابتان بالكتاب ويؤخر حد الشرب لانه أضعف منهما ولو كان مع هذا جراحة توجب القصاص بدئ بالقصاص لانه حق العبد ثم حد القذف ثم الاقوى فالاقوى على ما ذكرنا والله أعلم

﴿فصل فى التعزير﴾

لما ذكر الحدود وهى الزواجر المقدرة شرع فى الزواجر غير المقدرة اذ هو محتاج اليه لدفع الفساد كالحدود وهو تأديب دون الحد وأصله من العزر بمعنى الرد والردع وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال الله تعالى واضربوهن الآية وقال عليه الصلاة والسلام لا ترفع عصاك عن أهلك وروى أنه عليه الصلاة والسلام عزر رجلا قال لغيره يا مخنث وحبس رجلا بالتهمة واجتمعت الامة على وجوبه فى كبيرة لا توجب الحد أو جناية لا توجب الحد ثم هو قد يكون بالحبس وقد

(قوله وموجبه) بالنصب اهـ (قوله يقام عليه الكل الخ) فرع قذف رجلا فحد لقذفه ثم قذفه ثانيا هل يحد ثانيا ينظر فى كتاب السرقة عند قوله وبشئ قطع فيه ولم يتغير

﴿فصل فى التعزير﴾ فرع للمولى تعزير عبده وان كان صغيرا ذكره الشارح عند قوله ولا يحد عبده الا باذن امامه اهـ وذكر هنالك أنه تقبل فيه الشهادة على الشهادة وشهادة النساء مع الرجال ويصح فيه العفو اهـ (قوله واضربوهن) أمر بضرب الزوجات تأديبا وتهذيبا لهن اهـ كاكى

يكون بالصفع وبتعريك الأذان وقد يكون بالكلام العنيف أو بالضرب وقد يكون بنظر القاضي إليه بوجه عبوس وليس فيه شيء مقدر وانما هو مفوض الى رأى الامام على ما تقتضي جناياتهم فان العقوبة فيه تختلف باختلاف الجناية فينبغي أن تبلغ غاية التعزير في الكبيرة كما اذا أصاب من الاجنبية كل محرم سوى الجماع أو جمع السارق المتاع في الدار ولم يخرجه وكذا ينظر في أحوالهم فان من الناس من ينزجر باليسير ومنهم من لا ينزجر الا بالكثير وذكر في النهاية التعزير على مراتب تعزير أشراف الاشراف وهم العلماء والعلوية بالاعلام وهو أن يقول له القاضي بلغني أنك تفعل كذا وتعزير الاشراف وهم الامراء والدهاقين بالاعلام والجر الى باب القاضي والخصومة في ذلك وتعزير الاوساط وهم السوقية بالاعلام والجر والحبس وتعزير الاخسة بهذا كله والضرب وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام وسئل الهندواني عن رجل وجد رجلا مع امرأة أيحل له قتله قال ان كان يعلم أنه ينزجر بالصياح والضرب بما دون السلاح لا وان علم أنه لا ينزجر الا بالقتل حل له القتل وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا وفي المنية رأى رجلا مع امرأة يزني بها أو مع محرمه وهما مطاوعتان قتل الرجل والمرأة جميعا قال رحمه الله (ومن قذف مملوكا أو كافرا بالزنا أو مسلما بيا فاسق يا كافر يا خبيث يا لص يا فاجر يا منافق يا لوطي يا من يلعب بالصبيان يا آكل الربا يا شارب الخمر يا ديوث يا مخنث يا خائن يا ابن القحبة يا زنديق يا قرطبان يا مأوى الزواني أو اللصوص يا حرام زاده عزر) لما روينا ولأنه آذاه بإلحاق الشين به ولا مدخل للقياس في باب الحدود فوجب التعزير وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امرأته أو محرمه رجلا فيدعه خاليا بها وقيل هو السبب للجمع بين اثنين لمعنى غير ممدوح وقيل هو الذي يبعث امرأته مع غلام بالغ أو مع مزارعه الى الضيعة أو يأذن لهما بالدخول عليها في غيبته وعلى هذا يعزر من قال يا سارق وهو ليس كذلك أو يا ابن الفاسق أو يا ابن الكافر أو النصراني أو قال للمرأة يا قحبة وهي لا تكون همتها

(قوله بلغني أنك تفعل كذا) يعني فينزجر به اه فتح (قوله وعن أبي يوسف أن التعزير بأخذ الاموال جائز للامام) وعندهما والشافعي ومالك وأحمد لا يجوز بأخذ المال اه كاكي وفتح وما في الخلاصة سمعت من ثقة أن التعزير بأخذ المال ان رأى القاضي ذلك أو الوالي جاز ومن جملة ذلك رجل لا يحضر الجماعة يجوز تعزيره بأخذ المال مبني على اختيار من قال بذلك من المشايخ لقول أبي يوسف اه فتح (قوله وان طاوعته المرأة حل له قتلها أيضا) وهذا تنصيص على أن الضرب تعزير يملكه الانسان وان لم يكن محتسبا وصرح في المنتقى بذلك وهذا لانه من باب تغيير المنكر باليد والشارع ولى كل أحد ذلك حيث قال من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه الحديث بخلاف الحدود لم يثبت ولايتها الا للولاة وبخلاف التعزير الذي يجب حقا للعبد بالقذف ونحوه فانه لتوقفه على الدعوى لا يقيمه الا الحاكم الا أن يحكما فيه اه (قوله يا منافق) أي أو يا يهودي اه فتح قال الحاكم الشهيد في الكافي ان قال يا يهودي أو يا نصراني أو يا مجوسي أو يا ابن اليهودي فلا حد عليه ويعزر اه اتقاني (قوله يا لوطي) وفي يا لوطي يسئل عن نيته إن أراد أنه من قوم لوط فلا شيء عليه ولو أراد أنه يعمل عمل قوم لوط إما فاعلا أو مفعولا فعليه الحد عند أبي يوسف ومحمد ومالك وأحمد والشافعي والحسن والنخعي والزهري وأبي ثور لانه قذف بما يوجب الحد كما لو قذفه بالزنا وعند أبي حنيفة لا حد عليه ويعزر لانه قذف بما لا يوجب الحد وبه قال قتادة وعطاء والصحيح أنه ان كان في غضب يعزر اه كاكي قوله والصحيح أنه ان كان في غضب الخ قلت أو هزل من تعود الهزل بالقبيح ولو قذفه باتيان ميتة أو بهيمة عزر اه فتح قوله عزر هكذا ذكره الناطفي وقيده بما اذا قاله لرجل صالح أما لو قال لفاسق يا فاسق أو للص يا لص أو للفاجر يا فاجر لا شيء عليه والتعليل يفيد ذلك وهو قولنا انه آذاه بما ألحق به من الشين فان ذلك انما يكون فيمن لم يعلم اتصافه بهذا أما من علم فان الشين قد ألحقه هو بنفسه قبل قول القائل اه فتح (قوله وتفسير قرطبان هو الذي يرى مع امرأته) أي أو أهله اه قاضيخان قال ثعلب القرطبان الذي يرضى أن يدخل الرجال على نسائه وقال القرطبان والكشخان لم أرهما في كلام العرب ومعناهما عند العامة مثل الديوث أو قريب منه والديوث الذي يدخل الرجال على امرأته ولهذا قال أحمد في الكشخان يعزر وبه قال بعض أصحابنا وعلى هذا الخلاف لو قال يا قواد يا قرد أو يا مقامر قيل يعزر وقيل لا يعزر ولو قال يا مبليا قذر يعزر اه كاكي (قوله أو محرمه رجلا) أي أجنبيا اه (قوله فيدعه خاليا بها) أي ولا يتعرض له اه (قوله وقيل هو السبب) هذا القيل عزاه قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق الى أبي القاسم الصفار والقول الذي قبله عزاه لابي بكر الاسكاف قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق أما السفلة فعن أبي حنيفة المسلم لا يكون سفلة انما السفلة هو الكافر وبه أخذ المشايخ وعن أبي يوسف السفلة هو الذي لا يبالي بما قال له من وجوه الذم والشتم وعن محمد هو الذي يلعب بالحمام ويقامر وقال خلف بن أيوب السفلة هو الذي اذا دعى الى طعام يحمل شيأ من المائدة وقيل هو الطفيلي وقيل هو الحائك والحجام والدباغ وقيل هو الذي يختلف الى القضاة ثم قال قاضيخان وأما الماجن فقد قال الامام شمس الائمة الحلواني هو الذي لا يبالي بما يصنع اه

ذلك الفعل قال رحمه الله (ويا كلب يا تيس يا حمار يا خنزير يا بقر يا حية يا حجام يا بغاء يا مؤاجر يا ولد الحرام يا عيار يا ناكس يا منكوس يا سخرة يا ضحكة يا كشخان يا أبله يا موسوس لا) أي لا يعزر بهذه الالفاظ كلها لان من عاداتهم اطلاق الحمار ونحوه بمعنى البلادة أو الحرص أو نحو ذلك ولا يريدون به الشتيمة ألا ترى أنهم يسمون به ويقولون عياض بن حمار وسفيان الثوري وأبو ثور وجمل ولان المقذوف لا يلحقه شين بهذا الكلام وانما يلحق القاذف وكل أحد يعلم أنه آدمي وليس بكلب ولا حمار وأن القاذف كاذب في ذلك وحكى الهندواني أنه يعزر في زماننا في مثل قوله يا كلب يا خنزير لانه يراد به الشتم في عرفنا وقال شمس الائمة السرخسي الاصح عندي أنه لا يعزر وقيل ان كان المنسوب اليه من الاشراف كالفقهاء والعلوية يعزر لانه يعد شينا في حقه وتلحقه الوحشة بذلك وان كان من العامة لا يعزر وهذا أحسن ما قيل فيه ومن الالفاظ التي لا توجب التعزير قوله يا رستاقي ويا ابن الاسود ويا ابن الحجام وهو ليس كذلك قال رحمه الله (وأكثر التعزير تسعة وثلاثون سوطا) وفي رواية عن أبي يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا وفي رواية عنه تسعة وسبعون وفي رواية عنه أنه يقرب كل جنس الى جنسه فيقرب اللمس والقبلة من حد الزنا والقذف لغير المحصن أو للمحصن بغير الزنا من حد القذف صرفا لكل نوع الى نوعه وعنه أنه يعتبر على قدر عظم الجرم وصغره وقول محمد فيه مضطرب فانه ذكر في بعض النسخ مع أبي حنيفة وفي بعضها مع أبي يوسف والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا

(قوله في المتن يا تيس) هذا ساقط من خط الشارح ثابت في المتن اه قال في المصباح التيس الذكر من المعز اذا أتى عليه حول وقبل الحول جدي والجمع تيوس مثل فلس وفلوس اه (قوله يا بغاء) قال في المغرب وفي جمع التفاريق البغاء أن يعلن بفجوره او يرضى هذا ان صح توسع في الكلام يا بغاء اه قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق وأما بغاء فهو ولد زطبان سواء اه (قوله يا مؤاجر) قال بعض الشارحين إنه يستعمل عرفا فيمن يؤاجر أهله للزنا اه (قوله يا عيار) قال في المغرب رجل عيار كثير المجيء والذهاب عن ابن دريد وقال ابن الانباري العيار من الرجال الذي يخلي نفسه وهواها لا يردعها ولا يزجرها وفي أجناس الناطفي الذي يتردد بلا عمل وهو مأخوذ من قولهم فرس عائر وعيار اه (قوله يا سخرة) يقال فلان سخرة يتسخر في العمل يقال خادمه سخرة ورجل سخرة أيضا يسخر منه وسخرة بفتح الخاء يسخر من الناس كثيرا اه صحاح (قوله يا ضحكة) يقال رجل ضحكة كثير الضحك وضحكة بالتسكين يضحك منه اه صحاح (قوله يا كشخان) بالخاء في خط الشارح اه قال قاضيخان في باب التعليق من كتاب الطلاق وأما كشخان حكي عن امرأة جاءت الى أبي عصمة المروزي وقالت إن زوجي كل يوم يأمرني بالطبخ فقلت له يوما أي كشخان الى متى أطبخ فقال لي ان كنت كشخان فأنت طالق قال أبو عصمة إن زوجك اذا سمع أن رجلا يمد يده اليك بسوء ولا يبالي فهو كشخان وان لم يرض بذلك وضربك على ذلك فهو ليس بكشخان اه (قوله وانما يلحق القاذف) أي للتيقن بكذبه اه كي (قوله خمسة وسبعون) يعني في حق الاحرار لا في العبيد على ما سيأتي آخر المقالة اه وهو ظاهر الرواية عنه اه كاكي (قوله وفي رواية عنه تسعة وسبعون) أي وهو (٣٠٩) قول زفر وهو القياس اه هداية

(قوله والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا) الرواية بلغ بالتخفيف والتثقيل خطأ بين لان المعنى أن من بلغ الحد في غير الحد فهو من المعتدين ولو قيل بلغ بالتشديد لصار المعنى من بلغ الحد الى غير الحد ولا خفاء في بطلانه ولو قدرت المفعول الاول محذوفا لاحتمل الصحة أي بلغ التعزير حدا ويدل على المحذوف قوله في غير حد وهذا كقوله تعالى يا أيها الرسول بلغ ما أنزل اليك من ربك

(٣٧ – زيلعي ثالث)

أي بلغ الناس اه مستصفى قال الاتقاني عند قول صاحب الهداية وقال أبو يوسف يبلغ بالتعزير خمسة وسبعون سوطا هذا لفظ القدوري في مختصره وهو ظاهر الرواية عن أبي يوسف ألا ترى الى ما نقل صاحب الاجناس عن حدود الاصل لا عدد في التعزير ويضرب والمضروب قائم أقله ثلاثة وأكثره تسعة وثلاثون لا يبلغ أربعين سوطا في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبلغ به خمسة وسبعين سوطا ثم قال وفي نوادر ابن هشام عن أبي يوسف تسعة وسبعين سوطا لكن هذا في تعزير الحر أما في تعزير العبد فعلى قول أبي يوسف ينقص خمسة عن أربعين كذا ذكر صاحب التحفة وقول محمد في ظاهر الرواية مع أبي حنيفة وفي رواية قوله مع أبي يوسف كذا ذكر في المختلف وقول زفر مثل قول أبي يوسف في النوادر ذكره الفقيه أبو الليث مع قول أبي يوسف هكذا في شرح الجامع الصغير وذكر في شرح الاقطع قول زفر مثل قول محمد ثم الاصل هنا ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال من بلغ حدا في غير حد فهو من المعتدين معناه من بلغ حدا فيما ليس بحد يعني في التعزير اذا بلغ حدا فهو من المعتدين أي من المجاوزين فعلى هذا لا بد من نقصان عدد الجلد في التعزير عن الحد وذلك يحصل بنقصان سوط عن الاربعين لانه قال عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا بلفظ النكرة فيتناول أدنى ما ينطلق عليه اسم الحد وهو الاربعون لانه أدنى حد العبد في القذف وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لان الرق عارض فنقص سوطا عنه على رواية النوادر وعلى ظاهر الرواية نقص عن الثمانين سوطا ولا فقه فيه ولا يفهم منه معنى معقول قالوا إن أبا يوسف كان يعزر رجلا وقد أمر بتسعة وسبعين وكان يعقد لكل خمسة عقدا بأصابعه فعقد خمسة عشر ولم يعقد للاربعة الاخيرة لنقصانها عن الخمسة

في غير حد فهو من المعتدين فيعزر من غير تبليغه حدا بالاجماع غير أن أبا حنيفة اعتبر أدنى الحدود وهو حد العبد لان مطلق ما روينا يتناوله وأقله أربعون وأبو يوسف اعتبر حد الاحرار لانهم هم الاصول وأقله ثمانون فنقص عنه سوطا وفي رواية خمسة روى ذلك عن علي أنه فعله فقلده أو اعتبر نفس الجرم لان العقوبة تختلف باختلاف الجرم كالحد فقرب الجرم الكبير من أكثر الحد وهو مائة والصغير من الاقل وهو ثمانون سوطا وأجمعوا على أن العبد لا يبلغ به أربعين قال رحمه الله (وأقله ثلاثة) أي أقل التعزير ثلاث جلدات وهكذا ذكر القدوري فكأنه يرى أن مادونها لا يقع به الزجر وليس كذلك بل يختلف ذلك باختلاف الاشخاص فلا معنى لتقديره مع حصول المقصود بدونه فيكون مفوضا الى رأي القاضي يقيمه بقدر ما يرى المصلحة فيه على ما بينا تفاصيله وعليه مشايخنا رحمهم الله تعالى قال رحمه الله (وصح حبسه بعد الضرب) أي جاز للامام أن يحبسه بعد ما ضرب به التعزير لانه عجز عن الزيادة من حيث العدد لما روينا وقد لا يحصل الغرض بذلك القدر من الضرب فجاز له أن يضم الحبس اليه اذا رأى فيه مصلحة وهذا لانه يصلح تعزيرا ابتداء حتى جاز الاكتفاء به ولهذا لا يحبس بالتهمة في التعزير لكونه أقصى عقوبة فيه فيلزم التسوية بينهما وبين التحقق فاذا صلح تعزيرا ابتداء وهو مشروع على ما روينا من قبل جاز المصير اليه عند تعذر الضرب كما تجوز زيادة الضربات فيه لان تقديره اليه قال رحمه الله (وأشد الضرب التعزير) لانه جرى فيه التخفيف من حيث العدد فلا يخفف من حيث الوصف كيلا يؤدي الى فوات المقصود وهو الانزجار ويتقي المواضع التي تتقى في الحدود وروى عن أبي يوسف أنه يضرب فيه الظهر والالية فقط ثم ذكر في حدود الاصل تفريق التعزير على الاعضاء وفي أشربة الاصل يضرب في التعزير في موضع واحد وليس في المسئلة اختلاف رواية وانما اختلف الجواب لاختلاف الموضوع فموضوع الاول اذا بلغ بالتعزير أقصاه وموضوع الثاني اذا لم يبلغ قال رحمه الله (ثم حد الزنا) لانه ثابت بالكتاب وحد الشرب ثابت بقول الصحابة ولان جنايته أعظم لان حرمته لا تنكشف بحال وحرمة الخمر تنكشف بالضرورة والزنا يؤدي الى قتل النفس بأن يتخلق منه ولد ليس له أب يربيه فيهلك ولهذا شرع فيه الرجم بخلاف شرب الخمر فاذا كانت جنايته أعظم كانت عقوبته أشد قال رحمه الله (ثم الشرب ثم القذف) أي ثم حد الشرب ثم حد القذف لان جناية الشرب مقطوع بها بمشاهدة الشرب والاحضار الى الحاكم مع الرائحة وجناية القذف غير مقطوع بها لاحتمال أن يكون القاذف صادقا فيه وعجزه عن اقامة البينة لا يدل على عفة المقذوف فلم يتيقن بكذبه ولان حد القذف جرى فيه تغليظ من حيث رد الشهادة على التأبيد فتخفيف الضرب لا يؤدي الى فوات المقصود ولان الشارب

فظن الذي عنده أنه أمر بخمسة وسبعين(١) وكان يعرف بضرب حقيقة الحال فاختلفت الرواية عن أبي يوسف لهذا وقد روى مثل هذا عن عمر وليس بصحيح وانما الصحيح عن أبي يوسف لانه لو كان في هذا نقل عن عمر لم يعتبر أبو حنيفة التعزير بحد العبد وقيل إن نقصان الخمسة مأثور عن علي وفيه نظر لما قلنا وهذا لان تقليد الصحابي فيما لا يدرك بالقياس واجب عند أصحابنا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير قيل إن أبا يوسف أخذ النصف من حد الاحرار والنصف من حد العبيد وأكثر حد الاحرار مائة وأكثر حد العبيد خمسون فأخذ نصفا من هذا ونصفا من هذا قلت سلمنا أن المائة حد هذا والخمسون حد ذاك ولكن لا نسلم اعتبار التعزير بتنصيف كل واحد ولا دليل على التنصيف جزما لاسيما الكل واحد منهما ولا دليل أيضا على اعتبار أكثر الحدين وما قاله أبو حنيفة أشبه بالصواب عندي لتيقن الاقل والفقيه أبو الليث أخذ بقول زفر وعلل بعد ذلك بقوله لان الاربعين نصف الحد وليس بحد وفيه نظر لانا نقول لا نسلم ان الاربعين ليس بحد بل هو حد العبد في القذف ولا يجوز نفيه مطلقا لان النكرة اذا وقعت في موضع النفي عمت (قوله عليه الصلاة والسلام من بلغ حدا في غير حد) الرواية بتخفيف اللام والتشديد ووجهه على حذف المفعول الاول أي من بلغ التأديب أو بلغ الضرب حدا فيما ليس بحد أي في التعزير وقال بعضهم في تقدير المفعول الاول من بلغ التعزير حدا وذلك ملوث للصماخ لان المراد من قوله في غير حد التعزير فيكون تقدير الكلام من بلغ التعزير حدا في التعزير فيرد ماقلنا اهـ ماقاله الاتقاني

﴿فروع﴾ رجل ادعى على رجل أنه قال له يا فاسق أو يا كافر أو يا فاجر أو يا منافق أو يا خبيث أو يا خنزير أو يا حمار أو يا لص أو يا لوطي أو يا آكل الربا أو يا شارب الخمر أو يا ديوث أو يا مخنث أو يا خائن أو يا ابن القحبة أو ما سوى ذلك مما يوجب فيه التعزير أو ادعى عبد أنه قال له يا زاني أو أمة ادعت أنه قال لها يا زانية أو ادعى أمرا يجب فيه الادب بأن ادعى أنه ضربني أو شتمني أو لطمني وأنكر المدعى عليه حلفه القاضي لان هذا من حقوق العباد يجري فيه العفو والابراء ولا يسقط بالتقادم ويقبل فيه شهادة النساء والشهادة على الشهادة وكتاب القاضي ولا يختص الامام بالاقامة فان الزوج يؤدب المرأة والمولى يؤدب العبد ولو رأى انسانا يفعل ذلك كان له أن ينهاه ويمنعه ويؤدبه ويضربه ان كان لا ينزجر بالمنع باللسان فيجري فيه اليمين قاضيخان في كتاب الدعوى قبيل باب ما يبطل دعوى المدعي قوله وأنكر المدعى عليه حلفه القاضي أي فان حلف فلا شيء عليه وان نكل يقضى عليه بالتعزير ذكره العمادي في الفصل ١٩ وتمامه فيه اهـ (قوله فلم يتيقن بكذبه) أي

(١) قوله وكان يعرف بضرب هكذا في الاصل وليحرر اهـ مصححه

فلما يخلو عن القذف فيكون جامعا بين الجنايتين واليه أشار على رضي الله عنه بقوله واذا هذى افترى فيغلظ عليه الحد قال رحمه الله (ومن حد أو عزر فمات فدمه هدر بخلاف الزوج اذا عزر زوجته لترك الزينة والاجابة اذا دعاها الى فراشه وترك الصلاة والغسل والخروج من البيت) وقال الشافعي رحمه الله تجب الدية في بيت المال اذا الحد والتعزير للتأديب فاذا هلك كان خطأ من الامام وضمان خطئه فيما يقيمه من الاحكام في بيت المال لان نفع عمله يعود الى المسلمين فيكون الغرم في مالهم وهذا لانه لا يجوز له الاتلاف فيكون فعله مقيدا بشرط السلامة كالمرور في الطريق ورمي الغرض ونحوه ولنا أن الحد والتعزير يجب عليه اقامته اذ هو مأمور به والواجب لا يجامع الضمان كالفصاد والبزاغ اذا لم يجاوز المعتاد وكما لو تترس الكفار بالمسلمين بخلاف المرور في الطريق وضرب الرجل امرأته ونحو ذلك لانه مباح فيتقيد بشرط السلامة ولانه فعله بأمر الشرع فيكون منسوبا الى الآمر فكأنه أماته حتف أنفه فلا يضمن وقوله بخلاف الزوج اذا عزر زوجته الى آخره يشير الى أنه يجوز له أن يضربها لهذه الاشياء والا فالضمان واجب عند التلف وان ضربها لغير هذه الاشياء وذكر في المحيط وفي شرح المختار أنه يجوز له أن يضربها على ترك الزينة وعد أمثل ما ذكرنا ولم يذكر فيه ترك الصلاة وعلل الجواز الضرب بأنه يجب عليها طاعته وطاعة الله تعالى فتعزر على المخالفة وذكر في النهاية أنه انما يضربها لمنفعة تعود اليه لا لمنفعة تعود الى المرأة ألا ترى أنه ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وله أن يضرب ولده على ترك الصلاة وأورد في النهاية على ما ذكرنا ما اذا جامع امرأته فماتت من الجماع أو أفضاها حيث لا يجب عليه شئ عند أبي حنيفة ومحمد وان كان الجماع مباحا ولم يقيداه بشرط السلامة ثم أجاب بأن قال انما لا يجب هنالك الضمان لان ضمان المهر قد وجب في ابتداء ذلك الفعل فلو وجبت الدية بموتها كان فيه ايجاب ضمانين بمقابلة مضمون واحد وهو منافع البضع وذلك لا يجوز وعزاه الى المحيط وروى عن أبي يوسف أن القاضي اذا لم يزد في التعزير على مائة لا يجب عليه الضمان اذا كان يرى ذلك لانه قد ورد أن أكثر ما عزر به مائة فاذا زاد على مائة فمات يجب نصف الدية على بيت المال لان ما زاد على المائة غير مأذون فيه فحصل القتل بفعل مأذون فيه وبفعل غير مأذون فيه فيتنصف ويثبت التعزير بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين لانه من جنس حقوق العباد ولهذا تقبل فيه الشهادة على الشهادة ويصح العفو عنه وشرع في حق الصبيان والتكفيل والله أعلم

﴿كتاب السرقة﴾

قال رحمه الله (هي أخذ مكلف خفية قدر عشرة دراهم مضروبة محرزة بمكان أو حافظ) ويعتبر أن تكون جيدة وانتفاء الشبهة ولا يشترط أن تكون ملك رجل واحد بعد ان كانت سرقة واحدة حتى لو سرق عشرة لجماعة قطع بها ولا فرق في ذلك بين أن تكون مشتركة بينهم فيأخذها جملة وبين أن تكون لكل واحد

لاحتمال أن شهوده غابوا أو ماتوا أو أبوا عن الشهادة اه كاكى (قوله فيكون جامعا بين الجنايتين) أى الشرب والقذف اه (قوله وترك الصلاة) سيجئ بعد أسطر عند قول الشارح ألا ترى أنه ليس له أن يضربها الخ اه قال الولوالجي رحمه الله في فتاواه في الفصل الخامس من كتاب النكاح وللزوج أن يضرب زوجته على أربع خصال وما هو في معنى الاربع احداها على ترك الزينة للزوج والزوج يريدها والثانى على ترك الاجابة اذا دعاها الى فراشه والثالث على ترك الصلاة وعلى ترك الغسل والرابع الخروج من المنزل لان الاول والثانى يخل بمقصود النكاح والثالث والرابع معصية اه وتنبه لقوله وما هو في معنى الاربع فانه نفيس والله الموفق وقال قاضيخان في باب النفقة في فصل حقوق الزوجين للزوج أن يمنع المرأة من الغزل وله أن يضربها على أربعة منها ترك الزينة اذا أراد الزينة والثانية ترك الاجابة اذا أراد الجماع وهي طاهرة والثالثة ترك الصلاة وفي بعض الروايات عن محمد ليس له أن يضربها على ترك الصلاة وترك الغسل من الجنابة والحيض بمنزلة ترك الصلاة والرابعة الخروج من منزله بغير اذنه بعد ايفاء المهر قال السروجي ولا يجبر المسلم زوجته الذمية على غسل الجنابة لانها غير مخاطبة ويمنعها من الخروج الى الكنائس اه

﴿كتاب السرقة﴾

لما فرغ عن بيان المزاجر الراجعة الى صيانة النفوس كلا وجزأ واتصالا بها شرع في بيان المزاجر الراجعة الى صيانة الاموال وأخرها لكون النفس أصلا والمال تابعا وذلك لان حد الزنا للزجر عن الزنا الذى هو سبب لضياع نفس الولد فكان فيه صيانة النفس وحد الشرب فيه صيانة العقل الذى هو أشرف الاجزاء في النفس وحد القذف لصيانة ماء الوجه الذى يتصل بالنفس وانما قلنا ان المال تابع لانه خلق وقاية للنفس قال تعالى خلق لكم ما في الارض جميعا اه اتقانى (قوله في المتن هي أخذ مكلف خفية) قال الاتقانى وقيد الخفية احترازا عن النهب والغصب والاختلاس اه (قوله ويعتبر أن تكون جيدة) أى حتى لو سرق زيوفا أو نبهرجة أو ستوقة لا يجب القطع ذكره في شرح الطحاوى لان نقصان الوصف يوجب نقصان المالية كنقصان القدر فأورث شبهة وعن أبي يوسف يقطع ان كانت تروج لان بالرواج صارت كالجياد اه كاكى قال في المجمع وجودتها شرط ويخالفه في الزيوف الرائجة اه (قوله حتى لو سرق عشرة) أى من الدراهم اه

(قوله وفى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية) قال الكمال وفى الشريعة هى هذا أيضا وانما زيد على مفهومها قيود فى اناطة حكم شرعى بها اذ لا شك ان أخذ أقل من نصاب خفية سرقة شرعا لكن لم يعلق الشرع به حكم القطع فهى شروط لثبوت ذلك الحكم الشرعى فاذا قيل السرقة الشرعية الاخذ خفية مع كذا وكذا لا يحسن بل السرقة التى علق بها الشرع وجوب القطع هى أخذ البالغ العاقل عشرة أو مقدارها خفية عمن هو متصد للحفظ مما لا يتسارع اليه الفساد من المال المتقوم للغير من حرز بلا شبهة ويعم الشبهة فى التأويل فلا يقطع السارق من السارق ولا أحد الزوجين من الآخر أو ذى الرحم الكاملة والفعل خلاف الاصل لا يصار اليه حتى يتعين ما الامر دله كالصلاة على ماه والمذهب المختار عند الاصوليين وما قيل هى فى مفهومها اللغوى والزيادات شروط غير مرضى والقطع بانها الافعال والقراءة عندنا ولو بغير الفاتحة فكيف يقال بانها فى الشرع للدعاء والافعال شرط قبوله والفرض أنه لا يتبادر الدعاء فقط هذا وسيأتى فى السارق من السارق خلاف اه كمال رحمه الله (قوله كما اذا نقب الجدار على الاستسرار) أى ثم استيقظ صاحب المال اه (قوله مكابرة جهرا) أعنى مقاتلة بالسلاح اه اتقانى (قوله مكابرة) أى مغالبة ومدافعة اه اتقانى (قوله بخلاف ما اذا كانت) أى فى المصر اه قال الكمال واذا كابره فى المصر نهارا وأخذ ماله لا يقطع استحسانا وان كان دخل خفية والقياس كذلك

فى كيس فيأخذ من كل كيس درهما قبل أن يخرج من الدار فيخرج بها جملة لان السرقة تتم بالاخراج من الدار فيعتبر الاتحاد عنده هذا فى الشريعة وفى اللغة أخذ الشئ من الغير على وجه الخفية والاستسرار ومنه استراق السمع لانه يسمع كلام المتكلم على غرة منه وقد زيدت عليه أوصاف فى الشريعة على ما بينا والمعنى اللغوى وهو الاستسرار مراعى فيها ابتداء وانتهاء اذا كانت بالنهار أو ابتداء لا غير اذا كانت بالليل كما اذا نقب الجدار على الاستسرار وأخذ المال من المالك مكابرة جهرا لانه وقت لا يلحقه الغوث فيه فلو لم يكتف بالخفية فيها ابتداء لامتنع القطع فى أكثر السراق لا سيما فى ديار مصر بخلاف ما اذا كانت فى النهار لانه وقت يلحقه الغوث فيه وهى نوعان سرقة صغرى وكبرى فالصغرى يسارق فيها عين المالك أو من يقوم مقامه فى الحفظ وشرطها أن تكون خفية على زعم السارق حتى لو دخل دار انسان فسرق وأخرجه من الدار وصاحب الدار يعلم ذلك والسارق لا يعلم أنه يعلم قطع ولو كان السارق يعلم بأن صاحب الدار يعلم ذلك لا يقطع لانه جهر والكبرى يسارق فيها عين الامام أو من يقوم مقامه فى الآفاق لانه هو المتصدى لحفظ الطرق وقوله مضروبة اشارة الى أنه اذا سرق فضة غير مضروبة وزنها عشرة أو أكثر وقيمتها أقل من عشرة مضروبة لا يقطع بخلاف المهر حيث يصح جعلها مهرا والفرق بينهما أن الحدود تدرأ بالشبهات فتتعلق بالكامل والمهر يثبت مع الشبهة فيصح كيفما كان وعلى هذا أوانى الفضة والزيوف اذا سرقها ووزنها عشرة وقيمتها أقل أو قيمتها عشرة ووزنها أقل لا يقطع وقيل المضروبة وغير المضروبة فيه سواء والاول أصح وتثبت القيمة بقول رجلين عدلين لهما معرفة بالقيم لانه من باب الحدود فلا يثبت الا بما تثبت به السرقة والمعتبر فيه وزن سبعة كما فى الزكاة وقد بيناه هنالك وقال الشافعى رحمه الله تعالى نصابه مقدر بربع دينار وقال مالك بثلاثة دراهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قطع

فى الليل لكن يقطع اذ غالب السرقات فى الليل تصير مغالبة اذ قلما لا يخفى الدخول والاخذ بالكلية وعليه فرع اذا كان صاحب الدار يعلم دخوله واللص لا يعلم كونه فيها أو يعلمه اللص وصاحب الدار لا يعلم دخوله أو كانا لا يعلمان قطع ولو علما لا يقطع اه (قوله أو من يقوم مقامه) أى مقام المالك بأن يكون صاحب يد أمانة أو ضمان كالمستعير والمستأجر والمودع والمرتهن والمضارب والغاصب اه اتقانى (قوله والمعتبر فيه وزن سبعة) يعنى المعتبر فى وزن الدراهم التى يقطع بعشرة منها ما يكون وزن عشرة وزن سبعة مثاقيل اه (قوله وقال الشافعى نصابه مقدر بربع دينار) أى مسكوك يقوم به فى السلع وعند أحمد ربع دينار من العين أو ثلاثة دراهم من الورق أو قيمته ثلاثة دراهم اه اتقانى (قوله وقال مالك بثلاثة دراهم) وقال ابن أبى ليلى لا يقطع فى أقل من خمسة دراهم وما روى عن أبى هريرة وأبى سعيد دأربعين ليس بصحيح اه اتقانى رحمه الله ثم هذا الاختلاف انما نشأ باعتبار أنه لم يقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم الا بد سارق المجن واختلف فى تقديره الرواة فبعد ذلك العلماء أخذوا بالاقل وبعضهم أخذوا بالاكثر والدليل على ذلك ما روى البخارى فى الصحيح باسناده الى هشام عن أبيه قال أخبرتنى عائشة رضى الله عنها أن يد السارق لم تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ثمن مجن جحفة أو ترس ثم ان مالكا روى عن نافع عن عبد الله بن عمر رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قطع سارقا فى مجن ثمنه ثلاثة دراهم والشافعى احتج بما روى عن عمرة عن عائشة رضى الله عنها موقوفا ومرفوعا أن النبى صلى الله عليه وسلم كان يقطع فى ربع دينار فصاعدا كذا قاله أبو عيسى فى جامعه وأصحابنا احتجوا بما روى فى السنن وشرح الآثار مسندا الى عطاء عن ابن عباس رضى الله عنهما قال قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا فى مجن قيمته دينار أو عشرة دراهم وأصحابنا رجحوا هذا لان فى العشرة يجب القطع بالاجماع وفيما دونها خلاف والاخذ بالمجمع عليه أولى من الاخذ بما فيه خلاف لان أدنى درجات الخلاف ايراث الشبهة والحدود تدرأ بالشبهات ولان فى الاقل شبهة عدم الجناية ولا حد بالشبهة يؤيده ما روى

في مجن ثمنه ثلاثة دراهم رواه الجماعة وفي لفظ قيمته ثلاثة دراهم غير أن الشافعي قال كانت قيمة الدينار على عهد النبي صلى الله عليه وسلم اثني عشر درهما والثلاثة ربعها والربع هو المعتبر ألا ترى الى قول عائشة رضي الله عنها فيما رواه الجماعة كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقطع يد السارق في ربع دينار فصاعدا وفيما رواه البخاري أنه عليه الصلاة والسلام قال تقطع يد السارق في ربع دينار قلنا قال ابن عباس وابن عمر كانت قيمة المجن الذي قطع فيه على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم عشرة دراهم وقال عليه الصلاة والسلام لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم ولما اختلفوا في قيمة المجن مع اتفاقهم أن النصاب مقدر به مال مالك الى الاقل للتيقن به ومال أصحابنا الى الاكثر للتيقن به لان أحدا لم يقل إن العشرة لم يقطع بها ومادونه مختلف فيه فلا يجب بالشك اذ الحدود تدرأ بالشبهات يؤيده ما روينا من المرفوع وقالت الظاهرية تقطع يد السارق بمطلق السرقة وليس له نصاب مقدر لاطلاق الكتاب قلنا هو مقيد بالمال فكذا بالنصاب لما روينا وحكينا من الاجماع وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لعن الله السارق يسرق البيضة فتقطع يده ويسرق الحبل فتقطع يده المراد به بيض الحديد والحبل النفيس ألا ترى الى قول الاعمش وهو الراوي لهذا الحديث كانوا يرون أنه بيض الحديد وان من الحبال ما يساوي عشرة دراهم قال رحمه الله (فيقطع ان أقر مرة) وقال أبو يوسف لا يقطع الا اذا أقر مرتين في مجلسين مختلفين لانه حد فيعتبر عدد الاقرار فيه بعدد الشهود وأصله الاقرار بالزنا ولهما أن الاقرار مرة مظهر فيكتفى به كما في القصاص وحد القذف والاعتبار بالشهادة باطل لان الزيادة فيها تفيد تقليل تهمة الكذب ولا تهمة في الاقرار فلا يفيد شيأ ولا يقال يحتمل أن يرجع فيؤكد بالتكرار ليدل على الثبوت لانا نقول باب الرجوع فيه لا ينسد بالتكرار والرجوع عنه في حق المال لا يصح لان صاحب الحق يكذبه وفي الزنا ورد على خلاف القياس فاقتصر عليه وذكر بشر رجوع أبي يوسف الى قولهما قال رحمه الله (أو شهد رجلان) لانه من الحدود فلا يقبل فيه الا شهادة الرجال ويجب أن يسألهم الامام عن ماهية السرقة وكيفيتها ومكانها ويسأل الشهود عن زمانها لزيادة الاحتياط لانه

في الجامع الترمذي عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه قال لا قطع الا في دينار أو عشرة دراهم اه اتقاني (قوله وقالت الظاهرية) أي والحسن البصري والخوارج وثبت عن الشافعي اه فتح (قوله تقطع يد السارق بمطلق السرقة) أي حتى اذا سرق فلسا قطع اه (قوله في المتن فيقطع ان أقر مرة) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد ومالك والشافعي وأكثر علماء الامة اه كمال والاصل في وجوب القطع قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وانما خص المجنون والصبي لما روى في السنن وغيره مسندا الى علي رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال رفع القلم عن ثلاث عن النائم حتى يستيقظ وعن الصبي حتى يحتلم وعن المجنون حتى يعقل ولان القطع عقوبة وهما ليسا من أهل العقوبة قاله الاتقاني وقال الكمال ولا بد من اعتبار العقل والبلوغ لان الجناية لا تتحقق دونهما الا بالمخالفة والمخالفة فرع تعلق الخطاب اه (قوله ولا تهمة في الاقرار) أي اذ لا يتهم الانسان في حق نفسه بما يضره ضررا بالغا على أن الاقرار الاول إما صادق فالثاني لا يفيد شيأ اذ لا يزداد صدقا وإما كاذب فبالثاني لا يصير صدقا فظهر أنه لا فائدة في تكراره اه فتح ﴿فروع﴾ من علامة العيون قال أنا سارق هذا الثوب يعني بالاضافة قطع ولو نون القاف لا يقطع لانه على الاستقبال والاول على الحال وفي عيون المسائل قال سرقت من فلان مائة درهم بل عشرة دنانير يقطع في العشرة دنانير ويضمن مائة هذا ان ادعى المقر له المالين وهو قول أبي حنيفة لانه رجع عن الاقرار بسرقة مائة وأقر بعشرة دنانير فصح رجوعه عن الاقرار بالسرقة الاولى في حق القطع ولم يصح في حق الضمان وصح الاقرار بالسرقة الثانية في حق القطع وبه ينتفي الضمان بخلاف مالو قال سرقت مائة بل مائتين فانه يقطع ولا يضمن شيأ او ادعى المقر له المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ووجب القطع فانتفى الضمان والمائة الاولى لا يدعيها المقر له بخلاف الاولى ولو قال سرقت مائتين بل مائة لم يقطع ويضمن المائتين لانه أقر بسرقة مائتين ورجع عنها فوجب الضمان ولم يجب القطع ولم يصح الاقرار بالمائة اذ لا يدعيها المسروق منه ولو أنه صدقه في الرجوع الى المائة لا ضمان اه فتح قوله ولو نون لا يقطع هذا الفرع ذكره في الفتاوى الكبرى والظهيرية وعلله بانه اذا لم ينون فكلامه دل على السرقة الماضية كأنه قال سرقت هذا الثوب واذا نون فكلامه دل على السرقة المستقبلة كأنه قال أسرقه مثاله اذا قال هذا قاتل زيد معناه أنه قد قتله وان قال هذا قاتل زيدا معناه أنه يقتله اه (قوله لا ينسد بالتكرار) أي فله أن يرجع بعد التكرار فيقبل بالحدود اه فتح قال الاتقاني لان الاقرار وان تعدد وتكثر يسقط الحد بالرجوع لانه حق الله تعالى اه (قوله ويجب أن يسألهم الامام عن ماهية السرقة) قال الاتقاني أما السؤال عن الكيفية بان يقال كيف سرق فلاحتمال أنه نقب البيت فأدخل يده وأخذ المتاع فذهب حيث لا يقطع على ظاهر الرواية خلافا لما روى عن أبي يوسف في الامالي وكذا اذا ناول صاحبا له على الباب لا يقطع واحد منهما اذ في الاول مختلس لا هاتك للحرز لان هتك الحرز في البيت لا يكون الا بعد الدخول بخلاف صندوق الصيرفي وفي الثانية لم يوجد الفعل الموجب للقطع على الكمال من كل واحد بخلاف ما اذا رمى الثوب من البيت الى الطريق ثم خرج فأخذه حيث يقطع لان الفعل الموجب للقطع تم به وحده

يلتبس على كثير من الناس فانها تطلق على أشياء على الاستماع خفية وعلى تخفيف الصلاة على ما قال عليه الصلاة والسلام أسوأ الناس سرقة من يسرق من صلاته وكذا يختلف باختلاف الاحوال فان من يدخل يده من النقب أو من الطاقة ويأخذ شيأ أو في دار الحرب أو في بيت أذن له في دخوله أو كان المال في يده أو لم يكن في حرز لا يقطع وكذا بالتقادم يسقط الحد دون المال اذا كانت بينة وكذا ينبغي أن يسأل عن المسروق منه هل هو أجنبي أو قريب من السارق أو زوج لانه يحتمل جميع ذلك فلا بد من ازاحة هذه الشبهة لانه مبني على الدرء ما استطيع ويحبسه الى أن يسأل للتهمة بخلاف التعزير على ما بينا قال رحمه الله (ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا ان أصاب لكل نصاب) أي لو سرق جماعة وتولى الاخذ بعضهم قطعوا اذا أصاب كل واحد منهم عشرة دراهم لان المعتاد بين السراق أن يتولى بعضهم الاخذ ويستعد الباقون للدفع فلو امتنع الحد بمثله لامتنع القطع في أكثر السراق فيؤدي الى فتح باب الفساد فيجري عليهم الحد جميعا استحسانا سدا لبابه سواء خرجوا معه من الحرز أو بعده في فوره أو خرج هو بعدهم في فورهم لان بذلك يحصل التعاون وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول ان الاخراج من الحرز يتحقق من الحامل وحده فيقتصر عليه وجوابه ما بيناه ولو كان فيهم صغير أو مجنون سقط الحد عن الباقين وقال أبو يوسف ان تولى الاخذ الصغير أو المجنون لا يجب عليهم القطع وان أخذ الكبار العقلاء وجب لان الآخذ هو الاصل والردء تبع فسقوط الحد عن الاصل يوجب سقوطه عن التبع بخلاف العكس قلنا الحامل لا يتمكن من الخروج الا بقوة الردء فصار وا مباشرين معنى على ما يجيء تمامه في السرقة الكبرى وشرط أن يصيب كل واحد منهم نصاب اذ لا قطع فيما دون النصاب وقال مالك يقطعون بنصاب واحد لان هذا القدر من المال موجب للقطع فاذا اشتركوا أجرى على جميعهم كالقصاص قلنا القصاص تعلق بسبب لا يتجزأ وهو ازهاق الروح فينسب الى جميعهم بخلاف السرقة قال رحمه الله (ولا يقطع بخشب وحشيش وقصب وسمك وطير وصيد وزرنيخ ومغرة ونورة) والاصل فيه أنه لا يقطع فيما يوجد تافها مباحا

وأما السؤال عن الماهية بان يقال ماهي فلاحتمال ان المسروق شئ تافه أو ما يتسارع اليه الفساد أو مال ذي رحم محرم منه أو مال فيه شركة للسارق أو مال أحد الزوجين أو دراهم المديون أخذها السارق بقدر حقه أو أقل من قدر النصاب ويحتمل ان الشاهدين نسباه الى السرقة لاستراق الكلام كما قال تعالى الا من استرق السمع أو لانه لم يعتدل في الركوع والسجود فلا بد اذا من السؤال عنها وأما السؤال عن الزمان بان يقال متى سرق فلاحتمال التقادم لان التقادم في الحدود الخالصة حقا لله تعالى يبطل الشهادة للتهمة بخلاف الاقرار لعدم التهمة وأما السؤال عن المكان فلاحتمال أنه سرق في دار الحرب أو سرق من مستأمن في دارنا لا قطع فيه استحسانا لان حرمة ماله مؤقتة لا مؤبدة أو سرق من غير الحرز أو من بيت أذن له بالدخول فيه أو من حمام نهارا أو بالليل يقطع لانه لا يؤذن بالدخول في الليل اهـ قوله وأما السؤال الخ قال الكمال رحمه الله ويسألهما عن المكان لاحتمال أنه سرق من دار الحرب من مسلم وهذا بخلاف ما لو كان ثبوت السرقة بالاقرار حيث لا يسأل القاضي المقر عن الزمان لان التقادم لا يبطل الاقرار ولا عن المكان لكن يسأله عن باقي الشروط من الحرز وغيره اتفاقا اهـ (قوله ويحبسه) قال الاتقاني بالنصب عطفا على قوله أن يسألهما يعني ينبغي أن يحبس الامام السارق لانه صار متهما بالسرقة تعزيرا عليه وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة وقد مر ذلك في أول كتاب الحدود وانما يحبسه الى أن يسأل عن عدالة الشهود لان التوثق بالكفالة ليس بمشروع فيما مبناه على الدرء والقطع قبل التعديل لا يجوز لعدم التلافي اذا وقع الغلط فتعين الحبس كيلا يفوت الحق بالهرب اهـ (قوله في المتن ولو جمعا والآخذ بعضهم قطعوا) قال في الهداية واذا دخل الحرز جماعة فتولى بعضهم الاخذ قطعوا جميعا قال في العناية وانما وضع المسئلة في دخول جميعهم اذا اشتركوا واتفقوا على فعل السرقة لكن دخل واحد منهم وأخرج المتاع ولم يدخل غيره فالقطع على من دخل البيت وأخرج المتاع ان عرف بعينه وان لم يعرف فعليهم التعزير ولا يقطع واحد منهم وان كان غير الداخل يعين الداخل في والفرق بينهما أنهم ما لم يدخلوا البيت لم تتأكد معاونتهم بهتك الحرز بالدخول فلم يعتبر اشتراكهم لما أن كمال هتك الحرز انما يكون بالدخول وقد وجد في مسئلة الكتاب فاعتبر اشتراكهم اهـ (قوله ولو كان فيهم صغير أو مجنون) أي أو أخرس أو ذو رحم محرم من صاحب المال اهـ اتقاني (قوله قلنا الحامل لا يتمكن الخ) قال الاتقاني ولنا أن أحد الشركاء لا يجب عليه فلا يجب على غيره كالمخطئ والعامد اذا اشتركا في القتل العمد اهـ (قوله وصيد) أي سواء كان بريا أو بحريا اهـ فتح (قوله وزرنيخ ومغرة ونورة) قال في المصباح المنير الزرنيخ بالكسر معروف وهو فارسي معرب والمغرة الطين الاحمر بفتحتين والتسكين تخفيف والنورة بضم النون حجر الكلس ثم غلبت على اخلاط تضاف الى الكلس من زرنيخ وغيره وتستعمل لازالة الشعر اهـ وفي المغرب وهمزوا النورة خطأ اهـ كاكي وقوله ومغرة ونورة أي لان هذا كله يوجد مباح الاصل وكذلك الوسمة والحناء وقيل ان في الوسمة والحناء يقطع في بلادنا لانه قد جرت العادة في احرازهما اهـ اتقاني

في دار الاسلام لقول عائشة رضى الله عنها كانت الايدى لا تقطع على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم في الشئ التافه أى الحقير وما يوجد في دار الاسلام مباحا في الاصل بصورته غير مرغوب فيه حقير والطباع لا تضن به ولهذا لا يختفى آخذه عادة فلا حاجة الى شرع الزاجر ولهذا لا يقطع بسرقة ما دون النصاب ولان الحرز فيها ناقص ولهذا يلقى بعضها في الابواب بل في القوارع كالخشب ونحوه وبعضها ينفلت فيفر ويضيع فتنقص الرغبات فيه كما تنقص في القليل ولمثله لا يشرع الزاجر ولان الشركة العامة التى كانت في هذه الاشياء قبل الاحراز تورث الشبهة ما دامت باقية على تلك الصفة والحدود تدرأ بها ويدخل في الطير جميع أنواعه حتى البط والدجاج وفي السمك الطرى والمالح وقال الشافعي يقطع في كل شئ الا التراب والطين والسرقين وهو رواية عن أبي يوسف لانه سرق مالا متقوما من حرز لا شبهة فيه فوجب قطعه فيه وكونه يوجد في دار الاسلام مباحا لا تأثير له كالقمر وزج والذهب والفضة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الناس شركاء في ثلاثة الكلا والماء والنار أثبت فيه شركة عامة فاذا انتفت الشركة بالاحراز حقيقة تورث شبهة وهى دارئة للحد كمال بيت المال والمغنم وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه يورث شبهة واذا ثبت الشبهة في هذه الاشياء وهى توجد مباحة في دار الاسلام فكذا في أمثالها وأما الذهب والفضة واللؤلؤ والجوهر فقد روى هشام عن محمد انه اذا سرقها على الصورة التى توجد مباحة لا يقطع وهو المختلط بالحجر والتراب وفي ظاهر المذهب يقطع لانها ليست بتافهة جنسا فان كل من تمكن من أخذه لا يتركه فهذه علامته ولا يقطع في الرخام ولا في القدور من الحجارة ولا في الملح قال رحمه الله (وفاكهة رطبة أو على شجر ولبن ولحم وزرع لم يحصد وأشربة وطنبور) والاصل فيه أن سرقة ما يتسارع اليه الفساد والمعازف أو السرقة من غير حرز لا توجب القطع لقوله عليه الصلاة والسلام لا قطع في ثمر ولا كثر رواه أبو داود وغيره والكثر الجمار وهو شئ أبيض لين يخرج من رأس النخل ومن قال الكثر الحطب أو صغار النخل فقد أخطأ ذكره المطرزى وذكر الجوهرى أن الجمار شحم النخل والمراد بالثمر ما يتسارع الفساد وهو الرطب وسئل عليه الصلاة والسلام عن الثمر المعلق فقال من أصاب بفيه من ذى حاجة غير متخذ خبنة فلا شئ عليه ومن خرج بشئ منه فعليه غرامة مثله والعقوبة ومن سرق منه شيأ بعد أن يؤويه الجرين فبلغ ثمن المجن فعليه القطع رواه النسائى وأبو داود والجرين المربد وهو الموضع الذى يلقى فيه الرطب ليجف والجران الموضع الذى يعصر فيه العنب أو الثمر ولان الفاكهة على الشجر والزرع الذى لم يحصد لم يوجد فيه الاحراز والقطع بدونه غير مشروع ويدخل في اللحم القديد منه لانه يتوهم فيه الفساد وفي الفواكه الرطبة العنب وكذا الرطب في المختار لانه يخاف عليه الفساد من

(قوله في دار الاسلام) قيد بدار الاسلام لان الاموال كلها على الاباحة في دار الحرب اه كاكى (قوله وما يوجد) مبتدأ خبره قوله حقير اه (قوله بصورته) احترازا عن الابواب والاوانى المتخذة من الخشب والحصر البغدادية فان فيها القطع لتغيرها عن الصورة الاصلية بالصفة المتقدمة اه كاكى (قوله غير مرغوب فيه) ليخرج نحو المعادن من الذهب والصفر واليواقيت واللؤلؤ نحوها من الاحجار لكونها مرغوبا فيها فيقطع في كل ذلك وعلى هذا انظر بعضهم في الزرنيخ فقال ينبغى أن يقطع به لانه يحرز ويصان في دكاكين العطارين كسائر الاموال بخلاف الخشب لانه انما يدخل الدور للعمارة فكان احرازه ناقصا بخلاف الساج والآبنوس واختلف في الوسم والحناء والوجه القطع لانه جرت العادة باحرازه في الدكاكين اه كمال رحمه الله وقوله غير بنصب غير على أنه صفة قوله مباحا اه اتقانى قوله وعلى هذا انظر بعضهم أى وهو العلامة قوام الدين الاتقانى رحمه الله تعالى اه (قوله لا تضن) قال في المصباح ضن بالشئ يضن من باب تعب ضنا وضنة بالكسر وضنانة بالفتح بخل فهو ضنين ومن باب ضرب لغة اه (قوله فتنقص الرغبات فيه) يعنى فلا تتوفر الدواعى على استحصاله وعلى المعالجة في التوصل اليه والطباع لا تضن اذا أحرز حتى انه قلما يوجد أخذه على كره من المالك ولا ينسب الى الخيانة بناء على أن الضنة بها تعد من الخساسة وما هو كذلك لا يحتاج الى شرع الزاجر فيه كما دون النصاب اه كمال رحمه الله (قوله على تلك الصفة) احترازا عن الابواب والاوانى المتخذة فان فيها القطع كما بينا اه كاكى (قوله ويدخل في الطير جميع أنواعه) قال في الجامع الصغير رجل سرق طيرا يساوى عشرة دراهم لا يقطع قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اختلف المشايخ فيه قال بعضهم أراد به الطائر الذى يكون صيدا سوى الدجاج والبط فيجب فيهما القطع لانه بمعنى الاهلى وقال بعضهم لا يجب القطع في جميع الطيور وهذا القول أصح ثم قال وذكر في المجرد لو سرق من الدجاج أو البط أو الحمام لا يجب القطع اه اتقانى (قوله وفي السمك الطرى والمالح) قال الكمال صوابه السمك المليح أو المملوح اه وفي المغرب وماء ملح وسمك مليح ومملوح ولا يقال مالح الا في لغة رديئة وهو المقدد الذى جعل فيه ملح اه (قوله في المتن وطنبور) الطنبور من آلات الملاهى وهو فنعول بضم الفاء فارسى معرب والغالب حملا على باب عصفور اه مصباح (قوله ولا كثر) بفتحتين اه مصباح وقوله كثر بالمثلثة اه (قوله غير متخذ خبنة) الخبنة بالضم ما تحمله تحت ابطك اه مصباح (قوله المربد) مثل مقود اه مصباح (قوله والقطع بدونه غير مشروع) أى ولا خلاف فيه للائمة الثلاثة وان كان في حائط محرز اه كى

وجه بخلاف الزبيب والتمر وقال الشافعي يقطع في الفواكه الرطبة وعما يتسارع اليه الفساد من الاطعمة والاشربة لما روينا قلنا أخرجه على وفاق العادة لان ما يؤوى به الجرين هو اليابس من الثمار عادة ونحن نقول به اذا سرقه في غير أيام الغلاء وفي القحط لا يقطع في الطعام للضرورة ذكره في المبسوط وفي المنتقى لم يفصل بين الطعام وغيره وفي الخل يقطع اجماعا لانه لا يتسارع اليه الفساد وهو مال بالاجماع وكذا في العسل بخلاف الاشربة المطربة وغيرها لان بعضها ليس بمال وفي مالية بعضها اختلاف بين العلماء فأورث شبهة وفي المعازف يتأول لكسرها وهو جائز عند بعضهم لكونه أمرا بالمعروف ونهيا عن المنكر قال رحمه الله (ومصحف ولو محلى) وقال الشافعي رحمه الله يقطع وهو رواية عن أبي يوسف لانه مال متقوم محرز حتى يجوز بيعه وعن أبي يوسف أنه يقطع اذا بلغت حليته نصابا لانها ليست من المصحف فتعتبر بانفرادها ولنا أنه ليس بمحرز لتأول واخذه يتأول القراءة فيه وهذا لان المقصود في المصحف القرآن لا الحلية والجلد والورق وهو لا يوصف بالمالية ووجوب القطع باعتبارها فصار ذلك شبهة وهذه الاشياء أتباع ولا معتبر بالتبع كمن سرق آنية فيها خمر أو ثريد أو غيره مما لا يجب فيه القطع وقيمة الاواني تبلغ نصابا فانه لا يقطع فيها لما أنها تبع فاذا لم يعتبر الاصل فأولى أن لا يعتبر التبع وهي على الخلاف فلا يصح الالزام وعلى هذا الخلاف ما لو سرق ثوبا لا يساوي عشرة وفيه فضة أو ذهب مضروب يزيد على النصاب لان المقصود هو الثوب فكان هو المنظور اليه بخلاف ما اذا سرق منديلا قد صر فيه ذلك حيث يقطع اجماعا لان المنديل يصر فيه عادة فكان ما فيه معتبرا اذ هو المقصود بالاخذ وفرقوا في مسئلة الثوب بين أن يكون عالما بما صر فيه وبين أن لا يكون عالما به فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره ولم يفرقوا في مسئلة الاواني ولو شرب الخمر في الدار أو اراقه ثم أخرج الآنية يقطع اجماعا قال رحمه الله (وباب مسجد) لعدم الاحراز كباب الدار بل أولى لانه يحرز بباب الدار ما فيها بخلاف باب المسجد قال رحمه الله (وصليب ذهب وشطرنج ونرد) لان من أخذها يتأول الكسر كما في المعازف بخلاف الدراهم التي عليها

(قوله وقال الشافعي يقطع في الفواكه الرطبة وعما يتسارع الخ) روى الحاكم في الكافي عن الحسن البصري قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قطع في طعام والمراد الطعام الذي لا يبقى ويتسارع اليه الفساد وما في ماليته قصور كاللحم والثمر بدليل وجوب القطع في الحنطة والسكر بالاجماع اه اتقاني (قوله لان ما يؤوى به الجرين هو اليابس من الثمار) أي وفيه القطع وهذا لان ثمار المدينة لا تؤوى الا يابسة فيكون مما يبقى بعد الايواء على عادتهم وكذا عندنا لا يقطع اذا صارت تمرا على رؤس الاشجار اه دراية (قوله وفيه القطع) أي في الرواية المشهورة عن أبي حنيفة وعنه أنه لا قطع فيها أيضا ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي اه اتقاني (قوله وفي القحط لا يقطع في الطعام) قال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الحنطة في سنبلها لان هذا مال ظاهر غير محرز فاذا كان محرزا يقطع الا اذا كان في عام السنة لا يقطع لانه سرق متأولا الى هذا الفقه يعني اذا كان في عام القحط لا يقطع سارق الحنطة وان كان محرزا لانه تأول دفع ضرورة المخمصة وقد جاء في حديث عمر لا قطع في عام سنة ولا في عذق معلق اه اتقاني (قوله بخلاف الاشربة المطربة) يقال أطربه فطرب والطرب أن يستخفك فرح أو حزن والمراد منها الاشربة المسكرة وبذلك صرح فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وانما لم يقطع منها لان بعضها حرام كالخمر يتأول سارقها اراقتها وبعضها مختلف في اباحته فيكون ذلك شبهة في سقوط القطع لان الاختلاف في اباحته يورث شبهة في عدم المالية اه اتقاني رحمه الله (قوله وفي مالية بعضها اختلاف) أي المنصف والباذق وماء الذرة والشعير فان كل مسكر حرام عند الشافعي كالخمر ولا مالية له اه معراج الدراية (قوله وفي المعازف) المعازف آلات يضرب بها الواحد عزف مثل فلس على غير قياس قال الازهري وهو نقل عن العرب واذا قيل المعزف بكسر الميم فهو نوع من الطنابير يتخذه أهل اليمن قال وغير الليث يجعل العود معزفا اه مصباح قال في شرح الطحاوي ولا قطع على سارق الملاهي كالدف والطبل والمزمار وغيرها لانه لا ضمان على كاسرها عند أبي يوسف ومحمد فأوجب قصورا في ماليتها فصار ذلك شبهة في عدم القطع وقال في الفتاوى الولوالجي رجل سرق طبلا للغزاة وهو يساوي عشرة تكلموا فيه والمختار أنه لا يقطع لانه كما يصلح للغزو يصلح للهو فتمكنت الشبهة اه اتقاني رحمه الله (قوله حتى يجوز بيعه) أي ولان ورقه مال وما كتب فيه ازداد به ولم ينتقص اه كمال (قوله فأوجبوا القطع في العالم به دون غيره) وعن أبي يوسف يقطع في الحالين لان سرقته تمت في نصاب كامل وقلنا السارق قصد اخراج ما يعلم به دون ما لا يعلم كذا في المبسوط اه دراية (قوله في المتن وباب مسجد) قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير فان اعتاد هذا الفعل أي سرقة أبواب المسجد فيجب أن يعزر ويبالغ فيه ويحبس حتى يتوب اه اتقاني (قوله في المتن وصليب ذهب) والصليب شيء مثلث تعبده النصارى اه اتقاني (قوله وشطرنج) بكسر الشين اه كاكي على وزن قرطعب اه اتقاني قال ابن الجواليقي في كتاب ما تلحن فيه العامة ومما يكسر والعامة تفتحه أو تضمه وهو الشطرنج بكسر الشين قالوا وانما كسر ليكون نظير الاوزان العربية مثل جردحل اذ ليس في الاوزان العربية فعلل بالفتح حتى يحمل عليه اه مصباح (قوله ونرد) أي وان كان من ذهب اه كاكي (قوله لان من أخذها يتأول الكسر كما في المعازف) ويضمن مثل ذهبه وزنا اه اتقاني

التمثال لانه ما أعد للعبادة بل للتمول فلا يثبت فيها تأويل الكسر وعن أبي يوسف رحمه الله اذا كان الصليب في مصلاهم لا يقطع وان كان في حرز يقطع لعدم الحرز في الاول ووجوده في الثاني قال رحمه الله (وصبي حر ولو معه حلي) لان الحر ليس بمال وما عليه تبع له فلا يعتبر ولانه يتأول اسكاته وقال أبو يوسف يقطع اذا كان عليه حلي يساوي النصاب وقد بينا الوجه من الجانبين في المصحف المحلى والاواني والخلاف في غير المميز وفي المميز لا يقطع اجماعا وان كان عليه حلي لانه خداع وليس بسرقة لما أن له يدا على نفسه وعلى ما في يده قال رحمه الله (وعبد كبير ودفاتر) بخلاف الصغير ودفتر الحساب لان سرقة العبد الكبير غصب وخداع والصغير ليس له يد معتبرة على نفسه وهو مال فيتحقق فيه السرقة والمراد بالصغير غير المميز وان كان مميزا فهو كالكبير لما بينا في الحر واستحسن أبو يوسف في غير المميز أيضا أنه لا يقطع لانه آدمي وان كان مالا من وجه وهو ما باعتبار جهة المالية فيه لوجود حد المالية فيه ولو كانت قيمته أقل من النصاب وفي اذنه شيء مثله يقطع باعتبار الضم والدفاتر المقصود ما فيها وهو ليس بمال ولا يقصد في دفاتر الحساب ما فيها اذ لا نفع فيه لغير صاحبه فكان المقصود هو الكاغد وفي دفاتر الادب روايتان في رواية ملحقة بالحساب لانه غير محتاج اليه اذ ليس فيه أحكام وفي رواية ملحقة بالاحاديث والتفسير والفقه فلا يقطع فيها اذ الحاجة اليها لمعرفة التفسير والاحكام ثابتة لان معرفتها تتوقف عليها ولان نفعها متعد وهي معدة لوقت الحاجة ولا يقصد بها التمول فصارت كغيرها من الدفاتر قال رحمه الله (وكلب وفهد) لان جنسهما يوجد مباح الاصل غير مرغوب فيه ولان اختلاف العلماء في مالية الكلب يورث شبهة ولو كان على الكلب طوق ذهب أو فضة لا يقطع علم به أو لم يعلم لانه تبع له كالصبي الحر اذا كان عليه حلي قال رحمه الله (ودف وطبل وبربط ومزمار) لان هذه الاشياء لا قيمة لها عندهما ولهذا لا يضمن متلفها ويجب كسرها عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان يجب الضمان على المتلف باعتبار صلاحيتها لغير اللهو لكن باعتبار مقصوده وهو اللهو أورث شبهة لان الآخذ يتأول النهي عن المنكر فيكفي ذلك لدرء الحد هذا اذا كان للهو وان كان الدف أو الطبل للغزاة اختلف المشايخ فيه قيل يقطع فيه لانه مباح لارهاب العدو به وقيل لا يقطع لانه يصلح لغيره من اللهو فأورث شبهة قال رحمه الله (وبخيانة ونهب واختلاس) لما روي عن جابر رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال ليس على خائن ولا منتهب ولا مختلس قطع رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصححه الترمذي ولان الحرز والاخفاء شرط القطع وعدما في الاول ولم يوجد الثاني في الاخيرين فانتفى ركن السرقة وشرطها فلم يقطع وما روي أنه عليه الصلاة والسلام قطع مخزومية كانت تستعير المتاع وتجحده محمول على انه منسوخ بما روينا أو على أنه سياسة لتكرار الفعل منها قال رحمه الله (ونبش) أي لا قطع بسبب نبش وهو قول ابن عباس رضي الله عنهما وقال الشافعي يقطع به وهو قول أبي يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام من نبش قطعناه ولانه سرق مالا متقوما يبلغ نصابا من حرز مثله فوجب القطع به اعتبارا بسائر أنواع الحرز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا قطع على المختفي وهو النباش بلغة أهل المدينة ولانه تمكن الخلل في السرقة والملك والمالية والحرز والمقصود وكل واحد منها يمنع القطع أما الاول فلان السرقة أخذ مال الغير على وجه يسارق عين حافظ قصد حفظه لكنه انقطع حفظه بعارض كنوم وغفلة والنباش

(قوله وعن أبي يوسف اذا كان الصليب في مصلاهم) أي موضع صلاتهم اه (قوله يقطع لعدم الحرز في الاول) أي لانه بيت مأذون في دخوله اه اتقاني (قوله في المتن وصبي حر) قيد به احترازا عن سرقة العبد الصغير كما يجيء اه كاكي (قوله في المتن وصبي حر ولو معه حلي) يعني لا قطع قال الاتقاني وهو ظاهر الرواية عن أصحابنا ولهذا لم يذكر الخلاف الحاكم الشهيد في الكافي وكذا لم يذكر شمس الائمة البيهقي الخلاف في الشامل في قسم المبسوط وصرح صاحب المختلف بانه ظاهر الرواية أيضا وروي عن أبي يوسف يقطع فعلى هذا كان ينبغي أن يقول صاحب الهداية وعن أبي يوسف يقطع اذا كان عليه حلي هو نصاب مكان قوله وقال أبو يوسف اه يعني والا أوهم أنه مذهبه المعول عليه وليس كذلك اه فتح والزيلعي رحمه الله تبع صاحب الهداية في التعبير بلفظ قال اه (قوله ولا يقصد في دفاتر الحساب) أي وهي دفاتر أهل الديوان اه اتقاني وفي الفوائد البدرية المراد بدفاتر الحساب دفاتر أهل العمل والحساب الذي أمضى حسابه فكان فيها ما لا يقصد بالاخذ اذ ليس فيه أحكام الشرع فكان المقصود الكواغد فيقطع اذا بلغت نصابا ذكره في المحيط اه دراية قوله الذي أمضى أما اذا لم يمض حسابه يكون غرضه الكاغد لا ما فيه فيقطع اه (قوله في المتن ودف) بضم الدال وفتحها اه (قوله وبربط) البربط وزان جعفر من ملاهي العجم ولهذا قيل معرب قال ابن السكيت وجماعة والعرب تسميه المزهر والعود اه مصباح (قوله قيل يقطع فيه) أي

 لانه مال متقوم اه كي (قوله وقيل لا يقطع) أي وهو الاصح اه اتقاني واختاره الصدر الشهيد اه كاكي وأيضا وهو المختار كذا في الفتاوى الولوالجية اه (قوله في المتن وبخيانة الخ) قال الامام الكردري الخائن ما يخون فيما في يده من الامانة كالمودع والخائنة للمؤنث والانتهاب أن يأخذ على وجه العلانية قهرا من بلدة أو قرية والاختلاس أن يأخذ من البيت بسرعة جهرا لا قطع فيه باجماع العلماء وفقهاء الامصار لعدم صدق السرقة عليها اه دراية

لا يسارق عين من يقصد حفظه وانما يسارق عين من لعله يهجم عليه فلا يكون في معناه ولهـذا اختص باسم آخر ولا يسمى سارقا فلا تتناوله آية السرقة وأما الثانى فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه لان الملك عبارة عن الاقتدار والاستيلاء والتمكن من التصرف والموت ينافيـه وأما الثالث فلان المال عبارة عما تميل اليه النفوس وتضن به وهو مخلوق لصالح الآدمى والطباع السليمة تنفر عنه فضلا عما تضن به وأما الرابع فلانه ليس بمحرز بالميت لانه لا يحرز نفسه فكيف يحرز غيره ولا بالقبر لانه حفرة فى الصحراء فلا يكون حرزا ولهذا لو دفن فيه مال آخر غير الكفن لا يقطع سارقه وأما الخامس فلان المقصود من شرع الحدود تقليل الفساد فيما يكثر وجوده وهذه الجناية نادرة فلا تحتاج الى الزاجر وما رواه غير مرفوع بل هو من كلام زياد وذكر فى آخره من قتل عبده قتلناه ومن جدع أنفه جدعناه ولا يكاد يثبت هـذا أبدا ولئن ثبت فهو محمول على السـياسة فيمن اعتاد ذلك ونحن نقول بذلك اذا رأى الامام فيـه مصلحة والذى يدل على ذلك أن نباشا أتى به مروان فسأل الصحابة عن ذلك فلم يبينوا له فيه شيأ فعزره أسواطا ولم يقطعه ولو كانت الآية تتناوله أو كان فيه حـديث مرفوع لبينوا له ولا احتاج هو الى مشاورتهـم ولا كانوا يتفقون على خلاف ذلك وما روى فيه من اختلاف الصحابة رضى الله عنهم ارتفع باجماع من كان فى عصره منهم وقوله من حرز مثله قلنا حرز المثل لا يختلف فى جنس واحد وانما يختلف باختلاف الاجناس كما اذا سرق دابة من اصطبل يقطع ولو سرق منه لؤلؤا لا يقطع وكذا لو سرق شاة من حظيرة يقطع ولو سرق منها ثوبا لا يقطع لان كلا منهـما حرز فى حق الدابة والشاة دون اللؤلؤ والثوب لاختلاف الجنس وفيما نحن فيه لو سرق منه ثوبا آخر غير الكفن لا يقطع فيـه ولو كان حرزا للكفن لقطع فيـه لاتحاد الجنس لان معنى الصيانة بالحرز لا يختلف فى جنس واحد ولا يقال لو لم يكن حرزا لكان تضييعا وبه يجب الضمان على الاب والوصى فى مال الصغير ولم يقل أحـد بوجوب الضمان عليهـما اذا كفنا الصغير من ماله فكان حرزا ضرورة لانا نقول لو كان حرزا لما ضمنا ثوبا آخر له غير الكفن بدفنه فيه وانما لا يضمنان بالتكفين لانه صرف الى حاجة الميت وبه لا يكون تضييعا كالقاء البـذر فى الارض وذبح الشاة للاكل وتناول الطعام لحاجته وان كان القبر فى بيت مغلق لا يقطع فى الاصح لما بينا من الخلل وكذا لو سرق من ذلك البيت مالا آخر غير الكفن لانه يتأول بالدخول فيـه زيارة القبر وكذا اذا سرق الكفن من تابوت فى القافلة وعلى هـذا ينبغى أن لا يقطع السارق من بيت فيه الميت لانه يتأول بالدخول فيـه تجهيزه وهو أظهر من الكل لوجود الاذن بالدخول فيه عادة قال رحمه الله (ومال عامـة أو مشترك) أى لا يقطع فى مال بيت المال أو فى مال للسارق فيه شركة لان له فيه شركة حقيقة أو شـبهة شركة فان مال بيت المال مال للمسلمين وهو منهـم واذا احتاج ثبت له الحق فيه بقدر حاجته فأورث ذلك شبهة والحدود تدرأ بها قال رحمه الله (ومثل دينه) أى لا يجب عليه القطع اذا سرق من مديونه قدر دينه من جنسه والدين حال لانه استيفاء لدينه وله ذلك من غير رضا من عليه اذا ظفر به وان كان الدين مؤجلا يقطع قياسا لانه لا يباح له أخذه فصار كأخـذه من غيره ولا يقطع استحسانا لان دينه ثابت فى ذمته والتأجيل لتأخير المطالبة وكذا اذا سرق زيادة على حقه لانه بمقدار حقه يصير شريكا فيه فيصـير شبهة وان سرق من خلاف جنس حقه فان كان نقدا لا يقطع فى الصحيح لان النقـدين جنس واحـد حكما ولهذا كان للقاضى أن يقضى به دينه من غـير رضا المطلوب ويضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة وان كان عرضا يقطع لانه ليس باستيفاء وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضى وعن أبى يوسـف أنه لا يقطع لاختلاف العلماء فيه فان عند ابن أبى ليلى له أن يأخـذه بدينه لوجود المجانسة من حيث المالية

(قوله فلانه لا يملكه الميت حقيقة لعجزه) أى ولا الوارث لانه لو نبش القبر وأخـذ الكفن يقطع عند الشافعى فلو كان مالكا له لم يقطع لان الانسان لا يقطع فى مال نفسه اه اتقانى (قوله ومن جدع أنفه) بالدال المهملة اه (قوله باجماع من كان فى عصره) أى فى عصر مروان من الصحابة اه (قوله وتناول الطعام لحاجته) أى لحاجة الصغير اه (قوله فان كان نقـدا لا يقطع) قال فى الهـداية ولو كان حقه دراهم فسرق دنانير قيل يقطع لانه ليس له حق الاخذ وقيـل لا يقطع لان النقود جنس واحد اه (قوله وانما هو استبدال فلا يتم الا بالتراضى) أى ولهذا اذا سلم اليه المديون العروض له أن يمتنع من ذلك بخلاف تسليم الدراهـم حيث يجبر فظهر الفرق بين جنس الحق وغيره وقال فى كتاب السرقة فان قال انما أردت أن آخذ العروض رهنا بحق أو قضاء بحق درئ عنه القطع وذلك لان فيـه اختلافا فعند ابن أبى ليلى له أن يأخذ خلاف جنس حقه لوجود المجانسة من حيث المالية وبه أخذ الشافعى واختلاف العلماء أورث شـبهة فى درء الحـد وهـذا ظاهـر الرواية عن أصحابنا وروى عن أبى يوسف أنه لا يقطع فى العروض وان لم يدع الاخـذ لحقه لكون اختلاف العلماء شـبهة اه اتقانى رحمه الله وكذا يقطع اذا سرق حليا من فضـة وحقه دراهم لانه لا يصـير قصاصا لحقه بل يصـير بمـا مبتدأ ولو سرق المكاتب أو العبد من غريم المولى قطع الا أن يكون المولى وكلهما بالقبض فحينئذ لا يجب القطع لان حق الاخـذ لهـما ولو سرق من غريم أبيه أو غريم ولده الكبير أو غريم مكاتبه أو غريم عبده المأذون المديون قطع لان حق الاخذ لغـيره ومن ولو سرق من غريم ابنه الصغير لا يقطع والمسائل مذكورة فى شرح القدورى والفتاوى الولوالجية وغيرهما اه اتقانى

ومن العلماء من يقول له أن يأخذه رهنا بحقه فأورث شبهة قلنا هذا قول لا يستند الى دليل ظاهر فلا يعتبر بدون اتصال الدعوى به حتى لو ادّعاه درئ الحد عنه لوجود الظن في موضع الاجتهاد قال رحمه الله (و بشئ قطع فيه ولم يتغير) أى لا يقطع بسرقة شئ كان قد سرقه من قبل وقطع فيه اذا لم يتغير عن حالته الاولى وان تغير بان كان غزلا فسرقه فقطع فيه ثم ردّه الى صاحبه فنسجه أو نحو ذلك ثم سرقه قطع فيه ثانيا والقياس أن يقطع وان لم يتغير عن حاله وهو قول الشافعى ورواية عن أبى يوسف لقوله عليه الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه من غير فصل ولانه سرق مالا معصوما كامل النصاب من حرز لا شبهة فيه فيقطع كالاولى بل أولى لتقدم الزاجر ولا إشكال فى عصمته ألا ترى أنه يضمنه بالغصب و بالاتلاف فصار كما اذا تغير عن حاله أو باعه من السارق ثم اشتراه منه ثم كانت السرقة ولنا أن القطع يستلزم سقوط عصمة المحل حقا للعبد على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى و بالرد الى المالك ان بقيت حقيقة العصمة بقيت فيه شبهة السقوط نظرا الى اتحاد المالك والملك والعين وبقاء السبب الموجب لسقوط عصمة ذلك المال وهو القطع فى ذلك المال فأورث شبهة ولان هذه الجناية وجودها نادر فتعرى الاقامة عن المقصود وهو تقليل الجناية ولان تحصيل الحاصل محال فصار نظير قذف المحدود فى القذف المقذوف الاول لان المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف قد حصل بالاول فلا حاجة الى الثانى بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها لانها صارت كعين أخرى حتى تبدل اسمها ويملكها الغاصب به وبخلاف ما اذا باعها من السارق ثم اشتراها منه ثم سرقها الاول لان تبدل الملك يوجب تبدل العين حكما فصارت كأنها تبدلت حقيقة أصله حديث بريرة أنه عليه الصلاة والسلام قال هو لها صدقة ولنا هدية فان قيل حدّ الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد فوجب أن يكون حدّ القذف كذلك قلنا حدّ الزنا يجب باعتبار المستوفى من منافع البضع والمستوفى فى الزنا الثانى غير المستوفى فى الاول لانه عرض لا يبقى فصار كشرب الخمر فان المشروب فى الثانى غير المشروب فى الاول أمّا حدّ السرقة فباعتبار العين وهى لا تختلف حتى لو اختلفت بأن تغيرت وجب عليه القطع ثانيا على ما بينا ولان حدّ الزنا لا تسقط به عصمة المحل و بحدّ السرقة تسقط فلا تعود الا بالتغير عن تلك الهيئة ولان هذا الحدّ لا يستوفى الا بخصومة فلا يتكرر بتكرر الخصومة من رجل واحد فى محل واحد كحدّ القذف بخلاف حدّ الزنا فانه لا تعتبر فيه الخصومة قال رحمه الله (و يقطع بسرقة الساج والقنا والآبنوس والصندل والفصوص الخضر والياقوت والزبرجد واللؤلؤ) لان هذه الاشياء من أعز الاموال وأنفسها وهى محرزة ولا توجد مباحة الاصل بصورتها فى دار الاسلام غير مرغوب فيها فصارت كالذهب والفضة وذكر فى شرح المختار أن لا قطع فى العاج ما لم يعمل فاذا عمل منه شئ قطع فيه ولا قطع فى الزجاج لان المكسور منه تافه والمصنوع منه يتسارع اليه الفساد وقيل فى المصنوع يقطع لانه مال نفيس لا يتسارع اليه الفساد الا بالتقصير فى الاحتراز غالبا و يقطع فى العود والمسك والادهان والورس والزعفران والعنبر لما ذكرنا فى الفصوص قال رحمه الله (والاوانى والابواب المتخذة من الخشب) لان الصنعة فيها غلبت على الاصل والتحقت بالصنعة بالاموال النفيسة حتى تضاعفت قيمتها وخرجت من أن تكون تافهة ولهذا تحرز بخلاف المتخذ من الحشيش والقصب لان الصنعة لم تغلب فيه حتى لا تتضاعف قيمته ولا يحرز حتى لو غلبت فيه الصنعة كالحصر البغدادية والجرجانية والعبدانية والاوانى التى تتخذ للبن والماء من الحشيش فى

(قوله حتى لو ادعاه) أى الاخذ بحقه أو الرهن اه (قوله المقذوف الاول) وفى المرغينانى هذا اذا قذفه بعين ذلك الزنا أما لو نسبه الى غير ذلك الزنا يحد ثانيا وقد مر فى حد القذف اه دراية (قوله بخلاف ما اذا تغيرت عن حالها) أى كما لو كان قطنا فصار غزلا أو كان غزلا فصار ثوبا يقطع بالاجماع لان العين بتبدلها عن حالها صارت فى حكم عين أخرى فلو سرق عينا وقطع فيها ثم سرق عينا أخرى يقطع ثانيا فكذا هنا ولهذا ينقطع حق المالك عن المغصوب بفعل الغاصب هكذا قال (قوله ثم سرقها الاول) أى السارق الاول اه (قوله لان المشترى الاول) وهو السارق اه (قوله حد القذف) كذا بخط الشارح وصوابه حد السرقة وقوله أما حد السرقة الخ يؤيد ما قلناه اه قال فى الدراية فان قيل حد السرقة خالص حق الله تعالى كحدّ الزنا وحد الزنا يتكرر بتكرر الفعل فى محل واحد حتى لو زنى بامرأة فحد ثم زنى ثانيا بتلك المرأة يحد فينبغى أن يكون حد السرقة كذلك بخلاف حد القذف فان فيه حق العبد وقد حصل المقصود وهو اظهار كذب القاذف ودفع العار عن المقذوف بالمرة الاولى فلا يحتاج اليه ثانيا قلنا فى حد الزنا يجب باعتبار أن حرمة المحل لا تسقط فى حقه باستيفاء الحد منه فى المرة الاولى بخلاف المالية والتقوم الذى هو حق المالك فى العين فانه سقط اعتباره باستيفاء القطع من السارق ولان هذا حق لا يستوفى الا بخصومة المالك أو نائبه ولا يتكرران بخصومة فى محل واحد كحد القذف بخلاف حد الزنا فانه لا يعتبر فيه الخصومة كذا فى المبسوط اه (قوله فى المتن والابواب المتخذة من الخشب) يعنى ولا يقطع فى الخشب (١) الا فى خمسة الساج والسيج والعود والخلنج والصندل والآبنوس وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه يقطع فى الصنوبر كذا بخط الشارح

---

(١) قوله الا فى خمسة الخ هكذا فى الاصل والمعدودستة كما ترى فحرر اه مصححه

﴿فصل في الحرز﴾ لما فرغ من ذكر المسروق الذي يجب فيه القطع أو لا يجب فيه والمسروق هو المال شرع في بيان الحرز لان الحرز شرط وجوب القطع الا أنه أخر ذكره لان الحرز أمر خارج عن المال والحرز في اللغة الموضع الحريز وهو الموضع الذي يحرز فيه الشئ أي يحفظ وفي الشرع ما يحفظ فيه المال عادة كالدار والحانوت والخيمة أو الشخص بنفسه والمراد من الحرز ما لا يعد صاحبه مضيعا اه اتقاني (قوله وحمام) أي نهارا اه مجمع (قوله وبيت الخ) بعد قوله وحمام تعميم بعد تخصيص اه (قوله وفي غير الولاد من الاقارب) كالاخ والاخت والعم والخال فعندنا لا يجب القطع وعند الشافعي يجب القطع لظاهر قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما ولان ملك أحدهما باين الملك الآخر فيجب القطع لوجود سرقة من حرز كامل ولنا أن القطع لا يجب الا بأخذ المال وهتك الحرز ولم يوجد هتك الحرز لوجود الاذن بالدخول فلا يبقى المال محرزا في حق السارق ألا ترى الى قوله تعالى ليس على الاعمى حرج ولا على الاعرج حرج ولا على المريض حرج ولا على أنفسكم أن تأكلوا من بيوتكم أو بيوت آبائكم أو بيوت أمهاتكم أو بيوت اخوانكم أو بيوت اخواتكم أو بيوت أعمامكم أو بيوت عماتكم أو بيوت أخوالكم أو بيوت خالاتكم أو ما ملكتم مفاتحه أو صديقكم فان قلت الآية تدل على اباحة الاكل لا اباحة الدخول قلت الاكل في البيت لا يكون الا بالدخول فيه فدل إباحة الاكل في البيت على إباحة الدخول فيه ومع اباحة الدخول فيه لا يكون الحرز ثابتا فان قلت كيف يصح استدلالكم بهذه الآية وقد قال تعالى فيها أو صديقكم ومع هذا لو سرق من بيت الصديق قطع قلت لما سرق ظهر أنه لم يكن صديقا بل كان عدوا بخلاف ما اذا سرق من أخيه أو عمه أو خاله لا يقال لم تبق الاخوة أو العمومة أو الخؤولة أو القرابة بالسرقة فظهر الفرق والجواب عن آية السرقة فنقول انها مخصوصة بالاجماع قد خص منها الصبي والمجنون وقرابة الولاد وغير الحرز ومال فيه شركة للسارق ونحو ذلك فلما كان كذلك قلنا هذا مال غير محرز في حق السارق لوجود الاذن بالدخول فلا يقطع كما فلوجود اذا سرق من المسجد اه اتقاني (قوله خلاف الشافعي) أما قرابة الولاد فلا قطع فيها بالاجماع اه اتقاني (قوله وبالعكس يقطع) أي كما اذا سرق مال ذي الرحم المحرم من غير بيت ذي الرحم المحرم اه (قوله لا حاجة الى اخراجه) لك أن تقول بل يحتاج اليه لان ابن العم مثلا أو ابن الخال اذا كان أخا من الرضاع يصدق عليه أنه ذو رحم محرم فيدخل تحت قوله ذي رحم محرم فأفاد المصنف رحمه الله بقوله لا برضاع أنه لا بد أن تكون المحرمية من جهة النسب هذا ما ظهر لي حال المطالعة اه ثم رأيت البدر العيني رحمه الله أجاب عن المصنف رحمه الله بمثل ما ظهر لي ولله الحمد على الموافقة اه (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يقطع الخ) قال في شرح الطحاوي ولو سرق من أمه من الرضاع أو من أبيه من الرضاع وجب القطع وهذا ظاهر الرواية عن أصحابنا وروى عن أبي يوسف في شرح القدوري أنه لو سرق من أمه رضاعا لا يقطع اه (قوله قلنا كل ذلك) أي من الرضاع اه (قوله فلا يوجب البسوطة) هذا جواب عن قول أبي يوسف انه يدخل على الام من الرضاع من غير استئذان يعني بينهما انبساط في دخول المنزل فلا يقطع فقال الرضاع قليل اشتهاره عادة فلا انبساط بينهما حينئذ لعدم اشتهار الرضاع احترازا عن الوقوف في موقف التهمة بخلاف الام من النسب فان النسب أمر مشتهر فالانبساط متحقق لا محالة اه (قوله وأما اذا سرق أحد الزوجين من الآخر) فان قلت أحد الزوجين ربما يحرز ماله عن الآخر قلت نعم لكن لا يمنع ذلك التبسط في المنزل

السودان يقطع فيها لما ذكرنا وانما يقطع في الابواب اذا كانت في الحرز وكانت خفيفة لا يثقل حملها على الواحد لانه لا يرغب في سرقة الثقيل من الابواب وان كانت مركبة على الباب لا يقطع فيها لانها لا تكون محرزة به بل هي حرز لغيرها لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال ويصير المال به محصنا وهي بهذه المثابة فلا تكون محرزة بالتركيب والله أعلم

﴿فصل في الحرز﴾ قال رحمه الله (ومن سرق من ذي رحم محرم منه لا برضاع ومن زوجته وزوجها وسيده وزوجة وزوج سيدته ومكاتبه وختنه وصهره ومن مغنم وحمام وبيت اذن في دخوله لم يقطع) لوجود الشبهة في كل واحد منها أما الاول وهو ما اذا سرق من ذي رحم محرم منه فالبسوطة في دخول الحرز عادة ولهذا يدخل عليهم من غير استئذان وأباح الشرع النظر الى مواضع الزينة الظاهرة وجرت البسوطة في الانتفاع بمال الاصول والفروع وتجب نفقته فيه اذا كان فقيرا فكانت الشبهة فيه ظاهرة وهي كافية لدرء الحد بخلاف الصديق لانه بالاخذ من ماله على وجه السرقة عاداه فلم يبق صديقا له وفي غير الولاد من الاقارب خلاف الشافعي لانه يلحقها بالاجانب وقد بيناه في النفقة والعتاق ولو سرق من بيت ذي الرحم المحرم مال غيره لا يقطع لعدم الحرز وبالعكس يقطع لوجوده وينبغي أن لا يقطع في الولاد لما ذكرنا من الشبهة في ماله وقوله لا برضاع لا حاجة الى اخراجه لانه لم يدخل في ذي الرحم المحرم وانما يقطع فيه لعدم ما ذكرنا فيه من الشبهة وعن أبي يوسف أنه لا يقطع اذا سرق من أمه من الرضاع لانه يدخل عليها عادة من غير استئذان بخلاف أخته من الرضاع لعدم هذا المعنى قلنا كل ذلك لا يشتهر فلا يوجب البسوطة والمحرمية بدون القرابة لا تحترم كما اذا ثبتت بالزنا ولهذا يقطع اذا سرق من أخيه من الرضاع وأما اذا سرق أحد الزوجين من الآخر أو سرق العبد من سيده أو زوجة سيده أو زوج سيدته

فيمتنع القطع لوجود التبسط كما اذا أحرز الاب ماله عن ابنه فسرق الابن اهـ اتقانى (قوله فانعدم الحرز) وقد روى عن عمر رضى الله عنه انه أتى بغلام سرق مرآة لامرأة سيده قال ليس عليه شئ خادمكم سرق متاعكم ذكره مالك فى الموطا فاذا لم يقطع خادم الزوج فالزوج أولى اهـ اتقانى (قوله حيث لا يكون له الرجوع فيها) قال فى غاية البيان ولو سرق من امرأته أو المرأة من زوجها ثم طلقها قبل الدخول بها فبانت من غير عدة فلا قطع على واحد منهما اهـ (قوله أو سرقت هى منه لا تقطع) قال الاتقانى وان كانت منقضية العدة يجب القطع اهـ (قوله ولو سرق رجل من أجنبية الخ) قال الاتقانى رحمه الله ولو سرق من أجنبية ثم تزوجها لم يجب القطع عليه سواء قضى بالقطع عليه أم لم يقض فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا قضى عليه بالقطع تقطع يده اهـ (قوله فالنفس) كذا بخط الشارح وصوابه فالمال وقد صرح بذلك فى معراج الدراية وغيرها اهـ (قوله والمكاتب فيه) أى فيما سرق من مولاه كالقن اهـ وكذا المدبر عبد مأذون المولى ولا قطع على العبد فى مال سيده لما بينا اهـ اتقانى (قوله له حقا فى أكسابه) أى ولان مال المكاتب موقوف عليه وعلى مولاه لانه ان أدى بدل الكتابة فهو له وان عجز عنه فهو للمولى ولا قطع فى المال الموقوف على السارق وعلى غيره كما اذا سرق أحد المتبايعين ما شرط فيه الخيار اهـ اتقانى (قوله وأما اذا سرق من ختنه) سيأتى فى الشارح فى الوصية أن الاصهار كل ذى رحم محرم من امرأته وأن الاختان زوج كل ذى رحم محرم منه اهـ (قوله وأما اذا سرق من مغنم) قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى ولا قطع على من سرق من الغنائم وأطلق الرواية كما أطلق الرواية فى مختصر القدورى وينبغى أن يكون المراد من السارق من الغنيمة من له نصيب من الغنيمة فى أربعة الاخماس أو فى الخمس كالغانمين أو اليتامى والمساكين وابن السبيل أما غيرهم فلا نصيب له فى الغنيمة فينبغى أن يقطع لانه سرق مالا مستتما لا حق له فيه من حرز لا شبهة فيه فيقطع بخلاف السارق من بيت المال فانه معد لمصالح عامة المسلمين وهو منهم فصار كما لو فيه شركة للسارق فلا يقطع اللهم الا أن يقال ان مال الغنيمة مباح أخذه فى الاصل لكل أحد وهو بعد على صورته التى كان عليها ولم يتغير فصار بقاؤه على صورته شبهة فسقط القطع والمغنم الغنيمة اهـ (قوله وقال إن له فيه نصيبا) قال الاتقانى وقول على رضى الله عنه يدل على ماقلنا اهـ

فلوجود الاذن بالدخول عادة فانعدم الحرز ولو أبانها بعد السرقة وانقضت عدتها ثم رفع الامر الى القاضى لا يقطع لان السرقة انعقدت غير موجبة للقطع فلا تنقلب موجبة كما اذا وهبها ثم أبانها حيث لا يكون له الرجوع فيها ولو سرق من امرأته المبتوتة فى العدة أو سرقت هى منه لا يقطع لان الخلطة بينهما قائمة اذ الدخول مباح للاطلاع صيانة لمائه أو لوجوب السكنى عليها حيث يسكن وقيل يقطع اذا كان المنزل للمسروق منه دون السارق لان كلا منهما ممنوع عن الخلوة بصاحبه فحرم الدخول عليه كما بعد انقضاء العدة ولو سرق رجل من أجنبية أو امرأة من أجنبى ثم تزوجها قبل القطع لا يقطع لوجود الشبهة قبل الامضاء فصار كما اذا ملك المسروق فى تلك الحالة بخلاف ما اذا وهب لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يسقط الرجوع لان المعترض شبهة الملك والشبهة توجب سقوط الحد دون الرجوع بخلاف الوصية حيث تعتبر فيها حالة الموت لا غير لما عرف فى موضعه وعن محمد أنه اذا تزوجها بعد القضاء يقطع وكذا لو سرق أحدهما من حرز للآخر لا يسكنان فيه لوجود البسوطة بينهما فى الاموال عادة ودلالة ذلك أنها لما بذلت نفسها وهى أنفس من المال فالنفس أولى ولهذا لا تقبل شهادة كل واحد منهما للآخر والعبد فى هذا ملحق بمولاه حتى لا يقطع فى سرقة لا يقطع فيها المولى كالسرقة من أقارب المولى وغيرهم لانه مأذون له بالدخول عادة فى بيوت هؤلاء لاقامة المصالح والمكاتب فيه كالقن لانه عبد ما بقى عليه درهم وكذا المأذون له فى التجارة وأما اذا سرق من مكاتبه فلان له حقا فى أكسابه ولهذا لا يجوز له أن يتزوج أمة مكاتبه فتحققت الشبهة وأما اذا سرق من ختنه وصهره فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يقطع لهما أن العادة قد جرت بالبسوطة فى دخول بعضهم منازل بعض بلا استئذان فتمكنت الشبهة فى الحرز ولهما أنه لا شبهة فى ملك البعض لانها تكون بالقرابة ولا قرابة والحرمية بالمصاهرة كالحرمية بالرضاع وعلى هذا الخلاف اذا سرق من كل من يحرم عليه بالمصاهرة وأما اذا سرق من مغنم فلما روى عن على رضى الله عنه أنه أتى برجل سرق من المغنم فدرأ عنه الحد وقال ان له فيه نصيبا وأما اذا سرق من الحمام أو من بيت أذن للناس بالدخول فيه فلاختلال الحرز بالاذن فى الدخول وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه اذا سرق ثوبا من تحت رجل فى الحمام يقطع كما لو سرق من المسجد وصاحبه عنده والفرق على الظاهر أن الحمام بنى للاحراز فكان حرزا فلا يعتبر الحافظ كالبيت بخلاف المسجد لانه ما بنى لاحراز الاموال فلم يكن محرزا بالمكان فيعتبر الحافظ كالطريق والصحراء ألا ترى أنه اذا سرق من الحمام فى وقت لا يؤذن للناس بالدخول فيه يقطع وفى المسجد لا يقطع مطلقا وحوانيت التجار والخانات كالحمام لانها بنيت للاحراز والاذن مختص بوقت التجارة ثم لابد من الحرز لان الاختفاء لا يتحقق بدونه وهو على نوعين حرز لمعنى فيه وهو المكان المعد

لاحرازالاموال كالدور والبيوت والصناديق وأمثال ذلك وحرز بالحافظ كمن جلس على الطريق أو المسجد وعنده متاعه وهو محرز به وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم سارق رداء صفوان من تحت رأسه وهو نائم في المسجد وفي الحرز بالمكان لا يعتبر الاحراز بالحافظ في الصحيح لان الحرز به فوق الحرز بالحافظ لان الحرز ما يمنع وصول اليد الى المال وبه امتنع مع اختفائه فيه عن أعينهم فكان الحرز بالحافظ دونه فيكون كالبدل عنه فلا يعتبر حال وجود الاصل حتى لو أذن له في الدخول فيه فسرق منه وصاحبه عنده حاضر لا يقطع لان الحافظ لا يعتبر مع الحرز بالمكان وذلك قد سقط بالاذن ولو كان باب الدار مفتوحا بالنهار فسرق لا يقطع لانه مكابرة وليس بسرقة ولو كان في الليل بعد انقطاع انتشار الناس قطع ذكره في شرح المختار وفي المحيط الفشاش وهو الذي يهيئ لغلق الباب ما يفتحه ففش بابا في الدار أو في السوق نهارا وليس في الدار ولا في السوق أحد لم يقطع وان كان فيها أحد من أهلها وأخذ المتاع وهو لا يعلم به يقطع ومثله في البدائع وأوجب القطع في الهداية في الخانات وفي الحوانيت ليلا لا نهارا مطلقا هذا في المفتوحة وفي المغلقة يقطع مطلقا في الاصح والاخراج من الحرز شرط لوجوب القطع في المحرز بالمكان لقيام يده قبله وفي الحافظ يكتفي بمجرد الاخذ لزوال يد المالك به فتتم السرقة ولا فرق بين أن يكون الحافظ مستيقظا أو نائما عنده في الصحيح واطلاق القدوري بقوله وصاحبه عنده يدل على ذلك وقيل لا يكون محرزا في حال نومه الا اذا كان تحت جنبه أو تحت رأسه وجه الاول أن المعتبر الاحراز وقد حصل به فان الناس يعدون النائم عند متاعه حافظا له لا مضيعا ولهذا لا يضمن المودع والمستعير بمثله قال رحمه الله (ومن سرق من المسجد متاعا وربه عنده قطع) لما روينا وذكرنا من المعنى قال رحمه الله (وان سرق ضيف ممن أضافه أو سرق شيأ ولم يخرجه من الدار لا) أي لا يقطع لان البيت في حق الضيف لم يبق حرزا لكونه مأذونا له في دخوله فصار بمنزلة أهله والدار بما فيها في يد صاحبها في المعنى وهي كلها حرز واحد فلا بد من الاخراج منها ليتحقق الاخذ من كل وجه بخلاف الغصب حيث يجب عليه الضمان بالاخذ وان لم يخرجه من الدار في الصحيح لانه يجب مع الشبهة هذا اذا كانت الدار صغيرة لا يستغني أهل البيوت عن الانتفاع بصحنها فانها حينئذ تكون كلها حرزا واحدا حتى لو أذن له في دخولها فسرق من البيت لا يقطع وان كانت كبيرة فسرق منها وأخرجه الى صحنها يقطع وان لم يخرجه منها على ما يجيء من قريب قال رحمه الله (وان أخرجه من حجرة الى الدار أو أغار من أهل الحجرة على حجرة أو نقب فدخل وألقى شيأ في الطريق ثم أخذه أو حمله على حمار فساقه وأخرجه قطع) لتحقق السرقة في هذه الجملة أما اذا أخرجه من حجرة الى الدار أي الى صحنها فلان الاخراج من الحرز قد تحقق فيترتب عليه موجبه وهذا اذا كانت الدار كبيرة وفيها مقاصير أي حجر ومنازل وفي كل مقصورة مكان يستغني به أهله عن الانتفاع بصحن الدار وانما ينتفعون به انتفاع السكة فيكون اخراجه اليه كاخراجه الى السكة لان كل مقصورة حرز على حدة اذ لكل مقصورة باب وغلق على حدة ومال كل واحد محرز بمقصورته فكانت المنازل بمنزلة دور في محلة وأما اذا أغار من أهل الحجرة على أهل حجرة أخرى فالمراد به اذا كانت الدار كبيرة لانها بمنزلة المحلة وان كانت صغيرة بحيث لا يستغني أهل المنازل

(قوله كالدور والبيوت والصناديق) أي والحانوت والخيمة والجرين اهـ اتقاني (قوله سارق رداء صفوان) أي ابن أمية اهـ (قوله وهو نائم في المسجد) ذكر ذلك في الموطا والسنن أيضا اهـ اتقاني (قوله ولهذا لا يضمن المودع) وفي فتاوى الظهيرية انما لا يجب الضمان على المودع فيما اذا وضع الوديعة بين يديه فيما اذا نام قاعدا أما اذا نام مضطجعا فعليه الضمان وهذا اذا كان في الحضر أما في السفر لا ضمان عليه نام قاعدا أو مضطجعا اهـ دراية (قوله وأما اذا أغار) (٢٣٢) قال الاتقاني قال صاحب المغرب أغار لفظ شمس الائمة الحلواني والصيرى وهو من أغار على العدو وأما لفظ محمد وان أعان يعني بالعين المهملة والنون وهو الاوجه لان الاغارة تدل على الجهر والمكابرة والسرقة على الخفية وللاول وجه أيضا عندي أن يدخل اللص مكابرة بالليل جهرا ويخرج المال فانه يقطع لوجود الخفية عن أعين الناس ويحتمل أن يكون ذلك اللفظ أيضا رواية عن محمد لان شمس الائمة الحلواني مع تبحره في العلوم لاسيما الفقه ليس ممن يتهم في هذا القدر والاغارة جاءت بمعنى الاسراع والعدو أيضا قال الفرزدق

رأونا فوقهم ولنا عليهم … صلاة الرافعين مع المغير

يقول اذا اجتمع الناس بالموسم رأونا أعلاهم والمغير المسرع وهذا من قول أبي سيارة عميلة بن خالد العدواني وكان يدفع بالناس من المزدلفة على حمار أربعين سنة فضربت العرب بحماره المثل فقالوا أصح من عير أبي سيارة وكان يقول أشرق ثبير كيما نغير فعلى هذا يكون معناه أسرع انسان وعدا من مقصورة على مقصورة فسرق منها قطع وجاء أغار الحبل أي فتله فتلا شديدا ذكره في ديوان الادب وغيره والفتل يستعمل في الخادعة ويجوز أن يستعمل ما في معناه فيها أيضا ألا ترى الى ما جاء في حديث الزبير أنه سأل أم المؤمنين عائشة الخروج الى البصرة فأبت عليه فما زال يفتل في الذروة والغارب حتى أجابته الذروة أعلى السنام والغارب مقدمه هو مثل يقال ما زال يفتل في ذروته أي يخادعه حتى يزيله عن رأي هو عليه كذا قال الاصمعي فعلى هذا يكون معناه اذا احتال وخادع انسان من أهل مقصورة على مقصورة أخرى فسرق منها قطع اهـ كلام الاتقاني رحمه الله وقال الكمال يريد دخول مقصورة على غرة فأخذ بسرعة يقال أغار الفرس والثعلب في العدو اذا أسرع اهـ

عن الانتفاع بصحن الدار بل ينتفعون به انتفاع المنازل فهي بمنزلة مكان واحد فلا يقطع الساكن فيها ولا المأذون له بالدخول فيها اذا سرق من بعض مقاصيرها وأما اذا نقب ودخل الخ فلانه هتك الحرز بالدخول وتمت السرقة بالاخراج والاخذ وفيه خلاف زفر رحمه الله هو يقول الالقاء غير موجب للقطع وكذا الاخذ من الطريق فصار كما لو ألقاه في الطريق ولم يأخذه أو أخذه غيره من الطريق ولنا أنه حيلة معتادة بين السراق لتعذر الخروج مع المتاع أو ليمكنه الدفع والفرار ولم يعترض عليه يد معتبرة فصار الكل فعلا واحدا وهذا لان يده ثبتت عليه بالاخذ ثم بالرمي لم تزل يده حكما ألا ترى أن من سقط منه مال فأخذه غيره ليرده على صاحبه ثم رده الى موضعه لم يضمن لانه في ذلك الموضع في يد صاحبه حكما فكأنه رده الى يده حقيقة فاذا أبقى يده حكما وتأكد ذلك بالاخذ يقطع بخلاف ما اذا لم يأخذه لانه مضيع لا سارق وهذا لان رميه متردد بين أن يكون التضييع لان منهم من يقصد التضييع على صاحبه وبين أن يكون حيلة لاتمام الاخذ وأيهما فعل تبين أن الرمي كان لذلك وأما اذا حمله على حمار الخ فلان سير الحمار مضاف اليه بسوقه ولهذا يضمن السائق ما أتلفت الدابة ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع وفي قوله فساقه اشارة اليه ولو ألقاه في نهر في الدار فان كان الماء ضعيفا وأخرجه بتحريك السارق قطع لان الاخراج مضاف اليه وان أخرجه الماء بقوة جريه لم يقطع وقيل يقطع وهو الاصح لانه أخرجه بسببه ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وان ناول آخر من خارج أو أدخل يده في بيت وأخذ أو طر صرة خارجة من كم أو سرق من قطار بعيرا أو حملا لا) أى لا يقطع في هذه الاشياء كلها لعدم الحرز أو لعدم هتكه أما الاول وهو ما اذا ناول آخر من خارج البيت ومراده اذا نقب ودخل وناول المتاع غيره فلان القطع يجب بهتك الحرز والاخراج ولم يوجدا في كل واحد منهما اذ الخارج لم يوجد منه الهتك والداخل لم يوجد منه الاخراج وان وجد باخراج يده فقد بطل باعتراض يد الآخر عليه فلم تتم السرقة في كل واحد منهما وعن أبي يوسف أن على الداخل القطع على كل حال لان الهتك تم منه فصار المال مخرجا بفعله أو بمعاونته وأما الخارج فان أدخل يده يقطع لوجود الاخراج من الحرز وان لم يدخل يده ولكن الداخل أخرج يده وناوله لا يقطع لعدم الهتك والاخراج منه وعن أبي يوسف رواية أخرى ان الخارج اذا أدخل يده وأخذ المتاع يقطع لحصول المقصود ذكرها في البدائع وهو أشبه بمذهبه على ما يأتي بيانه وأما اذا أدخل يده في بيت يعني من النقب وأخذ المتاع فلما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال اللص اذا كان ظريفا لا يقطع قيل كيف ذلك قال أن ينقب البيت ويدخل يده ويخرج المتاع من غير أن يدخله ولان هتك الحرز معتبر لايجاب القطع وفي الحدود يراعى كمال السبب والشروط احتيالا للدرء وأكمل جهة هتك الحرز بالدخول فيشترط بخلاف الصندوق والجيب والكم ونحوه لان الممكن فيها ادخال اليد لا الدخول فيشترط الممكن لا غير للتعذر وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول ان السرقة أخذ المال من الحرز على الخفية وقد تحقق بادخال يده كما تحقق بدخوله بنفسه والدخول وسيلة اليه فلا يعتبر عند حصول المقصود بغيره كما في الصندوق ونحوه والحجة عليه ما ذكرنا والفرق ما بينا وحصول المقصود بغير هتك الحرز لا يوجب القطع ألا ترى أنه لو شق جوالقا فتبدد ما فيه من الدراهم فأخذه لا يقطع وان حصل مقصوده لعدم الهتك وان أدخل يده فأخذ يقطع لوجود الهتك وأما اذا طر صرة خارجة من الكم فلان الرباط من خارج فبالطر يتحقق الاخذ من الظاهر فلم يوجد هتك الحرز وهو المعتبر في الباب وان كانت الصرة داخلة فطرها وأخذها قطع لان الرباط من داخل فبالطر تبقى الصرة داخل الكم فيتحقق الاخذ من الداخل فوجد الهتك ولو كان مكان الطر حل الرباط ينعكس الحكم لانعكاس العلة وعن أبي يوسف أنه يقطع في الاحوال كلها لانه محرز بالكم أو بصاحبه قلنا لا يعتبر الحرز بالحافظ الا اذا كان يحفظه من السراق وبعد

(قوله فصار الكل فعلا واحدا) اى بخلاف ما اذا أخذه غيره حيث لا قطع عليه لانه لم يأخذه من الحرز وليس على السارق ايضا قطع حينئذ لانه باعتراض يد الآخر لم تبق يده قائمة على السرقة حين الخروج وقد خرج ولا مال في يده لا حقيقة ولا حكما فصار كما لو استهلكه في الحرز ثم خرج اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ثم بالرمي لم تزل يده حكما) أى لعدم اعتراض يد أخرى على يده اهـ كاكي (قوله ثم رده الى موضعه لم يضمن) سيأتي في باب اللقطة بأتم من هذا اهـ (قوله ولهذا يضمن السائق الخ) وفي مبسوط أبي اليسر وكذا لو علقه على عنق كلب فزجره يقطع ولو خرج من غير زجر لا يقطع اهـ كاكي (قوله ولو لم يسقه وخرج بنفسه لا يقطع) أى لان للبهيمة اختيارا لنفسها اهـ كاكي قال في خلاصة الفتاوى ولو ذهب السارق الى منزله فخرج الحمار بعد ذلك حتى جاء الى منزله لا يقطع وكذا لو علق شيئا على طائر وتركه ثم طار الى منزله اهـ اتقاني (قوله وان أخرجه الماء بقوة جريه لا يقطع) كذا في شرح الاتقاني نقلا عن الخلاصة واقتصر عليه اهـ (قوله وأخذ المتاع) أى من غير مناولة الداخل اهـ (قوله وأما اذا طر صرة) الطر الشق ومنه الطرار والصرة الهميان والمراد من الصرة هنا نفس الكم المشدود فيه الدراهم اهـ كاكي (قوله لانه محرز بالكم) أى في صورة طرها خارج الكم اهـ كاكي (قوله أو بصاحبه) أى في صورة طرها داخل الكم اهـ كاكي

(قوله لاقطع فى حريسة الجبل) وحريسة الجبل هى الشاة المسروقة مما يحرس فى الجبل وقيل هو من قولهم للسارق حارس على سبيل التعكيس وفى التكملة حرسني شاة أى سرقها حريسى اهـ مغرب (قوله أو سيفه) أى وهو مستيقظ غير غافل اهـ

﴿فصل فى كيفية القطع واثباته﴾ ظاهر ترتيبه على بيان نفس السرقة وتفاصيل المال والحرز لانه حكم سرقة المال الخاص من الحرز فيتعقبه فالقطع لما تلونا من قبل وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما والمعنى يديهما وحكم اللغة أن ما أضيف من الخلق الى اثنين لكل واحد واحد منهما يجمع مثل قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقد يثنى وقال ظهراهما مثل ظهور الترسين * والافصح الجمع اهـ اتقانى (قوله فى المتن من الزند) قال فى الصحاح الزند موصل طرف الذراع فى الكف وهما زندان الكوع والكرسوع اهـ قال الاتقانى والكوع طرف الزند الذى يلى الابهام والكرسوع طرف الزند الذى يلى الخنصر اهـ (قوله وهى مشهورة) قال الكمال وأما كونها اليمين فبقراءة ابن مسعود فاقطعوا أيمانهما وهى مشهورة فكان خبرا مشهورا فيقيد اطلاق النص فهذا من تقييد المطلق لا من باب المجمل لان الصحيح أنه لا اجمال فى فاقطعوا أيديهما وقد قطع رسول الله صلى الله عليه وسلم اليمين وكذا الصحابة فلو لم يكن التقييد مرادا لم يفعله ولو كان يقطع اليسار وذلك لان اليمين أنفع من اليسار لانه يتمكن بها من الاعمال وحدها ما لا يتمكن به من اليسار فلو كان الاطلاق مرادا والامتثال يحصل بكل لم يقطع الا اليسار على عادته من طلب الايسر لهم اهـ وقوله فهذا من تقييد المطلق الخ فيه رد لما قاله الاتقانى حيث قال فان قلت الزيادة على النص نسخ عندنا فلهذا لا تجوز الزيادة بخبر الواحد فكيف جازت بقراءة عبد الله قلت لا نسلم أنها خبر الواحد وقراءته كانت مشهورة الى زمن أبى حنيفة والزيادة بالمشهور جائزة ولئن سلمنا أنها خبر الواحد فنقول خبر الواحد يجوز أن يكون بيانا لمجمل الكتاب والكتاب مجمل فى حق المقدار وفى حق اليمين أيضا لاحتمال ارادة الشمال فالتحقت قراءته بالكتاب بيانا له على ان المراد اليمين لا الشمال اهـ (قوله لان البطش يقع بها) أى والاخذ أى ربما فتقطع الاصابع لازالة التمكن من الاخذ والبطش اهـ (قوله ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ) قال الاتقانى ولنا ان اليد ذات مقاطع ثلاثة وهى الرسغ والمرفق والمنكب وكل منها يحتمل أن يكون مرادا فزال الاحتمال ببيان النبى صلى الله عليه وسلم حيث أمر بقطع اليد اليمنى من الزند ولان مفصل الزند وهو الرسغ متيقن به لكونه أقل فيؤخذ به لان العقوبات لا تثبت بالشبهة وفيما زاد على الرسغ شبهة فلا تثبت وانما كان مفصل الزند من اليمين مرادا إما ببيان النبى صلى الله عليه وسلم أو بقراءة ابن مسعود اهـ (قوله ثم احسموه) قال الاتقانى الحسم هو الكى بعد القطع بالزيت المغلى ونحوه اهـ قال الكمال وأما الحسم فقد روى الحاكم من حديث أبى هريرة أنه عليه الصلاة والسلام أتى بسارق سرق شملة فقال صلى الله عليه وسلم ما إخاله سرق فقال السارق بلى يا رسول الله فقال اذهبوا به فاقطعوه ثم احسموه ثم ائتونى به فقطع ثم حسم ثم أتى به فقال تب الى الله فقال تبت الى الله قال تاب الله عليك وقال صحيح على شرط مسلم ورواه أبو داود فى المراسيل وكذا رواه القاسم بن سلام فى غريب الحديث وأخرج الدارقطنى عن حجية عن على أنه قطع أيديهم من المفصل ثم حسمهم فكأنى أنظر اليهم والى أيديهم كأنها أيور الحمر والحسم الكى لينقطع الدم وفى المغرب والمغنى لابن قدامة هو أن يغمس فى الدهن الذى أغلى وثمن الزيت وكلفة الحسم فى بيت المال عندهم لانه أمر القاطع به وبه قال الشافعى فى وجه وعندنا هو على السارق وقول

ما أدخله فى كمه أو ربطه لا يقصد حفظه وانما يقصد قطع الطريق أو الاستراحة بالمشى والقعود لاعتماده عليه فلا يعتبر حافظا من غير قصد ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لاقطع فى حريسة الجبل لان مقصود الراعى الرعى دون الحفظ وهو تبع فلا يصلح للقطع لما فيه من شبهة العدم وفى المحيط لو سرق ثوبا عليه وهو رداؤه أو قلنسوة أو طرف منطقته أو سيفه أو سرق من امرأة حليا عليها لا يقطع لانها خلسة وليست بخفية سرقة ولو سرق من رجل نائم قلادة عليه وهو لابسها أو ملاءة وهو لابسها أو واضعها قريبا منه بحيث يكون حافظا له يقطع لانه أخذها خفية وسراوله حافظ وهو النائم وأما اذا سرق من قطار بعيرا أو حملا فلانه ليس بحرز مقصود فتمكن فيه شبهة العدم ولا فرق بين أن يكون معها سائق أو قائد أو لم يكن لان السائق أو الراكب يقصد قطع المسافة ونقل الامتعة دون الحفظ حتى لو كان معها من يحفظها يقطع قال رحمه الله (وان شق الحمل فأخذ منه أو سرق جوالقا فيه متاع وربه يحفظه أو نائم عليه أو أدخل يده فى صندوق أو فى جيب غيره أو كمه فأخذ المال قطع) لوجود السرقة من الحرز والنوم بقربه منه بحيث يعد حافظا له كالنوم عليه على المختار وقد ذكرناه من قبل والله أعلم

﴿فصل فى كيفية القطع واثباته﴾ قال رحمه الله (تقطع يمين السارق من الزند) لقراءة ابن مسعود رضى الله عنه فاقطعوا أيمانهما وهى مشهورة فجاز التقييد بها وقد عرف فى موضعه ومن الناس من قال تقطع الاصابع فقط لان البطش يقع بها وقالت الخوارج تقطع اليمين من المنكب لان اليد اسم لكلها ولنا ماروى أنه عليه الصلاة والسلام أمر بقطع يد السارق من الرسغ ولان كل من قطع من الائمة قطع من الرسغ فصار اجماعا فعلا فلا يجوز خلافه قال رحمه الله (وتحسم) أى تكوى كى ينقطع الدم لقوله عليه الصلاة والسلام فاقطعوه ثم احسموه رواه الدارقطنى ولان منافذ الدم تنسد بالكى فينقطع به اذ لو لم يكو

المصنف لانه لو لم يحسم يؤدّى الى التلف يقتضى وجوبه والمنقول عن الشافعى وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده فى عنقه لانه صلى الله عليه وسلم أمر به رواه أبو داود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم فى كل من قطعه ليكون سنة اهـ (قوله فى المتن ورجله اليسرى الخ) ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل ذلك عمر وقال أبو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشى عليها اهـ فتح (قوله حتى يتوب أو يموت) قال صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر عليه سيما رجل صالح اهـ اتقانى (قوله أو اصبعان منها سواها) قال الاتقانى والاصبعان ينزلان منزلة الابهام فى نقصان البطش فلو قطعت اليمين فى هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا تقطع لئلا يلزم الاهلاك معنى بخلاف ما اذا كانت إصبع واحدة من اليسرى مقطوعة أو شلاء حيث تقطع اليمين لعدم الخلل فى البطش ظاهرا بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها فى المنع من الجواز فوت أكثر الاصابع سوى الابهام لا فوت الاصبعين وهنا اعتبر فى المنع من قطع اليمين فوت الاصبعين لان المانع هو الهلاك معنى فى البابين وتحققه بفوات الاكثر الا أن الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه فأقيم الاصبعان مقام الابهام وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع روى عن أبى حنيفة فى كتاب المجرد أنه قال اذا كان ثلاث أصابع سوى الابهام مقطوعة لا تقطع وكذلك اذا كان إصبعان احداهما الابهام فاعتبر هنالك أكثر الاصابع وتلك الرواية توافق ما قال فى كتاب الطلاق أن الرجل اذا أعتق عبدا مقطوعة من كل يد ثلاث أصابع أو إصبعان احداهما الابهام لا يجزئ عن كفارة الظهار وأما فى هذه الرواية اعتبر ذهاب القوة ولم يعتبر الاكثر وهذه الرواية أحوط اهـ (قوله فى المتن أو رجله اليمنى مقطوعة) أى اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى اهـ ويصح أن يكون هذا فيمن سرق أولا يعنى من سرق أولا وكانت رجله

ربما يسترسل الدم فيؤدّى الى التلف قال رحمه الله (ورجله اليسرى ان عاد) لقوله عليه الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة) أى لا يقطع فى الثالثة كما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء الخ وقال الشافعى رحمه الله تقطع فى الثالثة يده اليسرى وفى الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما ذهب اليه هو وظاهر قوله تعالى فاقطعوا أيديهما يتناول اليدين منهما ولان الثالثة مثل الاولى فى الجناية بل أقبح لتقدّم الزاجر فكانت أدعى الى شرع الحدّ ولنا اجماع الصحابة رضى الله عنهم حين حجهم على بقوله إنى لاستحى من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشى عليها ولم يحتج أحد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت فان الطحاوى قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشىء منها أصلا ولهذا لم يقتل فى الخامسة وان ذكر فيما روى وان صح فهو محمول على السياسة أو على النسخ والآية لا تدل على ما ذكر لان اضافة جزأين أو ما هما جزأين الى متضمنهما يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند أهل اللغة بل يراد به التثنية فلا يتناول الا يدا واحدة من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع فى الثانية يده اليسرى ولو تناولتها الآية لقطعت ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات غير مراد لعدم توقف القطع عليه وبفعل واحد لم تقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة ولان الامر بالفعل لا يقتضى التكرار وفى قطع الاربع اتلافه أيضا فى المعنى والقطع للزجر لا للاتلاف ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام حسم المقطوع كيلا يهلك بخلاف القصاص لان المنظور اليه المساواة لكونه

اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى ويصح أن يكون فيمن سرق ثانيا يعنى من سرق ثانيا وكانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع رجله اليسرى وعلى الاول مشى المصنف فى الكافى وشراح الهداية وغيرهم وعلى الثانى مشى بعض الشراح كالبدر العينى رحمهم الله أجمعين (قوله ويروى مفسرا) أخرج الدارقطنى عن أبى هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفى سنده الواقدى وهنا طرق كثيرة لم تسلم من الطعن اهـ فتح (قوله فهو محمول على السياسة) أى بدليل ما ورد فى ذلك الحديث من الامر بالقتل فى المرة الخامسة فذلك محمول عند الشافعى على السياسة أيضا فكذا يحمل القطع فى الثالثة والرابعة اهـ اتقانى (قوله فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة) قال الاتقانى قال فى المبسوط يقتل فى الخامسة عند أصحاب الظواهر قال لا يلتفت اليه لكونه خرقا للاجماع وقال الكمال وقد حكى عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر ابن عبد العزيز أنه يقتل فى المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روى من ذلك وذهب مالك والشافعى الى أنه يعزر ويحبس كقولنا فى الثالثة اهـ (قوله وفى قطع الاربع اتلافه) هو مأخوذ من قول على رضى الله عنه قتلته اذا اهـ فتح (قوله فى المعنى) أى لفوات جنس المنفعة اهـ (قوله بخلاف القصاص) جواب سؤال مقدر بان يقال لا نسلم أن تفويت جنس المنفعة له أثر فى عدم وجوب القطع فى المرة الثالثة ألا ترى أن انسانا لو قطع يسار انسان آخر يقطع يسار القاطع قصاصا مع فوات جنس المنفعة فقال فى جوابه بخلاف القصاص وذلك لان القصاص

بعمده على المساواة وقد وجدت فيجب القصاص فبعد ذلك لا يلتفت الى وقوعه تفويتا لجنس المنفعة لان القصاص حق العبد فيجب استيفاؤه ما أمكن جبرا لحق العبد بخلاف الحد فانه حق الله تعالى خالصا فيسقط لشبهة الهلاك اه اتقاني رحمه الله وكتب ما نصه لو قطع رجل يدى رجل قطعت يداه أو أربعته قطعت أربعته لانه حق العبد فيستوفيه ما أمكن جبرا لحقه لا يقال اليد اليسرى محل للقطع بظاهر الكتاب ولا اجماع على خلاف الكتاب لانا نقول لما وجب حمل المطلق منه على المقيد عملا بالقراءة المشهورة خرجت من كونها مرادة والامر المقرون بالوصف وان تكرر بتكرر ذلك الوصف لكن انما يكون حيث أمكن واذا انتفى ارادة اليسرى بما ذكرنا من التقييد انتفى من محليتها القطع فلا يتصور تكراره فيلزم ان معنى الآية السارق والسارقة مرة واحدة فاقطعوا أيديهما وثبت قطع الرجل فى الثانية بالسنة والاجماع وانتفى ما وراء ذلك اتمام الدليل على العدم اه فتح (قوله ولانه) أى لان فعل السرقة فى المرة الثالثة والرابعة يندر اه (قوله يندر) أى يندر أن يسرق الانسان بعد قطع يده ورجله والحد لا يشرع الا فيما يغلب على ما مر غير مرة اه فتح (قوله وانما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وان كانت رجله اليمنى مقطوعة الاصابع فان كان يستطيع القيام والمشى عليها قطعت يده وان كان لا يستطيع القيام والمشى عليها لم تقطع يده وكل شئ درأت فيه القطع ضمنته السرقة ان كانت مستهلكة الى هنا لفظ الحاكم اه اتقانى وقال فى الكافى واذا حبس السارق ليسئل عن الشهود فقطع رجل يده اليمنى عمدا فعليه القصاص وقد بطل الحد عن السارق وكذلك اذا كان قطع يده اليسرى وان حكم عليه بالقطع فى السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شئ عليه اه اتقانى

(قوله أو شلاء) قال فى الهداية وان كان السارق أشل اليد اليسرى أو أقطع أو مقطوع الرجل اليمنى لم يقطع قال الاتقانى هذا لفظ القدورى فى مختصره أى لا تقطع يده اليمنى اذا كانت الحالة كذلك وذلك لان فيه تفويت جنس المنفعة بطشا فيما اذا كانت يده اليسرى شلاء أو مقطوعة ومشيا فيما اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة وتفويته اهلاك معنى فلا يقام الحد لئلا يفضى الى الاهلاك وقوله واذا كانت رجله اليمنى شلاء أى لا تقطع يده اليمنى اذا كانت رجله اليمنى شلاء لان فيه تفويت جنس المنفعة اه قال فى شرح التكملة وان كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى يابسة قطعت يده اليمنى وان كانت الرجل اليمنى هى اليابسة لم تقطع لانه يؤدى الى استيفاء الزائد من الواجب اذ به يتعطل نصف البدن عن منفعة البطش والمشى فيصير فى معنى الهالك بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا كانت الرجل اليسرى هى اليابسة قطع لانه يمكنه امساك العصا باليد اليسرى فيحصل بها نوع منفعة وان كانت ناقصة اه (قوله فقطع يده اليسرى لا يضمن) أى ولكن يؤدب الجلاد اه كاكى (قوله وقالا يضمن فى العمد) أى يضمن فى العمد أرش اليسار اه كاكى (قوله والمراد هو الخطأ) أى المراد بالخطأ الذى فيه الخلاف بيننا وبين زفر الخطأ فى الاجتهاد ومعناه أن يقطع اليسرى بعد قول الحاكم اقطع يمينه عن اجتهاد فى أن قطعها يجزئ عن قطع السرقة نظرا الى اطلاق النص وهو قوله تعالى فاقطعوا أيديهما اه فتح (قوله واليسار لا يجعل عفوا) أى فيضمن اه لان الجهل فى موضع الاشتهار ليس بعذر وهذا موضع اشتهار لان كل أحد يميز بين اليمين واليسار اه كفاية (قوله وقيل يجعل عفوا) أى فلا ضمان اه (قوله اذ النص لم يفرق بين اليدين) أى لان ظاهر النص يوجب التسوية بين اليمين واليسار اه (قوله الا أنه امتنع للشبهة) أى الثابتة فى الآية اه قال الكمال وعند مالك والشافعى يقتص فى العمد كقولنا فيما اذا قطع رجل يده بعد الشهادة قبل القضاء فى القطع فى انتظار التعديل ثم عدلت لا قطع عليه لفوات محله وتقطع يد القاطع قصاصا ويضمن المسروق لو كان أتلفه لان سقوط الضمان باستيفاء القطع حقا لله تعالى ولم يوجد ولذا لو قطع يده اليسرى يقتص له ويسقط عنه قطع اليمنى لما عرف اه قال الاتقانى وان حكم عليه بالقطع فى السرقة فقطع رجل يده اليمنى من غير أن يؤمر بذلك فلا شئ عليه اه

ولابى

حق العبد فيستوفى ما أمكن جبرا لحقه ولانه يندر وجوده فلا يستدعى زاجرا اذ الحد فيما يغلب لا فيما يندر وانما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء الخ لان فيه تفويت جنس المنفعة وهو البطش أو المشى بخلاف ما اذا كانت اصبع واحدة سوى الابهام مقطوعة أو شلاء لان فوتها لا يوجب خللا فى البطش ظاهرا ولو كانت يده اليمنى شلاء أو ناقصة الاصابع تقطع فى ظاهر الرواية لان المستحق بالنص قطع اليمنى واستيفاء الناقص عند تعذر الكامل جائز قال رحمه الله (ولا يضمن بقطع اليسرى من أمر بخلافه) أى الذى أمره الحاكم بقطع اليمنى فقطع يده اليسرى لا يضمن سواء قطعها عمدا أو خطأ وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يضمن فى العمد وقال زفر يضمن فى الخطأ أيضا وهو القياس والمراد هو الخطأ فى الاجتهاد أما الخطأ فى معرفة اليمين واليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا لزفر رحمه الله أنه قطع يدا معصومة والخطأ فى حق العبد غير موضوع فيضمنها قلنا خطأ المجتهد موضوع اجماعا وهذا موضع الاجتهاد اذ النص لم يفرق بين اليدين ولهما أنه أتلف يدا معصومة ظلما عمدا فلا يعفى وان كان مجتهدا فيه لان المجتهد لا يعذر فيما اذا كان دليله ظاهرا على ما عرف فى موضعه وكان ينبغى أن يجب القصاص الا أنه امتنع للشبهة اذ ليس فى الآية تعيين اليمنى والمال يجب مع الشبهة

ولابي حنيفة رحمه الله أنه أتلف وأخلف من جنسه ماهو خير منه كمن شهد على غيره ببيع ماله بمثل قيمته ثم رجع فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى بل كانت حاصلة بخلاف المستشهد به فكيف يقال أخلف قلنا اليمين كانت مستحقة الاتلاف فبقطع اليسرى سلمت فصارت كالحاصلة له به ولا يلزم على هذا لو قطع رجله اليمنى حيث لا تقطع يده اليمنى ومع هذا يجب على القاطع الضمان لانا نقول لا رواية فيه فيمنع ولئن سلم فالمتلف ليس من جنس الباقي فلم يخلف ما يقوم مقامه وعلى هذه النكتة التي اعتبر فيها الاختلاف لو قطع اليسار غير الحداد لا يضمن في الصحيح اذا كان بعد حكم الحاكم بالقطع لما ذكرنا أنه أخلف ثم في العمد يجب ضمان المال المسروق على السارق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى لانه لم يقع حدا وسقوط الضمان عنه في ضمن وقوعه حدا وكذا عندهما بل أولى وفي الخطا كذلك على الطريقة التي اعتبر فيها وهي أن القاطع لا يجب عليه الضمان لانه أتلف وأخلف ولم يقع حدا وعلى الطريقة الاخرى وهي أن القاطع اجتهد وأخطأ في اجتهاده حيث زعم ان الكتاب مطلق عن قيد اليمين يكون قطع اليسار واقعا على الحد لان المجتهد معذور في الخطا فلا يجب الضمان اذ القطع والضمان لا يجتمعان والمراد بالخطا هو الخطا في الاجتهاد وأما الخطا في معرفة اليمين من اليسار لا يجعل عفوا وقيل يجعل عفوا أيضا هذا اذا عين له الامام أو الحاكم اليمنى بأن قال له اقطع يمين هذا وأما اذا أطلق بان قال له اقطع يده ولم يعين لا يضمن القاطع باتفاق لعدم المخالفة اذ اليد تنطلق عليهما وكذا لو أخرج السارق يساره فقال هذه يميني لانه قطعه بأمره وهذا كله اذا كان بأمر الامام وأما اذا قطعه أحد قبل أن يقضي ولم يأمر به فيجب القصاص في العمد والدية في الخطا اتفاقا ويسقط القطع عن السارق لان مقطوع اليد لا يجب عليه القطع حدا كيلا يؤدي الى المثلة ويجب عليه ضمان ما سرق لعدم القطع حدا قال رحمه الله (وطلب المسروق منه شرط القطع) أي طلبه المال المسروق حتى لا يقطع وهو غائب لان الخصومة شرط لظهورها ولا فرق بين الشهادة والاقرار في ذلك لاحتمال أن يقر له بالملك فيسقط القطع فلا بد من حضوره عند الاداء والقطع لتنتفي تلك الشبهة وكذا اذا غاب عند القطع لان الامضاء في الحدود من القضاء وفي البدائع اذا أقر أنه سرق من فلان الغائب قطع استحسانا ولا ينتظر حضور الغائب وتصديقه وقيل عندهما ينتظر وعند أبي يوسف لا ينتظر وذكر في النهاية معزيا الى المبسوط أنه لا معتبر بحضور وكيله عند الاستيفاء لان الوكيل قائم مقامه وشرط الحد لا يثبت بما هو قائم مقام الغير وقال ابن أبي ليلى لا يشترط حضوره فيهما لان الحد حق الله تعالى فكان من باب الحسبة كالزنا وقال الشافعي لا حاجة الى حضوره في الاقرار دون البينة لان الشهادة تبتني على الدعوى دون الاقرار والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله (ولو مودعا أو غاصبا

(قوله ولابي حنيفة أنه أتلف وأخلف من جنسه ماهو خير منه) أي وهو اليمنى فانها لا تقطع بعد قطع اليسرى اه وكتب على قوله ماهو خير ما نصه أي لان البطش باليمنى أتم اه (قوله فان قيل اليمين لم تحصل بقطع اليسرى) أي فلا يصح قولكم أخلف بدل ما أتلف اه (قوله فالمتلف ليس من جنس الباقي) لان منفعة البطش ليست من جنس منفعة المشي اه فتح (قوله في الصحيح) احترازعما ذكر الاسبيجابي في شرحه لمختصر الطحاوي حيث قال هذا كله اذا قطع الحداد بامر السلطان ولو قطع يساره غيره ففي العمد القصاص وفي الخطا الدية اه فتح (قوله والمراد الخ) تكرار محض اه (قوله فقال هذه يميني) فقطعها لا يضمن وان كان عالما بأنها يساره بالاتفاق اه فتح (قوله لانه قطعه بامره) ألا ترى أن رجلا لو قال لآخر اقطع يدي فقطع يده لا ضمان عليه كذا في شرح الطحاوي اه (قوله وأما اذا قطعه أحد الخ) قال في شرح الطحاوي ومن وجب عليه القطع في السرقة فلم يقطع حتى قطع قاطع يمينه فهذا لا يخلو إما أن يكون قبل الخصومة أو بعد الخصومة قبل القضاء أو بعد القضاء فان كان قبل الخصومة فعلى قاطعه القصاص في العمد والارش في الخطا وتقطع رجله اليسرى في السرقة وان كان بعد الخصومة قبل القضاء فكذلك الجواب الا أنه لا تقطع رجله في السرقة لانه لما خوصم كان الواجب في اليمنى وقد فاتت فيسقط وان كان بعد القضاء فلا ضمان على القاطع وكان قطعه عن السرقة حتى لا يجب الضمان على السارق فيما استهلك من مال السرقة أو هلك في يده اه (قوله ولا فرق بين الشهادة والاقرار) قال الاتقاني ثم لا فرق في ظاهر الرواية عن أصحابنا بين أن تثبت السرقة بالبينة أو بالاقرار بأن أقر أنه سرق نصابا من فلان وهو غائب فلا يقطع مالم يحضر المسروق منه وعن أبي يوسف انه قال أقطعه بالاقرار وان لم يكن المسروق منه حاضرا وبه أخذ الشافعي وما ذكره في البدائع بناء على هذه الرواية اه (قوله وكذا اذا غاب عند القطع) يعني لا يقطع السارق أيضا اذا غاب المسروق منه عندنا لقطع عندنا خلافا للشافعي كما لا يقطع اذا كان غائبا عند الشهادة أو الحكم اه اتقاني (قوله لان الامضاء في الحدود من القضاء) أي ولهذا تجعل الاسباب الحادثة في الشهود كالارتداد والفسق والجنون والعمى والموت بعد القضاء قبل الامضاء كالحادثة قبل القضاء اه (قوله وفي البدائع الخ) هذا خلاف ظاهر الرواية اه (قوله وقال ابن أبي ليلى) قال الاتقاني وقال ابن أبي ليلى يقطع وان كان المسروق منه غائبا في وقت الشهادة أو الحكم اه (قوله لان الشهادة تبتني على الدعوى دون الاقرار) وانما أن المقر به للمقر ظاهرا مالم يوجد التصديق من المقر له ولهذا لو أقر لغائب ثم لحاضر جاز فاذا كان زوال ملكه موقوفا الى التصديق كان أقل أحواله

أوصاحب الربا) أى ولو كان المسروق منه واحدا من هؤلاء يقطع بخصومته وكذا بخصومة المستعير والمستأجر والمضارب والمستبضع والقابض على سوم الشراء والمرتهن والاب والوصى ومتولى الوقف وكل من له يد حافظة وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يقطع الا بخصومة المالك والخلاف بيننا وبين الشافعى مبنى على أن لهؤلاء حق الخصومة فى الاسترداد عندنا وعنده ليس لهم ذلك عند جحود من فى يده مالم يحضر المالك لان المطلوب منهم الحفظ دون الخصومة ألا ترى أنهم لا يملكون الخصومة فى الدعوى عليهم مع بقاء اليد لاستمرارها فلأن لا يملكونها مع انتفائها أولى وأحرى وزفر رحمه الله يقول لهم أن يخاصموا ضرورة استرداد المال الى الحفظ الواجب عليه فلا يظهر فى حق القطع وهذا لانهم انما يملكون الخصومة بحكم النيابة والنيابة لا تجرى فى الحدود ولاحتمال أن يقر له به اذا حضر على مامر ولهذا لا يقطع باقراره مع غيبة المسروق منه ولانهم يملكون الخصومة للصيانة ولو أظهرناه فى حق القطع لفاتت الصيانة اذ بالقطع يبقى المال غير معصوم ولهذا لا يضمن بالهلاك ولنا أن السرقة موجبة للقطع فى نفسها وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية بناء على خصومة معتبرة فيستوفى القطع ولهؤلاء يد صحيحة وهى مقصودة كالملك فاذا أزيلت كان لهم أن يخاصموا عن أنفسهم لاستردادها أصالة لا نيابة لانه ان كان أمينا لا يتمكن من أداء الامانة الا به وان كان ضمينا لا يتمكن من اسقاط الضمان عن نفسه الا بذلك فكان مخاصما عن نفسه باعتبار حقه ولهذا يستغنى عن اضافة الخصومة الى غيره بأن يقول سرق منى بخلاف الوكيل فى هذه المعانى اذا لم يكن له يد ولا يستغنى عن اضافته الى موكله ولا يخاصم باعتبار حقه فاذا كان أصيلا فى الخصومة وجب الاستيفاء عند الثبوت بلا حضرة المالك لان القطع خالص حق الله تعالى بخلاف القصاص وأما الاقرار فقد ذكر فى البدائع أنه لا ينتظر فيه حضوره استحسانا فلنا أن نمنع ولئن سلم ففيه شبهة زائدة وهى جواز أن يرد اقراره فتعتبر هذه الشبهة عند عدم الدعوى الصحيحة بخلاف خصومة هؤلاء على ماذكرنا وسقوط العصمة ضرورة الاستيفاء ضمنا لقطع اليد فلا يكون سقوطه مضافا الى المودع ولا يكون تضييعا له بل يكون صيانة بأبلغ الوجوه لان السراق اذا علموا أنه يقطع بخصومته يمتنعون عنه وبعكسه يجترؤن عليه ألا ترى أن الله تعالى جعل فى القصاص حياة بهذا الاعتبار وان كان هو فى نفسه قتلا ولا معتبر بالشبهة الموهومة باعتراض المالك بعدها كما اذا حضر المالك وغاب المؤتمن فانه يقطع بخصومة المالك فى ظاهر الرواية وان كانت شبهة الاذن فى دخول الحرز ثابتة ويقطع بخصومة المالك من السرقة ممن ذكرنا وعن محمد رحمه الله أنه لا يقطع بخصومة المالك حال غيبة المسروق منه لانه لم يسرق منه فكان أجنبيا والظاهر الاول لان خصومته صحيحة واقعة عن نفسه لاسترداد ماله الا أن الراهن انما يقطع السارق بخصومته اذا كانت العين قائمة بعد قضاء دينه لان العين اذا هلكت صار المرتهن مستوفيا لدينه فلا مطالبة للراهن وكذا قبل قضاء الدين لا حق له فى مطالبة العين فلا يقطع بخصومته قال الراجى عفو ربه ينبغى أن يقطع بخصومة الراهن بعد الهلاك اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين وكان الفضل يبلغ نصابا لان له أن يطالب السارق بعد الهلاك بالفضل كالوديعة قال رحمه الله (ويقطع بطلب المالك لو سرق منهم) أى لو سرق من المودع والغاصب وصاحب الربا وقد

شبهة والحد يندرئ بالشبهة فصار الاقرار كالشهادة حيث لا يثبت القطع اذا ثبتت السرقة بالشهود مالم يحضر المسروق منه لجواز التكذيب منه فكذا هنا وكما لو قال سرقته اولا أعرف صاحبها اه اتقانى (قوله فى المتن أوصاحب الربا) قال الاتقانى وفسر الصدر الشهيد والعتابى صاحب الربا فى شرح الجامع الصغير بمن باع عشرة دراهم بعشرين وقبض العشرين ثم جاء انسان وسرق العشرين منه يقطع بخصومته عندنا اه (قوله والقابض على سوم الشراء) أى والقابض بعقد فاسد اه اتقانى (قوله لا يملكونها) النون ثابتة فى خط الشارح اه (قوله ولنا أن السرقة) أى من حرز مستتم لاشبهة فيه اه (قوله وقد ظهرت عند القاضى بحجة شرعية) أى وهى شهادة رجلين اه (قوله وسقوط العصمة) جواب لقول زفر لان فيه تفويت الصيانة اه اتقانى (قوله ولا معتبر بالشبهة) جواب سؤال مقدر بان يقال شبهة الاذن من المالك ثابتة فلا يقطع بخصومة هؤلاء فأجاب به يعنى لا اعتبار بشبهة موهوم اعتبارها بل الاعتبار لشبهة محققة ألا ترى أنه يقطع بخصومة رب الوديعة مع غيبة المودع فى ظاهر الرواية أعنى رواية الجامع الصغير مع ان فيه شبهة موهومة أيضا بان يقول المودع ان حضر كان السارق ضيفا عندى مأذونا بالدخول فى البيت وكذا يقطع بالاقرار مع ان الشبهة متوهمة بالرجوع عن الاقرار فعلم أن الاعتبار للشبهة القائمة الموجودة فى الحال لا للشبهة المتوهمة المحتملة الاعتراض اه اتقانى رحمه الله (قوله فى ظاهر الرواية) أراد به رواية الجامع الصغير واحترز به عما نقل فى الاجناس عن نوادر ابن سماعة عن محمد ان غاب المستودع وحضر رب الوديعة ليس له القطع الا بحضرة المستودع اه اتقانى (قوله فى السرقة) فى عبارة الشارح من بدل فى اه (قوله فلا مطالبة للراهن) أى بل للمرتهن اه كاكى بمعناه اه (قوله ينبغى ان يقطع الخ) ذكره بلفظ ينبغى الاتقانى أيضا فى شرحه والله الموفق اه (قوله فى المتن ويقطع بطلب المالك) قال فى كفاية البيهقى فان حضر المالك وغاب المودع هل يقطع بخصومة المالك فيه روايتان اه اتقانى

بيناه

(قوله معناه اذا قطع سارق بسرقة) أراد بالسرقة العين المسروقة اطلاقا لاسم المصدر على المفعول كما فى نسج اليمن ونقل صاحب الاجناس عن كتاب سرقة الاصل اذا سرق من السارق رجل ولم تقطع يد السارق الاول فالقطع على السارق الثانى ولو كان قطع يد السارق الاول لم يجب القطع على الثانى ثم قال ذكره فى الجامع الصغير ثم قال وقال محمد فى نوادر هشام ان قطعت يد السارق الاول لم أقطع يد السارق الثانى وان درأت القطع عن الاول لشبهة قطعت يد الثانى وفى الاملاء عن أبى يوسف مثله الى هنا لفظ كتابه وذكر الطحاوى والكرخى أنه لا يقطع السارق من السارق مطلقا ولم يعتبر القطع الاول والحق التفصيل فان قطع الاول لا يقطع الثانى لارتفاع عصمة المحل فكانت سرقة مال غير معصوم وان لم يقطع الاول يقطع بخصومة الثانى لان الاول بمنزلة الغاصب اهـ اتقانى (قوله وليس للاول) أى للسارق الاول اهـ (قوله ولاية) أى بعد قطع يده اهـ اتقانى (قوله الاسترداد) أى من الثانى اهـ (٢٢٩) اتقانى (قوله ولم يوجد واحد منها) أى

بيناه قال رحمه الله (لا بطلب المالك أو السارق لو سرق من سارق بعد القطع) معناه اذا قطع سارق بسرقة فسرقت منه بعد القطع لم يكن له ولا لرب السرقة أن يقطع السارق الثانى لان المال غير متقوم بعد القطع فى حق الاول فلم تنعقد موجبة للقطع وهذا لان السرقة انما توجب القطع اذا كانت من يد المالك أو الامين أو الضمين ولم يوجد شئ من ذلك هنا اذ السارق الاول ليس بمالك ولا أمين ولا ضمين فلا يقطع بخلاف ما اذا سرق قبل أن تقطع يده حيث يكون له ولرب السرقة القطع على ما بيناه فى الغاصب ونحوه وليس للاول ولاية الاسترداد فى رواية لان يده ليست بصحيحة اذ هى تصح بالملك أو الامانة أو الضمان ولم يوجد واحد منها وفى رواية له ذلك ليرده على المالك اذ الرد عليه واجب عليه ولا يتمكن الا به قال رحمه الله (ومن سرق شيأ ورده قبل الخصومة الى مالكه أو ملكه بعد القضاء أو ادعى انه ملكه أو نقصت قيمته من النصاب لم يقطع) أما اذا رده السارق قبل الخصومة الى مالكه فلان الخصومة شرط لظهور السرقة وهذا لان القطع وان كان حق الله تعالى لكن ثبوته فى ضمن حق العبد فى المسروق ولهذا لو شهد شاهدان على رجل بالسرقة والمشهود له ينكر السرقة لا يقطع السارق وحق المسروق منه هنا لم يثبت لان ثبوته بالبينة بناء على خصومة صحيحة ولم توجد فلا يثبت القطع وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يقطع اعتبارا بما اذا ردها بعد المرافعة قلنا بعد الترافع وجدت الخصومة وانتهت بالرد والشئ بانتهائه لا يبطل بل يتقرر ويتأكد فتكون موجودة حكما وتقريرا وهذا ظاهر فيما اذا رد بعد القضاء بالقطع وكذا اذا ردها بعد ما شهد الشهود وقبل القضاء استحسانا لان السرقة قد ظهرت عند القاضى بما هو حجة بناء على خصومة معتبرة ولو ردها على والده أو ذى رحمه ان لم يكن فى عيال المسروق منه يقطع لعدم الوصول اليه حقيقة وحكما ولهذا يضمن المودع والمستعير بالدفع اليهم وان كانوا فى عياله فهو كرده الى المسروق منه فلا يقطع ان كان قبل المرافعة لوجود الوصول اليه قبل الخصومة ولهذا لو رد المودع والمستعير عليه لا يضمن والوكيل بقبض الدين اذا وكل من فى عياله فقبض برأ المدين بقبضه وكذا لو رد على امرأته أو أجيره مسانهة أو مشاهرة أو عبده ولو رده الى والده أو جده أو والدته أو جدته وليس فى عياله لا يقطع لان لهؤلاء شبهة الملك فيثبت به شبهة الرد وشبهة الرد كالرد ولو دفع الى عيال هؤلاء يقطع لانه شبهة الشبهة وهى غير معتبرة ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع لانه عبده ولو سرق من مكاتب ورده على مولاه لا يقطع لان ماله له رقبة ولو سرق من العيال ورد الى من يعولهم لا يقطع لان يده عليهم فوق أيديهم فى ماله وأما اذا ملكه السارق بعد القضاء بالقطع فلان الامضاء من القضاء فى الحدود وقد اعترض ما يوجب فقد شرطه وهو انقطاع الخصومة فيمتنع الامضاء كما يمتنع القضاء

فيكون الاسترداد للمالك أما اذا درئ الحد عنه ثم سرق الثانى فلا رواية فى الاسترداد عن أصحابنا وينبغى أن يسترد لان يده يد ضمان كالغاصب فيسترد ليتخلص من الضمان اهـ اتقانى وكتب ما نصه أما أن يده ليست يد ضمان فلانتفاء العصمة بالقطع اهـ (قوله فى المتن ومن سرق شيأ ورده) قال فى الهداية ومن سرق سرقة فردها على المالك قبل الارتفاع الى الحاكم لم يقطع قال الاتقانى وهذه من مسائل الجامع الصغير المعادة ولم يذكر الخلاف عن أصحابنا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى يوسف انه يقطع وقال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وهو قول ابن أبى ليلى اذا رد قبل أن يرفع الى القاضى أو بعد ما رفع لا يسقط القطع ووجهه أن القطع حق الله تعالى فلا يحتاج فيه الى الخصومة قياسا على حد الزنا وقياسا على ما بعد المرافعة وهذا هو القياس ووجه الاستحسان أن حق الله تعالى يثبت فى ضمن حق العبد وحق العبد لا يثبت بدون الخصومة وقد ارتفعت الخصومة برد المسروق الى المالك فلما لم يثبت حق العبد لم يثبت ما فى ضمنه بخلاف ما اذا رد بعد المرافعة لانه فعل ما يفعله الحاكم لان الحاكم يقطع ويرد المال الى مالكه ان كان قائما فلا يكون فائدة فى رد السارق فلا يسقط القطع قياسا واستحسانا اهـ (قوله أو ادعى انه ملكه) أى وان لم يقم بينة اهـ (قوله ولو رده الى والده الخ) أما المودع يضمن بالرد الى هؤلاء والغاصب لا يبرأ اهـ اتقانى (قوله ولو دفع الى مكاتبه لا يقطع) أى استحسانا وان لم يكن فى عياله لان للمولى حقا اهـ اتقانى (قوله فلان الامضاء من القضاء فى الحدود) أى فالملك الحادث فى هذه الحالة كالملك الحادث قبل القضاء لان القاضى لما لم يمض صار كأنه لم يقض فلا يستوفى القطع كما قبل القضاء وهذا لان القاضى لا يخرج عن عهدة القضاء فى باب الحدود بمجرد قوله قضيت بل بالاستيفاء جلدا

أو رجماً أو قطعاً فلا جرم كان الامضاء من القضاء بخلاف حقوق العباد فان ثمة بمجرد قوله قضيت يخرج عن عهدة القضاء ولان السارق لو قطع بعد الملك قطع في ملك نفسه اهـ قال في الهداية واذا قضى على رجل بالقطع في سرقة فوهبت له لم يقطع قال الاتقاني قال في الهداية معناه اذا سلمت يعني الى السارق وانما فسر لان الهبة اذا لم تتصل بالتسليم والقبض لا يثبت الملك وهذه من خواص الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل سرق سرقة فقضى القاضي بالقطع ثم وهب رب السرقة السرقة الى السارق قال يدرأ عنه القطع قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم السارق اذا ملك المسروق بعد القضاء قبل الاستيفاء بالهبة وغيرها من أسباب الملك لا يجوز استيفاء القطع وقال زفر والشافعي يجوز وأجمعوا على أنه لو ملكه قبل الخصومة لا يجوز استيفاء القطع ولو ملكه بعد الخصومة قبل القضاء عندنا لا يجوز وللشافعي فيه قولان الى هنا لفظه اهـ (قوله فمعناه الخ) وانما فسر به ليخرج ما اذا أقر بالسرقة ثم رجع فقال لم أسرق بل هو ملكي فانه لا يقطع بالاجماع ولكن يلزمه المال اهـ فتح (قوله فان المقر اذا رجع صح) أي اجماعا اهـ فتح (قوله وان كان لا يعجز عنه سارق) أي على أنه ممنوع فان من يعلم هذا من السراق أقل من القليل كالفقهاء وهم لا يسرقون اهـ فتح (قوله كما في النقصان في العين) أي فانه اذا كانت ذات العين ناقصة وقت الاستيفاء والباقي منها لا يساوي عشرة يقطع بالاتفاق اهـ فتح (قوله فكمل النصاب عينا ودينا) أي وصار كالو كان السارق استهلكه كله فانه يقطع به لقيامه اذ ذاك ثم يسقط ضمانه اهـ كمال (قوله أي الحاضر) ثم اذا جاء الغائب لم يقطع بالشهادة الاولى حتى تعاد تلك البينة أو غيرها فحينئذ يقطع لان تلك البينة في حق الغائب غير معتبرة لانها قامت بغير خصم اذ الحاضر لا ينتصب خصما عنه إما لان النيابة لا تجري في الخصومة في الحدود أو لانه ليس من ضرورة ثبوت السرقة على الحاضر ثبوتها على الغائب كذا في المبسوط اهـ كاكي (قوله ثم رجع وقال يقطع) أي وهو قولهما وقول الائمة الثلاثة .اهـ فتح وكذا اذا أقر بالسرقة مع فلان الغائب لا يقطع في قوله الاول ويقطع في قوله الآخر وهو قول باقي الائمة اهـ فتح (قوله في المتن ولو أقر عبد بسرقة قطع الخ) قال

كتغير أوصاف الشهود بالعمى والخرس والردة والفسق في هذه الحالة بخلاف ردها الى المالك لانه يؤكد الخصومة فيتم بها الحصول مقصودها فتبقى تقديرا وأما التمليك فيضاد مقصودها اذ لا يخاصم أحد لملك وانما يخاصم ليسترد فيقطعها وعن أبي يوسف أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان السرقة وقعت موجبة للقطع لاستجماع شرائطها وقد ظهرت عند القاضي بدليلها ولا أثر للعارض في ايراث الخلل في الظهور أو الوجوب لان الهبة ونحوها من أسباب الملك توجب ملكا حادثا فلا يمتنع به الاستيفاء كالرد على المالك ونحن بينا الوجه والفرق بينهما فلا نعيده فان قيل اذا تزوج بمن زنى بها يحد فلولا أن العارض كالعدم لما حد قلنا بعد التسليم الحد باعتبار ما استوفى من منافع البضع وهو متلاش والقطع باعتبار العين وهو باق وأما اذا ادعى السارق أن العين المسروقة ملكه فمعناه بعدما شهد الشاهدان بالسرقة عليه وقال الشافعي رحمه الله لا يسقط عنه الحد بمجرد الدعوى ما لم تقم بينة لانه لا يعجز عنه سارق فيؤدي الى سد باب الحد ولنا أن الشبهة دارئة وتتحقق بمجرد الدعوى للاحتمال ولا معتبر بما قال فان المقر اذا رجع صح وان كان لا يعجز عنه سارق وأما اذا نقصت قيمة العين المسروقة عن النصاب فالمراد به النقصان من حيث السعر بعد القضاء قبل القطع لا من حيث نقصان العين بأن كانت قيمته يوم سرق عشرة دراهم ويوم القطع أقل فانه لا يقطع وعن محمد رحمه الله أنه يقطع وهو قول زفر والشافعي لان النصاب تم عند الاخذ وهو المعتبر فنقصانه بعد ذلك لا يوجب خللا فيه كما في النقصان في العين ولنا أن النصاب لما كان شرطا شرط قيامه عند الامضاء على ما بينا من قبل بخلاف نقصان القيمة لنقصان العين لان العين مضمونة على السارق فكمل النصاب عينا ودينا ونقصان السعر ليس بمضمون على السارق لانه يكون بفتور الرغبات ومثله لا يكون مضمونا على أحد قال رحمه الله (ولو أقرا بسرقة ثم قال أحدهما هو مالي لم يقطعا) أي لو أقر رجلان بسرقة ثم قال أحدهما المسروق مالي لم يقطع واحد منهما سواء ادعى قبل القضاء أو بعده قبل الامضاء لان السرقة ثبتت على الشركة وبطل الحد عن أحدهما برجوعه لانه أنكر السرقة بعد الاقرار بها فكان رجوعا في حقه وأورث شبهة في حق الآخر لاتحاد السرقة بخلاف ما لو قال سرقت أنا وفلان كذا وفلان ينكر حيث يقطع المقر لعدم الشركة بتكذيبه وفيه خلاف أبي يوسف هو يقول انه أقر بفعل مشترك فلا يثبت غير مشترك وقد بطلت الشركة فلا يثبت ولهما ان الشركة لما لم تثبت بانكار الآخر صار فعله كالعدم وعدم فعله لا يخل بالموجود منه كقوله قتلت أنا وفلان فلانا وقال الآخر ما قتلت يقاد المقر وحده وكقوله زنيت أنا وفلان بفلانة وكذبه الآخر حد المقر وحده قال رحمه الله (ولو سرقا وغاب أحدهما وشهد على سرقتهما قطع الآخر) أي الحاضر وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى أولا يقول لا يجب عليه القطع لان الغائب ربما يدعي الشبهة عند حضوره ثم رجع وقال يقطع لان سرقة الحاضر تثبت بالحجة فلا يعتبر الموهوم لانه لو حضر وادعى كان شبهة واحتمال الدعوى شبهة الشبهة فلا يعتبر قال رحمه الله (ولو أقر عبد بسرقة قطع وترد السرقة الى المسروق منه) وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة

حنيفة رحمه الله وقوله وترد السرقة يعني اذا كانت قائمة وان كانت هالكة لا يضمن على ما يجيء من قريب وقال أبو يوسف ومحمد ان كان العبد مأذوناله أو مكاتبا وكان المال المسروق مستهلكا فكما قال أبو حنيفة رحمه الله وان كان محجورا عليه والمال قائم في يده فعند أبي يوسف يقطع والمال للمولى الا ان يصدقه المولى فيدفع الى المسروق منه وقال محمد لا يقطع والمال للمولى الا أن يصدقه المولى وقال زفر رحمه الله لا يقطع في الوجوه كلها والمال للمولى الا أن يكون مأذوناله في التجارة فيصح اقراره في المال أو يصدقه المولى لان اقراره بالقطع يتضرر به المولى فلا يقبل اقراره عليه ولنا صحة اقراره من حيث إنه آدمي ثم يتعدى الى المالية في ضمنه فيصح اذ لا تهمة فيه ألا ترى الى قوله يقبل في هلال رمضان لعدم التهمة وكذا لو أقر المأذون له في التجارة بالدين أو أقر الحر المدين بالدين يقبل لعدم التهمة فكذا هذا ولمحمد أن اقرار المحجور عليه في المال باطل ولهذا لا يصح اقراره بالغصب وما في يده للمولى فلا يقطع به بخلاف المستهلك يحققه أن المال أصل فيها والقطع تابع حتى تسمع الخصومة فيه بدون القطع ويثبت المال بدون القطع كما اذا شهد رجل وامرأتان أو أقر ثم رجع دون عكسه فاذا بطل في حق الاصل بطل في التبع بخلاف المأذون له لان اقراره بما في يده من المال صحيح فيصح في حق القطع تبعا وبخلاف اقراره بالمستهلك لان ملك المولى لم يظهر فيه ليرد ولابي يوسف أنه أقر على نفسه بالقطع فيصح وعلى المولى بالمال لان ما في يد العبد لمولاه فلا يصح والقطع قد يجب بدون المال كما اذا قال الثوب الذي مع عمرو سرقته من زيد فانه يقطع ولا يصدق اقراره في حق الثوب وكما لو أقر بسرقة مال مستهلك ولابي حنيفة رحمه الله أن الاقرار بالقطع قد صح منه لكونه آدميا وصحته لعدم التهمة فيصح بالمال بناء عليه لان الاقرار يلاقي حالة البقاء والمال فيها تابع للقطع حتى تسقط عصمة المال باعتبار القطع ويستوفى القطع بعد هلاك المال بخلاف مسئلة الحر لان القطع يجب بالسرقة من المودع ولا يقطع العبد بمال مولاه أبدا فحاصل هذا الخلاف راجع الى أن المال أصل أو القطع أو كلاهما فعند أبي حنيفة رحمه الله القطع هو الاصل والمال تبع وعند محمد المال هو الاصل فلا يثبت القطع بدونه وعند أبي يوسف كلاهما أصل وحكى الطحاوي أن الاقاويل الثلاثة مروية عن أبي حنيفة فقوله الاول أخذ به محمد والثاني أخذ به أبو يوسف وهي نظير أقواله في الجلالة فعدت من مناقبه رضي الله عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولا يجتمع قطع وضمان وترد العين لو قائما) معناه اذا قطع السارق وكانت السرقة قائمة في يده ترد على صاحبها لقيام ملكه فيها وان كانت هالكة لا يضمن السارق وان استهلكها فكذلك في رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رحمه الله وهو المشهور وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله يضمن وعن ابن سماعة عن محمد أنه يفتى بأداء القيمة لانه أتلف مالا محظورا بغير حق ولا يحكم به لانه يؤدي الى ايجاب ما ينافي القطع وكذلك في قاطع الطريق اذا أخذ مالا أو قتل نفسا يفتى بأداء الضمان والدية وكذا الباغي لان السبب قد انعقد وتعذر الحكم لعارض فلا يعتبر في حق الفتوى وفي الكافي هذا اذا كان بعد القطع وان كان قبل القطع فان قال المالك أنا أضمنه لم يقطع عندنا وان قال أنا أختار القطع يقطع ولا يضمن وقال مالك ان كان السارق

الكمال حاصل وجوه هذه المسئلة أربعة لان العبد المقر بالسرقة إما مأذون له أو محجور عليه وفي كل منهما إما أن يقر بسرقة مستهلكة أو قائمة فالمأذون له اذا أقر بسرقة هالكة يقطع عند الثلاثة ولا ضمان مع القطع وقال زفر لا يقطع ولكن يضمن المال وان أقر بسرقة قائمة قطع عند الثلاثة وهذا قول المصنف ولو كان مأذونا قطع في الوجهين ورد المال للمقر له سواء صدقه المولى أو كذبه وقال زفر لا يقطع ولكن يرد المال وان كان العبد محجورا فان أقر بسرقة هالكة قطعت يده عند الثلاثة وقال زفر لا يقطع وان أقر بسرقة قائمة فقال زفر لا يقطع فظهر أن قول زفر لا يقطع في شيء وهو ما ذكره المصنف بقوله وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها أي فيما اذا كان العبد محجورا والاقرار بهالكة أو قائمة أو مأذونا والاقرار بهالكة أو قائمة واختلف علماؤنا الثلاثة في هذه أعني في اقرار المحجور بقائمة في يده فقال أبو حنيفة يقطع وترد لمن أقر له بسرقتها منه وقال أبو يوسف يقطع والسرقة لمولاه وقال محمد لا يقطع والسرقة لمولاه ويضمن مثله أو قيمته بعد العتاق للمقر له اه فتح (قوله فعند أبي يوسف يقطع) قال الكمال ومعنى المسئلة اذا أكذبه المولى في اقراره وقال المال مالي أما اذا صدقه فلا اشكال في القطع ورد المال للمقر به اتفاقا هذا كله اذا كان العبد كبيرا وقت الاقرار فان كان صغيرا فلا قطع عليه أصلا وهو ظاهر غير أنه ان كان مأذونا رد المال الى المسروق منه ان كان قائما وان كان هالكا يضمن وان كان محجورا فان صدقه المولى رد المال الى المسروق منه ان كان قائما ولا ضمان عليه ان كان هالكا ولا بعد العتق اه (قوله وقال زفر لا يقطع في الوجوه كلها) أي فيما اذا كان العبد محجورا أو مأذونا والمال قائم أو هالك اه كاكي (قوله بخلاف المستهلك) أي حيث يقطع فيه عنده وعندهما اه (قوله وهو المشهور) أي ويشهد له الحديث الذي يأتي لا غرم على سارق بعد ما قطعت يمينه فانه لم يفصل بين الهلاك والاستهلاك والله الموفق اه (قوله وفي الكافي هذا) أي عدم وجوب الضمان اه (قوله لم يقطع) سيأتي عند قوله ولو شق ما سرق الخ أنه ان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة اه وكتب ما نصه قال

صاحب مال يضمن والا فلا نظرا للجانبين قلنا المضمون لا يختلف بين أن يكون موسرا أو معسرا وانما يؤثر الاعسار في التأخير لا غير وقال الشافعي يضمن سواء هلك أو استهلكه فحاصله أن القطع والضمان لا يجتمعان عندنا كالحد مع العقر وعنده يجتمعان لانهما حقان اختلفا محلا ومستحقا وسببا لان محل القطع اليد ومستحقه هو الله تعالى وسببه الجناية على حق الله تعالى وهو ترك الانتهاء عما نهى عنه ومحل الضمان الذمة ومستحقه المسروق منه وسببه اثبات اليد على مال الغير على وجه العدوان فوجوب أحدهما لا يمنع وجوب الآخر كالدية مع الكفارة في القتل خطأ وكالقيمة مع الجزاء في قتل صيد مملوك في الحرم وكايجاب القيمة مع الحد في شرب خمر الذمي ولنا ما روى عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لا غرم على سارق بعدما قطعت يمينه ولانا لو ضمناه ينتفي وجوب القطع لما عرف ان ضمان العدوان يوجب ملك المضمون من وقت الاخذ ضرورة أن لا يجتمع البدلان في ملك شخص واحد فيتبين أنها وردت على ملكه وأن القطع كان بغير حق لانه لا يقطع على أخذ مال نفسه فكان القول به باطلا ولان القطع خالص حق الله تعالى فلا يجب الا بجناية واقعة على حقه خالصا بلا شبهة وذلك بأن يكون معصوما لله تعالى ليس للعبد فيه حق كالخمر والميتة فلا يضمن ولو بقي له حق لكان مباحا لذاته حراما لغيره وهو حق مالكه فكان حراما من وجه دون وجه فيسقط الحد للشبهة فيصير حراما حقا للشرع فقط كالزنا فلا يضمن الا أن هذه العصمة وهي كونه معصوما لله تعالى لا يظهر في حق شخص آخر حتى يضمنه بالاتلاف لعدم الضرورة في حقه وكذا في حق السارق بالنسبة الى الاستهلاك لانه فعل آخر غير السرقة فلا ضرورة اليه في حقه وكذا الشبهة الدارئة للحد تعتبر فيما هو السبب وهو السرقة دون غيره فلا يضرنا جعله معصوما لحق العبد بالنسبة الى الاستهلاك اذ لا يؤدي الى انتفاء القطع باعتباره الا في حقه كما في حق الاجنبي ووجه المشهور أن الاستهلاك اتمام المقصود فتعتبر الشبهة فيه بمعنى أنه لو كان معصوما لحق العبد في حق الاستهلاك لأدى الى سقوط القطع وكذا ظهر سقوط العصمة في حق الضمان حتى لا يجب عليه ضمانه لانه لو لم يسقط في حقه يلزم أن يجب مال معصوم بمقابلة مال غير معصوم ولا متقوم فانتفى الضمان لانتفاء المماثلة كما لا يجب باستهلاك المنافع لهذا المعنى ولا نسلم أن هنا سببين بل هو سبب واحد وهو سرقة مال متقوم لصيانة أموال الناس لا غير فلا يجب حقان مختلفان بسبب واحد كالقصاص مع الدية بخلاف ما استشهد به لان هنالك سببين مختلفين لان ما يجب من الجزاء حقا لله تعالى لا تعلق له بكون المحل معصوما مملوكا الا ترى أنه لو قتل صيدا غير مملوك أو صيد نفسه أو شرب خمر نفسه أو قتل عبد نفسه تجب هذه الاجزية حقا لله تعالى وحق العبد فيه متعلق بالمحل بدلا عنه فتعدد الموجب لتعدد السبب فافترقا فان قيل متى انتقلت العصمة حقا لله تعالى ان قلتم قبل السرقة ففيه سبق الحكم على السبب وان قلتم بعد السرقة فهذا غير مفيد لان السبب صادف محلا محترما حقا للمالك وان قلتم مع السرقة فهو باطل أيضا لان السرقة وقت الوجود ليست بموجودة فكيف يوجد حكمها قلنا انتقلت العصمة قبيل السرقة متصلا بالسرقة لتنعقد السرقة موجبة للقطع ويجوز سبق الحكم على السبب اذا كان ذلك الحكم شرط صحة ذلك السبب كما في قوله أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت يثبت الملك مقتضى للعتق سابقا عليه ضرورة صحة العتق عنه فكذا هذا فان قيل اذا انتقلت العصمة ولم يبق حق المالك فكيف يشترط خصومته قلنا ما شرط المالك لذاته بل لاظهار السرقة وليتمكن الامام من القطع حتى لو وجدت الخصومة من غير مالك اكتفى به على ما مر قال رحمه الله (ولو قطع لبعض السرقات لا يضمن شيأ) يعني لو سرق سرقات فقطع في احداها فهو لجميعها ولا يضمن شيأ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن كلها الا في التي قطع لها ولو حضروا جميعا وقطعت يده بخصومتهم لا يضمن شيأ بالاتفاق لهما في الخلافية أن المسقط للضمان القطع وهو حصل

الكمال لانه يتضمن رجوعه عن دعوى السرقة الى دعوى المال اه (قوله وانما يؤثر الاعسار في التأخير لا غير) قال الكمال ولا خلاف ان كان باقيا أنه يرد على المالك وكذا لو باعه أو وهبه يؤخذ من المشتري والموهوب له اه

للعاصر لانه لا يستوفى الا بخصومته واثباته عند القاضى ولم يوجد ذلك من غيره فيقطع له خاصة اذ ليس بنائب عنهم فبقيت أموالهم معصومة على حالها ولهذا لو حضر واوادّعوا السرقة لم يأخذوها حتى يقيموا البينة على السرقة ولو كانت خصومته للكل لاخذوها كما أخذهو وله أن الواجب بالكل قطع واحد حقا لله تعالى لان مبنى الحدود على التداخل والخصومة شرط لظهورها عند القاضى وعند من له الحق ليعلم لا لوجوب القطع اذ هو بالجناية وصاحب الحق هو الله تعالى وهو لا يخفى عليه خافية فلا حاجة الى القضاء بل الى الاستيفاء فاذا استوفى كان للكل لعود منفعته الى الكل بخلاف المال لانه حق العبد فتشترط الخصومة منه ولان القطع متحد فيكون القضاء به للكل بخلاف الاموال فان قيل الخصومة شرط ليصير الخصم باذلا للمال ولهذا لو اختار التضمين لا يقطع ولا يصح البذل من واحد عن الكل قلنا بذل المال بسقوط عصمته أمر شرعى يثبت بناء على استيفاء القطع لا باختيار العبد ألا ترى أنه يستوفيه الحاكم بخصومة من لا يملك البذل كالاب والوصى والمكاتب والعبد المأذون له وعلى هذا الخلاف اذا سرق من واحد نصابا مرارا ثم قطع لاجل نصاب واحد قال رحمه الله (ولو شق ما سرق فى الدار ثم أخرجه قطع) وذلك مثل أن يسرق ثوبا وشقه نصفين قبل أن يخرجه من الدار ثم أخرجه وقيمته عشرة دراهم بعد الشق فانه يقطع وقال أبو يوسف لا يقطع لانه أحدث فيه سبب الملك وهو الخرق الفاحش فانه يوجب القيمة فيملك المضمون فصار كالمشترى اذا سرق مبيعا فيه خيار البائع ثم فسخ البيع ولهما أن الشق ليس بسبب موضوع للملك شرعا وانما هو سبب للضمان وانما يثبت الملك ضرورة أداء الضمان كيلا يجتمع البدلان فى ملك واحد ومثله لا يورث الشبهة كالاخذ نفسه وكما اذا سرق البائع معيبا باعه بخلاف ما استشهد به لان البيع موضوع لافادة الملك وهذا الخلاف فيما اذا اختار تضمين النقصان وأخذ الثوب وان اختار تضمين القيمة وترك الثوب عليه لا يقطع بالاتفاق لانه ملكه مستندا الى وقت الاخذ فصار كما اذا ملكه بالهبة بل أولى لاستناده واقتصار الهبة وهذا اذا كان النقصان فاحشا وان كان يسيرا قطع بالاجماع لانعدام سبب الملك لعدم اختيار تضمين كل القيمة وترك الثوب عليه ثم يضمن النقصان مع القطع هنا وكذا اذا كان الخرق فاحشا واختار أخذ الثوب وتضمين النقصان ولا يمتنع هذا التضمين بالقطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف مافات قبل

(قوله لاخذوها كما أخذهو) أى فلو وجب الضمان عليه لاجتمع قطع وضمان اه كافى (قوله وله أن الواجب الخ) قال فى الكافى وله أن القطع وجب عن السرقات كلها فيبطل ضمان كلها كما لو خاصموا جميعا وهذا لان الحد عند تقدم أسبابه يقع عن الكل لعدم رجحان البعض عن البعض وكل السرقات ثابتة فى علم الله تعالى والقطع يستوفى قهله ولا يجب بالسرقات الا قطع واحد للتداخل فيقع عن الكل فى علمه تعالى الا أن القاضى لا علم له بسائر السرقات فظن ان القطع بازاء الواحدة فاذا ثبت الباقى فى السرقات بالبينات بان له أن القطع بازاء الكل والخصومة شرط لظهورها عند القاضى لا لوجوبها فاذا خاصم الواحد وأثبت وضح التكلف للقاضى بالقطع والمستوفى يصلح للكل والكل واجب فى الحقيقة فيقع عن الكل لعود نفعه الى الكل اه (قوله فانه يقطع) أى وان كان لا يساوى عشرة دراهم بعده لم يقطع اتفاقا اه كافى (قوله وكذا اذا كان الخرق فاحشا) قال فى الكافى فان قيل قد أوجبتم مع القطع ضمان النقصان وهما لا يجتمعان قلنا انما لا يجتمعان كيلا يؤدى الى الجمع بين أجزاء الفعل وبدل المحل فى جناية واحدة (٢٣٣) وهنا لا يؤدى اذ القطع يجب بالسرقة وضمان النقصان بالخرق والخرق ليس من السرقة فى شئ اه (قوله ولا يمتنع هذا التضمين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقدير السؤال أن يقال كيف جمع أبو حنيفة ومحمد بين القطع وضمان الشق وقد تقدم من أصل أصحابنا ان القطع والضمان لا يجتمعان فأجاب عن ذلك بان مافات عن الشق صار هالكا قبل الاخراج فالقطع لم يقع له فلا ينتفى الضمان ولا يمتنع القطع اه قال الكمال رحمه الله واستشكل على هذا الجواب الاستهلاك على ظاهر الرواية فانه فعل غير السرقة مع انه لا يجب به الضمان لان عصمة المسروق تسقط بالقطع فكذا هنا عصمة المسروق تسقط بالقطع فينبغى أن لا يجب ضمان النقصان وعن هذا قال فى الفوائد الخبازية وفى الصحيح لا يضمن النقصان كيلا يجتمع القطع مع الضمان ولانه لو ضمن النقصان عملك ماضمنه فيكون هذا كثوب مشترك بينهما فلا يجب القطع لكنه يجب بالاجماع فلا يضمن النقصان والحق ماذكر فى عامة الكتب الامهات أنه يقطع ويضمن النقصان والنقص بالاستهلاك غير وارد لان الاستهلاك هنا بعد السرقة بان سرق واستهلك المسروق وما نحن فيه ما اذا نقص قبل تمام السرقة فان وجوب قيمة ما نقص ثابت قبل السرقة ثم اذا أخرجه من الحرز كان المسروق هو الناقص فالقطع حينئذ بذلك المسروق الناقص ولم يضمنه اياه ألا ترى الى قول الامام فخر الدين قاضيخان فان كان الخرق يسيرا يقطع ويضمن النقصان أما القطع فلانه أخرج نصابا كاملا من الحرز على وجه السرقة وأما ضمان النقصان فلوجود سببه وهو التعيب الذى وجد قبل الاخراج الذى به تتم السرقة ووجوب ضمان النقصان لا يمنع القطع لان ضمان النقصان وجب باتلاف مافات قبل الاخراج والقطع باخراج الباقى فلا يمنع كما لو أخذ ثوبين وأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وأما قول الباحث عملك ماضمنه فيكون كثوب مشترك الخ فغلط لان عند السرقة وهو الاخراج ما كان له ملك فى المخرج فان الجزء الذى ملكه

الاخراج والقطع باخراج الباقى فلا يمتنع كالوأخذ ثوبين فأحرق أحدهما فى البيت وأخرج الآخر وقيمته نصاب وذكر الخبازى أن الصحيح أنه لا يضمن النقصان لانه ضمان هذا الثوب فيكون كأنه ملك ما ضمن فيكون مشتركا بينهما فينتفى القطع وتكلموا فى الفرق بين الفاحش واليسير فقيل ان أوجب الخرق نقصان ربع القيمة فصاعدا فهو فاحش وما دونه يسير وقيل ما لا يصلح الباقى لثوب تام فهو فاحش واليسير ما يصلح وقيل ما ينقص به نصف القيمة فاحش وما دونه يسير وما فوقه استهلاك لان للاكثر حكم الكل والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة بل يتعيب به فقط وهذا الخيار يثبت ما لم يكن اتلافا واذا كان اتلافا فله تضمين جميع القيمة من غير خيار ويملك السارق الثوب ولا يقطع وحد الاتلاف أن ينقص أكثر من نصف القيمة قال رحمه الله (ولو سرق شاة فذبحها وأخرجها لا) أى لا يقطع لان السرقة تمت على اللحم ولا قطع فيه قال رحمه الله (ولو صنع المسروق دراهم أو دنانير قطع وردها) أى لو سرق ذهبا أو فضة قدر ما يجب فيه القطع فصنعه دراهم أو دنانير قطع ورد الدراهم والدنانير الى المسروق منه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها وأصل هذا الخلاف فى الغصب فى أن الغاصب هل يملك الدراهم والدنانير بهذه الصنعة أم لا بناء على أنها متقومة أم لا فعنده لا يملك لانها لا تتقوم وعندهما يملك لتقومها ثم وجوب القطع عنده لا يشكل لانه لم يملكها على قوله وقيل على قولهما لا يجب القطع لانه ملكه قبل القطع وقيل يجب لانه صار بالصنعة شيأ آخر فلم يملك عينه وعلى هذا الخلاف اذا اتخذه حليا أو آنية قال رحمه الله (ولو صبغه أحمر فقطع لا يرد ولا يضمن) أى لو سرق ثوبا فصبغه أحمر فقطع لا يجب عليه رده ولا ضمانه وهكذا ذكره فى المحيط والكافى ولفظ صاحب الهداية وان سرق ثوبا فقطع فصبغه أحمر لم يؤخذ منه الثوب ولا يضمن بتأخير الصبغ عن القطع ولفظ محمد رحمه الله سرق الثوب فقطع يده وقد صبغ الثوب أحمر الخ دليل على أنه لا فرق بين أن يصبغه قبل القطع أو بعده وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يؤخذ منه الثوب ويعطى ما زاد الصبغ فيه لان عين ماله قائم من كل وجه وهو أصل والصبغ تبع فكان اعتبار الاصل أولى كما فى الغاصب ولهما أن صبغ السارق فى الثوب قائم صورة ومعنى وحق صاحب الثوب قائم صورة لا معنى حتى اذا هلك عنده أو استهلكه لا يجب عليه الضمان فكان حق السارق أحق بالترجيح كالموهوب له اذا صبغه انقطع حق المالك لما قلنا بخلاف الغصب لان حق كل واحد منهما قائم من كل وجه فرجحنا جانب الاصل دون التبع فان قيل اذا انقطع حق المالك وجب أن يملكه السارق من حين سرق فيمتنع القطع قلنا يجب القطع باعتبار الثوب الابيض وهو لم يملكه أبيض بوجه ما فصار كما لو سرق حنطة

بالضمان هو ما كان قبل السرقة وقد هلك قبلها وحين وردت السرقة وردت على ما ليس فيه ذلك الجزء المملوك له اه (قوله لا يقطع) أى وان كانت قيمتها مذبوحة عشرة دراهم اه (قوله ولا قطع فيه) أى لكنه يملك قيمتها للمسروق منه اه فتح (قوله وهذا عند أبى حنيفة) وبه قالت الثلاثة اه فتح (قوله وقالا لا سبيل للمسروق منه عليها) أى وهل يقطع عندهما ما يذكر قريبا اه (قوله فى أن الغاصب) أى اذا غصب نقرة فضة فضربها دراهم اه (قوله وعندهما يملك لتقومها) وجه قولهما أن هذه الصنعة مبدلة للعين كالصنعة فى الصفر والحديد بان غصب حديدا أو صفرا فجعله سيفا أو آنية وكذا الاسم كان تبرا ذهبا فضة صار دراهم دنانير وله أن هذه الصنعة فى الذهب والفضة ولو تقومت وبدلت الاسم لم تعتبر موجودة شرعا بدليل أنه لم يتغير بها حكم الربا حتى لا يجوز بيع آنية وزنها عشرة فضة باحد عشر فضة وقلبه فكانت العين كما كانت حكما فيقطع وتؤخذ للمالك على ان الاسم باق وهو اسم الفضة والذهب وانما حدث اسم آخر مع ذلك الاسم اه كمال (قوله لانه ملكه قبل القطع) أى بما حدث من الصنعة قبل استيفاء القطع لكنه يجب عليه مثل ما أخذ وزنا من الذهب والفضة اه كمال (قوله وقيل يجب) أى ولا شئ على السارق اه فتح (قوله فلم يملك عينه) أى فقد استهلك المسروق ثم قطع فلا شئ عليه قاله الكمال اه قال الشهيد فى جامعه وهو الاصح اه (قوله فى المتن ولو صبغه أحمر الخ) قال فى الهداية ومن سرق ثوبا فصبغه أحمر يقطع به قال الكمال باجماع العلماء اه (قوله وقال محمد يؤخذ منه الثوب) قال الكمال وهو قول الائمة الثلاثة اه (قوله قائم صورة) أى وهو ظاهر اه (قوله ومعنى) أى من حيث القيمة اه فتح (قوله حتى اذا هلك عنده) أى عند السارق اه (قوله أو استهلكه لا يجب عليه الضمان) حتى لو أراد المسروق منه أن يأخذ الثوب يضمن له قيمة الصبغ اه فتح (قوله انقطع حق المالك) أى فى الرجوع اه (قوله فرجحنا جانب الاصل دون التبع) قال فى الفوائد الظهيرية وفى المسئلة اشكال وهو أن الثوب على تقدير القطع يصير ملكا للسارق من حين صبغه فتبين أن القطع لم يكن بحق ولهذا قلنا إن القطع مع الضمان لا يجتمعان لانه على تقدير الضمان يثبت الملك من وقت السرقة فيتبين أن القطع لم يكن بحق وجوابه أن ثبوت الملك هنا لما ذكرنا من الترجيح لوصف التقوم فانه معنى بعد القطع فلا يكون الملك ثابتا قبل القطع ومع هذا القيل والقال فيه مجال فان السارق حين قطع والثوب مصبوغ أو بقى الثوب على ملك المالك والصبغ ملك السارق فيكون قد قطع فى شئ مشترك فكان ينبغى أن لا يقطع لكنه جعل الثوب كالمستهلك حتى جاز القطع

فطحنها

فطحنها فانه يقطع بالحنطة وان ملك الدقيق لما قلنا يحققه ان ثبوت الملك للسارق فيه لرجحان الصبغ بكونه متقوما دون الثوب وعدم تقوم الثوب بعد القطع فلا يكون الملك باقيا قبله قال رحمه الله (ولو أسود ردّ) أى لو صبغ الثوب أسود يردّ الثوب على المسروق منه عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا سبيل للمسروق منه على الثوب لان السواد نقصان عند أبى حنيفة رحمه الله وليس بزيادة و بنقصان المسروق لا ينقطع حق المالك بخلاف الزيادة فيردّ على المالك وعند أبى يوسف ومحمد السواد زيادة لكن بالزيادة لا ينقطع حق المالك عند محمد بل يردّ و يأخذ ما زاد الصبغ وعند أبى يوسف ينقطع ولا يأخذ الزيادة على ما بينا فى الحمرة وكذا اذا قطع الثوب وخاطه لا يستردّ منه والله أعلم بالصواب

﴿باب قطع الطريق﴾

شرائط قطع الطريق فى ظاهر الرواية ثلاثة يعنى ما يختص به دون السرقة الصغرى ثلاثة أن يكون من قوم لهم قوة وشوكة تنقطع بهم الطريق وأن لا يكون فى مصر ولا فيما بين القرى ولا بين مصرين وأن يكون بينهم و بين المصر مسيرة سفر لان قطع الطريق انما يكون بانقطاع المارة ولا ينقطعون فى هذه المواضع عن الطريق لانهم يلحقهم الغوث من جهة الامام والمسلمين ساعة بعد ساعة فلا يترك المرور والاستطراق وعن أبى يوسف انهم لو كانوا فى المصر ليلا أو فيما بينه و بين المصر أقل من مسيرة سفر تجرى عليهم أحكام قطاع الطريق وعليه الفتوى لمصلحة الناس وهى دفع شر المتغلبة المتلصصة قال رحمه الله (أخذ قاصد قطع الطريق قبله حبس حتى يتوب وان أخذ مالا معصوما قطع يده و رجله من خلاف وان قتل قتل حدا وان عفا الولى وان قتل وأخذ قطع وقتل وصلب أو قتل أو صلب) والاصل فيه قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله الآية والمراد منه والله أعلم التوزيع على الاحوال لان الجنايات متفاوتة والحكمة أن يتفاوت جزاؤها وهو الأليق بحكمة الله تعالى وانما ذكر أنواع الجزاء ولم يذكر أنواع الجناية لانها معلومة فكان بيان جزائها أهم وهذا لان أنواع الاجزية ذكرت على سبيل المقابلة بالجناية وهى المحاربة وهى معلومة بأنواعها فاكتفى باطلاقها وبين أنواع الجزاء فوجب التقسيم على حسب أحوال الجناية اذ ليس من الحكمة أن يسوّى فى العقوبة مع التفاوت فى الجناية كيف وقد روى أن جبريل عليه الصلاة والسلام نزل بهذا التقسيم فى أصحاب أبى بردة وقال مالك رحمه الله الامام مخير أى شئ شاء من هذه الاجزية فعل بكل واحد من الجناية لان كلمة أو تقتضى ذلك كما فى كفارة اليمين وجوابه انها مقابلة بالجنايات فاقتضت الانقسام فتقديره أن يقتلوا ان قتلوا أو يصلبوا ان قتلوا وأخذوا المال أو تقطع

أخره عن السرقة وأحكامها لانه ليس سرقة مطلقا ولذا لا يتبادر هو أو ما يدخل هو فيه من اطلاق لفظ السرقة بل انما يتبادر الاخذ خفية عن الناس ولكن أطلق على قطع الطريق اسم السرقة مجازا لضرب من الاخفاء وهو الاخفاء عن الامام ومن نصبه الامام لحفظ الطريق من الكشاف وأرباب الادراك فكان سرقة مجازا ولذا لا تطلق السرقة عليه الا مقيدة فيقال السرقة الكبرى ولو قيل السرقة فقط لم يفهم أصلا ولزوم التقييد من علامات المجاز اه فتح قال الاتقانى اعلم أن قطع الطريق يسمى سرقة كبرى أما كونه سرقة فباعتبار أن قاطع الطريق يأخذ المال خفية عن عين الامام الذى عليه حفظ الطريق والمارة لشوكته ومنعته وأما كونه كبرى فلان ضرره يعم عامة المسلمين حيث يقطع عليهم الطريق بزوال الامن بخلاف السرقة الصغرى فان ضررها خاص بالمسروق منه ولان موجب قطع الطريق أغلظ من حيث قطع اليد والرجل من خلاف ومن حيث القتل والصلب وليس فى السرقة الصغرى مثل ذلك ثم تقديم السرقة الصغرى على الكبرى لان الصغرى أكثر وقوعا ولان الترقى من القليل الى الكثير أولى لان قطع الطريق فيمن يباشر عارض بالسفر وذكر العارض بعد ذكر الاصل اه (قوله فى المتن حبس حتى يتوب) أى بعد ما يعزر اه كافى (قوله وان قتل وأخذ قطع) قال فى الكافى وان قتلوا وأخذوا المال ان شاء الامام قطع أيديهم وأرجلهم من خلاف ثم قتلهم وصلبهم وان شاء قتلهم من غير قطع وان شاء صلبهم اه قوله وان شاء صلبهم أى أحياء ثم قتلهم اه كافى (قوله أو قتل أو صلب) اعلم أن القطاع اذا قتلوا وأخذوا المال فالامام مخير بين ثلاثة أمور ذكرها فى المتن وزاد الشارح رحمه الله عليها ثلاثة أمور ستأتى عند قول الشارح رحمه الله والحالة الرابعة والله أعلم (قوله انما جزاء الذين يحاربون الله) أى أولياء الله وهم المؤمنون على حذف المضاف لان أحدا لا يحارب الله ولان المسافر فى البرارى فى أمان الله وحفظه متوكلا عليه فالمعترض له كأنه محارب لله تعالى اه دراية قال الكمال أى يحاربون عباد الله وهو أحسن ممن يقدر أولياء الله لان هذا الحكم يثبت بالقطع على الكافر والذمى اه (قوله التوزيع) أى توزيع الاجزية المذكورة على أنواع قطع الطريق اه كمال (قوله على الاحوال) كأنه قال أن يقتلوا ان قتلوا الخ لا التخيير كما قال مالك متشبثا بظاهر أو ثبت ذلك بقوله عليه الصلاة والسلام من أخذ المال قطع ومن قتل قتل ومن أخذ المال وقتل صلب اه كافى (قوله وهى معلومة بأنواعها) أى عادة بتخويف أو أخذ مال أو قتل وأخذ مال اه كافى

(قوله ثم هذه الاحوال أربعة) أى والاجزية كذلك اه كافى قال الكمال فأحوالهم بالنسبة الى الجزاء الشرعى أربعة وبالنسبة الى ماهو أعم منه خمسة اه وذكر التمرتاشى والاحوال خمس تخويف لاغير وهنا عزروا وأدنى التعزير وحبسوا حتى يتوبوا والثانية أخذ المال فهنا اذا تابوا قبل الاخذ سقط الحد وضمنوا المال قائما وهالكا ولو أخذوا قبل التوبة قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف وردوا المال القائم ولم يضمنوا الهالك عندنا خلافا للائمة الثلاثة والثالثة جرحوا لاغير وفيه القصاص فيما يجرى فيه القصاص والارش فيما لايجرى والاستيفاء الى صاحب الحق والرابعة أخذوا المال وجرحوا فقطع من خلاف وبطل حكم الجراحات عندنا خلافا للائمة الثلاثة لان حكم مادون النفس حكم المال فسقط الضمان والخامسة أخذوا وقتلوا أو قتل أحدهم رجلا بسلاح أو غيره فالامام هنا مخير على ماذكره فى المتن اه دراية (قوله الاولى أن يؤخذ قبل أن يقتل نفسا ولا يأخذ مالا) بل لم يوجد منهم سوى مجرد إخافة الطريق الى أن أخذوا فحكمهم أن يعزروا ويحبسوا الى أن تظهر توبتهم فى الحبس أو يموتوا اه كمال (قوله وهذه الهاء ترجع الى غير مذكور) أى الهاء عائدة الى قطع الطريق أى أخذ قبل أخذ المال وقتل (٣٣٦) النفس اه (قوله وحكمه أنه يحبس حتى يتوب) أى وهو المراد بالنفى المذكور فى الآية اه اتقانى قال فى الكافى اذا خرج جماعة ممتنعون أو واحد يقدر على الامتناع فقصدوا قطع الطريق فأخذوا قبل أن يأخذوا مالا ويقتلوا نفسا حبسهم الامام حتى يتوبوا بعدما يعزرون لان المراد بالنفى المنصوص الحبس فى حق من خوف الناس ولم يأخذ مالا ولم يقتل لانه إما أن يراد به نفيه عن جميع الارض وذا لايتحقق مادام حيا أو عن بلده الى بلد أخرى وبه لايحصل المقصود وهو دفع أذاه عن الناس أو عن دار الاسلام الى دار الحرب وفيه تعريضه على الردة فدل ان المراد نفيه عن جميع الارض بدفع شره عن أهلها الاموضع حبسه اذ المحبوس يسمى خارجا من الدنيا اه وانما يعزرون لارتكابهم منكر التخويف الجناية وشرط أن تكون الجماعة ذات منعة لان قطاع الطريق محاربون بالنص والمحاربة انما تتحقق ممن له منعة وشوكة اه (قوله قال القائل) أى وهو صالح بن عبد القدوس اه (قوله فلسنا من الاحياء فيها ولا الموتى) الذى بخط الشارح فلسنا من الاحياء ولا الموتى وكذا فى الكافى وفى بعض نسخ هذا الشرح * فلسنا من الاموات فيها ولا الاحيا * وهو مخالف لخط المصنف اه (قوله وأصاب كل واحد منهم نصابا) أى عشرة دراهم أو ماقيمته العشرة وقال الحسن بن زياد عشرون لانه يقطع من قاطع الطريق طرفان فيشترط نصابان اه اتقانى رحمه الله (قوله فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى) أى لئلا يفوت جنس المنفعة اه كافى (قوله لامستأمن) أى فلو قطعوا الطريق على مستأمن لايلزمهم شئ مما ذكرنا الا التعزير والحبس باعتبار اخافة الطريق وإخفار ذمة المسلمين لان ماله غير معصوم على التأبيد اه كمال رحمه الله (قوله حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة الخ) قال الاتقانى رحمه الله وانما قطع الطرفان لوقوع أثر الجناية عاما وتغلظها واعطى مال الذمى حكم مال المسلم لتأبد العصمة فيهما اه (قوله لايقطع لما ذكرنا) أى ولو كانت يده اليمنى مقطوعة قطعت رجله اليسرى ولو كانت يداه صحيحتين ورجله اليسرى مقطوعة قطعت يده اليمنى فقط ولا خلاف فيه اه كاكى (قوله ينبغى أن يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهما) أى لانه كالسرقتين اه كافى

أيديهم وأرجلهم من خلاف ان أخذوا المال أو ينفوا ان أخافوا بخلاف كفارة اليمين فانها مقابلة بجناية واحدة وهى الحنث فكانت للتخيير والذى يدل على ماقلنا ماروى عن ابن عباس فى قطاع الطريق اذا قتلوا وأخذوا المال قتلوا وصلبوا واذا قتلوا ولم يأخذوا المال قتلوا ولم يصلبوا واذا أخذوا المال ولم يقتلوا قطعت أيديهم وأرجلهم من خلاف واذا أخافوا السبيل ولم يأخذوا مالا نفوا من الارض رواه الشافعى فى مسنده وحكاه فى المنتقى ثم هذه الاحوال أربعة الاولى أن يؤخذ قبل أن يقتل نفسا ولا يأخذ مالا وهو المراد بقوله أخذ قاصد قطع الطريق قبله وهذه الهاء ترجع الى غير مذكور وحكمه أنه يحبس حتى يتوب وقال الشافعى المراد من النفى الطلب ليهربوا من كل موضع وهذا ليس بسديد لان دفع أذاه لايحصل بذلك لانه يفسد فى موضع آخر وان أخرج بالتتبع من دار الاسلام ففيه تعريضه على الردة ولم يعهد نا الشارع ذلك فتعين الحبس لانا عهدناه عقوبة فى الشرع وفيه نفيه عن وجه الارض وهو أبلغ وجوه النفى قال القائل

خرجنا من الدنيا ونحن من أهلها * فلسنا من الاموات فيها ولا الاحيا

اذا جاءنا السجان يوما لحاجة * عجبنا وقلنا جاء هذا من الدنيا

فكان أدفع لشره وأشد عقوبة على ارتكابه المنكر وهو الاخافة والحالة الثانية أن يؤخذ بعدما أخذ المال ولم يقتل النفس وأصاب كل واحد منهم نصابا فانه تقطع يده اليمنى ورجله اليسرى اذا كان المال لمسلم أو ذمى لامستأمن وهو المراد بقوله وان أخذ مالا معصوما قطع يده ورجله من خلاف لما تلونا ولان جنايته أفحش من السرقة الصغرى فكانت عقوبته أغلظ بقطع الثنتين وكان من خلاف لئلا يفوت جنس المنفعة حتى لو كانت يده اليسرى مقطوعة أو شلاء أو رجله اليمنى كذلك لايقطع لما ذكرنا فان قيل لما تضاعف قطعه ينبغى أن يتضاعف نصابه فيكون عشرين درهما قلنا تغلظ العقوبة هنا بتغلظ

(قوله والحالة الثالثة أن يؤخذ وقد قتل النفس) أى مسلما أو ذميا اه فتح (قوله فان الامام يقتله حدا) قال الكمال وفى فتاوى قاضيخان وان قتل ولم يأخذ المال يقتل قصاصا وهذا يخالف ما ذكرنا الا أن يكون معناه اذا أمكنه أخذ المال فلم يأخذ شيأ ومال الى القتل فاما سنذكر فى نظيره أنه يقتل قصاصا خلافا لعيسى بن أبان وفيها أيضا ان خرج على القافلة فى الطريق وأخاف الناس ولم يأخذ المال ولم يقتل يعزر ويخلى سبيله وهو خلاف المعروف من انه يحبس امتثالا للنفى المذكور فى الآية اه (قوله حتى لو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم) أى لان الحد خالص حق الله تعالى لا يسمع فيه عفو غيره فمن عفا عنهم عصى الله تعالى اه فتح (قوله قلنا القطع حق

الجناية بمحاربة لله ورسوله لا بكثرة المأخوذ والحالة الثالثة أن يؤخذ وقد قتل النفس ولم يأخذ المال فان الامام يقتله حدا حتى لو عفا الاولياء لم يلتفت الى عفوهم ولا يشترط أن يكون القتل موجبا للقصاص من مباشرة الكل والآلة لانه حق الله تعالى لوجوبه فى مقابلة الجناية على حقه بمحاربته وهو المراد بقوله وان قتل قتل حدا وان عفا الولى وقال الشافعى الواجب قصاص لانه قتل بازاء قتل قلنا القطع حق الله تعالى فكذا القتل لانه قسيمه وتسميته جزاء يشعر بذلك لانه اسم لما يجب لله تعالى والحالة الرابعة أن يؤخذ وقد قتل النفس وأخذ المال فان الامام فيه مخير ان شاء قطع يده ورجله من خلاف وقتله وان شاء قتله وصلبه وان شاء قطعه وصلبه وان شاء قتله وان شاء صلبه وان شاء قطعه من خلاف وقتله وصلبه وهو المراد بقوله قطع وقتل وصلب الخ وقال محمد رحمه الله يقتل أو يصلب ولا يقطع وأبو يوسف معه فى المشهور لان القطع حد على حدة والقتل كذلك بالنص فلا يجمع بينهما بجناية واحدة وهى قطع الطريق اذ لا يجوز الجمع بين الحدين بجناية واحدة ولانه اجتمع عليه العقوبة فى النفس وما دونها حقا لله تعالى فيدخل ما دون النفس فى النفس كما لو اجتمع عليه حد الشرب والسرقة والرجم فانه يكتفى بالرجم ويدخل فيه ما عداه ولابى حنيفة رحمه الله ورضى عنه أنه وجد الموجب لهما وهو القتل وأخذ المال فيستوفيان وهما حد واحد لاتحاد سببهما وهو قطع الطريق لكن ما يقع به القطع متفاوت فاذا تناهى تفويت الامن بأخذ المال وقتل النفس تناهت عقوبته وصار هذا كقطع اليد والرجل فانهما حدان فى السرقة الصغرى وحد واحد فى الكبرى ولا تداخل فى حد واحد كالمائة الجلدات فى الزنا وغيره وانما التداخل فى الحدود ولا يلزم أن للامام أن يقتله أو يصلبه ويدع القطع لان ذلك ليس للتداخل بل لانه ليس عليه رعاية الترتيب فى أجزاء حد واحد فله أن يبدأ بالقتل فاذا قتله لا يفيد القطع بعده كالزانى اذا جلد خمسين جلدة فمات يترك الباقى لعدم الفائدة فى اقامته بعد الموت ثم فى ظاهر الرواية هو مخير فى الصلب ان شاء فعله وان شاء تركه وعن أبى يوسف أنه لا يتركه لانه منصوص عليه والمقصود منه التشهير ليرتدع به غيره فلا يترك ما أمكن قلنا معنى الزجر يتم بالقتل ولم ينقل أنه عليه الصلاة والسلام صلب أحدا قال رحمه الله (ويصلب حيا ثلاثة أيام ويبعج بطنه برمح حتى يموت) لان المقصود الردع وهو أبلغ من صلبه بعد القتل روى ذلك عن الكرخى وعن الطحاوى أنه يصلب بعد القتل ولا يصلب حيا توقيا عن المثلة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن المثلة ولو بالكلب العقور والاول أصح وهو أردع ولهذا لا يقتل جزا بالسيف مع الامر بان يحسن القتلة ونظيره الرجم فى الزنا الماقلنا ثم اذا تم له ثلاثة أيام من وقت موته يخلى بينه وبين أهله ليدفنوه وعن أبى يوسف أنه يترك على خشبة حتى يتقطع ويسقط لانه أبلغ فى الارداع قلنا انه يتغير بعد الثلاث فيتأذى الناس به والارداع قد حصل بذلك القدر وغايته غير مطلوبة قال رحمه الله (ولم يضمن ما أخذ) يعنى بعد ما أقيم عليه الحد لما ذكرنا فى السرقة الصغرى وكذا لا يضمن ما قتل وما جرح لذلك المعنى قال رحمه الله (وغير المباشر كالمباشر) يعنى فى الاخذ والقتل حتى تجرى أحكامه على الكل بمباشرة بعضهم وقال الشافعى لا يحد الا المباشر كحد الزنا ولنا أنه حكم يتعلق بالمحاربة

الله تعالى) أى فلا يدخله عفو وعليه أجمع أهل العلم ذكره ابن قدامة فى المغنى وفى شرح الوجيز قتل بمقابلة قتل وفيه معنى الحد فلا يصح عفوه ولكن ذكر فى الكافى وعند الشافعى الواجب قصاص لانه قتل بازاء قتل وهذا لا يدل على جواز العفو فان أصحابه اختلفوا فيه فقالوا فيه معنى الحد والقصاص وخرجوا على مسائل ولكن ما قال أحد منهم بجواز العفو اه كاكى (قوله والحالة الرابعة) قال الكمال وأما بالنسبة الى ما هو أعم فالاحوال الاربعة المذكورة والخامسة أن يؤخذوا بعد ما أحدثوا توبة وتأتى أيضا فى الكتاب اه (قوله وقال محمد يقتل) ويجعل فى الاسرار قول محمد أصح اه كاكى (قوله وأخذ المال) أى فاخذ المال موجب للقطع والقتل موجب للقتل اه (قوله فى المتن ويبعج) أى يشق اه (قوله لان المقصود الردع) الردع المنع اه اتقانى (قوله لا يقتل جزا) بالجيم فى خط الشارح اه (قوله ليدفنوه) وعلمت فى باب الشهيد أنه لا يصلى على قاطع الطريق اه فتح (قوله حتى تجرى أحكامه على الكل بمباشرة بعضهم) أى وهذا لان قتلهم وجب حدا عليهم لاقصاصا لم تعتبر المساواة فصار من قتل ومن لم يقتل سواء اه اتقانى (قوله وقال الشافعى لا يحد الا المباشر) أى لانه جزاء الفعل فلا يجب الا على المباشر اه كافى قال فى الهداية وان باشر القتل أحدهم قال الكمال أى واحد منهم والباقون وقوف لم يقتلوا ولم يعينوا أجرى الحد على جميعهم فيقتلوا ولو كانوا مائة بقتل واحد منهم واحدا

لان القتل بجزاء المحاربة التى فيها قتل بالنص مع التوزيع والمحاربة تتحقق بان يكون البعض ردأ للبعض حتى اذا انهزموا انحازوا اليهم اه فتح (قوله فيستوى فيه الردء) الردء وزان حمل المعين وأردأته بالالف أعنته اه مصباح (قوله كالقتل بالسيف) أى فى قتل الكل وان لم يوجب أبوحنيفة القصاص بالمثقل لان هذا ليس بطريق القصاص فان حد قطع الطريق مع القتل ليس بطريق القصاص فلا يستدعى المماثلة ولهذا يقتل غير المباشر اه فتح (قوله فى المتن وان أخذ مالا وجرح) أى جرحا واحدا أو جراحات اه

فيستوى فيه الردء والمباشر كاستحقاق السهم فى الغنيمة وهذا لان الردء محارب مفسد ووقوفه ليتمكن المباشر من الاخذ وليقتل هو ان أمكنه ويدفع عن المباشر العوائق وينضم المباشر اليه ان تعذر وهذا هو المعتاد بينهم ولو اشتغل الكل بالمباشرة لما تهيأ لهم غرضهم فيكون الكل محاربين مفسدين فيدخلون تحت قوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ويسعون فى الارض فسادا وأى محاربة وأى فساد يكون أشد منه ولهذا جاز قتل ردء أهل البغى ولولا أنه محارب لما جاز فاذا ثبت أنه محارب أجرى عليه أحكامه بخلاف الزنا لان غير المباشر ليس له فيه صنع لتمكنه وحده قال رحمه الله (والعصا والحجر كالسيف) يعنى القتل بالعصا أو بالحجر كالقتل بالسيف لان قطع الطريق يحصل بالقتل بأى آلة كانت بل بأخذ المال بغير قتل أو بمجرد الاخافة على ما بينا حكمه وهو المناط هنا بخلاف القصاص لانه يقصد القتل والقصد مبطن لا يعرف فيستدل عليه باستعمال آلة القتل وشرط ذلك لينتفى احتمال قصد التأديب أو اتلاف العضو وما أشبه ذلك قال رحمه الله (وان أخذ مالا وجرح قطع وبطل الجرح) لانه لما وجب الحد حقا لله تعالى واستوفى بقطع اليد والرجل سقطت عصمة النفس حقا للعبد كما تسقط عصمة المال على ما ينافى السرقة الصغرى فان قيل الجرح فعل آخر غير الاخذ فينبغى أن يعتبر حق العبد فيه لان اعتباره لا يؤدى الى سقوط الحد فى الاخذ لانهما فعلان متغايران فيجعل أحدهما سببا لحق العبد لا يمتنع الآخر أن يكون سببا لحق الله تعالى بخلاف الاخذ لانه فعل واحد على ما بينا قلنا بل الفعل واحد وهو قطع الطريق واذا وجب حق الله تعالى به امتنع حق العبد على ما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (وان جرح فقط أو قتل فتاب أو كان بعض القطاع غير مكلف أو ذا رحم محرم من المقطوع عليه أو قطع بعض القافلة على البعض أو قطع الطريق ليلا أو نهارا بمصر أو بين مصرين لم يحد فأقاد الولى أو عفا) أما اذا جرح فقط أى لم يقتل ولم يأخذ مالا فلان هذه الجناية ليس فيها حد فلا يسقط حق العبد اذ السقوط فى ضمن استيفاء الحد ولم يوجد فيكون حقه باقيا فيقتص فيما فيه القصاص ويؤخذ الارش فى غيره وذلك الى الاولياء وعلى هذا اذا جرح وأخذ من المال دون النصاب أو الاشياء التى لا يقطع فيها كالاشياء التافهة والتى يتسارع اليها الفساد ولو كان مع هذا الاخذ قتل لا يجب الحد أيضا وهو طعن عيسى فانه قال القتل وحده يوجب الحد فكيف يمتنع مع الزيادة فجوابه أن قصدهم المال غالبا فينظر اليه لا غير بخلاف ما اذا اقتصروا على القتل لانه تبين ان قصدهم القتل دون المال فيحدون فعدت هذه من الغرائب ثم اذا لم يجب الحد يكون الامر فى القصاص والارش الى الاولياء لعدم وجوب الحد وأما اذا قتل أو أخذ مالا فتاب يعنى قبل أن يؤخذ فلان هذا الحد لا يقام فى هذه الحالة للاستثناء المذكور فى الآية أو لان التوبة تتوقف على رد المال وبعد الرد لا يقطع لما ذكرنا فى السرقة الصغرى فاذا سقط الحد صار الامر الى الاولياء فى القصاص والارش على نحو ما بينا فان قيل ينبغى أن ينصرف الاستثناء فى الآية الى الذى يليه وهو قوله تعالى ولهم فى الآخرة عذاب عظيم كما فى آية القذف فلا يقتضى سقوط الحد بالتوبة قلنا فى هذه الآية الجمل التى قبل الاستثناء كلها من جنس واحد اذ الكل جزاء المحاربة فينصرف الاستثناء الى الكل فيرتفع الكل بالتوبة

(قوله فلا يسقط حق العبد) أى فى النفس والمال اه كافى (قوله ويؤخذ الارش فى غيره) أى كما اذا قطعوا اللسان أو الذكر لا قصاص فيه فى ظاهر الرواية ويؤخذ الارش خلافا لابى يوسف فيما اذا قطع من الاصل وفى الحشفة قصاص اتفاقا لان موضع القطع معلوم الا اذا قطع بعض الحشفة لا قصاص وكذا اذا ضربوا العين فقلعوها لا قصاص فيه ويؤخذ الارش الا اذا كانت العين قائمة فذهب ضوؤها ففيه القصاص لامكان المماثلة وكذا لا قصاص فى عظم الا فى السن الا اذا اسودت أو احمرت أو اخضرت فحينئذ يجب الارش اه اتقانى رحمه الله (قوله ولو كان مع هذا الاخذ) أى أخذ ما دون النصاب اه (قوله أو أخذ مالا فتاب) أى ورد المال أيضا وبه صرح فى المبسوط اه دراية (قوله يعنى قبل أن يؤخذ) قال فى الهداية وان أخذ بعد ما تاب وقد قتل عمدا فان شاء الاولياء قتلوه وان شاؤا عفوا عنه ولفظ الجامع الصغير وان أخذ وقد تاب بطل الحد واعلم بقيد بقوله أخذ بعد ما تاب لانه اذا تاب بعد ما أخذ لا يسقط الحد بخلاف والاصل فيه قوله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم فلما بطل الحد بالتوبة ظهر حق العبد فى النفس والمال فان شاء قتل وان شاء صالح وان شاء عفا وان شاء ضمن المال اه اتقانى (قوله للاستثناء المذكور فى الآية) قال الله تعالى الا الذين تابوا من قبل أن تقدروا عليهم الآية ولا خلاف فيه وفى المبسوط والمحيط رد المال من تمام توبتهم لينقطع به خصومة صاحب المال وقد انقطعت خصومته برد المال اليه قبل ظهور الجريمة عند الامام فيسقط الحد اه دراية

بخلاف الاستثناء فى آية القذف لان الجملة التى تليه خلاف جنس الجمل المتقدمة اذهى لا تصلح جزاء القذف وانما هى اخبار عن حاله بأنه متصف بالفسق فكانت فاصلة بينه و بين ماقبلها من الجمل فيعود اليها فقط وأما اذا كان بعض قطاع الطريق غير مكلف بأن كان صبيا أو مجنونا فلان هذه الجناية واحدة قامت بالكل فاذا لم يقع فعل بعضهم موجبا كان فعل الباقين بعض العلة وانه لا يثبت الحكم كالعامد والمخطئ اذا اشتركا فى القتل حيث لا يجب القود وعن أبى يوسف أنه لو باشر العقلاء يحد الباقون لان المباشر أصل والردء تبع ولا خلل فى مباشرة الاصل ولا اعتبار بالخلل فى التبع وفى عكسه ينعكس المعنى والحكم وعلى هذا السرقة الصغرى وقوله أو بعض القطاع غير مكلف يدل على أن المرأة اذا قطعت الطريق تجرى عليها الاحكام لانها مكلفة وقيل لا تكون قاطعة طريق لان بنيتها لا تصلح للحراب وعن أبى يوسف أنها تقطع ولا تصلب والاخرس فى هذا كالصبى خلافا لابى يوسف ذكره فى البدائع وأما اذا كان بعض القطاع ذا رحم محرم من المقطوع عليهم فلان الجناية متحدة فالامتناع فى حق البعض يوجب الامتناع فى حق الباقين بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن لان الامتناع فى حقه لخلل فى العصمة وذلك خاص به فيختص الامتناع حتى اذا وقع القتل والاخذ على المستأمن خاصة لا يجب عليهم الحد وان وقع على غيره أو عليهما يجب وكان أبو بكر الرازى رحمه الله يقول هذه المسئلة محمولة على ما اذا كان المال مشتركا بين المقطوع عليهم وفى قطاع الطريق ذو رحم محرم من أحدهم حتى لا يجب الحد باعتبار نصيب ذى الرحم المحرم و يصير شبهة فى نصيب الباقين فلا يجب الحد عليهم لان المأخوذ شئ واحد فاذا امتنع فى حق أحدهم بسبب القرابة امتنع فى حق الباقين أما اذا لم يكن المال مشتركا بينهم فان لم يأخذوا المال الا من ذى الرحم المحرم فكذلك وان أخذوا منه ومن غيره يحدون باعتبار المال المأخوذ من الاجنبى والصحيح أنه يجرى على اطلاقه لما ذكرنا واذا سقط الحد كان القصاص والتضمين الى الاولياء لانه حقهم ولم يوجد ما يسقطه وأما اذا قطع بعض القافلة على البعض فلان الحرز واحد فصارت القافلة كبيت واحد وأما اذا قطع الطريق بمصر أو بين مصرين فلان قطع الطريق بقطع المارة ولا يتحقق ذلك فى مثل هذه الاماكن لان الغوث يلحقهم ساعة فساعة فلا يمكنهم المكث فيه ولان السبب محاربة الله تعالى وهى انما تتحقق فى المفازة لان المسافر لا يلحقه الغوث فيما يسير فى حفظ الله تعالى معتمدا عليه فمن تعرض له يكون محاربا لله تعالى وأما فى المصر وفى القريب منه فيلحقه الغوث من السلطان والمسلمين فيكون اعتماده عليهم فيتمكن النقصان فى فعل من يتعرض له من حيث محاربة الله تعالى فلا يحد وقال الشافعى رحمه الله تعالى يكون قاطع الطريق فى المصر وهو القياس لوجود حقيقة القطع وعن أبى يوسف أنهم ان قصدوا فى المصر بالسلاح تجرى عليهم أحكام قطاع الطريق لان السلاح لا يلبث فلا يلحقهم الغوث وان قصدوا بالحجر أو الخشب فان كان خارج المصر فكذلك الحكم لان الغوث لا يلحقهم وان كان بقرب منه وان كان فى المصر فان كان بالليل فكذلك أيضا لان الغوث لا يلحقهم وان كان بالنهار لا تجرى عليهم أحكام قطاع الطريق واستحسن

(قوله لان الجملة التى تليه) أى وهو قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون اهـ (قوله وعلى هذا السرقة الصغرى) وجه الظاهر أن الردء حكمه حكم المباشر فى حد قطع الطريق ولهذا يلزمهما جميعا اذا كانا مكلفين فلما كان كذلك كان حضور الصبى والمجنون كمباشرته ولا حد عليهما اذا باشرا فكذا اذا حضرا فاذا لم يجب عليهما سقط عن الباقين لاشتراكهما فى سبب الحد كما اذا اشترك الخاطئ والعامد اهـ اتقانى (قوله أو بعض القطاع غير مكلف) قال الولوالجى رحمه الله فان كان فيهم عبد أو امرأة فالحكم فيهم كالحكم فى الاحرار والرجال أما العبد لقوله تعالى انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله ولم يفصل بين العبد والحر وأما المرأة فكذلك فى ظاهر الرواية وذكر الكرخى ان حد قطاع الطريق لا يجب على النساء لان السبب هو المحاربة والمرأة باصل الخلقة ليست بمحاربة اهـ (قوله بخلاف ما اذا كان فيهم مستأمن) جواب سؤال مقدر بان يقال القطع على المستأمن لا يوجب الحد كالقطع على ذى الرحم المحرم ثم وجود هذا فى القافلة يسقط الحد فينبغى ان يسقط وجود المستأمن فيهم أيضا اهـ اتقانى وكتب ما نصه فانهم يحدون لانهم قطعوا الطريق على المسلمين والمستأمنين وقطع الطريق على المستأمن ان لم يوجب الحد فقطع الطريق على المسلمين يوجبه وغير الموجب لا يصلح معارضا للموجب وهذا لان الامتناع فى حق المستأمن لخلل فى العصمة وهو بقاء شبهة الاباحة فى ماله على تقدير رجوعه الى داره وهو أى الخلل يخصه أى المستأمن وههنا الخلل فى الحرز اذ القافلة حرز واحد وهو بسبيل من الدخول على هذه القافلة بلا استئذان لمكان قريبه الذى يفترض وصله فى لم يبق حرزا فى حقه لم يبق حرزا فى حق الكل كدار يسكنها أخوه وأجنبى فسرق منها مال الاجنبى لا يقطع و بمثله لو سرق مال مسلم ومستأمن من بيت يسكنان فيه يقطع اهـ كاكى وكتب على قوله فيهم ما نصه أى فى المقطوع عليهم وهو القافلة اهـ (قوله والصحيح أنه) لفظة أنه ليست فى خط الشارح اهـ (قوله يجرى على اطلاقه) أى وانهم لا يحدون على كل حال اهـ كافى (قوله فلان الحرز واحد) أى والقاطع من أهلها فلا يعتبر قاطعا كما لو سرق من دار يسكن السارق فيها فاذا لم يجب الحد وجب القصاص ان قتل عمدا ورد المال ان أخذه وهو قائم والضمان ان هلك أو استهلكه اهـ غاية (قوله وعن أبى يوسف أنهم ان قصدوا فى المصر) أى نهارا اهـ فتح

المشايخ هذه الرواية وبه يفتى وعن ابن سماعة عن أبي يوسف في المكابرين بالليل اذا لم يقدر أهل الدار على الامتناع منهم فهم محاربون وأما بالنهار فهم مختلسون حتى يكونوا لا يقدر عليهم غير السلطان والمكابرون في القرى اذا كان أهل القرية لا يقدرون على الامتناع منهم محاربون وقال بعض المتأخرين جواب أبي حنيفة رحمه الله عما شاهد في زمانه فان الناس في ذلك الزمان كانوا يحملون السلاح في المصر والقرى فلا يتمكن القاصد من قطع الطريق الا نادرا فلا يبنى الحكم على النادر وأما في زماننا فقد تركوا هذه العادة فيتحقق قطع الطريق في الامصار والقرى وقوله فأقاد الولي أو عفا يعني ان شاء اقتص وان شاء عفا في هذه الصور كلها لانه لما لم يجب الحد فيها ظهر حق العبد لان سقوطه كان في ضمن اقامة الحد ولم يوجد فكان استيفاؤه اليه ان شاء استوفى وان شاء عفا في القصاص والمال قال رحمه الله (ومن خنق في المصر غير مرة قتل به) يعني سياسة لانه ذو فتنة ساع في الارض بالفساد فيقتله الامام دفعا لشره وفتنته عن العباد وفي قوله غير مرة اشارة الى أنه لا يقتل الا اذا تكرر منه وهي مسئلة القتل بالمثقل على ما يجيء في موضعها ان شاء الله تعالى ومن السياسة ما حكي عن الفقيه أبي بكر الاعمش أن المدعى عليه السرقة اذا أنكر فللامام أن يعمل فيه بأكبر رأيه فان غلب على ظنه انه سارق وان المال المسروق عنده عاقبه ويجوز ذلك كما لو رآه الامام جالسا مع الفساق في مجلس الشراب وكما لو رآه يمشي مع السراق وبغلبة الظن أجاز واقتل النفس كما اذا دخل عليه رجل شاهرا سيفه وغلب على ظنه أنه يقتله وحكي أن عصام بن يوسف دخل على أمير بلخ فأتي بسارق فأنكر السرقة فقال الامير لعصام ماذا يجب عليه فقال على المدعي البينة وعلى المنكر اليمين فقال الامير هاتوا بالسوط فما ضرب عشرة حتى أقر وأحضر السرقة فقال عصام ما رأينا جورا أشبه بالعدل من هذا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿كتاب السير﴾

السير جمع سيرة وأصل السيرة حالة السير الا أنها غلبت في الشرع على أمور المغازي وما يتعلق

(قوله في المتن ومن خنق) رجلا بالتخفيف اذا عصر حلقه ومصدره الخنق بكسر النون ولا يقال بالتسكين كذا عن الفارابي اهـ اتقاني وقال في المصباح المنير خنقه يخنقه من باب قتل خنقا مثل كتف ويسكن للتخفيف ومنه الحلف والحلف اهـ قال في الهداية ومن خنق رجلا حتى قتله فالدية على عاقلته عند أبي حنيفة قال الاتقاني رحمه الله وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يخنق رجلا بخنقة خناق حتى قتله قال الدية على عاقلته فان وجد وقد خنق غير مرة في المصر وغير المصر فللامام أن يقتله وأراد بها أن القصاص لا يجب مع ذلك قال فخر الاسلام البزدوي مخنقة الخناق هي الوتر وما يجري مجراه وليس ذلك بشرط لكنه بني على العادة وانما تجب الدية دون القصاص عند أبي حنيفة لانه لا يوجبه بالمثقل وهذا في معناه أما اذا اعتاد هذا الفعل فحينئذ يقتل عند أبي حنيفة أيضا سياسة اهـ (قوله في المتن قتل) قال الكمال لانه ظهر قصده الى القتل بالتخنيق حيث عرف إفضاؤه الى القتل ثم استمر يعتمده اهـ (قوله به) أي بسبب الخنق اهـ (قوله وهي مسئلة القتل بالمثقل) قال الكمال رحمه الله وظاهر انها ليست مسئلة المثقل وانما المعنى أنها مثلها في ثبوت الشبهة عنده في العمد حيث كانت الآلة فيها قصور يوجب التردد في أنه قصد قتله بهذا الفعل أو قصد المبالغة في ايلامه وادخال الضرر على نفسه فاتفق موته وعدم احتماله لذلك اهـ (قوله على ما يجيء) قال أبو يوسف اذا فعل ذلك مرة واحدة قتل به قصاصا ذكره في كراهية الينابيع شرح القدوري اهـ شرح كنز للسمرقندي

﴿كتاب السير﴾

قال الاتقاني رحمه الله تناسب الحدود والسير من حيث ان كلا من الحد والجهاد حسن لمعنى في غيره لا لعينه ثم المعنى الحسن يحصل فيهما جميعا بفعل المأمور به بدون الاتيان بفعل آخر مقصود وذلك المعنى في الحدود الزجر عن المعاصي وفي الجهاد قهر أعداء الله تعالى لكن قدمت الحدود على السير لانها تقع بين أهل الاسلام غالبا وعلى الخصوص كما في حد الشرب بخلاف الجهاد فانه يقع مع الكفار فتقديم بها الاحكام المتعلقة باهل الاسلام كان أولى ولان الجهاد زجر عن أصل المعاصي وهو الكفر والحد زجر عن الفسق فترقى من الادنى الى الاعلى ومعنى السير مذكور في المتن والمغازي جمع المغزاة من غزا يغزو غزوا وغزوة وغزاة ومغزاة اذا قصد العدو للقتال والاحاديث في فضل الجهاد كثيرة منها ما حدث البخاري في الصحيح باسناده الى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما قال قلت يا رسول الله أي العمل أفضل قال الصلاة على ميقاتها قال قلت ثم أي قال بر الوالدين قال قلت ثم أي قال الجهاد في سبيل الله فسكت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو استزدته لزادني وفيه باسناده الى أبي سعيد قال قيل يا رسول الله أي الناس أفضل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم مؤمن يجاهد في سبيل الله بنفسه وماله قالوا ثم من قال مؤمن في شعب من الشعاب يتقي الله ويدع الناس من شره وفيه أيضا باسناده الى أنس بن مالك عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لغدوة في سبيل الله أو روحة خير من الدنيا وما فيها وفيه أيضا باسناده الى أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا بالله وتصديقا بوعده فان شبعه وريه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة اهـ

بها كالمناسك على أمور الحج قال رحمه الله (الجهاد فرض كفاية ابتداء) يعني يجب علينا أن نبدأهم بالقتال وان لم يقاتلونا لقوله تعالى وقاتلوا المشركين كافة وقاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر وقال انفروا خفافا وثقالا وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وقوله عليه الصلاة والسلام الجهاد فرض ماض منذ بعثني الله الى أن يقاتل آخر أمتي الدجال لا يبطله جور جائر ولا عدل عادل وقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله الحديث وعليه اجماع الامة وكونه فرضا على الكفاية لانه لم يشرع لعينه اذ هو قتل وافساد في نفسه وانما شرع لاعلاء كلمة الله تعالى واعزاز دينه ودفع الفساد عن العباد فاذا حصل من البعض سقط عن الباقين كصلاة الجنازة ودفن الميت ورد السلام ولان في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد من الكراع والسلاح فينقطع الجهاد بسبب ذلك فينبغي أن يتولى البعض الجهاد والبعض التجارة والحرث والحرف التي تقوم بها المصالح والتقوية فوجب على الكفاية والذي يدل على أنه فرض كفاية قوله تعالى لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضرر الى قوله وكلا وعد الله الحسنى وعد القاعد الحسنى ولو كان فرض عين لذم وكانت الصحابة يغزو بعضهم ويقعد البعض ولو كان فرض عين لما قعدوا وهذا هو الذي تقرر عليه أمر الجهاد وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم في ابتداء الامر مأمورا بالصفح والاعراض عن المشركين كما قال تعالى فاصفح الصفح الجميل وقال تعالى وأعرض عن المشركين ثم أمر بالدعاء الى الدين بالموعظة والمجادلة الحسنة قال الله تعالى ادع الى سبيل ربك بالحكمة والموعظة الحسنة وجادلهم بالتي هي أحسن ثم أمر بالقتال اذا كانت البداية منهم بقوله تعالى أذن للذين يقاتلون بأنهم ظلموا أي أذن لهم في الدفع ثم أمر بالقتال ابتداء في بعض الازمان بقوله تعالى فاذا انسلخ الاشهر الحرم فاقتلوا المشركين حيث وجدتموهم ثم بالبداية بالقتال مطلقا في الازمان كلها وفي الاماكن بأسرها بقوله تعالى وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة الى غير ذلك من الآيات والاخبار المطلقة وقد حاصر رسول الله صلى الله عليه وسلم الطائف لعشر بقين من المحرم والمحاصرة نوع من القتال فهذا يدل على أن تحريم القتال في الاشهر الحرم منسوخ قال رحمه الله (إن قام به بعض سقط عن الكل) لحصول المقصود بذلك على ما بينا أنه مشروع لغيره فاذا حصل المقصود بالبعض كفى قال رحمه الله (والا أثموا بتركه) أي ان لم يقم به أحد أثم الكل بتركه لانه واجب على الكل فيأثمون بتركه قال رحمه الله (ولا يجب على صبي وامرأة وعبد وأعمى ومقعد وأقطع) لقوله تعالى ليس على الاعمى حرج الآية نزلت في أصحاب الاعذار حين اهتموا بالخروج مع النبي صلى الله عليه وسلم لما نزلت آية التخلف ولانهم عاجزون والتكليف بالقدرة ولان الصبي مظنة المرحمة فلا يؤتى به الى المهلكة والمرأة والعبد مشغولان بخدمة الزوج والمولى وحقهما مقدم على حق الشرع لحاجتهما وغنى الشرع قال رحمه الله (وفرض عين إن هجم العدو فتخرج المرأة والعبد بلا اذن زوجها وسيده) لان المقصود لا يحصل الا باقامة الكل فيجب على الكل وحق الزوج والمولى لا يظهر في حق فروض الاعيان كالصلاة والصيام بخلاف ما قبل النفير لان بغيرهم كفاية فلا ضرورة الى ابطال حقهما وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه وفي غير النفير العام لا يخرج

(قوله في المتن الجهاد فرض كفاية ابتداء) اعلم أن الكفار الذين امتنعوا عن قبول الاسلام وعن أداء الجزية يجب قتالهم وان لم يبدؤا بالقتال وكذا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم وقال الثوري لا يجوز قتالهم حتى يبدؤنا وقال علماؤنا لا يجوز قتالهم في الاشهر الحرم ولنا عموم الآيات والاخبار اهـ اتقاني (قوله وقاتلوا المشركين كافة) أي وقوله اقتلوا المشركين وقوله تعالى وقاتلوهم وقوله تعالى فقاتلوا أئمة الكفر اهـ (قوله لا يؤمنون بالله باليوم الآخر) التلاوة ولا باليوم الآخر اهـ (قوله ولان (٣٤١) في اشتغال الكل قطع مادة الجهاد) أي ولان في جعله فرض عين حرجا عظيما حيث تتعطل أمور الناس زراعة وتجارة اذا خرجوا جميعا الى الجهاد والحرج منتف اهـ اتقاني (قوله أذن للذين يقاتلون بانهم ظلموا) أي وقوله تعالى فان قاتلوكم فاقتلوهم وقوله وان جنحوا للسلم فاجنح لها اهـ (قوله وقاتلوهم حتى لا تكون فتنة) أي وقوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر واستقر الامر على ذلك وصارت حرمة القتال في الاشهر الحرم منسوخة بهذه الآية اهـ اتقاني وفي الايضاح وحرمة القتال في الاشهر الحرم نسخت بقوله تعالى فاقتلوهم حيث وجدتموهم اهـ دراية (قوله ومقعد) قال الاتقاني قال صاحب ديوان الادب المقعد الاعرج اهـ وقال في المغرب المقعد الذي لا حراك به من داء في جسده كأن الداء أقعده وعند الاطباء هو الزمن اهـ (قوله في المتن وفرض عين ان هجم العدو) قال في الهداية فان هجم العدو على بلد وجب على جميع الناس الدفع قال في المغرب الهجوم الاتيان بغتة والدخول من غير استئذان من باب طلب قال هجم عليه دخل اهـ (قوله وكذا الولد يخرج بغير اذن والديه) قال في التجنيس بعد أن رقم في عيون المسائل لا يخرج الرجل الى الجهاد الا باذن الوالدين فان أذن له أحدهما ولم يأذن له الآخر فلا ينبغي أن يخرج وهما في سعة من أن يمنعاه اذ دخل عليهما مشقة لان مراعاة حقهما فرض عين والجهاد فرض كفاية فكان مراعاة فرض العين أولى فان كان له أبوان وله جدان وجدتان فان أذن له أبو الاب وأم الام ولم يأذن له الآخران فلا بأس بان يخرج لان أبا الاب قائم مقام الاب وأم الام قائمة مقام الام فكانا بمنزلة الابوين ولو أذن له الابوان لا بأس بان يخرج فكذا ههنا هذا اذا كان السفر سفر

الجهاد أما اذا كان غيره كالتجارة والحج فلا بأس بان يخرج بغير اذن والديه لانه ليس فى هذين السفرين ابطال حقهما لانه ليس فيه خوف هلاكه حتى لو كان السفر مثل السفر فى البحر لا يخرج بغير اذنهما ثم انما يخرج بغير اذنهما للتجارة اذا كانا مستغنيين عن خدمته أما اذا كانا محتاجين فلا اه (قوله انفروا) يقال نفر الى الغزو نفرا ونفيرا أى خرج فان قلت قوله تعالى انفروا عام وليس فيه تخصيص بالنفير العام فكيف خص بالنفير العام قلت لو لم يتخصص بالنفير العام لوقع الناس فى حرج ولانه عليه الصلاة والسلام كان يخرج معه خلق كثير من أهل المدينة فعلم ان التنفير خفافا وثقالا فيما اذا كان النفير عاما بان لا يندفع شر الاعداء بالبعض فحينئذ يفترض على الكل لتحصيل المقصود وهو قهر الكفار ودفع شرهم يدل على هذا قوله تعالى وما كان المؤمنون لينفروا كافة قال الزجاج فى تفسيره يروى أن ابن أم مكتوم جاء الى النبى صلى الله عليه وسلم فقال له أعلىّ (٢٤٢) أن أنفر فقال لا (قوله أو فقراء وأغنياء) أى أو مهازيل وسمانا أو صحاحا ومرضى اه

اتقانى (قوله فأما من وراءهم يبعد من العدو) أى فى حقهم فرض كفاية اذا لم يحتج اليهم اه دراية (قوله وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة) أى تجب على أهل محلته ولا تجب على من بعد عن الميت الا اذا علم أن أهل الميت يضيعونه أو عاجزون عن اقامة أسبابه اه كاكى (قوله فى المتن وكره الجعل) الجعل ما جعل من شئ للانسان على شئ يفعله والمراد هنا ما يضربه الامام للغزاة على الناس مما يحصل به التقوى للخروج الى الحرب اه اتقانى (قوله لدفع الاعلى) أى الضرر الاعلى شر الكفرة اه اتقانى (قوله يغزى) يقال أغزى الامير الجيش اذا بعثه الى العدو اه اتقانى (قوله العزب) قال فى المغرب العزب بالتحريك من لا زوج له ولا يقال أعزب وقد جاء فى حديث النوم فى المسجد عن نافع قال أخبرنى عبد الله انه كان ينام فى مسجد النبى صلى الله عليه وسلم وهو شاب أعزب وفى مختصر الكرخى الأيم من النساء مثل الاعزب من الرجال ويقال امرأة عزب أيضا أنشد الجرمى * يامن يدل عزبا على عزب * انتهى وفى المصباح قال أبو حاتم ولا يقال رجل أعزب قال الازهرى وأجازه غيره وقياس قول الازهرى أن يقال امرأة عزباء مثل أحمر وحمراء اه (قوله ويعطى الشاخص) قال الاتقانى رحمه الله والشاخص اسم فاعل من شخص من مكان الى مكان اذا سار فى ارتفاع فاذا سار فى حدور فهو هابط كذا قاله ابن دريد وشخص الرجل ببصره اذا أحد النظر رافعا طرفه الى السماء ولا يكون الشاخص الا كذلك والمراد هنا الاول اه (قوله فى المتن فان حاصرناهم الخ) لما فرغ المصنف من بيان ان الجهاد فرض كفاية أو عين على تقدير النفير العام وعلى من يجب وعلى من لا يجب شرع فى بيان كيفية القتال اه (قوله ندعوهم الخ) أما الامر بالدعاء الى الاسلام فلقوله تعالى وما كنا معذبين

قوما

الا باذنهما وكذا كل سفر فيه خطر لان الاشفاق عليه يضرهما وان لم يكن فيه خطر فلا بأس بأن يخرج بغير اذنهما اذا لم يضيعهما والاجداد والجدات مثلهما عند عدمهما وكذا المدين لا يخرج الا باذن الدائن الا فى النفير العام والاصل فيه قوله تعالى انفروا خفافا وثقالا الآية أى اخرجوا الى الجهاد شبابا وشيوخا أو ركبانا ومشاة أو فقراء وأغنياء وقد جاء فى التفسير خفافا شبابا أغنياء وثقالا شيوخا فقراء وهذا أبلغ وفى الجامع الصغير الجهاد واجب الا أن المسلمين فى سعة حتى يحتاج اليهم فقوله فى سعة اشارة الى أن مباشرة القتال لا تجب فى كل وقت بل الاستعداد له كاف وقوله حتى يحتاج اليهم اشارة الى أن مباشرة القتال فرض على الكل عند الحاجة اليهم وهو النفير العام لان المقصود حينئذ لا يحصل الا باقامة الكل فيفترض عليهم مباشرته وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة اذا جاء النفير انما يصير فرض عين على من يقرب من العدو وهم يقدرون على الجهاد فأما من وراءهم يبعد من العدو فان كان الذين يقرب العدو عاجزين عن مقاومة العدو أو قادرين الا أنهم لا يجاهدون لكسل بهم أو تهاون افترض على من يليهم فرض عين ثم من يليهم كذلك حتى يفترض على هذا التدريج على المسلمين كلهم شرقا وغربا وعلى هذا التفصيل صلاة الجنازة وتجهيزها قال رحمه الله (وكره الجعل ان وجد فئ) والمراد به أن يضرب الامام الجعل على الناس للذين يخرجون الى الجهاد لانه يشبه الاجر على الطاعة فحقيقته حرام فيكره ما أشبهه ولان مال بيت المال معد لنوائب المسلمين وهذا من جملته قال رحمه الله (والالا) أى ان لم يوجد فى بيت المال فئ لا يكره لان الحاجة الى الجهاد ماسة وفيه تحمل الضرر الادنى لدفع الاعلى وقد أخذ النبى صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان عند الحاجة بغير رضاه وعمر رضى الله عنه كان يغزى العزب عن ذى الحليلة ويعطى الشاخص فرس القاعد وقيل يكره أيضا لما بينا والصحيح الاول لانه تعاون على البر وجهاد من البعض بالمال ومن البعض بالنفس وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يقدر على الجهاد بالنفس والمال ومنهم من يقدر بأحدهما وكل ذلك واجب لقوله تعالى وجاهدوا بأموالكم وأنفسكم وقوله ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة يقاتلون فى سبيل الله فيقتلون ويقتلون وقال تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال عليه الصلاة والسلام المؤمنون كالبنيان يشد بعضهم بعضا وأطلق الاباحة فى السير ولم يقيده بشئ واستدل عليه بقوله عليه الصلاة والسلام مثل المؤمن يغزو بأجر كمثل أم موسى ترضع ولدها لنفسها وتأخذ عليه الاجر وكانت تأخذ من فرعون دينارين كل يوم قال رحمه الله (فان حاصرناهم ندعوهم الى الاسلام) لما روى عن ابن عباس أنه قال ما قاتل رسول الله صلى الله عليه وسلم

قوماقط الادعاهم رواه أحمد وقال عليه الصلاة والسلام لفروة بن المسيك لاتقاتلهم حتى تدعوهم الى الاسلام رواه أحمد قال رحمه الله (فان أسلموا والا الى الجزية) أى فان أسلموا كففنا عن قتالهم لحصول المقصود وقد قال عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم الا بحقها وحسابهم على الله ولابد من أن يؤمن برسول الله صلى الله عليه وسلم وانما اكتفى فى الحديث بكلمة التوحيد لانهم كانوا يعتقدون الشرك فاذا وحد واعلم بذلك أنهم آمنوا بمحمد صلى الله عليه وسلم لانهم لم يعرفوا ذلك الا منه عليه الصلاة والسلام وقوله والا الى الجزية أى ان لم يقبلوا الاسلام ندعوهم الى أداء الجزية لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان اذا أمر أميرا على جيش أوسرية أمره به فى حديث فيه طول رواه أحمد ومسلم والترمذى وصححه ولانه آخر ما ينتهى به القتال لقوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون فوجبت الدعوة اليه كما تجب الى الاسلام وهذا فى حق من تقبل منه الجزية كاهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم وأما من لاتقبل منه كالمرتدين وعبدة الاوثان من العرب فلاندعوهم الى أداء الجزية لعدم الفائدة اذلا يقبل منهم الا الاسلام قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون قال رحمه الله (فان قبلوا فلهم مالنا وعليهم ماعلينا) أى ان قبلوا أداء الجزية لقول على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كاموالنا ومراده بالبذل القبول وكذا بالاعطاء المذكور فى الآية لان العصمة تحصل لهم قبل أدائها بمجرد القبول قال رحمه الله (ولانقاتل من لم تبلغه الدعوة الى الاسلام) لما روينا ولانهم بالدعوة اليه يعلمون أنا نقاتلهم على الدين لا على شئ آخر من الذرارى وسلب الاموال فلعلهم يجيبون فيحصل المقصود بلا قتال ومن قاتلهم قبل الدعوة يأثم للنهى عنه ولا يغرم لانهم غير معصومين بالدين أو الاحراز بالدار فصار كقتل من لا يقاتل منهم وقال الشافعى يضمنون والحجة عليه ما بينا قال رحمه الله (وندعو ندبا من بلغته) أى ندعو استحبابا من بلغته الدعوة مبالغة فى الانذار ولا يجب ذلك لما روى عن البراء بن عازب أنه قال بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم رهطا من الانصار الى أبى رافع فدخل عبد الله بن عتيك بيته ليلا فقتله وهو نائم رواه أحمد والبخارى وقال فى المحيط قالوا تقديم الدعوة الى الاسلام على القتال كان فى ابتداء الاسلام حين لم ينتشر الاسلام ولم يستفض وأما بعدما انتشر واستفاض وعرف كل مشرك الى ماذا يدعى يحل له القتال قبل الدعوة ويقوم ظهور الدعوة وشيوعها مقام دعوة كل مشرك وهذا صحيح ظاهر والدليل عليه ماروى عن ابن عون أنه قال كتبت الى نافع أسأله عن الدعاء قبل القتال فكتب الى انما كان ذلك فى أول الاسلام وقد أغار رسول الله صلى الله عليه وسلم على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلهم وسبى ذراريهم وأصاب يومئذ جويرية ابنة الحرث حتى حدثنى به عبد الله بن عمر وكان فى ذلك الجيش رواه أحمد ومسلم والبخارى وعن أنس كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا غزا قوما لم يغر حتى يصبح فان سمع أذانا أمسك وان لم يسمع أغار بعد ما يصبح رواه أحمد والبخارى والاغارة لا تكون بعد الاعلام فاذا كان ذلك فى زمنه صلى الله عليه وسلم لاشتهار الاسلام فما ظنك فى زماننا وقد اشتهر وبلغ المشرق والمغرب فلا تجب الدعوة بعد علمهم بالعناد ولانهم لو اشتغلوا بالدعوة ربما يتحصنون فلا يقدر عليهم قال رحمه الله (والا نستعين بالله تعالى ونحاربهم بنصب المجانيق وحرقهم وغرقهم وقطع أشجارهم وافساد زروعهم ورميهم وان تترسوا ببعضنا ونقصدهم) أى ان لم يقبلوا الجزية نستعين بالله تعالى عليهم ونحاربهم بهذه الاشياء التى ذكرها وبكل ممكن فيه كسر شوكتهم والحاق الضرر بهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يقول فى وصية أمير الجيش فان هم أبوا فاسألهم الجزية فان أجابوك فاقبل منهم وكف عنهم فان هم أبوا فاستعن بالله عليهم وقاتلهم رواه مسلم ولانه تعالى هو الناصر لاوليائه والمدمر على أعدائه فيستعان به فى كل الامور ويقاتل بكل ما يمكن لما روى الترمذى أن النبى صلى الله عليه وسلم نصب المنجنيق على أهل الطائف

حتى نبعث رسولا لكن هذا فيما اذا لم تبلغهم الدعوة فاذا بلغتهم فلا حاجة الى تجديد الدعوة ألا ترى الى ماروى صاحب السنن ان نبى الله صلى الله عليه وسلم أغار على بنى المصطلق وهم غارون وأنعامهم تسقى على الماء فقتل مقاتلتهم وسبى سبيهم وأصاب يومئذ جويرية بنت الحرث والافضل تكرار الدعوة وأما الامر بالكف عنهم ان أجابوا الى الاسلام فلقوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم ولقوله تعالى فان انتهوا فلا عدوان الا على الظالمين ولان المقصود من الجهاد اسلامهم وقد حصل اه اتقانى رحمه الله وسيجىء جميع هذه الحاشية فى المتن والشرح اه (قوله اذلا يقبل منهم الا الاسلام) أى أو السيف اه (قوله بمجرد القبول) أى قبل وجود الاعطاء والبذل بالاجماع اه اتقانى (قوله فصار كقتل من لا يقاتل منهم) أى كالنسوان والصبيان اه (قوله وهم غارون) أى غافلون والغرة الغفلة اه ك (قوله وان لم يسمع أغار الخ) أغار على العدو هجم عليهم ديارهم وأوقع بهم اه مصباح (قوله وان تترسوا) يقال تترس بالترس اذا توقى به اه اتقانى

وأحرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بويرة وكان فيها النخل حتى قال الشاعر وهو حسان رضي الله عنه

وهان على سراة بني لؤي * حريق بالبويرة مستطير

وصح أنه عليه الصلاة والسلام قطع النخل وقال الله تعالى في ذلك ما قطعتم من لينة أو تركتموها قائمة على أصولها فباذن الله رواه أحمد والبخاري ومسلم ولان في ذلك كله الحاق الغيظ بهم وكبتهم وكسر شوكتهم وتفريق شملهم فيكون مشروعا وقد قال الله تعالى ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار وقوله ورميهم وان تترسوا ببعضنا وتقصدهم يعني نحاربهم برميهم وان تترسوا بالمسلمين ونقصدهم بالرمي دون المسلمين وقال الحسن ابن زياد اذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بذلك لا يحل لان الاقدام على قتل المسلم حرام وترك قتل الكافر جائز ألا ترى أن للامام أن لا يقتل الاسارى لمنفعة المسلمين فكان مراعاة جانب المسلم من ذلك الوجه ونحن نقول أمرنا بقتالهم فلو اعتبرنا هذا المعنى أدى الى سد باب الجهاد لان حصونهم ومدائنهم لا تخلو عن مسلم ولان في الرمي دفع الضرر العام بالحاق ضرر خاص فكان أولى ألا ترى أنه يجوز لنا أن نفعل بهم ذلك وان كان فيهم من لا يجوز لنا قتلهم كنسائهم وصبيانهم والرهبان والشيوخ ونقصد بالرمي الكفار لان التمييز بالنية ممكن وان لم يمكن فعلا والتكليف بحسب الطاقة وان أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة وقال الشافعي تجب فيه الدية والكفارة لانه قتل مسلما خطأ فيجب موجبه ولان الاطلاق للضرورة لا ينافي الضمان كأكل مال الغير حالة المخمصة ولنا أن الجهاد فرض فلا تجامعه الغرامة كتعزير الامام وحده وكالبزاغ والفصاد لانه التزمه بعقد بخلاف ما ذكر لان أكل مال الغير حالة المخمصة ليس بفرض وانما هو رخصة حتى كان تركه أولى لكونه أخذا بالعزيمة وبخلاف المرور على الطريق وضرب الزوجة لانه مطلق له وليس بفرض عليه فكان مقيدا بشرط السلامة قال رحمه الله (ونهينا عن اخراج مصحف وامرأة في سرية يخاف عليها) لما فيه من تعريض المصحف على الاستخفاف وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم لا تسافروا بالقرآن في أرض العدو وقيل قارئ القرآن وذكر الطحاوي أن هذا النهي كان في ابتداء الاسلام حين كانت المصاحف والقراء قليلين فيخاف ذهاب شئ من القرآن ثم انتسخ ذلك حين كثرت المصاحف والقراء عن ظهر القلب والاول أصح وأحوط وكذا فيه تعريض المرأة على الضياع والفضائح فيكره اخراجها وان دخل اليهم بأمان فلا بأس بأن يحمل معه المصحف اذا كانوا قوما يوفون بالعهد لان الظاهر عدم الخيانة والجري على العادة وان كان العسكر عظيما فلا بأس باخراج العجائز للخدمة من الطبخ والخبز ومعالجة المرضى وغير ذلك لان الغالب فيه السلامة اذا كانت الشوكة لهم والغالب كالمتحقق ولا يباشرن القتال الا عند الضرورة لانه يستدل به على ضعفهم فيجترئ عليهم العدو وأما الشواب منهن فقرارهن في البيت أسلم والاولى أن لا يخرجوا النساء أصلا خوفا من الفتن وربما حزبهم أمر فاشتغلوا عنهن فلا يتمكن من الدفع وان لم يكن لهم بد من الاخراج للمباضعة فالاماء دون الحرائر فان حكم اختلاط النساء بالرجال في حق الاماء أخف ألا ترى أنه لا بأس للامة أن تسافر بغير محرم وقضاء الشهوة والخدمة يحصل بها فلا حاجة الى الحرائر قال رحمه الله (وغدر وغلول) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عنهما وكلاهما هو الخيانة الا أن الغلول في المغنم خاصة والغدر أعم قال رحمه الله (ومثلة) لما روى عن صفوان بن عسال قال بعثنا رسول الله صلى الله عليه وسلم في سرية فقال سيروا باسم الله وفي سبيل الله قاتلوا من كفر بالله ولا تمثلوا ولا تغدروا ولا تقتلوا وليدا رواه أحمد وابن ماجه وفي شرح المختار المنهية بعد الظفر بهم ولا بأس بها قبله لانه أبلغ في كبتهم وأضر بهم وهذا حسن ونظيره الاحراق بالنار قال رحمه الله (وقتل امرأة

(قوله في الشعر مستطير) المستطير المنتشر اه (قوله اذا علم أن فيهم مسلما وأنه يتلف بذلك لا يحل) أي وبه قالت الائمة الثلاثة اه كاكي (قوله وان أصابوا منهم فلا دية عليهم ولا كفارة) فان قلت يرد عليكم على هذا قوله عليه الصلاة السلام ليس في الاسلام دم مفرج أي مهدر قلت لا نسلم لانه عام خص منه البغاة وقطاع الطريق فيخص المتنازع بما قلناه اه اتقاني رحمه الله وقال الحسن بن زياد عليه الدية والكفارة كذا ذكره القدوري في شرحه اه اتقاني (قوله فيجب موجبه) ولنا أنه عالم بالمرمي ولا خطأ مع العلم اه اتقاني (قوله فلا تجامعه الغرامة) أي ولان في ايجاب الضمان سد باب الجهاد فلا يجوز لان الناس اذا علموا أن فيه ضمانا يمتنعون عنه خوفا من الضمان اه اتقاني (قوله وانما هو رخصة) أي بل اذا صبر حتى مات كان مثابا اه كي (قوله في المتن في سرية) السرية عدد قليل يسيرون بالليل ويكمنون بالنهار ذكره في المبسوط اه (قوله يخاف عليها) في بعض النسخ عليهما بضمير المثنى وفي بعضها بالافراد على أنه راجع الى السرية وعلى النسخة الاولى يرجع الضمير الى المصحف والمرأة وكلاهما صحيح اه (قوله في المتن وغدر وغلول) في المحيط هذا بعد الظفر واعطاء الامان أما قبل الامان فلا بأس به وكذا بالمثلة قبل الظفر أو الامان اه كي (قوله في المتن ومثلة) قال في المصباح مثلت بالقتيل مثلا من باب وغير قتل وضرب اذا جدعته وظهرا ثار فعلك عليه تنكيلا والتشديد مبالغة والمثلة وزان غرفة اه وفي المغرب ومثل به مثلة وذلك أن يقطع بعض أعضائه أو يسود وجهه اه

وغير مكلف وشيخ فان وأعمى ومقعد) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن قتل النساء والصبيان رواه أحمد والبخاري ومسلم وجماعة أخر وعن أنس رضى الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال انطلقوا باسم الله وعلى ملة رسول الله لا تقتلوا شيخا فانيا ولا طفلا ولا صغيرا ولا امرأة الحديث رواه أبو داود ولان الآدمي خلق معصوم الدم ليمكنه تحمل أعباء التكاليف واباحة القتل عارض بحرابه لدفع شره ولا يتحقق منهم الحراب فبقوا على أصل العصمة وعلى هذا الرهبان الذين لا يقاتلون والمقطوع احدى يديه واحدى رجليه أو اليمنى والشافعي يخالفنا في الشيخ والمقعد والاعمى لان القتل عنده جزاء الكفر وقد تحقق قلنا الدنيا دار التكليف وليست بدار الجزاء وانما أوجب في مقارفة بعض الجنايات في الدنيا لتنتظم مصالح العباد لان السفهاء لا ينتهون بمجرد الوعيد قال رحمه الله (الا أن يكون أحدهم ذا رأى في الحرب أو ملكا) فحينئذ يقتل لان في قتله كسر شوكتهم وازالة ضررهم عن المسلمين وقد صح أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قتل دريد بن الصمة وكان ابن مائة وعشرين سنة وقيل ابن مائة وستين سنة لانه كان صاحب رأى وهو أعمى فاذا كان يجوز قتل صبيان المشركين لمصلحة المسلمين فقتل شيوخهم أولى اذا كان فيه مصلحة بان كان ملكا وان لم يكن فيه مصلحة لا يقتل الا اذا قاتل فيقتل دفعا وكذا المجنون لا يقتل الا ما دام يقاتل وغيرهم لا بأس بقتله بعد الاسر اذا كان قد قاتل لانه من أهل العقوبة في الجملة لتوجه الخطاب عليه وان كان المجنون يفيق في بعض الاوقات فهو في حال افاقته كالصحيح فيقتل قاتل أو لم يقاتل قال رحمه الله (وقتل أب مشرك) لقوله تعالى وصاحبهما في الدنيا معروفا وليست البداءة بالقتل من المعروف ولانه سبب لاحيائه فلا يكون هو سببا لافنائه قال رحمه الله (وليأب الابن ليقتله غيره) يعنى اذا أدركه في الصف أو غيره لا يقتله بل يمتنع عنه حتى يقتله غيره لقوله عليه الصلاة والسلام لحنظلة حين استأذنه لقتل أبيه دعه يقتله غيرك ولان المقصود يحصل بغيره من غير ارتكابه المحظور وان لم يكن ثم من يقتله لا يمكنه من الرجوع حتى لا يعود حربا على المسلمين ولكنه يلجئه الى مكان يستمسك به حتى يجيء غيره فيقتله وان قصد الاب قتله ولم يمكنه دفعه الا بقتله فلا بأس بقتله لان هذا دفع عن نفسه وايثار لحياته وهو له أن يدفع أباه المسلم بالقتل اذا قصد الاب قتله فالكافر أولى وكذا له أن يؤثر حياته ألا ترى انه لو كان للابن ماء يكفى أحدهما فللابن أن يشربه وان كان الاب يموت عطشا ولهذا يحبس الاب بنفقة ولده دون دينه لانه يمنع النفقة قصد اتلافه فكان الحبس فيه من باب دفع الهلاك ومع هذا لو قتله لا يجب عليه شئ لعدم العاصم وقد قال عمير بن مالك قال رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم لقيت أبي في العدو فسمعت منه مقالة لك فقتلته فسكت رسول الله صلى الله عليه وسلم ولو كان فيه شئ لبينه اذ هو موضع الحاجة وأجداده وجداته من قبل الاب والام كأبويه حتى لا يبتدئهم بالقتل ولا يكره قتل أخيه وخاله وعمه المشركين لانهم ليسوا كالاصول ألا ترى أنه لا تجب عليه نفقتهم مع اختلاف الدين بخلاف أخيه الباغي حيث لا يجوز له قتله لانه يجب احياؤه بالانفاق عليه لاتحاد الدين فكذا بترك القتل وكذلك يجوز له قتل ابنه الكافر لانه لا يجب عليه احياؤه ولهذا لا يجب عليه نفقة ابنه المحارب قال رحمه الله (ويصالحهم ولو بمال ان خيرا) أى يصالح الامام أهل الحرب ان كان الصلح خيرا للمسلمين لقوله تعالى وان جنحوا للسلم فاجنح لها أى مالوا للصلح وصالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل مكة عشر سنين على أن يضعوا الحرب بينهم وكان في ذلك نظر للمسلمين لمواطأة كانت بينهم وبين أهل خيبر ولان الصلح جهاد في المعنى اذا كان فيه مصلحة اذ المقصود من الجهاد دفع الشر ولا يقتصر الحكم على المدة المذكورة بل يجوز أكثر من ذلك اذا تعين فيه

(قوله في المتن وشيخ فان) في الذخيرة هذا الجواب في الشيخ الكبير الفاني الذى لا يقدر على القتال ولا على الصياح عند التقاء الصفين ولو كان يقدر على الصياح يقتل لانه بصياحه يحرضهم على القتال وكذا اذا كان (٣٤٥) قادرا على الاحبال لانه يجيء منه الولد فيكثر محارب المسلمين اه دراية (قوله أعباء) العبء بالكسر الحمل والجمع الاعباء قاله الجوهري اه (قوله وعلى هذا الرهبان) وفي السير الكبير لا يقتل الراهب في صومعته ولا أهل الكنائس الذين لا يخالطون الناس واذا خالطوا يقتلون كالقسيس وغيره وكذلك الراهب ان دل على عورة المسلمين يجوز قتله اه اتقاني (قوله قتل دريد بن الصمة) أى يوم حنين وكانوا استحضروه ليدبرلهم اه كى وقال الاتقاني يوم أوطاس اه (قوله فاذا كان يجوز قتل صبيان المشركين) الذى بخط الشارح فاذا كان يجوز قتل صبيان المسلمين لمصلحة المسلمين فقتل صبيانهم أولى اه (قوله بان كان ملكا) أى الصغير للكفار اه (قوله وصاحبهما في الدنيا معروفا) وفي السير الكبير المراد الابوان المشركان بدليل قوله تعالى وان جاهداك على أن تشرك بي اه كى (قوله في المتن وليأبى) كذا بخط الشارح اه (قوله وان كان الاب يموت عطشا) رجل وابنه في الصحراء أو في مفازة ومعهما من الماء قدر ما يكفى لاحدهما من أحق بالماء فالابن أحق بالماء لان الاب لو كان أحق لكان على الابن أن يسقى أباه ومتى سقى أباه مات من العطش فيكون هذا اعانة على قتل نفسه وان شرب هو لم يعن الاب على قتل نفسه وصار كرجل قتل نفسه وآخر قتل غيره فقاتل نفسه أعظم اثما اه ولوالجى في الكراهية اه (قوله في المتن ويصالحهم الخ) ترجم الشيخ الشلبي هنا باب الموادعة ومن يجوز أمانه اه وقال انما سميت المصالحة موادعة لما فيها من ترك القتال والودع الترك اه من خطه

الجزية لاطلاق النص بخلاف ما اذا لم يكن فيه خير حيث لا يجوز لقوله تعالى ولا تهنوا وتدعوا الى السلم وأنتم الاعلون ولانه لما لم يحصل فيه دفع شرهم كان الصلح تركا للجهاد صورة ومعنى وهو فرض فلا يجوز تركه من غير عذر وقوله ولو بمال أى بمال يأخذه المسلمون منهم لانه اذا جاز بغير مال فبالمال أولى اذا كان بالمسلمين حاجة لما بينا انه جهاد فى المعنى وان لم يكن لهم اليه حاجة لا يجوز لانه ترك الجهاد صورة ومعنى والمأخوذ من المال يصرف مصارف الجزية لانه مأخوذ بقوة المسلمين كالجزية الا اذا نزلوا بدارهم للحرب فحينئذ يكون غنيمة لكونه مأخوذا بالقهر وحكمه معروف ولو حاصر العدو المسلمين وطلبوا الصلح بمال يأخذونه من المسلمين لا يفعل الامام ذلك لما فيه من اعطاء الدنية وإلحاق المذلة بالمسلمين وفى الخبر ليس للمؤمن أن يذل نفسه الا اذا خاف الهلاك لان دفع الهلاك بأى طريق أمكن واجب وأراد رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الاحزاب أن يصرفهم عن المسلمين بثلث ثمار المدينة كل سنة فقال سيدا الانصار سعد بن معاذ وسعد بن عبادة رضى الله عنهما يا رسول الله ان كان هذا عن وحى فامض لما أمرت به وان كان رأيا رأيته فقد كنا فى الجاهلية لم يكن لنا ولا لهم دين فكانوا لا يطعمون من ثمار المدينة الا شراء أو قرى فاذا أعزنا الله تعالى بالاسلام وبعث فينا رسوله نعطيهم الدنية لا نعطيهم الا السيف فقال عليه الصلاة والسلام انى رأيت العرب رمتكم عن قوس واحدة فأحببت أن أصرفهم عنكم فان أبيتم ذلك فأنتم وذاك وسر عليه السلام بذلك فقال اذهبوا لا نعطيكم الا السيف وميلانه عليه الصلاة والسلام فى الابتداء دليل على أنه يجوز عند خوف الهلاك وقد كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعطى المؤلفة قلوبهم لدفع ضررهم وكل ذلك جهاد معنى قال رحمه الله (ونبذ لو خيرا) معناه لو صالحهم الامام ثم رأى نقض الصلح أصلح نبذ اليهم وقاتلهم لان المصلحة لما تبدلت كان النقض جهادا صورة ومعنى وايفاء العهد ترك الجهاد صورة ومعنى ولا بد من النبذ اليهم لقوله تعالى فانبذ اليهم على سواء ولان الغدر به ينتفى فكان واجبا ونبذ عليه الصلاة والسلام الى أهل مكة ويكون النبذ على الوجه الذى كان الامان فان كان منتشرا يجب أن يكون النبذ كذلك وان كان غير منتشر بان أمنهم واحد من المسلمين سرا يكتفى بنبذ ذلك الواحد وهو على قياس الاذن بالحجر فان الحجر يكون على الوجه الذى كان الاذن فيه من الجهر والسر ثم بعد النبذ لا يجوز قتالهم حتى يمضى عليهم زمان يتمكن فيه ملكهم من انفاذ الخبر الى أطراف مملكته وان كانوا خرجوا من حصونهم وتفرقوا فى البلاد وفى عساكر المسلمين أو خربوا حصونهم بسبب الامان فحتى يعودوا كلهم الى مأمنهم ويعمروا حصونهم مثل ما كانت توقيا عن الغدر هذا اذا صالحهم مدة فرأى نقضه قبل مضى المدة وأما اذا مضت المدة يبطل الصلح بمضيها فلا ينبذ اليهم ولو كانت الموادعة على جعل فنقضه قبل مضى المدة رد عليهم بحصته لانه مقابل بالامان فى المدة فيرجعون بما لم يسلم لهم الامان فيه قال رحمه الله (ونقاتل بلا نبذ لو خان ملكهم) لان النبذ لنقض العهد وقد انتقض بالخيانة منهم فلا يتصور نقضه بعد ذلك وكذا اذا دخل دار الاسلام جماعة منهم لهم منعة باذن ملكهم وقاتلوا المسلمين علانية لما ذكرنا وان كان دخولهم بغير اذن ملكهم انتقض العهد فى حقهم لا غير حتى يجوز قتلهم واسترقاقهم لانهم استبدوا بأنفسهم فينتقض العهد فى حقهم ولا ينتقض فى حق غيرهم لان فعلهم لا يلزم غيرهم وان لم يكن لهم منعة لم يكن نقضا للعهد قال رحمه الله (والمرتدين بلا مال) أى نصالح المرتدين بلا أخذ مال منهم لان الاسلام مرجو منهم فجاز تأخير القتال طمعا فيه اذا كان فى التأخير مصلحة للمسلمين كما فى أهل الحرب وانما لم يؤخذ منهم المال لانه يشبه الجزية لان كلا منهما ترك القتال بالمال غير أن الجزية مؤبدة وهذا مؤقت وهم لا تقبل منهم الجزية فكذا هذا قال رحمه الله (فان أخذ لم يرد) أى ان أخذ المال منهم على الصلح لا يرده عليهم لان أموالهم غير معصومة فجاز أخذها ابتداء بغير رضاهم وعلى هذا اذا طلب أهل البغى الموادعة أجيبوا اليها ان كان فيه مصلحة لاهل العدل ولا يؤخذ منهم شئ لانه لا يجوز وضع الجزية عليهم وأموالهم معصومة قال رحمه الله

(قوله حيث لا يجوز) الذى بخط الشارح حتى لا يجوز اه (قوله الدنيـة) أى النقيصة اه ا ك (قوله سعد بن معاذ) هو سيد الاوس اه (قوله وسعد ابن عبادة) هو سيد الخزرج اه (قوله فى المتن نبذ اليهم) أى بعث اليهم من يعلمهم بنقض العهد اه

(ولم نبع سلاحا منهم) أي من أهل الحرب لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذلك ولان فيه تقوية لهم فيحرم وكذا الكراع والحديد لما فيه من تقويتهم على الحرب لان الحديد أصل السلاح وكذا بعد الصلح لانه على شرف النقض أو الانقضاء وكذا الرقيق لانهم يتوالدون عندهم فيعودون حربا علينا ولا فرق بين أن يكون مسلما أو كافرا لما ذكرنا ثم ما يمنع المسلم يمنع المستأمن منهم أيضا أن يدخل به دارهم لما ذكرنا وان خرج هو بشئ مما ذكرنا فلا يمنع من الرجوع به الا اذا أسلم العبد وان بادل شيأ مما ذكرنا بجنسه لا يمنع من الدخول به الا اذا كان خيرا منه وان باعه بدراهم ثم اشترى غيره يمنع مطلقا ولا يمنع من ادخال الطعام والقماش والقياس أن يمنع لان فيه تقويتهم الا أنا تركناه بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أمر ثمامة أن يمير أهل مكة قال رحمه الله (ولم نقتل من أمنه حر أو حرة) لان أمان واحد حر من المسلمين كافرا أو واحدا أو جماعة صحيح لقوله صلى الله عليه وسلم ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم رواه أحمد الذمة العهدة وأدناهم أي أقلهم عددا وهو الواحد فانه يتولى العهد المؤبد والمؤقت وقال عليه السلام ان المرأة لتأخذ للقوم أي تجير رواه أحمد والترمذي وقال حديث حسن غريب وأجاز عليه الصلاة والسلام أمان أم هانئ رجلا من المشركين يوم فتح مكة فيما رواه مسلم والبخاري وأحمد ولان الواحد من أهل القتال بنفسه وماله أو عياله من أهل منعة الاسلام فيخافونه فينفذ أمانه في حقه لولايته على نفسه ثم يتعدى الى غيره ضرورة عدم التجزي لكون سببه لا يتجزأ وهو الاسلام فصار كولاية التزويج بيان أنه لا يتجزأ أن العصمة من القتل وحرمة الاسترقاق والاستغنام لا يتصور أن يثبت في بعض شخص دون بعضه وما لا يتجزأ لا يثبت الا كاملا فيثبت في الكل في حق الكل لانه لمصلحة الكل فيقوم الواحد مقام الكل لتعذر اجتماع الكل وشرط أن يكون العاقد حرا لان الرقيق ليس من أهل الجهاد فلا يخافه فلم يحصل له الامن منه حتى يتعدى الى غيره قال رحمه الله (ونبذ لو شرا) أي نبذ الامام أمان الواحد اذا كان شرا رعاية لمصالح المسلمين واحترازا عن الغدر وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لكل غادر لواء يوم القيامة يعرف به رواه أحمد والبخاري ومسلم ويؤدبه الامام لانفراده برأيه بخلاف ما اذا كان فيه مصلحة لانه ربما يفوت بالتأخير فيعذر قال رحمه الله (وبطل أمان ذمي) لانه متهم بهم وكذا لا ولاية له على المسلم ولم يوجد منه سبب الامان أيضا وهو الايمان الا اذا أمره أمير العسكر أن يؤمنهم فيجوز أمانه لزوال ذلك المعنى برأى المسلم قال رحمه الله (وأسير وتاجر) لانهما مقهوران تحت أيديهم فلا يخافونهما والامان يكون من الخوف ولانهما يجبران عليه فيعرى الامان عن المصلحة ولو جاز مثل هذا لتحصنوا بأمانه كلما اشتد عليهم الامر فيؤدى الى سد باب الفتح وكذا أمان المسلم الذي أسلم في دارهم ولم يهاجر الينا وكذا لو دخل مسلم في عسكر أهل الحرب في دار الاسلام وأمنهم لا يصح أمانه لانه مقهور بمنعتهم فلا يصح الا اذا أمنهم من يقاومهم بخلاف ما اذا أمن عشرين أو نحوهم في دار الاسلام حيث يجوز أمانه لان الواحد وان كان مقهورا باعتبار نفسه حيث لا يقاومهم لكنه قاهر ممتنع بقوة المسلمين اذ هم لا يمتنعون عن جماعة المسلمين فكان قاهرا لهم حكما بخلاف الجيش فانهم ممتنعون فلا يكونون في قهره حقيقة ولا حكما ألا ترى أن قوما من أهل الحرب لو دخلوا دارنا بغير أمان كانوا فيأ ولو دخل جند عظيم منهم فقاتلهم قوم من المسلمين حتى قهروهم كانوا لهم خاصة لعدم صيرورتهم مقهورين بحصولهم في دار الاسلام وعلى هذا التفصيل لو أخرجهم واحد من دار الحرب الى دار الاسلام أو في دار الحرب الى عسكر المسلمين لانهم يخرجون بشوكتهم اذا كانوا جندا عظيما والا فبالامان فلا يجوز غدرهم قال رحمه الله (وعبد محجور عن القتال) أي لا يجوز أمان عبد محجور عليه عن القتال وقال محمد والشافعي يجوز أمانه وأبو يوسف مع محمد فيما ذكره الكرخي ومع أبي حنيفة رحمه الله فيما ذكره الطحاوي لمحمد والشافعي ما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام ذمة المسلمين واحدة يسعى بها أدناهم أي أدناهم حالا وهو العبد ولانه مؤمن أهل

(قوله في المتن ولم نبع سلاحا منهم) أي ولا نبعث التجار اليهم اهـ الخ (قوله وكذا الكراع) يعني الخيل اهـ (قوله يمير) يقال مار أهله أي أتاهم بالطعام اهـ الخ (قوله أقلهم عددا) وانما فسر الادنى بالاقل احترازا عن تفسير محمد الآتي اذ عنده المراد بادناهم أدناهم حالا وهو العبد لانه جعله من الدناءة والعبد أدنى المسلمين اهـ (قوله أو في دار الحرب) كذا بخط الشارح اهـ (قوله واحد) كذا بخط الشارح وتقدم الحديث بلفظ واحدة اهـ

(قوله كن) فى خط الشارح بالكاف وصوابه كما فى الكافى باللام اه

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾ ذكر الغنائم بعد ذكر الامان لان الامام اذا حاصر الكفار إما أن يؤمنهم وإما أن يقتلهم و يغنم أموالهم فكانت الغنيمة وقسمتها أحد ما يختاره الامام ثم الغنيمة اسم لمال مأخوذ من الكفرة بالقهر والغلبة والحرب قائمة والفىء ما أخذ منهم من غير قتال كالخراج والجزية وفى الغنيمة خمس دون الفىء اه اتقانى (قوله فى المتن ما فتح الامام عنوة) قال فى الهداية واذا فتح الامام بلدة عنوة أى قهرا قال الاتقانى قوله عنوة أى قهرا ليس بتفسير له لغة لان العنوة من عنا يعنو اذا ذل وخضع الا أنه أراد القهر بطريق الكناية لان القهر يستلزم الذل وذكر اللازم وارادة الملزوم كناية اه وقال الكمال وفسر المصنف العنوة بالقهر وهو ضده لانه من عنا يعنو عنوة وعنوا اذا ذل وخضع ومنه وعنت الوجوه للحى القيوم وانما المعنى فتح بلدة حال كون أهلها ذوى عنوة أى ذل وذلك يستلزم قهر المسلمين لهم وفيه وضع المصدر موضع الحال وهو غير مطرد الا فى ألفاظ عند بعضهم واطلاق اللازم وارادة الملزوم فى غير التعاريف بل ذلك فى الاخبارات على أن يراد معنى المذكور لا المجاز لكن لينتقل منه الى آخر هو المقصود بتلك الارادة ككثير الرماد ولو أراد به نفس الجود كان مجازا من السبب فى المسبب والوجه أنه مجاز اشتهر فان عنوة اشتهر فى نفس القهر عند الفقهاء فجاز استعماله فيه نفسه تعريفا اه (قوله ان شاء قسمها بين الغانمين) أى مع رؤس أهلها استرقاقا وأموالهم اه فتح (قوله وان شاء أقر أهلها) أى منّ بها على أهلها وتركهم احرار الاصل ذمة للمسلمين والاراضى مملوكة لهم وجعل الجزية عليهم والخراج على أراضيهم اه كافى (قوله ولم يجد من خالفه من الصحابة) مثل بلال وسلمان وأبى هريرة اه (قوله بيانا) البيان بموحدة مفتوحة ثم موحدة مشددة ثم ألف ونون أى أتركهم شيأ واحدا لانه اذا قسم البلاد المفتوحة على الغانمين بقى من لم يحضر الغنيمة ومن يجىء بعدهم من المسلمين بغير شىء منها فلذلك تركها لتكون بينهم جميعا اه نهاية (قوله لانه لم يرد به) الذى بخط الشارح فيه اه (قوله قدر ما يتهيأ لهم به العمل) أى ليخرج عن حد الكراهة اه اتقانى (قوله وقال الشافعى لا يجوز المنّ عليهم بالاراضى) أى فى المفتوح قهرا والمن بالمنقول لا يجوز بالاتفاق اه اتقانى (قوله لانهم ملكوها بالاستيلاء) أى عنده اه

فلا

للقتال فيخافونه فيكون أهلا للامان كالمأذون له فى القتال وهذا لان الاذن تأثيره فى دفع المانع لا فى اثبات الاهلية لمن ليس بأهل وأهلية هذا التصرف بالايمان والامتناع ولهذا لو عقد معهم عقد الذمة جاز لما قلنا فكذا هذا بل أولى لان هذا ليس للتأبيد فيمكن نقضه عند ظهور الخلل فيه وانما لا يملك القتال لما فيه من تعطيل مصالحه على المولى ولا تعطيل فى الكلام المجرد بل فيه نفع يعود الى المولى وغيره من المسلمين اذا الكلام فيه فى مثل هذه الحالة ولابى حنيفة رحمه الله أن الامان جهاد معنى على ما ذكرناه وهو محجور عليه عنه فيكون محجورا عليه عن الامان بالضرورة تحققه أن الامان ازالة الخوف ومن لم يباشر القتال لا يخافونه فكيف يصح أمانه ولانه نوع جهاد فلا يعمله الامن يباشره فيخطى ظاهرا فيمنع كيلا ينسد عليهم باب الفتح بخلاف العبد المأذون له بالقتال لانه عالم بوجوه القتال ويخافونه لمباشرته القتال و بخلاف المرأة لانها من أهل الجهاد بمالها وكذا بنفسها حتى تخرج لتعمل عملا يليق بحالها وذلك جهاد منها فيحصل الخوف منها و بخلاف عقد الذمة لانه خلف عن الاسلام فهو بمنزلة الدعوة اليه ولانه مقابل بالجزية فيكون نفعه ظاهرا ولانه فرض عليهم عند طلبهم ذلك واسقاط الفرض نفع محض فافترقا ولو أمّن صبى لا يعقل لا يصح كالمجنون وان كان يعقل وهو محجور عليه فعلى الخلاف وان كان مأذونا له فى القتال فالاصح أنه يصح بالاتفاق ومختلط العقل الذى يعقل الاسلام و يصفه بمنزلة الصبى الذى يعقل فيما ذكرنا

﴿باب الغنائم وقسمتها﴾

قال رحمه الله (ما فتح الامام عنوة قسم بيننا أو أقرّ أهلها ووضع الجزية والخراج) يعنى اذا فتح الامام بلدة قهرا فهو بالخيار ان شاء قسمها بين الغانمين يعنى بعد اخراج الخمس كما فعل رسول الله صلى الله عليه وسلم بخيبر وان شاء أقرّ أهلها عليها ووضع عليهم الجزية وعلى أراضيهم الخراج كما فعل عمر رضى الله عنه بسواد العراق بموافقة الصحابة رضى الله عنهم أجمعين ولم يجد من خالفه من الصحابة وغيرهم رضى الله عنهم أجمعين وقال عمر رضى الله عنه أما والذى نفسى بيده لولا أن أترك آخر الناس بيانا ليس لهم من شىء ما فتحت علىّ قرية الا قسمتها كما قسم رسول الله صلى الله عليه وسلم خيبر ولكنى أتركها خزانة لهم يقتسمونها رواه البخارى وقيل الاولى هو الاوّل عند حاجة الغانمين والثانى عند عدم الحاجة لتكون عدّة للنوائب وهذا فى العقار وأما المنقول وحده فلا يجوز المنّ به عليهم لانه لم يرد فيه الشرع ولانه لا يدوم بل ينقطع والجواز باعتبار الدوام نظرا لهم ولمن يجىء بعدهم ولهذا لا يجوز بالرقاب وحده بدون الارض لانه ينقطع بالموت والاسلام وانما يجوز تبعا للاراضى كيلا يشتغلوا بالزراعة عن الجهاد ثم اذا منّ عليهم بالرقاب والاراضى يدفع اليهم من المنقول قدر ما يتهيأ لهم به العمل لان عمر رضى الله عنه ترك لهم ذلك وهو القدوة فى الباب ولان منفعة الارض بالزراعة وهم لا يقدرون على الزراعة الا بآلتها فيكره له أن يكلفهم بها بدون الآلة وقال الشافعى لا يجوز المنّ عليهم بالاراضى بل يقسمها بين الغانمين لانهم ملكوها بالاستيلاء

فلا يجوز ابطال ملكهم أو حقهم عنها الا ببدل يعدله والخراج لا يعدله لقلته بخلاف المن على الرقاب لان للامام أن يبطل حقهم بالقتل أصلا فبالعوض القليل أولى وهذا لان الآدمي حر بأصل الخلقة والرق عارض بمشيئة الامام بعد الاسر فله أن يتركهم على أصل الحرية ولنا ما روينا من اجماع الصحابة رضي الله عنهم وفتح رسول الله صلى الله عليه وسلم مكة عنوة ومن بها على أهلها ولم يقسمها بين الغانمين والدليل على انها افتتحت عنوة قول أبي هريرة فانطلقنا وما يشاء أحدنا أن يقتل منهم ما شاء الا قتله فقال عليه الصلاة والسلام لما اشتد عليهم القتل من أغلق بابه فهو آمن ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن كل ذلك رواه أحمد ومسلم وأجارت أم هانئ رجلا فأراد علي قتله فمنعته فأخبرت بذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال قد أجرنا من أجرت يا أم هانئ رواه أحمد والبخاري ومسلم ولو كان فتحها بالصلح لحصل الامان بذلك لا بما ذكرنا ولان فيه نظرا لهم ولمن يجيء من بعدهم لانهم كالاكرة العاملة لهم العالمة بوجوه الزراعة والمؤن مرتفعة عنهم والخراج وان قل في الحال فهو أكثر في المآل فالقليل الدائم خير من الكثير المنقطع قال رحمه الله (وقتل الاسرى أو استرق أو ترك احرارا ذمة لنا) معناه ان الامام بالخيار في الاسارى ان شاء قتلهم كما قتل رسول الله صلى الله عليه وسلم بني قريظة فانه قتل مقاتلهم واسترق ذراريهم وفيه حسم مادة الفساد وان شاء استرقهم لان فيه توفير المنفعة للمسلمين مع دفع شرهم وقد انعقد الاجماع على جوازه الا مشركي العرب والمرتدين لما عرف في موضعه وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين كما فعل عمر رضي الله عنه على ما بينا وشرهم قد اندفع بذلك مع توفير المنفعة لهم لانه كالاسترقاق الا مشركي العرب والمرتدين على ما نبين ان شاء الله تعالى وليس له فيمن أسلم منهم الا الاسترقاق لان قتله أو وضع الجزية عليه بعد اسلامه لا يجوز قال رحمه الله (وحرم ردهم الى دار الحرب والفداء والمن) لان في ذلك كله تقويتهم على المسلمين وعودهم حربا عليهم ودفع شرهم خير من انقاذ الاسير المسلم لان بقاءه في أيديهم غير مضاف الينا وتقويتهم بدفع أسيرهم مضاف الينا فيحرم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا بأس بان يفادي بهم أسارى المسلمين وهو قول محمد لان تخليص المسلم من أيديهم واجب ولا يتوصل اليه الا به وليس فيه أكثر من ترك قتل اسرى الكفار وذلك جائز بدون هذا ألا ترى أن للامام أن يتركه ويضع عليه الجزية على ما بينا ومنفعة تخليص المسلم أولى من استرقاقهم أو جعلهم ذمة وقد روى أنه عليه الصلاة والسلام فادى بهم اسرى المسلمين وذكر في السير الكبير أن هذا هو أظهر الروايتين عن أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يجوز ذلك قبل القسمة لا بعدها لان الثابت بعد القسمة حقيقة الملك فلا يجوز ابطاله بدون رضاه بعوض كسائر المعاوضات بخلاف ما قبلها لانه لم يثبت فيه حقيقة الملك وانما الثابت فيه حق الملك فلا يمنع الامام من التصرف فيه ولو أسلم الاسير لا يفادى به لعدم الفائدة الا اذا طابت به نفسه وهو مأمون عليه وأما مفاداة بالمال فلا تجوز عند عدم الحاجة الى المال وان احتاجوا اليه جاز وقال الشافعي تجوز مطلقا وكذا مفاداة

(قوله أو حقهم عنها) أي عندنا اه (قوله وأجارت أم هانئ) الذي بخط الشارح وأجرت أم هانئ اه (قوله لانهم كالاكرة) جمع أكار وهم الفلاحون اه (قوله ان شاء قتلهم) أي قبل اسلامهم اه كاكي (قوله الا مشركي العرب والمرتدين) أي فانه لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف اه (قوله وان شاء تركهم احرارا ذمة للمسلمين) أي ولا يجوز أن يردهم الى دار الحرب والحاصل أن للامام في الرقاب ثلاث خيارات القتل والاسترقاق وجعلهم أهل الذمة على الجزية لكن القتل انما يجوز قبل الاسلام فاذا أسلموا فلا قتل اه اتقاني (قوله وليس له فيمن أسلم منهم الا الاسترقاق) بخلاف ما اذا أسلم قبل الاستيلاء حيث لا يجوز الاسترقاق لانه صار أولى الناس بنفسه قبل انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء والاخذ اه اتقاني (قوله في المتن والمن) أي بان أنعم عليهم من غير استرقاق ولا ذمة ولا قتل اه كي وكتب ما نصه وهو أن يطلقهم الى دار الحرب بغير شئ خلافا للشافعي رضي الله عنه اذا رأى الامام ذلك وبقولنا قال مالك وأحمد اه (قوله لان بقاءه في أيديهم) أي وهو ابتلاء في حقه فقط والضرر بدفع أسيرهم اليهم يعود على جماعة المسلمين اه فتح (قوله وعن أبي حنيفة أنه لا بأس الخ) قال الكمال وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنه يفادى بهم كقول أبي يوسف ومحمد والشافعي ومالك وأحمد الا بالنساء فانه لا يجوز المفاداة بهن عندهم ومنع أحمد المفاداة بصبيانهم اه (قوله وقال أبو يوسف يجوز ذلك) أي الفداء اه (قوله قبل القسمة لا بعدها) أي وعند محمد يجوز بكل حال اه فتح (قوله وأما المفاداة بالمال) أي بمال يأخذه من أهل الحرب اه قال الاتقاني أما المفاداة بالمال فهل تجوز فالمشهور عن أصحابنا انها لا تجوز كيلا يعود حربا علينا يؤيده قوله تعالى لولا كتاب من الله سبق لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لو نزل العذاب ما نجا منه الا عمر لان عمر رضي الله عنه كان يشير بالقتل وقال تعالى وان يأتوكم أسارى تفادوهم وهو محرم عليكم اخراجهم فدل أنه حرام روى عن محمد في السير الكبير لا بأس به اذا كان بالمسلمين حاجة لان النبي صلى الله عليه وسلم فادى أسارى بدر بمال أخذه وهذا استدلال عجيب مع نزول الآية بالانكار على المفاداة قال في شرح الطحاوي ويفادى أسارى المسلمين الذين في دار الحرب بالدراهم والدنانير وما ليس فيه قوة للحرب كالثياب وغيرها ولا يفادى بالسلاح اه (قوله فلا تجوز) أي في المشهور من المذهب اه كافي

(قوله وأخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر المال فداء) أى فانه عليه الصلاة والسلام فادى أسارى بدر بالمال والفداء كان أربعة آلاف درهم اه كاكى (قوله قلنا نسخ ذلك كله بآية السيف) قال تعالى ما كان لنبى أن تكون له أسرى حتى يثخن فى الارض الى قوله لمسكم فيما أخذتم عذاب عظيم (قوله وهى آخر سورة نزلت) أى فى هذا الشأن اه فتح (قوله فى المتن وعقر مواش) المواشى جمع ماشية وهى الابل والبقر والغنم اه (قوله الا للمأكلة) بضم الكاف وفتحها بمعنى الاكل اه اتقانى وكتب مانصه المأكلة مصدر كالاكل اه كى وكتب أيضا مانصه هذا غريب لم يعرف عنه عليه الصلاة والسلام اه فتح (قوله لانه منهى عنه) أى لما روى فى السنن عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال لا يعذب بالنار الا رب النار اه اتقانى (قوله ومالا يحترق منها) أى بان كان من الحديد اه اتقانى (قوله وتخلى الذرارى فى مضيعة الخ) قال الكمال رحمه الله ومافى فتاوى الولوالجى تترك النساء والصبيان فى أرض غامرة أى خربة حتى يموتوا جوعا كى لا يعودوا حربا علينا لان النساء بهن (٢٥٠) النسل والصبيان يبلغون فيصيرون حربا علينا فبعيد لانه قتل بما هو أشد من القتل الذى نهى عنه النبى صلى الله عليه وسلم فى النساء والصبيان لما فيه من التعذيب ثم قد صاروا أسارى بعد الاستيلاء وقد أوصى النبى صلى الله عليه وسلم بالاسرى خيرا اه (قوله وعنده يثبت) قال الكمال واعلم ان حقيقة مذهبه ان الملك يثبت للغانم باحد أمرين إما بالقسم حيثما كانت أو باختيار الغانم التملك وليس هو قائلا ان الملك يثبت للغانمين بالهزيمة كما نقلوا عنه وعندنا لا يثبت الا بالقسم فى دار الاسلام فلا يثبت بالاحراز بدار الاسلام ملك أحد بل يتأكد ولهذا لو أعتق واحد من الغانمين عبدا بعد الاحراز لا يعتق ولو كان هناك ملك مشترك عتق بعتق الشريك ويجرى فيه ما عرف فى عتق الشريك وتخرج الفروع المختلفة على هذا اه (قوله لو وطئ أمة من السبى) أى فى دار الحرب اه فتح (قوله يثبت نسبه عنده) أى لا لوطئه جارية مشتركة بينه وبين غيره بمجرد الهزيمة بل لاختياره التملك فبالهزيمة ثبت لكل حق التملك فان سلمت بما يخصه من الغنيمة أخذها والا أخذها وكمل من ماله قيمتها يوم الحبل وعندنا لا يثبت نسبه وعليه العقر لانه لا يحد لثبوت سبب الملك وتقسم الجارية والولد والعقر بين جماعة المسلمين وكذا لو استولدها بعد الاحراز بدار الاسلام قبل القسمة عندنا ولو تأكد الحق لان الاستيلاد يوجب حق العتق وهو لا يكون الا بعد قيام الملك فى المحل بخلاف استيلاد جارية الابن لان له ولاية التملك فيتملكها بناء على الاستيلاد وليس له هنا تملك الجارية بدون رأى الامام نعم لو قسمت الغنيمة على الرايات العرافة فوقعت جارية بين أهل راية صح استيلاد أحدهم لها فانه يصح عتقه لها لانها مشتركة بينه وبين أهل تلك الراية شركة ملك وعتق أحد الشركاء نافذ لكن هذا اذا قلوا حتى تكون الشركة خاصة أما اذا كثروا فلا لان بالشركة العامة لا تثبت ولاية الاعتاق قال والقليل اذا كانوا مائة أو أقل وقيل أربعون وفيه أقوال أخرى قال فى المبسوط والاولى ان لا يؤقت ويجعل موكولا الى اجتهاد الامام اه (قوله ويجب العقر) أى ولا يجب الحد لوجود سبب الملك اه اتقانى (قوله ومنها جواز بيعه) أى بيع الامام شيأ من الغنيمة اه (قوله ومنها ما اذا مات واحد) أى من الغزاة أو قتل اه (قوله ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة) أى قبل الاحراز لا يضمن اه

أسراءهم بأسرى المسلمين تجوز عنده لقوله تعالى فشدوا الوثاق فاما منا بعد وإما فداء وأخذ عليه الصلاة والسلام من المشركين يوم بدر المال فداء عن أنفسهم قلنا نسخ ذلك كله بآية السيف لان المن والفداء مذكور فى سورة محمد وهى مكية وآية السيف فى سورة براءة وهى آخر سورة نزلت وعوتب عليه الصلاة والسلام على الاخذ يوم بدر بقوله تعالى لولا كتاب من الله سبق الآية فجلس عليه الصلاة والسلام هو وأبو بكر يبكيان وقال عليه الصلاة والسلام لو نزل من السماء عذاب لما نجا الا عمر وكان قد قال بقتلهم دون أخذ الفداء منهم قال رحمه الله (وعقر مواش شق اخراجها فتذبح وتحرق) يعنى يحرم عقر المواشى فى دار الحرب اذا تعذر اخراجها الى دار الاسلام بل تذبح وتحرق وقال الشافعى رحمه الله تترك فى دار الحرب لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن ذبح الشاة الا للمأكلة ولنا أن ذبح الانعام جائز لغرض صحيح ولا غرض أصح من كسر شوكتهم والحاق الغيظ بهم ثم تحرق كيلا ينتفعوا باللحم كما تخرب بيوتهم وتقطع أشجارهم وتقلع زروعهم ولا تحرق قبل الذبح لانه منهى عنه ولا تعقر لانه مثلة وتحرق الاسلحة ومالا يحترق منها يدفن فى مكان لا يقفون عليه كيلا ينتفعوا به وان تعذر عليهم نقل السبى يقتل الرجال منهم وتخلى الذرارى فى مضيعة حتى يموتوا جوعا وعطشا كيلا يعود ضررهم علينا بالتوالد قال رحمه الله (وقسمة الغنيمة فى دارهم لا للايداع) أى حرم قسمة الغنيمة فى دار الحرب لغير الايداع وقال الشافعى يجوز قسمتها فى دار الحرب بعد استقرار الهزيمة وهذا بناء على أن الملك لا يثبت قبل الاحراز بدار الاسلام عندنا وعنده يثبت ويبتنى على هذا الاصل مسائل منها اذا لحقهم مدد قبل الاحراز بالدار لا يشاركونهم عنده وعندنا يشاركونهم ومنها أن واحدا من الغانمين لو وطئ أمة من السبى فولدت فادعاه يثبت نسبه منه عنده وصارت أم ولد له وعندنا لا يثبت لفقد الملك ويجب العقر وتقسم الامة والولد والعقر بين الغانمين ومنها جواز بيعه فعنده يجوز وعندنا لا ومنها ما اذا مات واحد قبل الاحراز بالدار يورث نصيبه عنده وعندنا لا يورث ومنها ما لو أتلف واحد من الغزاة شيأ من الغنيمة لا يضمن عندنا وعنده يضمن ومنها ما لو قسم الامام الغنيمة

لا عن اجتهاد ولا لحاجة الغزاة لا يصح عندنا وعنده يصح له أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم غنائم خيبر فيها وغنائم بني المصطلق فيها ولان سبب الملك قد تم وهو الاستيلاء على مباح فيترتب عليه موجبه كالاصطياد والاحتطاب ولنا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الغنيمة في دار الحرب والقسمة فيها معنى البيع لاشتمالها على المبادلة معنى والبيع أيضا على الخلاف فيكون حجة عليه فيه وفي القسمة دلالة ولان فيه قطع حق المدد فلا يشرع كيلا يتقاعدوا عن الغوث ولان الاستيلاء يكون باثبات اليد والنقل ولم يوجد النقل لقدرتهم على الاستنقاذ ظاهرا اذ القوة لهم في دارهم فصار كما لو قسم قبل الهزيمة أو قبل استقرارها وما روى محمول على أنه عليه الصلاة والسلام فتح تلك البلاد وصارت دار الاسلام ولا خلاف فيه وانما الخلاف فيما اذا لم تصر دار الاسلام ثم هي لا تجوز عندهما وعند محمد تكره كراهية تنزيه وعند الشافعي لا تكره فتترتب الاحكام عليها عندهما وعندنا لا تترتب وقيل جاز بالاتفاق لانه فصل مجتهد فيه وقد أمضاه وقيل اذا قسم عن اجتهاد جاز بالاتفاق وان قسم لا عن اجتهاد فهو موضع الخلاف وقوله لا للايداع دليل على أن القسمة للايداع جائزة وصورتها أن لا يكون للامام من بيت المال حمولة يحمل عليها الغنائم فيقسمها بين الغانمين قسمة ايداع ليحملوها الى دار الاسلام ثم يرتجعها منهم فيها فان أبوا أن يحملوها أجبرهم على ذلك بأجر المثل في رواية السير الكبير لانه دفع ضرر عام بتحمل ضرر خاص كما لو استأجر دابة شهرا فقضت المدة في المفازة أو استأجر سفينة فقضت المدة في وسط البحر فانه ينعقد اليها اجارة أخرى بأجر المثل ولا يجبرهم في رواية السير الصغير لانه لا يجبر على عقد الاجارة ابتداء كما اذا انفقت دابته في المفازة ومع رفيقه دابة لا يجبر على الاجارة بخلاف ما استشهد به فانه بناء وليس بابتداء وهو أسهل منه ولو كان في بيت المال أو في الغنيمة حمولة حمل عليها لان الكل مالهم قال رحمه الله (وبيعها قبلها) أي حرم بيع الغنائم قبل القسمة لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لامرئ يؤمن بالله واليوم الآخر أن يبتاع مغنما حتى يقسم ولا أن يلبس ثوبا من فيء المسلمين حتى اذا أخلقه رده فيه ولا أن يركب دابة من فيء المسلمين حتى اذا أعجفها ردها رواه أحمد وأبو داود ولانه قبل الاحراز بالدار لم يملكه على ما بينا وبعد الاحراز بها نصيبه مجهول فلا يمكنه أن يبيع قال رحمه الله (وشرك الردء والمدد فيها) أي في الغنيمة أما الردء فلتحقق سبب الاستحقاق وهو المجاوزة على قصد القتال وهي السبب عندنا لا حقيقة القتال ولهذا يعتبر كونه فارسا أو راجلا عندنا وعند الشافعي شهود الوقعة وقد تحقق وأما المدد فلان سبب الملك هو القهر وتمام القهر بالاحراز بالدار وقد شاركهم في هذا المعنى لانه بالمدد ينقطع طمعهم في الاستنقاذ وفيه تحريض المؤمنين على الامداد والتعاون على قهر العدو والتلاحق وقد قال الله تعالى حرض المؤمنين على القتال وفي عكسه عكسه من التقاعد وعدم التناصر فيؤدي الى خذلانهم فلا يجوز وفيه خلاف الشافعي اذا لحقوهم بعد انقضاء القتال وتقرر الهزيمة بناء على أصله أن الغنيمة تملك بالاخذ واستقرار الهزيمة وعندنا تملك بأحد أمور ثلاثة بالاحراز بالدار على ما ذكرنا لوجود الاستيلاء فيها صورة ومعنى أو بالقسمة وهو آكد من الاحراز لانه يحصل به الملك الخاص أو بالبيع لان جوازه يعتمد ملكا مستقرا فالحكم به حكم باستقراره قال رحمه الله (لا السوقي بلا قتال) أي لا يستحق أهل سوق العسكر من الغنيمة الا أن يقاتلوا وفي قول للشافعي يسهم لهم لانهم شهدوا الوقعة وقال عليه الصلاة والسلام الغنيمة لمن شهد الوقعة ولان الجهاد قد وجد منهم معنى بتكثير السواد فصاروا كالمقاتلين ولنا أن سبب الاستحقاق المجاوزة على قصد القتال ولم يوجد لانهم قصدوا التجارة لا اعزاز الدين وإرهاب العدو فان قاتلوا استحقوا السهم لانهم بالمباشرة ظهر أن قصدهم القتال والتجارة تبع له فلا يضره كالحاج اذا اتجر في طريق الحج لا ينقص أجره وما رواه موقوف على ابن عمر رضي الله عنهما أو هو

(قوله وغنائم بني المصطلق) أي وأوطاس اه انقاني (قوله فيكون حجة عليه) أي الحديث حجة على الشافعي أيضا في تجويزه البيع ثمة اه (قوله حمولة) بفتح الحاء ما يحمل عليه من بعير وفرس وغيره اه فتح (قوله أجبرهم على ذلك بأجر المثل) أي والاجرة من الغنيمة اه فتح (قوله ولا يجبرهم في رواية السير الصغير) قال الكمال والاوجه ان خاف تفرقهم لو قسمها قسمة الغنيمة يفعل هذا وان لم يخف قسمها قسمة الغنيمة في دار الحرب فانه يصح للحاجة وفيه اسقاط الاكراه واسقاط الاجرة اه (قوله حرم بيع الغنائم) قال الكمال وهذا في بيع الغزاة ظاهر وأما بيع الامام لها فذكر الطحاوي أنه يصح لانه مجتهد فيه يعني انه لا بد أن يكون الامام رأى المصلحة في ذلك وأقل تخفيف اكراه الحمل عن الناس أو عن البهائم ونحوه وتخفيف مؤنته عنهم فيقع عن اجتهاد في المصلحة فلا يقع جزافا فينعقد بلا كراهة مطلقا اه (قوله قبل القسمة) أي في دار الحرب اه هداية (قوله في المتن وشرك الردء) أي وهو المعين قال في الهداية والردء والمقاتل قال الكمال وكذا أمير العسكر سواء في الغنيمة لا يتميز واحد عن آخر بشيء وهذا بلا خلاف لاستواء الكل في سبب الاستحقاق اه (قوله أو بالقسمة) أي بدار الحرب اه (قوله أو بالبيع) أي بيع الامام الغنيمة اه (قوله لا يستحق أهل سوق العسكر من الغنيمة) أي لا سهم ولا رضخ اه فتح (قوله الغنيمة لمن شهد الوقعة) الوقعة هي القتال وهو معنى قول صاحب المجمل الوقعة صدمة الحرب اه فتح (قوله فان قاتلوا استحقوا السهم) وبه قال مالك وأحمد وللشافعي قولان أحدهما كقولنا والآخر يسهم لهم اه فتح

(قوله فى المتن وينتفع فيها) أى فى دار الحرب اهـ (قوله فى المتن بعلف) يقال علف الدابة يعلف علفا من باب ضرب اذا أطعمها العلف قال ابن دريد ولا يقال أعلفها والدابة معلوفة وعليف والعلف كل ما اعتلفته الدابة قاله الاتقانى وفى المصباح المنير علفت الدابة علفا من باب ضرب واسم المعلوف علف بفتحتين والجمع علاف مثل جبل وجبال وأعلفت بالالف لغة والمعلف بالكسر موضع العلف اهـ (قوله ولم تقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة) أى وبه قالت الائمة الثلاثة اهـ فتح (قوله وهى رواية السير الكبير) أى واختارها الكرخى فى مختصره ولهذا قال مادامت الغنيمة فى دار الحرب لا بأس بأكل واحد من الجند بتناول المأكول والمشروب والعلف غنيا كان أو فقيرا وتبعه القدورى اهـ اتقانى قال فى السير الصغير (٢٥٢) اذا كان فى الغنيمة طعام أو علف فاحتاج اليه رجل يتناول منه قدر حاجته وكذلك يتناول من سلاح الغنيمة اذا احتاج اليه للقتال ثم يردها اذا استغنى عنها ويكره له ذلك من غير حاجة الى هنا لفظ السير الصغير قال صاحب المحيط هذا جواب القياس وما ذكره فى السير الكبير جواب الاستحسان اهـ اتقانى (قوله بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة) قال الكمال وحاصل ما هنا أن الموجود إما ما يؤكل أولا وما يؤكل إما يتداوى به كالهليلج أولا فالثانى ليس لهم استعماله الا ما كان من السلاح والكراع كالفرس فيجوز بشرط الحاجة بان مات فرسه أو انكسر سيفه أما اذا أراد أن يوفر سيفه وفرسه باستعمال ذلك فلا يجوز ولو فعل اثم ولا ضمان عليه لو تلف نحو الحطب بخلاف الخشب المنحوت لان الاستحقاق على الشركة فلا يختص بعضهم ببعض المستحق على وجه يكون أثر الملك فضلا عن الاستحقاق بخلاف حالة الضرورة فانها سبب الرخصة فيستعمله ثم يرده الى الغنيمة عند اذا انقضى الحرب وكذا الثوب اذا أضر به البرد يستعمله ثم يرده اذا استغنى عنه ولو تلف قبل الرد لا ضمان عليه ولو احتاج الكل الى الثياب والسلاح قسمها بخلاف السبى لا يقسم اذا احتيج اليه لانه من فضول الحوائج لا أصولها فيستصحبهم الى دار الاسلام مشاة فان لم يطيقوا وليس معه فضل حمولة قتل الرجال وترك النساء والصبيان وهل يكره من عنده فضل حمولة على الحمل يعنى بالاجر فيه روايتان تقدمتا وأما ما يتداوى به فليس لاحد تناوله وكذا الطيب والادهان التى لا تؤكل كدهن البنفسج لانه ليس فى محل الحاجة بل الفضول ولا شك انه لو تحقق مرض باحدهم يحوجه الى استعماله كان له ذلك كلبس الثوب فالمعتبر حقيقة الحاجة اهـ (قوله ذكره فى السير الكبير فى الجزور) وفى الايضاح فى البقر وفى المحيط فى الغنم فدل على التسوية اهـ (قوله والسمن والزيت) أى ودهن السمسم اهـ كفاية

محمول على أنه شهدها على قصد القتال قال رحمه الله (ولا من مات فيها وبعد الاحراز بدارنا يورث نصيبه) أى لا يستحق من مات فى دار الحرب من الغنيمة ومراده اذا مات قبل أن تخرج الغنيمة الى دار الاسلام وبعد الاخراج يورث نصيبه لان الارث يجرى فى الملك ولا ملك قبله بخلاف ما بعده على ما بينا من قبل وعند الشافعى يورث اذا مات بعد استقرار الهزيمة لثبوت الملك به عنده على ما بيناه قال رحمه الله (وينتفع فيها بعلف وطعام وحطب وسلاح ودهن بلا قسمة) لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال كنا نصيب فى مغازينا العسل والعنب فنأكله ولا نرفعه رواه البخارى وهذا دليل على أن عادتهم الانتفاع بما يحتاجون اليه وقال ابن عمر وإن جيشا غنموا فى زمن رسول الله صلى الله عليه وسلم طعاما وعسلا فلم يؤخذ منهم الخمس رواه أبو داود وهذا يؤيد ما ذكرناه وهو محمول على أنه لم يفضل منهم وعن عبد الله بن المغفل قال أصبت جرابا من شحم يوم خيبر فالتزمته فقلت لا أعطى اليوم أحدا من هذا شيأ فاذا رسول الله صلى الله عليه وسلم متبسما رواه أحمد ومسلم وأبو داود والنسائى وهذا أقوى حيث لم يأمره عليه الصلاة والسلام برده فى الغنيمة وعن ابن أبى أوفى قال أصبنا طعاما يوم خيبر فكان الرجل يجىء فيأخذ منه مقدار ما يكفيه ثم ينطلق رواه أبو داود ولم يقيد اباحة الانتفاع هنا بالحاجة وهى رواية السير الكبير وقيدها بها فى السير الصغير لانه مال مشترك بين الجماعة فلم يبح الانتفاع به الا لحاجة كالدواب والثياب ووجه الاولى اطلاق ما رويناه ولان الحكم يدور على دليل الحاجة وهو كونه فى دار الحرب اذ هو لا يقدر أن يستصحب ما يكفيه من الطعام والعلف غالبا فلو لم يبح لهم التناول لضاق عليهم الامر بخلاف السلاح والدواب لانه يستصحبه غالبا فانعدم دليل الحاجة حتى لو تحققت الحاجة اليه جاز له التناول أيضا فتعلق الاطلاق بحقيقة الحاجة فيهما ثم يرد الى المغنم اذا استغنى عنه ولا فرق فى الطعام بين أن يكون مهيأ للاكل وبين أن لا يكون مهيأ له حتى يجوز لهم ذبح المواشى من البقر والغنم والجزور ويردون جلودها فى الغنيمة ذكره فى السير الكبير فى الجزور وكذا أكل الحبوب والسكر والفواكه الرطبة واليابسة والسمن والزيت وكل شئ هو مأكول عادة وهذا الاطلاق فى حق من له سهم فى الغنيمة أو من يرضخ له منها غنيا كان أو فقيرا ويطعم من معه من الاولاد والنساء والمماليك وكذلك المدد لان له سهما فيها ولا يطعم الاجير ولا التاجر الا أن يكون خبز الحنطة أو طبخ اللحم فلا بأس به حينئذ لانه ملكه بالاستهلاك وما لا يؤكل عادة لا يجوز له أن يتناوله مثل الادوية والطيب ودهن البنفسج وما أشبه ذلك لقوله صلى الله عليه وسلم ردوا الخيط والمخيط ولان هذه الاشياء لا تؤكل عادة ولا تستعمل فى الحاجة الاصلية بل للزينة ويستعملون الحطب والطيب يعنى

عنـد الحاجة ويوقحون الدواب اذا احتاجوا اليه قال رحمه الله (ولا يبيعها) لما بينا من قبل ولانه لا يملك بالاخذ وانما أبيح له التناول للضرورة والمباح له لا يملك البيع وان باعه أحدهم رد الثمن الى المغنم ولا يجوز له الانتفاع بالثياب والسلاح والدواب والمتاع بغير حاجة لصيانة سلاحه ودابته وغير ذلك لانه مال مشترك بينهم فلا يجوز الانتفاع به بلا حاجة والاولى أن يقسم الامام بينهم اذا احتاجوا اليه كلهم لان المحظور يستباح للضرورة ومراعاة حقهم عند حاجتهم أولى من مراعاة حق المدد وهو محتمل أيضا لا يدرى أيلتحق أولا فلا يعارض المحقق عند الحاجة وهذا بخلاف السبى حيث لا يقسم وان احتاجوا اليه لان حاجتهم للوطء أو للخدمة وكل ذلك من فضول الحوائج قال رحمه الله (وبعد الخروج منها لا) أى بعد الخروج من دار الحرب لا ينتفعون بالغنيمة لزوال المبيح وهى الضرورة ولان حقهم قد تأكد حتى يورث نصيبه فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاهم قال رحمه الله (وما فضل رد الى الغنيمة) أى الذى فضل فى يده من الذى كان أخذه قبل الخروج من الحرب لينتفع به رده الى الغنيمة بعد الخروج الى دار الاسلام لزوال حاجته والاباحة باعتبارها وهذا قبل القسمة وبعدها ان كان غنيا تصدق بعينه ان كان قائما أو بقيمته ان كان هالكا والفقير ينتفع بالعين ولا شئ عليه ان هلك لانه لما تعذر الرد صار فى حكم اللقطة قال رحمه الله (ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله) أى من أسلم من أهل الحرب فى دار الحرب أحرز باسلامه نفسه وأولاده الصغار لوجود العاصم وهو الاسلام فلا يجوز قتله ولا استرقاقه لانهما جزاء الكفر ابتداء أو لدفع الشر والمسلم لا يبتدأ بالرق وقد اندفع شره بالاسلام وأولاده الصغار تبع له فيلحقون به هذا اذا أسلم قبل أن يأخذه المسلمون وان أسلم بعده فهو عبد لانه أسلم بعد انعقاد سبب الملك فيه فلا يرتفع بالاسلام كحقيقة الملك وكذا لو أسلم بعدما أخذ أولاده الصغار وماله ولم يؤخذ هو حتى أسلم أحرز باسلامه نفسه فحسب لانعقاد السبب فى غيره قال رحمه الله (وكل مال معه) لقوله عليه الصلاة والسلام أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم وقال عليه الصلاة والسلام لصخر بن صخر ان القوم اذا أسلموا أحرزوا أموالهم ودماءهم ولان يده الحقيقية سبقت اليه يد الظاهرين فكانت أولى قال رحمه الله (أو وديعة عند مسلم أو ذمى) لان فى يده حكما اذ يد المودع كيد المودع لانه عامل له فى الحفظ وهى محترمة صحيحة بخلاف ما اذا كانت فى أيديهما غصبا حيث تكون فيأ خذ عند أبى حنيفة رحمه الله لان يده ليست كيد المالك وبخلاف ما اذا كانت فى يد الحربى وديعة أو غصبا لان يده ليست بمحترمة ولا صحيحة حتى جاز لنا التعرض لها قال رحمه الله (دون ولده الكبير) لانه كافر حربى غير تابع له فى الاسلام وغيره فلا يكون معصوما عن القتل والاستغنام لا بالاسلام بخلاف أولاده الصغار قال رحمه الله (وزوجته وحملها) لانها كافرة حربية غير تابعة له فتسترق وحملها جزء منها فيتبعها فى الرق وقال الشافعى لا يكون الحمل فيأ لانه مسلم تبعا لابيه فلا يبدأ بالرق كالولد المنفصل قلنا المسلم يسترق تبعا كولد الجارية من غير مولاها فكان هذا فى حق التبع بمنزلة البقاء والاسلام لا ينافى بقاء الرق بخلاف المنفصل لعدم الجزئية قال رحمه الله (وعقاره) لانه ليس فى يده حقيقة فيكون فيأ وقال الشافعى رحمه الله هو له ولا يكون فيأ لانه فى يده كالمنقول ولنا أن العقار فى يد أهل الدار وسلطانها اذ هى من جملة دار الحرب فلم تكن فى يده حقيقة وقيل فى قول محمد يكون كغيره من الاموال بناء على ان اليد حقيقة تثبت عنده فى العقار ألا ترى أنه يتصور فيه الغصب عنده وبه كان يقول أبو يوسف أولا ثم رجع عنه قال رحمه الله (وعبده المقاتل) لانه لما تمرد على مولاه خرج من يده وصار تبعا لاهل دارهم وما كان غصبا فى يد حربى أو وديعة فىء لان يده ليست بمحترمة وكذلك اذا كان فى يد مسلم أو ذمى غصبا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد لا يكون فيأ لان المال تابع للنفس وقد صارت

(قوله ويوقحون) قال الاتقانى توقيح الدابة تصليب حافرها بالشحم المذاب اذا حفى (٢٥٣) أى رق من كثرة المشى والراء خطأ كذا فى المغرب ونسخة الامام حافظ الدين الكبير بخط يده بالراء من الترقيح وهو المنقول عن المصنف قال هكذا قرأنا على المشايخ قال فى الجمهرة رقح فلان عيشه ترقيحا اذا أصلحه وأنشد

يترك ما رقح من عيشه
يعيث فيه همج هامج

والهمج من الناس الذين لا نظام لهم اه وقال الكمال والراء أى ترقيح خطأ كذا فى المغرب لكن الاصح جوازه ثم قال الكمال فالترقيح أعم من التوقيح اه (قوله وان باعه أحدهم رد الثمن الى المغنم) أى لانه عوض عين مشتركة بين الغانمين اه اتقانى (قوله فى المتن ومن أسلم منهم أحرز نفسه وطفله) انما احتاج الى هذا التأويل ليقع الاحتراز به عن مستأمن أسلم فى دار الاسلام ثم ظهرنا على دار الحرب كانت أمواله وأولاده كلها فيأ ذكره فى الفوائد الظهيرية وهنا أربع مسائل احداها أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يخرج حتى ظهرنا أحرز نفسه وأولاده الصغار وما فى يده والثانية دخل دارنا بامان وأسلم ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله وأولاده الصغار فىء والثالثة أسلم فى دار الحرب ثم دخل دارنا ثم ظهرنا على الدار فجميع ماله فىء الا أولاده الصغار والرابعة (١) (قوله ولنا أن العقار) يعنى أن اليد فى العقار انما تثبت حكما ودار الحرب ليست بدار الاحكام فلا معتبر بيده قبل

---

(١) قوله والرابعة سقط الكلام على المسئلة الرابعة من الاصل فارجع الى الاصول الصحيحة لعلك تجد الساقط اه مصححه

ظهور المسلمين وبعد ظهورهم على الدار يد الغانمين أقوى من يده اه رازى ﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ (قوله وهذا عند أبى حنيفة) أى وبه قال زفر اه كاكى (قوله وبه أخذ الشافعى) أى ومالك وأحمد والليث وأبو ثور وأكثر أهل العلم اه دراية (قوله للفارس ثلاثة أسهم) يعنى سهماله وسهمين لفرسه اه اتقانى (قوله ولان الاستحقاق بالغناء) قال فى مجمع البحرين والغناء بالفتح وقال فى المصباح والغناء مثل كلام الاكتفاء (٢٥٤) وقال الكاكى الغناء بالفتح والمد الاجزاء والكفاية وغناؤه أى غناء الفرس الكر أصوله

معصومة باسلامه فيتبعها ماله فيما وله انه مال مباح فيملك بالاستيلاء والنفس لم تصر معصومة بالاسلام بل هو محرم التعرض فى الاصل لكونه مكلفا ولهذا لم تصر متقومة بالاسلام واباحة التعرض كان لدفع شره وقد اندفع بالاسلام ولهذا لم يتعرض له بخلاف المال لانه خلق عرضة للامتهان فكان محلا للتملك على ما كان وأبو يوسف مع أبى حنيفة رحمه الله فى رواية ومع محمد فى أخرى ولو أن مسلما أو ذميا دخل فى دار الحرب بامان فأصاب مالا ثم ظهر المسلمون على الدار فحكمه حكم من أسلم فى دارهم فى جميع ما ذكرنا الا فى حق ما فى يد حربى فى رواية أبى سليمان لان العصمة كانت ثابتة لهذا المال تبعا للمالك فلا تزول وفى رواية أبى حفص يكون فيأ لما ذكرنا وقالوا رواية أبى سليمان أصح وهذا كله اذا ظهر المسلمون على دارهم وأما اذا أغاروا عليها ولم يظهروا فكذلك الحكم عند محمد وعند أبى حنيفة يصير جميع ماله فيأ الا نفسه وأولاده الصغار فمحمد سوى بين الاغارة والظهور لاستوائهما فى السببية للملك وأبو حنيفة رحمه الله فرق بينهما والفرق أنه بالظهور صارت الدار دار الاسلام فكانت يده على ما فى يده ثابتة حقيقة وحكما باعتبار منعة المسلمين ويد المسلم يد محترمة فلا يجوز ابطالها وأما بالاغارة فلم تصر دار اسلام فلم تصر يده على المنقول ثابتة حكما لان يد أهل الحرب ثابتة حافظة دافعة لاشتمالها على الدار باعتبار المنعة والشوكة ولهذا تصير الغنيمة ملكا للغانمين فى دار الحرب والعصمة انما تثبت باعتبار اليد حقيقة وحكما ولم يوجد فبقيت على أصل الاباحة وحكم من أسلم فى دار الحرب وخرج الينا على هذا التفصيل ذكره فى المحيط

﴿فصل فى كيفية القسمة﴾ يجب على الامام أن يقسم الغنيمة ويخرج خمسها لقوله تعالى فأن لله خمسه ويقسم الاربعة الاخماس على الغانمين للنصوص الواردة فيه وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (للراجل سهم وللفارس سهمان) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا للفارس ثلاثة أسهم وبه أخذ الشافعى لقول ابن عمر انه عليه الصلاة والسلام أسهم للفارس ثلاثة أسهم وللراجل سهما رواه الجماعة ولان الاستحقاق بالغناء وغناؤه على ثلاثة أمثال الراجل لانه للكر والفر والثبات والراجل للثبات لاغير ولابى حنيفة رحمه الله قول مجمع بن جارية قسمت خيبر الى ان قال انه عليه الصلاة والسلام أعطى الفارس سهمين والراجل سهما رواه أحمد وأبو داود ولان الكر والفر من جنس واحد اذ الفر ليس بمستحسن لنفسه وانما استحسن لاجل الكر فيكون غناؤه مثلى غناء الراجل فيفضل عليه بسهم ولان مقدار الزيادة لا يوقف عليه حقيقة فيدار الحكم على سبب ظاهر وهو الرأس والفرس مع أنا نمنع أن زيادة الغناء يستحق بها الزيادة بل بما ذكرنا ألا ترى ان الشاكى بالسلاح أكثر غناء من الاعزل ومع هذا لا يستحق الزيادة ولان الفرس تبع فلا يزيد سهمه على الاصل وما رواه محمول على التنفيل كما روى أنه عليه الصلاة والسلام أعطى سلمة بن الاكوع سهم الفارس والراجل رواه أحمد ومسلم بمعناه وهو كان راجلا أجيرا لطلحة والاجير لا يستحق سهما من الغنيمة وانما أعطاه رضخا لجده فى القتال وقال خير رجالنا سلمة بن الاكوع وخير فرساننا أبو قتادة قال رحمه الله (ولو له فرسان) أى ولو كان له فرسان لا يستحق الا سهمين معناه انه لا يسهم الا لفرس واحد اذا قاد فرسين أو أكثر وقال أبو يوسف يسهم لفرسين لانه عليه الصلاة والسلام أعطى الزبير خمسة أسهم ولانه يحتاج فى القتال الى فرسين وربما يعيا الواحد فيحتاج الى الآخر

والحملة والفر بمعنى الفرار والفرار فى موضع الفر محمود اه (قوله لانه للكر والفر) الكر الرجوع بعد الفرار والفر الفرار اه اتقانى (قوله والراجل للثبات) أى ثبات الدفع اه (قوله ابن جارية) أى الانصارى اه اتقانى (قوله والراجل سهما) وروى محمد بن الحسن فى المبسوط عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قسم للفارس سهمين وللراجل سهما يوم بدر قال المعتمر بن سليمان فى كتابه لم يكن فى أصحاب بدر فارس غير اثنين مصعب بن عمير والمقداد بن الاسود اه اتقانى (قوله فيكون غناؤه) بالفتح والمد الكفاية اه اتقانى (قوله فيدار الحكم على سبب ظاهر) وهذا لان الزيادة انما تظهر عند الصدمة وفى تلك الحالة كل واحد مشغول بنفسه اه اتقانى (قوله ولان الفرس تبع) أى للرجل اه (قوله أعطى سلمة بن الاكوع) أى فى غزوة ذى قرد اه اتقانى (قوله وانما أعطاه رضخا لجده) الجد فى الامر الاجتهاد اه مصباح (قوله وقال أبو يوسف يسهم لفرسين) لم يذكر القدورى فى مختصره خلاف أبى يوسف وقال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى وروى أصحاب الاملاء عن أبى يوسف أنه يسهم لفرسين ولا يسهم لاكثر منهما وقال فى شرح الطحاوى ولا يسهم الا لفرس واحد فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف قال يسهم لفرسين اه اتقانى ولهما (قوله أعطى الزبير خمسة أسهم) أى سهماله وسهمين لكل واحد من فرسيه اه كاكى وكتب على قوله الزبير ما نصه يعنى الزبير بن العوام يوم خيبر اه

ولهما أن النبي صلى الله عليه وسلم لم يسهم يوم خيبر لصاحب الافراس الا لفرس واحد ولانه يستحق السهم بالارهاب عند مجاوزة الدار باعتبار مايؤل اليه أمرهم من القتال معهم فارسا أو راجلا والقتال لا يتصور الا على فرس واحد فيسهم له لا غير ولهذا لا يسهم لثلاثة أو أكثر بالاتفاق والصحيح من حكاية الزبير أنه عليه الصلاة والسلام أعطاه أربعة أسهم سهماله وسهما لامه صفية وسهمين لفرسه رواه أحمد فلا يلزم حجة ولئن صح فهو محمول على التنفيل على نحو ماذكرنا من حكاية ابن الاكوع والذى يدل عليه أنه ليس فيه انه قاد فرسين قال رحمه الله (والبراذين كالعتاق) لان الارهاب هو السبب وذلك باسم الخيل قال الله تعالى ومن رباط الخيل ترهبون به عدوّ الله وهو يتناولهما والهجين والمقرف ولان العتاق ان كان أقوى فى الجرى فالبرذون أصبر وألين عطفا ففى كل واحد منهما منفعة مقصودة فاستويا وأهل الشام لا يسهمون للبراذين والحجة عليهم ماتلوناه وماذكرنا من المعنى قال رحمه الله (لا الراحلة والبغل) أى لا تكون الراحلة والبغل كالعتاق حتى لا يسهم لهما لان الارهاب لا يقع بهما اذ لا يقاتل عليهما قال رحمه الله (والعبرة للفارس والراجل عند المجاوزة) أى يعتبر كونه فارسا أو راجلا عند مجاوزة الدار حتى لو دخل دار الحرب فارسا فنفق فرسه وقاتل راجلا استحق سهم الفارس ولو دخل راجلا فاشترى فرسا استحق سهم الراجل وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يستحق سهم الفارس لوجود القتال منه فارسا حقيقة وهو أقوى من التقدير وعند الشافعى يعتبر كونه فارسا أو راجلا حال انقضاء الحرب لانه سبب الاستحقاق أما المجاوزة فوسيلة الى السبب فلا تعتبر كالخروج من البيت ولنا أن المجاوزة نفسها أقوى الجهاد لان الخوف بها يلحقهم ولهذا يحتاج عند الدخول الى شوكة وجيش عظيم والحال بعدها حال الدوام فلا معتبر بها ولهذا يكتب الامام أسماء الفرسان والرجالة عندها لا غير و يقول العدو كم دخلوا والجهاد يكون بالارهاب كما يكون بالقتل وبه يستحق الفارس الزيادة لا بالقتل فعلم بذلك أن الارهاب والارعاب أشدّ عليهم من القتل وهو المقصود بقوله تعالى ترهبون به عدوّ الله وعدوّ كم وبقوله ولا يطؤن موطئا يغيظ الكفار وبه تنكسر همتهم وينكسرون فكانت هذه الحالة أولى بالاعتبار لحصول المقصود عندها وهو الشرط ألا ترى أن أحدا لم يشترط بقاء الفرس الى تمام الاستحقاق حتى لو هلك الفرس بعد استقرار الهزيمة قبل احراز الغنيمة استحق سهم الفارس ولا معنى لما قاله الشافعى لان الوقوف على حقيقة القتال متعسر لانه حال التقاء الصفين والاحكام لا تتعلق بمثله ولو دخل فارسا وقاتل راجلا لضيق المكان استحق سهم الفارس وكذا لو كان فى السفينة لتهيئه للقتال فارسا وهو كالمباشرة ألا ترى أن الردء والمدد يستحقون به وكذا الجند فيما أصابت السرية ويشترط أن يكون الفرس صالحا للقتال بأن يكون صحيحا كبيرا حتى لو دخل مهرا أو مريض لا يستحق سهم الفرسان لانه لا يقصد به القتال وكذا لو باعه أو رهنه أو اجره أو وهبه بعد المجاوزة فى رواية الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله اعتبارا للمجاوزة وفى ظاهر الرواية يستحق سهم الرجالة لان الاقدام على هذه التصرفات يدل على أنه لم يكن من قصده بالمجاوزة القتال فارسا ولو باعه بعد انقضاء الحرب فله سهم الفرسان وكذا اذا باعه حال القتال عند البعض والاصح أنه لا يستحق سهم الفرسان لان بيعه يدل على أن غرضه التجارة الا أنه كان ينتظر عزته ولو دخل على فرس مغصوب أو مستعار أو مستأجر ثم استرده المالك فقاتل راجلا استحق سهم الفرسان فى رواية اعتبارا للمجاوزة وفى رواية يستحق سهم الرجالة لانه لم يصمم على القتال فارسا حيث دخل على هذا الفرس مع علمه أن لصاحبه أن يسترده أى وقت شاء

(قوله صفية) أى بنت عبد المطلب عمة رسول الله صلى الله عليه وسلم اه اتقانى (قوله ولئن صح فهو محمول على التنفيل) أى تحريضا على القتال اه اتقانى (قوله فى المتن والبراذين) بالذال المعجمة اه (قوله فى المتن كالعتاق) العتاق جمع عتيق وهو الجواد والبرذون العجمى الخالص والعراب خلاف البراذين والهجين الذى أبوه عربى وأمه عجمية والمقرف الذى (٢٥٥) أبوه عجمى وأمه عربية من خط الشارح

(قوله فالبرذون أصبر وألين عطفا) بفتح العين وكسرها ومعنى الفتح الامالة والكسر الجانب اه ك (قوله فى المتن لا الراحلة والبغل) وانما لم يسهم لبغل ولا لراحلة لعدم ورود النص لانه كان يكون فى غزوات النبى صلى الله عليه وسلم مع أصحابه الجمال والحمير والبغال ولا يسهم لشئ منها ولو أسهم لظهر نقله لانها كانت أكثر من الافراس اه اتقانى رحمه الله (قوله فنفق فرسه) أى هلك اه (قوله وعند الشافعى يعتبر كونه فارسا أو راجلا) قال الاتقانى وعند الشافعى يعتبر كونه فارسا أو راجلا عند شهود الوقعة وفى رواية عند تقضى الحرب وهو تمام القتال اه (قوله وبه يستحق الفارس الزيادة) أى ولهذا يشارك الردء المباشر فى الغنيمة لحصول الارهاب بالكل اه اتقانى (قوله استحق سهم الفارس) أى باتفاق بيننا وبين الشافعى اه اتقانى (قوله وكذا اذا باعه حالة القتال عند البعض) أى لان بيعه عند مخاطرة الروح دل على أنه انما باعه لرأى راه فى الحرب لا لتحصيل المال لان الروح تفوق المال وهذا هو الصحيح عندى وقال صاحب الهداية الاصح أنه يسقط وحمل أمره على أنه أراد التجارة وانتظر العزة وفيه نظر لان الانسان العاقل فى مثل تلك الحالة لا يختار المال على روحه اه اتقانى قوله انما باعه لرأى راه فى الحرب إما لانه وجده غير موافق له فى عدم أدبه أو غير ذلك ولان العادة ليس هو البيع وغيره من العقود اه (قوله الا أنه كان ينتظر عزته) أى عزة الفرس اه

وان مدة الاجارة تنقضي قال رحمه الله (وللمملوك والمرأة والصبي والذمي الرضخ لا السهم) لقول ابن عباس رضي الله تعالى عنهما ان النبي صلى الله عليه وسلم كان يغزو بالنساء فيداوين الجرحى ويحذين من الغنيمة وأما بسهم فلم يضرب لهن وقال أيضا لم يكن للمرأة والعبد سهم الا أن يحذيا من غنائم القوم رواهما أحمد ومسلم وقال أيضا كان النبي صلى الله عليه وسلم يعطي المرأة والمملوك من الغنائم دون نصيب الجيش ولان الجهاد عبادة والذمي ليس من أهلها والمرأة والصبي عاجزان عنه ولهذا لم يلحقهما فرضه والعبد لا يمكنه مولاه ولمنعه فلم يستحقوا السهم الكامل لكن يرضخ لهم على قدر ما يراه الامام تحريضا لهم على القتال وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أسهم لقوم من اليهود قاتلوا معه وللصبيان فيما رواهما الترمذي وللنساء فيما رواه أحمد وأبو داود محمول على الرضخ والمكاتب عبد لقيام الرق فيه ويتوهم عجزه فيمنعه المولى وانما يرضخ لهم اذا باشروا القتال أو كانت المرأة تداوي الجرحى وتقوم بمصالح المرضى لعجزها عن حقيقة القتال فيكون جهادها عملا يليق بحالها أو دل الذمي على الطريق لان في الدلالة منفعة للمسلمين ولا يبلغ بالرضخ السهم لانهم لا يساوون الجيش في عمل الجهاد الا في دلالة الذمي فانه يزاد على السهم اذا كانت في دلالته منفعة عظيمة لان الدلالة ليست من عمل الجهاد فلا يلزم منه التسوية في الجهاد اذ ما يأخذه في الدلالة بمنزلة الاجرة فيعطى بالغا ما بلغ والاجير لا يسهم له لانه دخل لخدمة المستأجر لا للقتال وان ترك الخدمة وقاتل يسهم له فصار كأهل سوق العسكر وان لم يقاتل فلا شيء له ولا يجمع له أجر ونصيب في الغنيمة قال رحمه الله (والخمس لليتامى والمساكين وابن السبيل وقدم ذوو القربى الفقراء منهم عليهم ولا حق لاغنيائهم) أي يقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث وقال الشافعي رحمه الله لذوي القربى خمس الخمس يستوي فيه فقيرهم وغنيهم ويقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ويكون ذلك لبني هاشم وبني المطلب ولا يكون لغيرهم فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثا عندنا وعنده اخماسا سهم لذوي القربى وسهم للنبي صلى الله عليه وسلم يخلفه فيه الامام ويصرفه الى مصالح المسلمين والباقي للثلاثة لقوله تعالى فان لله خمسه وللرسول ولذي القربى وقال صلى الله عليه وسلم يابني هاشم ان الله كره لكم غسالة أيدي الناس فحرم عليكم الصدقة وعوضكم منها بخمس الخمس من الغنيمة ولم يفرق في الكتاب ولا في السنة بين الفقير والغني وأعطى عليه الصلاة والسلام العباس وقد كان غنيا ولنا أن الخلفاء الراشدين قسموه على ثلاثة على نحو ما قلنا بحضرة من الصحابة فكان اجماعا وبه تبين أن قسمته عليه الصلاة والسلام لم تكن بطريق الحتم وفيما روى

(قوله ويحذين) قال (١) ومنه الحديث كان يحذي النساء والصبيان من المغنم وحذيته لغة اه من خط الشارح اه وكتب ما نصه الحذيا العطية وأحذيته أعطيته (قوله الا أن يحذيا) أي يعطيا اه (قوله وانما يرضخ لهم) أي للمذكورين في المتن اه (قوله اذا باشروا القتال) قال الاتقاني لكن يرضخ لهم ولا يسهم لهم لانحطاط الرتبة التبع عن المتبوع وهذا لان العبد تبع للحر والصبي تبع للبالغ والذمي تبع للمسلم ولذا لا يمكن الذمي من (٢) اه (قوله فانه يزاد على السهم) أما اذا قاتل الذمي لا يبلغ برضخه سهم المسلم اه (قوله في المتن والخمس لليتامى) أي الفقراء أما اليتيم الغني فلا حق له فيه عندنا خلافا لبعض أصحاب الشافعي ذكره في الدراية اه (قوله وقدم ذوو القربى) القربى القرابة اه اتقاني (قوله تقدم الفقراء من ذوي القربى على الطوائف الثلاث) قال العلامة بدر الدين الكردري معنى هذا الكلام أن أيتام ذوي القربى ومساكين ذوي القربى يدخلون في سهم اليتامى والمساكين وأبناء السبيل يدخلون في سهم ابن السبيل لما أن سبب الاستحقاق في هذه الاصناف الثلاثة الاحتياج غير أن سببه مختلف في نفسه من اليتم والمسكنة وكونه ابن السبيل وفي التحفة هذه الثلاثة مصارف الخمس عندنا لا على سبيل الاستحقاق حتى لو صرف الى صنف واحد منهم جاز كما في الصدقات اه كاكي (قوله فحاصله أن الخمس يقسم أثلاثا) أي سهم لليتامى وسهم للمساكين وسهم لابن السبيل يدخل فقراء ذوي القربى فيهم ويقدمون اه هداية (قوله وسهم للنبي عليه الصلاة والسلام يخلفه فيه الامام) وفي الكشاف وعن الحسن في سهم رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه لذوي الامر من بعده اه اتقاني رحمه الله (قوله ويصرفه الى مصالح المسلمين) أي نحو سد الثغور وعمارة القناطر وأرزاق القضاة اه اتقاني قال في الكافي وقال أبو العالية يقسم على ستة أسهم سهم لله يصرف الى عمارة الكعبة ان كانت القسمة بقربها والى عمارة الجامع في كل بلدة هي بالقرب من موضع القسمة لان هذه بقاع مضافة الى الله تعالى اه (قوله والباقي للثلاثة) أي لانه عليه الصلاة والسلام قسمها على خمسة أسهم ولا نسخ بعده ولان الرسول عليه الصلاة والسلام كان يستحقه بحق الامامة فاستحقه من يخلفه في الامامة وذوو القربى بالقرابة لان الحكم اذا علق باسم مشتق كان مأخذ الاشتقاق علة لثبوته فيستوي غنيهم وفقيرهم كالارث اه كافي (قوله ولنا) أي ما روى عن ابن عباس أن الخمس كان يقسم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على خمسة أسهم ثم قسمه أبو بكر وعمر وعثمان وعلي على ثلاثة أسهم اه كافي (قوله لم تكن بطريق الحتم) أي بل بطريق الجواز اذ لا يظن بهم خلافه عليه الصلاة والسلام اه كافي (قوله وفيما روى) أي الشافعي اه

(٢) قوله ولذا لا يمكن الذمي من هكذا في الاصل الكلام منقطع وحرر اه مصححه

(قوله اشارة الى أن الاغنياء منهم لا يستحقون) فان قال قائل قوله تعالى وللرسول ولذى القربى عمومه يقتضى وجوب السهم الفقراء والاغنياء منهم قيل له هذا عندنا ليس بعموم بل هو مجمل موقوف الحكم على البيان من قبل أن قوله تعالى ولذى القربى لا يختص بقرابة النبى صلى الله عليه وسلم دون قرابة غيره اذ كان الاسم يتناول الجميع ألا ترى الى قوله تعالى واذ أخذنا ميثاق بنى اسرائيل لا تعبدون الا الله وبالوالدين احسانا وذى القربى لم يختص بقرابة نبى الله صلى الله عليه وسلم دون غيره من الناس وقد كان يجوز أن المراد به قرابة الخليفة أو قرابة الغانمين أو أمير الجيش وروى قتادة عن الحسن ان المراد به قرابة الخلفاء فلما لم يكن فى الآية دلالة على تخصيص قرابة النبى صلى الله عليه وسلم دون غيرهم جعل اللفظ مجملا مفتقرا الى البيان وسقط الاحتجاج بعمومه اه اتقانى (قوله لان العوض) أى وهو خمس الخمس اه (قوله من يثبت فى حقه المعوض) أى وهو الصدقة لولا القرابة واستحقاقهم الصدقة لولا القرابة باعتبار الفقر فكذا السهم اه دراية (قوله يحققه أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب) أى لما قسم غنائم خيبر اه كاكى (قوله والمراد بالنصرة الخ) لم يرد بالنصرة نصرة القتال فان ذلك كان موجودا فى عثمان وجبير وانما أراد نصرة الاجتماع به والمؤانسة فى حال ماهجره

اشارة الى أن الاغنياء منهم لا يستحقون لان العوض انما يثبت فى حق من يثبت فى حقه المعوض وهم الفقراء والنبى عليه الصلاة والسلام كان يعطيهم للنصرة لا للقرابة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام علل فقال انهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والاسلام وشبك بين أصابعه وتبين بهذا أن المراد من ذوى القربى قرب النصرة لا قرب القرابة ولهذا لم تحرم الزكاة على بعض الهاشمى لعدم النصرة كاولاد أبى لهب وقد بيناه فى الزكاة يحققه أنه عليه الصلاة والسلام أعطى بنى المطلب ولم يعط بنى عبد شمس ولا بنى نوفل فجاء عثمان وهو من بنى عبد شمس وجبير بن مطعم وهو من بنى نوفل فقالا انا لا ننكر فضل بنى هاشم لمكانك الذى وضعك الله تعالى فيهم ولكن نحن وبنو المطلب فى القرابة اليك سواء فما بالك أعطيتهم وحرمتنا فقال انهم لم يزالوا معى هكذا فى الجاهلية والاسلام يشير الى نصرتهم له لانهم قاموا معه حين أرادت قريش قتله عليه الصلاة والسلام ودخل بنو نوفل وعبد شمس فى عهد قريش ولو كان لاجل القرابة لما خصهم لان عبد شمس ونوفلا أخوا هاشم لابيه وأمه والمطلب كان أخاه لابيه فكانا أقرب اليه منه والمراد بالنصرة كونهم معه يؤانسونه بالكلام والمصاحبة لا بالمقاتلة ولهذا كان لنسائهم فيه نصيب ثم سقط ذلك بموته عليه الصلاة والسلام لعدم تلك العلة وهى النصرة فيستحقونه بالفقر عند الكرخى لانه فى معنى الصدقة حتى كانوا يأخذونه فى زمنه عليه الصلاة والسلام وفى قوله تعالى كيلا يكون دولة بين الاغنياء اشارة اليه وقال الطحاوى يسقط نصيب الفقراء أيضا والاول أظهر قال رحمه الله (وذكره تعالى للتبرك) يعنى ماذكره الله فى الخمس بقوله تعالى فان لله خمسه لافتتاح الكلام تبركا باسمه تعالى لان الكل له وهو غير محتاج الى شئ قال رحمه الله (وسهم النبى صلى الله عليه وسلم سقط بموته كالصفى) لانه عليه الصلاة والسلام كان يستحقه بالرسالة ولا رسول بعده ألا ترى أنه كيف أضاف اليه باسم الرسول بقوله وللرسول وكذا الصفى وهو شئ كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يصطفيه لنفسه ويستعين به على أمور المسلمين وكانت صفية من الصفى رواه أبو داود قال رحمه الله تعالى (وان دخل جمع ذو منعة دارهم بلا اذن خمس

الناس على ماروى ان الله تعالى لما بعث رسوله صلى الله عليه وسلم من بنى هاشم حسدتهم قريش فتعاهدوا فيما بينهم أن لا يجالسوا بنى هاشم ولا يكلموهم حتى يدفعوا اليهم محمدا ليقتلوه وتعاقد بنو هاشم على القيام بنصرته صلى الله عليه وسلم فدخل بنو نوفل وبنو عبد شمس فى عهد قريش ودخل بنو المطلب فى عهد بنى هاشم حتى دخلوا معهم الشعب فكانوا فيه ثلاث سنين مع رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى أكلوا العلهز من الجهد اه مستصفى (قوله والاول أظهر) قال فى الكافى وهو الاصح اه (قوله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم

يصطفيه لنفسه) أى مثل درع أو سيف أو جارية اه هداية وكتب مانصه أى يختاره قبل الخمس اه قال محمد فى السير الكبير باسناده عن الزهرى عن سعيد بن المسيب قال كان سيف النبى صلى الله عليه وسلم ذو الفقار الذى تنفله يوم بدر كان سيف العاص بن منبه بن الحجاج فهذا دليل على أنه لم يحمل من الجنة وذكر هشام بن محمد بن السائب الكلبى عن أبيه فى كتاب السيوف كان سيف رسول الله صلى الله عليه وسلم ذو الفقار وكان للعاص بن منبه بن الحجاج السهمى فقتله على بن أبى طالب يوم بدر وجاء بسيفه الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فصار بعد لعلى أعطاه اياه النبى وله يقول القائل لاسيف الا ذو الفقا * ر ولا فتى الا على الى هنا لفظ الكلبى وما ذكره الزمخشرى فى فائقه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم تنفله فى غزوة بدر بنى المصطلق ليس بصحيح لرواية من هو أقدم وأعلم اه اتقانى (قوله وكانت صفية من الصفى) أى من غنائم خيبر اه كافى (قوله فى المتن وان دخل جمع ذو منعة الخ) قال فى الهداية واذا دخل الواحد أو الاثنان دار الحرب مغيرين بغير اذن الامام فأخذوا شيأ لم يخمس اه وفى المنية والثلاثة فى حكم الاثنين وفى الاربعة يخمس ويوضع فى بيت المال وفى المحيط عن أبى يوسف أنه قدر الجماعة التى لا منعة لها بتسعة نفر والتى لها منعة بعشرة اه دراية قال فى السير الصغير الرجل والرجلان يخرجان من دار الاسلام فيغيران فى أرض الحرب فيصيبان الغنائم لا يخمس ما أصابوا ولو بعث

ما أخذوا والا) يعني وان لم يكونوا ذوي منعة لا يخمس لان الخمس وظيفة الغنيمة وهي المأخوذة قهرا وغلبة وذلك يحصل بالمنعة وان لم يكن لهم منعة يكون أخذهم اختلاسا وسرقة لا قهرا وغلبة فلا يخمس وان دخلوا باذن الامام فالمشهور أنه يخمس لانه لما أذن لهم التزم نصرتهم بالامداد فصار كالمنعة بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا يخمس لانه لا يجب عليه نصرتهم اذ ليس فيه وهن للمسلمين بخلاف ما اذا كان لهم منعة حيث يخمس لانه يجب عليه نصرهم كيلا يلزم وهن المسلمين قال رحمه الله (وللامام أن ينفل) بقوله من قتل قتيلا فله سلبه وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس لانه تحريض على القتال وهو مندوب اليه قال الله تعالى يا أيها النبي حرض المؤمنين على القتال وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه رواه أحمد والبخاري ومسلم ونفل رسول الله صلى الله عليه وسلم الربع بعد الخمس في رجعته رواه أحمد وأبو داود وكان عليه الصلاة والسلام ينفل في البداية الربع وفي الرجعة الثلث رواه أحمد وابن ماجه والترمذي فكان الزيادة في الرجعة لاجل أنهم يكونون وقوله بعد الخمس ليس على سبيل الشرط ظاهرا لانه لو نفل بربع الكل جاز وانما وقع ذلك اتفاقا ألا ترى انه لو نفل السرية بالكل جاز فهذا أولى ثم قد يكون التنفيل بغير ما ذكرهنا كالدراهم والدنانير أو يقول من أخذ شيأ فهو له ويدخل الامام نفسه في قوله من قتل قتيلا فله سلبه استحسانا لانه ليس من باب القضاء وانما هو من باب استحقاق الغنيمة ولهذا يدخل فيه كل من يستحق الغنيمة سهما أو رضخا فلا يتهم به بخلاف ما اذا قال من قتلته أنا فلي سلبه حيث لا يستحق لانه خص نفسه به فصار متهما وبخلاف ما اذا قال من قتل منكم قتيلا فله سلبه حيث لا يدخل لانه ميز نفسه منهم ثم انما يستحق السلب بقتله اذا كان المقتول مباحا قتله حتى لا يستحق السلب بقتل النساء والصبيان والمجانين لان التنفيل تحريض على القتال وانما يتحقق ذلك في المقاتل حتى لو قاتل الصبي فقتله استحق سلبه لانه مباح الدم ويستحق بقتل المريض والاجير منهم والتاجر في عسكرهم والذمي الذي نقض العهد وخرج اليهم لان بنيتهم صالحة للقتال أوهم مقاتلون برأيهم ولا ينبغي له أن ينفل بكل المأخوذ ذكره في السير الكبير اذا قال الامام للعسكر ما أصبتم فهو لكم بعد الخمس أو لم يقل بعد الخمس لا يجوز لان المقصود من التنفيل التحريض على القتال وانما يحصل ذلك بتخصيص البعض بشئ وفيه ابطال تفضيل الفارس على الراجل أو ابطال الخمس فلا يجوز قال رحمه الله (وينفل بعد الاحراز من الخمس فقط) يعني لا يجوز أن ينفل بعد احراز الغنيمة بدار الاسلام الا من الخمس لان حق الغانمين قد تأكد فيه بالاحراز في الدار ولهذا يورث منه لو مات فلا يجوز ابطال حقهم وليس لهم في الخمس حق فجاز للامام أن ينفل منه فان قيل حق الفقراء أيضا قد تأكد في الخمس فوجب أن لا يجوز ابطاله كما لا يجوز ابطال حق الغانمين قلنا انما جاز ذلك باعتبار أن المدفوع اليه مصرف بأن كان فقيرا وهذا لان المستحق للخمس فقير غير معين فاذا جاز صرفه الى فقير غير مقاتل فصرفه الى فقير مقاتل أولى لان فيه مصلحة للمسلمين وصرف المال الى المستحق وأما اذا كان المدفوع اليه غنيا فلا يجوز لما في هذا التنفيل من ابطال حق الاصناف الثلاثة قال رحمه الله (والسلب للكل ان لم ينفل)

الامام رجلا واحدا طليعة من العسكر فأصاب غنيمة تخمس ولو أن رجلا أو رجلين أو ثلاثة أو من لا منعة له من المسلمين أو من أهل الذمة دخلوا دار الحرب بغير اذن الامام فأصابوا غنائم فأخرجوها الى دار الاسلام كان ذلك كله لهم ولا خمس فيه فان كان الامام اذن له خمس ما أصابوا وكان ما بقي بينهم على سهام الغنيمة الى هذا لفظه وذلك لان الاذن اذا لم يوجد صار أخذهم كأخذ اللص ولا خمس فيه لان الخمس انما يكون في المأخوذ قهرا وغلبة ولم يوجد ثم ما يأخذه كل واحد لا يشركه فيه أصحابه لانه آخذ مالا على أصل الاباحة كالصيد والحطب وان اجتمعوا على أخذ شئ واحد فهو بينهم كسائر المباحات اه اتقاني (قوله وان دخلوا) أي من لا منعة لهم اه (قوله بخلاف ما اذا دخلوا بغير اذنه حيث لا يخمس) ولا يقال قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه مطلق فينبغي أن يخمس وجد الاذن أو لم يوجد لانا نقول الغنيمة عند العرب هو المأخوذ قهرا وغلبة وما أخذه اللص سرقة وما أخذه الواحد والاثنان جهرا خلسة فلا يدخل تحت الغنيمة اه اتقاني (قوله في المتن وللامام أن ينفل الخ) لما كان التنفيل أمرا يتعلق بالغنيمة ذكره بعد ذكر الغنائم يقال نفل السلطان فلانا اذا أعطاه سلب قتيل قتله ونفل نفلا ونفله تنفيلا لغتان فصيحتان كذا قال ابن دريد والنفل بفتحتين الغنيمة وجمعها أنفال اه اتقاني وقوله وللامام أن ينفل أي في حال القتال قال الاتقاني وانما قيد بقوله في حال القتال لان التنفيل عندنا انما يصح اذا كان قبل الاصابة وعند الاوزاعي يصح بعد الاصابة في حق السلب للقاتل كذا ذكره في الاسرار اه (قوله وبقوله للسرية جعلت لكم الربع بعد الخمس) أي بعد رفع الخمس اه (قوله وحرض عليه السلام بالتنفيل على القتال فقال من قتل قتيلا له الخ) وقوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا تسمية للشئ باسم ما يؤول اليه كقوله تعالى أعصر خمرا وقوله تعالى انك ميت وانهم ميتون اه اتقاني (قوله فهذا أولى) أي لان التصرف اليه وقد تكون المصلحة فيه لشجاعة أولئك وكفايتهم اه (قوله ولا ينبغي له أن ينفل بكل المأخوذ) أي لان فيه ابطال حق الباقين من الغزاة ومع هذا لو نفل جاز لما رأى فيه من المصلحة اه اتقاني

أى السلب لجميع الجند من جملة الغنيمة اذا لم ينفل به القاتل وقال الشافعي هو للقاتل اذا كان من أهل أن يسهم له وقد قتله مقبلا لما روينا والظاهر أنه نصب شرع لانه بعث له ولان القاتل مقبلا أكثر عناء فيختص بسلبه اظهارا للتفاوت بينه وبين غيره ولنا قوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فان لله خمسه وهو غنيمة ولهذا لا يستحقه من لا يستحق الغنيمة بغير مباشرة وانما قلنا انه غنيمة لانه مأخوذ بقوة الجيش اذ لولا الجيش لما حصل السلب ولا تعتبر المباشرة ألا ترى أن الردء يستحق الغنيمة بغير مباشرة قتال فيقسم قسمة الغنائم وما رواه يحتمل التنفيل فيحمل عليه توفيقا بينه وبين ما تلونا والذى يدل عليه ما روى عن ابن مسعود رضى الله عنه أنه قال انتهيت الى أبى جهل يوم بدر وهو صريع يذب الناس عنه بسيف له فجعلت أتناوله بسيف لى غير طائل فأصبت يده فندر سيفه فأخذته فضربته حتى قتلته ثم أتيت النبى صلى الله عليه وسلم فأخبرته فنفلنى بسلبه رواه أحمد ولو كان السلب للقاتل لما صح التنفيل به ويدل عليه أن عادتهم كانت جارية بأن السلب كان من جملة الغنيمة وانما قال عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه يوم حنين لما أصابهم ما أصابهم وأراد بذلك عليه الصلاة والسلام تحريضهم على القتال حتى روى ان أبا قتادة لما سمع المقالة طلب سلب قتيله وأخذه بعد ما كان تركه وأخذ أبو طلحة يومئذ سلب عشرين رجلا والذى يدلك على ما قلنا أن خالد بن الوليد منع رجلا سلب قتيله وكان عليهم أميرا فأخبر النبى صلى الله عليه وسلم بذلك فقال له أعطه ثم قال لا تعطه ولو كان نصب شرع لما وقع ذلك والحديث صحيح رواه مسلم وأحمد ولا يقال لعل هذا متقدم لان عوف بن مالك ذكر أنه قال لخالد وهو الراوى لهذا الحديث أما علمت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلب للقاتل قال بلى لكن استكثرته ولو كان نصب شرع لاستحقه وان كثر ولم ينهه عليه الصلاة والسلام عنه وانما منعه خالد لانه لم ينفلهم به فى تلك الغزوة وزيادة القتال لا تعتبر فى جنس واحد على ما بينا من قبل وليس فى الحديث ما يدل على انه قتله مقبلا فاشتراطه يكون زيادة وهو نسخ على ما عرف فى موضعه ثم اذا مات المقتول على فوره فلا اشكال فيه أن سلبه يكون للقاتل وان تأخر موته فان لم تقسم الغنيمة قبل أن يموت فكذلك وان مات بعد القسمة فلا يستحق من سلبه شيئا لانه بالاحراز تأكد ملك الغانمين فيه وان اختلف القاتل والغانمون فى موته فقال مات قبلها وقالوا هو مات بعدها فالقول قولهم لانهم ينكرون ولو أثخنه واحد وقتله آخر فالسلب لمن أثخنه ولو مات فسلبه المشركون ثم وقع سلبه فى الغنيمة لا يأخذه القاتل ولو جروه نفسه ولم يسلبوا منه ثم ظهر عليه المسلمون فسلبوه فهو للقاتل والفرق انهم يملكون السلب بالاخذ فانقطع ملك القاتل واذا لم يسلبوا منه لم يملكوا منه شيأ قال رحمه الله (وهو مركبه وثيابه وسلاحه وما معه) يعنى السلب هو هذه الاشياء للعرف وكذا ما على مركبه من السرج والآلة وكذا ما معه على الدابة من ماله فى حقيبته أو فى وسطه وما عدا ذلك فليس بسلب هكذا ذكر فى الهداية وفى المحيط ولو قال الامير من قتل قتيلا فله فرسه فقتل رجل راجلا ومع غلامه فرس قائم بجنبه بين الصفين يكون فرسه للقاتل لان مقصود الامام قتل من كان متمكنا من القتال فارسا وهذا متمكن منه بخلاف ما اذا لم يكن بجنبه لانه لا يتمكن الا بالاعراض عن القتال ثم حكم التنفيل قطع حق الباقين عنه فأما الملك فلا يثبت له حتى يحرز بدار الاسلام لما بينا من قبل حتى لو قال الامام من أصاب جارية فهى له فأصابها رجل واستبرأها لا يحل له وطؤها ولا بيعها وكذا لو أتلف السلب غيره من الغزاة بعد ما أخذه لا يجب عليه ضمانه وفيه خلاف محمد بناء على ان الملك يثبت بنفس التنفيل عنده لانه اختص به كالمسلم اذا اشترى جارية فى دار الحرب يحل له وطؤها بعد الاستبراء فكذا هذا بخلاف المتلصص اذا أخذ جارية فى دار الحرب واستبرأها حيث لا يجوز له وطؤها لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها حتى لو لحقه جيش المسلمين فى دار الحرب شاركوه فيها وعندهما لا يثبت الملك الا بالقهر ولا يتم القهر الا بالاحراز بالدار كما فى الغنيمة فى حق الجيش لانه قبل الاحراز قاهر يدا مقهور دارا فيكون

(قوله وقد قتله مقبلا) حال من المفعول اه (قوله وما رواه يحتمل التنفيل) أى بل هو الظاهر لان مثل ذلك انما يكون لنصب الشرع اذا قاله بالمدينة فى مسجده ولم ينقل أنه قال ذلك الا يوم بدر وحنين حين انهزموا للحاجة الى التحريض اه (قوله فى المتن وما معه) أى لا عبده وما معه ودابته وما عليها وما فى بيته اه كافى (قوله حقيبته) الحقيبة العجيزة ثم سمى ما يحمل من القماش على الفرس خلف الراكب حقيبة مجازا لانه محمول على العجز كذا فى المصباح اه (قوله لا يحل له وطؤها ولا بيعها) وقال محمد يحل له وطؤها وهو قول الائمة الثلاثة اه فتح (قوله لانه لم يملكها لعدم الاختصاص بها) قال فخر الاسلام فى شرح الزيادات أجمعوا فيمن دخل متلصصا دار الحرب فأخذ جارية واستبرأها بحيضة لا يحل له وطؤها حتى يخرجها ثم يستبرئها اه اتقانى

السبب ثابتا من وجه دون وجه ولا أثر للتنفيل فى اتمام القهر وانما أثره فى افادة التخصيص وقطع الشركة فأما السبب للملك بعد التنفيل فهو الذى كان سببا قبله فأشبه المتلصص من هذا الوجه بخلاف الجارية المشتراة فى دار الحرب لان السبب فيها العقد والقبض والله أعلم

﴿باب استيلاء الكفار﴾

قال رحمه الله (سبى الترك الروم وأخذوا أموالهم ملكوها) لان الاستيلاء فى المباح سبب الملك وقد تحقق لان الكلام فى كافر استولى على كافر آخر أو على ماله فى دار الحرب لان الكافر يملك بمباشرة سبب الملك كالاحتطاب والاصطياد والشراء ونحو ذلك فكان بهذا السبب كالمسلم بل أولى لان الدنيا لهم والكفار بعضهم يستحل دماء بعض وأموالهم عند اختلاف الملل والملك فوجب أن يملكوهم بالاستيلاء كما يملك المسلم به قال رحمه الله (وملكنا ما نجده من ذلك ان غلبناعليهم) أى من الذى سبوه من الروم أو أخذوه من أموالهم لانه لما ملكوهم وأموالهم التحق بسائر أموالهم فكما تملك عليهم سائر أموالهم تملك عليهم هذا المال قال رحمه الله (وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وقال الشافعى رحمه الله لا يملكونها لان استيلاء الكفار محظور ابتداء وحين أخذوا وحين أحرزوا بدارهم لوروده على مال معصوم والمحظور لا يصلح سببا للملك لانه حكم مشروع فيستدعى سببا مشروعا والمحظور ليس بمشروع ولان الملك نعمة والنعمة لا تناط بالمحظور فصار كاستيلاء المسلم على مال المسلم وكاستيلائهم على رقابنا ولا يقال انهم ليسوا بمخاطبين فكيف تثبت الحرمة فى حقهم لانهم مخاطبون بالحرمات كالزنا والربا فتثبت الحرمة فى حقهم كالمسلم ولنا أن الحرمات فى الاموال تثبت على منافاة الدليل والاصل فيها الحل ولا يكون معصوما لقوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا الا أن العصمة فيه لمن اختص به بسبب من الاسباب كالشراء وغيره ضرورة تمكنه من الانتفاع به قطعا للمنازعة فاذا زال تمكنه بسبب احرازهم

لما ذكر قبل هذا استيلاء المسلمين على أموال الكفار ذكر هنا حال استيلاء الكفار على أموال كفار أخر فى دار حرب أخرى أو على أموال المسلمين وما يترتب عليه من المسائل قاله الاتقانى اهـ قوله أو على أموال المسلمين قال الكمال وتقدم الاول على الثانى ظاهر اهـ (قوله فى المتن سبى الترك الروم) الترك جمع تركى والروم جمع رومى والمراد كفار الترك وكفار الروم اهـ اتقانى وكتب على قوله الروم ما نصه قال الجوهرى رحمه الله هم من ولد الروم بن عيصو يقال رومى وروم مثل زنجى وزنج فليس بين الواحد والجمع الا الياء المشددة كما قالوا تمرة وتمر فلم يكن بين الواحد والجمع الا الهاء اهـ وقال فى المصباح والترك جيل من الناس والجمع أتراك الواحد تركى مثل روم ورومى اهـ قوله زنجى بكسر الزاى والفتح لغة اهـ مصباح (قوله فى المتن وملكنا ما نجده من ذلك) أى وان كان بيننا وبين الروم موادعة لانا لم نغدرهم انما أخذنا مالا خرج عن ملكهم ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة فاقتتلوا فغلبت احداهما فان لنا أن نشترى المغنوم من مال الطائفة الاخرى من الغانمين لما ذكرنا وفى الخلاصة والاحراز بدار الحرب شرط أما بدارهم فلا ولو كان بيننا وبين كل من الطائفتين موادعة واقتتلوا فى دارنا لا نشترى من الغانمين شيأ لانهم لم يملكوه لعدم الاحراز فيكون شراؤنا غدرا بالآخرين فانه على ملكهم وأما لو اقتتلت طائفتان فى بلدة واحدة فهل يجوز شراء المسلم المستأمن من الغانمين نفسا أو مالا ينبغى أن يقال ان كان بين المأخوذ وبين الاخذ قرابة محرمة كالامية أو كان المأخوذ لا يجوز بيعه للآخذ لم يجز الا ان دانوا ذلك عند الكرخى وان لم يكن فان دانوا بان من قهر آخر ملكه جاز الشراء والا لا اهـ (قوله فى المتن ان غلبنا عليهم) أى على الترك اهـ (قوله فى المتن وان غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها) وبه قال مالك وأحمد الا أن عند مالك يملكونها بمجرد الاستيلاء بدون الاحراز ولاحمد روايتان فى رواية مع مالك وفى رواية معنا اهـ كاكى (قوله وقال الشافعى لا يملكونها) أى وان أحرزوها بدارهم اهـ اتقانى (قوله لوروده على مال معصوم) أى اذ سبب عصمته اسلام صاحبه بقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا منى دماءهم وأموالهم وهو باق فيبقى الحظر اهـ كاكى (قوله والمحظور لا يصلح سببا للملك) أراد به المحظور من وجه دون وجه كما فى البيع الفاسد أما المحظور من كل وجه لا يفيد الملك بالاتفاق كالبيع بالميتة أو الدم أو الخمر اهـ وكتب على قوله لا يصلح الخ ما نصه أى على ما عرف من قاعدته اهـ فتح (قوله وكاستيلائهم على رقابنا) قال الكمال ولان النص دل عليه وهو ما روى الطحاوى مسندا الى عمران بن الحصين قال كانت العضباء من سوابق الحاج فأغار المشركون على سرح المدينة وفيه العضباء وأسروا امرأة من المسلمين وكانوا اذا نزلوا يريحون إبلهم فى أفنيتهم فلما كانت ذات ليلة قامت المرأة وقد نوموا فجعلت لا تضع يدها على بعير الا رغا حتى أتت على العضباء فأتت على ناقة ذلول فركبتها ثم وجهت قبل المدينة ونذرت لئن الله عز وجل نجاها عليها لتنحرنها فلما قدمت عرفت الناقة فأتوا بها الى النبى صلى الله عليه وسلم وأخبرته المرأة بنذرها فقال بئسما جزيتها أو وفيتها لا وفاء لنذر فى معصية الله ولا فيما لا يملك ابن ادم وفى لفظ فأخذ ناقته ولو كان الكفار يملكون بالاحراز لملكتها المرأة اهـ

بدارهم عاد الى الاصل ولم يبق معصوما فصار كالصيد وغيره من مباح الاصل فيملكونه والدليل عليه أن الله تعالى سمى المهاجرين فقراء بقوله للفقراء المهاجرين مع وجود ديارهم وأموالهم في دار الحرب ولو كان ملكهم باقيا لصاروا أغنياء به وقال عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من دار ولو كان ملكهم باقيا لما استقام ذلك فعلم بذلك أن استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم بخلاف استيلاء المسلم على مال المسلم لان تمكنه من الانتفاع به قائم فتبقى عصمته وبخلاف رقابنا لانها لم تخلق محلا للتملك لان الآدمي خلق ليملك لا ليملك وانما ثبت فيه محلية الملك بالكفر العارض وبخلاف ما اذا لم يحرزوها بدارهم لان ملكهم بالاستيلاء ويتحقق ذلك بالاحراز بدارهم لان الظاهر أن المسلمين يستنقذونه منهم ما لم يحرزوها بدارهم والمحظور لغيره لا يمنع المشروعية كالبيع عند أذان الجمعة والطواف مع الشتم والصلاة في الارض المغصوبة والاشتغال بالقراءة أو النافلة عند ضيق الوقت فان هذه الاشياء محظورة لغيرها وهي مشروعة بنفسها حتى يستحق بها الثواب الجزيل الآجل فما ظنك بالقليل العاجل وهو الملك في الدنيا قال رحمه الله (وان غلبنا عليهم فمن وجد ملكه قبل القسمة أخذه مجانا وبعدها بالقيمة) أي ان غلب المسلمون على أهل الحرب فمن وجد منهم ماله الذي أخذه العدو قبل أن تقسم الغنيمة بين المسلمين أخذه بغير شيء وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال ان المشركين أحرزوا ناقة رجل من المسلمين بدارهم ثم وقعت في الغنيمة فخاصم فيها المالك القديم فقال عليه الصلاة والسلام ان وجدتها قبل القسمة فهي لك بغير شيء وان وجدتها بعد القسمة فهي لك بالقيمة ان شئت فعلى هذا يحمل كل ما روي عنه عليه الصلاة والسلام أنه رده الى مالكه أو يحمل على أنه استخلص منهم قبل أن يحرزوه بدارهم ثم رده الى أصحابه ولان المالك القديم زال ملكه بغير رضاه فكان له حق الاسترداد نظرا له غير أن في الاخذ بعد القسمة ضررا بالمأخوذ منه بازالة ملكه الخاص فيأخذ بالقيمة ان شاء ليعتدل النظر من الجانبين والشركة قبل القسمة عامة فيقل الضرر فيأخذه بغير شيء قال

(قوله ولو كان ملكهم باقيا لصاروا أغنياء به) أي وليس من يملك مالا وهو في مكان لا يصل اليه فقيرا بل هو مخصوص بابن السبيل ولذا عطفوا عليهم في نص الصدقة اه فتح (قوله وقال عليه الصلاة والسلام هل ترك لنا عقيل من دار) قال الكمال وأما ما استدل به الشارحون مما في الصحيحين أنه قيل له عليه الصلاة والسلام في الفتح أين تنزل بمكة فقال وهل ترك لنا عقيل من منزل وروي أتنزل غدا بدارك فقال وهل ترك لنا عقيل من رباع وانما قاله لان عقيلا كان استولى عليه وهو على كفره فغير صحيح لان الحديث انما هو دليل أن المسلم لا يرث الكافر فان عقيلا انما استولى على الرباع بارثه اياها من أبي طالب فانه توفي وترك عليا وجعفرا مسلمين وعقيلا وطالبا كافرين فورثاه الا أن الدار كانت للنبي صلى الله عليه وسلم فلما هاجر استولى عليها فملكوها بالاستيلاء اه قال الكمال عند قوله واذا غلبوا على أموالنا وأحرزوها بدارهم ملكوها وللجمهور أوجه من النقل والمعنى ثم قال وأما المعنى فما أشار اليه المصنف بقوله الاستيلاء ورد على مال مباح يعني الاستيلاء الكائن بعد الاحراز في حال البقاء ورد على مال مباح فينعقد سببا للملك كاستيلائنا على أموالهم فانه ما تم لنا الملك فيه الا لهذا المعنى وهذا أي كونه مباحا اذ ذاك لان العصمة تثبت على مناط الدليل وهو قوله تعالى هو الذي خلق لكم ما في الارض جميعا فانه يقتضي اباحة الاموال بكل حال وانما ثبتت ضرورة تمكن المحتاج من الانتفاع فاذا زالت المكنة من الانتفاع عاد مباحا وزوالها على التحقيق واليقين بتباين الدارين فان الاحراز حينئذ يكون بما هو الاقتدار على المحل حالا ومآلا بالاستمرار الى وقت حاجته بخلاف أهل البغي اذا أحرزوا أموالهم لا تزول أملاكهم لان العصمة ومكنة الانتفاع ثابتة مع اتحاد الدار والملتمي وبه فلا يزول الملك بالشك اه (قوله فعلم بذلك أن استيلاءهم على مال مسلم يوجب الملك لهم) فان قيل كيف يملكون أموالنا بالاستيلاء وقد قال تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا والتملك بالقهر من أقوى جهات السبيل قلنا النص تناول المؤمنين وهم لا يملكونهم بالاستيلاء وحق الاسترداد للمالك القديم لا يدل على قيام الملك فللواهب أن يرجع في هبته ويعيد الى قديم ملكه مع زوال ملكه اه كاكي (قوله في المتن وبعدها بالقيمة) وعند الشافعي يأخذون في الوجهين بغير شيء لان الملك لم يثبت للكفار عنده اه اتقاني (قوله وان وجده بعد القسمة أخذه بالقيمة) هذا اذا كان قيميا فان كان مثليا كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون فوجده بعد القسمة لا يأخذه لانه لا فائدة في أخذه بمثله فلا يشرع ما لا فائدة فيه اه مبسوط قال الناطفي في كتاب البيوع من الاجناس سألت شيخنا أبا عبد الله الجرجاني هل يورث حق أخذ الجارية المأسورة فقال لا أعرفه منصوصا وقد وجدت ذلك منصوصا ذكر في السير الكبير في عبد أسر فمات مولاه ثم وقع العبد في سهم رجل من المسلمين فلورثة الميت أن يأخذوه بالقيمة وان لم يكن وارث فللامام المسلمين أن يأخذه للمسلمين وذكر في كتاب الشفعة املاء رواية ابن سماعة قال محمد بن الحسن يقول ان لم يأخذه المولى حتى مات لم يكن لورثته سبيل على أخذه من قبل أن هذا بمنزلة الشفعة اه (قوله والشركة قبل القسمة عامة) أي بين الغانمين اه فلا يصيب كل فرد ما يبالي بفوته فلا يتحقق الضرر اه كافي (قوله فيقل الضرر) أي عليهم أي على الغانمين اه (قوله فيأخذه بغير شيء) أي أو لان الملك لما كان عاما لم يثبت له حكم الملك ولهذا أورد في الاسرار أن واحدا من الغانمين لو استولد جارية من

الغنم لم يثبت النسب لعدم الملك بعموم الشركة بخلاف ما بعد القسمة حيث يأخذه بالقيمة لانه لو أخذه بلا شئ يتضرر المالك الجديد لانه أخذه
عن نصيبه فى المغنم فيفوت ذلك حينئذ فلا اعتدال النظر للمالك القديم والجديد أثبتنا حق الاخذ لكن بالقيمة اهـ اتقانى (قوله ليعتدل
النظر من الجانبين) أى والقول فى الثمن قول المشترى مع يمينه كذا ذكر الحاكم الشهيد اهـ اتقانى قوله مع يمينه أى لانه انما يملك عليه
ما له عما يقر به كالمشترى مع الشفيع اذا اختلفا فى الثمن الا أن يقيم المالك البينة أنه اشتراه باقل فيثبت ذلك اهـ كمال رحمه الله
(قوله وان اشتراه بعرض) أى التاجر اهـ (قوله أخذه) أى المالك القديم اهـ (قوله ولو كان مثليا) أى ما أخذه الكفار من المسلمين
اهـ (قوله وكذا اذا كان) أى المثلى اهـ (قوله وكذا لو اشتراه) أى المثلى اهـ (قوله أو اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا) أى لا يأخذ
المالك القديم أيضا اذا كان ما أخذه الكفار منا وأحرزوه بدارهم مشترى بمثله قدرا ووصفا لانه لا فائدة فى أن يعطى عشرة أقفزة جيدة
ويأخذ عشرة أقفزة جيدة الا اذا اشترى بخلاف الجنس والا اذا اشترى بالاقل قدرا أو بالاردإ منه فحينئذ يكون للمالك أخذه بمثل ما اشتراه
لوجود الفائدة اهـ اتقانى (قوله أو باردأ منه) أى أو بخلاف جنسه اهـ (قوله فى المتن وان فقأ عينه) قال فى الهداية فان أسروا عبدا
فاشتراه رجل وأخرجه الى دار الاسلام (٣٦٣) ففقئت عينه وأخذ أرشها فان المولى يأخذه بالثمن الذى أخذه به من العدو وقال

رحمه الله (وبالثمن لو اشتراه تاجر منهم) أى لو اشترى ما أخذه العدو منهم تاجر وأخرجه الى دار الاسلام
أخذه المالك القديم بثمنه الذى اشترى به التاجر من العدو لانه لو أخذه بغير شئ لتضرر التاجر فيأخذه
بثمنه ليعتدل النظر من الجانبين وان اشتراه بعرض أخذه بقيمة العرض ولو كان البيع فاسدا يأخذه
بقيمة نفسه وكذا لو وهبه العدو لمسلم يأخذه بقيمته دفعا للضرر عنهما اذ ملكه فيه ثابت فلا يزال بغير شئ
ولو كان مثليا فوقع فى الغنيمة يأخذه قبل القسمة لما ذكرنا ولا يأخذه بعدها وكذا اذا كان موهوبا
وكذا لو اشتراه التاجر شراء فاسدا وأخرجه الى دار الاسلام أو اشتراه صحيحا بمثله قدرا ووصفا لانه لو أخذه
فى هذه المواضع لأخذه بمثله وهو لا يفيد حتى لو اشتراه التاجر منهم بأقل منه قدرا أو باردأ منه له أن يأخذه
لانه مفيد ولا يكون ربا لانه يستخلص ملكه ويعيده الى ما كان فصار فداء لا عوضا قال رحمه الله (وان
فقأ عينه وأخذ أرشه) أى للمالك القديم أن يأخذه بالثمن الذى اشتراه به التاجر وان فقئت عين العبد
المأسور فى يد التاجر وأخذ التاجر وهو المشترى من العدو أرشها لما ذكرنا من النظر ولا يحط عنه شئ من
الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن فى ملك صحيح بعد القبض وان كانت مقصودة بالاتلاف
بخلاف المشفوع لان شراءه من غير رضا الشفيع مكروه وملكه ينقض من غير رضاه فأشبه البيع
الفاسد وفيه تضمن الاوصاف مطلقا لكون الملك غير صحيح كما يضمن فى الغصب فكذا فى المشفوع
اذا كانت مقصودة بالاتلاف حتى لو هدم المشترى بناءه أو قلع شجره يسقط عن الشفيع حصته من الثمن
وفى المرابحة انما اعتبرت الاوصاف حتى لا يبيعها مرابحة بعدما أتلفها مقصودا لكونها مبنية على الامانة
بخلاف ما نحن فيه ولان ما يعطيه المالك القديم فداء وليس ببدل فى حقه والفداء لا يقابل بشئ من
الاوصاف ولهذا لو تعيب عنده لم ينقص على المولى شئ ولان الاخذ للمالك ثبت على خلاف القياس

الاتقانى وصورة المسألة
فى الجامع الصغير محمد عن
يعقوب عن أبى حنيفة فى
عبد لرجل أسره العدو
فاشتراه رجل من المسلمين
فاخرجه ففقئت عينه
فاخذ المولى ارشها ثم جاء
المولى الاول يكم يأخذ العبد
قال بالثمن الذى أخذه من
العدو وأصله أن الكفار
يملكون أموالنا بالاحراز
بدارهم عندنا وقد مر بيانه
ثم اذا اشترى رجل عبدا
مأسورا من العدو صح شراؤه
فاذا صح شراؤه صح ملكه
فى العبد لكن للمالك القديم
حق أخذ رقبة العبد ان شاء
بالثمن الذى اشتراه به المشترى

لحديث تميم بن طرفة وقد مر قبل هذا ولانه لو أخذه مجانا يتضرر به المشترى وليس للمسلم أن يضر بغيره لكن ليس للمالك فيراعى
القديم أن يأخذ الارش لانه انما هو أحق بالرقبة لاعادة العبد الى قديم ملكه والارش حصل فى ملك المشترى صحيحا وليس فيه الاعادة الى
قديم الملك ومع هذا لو أخذ الارش أخذه بمثله فلا فائدة فيه لان الارش دراهم أو دنانير ألا ترى أن العبد لو قتل فى يد المشترى خطأ فأخذ
قيمته لم يكن للمالك القديم عليه فى القيمة سبيل لعدم الفائدة فهكذا هنا وفى الزيادة والنقصان ربا وهو حرام ثم اذا لم يأخذ الارش ليس له أن
يحط شيأ من الثمن بسبب فقء العين لان العين بمنزلة الوصف لانه تحصل به صفة الكمال فى الذات والاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن وقد
فات الوصف فى ملك صحيح وبذهابه لا يسقط شئ من الثمن لانه تابع ألا ترى أنه لو اشترى عبدا فذهبت يده أو عينه لا يسقط شئ من الثمن
بخلاف الوصف فى مسألة الشفعة حيث يقابله شئ من الثمن ولهذا اذا استهلك انسان شيأ من بناء الدار التى فيها الشفعة يسقط من
الشفيع حصته لان المبيع لما كان واجب الرد الى الشفيع بتحول الصفقة اليه صار كالمشترى شراء فاسدا والوصف فيه مضمون لانه
واجب الرد كما فى الغصب فكذا فيها بخلاف ما نحن فيه فان الملك صحيح للمشترى من العدو فحصل الفرق قال الفقيه أبو الليث فى شرح
الجامع الصغير روى عن محمد أن المولى يسقط عنه حصة الارش من الفداء فجعله بمنزلة الشفيع أنه يأخذه بالحصة اذا استهلك انسان شيأ
من البناء يقال فقأت عينه أى أخرجتها فهى مفقوءة اهـ (قوله فأشبه البيع الفاسد) أى من حيث ان كل واحد من القبضين واجب

النقض كرها لحق الشرع اهـ كافي (قوله والثاني بالتخليص من المشتري الثاني) أي فلا يحط من ذلك شيء صيانة لحقه اهـ كافي (قوله وكذا لو كان المشتري الاول غائبا) أي ليس للاول أن يأخذه اعتبارا بحال حضرته اهـ كافي وكتب ما نصه فان أبى المشتري الاول أخذه لا يأخذه المالك القديم لان حق الاخذ انما يثبت له في ضمن عود ملك المشتري الاول فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت ما في ضمنه اهـ دراية (قوله في المتن ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا) وفائدته أن المولى يأخذ هؤلاء بلا شيء قبل القسمة وبعده وكذا ان اشترى رجل واحدا مما ذكرنا من اهل الحرب بعد استيلائهم يأخذه المولى بلا شيء والاصل فيه ما ذكره في شرح الطحاوي أن كل ما يملك بالميراث يملك بالاسر والاسترقاق والقهر والغلبة وهذا لان سبب التملك وهو الاستيلاء انما ينعقد سببا اذا اتصل بالمحل كما في سائر الاسباب فلم يتصل فيما نحن فيه فلا يكون سببا فلا يصح تملكهم وذلك لان الحر معصوم بنفسه وما بعده ليسوا بمحل له لاستحقاقهم الحرية ولهذا لا يصح أن نتملكهم وهذا معنى قوله لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه أي فيمن سوى الحر لا يقال انا اذا ظهرنا عليهم نملك جميعهم حرا كان أو مدبرا أو غير ذلك فينبغي أن يملكوا أيضا علينا كذلك من غير فرق بين الحر والمدبر والمكاتب

وأم الولد وبين العبد القن لانا نقول يجوز

فيراعى فيه جميع ما ورد به الشرع وهو قوله عليه الصلاة والسلام فيه ان شاء أخذه بالثمن وان شاء ترك والثمن اسم لجميعه فلا ينقص ولا يأخذ المولى القديم الارش لان ملك المشتري في الارش صحيح لا شبهة فيه فلو أخذه أخذه بمثله فلا يفيد ولو أخرجه المشتري من العدو عن ملكه بعوض يأخذه المالك القديم بذلك العوض ان كان مالا وان كان غير مال كالصلح عن دم أو هبة أخذه بقيمته ولا ينقض تصرفه بخلاف الشفيع لان حقه قبل حق المشتري فينقض تصرف المشتري لاجله قال رحمه الله (فان تكرر الاسر والشراء أخذ الاول من الثاني بثمنه ثم القديم بالثمنين) معناه ان عبد الرجل أسره العدو فاشتراه رجل تاجر فأدخله دار الاسلام ثم أسره العدو ثانيا فأدخلوه دار الحرب فاشتراه رجل آخر فأدخله دار الاسلام أخذه المشتري الاول بثمنه ثانيا لان الاسر ورد على ملكه فيكون خيار الاخذ له ثم اذا أخذه هو يأخذه المالك القديم بالثمنين ان شاء أي الثمن الذي اشتراه به الاول من الحربي والذي اشتراه به الثاني من الحربي لان المشتري الاول قام عليه بالثمنين أحدهما بالشراء الاول والثاني بالتخليص من المشتري الثاني ولو أراد المالك القديم أن يأخذه من المشتري الثاني ليس له ذلك لان الاسر الثاني لم يرد على ملكه وكذا لو كان المشتري الاول غائبا وهو المأسور منه ثانيا لما ذكرنا وكذا لو اشتراه المشتري الاول من التاجر الثاني ليس للمالك القديم أن يأخذه لان حق الاخذ ثبت للمالك القديم في ضمن عود ملك المشتري الاول ولم يعد ملكه القديم وانما ملكه بالشراء الجديد منه قال رحمه الله (ولا يملكون حرنا ومدبرنا وأم ولدنا ومكاتبنا ونملك عليهم جميع ذلك) يعني بالغلبة لان السبب لا يفيد الحكم الا في محله وهؤلاء عندنا ليسوا بمحل لان المحل للملك هو المال وهم ليسوا بمال اذ الحر معصوم بنفسه وكذا غيره لان الحرية قد ثبتت فيه من وجه بخلاف رقابهم لان الشرع أسقط عصمتهم جزاء على جنايتهم وجعلهم أرقاء ولا جناية من هؤلاء قال رحمه الله (وان ند اليهم جمل فأخذوه ملكوه) لتحقق الاستيلاء عليه فاذا أخذه أحد وأخرجه الى دار الاسلام مغنوما أو مشترى فللمالك أن يأخذه على التفاصيل التي بيناها قال رحمه الله (وان أبق اليهم قن لا) أي لا يملكونه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكونه لان العصمة لحق المولى ضرورة تمكنه من

تملكهم على بعضهم بالقهر والغلبة وان كان حرا بان تملكنا عليه ولا يجوز تملكنا على احرارنا ومدبرينا ومكاتبينا وأمهات أولادنا بالقهر فلا يجوز تملكهم أيضا اهـ اتقاني رحمه الله (قوله في المتن وان ند) قال في المصباح ند البعير ندا من باب ضرب وندادا بالكسر ونديدا ذهب ونفر على وجهه شاردا فهو ناد والجمع نواد اهـ (قوله في المتن وان أبق اليهم قن الخ) قال في الكافي وله أن سبب الملك الاستيلاء ولم يوجد فلم يثبت الملك وهذا لان له يدا على نفسه لانه آدمي مكلف ومعنى اليد القدرة على الحفظ والتصرف ولهذا لو قبض ما وهب له تتم الهبة واذا اشترى نفسه من

مولاه لرجل لم يملك المولى حبسه بالثمن الا أن أسقط اعتبار يده على نفسه لظهور يد سيده عليه ليتمكن بالانتفاع به فاذا زالت يد سيده بانفصاله عن دارنا ظهرت يده على نفسه ورفعت يد ثبوت يد الكفرة عليه فلا يتحقق الاستيلاء فلا يثبت الملك كما في المكاتب اهـ وكتب ما نصه أي لمسلم اهـ هداية قوله لمسلم هذا قيد اتفاقي فانه اذا كان العبد ذميا فالحكم كذلك ذكره أبو اليسر اهـ كاكي وكتب على قوله أبق ما نصه من باب تعب وقتل في لغة والاكثر من باب ضرب اهـ مصباح وكتب على قوله قن ما نصه قال في المصباح القن الرقيق يطلق بلفظ واحد على الواحد وغيره فيقال عبد قن وأمة قن وعبيد قن بالاضافة وبالوصف أيضا وربما يجمع على أقنان وأقنة وهو الذي ملك هو وأبواه وأما من يغلب عليه ويستعبد فهو عبد مملكة اهـ وقال في المغرب والقن من العبيد الذي ملك هو وأبواه وكذلك الاثنان والجمع والمؤنث وقد جاء قنان وأقنان وأقنة وأما أمة قنة فلم أسمعه وعن ابن الاعرابي عبد قن أي خالص العبودة وعلى ذا صح قول الفقهاء لانهم يعنون به خلاف المدبر والمكاتب اهـ (قوله وقالا يملكونه) لهما أن العبد مال يجوز تملكه اذا وجد سببه وقد وجد سبب التملك وهو استيلاء أهل الحرب عليه فيملكونه ولهذا يملكون الآبق المتردد في دار الاسلام والعبد المأذون بالدخول في دار الحرب اذا أحرزوهما بدارهم

فصار استيلاؤهم عليه كاستيلائهم على الدابة المنفلتة اليهم ولابى حنيفة أن العبد كما انفصل عن دار الاسلام ظهرت يده عليه والمراد بظهور يده كونه قادرا على استعمال آلاته وصرف منافعه الى حيث يريد فى مصالحه فاذا ظهرت يد العبد زالت يد المولى وفاتت قدرة انتفاعه بالعبد للتنافى بين يد المولى ويد العبد لان يد المولى عبارة عن القدرة على المحل تصرفا كيف شاء ويد العبد كذلك فمحال أن يكون المحل الواحد مصروفا الى جهتين مختلفتين فلما ظهرت يد العبد منع ذلك يد أهل الحرب بخلاف الدابة فانه لا يد لها تمنع أهل الحرب من الاستيلاء وبخلاف العبد الآبق المتردد فى دار الاسلام فانه فى يد مولاه حكما لان الاقتدار على المحل قائم بالطلب والاستعانة بأهل الدار فلم تظهر يد العبد وبخلاف العبد المأذون له بالدخول فى دار الحرب لان يد المولى قائمة حكما أيضا لانه لما دخل باذن المولى صارت يده يد نيابة عن المولى اذ الظاهر أنه يعود الى دار الاسلام بخلاف الآبق لانه لما أبق تمرد على مولاه وصار غاصبا ملك مولاه كما انفصل عن دار الاسلام فلم يبق للمولى يد لا حقيقة ولا حكما فبطل القياس اهـ اتقانى وكتب ما نصه وهذا الخلاف فى عبد مسلم أبق أما لو ارتد العبد فدخل دارهم فأخذوه ملكه الكفار بالاتفاق اهـ كاكى (قوله فظهرت يده الخ) فان قيل العبد كما انفصل عن دار الاسلام يقع فى يد أهل الحرب لانه ليس بين الدارين موضع آخر **(٣٦٤)** فمن أين تظهر يد العبد اذا انفصل عن دارنا فلو كان تظهر يده لعتق كعبد الحربى اذا أسلم والتحق بعسكر المسلمين قلت لا نسلم أنه ليس بين الدارين موضع بل بين الدارين موضع حاجز بينهما فاذا وصل العبد اليه ظهرت يده فمنع يد أهل الحرب وانما لم يعتق لان من ظهور يده على نفسه لا يلزم زوال ملك المولى فانه لما ظهرت يده على نفسه صار غاصبا ملك المولى وجاز أن توجد اليد بلا ملك كما فى المغصوب والمشترى قبل القبض فان الملك للمولى واليد لغيره بخلاف عبد الحربى اذا أسلم والتحق بعسكرنا لانه استولى على مال الحربى وهو غير معصوم فملكه فلما ملكه زال ملك المولى فلما زال الملك عتق اهـ اتقانى رحمه الله تعالى (قوله بخلاف المتردد) أراد بالمتردد الذى يدور فى دارنا اهـ اتقانى عتق)

الانتفاع به وذلك بقيام يده وقد زالت ولهذا المعنى اذا أخذوه من دار الاسلام ملكوه فصار كالجمل الناد اليهم ولابى حنيفة رحمه الله أنه آدمى ذو يد صحيحة حتى اذا أودع وديعة لم يكن للمولى حق القبض وكذا اذا اشترى نفسه من المولى ليس للمولى أن يحبسه فيكون فى يد نفسه وانما لا يظهر على نفسه فى دار الاسلام لتحقق يد المولى عليه تمكينا له من الانتفاع به وقد زالت يد المولى بتباين الدارين فظهرت يده على نفسه لزوال المانع وصار معصوما بنفسه فلم يبق محلا للتملك بخلاف المتردد فى دار الاسلام لان يد المولى عليه باقية لقيام أهل الدار عليه فيمنع ظهور يده ولهذا لو وهبه لابنه الصغير ملكه الابن بالهبة ولو وهبه بعد دخوله دار الحرب لا يملكه بخلاف البعير الناد لان العجماء ليس لها يد فاذا خرجت عن يد المولى يملكها من أخذها واذا لم يثبت الملك لهم فى العبد عند أبى حنيفة رحمه الله يأخذه المولى القديم يعنى بغير شئ مغنوما كان أو مشترى أو وجده بعد ما أسلم من فى يده أو بعد ما صار ذميا ولكن ان وجده مغنوما بعد القسمة يعوض من كان فى يده من بيت المال لانه لا يمكن اعادة القسمة لتفرق الغانمين وتعذر اجتماعهم وليس له على المالك جعل الآبق لانه عامل لنفسه بزعمه لانه يدعى أنه ملكه سواء كان غازيا أو مشتريا قال رحمه الله (ولو أبق بفرس ومتاع فاشترى رجل كله منهم أخذ العبد مجانا وغيره بالثمن) وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ العبد أيضا بالثمن ان شاء اعتبارا لحالة الاجتماع بحالة الانفراد وقد بينا الوجه فى كل فرد مغنوما أو مشترى فان قيل ينبغى أن يأخذ المالك المتاع أيضا بغير شئ على قول أبى حنيفة لانه لما ظهرت يد العبد على نفسه ظهرت على المال لانقطاع يد المولى عن المال لانه فى دار الحرب ويد العبد أسبق من يد الكفار فلا يصير ملكا لهم قلنا ظهرت يد العبد على نفسه مع المنافى وهو الرق فكانت ظاهرة من وجه دون وجه فجعلناها ظاهرة فى حق نفسه غير ظاهرة فى حق المال قال رحمه الله (وان ابتاع مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد ثمة فجاءنا أو ظهرنا عليهم

(قوله العجماء) العجماء البهيمة وانما سميت عجماء لانها لا تتكلم فكذلك كل من لم يقدر على الكلام فهو أعجم ومستعجم ويقال صلاة النهار عجماء لانه لا يجهر فيها بالقراءة كذا فى مجمل اللغة اهـ اتقانى (قوله يعوض من كان فى يده) أى قيمته اهـ كافى (قوله من بيت المال) أى لان نصيبه قد استحق فلو لم يرجع على أحد لكان اجحافا ولو لزم العوض على المالك مع استمرار ملكه لكان اضرارا به وتعذر رجوعه على شركائه فى الغنيمة لتفرقهم فى القبائل فيعوضه من بيت المال لانه معد لنوائب المسلمين وهذا من نوائبهم ولانه لو فضل شئ يتعذر قسمته كاللؤلؤة توضع فى بيت المال فاذا لحق غرم يجعل ذلك فى بيت المال لان الغرم مقابل بالغنم اهـ كافى (قوله وليس له) أى للغازى أو التاجر اهـ (قوله قلنا الخ) قلت غاية ما فى الباب أن يده ظهرت على نفسه بالانفصال من دار الاسلام فلا يلزم من ظهور اليد ثبوت المالكية لان ما فى يده مال معصوم لمسلم فلا يجوز تملكه فيبقى الملك فى يد العبد كما كان لصاحب الملك فيملكه أهل الحرب بالاحراز اهـ اتقانى (قوله غير ظاهرة فى حق المال) وفيه نوع تأمل لان استيلاء العبد على المال حقيقة وجد وهو مال مباح فينبغى أن يمنع استيلاء الكفار كما فى الصيد اهـ دراية قوله وفيه نوع تأمل أقول فى هذا التأمل تأمل لان العبد مملوك والمملوك لا يملك اهـ

عتق) أى اذا اشترى كافر مستأمن عبدا مؤمنا وأدخله دارهم أو أمن عبد حربى فى دار الحرب فخرج الى دار الاسلام أو الى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون عتق فى ذلك كله أما الاول وهو ما اذا اشترى عبدا مسلما ودخل به دارهم فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وعندهما لا يعتق لان استحقاق الازالة كان بطريق البيع وقد انتهى ذلك بالدخول فى دارهم لعجز الامام عن الالزام فبقى فى يده عبدا على ما كان لان دار الحرب لا تنافى الملك بل الادخال فيها سبب الملك ألا ترى أنهم لو أسروا عبدا مؤمنا وأحرزوه بدارهم ملكوه ابتداء فالاستدامة أولى لان البقاء أسهل من الابتداء ولابى حنيفة رحمه الله أن العبد المسلم استحق الازالة عن ملك الكافر بالبيع كيلا يبقى تحت ذله ولا يذهب ماله بلا عوض ما دام فى دار الاسلام لما أن لمال المستأمن حرمة كمال الذمى واذا عاد الى دارهم سقطت عصمة ماله وعجز القاضى عن اخراجه عن ملكه وعن اعتاقه عليه اذ لا ينفذ قضاؤه على من فى دارهم فأقيم احرازه بدار الحرب مقام القضاء بالعتق اقامة للشرط مقام العلة اذ تباين الدارين شرط لزوال الملك فى الجملة ألا ترى أنه اذا سبى أحد الزوجين تقع الفرقة بينهما بالتباين والقياس على من أدخلوه دارهم غير صحيح لان كلا منا فيمن وجب ازالته عن ملكه والذى أدخلوه فى دارهم لم يملكوه قبله حتى تجب ازالته وانما ملكوه بعد دخوله دارهم فافترقا وعلى هذا الخلاف اذا كان العبد ذميا لانه يجبر على بيعه ولا يمكن من ادخاله دار الحرب ذكره فى النهاية معزيا الى الايضاح وكذا اذا أسلم عبد الحربى فى دار الحرب فاشتراه مسلم أو ذمى فى دارهم على هذا الخلاف لهما أن العتق فى دار الحرب يعتمد زوال الاختصاص ولم يوجد اذ قهر البائع زال الى قهر المشترى فصار كأنه فى يد البائع ولابى حنيفة رحمه الله أن قهر البائع زال حقيقة والحاجة الى ثبوت قهر المشترى ابتداء وفى المحل ما ينافيه فلا يثبت ولان اسلامه يقتضى زوال قهر غيره عليه الا أنه تعذر الخطاب بالازالة فأقيم ماله أثر فى زوال الملك مقام الازالة هكذا ذكر فى الكافى وأما الثانى وهو ما اذا أمن عبد حربى فى دار الحرب فخرج الى دار الاسلام أو الى عسكر المسلمين أو ظهر عليهم المسلمون فلما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه قال أعتق رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الطائف من خرج اليه من عبيد المشركين رواه أحمد وعن الشعبى عن رجل من ثقيف قال سألنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرد الينا أبا بكرة وكان مملوكا فأسلم قبلنا فقال لا هو طليق الله ثم طليق رسوله رواه أبو داود وعن على قال خرج عبدان الى رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الحديبية قبل الصلح فكتب اليه مواليهم فقالوا والله يا محمد ما خرجوا اليك رغبة فى دينك وانما خرجوا هربا من الرق فقال ناس صدقوا يا رسول الله ردهم اليهم فغضب رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ما أراكم تنتهون يا معشر قريش حتى يبعث الله عليكم من يضرب رقابكم على هذا وأبى أن أردهم وقال هم عتقاء الله عز وجل رواه أبو داود ولانه أحرز نفسه بالخروج الينا مراغما لمولاه وبالالتحاق بمنعة المسلمين اذا ظهروا على الدار واعتبار يده أولى من اعتبار يد المسلمين لانها أسبق ثبوتا على نفسه والحاجة فى حقه الى زيادة توكيد وفى حقهم الى اثبات اليد ابتداء فكانت يده أولى ولو أعتق حربى عبدا حربيا فى دار الحرب وهو فى يده ولم يخله أى قال له اذهب بيده أنت حر لا يعتق حتى لو أسلم والعبد عنده فهو ملكه وعند أبى يوسف ومحمد يعتق لصدور ركن العتق من أهله بدليل صحة اعتاقه عبدا مسلما فى دار الحرب فى محله لكونه مملوكا ولابى حنيفة رحمه الله أنه معتق بلسانه مسترق ببنانه وهذا لان الملك كما يزول يثبت باستيلاء جديد وهو أخذه له بيده فى دار الحرب فيكون عبدا له بخلاف ما اذا كان مسلما لانه ليس بمحل التملك بالاستيلاء والله أعلم بالصواب

(قوله وقال هم عتقاء الله) فعلم بهذا أن العبد اذا خرج مراغما لمولاه يكون حرا وكذلك اذا ظهر على دارهم بعد اسلام العبد يكون حرا لانه لما تحقق بمنعة المسلمين صار كأنه خرج الى دار الاسلام ولا يكون عبد الغزاة لانهم يحتاجون الى أن يملكوه بالاحراز وهو يحتاج أن يحرز نفسه لينال شرف الحرية واحرازه أسبق من احرازهم فصار أولى لانه صار صاحب يد فى نفسه لكنه يحتاج الى ما يؤكد يده بمنعة المسلمين وهم يحتاجون الى اثبات اليد ابتداء فكان اعتبار يده أولى قال فى شرح الطحاوى ولا يثبت الولاء من أحد لان هذا عتق حكمى وان لم يخرج الينا ولم نظهر على الدار لم يعتق الا اذا عرضه المولى على البيع من مسلم أو كافر عتق العبد قبل المشترى البيع أو لم يقبل لان العبد استحق حق العتاق بالاسلام لكنا نحتاج الى سبب آخر لزوال ملكه عنه ولما عرضه فقد رضى بزوال ملكه فلأن يكون راضيا بزواله الى عبده أولى لان غيره لم يستحق حق الزوال وعبده استحق حق الزوال الى هنا لفظ شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله مراغما) قال فى المغرب وقد راغمه اذا فارقه على رغمه ومنه اذا خرج مراغما أى مغاضبا اهـ وكتب ما نصه وقيد بقوله مراغما لانه اذا خرج الينا غير مراغم فهو عبد لمولاه يبيعه الامام ويقف ثمنه لمولاه لانه لم يخرج على سبيل التغلب فصار كالحربى الذى دخل به مستأمنا الى دارنا كذا فى الايضاح اهـ دراية (قوله ولو أعتق حربى) هذه المسئلة ذكرها فى المجمع فى كتاب العتق اهـ

لما فرغ عن بيان الاستيلاء وهو عبارة عن الاقتدار على المحل قهرا وغلبة شرع فى باب الاستئمان لان طلب الامان انما يكون حيث يكون فيه قهر وقدم استئمان المسلم تعظيما له اهـ (قوله فى المتن حرم تعرضه لشئ منهم) أى وهذا لانهم انما مكنوه من الدخول فى دارهم بعد الاستئمان بشرط أن لا يتعرض لشئ من دمائهم وأموالهم فاذا تعرض لذلك كان غدرا والغدر حرام لما روى محمد فى أول كتاب السير الصغير عن أبى حنيفة عن علقمة بن مرثد عن عبد الله بن بريدة عن أبيه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا بعث جيشا أو سرية أوصى صاحبهم بتقوى الله فى خاصة نفسه وأوصاه بمن معه من المسلمين خيرا ثم قال اغزوا باسم الله وفى سبيل الله قاتلوا من كفر بالله لا تغلوا ولا تغدروا ولا تمثلوا ولا تقتلوا وليدا الحديث فيه طول وروى صاحب السنن باسناده الى ابن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال إن الغادر ينصب له لواء يوم القيامة (٢٦٦) فيقال هذه غدرة فلان ولكن مع هذا لو غدر التاجر بهم وأخذ أموالهم وأحرزها

﴿باب المستأمن﴾

قال رحمه الله (دخل تاجرنا ثمة حرم تعرضه لشئ منهم) أى اذا دخل دار الحرب بامان مسلم تاجر يحرم عليه أن يتعرض لشئ من أموالهم ودمائهم لنهيه عليه الصلاة والسلام عن الغدر على ما بينا من قبل الا اذا غدر بهم ملكهم بأخذ الاموال أو الجيش أو غيره بعلمه ولم ينهه عنه لانهم نقضوا العهد به فيباح له التعرض حينئذ كالاسير والمتلصص فيجوز له أخذ أموالهم وقتل نفوسهم وليس له أن يستبيح فروجهم فان الفروج لا تحل الا بالملك ولا ملك قبل الاحراز بالدار على ما بينا الا اذا وجد امرأته المأسورة أو أم ولده أو مدبرته ولم يطأهن أهل الحرب لانهن لا يملكهن أهل الحرب بالاستيلاء على ما بيناه فهن باقيات على ملكه غير أن أهل الحرب ان وطئهن يكون شبهة فى حقهن فيجب عليهن العدة فلا يجوز له أن يطأهن حتى تنقضى عدتهن بخلاف أمته المأسورة حيث لا يجوز له أن يطأها وان لم يطأها الحربى لانهم ملكوها فصارت من جملة أموالهم ولهذا لا يجوز له أن يتعرض لها بشئ ان دخل دارهم بأمان ولم ينتقض الامان ويجوز له التعرض لزوجته وأم ولده ومدبرته لما ذكرنا قال رحمه الله (فلو أخرج شيأ ملكه ملكا محظورا فيتصدق به) يعنى لو غدرهم وأخذ شيأ وأخرجه الى دار الاسلام ملكه ملكا محظورا لتحقق السبب وهو الاستيلاء على مال مباح والحظر لغيره لا يمنع المشروعية على ما بينا من قبل لانعقاد السبب كالاصطياد بقوس مغصوب غير أنه حصل بسبب الغدر أوجب ذلك خبثا فيه فيؤمر بالتصدق به قال رحمه الله (فان أدانه حربى أو أدان حربيا أو غصب أحدهما صاحبه وخرجا الينا لم يقض بشئ) أى التاجر الذى دخل دار الحرب بأمان اذا أدانه حربى أى باعه بالدين او بالعكس أو غصب أحدهما الآخر وخرجا الى دار الاسلام وتحاكما عندنا لم يقض لواحد منهما على الآخر لان القضاء يستدعى الولاية ويعتمدها ولا ولاية وقت الادانة أصلا اذ لا قدرة للقاضى فيه على من هو فى دار الحرب ولا وقت القضاء على المستأمن لانه ما التزم حكم الاسلام فيما مضى من أفعاله وانما التزمه فيما يستقبل فى حق أحكام يباشرها فى دار الاسلام والغصب فى دار الحرب سبب يفيد الملك لانه استيلاء على مال مباح غير معصوم فصار كالادانة فاذا ملكه فليس للحاكم أن يتعرض له بالحكم

بدار الاسلام ملكها ملكا محظورا الا أن المحظور لا ينافى وقوع الملك اهـ وكتب ما نصه لان المسلمين عند شروطهم وقد شرط بالاستئمان أن لا يتعرض لهم فالتعرض بعده غدر اهـ كافى (قوله الا اذا غدر بهم ملكهم) أى باخبار ملك أهل الحرب اهـ (قوله ولم ينهه عنه لانهم) أى (١) هم الذين يعنى الذين نقضوا العهد به اهـ (قوله فيباح له التعرض حينئذ كالاسير) قال فى الكافى بخلاف الاسير حيث يباح له التعرض وان أطلقوه طوعا لانه غير مستأمن ولم يوجد منه الالتزام بعقد أو عهد اهـ (قوله والحظر لغيره لا يمنع المشروعية) يعنى أن مال أهل الحرب مباح فى نفسه وانما الحظر جاء لمعنى فى غير المال وهو الامان فلا يمنع انعقاد سبب الملك وهو الاستيلاء اهـ اتقانى (قوله أدانه حربى) ولكن الادانة البيع بالدين والاستدانة الابتياع بالدين اهـ مصباح (قوله ولا ولاية وقت الادانة أصلا) أى لا على المسلم المستأمن ولا على الحربى اهـ اتقانى (قوله وانما التزمه فيما يستقبل فى حق أحكام يباشرها فى دار الاسلام) أى فلما انتفت الولاية لم يقض بشئ لانه لا قضاء بدون الولاية قال فى شرح الطحاوى ولكنه يفتى فيما بينه وبين الله تعالى أن يقضى اهـ اتقانى وكتب على قوله فى حق أحكام يباشرها ما نصه الذى بخط الشارح فى حق حكم يباشرها اهـ (قوله والغصب الخ) قال الاتقانى وكذلك فى الغصب لا يقضى لواحد منهما على الآخر لان غصب أحدهما مال صاحبه صادف مالا لا عصمة له فى حقه وذلك لان دار الحرب دار القهر والغلبة فاذا استولى أحدهما على مال الآخر فقد ملكه ولا يحكم بالرد لثبوت الملك الا أن المسلم المستأمن لما غصب مالهم صار ناقضا للعهد لاخذه من غير طيبة أنفسهم فيؤمر فيما بينه وبين الله تعالى أن يرده ليرتفع الغدر اهـ

(١) قوله أى هم الذين الخ كذا فى الاصل وحرر اهـ مصححه

(قوله أن لا يغدرهم) غدر به غدرا من باب ضرب نقض عهده اه مصباح (قوله لما ذكرنا) أى من ثبوت الملك له فيه بالاخذ اه قال فى الكافى والجواب فى المسئلة الاولى قول أبى حنيفة ومحمد وأما على قول أبى يوسف فالقاضى يقضى على المسلم بالدين وقولهما مشكل لان المسلم التزم أحكام الاسلام مطلقا فصار كما لو خرجا مسلمين الينا وأجيب بان المديون اذا كان حربيا لم يقض عليه بشئ لانه غير ملتزم اذلك فاذا كان مسلما وجب أن لا يقضى عليه بشئ أيضا الا لعدم الالتزام ولكن لتحقيق المساواة بين الخصمين اه قال الكمال ولا يخفى ضعفه فان وجوب التسوية بينهما ليس فى أن يبطل حق أحدهما بلا موجب لوجوب ابطال حق الآخر بموجب بل انما ذلك فى الاقبال والاقامة والاخلاص ونحو ذلك اه قوله ولا يخفى ضعفه أى ضعف هذا الجواب اه (قوله فى المتن وكذلك) أى لا يقضى بشئ فى صورة الادانة والغصب جميعا اه (قوله فى المتن وفعلا ذلك) أى أدان أحدهما صاحبه أو غصب أحدهما مال الآخر اه (قوله وعن أبى يوسف أن القصاص يجب عليه) قال فى الكافى وأما القود فلا يجب فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أن عليه القود فى العمد لما بينا اه (قوله لان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا) قال الكمال رحمه الله واذا سقط القصاص وجبت الدية لانه لسقوطه بعارض مقارن للقتل يتقلب كقتل الرجل ابنه اه (قوله ألا ترى أنه يسقط بقوله اقتلنى) ذكر الشارح رحمه الله فى باب نكاح الرقيق لو قال اقتلنى فقتله تجب عليه الدية ولا يصح اذنه فى ابطال حق الورثة اه قال الكمال فان قيل ما ذكرتم مخالف لاطلاق قوله تعالى كتب عليكم القصاص والنفس بالنفس فالجواب أنه عام مخصوص بالقتل خطأ فانه قتل وليس يجب به قصاص ونحو ذلك فجاز تخصيصه بالمعنى أيضا اه (قوله وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) قال فى الهداية واذا أسلم الحربى فى دار الحرب فقتله مسلم عمدا أو خطأ وله ورثة مسلمون هناك فلا شئ عليه الا الكفارة فى الخطا قال الاتقانى وهذه من مسائل الجامع الصغير وهى الرواية المشهورة عن أبى حنيفة وأبى يوسف فى الجامع الصغير وغيره

ولكن يفتى المسلم برد المغصوب ويأمره به لانه التزم بالامان أن لا يغدرهم وهذا غدر ولا يقضى عليه لما ذكرنا وقال أبو يوسف يقضى بالدين على المسلم دون الغصب لانه التزم أحكام الاسلام حيث كان ألا ترى أنهما لو خرجا مسلمين يحكم عليهما بالدين فكذا هذا وأجيب عنه بانه اذا امتنع فى حق المستأمن امتنع فى حق المسلم أيضا تحقيقا للتسوية بينهما قال رحمه الله (وكذلك لو كانا حربيين وفعلا ذلك ثم استأمنا) لما ذكرنا قال رحمه الله (وان خرجا مسلمين قضى بالدين بينهما لا بالغصب) يعنى الحربيين أسلما فى دار الحرب ثم خرجا مسلمين بعد ما أدان أحدهما صاحبه أو غصب منه وانما يقضى بالدين لانها وقعت صحيحة لوقوع المداينة بتراضيهما ولثبوت الولاية حالة القضاء لالتزامهما الاحكام بالاسلام وانما لا يقضى بالغصب لان الغاصب ملكه على ما بينا من ورود الاستيلاء على مال مباح ولا يؤمر بالرد لان ملك الحربى بالغصب صحيح لا خبث فيه واطلاق قوله عليه الصلاة والسلام من أسلم على مال فهو له يدل على ذلك بخلاف المسلم المستأمن اذا غصب منهم حيث يؤمر بالرد للخبث فى ملكه لانه ملكه بالخيانة ولا يقضى عليه به لما بينا قال رحمه الله (مسلمان مستأمنان قتل أحدهما صاحبه تجب الدية فى ماله والكفارة فى الخطا) أى مسلمان دخلا دار الحرب بأمان فقتل أحدهما الآخر عمدا أو خطأ تجب الدية فى ماله وتجب الكفارة فى الخطا دون العمد لانها لا تجب فى العمد عندنا على ما عرف فى موضعه أما الكفارة والدية فى الخطا فلقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله ولان العصمة الثابتة بالاحراز بالدار لا تبطل بالدخول العارض بالامان وانما تجب فى ماله لان العاقلة لا قدرة لهم على الصيانة مع تباين الدارين والوجوب عليهم على اعتبار تركها وانما تجب الدية فى العمد فى ماله لان العواقل لا تعقل العمد والقصاص قد سقط للشبهة فلا بد من الدية صيانة للدم المعصوم فتعين أن يكون ذلك فى ماله وعن أبى يوسف ان القصاص يجب عليه لانه بدخوله دار الحرب لا تبطل عصمته والمسلم من أهل دار الاسلام حيث كان والقصاص حق الولى ينفرد باستيفائه من غير حاجة فيه الى الامام فيستوفيه قلنا لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة لان الواحد لا يقاوم القاتل ظاهرا ولا منعة دون الامام وجماعة المسلمين ولم يوجد ذلك فى دار الحرب فلم يجب اذ لا فائدة للوجوب بدون الاستيفاء فصار كالحد ولان دار الحرب دار اباحة للدم فيصير ذلك شبهة مسقطة للعقوبة لان مجرد صورة الاباحة يكفى لسقوط العقوبة وان لم تثبت حقيقة ألا ترى أنه يسقط بقوله اقتلنى قال رحمه الله (ولا شئ فى الاسيرين سوى الكفارة فى الخطا كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة) يعنى اذا قتل أحد الاسيرين الآخر لا يجب شئ سوى الكفارة فى الخطا وكذا اذا قتله مسلم مستأمن وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه الدية فى العمد والخطا فى ماله لان المقتول كان معصوما متقوما بالاحراز بدار الاسلام فلا يبطل بالاسر العارض كما لا يبطل بالدخول دارهم بأمان بل أولى لكونه مضطرا والمستأمن باختياره وعدم القصاص لفوات شرطه وهو المنعة وتجب الدية فى ماله لما ذكرنا ولابى حنيفة ان الاسير صار تبعا لهم بالقهر حتى صار مقيما باقامتهم ومسافرا بسفرهم كعبيد المسلمين صاروا أتباعا لهم فى دار الاسلام فاذا كان تبعا لهم فلا يجب بقتله دية كاملة وهو الحربى فصار كالمسلم الذى لم يهاجر الينا وهو المراد بقوله كقتل مسلم مسلما أسلم ثمة أى فى دار الحرب فانه لا يجب بقتله الا الكفارة

وروى عن أبي حنيفة قال لا دية عليه ولا كفارة من قبل أن الحكم لم يجر عليهم وعن أبي يوسف قال أضمنه الدية وأجعل عليه في الخطا الكفارة وأستحسن ذلك وأدع القياس والقياس ما قال أبو حنيفة وجه ما روى عن أبي يوسف أنه محقون الدم لاجل اسلامه وكونه في دار الحرب لا ينفي تقوم دمه كالتاجر ووجه الظاهر قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة وكان أبو حنيفة يتأول هذه الآية في الذين أسلموا في دار الحرب اه (٣٦٨) (قوله خوفا من التبعة) التبعة وزان كلمة ما تطلبه من ظلامة ونحوها اه مصباح

في الخطإ لانه غير متقوم لعدم الاحراز بالدار فكذا هذا لبطلان الاحراز الذي كان في دار الاسلام بالتبعية لهم في دارهم ولا يرد علينا المستأمن لانه ليس بمقهور فيمكنه الخروج باختياره فلا يكون تبعا لهم وقال الشافعي رحمه الله المسلم الذي أسلم في دار الحرب ولم يهاجر الى دار الاسلام يجب القصاص بقتله عمدا وتجب الدية بقتله خطأ لانه قتل نفسا معصومة لوجود العاصم وهو الاسلام لقوله عليه الصلاة والسلام فاذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم الا بحقها أثبت العصمة بالاسلام لا غير ولان العصمة تثبت نعمة وكرامة فتتعلق بما له أثر في استحقاق الكرامة وهو الاسلام وهذا لان العصمة أصلها المؤثمة لحصول أصل الزجر بها وهي حاصلة بالاسلام ثابتة به حتى يأثم من تعرض له بعد الاسلام والمقومة كمال فيها لحصول كمال الامتناع لان بعض السفهاء لا يترك التعرض له الا بالمقومة خوفا من التبعة في الدنيا فيكون وصفا لها فيتعلق بما يتعلق به الاصل ولنا قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة جعل التحرير كل الموجب رجوعا الى حرف الفاء فانها للجزاء وهو الكفاية أو الى كونه كل المذكور فينتفي غيره كما انتفى في قتل المسلم الذي في دار الاسلام غير المذكور في الآية لهذا المعنى وهذا لان الآية سيقت لبيان الاحكام في القتل وهي أنواع فأوجب أولا في المؤمن المطلق دية وكفارة ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة ثم أوجب بقتل الذمي دية وكفارة فلا يزاد على واحد منها على ما أوجبه الله تعالى ولا نسلم ان أصل العصمة بالاسلام بل بكونه ادميا لانه خلق لاقامة الدين ولا يتمكن من ذلك الا بعصمة نفسه بان لا يتعرض له أحد واباحة قتله عارض بسبب افساده بالقتال ألا ترى أن من لا يقاتل من الكفار كالذمي وذراري الحربي لا يجوز قتله لعدم الافساد والمقومة تحصل بالاحراز بالدار ألا ترى ان الذمي مع كفره متقوم بالاحراز ولا تأثير للاسلام في تحصيل العصمة لان الدين ما وضع لاكتساب الدنيا وانما وضع لاكتساب الآخرة واذا كانت النفس معصومة بالآدمية فالمال يتبعها ليتمكن من تحمل أعباء التكاليف وان خلق عرضة في الاصل لانه لا يقدر الا به فيكون معصوما بعصمته وأما العصمة المقومة فالاصل فيها للاموال لان التقوم يؤذن بجبر الفائت بالمماثل فيسد مسده ولا يتصور ذلك في النفس حقيقة بخلاف المال فكانت النفوس تابعة للاموال فيها ثم العصمة المقومة في الاموال لا تكون الا بالاحراز بالدار مع كونه أصلا فيها ففي النفس أولى لانها تبع فيها وليس فيما رواه ما يدل على ما قال لانهم عصموا أنفسهم بترك القتال ولهذا لم يعصموا به بغير تركه ونظيره أداء الجزية يعصم الكافر به نفسه على اعتبار أنه يترك الافساد عند أدائها والله أعلم بالصواب

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (لا يمكن مستأمن فينا سنة وقيل له ان أقمت سنة وضع عليك الجزية) أي اذا دخل الحربي دار الاسلام بأمان لا يمكن أن يقيم فيها سنة ويقول له الامام ان أقمت سنة كاملة وضعت عليك الجزية والاصل فيه أن الكافر لا يمكن من اقامة دائمة في دارنا الا باسترقاق أو جزية لانه يبقى ضررا على المسلمين لكونه عينا لهم وعونا علينا ويمكن من الاقامة اليسيرة لان في منعه اقطع المنافع من الميرة والجلب وسد باب التجارات كما هو صلنا بينهما بسنة لانها مدة تجب فيها الجزية ثم ان رجع الى وطنه بعد مقالة الامام له ذلك قبل تمام السنة فلا سبيل عليه قال رحمه الله (فان مكث سنة فهو ذمي) لالتزامه

(قوله ثم أوجب بقتل مسلم لم يهاجر الينا كفارة) فان قلت لا نسلم أن المراد من قوله تعالى فان كان من قوم عدو لكم وهو مؤمن الذي لم يهاجر الينا بل المراد منه الباغي فانه مؤمن من قوم عدو لنا والشافعي لا يوجب الدية في قتل الباغي أيضا قلت المراد منه هو الذي لم يهاجر بالنقل عن أئمة التفسير وقد دل اطلاق اسم العدو على ذلك لان العدو المطلق لنا هو الكافر لا الباغي فان الباغي ان كان من قوم عدو لنا من حيث الدنيا لكن من قوم أصدقاء لنا من حيث الدين والدار والكافر عدونا دينا ودارا اه ﴿فصل﴾ قوله (لكونه عينا لهم) العين جاسوس القوم كذا في الجمهرة والعون الظهير على الامر والجمع أعوان اه اتقاني وكتب ما نصه فيطلع على عورات المسلمين وينهي الخبر الى دارهم اه كافي (قوله الميرة) بكسر الميم وسكون الياء الطعام يمتاره الانسان فاما المئرة بالهمز فهي النميمة قال في الجمهرة وكل شيء جلبته من ابل وخيل وسائر ذلك من الحيوان التجارة فهو جلب وهو بفتحتين اه اتقاني (قوله في المتن فان مكث سنة) أي بعد تقدم الامام اليه أي قوله له ما يعتمد في ضرب الجزية عليه اه كمال وقال الكمال قوله بعد تقدم الامام يفيد اشتراط تقدم الامام في منعه العود اذا أقام سنة وبه صرح العتابي فقال لو أقام سنتين من غير أن يتقدم اليه الامام فله الرجوع قيل ولفظ المبسوط يدل على أن تقدم الامام ليس شرطا لصيرورته ذميا فانه قال وينبغي للامام أن يتقدم اليه فيأمره الى أن قال فان لم يقدر له مدة فالمعتبر الحول

وليس بلازم لانه يصدق بقوله ان أقمت طويلا منعتك من العود فان أقام سنة منعه وفى هذا اشترط التقدم غير أنه لم يوقت له مدة خاصة والوجه أن لا يمنعه حتى يتقدم اليه ولا أن يؤقت مدة قليلة كالشهر والشهرين ولا ينبغى أن لا يلحقه عسر بتقصير المدة جدا خصوصا اذا كان له معاملات يحتاج فى اقتضائها الى مدة مديدة اه (قوله أو نكحت ذميا) قال فى الهداية واذا دخلت حربية بأمان فتزوجت ذميا صارت ذمية قال الاتقانى اعلم أنها اذا تزوجت ذميا تصير ذمية تجرى عليها أحكام أهل الذمة بعد ذلك من نحو المنع من الخروج الى دارهم وأخذ الخراج من أرضها وما شابه ذلك مما ذكرنا اه (قوله والمراد من وضع الخراج

التزامه بمباشرة الزراعة) قال الاتقانى اعلم أنه لا يكون ذميا بمجرد الشراء والزراعة حتى لو باع الارض قبل وجوب الخراج لا يكون ذميا وبه صرح الكرخى فى مختصره وشمس الائمة البيهقى فى الشامل فى قسم المبسوط وانما يصير ذميا اذا وضع الخراج على الارض فيؤخذ منه الخراج لسنة مستقبلة من وقت وضع الخراج قال فخر الاسلام يعنى قول محمد اذا وضع عليه الخراج أى وظف عليه لانه اذا وظف عليه فقد لزمه حكم يتعلق بالمقام فى دارنا فصار فى ضرورته أن يكون ذميا ثم قال فخر الاسلام وكذا لو لزمه عشر فى قياس قول محمد اذا اشترى أرضا عشرية يكون ذميا أيضا لانهما جميعا من مؤن الارض ولو اشترى الحربى أرض العشر صارت أرض خراج فى قول أبى حنيفة فيكون ذميا اذا أوجب عليه فيها الخراج وهى وأرض الخراج واحد فى قول أبى حنيفة كذا ذكر الكرخى فى مختصره أما اذا استأجر الحربى أرض خراج فزرعها وخراجها على صاحبها لا يكون ذميا الا اذا كانت أرضا بالمقاسمة بنصف ما يخرج فزرعها الحربى بقدرها فحكم الامام بالخراج عليه دون صاحب الارض يكون ذميا فيوضع عليه خراج رأسه ولا ينظر الى ملك الرجل بل الى وجوب الخراج ولهذا اذا ادعى الحربى أرض خراج بالمقاسمة فآجرها من مسلم أو ذمى فأخذ الخراج من المستأجر على ما رآه الامام فان الحربى لا يصير ذميا اه (قوله ومنعه الرجوع الى دار الحرب) أى وجريان القصاص بينه وبين المسلم وضمان المسلم قيمة خمره وخنزيره اذا أتلفه ووجوب الدية عليه اذا قتله خطأ ووجوب كف الاذى عنه فيحرم غيبته كما تحرم غيبة المسلم فضلا عما يفعله السفهاء من صفعه وشتمه فى الاسواق ظلما

الجزية فتعتبر المدة من وقت التقدم اليه لا من وقت دخوله دار الاسلام وللامام أن يقدر له أقل من ذلك اذا رأى كالشهر والشهرين فاذا أقامها بعد ذلك صار ذميا وذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط ما يدل على انه يصير ذميا عند اقامته فى دار الاسلام سنة وان لم يتقدم اليه الامام فانه قال اذا لم يقدر له الامام مدة فالمعتبر هو الحول لانه لابلاء العذر والحول حسن لذلك كما فى تأجيل العنين ثم اذا صار ذميا بمضى المدة المضروبة له استأنف عليه الجزية لحول بعده الا أن يكون شرط عليه أنه إن مكث سنة أخذها منه فيأخذها منه حينئذ كما تمت السنة قال رحمه الله (فلم يترك أن يرجع اليهم كما لو وضع عليه الخراج أو نكحت ذميا لا عكسه) يعنى لا يترك أن يرجع الى دار الحرب بعد ما مكث فى دارنا سنة كما لا يترك أن يرجع اليهم بعد ما وضع عليه الخراج أو اذا تزوجت الحربية ذميا لانها تصير بذلك ذمية لالتزامها المقام معه لا عكسه وهو ما اذا تزوج الحربى ذمية لانه لا يصير بذلك ذميا لعدم التزامه المقام فى دارنا لتمكنه من طلاقها فلا يمنع اذا خرج الى دار الحرب واذا صار ذميا يمنع لان فى عوده ضررا بالمسلمين بعوده حربا علينا وبتوالده فى دار الحرب وقطع الجزية وقوله كما لو وضع عليه الخراج دليل على أنه لا يصير ذميا بشراء أرض الخراج حتى يوضع عليه الخراج ومن المشايخ من قال يصير ذميا بنفس الشراء لانه لما اشتراها وحكم الشرع فيها وجوب الخراج صار ملتزما حكما من أحكام الاسلام والمراد من وضع الخراج التزامه بمباشرة الزراعة أو تعطيلها عنها مع التمكن وهو الصحيح لان الشراء قد يكون للتجارة فلا يدلنا على التزامه أحكام الاسلام وأما الزراعة أو ترك الارض على ملكه الى أوان الخراج فدليل على التزامه أحكام الاسلام فيصير ذميا فيترتب عليه أحكام أهل الذمة من وجوب القصاص بقتله ومنعه الرجوع الى دار الحرب وسائر أحكام أهل الذمة وأول مدته من وقت الوجوب حتى اذا لزمه الخراج تلزمه الجزية لسنة مستقبلة لصيرورته ذميا بلزومه وقوله أو نكحت ذميا دليل على انها تصير ذمية بنفس التزوج لان المرأة تابعة للرجل فى السكنى حتى كان له أن يسكنها حيث شاء وتصير مقيمة باقامته فتصير راضية بالمقام معه فى دارنا فتصير ذمية بمجرد التزوج وقوله لا عكسه أى لو تزوج حربى ذمية لا يصير ذميا لانعكاس الاحكام التى ذكرناها قال رحمه الله (فان رجع اليهم وله وديعة عند مسلم أو ذمى أو دين عليهما حل دمه) أى الحربى المستأمن رجع الى دار الحرب وترك وديعة عند مسلم أو ذمى أو دينا عليهما حل دمه بالعود الى دار الحرب لانه أبطل أمانه به فعاد حربيا وما كان فى أيدى المسلمين أو الذميين من ماله فهو باق على ما كان عليه حرام التناول لان حكم أمانه فى حق ماله لا يبطل قال رحمه الله (فان أسر أو ظهر عليهم فقتل سقط دينه وصارت وديعته فيأ) أما الوديعة فلانها فى يده حكما لان يد المودع كيده تقديرا فتصير فيأ تبعا لنفسه فصار كما اذا كانت فى يده حقيقة وعن أبى يوسف انها تصير ملكا للمودع لان يده فيها أسبق فكان بها أحق وأما الدين فلان اليد عليه لا تكون الا بواسطة المطالبة وقد بطلت لبطلان مالكيته اذ مملوكيته بالاسر تنافى مالكيته الدين واذا لم يبق مملوكا له صار ملكا لمن عليه الدين لان يده أسبق اليه من يد غيره ولا طريق لجعله فيأ لان الفئ هو الذى يملك قهرا

وعدوانا اهـ فتح (قوله استيلاء عليه) أي على الدين اهـ (قوله فالكل فيء) أي غنيمة اهـ اتقاني وكتب ما نصه لأن تباين الدارين قاطع للعصمة لقوله تعالى للفقراء المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم أما الزوجة وأولاده الكبار فلعدم التبعية بالبلوغ وأما الأولاد الصغار فلأنهم لما لم يكونوا في يده لتباين الدارين لم يمكن أن يعتبروا مسلمين تبعا لأبيهم فصاروا فيئا أيضا وكذا الجنين لأنه تابع للأم في الرق والحرية وكذا وديعته في دار الحرب لأنه حين فارق دار الحرب كان المال مال حربي غير معصوم فلما أسلم في دارنا لم يحرزه فلم تثبت اليد عليه لا حقيقة ولا حكما فبقي المال غير معصوم فكان فيئا اهـ اتقاني (قوله وما أودعه عند مسلم الخ) قيد بالإيداع لأنه إذا كان غصبا في أيديهم يكون فيئا لعدم النيابة وعند أبي

يوسف ومحمد يجب أن لا يكون فيئا إلا ما كان غصبا عند حربي وبه قالت الأئمة

ولا يتحقق ذلك في الدين لأنه ليس بمال على التحقيق بل هو عبارة عن وجوب تمليك المال فلم يكن الاستيلاء على مال كالاستيلاء عليه ولو كان له رهن فعند أبي يوسف يأخذه المرتهن بدينه وقال محمد يباع ويستوفى بثمنه الدين والفاضل لبيت المال قال رحمه الله (وإن قتل ولم يظهر عليهم أو مات فقرضه ووديعته لورثته) لأن حكم الأمان باق لعدم بطلانه فيرد على ورثته لأنهم قائمون مقامه بخلاف المسألة الأولى لأن نفسه لما كانت مغنومة تبعها ماله لأن ما في يد مودعه كيده وهنا نفسه لم تصر مغنومة فكذا ماله فكأنه مات والمال في يده لما ذكرنا فإن قيل ينبغي أن يكون ماله فيئا كما إذا أسلم الحربي في دار الإسلام وله وديعة عند مسلم في دار الحرب ثم ظهر على دار الحرب يكون فيئا فلا تكون يد المودع كيد المودع قلنا يد المودع كيد المالك من وجه دون وجه والعصمة ما كانت ثابتة في المستأمن بدليله لأن دار الحرب ليست بدار عصمة فلا تصير معصومة بالشك وفي هذه العصمة كانت ثابتة فيها وقت الإيداع إذ دار الإسلام دار عصمة ولم يظهر على دارهم فتبقى على حالها معصومة فلا تزول بالشك قال رحمه الله (وإن جاءنا حربي بأمان وله زوجة ثمة) أي في دار الحرب (وولد) أي صغار وكبار (ومال عند مسلم وذمي وحربي فأسلم هنا ثم ظهر عليهم فالكل فيء) أما المرأة وأولاده وما في بطنها والعقار فلما بينا في باب الغنائم وأما أولاده الصغار فلأن الصغير إنما يتبع أباه ويصير مسلما بإسلامه إذا كان في يده وتحت ولايته ومع تباين الدارين لا يتصور ذلك وأموالهم لا تصير محرزة بإحرازه نفسه لاختلاف الدارين فبقي الكل فيئا أو غنيمة ولو سبي الصبي في هذه المسألة وصار في دار الإسلام فهو مسلم تبعا لأبيه لأنهما اجتمعا في دار واحدة بخلاف ما قبل إخراجه إلى دار الإسلام حيث لا يكون مسلما لما بينا من اختلاف الدارين ثم هو فيء على حاله لما ذكرنا وكونه مسلما لا ينافي الرق لما عرف في موضعه قال رحمه الله (وإن أسلم ثمة) أي في دار الحرب (فجاءنا) أي إلى دار الإسلام (فظهر عليهم) أي على أهل الحرب (فولده الصغير حر مسلم وما أودعه عند مسلم أو ذمي فهو له وغيره فيء) وهو أولاده الكبار والمرأة والعقار لأنه لما أسلم في دار الحرب تبعه أولاده الصغار لاتحاد الدار وإحرازا ما في يده أو وديعة عند من ذكره لأنه في يد صحيحة محترمة بخلاف ما إذا كان مودعا عند حربي على ما ذكرنا في باب الغنائم في حربي أسلم في دار الحرب ولم يخرج إلى دار الإسلام لأن حكم المسألتين واحد إذ الإسلام حصل فيهما في دار الحرب فكل حكم عرف في تلك فهو الحكم في هذه قال رحمه الله (ومن قتل مسلما خطأ لا ولي له أو حربيا جاءنا بأمان فأسلم فديته على عاقلته للإمام) لأنه قتل نفسا معصومة فتتناولها النصوص الواردة في قتل الخطإ ومعنى قوله للإمام أن الأخذ له ليضعه في بيت المال لأنه نصب ناظرا للمسلمين وهذا من النظر قال رحمه الله (وفي العمد القتل أو الدية لا العفو) أي لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا أو

الثلاثة اهـ كاكي وقوله لعدم النيابة قال الاتقاني لأن يد الغاصب ليست بصحيحة اهـ (قوله وهو أولاده الكبار) أي لا زوجته وأولاده الكبار حربيون وكذا ما في بطنها لأنه تبع للأم اهـ (قوله بخلاف ما إذا كان مودعا عند حربي) أي لأن يده ليست بمحترمة فكانت فيئا اهـ (قوله فديته على عاقلته للإمام) أي وعليه الكفارة اهـ بدائع وقوله وعليه الكفارة أي وإنما وجبت الدية والكفارة لأن ذلك حكم قتل المؤمن خطأ بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة إلى أهله والمستأمن لما أسلم صار من أهل دارنا فصار حكمه حكم سائر المسلمين اهـ اتقاني (قوله ليضعه في بيت المال) أي لعدم الوارث اهـ وكتب ما نصه لأنهما يكونان مالكا له اهـ (قوله لو قتل عمدا يجب عليه القتل قصاصا) قال الاتقاني أما إذا كان القتل عمدا فالإمام بالخيار إن شاء قتل القاتل وإن شاء أخذ الدية إذا رضي القاتل بالدية وليس له أن يعفو أما وجوب القصاص فلقوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له فإذا كان السلطان وليا كان له ولاية أخذ القصاص وأما الصلح على الدية فلما روي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه لما قتل رأى عبيد الله بن عمر هرمزان وفي يده خنجر فظن أنه هو الذي قتل عمر فقتله فلما ولي عثمان بن عفان قال علي بن أبي طالب لعثمان اقتل عبيد الله فقال عثمان قتل أبوه بالأمس وأنا أقتله اليوم لا أفعل ولكن هذا الرجل من أهل الأرض يعني الهرمزان كان من أهل الحرب وأنا وليه فأعفو عنه وأؤدي ديته ولأن الدية أنفع للعامة من القود والحق للعامة والإمام كالنائب عنهم فكان له أن يصالح على الدية وليس له أن يعفو بغير شيء لأنه اصطناع بالمعروف في حق غيره وليس له ذلك وإنما ولايته بطريق النظر ولا نظر في إبطال حق الغير بغير شيء اهـ

(قوله وكذا لو كان المقتول لقيطا) قال الاتقاني وأما اذا كان المقتول لقيطا فقتله الملتقط أو غيره خطأ تجب الدية لبيت المال على عاقلة القاتل والكفارة عليه لما قلنا واذا كان القتل عمدا فان شاء الامام قتله وان شاء الامام صالحه على الدية عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف عليه الدية في ماله ولا أقتله من قبل أني لا أعرف له وليا وجه قول أبي يوسف أنه لا يخلو عن ولي كالاب ونحوه ان كان ابن رشدة وكالامام ان كان ابن زنية فيشتبه من له حق القصاص فلا يستوفى ووجه قولهما قوله عليه الصلاة والسلام السلطان ولي من لا ولي له فيكون السلطان وليه لان اللقيط لا ولي له اهـ

قال الكمال لما ذكر ما يصير به المستأمن ذميا ذكر ما ينوبه من الوظائف المالية اذا صار ذميا وذلك هو الخراج في أرضه ورأسه وفي تقاربهما كثرة فأوردهما في بابين وقدم خراج الارض لان الكلام فيه كان بقريب قريب ثم ذكر العرفية أيضا تتميما لوظيفة الارض لانها السبب في الخراج والعشر جميعا وقدم ذكر العشر لان فيه معنى العبادة والعشر لغة واحد من العشرة والخراج ما يخرج من نماء الارض أو نماء الغلام وسمي به ما يأخذه السلطان من وظيفة الارض والغراس وسمي الاراضي العشرية والخراجية أولا لانه سيتقدم أحكامها فقال اهـ (قوله لم يأخذوا الخراج من أرض العرب) أي والارض لا تخلو من أحد الحقين فدل على انها عشرية اهـ اتقاني قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره أرض العرب كلها أرض عشر وهي أرض الحجاز وتهامة ومكة واليمن والطائف والبرية اهـ

الدية بالصلح ينظر فيه الامام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا لان تصرفه مقيد بالنظر فلا يجوز له ابطال حق المسلمين بغير عوض وكذا لو كان المقتول لقيطا فللامام أن يقتل القاتل عندهما خلافا لابي يوسف هو يقول المولود في دار الاسلام لا يخلو عن الوارث غالبا وهو كالمتحقق أو يحتمل ذلك فكان فيه احتمال عدم الولاية للامام فكان فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة ولهما أن الحق انما يثبت للولي بطريق قيامه مقام الميت نظرا للميت والمجهول الذي لا يمكن الوصول اليه لا ينتفع به الميت فلا يصلح وليا فصار وجوده كعدمه فتنتقل الولاية الى السلطان أو الى العامة كما في الارث ولا يقال تردد من له الحق يوجب سقوط القصاص كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وله وارث غير المولى لانا نقول السلطان هنا نائب عن العامة فصار الولي واحدا بخلاف مسألة المكاتب والله أعلم

﴿باب العشر والخراج والجزية﴾

قال رحمه الله (أرض العرب وما أسلم أهله أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين عشرية) أما أرض العرب فلانه عليه الصلاة والسلام والخلفاء من بعده لم يأخذوا الخراج من أرض العرب ولانه بمنزلة الفيء فلا يثبت في أرضهم كما لا يثبت في رقابهم وهذا لان الخراج من شرطه أن يقر أهلها عليها على الكفر كما في سواد العراق ومشركو العرب لا يقبل منهم الا الاسلام أو السيف لقول عائشة رضي الله عنها آخر ما عهد النبي صلى الله عليه وسلم أن قال لا يترك بجزيرة العرب دينان رواه أحمد وحدها طولا ما وراء ريف العراق الى أقصى صخر باليمن وعرضا من جدة وما والاها من الساحل الى حد الشام وأما ما أسلم أهله عليه أو فتح عنوة وقسم بين الغانمين فلان الحاجة الى ابتداء التوظيف على المسلم والعشر أليق به لان فيه معنى العبادة حتى يصرف مصارف الصدقات ويشترط فيه النية وأرفق لانه أخف من الخراج لتعلقه بحقيقة الخارج بخلاف الخراج قال رحمه الله (والسواد وما فتح عنوة وأقر أهلها عليه أو فتح صلحا خراجية) لان عمر رضي الله عنه حين فتح السواد وضع عليهم الخراج بحضرة من الصحابة رضي الله عنهم ووضع على مصر حين فتحها عمرو بن العاص وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام ولان الحاجة الى ابتداء التوظيف على الكافر والخراج أليق به لما فيه من معنى العقوبة والتغليظ حتى يجب عليه بالتمكن من الزراعة ولا يشترط فيه حقيقة الاخراج وهو أكثر من العشر أيضا وفي الجامع الصغير كل أرض فتحت عنوة فوصل اليها ماء الانهار فهي أرض خراج وما لم يصل اليها ماء الانهار واستخرج منها عين فهي أرض عشر لان العشر والخراج متعلقان بالارض النامية ونماؤها بمائها فيعتبر السقي بماء العشر أو بماء الخراج والمراد بالانهار الانهار التي احتفرتها الاعاجم كنهر يزدجرد فتكون المسئلة اجماعية لان الانهار العظام كسيحون وجيحون فيها خلاف أبي يوسف ومحمد وقد ذكرناه في الزكاة وكذا مراده في

قال الكمال والحجاز هو جزيرة العرب سمي جزيرة لان بحر الحبش وبحر فارس والفرات أحاطت بها وسمي حجازا لانه حجز بين تهامة ونجد اهـ (قوله وحدها) أي حد أرض العرب اهـ (قوله حين فتح السواد) أي على يد سعد عنوة اهـ (قوله وأجمعت الصحابة رضي الله عنهم على وضع الخراج على الشام) قال الاتقاني وكذا وضعه على مصر أي وضع عمر الخراج على مصر حين افتتحت صلحا على يد عمرو بن العاص وكذا وضعه على الشام حين افتتح عمر بن الخطاب بيت المقدس ومدن الشام كلها صلحا دون أراضيها وأما أراضيها فافتتحت عنوة على يد يزيد بن أبي سفيان وشرحبيل بن أبي حسنة وأبي عبيدة بن الجراح وخالد بن الوليد فأما أجنادين من الشام فقد افتتح صلحا في خلافة أبي بكر رضي الله عنه اهـ (قوله وجيحون) أي ودجلة والفرات اهـ (قوله فيها خلاف أبي يوسف ومحمد) أي فعند محمد عشري وعند أبي يوسف خراجي اهـ

(قوله جعلناوظيفته) أى وظيفة الماء اه من خط الشارح رحمه الله (قوله ثم أرض السواد مملوكة لاهلها عندنا) أى يجوز بيعهم وتصرفهم فيها بالرهن والهبة لان الامام اذا فتح أرضا عنوة له أن يقر أهلها عليها ويضع عليها الخراج وعلى رؤسهم الجزية فتبقى الارض مملوكة لاهلها وقدمناه من قبل فى باب قسمة الغنائم ومذهب مالك والشافعى وأحمد أنها موقوفة على المسلمين فلا يجوز لاهلها هذه التصرفات اه كمال رحمه الله (قوله حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به) أى وان لم يكن الفناء ملكا له فلما كان كذلك وجب اعتبار الارض المحياة بالحيز خراجيا كان أو عشريا اه اتقانى (قوله لاجماع الصحابة على ذلك) قال الكمال رحمه الله غير ان أبا يوسف استثنى البصرة من

هذا التفصيل فى حق المسلم أما الكافر فيجب عليه الخراج من أى ماء سقى لان الكافر لا يبتدأ بالعشر فلا يتأتى فيه التفصيل فى حالة الابتداء اجماعا وانما الخلاف فيه فى حالة البقاء فيما اذا ملك أرضا عشرية هل يجب عليه الخراج أو العشر أو العشران وقد ذكرناها فى الزكاة ولا يقال اذا وضع الخراج على المسلم باعتبار الماء يكون ابتداء المسلم بالخراج وذلك غير جائز لانا نقول ليس هذا بابتداء وضع على المسلم بل الارض لما لم تنم الا بالماء اعتبر الماء المأخوذ من العدو فجعلنا وظيفته الخراج والمسلم اذا سقى أرضه به فقد التزم الخراج فى حالة البقاء ومثله لا يمتنع بالاسلام ألا ترى أنه اذا اشترى الخراجية يؤدى خراجها لما قلنا وانما لم يوظف النبى صلى الله عليه وسلم على أراضى مكة مع انها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها لان العرب لا يوضع على أراضيهم الخراج كما لا يوضع على رقابهم الجزية والرق على ما عرف فى موضعه ثم أرض السواد مملوكة لاهلها عندنا وقال الشافعى رحمه الله تعالى ليست بمملوكة لهم وانما هى وقف على المسلمين وأهلها مستأجرون لها لان عمر رضى الله عنه استطاب قلوب الغانمين فآجرها وقال أبو بكر الرازى هذا غلط لوجوه أحدها ان عمر لم يستطب قلوبهم فيه بل ناظرهم عليه وشاور الصحابة على وضع الخراج وامتنع بلال وأصحابه فدعا عليهم وأين الاسترضاء ثانيها أن أهل الذمة لم يحضروا والغانمين على تلك الاراضى فلو كان اجارة لاشترط حضورهم ثالثها أنه لم يوجد فى ذلك رضا أهل الذمة ولو كانت اجارة لاشترط رضاهم ورابعها أن عقد الاجارة لم يجر بينهم وبين عمر ولو كانت اجارة لوجب العقد وخامسها أن جهالة الاراضى تمنع صحة الاجارة وسادسها ان جهالة المدة تمنع من صحتها أيضا وسابعها أن الخراج مؤبد وتأبيد الاجارة باطل وثامنها ان الاجارة لا تسقط بالاسلام والخراج يسقط عنده وتاسعها ان عمر قد أخذ الخراج من النخل ونحوه ولا يجوز اجارتها وعاشرها أن جماعة من الصحابة اشتروها فكيف يبيعون الارض المستأجرة وكيف يجوز لهم شراؤها قال رحمه الله (ولو أحيا أرضا موانا يعتبر قربه) أى قرب ما أحيا فان كانت الى الخراج أقرب فهى خراجية وان كانت الى العشر أقرب فهى عشرية وهذا عند أبى يوسف لان حيز الشئ يعطى له حكمه كفناء الدار يعطى له حكم الدار حتى يجوز لصاحبها الانتفاع به وكذا لا يجوز احياء ما قرب من العامر وقال محمد رحمه الله ان أحياها بماء الخراج كالانهار التى احتفرتها الاعاجم فهى خراجية والا فعشرية لما ذكرنا وهذا التفصيل فى حق المسلم وأما الكافر فيجب عليه الخراج مطلقا قال رحمه الله (والبصرة عشرية) لاجماع الصحابة على ذلك والقياس أن تكون خراجية لانها فتحت عنوة وأقر أهلها عليها من جملة أراضى العراق ولكن ترك ذلك باجماعهم وهذا يورد إشكالا على قول أبى يوسف رحمه الله حيث لم يعتبر فيها الحيز وليس هذا بظاهر لانه انما يعتبر الحيز فى الاراضى المحياة لا فى المفتوحة عنوة ثم الخراج على نوعين خراج مقاسمة وهو أن يكون الواجب جزأ شائعا من الخارج كالربع والخمس ونحو ذلك وخراج وظيفة وهو أن يكون الواجب شيأ فى الذمة يتعلق بالتمكن من الزراعة وهو ما وضعه عمر رضى الله عنه على سواد العراق

ضابطه فانها عشرية عنده وان كانت من حيز أرض الخراج لاجماع الصحابة على جعلها عشرية كما ذكره أبو عمر بن عبد البر وغيره فترك القياس فيها كذلك اه (قوله وهو ما وضعه عمر رضى الله عنه على سواد العراق) قال فى الهداية والخراج الذى وضعه عمر على أهل السواد من كل جريب يبلغه الماء قفيز هاشمى وهو الصاع ودرهم ومن جريب الرطبة خمسة دراهم ومن جريب الكرم المتصل والنخل المتصل عشرة دراهم قال الاتقانى وهذا لفظ القدورى فى مختصره اعلم أن القفيز الواجب فى الخراج مطلق عن قيد الهاشمى والحجاجى فى أكثر نسخ الفقه كالكافى للحاكم الشهيد والشامل وشرح الطحاوى وشروح الجامع الصغير للفقيه أبى الليث وفخر الاسلام البزدوى وغير ذلك وقال الولوالجى فى فتاواه القفيز هو الحجاجى وهو ثمانية أرطال وهو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم وانما نسب الى الحجاج لانه أخرجه بعد ما فقد وانه يسع فيه ثمانية أرطال وهى أربعة أمناء على وفى قول أبى يوسف خمسة أرطال وثلث رطل وكذلك قال فى خلاصة الفتاوى قلت هذا هو الصحيح لان محمدا ذكر فى أول كتاب الخراج من الاصل فما كان من أرض الخراج من عامر أو غامر مما يبلغه الماء مما يصلح للزراعة ففى كل جريب قفيز ودرهم فى كل سنة زرع ذلك صاحبه فى السنة مرة أو مرارا أو لم يزرعه كله سواء وفى كل سنة قفيز ودرهم فى كل جريب زرع والقفيز قفيز الحجاج وهو ربع الهاشمى وهو مثل الصاع الذى كان على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثمانية أرطال الى هنا لفظ محمد فى الاصل ولان الحجاج كان يمن على أهل العراق بصاع عمر وصاع عمر هو صاع النبى صلى الله عليه وسلم فاذا كان صاع عمر هو الحجاجى الذى هو صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم فكيف

على ما يجيء بيانه قال رحمه الله (وخراج جريب صلح للزرع صاع ودرهم وفي جريب الرطبة خمسة دراهم وفي جريب الكرم والنخل المتصل عشرة دراهم) لانه المنقول عن عمر رضي الله عنه فانه بعث عثمان بن حنيف وحذيفة بن اليمان فمسحا سواد العراق فبلغت ستة وثلاثين ألف ألف جريب ووضعاه على نحو ما قلنا بمحضر من الصحابة من غير نكير فكان اجماعا ولان المؤن متفاوتة فيجب على أخفها الاكثر وعلى أشدها الاقل وعلى الوسط الوسط والجريب ستون ذراعا في ستين ذراعا بذراع كسرى وانه يزيد على ذراع العامة بقبضة وقيل هذا جريب سواد العراق وفي غيرهم يعتبر على ما هو المتعارف عندهم والصاع أربعة أمناء والمن مائتان وستون درهما ويعطى الدرهم من أجود النقود وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى قاضيخان ان القفيز من الحنطة أو الشعير بلفظ التخيير وقال في الكافي هو يكون من الحنطة وقال كذا في كتاب العشر والخراج ثم قال وذكر في موضع آخر ويكون هذا القفيز مما يزرع في تلك الارض وهو الصحيح وما ليس فيه توظيف عمر رضي الله عنه مما سوى ما ذكرنا كالزعفران والبستان يوضع عليه بحسب الطاقة اعتبارا بما وضعه عمر رضي الله عنه ألا ترى أنه اعتبر الطاقة حيث قال لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق فقالا لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت قالوا ونهاية الطاقة أن يبلغ الواجب نصف الخارج ولا يزاد عليه لان التنصيف عين الانصاف لما كان لنا أن نقسم الكل بين الغانمين ولا يزاد عليه لان للاكثر حكم الكل قال رحمه الله (وان لم تطق ما وظف نقص بخلاف الزيادة) يعني لا تجوز وان أطاقت لان قول عمر رضي الله عنه لعلكما حملتما الارض ما لا تطيق وقولهما لا بل حملناها ما تطيق ولو زدنا لاطاقت يدل على جواز النقصان عند عدم الطاقة وعلى عدم جواز الزيادة عند الطاقة للزيادة لان مراد عمر رضي الله عنه أن ينقصه عند عدم الطاقة لما وضع فلولا أنه يجوز لما قصد ذلك وأخبراه بانها تطيق أكثر من ذلك ولم يزد فلو كان جائزا لزاد ثم الحاصل في هذا أنه لا يجوز الزيادة على ما وظفه عمر رضي الله عنه في سواد العراق لانه خلاف اجماع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين وما وظفه امام آخر في أرض فحكمها كتوظيف عمر رضي الله عنه في العراق لانه باجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله ولو أراد أن يوظف ابتداء على أرض بقدر طاقتها

يقدر عمر الخراج بالصاع الهاشمي الذي ليس صاع رسول الله صلى الله عليه وسلم ولهذا قال أبو يوسف في كتاب الخراج تصنيفه حدثني السري عن الشعبي أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه فرض على الكرم عشرة وعلى الرطبة خمسة وعلى كل أرض يبلغها الماء درهما ومختوما قال عامر هو الحجاجي وهو الصاع الى هنا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج فعلم ان ما ذكره صاحب الهداية والنافع مقيدا بالهاشمي نظرا والصاع الهاشمي اثنان وثلاثون رطلا اهـ ما قاله الاتقاني قوله قلت هذا أي ما ذكره الولوالجي من أنه ثمانية أرطال اهـ وقوله قال عامر هو الشعبي اهـ (قوله ولان المؤن متفاوتة) هي جمع مؤنة يعني أن تفاوت المؤن له أثر في تفاوت الواجب ألا ترى أن الواجب فيما سقي سيحا من الارض العشرية هو العشر وما سقي بغرب أو دالية أو سانية نصف العشر فلما ثبت هذا قلنا لما كان مؤنة الكرم أخف وريعه أكثر كان الواجب فيه أعلى وهو عشرة دراهم وهذا لانه يبقى دهرا مديدا مع قلة المؤنة ومؤنة الزرع أثقل فجعل الواجب فيه أدنى وهو قفيز ودرهم وهذا لان الزرع يحتاج فيه الى الكراب والقاء البذر والحصاد والدياس ونحو ذلك كل سنة ومؤنة الرطاب بين بين لانه لا يحتاج الى القاء البذر في كل عام ولا تذريه فيها أصلا وتدوم أعواما لكن ليس كدوام الكرم فكان الواجب فيما بين الامرين وهو خمسة دراهم اهـ اتقاني (قوله فيجب على أخفها) أي الكرم اهـ (قوله وعلى أشدها) أي الزارع اهـ (قوله وعلى الوسط) أي الرطاب اهـ (قوله أمناء) جمع منا لغة في المن اهـ (قوله بلفظ التخيير) أي بأو اهـ (قوله والبستان) أي من أرض الخراج وقالوا البستان كل أرض يحوطها حائط وفيها نخيل متفرقة وأشجار اهـ اتقاني (قوله حيث قال) أي لحذيفة بن اليمان وعثمان بن حنيف اهـ (قوله لما كان لنا أن نقسم) يعني لما ظهرنا عليهم وسعنا أن نسترقهم ونقسم أموالهم فاذا قاطعناهم كان التنصيف عين الانصاف اهـ كي (قوله في المتن وان لم تطق ما وظف) قال في المصباح وظفت عليه العمل توظيفا قدرته اهـ (قوله ولو أراد أن يوظف ابتداء على أرض بقدر طاقتها الخ) قال الاتقاني رحمه الله في شرح الطحاوي أجمعوا على أنها اذا كانت لا تطيق قدر خراجها الموضوع نقص وأخذ منها قدر ما تطيق وذلك لان المعتبر هو الطاقة بالاثر بيانه فيما قال في خلاصة الفتاوى بقوله فان كانت الارض لا تطيق أن يكون الخارج خمسة دراهم بان كان الخارج لا يبلغ عشرة دراهم يجوز أن ينتقص حتى يصير الخراج مثل نصف الخارج أما اذا كانت تطيق ذلك وزيادة فقال الولوالجي في فتاواه أجمعوا أن الزيادة على وظيفة عمر رضي الله عنه في سواد العراق وفي بلدة وظف الامام عليها الخراج لا يجوز فأما في بلدة أراد الامام أن يبتدئها بالتوظيف قال أبو يوسف لا يزيد وقال محمد يزيد وعن أبي حنيفة مثل قول أبي يوسف وجه قول محمد أن النقصان عند قلة الريع جائز فينبغي أن يجوز زيادة التوظيف عند زيادة الريع ووجه قول أبي يوسف أن عمر رضي الله عنه لم يزد في التوظيف فلو جاز لزاد ألا ترى الى قول حذيفة وعثمان بن حنيف ولو زدنا لاطاقت وقال في المختلف في خلاف أبي يوسف مع محمد لا تجوز الزيادة على الخراج الموظف بتوظيف الامام وان أطاقت الارض وقال محمد يجوز وهذا يرد دعوى الاجماع من مدعيه اهـ

زيادة على ماوظفه عمر جاز عند محمد لانه انشاء حكم باجتهاد وليس فيه نقض حكم وعند أبي يوسف لا يجوز وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان خراج التوظيف مقدر شرعا واتباع الصحابة رضي الله عنهم أجمعين فيه واجب لان المقادير لا تعرف الا توقيفا والتقدير يمنع الزيادة لان النقصان يجوز اجماعا فتعين منع الزيادة لئلا يخلو التقدير عن الفائدة قال رحمه الله (ولا خراج ان غلب على أرضه الماء أو انقطع أو أصاب الزرع افة) أما في الفصلين الاولين فلفوات النماء التقديري المعتبر في الخراج وهو التمكن من الزراعة في كل الحول وكونه ناميا في جميع الحول شرط وأما الثالث فلانه اذا وجد الاصل الذي كان التمكن قائما مقامه سقط الخلف وتعلق الحكم بالاصل فاذا هلك بطل ما تعلق به وصار كالعشر في هذه الحالة فيسلم بسلامة الخارج ويبطل بهلاكه وعلى هذا لو منعه انسان من الزراعة لا يجب عليه الخراج لانه لم يتمكن من الزراعة والتمكن شرط فيه وقالوا في الاصطلام انما يسقط عنه اذا لم يبق من السنة مقدار ما يمكنه أن يزرع الارض ثانيا وأما اذا بقي من المدة قدر ذلك فلا يسقط والمراد بالاصطلام أيضا أن يذهب كل الخارج أما اذا ذهب بعضه فان بقي مقدار الخراج ومثله بان بقي مقدار درهمين وقفيزين يجب الخراج لانه لا يزيد على نصف الخارج وان بقي أقل من ذلك يجب نصفه لان التنصيف عين الانصاف على ما مر قال رحمه الله (وان عطلها صاحبها أو أسلم أو اشترى مسلم أرض خراج يجب) أي يجب الخراج في هذه الصور أما اذا عطلها صاحبها فلان التمكن كان ثابتا وهو المعتبر في هذا الباب فلا يعذر في التقصير هذا اذا كانت الارض صالحة للزراعة

(قوله جاز عند محمد) أي وأحمد ومالك والشافعي في قول اه كي (قوله في المتن أو أصاب الزرع آفة) من الحر والبرد أو نحو ذلك اه اتقاني (قوله فلا يعذر في التقصير) قال الاتقاني بخلاف ما اذا عطلها وهو متمكن من الزراعة حيث يكون الخراج دينا في ذمته لتعلق الخراج بالنماء التقديري حينئذ ألا ترى أن رجلا لو استأجر بيتا أو حانوتا فعطله المستأجر فعليه الاجر فلو لم يتمكن من الانتفاع بان غصبه غاصب أو نحو ذلك لا يجب الاجر وذكر أبو الليث ههنا سؤالا وجوابا في شرح الجامع الصغير فقال فان قيل لو استأجر رجل أرضا يزرعها فاصطلمت الزرع افة فانه يجب عليه الاجر قيل الاجر يجب الى وقت هلاك الزرع ولا يجب عليه بعد ذلك وليس الاجر بمنزلة الخراج لان الخراج وضع على مقدار الخارج اذا صلحت الارض للزراعة فاذا لم تخرج الارض شيأ جاز اسقاطه والاجر لم يوضع على مقدار الخارج فجاز ايجابه وان لم يخرج قال الولوالجي وخراج الوظيفة والمقاسمة لا يسقط بهلاك الخارج بعد الحصاد لانه واجب في الذمة بسبب الخارج وقبل الحصاد يسقط لانه غير واجب في الذمة بخلاف الزكاة لانها واجبة في المال لا في الذمة اه قال قاضيخان في باب الاجارة رجل استأجر أرضا ليزرعها فأصاب الزرع افة فهلك أو غرق ولم ينبت كان عليه الاجر كأنه قد زرع ولو غرقت الارض قبل أن يزرعها فلا شيء عليه وكذا لو غصبها رجل وزرعها الا أجر على المستأجر ولو كانت في يد المستأجر فلم يزرعها حتى مضت السنة كان عليه الاجر وكذا لو زرع البعض ولم يزرع البعض اه قال في المبسوط وان زرعها فأصاب الزرع آفة فذهب لم يؤخذ الخراج منه لانه مصاب فيستحق المعونة وان أخذناه بالخراج كان فيه استئصال وما جد من سير الاكاسرة أنهم كانوا اذا اصطلم الزرع افة يردون على الدهاقين من خزائنهم ما أنفقوا في الارض ويقولون التاجر شريك في الخسران كما هو شريك في الربح فان لم نرد عليه شيأ فلا أقل من أن لا يؤخذ منه الخراج وهذا بخلاف الاجر فانه يجب بقدر ما كانت الارض مشغولة بالزرع لان الاجر عوض المنفعة فبقدر ما استوفى من المنفعة يصير الاجر دينا في ذمته فأما الخراج فانه صلة واجبة باعتبار ريع الارض فلا يمكن ايجابها بعد ما اصطلم الزرع افة لانه ظهر انه لم يتمكن من استغلال الارض بخلاف ما اذا عطلها اه قال في الخلاصة في كتاب الاجارات والمسائل وفي المزارعة الصغيرة رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصابت الزرع افة فهلك أو غرقت الارض ولم تنبت فعليه الاجر ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه قال في المحيط والفتوى على أنه لا أجر على المستأجر فيما بقي من المدة بعد هلاك الزرع الا اذا تمكن من اعادة زرع مثله أو دونه في الضرر بالارض وكذا لو منعها غاصب لان في المسئلة الاولى يمكنه أن يزرع اخر وان غرقت قبل ذلك لا يمكنه أن يزرع ولو قبض الارض ولم يزرعها حتى مضت السنة يجب عليه تمام الاجر اه قال الولوالجي في كتاب الاجارة في الفصل الاول رجل استأجر أرضا ليزرعها فزرعها فأصاب الزرع افة فهلك أو غرق فلم ينبت فعليه الاجر تاما لانه قد زرع هكذا في واقعات الناطفي ولو غرقت قبل أن يزرعها فلا أجر عليه لانه لم يتمكن من الانتفاع اه ثم قال الولوالجي بعد هذا ما نصه اذا استأجر أرضا للزراعة سنة ثم اصطلم الزرع افة قبل مضي السنة فما وجب من الاجر قبل الاصطلام لا يسقط وما وجب بعد الاصطلام يسقط لان الاجر انما يجب بازاء المنفعة شيأ فشيأ فما استوفى من المنفعة وجب عليه الاجر وما لم يستوف انفسخ العقد في حقه فيسقط الاجر فرق بين هذا وبين الخراج فانه اذا زرع أرضا خراجية فأصاب الزرع افة فذهب لم يؤخذ الخراج لانه لم يسلم له النماء حقيقة ولا اعتبارا لان الفوات ما كان من جهته حتى يصير سالما اعتبارا فكان سبب وجوب الخراج ملك أرض نامية حولا كاملا إما حقيقة أو اعتبارا فاذا فات النماء في مدة الحول ظهر أن الخراج لم يكن واجبا وقد ذكرنا قبل هذا على خلاف هذا والاعتماد على هذه الرواية اه ما قاله الولوالجي

والمالك متمكن من الزراعة ولم يزرعها وأما اذا عجز المالك عن الزراعة باعتبار قوته وأسبابه فللامام أن يدفعها الى غيره مزارعة ويأخذ الخراج من نصيب المالك ويمسك الباقى له وان شاء آجرها وأخذ الخراج من أجرتها وان شاء زرعها بنفقة من بيت المال وأخذ الخراج من نصيب صاحب الارض وان لم يتمكن من ذلك ولم يجد من يقبل ذلك باعها وأخذ من ثمنها الخراج وقال فى النهاية هذا بلا خلاف لانه الحاق الضرر بالواحد لاجل العامة وعن أبى يوسف انه يدفع الى العاجز كفايته من بيت المال قرضا ليعمل فيها ولو انتقل الى أخس مما كان يزرعها من غير عذر فعليه خراج الاعلى لانه هو الذى ضيع الزيادة وهذا يعرف ولا يفتى به كيلا يتجرأ الظلمة على أخذ أموال الناس بالدعاوى الباطلة بأن يقول كانت هذه الارض قبل هذا كيت وكيت لشئ هو أحسن مما فيها افتسد هذا حتى لا ينفتح لهم باب الظلم وأما اذا أسلم صاحب الارض الخراجية فلان الخراج فيه معنى المؤنة ومعنى العقوبة فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء فيبقى على المسلم وعقوبة فى الابتداء فلا يبتدأ المسلم به ولان الخراج من أثر الكفر فجاز بقاؤه على المسلم كالرق بخلاف الجزية لان الرأس لا مؤنة فيه فيسقط والارض لا تخلو عن مؤنة فلو سقط الخراج لاحتجنا الى ايجاب شئ آخر من المؤن ولان فى الجزية صغارا أيضا فلا تبقى بعد الاسلام بخلاف الخراج وقد روى ان جماعة من الصحابة رضى الله عنهم اشتروا الارض الخراج وأدوا خراجها فدل على بقائه على المسلم وجواز شرائه وأدائه من غير كراهة وأما اذا اشترى المسلم أرض الخراج فلما بينا ثم ان بقى من السنة مقدار ما يتمكن المشترى من الزراعة فالخراج عليه والا فعلى البائع قال رحمه الله (ولا عشر فى خارج أرض الخراج) وقال الشافعى رحمه الله يجب فيه العشر مع الخراج لانهما حقان مختلفان ذاتا ومحلا وسببا ومصرفا فان الخراج مؤنة فيها معنى العقوبة والعشر مؤنة فيها معنى العبادة والخراج يجب فى الذمة والعشر فى الخارج ويجب الخراج بالتمكن والعشر بحقيقة الخارج ويصرف الخراج فى مصالح المسلمين والعشر للفقراء فوجوب أحدهما لا ينافى الآخر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا يجتمع عشر وخراج فى أرض مسلم ولان أحدا من أئمة العدل والجور لم يجمع بينهما فصار اجماعا عملا وكفى بهم قدوة ولان الخراج يجب فى أرض فتحت عنوة وقهرا وأقر أهلها عليها والعشر فى أرض أسلم أهلها عليها طوعا أو قسمت بين الغانمين والوصفان لا يجتمعان فى أرض واحدة وسبب الحقين واحد وهى الارض النامية الا أنه يعتبر فى العشر تحقيقا وفى الخراج تقديرا ولهذا يضافان الى الارض والاضافة تدل على الاختصاص وهو بالسببية وكل واحد منهما مؤنة أرض نامية ولا يجتمع وظيفتان بسبب أرض واحدة وعلى هذا الخلاف الزكاة مع العشر أو الخراج حتى لو اشترى أرضا عشرية أو خراجية للتجارة ففيها العشر أو الخراج دون زكاة التجارة عندنا وعنده تجب الزكاة مع أحدهما ومحمد رحمه الله معه فيه لاختلاف محلهما لان العشر محله الخارج وكذا الخراج لكن فى أحدهما حقيقة وفى الآخر تقديرا والزكاة محلها مال التجارة وهى الارض فلا تنافى بينهما كدين ثمن الارض معهما بخلاف العشر والخراج لان محلهما واحد على ما بينا قلنا إن العشر والخراج مؤنة الارض النامية ولهذا يضافان اليها وكذا الزكاة وظيفة المال النامى وكذا العشر والخراج واحد وهو الارض النامية وكل واحد منهما يجب حقا لله تعالى فلا يجب بسبب ملك مال واحد حقان لله تعالى كما لا تجب زكاة السائمة وزكاة التجارة باعتبار مال واحد فصار كالعشر والخراج بخلاف دين ثمن الارض مع أحدهما لان الدين يجب للعبد والعشر والخراج لله تعالى فلا يتنافيان بل يجتمعان وان كانا بسبب ملك مال واحد ثم اذا ثبت أنهما لا يجتمعان كان العشر أو الخراج أولى من الزكاة بالوجوب لانهما صارا وظيفة لازمة لها ولا يسقطان بعذر الصبا والجنون والرق وهما أسبق وجوبا من الزكاة فتترك على حالها ثم الخراج لا يتكرر بتكرر الخارج فى سنة لان عمر رضى الله عنه لم يوظفه مكررا بخلاف العشر لانه لا يتحقق كونه عشرا الا بوجوبه فى كل الخارج والله أعلم

(قوله ولو انتقل الى أخس مما كان يزرعها من غير عذر) أى كمن له أرض الزعفران فتركها وزرع الحبوب فعليه خراج الزعفران وكذا لو كان له كرم فقلع وزرع الحبوب فعليه خراج الكرم اه كاكى (قوله فعليه خراج الاعلى) قال الولوالجى فى فتاواه ولو غرس حربى من أرضه كرما فلم يطعم سنين كان عليه كل سنة قفيز ودرهم لان وظيفة هذه الارض قبل الغرس قفيز ودرهم فى كل جريب فتبقى كذلك ما لم يؤخذ منه خراج الكرم وان أدركت ثمارها يبلغ قيمته عشرين درهما فصاعدا أخذ منه عشرة دراهم لانه صار كرما صورة ومعنى اه اتقانى (قوله فيعتبر مؤنة فى حالة البقاء) قال الاتقانى اعلم أن الارض الخراجية تبقى على حالها خراجية بعد اسلام صاحبها ولا تتغير الى العشر لان عمر رضى الله عنه وضع على أهل السواد الخراج ثم أسلموا فبقى الخراج كما كان اه (قوله فيبقى على المسلم) أى لانه أهل لالتزام المؤنة اه (قوله الارض الخراج) كذا بخط الشارح اه (قوله بخلاف العشر لانه لا يتحقق الخ) قال الحاكم فى الكافى ولا يؤخذ خراج الارض فى السنة الا مرة وان أغلها صاحبها مرات والقدوة فى هذا الباب عمر رضى الله عنه لانه لم يوجب الخراج مكررا وينبغى أن يكون هذا فى الخراج الموظف لان خراج المقاسمة حكمه حكم العشر ويكون ذلك فى الخارج قال فى شرح الطحاوى فلما كان حكمه حكم العشر والعشر يجب فى كل خارج فكذلك خراج المقاسمة اه اتقانى

﴿فصل في الجزية﴾ قال رحمه الله (الجزية لو وضعت بتراض وصلح لا يعدل عنها) لانها تتقرر بحسب ما يقع عليه الاتفاق كما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما انه قال صالح رسول الله صلى الله عليه وسلم أهل نجران على ألفي حلة النصف في صفر والنصف في رجب يؤدونها وعارية ثلاثين درعا وثلاثين فرسا وثلاثين بعيرا وثلاثين من كل صنف من أصناف السلاح يغزون بها والمسلمون ضامنون لها حتى يردوها عليهم الحديث رواه أبو داود وكانوا نصارى وهم أول من أعطى الجزية من أهل الكتاب وعن عمر بن عبد العزيز أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب الى أهل اليمن ان على كل انسان منكم دينارا كل سنة أو قيمته من المعافر رواه الشافعي في مسنده قال رحمه الله (والا يوضع على الفقير المعتمل في كل سنة اثنا عشر درهما وعلى وسط الحال ضعفه وعلى المكثر ضعفه) يعني اذا لم يوضع بالتراضي بل وضعت بالقهر بان غلب الامام على الكفار وأقرهم على أملاكهم فيوضع على الفقير المعتمل في مثل هذه الحالة اثنا عشر درهما يؤخذ منه في كل شهر درهم وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما يؤخذ منه في كل شهر درهمان وعلى المكثر وهو الغني الظاهر الغنى ثمانية وأربعون درهما يؤخذ منه في كل شهر أربعة دراهم نقل ذلك عن عمر وعثمان وعلي والصحابة متوافرون ولم ينكر عليهم أحد منهم فصار اجماعا وقال الشافعي رحمه الله يضع الامام على كل حالم دينارا لما روينا قلنا كان ذلك بالصلح ولفظه يدل عليه فانه قال ان على كل انسان منهم دينارا ولم يجب على الكل الا بالتراضي والصلح وأما الجزية التي يضعها الامام ابتداء فليس له أن يضع الا على الرجال والذي يدل على ذلك ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا وهذا تصريح بأنها كانت بالصلح لان الحالمة لا يؤخذ منها الا به ولانها وجبت نصرة على المقاتلة فتجب على التفاوت بمنزلة خراج الارض وهذا لان نصر الدين واجب بالنفس والمال ونفسه لا تصلح بخلاف

﴿فصل﴾ لما فرغ من ذكر خراج الارض شرع في خراج الرؤس وهو الجزية وقدم خراج الارض لقوته لانه يجب في أرض الكفار اذا فتحت أسلموا أو لم يسلموا وخراج الرأس لا يجب بعد الاسلام أولانه ذكر في الباب المتقدم العشر والخراج والعشر مقدم على خراج الرأس لان فيه معنى القربة وهو أيضا مما يبتدأ به على المسلم فقدم خراج الارض أيضا لان سببهما واحد وهو الارض النامية اهـ اتقاني (قوله نجران) قال الاتقاني ونجران بلاد أهلها نصارى كذا في الصحاح والمغرب اهـ وفي المصباح ونجران بلدة من بلاد همدان من اليمن قال البكري سميت باسم بانيها نجران بن زيد بن يشجب بن يعرب بن قحطان اهـ (قوله حلة) والحلة ازار ورداء كذا قالوا اهـ اتقاني (قوله المعافر) قال في المغرب ثوب معافري منسوب الى معافر بن مر وعليه حديث معاذ أو عدله معافر أي مثله بردا من هذا الجنس ومعافير بزيادة الياء ومعافري بالضم ومعافري غير منون كلاهما لحن اهـ (قوله اذا لم يوضع بالتراضي) قال الكمال ويستحب للامام أن يماكسهم حتى يأخذ من المتوسط دينارين ومن الغني أربعة دنانير اهـ (قوله وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما) قال الاتقاني ثم تفاوت مقدار الجزية على حسب تفاوت الطبقات مذهبنا وقال مالك الجزية أربعة دنانير على أهل الذهب وأربعون درهما على أهل الورق وقد روى ذلك عن عمر رضي الله عنه كذا قال فخر الاسلام وعند الشافعي دينارا واثنا عشر درهما يستوى في ذلك الغني والفقير لما روى صاحب السنن عن معاذ رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ولاه اليمن أمره أن يأخذ من كل حالم يعني محتلم دينارا أو عدله من المعافري ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى عن الحكم ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه وجه حذيفة ابن اليمان وعثمان بن حنيف الى السواد فمسحا أرضها ووضعا عليهم الخراج وجعلا الناس ثلاث طبقات على ما قلنا فلما رجعا الى عمر أخبراه بذلك وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع ثم بعد ذلك عمل عثمان كذلك ثم علي كذلك ولا يقال انه كان بالتراضي والصلح ولا كلام لنا فيه وكلامنا اذا وظف عليهم المال بغير رضاهم لانا نقول لا نسلم لان السواد فتح عنوة لا صلحا والمعقول أن الجزية حق يبتدأ به الكافر فوجب فيه التفاوت كما في خراج الارض والجواب عن حديث الشافعي فنقول ذلك ليس بحجة علينا لان أهل اليمن كانوا أهل فاقة فعلى المعسر عندنا اثنا عشر درهما ودينارهم في ذلك الوقت كان اثني عشر درهما يدل على ذلك ما روى البخاري في الصحيح عن ابن عيينة عن ابن أبي نجيح قلت لمجاهد ما شأن أهل الشام عليهم أربعة دنانير وأهل اليمن عليهم دينار قال جعل ذلك من قبل اليسار قلت هذا هو الوجه الصحيح في معنى معاذ وقد قال بعض أصحابنا هو محمول على ما وقع الصلح عليه اهـ (قوله حالم) أي بالغ ولا فرق بين الغني والفقير اهـ وكتب ما نصه يعني محتلم اهـ (قوله قال لمعاذ خذ من كل حالم وحالمة دينارا) أي أو عدله معافر اهـ هداية والعدل بالفتح المثل من خلاف الجنس وبالكسر المثل من الجنس والمعافر ثوب منسوب الى معافر بن مر ثم صار اسما للثوب بغير نسبة كما ذكر في المغرب اهـ كاكي وكتب ما نصه قال الكاكي وحديث معاذ منقطع ذكره البيهقي اهـ (قوله ولانها وجبت نصرة) أي خلفا عن النصرة التي فاتت بالاصرار على الكفر لان من هو في دار الاسلام فعليه القيام بنصره اهـ دراية (قوله والمال ونفسه لا يصلح) أي لميلهم الى أهل الدار المعادية فيشوشون علينا في الحرب فيؤخذ منهم المال أي الجزية خلفا عن النصرة بالنفس والمال ولهذا صرفت الى المقاتلة دون الفقراء وضربت على الصالحين للقتال الذين يلزمهم القتال اذا كانوا مسلمين فتختلف

المال فيجب على التفاوت أو نقول انها بدل عن النصرة بهما والنصرة بهما تتفاوت بقوة النفس وكثرة الوفر فالفقير ينصر راجلا والمتوسط راكبا والفائق يركب ويركب غلامه فكذا بدله ثم ذكر في المبسوط أن الفائق في الغنى هو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج الى العمل ولا يمكن ان يقدر بشئ في المال بتقدير فان ذلك يختلف باختلاف البلدان والاعصار في العراق من يملك خمسين ألفا لا يعد وسط الحال وفي ديارنا من يملك عشرة آلاف يعد غنيا فيجعل ذلك موكولا الى رأى الامام والمتوسط الذى له مال لكنه لا يستغنى بماله عن الكسب والفقير المعتمل هو الذى يكسب أكثر من حاجته وذكر في النهاية معزيا الى الايضاح لو مرض الذمى السنة كلها فلم يقدر أن يعمل وهو موسر لا يجب عليه خراج رأسه لما ذكرنا انه يجب على الصحيح المعتمل وكذا لو مرض أكثرها اقامة للاكثر مقام الكل وكذا لو مرض نصف السنة ترجيحا لجانب الاسقاط في العقوبة ذكره في الاختيار قال رحمه الله (وتوضع على كتابى ومجوسى ووثنى عجمى) لقوله تعالى من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد ووضع عليه الصلاة والسلام الجزية على المجوس وروى عن عمر رضى الله عنه أنه لم يأخذ الجزية من المجوس حتى شهد عبد الرحمن بن عوف أن النبى صلى الله عليه وسلم أخذها من مجوس هجر رواه أحمد والبخارى وجماعة أخر وروى أن عمر ذكر المجوس فقال ما أدرى كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن بن عوف أشهد أنى سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سنوا بهم سنة أهل الكتاب رواه الشافعى رحمه الله وهو دليل على أنهم ليسوا من أهل الكتاب وعن المغيرة بن شعبة رضى الله عنه أنه قال لعامل كسرى أمرنا نبينا صلى الله عليه وسلم أن نقاتلكم حتى تعبدوا الله تعالى وحده لا شريك له أو تؤدوا الجزية رواه أحمد والبخارى وكانوا عبدة الاوثان وفيه خلاف الشافعى والحجة عليه ما ذكرنا ولانه يجوز استرقاقهم فكذا وضع الجزية عليهم لانها استرقاق معنى اذ يلحقه الصغار والذل ويؤدى كسبه للمسلمين ونفقته في كسبه وأى رق يكون أعظم من ذلك قال رحمه الله (لا عربى ومرتد) أى لا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب ولا على المرتد لتغلظ كفرهما أما مشركو العرب فلانه عليه الصلاة والسلام نشأ بين أظهرهم والقرآن نزل بلغتهم والمعجزة في حقهم أظهر لانهم كانوا أعرف بمعانيه ووجوه الفصاحة فغلظ عليهم قال الله تعالى تقاتلونهم أو يسلمون وأما المرتد فلانه كفر بربه بعدما رأى محاسن الاسلام وبعدما هدى اليه فلا يقبل من الفريقين الا الاسلام أو السيف زيادة في العقوبة في حقهم واذا ظهر عليهم فنساؤهم وذراريهم فىء لانه عليه الصلاة والسلام كان يسترق ذرارى مشركى العرب وأبو بكر استرق نساء بنى حنيفة وصبيانهم وكانوا مرتدين ومن لم يسلم من

باختلاف حالهم في الفقر والغنى اعتبارا بأصل النصرة اهـ كاكى (قوله وكثرة الوفر) قال الاتقانى والوفر في اللغة المال الكثير وأراد هنا مطلق المال فلو قال بكثرة المال كان أولى اهـ (قوله والفقير المعتمل) قال الاتقانى والمعتمل الذى يقدر على العمل وان لم يحسن حرفة اهـ قال الكمال والمعتمل المكتسب والاعتمال الاضطراب في العمل وهو الاكتساب وقيد بالاعتمال لانه لو كان مريضا في نصف السنة فصاعدا لا يجب عليه شئ أما لو لم يعمل وهو قادر فعليه الجزية كمن عطل الارض اهـ (قوله في المتن وتوضع على كتابى) أما أهل الكتاب فجائز ضرب الجزية عليهم مطلقا سواء كانوا من العرب أو من العجم فلاجل هذا ذكر أهل الكتاب مطلقا حتى يشمل الفريقين اهـ اتقانى (قوله فقال ما أدرى كيف أصنع في أمرهم فقال له عبد الرحمن الخ) قال أبو يوسف في كتاب الخراج حدثنا بعض الشيخة عن جعفر بن محمد عن أبيه قال ذكر لعمر بن الخطاب قوم يعبدون النيران ليسوا بيهود ولا نصارى ولا أهل كتاب فقال عمر ما أدرى ما أصنع بهؤلاء فقام عبد الرحمن بن عوف فقال أشهد على رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال سنوا بهم سنة أهل الكتاب الى هنا لفظ أبى يوسف في كتاب الخراج اهـ اتقانى قال في السنن قال ابن عباس فأخذ الناس بقول عبد الرحمن بن عوف يعنى في قبول الجزية من المجوس اهـ اتقانى (قوله وفيه خلاف الشافعى) ذهب الشافعى رحمه الله الى أن الجزية لا توضع على عبدة الاوثان من العجم كما لا توضع على عبدة الاوثان من العرب اهـ وكتب ما نصه هو يقول ان القتال واجب لقوله تعالى وقاتلوهم الا أنا عرفنا جواز تركه في حق أهل الكتاب بالكتاب وفي حق المجوس بالخبر فبقى ما وراءهم على الاصل اهـ هداية (قوله ولانه يجوز استرقاقهم) أى عبدة الاوثان من العجم اهـ (قوله فكذا وضع الجزية عليهم) أى كالكتابى اهـ (قوله ويؤدى كسبه للمسلمين ونفقته) أى وان ظهر عليهم أى على أهل الكتاب والمجوس وعبدة الاوثان من العجم قبل ذلك أى قبل وضع الجزية فهم فىء والامام الخيار بين الاسترقاق وضرب الجزية اهـ كاكى (قوله في المتن لا عربى ومرتد) أى سواء كان من العجم أو العرب ولا خلاف في المرتد اهـ كاكى (قوله لا توضع الجزية على عبدة الاوثان من العرب) قيد عبدة الاوثان من العرب لما أن الجزية توضع على أهل الكتاب منهم ذكره في جامعى فخر الاسلام وشمس الائمة لان قوله تعالى حتى يعطوا الجزية لم يفصل اهـ كى (قوله تقاتلونهم أو تسلمون) أى الى أن يسلموا والآية في عبدة الاوثان من العرب اهـ كى (قوله واذا ظهر عليهم) أى على مشركى العرب والمرتدين اهـ كى (قوله وكانوا مرتدين) أى وقسمهم بين الغانمين حتى وقع في سهم على الحنفية فولد منها محمد بن الحنفية اهـ كاكى

(قوله ولهذا تجبر نساء المرتدين الخ) قال الاتقاني قالوا ان نساء المرتدين وصبيانهم يجبرون على الاسلام وتفسيره الحبس ثلاثة أيام أو الى الاسلام وسيجيء في باب المرتدين أما صبيانهم فانما يجبرون تبعا لا بائهم حيث تجبر آباؤهم وأما نساؤهم فانما يجبرن لسبق الاسلام منهن بخلاف نساء مشركي العرب وصبيانهم لانهم لا جبر على آبائهم فكذا على صبيانهم وكذا على نسائهم لانه لم يسبق منهن الاسلام اه (قوله في المتن ومكاتب) أي ومدبر وأم ولد اه هداية (قوله في المتن وأعمى وفقير) أي وكذا المفلوج والشيخ الكبير لما بينا وعن أبي يوسف أنه يجب اذا كان له مال لانه يقتل في الجملة اذا كان له رأى اه هداية (قوله في المتن وراهب لا يخالط) قال في الهداية ولا توضع على الرهبان الذين لا يخالطون الناس كذا ذكره هنا وذكر محمد رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه يوضع عليهم اذا كانوا يقدرون على العمل وهو قول أبي يوسف ووجه الوضع عليهم أن القدرة على العمل هو الذي ضيعها فصار كتعطيل الارض الخراجية ووجه الوضع عنهم أنه لا قتل عليهم اذا كانوا لا يخالطون الناس والجزية في حقهم لاسقاط القتل اه (قوله وقال الشافعي لا تسقط بهما الخ) وهكذا الخلاف لو عمي أو صار مقعدا أو زمنا أو شيخا كبيرا لا يستطيع العمل أو صار فقيرا لا يقدر على شئ وبقي من الجزية عليه شئ يسقط عندنا خلافا لهم اه دراية (قوله لانها استقرت في ذمته بدلا عن العصمة) أي التي تثبت للذمي بعقد الذمة كما هو قول للشافعي اه فتح (قوله أو عن السكنى) أي في دار الاسلام كما هو قول له آخر اه فتح (قوله وقد وصل اليه المعوض) أي وهو حقن دمه وسكناه الى الموت أو الى الاسلام اه (قوله والصلح عن دم العمد) أي فيما لو قتل رجلا (٣٧٨) عمدا فصالح على مال ثم مات قبل أدائه اه فتح (قوله حيث لا يسقطان بالاسلام)

رجالهم من الفريقين قتل ولم يسترق لما ذكرنا وكفر المرتد أغلظ من مشركي العرب ولهذا تجبر نساء المرتدين وذراريهم على الاسلام ولا تجبر نساء عبدة الاوثان من العرب وذراريهم على الاسلام قال رحمه الله (وصبي وامرأة وعبد ومكاتب وزمن وأعمى وفقير غير معتمل وراهب لا يخالط) أي لا توضع على هؤلاء الجزية لانها خلف عن النصرة وعقوبة ولا تجب عليهم النصرة بالقتال ولو أدرك الصبي أو أفاق المجنون أو عتق العبد أو برأ المريض قبل وضع الامام الجزية وضع عليهم وبعد وضع الجزية لا توضع عليهم لان المعتبر أهليتهم وقت الوضع اذ الامام يخرج في تعرف حالهم فيضع على من هو أهل في ذلك الوقت والا فلا بخلاف الفقير اذا أيسر بعد الوضع حيث يوضع عليه لانه أهل للجزية وانما سقطت عنه لعجزه وقد زال ذكره في الاختيار قال رحمه الله (وتسقط بالاسلام والموت) أي الجزية وقال الشافعي لا تسقط بهما بعد مضي السنة لانها استقرت في ذمته بدلا عن العصمة أو عن السكنى وقد وصل اليه المعوض فلا يسقط عنه العوض كما في الاجرة والصلح عن دم العمد حيث لا يسقطان بالاسلام ولا بالموت ولنا أنها وجبت عقوبة على الكفر أو بدلا عن النصرة ولا تبقى العقوبة على الكفر بعد الاسلام ولا يقيمها بعد الموت وقد قدر بالاسلام على النصرة ببدنه فلا يجب عوضها وبالموت عجز عن الاسلام فلا يجب الخلف اذ شرطه تصور الاصل والعصمة تثبت بكونه آدميا على ما بيناه وهو يسكن ملك نفسه فلا معنى لايجاب بدلهما ولا يرد علينا

الرق

يعني ان كانت الجزية بدلا عن السكنى تكون في معنى الاجرة فلا تسقط بالموت والاسلام كالاجرة وان كانت بدلا عن العصمة تكون في معنى بدل الصلح عن الدم وذلك لا يسقط بالاسلام والموت اه (قوله أو بدلا عن النصرة) فان قلت لا نسلم أن الجزية بدل عن النصرة ألا ترى أن الامام لو استعان باهل الذمة سنة فقاتلوا معه لا تسقط عنهم جزية تلك السنة فلو كانت بدلا لسقطت قلت انما لم تسقط لانه يلزم حينئذ تغير المشروع وليس للامام ذلك وهذا لان الشرع جعل طريق النصرة في حق الذمي المال دون النفس فان قلت الجزية حق مالي وجب على الكافر على كفره فوجب أن لا يسقط بالاسلام كخراج الارض قلت خراج الرأس فيه صغار بالنص ولهذا لا يوضع على المسلم أصلا بخلاف خراج الارض فانه ليس فيه صغار ولهذا يؤخذ في أرض خراجية للمسلم فافترقا اه اتقاني رحمه الله (قوله والعصمة الخ) جواب عن قوله وجبت بدلا عن العصمة أو السكنى بيانه أن الآدمي خلق معصوما محقون الدم لكونه مكلفا لانه لا يتأتى له القيام بأمور التكاليف الا بكونه معصوما وانما بطلت عصمته بعارض الكفر ثم لما أسلم عادت العصمة فصارت العصمة بدلا بقبول الجزية والذمي يملك موضع السكنى بشراء أو غيره من أسباب الملك فلا يجوز ايجاب البدل عليه لسكناه في موضع مملوك له فلو كانت الجزية أجرة كان وجوبها بالاجارة لا محالة والاجارة يشترط فيها التأقيت لان الابهام يبطلها وحيث لم يشترط التأقيت في السكنى دل أن الجزية ما كانت بسبيل الاجرة اه اتقاني قال الكمال ولنا ما أخرجه أبو داود والترمذي عن جرير عن قابوس بن أبي ظبيان عن أبيه عن ابن عباس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليس على مسلم جزية قال أبو داود وسئل سفيان الثوري عن هذا فقال يعني اذا أسلم فلا جزية عليه وباللفظ الذي فسره به سفيان الثوري رواه الطبراني في معجمه الاوسط عن ابن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فلا جزية عليه وضعف ابن القطان قابوسا وليس قابوس في سند الطبراني فهذا العموم يوجب سقوط ما كان استحق عليه قبل اسلامه بل هو المراد بخصوصه لانه موضع الفائدة اذ عدم الجزية ابتداء على المسلم من ضروريات الدين فلا اخبار به من جهة الفائدة ليس كالاخبار بسقوطها في حال البقاء وهذا يخص السقوط بالاسلام والوجه يعم موته واسلامه وبهذا الحديث ونحوه أجمع المسلمون على سقوط الجزية

بالاسلام فلا يرد طلب الفرق بين الجزية وبين الاسترقاق اذ كل منهما عقوبة على الكفر ثم لا يرتفع الاسترقاق بالاسلام وكذا خراج الارض وترتفع الجزية لان كلا منهما محل الاجماع فان عقلت حكمة فذاك والا وجب الاتباع على أن الفرق بين خراج الارض والجزية واضح اذ لا اذلال فى خراج الارض لانه مؤنة الارض كى تبقى فى أيدينا والمسلم من يسعى فى بقائهم المسلمين بخلاف الجزية فانها اذل على ظاهر المذهب وأما الاسترقاق فلان اسلامه بعد تعلق ملك شخص معين برقبته فلا يبطل به حق المستحق المعين بخلاف الجزية فلانه لم يتعلق بها ملك شخص معين بل استحقاق للعموم والحق الخاص فضلا عن العام ليس كالملك الخاص اهـ (قوله لانها عوض والاعواض لا تسقط) قال الكمال وأنت تعلم أن كونها وجبت عوضا وكون المتصل منها أعواضا خلاف ما تقدم وأنه يقول الشافعى الحق فان أريد بالاعواض الاجزية الواقعة عقوبة تم عليها وجه قول أبى حنيفة القائل والعقوبات تتداخل اهـ

(قوله بخلاف ما اذا أسلم على قولهما)

الرق حيث يبقى بعد الاسلام لانه فى حالة البقاء ليس بعقوبة وانما هو من الامور الحكمية حتى يسرى الى الولد تبعا بخلاف الجزية قال رحمه الله (والتكرار) أى تسقط بالتكرار ومعناه اذا لم تؤخذ منه الجزية حتى حال عليه حولان وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد لا تسقط وتؤخذ منه جزية سنتين وهو قول الشافعى رحمه الله لانها عوض والاعواض لا تسقط بمضى الزمان فصار كخراج الارض بخلاف ما اذا أسلم على قولهما لانه بعد الاسلام تعذر استيفاؤها من الوجه الذى شرعت هى فيه وهو الصغار لان المسلم يوقر ولا يحقر والمشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة فسقطت للتعذر ولابى حنيفة رحمه الله تعالى أنها عقوبة وجبت على الكفر تؤخذ منه على وجه الاذلال ولهذا لو بعثها على يد غلامه أو نائبه لا يمكن من ذلك فى أصح الروايات بل يكلف أن يحضر بها بنفسه فيعطى واقفا والقابض منه قاعد وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه هزا ويقول له أعط الجزية يا ذمى والعقوبات الواجبة لله اذا تراكمت تداخلت اذا كانت من جنس واحد كالحدود ألا ترى أن كفارات الافطار تتداخل وان كانت عبادة لما فيها من معنى العقوبة فالعقوبة التى ليس فيها معنى العبادة أولى ولانها وجبت بدلا عن القتل فى حقهم وعن النصرة فى حقنا وكلاهما يوجب السقوط لان القتل يكون فى حراب قائم فى الحال وكذا النصرة تكون فى المستقبل دون الماضى لانه مستغنى عنه فلا يتصور فيه التكرار والكثرة ولهذا لو مات عند تمام السنة أو قبل التمام لا تؤخذ منه وخراج الارض قيل على هذا الخلاف وقيل لا تداخل فيه اتفاقا لانه يجب مؤنة الارض قائما مقام العشر ولهذا لا يجتمعان والعشر يتكرر فكذا هذا وفى الجامع الصغير ومن لم يؤخذ منه خراج رأسه حتى مضت السنة وجاءت سنة أخرى لم يؤخذ منه عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يؤخذ منه فحمله بعض المشايخ على المضى مجازا وقال الوجوب بآخر السنة فلا بد من المضى ليتحقق الاجتماع ويتداخل والاصح أن الوجوب عندنا فى ابتداء الحول وأنه يجرى على حقيقته فيتحقق الاجتماع بمجرد المجىء وظاهر قوله تعالى حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون يدل على ذلك لان الله تعالى جعل الاعطاء غاية ينتهى اليه القتل ويجب ترك القتل فى أول السنة ولا ينتظر فيه الى حولان الحول فكذا الاعطاء وهذا لانها وجبت لاسقاط القتل فتجب للحال كالواجب بالصلح عن دم العمد ولان المعوض قد سلم لهم للحال فوجب عليهم العوض كذلك ولا يلزم القياس على خراج الارضين لانه فى مقابلة الانتفاع بالارض فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الاجرة ولا تلزمنا الزكاة لانها انما وجبت فى آخر الحول ليتحقق النماء اذ هى لا تجب الا فى المال النامى قال رحمه الله (ولا تحدث بيعة ولا كنيسة فى دارنا) لقوله

أى أو مات قبل استكمال السنة أو بعدها اهـ (قوله وهو الصغار) أى والعقوبات الواجبة للبقاء على الكفر وبالموت وصل الى العقاب الاكبر فلا حاجة الى الادنى قال تعالى ولنذيقنهم من العذاب الادنى دون العذاب الاكبر لعلهم يرجعون اهـ اتقانى رحمه الله (قوله وفى رواية يأخذ بتلبيبه ويهزه) التلبيب بالفتح ما على موضع اللبب من ثيابه واللبب موضع القلادة من الصدر والهز التحريك وفى شرح الطحاوى تؤخذ منه الجزية بطريق الاستخفاف له حتى يصفع أيضا حالة الاخذ اهـ معراج الدراية (قوله وخراج الارض قيل على هذا الخلاف) أى فاذا مضت سنون لم يؤخذ منه خراج عنده وعندهما يؤخذ منه ما مضى اهـ فتح (قوله فالعشر) بالفاء فى خط الشارح وفى الكافى بالواو وهو أولى اهـ (قوله وأنه يجرى على حقيقته) أى على حقيقة المجىء وهو الدخول اهـ كاكى (قوله فما لم تسلم لهم المنفعة لا تجب عليهم الاجرة) أى فلهذا لم تجب بأول الحول اهـ (قوله فى المتن ولا تحدث بيعة) لما فرغ عن بيان ما يجب على أهل الذمة من الجزية شرع فى بيان متعبداتهم ما يجوز منها وما لا يجوز اهـ (قوله ولا كنيسة) الكنيسة معبد اليهود والبيعة معبد النصارى قيل فى وجه المناسبة فى الجمع بين الخصاء والكنيسة فى الحديث ان الخصاء نوع ضعف ليس فى الفحل وكذا بناء الكنيسة فى دار الاسلام يورث الضعف فى الاسلام أو فى الخصاء تغيير ما عليه أصل الخلقة وكذا فى بناء الكنيسة تغيير عما عليه بناء دار الاسلام اهـ معراج الدراية قال الاتقانى الكنيسة لمتعبد اليهود والنصارى وكذلك البيعة اسم لمتعبدهم مطلقا الا أن الاستعمال غلب فى الكنيسة لمتعبد اليهود وفى البيعة لمتعبد النصارى اهـ

(قوله لاخصاء) الخصاء بالكسر والمد على فعال مصدر خصاه أي نزع خصيتيه والاخصاء في معناه خطأ ذكره في المغرب اه كاكي قوله والمد على فعال مصدر خصاه أي من باب رماه اه اتقاني (قوله ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة) قال الاتقاني رحمه الله والمراد من القديمة ما كانت قبل فتح الامام بلدهم ومصالحتهم على اقرارهم على بلدهم وأراضيهم ولا يشترط أن يكون في زمن الصحابة والتابعين لامحالة اه اتقاني وقوله القديمة أي على قدر البناء الاول ويمنع من الزيادة على البناء الاول اه قاضيخان (قوله وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع) قال صاحب الهداية والمروي عن صاحب المذهب في قرى الكوفة أن الذي روي عن أبي حنيفة من عدم المنع عن احداث البيعة والكنيسة في القرى في قرى الكوفة لا قرى بلادنا لان أكثر أهلها كانوا أهل الذمة فلم تكن قراها موضع تنفيذ الاحكام لغلبتهم فلم يرد المنع من الاحداث بخلاف قرى بلادنا فان (٣٨٠) أهل الذمة فيها معدودون فمنعوا من الاحداث اه اتقاني قال في الفتاوى الصغرى اذا أرادوا احداث البيع والكنائس في الامصار يمنعون بالاجماع وأما في السواد ذكر في العشر والخراج أنهم يمنعون وفي الاجارات أنهم لا يمنعون واختلف المشايخ فيه قال مشايخ بلخ يمنع وقال الفضلي ومشايخ بخارى لا يمنع وذكر شمس الائمة السرخسي في باب اجارة الدور والبيوت من شرح الاجارات الاصح عندي أنهم يمنعون عن ذلك في السواد وذكر هو في السير الكبير فقال ان كانت قرية غالب أهلها أهل الذمة لا يمنعون وأما القرية التي سكنها المسلمون اختلف المشايخ فيها على نحو ما ذكرنا وهل تهدم البيع القديمة في السواد على الروايات كلها لا أما في الامصار ذكر في الاجارات أنه لا تهدم البيع القديمة بل تترك وذكر في العشر والخراج أنها تهدم قال الناطفي في الواقعات قال محمد ليس ينبغي أن تترك في أرض العرب كنيسة ولا بيعة ولا بيت نار اه (قوله وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله) أي في امصارها وقراها اه هداية وكتب ما نصه فلا تحدث فيها كنيسة ولا تقر لانهم لا يمنعون من السكنى فلا فائدة في اقرارها الا أن تتخذ دار سكنى ولا تباع بها خمر ولا في قرية منها ولا في ماء من مياه العرب اه فتح (قوله ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا) بخلاف أمصار المسلمين التي ليست في جزيرة العرب يمكنون من سكناها ولا خلاف في ذلك اه كمال وكتب على قوله من اتخاذها ما نصه أي أرض العرب اه وكتب على قوله مسكنا ما نصه أي ووطنا اه (قوله ويميز الذمي عنا في الزي) قال في المصباح والزي بالكسر الهيئة وأصله زوي اه (قوله وصيانة لضعفة المسلمين يقينا) أي فربما يغترون بجهلهم فيقولون الكفار أحسن حالا منا فانهم في خفض عيش ونعمة ونحن في كد وتعب اه فتح وحاصل هذا ان أهل الذمة لما كانوا مخالطين لاهل الاسلام فلابد مما يتميز به المسلم من الكافر كي لا يعامل معاملة المسلم من التوقير والاجلال وذلك لا يجوز واذ وجب التمييز وجب أن يكون فيه صغار

عليه الصلاة والسلام لاخصاء في الاسلام ولا كنيسة أي لا يخصي إخصاء يقال خصاه يخصيه خصاء على فعال بمعنى الاخصاء وقيل هو المراد بقوله تعالى ولآمرنهم فليغيرن خلق الله وقيل المراد به التبتل والعزلة والامتناع عن النساء كما يفعله رهبان النصارى فكأنه خصاء معنى والمراد بالنهي عن الكنيسة احداثها أي لا تحدث في دار الاسلام كنيسة في موضع لم تكن فيه وبيت النار كالكنيسة قال رحمه الله (ويعاد المنهدم من الكنائس والبيع القديمة) لانه جرى التوارث من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا بترك الكنائس في امصار المسلمين ولا يقوم البناء دائما فكان دليلا على جواز الاعادة ولان الامام لما أقرهم عهد اليهم الاعادة لان الابنية لا تبقى دائما ولا يمكنون من نقلها الى موضع آخر لانه احداث في ذلك الموضع في الحقيقة والصومعة بمنزلة الكنيسة لانها تبنى للتخلي للعبادة كالكنيسة بخلاف موضع الصلاة في البيت لانه تبع للسكنى وهذا في الامصار دون القرى لان الامصار هي التي تقام فيها شعائر الاسلام فلا يعارض باظهار ما يخالفها ولهذا يمنعون من بيع الخمر والخنازير وضرب الناقوس خارج الكنيسة في الامصار لما قلنا ولا يمنعون من ذلك في قرية لا تقام فيها الجمع والحدود وان كان فيها عدد كثير لان شعائر الاسلام فيها غير ظاهرة وقيل يمنعون في كل موضع لم تشع فيه شعائرهم لان في القرى بعض الشعائر فلا تعارض باظهار ما يخالفها من شعائر الكفر والمروي عن أبي حنيفة كان في قرى الكوفة لان أكثر أهلها أهل الذمة وفي أرض العرب يمنعون من ذلك كله ولا يدخلون فيها الخمر والخنازير ويمنعون من اتخاذها المشركون مسكنا لما روي عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال في مرضه الذي مات فيه أخرجوا المشركين من جزيرة العرب رواه أحمد والبخاري ومسلم وعن عمر رضي الله عنه أنه سمع رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لاخرجن اليهود والنصارى من جزيرة العرب حتى لا أدع فيها الا مسلما رواه أحمد ومسلم والترمذي وصححه وعن عائشة رضي الله عنها انها قالت آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم أن قال لا يترك بجزيرة العرب دينان وعن أبي عبيدة بن الجراح انه قال آخر ما تكلم به رسول الله صلى الله عليه وسلم أخرجوا يهود أهل الحجاز وأهل نجران من جزيرة العرب رواهما أحمد وأجلى عمر اليهود والنصارى من أرض الحجاز فيما رواه البخاري قال رحمه الله (ويميز الذمي عنا في الزي والمركب والسرج فلا يركب خيلا ولا يعمل بالسلاح ويظهر الكستيج ويركب سرجا كالاكف) اظهارا للصغار عليهم وصيانة لضعفة المسلمين يقينا لان من هو ضعيف اليقين

لا إعزاز لان اذلالهم واجب بغير أذى من ضرب أو صفع بلا سبب يكون منه بل المراد اتصافه بهيئة وضيعة وكذا لو أمروا بالكستيجات اه كمال (قوله سقفا من فضة) تنبيها على خسة الدنيا عند الله عز وجل اه فتح (قوله فيعامل معاملة المسلمين) أى ويجوز أن يموت الذمى فجأة فى الطريق فاذا لم يكن به علامة يصنع به ما يصنع بموتى المسلمين والاحتراز عن مثل ذلك واجب اه اتقانى (قوله ولا يمكنون من لبس زنانير الابريسم) قال الكمال واذا منعوا من شد زنار وهو حاشية رقيقة من الابريسم فنعهم من لباس الثياب الفاخرة التى تعد عند المسلمين فاخرة سواء كانت حريرا أو غيره كالصوف المربع والجوخ الرفيع والابراد الرفيعة أولى ولا شك فى وقوع هذا فى هذه الديار ولا شك فى منع استكتابهم وادخالهم فى المباشرة التى يكون بها معظما عند المسلمين بل ربما يقف بعض المسلمين خدمة له خوفا من أن يتغير خاطره منه فيسعى به عند مستكتبه سعاية توجب له منه الضرر وكذا يؤخذون بالركوب على سروج فوق الحمر كهيئة الاكف أوقر بيامنه ولا يركبون الخيل بل اختار المتأخرون أن لا يركبوا أصلا الا اذا خرجوا الى أرض قرية ونحوها أو كان مريضا أى الا أن تلزم الضرورة فيركب ثم ينزل فى مجامع المسلمين اذا مر بهم ولا يحملون السلاح وتضييق عليهم الطريق ولا يبدأ بالسلام ويرد عليه بقوله وعليكم فقط اه وكتب على قوله زنانير ما نصه الزنار النصارى وزان تفاح والجمع زنانير اه مصباح (قوله وهو

اذا رآهم يتقلبون فى النعم والمسلمين فى محنة وشدة يخاف أن يميل الى دينهم واليه وقعت الاشارة بقوله تعالى ولولا أن يكون الناس أمة واحدة لجعلنا لمن يكفر بالرحمن لبيوتهم سقفا من فضة الآية وحكاية قارون مع الضعفة من قوم موسى عليه السلام معروفة ظاهرة ولان المسلم يوقر والذمى يحقر ويضيق عليه الطريق ولا يبدأ بالسلام فلو لم يكن له علامة يميز بها لما وقع التفرقة بينهما فيعامل معاملة المسلمين وأول من أخذ أهل الذمة بالعلامة عمر رضى الله عنه لكثرة الناس فى أيامه فرأى أنه لم تقع التفرقة بين المسلم والكافر الا بالعلامة وقال عليه الصلاة والسلام أينما دار عمر فالحق معه ولم يأمر عليه الصلاة والسلام يهود المدينة ولا نصارى نجران ولا مجوس هجر بالعلامة لانهم كانوا معروفين وحالهم لا يشتبه على أحد فلا يحتاجون الى العلامة ولا يركبون الخيل لانهم ليسوا من أهل الجهاد ولا يلبسون طيالسة مثل طيالسة المسلمين ولا أردية مثل أرديتهم ولا كل لباس يختص بأهل العلم والزهد والشرف وان ركبوا الضرورة من سفر ونقل مريض نزلوا فى مجامع المسلمين ولا يمكنون من لبس زنانير الابريسم ولا يمنعون من الكستيج وهو الخيط الغليظ ويؤمر بتمييز نسائهم عن نساء المسلمين فى الطريق والحمام ويجعل على دورهم علامة كيلا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة قال رحمه الله (ولا ينتقض عهده بالاباء عن الجزية والزنا بمسلمة وقتل مسلم وسب النبى صلى الله عليه وسلم) وقال الشافعى ينتقض أمانه بالسب لانه ينقض الايمان فكذا الامان بل أولى لانه دونه وهو خلف عنه ولنا أن يهوديا قال لرسول الله صلى الله عليه وسلم السام عليك فقال أصحابه عليه الصلاة والسلام نقتله يا رسول الله قال لا رواه البخارى وأحمد فلم ينتقض عليه السلام عهده ولم يقتل فيكون حجة عليه وعلى مالك فى وجوب القتل بسب النبى صلى الله عليه وسلم ولان السب كفر منه فالكفر المقارن لا يمنع العهد فكذا الطارئ لا يرفعه وهذا لان ما ينتهى به القتال التزام الجزية وقبولها لا أداؤها

الخيط الغليظ) أى فى غلظ الاصبع من الصوف يشده فوق ثيابه اه فتح (قوله كيلا يقف عليها السائل فيدعو لهم بالمغفرة) أى أو يعاملهم بالتضرع كما يتضرع للمسلمين وتجعل مكاعبهم خشنة فاسدة اللون اه فتح (قوله فى المتن ولا ينتقض عهده الخ) ذكر الشارح رحمه الله فى باب البغاة ان أهل الذمة اذا أعانوا أهل البغى على القتال حكمهم حكم أهل البغى حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لان عهدهم لا ينتقض به اه (قوله لانه ينقض الايمان) يعنى على

 تقدير أنه لو كان مسلما كان سب النبى صلى الله عليه وسلم ينقض ايمانه اه (قوله فيكون حجة عليه وعلى مالك فى وجوب القتل بسب النبى عليه الصلاة والسلام) أى ان لم يسلم وبه قال أحمد فى رواية والشافعى فى قول اه كاكى قال فى الهداية ومن امتنع من أداء الجزية أو قتل مسلما أو زنى بمسلمة أو سب النبى صلى الله عليه وسلم لم ينتقض عهده قال الكمال فيصير مباح الدم باعتبار أنه لا عهد له عندنا وقيد بادائها لانه لو امتنع من قبولها انتقض عهده ثم قال الكمال والذى عندى أن سبه عليه الصلاة والسلام أو نسبة ما لا ينبغى الى الله تعالى (١) ان كان مما لا يعتقدونه كنسبة الولد الى الله تعالى وتقدس عن ذلك اذا أظهره يقتل به وينتقض عهده وان لم يظهره ولكن عثر عليه وهو يكتمه فلا وهذا لان دفع القتل والقتال عنهم بقبول الجزية الذى هو المراد بالاعطاء مقيد بكونهم صاغرين أذلاء بالنص ولا خلاف أن المراد استمرار ذلك لانه عند مجرد القبول واظهار ذلك منه ينافى قيد كون قبول الجزية رافعا القتل لانه الغاية فى التمرد وعدم الالتفات والاستخفاف بالمسلمين والاسلام فلا يكون جاريا على العقد الذى يدفع عنه القتل وهو أن يكون صاغرا ذليلا وهذا البحث منا يوجب أنه اذا استعلى على المسلمين على وجه صار متمردا عليهم حل للامام قتله أو يرجع الى الذل والصغار اه قالوا اذا طعن الذمى فى دين الاسلام طعنا ظاهرا جاز قتله لان العهد معقود معه على أن لا يطعن فاذا طعن فقد نكث عهده وخرج من الذمة ذكره حافظ الدين النسفى فى تفسير قوله تعالى وان نكثوا أيمانهم من بعد عهدهم اه

---

(١) قوله ان كان مما لا يعتقدونه الخ هكذا فى الاصل وفى المقام سقط يظهر بادنى تامل اه كتبه مصححه

(قوله أو بالغلبة على موضع) أي أو قرية أو حصن اهـ فتح (قوله في المتن وصاروا كالمرتد) أي في الحكم بموته باللحاق لانه التحق بالاموات اهـ كمال (قوله ولان المقصود من كل واحد منهما أن يرجع الى ما كان عليه) قال الكمال واذا تاب تقبل توبته وتعود ذمته ولا يبطل أمان ذريته بنقض عهده وتبين منه زوجته الذمية التي خلفها في دار الاسلام اجماعا ويقسم ماله بين ورثته اهـ قال الاتقاني أما اذا التحقت هي معه بدارهم ثم عاد الى دارنا فهما على نكاحهما لعدم تباين الدارين اهـ (قوله وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد) أي اذا حمل ماله الى دار الحرب اهـ (قوله فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجانا) أي قبل القسمة اهـ (قوله أو بعوض) أي بعد القسمة لان الملك لهم حين أخذه اهـ فتح (قوله في المتن ويؤخذ من تغلبي وتغلبية الخ) والاصل فيه ما ذكر أبو يوسف في كتاب الخراج باسناده الى داود بن كردوس عن عبادة بن النعمان التغلبي أنه قال لعمر بن الخطاب رضي الله عنه يا أمير المؤمنين إن بني تغلب من قد علمت شوكتهم وانهم بازاء العدو فان ظاهروا عليك العدو اشتدت مؤنتهم فان رأيت أن تعطيهم شيأ فافعل قال فصالحهم عمر على أن لا يغمسوا أحدا من أولادهم في النصرانية وتضاعف عليهم الصدقة وعلى أن تسقط الجزية عن رؤسهم فكل نصراني من بني تغلب له غنم سائمة فليس فيها شيء حتى تبلغ أربعين فاذا بلغت أربعين سائمة ففيها شاتان الى عشرين ومائة فاذا زادت شاة ففيها أربع من الغنم وعلى هذا الحساب تؤخذ صدقاتهم وكذلك البقر والابل اذا وجب على المسلم شيء في ذلك فعلى النصراني التغلبي مثله مرتين ونساؤهم كرجالهم في الصدقة وأما الصبيان فليس عليهم شيء وكذلك أرضوهم التي كانت في أيديهم يوم صولحوا يؤخذ منهم الضعف مما يؤخذ من المسلمين فاما الصبي والمعتوه فأهل العراق يرون أن يؤخذ ضعف الصدقة من أرضه ولا يؤخذ من ماشيته وأهل الحجاز يقولون يؤخذ ذلك من ماشيته وسبيل ذلك سبيل الخراج لانه بدل من الجزية ولا شيء عليهم في بقية أموالهم ورقيقهم هذا لفظ أبي يوسف في كتاب الخراج اهـ اتقاني قوله ولا شيء عليهم في بقية أموالهم ورقيقهم يريد به اذا لم يمروا على عاشر أما اذا مروا بمال على العاشر فانه لابد أن يؤخذ منهم ضعف ما يؤخذ من المسلمين والله الموفق قال في الهداية في باب من مر على العاشر ولو مر الصبي أو امرأة من بني تغلب بمال فليس على الصبي شيء وعلى المرأة ما على الرجل كما ذكرنا في السوائم اهـ وهو يؤيد ما قلناه والله الموفق اهـ وكتب ما نصه أفرد أحكام نصارى بني تغلب بفصل لان حكمهم يخالف سائر النصارى وتغلب من بني غالب من العرب من ربيعة تنصروا في الجاهلية فلما جاء الاسلام ثم زمن عمر دعاهم عمر الى الجزية فأبوا وأنفوا وقالوا نحن عرب خذ منا كما يأخذ بعضكم من بعض الصدقة فقال لا آخذ من مشرك فلحق بعضهم بالروم فقال النعمان بن زرعة يا أمير المؤمنين ان القوم لهم بأس شديد وهم عرب يأنفون من الجزية فلا تعن عليك عدوك بهم وخذ منهم الجزية باسم الصدقة فبعث عمر رضي الله عنه في طلبهم وضعف عليهم فاجمع الصحابة على ذلك ثم الفقهاء اهـ كمال (قوله في المتن ومولاه كمولى القرشي) يعني لا تؤخذ الجزية والخراج من القرشي وتؤخذ من مولاه فكذلك ههنا اهـ

وهو باق فلا ينتقض قال رحمه الله (بل بالالتحاق ثمة أو بالغلبة على موضع للحراب) أي بل ينتقض العهد بالالتحاق بدار الحرب أو بالغلبة على موضع للحراب لانهم صاروا بذلك حربا علينا فلا يفيد بقاء العهد بعد ذلك لان المقصود من عقد الذمة دفع الفساد بترك القتال قال رحمه الله (وصاروا كالمرتد) أي وصاروا بالتحاقهم بدار الحرب أو بالغلبة صاروا كالمرتد في حل قتلهم ودفع مالهم لورثتهم لانهم التحقوا بالاموات بتباين الدارين غير أنهم يسترقون ولا يجبرون على قبول الذمة بخلاف المرتد حيث لا يسترق ويجبر على الاسلام لان كفر المرتد أغلظ فأوجب الزيادة في العقوبة ولان المقصود من كل واحد منهما أن يرجع الى ما كان عليه فباسترقاق الذمي يحصل المقصود منه وهو دفع فساده وحرابه بذلك بخلاف المرتد لان المقصود منه الاسلام فلا يحصل باسترقاقه فصار كمشركي العرب والمال الذي لحق به دار الحرب يكون فيأ وليس لورثته أن يأخذوه كالمرتد بخلاف ما اذا رجع الى دار الاسلام بعد ما لحق بدار الحرب وأخذ شيأ من ماله ولحق به دار الحرب حيث يكون لورثته أن يأخذوه لانه حين التحق بدار الحرب ملكوه فللمالك القديم أن يأخذ ماله مجانا أو بعوض على ما بينا وقوله بل بالالتحاق ثمة الخ يفيد اختصاص ما ينتقض به العهد حتى لو قال نقضت بالقول لا ينتقض ذكره في المحيط قال رحمه الله (ويؤخذ من تغلبي وتغلبية) بالغين المعجمة (ضعف زكاتنا) وقال زفر والشافعي لا يؤخذ من نسائهم لانه جزية في الحقيقة على ما قال عمر رضي الله عنه هذه جزية فسموها ما شئتم ولهذا تصرف مصارف الجزية ولا جزية على النساء كما لا جزية على الصبيان ولنا أن عمر رضي الله عنه صالحهم على ضعف الزكاة بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير والزكاة تجب على النساء دون الصبيان فكذا ضعفها والنساء أهل لوجوب المال بالصلح والمصرف مصالح المسلمين لانه مال بيت المال وذلك لا يختص بالجزية فلا يلزم من صرفه فيه أن يكون جزية وكيف يكون جزية وشرائطه من وصف الصغار وعدم قبوله من النائب والاعطاء قائما والقابض قاعدا وأخذ التلبيب والهز لا يراعى فيه قال رحمه الله (ومولاه كمولى القرشي) أي في حق عدم التبعية للمولى فانهما لا يتبعان مولاهما في الجزية والخراج

والخراج حتى يوضعا عليهما وان كان القرشي والتغلبي لا يوضعان عليهما وقال زفر رحمه الله يضاعف على مولى التغلبي لانه ملحق به ولاء لقوله عليه الصلاة والسلام فان مولى القوم منهم ولهذا حرمت الزكاة على مولى الهاشمي ولنا أنه لو التحق بالمولى هنا كان تخفيفا اذ التضعيف أخف لما ذكرنا انه ليس فيه وصف الصغار والمولى لا يلحق بالاصل في التخفيف ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم اذا كان كافرا ولو لحقه فيه لما وضع عليه بخلاف حرمة الصدقة لان الحرمات تثبت بالشبهات فألحق مولى الهاشمي في حقها بالهاشمي ولان الاصل أن لا يلحق المولى أصله على ما بينا من مولى المسلم وغيره ولكن ورد الحديث في حرمة الصدقة وهو ما روي أن أبا رافع مولى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال للنبي صلى الله عليه وسلم أتحل لي الصدقة قال عليه الصلاة والسلام لا أنت مولانا ومولى القوم منهم وما ورد على خلاف القياس لا يلحق به ما ليس في معناه وليس هذا في معناه لانه كان لاظهار فضيلة قرابته عليه الصلاة والسلام وفضيلة من ينتمي اليهم ألا ترى أن مولى الغني لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة اذ لا يوازي الهاشمي في استحقاق هذه الكرامة أو لان الغني أهل لان يأخذ الصدقة وانما منعه منه غناه ولم يوجد في حق المولى ذلك المعنى فجاز له الاخذ قال رحمه الله (والجزية والخراج ومال التغلبي وهدية أهل الحرب وما أخذنا منهم بلا قتال يصرف في مصالحنا كسد الثغور وبناء القناطر والجسور وكفاية القضاة والعلماء والمقاتلة وذراريهم) لانه مأخوذ بقوة المسلمين فيصرف الى مصالح المسلمين وهؤلاء عملة المسلمين قد حبسوا أنفسهم لمصالح المسلمين فكان الصرف اليهم تقوية للمسلمين ولو لم يعطوا لاحتاجوا الى الاكتساب وتعطلت مصالح المسلمين ونفقة الذراري على الآباء فيعطون كفايتهم كيلا يشتغلوا بها عن مصالح المسلمين ولا خمس في ذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يخمس الجزية ولانه مال أخذ بقوة المسلمين بلا قتال بخلاف الغنيمة لانها مأخوذة بالقهر والقتال فشرع الخمس فيها لا يدل على شرعه في الآخر ومن جملة هذا النوع ما يأخذه العاشر من أهل الحرب وأهل الذمة اذا مروا عليه ومال أهل نجران وما صولح عليه أهل الحرب على ترك القتال قبل نزول العسكر بساحتهم كل ذلك يصرف الى مصالح المسلمين لما ذكرنا ثم اعلم أن ما يجيء الى بيت المال أنواع أربعة أحدها هذا الذي ذكرناه مع مصرفه والثاني الزكاة والعشر ومصرفها ما ذكرهم الله تعالى في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء الآية وهم سبعة أصناف وقد ذكرناهم في كتاب الزكاة والثالث خمس الغنائم والمعادن والركاز ومصرفه ما ذكرهم الله تعالى في قوله فأن لله خمسه الآية وقد ذكرناهم في أوائل كتاب السير والرابع اللقطات والتركات التي لا وارث لها وديات مقتول لا ولي له ومصرفها اللقيط الفقير والفقراء الذين لا أولياء لهم يعطون منه نفقتهم وأدويتهم وتكفن به موتاهم وتعقل به جنايتهم وعلى الامام أن يجعل لكل نوع من هذه الانواع بيتا يخصه ولا يخلط بعضه ببعض لان لكل نوع حكما يختص به فان لم يكن في بعضها شيء فللامام أن يستقرض عليه من النوع الآخر ويصرفه الى أهل ذلك ثم اذا حصل من ذلك النوع شيء رده في المستقرض منه الا أن يكون المصروف من الصدقات أو من خمس الغنيمة على أهل الخراج وهم فقراء فانه لا يرد فيه شيأ لانهم مستحقون للصدقات بالفقر وكذا في غيره اذا صرفه الى المستحق ويجب على الامام أن يتقي الله تعالى ويصرف الى كل مستحق قدر حاجته من غير زيادة فان قصر في ذلك كان الله عليه حسيبا قال رحمه الله (ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء) يعني ومن مات ممن يقوم بمصالح المسلمين كالقضاة والغزاة ونحوهم لا يستحق من العطاء شيأ والعطاء اسم لما يصرف اليهم لانه صلة فلا يملك قبل القبض كالمرأة اذا ماتت ولها نفقة مفروضة في ذمة الزوج واسم العطاء ينبئ عن الصلة وانما قال مات في نصف السنة لانه لو مات في آخر السنة يستحب صرفه الى قريبه لانه قد أوفى عناءه فيصرف اليه ليكون أقرب الى الوفاء ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل قبل تمام السنة قيل يجب رد ما بقي من السنة وقيل على قياس قول محمد في نفقة الزوجة يرجع وعندهما لا يرجع هو يعتبره بالانفاق على امرأة ليتزوجها وهما يعتبرانه بالهبة والله أعلم

(قوله ألا ترى أن الجزية توضع على مولى المسلم) يعني لو كان لمسلم مولى نصراني ثم إنه وضعت عليه الجزية ولم يتعد اليه التخفيف الثابت بالاسلام فلأن لا يتعدى اليه التخفيف الثابت بوصف التغلبية أولى اهـ (قوله بخلاف حرمة الصدقة) أي على الهاشمي لانه ليس تخفيفا بل تحريم والحرمات تثبت بالشبهات اهـ فتح (قوله لا يلحق بأصله في حرمة الصدقة) أي في الجملة ألا ترى أنه لو كان عاملا عليها أعطي كفايته منها اهـ فتح (قوله في المتن ومن مات في نصف السنة حرم عن العطاء) أي وأما المدرس والامام والمؤذن اذا مات في أثناء السنة أو عزل وقد باشر مدة فانه لا يحرم نص عليه الطرسوسي في أنفع الوسائل في مسئلة غلة الوقف وبسط الكلام هنالك فليراجع والله الموفق اهـ (قوله ولو عجل له كفاية سنة ثم عزل) أي أو مات اهـ

لما فرغ عن بيان أحكام الكفار من الاصل شرع في بيان أحكام الكفار بعد الاسلام لان العارض بعد الاصلي في الوجود فناسب أن يكون كذلك وضعا اهـ اتقاني (قوله رواه أحمد والبخاري) أي وأبو داود اهـ كاكي (قوله لان الدعوة قد بلغته) أي وعرض الاسلام هو الدعوة اليه ودعوة من بلغته الدعوة غير واجبة بل مستحبة اهـ كمال رحمه الله وفي الكافي يقتل من ساعته في ظاهر الرواية وفي النوادر عن أبي حنيفة وأبي يوسف يستحب للامام أن يؤجله ثلاثة أيام طلب أو لم يطلب اهـ دراية (قوله لتزاح) أي تزال اهـ (قوله فان أبى قتل) أي مكانه فيفيد أن انظاره ليس واجبا ولا مستحبا اهـ فتح (قوله ولانه كافر حربي) لانه ليس بذمي ولا مستأمن اذ لا تقبل الجزية منه وما طلب الامان فكان حربيا لاطلاق النص اهـ دراية (قوله فان ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته) أي وبه قال أكثر أهل العلم لقوله تعالى فان تابوا وأقاموا الصلاة وآتوا الزكاة فخلوا سبيلهم وعن ابن عمر وعلي لا تقبل توبة من كرر ردته كالزنديق وبه قال مالك وأحمد والليث لقوله تعالى ان الذين آمنوا ثم كفروا ثم آمنوا ثم كفروا ثم ازدادوا كفرا لم يكن الله ليغفر لهم اهـ كاكي قال الكمال قلنا رتب عدم المغفرة على شرط قوله ثم ازدادوا كفرا اهـ (٢٨٤) كاكي قال الاتقاني وجه قول العامة أن الآية في حق من ازداد كفرا الا في حق من امن وأظهر التوبة ويدل عليه اطلاق قوله تعالى ولا تقولوا لمن ألقى اليكم السلام لست مؤمنا وقد روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا اله الا الله اهـ (قوله وهكذا دائما) أي ولا يقتل الا إن أبى أن يسلم قال أبو الحسن الكرخي وهذا قول أصحابنا جميعا ان المرتد يستتاب أبدا وروي عن علي وابن عمر أنه لا تقبل توبته بعد المرة الثالثة لانه مستخف مستهزئ وليس بتائب اهـ اتقاني (قوله في المتن واسلامه أن يتبرأ عن الاديان الخ) ولكن بعد اتيانه بكلمة الشهادة ذكره في الايضاح وفي المنية وهو أن يقول تبت ورجعت الى دين الاسلام وأنا بريء من كل دين سوى دين الاسلام والاقرار بل بالبعث والنشور مستحب اهـ دراية قال في شرح الطحاوي اسلام النصراني أن يقول أشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا عبده ورسوله ويتبرأ من النصرانية واليهودي كذلك يتبرأ من اليهودية وكذا في كل ملة وأما بمجرد الشهادتين فلا يكون مسلما لانهم يقولون بذلك غير أنهم يدعون خصوص الرسالة الى العرب فيصدق انه رسول الله ولا يتم الاسلام الا به هذا فيمن بين أظهرنا منهم وأما من في دار الحرب لو حمل عليه مسلم فقال محمد رسول الله فهو مسلم أو قال دخلت في دين الاسلام أو دين محمد صلى الله عليه وسلم فهو دليل اسلامه فكيف اذا أتى بالشهادتين لان في ذلك الوقت ضيقا اهـ فتح (قوله في المتن وكره قتله قبله) قال في الهداية فان قتله قاتل قبل عرض الاسلام عليه قال الكمال أو قطع عضوا منه كره ذلك ولا شيء على القاتل والقاطع لان الكفر مبيح وكل جناية على المرتد هدر اهـ وفي شرح الطحاوي اذا فعل ذلك أي القتل والقطع بغير اذن الامام أدب اهـ قال قاضيخان وردة الرجل تبطل عصمة نفسه حتى لو قتله القاتل بغير أمر القاضي عمدا أو خطأ أو بغير أمر السلطان أو أتلف عضوا من أعضائه لا شيء عليه اهـ (قوله معنى الكراهة هنا ترك المستحب) أي فهي كراهة تنزيه وعند من يقول بوجوب العرض كراهة تحريم اهـ كمال (قوله في المتن ولا تقتل المرتدة) أي بل تحبس أبدا اهـ

﴿باب المرتدين﴾

قال رحمه الله (يعرض الاسلام على المرتد وتكشف شبهته ويحبس ثلاثة أيام فان أسلم والا قتل) لقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه رواه أحمد والبخاري وغيرهما وعرض الاسلام عليه مروي عن عمر رضي الله عنه وهو مستحب على ما قالوا وليس بواجب لان الدعوة قد بلغته غير أنه يحتمل انه اعترته شبهة فيعرض عليه لتزاح ويعود الى الاسلام لان عوده مرجو وفي الجامع الصغير المرتد يعرض عليه الاسلام فان أبى قتل ولم يذكر فيه الامهال وفيه روايتان وقال الشافعي رحمه الله الامهال واجب لا يحل للامام أن يقتله قبل أن يمضي عليه ثلاثة أيام لان ارتداد المسلم يكون عن شبهة ظاهرا فلا بد من مدة يمكنه التأمل فيها فقدرناه بالثلاث لانها مدة ضربت لابلاء الاعذار ولنا ما روينا وقوله تعالى اقتلوا المشركين مطلقا ولانه كافر حربي بلغته الدعوة فيقتل للحال ولا فرق فيه بين الحر والعبد لاطلاق الدلائل فان ارتد وتاب ثم ارتد تقبل توبته وهكذا دائما الا انا نحكم بالظاهر وكان عليه الصلاة والسلام يقبل ظاهر الاسلام من المنافقين وقال عليه الصلاة والسلام لمن قتل شخصا بعدما أسلم هلا شققت قلبه وعن أبي يوسف انه اذا تكرر منه الارتداد يقتل من غير عرض الاسلام عليه لانه مستخف بالدين قال رحمه الله (واسلامه أن يتبرأ عن الاديان سوى الاسلام أو عما انتقل اليه) أي كيفية توبته أن يتبرأ عن الاديان كلها سوى دين الاسلام ولو تبرأ عما انتقل اليه صح لحصول المقصود والاولى هو الاول لان المرتد لا دين له قال رحمه الله (وكره قتله قبله) أي كره قتله قبل عرض الاسلام عليه لان في قتله تفويت العرض المستحب وقال صاحب الهداية معنى الكراهة هنا ترك المستحب قال رحمه الله (ولم يضمن قاتله) لان الكفر بوصف الحراب مبيح والعرض بعد بلوغ الدعوة غير واجب فلم يضمن لذلك ولقوله عليه الصلاة والسلام من بدل دينه فاقتلوه قال رحمه الله (ولا تقتل المرتدة

(قوله وقال الشافعي تقتل) أي وبه قال مالك وأحمد والليث والزهري والنخعي والاوزاعي ومكحول وحماد واسحق اهـ كاكى (قوله بدليل ماروى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن قتل الكافرات) أي فقال لا تقتلوا امرأة ولم يفصل بين المرتدة والكافرة الاصلية ولانها متى لا تقتل بالكفر الاصلي فبالطارئ بالطريق الاولى كالصبي اهـ كاكى قال الكمال وقد روى أبو يوسف عن أبي حنيفة عن عاصم بن أبي النجود عن أبي رزين عن ابن عباس رضى الله عنهما قال لا تقتل النساء اذا هن ارتددن عن الاسلام ولكن يحبسن ويدعين الى الاسلام ويجبرن عليه وفي بلاغات محمد قال بلغنا عن ابن عباس أنه قال اذا ارتدت المرأة عن الاسلام حبست اهـ (قوله لانها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس الخ) قال الكمال ولم يذكر الضرب في الجامع الكبير ولا في ظاهر الرواية وروى عن أبي حنيفة أنها تضرب في كل أيام وقدرها بعضهم بثلاثة وعن الحسن تضرب في كل يوم تسعة وثلاثين سوطا الى أن تموت أو تسلم ولم يخصه بحرة ولا أمة وهذا قتل معنى لان موالاة الضرب تفضي اليه ولذا قلنا فيمن اجتمع عليه حدود لا يقام عليه الحد الثاني مالم يبرأ من الحد الاول كيلا يصير قتلا وهو غير المستحق اهـ ولا تسترق الحرة المرتدة مادامت في دار الاسلام فان لحقت بدار الحرب فحينئذ تسترق اذا سبيت وعن أبي حنيفة في النوادر تسترق في دار الاسلام أيضا قيل ولو أفتى بهذه لا بأس به فيمن كانت ذات زوج حسما لقصدها السيء بالردة من اثبات الفرقة وينبغي أن يشتريها الزوج من الامام له أو يهبها الامام اذا كان مصرفا لانها صارت بالردة فيئا للمسلمين لا يختص بها الزوج فيملكها وينفسخ النكاح بالردة وحينئذ يتولى هو حبسها وضربها على الاسلام فيرتد ضرر قصدها عليها قيل وفي البلاد التي استولى عليها التتر وأجروا أحكامهم فيها وقهروا المسلمين كما وقع في خوارزم وغيرها اذا استولى عليها الزوج بعد الردة ملكها لانها صارت دار حرب في الظاهر من غير حاجة الى أن يشتريها من الامام وقد أفتى الدبوسي وبعض أهل سمرقند بعدم وقوع الفرقة بالردة ردا عليها وغيرهم مشوا على الظاهر ولكن حكموا بجبرها على تجديد النكاح مع الزوج وتضرب خمسة وسبعين سوطا واختاره قاضيخان للفتوى اهـ فتح (قوله ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء الخ) سواء كانت حرة أو أمة ذكره في المبسوط اهـ كى (قوله والامة يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين) بخلاف العبد المرتد لا فائدة في دفعه اليه لانه يقتل ولا يبقى امكان استخدامه اهـ فتح وكتب ما نصه وهو حق المولى من الاستخدام وحق الشرع وهو الجبر على الاسلام اهـ كاكى (قوله وان مات أو قتل على ردته الخ) قال الاتقاني فلو قال وان مات أو قتل على ردته أو لحق بدار الحرب فحكم بلحاقه كان أولى لان حكم الحاكم بلحاقه مثل موته ولهذا صرح بذكره الكرخي في مختصره اهـ (قوله وعندهما لا يزول ملكه الخ) أي الا أن أبا يوسف جعل تصرفه بمنزلة من وجب عليه القصاص وجعله محمد بمنزلة المريض اهـ اتقاني (قوله كالمحكوم عليه بالرجم والقود) أي واذا كان كذلك حكمه حكم من وجب عليه القصاص فتعتبر تبرعاته من جميع المال وقال محمد هو معرض للتلف اذا كان لكل أحد قتله فلا ضمان فصار حاله أنحس من حال المريض فاعتبر تصرفه من الثلث وجوابه من جهة أبي يوسف أن المرتد يتمكن من دفع الهلاك عن نفسه بالاسلام بخلاف المريض اهـ اتقاني

بل تحبس حتى تسلم) وقال الشافعي تقتل لما روينا ولان قتل الرجل لتغليظ جنايته وقد شاركته فيها فتشاركه في جزائها كالقصاص والرجم قلنا المبيح للقتل كفر المحارب بدليل ما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه نهى عن قتل الكافرات بخلاف ما ذكر من القصاص وغيره لان الحكم فيه متعلق بالجناية دون الحراب وجزاء الكفر لا يقام في الدنيا لانها دار الابتلاء على ما عرف والمراد بالحديث المحارب انما والا لوجب قتل الشخص اذا أسلم لانه بدل دينه وهو الكفر بالاسلام والذي يدل عليه أن هذا الحديث يرويه ابن عباس رضى الله عنهما ومذهبه أن المرتدة لا تقتل ومن العجب أن الشافعي أوجب القتل على اليهودي اذا تنصر وبالعكس محتجا بهذا الحديث ولا معنى له لان الكفر كله ملة واحدة وانتقاله من كفر الى كفر لا يزيده خبثا ولان فيه أمرا بان يرجع الى ما كان فيه من الكفر والامر بالكفر كفر فلا يجوز واذا لم تقتل المرتدة تحبس الى أن تسلم لانها ارتكبت جريمة عظيمة فتحبس حتى تترك وتخرج منها وتضرب في كل ثلاثة أيام مبالغة في الحمل على الاسلام ولو قتلها قاتل لا يجب عليه شيء للشبهة والامة يجبرها مولاها لما فيه من الجمع بين الحقين بأن يجعل منزل المولى سجنا لها ويفوض التأديب اليه مع توفير حقه في الاستخدام وقال في الاصل دفعت اليه اذا احتاج اليها والصحيح أنها تدفع اليه احتاج أو لم يحتج طلب أو لم يطلب لان الحبس تصرف فيها وذلك الى المولى قال رحمه الله (ويزول ملك المرتد عن ماله زوالا موقوفا فان أسلم عاد ملكه وان مات أو قتل على ردته ورث كسب اسلامه وارثه المسلم بعد قضاء دين اسلامه وكسب ردته فيء بعد قضاء دين ردته) وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يزول ملكه لان تأثير الردة يظهر في اباحة دمه لا في زوال ملكه كالمحكوم عليه بالرجم والقود ولانه مكلف فيكون كامل الاهلية وذلك يبقي ملكه ولانه لا يمكنه القيام بما كلف به الا بقاء ملكه فيبقى ملكه ضرورة التمكين وله أن الملك عبارة عن القدرة والاستيلاء وانما يكون ذلك باعتبار العصمة وقد زالت عصمة نفسه بالردة لانه يصير بها حربيا حتى يقتل وكذا عصمة ماله لانه تبع لها ولانه هالك حكما فصار كالهالك حقيقة غير أنه يدعى الى الاسلام بالاجبار عليه

(قوله فان أسلم جعل كأن لم يزل مسلما) أي في حق هذا الحكم اه هداية قيد به لان في احباط عمله من الطاعات كلها وفي وقوع الفرقة بينه وبين امرأته وفي فرضية تجديد الايمان لم يكن ارتداده كأن لم يكن بل حبط عمله اه كاكي وقوله في حق هذا أي وهو زوال الملك اه (قوله فلم يعمل السبب) أي السبب المزيل للملك وهو الردة اه كاكي (قوله فان مات أو قتل في ردته) أي ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان حكم الحاكم باللحاق مثل موته كما سيأتي اه (قوله وقال الشافعي كلاهما فيء) أي وبه قال مالك وأحمد اه كاكي (قوله وهذا لان الردة هلاك) أي موت حكما لا حقيقة

ولهذا تعتد امرأة المرتد بثلاث حيض لا بأربعة أشهر وعشر لان زوجها حي حقيقة اه

ويرجى عوده اليه لوقوفه على محاسنه فلم يتم سبب الزوال فتوقفنا في أمره فان أسلم جعل كأن لم يزل مسلما فلم يعمل السبب عمله فان مات أو قتل في ردته استقر كفره فعمل السبب عمله وزال ملكه وانتقل ما اكتسبه في اسلامه الى ورثته المسلمين وما اكتسبه في حال ردته فيء عند أبي حنيفة وعندهما كلاهما لورثته المسلمين إن فضل من الدين وقال الشافعي كلاهما فيء لان المسلم لا يرث الكافر لا سيما المرتد فانه لا يرث أحدا فوجب أن لا يرثه أحد كالرقيق وهذا لان اتحاد الملة سبب الارث واختلافها سبب الحرمان وهذا لا يرثه موافقه فمخالفه أولى فاذا انتفت الوراثة وهي مال حربي لا أمان له فيكون فيئا للمسلمين ولنا أنه كان مسلما مالكا لماله فاذا تم هلاكه يخلفه وارثه في ماله كما لو مات مسلما وهذا لان الردة هلاك الا أن تمامه بالموت والقتل فاذا تم استند التوريث الى أول الردة وقد كان مسلما عند ذلك فيخلفه وارثه المسلم فيه فيكون توريثا من المسلم اذ الحكم عند تمام سببه يثبت من أول السبب كالبيع بشرط الخيار اذا أجيز ثبت الملك فيه من وقت العقد حتى يستحق المبيع بزوائده المتصلة والمنفصلة ولهما أن ملكه في الكسبين بعد الردة باق لما ذكرنا فينتقل الى ورثته بموته فيستند الى ما قبيل ردته فيكون توريث المسلم من المسلم ويمكن استناد كسب الردة الى ما قبل الردة نظرا الى سبب الكسب وهو نفسه فجعل كأن الكسب موجود وله أن استناد التوريث الى أول الردة في كسب الاسلام ممكن لوجوده عندها ولا يمكن استناد التوريث في كسب الردة لعدمه عندها ومن شرط الاستناد أن يكون موجودا عنده فلو ثبت فيه حكم التوريث لثبت مقتصرا على الحال وهو كافر عند الاكتساب والمسلم لا يرث الكافر ثم اختلفت الروايات عن أبي حنيفة فيمن يرث المرتد فروى الحسن عنه أنه يرثه من كان وارثا له وقت ردته وبقي كذلك الى وقت موته أو قتله أو القضاء بلحاقه حتى لو مات وارثه قبله أو حدث له وارث آخر بعد ارتداده بعتق أو اسلام أو علوق حادث لا يرث لان السبب لا يعتبر الا في حق من انعقد له ويشترط بقاؤه الى وقت تمام السبب لانه أوان الاستحقاق به كما في البيع الموقوف حيث يشترط فيه بقاء المبيع والمتعاقدين وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة ولا يبطل بموته أو بشيء آخر قبل موت المرتد لان ردته في حكم الموت فلا تعتبر الا عندها وروى محمد عنه أنه يعتبر كونه وارثا عند موت المرتد أو قتله أو القضاء بلحاقه وهو الاصح لان الحادث بعد انعقاد السبب قبل تمامه كالموجود عند ابتداء السبب ألا ترى أن الزيادة التي تحدث من المبيع قبل القبض تجعل كالموجود عند ابتداء العقد حتى اذا قبضه مع الاصل صار له حصة من الثمن وترثه امرأته المسلمة اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق وهي في العدة لانه صار فارا بالردة اذ الردة بمنزلة المرض لانها سبب الموت فيتعلق حقها بماله وينبغي أن ترث على رواية أبي يوسف عن أبي حنيفة رضي الله عنه اذا مات أو قتل أو قضي عليه باللحاق بعد انقضاء عدتها أو ارتد قبل الدخول بها لانه يشترط أن يكون وارثا الا عند الردة في تلك الرواية فلا معنى لاشتراط قيام العدة عند الموت والمرتدة لا يرثها زوجها لانها لا تقتل فلم يتعلق حقه بمالها والزوجية قد انقطعت بالارتداد الا أن

(قوله كالبيع بشرط الخيار) أي للمشتري أو للبائع كما يأتي في باب الرجوع عن الشهادة وفي كتابة العبد المشترك اه (قوله أو القضاء بلحاقه) قال الاتقاني فلا يرث الوارث اذا ارتد بعد ردة أبيه قبل موته على هذه الرواية اه (قوله وروى أبو يوسف عنه أنه يعتبر وجوده وقت الردة) وهذا قول زفر كذا في الشامل قال الكرخي في مختصره من كان من الورثة حرا مسلما يوم ارتد فله الميراث ومن كان من ورثته كافرا أو عبدا يوم ارتد فعتق بعد الردة قبل أن يقتل أو أسلم كافر بعد الردة قبل القتل فلا ميراث له لانه لم يكن وارثا يوم ارتد ولو كان وارث المرتد مسلما يوم ارتد فارتد الوارث بعد ردة أبيه قبل أن يقتل أو يموت أو يلحق بدار الحرب أو بعد ذلك قبل أن يحكم بلحاقه فله الميراث لانه كان وارثا يوم ارتد ولا يعتبر بما حدث بعد ذلك وهذا قول أبي حنيفة واعتمد هو على هذه الرواية حيث لم يذكر لأبي حنيفة قولا آخر في مختصره اه (قوله ولا يبطل) أي استحقاقه اه (قوله فلا تكون تعتبر الا عندها) أي ومن مات من الورثة بعد موت مورثه قبل قسمة الميراث لا يبطل استحقاقه ولكن يخلفه وارثه فيه وهذا مثله اه دراية (قوله أو قتله أو القضاء بلحاقه) أي سواء كان موجودا عند الردة أو حدث بعدها اه كاكي (قوله لانه صار فارا بالردة) أي وان كان صحيحا وقت الردة اه (قوله لانها سبب الموت) وهذا يعضد قول محمد فان عنده ينفذ تصرفه كما ينفذ من المريض أما اذا كان وقت الردة مريضا فلا اشكال فيه كذا في الفوائد الظهيرية اه كاكي (قوله والمرتدة لا يرثها) أي والمرأة المرتدة ترث من زوجها المرتد في قولهم جميعا والرجل المسلم يرث من امرأته المرتدة اذا ماتت قبل انقضاء العدة استحسانا ولا يرث قياسا وهو قول زفر ولزوج المرتدة أن يتزوج بأختها وأربع سواها

تكون مريضة فيرثها لان حقه تعلق بمالها في مرضها فتصير فارة بالارتداد كتقبيلها ابن الزوج أو فسخها النكاح بخيار البلوغ ونحوه ويرثها أقاربها جميع مالها حتى الكسب في ردتها لانه لا حراب منها فلم يوجد سبب الفيء بخلاف المرتد عند أبي حنيفة على ما بينا قال رحمه الله (وان حكم بلحاقه عتق مدبره وأم ولده وحل دينه) لانه باللحاق صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام أهل الاسلام لانقطاع ولاية الالزام كما انقطعت عن الموتى فصار كالموت الا أنه لا يستقر لحاقه الا بحكم الحاكم لاحتمال أن يعود الينا فلا بد من القضاء وفيه خلاف الشافعي بناء على أنه لا تختلف الدار عنده اذ الدنيا كلها دار واحدة ونحن قد بينا المعنى فيه فاذا ثبت أنه موت ثبتت أحكام الموتى من عتق المدبر وأم الولد وحلول الدين الذي عليه فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة من الردة والاسلام على ما تقدم لان المستحق بالسببين مختلف وحصول كل واحد من الكسبين باعتبار سببه الذي وجب فيه الدين فيقضى كل دين من الكسب في تلك الحالة ليكون الغرم بالغنم هذه رواية أبي حنيفة وعنه أنه يبدأ بكسب الاسلام في قضاء الدينين فان لم يف بذلك يقضى من كسب الردة لان كسب الاسلام ملكه حتى يخلفه الوارث فيه ومن شرط هذه الخلافة الفراغ عن حق الميت فيقدم الدين عليه أما كسب الردة فليس بمملوك له لبطلان أهلية الملك بالردة عنده فلا يقضى دينه منه الا اذا تعذر قضاؤه من محل آخر فحينئذ يقضى دينه به كالذمي اذا مات ولا وارث له يكون ماله لجماعة المسلمين ولو كان عليه دين يقضى منه كذا هذا وعنه أنه يبدأ بكسب الردة فان لم يف بذلك يقضى من كسب الاسلام لان كسب الاسلام حق الورثة وكسب الردة خالص حقه فكان قضاء الدين منه أولى الا اذا تعذر بان لم يف به فحينئذ يقضى من كسب الاسلام تقديما لحقه وعندهما يقضى دينه منهما لان الكل ملكه حتى يجري الارث فيهما ويعتبر كونه وارثا عند لحاقه في قول محمد لان اللحاق هو السبب والقضاء لتقرره لقطع الاحتمال وقال أبو يوسف يعتبر وقت القضاء لانه يصير موتا بالقضاء والمرتدة اذا لحقت بدار الحرب فهي على هذا الذي ذكرنا وبطلت عنها العدة لانها صارت كالموتى ولا عدة على الاموات ولزوجها أن يتزوج أختها أو أربعا سواها من ساعته لانعدام العدة عليها كالميتة وان عادت مسلمة أو سبيت لم ينتقض نكاح الاخت والاربع لان نكاحها لا يعود ولها أن تتزوج من ساعتها لعدم العدة عليها ولو ولدت في دار الحرب لاقل من ستة أشهر من وقت الردة ثبت نسبه من الزوج وان كان لاكثر لا يثبت ويسترق الولد تبعا لها وكذا يجبر على الاسلام لما قلنا قال رحمه الله (وتوقف مبايعته وعتقه وهبته فان أمن نفذ وان هلك بطل) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز تصرفه في الوجهين لان صحة التصرف تعتمد الاهلية وهي تثبت بالخطاب وهو بالعقل ونفاذ التصرف يعتمد الملك وهو ثابت ولو زال الملك لزال الى ورثته ولم يقل به أحد ولهذا لا تنفذ تصرفاتهم في ماله ألا ترى أنه لو ولد له ولد بعد الردة لستة أشهر فصاعدا من امرأة مسلمة أو أمة مسلمة يرثه ولو مات ولده قبل حكم القاضي بلحاقه لا يرثه فدل على قيام ملكه فيصح تصرفه وينفذ ثم اختلفا فيما بينهما فعند أبي يوسف يصح مثل ما يصح من الصحيح لان الظاهر عوده الى الاسلام اذ الشبهة تزاح فلا يقتل فصار كالمرتدة ولا يجعل كالمشرف على الهلاك وعند محمد رحمه الله يصح كما يصح من المريض لانه لا يرجع الى الاسلام ظاهرا فيقتل لان من انتحل الى نحلة قل ما يتركه لا سيما اذا كان معرضا عما نشأ فيه فيفضي الى القتل ظاهرا بخلاف المرتدة لانها لا تقتل ولابي حنيفة أنه حربي

اذا لحقت بالدار كما لو ماتت فان خرجت الى دار الاسلام بعد ذلك مسلمة لا يفسد نكاح أختها واذا ارتدت المعتدة ولحقت بدار الحرب وقضى القاضي بلحاقها بطلت عدتها لتباين الدارين وانقطاع العصمة كأنها ماتت فان رجعت بعد ذلك الينا مسلمة قبل انقضاء مدة العدة أو الحيض قال أبو يوسف لا تعود معتدة وقال محمد تعود معتدة كما كانت اهـ قاضيخان رحمه الله وكتب ما نصه تحقيقه أن عصمة المال تابعة لعصمة النفس ثبوتا وسقوطا فبارتداد الرجل تسقط عصمة النفس لكونه حربا علينا فيقتل وتسقط عصمة المال أيضا تبعا لها فيكون كسب الارتداد أيضا فيأ عند أبي حنيفة كمال حربي مقهور في أيدينا أما ارتداد المرأة فلا تسقط به عصمة النفس لانها لا تقتل لعدم الحراب فلا تسقط عصمة المال أيضا لان كسبها في الردة ميراث بين ورثتها المسلمين ككسبها في الاسلام اهـ اتقاني (قوله لا حراب منها) معنى هذا أن عصمة المال تبع لعصمة النفس فبالردة لا تزول عصمة نفسها حتى لا تقتل فكذا لا تزول عصمة مالها فكان الكسبان ملكها فيكون ميراثا لورثتها بخلاف المرتد عند أبي حنيفة فان كسبه في الردة فيء لكونه محاربا في الحال أو في المآل باللحاق اهـ كاكي ❁ فرع قال قاضيخان رحمه الله ولا يجوز استرقاقه بعد ما لحق بدار الحرب مرتدا ثم أخذه المسلمون أسيرا ويجوز استرقاق المرتدة بعد ما لحقت بدار الحرب اهـ (قوله في المتن وتوقف مبايعته وعتقه وهبته) أي وكتابته وقبض الديون والاجارة والوصية اهـ اتقاني رحمه الله (قوله لانها لا تقتل) أي فلهذا كانت عقود المرتدة كلها جائزة الا مفاوضتها فانها موقوفة ان أسلمت صحت والا صارت عنانا كما قالا في المرتد كذا قال الامام الاسبيجابي اهـ اتقاني رحمه الله ❁ فرع ❁ أجمع أصحابنا على أن الردة تبطل عصمة النكاح وتقع الفرقة بينهما بنفس الردة وعند الشافعي لا تقع الفرقة الا بقضاء القاضي اهـ قاضيخان رحمه الله

مقهور في أيدينا حتى يقتل وكونه حربيا مقهورا سبب لزوال ملكه ومالكيته وبطلان تصرفاته غير أن الاسلام مرجو منه لبقاء الاجبار على الاسلام فقلنا بتوقف تصرفاته لتردد حاله بين القتل والاسلام بخلاف حربي دخل دارنا بغير أمان لانه صار فيئا بدخوله دارنا بغير أمان ولهذا لا يملكه من أخذه بل يرده الى بيت المال لانه كما دخل دارنا وقع في أيدي المسلمين لان لهم يدا في الدار فيرد الى مالهم أي المسلمين وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم لان القتل لم يجب هناك لزوال سبب العصمة ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص وانما هو جزاء على الجناية فلم يوجب خللا فيه وبخلاف المرتدة لانها لا تقتل فلم يثبت لها حكم أهل الحرب حتى تلتحق بدار الحرب فتصير حربية حينئذ ﴿ ثم اعلم أن تصرفات المرتد على أربعة أقسام نافذ بالاتفاق كالاستيلاد والطلاق وقبول الهبة وتسليم الشفعة والحجر على عبده المأذون لانها لا تستدعي الولاية ولا تعتمد حقيقة الملك حتى صحت هذه التصرفات من العبد مع قصور ولايته وباطل بالاتفاق كالنكاح والذبيحة والارث لانها تعتمد الملة ولا ملة له وموقوف بالاتفاق كالمفاوضة والتصرف على ولده الصغير ومال ولده لانها تعتمد المساواة ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم ومختلف في توقفه وهو ما بيناه بدليله قال رحمه الله (وان عاد مسلما بعد الحكم بلحوقه فما وجده في يد وارثه أخذه والالا) أي ان لم يجده فليس له أن يضمنه بعدما تصرف فيه الوارث وانما يأخذ عين ماله لان الوارث كان خلفه لاستغنائه عنه فاذا عاد ظهرت حاجته وبطل حكم الخلف ولو عاد بعد الموت الحقيقي كان حكمه كذلك ثم انما يعود الى ملكه بقضاء أو برضا من الوارث لانه دخل في ملكه بحكم شرعي فلا يخرج عن ملكه الا بطريقه ولهذا ليس له أن يضمنه بعدما أخرجه عن ملكه أو أتلفه ولا سبيل له على أمهات أولاده ومدبريه لان القاضي قضى بعتقهن عن ولاية شرعية فلا يمكن نقضه ولو جاء مسلما قبل أن يقضي القاضي بذلك لم يخرج عن ملكه فكأنه لم يزل مسلما ومدبروه وأمهات أولاده على ملكه ونظيره العبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان عاد بعد القضاء بالفسخ لا يبطل القضاء وتم الفسخ وان عاد قبل القضاء به فالبيع صحيح على حاله فكأنه لم يأبق قال رحمه الله (ولو ولدت أمة له نصرانية لستة أشهر منذ ارتد فادعاه فهي أم ولده وهو ابنه حر ولا يرثه ولو مسلمة ورثه الابن ان مات على الردة أو لحق بدار الحرب) أما صحة الاستيلاد فلما بينا وأما امتناع الارث مع ثبوت نسبه منه فلان الام اذا كانت نصرانية يكون الولد مرتدا تبعا لابيه لانه

(قوله فيرد الى مالهم أي المسلمين) كذا من خط الشارح (قوله وبخلاف المقضي عليه بالقود والرجم الخ) أخذه من النهاية فراجعها اه (قوله ولهذا لو قتله قاتل غير من له القتل يجب فيه القصاص) أي يجب القصاص لولي القاتل على قاتل القاتل اذا كان قتله عمدا ولا يجب على قاتل القاتل شئ من الدية لولي المقتول الاول كما نص عليه في المنار بقوله والقصاص لا يضمن بقتل القاتل وانظر ما كتبته في الجنايات اه وكتب ما نصه أي بغير اذنه اه نهاية ذكر الشارح في الحدود قبيل باب الشهادة على الزنا أن حقوق العباد كالقصاص والاموال حق الاستيفاء فيها لمن له الحق ولا يشترط فيها القضاء بل لو استوفاه صاحبه جاز وانما يحتاج الى الامام ليمكنه من ذلك لانه قادر عليه بالمنعة والامام فيه كغيره حتى لو استوفاه صاحبه من غير حكم حاكم جاز له ذلك وبه يندفع ما عسى أن يقال كيف يقتل قاتل القاتل وقد قتل بقتله ووجه الدفع أن يقال القضاء في هذا انما هو اعانة لمن وجب عليه القصاص ولم يثبت القضاء له حقا لم يكن ثابتا بل حقه كان ثابتا قبل القضاء ولهذا كان له أن يستوفيه قبل القضاء هذا ما ظهر لي والله الموفق اه (قوله كالاستيلاد والطلاق) فان قلت كيف نفذ طلاق المرتد وبمجرد الردة تبين المرأة قلت هذا ليس بممتنع ألا ترى أن المسلم اذا أبان امرأته ثم طلقها في عدتها جاز فكذا هذا والدليل على هذا أن الرجل اذا وكل وكيلا على طلاق امرأته فارتد الزوج أو ارتدت فطلاق الوكيل يقع عليها ما دامت في العدة والمسئلة منصوصة في شرح الكافي وسنبينها ان شاء الله تعالى في آخر كتاب الوكالة ويمكن أن لا تقع البينونة أيضا بالردة كما اذا ارتد الزوجان معا ثم طلقها بعد الردة فلا يرد السؤال أصلا اه اتقاني (قوله ولا مساواة بين المسلم والمرتد ما لم يسلم) أي الا أن عندهما ان مات أو قتل صارت عنانا كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله ولا يرثه) أي لو مات المرتد أو قتل لا يرثه هذا الولد اه (قوله أما صحة الاستيلاد فلما بينا) قال الاتقاني ثم اعلم أن دعواه الولد صحيحة على قولهما بلا اشكال لان عقود المرتد عندهما جائزة فكذلك دعوته أما أبو حنيفة فانه جعل عقوده موقوفة لكن جعل دعوته صحيحة لان الاستيلاد لا يفتقر الى حقيقة الملك بل يثبت بتأويل الملك ألا ترى أن العبد المأذون اذا ادعى النسب من الجارية التي من تجارته جاز وكذلك الاب اذا ادعى ولد جارية ابنه يثبت النسب وتأويل المرتد أكثر من تأويلهما فاذا ثبت النسب يثبت التفريع المذكور في ارثه وعدمه اه ﴿فرع﴾ قال السرخسي في مبسوطه أولاد أهل الذمة لا يحكم باسلامهم اذا مات آباؤهم لان الموت لا يقطع العصمة وقال في البدائع ولا تنقطع تبعية الابوين بموتهما لان بقاء الاصل ليس بشرط لبقاء الحكم في التبع وهكذا قال في المحيط وقاضيخان اه (قوله اذا كانت نصرانية) أي أو يهودية اه اتقاني (قوله تبعا لابيه) أي لا لامه اه اتقاني

أقرب الى الاسلام منها لكونه يجبر على الاسلام دونها والمرتد لا يرث أحدا وهذا فائدة تقييده بستة أشهر وبكونها نصرانية لانه لو ولدته لاقل من ستة أشهر أو كانت الامة مسلمة يرث أما الاول فلتيقننا بوجوده في البطن قبل الردة فيكون مسلما تبعا للاب بخلاف ما اذا جاءت به لستة أشهر لانا لم نتيقن بوجوده عند الردة حتى يكون مسلما تبعا له ولا يمكن أن يجعل تبعا للدار حتى يكون مسلما لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين بخلاف الولد الصغير اذا ارتد أبواه حيث يجعل مسلما تبعا للدار ما لم يلحقا به دار الحرب لانه ثبت له حكم الاسلام قبل ردتهما فيبقى على تلك الصفة ما لم يلحقا به دار الحرب بخلاف ما نحن فيه فانه لم يثبت له حكم الاسلام وأما الثاني وهو ما اذا كانت الامة مسلمة فالولد مسلم تبعا لها اذ هي خيرهما دينا والمسلم يرث المرتد ولكن لا يتصور هذا على قول أبي حنيفة الا في الرواية التي رواها عنه محمد فانه يعتبر كونه وارثا فيها وقت الموت أو القتل أو القضاء باللحاق وأما على الروايتين الاخريين فلا يتصور أن يرث لعدم كونه وارثا عند الردة قال رحمه الله (وان لحق المرتد بماله فظهر عليه فهو فيء) يعني ليس لورثته عليه سبيل لان ملكهم فيه غير ثابت حيث ألحقه معه ابتداء فسقطت عصمته باللحاق وكذا عصمة ماله لانه تبع للنفس فيكون ماله فيأ اذا وقع في الغنيمة لا سبيل لورثته فيه وكذا ان أخرجه تاجر لما ذكرنا بخلاف نفسه حيث لا تكون فيأ لان المرتد لا يسترق على ما بينا من قبل قال رحمه الله (فان رجع وذهب بماله وظهر عليه فلوارثه) يعني لوارثه أخذه لانه لما لحق بدار الحرب ملكته الورثة فالمالك القديم أن يأخذ ماله قبل القسمة بغير شيء وبعدها أو من التاجر بالعوض على ما بينا ومراده اذا رجع بعد حكم الحاكم بلحاقه وأما اذا رجع قبل الحكم به وأخذ ماله ولحق ثانيا فلا سبيل لورثته على ذلك المال لانهم لم يملكوه قبل حكم الحاكم بلحاقه على ما بينا غير مرة وقال في النهاية في ظاهر الرواية وهو جواب هذا الكتاب يعني الهداية يرد على الورثة أيضا لانه متى لحق بدار الحرب فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا ظاهرا وهذا مشكل لان الملك للورثة لا يثبت الا بالقضاء فكيف يثبت هنا وقال في الكافي القضاء مرجح جانب عدم الرجوع الى دارنا فيتقرر موته ولما خرج الينا معتزا ورجع بماله ظهر أنه لا يريد العود الى دارنا فيتقرر موته من حين اللحوق بدار الحرب فيكون ماله لورثته من ذلك الوقت وقال في النهاية وفي بعض روايات السير

(قوله لا يرث أحدا) أي لا من المرتد ولا من المسلم اه اتقاني (قوله فيكون مسلما تبعا للاب) أي والمسلم يرث المرتد اه (قوله لان تبعية الدار لا تظهر مع الابوين) يعني ان تبعية الدار لا تظهر الا اذا لم يكن معه أحد أبويه أما اذا كان فلا وقد مر ذلك في باب الجنائز اه (قوله حيث يجعل مسلما تبعا للدار) أي ولا يعتبر مرتدا تبعا لهما اه (قوله فيبقى على تلك الصفة) أي يبقى على اسلامه بتبعية الدار وقد قال الاتقاني فان قلت هذا ينتقض بما اذا ارتد الابوان المسلمان ولهما ولد طفل وولد قبل ردتهما فانه يبقى مسلما تبعا للدار ولا يعتبر مرتدا تبعا لهما قلت لا نسلم انه يبقى مسلما تبعا للدار بل هو كان مسلما تبعا لابويه فيبقى على ما كان بعد ردتهما اه وهو يؤيد ما قلناه اه (قوله فانه لم يثبت له حكم الاسلام) أي أصلا لا بجعل تبعا لابيه المرتد لقربه الى الاسلام اه (قوله في المتن فهو فيء) أي لانه مال حربي فيكون حكمه كسائر أموال أهل الحرب ولا حق للورثة فيه لتباين الدارين فان قلت المال تابع للنفس ونفس المرتد لا يكون فيأ فينبغي أن يكون المال الذي في يده كذلك قلت لا يلزم من عدم جريان الفيء على النفس عدم جريان الفيء على المال ولهذا لا يجرى الفيء على مشركي العرب ويجرى الفيء على أموالهم ونسائهم وأولادهم فكذا المرتد اه اتقاني (قوله لان المرتد لا يسترق) أي بخلاف المرتدة على ما سيأتي في قوله ولو ارتد الزوجان اه (قوله في المتن فان رجع) أي الى دار الاسلام اه (قوله في المتن وذهب بماله) أي الى دار الحرب اه (قوله في المتن وظهر عليه فلوارثه) قال الاتقاني أما اذا رجع بعد اللحاق بدار الحرب ثم ظهر على ذلك المال فهو لورثته اذا وجدوه قبل القسمة بغير شيء وان وجدوه بعد القسمة فهو لهم بالقيمة الا اذا كان مثليا فانهم لا يأخذونه اذ لا فائدة في أخذه بالمثل كذا في شرح الطحاوي وهم في ذلك بمنزلة رجل أجنبي يأخذ العدو ماله ثم يظهر المسلمون عليه كذا قال الكرخي في مختصره وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير هذا لا يشكل الا اذا رجع بعد قضاء القاضي فأما قبل القضاء فجواب هذا الكتاب لا يفصل بين الحالين في رد المال على الورثة لانه رتب حكم الرد على مطلق اللحاق بدون قضاء القاضي باللحاق ووجهه أنه متى لحقه فالظاهر أنه لا يعود فكان ميتا حكما ثم قال فخر الاسلام وفي بعض روايات السير وقال لا حق للورثة فيه فيكون فيأ ووجه ذلك أن الحق انما يثبت بالقضاء يعني أن الحق للورثة لا يثبت الا بقضاء القاضي وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير هذا اذا رجع بعد القضاء من القاضي بلحوقه وجعل ماله لورثته لان القاضي اذا قضى بلحوقه فقد صار ماله لورثته وأما اذا لم يقض القاضي بلحوقه حتى رجع وأخذ فالحكم فيه كالحكم في الذي ذهب به أول مرة فأقول ينبغي أن يكون ما وقع في الجامع الصغير على مذهب محمد وما وقع في بعض روايات السير على مذهب أبي يوسف وذلك لان محمدا يجعل مجرد اللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند اللحاق ولا يجعل أبو يوسف ذلك كالموت بل يجعل القضاء باللحاق كالموت حتى يعتبر كون الوارث عند القضاء لا عند اللحاق اه

(قوله لصدورها عن ولاية شرعية) أى حتى جعل المرتد ميتا حكما اه اتقانى (قوله جعلناه) أى الابن اه (قوله نائبا عنه) أى عن أبيه يعنى صار الابن كالوكيل عن أبيه المرتد فى التصرف لان المرتد لما لحق بدار الحرب صار كأنه سلط ابنه على ماله وجعله خلفا عنه فى التصرف فلما عاد ثبت له حكم الاحياء وبطل حكم الموت فلما لم يفسخ كان بدل الكتابة للمرتد الذى أسلم لان حقوق العقد فى الكتابة ترجع الى الموكل لا الى الوكيل وكذلك للمرتد الذى أسلم لأن الولاء لمن أعتق والعتق وقع عنه بخلاف ما اذا أدى بدل الكتابة للوارث فان الولاء حينئذ يكون للوارث لوقوع العتق عنه اه اتقانى (قوله فالدية فى كسب الاسلام خاصة) وكذلك حكم ما اغتصبه من مال أو أفسده اه اتقانى (قوله لعدم النصرة) أى لان (٢٩٠) المسلم لا يلزمه نصرة المرتد اه (قوله فى المتن ولو ارتد) أى المسلم اه (قوله فى المتن ومات منه) أى من القطع اه (قوله فى المتن أو لحق) أى وقضى بلحاقه كما سيجىء اه (قوله فى المتن لورثته) أى لورثة المقطوع يده اه (قوله فعلى القاطع نصف الدية من ماله) أى ولم تجب دية النفس ولا القصاص فى قطع اليد اه اتقانى (قوله لان العاقلة لا تعقل العمد) أما اذا كان خطأ فقال الحاكم فى الكافى هى على عاقلته اه اتقانى (قوله فأهدرت) أى فلم تجب دية النفس لان موتها حصل فى حال لا قيمة لها ولم يجب القصاص فى اليد لان اعتراض الردة صار شبهة وهذا لان الردة لو كانت موجودة عند القطع كانت حقيقة الاباحة قائمة فى قطع اليد لوجود المبيح وهو الردة فاذا كانت ثابتة ثم اعترضت كانت شبهة فاذا لم يجب القطع وجب دية اليد وهى نصف دية النفس لان قطع اليد حصل فى حال عصمة اليد وهى حالة الاسلام اه اتقانى (قوله حيث لا يضمن شيأ) أى أصلا لان قطع اليد حصل فى زمان لا قيمة لها لعدم العصمة اه (قوله لان ما أهدر ما لا يلحقه الاعتبار) أى أصلا فلهذا لم يعتبر زمان السراية اه (قوله فكذا بالردة) والتحقيق هنا أن نقول ان فوت العصمة يوجب الهدر لا محالة وقيام العصمة لا يوجب الضمان لا محالة كما اذا قطع بأمره فلم يكن اعتراض العصمة دافعا لصفة الهدر (قوله فهو بمنزلة موته مرتدا الخ) قال الاتقانى هذا اذا ارتد المقطوع يده أما اذا ارتد القاطع فقتل ومات المقطوع يده منه مسلما فقال فى الشامل فى قسم المبسوط ان كان عمدا فلا شئ عليه لان القاتل مات وان كان خطأ فعلى عاقلته دية النفس لان الجناية انعقدت موجبة للقتل لان الجانى كان مسلما يوم الجناية لا جرم لو كانت الجناية فى حال ردته كانت فى ماله اه قال الكمال فلو كان القاطع هو الذى ارتد ففى المبسوط فان قتل أو مات

يكون فيأ لالتحاق الورثة فيه لان الحق للورثة لا يثبت الا بالقضاء قال رحمه الله (وان لحق فقضى بعبده لابنه فكاتبه فجاء مسلما فالمكاتبة والولاء لمورثه) وهو المرتد الذى أسلم لان ملك الوارث خلف عن ملك المورث لاستغنائه فاذا جاء مسلما تبين أنه محتاج اليه فيعاد اليه ملكه غير أن الكتابة لا يمكن فسخها لصدورها عن ولاية شرعية فجعلناه نائبا عنه وحقوق العقد فيه ترجع الى الموكل والولاء لمن يقع العتق عنه نظيره المكاتب اذا كاتب عبده وعجز وفسخت الكتابة الاولى تبقى الكتابة الثانية على حالها ويكون بدل الكتابة وولاؤه لمولاه بخلاف ما اذا رجع بعد أداء الكتابة لان الملك الذى كان له غير قائم بعده وبخلاف ما اذا باعه لما قلنا ولا يقال المكاتب لا يقبل الانتقال فكيف انتقل الى المرتد الذى أسلم لانا نقول هذا ليس بانتقال وانما هو سقوط ولاية الخلف عند ظهور ولاية الاصل قال رحمه الله (فان قتل مرتد رجلا خطأ ولحق) أى بدار الحرب (أو قتل فالدية فى كسب الاسلام) خاصة وهذا عند أبى حنيفة وقالا الدية فيما اكتسبه فى حالة الاسلام والردة جميعا لان العواقل لا تعقل المرتد لعدم النصرة فيكون فى ماله خاصة فماله عندهما المكتسب فى حالة الاسلام والردة جميعا لنفوذ تصرفاته فى الحالين ولهذا يجرى الارث فى الكل عندهما وعنده ماله المكتسب فى حالة الاسلام خاصة لنفوذ تصرفه فى تلك الحالة دون المكتسب فى حالة الردة لتوقف تصرفه فيها ولهذا كان الاول ميراثا عنه والثانى فيأ وينبغى أن يكون هذا على الروايات المتقدمة عن أبى حنيفة من أنه يبدأ بكسب الردة أو الاسلام أو كل دين يقضى من كسبه فى تلك الحالة هذا اذا قتل أو مات قبل أن يسلم وأما اذا أسلم ثم مات أو لم يمت يكون فى الكسبين جميعا بالاتفاق لان الكل ماله ولهذا يجرى الارث فيه بالاتفاق قال رحمه الله (ولو ارتد بعد القطع عمدا ومات منه أو لحق وجاء مسلما فمات منه ضمن القاطع نصف الدية فى ماله لورثته) أى لو قطعت يد المسلم عمدا فارتد والعياذ بالله ثم مات على ردته من ذلك أو لحق بدار الحرب ثم جاء مسلما فمات من ذلك فعلى القاطع نصف الدية من ماله خاصة لان العاقلة لا تعقل العمد أما الاول وهو ما اذا ارتد بعد ما قطعت يده ومات من القطع فلان السراية حلت محلا غير معصوم فأهدرت بخلاف ما اذا قطعت يد المرتد ثم أسلم ومات من ذلك حيث لا يضمن شيأ لان ما أهدر لا يلحقه الاعتبار بخلاف المعتبر فانه قد يلحقه الاهدار بالابراء فكذا بالردة فيجب عليه ضمان ما أتلف وهو معصوم وهو اليد دون النفس ونظيره البيع أو الاعتاق حتى لو قطعت يد عبده ثم باعه أو أعتقه لا يضمن الجانى الا اليد وان مات بعد الرد عليه بالفسخ لانه صار مبرئا له بهذا التصرف وأما الثانى وهو ما اذا لحق بدار الحرب بعد الردة وقضى القاضى بلحاقه فلانه صار ميتا تقديرا والموت يقطع السراية واسلامه حياة حادثة تقديرا فلا يعود حكم الجناية الاولى واذا لم يقض القاضى بلحاقه حتى عاد مسلما ثم مات من القطع فهو بمنزلة موته مرتدا قبل أن يلحق بدار الحرب وفيه خلاف محمد وزفر على

المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب القصاص وقد فات محله يعني حين قتل على ردته أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لان عندا محمد بأنه كان مسلما أو جناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد لا يعقل جنايته أحد اه (قوله في المتن وان لم يلحق وأسلم) أي بعد الارتداد اه (قوله ومات) أي من القطع اه (قوله ضمن الدية) أي استحسانا ذكر القياس والاستحسان فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير لكن ان كان عمدا يجب في ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته كذا ذكره الولوالجي في فتاواه اه اتقاني

ما نبينه ان شاء الله تعالى لان حكم الالحاق لا يثبت الا بحكم الحاكم قال رحمه الله (وان لم يلحق وأسلم ومات ضمن الدية) أي كاملة وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية لان اعتراض الردة أهدر السراية فلا تنقلب بالاسلام معتبرة وهذا لان الردة معنى لو مات عليها لا يجب بالسراية شيء فكذا اذا لم يمت عليها فصار كعبد قطعت يده ثم باعه المولى ثم اشتراه أو تقايلا ثم مات لم يجب على القاطع الا دية اليد كما لو مات في يد المشتري لما ذكرنا ولانه بالردة أهدر دمه فصار مبرئا له عن ضمان النفس كما اذا باع عبده بعد القطع على ما ذكرنا ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم وتمت على محل معصوم فتوجب كل الدية كما لو لم تتخلل الردة بينهما وهذا لانه لا معتبر لقيام العصمة في حال بقاء الجناية وانما المعتبر قيامها في حال انعقاد السبب وفي حال ثبوت الحكم وفيما بين ذلك غير معتبر في حق هذا الحكم فصار كاشتراط قيام الملك في حالة اليمين وحالة وجود الشرط وكاشتراط كمال النصاب في حال انعقاد السبب وتمامه والردة ليست بابراء عن الجناية وضعا ولا شرعا بل هي لتبديل الدين ألا ترى أنها توجد من غير ابراء بأن لم يكن ثم جناية عليه الا أنه لو مات على تلك الحالة لا يجب الضمان باتفاق الحال لكون دمه هدرا بخلاف ما اذا باع العبد المجني عليه لان البيع وضع لقطع ملكه والضمان بدل ملكه فاذا قطع الاصل قصدا فقد قطع البدل أيضا فصار كالابراء قال رحمه الله (ولو ارتد مكاتب ولحق وأخذ بماله وقتل فكتابته لمولاه وما بقي لورثته) لانه لم يزل ملك المولى عن رقبته بالردة غير أنه صار دمه مباحا وباباحة دم العبد لا يزول ملك سيده عنه كما لو وجب عليه قود والكتابة لا تبطل بالردة والالحاق بدار الحرب لانها لا تبطل بحقيقة الموت فبالحكمي أولى أن لا تبطل فبقي ملكه المالكه والتصرف على حاله هذا على قولهما ظاهر وأما على قول أبي حنيفة فلان المكاتب اعا ملك المال والتصرف بعقد الكتابة وهو باق على ما بيناه ولا يمنع ذلك بالرق فأولى أن لا يمنع بالردة لان الرق أقوى في المنع من الردة ألا ترى أن المرتد يملك بعض التصرفات بالاجماع وبعضها فيها الخلاف فاذا كانت الكتابة باقية يوفي المولى كتابته وما بقي يكون لورثته كما في الموت الحقيقي فان قيل اذا مات عن وفاء حكم بعتقه في آخر جزء من أجزاء حياته فيتبين بذلك أن كسبه كسب مرتد حر فوجب أن يكون فيأ على مذهبه قلنا حكمنا بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته في حق الحقوق المستحقة بالكتابة وهي حرية نفسه وأولاده وملك كسبه رقبة وفيما عدا ذلك من الاحكام يعتبر عبدا ألا ترى أنه لا تصح وصيته وان ترك وفاء لان الوصية ليست من الحقوق المستحقة بالكتابة فكذا لا يكون كسبه فيأ لان كسب العبد المرتد لا يكون فيأ فلا يجعل حرا في حقه قال رحمه الله (ولو ارتد الزوجان ولحقا فولدت وولد له ولد فظهر عليهم فالولدان فيء ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد) أي اذا ارتد الرجل وامرأته ولحقا بدار الحرب فولدت المرأة هنالك ولدا وولد لولدهما ولد ثم ظهر عليهم جميعا فولدهما وولد ولدهما فيء ويجبر ولدهما على الاسلام لا ولد ولدهما لان الولد يتبع الام في الحرية والرق والمرتدة تسترق فكذا ولدها ويجبر الولد على الاسلام تبعا لابويه لان الاولاد يتبعون الآباء في الدين لقوله

(قوله وقال محمد وزفر يضمن نصف الدية) أي قياسا اه اتقاني (قوله لان اعتراض الردة أهدر السراية) أي لانه صار بعد الارتداد بحال لو قتله قاتل لا يجب عليه شيء فصارت الردة مهدرة لما تولد من القطع اه (قوله وتمت على محل معصوم) أي لانه كان في الحالين مسلما اه اتقاني (قوله في المتن ولو ارتد مكاتب ولحق) أي بدار الحرب واكتسب مالا اه هداية (قوله في المتن وأخذ بماله) أي أسيرا وأبى أن يسلم اه اتقاني (قوله هذا على قولهما ظاهر) أي لان كسب المرتد الحر عندهما ميراث فكذا كسب المكاتب ويشكل على مذهب أبي حنيفة لان كسب المرتد الحر فيء عنده فكيف كان كسب المرتد المكاتب ميراثا على وجه الاستحسان وحله أن كسب المرتد الحر لما كان موقوفا الى أن يتبين حاله لم تملك اكساب الردة فكانت فيأ بخلاف المرتد المكاتب فان تصرفاته نافذة وليست بموقوفة لان الكتابة لا ينافيها الموت الحقيقي فكذا لا ينافيها الموت الحكمي وهو الردة واللحاق فصحت أكسابه فكانت أكساب الردة كاكساب الاسلام فصارت ميراثا لورثته لموته حرا لانه مات عن وفاء اه اتقاني رحمه الله (قوله ويجبر الولد على الاسلام لا ولد الولد) قال الاتقاني رحمه الله هذا اذا ولد لهما ولد بعد التحاقهما أما اذا ارتد الزوجان وذهبا الى دار الحرب بولد لهما صغير ثم ظهر عليهم فالولد فيء لان الولد الصغير صار مرتدا تبعا للابوين وولد المرتد يصير فيأ بالسبي وان كان الاب ذهب به وحده والام مسلمة في دار الاسلام لم يكن الولد فيأ لان الولد بقي مسلما فلا يصير فيأ فيدفع الى الام وكذا اذا كانت الام قد ماتت مسلمة لان اسلام الام لا يرتفع بالموت بل يتقرر (قوله والمرتدة تسترق) أي والزوج

عليه الصلاة السلام كل مولود يولد على الفطرة فأبواه يهودانه وينصرانه ويمجسانه الحديث رواه البخاري ومسلم وأحمد وقيل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أرأيت من يموت منهم قال الله أعلم بما كانوا عاملين فيكون حجة لابي حنيفة ومحمد في توقفهما في أطفال المشركين فاذا تبعه وهما يجبر على الاسلام كما يجبران عليه ولا يقتل تبعا لابيه لانه كافر أصلي وليس بمرتد حقيقة فيكون حكمه في القتل حكم الكافر الاصلي وولد الولد يسترق ولا يقتل لما ذكرنا وهل يجبر على الاسلام ففيه روايتان في رواية يجبر رواها الحسن عن أبي حنيفة تبعا لجده وفي رواية لا يجبر لانه لو أجبر إما أن يجبر تبعا لابيه ولا وجه له لان أباه كان تبعا لابويه والتبع لا يكون له تبع أو تبعا لجده ولا وجه له لان تبعية الآباء في الدين على خلاف القياس ولا يلحق به الجد ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم وحواء عليهما السلام ولم يوجد في ذريتهما كافر غير المرتد وأصل هاتين الروايتين مبني على أن ولد الولد يكون مسلما باسلام جده أم لا ففي رواية الحسن يكون مسلما فاذا تبعه في الاسلام تبعه في الاجبار عليه أيضا وفي رواية لا يتبعه في الاسلام فكذا في الاجبار والمسائل التي جعل الجد فيها كالاب أربعة كلها تخرج على الروايتين أحداها هذه والثانية صدقة الفطر اذا كان الجد موسرا فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد والثالثة الوصية وهو ما اذا أوصى لاقربائه هل يدخل الجد فيها أو لا والرابعة جر الولاء وهو ما اذا أعتق الجد هل يجر ولاء الحافد الى مولاه أم لا ففي ظاهر الرواية لا يكون الجد في هذه المسائل كالاب قال رحمه الله (وارتداد الصبي العاقل صحيح كاسلامه ويجبر عليه ولا يقتل) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد واسلامه اسلام وقال زفر والشافعي ارتداده ليس بارتداد ولا اسلامه باسلام لانه يلزمه أحكام يشوبها مضرة كحرمان الارث ولزوم الفرقة بينه وبين امرأته المشركة أو المسلمة وامتناع وجوب نفقته على أبويه أو غيرهما من أقاربه ولانه تبع لابويه فلا يجعل أصلا اذ التبعية دليل العجز والاصالة دليل القدرة وبينهما تناف فلا يجتمعان في شخص واحد ولابي يوسف أن الارتداد من التصرفات الضارة فلا يؤهل له كالطلاق والعتاق وغيرهما مما يتمحض ضررا ولهما ما روى عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مولود يولد على الفطرة حتى يعرب عنه لسانه فاذا أعرب عنه لسانه فاما شاكرا واما كفورا رواه أحمد وصحح عليه الصلاة والسلام ايمان علي رضي الله عنه وقد كان امن صبيا وافتخاره بذلك معروف وكان يقول

سبقتكم الى الاسلام طرا * غلاما ما بلغت أوان حلمي
وسقتكم الى الاسلام قهرا * بصارم همتي وسنان عزمي

وذكر أبو جعفر أنه أسلم ابن خمس سنين وذكر القتبي أن عمره كان سبع سنين وعن عروة أنه قال أسلم علي وعمره ثمان سنين أخرجه البخاري ولانه أتى بحقيقة الاسلام وهو التصديق بالجنان والاقرار باللسان وكذا أتى بحقيقة الكفر وهو الجحود والانكار ولا مرد للحقائق وهذا لان الاقرار عن طوع دليل الاعتقاد فلا سبيل الى رده ولا الحجر عنه لان الحقائق لا يحجر عنها كما يحجر في حق سائر أفعاله حتى وجب عليه

يقتل أبويه تسلم اهـ اتقاني (قوله ولا يقتل) أي كولد المسلم اذا بلغ ولم يصف الاسلام يجبر على الاسلام ولا يقتل كذا هنا اهـ اتقاني (قوله ولو ألحق لكان الناس كلهم مسلمين تبعا لآدم الخ) والمعقول أن يقال إن الحكم اذا اقتصر على كل الجنس لم يكن بعض المقادير أحق من بعض فلزم الاقتصار على الادنى لتيقنه وهو الاب فاذا لم يكن تابعا للجد كان حكمه حكم سائر أهل الحرب اذا أسروا فيسترق أو يوضع عليه الجزية اهـ اتقاني (قوله ففي رواية الحسن يكون مسلما) وجه ما روى الحسن أن الجد له حكم الاب في انكاح الصغير والصغيرة ولهذا لا يكون لهما الخيار بعد البلوغ وكذلك في بيع مال الصغير فكذا في تبعية الاسلام وهذا لان الولد انما تبع الاب لانه يتفرع منه فيتبع الجد تبعا (١) لانه تفرع ووجه الظاهر ما ذكرنا اهـ اتقاني (قوله والمسائل التي جعل الجد فيها كالاب) قال في الكافي أربع مسائل لم يجعل الجد فيها كالاب في ظاهر الرواية وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة جعل الجد فيها كالاب اهـ (قوله فهل تجب عليه صدقة فطر الحافد) أي ففي ظاهر الرواية لا يؤدي الجد الفطرة عن ابن ابنه وفي رواية الحسن يؤديها اذا لم يكن لابن الابن مال كالاب لكن اذا كان الاب فقيرا اهـ اتقاني (قوله في المتن وارتداد الصبي العاقل صحيح كاسلامه) أي فلا يرث أبويه اذا كانا كافرين اهـ (قوله وقال أبو يوسف ارتداده ليس بارتداد) وفي المحيط عن ابن أبي مالك عن أبي يوسف أن أبا حنيفة رجع الى قول أبي يوسف اهـ كاكي وفي غريب الرواية روى الحسن عن زفر في ابن عشر سنين اذا ارتد ثم رمى صيدا أو ذبح أنه يؤكل ولا تصح ردته اهـ فصول الضمان

﴿فرع﴾ اعلم أن الصبي العاقل اذا أسلم يصح اسلامه استحسانا خلافا لزفر والشافعي ذكر الاستحسان فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والمراد بالصحة ترتيب أحكام الاسلام عليه نحو الارث من أقاربه المسلمين والحرمان من أقاربه المشركين وحرمة نكاح المشركة في حقه وحل نكاح المؤمنة وبطلان مالية الخمر والخنزير في حقه وعصمة دمه وماله وغير ذلك اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ولهما ما روى عن جابر أنه عليه الصلاة والسلام الخ) ثم لما صح ارتداد الصبي عند أبي حنيفة ومحمد لم يرث أبويه المسلمين لانه مرتد والمرتد لا يرث أحدا اهـ اتقاني رحمه الله

---

(١) قوله لانه تفرع هكذا في الاصل ولعل في العبارة سقطا فارجع الى الاصول الصحيحة وحرر اهـ مصححه

الضمان باتلافه مال الغير شرعا وفسد صومه بأكله وهو صائم فلا يعذر فيه لاجل صباه والحجر عن الاسلام كفر ولا يليق ذلك بالشارع ولا يمكن رده بضرر يلحقه فى الدنيا وما يتعلق به نجاة سرمدية وسعادة أبدية هى من أجل المنافع وهو الحكم الاصلى الذى يترتب على الاسلام ثم يبنى عليه غيره فلا يبالى بشوبه لان المعتبر هو الحكم الموضوع له لا ما يلزمه فى ضمنه وقوله تبع لابويه فلا يجعل أصلا الخ قلنا انما جعل تبعا لتوفير المنفعة عليه وفى اعتبار فعله بنفسه بطريق الاصالة مع ابقاء التبعية تحصيل المنفعة بطريقين وذلك أنفع له وانما يمتنع الجمع بينهما اذا كان بينهما مضادة وأما اذا تأيد أحدهما بالآخر فلا يمتنع ألا ترى أن التبع اذا نوى السفر كالمرأة ونحوها صار مسافرا بنيته وبنية أصله لما قلنا فان قيل لو صح اسلامه بنفسه لكان ذلك منه فرضا لاستحالة كون الايمان نفلا بخلاف سائر العبادات فانها متنوعة بين الفرض والنفل فاذا صار فرضا لزم أن يكون مخاطبا ولا قائل به فاذا لم يكن تصحيحه فرضا لم يصح بخلاف ما اذا جعل مسلما تبعا لان صفة الفرضية فى الاصل مغنية عن اعتبار فى التبع ولانه لو كان عقله معتبرا لوقعت الفرقة بينه وبين امرأته اذا لم يحسن أن يصف الاسلام كالبالغ قلنا انما لم يكن مخاطبا لرفع الحرج عنه فاذا أداه صح كالمسافر وغيره من أصحاب الاعذار يؤدى الجمعة فانها تصح وتقع عن الفرض وان لم تكن الجمعة فرضا عليه وانما لم تبن زوجته منه اذا لم يحسن الوصف بعد ما عقل لبقاء معنى التبعية وفيه توفير المنفعة على ما بينا وقوله لا يقتل يعنى اذا أبى أن يسلم بعد ما ارتد لان القتل عقوبة وهو ليس من أهلها والاجبار على الاسلام نفع له فيجبر هذا فى صبى يعقل وان كان لا يعقل لا يصح منه شئ من ذلك لان اقراره لا يدل على اعتقاده فلا يعتبر وكذا المجنون لما ذكرنا وكذا السكران فى الردة دون الاسلام على ما عرف فى موضعه ويلحق الساحر بالمرتد قال فى المحيط معزيا الى الفتاوى الساحر هل يقتل أو تقبل توبته ينظر ان اعتقد أنه خالق لما يفعل فان تاب عن ذلك وقال الله خالق كل شئ وتبرأ عما اعتقد تقبل توبته ولا يقتل لانه كافر أسلم وان لم يتب يقتل لانه مرتد وقال أبو حنيفة فى المجرد انه يقتل ولا يستتاب ولا يقبل قوله انى أترك السحر وأتوب منه اذا شهد الشهود أنه الآن ساحر أو أقر بذلك وكذلك المرأة الساحرة تقتل لان عمر رضى الله عنه كتب الى نوابه أن اقتلوا الساحر والساحرة رواه أحمد وأبو داود والبخارى وعن جندب أنه عليه الصلاة والسلام قال حد الساحر ضربه بالسيف رواه الدارقطنى وقال الترمذى الصحيح أنه موقوف عليه قلنا الموقوف فى مثله محمول على السماع لانه لا يدرك بالرأى وذكر فى المنتقى انها لا تقتل ولكن تحبس وتضرب كالمرتدة والاول أصح لان ضرر كفرها وهو السحر يتعدى فتكون ساعية فى الارض بالفساد بخلاف المرتدة والحربية وكذلك الزنديق يقتل ولا تقبل له توبة لما روى عن عكرمة رضى الله عنه أنه قال أتى على رضى الله عنه بزنادقة فأحرقهم فبلغ ذلك ابن عباس رضى الله عنهما فقال لو كنت أنا لم أحرقهم لنهى رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا تعذبوا بعذاب الله ولقتلتهم لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم من بدل دينه فاقتلوه رواه البخارى وغيره والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿باب البغاة﴾

قال رحمه الله (خرج قوم مسلمون عن طاعة الامام وغلبوا على بلد دعاهم اليه) أى الى العود الى الجماعة

(قوله فلا يعذر فيه لاجل صباه) قال الاتقانى ثم لما جعل مسلما باسلام أبويه حكما تبعا لهما فلان يجعل مسلما باسلام نفسه حقيقة أولى وأحرى والاحكام ليست بمقصودة لذاتها بالاسلام لان المقصود به فوز السعادة الابدية ثم اذا ترتبت الاحكام عليها لا يبالى بها لانها حصلت ضمنا وضمنيات الشئ لا تعلل اه ﴿فرع﴾ رجل حج حجة الاسلام ثم ارتد والعياذ بالله تعالى ثم أسلم كان عليه حجة الاسلام قاله قاضيخان ثم قال بعد أسطر رجل ارتد والعياذ بالله وعليه قضاء صلاة أو صيام تركها فى حالة الاسلام ثم أسلم بعد ذلك قال شمس الائمة الحلوانى قضى ما ترك فى الاسلام لان ترك الصلاة والصيام معصية والمعصية تبقى بعد الردة وما أدى من الصلوات والصيامات فى اسلامه ثم ارتد تبطل طاعته لكن لا يجب عليه قضاؤها بعد الاسلام اه (قوله ويلحق الساحر الخ) السحر قول يعظم فيه غير الله تعالى تنسب اليه التقديرات والتأثيرات اه (قوله وكذلك الزنديق الخ) قالوا لو جاء الزنديق قبل أن يؤخذ فأقر أنه زنديق فتاب عن ذلك تقبل توبته وان أخذ ثم تاب لا تقبل توبته لانهم باطنية يظهرون شيأ ويعتقدون فى الباطن خلاف ذلك فيقتلون ولا تؤخذ منهم الجزية ولا تقبل توبتهم كذا فى سير فتاوى قاضيخان مذكور فى باب الجزية من الكفاية اه

﴿باب البغاة﴾

قدم أحكام قتال الكفار ثم أعقبه بقتال المسلمين والوجه ظاهر والبغاة جمع باغ وهذا الوزن مطرد فى كل اسم فاعل معتل اللام كغزاة ورماة وقضاة والبغى فى اللغة الطلب بغيت كذا أى طلبته قال الله تعالى حكاية ذلك ما كنا نبغى ثم اشتهر فى العرف فى طلب ما لا يحل من الجور والظلم والباغى فى عرف الفقهاء الخارج على الامام الحق اه كمال رحمه الله قال الاتقانى وتأخير هذا الباب لقلة وجوده والمراد من البغاة الخوارج ولهذا وسم هذا الباب فى المبسوط بباب الخوارج قال فى فصل الاستروشنى لابد من معرفة أهل البغى فأهل البغى هم الخارجون على الامام الحق بغير حق

(وكشف شبهتهم) لان عليا رضى الله عنه بعث عبد الله بن عباس رضى الله عنهما الى أهل حروراء فدعاهم الى التوبة وناظرهم قبل قتالهم ولانه ترجى توبتهم ولعل الشر يندفع بالتذكرة كما قال الله تعالى وذكر فان الذكرى تنفع المؤمنين وهو أهون فيبدأ به وهذه الدعوة ليست بواجبة لانهم قد علموا لماذا يقاتلون فصاروا كالمرتدين وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة ولهذا يجوز قتالهم بكل ما يقاتل به أهل الحرب كالرمى بالنبل والمنجنيق وارسال الماء والنار عليهم لان قتالهم فرض لقوله تعالى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله فصار قتالهم كقتال أهل الحرب قال رحمه الله (وبدأ بقتالهم) يعنى اذا تحيزوا وتهيؤا للقتال واجتمعوا له هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده وهو المذهب عندنا وذكر القدورى فى مختصره لا نبدؤهم بقتال حتى يبدؤه وهو قول الشافعى رضى الله عنه لانه لا يجوز قتل المسلم الا دفعا لهم مسلمون بخلاف الكفار فان نفس الكفر مبيح عنده ولنا ما تلونا من غير قيد بالبداية منهم وقول على رضى الله عنه سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول سيخرج قوم فى آخر الزمان حداث الاسنان سفهاء الاحلام يقولون من قول خير البرية لا يجاوز ايمانهم حناجرهم يمرقون من الدين كما يمرق السهم من الرمية فاينما لقيتموهم فاقتلوهم فان فى قتلهم أجرا لمن قتلهم يوم القيامة رواه أحمد ومسلم والبخارى ولان الحكم يدار على دليله وهو ما ذكرنا من التحيز والتهيؤ فلو انتظر حقيقة قتالهم لصار ذريعة لتقويتهم فلعله لا يمكن دفعهم فيدار الحكم على الدليل ضرورة دفع شرهم ولانهم بالخروج على الامام صاروا عصاة فجاز قتالهم الى أن يقلعوا عن ذلك بل وجب لما تلونا وما روى عن على رضى الله عنه من قوله فى الخوارج لن نقاتلكم حتى تقاتلونا معناه حتى تعزموا على قتالنا بدليل ما روينا عنه عن النبى صلى الله عليه وسلم ولو أمكن دفع شرهم بالحبس بعد ما تأهبوا فعل ذلك ولا نقاتلهم لانه أمكن دفع شرهم بأهون منه والجهاد معهم واجب بقدر ما يندفع به شرهم والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت محمول على عدم الامام وأما

بيانه أن المسلمين اذا اجتمعوا على امام وصاروا آمنين به فخرج عليه طائفة من المؤمنين فان فعلوا ذلك لظلم ظلمهم فهم ليسوا من أهل البغى وعليه أن يترك الظلم وينصفهم ولا ينبغى للناس أن يعينوا الامام عليهم لان فيه اعانة على الظلم ولا أن يعينوا تلك الطائفة على الامام أيضا لان فيه اعانة لهم على خروجهم على الامام وان لم يكن ذلك لظلم ظلمهم ولكن لدعوى الحق والولاية فقالوا الحق معنا فهم أهل البغى فعلى كل من يقوى على القتال أن ينصر امام المسلمين على هؤلاء الخارجين لانهم ملعونون على لسان صاحب الشرع فانه قال عليه الصلاة والسلام الفتنة نائمة لعن الله من أيقظها فان كانوا تكلموا بالخروج لكن لم يعزموا على الخروج بعد فليس للامام أن يتعرض لهم لان العزم على الجناية لم يوجد بعد كذا ذكر فى واقعات الامام اللامشى وذكر القلانسى فى تهذيبه قال بعض المشايخ لولا على رضى الله عنه ما درينا القتال مع أهل القبلة وكان على ومن تبعه من أهل العدل وخصمه من أهل البغى وفى زماننا الحكم للغلبة ولا ندرى العادلة والباغية كلهم يطلبون الدنيا الى هنا لفظ الفصول اه (قوله حروراء) حروراء بالمد قرية بقرب الكوفة ينسب اليها فرقة من الخوارج كان أول اجتماعهم بها وتعمقوا فى الدين حتى خرجوا منه ومنه قول عائشة رضى الله تعالى عنها أحرورية أنت معناه أخارجة عن الدين بسبب التعمق فى السؤال اه مصباح وقال الجوهرى حروراء اسم قرية يمد ويقصر اه (قوله وأهل الحرب الذين بلغتهم الدعوة) أى لا تجب دعوتهم ثانيا اه (قوله اذا تحيزوا) أى انضموا اه (قوله هكذا ذكر الشيخ المعروف بخواهر زاده) خواهر زاده هو الامام أبو بكر محمد بن الحسين البخارى وسمى خواهر زاده لانه كان ابن أخت القاضى الامام أبى ثابت قاضى سمرقند وكان خواهر زاده اماما كاملا فى الفقه بحرا غزيرا صاحب التصانيف ومبسوطه أطول المبسوطات وكانت وفاته فيما بلغنا فى السنة التى توفى فيها شمس الائمة السرخسى سنة ثمان وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة فخر الاسلام البزدوى سنة احدى وثمانين وأربعمائة وكانت وفاة القدورى سنة ثمان وعشرين وأربعمائة قاله الاتقانى (قوله وهو قول الشافعى) قال الكمال وقال اعانة الشافعى لا يجوز حتى يبدؤا حقيقة وهو قول مالك وأحمد وأكثر أهل العلم لان قتل المسلم لا يجوز الا دفعا وهم أى البغاة مسلمون لقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما ثم قال فان بغت احداهما على الاخرى الآية اه (قوله ولان الحكم) يعنى المقصود من قتال البغاة دفع شرهم فاذا وجد دليل الشر وهو اجتماعهم وتعسكرهم يجب دفعهم بالقتال اه وكتب ما نصه وهو حل القتال اه (قوله يدار على دليله) أى دليل قتالهم اه (قوله فجاز قتالهم الى أن يقلعوا) أى يمتنعوا اه (قوله والمروى عن أبى حنيفة من لزوم البيت الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قال الحسن بن زياد قال أبو حنيفة اذا وقعت الفتنة بين المسلمين فينبغى للرجل أن يعتزل الفتنة ويلزم بيته ولا يخرج فى الفتنة قالوا انما أراد أبو حنيفة بذلك اذا لم يكن هناك امام يدعو الى القتال وان كان امام لزمهم اعانته والدليل على هذا ما قال الكرخى أيضا فى مختصره بقوله وقال أبو حنيفة ان كان الناس مجتمعين على امام من المسلمين والناس آمنون والسبل آمنة فخرج ناس ممن ينتحل الاسلام على امام أهل الجماعة فينبغى للمسلمين أن يعينوا امام أهل الجماعة وان لم يقدروا على ذلك لزموا بيوتهم ولم يخرجوا مع الذين خرجوا على امام أهل الجماعة ولم يعينوهم ثم قال وهذا قول زفر وأبى يوسف اه اتقانى

اعانة الامام من الواجبات عند القدرة وماروى عن ابن عمر مع جماعة من الصحابة رضى الله عنهم من القعود عن الفتنة محمول على أنهم كانوا عاجزين قال رحمه الله (ولو لهم فئة أجهز على جريحهم واتبع موليهم) لان المقصود من قتالهم دفع شرهم وذلك بماذكرنا لانهم يرجعون الى جماعتهم فيعودون حربا علينا ولم يحصل بذلك رجوعهم الى الجماعة وهو المقصود قال الله تعالى فقاتلوا التى تبغى حتى تفىء الى أمر الله قال رحمه الله (والا لا) أى ان لم تكن لهم فئة لا يجهز على جريحهم ولا يتبع موليهم لما روى عن مروان بن الحكم أنه قال صرخ صارخ لعلى يوم الجمل لا يقتلن مدبر ولا يذفف على جريح ومن أغلق بابه فهو امن ومن ألقى السلاح فهو آمن رواه سعيد ويوم الجمل لم تكن لهم فئة ولان قتلهم كان لدفع شرهم وقد اندفع بدونه فلا حاجة اليه وعند الشافعى لا يقتل فى الوجهين بناء على ما بينا من أصله أنه لا يجوز قتلهم الا دفعا ولا دفع فى قتله بعد ما ترك القتال ونحن نقول الحكم يدار على الدليل لا على حقيقة القتال على ما بينا قال رحمه الله (ولم تسب ذريتهم وحبس أموالهم حتى يتوبوا) لقول على رضى الله عنه يوم الجمل لا يقتل أسير ولا يكشف ستر ولا يؤخذ مال وهو القدوة فى هذا الباب وقوله لا يقتل أسير يعنى اذا لم تكن لهم فئة وان كان لهم فئة فالامام بالخيار ان شاء قتله لئلا ينفلت و يلحق بهم وان شاء حبسه لان شره يندفع به وليس له أن يسترقه لانه مسلم والاسلام يمنع الاسترقاق ابتداء وهو المراد بقول على رضى الله عنه لا يكشف ستر وحين طلب منه أصحابه أن يقسم النساء بينهم قال اذا قسمت النساء فلمن تكون عائشة فأبهتهم بذلك وقطع شبهتهم ولانهم مسلمون فتكون أموالهم وأنفسهم معصومة بالعصمتين لكونهم فى دار الاسلام قال رحمه الله (وان احتاج قاتل بسلاحهم وخيلهم) وقال الشافعى رحمه الله لا يقاتل به لانه مسلم فلا يحل الانتفاع بماله بدون رضاه ولنا أن عليا رضى الله عنه قسم سلاحهم بالبصرة بين الصحابة وكانت قسمته للحاجة لا للتمليك بدليل ماروى الزهرى أن الصحابة أجمعوا أن لا يؤخذ مال ولان للامام أن يفعل ذلك بمال أهل العدل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أخذ الدرع من صفوان بغير رضاه فما ظنك بمال أهل البغى لا سيما اذا كان فيه دفع شرهم وان لم يحتاجوا اليه حبسه عنهم كسائر أموالهم لان فى رده عليهم تقوية لهم واعانتهم على المعصية والكراع يباع و يحبس ثمنه لان حبس الثمن أيسر وأحفظ للمالية فاذا وضعت الحرب أوزارها وزالت الفتنة ردها عليهم لزوال المانع ولو كان معهم أهل الذمة يعينونهم على القتال فحكمهم كحكم أهل البغى حتى لا يجوز استرقاقهم ولا أخذ أموالهم لان عهدهم لم ينتقض به قال رحمه الله (وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ) أى ان قتل باغ باغيا مثله فى عسكرهم عمدا ثم ظهر عليهم لم يجب عليه القصاص لان القصاص لا يمكن استيفاؤه الا بمنعة ولا ولاية للامام عليهم حالة القتل فلم يوجب ولم ينقلب موجبا بعده كالقتل فى دار الحرب قال رحمه الله (وان غلبوا على مصر فقتل مصرى مثله فظهر على المصر قتل به) يعنى اذا غلب البغاة على مصر فقتل رجل من أهل المصر رجلا من المصر عمدا ثم ظهر على المصر فانه يقتص منه وتأويله اذا لم يجر على أهل المصر أحكام أهل البغى بل أزعجهم الامام العدل قبل ذلك عن ذلك المصر لان ولاية امام أهل العدل لم تنقطع قبل أن تجرى أحكامهم فيجب القصاص و بعد الاجراء تنقطع فلا يجب قال رحمه الله (وان قتل عادل باغيا أوقتله باغ وقال أنا على حق ورثه وان قال أنا على باطل لا) أى قتل رجل من أهل العدل رجلا من أهل البغى أو قتل رجل من أهل البغى رجلا من أهل العدل وقال الباغى القاتل قتلته وأنا على الحق ورثه وان قال

(قوله محمول على أنهم كانوا عاجزين) أى اذا العاجز لا يلزمه الحضور اه (قوله أجهز) ضبطه الزيلعى للمفعول اه (قوله يوم الجمل) ويوم الجمل هو اليوم الذى كان فيه وقعة عائشة مع على رضى الله تعالى عنهما وانما سمى يوم الجمل لان عائشة كانت يومئذ على الجمل اه أتقانى (قوله ونحن نقول الحكم يدار على الدليل) أى وهو الاجتماع اه (قوله وهو المراد بقول على ولا يكشف ستر) قال العينى فى شرح الهداية قوله ولا يكشف ستر أى لا تسبى نساؤهم اه (قوله فتكون أموالهم وأنفسهم معصومة بالعصمتين) أى الاسلام والدار اه (قوله والكراع) قال فى ديوان الادب الكراع الخيل اه أتقانى (قوله فى المتن وان قتل باغ مثله فظهر عليهم لم يجب شئ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى أهل البغى اذا كانوا فى عسكر فقتل رجل منهم رجلا منهم عمدا ثم ظهرنا عليهم قال ليس عليهم شئ أى لا يجب على القاتل دية ولا قصاص وهذا لانه قتل نفسا يباح قتلها ألا ترى أن العادل اذا قتله لا يجب شئ لان لاهل العدل أن يقتلوهم كسرا الشوكتهم فلما كان يباح قتلها لم يجب شئ اه أتقانى (قوله بل أزعجهم الامام العدل قبل ذلك) أى قبل اجراء الاحكام أى أقلع أهل البغى من المصر قبل أن تجرى أحكامهم اه (قوله و بعد الاجراء تنقطع فلا يجب) أى ولكن يستحق عذاب الآخرة اه أتقانى (قوله فى المتن وان قتل عادل باغيا الخ) وأصله ان ما تلف بين أهل العدل والبغى من نفس أو مال فلا ضمان فيه على واحد من الفريقين لكن يأثم الباغى وقال الشافعى فى القديم يجب على الباغى ضمان النفس والمال وفى الجديد لا ضمان عليه اه

قتلته وأما على الباطل لا يرث وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين وقال
الشافعي رحمه الله لا يرث العادل أيضا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث القاتل ولهذا عنده لو قتله بحق
من قصاص أو رجم أو حكم عليه بذلك أو شهد عليه لا يرث قلنا حرمان الارث جزاء الجريمة ولا جريمة
في القتل الواجب أو الجائز فلا يحرم وقتل الباغي واجب فلا اثم على القاتل بقتله ولا يجب الضمان عليه
فكذا لا يحرم الارث لان حرمانه من باب العقوبة وكذا الباغي لا يحرم لانه أتلف ما أتلف عن تأويل
فاسد والفاسد منه ملحق بالصحيح اذا انضمت اليه منعة كتأويل أهل الحرب والمرتدين ألا ترى الى ما روى
عن الزهري أنه قال هاجت الفتنة وأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم متوافرون فأجمعوا على أن لا يقاد
أحد ولا يؤخذ مال على تأويل القرآن الا من وجد ماله بعينه رواه أحمد وكذا أجمعوا على أن ما أتلفه أهل
الردة لا يجب عليهم ضمانه رواه البرقاني على شرط البخاري ولان الاحكام لا بد فيها من الالتزام ولا التزام منه
لاعتقاده الاباحة ولا الزام من الامام لعدم الولاية عنهم ولا يمكن القياس على ما اذا لم يكن لهم تأويل
أو منعة لان الولاية باقية قبل المنعة والالتزام موجود عند عدم التأويل ولا بد من المنعة والتأويل لسقوط
الضمان حتى لو تغلب لصوص غير متأولين على مدينة فقتلوا النفس وأخذوا المال أخذوا بجميعه لعدم
التأويل وكذا لو تغلب رجل أو رجلان فأخذوا المال وأتلفوا النفس بتأويل أخذوا بجميع الاحكام
لعدم المنعة ثم قال صاحب الهداية ان العادل اذا أتلف نفس الباغي أو ماله لا يضمن ولا يأثم لانه مأمور
بقتالهم دفعا لشرهم والباغي اذا قتل العادل لا يجب عليه الضمان عندنا ويأثم لانه لا منعة في حق الشارع
وكذا قال في البدائع لا يضمنون ما أصابوا من دمائنا وأموالنا اذا كان لهم منعة وكذا أهل العدل لا يضمنون
ما أصابوا من دمائهم وأموالهم لان ما أتلفوا دفعا لقتالهم عن أنفسهم والعادل اذا أتلف عادلا عبدا
أو حرا أو ماله دفعا لقتاله لا يضمن فالباغي أولى وفي شرح المختار وقال محمد اذا تابوا أفتيهم أن يغرموا
ولا أجبرهم على ذلك لانهم أتلفوا بغير حق فبسقوط المطالبة لا يسقط الضمان فيما بينه وبين الله تعالى
وفي المحيط العادل اذا أتلف مال الباغي يؤخذ بالضمان لان مال الباغي معصوم في حقنا وأمكن الزام
الضمان فكان في ايجابه فائدة بخلاف ما اذا أتلفوا مال العادل فعلى هذا ما ذكره في الهداية والبدائع
من عدم وجوب الضمان محمول على ما اذا أتلفه حالة القتال بسبب القتال اذ لا يمكنه أن يقتلهم الا باتلاف
شيء من مالهم كالخيل والقماش الذي عليهم وعند ارسال الماء والنار عليهم وأما اذا أتلفوها في غير هذه
الحالة فلا معنى لمنع الضمان لان مالهم معصوم واعتقاد الحرمة موجود فلا مانع من وجوب الضمان
والاثم ثم أبو يوسف يقول في قتل الباغي للعادل انه قتل بغير حق فيتعلق به حرمان الارث كقتل الخاطئ
بل أولى لانه يأثم والخاطئ لا يأثم بالقتل والتأويل الفاسد يلحق بالصحيح في حق دفع الضمان والحاجة هنا الى
استحقاق الارث لا الى الدفع ولهما أن هذا قتل حصل بتأويل صحيح عند القاتل لانضمامه الى المنعة وان
كان هذا التأويل فاسدا في نفسه ألا ترى أنه يسقط به الضمان فكذا لا يوجب الحرمان وقوله والحاجة
الى استحقاق الارث هنا لا الى الدفع قلنا ممنوع بل الحاجة هنا الى دفع الحرمان لان الارث يستحق بسببه
كالنسب أو السبب وهو موجود فيرث به ويدفع الحرمان الذي ثبت جزاء على فعله بتأويله الفاسد بشرطه
وهو أن يكون مصرا ليكون صحيحا عنده بخلاف الخاطئ فان الخطأ لا يدفع جزاء فعله في الدنيا ألا ترى انه
يجب عليه الدية والكفارة والباغي لا يلزمه شيء من ذلك قال رحمه الله (وكره بيع السلاح من أهل الفتنة)
لانه إعانة على المعصية قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان ولان
الواجب قلع سلاحهم بما أمكن حتى لا يستعملوه في الفتنة فالمنع أولى قال رحمه الله (وان لم يدر أنه
منهم لا) أي لم يدر أنه من أهل الفتنة لا يكره البيع له لان الغلبة في دار الاسلام لاهل الصلاح وعلى الغالب
تبنى الاحكام دون النادر وانما يكره بيع نفس السلاح دون ما لا يقاتل به الا بصنعة كالحديد لان المعصية

(قوله وقال أبو يوسف لا يرث الباغي في الوجهين) أي بخلاف ما اذا قتل العادل الباغي حيث لا يحرم الارث بالاتفاق لانه
قتل بحق اه اتقاني وكتب
ما نصه يعني العادل اه
وكتب على قوله في الوجهين
ما نصه أي فيما اذا قال
كنت على حق وفيما اذا قال
كنت على باطل اه (قوله
ولهما أن هذا قتل حصل
بتأويل صحيح الخ) وقال أبو
حنيفة ومحمد ان التأويل
الفاسد جعل كالصحيح في
حق أحكام الدنيا ولهذا لم
يجب به الضمان لا دية ولا
قصاص ولا كفارة فلا يجب
الحرمان أيضا وتحقيقه أن
سبب الارث وهو القرابة
موجود فاعتبر تأويله في
حق دفع الضمان فيعتبر في
دفع الحرمان عن الارث
أيضا لكن شرط الارث أن
يكون مصرا على دعواه فاذا
رجع فقد بطلت ديانته
فلا ارث كما اذا قال كنت
على الباطل اه اتقاني رحمه
الله ﴿فروع﴾ ويكره أن
يبعث برؤس البغاة أو الحربي
الى الآفاق الا اذا كان في
ذلك وهن لهم فلا بأس به ثم
قتلى أهل العدل شهداء
يفعل بهم كما يفعل بالشهداء
يكفنون في ثيابهم ولا
يغسلون ويصلى عليهم اه
اتقاني وقتلى أهل البغي
لا يصلى عليهم سواء كانت
لهم فئة أو لا هو الصحيح
ولكن يغسلون ويكفنون
اه شرح هداية للعيني قال
في التجنيس بعلامة الواو
حمل رؤس الكفار الى دار
الاسلام مكروه لما روى عقبة بن عامر الجهني أنه أنكر أبو بكر الصديق رضي الله عنه ذلك اه

تقع

عقب اللقيط واللقطة بالجهاد لما فيهما من عرضية الفوات الانفس والاموال وقدم اللقيط على اللقطة لما أن ذكر النفس مقدم اهـ دراية
قال الاتقانى ذكر اللقيط واللقطة بعد السير لما أن النفوس والاموال فى الجهاد على شرف الهلاك فكذلك اللقيط واللقطة على شرف
الهلاك وقدم اللقيط على اللقطة لكون النفس أعز من المال وانما قدم السير عليهما لان فى الجهاد اعلاء كلمة الله تعالى واخلاء العالم عن
الفساد الذى هو رأس كل معصية وهو الكفر والجهاد فرض على سبيل الكفاية لقوله تعالى اقتلوا المشركين أو فرض عين
اذا كان النفير عاما وقد مر ذلك ولان الالتقاط مندوب اليه لقوله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا غاية ما فى الباب أنه يجب الالتقاط اذا خيف الضياع على اللقيط ولا شك أن مرتبة الفرض أقوى فكان تقديمه أولى اهـ (قوله فعيل بمعنى مفعول) أو بمعنى الفاعل كأنه يدعو صاحبه الى اقطه كما يقال ناقة حلوب اذا كانت كثيرة اللبن كأنها تدعو صاحبها الى الحلب وكاللقطة على ما يأتيك اهـ مشكلات خواهر زاده (قوله وفى اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حى طرحه أهله الخ) قال الاتقانى وفى الشريعة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من صغار بنى ادم واللقطة اسم لما يوجد مطروحا على الارض من الاموال اهـ (قوله فى المتن ووجب) أى فرض لما سيجىء اهـ (قوله فى المتن وهو حر) أى ولو كان الملتقط عبدا اهـ كمال وكتب ما نصه فى جميع أحكامه كما يأتى اهـ

تقع بعين السلاح بخلاف الحديد ألا ترى ان العصير والخشب الذى يتخذ منه المعازف لا يكره بيعه لانه لا معصية فى عينها وكذا لا يكره بيع الجارية المغنية والكبش النطوح والديك المقاتل والحمامة الطيارة لانه ليس عينها منكرا وانما المنكر فى استعماله المحظور ثم ذكروا أن الحديد لا يجوز بيعه من أهل الحرب وأجازوه من أهل البغى والذى يظهر من الفرق أن أهل البغى لا يتفرغون لاستعمال الحديد سلاحا لان فسادهم على شرف الزوال بالتوبة أو بتفريق جمعهم بخلاف أهل الحرب

﴿ كتاب اللقيط ﴾

اللقيط اسم لشئ منبوذ فى اللغة فعيل بمعنى مفعول كالقتيل والجريح وفى اصطلاح الفقهاء اسم لمولود حى طرحه أهله خوفا من العيلة أو التهمة سمى به باعتبار ما يؤل اليه لما أنه يلقط وهو من باب وصف الشئ بالصفة المشارفة كقوله من قتل قتيلا فله سلبه قال رحمه الله (ندب التقاطه ووجب ان خاف الضياع) لما فيه من احياء النفس لانه على شرف الهلاك قال الله تعالى ومن أحياها فكأنما أحيا الناس جميعا وفى رفعه اظهار الشفقة على الاطفال وهو من أفضل الاعمال ولهذا قيل محرزه غانم ومضيعه آثم وقال صلى الله عليه وسلم من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ثم هو مندوب اليه ان كان فى غالب رأيه انه لا يهلك بان وجده فى المصر كما بينا ومفروض عليه ان غلب على ظنه ضياعه بان وجده فى مفازة ونحوه من المهالك صيانة له ودفعا للهلاك عنه كمن رأى أعمى يقع فى البئر ونحوه يفترض عليه حفظه من الوقوع وهو فرض كفاية لحصول المقصود بالبعض وهو صيانته قال رحمه الله (وهو حر) لانه الاصل فى بنى آدم اذهم أولاد حواء وآدم والاصل بقاء ما كان على ما كان حتى يوجد ما يغيره ولان الدار دار الاسلام فمن كان فيها يكون حرا باعتبار الاصل اذ هو الظاهر والغالب ثم هو حر فى جميع أحكامه حتى ان قاذفه يحد ولا يحد قاذف أمه لوجود ولد منها لا يعرف له أب قال رحمه الله (ونفقته فى بيت المال) روى ذلك عن عمر وعلى رضى الله عنهما ولانه عاجز محتاج لا مال له ولا قريب ومال بيت المال معد للصرف الى مثله فصار كالمقعد الذى لا مال له ولا قريب ولان ميراثه لبيت المال فتجب نفقته منه لان الخراج بالضمان ولهذا كانت جنايته فيه وقد بينا النوع الذى يستحق فيه النفقة من بيت المال فى أواخر باب الجزية من كتاب السير ولو أنفق عليه الملتقط من ماله يكون متبرعا لانه ليس له ولاية الالزام الا أن يأمره القاضى بالانفاق عليه ليرجع على اللقيط به لان للقاضى ولاية عليه فيكون دينا عليه ثم مجرد أمر القاضى بالانفاق عليه يكفى للرجوع على اللقيط فيما ذكره الطحاوى كما اذا قضى دينا على شخص بأمره فانه يرجع عليه وفى الاصح لا يرجع على اللقيط بمجرد الامر الا اذا صرح له بانه ينفق عليه ليرجع عليه لان مطلقه قد يكون للحث والترغيب فلا يرجع عليه بالاحتمال قال رحمه الله (كارثه وجنايته) أى نفقته فى بيت المال كما يكون

 وكتب أيضا ما نصه لما روى فى الاصل عن على رضى الله عنه أنه قال اللقيط حر وولاؤه وعقله للمسلمين وعن عمر مثله وعن شريح وابراهيم مثله اهـ اتقانى (قوله ولا يحد قاذف أمه) أى لانا لا نعلم حريتها ولا يقام الحد مع احتمال السقوط اهـ كمال (قوله فى المتن ونفقته فى بيت المال) أى اذا لم يكن له مال اهـ كاكى (قوله ولهذا كانت جنايته الخ) وحكم ما اذا قتل اللقيط عمدا أو خطأ ينظر قبيل باب العشر والخراج من كتاب السير اهـ (قوله لانه ليس له ولاية الالزام الا أن يأمره القاضى) أى وان كان مع اللقيط مال أو دابة فهو له ينفق عليه منه بامر القاضى لان اللقيط حر وما فى يده فهو له بظاهر يده كذا ذكر فى فتاوى الولوالجى اهـ اتقانى وسيجىء هذا متنا وشرحا اهـ (قوله فيكون دينا عليه) أى اذا كبر اهـ اتقانى (قوله لان مطلقه) أى محتمل اهـ (قوله قد يكون للحث والترغيب) أى فى اتمام ما شرع

فيه من التبرع اه اتقاني وكتب ما نصه وقد يكون الرجوع اه (قوله وجنايته فيه) أى لو جنى اللقيط جناية خطأ على انسان تكون ديته في بيت المال اه (قوله فكان أحق) أى كما في سائر المباحات اه اتقاني (قوله فلا يسمع منه ان شاء كالوصي الخ) فان مات اللقيط وترك ميراثا أولا فادعى رجل أنه ابنه لا تصح دعوته استحسانا أيضا الا ان في حالة الحياة انما صحت دعوته النسب (١) لان فيه من كل وجه وهو النسب وبالموت استغنى عن النسب بقي كلامه في دعوى الميراث فلا يصدق فيه الا بحجة كذا في المبسوط والذخيرة اه كاكي (قوله اذا ادعاه) أى مدع أنه ابنه فالقول قوله ويثبت نسبه منه بمجرد دعواه ولو كان ذميا اه كمال رحمه الله (قوله ولم يدعه الملتقط) يعني سابقا على دعوى المدعي أو مقارنا أما اذا ادعياه على التعاقب فالسابق من الملتقط والخارج أولى وان ادعياه معا فالملتقط أولى ولو كان ذميا والخارج مسلما لاستوائهما في الدعوى ولاحدهما يد فكان صاحب اليد أولى وهو الذمي ويحكم باسلام الولد ثم ثبوت النسب بمجرد دعوى الخارج استحسانا والقياس أن لا يثبت الا ببينة لانه يتضمن إبطال حق ثابت بمجرد دعواه وهو حق الحفظ الثابت للملتقط وحق الولاء الثابت لعامة المسلمين وجه الاستحسان أنه اقرار للصبي بما ينفعه لانه يتشرف بالنسب ويتأذى بانقطاعه اذ يعير به ويحصل له من يقوم بتربيته ومؤنته راغبا في ذلك غير (٢٩٨) ممتن به ويد الملتقط ما اعتبرت الا لحصول مصلحته هذه لا لذاتها ولا لاستحقاق ملك وهذا مع زيادة ماذكرنا حاصل بهذه الدعوى فتقدم عليه ثم يثبت بطلان يد الملتقط ضمنا مرتبا على وجوب اتصال هذا النفع اليه لان الاب أحق بكونه في يده من الاجنبي وصار كشهادة القابلة على الولادة تصح ثم يترتب عليها استحقاق الميراث ولو شهدت عليه ابتداء لم يصح وكثير من المشايخ لا يذكرون غير هذا وذكر بعضهم أن عند البعض يثبت نسبه من المدعي ويكون في يد الملتقط للجمع بين منفعتي الولد والملتقط وليس بشئ اه كمال رحمه الله (قوله ولا علك ذلك) أى الا ببينة اه (قوله ويعير) أى يذم اه (قوله هذا اذا لم يدع الملتقط معه) قال الاتقاني أما اذا لم يدعه من هو في يده فهو ابن المدعي سواء صدق الذي هو في يديه أو كذبه فيكون اه (قوله وان ادعاه فدعوة الملتقط أولى) قال الكرخي في مختصره فان سبق الذي هو في يده أو الخارج فهو للمدعي الاول منهما الا أن يقيم الآخر بينة أنه ابنه فيكون ابن الذي أقام البينة دون المدعي اه اتقاني وسيأتي هذا في كلام الشارح اه (قوله وان كان ذميا والآخر مسلما) أى حتى لو كان في يد ذمي يدعي أنه ابنه وأقام بينة من المسلمين أنه ابنه قضى للذمي بحكم يده وأما لو كان المدعي للقيط خارجين وأحدهما مسلم والآخر ذمي وأقاما بينة من المسلمين يقضى للمسلم اه كاكي (قوله وقد يخفى على الانسان ولده الصغير) أى ويظن أنه لقيط اه وكتب ما نصه فربما يكون الصبي منبوذا لبعض الحوادث فيظن الملتقط أنه لقيط ثم يتبين أنه ولده فلا تناقض اذا اه اتقاني (قوله وان اختلف وجه القياس فيهما) أى فان وجه القياس في الخارج استلزامه ابطال حق بمجرد دعوى وهنا هو استلزامه التناقض لانه لما ادعى أنه لقطه كان نافيا نسبه فلما ادعاه تناقض اه (قوله يثبت نسبه من اثنين أيضا) أى فان ادعاه أكثر من رجلين روى عن أبي حنيفة أنه يسمع من خمسة وقال أبو يوسف من اثنين ولا يسمع من أكثر من ذلك وقال محمد يسمع من ثلاثة ولا يسمع من أكثر من ذلك اه

ارثه له وجنايته فيه على ما بينا قال رحمه الله (ولا يأخذه منه أحد) أى لا يأخذ اللقيط أحد من الملتقط لان يده سبقت اليه فكان أحق بحفظه ولم يكن لغيره أن ينزعه منه الا باذنه ولو دفعه هو الى غيره ليس له أن يسترده لانه رضي باسقاط حقه ولو دفعه الى القاضي فله أن لا يقبله منه لاحتمال انه ولده دفعه اليه لتكون مؤنته في بيت المال وان أقام بينة انه لقيط أو علم القاضي بذلك فكذلك له أن لا يقبله منه لانه بالالتقاط التزم حفظه وتربيته ثم أراد أن يعزل نفسه فلا يسمع منه ان شاء كالوصي اذا أراد عزل نفسه بعد موت الموصي قال رحمه الله (ويثبت نسبه من واحد) يعني اذا ادعاه ولم يدعه الملتقط والقياس أن لا يثبت نسبه منه لانه يتضمن ابطال حق الملتقط في اليد والولاء على ذلك وجه الاستحسان أنه اقرار بما ينفعه وهو محتاج اليه لانه يتشرف بالنسب ويعير بعدمه والملتقط لا ينازعه فيه فصحت دعوته ثم من ضرورة ثبوت النسب أن يكون هو أحق بحفظ ولده من الاجنبي وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا وقيل يصح في حق النسب دون ابطال اليد للملتقط لان يده ثبتت في وقت لا منازع له فيه فلا يقدر على ابطالها والاصح الاول لما ذكرنا هذا اذا لم يدع الملتقط معه وان ادعاه فدعوة الملتقط أولى وان كان ذميا والآخر مسلما لانه صاحب يد والقياس أن لا تقبل دعوة الملتقط أصلا لانه تناقض كلامه بدعواه انه ابنه بعد ما أقر أنه لقيط ولانه باقراره يلزم اللقيط حكم النسب والاقرار على الغير لا يصح وجه الاستحسان أنه اقرار على نفسه بأنه تلزمه نفقته ويجب عليه أن يحفظه ويكتسب له ما ينفعه وقد يخفى على الانسان ولده الصغير ثم يعرفه والتناقض فيما يخفى لا يمنع القبول كالملاعن اذا أكذب نفسه وقيل يقبل قوله قياسا واستحسانا لانه ليس فيه ابطال يد أحد والنسب ينفعه على ما بينا بخلاف دعوة الاجنبي والاصح انه على القياس والاستحسان كدعوة الاجنبي وان اختلف وجه القياس فيهما على ما بيناه قال رحمه الله (ومن اثنين) أى يثبت نسبه من اثنين أيضا كما يثبت من واحد وذلك عند عدم المرجح لاحدهما من يد أو بينة أو ذكر علامة

(١) قوله لان فيه من كل وجه هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فليحرر اه مصححه

بدائع وكذا فى شرح الاتقانى والكمال بمعناه اهـ (قوله فى المتن وان وصف أحدهما علامة به) أى اذا ادّعاه اثنان ووصف أحدهما علامة فى جسده فهو أولى به قال الاتقانى هذا اذا ادّعى نسب الولد رجلان خارجان لانه اذا كان أحدهما ذا اليد كان هو أولى به الا اذا أقام الآخر البينة قال الامام الاسبيجابى ولو ادّعاه رجلان أنه ابنهما فان كان أحدهما مسلما والآخر ذميا فانه يقضى به للمسلم وان كانا مسلمين فايهما أقام البينة قضى له ولو أقاما جميعا البينة قضى لهما ولو لم يقيما البينة غير أن أحدهما وصف بجسده علامات فاصاب والآخر لم يصف فانه يجعل ابن الواصف ولو لم يصف كل واحد منهما فانه يجعل ابنهما وذلك لان العلامة تصلح أن تكون مرجحة كما فى متاع البيت اهـ قال الكمال ولو أقاما البينة وأحدهما مسلم كان ابنا للمسلم ولو لم يصف أحدهما علامة كان ابنهما لاستوائهما فى سبب الاستحقاق وهو الدعوى وكذا لو أقاماه وهما مسلمان ولو كانت دعوى أحدهما سابقة على الآخر كان ابنه ولو وصف الثانى علامة لثبوته فى وقت لا منازع له فيه وانما قدم ذو العلامة للترجيح بها بعد ثبوت سببى الاستحقاق بينهما وهو دعوى كل منهما اهـ ماقاله الكمال وكتب مانصه قال الكمال ولو ادّعاه اثنان خارجان معا ووصف أحدهما علامة فى جسده فطابق فهو أولى به من الآخر الا أن يقيم الآخر البينة فيقدم على ذى العلامة أو كان مسلما وذو العلامة ذمى اهـ (قوله ولو ادّعت امرأتان قضى به لهما الخ) ولو ادّعت امرأتان اللقيط أنه ولدهما وكل واحدة منهما يقيم البينة على رجل على حدة أنها ولدته منه قال أبو حنيفة يصير ولدهما من الرجلين جميعا وقالا لا يصير ولدهما ولا ولد الرجلين اهـ قاضيخان ولو ادّعته امرأة أنه ابنها فان صدقها زوجها أو شهدت لها القابلة أو أقامت بينة صحت دعواها والا فلا لان فيه حمل النسب على الغير وانه لا يجوز اهـ بدائع (قوله عند أبي حنيفة) أى فى رواية أبي حفص اهـ اتقانى (قوله وعندهما لا يقضى لواحدة منهما) أى وهو رواية أبي سلمان عن أبي حنيفة اهـ اتقانى (قوله وهو محال منهما) أى ولابى حنيفة أنه عمل مجازا عن دعوى الارث والتربية وهو من أحكام النسب كما فى حق الرجلين اهـ اتقانى (قوله فى المتن ومن ذمى وهو مسلم الخ) قال الكمال واذا حكمنا بانه ابن الذمى وهو مسلم فيجب أن ينزع من يده اذا قارب أن يعقل الاديان كما قلنا فى الحضانة اذا كانت أمه المطلقة كافرة اهـ (قوله ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه) أى والسبق من أسباب الترجيح اهـ فتح (قوله وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد) أى كالمباحات التى تستحق بسبق اليد اهـ اتقانى (قوله ألا ترى أن تبعية الابوين فوق تبعية الدار) أى لان بينه وبين الابوين جزئية ولا جزئية بينه وبين المكان اهـ كاكى (قوله وفى رواية) أى فى كتاب الدعوى اهـ اتقانى قال الكمال وفى كتاب الدعوى اختلفت النسخ فى بعض النسخ اعتبر الواجد فى الفصلين وفى بعض نسخه أى نسخ كتاب الدعوى من المبسوط اعتبر الاسلام أى ما يصير الولد به مسلما نظرا للصغير ولا ينبغى أن يعدل عن ذلك فعلى هذا لو وجده كافر فى دار الاسلام أو مسلم فى كنيسة كان مسلما فصارت الصور أربعا اتفاقيتان وهو ما اذا وجده مسلم فى قرية من قرى المسلمين فهو مسلم أو كافر

فيكون ابنهما لاستوائهما فى النسب والنسب يثبت من اثنين أيضا عند الاستواء فى الحجة عندنا على ما بينا فى باب الاستيلاد قال رحمه الله (وان وصف أحدهما علامة به) أى بالولد (فهو أحق به) لان ذكر العلامة يدل على انه كان فى يده فالظاهر أنه له فيترجح بها بخلاف اللقطة حيث لا يترجح صاحب العلامة عند التنازع فيها لان الترجيح لا يعتبر الا بعد وجود سبب الاستحقاق وقد وجد ذلك فى اللقيط وهو الدعوى دون اللقطة ألا ترى أن أحدهما لو انفرد بها يؤمر بالتسليم فى اللقيط واعتبار العلامة له أصل فى الشرع قال الله تعالى ان كان قميصه قدّ من قبل الآية وقال الله تعالى تعرفهم بسيماهم وان وافق بعض العلامة وخالف البعض سقط الترجيح اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر بالاعتبار ولو سبقت دعوة أحدهما فهو ابنه لعدم النزاع ولو ادّعى الآخر بعده لا يقبل الا ببينة لان البينة أقوى ولو ادّعت امرأتان قضى به لهما عند أبي حنيفة وعندهما لا يقضى لواحدة منهما لان ثبوت النسب منهما يتعلق بحقيقة الولادة وهو محال منهما بخلاف الرجل قال رحمه الله (ومن ذمى وهو مسلم ان لم يكن فى مكان أهل الذمة) أى يثبت نسبه من ذمى اذا ادّعاه ويكون اللقيط مسلما ان لم يوجد فى مكان أهل الذمة وهذا استحسان لان دعوته تتضمن النسب وهو نفع له وابطال الاسلام الثابت بالدار يضره فصحت فيما ينفعه دون ما يضره ولا يلزم من كونه ابناله أن يكون كافرا كما لو أسلمت أمه والقياس أن لا تقبل دعوته لانه حكم له بالاسلام فلو جعل ابناله صار تبعاله فى الدين وهو يضره وجه الاستحسان ما بيناه وقوله ان لم يكن فى مكان أهل الذمة تصريح بان المعتبر هو المكان وقد اختلف المشايخ فيه فحاصله ان هذه المسألة على أربعة أوجه أحدها أن يجده مسلم فى مكان المسلمين كالمسجد أو القرية أو المصر للمسلمين فيكون مسلما والثانى أن يجده كافر فى مكان أهل الكفر كالبيعة والكنيسة وقرية من قراهم فيكون كافرا والثالث أن يجده كافر فى مكان المسلمين والرابع أن يجده مسلم فى مكان الكافرين ففى هذين الفصلين اختلفت الرواية ففى كتاب اللقيط العبرة للمكان لسبقه ولان المسلم لا يضع ولده فى البيعة ولا الكافر فى المساجد وفى رواية ابن سماعة عن محمد العبرة للواجد لقوة اليد ألا ترى أن تبعية الابوين فوق تبعية الدار حتى اذا سبى الصغير مع أحد أبويه يعتبر كافرا فكذا هذا مع يد الواجد لا يعتبر المكان لانه كالاب فى حقه لقيامه بتربيته وفى رواية أيهما كان

فى نحو كنيسة فهو كافر واختلافيتان وهو ما اذا وجد مسلم فى نحو كنيسة أو كافر فى نحو قرية للمسلمين اه (قوله وان كان عليه زى الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر) أى كما اذا اختلط موتانا بموتى الكفار يعتبر الزى والعلامة للفصل اه كاكى (قوله فى المتن ومن عبد وهو حر) قال فى الفتاوى الولوالجى ولو وجد العبد اللقيط ولم يعرف ذلك الا بقوله وقال المولى كذبت بل هو عبدى فالقول قول المولى ان كان العبد محجورا لان ما فى يد المحجور كأنه فى يد المولى لانه ليس له يد على نفسه ولهذا لو أقر بعين آخر فى يده لغير المولى لم يصح اقراره اذا كذبه المولى كما لو كان العين فى يد المولى وان كان مأذونا له فى التجارة فالقول قول العبد لان للمأذون يدا على نفسه ولهذا لو أقر بعين آخر فى يده لعبد المولى يصح اقراره وان كذبه المولى فيكون القول قوله فيما فى يده قوله وان كذبه المولى فيكون القول قوله أى فيكون الولد الذى فى يده حرا الا أن يقيم سيده بينة أنه عبده اه كمال

موجبا لاسلامه فهو المعتبر لان الاسلام يعلو ولا يعلى وهو أنفع له أيضا وفى رواية يحكم بزيه فان كان عليه زى المسلمين فهو مسلم وان كان عليه زى الكفرة نحو الصليب والزنار فهو كافر قال رحمه الله (ومن عبد وهو حر) أى يثبت نسبه من عبد اذا ادعاه ويكون الولد حرا لان ثبوت النسب منه تمحض منفعة فى حقه وهو لا يتبعه فى الرق وانما يتبع أمه وقد تلد حرة فيكون ولده حرا فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالوهم ولو قال العبد هو ولدى من زوجتى وهى أمة فصدقه مولاها ثبت نسبه ويكون حرا عند محمد لانه حر باعتبار الاصل فلا تبطل الحرية بتصادق العبد وسيدها وقال أبو يوسف يكون عبد السيدها لان الامة أمه فاذا ثبت النسب منها ثبت ماهو من ضروراته وهو الرق اذ يستحيل أن يكون المولود بين رقيقين حرا بخلاف الذمى على ما بيناه قلنا لا يستحيل ذلك لانه يجوز عتقه قبل الانفصال وبعده فلا تبطل الحرية الثابتة بالدار بالشك والحر فى دعوة اللقيط أولى من العبد ولو ادعاه حران أحدهما أنه ابنه من هذه الحرة والآخر من الامة فالذى يدعى من الحرة أولى لانه أكثر اثباتا لكونه يثبت جميع أحكام النسب ولو كانت الامة سرية له لانه يثبت الاحكام من جانب والآخر من الجانبين فكان أولى والمسلم أحق من الذمى عند التنازع لانه أنفع له اذا كان حرا وان كان عبدا فالذمى أولى لان الترجيح بالاسلام يكون عند الاستواء ولا استواء وكذا العبد لا يترجح باليد قال رحمه الله (ولا يرق الا ببينة) لانه حكم بحريته بالدار فلا يتغير ذلك الا بحجة ويشترط أن يكون الشهود مسلمين لانه مسلم بالدار أو باليد فلا يحكم عليه بشهادة الكفار الا اذا اعتبر كافرا بوجوده فى موضع أهل الذمة على ما بينا والخصم فيه هو الملتقط باعتبار يده لانه يمنعه عنه ويزعم أنه أحق بحفظه فيقيم عليه البينة ليتوصل الى حقه وكذا اذا صدقه اللقيط قبل البلوغ لا يسمع تصديقه لانه يضر به نفسه بعد الحكم بالحرية بخلاف ما اذا كان صغيرا فى يد رجل فادعى انه عبده وصدقه الغلام فانه يكون عبدا له وان لم يدرك لانه لم يعرف الا فى يده فالقول قول ذى اليد كالذى لا يعبر عن نفسه لقيام يده لا بتصديقه ولهذا لو سكت يكون عبدا له لكن اذا رد لا يصح لقيام يده من وجه وان صدقه بعد الادراك ينظر فان كان بعد ما أجرى عليه شئ من أحكام الاحرار من قبول شهادته وحد قاذفه لا يصح اقراره بالرق لانه اتصل به التكذيب من جهة الشرع فصار كما لو اتصل به التكذيب من جهة المقر له قال رحمه الله (وان وجد معه مال فهو له) لانه فى يده وهو من أهل الملك لكونه حرا فيكون ما فى يده له بظاهر يده وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها الشهادة الظاهر من حاله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضى عند البعض لانه مال ضائع لا يعرف له مالك وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وقيل يصرفه اليه بغير أمره لانه مال اللقيط ظاهرا لما ذكرنا ومن شده وجعله له ظاهرا وللملتقط ولاية الانفاق وشراء ما لا بد منه لمصلحة اللقيط من ماله ولا يقال الظاهر لا يصلح للاستحقاق بل للدفع لانا نقول غرضنا بذلك دفع الغير فاذا اندفع يبقى المال

(قوله ويكون الولد حرا) أى لان دعواه تضمنت شيئين النسب والرق ففى الاول نفع الصبى لانه يحصل له الشرف بثبوت النسب فيثبت ذلك وفى الثانى ضرر فلا يثبت ذلك لان الظاهر هو الحرية اه اتقانى (قوله والخصم فيه الخ) جواب سؤال مقدر وهو أن يقال البينة لا تقوم الا على خصم منكر ولا خصم هنا اه (قوله هو الملتقط) أى لانه أحق بثبوت يده عليه فلا تزول الا ببينة هنا وانما قلنا هنا كيلا ينتقض بما اذا ادعى خارج نسبه فان يده تزول بلا بينة على الاوجه والفرق أن يده لمنفعة الولد وفى دعوى النسب منفعة تفوت المنفعة التى أوجبت اعتبار يد الملتقط فتزول لحصول ما يفوت المقصود من اعتبارها وهنا ليس دعوى العبدية كذلك بل هو عما يضر ولتبديل صفة المالكية بالمملوكية فلا تزول الا ببينة اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن وان وجد معه مال فهو له) أى ثم الملتقط ينفق عليه من ذلك ضائعا

المال بامر القاضى لعموم ولاية القاضى وهذا لانه نصب ناظرا لامور المسلمين وهو ظاهر الرواية قال فى الشامل وهو مصدق فى نفقة مثله اه اتقانى (قوله وكذا اذا كان المال مشدودا على الدابة واللقيط عليها) قال الحاكم فى الكافى وان وجد اللقيط على دابة فالدابة له اه اتقانى (قوله ويصرفه الملتقط اليه بامر القاضى) قال الكمال لانه مال ضائع أى لا حافظ له ومالكه وان كان معه فلا قدرة له على الحفظ وللقاضى ولاية صرف مثله اليه وكذا الغير الواجد بامره اه قوله وللقاضى ولاية صرف مثله اليه أى وكذا الغير بامره اه كافى (قوله لمصلحة اللقيط من ماله) أى وبهذا قال أحمد اه فتح وفى المبسوط وكذا تكون الدابة له لسبق يده اليه فان المركوب تبع لراكبه وهو كما لو آخر معه اه كاكى

(قوله في المتن ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع) أي وشراء ليستحق الثمن دينا عليه لان الذي اليه ليس الا الحفظ والصيانة وما من ضروريات ذلك اه فتح (قوله ولهـذا لا تملكه الام مع أنها تملك الانكاح) أي عند عدم العصبة اه (قوله وهذا الان في كل منهما) أي من الام والملتقط اه (قوله بخلاف الام فانها تملكه) أي تملك استخدام ولدها واجارته اه (قوله وذكر القدوري أن له أن يؤجره) سيأتي في آخر الكراهية أن هـذا أقرب لان فيه نفعا محضا اه (قوله لانه يرجع الى تثقيفه) أي تقويمه اه (قوله في المتن ويسلمه في حرفة) أي لانه من باب التثقيف وحفظ حاله عن الشتات وصيانته عن الفساد اه فتح

﴿ كتاب اللقطة ﴾

مناسبة الكتابين أعني كتاب اللقيط وكتاب اللقطة في غاية الظهور لوجود معنى اللقط فيهما جميعا الا أن اللقيط اختص بالمنبوذ من بني آدم واللقطة اختصت بالمنبوذ من المال لان فعلة تدل على معنى الفاعل كالهمزة واللمزة والضحكة بفتح الحاء المال المنبوذ كأنها تلقط نفسها لكثرة رغبات الناس فيها وميلان الطبع اليها فسمي لقطة على الاسناد المجازي (٣٠١) وفي المنبوذ من بني آدم إباء عن قبوله للزوم نفقته ومؤنته فسمي لقيطا أي ملقوطا على سبيل التفاؤل وارادة الصلاح في حاله كما سمي اللديغ سليما والمهلكة مفازة اه اتقاني وقال الكمال هي أي اللقطة فعلة بفتح العين وصف مبالغة للفاعل كهمزة ولمزة ولعنة وضحكة لكثير الهمز وغيره وبسكونها للمفعول كضحكة وهزأة الذي يضحك منه ويهزأ به واستعمل للمال الملقطة بالفتح لان طباع النفوس في الغالب تتبادر الى التقاطه لانه مال فصار المال باعتبار أنه داع الى أخذه بمعنى فيه نفسه كأنه الكثير الالتقاط مجازا والا فحقيقة الملتقط الكثير الالتقاط وما عن الاصمعي وابن الاعرابي أنه بفتح القاف اسم للمال أيضا محمول على هذا يعني يطلق على المال أيضا اه كلام الكمال (قوله ويجب الخ) تبع صاحب الكافي في التعبير بلفظ الوجوب وفي الخلاصة يفترض وعلى هذا فالمراد بالوجوب الافتراض وقال في الهداية أي الالتقاط الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا اه وكتب ما نصه أي يفترض كما تقدم في اللقيط اه قال الاتقاني ثم الاصل في جواز أخذ اللقطة قوله عليه الصلاة والسلام من أخذ لقطة فليشهد ذوي عدل قال في الشامل في قسم المبسوط أخذ اللقطة مندوب اليه لقوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وقال في شرح الطحاوي اذا وجد لقطة فالافضل له أن يرفعها اذا كان يأمن على نفسه واذا كان لا يأمن لا يرفعها وقال في شرح الاقطع يستحب أخذ اللقطة ولا يجب قال في النوازل قال أبو نصر محمد بن محمد بن سلام ترك اللقطة أفضل في قول أصحابنا من رفعها ورفع اللقيط أفضل من تركه وقال في خلاصة الفتاوى ان خاف ضياعها يفترض الرفع وان لم يخف يباح رفعها أجمع العلماء عليه والافضل الرفع في ظاهر المذهب الى هنا لفظه وقال في الفتاوى الولوالجي اختلف العلماء في رفعها قال بعضهم رفعها أفضل من تركها وقال بعضهم يحل رفعها وتركها أفضل وجه القول الاول أنه لو تركها لا يأمن من أن يصل اليها يد خائنة فيمنعها عن مالكها وجه القول الثاني أن صاحبها ربما يطلبها في الموضع الذي سقطت منه فاذا تركها وجدها صاحبها في ذلك الموضع ثم قال والاول أصح وقال الاسبيجابي في شرح

ضائعا فيصرفه عليه على أنه ملكه أو بيت المال قال رحمه الله (ولا يصح للملتقط عليه نكاح وبيع واجارة) لان ولاية التزويج على الغير تستحق بقرابة أو ملك أو سلطنة ولم يوجد شيء منها والتصرف في المال لا يجوز الا بكمال الرأي ووفور الشفقة وذلك يوجد في الاب والجد لا غير ولهـذا لا تملكه الام مع انها تملك الانكاح فهذا أولى وهـذا الان في كل منهما لم يوجد الا شطر العلة وهي كمال الشفقة فيها أو كمال الرأي فيه فصار كالعم والاجارة لا تملكها من لا يملك اتلاف منافعه بالاستخدام بلا عوض والملتقط لا يملكه فلا يملك أن يؤجره كالعم بخلاف الام فانها تملكه على ما عرف في موضعه وذكر القدوري ان له أن يؤجره لانه يرجع الى تثقيفه والاول أصح وهو رواية الجامع الصغير قال رحمه الله (ويسلمه في حرفة) لانه نفع محض يهذب نفسه ويطاع صاحب الحرفة والاشتغال به يمنعه عن الاشتغال بالفساد فيكون سبب سعادته في الدنيا والآخرة قال رحمه الله (ويقبض هبته) أي اذا وهب للقيط هبة فللملتقط أن يقبضها لانه نفع محض وليس فيها احتمال خلافه ولهذا يملكه الصغير بنفسه اذا كان مميزا والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب اللقطة ﴾

اللقطة مثل اللقيط في الاشتقاق والمعنى فان كلا منهما مشتق من الالتقاط وهو الرفع واللقطة بضم اللام وفتح القاف اسم الفاعل للمبالغة وبسكون القاف اسم المفعول كالضحكة والضحكة وسمي هـذا المال الملقوط باسم الفاعل منه لزيادة معنى اختص به وهو ان كل من رآها يميل الى رفعها فكأنها تأمره بالرفع لانها حاملة عليه فأسند اليها مجازا فجعلت كأنها هي التي رفعت نفسها ونظيره قولهم ناقة حلوب ودابة ركوب وهو اسم فاعل سميت بذلك لان من رآها يرغب في الركوب والحلب فنزلت كأنها حلبت نفسها أو ركبت نفسها قال رحمه الله (لقطة الحل والحرم أمانة ان أخذها ليردها على ربها وأشهد) لان الاخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الافضل عند عامة العلماء ويجب اذا خاف ضياعه فاذا كان كذلك لا يكون

الطحاوى ولو رفعها ووضعها فى مكانها ذلك فلا ضمان عليه فى ظاهر الرواية وقال بعض مشايخنا هذا اذا أخذ ولم يبرح عن ذلك المكان حتى وضع هنالك فاما اذا ذهب عن مكانه ذلك ثم أعادها ووضعها فيه فانه يضمن وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى ذلك المكان فهو ضامن ذهب عن ذلك المكان أو لم يذهب وهذا خلاف ظاهر الرواية الى هنا لفظ الاسبيجابى رحمه الله تعالى ﴿فرع﴾ من سقط منه مال فى الطريق وأخذه انسان ليرده على مالكه ثم رده الى مكانه لم يضمن لانه فى ذلك المكان فى يد صاحبه حكما ورده اليه كرده الى صاحبه اهـ فتح فى كتاب السرقة فى نقب الاص وانظر ما كتب على قوله فى المتن وعرف الخ فانه نافع اهـ (قوله ويحفظ عفاصها ووكاءها) العفاص الوعاء الذى تكون فيه النفقة من جلد أو خرقة أو غير ذلك والوكاء الرباط الذى يشد به اهـ كاكى قال الاتقانى والوكاء رباط القربة اهـ (قوله المتقشفة) المتقشفة المتعمقة فى الدين وأصل (٣٠٣) المتقشف الذى لا يتعاهد النظافة ثم قيل للمتزهد الذى يقنع بالمرقع من الثياب والوسخ متقشف من القشف وهو شدة العيش وخشونته اهـ مغرب (قوله وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها) وبه قال أحمد اهـ فتح وكتب ما نصه لانه عليه الصلاة والسلام لم ينه عن ذلك ولا أنكر على من فعله بل أمره بتعريفها اهـ فتح (قوله ولانه لو تركها لا يأمن أن يصل اليها يد خائنة) قال الكمال فان غلب على ظنه ذلك اثم لم يأخذها ففى الخلاصة يفترض الرفع ولو رفعها ثم بدا له أن يضعها مكانها ففى ظاهر الرواية لا ضمان عليه وسنذكره اهـ وكتب ما نصه فيضيع ماله فكان رفعها وسيلة الى ايصال الحق الى مستحقه ولهذا قالوا يجب اذا خاف الضياع اهـ كافى شرح الوافى وقال فى الهداية وهو الواجب اذا خاف الضياع على ما قالوا اهـ قوله وهو أى أخذ اللقطة اهـ (قوله وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن) أى وبه قال الشافعى ومالك وأحمد لان الاشهاد غير واجب عليه عندهم بل هو مستحب وذكر فى شرح الاقطع قول محمد مثل قول أبى يوسف فى أنه لا يضمن والقول له مع يمينه أنه أخذها للرد اهـ كاكى وكتب ما نصه قال الطحاوى وبه نأخذ اهـ اتقانى (قوله فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد) أى ولان الاخذ مأذون فيه شرعا بقيد كونه للمالك فاذا أخذ ان لم يكن الظاهر أنه أخذه للمالك فأقل ما فى الباب أن يكون مشكوكا فى أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك اهـ كمال (قوله فلا يضمن بالاتفاق) أى والقول قوله مع يمينه كونى منعنى من الاشهاد كذا اهـ فتح (قوله وذكر الحاكم فى مختصره ان ردها بعد ما حولها ضمن) وفى الينابيع يضمن سواء حولها أو لم يحولها وهو خلاف ظاهر الرواية وهو الاصح اهـ (قوله فى المتن وعرف الى أن علم أن ربها لا يطلبها) قال فى شرح الطحاوى ولو قال التقطت لقطة أو ضالة أو قال عندى شئ فمن سمعتموه يسأل شيأ فدلوه علىّ فلما جاء صاحبها قال هلكت لا ضمان عليه وكذا لو وجد لقطتين وقال

مضمونا عليه وصاحبها أيضا يرضى بالاخذ ليحفظها له عادة فقد وجد منه الرضا دلالة فلا يجب عليه الضمان واعتاقلنا بانه مأذون فيه شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من وجد لقطة فليشهد ذوى عدل وليحفظ عفاصها ووكاءها فان جاء صاحبها فلا يكتم فهو أحق بها وان لم يجئ صاحبها فهو مال الله تعالى يؤتيه من يشاء رواه أحمد وابن ماجه وهذا مطلق فيتناول لقطة الحل والحرم وقالت المتقشفة لا يحل له أن يرفعها لان مال الغير لا يجوز اثبات اليد عليه الا باذنه كما لا يجوز تناوله الا باذنه وقال بعض المتقدمين من أئمة التابعين يحل له أن يرفعها والترك أفضل لان صاحبها يطلبها فى ذلك الموضع والحجة عليهم ما بينا ولانه لو تركها لا يأمن أن يصل اليها يد خائنة فيكتمها عن مالكها قالوا اذا كان يخاف على نفسه الطمع فيها فالترك أفضل صيانة لنفسه عن الوقوع فى الحرم واذا أخذها عرفها حتى يوصلها الى مالكها والاشهاد لنفى التجاحد حتى لو صدقه صاحبها أنه أخذها ليردها عليه لا يضمن وان لم يشهد لان اقراره حجة عليه كالبينة ولو أقر انه أخذها لنفسه ضمن لوجود التعدى على مال الغير فصار كالغاصب وقال صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وان لم يشهد عند الالتقاط وادعى أنه أخذها للرد وادعى صاحبها انه أخذها لنفسه فالقول لصاحبها ويضمن الملتقط قيمتها عندهما وقال أبو يوسف القول قول الملتقط فلا يضمن لان أخذها لصاحبها حسبة ولنفسه معصية فكان حمل فعله على الصلاح أولى من حمله على الفساد ولان الملتقط منكر والمالك مدع للضمان فالقول قول المنكر ولهما انه أخذ مال الغير بغير اذنه وهو سبب الضمان فيضمن وهذا لان الاذن مقيد بالاشهاد على ما روينا واذا لم يشهد لم يوجد فيضمن وما ذكره من الظاهر يعارضه مثله وهو ان الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه وصار نظير ما لو أخذ مال الغير وادعى أنه وديعة قالوا هذا الاختلاف عند الامكان وأما اذا لم يمكنه بان لم يجد أحدا يشهده أو خاف عليها من الظلمة فلا يضمن بالاتفاق لان ترك الاشهاد انما يدل على انه أخذها لنفسه عند القدرة وان أشهد عند الاخذ وعرفها ثم ردها الى موضعها لم يضمن وذكر الحاكم فى مختصره ان ردها بعد ما حولها ضمن لانه بالتحويل التزم حفظها وبالرد صار مضيعا لها ولا كذلك قبل التحويل بخلاف ما اذا لم يشهد حيث لا يبرأ من الضمان به اتفاقا لان الظاهر انه أخذه لنفسه فلا يبرأ بغير الرد على صاحبه ويكفيه فى الاشهاد أن يقول من رأيتموه ينشد الضالة فدلوه علىّ سواء كانت اللقطة واحدة أو أكثر قال رحمه الله (وعرف الى أن علم أن ربها لا يطلبها) أى عرف اللقطة الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها وروى محمد عن أبى حنيفة انه

من سمعتموه يسأل شيأ فدلوه على ولم يقل عندى لقطتان وكذا لو قال عندى لقطة برئ من الضمان وان كانت عشرا وهذا كله اشهاد أنه انما أخذها ليردها على صاحبها قاله الاتقانى وقال الكمال ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو أكثر لانه أى اللقطة بتأويل الملتقط اسم جنس ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا فى هذا الزمان قال الحلوانى أدنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول أخذها لاردها فان فعل ذلك ولم يعرفها كفى يجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول الخ يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذى أمر به فى الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من أصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها أو يكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أى الاشهاد فانه اذا استشهد ثم عرف بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا والا فالتعريف لا يقتصر على ما يحضره العدول وعلى هذا الخلاف أبى يوسف فيما اذا لم يعرفها أصلا حتى ادعى ضياعها وادعى انها كانت عنده ليردها وأخذ مالك وقولهما ان اذن الشرع مقيد بالاشهاد أى بالتعريف فاذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا فى الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه أخذها لنفسه وعلى هذا لا يلزم الاشهاد أى التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه أخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر فى ظاهر الرواية من أنه اذا أخذها ثم ردها الى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها فى مكانه أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر أنه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفى الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما اذا لم يذهب بها فان ذهب بها ثم عاد ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أولا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفى وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ اه قال قاضيخان فى باب الغصب ولو أخذ لقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى أخذها منه برئ عن الضمان حتى لو هلك لا يضمن ولم يفصل فى الكتاب بين ما اذا تحول عن ذلك المكان ثم أعاده الى ذلك المكان وبين ما اذا لم يتحول وذكر الحاكم الشهيد تأويله اذا أعادها قبل التحول فاما بعد التحول لا يبرأ عن الضمان واليه مال أبو جعفر وهذا اذا أخذ اللقطة ليعرفها فان كان أخذها ليأكلها ثم أعادها لا يبرأ عن الضمان ما لم يردها الى صاحبها اه قال الولوالجى واذا أخذ اللقطة ليعرفها ثم أعادها الى المكان الذى وجدها فيه فقد برئ عن

> انه ان كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وان كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا وقوله أياما أى على حسب ما يرى وقدره محمد فى الاصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعى ووجهه أنه عليه الصلاة والسلام سئل عن لقطة الذهب والورق فقال اعرف وكاءها وعفاصها ثم عرفها سنة فان لم تعرف فاستنفقها ولتكن وديعة عندك فان جاء طالبها يوما من الدهر فأدها اليه وسئل عن ضالة الابل فقال مالك ولها دعها فان معها حذاءها وسقاءها ترد الماء وتأكل الشجر حتى يجدها ربها وسئل عن الشاة فقال خذها فانما هى لك أو لاخيك أو للذئب رواه مسلم والبخارى وغيرهما فقدره بسنة

الضمان هذا اذا أعادها قبل أن يتحول عن ذلك المكان أما اذا أعادها بعد ما تحول ضمن لانه لما أعادها قبل التحول فقد ترك الحفظ قبل أن التزم لان الاخذ متردد بين أن يكون لالتزام الحفظ وبين أن يكون للنظر والتأمل حتى يعلم أنه هل يمكنه الحفظ فكان الاخذ مترددا فلا يصير ملتزما للحفظ بنفس الاخذ فاذا أعاد بعد ما صار تاركا للحفظ قبل أن يلتزمه فلا يكون عليه ضمان فاما اذا تحول بها فانما يتحول بها ليحفظها الا ليتأمل لان هذا المعنى يحصل بنفس الاخذ من غير مشى فكان المشى دليلا على التزام الحفظ فاذا أعادها فقد ترك الحفظ بعد التزامه فيضمن هذا اذا أخذ اللقطة ليعرفها فان أخذها ليأكلها لم يبرأ عن ضمانها حتى يدفعها الى صاحبها لانه لما أخذها ليأكلها صار آخذا لنفسه فصار غاصبا والغاصب لا يبرأ برد الدابة المغصوبة الى دار المغصوب منه والى مربطه وان ردها الى موضع صالح للحفظ فلان لا يبرأ هنا وقد رد الى مكان لا يصلح للحفظ أولى اه وقال فى الينابيع ولو رفع اللقطة من الارض ثم وضعها فى مكانها فهلكت لا ضمان عليه وقال بعض مشايخنا رحمهم الله هذا اذا أخذها ولم يبرح من ذلك المكان حتى أعادها فى مكانها أما اذا ذهب من ذلك المكان ثم أعادها فهلكت فانه يضمن وقال بعضهم اذا أخذها ثم أعادها الى مكانها فهو ضامن سواء ذهب عنه أو لم يذهب وهو خلاف ظاهر الرواية وهو الاصح اه (قوله على حسب ما يرى) أى الملتقط اه (قوله فان معها حذاءها وسقاءها) الحذاء بكسر الحاء وذال معجمة وألف ممدودة أراد به خفافها التى تقوى بها على السير وأراد بالسقاء اذا وردت الماء تشرب ما يكون ريها من ظمئها اه كاكى ﴿فروع﴾ سكران ذاهب العقل وقع ثوبه فى الطريق والسكران نائم فى الطريق فجاء رجل وأخذ ثوبه ليحفظه لما أنه خاف ضياعه ضمن لان السكران حافظ لما معه لان الناس يخافون من السكران اه ولوالجى رحمه الله فى فتاواه وفيها رجل التقط لقطة فضاعت منه ثم وجدها فى يد رجل فلا خصومة بينه وبينه وفرق بين هذا وبين الوديعة والفرق أن الثانى فى أخذ اللقطة كالاول وليس الثانى فى أخذ الوديعة كالاول ولو التقط رجل لقيطا ثم أخذه منه رجل فاختصما فيه فالاول أحق به لان الاول صار أحق بامساكه بحكم اليد لانه ليس له مستحق آخر من حيث الظاهر لانه لو كان له مستحق لما وجد مطروحا من حيث الظاهر ولا كذلك اللقطة لان له مستحقا من حيث الظاهر فلا يثبت الاستحقاق لصاحب اليد الاول فكان الثانى فى اثبات اليد كالاول والله أعلم

من غير فصل بين القليل والكثير وروى الحسن عن أبي حنيفة أنها ان كانت مائتي درهم فصاعدا يعرفها حولا وفيما فوق العشرة الى المائتين شهرا وفي العشرة جمعة وفي ثلاثة دراهم ثلاثة أيام وفي درهم يوما وان كانت تمرة ونحوها تصدق بها مكانها وان كان محتاجا أكلها مكانها اقتدر لكل لقطة ما يليق بحالها فكان هذا وما ذكره في المختصر واحدا لانه فوضه الى اجتهاده وهذا اقدره باجتهاده فلا تنافي بينهما وهو الذي اختاره صاحب الهداية بقوله وقيل ان شيأ من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض الى رأى الملتقط يعرفها الى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك وان كانت اللقطة شيأ لا يبقى عرفها حتى اذا خاف أن تفسد تصدق بها وعنه عليه الصلاة والسلام أنه مر بتمرة في الطريق فقال لولا أني أخاف أن تكون من الصدقة لأكلتها رواه البخاري ومسلم وقال جابر رضي الله عنه رخص رسول الله صلى الله عليه وسلم في العصا والصوت والحبل وأشباهه يلتقطه الرجل ينتفع به رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام لأبي بن كعب عرفها فان جاء أحد يخبرك بعدتها ووعائها ووكائها فأعطها اياه والا فاستمتع بها رواه مسلم وأحد فهذه الاخبار بعضها مقدرة بحول وبعضها بساعة وبعضها مطلقة عن التقدير فهذا يدلك على ان التقدير ليس بلازم وانما هو مفوض الى رأى الملتقط وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي لقيها فيه وفي الجامع فان ذلك أقرب الى الوصول الى صاحبها وعن الحلواني أنه يكفيه الاشهاد أنه أخذها ليردها على صاحبها ويكون ذلك تعريفا وهو المذكور في السير الكبير ولو أن رجلا سيب دابته فأخذها انسان فأصلحها ملكها ان قال مالكها وقت التسييب هي لمن أخذها ولا سبيل له عليها لانه أباح التملك وان لم يقل كان له أن يأخذها منه وكذلك فمن أرسل صيد اله فان اختلفا فالقول قول صاحبها ذكره أبو الليث وفي الهداية اذا كانت اللقطة شيأ يعلم أن صاحبها لا يطلبها كالنواة وقشر الرمان يكون القاؤها اباحة ويجوز الانتفاع به من غير تعريف لكنه يبقى على ملك مالكه لان التمليك من المجهول لا يصح وفي الواقعات المختار في القشور والنواة يملكه وفي الصيد لا يملكه وان جمع سنبلا بعد الحصاد فهو له لاجماع الناس على ذلك وان سلخ شاة ميتة فهو له أيضا ولصاحبها أن يأخذه منه وكذلك الحكم في صوفها قال رحمه الله (ثم تصدق) أى تصدق باللقطة اذا لم يجئ صاحبها بعد التعريف لان الواجب عليه حفظها وأداؤها الى أهلها قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدوا الامانات الى أهلها وذلك بالتسليم اليه عند القدرة وبالتصدق عنه عند عدمها اذ ايصال بدلها وهو الثواب كايصال عينها وان شاء أمسكها رجاء الظفر بصاحبها وروى عن ابن مسعود رضي الله عنه أنه اشترى جارية فذهب البائع فلم يقدر عليه فتصدق عنه بثمنها قال رحمه الله (فان جاء ربها نفذه أو ضمن الملتقط) يعني اذا جاء صاحب اللقطة بعد ما تصدق بها الملتقط فهو بالخيار ان شاء أمضى الصدقة وله ثوابها لان التصدق لم يحصل باذنه فيتوقف على اجازته والملك يثبت للفقير فلا يتوقف على قيام المحل بخلاف بيع الفضولي حيث تتوقف الاجازة فيه على قيام المحل لان الملك فيه لا يثبت الا بعد الاجازة فلا يتصور الا في القائم ولهذا يشترط فيه قيام المتعاقدين والمالك أيضا عند الاجازة وان شاء ضمن الملتقط لانه تصرف في ماله بغير اذنه وهو موجب للضمان واذن الشرع لا ينافيه حيث لم يلزمه التصدق بها وانما أباح له ذلك فصار كتناول مال الغير حال المخمصة ولا فرق في ذلك بين أن يتصدق بامر القاضي أو بغير أمره في الصحيح لان أمره لا يكون أعلى من فعله والقاضي لو تصدق بها كان له أن يضمنه فكذا له أن

(قوله من غير فصل بين القليل والكثير) ثم تقدير مدة التعريف بالحول لان أمدة تعينت الصدقة فتكون مقدرة بالحول اه ولوالجي (قوله فالقول قول صاحبها) أى مع اليمين أنه لم يقل هي لمن أخذها لانه منكر اباحة التملك اه ولوالجي (قوله لكنه) أى الشئ اليسير كالنواة (يبقى على ملك مالكه) فاذا وجده مالكه في يده له أن يأخذه لانه عين ملكه اذ بالقائه يبيح الانتفاع للواجد ولم يكن تمليكا منه اذ التمليك في المجهول لا يصح وملك المبيح لا يزول بالاباحة وذكر شيخ الاسلام ولو كانت متفرقة فجمعها أليس للمالك أخذها بعد الجمع لانه يصير ملكا للآخذ بالجمع وكذا الجواب في التقاطه السنابل وبه كان يفتي الصدر الشهيد كذا في الذخيرة وفي المحيط لو وجد النواة والقشور في مواضع متفرقة يجوز الانتفاع بها أما لو كانت مجتمعة في موضع فلا يجوز الانتفاع بها الا ان صاحبها ما جمعها فالظاهر أنه ما ألقاها بل سقطت منه اه كاكي (قوله وان سلخ شاة ميتة فهو له) أى ولو دبغ جلدها كان لصاحبها أن يأخذ الجلد منه بعد ما يعطيه ما زاد الدباغ فيه لان ملكه لم يزل بالالقاء والصوف مال متقوم بلا اتصال شئ فله أن يأخذه مجانا أما الجلد صار متقوما بالدباغ فاذا أخذه يعطيه ما زاد الدباغ فيه اه كاكي (قوله والملك يثبت للفقير) أى لانه تصدق باذن الشرع فملكه الفقير بنفس الاخذ لان الفقير يأخذ الصدقة من الله تعالى لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال الصدقة تقع الحديث فلا تتوقف على قيام المحل حتى لو هلك اللقطة في يد الفقير تجوز الاجازة فان قيل لو ثبت الملك بالاخذ ينبغي أن لا يأخذ المالك اذا كان قائما في يد الفقير قلت ثبوت الملك لا يمنع صحة الاسترداد كالواهب يضمن يملك الرجوع وكالمرتد لو عاد من دار الحرب بعد القسمة بين ورثته اه كاكي وكتب ما نصه أى قبل الاجازة اه هداية (قوله وهو موجب للضمان) أى فان ضمنه يكون الثواب له لانه ملكه من وقت التصدق اه كاكي (قوله ولا فرق في ذلك بين أن يتصدق بامر القاضي أو بغير أمره في الصحيح) وقال القاضي أبو جعفر اذا تصدق الملتقط باذن القاضي فليس للمالك تضمين الملتقط ومشى عليه صاحب جامع الفتاوى اه

(قوله لانه أخذ ماله لنفسه بغير اذنه) أى فصار الملتقط كالغاصب والمسكين كغاصب الغاصب اه اتقانى (قوله ولا الملتقط يرجع على الفقير) فأما الملتقط فلانه ملكه بالضمان وظهر انه تصدق بملك نفسه وأما الفقير فلانه فى القبض عامل لنفسه فلا يرجع بما لحقه من الضمان على غيره اه كاكى (قوله ابلا مؤبلة) قال الجوهرى اذا كانت الابل للقنية فهى ابل مؤبلة اه (قوله وهذه البينة الخ) جواب سؤال مقدر بأن يقال كيف شرط فى الاصل إقامة البينة ولا تقوم البينة الا على مدعى عليه منكر ولم يوجد ذلك فقال فى جوابه وليست تقام البينة لاجل القضاء حتى يشترط المدعى عليه بل أقيمت لكشف الحال يعنى أقيمت حتى ينكشف حال البهيمة

يضمن من أمره القاضى وله أن يضمن الفقير لانه أخذ ماله لنفسه بغير اذنه ولا يرجع الفقير على الملتقط بما لحقه من الضمان ولا الملتقط يرجع على الفقير لما عرف فى موضعه هذا اذا هلكت العين فى يد الفقير وان كانت قائمة أخذها صاحبها ان لم يمض الصدقة لانه وجد عين ماله قال رحمه الله (وصح التقاط البهيمة) أى يجوز التقاطها وقال الشافعى رحمه الله الترك أفضل فى غير الشاة لمارو ينا ولنا أنه يخاف عليها أن تصل اليها يد خائنة فكان فى أخذها صيانتها فكان أفضل أو واجبا على نحو ما بينا فى غيرها ولان اطلاق النصوص فى هذا الباب يتناولها وما رواه كان فى ديارهم اذ كان لا يخاف عليها من شئ ونحن نقول فى مثله بتركها وهذا الان فى بعض البلاد الدواب يسيبها أهلها فى البرارى حتى يحتاجوا اليها فيمسكونها وقت حاجتهم ولا فائدة فى التقاطها فى مثل هذه الحالة والذى يدلك على ذلك ما رواه مالك فى الموطا عن ابن شهاب قال كانت ضوال الابل فى زمان عمر رضى الله عنه إبلا مؤبلة تتناتج لا يمسكها أحد حتى اذا كان عثمان أمر بعرفتها ثم تباع فاذا جاء صاحبها أعطى ثمنها قال رحمه الله (وهو متبرع فى الانفاق على اللقيط واللقطة) لانه لا ولاية له فى الايجاب على ذمتهما فصار كما اذا قضى دين غيره بغير اذن المدين قال رحمه الله (وباذن القاضى يكون دينا) أى لو أنفق باذن القاضى يكون دينا على صاحبها لان للقاضى ولاية فى مال الغائب نظرا له اذ هو نصب ناظرا فصار أمره كامر المالك ولا يأمره بالانفاق حتى يقيم البينة أنها لقطة عنده فى الصحيح لانه يحتمل أن تكون غصبا فى يده فيحتال لايجاب النفقة على صاحبها وهو لا يجب عليه فى المغصوب وهذه البينة ليست للقضاء وانما هى لينكشف الحال فيقبل مع غيبة صاحبها وان عجز عن اقامة البينة يأمره بالانفاق عليها مقيدا بان يقول بين جماعة من الثقات ان هذا ادعى أن هذه لقطة ولا أدرى أهو صادق أو كاذب وطلب أن آمره بالانفاق عليها فاشهدوا انى أمرته بالانفاق عليها ان كان الامر كما يقول وكان الفقيه أبو جعفر يقول ينبغى للحاكم أن يحلفه ونظيره ما لو باع عبدا فغاب المشترى ولم يجده وطلب من الحاكم أن يباع ويوفى دينه من ثمنه لا يجيبه حتى يقيم البينة فان عجز أجابه على نحو ما ذكرنا فى اللقطة وقوله وباذن القاضى يكون دينا يشير الى أن النفقة تصير دينا بمجرد اذنه وليس كذلك فى الاصح لان مطلقه قد يكون للترغيب والمشورة أو للالزام فلا يرجع بالاحتمال فلا بد من أن يشترط ويجعله دينا عليه كما ذكرنا فى اللقيط وانما يأمره بالانفاق عليها يومين أو ثلاثة بقدر ما يقع عنده أنه لو كان المالك حاضرا لظهر قال رحمه الله (ولو كان لها نفع اجرها وأنفق عليها من أجرتها) لان القاضى نصب ناظرا وأمكنه ابقاء العين من غير أن يلزم صاحبها الدين فتعين طريقا قال رحمه الله (والا باعها) أى ان لم يكن لها نفع وأنفق عليها بقدر ما يرى من المدة ولم يظهر لها مالك باعها لانه لو أنفق عليها فى هذه الحالة تستغرق النفقة قيمتها وليس من النظر أن تبقى العين ويوجب عليها أضعاف قيمتها فتعين الحفظ بالبيع ثم الثمن يقوم مقام العين فيما ذكرنا من التعريف والتصدق به وفى كونه أمانة فى يده وفى البدائع أن القاضى لا يبيعها حتى يقيم البينة على نحو ما ذكرنا فى الانفاق والآبق فى هذا كاللقطة الا أنه لا يؤجر لانه يخاف

اه اتقانى (قوله وليس كذلك فى الاصح) قال الاتقانى فاذا لم يشترط ففيه روايتان فى رواية لا يرجع وفى رواية يرجع كذا ذكره الولوالجى فى فتاواه وذكر أيضا فيها اذا باع اللقطة بأمر القاضى لم يكن لصاحبها الا حضور الا الثمن لان الملتقط انما باعها بأمر القاضى لان بيعه بأمر القاضى كبيع القاضى ولو باع القاضى جاز البيع ولم يكن لصاحبها الا الثمن فكذا هذا وان باعها بغير أمر القاضى لا ينفذ ويتوقف على اجازة المالك لانه باع بغير اذن من له ولاية الاذن فبعد ذلك ان كانت اللقطة قائمة فى يد المشترى فهو بالخيار ان شاء أجاز البيع وان شاء أبطل البيع وان كانت اللقطة هالكة فى يد المشترى فصاحبها بالخيار ان شاء ضمن البائع القيمة وان شاء ضمن المشترى فان ضمن البائع نفذ البيع لانه ملك اللقطة من حين قبضها وكان الثمن للبائع ويتصدق بما زاد على القيمة

(٣٩ - زيلعى ثالث) اه (قوله فى المتن ولو كان لها نفع اجرها) أى اذا كانت البهيمة مما تصلح للاجارة كالفرس والبعير اه اتقانى (قوله فى المتن والا باعها) أى اذا لم تكن البهيمة صالحة للاجارة كالشاة اه اتقانى قال الاتقانى واذا رفع أمر اللقطة الى القاضى نظر فيها ان كان شيأ يمكن اجارته كالدابة اجرها وأنفق عليها من اجارتها ابقاء لحق مالكها صورة ومعنى بابقاء العين والمالية وان لم يمكن اجارته كالشاة مثلا يبيع ويحفظ الثمن ابقاء لحق مالكها معنى بالمالية حيث لم يمكن ابقاء الصورة لانه يخاف عليها أن تستأصل النفقة القيمة ومع ذلك لو رأى الانفاق أصلح أذن فى الانفاق وجعل النفقة دينا على المالك لان القاضى ناظر فى أمور المسلمين فكل ما رآه أحفظ وأصلح كان له ذلك اه

أن يأبق قال رحمه الله (ومنعها من ربها حتى يأخذ النفقة) أي اذا جاء صاحبها وطلبها منعه اياها حتى يدفع النفقة التي أنفق عليها لان هذا دين وجب بسبب هذا المال لاحيائه فكان له تعلق بهذا المال فأشبه جعل الآبق ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين في يد الملتقط قبل حبسها لانه لا تعلق له به حقيقة وانما يأخذ صفة الرهن عند الحبس كالوكيل بالشراء اذا نقد من مال نفسه له أن يرجع به على الموكل ولو هلك قبل الحبس لا يسقط ما وجب له على الموكل وبعده يسقط به لانه صار في معنى الرهن عند اختياره الحبس فيهلك بما حبسه فيه فكذا هذا ولو أن القاضي باعها بعد ما أنفق عليها الملتقط قدر ما يراه القاضي من المدة أعطاه القاضي من ثمنها لانه مال مالكها والنفقة دين على مالكها ولرب الدين اذا ظفر بجنس حقه له أن يأخذه فالقاضي أولى قال رحمه الله (ولا يدفعها الى مدعيها بلا بينة) أي لا يدفع اللقطة الى من ادعى أنها له من غير اقامة البينة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ولان اليد حق مقصود حتى وجب على الغاصب الضمان بازالته فلا يزال الا ببينة ولا يستحق الا بها كالملك ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر قال رحمه الله (فان بين علامتها حل له الدفع بلا جبر) أي اذا بين المدعي علامتها حل للملتقط الدفع اليه من غير أن يجبر عليه في القضاء والعلامة مثل أن يسمي عدد الدراهم ووزنها ووكاءها ووعاءها وقال مالك والشافعي يجبر على دفعها لما روينا من حديث أبي بن كعب وفيما رواه مسلم قال عليه الصلاة والسلام فان جاء صاحبها فعرف عفاصها وعددها ووكاءها فأعطها اياه والا فهي لك وهذا أمر وهو للوجوب ولان الظاهر أنه كان في يده لانه قل من يعرف ما ليس في يده فيرد اليه ولا منازع له في الملك فيكون له ولان صاحب اليد ينازعه في اليد دون الملك فيشترط الوصف لوجود المنازعة من وجه ولنا انه مدع وعلى المدعي البينة لما روينا ولان اليد مقصود فلا يستحق الا بحجة على ما قررنا والعلامة لا تدل على الملك ولا على اليد لان الانسان قد يقف على مال غيره وقد يخفى عليه مال نفسه فلا عبرة بها وما رواه محمول على الجواز توفيقا بين الاخبار لان الامر قد يراد به الاباحة وبه نقول وان دفعها اليه بذكر العلامة ثم جاء آخر وأقام بينة انها له فان كانت قائمة أخذها منه وان كانت هالكة يضمن أيهما شاء المتعدي بالدفع والاخذ ويرجع الملتقط على الآخذ ان ضمن ولا يرجع الآخذ على أحد وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا عند الدفع نظرا له لاحتمال أن يجيء غيره ويقيم البينة انها له فيضمنه ولا يمكنه الرجوع على من أخذها لخفائه فيستوثق بالكفيل بخلاف الكفيل لوارث غائب أو غريم غائب عند أبي حنيفة والفرق له أن الملتقط يأخذ كفيلا لنفسه وهناك لاجنبي لا يعرفه ولان الحق قد ظهر للحاضرين في الارث فلا يجوز تأخير القسمة بين الورثة أو الغرماء الى زمان التكفيل فيكون القاضي ظالما به وهنا لم يتعين صاحب الحق باعطاء العلامة ولهذا لا يجبر على الدفع اليه ولا يضره التأخير بل المنع بالكلية على ما قررنا وان صدقه الملتقط قيل لا يجبر على الدفع كالمودع اذا صدق الوكيل بقبض الوديعة بخلاف ما اذا صدق المدين الوكيل بقبض الدين حيث يجبر لانه اقرار على نفسه بوجوب دفع ماله اليه وقيل يجبر لان الظاهر له ولم يتعين له مالك غيره بخلاف الوديعة لان المودع متعين فلا يبطل حقه في العين بتصادقهما وان دفعها اليه بتصديقه ثم أقام آخر بينة انها له فانه كانت قائمة أخذها منه لان اقرار الملتقط لا يكون حجة عليه وان كانت هالكة فان كان دفع اليه بغير قضاء فله أن يضمن أيهما شاء لما ذكرنا فان ضمن القابض فلا يرجع به على أحد لانه عامل لنفسه وان ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض لان الملتقط ملكها بالضمان

(قوله ثم لا يسقط هذا الدين بهلاك العين) قال في الهداية ثم لا يسقط دين النفقة بهلاكه في يد الملتقط قبل الحبس ويسقط اذا هلك بعد الحبس لانه يصير بالحبس شبيه الرهن اهـ (قوله ولهذا وجب الضمان على غاصب المدبر) أي باعتبار ازالة اليد اهـ كاكي (قوله اذا أعطى المدعي علامتها) أي ولم يصدقه (٣٠٦) الملتقط اهـ (قوله وقال مالك والشافعي يجبر) هكذا وقع في نسخ أصحابنا ولكن القائل بوجوب الدفع بالعلامة مالك وأحمد وداود وابن المنذر فان في كتب الشافعي قوله كقولنا اهـ كاكي (قوله فأعطها اياه) ووجه الاستدلال به أنه عليه الصلاة والسلام أمر بالدفع بالعلامة بدون اقامة البينة اهـ اتقاني (قوله وما رواه محمول على الجواز توفيقا الخ) قال الاتقاني وانما قلنا بحل الدفع دون الجبر عليه توفيقا بين الحديثين حديث الخصم والحديث المشهور وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر اهـ (قوله وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا) قال الكمال رحمه الله ثم اذا دفعها بالعلامة فقط يأخذ منه كفيلا استيثاقا قال المصنف وهذا بلا خلاف اهـ قال الاتقاني عند قوله وهذا بلا خلاف وقال في فصل القضاء بالمواريث فيه روايتان والاصح أنه على الخلاف على قول أبي حنيفة لا يأخذ الكفيل خلافا لصاحبيه ونفي الخلاف هنا مع اثباته في فصل القضاء بالمواريث كلام متناقض من صاحب الهداية اهـ (قوله بخلاف الكفيل لوارث الخ) صورته ميراث قسم بين الغرماء أو الورثة لا يؤخذ من الغريم ولا من الوارث كفيل عند أبي حنيفة وعندهما يؤخذ اهـ فيتبين (قوله وان صدقه) قال الكمال هذا اذا دفعه بمجرد العلامة فان صدقه مع العلامة أو لا معها فلا شك في جواز دفعه اليه لكن هل يجبر قيل يجبر كما لو أقام بينة وقيل لا يجبر اهـ (قوله وان ضمن الملتقط فله أن يرجع به على القابض) قال الاتقاني وان ضمن الملتقط في رواية لا يرجع على القابض وفي رواية يرجع وهو الصحيح اهـ ﴿فرع﴾ ولو التقط العبد شيئا بغير اذن مولاه يجوز

فيتبين أن القابض تعدى على ملكه ولا يمنع اقراره بأنها ملك الاول من الرجوع عليه لانه كان لاعتماده على العلامة فاذا قضى عليه بالبينة صار مكذبا شرعا فيرجع كالمشترى اذا أقر بملك البائع ثم استحق المبيع يرجع على البائع بالثمن لما ذكرنا بخلاف ما اذا صدق المودع الوكيل بقبض الوديعة فدفعها اليه فانكر ربها الوكالة حيث يضمن ولا يرجع بها على القابض لان الوكيل عامل للموكل وفى زعم المقر أن الموكل ظالم له فى تضمينه اياه بعد ما قبض وكيله منه والمظلوم ليس له أن يظلم غيره وهنا القابض عامل لنفسه وانه ضامن اذا ثبت أنه لغيره فافترقا وللملتقط أن يأخذ منه كفيلا لما ذكرنا وذكر فى شرح المختار ان الملتقط اذا دفع اليه بتصديقه ليس له أن يرجع على القابض فعلى هذا لا فرق بينهما ولا يأخذ منه كفيلا وان كان دفعها اليه بقضاء ضمن القابض لما ذكرنا ولا يضمن الملتقط لانه مقهور وان أقام الحاضر بينة انها له فقضى بالدفع اليه ثم حضر آخر وأقام بينة انها له لم يضمن لما ذكرنا وذكر فى النهاية فى التكفيل فى هذه الصورة روايتين والصحيح انه لا يكفل وعزاه الى قاضيخان قال رحمه الله (وينتفع بها لو فقيرا والا تصدق على أجنبى وصح على أبويه وزوجته وولده لو فقراء) يعنى يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة اذا كان فقيرا وان لم يكن فقيرا لم يجز ويتصدق بها على الفقير أجنبيا كان أو قريبا له أو زوجة له لانه مال الغير فلا يجوز الانتفاع به بدون رضاه لاطلاق النصوص كقوله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم الآية وقوله ولا تعتدوا وأمثال ذلك الا أنه أبيح الانتفاع به للفقير بطريق التصدق لقوله عليه الصلاة والسلام فليتصدق به أو للاجماع فبقى غيره بحرم التناول على الاصل فاذا كان المبيح هو الفقر فلا يختلف بين أن يكون الفقير الواجد لها أو غيره من أقاربه أو الاجانب لحصول المقصود بالكل وهو التصدق على محتاج وأباح الشافعى للواجد وان كان غنيا لما روينا من حديث أبى بن كعب ولانه انما يباح للفقير حملا له على رفعها صيانة لها والغنى يشاركه فيه والحجة عليه ما رويناه وليس له حجة فى حديث أبى لانه حكاية حال فيجوز أنه صلى الله عليه وسلم عرف فقره إما لديون عليه أو لقلة ماله أو يكون اذنا منه عليه الصلاة والسلام بالانتفاع به وذلك جائز عندنا من الامام على سبيل القرض ويحتمل أنه عليه الصلاة والسلام عرف انه كان مال كافر حربى بل هو الظاهر لان دار الاسلام لم تكن بها سعة يومئذ ولو كان لمسلم لما خفى عليهم والغنى محمول على الاخذ لاحتمال افتقاره فى مدة التعريف والفقير قد يتوانى لاحتمال استغنائه فيها ومنع الشافعى من الانتفاع بلقطة الحرم لاحد بل يعرفها أبدا لقوله عليه الصلاة والسلام لا تحل لقطتها الا لمعرف ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن لقطة فى بلد مكة ولنا ما روينا من النصوص من غير فصل ولان فى الانتفاع بها نظرا له من حيث انها تكون مضمونة على من انتفع بها وعلى من دفعها اليه فيكون فيه ابقاؤها له على تقدير مجيئه والا فيحصل له ثواب الصدقة ولا حجة له فيما روى لان لبيان انه لا يسقط التعريف فيها باعتبار انها للغرباء ظاهرا أو وهما فنقول ان مالكها قد ذهب فيأخذها من غير تعريف والله أعلم

﴿ كتاب الآبق ﴾

وهو العبد المتمرد على مولاه قال رحمه الله (أخذه أحب ان قوى عليه) أى ان قدر عليه لان فيه

عندنا ومالك وأحمد والشافعى فى قول فاذا أتوا دطولب ربه بقضاء الدين أو البيع فيه سواء أتواه قبل التعريف أو بعده وبه قال أحمد والشافعى فى وجه لانه لا ضمان جناية فيتعلق برقبته ويظهر فى حق المولى وعند مالك ان أتلفه قبل التعريف يؤمر المولى بالدفع أو الفداء وان أتلفه بعد التعريف يطالب العبد بعد العتق لان الشرع اذن له فى الانتفاع فكان تمام الشخصية فلا يظهر فى حق المولى اه كاكى (قوله وفى زعم المقر) أى وهو المودع اه (قوله وذكر فى النهاية فى التكفيل فى هذه الصورة روايتين) أى عند أبى حنيفة اه كاكى وكتب ما نصه أى وهى ما لو دفعها بالبينة اه (قوله يجوز للملتقط أن ينتفع باللقطة اذا كان فقيرا) أى لان حاجته مقدمة على حاجة غيره فيما فى يده ألا ترى أن واجد الركاز يتمكن من وضع الخمس فى نفسه اذا كان فقيرا اه زيلعى (قوله لما روينا من حديث أبى بن كعب) أى وكان من المياسير اه هداية قوله وكان من المياسير أى حيث قال اخلطها بمالك اه كى

﴿ كتاب الآبق ﴾

وهذا الكتب أعنى اللقيط واللقطة والآبق والمفقود تناسبها لما فيها من معنى التوى والتلف توالى بعضها فوق بعض قال فى المبسوط الاباق تمرد فى الانطلاق وهو من سوء الاخلاق ورداءة الاعراق يظهر العبد من نفسه فرارا لتصير ماليته دمارا فرده الى مولاه احسان وهل جزاء الاحسان الا الاحسان والآبق هو الذى هرب من مالكه قصدا والضال هو الذى ضل عن الطريق أى منزله قاله الاتقانى وقال الكمال كل من الآبق واللقطة واللقيط تحقق فيه عرضة الزوال والتلف إن التعرض له بفعل فاعل مختار فى الاباق وكان الانسب تعقيب الجهاد به بخلاف اللقطة واللقيط وكذا الاولى فيه وفى اللقطة الترجمة بالباب لا الكتاب والاباق فى اللغة الهرب أبق يأبق كضرب يضرب والهرب لا يتحقق الا بالقصد فلا حاجة الى ما قيل هو الهرب قصدا ثم لو قيل الانصراف ونحوه عن المالك كان قيد القصد مفيدا والضال ليس فيه قصد التغيب بل هو المنقطع عن مولاه لجهله بالطريق اليه اه (قوله فى المتن أخذه أحب إن قوى عليه) أى قوى على حفظه حتى يصل الى مولاه

احياء ماليته وللمال حرمة كالنفس وفيه اعانة مولاه فكان أفضل ثم له الخيار ان شاء حفظه بنفسه ان كان يقدر عليه وان شاء دفعه الى الامام فاذا دفعه اليه لا يقبله منه الا باقامة البينة على نحو ماذكرنا في اللقطة ثم يحبسه الامام تعزيرا له ولانه لا يؤمن من الاباق ثانيا ولهذا لا يؤجره ان كان له منفعة وينفق عليه من بيت المال ويجعلها دينا على مالكه واذا طالت المدة ولم يجئ صاحبه باعه القاضي وحفظ ثمنه واختلفوا في الضال فقيل أخذه أفضل احياء له وقيل تركه أفضل لانه لا ينفك مكانه فيلقاه مولاه واذا رفع الى الامام لا يحبسه لانه لا يستحق التعزير ولا يأبق وان كان له منفعة آجره وأنفق عليه من أجرته قال رحمه الله (ومن رده من مدة سفر وهو مسيرة ثلاثة ايام فله أربعون درهما) وهذا استحسان والقياس أن لا يكون له شئ الا بالشرط وهو قول الشافعي لانه متبرع بمنافعه فأشبه رد العبد الضال واللقطة ولان رده نهى عن المنكر وهو فرض فلا يستحق الاجر باقامته ولنا ماروى عن عمرو بن دينار أنه قال لم نزل نسمع أنه عليه الصلاة والسلام قال جعل الآبق أربعون درهما والصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على وجوب أصل الجعل وان اختلفوا في مقداره فانه روى عن ابن مسعود أنه أوجب أربعين درهما وأوجب عمر دينارا أو اثنى عشر درهما وأوجب علي رضي الله عنه دينارا أو عشرة دراهم وعن عمار بن ياسر أنه قال ان رده في المصر فله عشرة وان رده من خارج المصر استحق أربعين درهما فيحمل الكل على السماع لان الرأى لا مدخل له في التقدير ثم يحمل قول من قال أربعين على مسيرة السفر ومادونه على مادونها توفيقا وتلفيقا ولان ايجابه حامل له على الرد اذ الحسبة نادرة فتحصل صيانة أموال الناس وايجاب المقدر بالسمع ولا سمع في الضال واللقطة فيبقى على الاصل اذ الالحاق ممتنع لعدم المساواة لان الحاجة الى صيانة الضال دون الحاجة الى صيانة الآبق لان الآبق يختفي والضال يبرز فيظهر وقوله نهى عن المنكر قلنا هذا تعليل بمقابلة المنقول فلا يصح قال رحمه الله (ولو قيمته أقل منه) يعني له أربعون درهما وان كانت قيمته أقل من أربعين وهذا عند أبي يوسف وقال محمد له قيمته الا درهما لان وجوبه ثبت احياء لحقوق الناس نظرا لهم ولا نظر في ايجاب أكثر من قيمته ولابي يوسف أن تقديره ثبت شرعا بلا تعرض لقيمته فيمنع النقصان كما تمنع الزيادة ألا ترى ان الصلح بأكثر منه لا يجوز بخلاف الصلح على الاقل لانه حط البعض وهو لو حط الكل كان جائزا فكذا البعض وهذا هو المشهور وروى عن كل واحد منهما مثل قول صاحبه وعن أبي يوسف أنه ينقص منه قدر ما تقطع به اليد قال رحمه الله (وان رده لاقل منها فبحسابه) أي لاقل من مسيرة السفر يجب بحسابه لان العوض يوزع على المعوض ضرورة المقابلة وذكر في الاصل أنه يرضخ له اذا وجده في المصر أو خارج المصر وعن أبي حنيفة انه لاشئ له في المصر ثم ان اتفقا على الرضخ فلا كلام وان اختلفا فالامام يقدره وان رده من أكثر من مسيرة السفر لا يزاد على أربعين درهما لانه يتعلق بمدة السفر فلا يزاد بزيادتها كسائر الاحكام المتعلقة بها وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه فلا يأخذ من أوفى حتى يوفى كله كالمبيع المحبوس

بخلاف من يعلم من نفسه العجز عن ذلك والضعف ولا يعلم في هذا خلاف ويمكن أن يجرى فيه التفصيل في اللقطة بين أن يغلب على ظنه تلفه على المولى ان لم يأخذه مع قدرة تامة عليه فيجب أخذه أولا فلا اه كمال (قوله باعه القاضي وحفظ ثمنه) أي حتى يجيء طالبه ويقيم البينة بان العبد عنده فيدفع الثمن ولا ينقض بيع الامام اه اتقاني (قوله واختلفوا في الضال الخ) قال الكمال واختلفوا في أخذ الضال فقيل أخذه أفضل لما فيه من احياء النفس والتعاون على البر وقيل يتركه لانه لا يبرح مكانه منتظرا المولاه حتى يجده ولا يخفى أن انتظاره في مكان غير متزحزح عنه غير واقع بل نجد الضلال يدورون متحيرين ثم لاشك أن محل هذا الخلاف اذا لم يعلم واجد الضال مولاه ولا مكانه أما اذا علمه فلا ينبغي أن يختلف في أفضلية أخذه ورده اه كمال رحمه الله (قوله وهو مسيرة ثلاثة أيام) أي فصاعدا اه هداية (قوله لانه متبرع بمنافعه) أي فاذا تبرع عليه بعين من أعيان ماله لا يرجع عليه فكذا اذا تبرع بمنافعه اه اتقاني (قوله فأشبه رد العبد الضال واللقطة) أي بانه لا يستحق في ردهما شيأ بالاتفاق (قوله جعل) الجعل ما يجعل للعامل على عمله اه اتقاني (قوله وقال محمد له قيمته الا درهما) أي وهو قول أبي يوسف الاول وقال أبو يوسف بعد ذلك له الجعل ثانيا وكذلك ذكر الخلاف شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وشمس الائمة البيهقي في الشامل وكذلك في عامة نسخ الفقه أيضا ولم يذكروا قول أبي حنيفة وذكر في شرح الطحاوي قوله مع محمد فقال ولو كان العبد يساوي أربعين درهما أو دونها فانما ينقص من قيمته درهم واحد عند أبي حنيفة ومحمد وهو قول أبي يوسف الاول ثم رجع وقال يجب الجعل أربعون درهما وان كانت قيمته درهما واحدا وكذلك ذكر الطحاوي في مختصره أيضا اه اتقاني (قوله وذكر في الاصل أنه يرضخ له) يقال رضخ فلان لفلان من ماله اذا أعطاه قليلا من كثير اه اتقاني (قوله وان كان العبد مشتركا يجب على كل واحد منهم بقدر نصيبه) أي فلو كان البعض غائبا فليس للحاضر أن يأخذه حتى يعطي تمام الجعل ولا يكون متبرعا بنصيب الغائب فيرجع عليه لانه مضطر فيما يعطيه لانه لا يصل الى نصيبه الا بهذا كله اذا رده بلا استعانة فلو أن رجلا قال لآخر ان عبدي قد أبق فاذا وجدته فخذه فوجده فرده ليس له شئ لان مالكه استعان به ووعده الاعانة والمعين لا يستحق شيأ اه اتقاني (قوله حتى يوفى كله) أي كل الجعل اه

المحبوس بالثمن وان ردعبدين أوأكثر يجب لكل واحدمنهم أربعون درهما ولورد جارية معها ولد صغير يكون تبعا للامه فلا يزاد على الجعل شئ وان كان مراهقا يجب ثمانون درهما قال رحمه الله (وأم الولد والمدبر كالقن) لانهما مملوكان للمولى ويستكسبهما كالقن فحصل به احياء المالية من هذا الوجه بخلاف المكاتب لانه أحق بمكاسبه فلا يوجد فيه احياء مال المولى هذا اذا ردهما فى حياة المولى وان ردهما بعد موته فلا جعل له لان أم الولد تعتق بموته فتكون حرة ولا جعل فى الحر وكذا المدبر ان خرج من الثلث لما ذكرنا وان لم يخرج فكذلك عندهما لانه حر عليه دين اذ العتق لا يتجزأ عندهما وعنده مكاتب ولا جعل فى المكاتب وان رد القن بعد موت مولاه يستحق الجعل ان كان الراد أجنبيا وان كان وارثا ينظر فان كان أخذه بعد موت المولى لا يستحق شيأ لان العمل يقع فى محل مشترك بينه وبين غيره من الورثة وفيه لا يستحق الاجر على ما عرف فى موضعه وان أخذه فى حياته ثم مات يستحق الجعل فى حصة غيره عندهما خلافا لابى يوسف هو يقول ان وجوب الجعل يضاف الى التسليم لا الى الاخذ ولهذا لو هلك قبل التسليم يسقط ووقت التسليم هو مشترك بينه وبين غيره فيكون عاملا لنفسه فلا يستحق الجعل ولهما أن الوجوب مضاف الى العمل لان الاجرة تستحق بالعمل وأثر التسليم فى المبادلة فى تأكيد البدل لا فى ايجابه الا أن سبب التأكيد اذا فات يسقط البدل بعد الوجوب لان الوجوب كان متعلقا به وهنا التسليم فات فى حصته اذ لا يكون مسلما ومتسلما ولم يفت فى حصة غيره فيتأكد عليهم حصتهم كالوخاط أو صبغ ثوبا لمورثه ثم مات قبل التسليم لا يسقط الاجر فى حصته بخلاف ما لو أخذه والمولى ميت لان العمل وقع فى محل مشترك فلا يستحق الاجر على ما بينا ولو رد عبدأبيه أوأخيه أوسائر أقاربه لا يجب عليه الجعل اذا كان فى عيال المولى لجريان العادة بالرد تبرعا ولو لم يكن فى عياله وجب الجعل له الا الابن اذا رد عبد أبيه أو أحد الزوجين رد عبد الآخر فانهما لا يجب لهما الجعل مطلقا لان رد الآبق على المولى نوع خدمة للمولى وخدمة الاب مستحقة على الابن فلا تقابل بأجر وكذا خدمة أحد الزوجين الآخر وكذا الوصى اذا رد عبد اليتيم لا يستحق الجعل ولا جعل للسلطان اذا رد آبقا قال رحمه الله (وان أبق من الراد لا يضمن) لانه أمانة فى يده اذا أشهد وقت الاخذ على ما ينافى اللقطة ولا جعل له لانه لم يرده على مولاه ولو أخذه غيره فرده على مولاه فالجعل له لانه هو الذى رده على المولى ولو جاء به الى المولى فأعتقه المولى قبل التسليم اليه استحق الجعل لان الاعتاق منه قبض معنى ولهذا لو أعتق المشترى المبيع قبل القبض وجب عليه تسليم الثمن لانه قبض له ولو دبره والمسئلة بحالها فلا جعل له حتى يقبضه لان التدبير ليس بقبض ولو باعه من الراد استحق الجعل لسلامة البدل له بخلاف ما اذا وهبه له قبل التسليم وان هلك فى يده فلا ضمان عليه لما ذكرنا ولا جعل له لانه بمنزلة المبيع فى يد البائع حتى كان له حبسه بالجعل كما يحبس البائع بالثمن المبيع ثم اذا هلك المبيع قبل القبض لا يستحق الثمن فكذا هذا هذا اذا صدقه المولى فى الاباق وان كذبه فالقول قول المولى لان السبب الموجب للضمان من الآخذ قد ظهر فلا تسمع دعواه ما يبرئه عنه الا اذا أقام البينة على اقرار المولى بانه أبق قال رحمه الله (ويشهد أنه أخذه ليرده) لان الاشهاد يدل على انه أخذه ليرده على مولاه وتركه يدل على انه أخذه لنفسه فلا بد له من الاشهاد حتى لو ترك الاشهاد يكون ضامنا ولا يستحق الجعل اذا رده وهذا عندهما وعند أبى يوسف لا يضمن ويستحق الجعل اذا رده لان الاشهاد عنده ليس بشرط على ما ينافى اللقطة وأجمعوا على انه لا يستحق الجعل الا اذا أخذه ليرده حتى لو أقر أنه أخذه لنفسه أو اشتراه أو اتهبه لنفسه ثم رده على المولى لا يستحق الجعل قال رحمه الله (وجعل الرهن على المرتهن) لانه أحيا دينه بالرد لرجوعه به بعد سقوطه فحصل سلامة ماليته له ولولا ذلك لهلك دينه والرد فى حياة

(قوله يجب لكل واحد منهم أربعون درهما) أى وان كان الراد اثنين والآبق واحدا فلهما جعل واحد بينهما نصفان اه اق (قوله لا يسقط الاجر فى حصته) الظاهر بدل قوله فى حصته فى حصتهم فتأمل (قوله الا الابن اذا رد عبد أبيه أو أحد الزوجين) قال فى شرح الطحاوى ولو كان الراد ذا رحم محرم من المردود عليه فانه ينظر ان وجد الرجل عبد أبيه فلا جعل له سواء كان فى عياله أو لم يكن وكذلك المرأة والزوج وان وجد الاب عبد ابنه ان لم يكن فى عياله فله الجعل وان كان فى عياله فلا جعل له وكذلك الاخ وسائر ذوى الارحام اذا وجد عبد أخيه ان كان فى عياله فلا جعل له وان لم يكن فى عياله فله الجعل الى هنا لفظه وجملته ما ذكر شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه وهو ما اذا رد الآبق واحد من أقرباء المولى ان لم يكن الراد ولدا فانه ينظر ان لم يكن فى عياله فانه يستحق الجعل قياسا واستحسانا لان الراد بائع من وجه وأجير من وجه وأى ذلك اعتبرنا وجب الجعل لانه لو باع شيأ من قريبه استحق الثمن ولو عمل له باجارة استحق الاجر وان كان فى عياله ووجب الجعل قياسا لهذا المعنى وفى الاستحسان لا يجب لان الرد حصل على سبيل التبرع عرفا وعادة فان العرف فيما بين الناس انه من أبق عبده انما يطلبه من كان فى عياله ويرده متبرعا فلو ثبت التبرع نصا لا يجب الجعل فكذا اذا ثبت عرفا لان الثابت عرفا كالثابت نصا بخلاف ما اذا لم يكن فى عياله لان التبرع لم يوجد لا نصا ولا عرفا اه اتقانى (قوله لانه أحيا دينه بالرد لرجوعه به) أى لرجوع الدين بالرد بعد ما سقط ولولا الرد لاستمر ذهابه اه من خط الشارح

الراهن و بعده سواء لما ذكرنا من المعنى وهو لا يختلف فيما هذا اذا كان كله مضمونا بأن كانت قيمته مثل الدين أو أقل فان كان بعضه أمانة بأن كانت قيمته أكثر من الدين جعل حصة المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان حق المرتهن فى المضمون فصار كثمن الادوية والفداء من الجناية وان كان مديونا فالجعل على المولى ان اختار قضاء ما عليه من الديون وان أبى بيع العبد وأخذ الراد جعله من ثمنه وما بقى يعطى لاصحاب الديون لانه مؤنة الملك فيجب على من يستقر له الملك وان كان جانيا فان اختار المولى الفداء فالجعل عليه لانه طهره عن الجناية باختياره فصار كأنه لم يجن وأحيا الراد ماليته بالرد اليه وان اختار دفعه بالجناية فالجعل على ولى الجناية لانه بالرد أحيا حقه وان كان موهوبا فعلى الموهوب له وان رجع الواهب فى الهبة بعد الرد لان الملك للموهوب له عند الرد فزواله بالرجوع بعد ذلك كزواله بغيره من الاسباب ولان زوال ملكه بالرجوع بتقصير منه وهو تركه التصرف فيه فلا يسقط عنه الواجب بالرد بخلاف العبد الجانى والمدين وجعل عبد الصبى فى مال الصبى لانه مؤنة ملكه ولو رده وصيه لا يستحق الجعل لان تدبيره واجب عليه فلا يستحق الاجر به وجعل العبد المغصوب على الغاصب لان ضمان جناية العبد على الغاصب وجعل عبد رقبته لرجل وخدمته لآخر على صاحب الخدمة فى الحال فاذا مضت المدة رجع به على صاحب الرقبة و يباع العبد به لانه بمنزلة العبد المشترك قال رحمه الله (وأمر نفقته كاللقطة) لانه لقطة حقيقة فيكون حكمه كحكمه من أن الآخذ اذا أنفق عليه من غير اذن القاضى يكون متبرعا ولا بد من اشتراط الرجوع على المولى عند الاذن وفى حبسه بالنفقة عند حضور مولاه غير أنه لا يؤجره وقد ذكرناه من قبل والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله لانه بمنزلة العبد المشترك) أى المشترك بين أرباب الديون حيث يباع و يقدم الجعل ثم الباقى للموصى له بالعين اهـ اق

﴿كتاب المفقود﴾

قال رحمه الله (هو غائب لم يدر موضعه) وذكر فى النهاية أنه فى اللغة من الاضداد يقول الرجل فقدت الشئ أى أضللته وفقدته أى طلبته وكل من المعنيين متحقق فى المفقود فقد ضل عن أهله وهم فى طلبه وفى اصطلاح الفقهاء غائب لم يدر موضعه وحياته وموته وأهله فى طلبه يجدون وقد انقطع عنهم خبره وخفى عليهم أثره فبالجد قد يصلون الى المراد وربما يتأخر اللقاء الى يوم التناد وحكمه فى الشرع أنه حى فى حق نفسه حتى لا يقسم ماله بين ورثته ميت فى حق غيره حتى لا يرث من أحد مات من أقاربه لان ثبوت حياته باستصحاب الحال ولا يعتبر الا فى ابقاء ما كان على ما كان ولا يصلح للاستحقاق قال رحمه الله (فينصب القاضى من يأخذ حقه و يحفظ ماله و يقوم عليه) لان القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر لنفسه وقد عجز المفقود فصار كالصبى والمجنون وفى نصب ما ذكرنا نظر له فيفعل وقوله من يأخذ حقه يعنى يقبض غلاته والديون التى أقر بها غرماؤه لانه من باب الحفظ ولا يخاصم فى دين لم يقر به الغريم ولا فى نصيب له فى عقار أو عرض فى يد غيره لانه ليس بمالك ولا نائب عنه وانما هو وكيل بالقبض من جهة القاضى ولانه لا يملك الخصومة بالاتفاق لما فيه من تضمن الحكم على الغائب وانما الخلاف المعروف بين الاصحاب فيمن وكله المالك بقبض الدين هل يملك الخصومة أم لا فعند أبى حنيفة يملك وعندهما لا يملك لما عرف فى موضعه فاذا كان يتضمن الحكم على الغائب لا يجوز عندنا فلو قضى به قاض يرى ذلك جاز لانه فصل مجتهد فيه فينفذ قضاؤه بالاتفاق فان قيل المجتهد فيه نفس القضاء فينبغى أن يتوقف نفاذه على امضاء قاض آخر كما لو كان القاضى محدودا فى القذف قلنا ليس كذلك بل المجتهد فيه سبب القضاء وهو أن البينة هل تكون حجة من غير خصم حاضر أم لا فاذا راها القاضى حجة وقضى بها نفذ قضاؤه كما لو قضى بشهادة المحدود فى القذف هكذا ذكرها هنا وهو مشكل فان الاختلاف فى نفس القضاء والا لم يتصور الاختلاف فى نفس القضاء أبدا فاذا كان الاختلاف فى نفس القضاء فلا ينفذ حكمه حتى ينفذه حاكم آخر بخلاف

قال فى النقاية هو غائب لم يدر أثره حى فى حق نفسه فلا تنكح عرسه ولا يقسم ماله ولا تنفسخ اجارته اهـ

ما اذا كان الاختلاف فى واقعة فحكم الحاكم بأحد القولين حيث ينفذ حكمه فيه من غير تنفيذ أحد لوجود الاختلاف فيها قبل الحكم ثم الوكيل الذى نصبه القاضى يخاصم فى دين وجب بعقده بلا خلاف لانه أصل فيه فترجع حقوقه اليه ويبيع ما يخاف عليه الفساد من ماله لانه تعذر حفظ صورته ومعناه فتعين النظر فيه بحفظ المعنى ولا يبيع ما لا يخاف عليه الفساد فى نفقة ولا فى غيرها لانه لا ولاية له على الغائب الا فى حفظ ماله فلا يجوز له ترك حفظ الصورة من غير ضرورة قال رحمه الله (وينفق منه على قريبه ولادا وزوجته) أى ينفق من ماله على فروعه وأصوله وهو المراد بقوله ولادا وعلى زوجته لان نفقة هؤلاء واجبة من غير قضاء القاضى ولهذا لو ظفروا بماله أخذوه من غير قضاء ويكون القضاء اعانة لهم فلا يكون قضاء على الغائب بخلاف نفقة غيرهم كالاخوة والاعمام وغيرهم من ذى الرحم المحرم غير الولاد لان نفقتهم لا تجب الا بقضاء القاضى لما أنه مختلف فيه فلو قضى لهم لكان قضاء على الغائب وهو لا يجوز وقوله من ماله المراد به الدراهم والدنانير لان حقهم فى المطعوم والملبوس فاذا لم يكن ذلك فى ماله يحتاج الى القضاء بالقيمة وهى النقدان والقضاء على الغائب لا يجوز والتبر بمنزلتهما فى هذا الحكم لانه يصلح قيمة كالنقود وهذا اذا كان فى يد القاضى وان كان وديعة أو دينا ينفق عليهم منهما اذا كان المودع والمدين مقرين بالوديعة والدين والنسب والنكاح اذا لم يكونا ظاهرين عند القاضى وان كانا ظاهرين فلا حاجة الى اقرارهما وان كان أحدهما ظاهرا دون الآخر يشترط الاقرار بما ليس بظاهر فى الصحيح فان دفعا اليهم بغير أمر القاضى ضمن المودع ولا يسقط الدين لتعدى المودع وعدم ايصال الدين الى صاحبه أو نائبه بخلاف ما اذا دفع الى القاضى نفسه أو الى غيره بأمره لان القاضى له ولاية الدفع والاخذ فاذا كانا جاحدين أصلا أو كانا جاحدى السبب من النسب والزوجية لم ينتصب أحد من المستحقين خصما فيه لان ما يدعيه للغائب وهو المال لم يتعين لحقه لجواز أن يكون له مال آخر غيره بخلاف ما اذا كان حقه متعينا فيه كالشفيع يدعى على رجل شراء المشفوع من المالك الغائب وكالعبد يدعى على رجل أنه اشتراه من مولاه الغائب وأعتقه فانه يقضى على الغائب فى مثله للضرورة قال رحمه الله (ولا يفرق بينه وبينها) أى لا يفرق بينه وبين امرأته وقال مالك اذا مضى أربع سنين يفرق بينهما وتعتد عدة الوفاة ثم تتزوج ان شاءت لان عمر رضى الله عنه فعل ذلك فى الذى استهوته الجن ولانه فات حقها فيفرق بينهما بعد مضى مدة اعتبارا بالعنة والايلاء فأخذ منهما المقدار الاربع من الايلاء والسنين من العنة عملا بالشبهين لان حقها فات وهو معذور فى العنة (١) لانه مباح كما فى العنة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام فى امرأة المفقود انها امرأته حتى يأتيها البيان وقال على رضى الله عنه فيها هى امرأة ابتليت فلتصبر حتى يستبين موته أو طلاقه فكانا بيانا للبيان المذكور فى المرفوع ولان النكاح حقه وهو حى فى ابقاء حقه ولهذا لا يورث ماله للحال فكذا لا يفرق بينه وبينها وقد صح رجوع عمر الى قول على رضى الله عنهما فلا يلزم حجة والتفريق فى الايلاء لرفع الظلم ولا ظلم فى المفقود فلا يقاس عليه ولانه كان طلاقا معجلا فأجل الشارع فكان ايقاعا بخلاف الغيبة فلا تقاس عليه ولا على العنة لان الغربة يعقبها الرجوع والعنة لا تزول بعد استمرارها سنة عادة فانعدم شرط القياس وهو الاستواء قال رحمه الله (وحكم بموته بعد تسعين سنة)

(قوله وان كان أحدهما ظاهرا) أى الوديعة والدين أو النكاح والنسب اه هداية (قوله لم يتعين لحقه) أى وهو النفقة اه (قوله لان عمر فعل ذلك فى الذى استهوته الجن) أى جرته اه ذكر فى المبسوط عن عبد الرحمن بن أبى ليلى قال انا لقيت المفقود فحدثنى حديثه قال أكلت خزيرا بالزاى والياء المثناة مرقة تطبخ بما يصفى من بلالة النخالة فى أهلى ثم خرجت فأخذنى نفر من الجن فكنت فيهم ثم بدا لهم فى عتقى فاعتقونى ثم أتوا بى قريبا من المدينة فقالوا أتعرف النخل قلت نعم فخلوا عنى فجئت واذا عمر أبان امرأتى بعد أربع سنين فاعتدت وتزوجت فخيرنى عمر بين أن يردها على وبين المهر وأهل الحديث يروون أن عمر هم بتأديبه حين رآه وجعل يقول يغيب أحدكم عن امرأته هذه المدة الطويلة ولا يبعث بخبره فقال لا تعجل يا أمير المؤمنين وذكر له قصته وفى هذا الحديث دليل لمذهب أهل السنة أن الجن يتسلطون على بنى آدم وأهل الزيغ ينكرون ذلك على الاختلاف بينهم فمنهم من يقول انستنكر دخولهم فى الآدمى لان اجتماع روحين فى شخص واحد لا يتحقق وقد يتصور تسلطهم على الآدمى من غير أن يدخلوا فيه ومنهم من قال الجن أجسام لطيفة فلا يتصور ان يحملوا جسما كثيفا من موضع الى موضع ولكنا نأخذ بما وردت به الآثار قال عليه الصلاة والسلام ان الشيطان يجرى من ابن آدم مجرى الدم وقال عليه الصلاة والسلام إنه يدخل فى رأس الانسان فيكون على قافية رأسه فنتبع الآثار ولا نشتغل بكيفية ذلك كذا فى الدراية وفى طلبة الطلبة وكان شمس الأئمة السرخسى يقول ان هذا المفقود كان اسمه خرافة وكان بعد رجوعه من الجن يحكى عنهم أشياء يتعجب منها ويتوقف فى صحتها فكانوا يقولون هذا حديث خرافة وصار هذا مثلا يضرب عند سماع ما لا تعرف صحته والخرافات كل ما لا صحة له ما مأخوذة من هذا اه واستبعد هذا فى المغرب لان المفقود كان فى عهد عمر رضى الله عنه وخرافة كان فى عهد النبى صلى الله عليه وسلم اه

(١) قوله وهو معذور الخ هكذا فى الاصول التى بيدنا وحرر اه مصححه

لان الغالب لايعيش أكثر من ذلك وهو مروى عن أبى بكر الفضلى وعن أبى بكر محمد بن حامد وأبو يوسف قدره بمائة سنة وروى الحسن عن أبى حنيفة أنه قدره بمائة وعشرين سنة وفى ظاهر الرواية أنه مقدر بموت الاقران فى بلده لان الرجوع الى أمثاله فيما تقع الحاجة فيه الى معرفته طريق الشرع كتقويم المتلفات ومهر مثل النساء فاذا لم يبق أحد من أقرانه دل ذلك على موته فحكم بموته لان بقاءه بعد أقرانه نادر ومبنى الاحكام الشرعية على الغالب لا على النادر والمختار أنه يفوض الى رأى الامام لانه يختلف باختلاف البلاد وكذا غلبة الظن تختلف باختلاف الاشخاص فان الملك العظيم اذا انقطع خبره يغلب على الظن فى أدنى مدة أنه مات لاسيما اذا دخل فى مهلكة وما كان سبب اختلاف الناس فى مدته الا اختلاف آرائهم فيه فلا معنى لتقديره قال رحمه الله (وتعتد امرأته وورث منه حينئذ لا قبله) أى حين حكم بموته لا قبل ذلك حتى لا يرثه الا ورثته الموجودون فى ذلك الوقت لا من مات قبل ذلك الوقت من ورثته كأنه مات فيه عيانا لان الحكمى معتبر بالحقيقى قال رحمه الله (ولا يرث من أحد مات) أى لا يرث المفقود من أحد مات من أقاربه حال فقده قبل الحكم بموته لان بقاءه الى ذلك الوقت حيا باستصحاب الحال وهو لا يصلح حجة لان يستحق به مال الغير وانما يدفع به استحقاق مالية غيره فيكون كأنه حى فى ماله ميت فى حق مال غيره هذا اذا لم تعلم حياته الى أن يحكم بموته وان علم حياته فى وقت من الاوقات يرث ممن مات قبل ذلك الوقت ولهذا يوقف نصيبه من مال من مات قبل ذلك الوقت من أقاربه كما فى الحمل لاحتمال أن يكون حيا فيرث فان تبين حياته فى وقت مات فيه قريبه كان له والا يرد الموقوف لاجله الى وارث مورثه الذى وقف من ماله وكذا لو أوصى له يوقف الموصى به الى أن يحكم بموته فاذا حكم بموته يرد المال الموصى به الى ورثة الموصى قال رحمه الله (ولو كان مع المفقود وارث يحجب به لم يعط شيأ وان انتقص حقه به) أى بالمفقود (يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقى كالحمل) لان حاله متردد فيعمل بالاحوط فالاحوط كالحمل ثم الاصل فى تصحيح مسائل المفقود هو أن ينظر فى المسئلة فتصحح على تقدير حياته وعلى تقدير مماته ثم ينظر بين التصحيحين فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما فى الآخر والا اضرب الجميع فى الجميع ثم من كان يسقط من الورثة على تقدير حياته أو مماته فتسقطه ومن كان ينتقص فى احدى الحالتين ولا يسقط يعطى أقل النصيبين ويوقف الباقى ومن لا يتغير نصيبه فى الحالتين يعطى نصيبه كاملا مثاله تركت امرأة زوجا وأما وأختا لابوين وأخا كذلك مفقودا فللام السدس على تقدير حياته وعلى تقدير مماته الربع وللزوج النصف على تقدير حياته وعلى تقدير وفاته الربع والثمن وكذا للاخت على تقدير مماته وعلى تقدير حياته لها التسع فيعطى كل واحد منهم الاقل ويوقف الباقى من نصيبه ولو ترك رجل بنتين وأخا لاب وبنت ابن وابن ابن مفقودا فللبنتين الثلثان على كل حال ولبنت الابن التسع على تقدير حياته ولا شئ لها على تقدير مماته وللاخ الثلث على تقدير مماته ولا شئ له على تقدير حياته فيعطى البنتان الثلثين ولا يعطى الاخ ولا بنت الابن شيأ كما فى الحمل على ما عرف فى موضعه والله أعلم

﴿كتاب الشركة﴾

وهى عبارة عن اختلاط النصيبين فصاعدا بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر ومنه الشركة

(قوله مثاله تركت امرأة زوجا الخ) هذا مثال لصورة انتقاص حصة الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته اهـ (قوله وعلى تقدير مماته الربع) أى لان المسئلة حينئذ تكون عائلة للزوج النصف وللاخت النصف وللام الثلث ثم بالعول صار ثلثها ربعا وصار نصف كل من الزوج والاخت ربعا وثمنا كما ذكره والله أعلم (قوله وكذا للاخت) أى ربع وثمن اهـ (قوله ولو ترك رجل بنتين) هذا مثال الصورة ما يحجب فيه الوارث الحاضر بالمفقود على تقدير حياته اهـ والله أعلم

﴿كتاب الشركة﴾

هو باسكان الراء فى المعروف أورد الشركة عقب المفقود لتناسبهما بوجهين كون مال أحدهما أمانة فى يد الآخر كما أن مال المفقود أمانة فى يد الحاضر وكون الاشتراك قد يتحقق فى مال المفقود كما لو مات مورثه وله وارث آخر والمفقود حى وهذه عامة فيهما وفى الآبق واللقطة واللقيط على اعتبار وجود مال مع اللقيط وانما قدم المفقود عليهما أو لا ما الاباق لشمول عرضية الهلاك كلا من نفس المفقود والآبق وكأن بعضهم تخيل أن عرضية الهلاك للمال فقال لان المال على عرضية التوى وحاصل محاسن الشركة يرجع الى الاستعانة فى تحصيل المال والشركة لغة خلط النصيبين بحيث لا يتميز أحدهما وما قيل انها اختلاط النصيبين تساهل فان الشركة اسم المصدر والمصدر الشرك مصدر شركت الرجل أشركه شركا فظهر أنها فعل الانسان وفعله الخلط وأما الاختلاط فصفة للمال تثبت عن فعلهما ليس له اسم من المال ولا يظن أن اسمه الاشتراك لان الاشتراك فعلهما أيضا مصدر اشترك الرجلان افتعال من الشركة ويعدى الى المال بحرف فى فيقال اشتركا فى المال أى حققا الخلط فيه فالمال مشترك فيه أى تعلق به اشتراكهما أى خلطهما اهـ فتح بالتحريك (قوله بحيث لا يعرف أحد النصيبين من الآخر) ثم يطلق اسم الشركة على عقد الشركة وان لم يوجد اختلاط النصيبين لان العقد سبب له ثم ركن شركة الملك اجتماع النصيبين وحكمها أن يكون المال بينهما مشتركا وكل واحد فى نصيب الآخر

بالتحريك حبالة الصائد لان فيه اختلاط بعض حبله بالبعض ثم يطلق اسم الشركة على العقد مجازا لكونه سببا له واعلم أن الشركة على ضربين شركة ملك وشركة عقد على مانبين فى أثناء البحث قال رحمه الله (شركة الملك أن يملك اثنان عينا إرثا أو شراء) وكذا استيلاء أو اتهابا أو وصية أو اختلاط مال بغير صنع أو بصنعهما بحيث لا يتميز أو يعسر كالجنس بالجنس أو المائع بالمائع أو خلط الحنطة بالشعير وهذا النوع من الشركة كان واقعا فى زمنه عليه الصلاة والسلام كالشركة فى المواريث والغنائم ونحوهما قال رحمه الله (وكل أجنبي فى قسط صاحبه) أى كل واحد منهما أجنبي فى نصيب صاحبه حتى لا يجوز له أن يتصرف فيه الا باذنه كالغير من الاجانب وان باع نصيبه من شريكه جاز كيفما كان لولايته على ماله وكذا اذا باعه من غيره لماذكرنا الا فى صورة الخلط والاختلاط فانه لا يجوز أن يبيعه من أجنبي الا باذن شريكه لان خلط الشئ بما لا يتميز استهلاك وهو سبب لزوال الملك عن المخلوط الى الخالط لو كان على سبيل التعدى فاذا حصل من غير تعد فقد انعقد سبب الزوال من وجه فأورث شبهة زوال نصيب كل واحد منهما الى شريكه فى حق البيع من الاجنبي ولا يجوز بيع نصيبه الا برضا شريكه وأما فيما عداه ملك كل واحد منهما قائم من وجه لانعدام سبب الزوال فيطلق له التصرف ولان ملك كل واحد فى هذه الصورة على حياله لان كل حبة مشار اليها ليست بمشتركة وانما هى ملك أحدهما بعينه الا أنه لا يمكن التمييز بين ملكيهما فلا يقدر على تسليمه والعجز عن التسليم مانع من الجواز بخلاف غير هذه الصورة من أنواع الشركة لان ملك كل واحد منهما ثابت فى كل جزء من أجزاء العين وهو معلوم مقدور التسليم فيجوز قال رحمه الله (وشركة العقد أن يقول أحدهما شاركتك فى كذا ويقبل الآخر) لانه عقد من العقود فلا بد من الاتيان بركنه وهو الايجاب والقبول بأن يقول شاركتك فى بز أو نحوه أو فى عموم التجارات وشرطه أن يكون التصرف المعقود عليه عقد الشركة مما يقبل الوكالة ليقع ما يحصله كل واحد منهما مشتركا بينهما فيحصل لنفسه بطريق الاصالة ولشريكه بطريق الوكالة ولا يمكنه ذلك فيما لا يقبل التوكيل كالاحتطاب والاحتشاش ونحو ذلك من المباحات لان التوكيل لا يصح فيه فيكون ما يكسبه له خاصة دون صاحبه ثم شركة العقود على ثلاثة أوجه شركة بالمال وشركة بالاعمال وشركة بالوجوه وكل قسم ينقسم الى قسمين مفاوضة وعنان فصارت ستة أقسام وعقد الشركة جائز لانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملون فأقرهم عليه وروى أن السائب قال للنبي صلى الله عليه وسلم كنت شريكي فى الجاهلية فكنت خير شريك لا تداريني ولا تماريني رواه أبو داود وغيره من الثقات وقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى يقول أنا ثالث الشريكين مالم يخن أحدهما صاحبه فاذا خان خرجت من بينهما رواه أبو داود وروى البخارى وأحمد أن زيد بن أرقم والبراء بن عازب كانا شريكين فاشتريا فضة بنقد ونسيئة فبلغ النبي صلى الله عليه وسلم فأمرهما ان ما كان بنقد فأجيزوه وما كان بنسيئة فردوه فعلم بذلك أن شركة العقد مشروعة قال رحمه الله (وهى مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وتساويا مالا وتصرفا ودينا)

كالاجنبي لا يجوز تصرفه بدون اذنه وركن شركة العقود الايجاب والقبول بان يقول أحدهما لصاحبه شاركتك فى كذا وكذا فيقول الآخر قبلت وحكمها الشركة فى الربح ثم شركة الاملاك على ضربين جبرى واختيارى فالاول فى العين يرثها رجلان والثانى فى العين يشتريانها أو توهب لهما أو يوصى لهما فقبلا اه اتقانى رحمه الله (قوله حبالة الصائد) حبالة الصائد بالكسر اه مصباح (قوله وكذا استيلاء الخ) مثل ما اذا استوليا على عين واحدة من أعيان مال أهل الحرب اه (قوله أو اتهابا) أى فبلا عينا وهبت لهما اه (قوله أو اختلاط مال بغير صنع) أى كما اذا شق الكيسان فاختلط مافيهما من الدراهم اه (قوله لان خلط الشئ بما لا يتميز) أى مثل خلط الجنس بالجنس اه (قوله فقد انعقد سبب الزوال من وجه) أى لوجود الخلط غير موجود من وجه لانعدام صفة التعدى عن الخلط اه (قوله وشرطه) أى شرط شركة العقود اه اتقانى (قوله مما يقبل الوكالة) أى سواء كان عنانا أو مفاوضة اه اتقانى وكتب على قوله مما يقبل الوكالة مانصه لان عقد الشركة يتضمن الوكالة لان المقصود من الشركة تحصيل الربح بالتجارة والتصرف فى مال الغير لا يجوز الا بولاية أو وكالة من طريق النطق أو الحكم ولم توجد الولاية والنطق له بالتوكيل فتعين الثالث لتحقق الحكم المطلوب من الشركة وهو الربح اه اتقانى (قوله والاحتشاش ونحو ذلك) أى كالاصطياد اه (قوله فى المتن وهى مفاوضة الخ) وهذه الشركة جائزة عندنا استحسانا وفى القياس لا تجوز وهو قول الشافعى وقال مالك لا أعرف ما المفاوضة وقال فى المختلف قال الشافعى لا أدرى ما المفاوضة ووجه القياس أن المفاوضة تضمنت شيئين وكل واحد منهما عند انفراده لا يجوز فبالطريق الاولى أن لا يجوز عند انضمامهما بيانه أنها تضمنت الوكالة والكفالة والوكالة بمجهول الجنس لا تجوز الا ترى أنه لو قال وكلتك بالشراء أو بشراء الثوب لا تصح الوكالة والكفالة بمجهول لا تصح أيضا بخلاف الكفالة بمجهول لمعلوم فانها جائزة كقوله ماذاب لك على فلان فعلى وهنا فيما نحن فيه الوكالة بمجهول الجنس والكفالة بمجهول فينبغى أن لا تجوز ولان المفاوضة شرطها المساواة عندكم واعتبارها لا يمكن لان أحدهما يكون له فضل على الآخر فى متاع الاهل أو ثياب البدن ونحو ذلك فاذا لم يمكن اعتبارها لم يمكن تصحيح

أي شركة العقد تكون مفاوضة بهذه الشروط المذكورة لان المفاوضة تنبئ عن المساواة وهي مشتقة منها قال الشاعر

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم * ولا سراة اذا جهالهم سادوا

والمساواة تكون بما ذكره على ما نبين وقيل المفاوضة مشتقة من التفويض لان كل واحد منهم ما يفوّض أمر الشركة الى صاحبه على الاطلاق ولهذا كانت عامة في جميع التجارات لتحقق المساواة ولا تصح الا بلفظ المفاوضة أو بالنص على جميع ما تقتضيه المفاوضة لان أكثر الناس لا يعرفون شرائطها فيشترط النص عليها أو على مقتضاها لتكون معلومة ظاهرة وانما شرطت الوكالة فيها ليتحقق المقصود وهو الشركة في المشترى لانه لا يقدر ان يدخله في ملك صاحبه الا بالوكالة منه اذ لا ولاية له عليه ولا يقال الوكالة بالمجهول لا تجوز فوجب أن لا تجوز هذه الشركة لتضمنها الوكالة بمجهول الجنس كما اذا وكله بشراء ثوب ونحوه لانا نقول التوكيل بالمجهول لا يصح قصدا ويصح ضمنا حتى صحت المضاربة مع الجهالة لانها توكيل بشراء شئ مجهول في ضمن عقد المضاربة فكذا هذا وأقرب منه شركة العنان فانها جائزة بالاجماع وان تضمنت ما ذكرنا من الجهالة في الوكالة اذ لا بد من تضمن عقد الشركة الوكالة لما ذكرنا أو نقول الجهالة تفسد العقد لكونها مفضية الى المنازعة لا لذاتها وهنا لا تفضي الى المنازعة فتجوز وقوله ان تضمنت الوكالة ليس فيه فائدة تمتاز به عن غيرها من أنواع الشركة لان كل عقد شركة يتضمنها ولا يصح الا بها فلا تختص بالمفاوضة وشرطت الكفالة في هذا النوع من الشركة لتثبت المساواة بينهما بطالب كل واحد منهما فيما باشره أحدهما ولا يقال ان الكفالة لا تجوز الا بقبول المكفول له في المجلس فكيف جازت هنا مع جهالته لانا نقول ذلك في التكفيل مقصودا وأما اذا دخل في ضمن شئ آخر فلا يشترط على ما ذكرناه في اشتراط الوكالة مع الجهالة أو نقول جوزناه لتعامل الناس وبمثله يترك القياس كما في الاستصناع واشترط التساوي في المال لان لفظه ينبئ عن التساوي والمراد به التساوي في مال تصح فيه الشركة كالنقود ولا يضرها التفاضل في العروض وانما شرط أن يتساويا في التصرف لان المساواة شرط فيها وهي تفوت عند فوات المساواة في التصرف كالحر والعبد أو البالغ والصغير لان الحر البالغ يملكه بنفسه وهما لا يملكانه الا باذن الولي والمولى ولانهما لا يملكان التكفيل لكونه تبرعا ابتداء وهو شرط فيها واشترط أن يتساويا في الدين لان الاختلاف فيه يؤدي الى الاختلاف في التصرف فان الكافر اذا اشترى خمرا أو خنزيرا لا يقدر المسلم أن يبيعه ومن شرطها أن يقدر على بيع جميع ما اشتراه شريكه لكونه وكيلا له في البيع والشراء وكذا المسلم لا يقدر على شرائهما كما يقدر الكافر عليه ففات الشرط وهذا عندهما وقال أبو يوسف تجوز

المفاوضة ووجه الاستحسان ما روى أصحابنا في عامة كتبهم عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال فاوضوا فانه أعظم للبركة وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الكرخي وقد روي جواز شركة المفاوضة عن الشعبي وابن سيرين وغيرهما ولان المسلمين تعاملوا هذه الشركة من غير نكير فكان دليلا على جوازها ولا نسلم أن اعتبار المساواة لا يمكن لانا نشترط المساواة في مال التجارة لا غير وهي ممكنة فيه اهـ اتقاني مع حذف (قوله قال الشاعر) هو الافوه الاودي قاله الاتقاني اهـ (قوله في الشعر لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم) أي لا تصلح أمور الناس حال كونهم متساوين لا اشراف لهم يأمرونهم وينهونهم والسراة جمع سري وبعد هذا البيت

اذا تولى سراة الناس أمرهم * غا على ذاك أمر القوم وازدادوا

اهـ اتقاني (قوله فيما باشره أحدهما) أما لو كفل أحدهما عن أجنبي بمال هل يلزم الآخر فيه اختلاف يجيء اهـ دراية قوله يجيء أي عند أبي حنيفة يكره خلافا لهما (قوله واشترط التساوي في المال الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره وشرط صحتها أن تكون في جميع التجارات ولا يختص أحدهما بتجارة دون شريكه وان يكون ما يلزم أحدهما من حقوق ما يتجران فيه لازما للآخر وما يجب لكل واحد منهما يجب للآخر ويكون كل واحد منهما فيما وجب لصاحبه بمنزلة الوكيل وفيما وجب عليه بمنزلة الكفيل عنه ويتساويان مع ذلك في رؤس الاموال في قدرها وقيمتها فان تفاوتا في شئ من ذلك لم تكن مفاوضة وكانت عنانا ويتساويان أيضا في الربح لا يفضل أحدهما الآخر ولا يكون لاحدهما مال خاص في يده أو مودع له مما بينت لك أن الشركة تجوز فيه من الدراهم والدنانير والفلوس أيضا في قول أبي يوسف ومحمد فان كان في يد أحدهما شئ من ذلك لنفسه مما لم يدخل في الشركة فسدت المفاوضة وكذلك ان صار في يده شئ من ذلك بعد المفاوضة فان المفاوضة تفسد وتصير شركة عنان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال في الشامل في قسم المبسوط دراهم أحدهما بيض ودراهم الآخر سود جازت المفاوضة الا أن يكون لاحدهما فضل على الآخر في الصرف فلا تجوز شركة المفاوضة لما عرف ولو كان لاحدهما ألف درهم وللآخر مائة دينار جازت ان استوت القيمة وان اختلفت تنعقد الشركة عنانا اهـ اتقاني (قوله كالنقود) أما فيما لا تصح فيه الشركة كالعروض والعقار والديون لا يشترط فيه المساواة حتى لو كان لاحدهما ديون على الناس لا تبطل المفاوضة ما لم يقبض الدين ذكره في الايضاح والذخيرة اهـ معراج الدراية وسيأتي في كلام الشارح (قوله كما يقدر الكافر عليه) وفي الايضاح وأما المسلم مع المرتد فلا تجوز الشركة بينهما في قولهم

هكذا ذكره أبو الحسن وذكر في الأصل قياس قول أبي يوسف أنه يجوز اهـ كاكي (قوله ونظيره أنها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه) أي لأنه يعتقده حلالا بخلاف الحنفي وكذلك النصراني مع المجوسي اهـ اتقاني (قوله وتجوز بين الكافرين) أي وإن كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا اهـ هداية (قوله ولا تجوز بين العبدين) أي ولا بين المكاتبين اهـ هداية (قوله ولا بين الصغيرين) أي وإن أذن أبوهما لأنهما ليسا من أهل الكفالة ذكره في المبسوط اهـ كاكي

بينهما لأن كلا منهما يملك التصرف ويستويان في الكفالة والوكالة ولا معتبر بزيادة تصرف يملكه أحدهما إلا أنه يكره لأن الكافر لا يهتدي إلى الجائز من العقود ونظيره أنها تجوز بين الشافعي والحنفي مع تفاوتهما في بيع متروك التسمية وشرائه وجوابهما بيناه والفرق لهما أن الحنفي والشافعي لم يتفاضلا في التجارة وضمانها إلا أن الشافعي في زعمه أن شراء متروك التسمية جائز لهما وفي زعم الحنفي غير جائز لهما فقد استويا في التصرف فيما يرجع إلى اعتقادهما وكذا المحاجة باقية بينهما فيلزمه فيرجع إليه بخلاف المسلم والذمي وتجوز بين الكافرين لاستوائهما في ملك التصرف والكفالة ولا تجوز بين العبدين ولا بين الصغيرين ولا بين الصغير والبالغ لفقد شرطها وهو ملك التصرف والكفالة فيهما أو في أحدهما ثم في كل موضع لا تصح فيه المفاوضة لفقد شرطها وهو ليس بشرط في العنان كان عنانا لاستجماع شرائطه إذ هو أخص فإذا بطل الأخص تعين له الأعم قال رحمه الله (فلا تصح بين حر وعبد وصبي وبالغ ومسلم وكافر) لما ذكرنا قال رحمه الله (وما يشتريه كل يقع مشتركا إلا طعام أهله وكسوتهم) أي ما يشتريه كل واحد منهما يكون الشركة إلا ما استثناه لأن مقتضى عقد المفاوضة المساواة إذ كل واحد منهما قائم مقام صاحبه في التصرف فكان شراؤه كشرائه والقياس أن يكون الطعام المشترى والكسوة المشتراة مشتركا بينهما لأنهما من عقود التجارة فكان من جنس ما يتناوله عقد الشركة إلا أنا استثنيناه للضرورة إذ كل واحد منهما حين شارك صاحبه كان عالما بحاجته ولم يقصد أن تكون نفقته ونفقة عياله على شريكه وأنه لا يتمكن من تحصيله إلا بالشراء فكان مستثنى بهذا المعنى لهذا القدر من تصرفه من مقتضى العقد دلالة أو عادة وهو كالمنطوق وكذا الاستئجار للسكنى أو للركوب لحاجته كالحج وغيره وكذا الإدام والجارية التي يطؤها لما ذكرنا قال رحمه الله (وكل دين لزم أحدهما بتجارة وغصب وكفالة لزم الآخر) لأنه كفيله والمراد بالكفالة إذا كانت بأمر المكفول عنه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما لا يلزمه لأنه تبرع ولهذا لا يصح من الصبي والعبد المأذون والمكاتب ويعتبر من الثلث في المرض وله أنها معاوضة انتهاء بخلاف ما إذا كانت بغير أمره والكفالة بالنفس وفي الغصب خلاف أبي يوسف ويلحق به المستهلك من الوديعة وغيره هو يقول إنه ليس بتجارة فصار كأرش الجناية وهما يقولان إنه معاوضة ولهذا يصح الإقرار به من المأذون والمكاتب وهذا لأن شرط لزومه غير العاقد أن يكون بدلا عن شيء يصح فيه الاشتراك وإن لم يقع مشتركا حتى يجب بدل النفقة على غير العاقد لأن النفقة يصح فيها الاشتراك فكذا بدل الغصب لأنه معاوضة عندنا على ما مر في العتاق وكذا إذا استأجر أحدهما يلزم الأجر صاحبه لما ذكرنا ولأن المساواة به تتحقق ولا يلزمه أرش الجناية والمهر والخلع والصلح عن دم العمد ونفقة الزوجات والأقارب لأن هذه الديون بدل عما لا يصح الاشتراك فيه فلا يلزم إلا المباشر لأن كل واحد منهما ما لم يلتزم عن صاحبه بالعقد إلا ديون التجارة وهذه الأشياء ليست من باب التجارة فلم تدخل تحت العقد ثم إن أدى العاقد ثمن الطعام ونحوه من مال مشترك بينهما رجع عليه الآخر بحصته وإن أدى غير العاقد من ماله خاصة رجع عليه بالكل وإن أدى من مال مشترك بينهما رجع بحسابه لأنه قضى دينه بمال صاحبه أو قضى عنه صاحبه بأمره

(قوله كان عنانا) أي لأنه أتى بمعنى العنان لفظ المفاوضة اهـ اتقاني (قوله وعندهما لا يلزمه لأنه تبرع الخ) أي لأنه دين لزم أحدهما لا على وجه التجارة فلا يلزم الآخر كالأرش والمهر (١) وهذا لأن الكفالة اهـ اتقاني (قوله ويعتبر من الثلث في المرض) أي وتبرع أحدهما على صاحبه لا يجوز ألا ترى أنه لو أعتق أحدهما عبدا من شركتهما أو وهب أو تصدق إنما يجوز ذلك في حصته خاصة لا في حصة شريكه اهـ اتقاني (قوله وله أنها معاوضة انتهاء) وبيان كونها معاوضة أنه يجبر على الأداء وإذا أدى عن المكفول عنه رجع عليه إذا كانت الكفالة بأمره فلما كانت معاوضة في حال البقاء كانت في معنى ضمان التجارة لأن لزوم الكفالة على صاحبه يلاقي حالة البقاء فلزمت صاحبه ولأجل أنها معاوضة في حال البقاء صح إقرار المريض مرض الموت فيه بالكفالة بالمال من جميع المال بخلاف انشائها فيه حيث يعتبر من الثلث فصارت الكفالة من أحد المتفاوضين كدين القرض والغصب وليست هي كالكفالة بالنفس لأنها تبرع ابتداء وبقاء اهـ اتقاني (قوله رجع عليه الآخر بحصته) قال في الينابيع ولو اشترى أحدهما طعاما الأهل أو كسوة لهم فهو له خاصة فإن نقد الثمن من مال الشركة ضمن نصفه لصاحبه فإذا وصل إلى يده بطلت المفاوضة لأنه فضل مال الشريكه والفضل في المال يبطل المفاوضة اهـ

---

(١) قوله وهذا لأن الكفالة هكذا في الأصل وهنا سقط واضح فلتراجع الأصول الصحيحة اهـ مصححه

قال رحمه الله (وتبطل ان وهب لاحدهما أوورث ماتصح فيه الشركة) أى بطلت المفاوضة اذا ورث أحدهما أووهب له ماتصح فيه الشركة ووصل الى يده وهو النقدان لفوات المساواة فيما يصلح رأس المال اذ المساواة فيها شرط ابتداء وبقاء وقدفات اذلا يشاركه الآخر فيه لانعدام السبب فى حقه وتنقلب عنانا للامكان اذلا يشترط فيه المساواة قال رحمه الله (لا العرض) أى لوملك أحدهما عرضا لاتبطل المفاوضة به لان التفاوت فيه لايقع ابتداء فكذا بقاء وهذا لان المفاوضة لاتبطل بتفاوتهما فى المال الافى مال يصح عقد الشركة فيه ابتداء كالدراهم والدنانير والفلوس النافقة ومالا فلا ولو ورث أحدهما دينا وهو دراهم أو دنانير لاتبطل حتى يقبض لان الدين لاتصح الشركة فيه فاذا قبض بطلت المفاوضة لانه صار بحال يمنع ابتداء المفاوضة فيمنع البقاء لان لبقاء ماليس بلازم من العقود حكم الابتداء والمفاوضة منها قال رحمه الله (ولاتصح مفاوضة وعنان بغير النقدين والتبر والفلوس النافقة) وقال مالك يجوز فى العروض اذا اتحد الجنس لاشتراكهما فى رأس مال معلوم كالنقود بخلاف المضاربة لانها جوزت مع المنافى وهو ربح مالم يضمن فاقتصر على مورد الشرع ولنا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن لانه اذا باع كل واحد منهما رأس ماله وتفاضل الثمنان فما يستحقه أحدهما من الزيادة فى مال صاحبه ربح مالم يضمن ومالم يملك بخلاف النقدين لان مايشتريه أحدهما يدخل فى ملكهما وثمنه فى ذمته يرجع به على صاحبه بحسابه اذلا يتعين فكان ربح مايضمن ولان أول التصرف فى العروض البيع وفى النقود الشراء وبيع الانسان ماله على أن يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره لايجوز بخلاف الشراء ولانه يلزم أن يكون وكيلا فى بيع المال على أن يكون له بعض ربحه والوكيل بالبيع أمين فاذا شرط له جزء من الربح كان ربح مالم يضمن والفلوس اذا كانت تروج فهى أثمان فأخذت حكم النقدين وقيل هذا عند محمد لانها ملحقة بالنقود عنده وعندهما لاتصح الشركة فيها ولا المضاربة لان رواجها عارض باصطلاح الناس فكان على شرف الزوال فتصير عرضا فلا يصلح رأس مال فى الشركة والمضاربة لانه لايمكن دفع رأس المال بالعدد بعد الكساد ولا بالقيمة لانه لايعرف الا بالحزر فيؤدى الى النزاع وقيل أبو يوسف مع محمد والاقيس أن يكون مع أبى حنيفة لما عرف من أصلهما أن الفلوس تتعين بالقصد عندهما وان كانت تروج بين الناس حتى جاز بيع فلس بفلسين باعيانهما

(قوله فى المتن وتبطل ان وهب لاحدهما أوورث) قال فى شرح الطحاوى ولو استفاد أحدهما مالا بالميراث أو بالهبة أو بالوصية أو بالصدقة فانه ينظر ان كان ذلك المال مما لايقع عليه عقد الشركة لاتبطل المفاوضة وان كان مما يقع عليه عقد الشركة لم تبطل أيضا حتى يصل الى يده فاذا وصل الى يده بطلت المفاوضة وصارت عنانا فى جميع التجارات اهـ اتقانى (قوله ووصل الى يده) أغفله المصنف وهو قيد لابد منه اهـ (قوله لوملك أحدهما عرضا لاتبطل المفاوضة) قال فى الهداية وان ورث أحدهما عرضا فهو له ولاتفسد المفاوضة وكذا العقار اهـ أى العقار حكمه فى الارث حكم العرض لاتفسد به المفاوضة ذكره هذا تفريعا لمسئلة القدورى قال الولوالجى فى فتاواه وان ورث عرضا أودونا لم تبطل مالم يقبض الديون لانه لايصلح رأس المال فى الابتداء فلا يبطل العقد حالة البقاء وقال فى العيون قال ابن أبى ليلى اذا ورث أحدهما مالا فهو بينهما وقال أصحابنا هو للذى ورثه اهـ اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن ولاتصح مفاوضة وعنان بغير النقدين) قال فى شرح الطحاوى وعند ابن أبى ليلى تجوز الشركة بالعروض وقال الولوالجى فى فتاواه شرط جواز شركة العنان أن يكون رأس مال كل واحد منهما دراهم أودنانير حاضرا فى المجلس أوغائبا عن المجلس والمال وقت العقد ليس بشرط الشركة بل الشرط وقت الشراء حتى لودفع ألف درهم الى رجل وقال أخرج مثلها واشتر وبع فاربحت فهو بيننا ففعل صحت الشركة لقيام الشركة عند المقصود اهـ اتقانى (قوله بخلاف المضاربة) أى فانها لم تجز بالعروض ونحوها اهـ اتقانى (قوله وهو ربح مالم يضمن) أى لان المال ليس بمضمون على المضارب بل هو أمانة فى يده اهـ اتقانى (قوله فاقتصر على مورد الشرع) أى وهو الدراهم والدنانير اهـ اتقانى (قوله ولنا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن) أى وانه لايجوز لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن ذلك اهـ اتقانى وكتب على قوله ولنا أنه يؤدى الى ربح مالم يضمن مانصه قال الاتقانى وهذا لانها لو جازت فى العروض فباع أحدهما عرضه باضعاف قيمته والآخر بمثل قيمته فاشتركا فى الربح يأخذ الذى باع عرضه بمثل قيمته من ربح مال صاحبه فيكون ذلك ربح مالم يملك ومالم يضمن بخلاف مايشترى كل واحد منهما برأس المال لايتعلق برأس المال بعينه وانما يتعلق بمثله دينا فى الذمة فيتحقق شرط طيب الربح وهو وجوب المال فى الذمة اهـ (قوله وبيع الانسان ماله على أن يكون الثمن مشتركا بينه وبين غيره الخ) قال الاتقانى فانه لو قال لرجل بع عرضك على أن ثمنه بيننا لم يصح ولو قال لرجل اشتر بالف من مالك على أن مااشتريته بيننا أواشتر بألف من مالى على ان مااشترى بيننا جاز ذلك فلهذا افترقا اهـ (قوله والفلوس اذا كانت تروج فهى أثمان) أى من حيث انها لاتتعين فى العقود ولهذا لو اشترى شيأ بفلوس معينة له أن يمسكها ويدفع غيرها اهـ مشكلات خواهر زاده

بأعيانهما عندهما خلافاً له والاصح أنها تجوز في الفلوس عندهما لانها أثمان باصطلاح الكل فلا تبطل ما لم يصطلح على ضده وأما التبر وهو ما كان غير مضروب من الذهب والفضة فجعله في شركة الاصل والجامع الصغير بمنزلة العروض فلم يصلح رأس مال الشركة والمضاربة وجعله في صرف الاصل كالاثمان لان الذهب والفضة ثمن بأصل الخلقة والاول هو ظاهر المذهب ووجهه أن الثمنية تختص بضرب مخصوص لانه بعد الضرب لا يصرف الى شئ آخر غالبا والمعتبر هو العرف فكل موضع جرى التعامل به فهو ثمن والا فحكمه كحكم العروض في حكم التعيين وعدم جواز الشركة والمضاربة به وأما المكيل والموزون والعددي المتفاوت فلا تصح الشركة فيها قبل الخلط وان خلطا بجنسه فهو كذلك عند أبي يوسف ويكون المخلوط بينهما شركة ملك وهو ظاهر الرواية وعن محمد أنه شركة عقد وثمرة الخلاف تظهر في استحقاق المشروط من الربح فعند محمد يستحق وعند أبي يوسف يكون بينهما على قدر ماليهما ويبطل شرط التفاوت وجه قول محمد أن المكيل والموزون ثمن من وجه حتى يصح الشراء به دينا في الذمة عرض من وجه حتى يتعين بالتعيين فبالنظر الى أنه عرض لم تصح الشركة فيه قبل الخلط وبالنظر الى أنه ثمن يجوز بعده رعاية للشبهين وتوفيرا لحظهما عليهما بخلاف العروض وجه ظاهر الرواية أن ما يصلح رأس المال في الشركة لا يختلف الحكم فيه بين الخلط وعدمه لان المعنى المانع موجود في الحالين وهو تعينه بالتعيين فصار كما اذا خلطاه بخلاف جنسه وفرق محمد بينهما فانه اذا خلط الجنس بجنسه يكون من ذوات الامثال حتى يضمن متلفه مثله وان خلطه بخلاف جنسه يكون من ذوات القيم حتى يضمن متلفه قيمته وأبو يوسف يقول لا تأثير لكونه من ذوات الامثال كما قبل الخلط قال رحمه الله (ولو باع كل نصف عرضه بنصف عرض الآخر وعقدا الشركة صح) أي لو باع كل واحد منهما نصف ماله من العروض بنصف مال الآخر وعقدا عقد الشركة بعد البيع جازت الشركة وصارت شركة عقد وهذا لانه بالبيع صار شركة ملك حتى لا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيب الآخر ثم بالعقد بعد ذلك صار شركة عقد فيجوز لكل واحد منهما أن يتصرف في نصيب صاحبه وهذه حيلة لمن أراد الشركة في العروض لانه بذلك يصير نصف مال كل واحد منهما مضمونا على صاحبه بالثمن فيكون الربح الحاصل من المالين ربح ما يضمن فيجوز بخلاف ما اذا لم يبيعا على ما بينا وحمل بعضهم ما ذكرها من بيع نصف مال كل واحد منهما على ما اذا كانت قيمتهما على السواء وأما اذا كانت قيمتهما متفاوتة فيبيع صاحب الاقل بقدر ما تثبت به الشركة كما اذا كانت قيمة عرض أحدهما أربعمائة وقيمة عرض الآخر مائة يبيع صاحب الاقل أربعة أخماس عرضه بخمس عرض الآخر فيصير المال كله بينهما أخماسا وهذا الحمل غير محتاج اليه لانه يجوز أن يبيع كل واحد منهما نصف ماله بنصف مال الآخر وان تفاوتت قيمتهما حتى يصير المال بينهما نصفين وكذا العكس جائز وهو ما اذا كانت قيمتهما متساوية فباعاه على التفاوت بان باع أحدهما ربع ماله بثلاثة أرباع مال الآخر حتى يكون المال كله بينهما أرباعا فيعلم بذلك أن قوله باع نصف ماله بنصف مال الآخر وقع اتفاقا أو قصدا ليكون شاملا للمفاوضة والعنان لان المفاوضة شرطها التساوي بخلاف العنان وقوله بنصف عرض الآخر وقع اتفاقا لانه لو باعه بالدراهم ثم عقدا الشركة في العرض الذي باعه جاز أيضا قال رحمه الله (وعنان إن تضمنت وكالة فقط) أي هي عنان ان تضمنت الوكالة وحدها ولم تتضمن الكفالة وهو أن يشترك الرجلان في نوع بز أو طعام أو في عموم التجارة ولم يذكرا الكفالة والعنان مأخوذ من قولهم عن له كذا أي عرض له قال امرؤ القيس

فعن لنا سرب كأن نعاجه * عذارى دوار في ملاء مذيل

أي عرض أو من قولهم عن له بمعنى ظهر له فكأنه ظهر له أن يشاركه في البعض من ماله لان العنان لا يثبت على العموم من كل وجه أو من عنان الدابة على معنى أن راكب الدابة يمسك العنان باحدى يديه ويعمل

(قوله في المتن وعنان) بالرفع عطف على قوله سابقا وهي مفاوضة ان تضمنت وكالة وكفالة وكتب على قوله عنان ما نصه سمي به لانه شئ عرض له في هذا القدر لا على العموم على الوكالة والكفالة اه اتقاني

بالاخرى فكذا كل واحد من الشريكين يجعل عنان التصرف فى بعض المال الى صاحبه ومالك والشافعى رضى الله عنهما لم يجيزا هذا الاسم على هذه الشركة وقالا هذه كلمة تطرق بها أهل الكوفة ليمكنهم التمييز بين الشركة العامة والخاصة من غير أن يكون مستعملا فى كلام العرب وهذا خطأ فانه مستعمل فى كلام العرب قال النابغة

وشاركنا قريشا فى تقاها * وفى أحسابها شرك العنان

وانما تضمنت الوكالة ليحصل مقصوده وهو الشركة فيما يشتريه كل واحد منهما ولا حاجة الى تضمنه الكفالة لان اللفظ لا ينبئ عن المساواة بخلاف المفاوضة قال رحمه الله (وتصح مع التساوى فى المال دون الربح وعكسه) وهو أن يتساويا فى الربح دون المال ومعناه أن يشترطا الاكثر للعامل منهما أو لاكثرهما عملا وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا فلا يجوز وقال زفر رحمه الله يستحقان الربح على قدر مالهما ولا يجوز أن يشترطا خلاف ذلك لانه يؤدى الى ربح ما لم يضمن لان الضمان بقدر رأس المال ولهذا لا يجوز اشتراط الوضيعة على خلاف رأس المال فكذا الربح ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولان الربح يستحق بأحد ثلاثة أمور بالمال والعمل والضمان وقد وجد العمل هنا فوجب أن يستحق المشروط به كالمضارب فانه يستحقه بالعمل والاستاذ الذى يتقبل الاعمال بالضمان وغيرهما بالمال ولان الحاجة مست الى اشتراط التفاضل لان أحدهما قد يكون أهدى وأحذق فى التجارة ولا يرضى بالمساواة فوجب القول بجوازه كيلا تتعطل مصالحهم بخلاف اشتراط جميع الربح لانه يخرج به عن الشركة والمضاربة الى القرض أو البضاعة وبخلاف الوضيعة لانه أمين فلا يجوز اشتراط الضمان عليه لان الامانة تنافيه كالوديعة وغيره ولا ينافى استحقاق الزيادة من الربح بعمله بشرط أن يكون عمله مثل عمل شريكه أو أكثر لما ذكرنا ولانه يشبه المضاربة من حيث انه يعمل عمال غيره ويشبه الشركة من حيث الاسم ووجود العمل والمال منهما فقلنا جاز اشتراط الزيادة اعتبارا بالمضاربة ولا تبطل باشتراط العمل عليهما اعتبارا بالشركة تحققه أن كلا منهما يعمل فى مال صاحبه وفى مال نفسه وعمله فى مال صاحبه بأجرة فيستحق المسمى فيه كالمضاربة قال رحمه الله (وببعض المال) أى يجوز ببعض المال دون بعض لان الحاجة ماسة اليه والمساواة ليست شرطا فيه فوجب القول بجوازه قال رحمه الله (وبخلاف الجنس) أى تجوز بخلاف الجنس أيضا بان كان من جهة أحدهما دراهم ومن جهة الآخر دنانير وقال زفر والشافعى لا يجوز لان الربح فرع المال ولا تتصور الشركة فيه الا بعد وقوع الشركة فى الاصل ولا يتصور ذلك بلا خلط والجنسان لا يختلطان فيكون نصيب كل واحد منهما ممتازا عن نصيب الآخر ولا اشتراك مع الامتياز ولفظ الشركة يدل على الاختلاط على ما بينا ولنا ان الشركة عقد توكيل من الطرفين ليشترى كل واحد منهما بثمن فى ذمته على أن يكون المشترى بينهما وهذا لا يفتقر الى الخلط والربح يستحق بالعقد كما يستحق بالمال ولهذا يسمى العقد شركة وهذه الشركة مستندة الى العقد حتى جاز شركة الوجوه والتقبل لا الى المال لان تلك لا اختصاص لها بالعقد فاذا كانت مستندة الى

(قوله بخلاف المفاوضة) قال فى الهداية ولا تنعقد على الكفالة لان اللفظ مشتق من الاعتراض يقال عن له أى اعترض له وهذا لا ينبئ عن الكفالة وحكم التصرف لا يثبت بخلاف مقتضى اللفظ اهـ (قوله فى المتن وتصح مع التساوى فى المال دون الربح) قال فى الهداية ويصح أن يتساويا فى المال ويتفاضلا فى الربح قال الكمال وعكسه بان يتساويا فى الربح ويتفاضلا فى المال اهـ (قوله وان شرطاه للقاعد أو لاقلهما عملا) أى اذا شرطا العمل على أحدهما على أن يكون له زيادة ربح على رأس ماله جاز لان العمل مما يستحق به أصل الربح كما فى المضاربة وان اشترطا أن يكون له مثل ربح ماله جاز أيضا ويكون مال صاحبه فى يده كالبضاعة لانه تبرع بعمله وان شرطا الفضل لمن لا يعمل لا يجوز وله مثل ربحه خاصة اهـ شرح تكملة (قوله لانه يؤدى الى ربح ما لم يضمن) أى فان المال اذا كان نصفين والربح أثلاثا فصاحب الزيادة يستحقها بلا ضمان اهـ هداية (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا الخ) قال الكمال ولنا ما ذكره المشايخ من قوله عليه الصلاة والسلام الربح على ما شرطا والوضيعة على قدر المالين ولم يعرف الحديث وبعض المشايخ ينسبه الى على اهـ (قوله والمضاربة الى القرض) أى باشتراطه للعامل اهـ (قوله أو البضاعة) أى باشتراطه لرب المال اهـ (قوله ولانه يشبه المضاربة) أى عقد شركة العنان اهـ (قوله ويشبه الشركة) أى شركة المفاوضة اهـ (قوله وقال زفر والشافعى لا يجوز) لهما أن الدراهم والدنانير مالان لا يختلطان فلا تنعقد بهما الشركة قياسا على الدراهم مع العروض ولنا أنهما مالان من جنس الاثمان فتنعقد بهما الشركة كما اذا كانا من جنس واحد على وضيعة واحدة بخلاف الدراهم مع العروض لان أحد البدلين ليس من جنس الاثمان ولان أول هذا العقد توكيل فى التصرف وآخره اشتراك فى الربح فلم يشترط الاتحاد فى المال ولا الخلط كما فى المضاربة فلو قال زفر ان الشركة فى الجنسين تؤدى الى جهالة الربح لان رأس المال عند القسمة يستوفى بالقيمة وهى مجهولة فلا تصح الشركة كالعروض قلنا لا نسلم الجهالة لان كل واحد منهما يمكنه أن يستوفى رأس ماله بعينه من غير قيمة بخلاف العروض فظهر الفرق اهـ اتقانى

العقد لم يشترط فيها الخلط والمساواة والاتحاد وقيل هذه المسئلة مبنية على أن الدراهم والدنانير يتعينان عندهم كالعروض وعندنا لا قال رحمه الله (وعدم خلط) أى تجوز هذه الشركة مع عدم الخلط بين المالين على ما بينا آنفا والخلاف فيه قال رحمه الله (وطولب المشترى بالثمن فقط) أى طولب المشترى وحده بالثمن هنا ولا يطالب الآخر فيما اشتراه للشركة لان العنان تقتضى الوكالة دون الكفالة والمباشر هو الاصل فى الحقوق فيرجع به عليه بخلاف المفاوضة قال رحمه الله (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لانه وكيل له وأدى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه وان نقد من مال مشترك لم يرجع عليه وان اختلفا بان ادعى انه اشترى هذا للشركة وهلك فعليه البينة لانه يدعى عليه حق الرجوع وهو منكر فالقول قوله قال رحمه الله (وتبطل بهلاك المالين أو أحدهما قبل الشراء) لان الشركة عقد جائز وليس بلازم فيكون لبقائه حكم الابتداء ولان النقود تتعين فيها كما فى الهبة والوصية فكانت معقودا عليها فتبطل بالهلاك كما فى هلاك المبيع قبل القبض فاذا هلك هلك من مال صاحبه لانه باق على ملكه بعد العقد فلا يجب عليه ضمان ماله ان هلك فى يده وان هلك فى يد صاحبه فهو أمين فلا يضمن وان هلك بعضه بعد الخلط بقى الباقى على الشركة وان هلك كله تبطل الشركة لما ذكرنا أن النقود تتعين فيها بخلاف المضاربة والوكالة المفردة حيث لا يبطلان بهلاك النقود التى ورد عليها العقد قبل القبض وان هلكت بعد القبض قبل الشراء تبطل المضاربة والوكالة لانها تتعين بالقبض لا بالعقد قال رحمه الله (وان اشترى أحدهما بماله وهلك مال الآخر فالمشترى بينهما) يعنى على ما شرطا لان الشركة كانت قائمة وقت الشراء فوقع الملك مشتركا بينهما فلا يتعين بهلاك مال الآخر ثم الشركة شركة ملك عند الحسن بن زياد فلا يجوز لكل واحد منهما أن يتصرف الا فى نصيبه لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين وعند محمد شركة عقد حتى يجوز لكل واحد منهما التصرف فيه لانه حين وقع وقع مشتركا بينهما شركة عقد فلا تبطل بالهلاك بعد تقرره كما لو اشتريا بمالهما ثم هلك المالان قبل النقد قال رحمه الله (ورجع على شريكه بحصته منه) أى من الثمن لانه وكيل فى حصة شريكه وقد قضى الثمن من ماله فيرجع عليه بحسابه لعدم الرضا بدون ضمانه هذا اذا هلك أحد المالين بعد شراء أحدهما فلو هلك قبل الشراء ثم اشترى الآخر بماله ينظر فان كانا صرحا بالوكالة فى عقد الشركة فالمشترى مشترك بينهما على ما شرطا لان عقد الشركة ان بطل بالهلاك فالوكالة المصرح بها باقية فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة المفردة ويرجع عليه بحصته من الثمن لما ذكرنا وان ذكرا مجرد الشركة ولم يذكرا فى عقد الشركة الوكالة فالمشترى يكون للمشترى خاصة لان دخوله فى ملكه بحكم الوكالة التى هى فى ضمن الشركة وقد بطلت الشركة فيبطل ما فى ضمنها بخلاف ما اذا صرحا بها لانها صارت مقصودة وأطلق فى بعض النسخ أنه يكون مشتركا بينهما وفى بعضها أطلق أنه لا يكون مشتركا فالاول محمول على ما اذا نصا على الوكالة والثانى على ما اذا لم ينصا عليها قال رحمه الله (وتفسد ان شرط لاحدهما دراهم مسماة من الربح) لانه شرط يوجب انقطاع الشركة

(قوله لان العنان تقتضى الوكالة) أى فلما كان انعقادها على الوكالة كان المشترى واقعا لنفسه فى البعض بطريق الاصالة ولشريكه فى البعض الآخر بطريق الوكالة والعاقد فى الشراء هو المطالب بالحقوق فلهذا توجه المطالبة اليه دون شريكه اهـ اتقانى (قوله فى المتن ورجع على شريكه) أى المشترى اهـ قال الاتقانى ثم اذا كان لا يعرف أداء الثمن من مال نفسه لا من مال الشركة الا بقوله فعليه اقامة البينة على ذلك وان عجز عن ذلك فالقول لصاحبه مع يمينه اهـ (قوله لانه وكيل له وأدى الثمن من ماله) أى والوكيل اذا أدى الثمن من مال نفسه يرجع على مال الموكل فكذا هنا اهـ اتقانى (قوله فى المتن وتبطل بهلاك المالين الخ) قال الاتقانى ثم بطلان الشركة عند هلاك المالين ظاهر وكذا اذا هلك أحد المالين قبل وجود التصرف لان الشركة لما بطلت فى الهالك بطلت فيما يقابله لان صاحبه لم يرض بمشاركته فى ماله الا بشرط أن يشركه هو فى ماله أيضا وقد عدم هذا الشرط بهلاك أحد المالين فبطلت الشركة فى المالين جميعا ثم الهالك يعتبر هالكا من مال صاحبه حتى لا يرجع بنصف الهالك على الشريك الآخر لانه لم يهلك على الشركة حيث بطلت الشركة بهلاك المال وهذا ظاهر اذا هلك فى يد صاحبه وكذا اذا هلك فى يد الآخر لان المال فى يده أمانة ولا ضمان على الامين بخلاف ما لو هلك بعد الخلط لانه يهلك على الشركة لعدم التمييز اهـ اتقانى (قوله والوكالة المفردة) احتراز عن الوكالة الثابتة فى ضمن عقد الشركة وفى ضمن عقد الرهن فان النقود تتعين فيهما اهـ اتقانى (قوله فى المتن وهلك مال الآخر) أى قبل الشراء اهـ هداية (قوله لان شركة العقد بطلت بهلاك أحد المالين) أى وانما بقى ما هو حكم الشراء وهو الملك اهـ (قوله ينظر فان كانا صرحا بالوكالة فى عقد الشركة) أى مثل أن يشتركا على أن ما يشتريه كل واحد منهما فهو بينهما والربح بينهما نصفين أو أثلاثا اهـ اتقانى (قوله فكان المشترى مشتركا بينهما بحكم الوكالة) أى ويكون شركة ملك اهـ هداية قوله ويكون شركة ملك أى لا يجوز لاحدهما أن يتصرف فى نصيب الآخر الا باذنه لان الملك حصل بالوكالة والوكيل لا يتصرف فى المشترى بدون اذن الموكل فكذا هنا اهـ (قوله ولم يذكرا فى عقد الشركة الوكالة) أى مثل أن يشتركا على أن يشتريا ويبيعا فما كان من ربح فهو بينهما نصفين أو أثلاثا اهـ اتقانى

(قوله فلعله لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح) أى وهو خلاف مقتضى الشركة لان مقتضاها الاشتراك فى الربح لا اختصاص واحد منهما ونقل فى الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهر زاده أنه ذكر فى أول المضاربة الشركات لا تبطل بالشروط الفاسدة واذا شرط فى المضاربة ربح عشرة أو فى الشركة تبطل لا لانه شرط فاسد بل لانه شرط ينتفى به الشركة وقال فى الشامل فى قسم المبسوط اشترطا على أن تكون الوضيعة لا على قدر رأس المال بان جاء أحدهما بألف والآخر بألفين على أن يكون الربح والوضيعة نصفين فهى فاسدة يعنى الشرط فاسد لان رأس المال أمانة فى يد الشريك والامانة لا تضمن بالشرط كالوديعة والعقد جائز لان الشركة عقد جائز والشرط لا يلزم فى عقد جائز ولان المقصود الربح والفساد ما تعدى اليه فان عملا على هذا الشرط فربحا فالربح على ما اشترطا فما عرف والوضيعة على قدر رأس مالهما لان هلاك الامانة يكون على صاحب المال الى هنا لفظ الشامل اهـ اتقانى (قوله فى المتن ويودع) أى مال الشركة لان عادة التجار فيما بين المسلمين جرت كذلك قال الحاكم الشهيد فى الكافى وليس له أن يعير فى القياس فان فعل فأعار دابة فعطبت تحت المستعير فالقياس فيه (٣٢٠) أن المعير ضامن لنصف قيمة الدابة لشريكه ولكنى أستحسن أن لا أضمنه وهذا قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وكذا لو أعار ثوبا أو دارا أو خادما الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله اهـ اتقانى (قوله وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة) أى وليس لشريك العنان أن يشاركه غيره لان الشركة الثانية مثل الاولى فلا تكون من أحكامها وأتباعها فكذا لم يجز له أن يدفعه مضاربة الا اذا نص على ذلك كما يجوز أن يشارك غيره اذا نص عليها اهـ اتقانى رحمه الله (قوله فى المتن ويوكل لانه متعارف بينهم) قال الاتقانى لان الشركة منعقدة على عادة التجار وفى عادتهم توكيل الشريك من يتصرف فى مال الشركة فجاز ذلك أو نقول المقصود من عقد الشركة التجارة لتحصيل الربح وكل واحد من الشريكين ربما لا يتهيأ له المباشرة بنفسه للتجارة فلا بد من التوكيل فيثبت التوكيل فى ضمن التجارة تبعا لها بدلالة الحال فصار كأن كل واحد منهما أمر صاحبه أن يوكل وليس كذلك الوكيل بالشراء حيث لا يملك التوكيل لانه عقد خاص ثبت مقصودا لتحصيل شئ معلوم جنسه وصفته فلم يثبت فى ضمنه تبعا ما هو مثله قال الكرخى رحمه الله فى مختصره قال محمد فى كتاب الرهن اذا رهن أحد شريكى العنان متاعا من الشركة بدين عليهما لم يجز وكان ضامنا للرهن ولو ارتهن بدين لهما أداناه وقبض لم يجز على شريكه من قبل أنه لم يسلطه أن يرتهن فان هلك الرهن فى يده وقيمته والدين سواء ذهب بحصته ويرجع شريكه بحصته على المطلوب ويرجع المطلوب بنصف قيمة الرهن على المرتهن وان شاء شريكه المرتهن ضمن شريكه حصته من الدين لان هلاك الرهن فى يده بمنزلة الاستيفاء اهـ (قوله فى المتن ويده فى المال) يعنى أن كلا من المفاوضين وشريكى العنان يده يد الامانة حتى اذا هلك المال فى يده هلك بلا ضمان اهـ اتقانى (قوله لا على وجه المبادلة) احترز به عن المقبوض على سوم الشراء فانه مضمون بالقيمة لان القابض على سوم الشراء قبضه على وجه البدل اهـ اتقانى (قوله والوثيقة) احترز به عن الرهن فانه مضمون بأقل من قيمته ومن الدين لان المرتهن قبضه على وجه الوثيقة اهـ اتقانى

فى بعض الوجوه فلعله لا يخرج الا القدر المسمى لاحدهما من الربح ونظيره المزارعة عند من يجيزها قال رحمه الله (ولكل من شريكى العنان والمفاوضة أن يبضع) لانه معتاد بين التجار ولان له أن يستأجر من يتجر فيه فبغير الاجر أولى لانه دونه لعدم المؤنة فيه قال رحمه الله (ويستأجر) أى ليتجر فيه أو ليحفظ المال لانه معتاد بين التجار ولانه قد يتعذر عليه مباشرة الكل بنفسه فلا يجد له بدا منه قال رحمه الله (ويودع) لانه اقامة الحافظ فى المال فاذا كان له أن يستحفظ بأجر فبغير أجر أولى قال رحمه الله (ويضارب) لانه بالدفع الى المضارب يصير المضارب مودعا وبالتصرف وكيلا وبالربح أجيرا والشركة فيه ضرورية تثبت ضرورة استحقاق الاجر من الربح مشاعا فله أن يفعل هذه الاشياء كلها على الانفراد فكذا على الاجتماع ولانه استئجار ببعض الخارج من العمل فاذا كان له أن يستأجر بشئ فى الذمة فلان يجوز هذا أولى وعن أبى حنيفة أنه ليس له ذلك لانه نوع شركة والاول أصح وهو رواية الاصل لان الشركة فيه غير مقصودة وانما المقصود تحصيل الربح فصار كما لو استأجر ليتجر فيه بل أولى على ما بينا بخلاف الشركة لان الشئ لا يتضمن مثله والمضاربة دون الشركة فتتضمنها والدليل على أنها دونها أن المضارب ليس عليه شئ من الوضيعة وانه اذا فسدت لا يستحق شيأ من الربح ولا يلزم على هذا المكاتب والمأذون له فى التجارة حيث يجوز للمكاتب أن يكاتب وللمأذون له أن يأذن وان كان مثلهما لانا نقول أطلق لهما الاكتساب وهذا من بابه ألا ترى أنه يجوز لهما البيع وهذا دونه اذ لا يخرج فى الاذن من ملكه أصلا وفى الكتابة حتى يقبض الثمن وهو بدل الكتابة ولان المنع من استتباع المثل فى حق الغير وأما فى حق نفسه فلا يمنع والمكاتب أو المأذون له متصرف لنفسه بعد فك الحجر فلا يمنع من ذلك بخلاف الوكيل والمضارب والشريك قال رحمه الله (ويوكل) لانه متعارف بينهم وهو دون الشركة ولانه لما كان له أن يستأجر من يحفظ المال ومن يتجر فيه فأولى أن يوكل لانه دون الاستئجار قال رحمه الله (ويده فى المال أمانة) لانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه المبادلة والوثيقة فصار كالوديعة والعارية قال رحمه الله (وتقبل ان اشترك خياطان أو خياط وصباغ على أن يتقبلا الاعمال ويكون الكسب بينهما) أى شركة العقد تقبل أى شركة

تقبل

(قوله وتسمى شركة الصنائع) قال الاتقانى رحمه الله اعلم أولا أن شركة الصنائع تسمى شركة التقبل وشركة الاعمال وشركة الابدان لان العمل بالبدن يكون ثم اعلم أنها قد تكون مفاوضة وقد تكون عنانا على ما صرح به فى شرح الطحاوى وأما المفاوضة بينهما فهى أن يكونا جميعا من أهل الكفالة وأن يشترطا ما رزقهما الله تعالى بينهما نصفين وأن يتلفظا بلفظ المفاوضة كما فى الشركة بالاموال وأما العنان فيجوز سواء كانا من أهل الكفالة أو لم يكونا بعد أن كانا أهلا للتوكيل ثم اعلم أن شركة التقبل جائزة عندنا سواء اتفقت الصنعة أو اختلفت كقصارين أو خياطين يشتركان على تقبل الاعمال من الناس أو قصار واسكاف وقال زفر هى جائزة بشرط اتفاق الصنعة وقال زفر فى رواية لا تصح أصلا وبه أخذ الشافعى وجه عدم الجواز أن الربح فرع المال ولا مال هنا وقد مر ولنا أن المسلمين فى سائر الامصار يعقدون هذه الشركة وقد روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن اهـ (قوله فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط) قال الاتقانى ثم لا يشترط اتحاد العمل والمكان عندنا حتى اذا كان أحدهما قصارا والآخر خياطا وقعدا فى دكانين جاز عندنا خلافا لمالك وزفر لانه اذا كان العمل مختلفا يعجز كل واحد منهما عن عمل صاحبه الذى يتقبله لانه ليس ذلك من صنعته فلا يحصل المقصود من الشركة ولنا أن المعنى المجوز للشركة تحصيل الربح بالتوكيل والتوكيل يصح ممن يحسن مباشرة العمل أو لا يحسنها لانه لا يتعين على المتقبل اقامة العمل بيده بل له أن يستعين بغيره أو يستأجره فاذن لا يكون كل واحد منهما عن اقامة العمل عاجزا وكان العقد صحيحا قال فى الشامل فى قسم المبسوط وان غاب أحدهما أو مرض وعمل الآخر يكون الاجر بينهما وذلك لان عمله كعملهما اهـ (قوله كانت الاجرة بينهما على ما شرطا) قال الاتقانى ثم اذا عملا فكل واحد يستحق فائدة عمله وهو كسبه واذا عمل أحدهما كان العامل معينا الشريكه فيما لزمه بالتقبل فوقع عمله له فكأن الشريك استعان بأجنبى حتى عمل وهذا جائز لان المشروط مطلق العمل لا عمل الصانع بنفسه فان القصار اذا استعان بغيره أو استأجر غيره حتى عمل استحق القصار الاجر اهـ (قوله ولو شرطا العمل نصفين) قال الاتقانى رحمه الله قالوا بجواز اشتراط التفاضل فى الربح مع التساوى فى العمل فى شركة التقبل انما يجوز اذا كانت عنانا أما فى المفاوضة فلا يجوز اهـ وكتب على قوله ولو شرطا العمل نصفين ما نصه ولو شرطا الاكثر لادناهما عملا اختلف المشايخ فيه كذا فى الخلاصة قال فى الغاية الصحيح أنه يجوز حكاه العينى فى شرح الكنز اهـ قوله قال فى الغاية الخ عبارة الاتقانى فى الغاية قلت الصحيح أنه يجوز أيضا لان الربح بقدر ضمان العمل لا بحقيقة العمل ألا ترى الى ما نص الحاكم الشهيد فى الكافى فان غاب أحدهما أو مرض ولم يعمل وعمل الآخر فهو بينهما وقال فى شرح الطحاوى ولو أن رجلا أجلس على دكانه رجلا يطرح عليه العمل بالنصف القياس أن لا تجوز هذه الشركة لان من أحدهما الحانوت ومن أحدهما العمل فتكون هذه شركة بالعروض وفى الاستحسان تجوز لان هذه شركة التقبل لان تقبل العمل من صاحب الحانوت عمل فصارت شركة بالاعمال اهـ

تقبل على حذف المضاف وتسمى شركة الصنائع وشركة الاعمال وهذه الشركة جائزة عندنا وقال الشافعى لا تجوز وهى احدى الروايتين عن زفر لان الشركة فى الربح تبتنى على الشركة فى رأس المال على أصلهما ولا مال لهما فكيف يتصور لهما التثمير بدون الاصل ولنا أن المقصود تحصيل المال بالتوكيل وهذا مما يقبل التوكيل فيجوز ألا ترى أنه لو وكله بتقبل الاعمال من غير أن يكون العاقد فيه شركة يجوز فكذا اذا كانت له فيه شركة كالشراء وهذا لان الشريك قد يستحق الربح بالعمل كما يستحقه بالمال كالمضارب ورب المال وقد يستحقانه بالمال فقط على ما ذكرنا فكذا وجب أن يستحقاه بالعمل فقط ويكون هذا عقد شركة لا اجارة ولهذا لا يحتاج فيه الى بيان المدة بل يجوز مطلقا كالمضاربة ولا يشترط فيه اتحاد جنس العمل واليه أشار فى الكتاب بقوله أو خياط وصباغ وكذا لا يشترط فيه اتحاد المكان خلافا لزفر ومالك فيهما لان المعنى المجوز للشركة وهو امكان التحصيل بالتوكيل لا يختلف باختلافهما قال رحمه الله (وكل عمل يتقبله أحدهما يلزمهما) لانه تقبله لنفسه بالاصالة ولشريكه بالوكالة فيجب عليهما فيطالب كل واحد منهما بالعمل ويطالبان بالاجر ويبرآن بعمل أحدهما ويبرأ المستعمل بدفع الاجرة الى أحدهما وهذا ظاهر فى المفاوضة وفى العنان استحسان والقياس أن لا يلزم وأن لا يطالب غير المتقبل لانه مقتضى الكفالة والكفالة تثبت بمقتضى المفاوضة وجه الاستحسان أن العمل هنا كالثمن فى الشركة فى المال فكما يرجع على شريكه هناك بالثمن فكذا يرجع عليه هنا بالعمل ولا يمكن ذلك الا بقبول العمل لانه لو أخر الى ما بعده لسقط حقه فى الرجوع اذ لا يمكن ضمان العمل بعد الفراغ منه بخلاف الثمن فلهذا المعنى استوى فى هذه الشركة حكم العنان والمفاوضة فى الضمان وهذا لان الربح يستحق إما بالمال أو بالعمل ولا مال لهما فتعين العمل ولا وجه لضمان العمل الا على هذا الوجه قال رحمه الله (وكسب أحدهما بينهما) يعنى اذا عمل أحدهما دون الآخر كانت الاجرة بينهما على ما شرطا أما استحقاق العامل فظاهر وأما الآخر فلانه لزمه العمل بالتقبل فيكون ضامنا له فيستحقه بالضمان وهو لزوم العمل ولو شرطا العمل نصفين والمال أثلاثا جاز والقياس أن لا يجوز لان الخراج بالضمان فالزيادة على ما ضمن من العمل ربح ما لم يضمن فوجب أن لا يجوز كشركة

الوجوه ووجه الاستحسان أن العمل لا يتقوم الا بالعقد أو شبه العقد فللانسان أن يقوم عمله بما شاء فاذا قوما عمل أحدهما بشئ وعمل الآخر بأنقص منه أو أزيد لا يمتنع كثمن العين فيكون ما يأخذه من الاجرة بدل عمله ابتداء لا ربحا لان الربح يكون عند اتحاد الجنس وقد اختلف لان العمل غير المال بخلاف شركة الوجوه لان ما يلزم كل واحد منهما من الثمن متقوم وكذا المشترى متقوم فيستحقان من الربح بقدر ما ضمنا قال رحمه الله (ووجوه ان اشتركا بلا مال على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا) أى هذه شركة وجوه يعنى شركة العقد شركة وجوه وتفسيره ما بينه سمى به لانه لا يشترى بالنسيئة الا من له وجاهة عند الناس وقيل لانهما يشتريان من الوجه الذى لا يعرف وقيل لانهما اذا جلسا لتدبرا أمرهما ينظر كل واحد منهما الى وجه صاحبه ويكون هذا النوع من الشركة عنانا ومفاوضة كشركة التقبل واذا نصا على المفاوضة أو ذكرا جميع ما تقتضيه المفاوضة واجتمعت فيهما شرائطها صارت مفاوضة فيهما والا فعنان وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز هذا النوع من الشركة لان خلط المال شرط عنده ولا تجوز بغير مال وعندنا تجوز لان المقصود من الشركة التحصيل بالوكالة وقد أمكن لان الشراء والبيع مما يقبل الوكالة على ما بينا فى شركة التقبل ويكون كل واحد منهما وكيل الآخر فيما يشتريه لانه لا ولاية له على صاحبه الا به قال رحمه الله (وتتضمن الوكالة) لانه بذلك يتمكن من التحصيل لصاحبه اذ لا ولاية له عليه ولهذا تضمنها جميع أنواع شركة العقود وتتضمن الكفالة أيضا مع ذلك اذا كانت مفاوضة لما بينا فى أول الكتاب قال رحمه الله (وان شرطا مناصفة المشترى أو مثالثته فالربح كذلك وبطل شرط الفضل) لان الربح لا يستحق الا بالعمل كالمضارب أو بالمال كرب المال أو بالضمان كالاستاذ الذى يتقبل العمل من الناس ويلقيه على التلميذ بأقل مما أخذ فيطيب له الفضل بالضمان ولا يستحق بغيرها ألا ترى أن من قال لغيره تصرف فى مالك على أن لى بعض ربحه لا يستحق شيأ لعدم هذه المعانى واستحقاق الربح فى شركة الوجوه بالضمان والضمان بقدر الملك فى المشترى فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن وهو غير جائز وفى المضاربة جاز على خلاف القياس وشركة الوجوه ليست فى معناها اذ لا يعمل فى مال معين وتعيين المال هو المجوز للمضاربة ألا ترى أن المال لما كان معينا فى غير شركة الوجوه جاز أيضا اشتراط التفاضل بشرط العمل على ما بينا من قبل

﴿فصل فى الشركة الفاسدة﴾ قال رحمه الله (ولا تصح شركة فى احتطاب واصطياد واستقاء) وكذا

(قوله فى المتن ووجوه ان اشتركا الخ) قال فى شرح الطحاوى وأما الشركة بالوجوه فهو أن يشترك الرجلان وليس لهما مال ولا عمل على أن يشتريا بالنسيئة ويبيعاها بالنقد فما حصل من الربح فهو بينهما فهذا جائز اه اتقانى وكتب على قوله ووجوه ان اشتركا ما نصه قال فى شرح الطحاوى فى شركة الوجوه وينبغى أن يشترط الربح بينهما على قدر الضمان وان شرطا الربح بخلاف الضمان بينهما فالشرط باطل ويكون الربح بينهما على قدر ضمانهما اه اتقانى رحمه الله وكتب أيضا على قوله ووجوه ان اشتركا ما نصه قال الاتقانى وقد تكون هذه الشركة مفاوضة وقد تكون عنانا فالمفاوضة أن يكون الرجلان من أهل الكفالة وأن يكون ثمن المشترى على كل واحد منهما نصفه وأن يكون المشترى بينهما نصفين وان يتلفظا بالمفاوضة وأما العنان منهما فهو أن يجوز التفاضل فى ضمان ثمن المشترى بينهما اه (قوله صارت مفاوضة فيهما) أى فى التقبل والوجوه اه (قوله فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن) أى فلا يصح اشتراطه الا فى المضاربة والوجوه ليست فى معناها بخلاف العنان لانه فى معناها من حيث ان كل واحد منهما يعمل فى مال صاحبه فيلحق بها كذا فى الهداية اه وكتب على قوله فكان الربح الزائد عليه ربح ما لم يضمن ما نصه قال الامام الاتقانى رحمه الله اعلم أن اشتراط فضل الربح على قدر الضمان لا يجوز فان شرط الفضل فيه لاحدهما بطل الشرط وكان الربح بينهما على قدر ضمانهما وهذا لان ضمان الثمن اذا كان أثلاثا بينهما مثلا وقد شرطا أن يكون الربح نصفين كان لصاحب الثلث ربح ما ضمانه على غيره وهو السدس فيلزم من ذلك ربح ما لم يضمن وهو السدس وهو حرام لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عنه تحقيقه أن استحقاق الربح إما أن يكون بالمال كرب المال فى المضاربة أو بالعمل كالمضارب أو بالضمان كرجل يجلس على دكانه تلميذا يطرح عليه العمل بالنصف حيث يستحق نصف الربح ولا يستحق الربح فى الشرع بلا واحد من الوجوه الثلاثة ثم استحقاق الربح في

فى شركة الوجوه بضمان الثمن فاذا كان الضمان نصفين يكون اشتراط فضل الربح على النصف ربح ما لم يضمن لا محالة فلا يجوز اه

﴿فصل فى الشركة الفاسدة﴾ شرع فى الشركة الفاسدة بعد فراغه من الشركة الصحيحة لان الصحيح موجود أصلا ووصفا والفاسد موجود أصلا لا وصفا فكان تقديم ما هو موجود من كل وجه أولى اه اتقانى (قوله فى المتن ولا تصح شركة فى احتطاب الخ) وانما لم تصح الشركة فى الاشياء المباحة لان الشركة تتضمن الوكالة وشرط تحقق الوكالة أن يكون الموكل به حيث لا يملكها الوكيل بدون أمر الموكل وفى المباحات يملكها الوكيل بلا توكيل فلم تصح الشركة لعدم صحة الوكالة وسبب تملك المباحات الحيازة فكل من فاز بالسبب فاز بها وعلى هذا سؤال الناس والتكدى قال الكرخى فى مختصره ولكل واحد منهما ما أخذ ملكا له وغنمه له وربحه ووضيعته عليه وان كان الآخر أعانه فى عمله وجمعه فله أجر مثله لا يجاوز به نصف ثمن ذلك فى قول أبى يوسف وقال محمد يبلغ أجر مثله بالغا ما بلغ وقول أبى يوسف استحسان

الى هنالفظه اه اتقانى (قوله واجتناء الثمار من الجبال) أى والبرارى كالفستق والجوز وغيرذلك اه (قوله فى المتن وعليه أجر مثل) مثل ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن (قوله ولا آخر راوية) رويت القوم اذا استقيت لهم والبعير الذى يحمل عليه الماء الراوية وكثر ذلك حتى سموا المزادة راوية كذا قال ابن دريد والمراد هنا المزادة قال أبو عبيد المزادة لاتكون الامن جلدين تقام بجلد ثالث لتتسع والجمع مزاود ومزايد اه اتقانى (قوله أن الربح تبع للمال كالريع) أى فانه تابع للبذر فى المزارعة اه هداية وكتب على قوله كالريع مانصه الريع النماء والزيادة كذا فى المجمل اه (قوله وهذا لانها تتضمن الوكالة) أى سواء كانت مفاوضة أوعنانا اه اتقانى (قوله والوكالة تبطل بالموت واللحاق الخ) ثم لما ثبت بطلان الشركة بالموت ثبت (٣٢٣) بطلانها بالارتداد اذا لحق بدار الحرب وقضى القاضى بلحاقه لانه موت حكمى ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته اه اتقانى (قوله حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا) قال الاتقانى رحمه الله ثم الشركة فى العزل القصدى تنفسخ اذا كان مال الشركة عينا يعنى دراهم أودنانير ولو كان مال الشركة عروضا وقت الفسخ فقد ذكر الطحاوى فى مختصره أنه لاتنفسخ وجعله بمنزلة المضاربة وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى لارواية عن أصحابنا فى الشركة وانما الرواية فى المضاربة وهى أن رب المال اذا نهى المضارب عن التصرف فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم أودنانير صح النهى وان كان رأس المال دراهم كان له أن يصرف الدنانير الى الدراهم وان كان رأس المال دنانير كان له أن يصرف الدراهم الى الدنانير وليس له أن يشترى بها عرضا وان كان رأس المال عروضا وقت النهى فلا يصح نهيه وجعل الطحاوى الشركة بمنزلة المضاربة وبعض مشايخنا فرقوا بين المضاربة والشركة وقالوا يجوز فسخ الشركة وان كان رأس المال عرضا بخلاف المضاربة لان مال الشركة فى أيديهما جميعا وولاية التصرف فيه اليهما فيملك كل واحد منهما نهى صاحبه عينا كان المال أوعرضا وأما مال المضاربة فانه فى يد المضارب وولاية التصرف اليه لا الى رب المال فلا يملك رب المال نهيه بعد ما صار المال عرضا كذا قال فى شرح الطحاوى اه قوله فانه ينظر ان كان مال المضاربة وقت النهى دراهم قال الكمال فان كان مال المضاربة دراهم أودنانير صح نهيه غير أنه يصرف الدراهم بالدنانير بان كان رأس مال الشركة دنانير وعكسه فقط اه وقوله وان كان رأس المال عرضا قال الكمال وبعض مشايخنا قالوا تنفسخ وان كان المال عرضا وهو المختار اه

فى أخذ كل مباح كالاحتشاش واجتناء الثمار من الجبال لان التوكيل اثبات ولاية التصرف فيما هو ثابت للموكل ولا يمكن تحقيق هذا المعنى هنا لان الموكل لم يملكه فلا يملك اقامة غيره مقامه ولان المباح لمن أخذه فلا يمكن ايقاع الحكم فيه لغيره قال رحمه الله (والكسب للعامل) لما ذكرنا قال رحمه الله (وعليه أجر مثل ما للآخر) لانه استوفى منفعة غيره بعقد فاسد فيجب عليه أجر مثله حتى لو اشتركا ولاحدهما بغل وللآخر راوية ليستقيا عليها الماء فأيهما استقى فهو له ويجب عليه أجر مثل آلة الآخر بالغا ما بلغ عند محمد وعند أبى يوسف لا يجاوز به المسمى وأصله ان الاجارة اذا فسدت يجب أجر المثل ثم ان كان المسمى معلوما لا يزاد أجر المثل على المسمى وان كان مجهولا كما اذا جعل الاجر دابة أوثوبا أواستأجر دارا أوحماما على أن يعمره على المستأجر يجب بالغا ما بلغ اذ لا يمكن تحديده بشئ ولم يتم رضاه بشئ وان كان معلوما من وجه دون وجه كالجزء الشائع مثل النصف والربع ونحو ذلك فعند محمد يجب بالغا ما بلغ لان النصف مجهول لانه يكثر بكثرة ما يحصل وينقص عند قلته فلا يتم رضاه الا بشئ مقدر وعندهما لا يزاد على المسمى لانه معلوم من كل ما يحصل بعمله فتم رضاه به وأكثر ما يقع هذا فى المضاربة والمزارعة فمحمد مال الى كونه مجهولا وهما الى كونه معلوما فاذا كان المباح فيما نحن فيه لمن أخذه يجب عليه للآخر أجر المثل على ما ذكرنا وان أخذاه معا يكون مشتركا بينهما ثم ان علم ما أخذه كل واحد منهما بالكيل أوالوزن فى المكيل والموزون مثل الثمرة ونحوها أو بالقيمة فى القيمى فلا كلام فيه وان لم يعلم فدعوى كل منهما تصدق الى النصف ولا تصدق فيما زاد على ذلك لانهما استويا فى الكسب وفى كونه فى أيديهما فكان فى يد كل واحد منهما النصف ظاهرا فلا يصدق فيما زاد عليه الا ببينة قال رحمه الله (والربح فى الشركة الفاسدة بقدر المال وان شرط الفضل) لان الاصل أن الربح تبع للمال كالريع وانما عدل عنه عند صحة التسمية ولم تصح فيبطل شرط التفاضل لان استحقاقه بالعقد فيكون فيه تقرير الفساد وهو واجب الرفع قال رحمه الله (وتبطل الشركة بموت أحدهما ولو حكما) أى ولو كان الموت حكما بان ارتد أحدهما ولحق بدار الحرب وحكم بلحاقه لان الشركة من العقود الجائزة فيكون لدوامها حكم ابتدائها وهذا لانها تتضمن الوكالة ولا بد منها لتحقق المقصود وهو الشركة فى المشترى على ما مر والوكالة تبطل بالموت واللحاق على ما عرف فى موضعه ولا فرق بين أن يعلم موت صاحبه أو لا يعلم لانه عزل حكمى فاذا بطلت الوكالة بطلت الشركة يعنى شركة العقد لعدم الفائدة فلا يشترط علمه لثبوته ضمنا بخلاف ما اذا فسخ أحدهما الشركة فى حالة يكون له الفسخ فيها بان كان المال دراهم أودنانير حيث يتوقف على علم الآخر لكونه عزلا قصديا قال رحمه الله (ولم يزك مال الآخر) أى لا يزكى كل واحد منهما نصيب صاحبه لانه لم يأذن له فيها لان الاذن بينهما وقع

(قوله وأديامعاضمنا) أى ضمن كل منهم مانصيب صاحبه اه وذكر القاضى الغنى فيما لوأديامعا حيث يضمن الوكيل عند أبى حنيفة في وجه أن أداء الموكل سابق على أدائه وان أديا معا من حيث الحكم والاعتبار لان الموكل يتصرف على نفسه بالاداء وتصرف الوكيل على الموكل فتصرفه على نفسه أقرب من تصرف الوكيل عليه فيصير سابقا معنى كالوكيل بالبيع اذا باع وباع الموكل أيضا وخرج الكلامان معا ينفذ بيع الموكل اه كى (قوله فيرجع عليه صاحبه بحصته كما فى ثمن الطعام والكسوة) تحقيقه أن الحاجة الى الوطء من الحوائج الاصلية الا أنها ليست بلازمة كالطعام فلم تكن مستثناة من عقد الشركة بلا شرط ثم لما جاء التصريح بالحاجة الى الوطء ألحقت بحاجة الطعام فوقع شراء الجارية

للشريك المشترى خاصة اه اتقانى رحمه الله (قوله اذ لا يملكان تغييره) أى مع بقاء الشركة اه كى

فى التجارة والزكاة ليست منها قال رحمه الله (فان أذن كل) أى أذن كل واحد منهما لصاحبه باداء الزكاة عنه (وأديامعاضمنا ولو متعاقبا ضمن الثانى) أى لو أديا متعاقبا ضمن الثانى علم بأداء صاحبه أو لم يعلم وهذا عند أبى حنيفة وقالا ان علم يضمن والا فلا كذا أشار فى كتاب الزكاة وفى الزيادات لا يضمن علم باداء شريكه أو لم يعلم وهو الصحيح عندهما وعلى هذا الخلاف الوكيل باداء الزكاة أو الكفارات اذا أدى الآمر بنفسه مع المأمور أو قبله أو أعتق لهما أنه مأمور بالاداء وقد أتى به وليس فى وسعه ايقاعه زكاة أو كفارة لتعلقه بنية الآمر فصار كالمأمور بذبح دم الاحصار اذا ذبحه بعد ما زال الاحصار وحج الآمر وله أنه أتى بغير المأمور به لان المأمور به اسقاط الفرض عنه ولم يسقط به الفرض اذ لا يلتزم الضرر الا لدفع الضرر عن نفسه فصار مخالفا فيضمن علم بذلك أو لم يعلم اذ هو صار معزولا باداء الآمر وهو حكمى فلا يشترط فيه علمه بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث لا يضمن بقضائه بغير علم بعد قضاء الآمر لانه لم يخالف لان المأمور به جعل المقبوض مضمونا على القابض وقد وجد لان الديون تقضى بأمثالها فأمكنه الرجوع على القابض على الهلاك وبخلاف دم الاحصار لانه ليس بواجب عليه فانه يمكنه أن يصبر حتى يزول فيتحلل بافعال النسك وكذا له أن لا يتحلل بعد الذبح بل يتحلل باداء النسك وقد أتى به على الوجه المأمور به كيفما كان فلا يضمن وقيل هو على الخلاف أيضا فلا يرد اشكالا قال رحمه الله (وان أذن أحد المتفاوضين بشراء أمة ليطأ ففعل فهى له بلا شئ) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يرجع عليه بنصف الثمن لان الملك وقع له خاصة حتى حل له وطؤها والثمن بمقابلة الملك فيكون عليه خاصة وقد قضاه من مال مشترك فيرجع عليه صاحبه بحصته كما فى ثمن الطعام والكسوة وله أن الجارية تدخل فى ملكهما جريا على مقتضى الشركة اذ لا يملكان تغييره ثم الاذن يتضمن هبة نصيبه لان الوطء لا يحل الا بالملك فصار كما اذا اشتريا ها ثم قال أحدهما للآخر اقبضها لك كانت هبة وكما اذا قال لشخص اقبض دينى على فلان لنفسك فقبضه كان هبة له وكما اذا قال لشخص أد عنى الزكاة فأدى عنه كان تمليكا منه فى ضمن قبض الفقير بخلاف طعام الاهل وكسوتهم لان ذلك مستثنى من الشركة للضرورة فيقع الملك له خاصة بنفس العقد فكان مؤديا دينا عليه من مال الشركة ولا ضرورة فى مسئلتنا فلا تستثنى فيدخل فى ملكهما فيكون قاضيا دينا عليهما وللبائع أن يأخذ بالثمن أيهما شاء على التقدير بن لما بينا فى الطعام والكسوة والله أعلم

﴿كتاب الوقف﴾

الوقف فى الاصل مصدر وقفه اذا حبسه وقفا ووقف بنفسه وقوفا يتعدى ولا يتعدى ومنه وقف عقاره

﴿كتاب الوقف﴾

قال الكمال أما تفسيره لغة فالحبس مصدر وقفت أقف حبست قال عنترة

ووقفت فيها ناقتى فكأنها
فدن لأقضى حاجة المتلوم

وهو أحد ما جاء على فعلته ففعل يتعدى ولا يتعدى ويجتمعان فى قولك وقفت زيدا أو الحمار فوقف وأما أوقفته بالهمزة فلغة رديئة وأما شرعا فحبس العين على ملك الواقف والتصدق بمنفعتها أو صرف منفعتها الى من أحب وعندهما حبسها لا على ملك أحد غير الله تعالى واعتاقها أو صرف منفعتها لان الوقف يصح لمن يحب من الاغنياء بلا قصد القربة وهو وان كان لا بد فى آخره من القربة بشرط التأبيد وهو بذلك كالفقراء ومصالح المسجد لكنه يكون وقفا قبل انقراض الاغنياء بلا قصد وسببه ارادة محبوب النفس فى الدنيا ببر الاحياء وفى الآخرة بالتقرب الى رب الارباب عز وجل وأما شرطه فهو الشرط فى سائر التبرعات من كونه حرا عاقلا بالغا وأن يكون منجزا غير معلق فلو قال ان قدم ولدى فدارى صدقة موقوفة على المساكين فجاء ولده لا تصير وقفا وأما الاسلام فليس بشرط فلو وقف الذمى على ولده ونسله وجعل آخره للمساكين جاز ويجوز أن يعطى المساكين المسلمين وأهل الذمة وان خص فى وقفه مساكين أهل الذمة جاز وتفرق على اليهود والنصارى والمجوس منهم الا ان خص صنفا منهم فلو دفع القيم الى غيرهم كان ضامنا وان قلنا ان الكفر كله ملة واحدة اه وكتب على لفظ كتاب الوقف ما نصه مناسبته بالشركة أن كلا منهما يراد لاستبقاء الاصل مع الانتفاع بالزيادة عليه الا أن الاصل فى الشركة مستبقى فى ملك الانسان وفى الوقف يخرج عنه عند الاكثر قاله الكمال رحمه الله اه

المصنف لانه لولم يحسم يؤدي الى التلف يقتضي وجوبه والمنقول عن الشافعي وأحمد أنه مستحب فان لم يفعل لا يأثم ويسن تعليق يده في عنقه لانه صلى الله عليه وسلم أمر به رواه أبوداود وابن ماجه وعندنا ذلك مطلق للامام ان رآه ولم يثبت عنه صلى الله عليه وسلم في كل من قطعه ليكون سنة اه (قوله في المتن ورجله اليسرى الخ) ثم يقطع من الكعب عند أكثر أهل العلم وفعل ذلك عمر وقال أبو ثور والروافض يقطع من نصف القدم من معقد الشراك لان عليا كان يقطع كذلك ويدع له عقبا يمشي عليها اه فتح (قوله حتى يتوب أو يموت) قال صاحب النافع حتى يتوب أو يظهر عليه سيما رجل صالح اه اتقاني (قوله أو اصبعان منها سواها) قال الاتقاني والاصبعان ينزلان منزلة الابهام في نقصان البطش فلو قطعت اليمين في هذه الحالة يلزم فوات جنس المنفعة فلا تقطع لئلا يلزم الاهلاك معنى بخلاف ما اذا كانت إصبع واحدة من اليسرى مقطوعة أو شلاء حيث تقطع اليمين لعدم الخلل في البطش ظاهرا بخلاف الكفارة حيث اعتبر فيها في المنع من الجواز فوت أكثر الاصابع سوى الابهام لا فوت الاصبعين وهنا اعتبر في المنع من قطع اليمين فوت الاصبعين لان المانع هو الهلاك معنى في البابين وتحققه بفوات الاكثر الا أن الحد لما كان يسقط بالشبهة احتيط فيه فأقيم الاصبعان مقام الابهام وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع روى عن أبي حنيفة في كتاب المجرد أنه قال اذا كان ثلاث (٢٢٥) أصابع سوى الابهام مقطوعة لا تقطع وكذلك اذا كان إصبعان احداهما الابهام فاعتبر هناك أكثر الاصابع وتلك الرواية توافق ما قال في كتاب الطلاق أن الرجل اذا أعتق عبدا مقطوعة من كل يد ثلاث أصابع أو إصبعان احداهما الابهام لا يجزئ عن كفارة الظهار وأما في هذه الرواية اعتبر ذهاب القوة ولم يعتبر الاكثر وهذه الرواية أحوط اه (قوله في المتن أو رجله اليمنى مقطوعة) أي اذا كانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى اه ويصح أن يكون هذا فيمن سرق أولا يعني من سرق أولا وكانت رجله

(٢٩ - زيلعي ثالث) اليمنى مقطوعة لا تقطع يده اليمنى ويصح أن يكون فيمن سرق ثانيا يعني من سرق ثانيا وكانت رجله اليمنى مقطوعة لا تقطع رجله اليسرى وعلى الاول مشى المصنف في الكافي وشراح الهداية وغيرهم وعلى الثاني مشى بعض الشراح كالبدر العيني رحمهم الله أجمعين (قوله ويروى مفسرا) أخرج الدارقطني عن أبي هريرة عنه صلى الله عليه وسلم قال اذا سرق السارق فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله فان عاد فاقطعوا يده فان عاد فاقطعوا رجله وفي سنده الواقدي وهنا طرق كثيرة لم تسلم من الطعن اه فتح (قوله فهو محمول على السياسة) أي بدليل ما ورد في ذلك الحديث من الامر بالقتل في المرة الخامسة فذلك محمول عند الشافعي على السياسة أيضا فكذا يحمل القطع في الثالثة والرابعة اه اتقاني (قوله فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة) قال الاتقاني قال في المبسوط يقتل في الخامسة عند أصحاب الظواهر قلت لا يلتفت اليه لكونه خرقا للاجماع وقال الكمال وقد حكي عن عطاء وعمرو بن العاص وعثمان وعمر ابن عبد العزيز أنه يقتل في المرة الخامسة كما هو ظاهر ما روي من ذلك وذهب مالك والشافعي الى أنه يعزر ويحبس كقولنا في الثالثة اه (قوله وفي قطع الاربع اتلافه) هو مأخوذ من قول علي رضي الله عنه قتلته اذا اه فتح (قوله في المعنى) أي لفوات جنس المنفعة اه (قوله بخلاف القصاص) جواب سؤال مقدر بان يقال لا نسلم أن تفويت جنس المنفعة له أثر في عدم وجوب القطع في المرة الثالثة ألا ترى أن انسانا لو قطع يسار انسان آخر يقطع يسار القاطع قصاصا مع فوات جنس المنفعة فقال في جوابه بخلاف القصاص وذلك لان القصاص

ربما يسترسل الدم فيؤدي الى التلف قال رحمه الله (ورجله اليسرى ان عاد) لقوله عليه الصلاة والسلام فان عاد فاقطعوه وعليه اجماع المسلمين قال رحمه الله (فان سرق ثالثا حبس حتى يتوب ولم يقطع كمن سرق وابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء أو إصبعان منها سواها أو رجله اليمنى مقطوعة) أي لا يقطع في الثالثة كما لا يقطع اذا كانت ابهامه اليسرى مقطوعة أو شلاء الخ وقال الشافعي رحمه الله تقطع في الثالثة يده اليسرى وفي الرابعة رجله اليمنى لقوله عليه الصلاة والسلام من سرق فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه فان عاد فاقطعوه ويروى مفسرا كما ذهب اليه وهو ظاهر قوله تعالى فاقطعوا أيديهما يتناول اليدين منهما ولان الثالثة مثل الاولى في الجناية بل أقبح لتقدم الزاجر فكانت أدعى الى شرع الحد ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم حين حجهم علي بقوله إني لاستحي من الله أن لا أدع له يدا يبطش بها ورجلا يمشي عليها ولم يحتج أحد منهم بالمرفوع فدل على عدمه وما رواه لم يثبت فان الطحاوي قال تتبعنا هذه الآثار فلم نجد لشيء منها أصلا ولهذا لم يقتل في الخامسة وان ذكر فيما روى ولئن صح فهو محمول على السياسة أو على النسخ والآية لا تدل على ما ذكر لان اضافة جزأين أو ما هما جزآن الى متضمنهما يذكر بلفظ الجمع ولا يراد به الجمع عند أهل اللغة بل يراد به التثنية فلا يتناول الا يدا واحدة من كل واحد منهما فبطل الاستدلال به ولهذا لا يقطع في الثانية يده اليسرى ولو تناولتها الآية لقطعت ولان السارق اسم فاعل يدل على المصدر لغة وهو اسم جنس فيتناول الادنى اذ كل السرقات غير مراد اذا لعدم توقف القطع عليه ويفعل واحد لم تقطع الا يد واحدة وقد تعينت اليمنى فخرجت اليسرى من أن تكون مرادة ولان الامر بالفعل لا يقتضي التكرار وفي قطع الاربع اتلافه أيضا في المعنى والقطع للزجر لا للاتلاف ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام حسم المقطوع كيلا يهلك بخلاف القصاص لان المنظور اليه المساواة لكونه

أن يبيع ذلك بعد موت النبي صلى الله عليه وسلم ثم كره أن ينقض ما كان بينه وبين رسول الله صلى الله عليه وسلم فتركه ذكره الطحاوي ولو كان لازما لما حل له أن ينقض الا أنه اذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم لانه فصل مجتهد فيه كسائر المجتهدات وطريق الحكم فيه أن يسلم الوقف الى المتولي ثم يرجع فيه الواقف بحكم انه غير لازم فاذا ترافعا الى الحاكم وحكم بانقطاع ملكه عن الوقف لزم بالاجماع لما ذكرنا هذا اذا حكم به المتولي وأما المحكم فلا يلزم بحكمه في الصحيح لان القاضي أن ينقض حكمه على ما عرف في موضعه ولو علق الوقف بموته بأن قال اذا مت فقد وقفت داري على كذا ثم مات صح ولزم اذا خرج من الثلث لان الوصية بالمعدوم جائزة كالوصية بالمنافع ويكون ملك الميت باقيا فيه حكما فيتصدق عنه دائما وان لم يخرج من الثلث يجوز بقدر الثلث ويبقى الباقي الى أن يظهر له مال آخر أو تجيز الورثة فان لم يظهر له مال ولم تجز الورثة تقسم الغلة بينهما أثلاثا ثلثه للوقف والثلثان للورثة ولو علقه بالموت وهو مريض مرض الموت فكذلك الحكم لان الوصية لا تختلف بين أن تكون في الصحة أو في المرض وان نجز الوقف في المرض فهو بمنزلة المعلق بالموت فيما ذكره الطحاوي والصحيح انه بمنزلة المنجز في الصحة عند أبي حنيفة فلا يلزم وعندهما يلزم من الثلث لان حق الورثة تعلق بماله فلا ينفذ تصرفه الا من الثلث بخلاف ما اذا وقف في الصحة قال رحمه الله (ولا يتم حتى يقبض) أي حتى يقبض المتولي وفيه خلاف أبي يوسف وقد ذكرناه قال رحمه الله (ويفرز) أي لا يجوز حتى يفرز يحترز به من المشاع فانه لا يجوز وقفه وعند أبي يوسف يجوز لان القسمة من تتمة القبض وأصل القبض عنده ليس بشرط فكذا تتمته وانما كان كذلك لان الوقف عنده اسقاط الملك كالاعتاق والشيوع لا يمنعه كما لا يمنع الاعتاق وأما عند محمد فلا يتم الوقف مع الشيوع فيما يحتمل القسمة لان أصل القبض عنده شرط فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الشيوع كالصدقة والهبة الا في المسجد والمقبرة فانه لا يتم مع الشيوع مطلقا بالاجماع لان بقاء الشركة فيه يمنع الخلوص لله تعالى ولان المهايأة فيهما من أقبح ما يكون بان يدفن فيها الموتى سنة وتزرع سنة ويصلى في المسجد في وقت ويتخذ اصطبلا في وقت بخلاف الوقف فانه يمكن الاستغلال وقسمة الغلة فلا يمنع صحة الوقف فيما لا يحتمل القسمة عند محمد ولا فيما يحتملها أيضا عند أبي يوسف ولو استحق بعض الوقف شائعا بطل في الكل عند محمد لانه تبين أن الوقف كان شائعا فيعود الكل اليه أو الى ورثته بخلاف ما اذا وقف في مرضه ثم مات ولم يخرج من الثلث ورجعت الورثة في البعض شائعا أو رجع هو في الهبة كذلك حيث لا يبطل الوقف ولا الهبة لان الشيوع طارئ بعد صحته في الكل لعدم الشيوع وقت التصرف وانما طرأ بعده فلا يضر ولو استحق جزء معين لم يبطل في الباقي لعدم الشيوع ولهذا جاز في الابتداء بدون ذلك الجزء وعلى هذا الهبة والصدقة المنفذة ولو وقف رجلان أرضا بينهما معا أو متعاقبا جاز اذا سلماه معا وان اختلفت الجهة لان وقت القبض هو المعتبر ولا شيوع حينئذ كما في الصدقة واختلاف الجهة لا يضر كاختلاف الجهة في الهدى قال رحمه الله (ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) أي لا يجوز الوقف حتى يجعل آخره لجهة لا تنقطع وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف اذا سمى فيه جهة تنقطع جاز وصار بعدها للفقراء وان لم يسمهم لهما أن حكم الوقف زوال الملك بغير التمليك وانه بالتأبيد كالعتق ولهذا كان التوقيت مبطلا له كالتوقيت في البيع ولأبي يوسف ان المقصود منه هو التقرب الى الله تعالى به وذلك يحصل بجهة تنقطع كما يحصل بجهة لا تنقطع ثم يصير بعدها للفقراء وهذا يدل على ان التأبيد شرط عنده أيضا الا أنه لا يشترط ذكره لان مطلقه ينصرف اليه ومحمد يقول لا ينصرف اليه الا بالتصريح بذكره لان المطلق يحتمل التوقيت وفي المحيط لو قال أرضي هذه صدقة

(قوله الا أنه اذا حكم به حاكم يرى لزومه يلزم) قال الكمال وصورة حكم الحاكم الذي يزول به الملك عنده أن يسلمه الى متول ثم يظهر الرجوع فيخاصمه الى القاضي فيقضي القاضي بلزومه قالوا فان خاف الواقف أن يبيعه قاض قبل أن يحكم به يكتب في صك فان أبطله أو غيره قاض فهذه الارض بأصلها وجميع ما فيها وصية من فلان الواقف تباع ويتصدق بثمنها لانه اذا كتب هذا لا يخاصم أحد في ابطاله لعدم الفائدة له في ذلك والوصية تحتمل التعليق بالشرط واذا أبطله قاض ليصير وصية يعتبر من جميع ماله كذا في فتاوى قاضيخان وينبغي أن يكون هذا اذا وقف في صحته أما اذا كان وقف في مرضه فينبغي أن يعتبر من الثلث وعلى هذا التقدير فقد يكون في بيعه ونقضه فائدة للورثة فيحمل ما ذكر اذا لم يكن وقف في المرض أو كان فيه لكنه يخرج من الثلث اهـ (قوله فكذا ما يتم به القبض كالصدقة المنفذة) أي المنجزة في الحال فانها لا تكون مشاعا فكذا الصدقة المستمرة اهـ كمال (قوله وأما ما لا يحتمل القسمة كالحمام ونحوه فلا يضره الخ) وانما أسقط أي محمد اعتبار تمام القبض عند عدم الامكان وذلك فيما لا يحتملها لانه لو قسم قبل الوقف فات الانتفاع كالبيت الصغير والحمام فاكتفي بتحقيق التسليم في الجملة اهـ (قوله وتزرع) أي وتزرع اهـ هداية

(قوله في المتن ويجعل آخره لجهة لا تنقطع) أي أبدا كالمساكين ومصالح الحرم والمساجد بخلاف ما لو وقف على مسجد معين ولم يجعل آخره لجهة لا تنقطع لا يصح لاحتمال أن يخرب الموقوف عليه اهـ كمال

موقوفة أو محرمة أو محبوسة ولم يذكر التأبيد يصح الوقف عند الكل الا عند يوسف بن خالد السمتي البصري وهو تلميذ أبي حنيفة فان ذكر التأبيد عنده شرط لصحة الوقف والصحيح انه ليس بشرط وذكر أن لفظ الصدقة ونحوها في هذه الصورة يدل على انه أراد به الفقراء دون الورثة وفيه في موضع آخر لو قال أرضي هذه موقوفة على فلان أو على ولدي ونحوه جاز الوقف عندهما والغلة له مادام حيا او بعده للفقراء لانه لما نص على الصدقة وهي لا تكون الا للفقراء انصرف اليهم وذكر فلان لتخصيصه بالبداءة بالغلة مادام حيا وجعل الخلاف المذكور بينهم فيما اذا لم يذكر لفظ الصدقة بان قال هذه موقوفة على فلان أو ولدي أو قرابتي ونحو ذلك وأما اذا ذكر لفظ الصدقة فلا خلاف بينهم وأبو يوسف كان ضيق في أمر الوقف غاية التضييق أولا مثل أبي حنيفة ثم رجع ووسع غاية التوسعة حتى لم يشترط القبض والافراز ومحمد توسط بينهما ولهذا أفتى به عامتهم قال رحمه الله (وصح وقف العقار ببقره وأكرته) والقياس أن لا يجوز لان التأبيد من شرطه ووجه الاستحسان انها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود وكم من شئ يثبت تبعا ولهذا دخل البناء في وقف الارض وعلى هذا سائر آلات الحراثة قال رحمه الله (ومشاع قضى بجوازه) أي بجواز الوقف فيه فان قضاء القاضي يقطع الخلاف في المجتهدات على ما بيناه وان لم يقض فيه فعلى قول أبي يوسف يجوز وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومنقول فيه تعامل) كالكراع والخف والسلاح والفأس والمر والقدر والقدوم والمنشار والجنازة وثيابها والمصاحف وغير ذلك مما تعورف وقفها وعند أبي يوسف لا يجوز الا في الكراع والسلاح والقياس أن لا يجوز في المنقول أصلا الا أن أبا يوسف ترك ذلك بالنص وهو ما روى عن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال من احتبس فرسا في سبيل الله ايمانا واحتسابا كان شبعه وروثه وبوله في ميزانه يوم القيامة حسنات رواه أحمد والبخاري وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قال في حق خالد قد حبس أدراعه وأعتاده في سبيل الله تعالى والقياس يترك بالنص ومحمد تركه بالتعامل لان القياس يترك به كما في الاستصناع وفي الاشياء التي عددناها جرى التعامل وعن نصير بن يحيي أنه وقف كتبه إلحاقا لها بالمصحف من حيث انها تمسك للدين تعليما وتعلما وقراءة وأكثر فقهاء الامصار أخذوا بقول محمد وقال الشافعي يجوز وقف كل ما يجوز بيعه ويمكن الانتفاع به مع بقاء عينه قياسا على الكراع والسلاح قلنا الاصل عدم جواز الوقف فيقتصر على مورد الشرع وهو العقار والكراع والسلاح فيبقى ما وراءه على أصل القياس الا ما جرى التعامل فيه فصار كالدراهم والدنانير ويجوز الوقف على تجهيز الجيش بالكراع والسلاح والنفقات في سبيل الله تعالى ويدخل في وقف الارض ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع والثمار قال رحمه الله (ولا يملك الوقف ولا يقسم وان وقف على أولاده) لانه لا حق للموقوف عليهم في العين وانما حقهم في الغلة ولان المقصود من الوقف أن يبقى على حكم ملك الله تعالى والتصدق بالغلة والتملك والقسمة بين مستحقي الوقف ينافيان ذلك فلا يجوز قال رحمه الله (ويبدأ من غلته بعمارته بلا شرط) لان قصد الواقف صرف الغلة دائما ولا يبقى دائما الا بالعمارة فيثبت اقتضاء من غير شرط قال رحمه الله (ولو دارا فعمارته على من له السكنى) أي لو وقف دارا على سكنى شخص بعينه فان العمارة عليه لانه هو المنتفع بها والغرم بالغنم فصار كنفقة العبد الموصى بخدمته فانها على الموصى له بالمنفعة قال رحمه الله (ولو أبى أو عجز عمر الحاكم بأجرتها) لان فيه

(قوله أرضي هذه موقوفة) كذا بخط الشارح والصواب صدقة موقوفة لقوله بعد لانه لما نص على الصدقة فتأمل اه (قوله في المتن وصح وقف العقار ببقره) قال الكمال أما لو وقف ضيعة فيها بقر وعبيد له لم يذكرهم فانه لا يدخل من الآلات البقر والعبيد في الوقف اه وكتب ما نصه قال في الخلاصة وقف المنقول تبعا للعقار جائز بالاجماع اه (قوله وأكرته) الاكرة جمع الاكار وهو الفلاح اه اتقاني وكتب ما نصه والاكرة الحراثون اه فتح وكتب أيضا ما نصه وكذا سائر آلات الحراثة اذا كان تبعا للارض يجوز لانها تبع للارض في تحصيل ما هو المقصود منها اه فتح (قوله وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام قال في حق خالد قد حبس أدراعه وأعتاده) الاعتاد آلات الحرب من السلاح والدواب وغير ذلك واحدة عتاد بفتح العين المهملة وقيل عتد بفتحتين قال الجوهري فرس عتد وعتد بفتح التاء وكسرها المعد للحرب والعتاد العدة كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله ما كان داخلا في البيع من الاشجار والبناء دون الزرع) قال الكمال ولا تدخل الزروع كلها الا ما كان له أصل لا يقطع في سنته والحاصل أن كل شجر يقطع في سنته فهو للواقف وما لا يقطع في سنته فهو داخل في الوقف فيدخل في وقف الارض أصول الباذنجان وقصب السكر اه (قوله والثمار) أي ولا تدخل الثمرة القائمة وقت الوقف سواء كانت مما تؤكل أو لا كالورد والرياحين ولو قال وقفتها بحقوقها وجميع ما فيها ومنها قال هلال لا تدخل في الوقف أيضا ولكن في الاستحسان يلزم التصدق بها على وجه النذر لانه لما قال صدقة مفهومه بجميع ما فيها ومنها فقد تكلم بما يوجب التصدق اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ولو أبى أو عجز) أي بأن كان فقيرا (قوله عمر الحاكم) قال الاتقاني وذلك لانه لو لم يعمرها يبطل الحقان حق الواقف وهو التصدق بالمنفعة وحق من له السكنى فاذا عمرت يبقى الحقان جميعا غاية ما في الباب ان في العمارة تأخير حق من له السكنى وتأخير الحق أولى من ابطاله اه اتقاني رحمه الله

ابقاء الوقف على ما قصده الواقف فاذا عمرها ردها الى من له السكنى رعاية لحقه ولا يجبر الممتنع على العمارة لان فيه اتلاف ماله فصار نظير صاحب البذر فى المزارعة ولا يكون امتناعه رضا منه ببطلان حقه لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله الى العمارة فلا يحمل على الرضا ببطلان حقه بالشك ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر ولا مالك لكن الحاكم يؤجرها له أو لغيره فيعمرها باجرتها قدر ما تبقى على الصفة التى وقفها الواقف ولا يزيد على ذلك الا برضا من له السكنى لانها بصفتها صارت مستحقة له فترد الى ما كانت وان كانت وقفا على الفقراء فكذلك فى رواية حتى لا تزيد على ما كانت وفى رواية يجوز والاول أصح قال رحمه الله (ويصرف نقضه الى عمارته ان احتاج والا حفظه للاحتياج) أى الى الاحتياج لانه لا بد من العمارة والا فلا يبقى فلا يحصل صرف الغلة الى المصرف على التأبيد فيبطل غرض الواقف فيصرفه للحال ان احتاج اليه والا يمسكه حتى يحتاج اليه كيلا يتعذر عليه أوان الحاجة قال رحمه الله (ولا يقسمه بين مستحقى الوقف) أى لا يقسم النقض بينهم لانهم ليس لهم حق فى العين ولا فى جزء منه وانما حقهم فى المنافع فلا يصرف اليهم غير حقهم وان تعذر اعادة عينه بيع وصرف ثمنه الى العمارة لان البدل يقوم مقام المبدل فيصرف مصرف البدل قال رحمه الله (وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه أو جعل الولاية اليه صح) أما الاول وهو ما اذا جعل غلة الوقف لنفسه فالمذكور هنا قول أبى يوسف وعند محمد لا يجوز لابى يوسف ما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل من وقفه ولا يحل ذلك الا بالشرط فدل ذلك على جوازه ولان الوقف ازالة الملك الى الله تعالى على وجه القربة على ما عرف من أصلهما فاذا شرط البعض أو الكل لنفسه فقد شرط ما صار لله تعالى لنفسه وهو جائز لا أن يجعل ملك نفسه لنفسه

وكتب ما نصه قال الكمال ولو لم يرض الموقوف عليه السكنى بالعمارة ولم يجد القاضى من يستأجرها لم أر حكم هذه فى المنقول من المذهب والحال فيها يؤدى الى أن يصير نقضها على الارض كوما تسفيه الرياح وخطر لى أنه يخيره القاضى بين أن يعمرها فيستوفى منفعتها أو بين أن يردها الى ورثة الواقف اهـ (قوله فصار نظير صاحب البذر فى المزارعة) أى كما اذا عقد عقد المزارعة و بيان من عليه البذر ثم امتنع من عليه البذر من العمل لا يجبر عليه لئلا يلزم الضرر وهو اتلاف ماله اهـ اتقانى (قوله لاحتمال ان الامتناع لعدم الرضا بصرف ماله الى العمارة الخ) أو لاحتمال عدم قدرته على العمارة أو لرجائه اصلاح القاضى وعمارته ثم ردها اليه اهـ (قوله ولا تصح اجارة من له السكنى لانه غير ناظر) قال الكمال وانما قال اجرها الحاكم لانه لا تصح اجارة من له السكنى وعلله بقوله لانه غير مالك وفى تقريره طريقان أحدهما أنه ليس بمالك للمنفعة بل أبيح له الانتفاع وهذا ضعيف فان للموقوف عليه السكنى أن يعير الدار والاعارة تمليك المنافع بلا عوض والمسئلة فى وقف الخصاف والآخر أنه ليس بمالك للعين والاجارة تتوقف عليه لانها بيع المنافع والمنافع معدومة فلا يتحقق ملكها ليملكها فأقيمت العين مقام المنفعة ليرد عليها العقد فلا بد من كونها مملوكة وهو مشكل لانه يقتضى أن لا تصح اجارة المستأجر فيما لا يختلف باختلاف المستعمل وان لا يصح من الموقوف عليه السكنى الاعارة لكنه يصح كما ذكرنا فالاولى أن يقال لانه يملك المنافع بلا بدل فلم يملك تمليكها ببدل وهو الاجارة والا لملك أكثر مما ملك بخلاف الاعارة اهـ (قوله وفى رواية يجوز والاول أصح) أى عدم جواز الزيادة فى البناء أصح مما قال البعض من جوازها اذا كان الوقف على الفقراء لا على رجل بعينه اهـ اتقانى (قوله فى المتن ويصرف نقضه) النقض بضم النون اسم للبناء المنقوض كذا فى ديوان الادب اهـ اتقانى (قوله والا يمسكه حتى يحتاج) قال الكمال وأنت تعلم أن بالانهدام تتحقق الحاجة الى عمارة ذلك القدر فلا معنى للشرط فى قوله ان احتاج اليه وان استغنى عنه أمسكه حتى يحتاج وانما المعنى انه ان كان التهيؤ للعمارة ثابتا فى الحال صرفه اليها والا حفظه حتى يتهيأ ذلك وتتحقق الحاجة فان المنهدم قد يكون قليلا جدا لا يخل بالانتفاع بالوقف فصار ولا يقربه من ذلك فيكون وجوده كعدمه فتؤخر حتى تحسن أو تجب العمارة وان تعذرت اعادته بأن خرج عن الصلاحية فذلك لضعفه ونحوه باعه وصرف ثمنه فى ذلك اهـ (قوله فى المتن ولا يقسمه بين مستحقى الوقف) بلفظ الجمع وقد سقطت النون للاضافة اهـ اتقانى (قوله لانهم ليس لهم حق فى العين) أى الموقوفة لانها حق الله اهـ (قوله فى المتن وان جعل الواقف غلة الوقف لنفسه الخ) قال فى الاجناس قال فى كتاب الحج لعيسى بن أبان اذا وقف على نفسه لا يجوز فى قول محمد بن الحسن وقال أبو يوسف يجوز ونقل فى الاجناس أيضا عن وقف هلال بن يحيى البصرى لو قال أرضى صدقة موقوفة على نفسى كان الوقف باطلا وكذا لو قال صدقة موقوفة على أن غلتها الى ما عشت لا يجوز الوقف وكذا لو قال صدقة موقوفة علىّ وعلى ولدى وولد ولدى ونسلى الوقف باطل وقال الولوالجى فى فتاواه ومشايخ بلخ أخذوا بقول أبى يوسف والصدر الشهيد كان يفتى به أيضا ترغيبا للناس فى الوقف اهـ اتقانى (قوله وعند محمد لا يجوز) فى الهداية ولا يجوز على قياس قول محمد لاشتراطه التسليم الى المتولى اهـ قال الكمال ثم قيل ان الاختلاف بينهما بناء على الاختلاف فى اشتراط القبض أى قبض المتولى فلما شرطه محمد منع اشتراط الغلة لنفسه لانه حينئذ لا ينقطع حقه فيه وما شرط القبض الا لينقطع حقه ولما لم يشترطه أبو يوسف لم يمنعه وقيل مسئلة مبتدأة غير مبنية وهذا أوجه اهـ

فصار نظير ما اذا بنى خانا أو سقاية أو جعل أرضه مقبرة وشرط أن ينزله أو يشرب منها أو يدفن فيها ولان مقصوده القربة وفى الصرف الى نفسه ذلك قال عليه الصلاة والسلام نفقة المرء على نفسه صدقة وجه قول محمد أن التقرب بازالة الملك واشتراط الغلة أو بعضها لنفسه يمنع ذلك فكان باطلا كالصدقة المنفذة وقال الفقيه أبو جعفر ليس فى هذا عن محمد رواية ظاهرة الا شئ ذكره فى الوقف فقال اذا وقف على أمهات أولاده جاز فقال هذا الوقف على أمهات أولاده بمنزلة الوقف على نفسه لان ما يكون لام الولد حال حياة المولى يكون للمولى وقيل انه فى الصحيح على الخلاف ذكره فى الهداية وهو ظاهر وقيل يجوز لهن بالاتفاق لانهن يعتقن بموته فيصرن أجنبيات فيصير اشتراطه لهن كاشتراطه للاجنبى ثم فى حال حياته يجوز أيضا تبعا لما بعد مماته وعلى هذا الخلاف لو شرط الواقف أن يستبدل به أرضا أخرى اذا شاء وتكون وقفا مكانه أو شرط الواقف الخيار لنفسه ثلاثة أيام وهو مبنى على ما ذكرنا من أن التقرب بازالة الملك واشتراط ما ذكر يمنع منه عند محمد خلافا له بخلاف ما اذا شرط أن يكون الثمن له أو يتصدق به حيث لا يجوز الوقف أصلا وكذا اذا شرط الخيار وهو مجهول فى رواية وفى رواية يجوز الوقف ويبطل الشرط وأما الثانى وهو فصل اشتراط الولاية لنفسه فجائز بالاجماع لان شرط الواقف معتبر فيراعى كالنصوص غير أن عند محمد يسلمه ثم تكون له الولاية لان التسليم شرط عنده وان لم يشرطها لاحد فالولاية له عند أبى يوسف وعند محمد لا تكون له الولاية لانه لما ترك الشرط فى ابتداء الوقف خرج الامر من يده فصار أجنبيا عنه ولابى يوسف أن المتولى انما يستفيد الولاية من جهته بشرطه فيستحيل ان لا تكون له الولاية وغيره يستفيدها منه ولانه أقرب الناس اليه فيكون أولى بولايته كمن بنى مسجدا يكون أولى بعمارته ونصب القيم فيه وكمن أعتق عبدا كان الولاء له لانه أقرب الناس اليه وذكر هلال فى وقفه فقال قال أقوام ان شرط الواقف الولاية لنفسه كانت له وان لم يشترط لا تكون له ولاية يعنى بعض المشايخ قالوا ذلك قال مشايخنا الاشبه أن يكون هذا قول محمد وقد بيناه ولا يقال كيف يكون هذا قول محمد والتسليم شرط عنده على ما بينا لانا نقول هذا لا ينافى التسليم لانه يمكن أن يسلمه اليه ثم يأخذه منه وذكر فى النهاية أنه يحتمل أن يسقط التسليم عنده اذا شرط الولاية لنفسه لان شرطه يراعى قال رحمه الله (وينزع لو خائنا كالوصى وان شرط أن لا ينزع) معناه أن الواقف لو شرط الولاية لنفسه وكان هو غير مأمون على الوقف فللقاضى أن ينزعها منه ولو شرط الواقف ان ليس للقاضى ولا للسلطان نزعه لانه شرط مخالف لحكم الشرع فيبطل ونظيره هذا الوصى اذا كان غير مأمون ينزع منه على ما بيناه والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ومن بنى مسجدا لم يزل ملكه عنه حتى يفرزه عن ملكه بطريقه ويأذن بالصلاة فيه واذا صلى فيه واحد زال ملكه) وهذا عند أبى حنيفة ومحمد أما الافراز فلانه لا يخلص لله الا به لانه ما دام حق العبد متعلقا به لم يتحرر لله وأما الصلاة فيه فلانه يشترط التسليم عند أبى حنيفة ومحمد فاذا تعذر يقام تحقق المقصود مقامه أو يشترط فيه تسليم نوعه وذلك فى المسجد بالصلاة فيه ولا يشترط فيه قضاء القاضى ولا التعليق بالموت عند أبى حنيفة لحصول المقصود به بخلاف الوقف لان المقصود من الوقف أن يتصدق بالغلة ويحبس الاصل ولفظه ينبئ عن ذلك والتصدق بالمعدوم لا يجوز الا فى الوصية فيجب تعليقه بالموت ليكون وصية به أو حكم الحاكم فى موضع الاجتهاد ولذا اسقط التسليم الى القيم عند محمد لما ذكرنا ولا يجوز فى المشاع عند أبى يوسف لما بينا فصار المسجد مخالفا للوقف عند الكل ثم يكتفى بصلاة الواحد فى رواية عن أبى حنيفة ومحمد لان فعل الجنس كله متعذر فيشترط أدناه وعنهما أنه يشترط الصلاة

(قوله وجه قول محمد الخ) قال الكمال وجه قول محمد أن الوقف تبرع على وجه التمليك للغلة أو السكنى فاشتراط البعض أو الكل لنفسه يبطله لان التمليك من نفسه لا يتحقق فصار كالصدقة المنفذة بان تصدق على فقير بمال وسلم اليه على أن يكون بعضه لى لم يجز لعدم الفائدة اذ لم يكن ملكا على هذا التقدير الا ما وراء ذلك القدر فكذا فى الصدقة الموقوفة وكشرط بعض بقعة المسجد لنفسه بيتا اهـ (قوله ذكره فى الهداية) وهو مخالف لرواية المبسوط والتتمة والذخيرة وفتاوى قاضيخان فان فى تلك الروايات جعل جواز الوقف عليهن بالاتفاق (قوله وأما الثانى الخ) قال الاتقانى وأما الفصل الثانى وهو شرط الولاية لنفسه فقد نص القدورى فى مختصره على جوازه عند أبى يوسف قال صاحب الهداية وهو قول هلال أيضا وهو ظاهر المذهب ونقل الناطفى فى الاجناس عن وقف هلال اذا جعل أرضه صدقة موقوفة لله أبدا ولم يشرط الولاية لنفسه ولا لغيره فالولاية للواقف اشترط ذلك أو لم يشترط ثم قال الناطفى قال محمد فى السير الكبير لا ولاية للواقف الا أن يشرطه لنفسه الى هنا لفظ كتاب الناطفى وجه قول محمد أن التسليم الى القيم شرط صحة الوقف فبعد التسليم اليه لا يبقى له ولاية الا بالشرط السابق اهـ (قوله لان شرطه يراعى) ومن ضرورته سقوط التسليم اهـ كمال ﴿فصل﴾ لما اختص المسجد باحكام تخالف أحكام مطلق الوقف عند الثلاثة فعند أبى حنيفة لا يشترط فى زوال الملك عن المسجد حكم الحاكم ولا الايصاء به ولا يجوز مشاعا عند أبى يوسف ولا يشترط التسليم الى المتولى عند محمد أفرده بفصل على حدة وأخره اهـ

(قوله في المتن ومن جعل مسجدا تحته سرداب) قال في الهداية ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل باب المسجد الى الطريق وعزله فله بيعه وان مات يورث عنه قال الاتقاني وهذا ظاهر الرواية وهو من خواص الجامع الصغير اه (قوله والمسجد لا يكون الا خالصا لله تعالى الخ) ولان اتخاذ المسجد عرف بالشريعة وفي الشريعة لم يكن المسجد الا وفوقه وتحته لله ألا ترى الى مسجد رسول الله صلى الله عليه وسلم الذي بناه بالمدينة والى المسجد الحرام الذي بناه ابراهيم صلوات الله وسلامه عليه بمكة والى مسجد بيت المقدس الذي بناه داود النبي صلوات الله وسلامه عليه بالرخام والمرمر وجعل عليه قبة من ياقوت أحمر وجعل فوق ذلك جوهرا يضيء فراسخ تغزل بضوئها النساء في ظلمة الليالي (٣٣٠) فكل مسجد لم يكن كذلك بأن لا يكون خالصا لله لم يجز وأورد أبو الليث هنا سؤالا وجوابا فقال فان قيل أليس مسجد بيت المقدس تحته مجتمع الماء والناس ينتفعون به قيل اذا كان تحته شئ ينتفع به عامة المسلمين يجوز لانه اذا انتفع به عامة المسلمين صار ذلك لله تعالى أيضا وأما الذي اتخذ بيتا لنفسه لم يكن خالصا لله تعالى فان قيل لو جعل تحته حانوتا وجعله وقفا على المسجد قيل لا يستحب ذلك ولكنه لو جعل في الابتداء هكذا صار مسجدا وما تحته صار وقفا عليه ويجوز المسجد والوقف الذي تحته ولو أنه بنى المسجد أولا ثم أراد أن يجعل تحته حانوتا للمسجد فهو مردود باطل وينبغي أن يرد الى حاله الى هنا لفظ الفقيه والسرداب بكسر السين كذا في ديوان الادب وهو بيت تحت الارض (١) للتبريد اه مغرب اه اتقاني (قوله وعن أبي يوسف انه أجاز الوجهين) يعني فيما اذا كان تحته سرداب وفوقه بيت اه (قوله وروى عن محمد مثله حين قدم الري) قال الكمال وهذا تعليل صحيح واستغنى لانه تعليل بالضرورة اه وكتب على قوله مثله وهذه الروايات كلها خلاف ظاهر الرواية اه (قوله ولو خرب ما حول المسجد الخ) قال أبو العباس الناطفي في الاجناس قال محمد في نوادر هشام اذا خرب المسجد حتى لا يصلى فيه فالذي بناه ان شاء أدخله داره وان شاء باعه وكذلك الفرس اذا جعله حبيسا في سبيل الله فصار لا يستطاع أن يركب فانه يباع ويصير ثمنها لصاحبها أو لورثته فان لم يعرف للمسجد بان نخرب وبنى أهل المسجد مسجدا آخر ثم أجمعوا على بيعه واستعانوا في ثمن المسجد الآخر فلا بأس بذلك ثم نقل الناطفي عن كتاب الصلاة إملاء

بجماعة جهرا بأذان واقامة حتى لو كان سرا بان كان بلا أذان ولا اقامة لا يصير مسجدا ولو جعل له اماما ومؤذنا وهو رجل واحد فصلى فيه بأذان واقامة صار مسجدا اتفاقا لان أداء الصلاة على هذا الوجه كالجماعة ألا ترى ان المؤذن لو صلى في المسجد على هذه الهيئة ليس لمن يجيء بعده أن يصلي بالجماعة في ذلك المسجد وهذه الرواية هي الصحيحة لان المساجد تبنى لاقامة الصلوات فيها بالجماعة فلا يصير مسجدا قبل حصول هذا المقصود ولو سلم المسجد الى متول نصبه ليقوم بمصالحه فالاصح انه يجوز لان المسجد قد يكون له خادم يكنس ويغلق الباب ونحوه وقال أبو يوسف رحمه الله يزول ملكه بقوله جعلته مسجدا لان التسليم عنده ليس بشرط لانه اسقاط لملك العبد فيصير خالصا لله بسقوط حق العبد وصار كالاعتاق وقد بيناه من قبل واذا صار مسجدا على الاختلاف فهم زال ملكه عنه وحرم بيعه فلا يورث وليس له الرجوع فيه لانه صار لله بقوله تعالى وان المساجد لله ولا رجوع فيما صار لله تعالى كالصدقة قال رحمه الله (ومن جعل مسجدا تحته سرداب أو فوقه بيت وجعل بابه الى الطريق وعزله أو اتخذ وسط داره مسجدا وأذن للناس بالدخول فله بيعه ويورث عنه) لانه لم يخلص لله لبقاء حق العبد فيه والمسجد لا يكون الا خالصا لله لما تلونا ومع بقاء حق العبد في أسفله أو في أعلاه أو في جوانبه محيطا به لا يتحقق الخلوص كله أما اذا كان السفل مسجدا فلان لصاحب العلو حقا في السفل حتى لا يكون لصاحب السفل أن يحدث فيه شيأ من غير رضا صاحب العلو وأما اذا جعل العلو مسجدا فلان أرض العلو ملك لصاحب السفل وليس له من التصرفات شيء من غير رضا صاحب السفل كالبناء وغيره بخلاف مسجد بيت المقدس فان السرداب فيه ليس بمملوك لاحد بل هو لمصالح المسجد حتى لو كان غيره مثله نقول بأنه صار مسجدا وأما اذا اتخذ وسط داره مسجدا فلان ملكه محيط بجوانبه فكان له حق المنع من الدخول والمسجد من شرطه أن لا يكون لاحد فيه حق المنع قال الله تعالى ومن أظلم ممن منع مساجد الله أن يذكر فيها اسمه ولانه لم يفرزه حين أبقى الطريق لنفسه فلم يخلص لله حتى لو عزل بابه الى الطريق الاعظم صار مسجدا وروى الحسن عن أبي حنيفة انه أجاز أن يكون الاسفل مسجدا والاعلى ملكا لان الاسفل أصل وهو يتأبد ولم يجز عكسه وعن محمد عكسه لان المسجد معظم ولا تعظيم اذا كان فوقه مستغل أو مسكن بخلاف العكس وعن أبي يوسف أنه أجاز الوجهين حين قدم بغداد ورأى ضيق الاماكن وروى عن محمد مثله حين قدم الري وعن أبي يوسف ومحمد أنه لو اتخذ وسط داره مسجدا صار مسجدا وان لم يعزل بابه الى الطريق لانه لما رضي بكونه مسجدا ولا مسجد الا بطريق دخل فيه الطريق ضرورة كما يدخل في الاجارة من غير ذكر باعتبار أنه لا يمكنه الانتفاع الا بالطريق والانتفاع هو المقصود منها ولو اتخذ أرضه مسجدا ليس له الرجوع فيه ولا بيعه وكذا لا يورث عنه لتحرره لله تعالى بخلاف الوقف عند أبي حنيفة حيث يرجع فيه ما لم يحكم به الحاكم والفرق ما بيناه ولو خرب ما حول المسجد

(١) قوله للتبريد أي تبريد الماء وغيره اه منه

واستغنى عنه يبقى مسجدا عند أبي يوسف لانه اسقاط الملك فلا يعود الى ملكه كالاعتاق ألا ترى أن المسجد الحرام استغنى عنه أهله في زمن الفترة ولم يعد الى ورثة الباني وعند محمد رحمه الله يعود الى ملكه أو الى ورثته بعد موته لانه عينه لجهة وقد انقطعت كالكفن اذا خرج يرجع الى مالكه وعلى هذا حصير المسجد وحشيشه اذا استغنى عنهما يرجع الى مالكه عند محمد وعند أبي يوسف ينقل الى مسجد آخر وعلى هذا الخلاف الرباط والبئر اذا لم ينتفع بهما قال رحمه الله (ومن بنى سقاية أو خانا أو رباطا أو مقبرة لم يزل ملكه عنه حتى يحكم به حاكم) وهذا عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يزول ملكه بالقول وعند محمد رحمه الله اذا استقى الناس من السقاية وسكنوا الخان والرباط ودفنوا في المقبرة زال الملك فكل واحد منهم بنى على أصله من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم أو مجرد القول على ما بينا من قبل ولو سلم الى المتولي صح التسليم على قول من يرى أنه شرط ولو جعل أرضه طريقا فهو على هذا الخلاف ثم لا فرق في الانتفاع بمثل هذه الاشياء بين الغني والفقير حتى جاز للكل النزول في الخان والرباط والشرب من السقاية والدفن في المقبرة بخلاف الغلة حيث لا تجوز الا للفقراء لان الغني مستغن بماله عن الصدقة ولا يستغنى عما ذكرنا عادة وهي الفارقة لانه لا يمكنه أن يستصحب هذه الاشياء عادة فكان محتاجا اليها كالفقير ولا حاجة له الى الغلة لاستغنائه عنها بماله وعلى هذا الوقف حتى لو وقف أرضا ليصرف غلتها الى الحاج أو الى الغزاة أو طلبة العلم لا يصرف الى الغني منهم ذكره في المحيط في باب تسليم الوقف وعلى هذا لو جعل داره مسكنا لابناء السبيل في أي بلد كان يستوي فيه الغني والفقير لما ذكرنا من الفرق وروى في الخبر عن عثمان أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل المدينة وليس بها ماء يستعذب غير بئر رومة فقال من يشتري بئر رومة فيجعل فيها دلوه مع دلاء المسلمين بخير له منها في الجنة فاشتريتها من صلب مالي رواه النسائي والترمذي وقال حديث حسن فاذا جاز للواقف أن يشرب منه فما ظنك بغيره من الاغنياء قال رحمه الله (وان جعل شيء من الطريق مسجدا صح كعكسه) معناه اذا بنى قوم مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع فادخلوا شيأ من الطريق في المسجد وكان ذلك لا يضر بأصحاب الطريق جاز ذلك وكذا اذا ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها لما روى عن الصحابة

مسجد باد وعطلت الصلوات فيه لم يجز لاحد أن يهدمه ولا يتخذه منزلا ولا يبيعه ذلك قال الناطفي هذا عندي قول أبي يوسف ثم قال الناطفي في السير الكبير ان خربت القرية التي فيها المسجد وجعلت مزارع وخرب المسجد ولا يصلي فيه أحد لا بأس بأن يأخذه صاحبه ويبيعه لمن يجعله مزرعة ويأخذ ثمنه فيأكله أو يجعله مزرعته الى هنا لفظ رواية الاجناس اه اتقاني رحمه الله (قوله يبقى مسجدا عند أبي يوسف) وهو قول أبي حنيفة ومالك والشافعي وعن أحمد يباع نقضه ويصرف الى مسجد آخر اه فتح (قوله من اشتراط حكم الحاكم أو التسليم الخ) وعند محمد لا بد من التسليم ولكن في كل باب يعتبر ما يليق به ففي الخان يحصل التسليم بالسكنى وفي الرباط بالنزول وفي السقاية بشرب الناس وفي المقبرة بدفنهم ويكتفى اذا وجد هذه الاشياء من واحد لتعذر اجتماع الناس اه اتقاني (قوله في المتن وان جعل شيء من الطريق مسجدا الخ) قال الولوالجي رحمه الله في فتاواه مسجد أراد أهله أن يجعلوا الرحبة مسجدا أو المسجد رحبة أو أرادوا أن يحدثوا له بابا أو أرادوا أن يحولوا الباب عن موضعه فلهم ذلك فان اختلفوا ينظر أيهم أكثر وأفضل فلهم ذلك لانه لا تعارض لانعدام التساوي اه وكتب ما نصه قال الكمال وفي كتاب الكراهية من الخلاصة عن الفقيه أبي جعفر عن هشام عن محمد أنه يجوز أن يجعل شيء من الطريق مسجدا أو يجعل شيء من المسجد طريقا للعامة اه يعني اذا احتاجوا الى ذلك ولاهل المسجد أن يجعلوا الرحبة مسجدا وكذا على القلب ويحولوا الباب أو يحدثوا له بابا ولو اختلفوا ينظر أيهم أكثر ولاية ذلك ولهم أن يهدموه ليجددوه وليس لمن ليس من أهل المحلة ذلك وكذا لهم أن يضعوا الحباب ويعلقوا القناديل ويفرشوا الحصر كل ذلك من مال أنفسهم وأما من مال الوقف فلا يفعل غير المتولي الا باذن القاضي الكل من الخلاصة الآن قوله وعلى القلب يقتضي جعل المسجد رحبة وفيه نظر وقد ذكر المصنف في علامة النون من كتاب التجنيس قيم المسجد اذا أراد أن يبني حوانيت في المسجد أو فنائه لا يجوز له أن يفعل لانه اذا جعل المسجد مسكنا تسقط حرمة المسجد وأما الفناء فلانه تبع للمسجد اه ما قاله الكمال رحمه الله ﴿فروع﴾ طريق للعامة وهي واسعة فبنى فيه أهل المحلة مسجدا للعامة ولا يضر ذلك بالطريق قالوا لا بأس به وهكذا روي عن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله لان الطريق للمسلمين والمسجد لهم أيضا وان أراد أهل المحلة أن يدخلوا شيأ من الطريق في دورهم وذلك لا يضر بالطريق لا يكون لهم ذلك ولاهل المحلة تحويل باب المسجد من موضع الى موضع ﴿قوم بنوا مسجدا واحتاجوا الى مكان ليتسع المسجد فأخذوا من الطريق فأدخلوه في المسجد اذا كان ذلك يضر بأصحاب الطريق لا يجوز والا فلا بأس به ولو ضاق المسجد على الناس وبجنبه أرض لرجل تؤخذ أرضه بالقيمة كرها ولو كان بجنب المسجد أرض وقف على المسجد فأرادوا أن يزيدوا شيأ في المسجد من الارض جاز ذلك بأمر القاضي اه

رضى الله عنهم انهم لما ضاق المسجد الحرام أخذوا أرضين بكره من أصحابها
بالقيمة وزادوا فى المسجد الحرام وقوله كعكسه أى كما جاز عكسه وهو
ما اذا جعل فى المسجد ممر لتعارف أهل الامصار فى الجوامع
و جاز لكل أحد أن يمر فيه حتى الكافر الا الجنب
والحائض والنفساء لما عرف فى موضعه
وليس لهم أن يدخلوا فيه الدواب
والله أعلم بالصواب

(قوله وهو ما اذا جعل فى المسجد ممر) يوهم التخصيص بهذه الصورة وعبارة المصنف شاملة لها ولغيرها وانظر الى الحاشية التى كتبتها عند قوله كعكسه اهـ

﴿ تم الجزء الثالث ويليه الجزء الرابع وأوله كتاب البيوع ﴾

الجزء الرابع

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمد الله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٤
هجرية

(فهــــرست)

الجــــزء الرابــــع

من شرح العلامة الزيلعى على متن الـكنز

(فهرست الجزء الرابع من شرح العلامة الزيلعي على متن الكنز)

(تمت)

الجزء الرابع

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمد الله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

(الطبعة الاولى)
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٤
هجرية

بسم الله الرحمن الرحيم

(كتاب البيوع)

وهو من الاضداد يقال باع كذا اذا أخرجه عن ملكه أو أدخله فيه وفى الخبر قال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يبيع على بيع أخيه أى لا يشتر على شراء أخيه لان المنهى عنه هو الشراء لا البيع وقال الفرزدق

ان الشباب لرابح من باعه * والشيب ليس لبائعه تجار

ويقع فى الغالب على اخراج المبيع عن الملك قال رحمه الله (هو مبادلة المال بالمال بالتراضى) وهذا فى الشرع وفى اللغة هو مطلق المبادلة من غير تقييد بالتراضى وكونه مقيدا به ثبت شرعا لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض وهو جائز ثبت جوازه بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فما تلوناه وقوله تعالى

﴿كتاب البيع﴾

وفى بعض نسخ المتن البيوع اه ومناسبة البيع بالوقف من حيث ان فى كل منهما ازالة الملك ففى الوقف يزول الملك عن الواقف بعد حكم الحاكم من غير أن يدخل فى ملك الموقوف عليه وفى البيع يزول الملك عن البائع ويدخل فى ملك المشترى فكان الوقف كالمفرد والبيع كالمركب من أن الوقف فيه زوال بلا دخول والبيع فيه زوال ودخول والمفرد سابق على المركب فلذا أخر ذكر البيع عنه اه اتقانى رحمه الله وكتب ما نصه ثم البيع مصدر فقد يراد به المفعول فيجمع باعتباره كما يجمع المبيع وقد يراد به المعنى وهو الاصل فجمعه باعتبار أنواعه فان البيع يكون سلما وهو بيع الدين بالعين وقلبه وهو البيع المطلق وصرفا وهو بيع الثمن بالثمن ومقايضة بيع العين بالعين وبخيار ومنجزا ومؤجل الثمن ومرابحة وتولية ووضيعة وغير ذلك اه كمال رحمه الله قال الكمال وأما مفهومه لغة وشرعا فقال فخر الاسلام البيع لغة مبادلة المال بالمال وكذا فى الشرع لكن زيد فيه قيد التراضى اه والذى يظهر أن التراضى لا بد منه لغة أيضا فانه لا يفهم من باعه وباع زيد عبده الا أنه استبدل به بالتراضى وأن الاخذ غصبا واعطاء شئ آخر من غير تراض لا يقول فيه أهل اللغة باعه اه (قوله يقال باع كذا) ويتعدى بنفسه وبالحرف باع زيد الثوب وباعه منه قال الكمال وقد كتبت على هامش المجمع فى باب المضاربة حاشية من المصباح نافعة هنا اه وكتب ما نصه وركنه الايجاب والقبول لانهما يدلان على الرضا الذى تعلق به الحكم وكذا ما كان فى معناهما وشرطه أهلية المتعاقدين حتى لا ينعقد من غير أهل ومحله المال لانه ينبئ عنه شرعا وحكمه ثبوت الملك للمشترى فى المبيع وللبائع فى الثمن اذا كان باتا وعند الاجازة اذا كان موقوفا اه اختيار (قوله فى المتن بالتراضى) وهذا التعريف يتناول القرض أيضا اه (قوله وفى اللغة هو مطلق المبادلة) وكذا الشراء سواء كانت فى مال أو غيره قال الله تعالى ان الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم وقال أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى والعذاب بالمغفرة وفى الشرع مبادلة المال المتقوم بالمال المتقوم تمليكا وتملكا فان وجد تمليك المال بالمنافع فهو اجارة أو نكاح وان وجد مجانا فهو هبة اه اختيار وفى مشكلات خواهرزاده قال فخر الاسلام البيع فى اللغة عبارة عن تمليك المال بالمال وفى الشرع هكذا أيضا وكذا الشراء والاشتراء والابتياع وباعتبار حقيقة اللغة تقع هذه الالفاظ على فعل البائع والمشترى على سبيل

الاشــتراك قال تعالى وشروه أى باعوه الا أن فى العرف اختص لفظ البيع بالبائع ولفظ الشراء والاشتراء والابتياع بالمشترى اه وكتب مانصه وقال المصنف فى آخر باب البيع الفاسد قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بأمر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته قال الشارح وشرط أن يكون فى العقد عوضان كل منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفى الثمن فى رواية اه (قوله وأما السنة فما روى) فى السنن مسندا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال يامعشر التجار ان البيع يحضره اللغو والحلف فشوبوه بالصدقة اه اتقانى (قوله فى المتن ويلزم) أى ينعقد البيع انعقادا لازما اه عينى (قوله فى المتن بايجاب) وهو فى اللغة الاثبات وفى الفقه مايذكر أولا من كلام المتعاقدين لانه يثبت خيار القبول للآخر انتهى شمنى وكتب على قوله بايجاب قال الاتقانى والايجاب عبارة عما صدر عن أحد العاقدين أولا سمى به لان الايجاب نقيض السلب وهو الاثبات والمتكلم منهما أولا بقوله بعت أو اشتريت يريد اثبات العقد بشرط أن ينضم اليه قول الآخر أو سمى به لان قوله بعت واشتريت فعل والفعل صرف الممكن من الامكان الى الوجود فكان قوله بعت أو اشتريت ايجابا لانه قبل التلفظ (٣) به كان فى حيز الامكان فصار بعد التلفظ واجب الوجود لغيره ثم سمى كلام الآخر قبولا لما أوجبه الآخر وان كان هو ايجابا فى الحقيقة حتى يمتاز السابق من كلام العاقد من اللاحق اه وكتب عليه أيضا قال الكمال والايجاب لغة الاثبات لاى شئ كان والمراد هنا اثبات الفعل الخاص الدال على الرضا الواقع أولا سواء وقع من البائع كبعت أو من المشترى كأن يبتدئ المشترى فيقول اشتريت منك هذا بألف والقبول الفعل الثانى والا فكل منهما ايجاب أى اثبات فسمى الاثبات الثانى بالقبول تمييزا له عن الاثبات الاول ولانه يقع قبولا ورضا بفعل الاول وحيث لم يصح ارادة اللفظين بالبيع بل حكمهما وهو الملك فى البدلين وجب أن يراد بقوله ينعقد يثبت أى الحكم فان الانعقاد انما هو للفظين لا للملك أى انضمام أحدهما الى الآخر على وجه يثبت أثره الشرعى وقوله فى القبول انه الفعل الثانى يفيد كونه أعم وهو كذلك فان من الفروع مالو قال كل هذا الطعام بدرهم فأكله تم البيع وأكله حلال والركوب واللبس بعد قول البائع اركبها بمائة والبسه بكذا رضا بالبيع وكذا اذا قال بعتكه بألف فقبضه ولم يقل شيأ كان قبضه قبولا بخلاف بيع التعاطى فانه ليس فيه ايجاب قبض بعد معرفة الثمن فقط وسيأتى مثله ففى جعله مسئلة القبض بعد قوله بعتكه بألف من صور التعاطى كما فعله بعضهم نظر وفى فتاوى قاضيخان قال اشتريت منك هذا بكذا فتصدق به على هؤلاء ففعل البائع قبل أن يتفرقا جاز وكذلك اشتريت منك هذا الثوب بكذا فاقطعه لى قميصا فقطعه قبل التفرق انتهى ماقاله الكمال رحمه الله (قوله فى المتن وقبول) أى وهو مايذكر آخرا من كلام المتعاقدين أو مايقوم مقامه من قبض المبيع اه شمنى (قوله لانه اذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها) أى وان لم يفترقا بالابدان انتهى (قوله وماذكروه يوجب التمام) أى من أن المراد التفرق بالاقوال اه

تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فما روى أنه عليه السلام باع قدحا وحلسا وكانوا يتبايعون فأقرهم عليه وأما الاجماع فان الامة أجمعت على جوازه وأنه أحد أسباب الملك قال رحمه الله (ويلزم بايجاب وقبول) وقال الشافعى لا يلزم به بل لهما خيار المجلس لقوله عليه السلام المتبايعان بالخيار مالم يتفرقا اذ هما متبايعان بعد البيع وقبله متساومان ولنا أن العقد تم من الجانبين ودخل المبيع فى ملك المشترى والفسخ بعده لا يكون الا بالتراضى لما فيه من الاضرار بالآخر بابطال حقه كسائر العقود وما رواه محمول على خيار القبول فانه اذا أوجب أحدهما فلكل منهما الخيار مادا مافى المجلس ولم يأخذا فى عمل آخر وفى لفظه اشارة اليه فانهما متبايعان حالة البيع حقيقة ومابعده أو قبله مجازا كسائر أسماء الفاعلين مثل المتجاذبين والمتضاربين فيكون التفرق على هذا بالاقوال كما فى قوله تعالى وان يتفرقا يغن الله كلا من سعته لانه اذا طلقها على مال تحصل الفرقة بقبولها هذا تأويل محمد وقال أبو يوسف هو التفرق بالابدان بعد الايجاب قبل القبول وقال عيسى هذا أولى لما عهدنا فى الشرع أن الفرقة موجبة للفساد كما فى الصرف قبل القبض وماذكروه يوجب التمام ولا نظيرله فى الشرع فكان ماذكرنا أولى لكونه مرادا وما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه كان يبيع ويفارقه خطوات خشية الترادة تأويل منه وتأويل الصحابى عندنا لا يكون حجة أو يجوز أن يكون فعل ذلك لقطع الاحتمال حتى لا يحتج عليه الآخر بذلك فيقطع الاحتمال بيقين احتياطا لئلا يحمله مخالفه عليه لا لان مذهبه كذلك بدليل أنه قال ما أدركت الصفقة حيا فهو من مال المبتاع أى اذا هلك بعدها وقال عليه السلام من ابتاع طعاما فلا يبعه حتى يقبضه من غير قيد به وأما قوله اذ هما متبايعان بعد البيع فقد ذكرنا أن الحقيقة فيه حالة البيع ولانه يحتمل أنه عليه السلام سماهما متبايعين لقربهما من البيع كما سمى العصير خمرا واسماعيل عليه السلام ذبيحا وانما كان له خيار القبول لانه لو لم يكن له الخيار لزم البيع من غير اختيار الآخر ولدخل فى ملكه وليس ذلك فى وسع الموجب وللموجب أن يرجع فى هذه الحالة لانه ليس فيه ابطال حق الغير بخلاف ما اذا قضى الاصيل الدين للكفيل قبل أن يقضى الكفيل أو دفع الزكاة الى الساعى قبل الحول حيث لا يكون لهما أن يرجعا فيه لان حق الكفيل

والفقير تعلق به على تقدير أن يقضى الدين وأن يتم الحول والنصاب تام فلا يملك ابطاله ‌ وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق كبعت أو اشتريت أو رضيت أو أعطيتك أو خذه بكذا والارسال والكتاب كالخطاب حتى يعتبر مجلس أدائهما وليس له أن يقبل بعض المبيع دون البعض وان فصل الثمن الا اذا كرر البائع لفظة بعت مع ذكر الثمن لكل واحد عند أبي حنيفة وعندهما الله ذلك ان فصل الثمن بان قال بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كل واحد منها بكذا بناء على أن البيع يتعدد بتكرار لفظة بعت عنده وعندهما بتفصيل الثمن وكذا ليس له أن يفرق في القبض عند اتحاد العقد بايفاء ثمن البعض أو ابرائه أو تأجيله ‌ قال رحمه الله (وبتعاط) أي يلزم بالتعاطي أيضا ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسا أو نفيسا وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شئ خسيس لجريان العادة ولا ينعقد في النفيس لعدمها والصحيح الاول لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ وقد وجد التراضي من الجانبين فوجب أن يجوز ثم اختلفوا فيما يتم به بيع التعاطي قيل يتم بالدفع من الجانبين وأشار محمد أنه يكتفي بتسليم المبيع ‌ قال رحمه الله (وأي قام عن المجلس قبل القبول بطل الايجاب) معناه اذا أوجب أحدهما البيع ثم قام أحدهما الموجب أو الآخر قبل القبول بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض والرجوع فيبطل به كسائر عقود المبادلة بخلاف الخلع والعتق على مال حيث لا يبطل بقيام الزوج والمولى لانه يمين من جهتهما والقبول شرط والايمان لا تبطل بالقيام وعند الشافعي رحمه الله خيار القبول لا يمتد الى آخر المجلس بل هو على الفور وانا أنه يحتاج الى التروي والفكر والتأمل فجعل ساعات المجلس كساعة واحدة اذ هو جامع للمتفرقات وبه يندفع الحرج وفيما قاله الشافعي رحمه الله حرج بين وهو منتف بالنص قال الله تعالى يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ‌ وقال عليه السلام يسروا ولا تعسروا ‌ قال (ولا بد من معرفة قدر ووصف ثمن غير مشار) لان

(قوله وينعقد بكل لفظ ينبئ عن التحقيق الخ) قال في الهداية البيع ينعقد بالايجاب والقبول اذا كانا بلفظ الماضي ‌ قال الاتقاني ثم اعلم أن اشتراط الايجاب والقبول بأن يكونا بلفظ الماضي اذا لم يوجد نية الحال من لفظ المستقبل فاذا وجدت تنعقد بلفظ المستقبل أيضا ألا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ثم عقد البيع تارة ينعقد بلفظين وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ فأما الذي ينعقد بلفظين نحو أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضي أو على الايجاب في الحال أما الماضي فنحو أن يقول البائع بعت منك هذا العبد بألف درهم فقال الآخر أخذت أو قبلت تم البيع ولو بدأ المشتري فقال اشتريت منك هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعت أو قال هولك تم البيع بينهما بلفظين وأما الايجاب فنحو أن يقول البائع أبيع منك هذا العبد بألف درهم وأراد به ايجاب البيع في الحال وقال المشتري قبلت أو اشتريت أو يقول المشتري أشتري منك هذه الجارية بألف درهم وأراد به الايجاب فقال البائع بعت تم البيع بينهما ‌ وأما الذي ينعقد بثلاثة ألفاظ نحو أن يكون لفظ أحدهما بلفظ الامر نحو أن يقول البائع للمشتري اشتر مني هذا العبد بألف درهم فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع ما لم يقل البائع بعت أو يقول المشتري للبائع بع مني هذا العبد بألف درهم فقال بعت فلا يتم البيع بينهما ما لم يقل المشتري اشتريت أو يقول البائع للمشتري اشتريت مني هذا العبد ‌ (٤) ‌ بألف درهم على سبيل السؤال فقال المشتري اشتريت فلا يتم البيع ما لم يقل البائع بعت أو يقول المشتري للبائع أتبيع مني هذا العبد بألف درهم فقال البائع بعت فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري ثانيا اشتريت الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي (قوله أو خذه بكذا) قال الكمال وكذا لفظ خذه بكذا ينعقد به اذا قبل بأن قال أخذته ونحوه لانه وان كان مستقبلا لكن خصوص مادته أعني الامر بالاخذ يستدعي سابقة البيع فكان كالماضي الا أن استدعاء الماضي سبق البيع بحسب الوضع واستدعاء خذه سبقه بطريق الاقتضاء فهو كما اذا قال بعتك عبدي هذا بألف فقال فهو حر عتق ويثبت اشتريت اقتضاء بخلاف ما لو قال هو حر بلا فاء لا يعتق اه كمال (قوله حتى يعتبر مجلس ‌ ‌ بلوغهما أدائهما) أي ويصح رجوعه عن ذلك بعدما كتب وبعدما أرسل قبل قبول الآخر سواء علم الرسول أو لم يعلم بخلاف ما اذا عزل الوكيل بغير علمه فانه لا ينعزل ‌ اه غاية ‌ (قوله يلزم بالتعاطي) أي وهو الاخذ والاعطاء اه (قوله ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيسا أو نفيسا) قيل النفيس نصاب السرقة فصاعدا والخسيس ما دونه ‌ اه ‌ فتح (قوله وزعم الكرخي أنه ينعقد به في شئ خسيس) قال الكمال وأراد بالخسيس الاشياء المحقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحسانا للعادة قال أبو معاذ رأيت سفيان الثوري جاء الى صاحب الرمان فوضع عنده فلسا وأخذ رمانة ولم يتكلم ومضى ‌ اه ‌ فتح ‌ (قوله لان القيام دليل الاعراض) قال الكمال الا أن للمجلس أثرا في جمع المتفرقات وبالقيام لا يبقى المجلس ‌ اه ‌ وكتب على قوله لان القيام دليل الاعراض ما نصه ‌ قال الكمال رحمه الله وله أن يقبل ما دام المجلس قائما فان لم يقبل حتى اختلف المجلس لا ينعقد واختلافه بما يدل على الاعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه أما لو قام أحدهما ولم يذهب فظاهر الهداية وعليه مشى جمع أنه لا يصح القبول بعد ذلك واليه ذهب قاضيخان حيث قال فان قام أحدهما بطل الايجاب لان القيام دليل الاعراض وقال شيخ الاسلام في شرح الجامع اذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثم قبل المشتري صح واليه أشير في جمع التفاريق اه

جهالتهما تفضي الى النزاع المانع من التسليم والتسلم فيخلو العقد عن الفائدة وكل جهالة تفضي اليه يكون مفسدا قال (لا مشار) أي لا يحتاج الى معرفة القدر والوصف في المشار اليه من الثمن أو المبيع لان الاشارة أبلغ أسباب التعريف وجهالة وصفه وقدره بعد ذلك لا تفضي الى المنازعة فلا يمنع الجواز لان العوضين حاضران بخلاف الربوي اذا بيع بجنسه حيث لا يجوز جزافا لاحتمال الربا وبخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز اذا كان من المقدرات الا أن يكون معروف القدر عند أبي حنيفة على ما يجيء بيانه في موضعه قال (وصح بثمن حال وبأجل معلوم) معناه اذا بيع بخلاف جنسه ولم يجمعهما قدر لقوله تعالى وأحل الله البيع من غير فصل وعنه عليه السلام أنه اشترى من يهودي الى أجل ورهنه درعه ولا بد أن يكون الاجل معلوما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة قال (ومطلقه على النقد الغالب) أي مطلق الثمن يقع على غالب نقد البلد ومراده من الاطلاق هنا أن يكون مطلقا عن قيد البلد وعن قيد وصف الثمن بعد أن سمى قدره بأن قال عشرة دراهم مثلا فاذا كان كذلك ينصرف الى المتعامل به في بلده لان المعلوم بالعرف كالمعلوم بالنص لاسيما اذا كان فيه تصحيح تصرفه قال (وان اختلفت النقود فسد ان لم يبين) وهذا اذا كان الكل في الرواج سواء وفي المالية مختلفة لان مثل هذه الجهالة مفضية الى المنازعة فتفسد الى أن ترفع بالبيان فان كانت في الرواج مختلفة ينصرف الى غالب نقد البلد على ما بينا وان كانت في المالية سواء جاز البيع كيفما كان غير أنه ان كان أحدهما أروج انصرف اليه لما ذكرنا وان كانت في الرواج سواء كالاحادي والثنائي والثلاثي جاز لان مالية كل واحد سواء غير أن الاول كل واحد منه درهم والثاني كل اثنين منه درهم والثالث كل ثلاثة منه درهم ونظيره الكاملي والعادلي والظاهري والمنصوري والناصري اليوم بمصر فاذا اشترى بدراهم معلومة فأعطى من أيها شاء جاز لانه لا منازعة فيها ولا اختلاف في المالية قال (ويباع الطعام كيلا وجزافا) لانه بكل واحد منهما يصير معلوما أما المكايلة فظاهر وأما الجزاف فلما بينا في المشار اليه ومراده بالجزاف اذا باعه بخلاف جنسه ولم يكن رأس مال السلم على ما بيناه في المشار اليه وبجنسه لا يجوز الا اذا كان قليلا وهو ما دون نصف الصاع قال (وباناء أو حجر بعينه لا يعرف قدره) لان هذه الجهالة لا تفضي الى المنازعة وهي المانعة لا مجرد الجهالة فصار كالمجازفة وكبيع شيء لا يعرف وصفه بالاشارة ولا يتوهم هلاكه قبل التسليم لان تسليمه يجب في المجلس بخلاف السلم لان التسليم فيه متأخر الى حلول الاجل فيحتمل هلاكه والاحتمال فيه ملحق بالحقيقة وهذا اذا كان الاناء لا ينكبس بالتكبيس ولا ينقبض ولا ينبسط كالقصعة والخزف وأما اذا كان ينكبس كالزنبيل والقفة فلا يجوز الا في قرب الماء استحسانا للتعامل فيه روي ذلك عن أبي يوسف رحمه الله وكذا اذا كان الحجر يتفتت وكذا اذا باعه بوزن شيء يخف اذا جف كالخيار والبطيخ وعن أبي حنيفة وأبي يوسف لا يجوز بوزن حجر ولا باناء لا يعرف مقداره لان هذا جزاف وشرط جواز الجزاف أن يكون مميزا مشارا اليه ولو كاله به ورضي المشتري به جاز لانه صار مميزا مشارا اليه وان باعه بعد ذلك قبل أن يعيد الكيل جاز لانه اشتراه مجازفة فكان المستحق هو المشار اليه قال (ومن باع صبرة كل صاع بدرهم صح في صاع) وهذا عند أبي حنيفة وقالا جاز في الكل لان المبيع معلوم بالاشارة لان المشار اليه لا يحتاج الى معرفة مقداره لجواز البيع وجهالة الثمن بأيديهما رفعها فيجوز كما لو باع عبدا من عبدين على أن يأخذ أيهما شاء بخلاف ما اذا آجر داره كل شهر بدرهم حيث لا يجوز الا في شهر واحد لان الشهور لا نهاية لها فلا يمكن ازالة الجهالة فيها فيصرف الى الاقل كما اذا قال لفلان علي كل درهم يلزمه درهم واحد بخلاف ما اذا قال كل امرأة أتزوجها طالق حيث ينصرف الى الكل لعدم افضائه الى المنازعة ولابي حنيفة أن الثمن مجهول وذلك مفسد غير أن الاقل معلوم فيصح فيه للتيقن به وما عداه مجهول فيفسد كما اذا باع الثوب برقمه بخلاف ما استشهدا به لان الرافع للجهالة هنا وهو الكيل متأخر عن العقد وفي تلك مقارن لان اختياره موجود حالة

(قوله تكون مفسدة) الذي بخط الشارح يكون مفسدا اه وكتب على قوله تكون مفسدة ما نصه كما في السلم فان معرفة قدر المسلم فيه شرط لجواز العقد والحاصل أن الاعراض اذا كانت غير مشار اليها سواء كان ثمنا أو مثمنا يشترط فيها معرفة المقدار في المبيع ومعرفة مقدار الثمن ووصفه اه عيني (قوله في المتن لا مشار) بالرفع كما اقتضاه صنيع العيني في شرحه اه وكتب على قوله لا مشار ما نصه لا يشترط معرفة قدر ووصف مشار فحذف المضاف وأقام مشارا مقامه اه (قوله والناصري) مات الناصري محمد بن قلاوون سنة سبعمائة واحدى وأربعين ومات الشارح رحمه الله سنة سبعمائة وثلاثة وأربعين اه (قوله في المتن ويباع الطعام كيلا) أي من جهة الكيل اه عيني (قوله وأما الجزاف فلما بيناه) أي من أنه بالاشارة ترتفع الجهالة اه (قوله في المتن ومن باع صبرة) هي اسم لكوم من الحب اه عيني (قوله في المتن كل صاع) بالنصب بدل من صبرة اه (قوله لان المبيع معلوم بالاشارة) أي الى الجملة والثمن معلوم بالعد وبه قالت الثلاثة اه عيني

(قوله وله الخيار فيهما) اما قبل التسمية والكيل ففي صاع وأما بعدهما ففي الكل اه عيني (قوله في المتن ولو باع ثلة) بفتح الثاء المثلثة وتشديد اللام وهي القطيع من الغنم اه عيني (قوله في المتن ولو سمى الكل صح) أي بأن قال مائة شاة بمائة درهم أو مائة ذراع بمائة اه عيني (قوله أخذ الموجود بحصته) (٦) أي لان الثمن ينقسم بالاجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلا أو موزونا اه كمال

التبايع ثم اذا جاز في قفيز واحد عنده يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه ولو كاله في المجلس جاز بالاجماع لزوال المانع قبل تقرر الفساد وكذا اذا سمى جملة القفزان وله الخيار فيهما لانه علم في ذلك الوقت فصار كما لو ظهر له بالايجاب وكما لو اشترى ما لم يره فرآه وان افترقا قبل أن يعرف فسد فلا ينقلب صحيحا بعد المجلس بخلاف ما اذا شرط الخيار أربعة أيام حيث يعود صحيحا بازالة المفسد بعد الافتراق لان المفسد فيه لم يتمكن في صلب العقد بل باعتبار اليوم الرابع فيعود صحيحا قبل مجيئه وهنا تمكن فيه فيتقيد بالمجلس قال رحمه الله (ولو باع ثلة) أي جماعة ومراده من الغنم (أو ثوبا كل شاة بدرهم أو كل ذراع بدرهم فسد في الكل) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز في الكل لما ذكرنا أن رفع هذه الجهالة بأيديهما والمال أن لها نهاية وله ما ذكرنا من الجهالة الا أن الواحد متيقن به فينصرف اليه غير أن أفراد الشياه متفاوتة فلا يجوز بيع واحد منها فيفسد وقطع ذراع من ثوب يكون ضررا على الباقي فلا يجوز كما لو باع جذعا من سقف وعلى هذا كل عددي متفاوت قال (ولو سمى الكل صح في الكل) يعني لو سمى جملته في العقد جاز في الكل في الفصلين في فصل الصبرة وفي فصل الشياه ونحوه لزوال المانع وكذا اذا سمى بعد العقد في المجلس لما ذكرنا وهو يتأتى على قوله وعلى قولهما لا يتأتى لجوازه بدونه قال (ولو نقص كيل أخذ بحصته أو فسخ وان زاد فللبائع) يعني لو باع صبرة وسمى جملتها بأن قال بعتكها على أنها مائة قفيز بمائة درهم ثم وجدها ناقصة أخذ الموجود بحصته الى آخره لانها من المقدرات فيتعلق العقد بقدرها وان لم يسم قسط كل قفيز فاذا تعلق بقدرها فان وجدها ناقصة فله الخيار ان شاء أخذها بحصتها وان شاء تركها لتفرق الصفقة عليه وان وجدها زائدة فالزائد للبائع لانه لم يدخل في البيع الا القدر المسمى فبقي على ملكه اذ القدر ليس بوصف قال (ولو نقص ذراع أخذ بكل الثمن أو ترك وان زاد فللمشتري ولا خيار للبائع) معناه اذا باع مذروعا وسمى جملة الذرعان ولم يسم لكل ذراع ثمنا ثم وجده ناقصا أخذه بكل الثمن وان شاء ترك الى آخر ما ذكر لان الذراع وصف للمذروع فلا ينقسم الثمن على الاوصاف فيكون كل الثمن مقابلا بالعين كلها بخلاف الاول غير أنه ان وجده ناقصا يثبت له الخيار لفوات وصف مرغوب فيه مشروط في العقد وان وجده زائدا فهو له بذلك الثمن لان الوصف لا يقابله شيء من الثمن ولا خيار للبائع كما اذا شرط معيبا فوجده سليما وبالعكس وهو ما اذا شرط سليما فوجده معيبا للمشتري الخيار والدليل على أنه وصف أنه عبارة عن الطول والعرض ويجوز للمشتري أن يبيعه بعد القبض قبل أن يذرعه ولو كان قدرا لما جاز لاحتمال أن يزيد فيكون للبائع كما في المكيل والموزون قال (ولو قال كل ذراع بكذا ونقص أخذه بحصته أو ترك وان زاد أخذ كله كل ذراع بكذا أو فسخ) معناه أنه اذا قال بعتكه على انه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم مثلا فوجده ناقصا فهو بالخيار ان شاء أخذه بحصته وان شاء تركه وان وجده زائدا أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ لان الذراع وان كان وصفا يصلح أن يكون أصلا لانه عين ينتفع به بانفراده فاذا سمى لكل ذراع ثمنا جعل أصلا والا فهو وصف فاذا صار أصلا فان وجده ناقصا أخذه بحصته ويثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه وان وجده زائدا فهو بالخيار أيضا ان شاء أخذه كله كل ذراع بدرهم وان شاء تركه لانه ان حصل له الزيادة في المبيع تلزمه الزيادة في الثمن فكان فيه نفع يشوبه ضرر فيخير وليس له أن يأخذ القدر المسمى ويترك الزائد لان التبعيض يضر البائع بخلاف الصبرة ألا ترى أنه لا يجوز أن يبيع بعض المذروع ابتداء وفي الصبرة يجوز لان ذلك

(قوله وان لم يسم الخ) قال الاتقاني واعلم أن المبيع اذا كان كيليا يتعلق العقد بما سمى من الكيل مثل أن قال بعت هذه الصبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم ولا يتفاوت الحكم بين أن يسمي لكل قفيز ثمنا بأن قال كل قفيز بكذا أو لم يسم فأوجد المسمى كما قدر فهو للمشتري بلا خيار اه (قوله فان وجدها ناقصة) أي عن المائة انتهى (قوله ان شاء أخذها بحصتها) أي من الثمن وطرح حصة النقصان لان القفزان لما كانت معقودا عليها انقسم الثمن عليها قال في شرح الطحاوي وكذلك هذا الحكم في جميع الكيليات وكذلك هذا الحكم في جميع الوزنيات التي ليس في تبعيضها مضرة انتهى اتقاني (قوله لتفرق الصفقة عليه) أي لان العقد ورد على جملة معلومة فاذا نقصت يلزم تفرق الصفقة لامحالة اه (قوله الا القدر المسمى) أي وهو مائة قفيز انتهى (قوله فبقي على ملكه) أي الزائد على المائة انتهى (قوله اذ القدر ليس بوصف) أي القدر الزائد ليس وصفا بل هو الاصل انتهى (قوله ولا خيار للبائع) اعلم أن الذرعيات يختلف الجواب فيها بين أن يسمى لكل ذراع ثمنا بأن قال كل ذراع بكذا وبين أن لا يسمى معلوم لم يكتب المحشي (قوله معناه اذا باع) أي ثوبا على انه عشرة أذرع بعشرة أو أرضا على أنها مائة ذراع بمائة انتهى غاية (قوله كما اذا شرط معيبا فوجده سليما) أي كما اذا باع عبدا على انه أعمى فوجده المشتري بصيرا حيث لا خيار اه اتقاني (قوله أخذ بحصته أو ترك) أي لفوات الوصف المرغوب فيه اه عيني (قوله وان وجده زائدا أخذه كله كل ذراع بدرهم أو فسخ)

وأصل هذا أن الذراع في المذروعات وصف لانه عبارة عن طول فيه لكنه وصف يستلزم زيادة أجزاء فان لم يفرد بثمن كان تابعا محضا فلا يقابل بشئ من الثمن وذلك فيما اذا قال على انها مائة بمائة ولم يرد على ذلك واذا كان تابعا محضا في هذه الصورة والتوابع لا يقابلها شئ من الثمن كأطراف الحيوان حتى ان من اشترى جارية فاعورت في يد البائع قبل التسليم لا ينقص شئ من الثمن أو اعورت عند المشترى جاز له أن يرابح على ثمنها بلا بيان فعليه تمام الثمن في صورة النقص وانما يتخير لفوات الوصف المشروط المرغوب فيه كما اذا اشتراه على أنه كاتب فوجده لا يحسن الكتابة وله الزيادة في صورة الزيادة كما اذا باعه على أنه معيب فوجده سليما هذا ان لم يفرد بالثمن فان أفرد بالثمن وهو اذا قال على أنها مائة بمائة كل ذراع بدرهم صار أصلا وارتفع عن التبعية فنزل كل ذراع بمنزلة ثوب ولو باعه هذه الرزمة من الثياب على أنها مائة ثوب كل ثوب بدرهم فوجدها ناقصة يخير بين أن يأخذ الأثواب الموجودة بحصتها من الثمن وبين أن يفسخ لتفرق الصفقة فكذا اذا وجد الذرعان ناقصة في هذه الصورة وهذا لانه لو أخذها بكل الثمن لم يمكن أخذ كل ذراع بدرهم ولو وجدها زائدة لم تسلم له الزيادة لصيرورته أصلا كما لم يسلم له الثوب المفرد فيما اذا زاد عدد الثياب على المشروط وان كان بينهما فرق فان عدد الثياب اذا زاد فسد البيع للزوم جهالة المبيع لان المنازعة تجرى في تعيين الثوب الذى يرد الى البائع بسبب أنه أصل من كل وجه ليفسد فيثبت له الخيار بين أن يأخذ الزائد بحصته وبين أن يفسخ لانه وان صح له أخذ الزائد لكنه يضرر بلحقه وهو زيادة الثمن ولم يكن يلتزم هذه الزيادة بعقد البيع فكان له الخيار واذا ظهر أنهم اعتبروا الطول وصفا تارة وأصلا أخرى ولم يعتبروا القدر في المثليات الا أصلا دائما مع أن الطول والعرض أيضا يرجع الى القدر ويمكن أن يجعل القدر وصفا احتيج الى الفرق فقيل لان المثل لا ينقص قيمته بنقصان القدر فان الصبرة الكائنة مائة قفيز لو صارت قفيزين (٧) في الغلاء لم تنقص قيمة القفيز بخلاف

معلوم ولما كان الذراع يصلح أن يكون أصلا اعتبر أصلا في حق انقسام الثمن على الذرعان وبقى وصفا في حق غيره من الاحكام كدخول الفاضل في المبيع وان سمى لكل ذراع ثمنا قال (وفسد بيع عشرة أذرع من دار لا أسهم) أى لا يفسد بيع عشرة أسهم من دار وهذا مشكل فانه لو باع عشرة أسهم من دار وغيرها ولم يقل من مائة سهم ونحوه يفسد لانه مجهول لا تعرف نسبته الى جميع الدار بخلاف ما اذا قال عشرة أسهم من مائة سهم أو من ثلاثين مثلا حيث يجوز لانه معلوم عشر أو ثلث ولعل الشيخ قصد هذا ولكن اجحافه في الاختصار أداه اليه وقوله وفسد بيع عشرة أذرع من دار هو قول أبي حنيفة رحمه الله واختلف المشايخ على قولهما فمنهم من قال لا يجوز عندهما للجهالة بمنزلة ما لو اشترى سهما منها أو عشرة أسهم منها ولم يقل من كذا سهما ومنهم من قال يجوز لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع فتعرف فلا تفضى الى المنازعة بخلاف ما لو اشترى سهما منها أو عشرة أسهم اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع فسد عنده وعندهما يجوز اذا كانت الدار مائة ذراع

الثوب والارض ألا ترى أن الثوب الذى عادته عشرة وهو قدر ما يفصل قباء أو فرجية كان بثمن اذا قسم على أجزائه يصيب كل ذراع منه مقدار ولو أفرد الذراع وبيع بمفرده لم يساو في الاسواق ذلك المقدار بأقل منه بكثير وذلك لانه لا يفيد الغرض الذى يصنع بالثوب الكامل فعلمنا أن كل جزء منه لم يعتبر كثوب كامل مفرد اه فتح (قوله ومنهم من قال يجوز) أى عندهما وهو الاصح انتهى ابن فرشتا (قوله لان هذه الجهالة يمكن رفعها بالذرع) أى بان يذرع جميع الدار فيعرف أن المبيع عشرها أو خمسها انتهى (قوله بخلاف ما لو اشترى سهما منها أو عشرة) أى ولم يقل من كذا سهما انتهى اتقانى (قوله اذ لا يمكن رفع الجهالة فيه) أى فكانت مفسدة للعقد اه اتقانى (قوله ولو باع عشرة أذرع من مائة ذراع) قال الكمال رحمه الله قوله ومن باع عشرة أذرع من مائة ذراع من دار أو حمام فالبيع فاسد عند أبي حنيفة وقالا هو جائز وبه قال الشافعي وان اشترى عشرة أسهم من مائة سهم جاز في قولهم جميعا ومبنى الخلاف على أن المؤدى من بيع عشرة أذرع من مائة ذراع معين أو شائع فعندهما شائع كأنه باع عشر مائة وبيع الشائع جائز اتفاقا كما في بيع عشرة أسهم من مائة سهم وعنده مؤداه قدر معين والجوانب مختلفة الحدود فتقع المنازعة في تعيين مكان العشرة فيفسد البيع فلو اتفقوا على أن مؤدى عشرة أذرع من مائة من هذه الدار شائع لم يختلفوا ولو اتفقوا على أنه متعين لم يختلفوا فهو نظير اختلافهم في نكاح الصابئة مبنى على أنهم يعبدون الكواكب ولا كتاب لهم أو لهم كتاب فلو اتفقوا على الثانى اتفقوا على جوازه أو على الاول اتفقوا على عدم الجواز فالشأن في ترجيح المبنى انتهى (قوله اذا كانت الدار الخ) قال الاتقانى معنى قوله وقالا هو جائز اذا كانت الدار كلها مائة ذراع هكذا ذكر الصدر الشهيد والامام الزاهد العتابى في شرحيهما ويفهم هذا القيد من تعليلهما أيضا لان العشرة انما تكون عشر الدار اذا كان كلها مائة أما اذا كان أقل من ذلك أو أكثر فلا وجه قولهما أن بيع عشر الدار جائز بالاجماع والعشرة الاذرع من المائة عشر فجاز ولهذا يجوز بيع عشرة أسهم من مائة سهم منها اجماعا ووجه قول أبي حنيفة أن البيع وقع على قدر من الدار معين لا عن شائع وذلك القدر مجهول في نفسه لان موضعه لا يعلم أمن جانب شرقى هو أو من جانب غربى أو من غيرهما فيصير هو تابعا في الحقيقة عشرة أذرع عينا من الدار وتلك الاذرع مجهولة في نفسها فلا يصح بيع المجهول فصار كأنه

لانه عشرها فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم وله أن الذراع اسم لآلة يذرع بها واستعير لما يحله الذراع وهو معين لامشاع ثم لايعلم محله من أى الجوانب هو على التعيين فلا يجوز كما لو باع أحد العبدين بخلاف ما اذا باع عشرة أسهم من مائة سهم لانه شائع فلا يفضى الى المنازعة وذكر الخصاف أن الفساد عنده اذا لم يعلم جملة الذرعان وأما اذا علم جملتها فيجوز عنده فجعلها نظير بيع شياه من القطيع كل شاة بدينار فانه ان علم عددها جملة يجوز عنده والا فلا والصحيح أنه لايجوز عنده مطلقا لما ذكرنا قال (وان اشترى عدلا على انه عشرة أثواب فنقص أو زاد فسد) يعنى اذا اشتراه بعشرة دنانير مثلا ولم يبين ثمن كل ثوب ثم اذا وجده ناقصا أو زائدا فسد البيع لجهالة المبيع فى الزيادة لانه يحتاج الى أن يرد الثوب الزائد فيتنازعان فى المردود ولجهالة الثمن فى فصل النقصان لانه يحتاج الى أن يسقط حصة ثمن المعدوم وهو مجهول فيؤدى الى النزاع قال (ولو بين ثمن كل ثوب ونقص صح بقدره وخير وان زاد فسد) لانه اذا كان زائدا تبقى الجهالة فى المردود فيؤدى الى المنازعة وفى فصل النقصان ثمن كل واحد من الثياب معلوم فالموجود يصح فيه البيع ويبطل فى المعدوم وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه يفسد فى فصل النقصان أيضا لانه جمع بين معدوم وموجود فى صفقة واحدة فصار قبول العقد فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود فكان فاسدا كما لو جمع بين حر وعبد وبين ثمن كل واحد منهما أو باع ثوبين على أنهما هرويان وبين ثمن كل واحد منهما فاذا أحدهما مروى فان العقد عنده فاسد فى الصورتين فكذا هذا وعندهما جائز فكذا هذا بناء على أن البيع يتعدد بتفصيل الثمن عندهما وعنده يتعدد لفظة البيع والصحيح أنه يجوز فى فصل النقصان لانه لم يجعل قبول العقد فى المعدوم شرطا لقبوله فى الموجود بل قصد بيع الموجود الا أنه غلط فى العدد بخلاف المستشهد به فانه قصد الايجاب فيهما فجعل قبول العقد فى كل واحد منهما شرطا لقبوله فى الآخر وهو شرط فاسد يحققه أن الشيئين الموصوفين بوصف اذا دخلا فى عقد واحد كان قبول كل واحد منهما شرطا لصحة العقد فى الآخر بذلك الوصف اذ ليس للمشترى أن يقبل العقد فى أحدهما دون الآخر فاذا انعدم ذلك الوصف فى أحدهما كان ذلك شرطا فاسدا فى الآخر فبالنظر الى وجود ذلك الشئ كان شرطا و بالنظر الى انعدام ذلك الوصف كان فاسدا وأما اذا كان أحدهما معدوما بذاته ووصفه لم يكن داخلا فى العقد حتى يكون قبوله شرطا لصحة العقد فى الآخر لانه معدوم فلا يتصور فيه القبول بل هو غلط محض قال (ومن اشترى ثوبا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم أخذه بعشرة فى عشرة ونصف بلا خيار و بتسعة فى تسعة ونصف بخيار) معناه اذا اشترى ثوبا واحدا على أنه عشرة أذرع كل ذراع بدرهم فاذا هو عشرة ونصف أو تسعة ونصف يأخذه فى الوجه الاول بعشرة من غير خيار وفى الوجه الثانى يأخذه بتسعة ان شاء وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يأخذه فى الاول بأحد عشر وفى الثانى يأخذه بعشرة ويخير فى الوجهين وقال محمد رحمه الله يأخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الوجه الثانى بعشرة الا نصفا ويخير فيهما لانه لما سمى لكل ذراع ثمنا على حدة التحق بالقدر ومن ضرورته مقابلة الذراع بالدرهم مقابلة النصف بالنصف

باع بيتا من بيوت الدار ولم يعين البيت أو باع قسما من الاقسام من الدار المقسومة على ثلاث وهذا لان القسم ليس باسم للشائع بل هو اسم لجزء مقدر معين لكنه لما كان مجهولا فى نفسه لجهالة موضعه لم يجز البيع بخلاف عشر الدار أو بيع عشرة أسهم من مائة سهم من الدار لان العشر اسم آخر لشائع معلوم فى نفسه وكذلك عشرة أسهم من مائة سهم فانها عشر أيضا والسهم لايشبه الذراع ألا ترى أن ذراعا من مائة ذراع مثل ذراع من عشرة فظهر الفرق وبيان ما قلنا أن البيع وقع على قدر معين من الدار لا على شائع اذ الذراع فى الاصل اسم لخشبة يذرع بها الممسوح وليست هى بمرادة (٨) من البيع بل المراد ما يحله الذراع ويجاوره مجازا باطلاق اسم الحال على المحل وما يحله الذراع معين لاشائع لان الشائع لا يتصور أن يذرع فلم يصلح أن يستعار الذراع للشائع لان الشائع ليس بمحل للذراع فلما أريد من الذراع ما يحله وهو معين لكنه مجهول الموضع بطل العقد وقولهما استحسان وقول أبى حنيفة قياس اه (قوله فأشبه عشرة أسهم من مائة سهم) وبه قالت الثلاثة اه (قوله فى المتن وان اشترى عدلا) صورتها ان يقول بعتك ما فى هذا العدل على أنه عشرة أثواب بمائة درهم مثلا ولم يفصل لكل ثوب ثمنا بل قابل المجموع بالمجموع فاذا هو تسعة أو أحد عشر فسد البيع اه فتح (قوله لانه جمع بين معدوم وموجود) أى ولم يجز فى المعدوم فتعدى الى الموجود اه اتقانى (قوله يأخذه فى الوجه الاول) أى وسلم له النصف مجانا اه (قوله وفى الوجه الثانى يأخذه بعشرة) فابو يوسف جعل نصف ذراع بمنزلة ذراع كامل فلهذا يأخذه فى الاول بأحد عشر وفى الثانى بعشرة اه (قوله وقال محمد يأخذه فى الاول بعشرة ونصف الخ) قال الاتقانى رحمه الله تعالى وعند محمد رحمه الله يأخذه فى الاول بعشرة ونصف وفى الثانى بتسعة ونصف وله الخيار فى الوجهين أيضا اعتبارا للجزء بالكل لان كل ذراع اذا قوبل بدرهم يكون كل نصف ذراع مقابلا بنصف درهم لامحالة وهذا ظاهر ثم اذا زاد الذراع الكامل يأخذه بأحد عشر فينبغى أن يأخذ بعشرة ونصف اذا زاد نصف ذراع لكن للمشترى الخيار فى الوجهين ففى الزيادة لانه نفع يشوبه ضرر وفى النقصان لتفرق الصفقة عليه وجه قول ابى يوسف أن كل ذراع لما أفرد بذكر بدل كان كل ذراع كثوب بيع على أنه ذراع فاذا انتقص

الثوب من الذراع لم ينتقص شئ من الثمن وللمشترى الخيار فكذا هذا لكن الخيار فى الزيادة لانه نفع يشوبه مضرة وفى النقصان لفوات الوصف المرغوب فيه ووجه قول أبى حنيفة أن الذراع يعتبر وصفا فى الاصل وانما أخذ حكم الاصل اذا وجد الشرط ثم الشرط وجد فى الذراع لا فيما دونها فكان الحكم فيما دون الذراع باقيا على الاصل فكان وصفا والوصف لا يقابله شئ من الثمن لكن ليس له الخيار فى صورة الزيادة لان العشرة والنصف بمنزلة العشرة الجيدة فاذا اشترى شيأ على أنه معيب فوجده سليما يأخذه بلا خيار فكذا هنا وفى صورة النقصان يأخذه بتسعة ان شاء لان النصف الزائد على التسعة بمنزلة الوصف فلا يقابله شئ من الثمن لكن له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه وهو النصف الناقص عن العشرة وبقول محمد نأخذ اهـ قال الكمال رحمه الله ثم من الشارحين من اختار قول محمد وفى الذخيرة قول أبى حنيفة أصح وذكر حاصل الوجه المذكور له وفى قوله مقيد بكونه ذراعا اشارة الى الجواب عن قول محمد أنه ينقسم أجزاء الدرهم على أجزاء الذراع فقال هذا اذا كان تمام الذراع موجودا والموجود هنا بعضه وبعضه ليس كله فكان للبعض منه حكم الوصف لانعدام المقابل به اهـ (قوله قيل هذا الاختلاف الخ) قال الاتقانى قال الزاهد العتابى رحمه الله فى شرح الجامع الصغير قال مشايخنا هذا فى الثوب الذى يتعيب بقطع بعضه كالقميص والسراويل والعمامة ونحوها فأما اذا كان كرباسا لا يضره القطع فاشتراه على أنه عشرة أذرع فوجده احدى عشرة لا تسلم له الزيادة بل ترد على البائع كما فى المكيلات والموزونات وعلى هذا قالوا لو باع ذراعا من هذا الكرباس يجوز كما لو باع قفيزا من صبرة يجوز لان القطع والتمييز لا يضر بالباقى ولو باع ذراعا من هذا القميص أو من هذه العمامة لا يجوز لان القطع

بالنقص كالمكيل وانما يخير لانه فى الوجه الاول ازداد عليه الثمن بزيادة نصف ذراع وفى الوجه الثانى انتقص الثوب عما شرط فيخير كيلا يتضرر ولابى يوسف أنه لما قابل كل ذراع بدرهم صار كل ذراع كثوب على حدة بيع على أنه ذراع بدرهم فاذا وجده ناقصا لا يسقط شئ لما ذكرنا أنه وصف وتغير الاوصاف لا يوجب سقوط شئ من الثمن ثم يخير فيهما لانه ازداد الثمن عليه فيما اذا وجده زائدا وانتقص المبيع فى الآخر فلم يتم رضاه به ولابى حنيفة رحمه الله أن الذراع فيه وصف فى الاصل وانما أخذ حكم المقدار بالشرط وهو مقيد بالذراع وبكونه مقابلا بالدراهم فعند عدمهما عاد الحكم الى الاصل ثم لا يخير فى فصل الزيادة لانه مخالفة الى خير وفى النقصان يخير لفوات الوصف المرغوب فيه قيل هذا الاختلاف فى ثياب يضرها القطع أو تتفاوت جوانبها كالعمائم والقمصان والاقبية وأما الثياب التى لا تتفاوت جوانبها كالبطائن ونحوها فلا تسلم له الزيادة لانه اذا كان بهذه الصفة فهو بمنزلة المكيل والموزون وعلى هذا يجوز بيع ذراع منه كبيع قفيز من صبرة اذ لا يضره التبعيض

(فصل) قال (يدخل البناء والمفاتيح فى بيع الدار والشجر فى بيع الارض بلا ذكر) لان اسم الدار للعرصة فى الاصل وفى العرف يتناول البناء تبعا لكونه متصلا بها اتصال قرار وكذا الشجر متصل بالارض للقرار فيدخل فى بيعها تبعا لها واختلفوا فى شجر غير مثمر وفى شجر صغير قيل لا يدخلان لان غير المثمرة تقلع للحطب والخشب لا يبقى عليها والصغيرة تنقل من مكانها فصارا كالزرع وقيل يدخلان فيه لان نهايتهما اليبس

يضره فصار كما لو باع جذعا فى السقف أو حلية فى السيف لا يجوز لما قلنا كذا هنا الا اذا قطعه وسلمه وقبل المشترى فحينئذ يجوز بطريق الابتداء الى هنا لفظ كتاب العتابى اهـ (قوله فلا يسلم له الزيادة) أى لا يطيب للمشترى ما زاد على المشروط اهـ هداية

(فصل) لما ذكر قبل هذا ما ينعقد به البيع وما لا ينعقد مع لواحقهما شرع يبين فى هذا الفصل ما يدخل تحت البيع من غير ذكر وما لا يدخل واستتبع ما يخرج بالاستثناء وغير ذلك اهـ ملخصا من الاتقانى والكمال (قوله وفى العرف يتناول البناء) قال الاتقانى وذلك لان اسم الدار فى العرف يتناول البناء والعرصة جميعا فيدخل البناء كالعرصة والمطلق من الالفاظ ينصرف الى المتفاهم فى العرف ولا يفهم فى العرف من بيع الدار بيع عرصتها الا بنائها بل بيعهما جميعا قال الكمال واستدل المصنف على دخول البناء بان اسم الدار يتناول العرصة والبناء وبأنه متصل بها اتصال قرار واستشكل الاول بمسئلة ما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعد ما انهدمت يحنث فلو كان من مسمى لفظ الدار لم يحنث وهذا لو أبطل التعليل الاول لا يضر بالمقصود من الحكم لثبوت العلة الاخرى ثم أجيب بان البناء وصف فيها وهو لغو فى المعينة فكانه حلف على نفى الدخول فى هذا المكان وتحقيقه أنه حلف لا يدخل هذه التى تسمى الآن دارا فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها دارا وقت الدخول وتدخل البئر الكائنة فى الدار وان كان عليها بكرة تدخل ولا يدخل الدلو والحبل المعلقان عليها الا ان كان قال بمرافقها ويدخل البستان الذى فى الدار صغيرا كان أو كبيرا وان كان خارج الدار لا يدخل وان كان له باب فى الدار قاله أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر ان كان أصغر من الدار ومفتحه فيها يدخل وان كان أكبر أو مثلها لا يدخل وقيل ان صغر دخل والا لا وقيل يحكم الثمن اهـ (قوله واختلفوا فى شجر غير مثمر) قال الكمال رحمه الله ولم يفصل محمد بين الشجرة المثمرة وغير المثمرة ولا بين الصغيرة والكبيرة فكان الحق دخول الكل ثم قال نعم الشجرة اليابسة لا تدخل لانها على شرف القطع فهى كحطب موضوع فيها اهـ

لهاحد معلوم بخلاف الزرع والمراد بالمفاتيح اذا كان غلقها متصلا بالدار مركبة فيها مثل الكيلون والضبة لانها تدخل فى البيع حينئذ تبعا لها فيدخل المفاتيح تبعا للاغلاق اذ لا ينتفع بكل واحد منهما بدون الآخر وان لم يكن الغلق مركبا فيها كالقفل لا يدخل الغلق لعدم الاتصال ولا المفتاح لانه فى القياس لا يدخل أصلا الا أنا استحسنا ذلك فيما اذا دخل الغلق تبعا له فاذا لم يدخل بقى على أصل القياس ثم الاصل فى جنس هذه المسائل أن الشئ اذا كان متصلا بالمبيع اتصال قرار دخل فى المبيع تبعا والا فلا الا اذا جرى العرف بالدخول فيه كالمفتاح والسلم المتصل بالبناء يدخل ولو كان من خشب وغير المتصل لا يدخل والسرير كالسلم هكذا ذكره فى الكافى وهنا فى عرفهم وفى عرف أهل مصر ينبغى أن يدخل السلم وان كان منفصلا والظلة لا تدخل فى بيع الدار عند أبى حنيفة وعندهما تدخل اذا كان مفتحها من داخل وثياب الغلام والجارية تدخل فى البيع من غير شرط للعرف الا أن تكون ثيابا مرتفعة تلبس للعرض فلا تدخل الا بالشرط لعدم العرف اذ العرف فى ثياب البذلة والمهنة ثم البائع بالخيار ان شاء أعطى الذى عليه وان شاء أعطى غيره لان الداخل بحكم العرف كسوة مثلها لا بعينها ولهذا لم يكن لها حصة من الثمن حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ وكذا اذا وجد بها عيبا ليس له أن يردها ولو وجد بالجارية عيبا كان له أن يردها بدون تلك الثياب وخطام البعير والحبل المشدود فى عنق الحمار والعذار والبرذعة والاكاف يدخل للعرف بخلاف سرج الدابة ولجامها او الحبل المشدود على قرن البقر والجمل حيث لا يدخل الا بالشرط لعدم العرف الا أن يكون العرف بخلافه وفصيل الناقة وفلو الرمكة وجحش الاتان والعجول والجمل ان ذهب به مع الام الى موضع البيع دخل فيه للعرف والا فلا قال

(قوله فيدخل المفاتيح تبعا للاغلاق) والاغلاق جمع غلق بالتحريك وهو ما يغلق ويفتح بالمفتاح اهـ اتقانى (قوله كالمفتاح والسلم المتصل) قال الكمال فى المحيط الاصل أن كل ما كان فى الدار من البناء أو متصلا بالبناء تبع لها فيدخل فى بيعها كالسلم المتصل والسرر والدرج المتصلة والحجر الاسفل من الرحى ويدخل الحجر الاعلى عندنا استحسانا والمراد بالحجر الرحى المبنية فى الدار وهذا متعارف أما فى ديار مصر فلا تدخل رحى اليد لانها بحجريها تنقل وتحول ولا تبنى فهى كالباب الموضوع والباب الموضوع لا يدخل فى بيع الدار بالاتفاق نعم لو ادعاه أحدهما لنفسه بأن قال هذا ملكى وضعته فان كانت الدار فى يد البائع وادعاه المشترى لنفسه فالقول قول البائع وان كانت فى يد المشترى فالقول قول المشترى وفى المنتقى اشترى حائطا يدخل ما تحته من الارض وكذا ذكر فى التحفة من غير ذكر خلاف وفى المحيط جعله قول محمد بن الحسن وقول أبى يوسف لا يدخل وأما أساسه فقيل الظاهر من مذهبه أنه يدخل ولانه جزء الحائط حقيقة ويدخل فى بيع الحمام القدور دون قصاعه وأما قدر القصارين والصباغين وأجاجين الغسالين وخوابى الزياتين وحبابهم ودنانهم وجذع القصار الذى يدق عليه المثبت كل ذلك فى الارض فلا يدخل وان قال بحقوقها قلت ينبغى أن تدخل كما اذا قال بمرافقها وأما الطريق ونحوه فسيأتى فى باب الحقوق اهـ (قوله وان شاء أعطى غيره) أى من ثياب مثلها اهـ (قوله حتى لو استحق ثوب منها لا يرجع على البائع بشئ) هذا اذا استحقت قبل القبض أما اذا استحقت بعد القبض فانه يرجع بحصتها من الثمن اهـ عمادية فى خمسة وعشرين (قوله وكذا اذا وجد بها عيبا) أى بالثياب اهـ (قوله ليس له أن يردها) أى ولا يرجع على البائع بشئ اهـ فتح (قوله له أن يردها بدون تلك الثياب) قال الكمال ولو هلكت الثياب عند المشترى أو تعيبت ثم رد الجارية بعيب ردها بجميع الثمن لانه لم يملك الثوب بالبيع فلا يكون له قسط من الثمن وعلى هذا ما ذكر فى الكافى من رجل له أرض وفيها نخل لغيره فباعهما رب الارض باذن الآخر بألف وقيمة كل منهما خمسمائة فالثمن بينهما نصفان لاستوائهما فيه فلو هلك النخل قبل القبض بآفة سماوية خير المشترى بين الترك وأخذ الارض بكل الثمن لان النخل دخل تبعا فلا يقابله شئ من الثمن ثم الثمن كله لصاحب الارض لانتقاض البيع فى حق النخل والثمن كله بمقابلة الاصل وهو له دون التبع اشترى دارا فوجد فى بعض جذوعها مالا ان قال البائع هو لى فهو له فيرد عليه لانها وصلت الى المشترى منه وان قال ليس لى كان كاللقطة ولو قال صاحب علو وسفل لآخر بعت منك علو هذا بكذا جاز ويكون سطح السفل لصاحب السفل وللمشترى حق القرار عليه اهـ (قوله والاكاف يدخل للعرف) قال الكمال ولم يذكر فى شئ من الكتب اذا باع فرسا وعليه سرج قيل لا يدخل الا بالتنصيص ويحكم الثمن ولو باع حمارا قال الشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل لا يدخل الاكاف بلا شرط ولا يستحق على البائع ولم يفصل بين ما اذا كان موكفا أو غير موكف فى فتاوى قاضيخان وهو الظاهر فالاكاف فيه كالسرج فى الفرس وقال غيره يدخل الاكاف والبرذعة تحت البيع وان كان غير موكف وقت البيع واذا دخلا بلا ذكر كان الكلام فيه ما قلنا فى ثوب العبد والجارية اهـ (قوله وفلو) الفلو المهر والجمع أفلاء كعدو وأعداء اهـ مغرب

(ولا

(قوله في المتن ولا يدخل الزرع) قال في كتاب الهبة من القنية الزرع يدخل في الرهن والاقرار والفيء بغير ذكر ولا يدخل في البيع والقسمة والوصية والاجارة والنكاح والوقف والهبة والصدقة وفي القضاء بالملك المطلق اهـ نقلا عن ركن الدين الصباغي وكتب على قوله ولا يدخل الزرع ما نصه قال الاتقاني قال في خلاصة الفتاوى والقطن كالزرع لا يدخل وأما أصل القطن اختلف المشايخ فيه والصحيح أنه لا يدخل أما الكراث اذا كان ظاهرا فلا يدخل وما كان مغيبا فالصحيح أنه يدخل اهـ (قوله ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) قال الكمال رحمه الله ولو كان على الشجر ثمار فشرطه المشتري له فأكله البائع سقطت حصتها من الثمن ثم يثبت الخيار للمشتري في الصحيح لتفرق الصفقة عليه عند أبي حنيفة رحمه الله بخلاف ما لو اشترى شاة بعشرة فولدت ولدا يساوي خمسة فأكله البائع قال أبو حنيفة رحمه الله تلزمه الشاة ولا خيار له والفرق غير خاف اهـ (قوله لانهما متصلان بهما للفصل) أي للفصل الآدمي اياه لا نتفاعه به فاندفع ما أورد عليه من بيع الجارية الحامل ونحو البقر الحامل فانه يدخل حملها في البيع مع أنه متصل للفصل بأن ذلك فصل الله تعالى وهذا المعنى متبادر فترك التقييد به وأيضا الام وما في بطنها مجانس متصل فيدخل باعتبار الجزئية بخلاف الزرع ليس مجانسا للارض فلا يمكن اعتبار الجزئية ليدخل بذكر الاصل اهـ فتح (قوله لانه جزء الجارية) أي حكما وحقيقة أما حكما فانه يعتق بعتق الام وأما حقيقة فانه يتغذى بغذاء الام وينتقل بانتقالها اهـ اتقاني (قوله ولا فرق بين ما اذا كان للثمر الخ) يتصل بقوله ولا يدخل الزرع في بيع الارض ولا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط اهـ انظر الى الحاشية التي عند قوله وعكس الثمار في الحكم اهـ وكتب على قوله ولا فرق بين ما الخ ما نصه وقال في شرح الطحاوي قال بعض مشايخنا انما يجوز بعد الطلوع اذا كان الثمر بحال ينتفع به بوجه من الوجوه واذا كان لا ينتفع به بوجه من الوجوه فلا يجوز الا أن هذا غير سديد لان محمدا ذكر في كتاب الزكاة في باب العشر لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها باذن البائع حتى أدرك فالعشر على المشتري فلو لم يكن الشراء جائزا حين طلع لما وجب عشره على المشتري الى هنا لفظ رواية شرح الطحاوي اهـ اتقاني (قوله فلا يدخل) أي انما لا يدخل قبل النبات وبعد التقوم أما اذا نبت ولم يصر متقوما يدخل قيل وكذا البذر العفن اهـ مجتبى (قوله لانه مودع فيها) أي وهذا باتفاق المشايخ اهـ اتقاني (قوله المجذوذ) تجوز روايته بدالين مهملتين أو معجمتين وكلاهما بمعنى وهو المقطوع والاول هو الاولى من حيث اللفظ لتناسب بينه وبين المحصود اهـ اتقاني (قوله وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق) قال الولوالجي في فتاواه رجل اشترى أرضا أو دارا لا يدخل الشرب والطريق الا بذكر الحقوق لانهما من الحقوق فلا يدخلان الا بذكر الحقوق وكذا في الاقرار والوصية والصلح وغيره ويدخلان في الاجارة والقسمة والرهن والصدقة الموقوفة وقال في خلاصة الفتاوى واذا لم يدخل في البيع قال في المنتقى للمشتري أن يرده يقول ظننت أن لي مفتحا الى الطريق الاعظم وفيهما رجل باع دارا وكان لها طريق قد سده صاحبها قبل ذلك وجعل لها طريقا غير ذلك ثم باعها بحقوقها لا يكون له الطريق الاول وله الطريق الثاني اهـ اتقاني رحمه الله

(ولا يدخل الزرع في بيع الارض بلا تسمية ولا الثمر في بيع الشجر الا بالشرط) لانهما متصلان بهما للفصل فصار كالمتاع الموضوع فيهما وقال عليه السلام من اشترى أرضا فيها نخل فالثمرة للبائع الا أن يشترطها المبتاع رواه أبو داود وغيره ولا يلزم عليه الحمل حيث يدخل في البيع تبعا وان كان للفصل لانه جزء الجارية فيكون تبعا لها ولانه لا يقدر على فصله الا الله تعالى فلا يعتبر منفصلا في أول الحال مع وجود الجزئية في الحال قال (ويقال للبائع اقطعها وسلم المبيع) لان ملك المشتري مشغول بملك البائع فكان عليه تفريغه وتسليمه كما اذا كان فيه متاع موضوع وقال الشافعي يترك حتى يظهر صلاح الثمر ويستحصد الزرع لان الواجب هو التسليم المعتاد وفي العادة لا يقطع كذلك فصار كما اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض زرع والحجة عليه ما بينا وفي الاجارة التسليم واجب أيضا حتى يترك بأجر وتسليم العوض كتسليم المعوض وانما لا يقلع منها الآن لان الاجارة للانتفاع وذلك بالترك دون القلع بخلاف الشراء لانه لملك الرقبة فلا يراعى فيه امكان الانتفاع ألا ترى أنه لو اشترى أرضا لا يكون له الطريق الا بالشرط وفي الاجارة يدخل من غير شرط لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان للثمر أو الزرع قيمة أو لم يكن لهما قيمة في الصحيح وتكون في الحالين للبائع لان بيعهما منفردا يجوز في الحالين في الاصح فكذا لا يدخلان في بيع الارض والشجر تبعا وأما اذا بذر في الارض ولم ينبت حتى باع الارض فلا يدخل لانه مودع فيها فصار كالمتاع الموضوع فيها ولا يدخل الزرع والثمر بذكر الحقوق والمرافق لانهما ليسا منها ولو قال بعتكها بكل قليل وكثير هو لها أو فيها أو منها أو من حقوقها أو من مرافقها لا يدخلان لما ذكرنا وان لم يقل من حقوقها أو من مرافقها دخلا فيه لانهما من الذي له فيها أو منها للاتصال في الحال بخلاف الثمر المجذوذ أو الزرع المحصود حيث لا يدخل الا بالتنصيص عليه للانفصال في الحال وورق التوت والآس والزعفران والورد بمنزلة الثمار في كل ما ذكرنا من الاحكام وأشجارها بمنزلة النخل وعكس الثمار في الحكم الشرب والطريق فكل موضع يدخل فيه الثمار والزرع لا يدخل فيه الطريق والشرب وكل موضع لا يدخلان فيه يدخل فيه الشرب والطريق لان الشرب

(قوله فى المتن ومن باع ثمرة بدا صلاحها) أى وبدو صلاحها عندنا أن تأمن العاهة والفساد وعند الشافعى هو ظهور النضج وبدو الحلاوة والخلاف انما هو فى بيعها قبل بدو الصلاح على الخلاف فى معناه لا بشرط القطع اه فتح (قوله فى المتن فى الحال) لفظة فى الحال ليست فى خط الشارح (قوله ولو اشتراها مطلقا) هذا اذا لم يتناه عظمها بدلالة قوله بعد ذلك وان تركها بعد ما تناهى عظمها اه اتقانى (قوله لحصوله بجهة محظورة) أى من أصل مملوك لغيره اه (قوله وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ) أى سواء كان الترك

والطريق ليسا منها ولا فيها لكنهما من حقوقها والثمر والزرع موجودان فيها وهما منها وليسا من حقوقها فتبعا كسا قال (ومن باع ثمرة بدا صلاحها أولا صح) لانه مال متقوم منتفع به فى الحال أو فى المآل وقيل لا يجوز قبل أن يصير منتفعا به والاول أصح وعلى هذا الخلاف بيع الزرع قبل أن تتناوله المشافر والمناجل والاصح الجواز لانه منتفع به فى المآل فصار كالاطفال والجحش قال (ويقطعها المشترى) تفريغا لملك البائع هذا اذا اشتراها مطلقا أو بشرط القطع قال (وان شرط تركها على النخل فسد) أى البيع لانه شرط لا يقتضيه العقد وهو شغل ملك الغير أو نقول انه صفقة فى صفقة لانه اجارة فى بيع ان كان للمنفعة حصة من الثمن أو اعارة فى بيع ان لم يكن لها حصة من الثمن وقد نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقة فى صفقة وكذا بيع الزرع بشرط الترك لما بينا وكذا اذا تناهى عظمها عندهما لانه شرط لا يقتضيه العقد وقال محمد رحمه الله لا يفسد استحسنه للعادة بخلاف ما اذا لم يتناه عظمها لانه شرط فيه الجزء المعدوم وهو ما يزداد لمعنى فى الارض والشجر ولو اشتراها مطلقا وتركها باذن البائع طاب له الفضل وان تركها بغير اذنه تصدق بما زاد فى ذاته لحصوله بجهة محظورة وان تركها بعد ما تناهى عظمها لم يتصدق بشئ لان هذا تغير أحوال فان الشمس تنضجه ويأخذ اللون من القمر والطعم من الكواكب بتقدير الله تعالى وان اشتراها مطلقا ثم استأجر النخل الى وقت الادراك فتركها طاب له الفضل لان الاجارة باطلة لعدم التعارف والحاجة فبقى الاذن معتبرا بمجرده بخلاف ما اذا اشترى الزرع واستأجر الارض الى أن يدرك وتركه حيث لا يطيب له الفضل وهو ما زاد على الثمن وعلى ما غرم من أجر المثل لان الاجارة فاسدة للجهالة فأورثت خبثا ولو اشتراها مطلقا فأثمرت ثمرا آخر قبل القبض فسد البيع لعجزه عن التسليم ولو أثمر بعد القبض يشتركان فيه للاختلاط والقول قول المشترى فى مقداره لانه فى يده وكذا فى الباذنجان والبطيخ والمخلص أن يشترى الاصول لتحصل الزيادة فى ملكه ثم يبيع الاصول بعد قضاء حاجته من البائع ان شاء وقيل المخلص فيه أن يشترى الثمار الموجودة والمعدومة فانه جائز عند بعضهم اذا كان الموجود أكثر فحاصله أن لهذه المسئلة ثلاث صور أحدها اذا خرج الثمر كله فانه يجوز بيعه بالاتفاق وحكمه ما مضى ثانيها أن لا يخرج شئ منه فانه لا يجوز بيعه اتفاقا ثالثها أن يخرج بعضها دون بعض فانه لا يجوز فى ظاهر المذهب وقيل يجوز اذا كان الخارج أكثر ويجعل المعدوم تبعا للموجود استحسانا لتعامل الناس وللضرورة وكان شمس الائمة الحلوانى وأبو بكر محمد بن الفضل البخارى يفتيان به وقال شمس الائمة السرخسى والاصح أنه لا يجوز لان المصير الى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة ولا ضرورة هنا لانه يمكنه أن يبيع الاصول على ما بينا أو يشترى الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد فى الباقى الى وقت وجوده أو يشترى الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه فيحصل مقصودهما بهذا الطريق فلا ضرورة الى تجويز العقد فى المعدوم مصادما للنص وهو ما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم قال (ولو استثنى منها أرطالا معلومة صح كبيع بر فى سنبله وباقلى فى قشره) أى لو استثنى من الثمار المبيعة المجذوذة أو غير المجذوذة جاز البيع كما يجوز بيع البر فى سنبله والباقلى فى قشره أما الاول فلان المبيع صار معلوما بالاشارة

باذن البائع أو بغير اذن البائع لانه لم يحصل الازدياد فى عين المبيع لا كيلا ولا وزنا وانما تغير حال المبيع من حيث النضج اه اتقانى (قوله فان الشمس) الذى بخط الشارح بان الشمس اه (قوله لان الاجارة فاسدة للجهالة الخ) والفرق بين الاذن الثابت فى ضمن الاجارة الباطلة وبينه فى ضمن الاجارة الفاسدة أن الاذن فى الاجارة الباطلة صار أصلا مقصودا بنفسه لان الباطل لا وجود له والمعدوم لا يصلح أن يكون متضمنا وليس كذلك الاجارة الفاسدة لان الفاسد فائت الوصف دون الاصل فلم يكن معدوما بأصله فصلح أن يكون متضمنا فاذا فسد المتضمن فسد المتضمن اه اتقانى (قوله وكذا فى الباذنجان والبطيخ) قال الاتقانى رحمه الله وأما ما يوجد من الزرع بعضه بعد وجود بعض كالباذنجان والبطيخ والكراث ونحوها قال أصحابنا يجوز بيع ما لم يظهر اه (قوله والمخلص) أى من فساد البيع اه اتقانى (قوله أن يشترى الاصول) أى ويستأجر الارض ويقدم الشراء على الاجارة فان قدم الاجارة لا يجوز لان الارض تكون مشغولة بملك الآجر اه فصول (قوله جاز البيع) قال الكمال رحمه الله الا أن عدم الجواز أقيس بمذهب أبى حنيفة فى مسئلة بيع صبرة طعام كل قفيز بدرهم فانه أفسد البيع بجهالة قدر المبيع وقت العقد وهو لازم فى استثناء أرطال معلومة مما على الاشجار وان لم يفض الى المنازعة فالحاصل أن كل جهالة مفضية الى المنازعة مبطلة فليس يلزم أن ما لم يفض اليها يصح معها بل لا بد من عدم المفضية الى المنازعة فى الصحة من كون المبيع على حدود الشرع ألا ترى أن المتبايعين قد يتراضيان على شرط

والمستثنى

لا يقتضيه العقد وعلى البيع بأجل مجهول كقدوم الحاج ونحوه ولا يعتبر ذلك مصححا وأما ما قيل في توجيه المنع بعد المبيع لا يبلغ الا ثلاث الارطال فبعد اذ المشاهدة تفيد كون تلك الارطال تستغرق الكل أولا فلا يرضى المشترى حينئذ بذلك الاستثناء اه كلام الكمال رحمه الله (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز) أي وهو قول الطحاوي اه هداية قوله وهو قول الطحاوي أي وكذا الشافعي وأحمد اه فتح وكتب أيضا على قوله وروى الحسن الخ ما نصه ومشى عليه صاحب المجمع والنقاية أيضا اه (قوله فكذا استثناؤها) أي بخلاف استثناء الحمل وأطراف الحيوان لانه لا يجوز بيعه فكذا استثناؤه اه اتقاني قوله وأطراف الحيوان أي كما اذا باع هذه الشاة الا أليتها أو هذا العبد الا يده اه فتح (قوله وفلانة) لفظ فلانة ليس في خط الشارح اه (قوله بلفظه)

والمستثنى معلوم بالعبارة فوجب القول بجوازه وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لا يجوز لان الباقي بعد الاستثناء مجهول وربما لا يبقى بعده شئ فيخلو عن الفائدة أو يكون رجوعا عن العقد قبل القبول فيصح رجوعه على ما بينا بخلاف ما اذا استثنى نخلا معينا لان الباقي معلوم بالمشاهدة قلنا هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لان المبيع معلوم بالاشارة وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار اليه على ما بينا من قبل ألا ترى أن بيعه مجازفة جائز وان كان مجهول القدر وهذا هو بعينه لانه جزاف فيما بقي بعد الثنيا ولان كل ما جاز ايراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه من العقد وما لا فلا وبيع أرطال معلومة من الثمار جائز فكذا استثناؤها ونظيره بيع شاة معينة من القطيع فانه يجوز فكذا استثناؤها ولو كانت مجهولة بأن باع شاة منها بغير عينها لا يجوز فكذا استثناؤها وعلى هذا أطراف الحيوان وأوصاف المبيع وقوله وربما لا يبقى بعده شئ الى آخره قلنا الاستثناء تصرف لفظي فيعتبر فيه صحة الكلام فاذا صح تم الكلام وصار مفيدا ولا يكون رجوعا ولو خرج الكل بذلك الطريق لانه يتوهم البقاء ألا ترى أنه لو قال نسائي طوالق الا فلانة وفلانة أو قال عبيدي أحرار الا فلانا وفلانا وفلانا حتى لو أخرج الكل بهذا الطريق صح ولا يكون رجوعا وانما يكون رجوعا اذا كان بلفظه بأن قال عبيدي أحرار الا عبيدي أو نسائي طوالق الا نسائي حيث لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطلاق والعتاق على الجميع فكذا هنا لا يكون رجوعا الا اذا قال بعتك هذه الثمار الا هذه الثمار وأما الثاني وهو ما اذا باع برا في سنبله الخ فلانه مال متقوم منتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير وقال الشافعي لا يجوز لان المعقود عليه مستور غائب عن البصر ولا يعلم وجوده فلا يجوز بيعه كبزر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج قلنا الفرق بينهما أن الغالب في السنبلة الحنطة ألا ترى أنه يقال هذه حنطة وهي في سنبلها ولا يقال هذا حب ولا هذا لبن ولا زيت ولا قطن وعلى هذا الخلاف الفستق والبندق والجوز والحمص الاخضر وسائر الحبوب المغلفة وما رواه مسلم وأحمد وغيرهما أنه عليه السلام نهى عن بيع النخل حتى يزهو وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة المراد به السلم يعني لا يجوز الاسلام فيه حتى يوجد بين الناس ألا ترى الى ما رواه مسلم والبخاري باسناده عن النبي عليه السلام اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه فيكون حجة لنا في اشتراط وجود المسلم فيه من حين العقد الى حين المحل ولو أجرى على اطلاقه كان حجة لنا أيضا في هذا الموضع لانه يقتضي جواز بيعه بعد ما يبيض مطلقا من غير قيد بالترك ولو كان كما قاله لقال حتى يفرك قال (وأجرة الكيل على البائع) مراده فيما اذا بيع مكايلة وكذا أجرة وزن المبيع وذرعه وعده على البائع لان الكيل والوزن والذرع والعد فيما بيع مكايلة أو موازنة أو مذارعة أو معادة من تمام التسليم وتسليم المبيع على البائع فكذا تمامه قال (وأجرة

كذا بخط الشارح (قوله فيجوز بيعه في قشره كالشعير) أي وأجرة الدوس والتذرية على البائع هو المختار اه خلاصة (قوله وقال الشافعي لا يجوز) قال الاتقاني وقال الشافعي لا يجوز بيع الباقلي في القشر الاول وكذا لا يجوز عنده بيع الجوز واللوز والفستق في القشر الاعلى وقال في أحد قوليه وبيع الحنطة في سنبلها لا يجوز وكذلك الارز والسمسم في كمه ويجوز بيع الشعير والذرة في سنبله بالاتفاق اه (قوله ولا زيت ولا قطن) قال الكمال رحمه الله وأورد المطالبة بالفرق بين ما اذا باع حب قطن في قطن بعينه أو نوى تمر في تمر بعينه أي باع ما في هذا القطن من الحب أو ما في هذا التمر من النوى فانه لا يجوز مع أنه أيضا في غلافه أشار أبو يوسف الى الفرق بان النوى هنالك معتبر عدما هالكا في العرف فانه يقال هذا تمر وقطن ولا يقال هذا نوى في تمر ولا حب في قطنه ويقال هذه حنطة في سنبلها وهذا لوز وفستق ولا يقال هذه قشور فيها لوز ولا يذهب اليه وهم اه (قوله وسائر الحبوب المغلفة) واعلم أن الوجه يقتضي ثبوت الخيار للمشترى بعد الاستخراج في ذلك كله لانه لم يره اه كمال (قوله في المتن وأجرة الكيل على البائع) قال الاتقاني وقال في الخلاصة أيضا وفي باب العين لو اشترى حنطة مكايلة فالكيل على البائع وصبها في وعاء المشترى على البائع أيضا هو المختار ثم قال فيها وفي المنتقى اخراج الطعام من السفن على المشترى ثم قال في الخلاصة أيضا ولو اشترى حنطة في سنبلها فعلى البائع تحصيلها بالدوس والتذرية ودفعها الى المشترى ثم قال هو المختار ثم قال فيها وفي باب السين رجل اشترى عنبا جزافا فقطعه على المشترى وكذا كل شئ باعه كالثوم والجزر والبصل اذا خلى بينها وبين المشترى وكذا قطع الثمر على المشترى اه

نقد الثمن ووزنه على المشترى) لما ذكرنا أن الوزن من تمام التسليم وتسليم الثمن على المشترى فكذا ما يكون من تمامه وكذا يجب عليه تسليم الجيد لان حق البائع تعلق به فيكون أجرة من يميز ذلك عليه اذ هو المحتاج اليه وهذه رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله وفى رواية ابن رستم عنه أجرة نقد الثمن على البائع لان النقد يكون بعد التسليم والوزن ليعرف المعيب من غيره فكان هو المحتاج اليه فتكون أجرته عليه وبالاول كان يفتى الصدر الشهيد رحمه الله وروى عن محمد أن أجرة النقد على رب الدين بعد القبض وقبله على المدين لان على المدين ايفاء حقه فتكون أجرة التمييز عليه وبعد القبض دخل فى ضمان رب الدين ويدعى أنه خلاف حقه فيكون تمييز حقه عليه قال (ومن باع سلعة بثمن سلمه أولا) أى سلم الثمن أولا لان العقد يقتضى المساواة وحق المشترى قد تعين فى المبيع فيسلم هو الثمن أولا ليتعين حق البائع فيه كما تعين حقه فى المبيع اذ الثمن لا يتعين الا بالقبض وصورة هذا أن يقال للبائع أحضر المبيع ليعلم أنه قائم فاذا أحضر قيل للمشترى سلم الثمن أولا لما ذكرنا وان كان المبيع غائبا فللمشترى أن يمتنع من تسليم الثمن حتى يحضر البائع المبيع على مثال الراهن مع المرتهن قال (والا معا) أى ان لم يكن سلعة بثمن سلما معا لاستوائهما فى التعيين أو فى عدم التعيين وذلك لانه اما ثمن بثمن أو سلعة بسلعة فالاول كلاهما غير متعين والثانى متعين

﴿باب خيار الشرط﴾

قال رحمه الله (صح للمتبايعين أو لاحدهما ثلاثة أيام أو أقل) أى جاز خيار الشرط لهما جملة أو لاحدهما ثلاثة أيام فما دونه لقوله عليه السلام لحبان بن منقذ الانصارى وكان يغبن فى البياعات اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام قال (ولو أكثر لا) أى لو شرطا أكثر من ثلاثة أيام لا يجوز وهذا عند أبى حنيفة وبه قال زفر والشافعى وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه أجاز الخيار الى شهرين ولان الخيار شرع للتروى لدفع الغبن وقد تمس الحاجة الى الاكثر فشابه التأجيل فى الثمن ولابى حنيفة أن شرط الخيار يخالف لمقتضى العقد وهو اللزوم وانما جوزناه بخلاف القياس بما رويناه من النص فيقتصر على مورد النص فتنتفى الزيادة بخلاف اشتراط الاجل لانه للقدرة على التحصيل وذلك بتطاول المدة وحديث ابن عمر ليس بنص فيه فروى أنه أجاز الخيار الى شهر فيحتمل أن يكون خيار الرؤية

(قوله فى المتن ومن باع سلعة بثمن الخ) قال الاتقانى رحمه الله بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا اذ ليس للبائع حق حبس المبيع لانه بالتأجيل أسقط حقه فى الحبس وكذا اذا كان بعض الثمن حالا وبعضه مؤجلا فله حق حبس المبيع الى استيفاء الحال ولو سلم المشترى جميع الثمن الا درهما فله حق حبس جميع المبيع لان حق الحبس لا يتجزأ قال فى التحفة ولو دفع المشترى الى البائع بالثمن رهنا أو تكفل به كفيل لا يسقط حق الحبس لان هذا وثيقة بالثمن فلا يسقط حقه عن حبس المبيع لاستيفاء الثمن ولو أحال البائع رجلا على المشترى بالثمن وقبل سقط حق الحبس وكذا اذا أحال المشترى البائع على رجل وهذا عند أبى يوسف وقال فى رواية اذا أحال رجلا على المشترى سقط حق الحبس واذا أحال المشترى البائع على رجل لم يسقط حق الحبس اه وكتب ما نصه واعلم ان للبائع حق حبس المبيع الى أن يستوفى الثمن لان قضية العقد المساواة بين العاقدين اه وكتب أيضا ما نصه فان جاء المشترى ببعض الثمن هل يجبر البائع على قبوله أم لا يجبر قد ذكر الحكم فيه فى حاشية كتبتها من الاتقانى نقلا عن الزيادات عند قول المصنف فى باب العتق على جعل وعتق بالتخلية فراجعها اه

﴿باب خيار الشرط﴾

(قوله فى المتن صح للمتبايعين) أى وعلى قول سفيان وابن شبرمة ان كان الخيار للمشترى جاز والا فلا كذا فى التحفة اه اتقانى (قوله فى المتن أيضا ثلاثة أيام) بالنصب على أنه ظرف أى فى ثلاثة أيام ويجوز رفعه على أنه خبر مبتدا محذوف أى هو ثلاثة أيام اه والصواب أن يقدر مدته ثلاثة أيام اه (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام لحبان) وحبان هو بفتح الحاء المهملة والباء المنقوطة بنقطة تحتانية شهد أحدا اه اتقانى (قوله وكان يغبن) أى يخدع يقال غبنه فى البيع غبنا وهو من باب ضرب وغبن رأيه غبنا ضعف وهو من باب علم أو يقال انه مغبون فى البيع وغبين فى العقل والدين اه غاية (قوله لا خلابة) الخلابة الخديعة كذا فى الجمهرة اه غاية (قوله ولى الخيار ثلاثة أيام) ثم اعلم أن شرط الخيار الى ثلاثة أيام جائز استحسانا بالاجماع بهذا الحديث اه غاية (قوله وقالا يجوز اذا سمى مدة معلومة) أى ولو شرط الخيار أبدا لا يجوز بالاجماع اه غاية وكتب ما نصه وفى شرح المجمع والاصح أنه أى أبا يوسف يوافق الامام اه كى (قوله ولان الخيار شرع للتروى) يعنى الى النظر والتفكر اه غاية (قوله فشابه التأجيل فى الثمن) والجامع أنهما مدة ملحقة بالعقد لمساس الحاجة اليها اه غاية (قوله لانه للقدرة على التحصيل) أى بالكسب أو تدخل غلاته وهى لا تتحقق غالبا وظاهرا فى أدنى مدة ولهذا جازت الزيادة على الثلاث بخلاف شرط الخيار فانه لابلاء العذر والنظر فى أن البيع رابح أو خاسر ومدة الثلاث تامة فى هذا المعنى فلا حاجة الى الزيادة اه غاية

(قوله فى المتن فاذا أجاز فى الثلاث) أى بعدما كان شرط أكثر منها اهـ عينى وكتب على قوله فاذا أجاز فى الثلاث ما نصه قال الاتقانى ثم من له الخيار اذا ابطل خياره فلا يخلو اما أن يكون ذلك قبل ثلاثة أيام أو بعدها فان كان بعدها فلا ينقلب العقد جائزا خلافا لابى يوسف ومحمد فان عندهما اذا شرط الخيار مؤبدا ثم أسقط الخيار بعد الثلاث جاز لان الخيار الى هذه المدة جائز عندهما ولا ينقلب جائزا عند أبى حنيفة لان الخيار الى هذه المدة لا يجوز عنده وان كان ابطال الخيار قبل الثلاثة أوسقط الخيار بموته أو بموت العبد أو أعتقه المشترى أو حدث فى المبيع ما يوجب لزوم العقد كان العقد جائزا عندنا اهـ غاية (قوله خلافا لزفر) أى والشافعى اهـ اتقانى (قوله وله أن المفسد الخ) أى لابى حنيفة اهـ (قوله قد زال قبل تقرره) أى لزومه وثبوته لان ثبوته بمضى ثلاثة أيام اهـ كى (قوله كما فى البيع بالرقم) أى فانه فاسد اهـ والرقم الكتابة ورقم التاجر الثوب من هذا وهو اعلام ثمنه بنوع علامة عليه بأن ثمنه كذا درهما اهـ غاية وكتب على قوله كما فى البيع بالرقم ما نصه وكما لو باع جذعا فى سقف ثم نزعه فسلمه اهـ (قوله وهذا عند مشايخ أهل العراق) قال الاتقانى وقد نص الكرخى فى مختصره أن البيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله فان أجاز من له الخيار جاز وعلى ذلك أهل العراق اهـ (قوله فلا ينقلب صحيحا) أى واليه ذهب شمس الائمة السرخسى وفخر الاسلام وغيرهما من علماء ما وراء النهر اهـ غاية وكتب على قوله فلا ينقلب صحيحا ما نصه وبالاسقاط ينعقد صحيحا اهـ كى (قوله وهذا الوجه أوجه) أى الوجه الثانى الذى ذهب اليه مشايخ خراسان وهو قوله لان المفسد الخ اهـ (قوله فى المتن ولو باع على انه لم ينقد الثمن الخ) هذه من مسائل (١٥) الجامع الصغير وقد ذكر صاحب الهداية قول أبى يوسف مع أبى حنيفة كما ترى وكذلك ذكر الصدر الشهيد أيضا فى شرح الجامع الصغير ولم يذكر محمد خلاف أبى يوسف فى أصل الجامع الصغير وهذا الذى ذكره قول أبى يوسف الاول وروى الحسن بن أبى مالك عن أبى يوسف انه رجع عن هذا القول وقال يجوز البيع كما هو قول محمد كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ولهذا المعنى قال صاحب المنظومة * واضطرب الاوسط فيه فاعقل * اهـ غاية (قوله وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله) صرح فى المجمع بأن الاصح أن أبا يوسف مع أبى حنيفة اهـ (قوله وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلا) من قوله هذا الشرط أصلا الى قوله فى المتن ولو اشتريا على أنهما بالخيار مفقود من خط الشارح اهـ (قوله ينفسخ العقد) قال الاتقانى ثم انفساخ العقد عند عدم النقد فى الثلاثة مذكور فى شرح الطحاوى وبه صرح صاحب الايضاح أيضا واليه ذهب صاحب المختلف وقال فى الفتاوى الصغرى ولو مضى الثلاثة ولم ينقد الثمن فسد البيع الا أنه لا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى بعد ذلك ان كان العبد فى يده نفذ وان كان فى يد البائع لا وقال فى شرح الطحاوى ولو كان هذا البيع بهذا الشرط للبائع كما اذا اشترى شيأ على أن البائع ان رد الثمن على المشترى الى ثلاثة أيام فلا بيع بينهما فهو على الاختلاف يعنى أن البيع جائز بهذا الشرط عندنا خلافا لزفر قال وهو بمنزلة شرط الخيار للبائع وفائدته ما ذكره فى الفتاوى الصغرى بقوله ان أعتق البائع صح وان أعتق المشترى لا ولو قال ان لم ينقده الثمن الى أربعة أيام فلا بيع بيننا فالبيع فاسد فى قول أبى حنيفة الا أن ينقده الثمن فى ثلاثة أيام وفى قول محمد البيع جائز كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وقول أبى يوسف أولا كقول أبى حنيفة وقوله آخرا كقول محمد وقد مر ثم أبو حنيفة مر على أصله فى شرط الخيار حيث لا يجوز عنده أكثر من ثلاثة أيام فكذا ما هو فى معناه الا اذا انقد الثمن فى الثلاث فكان البيع جائزا لانقطاع المفسد ومحمد مر على أصله أيضا لان عنده يجوز شرط الخيار أكثر من ثلاثة أيام اذا كانت المدة معلومة فكذا ما كان فى معناه وكذا أبو يوسف مر على أصله أيضا على قوله المرجوع اليه ولكنه فرق بين هذا وبين شرط الخيار على قوله الاول حيث جوز الزيادة على الثلاثة فى شرط الخيار ولم يجوز هنا لانه اتبع أثر ابن عمر فى شرط الخيار اذ هو أجاز فيه الزيادة على الثلاثة وروى عن

أو العيب فاذا انتفت الزيادة فسد العقد بها قال (فاذا أجاز فى الثلاث صح خلافا لزفر) هو يقول ان العقد انعقد فاسدا فلا يعود صحيحا كالنكاح بغير شهود وله أن المفسد قد زال قبل تقرره فينقلب صحيحا كما فى البيع بالرقم وأعلمه فى المجلس وهذا عند مشايخ أهل العراق من أصحابنا فان عندهم ينعقد فاسدا و يرتفع الفساد بحذف الشرط لان المفسد اتصال اليوم الرابع بهذه المدة فاذا حذفه قبل اليوم الرابع فقد منع اتصال المفسد بالعقد فصار كأن الخيار لم يكن مشروطا فى اليوم الرابع وأما عند مشايخ خراسان فعندهم العقد موقوف على اسقاط الشرط فبمضى جزء من اليوم الرابع فسد العقد فلا ينقلب صحيحا بخلاف فساد النكاح لعدم الاشهاد لان الفساد فيه لعدم شرط الجواز فلا يمكن ازالته وهذا الوجه أوجه قال (ولو باع على أنه ان لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام فلا بيع صح والى أربعة لا) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد يجوز الى أربعة أيام وأكثر وقال زفر لا يجوز هذا الشرط أصلا وهو القياس لانه شرط فيه اقالة فاسدة لتعلقها بشرط عدم النقد ولو شرط فيه الصحيحة منها فسد فهذا أولى وجه الاستحسان أنه فى معنى شرط الخيار بل هو عينه لانه يتخير فى الايام الثلاثة بين الفسخ والامضاء غير أن ترك النقد جعل أمارة الفسخ والنقد أمارة الامضاء وهذا الشرط محتاج اليه لدفع المماطلة كما أن شرط الخيار محتاج اليه لدفع الغبن غير أنه هنا بمضى المدة مع عدم النقد ينفسخ العقد وفى تلك يتم وذلك لا يوجب اختلاف الحكم

اذ فى كل واحد منهما فسخ على تقدير واجازة على تقدير والاختلاف فيما يقع به الفسخ والاجازة لا فى نفس الفسخ عند ارادة الفسخ ولا فى نفس الاجازة عند ارادة الاجازة فلا يعد اختلافا ثم أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله مرا على أصلهما فى الزيادة على الثلاثة فى الملحق به وهو شرط الخيار على ما بينا وأبو يوسف مع أبى حنيفة فى هذا ومع محمد فى شرط الخيار أخذ بالنص فى هذا وبالاثر فى ذلك قال (فان نقد فى الثلاث صح) يعنى فيما اذا شرطا أكثر من ثلاثة أيام وانما صح لزوال المفسد وهذا بالاجماع ثم هذه المسئلة على وجوه إما أن لا يبينا الوقت أو بيناوقتا مجهولا بأن يقول على أنه ان لم ينقد أياما أو بيناوقتا معلوما وهو أكثر من ثلاثة أيام فهو فى هذه الصور كلها فاسد الا أن ينقد فى الثلاث لما قلنا أو بيناوقتا معلوما وهو الثلاثة أيام أو دونه فانه يجوز لما بينا قال (وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه) لان تمام البيع لا يكون الا بالتراضى ولا يتم الرضا مع الخيار ولهذا ينفذ عتق البائع ويملك التصرف فيه دون المشترى وان قبضه باذن البائع قال (وبقبض المشترى يهلك بالقيمة) يعنى اذا قبضه المشترى وهلك فى يده فى مدة الخيار فان المشترى يضمن قيمته لان المبيع ينفسخ بالهلاك لانه كان موقوفا ولا نفاذ بدون المحل وكان مقبوضا فى يده على سوم الشراء وفيه القيمة ولو هلك فى يد البائع انفسخ البيع ولا شئ للبائع على المشترى كما فى البيع الصحيح المطلق ولو تعيب المبيع فى يد المشترى فللبائع أن يلزم البيع ان شاء وان شاء فسخ البيع وضمنه النقصان لان العيب لا يمنع الفسخ واذا انفسخ العقد كان مضمونا على المشترى بالقبض بجميع أجزائه كالمغصوب ولو تعيب فى يد البائع فهو على خياره لان ما انتقص بغير فعله لا يكون مضمونا عليه ولكن المشترى يتخير ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء فسخه كما فى البيع المطلق واذا كان العيب بفعل البائع ينتقض البيع فيه بقدره لان ما يحدث بفعله يكون مضمونا عليه وتسقط حصته من الثمن قال (وخيار المشترى لا يمنع ولا يملكه) أى لا يمنع خروج المبيع عن ملك البائع ولا يملكه المشترى لان البيع من جهة البائع لازم لان الخيار شرع نظرا لمن له الخيار فيعمل فى حقه دون الآخر وانما لم يملكه المشترى كيلا يجتمع البدل والمبدل فى ملك شخص واحد وهذا عند أبى حنيفة وقالا يملكه لانه لو خرج عن ملك البائع ولم يدخل فى ملك المشترى لكان زائلا لا الى مالك ولا عهد لنا به فى الشرع وله أن الثمن لم يخرج عن ملكه لان الخيار يعمل فى حق من له الخيار ولو دخل فى ملكه لدخل بلا عوض واجتمع فى ملك شخص واحد العوض والمعوض ولا عهد لنا به فى الشرع ولان الخيار شرع نظرا له لينظر فيه هل هو موافق أم لا فلو دخل فى ملكه يفوت ذلك فيما اذا اشترى قريبه لانه يعتق عليه فيعود على موضوعه بالنقض وجاز أن يوجد خروج ملكه بلا دخول فى ملك غيره كعبيد الكعبة يخرجون عن ملك ملاكهم ولا يدخلون فى ملك أحد عند الشراء للكعبة وكذا التركة المستغرقة بالدين تخرج عن ملك الميت ولا تدخل فى ملك الورثة ولا يقال على هذا تكون سائبة وهى منهى عنها لانا نقول الحال موقوف ان أجيز البيع يستند الى وقت العقد فيتبين أنه ملكه من ذلك الوقت ولهذا كان له الزوائد وان فسخ بان أنه غير زائل عن ملكه فكيف يكون من السائبة مع وجود سبب الانتقال ومع توقع حكمه قال (وبقبضه يهلك بالثمن كتعيبه) أى بسبب قبضه يضمن ثمنه اذا هلك كما يضمن اذا تعيب والمراد بالعيب عيب لا يرتفع

ابن عمر فى هذه المسئلة أنه أجاز ثلاثة أيام وقد مر ذلك قبل هذا فاذا كان كذلك لم يتجاوز أبو يوسف حد السنة والاثر وأخذ بهما وفيما زاد على ذلك أخذ بالقياس لان القياس أن لا يصح هذا البيع أصلا كما قال زفر لانه بيع شرط فيه اقالة فاسدة وهى اقالة معلقة بالشرط والبيع بشرط الاقالة الصحيحة باطل فشرط الاقالة الفاسدة أولى اه اتقانى وكتب على ينفسخ العقد مانصه قال القاضى الامام ظهير الدين ههنا مسئلة لا بد من حفظها وهو أنه اذا لم ينقد الثمن الى ثلاثة أيام يفسد العقد ولا ينفسخ حتى لو أعتقه المشترى وهو فى يده نفذ عتقه وان كان فى يد البائع لا ينفذ اه خبازية (قوله ومع محمد فى شرط الخيار أخذ بالنص) أى بدلالة النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام للانصارى اذا بايعت فقل لا خلابة ولى الخيار ثلاثة أيام اه اق وكتب على قوله بالنص نسخة بالقياس اه (قوله فى المتن وخيار البائع يمنع الخ) قال فى الدراية وفى المجتبى فى المحيط يخرج الثمن عن ملك المشترى فى هذه الصورة اجماعا الا أنه لا يدخل فى ملك البائع عند أبى حنيفة خلافا لهما اه (قوله اذا قبضه المشترى) أى وكان الخيار للبائع اه (قوله وفيه القيمة) أى اذا لم يكن مثليا وان كان مثليا يضمن قيمته اه كى (قوله كما فى البيع الصحيح) انما ذكر الصحيح مع أن الحكم فى الفاسد كذلك حملا لحال المسلمين على الصلاح اه (قوله يخرج عن ملك الميت) فيه نظر بل هى مبقاة على ملك الميت لحاجته كذا ذكر فى غير موضع اه (قوله ولهذا كان له الزوائد) أى اذ الحكم عند تمام السبب يثبت من أول السبب اه وكتب على قوله الزوائد مانصه كقطع الحاصلة فى مدة الخيار وأما المكسب فيتصدق به ينظر فى آخر غصب فتاوى الولوالجى اه (فرع) الولد والعقر والثمرة واللبن يمنع الرد بالاجماع وغير المتولدة كالكسب والغلة لا يمنع بالاجماع فان أجاز البيع فالغلة والكسب للمشترى وان فسخ فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة رحمه الله للبائع اه عمادى (قوله فى المتن وبقبضه) أى قبض المشترى فيما اذا كان الخيار له اه

كقطع اليد فان كان يرتفع كالمرض فهو على خياره فان ارتفع فى المدة لا يلزمه والا لزمه لانه بدخول العيب فيه عند المشترى يمتنع الرد على البائع لعجزه عن الرد كما قبضه والهلاك لا يعرى عن مقدمة عيب فيهلك بعد ما انبرم العقد فيلزمه الثمن بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع لانه بدخول العيب فيه لا يمتنع الرد اذ لا يعجز عن التصرف بحكم الخيار فلا يسقط خياره وان أشرف على الهلاك فلو لزم البيع فيه انما يلزم بعد موته وذلك لا يجوز لانه لم يبق محلا للبيع فكان مضمونا عليه بالقيمة ضرورة قال (فلو اشترى زوجته بالخيار بقى النكاح) لانه لم يملكها لان خيار المشترى يمنع من دخول المبيع فى ملكه على ما بينا قال (فان وطئها فله أن يردها) لان الوطء بحكم النكاح لا بحكم ملك اليمين اذ لا يملكها بهذا الشراء الا اذا نقصها الوطء لانها تتعيب به وليس له أن يردها عليه بعد ما تعيبت عنده على ما ذكرنا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما ليس له أن يردها مطلقا لان النكاح انفسخ بملكه اياها فيكون الوطء بحكم ملك اليمين فيمتنع الرد كما اذا اشترى غير زوجته فوطئها وهذه المسئلة تظهر فيها ثمرة الخلاف بينهم ولها نظائر منها اعتق العبد المشترى على المشترى اذا كان قريبا له ومنها اعتقه اذا كان قد حلف بعتقه بان قال ان ملكت عبدا فهو حر بخلاف ما اذا قال ان اشتريته لانه يصير كالمنشئ فى تلك الحالة فى حق تصحيح الجزاء لا غير حتى لا يجزئه عن الكفارة اذا نواه بخلاف شراء القريب على ما عرف فى موضعه ومنها أن الامة المشتراة لو حاضت عند المشترى بعد القبض لا يجتزأ به عن الاستبراء لعدم الملك وعندهما يجتزأ به لوجوده ولو رجعت الى البائع بالفسخ بحكم الخيار لا يجب عليه الاستبراء لعدم دخولها فى ملك غيره عنده وعندهما يجب اذا رجعت اليه بعد القبض وان رجعت الى ملكه قبل القبض لا يجب عليه الاستبراء استحسانا كما لو كان البيع باتا ثم تفاسخا باقالة أو غيره فانه يجب عليه الاستبراء بعد القبض قياسا واستحسانا وقبل القبض يجب قياسا وفى الاستحسان لا يجب اجماعا ومنها ما اذا اشترى منكوحته وقد ولدت منه أو حبلى منه لا تصير أم ولده خلافا لهما وثمرة الخلاف تظهر أيضا فيما اذا ولدت منه قبل القبض فى يد البائع وان قبضها المشترى فولدت فى مدة الخيار لزم البيع بالاجماع لانها تتعيب بالولادة ولا يملك ردها بعد التعيب فى يده بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض عند أبى حنيفة وهو نظير ما اذا اشترى حبلى من غيره بشرط الخيار فقبضها فولدت عنده يبطل خياره ويلزم البيع لما ذكرنا ومنها ما اذا قبض المشترى المبيع باذن البائع ثم أودعه عنده فهلك فى يده هلك من مال البائع عنده لان قبضه يرتفع بالرد لعدم الملك فهلاكه بعد ذلك فى يد البائع ان كان فى المدة فهو هلاك قبل القبض وقبل الملك وان كان بعد مضيها فهو هلاك قبل القبض فيكون من ماله كما فى البيع البات وعندهما من مال المشترى لصحة الايداع باعتبار قيام الملك له فصار كما اذا كان له خيار الرؤية أو العيب والفرق له أنهما لا يمنعان وقوع ملك المشترى فيكون الايداع صحيحا بخلاف خيار الشرط ومنها ما لو كان المشترى بالخيار عبدا مأذونا له فى التجارة فأبرأه البائع عن الثمن فى مدة الخيار بقى خياره عنده لانه لما لم يملكه كان الرد امتناعا عن التملك والمأذون له يملك الرد وان كان التمليك بغير عوض كما اذا وهب له فان له أن يمتنع عن القبول وعندهما بطل خياره لانه لما ملكه كان الرد منه تمليكا بلا عوض وهو لا يملك ذلك بخلاف الحر فصار كما لو كان له خيار رؤية أو عيب فى البيع البات فأبرأه البائع عن الثمن فانه لا يملك رده عليه بعد القبض بالاجماع وجوابه أنهما لا يمنعان الوقوع فى الملك على ما بينا وذكر فى المحيط أنه لا يملك الابراء عن الثمن الا عند أبى يوسف لانه لم يملكه لان خيار المشترى يمنع خروج الثمن عن ملكه وهو القياس ووجه الاستحسان أنه ابراء بعد وجود سببه فيصح ومنها ما لو اشترى ذمى من ذمى خمرا على أنه بالخيار ثم أسلم المشترى فى مدة الخيار بطل الخيار عندهما لانه ملكها فلا يملك تمليكها بالرد وهو مسلم وعنده يبطل البيع لانه لم يملكها باسقاط الخيار وهو مسلم ولو أسلم البائع والخيار للمشترى بقى على خياره بالاجماع ولو ردها المشترى عادت الى ملك البائع لان العقد من جانب البائع بات فان أجازه صار له وان فسخ صار الخمر للبائع والمسلم من أهل أن يتملك الخمر حكما كما

(قوله اذا كان قريبا) أى قرابة محرمة عندهما وعنده لا يعتق حتى تنقضى المدة ولم يفسخ لانه لم يملكه اهـ فتح (قوله ومنها اعتقه) أى عندهما خلافا لابى حنيفة لانه لم يملكه بسبب الخيار فلم يوجد الشرط وعندهما وجد فعتق لانه ملكه اهـ (قوله بخلاف ما اذا قال ان اشتريته) أى حيث يعتق اتفاقا اهـ (قوله فيما اذا ولدت منه قبل القبض فى يد البائع) أى فعندهما تصير أم ولده خلافا للامام اهـ (قوله ولو ردها المشترى عادت) لا يظهر لقوله وان ردها المشترى فائدة لان قوله بعد وان فسخ الخ يغنى عنه اهـ

في الارث ولو كان الخيار للبائع فاسلم هو بطل البيع لان المبيع لم يخرج عن ملكه والمسلم لا يقدر أن يملك الخمر ولو أسلم المشترى لا يبطل العقد والبائع على خياره لان العقد من جهة المشترى بات فان أجاز العقد صار له لان المسلم من أهل أن يملك الخمر حكما وان فسخه كان للبائع وهذا كله فيما اذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لاحدهما وان أسلم قبل القبض بطل البيع في الصور كلها سواء كان البيع باتا أو بشرط الخيار لاحدهما أو لهما لان للقبض شبها بالعقد من حيث انه يفيد ملك التصرف فلا يملكه بعد الاسلام وان أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتا لا يبطل لانه قد تم بالقبض بخلاف ما اذا كان بشرط الخيار على ما مر ومنها مسلم اشترى من مسلم عصيرا بشرط الخيار فتخمر العصير في المدة فسد البيع عنده وعندهما تم ومنها حلال اشترى صيدا بشرط الخيار فقبضه ثم أحرم والصيد في يده ينتقض البيع ويرده الى البائع عنده وقالا يلزم المشترى ولو كان الخيار للبائع ينتقض في قولهم جميعا وان كان الخيار للمشترى فأحرم البائع فللمشترى أن يرده ومنها لو اشترى دارا وهو ساكنها باجارة أو عارية فاستدام السكنى بعد الشراء لا يكون اختيارا عنده وعندهما اختيار لانه ملك العين فكان سكناه بحكم ملك العين وقال السرخسي رحمه الله ابتداء السكنى اختيار لان الدار لا تمتحن بالسكنى بخلاف الاستمرار قال (فان أجاز من له الخيار في غيبة صاحبه صح وان فسخ لا) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يفسخ أيضا مع غيبة صاحبه لان الشرط كان بمساعدته فصار مسلطا له على الفسخ فلا يتوقف على علمه كالفسخ بالفعل مثل اعتاق من له الخيار أو بيعه أو وطئه أو تقبيله بشهوة وكالاجازة فان علم الآخر لا يشترط فيها فلهذا لا يشترط رضاه فصار كالوكيل بالبيع فانه يجوز له التصرف من غير علم الموكل ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه الضرر اذ لا يتمكن من العمل بموجب الفسخ من غير علم كالامتناع من التصرف والوطء والاستخدام بل يقدم على هذه التصرفات اعتمادا على ما سبق من البيع فتلزمه الغرامة وكذا لا يطلب لسلعته مشتريا لما قلنا فلا بد من علمه دفعا للضرر عنه كعزل الوكيل وحجر العبد المأذون له عن التصرف وفراق الشريك ونهي المضارب عن التصرف بخلاف الاجازة لانه لا ضرر فيها على صاحبه اذ هو موافق له فيها وبخلاف الفسخ بالفعل لانه حكمي ولا يشترط العلم في الحكمي كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له في التجارة حكما كارتداده ولحاقه بدار الحرب مرتدا وجنونه مطبقا ولا نسلم أنه مسلط على الفسخ من جهة صاحبه وكيف يسلطه عليه وهو بنفسه لا يملك الفسخ وانما يفسخ لكون العقد غير لازم في حقه لا بتسليط منه فيشترط علمه بخلاف الوكيل حيث يجوز له التصرف من غير علم الموكل لانه مسلط من جهته وكذا المضارب ولو فسخ حال غيبة صاحبه وبلغه في المدة صح ولو مضت المدة قبل العلم به تم العقد ولزم والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا حتى اذا بدا له الفسخ رده عليه وقال بعضهم انه لو رفع الامر الى الحاكم وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه صح الرد عليه وذكر الكرخي أن خيار الرؤية على هذا الخلاف وفي خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع لانه لا يثبت الا بالقضاء قال (وتم العقد بموته وبمضي المدة والاعتاق وتوابعه والاخذ بشفعة) يعني يتم العقد بواحد من هذه الجملة أما الاول وهو موت من له الخيار فلان الخيار بموته يبطل ولا ينتقل الى الورثة عندنا وقال الشافعي رحمه الله يورث عنه لانه حق لازم ثابت له في البيع فيجري فيه الارث كخيار العيب والتعيين ولنا أن الخيار صفة للميت فلا ينتقل عنه كسائر أوصافه وانما قلنا انه صفة له لانه ليس هو الا مشيئة وارادة فصار

(قوله فصار مسلطا له على الفسخ) أي والدليل على التسليط انه لا يشترط رضا صاحبه في الفسخ اه اتقاني (قوله مثل اعتاق من له الخيار) يعني اذا صدر الاعتاق والبيع والوطء أو التقبيل بشهوة ممن له الخيار يعني البائع فان ذلك يكون فسخا أما لو صدرت هذه المذكورات من المشترى والخيار له فانها حينئذ تكون اجازة اه لـ (قوله فصار كالوكيل بالبيع) فانه يجوز له التصرف من غير علم الموكل اه (قوله ولهما أنه بالفسخ يلزم صاحبه) يعني اذا كان الخيار للبائع وفسخ بلا علم المشترى فتصرف المشترى في المبيع بعد مضي المدة اعتمادا على البيع السابق وعلى أن العقد تم بمضي المدة فتلزمه الغرامة قال الاتقاني واذا فسخ البائع بلا علم المشترى يتصرف المشترى في المبيع اعتمادا على البيع السابق فيغرم قيمته اذا هلك وربما تكون القيمة أكثر من الثمن وفيه الضرر والغرر اه (قوله وكذا لا يطلب الخ) أي وكذا يلزم الضرر على البائع فيما اذا كان الخيار للمشترى وفسخ بلا علم البائع اه (قوله تم العقد ولزم) أي لان تمام المدة دلالة لزوم البيع اه اتقاني (قوله لا يصح فسخه بغير علمه بالاجماع) وفي جامع المحبوب لو كان قبل القبض يصح الفسخ بغيبة الآخر اه ابن فرشتا (قوله أما الاول وهو موت من له الخيار) أي سواء كان بائعا أو مشتريا اه (قوله وقال الشافعي يورث عنه) والمراد بنفي التوريث عندنا أن العقد لا ينفسخ بفسخ الوارث كما كان ينفسخ بفسخ المورث حال حياته اه اتقاني (قوله كخيار العيب والتعيين) كخيار
أي كما اذا اشترى أحد الثوبين على أن المشترى بالخيار في أحدهما يأخذ أيهما شاء بثمن معلوم ويرد الآخر اه غاية (قوله لانه ليس هو الا مشيئة وارادة) بنصبهما بدل من خبر ليس أي ليس الخيار شيأ الا مشيئة وارادة اه غاية وكتب على قوله وارادة ما نصه أي ارادته الفسخ

أوالاجازة وارادته قد انقطعت بموته كسائر تصرفاته اه والحاصل أن الارث انما يكون في شئ يتصوّر انتقاله لافيما لا يتصوّر انتقاله والخيار لا يتصوّر انتقاله وانما قلنا ان الارث فيما يتصوّر انتقاله لان سائر تصرفات المورث من القدرة والعلم ونحو ذلك لا تورث وكذا منكوحته لا تورث اه (قوله يبطل خياره) أى خيار من له الخيار من بائع أو مشتر اه (قوله فلا يكون دليل الاستبقاء)

كخيار المجلس عنده بخلاف خيار العيب لان المورث استحق المبيع سليما فكذا الوارث لانه ورث خياره وهذا لانه بالعيب فات الجزء السليم فللمورث أن يطالب بذلك الجزء فيقوم الوارث مقامه فيه ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيب في يد البائع بعد موت المورث وان لم يثبت للمورث وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير لان الخيار يورث فاذا بطل الخيار لزم البيع وتم وأما الثاني وهو ما اذا مضت مدة الخيار فلانه بمضيها يبطل خياره اذ لم يثبت له الخيار الا في تلك المدة كالمخيرة في وقت مقدر لم يبق لها الخيار بعد مضيه ومن ضرورة بطلان الخيار تمام العقد ولزومه لزوال المانع وأما الثالث وهو الاعتاق وتوابعه فلان هذه التصرفات دليل الاستبقاء لانها تعتمد الملك والمراد بتوابع العتق التدبير والكتابة وكذلك كل تصرف لا يحل الا في الملك كالوطء والتقبيل واللمس بشهوة يتم به البيع وكذا كل تصرف لا ينفذ الا في الملك كالبيع والاجارة وهذا كله اذا كان الخيار للمشتري ووجد منه شئ من هذه الاشياء وان كان الخيار للبائع وفعل شيأ من هذه الاشياء في المدة انفسخ البيع لما ذكرنا أنه دليل الاستبقاء ولو كان الفعل يحل في غير الملك لا يتم به البيع كالاستخدام والركوب ونحو ذلك لانه يفعل للامتحان والتجربة فلا يكون دليل الاستبقاء وأما الرابع وهو الاخذ بالشفعة وصورته أن يشتري دارا بشرط الخيار ثم تباع دار أخرى بجنبها فيأخذها المشتري بشرط الخيار بالشفعة فلان الاخذ بها لا يكون الا بالملك فكان دليل الاجازة وهذا لان الشفعة شرعت نظرا للملاك لدفع ضرر يلزمهم على الدوام فكان الاخذ بها دليل الاستبقاء فيتضمن سقوط الخيار سابقا عليه فيثبت له الملك فيها من وقت الشراء فيظهر أن الجوار كان سابقا ولانه أحق الناس بالتصرف فيها فكان أولى بالشفعة وان لم يملكها كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة وأما على قولهما فان المشتري بالخيار يملك الدار فلا يحتاج الى هذا التقدير لثبوت الملك وانما يحتاج اليه لسقوط الخيار لا غير وهذا لان خياره يسقط به اجماعا بخلاف خيار الرؤية حيث لا يسقط بأخذ الشفعة فيما اذا بيعت دار بجنبها فأخذها بها لانه لا يسقط بالصريح فكذا بالدلالة قال (ولو شرط المشتري الخيار لغيره صح وأيهما أجاز أو نقض صح) أى أجاز المشتري أو من شرط له الخيار أو نقضه جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز اشتراط الخيار لغير العاقد وهو القياس لان الخيار من مواجب العقد ومن أحكامه فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره وهذا لان اشتراط ما لا يقتضيه العقد مفسد وفيه ذلك فيفسد ولنا أن اشتراط الخيار لغير العاقد اشتراط للعاقد لانه لا وجه لاثبات الخيار لغير العاقد بطريق الاصالة ويمكن اثباته بطريق النيابة عن العاقد فيجعل كأنه شرط الخيار لنفسه وجعل الاجنبي نائبا عن نفسه اقتضاء تصحيحا لتصرفه وزفر لا يقول بالاقتضاء ولا بالاستحسان فاذا كان نائبا عنه يكون لكل واحد منهما الخيار فأيهما أجاز أو نقض صح لان كل واحد منهما ملك التصرف أصالة أو نيابة قال (فان أجاز أحدهما ونقض الآخر فالاسبق أحق) لوجوده في زمان لا يزاحمه فيه أحد وتصرف الآخر بعده يلغو لان السابق ان كان فسخا فالمفسوخ لا تلحقه الاجازة وان كان اجازة فقد انبرم العقد وبعد انبرامه لا ينفرد أحد المتعاقدين بفسخه قال (وان كانا معا فالفسخ) أى لو فسخ أحدهما وأجاز الآخر وخرج الكلامان منهما معا كان الفسخ أولى من الاجازة من أيهما كان وهو رواية كتاب المأذون من المبسوط وفي رواية كتاب البيوع منه تصرف المالك أولى فسخا كان أو اجازة لان الاصل أقوى اذ النائب يستفيد الولاية منه فلا يصلح أن يكون معارضا للاصل ولانه لما أقدم على التصرف كان عزلا له منه بالفعل حكما وهو يملك

وهذا انما يتأتى بالنسبة الى جانب المشتري أما في جانب البائع فلا حاجة الى الامتحان فينبغي أن يكون استخدامه دليل الاستبقاء اه (قوله كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة) أى فانهما يستحقان الشفعة وان لم يملكا رقبة الدار بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع فالمشتري هنا لم يصر أحق بالتصرف فيها اه فتح وكتب على قوله المأذون له في التجارة ما نصه أى المستغرق بالدين اه فتح (قوله وهذا التقدير يحتاج اليه لابي حنيفة) أى لانه القائل بان المشتري بالخيار لا يدخل في ملك المشتري فلا يشفع بها وقد قال يشفع بها فاحتاج الى جعله فعلا يفيد الرضا بالبيع فينبرم البيع فيثبت الملك من وقت عقد الخيار فيكون سابقا على شراء ما فيه الشفعة اه فتح (قوله وأما على قولهما) قال الكمال وأما على قولهما فلا حاجة لانهما قائلان بأن المشتري بالخيار ملكها فتجب له الشفعة بها والوجه أنهما أيضا يحتاجان الى زيادة ضميمة لان الملك وان كان ثابتا عندهما فله رفعه فهو متزلزل والشفعة لدفع الضرر المستمر فحين شفع دل على قصده استبقاء الملك فيسقط خياره فلا يفسخ بعد ذلك اه كمال (قوله حيث لا يسقط بأخذ الشفعة) أى حتى اذا رآها كان له أن يردها بعد ما شفع بها وسيأتي أنه لو أسقط خيار الرؤية صريحا لا يسقط لانه معلق بالرؤية فقبلها هو عدم لحقيقة قولنا ثبت له خيار الرؤية أنه اذا رآها ثبت له خيار الرؤية وكذا لا يبطل خيار العيب بالاخذ بالشفعة اه كمال

ذلك صريحا بالقول فكذا دلالة بالفعل وهذا لان تصرف النائب انما جاز للحاجة ولا حاجة عند مباشرة المتصرف بنفسه فيلغو بخلاف ما اذا وكله أن يطلق امرأته البتة فطلقها الوكيل والموكل حيث يقع عليها طلاق أحدهما غير معين ولا يقدم تصرف الموكل لان الوكيل في باب الطلاق سفير ومعبر فكان الموجود من الوكيل منسوبا اليه ولهذا يحنث في يمينه أن لا يطلق فكان الصادر عن الوكيل صادرا عن الموكل بخلاف الوكيل في البيع على ما عرف في موضعه وجه الاول وهو الاصح أن المعارضة من جهة المتصرف متحققة لان كل واحد منهما مالك للتصرف وتعذر العمل بهما للاستحالة فوجب الترجيح بحال التصرف والفسخ أقوى لانه يرد على المجاز دون العكس فكان أولى بالاعتبار كنكاح الحرة والامة اذا وجدا معا ينفذ نكاح الحرة لانه أقوى لوروده على نكاح الامة دون العكس ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ ألا ترى أنه لو كان الخيار لاحدهما وفسخ بحضرة صاحبه ثم هلك المبيع في يد المشتري قبل التسليم الى البائع عاد الحال على ما كان حتى يجب عليه الثمن ان كان الخيار للمشتري والقيمة ان كان الخيار للبائع كما اذا هلك في يده قبل الفسخ لانا نقول هذا لا يلزمنا لان كلامنا في اجازة ترد على المفسوخ ولا اجازة هنا فلا يرد علينا وقيل ما ذكر في المأذون قول أبي يوسف لانه لا يقدم تصرف المالك بل يستويان عنده وما ذكره في البيوع قول محمد لانه يقدم تصرف المالك على تصرف النائب عنده واستخرج ذلك مما اذا باع الوكيل من شخص وباع الموكل من غيره فعند محمد يملكه المشتري من المالك تقديما لتصرف المالك وعند أبي يوسف يستويان فيكون بين المشتريين نصفين لاستواء التصرف في عدم تقديم المتصرف بالملك عنده ويثبت لكل واحد منهما الخيار لتفرق الصفقة عليهما قال (ولو باع عبدين على أنه بالخيار في أحدهما ان فصل وعين صح والا لا) أي صح ان فصل ثمن كل واحد منهما وعين الذي فيه الخيار لان الذي فيه الخيار كالخارج عن العقد اذ العقد مع الخيار لا ينعقد في حق الحكم فكان الداخل في العقد غيره فلم يكن ذلك الداخل معلوما وثمنه معلوما لا يجوز اذ جهالة المبيع والثمن مفسدة للعقد ولن يكونا معلومين الا بالتفصيل والتعيين وهذه المسألة على أربعة أوجه أحدها ان يفصل الثمن ويبين الذي فيه الخيار والثاني أن لا يبين واحدا منهما والثالث أن يبين الثمن دون الآخر والرابع بالعكس والعقد فاسد في الكل اما لجهالة الثمن أو لجهالة المبيع أو لجهالتهما الا في الاولى لانتفاء الجهالة عنهما فان قيل لا يخلو اما أن تجعل المستثنى داخلا في العقد أو لا فان جعلته داخلا فيه وجب أن يجوز وان لم يبين ولم يفصل اذ ليس بيان كل جزء من أجزاء المبيع ولا بيان ثمنه شرطا لجواز البيع وان كان جعلته غير داخل فيه وجب أن لا يجوز وان بين وفصل لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع شرطا لصحة العقد في المبيع وهو فاسد كما لو جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة فانه لا يجوز وان بين ما قلنا

(قوله بخلاف ما اذا وكله) أن يطلق امرأته البتة أراد به الثلاث اهـ (قوله ولا يقال المفسوخ) الذي في النسخ ولا يقال المجاز يلحقه الفسخ فليتأمل اهـ (قوله ويثبت لكل واحد منهما الخيار) أي ان شاء أخذ النصف بنصف الثمن وان شاء ترك ونقض البيع اهـ (قوله في المتن وعين صح الخ) بان يقول بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في هذا لانتفاء المفسد لجهالة أحد الامرين اهـ فتح (قوله كالخارج عن العقد) أي الى وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ اهـ (قوله اذ العقد مع الخيار لا ينعقد) الخ قال الاتقاني رحمه الله أما الوجه الاول فانما فسد لجهالة المبيع والثمن جميعا وهذا لان البيع بشرط الخيار لا ينعقد في حق الحكم بل هو موقوف في حق الحكم الى وقت سقوط الخيار فينعقد حينئذ لما أن الخيار داخل في الحكم دون السبب فيمنع الحكم بعد السبب اهـ وقال الكمال رحمه الله لان الذي فيه الخيار لا ينعقد البيع فيه في حق الحكم فكان كأنه خارج عن البيع والبيع انما هو في الآخر وهو مجهول لجهالة من فيه الخيار ثم ثمن المبيع مجهول لان الثمن لا ينقسم في مثله على المبيع بالاجزاء اهـ (قوله والثالث أن يبين الثمن دون الآخر) أي كأن يقول البائع بعتك كل واحد من هذين بخمسمائة على أني بالخيار في أحدهما اهـ وكتب على قوله دون الآخر ما نصه أي لم يبين الذي فيه الخيار اهـ (قوله والرابع بالعكس) أي وهو أن يعين الذي فيه الخيار ولا يفصل الثمن اهـ (قوله اما لجهالة الثمن) أي لما أن من فيه الخيار ليس بداخل في الحكم فيبقى الآخر مفردا وثمنه مجهول اهـ اتقاني وقال الكمال لان المبيع وان كان معلوما يتعين من فيه الخيار الا أن ثمنه مجهول لما قلنا ان الثمن لا ينقسم عليهما بالسوية اهـ (قوله أو لجهالة المبيع) وهذا لما قلنا ان الذي هو فيه الخيار ليس بداخل في حكم العقد فيبقى الآخر مفردا وهو مجهول اهـ اتقاني وكتب على قوله أو لجهالة المبيع ما نصه بسبب جهالة من فيه الخيار اهـ فتح (قوله لانتفاء الجهالة عنهما) أي بان يقول بعتك هذين بألف على أني بالخيار في هذا اهـ (قوله لانك جعلت قبول العقد في غير المبيع) أي وغير المبيع هو الذي فيه الخيار اهـ (قوله قلنا الخ) قد أجاب صاحب الهداية رحمه الله عن السؤال المذكور بعد أن أشار الى السؤال بقوله وقبول العقد في الذي فيه الخيار ان كان شرطا لانعقاد العقد في الآخر لكن هذا غير مفسد للعقد لكونه أي من فيه الخيار محلا للبيع فهو كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما بألف حيث ينفذ البيع في القن بحصته وان كان قبول العقد في المدبر شرطا فيه وذلك لدخول المدبر في البيع لمحليته له في الجملة ولهذا لو قضى القاضي بجواز بيعه جاز وكان القبول شرطا صحيحا فكذا فيما نحن فيه بخلاف ما شبه

به من الجمع بين الحر والعبد لان الحر ليس بمال أصلا فلا يدخل في البيع بحال فكان اشتراط قبوله اشتراط شرط فاسد اهـ (قوله هو داخل) أى الذى فيه الخيار اهـ (قوله صيغة) أى فى العقد اهـ (قوله فى المتن وصح خيار التعيين الخ) وخيار العيب والتعيين يورث بالاتفاق اهـ اتقانى فى خيار الرؤية قوله يورث بنظر كلام الشارح الزيلعى رحمه الله فى خيار الشرط عند قوله وتم العقد بموته فان فيه ما يخالف قوله يورث فتنبه والله الموفق (قوله وهو أن يبيع) نسخة وهو أن يشترى اهـ (قوله أو يبيع أحد الثلاثة) نسخة أو يشترى (قوله على أن يأخذ أيهما شاء) أى و بين ثمن كل واحد منها على حدة وثمن الكل متفق أو مختلف اهـ كى

هو داخل صيغة غير داخل حكما فاذا كان داخلا من وجه دون وجه ينظر فان كان معلوما اعتبرناه داخلا فيجوز والا فغير داخل فلا يجوز بخلاف بيع المدبر مع القن حيث يجوز عند بعضهم وان لم يبين الثمن لانهما داخلان صيغة وحكما اذ لم يوجد فى حقهما ما يمنع من ذلك ولهذا لو حكم الحاكم بجواز بيعهما صح وفيما نحن فيه الخيار يمنع انعقاده فى حق الحكم أصلا وعند بعضهم لا يجوز حتى يبين الثمن فعلى هذا لا فرق بينهما ولو اشترى كيليا أو وزنيا أو عبدا واحدا على أنه بالخيار فى نصفه جاز فصل الثمن أو لم يفصل لان النصف من الشئ الواحد لا يتفاوت ولا فرق بين أن يكون الخيار للبائع أو للمشترى قال (وصح خيار التعيين فيما دون الاربعة) وهو أن يبيع أحد العبدين أو الثوبين على أن يأخذ أيهما شاء أو يبيع أحد الثلاثة على أن يأخذ أيها شاء ولا يجوز ذلك فى الاربعة وهذا استحسان وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجوز هذا أصلا وهو القياس لجهالة المبيع وجه الاستحسان أن شرع الخيار للحاجة الى دفع الغبن ليختار ما هو الارفق والاوفق والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة لانه يحتاج الى اختيار من يثق برأيه أو اختيار من يشتريه لاجله ولا يمكنه البائع من الحمل اليه الا بالشراء كيلا يبقى أمانة فى يده فكان فى معنى خيار الشرط وهذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة لتعين من له الخيار فلا يمنع الجواز غير أن هذه الحاجة تندفع بالثلاثة لوجود الجيد والردىء والوسط فيها فلا حاجة الى الاربعة وثبوت الرخصة للحاجة وكون الجهالة غير مفضية الى المنازعة فلا يثبت بأحدهما ثم قيل يشترط أن يكون فى هذا العقد خيار الشرط مع خيار التعيين وهو المذكور فى الجامع الصغير قال شمس الائمة هو الصحيح وقيل لا يشترط وهو المذكور فى الجامع الكبير فيكون ذكره على هذا الاعتبار اتفاقا لا شرطا قال فخر الاسلام هو الصحيح فعلى قول هذا القائل اذا لم يشترط خيار الشرط يلزم العقد فى أحدهما حتى لا يرد الا أحدهما وعلى قول الكرخى له أن يردهما لان هذا الخيار عنده بمنزلة خيار الشرط وقال قاضيخان وضع محمد رحمه الله هذه المسئلة ههنا يعنى فى الجامع الصغير فيما اذا بين مدة الخيار فقال يأخذ أيهما شاء بعشرة دراهم وهو بالخيار ثلاثة أيام ووضعه كذا فى المأذون ووضعها فى الجامع الكبير وغيره على أن يأخذ أيهما شاء ولم يذكر الزيادة واذا لم يذكر خيار الشرط فلا بد من توقيت خيار التعيين بالثلاث فما دونها عند أبى حنيفة وبمدة معلومة أيتها كانت عندهما على قول أكثر المشايخ لان القياس يأبى جواز هذا العقد وانما جاز استحسانا بطريق الالحاق بشرط الخيار فلا يجوز بدونه فان شرط ذلك ثبت له خيار الشرط مع خيار التعيين فاذا ردهما بخيار الشرط فى المدة أو رد أحدهما بخيار التعيين كان له ذلك واذا مضت المدة بطل خيار الشرط فلا يملك ردهما جميعا و يبقى له خيار التعيين فيرد أحدهما وان مات المشترى فى مدة الخيار يبطل خيار الشرط و يبقى خيار التعيين للوارث فلا يكون له الا رد أحدهما قال العبد الضعيف عفا الله عنه اذا لم يذكر خيار الشرط فلا معنى لتوقيت خيار التعيين بخلاف خيار الشرط فان التوقيت فيه يفيد لزوم العقد عند مضى الوقت وفى خيار التعيين لا يمكن ذلك لانه لازم فى أحدهما قبل مضى الوقت ولا يمكن تعيينه بمضى الوقت بدون تعيينه فلا فائدة لشرط ذلك والذى

(قوله والحاجة الى هذا النوع من البيع متحققة) أى لان الانسان قد يحتاج الى زوج خف ونحو ذلك ولا يتيسر له أن يخرج الى السوق بنفسه بأن يكون من الرؤساء أو من الدهاقين أو من النساء فى البيوت فيحمل اليه من يقوم مقامه فى الشراء من الانواع الثلاثة الجيد والوسط والردىء حتى يختار ما يوافقه اهـ (قوله وهذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة) أى لان من له الخيار وهو المشترى فوض اليه الامر بأخذ أى ذلك شاء اهـ اتقانى (قوله فلا حاجة الى الاربعة) أى وان انعدمت المنازعة فيه بتعين من له الخيار فبقى على أصل القياس اهـ اتقانى (قوله وكون الجهالة بالجر عطفا على قوله للحاجة اهـ (قوله قال شمس الائمة) أى فى جامعه اهـ كى (قوله هو الصحيح) أى وهو قول الكرخى اهـ كى (قال (قوله قال فخر الاسلام) أى فى جامعه اهـ كى (قوله هو الصحيح) أى وهو قول محمد بن شجاع اهـ كى (قوله و بمدة معلومة أيتها كانت عندهما) أى بعد أن كانت معلومة فان قيل ينبغى أن لا يجوز فى الزائد على الثلاث عند أبى يوسف لانه أخذ بالقياس فى خيار النقد حتى لم يجوز الزيادة على الثلاث فينبغى أن يكون كذلك ههنا قلنا قوله فى خيار النقدان لم ينقد الثمن الى أربعة أيام تعليق فلا يلحق بخيار الشرط فلا يكون الاثر واردا فى حقه وأما خيار التعيين من جنس خيار الشرط من حيث انه لم يكن فيهما حرف التعليق فكان الاثر واردا فى حقهما معنى كذا قيل اهـ

دراية

(قوله ولوشرط خيار التعيين للبائع) أي بان قال بعتك هـذين الثوبين على أني بالخيار أعني البيع في أحدهما لم يذكر محمد هـذه المسئلة في بيوع الاصل ولا في الجامع الصغير اه كي (قوله لانه جوز للمشـتري للحاجة) أي الى اختيار الارفق والاوفق اه (قوله ولا حاجة اليه للبائع) أي لان المبيع كان معه قبـل البيع فيرد جانبه الى ما يقتضيه القياس اه كي (قوله فهلك أحـدهما أو تعيب) قال في شرح الطحاوي ولو هلك أحدهما قبل القبض فلا يبطل البيع والمشتري بالخيار ان شاء أخذ الباقي بثمنـه وان شاء ترك ولو هلك الكل قبل القبض بطل البيع اه اتقاني (قوله وتعين الآخر للامانة) فان قلت كيف يكون الآخر أمانة حتى اذا هلك لا يغرم لاجله شيأ ولا يكون هو أدنى من المقبوض على سوم الشراء قلت انما كان ذلك أمانة لانه اشترى أحـدهما لا غير وانما قبض الآخر ليرده على البائع اذا تعـين أحدهما الا ليتملكه ولا على سوم الشراء وقد تعين أحدهما هنا فبقي الآخر أمانة لانه قبضه باذن البائع لا على جهة البيع فلم يلزمه شئ بسببه اه اتقاني وكتب على قوله وتعين الآخر (٢٣) للامانة ما نصه حتى اذا هلك بعد هلاك الاول لا يلزمه شئ اه (قوله وان هلكا معا الخ) أي ولو كان خيار التعيين في ثلاثة أثواب وقبضها المشتري والخيار له فهلكت معا يلزمه ثلث كل واحـد منها لما ذكر لك (قوله وكـذا لو هلكا على التعاقب الخ) وان هلك أحدهما قبل الآخر ولكنهما اختلفا فيه فلا تظهر فائدة الخـلاف اذا كان الثمـن متفقا وانما تظهر اذا كان الثمن مختلفا بأن يكون ثمن أحدهما عشرة وثمن الآخر عشرين فقال البائع هلك الذي ثمنه عشرون أولا وقال المشـتري هلك الذي ثمنـه عشرة أولا كان أبو يوسف يقول يتحالفان فأيهما نكل قضي عليه بما ادعاه صاحبه وان حلفا جميعا يجعـل كأنهـما هلكا معا ولزمه نصف ثمن كل واحد منهما ثم رجع وقال القول قول المشتري مع يمينه وهو قول محمد لان الثمن صار دينا على المشتري هذا اذا لم يكن لهـما بينة فلو أقام أحدهما البينة قبلت فان أقاما جميعا فبينة البائع أولى لانها تثبت الفضل اه اتقاني (قوله بخلاف الهالك) أي فانه ليس بمحل لابتداء البيع فلا يكون محلا لتعينه اه (قوله وعلى هذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب) أي قبل القبض وبعده يعني اذا اشتريا شيأ ليس لاحدهـما أن يرده بخيار الرؤية أو بخيار العيب بدون صاحبـه وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع رجلان اشتريا شيأ على أنهما بالخيار فرضي أحدهما فليس للآخر أن يرده في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قولهـما له ذلك وروي عن أبي حنيفة رواية أخرى قال يؤمر الآخر برده الى هنا لفظ الفقيـه وقول الشافعي كقولهـما اه اتقاني قوله وروي عن أبي حنيفـة رواية أخرى قال الاتقاني ووجـه الرواية الاخرى أن الذي امتنع من الرد أراد ابطال حق الآخر في الفسخ فليس له ذلك وهـذا لان المقصود الكلي من اثبات الخيار أن يكون لمن له الخيار ولاية الرد لا الاجازة لان الخيار لو كان للاجازة ما كان يحتاج الى الخيار لان العـقد كان يتم بالسبب السابق بلا خيار فاذا كان الرد هو المقصود وقد شرط لهما جميعا يؤمر صاحب الرد لئلا يلزم ابطال حق الرد اه

يغلب على الظن أن التوقيت لا يشترط فيـه ولو شرط خيار التعيـين للبائع اختلف المشايخ فيـه فذكر الكرخي في مختصره أنه يجوز استحسانا قالوا واليـه أشار في الزيادات ووجهـه أنه خيار يجوز اشـتراطه للمشتري فكذا له قياسا عليه وذكر في المجرد أنه لا يجوز لانه جوز للمشـتري للحاجة مخالفا للقياس ولا حاجة اليه للبائع ثم اذا كان خيار التعيين للمشتري وقبضهما فهلك أحدهما أو تعيب لزمه البيـع فيه بثمنه لامتناع الرد بالعيب وتعين الآخر للامانة لان الداخل تحت العقد أحدهما والذي لم يدخل تحت العقد قبضه باذن مالكه لا على سوم الشراء ولا بطريق الوثيقة فكان أمانة في يده وتعين الباقي للامانة لما ذكرنا بخلاف ما اذا طلق احدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فهلك أحدهما حيث يتعين الباقي للعتاق والطلاق لانه حـين أشرف على الهلاك لم يخرج من أن يكون محلا للطلاق والعتاق فلا يعجز عن الايقاع عليه قبل الهـلاك وبعـد الهـلاك لم يبق الهالك محلا للايقاع فتعـين الباقي له لبقاء المحلية وفيما نحن فيه حين أشرف على الهلاك عجز عن رده وهو قابل للبيع ولم تبطل محليته فتعين له وهذا الفرق يرجع الى أنهما استويا في بقاء المحلية قبل الموت غير أنه في البيع حين أشرف على الهـلاك عجز عن رده فتعـين هو للبيع لانه قابل له وفي الطلاق والعتاق كذلك لا يخرج من أن يكون محلا للايقاع قبل الموت غير أنه لا يعجز عنـه فبقي مخيرا الى الهلاك فاذا هلك خرج من أن يكون محلا له فلو وقع عليه لوقع بعد الموت وهما لا يقعان بعده فتعين الباقي ضرورة هذا اذا هلك أحـدهما قبل الآخر وان هلكا معا يلزمه نصف ثمن كل واحد منهما لشيوع البيع والامانة فيهما لعدم الاولوية بجعل أحدهما مبيعا أو أمانة ولا فرق بين أن يكون الثمن متفقا أو مختلفا وكذا لو هلكا على التعاقب ولا يدري الاول منهما يجب ثمن نصف كل واحد منهما لما قلنا بخـلاف ما اذا تعيبا ولم يهلكا حيث يبقى خياره على حاله وله أن يرد أحـدهما لانهما محل لابتداء البيع فكذا التعيـين بخلاف الهالك ولكن ليس له أن يردهما وان كان فيه خيار الشرط له لان العيب يمنع الرد بخيار الشرط قال (ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما لا يرده الآخر) يعني لو اشترى اثنان بشرط الخيار لهما ليس لاحدهما أن يرد نصيبه اذا أجاز الآخر وهذا عند أبي حنيفة وقالا له أن يرده وعلى هـذا الخلاف خيار الرؤية وخيار العيب لهما أن اثبات الخيار لهما اثباته لكل واحد منهما لانه شرع لدفع الغبن وكل واحد منهما محتاج الى

دفعه عن نفسه فلو بطل هذا بابطال الآخر خياره لم يحصل مقصوده ويلحقه به ضرر وله أن المشروط خيارهما الاخيار كل واحد منهما على انفراده فلا ينفرد أحدهما بالرد ولان حق الرد ثبت لهما على وجه لا يتضرر به البائع وفي رد أحدهما ما نصيبه اضرار بالبائع اذ المبيع خرج عن ملكه غير متعيب بعيب الشركة فلو رده أحدهما لرده معيبا بها اذ هي عيب في الاعيان لكونه لا يتمكن من الانتفاع به الا بطريق المهايأة وليس من ضرورة اثبات الخيار لهما الرضا برد أحدهما لتصور اجتماعهما على الرد وقوله يلحقه به ضرر قلنا هذا الضرر يلحقه من جهة نفسه لعجزه عن ايجاد شرط الرد وهو مساعدة صاحبه اياه على الرد والبائع يتضرر بتصرف الراد فكانت رعاية جانب البائع أولى ولا يقال البائع رضي بالتبعيض بالبيع لهما لانا نقول رضي بالتبعيض في ملكهما الا في ملك نفسه فلا يدل على الرضا به في ملكه ألا ترى أن المشتري لو زوج الامة المشتراة ثم وجد بها عيبا ليس له أن يردها على البائع لحدوث العيب عنده وهو التزويج وان حصل بتسليطه ورضاه لما قلنا فان قيل هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد قلنا هذا عيب حدث بفعل المشتري وهو يمنع الرد وان حدث في يد البائع قال (ولو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب وكان بخلافه أخذه بكل الثمن أو تركه) لان هذا وصف مرغوب فيه فيستحق بالشرط في العقد ثم فواته يوجب التخيير لانه لم يرض به دونه بخلاف ما لو باع شاة على أنها حامل أو تحلب كذا وكذا أرطالا حيث يفسد البيع لانه ليس من قبيل الوصف وانما هو من قبيل الشرط الفاسد اذ لا يعرف ذلك حقيقة لانه يحتمل أنه لبن أو حمل أو انتفاخ حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد لانه وصف ولو قال يخبز كذا صاعا أو يكتب كذا قدرا يفسد لما ذكرنا وشرطه ان يقدر على الكتابة والخبز قدر ما ينطلق عليه اسم الكاتب والخباز وان كان لا يحسن ذلك قدر ما ينطلق عليه الاسم فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء رده لما قلنا وان قال البائع عند الرد كان يحسن ذلك لكنه نسي عندك فالقول قول

(قوله في المتن أو كاتب) أي حرفته ذلك اه فتح (قوله في المتن أخذه بالثمن أو تركه) قال الشيخ أبو نصر والاصل في هذا أن من شرط صفة فوجد المبيع بخلافها وتلك الصفة مما يتفاوت فيها الاغراض تفاوتا كثيرا فان المشتري بالخيار مثل أن يشتري حمارا على أنه أتان فاذا هو ذكر أو شاة على أنها نعجة فاذا هي فحل ومسائل الكتاب من هذا الجنس ووجه ذلك أنه وجد المبيع على خلاف الصفة التي شرطها وله في الصفة غرض فاذا فاته ثبت له الخيار كما لو وجد بالمبيع عيبا وأما اذا كانت الصفة تتفاوت فيها الاغراض تفاوتا كثيرا فالعقد فاسد وذلك مثل أن يبيعه دارا على أن بناءها آجر فاذا هو لبن أو باعه شخصا على أنه جارية فاذا هو عبد فالبيع فاسد لانه اختلاف كثير فهو بمنزلة الاختلاف في الجنس وأما اذا شرط صفة فوجدها زائدة فهي للمشتري مثل أن يشتري ثوبا على أنه عشرة أذرع فوجده أحد عشر ذراعا وكذلك لو اشترى جارية على أنها ثيب فاذا هي بكر فتكون الصفة الزائدة للمشتري ولا خيار كمن اشترى عبدا على أنه معيب فوجده صحيحا اه وكتب ما نصه قال الكمال وان لم يجده كما شرط وامتنع الرد بسبب من الاسباب ورجع المشتري على البائع بحصته من الثمن بأن يقوم العبد كاتبا وغير كاتب فيرجع بالتفاوت اه وكتب أيضا ما نصه وانما لم يفسد العقد بهذا الشرط لانه من مقتضيات العقد ألا ترى أن الوصف الذي شرطه لو كان موجودا في المبيع لدخل في العقد من غير ذكر وما هذا سبيله كان من مقتضيات العقد كما اذا اشترى على أن يملك المبيع أو على أن يسلمه البائع الى المشتري اه اتقاني (قوله بخلاف ما لو باع شاة) قال الاتقاني رحمه الله تعالى بخلاف ما لو اشترى ناقة على أنها حامل حيث يكون البيع فاسدا على رواية كتاب البيوع لان الحمل لا يعرف حقيقة لان انتفاخ البطن وتحرك ما فيه قد يكون لداء فكان غررا فأوجب فساد البيع وما نحن فيه يمكن الوقوف عليه للحال فلم يكن غررا ولان ما نحن فيه صفة محضة لا يتصور انقلابها أصلا وهناك المقصود الولد بعد الولادة وهو مجهول واشتراط مال مجهول مع المبيع مفسد للبيع وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أن ذلك البيع أيضا جائز فلا حاجة الى الفرق لاستوائهما في الجواب كذا قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ثم قال ولا رواية عن أصحابنا ان اشتراط الحبل في الجواري هل يوجب فساد العقد أم لا اختلف مشايخنا فيه منهم من قال يوجب قياسا على الناقة للمعنيين المذكورين ثمة ومنهم من قال لا يوجب لان الحبل في الجواري عيب فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب بخلاف الحبل في البهائم فانه زيادة وهي مجهولة وفي وجودها غرر فلا يجوز ومنهم من فصل وقال ان اشتراها ليتخذها ظئرا فشرط أنها حامل فالبيع فاسد لانه يطلب زيادة وهي مجهولة وفي وجودها خطر فصارت كالناقة وان كان لا يريد اتخاذها ظئرا كان جائزا لما مر أنه اشترط البراءة عن هذا العيب اه (قوله حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون لا يفسد) أي كما اذا شرط في الفرس أنها هملاج وفي الكلب أنه صائد حيث يصح ومنه شرط كونه ذكرا أو أنثى وشرط كون الثمن مكفولا به اه فتح (قوله فله الخيار ان شاء أخذه وان شاء رده) أي ولو مات هذا المشتري انتقل الخيار الى ورثته اجماعا لانه في ضمن تملك العين اه فتح (قوله لكنه نسي عندك) أي والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها اه فتح

(قوله فكان الظاهر شاهدا له) والاصل في هذا أن القول لمن تمسك بالاصل وان العدم في الصفات العارضة أصل والوجود في الصفات الاصلية أصل اهـ فتح (قوله لكنها تابعة) أي تدخل في العقد من غير ذكر وفي جعل الوصف مقابلا بشيء من الثمن يلزم جعله أصلا فلا يجوز اهـ

﴿باب خيار الرؤية﴾

لما شرع يذكر أنواع الخيار قدم ما كان تأثيره أكثر في العقد على غيره على التوالي وذلك لان الموانع خمسة مانع يمنع انعقاد العلة كالبيع المضاف الى حر ومانع يمنع تمام العلة كالبيع المضاف الى مال غير مملوك حتى لا يتم الانعقاد في حق المالك ومانع يمنع ابتداء الحكم كخيار الشرط ومانع يمنع لزوم الحكم كخيار العيب ومانع يمنع تمام الحكم كخيار الرؤية حتى لا تتم الصفقة بالقبض اهـ اتقاني قدم هذا الباب على خيار العيب لانه يمنع تمام الحكم وذاك يمنع لزوم الحكم واللزوم بعد التمام والاضافة من قبيل اضافة الشيء الى شرطه لان الرؤية شرط ثبوت الخيار وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية واعلم أن خيار الرؤية يثبت في أربعة مواضع ليس غير شراء الاعيان والاجارة والصلح عن دعوى مال على عين والقسمة وعرف من هذا أنه لا يكون في الديون فلا يكون في المسلم فيه ولا في الاثمان الخالصة بخلاف ما لو كان المبيع اناء من أحد النقدين فان فيه الخيار ولو تبايعا مقايضة ثبت الخيار لكل منهما ومحله كل ما كان في عقد ينفسخ بالفسخ لا ما لا ينفسخ كالمهر وبدل الصلح عن القصاص وبدل الخلع وان كانت أعيانا لانه لا يفيد فيها لان الرد لما لم يوجب الانفساخ بقي العقد قائما وقيامه يوجب المطالبة بالعين لا بما يقابلها من القيمة فلو كان له أن يرده كان له أن يرده أبدا وليس للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يسقط

خيار الرؤية منه ولا يتوقف الفسخ على قضاء ولا رضا بل بمجرد قوله رددت ينفسخ قبل القبض وبعده لكن يشترط علم البائع عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كما هو خلافهم في الفسخ في خيار الشرط اهـ فتح (قوله في المتن شراء ما لم يره جائز) أي وله الخيار اذا رآه ان شاء أخذه بجميع الثمن وان شاء رده سواء رآه على الصفة التي وصفت له أو على خلافها مثل أن يشتري جرابا فيه أثواب هروية أو زيتا في زق أو حنطة في غرارة من غير أن يرشيأ ومنه أن يقول بعتك درة في كمي صفتها كذا أو ثوبا في كمي صفته كذا أدخل أو هذه الجارية وهي حاضرة متنقبة وله الخيار اذا رأى شيأ من ذلك وفي المبسوط الاشارة اليه أو الى مكانه شرط الجواز حتى لو لم يشر اليه ولا الى مكانه لا يجوز بالاجماع اهـ لكن اطلاق الكتاب يقتضي جواز البيع سواء سمى جنس المبيع أولا وسواء أشار الى مكانه أو اليه وهو حاضر مستور أولا مثل أن يقول بعت منك ما في كمي بل عامة المشايخ اطلاق الجواب يدل على الجواز عنده وطائفة قالوا لا يجوز لجهالة المبيع من كل وجه والظاهر أن المراد بالاطلاق ماذكره شمس الائمة وغيره كصاحب الاسرار والذخيرة لبعد القول بجواز بيع ما لم يعلم جنسه أصلا كأن يقول بعتك شيأ بعشرة اهـ كمال (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من اشترى ما لم يره الخ) ولا بد من كون المراد في الحديث بالرؤية العلم بالمقصود فهو من عموم المجاز عبر بالرؤية عن العلم بالمقصود فصارت حقيقة الرؤية من أفراد المعنى المجازي وهذا لوجود مسائل اتفاقية لا يكتفى بالرؤية فيها مثل ما اذا كان المبيع مما لا يعرف الا بالشم كمسك اشتراه وهو يراه فانه انما يثبت الخيار له عند شمه فله الفسخ عند شمه بعد رؤيته وكذا لو رأى شيأ ثم اشتراه فوجده متغيرا لان تلك الرؤية غير معرفة للمقصود الآن وكذا شراء الاعمى يثبت له الخيار عند الوصف له فأقيم فيه الوصف مقام الرؤية اهـ فتح (قوله فصار كجهالة الوصف في المشاهد) يعني فيما لو اشترى ثوبا مشارا اليه لا يعلم عدد ذرعانه يريد تشبيهه بذلك في مجرد ثبوت الجواز لا بقيد ثبوت الخيار لانه لا خيار في المشبه به أعني الثوب وهو بناء على لزوم ذكر الجنس في هذا البيع فيبقى الغائب مجرد علم الوصف اهـ فتح وكتب على قوله في المشاهد ما نصه أي المشار اليه اهـ هداية

المشتري لان الاصل عدم الخبز والكتابة فكان الظاهر شاهدا له ولو ابتاعه من غير أن يشترط الكتابة والخبز وكان يحسن ذلك فنسيه في يد البائع قبل التسليم رده عليه لانه استحق تسليمه على الصفة التي ورد عليها العقد فاذا نسيه فقد تغير المبيع قبل القبض فيرده وعلى هذا لو اشترى جارية على أنها طباخة أو نحوه في جميع ما ذكرنا من الاحكام ثم في كل موضع يثبت له الخيار فيه اذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن لان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن لكونها تابعة في العقد اذا الجنس متحد ولهذا لا يفسد به العقد ولو اختلف يفسد على ما يجيء بيانه في البيع الفاسد

﴿باب خيار الرؤية﴾

قال (شراء ما لم يره جائز وله أن يرده اذا رآه وان رضي قبله) وقال الشافعي لا يجوز البيع لان المبيع مجهول اذ لم يعرف منه الا الاسم فصار كما لم يشر اليه ولا الى مكانه أو هو معدوم لما ذكرنا ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أي ما ليس بحاضر عند المتبايعين مرئي للمشتري ولنا قوله عليه السلام من اشترى ما لم يره فله الخيار اذا رآه ولان الجهالة فيه لا تفضي الى المنازعة لانه اذا لم يوافقه رده فصار كجهالة الوصف في المشاهد المعاين والمراد بالنهي عن بيع ما ليس عند الانسان ما ليس في ملكه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه ثم

(قوله لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا) أى والمعلق بالشرط عدم قبل وجوده والاسقاط لا يتحقق قبل الثبوت اهـ فتح (قوله في المتن ولا خيار لمن باع ما لم يره) أى بان ورث عينا من الاعيان في بلدة أخرى فباعها قبل أن يرها اهـ فتح (قوله اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب) أى فانه يثبت للبائع حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة اهـ فتح قوله حتى جاز أن يرد الثمن بالزيافة أى كما أن للبائع أن يرد المبيع بالعيب الا أن البيع لا ينفسخ برد الثمن لعدم الاصالة في العقد وينفسخ برد المبيع

أدخل السوق فاستجيدها فأشتريها فأسلمها اليه فقال عليه السلام لا تبع ما ليس عندك وأجمعنا على أنه لو باع عينا حاضرة غير مملوكة له لا يجوز وان ملكها فيما بعد ولو كان كما زعم لجاز ولو باع عينا غائبة وكان المشترى رآها قبل ذلك جاز فبطل زعمه طردا وعكسا وقوله وان رضى قبله يتصل بما قبله أى له الخيار اذا رآه وان كان رضى قبل أن يراه لان الخيار معلق بالرؤية على ما روينا فلا يثبت قبله ولان الرضا بالشئ قبل العلم باوصافه لا يتحقق فلا يعتبر قوله رضيت قبل الرؤية بخلاف فسخه حيث يعتبر قبل الرؤية لكونه عقدا غير لازم فينفسخ بذلك لا بموجب الخيار قال (ولا خيار لمن باع ما لم يره) وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول له الخيار لان البيع يتم برضا المتعاقدين فاذا انتفى رضا أحدهما لعدم الرؤية فكذا رضا الآخر اذ لا يثبت به الملك ولا يزول به الا بالرضا وهو بالعلم بأوصاف المبيع وذلك بالرؤية ولانه خيار يثبت لاحد المتعاقدين فوجب أن يثبت للآخر اعتبارا بخيار الشرط وخيار العيب ثم رجع عنه وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع ما لم يره أصلا قولا واحدا ولنا المرجوع اليه أن عثمان بن عفان رضى الله عنه باع أرضا بالبصرة من طلحة بن عبيد الله فقيل لطلحة انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى اشتريت ما لم أره وقيل لعثمان انك قد غبنت فقال لى الخيار لانى بعت ما لم أره فحكما بينهما جبير بن مطعم فقضى بالخيار لطلحة وكان ذلك بحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان خيار الرؤية معلق برؤية المشترى فيما روينا فلا يثبت دونه ولان خيار الرؤية انما يثبت للمشترى باعتبار أنه يظنه خيرا مما رأى فيرده لفوات الوصف المرغوب فيه ولورده البائع لرده باعتبار أنه أزيد مما ظنه والخيار لا يثبت بمثله كما لو باع عبدا على أنه معيب فاذا هو سليم لا يثبت للبائع فيه الخيار قال (ويبطل بما يبطل به خيار الشرط) أى يبطل خيار الرؤية بما يبطل به خيار الشرط من التصريح والدلالة ومراده بعد الرؤية وأما قبلها فلا يسقط وان صرح به الا في ضمن بعض التصرفات لتعذر الفسخ على ما نبين وقال بعضهم اذا رآه وتمكن من الفسخ ولم يفسخ سقط خياره ولزم البيع وان لم يوجد منه الاجازة صريحا ولا دلالة لان سبب ثبوت هذا الخيار جهالة أوصاف المبيع بدليل أنه لو رآه قبل العقد لا يكون له الخيار والجهالة تزول بالرؤية والخيار يسقط بزوال سببه كخيار العيب يسقط بزوال العيب وكان ينبغى أن لا يملك فسخه بعد الرؤية متصلا بها لزوال سببه الا أنه ملك الفسخ لدفع الضرر عن نفسه للضرورة وهذه الضرورة تزول بقدر ما يتمكن من الفسخ والصحيح أنه مطلق غير مقيد بالزمان فيكون له الفسخ في جميع عمره ما لم يسقط بالقول أو بفعل يدل على الرضا به نص عليه ابن رستم وكذا ذكره محمد في الاصل لان النص ورد باثبات الخيار مطلقا والعبرة في المنصوص عليه لعين النص لا للمعنى مع أن جهالة الوصف ليست بعلة لثبوت هذا الخيار مطلقا بدليل أنه لم يثبت له الخيار قبل الرؤية لتعلقه بالرؤية فكذا لا يتوقف لاطلاقه عن الوقت والتقييد به يكون زيادة وهو فسخ فيمتد الى أن يوجد منه ما يسقطه وهو التصريح به أو التعييب أو تصرف لا يمكن رفعه كالاعتاق والتدبير أو يوجب حقا للغير كالبيع المطلق والرهن والاجارة لوجود الرضا منه صريحا أو دلالة وكذا لو كانت هذه التصرفات قبل الرؤية يسقط بها الخيار لتعذر الفسخ وان كان تصرفا لا يوجب حقا للغير كالبيع بشرط الخيار والمساومة والهبة من غير تسليم

للاصالة ولا يقال خيار الرؤية ثبت بالحديث معلقا بالشراء فلا يثبت البيع لانا نقول الحكم في الاصل معقول المعنى والمعنى هو الجهالة بصفات المعقود فيثبت في الفرع مثل حكم الاصل اهـ غاية (قوله ولنا المرجوع اليه) أى القول الذى رجع اليه أبو حنيفة اهـ (قوله باع) الظاهر اشترى اهـ غاية (قوله وأما قبلها) الذى بخط الشارح وأما قبله اهـ (قوله لتعلقه بالرؤية) قال الاتقانى رحمه الله ونقل في خلاصة الفتاوى عن شرح الطحاوى أن الرد بخيار الرؤية فسخ قبل القبض وبعده ولا حاجة الى قضاء القاضى ولا الى رضا البائع ولكنه يشترط حضرة البائع خلافا لابى يوسف اهـ (قوله لا يمكن دفعه كالاعتاق) أى العبد الذى اشتراه ولم يره اهـ فتح (قوله أو يوجب كالبيع المطلق) أى ولو بشرط الخيار للمشترى لخلوص الحق فيه للمشترى

وقوله كالبيع المطلق انما يريد به المطلق عن شرط الخيار للبائع لانه به لا يخرج المبيع عن ملكه اهـ فتح (قوله والاجارة) أى والهبة مع التسليم اهـ فتح (قوله لتعذر الفسخ) أى لان هذه الحقوق تمنع الفسخ وتلزم البيع فلما لزم تعذر الفسخ وبطل الخيار اهـ وكتب ما نصه وان تعذر الفسخ شرعا بطل الخيار ووجب تقدير قيد في الحديث فيكون قوله صلى الله عليه وسلم له الخيار اذا رآه مقيدا بما اذا لم يوجب موجب شرعى عدمه اذا رآه وحاصله تقدير مخصص بالعقل اهـ كمال (قوله والمساومة) يقال سام البائع السلعة عرضها وذكر ثمنها اهـ

لا يبطله قبل الرؤية لانه لا يفوت صريح الرضا ويبطله بعد الرؤية لوجود دلالة الرضا بعد العلم وكذا اذا قبضه بعد الرؤية بطل خياره لانه يدل على الرضا ولانه مؤكد بحكم العقد فشابه البيع ولو كان البيع بشرط الخيار للمشتري فهو كالمطلق حتى يسقط به الخيار قبل الرؤية لانه بات مطلق من جانبه ولو اشترى أرضا فأذن الا كرأن يزرعها قبل الرؤية فزرعها بطل لان فعله بامره كفعله قال (وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق والدابة وكفلها وظاهر الثوب مطويا وداخل الدار) لان رؤية ما يستدل به على المقصود يكفي لتعسر رؤية الجميع ورؤية هذه المواضع من هذه الاشياء يقع بها العلم بالمقصود فلا معنى لاشتراط رؤية غيرها ولو دخل في المبيع أشياء فان كان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون وعلامته أن يعرض بالنموذج يكتفى برؤية بعضه لجريان العادة بالاكتفاء بالبعض في الجنس الواحد ولوقوع العلم به بالباقي الا اذا كان الباقي أردأ فيكون له الخيار فيه وفيما رأى كيلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها مع الخيار لا تتم وان كان آحاده تتفاوت وهو الذي لا يباع بالنموذج كالثياب والدواب والعبيد فلا بد من رؤية كل واحد من أفراده لانه برؤية بعضها لا يقع العلم بالباقي للتفاوت والجوز والبيض من هذا القسم فيما ذكره الكرخي لتفاوت آحاده فلا يستدل برؤية بعضه على غيره من جنسه وقال صاحب الهداية ينبغي أن يكون مثل الحنطة والشعير لكونها متقاربة فاذا ثبت هذا فنقول النظر الى وجه الصبرة كاف لانه يعرف به وصف الباقي لما ذكرنا وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع

(قوله لا يبطله قبل الرؤية) أى لان خياره لا يبطل بصريح الرضا قبل الرؤية بان قال قبل أن يرى أبطلت خيارى فلان لا يبطل بدلالة الرضا أولى اهـ غاية (قوله ويبطله بعد الرؤية) أى لان الرضا بعد الرؤية يسقط الخيار صريحا كان الرضا أو دلالة اهـ غاية (قوله في المتن وكفت رؤية وجه الصبرة والرقيق الخ) قال الكمال والاصل في هذا أن رؤية أجزاء المبيع غير مشروط في انتفاء ثبوت خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعا والاجماع أن ينظر الى عورة العبد والامة التى يريد أن يشتريهما ولزم في بيع الصبرة النظر الى كل حبة حبة منها ولا قائل بذلك فيكتفى برؤية ما هو المقصود فاذا رآه جعل غير المرئى تبعا للمرئى فاذا سقط الخيار في الاصل سقط في التبع اذا عرف ان نبنى عليه ان من نظر الى وجه الجارية والعبد ثم اشترى الباقى فلا خيار له فليس له أن يرده بخيار الرؤية بخلاف ما لو رأى بطنهما وظهرهما وسائر أعضائهما الا الوجه فان له الخيار اذا رأى وجههما لان سائر الاعضاء في العبيد والاماء تبع للوجه ولذا تتفاوت القيمة اذا فرض تفاوت الوجه مع تساوى سائر الاعضاء وفي الدواب يعتبر رؤية الوجه والكفل لانهما المقصودان فيسقط برؤيتهما ولا يسقط برؤية غيرهما منها اهـ قال الاتقانى اذا ثبت هذا نقول لا يخلو اما ان كان المعقود عليه شيأ واحدا أو أشياء فان كان شيأ واحدا فلا يخلو اما ان لا تتفاوت آحاده كالمكيل والموزون والعددى المتقارب فاذا رأى البعض ورضى به يكون ذلك رضا بالبعض الذى لم يره اذا كان مثل ما رأى فعلى هذا يكون النظر الى وجه الصبرة مسقطا للخيار اذا كان الباقى مثل ذلك لان رؤية البعض تعرف حال الباقى لان الحنطة والشعير تعرف بالنموذج ولكن هذا فيما اذا كان المكيل في وعاء واحد أما اذا كان في وعاءين اختلف المشايخ قال مشايخ العراق رؤية أحدهما كرؤية الكل وقال مشايخ بلخ لا تكون رؤية أحدهما كرؤية الكل لانهما شيآن متى كانا في وعاءين والاصح هو الاول وهو المروى عن أبي يوسف كذا في التحفة لان تعريف الباقى فيما اذا كان الكل في وعاء واحد باعتبار المماثلة لا باعتبار اتحاد الوعاء وان كان يتفاوت آحاده كالعدديات المتفاوتة نحو الثياب في صندوق والبطاطيخ في شريجة ونحو الرمانات والسفرجلات في قفة فان رؤية البعض لا تعتبر رؤية في الباقى ويكون على خياره ما لم ير الكل لان رؤية البعض لا تعرف الباقى للتفاوت أما اذا كان المعقود عليه شيأ واحدا كالعبد والجارية فرأى الوجه دون سائر الاعضاء يسقط خياره اهـ (قوله وعلامته) أى علامة الشئ الذى لا تتفاوت آحاده أن يعرض على البيع بالنموذج كما هو العادة بين الناس حيث يحمل السمسار شيأ قليلا من المكيل أو الموزون الى المشترى حتى يراه فان أعجبه اشتراه والنموذج بفتح النون بمعنى الانموذج بضم الهمزة مغرب اهـ اتقانى (قوله الا اذا كان الباقى أردأ) أى مما رأى فحينئذ يكون له الخيار يعنى خيار العيب لا خيار الرؤية ذكره في الينابيع وفي الكافى اذا كان أردأ له الخيار لانه انما رضى بالصفة التى رآها لا بغيرها وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية وهو مقتضى سوق كلام المصنف والتحقيق أنه في بعض الصور خيار عيب وهو ما اذا كان اختلاف الباقى يوصله الى حد العيب وخيار رؤية اذا كان الاختلاف لا يوصله الى اسم المعيب بل الدون وقد يجتمعان فيما اذا اشترى ما لم يره فلم يقبضه حتى ذكر له البائع به عيبا ثم أراه المبيع في الحال اهـ كمال رحمه الله (قوله لانها مع الخيار لا تتم) أى خيار الرؤية ولهذا تمكن من الفسخ دون قضاء ولا رضاء اهـ شرح منار (قوله لكونها متقاربة) أى وبه صرح في المحيط وفي المجرد هو الاصح اهـ فتح (قوله وكذا النظر الى ظاهر الثوب مطويا مما يعلم به البقية) أى فلو شرط فتحه لتضرر البائع بتكسر ثوبه ونقصان بهجته وبذلك ينقص ثمنه عليه اللهم الا أن يكون له وجهان فلا بد من رؤية كلا الوجهين اهـ فتح (قوله الا اذا كان في طيه ما يكون مقصودا كوضع العلم) ثم قيل هذا في عرفهم أما في عرفنا فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره لانه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب وهو قول زفر اهـ فتح

(قوله فلابدمن رؤيتهما) استفيدمن قوله فى المتن والدابة وكفلها أى وكفت رؤية وجه الدابة وكفلها اه وكتب على قوله فلابدمن رؤيتهما مانصه فلورأى أحدالامرين فله خيارالرؤية اه اتقانى (قوله وشرط بعضهم) قال الاقطع وقد قالوا ان قال أهل الصنعة والمعرفة بالدواب أنه يحتاج الى النظر الى القوائم كان شرطا فى سقوط الخيارأيضا اه (قوله لابدمن الجس) أى اللمس باليد اه (قوله ويعرف به كثرة اللحم وقلته) أى فان رأى ذلك من بعيدولم يجسه فله الخيار وذلك لان السمن لايظهر من الصوف فلابدمن الجس اه اتقانى (قوله وفى شاة القنية) أى الشاة التى تؤخذ للدر والنسل لاللتجارة اه اتقانى (قوله وجعل فى المختصر رؤية داخل الدار) نسخة خارج وهو الثابت فى خط الشارح وهو مخالف لماقدمه أول هذه المقالة من عبارة المتن وكتب على قوله خارج مانصه هكذا هو فى كثير من نسخ هذا الشرح ويؤيده قوله فى السطر الثانى لماذكرنا فى خارجها لكنه يخالف لماذكره فى المتن من قوله وداخل الدار وكذا هو فى عامة نسخ المتن وكتب أيضا مانصه قال فى التحفة قال مشايخنا تأويل ماذكر فى كتاب القسمة أنه اذا رأى الدار من خارج يبطل خياره اذالم يكن داخل الدار أبنية فأما اذا كان فيها أبنية لايسقط الخيار مالم يرداخلها لان الداخل هو المقصود اه (قوله يسقط خياره) أى وان لم يشاهد بيوتها اه (قوله فلابدمن رؤية ذلك كله فى الاظهر) أى والاشبه كما قال الشافعى وهو المعتبر فى ديار مصر والشام والعراق اه فتح (قوله وذلك يظهر برؤية بعضها) وعبارة الشيخ أكمل الدين فى شرح الهداية وهذا يصير معلوما بالنظر الى جدرانها من خارج الدار اه (قوله ورؤية أشجار البستان يكتفى بها) قال الكمال رحمه الله وأما ماذكر فى الاشجار من الاكتفاء برؤية رؤس الاشجار ورؤية خارجه فقد أنكر بعض المشايخ هذه الرواية وقال المقصود من البستان باطنه فلايكتفى برؤية ظاهره وفى جامع قاضيخان لايكتفى برؤية الخارج ورؤس الاشجار اه (قوله ولورأى دهنا فى قارورة من خارجها لايبطل خياره) أى لان لون الدهن مما يتغير بلون القارورة اه اتقانى وكتب على قوله ولورأى دهنا الخ مانصه قال فى التحفة لونظر فى المرآة فرأى المبيع قالوا لايسقط خياره لانه مارأى عينه وانما رأى مثاله وعلى هذا قالوا من نظر فى المرآة فرأى فرج أم امرأته عن شهوة لاتثبت حرمة المصاهرة ولونظر الى فرج امرأته المطلقة طلاقا رجعيا عن شهوة فى المرآة لايصير مراجعا لماقلنا ثم قال فى التحفة ولواشترى سمكا فى الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه فى الماء قال بعضهم يسقط خياره لانه رأى عين المبيع وقال بعضهم لايسقط وهو الصحيح لان الشئ لايرى فى الماء كما هو بل يرى أكبر مما هو فهذه الرؤية لاتعرف حال حقيقته وأما اذا كان المبيع مغيبا فى الارض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحو ذلك لم يذكر فى ظاهر الرواية قال صاحب التحفة وروى عن أبى يوسف أنه قال اذا كان شيأ يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل والجزر فانه اذا قلع المشترى باذن البائع أوقلع البائع برضا المشترى يسقط خياره فى الباقى لان رؤية البعض كرؤية الكل وان قلع المشترى بغير اذن البائع لم يكن له أن يرد سواء رضى بالمقلوع أولم يرض اذا كان المقلوع شيأ له قيمة عند الناس لانه صار معيبا لانه كان ينمو وبالقلع لاينمو وبحدوث العيب فى يد المشترى بغير صنعه يمنع الرد فبصنعه أولى وان كان شيأ يباع عددا كالفجل والسلق ونحوهما فرؤية البعض لاتكون كرؤية الكل لان هذا من العدديات المتفاوتة واذا لم يكن المقلوع شيأ له قيمة عند الناس لايسقط خياره لانه لايحصل به العيب ثم قال فى التحفة وذكر الكرخى مطلقا من غير هذا التفصيل وقال اذا اشترى شيأ مغيبا فى الارض مثل الجزر والبصل والثوم وبصل الزعفران وما أشبه ذلك فله الخيار اذا رأى جميعه ولايكون رؤية بعضه مبطلا لخياره وان رضى بذلك البعض فخياره باق الى أن يرى جميعه فيرضى أو يرد وقال فى الايضاح قال أبو يوسف اذا اختلف البائع والمشترى فى القلع فقال المشترى أخاف ان قلعته

كموضع العلم لان قيمته تختلف باختلافه وقال زفر لايكتفى برؤية ظاهر الثوب ولابدمن نشره كله لانه ليس من ذوات الامثال فلايعرف كله برؤية بعضه قلنا لماتتفاوت جوانب ثوب واحد فيمكن الاستدلال بالبعض على البعض منه والوجه هو المقصود من الآدمى ولهذا تتفاوت قيم الرقيق بتفاوته وسائر الجسد تبع له والكفل من الدواب فلابدمن رؤيتهما وشرط بعضهم مع ذلك رؤية القوائم وعند محمد رحمه الله رؤية الوجه كافية كالآدمى وفى شاة اللحم لابدمن الجس لانه به يظهر السمن والهزال ويعرف به كثرة اللحم وقلته وفى شاة القنية لابدمن معرفة ضرعها وفيما يطعم لابدمن الذوق وفيما يشم لابدمن الشم وفى دفوف الغازى لابدمن سماع صوتها لان العلم بالشئ يقع باستعمال آلة ادراكه فلايسقط خياره حتى يدركه وجعل فى المختصر رؤية خارج الدار كرؤيتها كلها لانه يستدل به على الباقى وفى عامة الروايات اذا رأى صحن الدار سقط خياره لماذكرنا فى خارجها وقال زفر لابدمن رؤية داخل البيوت وهو الاصح لان بيوتها الشتوية والصيفية والعلوية والسفلية ومرافقها ومطابخها وسطوحها تختلف فلابدمن رؤية ذلك كله فى الاظهر لان كلا منها مقصود فالنظر الى الخارج أو الى الصحن لايوقع العلم بهذه الاشياء وماذكره فى الكتاب مبنى على عادة أهل الكوفة فى ذلك الزمان فان دورهم كانت على تقطيع واحد ولم تختلف الا فى الصغر والكبر وفى كونها جديدة أو عتيقة وذلك يظهر برؤية بعضها فاكتفوا به لذلك وأما اليوم بخلافه فلايكتفى به ورؤية أشجار البستان يكتفى بها لوقوع العلم بها ولو رأى دهنا فى قارورة من خارجها لايبطل خياره

في المروي عن أبي حنيفة ومحمد وعن محمد أنه يبطل قال (ونظر وكيله بالقبض كنظره لا نظر رسوله) وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يكون كنظره حتى لا يسقط خيار الموكل بقبضه لانه توكل بالقبض دون اسقاط الخيار فلا يملك ما لم يتوكل به وصار كخيار العيب والشرط فانه لا يقدر على اسقاطهما فكذا هذا وأقرب منه أنه لا يقدر على اسقاطه قصدا بان قبضه مستورا فأسقط الخيار بعده أو كان رآه من قبل فان خيار الموكل لا يسقط به فكذا ضمنا بالقبض لما ذكرنا ولابي حنيفة رحمه الله أنه وكله بالقبض وأقامه مقام نفسه فيه والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه وناقص وهو أن يقبضه مستورا لانه اذا قبضه مستورا فخياره باق على حاله حتى يراه ولا تتم الصفقة مع بقاء الخيار فكان ناقصا والموكل يملكه بنوعيه فكذا الوكيل لاطلاق التوكيل واذا قبضه مستورا انتهت الوكالة بالقبض الناقص فلا يملك اسقاطه قصدا بعد ذلك لكونه أجنبيا بعد انتهاء الوكالة وهذا لانه يملك القبض والقبض يتضمن السقوط لكونه كاملا ضرورة فاذا انفصل السقوط عن القبض بأن كان بعده قصدا أو قبله بالرؤية لا يملكه اذ لم يوكله الا بالقبض وهذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع تمام الصفقة فلا يتنوع القبض معه وبخلاف خيار الشرط لانه لا يسقط بقبض الموكل فلا يتصور فيهما القبض التام فكذا بقبض الوكيل وبخلاف الرسول لانه لا يملك شيأ وانما اليه تبليغ الرسالة ولهذا لا يملك القبض والتسليم اذا كان رسولا في الشراء أو البيع والفرق بين التوكيل والارسال أن يقول في التوكيل كن وكيلي في القبض وفي الارسال كن رسولي فيه أو أمرتك بقبضه وبقوله ونظر وكيله بالقبض احترز عن الوكيل بالشراء فان نظره بالاجماع كنظر الموكل فقيد بالقبض لما فيه من الاختلاف ولم يقيد الرسول به لان نظره لا يكون كنظر المرسل مطلقا سواء كان الرسول بالقبض أو بالشراء قال (وصح عقد الاعمى ويسقط خياره اذا اشترى بجس المبيع وشمه وذوقه وفي العقار بوصفه) أما صحة عقده فلانه مكلف محتاج فصار كالبصير وأما سقوط خياره بما ذكره فلان هذه الاشياء تفيد العلم لمن استعملها على ما بينا في البصير وقوله يسقط خياره بجس المبيع الخ محمول على ما اذا وجد الجس منه قبل الشراء وأما اذا اشترى قبل أن يجس لا يسقط خياره به بل يثبت باتفاق الروايات لما روينا ويمتد الى أن يوجد منه ما يدل على الرضا من قول أو فعل في الصحيح على ما بينا واكتفى بالوصف في العقار لانه لا سبيل له الى معرفته الا به والوصف قد يقوم مقام الرؤية في حق البصير كما في السلم حتى لا يكون له خيار الرؤية فيه بعد ما وصف له فكذا في حقه

لا يصلح ولا أقدر على الرد وقال البائع أخاف ان قلعته لا ترضى به قال من تطوع بالقلع جاز وان تشاحا على ذلك فسخ القاضي لانه لا يمكن الاجبار لما فيه من الاضرار اه اتقاني (قوله في المروي عن أبي حنيفة ومحمد) أي حتى يصبه في كفه لانه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل اه فتح (قوله وعن محمد أنه يبطل) أي لان الزجاج لا يخفي صورة الدهن وروى هشام أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة اه فتح (قوله في المتن ونظر وكيله بالقبض كنظره) أي اذا قبضه الوكيل ناظرا اليه مكشوفا اه (قوله وصار كخيار العيب والشرط) أي بأن اشترى معيبا لم ير عيبه ثم وكل بقبضه فقبضه الوكيل وهو يرى عيبه لا يسقط خيار العيب للموكل وكذا اذا وكله في قبض ما اشتراه بشرط الخيار فقبضه الوكيل لا يسقط خيار الشرط اه فتح (قوله بأن قبضه) أي الوكيل اه (قوله مستورا) أي ثم رآه اه فتح (قوله والقبض على نوعين قبض تام وهو أن يقبضه وهو يراه) وانما كان هذا قبضا تاما لان خيار الرؤية يبطل بهذا القبض وبقي خيار الرؤية يمنع تمام العقد فلما بطل بهذا القبض من المشتري كان هذا القبض تاما اه كمال (قوله فلا يملك اسقاطه الخ) ونقض بمسئلتين لم يقم الوكيل مقام الموكل فيهما احداهما أن الوكيل لو رأى قبل القبض لم يسقط برؤيته الخيار والموكل لو رأى ولم يقبض يسقط خياره والثانية لو قبضه الموكل مستورا ثم رآه بعد القبض فأبطل الخيار بطل والوكيل لو فعل ذلك لم يبطل وأجيب بأن سقوط الخيار بقبض الوكيل انما يثبت ضمنا لتمام قبضه بسبب ولايته بالوكالة وليس هذا ما ينافي مجرد رؤيته قبل القبض ونقول بل الحكم المذكور للموكل وهو سقوط خياره اذا رآه انما يتأتى على القول بأن مجرد مضي ما يتمكن به من الفسخ بعد الرؤية يسقط الخيار وليس هو بالصحيح وبعين الجواب الاول يقع الفرق في المسئلة الثانية لانه لم يثبت ضمنا للقبض الصحيح بل ثبت بعد انتهاء الوكالة بالقبض الناقص اه فتح (قوله وهذا بخلاف خيار العيب لانه لا يمنع) أي بخلاف خيار الرؤية فانه يمنع تمام الصفقة اه (قوله في المتن ويسقط) كذا بخط الشارح اه (قوله فصار كالبصير) قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن ما يمكن جسه وذوقه وشمه يكتفى بذلك لسقوط خياره في أشهر الروايات ولا يشترط بيان الوصف له ويكون ذلك بمنزلة نظر البصير لان ذلك أقصى ما يستدل به على معرفة الشئ وفي رواية هشام عن محمد أنه يعتبر الوصف مع ذلك لان التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا فأما فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤس الشجر فيعتبر فيه الوصف لا غير في أشهر الروايات وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد اه (قوله فكذا في حقه) أي فاذا رضي الاعمى بالوصف كان بمنزلة النظر من البصير اه وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان الخ في جامع العتابي هو أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه ثم يذكر له صفته ولا يخفى أن ايقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به فلذا لم يذكر في المبسوط واكتفى بذكر الوصف لان الوصف قد أقيم مقام الرؤية كما في السلم وممن أنكره الكرخي وقال

وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به علما اهـ فتح (قوله واجراء الموسى على رأس المحرم) أي الذي لا شعر عليه اهـ فتح وكتب على قوله واجراء الموسى الخ مانصه ولا يخفى ضعفه لان العجز لا يتحقق الا بتحقق العجز عن الوصف فان القائم مقام الشئ بمنزلته وقد ثبت شرعا اعتباره بمنزلته في السلم ووجوب اجراء الموسى مختلف فيه وكذا التحريك غير لازم للامي اهـ فتح (قوله ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف) أي كأنه كان أعمى عند العقد اهـ اتقاني (قوله وليس له أن يرده وحده) أي كيلا يكون تفريقا للصفقة على البائع قبل التمام وهذا لان الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده كخيار الشرط بدليل أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاء ويكون فسخا من الاصل لعدم تحقق الرضا قبله لعدم العلم بصفات المبيع ولذا لا يحتاج الى القضاء والرضا فان قيل ما الفرق بين هذا وبين ما اذا استحق أحدهما الا ردّ الباقي وهنا وفي خيار الشرط يرد الآخر اذا رد بعد القبض أجيب بأن ردّ أحدهما في خيار الرؤية والشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام لما علم أن الصفقة لا تتم معهما وفي الاستحقاق لو ردّ كان بعد التمام لان الصفقة تتم فيما كان ملك البائع ظاهرا فلم يثبت في الباقي عيب الشركة حتى لو كان المبيع عبدا واحدا فاستحق بعضه كان له أن يرد الباقي أيضا كما في خيار الرؤية والشرط لان الشركة في الاعيان المجتمعة عيب والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق اهـ فتح قال الاتقاني ثم اذا أراد أن يردّ مالم يره اذا رآه ليس له أن يردّه وحده بل يردّهما جميعا ان شاء لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وكذلك الحكم في خيار الشرط لا يجوز له أن يفسخ البيع في أحدهما دون الآخر وهذا لان خيار الرؤية والشرط يمنعان تمام الصفقة سواء كان المبيع مقبوضا أو غير مقبوض ولهذا يردّ من له الخيار بلا قضاء ولا رضا بخلاف خيار العيب فانه إذا اشترى ثوبين بثمن واحد فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض له أن يردّ المعيب وحده لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بل تتم الصفقة بالقبض فلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام بردّ أحدهما فلو وجد بأحدهما عيبا قبل القبض ليس له أن يرده وحده لئلا يلزم تفريق الصفقة قبل التمام لانها لم تتم قبل القبض والمعنى في تفريق الصفقة لزوم الضرر على البائع لانه ربما لا يمكنه ترويج أحدهما بدون الآخر بجودة أحدهما ورداءة الآخر وفي منع المشتري عن الردّ أيضا ضرر الا أن قبل القبض ضرر البيع أكثر لانه يلحقه ضرر مالي وضرر المشتري ليس بمالي بل هو بطلان مجرد قوله متى ألزمناه ردّ كليهما وبعد القبض ضرر المشتري أكثر لانه برد الكل يبطل حقه عن اليد والرقبة وضرر البيع موهوم فربما يمكنه بيع المعيب بثمن جيد فيندفع أعلى الضررين بأدناهما ثم بعد القبض اذا وجد بأحدهما عيبا لا يكون له ردّهما الا برضا البائع لان سبب الرد وجد بأحدهما دون الآخر وفي المكيل والموزون من ضرب واحد اذا قبض فوجد به عيبا ليس له الا أن يأخذه جميعا أو يرده جميعا كذا ذكره محمد في الاصل وذلك لان المالية ثابتة للمكيل والموزون باعتبار الجميع فانه لا قيمة للحبة وأمثالها فصار الكل كشئ واحد حكما في حق الرد ولهذا جعل رؤية البعض رؤية الباقي كما في الثوب الواحد في مسئلة الاستحقاق قال في الشامل في قسم المبسوط استحق أحد المختلفين بعد القبض لا خيار له في الآخر لان استحقاق أحدهما لا يوجب نقصانا في الآخر لا حقيقة ولا اعتبارا ولو كان واحدا فاستحق بعضه له الخيار لوجود النقصان فانه لا يمكن الانتفاع الا بالتهايؤ وان كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر ثم استحق أحدهما له الخيار لتفرق الصفقة قبل التمام ولو استحق بعض المكيل بعد القبض لا يخير لان الشركة ليس بعيب فيه ولو استحق قبل القبض يخير لتفرق الصفقة قبل التمام كذا في الشامل اهـ (قوله والذي راه بالثاني) أي بالحديث الثاني وهو نهيه عليه الصلاة والسلام عن تفريق الصفقة اهـ

وعن أبي يوسف أنه اشترط مع ذلك أن يوقف في مكان لو كان بصيرا لرآه منه لان التشبه يقوم مقام الحقيقة عند العجز كتحريك الشفتين أقيم مقام القراءة في حق الاخرس في الصلاة واجراء الموسى على رأس المحرم بالحج أو العمرة عند التحلل وقال الحسن يوكل وكيلا بقبضه له وهو يراه وهو أشبه بقول أبي حنيفة رضي الله عنه لان رؤية الوكيل به كرؤية الموكل عنده على ما بينا وقال بعض مشايخ بلخ يشترط مس الحيطان والاشجار مع الوصف وان أبصر بعد الوصف وبعدما وجد منه ما يدل على الرضا فلا خيار له لان العقد قد تم به وانبرم فلا ينتقض بعد ذلك الا برضاهما ولان خياره قد سقط به فلا يعود ولو اشترى البصير ثم عمي قبل الرؤية انتقل الى الوصف لوجود العجز قبل العلم به قال (ومن رأى أحد الثوبين فاشتراهما ثم رأى الآخر له ردّهما) لان رؤية أحدهما لا تغني عن رؤية الآخر للتفاوت فبقي خياره فيما لم يره فيجوز ردّهما لما روينا وليس له أن يردّه وحده لنهيه عليه السلام عن تفريق الصفقة فيردّهما جميعا ضرورة ولا يقال خياره ثبت بالنص فيما لم يره وفي منع الفسخ فيه وحده ابطال له فكان باطلا لانا نقول نحن لا نمنع خيار الفسخ فيه وانما نقول اذا اختار الفسخ فسخ فيه وفي الآخر احترازا عن التفريق فكان فيه عملا بموجبه وفيه جمع بين الحديثين لان الذي لم يره يردّه بالحديث الاول والذي يراه بالثاني لما أن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده وهذا يتمكن من الرد بغير قضاء ولا رضاء ولا يكون فسخا الخلل في الرضا بالعقد وهو الصفقة كما لا تتم بالايجاب وحده لعدم رضا الآخر بالصفقة وكذا لا تتم مع خيار العيب قبل القبض لان العقد غير تام قبل القبض اذ لا يفيد ملك التصرف وليس له أن يفرق في القبض كما لا يفرق في القبول وبعد القبض لا يمنع تمام

(قوله ولهذا أفاد العقد) هذا لا يصلح دليلا لانه مع خيار الرؤية يملك التصرف مع أنه لم تتم الصفقة اه (قوله كما صار نظيره فيه) أي نظيري القبول في الانفراد به اه من خط الشارح (قوله ان لم يتغير لا يخير) أي لان خيار الرؤية في شراء ما لم يره انما ثبت للجهل بصفات المعقود عليه فاذا كان المبيع على ما رآه من الصفة يحقق العلم بصفاته بالرؤية السابقة فانتفى الموجب للخيار بالرؤية المتقدمة فلم يبق له الخيار اه اتقاني (قوله الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل) أي كان رأى جارية ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم أنها التي كان رآها ثم ظهرت اياها فان له الخيار لعدم ما يوجب الحكم عليه بالرضا أو رأى ثوبا فلف في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه ذلك اه كمال رحمه الله (قوله الا اذا بعدت المدة) قال الاتقاني فنقول ان كان لا يتفاوت في تلك المدة غالبا فالقول للبائع وان كان التفاوت غالبا فالقول للمشتري كما قال شمس الائمة السرخسي وذكر في الكافي اذا نظر الى مملوك أو دابة ثم اشتراه بعد ذلك بشهر لم يكن فيه خيار فان قال المشتري تغير عن حاله الذي رأيته عليه فعليه البينة وعلى البائع اليمين ولم يصدق المشتري في قليل المدة واعتبر الشهر قليلا في حق الحكم لانه لا يتغير في مدة الشهر غالبا اه وكتب على قوله الا اذا بعدت المدة ما نصه بحيث يعلم أنه تغير (قوله فيكون القول له مع يمينه)

الصفقة لانهما قد رضيا بالعقد على تقدير السلامة وهي ثابتة ظاهرا فلزم وتم ولهذا أفاد العقد فيه ملك الرقبة والتصرف ولو كان في رضاهما خلل لما أفاد يحققه أن خيار العيب ثبت لفوات بعض أوصاف المبيع وفوات بعض المبيع نفسه لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض حتى يملك التصرف فيه فهذا أولى فالتفريق بعد ذلك لا يضر لانه تفريق في الفسخ اذ لم يبق بعد تمامه الا الفسخ ولهذا لا يملك أحدهما الفسخ به بعد القبض بل ينفسخ بقضاء القاضي أو بالتراضي ولو كان يمنع التمام لملكه كما في خيار الشرط وخيار الرؤية وصار نظير القبول في الانفراد به كما صار نظيره فيه أي نظيري القبول في الانفراد به فيه قال (ولا يورث كخيار الشرط) أي لا يورث خيار الرؤية كما لا يورث خيار الشرط لان الخيار ثبت بالنص للعاقد والوارث ليس بعاقد فلا يثبت له ولان الخيار وصف له فلا يجري فيه الارث على ما بينا قال (ومن اشترى ما رأى خير ان تغير والا لا) أي ان لم يتغير لا يخير لان العلم بالمبيع حصل بالرؤية الاولى وقد رضي به ما دام على تلك الصفة الا اذا لم يعلم عند العقد أنه كان رآه من قبل فحينئذ يثبت له الخيار لعدم رضاه لان الرضا بدون العلم بأوصافه لا يتصور وانما يخير اذا وجده متغيرا لان تلك الرؤية لم تقع معلمة له بأوصاف المبيع فصار كأنه لم يره قال (وان اختلفا في التغير فالقول قول البائع مع يمينه) لان الظاهر يشهد له اذ الاصل بقاء ما كان على ما كان وكذا سبب اللزوم قد ظهر فلا يصدق في دعواه التغير الا ببينة الا اذا بعدت المدة لان الظاهر شاهد له ألا ترى أن الجارية الشابة تكون عجوزا بطول المدة قال (وللمشتري لو في الرؤية) أي لو اختلفا في الرؤية كان القول قول المشتري لانها أمر حادث والمشتري ينكره فيكون القول له مع يمينه قال (ولو اشترى عدلا وباع منه ثوبا أو وهب رده بعيب لا بخيار رؤية أو شرط) لان الرد قد تعذر فيما أخرجه عن ملكه ولا يمكنه أن يرد الباقي بخيار الرؤية والشرط سواء كان قبل القبض أو بعده لما فيه من تفريق الصفقة قبل التمام لانهما يمنعان تمام الصفقة على ما ذكرنا وفي خيار العيب يملك التفريق بعد القبض على ما بينا وفيه وضع المسئلة فلو عاد اليه بسبب هو فسخ فهو على خيار الرؤية لارتفاع المانع من الرد وهو تفريق الصفقة كذا ذكره شمس الائمة رحمه الله وعن أبي يوسف أنه لا يعود لان الساقط لا يعود فصار كخيار الشرط

أي وكذا لو أراد أن يرده فقال البائع ليس هذا الذي بعتكه وقال المشتري بل هو هو فالقول للمشتري سواء كان في بيع بات أو في خيار الشرط أو الرؤية ولقائل أن يقول الغالب في البياعات كون المشتري رأى المبيع فدعوى البائع رؤية المشتري تمسك بالظاهر لان الغالب هو الظاهر والمذهب أن القول لمن يشهد له الظاهر لا لمن يتمسك بالاصل الا اذا لم يعارضه ظاهر فالوجه أن يكون القول للبائع في الرؤية اه فتح (قوله أو وهب رد) أي الباقي بعد البيع والهبة اه (قوله لانهما يمنعان تمام الصفقة) أي وان كان بعد القبض لعدم تكامل الرضا فلو جاز رد الباقي يلزم تفريق الصفقة قبل التمام وهو باطل كتفريق الصفقة في خيار القبول حيث لا يجوز له وعليه أن يقول اشتريت بعضه دون بعض فلما لم يجز التفريق في خيار القبول لم يجز في خيار الرؤية أيضا لان كل واحد منهما لا يجب بمقابلته عرض مالي حتى اذا بطل بطل لا الى بدل وأما في خيار العيب فله أن يرد ثوبا دون ثوب لانه لا يلزم تفريق الصفقة بعد التمام لان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة وهي تتم معه لانه وقع على السليم والظاهر السلامة فوجد الرضا من كل واحد منهما فتم الصفقة لتمام الرضا والتفريق بعد تمام الصفقة جائز ثم للمشتري أن يرد المعيب ان شاء لغرم من البائع وان شاء رضي به اه اتقاني (قوله فلو عاد اليه بسبب هو فسخ) قال الاتقاني ومعنى قوله عاد اليه بسبب هو فسخ أي عاد الذي اشتراه ولم يره ثم باعه أو وهبه وسلمه بسبب هو فسخ بان رد عليه بقضاء في البيع وبقضاء أو بغير قضاء في الهبة وكذا اذا رد عليه في البيع بخيار شرط أو رؤية اه وكتب على قوله هو فسخ ما نصه أي محض كالرد بخيار الرؤية أو الشرط أو العيب بالقضاء أو الرجوع في الهبة اه فتح (قوله كذا ذكره شمس الائمة) قال الاتقاني وشمس الائمة هو أبو بكر محمد بن أبي سهل السرخسي صاحب التصانيف الكثيرة في الاصول والفروع توفي سنة ثمان وثمانين وأربعمائة سنة توفي

وعليه اعتمد القدورى رحمه الله بخلاف ما اذا وهب عبده المدين ممن له الدين أو عبده الجانى من رب الجناية حتى سقط الدين والجناية ثم رجع فى الهبة حيث يعودان عند أبى يوسف رحمه الله خلافا لمحمد والعذر لابى يوسف أن حق خيار الرؤية أضعف منهما والله أعلم

﴿ باب خيار العيب ﴾

وهو ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة قال رحمه الله (من وجد بالمبيع عيبا أخذه بكل الثمن أورده) لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب فكانت السلامة كالمشروطة فى العقد صريحا لكونها مطلوبة عادة فعند فواتها يتخير كيلا يتضرر بالزام ما لا يرضى به كما اذا فات الوصف المرغوب فيه المشروط فى العقد كمن اشترى عبدا على أنه خباز أو نحوه فوجده بخلاف ذلك ولكون السلامة كالمشروطة فى العقد لا يحل له أن يبيع المعيب حتى يبين عيبه لقوله عليه السلام لا يحل لمسلم باع من أخيه بيعا وفيه عيب الا بينه له رواه ابن ماجه وأحمد بمعناه ومر عليه السلام برجل يبيع طعاما فأدخل يده فيه فاذا هو مبلول فقال من غشنا فليس منا رواه مسلم وغيره وكتب عليه السلام كتابا بعدما باع فقال فيه هذا ما اشترى العداء بن خالد بن هوذة من محمد رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى منه عبدا أو أمة لاداء ولا غائلة ولا خبثة بيع المسلم للمسلم رواه ابن ماجه والترمذى فاذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص من الثمن شيأ لان الاوصاف لا يقابلها شئ من الثمن بالعقد لكونها تبعا فلا تكون أصلا ولا من احماله بخلاف ما اذا صارت مقصودة بالاتلاف بأن حدث العيب بفعل البائع بعد البيع قبل القبض حيث يسقط من الثمن بحصته اذا اختار الاخذ لان الاوصاف يكون لها حصة بالاتلاف قصدا والمراد به عيب كان عند البائع وقبضه المشترى من غير أن يعلم به ولم يوجد من المشترى ما يدل على الرضا به بعد العلم بالعيب قال (وما أوجب نقصان الثمن عند التجار عيب) لان التضرر بنقصان المالية وذلك بانتقاص القيمة والمرجع فى

أبو بكر خواهر زاده والامام القدورى هو أبو الحسين أحمد بن محمد بن جعفر البغدادى توفى سنة ثمان وعشرين وأربعمائة وفى هذه السنة توفى أبو على بن سينا الحكيم والقدورى تلميذ الشيخ أبى عبد الله الجرجانى وهو تلميذ أبى بكر الرازى وهو تلميذ الكرخى اهـ (قوله وعليه اعتمد القدورى) أى وصححه قاضيخان اهـ فتح وكتب ما نصه وحقيقة المحظ مختلف فشمس الائمة لحظ البيع والهبة ما نعا زال فيه من المقتضى وهو خيار الرؤية عمله ولحظ على هذه الرواية مسقطا واذا سقط لا يعود بلا سبب وهذا أوجه لان نفس هذا التصرف يدل على الرضا ويبطل الخيار قبل الرؤية وبعدها اهـ فتح

﴿ باب خيار العيب ﴾

(قوله لان مطلق العقد يقتضى السلامة من العيب) أى فى المعقود عليه فى عرف التجار والمعروف بالعرف كالمشروط بالشرط صريحا اهـ اتقانى (قوله اشترى منه عبدا أو أمة) شك من الراوى اهـ (قوله لاداء ولا غائلة ولا خبثة) الداء ما كان فى الجسد والخلقة والخبثة ما كان فى الخلق والغائلة هو سكوت البائع عما يعلم فى المبيع من مكروه اهـ والعداء بالعين والدال المهملتين هو ابن خالد بن هوذة بن خالد كان اسلامه بعد الفتح وقال الترمذى هذا الحديث حسن غريب كذا بخط الشارح وكتب على قوله ولا خبثة ما نصه قال ابن الاثير أراد بالخبثة الحرام كما عبر عن الحلال بالطيب والخبثة نوع من أنواع الخبيث أراد به أنه عبد رقيق لا أنه من قوم لا يحل سبيهم كمن أعطى عهدا أو أمانا أو من هو حر فى الاصل اهـ فقوله نوع من أنواع الخبيث يقتضى أن يكون بكسر الخاء وسكون الباء وهذا هو المحفوظ فى الحديث وقد ضبطه المصنف بالقلم بضم الخاء وسكون الباء وفيه نظر اهـ (قوله بيع المسلم للمسلم) بنصب بيع ورفعه النصب على المصدر أى باعه بيع المسلم والرفع على أنه خبر مبتدا محذوف أى هذا بيع المسلم وهو مضاف الى الفاعل والمفعول منصوب وليس فى ذلك ما يدل على أن المسلم اذا باع غير المسلم جاز أن يعامله بما يتضمن خيانة أو غشا وانما قال ذلك على سبيل المبالغة فان المسلم اذا باع المسلم يرى له من النصح أكثر مما يرى لغيره والله أعلم اهـ (قوله فاذا اختار الاخذ أخذه بجميع الثمن ولا ينقص الخ) قال الاتقانى ثم ليس للمشترى امساك المعيب وأخذ نقصان العيب لانه حينئذ يلزم الضرر على البائع فلا يجوز وهذا لان البائع لم يرض أن يخرج المبيع عن ملكه الا بالثمن المذكور فعلى تقدير أخذ النقصان يلزم أن يكون الثمن أقل مما رضى به والمشترى وان كان يتضرر بالعيب أيضا يمكن تدارك ذلك برد المبيع فلا ضرورة فى أخذ النقصان اهـ ﴿فرع﴾ لو صالح المشترى البائع عن حق الرد بالعيب على مال يجوز وبه قال مالك والشافعى وفى وجه لا يجوز والاتفاق على عدمه فى خيار الشرط والرؤية قاله الكمال اهـ (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أى وكما اذا حدث عند المشترى عيب آخر حيث يكون له الرجوع بنقصان العيب على البائع اهـ (قوله وقبضه المشترى من غير أن يعلم به) أى عند البيع ولا عند القبض أما اذا رأى ذلك عند أحد هذين الحالين يسقط خياره لرضاه بالعيب دلالة اهـ اتقانى (قوله فى المتن وما أوجب نقصان الثمن الخ) أراد بهذا بيان معرفة العيوب لانه لما قال من وجد بالمبيع عيبا الخ وقعت الحاجة الى معرفة العيوب فبين العيب بهذا اهـ

(قوله ثم اذا وجد شئ من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا) أى لانه لا يعرف الامتناع من هذه الاشياء اه (قوله فان البول قبل البلوغ لضعف فى المثانة) والضعف قبل البلوغ شامل فى الاعضاء كلها ثم عند البلوغ تكمل أعضاؤه ويشتد فكذا هذا فاذا بلغ ومع هذا بال دل على أنه كان لمعنى اخر سوى ذلك الضعف الاصلى وهو ثبوت ضعف فى المثانة بسبب اخر فحينئذ يكون عيبا لازما اه اتقانى (قوله لاتحاد السبب) والحاصل أنه اذا اتفق الحال لان علم أن السبب واحد فيكون هذا العيب ثابتا عند البائع فأما اذا اختلف فلا يعرف لانه يجوز أن يزول الذى كان عند البائع ثم حدث النوع الآخر عند المشترى فلا يكون له حق الرد كالعبد اذا حم عند البائع ثم عند المشترى فان كان هذا الثانى غير ذلك النوع لا يثبت حق الرد وان كان من نوعه يثبت حق الرد اه اتقانى نقلا عن التحفة مع بعض تغيير اه (قوله فى المتن والجنون) وحكى عن الشيخ أبى بكر الاسكاف البلخى أن الجنون أيضا بمنزلة البول فى الفراش والاباق والسرقة فلا يمكن المشترى أن يرد بالجنون اذا جن عنده فى حالة الكبر اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الصغر وانما يثبت حق الرد اذا كان الجنون عند البائع فى حالة الكبر أيضا ووجه ذلك أن سببه فى الصغر الضعف الشامل على الاعضاء وهو يزول بالكبر كما فى ضعف المثانة وفى حالة الكبر لفساد اختص به محل العقل والصحيح ما ذهب اليه عامة المشايخ لان ضعف الدماغ لا يوجب الجنون بل يوجد فيه من العقل بقدره ولهذا يظهر آثار العقل فى الصغار ثم يزداد ذلك بزيادة قوته فكان الجنون ثابتا لفساد فيه اه اتقانى (قوله وعاوده عند المشترى بعد الكبر يرده) أى بخلاف الاباق ونظائره فانه لا يثبت حق المعاودة عند المشترى بل اذا أثبت أنه كان به جنون كانت عند البائع يرده اه (قوله لانه عين ذلك الاول) أى لان الجنون لا يكون الا لفساد فى محل العقل وهو الدماغ ففى أى وقت ظهر فهو بذلك السبب اه اتقانى (قوله فى المتن والبخر والدفر) البخر رائحة متغيرة من الفم وكل رائحة ساطعة فهى بخر مأخوذ من بخار القدر أو بخار الدخان وهذا البخور الذى يتبخر به من ذلك كذا فى الجمهرة والدفر نتن ريح الابط قال فى الجمهرة الدفر النتن رجل أدفر وامرأة دفراء ويقال للمرأة يا دفار معدول وقد شممت دفر الشئ ودفره بسكون الفاء وفتحها وأما الذفر بالذال المعجمة فهو حدة من طيب أو نتن وربما خص به الطيب فقيل مسك أذفر كذا فى الجمهرة اه اتقانى قال الكمال قيل الرواية هنا والسماع بالدال غير المعجمة اه (قوله دون الغلام) فان قيل لو وجده سارقا كان له أن يرده والمعنى فى ذلك أنه لا يؤتمن على الخزانة والاموال فاذا كان زانيا لم لا يكون عيبا لانه لا يؤتمن على الجوارى زائد دم قيل

معرفته عرف أهله قال (كالاباق والبول فى الفراش والسرقة لانها توجب نقصان القيمة عندهم) ثم اذا وجد شئ من هذه الاشياء من صغير غير مميز لا يكون عيبا وان كان مميزا يكون عيبا ويزول بالبلوغ فان عاوده بعد البلوغ يكون عيبا حادثا غير الاول لزوال الاول بالبلوغ فيكونان مختلفين لاختلاف سببهما فان البول قبل البلوغ لضعف فى المثانة وبعده لداء فى الباطن والاباق قبل البلوغ لحب اللعب والسرقة قبل البلوغ لقلة المبالاة وهما بعده لخبث فى الباطن حتى لو وجد شئ منها عند البائع قبل البلوغ ثم وجد عند المشترى بعد البلوغ ليس له أن يرده لزوال الاول بالبلوغ ولو وجد عند البائع قبل البلوغ ووجد عند المشترى أيضا قبل البلوغ يرده به ما لم يبلغ لاتحاد السبب وكذا اذا وجد عند البائع بعد البلوغ وعند المشترى أيضا بعد البلوغ يرده لما ذكرنا والسرقة لا تختلف بين أن تكون من المولى أو من غيره الا اذا سرق من المولى شيأ للاكل فانه لا يكون عيبا فان التقصير جاء من قبل المولى حيث أحوجه اليه وان سرق طعاما من المولى ليبيعه يكون عيبا لانه لا يأتمنه فى حفظ ماله ولو سرق الشئ اليسير نحو الفلس والفلسين لا يكون عيبا ولو نقب البيت يكون عيبا وان لم يأخذ وفى الاباق اذا خرج من البلد يكون عيبا بالاتفاق ان أبق من المولى أو من رجل كان عنده باجارة أو عارية أو وديعة بخلاف ما اذا أبق من الغاصب الى المولى أو الى غيره ان لم يعرف منزله أو لم يقو على الرجوع اليه وان لم يخرج منه اختلفوا فيه والاشبه أن يقال ان كانت البلدة كبيرة مثل القاهرة يكون عيبا وان كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها لا يكون عيبا قال (والجنون) لما ذكرنا وهو فساد فى الباطن لان العقل معدنه القلب وشعاعه فى الدماغ والجنون انقطاع ذلك الشعاع وهو لا يختلف باختلاف السن حتى لو وجد عند البائع فى صغره وعاوده عند المشترى بعد الكبر يرده لانه عين ذلك الاول وقيل لا تشترط المعاودة عند المشترى بل اذا ثبت أنه كان به جنون عند البائع يرده وان لم يعاوده فى يد المشترى لانه قلما يزول والصحيح انه لا يرده حتى يعاوده عنده لان الله تعالى قادر على ازالته فلا بد من المعاودة ومقداره أن يكون أكثر من يوم وليلة وما دونه لا يكون عيبا وقال بعضهم المطبق عيب وما دونه لا يكون عيبا قال (والبخر والدفر والزنا وولده فى الجارية) يعنى هذه الاربعة تكون عيبا فى الجارية دون الغلام لانه يخل بالمقصود منها وهو الافتراش وطلب الولد لا فى الغلام لان المطلوب منه الاستخدام وهذه الاشياء لا تخل به لانه يستخدمه من بعد وكونه أدفر أو أبخر أو زانيا أو ولد زنا لا يمنعه منه الا أن يكون فاحشا بحيث يمنع القرب من المولى أو يكون الزنا عادة له لان الفاحش من البخر والدفر يكون من داء وهو عيب واتباع النساء يشغله عن الخدمة وذلك بان يتكرر منه الزنا أكثر من مرتين والعيوب كلها لا بد لها من المعاودة عند المشترى حتى يرد الا الزنا فى الجارية فانه روى عن محمد فى الامالى لو اشترى جارية بالغة وقد

اذا كن مستورات يمكنهن حفظ أنفسهن واذا شغله المولى بالعمل ربما لا يتفرغ لذلك الامر فلذلك المعنى لا يكون عيبا قاله الاتقانى نقلا عن الفقيه أبى الليث اهـ ﴿فرع﴾ النكاح عيب فى الرجل والمرأة جميعا وعلل محمد فى الاصل بقوله لان فرج الجارية عليه حرام اذا كان له زوج ولان العبد يلزم بنفقة المرأة قال فى الفتاوى الصغرى وعدة الجارية عن طلاق رجعى عيب وعن البائن لا اذا اشترى جارية قد ولدت عند البائع لا من البائع أو عند آخر ولم يعلم المشترى بذلك وقت العقد هل له أن يرد فيه روايتان على رواية كتاب البيوع لا يرد اذا لم يكن بسبب الولادة نقصان ظاهر وعلى رواية المضاربة يرد لان على تلك الرواية الولادة عيب لازم لان التكسر الذى يحصل بسبب الولادة لا يزول أبدا وعليه الفتوى نفس الولادة عيب فى بنى آدم وفى البهائم لا اهـ اتقانى ﴿فرع﴾ والعسر عيب وهو الذى يعمل بشماله ولا يعمل بيمينه قاله الاتقانى نقلا عن الاجناس اهـ (قوله فى المتن والكفر) قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فيمن اشترى عبدا فاذا هو يهودى أو نصرانى أو مجوسى أو اشترى أمة فوجدها كذلك قال كل هذا عيب يرده منه وهذا لان المسلم قلما يرغب فى صحبة الكافر وينفر عنه فكان الكفر سببا لنقصان الثمن لفتور الرغبة فكان عيبا ولانه لا يجوز صرف الكافر الى كفارة القتل بالاجماع ولا يجوز صرفه الى كفارة اليمين عند بعض الناس فاختلفت الرغبة اهـ اتقانى (قوله يرده لفوات الوصف المرغوب فيه) أى لان الاولى بالمسلم أن يستعبد الكافر وكان السلف الصالح يستعبدون العلوج والجواب أن هذا أمر راجع الى الديانة ولا عبرة به فى المعاملات اهـ اتقانى (قوله ويعرف ذلك بقول الامة) قال الامام العتابى رحمه الله وغيره انما يعرف ذلك عند المنازعة بقول الامة لانه لا يعرف ذلك غيرها ويحلف المولى مع ذلك بالله لقد سلمها بحكم البيع وما بها هذا العيب وان نكل ترد بنكوله هذا اذا كان بعد القبض وان كان قبل القبض يحلفه بالله ما بها هذا العيب الذى يدعيه المشترى فى الحال وهذا على قياس قول أبى حنيفة وأبى يوسف فى مسئلة البكارة اذا اشترى جارية على أنها بكر فقال المشترى ليست ببكر وقال البائع هى بكر فى الحال فان القاضى يريها النساء فان قلن هى بكر لزم المشترى من غير يمين البائع لان شهادتهن تأيدت بمؤيد وهو أن الاصل هو البكارة وان قلنا هى ثيب ثبت حق الفسخ للمشترى بشهادتهن لان شهادتهن ضعيفة وحق الفسخ حق قوى وبشهادتهن يثبت للمشترى حق الخصومة فى توجيه اليمين على البائع فيحلف البائع بالله لقد سلمها بحكم البيع وهى بكر ان كان بعد القبض وان كان قبل القبض بالله انها بكر وروى عن محمد أنها ترد على البائع بشهادتهن من غير يمين البائع فكذلك هنا ترد من غير يمين البائع وقال فى الفتاوى الصغرى اذا اشترى جارية فوجدها لا تحيض لا تسمع منه الخصومة ما لم يدع ارتفاع الحيض بسبب الداء أو الحبل فان ادعى بسبب الحبل يريها النساء فان قلن هى حبلى يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده وان قلن ليست بحبلى لا يمين على البائع وان ادعى المشترى ارتفاع الحيض بسبب الداء لم يكتب المحشى (قوله قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه) فى الهداية ويعرف ذلك بقول الامة فترد اذا انضم اليه نكول البائع اهـ (قوله وفى المديدة تسمع) وأقلها ثلاثة أشهر قال الاتقانى قال محمد فى الاصل والمستحاضة والتى يرتفع حيضها زمانا فهذا كله عيب وفسر فى التحفة أدنى ذلك الزمان بشهرين اهـ

كانت زنت عند البائع فللمشترى أن يردها وان لم تزن عنده للحوق العار بالاولاد وفى نوادر بشر عن أبى يوسف رجل اشترى جارية فأبقت عنده ثم وجدها واستحقها مستحق ببينة فعيب الاباق لازم لها أبدا وهذا نص على أن الاباق أيضا لا يشترط معاودته فعلى هذا يرجع المستحق بنقصان العيب عليه وان لم يعاودها عنده وكذا من اشترى منه يردها عليه به من غير معاودة عنده والاول هو الظاهر وقد ذكرنا وجهه وقال الشافعى رحمه الله الزنا فى الغلام عيب كالسرقة قلنا لا تنقص قيمته بالزنا ولا يعد عيبا عادة الا اذا كثر منه بخلاف السرقة فان المولى يشق عليه حفظ ماله عنه وكذا حده أعظم وهو قطع اليد من حد الزنا وهو الجلد قال (والكفر) يعنى فى الغلام والجارية هو عيب لان طبع المسلم ينفر عن صحبته للعداوة الدينية ولا يجوز اعتاقه عن كفارة القتل فتختل الرغبة فيه ولو اشتراه على انه كافر فوجده مسلما لا يرده لانه زال العيب وقال الشافعى يرده لفوات الوصف المرغوب فيه لان استعباد الكافر واذلاله مطلوب المسلم والحجة عليه ما ذكرناه قال (وعدم الحيض والاستحاضة) لان ارتفاعه واستمرار الدم أمارة الداء وهذا لان الحيض مركب فى بنات آدم فاذا لم تحض فالظاهر أنه لداء فيها وذلك الداء هو العيب وكذا الاستحاضة لداء فيها ولا يسمع دعواه بانه ارتفع الا اذا ذكر سببه وهو الداء أو الحبل فما لم يذكر أحدهما لا تسمع دعواه ويعتبر فى الارتفاع أقصى غاية البلوغ وهو سبع عشرة سنة عند أبى حنيفة ويعرف ذلك بقول الامة لانه لا يعرفه غيرها ويستحلف البائع مع ذلك ان كان بعد القبض فترد بنكوله وان كان قبله فكذلك فى الصحيح وعن أبى يوسف رحمه الله يرد بلا يمين البائع لضعف البيع قبل القبض حتى يملك المشترى الرد بلا قضاء ولا رضا وصح الفسخ للعقد الضعيف بحجة ضعيفة قالوا فى ظاهر الرواية لا يقبل قول الامة فيه ذكره فى الكافى ولو ادعى انقطاعه فى مدة قصيرة لا تسمع دعواه وفى المديدة تسمع وأقلها ثلاثة أشهر عند أبى يوسف وأربعة أشهر

وعشر عند محمد وعن أبي حنيفة وزفر أنها ستتان وجملة الامر فيه أنه اذا ادعى انقطاعه وأحسن دعواه على ما ذكرنا سأل القاضي البائع فان أقر بما ادعاه المشتري ردها على البائع وان أنكر قيام العيب للحال وهو الانقطاع لا يحلف عند أبي حنيفة على ما يجيء بيانه وان أقر بقيامه في الحال وأنكر انه كان عنده يحلف فان حلف برئ وان نكل رد عليه وان أقام المشتري البينة على أن الانقطاع كان للبائع قال في الكافي لا تقبل لانهم لا يعرفون انقطاعه فتيقن القاضي بكذبهم بخلاف ما اذا شهدا أنها مستحاضة لان الاستحاضة درور الدم فيطلع عليه وذكر في النهاية معزيا الى فتاوى الفضلي أن المرجع في الحبل الى قول النساء وفي الداء الى قول الاطباء واشترط لثبوت العيب فيهما قول عدلين منهم وقال بخلاف ما لم يطلع عليه الرجال حيث يثبت بقول امرأة واحدة ثم ذكر بعده مثل ما ذكر في الكافي وعزاه الى الفوائد الظهيرية ثم اذا ثبت العيب بقول المرأة يحلف البائع على أنه لم يكن عنده لان المشتري لا يرد بعيب حادث عنده وانما يرد بعيب كان عند البائع فلا بد من اليمين قال (والسعال القديم) لان دوامه يدل على الداء وتنتقص بسببه قيمته قال (والدين) لان ماليته يكون مشغولا به ويقدم الغرماء على المولى قال (والشعر والماء في العين) لانهما يضعفان البصر ويورثان العمى قال (فلو حدث آخر عند المشتري رجع بنقصانه أو رد برضا بائعه) أي لو حدث عند المشتري عيب واطلع على عيب كان فيه عند البائع فله أن يرجع بالنقصان وليس له أن يرده الا برضا البائع لان بالرد اضرارا بالبائع لانه خرج عن ملكه سالما عن العيب الثاني ولا بد من دفع الضرر عنهما فتعين الرجوع بالنقصان الا أن يرضى البائع باخذه لانه رضي بالتزام الضرر فيخير المشتري حينئذ ان شاء رده وان شاء رضي به وليس له أن يرجع لنقصان بعدما رضي البائع به لزوال الموجب لذلك وهو امتناعه من أخذه بخلاف ما اذا خاط الثوب قميصا ثم اطلع على عيب حيث يرجع عليه بالنقصان وليس له أن يأخذ الثوب لان امتناع الرد هنالك لحق الشرع كيلا يلزم الربا فلا يقدر على اسقاطه وهنا امتنع لحق البائع فيسقط باسقاطه ولا يقال ان الاوصاف لا يقابلها شيء من الثمن فكيف يرجع عليه بالنقصان لانا نقول اذا صارت مقصودة يقابلها وتصير مقصودة باحد أمرين اما بالاتلاف حقيقة كما اذا قطع البائع يده قبل القبض فانه يسقط من الثمن بقدره وهو النصف واما بالمنع حكما كما اذا امتنع الرد لحقه أو لحق الشرع بان نقص أو زاد لان الجزء الفائت صار حقا للمشتري بالعقد ووجب عليه تسليمه فاذا عجز صار مانعا لذلك الجزء حكما فيرد عليه المبيع ان أمكن دفعا للضرر عنه ولا يرجع عليه بالنقصان لاندفاع الضرر به وان لم يمكن رجع عليه بحصته من الثمن فصار له حصة من الثمن لكونه مقصودا بالمنع حكما فاعتبر الحكمي للضرورة عند تعذر دفع الضرر عنه بغيره وطريق معرفته أن يقوم وبه هذا العيب ثم يقوم وهو سالم فاذا عرف التفاوت بين القيمتين يرجع عليه بحصته من الثمن حتى اذا كان عشر القيمة مثلا رجع عليه بعشر الثمن وان كان ثلثا فثلثه وقال مالك يرد المشتري المبيع ويرد معه نقصان العيب الحادث عنده لان رد البدل عند تعذر رد المبدل كرده فصار رادا الكل المبيع فيرجع عليه بكل الثمن ولنا أن حق الرد ثبت للمشتري ليندفع به الضرر عن نفسه على وجه لا يتضرر به البائع وبعد ما تعيب عنده لو رد لتضرر به البائع لانه خرج عن ملكه سليما عن العيب الحادث عنه ويعود اليه معيبا به فلا يلزمه وضرر المشتري أمكن دفعه بالرجوع عليه بحصته من الثمن فلا يصار اليه أصلا ثم لو رضي البائع بأخذ المبيع بعيبه فقد التزم الضرر باختياره وليس له أن يرجع على المشتري كما لا يرجع المشتري بشيء على البائع اذا رضي بأخذ المعيب ولا يقال مراعاة حق المشتري أولى عند تعارض الحقين لما أن البائع دلس عليه وصار مغرورا من جهته فيرجح مراعاة حقه لذلك لانا نقول ذلك معصية منه والمعصية لا تنافي عصمة مال العاصي ألا ترى أن من غصب ثوبا فخاطه أو صبغه لا تسقط عصمة صنعه قال (ومن اشترى ثوبا فقطعه فوجد به عيبا رجع بالعيب) لان القطع عيب حادث وقد بينا أنه يمنع الرد ويوجب الرجوع بالنقصان

(قوله وأحسن دعواه) أي بان ذكر سببه وهو الداء أو الحبل اهـ (قوله مشغولة به) الذي بخط الشارح مشغولا به اهـ (قوله الا أن يرضى البائع بأخذه) أي بالعيب الحادث فله ذلك لانا انما قلنا بتعذر الرد لحق البائع فلما رضي أسقط حقه بخلاف ما اذا كان المبيع عصيرا فتخمر في يد المشتري ثم اطلع على عيب في العصير وهي مسئلة الجامع الكبير حيث لا يكون للبائع أن يأخذ الخمر ويرد الثمن وان وجد منه الرضا بالاخذ لان الامتناع ثمة لحق الشرع لما فيه من تمليك الخمر وتملكها فلا يقع بتراضي المتعاقدين كما لو تراضيا على بيع الخمر ولكن يأخذ المشتري نقصان العصير اهـ اتقاني (قوله فلا يصار اليه أصلا) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله ووجهه أن يقال فلا يصار اليه أي الى الرد بعيب قديم مع حدوث عيب آخر عند المشتري وفي عبارة الكافي وغيره فيصار اليه بدون قوله أصلا وهي ظاهرة المراد أي فيصار الى الرجوع عليه بحصته من الثمن اهـ

بخلاف ما اذا اشترى بعيرا ونحره فوجد معاه فاسدا حيث لا يرجع بالنقصان عند أبي حنيفة والفرق له أن النحر افساد للمالية لانه يصير به عرضة للنتن والفساد ولهذا لا يقطع السارق بسرقته فاختل قيام ماليته بفعله فصار كاتلافه كما اذا كان عبدا أو طعاما فقتله أو أكله قال (وان قبله البائع كذلك له ذلك) لان الامتناع لحقه وقد رضي به بخلاف ما اذا كان الامتناع لزيادة فيه حيث لا يكون له أخذه لان الامتناع لحق الشرع على ما بينا قال (وان باعه المشتري لم يرجع بشئ) لانه صار حابساله بالبيع اذ الرد غير ممتنع بالقطع برضا البائع على ما بينا فكان مفوتا للرد بخلاف ما اذا خاطه ثم باعه حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان لانه لم يصر حابساله بالبيع لامتناع الرد قبله بالخياطة من غير علم بالعيب وبيعه بعد امتناع الرد لا تأثير له قال (فلو قطعه أو خاطه أو صبغه أو لت السويق بسمن فاطلع على عيب رجع بنقصانه كما لو باعه بعد رؤية العيب) يعني لو باعه في هذه الصور وانما يرجع بالنقصان لتعذر الرد بسبب الزيادة اذ الفسخ في الاصل بدون الزيادة لا يمكن لانها لا تنفك عنه ومع الزيادة أيضا لا يمكن لان العقد لم يرد عليها فكذا الفسخ اذ هو لا يرد الا على عين ما ورد عليه العقد والا لما كان فسخا ولو أخذه لكان ربا أيضا على ما بيناه فاذا امتنع الرد بسبب الزيادة لا تأثير للبيع للامتناع قبلها فلا يصير به حابسا بخلاف القطع من غير خياطة على ما ذكرنا وبخلاف ما اذا ازداد المبيع زيادة متصلة كالسمن والجمال حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية ويصير بالبيع بعدها حابساله لان الزيادة في مثلها تبع محض لكونها وصفا له فلا يمنع الفسخ فحاصله أن الزيادة نوعان متصلة ومنفصلة فالمتصلة ضربان متولدة من الاصل كالجمال وغير متولدة منه كالصبغ وقد ذكرنا حكمهما والمنفصلة أيضا نوعان متولدة من المبيع كالولد والثمر واللبن ونحو ذلك فانه يمنع الرد لانه لا وجه الى الفسخ فيها مقصودا لان العقد لم يرد عليها ولا تبعا لانفصالها ولا الى الفسخ في الاصل وحده بدون الزيادة لانه يؤدي الى الربا لان المشتري اذا رد المبيع وأخذ الثمن تبقى الزيادة في ملكه بلا عوض والنوع الثاني من هذا النوع زيادة غير متولدة من الاصل كالكسب فانه لا يمنع الرد بالعيب والفسخ فاذا فسخ يسلم للمشتري مجانا لانه ليس بمبيع بحال تما لانه متولد من المنافع والمنافع ليست بجزء للعين ولهذا لا يتبع الكسب الكاسب في الحرية والكتابة والتدبير والاستيلاد حتى لا تكون أكسابهم مثلهم ولا يلزم من حصولها للمشتري مجانا أن يكون ربا لانه ليس بجزء للمبيع فلم يملكه بالثمن وانما ملكه بالضمان وبمثله يطيب الربح لما روي أنه عليه السلام قضى أن الخراج بالضمان رواه مسلم والبخاري وغيرهما وفي رواية أن رجلا ابتاع غلاما فاستغله ثم وجد به عيبا فرده بالعيب فقال البائع غلة عبدي فقال ألبس قال النبي صلى الله عليه وسلم الغلة بالضمان رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه فاذا ثبت هذا فنقول ان كل موضع يكون المبيع قائما فيه على ملك المشتري ويمكنه الرد برضا البائع فاخراجه عن ملكه يمنع الرجوع بالنقصان لكونه مفوتا له وكل موضع يكون المبيع قائما فيه ولا يمكنه الرد وان رضي به البائع فاخراجه عن ملكه لا يمنع الرجوع بنقصان العيب لانه لم يصر مفوتا بالاخراج بل كان ممتنعا قبله ولهذا قلنا ان من اشترى ثوبا فقطعه لباسا لولده الصغير وخاطه ثم وجد به عيبا لا يرجع بنقصان العيب لانه صار مملكا له بالقطع قبل الخياطة في وقت لا يمتنع الرد ولو كان الولد كبيرا رجع بالعيب لانه لم يصر مملكا له الا بقبضه اذ لا ولاية له عليه فحصلت الخياطة من غير علم بالعيب في ملك الاب فامتنع الرد به ثم حصل التمليك بعد ذلك بالتسليم فلا يمنع الرجوع بالنقصان قال (أو مات العبد أو أعتقه) أي الخياطة ونحوها لا تمنع الرجوع بنقصان العيب كما لا يمنع البيع بعد الزيادة على ما تقدم وكما لا يمنع موت العبد واعتاقه أما الموت فانما لا يمنع فلان الملك ينتهي به لان الملك في محل الحياة ثبت باعتبارها فينتهي بانتهائها وامتناع

(قوله حيث لا يكون له أخذه) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي انهما لو تراضيا على الرد فالقاضي لا يقضي بالرد اه (قوله في المتن وان باعه المشتري لم يرجع) أي بعد العلم بالعيب أو قبله اه غاية (قوله حيث لا يبطل الرجوع بالنقصان) أي سواء علم بالعيب يوم البيع أو بعده اه اتقاني وكتب على قوله حيث لا يبطل بالنقصان ما نصه لان امتناع الرد ليس لحق البائع بل لحق الشرع لحصول الزيادة فيه بالخياطة فكان الرد ممتنعا قبل البيع بالخياطة لا بالبيع اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني وكذلك الحكم فيما لو كان المبيع حنطة فطحنها أو كان لحما فشواه أو كان دقيقا فخبزه ثم باعه يرجع بنقصان العيب لان المشتري ليس بحابس للمبيع بل امتنع الرد قبل البيع لحق الشرع اه (قوله في هذه الصور) يعني لو قطعه وخاطه ثم باعه بعد رؤية العيب أو صبغه ثم باعه بعد رؤية العيب أو لت السويق بسمن ثم باعه بعد رؤية العيب فانه يرجع بالنقصان في هذه الصور وكتب على قوله في هذه الصور ما نصه أي بعد رؤية العيب اه (قوله حيث لا يمنع الرد بالعيب في ظاهر الرواية) أي اذا رضي من له الحق في الزيادة فاذا أبى المشتري الرد وأراد الرجوع بالنقصان وقال البائع لا أعطيك نقصان العيب ولكن رد على المبيع حتى أرد عليك جميع الثمن قال ح س ليس للبائع ذلك وقال م له ذلك اه (قوله فحاصله ان الزيادة نوعان متصلة الخ) الزيادة المتصلة المتولدة من الاصل لا تمنع الفسخ عند محمد لانها تابعة للاصل اه غاية وعمادية (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل ما قلناه وأن المشتري اذا كان حابسا للمبيع لا يرجع بنقصان العيب قلنا الخ اه

ردّه على البائع حكمي لا بفعل من المشتري فلا يمنع الرجوع بالنقصان وأما الاعتقاق فالمراد به اعتاق وجد منه قبل العلم بالعيب وان أعتقه بعد العلم به فلا يرجع بالنقصان لان اقدامه على الاعتاق يدل على رضاه به والقياس فيه أن لا يرجع بالنقصان وان كان قبل العلم بالعيب وهو قول الشافعي رحمه الله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل وجه الاستحسان أن الاعتاق انهاء للملك لان الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل الى غاية العتق والشئ ينتهي بمضي مدته والمنتهى متقرر في نفسه فيجعل كان الملك فيه باق فتعذر ردّه ولهذا ثبت الولاء له بالعتق وهو من آثار الملك فبقاؤه كبقاء الملك والتدبير والاستيلاد كالاعتاق لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي مع بقاء الملك حقيقة ولو أعتقه على مال لم يرجع بشئ لانه حبس بدله وهو كحبس المبدل وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يرجع لانه انهاء للملك وان كان بعوض ولان العوض والمعوض ملكه فكان كالعتق بلا عوض والكتابة مثل الاعتاق على مال لحصول العوض فيها كالبيع وان عجز المكاتب ينبغي أن يرده بالعيب لزوال المانع وهذا كما قلنا اذا أبق العبد المبيع ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لان الرجوع خلف عن الرد فلا يصار الى الخلف ما دام حيا لان رجوعه موهوم فيمكن رده فاذا رجع رده لزوال المانع ولو اشترى المكاتب أباه أو ابنه ثم اطلع على عيب لا يرده لانه تكاتب عليه فلا يتمكن من اخراجه عن ملكه ولا يرجع بالنقصان لانه خلف عن الرد ولم يقع اليأس عنه بخلاف التدبير والاستيلاد ولو عجز المكاتب يرده مولاه ويتولاه العبد لانه هو الذي اشتراه فكان حقوقه اليه كما لو اشترى عبدا ثم عجز واطلع المولى على العبد عيبا فانه يرده ويتولاه المكاتب لانه هو العاقد قال (فان أعتقه على مال أو قتله أو كان طعاما فأكله أو بعضه لم يرجع بشئ) أما العتق على مال فقد ذكرناه وأما القتل فلان الرد امتنع بفعله وهو مضمون عليه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار منتفعا بهذا الملك من حيث دفع الضمان عن نفسه فصار كأنه سلم اليه الضمان معنى ألا ترى أنه لو لم يكن ملكا له لوجب عليه ضمانه وعن أبي يوسف أنه يرجع بالنقصان لان قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي فصار كالموت حتف أنفه فيكون انهاء للملك وجوابه ما ذكرنا وهذا بخلاف ما اذا صبغ الثوب أو فعل فيه نحوه حيث يرجع بالنقصان مع امتناع الرد بفعله لان هناك امتناع الرد بسبب زيادة المبيع لحق الشرع على ما بينا والعين قائم على حاله ولم يحصل له عنه عوض فلم يوجد ما يمنع الرجوع فصار نظير الاستيلاد والتدبير والاعتاق وأما أكل الطعام فالمذكور هنا قول أبي حنيفة والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما لانه فعل في المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه فأشبه الاعتاق وجه الاستحسان أن الرد قد تعذر بفعل مضمون منه وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه فصار كالاحراق بالنار وقتل العبد وكونه مقصودا لا تأثير له فيه ألا ترى أن المبيع مقصود بالشراء ومع ذلك يمنع منه والاصل في جنس هذه المسائل أن الرد متى امتنع بفعل مضمون من المشتري كالقتل والتمليك من غيره امتنع الرجوع بالنقصان ومتى امتنع لا من جهته أو من جهته بفعل غير مضمون كالهلاك بآفة سماوية أو انتقص أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق أو توابعه كالتدبير

(قوله لان امتناع الرد بفعله فصار كالقتل) قال الاتقاني وأما الاعتاق بلا مال فالقياس أن لا يرجع بنقصان العيب وهو قول زفر ذكره قاضيخان وهو قول الشافعي أيضا كذا نقل قوله في شروح الجامع الصغير لانه حبس المبيع بفعله فصار كالاعتاق على مال وكالقتل (قوله لان الملك في الآدمي يثبت على منافاة الدليل) أي لان الانسان لم يخلق للتملك وانما وقع الملك فيه بعارض الكفر أعني أنه وقع جزاء للكفر الاصلي اه (قوله فيجعل كأن الملك فيه باق) بخلاف البيع فانه قاطع للملك البائع الى غيره لا منه للملك في العبد وبهذا ماكه المشتري اه (قوله لتعذر الرد فيهما بالامر الحكمي) أعني الرد امتنع بتعلم الشرع لا بفعل المشتري اه (قوله وعن أبي حنيفة أنه يرجع) لانه انهاء للملك وهو قول أبي يوسف اه (قوله والكتابة مثل الاعتاق على مال) أي وفيه خلاف أبي يوسف أيضا اه (قوله اذا أبق العبد المبيع) ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان رواه الحسن بن زياد عن أبي حنيفة وروى الحسن بن أبي مالك أنه يرجع للحال اه (قوله وجوابه ما ذكرنا) ولا نسلم أن قتل المولى لا يتعلق به حكم من أحكام الدنيا ألا ترى أنه تجب عليه الكفارة لو كان خطأ اه اتقاني (قوله والقياس أن يرجع بالنقصان وهو قولهما) قال الاتقاني وأخذ الطحاوي في مختصره بقولهما وكذا الخلاف فيما اذا اشترى ثوبا فلبسه فتمزق ثم اطلع على عيب عند البائع فعند أبي حنيفة ليس له الرجوع بنقصان العيب خلافا لهما وأجمعوا أنه لو أتلف الطعام أو الثوب بسبب آخر ليس له حق الرجوع كذا في شرح الطحاوي وجه قولهما أن الاكل تصرف مشروع يقصد المبيع لاجله وكذا اللبس تصرف والاستيلاد مشروع يقصد المبيع لاجله فلا يعد اتلافا لانه استعمال العين لما طلب فيه لاصل التخليق فيقع الهلاك على ملكه ولا يكون كالزائل فلا يمنع الرجوع بالنقصان كالاعتاق بخلاف القتل اه وكتب على قوله وهو قولهما ما نصه قال في خلاصة الفتاوى والفتوى على قولهما اه اتقاني (قوله وانما سقط الضمان عنه باعتبار أنه ملكه) فصار كالمستفيد عوضا اه اتقاني (قوله والتمليك من غيره امتنع) أي ولم يمتنع الرد قبل التمليك اه (قوله أو زاد زيادة مانعة من الرد أو الاعتاق) مثال الامتناع من جهته بفعل غير مضمون اه

والاستيلاد لا يمنع من الرجوع بالنقصان وان أكل بعض الطعام فكذا الجواب عنده وليس له أن يرد الباقي ولا أن يرجع بنقصانه لانه كشئ واحد فلا يرد بعضه دون بعض كما اذا باع البعض وعندهما يرجع بنقصان العيب في الكل وليس له أن يرد الباقي لان الطعام كالشئ الواحد فيتعيب بالتبعيض وأكل الكل لا يمنع الرجوع فالبعض أولى وعنهما أنه يرد الباقي و يرجع بنقصان ما أكل لان التبعيض لا يضره وان باع بعضه ثم اطلع على عيب لا يرجع بالنقصان لا في المزال عن ملكه ولا في الباقي لان امتناع الرد بفعله وهو مضمون عليه وعند زفر يرجع بنقصان الباقي قال (ولو اشترى بيضا أو قثاء أو جوزا ووجده فاسدا ينتفع به رجع بنقصان العيب) لان الكسر عيب حادث الا اذا رضي به البائع لانه أسقط حقه وقال الشافعي رحمه الله اذا كسر منه مقدار ما لا بد منه للعلم بالعيب يرده لان البائع سلطه عليه فكأنه فعله بنفسه قلنا رضي بكسره في ملك المشتري لا في ملك نفسه فيجب رعاية حقهما بالرجوع بنقصان العيب على ما بينا من قبل فصار كما لو باع ثوبا فقطعه ثم اطلع على عيب ولو علم بصفته قبل الكسر رده لامكانه قال (والا بكل الثمن) أي ان لم ينتفع به رجع بكل الثمن لانه ليس بمال فكان البيع باطلا قالوا هذا يستقيم في البيض لانه لا قيمة لقشره وكذا في الجوز اذا لم يكن لقشره قيمة وأما اذا كان لقشره قيمة بان كان في موضع يوقد فيه قشره كما في مواضع الزجاجين فقيل يرجع بحصة اللب و يصح البيع في القشر بحصته لانه مال متقوم فصار محلا للبيع وقيل يرد القشر و يرجع بكل الثمن لان مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر فاذا لم ينتفع بلبه فات محل البيع فكان باطلا وان كان لقشره قيمة هذا اذا ذاقه فتركه فان تناول منه شيأ بعد ما ذاقه فلا يرجع عليه بشئ لانه صار به آكلا للبعض و ينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرنا في الطعام هذا اذا كسره من غير علم به ولو كسره بعد العلم به لا يرده ولا يرجع بالنقصان لان كسره بعد العلم به دليل الرضا وقالوا هذا اذا وجده خاويا وان كان فيه قليل لب شئ يأكله بعض الفقراء أو يصلح للعلف فهو من قبل العيب وحكمه ما ذكرناه وقالوا في بيض النعامة اذا وجده فاسدا بعد الكسر يرجع بنقصان العيب لان ماليته باعتبار القشر بخلاف غيره مما ذكرنا وان وجد البعض فاسدا وهو قليل جاز البيع استحسانا لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد عادة فلا يمكن التحرز عنه وذلك مثل الواحد أو الاثنين من كل مائة فليس له أن يخاصم البائع بسببه وان كان أكثر من ذلك اختلفوا فيه فقيل باطل عند أبي حنيفة وعندهما يجوز بحصة الصحيح منه لانه بمنزلة ما لو فصل ثمنه لانه ينقسم ثمنه على أجزائه كالمكيل والموزون لا على قيمته وقيل العقد لا يجوز عند الكل لانه لم يفصل الثمن والاول أصح لما عرف من قواعدهم قال (ولو باع المبيع فرد عليه بعيب بقضاء يرده على بائعه ولو برضا لا) أي لو اشترى شيأ ثم باعه فرد عليه بالعيب له أن يرده على بائعه ان كان رد عليه بقضاء لان الرد بالقضاء فسخ في حق الكل فيكون كأنه لم يبعه وان كان الرد بالتراضي من غير قضاء القاضي لا يرده على بائعه وقيل في عيب لا يحدث مثله كالاصبع الزائدة يرده للتيقن به عند البيع الاول والاصح أنه لا يرده عليه في الكل لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما اذ لا ولاية لهما على غيرهما

(قوله فكذا الجواب عنده) أي لا يرجع عنده كما لو أكل كله اهـ (قوله لانه كشئ واحد فلا يرد بعضه) أي كالعبد الواحد تعذر الرد في بعضه بعيب من قبله مبطل الحق في الكل اهـ اتقاني وعند زفر يرجع بنقصان الباقي الا أن يرضى البائع أن يأخذ الباقي بحصته من الثمن اهـ غاية (قوله ان لم ينتفع به) أي كالقرع المر والبيض المذر اهـ فتح (قوله وقيل يرد القشر و يرجع بكل الثمن) هو اختيار صاحب الهداية اهـ (قوله هذا اذا كسره من غير علم به) لا يظهر وجه هذا التفصيل بعد ما قرر أن البيع باطل والذي يظهر أن التفصيل فيما اذا وجده معيبا ينتفع به فينبغي أن يذكر هناك اهـ قارئ الهداية اهـ (قوله لانه لا يخلو عن القليل من الفاسد) أي فصار كقليل التراب في الحنطة والشعير فلا يرجع بشئ أصلا وفي القياس يفسد وهو ظاهر اهـ فتح (قوله فقيل باطل عند أبي حنيفة) أي كما لو جمع بين حر وعبد اهـ (قوله له أن يرده على بائعه) قال الكمال يعني له أن يخاصم الاول و يفعل ما يجب معه الى أن يرده عليه وقيده في المبسوط بما اذا ادعى المشتري الثاني العيب عند البائع الاول أما اذا أقام البينة أن العيب كان عند المشتري الاول لم يذكره في الجامع وانما ذكره في اقرار الاصل فقال ليس للمشتري الاول أن يخاصم مع بائعه بالاجماع لان المشتري الاول لم يصر مكذبا فيما أقر به ولم يوجد هنا قضاء على خلاف ما أقر به فبقي اقراره بكون الجارية سليمة فلا يثبت له ولاية الرد اهـ فتح القدير (قوله لا يرده على بائعه) أي وان ثبت أن العيب كان عند البائع الاول اهـ ولوالجي (قوله لان الفسخ بالتراضي بيع جديد في حق غيرهما) أي والبائع الاول ثالثهما كأن المشتري الاول اشتراه من المشتري الثاني ولو اشتراه المشتري الاول من المشتري الثاني لم يكن له أن يرده على الاول فلا خصومة فكذا هذا ولهذا لو كان على المشتري الاول في الدار شفعة فاسقط الشفيع حقه فيما باعه ثم رد بعيب بالتراضي تجدد للشفيع حق الشفعة كأن المشتري الاول اشترى ثانيا ما باع فلا يجوز له حق الخصومة في الرد ولا في الرجوع بالنقصان وقال الشافعي يرد اذا قبله بلا قضاء لان الرد بالعيب عنده يرفع العقد من أصله نص عليه الشافعي فلم يتفاوت الرد بالرضا والقضاء اهـ فتح

بخلاف القاضى لان له ولاية عامة فينفذ قضاؤه على الكل وهذا اذا كان الرد بعد القبض وان كان قبله فله أن يرده على بائعه وان كان بالتراضى فى غير العقار لان بيع المبيع قبل القبض لا يجوز فلا يمكن جعله بيعا جديدا فى حق غيرهما فجعل فسخا فى حق الكل على ما نبينه فى الاقالة ان شاء الله تعالى وفى العقار اختلاف المشايخ على قول أبى حنيفة والاظهر أنه بيع جديد فى حق البائع الاول لان العقار يجوز بيعه قبل القبض عنده فليس له أن يرده على بائعه كأنه اشتراه بعد ما باعه وعند محمد فسخ لانه لا يجوز بيعه قبل القبض عنده وعند أبى يوسف بيع فى حق الكل على ما عرف من مذهبه ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار أو بنكول لان قضاءه فسخ فى الكل وقال محمد لا يرد على بائعه ان رد عليه ببينة لانه أنكر قيام العيب به فيكون اقرارا منه على أنه سليم قلنا قد صار مكذبا شرعا فبطل اقراره وقال زفر رحمه الله لا يرده على بائعه اذا كان القضاء باقرار أو نكول لان اقراره لا يقبل فى حق غيره فلا يكون حجة على بائعه فلا يصير فسخا فى حقه كالفسخ بالتراضى وهذا لان القاضى مضطر الى القضاء من جهته فانتقل الفعل اليه لان فعل المكره منسوب الى المكره قلنا لا ينتقل فعل المكره الى المكره الا فيما يصلح آلة له كما فى القتل فانه يمكنه أن يأخذه ويضرب به وأما فيما لا يصلح فلا ينتقل اليه كما فى الاكراه على الطلاق والعتاق لانه يوقعهما بكلامه والمكره لا يصلح أن يكون آلة له فيه اذ لا يقدر أن يتكلم بلسان غيره والقاضى لا يصلح أن يكون آلة له فلا ينتقل اليه فان قيل لما باشر سبب الفسخ وهو النكول أو الاقرار بالعيب كان راضيا بحكم السبب فلا يلزم بائعه قلنا المسألة مفروضة فيما اذا أقر بالعيب وأبى القبول فرده عليه القاضى جبرا والفسخ لا يثبت باقراره ولا بنكوله بل بقضاء القاضى فينفذ قضاؤه فى حق الكافة فكان له أن يرده على بائعه لانه لما فسخ العقد بينهما عاد اليه قديم ملكه فصار كأنه لم يخرجه عن ملكه وهذا بخلاف الوكيل بالبيع اذا رد عليه بالعيب بقضاء القاضى حيث يكون رادا على الموكل لان البيع فيه واحد وقد فسخ والموجود هنا بيعان فبفسخ أحدهما لا ينفسخ الآخر فاذا عاد قديم ملكه كان له أن يرده لظهور الفسخ فى حق الكافة على ما بينا ولا يقال لو كان القضاء فسخا فى حق الكافة لبطل حق الشفيع به فى الشفعة ولكان لابى البائع أن يدعى ولد المبيعة المولود عند المشترى قبل الفسخ أو بعده فيما اذا كان المبيع جارية حبلى ولبطلت الحوالة بثمنه على المشترى لارتفاع العقد من الاصل فكأنه لم يبع لانا نقول حكم الفسخ يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وهذه الاحكام وهى ثبوت حق الشفعة وسقوط دعوى الاب وبراءة ذمة المحيل كانت ثابتة قبل الفسخ بالبيع أو بالحوالة فلا تسقط بالفسخ ألا ترى أن الواهب اذا رجع فى الهبة كان فسخا فى حق ما يستقبل من الاحكام لا فى حق ما مضى حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين وقال شيخ الاسلام قول القائل بان الرد بالقضاء فسخ للعقد وجعل له كأنه لم يكن متناقض لان العقد

(قوله وهذا اذا كان الرد) أى بالعيب من المشترى الثانى اهـ (قوله بعد القبض) أى بعد قبض المشترى الثانى المبيع اهـ (قوله وان كان قبله فله) أى للمشترى الاول اهـ (قوله وان كان بالتراضى) أى كما لو باع المشترى الاول للمشترى الثانى بشرط الخيار له أو بيعا فيه خيار رؤية فانه اذا فسخ المشترى الثانى بحكم الخيار كان للمشترى الاول أن يرده مطلقا وعلمت أن الفسخ بالخيارين لا يتوقف على قضاء اهـ كمال ﴿فرع﴾ قال الاتقانى ثم اعلم أن المشترى اذا باع المبيع ثم رد عليه بعيب فان كان ذلك قبل القبض كان له حق الرد على بائعه فيكون بمنزلة ما اذا لم يبع سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل فى حق الكل فصار ذلك الرد بمنزلة الرد بخيار الشرط أو خيار الرؤية أما اذا قبضه المشترى الثانى ثم رد على المشترى الاول بعيب فعلى وجهين فان قبله بقضاء قاض فله الرد على بائعه وان قبله بغير قضاء قاض فليس له الرد وذلك لانه اذا قبل بغير قضاء القاضى كان ذلك ردا باصطلاحهما وتراضيهما فكان ذلك بمنزلة عقد مستأنف واذا قبله بالقضاء باحد الاشياء الثلاثة بالبينة أو بالنكول أو بالاقرار فله أن يرد على البائع الاول لان البيع الثانى انفسخ بفسخ القاضى فصار كأن البيع الثانى لم يوجد أصلا ولكن البيع الاول قائم لم ينفسخ بفسخ الثانى فملك الخصومة اهـ (قوله ولا فرق بين أن يكون قضاء القاضى ببينة أو باقرار) ومعنى القضاء بالاقرار أنه أنكر الاقرار فاثبت بالبينة اهـ هداية وكتب ما نصه قال الاتقانى وفى قول زفر اذا جحد العيب فرد عليه بالبينة ليس له أن يرد على الاول كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اهـ (قوله وقال محمد لا يرد على بائعه) هكذا ذكر فى المجمع أن هذا قول محمد وذكر شارحا الهداية الاكمل والقوام الاتقانى أن هذا قول زفر والله أعلم (قوله كان راضيا بحكم السبب) أى فلا فرق اذا بين القضاء والرضا فى وجوب كونه بيعا فى حق ثالث اهـ فتح (قوله وهذا) أى المذكور فى أول المقالة اهـ (قوله حيث يكون رادا على الموكل) هذا اذا كان القضاء بالبينة أو بالنكول وان كان الرد بقضاء باقرار الوكيل وكان عيبا يحدث مثله يلزم الوكيل لكن يبقى له حق الخصومة مع موكله حتى لو أقام بينة أن العيب كان عند موكله أو عند بائعه كان له الرد على الموكل وتمامه فى الولوالجى اهـ (قوله حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين) أى ولا يجعل الموهوب عائدا الى قديم ملك الواهب فى حق زكاة ما مضى وكذا الرجل اذا وهب دارا لآخر وسلمها اليه ثم بيعت دار بجنبها ثم رجع الواهب فيها لم يكن للواهب أن يأخذها بالشفعة ولو عاد الموهوب الى قديم ملك الواهب وجعل كأن

الدار لم تزل عن ملك الواهب كان له الاخذ بالشفعة واذا عرف هذا الاصل خرجت المسائل المذكورة عليه أما الشفعة فلان حق الشفيع كان ثابتا قبل الرد وحكم الرد يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى وكذا المسئلة الثانية لان الاب انما تصح دعواه باعتبار ولاية كانت له زمان العلوق وهو معنى سابق على الرد وقد بطل قبل الرد فلا يظهر حكم الرد فيها بل يبقى ما كان من عدم ولايته هذه الدعوة وكذا المسئلة الثالثة لان الحوالة كانت ثابتة قبل الرد فلا يظهر حكم الرد في ابطالها ولان صحتها لا تستدعى عند نادينا على المحال عليه اه فتح (قوله فلا يصار اليه حتى يتبين حاله) قال الاتقاني فلاجل هذا يؤمر المشترى باقامة البينة أو يستحلف البائع حتى يظهر وجه الحكم فان استبان وجه الحكم بان قامت البينة أو حلف البائع فنكل رد المبيع والا أجبر المشترى على نقد الثمن اه (قوله ليتعين حق البائع فيه) قال الاتقاني لان دفع الثمن انما تعين على المشترى اذا تعين المبيع اه (قوله تعين حق المشترى في المبيع) أى ولم يتعين المبيع لان حق المشترى في التسليم لا في المبيع اه اتقاني (قوله لاحتمال أنه حدث عنده) أى ان أنكر البائع أن العيب كان موجودا عنده اه (قوله فعلى قول أبى يوسف ومحمد يحلفه) أى على العلم لانها يمين على غير فعله اه أقطع وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن المشترى لا يثبت له حق الرد بهذه العيوب ما لم يثبت حصولها عنده فبعد ذلك لا يخلو من أحد الامرين اما أن يقر البائع بحصولها عند المشترى أو ينكر فان أقر يثبت حق الرد للمشترى وان أنكر يقال للمشترى أثبت أولا أن هذا العيب حصل عندك فان أثبته بالبينة فقد ثبت له حق الرد لكون البينة حجة وان لم يكن للمشترى بينة وأراد تحليف البائع فله تحليفه على العلم عند أبى يوسف ومحمد لانه تحليف على فعل الغير فيحلف البائع بالله ما تعلم أن هذا العبد جن عند المشترى ولا أبق ولا سرق ولا بال على فراش كذا ذكر في الجامع الكبير قولهما ولم يذكر قول أبى حنيفة اه (قوله ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب الخ) فيه ترك النظر للمشترى بل يحلف أنه لم يكن به قط كما ذكره الشارح بعد ذلك في دعوى الاباق هنا اه (قوله ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين) قال الاتقاني رحمه الله ويحلف بالله لقد سلمته اليه بحكم البيع وما به هذا العيب اه (قوله فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده) أى ان أنكر قيام العيب قبل البيع اه

اذا جعل كأنه لم يكن جعل الفسخ أيضا كأن لم يكن لان فسخ العقد بدون العقد لا يكون فاذا انعدم العقد من الاصل انعدم الفسخ من الاصل فاذا انعدم الفسخ عاد العقد لانعدام ما ينافيه فيتمكن في هذه الدعوى دور وتناقض من هذا الوجه ولكن يقال يجعل العقد كأن لم يكن في حق المستقبل دون الماضي قال رحمه الله (ولو قبض المشترى المبيع وادعى عيبا لم يجبر على دفع الثمن ولكن يبرهن أو يحلف بائعه) أى لم يجبر المشترى على دفع الثمن بعد دعوى العيب لاحتمال أن يكون صادقا فيه فلا يجب عليه دفع الثمن لانه لو أجبر وأخذ منه الثمن فربما يثبت المشترى العيب فيسترد من البائع فيكون اشتغالا بما لا يفيد وفيه نقض القضاء فلا يصار اليه حتى يتبين حاله ولان المشترى منكر وجوب دفع الثمن عليه حيث أنكر تعين حقه بدعوى العيب وكان وجوب دفع الثمن أولا ليتعين حق البائع فيه بازاء تعين حق المشترى في المبيع وقوله ولكن يبرهن أى يقيم البينة لاثبات العيب وكيفية اثباته أن يقيم البينة أولا أن العيب الذى يدعيه وجد بالمبيع عنده أى عند المشترى لانه اذا لم يوجد العيب عنده ليس له أن يرده بالعيب وان كان به عند البائع لاحتمال أنه زال فاذا أقام البينة أنه وجد فيه عنده يحتاج الى اقامة البينة على أن هذا العيب كان به عند البائع لاحتمال أنه حدث عنده فلا يستحق عليه الرد فاذا ثبت أنه كان فيه عند البائع فسخ العقد بينهما لثبوته في الحالين عنده وعند البائع وصورة التحليف أن يحلف البائع أن هذا العيب لم يكن فيه عندى وذلك بعد اقامة المشترى البينة أنه وجد فيه عنده أى عند المشترى لان البائع لا ينتصب خصما حتى يقيم المشترى البينة على قيام العيب في الحال على ما بينا ولو لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عنده وقيامه في الحال هل يحلفه المشترى فعلى قول أبى يوسف ومحمد يحلفه لانه لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف ولان الدعوى معتبرة حتى يترتب عليها البينة فكذا التحليف عند العجز عنها فاذا حلف برئ وان نكل ثبت قيام العيب للحال ثم يحلف ثانيا على أن هذا العيب لم يكن فيه عنده فان حلف برئ وان نكل فسخ القاضى العقد بينهما لثبوت العيب في الحالين على ما بيناه في البينة واختلف المشايخ على قول أبى حنيفة فقال بعضهم يحلف لما ذكرنا وقال بعضهم لا يحلف وهو الاصح لان الحلف يترتب على دعوى صحيحة ولا تصح الدعوى الا من خصم ولا يصير خصما فيه الا بعد قيام العيب عنده ولا يلزم من ترتب البينة ترتب اليمين كما في الحدود والاشياء الستة وهذا لان البينة للالزام فلا يشترط فيها تقدم الدعوى واليمين لقطع الخصومة فلا بد من الدعوى الصحيحة وذلك لقيام العيب فيه لان التحليف شرع لدفع الخصومة المتحققة لا لانشائها ولو حلف البائع هنا لا تنقطع الخصومة بينهما بل تنشأ لانه اذا نكل ثبت قيام العيب به في الحال ثم تنشأ خصومة أخرى فيحلف ثانيا على أنه لم يكن عنده على ما بينا ويرد على هذا مسئلة الشفعة وهى أن الشفيع اذا تقدم الى القاضى يطلب الشفعة فان القاضى يسأل المدعى عليه عن التى يشفع بها فان أقر بأنها ملكه صار خصما فيسأله هل ابتاع أم لا فان لم يقر ولم يكن للشفيع بينة أنها ملكه استحلف المشترى ما يعلم أنها ملكه فان نكل ثبت أنها ملكه ثم تنشأ خصومة أخرى فان القاضى يسأله هل ابتاع أم لا وهذا تحليف لانشاء الخصومة ذكره

(قوله فى المتن وان قال شهودى بالشام) أى مثلا فامهلنى حتى أحضرهم أو آتيك بكتاب حكمى من قاضى الشام لا يسمع ذلك بل يستحلف البائع ويقضى بدفع الثمن ان حلف اه فتح (قوله استحلف البائع) فيه ايهام اذ لم يذكر على أى شئ يستحلفه أعلى عدم علمه بقيام العيب عند المشترى أو على عدم قيامه عنده أو عليهما والظاهر أنه على الاول لكنه على قولهما اه كذا نقلته من خط شيخنا الشمس الغزى رحمه الله (قوله لان فى الانتظار ضررا بالبائع) أى لانه خرج ملكه عنه ولم يصل عوضه اليه اه اتقانى

القدورى ولم يحك فيه خلافا قال (وان قال شهودى بالشام دفع ان حلف بائعه) أى اذا قال المشترى شهودى بالشام استحلف البائع فان حلف دفع اليه الثمن لان فى الانتظار ضررا بالبائع وليس فى دفع الثمن اليه كبير ضرر على المشترى لانه على حجته متى أقام عليه البينة رد عليه المبيع وأخذ منه الثمن وان نكل البائع لزم العيب لانه حجة فيه بخلاف الحدود حيث لا يكون النكول حجة فيها ولهذا لم يحلف فيها وكيفية التحليف ما بيناه قال رحمه الله (فان ادعى إباقا لم يحلف بائعه حتى يبرهن المشترى أنه أبق عنده فان برهن حلف بالله ما أبق عندك قط) أى اذا ادعى المشترى أن العبد الذى اشتراه أبق فأنكر البائع وأراد المشترى تحليفه لا يحلف البائع حتى يقيم المشترى بينة أنه أبق عند نفسه فان أقام البينة حلف لما ذكرنا أن البائع لم ينتصب خصما حتى يثبت المشترى أن العيب وجد فيه عند المشترى وهذا قول أبى حنيفة وعندهما يحلف وقد بيناه آنفا وقوله ما أبق عندك قط فيه ترك النظر للمشترى والاحوط أن يحلف بالله ما أبق قط أو بالله ما يستحق عليك الرد من الوجه الذى ذكره أو بالله لقد سلمه وما به هذا العيب لانه يحتمل أنه باعه وقد كان أبق عند غيره وبه يرد عليه وفيما ذكره ذهول عنه ولو كان الدعوى فى اباق العبد الكبير يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال لان الاباق فى الصغر يزول بالبلوغ فلا يوجب الرد على ما بيناه من قبل ولا يحلفه بالله لقد باعه وما به هذا العيب لانه قد يحدث بعد البيع قبل التسليم وهو يوجب الرد وكذا لا يحلفه بالله لقد باعه وسلمه وما به هذا العيب لانه يوهم تعلقه بالشرطين فيتأوله فى اليمين عند قيامه فى احدى الحالتين وهى حالة التسليم وانما كان التحليف على البتات هنا وان كان التحليف على فعل الغير على العلم لان البائع يدعى تسليمه سليما فيكون مدعيا العلم به فيحلف على ما يدعى ألا ترى أن المودع لو قال ان المودع قبض الوديعة يحلف على البتات لادعائه العلم بذلك وان كان القبض فعل غيره وكذا الوكيل لو ادعى أن الموكل قبض الثمن يحلف على البتات لما قلنا وانما يحلف على العلم أن لو ادعى أنه لا علم له به وهذا فى العيوب التى لا تظهر للقاضى ولا يعرف أهى حادثة عند المشترى أم لا وأما العيوب التى لا يحدث مثلها كالاصبع الزائدة أو الناقصة فان القاضى يقضى بالرد من غير تحليف لتيقنه بوجوده عند البائع الا اذا ادعى البائع رضا المشترى به وأثبته بطريقه فحاصله أن العيوب أنواع أحدها أن يكون ظاهرا للحاكم فحكمه ما ذكرنا والثانى ما لا يعرفه الا الاطباء كوجع الكبد والطحال فمعرفته اذا أنكر البائع بقول الاطباء فيقبل فى قيام العيب للحال وتوجه الخصومة قول واحد منهم عدل ثم لا بد من عدلين لاثباته عند البائع فيرد عليه اذا لم يدع الرضا به والثالث عيب لا يعرفه الا النساء كالرتق والعفل فيقبل فى قيامه للحال قول امرأة واحدة ثقة ثم ان كان بعد القبض لا يرد بقولهن بل لا بد من تحليف البائع وان كان قبله فكذلك عند محمد وعند أبى يوسف يرد بقولهن من غير يمين البائع والرابع عيوب غير ظاهرة للقاضى ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق ونحوه فحكمها ما ذكرناه قال (والقول فى قدر المقبوض للقابض) لانه هو المنكر حتى اذا رد المشترى بعيب جارية أو عبدا بعد القبض فقال البائع كنت بعتك معه غيره وقال المشترى بعتنيه وحده فالقول قول المشترى لان القول للقابض أمينا كان أو ضمينا كالغاصب والمودع

(قوله وان نكل البائع لزم البيع) قال الاتقانى وان نكل البائع عن اليمين لزمه حكم العيب لان النكول حجة فى المال لانه بدل أو اقرار فيصحان جميعا فيه اه (قوله لانه حجة فيه) أى فى ثبوت العيب اه (قوله وعندهما يحلف) أى وان لم يقم المشترى بينة اه (قوله لانه يوهم تعلقه بالشرطين) أى فيكون غرض البائع من هذا اليمين عدم وجود العيب فى الحالين جميعا اه كى فاذا وجد فى حالة كان بارا لان المعلق بالشرطين انما ينزل عند وجودهما اه (قوله وانما كان التحليف على البتات هنا) قال الاتقانى رحمه الله وان لم يكن للمشترى بينة على وجود العيب عند البائع يحلف البائع على البتات وهذه اليمين تسمى يمين الرد وذلك لانه معنى لو أقر به لزمه ويحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وهو تسليمه صحيحا فان حلف برئ وان نكل رد عليه بالعيب اه (قوله وأثبته بطريقة) أى ببينة يقيمها أو بنكول المشترى اه (قوله والعفل) العفل شئ مدور يخرج بالفرج ولا يكون فى الابكار وانما يصيب المرأة بعدما تلد اه مغرب (قوله ولا يختص بمعرفتها الاطباء ولا النساء كالاباق) قال الاتقانى وضع المسئلة فى الاباق والحكم فى جميع العيوب التى لا تشاهد عند الخصومة كذلك نحو السرقة والبول على الفراش والجنون الا أن المعاودة فى يد المشترى شرط فى العيوب الثلاثة والحالة واحدة اه (قوله كالغاصب والمودع) أى لانه أعرف بما قصد ألا ترى أن الغاصب لو أنكر الزيادة فى المقبوض كان القول قوله وكذا المودع اذا أنكر الزيادة اه اتقانى

ولان

ولان البائع يدعى بقاء بعض الثمن فى ذمته وهو حصة الآخر والمشترى ينكره فالقول قول المنكر مع يمينه وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض لما بينا قال (ولو اشترى عبدين صفقة فقبض أحدهما ووجد بأحدهما عيبا أخذهما أو ردهما) يعنى ليس له أن يأخذ السليم ويرد المعيب بل يأخذهما أو يردهما لان فى أخذ أحدهما تفريق الصفقة قبل التمام لان الصفقة تتم بقبضهما والتفريق فى القبض كالتفريق فى القبول لان القبض له شبه بالعقد لكونه مفيدا ملك التصرف ومؤكدا ملك الرقبة وعن أبى يوسف أنه اذا وجد العيب بالمقبوض له أن يرده وحده لان الصفقة تمت فيه لتناهيها فى حقه قلنا تمام الصفقة تعلق بقبض المبيع وهو اسم لكله فلا يقبل التجزئ فى الاتمام ألا ترى أن حبس المبيع لما تعلق بطلانه بقبض الثمن لا يسقط الا بقبض كله ويبقى ببقاء جزئه فكذا تمام الصفقة لما تعلق بقبض المبيع لا يتم ببقاء جزء منه اذ هى لا تقبل التجزئ فى هذا المعنى قال (ولو قبضهما ثم وجد بأحدهما عيبا رد المعيب وحده) وقال زفر ليس له أن يرده وحده لان فيه تفريق الصفقة ويتضرر البائع به لان العادة جرت بضم الجيد الى الردىء فأشبه ما قبل القبض وخيار الشرط والرؤية ولنا أنه تفريق الصفقة بعد التمام لان الصفقة تتم بالقبض لان العيب لا يمنع تمام الصفقة فيكون الفسخ بعدها ابتداء فى ملك المشترى من كل وجه فلا يمنع التفريق فيقتصر على ما وجد فيه علة الرد ألا ترى أنه لو استحق أحدهما بعد القبض لم يتخير فى الباقى لتمامه بالقبض وان استحق قبله كان له ذلك كيلا يتفرق عليه الصفقة قبل التمام بخلاف خيار الشرط والرؤية لان الصفقة لا تتم معهما وان كان بعد القبض لعدم تمام الرضا وتضرر البائع من قبل تدليسه فلا يعتبر فى حق المشترى كذا ذكر خلاف زفر فى المبسوط وغيره وذكر فى المختلف أن له أن يفرق قبل القبض اذا وجد بأحدهما العيب عند زفر كما لو وجد به عيبا بعد القبض فانه يرده خاصة فكذا قبله وهذا مشكل وفيه تفاوت كبير فانه اذا امتنع التفريق بعد القبض وقد تم العقد فيه كان قبله أولى لان الصفقة لم تتم هذا اذا كان كل واحد منهما يمكن الانتفاع به على الانفراد وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجى الخف ومصراعى الباب ليس له أن يرد أحدهما دون الآخر وان كان بعد القبض بالاجماع وعلى هذا لو اشترى زوجى ثور فوجد بأحدهما عيبا بعد القبض فان كان ألف أحدهما الآخر بحيث لا يعمل بدونه لا يملك رد المعيب وحده قال (ولو وجد ببعض الكيلى أو الوزنى عيبا رده كله أو أخذه) يعنى اذا كان من نوع واحد لان المكيل والموزون اذا كان من جنس واحد كشئ واحد حكما وتقديرا وان كان أشياء حقيقة لان المالية والتقوم فى المكيلات والموزونات باعتبار الاجتماع والانضمام اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها فاذا كانت المالية باعتبار الاجتماع صار الكل فى حق البيع كشئ واحد ولهذا يسمى باسم واحد وهو الكر ونحوه وكذا جعل رؤية بعضه كرؤية كله كالثوب الواحد فاذا كان كالشئ الواحد ليس له أن يأخذ البعض سواء كان قبل القبض أو بعده كالثوب الواحد اذا وجد ببعضه عيبا بخلاف العبدين على ما بينا ولا فرق بين ما اذا كان فى وعاء واحد أو وعاءين وقيل اذا كان فى وعاءين يكون بمنزلة عبدين حتى يرد الوعاء الذى وجد فيه العيب وحده قال (ولو استحق بعضه لم يخير فى رد ما بقى ولو ثوبا خير) يعنى لو استحق بعض المكيل أو الموزون لم يخير فى رد الباقى ولو استحق بعض الثوب خير فى رد ما بقى لان الشركة فى المكيل والموزون لا تعد عيبا لان التبعيض لا يضرهما والاستحقاق لا يمنع تمام الصفقة لان العقد حق العاقد وتمامه برضا العاقد لا برضا المالك بخلاف الثوب حيث يثبت له الخيار فيما اذا استحق بعضه لان التشقيص فيه عيب وقد كان وقت البيع فيرده وهذا اذا كان بعد القبض وأما اذا استحق بعض المكيل أو الموزون قبل القبض فله أن يرد ما بقى لتفريق الصفقة على المشترى قبل التمام قال (واللبس والركوب والمداواة رضا بالعيب) لانه دليل استبقائه وامساكه وكذا الاجارة والرهن والكتابة والعرض على البيع والسكنى بخلاف خيار الشرط فان اللبس ونحوه ليس دليل اختياره

(قوله ولان البائع يدعى بقاء بعض الثمن فى ذمته الخ) لا يظهر وجه هذا الدليل الثانى اذ لا يصح الا فيما اذا كان الاختلاف قبل قبض الثمن أما اذا كان بعده انعكس الامر اه (قوله وكذا لو اتفقا على مقدار المبيع واختلفا فى المقبوض) أى كان القول قول المشترى أيضا لما قلنا كما اذا اشترى عبدين أو جاريتين واتفقا على مقدار المبيع ولكن اختلفا فى المقبوض فقال المشترى قبضت أحدهما لا غير وقال البائع قبضتهما جميعا اه اتقانى (قوله فانه) أى لم يقل أحد ان الامام زفر رحمه الله يجيز رد أحدهما قبل القبض ويمنعه بعد القبض وانما اختلفت الرواية عنه ففى المبسوط أن زفر لا يجيز رد أحدهما لا قبل القبض ولا بعده وعليه مشى فى الهداية وهذا الشارح أيضا فى أول كلامه آنفا وفى مختلف الرواية أن زفر يجيز رد أحدهما قبل القبض وبعده وعليه مشى فى المنظومة ومجمع البحرين فحينئذ لا اشكال لاحتمال أن يكون عنه روايتان والله الموفق (قوله وان كان لا ينتفع بأحدهما دون الآخر كزوجى الخف الخ) تقول اشتريت زوجى حمام وأنت تعنى ذكرا وأنثى وعندى زوجا نعال وقال تعالى من كل زوجين اثنين اه صحاح (قوله اذ الحبة الواحدة ليست بمتقومة حتى لا يجوز بيعها) أدنى القيمة التى يشترط لجواز البيع فلس ولو كانت كسرة خبز لا يجوز اه قنية

الملك فيه فان الاختيار هناك شرع للاختبار واللبس والركوب مرة يحتاج اليه للاختبار فلو جعل اختيارا للاجازة لفات فائدة خيار الشرط وأما خيار العيب فلم يشرع للاختبار وانما شرع للرد ليصل الى رأس ماله عند العجز عن الوصول الى الجزء الفائت فاذا تصرف فيه تصرفا لا يحل بلا ملك جعل ممسكا لوجود دليل الامساك والرضا قال (لا الركوب للسقي أو للرد أو لشراء العلف) أى لا يكون الركوب ليسقيها الماء أو ليردها على البائع أو ليشتري لها العلف رضا بالعيب وهذا استحسان لانه محتاج اليه وقد لا تنقاد ولا تنساق فلا يكون دليل الرضا الا اذا ركبها في حاجة نفسه وقيل تأويله اذا لم يكن له بد من الركوب بان كان العلف في عدل واحد أو لا تنساق ولا تنقاد وقيل الركوب للرد لا يكون رضا كيفما كان لانه سبب الرد ولغيره يكون رضا الا عن ضرورة قال (ولو قطع المقبوض بسبب عند البائع رده واسترد الثمن) معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها فقطع عند المشتري له أن يرده ويأخذ الثمن وهذا عند أبي حنيفة وقالا ليس له أن يرده لحدوث العيب عنده وهو القطع غاية الامر أنه قطع بسبب كان عنده لكن القطع غير الوجوب فكان بمنزلة عيب حادث عند المشتري فتعذر الرد وتعين الرجوع بالنقصان كما لو اشترى جارية حبلى فماتت في يد المشتري بالولادة فانه يرجع بالنقصان فكذا هذا وهذا لان الموجود في يد البائع سبب القطع وأنه لا ينافي المالية فينعقد البيع فيه لكنه متعيب وقد حدث فيه عند المشتري عيب فيرجع بنقصانه وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق بان يقوم سارقا وغير سارق فيرجع بفضل ما بينهما من الثمن وعلى هذا الخلاف اذا قتل بسبب كان وجد في يد البائع من قتل نفس أو قطع طريق أو ردة لان وجوبه لا ينافي المالية ولهذا يقع البيع صحيحا ولو مات في يد المشتري يتقرر الثمن عليه ولو تصرف فيه نفذ تصرفه ولابي حنيفة رحمه الله ان سبب الوجوب وجد في يد البائع والوجوب يفضي الى الوجود فيكون الوجود مضافا الى السبب السابق فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية وجدت في يد الغاصب وروى ابن المنذر عن أبي حنيفة رحمه الله أنه لو اشترى جارية حبلى فولدت عند المشتري وماتت من الولادة يرجع بجميع الثمن ولم يحك فيه خلافا فقلنا ان نمنع ولئن سلم فالسبب الذي كان عند البائع يوجب انفصال الولد لا موت الام اذ الغالب في الولادة السلامة ولو مات بسبب القطع عند المشتري يرجع بنصف الثمن لان اليد من الآدمي نصفه فيجب عليه من بدله بحسابه لانها هي المستحقة بالسرقة والنفس غير مستحقة في يد البائع ألا ترى أنه يحسم ولا تقطع في البرد الشديد ولا في الحر الشديد توقيا عن الهلاك فقبض المشتري لا ينتقض في النصف وان سرى الى النفس بخلاف ما اذا قتل عبده بسبب يوجب القتل عند البائع لان النفس صارت مستحقة في يد البائع فينتقض بقبض المشتري ويرجع بالثمن ولو اختار المشتري أن يمسك العبد يرجع بنصف الثمن لان القطع بسبب كان عند البائع كالاستحقاق فلا يمنع الرجوع بالثمن عند اختيار الاخذ بخلاف العيب على ما بيناه ولو مات بعد القطع حتف أنفه يجب أن يرجع بنصف الثمن عنده لانه كالاستحقاق على ما بينا ولو سرق عند البائع ثم عند المشتري فقطع بهما يرجع بالنقصان عندهما على الوجه الذي بينا وعنده لا يرده بغير رضا البائع للعيب الحادث عنده ولكن يرجع بربع الثمن لان اليد قطعت بهما فيرجع بقدر ما فات بسبب ما كان في يد البائع وان رضي البائع بأخذه يرجع بثلاثة أرباع الثمن ويسقط الربع لانه فات بسبب كان في يد المشتري ولا يرجع به على أحد ولو تداولته الايدي فقطع عند الاخير أو قتل يرجع الباعة بعضهم على بعض عند أبي حنيفة وعندهما يرجع الاخير على بائعه بالنقصان ثم هو لا يرجع على بائعه وأصل الخلاف أن القطع أو القتل بسبب كان في يد البائع استحقاق عنده وفيه يرجع الباعة بعضهم على بعض حتى ينتهي الى الاول وعندهما عيب فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع وهو الاخير على بائعه ثم هو لا يرجع على بائعه لانه فوت الرد بالبيع قبل امتناع الرد برضاه وثمرة الخلاف تظهر في هذا وفيما اذا اشتراه وهو عالم بوجوب القتل أو القطع فانه لا يبطل

(قوله في المتن أو لشراء العلف) الالف واللام بدل عن المضاف اليه أي لشراء علفها أما الركوب لشراء علف غيرها الا يكون رضا اه (قوله في المتن واسترد الثمن) أي وان شاء أمسكه ورجع بنقصان الثمن كما سيأتي في الشرح وكان ذكره هنا أولى اه (قوله معناه لو اشترى عبدا قد سرق ولم يعلم بها) هذا يستقيم على قولهما لما أنه عندهما يجري مجرى العيب فاذا كان عالما لا يرجع على البائع بشيء وقد قيل انه في قول أبي حنيفة كذلك لان كونه مباح الدم أو كونه مستحق القطع عيب لا محالة لكنه أجري مجرى الاستحقاق ولا منافاة بين الاستحقاق والعيب والعلم بالعيب وقت الشراء أو وقت القبض يمنع الرجوع وقال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير والصحيح أن العلم والجهل سواء لانه من قبيل الاستحقاق والعلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع اه (قوله كما لو اشترى جارية حبلى) أي وقد دلس البائع الحمل اه غاية (قوله فيرجع بنقصانه) وهو ما بين قيمته سارقا الى غير سارق هكذا في أصل محمد ابن الحسن وصرح العتابي أنه يرجع بنقصان عيب السرقة لا بنقصان القطع وتعليله مبسوط في الغاية اه (قوله بأن يقوم سارقا) أي واجب القطع وغير واجبه فيرجع بما بينهما اه فرشتا ومصفى (قوله فصار كما اذا قتل المغصوب بعد الرد بجناية الخ) فان الغاصب يضمن قيمته كما لو قتل في يد الغاصب اه (قوله ولئن سلم الخ) انها وفاقية في الرجوع بالنقصان فقط اه

حقه

(قوله فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المالية به) قال فى الذخيرة لان بالاعتاق فات ملك المشترى فلا يتصور انتقاضه بالقتل والقطع اهـ

﴿ باب البيع الفاسد ﴾

لما فرغ عن بيان البيع الصحيح بنوعيه اللازم وغير اللازم شرع فى بيان البيع الفاسد لان الصحيح هو الاصل لكونه مشروعا ذاتا وصفة قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره جملة ما يفسد به البيع أن يكون المبيع مجهولا أو ثمنه أو يكون محرما أو ثمنه أو يكون فى المبيع حق لغير بائعه لا يجوز للبائع فسخه أو أن يشترط فيه شرطا فيه منفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد أو يكون المبيع مما تعذر تسليمه أو يكون فى المبيع غرر أو فى ثمنه فالبيع فاسد فى ذلك كله وكذلك بيع ما ليس عند الانسان أو بيع ما يقبضه البائع وكذلك أن يبيع دينا فى ذمة غير المشترى أو يشترى به من غير من هو فى ذمته وكذلك صفقتان فى صفقة (٤٣) وشرطين فى بيع وكذلك بيع الاوصاف والاتباع من الحيوان وما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر وان تبعض من غير الحيوان بغير ضرر جاز بيعه ولا يجوز أن يبيع بثمن ثم يشتريه بأقل مما باعه قبل أن يقبض الثمن الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله والمراد من الجهالة فى المبيع أو الثمن جهالة مفضية الى المنازعة المفضية الى التسليم والتسلم بخلاف ما اذا لم يمتنع التسليم حيث يصح العقد كجهالة كيل الصبرة وعدد الثياب المعينة وأما كون المبيع أو ثمنه محرما فهو كالبيع بالخمر أو الخنزير أو بيعهما وسيجئ بيان ذلك وأما كون المبيع حقا لغير البائع فكالمرهون والمستأجر وقد اختلفت الروايات فى ذلك قال فى موضع فاسد وقال فى موضع موقوف فمن أصحابنا من جعل فى المسألة روايتين ومنهم من قال بأن البيع موقوف وقوله فاسد معناه لا حكم له فكان فاسدا فى حق الحكم وهذا هو الصحيح كذا فى الايضاح تفسير اشتراط المنفعة لاحد من الناس لا يوجبها العقد كاشتراط المنفعة للبائع كما اذا قال على أن أهب لك وأقرض لك وكاشتراطها للمشترى نحو أن قال اشتريت على أن تقرضنى وكاشتراطها للمعقود عليه كما اذا قال على أن تعتقه أو تدبره وكاشتراطها لانسان آخر نحو أن قال أن تقرض فلانا والاصل فيه ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع وشرط أما اذا كان شرطا يقتضيه العقد لا يفسد به العقد كاشتراط حبس المبيع ومن جملة ما لا يقدر على تسليمه بيع الرهن على احدى الروايتين وبيع الطير الذى طار من يده وكذلك بيع الآبق وكذلك اذا تمكن الغرر فى المبيع أو الثمن كبيع السمك فى الماء فان كان أخذه فألقاه فى الماء فهو بيع الغرر للعجز عن التسليم وان كان لم يأخذه فهو بيع ما ليس بمملوك وكذا بيع ما ليس عند الانسان لقوله عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وكذا بيع ما لم يقبضه البائع لورود النهى عن ذلك وكذلك بيع الدين من غير من هو عليه لانه

حقه عنده لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع وعندهما يبطل حقه لان العلم بالعيب رضا به وفيما اذا أعتقه المشترى ثم قتل أو قطعت يده به فانه لا يرجع عنده بشئ لعدم فوات المالية به وعندهما يرجع بالنقصان على ما بيناه من قبل ولا يقال ينتقض قول أبى حنيفة بما اذا اشترى عبدا مريضا ومات عنده وبما اذا قطع عند البائع ثم باعه ومات عند المشترى به وبما اذا زنى عند البائع ثم باعه وجلد عند المشترى فمات به حيث لا يرجع فى هذه المواضع الا بالنقصان عنده مثل قولهما وان مات بسبب كان عند البائع لانا نقول المريض والمقطوع عند البائع مات بزيادة الآلام وترادفها عند المشترى وهى لم توجد عند البائع وزنا العبد يوجب الجلد والقتل غيره فلا يؤاخذ البائع بما لم يكن عنده بخلاف ما تقدم قال (ولو برئ من كل عيب صح وان لم يسم الكل ولا يرد بعيب) وقال الشافعى رحمه الله لا يصح الا أن يعد العيوب وفى جواز البيع بهذا الشرط له قولان وعدم صحة البراءة من كل عيب عنده بناء على أن الابراء من الحقوق المجهولة لا يصح عنده لان فى الابراء معنى التمليك حتى يرتد بالرد ولا يصح تعليقه بالشروط وتمليك المجهول لا يصح كبيعه ونحن نقول هذه الجهالة لا تفضى الى المنازعة فلا تمنع الصحة وكان ابن أبى ليلى يقول لا تصح البراءة من العيب مع التسمية ما لم يره المشترى وقد جرت بينه وبين أبى حنيفة فى مجلس أبى جعفر الدوانيقى مناظرة فقال له أبو حنيفة ألا ترى أنه لو باع جارية فى موضع المأتى منها عيب أو غلاما فى ذكره عيب أكان يجب على البائع أن يرى المشترى ذلك الموضع منها أو منه ولم يزل يعمل به هكذا حتى أفحمه وضحك الخليفة وقال محمد رحمه الله لا يدخل فيه العيب الحادث قبل القبض وهو قول زفر لان البراءة تتناول الثابت قلنا الغرض فيه الزام العقد باسقاط حقه عن صفة السلامة وذلك بالبراءة عن الموجود والحادث وهذا لانه لا حق له قبل البائع وقت البيع ليملكه أو ليبرئه بل هذا بيان لانعقاد العقد على وجه لا يوجب استحقاق السلامة والعقد قابل لذلك كما لو اشترى معيبا وهو يعلمه وهذا بناء على أنه لو باعه بشرط البراءة من كل عيب يحدث به بعد البيع قبل القبض لا يصح عند محمد رحمه الله لانه قبل وجود سببه كالابراء عن كل حق قبله فانه يدخل فيه الحق القائم لا غير وعند أبى يوسف يصح لان غرضهم ايجاد العقد على وجه لا يستحق فيه سلامة المبيع عن العيب فلو شرط البراءة من كل عيب به لم ينصرف الى الحادث فى قولهم جميعا لانه خص الموجود وقت العقد بالبراءة

﴿ باب البيع الفاسد ﴾

عاجز عن تسليم ما في ذمة الغير ويجوز بيعه ممن هو عليه وهو كبيع المغصوب يصح من الغاصب ولا يصح من غيره اذا كان الغاصب منكرا ولا بينة عليه لان البائع عاجز عن التسليم وكذلك الصفقتان في صفقة نحو ان قال أبيعك هذا على أن تبيعني هذا لانه نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن صفقتين في صفقة وعن بيعين في بيع وصورته أن يقول بعتك هذا بقفيز حنطة أو بقفيزين شعيرا وهذا بيعان في بيع واحد وكذلك نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شرطين في بيع كما اذا قال ان أعطيتني الثمن حالا فبكذا وان كان مؤجلا فبكذا وكذلك بيع الاوصاف من الحيوان كبيع الالية من الشاة الحية لانها حرام قبل الذبح وايجاب الذبح على البائع ضرر به وكذا بيع الاتباع كبيع نتاج الفرس واللبن في الضرع للنهي عن بيع الحبلة وحبل الحبلة وفي اللبن غرر فيحتمل انه انتفاخ وكذا بيع ما لا يتبعض من غير الحيوان الا بضرر كبيع ذراع من ثوب لان الضرر منفي شرعا وان لم يكن فيه ضرر جاز كبيع قفيز من صبرة وكبيع عشرة دراهم وشراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن فيه خلاف الشافعي وسيجيء بيانه ثم اعلم أن مصنف القدوري رحمه الله لقب الباب بالفاسد وان ابتدأ بالبيع الباطل بقوله كالبيع بالميتة والدم لان الفاسد أعم من الباطل لان كل باطل فاسد ولا ينعكس وهذا لان الباطل مضمحل الاصل والوصف جميعا والفاسد مضمحل الوصف دون الاصل كالجوهر اذا تغير واصفر يقال فسد واذا لم يبق صالحا الشيء يقال بطل قاله الاتقاني رحمه الله قال الكمال رحمه الله ثم وجه تقديم الصحيح على الفاسد أنه الموصل الى تمام المقصود فان المقصود سلامة الدين التي شرعت لها العقود ولينـدفع التغالب والوصول الى الحاجة الدنيوية وكل منهما بالصحة وأما الفاسد فعقد مخالف للدين ثم ان أفاد الملك وهو مقصود في الجملة لكن لا يفيد تمامه (٤٤) اذ لم ينقطع به حق البائع من المبيع ولا المشتري من الثمن اذ لكل منهما الفسخ

البيع على أربعة أقسام صحيح وهو المشروع بأصله ووصفه ويفيد الحكم بنفسه اذا خلا عن الموانع وباطل وهو غير مشروع أصلا وفاسد وهو مشروع بأصله دون وصفه وهو يفيد الحكم اذا اتصل به القبض وموقوف وهو يفيد الحكم على سبيل التوقف وامتنع تمامه لاجل غيره وهو بيع ملك الغير قال رحمه الله (لم يجز بيع الميتة والدم والخنزير والخمر والحر وأم الولد والمدبر والمكاتب) لعدم ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال وبيع هذه الاشياء باطل لما ذكرنا قال (فلو هلك عند المشتري لم يضمن) لان العقد في الباطل غير معتبر فبقي القبض باذن المالك وقيل يضمن لانه لا يكون أدنى حالا من المقبوض على سوم الشراء وقيل الاول قول أبي حنيفة والثاني قولهما والاصل فيه أن بيع ما ليس بمال عند أحد كالحر والدم والميتة التي ماتت حتف أنفها والمدبر وأم الولد والمكاتب باطل وان كان مالا عند البعض كالخمر والخنزير والميتة التي لم تمت حتف أنفها مثل الموقوذة فان هذه الاشياء مال عند أهل الذمة فان بيعت بدين في الذمة فهو باطل وان بيعت بعين فهو فاسد في حق ما يقابلها حتى يملك ويضمن بالقبض باطل في حق نفسها حتى لا تضمن ولا تملك بالقبض لانها غير متقومة لما أن الشرع أمر باهانتها وفي تملكها بالعقد مقصودا اعزاز لها فكان باطلا وذلك بأن يشتريها بدين في الذمة لان الثمن من الدراهم والدنانير غير

بل يجب عليه ثم لفظ الفاسد في قوله باب البيع الفاسد وفي قوله اذا كان العوضان أو كلاهما محرما فالبيع فاسد مستعمل في الاعم من الفاسد والباطل فالشارحون على أن ذلك الفاسد أعم من الباطل لان الفاسد غير المشروع بوصفه بل بأصله والباطل غير المشروع بواحد منهما ولا شك أنه يصدق على غير المشروع بواحد منهما انه غير مشروع بوصفه وهذا يقتضي انه يقال حقيقة على الباطل لكن الذي يقتضيه كلام الفقه والاصول مقصودة

أنه يباينه فانهم قالوا ان حكم الفاسد افادة الملك بطريقه والباطل لا يفيد أصلا فقابلوه به وأعطوه حكما يباين حكمه وهو دليل تباينهما بتباينهما وأيضا فانه مأخوذ في مفهومه أولازم انه مشروع بأصله لا وصفه وفي الباطل غير مشروع بأصله فبينهما تباين فان المشروع بأصله وغير المشروع متباينان فكيف يتصادقان اللهم الا أن يكون لفظ الفاسد مشتركا بين الاعم والاخص المشروع بأصله لا بوصفه في العرف لكن نجعله مجازا عرفيا في الاعم لانه خير من الاشتراك وهو حقيقة فيه باعتبار المعنى اللغوي ولهذا وجه بعضهم الاعمية بأنه يقال للحم اذا صار بحيث لا ينتفع به للدود والسوس بطل اللحم واذا أنتن وهو بحيث ينتفع به فسد اللحم فاعتبر معنى اللغة ولذا أدخله بعضهم أيضا في البيع الفاسد لشموله المكروه ولانه فائت وصف الكمال بسبب وصف مجاوره اه (قوله في المتن لم يجز بيع الميتة الخ) قال الاتقاني فأما البيع بالميتة والدم باطل وكذلك بيع الحر وذلك لانعدام حقيقة البيع لانها مبادلة المال بالمال على التراضي وهذه الاشياء ليست بمال عند أحد ممن له دين سماوي فيبطل البيع ولا يفيد الملك بخلاف البيع بالخمر والخنزير فانه فاسد لا باطل ويفيد الملك اذا اتصل به القبض باذن البائع صريحا أو دلالة بأن يقبضه المشتري عقيب البيع ولا ينهاه البائع وهذا لان الخمر والخنزير مال متقوم عند أهل الذمة ولكن الشرع أسقط التقوم بدليل حل الاتلاف بلا ضمان فمن حيث انه مال صلح ثمنا ومن حيث انه ليس بمتقوم لم يصلح ثمنا فكان مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه وهو الفاسد لم يكتب المحشي (قوله حتى يملك) أي فلو كان المشتري بها عبدا فعتقه المشتري نفذ عتقه

مقصودة وانما هي وسائل والمقصود تحصيلها فكان باطلا اهانة لها وان لم تكن مقصودة بان كانت دينا في الذمة كان فاسدا لان المقصود تحصيل ما يقابلها وفيه اعزازله لا لها لان الثمن تبع لما ذكرنا والاصل هو المبيع وكذا اذا كانت معينة و بيعت بعين مقايضة صار فاسدا في حق ما يقابلها باطلا في حقها وجلد الميتة كالخمر فيما ذكره صاحب المحيط لانه مرغوب فيه بين الناس فصار مالا من وجه كالخمر ونحوها وجعله البزدوى كالميتة لانه جزء منها وجعل صاحب الهداية وغيره بيع أم الولد والمدبر والمكاتب من الباطل لان استحقاق العتق قد ثبت لام الولد بقوله عليه السلام أعتقها ولدها وسبب الحرية انعقد في حق المدبر المطلق في الحال لبطلان أهلية المولى بعد موته والمكاتب استحق يدا على نفسه وخرج من يد المولى ولو ثبت فيه الملك لبطل ذلك كله ولو بيع المكاتب برضاه صح في الاظهر وتنفسخ الكتابة اقتضاء لانها تقبله بخلاف المدبر وأم الولد وقال في الايضاح اذا كان أحد البدلين مدبرا أو مكاتبا أو أم ولد ملك بالقبض لان الملك قائم بالمحل وانما لا يصح البيع لحقه في نفسه فاعتبر ذكره في حق ما يقابله فانعقد العقد وهذا هو الصواب لانهم يدخلون في العقد حتى لا يبطل البيع فيما ضم الى واحد منهم و بيع معه ولو كان كالحر لبطل و يؤول ما ذكره صاحب الهداية على أنه باطل في حق نفسه لا في حق ما يقابله ولو مات المدبر أو أم الولد في يد المشترى فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالا عليه قيمتهما لانهما مقبوضان بجهة البيع وهما مال حقيقة ولهذا علك ما ضم اليهما في البيع فيضمنان بهضرورة كسائر الاموال بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه فلا يتحقق فيه القبض وهذا الضمان يجب به وله أن شبهة البيع انما تلحق بحقيقته في محل يقبل الحقيقة وهما لا يقبلان حقيقة البيع فصارا كالمكاتب وليس دخولهما في البيع في حق أنفسهما بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشترى لا يدخل فيه وحده و يدخل في حق ما ضم اليه وقيل لا يدخل و يفسد البيع و به كان يفتي ظهير الدين والاول أصح لان دخوله فيه في حق ما ضم اليه حتى ينقسم الثمن عليهما لا غير وروى المعلى عن أبي حنيفة أنه يضمن قيمة المدبر دون أم الولد كما في الغصب والفرق له على الظاهر أن جهة البيع هي المعتبرة هنا فاذا بطلت لعدم محله بقي القبض باذن مالكه فلا يجب الضمان بخلاف الغصب قال (والسمك قبل الصيد) أى لا يجوز بيع السمك قبل الاصطياد لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع الغرر رواه أحمد ومسلم وأبو داود وغيرهم وعن ابن مسعود أنه عليه السلام قال لا تشتروا السمك في الماء فانه غرر رواه أحمد ولانه باع ما لم يملك فلا يجوز ثم هو على وجهين فاما أن يبيعه قبل أن يأخذه أو بعده فان باعه قبل الاخذ لا يجوز لما بينا وان أخذه ثم ألقاه في الحظيرة فان كانت الحظيرة كبيرة بحيث لا يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فلو سلمه بعد ذلك ينبغي أن يكون على الروايتين اللتين في بيع الآبق بناء على أنه باطل أو فاسد وان كانت صغيرة بحيث يمكن أخذه بغير حيلة جاز لانه باع ملكه وهو مقدور التسليم و يثبت للمشترى خيار الرؤية عند التسليم له ولا يعتد برؤيته وهو في الماء لان السمك يتفاوت في الماء وخارجه وكذا لو دخل السمك الحظيرة باحتياله بأن سد عليه فوهة النهر أو سد موضع الدخول حتى لا يمكنه الخروج على هذا التفصيل لانه لما احتبس فيه باحتياله صار آخذا له وملكه بمنزلة ما لو ألقاه فيه وقيل لا يجوز لان هذا القدر ليس باحرازله فصار كطير دخل البيت فأغلق عليه الباب وهذا الخلاف فيما اذا لم يهيئ الحظيرة للاصطياد فان هيأها له ملكه بالاجماع فيكون على ما ذكرنا من التفصيل فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه من غير صنعه ولم يسد عليه المدخل لا يجوز بيعه سواء أمكنه الاخذ بغير حيلة أو لا لانه لم يملكه قال (والطير في الهواء) لانه غير مملوك له قبل الاخذ و بعده غير مقدور التسليم وهذا اذا كان يطير ولا يرجع وان كان له وكر عنده يطير منه في الهواء ثم يعود اليه جاز بيعه لانه يمكن أخذه من غير حيلة وعلى هذا لو باع صيدا قبل أخذه لا يجوز

(قوله بأن كانت دينا في الذمة) أى الخمر اذ لا يصح الا فيها لان غيرها لا يثبت في الذمة اه (قوله وسبب الحرية انعقد الخ) كأنه جواب على ما يرد على أصلنا من أن التعليقات ليست بأسباب في الحال فقال لما كان ما بعد الموت زمان بطلان الاهلية انعقد التدبير سببا في الحال اه (قوله وخرج من يد المولى) أى وجواز البيع يقف على اليد بدليل الآبق والمغصوب اه (قوله صح في الاظهر) احترازا عن رواية النوادر اه ق (قوله لانهم يدخلون في العقد) أى بخلاف الحر فانه لا يدخل أصلا فيبطل البيع فيه وفيما ضم اليه اه (قوله على أنه باطل في حق نفسه) أى حتى لا يفيد الملك بعد القبض كما تفيد سائر البياعات الفاسدة الملك بعد القبض اه اتقاني (قوله وقالا عليه قيمتهما) وهو رواية عنه اه هداية (قوله بل ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما) يعني لو اشترى انسان مال نفسه لا يجوز ولو ضمه مع عبد البائع صفقة واحدة فان عبده يدخل في شرائه ليثبت الملك في حق عبد البائع وهذا معنى قوله ليثبت حكم البيع فيما ضم اليهما كمال المشترى اه (قوله ليس باحرازله) سيأتي في المقالة الآتية ما يخالفه نقلا عن النهاية اه (قوله فان اجتمع السمك في الحظيرة بنفسه الخ) قال الاتقاني أما اذا اجتمعت بنفسها من غير احتيال لاخذها فالبيع باطل لعدم الملك وان لم يستطعن الخروج كما اذا أفرخ الصيد في أرضه من غير أن يتخذ له مكانا فاذا اتخذ له مكانا كان ملكا لصاحب الارض اه

وبعده يجوز ان كان فى يده أو محبوسا فى مكان يمكنه أخذه من غير حيلة وان لم يمكن أخذه الا بحيلة لا يجوز لعدم القدرة على التسليم ولو أخذه وسلمه ينبغى أن يكون فيه روايتان على نحو ما ذكر فى الآبق ولو اجتمع فى أرضه الصيد فباعه من غير أخذه لا يجوز لانه لم يملكه ولهذا لو باض فيها بيضا أو تكسر الصيد أو تكسر يكون لمن أخذه لعدم ملكه اياه بخلاف ما اذا عسل فيه النحل حيث يملكه لان العسل قائم بارضه على وجه القرار كالاشجار ولهذا وجب فى العسل العشر اذا كان فى أرض العشر كالثمار وهذا اذا لم يهيئ أرضه لذلك فان هيأها له بأن حفر فيها بئرا للاصطياد أو نصب شبكة فدخل فيه صيد أو تعقل به ملكه لان التهيئة أحد أسباب الملك ألا ترى أنه لو حط طستا ليقع فيه المطر فوقع فيه ملكه بالوقوع فيه وكذا لو بسط ذيله عند النثار ليقع فيه الشئ المنثور ملكه بالوقوع فيه وفى النهاية لو دخل الصيد داره فأغلق عليه الباب كان الصيد له ولم يحك فيه خلافا وعلى قياس ما ذكره فى الكافى فى الطير لا يكون له وقد ذكرناه من قبل ويجوز أن يكون فى المسئلة روايتان والا فلا فرق بينهما قال (والحمل والنتاج) فالحمل ما كان فى البطن والنتاج ما يحمله هذا الحمل لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع حبل الحبلة رواه مسلم وأحمد وأبو داود وحبل الحبلة أن تنتج الناقة ما فى بطنها ثم تحبل التى نتجت رواه أبو داود ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن شراء ما فى بطون الانعام حتى تضع وعن بيع ما فى ضروعها الا بكيل وعن شراء العبد وهو آبق وعن شراء المغانم حتى تقسم وعن شراء الصدقات حتى تقبض وعن ضربة القانص رواه أحمد وابن ماجه والترمذى ولان فيه غررا وقد نهى عليه السلام عن بيع الغرر على ما بينا والغرر ما يكون مجهول العاقبة لا يدرى أيكون أم لا والحبلة هو الحبل وهو مصدر سمى به الجنين كما سمى بالحمل وهو مصدر وانما دخلت عليه التاء للاشعار بالانوثة فيه لان معناه أن يبيع ما سيحمله الجنين ان كان أنثى وكانوا فى الجاهلية يتبايعون ذلك فنهاهم عنه عليه السلام قال (واللبن فى الضرع) لما روينا ولما روى أنه عليه السلام نهى أن يباع ثمر حتى يطعم وصوف على ظهر ولبن فى ضرع وسمن فى لبن رواه الدارقطنى ولانه يدر ساعة فساعة فيختلط المبيع بغير المبيع ولانهم يختلفون فى كيفية الحلب فيؤدى الى النزاع ولانه يحتمل أن يكون انتفاخا من الريح وليس فيه لبن قال (واللؤلؤ فى الصدف) لان فيه غررا وقد نهى عنه عليه السلام ألا ترى أنه مجهول لا يعلم وجوده فيه ولا قدره ولانه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو كسر الصدف وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعه لان الصدف لا ينتفع به الا بالكسر فلا يعد ضررا قلنا هو مجهول بخلاف ما اذا باع تراب الذهب والحبوب فى غلافها حيث يجوز لكونها معلومة ويمكن تجربتها بالبعض أيضا قال (والصوف على ظهر الغنم لما روينا) ولانه قبل الجز ليس بمال متقوم فى نفسه لانه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أطرافه ولانه يزيد من أسفل فيختلط المبيع بغيره كما قلنا فى اللبن بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها ويعرف ذلك بالخضاب وبخلاف القصيل لانه يقلع والصوف يقطع فيتنازعان فى موضعه وعن أبى يوسف أنه يجوز بيعه لانه مال متقوم منتفع به مقدور التسليم كسائر الاموال بخلاف أطراف الحيوان لانه لا يمكن الانتفاع بها الا بعد الذبح فصار مالية اللحم فيها متعلقا بفعل شرعى ولم يوجد قبله وكونه مقطوعا لا تأثير له كما فى الكراث وقوائم الخلاف والحجة عليه ما روينا وما بينا من المعنى والتعليل بمقابلة النص مردود وانما أجيز فى الكراث وقوائم الخلاف للتعامل اذ لا نص فيه فلا يلحق به المنصوص عليه قال (والجذع فى السقف وذراع من ثوب) لانه

(قوله فى المتن والحمل والنتاج) قال الاتقانى رحمه الله عند قوله فى الهداية ولا بيع الحمل والنتاج وانما بطل هذا النوع من البيع لمعنى الغرر لانه لا يدرى هل تنتج تلك الناقة أم لا تنتج ان بقيت فربما هلكت قبل أن تنتج وتلد اه (قوله فيختلط المبيع بغير المبيع) أى بحيث لا يمتاز عنه فلا يجوز وكذا اذا باع دقيقا فى هذه الحنطة أو زيتا فى هذا الزيتون أو دهنا فى السمسم أو عصيرا فى العنب أو سمنا فى اللبن ونحو ذلك اه اتقانى (قوله فيؤدى الى النزاع) أى فلا يجوز البيع لادائه الى قلب الموضوع لان وضع الاسباب لقطع المنازعات فاذا أفضى البيع الى ذلك لزم ما قلنا اه اتقانى (قوله فى المتن واللؤلؤ فى الصدف) أى ولو اشترى لؤلؤة فى صدف قال أبو يوسف يجوز البيع وله الخيار اذا رأى وقال محمد لا يجوز وعليه الفتوى اه قاضيخان فى فتاواه فى البيع الفاسد (قوله لانه بمنزلة وصف الحيوان) أى لانه تبع للحيوان فلما كان تبعا لم يجز جعله مقصودا بارادة العقد عليه اه اتقانى (قوله بخلاف القوائم لانها تزيد من أعلاها) أى وكل ما يزداد منها يزداد على ملك المشترى فلا يختلط المبيع بغيره اه اتقانى (قوله وانما أجيز فى الكراث) أى وان كان ينمو من أسفله اه اتقانى (قوله فى المتن والجذع فى السقف) قال فى الهداية ولو لم يكن متعينا لا يجوز لما ذكرنا والجهالة أيضا قال الاتقانى يعنى هذا الذى ذكرنا من عدم جواز بيع جذع من سقف فيما اذا كان الجذع متعينا أما اذا لم يكن الجذع متعينا فلا يجوز البيع لمعنيين أحدهما ما ذكرنا فى الجذع المتعين وهو أنه لا يمكن تسليمه الا بضرر وهو المراد بقوله لما ذكرنا والمعنى الثانى الجهالة لانه غير متعين اه

لايمكنه

لا يمكنه التسليم الا بضرر يلزمه سواء ذكر موضع القطع أولم يذكر ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر لان الالتزام بدون العقد غير لازم والعقد لم يوجب الضرر فيمكنه الرجوع فيتحقق النزاع بخلاف ما اذا باع بعضا معلوما من نقرة فضة حيث يجوز لان التبعيض لا يضره ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا ان كان قبل فسخ المشترى البيع لزوال المانع من الفساد بخلاف ما اذا باع جلد الحيوان وذبحه وسلمه حيث لا يعود صحيحا لان الفساد فيه لعدم المالية لما بيناه فى أطراف الحيوان ونظيره ما لو باع خمرا ثم تخللت و بخلاف ما اذا باع بزرا فى بطيخ ونحوه حيث لا يجوز وان شقه وسلمه لان فساده لاحتمال العدم فلا يعود صحيحا بخلاف الحبوب فى أغلافها حيث يجوز بيعها وان كانت مستورة لان وجودها معلوم ولهذا اسمى به فيقال هذا باقلى وهذه حنطة ولا يقال للبطيخ هذا بزر وهو الفارق وهذا فى ثوب يضره القطع كالمهيا للبس وان كان لا يضره القطع جاز بيع ذراع منه كالقفيز من الصبرة قال (وضربة القانص) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة أو بغوص الصائد فى الماء لما روينا فيه مفصلا ومجملا وهو النهى عن الغرر ولانه مجهول القدر والصفة فلا يجوز قال (والمزابنة) وهو بيع الثمر على رأس النخل بتمر مجدود مثل كيله خرصا لحديث أنس أنه عليه السلام نهى عن المحاقلة والمخاضرة والمنابذة والملامسة والمزابنة رواه البخارى والمزابنة ما ذكرناه والمحاقلة بيع الحنطة فى سنبلها بحنطة مثل كيلها خرصا والمخاضرة بيع الثمار قبل أن تنتهى ولانه باع مكيلا بمكيل من جنسه فلا يجوز بطريق الخرص كما لو كانا موضوعين على الارض وكذا بيع العنب بالعنب خرصا لا يجوز وقال الشافعى رحمه الله يجوز فيما دون خمسة أوسق لما روى أنه عليه السلام نهى عن بيع المزابنة بيع الثمر بالتمر الا أصحاب العرايا فانه قد أذن لهم رواه البخارى والترمذى وزاد فيه وعن بيع العنب بالزبيب وعن كل ثمر بخرصه ولنا ما روينا وقوله عليه السلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطى فيه سواء رواه البخارى وأحمد وأمثاله من النصوص

(قوله ولا يقال هو بنفسه التزم الضرر) قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير ولا يلزم انه رضى لان ذلك لا يلزم فله أن يرجع عن ذلك فيبطل البيع الا أن يقطعه اتفاقا فيسلمه قبل نقض البيع فينقلب البيع صحيحا قال فى شرح الطحاوى ولو باع جذعا من سقف أو آجرا من حائط أو ذراعا من كرباس أو من ديباج فلا يجوز بيعه لاجل المضرة اهـ اتقانى (قوله ولو قلع البائع الجذع أو قطع الثوب وسلمه عاد صحيحا) أى ويجبر المشترى على الاخذ اهـ اتقانى (قوله و بخلاف ما اذا باع بذرا فى بطيخ ونحوه) قال فى الفتاوى الولوالجية رجل باع النواة فى التمر فالبيع فاسد لانه لا يمكن نزعها الا بضرر وأما اذا باع حب هذا القطن فالبيع جائز هكذا اختار الفقيه أبو الليث لانه لا ضرر فى نزعه اهـ اتقانى (قوله وان شقه الخ) قال الاتقانى بخلاف ما اذا شق التمر والبطيخ وأخرج النوى والبزر وسلم لا يعود صحيحا لاحتمال فى وجودهما زمان البيع وليس الجذع كذلك لانه موجود محسوس ولا احتمال فيه والبزر بفتح الباء والكسر فيه لغة بذر البقل وغيره اهـ (قوله فى ثوب يضره القطع كالمهيا للبس) قال الاتقانى كالسراويل والقميص والعمامة أما اذا كان كرباسا لا تتفاوت جوانبه قالوا يجوز بيع ذلك كذا قال الامام العتابى اهـ (قوله فى المتن وضربة القانص) بالقاف والنون (٤٧) وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة وهو من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد وروى فى تهذيب الازهرى عن ضربة الغائص بالغين المعجمة والياء آخر الحروف بعد الالف وهو غوص الصائد فى الماء أو غوص الرجل فى البحر لاجل اللؤلؤ اهـ عينى وكتب على قوله وضربة القانص ما نصه قال الكمال وهو بيع باطل لعدم ملك البائع المبيع قبل القبض فكان غررا ولجهالة ما يخرج اهـ (قوله وهو ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة) أى وهو على هذا من القنص يقال قنص يقنص قنصا اذا صاد اهـ ق (قوله ومجملا وهو النهى عن الغرر) أى لانه يحتمل أن يحصل شئ من الضربة ويحتمل أن لا يحصل ولانه بيع ما ليس علكه الانسان لانه ما كان مالكا وقت العقد لما يحصل من الضربة وقد قال عليه الصلاة والسلام لا تبع ما ليس عندك وهذا الوجه مما سمح به خاطر الاتقانى كذا قال رحمه الله (قوله ولانه مجهول القدر) أى وجهالة المبيع تفسد البيع اهـ اتقانى وكتب على قوله مجهول القدر أى لانه لا يدرى ما الذى يحصل من الضربة اهـ ق (قوله فى المتن والمزابنة) قال فى الفائق المزابنة بيع الثمر فى رؤس النخل بالتمر لانها تؤدى الى النزاع والمدافعة من الزبن وهو الدفع اهـ (قوله وهو بيع الثمر على رأس النخل الخ) قال الاتقانى والاول بالثاء المنقوطة بالثلاث والثانى باثنتين كذا وقع سماعنا مرارا بفرغانة وبخارى وذلك لان ما على النخل قد يكون رطبا وقد يكون تمرا اذا جف فقلنا بالثلاث حتى يعمهما جميعا والغالب من حال المجذوذ أن يكون تمرا فقلنا بالاثنين ولو رويا بالثلاث فيهما جميعا أو بالاثنتين فيهما جميعا فالحكم كذلك لان بيع المزابنة لا يجوز كيفما كان لشبهة الربا سواء كان الرطب بالرطب أو التمر بالتمر أو أحدهما بالآخر اهـ (قوله خرصا) ضبطه الشارح بالقلم بكسر الخاء وقال فى المصباح خرصت النخل خرصا من باب قتل حذرت ثمره والاسم الخرص بالكسر اهـ (قوله وقال الشافعى يجوز) أى وهو مذهب أحمد واسحق اهـ اتقانى (قوله الا أصحاب العرايا) وهو أن يباع بخرصها تمرا فيما دون خمسة أوسق اهـ هداية

لا تحصى كلها مشهورة وتلقتها الامة بالقبول فلا يجوز تركها وهذا لان المساواة واجبة بالنص والتفاضل محرم به وكذا التفرق قبل قبض البدلين فلا يجوز أن يباع جزافا ولا اذا كان أحدهما متأخرا كما لو كان أكثر من خمسة أوسق وهذا لان احتمال التفاضل ثابت فصار كما لو تفاضلا بيقين أو كانا موضوعين فى الارض ومعنى العرايا فيما رواه العطايا وتفسيره أن يهب الرجل ثمر نخلة من بستانه ثم يشق على المعرى دخول المعرى له فى بستانه كل ساعة ولا يرضى أن يخلف الوعد فيرجع فيه فيعطيه قدره تمرا مجذوذا بالخرص بدله وهو جائز عندنا لان الموهوب له لم يملك الثمرة لعدم القبض فصار بائعا ملكه بملكه وهو جائز لا بطريق المعاوضة وانما هو هبة مبتدأة وسمى ذلك بيعا مجازا لانه فى الصورة عوض عما أعطاه أولا فكانه اتفق فى الواقعة خمسة أوسق أو دونه فظن الراوى أن الرخصة مقتصرة عليه فنقل كما وقع عنده وسكت عن السبب كذا فسره أهل الفقه والحديث فكان الحمل عليه أولى كيلا يكون مخالفا للمشاهير ويحتمل أن الراوى ظن أنه بيع قال (والملامسة والقاء الحجر) وهذه من البيوع التى كانت فى الجاهلية وهو أن يتساوم الرجلان فاذا لمسها المشترى أو نبذها اليه البائع أو وضع المشترى عليها حصاة لزم البيع فالاول بيع الملامسة والثانى بيع المنابذة والثالث القاء الحجر وقد نهى عليه السلام عنها عما رويناه وعن أبى سعيد أنه عليه السلام نهى عن الملامسة والمنابذة فى البيع والملامسة لمس الرجل ثوب الآخر بيده بالليل أو بالنهار ولا يقلبه والمنابذة أن ينبذ الرجل بثوبه وينبذ الآخر بثوبه ويكون ذلك بيعهما من غير نظر ولا تراض رواه البخارى ومسلم وأحمد ولان فيه تعليق التمليك بالخطر فيكون قمارا فصار فى المعنى كأنه قال للمشترى أى ثوب ألقيت عليه الحجر فقد بعتكه وفى المغرب بيع الملامسة والملماس أن يقول لصاحبه اذا لمست ثوبك أو لمست ثوبى فقد وجب البيع وفى المنتقى عن أبى حنيفة هى أن يقول بعتك هذا المتاع بكذا فاذا لمستك فقد وجب البيع أو يقول المشترى كذلك والمنابذة أن يقول اذا نبذته اليك أو يقول المشترى اذا نبذته الى فقد وجب البيع والقاء الحجر أن يقول المشترى أو البائع اذا ألقيت الحجر وجب البيع وفى سنن أبى داود والملامسة أن يمسه بيده ولا ينشره ولا يقلبه قال (وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع هذا اذا لم يشترط فيه خيار التعيين وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز وقد بينا أنه يجوز الى ثلاثة وحكمه اذا قبضهما قال (والمراعى واجارتها) أى لا يجوز بيع المراعى ولا اجارتها والمراد به الكلأ دون رقبة الارض لان بيع الارض واجارتها جائز اذا كان مالكا لها وانما لا يجوز بيع الكلأ واجارته لانه ليس بمملوك له اذ لا يملكه بنباته فى أرضه ما لم يحرزه لقوله عليه السلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار رواه أحمد وأبو داود ورواه ابن ماجه من حديث ابن عباس وزاد فيه وثمنه حرام وهو محمول على ما اذا لم يحرزه وقال عليه السلام لا يمنع الماء والنار والكلأ رواه ابن ماجه ومعناه أن لهم الانتفاع بشرب الماء وسقى الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والانهار المملوكة وله أن يمنع الناس من الدخول فى أرضه واذا طلب أحد الماء يلزمه أحد أمرين اما أن يخليه يدخل فيأخذ الماء بنفسه أو يخرج له هو فصار نظير ما لو وقع ثوب انسان فى دار غيره بهبوب الريح فيه وكذا لهم الاحتشاش من الاراضى المملوكة فان منعهم من الدخول فى أرضه فهو على ما ذكرنا فى الماء من الحكم فاذا كان مباحا فلا يجوز بيعه ولا اجارته وان كان فى أرضه لعدم الملك فيه ولانها استهلاك العين والاجارة لا تجوز فى استهلاك العين المملوكة فغير المملوكة أولى وأجيزت فى الظئر والصبغ لكونها آلة للعمل بيعا وضمنا وكم من شئ يجوز ضمنا وان لم يجز قصدا والحيلة فيه أن يستأجر الارض لايقاف الدواب فيها أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الاجرة فيحصل به غرضهما هذا اذا نبت الحشيش بنفسه وان أنبته صاحب الارض بان سقاها أو حدق حولها أو هيأها للانبات ملكه وجاز

الشارح مقتصرة اه (قوله فى المتن وثوب من ثوبين) لجهالة المبيع أى وجهالة المبيع مانعة من صحة العقد اذا كانت تفضى الى المنازعة وهذه تفضى اليها لان البائع لا يدرى ما يسلم والمشترى لا يدرى ما يتسلم فتقع المنازعة بخلاف جهالة القيمة وجهالة الصبرة المبيعة فانها لا تمنع من التسليم والتسلم ولو قال بعت أحد الثوبين على أن يأخذ المشترى أيهما شاء بعشرة فقبل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعى رحمهما الله وقد مضى بيان المسئلة مستوفى فى أواخر خيار الشرط اه اتقانى (قوله وان اشترط فيه بان اشترى أحدهما على أن يأخذ أيهما شاء جاز) أى لانه اذا شرط الخيار ارتفعت الجهالة فى الثانى بفعل أحد المتعاقدين فصار كبيع قفيز من صبرة واذا لم يشرط الخيار بقيت الجهالة وكثرت ألا ترى أنه ليس للمشترى اختيار أحد الثوبين الا وللبائع أن يعين الآخر فاذا شرط الخيار تعين المبيع بفعل أحدهما فقلت الجهالة فلم تؤثر اه أقطع (قوله وانما لا يجوز بيع الكلأ واجارته) أى لانه مباح يشترك فيه جميع الناس فلا يثبت الملك لاحد قبل الاحراز اه اتقانى (قوله لا تجوز فى استهلاك العين المملوكة) أى بيعه بان استأجر بقرة للشرب لبنها اه هداية

بيعه وقيل لايملكه حتى لايجوز بيعه قبل الاحراز لان الشركة ثابتة بالنص فلا تنقطع بدون الحيازة ذكره في النهاية ويدخل في الكلا جميع أنواع ماترعاه المواشي رطبا كان أو يابسا بخلاف الاشجار لان الكلا اسم لما لا ساق له والاشجار لها ساق فلا تدخل فيه حتى جاز بيعها اذا نبتت في أرضه لانه يملكها بالنبات فيها والكماة كالكلا ولذا لهم أن ينتفعوا بضوء النار والاصطلاء بها والاستقاء من لهيبها بدون رضا صاحبها وليس لهم أن يأخذوا من الجمر شيأ الا برضا صاحبه قال (والنحل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا لانه حيوان منتفع به وان كان لايؤكل كالحمار ولهما أنه من الهوام فلا يصح بيعه كالزنبور وهوام الارض والانتفاع بما يخرج منه لابعينه فلا يكون منتفعا به والشئ انما يصير مالا لكونه منتفعا به حتى لو باعه مع الكوارة صح تبعا لها ذكره القدوري في شرحه وذكر الكرخي أنه لايجوز بيعه مع العسل وقال الشئ انما يدخل في العقد تبعا لغيره اذا كان من حقوقه كالشرب والطريق قال (ويباع دود القز وبيضه) أي يجوز بيعهما وهذا عند محمد وعند أبي حنيفة لايجوز بيعهما وأبو يوسف معه في الدود ومع محمد في بيضه وقيل فيه أيضا معه لابي حنيفة أن الدود من الهوام وبيضه لاينتفع به فاشبه الخنافس والوزغات وبيضها ولمحمد أن الدود ينتفع به وكذا بيضه في المآل فصار كالجحش والمهر ولان الناس قد تعاملوه فمست الضرورة اليه فصار كالاستصناع والفتوى على قول محمد لما ذكرنا قال (والآبق) أي لايجوز بيعه وهو معطوف على ماقبل دود القز لما روينا ولانه لايقدر على تسليمه وهو شرط لجوازه بخلاف العبد المرسل في حاجة لثبوت القدرة على التسليم وقت العقد حكما لان الظاهر من حاله عوده الى مولاه ولا كذلك الآبق ولو باعه ممن زعم أنه عنده جاز لان النهي ورد في الآبق المطلق وهو أن يكون آبقا عند المتعاقدين وهذا ليس بآبق في حق المشتري اذ هو في يده فلا يتناوله النص المطلق اذ هو ليس بعاجز عن تسليمه وهو المانع ثم لايصير قابضا بمجرد العقد اذا كان في يده ان كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده على صاحبه لانه أمانة عنده وقبض الامانة لاينوب عن قبض المبيع لان قبضه مضمون على المشتري ألا ترى أن المقبوض على سوم الشراء مضمون بالقيمة ولكن وجوب الثمن في البيع

قوله وقيل لايملكه) قائله القدوري اه (قوله فلا تنقطع بدون الحيازة) أي وسوق الماء الى أرضه ليس بحيازة والاكثر على الاول الا أن لي هذا القائل أن يقول ينبغي أن حافر البئر يملك ماءها ويكون بتكلفه الحفر والطي لتحصيل الماء يملك الماء كما يملك الكلا بتكلفه سوق الماء الى الارض لينبت فله منع المستقي وان لم يكن في أرض مملوكة اه كمال (قوله وقال محمد والشافعي يجوز بيعه اذا كان محرزا) أي لانه معتاد فيجوز للحاجة وبه قالت الثلاثة وبه يفتى وقال صاحب المجمع يجوز بيع النحل تبعا للكوارات عندهما وعند محمد يجوز مطلقا قال الكرخي في مختصره ولايجوز بيع النحل عند أبي حنيفة فان كان في كواراتها عسل فاشترى الكوارات بما فيها جاز اه عيني قوله حتى لو باعه مع الكوارة صح) الكوارات معسل النحل اذا سوى من طين وهي بضم الكاف والتشديد كذا رأيت في أساس البلاغة بتصحيح المطرزي وروي بالتخفيف أيضا في التهذيب وروى أيضا كوار وكوارة بالكسر والتخفيف فيهما اه اتقاني (قوله وذكر الكرخي أنه لايجوز بيعه مع العسل) وقال الكرخي أيضا وأجمعوا أن بيع هوام الارض لايجوز الحيات والعقارب والوزغ والعظاية والقنافذ والجعل والضب وهوام الارض كلها وقالوا لايجوز بيع شئ في البحر من (٤٩) الضفادع والسرطان والسلاحف وغير ذلك الا السمك وقال في الاجناس قال محمد بن الحسن اذا كان الدود من واحد وورق التوت منه والعمل من آخر على أن يكون القز بينهما نصفين أو أقل أو أكثر لايجوز وكذلك لو كان العمل منهما وهو بينهما نصفان لايجوز وانما يجوز اذا كان البيض منهما وهو بينهما نصفان وأما اذا كان البذر بينهما على الثلث والثلثين لايجوز وقال الولوالجي في فتاواه امرأة أعطت بذر القز وهو بذر الفيلق بالنصف امرأة فقامت عليه حتى أدرك فالفيلق لصاحبة البذر لانه حدث من بذرها ولها على صاحبة البذر قيمة الاوراق وأجرة مثلها وعلى هذا اذا دفع البقر الى انسان بالعلف

(٧ - زيلعي رابع) ليكون الحادث بينهما بالنصف فالحادث كله لصاحب البقر وله على صاحب البقر ثمن العلف وأجر المثل وكذا اذا دفع الدجاجة ليكون البيض بالنصف اه اتقاني (قوله وأبو يوسف معه في الدود) أي الا اذا ظهر فيه القز فيجيزه تبعا للقز اه (قوله وقيل فيه أيضا معه) قال في الهداية وقيل أبو يوسف مع أبي حنيفة كما في دوده اه (قوله والفتوى على قول محمد لما ذكرنا) أي التعامل اه (قوله في المتن والآبق) قال الاتقاني وصورته في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في عبد لرجل أبق فجاء رجل الى مولاه فقال ان عبدك قد أخذته وهو عندي في البيت فبعنيه فباعه منه قال البيع جائز وان قال أخذه هذا الرجل وهو عنده فبعه مني فصدقه الرجل بما قال فباعه المولى منه فبيعه باطل الى هنا لفظ أصل الجامع اه (قوله بخلاف العبد المرسل في حاجته) قال في الدراية وأما العبد المرسل في حاجته فيجوز بيعه كذا في المحيط اه (قوله فلا يتناوله النص المطلق) أي لان النص المطلق لايتناول المقيد ولان النص معلول بعلة العجز عن التسليم فاذا كان عند المشتري زال المعنى الموجب للفساد اه اتقاني (قوله ان كان أشهد عند الاخذ أنه يأخذه ليرده) أي حتى اذا هلك في يده قبل تجديد القبض هلك من مال البائع لانه أمانة عند المشتري وقبض الامانة لكونه أدنى حالا لاينوب عن قبض المبيع اه اتقاني

(قوله ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما) أى لانه حينئذ يكون غاصبا وقبض الغصب قبض ضمان فينوب عن قبض البيع وهو قبض ضمان اهـ اتقانى (قوله اذ لا يقدر على تسليمه) أى لان البائع لا يقدر على أن يسلم ما ليس فى يده اهـ اتقانى (قوله لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا) قال الكمال رحمه الله ولو عاد من اباقه وقد باعه ممن ليس عنده هل يعود البيع جائزا اذا سلمه فعلى ظاهر الرواية لا يعود صحيحا وهو مروى عن محمد كما اذا باع خمرا فتخللت قبل التسليم أو باع طيرا فى الهواء ثم أخذه لا يعود صحيحا وهذا يفيد أن البيع باطل وهو مختار مشايخ بلخ والثلجى لان وجود الشرط يجب كونه عند العقد وفى رواية أخرى عن محمد وهو رواية عن أبى حنيفة يجوز لقيام المالية والملك فى الآبق ولذا صح عتقه فكان كبيع المرهون اذا افتكه قبل الخصومة وفسخ القاضى للبيع وبه أخذ الكرخى وجماعة من المشايخ حتى اذا امتنع البائع من تسليمه أو المشترى من قبوله أجبر على ذلك لان صحة البيع كانت موقوفة على القدرة على التسليم وقد وجد قبل الفسخ بخلاف ما اذا رجع بعد أن فسخ القاضى البيع أو تخاصما فانه لا يعود صحيحا اتفاقا وهذا يقتضى أن البيع فاسد فالحق أن اختلاف الرواية والمشايخ فيه بناء على الاختلاف فى انه باطل أو فاسد فانك علمت أن ارتفاع المفسد فى الفاسد يرده صحيحا لان البيع قائم مع الفساد وارتفاع المبطل لا يرجع لان البيع لم يكن قائما بصفة البطلان بل معدوم وما فرجه البطلان عدم القدرة على التسليم ووجه الفساد قيام المالية والملك والوجه عندى ان عدم القدرة على التسليم مفسد لا مبطل اهـ وكتب ما نصه قال الولوالجى فى فتاواه ولو باع الآبق ثم سلمه فى المجلس قبل الافتراق لا يجوز لانه باع ما لا يقدر على تسليمه فكان باطلا اهـ اتقانى رحمه الله تشعر

مانع عن وجوب القيمة فقبض الضمان أقوى من قبض الامانة لتأكد قبض الضمان باللزوم والملك فان المشترى لو امتنع عن قبض المبيع أجبر عليه والضمان يوجب الملك من الجانبين على ما هو الاصل عندنا بخلاف قبض الامانة فانه لا يجبر عليه ولا يوجب الملك فكان أضعف فلا ينوب عن الاقوى ولو لم يشهد عند الاخذ يصير قابضا بمجرد العقد عندهما خلافا لابى يوسف فيما اذا لم يأخذه لنفسه بل ليرده على صاحبه وهذا بناء على أن الاشهاد ليس بشرط لكونه أمانة عنده وعندهما شرط وقد بيناه فى اللقطة ولو باعه ممن قال هو عند فلان لم يجز لانه أبق عندهما وهو المعتبر اذ لا يقدر على تسليمه ولو باعه ثم عاد قبل الفسخ لم يعد صحيحا لوقوعه باطلا لعدم المحلية كبيع الطير فى الهواء قبل التملك بخلاف ما اذا باعه ثم أبق قبل التسليم ثم عاد حيث يجوز لان احتمال عوده يكفى لبقاء العقد على ما كان دون الابتداء وعن أبى حنيفة أنه يعود صحيحا لان المالية فيه قائمة فكان محلا للبيع فينعقد غير أنه عاجز عن تسليمه فيفسد فاذا أبق قبل الفسخ عاد صحيحا لزوال المانع فيجبران على التسليم والتسلم فصار كالوأبق بعد البيع وكبيع المرهون ثم افتكه قبل الخصومة وبه أخذ الكرخى وجماعة من أصحابنا رحمهم الله وبالاول كان يفتى أبو عبد الله الثلجى وجماعة من مشايخنا رحمهم الله ولو أعتقه نفذ عتقه لعدم اشتراط القبض فيه ولو علم حياته فى وقت العتق أجزأه عن الكفارة ولو وهبه من ابنه الصغير أو ليتيم فى حجره جاز بخلاف ما اذا باعه منه لان ما بقى له من اليد يكفى فى الهبة دون البيع قال (الا أن يبيعه ممن يزعم أنه عنده) أى الآبق اذا باعه ممن يدعى أنه عنده جاز وقد ذكرناه قال (ولبن امرأة) يعنى لا يجوز بيعه ومراده اذا كان فى وعاء وقال الشافعى رحمه الله يجوز بيعه من حرة كان أو من أمة ويضمن بالاتلاف لانه مشروب طاهر كسائر المائعات الطاهرة وعن أبى يوسف أنه يجوز بيع لبن الامة لانه يجوز ايراد العقد عليها فكذا على جزئها ولهما أنه جزء الآدمى بدليل أنه تثبت به حرمة المصاهرة بمعنى البعضية وهو بجميع أجزائه مكرم مصون عن الابتذال والامتهان بالبيع الا ما حل فيه الرق وهو لا يحل اللبن لانه ضعف حكمى فتمحض بحل القوة التى هى ضده وهو الحى لان الضدين يتعاقبان فى موضع واحد ولا حياة فى اللبن وكونه مشروبا ضرورى لاجل الاطفال حتى لو استغنى عنه لا يجوز ونظيره ملك النكاح فانه ضرورى لاقتضاء الشهوة وابقاء النسل فلا يدل على أن البضع مهان مبتذل ولان لبن الآدمية فى حكم المنفعة حتى جاز استحقاقه بعقد الاجارة وبيع مثله لا يجوز بخلاف لبن البقرة ونحوها حيث يجوز بيعه لانه ليس له حكم المنفعة حتى لا يستحق بعقد الاجارة وهو مبتذل أيضا قال (وشعر الخنزير وينتفع به للخرز) أى لا يجوز بيع شعره ويجوز الانتفاع به للخرز لانه نجس العين فلا يجوز بيعه اهانة له كالخمر وهذا لان جواز بيعه يشعر باعزازه فى غير الآدمى ونجاسته

(قوله فى المتن ولبن امرأة) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير سمعت الفقيه أبا جعفر يقول سمعت الفقيه أبا القاسم أحمد بن حم قال قال نصر بن يحيى سمعت الحسن بن سهوب يقول سمعت محمد بن الحسن يقول جواز اجارة الظئر دليل على فساد بيع لبنها لانه لما جازت الاجارة ثبت أن سبيله سبيل المنافع وليس سبيله الاموال لانه لو كان مالا لم تجز اجارته ألا ترى أن رجلا لو استأجر بقرة على أن يشرب لبنها لم تجز الاجارة فلما جاز اجارة الظئر ثبت أن لبنها ليس بمال وذكر فى اجارة العيون لو أن رجلا استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا فانه لا يجوز لان اللبن ليس له قيمة اهـ اتقانى (قوله حتى لو استغنى عنه لا يجوز) أى شربه والانتفاع به يحرم حتى منع بعضهم صبه فى العين الرمدة وبعضهم أجازه اذا عرف دواء اهـ فتح (قوله لانه نجس العين) أى فلا يكون مالا وبيع ما ليس بمال لا يجوز وعلى ذلك انعقد الاجماع اهـ اتقانى

(قوله لان الضرورة تبيح لحمه) قال تعالى فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم (قوله فالشعر أولى) أي عند الضرورة لان الشعر أخف منه بدليل أن شعر الميتة طاهر ولحمها لا اه اتقاني (قوله لانه يوجد مباح الاصل) أي غالبا اه اتقاني (قوله ولا بأس للاساكفة أن يصلوا الخ) قال الكمال وما ذكره في بعض المواضع من جواز صلاة الخرازين مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ينبغي أن يخرج على القول بطهارته في حقهم أما على قول أبي يوسف فلا وهو الوجه فان الضرورة لم تدعهم الى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويتجمع في ثيابهم هذا المقدار اه (قوله لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته) أي والصحيح قول أبي يوسف لان حكم الضرورة لا يتعداها وهي في الخرز فيكون بالنسبة اليه فقط اه كمال رحمه الله (قوله لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها) محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في جلد الميتة وعظامها اذا دبغ وعصبها وعقبها وصوفها ووبرها وقرنها قال (٥١) لا بأس بالانتفاع بذلك كله وبيعه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه اتقاني (قوله ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة) فان قيل نجاستها أي جلود الميتة ليس الا لما يجاورها من الرطوبات النجسة فهي متنجسة فكان ينبغي أن يجوز بيعها كالثوب النجس أجيب بأن النجس منها باعتبار أصل الخلقة فالم نزايله (٢) فهي كعين الجلد فعلى هذا يكون الجلد نجس العين بخلاف الثوب والدهن النجس فان النجاسة فيه عارضة فلا يتغير حكم الثوب بما فيه وهذا السؤال ليس في تقرير المصنف ما يرد عليه أولا ليحتاج الى الجواب عنه فانه ما علل المنع الا بعدم الانتفاع به وانما يرد على من علل النجاسة ولا ينبغي أن يعلل بها بطلان بيع أصلا فان بطلان البيع دائر مع حرمة الانتفاع وهي عدم المالية فان بيع السرقين جائز وهو نجس العين للانتفاع به لما ذكرنا وأما جواز بيعها بعد الدباغة لحل الانتفاع بها شرعا والحكم بطهارتها زيادة ثبتت شرعا على خلاف قول مالك رحمه الله اه كمال (قوله لطهارتها) أي لطهارتها بالذكاة قدم الشارح في الاسآر أن الصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة فراجعه اه (قوله لانه له حق التعلي) وقد صرح الاتقاني والزيلعي على ما سيأتي بأن حق التعلي لا يجوز بيعه في جميع الروايات اه (قوله بخلاف الشرب) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره ان الشرب حق الارض فينبغي أن لا يجوز بيعه فأجاب بهذا اه وكتب ما نصه ثم جواز بيع الشرب مع الارض اتفاق الروايات فيما اذا كان الشرب شرب تلك الارض أما اذا باع الارض مع شرب أرض أخرى اختلف المشايخ فيه قال في الفتاوى الصغرى والصحيح انه لا يجوز اه غاية قال الكمال أما اذا باع أرضا مع شرب غيرها ففي صحته اختلاف المشايخ والصحيح انه لا يجوز مفردا كبيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبته اه

تشعر بهوان المحل وانما جاز الانتفاع به للاساكفة لان خرز النعال والاخفاف لا يتأتى الا به فكان فيه ضرورة وعن أبي يوسف أنه يكره لان الخرز يتأتى بغيره والاول هو الظاهر لان الضرورة تبيح لحمه فالشعر أولى ثم لا حاجة الى شرائه لانه يوجد مباح الاصل وقال الفقيه أبو الليث ان كانت الاساكفة لا يجدون شعر الخنزير الا بالشراء ينبغي أن يجوز لهم الشراء لان ذلك حالة الضرورة فأما البيع فيكره لانه لا حاجة اليه للبائع ولا بأس للاساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير وان كان أكثر من قدر الدرهم ولو وقع في الماء القليل أفسده عند أبي يوسف لان الاطلاق للضرورة فلا يظهر الا في حالة الاستعمال وفي غير تلك الحالة بقي على الاصل وعند محمد لا يفسده لان اطلاق الانتفاع دليل طهارته والله أعلم قال (وشعر الانسان) يعني لا يجوز بيع شعر الانسان والانتفاع به لان الآدمي مكرم فلا يجوز أن يكون جزؤه مهانا وقال عليه السلام لعن الله الواصلة والمستوصلة وانما لعنا للانتفاع به لما فيه من اهانة المكرم وعن محمد رحمه الله انه أجاز الانتفاع بشعر الآدمي استدلالا بما روي أنه عليه السلام حين حلق رأسه قسم شعره بين أصحابه فكانوا يتبركون به ولو كان نجسا لما فعل فانه لا يتبرك بالنجس ألا ترى أن أبا طيبة رضي الله عنه حين شرب دم النبي صلى الله عليه وسلم على قصد التبرك به نهاه أن يعود الى مثله في المستقبل قلنا حرمة الانتفاع به لكرامته لا لنجاسته حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده فبطل الاستدلال بها ورخص فيما يتخذ من الوبر فيزاد على قرون النساء وذوائبهن قال (وجلد الميتة قبل الدبغ) يعني لا يجوز بيعه لما روى أنه عليه السلام نهى عن الانتفاع بجلد الميتة وعصبها فيما رواه أبو داود وغيره ولان نجاسته من الرطوبات المتصلة به بأصل الخلقة فصار كلحم الميتة بخلاف الثوب النجس حيث يجوز بيعه لان نجاسته ليست بأصل الخلقة فلا يمنع من جواز البيع قال (وبعده يباع وينتفع به كعظم الميتة وعصبها وصوفها وقرنها ووبرها) يعني بعد الدباغ يجوز بيعه كما يجوز بيع عظم الميتة الى آخره لانه طهر بالدباغ والعظم ونحوه طاهر بأصل الخلقة على ما ذكرنا في كتاب الطهارة فجاز بيعه ولحوم السباع وشحومها وجلودها بعد الذكاة كجلود الميتة بعد الدباغ حتى يجوز بيعها والانتفاع بها غير الاكل لطهارتها بالذكاة الا جلد الخنزير فانه نجس العين فلا يطهر بالذكاة ويجوز بيع عظم الفيل والانتفاع به عند أبي حنيفة وأبي يوسف وعند محمد لا يجوز وهو كالخنزير عنده وعندهما كالسباع قال (وعلو سقط) أي لا يجوز بيع علو بعد ما سقط لانه له حق التعلي لا غير وهو ليس بمال ومحل البيع المال وهو ما يمكن احرازه وقبضه والهواء لا يمكن احرازه وقبضه وانما يصح بيعه قبل الانهدام باعتبار البناء القائم ولم يبق بخلاف الشرب

(قوله ومقصودا) أى بيعه منفردا عن الارض اه (قوله فى رواية) أى فى غير ظاهر الرواية اه غاية (قوله وهو اختيار مشايخ بلخ) أى كأبى بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم اليه والقياس يترك للتعامل كما جوز السلم للضرورة والاستصناع للتعامل اه كمال قال الاتقانى مشايخ بلخ كأبى بكر الاسكاف ومحمد بن سلمة يجوزون بيع الشرب يوما أو يومين حتى تزداد نوبة المشترى لان أهل بلخ تعاملوا ذلك لحاجتهم الى ذلك اه (قوله حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته) أى وكذا اذا استحق الشرب يبطل حصته من الثمن اه غاية وكتب ما نصه قال الكمال وأما ضمانه بالاتلاف فهو بأن يسقى أرضه بشرب غيره فهو رواية البزدوى وعلى رواية شيخ الاسلام لا يضمن وقيل يضمن اذا جمع الماء ثم أتلفه ولا يضمن قبل الجمع وحينئذ فالالزام به من رد المختلف فيه الى المختلف فيه فلا يلزم المخالف وعن الشيخ جلال الدين ابن المصنف انه قصر ضمانه بالاتلاف على ما اذا كان أشهد به لآخر ثم رجع بعد القضاء وقال لا وجه للضمان بالاتفاق الا بهذه الصورة لانه لو ضمن بغيرها فاما بالسقى أو بمنع حق الشرب لا وجه للاول لان الماء مشترك بين الناس بالحديث ولا الى الثانى لان منع حق الغير ليس سببا للضمان بل السبب منع ملك الغير ولم يوجد وأما انه حظ من الماء وهو عين أو شئ يتعلق بالعين فورد عليه انه لو كان عينا ينبغى أن لا يجوز بيعه اذا لم يكن فيه ماء وأجيب بأنه انما جوز (٥٣) للضرورة وهو بعرضية وجوده كالسلم والاستصناع ثم بتقدير أنه حظ من الماء فهو مجهول المقدار فلا يجوز بيعه وهذا وجه منع مشايخ بخارى بيعه مفردا قالوا وتعامل أهل بلدة واحدة ليس هو التعامل الذى يترك به القياس بل ذلك تعامل أهل البلاد ليصير اجماعا كالاستصناع والسلم لا يقاس عليه والضرورة فى بيع الشرب مفردا على العموم منتفية بل ان تحقق فلحاجة بعض الناس فى بعض الاوقات وبهذا القدر لا يخالف القياس اه (قوله لاختلافهما فى ثمن الارض) أى لان بعض الثمن يقابل الشرب اه (قوله وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة) أى لا لانه ليس بمال بخلاف بيعه مع الارض لانه سقط اعتبار الجهالة تبعا للارض قاله الاتقانى (قوله والثانى بيع حق المرور) أى الذى هو التطرق اه فتح الخيار (قوله فان كان المراد به الاول الخ) قال الكمال فان كان المراد الاول وهو بيع رقبة الطريق والمسيل أى مع اعتبار حق التسييل فوجه الفرق بينهما أن الطريق معلوم لان له طولا وعرضا معلوما فان بينه فلا اشكال فى حق نفسه وان لم يبينه جاز أيضا وهو المراد بالمسئلة هنا فانه يجعل مقدار باب الدار العظمى وطوله الى السكة النافذة أما المسيل فمجهول لانه لا يدرى قدر ما يشغله الماء ومن هنا عرف أن المراد بالمسئلة ما اذا لم يبين مقدار الطريق والتسييل أما لو بين حد ما يسيل فيه الماء أو باع الارض المسيل من نهر أو غيره من غير اعتبار حق التسييل فهو جائز بعد أن يبين حدوده اه (قوله فالفرق بينهما) أى حيث جاز بيع الطريق وهبته دون المسيل اه اتقانى (قوله فى رواية الزيادات لا يجوز) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير هذه الرواية هى الصحيحة لانه حق من الحقوق وبيع الحقوق بالانفراد لا يجوز اه غاية (قوله أما التسييل) أى فان كان على السطح فهو نظير حق التعلى وبيع حق التعلى لا يجوز باتفاق الروايات وان كان على رقبة الارض فلا يجوز أيضا للجهالة قدر ما يشغله الماء اه غاية (قوله فى المتن وأمة تبين انه عبد وكذا عكسه) قال الكمال اذا اشترى هذه الجارية بألف فظهرت غلاما فالبيع باطل لعدم المبيع وهذه وأمثالها تبتنى على الاصل الذى تقدم فى المهر أنه اذا اجتمع تسمية واشارة الى شئ كما ذكرنا من هذه الجارية حيث أشار الى ذات وسماها جارية اه (قوله والانوثة وصف فى الحيوان) أى فلا يتبدل بها معنى الذات اه غاية

حيث يصح بيعه تبعا باتفاق الروايات ومقصودا فى رواية وهو اختيار مشايخ بلخ لانه نصيب من الماء وهو مال ولهذا يضمن بالاتلاف حتى لو سقى به رجل أرضه يضمن قيمته وكذا له حصة من الثمن حتى لو ادعى رجل شراء أرض بشربها بألف فشهد شاهد بذلك وسكت الآخر عن الشرب بطلت شهادتهما لاختلافهما فى ثمن الارض وانما لم يجز بيعه فى رواية وهو اختيار مشايخ بخارى للجهالة وان سقط العلو بعد البيع قبل القبض بطل البيع كهلاك المبيع قبل القبض ولا يجوز بيع المسيل وهبته ويجوز بيع الطريق وهبته والمسئلة تحتمل وجهين أحدهما بيع رقبة الطريق والمسيل والثانى بيع حق المرور وحق تسييل الماء فان كان المراد به الاول فالفرق بينهما أن رقبة الطريق معلوم الطول والعرض فيجوز بيعه وأما رقبة المسيل فمجهول لان مقدار ما يشغله الماء من الارض مختلف يختلف بقلة الماء وكثرته حتى لو بين حدوده جاز وكذا لو باع رقبة النهر من غير اعتبار المسيل أو باع جزأ شائعا منه جاز لانه معلوم وان كان المراد به الثانى ففى بيع حق المرور روايتان فى رواية الزيادات لا يجوز وفى رواية ابن سماعة يجوز والفرق بينه وبين التسييل على رواية ابن سماعة أن حق المرور معلوم وهو الطريق على ما بينا أما التسييل فمتعلق بمجهول لانه متعلق برقبة المسيل وهو مجهول على ما بينا ووجه الفرق بين حق التعلى حيث لا يجوز بيعه باتفاق الروايات وبين حق المرور فى الطريق حيث يجوز بيعه فى رواية ابن سماعة أن حق المرور متعلق برقبة الارض ورقبة الارض مال وهو عين فما تعلق به كان له حكم المال وحق التعلى متعلق بالهواء والهواء ليس بعين مال ولا له حكم المال فلا يجوز قال (وأمة تبين أنه عبد وكذا عكسه) أى لو اشترى أو باع شخصا على أنه أمة فتبين أنه عبد أو على أنه عبد فتبين أنه أمة لم يجز البيع وهذا استحسان والقياس أنه يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه اختلاف الوصف اذ الذكورة والانوثة وصف فى الحيوان وهو يوجب

(قوله فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار) أى كالزراعة والتجارة والحراثة اهـ فتح (قوله ومن غيره) أى من غير بنى ادم اهـ (قوله اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه) أى ويبطل العقد لانعدام المسمى اهـ (قوله لان الاشارة لتعريف الذات) أى الحاضرة والتسمية تعرف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها من ذوات لا تحصى معروفة عند العقل بأشباهها التلك الذات وغيرها اهـ كمال (قوله فكانت الاشارة) أى فاذا علم ذلك كانت الاشارة اهـ (قوله ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس الخ) قال الاتقانى فى الغاية قال بعضهم فى شرحه فى هذا الموضع اختلفوا فى هذا البيع قال بعضهم باطل وقال بعضهم فاسد ثم قال وهو اختيار الكرخى وقال كذا ذكر فى الجامع الصغير لقاضيخان أقول هذا الاختلاف عجيب ونقل عن الكرخى (٥٣) عجيب أما الاول فلان محمدا رحمه الله

الخيار لا الفساد كما فى البهائم فانه اذا اشترى كبشا مثلا فاذا هو نعجة أو بالعكس لا يفسد البيع وانما يثبت له الخيار لفوات الوصف المرغوب فيه كما اذا اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب فاذا هو بخلاف ذلك وجه الاستحسان أن الذكر والانثى من بنى آدم جنسان مختلفان لتفاحش التفاوت فى المقاصد فان المقصود من العبد الاستخدام خارج الدار ومن الامة الاستخدام داخل الدار كالطبخ والكنس والاستفراش والاستيلاد فصارت جنسا آخر غير الذكورة ومن غيره جنس واحد لتقارب المقصود فان المقصود منه اللحم والحمل والركوب ونحو ذلك فالذكر والانثى من الحيوان يصلحان لذلك فكانا جنسا واحدا واختلاف الجنس يكون باختلاف المقاصد ألا ترى أن الخل والدبس جنسان لما قلنا وان اتحد أصلهما ثم فى مختلفى الجنس يتعلق العقد بالمسمى اذا اختلف فيه المسمى والمشار اليه لان التسمية أبلغ فى التعريف من الاشارة لان الاشارة لتعريف الذات فانه اذا قال هذا صار الذات معينا ولا يشاركه فيه غيره والتسمية لاعلام الماهية وهو أمر زائد على أصل الذات فكان أبلغ فى التعريف ويحتاج فى مقام التعريف الى ما هو أبلغ فيه فكانت الاشارة أولى بالاعتبار فى متحدى الجنس لان المسمى موجود فى المشار اليه ذاتا والوصف يتبعه فأمكن الجمع بينهما بأن تجعل الاشارة للتعريف والتسمية للترغيب فيثبت له الخيار عند فوات الوصف المرغوب فيه بخلاف مختلفى الجنس لان المسمى فيه مثل المشار اليه وليس بتابع له فلا يمكن أن يجعل أحدهما تبعا للآخر فيعتبر الاعرف عند تعذر الجمع بينهما وهذا هو الاصل فى العقود كلها كالاجارة والنكاح والصلح عن دم العمد والخلع والعتق على مال ثم اذا كان المعتبر هو المسمى عند اختلاف الجنس يقع البيع باطلا عند بعض المشايخ لانه معدوم وبيع المعدوم لا يجوز الا فى السلم وقال بعضهم انه فاسد وهو اختيار الكرخى لانه باع المسمى وأشار الى غيره فصار كأنه باع شيأ بشرط أن يسلم غيره وذلك فاسد والاجارة مثل البيع لانها تبطل بالشرط الفاسد والنكاح وأشباهه لا يفسد بالشرط الفاسد ولكنه ينظر ان كان المسمى يمكن ضبطه كالثياب والحيوان الموصوفة أو المكيل أو الموزون يجب المسمى ويجعل كأنه سماه ولم يشر الى شئ وان لم يمكن ضبطه يجب مهر المثل كأنه لم يسم شيأ لانه لا يصلح أن يثبت فى الذمة قال (وشراء ما باع بالاقل قبل النقد) ومعناه أنه لو باع شيأ وقبضه المشترى ولم يقبض البائع الثمن فاشتراه بأقل من الثمن الاول لا يجوز وقال الشافعى رحمه الله يجوز وهو القياس لان الملك فيه قد تم بالقبض فيجوز بيعه بأى قدر كان من الثمن كما اذا باعه من غير البائع أو منه بمثل الثمن الاول أو بأكثر أو بعرض أو بأقل بعد النقد ولنا ما روى عن أبى اسحق السبيعى عن امرأته أنها دخلت على عائشة رضى الله عنها فدخلت معها أم ولد زيد بن أرقم فقالت يا أم المؤمنين انى بعت غلاما من زيد بثمانمائة درهم نسيئة وانى ابتعته منه بستمائة

قال فى مسئلة الجامع الصغير فلا بيع بينهما فيكون تنصيصا على البطلان لان مثل هذا النفى يدل على الباطل لا الفاسد فكيف يصح بعد هذا قوله اختلفوا فى أنه باطل أو فاسد وأما الثانى فلان الكرخى صرح فى مختصره بأن اختلاف الصفة اذا أوجب اختلافا فاحشا كان ذلك بمنزلة الاختلاف فى الجنس ثم فى اختلاف الجنس اذا باع فصا على انه ياقوت فكان زجاجا أو باع هذا الثوب على أنه خز فاذا هو مرعزى قال فالبيع باطل اهـ والعجب من هذا التعجب لان قوله فلا بيع بينهما يحتمل نفى الصحيح ويحتمل النفى مطلقا وقول الاتقانى ان هذا تنصيص على البطلان ممنوع وتعليله مصادرة فجعل البيع فاسدا له وجه على تقدير الاحتمال الآخر وان كان مرجوحا على وجه التسليم وأما تصريح الكرخى بأنه مثل مختلفى الجنس فهو مثله فى الاختلاف من حيث عدم الصحة لا فى أن كل واحد منهما باطل ويكون الوقوف على كلام الكرخى بأنه فاسد قرينة هذا الحمل توفيقا بين كلاميه ولا يظن بصاحب النهاية نقل ما لا يوجد فى كلام الكرخى غايته عدم وقوف الاتقانى على ذلك هذه الحاشية من فوائد الشيخ محب الدين الاقصرائى رحمه الله قوله قال بعضهم هو صاحب النهاية اهـ (قوله أبى اسحق السبيعى) اسمه عمرو بن عبد الله يروى عن زيد بن أرقم اهـ (قوله أم ولد زيد بن أرقم) قال الاتقانى زيد بن أرقم بن قيس بن نعمان بن مالك بن ثعلبة بن كعب بن الخزرج الانصارى من مشاهير الصحابة وفى كنيته اختلاف قيل أبو عمرو وقيل أبو عامر وقيل أبو أنيسة وقيل أبو أنيس وتوفى بالكوفة سنة ثمان وستين وهذا الذى أخذ الراية يوم مؤتة حين استشهد عبد الله بن رواحة كذا ذكره ابن شاهين فى كتابه المعجم اهـ (قوله ابتعته) أى بعته وكذا هو فى الهداية اهـ

نقدا فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما اشترى ان جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قد بطل الا أن يتوب رواه الدارقطني فهذا الوعيد دليل على أن هذا العقد فاسد وهو لا يدرك بالرأى فدل على أنها قالته سماعا ولا يقال قد روى أنها قالت انى بعته الى العطاء فلعلها أنكرت عليها ذلك لانا نقول كانت عائشة رضى الله عنها ترى البيع الى العطاء ولان الثمن لم يدخل فى ضمان البائع قبل قبضه فاذا عاد اليه عين ماله بالصفة التى خرج من ملكه وصار بعض الثمن قصاصا ببعض بقى له عليه فضل بلا عوض فكان ذلك ربح ما لم يضمن وهو حرام بالنص بخلاف ما اذا اشتراه بمثل الثمن الاول أو أكثر لان الربح فيه حصل للمشترى بعد ما دخل المبيع فى ضمانه ولو اشتراه من لا تجوز شهادته له كولده ووالده وعبده ومكاتبه فهو بمنزلة شراء البائع بنفسه وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد والمكاتب لان الاملاك متباينة بخلاف المملوك لان كسبه لسيده وله فى كسب مكاتبه حق الملك فكان تصرفه كتصرفه وله أن شراء هؤلاء كشراء البائع بنفسه لاتصال منافع المال بينهم وهو نظير الوكيل فى البيع اذا عقد مع هؤلاء ولو اشترى ما بيع له بأن باع وكيله لم يجز أيضا لانه لما باع باذنه صار كبيعه بنفسه ثم اشترى بالاقل وكذا لو وكل رجلا ببيع عبده بألف درهم فباعه ثم أراد الوكيل أن يشترى العبد بأقل مما باع لنفسه أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن لم يجز أما شراؤه لنفسه فلأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه فى حق الحقوق فكان هذا شراء البائع من وجه والثابت من وجه كالثابت من كل وجه فى باب الحرمات وأما لغيره فلأن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق فكان هذا شراء ما باع لنفسه من وجه وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث لم يجز لقيام الوارث مقام المورث بخلاف ما لو اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه فانه يجوز وعن أبي يوسف أنه لا يجوز كالفصل الاول والفرق على ظاهر الرواية أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث لا فيما لا يرث ووارث البائع لم يقم مقام البائع فى هذا الشراء لانه لم يملك الشراء بطريق الارث لانه كان يملك الشراء لنفسه حال حياة مورثه فكان كالاجنبى فى ذلك وأما وارث المشترى فقائم مقام المشترى فى هذا البيع لان ولاية البيع له من أحكام ملك المورث فانه ما كان يملك البيع حال حياة مورثه لانه ملك مورثه ولما قام وارث المشترى مقامه فى بيع هذه العين بحكم الارث صار

(قوله فقالت لها عائشة بئسما شريت وبئسما اشترى) ما معنى ذم البيع الاول وهو جائز اجماعا انما ذمته لكونه سببا للبيع المحظور كالسفر لقطع الطريق محظور وان كان السفر فى نفسه مباحا اهـ اتقانى باختصار (قوله ولان الثمن لم يدخل الخ) قال الاتقانى ولانه يلزم منه ربح ما لم يضمن لان المبيع خرج من ضمان البائع بالتسليم والثمن لم يدخل فى ضمانه لعدم القبض فاذا اشترى بالاقل لزم ربح ما لم يضمن لا محالة وذلك لا يجوز لما حدث صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمرو فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يحل سلف وبيع ولا شرطان فى بيع ولا ربح ما لم يضمن ولا بيع ما ليس عندك فان قلت يحتمل أن عائشة رضى الله عنها انما أغلظت القول هكذا لان البيع كان الى العطاء وهو أجل مجهول لا لان فيه ربح ما لم يضمن قلت كان من مذهب عائشة جواز البيع الى أجل مجهول وهو مذهب على وابن أبي ليلى وجماعة كذا قال القاضى أبو زيد فى الاسرار اهـ (قوله لا يحل سلف) صورة النهى عن بيع وسلف أن يكون البيع بشرط منفعة القرض أو الهبة والصدقة وما أشبه ذلك وصورة الشرطين فى بيع أن يبيع عبيده بألف درهم الى سنة أو بألف وخمسمائة الى سنتين ولم يبينا العقد على أحدهما كذا فى شرح الطحاوى اهـ (قوله ولو اشتراه من لا تجوز شهادته) قال الكمال ولو اشترى ولده أو والده أو زوجته فكذلك عنده وعندهما يجوز لتباين الاملاك وكان كما لو اشتراه آخر وهو يقول كل منهم بمنزلة الآخر ولذا لا تقبل شهادة أحدهما للآخر اهـ (قوله وقال أبو يوسف ومحمد يجوز فى غير العبد) قال الكرخى فى مختصره ولا يجوز أن يشترى ذلك وكيل البائع ولا مضارب ولا شريك فى تلك التجارة ولا مدبر للبائع ولا مكاتب ولا عبد للبائع مأذون له فى التجارة فى قولهم جميعا فان اشتراه والد للبائع أو ولد أو ولد ولد علا أو سفل أو من لا تجوز شهادته للبائع ولا شهادة البائع له لم يجز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد ذلك جائز وكذلك لا يجوز للمولى أن يشترى ما باعه مكاتبه ولا عبده المأذون ولا مضاربه بأقل من الثمن الذى باعوه فان وكل البائع من يشتريه بيع بأقل من الثمن الاول فاشتراه فالشراء جائز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف الشراء لازم للوكيل ولا يلزم الآمر وقال محمد للآمر بشراء فاسد الى هنا لفظ الكرخى وجه قول محمد انه أمره بما لو باشره بنفسه يكون فاسدا ووجه قول أبي يوسف العقد له زيادة فساد بدليل ابطال الجهاد فلم يجز التوكيل به ولابى حنيفة أن الموكل فى المعنى مشتر من الوكيل قاصدا كما اذا اشترى من غيره اهـ اتقانى رحمه الله (قوله وكذا لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى الخ) قال فى شرح الطحاوى اذا مات المشترى فاشتراه البائع من الوارث لا يجوز لان الوارث يقوم مقام المورث ألا ترى أنه لو وجد به عيبا كان له أن يخاصم البائع فى الرد ولو لم يمت المشترى ولكن مات البائع فاشتراه وارثه من المشترى جاز الشراء اذا كان الوارث ممن تجوز شهادته للبائع فى حال الحياة وقرابته من البائع لا تمنع بخلاف المشترى والفرق بينهما أن وارث المشترى قائم مقام المشترى فى عين المبيع لانهم ورثوه منه وأما وارث البائع يقوم مقام البائع فى الثمن والثمن الذى يثبت فى ذمته لم يكتب المحشى

بيع الوارث وبيع المورث سواء وكما لا يجوز بيع المشترى لا يجوز بيع وارثه وشرطنا أن يكون الشراء من مشتريه أو من وارثه لانه لو باعه المشترى من رجل أو وهبه لرجل أو أوصى لرجل ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز لان اختلاف سبب الملك كاختلاف العين أصله حديث بريرة حيث قال عليه السلام هو لها صدقة ولنا هدية وشرطنا أن يكون المبيع على حاله لم ينتقص لانه اذا تعيب فى يد المشترى فباعه من البائع بأقل من الثمن الاول جاز لان المانع ربح ما لم يضمن وانما يظهر الربح اذا صار اليه المبيع كما خرج عن ملكه فاذا لم يعد اليه كما خرج عن ملكه جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشترى فكان مشتريا ما باع بمثل الثمن الاول معنى وشرطنا أن يكون النقصان من حيث الذات لانه لو نقصت قيمته بتغير السعر لم يجز شراؤه بأقل مما باع لان تغير السعر غير معتبر فى حق الاحكام كما فى حق الغاصب وغيره فعاد اليه المبيع كما خرج عن ملكه فيظهر الربح وشرطنا اتحاد الثمنين جنسا لانه اذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الاول يجوز وان كان الثمن الثانى أقل لان الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس والدنانير جنس الدراهم هنا حتى لو كان العقد الاول بالدراهم فاشتراه بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الاول لم يجز استحسانا وجاز قياسا وهو قول زفر لانهما جنسان حتى لا يجرى ربا الفضل بينهما ولنا أنهما جنسان صورة وجنس واحد معنى لان المقصود بهما واحد وهو الثمنية فبالنظر الى الاول يصح وبالنظر الى الثانى لا يصح فغلبنا المحرم على المبيح لقوله عليه السلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال رجلان باعا عبدا بينهما بالف فقالا بعناكه بالف كل نصف بخمسمائة ثم اشتراه أحدهما بخمسمائة قبل النقد فسد فى نصفه لانه شراء ما باع باقل مما باع قبل نقد الثمن وصح فى نصيب شريكه بنصف خمسمائة لانه ما باع ولا بيع له ولو قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم قالا بعناك نصيب فلان بخمسمائة ثم اشترى أحدهما كله بخمسمائة فسد فى نصيبه لان نصفه وهو الربع باعه بنفسه ونصفه وهو الربع بيع له وأما نصيب صاحبه فيفسد فى نصفه وهو الربع لانه باعه له وصح فى الربع الآخر فيدفع ثمنه لانه ما باع ولا بيع له وان اشترياه معا فى هذه الصور صح شراء كل واحد منهما فى ثمنه بثمن الثمن لانه لو اشتراه أحدهما صح شراؤه فى الربع فاذا اشترى كل واحد منهما نصفا شائعا صح شراء كل واحد منهما فى نصف ذلك وهو الثمن ضرورة ولو باعاه بالف ثم اشترياه بخمسمائة صح شراء كل واحد منهما فى ربعه لان كل واحد منهما اشترى نصفا شائعا نصفه فيما باع فيفسد ونصفه فيما باع شريكه فيصح فى نصفه الذى لم يبعه له بل باعه لنفسه ولو باعه مع وكيله بالف ثم اشتراه الموكل بخمسمائة لا يصح لان أحد النصفين باعه بنفسه والنصف الآخر بيع له ولو اشتراه الوكيل فسد فى النصف الذى باعه هو وصح فى النصف الآخر لانه ما باع ولا بيع له ولو باع الوكيل كله ثم اشتراه أحدهما لا يصح أما الوكيل فلانه باع وأما الموكل فلانه بيع له قال (وصح فيما ضم اليه) أى صح البيع فيما ضم الى المشترى بان اشترى مثلا جارية بالف ثم باعها وأخرى معها بالف من البائع قبل نقد الثمن جاز البيع فى التى لم يشترها من البائع ويفسد فى الاخرى لانه لا بد أن يجعل الثمن بمقابلة التى لم يشترها منه فيكون مشتريا للاخرى باقل مما باع وهو فاسد ولا يشيع الفساد لانه ضعيف فيها لكونه مجتهدا فيه حتى لو قضى

(قوله ثم اشتراه البائع الاول من ذلك الرجل يجوز) أى ولو عاد الى ملك المشترى الاول بملك مستأنف جاز لبائعه شراؤه منه بأقل ما كان باعه له أولا اهـ مبتغى وكتب ما نصه قال الاتقانى ويجوز اذا اشتراه من غيره الا من وارثه لان تبدل العاقد تبدل العين حكما فأما وارثه فبمنزلته فانه خلفه فصار شبهة والشبهة فى باب الحرمات ملحقة بالحقيقة اهـ (قوله جعل النقصان بمقابلة العيب الحادث عند المشترى) أى فلا يتحقق الربح اهـ اتقانى وكتب ما نصه سواء كان ذلك النقصان بقدر ذلك العيب أو دونه اهـ فتح (قوله لان تغير السعر غير معتبر) أى لانه فتور فى رغبات الناس فيه وليس منه فوات جزء من العين اهـ كمال (قوله لم يجز استحسانا) قال الكمال رحمه الله وجه الاستحسان أنهما جنس واحد من حيث كونهما ثمنا ومن حيث وجب ضم أحدهما الى الآخر فى الزكاة فيبطل البيع احتياطا وألزم أن اعتبارهما جنسا واحدا يوجب التفاضل بينهما احتياطا والجواب أن مقتضى الوجه ذلك ولكن فى التفاضل عند بيع أحدهما بالآخر اجماع اهـ (قوله حتى لا يجرى ربا الفضل بينهما) قال الاتقانى وجه الاستحسان انهما من حيث الثمنية كالشئ الواحد فتثبت شبهة الربح اهـ (قوله فى المتن وصح فيما ضم اليه) وهذه فرع المسئلة السابقة وهى ان شراء ما باع من المشترى باقل مما باعه به قبل نقد الثمن لا يجوز اهـ كمال (قوله الى المشترى) بفتح الراء اهـ فتح (قوله جاز البيع فى التى لم يشترها) أى بحصتها اهـ اتقانى (قوله فيكون مشتريا للآخر باقل مما باع وهو فاسد) أى ولا اشكال هنا على قولهما وانما الاشكال على قول أبى حنيفة لان مذهبه أن البيع اذا فسد بعضه فسد كله اذا كان الفساد مقارنا وحله أن يقال ان الفساد فيما بعت أولا ضعيف لانه اختلف العلماء فى فسادها فلم يسر لضعف الفساد الى صاحبتها كما اذا اشترى عبدين أحدهما مدبر حيث لا يفسد البيع بل يصح البيع فى القن بحصته من الثمن فكذا هنا يصح البيع فى المضمومة بحصتها من الثمن اهـ اتقانى

(قوله أولانه باعتبار شبهة الربا) أى سلامة الفضل للبائع الاول من غير عوض ولا ضمان يقابلها احتياطا لامر الربا فلم يسر الى المضمومة لقصور سبب الفساد اهـ اتقانى (قوله ولانه) أى ليس بمقارن لانه ليس فى صلب العقد بل هو الخ اهـ غاية (قوله طارئ) أى لانهما لم يذكرا فى البيع ما يوجب فساد البيع وانما الفساد باعتبار شبهة الربا وهى أمر خفى ظهر ذلك بعد العقد اما بانقسام الثمن على قيمتهما أو بالمقاصة أعنى مقاصة الثمن فى البيع الثانى بمقدار ذلك من الثمن فى البيع الاول فيبقى من الثمن الاول فضل من غير أن يقابله عوض فكيفما كان يظهر الفضل للبائع الاول فيكون مشتريا ما باع باقل منه والفساد الطارئ لا يسرى كمن باع عبدين صفقة واحدة وبين ثمن كل واحد منهما ثم ألحقا الاجل الى وقت الحصاد فى ثمن أحدهما فسد البيع فيه ولا يتعدى الى الآخر فكذا فيما نحن فيه اهـ اتقانى (قوله فى المتن وزيت) قال الاتقانى هذه من خواص الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل هذا الزيت وهو ألف رطل على أن يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا قال هذا فاسد فان قال على أن يطرح عنى وزن الظرف فهو جائز وذلك أن المبيع فى الصورة الاولى مجهول وجهالته تفسد البيع لان وزن الظرف يحتمل أن يكون أقل من خمسين أو أكثر فان كان أقل منه يخرج بعض الزيت من أن يكون مبيعا وذلك مجهول وان كان أكثر منه يلزم الجهالة أيضا لان القدر الزائد على الخمسين من الظرف ليس بمبيع فان كان كذلك كأن طرح الخمسين بوزن كل ظرف شرطا لا يقتضيه العقد فأفسده بخلاف الصورة الثانية حيث جاز العقد لان طرح قدر الوزن شرط يقتضيه العقد لان الظرف ليس بمبيع فيخرج بوزنه والشرط لا يزيد الا تأكيدا لحكم العقد ووضع المسئلة فيما اذا باع كل رطل منه بكذا كذا قالوا اهـ (قوله ويطرح عنه) أى يطرح البائع عن المشترى اهـ اتقانى (قوله يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل) أى فيكون المبيع مجهولا وجهالته تفسد البيع اهـ (قوله فى المتن وان اختلفا فى الزق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل السمن الذى فى هذا الزق كل رطل بدرهم فوزن له السمن والزق فبلغ مائة رطل وقبضه المشترى ثم جاء فقال وجدت الثمن تسعين رطلا والزق هذا وزنه أرطال لم يكتب المحشى وكتب ما نصه ومسئلة الاختلاف فى الزق ذكرها الشارح فى الدعوى فراجع الحاشية التى فى خيار الرؤية عند قوله والمشترى لو فى الرؤية فانها تليق بهذا المحل وهى نقلا عن الكمال اهـ (قوله فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال) أى فالقول للمشترى مع يمينه اهـ (قوله وقالا لا يجوز) أى ومالك والشافعى وأحمد اهـ (قوله ولابى حنيفة ان الوكيل أصل الخ) ولابى حنيفة أن الشراء والبيع وجدا من النصرانى وهو أهل لمباشرة ذلك غاية ما فى الباب أن حكم التصرف وهو ملك الثمن أو المبيع يثبت للموكل حكما لتصرف الوكيل لا قصدا لان التوكيل بالشراء والبيع الخ لم يكتب المحشى

القاضى بجوازه صح أولانه باعتبار شبهة الربا ولانه طارئ لانه يظهر بانقسام الثمن أو المقاصة فلا يسرى الى غيرها قال (وزيت على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلا وصح لو شرط أن يطرح بوزن الظرف) أى لا يجوز بيع زيت كل رطل بدرهم على أن يزنه بظرفه ويطرح عن الزيت الموزون مكان كل ظرف خمسين رطلا ويجوز ان شرط أن يطرح بوزن الظرف لان الشرط الاول لا يقتضيه العقد والثانى يقتضيه وهذا لان مقتضى العقد أن يخرج عنه وزن الظرف فاذا طرح خمسين مثلا يحتمل أن يكون أكثر من الظرف أو أقل الا اذا عرف أن وزنه خمسون رطلا فحينئذ يجوز لانه يقتضيه العقد قال (وان اختلفا فى الزق فالقول للمشترى) لانه المنكر بيانه انه لو اشترى سمنا فى زق فرد المشترى الزق وهو عشرة أرطال فقال البائع الزق غير هذا وهو كان خمسة أرطال لانه ان اعتبر اختلافا فى الزق فالقول قول القابض ضمينا كان أو أمينا كالغاصب والمودع وان اعتبر اختلافا فى السمن فهو فى الحقيقة اختلاف فى مقدار الثمن فيكون القول للمشترى لانه ينكر الزيادة ولا يتحالفان وان كان الاختلاف فى الثمن لان الاختلاف فى الثمن يثبت تبعا للاختلاف فيهما فى الظرف والاختلاف فى الظرف لا يوجب التحالف لانه ليس بمقصود بالعقد ولا معقود عليه أصلا فكذا فيما يثبت تبعا له اذ التبع لا يخالف الاصل ولان التحالف ورد على خلاف القياس فيما اذا كان الاختلاف فى موجب العقد قصدا ضرورة أن كل واحد منهما يدعى عقدا غير الذى يدعيه صاحبه والاختلاف فى الزق ليس فى معناه فلا يلحق به قال (ولو أمر ذميا بشراء خمر أو بيعها صح) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وعلى هذا الخلاف التوكيل ببيع الخنزير وعلى هذا توكيل المحرم الحلال ببيع صيده لهما أن الوكيل يستفيد الولاية من الموكل ولا ولاية للموكل فى هذا التصرف فكذا وكيله كمسلم وكل مجوسيا بان يزوجه مجوسية حيث لا يجوز بالاتفاق ولان ما يثبت له ينتقل اليه فصار كأنه باشره بنفسه ولانه بين الوكيل والموكل يجرى حكم المبادلة حتى يجعل الوكيل بمنزلة البائع والموكل بمنزلة المشترى ألا ترى أنه يحبس المبيع بالثمن ويرد الموكل عليه بالعيب ويجرى التحالف بينهما عند التجاحد ولابى حنيفة رحمه الله أن الوكيل أصل لنفس التصرف والموكل لحكم التصرف ألا ترى أنه يملك الخمر والخنزير

بالارث

بالارث بأن كان الذمي فأسلم فمات قبل أن يسيب الخنزير و يخلل الخمر برثه ورثته المسلمون وكذا اذا تخمر عصيره يبقى على ملكه بخلاف توكيل المسلم المجوسي أن يزوجه المجوسية لانه سفير ومعبر فيه فيكون مضافا الى الموكل و بخلاف ما اذا اتهب كافر لمسلم خمرا لانه سفير كالتزويج فيقع الملك فيه للمسلم ابتداء وحقوقه راجعة اليه ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له لتمكن الخبث فيه لقوله عليه السلام ان الذي حرم بيعها حرم شراءها وأكل ثمنها وفي التوكيل بشراء الخمر يملكها حكما فيخللها لانه منع عن الانتفاع بعينها وله أن يتصرف فيها على وجه يتوصل به الى الانتفاع بها كما اذا ورثها أو تخمر عصيره وعليه ثمنه يدفعه الى الوكيل لانتقال الملك اليه من جهته حكما فيلزمه البدل وان كان خنزيرا يسيبه وقولهما لا ولاية للموكل في هذا التصرف فكذا وكيله منقوض بمسائل منها ان رجلا لو توكل عن غيره بشراء عبد بعينه لا يملك أن يشتريه لنفسه فلو وكل من يشتريه له فاشتراه له ملكه ومنها اذا مات ذمي وخلف خمرا يأمر القاضي ذميا ببيعها وان لم يملك بيعها هو ومنها لو كان مسلم وصيا لذمي وللميت خمر يأمر الوصي المسلم ذميا ببيعها وان لم يملكه هو وأما نكاح المجوسية فلأن المسلم لا يملكها ابتداء ولا بقاء فلا يمكن اثباته له حكما لتصرفه بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولان المقصود من البيع الملك والمسلم أهل لملكهما والمقصود من النكاح الحل ولا يفيد الحل فيلغو قال (وأمة على أن يعتق المشتري أو يدبر أو يكاتب أو يستولد) أي لا يجوز بيع أمته على أن يفعل بها المشتري شيأ من هذه الاشياء لنهيه عليه السلام عن بيع وشرط والاصل فيه أن كل شرط لا يقتضيه العقد وهو غير ملائم له ولم يرد الشرع بجوازه ولم يجز التعامل فيه وفيه منفعة لاهل الاستحقاق مفسد لما روينا فان شرط فيه ما يقتضيه العقد كشرط الملك للمشتري أو شرط فيه الملائم للعقد كالرهن والكفالة جاز لانهما للتوثقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له اذا كان معلوما بأن كان الرهن والكفالة معينين أو شرطا فيه ما ورد الشرع بجوازه كالخيار والاجل أو شرط فيه ما جرى التعامل بين الناس كشراء النعل على أن يحذوها البائع أو يشركها أو شرط فيه ما لا منفعة فيه لاهل الاستحقاق وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والاجنبي لا يفسد البيع لورود الشرع به أو التعامل أو لكونه ملائما وما عدا ذلك من الشروط مفسد لما فيه من زيادة عرية عن العوض فيفضي الى الربا ولانه يقع بسببه المنازعة فيعرى العقد عن مقصوده لان المقصود من شرع الاسباب في المعاملات قطع النزاع ليختص به المباشر للسبب وقال الشافعي يجوز البيع بشرط الاعتاق وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لان بيع العبد نسمة متعارف في الوصايا وتفسيره ما قلنا ولنا انه لا يقتضيه العقد اذ هو يقتضي الاطلاق وأي تصرف شاء لا تصرفا معينا فاشتراط مثله فيه مفسد له كاشتراط التدبير والاستيلاد والكتابة فيه وتفسير بيع النسمة أن يبيعه ممن يعرف أنه يعتقه كما اذا باعه ممن يطلب رقبة للاعتاق عن كفارة أو نذر وقيل تفسيره أن يعده المشتري قبل الشراء ثم يشتريه من غير شرط في العقد ولو أعتقه المشتري جاز البيع عند أبي حنيفة رحمه الله و يجب عليه الثمن وقالا يجب عليه القيمة وهو القياس لان شرط الاعتاق مفسد فتحقيقه تقرير للفساد لا رفع له كسائر الشروط المفسدة فصار كما اذا

(قوله ثم يتصدق بثمن الخمر ان باعها الوكيل له الخ) قال الكمال وقد روي عن أبي حنيفة ان هذه الوكالة تكره أشد ما يكون من الكراهة وهي ليس الا كراهة التحريم فأي فائدة في الصحة اه (قوله منها أن رجلا لو توكل عن غيره بشراء عبد الخ) وفي الخبازية المريض مرض الموت لو باعه بما يتغابن في مثله وعليه ديون مستغرقة لا يجوز ومن وصيته يجوز ذلك بعد موته وكذا لا تبيع الام عروض الولد ووصيها يبيع العروض التي هي من ميراثها اه دراية وقد قالوا لا يجوز بيع العبد الآبق ويجوز التوكيل ببيعه اه سراج وهاج وقوله ويجوز التوكيل ببيعه ولا يبيعه الوكيل الا بشرط اه (قوله كاشتراط التدبير والاستيلاد الخ) قال الاتقاني رحمه الله قال في شرح الطحاوي اذا كان في الشرط منفعة للمعقود عليه وهو من أهل الخصومة نحو أن يبيع عبدا أو جارية بشرط أن لا يبيعه ولا يهبه ولا يخرجه عن ملكه فان هذا الشرط فيه منفعة للعبد لان تداول الايدي يشق على العبد والجارية وكذلك ان اشترط التدبير والاستيلاد أو شرط العتق فالبيع لا يجوز ولكن المشتري لو أعتقه لزمه الثمن في قول أبي حنيفة وعند صاحبيه تجب عليه القيمة وأجمعوا انه لو هلك في يده قبل الاعتاق لزمه القيمة وكذلك لو باعه من رجل أو وهبه لرجل وجبت عليه القيمة ثم وجوب الثمن علامة الجواز ووجوب القيمة علامة الفساد والحاصل عند أبي حنيفة أن العقد في الابتداء ينعقد على الفساد ثم ينقلب الى الجواز بالعتق وعندهما لا ينقلب وعليه القيمة الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي وقال في التحفة لو أعتقه قبل القبض لم ينفذ عتقه وان أعتقه بعد القبض عتق فانقلب البيع جائزا استحسانا في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ينقلب العقد جائزا اذا أعتقه حتى تجب عليه قيمة العبد وروي عن أبي حنيفة مثل قولهما كذا في التحفة اه (قوله ولو أعتقه المشتري جاز البيع) يعني لو باع عبدا بشرط أن يعتقه المشتري لا يجوز فلو أعتقه المشتري ينقلب البيع جائزا عند أبي حنيفة اه

(قوله فى المتن أو الاحملها) قال الاتقانى والاصل هنا ما قال فى شرح الطحاوى انه اذا استثنى من المعقود عليه ما يجوز افراد العقد عليه جاز البيع فى المستثنى منه واذا استثنى ما لا يجوز عليه العقد مفردا بطل البيع فى المستثنى منه بيانه أنه اذا قال بعت منك هذه الصبرة الاقفيزا منها بدرهم فالبيع جائز فى جميع الصبرة الاقفيزا فانه استثنى ما يجوز افراد العقد عليه لانه لو باع قفيزا من الصبرة يجوز ومثله لو قال بعت منك هذا القطيع من الغنم الاشاة منها بغير عينها بمائة درهم فالبيع فاسد لانه استثنى ما لا يجوز افراده بالعقد لانه لو باع شاة من الجملة بغير عينها لم يجز ولو قال بعت منك هذا القطيع الا هذه الشاة بعينها بمائة فالبيع جائز لانه استثنى ما يجوز افراده بالعقد وكذلك الحكم فى جميع العددى المتقارب والعددى غير المتقارب ولهذا لو باع حيوانا واستثنى ما فى بطنها لا يجوز البيع لانه استثنى ما لا يجوز افراد العقد عليه لان بيع ما فى البطن لا يجوز كذا فى شرح الطحاوى وانما لم يجز افراد العقد على ما فى البطن لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الحبل وقد مر اه (قوله لانه بمنزلة الاطراف) أى لانه متصل بالام جملة ألا ترى أنه يتغذى بغذائها وينقلب بانقلابها كسائر الاطراف فكان تبعا فى الدخول تحت العقد كالاطراف اه اتقانى (قوله والاستثناء كالبيع والاجارة) أى

أتلفه بوجه آخر وجه الاستحسان أن اشتراط الاعتاق من حيث ذاته لا يلائم العقد على ما بيناه ولكن من حيث حكمه يلائمه لانه منه الملك والشئ بانتهائه يتقرر فلوجود صورة الشرط قلنا يفسد فاذا تحقق العتق حكمنا بجوازه لتحقق الملاءمة وهو الانهاء فكان الحال قبله موقوفا بخلاف الاستيلاد والتدبير حيث لا يعود صحيحا بهما لانهما ليسا بمنهيين للملك وكذا اذا أتلفه بوجه آخر ولو باع جارية بشرط أن يطأها المشترى أو بشرط أن لا يطأها فسد البيع عند أبى حنيفة لان العقد لا يقتضيهما لان قضيته اطلاق الانتفاع لا الحجر منه ولا الالزام وقال أبو يوسف صح فى الاول لان العقد يقتضيه وفسد فى الثانى لانه لا يقتضيه وعند محمد صح فيهما لان الثانى ان لم يقتضه العقد فلا يرجع نفعه الى أحد فكان هذا شرطا لا مطالب له فلا يؤدى الى النزاع فلا يفسد قال (أو الاحملها) أى لا يجوز بيع أمة الاحملها لان ما لا يصح افراده بالعقد لا يصح استثناؤه منه والحمل لا يجوز افراده بالبيع فكذا استثناؤه لانه بمنزلة الاطراف فكان شرطا فاسدا وفيه منفعة للبائع فيفسد البيع ثم استثناء الحمل فى العقود على ثلاث مراتب فى وجه يفسد العقد والاستثناء كالبيع والاجارة والكتابة والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة غير أن المفسد فى الكتابة ما تمكن فى صلب العقد من الشروط أى ما يقوم به العقد حتى لو كاتب بشرط أن لا يخرج من البلد لا يفسد وله أن يخرج لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فى الحالين وفى وجه العقد جائز والاستثناء باطل كالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء ويكون الحمل تابعا للام فى هذه العقود ويصير هو حيث صارت هى وفى وجه يجوز العقد والاستثناء وهو الوصية حتى لو أوصى بجارية لانسان الاحملها صح وكذا لو أوصى بحملها لآخر صح لان الوصية أخت الميراث والميراث يجرى فيه فكذا الوصية بخلاف الخدمة وفى العتق يتبعها الحمل ولو أعتق الحمل وحده لصح قال (أو يستخدم البائع شهرا أو دارا على أن يسكن أو يقرض المشترى درهما أو يهدى له أو يسلمه الى كذا

كمن آجر داره على جارية الاحملها اه (قوله والكتابة) أى كاتب عبده على جارية الاحملها اه (قوله والرهن) أى رهن جاريته الاحملها اه (قوله ما تمكن فى صلب العقد) صلب العقد ما كان راجعا الى البدل والمبدل لان صلب الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع بالعوضين اه (قوله فلا يبطل العقد ويبطل الاستثناء) أى لان هذه العقود لا تبطل بالشروط الفاسدة اه هداية (قوله حتى لو أوصى بجارية لانسان الاحملها صح) أى وكان الحمل ميراثا والجارية وصية للموصى له اه (قوله بخلاف الخدمة) يعنى اذا قال أوصيت بهذه الجارية لفلان الا خدمتها لا يصح استثناء الخدمة بل يبطل حتى تكون الجارية وخدمتها جميعا للموصى له فان قلت يصح او افراد الخدمة بالعقد بان أوصى بخدمة هذه الجارية تصح الوصية فيصح استثناؤها أيضا وأجيب بان هذا عكس القاعدة لا طردها فلا يلزمنا ولئن سلم فالوصية غير عقد اه ألا ترى أن القبول يصح من الموصى له بعد موت الموصى فلو كانت عقدا لم يصح لان العقد لا يصح الا بين اثنين وكذلك يدخل الموصى به فى ملك ورثة الموصى له بلا قبول اذا مات الموصى ثم مات الموصى له قبل القبول اه غاية وكتب ما نصه قال فى الهداية بخلاف ما اذا استثنى خدمتها لان الميراث لا يجرى فيها لانها منفعة وانما يصح الارث فى الاعيان اه (قوله أو يقرض المشترى درهما) قال الولوالجى فى فتاواه ولو قال بعتك هذه الدار بالف على أن يقرضنى فلان الاجنبى عشرة دراهم فقبل المشترى ذلك البيع لا يفسد البيع لانه لا يلزم العشرة الاجنبى لانه لو لزمه انما تلزمه اما بطريق الضمان على المشترى أو بطريق الزيادة فى الثمن لا وجه الى الاول لان هذه العشرة ليست فى ذمة المشترى فكيف يتحملها الكفيل ولا وجه الى الثانى لانه لم يقل على أنى ضامن فاذا لم تلزم الاجنبى لا يفسد البيع ولا خيار للبائع لان الخيار لو ثبت انما يثبت اذا لم يسلم له ما شرط فى البيع على المشترى وهنا قد سلم له ما شرط فى

أوثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قيصا) لان هذه الشروط لا يقتضيها العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط فهو اجارة مشروطة فى بيع وان لم يكن بمقابلته شئ فهو اعارة مشروطة فيه ونهى النبى صلى الله عليه وسلم عن صفقة فى صفقة ولان الاجل يختص بالديون لانه شرع للترفيه حتى يتمكن من التحصيل به دون الاعيان اذ هى حاصلة متعينة بالعقد فلا حاجة فيها الى التأجيل فيكون اشتراطه مفسدا له قال (وصح بيع نعل على أن يحذوه أو يشركه) وقال زفر رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان فيه شرطا لا يقتضيه العقد وجه الاستحسان أن الناس تعاملوه وبمثله يترك القياس ولهذا أجزنا الاستصناع واستئجار الصباغ والظئر والحمام وان كانت اجارة على استهلاك الاعيان قال (لا البيع الى النيروز والمهرجان وصوم النصارى وفطر اليهود ان لم يدر المتعاقدان ذلك) يعنى لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة فتفضى الى المنازعة وقالوا اذا باع الى فطر النصارى بعد ما شرعوا فى صومهم جاز لان مدة صومهم بالايام وهى معلومة قال (والى قدوم الحاج والحصاد والقطاف والدياس) أى لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها تتقدم وتتأخر فتكون مجهولة وهذا لان هذه الاشياء أفعال العباد فتثبت بحسب ما يبدولهم والآجال شرعت بالاوقات قال الله تعالى يسئلونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس وكذا الى الجزاز لما ذكرنا وهو جز الصوف وكذا الى الجذاذ وهو بالذال المعجمة عام فى قطع الثمار وبالمهملة خاص فى النخل والحصاد بفتح الحاء وكسرها قطع الزرع ومثله القطاف وقرئ بهما فى قوله تعالى وآتوا حقه يوم حصاده والقطاف قطع العنب من الكرم والدياس أن يوطئ الطعام الدواب قال (ولو كفل الى هذه الاوقات صح) لان هذه جهالة يسيرة وهى متحملة فى الكفالة لكونها تبرعا فيجرى التسامح فيها بخلاف البيع فانه مبادلة المال بالمال فيكون مبناه على المماكسة والمضايقة فاذا كانت يسيرة أمكن دفعها باقصاها بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح لان الكفالة تشبه النذر ابتداء لكونها التزاما محضا

البيع على المشترى اهـ غاية (قوله أوثوبا على أن يقطعه) قال الكمال قوله ومن اشترى ثوبا على أن يقطعه البائع ويخيطه قيصا أوقباء فالبيع فاسد باجماع الائمة الاربعة لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين ولانه يصير صفقتين فى صفقة على ما مر من امتناع الصفقتين فى صفقة الا أن هذا على تقدير واحد وهو كون الخياطة يقابلها شئ من الثمن فهو شرط اجارة فى بيع وما تقدم كان كذلك على ذلك التقدير وعلى تقدير عدم المقابلة يكون اعارة فى بيع اهـ وكتب ما نصه وقال فى الفتاوى الصغرى اذا قال لآخر بع عبدك من فلان على أن الثمن علىّ والعبد لفلان حكى عن أبى الحسن الكرخى أنه يجوز لكن هذا خلاف ظاهر الرواية واستبعده أبو بكر الجصاص اهـ غاية (قوله ولانه ان كان بعض الثمن بمقابلة العمل المشروط) أى وهو استخدام البائع المبيع وسكناه فيها اهـ (قوله ولان الاجل يختص بالديون) هذا تعليل لقوله أو يسلم الى كذا يعنى لو باع عينا على أن لا يسلمها اياها الى رأس الشهر فالبيع فاسد اهـ قال الاتقانى واحترز بالعين عن المبيع اذا كان دينا كالمسلم فيه فان الاجل فيه صحيح اهـ (قوله حتى يتمكن من التحصيل) أى بخلاف المبيع العين فانه معين حاضر فلا فائدة فى الزامه تأخير تسليمه اذ فائدته الاستحصال به وهو حاصل فيكون اضرارا بالبائع من غير نفع للمشترى اهـ كمال (قوله فى المتن وصح بيع نعل الخ) قدمشى القدورى على أن البيع فاسد قال صاحب الهداية ما ذكره يعنى القدورى جواب القياس اهـ وكتب ما نصه قال الكمال المراد اشترى أديما على أن يجعله البائع نعلا له فاطلق عليه اسم النعل باعتبار أوله اليه ويمكن أن يراد حقيقته أى نعل رجل واحدة على أن يحذوها أى يجعل معها مثالا آخر ليتم نعلا للرجلين ومنه حذوت النعل بالنعل أى قدرته بمثال قطعته ويدل عليه قوله أو يشركه فجعله مقابلا لقوله نعلا ولا معنى لان يشترى أديما على أن يجعل له شراكا فلا بد أن يريد حقيقة النعل اهـ (قوله ولهذا أجزنا الاستصناع) أى مع انه بيع المعدوم اهـ فتح (قوله فى المتن لا البيع الى النيروز والمهرجان) قال الكمال هو يوم فى طرف الربيع وأصله نوروز عرب وقد تكلم به عمر رضى الله عنه فقال كل يوم لنا نوروز حين كان الكفار يتبجحون به والمهرجان يوم فى طرف الخريف معرب مهركان وقيل هما عيدان للمجوس اهـ (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال لانها مجهولة) أى عندهما ومعرفة غيرهما لا تعتبر لان الاجل حق لهما فاذا عرف ذلك جاز لارتفاع الجهالة لانه معلوم عندهما اهـ غاية (قوله وهى معلومة) أى وهو خمسة وخمسون يوما اهـ فتح (قوله لا يجوز البيع الى هذه الآجال) أى لجهالة الاجل وعلى هذا التعليل أن المراد بالمؤجل هنا هو الثمن لا المبيع لان مجرد تأجيل المبيع مفسد ولو كان الى أجل معلوم فلا يناسب تعليل فساد تأجيل المبيع لجهالة الاجل قاله الكمال ثم قال واعلم أن كون التأجيل فى الثمن يصح اذا كان الاجل معلوما هو فى الثمن الدين أما لو كان الثمن عينا فيفسد البيع بالاجل للمعنى الذى ذكرناه مفسدا لتأجيل المبيع اهـ والدياس وأصله الدواس بالواو لانه من الدوس قلبت الواو ياء لكسرة قبلها اهـ كمال (قوله المماكسة) المماكسة استنقاص الثمن اهـ فتح (قوله بخلاف ما اذا كانت فاحشة كالكفالة الى هبوب الريح) قال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير ولو كفل الى هذه الاوقات يجوز لان الكفالة عقد تبرع ومبنى التبرع

من غير أن يقابله شيء وفي النذر تتحمل الجهالة وان كانت فاحشة وهي معاوضة انتهاء باعتبار الرجوع على المكفول عنه ولا تتحمل الجهالة في المعاوضات وان كانت يسيرة فعملنا بالشبهين في الحالين ألا ترى أن الجهالة في الكفالة تتحمل في أصل الدين حتى لو تكفل بما ذاب له على فلان صح فبالوصف وهو الاجل أولى بخلاف البيع حتى لا يصح بثمن مجهول أصلا فكذا في وصفه قال (ولو أسقط الاجل قبل حلوله صح) أي لو باع الى هذه الآجال ثم أسقط المشترى الآجال قبل أن يأخذ الناس في الحصاد والدياس وقبل قدوم الحاج جاز البيع وقال زفر والشافعي رحمه الله لا يجوز لان العقد انعقد فاسدا فلا ينقلب صحيحا باسقاط المفسد كما اذا أسقط الدرهم الزائد عن بيع الدرهم بالدرهمين وكما اذا تزوج امرأة الى عشرة أيام ثم أسقط الاجل ولنا أن المفسد شرط خارج عن صلب العقد وهو يسير ولهذا اختلف الصحابة فيه فينقلب صحيحا عند ازالته أو نقول انعقد موقوفا فبالاسقاط تبين انه كان جائزا على ما قاله مشايخنا هو الصحيح لان فساده باعتبار أنه يفضي الى المنازعة وقبل مجيئه لا منازعة فلا يفسد والاول قول مشايخ العراق وعلى هذا الخلاف كل عقد ينقلب صحيحا بازالة المفسد ينعقد فاسدا عندهم وموقوفا عند مشايخنا بخلاف الدرهم الزائد لان الفساد فيه في صلب العقد لانه في أحد العوضين وبخلاف الاجل في النكاح لانه عقد غير النكاح وهو المتعة والعقد لا ينقلب عقدا آخر وقوله ولو أسقط الاجل قبل حلوله أي لو أسقطه من له الحق فيه وهو المشترى لان الاجل حقه فينفرد باسقاطه ولا يشترط فيه التراضي وقول القدوري في مختصره فان تراضيا باسقاط الاجل وقع اتفاقا لا مخرج الشرط لان رضا من له الحق يكفي ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز لانه تأجيل الدين والجهالة في تأجيل الدين متحملة لخلو العقد عن المفسد بخلاف ما اذا كانت في العقد لان الجهالة مقارنة له فيفسد قال (ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة بطل البيع فيهما وان جمع بين عبد ومدبر أو بين عبده وعبد غيره أو بين ملك ووقف صح في القن وعبده والملك) أما الاول فالمذكور على اطلاقه قول أبي حنيفة وعندهما ان بين ثمن كل واحد منهما جاز في العبد والذكية والا فلا لانه اذا بين ثمنهما صارا صفقتين فيتقدر الفساد بقدر المفسد بخلاف ما اذا لم يسم لكل واحد ثمنا لانه يبقى بيعا بالحصة ابتداء وهو لا يجوز وله أن الصفقة متحدة فلا يمكن وصفها بالصحة والفساد فتبطل وهذا لان الحر والميتة لا يدخلان في العقد لعدم شرطه وهو المالية فيكون قبول العقد في الحر والميتة شرطا لجواز العقد في العبد والذكية فيبطل وأما الثاني فهو قول علمائنا الثلاثة وقال زفر لا يصح لان محل العقد المجموع ولا يتصور ذلك لانتفاء المحلية في المدبر ونحوه كام الولد والمكاتب وقد جعل قبول العقد فيه شرطا لصحة العقد في المال فيفسد كالفصل الاول والفرق بين الفصلين لابي حنيفة مطلقا ولهما اذا لم يفصل الثمن أن المدبر ونحوه يدخل تحت البيع ثم ينقض في حقه فينقسم الثمن عليهما حالة البقاء وهو غير مفسد وفي الفصل الاول الحر ونحوه لا يدخل في البيع أصلا فلو جاز البيع فيما ضم اليه لكان بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة الثمن عند العقد بخلاف النكاح حيث يجوز نكاح المحللة فيما اذا ضم اليها المحرمة فعقد عليهما جملة لان النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة ولا بجهالة المهر فيكون صحيحا والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع أن القاضي لو قضى

على السامع قوله ولهذا صحت الكفالة بالمجهول بان قال ما ذاب لك على فلان فعلي فجهالة الاجل فيما اذا كانت يسيرة متعسرة قوة لا تمنع صحة الاجل ولو كانت غير مستدركة كالكفالة الى هبوب الريح أو الى أن تمطر السماء صحت الكفالة ولا يصح الاجل ويكون حالا اه غاية (قوله لانه في أحد العوضين) وروى علاء الدين العالم في طريقة الخلاف في أول كتاب البيوع أن بيع الدرهم بالدرهمين والقفيز بالقفيزين فاسد مفيد للملك عند اتصال القبض به كالبيع بثمن مجهول والبيع الى أجل مجهول اه غاية (قوله ولو باع مطلقا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات جاز) قال الكمال بخلاف ما اذا باع مطلقا أي عن ذكر الاجل حتى انعقد صحيحا ثم أجل الثمن الى هذه الاوقات فانه يجوز التأجيل بعد الصحة كالكفالة تتحمل الجهالة اليسيرة لانه حينئذ تأجيل دين من الديون بخلافه في صلب العقد لانه يبطل بالشرط الفاسد وقبول هذه الآجال شرط فاسد اه (قوله في المتن ومن جمع بين حر وعبد أو بين شاة ذكية وميتة الخ) قال صاحب الهداية ومتروك التسمية عامدا كالميتة اه فان قلت متروك التسمية عامدا مجتهد فيه لانه يحل عند الشافعي فكان ينبغي أن يكون حكمه كالمدبر قلت ذلك المجتهد لم يعتبر اجتهادا لكونه مخالفا النص كتاب الله وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه فكان متروك التسمية كالميتة اه اتقاني (قوله ولهما أن الصفقة متحدة) أي بدليل انه لا يملك بجواز القبض في أحدهما دون الآخر اه غاية (قوله وأما الثاني الخ) يريد بالثاني ما اذا جمع بين عبد ومدبر لا ما اذا جمع بين عبده وعبد غيره فانه لا خلاف لزفر فيه فكان على الشارح أن يفصل لكنه أخذ عبارة الهداية وفيها ما فيها اه (قوله والدليل على أن المدبر وأم الولد والمكاتب وعبد الغير يدخل في البيع) اعلم أن بيع المدبر وأم الولد لا يجوز عندنا وقد مر بيانه في أول هذا الباب أما اذا قضى

القاضى بجواز بيع المدبر نفـذ قضاؤه لان قضاء القاضى ينفـذ اذا لم يكن ثمة نص أو اجماع بخـلافه أما اذا قضى القاضى بجواز بيع أم الولد فهل ينفذ أم لا وهذه المسئلة كانت مختلفا فيها فى الصـدر الاول وكان عمر رضى الله عنـه لا يجيز بيعها وكان على يجيز بيعها ثم أجمع التابعون على عدم جواز البيع فيها فاذا قضى القاضى بعد ذلك بجواز بيعها هل يقع ذلك فى موضع الاجماع أو فى موضع الخـلاف وذلك بناء على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخـلاف السابق أم لا فعند البعض لا يرفع الخلاف السابق ولا ينعقد هـذا الاجماع وعندنا ينعقد هذا الاجماع و يرتفع الخـلاف السابق وقد استدل صاحب التقويم على هذا بقوله وقد روى محمد بن الحسن عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وقد اختلف فيها الصـدر الاول لان الخلف بعدهـم أجمعوا على انه لا يجوز ولو بقى قول الماضى معتبرا كأنه حى لنفذ قضاء القاضى بما اختلف فيه الفقهاء الى هنا لفظ التقويم وقال فى فصول الاستروشنى وفى القضاء بجواز بيع أم الولد روايات وأظهرها أنه لا ينفذ وفى قضاء الجامع أنه يتوقف عـلى امضاء قاض آخر ان أمضى ذلك القاضى نفـذ وان أبطل بطل وهذا أوجه الاقاويل الى هنا لفـظ الفصول اهـ اتقانى (قوله وقـد روى محمد بن الحسن عنهم) أى عن أبى حنيفة وأصحابه اهـ

﴿فصـــل﴾ لما ذكر البيع الفاسد ذكر حكمه عقبه لان حكم الشئ أثره وأثر الشئ يتبعـه وجودا فكذا تبعـه ذكرا طلبا للمناسبة اهـ غاية (قوله وكل من عوضيه مال ملك المبيع الخ) ومعـلوم اذا لم يكن فيـه خيـار شرط لان ما فيـه من الصحيح لا علك بالقبض فكيف بالفاسد ولا يخـفى أن لزوم القيمـة عينا انما هو بعـد هـلاك المبيع فى يده أما مع قيامه فى يده فالواجب رده بعينه اهـ كمال (قوله لانه قبله لا يفيد الملك) أى بالاتفاق اهـ غاية (قوله والمراد به اذنه) ثم الاذن قـد يكون صريحا وقد يكون دلالة فالاول كما اذا قبضـه المشترى باذن البائع صريحا بان يأمره بالقبض سواء قبضه بحضرته أو غيبته والثانى كما اذا قبض المشـترى عقيب البيع ولم يوجد النهى من البائع فيملكه أيضا كما اذا وجد الاذن صريحا استحسانا اهـ اتقانى (قوله والبيع مع نفى الثمن) فى رواية قال الولوالجى فى فتاواه اذا باع بغـير ثمن فيه روايتان فى رواية ينعقد وفى رواية لا ينعقد وأجمعوا أنه اذا سكت عن ذكر الثمن ينعقد الى هنا لفظـه رحمه الله وقال فى الايضاح لو باعـه وسكت عن ذكر الثمن فالبيع ينعقد و يثبت الملك اذا اتصل به القبض لان مقتضى البيع يقتضى المعاوضـة بالقيمـة فاذا سكت عن الثمن كان عوضـه قيمته فيصـير كانه قال بعت بالقيمة وهكذا جميع البيعات الفاسدة تكون مضمونة بالقيمة بخلاف ما اذا قال بعت بغير ثمن لانه لما نفى الثمن لم يمكن اثبات المعاوضة بمقتضى البيع لانه لا عبرة للمقتضى مع التصريح بخلافه واذا لم تثبت المعاوضـة لم يكن بيعا وقال فى التحفة لو قال بعت منك هذا العبد ولم يذكر الثمن ينعقد البيع بالقيمـة

بجواز بيع المدبر وأم الولد ينفـذ وفى المكاتب ينفـذ برضاه فى الاصح وفى عبـد الغير باجازة مولاه ولولا أنهـم مال ولم يدخلوا فى العـقد لما نفذ كما فى الحـر والميتة وانما يخـرجون من العقد بعـد الدخول لاستحقاقهم أنفسهم فى المدبر وأم الولد والمكاتب وفى عبـد الغير لاجـل مولاه فلا يكون بيعا بالحصـة ابتداء بل فى حالة البقاء فلا يفسـد وفيما اذا جمع بين ملك ووقف روايتان فى رواية يفسـد فى الملك لان البيع لا ينعـقد على الوقف لانه صار محررا عن الملك والتملك فصار كما لو جمع بين حر وعبـد ذكره الفقيه أبو الليث فى نوازله والاصح أنه يجوز فى الملك لان الوقف مال ولهذا ينتفع به انتفاع الاموال غير أنه لا يباع لاجـل حق تعلق به وذلك لا يوجب فساد العقد فيما ضم اليه كالمدبر ونحوه بخلاف المسجد حيث يبطل العـقد فيما ضم اليـه لانه ليس بمال ولهذا لا ينتفع به انتفاع الاموال فصار كالحر ولو باع قرية ولم يستثن المساجـد والمقابر لم يصح لما ذكرنا وقال فى المحيـط قيـل يصح فى الملك وهو الاصح لان البيع ينعقد على الوقف لانه مال متقوم ألا ترى أنه يضمن بالاتلاف وهـذا مشكل فان المسجـد كالحر على ما بينا فكيف يجوز البيع فيما ضم اليه ولا سبيل لهذا الا اذا جعـل استثناء المساجد فيكون كانه باعه غـير مواضع المساجد والله أعلم

﴿فصـــل﴾ (قبض المشترى المبيع فى البيع الفاسد بامر البائع وكل من عوضيه مال ملك المبيع بقيمته) معناه انه اذا قبضه ملكه ولزمه قيمته اذا كان القبض بامر البائع وفى العـقد عوضان وكل واحد منهما مال ذكر فى القبض لانه قبله لا يفيد الملك وذكر البيع الفاسد احترازا عن الباطل فانه لا يفيد الملك وشرط أن يكون القبض بامر البائع والمراد به اذنه لانه بغـير اذنه لا يفيد الملك على ما عرف ولا بد له من اذن صريح بعـد الافتراق وقبـله فى المجلس يكتفى بالدلالة لان البيع تسليط منـه على القبض اذ مراده أن يملك المشترى ولا يكون ذلك الا بالقبض فكان ذلك تسليطا منه عليـه كما فى الهبة بخلاف البيع الصحيح فان الايجاب فيـه لا يكون تسليطا منـه على القبض لان مقصوده وهو التمليك يحصل بدونه فـلا حاجة الى اثباته هـذا اذا لم يقبض البائع الثمن أو قبضـه وهو مما لا يملك بالقبض كالخمر والخـنزير وان كان مما يملك به وقبضـه كان اذنا منه بالقبض دلالة فلا يحتاج فيـه الى التصريح به وان كان بعد المجلس وشرط أن يكون فى العـقد عوضان كل واحـد منهما مال ليتحقق ركن البيع وهو مبادلة المال بالمال ليخرج عنـه البيع بالميتة ونحوه والبيع مع نفى الثمن فى رواية بخـلاف البيع مع السكوت حيث ينعقد فاسدا

وقوله ملك المبيع بقيمته يعني قيمته يوم القبض لانه به دخل في ضمانه وعند محمد تعتبر قيمته يوم أتلفه لانه به يتقرر عليه اذا كان المبيع من ذوات القيم وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله اذ هو الاعدل لكونه مثلا له صورة ومعنى فلا يعدل عنه مع امكانه كما في الغصب وهذا على قول مشايخ بلخ وقال مشايخ العراق لا يملك العين وانما يملك فيها التصرف خاصة بحكم تسليط البائع عليه استدلالا بما قال محمد رحمه الله وانما جاز بيعه لان البائع سلطه على ذلك وقال أيضا من اشترى دارا شراء فاسدا فلا شفعة للشفيع فيها ولو ملكها المشتري لاخذها الشفيع وكذا لو اشترى جارية لا يحل له وطؤها ولو وطئها يجب عليه العقر اذا رفع الفساد وردها الى البائع ولو ملكها لحل ولم يجب العقر لمصادفته ملكه كالامة الموهوبة يحل له وطؤها ولا يجب عليه العقر اذا رجع الواهب فيها وكذا لو ربح المشتري فيها لا يطيب له الربح ولو ملكها لطاب وكذا لا يحل له أكل طعام اشتراه شراء فاسدا ولو ملكه لحل وجه القول الاول وهو الاصح أن الاب أو وصيه لو باع عبد الصغير بيعا فاسدا فاعتقه المشتري نفذ عتقه وكان الولاء له ولو لم يملكه لما عتق لان الاب والوصي لا يملكان الاعتاق ولا تسليط عليه وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا فبيعت بجنبها دار أخذها المشتري بالشفعة ولو لم يملكها لما استحق الشفعة وكذا لو اشترى جارية وردها على البائع يجب عليه الاستبراء ولو لم تخرج عن ملكه لما وجب وانما لم تحل له التصرفات من الوطء والاكل ولم تجب الشفعة فيها لان الاشتغال بالوطء ونحوه اعراض عن الرد وهو واجب شرعا وفي قضاء القاضي بالشفعة تأكيد الفساد وتقريره وما ذكره محمد رحمه الله من التسليط لا يدل على انه لا يملكه اذ المشتري يتصرف في المبيع بتسليط البائع بسبب تمليكه اياه وقال الشافعي رحمه الله لا يملك بالفاسد العين ولا التصرف وان قبضه لانه محظور لكونه منهيا عنه والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة لكونه ذريعة الى قضاء المآرب ووسيلة الى تحصيل المطالب فلا يناط به اذ لا يلائمه والملاءمة شرط بين الاثر والمؤثر ولان النهي نسخ للمشروعية للتضاد بين كونه مشروعا وبين كونه منهيا عنه لان النهي يقتضي قبحه والمشروعية تقتضي حسنه وبينهما تناف فكان باطلا ألا ترى أنه لا يفيده قبل القبض وبه تزداد

ولو قال بعت منك هذا العبد بقيمته فكذلك وقال صاحب الايضاح لو قال أبيعك بالكعبة أو بالريح لم يملك بالقبض لانه لم يسم مالا اهـ اتقاني (قوله ملك المبيع بقيمته الخ) ولو زادت قيمته في يده فاتلفه لانه انما دخل في ضمانه بالقبض فلا يتغير كالغصب اهـ كمال (قوله وان كان من ذوات الامثال ملكه بمثله الخ) قال الكمال ومنها أي ذوات الامثال العدديات المتقاربة ثم قال والقول في القيمة والمثل قول المشتري لانه الضامن فالقول له في القدر والبينة فيه بينة البائع اهـ (قوله كما في الغصب) أي وانما لم يلزم الثمن حتى لا يلزم تقرير البيع الفاسد اهـ اتقاني (قوله لا يحل له وطؤها) عزاه الاتقاني الى شرح الطحاوي ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني يكره الوطء ولا يحرم كذا في الفتاوى الصغرى فعلى هذا يحمل على عدم الطيب ما ذكره في شرح الطحاوي من عدم الحل اهـ (قوله ولو ملكه لحل) قال الفقيه أبو الليث هذا ليس بصحيح بل المشتري يملك عين المبيع في قول علمائنا اهـ اتقاني (قوله وكذا لو اشترى دارا شراء فاسدا) أي وقبضها اهـ اتقاني (قوله وكذا لو اشترى جارية) أي فقبضها اهـ اتقاني (قوله وانما لم تحل له التصرفات من الوطء والاكل) قال الاتقاني نقلا عن الفقيه أبي الليث وانما لم يجز للمشتري أن يطأها لانه وجب عليه ردها كيلا يكون مصرا على المعصية فاشتغاله بالوطء اعراض عن الرد فلهذا المعنى لم يجز وطؤها الا لعدم الملك وانما لم تجب فيها الشفعة لان حق البائع لم ينقطع عنها اهـ (قوله والنهي يقتضي التحريم والملك نعمة الخ) قال الكمال رحمه الله قوله نعمة الملك لا تنال بالمحظور قلنا ممنوع بل ما وضعه الشرع سببا لحكم اذا نهي عنه على وضع خاص ففعل مع ذلك الوضع رأينا من الشرع أنه أثبت حكمه وأتمه أصله الطلاق وضعه لازالة العصمة ونهي عنه بوضع خاص وهو ما اذا كانت المرأة حائضا ثم رأيناه أثبت حكم طلاق الحائض فازال به العصمة حتى أمر ابن عمر بالمراجعة دفعا للمعصية بالقدر الممكن وأتم المطلق فصار هذا أصلا في كل سبب شرعي نهي عن مباشرته الحرمة على الوجه الفلاني اذا بوشر معه يثبت حكمه ويقضي به اهـ (قوله ولان النهي نسخ للمشروعية) يعني يفيد انتفاءها مع الوصف فنقول ما تريد بانتفاء مشروعية السبب كونه لم يؤذن فيه مع ذلك الوصف أو كونه لا يفيد حكمه ان أردت الاول سلمناه ومنعنا أنه مع ذلك لا يفيد حكمه مع الوصف المقتضي للنهي كما أريناك من الشرع وان أردت الثاني فهو محل النزاع وهو حينئذ مصادرة حيث جعلت محل النزاع جزء الدليل لا يقال فلا فائدة للنهي حينئذ لان فائدته التحريم والتأثيم وهو موضع للنهي فانه للتحريم أو لكراهة التحريم انما كان ظني الثبوت وهذا بخلاف ما اذا لم يكن الثابت ركن العقد بأن لم يكن مالا بان عقد على الخمر أو الميتة لعدم الركن فلم يوجد السبب أصلا فلا يفيد الملك فوضعنا الاصطلاح على الفاسد والباطل باعتبار اختلاف حكمهما تمييزا فسمينا ما لا يفيد حكمه باطلا وما يفيده فاسدا أخذا من مناسبة لغوية تقدمت أول باب البيع الفاسد ولا خفاء في حسن هذا التقرير ان شاء الله تعالى وكفايته اهـ وكتب ما نصه والمراد أن النهي يتضمن انتفاء المشروعية ولهذا أي كونه غير مشروع لا يفيد الملك قبل القبض ولو كان مشروعا لثبت قبله كما في

البيع الصحيح اهـ كمال (قوله فصار كالميتة) أى البيع بالخمر والخنزير كالبيع بالميتة أو الدم أو بيع الخمر بالدراهم اهـ اتقانى (قوله وانا ان ركن البيع صـدر من أهله الخ) ولنا أن عائشة رضى الله عنها اشترت بريرة وشرطت الولاء لمولاها وقبضتها فاعتقتها فأجازها النبى صلى الله عليه وسلم وأمضى البيع فلو لم يصح البيع لم يجز رسول الله صلى الله عليه وسلم اعتاقها ولان البيع بالخمر والخنزير منعقد لوجود الركن من الاهل مضافا الى المحل أما الركن فقد حصل لوجود مبادلة المال بالمال وأما الاهل فلان العاقد حر عاقل بالغ وأما المحل فلان المبيع والثمن مال من وجه لميلان طباع الناس الى الخمر والخنزير غير أنه ليس بمتقوم لاهانة الشرع فلما كان الثمن مالا من وجه دون وجه لم يبطل البيع بل فسد فكان أصل البيع منعقدا واشترط القبض لاثبات الملك لان السبب وجد ضعيفا فصار كالهبة وانما النهى ورد لا لمعنى فى عين المبيع بل لمعنى فى غيره مجاور ولم يكتب المحشى (قوله وفيه الكلام) أى الكلام مفروض فيما اذا كان فى العقد عوضان هما مالان اهـ كمال (قوله والنهى عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا) قال الكمال رحمه الله فاما قول المصنف رحمه الله وغيره من المشايخ النهى يقرر المشروعية لاقتضائه التصور يريدون أن النهى عن الامر الشرعى يقرر مشروعيته لان النهى عن الشئ يقتضى تصور المنهى عنه والا لم يكن للنهى فائدة فليس بذاك لان كونه يقتضى تصور المنهى عنه يعنى امكان فعله مع الوصف المثير للنهى لا يفيد لانه اذا فعل هذا المتصور يقع غير مشروع وان أرادوا تصورا شرعيا أى مأذونا فيه شرعا فممنوع فان قالوا نريد تصوره مشروعا باصله لا مع هذا الوصف الذى هو مثير النهى قلنا سلمناه ولكن الثابت فى صورة النهى هو المقرون بالوصف فهو غير مشروع معه والمشروع وهو أصله بمعنى البيع مطلقا عن ذلك الوصف غير الثابت هنا فلا فائدة فى هذا الكلام أصلا اذ نسلم انه مشروع بأصله أعنى ما لم يقرن بالوصف وهو مفقود فلا يجدى شيأ وحينئذ فقوله فنفس البيع مشروع وبه تنال نعمة الملك يقال عليه ماتريد بنفس البيع الذى ليس فيه الوصف الذى هو متعلق النهى أو ما فيه ان قلت الذى ليس فيه سلمناه وبه تنال نعمة الملك لكن الثابت البيع الذى ليس كذلك وهو ما فيه الوصف المثير للنهى فلا تنال به نعمة الملك فيحتاج الى ماقررناه من منع أن السبب اذا كان مع النهى لا يفيد الملك الى آخر ماذكرنا وأما قوله انما المحظور ما يجاوره كما فى البيع وقت النداء فالمراد أن يجمع بين ما نحن فيه وبين البيع وقت النداء فى ثبوت الملك عند عدم كون النهى لعين المنهى عنه كما اذا كان مع عدم ثبوت الركن والا فالنهى للمجاور يفيد الكراهة لا الحظر والنهى للوصف اللازم كما نحن فيه يفيد الحظر الا أنى أقول وبالله التوفيق مع ذلك ان الخمر والخنزير ليسا بمال فى شريعتنا فان الشارع أهانهما بكل وجه حتى لعن حاملها ومعتصرها مع أنها مفقودة حال الاعتصار بل الموجود حينئذ نية أن يصير خمرا وبائعها وآكل ثمنها وهى مال فى شرع أهل الكتاب على زعمهم وحيث أمرنا أن نتركهم وما يدينون فقد أمرنا باعتبار بيعهم اياها وبيعهم بها فاذا كان أحد العوضين خمرا أو خنزيرا فى بيع المسلم فهو باطل لا يفيد الملك فى البدل الآخر وان كان ثمنا وان كان فى بيعهم فصحيح والله أعلم اهـ (قوله وظهر أثر القوة) أى أثر قوة الاتصال اهـ (قوله لا يفيد الملك الا بالقبض) صفة للنكرة قبله وهو فاسد اهـ

الحرمة والفساد فانى يثبت له الملك فيه فصار كالميتة وبيع الخمر بالدراهم ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فوجب القول بانعقاده ولا خفاء فى الاهلية والمحلية وركنه مبادلة المال بالمال وفيه الكلام والنهى عن الافعال الشرعية يقرر المشروعية عندنا بخلاف النهى عن الافعال الحسية لان النهى يقتضى التصور ولهذا لا يقال للاعمى لا تبصر ولا للانسان لا تتطر لعدم التصور منه فاذا كان من شروطه التصور فتصور الافعال الشرعية بالشرع فاذا لم تكن مشروعة لم تكن متصورة فيبطل النهى اذ حقيقة النهى تصرف فى المكلف بالمنع مع قيام المنهى عنه وهو المحل على حاله فاقتضى وجوده ووجوده بالشرع فصارت مشروعة ضرورة صحة النهى والافعال الحسية متصورة بذاتها فلا ضرورة الى جعلها مشروعة وهذا بخلاف النسخ فانه تصرف فى المحل بازالته من غير تعرض للمكلف فكانا فى طرفى نقيض فلا يمكن حمل أحدهما على الآخر وتحقيق هذا أن النهى عن العقود الشرعية لا يخرجها من أن تكون مشروعة وانما يحرم مباشرتها أو تحصيل الحكم بذلك السبب مع بقائه سببا له عندنا كما اذا كان النهى لمعنى فى غيره كالبيع عند أذان الجمعة فانه مشروع على حاله مفيد لحكمه غير أنه محظور ولا يقال البيع عند الاذان منهى عنه لغيره وفيما نحن فيه لمعنى فى نفسه فلا يقاس عليه ما ليس فى معناه لانا نقول النهى فيهما لمعنى فى غيره لكن ذلك الغير فى المستشهد به منفصل عنه مجاور له وفيما نحن فيه متصل به وصفا فكان النهى فيهما لمعنى فى غيره ألا ترى أنه لولا الشرط لجاز العقد غاية الامر أن الوصف أقوى اتصالا من المجاورة وذلك لا يوجب عدم المشروعية فكان مشروعا بذاته غير مشروع بوصفه وظهر أثر القوة فى انعقاده فاسدا لا يفيد الملك الا بالقبض وهذا لانه لو أوجب الملك قبله لثبت بلا عوض اذ المسمى لا يجب للفساد وضمان القيمة لا يجب الا بالقبض ولانه واجب الرفع بعد القبض للفساد المتصل به فوجوب الامتناع عن المطالبة أولى وذلك لعدم الملك ولان ثبوت الملك به قبل القبض يؤدى الى تقرير الفساد من

(قوله لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض) أى فيكون الفسخ قبل القبض امتناعا من الحكم اه اتقانى (قوله بأن كان راجعا الى أحد البدلين) اذ صلة الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقيام البيع هو بالعوضين اه (قوله فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ) أى بحضرة صاحبه عندهما وعند أبى يوسف ينفسخ بحضرة صاحبه وبغير حضرته نظيره بيع درهم بدرهمين وبيع ثوب بخمر اه اتقانى (قوله وان كان الفساد) أى غير قوى بان كان ذلك الخ اه اتقانى (قوله فى المتن الا أن يبيع المشترى أو يهب الخ) قال القدورى فى مختصره فان باع المقبوض باذن البائع المشترى شراء فاسدا نفذ وليس للبائع الاول الاسترداد قال أبو جعفر الطحاوى فى مختصره فان أخرجه ببيع أو تمليك منه اياه غيره جاز ما فعل من ذلك وكان عليه قيمته يوم قبضه لبائعه وجملة القول فيه ما قاله فى شرح الطحاوى بقوله ولو تصرف فيه المشترى ببيع أو صدقة أو هبة أو أخرجه المشترى من ملكه بوجه من الوجوه صح تصرفه اذا كان تصرفه بعد ما قبضه باذن البائع وليس للبائع ابطاله وعلى المشترى القيمة أو المثل ان كان مثليا ويطيب ذلك الملك الثانى لانه ملك بعقد صحيح بخلاف المشترى الاول لانه لا يحل له ولا يطيب لانه ملكه بعقد فاسد بخلاف ما اذا دخل دار الحرب (٦٤) بأمان فأخذ مال حربى بغير طيب نفسه فأخرجه الى دار الاسلام ملكه ولكن لا يطيب له ويفتى بالرد ولا يقضى به ولو باعه صح بيعه ولا يطيب أيضا للمشترى كما لا يطيب للاول بخلاف البيع الفاسد أو لو كان المبيع عبدا فأعتقه المشترى أو دبره صح عتقه وتدبيره وكذلك لو كانت جارية واستولدها صارت أم ولده ويغرم القيمة ولا يغرم العقر فى رواية كتاب البيوع واحدى الروايتين فى كتاب الشرب وفى رواية أخرى فى كتاب الشرب عليه العقر ولو كاتب صحت الكتابة وليس للبائع ابطاله ولكنه اذا أدى الكتابة عتق وتقرر على المشترى ضمان القيمة فان عجز ورد رقيقا ينظر ان كان العجز قبل أن يقضى بالقيمة على المشترى رد العبد على البائع وان كان بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل للبائع على العبد وكذلك لو كان المشترى رهن وغناء المبيع صح الرهن وليس للبائع ابطاله وان فكه المشترى قبل أن يقضى عليه بالقيمة فانه يرد على البائع وان فكه بعد ما قضى عليه بالقيمة فلا سبيل له على البائع وان آجره المشترى صحت الاجارة غير أنه للبائع أن يبطل الاجارة ويسترد المبيع لان الاجارة مما تفسخ بالعذر وفساد البيع صار عذرا فى فسخ الاجارة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى وينبغى لك أن تعلم أن تصرف المشترى وان كان نافذا يكره وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لان الفسخ مستحق حقا لله تعالى لان عدم الفساد واجب والتصرف فيه تقرير الفساد اه (قوله والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع) قال فى التحفة ولو زوجها من انسان بعد القبض فان النكاح لا يمنع الفسخ والنكاح بحاله لانه زوجها وهى مملوكة له ثم قال فيه ولو أوصى بالعبد المبيع بيعا فاسدا فانه يفسخ لان الوصية مما يحتمل الرجوع ولو مات الموصى قبل الفسخ يسقط الفسخ لان الملك انتقل الى الموصى له فصار كالبيع ولو مات المشترى شراء فاسدا فورثه البائع فللبائع حق الفسخ وكذا للورثة لان الوارث يقوم مقام المورث فى حق الفسخ ولهذا يرد بالعيب بخلاف الموصى له اه غاية

حيث ان كلا منهما يجب عليه تسليم ملك غيره وبالقبض يتقرر العقد وقوله وبينهما تناف قلنا لا تنافى اذا جعل مشروعا من وجه دون وجه على ما بينا والميتة ليست بمال فى حق أحد فانعدم الشرط واذا باع الخمر بالدراهم فقد جعلها ثمنا وهى لا تجب بالعقد فلو انعقد لوجبت قيمتها لتعذر تسليمها والقيمة لا تصلح مثمنا وانما تكون ثمنا اذ لا عهد لنا فى الشرع أن تكون القيمة مبيعا فى صورة من البياعات قال رحمه الله (ولكل منهما فسخه) يعنى على كل واحد منهما فسخه لان رفع الفساد واجب عليهما واللام تكون بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أى فعليها ويتمكن كل واحد منهما من الفسخ قبل القبض بعلم صاحبه لان البيع الفاسد لا يفيد الملك قبل القبض فكان بمنزلة البيع الذى فيه الخيار فكان كل واحد منهما بسبيل من فسخه من غير رضا الآخر لكنه يتوقف على علمه لان فيه الزام الفسخ له فلا يلزمه بدون علمه وأما بعد القبض فان كان الفساد فى صلب العقد بأن كان راجعا الى أحد البدلين كالبيع بالخمر أو الخنزير فكذلك ينفرد أحدهما بالفسخ لقوة الفساد وان كان الفساد بشرط زائد بأن باع الى أجل مجهول أو غيره مما فيه منفعة لاحد المتعاقدين يكون لمن له منفعة الشرط الفسخ دون الآخر عند محمد لان منفعة الشرط اذا كانت عائدة اليه كان قادرا على تصحيحه بحذف الشرط فكان فى حقه بمنزلة الصحيح لقدرته عليه فلو فسخ الآخر لابطل حقه عليه وعندهما لكل منهما فسخه لانه مستحق النقض حقا للشرع فانتفى اللزوم عن العقد ومن له النفع قادر على تصحيحه بالحذف أو الكلام على ما قبل التصحيح فيفسخه بعلم صاحبه فى الكل وعند أبى يوسف لا يشترط علمه قال (الا أن يبيع المشترى أو يهب أو يحرر أو يبنى) أى اذا تصرف فيه هذه التصرفات ليس لواحد منهما أن يفسخ لان المشترى ملك المبيع بالقبض فينفذ فيه تصرفاته كلها وينقطع به حق البائع فى الاسترداد سواء كان تصرفا يقبل الفسخ أو لا يقبله الا الاجارة والنكاح فانهما لا يقطعان حق البائع فى الاسترداد لان الاجارة عقد ضعيف يفسخ بالاعذار وفساد الشراء عذر فيفسخ والنكاح لا يمنع فسخ البيع فيفسخ ويرد على البائع والنكاح على حاله وما عداهما من التصرفات يقطع حق الاسترداد لانه تعلق به حق العبد والفسخ حق الشرع وما اجتمع حق الله وحق العبد الا وقد غلب حق العبد لحاجته

(قوله ولان تصرف المشترى قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض) فان قلت هذا المعنى وهو التسليط وجد قبل بيع المشترى أيضا ومع هذا لكل واحد من المتعاقدين فسخه اعداما للفساد فانتقضت العلة اذا قلت معناه حصل بتسليط من جهة البائع وقد تعلق به حق الثالث فبطل السؤال اه غاية (قوله لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين) أى وعليه الاستبراء لان بالرجوع والقبض استحدث ملك الوطء اه آخر بيوع فتاوى الولوالجى اه (قوله وبالرد بالعيب) أى قبل القبض أو بعده بقضاء لان (٦٥) به يعود قديم الملك لا بغيره اه (قوله

وغناء الله بخلاف حق الشفعة حيث ينتقض فيه تصرف المشترى لانه حق العبد فكان أولى بالشفعة ولانه بالعتق قد هلك فيجب قيمته والبيع الثانى مشروع بأصله ووصفه والاول مشروع بأصله دون وصفه فكان الثانى أولى بالاعتبار وكذا الهبة مشروعة بأصلها ووصفها فكانت أولى ولان تصرف المشترى قد حصل بتسليط البائع فلا ينتقض بخلاف الشفيع حيث ينقض تصرف المشترى لعدم التسليط منه والكتابة والرهن نظير البيع لانهما لازمان الا أنه اذا عجز المكاتب أو فك الرهن يعود حق الاسترداد لزوال المانع وكذا لو رجع فى الهبة عاد حق الاسترداد سواء كان بقضاء أو بغير قضاء لانه يعود اليه قديم ملكه فى الوجهين وبالرد بالعيب يعود حق الاسترداد لما ذكرنا وهذا كله اذا عاد المبيع الى ملك المشترى بما يكون فسخا قبل قضاء القاضى بالقيمة على المشترى وان كان بعده لا يعود حق الاسترداد لانه قد تم لزوم القيمة بقضاء القاضى فلا ينتقض قضاؤه بعد ذلك كالعبد المغصوب اذا أبق ثم عاد بعد ما قضى على الغاصب بالقيمة وتعلق حق الوارث به لا يمنع حق الاسترداد لان ملك الوارث خلافه فكان فى حكم عين ما كان للمورث ولهذا يرد بالعيب فيما اذا اشتراه المورث ويرد عليه بخلاف ملك الموصى له على ما عرف فى موضعه وقوله أو يبنى أى ينقطع حق الاسترداد ببناء المشترى فى العقار المشترى شراء فاسدا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما لا ينقطع وعلى هذا الخلاف الغرس لهما أن حق البائع فى الاسترداد أقوى من حق الشفيع فى الاخذ حتى يحتاج فى الاخذ بالشفعة الى القضاء وتبطل بالتأخير ولا تورث بخلاف حق البائع ثم حق الشفعة مع ضعفه لا يبطل بالبناء والغرس فهذا أولى وله أن البناء والغرس حصل بتسليط البائع وهو مما يقصد به الدوام فينقطع حقه فى الاسترداد كالبيع بخلاف حق الشفيع لانه لم يوجد منه التسليط ولهذا لا يسقط ببيع المشترى وهبته فكذا بناؤه وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة ونص محمد رحمه الله أن للشفيع أن يأخذ العقار المشترى شراء فاسدا بالشفعة اذا بنى المشترى فيه عنده والبيع الفاسد لا يجب فيه الشفعة ما دام حق الاسترداد باقيا فلما وجبت فيه الشفعة عنده علم أن حق البائع فى الاسترداد قد انقطع عنده وهذا ظاهر فاذا أخذه الشفيع يأخذه بالقيمة كما اذا باعه المشترى فانه يأخذه بالقيمة ان اختار الاخذ بالبيع الاول ونقض الثانى وان شاء أخذه بالبيع الثانى بثمنه لانه بيع صحيح فأمكن ايجاب ثمنه فاذا أخذه هنا بالشفعة نقض البناء والغرس كما يفعل فى البيع الصحيح ولا يقال اذا نقض المشترى البناء عاد حق الاسترداد لزوال المانع لانا نقول ينقضه بعد ما دخل فى ملكه وملكه مانع من الاسترداد ثم الاصل فيه أن المشترى متى فعل بالمبيع فعلا ينقطع به حق المالك فى الغصب ينقطع به حق البائع فى الاسترداد كما اذا كان حنطة فطحنها ولو صبغ الثوب روى عن محمد أن البائع بالخيار ان شاء أخذه وأعطى ما زاد فيه الصبغ وان شاء ضمنه قيمته كما فى الغصب قال (وله أن يمنع المبيع عن البائع حتى يأخذ الثمن منه) يعنى اذا تفاسخا بعد قبض العوضين كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يرد البائع الثمن الذى قبضه لان المبيع مقابل به فيصير محبوسا به كالرهن وأقرب منه المبيع وان مات البائع فالمشترى أحق به حتى يستوفى الثمن لانه يقدم عليه حال حياته فكذا يقدم على تجهيزه بعد وفاته وعلى هذا أرباب الديون والورثة وعلى هذا لو

أو يبنى) لفظ محمد فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل باع رجلا دارا بيعا فاسدا فقبضها المشترى فبنى فيها قال ليس للبائع أخذها ولكنه يأخذ قيمتها ثم شك فى هذه المسئلة بعد ذلك وقال يعقوب ومحمد ينقض البناء وترد الدار على صاحبها الى هنا لفظ محمد قال الكرخى فى مختصره ان كان المبيع أرضا فبنى فيها المشترى فهذا استهلاك عند أبى حنيفة وليس للبائع نقض البيع وقال أبو يوسف ومحمد للبائع نقض البيع اه (قوله أقوى من حق الشفيع) أى فى الشراء الصحيح اه اتقانى (قوله وشك يعقوب فى حفظ الرواية عن أبى حنيفة) قالوا فى شروح الجامع الصغير وأما شك يعقوب فى الرواية فالمراد أنه سمع منه أم لا حتى قال مشايخنا الاختلاف فيه ولكن ذكر الخلاف فى كتاب الشفعة وغيره من غير شك وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله وهذه هى المسئلة

السادسة التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبى حنيفة انه يأخذ قيمتها وانما رويت لك أن ينقض البناء وقال محمد بل رويت لى أنه يأخذ قيمتها اه غاية (قوله فيصير محبوسا به كالرهن) أى لكنه يفارقه من وجه آخر وهو أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير وهنا المبيع مضمون بجميع قيمته كما فى العصمة اه أكمل (قوله وان مات البائع فالمشترى أحق به) أى الذى الجارية فى يده اه غاية (قوله لانه يقدم عليه حال حياته) أى ولو مات المشترى فالبائع أحق بمالية المبيع من غرماء المشترى فان فضل شئ يصرف الى الغرماء اه خلاصة (قوله وعلى هذا أرباب الديون والورثة) أى يقدم المشترى عليه اه

(قوله فهو أحق بما فى يده) أى المشترى وأخواه اهـ (قوله له أن يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة) أى الدين الذى جعله أجرة اهـ (قوله بخلاف الصحيح) يعنى لو كان البيع صحيحا أو الاجارة صحيحة ثم انفسخ العقد بينهما بوجه كان للمشترى أن يحبس المبيع حتى يستوفى الدين الذى كان له على البائع اهـ عمادى (قوله فى المتن وطاب للبائع ما ربح الخ) قال الاتقانى رحمه الله وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل اشترى من رجل جارية بيعا فاسدا بألف درهم وتقابضا وربح كل منهما فيما قبض قال يتصدق الذى قبض الجارية بالربح ويطيب الربح للذى قبض الدراهم وهو لفظ محمد والاصل فيه أن المال نوعان نوع لا يتعين فى العقود كالدراهم والدنانير ونوع يتعين كغير الدراهم والدنانير والمراد من عدم التعين فى حق الاستحقاق أما فى حق القدر والجنس والوصف فيتعينان والخبث وهو عدم الطيب أيضا نوعان أحدهما باعتبار عدم الملك كما فى المغصوب والوديعة يوجب حقيقة الخبث فيما يتعين ويوجب شبهة الخبث فيما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد لان ما لا يتعين بالتعيين لا يتعلق العقد به بل يتعلق بما فى الذمة وانما هو وسيلة من وجه فيوجب شبهة الخبث والشبهة معتبرة فلا جرم أن عدم الطيب لعدم الملك فى المالين جميعا أعنى فيما يتعين وفيما لا يتعين والخبث لفساد الملك يورث الشبهة فيما يتعين لان الخبث لفساد الملك أدنى من الخبث لعدم الملك ويورث شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذى أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذى أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هى شبهة الشبهة فيما لا يتعين وشبهة الشبهة ليست بمعتبرة فلهذا يتصدق الذى أخذ الجارية بالربح لوجود شبهة الخبث ولم يتصدق الذى أخذ الدراهم بالربح لعدم الخبث حقيقة وشبهة وانما هى شبهة الشبهة فلا تعتبر (قوله لو اشترى شيأ يتعين بالتعيين) كالجارية والعبد والفرس اهـ (قوله كالدراهم والدنانير) أى وتقابضا فباع المشترى الجارية واشترى البائع بالثمن شيأ اهـ (قوله ولا يتعلق العقد الثانى) أى فى الشراء الثانى اهـ

استأجر اجارة فاسدة ونقد الاجرة أو ارتهن رهنا فاسدا أو أقرض قرضا فاسدا وأخذ به رهنا له أن يحبس ما استأجر وما ارتهن حتى يقبض ما نقد اعتبارا بالعقد الجائز اذا تفاسخا لانها معاوضة فتوجب التسوية بين البدلين فان مات المؤجر أو الراهن أو المستقرض فهو أحق بما فى يده من المقبوض من سائر الغرماء ولو اشترى من مديونه عبدا بدين سابق له عليه شراء فاسدا وقبض العبد باذن البائع فأراد البائع استرداد العبد بحكم الفساد ليس للمشترى أن يحبس العبد لاستيفاء ماله عليه من الدين بخلاف الصحيح وكذا لو كانت الاجارة بدين سابق عليها وقبض المستأجر العبد ثم فسخ المؤجر الاجارة بحكم الفساد له أن يسترد العبد قبل ايفاء الاجرة وليس للمستأجر الحبس بالاجرة بخلاف الصحيح وكذا الرهن الفاسد لو كان بدين سابق عليه قال (وطاب للبائع ما ربح لا للمشترى) أى لو اشترى شيأ يتعين بالتعيين بما لا يتعين كالدراهم والدنانير وربح كل واحد منهما طاب للبائع ما ربح فى الثمن ولم يطب للمشترى ما ربح فى المبيع لان العقد يتعلق بما يتعين فيتمكن الخبث فيه ولا يتعلق العقد الثانى بما لا يتعين بل يجب مثله فى الذمة فلم يتمكن الخبث فيه فلا يجب التصدق به هذا فى الخبث لفساد الملك وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب والامانات اذا خان فيها المؤتمن فانه يشمل ما يتعين وما لا يتعين عند أبى حنيفة ومحمد لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة وفيما لا يتعين شبهة من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقرير الثمن وعند فساد الملك تنقلب الحقيقة شبهة فتعتبر والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر قضاء فالحاصل أن الاموال نوعان ما يتعين بالعقد وما لا يتعين والحرمة نوعان حرمة لعدم الملك وحرمة لفساده وقد ذكرناهما فتأمله وهل يتعين رد المقبوض من الثمن بعينه فى البيع الفاسد أم لا قيل يتعين لانه قبض مضمون بالمثل فصار كالغصب وقيل لا يتعين لانه ملكه بالقبض فصار كالو ملكه بالعقد كما فى البيع الصحيح والاول أصح وهو رواية أبى سليمان

والثانى

(قوله وان كان الخبث لعدم الملك كالمغصوب) أى بأن غصب شيأ وباعه بعد ضمان قيمته فربح فيه أو غصب دراهم وأدى ضمانها واشترى بها شيأ وباعه وربح فيه اهـ أك (قوله لتعلق العقد بملك الغير فيما يتعين حقيقة) أى فيتمكن فيه حقيقة الخبث وفيما لا يتعين تتمكن شبهة الخبث من حيث انه يتعلق به سلامة المبيع بأن نقد من الدراهم المغصوبة أو تقدير الثمن بأن أشار الى الدراهم المغصوبة ونقد من غيرها فصار ملك الغير وسيلة الى الربح من وجه فيتمكن فيه شبهة الخبث أما الخبث لفساد الملك فيعمل فيما يتعين لا فيما لا يتعين لان فساد الملك دون عدم الملك فتنقلب حقيقة الخبث فيما يتعين ثمة شبهة هنا فتعتبر وشبهة الخبث فيما لا يتعين ثمة تنقلب شبهة الشبهة هنا فلا تعتبر بالحديث وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الربا والريبة أى الشبهة اهـ (قوله من حيث انه يتعلق بملك الغير سلامة المبيع وتقرير الثمن) أى بأن يشير الى الدراهم المغصوبة وينقد من غيرها اهـ اتقانى (قوله والشبهة تنزل الى شبهة الشبهة فلا تعتبر) اذ لو اعتبرت شبهة الشبهة لاعتبر ما دونها فيؤدى ذلك الى سد باب التجارة وهو مفتوح اهـ (قوله والاول أصح وهو رواية أبى سليمان) قال الاتقانى رحمه الله وقال فخر الدين قاضيخان فى شرحه للجامع الصغير فان كان البائع استهلك الثمن يرد مثله لان المقبوض بالبيع الفاسد مضمون بالمثل ان كان مثليا وأما اذا كان الثمن الذى أخذه البائع قائما فهل يتعين للرد فيه روايتان فى رواية كتاب الصرف

والثانى رواية أبى حفص وقيل على هذا لا يطيب له ماربح فى الثمن عندهما كما فى المغصوب قال (ولو ادعى على آخر دراهم فقضاه اياها ثم تصادقا أنه لاشئ له عليه طاب ربحه) أى ربحه فى الدراهم لان الخبث لفساد الملك هنا لان الدين وجب بتصادقهما أولا فملكه ثم استحق بالتصادق أنه لادين عليه وبدل المستحق مملوك ألا ترى أنه لو باع عبدا بجارية فأعتقه المشترى ثم استحقت الجارية لا يبطل العتق فى العبد ولولا أنه مملوك لبطل لانه لاعتق فيما لايملك ابن آدم وكذا لو حلف لا يفارق غريمه حتى يستوفى منه دينه فباعه عبد الغير بالدين فقبضه الحالف وفارقه ثم استحق العبد مولاه ولم يجز البيع لا يحنث الحالف لان المدين ملك مافى ذمته بالبيع وهو بدل المستحق فلا يحنث الحالف بالاستحقاق فاذا كان مملوكا وهو بسبب خبيث لكونه مملوكا بملك الغير لايعمل فيما لايتعين ويعمل فيما يتعين على ما بينا من قبل قال (وكره النجش والسوم على سوم غيره) والنجش بفتحتين وروى بالسكون وهو أن يستام السلعة بأزيد من ثمنها وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره فيقع فيه وانما كره لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه عليه السلام نهى عن النجش وعن أبى هريرة رضى الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يبيع حاضر لباد وأن يتناجشوا رواهما أحمد ومسلم والبخارى وقال عليه السلام لا يخطب الرجل على خطبة أخيه ولا يسوم على سوم غيره وفى لفظ لا يبيع الرجل على بيع أخيه ولا يخطب على خطبة أخيه رواه أحمد ومسلم والبخارى والمراد بالبيع الشراء وروى أحمد عن ابن عمر انه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم ولا يخطب على خطبة أخيه الا أن يأذن له وروى النسائى أنه عليه السلام قال لا يبيع أحدكم على بيع أخيه حتى يبتاع أو يذر ولان فى ذلك ايحاشا واضرارا به فيكره وانما يكره النجش فيما اذا كان الراغب فى السلعة يطلبها بثمن مثلها وأما اذا طلبها بدون ثمنها فلا بأس بان يزيد الى أن تبلغ قيمتها وكذا السوم انما يكره فيما اذا جنح قلب البائع الى البيع بالثمن الذى سماه المشترى وأما اذا لم يجنح قلبه ولم يرضه فلا بأس لغيره أن يشتريه بأزيد لان هذا بيع من يزيد وقد قال أنس انه عليه السلام باع قدحا وحلسا فيمن يزيد رواه أحمد والترمذى ولانه بيع الفقراء والحاجة

يتعين والمذهب فخر الاسلام والصدر الشهيد وذلك لان البيع الفاسد فى حكم النقض والاسترداد كالغصب وفى رواية لا يتعين كما فى البيع الجائز قال علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف والمختار عدم التعيين يعنى فى العقود الفاسدة اهـ فقوله والمختار عدم التعيين مخالف لما ذكره الزيلعى من التصحيح (قوله وقيل على هذا لا يطيب له ماربح فى الثمن عندهما) قال العتابى فى شرح الجامع الكبير قال محمد قال أبو حنيفة كل مال يأخذه من صاحبه بطيبة من نفسه بحكم عقد فاسد وربح فيه يطيب له الربح يريد به الدراهم والدنانير لانها لا تتعين للرد بحكم الفساد فى بعض الروايات مثاله اذا اشترى ألف درهم بمائة دينار الى سنة حتى فسد الصرف فقبض الدراهم وربح فيها طاب له الربح ولو كان الالف غصبا لم يطب لانعدام الملك وعند أبى يوسف يطيب لان عنده شرط الطيب الضمان وقد وجد اهـ اتقانى (قوله فى المتن ولو ادعى على آخر دراهم الخ) صورة المسئلة فى الجامع الصغير وكذلك لو أن رجلا قال لرجل لى عليك ألف درهم فاقضها فقضاه اياها ثم تصادقا أنه لم يكن وقد تصرف فيها وربح فالربح يطيب له ذلك لان الدين يثبت من حيث التسمية لان المدعى ادعاه فقضاه المدعى عليه فكان الربح حاصلا فى ملكه فاذا تصادقا بعد ذلك على عدم الدين كانت الدراهم المقبوضة بمنزلة بدل المستحق وبدل المستحق مملوك ملكا فاسدا والخبث لفساد الملك لا أثر له فيما لا يتعين لانه شبهة الشبهة فلهذا طاب له الربح ولم يجب التصدق به اهـ غاية (قوله وبدل المستحق) أى والمستحق هو الدين والبدل الدراهم المقبوضة اهـ غاية (قوله مملوكا) أى ملكا فاسدا اهـ (قوله فى المتن وكره النجش والسوم الخ) قيل لما كان المكروه أدنى درجة من الفساد ولكنه شعبة من شعب الفساد ألحقه بالفساد وأخره عنه اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى والمعنى فى كراهية النجش الغرور والخداع اهـ (قوله وهو لا يريد شراءها بل ليراه غيره) قال فى شرح الصحيح النجش أن يزيد الرجل فى ثمن السلعة وهو لا يريد شراءها ولكن ليسمعه غيره فيزيد لزيادته اهـ اتقانى (قوله وقال عليه الصلاة والسلام لا يخطب الرجل الخ) قال الاتقانى قوله لا يستام ولا يخطب نفى أريد به النهى لاشتراكهما فى دلالتهما على العدم ولم يرد حقيقة النفى لانه قد يوجد حسا فحينئذ يلزم الخلف فى خبر الشارع واختيار صيغة النفى لكونه أبلغ من النهى كما أن اخبار الشارع أبلغ من الامر اهـ (قوله فلا بأس بان يزيد الى أن يبلغ قيمتها) أى وان لم يكن له رغبة فيها اهـ غاية (قوله باع قدحا وحلسا) قال فى الجمهرة الحلس كساء يطرح على ظهر البعير أو الحمار والجمع أحلاس وحلوس اهـ غاية وكتب ما نصه روى الترمذى من حديث أنس رضى الله عنه قال أتى رجل من الانصار يسأل رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أما فى بيتك شئ قال بلى حلس نلبس بعضه ونبسط بعضه وقعب نشرب فيه الماء فقال ائتنى بهما فأتاه بهما فأخذهما صلى الله عليه وسلم وقال من يشترى هذين قال رجل أنا آخذهما بدرهم قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من يزيد على درهم قالها مرتين أو ثلاثا قال رجل أنا آخذهما بدرهمين فأعطاهما اياه وأخذ الدرهمين فأعطاهما الرجل وقال اشتر بأحدهما طعاما فانبذه الى أهلك واشتر بالآخر قدوما فأتنى به فأتى به فشد فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم عودا بيده ثم قال اذهب فاحتطب وبع ولا أرينك خمسة عشر يوما ففعل ثم جاء وقد أصاب عشرة دراهم فاشترى

بعضها أو باع بعضها طعاما فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم هذا خير لك من أن تجيء المسألة نكتة في وجهك يوم القيامة ان المسألة لا تحل الا لذي فقر مدقع أو لذي غرم مفظع أو لذي دم موجع اهـ تجريد الاصول للبارزي قوله قعب القعب القصعة اهـ (قوله في المتن وتلقي الجلب) بمعنى المجلوب اهـ اتقاني قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي في بيان تلقي الجلب وصورته أن واحدا من المصر أخبر بمجيء قافلة عظيمة وأهل المصر في قحط وجدب فتلقى ذلك الواحد ويشتري منهم جميع ما يمتارون ويدخل المصر ويبيعه على ما يريد من الثمن ولو تركهم فأدخلوا ميرتهم بأنفسهم وباعوها من أهل المصر بتفرقة توسع أهل المصر بذلك فاذا كان الامر كما وصفنا فهو مكروه وان كان أهل المصر لا يتضررون بذلك فلا يكره وقال بعضهم صورته أن يلتقيه رجل من أهل المصر فيشتري منهم بأرخص من سعر المصر وهم لا يعلمون سعر المصر فالشراء جائز في الحكم ولكنه مكروه لانه غرر سواء استضر به أهل المصر أو لم يستضروا به اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ولا يبيع حاضر لباد) الحاضر المقيم في المدن والقرى والبادي المقيم بالبادية والنهي عنه أن يأتي البدوي البلدة ومعه قوت يبغي التسارع الى بيعه رخيصا فيقول له الحضري اتركه عندي لأغالي في بيعه فهذا الصنيع محرم لما فيه من الاضرار بالغير وهذا اذا كانت السلعة مما تعم الحاجة اليها كالاقوات فان كانت لا تعم أو كثر القوت واستغني عنه ففي التحريم تردد اهـ ابن الاثير رحمه الله (قوله وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس) قال في شرح الطحاوي ان الرجل اذا كان له طعام وأهل المصر في قحط وهو لا يبيعه من أهل المصر حتى يتوسعوا ولكن يبيعه من أهل البادية بثمن غال وأهل المصر يتضررون فلا يجوز وان كانوا لا يتضررون فلا بأس ببيعه منهم والى هذه الصورة ذهب صاحب الهداية وقيل أن يتوكل المصري من البدوي لمغالاة السعر فيكره ذلك اذا كان أهل المصر يتضررون بذلك اهـ اتقاني (قوله فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب) أي وهذا قريب من تفسير ابن عباس رضي الله عنهما اهـ (قوله في المتن والبيع عند أذان الجمعة الخ) نهي عن البيع عند الاذان وأقل أحوال النهي الكراهة اهـ

ماسة اليه وكذا النهي عن الخطبة محمول على ما بعد الاتفاق والتراضي قال (وتلقي الجلب) أي كره تلقي المجلوب وصورته أن واحدا من أهل المصر يتلقى الميرة فيشتري منهم ثم يبيعه بما شاء من الثمن وانما كره لقول ابن مسعود رضي الله عنه انه عليه السلام نهى عن تلقي البيوع رواه أحمد والبخاري ومسلم وعن أبي هريرة رضي الله عنه أنه عليه السلام نهى أن يتلقى الجلب الحديث رواه أحمد والبخاري ومسلم وغيرهم من أئمة الحديث هذا اذا كان يضر بأهل البلد بأن كانوا في قحط وان كان لا يضرهم فلا بأس به الا اذا لبس السعر على الواردين قال رحمه الله (وبيع الحاضر للبادي) لما روى عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تلقوا الركبان ولا يبيع حاضر لباد فقيل لابن عباس ما قوله لا يبيع حاضر لباد قال لا يكون له سمسارا رواه البخاري ومسلم وأحمد وغيرهم وعن جابر أنه عليه السلام قال لا يبيع حاضر لباد دعوا الناس يرزق الله بعضهم من بعض رواه مسلم وأحمد وأبو داود وغيرهم وقال أنس رضي الله عنه نهينا أن يبيع حاضر لباد وان كان أخاه لابيه وأمه رواه البخاري وأحمد ومسلم وقال ابن عمر رضي الله عنهما نهى النبي صلى الله عليه وسلم أن يبيع حاضر لباد رواه البخاري والنسائي وتفسيره ما ذكرنا عن ابن عباس رضي الله عنهما وفي الهداية هذا اذا كان أهل البلد في قحط وعوز وهو يبيع من أهل البلد طمعا في الثمن الغالي لما فيه من الاضرار بهم وأما اذا لم يكن كذلك فلا بأس به لانعدام الضرر وفي شرح المختار هو أن يجلب البادي السلعة فيأخذها الحاضر ليبيعها له بعد وقت بأغلى من السعر الموجود وقت الجلب قال (والبيع عند أذان الجمعة) لقوله تعالى وذروا البيع ولان فيه اخلالا بالواجب على بعض الوجوه وهو السعي بأن قعد للبيع أو وقف له وذكر في النهاية أنهما اذا تبايعا وهما يمشيان فلا بأس به وعزاه الى أصول الفقه لابي اليسر وهذا مشكل لان الله تعالى قد نهى عن البيع مطلقا فمن أطلقه في بعض الوجوه يكون تخصيصا وهو نسخ فلا يجوز بالرأي والاذان المعتبر في تحريم البيع هو الاول اذا وقع بعد الزوال على المختار وقد بيناه في كتاب الصلاة قال (لا بيع من يزيد) أي لا يكره بيع من يزيد وقد بيناه قال رحمه الله (ولا يفرق بين صغير وذي رحم محرم منه) سواء كان الآخر صغيرا مثله أو كبيرا لقوله عليه السلام من فرق بين والدة وولدها فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة رواه أحمد والترمذي وعن علي رضي الله عنه أنه قال أمرني النبي صلى الله عليه وسلم أن أبيع غلامين أخوين فبعتهما وفرقت بينهما فذكرت ذلك له فقال أدركهما فارتجعهما ولا تبعهما الا جميعا رواه أحمد وفي رواية وهب لي النبي صلى الله عليه وسلم غلامين أخوين فبعت أحدهما فقال لي ما فعل غلامك فأخبرته فقال لي رده رده رواه الترمذي وابن ماجه وعن أبي موسى قال لعن رسول الله صلى الله عليه وسلم من فرق بين الوالد وولده وبين الاخ وأخيه رواه ابن ماجه والدارقطني وعن علي رضي الله عنه أنه فرق بين جارية وولدها فنهاه النبي صلى الله عليه وسلم عن ذلك ورد البيع رواه أبو داود والدارقطني ولان الصغير يستأنس بالصغير والكبير يتعاهده ويشفق عليه ويقوم بحوائجه باعتبار الشفقة الناشئة من قرب القرابة وفي التفريق بينهما ايحاش الصغير وترك المرحمة عليه

وقال

وقال عليه السلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا ولا بد من اجتماعهما في ملكه حتى لو كان أحدهما له والآخر لابنه الصغير له أن يبيع أحدهما لان الملك متفرق فلا يتناوله النهي عن التفريق ثم المنع معلول بالقرابة المحرمة للنكاح حتى لا يدخل فيه قريب غير محرم ولا محرم غير قريب ولو كان التفريق بحق مستحق عليه لا يكره كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين ورده بالعيب لان المنع عن التفريق لدفع الضرر عن الصغير فلا يمكن من دفع الضرر عنه على وجه يلحق الضرر بغيره وهو المولى وهذا لانه يتضرر بالزامه الفداء لولي الجناية والزامه انقيمة للغرماء والزامه المعيب من غير اختياره وكذا لا بأس بالتفريق اذا تعذر اخراج أحدهما بالتدبير أو الاستيلاد أو الكتابة لما ذكرنا وله أن يعتق أحدهما وان كان فيه تفريق لانه أنفع له من ابقائه على الرق ولانه ليس بتفريق معنى لان الحر يقدر أن يدور معه حيث دار وكذا له أن يبيع أحدهما ممن حلف بعتقه ان اشتراه أو ملكه لما ذكرنا في الاعتاق ولو كان الولد مسلما وأمه كافرة بأن أسلم أبوه وتبعه فيه ومولاهما كافر يؤمر ببيع الولد وحده لانه خير له من ابقائه في ذل الكافر وفي النهاية هذا كله اذا كان المالك مسلما حرا كان أو مكاتبا أو مأذونا له في التجارة وأما اذا كان كافرا فلا يكره التفريق لان ما فيه من الكفر أعظم والكفار غير مخاطبين بالشرائع ولو كان الصغير قريبان مستويان في القرب فان اختلفت جهة قرابتهما له لا يفرق ولا يباع واحد منهما دونهما وذلك مثل الاب والام وأخت لاب وأخت لام أو لابوين بأن ادعاه رجلان معا أو عمه وخاله لان لكل واحد منهما شفقة ليس للآخر وله بكل واحد منهما استئناس خلاف الاستئناس بالآخر وان اتحدت جهة قرابتهما كالاخوين أو الخالين أو العمين لاب وأم أو لاب أو لام يكتفي بأحدهما معه لان حق الصغير مرعي به فيبيعه أو يتركه مع الواحد منهما لانه يستأنس به ويقوم بحوائجه وان كان أحدهما أقرب من الآخر كما لو كان مع الام أو الجدة عمه أو خاله أو أحد الاخوة أو الاخوات أو كان مع الاخت لاب وأم أخت لاب أو لام لا يعتد بالابعد لان شفقته مع شفقة الاقرب كالمعدوم ونفذ البيع في الكل لان النهي لغيره وهو ما فيه من ايحاش الصغير أو الاضرار بأهل البلد أو بالواردين اذا لبس السعر عليهم ونحو ذلك على ما بينا فلا يوجب الفساد وعن أبي يوسف أنه يفسد البيع في قرابة الولاد ويجوز في غيره وعنه أنه يفسد في الجميع لما روينا أنه عليه السلام رد البيع في الولاد وأمر بالرد في غيره وهو لا يكون الا في الفاسد ولهما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فينفذ والنهي لمعنى مجاور له غير متصل به فلا يوجب الفساد كالبيع عند الاذان وكشراء ما استامه غيره والمروي محمول على الاقالة أو على بيع الآخر ممن باع منه أحدهما قال (بخلاف الكبيرين والزوجين) حيث يجوز تفريقهما لان النص ورد على خلاف القياس في القرابة المحرمة للنكاح اذا كان صغيرا فلا يلحق به غيره لان الكبيرين أو الزوجين وان كانا صغيرين ليسا في معنى المنصوص عليه وذكر سلمة بن الاكوع رضي الله عنه أنهم أصابوا من فزارة سبيا وفيه امرأة ومعها ابنتها فنفله أبو بكر ابنتها وكان عليهم أميرا فلما قدموا المدينة قال له رسول الله صلى الله عليه وسلم يا سلمة هب لي المرأة فذكر أنها أعجبته ولم يكشف لها ثوبا ثم قال هي لك يا رسول الله فبعث بها عليه السلام الى أهل مكة وفي أيديهم أسارى من المسلمين ففداهم بتلك المرأة والحديث فيه طول رواه أحمد ومسلم وفرق رسول الله صلى الله عليه وسلم بين مارية وسيرين وكانتا أمتين أختين ولو كان مع امرأة مسبية صبي ادعت أنه ابنها لا يثبت نسبه منها لانها تحمل النسب على الغير ولا يفرق بينه وبينها لان قول الواحد مقبول في الديانات لا سيما في موضع الاحتياط وقد وجد فيه أمارة الصدق ولو باع الام على أنه بالخيار ثم اشترى الولد يكره التنفيذ لانهما اجتمعا في ملكه فيعتبر مفرقا بالتنفيذ ولو كان في ملكه صبي واشترى أمه بشرط الخيار له أن يردها بالاتفاق أما عند أبي حنيفة فلانهما لم يجتمعا في ملكه فلم يكن مفرقا وأما عندهما فلانه لو لم يكن له الرد لتضرر به لان الفسخ حقه فلا يمنع منه والله أعلم

(قوله لا يدخل فيه قريب غير محرم) أي كأولاد الاعمام والعمات والاخوال والخالات اه (قوله ولا محرم غير قريب) أي كالاخ والاخت من الرضاع وامرأة الاب اه (قوله والكفار غير مخاطبين بالشرائع) الصحيح أنهم مخاطبون بالمحرمات اه (قوله ونفذ البيع في الكل) أي في كل الصور المتقدمة من قوله وكره النجش الى هنا اه (قوله وفرق عليه السلام بين مارية وسيرين) أهداهما له المقوقس ملك الاسكندرية ومصر وكانت مارية بيضاء جعدة جميلة فوطئها بالملك فولدت له ابراهيم فتوفي وهو ابن ثمانية عشر شهرا ووهب أختها سيرين لحسان بن ثابت وهي أم ولد حسان ابن ثابت ولم يكن بمصر أحسن ولا أجمل منهما وهما من أهل حفن من كورة انصنا فلما رآهما صلى الله عليه وسلم أعجبتاه وكانت احداهما تشبه الاخرى فقال اللهم اختر لنبيك فاختار الله له مارية وذلك أنه قال لهما قولا نشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله فبدرت مارية فتشهدت قبل أختها ومكثت أختها ساعة ثم تشهدت وقال صلى الله عليه وسلم لو بقي ابراهيم ما تركت قبطيا الا وضعت عنه الجزية وقد انقطع أهلها وأقاربها الا بيتا واحدا ماتت مارية سنة ١٥ وصلى عليها عمر ودفنت بالبقيع اه من المصباح المضي (قوله يكره التنفيذ) أي تنفيذ البيع في الام اه

﴿ باب الاقالة ﴾

قيل الاقالة مشتقة من القول والهمزة للسلب أى ازالة القول الاول وهو ماجرى بينهما من البيع كأشكى اذا أزال شكواه ولا يكاد يصح هذا لانهم قالوا اقلته البيع بالكسر فدل على أن عينه ياء ولو كان من القول لقيل قلته بالضم وقد قالوا قاله البيع قيلا وهذا أدل من الاول وهى مشروعة مندوب اليها لقوله صلى الله عليه وسلم من أقال نادما بيعته أقال الله عثرته يوم القيامة قال رحمه الله (هى فسخ فى حق المتعاقدين بيع فى حق ثالث) وهذا عند أبى حنيفة الا أن لا يمكن جعلها فسخا بان ولدت المبيعة بعد القبض أو هلك المبيع فى غير المقايضة فتبطل الاقالة و يبقى البيع على حاله لتعذر الفسخ اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من المبيع تمنع الفسخ لما ذكرنا فى باب الرد بالعيب ولا يتصور الفسخ بعد هلاك المبيع على ما نبين فيبطل هذا اذا تقايلا بعد القبض وان كانت قبل القبض فهى فسخ فى حق الكل فى غير العقار لتعذر جعلها بيعا وقال أبو يوسف هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا بان كانت قبل القبض فى المنقول أو كانت بعد هلاك

﴿ باب الاقالة ﴾

مناسبة الباب بباب البيع الفاسد من حيث ان فى كل منهما يرجع المبيع الى البائع أو نقول لما كانت الاقالة فسخا للبيع وهو يقتضى سابقة البيع والبيع الفاسد بيع ناسب أن يذكر الاقالة عقيبه قاله الاتقانى وقال الكمال مناسبته الخاصة بالبيع الفاسد والمكروه أنه اذا وقع البيع فاسدا أو مكروها وجب على كل من المتعاقدين الرجوع الى ما كان له من رأس المال صونا لهما عن المحظور ولا يكون ذلك الا بالاقالة الى آخر ما ذكر فى النهاية وتبعه غيره وهو مصرح بوجوب التفاسخ فى العقود المكروهة السابقة وهو حق لان رفع المعصية واجب بقدر الامكان وأيضا الاقالة بيان كيف يرفع العقد وهو يقتضى سابقة ثبوته وأبواب البياعات السابقة كلها مع البيع الفاسد والمكروه بيان كيف يثبت فأعقب الرفع معظم أبواب الاثبات اهـ (قوله ولو كان من القول لقيل قلته بالضم) ولانه ذكر الاقالة فى الصحاح من القاف مع الياء لا مع الواو اهـ كمال (قوله وقد قالوا قاله البيع قيلا) أى وأقاله فسخه اهـ فتح (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام من أقال نادما بيعته الخ) أخرجه أبو داود وابن ماجه عن الاعمش عن أبى صالح عن أبى هريرة رضى الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أقال مسلما بيعته أقاله الله عثرته زاد ابن ماجه يوم القيامة ورواه ابن حبان فى صحيحه والحاكم وقال على شرط الشيخين وأما لفظ نادما فعند البيهقى اهـ فتح وكتب ما نصه ولان الاقالة رفع العقد والعقد من المتعاقدين وقد انعقد بتراضيهما فكان لهما رفعه دفعا للحاجة اهـ اتقانى قوله دفعا للحاجة أى التى لها شرع البيع وغيره اهـ فتح (قوله بأن ولدت المبيعة بعد القبض) قال الاتقانى بخلاف ما اذا ولدت قبل القبض حيث تكون الاقالة صحيحة عند (٧٠) أبى حنيفة وحاصله أن الجارية اذا ازدادت ثم تقايلا فان كان قبل القبض صحت الاقالة سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال أو منفصلة كالولد والارش والعقر لان الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ منفصلة كانت أو متصلة وان كانت الزيادة بعد القبض فان كانت منفصلة فالاقالة باطلة عند أبى حنيفة لانه تعذر تصحيحها فسخا بسبب الزيادة لان الزيادة المنفصلة مانعة فسخ العقد حقا للشرع وأبو حنيفة لا يصحح الاقالة الا بطريق الفسخ وان كانت الزيادة متصلة فالاقالة صحيحة أحد عنده لان الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق فى الزيادة ببطلان حقه فى الزيادة وقد وجد الرضا لما تقايلا فأمكن تصحيحها فسخا عنده كذا قال فى الذخيرة اهـ واعلم أن المبيعة اذا ولدت بعد القبض فالاقالة حينئذ باطلة عند الامام كما ذكر وأما عندهما فصحيحة وتجعل بيعا جديدا أما عند أبى يوسف فظاهر لان الاقالة عنده بيع وأما عند محمد فلانه تعذر جعلها ههنا فسخا فتجعل بيعا جديدا فتنبه اهـ (قوله اذ الزيادة المنفصلة المتولدة من البيع تمنع الفسخ الخ) فان قلت اذا تعذر الفسخ ينبغى أن يحمل على البيع المبتدا مجازا لان اللفظ يحتمله ولهذا جعلت الاقالة بيعا فى حق الثالث قلت انما لم يحمل اللفظ على المجاز للتعذر لمضادة بين العقد ورفعه واللفظ لا يجوز استعماله مجازا لضده وفى حق الثالث اعتبار معنى البيع لا باعتبار استعمال اللفظ مجازا بل باعتبار معنى البيع وهو حصول الملك ببدل فأظهرنا هذا الموجب فى حق الثالث لعدم ولايتهما على غيرهما اهـ اتقانى رحمه الله (قوله هذا اذا تقايلا بعد القبض) قال الاتقانى رحمه الله وجملة القول فيه أن الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين فى جميع الاحوال منقولا كان المبيع أو غير منقول مقبوضا أو غير مقبوض عند أبى حنيفة رحمه الله بيع فى حق غيرهما حتى لا تصح الزيادة على الثمن الاول ولا النقصان عنه ولا خلاف الجنس ولا الاجل الا اذا تعذر جعلها فسخا فحينئذ تبطل الاقالة ولا تجعل بيعا كما اذا ولدت المبيعة فى يد المشترى قال الاقطع وعن أبى حنيفة رواية أخرى أنها بيع بعد القبض وفسخ قبله اهـ (قوله لتعذر جعلها بيعا) أى اذ بيع المنقول قبل القبض جائز اهـ (قوله وقال أبو يوسف هى بيع الا أن لا يمكن جعلها بيعا) قال الاتقانى الا أن فى المنقول قبل القبض لو حملت على البيع كان فاسدا فحملت على الفسخ حملا لكل منهما على الصحة حتى لو كان المبيع دارا وتقايلا قبل القبض يكون بيعا عند أبى يوسف لان بيع العقار قبل القبض جائز عند أبى يوسف وأبى حنيفة اهـ

(قوله أو بعد هلاك السلعة فى غير المقايضة) أى كما لو كان المبيع عرضا بالدراهم فهلك العرض اه اتقانى (قوله وقال محمد هى فسخ) أى سواء كان المبيع منقولا أو غير منقول لان بيع المبيع قبل القبض باطل عنده فى المنقول وغيره فلما لم يصح البيع حمل على الفسخ اه اتقانى وكتب على قوله هى فسخ ما نصه فى حق المتعاقدين بيع فى حق ثالث كما سيأتى قريبا اه (قوله فكذا اذا سكت عن البعض) قال الاتقانى أما اذا كانت الاقالة بالنقصان عن الثمن الاول تجعل فسخا لانه لو لم يذكر فى الاقالة جميع الثمن صحت الاقالة فكذا اذا لم يذكر البعض وكذا اذا وقعت الاقالة على تأجيل الثمن صحت الاقالة وبطل الاجل اه (قوله يقال اللهم أقلنى عثراتى) أى ارفعها اه (قوله واذا تعذر) أى حمله على الحقيقة يحمل على البيع مجازا لانه محتمله ولهذا كانت بيعا فى حق الثالث وانما يحمل على البيع صيانة لكلام العاقل عن الالغاء اه اتقانى (قوله ولابى يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالى الخ) قال الاتقانى ولكن لم يشترط تسمية الثمن لانه معلوم كبيع التولية وأخذ الدار بالشفعة ولهذا جعل بيعا فى حق الثالث حيث وجبت الشفعة وبطلت الاقالة بعد هلاك المبيع ووجب الرد بالعيب كما فى البيع اه (قوله فيجعل فسخا) أى فى حق المتعاقدين (٧١) وأما فى حق الثالث فبيع بالاتفاق اه

أحد العوضين فى المقايضة فيجعل فسخا الا أن لا يمكن جعلها بيعا ولا فسخا بأن كانت قبل القبض فى المنقول بأكثر من الثمن الاول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك السلعة فى غير المقايضة فتبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الاول وقد سميا خلافه وقال محمد هى فسخ الا اذا تعذر جعلها فسخا بأن تقايلا بأكثر من الثمن الاول أو بخلاف جنسه أو ولدت المبيعة بعد القبض فيجعل بيعا جديدا الا أن لا يمكن جعله فسخا ولا بيعا بأن كانت قبل القبض بأكثر من الثمن الاول أو بجنس آخر فيبطل ويبقى البيع الاول على حاله لان الفسخ لا يكون على خلاف الثمن الاول والبيع لا يجوز قبل القبض وبأقل من الثمن الاول يكون فسخا عنده بالثمن الاول لانه سكوت عن بعض الثمن وهو لو سكت عن الكل كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض لمحمد أن اللفظ موضوع للفسخ والرفع يقال اللهم أقلنى عثراتى فيعمل بمقتضاه واذا تعذر يحمل على محتمله وهو البيع ولهذا صار بيعا فى حق ثالث لعدم ولاية لهما عليه ولابى يوسف أنها تمليك من الجانبين بعوض مالى بالتراضى وهو البيع والعبرة للمعانى دون الالفاظ المجردة كالكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة ولهذا يبطل بهلاك المبيع ويرد بالعيب ويتجدد بها حق الشفعة للشفيع وهذه أحكام البيع الا اذا تعذر فيجعل فسخا لانها موضوعة له أو تحتمله ولابى حنيفة أنها تنبئ عن الفسخ والرفع والاصل فى الكلام أن يحمل على حقيقته ولا يحتمل ابتداء العقد أصلا فلا يحمل عليه عند التعذر ولهذا لو أراد بها ابتداء العقد لا يصح ولو كان محتملا له لصح وانما لا يصح لانه ضده واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلا وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى لانه يثبت به مثل حكم البيع وهو الملك لا مقتضى الصيغة فجعل عليه فى حق غيرهما لعدم ولايتهما عليه قال رحمه الله (وتصح بمثل الثمن الاول وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس آخر لغو ولزمه الثمن الاول) وهذا عند أبى حنيفة لانه لما كانت الاقالة عنده فسخا والفسخ يرد على عين ما يرد عليه العقد كان اشتراط خلاف الثمن الاول باطلا وشرط لعدم جواز اشتراط الاقل عدم التعيب عند المشترى وأما اذا تعيب عنده فيجوز بالاقل فيجعل الحط بازاء ما فات بالعيب ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب ولا يجوز أن

(قوله ولابى حنيفة رحمه الله أنها تنبئ عن الفسخ) قال الاتقانى وجه قول أبى حنيفة أن الاقالة رفع العقد وبين العقد ورفعه مضادة فلا يجوز أن يجعل واحدا فكانت فسخا اه (قوله وكونه بيعا فى حق الثالث أمر ضرورى الخ) قال الاتقانى وجعلها بيعا جديدا فى حق الثالث لا باعتبار الصيغة بل لضرورة وقوع الحكم فان حكم الاقالة وقوع الملك ببدل وهذا لان لهما ولاية على أنفسهما لا على غيرهما فاعتبر الحكم فى حق الثالث لا الصيغة اه (قوله فى المتن وشرط الاكثر أو الاقل بلا تعيب وجنس) أى وشرط جنس (آخر) خلاف الثمن الاول (لغو) أى باطل اه وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله وفى شرط الزيادة والنقصان والجنس الآخر بطل الشرط ولم تبطل الاقالة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة بخلاف البيع لان الشرط الفاسد فى معنى الربا والزيادة يمكن اثباتها فى البيع فيتحقق الربا بخلاف الاقالة فانها رفع ما كان ورفع ما كان زائدا على ما كان لا يتصور فلهذا لم يؤثر الشرط الفاسد فى الاقالة قال فى شرح الطحاوى وعند أبى يوسف فى الموضع الذى يجعلها بيعا جديدا تبطل بالشروط الفاسدة كما يبطل البيع والحاصل أن عند أبى حنيفة لا يصح شرط الزيادة والنقصان فتقع الاقالة بالثمن الاول الا اذا حدث بالمبيع عيب عند المشترى فيصح شرط الاقل من الثمن الاول فيجعل الزيادة بازاء الجزء المحتبس عند المشترى وعند أبى يوسف ومحمد اذا شرط الزيادة يكون بيعا أما عند أبى يوسف فظاهر لان البيع هو الاصل عنده وأما عند محمد فان الفسخ لما لم يمكن حمل على البيع لامكانه واذا شرط الاقل يكون بيعا أيضا عند أبى يوسف لما قلنا من الاصل عنده ويكون فسخا عند محمد بالثمن الاول لانه لو سكت عن الاقالة عن جميع الثمن كان فسخا فكذا اذا سكت عن البعض وعند زفر الاقالة فسخ فى حق المتعاقدين وغيرهما اه

﴿ فرع ﴾ لو باع صابونا رطبا ثم تقايلا بعد ما جف فنقص وزنه لا يجب على المشترى شئ لان كل المبيع باق قاله الكمال رحمه الله

ينقص أكثر منه ولا تجوز الاقالة الا بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضي والآخر عن المستقبل كالنكاح وعند محمد يشترط أن يعبر بهما عن الماضي ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة أو الرد أو المتاركة لا تكون فسخا ثم فائدة كون الاقالة فسخا في حق المتعاقدين تظهر في خمس مسائل احداها أنه يجب على البائع رد الثمن الاول وما سمياه بخلافه يكون باطلا والثانية أن الاقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعا في حقهما لفسدت والثالثة اذا تقايلا ولم يرد البائع المبيع حتى باعه منه ثانيا جاز ولو كانت بيعا لفسد لكونه باعه قبل القبض ولو باعه من غير المشتري لم يجز لانه بيع جديد في حق غيرهما والرابعة اذا وهب المبيع من المشتري بعد الاقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعا لا تفسخ لان البيع ينفسخ بهبة المبيع للبائع قبل القبض والخامسة لو كان المبيع مكيلا أو موزونا وقد باعه منه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه وقوله بيع في حق غيرهما تظهر فائدته في خمس مسائل احداها لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا يقضى له بالشفعة لكونه بيعا جديدا في حقه كأنه اشتراه منه والثانية اذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لانه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري والثالثة اذا اشترى شيأ فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد الى المشتري فاشتراه منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الاول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني والرابعة اذا كان المبيع موهوبا فباعه الموهوب له ثم تقايلا ليس للواهب أن يرجع في هبته لان الموهوب له في حق الواهب بمنزلة المشتري من المشتري منه والخامسة اذا اشترى بعروض التجارة عبدا للخدمة بعد ما حال عليه الحول فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العروض فهلكت في يده فانه لا يسقط عنه الزكاة لانه بيع جديد في حق الثالث وهو الفقير لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة وقوله بيع في حق ثالث مجرى على اطلاقه وقوله فسخ في حق المتعاقدين غير مجرى على اطلاقه لانه انما يكون فسخا فيما هو من موجبات العقد وهو ما يثبت بنفس العقد من غير شرط وأما اذا لم يكن من موجبات العقد وانما يجب بشرط زائد فالاقالة فيه تعتبر بيعا جديدا في حق المتعاقدين أيضا كما اذا اشترى بالدين المؤجل عينا قبل حلول الاجل ثم تقايلا يعود الدين حالا كأنه باعه منه وكما اذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك لم تقبل شهادته كأنه هو الذي باعه ثم شهد أنه لغيره ولو كانت فسخا لقبلت ألا ترى أن المشتري لو رد المبيع بعيب بقضاء وادعى المبيع رجل وشهد المشتري بذلك تقبل شهادته لانه بالفسخ عاد ملكه القديم فلم يكن متلقيا من جهة المشتري لكونه فسخا من كل وجه وكذا لو باع عبدا بطعام بغير عينه وقبض ثم تقايلا لا يتعين الطعام المقبوض للرد كأنه باعه من البائع بطعام غير معين وكذا لو قبض أردأ من الثمن الاول أو أجود منه يجب رد مثل المشروط في البيع الاول كأنه باعه من البائع بمثل الثمن الاول وقال الفقيه أبو جعفر يجب عليه رد مثل المقبوض لانه لو وجب عليه مثل المشروط للزمه زيادة ضرر بسبب تبرعه ولو كان الفسخ بخيار رؤية أو شرط أو بعيب بقضاء يجب رد المقبوض اجماعا لانه فسخ من كل وجه بخلاف الاقالة والرد بالعيب بغير قضاء قال رحمه الله (وهلاك المبيع يمنع) أي يمنع صحة الاقالة لان شرط صحة الاقالة قيام العقد لانها رفع العقد والعقد بقومه وهو محل له فلا يبقى بعد هلاكه بخلاف هلاك الثمن حيث

(قوله ولو كانت الاقالة بلفظ المفاسخة أو الرد أو المتاركة لا تكون) الى هذا لفظ الشارح (١) وقوله بيعا وان أمكن جعلها بيعا بل تكون الخ هذا الملحق لا بد منه ليصح قوله فسخا اه (قوله ولم يرد) لعله يسترد ووجد في بعض النسخ كذلك وهو ظاهر اه وفي شرح الاتقاني وغيره يسترد اه لكن الذي وجد بخط الشارح يرد (٧٣) اه (قوله حتى باعه منه) أي من المشتري اه (قوله لانه بيع جديد في حق غيرهما) أي ولو كان المبيع غير منقول جاز بيعه من غير المشتري أيضا في قول أبي حنيفة وأبي يوسف اه اتقاني (قوله جاز قبضه) أي ولو كان بيعا لما جاز قبضه من غير أن يعيد الكيل والوزن اه (قوله تظهر فائدته في خمس مسائل) ساقها القوام الاتقاني وتبعه الكمال أربعة فأسقطا من المسائل التي ذكرها الشارح الثانية والخامسة وزادا مسئلة ما لو كان البيع صرفا التي نقلتها فيما يأتي عند قوله والرابعة الخ اه (قوله لو كان المبيع عقارا فسلم الشفيع الشفعة) أي في أصل البيع اه (قوله ثم تقايلا) أي فعاد الى ملك البائع (قوله جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد الخ) وهذه حيلة في جواز شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن (قوله والرابعة اذا كان المبيع موهوبا الخ) قال الاتقاني رحمه الله وثمرة كونها بيعا في حق غيرهما تظهر في مواضع وساقها أربعة وذكر منها أن البيع لو كان صرفا فالتقابض في كلا الجانبين شرط في صحة الاقالة فيجعل في حق الشريعة كبيع جديد وتبعه الكمال رحمه الله في ذكرها أربعة منها مسئلة الصرف المذكورة آنفا واذا زيدت على ما ذكره الشارح تكون المسائل ستا فتنبه (قوله في المتن قبل قوله وهلاك المبيع الخ وهلاك الثمن لا يمنع الاقالة) هو من المتن وقد أسقطه الشارح

لا يمنع

(١) قول المحشي وقوله بيعا هكذا في الاصل وليس هذا الملحق في شيء من نسخ الشارح التي بيدنا اه مصححه

لا يمنع من صحته لان الثمن ليس بمحل للعقد فلا يشترط قيامه وهذا لانه يثبت له حكم الوجود فى الذمة بالعقد فكان حكما للعقد وحكم الشئ يعقبه فلا يكون محلا له لان المحل شرط والشرط يسبق فكان بينهما تناف ولهذا يبطل البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا بهلاك الثمن قال رحمه الله (وهلاك بعضه بقدره) أى هلاك بعض المبيع يمنع صحة الاقالة بقدره لان الجزء معتبر بالكل فيتقدر بقدره ولو تقايضا عبدا بجارية فهلك أحدهما صحت الاقالة فى الباقى منهما لان كل واحد منهما مبيع فكان المبيع قائما بخلاف مالو هلكا جميعا حيث لا يجوز لعدم محله بخلاف مالو هلك البدلان فى الصرف حيث تجوز الاقالة بعد هلاكهما لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة صاحبه وذلك لا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة ولهذا لو كانا قائمين وتقايلا لا يلزمهما رد المقبوض بعينه بل لهما أن يردا مثل المقبوض من جنسه فعلم بذلك أنه لا تعلق له بالمقبوض ألا ترى أنهما لو تقايلا فيه فهلك البدلان لا تبطل الاقالة فكذا لو تقايلا بعد هلاكهما بخلاف بيع المقايضة لان الاقالة تتعلق بأعيانهما كالبيع فتبطل بهلاكهما قبل القبض كالبيع لتعين البدلين فيهما والله أعلم

﴿ باب التولية ﴾

وهى أن يجعل غيره واليا فكان المشترى يجعل المشترى منه واليا فيما اشتراه ثم أنواع البياعات بحسب الثمن الذى يذكر بمقابلة السلعة أنواع أربعة المساومة وهى التى لا يلتفت فيها الى الثمن السابق والمرابحة والتولية والوضيعة وهى البيع بأنقص من الثمن الاول قال رحمه الله (هى) أى التولية (بيع بثمن سابق والمرابحة به وبزيادة) وهذا أحسن من قول بعضهم هما نقل ما ملكه بالعقد الاول بالثمن الاول مع زيادة ربح أو من غير زيادة ربح لانه لا يشترط فيه أن ينقل ما ملكه بالعقد حتى لو ضاع المغصوب عند الغاصب وضمن قيمته ثم وجده جاز له أن يبيعه مرابحة وتولية على ما ضمن وان لم يكن فيه نقل ما ملكه بالعقد والعقدان جائزان شرعا لاجتماع شرائط البيع ولتعامل الناس بهما الى يومنا هذا ولان من لا يهتدى الى التجارة يحتاج أن يعتمد على فعل الذكى المهتدى فيها وتطيب نفسه بالزيادة على ما اشتراه ولهذا كان مبناهما على الامانة والاحتراز عن الخيانة وشبهتها ومست الحاجة الى هذا النوع من البياعات فوجب القول بجوازهما ولما أراد عليه الصلاة والسلام الهجرة ابتاع أبو بكر بعيرين فقال له عليه الصلاة

لما فرغ عن بيان ايقاع البيوع اللازمة وغير اللازمة كالبيع بشرط الخيار وكانت هى بالنظر الى جانب المبيع شرع فى بيان أنواعها بالنظر الى جانب الثمن كالمرابحة والتولية والربا والصرف وتقديم الاول على الثانى لاصالة المبيع دون الثمن اهـ غاية وكتب ما نصه قال العينى وهى مصدر ولى غيره أى جعله واليا وفى الشرع ما ذكره المصنف اهـ قال صاحب التحفة البيع فى حق البدل ينقسم خمسة أقسام بيع المساومة وهو البيع بأى ثمن اتفق وهو المعتاد وبيع المرابحة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول وزيادة ربح والثالث بيع التولية وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان والرابع الاشتراك وهو بيع (٧٣) التولية فى بعض المبيع من النصف ونحوه والخامس بيع الوضيعة وهو تمليك المبيع بمثل الثمن الاول مع نقصان منه يسير اهـ اتقانى (قوله والمرابحة والتولية) أى لم يفسرهما اكتفاء بما فى المتن اهـ (قوله والوضيعة) قال فى المستصفى ولم يذكر القسم الثانى فى هذا الكتاب لان ذلك لا يقع الا نادرا لان الغرض من المبايعات الاسترباح اهـ وقوله ولم يذكر القسم الثانى المراد منه بيع الوضيعة اهـ (قوله التولية بيع بثمن سابق) أى وهو البيع بالثمن الاول من غير زيادة ولا نقصان اهـ عينى (قوله وهذا أحسن من قول بعضهم) منهم صاحب الهداية والقدورى اهـ (قوله والاحتراز عن الخيانة وشبهتها) أى حتى لو اشترى شيأ مؤجلا ليس له أن يبيعه مرابحة الا اذا بين التأجيل اهـ غاية لان الاجل معنى يزاد فى الثمن لاجله فكان فيه شبهة الاعتياض عن الاجل فلو باعه مرابحة يصير كأنه اشترى شيئين بثمن فباع أحدهما مرابحة على جميع الثمن فكان فيه شبهة الخيانة اهـ (قوله ولما أراد عليه السلام الهجرة الخ) أخذه من الهداية قال الكمال وحديث أبى بكر الذى ذكره المصنف فى البخارى عن عائشة وفيه ان أبا بكر قال للنبى صلى الله عليه وسلم خذ بأبى أنت وأمى احدى راحلتى هاتين فقال صلى الله عليه وسلم بالثمن أخرجه فى بدء الخلق وفى مسند أحمد قال صلى الله عليه وسلم أخذتها بالثمن وفى الطبقات لابن سعد وكان أبو بكر قد اشتراهما بثمانمائة درهم من نعم بنى قشير فأخذ احداهما وهى القصوى فما رواه المصنف يصح بالمعنى وتفصيله قريب مما ذكره ابن اسحق فى السيرة قال فيها فلما قرب أبو بكر الراحلتين الى رسول الله صلى الله عليه وسلم قدم أفضلهما ثم قال له اركب فداك أبى وأمى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم لا أركب بعيرا ليس لى قال فهى لك يا رسول الله قال لا ولكن ما الثمن الذى ابتعتها به قال كذا وكذا قال قد أخذتها بذلك قال هى لك يا رسول الله فركبا وانطلقا فذكر

والسلام ولى أحدهما فقال له هولك بغير شئ فقال أما بغير شئ فلا قال رحمه الله (وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) لانه اذا لم يكن مثليا لم يعرف قدره فلا تتحقق التولية ولا المرابحة فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه أو به وبزيادة ربح معلوم فحينئذ يجوز لانتفاء الجهالة ولو باعه به وبعشر قيمته أو بثمنه لا يجوز لانه باعه بذلك وببعض قيمة ذلك البدل وهو مجهول فلا يجوز ولو كان البدل مثليا فباعه به وبعشره ان كان المشترى يعلم جملة الثمن صح وان لم يكن عالما به فان علم في المجلس جاز وله الخيار والا فسد كما لو باع الثوب برقمه ومن شرطهما أن لا يكون صرفا حتى لو باع دنانير بدراهم لا تجوز فيه المرابحة ولا التولية لانهما في الذمة فلا يتصور فيه المرابحة والتولية والمقبوض غير ما وجب بالعقد قال رحمه الله (وله أن يضم الى رأس المال أجر القصار والصبغ والطراز والفتل وحمل الطعام وسوق الغنم) لان العرف جرى بالحاق هذه الاشياء برأس المال وهو المعتبر ولهذا لا يعد ذلك خيانة اذا تبين له والاصل فيه أن كل ما زيد في المبيع أو في قيمته يلحق به فهذا هو الاصل وما ذكرنا بهذه الصفة لان الصبغ والفتل والقصارة والطراز يزيد في العين والحمل والسوق يزيدان في القيمة لانها تختلف باختلاف الاماكن وعلى هذا له أن يضيف اليه أجرة الغسل والخياطة ونفقة تجصيص الدار وطى البئر وكرى الانهار والقناة والمسناة والكراب وكسح الكروم وسقيها والزرع وغرس الاشجار فان فعل شيأ من ذلك بيده لا يضمه وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته وكراءه وأجرة السمسار ان كانت مشروطة في العقد والا فأكثرهم

السهيلى عن بعض أهل العلم أنه سئل لم لم يقبلها الا بالثمن وقد أنفق عليه أبو بكر أضعاف ذلك وقد دفع اليه حين بنى بعائشة ثنتى عشرة أوقية حين قال له أبو بكر ألا تبنى بأهلك يارسول الله فقال لولا الصداق فدفع اليه ثنتى عشرة أوقية ونشا والنش هنا عشرون درهما فقال انما فعل لتكون الهجرة منه صلى الله عليه وسلم بنفسه وماله رغبة منه صلى الله عليه وسلم في استكمال فضل الهجرة الى الله وأن تكون على أتم أحوالها وهو جواب حسن اهـ (قوله في المتن وشرطهما كون الثمن الاول مثليا) قال الاتقانى رحمه الله وجملة البيان فيه ما قال صاحب التحفة اذا باع شيأ مرابحة على الثمن الاول فلا يخلو اما أن يكون من ذوات الامثال كالدراهم والدنانير والمكيل والموزون والعددى المتقارب أو يكون مثل العدديات المتفاوتة مثل العبيد والثياب والدور والبطاطيخ والرمان ونحوها أما اذا كان الثمن الاول مثليا فباعه مرابحة على الثمن الاول بزيادة ربح يجوز سواء كان الربح من جنس الثمن الاول أو لم يكن يعنى أن يكون شيأ مقدرا معلوما نحو الدرهم والثوب مشارا اليه أو دينارا لان الثمن الاول معلوم والربح معلوم فأما اذا كان الثمن الاول لا مثل له فأراد أن يبيعه مرابحة عليه فهذا على وجهين اما أن يبيعه ممن كان العوض في يده وملكه أو من غيره فان باعه ممن ليس في ملكه ويده لا يجوز لانه لا يخلو اما أن يبيعه مرابحة بذلك العوض أو بقيمته ولا وجه للاول لان العوض ليس في ملك من يبيعه منه ولا وجه أن يبيعه مرابحة بقيمته لان القيمة تعرف بالحزر والظن فتتمكن فيه شبهة الخيانة وأما اذا أراد أن يبيعه مرابحة ممن كان العوض في يده فهذا على وجهين ان قال أبيعك مرابحة بالثمن الذى في يدك وبربح عشرة دراهم جاز لانه جعل الربح على الثوب عشرة دراهم وهى معلومة وان قال أبيعك ده يازده فانه لا يجوز لان تسمية ده يازده أو أحد عشر يقتضى أن يكون الربح من جنس رأس المال لانه لا يكون أحد عشر الا وأن يكون الحادى عشر من جنس العشرة فصار كأنه باع بالثمن الاول وهو الثوب وبجزء من جنس الاول والثوب لا مثل له من جنسه ثم في بيع المرابحة يعتبر رأس المال وهو الثمن الاول الذى ملك المبيع به ووجب بالعقد دون ما نقده بدلا عن الاول بيانه اذا اشترى ثوبا بعشرة دراهم ثم أعطى عنها دينارا أو ثوبا قيمته عشرة دراهم أو أقل أو أكثر فان رأس المال هو العشرة المسماة في العقد دون الدينار والثوب لان هذا يجب بعقد آخر وهو الاستبدال كذا في التحفة اهـ (قوله فلا يجوز الا اذا باعه بذلك البدل ممن يملكه) صورته رجل باع عبدا بثوب وملك ذلك الثوب غيره بسبب من الاسباب وذلك الغير الذى في يده الثوب يشترى هذا العبد بذلك الثوب وبربح درهم جاز اهـ غاية (قوله في المتن والصبغ) قال الكمال رحمه الله أسود كان الصبغ أو غيره اهـ (قوله وحمل الطعام) أى برا أو بحرا اهـ كمال (قوله لانها تختلف باختلاف الاماكن) قال في الايضاح هذا المعنى ظاهر ولكن لا يتمشى في بعض مواضع والمعنى المعتمد عليه عادة التجار حتى يعم المواضع كلها اهـ كمال رحمه الله (قوله فان فعل شيأ من ذلك بيده لا يضمه) أى وكذلك لو تطوع متطوع بهذه الاعمال أو باعارة اهـ كمال (قوله وذكر في المحيط أنه يضم طعام المبيع وكسوته الخ) لا نفقة المشترى على نفسه في سفره اهـ وكتب ما نصه قال الكرخى في مختصره وكذلك ان كان مضاربا أنفق على الرقيق في طعامهم وكسوتهم وما لابد لهم منه اذا كان ما أنفق من ذلك بالمعروف فان كان أسرف لم يضم الفضل وضم ما بقى ولا يضم ما أنفق على نفسه في سفره في كسوته وطعامه ومركبه ودهنه وغسل ثيابه ولا يضم أيضا ما أنفق على مرضى الرقيق في أجرة طبيب أو حجام أو دواء ويضم ما أنفق على الغنم في سياقها ولا يضم أجر الراعى ولا جعل آبق ولا يضم التاجر أيضا ما أنفق على نفسه ولا يضم ما أنفق في تعليم صناعة ولا قرآن ولا شعر ولا في تعليم غير ذلك الى هنا لفظ الكرخى اهـ غاية (قوله وأجرة السمسار ان كانت مشروطة الخ) قال الكمال وتضم أجرة السمسار في ظاهر الرواية وفى جامع

البرامكة لا تضم لان الاجرة على الشراء لا تصح الا ببيان المدة ووجه ظاهر الرواية العرف فيه وقيل ان كانت مشروطة في العقد تضم وقيل أجرة الدلال لا تضم كل هذا ما يجري عادة التجار ولا يضم ثمن الجلال ونحوها في الدواب وتضم الثياب في الرقيق وطعامهم الا ما كان سرفا وزيادة ويضم علف الدواب الا أن يعود عليه شئ متولد كألبانها وصوفها وسمنها فيسقط قدر ما نال ويضم ما زاد بخلاف ما اذا أجر الدابة أو العبد أو الدار فأخذ أجرته فانه يرابح مع ضم ما أنفق عليه لان الغلة ليست متولدة من العين وكذا دجاجة أصاب من بيضها يحتسب ما ناله وبما أنفق ويضم الباقي اهـ ما قال الكمال (قوله في المتن ويقول قام على بكذا ولا يقول اشتريته بكذا الخ) وهذا بخلاف ما اذا اشترى لرجل متاعا ثم رقمه بأكثر من ثمنه ثم باعه مرابحة على رقمه فهو جائز وهي مسئلة الاصل حيث لا يقول قام على بكذا ولا اشتريته بكذا لانه كذب وانما يقول رقمه كذا وكذا فأنا أبيعه مرابحة على ذلك قال محمد في الاصل وكذلك لو كان أصله ميراثا أو هبة أو صدقة أو وصية فقومه قيمته ثم باعه مرابحة على تلك القيمة كان ذلك جائزا اهـ غاية (قوله وكذا بيت الحفظ) كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن وكرى بيت الحفظ اهـ (قوله لمعنى في نفسه) أي في نفس المعلم اهـ (قوله وهو ذكاؤه وذهنه) أي فلم يكن ما أنفقه على المعلم موجبا للزيادة في المالية ولا يخفى ما فيه اذ لا شك في حصول الزيادة بالتعلم ولا شك أنه مسبب عن التعليم عادة وكونه بمساعدة القابلية في المتعلم فهو كقابلية الثوب للصبغ فلا تمنع نسبته الى التعليم كما لا تمنع نسبته الى الصبغ فانما هو شرط والتعليم علة عادية فكيف لا يضم وفي المبسوط أضاف نفي ضم المنفق في التعليل الى أنه ليس فيه عرف قال وكذا في تعليم الغناء والعربية قال حتى لو كان في ذلك عرف ظاهر يلحقه برأس المال وكذا لا يلحق أجرة الطبيب والرائض والبيطار وجعل الآبق لانه نادر فلا يلحق بالسابق لانه لا عرف في النادر اهـ كمال (قوله في المتن فان خان الخ) ثم ظهور الخيانة اما باقرار البائع أو بالبينة أو بالنكول عن اليمين اهـ غاية وكتب على قوله فان خان الى آخره ما نصه صورة المسئلة رجل اشترى بتسعة دراهم شيأ وقبضه ثم قال لرجل اشتريته بعشرة فوليتك بما اشتريته أو باعه مرابحة بربح زيادة درهم اهـ مشكلات (قوله وقال أبو يوسف يحط فيهما) أي ولا خيار للمشتري اهـ غاية وكذا قال الشافعي وأحمد اهـ (قوله ولابي يوسف أن الاصل فيه) أي في عقد البيع اهـ (قوله هو المرابحة والتولية) أي لا التسمية كما قال محمد اهـ (قوله أو بعتك مرابحة على الثمن الاول) أي وان لم يسم الثمن الاول اهـ (قوله وما أصاب غيره ثبت معه) أي كما اذا اشترى ثوبا بعشرة على ربح خمسة ثم ظهر أن البائع اشتراه بثمانية يحط قدر الخيانة من الاصل وهو درهمان ويحط من الربح درهم ويأخذ الثوب باثني عشر درهما اهـ غاية وكتب ما نصه قال الكمال لمحمد أن الاعتبار فيه للتسمية لان الثمن به يصير معلوما وبه ينعقد البيع والاخبار بأن الثمن الاول لا يتعلق الانعقاد به انما هو ترويج وترغيب فيكون وصفا مرغوبا فيه كوصف الكتابة والخياطة فبفواته بظهور أن الثمن ليس ذلك يتخير اهـ كمال

على أنها لا تضم ولا يضم أجرة الدلال بالاجماع وكذا ما هو سبب لبقائه الى وقت كالطعام وفي المخزن يضم لانه يزداد قيمته من حيث انه يدفع عنه ضرر الحر والبرد قال رحمه الله (ويقول قام على بكذا) ولا يقول اشتريته بكذا تحرزا عن الكذب قال رحمه الله (ولا يضم أجرة الراعي والتعليم وكرى بيت الحفظ) لعدم العرف بالحاقه برأس المال ولان الرعي حفظ وهو لا يزيد في العين ولا في القيمة شيأ وثبوت الزيادة في التعليم لمعنى في نفسه وهو ذكاؤه وذهنه ولا يضم حفر البئر ويضم أجرة من يذبح الحيوان ويسلخها واتخاذ الخشب أبوابا وثقب اللؤلؤ ولو زوج العبد لا يضم المهر الى رأس المال ولا يحط مهر الامة لزوجها ولا يضم أجرة الطبيب والرائض والبيطار والحجامة وجعل الآبق ونفقة نفسه وكرائه وأجرة الختان والفداء في الجناية لان التجار لا يضمون هذه الاشياء الى رأس المال ولانها لا تزيد شيأ في العين ولا في القيمة فلا يجوز الحاقها برأس المال والذي يؤخذ في الطرق من الظلم لا يضم الا في موضع جرت العادة فيه بينهم بالضم قال رحمه الله (فان خان في مرابحة أخذه بكل ثمنه أورده وحط في التولية) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف يحط فيهما وقال محمد يخير فيهما لانهما باشرا عقدا باختيارهما بثمن معلوم فينعقد بالمسمى فيه كما لو باعه مساومة وكذا المرابحة والتولية للترويج والترغيب فجرى مجرى الوصف فاذا فات الوصف المرغوب فيه يتخير كما في سائر الاوصاف وكما اذا وجده معيبا ولابي يوسف أن الاصل فيه هو المرابحة والتولية ولهذا ينعقد بقوله وليتك بالثمن الاول أو بعتك مرابحة على الثمن الاول اذا كان الثمن الاول والربح معلومين وذكر الثمن جار مجرى التفسير فلا بد من بناء العقد الثاني على الاول في حق الثمن وقدر الخيانة لم يكن ثابتا في العقد الاول فلا يمكن اثباته في العقد الثاني فيحط ضرورة غير أنه في التولية يحط قدر الخيانة من الثمن لا غير وفي المرابحة يحط ذلك القدر من رأس المال ويحط من الربح أيضا بحسابه لان الربح ينقسم عليهما فما أصاب الخيانة سقط معه وما أصاب غيره ثبت معه ولابي حنيفة في الفرق بينهما أن التولية بناء على العقد الاول من كل وجه فلا بد من تقديره بالثمن الاول ولا يثبت فيه ما لم يكن ثابتا في العقد الاول والمرابحة عقد مبتدأ باشراه باختيارهما وليس بمبني على الاول فينعقد بالثمن المسمى فيه ولهذا لا يحتاج في التولية الى ذكر الثمن وفي المرابحة لا بد من ذكر الثمن ليتبين قدر الربح فينعقد بما سميا

ولانه لو لم يحط في التولية لم يبق تولية لانه يزيد على الثمن الاول فيصير مرابحة فيتغير به التصرف ولو لم يحط في المرابحة يبقى على حاله الا أن الربح أكثر مما ظنه المشتري فلم يتغير التصرف فيه فأمكن اعتبار التسمية فيه وثبت له الخيار لفوات الرضا ولو هلك المبيع قبل أن يرده أو حدث به ما يمنع الرد لزمه بجميع الثمن المسمى وسقط خياره عند أبي حنيفة وهو المشهور من قول محمد لانه مجرد خيار فلا يقابله شئ من الثمن كخيار الرؤية والشرط بخلاف خيار العيب لان المستحق فيه للمشتري الجزء الفائت وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله من الثمن وعند محمد ان المشتري يرد قيمة المبيع ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن بناء على أصله في اقامة القيمة مقام المبيع في التحالف وعلى قول أبي يوسف يحط كيفما كان وكذا عند أبي حنيفة في التولية لانه لو لم يكن له جاز الرد والاخذ به وانما يلزمه الاخذ بالثمن الاول ولو وجد المولى بالمبيع عيبا ثم حدث به عنده عيب لا يرجع بنقصان العيب لانه لو رجع يصير الثمن الثاني أنقص من الاول وقضية التولية أن يكون الثمن مثل الاول قال رحمه الله (ومن اشترى ثوبا فباعه بربح ثم اشتراه فان باعه بربح طرح عنه كل ربح قبله وان أحاط بثمنه لم يرابح) يعني اذا باعه بربح ثانيا بعدما اشتراه ثانيا طرح عنه كل ربح كان قبل ذلك اذا باعه مرابحة وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يبيعه مرابحة على الثمن الاخير مثاله اذا اشترى ثوبا بعشرين ثم باعه مرابحة بثلاثين ثم اشتراه بعشرين فانه يبيعه مرابحة على عشرة ويقول قام علي بعشرة ولو اشتراه بعشرين وباعه بأربعين مرابحة ثم اشتراه بعشرين لا يبيعه مرابحة أصلا وعندهما يبيعه مرابحة على العشرين في الفصلين لان الاخير عقد متجدد منقطع الاحكام عن الاول فيجوز بناء المرابحة عليه كما اذا تخلل ثالث بأن باعه المشتري من أجنبي ثم باعه الاجنبي من البائع ثم اشتراه الاول منه فانه يبيعه مرابحة على الثمن الاخير وله أن شبهة حصول الربح الاول بالعقد الثاني ثابتة لانه يتأكد به بعدما كان على شرف الزوال بالظهور على عيب والشبهة كالحقيقة في بيع المرابحة احتياطا ولهذا لا تجوز المرابحة فيما أخذه بالصلح لشبهة الحطيطة فيه وكذا فيما اشتراه من أصوله أو فروعه لما له من التوسع فيما لهم ألحق بملكه فيصير كأنه اشترى عشرة وثوبا بعشرين في الفصل الاول فيطرح عشرة لانه بالعقد الثاني تأكد وأمن بطلانه والتأكد حكم الاصول ألا ترى أن شهود الطلاق قبل الدخول اذا رجعوا يضمنون نصف المهر لتأكدهم ما كان على شرف السقوط بخلاف ما اذا تخلل ثالث لان التأكد حصل بغيره ويصير في الفصل الثاني كأنه اشترى ثوبا وعشرين بعشرين درهما فصار العشرون بالعشرين ولم يبق في مقابلة الثوب شئ فلا يبيعه مرابحة ولا يقال على هذا وجب أن يفسد البيع لعدم ما يقابل الثوب من الثمن لانا نقول الربح الاول لم يصر مقابلا بالثمن في العقد الثاني حقيقة وانما أعطي له حكم المقابلة احترازا عن الخيانة فيما بني على الامانة وهو حق العبد ولا ينهض ذلك لافساد العقد لان المنع في باب المرابحة لحق العبد لا لحق الشرع ولا يلزم ما اذا باع مساومة والمسئلة بحالها حيث يجوز بالاجماع لانها ليست مبنية على الامانة قال رحمه الله (ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباع من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس) أي وكذا لو اشترى المولى ثوبا بعشرة ثم باعه من عبده المأذون له في التجارة المستغرق بالدين بخمسة عشر يبيعه العبد مرابحة على عشرة لان العقد الذي جرى بينهما وان كان صحيحا لافادته ملك العين أو التصرف له شبهة العدم لان العبد ملكه وما في يده لا يخلو عن حقه فاعتبر عدما في حق المرابحة لابتنائها على الامانة فبقي الاعتبار للشراء الاول فصار كأن العبد اشتراه للمولى بعشرة في الفصل الاول وكأنه يبيعه للمولى في الفصل الثاني فيعتبر الثمن الاول لا غير لان الزائد عليه دائر بين المولى والعبد فلم يتم خروجه عن ملك من كان له وهذا لان المرابحة بيع أمانة لقبول قوله من غير بينة ولا يمين فتنتفي عنهما كل تهمة وشبهة خيانة والمساهلة بينهما ظاهرة لكل أحد فيكون ما زاد على الثمن الاول باقيا على ملكه فلا يعتبر خارجا هذا

المرابحة اه غاية (قوله وعند العجز عن تسليمه يسقط ما يقابله) أي يسقط ما قابل العيب من الثمن عند عجز المشتري عن الرد بهلاك المبيع أو بحدوث ما يمنع الفسخ اه غاية (قوله ويرجع على البائع بما دفعه اليه من الثمن) أي ان كانت القيمة أقل دفعا للضرر عن المشتري اه اك (قوله وان استغرق الربح الثمن لا يبيعه مرابحة) أي الا أن يبين اه كمال (قوله وهذا عند أبي حنيفة) أي وهو مذهب أحمد اه فتح (قوله وعندهما يبيعه مرابحة) أي وقول الشافعي كقولهما كذا في الاسرار وغيره وأخذ أبو الليث في شرح الجامع الصغير بقولهما اه غاية وأيضا هو قول مالك اه عيني (قوله ثم اشتراه بعشرين) أي ممن باعه منه بعد التقابض اه كمال (قوله ويقول قام علي بعشرة) أي ولا يقول اشتريته لئلا يصير كاذبا اه غاية (قوله لان المنع في باب المرابحة لحق العبد) وأيضا الخيانة حق الشرع اه (قوله في المتن ولو اشترى مأذون الخ) قال في المبسوط واذا اشترى الرجل من أبيه أو أمه أو مكاتبه أو عبده أو عبد من مواليه أو مكاتب من مواليه متاعا بثمن قد قام على البائع بأقل من ذلك فليس للمشتري أن يبيعه مرابحة الا بالذي قام على البائع للتهمة هذا لفظ محمد في الاصل اه غاية

اذا

(قوله واشتراط الدين على العبد كأنه وقع اتفاقا) قال الاتقانى وقد اختلفت نسخ شروح الجامع الصغير فقد قيد فخر الاسلام دين العبد بالمستغرق وقال الصدر الشهيد عبد مأذون عليه دين محيط برقبته أو غير محيط وقاضيخان قيد بالمحيط أيضا والعتابى قيد بالمأذون فحسب ولم يذكر الدين أصلا وقال فى شرح الطحاوى لو اشترى من مماليكه وعبده المأذون عليه دين أو لا دين عليه ومكاتبه فانه يبيعه مرابحة على أقل الثمنين الا أن يبين الامر على وجهه ولكن فسر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير فقال فان كان العبد لا دين عليه فالشراء الثانى باطل لان العبد اذا كان لا دين عليه فماله لمولاه فاذا اشترى منه المولى صار كان المولى اشترى مال نفسه فلا يكون فى هذا الشراء فائدة ولو كان العبد عليه دين جاز شراء المولى منه لان المولى بهذا الشراء يستفيد ملك اليد ولكن لا يبيعه مرابحة الا بعشرة لان العبد اذا كان عليه دين فماله لمولاه من وجه لان المولى يقدر على تحصيل ماله لنفسه لو قضى دين العبد فاذا كان هكذا فشراء المولى منه شراء من وجه وليس بشراء من وجه وبيع المرابحة بيع الامانة فيؤخذ فيه بالاحتياط فيبيعه على أقل الثمنين والحاصل أن العقد الواقع بين المولى وعبده المأذون المديون والمكاتب جائز لافادة ملك اليد ولكن له شبهة العدم لان الحاصل للعبد لا يخلو عن حق المولى ولهذا كان للمولى قضاء دين العبد واستخلاص أكسابه وكذلك المكاتب اذا عجز ورد فى الرق تسلم أكسابه للمولى فكان الملك للعبد واقعا للمولى فاذا باع المولى من عبده يجعل العقد كالعدم للشبهة ويكون العبد فى البيع الثانى كالوكيل عن مولاه (٧٧) فلو ثبتت الوكالة حقيقة لم يبعه الا على عشرة فلذا تمكنت شبهة الوكالة لان الشبهة ملحقة بالحقيقة فى بيع المرابحة واذا اشترى من مولاه يجعل العبد كالوكيل بالشراء عن مولاه فلو كانت الوكالة ثابتة حقيقة لم يبع المولى الا على عشرة فكذا اذا تمكنت شبهة الوكالة اهـ (قوله فى المتن ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب المال الخ) سيأتى فى باب المضاربة فى كلام الشارح ما يخالف هذا قبيل قوله معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان الخ والمذهب ما ذكره فى المتن فتنبه والله الموفق اهـ (قوله فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف) قال فى شرح الطحاوى وكذا لو اشترى رب المال سلعة بألف درهم تساوى ألف درهم وخمسمائة وباعها من المضارب بألف وخمسمائة فان المضارب يبيعها بألف ومائتين وخمسين الا اذا بين الامر على وجهه وهذا لما ذكرنا أن بيع المرابحة بيع أمانة يجب صونها عن الخيانة وعن شبهتها ما أمكن وفى بيع هؤلاء بعضهم من بعض شبهة وتهمة الى هنا لفظ شرح الطحاوى اهـ غاية (قوله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف) أى وذلك لان ولاية التصرف انقطعت عن رب المال بتسليم المال الى المضارب ثم لما اشترى من المضارب استفاد ولاية التصرف اهـ غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى اعلم أن بيع المضارب من رب المال جائز عندنا لانه يستفيد ولاية التصرف خلافا لزفر لان شراء الانسان من مال نفسه لا يجوز اهـ (قوله لكنه مع هذا فيه شبهة العدم) أى عدم الجواز لما قلنا من جهة زفر اهـ (قوله لان المضارب وكيل عنه) أى ولهذا تبطل المضاربة بموت أحدهما اهـ (قوله فى البيع الاول من وجه) أى لان رقبة المال لرب المال ومن وجه للمضارب ولهذا اذا اشترى لا يجوز حجر رب المال على المضارب فى البيع فلما كان كذلك يبيعه على أقل الثمنين للاحتياط وحصة المضارب من الربح لان المضارب فى ذلك بمنزلة الاجنبى اهـ اتقانى (قوله فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح) أى وهو درهمان ونصف لان ذلك حق رب المال يسلم ذلك لرب المال فيحط عن الثمن ولا شبهة فى أصل الثمن وهو عشرة ولا فى نصيب المضارب من الربح وهو درهمان ونصف فلذلك يبيعه مرابحة على اثنى عشر درهما ونصف اهـ اتقانى رحمه الله

اذا لم يبين وان بين أنه اشتراه من عبده أو من سيده جاز لزوال التهمة واشتراط الدين على العبد كأنه وقع اتفاقا لانه اذا كان لا يجوز مع الدين أن يبيعه مرابحة فمع عدم الدين أولى لوجود ملك المولى فيه بالاجماع وذكر فى المبسوط هذه المسئلة ولم يقيده بدين العبد والمكاتب فى هذا كالعبد المأذون له لوجود التهمة بينهما قال رحمه الله (ولو كان مضاربا يبيع مرابحة رب المال باثنى عشر ونصف) أى لو كان من عمل هذا العمل مضاربا بأن كان معه عشرة دراهم مضاربة بالنصف فاشترى ثوبا بعشرة وباعه من رب المال بخمسة عشر فانه يبيعه مرابحة باثنى عشر ونصف لان نصف الربح وهو درهمان ونصف سلم لرب المال ولم يخرج عن ملكه فيحط عن الثمن فيبقى اثنا عشر ونصف خارجة عن ملكه عشرة منها دفعها المضارب الى بائعه ودرهمان ونصف نصيب المضارب من الذى دفع اليه رب المال بحكم أنه الثمن فتم ما خرج منه فى تحصيل هذا الثوب اثنا عشر درهما ونصف فيبيعه مرابحة عليها وقال زفر لا يجوز هذا البيع من رب المال لانه بيع ماله بماله قلنا يستفيد كل واحد منهما بهذا العقد ملك اليد والتصرف وان كان لا يستفيد ملك الرقبة فكان صحيحا لافادته ولا يلزم من جواز البيع افادة ملك الرقبة ألا ترى أن المكاتب تجوز تصرفاته ولا يفيد ملك الرقبة وانما يفيد ملك اليد فعلم بذلك أن البيع يتبع الفائدة لا الملك عينا وقد وجدت الفائدة هنا أما فى حق المضارب فظاهر وأما فى حق رب المال فانه يملك التصرف فيما اشتراه منه بالشراء ولا يملكه قبله وان كان ملكه لان المضارب تعلق له به حق ولهذا لا يملك رب المال وطء الجارية التى اشتراها المضارب وان لم يكن له فيها ربح وكذا لا يملك نهيه عن بيع العروض والكلام فيه لكنه مع هذا فيه شبهة العدم لان المضارب وكيل عنه فى البيع الاول من وجه فاعتبر البيع الثانى عدما فى حق نصف الربح

قال رحمه الله (ويرابح بلا بيان بالتعيب ووطء الثيب) أى اذا تعيب المبيع من غير صنعه أو وطئ الثيب يبيعه مرابحة من غير أن يبين لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن لان الفائت وصف وهو لا يقابله شئ من الثمن بمجرد العقد لكونه تبعا ولهذا لو حدث بالمبيع عيب قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن غير أن المشترى يتخير بين أخذه بجميع الثمن أو تركه وكذا منافع البضع لا يقابلها الثمن اذا لم ينقصها الوطء ومعنى أداء الامانة بالصدق وهو صادق اذا بقى جميع ما يقابله الثمن وعن أبى يوسف فى التعيب أنه لا يبيع من غير بيان كما اذا حصل بفعله وهو قول الشافعى وزفر على اختلاف تخريجهما فان زفر يوجب البيان باعتبار أن المشترى لو علم أنه اشتراه غير معيب لم يرض به بذلك الثمن بعد ما دخله العيب والشافعى يوجب البيان باعتبار أن الاوصاف لها حصة من الثمن عنده ولا فرق فيها بين أن يحصل بفعله أو بآفة سماوية ونحن نقول ما يقابله الثمن كله قائم فلا يبالى بذهاب ما لا يقابله الثمن ألا ترى أنه لو توسخ الثوب لا يجب عليه البيان فصار نظير ما اذا نقص بتغير السعر وفى نوادر هشام ذكر محمد فقال هذا اذا نقصه العيب شيأ يسيرا وان نقصه قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز بيعه مرابحة قال رحمه الله (وبيان بالتعييب ووطء البكر) أى يبيعه مرابحة بشرط أن يبين العيب اذا كان حادثا بالتعييب منه سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه لانه صار مقصودا بالاتلاف فيقابله شئ من الثمن ووطء البكر تعييب لان العذرة جزء من العين فان تم التعييب بآفة قابله الثمن وان تعيب بفعل المبيع فى نفسه كما اذا فقأ عين نفسه فهو بمنزلة ما لو تعيب بآفة سماوية فجاز أن يبيعه مرابحة من غير بيان لان فعله فى نفسه هدر فلا يعتبر ثم اعلم أن المراد بقولهم يبيعه مرابحة من غير بيان أى من غير بيان أنه اشتراه سليما بكذا من الثمن ثم أصابه العيب عنده بعد ذلك وأما بيان نفس العيب فلا بد منه بأن يبين العيب والثمن من غير أن يبين أنه اشتراه سليما ثم حدث به العيب عنده لان بيان ما فيه من العيب واجب شرعا لقوله صلى الله عليه وسلم من غشنا فليس منا فلا يجوز اخفاؤه ثم فى كل موضع ليس له أن يبيعه مرابحة الا ببيان فلم يبين فللمشترى أن يرده عليه اذا علم خيانته وعلى هذا لو اشترى ثوبا فأصابه قرض فار أو حرق نار يبيعه مرابحة من غير بيان ولو تكسر بنشره وطيه لا يبيعه مرابحة حتى يبين لما بينا من المعنى قال رحمه الله (ولو اشترى بألف نسيئة وباع بربح مائة ولم يبين خير المشترى) لانه يزاد على الثمن لاجل الاجل فكان له شبه بالمبيع والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة أو نقول ان الثمن المؤجل أنقص فى المالية من الحال ولهذا حرم الشرع النساء فى الاموال الربوية فيكون ما أخذ من المشترى أزيد فى الحكم فيثبت له الخيار عند علمه بذلك وكذا فى التولية اذا علم أن الثمن كان مؤجلا يثبت له الخيار لان الخيانة فى التولية مثلها فى المرابحة لانهما مبنيان على الثمن الاول قال رحمه الله (فان أتلف فعلم لزم بألف ومائة) أى اذا أتلف المشترى المبيع فى هذه الصورة ثم علم أن الثمن كان مؤجلا لزمه ألف ومائة لان الاجل ليس بمال متقوم فلا يقابله شئ من الثمن وانما فيه ترفه فيزداد الثمن لاجله فيثبت له الخيار فيما اذا كان المبيع قائما نظرا لهذا الجانب لان اقدامه على المرابحة يقتضى السلامة عن مثل هذه الخيانة فاذا هلك أو استهلكه المشترى لم يبق له الخيار

(قوله اذا تعيب المبيع من غير صنعه) أى بأن اشترى جارية فاعورت مثلا اه (قوله لانه لم يحتبس عنده شئ يقابله الثمن) أى لان المستوفى ليس بمال فلم يقابله البدل فكان كالاستخدام اه غاية (قوله وهو قول الشافعى وزفر الخ) وفى قول زفر اذا اعورت بآفة سماوية لا يبيعها مرابحة من غير بيان لانها قد تغيرت عن حالها التى اشتراها قال الفقيه أبو الليث وقول زفر أجود ثم قال وبه نأخذ اه غاية البيان (قوله سواء كان ذلك بفعله أو بفعل غيره وأخذ أرشه) هذا وقع اتفاقا اذ يجب البيان وان لم يأخذ الارش ولهذا ذكره فى المبسوط من غير قيد أخذ الارش اه (قوله لانه صار مقصودا بالاتلاف) أى ولهذا لو فعل ذلك بعد العقد قبل القبض تسقط حصته من الثمن لانه حبس جزأ صار مقصودا أو حبس بدله فلا يجوز بيع الباقى مرابحة على ذلك الثمن اه اتقانى (قوله فان تم التعييب بها فيقابله الثمن) أى وكذا لو حبس نماءه كالثمرة والولد والصوف أو هلك بفعله أو بفعل الاجنبى وان هلك بآفة سماوية جاز بيعه مرابحة من غير بيان اه زاهدى وذكر فى شرح عيون المسائل ولو أن رجلا اشترى جارية ولها لبن فآجرها لترضع فله أن يبيعها مرابحة لان عقد الاجارة ما ورد على العين وانما ورد على المنافع فلم يأخذ العوض عن عين ملكها بالشراء وانما أخذ العوض عن المنافع الحادثة على ملكه اه (قوله قرض فار) القرض بالقاف والفاء اه من خط الشارح (قوله يبيعه مرابحة من غير بيان) أى لان الاوصاف تابعة لا يقابلها شئ من الثمن اه غاية (قوله لا يبيعه مرابحة حتى يبين) أى لانه صار مقصودا نظرا بالاتلاف اه غاية (قوله ولم يبين خير المشترى) أى فان شاء رده وان شاء قبل اه هداية (قوله وباع أحدهما مرابحة على ثمنهما) أى وذلك حرام يجب الاحتراز عنه فكذا هذا اه اتقانى (قوله فيثبت له الخيار عند علمه بمثل هذه الخيانة) أى كما فى العيب اه هداية (قوله فاذا هلك أو استهلكه المشترى) أى بوجه بأن باعه أو بوجه آخر اه غاية (قوله لم يبق له الخيار) أى ولم يرجع بشئ اه اتقانى

(قوله نظرا لجانب عدم المالية فى الاجل حقيقة) قال الاتقانى والاجل لا يقابله شئ من الثمن حقيقة ولكن فيه شبهة المقابلة فباعتبار شبهة الخيانة كان له أن يفسخ البيع ان كان المبيع قائما فاما أن يسقط شئ من الثمن بعد الهلاك بمقابلة الاجل فلا اه (قوله بل يلزمه جميع الثمن) أى حالا كما فى المرابحة اه اتقانى (قوله وعن أبى يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن الخ) قال الاتقانى رحمه الله قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى عن محمد أنه قال للمشترى أن يرد قيمته ويسترد الثمن لان القيمة قامت مقامه وهذا على أصله مستقيم كما فى التحالف والتراد أن القيمة قامت مقامه فكذلك ههنا وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه قال يرد قيمة العين ويسترد الثمن وهو نظير ما قال فيمن كان له على آخر عشرة دراهم جياد فاستوفى زيوفا ولم يعلم حتى أنفقها يرد زيوفا مثلها ويأخذ الجياد اه (قوله فى المتن ومن ولى) أى باع له بالتولية اه (قوله بما قام عليه الخ) المراد بما قام عليه ما اشتراه به مع ما لحقه من المؤن نحو الصبغ والفتل اه اتقانى (قوله فى المتن ولو علم فى المجلس خير الخ) ان شاء أخذ وان شاء ترك اه (قوله ونظيره بيع الشئ (٧٩) برقمه) أى بعلامة أعلمها البائع على الثوب أن ثمنه كذا فانه معلوم عند البائع ومجهول عند المشترى وكان البيع فاسدا لجهالة الثمن اه اتقانى (قوله وانما يخير لخلل فى رضاه الخ) قال الاتقانى وانما وجب الخيار لخلل فى الرضا لان الرضا لا يتحقق قبل المعرفة بمقدار الثمن كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصواب وقد ورد الشرع فى خيار الرؤية وهذا فى معناه فكان ملحقا به اه

﴿ فصل ﴾ قال الاتقانى رحمه الله مسائل هذا الفصل لما كان البيع فيها مقيدا بوصف زائد أشبهت المرابحة والتولية من حيث ان فيهما قيدا زائدا على أصل البيع ولكنها ليست بمرابحة ولا تولية فجىء بالفصل لهذا اه (قوله وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف) قال الاتقانى وهو الاستحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول محمد وزفر والشافعى كذا قال فى شرح الطحاوى وصحة القبض بأحد الامرين اما بالتخلية كما فى المنقول وغيره أو بحقيقة القبض كما فى المنقول وجه قول محمد عموم النهى وهو ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عما لم يقبض وهو بعمومه يشمل المنقول والعقار جميعا ولان بيع المنقول قبل القبض لا يجوز فكذا غير المنقول لان عدم القبض موجود فيهما جميعا ولان المقصود من البيع الربح وربح ما لم يضمن منهى شرعا والنهى يقتضى الفساد فيكون البيع فاسدا قبل القبض كما فى المنقول لانه لم يدخل فى ضمانه ولهذا لا يجوز اجارته قبل القبض اه (قوله ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه) والاصل فيه أن ما لا ينفسخ العقد فيه بالهلاك فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخى فى مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذى بدله قيمته اه

نظرا لجانب عدم المالية فى الاجل حقيقة أو نقول تعذر الرد بالهلاك فبطل خياره كسائر الخيارات من خيار الشرط أو الرؤية قال رحمه الله (وكذا التولية) أى التولية مثل المرابحة فيما ذكرنا من الخيار ما دام المبيع قائما وبعد الهلاك أو الاستهلاك لا خيار له بل يلزمه جميع الثمن لما ذكرنا وعن أبى يوسف أنه يرد قيمة الهالك ويسترد كل الثمن كما قال فيما اذا استوفى عشرة زيوفا مكان عشرة جياد وعلم بعد الانفاق يرد مثل الزيوف ويرجع بالجياد وقال الفقيه أبو جعفر المختار للفتوى أن يقوم المبيع بثمن حال وبثمن مؤجل فيرجع عليه بفضل ما بينهما بالتعارف وهذا اذا كان الاجل مشروطا فى العقد وان لم يكن مشروطا فيه ولكنه معتاد متعارف بينهم أن يؤخذ منه فى كل جمعة قدر معلوم قيل لا بد من بيانه لان المعتاد كالمشروط والجمهور على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان لان الثمن حال وانما سامحه البائع واستوفى منه الثمن منجما وقد قالوا فى المغبون غبنا فاحشا له أن يرده على بائعه بحكم الغبن وقال أبو على النسفى فيه روايتان عن أصحابنا ويفتى برواية الرد رفقا بالناس وكان صدر الاسلام أبو اليسر يفتى بأن البائع ان قال للمشترى قيمة متاعى كذا أو قال متاعى يساوى كذا فاشترى بناء على ذلك وظهر بخلافه فله الرد بحكم أنه غره وان لم يقل ذلك فليس له الرد وقال بعضهم لا يرد به كيفما كان والصحيح أن يفتى بالرد ان غره والا فلا قال رحمه الله (ومن ولى رجلا شيأ بما قام عليه ولم يعلم المشترى بكم قام عليه فسد البيع) لجهالة الثمن جهالة تفضى الى المنازعة قال رحمه الله (ولو علم فى المجلس خير) لان جهالة الثمن فساد فى صلب العقد الا أنه فى مجلس العقد غير متقرر ولان ساعات المجلس كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فصار التأخير الى آخر المجلس عفوا كتأخير القبول الى آخر المجلس يرتبط بالايجاب وان تخللت بينهما ساعات فكذا العلم الحاصل فى آخر المجلس كالعلم الحاصل فى أوله فيصح على تقدير الابتداء وأما بعد الافتراق فاصلاح لا ابتداء لتقرر الفساد بالافتراق وهذا فساد لا يحتمل الاصلاح ونظيره بيع الشئ برقمه فان البيع فيه فاسد فان أعلمه البائع فى المجلس صح والا فلا وانما يخير لخلل فى رضاه لان الرضا بالشئ لا يتم قبل العلم به

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (صح بيع العقار قبل قبضه) وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اشتريت شيأ فلا تبعه حتى تقبضه رواه أحمد ولانه لا يقدر على

تسليمه قبل قبضه فلا يجوز بيعه كالمنقول ولهذا لا تجوز اجارته قبل القبض ولهما أنه لا يتوهم انفساخ العقد فيه بالهلاك وهو مقدور التسليم فصار كالمهر وبدل الخلع والعتق وبدل الصلح عن دم العمد وهذا لان هلاك العقار نادر ولا يمكن تعييبه ليصير هالكا حكما حتى لو تصور هلاكه قبل القبض قالوا لا يجوز بيعه وذلك بأن كان على شط النهر ونحوه وما رواه معلول بغرر انفساخ العقد بالهلاك قبل القبض وذلك لا يتصور فيه الا نادرا والنادر لا حكم له فصار كاحتمال غرر الانفساخ بالاستحقاق بعد القبض فيه وفي المنقول والدليل على أنه معلول به أن التصرف في الثمن قبل القبض جائز لانه لا غرر فيه وكذلك التصرف في المهر ونحوه جائز قبل القبض لما أمن منه والفقه فيه أن المطلق للتصرف وهو الملك قد وجد لكن الاحتراز عن الغرر واجب ما أمكن وذلك فيما يتصور فيه الغرر والاجارة قبل القبض قيل على هذا الخلاف فلنا أن نمنع وقيل انه لا يجوز بلا خلاف وهو الصحيح والفرق لهما أن المعقود عليه في الاجارة المنافع وهلاكها غير نادر لانها بمنزلة المنقول قال رحمه الله (لا بيع المنقول) أي لا يجوز بيع المنقول قبل القبض لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتعت طعاما فلا تبعه حتى تستوفيه رواه مسلم وأحمد ولان فيه غرر انفساخ العقد على اعتبار الهلاك قبل القبض لانه اذا هلك المبيع قبل القبض ينفسخ العقد فيتبين أنه باع ما لا يملك والغرر حرام لما روينا وفي المحيط لو باع غير المنقول قبل القبض ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ لانه قادر على التسليم اذ ليس للبائع منع المبيع عنه وان لم ينقد الثمن فالبيع الثاني موقوف وهو الاصل كبيع المرهون ولو كاتب العبد المبيع قبل القبض توقفت كتابته وكان للبائع حبسه بالثمن لان الكتابة محتملة للفسخ فلم تنفذ في حق البائع نظرا له وان نقد الثمن نفذت الكتابة لزوال المانع ولو وهب المبيع قبل القبض أو تصدق به أو أقرضه أو رهنه من غير البائع لم

(قوله وبدل الصلح عن دم العمد) أي فان التصرف فيها جائز قبل القبض اه (قوله وهذا لان هلاك العقار نادر الخ) قال الاتقاني ولنا أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله فجاز وانما لم يجز بيع المنقول قبله لتوهم انفساخ العقد بهلاك المعقود عليه قبل القبض وهذا المعنى لا يوجد في العقار لانه لا يرد عليه الهلاك الا نادرا بغلبة الماء والرمل أو تخريب الفأر والنادر لا يعتد به اه (قوله بأن كان على شط النهر ونحوه) أي بأن كان على طرف المغارة الغالب عليها الرمل اه اتقاني وكتب ما نصه وكذا اذا كان المبيع علوا لا يجوز بيعه قبل القبض لتصور هلاكه اه محيط (قوله وما رواه معلول الخ) قال الاتقاني والجواب عن الحديث فنقول المراد منه بيع المنقول وما يمكن قبضه بالبراجم لانه هو القبض في الحقيقة يدل عليه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن تباع السلع حيث تباع حتى يحوزها التجار الى رحالها الا أن الحوز الى الرحل لا يكون الا في المنقول ولانه عام مخصوص ألا ترى أنه يجوز الاعتاق قبل القبض والوصية قبل القبض فيختص بالمنقول لانه هو المراد اجماعا وفي غيره خلاف ولان القياس أن يجوز بيع المنقول قبل القبض أيضا لدلائل جواز البيع من الكتاب والسنة والاجماع الا أنه ترك القياس بالحديث فلم يجز بيعه قبل القبض وعلل الحديث بغرر انفساخ العقد بهلاك المبيع لان العام اذا لم يمكن اجراؤه على العموم حمل على أخص الخصوص ثم قال الاتقاني (٨٠) فان قلت في العقار أيضا يتوهم انفساخ العقد بأن يرد بالعيب قلت لا يستقيم ذلك لانه حين جاز البيع فيه قبل القبض يصير المبيع ملكا للمشتري الثاني فبعد ذلك لا يقدر المشتري الاول على رده بالعيب فزال توهم انفساخ العقد فان قلت غرر انفساخ العقد موجود بعد القبض أيضا بظهور الاستحقاق فكيف لم يلتفت اليه قلت لان الحديث معلول بغرر انفساخ العقد فيما قبل القبض لان المراد به أخص الخصوص لما قلنا على أنا نقول يلزم حينئذ أن يكون باب البيع مسدودا وهو مفتوح بدليل جواز البيع اه (قوله في المتن لا بيع المنقول) قال الاتقاني رحمه الله ولان في المنقول غرر انفساخ العقد الاول على اعتبار هلاك المبيع قبل القبض فيتبين حينئذ أنه باع ملك الغير بغير اذنه يجز وذلك مفسد العقد وقد روى في السنن مسندا الى الاعرج عن أبي هريرة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الغرر والغرور ما طوي عنك علمه وجملة القول فيه ما قال صاحب الايضاح أن كل عوض ملك بعقد ينفسخ العقد فيه بهلاكه قبل القبض لم يجز التصرف فيه كالمبيع والاجرة اذا كانت عينا وبدل الصلح اذا كان معينا وما لا ينفسخ العقد بهلاكه فالتصرف فيه جائز قبل القبض كالمهر وبدل الخلع والعتق على مال وبدل الصلح عن دم العمد وعلل الكرخي في مختصره بقوله لان هلاكه لا ينقض العقد ويكون على الذي بذله قيمته اه (قوله ولان فيه غرر انفساخ العقد) أي العقد الاول وفسره بعض الشارحين بقوله أي العقد الثاني وكأنه سهو القلم أو غلط في الاصل اه غاية (قوله وفسره بعض الشارحين) أراد به صاحب النهاية اه (قوله وفي المحيط لو باع غير المنقول الخ) قال شيخنا صلاح الدين رحمه الله في حواشي ابن فرشتا بعد أن ساق ما نقله الزيلعي عن المحيط ما نصه الظاهر أن لفظة غير في قوله لو باع غير المنقول زائدة لان صاحب المحيط قال ويجوز بيع العقار قبل القبض الخ ثم قال ثم ان كان المشتري الاول نقد الثمن فالبيع الثاني نافذ الخ وهذا انما يتأتى في المنقول اذ بيع العقار جائز من غير توقف على نقد الثمن لكن لما ذكره عقيب تفريع بيع العقار يوهم الشارح أن ذلك في غير المنقول وليس الامر كذلك والله أعلم (قوله ولو وهب المبيع قبل القبض الخ) قال في شرح الطحاوي ولو أوصى لرجل قبل القبض ثم مات قبل القبض صحت الوصية

يجز عند أبي يوسف لانه عقد تمليك بمنزلة البيع والاجارة ويجوز عند محمد وهو الاصح لان هذه التصرفات لا تجوز الا بعد القبض وغير البائع يصلح نائبا عن المشترى فى القبض فيصير قابض المأمور قبضا له أولا بحكم النيابة ثم يصير قابضا لنفسه بالتمليك بخلاف البيع لانه يفيد الملك قبل القبض وتمليك المبيع قبل قبضه فاسد وما لا يجوز بيعه قبل القبض لا تجوز اجارته لانها بيع المنفعة فلا تجوز كبيع العين لتمكن غرر الانفساخ فيها بهلاك العين المستأجرة ولا يجوز بيع الاجرة العين قبل القبض لانه بمنزلة المبيع ألا ترى أن العين لو هلكت انتقضت الاجارة ويجوز تزويج الامة المبيعة قبل القبض لان تمكن الغرر فيه لا يمنع جوازه ألا ترى أنه لو زوج أمته الآبقة جاز وان تمكن الغرر فيه فانه لا يدرى أحية هى أم ميتة ولو وهب المبيع من البائع قبل قبضه فقبله البائع انتقض البيع ولو باعه منه لم يصح هذا البيع ولم ينتقض البيع الاول والفرق أن الهبة مجاز عن الاقالة يقال هب لى ذنبى وأقلنى عثرتى بخلاف البيع قال رحمه الله (ولو اشترى مكيلا كيلا حرم بيعه وأكله حتى يكيله ومثله الموزون والمعدود) أى لو اشترى المكيل بشرط الكيل أو الموزون بشرط الوزن أو المعدود بشرط العد لم يجز له أن يتصرف فيه قبل الكيل والوزن والعد وان كان بعد القبض لقول جابر انه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه الصاعان صاع

بالاجماع لان الوصية أخت الميراث ولو مات قبل القبض يكون موروثا للورثة فكذلك الوصية اه اتقانى (قوله ولو وهب المبيع من البائع الخ) ولو رهنه من البائع لا يصح لان البائع لا يصلح نائبا عنه فى القبض اه محيط (قوله بخلاف البيع) أى فانه لا يحتمل المجاز عن الاقالة لانه ضدها اه (قوله فى المتن ولو اشترى مكيلا الخ) قال الاتقانى وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال اذا اشتريت شيأ مما يكال أو يوزن أو يعد فاشتريت ما يكال كيلا أو ما يوزن وزنا أو ما يعد عدا فلا تبعه حتى تكيله أو تزنه أو تعده فان بعته قبل أن تفعل وقد قبضته فالبيع فاسد فى الكيل والوزن وان اشتريت مذارعة وقبضته ثم بعته قبل أن تذرعه فالبيع جائز هذا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير ذكر أولا أنه لا يبيع العددى اذا اشتراه عددا حتى يعده ولم يذكر أنه لو باعه قبل العد ما حكمه وقال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ذكر أبو يوسف فى الامالى فقال فى قول أبى حنيفة لا يجوز وفى قول أبى يوسف يجوز وأبو حنيفة جعل ذكر العدد بمنزلة الكيل والوزن وأبو يوسف جعله بمنزلة الذرع وهكذا ذكر الخلاف بين أبى حنيفة وأبى يوسف فى مختصر الكرخى ثم ذكر الفقيه فى شرح الجامع الصغير قول محمد مع أبى يوسف وهكذا ذكر عامة مشايخنا فى شروح الجامع الصغير واليه ذهب صاحب الهداية ولكن ذكر الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى قول محمد مع أبى حنيفة ثم اعلم أن الاموال ثلاثة أقسام مقدرات كالكيلى والوزنى وعدديات ومذروعات ففى القسم الاول ان كان اشتراه مجازفة وقبضه جاز تصرفه قبل الكيل والوزن لان الكل مبيع فيكون بائعا ملك نفسه فجاز وهذا معنى قوله بخلاف ما اذا باعه مجازفة وان اشتراه بشرط الكيل والوزن بأن قال اشتريت على أنها عشرة أقفزة أو على أنه كذا منا لم يجز تصرفه حتى يعيد الكيل والوزن وذلك لما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى فلما ثبت بهذا الحديث حكم الكيل ثبت حكم الوزن أيضا لانهما يجريان مجرى واحدا لانهما شطر علة الربا والفقه فيه أن النهى عن البيع يدل على فساده اذا كان لمعنى فى المبيع وهو جهالته بيان ذلك أن البيع تناول ما يحويه الكيل والوزن وهو مجهول لاحتمال الزيادة والنقصان فان زاد رد الزيادة وان نقص رجع بحصته من الثمن فاذن يكون فيه احتمال خلط المبيع بغير المبيع والتحرز عن مثله واجب فلم يجز التصرف فيه بعد القبض قبل الكيل والوزن وان كال البائع قبل البيع بحضرة المشترى أو غيبته لا يعتبر ذلك لانه ليس صاع البائع ولا صاع المشترى والشرط أن يوجد الصاعان منهما بالحديث وان كاله أو وزنه بعد العقد بحضرة المشترى مرة فيها اختلاف المشايخ قال عامتهم كفاه ذلك حتى يحل للمشترى التصرف فيه قبل الكيل والوزن ثانيا وعند البعض لا بد من الكيل والوزن مرتين احتجاجا بالحديث والصحيح قول العامة لان الغرض من الكيل أو الوزن اعلام المبيع وافرازه وذلك يحصل بالواحد فلا حاجة الى الاعادة قالوا الحديث ورد فيما اذا وجد عقدان بشرط الكيل بأن يشترى المسلم اليه من رجل كرا مثل كر السلم وأمر رب السلم بقبضه اقتضاء عن السلم فان ثمة يشترط صاعان صاع للمسلم وصاع لرب السلم بعد ذلك فيكيله للمسلم اليه أولا ثم يكيله لنفسه لان ههنا وجد عقدان بشرط الكيل فيشترط لكل عقد كيل على حدة قلنا اذا كاله البائع بعد العقد بغيبة المشترى فلا يعتبر ذلك على قول ذلك البعض بلا شك وأما على قول عامة المشايخ فالصحيح أنه لا يكتفى بذلك حتى يوجد كيل آخر بحضرة المشترى لان الكيل من جملة التسليم لانه به يمتاز المعقود عليه من غيره والتسليم من الغائب لا يتحقق فاذا لم يفعل حتى باعه بعد ما قبضه فسد لجهالة المبيع لانه يحتمل أن يزيد فيختلط المبيع بغيره واستدلوا بما ذكر فى الجامع فى بيع قفيز من صبرة اذا كال البائع منه قفيزا بغير حضرة المشترى فهلك أن البيع قائم يتعين فيما بقى ولا يقع به الافراز ومسئلتنا وتلك المسئلة على السواء قال قاضيخان وان اشترى مكايلة وباع مجازفة قبل الكيل فى ظاهر الرواية لا يجوز وذكر ابن رستم فى نوادره أنه يجوز اه

البائع وصاع المشترى رواه ابن ماجه والدارقطنى وعن عثمان أنه قال كنت أبتاع التمر من بطن من اليهود يقال لهم بنو قينقاع وأبيعه بربح فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا عثمان اذا ابتعت فاكتل واذا بعت فكل رواه أحمد ولان الكيل والوزن والعد من تمام القبض فاصل القبض شرط لجواز التصرف فيه على ما بينا فكذا تمامه ولانه يحتمل أن يزيد على المشروط وذلك للبائع فى المقدرات والتصرف فى مال الغير حرام فيجب التحرز عنه بخلاف ما اذا باعه مجازفة لان الزيادة له اذا وجده أكثر من كيل البائع بان كان كاله قبل البيع وبخلاف ما اذا باع الثوب مذارعة ولم يسم لكل ذراع ثمنا لان الزيادة له اذ الذرع وصف فيه بخلاف ما اذا بين لكل ذراع ثمنا لانه بذلك التحق بالقدر فى حق ازدياد الثمن على ما بينا فصار المبيع فى هذه الحالة هو الثوب المقدر وذلك يظهر بالذرع وهذا لان القدر معقود عليه فى المقدرات حتى يجب عليه رد الزيادة فيما لا يضره التبعيض وتلزمه الزيادة من الثمن فيما يضره وينقص من ثمنه عند انتقاصه هذا اذا كان الموزون غير الدراهم والدنانير وأما الدراهم والدنانير فيجوز التصرف فيهما بعد القبض قبل الوزن لان الوزن فيهما أخذ معنى تعيين المستحق بالعقد وفى غيرهما لم يأخذه كذا فى الايضاح وفى المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا يجوز التصرف فيه قبل الكيل والوزن لان الكيل والوزن من تمام القبض ويجوز التصرف فى الثمن قبل القبض فلان يجوز قبل تمامه أولى فصار كالمهر المكيل فاذا كان كيل المبيع شرطا لجواز التصرف لا يعتبر كيل البائع قبل البيع وان كان بحضرة المشترى لانه ليس بكيل البائع والمشترى وهو الشرط ولا كيله بعد البيع مع غيبة المشترى لان الكيل من تمام التسليم لان المبيع به يصير معلوما ولا تسليم الا بحضرته ولو كاله البائع بحضرة المشترى بعد البيع قيل لا يكتفى به لظاهر الحديث فانه اشترط فيه صاعين والصحيح أنه يكتفى به لان المبيع صار معلوما بكيل واحد وتحقق معنى التسليم والحديث محمول على ما اذا اجتمعت الصفقتان على ما نبينه فى باب السلم ان شاء الله تعالى وجعل فى المختصر المعدود كالمكيل والموزون وهو مروى عن أبى حنيفة واختاره الكرخى وعنه أنه كالمذروع وهو قول أبى يوسف ومحمد لانه ليس بمقدر ألا ترى أنه يجوز بيعه بجنسه متفاضلا كالمذروع وجه الاول أن المعدود المتقارب يساوى المكيل والموزون فيما تعلق به الفساد وهو جهالة المبيع لاحتمال الزيادة فان من اشترى جوزا على أنه ألف فوجده أكثر يرد الزائد وان وجده أنقص سقط عنه الثمن بحصته بخلاف الربا لانه مبنى على المماثلة بدليل يوجبها وهذا أظهر ولو اشترى المكيل أو الموزون شراء فاسدا فقبضه ثم باعه بغير كيل أو وزن فالبيع الثانى جائز لان الملك فى البيع الفاسد يثبت بالقبض فصار المملوك قدر المقبوض لا قدر المذكور فيه فصار نظير من استقرض طعاما بكيل ثم باعه مكايلة لا يحتاج الى اعادة الكيل كذا فى الايضاح وهذا الاستشهاد يستقيم على قول من شرط الكيل مرتين فى المبيع قال رحمه الله (لا المذروع) أى لا يحرم التصرف فى المبيع المذروع بعد القبض قبل الذرع وان اشتراه بشرط الذرع لان الذرع وصف له وليس بقدر فيكون كله للمشترى بلا زيادة ثمن ولا نقصان ان وجده زائدا أو ناقصا هذا اذا لم يسم لكل ذراع ثمنا وان سمى فلا يحل له التصرف فيه حتى يذرع وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح التصرف فى الثمن قبل قبضه) لان المطلق للتصرف الملك وقد ثبت له فيه الملك والنهى ورد فى المبيع لاحتمال غرر الانفساخ ولا يتصور ذلك فى الثمن لانه فى الذمة ولا يتعين بالتعيين ولان الثمن ما وجب فى الذمة والقبض لا يرد عليه حقيقة وانما يقبض غيره مثله عينا فيكون مضمونا عليه فيلتقيان قصاصا وهذا تصرف فيه ولا يتصور خلاف ذلك ولا فرق فى ذلك بين أن يكون المقبوض من جنسه أو من خلاف جنسه اذ الكل معاوضة وقد روى عن ابن عمر أنه قال كنا نبيع الابل بالبقيع فنأخذ

(قوله وفى المحيط لو كان المكيل والموزون ثمنا) أى بأن باع شيأ بكيل أو موزون فى الذمة وأما اذا كانا مشارا اليهما فلا يجوز التصرف فيهما قبل القبض اه (قوله والحديث محمول الخ) قال فى المستصفى ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين بشرط الكيل وصورته رجل أسلم فى كر فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء لم يكن قضاء وان أمره أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه فاكتاله ثم اكتال لنفسه جاز كذا فى الجامع الصغير والمبسوط اه ﴿فرع﴾ استقرض ثم قضاه فقبض المقرض من غير كيل حل له التصرف بلا كيل بخلاف البيع اه منية (قوله فى المتن لا المذروع) قال الاتقانى رحمه الله وأما المذروعات كالثوب والعقار ونحو ذلك فان اشترى مجازفة أو بشرط الذرع بأن اشترى على أنه عشرة أذرع مثلا فقبضه يجوز له التصرف فيه قبل الذرع لان احتمال خلط المبيع بغيره ليس بثابت لان الذرع صفة عللك علك الاصل لا يقابله شئ من الثمن اه (قوله فى المتن وصح التصرف فى الثمن الخ) اعلم أن التصرف فى الاثمان وسائر الديون من المهر والاجرة وضمان المتلفات ونحوها سوى الصرف والسلم جائز قبل القبض لان الملك مطلق وكان القياس أيضا ذلك فى المبيع المنقول الا أنه ترك ذلك للحديث وهو معلول بغرر انفساخ العقد ولم يوجد هذا المعنى فى الاثمان والديون قاله الاتقانى ثم قال وأما الميراث فالتصرف فيه جائز قبل القبض لان الوارث يخلف المورث فى الملك وكذا الموصى له لان الوصية أخت الميراث اه

مكان الدراهم الدنانير ومكان الدنانير الدراهم فكان يجوّزه رسول الله صلى الله عليه وسلم بخلاف السلم حيث لا يجوز أن يأخذ خلاف جنسه لانه وان كان دينا جعله الشرع كالمبيع المعين فى حق التصرف وكذا بدل الصرف لما عرف فى موضعه والمراد بالتصرف فى الثمن تمليكه ممن عليه الدين بعوض أو بغير عوض حتى لا يجوز أن يملكه من غير من عليه الدين قال رحمه الله (والزيادة فيه والحط منه والزيادة فى المبيع ويتعلق الاستحقاق بكله) أى يجوز للمشترى أن يزيد فى الثمن ويجوز للبائع أن يحط من الثمن وأن يزيد فى المبيع ويلتحق بأصل العقد ويتعلق الاستحقاق بجميع ذلك حتى لا يكون للمشترى أن يطالب بالمبيع حتى يدفع الزيادة وللبائع أن يحبسه حتى يستوفى الزيادة ويملك المشترى المطالبة بتسليم المبيع كله بتسليم مابقى من الحط وقال زفر والشافعى لا يصحان على اعتبار الالتحاق بل على اعتبار ابتداء الصلة لانه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمنا اذ به يصير ملكه عوض ملكه لانه ملك المبيع وكذا الحط لان جميع الثمن صار مقابلا بجميع المبيع فلا يمكن اخراجه فصار برا مبتدأ ألا ترى أن الزيادة فى المهر لا تلتحق بأصل العقد حتى لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول ولهذا حط الكل لا يلتحق بأصل العقد بل هو بر مبتدأ فكذا البعض اعتبارا للجزء بالكل ولنا أنهما بالحط والزيادة يغيران العقد من وصف مشروع الى وصف مشروع وهو كونه خاسرا أو رابحا أو عدلا ولهما ولاية ذلك ألا ترى أن لهما أن يجعلاه لازما باسقاط الخيار أو غير لازم باشتراطه بعد أن وقع العقد على خلافه وهذا لان لهما ولاية الرفع بالكلية بالتقايل فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير لانه دونه لكونه وصفا له فاذا صح التحق بأصل العقد ولزم كلزومه لان وصف الشئ يقوم به لا بنفسه دل عليه قوله تعالى ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة أى فى فريضة بعد الفريضة وهذا نص على أن حكم الزيادة المفروضة بعد العقد كحكم المفروض فى العقد الا ما قام الدليل عليه وقد قام الدليل على أنه لا يتنصف بالطلاق قبل الدخول الا ما كان مسمى عند العقد ولهذا لو لم يسم فى العقد شيأ ثم اتفقا على تسمية لا يتنصف به وان كان واجبا وعلى اعتبار الالتحاق لا تكون الزيادة عوضا عن ملكه ولا المحطوط ثمنا غير خارج عن العقد بخلاف حط الكل لانه تبديل لاصله لانه ينقلب هبة أو بيعا بلا ثمن فيفسد وقد كان من قصدهما التجارة بعقد مشروع من كل وجه فالالتحاق فيه يؤدى الى تبديله فلا يلتحق به ثم فائدة الالتحاق تظهر فى التولية والمرابحة حتى يجوز على الكل فى الزيادة ويباشر على الباقى فى الحط ويظهر أيضا فى الشفعة حتى يأخذ بما بقى بعد الحط وانما لا يلزمه الزيادة لان فيه ابطال حقه الثابت بالبيع الاول وهما لا يملكانه ألا ترى أنه ينقض جميع تصرفات المشترى حتى الفسخ ويظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشترى على البائع بالزيادة ولو أجاز المستحق البيع كان له ان يطالب بالزيادة ويظهر أيضا فى حق الفساد فى الصرف حتى لو باع الدراهم بالدراهم متساوية ثم زاد أحدهما أو حط ورد المحطوط وقبل الآخر وقبض المزيد فى الزيادة أو المردود فى الحط فسد العقد كأنهما عقداه كذلك من الابتداء وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف لا تجوز الزيادة ولا تصير هبة مبتدأة وكذلك الحط لا يصح ولا يصير هبة مبتدأة حتى يجب عليه أن يرد المحطوط وقال محمد فى الزيادة مثل قول أبى يوسف وفى الحط يكون هبة مبتدأة ويظهر أيضا فيما اذا زاد على المبيع حتى يصير له حصة من الثمن للحال حتى لو هلكت الزيادة قبل القبض تسقط حصتها من الثمن بخلاف الزيادة المتولدة من المبيع حيث لا يسقط شئ من الثمن بهلاكها قبل القبض والفرق أن الزيادة المشروطة صارت تبعا للاصل فى حق الثبوت ضرورة الصحة فاذا صحت زالت الضرورة فزالت التبعية وبقيت الاصالة فى حق الالتحاق بأصل العقد كأنها كانت موجودة وقت العقد فأمكن تقدير ورود العقد عليها فصار كأن العقد ورد على الاصل وعلى الزيادة جميعا وأما الزيادة المتولدة فمعدومة وقت العقد فلا يمكن الحاقها بأصل العقد فصارت مملوكة بملك الاصل لا بالعقد فاذا قبضها صارت أصلا بالقبض لان للقبض شبها بالعقد فيصير

(قوله فى المتن والزيادة فيه والحط منه والزيادة فى المبيع) ذكر المصنف رحمه الله الزيادة فى الثمن والحط منه والزيادة فى المبيع وسكت عن الحط منه ولم أر من تعرض له من الشارحين لكن قال فى المحيط اشترى قفيز حنطة بعينه فحط عن البائع ربعه قبل القبض لم يجز لانه عين واسقاط العين لا يصح ولو اشترى قفيزا من صبرة ثم حط عنه ربعه قبل القبض جاز لانه دين واسقاط الدين يصح اه وكتب ما نصه ويشترط القبول فى مجلس الزيادة ولو لم يقبل حتى افترقا بطلت وكذا الزيادة فى المهر اه طرسوسى (قوله بتسليم مابقى منه) أى الثمن بعد اه اتقانى (قوله وتظهر أيضا فيما اذا استحق المبيع حتى يرجع المشترى) أى وكذا اذا استحق يرجع على البائع بما بقى بعد الحط اه مستصفى

لها حصة من الثمن حتى لو وجد بأحدهما عيبا رده بحصته من الثمن يقسم الثمن على قيمة الاصل يوم العقد وعلى قيمة الزيادة يوم القبض ويظهر أيضا فيما اذا زوج أمته ثم أعتقها ثم زاد الزوج على مهرها بعد العتق تكون الزيادة للمولى ثم الزيادة لا تصح بعد هلاك المبيع على ظاهر الرواية لان المبيع لم يبق على حال يصح الاعتياض عنه والشئ يثبت ثم يستند بخلاف الحط لانه اسقاط محض فلا يشترط لصحته قيام العقد وقال في المحيط وفي رواية النوادر تجوز الزيادة بعد الهلاك بمنزلة الحط لان الزيادة حال ثبوتها لم يقابلها عوض وانما يقابلها بعد التحاقها بأصل العقد فيعتبر قيام المبيع حالة الالتحاق لا حالة الثبوت وذكر محمد في المنتقى لو اشترى جارية وقبضها فماتت فزاده البائع جارية أخرى جاز لان هذه الزيادة تثبت مقابلة بالثمن والثمن قائم ولو زاد المشترى في الثمن لم يجز لان الزيادة في جانبه تثبت مقابلة بالمبيع والمبيع هالك وهلاك المبيع يمنع الزيادة في الثمن والهلاك الحكمي ملحق بالهلاك الحقيقي وذلك بأن باع المبيع ثم اشتراه ثم زاد في الثمن لا يجوز لانه بتبدل سبب الملك ارتفع العقد الاول وصار المعقود عليه هالكا حكما ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبره أو استولد الامة أو تخمر العصير أو أخرجه عن ملكه ثم زاد عليه جاز عند أبي حنيفة خلافا لهما وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها وانما يلحق الحط بأصل العقد اذا لم يكن المحطوط تبعا ووصفا أما اذا كان تبعا فلا يلحق بأصل العقد حتى لو اشترى دارا بألف جياد فنقده زيوفا أو نبهرجة ورضى البائع بذلك فان الشفيع لا يأخذه الا بالجياد وكذا لو اشترى دارا بعبد فاعور ورضى به البائع فان الشفيع يأخذ الدار بقيمة العبد صحيحا ولا تجوز الزيادة في المسلم فيه لانه معلوم حقيقة وانما جعل موجودا في الذمة لحاجة المسلم اليه والزيادة في المسلم فيه لا تدفع حاجته بل تزيد في حاجته فلا يجوز وكذا لا تجوز الزيادة في المنكوحة لان الشرع ما ورد بتملك الزيادة المتولدة من المملوكة بالنكاح تبعا للمنكوحة قال رحمه الله (وتأجيل كل دين غير القرض) أي يجوز تأجيل كل دين غير دين القرض لان المطالبة حقه فله أن يؤخره ألا ترى أنه يملك اسقاطها بالابراء فأولى أن يملك اسقاطها مؤقتا بالتأجيل ولو أجله الى أجل مجهول ينظر فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح لا يصح وان كانت يسيرة كالتأجيل الى الحصاد جاز كما في الكفالة وقد ذكرناه من قبل وفي دين القرض لا يجوز التأجيل خلافا لمالك هو يقول انه حقه فيجوز تأخير المطالبة فيه كما في سائر الديون ولنا أن القرض اعارة وصلة ابتداء ولهذا يصح بلفظ الاعارة ولا يملكه من لا يملك التبرع كالصبي والولي والمكاتب والعبد المأذون له في التجارة ومعاوضة انتهاء حتى يلزمه رد مثله فعلى اعتبار الابتداء لا يلزم التأجيل فيه كالاعارة فان المعير اذا وقت له أن يرجع فيه قبل الوقت وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز التأجيل لان الجنس بانفراده يحرم النساء لاسيما اذا كملت العلة وحرم التفاضل بها ولان الاجل لو لزم فيها لصار التبرع ملزما على المتبرع وهو لا يجوز لقوله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما اذا أوصى بأن يقرض فلان من ماله ألف درهم الى سنة حيث يجوز من الثلث ويلزم ولا يطالب حتى تمضي المدة لانه وصية بالتبرع والوصية يتسامح فيها ما لا يتسامح في غيرها نظرا للموصي ألا ترى أنها تجوز بالخدمة والسكنى وتلزم

(قوله ثم الزيادة لا تصح الخ) والنصرانيان اذا تبايعا خمرا ثم أسلما لم تجز الزيادة في الثمن لانه كالهالك في حق المسلم اه اتقاني (قوله يثبت ثم يستند) أي ولم تثبت الزيادة لعدم ما يقابلها اه (قوله وعلى هذا الخلاف في الزيادة على مهر المرأة بعد موتها) أي وكذا بعد الطلاق البائن وبعد انقضاء عدتها في الطلاق الرجعي اه أنفع الوسائل (قوله في المتن وتأجيل كل دين غير القرض) قال في المستصفى فان تأجيله لا يصح حتى يثبت له ولاية المطالبة في الحال اذا أجله عند الاقراض مدة معلومة أو بعده اه وكتب ما نصه قال الطحاوي في مختصره في باب المضاربة ومن كان عليه دين من غير قرض فأخره الى أجل لزمه التأخير فصار كأنه كان في أصله مؤجلا وان كان من قرض لم يجز ذلك حالا اه وكتب أيضا ما نصه قال في شرح الاقطع قال زفر لا يلتحق الاجل بالعقد وبه قال الشافعي لانه دين حال فلا يتأجل كالقرض اه اتقاني (قوله فان كانت الجهالة فاحشة كهبوب الريح) أي ومجيء الحاج وقدوم رجل من سفره اه اتقاني (قوله جاز كما في الكفالة) أي بخلاف البيع الى الحصاد والدياس والجذاذ فانه يفسد البيع لافضائه الى المنازعة وقد بينا ذلك في آخر البيع الفاسد وهو المراد بقوله وقد ذكرناه من قبل اه اتقاني (قوله فان المعير اذا وقت) أي الى سنة اه مستصفى (قوله له أن يرجع فيه) أي من ساعته اه مستصفى وكتب ما نصه والحيلة في صحة تأجيل القرض أن يحيل المستقرض المقرض على آخر بدينه ويؤجل المقرض ذلك الرجل مدة معلومة فانه يصح اه فصول العمادية وذكر هذا الشارح رحمه الله تعالى في باب الكفالة من هذا الشرح أنه اذا تكفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر يتأجل على الاصل أيضا اه ومثله في الكافي ولكن الشارح لم يذكره حيلة في تأجيل القرض وكذا في الكافي اه باب

(قوله وعلى اعتبار الانتهاء لا يجوز الخ) قال في المستصفى وعلى اعتبار الانتهاء لا يصح لانه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة والتأجيل انما يكون في حالة البقاء فلهذا لا يصح أو يقال ان بدل القرض في الحكم كأنه عين المقبوض اذ لو لم يجعل كذلك كان مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وأنه حرام واذا كان كذلك يكون عارية ابتداء وانتهاء والتوقيت في العواري غير لازم فكذا الاجل في القرض ولو صححنا على معنى أنه يصير لازما لأخرجناه من أن يكون عارية ومن أن يكون بدل القرض في حكم عينه فيكون مبادلة الشئ بجنسه نسيئة وانه حرام وهذا الوجه أوجه اه

باب الربا

الربا اسم من ربا الشئ يربو اذا زاد والمصدر ربا اه عيني ذكر الربا وهو منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا الربا بعد ما ذكر أبواب البيع وهو مأمور به بقوله تعالى وابتغوا من فضل الله لان النهي يقفو الامر لان الامر طلب الايجاد والنهي طلب الاعدام واعدام الشئ يقتضي سابقة وجوده لا محالة اه اتقاني وكتب ما نصه اعلم أن الربا نوعان ربا الفضل وربا النساء فالاول فضل مال على القدر الشرعي وهو الكيل والوزن عند اتحاد الجنس والثاني فضل الحلول على الاجل وفضل العين على الدين في المكيلين والموزونين عند اختلاف الجنس أو في الجنس غير المكيلين والموزونين اه اتقاني وكتب أيضا على قوله باب الربا ما نصه هو من البيوع المنهية قطعا بقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا الربا بسبب زيادة فيه فناسبته بالمرابحة أن في كل منهما زيادة الا أن تلك حلال وهذه منهية والحل هو الاصل في الاشياء فقدم ما يتعلق بتلك الزيادة على ما يتعلق بهذه الزيادة والربا بكسر الراء وفتحها خطأ اه فتح (قوله وسمي المكان المرتفع ربوة) قال في المصباح والربوة المكان المرتفع بضم الراء في الاكثر والفتح لغة بني تميم والكسر لغة اه (قوله والشعير بالشعير والتمر بالتمر) وتخصيص هذه الاشياء الستة بالذكر لان عامة المعاملات الكائنة يومئذ بين المسلمين كان فيها اه كمال (قوله في المتن وعلته) قال في الهداية فالعلة الكيل مع الجنس أو الوزن مع الجنس قال رضي الله عنه ويقال القدر مع الجنس وهو أشمل اه قال الكمال

وقد يقال بدل الكيل والوزن القدر وهو أشمل وأخصر لكنه يشمل ما ليس بصحيح اذ يشمل الذرع والعد وليسا من أحوال الربا اه وكتب ما نصه ثم اعلم أن الخبر المروي عن أبي سعيد وعبادة معلول أم لا قال القائسون بأجمعهم انه معلول لكنهم اختلفوا في العلة فقال أصحابنا العلة القدر مع الجنس وعدوا هذا الحكم الى كل مكيل أو موزون قوبل بجنسه حتى أثبتوا هذا الحكم في الجص والنورة ونحوهما لوجود الكيل وأثبتوه في الحديد والنحاس والرصاص ونحو ذلك لوجود الوزن اه اتقاني رحمه الله وكتب أيضا ما نصه وقال داود بن علي ومن تابعه من أصحاب الظواهر ان الخبر غير معلول ولا يجري الربا الا في هذه الاشياء الستة المذكورة في الخبر اه اتقاني قال الكمال قوله والحكم يعني حرمة الربا أو وجوب التسوية معلول باجماع القائسين بوجوب القياس عند شرطه بخلاف الظاهرية وكذا عثمان البتي فان عندهم حكم الربا مقتصر على الاشياء الستة المنصوصة المتقدم ذكرها أما الظاهرية فلانهم ينفون القياس وأما عثمان البتي فلانه يشترط في القياس أن يقوم دليل في كل أصل أنه معلول ولم يظهر هنا ولانه يبطل العدد ولا يجوز كما في قوله خمس من الفواسق اه (قوله وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم فائدة الخلاف في الفضل على ما قال في التحفة تظهر في موضعين أحدهما في بيع مطعوم بجنس غير مقدر كبيع الحفنة بالحفنتين والسفرجلة بالسفرجلتين ونحوهما يجوز عندنا لعدم القدر ولا يجوز عنده لوجود العلة وهي الطعم والثاني في بيع مقدر غير مطعوم كبيع قفيز جص بقفيزي جص أو من حديد بمنوي حديد لا يجوز عندنا في الجص لوجود علة ربا الفضل وهي الكيل والجنس وعنده يجوز لعدم العلة وهي الطعم وفي الحديد لا يجوز عندنا لوجود الجنس والوزن وعنده يجوز لعدم الثمنية والطعم وأجمعوا أنه اذا باع قفيز أرز بقفيزي أرز لا يجوز لوجود الكيل والجنس عندنا ولوجود الطعم والجنس عنده وكذا أجمعوا أنه اذا باع منا من زعفران بمنوي زعفران أو منا من سكر بمنوي سكر لا يجوز لوجود الوزن والجنس عندنا ولوجود الجنس والطعم عنده اه (قوله والجنس شرط عنده) أي لعمل العلة عملها الا ان الطعم والثمنية لا تعمل الا عند وجود الجنسية اه

باب الربا

قال رحمه الله (هو فضل مال بلا عوض في معاوضة مال بمال) هذا في الشرع وفي اللغة هو مطلق الزيادة قال الله تعالى وما آتيتم من ربا الى قوله فلا يربو عند الله وسمي المكان المرتفع ربوة لزيادته على سائر الاماكن ارتفاعا والربا محرم بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى وأحل الله البيع وحرم الربا وأما السنة فما روي عن ابن مسعود أن النبي صلى الله عليه وسلم لعن آكل الربا وموكله وشاهديه وكاتبه رواه أبو داود وأحمد والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل يدا بيد فمن زاد أو استزاد فقد أربى الآخذ والمعطي فيه سواء رواه البخاري وأحمد وعن عبد الله بن حنظلة غسيل الملائكة أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم درهم ربا يأكله الرجل وهو يعلم أشد من ست وثلاثين زنية رواه أحمد وأجمعت الامة على تحريمه حتى يكفر جاحده قال رحمه الله (وعلته القدر والجنس) يعني بالقدر الكيل في المكيل والوزن في الموزون وعند الشافعي العلة الطعم بانفراده في المطعومات والثمنية بانفرادها في الاثمان والجنس شرط عنده لحديث معمر بن عبد الله قال كنت أسمع النبي صلى الله عليه وسلم يقول الطعام بالطعام مثلا بمثل وكان طعامنا يومئذ الشعير رواه مسلم وأحمد ووجه الاستدلال به أن الطعام مشتق من الطعم فذكره يدل على أنه علة اذ ترتب الحكم على الاسم المشتق دليل على أن مأخذ الاشتقاق علة له كما في قوله تعالى والسارق والسارقة فاقطعوا أيديهما وكما في قوله تعالى الزانية والزاني فاجلدوا كل واحد منهما مائة جلدة فعلة القطع والجلد

السرقة والزنا ولان قوله عليه الصلاة والسلام فيما رواه البخاري ومسلم لا تبيعوا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل الحديث يدل على تضييق تحصيله لان الابتداء بالنهي مشعر بان حرمة البيع أصل فيه والجواز معارض وهو التقابض والمساواة مخاص اذ لو اقتصر على قوله لا تبيعوا لما جاز بيعه وتعليق جوازه بشرطين يدل على عزته وخطره كملك البضع ضيق تحصيله باشتراط الشهود والمهر لعزته وخطره فيعلل بعلة تناسب العزة وهي الطعم في المطعومات لبقاء الانفس به والثمنية في الاثمان لبقاء الاموال التي هي مناط مصالحها بها ولا أثر للجنسية والقدر في زيادة العزة والخطر لوجودهما في خطير وحقير لكن الحكم لا يثبت الا عند اتحاد الجنس فجعلناه شرطا والحكم يدور مع الشرط كالرجم مع الاحصان والفرق بين الشرط والعلة أن العلة مؤثرة في الحكم دون الشرط فانه يضاف وجوده الى العلة عند وجود الشرط لا الى الشرط وقال مالك العلة الاقتيات والادخار لانه عليه الصلاة والسلام خص بالذكر فيما روينا كل مقتات ومدخر ولان العزة والخطر به أكمل فكان أنسب وأولى بالاعتبار ولنا ما روي عن عبادة وأنس أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ما وزن مثل بمثل اذا كان نوعا واحدا وما كيل فمثل ذلك فاذا اختلف النوعان فلا بأس به رواه الدارقطني ووجه التمسك به أنه عليه السلام رتب الحكم على الجنس والقدر وهذا نص على أنهما علة الحكم لما عرف أن ترتب الحكم على الاسم المشتق ينبئ عن علية مأخذ الاشتقاق لذلك الحكم فيكون تقديره المكيل والموزون مثلا بمثل بسبب الكيل أو الوزن مع الجنس والذي يدل عليه حديث أبي سعيد وأبي هريرة فيما رواه البخاري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءهم بتمر جنيب فقال أكل تمر خيبر هكذا فقال انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال لا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا وقال في الميزان مثل ذلك أي في الموزون اذ نفس الميزان ليس من أموال الربا وهو أقوى حجة في علية القدر وهو بعمومه يتناول الموزون كله الثمن والمطعوم وغيرهما فيكون حجة عليهما في منعهما ذلك وكذا في حديث ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين ولا الصاع بالصاعين المراد ما يحل الصاع اذ لا يجري الربا في نفس الصاع وهو عام فيما يحله فيتناول المطعوم وغيره فيكون حجة عليهما ولا يقال انه مجاز فلا عموم له لكونه ضروريا لانا نقول له عموم كالحقيقة وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زائد عليها الا لكونها حقيقة والمجاز يشاركها في هذا المعنى فيعم ولان المقصود التماثل اذ البيع ينبئ عن التقابل وذلك بالتماثل واعتبره الشارع فأوجبه صيانة لاموالهم عن التوى وتتميما للفائدة بالتسليم من الجانبين فيكون الزائد عليه قدرا تاويا على صاحبه بلا عوض وكذا الحال خير من المؤجل فتفوت به التسوية وفائدة المبايعة لفوات القدرة على التصرف في المؤجل وهو المراد بقوله عليه الصلاة والسلام مثلا بمثل فعند فواته تلزم الحرمة وهو المراد بقوله صلى الله عليه وسلم والفضل ربا فيعلل بعلة تؤثر في ايجاب التماثل فيتعين القدر والجنس لذلك لانهما يوجبانه اذ التماثل بين شيئين يكون باعتبار الصورة والمعنى لان كل محدث موجود باعتبارهما فالمعيار يسوي الذات والجنسية تسوي المعنى لاستوائهما في المقصد ألا ترى أن كيلا من بر يساوي كيلا من أرز أو شعير في الصورة ولا معتبر به لعدم ما قلنا ولا معتبر بالتفاوت في الوصف لانه لا يعد تفاوتا في العادة ولانه قلما يوجد فيه غير متفاوت فاشتراط التساوي فيه يؤدي الى سد باب البياعات وهو مفتوح والطعم والاقتيات والثمنية والادخار من أعظم وجوه المنافع والحاجة اليها من أشد الحاجات وأهمها فسنة الله تعالى في مثله التوسعة والاطلاق دون التضييق ألا ترى أن الميتة أباحها عند المخمصة للحاجة وكذا أجاز الانتفاع بالغنيمة قبل القسمة في دار الحرب لمظنة الحاجة

عادة

(قوله أبي سعيد الخدري) لفظ الخدري ليس في خط الشارح اه (قوله استعمل رجلا) يقال له سواد بن غزية اه (قوله فقال لا تفعل بع الجمع) قال في المغرب والجمع الدقل لانه يجمع ويخلط من تمر خمسين نخلة وقيل كل لون من النخل لا يعرف اسمه فهو جمع ثم غلب على التمر الرديء ومنه الحديث بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا والجنيب من أجود التمر اه وقال في المغرب أيضا الدقل من أردأ التمر اه (قوله قال لا تبيعوا الدرهم بالدرهمين) أي ولا الدينار بالدينارين اه غاية (قوله المراد ما يحل الصاع) أي ويجاوره مجازا اه اتقاني (قوله اذ لا يجري الربا في نفس الصاع) أي لان بيع المكيال بمكيالين يجوز بالاجماع اه اتقاني (قوله فيتناول المطعوم وغيره) والدليل على فساد علته أنه يجوز بيع الحيوان بالحيوان متفاضلا مع وجود الطعم ويجوز عندهم بيع الرطب على رأس النخل بالتمر على وجه الارض فيما دون خمسة أوسق وان كان مطعوما متفاضلا اه غاية (قوله وهذا لان الحقيقة انما تعم لامر زائد) وذلك اما الالف واللام أو لفظ الجمع أو الجنس اه من خط الشارح (قوله ولان المقصود) أي المقصود من قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة ايجاب التماثل لا ايجاب البيع اه (قوله صيانة لاموالهم عن التوى) لان أحد البدلين اذا كان أنقص من الآخر يكون الزائد خاليا عن العوض وفيه تلف الزائد فاشترط المماثلة حتى تصان أموال الناس واليه أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله والفضل ربا أي الفضل على التماثل ربا أي ان الذي نطق به القران بقوله وحرم الربا المراد به هذا الفضل اه اتقاني (قوله والطعم والاقتيات) هذا جواب عن متمسك الشافعي اه

عادة بخلاف سائر الاموال المشتركة ولما كانت حاجة الحيوان الى الهواء والماء والتراب والنفس أشد جعله الله أوسع من غيرها وكل ما اشتدت الحاجة اليه كانت التوسعة فيه أكثر فتعليله عالوجب التوسعة على التضييق من فساد الوضع لان معنى فساد الوضع أن يفسد وضع ذلك الحكم على ذلك الدليل لكونه يقتضى خلاف ذلك الحكم فيضاده ولا نسلم أن حرمة البيع أصل بل الاصل هو الحل والحرمة اذا ثبتت انما تثبت بالدليل الموجب لها وهذا لان الاموال خلقت للابتذال فيكون باب تحصيلها مفتوحا فيجوز مالم يقم الدليل على منعه بخلاف النكاح لان الملك فيه يرد على البضع وهو محترم فيناسب التضييق اعزازا له لشرف الآدمى فعلم بذلك أن قوله المساواة مخلص باطل ولئن كان مخلصا فهو مخلص فى حالة التساوى وعلة الحرمة فى حالة التفاضل والشئ الواحد يتضمن حكمين متضادين فى محلين مختلفين كالنكاح يثبت الحل فى المنكوحة والحرمة فى أمها فكذا القدر والجنس يوجبان الحرمة عند التفاضل والحل عند التساوى وهو المراد بقولنا هما علة الربا والقاطع للشغب أنه صلى الله عليه وسلم شرط التماثل بقوله مثلا بمثل والتماثل يكون بالوزن أو الكيل لا غير فعلم بذلك أن ما لا يكال ولا يوزن لا يكون من الاموال الربوية وأن الاموال الربوية هى التى تكون من ذوات الامثال وما لا يكون من ذوات الامثال ليست من الاموال الربوية اذ الحكم لا يثبت بدون محله ولهذا قالوا لا يجرى الربا فيما لا يدخل تحت المعيار كالحفنة من الحنطة والشعير وكالذرة من الذهب والفضة لعدم ما قلنا قال رحمه الله (فحرم الفضل والنساء بهما) أى بالجنس والقدر لما بينا أنهما علة الربا قال رحمه الله (والنساء فقط بأحدهما) أى حرم النساء وحل التفاضل بوجود أحدهما اما القدر دون الجنس كالحنطة بالشعير أو الجنس دون القدر كالهروى بالهروى لقوله

(قوله ولا نسلم أن حرمة البيع أصل الخ) قال الاتقانى رحمه الله عند قوله واذا عدم الوصفان الجنس والمعنى المضموم اليه حل التفاضل والنساء لان الاصل فى البيع الحل لقوله تعالى وأحل الله البيع وانما الحرمة بعارض علة الربا وهى القدر والجنس فاذا انعدمت علة الحرمة كان حلالا بالحل الاصلى اهـ (قوله كالحفنة من الحنطة الخ) والخمس حفنات ليست حفنات اذا لم تبلغ نصف الصاع اهـ (قوله فى المتن فحرم الفضل الخ) قال الكمال رحمه الله وسائر الموزونات خلاف النقد لا يجوز أن يسلم فى الموزونات وان اختلفت أجناسها كاسلام حديد فى قطن أو زيت فى جبن وغير ذلك الا اذا خرج من أن يكون وزنيا بالصنعة الا فى الذهب والفضة فلو أسلم سيفا فيما يوزن جاز الا فى الحديد لان السيف خرج من أن يكون موزونا ومنعه فى الحديد لاتحاد الجنس وكذا يجوز بيع اناء من غير النقدين بمثله من جنسه يدا بيد نحاسا كان أو حديدا وان كان أحدهما أثقل من الآخر بخلافه من الذهب والفضة فانه يجرى فيهما ربا الفضل وان كانت لا تباع وزنا لان صورة الوزن منصوص عليها فيهما فلا تتغير بالصنعة فلا يخرج عن الوزن بالعادة وأورد أنه ينبغى أن يجوز حينئذ اسلام الحنطة والشعير فى الدراهم والدنانير لاختلاف طريقة الوزن أجيب بأن امتناعه لامتناع كون النقد مسلما فيه لان المسلم فيه مبيع وهما متعينان للثمنية وهل يجوز بيعا قيل ان كان بلفظ البيع يجوز بيعا بثمن مؤجل وان كان بلفظ السلم فقد قيل لا يجوز قال الطحاوى ينبغى أن ينعقد بيعا بثمن مؤجل اهـ (قوله والنساء) بالمد ليس غير اهـ كمال (قوله كالهروى بالهروى) قال الكمال وكذا اذا باع عبدا بعبد الى أجل لوجود الجنسية ولو باع العبد بعبدين أو الهروى بهرويين حاضرا جاز اهـ وكتب ما نصه قال فى شرح الطحاوى انه اذا باع ثوبا هرويا بثوب هروى أو مرويا بمروى نسيئة لا يجوز عندنا ويجوز عنده وكذا لو باع حيوانا بحيوان فهو على هذا الاختلاف وأجمعوا أن التفاضل يحل وكذلك اسلام المكيلات فى المكيلات والموزونات فى الموزونات نحو الحديد والرصاص وما أشبه ذلك يجوز عنده ويرد عليه المطعوم فى المطعوم نسيئة لا يجوز كالحنطة فى الشعير وجوابه أن التقابض فى بيع الطعام شرط عندى ولم يوجد التقابض ففسد العقد بهذا لا لكونه نساء قال صاحب الايضاح وهذا خرق لاجماع الصحابة فانهم اتفقوا على حرمة النساء وجه قول الشافعى فى أن الجنس بانفراده لا يحرم النساء ما روى عن عبد الله بن عمرو بن العاص أن النبى صلى الله عليه وسلم جهز جيشا فأمرنى أن أشترى بعيرا ببعيرين الى أجل ولان حقيقة الفضل لا تحرم بالاجماع وهذا لا يجوز بيع الواحد بالاثنين كالهروى بالهرويين والمروى بالمرويين فلان لا تحرم شبهة الفضل وهى فضل الحلول على النسيئة أولى وأحرى ولنا ما روى أبو داود فى السنن وقال حدثنا موسى بن اسمعيل قال حدثنا حماد عن قتادة عن الحسن عن سمرة عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولان الجنس أحد وصفى علة الربا فيعتبر فى تحريم النساء كالوصف الآخر ولهذا لا يجوز بيع الحنطة بالشعير نسيئة بالاتفاق ولان الحكم يثبت بقدر ثبوت العلة فاذا وجدت علة حقيقية بوجود وصفى العلة تثبت حرمة الربا حقيقة واذا وجدت شبهة العلة بوجود أحد وصفى العلة تثبت شبهة الربا والاحتراز عن شبهة الربا واجب كالاحتراز عن حقيقة الربا لان الشبهة فى باب الحرمات ملحقة بالحقيقة بحقيقة أن أحد وصفى علة الربا من القدر والجنس اذا وجد كان ذلك مال الربا من وجه لحصول التساوى بينهما من وجه اما ذاتا بالكيل أو معنى بالجنس والفضل من حيث الحلول فضل من حيث المعنى فيثبت به الربا من وجه لان الحكم يثبت بقدر العلة فيحترز عنه

والجواب عن الحديث قيل انه كان فى دار الحرب وقد أخذه عبد الله من أهل الحرب ولا ربا بينهما عندنا وقيل انه كان قبل تحريم الربا اهـ اتقانى (قوله ولان اجتماعهما حقيقة) أى القدر والجنس اهـ (قوله فيحرم بحقيقة العلة) وذلك بوجود وصفى العلة اهـ (قوله ويحرم بشبهة العلة) وهى أحد وصفى العلة اهـ (قوله فلا يلزم المحظور) أى وهو توزيع أجزاء الحكم على أجزاء العلة اهـ (قوله اذ النقدان يوزنان بالصنجات) أى والمثاقيل والزعفران وأمثاله بالامناء والقبان وهذا اختلاف الوزن بينهما صورة والنقود لا تتعين بالتعيين والزعفران ونحوه يتعين بالتعيين وهذا اختلاف بينهما معنى والتصرف فى النقود قبل القبض جائز بخلاف الزعفران ونحوه ولهذا اذا اشترى دنانير أو دراهم موزونة وقبض كان له أن يبيعه موازنة بدون اعادة الوزن وفى الزعفران ونحوه يشترط اعادة الوزن اذا اشترى موازنة وهذا اختلاف بينهما حكما اهـ اتقانى (قوله فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما) هذا على طريق اللف والنشر فقوله صورة يرجع الى أن القطن يوزن بالامناء والنقدين بالصنجات وقوله ومعنى يرجع الى قوله يتعينان بالتعيين وقوله وحكما يرجع الى قوله ويجوز التصرف فيهما قبل الوزن اهـ (قوله فى المتن وحلا بعدمهما) كما اذا اختلف النوعان مما لا يكال ولا يوزن حيث يجوز التفاضل بأن يباع اثنان بواحد كالثوب الهروى بالمروى والجوز بالبيض والحيوان بالثياب ويجوز (٨٨) نسيئة أيضا اهـ غاية (قوله وصح بيع المكيل كالبر والشعير الخ) اعلم أن ما كان مكيلا أو موزونا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغير أبدا عن ذلك بل يعتبر ما كان مكيلا فى عهده مكيلا ويشترط فيه التساوى بالكيل ولا يلتفت الى التساوى فى الوزن دون الكيل حتى لو تساوى الحنطة بالحنطة وزنا لا كيلا لم يجز وكذلك الشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح وما كان موزونا فى عهده يعتبر موزونا أبدا ولا يلتفت الى التساوى فى الكيل دون الوزن حتى لو تساوى الذهب بالذهب كيلا لا وزنا لم يجز وكذلك الفضة بالفضة وذلك لان طاعة النبى صلى الله عليه وسلم واجبة علينا ولان النص أقوى من العرف لكونه ثابتا بالنص قال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن قال القدورى وما لم ينص عليه فهو محمول على عادات الناس وهذا المارويناه من الحديث وروى عن أبى يوسف أن العرف يعتبر على خلاف المنصوص عليه ووجهه أن النص انما ورد بالكيل أو الوزن لجريان العادة فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم كذلك واذا تبدلت العادة يؤخذ بها وتترك تلك العادة فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى لو باع الحنطة بالحنطة مع التساوى فى الوزن دون الكيل لم يجز عندهما خلافا له وكذلك لو باع الذهب بالذهب مع التساوى فى الكيل دون الوزن لم يجز عندهما وان كان العرف يجرى بوزن الحنطة وكيل الذهب اهـ اتقانى قوله ولان النص أقوى من العرف قال الكمال لان العرف جاز أن يكون على باطل كتعارف أهل زماننا فى اخراج الشموع والسرج الى المقابر ليالى العيد والنص بعد ثبوته لا يحتمل أن يكون على باطل ولان حجية العرف على الذين تعارفوه والتزموه فقط والنص حجة على الكل فهو أقوى ولان العرف انما صار حجة بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام ما رآه المسلمون حسنا فهو عند الله حسن وفى المجتبى ثبت بهذا أن ما يعتاده أهل خوارزم من بيع الحنطة الربيعية بالخريفية موزونا متساويا لا يجوز اهـ وقوله ولان حجية العرف الخ فيه تأمل يجب تحريره اهـ اق (قوله وأما ما ينسب الى الرطل الخ) قال فى الهداية وكل ما ينسب الى الرطل فهو وزنى معناه ما يباع بالاواقى لانها قدرت بطريق الوزن حتى يحتسب ما يباع بها وزنا بخلاف سائر المكاييل اهـ

عليه الصلاة والسلام الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد وغيرهما من أئمة الحديث ولان اجتماعهما حقيقة العلة فيكون لاحدهما شبهة العلة فيحرم بحقيقة العلة حقيقة الفضل وهو القدر لانه تفاضل حقيقة ويحرم بشبهة العلة شبهة الفضل وهو النساء لانه يشبه الفضل فليس بتفاضل حقيقة اعمالا للدليل بقدره ولا يقال أحدهما جزء العلة وبه لا يثبت الحكم ولا شئ منه فكيف يثبت بأحدهما حرمة النساء لانا نقول أحدهما علة تامة لهذا الحكم وهو حرمة النساء وان كان بعض العلة فى حق ربا الفضل حقيقة فلا يلزم المحظور ويشترط أن يجمعهما الوزن من كل وجه وان لم يجمعهما جاز النساء أيضا كالنقدين مع القطن ونحوه لان صفة وزنهما مختلف اذ النقدان يوزنان بالصنجات ولا يتعينان بالتعيين ويجوز التصرف فيهما قبل القبض وبعده قبل الوزن بخلاف غيرهما من الموزونات فكانا مختلفين صورة ومعنى وحكما فلا يحرم النساء والذى يدلك عليه أنه صلى الله عليه وسلم قال من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الحديث أجاز السلم بالوزن مطلقا مع ان الدراهم هو الغالب فى رأس المال ولو لم يجز لكان رداله بالرأى وهو لا يجوز قال رحمه الله (وحلا بعدمهما) أى حل التفاضل والنساء بعدم الجنس والقدر لعدم العلة الموجبة للحرمة اذ الاصل الجواز على ما بينا والحرمة تعارض فيجوز ما لم يثبت فيه دليل الحرمة ألا ترى أن الله تعالى أباح البيع بقوله وأحل الله البيع فيجرى على اطلاقه فيما لم يوجد فيه دليل الحرمة على ما بينا من قبل قال رحمه الله (وصح بيع المكيل كالبر والشعير والتمر والملح والموزون كالنقدين وما ينسب الى الرطل بجنسه متساويا لا متفاضلا) أما بيع المكيل والموزون غير المنسوب الى الرطل فقد ذكرناه وبينا أحكامه وأما ما ينسب الى الرطل منه فالمراد به كل شئ وقع عليه كيل

(قوله فيكون مجازفة فيبطل) أى المساواة فى الاموال الربوية شرط جواز العقد فاذا عدمت المساواة يثبت العقد و يثبت الملك للمشترى بالقبض اه كافى فى الاكراه اه (قوله لايجوز بالاواقى) أى المقدّر بالاواقى اه اق وكتب على قوله بالاواقى أى بالكيل الاواقى اه (قوله اذلا فرق بين كيل وكيل على ما بينا) ويمكن الجواب عنه بانه انما جاز بالكيل الاواقى (٨٩) دفعا للحرج فتوهم الفضل بالوزن لا يعتبر بخلاف الكيل المجهول فانه لاضرورة فيه اه (قوله ولو اعتبر لانسد باب البياعات) وهو مفتوح لان الحنطة لاتكون مثلا لحنطة أخرى من كل وجه اه اتقانى (قوله الاهاء وهاء) على وزن هاع بمعنى خذ منه والقصر خطأ اه اتقانى قال الكمال وهاء ممدود من هاء وألف وهمزة بوزن هاع مبنى على الفتح ومعناه خذ يعنى هو ربا الا فيما يقول كل منهما لصاحبه خذ اه (قوله بخلاف الصرف) لانه لايتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين قال الاتقانى رحمه الله ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد عينا بعين بدليل ماروى الطحاوى مسندا الى عبادة ابن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لاتبيعوا الذهب بالذهب ولا الورق بالورق ولا البر بالبر ولا الشعير بالشعير ولا التمر بالتمر ولا الملح بالملح الاسواء بسواء عينا بعين فعلم أن المراد من اليد باليد التعين الا أن التعين فى الصرف لا يتحقق قبل التقابض لما مر آنفا فلهذا

الرطل فانه يعتبر موزونا لانه مقدر بطريق الوزن وذلك مثل الادهان فانه موزون غير أنه لما لم يستمسك الا فى وعاء يشق عليهم وزنه بالامناء والصنجات فى كل وقت بالوعاء فقدّر الوعاء بالارطال والامناء فاكتفى به دفعا للحرج فبقى موزونا على حاله ثم قال فى الهداية واذا كان موزونا فلو بيع بمكيال لايعرف وزنه بمكيال مثله لايجوز لتوهم الفضل فى الوزن بمنزلة المجازفة معناه أنه اذا باع ما يباع بالاواقى بكيل غير أواق سواء بسواء لم يجز لانه باع الموزون بجنسه بكيل لم يقدر بالاواقى فيكون مجازفة فيبطل لجواز التفاضل بالوزن وهذا مشكل لان الشيئين اذا استويا فى كيل وجب أن يستويا فى كيل آخر أيضا ولا تأثير لكون المكيل معلوما أو مجهولا فى ذلك اذ لايختلف ثقله فيهما وفى النهاية قال الاسبيجابى فائدة هذا أنه لو باع ما ينسب الى الرطل بجنسه متفاضلا فى الكيل متساويا فى الوزن يجوز وهذا حسن وهو قياس الموزونات فانه لا يعتبر فيه الا الوزن غير أنه يؤدى الى أنه لايجوز بالاواقى أيضا اذ لا فرق بين كيل وكيل على ما بينا ولا يندفع هذا الاشكال الا اذا منع الجواز فى الكل قال رحمه الله (وجيده كرديئه) يعنى جيد مال الربا ورديئه سواء حتى لايجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لنهيه صلى الله عليه وسلم عن ذلك فيما رويناه من حديث أبى سعيد وأبى هريرة حين قال له الرجل انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة بقوله لا تفعل بع الجمع بالدراهم الحديث ولان تفاوت الوصف لا يعد تفاوتا عادة ولو اعتبر لانسد باب البياعات على ما بينا قال رحمه الله (ويعتبر التعيين دون التقابض فى غير الصرف) وقال الشافعى يعتبر التقابض قبل الافتراق فى بيع الطعام بالطعام كالنقد بالنقد لما رويناه من حديث عبادة بن الصامت فانه شرط فيه أن يكون يدا بيد ولحديث عمر بن الخطاب رضى الله عنه أنه صلى الله عليه وسلم قال الذهب بالذهب ربا الاهاء وهاء والورق بالورق ربا الاهاء وهاء والبر بالبر ربا الاهاء وهاء والشعير بالشعير ربا الاهاء وهاء والتمر بالتمر ربا الاهاء وهاء رواه البخارى ومسلم وأحمد ومعناه أن هذه البياعات لاتجوز الا اذا قال كل واحد منهما لصاحبه هاء أى خذ والمراد به و بقوله يدا بيد فى الحديث الاول القبض ولهذا يشترط القبض فى الذهب والفضة بالاجماع وان كان مما يتعين بالاشارة كالمصوغ منهما ولان قوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد لفظ واحد لايجوز أن يراد به القبض فى حق النقدين والتعيين فى حق غيرهما لانه اما حقيقة فيهما أو حقيقة فى أحدهما ومجاز فى الآخر وأيهما كان فلا يجوز الجمع بينهما لما عرف أن المشترك لاعموم له وأن الجمع بين الحقيقة والمجاز لايجوز ولانه يؤدى الى تعاقب القبض بان يقبض أحدهما دون الآخر فأشبه التأجيل وهذا لان للمقبوض مزية على غيره فيفوت به التساوى وهو الشرط ولنا أنه مبيع متعين فلا يشترط فيه القبض كالثوب ونحوه اذا بيع بجنسه أو بخلاف جنسه لحصول مقصوده وهو التمكن من التصرف بخلاف الصرف لانه لايتعين الا بالقبض فيشترط فيه ليتعين وتعاقب القبض لايعد تفاوتا فى المتعين بخلاف الحال والمؤجل والمراد عما روى التعيين غير أن ما يتعين به مختلف فالنقدان يتعينان بالقبض وغيرهما بالتعيين فلا يلزم الجمع بين معنى المشترك ولا بين الحقيقة والمجاز وانما شرط القبض فى المصوغ من الذهب والفضة باعتبار أصل خلقته وهو الثمنية لان الثمنية لا تتعين بالتعيين فيشترط قبضه ولا يسقط اشتراط القبض بالصنعة لبقاء شبهة عدم التعين باعتبار الاصل اذ الشبهة فى الحرمات ملحقة بالحقيقة قال رحمه الله (وصح بيع الحفنة بالحفنتين والتفاحة بالتفاحتين والبيضة بالبيضتين والجوزة بالجوزتين والتمرة بالتمرتين) لان هذه الاشياء

اشترط التقابض اه (قوله وتعاقب القبض لايعد تفاوتا فى المتعين) هذا جواب عن قول الخصم ولانه اذا لم يقبض فى المجلس يتعاقب فأجاب بأن التجار لايفاضلون فى المالية بين المقبوض فى المجلس وغير المقبوض بعد أن يكون حالا بخلاف الحال والمؤجل واذا لم يتمكن فضل خال عن المعاملة كان العقد جائزا كما فى بيع العبيد والدواب بجنسه وبغير جنسه اه (قوله فى المتن وصح بيع الحفنة) أى وهى ملء الكفين اه مصباح وعند الشافعى لايجوز بيع الحفنة بالحفنتين لوجود الطعم وعدم المخلص وهو المساواة اه اتقانى

وسيأتي في كلام الشارح بمعناه اه وكتب على قوله والحفنة مانصه قال في الصحاح الحفنة ملء الكفين من طعام أو غيره ومنه انما نحن حفنة من حفنات الله أي يشير بالاضافة الى ملكه ورحمته وحفنت الشيء اذا جرفته بكلتا يديك ولا يكون الا من الشيء اليابس كالدقيق والرمل ونحوه اه وفي النهاية لابن الاثير في حديث أبي بكر رضي الله عنه انما نحن حفنة من حفنات الله أراد أنا على كثرتنا يوم القيامة قليل عند الله كالحفنة وهي ملء الكف وقال الاتقاني الحفنة ملء الكف اه (قوله ولهذا يضمن بالقيمة الخ) هذا ايضاح لقوله لان هذه الاشياء الخ اه يعني أن الحفنة والحفنتين والتفاحة والتفاحتين لو كان داخلا تحت المعيار كان مضمونا بالمثل عند الاتلاف كما في سائر المكيلات والموزونات ولكنه مضمون بالقيمة فدل أنه لم يدخل تحت المعيار وهذا ينبغي أن يكون في العددي المتفاوت لا في المتقارب ألا ترى أن فخر الاسلام قال في شرح الجامع الصغير ولا يلزم أن الجوزة مثل الجوزة في ضمان العدوان وكذا سائر هذا الجملة يعني أن التمرة مثل التمرة والبيضة مثل البيضة ولم يجعل كذلك في حكم الربا لان الجوزة ليست مثل الجوزة لعدم دليل المماثلة للتفاوت الا أن الناس اصطلحوا على اهدار التفاوت فقبل ذلك في حقهم وهو ضمان العدوان فاما في حق وجوب التسوية وحرمة الفضل فلا اه غاية البيان قول الشارح رحمه الله ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا قال الكمال رحمه الله ومن فروع ضمان مادون نصف صاع بالقيمة أنه لو غصب حفنة فعفنت عنده ضمن قيمتها فان أبى الا أن يأخذ عينها (٩٠) أخذها ولا شيء له في مقابلة الفساد الذي حصل لها وعند الشافعي لما كانت علة الربا الطعم حرم الحفنة والتفاحة بثنتين وقالوا مادون نصف صاع في حكم الحفنة لانه لا تقدير في الشرع بما دونه فعرف أنه لو وضعت مكاييل أصغر من نصف الصاع لا يعتبر التفاضل بها وهذا اذا لم يبلغ كل واحد من البدلين نصف صاع فان بلغ أحدهما نصف صاع لم يجز حتى لا يجوز بيع نصف صاع فصاعدا بحفنة وفي جمع التفاريق قيل لا رواية في الحفنة بالقفيز واللب بالجوز والصحيح ثبوت الربا ولا يسكن الخاطر الى هذا بل يجب بعد التعليل بالقصد الى صيانة أموال الناس تحريم التفاحة بالتفاحتين والحفنة بالحفنتين أما ان كانت مكاييل أصغر منها كما في ديارنا من وضع ربع بخلاف القدح وثمن القدح المصري فلا شك وكون الشرع لم يقدر بعض المقدرات الشرعية في الواجبات المالية كالكفارات وصدقة الفطر بأقل منه لا يستلزم اهدار التفاوت المتيقن بل لا يحل بعد تيقن التفاضل مع تيقن تحريم اهداره ولقد أعجب غاية العجب من كلامهم هذا وبالله التوفيق اه قوله لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه وجاء التقدير بنصف صاع في صدقة الفطر قال في الفتاوى الصغرى أدنى ما يكون مال الربا من الحنطة نصف القفيز والمراد من القفيز صاع اه غاية (قوله في المتن والفلس بالفلسين بأعيانهما) قيل الضمير يرجع الى الفلسين لان الفلس الواحد مبيع وهو متعين ضرورة اه (قوله وقال محمد لا يجوز) قال الكمال وأصله أن الفلس لا يتعين بالتعيين مادام رائجا عند محمد وعندهما يتعين حتى لو هلك أحدهما قبل القبض بطل العقد اه (قوله بخلاف جنسها) كما اذا اشترى فاكهة بفلوس اه اتقاني (قوله لا يتعين كالدراهم) فكذا اذا قوبل بجنسه اه اتقاني (قوله ولا يفسد البيع بهلاكها) هذا لا يلزم أبا حنيفة لان البيع يفسد عنده وانما يمشي على مذهب أبي يوسف اه شيخنا (قوله فلا تبطل باصطلاحهما) لانه نسخ للاجماع بالآحاد فلا يجوز اه اتقاني (قوله فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله) وهذا على تقدير أن يرضى بتسليم المبيع قبل قبض الثمن اه فتح (قوله ولهما أن الفلوس ليست بأثمان) والاصل في الفلس أن يكون مثمنا لانه نحاس اه اتقاني (قوله بخلاف الدراهم والدنانير) لان ثمنيتهما بأصل الخلقة

ليست بكيل ولا موزون فلم تدخل تحت المعيار فانعدمت العلة بانعدام أحد شطريها وهو القدر ولهذا يضمن بالقيمة عند الاتلاف عندنا ومادون نصف صاع بمنزلة الحفنة لانه لا تقدير فيه في الشرع بما دونه فلم يكن من ذوات الامثال هذا اذا باع مادون نصف الصاع بما دون نصف الصاع وان باع مادون نصف الصاع بنصف صاع أو أكثر لم يجز الا مثلا بمثل لوجود المعيار من أحد الجانبين فتحققت الشبهة وعلى هذا لو باع مالا يدخل تحت الوزن كالذرة من ذهب أو فضة بما لا يدخل تحته جاز لعدم التقدير شرعا اذ لا يدخل تحت الوزن وعند الشافعي لا يجوز جميع ذلك لان العلة عنده الطعم أو الثمنية وقد وجدت قال رحمه الله (والفلس بالفلسين بأعيانهما) أي البدلان بأعيانهما بان كان الفلس معينا والفلسان معينين وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز لان الفلوس الرائجة أثمان والثمن لا يتعين بالتعيين ولهذا اذا قابل الفلوس بخلاف جنسها لا يتعين كالدراهم والدنانير حتى كان له أن يعطي غيرها ولا يفسد البيع بهلاكها وهذا لان ثمنيتها تثبت باصطلاح الكل فلا تبطل باصطلاحهما كالدراهم والدنانير فاذا لم يتعين يؤدي الى الربا أو يحتمله بان يأخذ بائع الفلس الفلسين أولا فيرد أحدهما قضاء بدينه ويأخذ الآخر بغير عوض أو يأخذ بائع الفلسين الفلس أولا ثم يضم اليه فلسا آخر فيردهما عليه فيرجع اليه فلسه مع فلس آخر بغير عوض يقابله وهو ربا فصار كما لو كان بغير أعيانهما أو أحدهما بعينه والآخر بغير عينه ولهما أن الفلوس ليست بأثمان خلقة وانما كان ثمنا بالاصطلاح وقد اصطلحا بابطال الثمنية فتبطل وان كانت ثمنا عند غيرهما من الناس لبقاء اصطلاحهم على ثمنيتها وهذا لانه لا ولاية للغير عليهما اذ لا يلزمهما اصطلاحهم بخلاف الدراهم والدنانير لان ثمنيتها بأصل الخلقة فلا تبطل بالاصطلاح فاذا بطلت الثمنية تتعين بالتعيين فلا يؤدي الى الربا

قال الاتقاني رحمه الله وأما بيع الفلس بالفلسين فهو على وجوه اما ان كانا دينين أو عينين أو أحدهما دينا فان كان أحدهما دينا لا يجوز لان الجنس يحرم النساء وكذلك اذا كانا دينين لهذا المعنى ولان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن الدين بالدين وان كان كل منهما عينا جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وقال محمد والشافعي لا يجوز قالوا هذا بناء على أن الفلوس هل تتعين بالتعيين أم لا فعندهما تتعين بالتعيين حتى لو هلك ينتقض العقد ولو أراد أن يعطي غيره لا يجوز وقال محمد لا تتعين اه واستفيد منه أن صور بيع الفلس بالفلسين أربع الاولى أن يبيع فلسا بغير عينه بفلسين بغير أعيانهما الثانية أن يبيع فلسا بعينه بفلسين بغير أعيانهما الثالثة أن يبيع فلسين بأعيانهما بفلس بغير عينه الرابعة أن يبيع فلسا بعينه بفلسين بعينهما وهذه الصورة فيها خلاف والصور الثلاثة لا خلاف في عدم جوازها والله الموفق (قوله بخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهما الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا كانا غير متعينين حيث لا يجوز بيع الواحد بالاثنين لانه كالئ بكالئ وهو حرام لنهي النبي صلى الله عليه وسلم وكذا اذا كان أحدهما غير عين لان الجنس يحرم النساء اه (قوله لان اصطلاحهما على العد باق) اذ في نقضه في حق العد فساد العقد وهما قصدا صحة العقد لا فساده ولا صحة للعقد الا بعد بطلان الثمنية فكان لهما نقضها فاذا عاد مثمنا جاز بيع الواحد بالاثنين لان العددي اذا لم يكن ثمنا جاز بيعه كذلك كالثوب بالثوبين والجوزة بالجوزتين اه هداية وشرحها الاتقاني (قوله لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص) لان القياس حجة ضرورية يصار اليه عند تعذر العمل بالمنقول الى شبهته في الفرع ولا حجة اليه في الاصل لوجود النص فيه كذا بخط الشارح اه (قوله ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة) ومعنى القاصرة أن لا تتعدى العلة الى الفرع بأن لا توجد تلك العلة الا في الاصل كتعليل الشافعي بالثمنية مثلا اه من خط الشارح رحمه الله

بخلاف ما اذا كانا بغير أعيانهما أو أحدهما بغير عينه لانه يؤدي الى الربا على ما بينا فان قيل اذا بطلت الثمنية وجب أن لا يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا لان النحاس موزون وانما صار معدودا بالاصطلاح على الثمنية فاذا بطلت الثمنية عاد الى أصله موزونا فلا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا قلنا لا يعود موزونا لان اصطلاحهما على العد باق ولا يلزم من بطلان الثمنية بطلان العد وكم من شئ معدود لا يكون ثمنا ألا ترى أن الاواني من النحاس أو نحوه غير الذهب والفضة يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا اذا كانت في اصطلاحهم معدودة وهذا لما عرف أن المعتبر في كونه موزونا أو مكيلا في غير المنصوص عليه العرف بخلاف المنصوص عليه كالاشياء الستة لان العلة المستنبطة لا تعتبر في محل النص للاستغناء عنها بالنص ولهذا اذا كانت العلة المستنبطة قاصرة لا تعتبر أصلا بخلاف المنصوص عليها فاذا لم يبطل اصطلاحهما على العد لم يعدونيا فجاز بيعه متفاضلا ولا يقال اذا كسدت الفلوس باتفاق الكل لا تكون ثمنا باصطلاح المتعاقدين حتى لا تجري فيها أحكام الاثمان في حقهما فكذا لا تكون عروضا أيضا باصطلاحهما لانا نقول الاصل فيها أن تكون عروضا فاصطلاحهما على الثمنية بعد الكساد مخالف للاصل ولرأي الجماعة فلا يصح بخلاف اصطلاحهما على جعلها عروضا لانه موافق للاصل فيصح وان كان فيه خلاف رأي الكل قال رحمه الله (واللحم بالحيوان) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه الا اذا كان اللحم المفرز أكثر مما في الحيوان ليكون قدره مقابلا باللحم والزائد بالسقط لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع اللحم بالحيوان رواه في الموطا ولانهما جنس واحد ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة فكذا متفاضلا كالزيت بالزيتون ولهما أنه بيع المعدود بالموزون فيجوز متفاضلا لاختلافهما جنسا وهذا لان الحيوان ليست فيه مالية اللحم اذ هي معلقة بفعل شرعي وهو الذكاة ألا ترى أنه لا ينتفع به انتفاع اللحم فصار جنسا آخر غير اللحم ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر أي بنفخ الروح فاذا كان جنسا آخر جاز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا بخلاف الزيت مع الزيتون لانهما جنس واحد اذ الزيت موجود فيه للحال وانما هو مستتر وانما لا يجوز

(قوله وقال محمد لا يجوز بيعه بالحيوان من جنسه) بأن باع لحم الشاة بالشاة اه أما اذا كان بلحم من خلاف جنسه جاز كيفما كان بعد أن يكون عينا بعين عندنا اه اتقاني وقوله من خلاف جنسه بأن باع لحم البقر بالشاة وما أشبهه اه وقوله جاز أي بالاتفاق اه (قوله والزائد بالسقط) قال الكمال والمراد بالسقط ما لا يطلق عليه اسم اللحم كالكرش والمعلاق والجلد والاكارع اه (قوله لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع اللحم بالحيوان) فعلى هذا ينبغي أن لا يجوز مطلقا اه (قوله ولهذا لا يجوز بيع أحدهما بالآخر نسيئة) لا يلزم من عدم جوازه نسيئة أن لا يجوز متفاضلا كالبر والشعير اه قال في الهداية ويجوز بيع اللحم بالحيوان عند أبي حنيفة وأبي يوسف قال الكمال سواء كان اللحم من جنس ذلك الحيوان أو لا مساويا لما في الحيوان أم لا يشترط التعيين أما بالنسيئة فلا لامتناع السلم في الحيوان واللحم اه (قوله ولهما أنه بيع المعدود الخ) قال الرازي رحمه الله ولنا أنه باع موزونا بغير موزون فيصح كيفما كان والنهي محمول على ما اذا كان أحدهما نسيئة ولهذا قيد به في رواية اه (قوله ولهذا قال الله تعالى فكسونا العظام لحما ثم أنشأناه خلقا آخر) فعلم أن الحي مع الجلد جنسان اه فتح

بيع أحدهما بالآخر نسيئة لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه على ما عرف في باب السلم لا لانهما جنس واحد ألا ترى أنه لا يجوز ذلك اذا بيع بغيره من خلاف الجنس أيضا ولو كان المذبوح غير مسلوخ وجب أن يجوز عنده أيضا على وجه الاعتبار بان يجعل لحم كل واحد منهما بجلد الآخر كما قالوا في شاتين مذبوحتين غير مسلوختين بيعت احداهما بالاخرى قال رحمه الله (والكرباس بالقطن) وكذا بالغزل كيفما كان لاختلافهما جنسا الا ان الثوب لا ينقض فيعود غزلا أو قطنا وكذا القطن والغزل موزونان والثوب ليس بموزون ولو باع القطن بغزله قال محمد جاز كيفما كان لاختلاف الجنس بينهما لان الغزل لا ينقض فيعود قطنا وقال أبو يوسف لا يجوز الا متساويا لان غزل القطن قطن لان القطن غزل دقاق وقول محمد أظهر ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر وان كان لا يدرى لا يجوز ولو باع القطن غير المحلوج بحب القطن فلابد أن يكون الحب الخالص أكثر من الحب الذي في القطن حتى يكون قدره متقابلا به والزائد بالقطن وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو بلبن يشترط أن يكون الصوف أو اللبن أكثر مما على الشاة لما ذكرنا من المعنى وهو نظير بيع الزيت بالزيتون على ما يجيء قال رحمه الله (والرطب بالرطب أو بالتمر متماثلا والعنب بالزبيب) يعني متماثلا أيضا أما الرطب بالتمر فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وقالا لا يجوز لقوله صلى الله عليه وسلم حين سئل عنه أينقص اذا جف فقيل نعم فقال صلى الله عليه وسلم لا اذا فأفسد البيع وأشار الى العلة وهي النقصان وفيه اشارة الى أنه يشترط لجواز العقد المماثلة في أعدل الاحوال وهو ما بعد الجفاف لا في الحال فصار نظير بيع الدقيق بالحنطة فانه لا يجوز للتفاوت بعد الطحن وله قوله صلى الله عليه وسلم في الحديث المشهور التمر بالتمر مثلا بمثل والرطب تمر فيجوز بيعه بالتمر متماثلا والدليل على أنه تمر ما روى أنه صلى الله عليه وسلم حين أهدى اليه رطب قال أوكل تمر خيبر هكذا وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع التمر حتى يزهي فقيل وما يزهي قال يحمر وهو اسم له من أول ما ينعقد الى أن يدرك ولانه ان كان تمرا جاز بيعه بأول

(قوله لان المتأخر منهما لا يمكن ضبطه) أي سواء كان اللحم أو الحيوان اه (قوله ولو كان المذبوح غير مسلوخ الخ) قال في شرح الطحاوي ولو كانت الشاة مذبوحة غير مسلوخة فاشتراها بلحم الشاة فالجواب في قولهم جميعا كما قال محمد وأراد بالمذبوحة غير المفصولة من السقط ولو اشترى شاة حية بشاة مذبوحة يجوز في قولهم جميعا أما على قولهما فلا يشكل لانه لو اشتراها باللحم يجوز كيفما كان فكذلك اذا اشتراها بشاة مذبوحة وأما على قول محمد فانما يجوز لانه لحم بلحم وزيادة اللحم في احداهما مع سقطها بازاء سقط الأخرى فلا يؤدي الى الربا فيجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله ولو باع القطن بغزله) قال في الهداية واختلفوا في القطن بغزله والكرباس بالقطن يجوز كيفما كان بالاجماع اه قال الاتقاني قوله واختلفوا في القطن بغزله أي اختلف المشايخ في بيع القطن بغزل القطن متساويا وزنا قال بعضهم يجوز لان أصلهما واحد وكلاهما موزون وقال بعضهم لا يجوز واليه ذهب صاحب خلاصة الفتاوى لان القطن ينقص اذا غزل فصار كالحنطة مع الدقيق اه (قوله ولو باع المحلوج بغير المحلوج جاز اذا علم أن الخالص أكثر مما في الآخر) ليكون الزائد مقابل الحب اه (قوله والعنب بالزبيب الخ) وأما الرطب بالرطب فيجوز متماثلا كيلا وكذا العنب بالعنب يجوز عندنا وبه قال مالك وأحمد والمزني خلافا للشافعي اه فتح (قوله فالمذكور هنا قول أبي حنيفة) وقد تفرد أبو حنيفة بالقول بالجواز اه فتح قال علاء الدين العالم في طريقته قال أبو حنيفة بيع الرطب بالتمر متساويا كيلا يجوز وقال الباقون من أهل العلم لا يجوز وأجمعوا أن بيع الرطب بالتمر متفاضلا لا يجوز اه اتقاني (قوله وقالا لا يجوز) والشافعي ومالك وأحمد اه فتح (قوله وهو ما بعد الجفاف) ولم يوجد ذلك في بيع الرطب بالتمر اه (قوله والرطب تمر) فيجوز بيعه والتمر بالتمر مثلا بمثل كيلا بكيل جائز وكذا الرطب بالتمر الا أن الرطب اختص باسم خاص كالبرني اه اتقاني (قوله حين أهدى اليه رطب الخ) قال الاتقاني فيه نظر لان الحديث الهدية كانت تمرا ألا ترى الى ما حدث مالك في الموطا عن عبد المجيد بن سهيل عن عبد الرحمن بن عوف عن سعيد بن المسيب عن أبي سعيد الخدري عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاء بتمر جنيب فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم أوكل تمر خيبر هكذا فقال لا والله يا رسول الله انا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم فلا تفعل بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا قال صاحب الفائق الجمع صنوف من التمر تجمع والجنيب لون منه جيد وكانوا يبتاعون صاعين من الجمع بصاع من الجنيب فقال ذلك تنبيها لهم على الربا اه (قوله قال أوكل تمر خيبر هكذا) فسماه أي الرطب تمرا اه فتح (قوله وروى أنه عليه السلام نهى عن بيع الثمر) فيه نظر اذ الثمرة أعم من التمر اه (قوله ولانه ان كان تمرا الخ) هذا اللفظ يحكى عن أبي حنيفة أنه دخل بغداد وكانوا أشداء عليه لمخالفة الخبر فسألوه فقال الرطب اما أن يكون تمرا أو لم يكن فان كان تمرا جاز العقد عليه لقوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر وان لم يكن جاز لقوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم فأورد عليه الحديث فقال هذا الحديث دار على زيد بن عياش وزيد بن عياش ممن لا يقبل حديثه وأبدله المصنف بقوله ضعيف عند النقلة اه

(قوله وان كان غير تمر فبا آخره) وهذا الترديد حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم لكن الحجة لاتتم به لجواز أن يكون ثم قسم اخر اه من خط الشارح (قوله ألاترى أنه) أى الوصى اه (قوله وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف) عند أبي حنيفة يجوز مع التساوى كيلا وعندهما لايجوز اه كمال قال في الهداية وكذلك العنب بالزبيب يعنى على هذا الخلاف قال الاتقانى يعنى كما يجوز بيع الرطب بالتمر متماثلا كيلا عند أبي حنيفة كذلك يجوز بيع العنب بالزبيب عنده اذا تساويا كيلا وعندهما لايجوز بيع العنب بالزبيب تساويا أو تفاضلا كما قالا في الرطب وقد ذكرنا الرواية قبل هذا على هذا الاختلاف عن شرح الطحاوى اه (قوله وقيل لايجوز بالاتفاق) كالحنطة المقلية بغير المقلية وذكر أبو جعفر أنه يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله وأما بيع الرطب بالرطب) قال الكمال وأما الرطب بالرطب فيجوز عندنا كيلا متماثلا اه قال الاتقانى نقلا عن التقريب وأما العنب بالعنب فيجوز في قولهم كما في الرطب بالرطب وأما البسر بالرطب فقال أبو حنيفة يجوز مثلا بمثل وقالا لايجوز اه (قوله فلما روينا أن اسم التمر) الذى بخط الشارح لان اسم التمر اه (قوله بخلاف الكفرى) قال الاتقانى الكفرى مقصور بضم الكاف وفتح الفاء وتشديد الراء المهملة وعاء الطلع ويسمى كافورا وكفرى كذا قاله ابن دريد وقيل انما سمى به لانه يستر ما في جوفه اه ذكر البدر ابن مالك في شرح الخلاصة في الكفرى وجهين فتح الفاء وضمها وتبعه المرادى وحكى البصرى تثليث الفاء اه (قوله لانه ليس بتمر لان اسم (٩٣) التمر يطلق عليه الخ) قال الكمال

الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم التمر بالتمر مثلا بمثل وان كان غير تمر فبا آخره وهو قوله صلى الله عليه وسلم اذا اختلف النوعان فبيعوا كيف شئتم ولانهما مستويان في الحال وانما يتفاوتان في المآل لذهاب جزء منه وهو الرطوبة بخلاف بيع الحنطة بالدقيق لانهما متفاوتان في الحال ويظهر ذلك بالطحن اذ الطحن لايزيد فيه شيأ وما روياه لم يصح لان مداره على زيد بن عياش وهو ضعيف عند النقلة ولئن صح فهو محمول على أن السائل كان وصيا في مال يتيم أو وليا لصغير فلم ير صلى الله عليه وسلم بهذا التصرف نظرا له اذ هو مقيد بالنظر ألاترى أنه يمنع من بيع الجيد بالردىء من مال الربا لما ذكرنا وبيع العنب بالزبيب على هذا الخلاف والوجه ما بيناه من الجانبين وقيل لايجوز بالاتفاق كالحنطة المقلية بغير المقلية والفرق لابي حنيفة بينه وبين الرطب بالتمر في هذه الرواية أن النص الوارد بلفظ التمر هناك يتناول الرطب على ما بيناه ولم يوجد مثله هنا فبقى محرما حتى يعتدل وأما بيع الرطب بالرطب فلما روينا لان اسم التمر يتناوله فيجوز بيعه مثلا بمثل كذلك ولو باع البسر بالتمر لايجوز التفاضل فيه لانه تمر على ما بينا بخلاف الكفرى حيث يجوز بيعه بما شاء من التمر لانه ليس بتمر لان اسم التمر يطلق عليه من أول ما تنعقد صورته لاقبله وهو عددى متفاوت وهو أول ما ينشق عنه النخل سمى به لانه يستر ما في جوفه وتفاوته فاحش لايجوز السلم فيه ولو باع حنطة رطبة أو مبلولة بحنطة رطبة أو مبلولة أو يابسة جاز البيع وكذا لو باع تمرا منقعا أو زبيبا منقعا بتمر مثله أو زبيب مثله أو باليابس منهما جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لايجوز شئ من ذلك لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو بعد اليبس والفرق له بين بيع الرطب بالرطب وبين بيع

وهذا الاسم أعنى التمر له من أول ما ينعقد صورته لاقبله وبهذا استدل بعضهم لابي حنيفة من بيع الرطب بالتمر فورد عليه أنه لو حلف لايأكل تمرا فأكل رطبا لايحنث فكان غيره فأجاب بالمنع بل يحنث وليس بصحيح بل المسئلة مسطورة في الكتب المذهبية المشهورة بأنه لايحنث وكذا ادعى أنه يحنث فيما اذا حلف لايأكل تمرا فأكل بسرا ولم يكن به حاجة الى هذا اذ يكفيه أن الايمان مبنية على العرف وكلامنا فيه لغة وهم بعد ذلك مطالبون بتصحيح أن اسم التمر يلزم الخارج من حين ينعقد الى أن يطيب ثم يجف من اللغة ولا ينكر صحة الاطلاق باعتبار مجاز الاول اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله من أول ما تنعقد صورته لاقبله) ولهذا لو حلف لايأكل تمرا فأكل رطبا يحنث في يمينه مع أن مبنى الايمان على العرف ذكره علاء الدين العالم في طريقة الخلاف بخلاف ما اذا أكل طلعا لم يبد صلاحه فلم يحنث في يمينه فان قلت لو حلف لايأكل تمرا فأكل بسرا لايحنث في يمينه فعلم أن التمر ليس باسم لثمر النخل من حين ما يبدو صلاحها الى أن ينتهى قلت منعه علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال بل يحنث عندنا اه اتقانى قال الكمال وما ادعاه بعض الخلافيين فيمن حلف لايأكل تمرا فأكل رطبا أنه يحنث فليس كذلك بل المذهب أنه لايحنث لان مبناها على العرف اه (قوله وكذا لو باع تمرا منقعا) قالوا انه بفتح القاف مخففا من أنقع الزبيب في الخابية اذا ألقاه فيها ليبتل وتخرج منه الحلاوة ولكن المشهور بين الفقهاء منقع بالتشديد وعليه بيت المنظومة في باب محمد اه اتقانى (قوله جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف) أى اذا تساويا كيلا اه غاية (قوله وقال محمد لايجوز شئ من ذلك) قال في خلاصة الفتاوى قال شمس الائمة الحلوانى الرواية محفوظة عن محمد رحمه الله أن بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة انما لايجوز اذا انتفخت أما اذا بلت من ساعتها يجوز بيعها باليابسة اه (قوله لانه يعتبر المساواة في أعدل الاحوال) وهو بعد اليبس كما ذهب اليه في بيع الرطب بالتمر لحديث سعد اه اتقانى والحاصل أن محمدا يعتبر المساواة في أعدل الاحوال وهو حالة الجفاف الا أن في بيع الرطب بالرطب اعتبر المساواة في الحال لان التفاوت ثمة انما يكون بعد ما يكون الرطب شيأ آخر وهو التمر فلا يكون التفاوت في المعقود عليه والحنطة المبلولة أو الزبيب المنقع أو

المبلول ونحوه عنـده حيث أجاز بيع الرطب بالرطب ومنع غـيره جميعه أن التفاوت فيها يظهر مع بقاء البدلين على الاسم الذى عقد عليه العقد وفى الرطب بالتمر مع بقاء أحدهما على ذلك الاسم فيكون تفاوتا فى عين المعقود عليه وفى الرطب بالرطب يكون التفـاوت بعد زوال ذلك الاسم فلم يكن تفاوتا فى المعقود عليه وأبو حنيفة يعتبر المساواة فى الحال وكذا أبو يوسف لاطلاق قوله صلى الله عليه وسلم الحنطة بالحنطة مثلا بمثل الحديث وهو باطلاقه يتناول الحنطة والتمر والشـعير على أى صـفة كان الا أن أبا يوسف ترك هذا الاصـل فى بيع الرطب بالتمر حتى منعه بما رويناه من حديث زيد بن عياش على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا ولبن البقر والغنم وخـل الدقل بخل العنب) وقال الشافعى لا يجوز لانه جنس واحـد لاتحاد الاسم والصورة والمقصود ولنا أن أصولها أجناس مختلفة حتى لا يضم بعضها الى بعض فى الزكاة وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة كدقيق البر والشعير والمقصود أيضا مختلف فبعض الناس يرغب فى بعضها دون بعض وقد يضره البعض وينفعه غيره والمعتبر فى الاتحاد فى المعنى الخاص دون العام ولو اعتبر العام لما جاز بيع شئ بشئ أصلا بخلاف لحم الجاموس والبقر أو لبنهما أو لحم المعز والضأن أو لبنهما أو لحم العراب والبخاتى حيث لا يجوز بيع أحدهما بالآخر متفاضلا لانهما جنس واحـد حتى يضم أحـدهما الى الآخر فى تكميل النصاب فى الزكاة فكذا أجزاؤهـما ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن أو لم يتبدل بالصنعة لان بالتبدل تختلف المقاصد ولهذا اجاز بيع الخبز بالحنطة متفاضلا وكذا بيع الزيت المطبوخ بغير المطبوخ أو الدهن المربى بالبنفسج بغير المربى منه متفاضلا وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض متفاضلا وان كان من جنس واحد ولم يتبدل بالصنعة لكونه غـير موزون عادة فلم يكن مقدرا فلم توجد العلة فحاصله أن الاختلاف باختلاف الاصل أو المقصود أو بتبدل

التمر المنقع بعد الجفاف لا يزول عنه اسم المعقود عليه فكان التفاوت فى المعقود عليه اه (قوله على الاسم الذى عقد عليه) أراد به بقاء اسم الحنطة والزبيب والتمر بعد الجفاف اه اتقانى (قوله فى المتن واللحوم المختلفة بعضها ببعض متفاضلا) ولا يجوز نسيئة لان الوزن جمعهما اه اتقانى نقلا عن شرح الطحاوى اه (قوله ولبن البقر والغنم) أى بعضها ببعض متفاضلا نقدا لا نسيئة اه (قوله وخل الدقل) بفتحتين اه وانما خص خل الدقل وهو نوع من أردا التمر اجراء الكلام مجرى العادة لانهم اعتادوا اتخاذ الخل من الدقل والا فالحكم فى كل تمر كذلك اه غاية (قوله بخل العنب) كيف كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن جمعهما اه (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز) قال فى الهداية وعن الشافعى قال الاتقانى قال فى وجيزهم وفى لحوم الحيوانات قولان أصحهما أنها مختلفة لتفاوت المعنى وان اتحد الاسم اه (قوله لاتحاد الاسم والصورة والمقصود) وهو التغذى والتقوى اه اتقانى (قوله وأسماؤها أيضا مختلفة باعتبار الاضافة) كقولك لحم البقر ولحم الضأن ولحم الابل ولحم الدجاج اه (قوله ما لم يختلف المقصود كشعر المعز وصوف الضأن) فشعر المعز وصوف الضأن جنسان بخلاف لحمهما ولبنهما اه (قوله وانما جعل الشعر والصوف جنسين) وان كان أصلهما وهو المعز والضأن جنسا واحدا لاختلاف المقاصد ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر ولهـذا يتخذ من الصوف اللفافة واللبـد ونحو ذلك ومن الشـعر المسح والحبـل الغليظ ونحو ذلك اه قال الاتقانى وأما صوف الشاة مع شـعر المعز جنسان مختلفان لان منافعهـما مختلفة ولو باع بعضها ببعض متفاضـلا يجوز ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما اه (قوله لانه بالتبـدل تختلف المقاصد) قال الكمال ومن الاختـلاف فى الصـفة ما قـدمنا من جواز بيع اناءى صفر أو حديد أحدهما أثقل من الآخر وكذلك قمقمة بقمقمتين وابرة بابرتين وخودة بخودتين وسـيف بسيفين ودواة بدواتين ما لم يكن شئ من ذلك من أحد النقدين فيمتنع التفاضل وان اصطلحوا بعد الصياغة على ترك الوزن والاقتصار على العد والصورة اه (قوله أو الدهن المربى بالبنفسج بغـير المربى الصنعة منـه متفاضلا) قال الكمال واعلم أن المجانسة تـكون باعتبار ما فى الضمن فيمنع النسيئة كما فى المجانسة العينية وذلك كالزيت مع الزيتون والشيرج مع السمسم وتكون باعتبار ما أضيفت اليه فيختلف الجنس مع اتحاد الاصل حتى يجوز التفاضل بينهما كدهن البنفسج مع دهن الورد أصلهما واحد وهو الزيت أو الشيرج فصار جنسين باختلاف ما أضيف اليه من الورد والبنفسج نظرا الى اختلاف المقصود والغرض ولم يبال باتحاد الاصل وعلى هذا دهن الزهر فى ديارنا ودهن البان أصلهما اللوز يطبق بالزهر والخلاف مدة ثم يعصر اللوز فيخرج منه دهن مختلف الرائحة فيجوز بيع أحد الدهنين بالآخر متفاضلا وعلى هذا قالوا والوضم الى الاصل ما طيبه دون الآخر جاز متفاضـلا حتى أجازوا بيع قفيز سمسم مطيب بقفيزين غير مطيب وعلى هـذا يجوز بيع رطل لوز مطبق برطلى لوز غـير مطبق وكذا يجوز بيع دهن مطبق بزهر النارنج برطلى دهن اللوز الخالص وكـذا رطل زيت مطيب برطلين من زيت لم يطيب جعـلوا الرائحـة فيها بازاء الزيادة على الرطل اه (قوله وانما جاز بيع لحم الطير بعضه ببعض الخ) قال الكمال وانما جاز بيع لحم الجنس الواحـد من الطيور كالسمان مثلا والعصافير متفاضـلا لانه ليس بمال الربا اذ لا يوزن لحم الطير ولا يكال وينبغى أن يستثنى من لحوم الطير الدجاج والاوز لانه يوزن عادة فى ديار مصر بعظمه اه

الصنعة قال رحمه الله (وشحم البطن بالالية أو باللحم) يعنى يجوز بيع بعضها ببعض متفاضلا وان كانت كلها من الضان لانها أجناس مختلفة لاختلاف الاسماء والصور والمقاصد قال رحمه الله (والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز بيعه به أصلا لان بينهما شبهة المجانسة فى الحال ولا يعرف التساوى بينهما فصار كبيع المقلية بغير المقلية أو الدقيق بالحنطة والاول أصح لان الخبز بالصنعة صار جنسا آخر حتى خرج من أن يكون مكيلا والبر والدقيق مكيل فلم يجمعهما القدر ولا الجنس حتى جاز بيع أحدهما بالآخر نسيئة اذا كانت الحنطة هى المتأخرة لامكان ضبطها وان كان الخبز هو المتأخر أو السلم فيه فلا يجوز عند أبى حنيفة لانه يتفاوت بالطحن والعجن والنضج وأما عندهما فقد ذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط أنه لا يحفظ عنهما خلاف ذلك ومن أصحابنا من يقول لا يجوز عندهما ومنهم من يقول يجوز على قياس السلم باللحم وبه يفتى للتعامل وفى الكافى ان ابن رستم ذكر فى نوادره أن على قول أبى حنيفة ومحمد لا يصح السلم فى الخبز وعلى قول أبى يوسف يصح وزنا ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا عند أبى حنيفة لما ذكرنا فى السلم بل أولى لان باب السلم أوسع حتى جاز السلم فى الثياب دون القرض وهو القياس وقال محمد يجوز بالوزن والعدد جميعا للتعامل وبه يترك القياس كالاستصناع وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت بالعدد دون الوزن وعليه الفتوى قال رحمه الله (لا بيع البر بالدقيق أو بالسويق) يعنى لا يجوز بيع الحنطة بأحدهما لا متفاضلا ولا متساويا لانه جنسه من وجه وان اختص باسم آخر فيحرم لشبهة الربا لان أحدهما بر والآخر أجزاؤه أو أحدهما دقيق والآخر أجزاؤه وهذا لانه بالطحن لم يوجد الا تفريق الاجزاء والمجتمع بالتفريق لا يصير جنسا آخر فبقيت شبهة المجانسة وثبوت الشبهة تكفى لثبوت حرمة الربا كما فى دهن السمسم مع السمسم غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوّ لهما ألا ترى أن البر اذا طحن يزيد عليه وتلك الزيادة كانت موجودة فى الحال وظهرت بالطحن بخلاف بيع دهن السمسم بالسمسم حيث يجوز لان المعيار فيهما الوزن وهو مسوّ لهما فأمكن التساوى بينهما ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا لاتحاد الاسم والصورة والمعنى وبه تثبت المجانسة من كل

(قوله فى المتن وشحم البطن بالالية أو باللحم) قال الاتقانى نقلا عن شرح الطحاوى ولو باع لحوم الشاة بشحومها أو بالياتها أو لحمها بصوفها يجوز ذلك كيفما كان ولا يجوز نسيئة لان الوزن يجمعهما اهـ قال الكمال وأما الرؤس والاكارع والجلود فيجوز يدا بيد كيفما كان لا نسيئة لانه لم ينضبط بالوصف حتى ان السلم فيه لا يجوز اهـ (قوله فى المتن والخبز بالبر أو الدقيق متفاضلا) أى نقدا لا نسيئة الا اذا كانت الحنطة أو الدقيق نسيئة فانه يجوز حينئذ اهـ (قوله حتى خرج من أن يكون مكيلا) أى وصار وزنيا أو عدديا اهـ غاية قوله وزنيا أى عند أبى يوسف وقوله أو عدديا عند محمد اهـ (قوله وان كان الخبز هو المتأخر) قال فى الهداية وان كان الخبز نسيئة يجوز عند أبى يوسف رحمه الله وعليه الفتوى اهـ (قوله ولا يجوز استقراضه وزنا ولا عددا) قال فى الاختيار وعند محمد يجوز بهما وهو المختار لتعامل الناس به وحاجتهم اليه اهـ وقال ابن فرشتا وعليه الفتوى اهـ قال الاتقانى وروى عن محمد أنه يجوز وزنا وعددا وقال ثلاث من الدناءة استقراض الخبز وزنا والجلوس فى دكان الحجام والنظر فى مرآته اهـ ثم قال الاتقانى بعد أوراق وعند محمد يجوز عددا ووزنا كذا ذكر قول محمد فى شرح الطحاوى والمختلف والحصر وخلاصة الفتاوى وذكر الولوالجى وصاحب الفتاوى الصغرى أنه يجوز عند محمد عددا ولم يذكر الوزن وان كان لا يجوز السلم عنده لا وزنا ولا عددا قال الولوالجى وكان محمد ترك القياس فى جواز استقراضه عددا لتعارف الناس كما ترك القياس بالعرف فى جواز الاستصناع اهـ (قوله وقال أبو يوسف يجوز بالوزن دون العدد لان احاده تتفاوت) قال الكمال ومحمد يقول قد أهدر الجيران تفاوته وعنهم يكون اقتراضه غالبا والقياس يترك بالتعامل وجعل المتأخرون الفتوى على قول أبى يوسف وأنا أرى أن قول محمد أحسن اهـ (قوله فى المتن لا بيع البر بالدقيق) أى لا يجوز بيع الحنطة بدقيق الحنطة ولا بسويقها اهـ اتقانى وقوله ولا بسويقها أما بسويق لشعير فيجوز اهـ فتح (قوله والآخر أجزاؤه) عبارة الكافى وفى الآخر أجزاؤه اهـ (قوله غير أن المعيار فيهما الكيل وهو غير مسوّ لهما) قال الكمال فلا تتحقق المساواة بينهما كيلا بل هو محتمل فصار بيع أحدهما بالآخر كيلا كبيع الجزاف لذلك الاحتمال وحرمة الربا انما كانت منتهية بالعلم بالمساواة الا فيما لا اعتبار به مثل أن يتفق كبس فى كيل هذه الحنطة لم يتفق قدره سواء فى الحنطة الاخرى فاذا لم يتحقق العلم بها صارت مؤبدة بالضرورة فلا يجوز وان كان كيلا بكيل مساو ثم قال الكمال وقولنا المعيار فى الحنطة والدقيق الكيل لا يراد به الا فيما اذا بيع بجنسه أما بالدراهم فيجوز بيع الحنطة وزنا بالدراهم وكذا الدقيق وغير ذلك اهـ (قوله ويجوز بيع الدقيق بالدقيق متساويا ولا يجوز متفاضلا) قال فى خلاصة الفتاوى سواء كان أحدهما أخشن أو أدق وكذا بيع النخالة بالنخالة وقال فى شرح أبى نصر يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا على صفة واحدة من النعومة اهـ غاية قال الاتقانى وجملة هذه المسائل على ما قال فى شرح الطحاوى على ثلاثة أوجه فى وجه يجوز البيع اذا تساويا فى الكيل وفى وجه لا يجوز البيع تساويا فى الكيل أو تفاضلا وفى وجه اختلفوا فيه أما الوجه الذى يجوز فيه البيع اذا تساويا فى الكيل وهو أنهما اذا تبايعا حنطة بحنطة وهما عتيقتان أو حديثتان أو احداهما عتيقة والاخرى حديثة وكذلك اذا

تبايعا حنطة مقلية بمقلية أو دقيق حنطة بدقيق حنطة أو سويق حنطة بسويق حنطة وتساويا في الكيل فانه يجوز وكذلك حكم الشعير بالشعير على هذا وكذلك اذا تبايعا تمرا بتمر كلاهما عتيق أو كلاهما حديث أو أحدهما حديث والآخر عتيق وتساويا في الكيل فانه يجوز بالاجماع وكذلك اذا تبايعا عنبا بعنب أو زبيبا بزبيب وكذلك حكم ما أشبه ذلك من المكيلات اذا بيع بجنسه وأما الوجه الذي لا يجوز تساويا في الكيل أو تفاضلا فهو أنهما اذا تبايعا حنطة مقلية بغير مقلية أو باع الحنطة بالدقيق أو الحنطة بسويق الحنطة أو تمرا مطبوخا بتمر غير مطبوخ أو حنطة مطبوخة بحنطة غير مطبوخة فلا يجوز تساويا أو تفاضلا وأما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو أنهما اذا تبايعا تمرا برطب أو رطبا ببسر أو عنبا بزبيب فتساويا في الكيل يجوز في قول أبي حنيفة وعندهما لا يجوز تساويا أو تفاضلا وبيع الكفرى بالبسر أو الرطب أو التمر يجوز كيفما كان بالاجماع لان الكفرى عددي اهـ مع حذف (قوله انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين) قال الكمال وهو حسن اهـ (قوله ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق) والمراد منه دقيق الحنطة بسويقها اهـ اتقاني وأما دقيق الحنطة بسويق الشعير وعكسه فلا شك في جوازه اهـ كمال (قوله وقالا يجوز كيفما كان لانهما جنسان) أي دقيق الحنطة وسويقها اهـ فتح (قوله مختلفان) أي وان رجعا الى أصل واحد اهـ فتح (قوله لاختلاف الاسم) أي والهيئة اهـ غاية (قوله وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية) أي فان المقلية لا تصلح للزراعة ولا للهريسة ولا تطحن فيتخذ منها خبز اهـ فتح (قوله وكالبر العلك مع المسوس) قال الاتقاني والحنطة العلكة الجيدة قال ابن دريد طعام علك متين المضغة والحنطة المسوسة أي المدودة يقال سوس الطعام وزنا اذا دود من السوس وهو الدود وقال الكمال العلكة أي الجيدة السالمة من السوس ومسوسة بكسر الواو كأنها هي سوست أي أدخلت السوس فيها اهـ (قوله وبيع المقلية بالمقلية) قال الكمال فأما بيع الحنطة المقلية بالمقلية فاختلفوا قيل يجوز اذا تساويا كيلا ذكره في الذخيرة وقيل لا وعليه عوّل في المبسوط ووجهه أن النار قد تأخذ في أحدهما أكثر من الآخر والاول أولى اهـ قال الاتقاني يقال حنطة مقلية من قلى يقلي ومقلوة من قلا يقلو فهما اذن لغتان ذكرهما أهل اللغة كصاحب المجمل وغيره فعلى هذا عدّ من طعن على أصحابنا في استعمالهم بالياء مخطئا اهـ

وجه ولا يعتبر احتمال التفاضل كما في البر بالبر وقال أبو بكر محمد بن الفضل انما يجوز بيع الدقيق بالدقيق اذا كانا مكبوسين وان كانا غير مكبوسين أو أحدهما لا يجوز وان باع الدقيق بالدقيق موازنة ففيه روايتان ولا يجوز بيع الدقيق بالسويق متفاضلا ولا متساويا عند أبي حنيفة وقالا يجوز كيفما كان لانهما جنسان مختلفان لاختلاف الاسم والمقصود ألا ترى أن أحدهما يصلح لما لا يصلح له الآخر وهو آية الاختلاف غير أنه لا يجوز أن يباع أحدهما بالآخر نسيئة لان القدر يجمعهما ولابي حنيفة أنهما جنس واحد من وجه لانهما من أجزاء الحنطة ولهذا لا يجوز أن يباعا بالحنطة لاتحاد الجنس وعدم المسوي وكذا لا يجوز بيع أصل أحدهما بأصل الآخر وهو المقلية بغير المقلية لما ذكرنا وكذا الجزآن لا يجوز بيع أحدهما بالآخر اذ الجزء لا يخالف الكل وبفوات بعض المقاصد لا يخرج من أن يكون جنساله كأصل أحدهما مع أصل الآخر أو معهما على ما بيناه وكالبر العلك مع المسوس حتى لا يجوز بيع أحدهما بالآخر الا متساويا ومجرد اختلاف الاسم لا يدل على اختلاف الجنس ألا ترى أن بعض الانسان يختص باسم كالشاب والشيخ والطفل ونحوه مع اتحاد الجنس وبيع المقلية بالمقلية والسويق بالسويق متساويا جائز لاتحاد الجنس قال رحمه الله (والزيتون بالزيت والسمسم بالشيرج حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم) أي لا يجوز البيع حتى يكون الدهن الخالص أكثر مما في الآخر ليكون قدره بمثله والزائد بالثجير لاتحاد الجنس بينهما معنى باعتبار ما في ضمنهما وان اختلفا صورة فيثبت بذلك شبهة المجانسة والربا يثبت بالشبهة فلو لم يكن الدهن الخالص أكثر من الذي في الآخر كان الثجير بلا عوض يقابله فيحرم ولو لم يعلم أن الخالص أكثر لا يجوز خلافا لزفر هو يقول ان الاصل هو الجواز والفساد طارئ عند وجود الفضل الخالي عن العوض فلا يفسد ما لم يعلم ذلك قلنا المتوهم في الربا كالمتحقق ألا ترى الى ما روي عن جابر أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الصبرة من التمر لا يعلم كيلها بالكيل المسمى من التمر رواه مسلم والنسائي وروي عنه صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الربا والريبة وهي شبهة الربا وقال ابن مسعود كنا ندع تسعة أعشار الحلال مخافة الحرام وعلى ذلك كان السلف رضي الله عنهم ولا يقال ان السمسم مكيل والدهن موزون فكيف يحرم التفاضل بينهما الا أنا نقول المقصود منه دهنه وهو موزون والحرمة باعتباره فان قيل على هذا ينبغي أن يجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلا كيلا على وجه الاعتبار بأن يصرف كل جنس الى خلاف جنسه قلنا ذلك يتأتى في المنفصل خلقة دون المتصل وكذا بيع الجوز بدهنه واللبن بسمنه والتمر بنواه وكل شئ لثفله قيمة اذا بيع بالخالص منه لا يجوز حتى يكون الخالص أكثر وان لم يكن لثفله قيمة كتراب الذهب اذا بيع بالذهب أو تراب الفضة اذا بيع بالفضة لا يشترط أن يكون الذهب أو الفضة أكثر مما في التراب لان التراب لا قيمة له فلا يجعل بازائه شئ حتى لو جعل فسد للربا بالفضل قال رحمه الله (ويستقرض الخبز

(قوله وان كان عليه دين لا يجوز) أى لا يجوز البيع متفاضلا فيما فيه الربا اذا كان على العبد دين اه اتقانى (قوله وعندهما) وان كان المولى يملك ما فى يده ولكن تعلق الخ اه (قوله الا أنه اذا أخذ) أى السيد اه (قوله وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا) المسلم الذى دخل دار الحرب بامان اذا باع درهما بدرهمين أو باع خمرا أو خنزيرا أو ميتة أو قامرهم وأخذ المال يحل عند أبى حنيفة ومحمد خلافا لابى يوسف اه غاية (قوله ولان مالهم مباح) أى أهل الحرب اه

﴿ باب الحقوق ﴾

وزنا لا عددا) وهذا عند أبى يوسف وعند محمد يستقرض بهما وعند أبى حنيفة لا يستقرض بهما وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا ربا بين المولى وعبده) لانه وما فى يده ملكه فلا يتحقق الربا هذا اذا لم يكن عليه دين مستغرق برقبته وما فى يده وان كان عليه دين لا يجوز لان ما فى يده ليس بملك للمولى عند أبى حنيفة فصار كالمكاتب وعندهما تعلق به حق الغير فلا يعرى عن الشبهة وفى المحيط فى كتاب الصرف لا ربا بينهما وان كان عليه دين لان له أن يأخذ كسب عبده المدين بعوض بعدله استخلاصا بغير شراء فجعل أخذا بهذا الطريق الا أنه اذا أخذ منه درهمين بدرهم برد الدرهم الزائد على العبد لانه أخذه بغير عوض لا للربا حتى لو أخذ منه درهمين بدرهم لا يجب على العبد الرد على المولى بخلاف المكاتب لان حق المولى لا يظهر فى حق كسب المكاتب والمتفاوضان لا ربا بينهما لان الكل مالهما وكذا شريكا العنان اذا تبايعا من مال الشركة وان كان من غيره لم يجز قال رحمه الله (و بين الحربى والمسلم ثمة) أى لا ربا بينهما فى دار الحرب وكذلك اذا تبايعا بيعا فاسدا فى دار الحرب فهو جائز وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف والشافعى لا يجوز لان المسلم التزم بالامان أن لا يتملك أموالهم الا بالعقد وهذا العقد وقع فاسدا فلا يفيد الملك الحلال فصار كما اذا وقع مع المستأمن منهم فى دارنا ولهما قوله صلى الله عليه وسلم لا ربا بين المسلم والحربى فى دار الحرب ولان مالهم مباح و بعقد الامان لم يصر معصوما الا أنه التزم أن لا يغدرهم ولا يتعرض لما فى أيديهم بدون رضاهم فاذا أخذه برضاهم فقد أخذ مالا مباحا بلا غدر فيملكه بحكم الاباحة السابقة اذ تأثير الامان فى تحصيل التراضى دون التملك فكان الملك فى حق الحربى زائلا بالتجارة كما رضى به وفى حق المسلم ثابتا لاستيلائه على مال مباح بخلاف المستأمن منهم فى دارنا لان ماله صار محظورا بعقد الامان ولو أسلم الحربى فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فكذلك الحكم عند أبى حنيفة لان ماله غير معصوم عنده على ما عرف فى موضعه

﴿ باب الحقوق ﴾

قال رحمه الله (العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق و بشراء منزل الا بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ودخل بشراء دار كالكنيف) أى لا يدخل العلو بشراء بيت وان قال بكل حق هو له ما لم ينص عليه و بشراء منزل لا يدخل الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه و بشراء الدار يدخل العلو وان لم يذكر شيأ من ذلك كما يدخل الكنيف لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة والعلو مثله والشئ لا يكون تبعا لمثله ولا يكون من حقوقه فلا يدخل بدون التنصيص

أى حقوق المبيع اه قال الكمال محل هذا الباب عقيب كتاب البيوع قبل الخيار قال الاتقانى ولكن المصنف لما اتبع وضع الجامع الصغير المرتب وفيه وقع الوضع هكذا بعد ذكر مسائل البيوع وضع هكذا أيضا اه (قوله فى المتن العلو لا يدخل بشراء بيت بكل حق الخ) قال فى الهداية ومن اشترى منزلا فوقه منزل فليس له الاعلى الا أن يشتريه بكل حق له أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه ومن اشترى بيتا فوقه بيت بكل حق لم يكن له الأعلى ومن اشترى دارا بحدودها فله العلو والكنيف اه قال الاتقانى قال شمس الائمة فى شرح الجامع الصغير المنزل فوق البيت ودون الدار والبيت اسم لمسقف واحد له دهليز والدار اسم لما يشتمل على الصحن والبيوت والصفة والمطبخ والاصطبل والمنزل اسم لما يشتمل على بيوت ومطبخ وموضع قضاء الحاجة ولكن لا يكون فيه صحن الى هنا لفظ شمس الائمة رحمه الله والجواب فى ذلك أن العلو لا يدخل فى شراء البيت وان ذكر الحقوق الا اذا ذكر اسم العلو صريحا لان البيت اسم خاص لمسقف واحد يبات فيه والعلو فى ذلك مثل السفل والشئ يستتبع دونه لا مثله أو فوقه والعلو يدخل فى شراء المنزل اذا ذكر الحقوق أو المرافق أو كل قليل وكثير أو اسمه الخاص والا فلا وذلك لان المنزل اسم لبيتين أو ثلاثة ينزل فيها الليل والنهار والعلو فى النزول كالسفل الا أنه دونه فى احتمال السكنى فكان أصلا من وجه تابعا من وجه فان ذكره أو ذكر اسم التبع دخل والا فلا وعلو الدار يدخل من غير نص باسمه الخاص ومن غير ذكر الحقوق لان العلو من جملة ما أدير الحوائط اه (قوله الا الخ) أى الا باحدى عبارات ثلاث اه (قوله وان قال الخ) هذه احدى العبارات الثلاث اه (قوله لان البيت اسم لمسقف واحد يصلح للبيتوتة) فمنهم من يقتصر على هذا ومنهم من يزيد له دهليز اه كمال (قوله والشئ لا يكون تبعا لمثله) قال الكمال أو ما هو دونه وأورد المستعير له أن يعير ما لا يختلف باختلاف المستعمل والمكاتب يكاتب عبده

عليه والدار اسم لما أدير عليه الحدود من الحائط ويشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف والعلو من اجزائه وتوابعه فيدخل فيه من غير ذكر والمنزل بين الدار والبيت لانه اسم لما يشتمل على بيوت وصحن مسقف ومطبخ يسكنه الرجل بأهله مع ضرب قصور فيه فانه ليس فيه اصطبل فكان له شبه بهما فلشبهه بالدار يدخل تبعا عند ذكر التوابع ولشبهه بالبيت لا يدخل من غير ذكر توفيرا على الشبهين حظهما وذكر في الكافي ان هذا الجواب على هذا التفصيل بناء على عرف أهل الكوفة وفي عرفنا يدخل العلو في الكل سواء باع باسم البيت أو المنزل أو الدار لان كل منزل يسمى خانه سواء كان كبيرا أو صغيرا فكانه يقول يتناول العلو والسفل والاحكام في مثل هذا تبنى على العرف فيعتبر في كل اقليم وفي كل عصر عرف أهله وانما يدخل الكنيف لان الدار اسم لما أدير عليه الحائط والكنيف منه فيدخل بذكر الدار من غير افراده بالذكر كالعلو ولو كان خارج الدار مبنيا على الظلة يدخل لانه يعد من الدار عادة ويدخل بئر الماء والاشجار في صحنها والبستان فيها لما ذكرنا وان كان البستان خارج الدار ان كان أكبر منها أو مثلها لا يدخل الا بالشرط لانه خارج عن حدودها وان كان أصغر منها يدخل لانه يعد من الدار عرفا فصار تبعا لها قال رحمه الله (لا الظلة الا بكل حق) أى لا تدخل الظلة في بيع الدار الا اذا قال بكل حق أو نحو ذلك مما ذكرنا وهذا عند أبى حنيفة وعندهما تدخل من غير ذكر شئ مما ذكرنا اذا كان مفتحها في الدار لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف ولابى حنيفة أنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق فصارت كالطريق ولانها تابعة للدار من حيث ان قرار أحد طرفيها عليها وليست بتابعة لها من حيث ان قرار طرفها الآخر على شئ آخر فصارت تابعة من وجه دون وجه فتدخل ان ذكر الحقوق ونحوه والا فلا عملا بالشبهين قال رحمه الله (ولا يدخل الطريق والمسيل والشرب الا بنحو كل حق بخلاف الاجارة) أى لا تدخل هذه الاشياء في بيع الارض أو المسكن الا بذكر كل حق أو نحوه

وأجيب بان ذلك ليس بطريق الاستتباع بل لما ملك المستعير المنفعة كان له أن يملك ما ملك والمكاتب بعقد الكتابة لما صار أحق بمكاسبه كان له ذلك لان كتابة عبده من اكتسابه اه (قوله والمنزل بين الدار والبيت) منزلة بين المنزلتين وهى الدورة الصغيرة فيها بيتان أو ثلاثة وهو يشتمل على مرافق السكنى ولكنه قاصر ليس فيه منزل الدواب ولا ما يجرى مجرى ذلك اه اتقانى (قوله وفى عرفنا يدخل العلو) أى فى الفصول كلها الان فى عرفنا الدار والمنزل والبيت كله واحد اه اتقانى (قوله وانما يدخل الكنيف الخ) قال فى الهداية وكما يدخل العلو فى اسم الدار يدخل الكنيف لانه من توابعه اه قال الكمال الكنيف هو المستراح اه (قوله ويدخل بئر الماء والاشجار فى صحنها والبستان فيها لما ذكرنا) قال قاضيخان ولو اشترى دارا فيها بستان دخل البستان فى البيع صغيرا كان البستان أو كبيرا وان كان البستان خارجا من الدار لا يدخل البستان فى البيع وان كان له باب فى الدار كذا قال أبو سليمان وقال الفقيه أبو جعفر ان كان البستان أصغر من الدار ومفتحها الى الدار يدخل فى بيع الدار وان كان البستان أكبر من الدار لا يدخل فى بيع الدار والمسئلة مرت فى باب اليمين فى الخروج والدخول اه (قوله فى المتن لا الظلة الخ) والظلة هى الساباط الذى أحد طرفيه على الدار والطرف الآخر على دار أخرى أو على الاسطوانات فى السكة ومفتحها فى الدار (٩٨) المبيعة اه اتقانى وكال (قوله اذا كان مفتحها فى الدار) قال قاضيخان وان لم يكن مفتحها فى الدار لا تدخل الظلة فى بيع الدار فى قولهم الا بذكر الظلة اه (قوله لانها من توابع الدار كالعلو والكنيف) ولهذا لو حلف لا يدخل الدار فدخلها يحنث اه محيط (قوله من حيث ان قرار طرفها الآخر على شئ آخر) اما دار الجار أو اسطوانات اه (قوله فى المتن ولا يدخل الطريق والمسيل) قال العينى وهو موضع جرى الماء من المطر وغيره والشرب بكسر الشين وهو النصيب من الماء اه (قوله الا بنحو كل حق الخ) أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير هو فيه أو منه اه (قوله الا بذكر كل حق أو نحوه) قال الكمال فان المقصود فى الاصل منه ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها اعيانا بل اما الذلك أو ليتجر فيها أو يأخذ بعضها فلم يتعين فائدة للبيع فلا يلزم بخلاف ولهذا جاز بيع الجحش كما ولد وان لم ينتفع به فى الحال وكذا الارض السبخة ولا يصح اجارة ذلك وفى الكافى ولهذا لو استأجر علوا واستثنى الطريق فسدت الاجارة بخلاف ما لو اشترى علوا واستثنى الطريق يصح اه قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يشترى البيت فى الدار أو المنزل فى الدار أو المسكن فى الدار قال لا يكون له الطريق الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه فيكون له الطريق الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذلك لان الطريق خارج عن الحدود الا أنه من التوابع فلاجرم لم يدخل من غير ذكر وكذلك الشرب والمسيل وهذا بخلاف اجارة البيت أو المنزل أو المسكن أو الارض حيث يدخل الطريق والمسيل والشرب من غير ذكر لان المقصود من الاجارة هو الانتفاع ولا انتفاع بدون أن تدخل هذه الاشياء والبيع ليس كذلك لان المقصود منه تملك الرقبة لا الانتفاع بعينها والانتفاع من ثمراته ولهذا يجوز بيع الجحش الصغير الذى لا ينتفع به فى الحال ويجوز بيع الارض السبخة لعدم الانتفاع قال الامام فخر الدين قاضيخان واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار ولكنه من حقوق هذه الدار فلا يدخل بذكر الحقوق وان قال البائع ليس للدار المبيعة طريق فى دار أخرى فالمشترى لا يستحق الطريق

بغير حجة ولكن له أن يرد بالعيب وكذلك لو كانت جذوع دار أخرى على الدار المبيعة فان كانت للبائع يؤمر برفعها وان كانت لغيره كانت بمنزلة العيب وكذلك لو ظهر فى الدار المبيعة طريق لدار أخرى أو مسيل ماء فان كانت تلك الدار للبائع فلا طريق له فى الدار المبيعة لانه باعها من غير استثناء وان كانت لغير البائع كانت بمنزلة العيب اه قال الكمال رحمه الله قوله ومن اشترى بيتا فى دار أو منزلا فيها أو مسكنا فيها لم يكن له الطريق فى هذه الدار الى ذلك المشترى الا أن يشتريه بكل حق أو بمرافقه أو بكل قليل وكثير وكذلك الشرب والمسيل لانه خارج الحدود الا أنه من التوابع فيدخل بذكر التوابع وفى المحيط المراد الطريق الخاص فى ملك انسان فأما طريقها الى سكة غير نافذة والى الطريق العام فيدخل وكذا ما كان له من حق تسييل الماء أو القاء الثلج فى ملك انسان خاصة وقال فخر الاسلام واذا كان طريق الدار المبيعة أو مسيل مائها فى دار أخرى لا يدخل من غير ذكر الحقوق لانه ليس من هذه الدار فلا يدخل الا بذكر الحقوق الا أن تعليله بقوله لانه ليس من هذه الدار يقتضى أن الطريق الذى فى هذه الدار يدخل وهو غير ما فى الكتاب فالحق ان كلا منهما لا يدخل لانه وان كان فى هذه الدار فلم يشتر جميع هذه الدار انما اشترى شيأ معينا منها فلا يدخل ملك البائع أو ملك الاجنبى الا بذكره اه (قوله بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها) أى هذه الاشياء اذا استأجر دارا أو أرضا اه عينى (قوله فيما لا يمكن الانتفاع به) كالمهر والارض السبخة اه (قوله ولو اشترى رحى) وكذلك لو اشترى بيت الرحى بكل حق هو له أو بكل قليل وكثير هو فيه اه قاضيخان

بخلاف الاجارة حيث تدخل فيها من غير شرط لان هذه الاشياء تابعة من وجه من حيث انها تقصد للانتفاع بالمبيع دون عينها أصل من وجه من حيث انه يتصور وجودها بدون المبيع فكانت تابعة للمبيع من وجه دون وجه فلا تدخل فى البيع الا بذكر الحقوق والمرافق وهذا لانه قد يشترى للبيع فلا يلزم الشراء للانتفاع به وقد يشترى الطريق بعدما اشترى المبيع بخلاف الاجارة لانها تعقد للانتفاع لا غير ولهذا لا تجوز الاجارة فيما لا يمكن الانتفاع به ولو بطل الانتفاع بعد عقد الاجارة تبطل الاجارة وكذا لو استثنى هذه الاشياء عن عقد الاجارة تبطل اذ لا يمكن الانتفاع بالعين المستأجرة الا بهذه الاشياء فوجب دخولها فيها تصحيحا لها ألا ترى أنه لو استأجر الطريق من صاحب العين لا يجوز فتعين الدخول فيها ولا يدخل مسيل ماء الميزاب اذا كان فى ملك خاص ولا مسقط الثلج فيه وقدر الحمام يدخل لانه مركب بالبناء ولو اشترى رحى يدخل الحجر الاسفل لانه مركب بالبناء وكذا الاعلى استحسانا والآلات الملصقة بالبيت لان الرحا اسم لبيت فيه حجر دوار والحجر الاعلى هو الدوار

﴿باب الاستحقاق﴾

قال رحمه الله (البينة حجة متعدية لا الاقرار) لان البينة لا تصير حجة الا بقضاء القاضى وللقاضى ولاية عامة فينفذ قضاؤه فى حق الكافة والاقرار حجة بنفسه لا يتوقف على القضاء وللمقر ولاية على نفسه دون غيره فيقتصر عليه قال رحمه الله (والتناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق) لان القاضى

هو طلب الحق اه ع قال الاتقانى ذكر هذا الباب عقيب باب الحقوق لظهور التناسب بينهما لفظا ومعنى اه قال الكمال حق هذا الباب أن يذكر بعد تمام أبواب البيع لانه ظهور عدم الصحة بعد التمام ظاهرا ولكن لما ناسب الحقوق لفظا ومعنى ذكر عقيبه اه (قوله فى المتن البينة حجة متعدية الخ) قال العينى وهذا أصل لفروع كثيرة منها ما أشار اليه بقوله مبيعة الخ ومنها أنه اذا اشترى عبدا ثم ظهر له مستحق بالبينة فانه يرجع على البائع بالثمن لانه يثبت بها الملك من الاصل فيتعدى الى الكل ولو أقر به المشترى لرجل أنه مستحق له لا يرجع بالثمن على البائع لان اقراره قاصر عليه فيثبت به الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته فلا يظهر الاستحقاق فى حقه بالرجوع بالثمن على البائع اه (قوله فى المتن والتناقض يمنع دعوى الملك) قال العينى وهذا أيضا أصل لفروع كثيرة وموضعها فى كتاب الدعوى ومن صور ذلك ما ذكره فى الفتاوى الظهيرية رجل ادعى على رجل مقدارا معلوما بأنه دين له عليه وأنكر المدعى عليه ذلك ثم ادعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة فانه لا تسمع دعواه لانه متناقض فى كلامه ولو كان الامر بالعكس تسمع لامكان التوفيق لان مال الشركة يجوز أن يكون دينا بالجحود والدين لا يجوز أن يصير مال الشركة ومنها ما ذكره فيها أيضا رجل ادعى على آخر أنه أخوه وادعى عليه النفقة فقال المدعى عليه ليس هو بأخى ثم مات المدعى وخلف أموالا كثيرة فجاء المدعى عليه فطلب ميراثه وقال هو أخى لا يقبل منه ذلك ولا يقضى له بالميراث لانه متناقض ولو كان مكان دعوى الاخوة دعوى البنوة أو الابوة والمسئلة بحالها يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث ومنها ما ذكره فيها ادعى عينا فى يدى انسان انها لفلان وكلنى بالخصومة فيها ثم ادعى انها له وأقام البينة على ذلك يصير متناقضا فلا تقبل بينته ولو ادعى انها له ثم ادعى بعد ذلك أنه لفلان وكله بالخصومة فيه وأقام البينة على ذلك قبلت بينته ولا يصير متناقضا اه (قوله فى المتن والتناقض يمنع الخ) انما يعفى التناقض فى دعوى الاعتاق والتدبير من قبل العتيق أما لو كان من قبل المولى بأن باع عبده ثم ادعى انه كان أعتقه أو دبره قبل البيع فلا يعفى لان الانسان لا يخفى عليه فعله ويأتى فى باب دعوى النسب اه يحيى (قوله لا الحرية والنسب) أى لا يمنع

التناقض دعوى الحرية قال العينى كالمكاتب اذا أقام بينة على أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فانه تقبل بينته فالتناقض لا يمنع صحة الدعوى فى العتق لانه أمر يجرى فيه الخفاء لانه أمر ينفرد به المولى فربما لا يعلم العبد اعتاقه ثم يعلم بعد ذلك ولا يمنع أيضا دعوى الطلاق كالمرأة اذا اختلعت من زوجها ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثا قبل الخلع فانه تقبل بينتها ولها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم بذلك وقاس على هذا فى الفتاوى الظهيرية مسئلة وهى أن رجلا اشترى دارا لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك شهودا فكبر الابن ولم يعلم بما صنع الاب ثم ان الاب باع الدار من رجل وسلمها اليه ثم ان الابن استأجر الدار من المشترى ثم علم بما صنع الاب فادعى الدار على المشترى وقال ان أبى اشترى هذه الدار لى من نفسه فى صغرى وهى ملكى وأقام بينة على ذلك فقال المدعى عليه فى دفع دعوى المدعى انك متناقض فى هذه الدعوى لان استئجارك الدار منى اعتراف منك أن الدار ليست لك فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضا قال الصحيح أن هذا لا يصلح دفعا لدعوى المدعى وان كان هذا تناقضا لان هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى لما فيه من الخفاء فان الاب يستقل بالشراء للصغير من الصغير لنفسه والابن لا علم له بذلك ثم قال ألا ترى أن المرأة اذا اختلعت من زوجها الى آخر ما ذكرناه ولا يمنع دعوى النسب كالرجل باع عبدا ولد عنده وباعه المشترى من آخر ثم ادعاه البائع الاول أنه ابنه تسمع دعواه ويبطل البيع الاول والثانى وذلك لان النسب ينبنى على العلوق فيخفى عليه فيعذر فى التناقض اه ما قاله العينى رحمه الله تعالى (قوله فى المتن مبيعة ولدت فاستحقت) هذا هو الثابت فى نسخ المتن (١٠٠) وفى خط الشارح مبيعة استحقت اه وقوله ولدت أى فى يد المشترى لا منه اه

(قوله وان أقر بها الرجل لا) فلو أقام المشترى بينة بعد ذلك على اقرار البائع بان العبد للمستحق يريد بذلك الرجوع بالثمن هل تقبل بينته ينظر فى كلام الشارح عند قوله ولو باع عبد غيره بغير أمره نقلا عن الزيادات فليراجع اه (قوله والفرق أن البينة حجة مطلقة) أى ثابتة فى حق جميع الناس غير مقتصرة على المقضى عليه اه فتح (قوله مبينة) أى لما كان ثابتا فى نفس الامر قبل الشهادة به اه فتح (قوله فيثبت بها الملك من الاصل) قال الكمال فالولد كان متصلا فى الزمان الذى يسحب عليه اظهار البينة الملك فيكون له أما الاقرار فحجة قاصرة على المقر حتى لا يتعدى الى غيره لانه لا ولاية له على غيره ولهذا لا يرجع المشترى على البائع بالثمن فى الاستحقاق بالاقرار وانما جعل حجة لضرورة تصحيح خبره وذلك يحصل باثباته فى الحال والولد فى الحال منفصل عنها والاقرار انما هو بها فقط فلا يتعدى اليه وهذا التوجيه يقتضى أنه لو ادعاه المقر له لا يكون له وذكر التمرتاشى أنه انما لم يكن للمقر له اذا لم يدعه فلو ادعاه كان له لان الظاهر أنه له اه ما قاله الكمال رحمه الله (قوله ولهذا يرجع المشترى على البائع بالثمن) وترجع الباعة بعضهم على بعض فيما اذا اشترى واحد من آخر واشترى من الآخر آخر وهكذا ثم ظهر الاستحقاق بقضى بالبينة لانه يثبت قضاء على الكل ولا تسمع دعوى أحدهم أنه ملكه لان الكل صاروا مقضيا عليهم بالقضاء على المشترى الاخير كالو ادعت على الاخير أنها حرة الاصل حيث يرجعون اه فتح (قوله فلا يظهر الاستحقاق فى حقه) أى فى حق الولد اه (قوله ثم قيل) أى فى صورة الاستحقاق اه قال الكمال واذا قلنا ان الولد للمستحق بالبينة فقضى القاضى بالام هل يدخل فى القضاء فيصير هو مقضيا به اه (قوله لم تدخل الزوائد تحت الحكم) وكذا لو كان الولد فى يد رجل آخر غائب فالقضاء بالام لا يكون قضاء بالولد اه اتقانى قال الكمال وكذلك اذا كانت الزوائد فى يد غائب لم تدخل فحيث لم يدخل القضاء على الغائب فى ضمن القضاء على الحاضر وهو أمر جائز عرف أنه يشترط القضاء بالولد بخصوصه اه (قوله فى المتن وان قال عبد لمشتر) أى لرجل يطلب شراء عبد اه (قوله فانا عبد) أى لفلان اه (قوله فاشتراه) أى بناء على كلامه اه (قوله فاذا هو حر) أى ببينة أقامها اه كمال وقوله فاذا هو حر قال الاتقانى غير منون لانها اذا المفاجأة ومعناه أن العبد وجد حر الاصل ببينة أقيمت عليه اه (قوله أو غائبا غيبة معروفة) يعنى يدرى أين هو اه (قوله فلا شئ على العبد) أى لوجود من عليه الحق وهو البائع اه (قوله والا رجع) أى وان لم يدر البائع أين

لا يمكنه أن يحكم بالكلام المتناقض اذ أحدهما ليس بأولى من الآخر فسقطا غير أن الحرية والطلاق والنسب مبناه على الخفاء فيعذر فى التناقض لان النسب ينبنى على العلوق والطلاق والحرية ينفرد بهما الزوج والمولى فيخفى عليهم قال رحمه الله (مبيعة ولدت فاستحقت ببينة تبعها ولدها وان أقر بها الرجل لا) والفرق ان البينة حجة مطلقة مبينة كاسمها فيثبت بها الملك من الاصل ولهذا يرجع المشترى على البائع بالثمن عند استحقاق المبيع بالبينة والاقرار حجة قاصرة يثبت به الملك فى المقر به ضرورة صحة الخبر وقد اندفعت الضرورة باثباته بعد الانفصال فلا يظهر الاستحقاق فى حقه ولهذا لا يرجع المشترى بالثمن على البائع عند استحقاق المبيع بالاقرار ولان المالك يقدر على انشاء الملك للحال فيحمل اقراره به على ذلك بخلاف الشهود فانهم لا يقدرون على اثبات الملك بشهادتهم به للمستحق ان لم يكن مالكا له قبل ذلك فيكون اظهار الملك من الاصل فيستحقه بزوائده ثم قيل يدخل الولد فى القضاء بالام لانه تبع لها فيكتفى به وقيل يشترط القضاء له بالولد وهو الاصح لان محمدا رحمه الله قال اذا قضى القاضى بالاصل ولم يعرف بالزوائد لم تدخل الزوائد تحت الحكم لانه منفصل وقت القضاء وذكر فى النهاية أن الولد انما لا يتبعها فى الاقرار اذا لم يدعه المقر له أما اذا ادعاه كان له لان الظاهر انه له قال رحمه الله (وان قال عبد لمشتر اشترنى فانا عبد فاشتراه فاذا هو حر فان كان البائع حاضرا أو غائبا غيبة معروفة فلا شئ على العبد والا رجع المشترى

على العبد والعبد على البائع بخلاف الرهن) يعني اذا قال ارتهني فاني عبد فارتهنه فاذا هو حر حيث لا يرجع المرتهن على العبد بحال سواء كان الراهن حاضرا أو غائبا وعن أبي يوسف انه لا يرجع في الفصل الاول أيضا لان ضمان الثمن بالمعاوضة أو الكفالة ولم يوجد واحد منهما فصار كمسئلة الرهن وكما اذا قال اشترني أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك وهذا لان ما يوجب الضمان لا يختلف بين أن يكون حاضرا أو غائبا كالرهن يحققه أنه لم يوجد منه الا الاخبار كاذبا والامر بالشراء وذلك لا يوجب الضمان كما اذا كان ذلك من الاجنبي ولهذا قلنا فيمن قال لغيره اسلك هذا الطريق فانه آمن أو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فكان بخلاف ذلك لا يجب عليه ضمان ما عطب بسبب ذلك لما قلنا وجه الظاهر أن المقر بالعبودية ضمن سلامة نفسه أو سلامة الثمن للمشتري عند تعذر استيفائه من البائع لانه انما أقدم على الشراء معتمدا على كلامه فصار بذلك بمنزلة الغرور من جهته والغرور في المعاوضة يجعل سببا للضمان دفعا للضرر عنه بقدر الامكان لان المعاوضات تقتضي سلامة العوض فاذا ظهرت حرية الاصل وأهلية الضمان وتعذر الاستيفاء من جهة البائع يؤخذ هو بذلك كالمولى اذا قال لاهل السوق هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايعوه فلحقه ديون ثم ظهر أنه حر أو استحق رجعوا عليه بقيمته بحكم الغرور دفعا للضرر عن الغرماء فجعل المولى كأنه ضمن لهم سلامة المالية منه والبيع عقد معاوضة فأمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة بل هو حبس من غير عوض يقابله ويصير بعاقبته استيفاء لعين حقه من غير أن يجعل مبادلة ألا ترى أن الرهن يجوز في موضع لا تجوز فيه المبادلة كثمن الصرف ورأس مال السلم والمسلم فيه فلا يمكن أن يجعل الامر به ضمانا للسلامة اذ هو في ضمن عقد المعاوضة وبخلاف المستشهد به من الامر بالأكل والسلوك أو كان الامر بذلك من الاجنبي لانه ليس بعقد معاوضة وأمر الاجنبي لا يعبأ به ولا يلتفت اليه وبخلاف ما اذا قال اشترني أو قال أنا عبد ولم يزد عليه لان الحر يشترى تخليصا كالاسير وقد لا يجوز شراء العبد كالمكاتب فلم يوجد منه ما يدل على الضمان ثم اذا ضمن المقر بالعبودية يرجع بذلك على البائع لانه قضى دينا عليه وهو مضطر فيه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن اذا قضى الدين لتخليص الرهن فان قيل لا تتصور هذه المسئلة على قول أبي حنيفة فان الدعوى شرط عنده لقبول الشهادة بالحرية لكون العتق حق العبد والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى فكيف تقبل بينته على الحرية بعد اقراره بالرق قلنا قد أجاب عنه بعض مشايخنا بأن الوضع في حرية الاصل والدعوى فيها ليست بشرط عنده لتضمنها تحريم الفرج لان الشهود يجب عليهم تعيين أمه في حرية الاصل فتحرم على المولى وحرمة الفرج حق الله تعالى وفي حقوق الله تعالى الدعوى ليست بشرط كما في عتق الامة فلا يكون التناقض مانعا حتى لو خلت حرية الاصل عن تحريم الفرج كولد المغرور تكون الدعوى فيه شرطا والتناقض مانع من صحتها من حيث انه يعدم الدعوى وعامتهم على ان دعوى العبد شرط عنده في الحرية الاصلية والطارئة لانها حق العبد وهو الصحيح لكن التناقض لا يمنع صحة الدعوى وقبول الشهادة فيهما لخفاء الحال عليه فيعفى التناقض فيه أما الحرية الاصلية فلان الصغير قد يجلب من دار الحرب ولا يعلم بحرية أبويه أو بحرية أحدهما باسلامهما أو اسلام أحدهما فيها ويعتقد أنه رقيق فيقر بالرق ثم يتبين له الحال بعد ذلك فيدعي الحرية فيعذر في التناقض وأما في العتق

هو اه عيني (قوله والعبد على البائع) وانما لا يرجع على العبد اذا كان المولى حاضرا للتمكن من الرجوع على القابض اه (قوله وعن أبي يوسف) أي في غير ظاهر الرواية اه (قوله لان ضمان الثمن بالمعاوضة) أي بالمبايعة اه (قوله أو قال أنا عبد ولم يزد على ذلك) فانه لا يرجع بالثمن على العبد كذا ذكره الامام التمرتاشي في الجامع الصغير فالرجوع (١٠١) مقيد بقيدين قوله اشترني وقوله اني عبد اه (قوله لا يختلف بين أن يكون حاضرا) أي المضمون عليه اه (قوله أنه لم يوجد منه) أي من العبد اه (قوله كما اذا كان ذلك من الاجنبي) بان قال الاجنبي اشتره فانه عبد فظهر حرا لا يلزم الاجنبي شيء اه (قوله ولهذا قلنا) أي لاجل أن الاخبار كاذبا لا يوجب الضمان اه (قوله رجعوا عليه بقيمته) أي بقيمة العبد اه فتح (قوله بخلاف الرهن لانه ليس بمعاوضة) أي فلم يقتض سلامة العوض اه اتقاني قال الكمال بخلاف الرهن فانه ليس عقد معاوضة بل عقد وثيقة لاستيفاء عين حقه حتى جاز الرهن ببدل الصرف والمسلم فيه فلو هلك يقع استيفاء للدين ولو كان معاوضة كان استبدالا بالمسلم فيه قبل قبضه وهو حرام واذا لم يكن عقد معاوضة لا يجعل الامر به ضمانا لانه ليس تقديرا في عقد معاوضة ولهذا قالوا لو قال رجل لآخر وقد سأله عن أمن هذا الطريق فقال اسلكه فانه آمن فسلكه فنهب ماله لا يضمن وكذا لو قال له كل هذا الطعام فانه ليس بمسموم فأكله فمات غير أنه يستحق عند الله عذابا بالايطاق اه (قوله على البائع) هو الصواب وفي خط الشارح على الآمر اه (قوله فلا يكون متبرعا الخ) قال الكمال بخلاف من أدى عن آخر دينا أو حقا عليه بغير أمره وليس مضطرا فيه فانه لا يرجع به اه (قوله والتناقض فيه يمنع صحة الدعوى) وقوله أنا حر بعد قوله أنا عبد تناقض لا محالة اه اتقاني (قوله بان الوضع) أي وضع المسئلة اه (قوله والدعوى فيها ليست بشرط عنده) أي كقولهما في دعوى الحرية مطلقا اه كمال (قوله لتضمنها) أي الدعوى اه

الطارئ فلان المولى يستبد به ويخفى على العبد فيعذر فى التناقض كالمختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب اذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة قال رحمه الله (ومن ادّعى حقا فى دار) أى مجهولا (فصولح على مائة فاستحق بعضها لا يرجع بشئ) لان دعواه يجوز أن تكون فيما بقى وان قل فمادام فى يده شئ لا يرجع عليه بخلاف ما اذا استحق كلها لانا تيقنا أنه أخذ عوض ما لا يملك فيرد ودلت المسئلة على أن الصلح على معلوم عن مجهول جائز لانه لا يفضى الى المنازعة والمنع باعتباره فاذا خلا عنه جاز وقد ذكرناه فى الابراء عن كل عيب وذكرنا الخلاف فيه ودلت أيضا على أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح لان دعوى الحق فى الدار غير صحيحة لجهالة المدعى حتى لو أقام البينة على هذه الصورة لا تقبل بينته الا اذا ادّعى اقرار المدعى عليه بذلك فحينئذ تقبل بينته لان الاقرار بالمجهول صحيح بخلاف البينة وقال بعض المشايخ لا يصح الصلح الا فى دعوى الاقرار أو دعوى المقدر من الدار لانه معاوضة أو لافتداء اليمين والمعاوضة لا تجوز فى المجهول وكذا اليمين لانها لا تتوجه الا بعد صحة الدعوى قلنا قد تكون لدفع الشغب والخصومة وذلك يحصل به وهذا اذا لم يقدر الحق بشئ وان قدره بجزء معلوم ربع مثلا أو نصف لا يرجع عليه مادام فى يده ذلك القدر وان بقى أقل منه رجع عليه بحساب ما استحق منه قال رحمه الله (ولو ادّعى كلها رجع عليه بقسطه) لان الصلح على مائة وقع عن كل الدار فاذا استحق منها شئ تبين أن المدعى لا يملك ذلك القدر فيرد بحسابه من العوض قال رحمه الله (ومن باع ملك غيره

(قوله كالمختلعة تقيم البينة أن زوجها طلقها ثلاثا قبل الخلع) يقبل ذلك منها لان الزوج ينفرد بالطلاق فربما لا تعلم المرأة بذلك ثم تعلم اه غاية وقوله طلقها ثلاثا انما قيد بالثلاث لان فيما دون الثلاث يمكن أن يقيم الزوج البينة أنه قد تزوجها بعد الطلاق الذى أثبتته المرأة ببينتها قبل يوم أو يومين وأما فى الثلاث فلا يمكن اه (قوله وكالمكاتب اذا أقام بينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة) أى تقبل مع أن اتفاقهما على سؤال الخلع والكتابة اقرار بقيام العصمة والرق ولم يضرهما التناقض للخفاء فترجع المرأة والمكاتب ببدل الخلع ومال الكتابة وذكر هنا مسئلة الجامع الكبير وهى أصل فى الاستحقاق وهى رجل اشترى من آخر ثوبا فقطعه قميصا وخاطه وجاء مستحق قال هذا القميص لى وأثبته بالبينة فالمشترى لا يرجع بالثمن على البائع لان الاستحقاق ما ورد على ملك البائع لانه لو كان ملكه فى الاصل انقطع بالقطع والخياطة كمن غصب ثوبا فقطعه وخاطه ينتقل ملك المغصوب منه الثوب الى الضمان فالاصل أن الاستحقاق اذا ورد على ملك البائع الكائن من الاصل يرجع عليه وان ورد على المشترى بعد ما صار الى حال لو كان غصبا ملكه به لا يرجع على البائع لانه متيقن الكذب ولهذا لو اشتراها منذ شهرين فأقام رجل بينة أنها له منذ شهرين يقضى له بها ولا يرجع هو على بائعه وعرف أن المعنى أن يستحقه باسم القميص ولو كان أقام البينة أنه له قبل هذه الصفة رجع المشترى بالثمن وعلى هذا الجواب اذا اشترى حنطة فطحنها ثم استحق الدقيق ولو قال كانت قبل الطحن لى يرجع وكذا اذا اشترى لحما فشواه ولو اشترى شاة فذبحها وسلخها فأقام البينة آخر أن الرأس والاطراف واللحم والجلد له فقضى بها يرجع المشترى على بائعه (١٠٢) لان هذا استحقاق عين الشاة اه كمال قال الناطفى فى كتاب الاجناس رجل باع غلاما وهو ساكت ثم قال بعد البيع مع علمه بالبيع أنا حر لا يقبل قوله وهو عبد ذكره فى اقرار الاصل وقد زاد فى مختصر الطحاوى وقيل له بعد البيع قم مع مولاك فقام فذلك اقرار منه بالرق الى هنا لفظ الاجناس فى البيوع اه اتقانى رحمه الله رجل اشترى جارية وباعها من غيره فتداولتها الايدى فادعت عند المشترى الرابع أنها حرة فردها الرابع على الثالث بقولها والثالث على الثانى وأبى البائع الاول أن يقبلها قالوا ان كانت الجارية ادعت العتق فله أن لا يقبل من الجارية قولها وان ادعت أنها حرة الاصل وقد انقادت للبيع فللمالك والتسليم بان بيعت وسلمت للمشترى وهى ساكتة فللبائع أيضا أن لا يقبلها لان انقيادها على هذا الوجه بمنزلة الاقرار بالرق ولو أقرت بالرق ثم ادعت العتق لا يقبل قولها الا ببينة وان أنكرت البيع والتسليم ليس للبائع أن لا يقبل لانه اذا لم تقر بالرق كان القول قولها فى الحرية وكان للمشترى أن يرجع على البائع بالثمن كما ثبتت الحرية بالبينة وقال بعضهم اذا ادعت الحرية لم يكن له أن يردها على البائع بقولها لكن ينبغى له أن يتزوجها احتياطا حتى يحل له وطؤها إما بملك اليمين ان كانت أمة أو بملك النكاح ان كانت حرة وكذا كل من اشترى جارية ينبغى له أن يتزوجها احتياطا اه قاضيخان رحمه الله تعالى (قوله واستحق بعضها) أى بعض الدار اه ع (قوله لا يرجع بشئ) أى لا يرجع المدعى عليه على المدعى اه (قوله فمادام فى يده) أى فى يد المدعى عليه اه (قوله على معلوم عن مجهول) هذا هو الصواب والذى بخط الشارح عن معلوم على مجهول اه (قوله حتى لو أقام البينة على هذه الصورة) أى فيما اذا ادعى حقا مجهولا فى دار اه (قوله فى المتن ولو ادعى كلها رجع عليه) عليه ثابت فى خط الشارح وليس بثابت فى المتون اه (قوله فى المتن ومن باع ملك الخ) فى بعض نسخ المتن هنا فصل ووقع ذلك للعينى رحمه الله وترجم له ببيع الفضولى اه قال الكمال رحمه الله مناسبة هذا الفصل مع الاستحقاق ظاهرة لان دعوى الاستحقاق تتضمن دعوى الفضولى على أحسن الوجوه لانه يتضمن إما دعواه أن بائعك باع ملكى بغير اذنى لغصبه أو فضوله وأحسن المخارج الملتمسة فيه فضوله والفضول جمع فضل غلب فى الاشتغال بما لا يعنيه وما لا ولاية له فيه فقول بعض الجهلة لمن يأمر بالمعروف

أنت فضولى يخشى عليه الكفر اه قال الاتقانى مناسبة هذا الفصل بباب الاستحقاق ظاهرة جدا فان المال فى الصورتين جميعا فى يد صاحب اليد بلا اذن المالك ثم ترجمة الفصل ببيع الفضولى لكونه أبين أحسن من ترجمته بباب بيع عبد الغير كما وقع فى الجامع الصغير المرتب ثم الفضولى بضم الفاء وفتح الفاء خطأ وهى نسبة لفضول جمع الفضل بمعنى الزيادة وقد غلب جمعه على ما الاخير فيه حتى قيل

فضول بلا فضل وسن بلا سنا * وطول بلا طول وعرض بلا عرض

اه كذا فى المغرب ويسمى من يشتغل بما لا يعنيه فضوليا وفى اصطلاح الفقهاء هو من يتصرف فى حق الغير بلا اذن شرعى كالاجنبى يزوج أو يبيع ولم يرد فى النسبة الى الواحد وان كان هو القياس لانه صار بالغلبة كالعلم لهذا المعنى فصار كالانصارى والاعرابى اه (قوله فى المتن فللمالك أن يفسخه ويجيزه) وهو قول مالك وأحمد اه كمال (قوله بشرط أن يبقى المتعاقدان) وهما البائع الفضولى والمشترى منه اه ع (قوله والمعقود له) أى والمعقود به لو عرضا اه متن والمعقود به هو الثمن اه (قوله والاصل فيه أن كل تصرف صدر من الفضولى وله مجيز الخ) قال الاتقانى اعلم أن كل عقد له مجيز حال وقوعه كالبيع والاجارة ونحوهما ينعقد من الفضولى ويتوقف نفاذه على اجازة المالك فان اجازه ثبت مستندا الى وقت العقد والا يبطل التصرف اه (قوله وان لم يكن له مجيز حالة العقد) محل تأمل تأمل تدبر اه (قوله وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى) قال فى الهداية (۱۰۳) وقال الشافعى لا ينعقد لانه لم يصدر عن ولاية شرعية

فللمالك أن يفسخه ويجيزه ان بقى العاقدان والمعقود عليه وله وبه لو عرضا) أى للمالك أن يجيز العقد بشرط أن يبقى المتعاقدان والمعقود عليه والمعقود له وهو المالك بحالهم والاصل فيه ان كل تصرف صدر من الفضولى وله مجيز حال وقوعه انعقد موقوفا على الاجازة عندنا وان لم يكن له مجيز حالة العقد لا يتوقف ويقع باطلا والشراء لا يتوقف على الاجازة اذا وجد نفاذا على العاقد وان لم يجد نفاذا يتوقف كشراء العبد والصغير المحجور عليهما وعند الشافعى لا تنعقد تصرفات الفضولى أصلا ولا تجوز باجازة المالك لانها وقعت باطلة لخلوها عن ولاية شرعية اذ هى بالملك أو بتوكيل المالك ولم يوجد واحد منهما فتلغو لان التصرفات الشرعية تتوقف على الولاية كما تتوقف على الاهلية والمحلية ولنا حديث عروة بن أبى الجعد البارقى أن النبى صلى الله عليه وسلم أعطاه دينارا ليشترى له به شاة فاشترى له به شاتين فباع احداهما بدينار فجاء بدينار وشاة فدعا له بالبركة فى بيعه فكان لو اشترى التراب لربح فيه رواه البخارى وأحمد وأبو داود وحديث حبيب بن أبى ثابت عن حكيم بن حزام أن النبى صلى الله عليه وسلم بعثه ليشترى له أضحية بدينار فاشترى أضحية فأربح فيها دينارا فاشترى أخرى مكانها فجاء بالاضحية والدينار الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال ضح بالشاة وتصدق بالدينار رواه الترمذى وهذا رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز بيعه ولو كان باطلا لرده وأنكر عليه ولان ركن التصرف صدر من أهله مضافا الى محله ولا ضرر فى انعقاده موقوفا فينعقد وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية بكون المال متقوما وقد وجدا وليس فيه ضرر على المالك لانه مخير فاذا رأى المصلحة فيه نفذه والا فسخه بل له فيه منفعة حيث يسقط عنه مؤنة طلب المشترى وقرار الثمن وسقوط رجوع حقوق العقد اليه وفيه نفع للتعاقدين لصون كلامهما عن الالغاء فتثبت القدرة

لانها بالملك أو باذن المالك وقد فقدا ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ولنا أنه تصرف تمليك وقد صدر من أهله فى محله فوجب القول بانعقاده اذ لا ضرر فيه للمالك مع تخيير قال الكمال وقول المصنف تصرف تمليك من اضافة العام الى الخاص كحركة الاعراب والاضافة فى مثله بيانية أى تصرف هو تمليك وحركة هى اعراب ولا حاجة الى هذا القيد هنا لان تصرفات الفضولى تتوقف عندنا اذا صدرت والمتصرف مجيز أى من يقدر على الاجازة سواء كان تمليكا كالبيع والاجارة والهبة والتزويج والتزوج أو اسقاطا حتى لو طلق الرجل امرأة غيره أو أعتق عبده فأجاز طلقت وانعتق وكذا سائر الاسقاطات للديون وغيرها فكان الاحسن أن يقول تصرف شرعى اه وقوله ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية قال الكمال وقولك ولا انعقاد الا بالقدرة الشرعية ان أردت لا انعقاد على وجه البيان سلمناه ولا يضر وان أردت لا انعقاد على وجه التوقف الى أن يرى المالك مصلحته فى الاجازة فيجيز فعله أو عدمها فيبطله ممنوع ولا دليل عليه بل الدليل دل على ثبوته وهو تحقق الحاجة والمصلحة لكل من العاقد والمالك والمشترى من غير ضرر ولا مانع شرعى فيدخل ثبوته فى العمومات اه (قوله فقال) أى صلى الله عليه وسلم بارك الله فى صفقتك اه كمال (قوله وهذا لان الاهلية بالعقل والتمييز والمحلية الخ) قال الاتقانى لان محل البيع بكونه مالا متقوما لا بكونه مملوكا للبائع لانه يصح بيع الوصى والوكيل مع أنه ليس بمملوك له فعلم أن محل البيع هو المال المتقوم لا المال المملوك وقد وجد ولانه عقد له مجيز حال وقوعه فوجب أن يصح كما لو أوصى بجميع ماله أو أوصى لوارثه ثم أجازت الورثة بعد موته اه (قوله وقرار الثمن) أى ونفاق سلعته وراحته فيما ووصوله الى البدل المطلوب له المحبوب والمشترى وصوله الى حاجة نفسه ودفعها بالمبيع وارتفاع ألم فقدها اذا كان مهما له اه كمال (قوله وسقوط) ثابت فى خط الشارح وينبغى اسقاطه اه كمال (قوله وفيه نفع للتعاقدين) العاقد بصون كلامه عن الالغاء والاهدار بل وحصول الثواب له اذا نوى الخير لله تعالى من الاعانة على حصول الرفق لاخيه المسلم اه كمال

الشرعية احرازا لهــذه المنافع على أن الاذن ثابت دلالة لان كل عاقل يرضى بتصرف يحصــل له به النفع اذ لا يوجد مثل هذا التصرف النافع فى حال غيبته عادة الا من صــديق متفضل نصوح يرى لأخيه مثل ما يرى لنفسه فان قيل المقصود بوضع الاسباب الشرعية أحكامها لا مجرد السبب فاذا لم تفد الحكم لا تعتبر وحكمها وهو التمليك لا يتصور من غــير مالك فيلغو قلنا لا نسلم أنه لا يفيد الملك بل يفيد ملكا موقوفا لانه اللائق بالسبب الموقوف كما يفيد السبب البات الملك البات لانه هو اللائق به ولهــذا لو أعتق المشــترى ثم أجاز المالك البيع نفــذ عتقه ولان السبب انما يلغو اذا خلا حكمه عنــه شرعا وأما اذا تأخر فلا لان العلة قد يتأخر حكمها لعارض كالبيع الذى فيــه الخيار للمتعاقدين أو لأحدهــما وكالراهنين اذا تبايعا رهنا برهن بغــير اذن المرتهنين انعقد وتوقف الحكم لحق المرتهنين وكذا الطلاق المضاف الى شهر يثبت للحال ويتأخر حكمه وكــذا شهر رمضان سبب لوجوب الصوم ويتأخر الوجوب فى حق المسافر والمريض ولا يلزم على هــذا اعتاق الصبى وطلاقه وهبته وبيعه بالغبن الفاحش حيث لا تجوز لو أجازها الولى أو هو بنفسه بعــد بلوغه لان هــذه العقود لا مجيز لها حال وقوعها لتمحضها ضررا عليــه ألا ترى أن الولى لا يملك انشاءها فبطلت فبعد ذلك لا تعود صحيحة حتى لو باشر الصبى عقدا يملكه عليــه الولى كالنكاح والاجارة والبيع من غــير غبن توقف حتى لو أجازه الولى أو هو بعد بلوغه جاز فان قيل نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع ما ليس عند الانسان أى ما لا يملكه كما نهى عن بيع المبيع قبل القبض وعن بيع الآبق ثم اذا باع المبيع قبــل القبض أو الآبق لا يجوز للنهى الوارد فيــه فكذا هــذا بل أولى لان الآبق والمبيع ملكه وهو مع هــذا لا يجوز بيعه فعند عــدم الملك أولى قلنا كلامنا فى انعقاد العقد وبيع المبيع قبــل القبض ينعقد عندنا وان كان فاسدا وكذا الآبق فى رواية حتى لو سلمه بعــد ذلك صح فلا يلزمنا والمراد بما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان أن يبيع شيأ لا يملكه ثم يشتريه ويسلمه بدليل قصة الحديث فان حكيم بن حزام قال يا رسول الله ان الرجل ليأتينى فيطلب منى سلعة ليست عندى فأبيعها منه ثم أدخل السوق فأشتريها فأسلمها اليه فقال صلى الله عليه وسلم لا تبع ما ليس عندك رواه أبو داود وأحــد وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقدين والمعقود له والمعقود عليــه لان الاجازة تصرف فى العقد فلا بد من قيامه وذلك بقيام هــذه الاشــياء ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا لان العرض يتعين بالتعيين فصار كالمبيع فيشترط بقاؤه واذا أجازه المالك كان الثمن مملوكا له أمانة فى يد الفضولى بمنزلة الوكيل حتى لا يضمن بالهلاك فى يده سواء هلك بعد الاجازة أو قبلها لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة

(قوله قلنا لا نسلم انه لا يفيد الملك الخ) قال الكمال قلنا لا يلزم من عدم ترتبه فى الحال عدمه مطلقا بل هو مرجو فلا يلزم عدمه وكون متعلق العقد مرجوا كاف فى صحة التصرف وعن هــذا صح تعليق الطلاق والعتاق بالشرط والا فلا وقوع فى الحال ولا يقطع بوقوعــه فكان ينبغى أن يلغى لكن لما كان بحيث يرجى صح وانعقد سببا فى الحال مضافا أو عند الشرط كقولنا هذا اه (قوله ولان السبب انما يلغو الخ) اذا أجيز بيع الفضولى يستحق المشترى الزوائد المنفصلة والمتصلة بخلاف ما اذا أدى الغاصب الضمان حيث يملك المتصلة لا المنفصلة اه كمال (قوله ولا يلزم على هذا اعتاق الصبي وطلاقه الخ) قال الكمال وعدم توقف طلاق الصبى ولو بمال لحق الشرع فانه أزله كالمجنون فيما نحن فيه وان كان أهلا اذ صح توكيله بذلك عن غيره وطلاق المرأة ضرر ظاهر فان عقد النكاح شرع للتراحم والتعاون وانتظام المصالح فلذا لم يتوقف ذلك منه لا على اجازة وليه (١٠٤) ولا على اجازته بعد البلوغ بخلاف ما اذا اشترى أو تزوج أو زوج أمته فان هذه التصرفات تتوقف منه على اجازة وليه واجازته بعــد البلوغ اه ﴿فرع﴾ قال فى الجامع الصغير اذا بيع متاع انسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لان سكوته يحتمــل الرضا ويحتمل السخط وقال ابن أبى ليلى سكوته يكون اجازة قاله الزيلعى فى مسائل آخر الكتاب عند قوله باع عقارا الخ اه ﴿فرع﴾ رجل باع جاريته بغــير اذن المولى وزوجها رجل آخر بغير اذن المولى وأعتقها فضولى فأخبر المولى فقال أجزت جميع ذلك قال الشيخ المولى أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله نفذ العتق ويبطل ما سواه ذكره قاضيخان فى البيع الفاسد اه (قوله وانما شرط لصحة الاجازة بقاء المتعاقــدين والمعقود له الخ) قال الكمال وفى الايضاح عقد الفضولى فى حق وصف الجواز موقوف على الاجازة فأخذت الاجازة حكم الانشاء ولا بد فى الانشاء من قيام الاربعة وبالتفصيل شرط بقاء المعقود عليه لان الملك لم ينتقل فيه وانما ينتقل بعد الاجازة والفضولى ولا يمكن أن ينتقل بعد الهلاك والمشترى ليلزمه الثمن وبعد الموت لا يلزمه ما لم يكن لزمه حال أهليته والبائع لانه تلزمه حقوق العقد بالاجازة ولا تلزم الا حيا والمالك لان الاجازة تكون منه لا من وارثه اه (قوله ولا يشترط بقاء الثمن الا اذا كان عرضا) فحينئذ يشترط بقاء خمسة الاربعة السابقة والخامس قيام العرض اه (قوله لان الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة) أى من حيث انه صار بها تصرفه نافذا وان لم يكن من كل وجه فان المشترى من الفضولى اذا أجاز المالك لا ينفذ بل يبطل بخــلاف الوكيل وهذا بسبب أن الملك البات اذا طرأ على الموقوف وهو ملك المشترى من الفضولى يبطل الموقوف ولهذا لو تزوجت أمة وطئها مولاها بغير اذنه فمات قبل الاجازة توقف النكاح على اجازة الوارث لانه لم يطرأ ملك بات للوارث فى البضع فيبطل وهذا يوجب تقييد الوارث بكونه من الولاد بخلاف نحو ابن العم اه كمال رحمه

الله تعالى (قوله وللفضولي أن يفسخ) قال الكمال وللفضولي أي في البيع أن يفسخ قبل اجازة المالك حتى لو أجازه لا ينفذ لزوال العقد الموقوف وانما كان له ذلك ليدفع الحقوق عن نفسه فانه بعد الاجازة يصير كالوكيل فترجع حقوق العقد اليه فيطالب بالتسليم ويخاصم في العيب وفي ذلك ضرر به فله دفعه عن نفسه قبل ثبوته عليه اهـ وقوله وللفضولي أن يفسخ الخ وكذا للمشتري منه أن يفسخ قبل الاجازة اهـ مبسوط بمعناه اهـ (قوله بخلاف الفضولي في النكاح) قال الكمال رحمه الله بخلاف الفضولي في النكاح ليس له أن يفسخ بالقول ولا بالفعل لانه معبر محض أي ناقل عبارة فبالاجازة تنتقل العبارة الى المالك فتصير الحقوق منوطة به لا بالفضولي فلا يلزمه بالاجازة ضرر تعلق الحقوق وقد ثبت للمالك والولي حق أن يجيز وكذا بالفعل كأن زوج امرأة برضاها من غائب فقبل أن يجيز زوجه أختها توقف العقد الثاني أيضا بخلاف ما لو وكله بعد عقده فضولا أن يزوجه امرأة فزوجه اختها فان العقد الاول يبطل لطروّ البات على الموقوف اهـ وقال الاتقاني وفي باب النكاح لو أن فضوليا خطب امرأة لرجل بغير أمره فزوجت المرأة نفسها من ذلك الرجل فان النكاح موقوف على اجازته فان فسخ هذا الفضولي النكاح قبل الاجازة ففسخه باطل لان حقوق العقد لا تنصرف اليه وهو فيه معبر فاذا عبر فقد انتهى فصار هو بمنزلة الاجنبي ولو فسخت المرأة النكاح قبل الاجازة انفسخ اهـ (قوله واجازة المالك الخ) أي الاجازة من المالك فيما اذا كان الثمن عرضا اجازة نقد أي اجازة أن ينقد الفضولي ثمن العرض من مال المالك لا اجازة عقد موقوف لان العقد لازم على الفضولي نافذ عليه لكونه شراء فلا يحتاج الى اجازة العقد قاله الاتقاني وقال الكمال فان كان أي الثمن عينا بأن باع الفضولي ملك غيره بعرض معين بيع مقايضة اشترط قيام الاربعة المذكورة وخامس وهو ذلك الثمن العرض واذا أجاز مالك المبيع والثمن عرض فالفضولي يكون ببيع مال الغير مشتريا العرض من وجه والشراء لا يتوقف الا اذا وجد نفاذا فينفذ على الفضولي فيصير مالكا للعرض (١٠٥) والذي تفيده الاجازة أنه أجاز للفضولي أن

والفضولي أن يفسخ قبل الاجازة دفعا للحوق الضرر عن نفسه بخلاف الفضولي في النكاح لانه معبر محض فلا ترجع الحقوق اليه وكذا لا يشترط في النكاح بقاء العاقد الفضولي عند الاجازة حتى لو أجازه بعد ما هلك العاقد جاز وهذا الذي ذكرنا من أن الثمن يكون للمالك فيما اذا كان دينا وان كان عرضا معينا كان الثمن العرض للفضولي ملكا له واجازة المالك اجازة نقد لا اجازة عقد لانه لما كان العرض متعينا كان شراء من وجه والشراء لا يتوقف بل ينفذ على المباشر ان وجد نفاذا فيكون مالكا له وباجازة المالك لا ينتقل اليه بل تأثير اجازته في النقد لا في العقد ثم يجب على الفضولي مثل المبيع ان كان مثليا والا فقيمته لانه لما صار البدل له صار مشتريا لنفسه بمال الغير مستقرضا له في ضمن الشراء فيجب عليه رده كما لو قضى دينه بمال الغير واستقراض غير المثلي جائز ضمنا وان لم يجز قصدا ألا ترى أن الرجل لو تزوج امرأة على عبد الغير صح وتجب قيمته عليه لان النكاح على العبد مشروع فينفذ ومن ضرورته يصير قرضا فكذا هنا واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع لانه يوافق الاصل لنفاذ تصرف العاقل عليه واعتبار جانب البيع يقتضي التوقف على غيره وهو خلاف الاصل ولا يقال لو كان شراء لما ملكه

ينقد ثمن ما اشتراه من ذلك العرض من ماله كأنه قال اشتر هذا العرض لنفسك وانقد ثمنه من مالي هذا قرضا عليك فان كان مثليا فعليه مثله وان كان قيميا كثوب أو جارية يصير مستقرضا للجارية أو الثوب والقرض وان لم يجز في القيميات لكن ذلك اذا كان قصدا وهنا انما يثبت ضمنا مقتضى لصحة الشراء فتراعى فيه شرائط

صحة المقتضى وهو الشراء لا غير كالكفيل بالمسلم فيه اذا أداه من مال نفسه يصير مقرضا حتى رجع بقيمته ان كان ثوبا لان الثوب مثلي في باب السلم فكذا فيما جعل تبعا له فكذا هنا اذ لا صحة لشراء العبد الا بقرض الجارية والشراء مشروع فما في ضمنه يكون مشروعا هذا وانما ينفذ الشراء على المشتري اذا لم يضفه الى آخر ووجد الشراء النفاذ عليه ولم يسبق بتوكيل للمشتري من آخر فاما ان كان كذلك فالشراء يتوقف وفي الوكالة ينفذ على الموكل فانه ذكر في شرح الطحاوي ولو اشترى رجل لرجل شيأ بغير أمره كان ما اشتراه لنفسه أجازه الذي اشتراه له أو لم يجزه أما اذا أضافه الى آخر بان قال البائع بع عبدك من فلان بكذا فقال بعت وقبل المشتري هذا البيع لفلان فانه يتوقف اهـ (قوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ) قال الاتقاني والجواب عن قياسهم على الشراء فنقول فيه تفصيل ذكره أصحابنا فان قال الفضولي بع هذا العين لفلان فقال المالك بعت وقال الفضولي اشتريت لاجله أو قال المالك ابتداء بعت هذا العين لفلان وقال الفضولي قبلت لاجله فهو على هذا الخلاف فلا يصح القياس أما اذا قال اشتريت منك هذا العين لاجل فلان فقال المالك بعت أو قال المالك بعت منك هذا العين لاجل فلان فقال اشتريت فلا يتوقف على اجازة فلان لانه وجد نفاذا على المشتري لانه أضيف اليه ظاهرا ولا حاجة بنا الى ايقافه على رضا الغير وقوله لاجل فلان يحتمل لاجل رضاه وشفاعته وغير ذلك فلا يتوقف على غيره بخلاف البيع لانه لم يجد نفاذا على غير المالك ولم ينفذ في حق البائع فاحتيج الى ايقافه على رضا الغير اهـ قال الكمال وأما القياس على الفضولي في شراء الفضولي ففي تفصيل ذكره في شرح الطحاوي وطريقة الخلاف وهو أن الفضولي لو قال بع هذا العين لفلان الى آخر ما ذكره الاتقاني اهـ وقوله واعتبار جانب الشراء أولى من اعتبار جانب البيع الخ جواب

الوكيل بالبيع لانا نقول اطلاق الوكالة بالبيع يتناول البيع بالعين والدين فيجرى على اطلاقه فى غير موضع التهمة ولومات المالك لاينفذ باجازة الوارث فى الفصلين لانه يتوقف على اجازة المورث لنفسه فلا ينتقل الى غيره بخلاف الوصى أو الاب اذا توقف على اجازتهما فى مال الصغير ثم بلغ الصغير فانه ينتقل الى الابن لانه لم يتوقف على اجازتهما لنفسه وانما يتوقف له فينتقل اليه وبخلاف ما اذا تزوجت أمة بغير اذن مولاها وكان قد وطئها ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه لان عدم الانتقال الى الوارث كان لمعنى وهو حدوث حل بات على موقوف فأبطله وقد عدم ذلك هنا بوطء أبيه فلا يبطل حتى لو قدر فى الشراء أيضا مثل ذلك بان باعها المولى ممن لا يحل له وطؤها والنكاح موقوف كان الحكم كذلك ولو أجاز المالك فى حياته ولا يعلم حال المبيع جاز البيع فى قول أبى يوسف أولا وهو قول محمد لان الاصل بقاؤه ثم رجع وقال لا يصح حتى يعلم قيامه عند الاجازة لوقوع الشك فى شرط الاجازة فلا يثبت مع الشك قال رحمه الله (وصح عتق مشتر من غاصب باجازة بيعه لا بيعه) معناه لو غصب رجل عبدا وباعه فأعتقه المشترى فأجاز المالك البيع جاز عتقه ولو لم يعتقه المشترى ولكن باعه لم يجز بيعه وهذا عندهما وقال محمد لا يجوز عتقه أيضا وهو القياس لانه لم يملكه وقد قال عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم وهذا لان عقد الفضولى موقوف على ما بينا والموقوف لا يفيد الملك اذ لا نفاذ فيه وعند الاجازة ان ثبت الملك بطريق الاستناد فهو ثابت من وجه دون وجه فلا يصلح شرطا للاعتاق لان المصحح للاعتاق ملك كامل لما روينا وهذا لانه صلى الله عليه وسلم ذكر فيه الملك مطلقا والمطلق ينصرف الى الكامل ولهذا لو أعتقه الغاصب ثم أدى الضمان لا يصح العتق مع أن الملك الثابت له بالضمان أقوى من الملك الثابت للمشترى حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان ولا ينفذ بيع المشترى اذا أجاز المالك البيع الاول وكذا لو أعتقه المشترى والخيار للبائع ثم أجاز البيع لا ينفذ عتقه وكذا اذا قبض المشترى من الغاصب ثم باعه ثم أجاز المالك البيع الاول لم ينفذ الثانى مع أن البيع أسرع نفاذا من العتق حتى صح بيع المكاتب والمأذون له دون عتقهما وكذا لو باع الغاصب المغصوب ثم أدى الضمان نفذ بيعه ولو أعتقه ثم أدى الضمان لا ينفذ عتقه لما ذكرنا وكذا لو باعه الغاصب فأعتقه المشترى منه ثم أدى الغاصب الضمان صح بيع الغاصب وبطل عتقه لما بينا ولهما ان الملك ثبت موقوفا بتصرف مطلق مفيد للملك بالوضع ولا ضرر فيه على ما مر فيتوقف الاعتاق مرتبا عليه وينفذ بنفاذه وصار كاعتاق المشترى من الراهن فانه يتوقف وينفذ باجازة المرتهن البيع وكاعتاق المشترى من الوارث والتركة مستغرقة بالدين فأجازت الغرماء البيع أو اعتاق الوارث عبدا من التركة وهى مستغرقة بالدين فقضى الدين أو أبرأ الغرماء

عن سؤال بان يقال لم جعل شراء ولم يجعل بيعا مع أن بيع المقايضة شراء من وجه فأجاب الخ (قوله لا ينفذ باجازة الوارث فى الفصلين) أى فيما اذا كان الثمن عرضا أودينا اه غاية (قوله ثم مات المولى حيث تنتقل الاجازة الى ابنه) أى فان أجاز صح والا فلا فهذه فضولية وتوقف عملها على اجازة الوارث اه (قوله بان باعها المولى) أى الامة التى تزوجت بغير اذنه اه (قوله كان الحكم كذلك) أى تنتقل الاجازة الى المشترى (قوله جاز عتقه) قال الكمال كذا ذكره فى الجامع الصغير ولم يذكر خلافا لكنهم أثبتوا خلافه مع زفر فى بطلان العتق وهذه من المسائل التى جرت المحاورة فيها بين أبى يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب فقال أبو يوسف ما رويت لك عن أبى حنيفة أن العتق جائز وانما رويت أن العتق باطل (١٠٦) وقال محمد بل رويت لى أن العتق جائز واثبات مذهب أبى حنيفة فى صحة العتق بهذا لايجوز لتكذيب الاصل الفرع صريحا وأقل ماهنا أن يكون فى المسئلة هنا روايتان عن أبى حنيفة قال الحاكم الشهيد قال أبو سليمان ان هذه رواية محمد عن أبى يوسف ونحن سمعنا من أبى يوسف أنه لايجوز عتقه وسيجىء اه وقوله جاز عتقه أى استحسانا اه هداية (قوله والمطلق ينصرف الى الكامل) واستوضح على ذلك بفروع أربعة اه (قوله حتى ينفذ بيع الغاصب اذا أدى الضمان) هذا اذا أدى قيمته يوم الغصب أما اذا ضمن قيمته يوم البيع لا ينفذ بيعه اه عمادية فى آخر أربعة وعشرين (قوله أن البيع أسرع نفاذا من العتق) أى فاذا لم ينفذ بيعه لم ينفذ اعتاقه بالطريق الاولى اه (قوله وكذا لو باع) استيضاح بان لكون البيع أسرع نفاذا اه (قوله لا ينفذ عتقه لما ذكرنا) أى ان البيع أسرع نفاذا اه (قوله وكذا لو باعه الغاصب الخ) قال الكمال وكذا لا يصح اعتاق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان ولا الطلاق فى النكاح الموقوف حتى لو أجيز لا يقع على المرأة وكل من الطلاق والعتق فى الحاجة الى الملك على السواء ولذا اذا جعل فضولى أمر امرأة بيدها فطلقت نفسها ثم أجاز الزوج لا تطلق بل يثبت التفويض فان طلقت نفسها الآن طلقت والا لا اه منه

(قوله وبطل عتقه) أى بطل عتق المشترى من الغاصب اذا أدى الغاصب الضمان وهذا قول البعض والاصح أن عتقه نافذ اه كما سيجىء بعد أسطر اه (قوله بتصرف مطلق) قال الكمال ومطلق بفتح اللام واحترز به عن البيع بشرط الخيار فخرج جواب قوله لا يصح عتق المشترى والخيار للبائع لان ذلك ليس بتصرف مطلق إذ الخيار يمنع ثبوته فى حق الحكم بانا وموقوفا وقد يقرأ بكسر اللام والفتح أفصح اه (قوله وينفذ باجازة المرتهن البيع) والجامع أن كلا منهما اعتاق فى بيع موقوف اه فتح وقوله المرتهن هو الصواب ولكن الذى بخط

منه فانه ينفذ عتقه وهذا لان العتق من حقوق الملك والشيء اذا توقف توقف بحقوقه واذا نفذ نفذ بحقوقه بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه لان الغصب لم يوضع لافادة الملك لكونه عدوانا محضا وانما الملك ضرورة أداء الضمان لئلا يجتمع البدلان في ملك رجل واحد فلم يكن الغصب مثبتا للملك في الحال ولا سببا له ليتوقف هو ويتوقف العتق بتوقفه حكماله بل هو سبب له ضرورة عند أداء الضمان والعتق وجد قبله وبخلاف ما اذا كان في البيع خيار البائع لانه ليس بمطلق والكلام فيه وشرط الخيار يمنع من انعقاده في حق الحكم أصلا فكان الملك فيه غير موجود لوجود الخيار المانع منه فلم يصادف الاعتاق محله وهو الملك وهنا البيع مطلق والاصل في الاسباب المطلقة أن تعمل في حق الحكم بلا تراخ والتراخي انما ثبت هنا ضرورة دفع الضرر ولا ضرر في توقف الملك والاعتاق فوجب القول باظهار السبب في حقه ونعني بتوقف الملك انه موجود في حق الاحكام التي لا يتضرر المالك بها والمشترى من الغاصب اذا أعتق ثم ملك المغصوب باداء الضمان لا ينفذ اعتاقه عند البعض لان ملك المشترى ثبت بناء على ملك الغاصب وملك الغاصب لا يكفي لصحة الاعتاق فكذا ما ثبت بناء عليه والاصح انه ينفذ لان ملك المشترى ثبت مطلقا بسبب مطلق وهو الشراء فاحتمل العتق عند الاجازة بخلاف الغاصب لانه ملكه بالغصب وهو سبب ضروري لا مطلق لما مر فكان الملك فيه ناقصا والناقص لا يكفي للاعتاق ويكفي لجواز البيع ألا ترى ان ملك المكاتب يكفي لجواز البيع دون العتق وانما يبطل بيع المشترى من الغاصب عند اجازة المغصوب منه البيع الاول لانه بالاجازة ثبت للمشترى الاول وهو البائع الثاني ملك بات فاذا طرأ على ملك موقوف لغيره أبطله لاستحالة اجتماع الملك البات والملك الموقوف في محل واحد ولا يقال لو كان هذا مانعا لما ثبت الملك الموقوف للمشترى من الفضولي لوجود الملك البات فيه للمالك بل كان هذا أولى بالامتناع لان البات فيه موجود عند ثبوت الموقوف فاذا كان يرفعه بعد ثبوته فأولى أن يمنعه من الثبوت لان المنع أسهل من الرفع لانا نقول المنع والرفع انما يكونان عند التعارض ولا تعارض ثم لان الملك الموقوف لم يظهر في حق المالك وانما يظهر في حق المتعاقدين لان البيع قائم بهما فاذا أجاز المالك بيع الفضولي فالملك البات يثبت للفضولي والملك الموقوف ظاهر في حقه لان الفضولي عاقد فوقع التعارض فيرفع البات الموقوف ولا يقال ان الغاصب اذا أدى ضمان المغصوب بعد ما باعه ينفذ بيعه وقد طرأ على الملك الموقوف الملك البات لانا نقول ملك الغاصب ثابت ضرورة اذ ليس الغصب بسبب موضوع للملك فلا يجعل ثابتا في محل ليس فيه ضرورة فلا يظهر في ابطال التوقف وحاصل الخلاف راجع الى أن عند محمد بيع الفضولي لا ينعقد في حق الحكم لانعدام الولاية فكان الاعتاق حاصلا في ملك الغير وعندهما ينعقد في حق الحكم ويوجب الملك على سبيل التوقف لان الاصل في البيع المنعقد تعجيل الحكم

الشارح المشترى اه (قوله بخلاف اعتاق الغاصب بنفسه) جواب عن الاول اه (قوله وبخلاف ما اذا كان في البيع الخ) جواب عن الثاني اه (قوله والمشترى من الغاصب الخ) جواب عن الرابع (قوله ثم ملك) أي الغاصب اه (قوله والاصح أنه ينفذ) كذا ذكره هلال الرأي بن يحيى البصري في وقفه وهو من أصحاب أبي يوسف فانه ذكر فيمن غصب أرضا فباعها فوقفها المشترى ثم أدى الغاصب ضمانها حتى ملكها قال ينفذ وقفه على طريقة الاستحسان فالعتق أولى اه كمال رحمه الله (قوله وانما يبطل بيع المشترى) جواب عن الثالث اه وقوله وانما يبطل بيع المشترى من الغاصب الخ وكذا لو وهبه مولاه للغاصب أو تصدق به عليه أو مات فورثه فهذا كله يبطل الملك الموقوف لانه لا يتصور اجتماع البات مع الموقوف في محل واحد على وجه يطرأ فيه البات (١٠٧) والا فقد كان فيه ملك بات وعرض معه الملك الموقوف اه كمال (قوله لانه بالاجازة ثبت للمشترى) قال الاتقاني رحمه الله وفرق الزاهد العتابي بين اعتاق المشترى من الغاصب حيث ينفذ بالاجازة وبين البيع الثاني حيث لا ينفذ باجازة البيع الاول وقال ان بالعتق ينتهي الملك والمنتهي متقرر حكما وما كان مقررا للشيء كان من حقوقه فيتوقف بتوقفه بخلاف البيع لانه غير مقرر للملك لانه ازالة الملك لا انتهاء الملك فلم يكن من حقوقه ولا يتوقف بتوقفه وحقيقة الفقه في ذلك أن زوال الملك ضد الملك والشيء لا يتوقف بتوقف ضده أما العتق فمقرر للملك ومقرر الشيء جاز أن يتوقف بتوقفه والدليل على الفرق بينهما أن المشترى لو أعتق ثم اطلع على عيب يرجع بنقصان العيب ولو باع ثم اطلع على عيب لا يرجع بنقصان العيب اه (قوله والملك الموقوف في محل واحد) وفي صورة إعتاق المشترى من الغاصب لم يطرأ الملك البات على الملك الموقوف فنفذ اعتاق المشترى وكان الولاء له اه اتقاني (قوله لان البات فيه موجود الخ) هذه مغالطة بيانها في العناية اه (قوله ثم) أي في المغالطة المذكورة اه (قوله فاذا أجاز المالك بيع الفضولي) أي بيع الغاصب للفضولي اه (قوله فالملك البات يثبت للفضولي) وهو المشترى من الغاصب اذ هو فضولي أيضا لبيعه ملك غيره اه وقوله فالملك البات الذي يحطه فالملك الثابت اه (قوله لا ينعقد في حق الحكم) أي وهو الملك اه فتح (قوله وعندهما ينعقد في حق الحكم الخ) قال الكمال وبعد فالمقدمة القائلة في كلام محمد المصحح للاعتاق الملك الكامل لم يصرح فيها بدفع ويمكن أن يستخرج من الدليل المذكور منع أنه يحتاج الى ملك كامل وقت ثبوته بل وقت نفاذه وهو كذلك اه

(قوله لدفع الضرر) أى عن المالك اهـ فتح (قوله والضرر فى النفاذ) أى لا فى توقفه اهـ فتح (قوله فى المتن ولو قطعت يده عند المشترى فأجيز الخ) علم أن قطع اليد لا يمنع الاجازة لقيام المعقود عليه بخلاف ما اذا مات العبد أو قتل بطلت الاجازة اهـ (قوله وانما يثبت الملك له ضرورة) أى فى المتصل اهـ اتقانى (قوله لان فيه شبهة عدم الملك الخ) قال الاتقانى رحمه الله فيه نظر لانه اذا كان لشبهة العدم اعتبار ينبغى أن يتصدق بجميع الارش لا بالفضل وحده قال فخر الدين قاضيخان فان كان المشترى أعتق العبد فقطعت يده ثم أجاز المولى بيع الغاصب كان الارش للعبد اهـ (قوله فى المتن ولو باع عبد غيره بغير أمره) قال الكمال وان وقع فى الجامع الصغير فليس من صورة المسئلة باع عبد غيره من رجل فأقام ذلك المشترى بينة على اقرار البائع أنه لم يأمره مالكه ببيعه أو أقام على رب العبد ذلك وأراد بذلك رد العبد فان هذه البينة لا تقبل للتناقض على الدعوى اذ الاقدام على الشراء دليل دعواه صحته وأنه يملك بيعه ودعواه اقراره بعدم الامر تناقضه اذ هو دليل أنه لم يصح ولم يملك البائع البيع وقبول البينة ينبنى على صحة الدعوى فحيث لم تصح لم تقبل ولو لم تكن بينة بل ادعى البائع بعد البيع أن صاحبه لم يأمره ببيعه (١٠٨) وقال المشترى أمرك أو ادّعى عدم الامر فادعى البائع الامر فالقول لمن يدعى الامر لان الآخر مناقض اذ اقدامه على البيع أو الشراء دليل اعترافه بالصحة وقد ناقض بدعواه عدم الامر بخلاف الآخر ولذا ليس له أن يستحلفه لان الاستحلاف يترتب على الدعوى الصحيحة لا الباطلة ذكره فى شرح الزيادات اهـ (قوله فبرهن المشترى) أى أقام بينة اهـ ع (قوله أو رب العبد) أى أو برهن المشترى على اقرار رب العبد أنه لم يأمر البائع بالبيع اهـ (قوله وهذا يشكل بما ذكر فى الزيادات الخ) صورة مسئلة الزيادات اشترى جارية وقبضها ونقد الثمن ثم ادعاها مستحق كان المشترى خصما لانه يدعيها لنفسه فان أقر بها المدعى أمر بتسليمها ولا يرجع بالثمن على بائعه لان اقراره بها له لا يكون حجة على البائع وكذا لو جحد دعواه فحلف فنكل فقضى عليه بالنكول لان بأن نكوله ليس حجة على غيره لانه كاقراره اهـ فتح (قوله وفرقوا بينهما الخ) قال الاتقانى رحمه الله أى فرق المشايخ بين روايتى الجامع الصغير والزيادات فقالوا ان العبد فى مسئلة الجامع الصغير فى يد المشترى فلم تسمع البينة على الاقرار من البائع أو من رب العبد أن البيع كان بغير أمر لان المقصود منه الرجوع بالثمن وشرط الرجوع عدم سلامة العين للمشترى والعين سالمة له لانها فى يده وفى مسئلة الزيادات العبد فى يد المستحق فوجد شرط الرجوع فقبلت البينة ولنا فى هذا الفرق نظر لان وضع المسئلة فى الزيادات أيضا فى أن العبد فى يد المشترى ولئن سلمنا أن العبد فى يد المستحق فلا نسلم أن البينة تقبل حينئذ لان التناقض فى الدعوى موجود لا محالة كما بينا ومبنى البينة على صحة الدعوى فلم تصح فلا تصح البينة والاولى أن يقال ان المشترى أقام البينة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فى مسئلة الجامع الصغير فلهذا لم تقبل البينة للتناقض وفى مسئلة الزيادات أقام البينة على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض وهذا محمل صحيح ولهذا لم يقبل البينة فى الزيادات أيضا فى آخر الكتاب فى الباب الذى يلى بعده باب الى تمام الكتاب على ترتيب محمد حيث قال رجل باع شيأ لرجل من رجل

والتراخى الى وقت الاجازة لدفع الضرر والضرر فى النفاذ لا فى ثبوت الملك على وجه لا يظهر أثره فى التصرفات الضارة قال رحمه الله (ولو قطعت يده عند المشترى فأجيز فأرشه لمشتريه) أى لو قطعت يد عبد باعه الفضولى ثم أجاز مالكه البيع يكون أرش اليد للمشترى لان الملك ثبت له من وقت الشراء فتبين أن القطع ورد على ملكه وعلى هذا كل ما يحدث من المبيع من كسب أو ولد أو عقر قبل الاجازة فهو للمشترى لما ذكرنا وهو حجة على محمد والعذر له ان الملك من وجه يكفى لاستحقاق الزوائد كالمكاتب اذا قطعت يده فأخذ الارش ثم رد فى الرق يكون الارش للمولى وكذا اذا قطعت يد المبيع والخيار للبائع فأجاز البيع يكون الارش للمشترى لما ذكرنا من استناد ملكه بخلاف الاعتاق لافتقاره الى الملك الكامل ومع الخيار للبائع لا يثبت الملك للمشترى وبخلاف ما اذا غصب عبدا فقطعت يده عنده ثم ضمن قيمته حيث لا يكون الارش له لان الغصب ليس بسبب موضوع للملك وانما يثبت الملك له ضرورة على ما بينا فلا يظهر فى حق استحقاق الزوائد قال رحمه الله (وتصدق بما زاد على نصف الثمن) لان فيه شبهة عدم الملك لانه غير موجود حقيقة وقت القطع وانما ثبت بطريق الاستناد فكان ثابتا من وجه دون وجه ولانه ان كان قبل القبض لم يدخل فى ضمانه فيكون ربح ما لم يضمن ويطيب له قدر نصف الثمن لان ارش اليد قام مقام نصف الثمن وهذا لان ارش اليد الواحدة فى الحر نصف الدية وفى العبد نصف القيمة والذى دخل فى ضمانه ما هو كائن بمقابلة الثمن فما زاد على نصف الثمن يكون ربح ما لم يضمن أو فيه شبهة عدم الملك لان الملك لا يثبت له يوم قطع اليد حقيقة قال رحمه الله (ولو باع عبد غيره بغير أمره فبرهن المشترى على اقرار البائع أو رب العبد أنه لم يأمره بالبيع وأراد رد البيع لم يقبل البطلان دعواه بالتناقض اذ اقدامهما على العقد وهما عاقلان اعتراف منهما بصحته ونفاذه لان الظاهر من حال العاقل المسلم مباشرة العقد الصحيح النافذ والبينة لا تبنى الا على دعوى صحيحة فاذا بطلت الدعوى لا تقبل وهذا يشكل بما ذكر فى الزيادات أن المبيع اذا ادّعاه رجل فصدّقه المشترى فى دعواه فأخذه المستحق باقراره ثم أقام المشترى البينة على اقرار البائع بأن العبد للمستحق يريد بذلك أن يثبت له حق الرجوع بالثمن تقبل بينته وفرقوا بينهما

ثم قال البائع ان صاحبه لم يأمرني به وقال المشتري بل أمر به فان القول قول الذي يدعي الامر لان المعاقدة بينهما دليل على نفاذه وصحته فاذا ادعى أحدهما خلاف ذلك بطل للتناقض ولانه سعى في نقض ما أوجبه فبطل فان أراد المدعي منهما الفسخ بان يقيم البينة على اقرار صاحبه أن صاحب المال لم يأمر بالبيع أو أراد يمين صاحبه على ذلك لم يكن له شئ من ذلك لان الدعوى بطلت لما قلنا فبطل ما يبتني على ذلك اه وقول الشارح رحمه الله وفرقوا بينهما الخ هذا الفرق ذكره في الهداية واقتصر عليه قال الكمال وهذا هو فرق المصنف وهو منظور فيه بان وضع مسئلة الزيادات أيضا في أن الجارية في يد المشتري كما سمعتك والاولى ما ذكر في الفوائد الظهيرية عن بعض المشايخ أن مسئلة الجامع محمولة على أن المشتري أقام البينة على اقرار البائع قبل البيع أما اذا أقامها على اقراره بعد البيع أن رب العبد لم يأمره بالبيع فتقبل لان اقدام المشتري على الشراء يناقض دعواه اقرار البائع بعدم الامر قبل البيع ولا يناقض دعواه اقراره بعدم الامر بعد البيع قال ومسئلة الزيادات محمولة على هذا أيضا فتقع الغنية عن التفرقة بين المسئلتين اه وقيل مسئلة الجامع محمولة على اقرار البائع أو رب العبد قبل البيع فلم تقبل للتناقض والزيادات على الاقرار بعد البيع فلم يلزم التناقض فقبلت ومما يناسب المسئلة

بأن العبد في يد المشتري في المسئلة الاولى وفي مسئلة الزيادات في يد المستحق وشرط الرجوع بالثمن أن لا تكون العين سالمة للمشتري فلذلك لم يرجع في مسئلة الكتاب ورجع في مسئلة الزيادات وقيل اختلف الجواب لاختلاف الوضع فموضوع ما ذكر هنا فيما اذا أقام البينة على أن البائع أقر قبل البيع بأن المبيع للمستحق وإقدامه على الشراء ينفي ذلك فيكون متناقضا فلا تقبل بينته وموضوع ما ذكر في الزيادات فيما اذا أقام البينة على أن البائع أقر بعد البيع أنه للمستحق فلا يصير متناقضا فتقبل بينته قوله (ولو أقر البائع بذلك) في مسئلة الكتاب (عند القاضي) بان رب العبد لم يأمره بالبيع (بطل البيع ان طلب المشتري ذلك) لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة فللمشتري أن يساعده فيه فيتحقق الاتفاق بينهما فينتقض في حقهما الا في حق رب العبد ان كذبهما وادعى انه كان أمره فاذا لم ينفسخ في حقه يطالب البائع بالثمن عندهما لانه وكيله وليس له أن يطالب المشتري لانه برئ بالتصادق وعند أبي يوسف له أن يطالبه فاذا ادى رجع به على البائع وهذا بناء على أن ابراء الوكيل المشتري عن الثمن صحيح عندهما ويضمن للموكل وعنده لا يصح ولو كان بالعكس بأن أنكر المالك التوكيل وتصادقا أنه وكله فان أقام الوكيل البينة لزمه والا استحلف المالك فان حلف لم يلزمه وان نكل لزمه لان النكول كالاقرار ولو غاب المالك بعد الانكار وطلب البائع الفسخ فسخ القاضي البيع بينهما لانه ثبت عند القاضي أن البيع كان موقوفا فان طلب المشتري تأخير الفسخ ليحلف المالك انه لم يأمره لم يؤخر لان سبب الفسخ قد تحقق فلا يجوز تأخيره لاجل اليمين فلو حضر المالك وحلف أخذ العبد وان نكل عاد البيع ولو كان المالك حاضرا وغاب المشتري لم يأخذ العبد لان البيع صح ظاهرا فلا يصح القضاء على الغائب بفسخه وللبائع أن يحلف رب العبد انه ما أمره ببيعه فان نكل ثبت أمره وان حلف ضمن البائع ونفذ بيعه كالغاصب اذا باع المغصوب ثم ملكه باداء الضمان ولو مات المالك قبل حضوره فورثه البائع وأقام بينة على اقرار المالك بأنه لم يأمره لم تقبل لما بينا من التناقض ولو أقامها على اقرار مشتريه بذلك بعد موته تقبل بخلاف ما اذا أقاما على هذا الوجه حال حياة المالك فانها لا تقبل لانه

باع عبد غيره بلا أمره ثم اشتراه من مولاه ثم أقام البائع البينة أنه اشترى العبد من مولاه بعد بيعه أو ورثه بعد البيع قال محمد تقبل بينته ويبطل البيع الاول اه (قوله في المسئلة الاولى) أي وهي المذكورة في المتن وهي مسئلة الجامع الصغير اه (قوله في المتن ولو أقر البائع) قال الكمال بخلاف ما لو أقر البائع عند القاضي بذلك حيث يحكم بالبطلان والرد ان طلب المشتري ذلك لان التناقض لا يمنع صحة الاقرار ولهذا صح اقراره بالشئ بعد انكاره اياه الا أن الاقرار حجة قاصرة يعني انما ينفذ في حق المقر خاصة فاذا وافقه المشتري نفذ عليهما فلذا شرط طلب المشتري حتى يكون نقضا باتفاقهما لا بمجرد اقرار البائع والمراد من فسخ القاضي أنه يمضي اقرارهما أما أن الفسخ يتوقف على القضاء فلا اه (قوله لا يمنع صحة الاقرار لعدم التهمة الخ) فان من أنكر شيأ ثم أقر به صح اقراره بخلاف الدعوى اه (قوله فللمشتري أن يساعده) أي يوافقه فيه اه (قوله فيتحقق) أي بطلان البيع اه ع (قوله فينتقض في حقهما الا في حق رب العبد ان كذبهما) قال الكمال وفروعها أن صاحب العبد لو حضر وصدقهما انفذ الفسخ في حقه وتقرر وان كذبهما وقال كنت أمرته كان القول قوله لما ذكرنا أن إقدامهما اقرار منهما بالامر فلا يعمل رجوعهما في حقه ويغرم البائع الثمن له ويكون المبيع للبائع لانه ويبطل عن المشتري الثمن للآمر في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يبقى في ذمة المشتري للآمر ويرجع المشتري على البائع بمثل الثمن بناء على أن الوكيل بالبيع يملك ابراء المشتري عن الثمن عند أبي حنيفة ومحمد ويملك الاقالة بغير رضا الآمر وعلى قول أبي يوسف لا يملك اه (قوله لانه برئ بالتصادق) فيه اشكال حيث اعتبر فيه الاقرار على الغير اه ﴿فرع﴾ ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الدعوى فضولي باع عبد الغير من رجل وفضولي آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين اه فليراجع عند قوله دار في يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها اه

(قوله ولغا توكيل بائعه) أى توكيل الآمر فهو من اضافة المصدر الى مفعوله أى توكيل رب العبد بائعه أى لغا أن توكل رب العبد بائعه اه (قوله فى المتن ومن باع دار غيره) أى عرصة غيره بغير أمره اه فتح (قوله لم يضمن البائع الدار) أى عند أبى حنيفة ان أقر بالغصب منه وهو قول أبى يوسف آخرا وكان يقول أولا يضمن وهو قول محمد وهى مسئلة غصب العقار هل يتحقق أولا عند أبى حنيفة لا وعند محمد نعم فيضمن اه كمال قوله وعند محمد نعم تفسيره اذا غصب دارا فانهدمت أو أرضا فانتقضت وسيجىء بيان الخلاف فى غصب العقار فى الغصب اه اتقانى

﴿ باب السلم ﴾

لما فرغ من بيان أنواع البيوع التى لا يشترط فيها القبض لا فى العوضين ولا فى أحدهما شرع فى بيان ما يشترط فيه القبض وهو السلم والصرف لان السلم يشترط فيه قبض أحد العوضين فى المجلس وقدم السلم على الصرف لان الشرط فى السلم قبض أحد العوضين فى المجلس وفى الصرف قبضهما والترقى يكون أبدا من الادنى الى الاعلى قال صاحب التحفة البيع أربعة أنواع أحدها بيع العين بالعين كبيع السلع بانواعها نحو بيع الثوب بالثوب وغيره ويسمى هذا بيع المقايضة والثانى بيع العين بالدين نحو بيع السلع بالاثمان المطلقة وبيعها بالفلوس الرائجة والمكيل والموزون والمعدود المتقارب دينا والثالث بيع الدين بالدين وهو بيع الثمن المطلق بالثمن المطلق وهو الدراهم والدنانير وانه يسمى عقد الصرف يعرف فى كتابه ان شاء الله تعالى والرابع بيع الدين بالعين وهو السلم فان السلم فيه مبيع وهو دين ورأس المال قد يكون عينا وقد يكون دينا ولكن قبضه شرط قبل افتراق العاقدين بانفسهما فيصير عينا اه اتقانى قال الكمال وخص باسم السلم لتحقق ايجاب التسليم شرعا فيما صدق عليه أعنى تسليم رأس المال وكان على هذا تسمية الصرف بالسلم أليق لكن لما كان وجود السلم فى زمنه صلى الله عليه وسلم هو الظاهر العام فى الناس سبق الاسم له اه وقال صاحب التحفة فى السلم هو عقد يثبت الملك فى الثمن عاجلا وفى المثمن آجلا يسمى سلما واسلاما وسلفا واسلافا لما فيه من تسليم رأس المال فى الحال وفى عرف الشرع عبارة عن هذا أيضا مع زيادة شرائط ورد الشرع بها لم يعرفها أهل اللغة فعن هذا عرفت فساد ما قيل فى بعض الشروح ان السلم أخذ عاجل بآجل لان السلعة اذا بيعت بثمن مؤجل يوجد هذا المعنى وليس بسلم ولو قيل بيع آجل بعاجل لم يرد الاعتراض وركن السلم الايجاب والقبول بان قال رجل لآخر أسلمت اليك عشرة دراهم فى كر حنطة أو قال أسلفت وقال الآخر قبلت ويسمى صاحب الدراهم رب السلم والمسلم أيضا ويسمى الآخر المسلم اليه اه اتقانى رحمه الله (قوله اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى) والمعنى اذا تعاملتم بدين مؤجل فاكتبوه وفائدة قوله مسمى

(ما أمكن

فى حال حياته أصل فيه فيمتنع بالتناقض وبعد موته نائب عن الميت والميت لو ادعى بنفسه حال حياته لا يكون مناقضا فكذا نائبه ولو ورثه البائع وغيره فان ادعى غيره بجحود المالك تسمع لانه لم يسبق منه ما يجعل مناقضا بخلاف شريكه البائع حيث يكون مناقضا وللمشترى أن يحلفه بالله ما يعلم أن المولى أمره ببيعه فان نكل ثبت الامر وان حلف أخذ نصف العبد ورجع المشترى على البائع بنصف الثمن وخير فى النصف الآخر لتفرق الصفقة عليه وهذا اذا أقر المشترى بأن العبد ملك الآمر ولو أنكر لغا قول الآمر حتى يقيم البينة على ملكه ولغا توكيل بائعه فى خصومته كيلا يصير البائع ساعيا فى نقض ما أوجبه قال رحمه الله (ومن باع دار غيره فأدخلها المشترى فى بنائه لم يضمن البائع) ومعنى المسئلة اذا باع دار غيره بغير اذنه ثم اعترف البائع بالغصب وأنكر المشترى لم يضمن البائع الدار لان اقرار البائع لا يصدق على المشترى ولا بد من اقامة البينة حتى يأخذها فاذا لم يقم المستحق وهو صاحب الدار البينة كان التلف مضافا الى عجزه عن اقامة البينة لا الى عقد البائع لان الغاصب لا يجوز بيعه فعلى هذا التقدير يعلم ان قوله فأدخلها المشترى فى بنائه وقع اتفاقا اذ لا تأثير للادخال فى البناء فى ذلك

﴿ باب السلم ﴾

وهو بمعنى السلف لغة فانه أخذ عاجل بآجل وسمى هذا العقد به لكونه معجلا على وقته فان أوان البيع بعد وجود المعقود عليه فى ملك العاقد والسلم يكون عادة عما ليس بموجود فى ملكه فيكون العقد معجلا وينعقد بلفظ السلم ولا ينعقد بلفظ البيع فى رواية المجرد لانه ورد بلفظ السلم على خلاف القياس فلا يجوز بغيره وفى رواية الحسن ينعقد وهو الاصح لانه بيع ألا ترى الى ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وهو مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة قال ابن عباس رضى الله عنهما أشهد أن الله أحل السلم المؤجل وأنزل فيه أطول آية وتلا قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا اذا تداينتم بدين الى أجل مسمى فاكتبوه وقد روينا أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والقياس يأبى جوازه لان المسلم فيه مبيع وهو معدوم وبيع موجود غير مملوك أو مملوك غير مقدور التسليم لا يجوز فبيع المعدوم أولى أن لا يجوز ولكن تركناه بما ذكرنا قال رحمه الله

(ماأمكن ضبط صفته ومعرفة قدره صح السلم فيه) لأنه لايفضى الى المنازعة وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من أسلم فى تمر فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم رواه مسلم والبخارى والضبط يكون بمعرفة قدره وقد شرطه عليه السلام قال رحمه الله (وما لافلا) أى ما لا يضبط صفته ولا يعرف مقداره لايجوز السلم فيه لانه دين وهو لا يعرف الا بالوصف فاذا لم يمكن ضبطه به يكون مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة فلا يجوز كسائر الديون قال رحمه الله (فيصح فى المكيل والموزون المثمن) لما روينا ولما بينا من المعنى واحترز بقوله المثمن من الدراهم والدنانير لانهما أثمان وليسا بمثمن حتى لو أسلم فيهما لايصح سلما لان السلم تعجيل الثمن وتأجيل المبيع ولو جاز فيه لانعكس فاذا لم يقع سلما يكون باطلا عند عيسى بن أبان وقال الاعمش يكون بيعا بثمن مؤجل تحصيلا لمقصود المتعاقدين بحسب الامكان والعبرة فى العقود للمعانى وقول عيسى أصح لان المعقود عليه فى السلم المسلم فيه وانما يصح العقد فى محل أوجبا العقد فيه وذلك غير ممكن ولا وجه الى تصحيحه فى محل آخر لانهما لم يوجبا العقد فيه وهذا الخلاف فيما اذا أسلم فيهما غير الاثمان وأما اذا أسلم الاثمان فيهما كالدراهم فى الدنانير أو بالعكس فلا يجوز بالاجماع لما عرف أن القدر بانفراده يحرم النساء ولو أسلم فى المكيل وزنا كما اذا أسلم فى الحنطة والشعير بالميزان روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز لان الكيل والوزن انما يشترط ليصير معلوم القدر لا لنفى الربا لانه لا يقابل بجنسه لان المؤدى عين الواجب حكما فى باب السلم فيكون بدلا عن رأس المال ولا ربا بينهما وروى الحسن عن أصحابنا انه لا يجوز لان المسلم فيه دين فى الذمة والمؤدى عين والعين غير الدين حقيقة فيكون المؤدى بدلا عن الواجب فى الذمة حقيقة وان كان عينه حكما فيكون مشتريا الحنطة بالحنطة فلا يجوز الا كيلا وعلى هذا الخلاف لو أسلم فى الموزون كيلا قال رحمه الله (والعددى المتقارب كالجوز والبيض) لانه معلوم مضبوط مقدور التسليم فأشبه المكيل والموزون ويستوى فيه الكبير والصغير لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت ولهذا تستوى قيمتهما فصارا بذلك من ذوات الامثال بخلاف البطيخ والرمان لان آحادهما متفاوتة ولهذا تختلف فى القيمة وبها يعرف التفاوت والتساوى وعن أبى حنيفة انه لا يجوز فى بيض النعامة لتفاوت آحاده فى المالية ويجوز السلم فى هذه الاشياء كيلا أيضا وقال زفر رحمه الله لا يصح كيلا لانه عددى ليس بمكيل فلا يصح اذ المعتبر فيما لا نص فيه العادة وعنه انه لا يصح عددا أيضا لانه يؤدى الى النزاع فى التسليم والتسلم بسبب التفاوت وان كان يسيرا فصار كالسفرجل والقثاء ولنا ان المقدار يعرف بالكيل تارة وبالعد أخرى فتنقطع المنازعة بينهما بذكر أحدهما أيهما كان اذا كان يعرف قدره بهما قال رحمه الله (والفلس) لانه عددى يمكن ضبطه فيصح السلم فيه وقيل عند محمد لا يجوز السلم فيه لانه ثمن مادام يروج والمسلم فيه مبيع فلا يصح فيه كالنقدين واذا كسد صار قطعة نحاس فلا يجوز السلم فيه عددا ولنا ما ذكرنا انه يمكن ضبطه به فيصح كسائر المعدودات وهذه المسئلة مبنية على أن اصطلاح الناس على الثمنية لا يبطل باصطلاحهما عنده وعندهما يبطل على ما ذكرنا فى بيع الفلس بالفلسين وذكرنا الفرق هناك بين الفلوس والنقدين قال رحمه الله (واللبن والآجر ان سمى ملبن معلوم) لان آحادهما لا تختلف اختلافا يفضى الى المنازعة بعد ذكر الآلة قال رحمه الله (والذرعى كالثوب

ليعلم أن من حق الاجل أن يكون معلوما اه اتقانى (قوله لا يجوز السلم فيه لانه) أى المسلم فيه اه (قوله فى المتن المثمن) المثمن صفة لقوله والموزون فقط اه (قوله حتى لو أسلم فيهما لا يصح سلما) أى بالاتفاق لان المسلم فيه لابد أن يكون مثمنا والنقود أثمان فلا تكون مسلما فيها اه كمال (قوله وقال الاعمش الخ) واعلم أن ما قاله أبو بكر الاعمش اختاره الكمال فى الفتح قال وهو عندى أدخل فى الفقه وعلله فلينظر ثمة اه (قوله وانما يصح العقد فى محل أوجبا) أى أوجب المتعاقدان العقد اه (قوله وهذا الخلاف فيما اذا أسلم فيهما) أى فى الدراهم والدنانير اه (قوله روى الطحاوى عن أصحابنا أنه يجوز) وعليه الفتوى لتعامل الناس اه خان (قوله فى المتن والعددى المتقارب كالجوز الخ) قال فى شرح الجامع الصغير لقاضيخان أما السلم فى الباذنجان عددا لم يذكره محمد وذكر الشمس السرخسى أنه يجوز وألحقه بالجوز والبيض هذا لفظه اه اتقانى (قوله لاصطلاح الناس على اهدار التفاوت) أى فلا ترى جوزة بفلس وجوزة بفلسين بخلاف البطيخ فانك ترى بطيخة بدرهم وأخرى بفلس اه (قوله بخلاف البطيخ والرمان) قال الاتقانى وأما العددى المتفاوت وتفسيره ما نقل عن ابن يوسف ما اختلفت آحاده فى القيمة واتفقت أجناسه فلا يجوز السلم فيه وذلك كالدر والجواهر واللآلئ والادم والجلود والخشب والرؤس والأكارع والرمان والبطيخ والسفرجل ونحوها الا اذا بين من جنس الجلود والادم والخشب والجذوع شيأ معلوما وطولا معلوما وغلظا معلوما وأتى بجميع شرائط السلم والتحق بالمتقارب يجوز اه قال فى الظهيرية ولا يجوز فيما لا مثل له كالحيوان والعدديات المتفاوتة الا فى الثياب خاصة اه (قوله وعن أبى حنيفة أنه لا يجوز فى بيض النعامة) قال الاتقانى ثم عندنا يجوز السلم فى بيض النعام أيضا فى ظاهر الرواية لانه معلوم مضبوط اه (قوله فى المتن والذرعى كالثوب الخ) قال الاتقانى وأما الذرعى فيجوز السلم فيه كالثياب والبسط والبوارى ونحوها اذا بين الطول والعرض والصفة والنوع قال فى الايضاح والقياس أن لا يجوز السلم فى الثياب

إن بين الذراع والصفة والصنعة) لانه يصير معلوما بذكر هذه الاشياء فلا يؤدى الى النزاع وان كان ثوب حرير يباع بالوزن لابد من بيان وزنه مع ذلك لانه يصير معلوما به قال رحمه الله (لا في الحيوان) وقال الشافعي رحمه الله يجوز السلم فيه اذا بين الجنس والسن والنوع والصفة لما روى انه عليه السلام استقرض بكرا ورد رباعيا ولان بعد بيان ما ذكرنا من الاوصاف الجهالة تقل فلا تفضى الى المنازعة كما في الثياب ولنا ما روى انه عليه السلام نهى عن السلم في الحيوان ولانه تتفاوت آحاده تفاوتا فاحشا بحيث لا يمكن ضبطه ألا ترى ان العبدين يستويان في الجنس والسن وتتفاوت قيمتهما لاختلاف المعانى الباطنة كالكياسة وحسن الخلق والخلق والسيرة والفصاحة والامانة والشدة قال قائلهم

ألا رب فرد يعدل الالف زائدا * وألف تراهم لا يساوون واحدا

وكذا سائر الحيوان يختلف اختلافا يؤدى الى اختلاف المالية فلا يجوز السلم فيه كما في الخلفات والجواهر بخلاف الثياب لانه مصنوع العباد والعبد انما يصنع بآلة فان اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع والتفاوت اليسير بعده لا يضر وما روى انه عليه السلام استقرض بكرا ورد رباعيا فالمراد به انه عليه السلام استعجل في الصدقة ثم لم تجب الزكاة على صاحبها فردها رباعيا أو استقرض لبيت المال لانه يجوز أن يثبت حق مجهول على بيت المال كما يجب له حق مجهول وما روى أنه عليه السلام اشترى بعيرا ببعيرين الى أجل كان قبل نزول آية الربا لان الجنس بانفراده يحرم النساء أو كان ذلك في دار الحرب اذ لا يجرى الربا بين المسلم والحربى في دار الحرب على ما بينا من قبل ويدخل فيه جميع أنواع الحيوانات حتى العصافير لان النص لم يفصل قال رحمه الله (وأطرافه) يعنى لا يجوز السلم في أطراف الحيوان كالرأس والاكارع للتفاوت الفاحش وعدم الضابط ثم قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز كما في اللحم وقيل لا يجوز بالاتفاق والفرق لهما بينه وبين اللحم أن المسلم فيه هو اللحم دون العظم والعظم في الرؤس وفي الاكارع أكثر من اللحم أو مساوله فلا يمكن أن يجعل تبعا للحم فيبقى معتبرا ولا يدرى قدره فيصير قدر المسلم فيه وهو اللحم مجهولا وأما العظم الذى في اللحم فقليل فأمكن جعله تبعا للحم لقلته كما في عظم الالية ولو أسلم فيه وزنا اختلفوا فيه قال رحمه الله (والجلود عددا) أى لا يجوز السلم فيه وكذا في الورق لا يجوز للتفاوت الفاحش فيهما الا أن يبين فيهما ضربا معلوما وطولا وعرضا وصفة معلومة من الجودة والرداءة فحينئذ يجوز السلم فيهما لامكان ضبطهما وكذا اذا كانا يباعان وزنا يجوز السلم فيهما بالوزن قال رحمه الله (والحطب حزما والرطبة جرزا) لانه مجهول لا يعرف طوله وغلظه حتى لو عرف ذلك بأن بين الحبل الذى يشد به الحطب والرطبة وبين طوله وضبط ذلك بحيث لا يؤدى الى النزاع جاز قال رحمه الله (والجوهر والخرز) لان آحادها متفاوتة تفاوتا فاحشا وفي صغار اللؤلؤ التى تباع وزنا يجوز السلم فيها بالوزن لانه

لانها ليست من ذوات الامثال ألا ترى أنه لا يضمن مستهلكها المثل وانما جوزناه استحسانا لان الثياب مصنوع العبد والعبد يصنع بآلة فاذا اتحد الصانع والآلة يتحد المصنوع فلا يبقى بعد ذلك الا قليل تفاوت وقد يتحمل قليل التفاوت في المعاملات ولا يتحمل في الاستهلاكات ألا ترى أن الاب لو باع بغبن يسير كان متحملا ولو استهلك شيأ يسيرا وجب عليه الضمان اهـ (قوله في المتن ان بين الذراع) أى بعد ذكر الجنس والنوع اهـ (قوله والصفة) أى بانه قطن أو كتان أو مركب منهما وهو الذى يسمى ملحما اهـ (قوله والصنعة) أى بانه عمل الشأم أو الروم أو نحوهما اهـ (قوله وان كان ثوب حرير يباع بالوزن) قال في الايضاح ويحتاج الى بيان الوزن في ثياب الحرير والديباج اذا كان يبقى التفاوت بعد ذكر الطول والعرض لانها تختلف باختلاف الوزن فان الديباج كلما ثقل وزنه ازدادت قيمته والحرير كلما خف وزنه ازدادت قيمته فلا بد من بيانه اهـ (قوله لا بد من بيان وزنه) قال ظهير الدين اسحق الولوالجى في فتاواه ولو عين الذرعان ولم يعين الوزن هل يجوز السلم في الحرير اختلف المشايخ فيه منهم من قال ليس بشرط ومنهم من قال يشترط واليه مال الشيخ الامام شمس الائمة أبو بكر محمد بن أبى سهل السرخسى وهو الصحيح بخلاف سائر الثياب فانه لا يشترط فيها الوزن مع الذرع لان الحرير يختلف باختلاف الوزن كما يختلف باختلاف الطول والعرض ولا كذلك الكرباس اهـ اتقانى (قوله في المتن لا في الحيوان) قال الاتقانى اعلم أن السلم باطل في الحيوان عندنا اهـ وقالت الثلاثة يجوز اهـ عينى (قوله فاذا اتحدت الآلة والصانع يتحد المصنوع) أى وليس الحيوان كذلك لان ما يحدث فيه يحدث باحداث الله من غير صنع العباد بلا آلة ولا مثال فظهر الفرق اهـ اتقانى (قوله وما روى أنه عليه الصلاة والسلام اشترى بعيرا ببعيرين الخ) فان قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم بما في الدية بمائة من الابل وفي الجنين بغرة عبد أو أمة فثبت أن الحيوان يثبت في الذمة قلت قد حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم أيضا أن بيع الحيوان بالحيوان لا يجوز نسيئة فعلم أن الحيوان لا يثبت في الذمة فلما ورد أصلان متعارضان وفقنا بينهما فقلنا ان ما كان بدلا عن مال لا يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالسلم قياسا على بيع الحيوان بالحيوان نسيئة وما لا يكون بدلا عن مال يثبت الحيوان فيه دينا في الذمة كالتزويج أو الخلع على عبد وسط أو أمة وسط قياسا على إبل الدية وغرة الجنين اهـ اتقانى (قوله في المتن والحطب حزما والرطبة جرزا الخ) ونقل في الخلاصة عن شرح الشافى فقال ولا بأس بالسلم في القت وزنا اهـ اتقانى (قوله في المتن والجوهر والخرز الخ) والاصل أن كل

مما يباع بالوزن فأمكن معرفة قدره به قال رحمه الله (والمنقطع) أى لا يجوز السلم فى الشئ المنقطع لان شرط جوازه أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل حتى لو كان منقطعا عند العقد موجودا عند المحل أو بالعكس أو منقطعا فيما بين ذلك لا يجوز وحد الانقطاع أن لا يوجد فى الاسواق وان كان فى البيوت وقال الشافعى رحمه الله يجوز فى المنقطع اذا كان موجودا عند المحل لوجود القدرة عند وجوبه ولا معنى لاشتراطه قبل ذلك ولنا ماروى عن أنس رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمرة حتى تزهى قالوا وما تزهى قال تحمر وقال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه رواه مسلم والبخارى وعن ابن عمر أن النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع الثمار حتى يبدو صلاحها نهى البائع والمبتاع رواه مسلم والبخارى وجماعة أخر وفى لفظ حتى تبيض وتأمن من العاهة وهذا نص على انه لا يجوز فى المنقطع فى الحال اذ الحديث ورد فى السلم لان بيع الثمار بشرط القطع جائز لا يمنع أحد بيع مال معين منتفع به فى الحال أو فى المآل وقوله عليه السلام فبم يستحل أحدكم مال أخيه وهو رأس مال السلم يدل عليه لان احتمال بطلان البيع بهلاك المبيع قبل القبض لا يؤثر فى المنع من البيع ولان القدرة على التسليم حال وجوبه شرط لجوازه وفى كل وقت بعد العقد يحتمل وجوبه بموت المسلم اليه لان الديون تحل بموت من عليه الدين فيشترط دوام وجوده لتدوم القدرة على التسليم لان جوازه على خلاف القياس فيجب الاحتراز فيه عن كل خطر يمكن وقوعه لان المحتمل فى باب السلم كالواقع ولان القدرة على التسليم بالتحصيل فى المدة ولا بد من استمرار الوجود فيها ليتمكن من التحصيل ولو انقطع عن أيدى الناس بعد المحل قبل أن يوفى المسلم فيه فرب السلم بالخيار ان شاء فسخ العقد وأخذ رأس ماله وان شاء انتظر وجوده وقال زفر رحمه الله يبطل العقد ويسترد رأس ماله للعجز عن تسليمه كما اذا هلك المبيع قبل القبض قلنا ان السلم قد صح وتعذر تسليم المعقود عليه بعارض على شرف الزوال فيخير فيه كما اذا أبق العبد المبيع قبل القبض بخلاف هلاك المبيع قبل القبض لانه قد فات لا الى خلف وبخلاف ما اذا اشترى بالفلوس شيأ وكسدت حيث يبطل البيع بها لانها تفوت أصلا ولا يرجى زواله ولو رجى لا يعلم متى تروج بخلاف ما نحن فيه فان لادراك الثمر والقدرة على التسليم أوانا معلوما فيتخير قال رحمه الله (والسمك الطرى) أى لا يجوز السلم فى السمك الطرى لانه ينقطع عن أيدى الناس فى الشتاء لانجماد المياه حتى لو كان فى بلد لا ينقطع فيه السمك أو أسلم فيه فى حينه جاز وزنا لا عددا وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يجوز فى الكبار التى تنقطع كالسلم فى اللحم لاختلاف الناس فى نزع عظمها واختلاف رغباتهم فى مواضعها قال رحمه الله (وصح وزنا وما لحا) أى ان كان السمك مالحا جاز السلم فيه وزنا لا عددا لان المالح منه وهو القديد لا ينقطع عن أيدى الناس وهو معلوم يمكن ضبطه ببيان قدره بالوزن وبيان نوعه وذكر فى النهاية معزيا الى الايضاح أن الصحيح فى الصغار منه يجوز وزنا وكيلا وفى الكبار روايتان قال رحمه الله (واللحم) أى لا يجوز السلم فى اللحم وهذا عند أبى حنيفة وقالا يجوز ان بين جنسه ونوعه وسنه وموضعه وصفته وقدره كشاة خصى ثنى سمين من الجنب أو الفخذ مائة رطل لانه موزون مضبوط الوصف ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف ويصح استقراضه وزنا وهو لا يصح الا فى ذوات الامثال ويجرى فيه ربا الفضل بعلة الوزن فصار كالالية وشحم البطن بخلاف لحم الطيور فانه لا يقدر على وصف موضع منه وتضمنه غير مقصود

معدود تتفاوت آحاده فى المالية لا يجوز السلم فيه كالبطيخ والرمان والجواهر واللآلئ بهذه المثابة لانك ترى بين لؤلؤتين تفاوتا فاحشا فى المالية وان كان بينهما اتفاق فى العدد والوزن اه اتقانى (قوله الى حين المحل) والمحل بكسر الحاء مصدر ولك حل الدين اه غاية (قوله فى المتن والسمك الخ) وفى شرح الطحاوى السلم فى السمك لا يخلو اما أن يكون طريا أو مالحا ولا يخلو اما أن يسلم فيه عددا أو وزنا فان أسلم فيه عددا طريا كان أو مالحا لا يجوز لانه متفاوت وان أسلم فيه وزنا فانه ينظر ان كان مملوحا يجوز وان كان طريا ان كان العقد فى حينه والأجل فى حينه ولا ينقطع فيما بين ذلك فانه يجوز والا فلا اه عينى (قوله وقالا يجوز) قال الاتقانى فعندهما يجوز السلم فى اللحم اذا بين الجنس بأن قال لحم شاة والسن بأن قال ثنى والنوع بأن قال ذكر والصفة بأن قال سمين والموضع بأن قال من الجنب والقدر بأن قال عشرة أمناء اه (قوله ولهذا يضمن بالمثل عند الاتلاف) يعنى ان غاصب اللحم اذا أتلفه يضمن المثل وزنا اه (قوله بخلاف لحم الطيور) أى فانه لا يجوز السلم فيه اه اتقانى (قوله فانه لا يقدر على وصف موضع منه) أى لقلة لحمه اه غاية (قوله وتضمنه غير مقصود) أى تضمن اللحم شيأ غير مقصود وهو جواب عن شئ يرد وهو قوله ولانه يتضمن عظاما اه قال الاتقانى رحمه الله ولابى حنيفة رحمه الله وجهان أحدهما أنه يختلف بقلة

العظم وكثرته فتثبت الجهالة وهى تؤدى الى المنازعة فلا يصح السلم مع الجهالة لافضائه الى المنازعة فعلى هذا يجوز السلم فى منزوع العظم قال صاحب المختلف وهى رواية الحسن بن زياد عن أبى حنيفة والثانى أنه يختلف باختلاف السمن والهزال لقلة الكلا وكثرته على اختلاف الاوقات فيفضى الى الجهالة المفضية الى المنازعة فلا يصح السلم وعلى هذا لا يجوز السلم فى منزوع العظم قال صاحب المختلف وهو رواية ابن شجاع عنه وهذا الوجه هو الاصح اه

وهو العظم لا يمنع الجواز كتضمن التمر والمشمش والخوخ النوى وكتضمن الالية العظم ولابي حنيفة أن اللحم يختلف باختلاف صفته من سمن وهزال ويختلف باختلاف فصول السنة فما يعد سمينا في الشتاء يعد مهزولا في الصيف ولانه يتضمن عظاما غير معلومة وتجري فيه المماكسة فالمشتري يأمره بالنزع والبائع يدسه فيه وهذا النوع من الجهالة والمنازعة لا ترتفع ببيان الموضع وذكر الوزن فصار كالسلم في الحيوان بخلاف النوى في الثمار أو العظم في الالية فانه معلوم ولهذا لا تجري فيه المماكسة وفي مخلوع العظم لا يجوز على الوجه الاول وهو الاصح لان الحكم اذا علل بعلتين لا ينتفي الحكم بانتفاء احداهما على ما عرف في موضعه والتضمين بالمثل ممنوع فانه من ذوات القيم في رواية بيوع الجامع وكذا لا يجوز استقراضه ولئن سلم فيهما فهو معاين عند الاتلاف والاستقراض فيمكن ضبطه بالمشاهدة بخلاف الموصوف في الذمة وقيل لا خلاف بينهم فجواب أبي حنيفة فيما إذا أطلق السلم في اللحم وهما لا يجوزانه فيه وجوابهما فيما اذا بين موضعا منه معلوما وهو يجوزه فيه والاصح ان الخلاف فيه ثابت قال رحمه الله (ومكيال أو ذراع لم يدر قدره) أي لا يجوز السلم بذراع معين أو بمكيال معين لا يعرف قدره لانه يحتمل أن يضيع فيؤدي الى النزاع بخلاف البيع به حالا حيث يجوز لان التسليم فيه يجب في الحال فلا يتوهم فوته وفي السلم يتأخر التسليم فيخاف فوته وقد ذكرناه في أول البيوع وفي الهداية ولا بد أن يكون المكيال مما لا ينقبض ولا ينبسط كالقصاع مثلا وان كان مما ينكبس بالكبس كالزنبيل والجراب لا يجوز للمنازعة الا في قرب الماء للتعامل فيه كذا عن أبي يوسف وهذا لا يستقيم في السلم لانه ان كان لا يعرف قدره فلا يجوز السلم به كيفما كان لما ذكرنا وان كان يعرف قدره فالتقدير به لبيان القدر لا لتعينه فكيف يتأتى فيه الفرق بين المنكبس وغير المنكبس أو التجوز في قرب الماء وانما يستقيم هذا التفصيل في البيع اذا كان يجب تسليمه في الحال حيث يجوز باناء لا يعرف قدره ويشترط في ذلك الاناء أن لا ينكبس ولا ينبسط ويقيد فيه استثناء قرب الماء أيضا قال رحمه الله (وبرقرية وتمر نخلة بعينه) أي لا يجوز السلم فيهما لاحتمال أن يعتريهما آفة فلا يقدر على تسليمهما واليه أشار عليه السلام بقوله اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه ولو كانت النسبة لبيان النوع بأن كان له نظير فلا بأس به وكذا اذا نسبه الى اقليم لا يتوهم انقطاعه كالشام والعراق قال رحمه الله (وشرطه بيان الجنس والنوع والصفة والقدر والاجل) كقوله حنطة سقية جيدة عشرة أكرار الى شهر لان الجهالة تنتفي بذكر هذه الأشياء وقال الشافعي رحمه الله الاجل ليس بشرط لجوازه لما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم مطلقا واشتراطه

(قوله والتضمين بالمثل ممنوع الخ) قال الاتقاني وقولهما ان الغاصب يضمن المثل قلنا ذلك ممنوع على مذهب أبي حنيفة رحمه الله بل على مذهب أبي حنيفة يضمن القيمة ألا ترى ما قال في الجامع الكبير في باب الاستحقاق في البيع ولو أن رجلا غصب من رجل لحما فشواه ثم جاء انسان واستحق ذلك لا يسقط ضمان الغصب وكان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير قول محمد في هذه المسألة كان للمغصوب منه أن يضمنه قيمة اللحم نص على أن اللحم مضمون بالقيمة دون المثل ولا توجد الرواية أنه من ذوات القيم وليس عثلي الا في هذا الموضع يعني في الجامع الكبير ولهذا قال صاحب الفتاوى الصغرى تضمين اللحم بالمثل قولهما ثم قال ورأيت وسط غصب المنتقى روى أبو يوسف عن أبي حنيفة اذا استهلك لحما قال عليه قيمته اهـ (قوله وكذا لا يجوز استقراضه) قال الاتقاني ونمنع الاستقراض وزنا فنقول ذلك مذهبهما ولئن سلمنا أن اللحم مضمون بالمثل على ما ذكر في التتمة عن اختيار شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي أن اللحم مضمون بالمثل وانما يضمن بالقيمة اذا انقطع عن أيدي الناس فنقول ذلك باعتبار أن المثل أعدل من القيمة لان الاصل في ضمان العدوان المثل والمماثلة في مثل الشئ صورة ومعنى فيكون أعدل من القيمة لانها مثل معنى لا صورة وليس استقراض اللحم كالسلم فيه لان السلم لا يكون الا مؤجلا فعند حلول الاجل لا يعلم اللحم على أي حال يكون من السمن والهزال بخلاف الاستقراض فان القبض فيه حال معاين فلا تقع المنازعة فيه بخلاف السلم فظهر الفرق اهـ (قوله بخلاف البيع به حالا حيث يجوز) أي فانه اذا قال بعت منك من هذه الصبرة ملء هذا الاناء بدرهم ولا يدري كم يسع الاناء فالبيع جائز وروى الحسن بن زياد عن أبي حنيفة أنه قال لا يجوز البيع أيضا لانه بيع ليس بمجازفة ولا مكايلة وبيع الحنطة إنما يجوز على إحداهما اهـ اتقاني (قوله في المتن بعينه) الاجل
كذا بخط الشارح والذي في نسخ المتن معينة اهـ (قوله ولو كانت النسبة لبيان النوع) قال في الهداية ولو كانت النسبة الى قرية لبيان الصفة لا بأس به على ما قالوا كالخشرماني ببخارى والبساخي بفرغانة اهـ قوله لبيان الصفة يعني لبيان الجودة قوله لا بأس به على ما قالوا أي على ما قال المشايخ كالخشرماني ببخارى وهو نوع من الحنطة مسمى بذلك ثمة والبساخي بفرغانة وهو أيضا نوع من الحنطة عندهم وكذا اذا ذكر النسبة في الثوب لبيان الصفة كما اذا قال زندنيجي يجوز لان الثوب الزندنيجي ما ينسج على صفة معلومة سواء نسج في تلك القرية أو غيرها قال في خلاصة الفتاوى لو كان ذكر النسبة لبيان الصفة لا لتعيين المكان كالخشرماني ببخارى فانه يذكر لبيان الجودة فلا يفسد السلم وان توهم انقطاع حنطة ذلك الموضع اهـ اتقاني رحمه الله

الاجل فيه زيادة على النص ولانه بيع مافى الذمة فيصح حالا كالمعين والمعنى فيه انه معاوضة مال بمال فيكون فيه الاجل جائزا لا شرطا كغيره من أنواع البيوع والاجارات ولان الظاهر ان العاقل لا يلتزم مالا يقدر عليه فكان قادرا على تسليمه ظاهرا وذلك يكفى لجواز العقد ولو لم يكن قادرا على التسليم كان قادرا عما يدخل فى ملكه من رأس المال بواسطة التحصيل به ولهذا أوجبنا تسليم رأس المال على رب السلم أولا قبل قبضه المسلم فيه بخلاف الكتابة على أصله فانه يخرج من يد مولاه غير مالك لشئ فلا يقدر على الاداء فى الحال فيشترط فيها التأجيل ليتمكن من التحصيل ولنا قوله عليه السلام من أسلم فليسلم فى كيل معلوم ووزن معلوم الى أجل معلوم فشرط فيه اعلام الاجل كما شرط اعلام القدر فكان لازما كالقدر وهذا لان المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة كالصلاة شرعت بوضوء فلا توجد بدونه والرهن شرع مقبوضا فلا يوجد بدونه وهو نظير من قال من دخل دارى فليدخل غاض البصر لا يجوز له أن يدخلها الا وهو كذلك وكمن قال من أراد أن يصلى فليتوضأ وما رواه حكاية حال فلا عموم لها لاحتمال أن يكون المرخص هو المؤجل ولان القدرة على تسليم المعقود عليه شرط لصحة العقد فما به تثبت القدرة وهو الاجل الذى فيه يتمكن من تحصيله يكون شرطا ضرورة وهذا لان الواجب فى الاصل هو تعيين المعقود عليه ليكون قادرا على تسليمه بأبلغ الجهات حتى اذا كان لا يقدر على تسليمه مع تعيينه كالآبق ونحوه لا يجوز بيعه فعلم بذلك ان البيع من غير تعيين المبيع أو عند عدم القدرة على التسليم حرام وانما أجيز فى السلم من غير تعيين المبيع رخصة لاجل المفاليس لما روينا والرخصة اسم لما استبيح مع قيام الدليل المحرم والحرمة لعذر تيسيرا على العباد والعذر ههنا هو العجز عن التسليم لعسرته والعجز بسبب العدم لا يرتفع الا بالتمليك والامهال الى زمان التحصيل أو الحصاد فأسقط التعيين لحاجة المفاليس وعوض الاجل لتقوم القدرة على التحصيل مقام القدرة على التسليم حقيقة بخلاف الكتابة لان البدل فيها معقود به لا معقود عليه والشرط ان يقدر على تسليم المعقود عليه لانه كالثمن حتى جاز استبداله قبل القبض والتعيين فلا يجب تعيينه حتى يقام الاجل مقام التعيين ولا يدخله رخصة لان عدمه أصل وليس بعارض للعذر ولان الكتابة عقد ارفاق فيصبر عليه المولى ظاهرا ولا يضيق عليه بالمطالبة بالبدل اذ لو أراد التضييق عليه لما كاتبه أصلا اذ العبد وكسبه له وأما السلم فعقد تجارة وهو مبنى على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه يطالبه به عقب العقد وهو عاجز عن تسليمه فيؤخر بالتأجيل ليتمكن من التحصيل ولا يكون له عليه سبيل والا لزم أن يكون العوضان فيه يجب تسليمهما فى المجلس كغيره من البياعات ولا يمكنه من التحصيل بالمطالبة والحبس وهذا ينافى معنى الرخصة لاجل الفقر والمسكنة وما كان شرعيته الا نفعا لهم فانقلب ضررا عليهم ولا يقال لو كان مشروعا لدفع حاجة المفاليس لما جاز لغير المفلس لانا نقول الشئ فى السلم لا يباع عادة الا بأقل ولا يقدم على مثله الا المحتاج فدلنا اقدامه على هذا البيع على انه محتاج فأقيم ذلك مقام الحاجة لتعذر الوقوف عليها كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخروج لتعذر الوقوف عليهما وشرط أن يكون الاجل معلوما لما روينا ولانه اذا لم يكن معلوما يفضى الى المنازعة قال رحمه الله (وأقله شهر) أى أقل الاجل شهر روى ذلك عن محمد لان ما دونه عاجل والشهر وما فوقه آجل ألا ترى أن المدين اذا حلف ليقضين دينه عاجلا فقضاه قبل تمام الشهر بر فى يمينه فاذا كان ما دون الشهر فى حكم العاجل كان الشهر وما فوقه فى حكم الآجل وقيل ثلاثة أيام رواه الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار وقيل أكثر من نصف يوم لان المعجل ما كان مقبوضا فى المجلس والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس ولا يبقى المجلس بينهما عادة أكثر من نصف يوم وعن الكرخى انه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى التأجيل فى مثله فان أجل فيه قدر ما يؤجل الناس فى مثله جاز والا فلا والأول أصح وبه يفتى قال رحمه الله (وقدر

(قوله فيكون فيه الاجل جائزا الخ) قال فى الهداية ولا يجوز السلم إلا مؤجلا قال الكمال وهو قول مالك وأحمد وقال الشافعى رحمه الله يجوز السلم الحال بأن يقول مثلا أسلمت هذه العشرة فى كر حنطة صفتها كذا وكذا الى آخر الشروط وبه قال عطاء وأبو ثور وابن المنذر لاطلاق النص وهو قوله ورخص فى السلم والظاهر أنهم لا يستدلون لانهم أهل حديث وهذا لا يثبت إلا من كلام الفقهاء وانما الوجه عندهم أنه لا دليل فى اشتراط الاجل فوجب نفيه اه (قوله وما رواه حكاية حال) والجواب عما روى أنه عليه الصلاة والسلام رخص فى السلم فنقول ذا يدل على جواز السلم بطريق الرخصة والضرورة ونحن نقول به ولكن لا ضرورة فى سلم الحال لانه ان كان قادرا انتفت الضرورة وان لم يكن قادرا انتفى الغرض والمقصود اه اتقانى (قوله رواه الطحاوى عن أصحابنا اعتبارا بشرط الخيار) أى وليس بصحيح لان التقدير ثمة بالثلاث بيان أقصى المدة فأما أدناه فغير مقدر اه فتح وغاية (قوله وعن الكرخى أنه ينظر الى مقدار المسلم الخ) قال الكمال وقال الصدر الشهيد الصحيح ما روى عن الكرخى أنه مقدار ما يمكن تحصيل المسلم فيه وهو جدير أن لا يصح لانه لا ضابط محقق فيه وكذا ما عن الكرخى من رواية أخرى أنه ينظر الى مقدار المسلم فيه والى عرف الناس فى تأجيل مثله كل هذا تنفتح فيه المنازعات بخلاف المقدار المعين من الزمان اه (قوله والاول أصح) أى تقدير الاجل بشهر اه

رأس المال في المكيل والموزون والمعدود) أي شرطه بيان قدر رأس المال اذا كان العقد يتعلق على مقداره مثل المكيل والموزون والمعدود وهذا عند أبي حنيفة وقالا لا يحتاج الى بيان قدر رأس المال اذا كان معينا لانه صار معلوما بالاشارة فلا يشترط اعلام قدره كما في الثمن والاجرة والمذروعات والمعنى فيه ان معرفة العوض انما تشترط احترازا عن المنازعة وجهالة قدره بعد التعيين بالاشارة لا تفضي الى المنازعة كجهالة القيمة فلا يشترط معرفته كما لا يشترط معرفة القيمة ولابي حنيفة رحمه الله ان جهالة قدر رأس المال قد تفضي الى جهالة المسلم فيه بأن ينفق بعضه ثم يجد بالباقي عيبا فيرده ولا يتفق له الاستبدال في مجلس الرد فينفسخ العقد في المردود ويبقى في غيره ولا يدري قدره ليبقى العقد بحسابه فيفضي الى جهالة المسلم فيه فيجب التحرز عن مثله وان كان موهوما ألا ترى انه لا يجوز بكيل معين أو بوزن معين لم يعرف مقداره لتوهم هلاكه ولانه ربما يعجز عن تسليم المسلم فيه فيحتاج الى فسخ العقد بعدما أنفق رأس المال فيفسخانه ولا يدري كم يرد فيفضي الى المنازعة أو الى الربا فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه مع المنافي اذ هو بيع المعدوم ألا ترى انه عليه السلام قال اذا منع الله الثمرة فبم يستحل أحدكم مال أخيه بخلاف ما اذا كان رأس المال ثوبا لان الذرع وصف فيه فلا ينقسم الثمن عليه ولا يتعلق العقد به على ما بينا من قبل فجهالته لا تؤدي الى جهالة المسلم فيه ومن فروعه اذا أسلم في جنسين ولم يبين رأس مال أحدهما بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير ولم يبين حصة واحد منهما من رأس المال لانه ينقسم عليهما باعتبار القيمة وهي تعرف بالحزر فلا يكون معلوما أو أسلم جنسين ولم يبين قدر أحدهما بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من البر فبين قدر أحدهما ولم يبين الآخر لان رأس المال لا يكون معلوما بمعرفة بعضه اذ لا يعلم به ما يخصه من المسلم فيه والمراد بالمعدود هنا ما لا تتفاوت آحاده لانه حينئذ يتعلق العقد بقدره لانه من المقدرات قال رحمه الله (ومكان الايفاء فيما له حمل ومؤنة من الاشياء) أي شرط جوازه بيان مكان ايفاء المسلم فيه اذا كان له حمل ومؤنة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس بشرط ويوفيه في موضع العقد لان التسليم موجب العقد فيتعين له موضع وجوده كما في البيع ولهذا وجب تسليم رأس مال السلم في ذلك المكان فكذا البدل الآخر اذ العقد يوجب المساواة لانه السبب الموجب للاحكام المتعلقة به والتسليم من جملتها فيتعين له موضع وجوده دلالة ما لم يعينا له مكانا آخر بالنص فيتعين له ذلك المكان لانه يفوق الدلالة بخلاف البيع حيث يبطل باشتراط تسليم المبيع في غير موضع العقد لان المشتري ملك المبيع بالعقد فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد اذ العقد لا يقتضيه أو يكون اجارة في بيع فيكون مفسدا للنهي المعروف عن صفقة في صفقة ورب السلم لا يملك المسلم فيه قبل التسليم فاشتراطه لا يكون اشتراط العمل في ملكه بل في ملك البائع وذلك غير مفسد ولانه لا يزاحمه مكان آخر فيتعين ضرورة كأول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة وصار كالقرض والغصب والاتلاف ولابي حنيفة أن تعين مكان العقد اما بالتعيين صريحا أو ضرورة وجوب التسليم عليه في الحال ولم يوجد اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا فيكون التسليم متأخرا ضرورة بخلاف البيع والاتلاف والقرض والغصب لانه واجب التسليم في الحال فتعين موضع وجود السبب ضرورة ولانه لو تعين مكان العقد لما جاز تغييره بالشرط كمكان المبيع في بيع العين ولتعين مكان العقد فيما اذا عقدا في لجة البحر وفساده لا يخفى فاذا لم يتعين ولم يعينا مكانا آخر بقي مجهولا جهالة فاحشة فيؤدي الى المنازعة فيفسد كاختلاف الصفة لان قيمة ما له حمل ومؤنة تختلف باختلاف الاماكن كما تختلف باختلاف الصفة ألا ترى ان الحطب في المدن أغلى منه في القرى ولهذا قيل ان الاختلاف في بيان مكان الايفاء يوجب التحالف عنده كالاختلاف في الصفة وقيل على عكسه لان تعيين المكان قضية العقد عندهما حتى لا يحتاج فيه الى ذكره فكان اختلافا في موجب العقد فيتحالفان كما

(قوله اذا كان العقد يتعلق على مقداره) احترز عن المذروع اه (قوله وان كان موهوما) أي والموهوم في عقد السلم كالمحقق لان الاصل عدم الجواز بكونه بيع معدوم وانما جوز اذا وقع الامن عن الغرر من كل وجه واذا بقي نوع غرر بقي الامر على ما كان وهو عدم الجواز اه اتقاني (قوله فيجب التحرز عن كل موهوم لشرعه) أي لشرع السلم اه (قوله مع) أي الدليل اه (قوله فلا ينقسم الثمن عليه) أي ثمن الثوب المسلم فيه اه (قوله ولا يتعلق العقد به) أي على مقداره اه (قوله ومن فروعه) أي ومن فروع الاختلاف في معرفة مقدار رأس المال اه اتقاني (قوله فاشتراط النقل على البائع شرط فاسد) قال الكمال وفي بيع العين لو شرط على البائع في المصر أن يوفيه الى منزله والعقد في المصر جاز عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا وعند محمد لا يجوز هذا اذا لم يكن بين جوانب المصر مسافة بعيدة فان كان لا يجوز البيع اه (قوله كأول أوقات الامكان في الاوامر المطلقة) يعني أن الجزء الاول من الوقت يتعين لنفس الوجوب وان لم يتعين لوجوب الأداء لعدم مزاحمة جزء آخر اه وكتب على قوله المطلقة ما نصه هذا انما يمشي على قول الكرخي اه (قوله كالاختلاف في الصفة) أي في الجودة والرداءة في أحد بدلي السلم اه (قوله وقيل على عكسه) يعني لا يتحالفان عند أبي حنيفة لو بل القول قول المسلم اليه وعندهما يتحالفان هكذا ذكر الخلاف القدوري وصاحب الايضاح وصاحب الكفاية اه اتقاني رحمه الله

لو اختلفا فى البدل وعنده قضية الشرط حتى احتيج فيه الى ذكره فصار كالاختلاف فى شرط الخيار والاجل وعلى هذا الاختلاف الثمن والاجرة والقسمة اذا كان لها حمل ومؤنة وهى دين فى الذمة مؤجلة بأن اشترى شيأ أو استأجره بحنطة فى الذمة موصوفة أو اقتسما شيأ وجعلا لاحدهما مكيلا موصوفا فى الذمة الى أجل فعنده يشترط بيان مكان الايفاء فى الصحيح حتى يفسد اذا لم يبين وعندهما لا يشترط فيسلم فى مكان البيع ومكان تسليم العين المستأجرة وفى موضع القسمة ثم اذا عين مصرا جاز لانه مع تباين أطرافه كبقعة واحدة فى حق هذا الحكم لان قيمته لا تختلف باختلاف المحلة من مصر واحد ولهذا لو استأجر دابة ليعمل عليها بالمصر فله أن يعمل عليها فى أى مكان كان وكذا لو دفع ماله الى رجل مضاربة ليعمل فى المصر فله أن يعمل فى أى مكان شاء وقيل هذا اذا لم يكن المصر عظيما فان كان عظيما يبلغ بين نواحيه فرسخا لا يجوز ما لم يبينا ناحية منه لان جهالته مفضية الى المنازعة ولو شرط أن يوفيه فى منزله جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز لان المنزل مجهول وقد يتبدل فلا يعلم ووجه الاستحسان أنه يراد به المنزل حال حلول الاجل عادة والظاهر بقاؤه فى منزله اليه ولو شرط الحمل الى منزله قيل يجوز لانه اشتراط الايفاء فيه وقيل لا يجوز لان الحمل لا يقتضيه العقد وانما يقتضى الايفاء وهو يتصور بدون الحمل فيكون اشتراطه مفسدا وان شرط أن يوفيه فى موضع ثم يحمله الى منزله لا يجوز لانه يملكه بالايفاء ثم اشتراط الحمل يكون اجارة فى بيع فلا يجوز قال رحمه الله (وما لا حمل له يوفيه حيث شاء) وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة سواء بينا مكان الايفاء أو لم يبينا لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن فلا يفيد تعيينه فيلغو وقيل ان لم يبين فيه مكان الايفاء يتعين موضع العقد عنده وهو الاظهر من قولهما لانه موضع الالتزام وهو رواية الجامع الصغير والبيوع وان بين يتعين ذلك لانه قد يفيد أمن خطر الطريق فيتعين فحاصله أن فيما لا حمل له ولا مؤنة كالمسك والزعفران وما أشبههما لا يحتاج فيه الى تعيين مكان الايفاء بالاجماع وان اختلفت رواياتهم فيه فى التخريج فى أى مكان يجب تسليمه على ما بينا قال رحمه الله (وقبض رأس المال قبل الافتراق) أى شرط جواز السلم قبض رأس المال قبل أن يفترقا والمراد شرط بقائه على الصحة لانه ينعقد صحيحا ثم يبطل بالافتراق لا عن قبض وانما شرط قبضه قبل الافتراق لان السلم ينبئ عن أخذ عاجل بآجل وذلك بالقبض قبل الافتراق ليكون حكمه على وفق ما يقتضيه اسمه كما فى الحوالة والكفالة والصرف ولا فرق فى ذلك بين أن يكون رأس المال مما يتعين أو لا لما ذكرنا ولانه فيما لا يتعين يلزم الافتراق عن دين بدين وهو منهى عنه ولانه لا بد من تسليمه اليه ليتصرف فيه فيقدر على تسليم المسلم فيه ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه لانه يمنع تمام القبض اذ القبض لا يتم الا اذا كان مبنيا على الملك وخيار الشرط يمنع ثبوت الملك لانه يمنع انعقاد العقد فى حق الحكم فيمنع تمام القبض والافتراق فيه قبل تمامه مبطل للعقد وكذا لا يثبت فى المسلم فيه خيار الرؤية لانه غير مفيد لانه دين فى الذمة فكلما رده عليه بخيار الرؤية أعطاه غيره لكونه لا يتعين فلا يفيد بخلاف خيار العيب فى رأس المال وخيار الرؤية فيه حيث يثبتان فيه اذا كان مما يتعين بالتعيين لانهما يفيدان الفسخ بالرد ولان خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بالقبض وبخلاف الاستحقاق لان الاستحقاق لا يمنع تمام القبض حتى لو أجاز المالك العقد بعد الافتراق عن قبض جاز لان السبب فيه مطلق وامتناع الحكم فيه ليس بمقتضى السبب بل لحق المالك فاذا جاز التحقت الاجازة بحالة العقد بخلاف خيار الشرط لانه يمنع انعقاده فى حق الحكم وهو فوق الافتراق قبل القبض فيكون مبطلا ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما عند اسقاط الخيار والا فلا لان الاتمام

(قوله فصار كالاختلاف فى شرط الخيار والاجل) أى فلا يتحالفان ويكون القول قول المسلم اليه اه (قوله لان جهالته مفضية الى المنازعة) ذكره فى المحيط اه فتح (قوله لان ماليته لا تختلف باختلاف الاماكن) قال الكمال اذ المالية لا تختلف باختلاف الاماكن فيما لا حمل له ولا مؤنة بل بعزة الوجود وقلته وكثرة رغبات الناس وقلتها بخلاف ماله مؤنة اه فتح (قوله وهو الاظهر من قولهما) قال الكمال ولو عين مكانا قيل لا يتعين لانه لا يفيد والشرط الذى لا يفيد لا يجوز وقيل يتعين لانه يفيد سقوط خطر الطريق وهو الاصح ذكره فى التحفة اه قوله لانه لا يفيد أى لان ماليته لا تختلف باختلاف الأماكن اه (قوله وهو رواية الجامع الصغير والبيوع) أى من أصل المبسوط اه فتح (قوله كالمسك والزعفران) أى والكافور وصغار اللؤلؤ يعنى القليل منه والا فقد يسلم فى أمناء من الزعفران كثيرة تبلغ أحمالا اه كمال رحمه الله (قوله ولهذا قلنا لا يجوز اشتراط الخيار فيه) أى فى رأس المال اه (قوله لانه غير مفيد) أى اذ فائدة خيار الرؤية رد المبيع والمسلم فيه دين فى الذمة فاذا رد المقبوض عاد دينا كما كان لانه لم يرد عين ما تناوله العقد فلا ينفسخ العقد برده بل يعود حقه فى مثله اه فتح (قوله وبخلاف الاستحقاق) يعنى اذا ظهر رأس المال مستحقا للغير اه (قوله ولو أسقط خيار الشرط قبل الافتراق جاز اذا كان رأس المال قائما) قال الكمال وانما قيد بقوله ورأس المال قائم لانهما لو أسقطاه بعد انفاقه أو استهلاكه لا يعود صحيحا اتفاقا لانه بالاهلاك صار دينا فى ذمة المسلم اليه فلو صح كان رأس مال هو دين وذلك لا يجوز كما لا يجوز فى ابتداء العقد ولانه الآن فى معنى الابتداء العقد اذ قبل الاسقاط لم يكن للعقد وجود شرعا اه

(قوله وفيه خلاف زفر) وقول الشافعي ومالك كقول زفر اه فتح (قوله وجملة الشرط جمعوها الخ) تبع فيه صاحب الهداية رحمه الله قال الكمال فاعلام رأس المال يشتمل على بيان جنسه وصفته ونوعه وقدره وتعجيله يتم به خمسة واعلام المسلم فيه يشتمل على مثلها خلا التعجيل وتأجيله وبيان مكان الايفاء تتم احدعشر وأما القدرة على تحصيله فالظاهر أن المراد منه عدم الانقطاع فان القدرة بالفعل في الحال ليست شرطا عندنا ومعلوم أنه لو اتفق عجزه عند الحلول وافلاسه لا يبطل السلم وقد بقي ما قدمناه من كون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين فلا يجوز في النقود وأن لا يكون حيوانا وانتقاد رأس المال اذا كان نقدا عند أبي حنيفة خلافا لهما وأن لا يشمل البدلين احدى علتي الربا وعدم الخيار فظهر أن قوله وجملة الشروط لم يتم ثم فرع على اشتراط القبض في السلم أنه لو أسلم مائتين في كر حنطة اه (قوله وصفته) أي ومن صفته أن يذكر من النقد الفلاني اذا كان في البلد نقود مختلفة المالية متساوية في الرواج فان لم تختلف وتساوت رواجا يعطيه من أيها ولو تفاوت رواجا انصرف الى غالب نقد البلد كما في البيع اه كمال رحمه الله (قوله في المتن ولا يصح التصرف في رأس المال الخ) وتجوز الحوالة والكفالة بالمسلم فيه لانه دين مضمون كسائر الديون وقبضه من المسلم اليه بعينه ليس بشرط اه شرح تكملة قال في المحيط وتصح الحوالة والكفالة والارتهان برأس المال ثم ان وجد قبض رأس المال أو هلك الرهن في مجلس المتعاقدين جاز والا بطل اه وكتب على قوله ولا يصح التصرف الخ ما نصه وانما لم يجز التصرف في رأس المال قبل القبض لان قبضه قبل الافتراق بالابدان شرط لصحة عقد السلم حقا لله تعالى لئلا يلزم فلا الكالئ بالكالئ فاذا جاز التصرف بالبيع والهبة ونحو ذلك يفوت الشرط فيفسد العقد وهذا معنى قوله لما فيه من تفويت القبض المستحق بالعقد اه اتقاني (قوله والمسلم فيه قبل القبض) أي وانما قيد بقوله قبل القبض احترازا عما بعد القبض ولهذا قال في شرح الطحاوي ولا بأس أن يبيع رب السلم سلمه بعد قبضه اياه مرابحة على رأس المال وان يبيعه تولية وأن يبيع مواضعة وأن يشرك فيه غيره كما لو اشترى عينا لان المقبوض بعقد السلم يجعل في الحكم كعين ما ورد عليه العقد فصار كما لو اشترى عينا برأس المال (١)

معتبر بالابتداء وفيه خلاف زفر وهو مبني على قاعدته ان العقد متى وقع فاسدا لا يعود صحيحا عنده على ما بينا من قبل وجملة الشروط جمعوها في قولهم اعلام رأس المال وتعجيله واعلام المسلم فيه وتأجيله وبيان مكان الايفاء والقدرة على تحصيله ويدخل تحت قوله اعلام رأس المال اعلام جنسه ونوعه وصفته وقدره وكذا في المسلم فيه والمراد بالقدرة على تحصيله أن يكون موجودا من حين العقد الى حين المحل قال رحمه الله (فان أسلم مائتي درهم في كر بر مائة دينا عليه ومائة نقدا فالسلم في الدين باطل) أي في حصة الدين لانه دين بدين (وصح في حصة النقد) لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره ولا يشيع الفساد لانه طارئ اذ السلم وقع صحيحا في الكل ولهذا لو نقد مائتين قبل الافتراق صح لان الدين لا يتعين في العقد لكنه يبطل بالافتراق قبل نقد المائة الاخرى فلا يشيع البطلان الطارئ كما اذا باع عبدين فهلك أحدهما قبل القبض بطل العقد فيه دون الآخر لما قلنا بخلاف ما اذا جمع بين حر وعبد فباعهما حيث يبطل فيهما لان البطلان فيه مقارن فيكون في العبد بيعا بالحصة ابتداء فلا يجوز لجهالة ثمنه ولان العقد الواحد لا يمكن وصفه بالصحة والبطلان ولا فرق في ذلك بين أن يضيف اليهما كما ذكر في الكتاب أو يضيف الى مائتين مطلقا ثم يجعل المائة من رأس المال قصاصا بما في ذمته من الدين في الصحيح لان المعنى يجمعهما وهو كون الفساد طارئا اذ الدين لا يتعين باضافة العقد اليه ألا ترى أنه لو باع عينا بدين ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل البيع ولو تعين لبطل بخلاف ما لو تبايعا عينا بدين وهما يعلمان أن لا دين حيث يبطل البيع لانه بيع بلا ثمن ولا يقال لو قال أسلمت اليك هذه المائة والمائة التي لي على فلان يبطل العقد في الكل وان نقد الكل لانا نقول اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد مفسد للعقد وفساده مقارن للعقد فيتعدى بخلاف ما نحن فيه على ما بينا ولو كان العين والدين مختلفي الجنس بأن كان له على آخر مائة درهم فأسلمها اليه وعشرة دنانير عينا في اكرار معلومة لا يجوز في الكل اما حصة الدين فلما ذكرنا وأما حصة العين فلجهالة ما يخصه من المسلم فيه وهذا عند أبي حنيفة وعندهما يجوز في حصة العين وهي مبنية على اعلام قدر رأس المال وقد بيناه وعن زفر أن السلم في الكل باطل في الجنس الواحد أيضا لانه لما بطل في حصة الدين وجب أن يبطل في حصة غيره لانه جعل القبول فيه شرطا لصحته في الآخر فيفسد في الكل وجوابه ما بينا أن العقد وقع صحيحا لعدم تعين الدين ثم فساده في البعض لا يتعدى على ما تقدم وامامنا فيه ابن عباس رضي الله عنهما قال رحمه الله (ولا يصح التصرف في رأس المال والمسلم فيه قبل القبض بشركة أو تولية) لان المسلم فيه مبيع بدليل ما روي انه عليه السلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم والتصرف في المبيع المنقول قبل القبض لا يجوز على ما عرف في موضعه ورأس المال مستحق القبض في المجلس والتصرف فيه يفوت القبض المستحق فلا يجوز ألا ترى الى قوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك فهذا يمنع التصرف فيهما قطعا حيث لم يجوز أخذ غيرهما بدلا عنهما في التولية تمليكه بعوض وفي الشركة تمليك بعضه بعوض

(١) هنا بياض بالاصل

فلا يجوز ولان رأس المال له شبه بالمبيع حتى لا يجوز تفويت القبض فيه بالتمليك أو بالابراء كالمبيع فأخذ حكمه قال رحمه الله (فان تقايلا السلم لم يشتر) رب المال (من المسلم اليه برأس المال شيأ) يعنى قبل قبضه بحكم الاقالة لقوله عليه السلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى الا سلمك حال قيام العقد أو رأس مالك حال انفساخه فامتنع الاستبدال ولان رأس المال أخذ شبها بالمبيع لان الاقالة بيع فى حق غيرهما ولا يمكن جعل المسلم فيه مبيعا لسقوطه فتعين أن يجعل رأس المال مبيعا وان كان دينا فى الذمة لان كونه دينا لا ينافى أن يكون مبيعا كالمسلم فيه قبل القبض فصار رأس المال بعد الاقالة بمنزلة المسلم فيه قبلها فيأخذ حكمه من حرمة الاستبدال بغيره ولان الاقالة لما صارت بيعا جديدا من وجه كان حكم رأس المال فيها كحكمه فى البيع الاول وهو السلم تنزيلا للخلف منزلة الاصل فيحرم استبداله بعد الاقالة كما كان يحرم قبلها الا أنه لا يجب قبضه فى المجلس بعدها كما كان يجب قبلها لان الاقالة ليست بيعا من كل وجه ولهذا جاز ابراؤه عنه وان كان لا يجوز قبلها وقال زفر والشافعى رحمهما الله يجوز بيعه بعد الاقالة وهو القياس لانه لما بطل السلم بقى رأس المال دينا فى ذمته فيصح الاستبدال به كسائر الديون ووجه الاستحسان ما بيناه قال رحمه الله (ولو اشترى المسلم اليه كرا وأمر رب السلم بقبضه قضاء لم يصح وصح لو قرضا أو أمره بقبضه له ثم لنفسه ففعل) معناه أن يكيله لنفسه بعد القبض ثانيا لانه اجتمع هنا صفقتان صفقة بين المسلم اليه وبين المشترى منه وصفقة بين المسلم اليه وبين رب السلم كلاهما بشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين قضاء للصفقتين ولم يوجد فى الاولى وهو ما اذا أمر المسلم اليه رب السلم بقبضه من البائع قضاء بحقه فلم يصح ووجد فى الثانية وهو ما اذا أمره المسلم اليه بقبضه له بان يكيله ثم يقبضه لنفسه بالكيل ثانيا فلهذا جاز والاصل فيه ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى ومحمله على ما اذا اجتمعت الصفقتان فيه وأما فى صفقة واحدة فيكتفى بالكيل فيه مرة فى الصحيح

(قوله فى المتن فان تقايلا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أسلم الى رجل عشرة دراهم فى كر حنطة فتقايلا السلم فأراد رب السلم أن يشترى برأس المال شيأ قبل أن يقبضه قال ليس له ذلك ولا يجوز شراؤه اعلم أولا أن الاقالة فى السلم كله أو بعضه تجوز اذا كان الباقى منه جزأ معلوما كالنصف ونحوه وبه صرح الطحاوى فى مختصره اهـ اتقانى (قوله أو رأس مالك حال انفساخه) فاستنبط منه أنه اعتبر كالمبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه وهذا أى كونه أخذ شبها بالمبيع بسبب أن الاقالة بيع جديد فى حق ثالث غير المتعاقدين والشرع ثالث وعرف أن صحتها تتوقف على قيام المبيع الى القبض ألا ترى أنه لو هلك (١) الخ اهـ (قوله ولان رأس المال أخذ شبها بالمبيع) أى لما كان هو المقصود اهـ اتقانى (قوله لسقوطه) أى بالاقالة اهـ اتقانى (قوله فى المتن ولو اشترى المسلم إليه كرا وأمر رب السلم الخ) قال الكمال رحمه الله ومن أسلم فى كر وهو ستون قفيزا أو أربعون على خلاف فيه والقفيز ثمانى مكاكيك والمكوك صاع ونصف فلما حل الاجل اشترى المسلم اليه من رجل كرا وأمر رب السلم أن يقبضه قضاء عن المسلم فيه فاقتضاه رب السلم بان اكتاله مرة وحازه اليه لم يكن مقتضيا حقه حتى لو هلك بعد ذلك يهلك من مال المسلم اليه ويطالبه رب السلم بحقه وان أمره أن يقبضه له أى للمسلم اليه ثم يقبضه لنفسه فاكتاله أى لرب السلم ثم اكتاله مرة أخرى لنفسه صار مقتضيا مستوفيا حقه وهذا لانه اجتمعت صفقتان لشرط الكيل فلا بد من الكيل مرتين لنهى النبى صلى الله عليه وسلم عن بيع الطعام حتى يجرى فيه صاعان صاع البائع وصاع المشترى وهذا هو محمل الحديث على ما مر فى الفصل الذى يلى باب المرابحة حيث قال المصنف ومحمل الحديث اجتماع الصفقتين والفقه فيه أن المستحق بالعقد ما سمى فيه وهو الكر وهو انما يتحقق بالكيل فكان الكيل معينا للمستحق بالعقد وهذان عقدان فلا بد من توفير مقتضى كل عقد عليه لا ترى أن الثانى لو كاله فزاد لم تطب له الزيادة ووجب ردها حتى لو كان المشترى كاله لنفسه بحضرة المشترى الثانى فقبضه الثانى لا بد من أن يكيله اقامة لحق العقد الثانى والصفقتان شراء المسلم اليه من بائعه الكر والصفقة التقديرية التى اعتبرت بين المسلم اليه ورب السلم عند قبضه لان المسلم اليه يصير بائعا من رب السلم ما اشتراه لان المأخوذ ليس عين حقه فانه دين وهذا عين قاصصه به وقد أخذوا فى صحة الامر أن يقبضه له ثم يقبضه لنفسه وعندى ليس هذا بشرط بل الشرط أن يكيله مرتين حتى لو قال له اقبض الكر الذى اشتريته من فلان عن حقك فذهب فاكتاله ثم أعاد كيله صار قابضا لان الفرض أنه لا يصير قابضا لنفسه بالكيل الاول بل بالكيل الثانى فلما قال له اقبضه عن حقك والمخاطب يعلم أن طريق صيرورته قابضا لنفسه أن يكيله مرة للقبض عن الآمر وثانيا ليصير هو قابضا لنفسه فقبل ذلك صار قابضا حقه كأنه قال له اذهب فافعل ما تصير به قابضا ولفظ الجامع يفيد ما قلنا فانه لم يزد على قوله فاكتاله ثم اكتاله لنفسه جاز اهـ وكتب على قوله ولو اشترى المسلم اليه الخ ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير وأصل هذا ان العقد اذا وقع مكايلة أو موازنة لم يجز للمشترى أن يتصرف حتى يعيد الكيل أو الوزن ثانيا اهـ اتقانى (قوله ومحمله) أى محمل الحديث اهـ

(١) هنا بياض بالاصل

(قوله فلم يكن المسلم اليه بائعا رب السلم بعد الشراء) أى فلم تجتمع الصفقتان اه فتح (قوله فقبض المسلم فيه لاحق) أى لشرائه من بائعه
وانه أى قبض المسلم اليه بمنزلة ابتداء البيع لان العين غير الدين حقيقة واعتباره عينه فى حق حكم خاص وهو صحة قبضه عن المسلم فيه
كيلا يلزم الاستبدال به قبل قبضه لايستلزم اعتباره اياه مطلقا فأخذ العين عنه فى حكم عقد جديد فيتحقق بيع المسلم اليه بعد شرائه من
بائعه والدليل على هذا الاعتبار ما قال فى الزيادات لو أسلم مائة فى كر ثم اشترى المسلم اليه من رب السلم كر حنطة بمائتى درهم الى سنة فقبضه
فلما حل السلم أعطاه ذلك الكر لم يجز لانه اشترى ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن يريد أن رب السلم اشترى ما باعه وهو الكر قبل نقد الثمن
بأقل مما باعه وانما يلزم ذلك اذا جعلا عند العقد كأنهما جددا عقدا ومثل هذا فيما لو أسلم فى موزون معين واشترى المسلم اليه موزونا كذلك
الخ لايجوز قبض رب السلم بخلاف ما لو اشترى المسلم اليه حنطة مجازفة أو ملكها بارث أو هبة أو وصية وأوفاه رب السلم فكاله مرة وتجوز
به يكتفى بكيل واحد لانه لم يوجد الا عقد بشرط الكيل وهو السلم ولو اشترى المعدود عدا أو أسلم فى معدود فعلى الروايتين فى وجوب اعادة
العد فى بيع المعدود بعد شرائه عدا اه كمال رحمه الله (قوله فأمر المقرض بقبضه قضاء بحقه) أى ولم يقل اقبضه لى ثم اقبضه لنفسك
وقبضه بان اكاله مرة جاز اه (١٢٠) كمال رحمه الله (قوله فكان المقبوض عين حقه) أى فلم تجتمع صفقتان فلم يجب الكيل لان
لان هذا الاعتبار فى القرض
لو لم يكن ثابتا لزم تملك الشئ
بجنسه نسيئة أو تفرق بلا
قبض فيه وهو ربا ولهذا
لا يلزم التأجيل فى القرض
لانه بيع بجنسه نسيئة وكذا
لو كان الدين الاول سلما فلما
حل اقترض المسلم اليه من
رجل كرا وأمر رب السلم
بقبضه من المقرض ففعل
جاز لما ذكرنا وهذا لان
عقد القرض عقد مساهلة
لا يوجب الكيل بخلاف
البيع مكايلة أو موازنة ولهذا
لو استقرض من آخر حنطة
على أنها عشرة أقفزة جاز له
أن يتصرف فيها قبل الكيل
اه كمال رحمه الله (قوله لم
يكن قضاء) هذا اذا لم يكن فى غرائر رب السلم طعام بلا تردد فان كان قيل لا يصير قابضا لما قررنا ان أمره بخلط طعام السلم فى
بطعام (١) (قوله ولو كان) أى ولو كانت الحنطة مشتراة والمسئلة بحالها اه (قوله بان اشترى برا معينا) أى على انه كر مثلا اه
(قوله والفرق ان رب السلم حقه فى الذمة) يعنى أن رب السلم حقه فى الدين لا فى العين وجعل الدين وهو وصف ثابت فى الذمة فى غرائر رب
السلم محال وحقه فى العين انما يتحقق بالقبض ولم يوجد اه من الاتقانى (قوله فلم يصادف أمره ملكه) أى لانه تناول عينا مملوكة للبائع
اه اتقانى (قوله فجعل فيه ملك نفسه) حتى اذا هلك الكر هلك من مال المسلم اليه وبقى الدين فى ذمته كما كان اه اتقانى (قوله فانه لا يصح)
أى لا يكون قابضا لدينه بوضعه الدراهم فى كيسه اه (قوله فيكون) أى كيله فى غرائره ككيل المشترى بنفسه اه (قوله ولهذا اكتفى الخ)
أى ولصحة الامر اكتفى بذلك اذا كاله بحضرة المشترى فهو استيضاح على صحة الامر لمصادفته الملك اه (قوله ألا ترى أنه الخ) قال الاتقانى
رحمه الله ولو أمر المشترى البائع بالطحن كان الدقيق للمشترى لصحة الامر لانه تناول ملك نفسه وفى السلم كان الدقيق للمسلم اليه لعدم صحة
الامر فان أخذ رب السلم الدقيق كان حراما لكونه بدلا عن المسلم فيه والاستبدال فى السلم حرام ولو أمر المشترى أن يلقيه فى البحر هلك من
مال المشترى وفى السلم من مال المسلم اليه اه قوله لكونه بدلا عن المسلم فيه أى قبل قبضه اه فتح

فان قيل بيع المسلم اليه مع رب السلم سابق على شراء المسلم اليه من بائعه فلم يكن المسلم اليه بائعا رب السلم
بعد الشراء فلا يدخل تحت النهى قلنا السلم وان كان سابقا فقبض المسلم فيه لاحق والمقبوض بدل عن
المسلم فيه حقيقة وان كان عينه حكما احترازا عن الاستبدال فكان بيعا حقيقة ولان استبدال المسلم فيه
بجنسه جائز ألا ترى أنه لو قضاه أجود مما شرطاه جاز ولو حرم الاستبدال بجنسه لما جاز فكان استبدالا
حقيقة وحكما فثبت أنه بيع جديد بعد الشراء فوجب الكيل ثانيا لاجله بخلاف ما اذا كان الكر قرضا
فاشترى المستقرض كرا فأمر المقرض بقبضه قضاء لحقه يجوز وان لم يعد الكيل لان القرض اعارة حتى
ينعقد بلفظ الاعارة فكان المقبوض عين حقه تقديرا فلم يكن استبدالا ولو كان استبدالا للزم مبادلة الجنس
بجنسه نسيئة فلم تتحقق الصفقتان فيكتفى بكيل واحد للمشترى فيقبضه له ثم لنفسه من غير اعادة كيل قال
رحمه الله (ولو أمره رب السلم أن يكيله فى ظرفه ففعل وهو غائب لم يكن قضاء بخلاف المبيع) يعنى لو دفع
رب السلم الى المسلم اليه ظرفا مثل الغرائر وأمر المسلم اليه أن يكيل الطعام المسلم فيه ويجعله فى الظرف
ففعل المسلم اليه ورب السلم غائب لم يكن قبضا ولو كان مكان السلم مشترى بان اشترى برا معينا ودفع المشترى
الى البائع ظرفا وأمره أن يكيله ويجعله فى الظرف ففعل البائع والمشترى غائب صح وهو المراد بقوله بخلاف
المبيع والفرق ان رب السلم حقه فى الذمة ولا يملكه الا بالقبض فلم يصادف أمره ملكه فلا يصح فيكون المسلم
اليه مستعيرا للظرف فجعل فيه ملك نفسه كالدائن اذا دفع كيسا الى المدين وأمره أن يزن دينه ويجعله فيه
فانه لا يصح فالمشترى يملك الطعام بنفس الشراء فيصح أمره لمصادفته ملكه فيكون قابضا بجعله فى الظرف
ويكون البائع وكيلا فى امساكه الظرف فيكون الظرف فى يد المشترى حكما فكان الواقع فيه واقعا فى يده حكما
ولهذا اكتفى بذلك الكيل فى الصحيح ألا ترى أنه لو أمره بالطحن أو بالقائه فى البحر ففعل يكون على الآمر

(١) هنا بياض بالاصل

في الشراء ويتقرر الثمن عليه وفي السلم على المأمور لما قلنا فان قيل البائع لا يصلح أن يكون وكيلا للمشترى في القبض حتى لو وكله بالقبض نصا لا يصح توكيله ولا يكون قابضا له فكيف يتصور أن يكون وكيلا له هنا قلنا الما صح أمره لكونه ما لكاله صار وكيلا له ضرورة وكم من شيء يثبت ضمنا وان لم يثبت قصدا ولو كان رب السلم حاضرا وكاله المسلم اليه بحضرته وخلى بينه وبين الطعام يصير قابضا لان التخلية تسليم ولو أمره في الشراء أن يكيله ويجعله في ظرف البائع ففعل لم يصر قابضا لان المشترى صار مستعيرا للظرف من البائع ولم يقبضه فلا تصح العارية لانها لا تتم بدون القبض فلا يكون الواقع فيه واقعا في يد المشترى فصار كما لو أمره أن يجعله في ناحية من بيت البائع ولو اجتمع الدين والعين وكان الظرف للمشترى وأمره أن يجعلهما فيه فان بدأ بالعين صار قابضا للكل أما العين فلصحة الامر به وأما الدين فلانه خلطه بماله فملكه بالاتصال به كمن دفع لصائغ فضة ليصنعها خاتما وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة قرضا وكمن استقرض من رجل حنطة وأمره أن يزرعه في أرضه قبل أن يقبضه فانه يصير قابضا له بالاتصال بملكه لانه عين ماله والخلط باذنه بخلاف الصباغ اذا صبغ الثوب حيث لا يصير صاحبه قابضا باتصال الصبغ بثوبه لان المعقود عليه فيه الفعل وهو الصبغ لا العين والفعل لا يجاوز الفاعل لانه عرض لا يقبل الانتقال ولم يتصل بالثوب فلهذا لم يصر قابضا وان بدأ بالدين لم يصر قابضا لهما أما الدين فلما ذكرنا وأما العين فلأنه لما خلطه بملكه فقد استهلكه قبل التسليم عند أبي حنيفة فينتقض البيع وهذا الخلط لم يرض به لجواز أن يكون مراده البداية بالعين فلم يتيقن رضاه به حتى يكون شريكا له وعند أبي يوسف يصير قابضا لهما جميعا كما اذا بدأ بالعين لانه لما كان الدين أولا لم يخرج عن ملكه ولم يصر البائع قابضا له لما قلنا ولما كان العين بعده وخلطه فيه صار قابضا للعين لما ذكرنا وللدين أيضا ضرورة اتصاله بملكه فصار كما لو بدأ بالعين وقال محمد يصير قابضا للعين دون الدين لانه لما بدأ بالدين لم يملكه المشترى بل هو باق على ملك البائع وصار مستعيرا للظرف ولما كان العين بعده وخلطه به صار خالطا ملك المشترى بملك نفسه ومستهلكا له باذنه فيشتركان فيه ولم يبرأ عن الدين لعدم القضاء بخلاف ما اذا بدأ بالعين لانه صار مسلما للمشترى بوضعه في ظرفه ثم يملك الدين باتصاله بملكه بعده وهكذا ذكره قاضيخان وذكر صاحب الهداية أن المشترى بالخيار عندهما ان شاء نقض البيع وان شاء شاركه في المخلوط لان الخلط ليس باستهلاك عندهما قال رحمه الله (ولو أسلم أمة في كر وقبضت الامة فتقايلا فماتت أو ماتت قبل الاقالة بقي وصح وعليه قيمتها) يعني ماتت الامة بعد الاقالة قبل أن يقبضها رب السلم بحكم الاقالة أو ماتت قبل الاقالة ثم تقايلا بعد موتها بقيت الاقالة على حالها ولم تبطل بموتها في الاولى وصحت الاقالة بعد موتها في الثانية ويجب على المسلم اليه قيمة الجارية فيهما يوم قبضها لان شرط صحة الاقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه والمعقود عليه في السلم هو المسلم فيه وهو باق في ذمة المسلم اليه بعد هلاك الجارية فصحت الاقالة ابتداء وكذا يبقى بعد الهلاك لان البقاء أسهل من الابتداء فاذا انفسخ العقد يجب عليه رد الجارية وقد عجز بموتها فيجب عليه قيمتها لقيامها مقامها كما لو تقايضا

(قوله يصير قابضا) أي سواء كانت الغرائر له أو للبائع أو كانت مستأجرة اه اتقاني وكتب على قوله يصير قابضا ما نصه بالاتفاق اه فتح (قوله ولو اجتمع الدين والعين الخ) بان أسلم في كر فلما حل الاجل اشترى رب السلم من المسلم اليه كرا آخر معينا ودفع اليه ظرفا ليكيلهما فيه اه (قوله فان بدأ) أي المسلم اليه اه (قوله صار) أي المشترى اه كمال (قوله أما العين فلصحة الامر به) أي لانه لاقى ملكه اه فتح (قوله وأما الدين الخ) قال الاتقاني وأما الدين فلانه اتصل بملك المشترى والعين في يده حكما فصار الدين أيضا في يده لاتصاله بها فصار قابضا للكل اه (قوله ليصنعها خاتما) ليس هذا في خط الشارح (قوله وأمره أن يزيد عليه من عنده فضة) أي ففعل الصانع ذلك في غيبته جاز وصار الآمر بالخلط قابضا له اه (قوله وان بدأ) أي المسلم اليه بكيل الدين اه (قوله لم يصر قابضا لهما) أي رب السلم اه (قوله فلما ذكرنا) أي من عدم صحة الامر اه (قوله فلانه) أي رب السلم اه (قوله لما خلطه بملكه فقد استهلكه الخ) قال الاتقاني وان بدأ بالدين ثم بالعين لم يصر قابضا أما الدين فلعدم صحة الامر وأما العين فلأنه خلط حنطة المشترى بحنطة نفسه بحيث لا يمتاز فصار مستهلكا والبائع اذا استهلك المبيع قبل القبض ينتقض البيع وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله أما عند صاحبيه فالمشترى بالخيار ان شاء شاركه في المخلوط بقدر حنطته لان الخلط ليس باستهلاك عندهما وان شاء تركه فينتقض البيع اه (قوله فينتقض البيع) أي لهلاك المبيع قبل القبض لا يقال هذا الخلط ليس بتعد ليكون به مستهلكا لانه بامره أجاب المصنف بمنع اذنه فيه على هذا الوجه لجواز كون مراده أن يفعل ذلك على وجه يصح وهو أن يبدأ بالعين اه كمال رحمه الله (قوله وهذا الخ) جواب سؤال اه (قوله ولم يصر البائع) كذا بخط الشارح وصوابه المشترى اه (قوله وهكذا ذكره قاضيخان) أي في شرح الجامع الصغير اه (قوله في المتن أو ماتت قبل الاقالة بقي) أي عقد الاقالة اه (قوله وهو يبقى ببقاء المعقود عليه) والدليل على أن المسلم فيه مبيع ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص في السلم ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل المسلم فيه مبيعا اه اتقاني

عبدابجارية ثم تقايلا بعدهلاك أحدهما فانه يصح لبقاء أحدهما ويجب رد الباقى منهما ويجب على الآخر قيمة الهالك لما قلنا قال رحمه الله (وعكسها شراؤها بألف) أى عكس مسئلة السلم شراء الجارية بألف فان الحكم فيها لو ماتت الجارية بعد الاقالة قبل القبض بطلت الاقالة ولو تقايلا بعد هلاكها ابتداء لا يصح لان المعقود عليه فيها هى الجارية فلا تصح الاقالة بعد هلاكها ابتداء ولا تبقى لانعدام المحل فكانت عكس الاولى بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الاقالة ابتداء بعد هلاك أحدهما ولا تبطل به لان كل واحد من العوضين فيه معقود عليه لكونه مبيعا من وجه فيبقى العقد ببقاء أحدهما فحاصله أن هذا الجنس منقسم الى أربعة أقسام أحدها الاقالة فى السلم والثانى الاقالة فى بيع المقايضة والثالث الاقالة فى بيع العين بالثمن وقد ذكرنا حكم الثلاثة والرابع الاقالة فى الصرف وحكمه أنهما اذا تقايلا فيه بعد هلاك أحد البدلين أو كلاهما أو هلك البدلان أو أحدهما بعد الاقالة قبل التراد صحت الاقالة لان المعقود عليه فى الصرف ما وجب لكل واحد منهما فى ذمة الآخر وذلك غير معين فلا يتصور هلاكه والمقبوض غيره فلا يمنع هلاكه صحة الاقالة وهذا لان الفسخ يرد على ما يرد عليه العقد فلا يرد على المقبوض ولهذا لو كان المقبوض قائما كان لهما أن يردا غيره بعد التقايل قال رحمه الله (والقول لمدعى الرداءة والتأجيل لا للنافى الوصف والاجل) يعنى اذا اختلفا فى اشتراط الوصف فى المسلم فيه بان قال أحدهما شرطنا رديا وقال الآخر لم نشترط شيأ أو قال أحدهما شرطنا الاجل وقال الآخر لم نشترط شيأ كان القول قول من يدعى اشتراط الوصف والاجل لانه يدعى الصحة اذ السلم لا يجوز الا مؤجلا موصوفا فكان الظاهر شاهدا له لان الفاسد حرام والظاهر من حال المسلم أن يجتنب الحرام ويباشر المباح ثم الاصل فى جنس هذه المسائل انهما اذا اختلفا فى الصحة فان خرج كلام أحدهما مخرج التعنت كان باطلا وكان القول قول من يدعى الصحة وان خرج مخرج الخصومة فكذلك عند أبى حنيفة ان اتفقا على عقد واحد وعندهما القول للمنكر ثم تفاصيل المسئلة أن نقول لو أسلم دراهم الى رجل فى كر حنطة فقال المسلم اليه شرطنا رديا أو قال رب السلم لم نشرط شيأ كان القول قول المسلم اليه لان رب السلم متعنت فى انكاره الصحة اذ الظاهر أن المسلم فيه مع رداءته يزيد على رأس المال وكلام المتعنت مردود وفى عكسه بان ادعى رب السلم شرط الردىء وأنكر المسلم اليه الشرط أصلا كان القول لرب السلم عند أبى حنيفة لانه يدعى الصحة وعندهما القول للمسلم اليه لانه منكر ولو قال المسلم اليه لم يكن له أجل وقال رب السلم كان له أجل كان القول لرب السلم عندهم لان المسلم اليه متعنت فى انكاره ما ينفعه وهو الاجل وهو حق له فكان باطلا فان قيل المسلم اليه ليس بمتعنت لانه يدعى فساد العقد وفيه نفعه لانه لا يلزمه المسلم فيه بسبب فساد العقد بل يجب عليه رد رأس المال وهو أقل من المسلم فيه عادة فوجب أن يكون القول له لانكاره قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء فلم يتيقن بالفساد فلا يعتبر النفع فى سقوط المسلم فيه عنه بخلاف عدم

الوصف

(قوله ولا تبقى) أى بعد هلاكها اهـ (قوله بخلاف بيع المقايضة حيث تصح الخ) قال الاتقانى رحمه الله ثم فيما صحت الاقالة اذا اختلفا فى القيمة القول قول المطلوب والبينة بينة الطالب وهو رب السلم ألا ترى الى ما نص محمد فى الاصل بقوله اذا تتاركا السلم ورأس المال ثوب فهلك الثوب عند المطلوب قبل أن يقبض الطالب فعلى المطلوب قيمته والقول فى ذلك قول المطلوب وعلى الطالب البينة على ما يدعى من فضل القيمة الى هنا لفظ الاصل وذكر فى موضع آخر فيه أن القول قول المطلوب مع يمينه الا أن يقوم للطالب بينة على ما يدعى اهـ (قوله أو كلاهما) كذا بخط الشارح والظاهر كليهما (قوله مخرج التعنت) قال الكمال وهو أن ينكر ما ينفعه اهـ وكتب على قوله مخرج التعنت ما نصه لا مخرج الخصومة اهـ اتقانى (قوله وكان القول قول من يدعى الصحة) أى لان كلام المتعنت مردود فاذا رد بقى كلام الآخر بلا معارض فكان القول قوله اهـ اتقانى (قوله وان خرج مخرج الخصومة) قال الكمال وهو أن ينكر ما يضره اهـ (قوله فكذلك) يعنى القول لمدعى الصحة اهـ (قوله كان القول قول المسلم اليه) أى بالاتفاق وهو قول الشافعى لان رب السلم متعنت لانه بانكار الصحة منكر ما ينفعه وهو المسلم فيه لانه على كل حال يربو على رأس المال فى العادة وان كان رأس المال نقدا والمسلم فيه نسيئة لان العقلاء قاطبة على اعطاء هذا العاجل بذاك الآجل ولولا أنه يربو عليه وان كان آجلا لم تطبق آراؤهم عليه اهـ كمال (قوله أن المسلم فيه) ليس هذا فى خط الشارح (قوله وكلام المتعنت مردود) أى فبقى قول الآخر بلا معارض اهـ فتح (قوله لانه يدعى الصحة) أى وان كان صاحبه منكرا وكلامه خصومة اهـ كمال (قوله لانه منكر) أى وان أنكر الصحة اهـ فتح (قوله قلنا الفساد بسبب عدم الاجل مختلف فيه بين العلماء) أى فان عند بعضهم السلم بدون الاجل جائز وهو قول الشافعى اهـ اتقانى ثم الاختلاف فى الاجل على ثلاثة أوجه أحدها فى أصل الاجل ففيه القول قول المدعى للاجل مع يمينه طالبا كان أو مطلوبا وعندهما القول قول الطالب سواء كان مدعيا للاجل أو منكرا والثانى فى مقدار الاجل مثل أن يدعى أحدهما أنه شهر وقال الآخر انه شهران ففيه القول قول الطالب مع يمينه لانه ينكر الزيادة فان قامت لاحدهما البينة يقضى ببينته وان قامت لهما يقضى ببينة المطلوب لانها تثبت الزيادة والثالث فى مضى الاجل قال الطالب كان الاجل شهرا وقد مضى وقال

الوصف عندهما لان الفساد فيه قطعي فيعتبر انكار المسلم اليه لانه ليس بمتعنت لان فيه نفعه بسقوط المسلم فيه عنه ورد رأس المال بخلاف انكار رب السلم فيه لانه متعنت حيث ينكر وجوب حقه وهو المسلم فيه لانه يزيد على رأس المال عادة واذا جعل القول لرب السلم يرجع في مقدار الاجل اليه أيضا وفي عكسه بان ادعى المسلم اليه الاجل وأنكره رب السلم فالقول للمسلم اليه عند أبي حنيفة وعندهما القول لرب السلم لانه ينكر حقا عليه وهو الاجل فكان القول له وان أنكر الصحة كرب المال يقول للمضارب شرطت لك نصف الربح الاعشرة دراهم وقال المضارب شرطت لي نصف الربح ولم تزد كان القول لرب المال وان كان فيه فساد العقد لانه منكر لاستحقاق الربح عليه ولابي حنيفة رحمه الله أنهما اتفقا على عقد السلم واتفاقهما على العقد اتفاق على شرائطه لان شرط الشئ تبع له وثبوته بثبوت الاصل فانكاره الاجل بعد ذلك رجوع منه عما أقر به فلا يقبل كالمتناكحين اذا ادعى أحدهما النكاح بغير شهود والآخر بشهود كان القول لمن يدعي النكاح بالشهود بخلاف المضاربة لانهما لم يتفقا على عقد واحد لان المضاربة اذا صحت تكون شركة في الربح واذا فسدت تكون اجارة وائن سلمنا أنهما اتفقا على عقد واحد فالمضاربة غير لازمة لان كل واحد منهما يتمكن من فسخه بعد العقد فيرتفع باختلافهما فاذا ارتفع بالانكار بقي مجرد دعوى المضارب في مال رب المال فكان القول للمنكر وهو رب المال وبخلاف ما اذا قال الزوج لامرأته تزوجتك وأنت صغيرة وقالت هي تزوجتني وأنا بالغة فان القول قوله وان كان فيه فساد العقد لانه لم يقر بالعقد بل أنكره حيث أسنده الى حالة منافية للصحة لعدم الاهلية قال رحمه الله (وصح السلم والاستصناع في نحو خف وطست وقمقم) أما السلم فلأنه يمكن ضبط صفته ومعرفة قدره فوجب القول بجوازه اذا اجتمعت فيه شرائطه على ما بينا من قبل وأما الاستصناع فللاجماع الثابت بالتعامل من لدن النبي صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا وهو من أقوى الحجج وقد استصنع النبي صلى الله عليه وسلم خاتما ومنبرا وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لانه بيع المعدوم وهو منهي عنه ولكن ترك العمل به بما ذكرنا والقياس يترك بمثله كدخول الحمام والاحتجام باجرة وطلب شربة ماء من السقاء بفلس كل ذلك جائز للتعامل وان كان القياس يأباه للجهالة لانه لا يعرف كم قدر ما يقعد في الحمام وكم قدر ما يستعمل أو يشرب من الماء وكم قدر ما يخرج من الدم اذ لا يعتبر القياس بمقابلة الاجماع أو النص وقد قال عليه السلام لا تجتمع أمتي على الضلالة ولا يشكل هذا على قول أبي حنيفة في المزارعة فان التعامل فيه موجود ومع هذا لم يأخذ به وأخذ بالقياس لان الخلاف فيها كان موجودا في الصدر الاول ولم يجر التعامل فيها من غير نكير بخلاف ما نحن فيه ثم انما يجوز اذا جرى فيه تعامل وما لا تعامل فيه لا يجوز الاستصناع فيه ويكون سلما اذا اجتمعت فيه شرائطه ثم في الصحيح أن الاستصناع يجوز بيعا وقال الحاكم الشهيد انه وعد وليس ببيع وانما ينعقد بيعا اذا أتى به مفروغا بالتعاطي ولهذا يثبت فيه الخيار لكل واحد منهما وجه قول الجمهور أن محمدا رحمه الله سماه شراء وذكر فيه القياس والاستحسان وفصل

المطلوب كان شهرا ولم يمض فالقول قول المطلوب مع يمينه لانه ينكر توجه المطالبة فان أقام أحدهما البينة يقضي ببينته وان أقاما البينة يقضي ببينة المطلوب لانها تثبت زيادة الاجل اه اتقاني وينظر في الدعوى عند قوله وان اختلفا في الاجل في هذا المجرد قال الكمال رحمه الله والاختلاف في مقدار الاجل لا يوجب التحالف عندنا خلافا لزفر لانه ليس في المعقود عليه ولا في بدله بخلاف الاختلاف في الصفة يعني أنه ما هو فانهما يتحالفان لان الوصف جار مجرى الاصل وفي الخلاصة اذا شرط في السلم الثوب الجيد فجاء بثوب وادعى أنه جيد وأنكر الطالب فالقاضي يري اثنين من أهل تلك الصنعة وهذا أحوط والواحد يكفي فان قالا جيد أجبر على القبول اه (قوله لانه ينكر حقا عليه) أي لان رب السلم ينكر حقا على نفسه وهو الاجل فلم يكن متعنتا اه (قوله شرطت لك نصف الربح الاعشرة دراهم) وفي الهداية نصف الربح وزيادة عشرة وقال في النهاية هذا ليس بصحيح لانه على تقريره كان القول للمضارب كذا بخط الشارح اه (قوله وثبوته) أي ثبوت الشئ المشروط هنا اه (قوله واما الاستصناع فللاجماع) قال في الهداية وان استصنع شيأ من ذلك بغير أجل جاز استحسانا قال الكمال الاستصناع طلب الصنعة وهو أن يقول لصانع خف أو مكعب أو صفار اصنع لي خفا طوله كذا وسعته كذا أو دستا أي برمة تسع كذا ووزنه كذا على هيئة كذا بكذا ويعطي الثمن المسمى أولا يعطي شيأ فيعقد الآخر معه جاز استحسانا تبعا للعين والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر والشافعي اه (قوله وقال الحاكم الشهيد) أي والصفار ومحمد بن سلمة وصاحب المنثور اه فتح (قوله ولهذا) أي كان للصانع أن لا يعمل ولا يجبر عليه بخلاف السلم وللمستصنع أن لا يقبل ما يأتي به ويرجع عنه اه فتح قال في الفتاوى الصغرى اذا استصنع لا يجبر الصانع على العمل ولا المستصنع على اعطاء الاجر وان شرط التعجيل وان قبض الصانع الدراهم ملكها اه (قوله وهو العمل وشبهها بالبيع من حيث ان المقصود عين المستصنع فيه) هذا الملحق ليس بثابت في خط الشارح ولكن لا بد منه اه

بين ما فيه تعامل وما لا تعامل فيه وأثبت فيه خيار الرؤية ولو قبض الثمن ملكه والمواعدة تجوز قياسا واستحسانا فيما فيه تعامل وما لا تعامل فيه ولا يثبت فيه خيار الرؤية ولا يملك به البدل في الحال فبطل ما قاله والمعدوم قد يعتبر موجودا حكما للحاجة كطهارة المستحاضة وعكسه الماء المستحق بالعطش وقد تحققت الحاجة هنا إذ كل واحد لا يجد خفا مصنوعا يوافق رجله ولا خاتما يوافق اصبعه وقد يجوز بيع المعدوم للحاجة أصله بيع المنافع والمعقود عليه هو العين دون العمل عند الجمهور وقال أبو سعيد البرذعي المعقود عليه هو العمل لان الاستصناع استفعال من الصنع وهو العمل فتسمية العقد به دليل على أنه هو المعقود عليه والاديم فيه بمنزلة الآلة للعمل ولهذا يبطل بموت أحدهما والاول أصح ولهذا لا يشترط أن يعمله بعد العقد حتى لو جاء به مفروغا لا من صنعته أو من صنعته قبل العقد فأخذه جاز وكذا لو عمل بعده وباعه الصانع قبل أن يراه المستصنع جاز ولو كان المعقود عليه العمل لما جاز هذا كله وكذا محمد رحمه الله قال إذا جاء به مفروغا فللمستصنع الخيار لانه اشترى ما لم يره سماه شراء وأثبت فيه خيار الرؤية وهو لا يثبت الا في العين وانما يبطل بموت أحدهما لان للاستصناع شبها بالاجارة من حيث ان فيه طلب الصنع فلشبهه بالاجارة قلنا يبطل بموت أحدهما ولشبهه بالبيع وهو المقصود أجرينا فيه ما ذكرنا من أحكام البيع وقيل ينعقد اجارة ابتداء وبيعا انتهاء قبيل التسليم لان البيع لا يبطل بموت أحدهما بل يستوفى من تركته والاجارة لا يثبت فيها ما ذكرنا من أحكام البيع فجمعنا بينهما على التعاقب لتعذر جمعهما في حالة واحدة كما قلنا في الهبة بشرط العوض هبة ابتداء بيع انتهاء والمعنى فيه أن المستصنع طلب منه العين والدين فاعتبرناهما جميعا توفيرا على الامرين حظهما فان قيل اذا اعتبرتم فيه معنى الاجارة ومعنى البيع وجب أن يجبر كل واحد منهما على المضى ولا يخير قلنا الاجارة تفسخ بالاعذار وهذا عذر لان الصانع يلزمه الضرر بقطع الصرم فباعتباره كان للصانع فسخه وكذا البيع يثبت فيه خيار الرؤية فباعتباره يكون للمستصنع الفسخ لانه اشترى ما لم يره على قول من قال بالتخيير ولان الجواز للضرورة فيظهر في حقه ولا ضرورة في حق اللزوم فلا يظهر في حقه قال رحمه الله (وله الخيار اذا رآه) أي للمستصنع الخيار اذا رأى المصنوع لانه اشترى ما لم يره بخلاف السلم لانه لا فائدة في اثبات الخيار فيه لانه كلما رده عليه أعطاه غيره لكونه غير متعين اذ المسلم فيه دين في الذمة فيبقى فيها حتى يقبضه وهذا يفيد الفسخ لانه يتعين بالاحضار ولا خيار للصانع لانه باع ما لم يره وعن أبي حنيفة أن له الخيار أيضا لانه يلحقه الضرر بقطع الصرم وعن أبي يوسف أنه لا خيار لواحد منهما أما الصانع فلما ذكرنا وأما المستصنع فلان في اثبات الخيار له اضرارا بالصانع فربما لا يرغب فيه غيره والصحيح أن للمستصنع الخيار دون الصانع لانه المشترى لما لم يره والصانع بائع قال رحمه الله (وللصانع بيعه قبل أن يراه) لانه لا يتعين الا باختيار المستصنع وقبل أن يراه كان له أن يبيعه لعدم تعينه واذا رآه ورضي به ليس له أن يبيعه لانه بالاحضار أسقط خياره ولزم من جانبه فاذا رضي به المستصنع ثبت اللزوم في حقه أيضا قال رحمه الله (ومؤجله سلم) أي اذا أجل المستصنع صار سلما وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد ان ضرب الاجل فيما فيه تعامل فهو استصناع وان ضرب فيما لا تعامل فيه فهو سلم لان الاستصناع فيما لا تعامل فيه كالثياب ونحوه لا يجوز اجماعا فتعين حمله على السلم تحريا للجواز وأما فيما فيه تعامل كالخف ونحوه فيحتمل الوجهين لكن لفظ الاستصناع حقيقة فيه فكان محافظة قضيتها أولى ويحمل الاجل على الاستعجال لانه يحتمل أن يكون ذكره للتعجيل ويحتمل أن يكون للاستمهال ولفظ الاستصناع محكم فيه فيحمل المحتمل عليه ولان الاستصناع عقد جائز غير لازم فبذكر الاجل لا يكون لازما كعقد الشركة والمضاربة ولان الاجل للترفيه وتأخير المطالبة فلا يخرج به العقد من جنس الى جنس آخر ولو كان الاستصناع بذكر الاجل يصير سلما لكان السلم بدون ذكر الاجل استصناعا ولانه لو كان بذكر الاجل سلما لكان فاسدا لانه

(قوله الصرم) قال في المصباح والصرم بالفتح الجلد وهو معرب اهـ (قوله لانه اشترى ما لم يره) أي فبرده ينفسخ العقد ويعود اليه رأس ماله اهـ (قوله اذا أجل المستصنع صار سلما) حتى لا يثبت فيه الخيار ويشترط قبض رأس المال واستقصاء الوصف اهـ اتقاني (قوله فهو سلم) أي بلا خلاف اهـ اتقاني

(قوله ثبت بالكتاب) أي بأنه المزابنة اهـ اتقاني

باب المتفرقات

(قوله وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلا) أي سواء كان للصيد أو لم يكن وأما اقتناؤه للصيد وحراسة الماشية والبيوت والزرع فيجوز بالاجماع لكن لا ينبغي أن يتخذه في داره الا ان خاف لصوصا أو اعداء للحديث الصحيح من اقتنى كلبا الا كلب صيد أو ماشية نقص من أجره كل يوم قيراط اهـ كمال رحمه الله قال الاتقاني وجه الاستدلال أن النبي صلى الله عليه وسلم أباح الانتفاع

شرط فيه عمل رجل واحد وانه مفسد للسلم كاشتراط طعام قرية بعينها ونحوه بخلاف ما لا تعامل فيه لانه لو لم يحمل على السلم لفسد ألا ترى أنه يفسد اذا لم يضرب له أجل فحملناه عليه ما أمكن لما ذكرنا ولابي حنيفة أنه يحتمل السلم فكان حمله عليه أولى وهذا لان جوازهما على خلاف القياس للحاجة لكن جواز السلم ثبت بالكتاب والسنة المشهورة واجماع الامة فيما فيه تعامل دون ما لا تعامل فيه وجواز الاستصناع ثبت لتعامل الناس والسنة العربية في بعض الاشياء فكان حمله على السلم أولى فيما احتملاه لكونه أقرب الى الجواز ولهذا حمل عليه فيما لا تعامل فيه اذا ضرب له أجل لكونه أتى بحكم السلم وصرح به فكان هو المقصود والترجيح بالمقصود أولى من الترجيح باعتبار اللفظ ألا ترى أن الحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالة والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وكذا لو باع المنافع كان اجارة ولان ضرب الاجل لتأخير المطالبة وذلك باللزوم واللزوم في السلم دون الاستصناع وذكر الصنعة لبيان الوصف فيه لا للتعيين ولهذا لو جاء به وهو من عمل غيره جاز ويجبر على القبول فيما لا تعامل فيه ولا يلزم من كونه سلما بذكر الاجل أن يكون السلم استصناعا بحذفه ألا ترى أن النكاح بذكر الاجل يكون متعة ولا تكون المتعة بحذف الاجل نكاحا ثم المراد بالاجل ما يصلح أن يكون أجلا في السلم وقد بيناه قدره من قبل وان لم يصلح فهو استصناع ان جرى فيه التعامل والا فسد وهذا اذا ذكر الاجل على سبيل الاستمهال وان ذكره على وجه الاستعجال بأن قال على ان تفرغ منه غدا أو بعد غد يكون استصناعا لانه للفراغ لا لتأخير المطالبة وقيل ان ذكر أدنى مدة يتمكن فيها من العمل فهو استصناع وان كان أكثر من ذلك فهو سلم ويختلف ذلك باختلاف العمل فلا يمكن تقديره بشيء وعن الهندواني ان ذكر الاجل ان كان من قبل المستصنع فهو للاستعجال فلا يصير سلما وان كان من قبل الصانع فهو للاستمهال فيكون سلما وفائدة كونه سلما أن يشترط فيه شرائط السلم من قبض رأس المال قبل الافتراق وعدم خيار الفسخ لهما الى غير ذلك من أحكامه على ما بينا

باب المتفرقات

قال رحمه الله (صح بيع الكلب) وعن أبي يوسف أنه لا يصح بيع الكلب العقور لانه لا ينتفع به فصار كالهوام المؤذية وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز بيع الكلب أصلا لنهيه عليه الصلاة والسلام عن بيع الكلب وقال عليه الصلاة والسلام ان من السحت مهر البغي وثمن الكلب ولانه نجس العين فصار كالخنزير ولنا ما روى عن ابن عباس انه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع الكلب الا كلب صيد أو ماشية وعن ابن عمر رضي الله عنهما انه عليه الصلاة والسلام قضى في كلب بأربعين درهما ولانه مال متقوم آلة الاصطياد فيصح بيعه كالبازي ألا ترى ان الشرع أباح الانتفاع به حراسة واصطيادا فكذا بيعا ولانه يجوز تمليكه بغير عوض كالهبة والوصية فكذا بعوض بخلاف الخنزير لانه نجس العين كالميتة ألا ترى انه لا يجوز الانتفاع به شرعا والكلب ليس بنجس العين وبخلاف الهوام المؤذية لانها لا ينتفع بها وما رواه

بكلب الصيد والماشية والزرع ورخص في ذلك فعلم أن النهي كان قبل الاباحة وما يجوز الانتفاع به يجوز بيعه والكلب يمكن الانتفاع به معلما كان أو غير معلم اما اصطيادا أو حراسة لان كل كلب يحفظ البيت ويخبر عن الجائي بنباحه اهـ وحدث أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي باسناده عن عبد الباقي بن قانع الى جابر رضي الله عنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ثمن الكلب والهر الا الكلب المعلم فدل ذلك على جواز بيع الكلاب التي ينتفع بها من جهتين احداهما أنه اذا جاز بيع الكلب المعلم جاز بيع غيره من الكلاب لان أحدا لم يفرق بينهما والثانية أن ذكره للكلب المعلم لاجل ما فيه من النفع وكل ما أبيح الانتفاع به منها فهو مثله ويدل لذلك أن النهي انما يتناول الكلاب التي لا نفع فيها وانما يبتغي فيها الهراش والقمار وحدث الطحاوي في شرح الآثار عن يونس عن ابن وهب عن ابن جريج عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عبد الله بن عمرو أنه قضى في كل صيد قتله رجل بأربعين درهما وقضى في كل كلب ماشية بكبش وبقية السباع يثبت حكمها بالقياس على الكلب والجامع كونها جارحة ينتفع بها اصطيادا ونحوه اهـ اتقاني رحمه الله (قوله البغي الخ) والبغي الزانية قال تعالى وما كانت أمك بغيا اهـ غاية (قوله والكلب ليس بنجس العين) اذ لو كان كذلك لم يجز الانتفاع به أصلا كالخنزير اهـ اتقاني (قوله وبخلاف الهوام المؤذية) أي من الحيات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وهوام الارض جميعا فانه لا يجوز بيعها لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولعدم الانتفاع بها اهـ غاية

الشافعي محمول على ابتداء الاسلام حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب لانه روى عن ابراهيم انه عليه الصلاة والسلام رخص في ثمن كلب الصيد فلفظ الرخصة يدل على الاستباح ولافرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم وشرط شمس الائمة لجواز بيع الكلب أن يكون معلما أو قابلا للتعليم قال رحمه الله (والفهد والسباع والطيور) لانها حيوان يجوز الانتفاع بها شرعا وتقبل التعليم عادة فجاز بيعها والحرف ان كل منتفع به شرعا في الحال أو في المآل وله قيمة نحو الجحش والطفل جاز بيعه والافلا ولهذا لا يجوز بيع حبة قمح ونقطة ماء وكف من تراب لانها لا ينتفع بها اذ لاقيمة لها والفيل يجوز بيعه لانه منتفع به حملا وركوبا وفي بيع القرد روايتان عن أبي حنيفة في رواية الحسن عنه أنه يجوز لانه يمكن الانتفاع بجلده وفي رواية أبي يوسف عنه أنه لا يجوز لانه للتلهي وهو محظور والصحيح الاول والهر يجوز بيعه لانه منتفع به وكل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطيور يجوز بيعه لما ذكرنا الا الخنزير فانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به فكذا لا يجوز بيعه قال رحمه الله (والذمي كالمسلم في بيع غير الخمر والخنزير) لقوله عليه الصلاة والسلام فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين ولانهم مكلفون فيحتاجون الى تبقية أنفسهم ليتحملوا أعباء التكاليف كالمسلمين فيشرع في حقهم الاسباب ليتمكنوا من تحملها بمباشرة الاسباب لتحصيل ما تبقى به الانفس حتى لا يبقى لهم عذر في تضييع حقوق الله تعالى فكل ما جاز للمسلمين من البياعات كالصرف والسلم وغيرهما من أنواع التصرفات جاز لهم وما لا يجوز من الربا وغيره لا يجوز لهم الا في الخمر والخنزير فان عقدهم فيهما كعقد المسلم على العصير والشاة فيجوز فيهما ما جاز فيهما منه من السلم وغيره ولا يجوز ما لا يجوز لانهما أموال نفيسة عندهم فيلحقان بنظيرهما من أموالنا وهذا لانا أمرنا بأن نتركهم وما يعتقدون وما بذلوا الجزية الا لذلك ولهذا قال عمر رضي الله عنه في الخمر ولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها والصحابة متوافرون ولم يعرف له مخالف فصار اجماعا قال رحمه الله (ولو قال بع عبدك من زيد بألف على اني ضامن لك مائة سوى الالف فباع صح بألف وبطل الضمان وان زاد من الثمن فالالف على زيد والمائة على الضامن) يعني زاد هذه الكلمة بأن قال بع عبدك

(قوله حين كان عليه الصلاة والسلام يأمر بقتل الكلاب) أي لانها كانت تؤذي الضيفان والغرباء فنهوا عن اقتنائها فشق ذلك عليهم فأمر بقتلها ونهى عن بيعها تحقيقا للزجر عن العادة المألوفة ثم رخص لهم بعد ذلك اهـ (قوله ولافرق في ذلك بين جميع أنواع الكلاب المعلم وغير المعلم) قال الاتقاني قال في الايضاح بيع كل ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير جائز معلما كان أو غير معلم في رواية الاصل وقال الشافعي لا يجوز بيع الكلب والنمر والاسد الى هنا لفظ الايضاح ونقل الناطفي في الاجناس من مسائل الفضل بن غانم ثم قال أبو يوسف أجيز بيع كلب الصيد والماشية ولا أجيز بيع الكلب العقور وقال محمد في نوادر هشام يجوز بيع الكلب العقور وفي الكيسانيات قال محمد ومن قتله ضمن قيمته الى هنا لفظ الاجناس اهـ (قوله والصحيح الاول) صحح في البدائع عدم الجواز قال لانه لا يشترى للانتفاع بجلده بل للتلهي وهو حرام فكان بيع الحرام للحرام وانه لا يجوز اهـ (قوله وما لا يجوز من الربا) أي فلا يجوز لهم بيع درهم بدرهمين فيما بينهم ولا سلم في حيوان ولا نسيئة في صرف وكذا كل ما يكال ويوزن اهـ فتح (قوله لا يجوز لهم الا في الخمر الخ) وذلك لانهم لما قبلوا الجزية صاروا كالمسلمين فيما لهم وعليهم الا الخمر والخنزير فانهم أقروا بعقد الامان على أن يكون ذلك مالا لهم فلو لم يجز تصرفهم خرج ذلك من أن يكون مالا وفيه نقض الامان والربا مستثنى في عهودهم لانه لم يقع عليه عقد الامان قال تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وروى في الايضاح وغيره ان النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد له اهـ (قوله وخذوا العشر من أثمانها) حدث أبو يوسف في كتاب الخراج في فصل من تجب عليه الجزية عن اسرائيل عن ابراهيم بن عبد الاعلى قال سمعت سويد بن غفلة يقول حضر عمر بن الخطاب واجتمع اليه عماله فقال ياهؤلاء انه بلغني أنكم تأخذون في الجزية الميتة والخنزير والخمر فقال بلال أجل انهم يفعلون ذلك فقال عمر فلا تفعلوا ولكن ولوا أربابها بيعها وخذوا الثمن منهم الى هنا لفظ كتاب الخراج وقال في الاصل ولا يجوز فيما بين أهل الذمة الربا ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة ولا يجوز السلم فيما بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يدا بيد ولا النسيئة ولا الذهب بالذهب الا مثلا بمثل يدا بيد وكذلك كل ما يكال أو يوزن اذا كان صنفا واحدا هم في البيوع كلها بمنزلة الاسلام ما خلا الخمر والخنزير ولا أجيز فيما بينهم بيع الميتة والدم وأما الخمر والخنزير فاني أجيز بيعهما بين أهل الذمة لانهما أموال أهل الذمة أستحسن ذلك وأدع القياس فيه من قبل الاثر الذي جاء في نحو ذلك عن عمر رضي الله عنه الى هنا لفظ الاصل اهـ اتقاني (قوله وبطل الضمان) أي لانه رشوة على البيع لعدم المقابلة بالمبيع اهـ (قوله والمائة على الضامن) أي لانه صير نفسه ضامنا حيث قال من الثمن فيجب عليه اهـ وكتب على قوله والمائة على الضامن ما نصه هذه من مسائل الجامع الصغير صورة المسئلة أن يطلب انسان من آخر شراء عبده بألف درهم وهو لا يبيع الا بألف وخمسمائة والمشتري لا يرغب فيه الا بألف فيجيء آخر فيقول لصاحب العبد بع عبدك هذا من هذا الرجل بألف درهم على أني ضامن لك خمسمائة من الثمن سوى الالف فيقول صاحب العبد بعت كذا قال الصدر الشهيد ولو لم يوجد اباء ولا مساومة

من زيد بألف على انى ضامن لك مائة من الثمن سوى الالف فانه يصح ويكون الالف على المشترى والمائة على الضامن وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تصح الزيادة ولا تلزمه وهـذا مبنى على شيئين أحدهما ان الزيادة تصح وتلحق بأصل العقد عندنا وعندهـما لا تصح وقد بينا وجه المذهبين من قبل والثانى أن أصل الثمن لم يشرع بغير مال يقابله حتى لا يصح اشتراطه على غير المشـترى اذ لا يستفيد بازائه ما لا يقابله وفصل الثمن يستغنى عن مال يقابله حقيقة ألا ترى ان الزيادة تجوز من المشترى وان لم يسلم له بمقابلتها شئ فكذا تجوز من الاجنبى اذا لم يسلم له شئ فصارت نظير بدل الخلع فانه يجوز اشتراطه على الاجنبى كما يجوز اشتراطه على المرأة اذ لا يسلم لهما شئ بمقابلة البدل لان البضع لا يتقوم حالة الخروج فاستويا فيه فكذا هنا لكن من شرط صحة الزيادة أن توجـد المقابلة تسمية وصورة حتى تجب حسب وجوب الثمن بواسطة المقابلة صورة وان لم تقابله حقيقة ألا ترى انه لو باع شيأ بأضعاف قيمته يجوز وان لم يقابل ما زاد على قيمته مال حقيقة وانما يقابله صورة وتسمية فاذا كان من شرطها المقابلة صورة فان قال من الثمن فقد وجد شرطها فتصح وان لم يقـل لم يوجد شرطها فلا تصح لانه يكون التزام المال ابتداء وهو رشوة لانه يبيعه وهو حرام فلا يصح فصار الاصل ان كل ما يحصل فيه للاصيل بمقابلته شئ من البـدل لا يجوز اشتراط البدل على الاجنبى وان لم يحصل يجوز لاستوائهما فى عـدم الحصول فاذا جازت الزيادة من الاجنبى لا يرجع بها على المشترى ولا تظهر فى حق البائع وفى حق الشفيع والمرابحة حتى اذا أخذ البائع الالف من المشترى لا يحبس المبيع لاجل المائة ويرابح على الالف لانه قام عليه به ويأخـذ الشفيع بالالف لان الزيادة لم تثبت فى حقه وان كانت من المشـترى لعـدم ولايتهما عليه ولو تقايلا البيع فللاجنبى أن يسترد الزيادة لانها من الثمن وفى قياس قول أبى يوسف لا يسترد لان الاقالة عنده بيع جديد وكذا لو ردّه بعيب بغير قضاء وان كان بقضاء يسـترد لكونه فسخا بالاجماع ولو ضمن الزيادة بأمر المشـترى ظهرت فى حق الكل حتى يرجع الضامن بها على المشترى ويرابح عليها وعلى الالف ولا يطالب المشترى بالزيادة وان كان بأمره لانه لما نفـذت من جهته صار هو وكـيلا فيها فترجع الحقوق اليه أو لانه لم يلتزمها وانما التزمها الاجنبى فيطالب بها هو وحـده وهـذا كالوكيل بالشراء يطالب هو فقط ثم هو يرجع به على الموكل فكذا هـذا ولو ردّه بعيب أو تقايلا يرد الزيادة على الضامن فقط لانه أخـذها منـه دون المشترى وذكر فى الكافى أن الشفيع يأخذها بألف ومائة فجعلها ظاهرة فى حقه أيضا ولا يقال هـذا مشكل فان الزيادة اذا كانت من المشترى نفسه لم تظهر فى حق الشفيع حتى كان له أخذها بأصل الثمن من غـير زيادة فكيف تجب عليه الزيادة بزيادة الاجنبى والمشترى لم يلتزمها على ما بينا لانا نقول هذه زيادة ذكرت فى العقد فصارت من جملة الثمن بخلاف الزيادة بعـد العقد ولو لم يقـل سوى الالف بأن قال بعـه بألف على انى ضامن لك مائة من الثمن يصير كفيلا بمائة من الثمن الذى هو الالف ولا تثبت الزيادة لانه يتعذر جعلها زيادة على الالف حيث لم يقل سوى الالف ويمكن أن يجعل من الثمن الواجب على المشترى فجعل منـه ثم اذا أدى رجع عليه ان كان بأمره والا فلا وقد عرف فى موضعه فصار فى الحاصل للمسئلة ثلاث صور احداها أن يقول بعه بألف على أنى ضامن لك مائة سوى الالف من الثمن والثانية أن يترك قوله سوى الالف والثالثة أن يترك قوله من الثمن وقد ذكرنا الثلاثة وحكمها فافهمه وهذا كله فيما اذا كانت الزيادة فى العقد وأما اذا زاد الاجنبى بعد العقد فانه لا يجوز الا باجازة المشـترى أو يعطى الزيادة من عنده أو يضمنها أو يضيفها الى نفسه وان زاده بأمر المشـترى جاز ولا يلزمه شئ والمال لازم للمشـترى لانه سفير فيه ومعبر فلا يلزمه الا بالضمـان وهو نظير الخلع والصلح وانما صار سفيرا لانه لا يخلو عن اضافته الى المشـترى بأن يقول زدتك على ثمن العين التى اشتراها منك فلان ولا يمكنه اضافته اليه كالخلع فلا يكون مباشرا وان كان بأمره بل رسولا قال رحمه الله

ولكن ايجاب البيع بألف حصل عقيب ضمـان الرجل كان كذلك استحسانا ويكون البيع بعده دلالة على القبول لانه امتثال لذلك كقول الرجل لامرأته طلقى نفسـك ان شئت فقـالت قد طلقت يجعـل قبولا استحسانا فكذلك هذا كذا قال فخر الاسلام اهـ اتقانى (قوله أحدهـما أن الزيادة) أى فى الثمن والمثمن اهـ غاية (قوله فان قال من الثمن الخ) وأورد العتابى فى هذه المسئلة سؤالا وجوابا فقـال فان قيل اذا قال من الثمن كيف يكون ثمنا ولم يدخل فى ملكه شئ من المبيع وكذلك هذا بيع بثمن على غير المشـترى وانه فاسـد قلنا الثمن متى وجب مقصودا يشترط أن يكون فى ملكه شئ مـن المبيع وهنـا تثبت الزيادة تبعا وصار كالزيادة فى الثمن بعد البيع وليس هذا بيع بالثمن على غـير المشـترى مقصودا بل البيع مقصودا بألف على المشـترى وهذه زيادة ثبتت تبعا على غـير المشترى وهذا جائز كالزيادة فى الثمن بعـد البيع اهـ اتقـانى فان قيـل لو ثبتت الزيادة ثمنا والاجنبى ضامن بها لزم جواز مطالبة المشترى بها كالكفيل قلنـا لا يلزم من صحة الكفالة توجـه المطالبـة عـلى الاصـيل ألا ترى من قال لزيد على فلان ألف وأنا كفيل بها فأنكر فلان طولب الكفيل بها دون فلان فجاز هنا كذلك وذلك لان المشـترى لم يلتزمها انما التزم هـذا القدر من الثمن لاجنبى والحكم لا يثبت بلا سبب اهـ كمال رحمه الله تعالى

(قوله لوجود الملك فى الرقبة على الكمال) أى بخلاف مالو ملكها الا على الكمال كما فى ملك نصفها الا يملك التزويج به اه كمال رحمه الله (قوله بخلاف البيع) أى لورود النهى فى ذلك والنكاح ليس ببيع ولا فى معناه فلا يثبت حكم البيع فيه ألا ترى أن البيع ينفسخ بهلاك المعقود عليه بخلاف النكاح اه اتقانى قال الكمال والنكاح لا ينفسخ بهلاك المعقود عليه أعنى المرأة قبل القبض اه (قوله كأنه فعله بنفسه الخ) ولو وطئها المشترى كان قابضا فكذلك الزوج اه كمال (قوله وان لم يطأها لا يكون قبضا الخ) حتى لو هلكت بعد التزويج قبل القبض هلكت من مال البائع اه فتح (قوله والقياس أن يكون الخ) وهو رواية عن أبى يوسف اه فتح (قوله بنفس التزويج) حتى لو هلكت بعد ذلك هلكت من مال المشترى اه فتح (قوله لانه تعييب) أى وبالتعييب يصير قابضا اه اتقانى (قوله فصار كنقصان السعر) أى بخلاف الفعل الحسى كانشقاء عينها مثلا أو قطع يدها فانه انما يصير به قابضا لما فيه من الاستيلاء على المحل واستشكل على هذا الاعتاق والتدبير فانه بهما يصير قابضا وليس باستيلاء على المحل بفعل حسى والجواب انا قلنا ذلك فيما يكون نفس الفعل قبضا فالمعنى أن الفعل الذى يكون قبضا هو الفعل الحسى الذى يحصل الاستيلاء والعتق الحاصل بالعتق ضرورى ليس مما نحن فيه وذلك أنه انهاء للملك ومن ضرورة انهاء الملك كونه قابضا والتدبير من واديه لانه به يثبت حق الحرية للمدبر ويثبت الولاء هذا واذا صح النكاح قبل القبض فلو انتقض البيع بطل النكاح فى قول أبى يوسف خلافا لمحمد قال الصدر الشهيد والمختار قول أبى يوسف لان البيع متى انتقض قبل القبض انتقض من الاصل فصار كان لم يكن وصار النكاح باطلا وقيد القاضى الامام أبو بكر بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما اذا لم يكن بالموت حتى لو ماتت الجارية بعد النكاح قبل القبض لا يبطل النكاح وان بطل البيع اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن ومن اشترى عبدا الخ) لان وانما وضع المسئلة فى العبد لا فى الدار لان فى الدار لا يتعرض القاضى لذلك ولا يبيعه فان القياس أن لا يجوز فى العبد الا أنه جوز فى العبد استحسانا لتسقط النفقة عن البائع ولا يحتاج الى النفقة فى الدار كذا ذكر شيخ الاسلام وقال التمرتاشى وضع المسئلة فى المنقول لان القاضى لا يبيع العقار على الغائب اه (قوله لان فيه ابطال حق المشترى فى العين) أى المبيعة من غير ضرورة اه (قوله وان لم يدر أين هو) تبين أن الغيبة المعروفة أن يعلم أين هو اه فتح (قوله ونظرهما) أى البائع والمشترى اه (قوله وهذا لان العبد فى يده وقد أقر به) قال الكمال وقول المصنف فى تعليل بيع القاضى لان ملك المشترى ظهر باقراره يعنى باقرار البائع فيظهر على الوجه الذى أقر به وهو كونه مشغولا بحقه تبين أن البيع من القاضى ليس بهذه البينة لانها لا تقام لاثبات الدين على الغائب فما هى الا لكشف الحال ليجيبه القاضى الى البيع نظرا للغائب لا ليثبت الدين عليه فانه لو لم يقمها لم يجبه الى ذلك اه

(ووطء زوج المشتراة قبض لا عقده) يعنى لو اشترى أمة وزوجها المشترى قبل القبض صح النكاح لوجود الملك فى الرقبة على الكمال بخلاف البيع لانه يبطل بالغرر ويشترط فيه القدرة على التسليم بخلاف النكاح ألا ترى ان تزويج الآبق يجوز دون بيعه ثم اذا جاز النكاح فان وطئها كان قبضا لها لان الوطء من الزوج حصل بتسليط المشترى فصار منسوبا اليه كأنه فعله بنفسه وان لم يطأها لا يكون قبضا لها استحسانا والقياس أن يكون بنفس التزويج لانه تعييب حكمى ألا ترى انه لو وجد المشتراة مزوجة ردها بالعيب فصار كالتدبير والاعتاق وكالوطء وجه الاستحسان أنه لم يتصل بها من المشترى فعل يوجب نقصانا فى الذات وانما هو عيب من طريق الحكم على معنى ان رغبات الناس تقل فيها فينتقص الثمن لاجله فصار كنقصان السعر بخلاف الوطء لانه فعل حسى اتصل بها فأوجب نقصانا فى ذاتها لان منافع البضع ملحق بالجزء ولهذا تضمن بالاتلاف فصار كما لو أتلف عضوا منها بالقطع ألا ترى أنه لو أقر المشترى بدين على العبد المشترى قبل القبض لا يكون قبضا وان تعيب من جهته بوجوب الدين عليه حكما وهذا مثله بخلاف التدبير والاعتاق لان المالية قد تلفت به بثبوت حقيقة الحرية أو حقه ومن ضرورته يصير قابضا قال رحمه الله (ومن اشترى عبدا فغاب فبرهن البائع على بيعه وغيبته معروفة لم يبع بدين البائع والا بيع بدينه) أى اذا اشترى شخص عبدا فغاب المشترى قبل القبض وأقام البائع البينة ان هذا العبد كان له وباعه من فلان وغاب قبل أن ينقد الثمن وطلب من القاضى أن يبيعه بدينه فان غاب المشترى غيبة معروفة لم يبعه القاضى بدينه لانه يتوصل الى حقه بدون بيعه بالذهاب اليه فلا حاجة الى بيعه لان فيه ابطال حق المشترى فى العين وان لم يدر أين هو أجابه القاضى فى المنقول ان أقام بينة لان البينة هنا ليست للقضاء على غائب وانما هى لنفى التهمة وانكشاف الحال لان القاضى نصب ناظرا لكل من عجز عن النظر ونظرهما فى بيعه لان البائع يصل به الى حقه ويبرأ من ضمانه والمشترى أيضا تبرأ ذمته من دينه ومن تراكم نفقته فاذا انكشف الحال عمل القاضى بموجب اقراره فلا يحتاج فيه الى خصم حاضر وانما يحتاج اليه اذا كانت البينة للقضاء وهذا لان العبد فى يده وقد أقر به للغائب على وجه يكون مشغولا بحقه فيظهر الملك للغائب على الوجه الذى أقر به ولا يقدر البائع أن يصل الى حقه فيبيعه القاضى احياء لحقه كالراهن اذا مات والمشترى اذا مات مفلسا قبل القبض بخلاف ما اذا غاب المشترى بعد القبض حيث لا يحبسه الحاكم

لان حقه غيرمتعلق به ولايقال هذا بيع قبل القبض وهو غيرجائز فكيف يباع لانا نقول من مشايخنا من قال ان القاضي يوكل من يقبضه ثم يبيعه وفيه نظر لما فيه من ابطال يد البائع قبل ايفاء الثمن والاوجه أن يقال ان البيع هنا ليس بمقصود وانما المقصود احياء حقه وفي ضمنه يصح بيعه لان الشئ قد يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ثم اذا باع وأوفى ثمنه فان فضل شئ من دينه يمسكه للمشترى الغائب لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين وبقى شئ منه تبعه البائع اذا ظفر به قال رحمه الله (ولوغاب أحد المشتريين للحاضر دفع كل الثمن وقبضه وحبسه حتى ينقد شريكه) يعنى اذا اشترى رجلان شيأ فغاب أحدهما قبل القبض يكون للحاضر دفع كل الثمن وقبضه كله ثم اذا حضر شريكه فله أن يحبسه عنه حتى ينقده وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف اذا نقد الحاضر الثمن لا يأخذ الا نصيبه بطريق المهايأة وكان متبرعا فيما أدى عن صاحبه فصار الخلاف فى مواضع أحدها فى قبض جميع المبيع على تقدير ايفاء الثمن كله والثانى فى حبس نصيب الغائب عنه اذا حضر والثالث فى الرجوع عليه بما أدى والرابع فى اجبار البائع على قبول ما أداه الحاضر من نصيب الغائب عندهما يجبر وعنده لايجبر والخامس فى اجبار البائع على تسليم نصيب الغائب من المبيع الى الحاضر عند ايفاء الثمن كله فعندهما يجبر وعنده لايجبر لابى يوسف أن الحاضر قضى دينا على الغائب بغير أمره فكان متبرعا فيه ولا جبر ولا رجوع فى التبرعات وهو أجنبى عن نصيبه فلا يقبضه ولهذا لو كان حاضرا يكون متبرعا بالاجماع ولو كان مضطرا لما اختلف بين حضرته وغيبته كالوكيل بالشراء وكمعير الرهن وصاحب العلو فى قضاء الدين وبناء السفل ولهما أن الحاضر مضطر الى أداء كل الثمن لان للبائع حق حبس كل المبيع الى أن يستوفى كل الثمن فلا يكون متبرعا مع الاضطرار الى قضاء نصيب شريكه ليصل الى الانتفاع بنصيبه فصار كمعير الرهن وصاحب العلو والوكيل بالشراء اذا أدى الثمن من ماله وانما اختلف بين حضرته وغيبته لانه كالوكيل عن صاحبه من وجه من حيث ان ملك الغائب يثبت بقبول الحاضر لان من باع شيأ من شخصين لا يثبت الملك لكل واحد منهما الا بقبول الآخر وليس بوكيل من وجه من حيث ان كل واحد منهما لا يطالب بما يخص صاحبه من الثمن فأشبه الاجنبى والاصل أن الشئ متى تردد بين شيئين توفر عليه حظهما فلشبهه بالاجنبى يكون متبرعا عند حضوره ولشبهه بالوكيل يكون مضطرا عند غيبته وهذا أولى من العكس لانه فى حالة الحضرة يمكنه أن يخاصمه الى الحكام فلا يكون مضطرا وفى حال غيبته لايمكنه فجعل مضطرا فيرجع بالثمن ويحبس المبيع به كالوكيل بخلاف ما استشهد به من الوكيل وغيره لانه مضطر محض وليس بمتردد بين شيئين فلا يختلف حكمه قال رحمه الله (ومن باع أمة بألف مثقال ذهب وفضة فهما نصفان) لانه أضاف

(قوله لان حقه غيرمتعلق به) أى بل هو دين فى ذمة المشترى والبينة حينئذ لاثبات الدين ولا يثبت دين على غائب فلا يتمكن القاضى من البيع وقضاء الدين وهذا طريق الامام السرخسى وتقرير شيخ الاسلام يشعر بخلافه حيث قال القياس أن لاتقبل هذه البينة لانه الاثبات حق على الغائب وليس ثم خصم حاضر لاقصدى ولا حكمى فهو كمن أقامها على غائب لايعرف مكانه لاتقبل وان كان لايصل الى حقه وفى الاستحسان تقبل لان البائع عجز عن الوصول الى الثمن وعن الانتفاع بالمبيع واحتاج الى أن ينفق عليه الى أن يحضر المشترى وربما تربو النفقة على الثمن والقاضى ناظر لاحياء حقوق الناس فكان للقاضى أن يقبلها لدفع البلية بخلاف ما لو أقامها ليثبت حقا على الغائب لينزع شيأ من يده لايقبلها والاجماع فى مثله لدفع البلية عن البائع وليس فيه ازالة يد الغائب عما فى يده لان البائع يستوفى حقه مما فى يده اه كمال رحمه الله (قوله فى المتن حتى ينقد شريكه) قال فى الصحاح نقدته الدراهم ونقدت له الدراهم أى أعطيته فانتقدها أى قبضها ونقدت الدراهم وانتقدتها اذا أخرجت منها الزيف اه وعلى هذا فنقد بالمعنى الاول يتعدى الى مفعولين أحدهما بنفسه والثانى تارة بنفسه وتارة بحرف الجر فيكون تقدير كلام المصنف حتى ينقده شريكه الثمن بحذف المفعولين أو ينقد له شريكه الثمن والله أعلم اه (قوله قبل القبض) أى قبل اعطاء الثمن فالحاضر لايملك قبض نصيبه الا بنقد جميع الثمن بالاتفاق لان للبائع الحبس بكل الثمن اه (قوله وهو أجنبى عن نصيبه) أى لانه ليس بوكيل عنه اه (قوله فصار كمعير الرهن) أى اذا أفلس الراهن وهو

المستعير أو غاب اه (قوله يمكنه أن يخاصمه الى الحكام) أى فى أن ينقد حصته ليقبض نصيبه اه (قوله فى المتن ومن باع أمة بألف الخ) قال الكمال ويشترط بيان الصفة من الجودة وغيرها اه (قوله فى المتن فهما نصفان) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقول للرجل أبيعك هذه الجارية بألف مثقال جيد ذهب وفضة قال هذا نصفان خمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة وقوله أبيعك مساومة لا ايجاب قالوا وانما وجب التنصيف ولم يترجح الذهب لاختصاصه بالمثاقيل ولم تترجح الفضة لكونها غالبة فى المبايعات لانهما لما تعارضا ولم يوجد المرجح صير الى قضية الاضافة والبيان فوجب من كل واحد نصفه لعدم أولوية أحدهما على الآخر وكذلك لو قال بعتك بألف من الدراهم (١)

(١) هكذا بياض بالاصل

(قوله أو أنفقها ثم علم بالعيب الخ) ههنا خمس مسائل احداها هذه الثانية كفل بالجياد ونقد الزيوف رجع بالجياد الثالثة اشترى بالجياد ونقد الزيوف بيعه مرابحة على الجياد الرابعة اشترى الدار بالجياد ونقد الزيوف فالشفعة بالجياد الخامسة حلف لا يقضين حقه اليوم وعليه جياد فقضى زيوفا بر اهـ قنية في الشفعة قوله فقضى زيوفا بر قال الكمال وفي الاجناس اشترى بالجياد ونقد الزيوف ثم حلف أنه اشتراها بالجياد قال أبو جعفر لا يحنث وقال أبو يوسف يحنث اهـ (قوله وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد الخ) قال الاتقاني وقولهما هو القياس وقول أبي يوسف هو الاستحسان اهـ (قوله في المتن أو تكنس ظبي في أرض رجل) أي دخل كناسه والكناس بيت الظبي وفي بعض (١٣٠) النسخ تكسر أي وقع فيها فتكسر ويحترز به عما لو كسره رجل فيها فانه لذلك الرجل لا للآخذ ولا يختص بصاحب الارض اهـ كمال رحمه الله قال الاتقاني رحمه الله وأراد بقوله تكنس استتر اهـ وقال الاتقاني ونقل الفقيه أبو الليث عن الرقيات مسائل نحو هذا قال قال محمد لو أن رجلا اتخذ حظيرة في أرضه فدخل الماء واجتمع فيه السمك فقد ملك السمك وليس لاحد أن يأخذه ولو اتخذ لحاجة أخرى فمن أخذ السمك فهو له قال وكذلك لو حفر في أرضه حفيرة فوقع فيها صيد فتكسر فان اتخذ ذلك الموضع للصيد فهو له وقد ملكه وان لم يتخذ ذلك للصيد فهو لمن أخذه وكذلك لو أن رجلا وضع صوفا على ظهر بيت فجاء المطر فابتل ثم ان رجلا عصره وأخرج منه الماء هل له أن يسترد قال ان كان وضعه لاجل ماء المطر فله أن يسترده منه وان كان وضعه لغيره لم يكن له أن يسترد وذكر الفقيه أبو الليث أيضا في كتاب العيون في باب الصيد ولو أن صيدا باض في أرض رجل أو تكسر فيها فجاء رجل ليأخذ فمنعه صاحب الارض فان كان منعه اياه في موضع يقدر صاحب الارض على أخذه قريبا منه كان الصيد لرب الارض فمنعه منه كأنه أخذه بيده وان لم يكن بحضرته لا يملكه ولو أن صيدا دخل دار رجل فأغلق عليه الباب فان يقدر على أخذه بغير صيد فقد ملكه ولو أنه أغلق الباب ولم يرد به الصيد ولم يعلم فلا يملكه فاذا خرج منه فهو لمن أخذه اهـ (قوله لو دخل صيد داره) قال الكمال وكذا اذا دخل الصيد داره ولم يعلمه فأغلق بابه فهو لمن أخذه وان علم به وأغلق الباب عليه أو سد الكوة وكذا اذا وقع في ثياب النثار من السكر أو الدراهم فهو لمن أخذه ما لم يكف ثوبه على الساقط فيه اهـ (قوله أنزال) بفتح الهمزة والانزال جمع نزل يقال طعام كثير النزل والمنزل أي الريع وهو الزيادة اهـ اتقاني

المثقال اليهما على السواء فيجب من كل واحد منهما خمسمائة مثقال لعدم الاولوية فيصير كأنه قال بعتك بخمسمائة مثقال ذهب وخمسمائة مثقال فضة بخلاف ما اذا اشترى جارية بألف من الذهب والفضة حيث يجب من الذهب مثاقيل ومن الفضة دراهم لانه أضاف الالف اليهما فينصرف الى الوزن المعهود من كل واحد منهما وعلى هذا لو قال لفلان على كر حنطة وشعير وسمسم يجب عليه من كل جنس ثلث الكر وهذا قاعدته في المعاملات كلها كالمهر والوصية والوديعة والغصب والاجارة وبدل الخلع وغيره من الموزون والمكيل والمعدود والمذروع قال رحمه الله (وان قضى زيفا عن جيد وتلف فهو قضاء) يعني اذا كان له على آخر دراهم جياد فقضاه زيوفا وهو لا يعلم فهلكت أو أنفقها ثم علم بالعيب فهو قضاء فلا يكون له غير ذلك وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يرد مثل زيوفه و يرجع بالجياد لان حق صاحب الدين مرعي من حيث الوصف كما راعى حقه من حيث القدر الا أنه يتعذر عليه الرجوع بمجرد الجودة لانها وصف لا قيام لها بذاتها ولا قيمة لها اذا قوبلت بجنسها فتعين رد مثل المقبوض والرجوع بالجياد ولهما أن المقبوض من جنس حقه حتى لو تجوز به في الصرف والسلم جاز ولو لم يكن من جنس حقه لما جاز لكونه استبدالا وهو حرام في الصرف والسلم فاذا كان من جنس حقه استيفاء فلم يبق له الا الجودة وهي لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا يمكن تداركها بايجاب الضمان عليه لان القضاء عليه بالضمان حقا له ممتنع ولان الجودة تبع فلا تنقض القبض في الاصل لاجله كيلا ينعكس فيكون الاصل تبعا والتبع أصلا بخلاف الراهن اذا أتلف الرهن أو المولى اذا أتلف ملك عبده المأذون المدين حيث يجب عليهما الضمان وان كان المضمون ملكا لهما لان الضمان هناك لاجل حق الغير وهو المرتهن والغرماء فلم يكن الايجاب عليه لحقه قال رحمه الله (وان أفرخ طير أو باض أو تكنس ظبي في أرض رجل فهو لمن أخذه) لانه مباح سبقت يده اليه فكان أولى به لقوله عليه السلام الصيد لمن أخذه والبيض صيد ولهذا يجب على المحرم الجزاء بكسره وشيه قال الله تعالى ليبلونكم الله بشيء من الصيد تناله أيديكم ورماحكم أي البيض والفرخ وهذا اذا لم تكن أرضه مهيأة لذلك فان كانت مهيأة للاصطياد فهو له لان الحكم لا يضاف الى السبب الصالح الا بالقصد ألا ترى أن من نصب شبكة للجفاف فتعقل بها صيد أو حفر بئرا للماء فوقع فيه صيد لا يملكه ولا يجب عليه الجزاء ان كان محرما وان قصد به الاصطياد ملكه ووجب عليه الجزاء ان كان محرما وعلى هذا التفصيل لو دخل صيد داره أو وقع ما نثر من الدراهم في ثيابه بخلاف معسل النحل في أرضه حيث يملكه وان لم تكن أرضه معدة لذلك لانه من أنزال الارض حتى يملكه تبعا لها كالاشجار النابتة والتراب المجتمع فيها لجريان الماء وان لم تكن معدة ولهذا يجب في العسل العشر اذا

(قوله في المتن ما يبطل بالشرط الفاسد الخ) قال العيني أربعة عشر على ما ذكره الشيخ اه (قوله والاجارة والاجارة) كذا في المتن وشرح عليه العيني اه وكتب على قوله والاجارة ما نصه قال الشيخ قاسم في شرح النقاية وفي تعليقها أي الاجارة بالشرط اختلاف المشايخ أيضا قال صاحب المحيط اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا يجوز وان كان فيه تعليق وعليه الفتوى وهو قول أبي الليث وأبي بكر الاسكاف وقال الصغار لا يصح لانه تعليق التمليك بعوض وهو اختيار ظهير الدين اه قال في فتاوى قاضيخان في أول كتاب الاجارة رجل قال لغيره آجرتك داري هذه رأس الشهر كل شهر بكذا جاز في قولهم ولو قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار كل شهر بكذا قال الفقيه أبو الليث وأبو بكر الاسكاف يجوز ذلك وقال الفقيه الصفار لا يجوز لانه تعليق التمليك بعوض فلا يصح كما لو علقها بشرط آخر والذي يؤيد قوله ما ذكر في الجامع رجل حلف أن لا يحلف ثم قال لامرأته اذا جاء غد فأنت طالق كان حانثا في يمينه وهذا يؤيد قوله والذي يؤيد قول الفقيه أبي الليث ما ذكر في المنتقى رجل له خيار الشرط في البيع فقال أبطلت خياري غدا أو قال أبطلت اذا جاء غد كان ذلك جائزا قال وليس هذا كقوله ان لم أفعل كذا فقد أبطلت خياري فان هذا لا يصح لان هذا وقت يجيء لا محالة ولو آجر داره كل شهر بكذا ثم قال اذا جاء هذا الشهر فقد أبطلت الاجارة قال الفقيه أبو بكر البلخي كما يصح تعليق الاجارة لمجيء الشهر يصح تعليق فسخها لمجيء الشهر وغيره من الاوقات ومسئلة المنتقى تعليق ابطال الخيار يؤيد قوله وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله قال بعض أصحابنا رحمهم الله اضافة الفسخ الى الغد وغيره من الاوقات صحيح وتعليق الفسخ لمجيء الشهر وغير ذلك لا يصح والفتوى على قوله اه قلت وحاصل ما ذكره في شرح النقاية أن الفتوى على صحة تعليق الاجارة كما اذا قال اذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار بكذا واستفيد مما ذكره قاضيخان أن الفتوى على ان اضافة الفسخ الى الغد وغيره تصح وأن تعليق الفسخ بمجيء الشهر وغيره لا يصح اه (قوله وعزل الوكيل الخ) وأما تعليق الوكالة بالشرط فهل يجوز ينظر في الكنز قبيل كتاب المكاتب اه (قوله فيفسد بالشروط الفاسدة) قال العيني فاذا باع عبدا وشرط استخدامه شهرا أو باع دارا على أن يسكنها فالبيع فاسد كامر اه (قوله ولا يجوز تعليقه بالشرط الخ) لان تعليق التمليك لا يصح اه (قوله أو يلائمه) أي كالرهن والكفالة لانهما للوثيقة والتأكيد لجانب الاستيفاء والمطالبة لان استيفاء الثمن مقتضى العقد ومؤكده ملائم له اذا كان معلوما بان كان الرهن والكفالة معينين اه ذكره الشارح رحمه الله في باب البيع الفاسد اه (قوله لاهل الاستحقاق) وأهل الاستحقاق هو البائع والمشتري والمبيع الآدمي والاجنبي اه ذكره الشارح في البيع الفاسد اه (قوله والقسمة الخ) قال العيني بأن كان للميت دين على الناس فاقتسموا التركة من الدين والعين وشرطوا أن يكون الدين لاحدهم والعين للباقين فهذا فاسد وصورة تعليقها بالشرط بان اقتسموا الدار وشرطوا فيها رضا فلان فهذا فاسد أيضا لان القسمة فيها معنى المبادلة فصار كالبيع فيبطل بالشرط الفاسد اه (قوله والاجارة) قال العيني بان آجر دارا

أخذ من أرض العشر قال رحمه الله (ما يبطل بالشرط الفاسد ولا يصح تعليقه بالشرط البيع والقسمة والاجارة والاجازة والرجعة والصلح عن مال والابراء عن الدين وعزل الوكيل والاعتكاف والمزارعة والمعاملة والاقرار والوقف والتحكيم) والاصل فيه أن كل ما كان مبادلة مال بمال يبطل بالشروط الفاسدة لما روي انه عليه السلام نهى عن بيع وشرط وما كان مبادلة مال بغير مال أو كان من التبرعات لا يبطل بالشروط الفاسدة لان الشروط الفاسدة من باب الربا وهو يختص بالمعاوضة المالية دون غيرها من المعاوضات والتبرعات لان الربا هو الفضل الخالي عن العوض وحقيقة الشروط الفاسدة هي زيادة ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه فيكون فيه فضل خال عن العوض وهو الربا بعينه ولا يتصور ذلك في المعاوضات غير المالية كالنكاح والطلاق على مال والخلع ونحو ذلك ولا في التبرعات فيبطل الشرط ويصح تصرفه فيه ألا ترى أنه عليه السلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وأصل آخر ان التعليق بالشرط المحض لا يجوز في التمليكات لانه من باب القمار وانه منهي عنه وما هو من باب الاسقاط المحض الذي يحلف به يجوز تعليقه مطلقا وذلك مثل الطلاق والعتاق وما هو من باب الاطلاقات والولايات يجوز تعليقه بالشرط الملائم وكذا التحريضات قال عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه وأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم زيد بن حارثة في غزوة فقال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخاري فاذا عرفنا هذا جئنا الى ما ذكر في الكتاب فنقول البيع معاوضة مال بمال فيفسد بالشروط الفاسدة لما روينا ولا يجوز تعليقه بالشرط مطلقا ان كان الشرط بكلمة ان بان قال بعت منك ان كان كذا ويبطل البيع به سواء كان الشرط نافعا أو ضارا الا في صورة واحدة وهو أن يقول بعت منك هذا ان رضي فلان به فانه يجوز اذا وقته بثلاثة أيام لانه اشتراط الخيار للاجنبي وهو جائز على ما بيناه من قبل وان كان الشرط بكلمة على فان كان الشرط مما يقتضيه العقد أو يلائمه أو فيه أثر أو جرى التعامل به كما اذا شرط تسليم المبيع أو الثمن أو التأجيل أو الخيار لا يفسد البيع ويجوز الشرط وكذا اذا اشترى النعل على أن يحذوها البائع وان كان الشرط لا يقتضيه العقد ولا يلائمه ولا العادة جرت به فان كان في الشرط منفعة لاهل الاستحقاق فسد البيع والا فلا وقد بيناه من قبل والقسمة والاجارة تمليك أما الاجارة فظاهر لان فيها

تمليك المنفعة والاجرة والقسمة فيهامعنى المبادلة فصارا كالبيع والرجعة استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فلا يجوز تعليقه بالشرط كما لا يجوز تعليق ابتداء الملك به والصلح عن مال بمال معاوضة مال بمال على ما نذكر فى الصلح ان شاء الله تعالى فيكون بيعا والابراء عن الدين تمليك من وجه حتى يرتد بالرد وان كان فيه معنى الاسقاط فيكون معتبرا بالتمليكات فلا يجوز تعليقه بالشرط وعزل الوكيل والاعتكاف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط والمعاملة وهى المساقاة والمزارعة اجارة لان من يجيزهما لم يجزهما الا على اعتبار الاجارة فيكونان معاوضة مال بمال فيفسدان بالشروط الفاسدة ولا يجوز تعليقهما بالشرط لما ذكرنا والاقرار والوقف ليسا مما يحلف به فلا يجوز تعليقهما بالشرط وهذا لان الاقرار اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان كذبا لا يكون صدقا بفوات الشرط ولا بالعكس وانما التعليق فى الايجابات ليتبين انه ليس بايقاع قبل وجود الشرط بخلاف ما اذا علق الاقرار بموته أو بمجىء الوقت فانه يجوز ويحمل على انه فعل ذلك للاحتراز عن الجحود أو دعوى الاجل فيلزمه للحال على ما نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى والتحكيم لا يصح معلقا بخطر ولا مضافا الى زمان بأن قال المحكمان اذا أهل الشهر أو قالا لعبد أو كافر اذا أعتقت أو أسلمت فاحكم بيننا وهذا عند أبى يوسف رحمه الله وقال محمد يجوز تعليقه بشرط واضافته الى الزمان لانه ليس فيه الا تفويض وتولية فصار كالوكالة والامارة والقضاء ولابى يوسف رحمه الله أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى اذ لا يصار اليه الا بتراضيهما لقطع الخصومة بينهما فباعتبار انه صلح لا يصح تعليقه ولا اضافته وباعتبار أنه تولية يصح فلا يصح بالشك والاحتمال قال رحمه الله

بشرط أن يقرضه المستأجر أو يهدى اليه أو آجرتكها ان قدم زيد اه (١) وقوله والاجازة بالزاى بان باع الفضولى عبد فلان فقال أجزته بشرط أن يقرضنى أو يهدى الىّ أو علق اجازته بشرط بان قال أجزت البيع ان رضى فلان لان الاجازة بيع معنى (قوله والرجعة) قال العينى بان قال لمطلقته الرجعية راجعتك على أن تقرضينى كذا أو ان قدم زيد لانها استدامة الملك فيكون معتبرا بابتدائه فكما لا يجوز تعليق ابتدائه فكذا لا يجوز تعليقها أيضا اه وصورة أخرى لفساد الرجعة بالشرط الفاسد بان قال راجعتك ان انقضت عدتك فانها تفسد لانها لا تصح الا فى العدة اجماعا (قوله والصلح عن مال بمال) قال العينى بان قال صالحتك على أن تسكننى فى الدار سنة مثلا أو ان قدم زيد اه وكتب على قوله والصلح عن مال بمال ما نصه كقوله اذا جاء غد فقد راجعتك وكذا لا يجوز اضافتها بان يقول راجعتك غدا اه وكتب ما نصه صورة فساد الصلح عن مال بالشرط الفاسد بان ادعى على رجل مالا معلوما وأقر المدعى عليه أو أنكر فصالح المدعى عليه بشرط أن يقبل المدعى عبد المدعى عليه الآبق لاجل ما ادعى فقبل يكون الصلح فاسدا بناء على أن هذا شرط فاسد لكونه مخالفا لمقتضى العقد اذ الصلح عن مال بمال بيع فى حق المدعى مطلقا والقدرة على تسليم المبدل شرط جوازه ولا قدرة هنا فيكون الصلح فاسدا وتعليقه بالشرط بان قال صالحتك على كذا اذا جاء رأس الشهر وقبل الآخر فانه لا يجوز لانه فى معنى البيع اه (قوله والابراء عن الدين) قال العينى بان قال أبرأتك عن دينى على أن تخدمنى شهرا أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد الابراء عن الدين بالشرط الفاسد بان قال لمديونه أبرأت ذمتك عن دينى بشرط أن لى الخيار فى ردّ الابراء (١٣٢) فى أىّ وقت شئت وصورة تعليقه بالشرط بان قال لمديونه أو كفيله اذا أدّيت الىّ كذا أو متى أدّيت أو ان اديت الىّ خمسمائة فأنت برىء عن الباقى فهو باطل ولا يبرأ وان أدّى اليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لانه صرح بالتعليق فيبطل به اه (قوله وعزل الوكيل) قال العينى بان قال لوكيله عزلتك على أن تهدى لى شيأ أو ان قدم فلان اه فالوكالة باقية لفساد العزل (قوله والاعتكاف) قال العينى بان قال علىّ أن أعتكف ان شفى الله مريضى أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد الاعتكاف بالشرط الفاسد بان قال من عليه اعتكاف أيام نويت أن أعتكف عشرة أيام لله بشرط أن لا أصوم أو بشرط أن أباشر امرأتى فى اعتكافى أو أن أخرج فى أى وقت أشاء لحاجة وغيرها يكون الاعتكاف فاسدا لان هذا شرط فاسد وتعليقه بالشرط بان قال نويت أن أعتكف عشرة أيام ان شاء الله اه (قوله والمعاملة) قال العينى بان قال ساقيتك شجرى أو كرمى على أن تقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه وقيل صورة فساد المعاملة بالشرط بان وقتا فيها وقتا يعلم أنه لا تخرج الثمرة فيه فيفسد لفوات المقصود وهو الشركة فى الخارج اه (قوله والمزارعة) بان قال زارعتك أرضى على أن تقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه وقال بعضهم صورة فساد المزارعة بالشرط الفاسد بان عقد المزارعة وشرطا لاحدهما قفزانا مسماة أو شرطا أن يرفع صاحب البذر بذره ويكون الباقى بينهما نصفين فهى باطلة لانه عسى أن لا تخرج الارض الا هذا المقدار اه (قوله والاقرار) بأن قال لفلان علىّ كذا ان أقرضنى كذا أو ان قدم فلان اه عينى (قوله والوقف) بان قال أوقفت دارى ان قدم فلان أو أوقفت دارى عليك ان أخبرتنى بقدوم فلان اه ع (قوله والتحكيم) بان قالا حكمناك هذا ان كان كافرا أو محدودا فى قذف فلا يصح التحكيم لانهما جعلاه قاضيا بشرط عدم أهلية القضاء ﴿فرع﴾ يحفظ ولو قال كلما دخل نجم ولم تؤدّ فالمال حال صح والمال يصير حالا (وما) فى حيل شمس الائمة الحلوانى كذا فى الخلاصة فى الفصل الخامس من البيوع اه

---

(١) قول المحشى وقوله والاجازة بالزاى ليس فى نسخ الشارح التى بأيدينا تعرض للكلام على الاجازة بالزاى وهى ثابتة فى المتن اه مصححه

(قوله في المتن ومالا يبطل بالشرط الفاسد الخ) سبعة وعشرون شيأ على ماذكره اه عيني (قوله القرض) بان قال أقرضتك هذه المائة بشرط أن تخدمني شهرا مثلا اه عيني (قوله والهبة) بان قال وهبتك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي اه (قوله والصدقة) بان قال وهبتك هذه المائة على أن تخدمني جمعة اه ع أوتصدقت عليك بهذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي اه وكتب على قوله والصدقة ما نصه ليس في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله والنكاح) بان قال تزوجتك على أن لا يكون لك مهر يصح النكاح و يفسد الشرط ويجب مهر المثل أوقال رجل لآخر زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك بشرط أن يكون بضع كل منهما صداقا للاخرى فهذا شرط فاسد (قوله والطلاق) بأن قال طلقتك على أن لا تتزوجي غيري (قوله والخلع) بان قال خالعتك على أن يكون الخيار لي مدة سماها بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال (قوله والعتق) بان قال أعتقتك على أن يكون الخيار لي ثلاثة أيام أوعلى أن لا ولاء لي عليك اه (قوله والرهن) بان قال رهنت عندك هذا العبد بمائة درهم على أن لا يكون مضمونا عليك أوعلى أن لا تقبضه وقبل الآخر اه (قوله والايصاء) بان قال أوصيت اليك على أن تزوج ابنتي أوأوصى الى فلان وشرط أن لا يخرج من الوصاية وان خان وترك حفظ الامانة فالايصاء جائز والشرط باطل (قوله والوصية) قال العيني بان قال أوصيت لك بثلث مالي ان أجاز فلان اه أو بان قال أوصيت بخدمة عبدي هذا لفلان على أن لا يسلم العبد الى الموصى له ومات الموصي والعبد يخرج من الثلث يسلم للموصى له بالخدمة لان هذا شرط فاسد لمخالفته لمقتضى الوصية وهي لا تبطل به اه (قوله والشركة والمضاربة) بان قال شاركتك على أن تهديني كذا أوضاربتك في ألف على النصف في الربح ان شاء فلان أو ان قدم فلان قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في الشركة والمضاربة بان عقدا الشركة لاحدهما ألف وللآخر ألفان وشرطا الربح والوضيعة نصفين فالشرط فاسد والشركة صحيحة وعلى هذا اذا شرطا الوضيعة على المضارب بطل الشرط لا المضاربة (قوله والقضاء) بان قال الخليفة وليتك قضاء مكة مثلا على أن لا تعزل أبدا قاله العيني وقيل صورة ادخال الشرط الفاسد في القضاء بان قال القاضي لصاحب الحق أقضي لاجلك على زيد بشرط أن تحط من دينك كذا

(ومالا يبطل بالشرط الفاسد القرض والهبة والصدقة والنكاح والطلاق والخلع والعتق والرهن والايصاء والوصية والشركة والمضاربة والقضاء والامارة والكفالة والحوالة والوكالة والاقالة والكتابة واذن العبد في التجارة ودعوة الولد والصلح عن دم العمد والجراحة وعقد الذمة وتعليق الرد بالعيب أو بخيار الرؤية وعزل القاضي) هذه كلها لا تبطل بالشروط الفاسدة لما ذكرنا ان الشروط الفاسدة من باب الربا وانه يختص بالمبادلة المالية وهذه العقود ليست بمعاوضة مالية فلا يؤثر فيها الشروط الفاسدة ألا ترى أنه

أوتؤجله الى وقت كذا فهذا الشرط فاسد اه (قوله والامارة) قال العيني بان قال الخليفة وليتك إمارة الشام مثلا على أن تركب فهذا الشرط باطل ولا تبطل إمرته بهذا (قوله والكفالة) بان قال كفلت عن غريمك ان أقرضتني كذا اه (قوله والحوالة) بان قال أحلتك على فلان بشرط أن لا ترجع عند التوى (قوله والوكالة) بان قال وكلتك ان أبرأت ذمتي عمالك علي اه وكتب على قوله والوكالة ما نصه بان قال وكلتك بشرط أن لا أعزلك فالوكالة جائزة وله عزله متى شاء اه (قوله والاقالة) بان قال أقلتك عن هذا البيع ان أقرضتني كذا قاله العيني وقيل صورته بان أقال البائع مع المشتري البيع بشرط الزيادة على الثمن الاول فالاقالة صحيحة والشرط فاسد اه (قوله واذن العبد) بان قال لعبده أذنت لك في التجارة بشرط أن تتوقت الى سنة مثلا أوعلى أن تتجر في كذا فان اذنه يكون عاما في التجارات والاوقات الى أن يحجر المولى لان هذا شرط فاسد بناء على أن الاسقاطات لا تتوقت (قوله ودعوة الولد) بان ادعى نسب أحد التوأمين بشرط أن لا يكون نسب الآخر منه أوادعى نسب ولد بشرط أن لا يرث منه ثبت نسب كل واحد من التوأمين و يرث و بطل الشرط لانهما من ماء واحد فمن ضرورة ثبوت نسب أحدهما ثبوت نسب الآخر لما عرف وشرطه أن لا يرث شرط فاسد لمخالفته الشرع والنسب لا يفسد به كذا في بعض الشروح وقال العيني بان قال لامته التي ولدت منه هذا الولد مني ان رضيت امرأتي اه (قوله والصلح عن دم العمد) بان صالح ولي المقتول عمدا القاتل على شئ بشرط أن يقرضه أو يهدي اليه شيأ فان الصلح صحيح والشرط فاسد و يسقط الدم لانه من الاسقاطات فلا يحتمل الشرط اه (قوله والجراحة) بان شج رجلا موضحة خطأ فصالح بشرط أن يعطي الشاج زيادة عن ارش الموضحة أوكان عمدا فصالح على خمسمائة بشرط أن يقتص المشجوج بعد الشهر فالصلح جائز وشرط الزيادة في الاول والقصاص في الثاني بعد الشهر باطل لما يذكر في باب الجنايات (قوله وعقد الذمة) قال العيني بان قال الامام لحربي يطلب عقد الذمة ضربت عليك الجزية ان شاء فلان مثلا فان عقد الذمة صحيح والشرط باطل اه وكذلك لو شرط في عقد الذمة أن لا يعطوا الجزية بطريق الاهانة أوأن لا يظهروا الكستيج (قوله وتعليق الرد بالعيب) أي كقوله ان وجدت به عيبا أرده عليك ان شاء فلان اه عيني (قوله أو بخيار الشرط) بان قال من له خيار الشرط في البيع رددت البيع أو أسقطت خياري ان شاء فلان فانه يصح الرد و يبطل الشرط قاله العيني (قوله الرؤية) كذا بخط الشارح والثابت في المتون الشرط اه (قوله وعزل القاضي) بان قال الخليفة عزلتك عن القضاء ان شاء فلان فانه ينعزل و يبطل الشرط قاله العيني

عليه الصلاة والسلام آجاز العمرى وأبطل شرط المعمر وكذا أبطل شرط الولاء لغير المعتق بقوله صلى الله عليه وسلم لعائشة رضى الله عنها ابتاعى فأعتقى فانما الولاء لمن أعتق قاله لها حين أراد موالى بريرة أن يكون الولاء لهم بعدما أعتقتها لكن الكتابة انما لا تفسد بالشرط المفسد اذا كان الشرط غير داخل فى صلب العقد بان كاتبه على أن لا يخرج من البلد أو على أن لا يعامل فلانا أو على أن يعمل فى نوع من التجارة فان الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط فله أن يخرج من البلد ويعمل ماشاء من أنواع التجارة مع أى شخص شاء وأما اذا كان الشرط داخلا فى صلب العقد بان كان فى نفس البدل كالكتابة على خمر ونحوها فانها تفسد به وانما كانت كذلك لان الكتابة تشبه البيع من حيث ان العبد مال فى حق المولى وتشبه النكاح من حيث انه ليس بمال فى حق نفسه فعملنا بالشبهين فلشبهها بالبيع تفسد اذا كان المفسد فى صلب العقد ولشبهها بالنكاح لا تبطل بالشرط الزائد ومن هذا القسم أى من القسم الذى لا يبطل بالشروط الفاسدة الصلح عن جناية العمد والوديعة والعارية اذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة ذكره فى النهاية فى آخر كتاب الهبة ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها وما لا يصح تعليقه بالشرط ولم يذكر هنا ما يجوز تعليقه بالشرط ولا ما يجوز اضافته الى الزمان ولا ما لا يجوز اضافته اليه ونحن نذكر ذلك بتوفيق الله تعالى تكملة لما ذكره من الاقسام وتتميما للفائدة فى موضعه وانما تركه الشيخ هنا لانه ذكر بعضها فى آخر كتاب الاجارة فنقول أما الاول وهو ما يجوز تعليقه بالشرط فهو مختص بالاسقاطات المحضة التى يحلف بها كالطلاق والعتاق وبالالتزامات التى يحلف بها كالحج والصلاة أو التوليات كالقضاء والامارة على ما بينا وأما الثانى وهو ما يجوز اضافته الى ما يستقبل من الزمان فأربعة عشر الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكتابة والكفالة والوصية والايصاء والقضاء والامارة والطلاق والوقف لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع وهى لا يتصور وجودها فى الحال فتكون مضافة ضرورة وهو معنى قول أصحابنا الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما يجيء بيانه فى موضعه ان شاء الله تعالى وفسخ الاجارة معتبر بالاجارة فيجوز مضافا ألا ترى أن فسخ البيع وهو الاقالة معتبر به حتى لا يجوز تعليقه بالشرط ولا اضافته الى الزمان كالبيع والمزارعة والمعاملة اجارة ألا ترى أن من يجيزهما لا يجيزهما الا بطريقهما ويراعى فيهما شرائطها والمضاربة والوكالة من باب الاطلاقات ومن جملة الاسقاطات لان تصرف الوكيل قبل التوكيل فى مال الموكل كان موقوفا حقا للمالك فهو بالتوكيل أسقط ذلك فيكون اسقاطا فيقبل التعليق والكفالة من باب الالتزامات فتجوز اضافتها الى الزمان وتعليقها بالشرط الملائم على ما بينا فى الكفالة بخلاف الوكالة حيث يجوز تعليقها بالشرط المتعارف مطلقا لما ذكرنا والايصاء بالمال أو باقامة شخص مقام نفسه فى التصرف لا يكون الا مضافا لان حقيقتها تمليك بعد الموت أو توكيل بعد الموت فيجوز تعليقها واضافتها أما الايصاء الى شخص فلانه توكيل وقد بينا أنه يجوز تعليقه بالشرط وأما الوصية بالمال فلان لفظها ينبئ عن التمليك بعد الموت اذ لا يتصور أن تكون للحال الا مجازا والقضاء والامارة تولية وتفويض محض فجاز اضافته وتعليقه بالشرط وأما الثالث وهو ما لا تصح اضافته الى الزمان فتسعة البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال والابراء من الدين لان هذه الاشياء تمليكات فلا يجوز اضافتها الى الزمان كما لا يجوز تعليقها بالشرط لما فيه من معنى القمار والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ كتاب الصرف ﴾

قال رحمه الله (هو بيع بعض الاثمان ببعض) كالذهب والفضة اذا بيع أحدهما بالآخر أو بجنسه

(قوله ويبطل الشرط) أى لانه شرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على وجه الاستبداد وثبوت الاختصاص يخالفه فاذا بطل الشرط وصح العقد اهـ (قوله فانها تفسد به) أى على ما عرف فى موضعه اهـ (قوله الصلح عن جناية العمد) الذى فى خط الشارح الغصب بدل قوله العمد اهـ (قوله ثم الشيخ رحمه الله ذكر هنا) أى ثلاثة أقسام اهـ (قوله ولم يذكر هنا) أى ثلاثة أقسام أخرى اهـ (قوله فهو مختص بالاسقاطات المحضة) قال قاضيخان آخر كتاب الوكالة رجل قال لغيره اذا تزوجت فلانة فطلقها ثم تزوج فلانة فطلقها الوكيل طلقت لان الوكالة تحتمل التعليق والاضافة اهـ وهذا تعليق لا اضافة كما لا يخفى (قوله والكفالة) اعلم أنه لم يكن فى خط الشارح الكفالة والوصية مع أنه لا يتم العدد الا بذلك اهـ (قوله على ما بينه) الذى بخط الشارح على ما بينا (قوله الا مجازا) أى عن الوكالة اهـ (قوله فتسعة) كذا بخط الشارح والظاهر أنه فعشرة كذا بخط شيخنا الغزى رحمه الله وانما عدها الشارح تسعة نظرا الى أن البيع واجازته كشيء واحد اهـ

﴿ كتاب الصرف ﴾

وجه المناسبة مر فى أول باب السلم اهـ غاية قال فى المصباح صرفت المال أنفقته وصرفت الذهب بالدراهم بعته واسم الفاعل من هذا صيرفى وصيرف وصراف للمبالغة قال ابن فارس الصرف فضل الدرهم فى الجودة على الدرهم ومنه اشتقاق الصيرفى اهـ وقال فى المغرب صرف الدراهم باعها هذا بدراهم أو بدنانير وأصرفها اشتراها وللدرهم على الدرهم صرف فى الجودة والقيمة أى فضل وقيل لمن يعرف هذا الفضل ويميزه هذا الجودة

هذا

صراف وصيرف وصيرفى وأصله من الصرف النقل لان مافضل صرف على النقصان وانما سمى بيع الاثمان صرفا إما لان الغالب على عاقده طلب الفضل والزيادة أو لاختصاص هذا العقد بنقل كلا البدلين من يد الى يد فى مجلس العقد اهـ (قوله قاله الخليل) قال الخليل فى كتاب العين الصرف فضل الدرهم على الدرهم فى القيمة اهـ (قوله ومنه سمى التطوع الخ) قال الاتقانى رحمه الله وأما قوله سميت العبادة النافلة صرفا ففيه نظر لانه أورد الزمخشرى فى فائقه فى حديث النبى صلى الله عليه وسلم فى ذكر المدينة من أحدث فيها حدثا أو آوى محدثا فعليه لعنة الله الى يوم القيامة لا يقبل منه صرف ولا عدل فقال الصرف التوبة لانه صرف للنفس الى البر عن الفجور والعدل الفدية من المعادلة وقال صاحب الجمهرة قال بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة وقال قوم الصرف الوزن والعدل الكيل الى هنا لفظ الجمهرة اهـ ما قاله الاتقانى رحمه الله قوله من أحدث فيها حدثا قال الكمال والمراد من احداث الحدث فعل ما يوجب الحد اهـ وكتب على قوله ومنه سمى التطوع الخ ما نصه قال الكمال رحمه الله بعد أن أورد اعتراض الاتقانى على صاحب الهداية فى تفسير الصرف بالنافلة والجواب ان أهل اللغة اختلفوا فى ذلك فقد ذكر فى الجمهرة عن بعض أهل اللغة الصرف الفريضة والعدل النافلة

هذا فى الشرع وفى اللغة له تفسيران أحدهما الفضل قاله الخليل ومنه سمى التطوع من العبادات صرفا لانه زيادة على الفرائض قال عليه الصلاة والسلام من انتمى الى غير أبيه لا يقبل الله منه صرفا ولا عدلا أى لا نفلا ولا فرضا وسمى هذا البيع به لانه لا ينتفع بعينه ولا يطلب منه الا الزيادة والثانى النقل والرد قال الله تعالى ثم انصرفوا صرف الله قلوبهم وسمى به على هذا الاعتبار للحاجة الى النقل فى بدليه من يد الى يد قبل الافتراق قال رحمه الله (فلو تجانسا شرط التماثل والتقابض وان اختلفا جودة وصياغة وإلا شرط التقابض) يعنى اذا بيع جنس الاثمان بجنسه كالذهب بالذهب أو الفضة بالفضة يشترط فيه التساوى والتقابض قبل الافتراق ولا يجوز التفاضل فيه وان اختلفا فى الجودة والصياغة وان لم يكونا من جنس واحد بان باع الذهب بالفضة يشترط التقابض فيه ولا يشترط التساوى لحديث عبادة بن الصامت أنه عليه الصلاة والسلام قال الذهب بالذهب والفضة بالفضة الى أن قال مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد فاذا اختلفت هذه الاصناف فبيعوا كيف شئتم اذا كان يدا بيد رواه مسلم وأحمد وغيرهما وقال عمر رضى الله عنه الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل الى أن قال وان استنظرك الى أن يدخل بيته فلا تنظره ولانه لا بد من قبض أحدهما قبل الافتراق كيلا يكون افتراقا عن دين بدين ولا بد من قبض الآخر لعدم الاولوية تحقيقا للمساواة بينهما لان النقد خير من النسيئة لانها على عرض التوى دونه ولا فرق فى ذلك بين أن يكونا مما يتعين بالتعيين كالمصوغ والتبر أو لا يتعينان كالمضروب أو يتعين أحدهما دون الآخر لاطلاق ما روينا ولانه ان كان مما يتعين بالتعيين ففيه شبهة عدم التعيين لكونه من جنس الاثمان خلقة ثم اختلفوا فى القبض هل هو شرط صحة العقد أو شرط البقاء على الصحة فقيل هو شرط الصحة فعلى هذا ينبغى أن يشترط القبض مقرونا بالعقد الا أن حالهما قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيرا فاذا وجد القبض فيه يجعل كأنه وجد حالة العقد فيصح وقيل هو شرط البقاء على الصحة فلا يحتاج الى هذا التقدير والشرط أن يقبضا قبل الافتراق بالابدان حتى لو ناما

وفى الغريبين عن بعضهم الصرف النافلة والعدل الفريضة كما ذكر المصنف ولا اعتراض عليه مع أنه الانسب اهـ (قوله من انتمى الى غير أبيه) الذى فى خط الشارح من انتمى الى غير الله (قوله ولا عدلا) المراد بالعدل الفرض الذى هو مستحق عليه ولا شك فى (١) (قوله لانه لا ينتفع بعينه) أى لا ينتفع بعين الذهب والورق وانما ينتفع بغيرهما مما يقابلهما من نحو الخبز واللحم والثوب فى دفع الجوع والعطش ودفع الحر والبرد وغير ذلك اهـ اتقانى (قوله وقال عمر رضى الله عنه الذهب بالذهب الخ) روى محمد فى كتاب الصرف قال حدثنا عبيد الله بن عمر وعن نافع عن عبد الله بن عمر بن الخطاب عن عمر أنه قال الذهب بالذهب مثل بمثل والورق بالورق مثل بمثل لا تفضلوا بعضها على بعض لا يباع منها غائب بناجز فانى أخاف الرماء وان استنظرك الى أن يدخل بيته فلا تنظره والرماء بالمد بمعنى الربا وقال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وعن ابن عمر أنه قال ان وثب من سطح فثب معه اهـ اتقانى (قوله لعدم الاولوية) أى لان أحد العوضين ليس بأولى من الآخر فى القبض لان خلقة الذهب والفضة للثمنية وان كانا مما يتعينان كالتبر والمصوغ اهـ اتقانى (قوله خلقة) أخرج ما هو ثمن بالاصطلاح كالفلوس قال البزازى ولو اشترى مائة فلس بدرهم يكفى التقابض من أحد الجانبين اهـ (قوله حتى لو ناما الخ) قال فى الاختيار ولو ناما جالسين لم يكن فرقة ولو ناما مضطجعين كان فرقة ولا يجوز خيار الشرط لانه ينفى استحقاق القبض ولا الاجل لانه يفوت القبض الذى هو شرط الصحة فان اسقطاهما قبل التفرق جاز خلافا لزفر اهـ قال الكمال رحمه الله ولتعلق الصحة بعدم الافتراق لا يبطل لو ناما فى المجلس قبل الافتراق أو أغمى عليهما أو طال قعودهما وعن محمد رحمه الله جعل الصرف كخيار المخيرة يبطل بدليل الاعراض كالقيام من المجلس حتى لو ناما أو أحدهما فهو فرقة ولو ناما جالسين فلا وعنه القعود الطويل فرقة دون القصير ولو كان لرجل على آخر ألف

(١) هكذا بياض بأصله

أو أغمى عليهما في المجلس ثم تقابضا قبل الافتراق صح بخلاف خيار المخيرة لانه يبطل بالاعراض أو بما يدل عليه قال رحمه الله (فلو باع الذهب بالفضة مجازفة صح ان تقابضا في المجلس) لان المستحق هو القبض قبل الافتراق دون التسوية لما رويناه فلا يضرا الجزاف وان افترقا قبل قبضهما أو قبل قبض أحدهما بطل لفوات الشرط وهو القبض ولهذا لا يصح فيه شرط الخيار والاجل لان الخيار يمنع استحقاق القبض مادام الخيار باقيا لان استحقاقه مبنى على الملك والخيار يمنعه وبالاجل يفوت القبض المستحق بالعقد شرعا الا اذا أسقط الخيار أو الاجل في المجلس فيعود صحيحا لزوال المفسد قبل تقرره ولو باع الفضة أو الذهب بجنسه مجازفة ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح وبعده لا يصح وقال زفر يصح لان التساوى حق الشرع وقد وجد حالة العقد قلنا التسوية شرط واجب علينا فيجب تحصيله بفعلنا أما وجوده في علم الله تعالى لا يصلح شرطا للجواز لان الاحكام تنبنى على فعل العباد تحقيقا لمعنى الابتلاء قال رحمه الله (ولا يجوز التصرف في ثمن الصرف قبل قبضه فان باع دينارا بدراهم واشترى بها ثوبا فسد بيع الثوب) لان في تجويزه فوات القبض المستحق بالعقد ولا يقال ينبغى أن يجوز العقد في الثوب كما نقل عن زفر اذ النقود لا تتعين في العقود والفسوخ دينا كانت أو عينا ألا ترى أنه لو أسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم حتى اذا أسلم اليه رب السلم قدر الدين قبل الافتراق تم السلم ولو تعين لما صح لكونه كالشابكالى لانا نقول هو كذلك لا يتعين لكن المانع اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد لان تعيين الدين يكون اشتراطا على من عليه الدين بأن يوفيه وهو شرط مفسد كما اذا اشترى شيأ على أن يكون الثمن على غيره ألا ترى انه لو كان له دين على شخص فاشترى به شيأ من غير من عليه الدين لا يجوز لهذا المعنى أو نقول كل واحد من بدلى الصرف مبيع فلا يجوز التصرف فيه قبل قبضه هذا إذا لم يكن متعينا بالتعيين كالمضروب وأما اذا كان مما يتعين كالمصوغ والتبر فانه لا يجوز بالاتفاق لانه يكون بيع المبيع قبل القبض وهو لا يجوز على ما بينا من قبل قال رحمه الله (ولو باع أمة مع طوق قيمة كل ألف بألفين ونقد من الثمن ألفا فهو ثمن الطوق وإن اشتراها بألفين ألف نقد وألف نسيئة فالالف ثمن الطوق)

درهم وللآخر عليه مائة دينار فأرسل رسولا يقول له بعتك الدراهم التى لى عليك بالدنانير التى لك على فقال قبلت كان باطلا وكذا لو نادى أحدهما صاحبه من وراء جدار أو من بعيد لانهما مفترقان وعن محمد لو قال الاب اشهدوا أنى اشتريت هذا الدينار من ابنى الصغير بعشرة وقام قبل نقدها بطل هذا ويجوز الرهن ببدل الصرف والحوالة به كما في رأس مال السلم اه فتح وكتب على قوله حتى لو ناما ما نصه قال في شرح الطحاوى ثم وجود التقابض في مجلس العقد ليس بشرط لصحة الصرف ولكن وجود التقابض قبل التفرق بالابدان شرط حتى انهما لو تعاقدا ولم يتقابضا حتى مشيا ميلا أو أكثر فلم يفارق أحدهما صاحبه ولا غاب عنه ثم تقابضا وافترقا جاز الصرف وكذلك الحكم في تسليم رأس المال في باب السلم يعنى أن قبض رأس المال قبل التفرق بالابدان شرط وقال شمس الائمة البيهقى في كفايته والافتراق المعتبر الافتراق بالابدان دون المكان حتى لو قاما فذهبا معا أو ناما في المجلس أو أغمى عليهما أو طال قعودهما لا يبطل لما مران الدراهم والدنانير لا يتعينان اه اتقانى (قوله بخلاف خيار المخيرة) يعنى أن الصرف لا يبطل بذهاب العاقدين معا وخيار المخيرة يبطل وان مشت مع زوجها لان اشتغالها بالمشى دليل (١٣٦) الاعراض عما جعل اليها فيبطل خيارها ان لم تفارق الزوج اه اتقانى (قوله ثم علما تساويهما قبل الافتراق صح) قال الاتقانى فأما اذا وزنا في المجلس فوجدا سواء فكان القياس أن لا يجوز لان العقد وقع على فساد فلا يصح بعد ذلك وفى الاستحسان يجوز لان ساعات المجلس جعلت كساعة واحدة دفعا للعسر وتحقيقا لليسر فكان العلم بالمماثلة في المجلس كالعلم بها في حال العقد اه وكتب على قوله صح ما نصه وعن أبى حنيفة لا يجوز اه كمال (قوله فسد بيع الثوب) أى وثمن الصرف على حاله يقبضه منه ويتم العقد الاول اه غاية وكتب على قوله فسد بيع الثوب ما نصه ولا يبرأ بائعه عن بدل الصرف اه (قوله كما نقل عن زفر) أى ولا يبرأ بائعه عن الصرف عنده أيضا اه ذخيرة (قوله فهو ثمن الطوق) قال الكمال رحمه الله و بين الفساد بترك القبض يعنى والفساد بالاجل فرق على قول أبى حنيفة في مسئلة وهى ما اذا باع جارية في عنقها طوق فضة زنته مائة بألف درهم حتى انصرف للطوق مائة من ألف فيصير صرفا فيه وتسعمائة للجارية بيعا فانه لو فسد بترك القبض بطل في الطوق و بيع الجارية بتسعمائة صحيح ولو فسد بالاجل بأن باعها بألف درهم الى أجل فسد فيهما عنده خلافا لهما فانهما قالا لا يفسد في الجارية وفرق ان في الاول انعقد صحيحا ثم طرأ المفسد فيخص محله وهو الصرف وفى الثانى انعقد أولا على الفساد فشاع وهذا على الصحيح من ان القبض شرط البقاء على الصحة وفى الكامل لو أسقط الاجل من له الاجل دون الآخر صح في المشهور وليس في الدراهم والدنانير خيار رؤية لان العقد لا ينفسخ بردها لانه انما وقع على مثلها بخلاف التبر والحلى والاوانى من الذهب لانه ينتقض العقد برده لتعينه فيه ولو وجد أحدهما أو كلاهما دون الافتراق ما قبض زيفا أو ستوقا فحكمه في جميع أبوابه من الاستبدال والبطلان كرأس مال السلم اه (قوله فالالف) كذا هو بخط الشارح رحمه الله والذى بأيدينا من نسخ المتن فالنقد اه

يعنى لو باع أمة فى عنقها طوق فضة وزنه ألف مثقال مع الطوق وقيمتها ألف بألفى مثقال ونقد منه ألفا كان المنقود ثمن الطوق وان اشتراها بألف نسيئة وبألف حالة كان الحال ثمن الطوق وفى عبارة الشيخ تسامح فانه قال قيمة كل ألف أى قيمة كل واحد من الجارية والطوق ألف درهم ولا يعتبر فى الطوق القيمة وانما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية لان قدر الطوق صار مقابلا بالطوق والباقى بالجارية قل قيمتها أو كثرت تحريا للجواز فلا فائدة فى بيان قيمتها ولا فى بيان قيمة الطوق إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق بأن كان فضة والثمن ذهب أو بالعكس فحينئذ يفيد بيان قيمتهما لان الثمن ينقسم عليهما على قدر قيمتهما وكذا المراد فى قوله فالالف ثمن الطوق أى الالف الحال ثمن الطوق وانما كان كذلك لان حصة الطوق يجب قبضه فى المجلس لكونه بدل الصرف والظاهر منهما الاتيان بالواجب لان دينهما وعقلهما يمنعهما من مباشرة ما لا يجوز شرعا فيصرف المتأخر إلى الجارية والمقبوض والحال الى الطوق لاحسان الظن بالمسلم ولو كان كل الثمن مؤجلا فسد البيع فى الجميع عند أبى حنيفة وقالا يفسد فى الطوق دون الجارية لان القبض ليس بشرط فى حصتها فيتقدر الفساد بقدر المفسد على ما بينا ولابى حنيفة رحمه الله أن الفساد مقارن فيتعدى إلى الجميع كما لو جمع بين حر وعبد فى البيع بخلاف الفساد فى المسئلة الاولى فانه طارئ فلا يتعدى إلى غيره كما إذا اشترى عبدين فهلك أحدهما قبل القبض أو استحق بعده قال (وإن باع سيفا حليته خمسون بمائة ونقد خمسين فهو حصتها وإن لم يبين أو قال من ثمنهما) يعنى يكون المنقود حصة الحلية وإن لم يبين أنه حصتها أو قال خذ هذا من ثمنهما أما إذا لم يبين فلما ذكرنا أن أمرهما يحمل على الصلاح وأما إذا قال خذ هذا من ثمنهما فلان التثنية قد يراد بها الواحد منهما قال الله تعالى نسيا حوتهما والناسى أحدهما وقال تعالى يخرج منهما اللؤلؤ والمرجان والمراد أحدهما وقال عليه الصلاة والسلام إذا سافرتما فأذنا وأقيما والمراد أحدهما فيحمل عليه لظاهر حالهما بالاسلام ولهذا إذا قال لامرأتيه إذا حضتما حيضة أو ولدتما ولدا فأنتما طالقتان فولدت أو حاضت إحداهما طلقتا لانه يراد به إحداهما لاستحالة اجتماعهما فى ولد واحد أو حيضة واحدة بخلاف ما إذا قال إن حضتما أو ولدتما فأنتما طالقتان حيث يعتبر وجوده منهما للامكان وعلى هذا لو قال خذ هذا نصفه من ثمن الحلية ونصفه من ثمن السيف لا يبطل أيضا ويجعل المقبوض من ثمن الحلية لانه لو قال بأن الكل ثمن السيف يكون المقبوض ثمن الحلية لان السيف مع الحلية شئ واحد فيجعل المنقود عوضا منه ولان مراده أن يسلم له كل الثمن ولا يسلم له الا بهذا الطريق قال (ولو افترقا بلا قبض صح فى السيف دونها إن تخلص بلا ضرر والا بطلا) يعنى بطل العقد فيهما لان حصة الصرف يجب قبضه قبل الافتراق وإذا لم يقبض حتى افترقا بطل فيه لفقد شرطه وكذا فى السيف ان كان لا يتخلص الا بضرر لتعذر تسليمه بدون الضرر فصار كبيع جذع من سقف وان كان يتخلص بدونه جاز للقدرة على التسليم فصار نظير بيع الجارية مع الطوق وذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط فقال لو قال خذ هذه الخمسين من ثمن السيف خاصة وقال الآخر نعم أو قال لا وتفرقا على ذلك انتقض البيع فى الحلية لان الترجيح بالاستحقاق عند المساواة فى العقد والاضافة ولا مساواة بعد تصريح الدافع فيكون المدفوع من ثمن السيف خاصة والقول فى ذلك قوله لانه هو المملك فيكون أعرف بجهته قال الراجى عفو ربه ينبغى أن تكون هذه المسئلة كالمسئلة المتقدمة من أنه ينصرف الى الحلية على ما بينا ومن انه على التفصيل المتقدم يعنى ان كانت الحلية تتخلص بغير ضرر صح فى السيف خاصة والا فيبطل فى الكل لما بينا وفى المحيط لو قال هذا من ثمن النصل خاصة ينظر ان لم يمكن التمييز الا بضرر يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعا لانه قصد صحة البيع ولا صحة له الا بصرف المنقود الى الصرف فحكمنا بجوازه تصحيحا للبيع وان أمكن تمييزها بغير ضرر بطل الصرف لانه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع ويجوز البيع بدون جواز الصرف

(قوله فيتقدر الفساد بقدر المفسد) أى كما فى المسئلة الاولى وهى ما اذا باعهما بألفين ونقد من الثمن ألفا وقال هى من ثمن الجارية اه (قوله بخلاف الفساد فى المسئلة الاولى) أى وهى ما اذا اشتراها بألف نسيئة وألف حالة وتفرقا قبل قبض الالف حيث لا يتعدى الفساد اه (قوله فنسيا) كذا بخط الشارح والتلاوة بدون الفاء اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام) أى لمالك بن الحويرث وابن عم له (قوله يكون المقبوض ثمن الحلية) أى اذا كانت لا تتخلص من السيف الا بضرر كما سيأتى آنفا فى كلامه وكلام المحيط اه (قوله لتعذر تسليمه بدون الضرر) أى ولهذا لا يجوز افراده بالبيع كما مر فى جزع من سقف اه كمال

فعلى هذا ماذكره فى المبسوط محمول على ما اذا كانت الحلية تتخلص من غير ضرر توفيقا بينه وبين ماذكر فى المحيط هذا اذا علم أن الفضة التى هى الثمن أكثر مما فى الطوق والحلية وان علم أنها مثله أو أقل منه لا يجوز للربا وان كان مجهولا لا يجوز وقال زفر يجوز لان الاصل هو الجواز والمفسد هو الفضل الخالى عن العوض فما لم يعلم يكون العقد محكوما بجوازه وجه الاول ان العلم بالمساواة عند العقد شرط لصحة البيع وهذا لانه يتصور أن يكون أقل منه أو مثله أو أكثر فجهة الفساد من وجهين فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة قال (ولو باع اناء فضة وقبض بعض ثمنه وافترقا صح فيما قبض والاناء مشترك بينهما) يعنى اذا باعه بفضة أو ذهب لانه صرف وهو يبطل بالافتراق قبل القبض فيتقدر الفساد بقدر ما لم يقبض ولا يشيع لانه طارئ ولا يكون هذا تفريق الصفقة أيضا لان التفريق من جهة الشرع باشتراط القبض لا من جهة العاقد ولا يثبت للمشترى خيار العيب أيضا بالشركة لان الشركة حصلت من جهته وهو عدم النقد قبل الافتراق بخلاف ما اذا هلك أحد العبدين قبل القبض حيث يثبت له الخيار فى أخذ الباقى لانه لم يوجد منه الصنع وبخلاف ما اذا استحق بعض الاناء على ما يجىء قال (وان استحق بعض الاناء أخذ المشترى ما بقى بقسطه أو رده) لان الشركة فى الاناء عيب لان التشقيص يضره وهذا العيب كان موجودا عند البيع مقارنا له بخلاف المسئلة الاولى وهى ما اذا اشترى اناء فضة وافترقا وقد بقى عليه بعض الثمن حيث لا يرد لان التفريط جاء من جهة المشترى على ما بينا قال (ولو باع قطعة نقرة فاستحق بعضها أخذ ما بقى بقسطه بلا خيار) لان الشركة فيها ليست بعيب اذ التشقيص لا يضرها بخلاف الاناء لكن ان استحق قبل القبض بعضه يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه كما اذا اشترى عبدين فاستحق أحدهما قبل القبض أو هلك يثبت له الخيار لتفرق الصفقة عليه قبل التمام لا من قبله بخلاف ما اذا استحق بعد القبض لان الصفقة قد تمت بالقبض قال (وصح بيع درهمين ودينار بدرهم ودينارين وكر بر وشعير بضعفهما) أى بان يبيعهما بكرى بر وكرى شعير وانما جاز لانه يجعل كل جنس مقابلا بخلاف جنسه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يصح هذا العقد أصلا لان مقابلة الجملة بالجملة تقتضى الانقسام على الشيوع لا على التعيين ففى حمله على خلاف الجنس تغيير له فلا يجوز وان كان فيه تصحيح التصرف لان تغيير التصرف لا يجوز لتصحيح التصرف فصار كما اذا اشترى قلبا بعشرة وثوبا بعشرة ثم باعهما مرابحة بخمسة وعشرين لا يصح وان أمكن تصحيحه بصرف كل الربح الى الثوب وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة لا يصح فى المشترى بألف لانه اشترى ما باع بأقل مما باع وان أمكن تصحيحه بصرف الالف الى المشترى وكذا لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما لا يصح للتنكير وان أمكن تصحيحه بصرفه الى عبده وكذا لو باع درهما وثوبا بدرهم وثوب ثم تفرقا قبل القبض بطل العقد فى الدرهمين لانه صرف فيهما وان أمكن تصحيحه بصرف كل درهم من جانب الى الثوب من الجانب الآخر ولنا ان فى صرف الجنس الى خلافه تصحيح العقد والى جنسه فساده ولا معارضة بين الفاسد والصحيح لان الصحيح مشروع بأصله ووصفه والفاسد بأصله دون وصفه ولان العقد يقتضى مطلق المقابلة من غير أن يتعرض لقيد لا لمقابلة الكل بالكل بطريق الشيوع ولا لمقابلة الفرد من جنسه ولا من خلاف جنسه لما عرف ان المطلق غير متعرض للقيد ولكن مع هذا عند الوجود لا يوجد الا مقيدا لتعذر وجود ذات بدون صفة وان كان اللفظ غير متعرض للصفة بل للذات فقط على ما عرف فى موضعه فيحمل على المقيد المصحح عند تعذر العمل بالاطلاق ألا ترى انه لو قال عند المقابلة على أن يكون الجنس بخلاف الجنس صح ولو كان منافيا له لما صح فكان حمله على المقيد المصحح أولى من حمله على المقيد المفسد وهو مقابلة الكل بالكل شائعا طلبا للصحة ألا ترى ان الكلام أصله أن يكون مستعملا فى حقيقته ثم اذا تعذرت الحقيقة حمل على المجاز الممكن اذا كان لا يصح الا بالحمل عليه وان كان تغيير فهو

(قوله فجهة الفساد من وجهين) أى اذا كانا سواء أو كان وزن الفضة المفردة أقل وجهة الصحة من وجه وهو أن يكون وزن الفضة المفردة أكثر اهـ (قوله فترجحت من وجهين بالكثرة والحرمة) أى وكذا اذا اختلف التجار فى قدرها فالبيع باطل اهـ غاية (قوله لانه طارئ) أى بعد صحة العقد فى الكل بناء على ما هو المختار من ان التقابض قبل الافتراق شرط البقاء على الصحة لا شرط الانعقاد على وجه الصحة فيصح ثم يبطل بالافتراق فلا يشيع ولا يتخير واحد من المتعاقدين لان عيب الشركة جاء بفعلهما وهو الافتراق بلا قبض اهـ كمال رحمه الله (قوله فصار كما اذا اشترى قلبا) أى من الفضة وزنه عشرة دراهم اهـ غاية (قوله وثوبا) أى قيمته عشرة دراهم اهـ غاية (قوله بصرف الالف الى المشترى) أى والباقى الى العبد الآخر اهـ (قوله بطل) الذى فى الهداية فسد اهـ

(قوله ونصفه بغير المقبوض) قال فى الاشارات الكلام من حيث التحقيق راجع الى أن العقد شرع جائزا والفساد انما يكون بعقد ومعارض وههنا متى حكمنا بالفساد مع امكان حمل اللفظ على وجه الصحة فقد أثبتنا أمرا عارضا مفسدا لم يأت هو به ولم يعين فلا يجوز على أنا نقول اذا أريد بهذه المقابلة مقابلة الجنس بخلاف الجنس لا يتغير أصل المقابلة بل يتغير وصفها من اطلاق الى تقييد وكل مطلق يجوز أن يراد بالمقيد ولهذا صح التفسير كما قلنا وقد أريد المقيد هنا بدلالة حال التصرف فكان هذا تصحيح التصرف على الوجه الذى قصده المباشر لا على خلافه اه اتقانى رحمه الله (قوله فانه ينصرف الى نصيبه) أى وهو النصف الشائع بين النصيبين اه (قوله بخلاف مسئلة المرابحة فانه) أى لو صرف كل الربح الى الثوب لا يبقى بيع الثوب والقلب جميعا مرابحة لانه حينئذ يكون بيع الثوب مرابحة وبيع القلب تولية والعاقد قصد بيعهما مرابحة فيلزم تغيير تصرفه أصلا بخلاف ما نحن فيه اه غاية (قوله وفى الثانية الخ) أراد بها قوله فيما سبق وكذا لو اشترى عبدا بألف ثم باعه قبل نقد الثمن من البائع مع عبد آخر بألف وخمسمائة اه (قوله غير متعين) أى فيبقى الثمن مجهولا فيفسد العقد وهذا لانا لو صرفنا خمسمائة أو أقل من ذلك بدرهم أو درهمين أو ثلاثة ونحو ذلك الى العبد الآخر لا يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن بخلاف ما نحن فيه فان طريق التصحيح متعين وهو صرف الجنس الى خلاف الجنس اه غاية (قوله والثالثة) أى وهى ما لو جمع بين عبده وعبد غيره وقال بعتك أحدهما اه (قوله وفى الرابعة) أى وهى ما اذا باع درهما وثوبا بدرهم وثوب وافترقا من غير قبض اه (قوله بدونه) أى بدون الصرف الى الجنس اه (قوله لا غير) أى لان القسمة انما تطلب لتصحيح أحكام العقد ولا تحصل احكامه الا مع صحته فلم يجز أن يقسم قسمة تبطل العقد اه (قوله وقيل هو ما يرده بيت المال) يعنى يرد بيت المال الغلة لا لزيافتها بل لكونها قطعا اه غاية (ولا تنافى الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال قوله الغلة ما يرده بيت المال ينافى قوله درهم صحيح لان الذى يرده بيت المال زيوف فلا يقال لضده صحيح بل يقال جياد فأجاب بما ذكر ويؤيد ما ذكره فى الايضاح يكره أن يرده غلة ليرد عليه صحيحا فافهم ان الغلة هى المقطعة والله أعلم (قوله فى المتن ودينار بعشرة الخ) اعلم ان ههنا ثلاثة فصول الاول ما اذا باع الدينار بعشرة مطلقة والثانى أن يضيف الى الدين بأن يبيع

تغيير للوصف لا تغيير لاصل المقابلة اذ هى موجودة لان أصل المقابلة فيه افادة الملك فى الكل بمقابلة الكل وذلك لم يتغير والدليل على انه يحمل عليه عند التعذر طلبا للصحة انه لو باع الجنس بالجنس بأن باع دينارين بدينارين مثلا فقبض كل واحد منهما دينارا ثم افترقا صح البيع فى المقبوض كله ولو كان كما قاله لما صح الا فى نصف كل واحد من المقبوضين لان مقابلة الشيوع تقتضى أن يكون نصفه مقابلا بالمقبوض ونصفه بغير المقبوض فتبطل حصة غير المقبوض وكذا لو باع درهما بدرهمين يبطل العقد لان الدرهم يقابل الدرهم والدرهم الآخر يبقى فضلا فلذلك لم يجز فصار كما لو باع نصف عبد مشترك بينه وبين غيره فانه ينصرف الى نصيبه تصحيحا للعقد وكذا لو باع عبدا بألف درهم وفى البلد نقود مختلفة فانه ينصرف الى المتعارف لما قلنا بخلاف مسئلة المرابحة فانه يصير تولية فى القلب بصرف كل الربح الى الثوب والتولية تضاد المرابحة فكان ابطالا له أصلا وفى الثانية طريق التصحيح غير متعين لانه كما يمكن تصحيحه بصرف الالف الى العبد المشترى يمكن تصحيحه أيضا بصرف الالف ومائة اليه أو الالف ومائتين الى غير ذلك من الصور وفى هذا نظر فان الطرق متعددة فى مسئلة الكتاب أيضا فانه يجوز أن يصرف الدينار الى الدينار والدرهم الى الدرهم والدينار الى الدرهم كما يجوز أن يصرف الدرهمين الى الدينارين والدرهم الى الدينار وجوابه انه أقل تغييرا فكان أولى والثالثة أضيف البيع الى المنكر فلا ينصرف الى المعين للتضاد بينهما اذ المنكر ليس بمحل للبيع وفى الرابعة يقع العقد صحيحا سواء كان الجنس مقابلا بالجنس أو بخلافه والفساد بعد الصحة عارض بالفراق لا عن قبض اذ القبض شرط البقاء على الصحة وصرف الجنس الى خلافه شرط لتصحيح العقد ابتداء وهو صحيح بدونه فلا حاجة الى الصرف الى الجنس لان الفساد بعده موهوم لاحتمال عدم التقابض وفى الابتداء متحقق فلا بد من الصرف الى الجنس لينعقد صحيحا ثم الاصل فى هذا الباب ان أحد البدلين يجب قسمته على البدل الآخر وتظهر فائدته فى الرد بالعيب والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ووجوب الشفعة فيما يجب فيه الشفعة ثم ان كان العقد مما لا ربا فيه فان كان لا يتفاوت آحاده فالقسمة على الاجزاء وان كان تتفاوت فالقسمة على القيمة وان كان مما فيه الربا تجب قسمته على الوجه الذى يصح فيه العقد لا غير قال (واحد عشر درهما بعشرة دراهم ودينار) يعنى يجوز فتكون العشرة بمثلها والدينار بالدرهم تصحيحا للعقد على ما بينا قال (ودرهم صحيح ودرهمين غلة بدرهمين صحيحين ودرهم غلة) يعنى يجوز بيعهما لانهما جنس واحد فيعتبر التساوى فى القدر دون الوصف والغلة هى الدراهم المقطعة وقيل هو ما يرده بيت المال وتأخذه التجار ولا تنافى لاحتمال ان تكون هى المقطعة قال (ودينار بعشرة عليه أو بعشرة مطلقة ودفع

الدينار بالعشرة التي عليه والثالث نبيعه دينارا بعشرة ثم يحدث لمشترى الدينار عشرة على بائع الدينار بأن باع منه ثوبا بعشرة فيتقاصان والاول والثانى مذكوران في المتن والثالث سيذكره الشارح رحمه الله انتهى (قوله اما اذا قابل الدينار بالعشرة الى آخره) قال الاتقانى رحمه الله أما اذا أضاف الى الدين صح بالاجماع وتسقط العشرة عن ذمة من هى عليه لانه ملكها بدلا عن الدينار غاية ما فى الباب انه هذا عقد صرف وفى الصرف يشترط قبض أحد العوضين احترازا عن الكالئ بالكالئ ويشترط قبض الآخر احترازا عن الربا وذلك لان بقبض أحد البدلين حصل الامن من خطر الهلاك فلو لم ينقد الآخر يكون فيه خطر الهلاك لان الدين فى معنى التاوى فيلزم الربا وهذا المعنى معدوم فيما نحن فيه لان الدينار نقد وبدله وهو العشرة سقطت عن بائع الدينار حيث سلمت له فلم يبق خطر الهلاك وتحقيقه أن تعين البدل الآخر انما كان احترازا عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته ولهذا قلنا ان الدين بالدين حرام ومع هذا لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين صح لفوات معنى الخطر فى دين يسقط بخلاف ما اذا لم يكن لكل واحد منهما على الآخر دين حتى تصارفا دراهم دين بدنانير دين لم يصح انتهى (قوله لانه يكون استبدالا ببدل الصرف) أى قبل القبض ولهذا لم تجز هذه المقاصة بالتراضى ولهذا لو أخذ مكان الدراهم دنانير أو عرضا لا يجوز انتهى اتقانى (قوله فثبتت الاضافة اقتضاء) وأبى ذلك زفر لانه لا يقول بالاقتضاء وخالفنا فى ذلك كما خالفنا فى قوله اعتق عبدك عنى بألف درهم انتهى غاية (قوله وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث) قال الاتقانى رحمه الله وأما اذا احدث الدين بعد بيع الدينار بالعشرة بأن باع مشترى الدينار ثوبا من بائع الدينار بعشرة دراهم فسلم الثوب ولم يقبض العشرة ثم تقاصا العشرة بالعشرة فى المجلس لانهما ففيه روايتان فى رواية أبى حفص لا يجوز واختاره شمس الائمة السرخسى وقاضيخان وفى رواية أبى سليمان تجوز المقاصة واختاره فخر الاسلام والصدر الشهيد والزاهد والعتابى وجه رواية أبى حفص أن النبى صلى الله عليه وسلم جوز المقاصة فى حديث ابن عمر فى دين سابق لا لاحق ووجه رواية أبى سليمان أن العقد الاول ينفسخ اقتضاء تصحيحا لما قصدا وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما عداه والمسئلة فى كتاب الصرف قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اذا استقرض بائع الدينار عشرة دراهم من المشترى أو غصب منه فقد صار قصاصا ولا يحتاج الى التراضى لانه قد وجد منه القبض انتهى اتقانى (قوله ولهذا لا تجوز اضافته الى الدين الى آخره) ولا ينافى هذا ما تقدم أنه لو أسلم دينا على المسلم اليه جاز السلم انتهى (قوله ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا) أى الا اذا اشترى بها ثوبا أو عرضا

الدينار وتقاصا العشرة بالعشرة) أى يجوز ذلك ومعناه أن يكون لرجل على آخر عشرة دراهم دين فباعه الذى عليه العشرة دينارا بالعشرة التى عليه أو بعشرة مطلقة ودفع الدينار اليه ثم تقاصا العشرة بالعشرة فكلاهما جائز أما اذا قابل الدينار بالعشرة التى عليه ابتداء فلانه جعل ثمنه دراهم لا يجب قبضها ولا تعينها بالقبض وذلك جائز اجماعا لان تعين أحد العوضين بالقبض فى الصرف للاحتراز عن الدين بالدين وتعيين الآخر للاحتراز عن الربا ولا ربا فى دين يسقط وانما الربا فى دين يقع الخطر فى عاقبته بان يتوى عليه ويسلم المقبوض عن التوى ومعلوم أن السالم بيقين أزيد من الذى على خطر التوى فيتحقق الفضل ألا ترى انهما لو تصارفا دراهم دين بدنانير دين يصح لفوات الخطر لكون كل واحد منهما بائنا قبل البيع ويسقط بالبيع وأما اذا باعه بعشرة مطلقة ثم تقاصا فالمذكور هنا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه يكون استبدالا ببدل الصرف لان الذى وجب عليه بالصرف غير الذى كان عليه وهذا لانه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازا عن الربا والدين الذى كان عليه لا يجب قبضه فكانا غيرين ألا ترى أن المقاصة لا تقع بنفس العقد لعدم المجانسة فيكون التقاص بعد ذلك استبدالا ببدل الصرف لانه أخذ ما فى ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار فلا يجوز ولهذا لا يجوز فى رأس مال السلم وجه الاستحسان انهما لما تقاصا تضمن انفساخ الاول وانعقاد صرف آخر غير الاول مضافا الى العشرة الدين اذ لولا ذلك لكان استبدالا ببدل الصرف فثبتت الاضافة اقتضاء كما لو تبايعا بالف ثم جدداه بالف وخمسمائة فان البيع الاول ينفسخ ضرورة ثبوت الثانى اقتضاء فكذا هذا ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الدين موجودا قبل عقد الصرف أو حصل بعده وقيل لا يجوز التقاص بدين حادث بعد الصرف لانه يكون تقاصا بدين سيجب والاول هو الاصح لان التقاص هو الذى يتضمن الفسخ للصرف الاول وإنشاء صرف آخر فيكتفى بوجود الدين عنده لانه يكون عقدا جديدا من ذلك الوقت من غير استناد الى ما قبله فلا حاجة الى سبق وجوبه بخلاف رأس مال السلم حيث لا يجوز جعله قصاصا بدين آخر مطلقا متقدما كان أو متأخرا لان المسلم فيه دين ولو صحت المقاصة برأس المال يصير افتراقا عن دين بدين وهو منهى عنه ولان جواز السلم مخالف للقياس رخصة وهو أخذ عاجل بآجل للضرورة فاذا لم يقتض شيأ فلا ضرورة فلا يجوز ولهذا لا تجوز اضافته الى الدين ابتداء بان يجعل الدين الذى على المسلم اليه رأس مال السلم بخلاف الصرف قال (وغالب الفضة والذهب فضة وذهب حتى لا يصح بيع الخالصة بها ولا بيع بعضها ببعض الا متساويا وزنا) ولا يصح الاستقراض بها الا وزنا

لانهما لا يخلوان عن قليل غش إذ هما لا ينطبعان عادة بدونه وقد يكون الغش فيهما خلقة فيعسر التمييز بين المخلوط والخلقي فيلحق القليل من الغش بالرداءة والردىء والجيد منهما سواء عند المقابلة بالجنس فيجعل الغش الذي فيهما معدوما حتى لا يكون له اعتبار أصلا بخلاف ما اذا كان الغش هو الغالب عليهما حيث تعتبر الفضة والذهب اللذان فيه على ما نذكر من الفرق من قريب ان شاء الله تعالى قال (وغالب الغش ليس في حكم الدراهم والدنانير) لان العبرة للغالب في الشرع قال (فصح بيعها بجنسها متفاضلا) أي بالمغشوش مثلها عددا أو وزنا لان الغش من كل واحد منهما مقابل بالفضة أو الذهب الذي في الآخر فلا يضر التفاضل فيهما لاختلاف الجنس ويشترط التقابض قبل الافتراق لانه صرف في البعض لوجود الفضة أو الذهب من الجانبين ويشترط في الغش أيضا لانه لا يتميز الا بضرر بخلاف بيع درهم وثوب بدرهم وثوب حيث لا يشترط القبض الا في الدرهمين وكذا اذا بيعت بالفضة الخالصة أو الذهب الخالص لا بد أن يكون الخالص أكثر من الفضة أو الذهب الذي في المغشوش حتى يكون قدره بمثله والزائد بالغش على مثال بيع الزيتون بالزيت والجارية وطوقها بالفضة فاعتبر الفضة أو الذهب المغلوب بالغش هنا حتى لا يجوز بيعه بجنسه الا على طريق الاعتبار ولم يعتبر الغش المغلوب بالفضة أو الذهب فجعل كأنه كله فضة أو ذهب فيمنع بيعه متفاضلا والفرق بينهما ان الفضة المغلوبة أو الذهب المغلوب موجود حقيقة حالا من حيث اللون ومآلا بالاذابة فان الذهب والفضة يخلصان منه بالاذابة فكانا موجودين حقيقة وحكما حتى يعتبر ما فيه من الفضة والذهب من النصاب في الزكاة أيضا بخلاف الغش المغلوب بهما لانه يحترق أو يهلك ولا لون له في الحال أيضا فلا يمكن اعتباره أصلا حتى لو عرف أن الفضة أو الذهب الذي في الغش الغالب يحترق ولا يخرج منه شيء كان حكمه كحكم النحاس الخالص حتى لا يكون للفضة أو الذهب الذي فيه اعتبار أصلا ولا يجوز بيعه بجنسه متفاضلا ان كان موزونا للربا ومشايخنا رحمهم الله لم يفتوا بجواز التفاضل في الغطارفة والعدالي وان كان الغالب فيها الغش لانها أعز الاموال في ديارهم في ذلك الزمان فلو أبيح التفاضل فيها لانفتح باب الربا قال (والتبايع والاستقراض بما يروج عددا أو وزنا أو بهما) لان المعتبر فيما لا نص فيه العادة وهذا لانها لما كان الغالب فيها الغش صارت كالفلوس فيعتبر فيها عادات الناس كما يعتبر في الفلوس العادة في المعاملة بها حتى اذا كانت تروج بالوزن فبالوزن وان كانت تروج بالعدد تعتبر بالعدد وان كانت تروج بهما فبكل واحد منهما قال (ولا يتعين بالتعيين لكونه أثمانا) يعني ما دامت تروج لانها بالاصطلاح صارت أثمانا فما دام ذلك الاصطلاح موجودا لا تبطل الثمنية لقيام المقتضي قال (ويتعين بالتعيين ان كانت لا تروج) لزوال المقتضي للثمنية وهو الاصطلاح وهذا لانها في الاصل هي سلعة وانما صارت أثمانا بالاصطلاح فاذا تركوا المعاملة بها رجعت الى أصلها وان كان يأخذها البعض دون البعض فهي مثل الدراهم لا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها ان كان البائع يعلم بحالها وان كان لا يعلم بحالها وباعه بها على ظن أنها دراهم جياد تعلق حقه بالجياد لوجود الرضا بها في الاولى ولعدمها في الثانية قال (والمتساوي كغالب الفضة في التبايع والاستقراض وفي الصرف كغالب الغش) يعني الذي استوى غشه وفضته أو غشه وذهبه حكمه في التبايع والاستقراض كحكم الدراهم التي غلب عليها الفضة حتى لا يجوز البيع بها ولا اقراضها الا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة لان الفضة موجودة فيها حقيقة ولم تصر مغلوبة فيجب اعتبارها بالوزن شرعا كالحنطة في سنبلها الا أن يشير اليها في المبايعة فيكون بيانا لقدرها ووصفها كما لو أشار الى الدراهم الجيدة ولا ينتقض العقد بهلاكها قبل التسليم ويعطيه مثلها لانها ثمن فلم تتعين وفي الصرف حكمه كحكم فضة غلب عليها الغش حتى اذا باعها بجنسها جاز على وجه

بعينه وأشار اليه وأضاف العقد اليه فان العقد جائز وان لم يسم وزنه لانه يصير معلوما بالاشارة ولكن لا يتعين العقد انتهى غاية (قوله في المتن وغالب الغش ليس في حكم الدراهم الى آخره) اعلم أن الكرخي يسمي هذا النوع الستوق فقال الستوق عندهم ما كان الصفر أو النحاس هو الغالب فاذا كان الصفر أو النحاس هو الغالب كانت في حكم الصفر أو النحاس حتى لا تباع بالصفر أو النحاس الا مثلا بمثل يدا بيد ولكن اذا بيعت هذه الدراهم بجنسها متفاضلا جاز ويصرف الجنس الى خلاف الجنس تجويزا للعقد ويشترط القبض لكونه صرفا لانه بيع فضة بفضة فلما اشترط القبض في الفضة اشترط في الصفر أو النحاس أيضا لان في تمييزه مضرة انتهى اتقاني (قوله وان كان يأخذها الى الخ) فان كان يقبلها البعض دون البعض فهي كالزيوف والا يتعلق العقد بعينها بل بجنسها زيوفا اه (قوله ولعدمه) الذي بخط الشارح ولعدمها اه (قوله في المتن والمتساوي الخ) قال في التحفة وان كان الغش مع الفضة سواء فيكون حكمه حكم الفضة في أنه لا يباع الا وزنا ولا يجوز بيعه مجازفة وعددا واذا قوبل بالفضة الخالصة في البيع يراعى فيه طريق الاعتبار ان علم ان الفضة الخالصة أكثر جاز حتى تكون الفضة بازاء الفضة وزنا والزيادة بازاء الغش وان كانت الفضة الخالصة أقل من الفضة التي في المغشوش أو مثلها أو لا يدري لا يجوز لما فيه من الربا اه اتقاني

(قوله فى المتن وكسد الخ) قال الكمال وماذكرناه فى الكساد مثله فى الانقطاع والفلوس النافقة اذا كسدت كذلك هذا اذا كسدت أوانقطعت فلو لم تكسد ولم تنقطع ولكن نقصت قيمتها قبل القبض فالبيع على حاله بالاجماع ولا يتخير البائع وعكسه لوغلت قيمتها وازدادت فكذلك البيع على حاله ولا يتخير المشترى ويطالب بالف بذلك العيار الذى كان وقت البيع اه قال فى الاشارات اذا اشترى شيأ بفلوس فكسدت قبل القبض فسد العقد عندنا خلافا لزفر وقال فى شرح الطحاوى ولواشترى مائة فلس بدرهم فقبض الفلوس أوالدرهم ثم افترقا جاز البيع لانهما افترقا عن عين بدين فان كسدت الفلوس بعد ذلك فانه ينظران كان الفلوس هو المقبوض فلا يبطل البيع لان كساد الفلوس بمنزلة هلاكها وهلاك المعقود عليه بعد القبض لا يبطل البيع وان كان الفلوس غير مقبوض بطل البيع استحسانا لان كساد الفلوس بمنزلة الهلاك وهلاك المعقود عليه قبل القبض يبطل العقد والقياس أن لا يبطل لانه قادر على أداء ماوقع العقد عليه وقال بعض مشايخنا انما يبطل العقد اذا اختار المشترى ابطاله فسخا لان كسادها بمنزلة عيب فيها او المعقود عليه اذا احدث به عيب قبل القبض يثبت للمشترى فيه الخيار والاول أظهر ولونقد الدرهم وقبض من الفلوس نصفها خمسين ثم كسدت الفلوس قبل ان ينقد النصف الآخر بطل البيع فى نصفها وله أن يسترد نصف الدرهم اه اتقانى (قوله بطل البيع) ليس على حقيقته بل المرد بالبطلان الفساد اه (قوله وعلى هذا اذا باع شيأ بالدراهم إلى آخره) لماذكر المصنف حكم

الاعتبار ولو باعها بالفضة الخالصة لايجوز حتى تكون الخالصة أكثر مما فيه من الفضة لانه لاغلبة لاحدهما على الآخر فيجب اعتبارهما فصار كالوجمع بين فضة وقطعة نحاس فباعهما بمثلهما أو بفضة فقط وفى فتاوى قاضيخان ان كان نصفها صفرا ونصفها فضة لايجوز فيه التفاضل فظاهره أنه أراد به فيما اذا بيعت بجنسها وهو يخالف ماذكرنا ووجهه أن فضتها لمالم تصر مغلوبة جعلت كأن كلها فضة فى حق الصرف احتياطا قال (ولواشترى به أو بفلوس نافقة شيأ وكسد بطل البيع) أى لو اشترى بالدراهم التى غلب عليها الغش أو بالفلوس وكان كل واحد منهما نافقا حتى جاز البيع لقيام الاصطلاح على الثمنية ولعدم الحاجة الى الاشارة لالتحاقهما بالثمن ثم كسدت بطل البيع وكذا اذا انقطعت عن أيدى الناس وعلى هذا اذا باع شيأ بالدراهم ثم كسدت أوانقطعت عن أيدى الناس بطل البيع ويجب على المشترى رد المبيع ان كان قائما والافمثله ان كان من ذوات الامثال والافقيمته وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل لان العقد قد صح لبقاء الاصطلاح على الثمنية عند وجوده وانما تعذر التسليم بعده بالكساد وذلك لا يوجب الفساد لاحتمال الزوال بالرواج فصار كالو اشترى شيأ بالرطب ثم انقطع عن أيدى الناس واذا لم يبطل البيع عندهما وقد تعذر تسليمه يجب قيمته لكن يعتبر قيمته يوم البيع عند أبى يوسف لان الثمن صار مضمونا به كالمغصوب فانه يعتبر قيمته يوم الغصب لانه مضمون به وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد وهو آخر ما يتعامل الناس بها لانه يوم الانتقال الى القيمة لان المسمى كان واجب التسليم الى أن ينقطع فاذا انقطع انتقل الى القيمة للتعذر فتعتبر قيمته يومئذ ولابى حنيفة أن الثمنية بالاصطلاح فتبطل الثمنية لزوال الموجب والمقتضى لها فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل ولا يقال

الدراهم التى غلب عليها الغش إذا باع بها وكسدت قبل القبض وحكم البيع بالفلوس ذكر الشارح حكم البيع بالدراهم الجيدة اه (قوله اوانقطعت عن أيدى الناس) قال الكمال وان لم يكن أى المبيع مقبوضا فلاحكم لهذا البيع أصلا اه (فرع) نقل فى الخلاصة عن المحيط دلال باع متاع الغير باذنه بدراهم معلومة واستوفى الدراهم فقبل ان يدفع إلى صاحب المتاع كسدت الدراهم لا يفسد البيع لان حق القبض له اه غاية (قوله والافقيمته) أى كالمقبوض على وجه البيع الفاسد اه غاية (قوله وقال أبو يوسف ومحمد لا يبطل) قال الاتقانى ان وجه قولهما أن الكساد لا يوجب الفساد لان غاية ما فى الباب أن التسليم يتعذر به وتعذر التسليم لا يوجب فساد العقد اه (قوله ثم انقطع عن أيدى الناس) أى لا يبطل البيع اتفاقا وتجب القيمة أو ينتظر زمان الرطب فى السنة الآتية فكذا هذا اه فتح (قوله لكن يعتبر قيمته يوم البيع) قال الكمال قال فى الذخيرة وعليه الفتوى اه (قوله وعند محمد يعتبر يوم الكساد) قال فى التحفة وهذا كالاختلاف بينهما فيمن غصب مثليا وانقطع قال أبو يوسف تجب قيمته يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع اه غاية وكتب على قوله وعند محمد يعتبر قيمته يوم الكساد مانصه قال الكمال وقال محمد وعليه قيمته آخر ما تعامل الناس بها وهو يوم الانقطاع لانه أوان الانتقال إلى القيمة وفى المحيط والتتمة والحقائق وبه يفتى رفقا بالناس اه (قوله فيبقى البيع بلا ثمن فيبطل) المراد منه الفساد أيضا إذ غايته أنه بمنزلة من باع وسكت عن الثمن ولو باع وسكت عنه يكون البيع فاسدا كما ذكره ابن فرشتا فى أول فصل البيع الفاسد نقلا عن الايضاح وقال فى الكنز فى باب التحالف مانصه اختلفا فى قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن وإن برهنا فلمثبت الزيادة وإن عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا وبدئ بيمين المشترى وفسخ القاضى بطلب أحدهما قال الشارح لانهما لما حلفا لم يثبت ما ادعاه كل واحد منهما فيبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه اه فهذا صريح بأن

البيع بلاثمن فاسدا لا باطل اذ الفسخ يستدعى وجود العقد وهو معدوم فى الباطل هذا ما ظهر لكاتبه والله الموفق وعبارة الاشارات التى نقلتها عند قوله فى المتن كسد الخ تؤيد ما قلته اه (قوله وحد الكساد الخ) قال فى الفتاوى الصغرى وتفسير الكساد مذكور فى البيوع انها لا تروج فى جميع البلدان ثم قال هذا على قول محمد أما عندهما الكساد فى بلدة واحدة يكفى فى فساد البيع فى تلك البلدة بناء على اختلافهم فى بيع الفلس بالفلسين عندهما يجوز اعتبار الاصطلاح بعض الناس وعنده لا لانه يعتبر اصطلاح الكل وقال أيضا ولو كان مكانه نكاح يجب مهر المثل وفى العيون ان عدم الرواج انما يوجب فساد البيع اذا كان لا يروج فى جميع البلدان لانه حينئذ يصير هالكا ويبقى البيع بلا ثمن فأما اذا كان لا يروج فى هذه البلدة ويروج فى غيرها لا يفسد البيع لانه لم يهلك ولكنه تعيب فكان للبائع الخيار ان شاء قال أعط مثل النقد الذى وقع عليه العقد وان شاء أخذ قيمة ذلك دنانير اه اتقانى (قوله فى المتن وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) قال أبو الحسن الكرخى قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الفلوس والدراهم والدنانير أثمان الاشياء لا تتعين فى البيع وان شرط المتبايعان أعيانها ويكون ما أوجب كل منهما فى العقد على نفسه دينا فى ذمته ولا يجبر كل واحد منهما أن يسلم ما شرط من العين ان شاء أعطى العين وان شاء أعطى مثلها وليس للمشترى منه أن يجبره على تسليم العين اليه والخيار فى ذلك الى البائع دون المشترى قال القدورى فى شرحه وذلك لان الفلوس النافقة لا فائدة فى تعينها فصارت كالدراهم والدنانير واذا لم يتعين فالعاقد بالخيار ان شاء سلم ما أشار اليه وان شاء سلم عينها وان هلكت لم ينفسخ العقد بهلاكها لانه لم يقع عليها وهذا بخلاف ما اذا كانت كاسدة لانها مبيعة فالمبيع لا يصح اطلاق العقد عليه ما لم يتعين اه اتقانى وكتب على قوله النافقة ما نصه النافقة الرائجة اه اتقانى (قوله فى المتن ولو كسدت الخ) وانما قيد بالكساد احترازا عن الرخص والغلاء لان الامام الاسبيجابى ذكر فى شرح الطحاوى وأجمعوا ان الفلوس اذا لم تكسد ولكن غلت قيمتها أو رخصت فعليه مثل ما قبض من العدد قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا استقرض الرجل من رجل دراهم بخارية أو طبرية أو يزيدية أو فلوسا فى الحال التى تنفق فيها ثم كسدت فان بشر بن الوليد قال سمعت أبا يوسف قال عليه فى قياس قول أبى حنيفة مثلها واست أروى ذلك عنه ولكن الرواية فى الفلوس اذا أقرضها ثم كسدت قال أبو الحسن الكرخى لم تختلف الرواية عن أبى حنيفة فى قرض الفلوس اذا كسدت ان عليه مثلها قال بشر وقال أبو يوسف عليه قيمتها من الذهب يوم وقع القرض فى الدراهم التى ذكرت لك أصنافها وقال محمد عليه قيمتها اذا كسدت فى آخر وقت نفاقها قبل أن تكسد اه اتقانى (قوله فى المتن أفلس) والفلس الذى يتعامل به جمعه فى القلة أفلس وفى الكثرة فلوس اه مصباح (قوله وكذا فى حق) أى وكذا قول محمد أنظر فى حق المقرض أيضا الخ اه

إن العقد تناول عينها والعين باقية بعد الكساد وهى مقدورة التسليم لانا نقول تناولها بصفة الثمنية وبالكساد تنعدم الصفة بخلاف انقطاع الرطب فانه يعود غالبا فى العام القابل فلم يكن هلاكا من كل وجه فلم يبطل وفى النحاس وأمثاله الاصل هو الكساد لعدم الانتفاع بعينه فاذا كسد رجع الى أصله على وجه يغلب على الظن أنه لا يعود لان الشئ اذا رجع الى أصله قلما يزول وحد الكساد أن تترك المعاملة بها فى جميع البلاد فان كانت تروج فى بعض البلاد لا يبطل البيع لكنه يتعيب اذا لم ترج فى بلدهم فيتخير البائع ان شاء أخذه وان شاء أخذ قيمته وحد الانقطاع أن لا يوجد فى السوق وان كان موجودا فى يد الصيارفة وفى البيوت قال (وصح البيع بالفلوس النافقة وان لم يعين) لانها أموال معلومة صارت ثمنا بالاصطلاح فجاز بها البيع ووجب فى الذمة كالدراهم والدنانير وان عينها لا تتعين لانها صارت ثمنا باصطلاح الناس وله أن يعطيه غيرها لان الثمنية لا تبطل بتعيينها لان التعيين يحتمل أن يكون لبيان قدر الواجب ووصفه كما فى الدراهم ويجوز أن يكون لتعلق الحكم بعينها فلا يبطل الاصطلاح بالمحتمل ما لم يصرحا بابطاله بان يقولا أردنا به تعليق الحكم بعينها فحينئذ يتعلق العقد بعينها بخلاف ما اذا باع فلسا بفلسين باعيانهما حيث يتعين من غير تصريح لانه لو لم يتعين لفسد البيع على ما بينا من قبل فكان فيه ضرورة تحريا للجواز وهنا يجوز على التقديرين فلا حاجة الى ابطال اصطلاح الكافة وهذا يتأتى على قولهما وعلى قول محمد لا يتعين وان صرحا به وأصل الخلاف أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده وعندهما يبطل فى حقهما لعدم ولاية الغير عليهما فلا يلزمهما قال (وبالكاسدة لا حتى يعينها) أى اذا باع بالفلوس الكاسدة لا يجوز البيع حتى يعينها لانها سلع فلا بد من تعيينها قال (ولو كسدت أفلس القرض يجب رد مثلها) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه رد قيمتها لانه تعذر ردها كما قبضها لان المقبوض ثمن والمردود ليس بثمن ففاتت المماثلة فتجب القيمة كما لو استقرض مثليا فانقطع عن أيدى الناس لكن عند أبى يوسف تعتبر قيمته يوم القبض وعند محمد يوم الكساد وقول محمد أنظر فى حق المستقرض لان قيمته يوم الانقطاع أقل وكذا

في حق المقرض بالنظر الى قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف أيسر لان قيمته يوم القبض معلومة ويوم الكساد لا تعرف الا بحرج ولابي حنيفة أن القرض اعارة وموجبها رد العين معنى وذلك يتحقق برد مثله والثمنية زيادة فيه لان صحة القرض لا تعتمد الثمنية بل تعتمد المثل وبالكساد لم يخرج من أن يكون مثليا ولهذا صح استقراضه بعد الكساد وصح استقراض ما ليس بثمن كالجوز والبيض والمكيل والموزون وان لم يكن ثمنا ولولا انه اعارة في المعنى لما صح لانه يكون مبادلة الجنس بالجنس نسيئة وانه حرام فصار المردود عين المقبوض حكما فلا يشترط فيه الرواج كرد العين المغصوبة والقرض كالغصب اذ هو مضمون بمثله والاختلاف فيه مبني على الاختلاف فيمن غصب مثليا كالرطب مثلا ثم انقطع عن أيدي الناس يجب عليه قيمته بالاجماع لكن عند أبي حنيفة قيمته يوم الخصومة وعند أبي يوسف يوم الغصب وعند محمد يوم الانقطاع ووجه البناء عندهما ظاهر وكذا عند أبي حنيفة لان قيمتها كاسدة وعينها سواء في يوم الخصومة فلا فائدة لايجاب القيمة والعدول عن العين بل ايجاب العين أولى لانه أعدل من القيمة وانما عدل في الغصب الى القيمة لتعذر رد العين بالانقطاع قال رحمه الله (ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) وعليه فلوس تباع بنصف درهم وعلى هذا لو قال بثلث درهم أو ربعه أو بدانق فلوس أو بقيراط فلوس وقال زفر رحمه الله لا يجوز لانه بيع إما بقيمة نصف درهم فضة أو بفلوس وزنه نصف درهم وكلاهما لا يجوز أما الاول فلانه باعه بقيمة غيره ولو باعه بقيمة نفس المبيع لا يجوز فبقيمة غيره أولى فصار نظير ما لو باع جارية بقيمة عبد وأما الثاني فلان الفلوس مقدرة بالعدد لا بالوزن ولهذا لا يجوز في الكثير منه بهذا الطريق فكذا في القليل أو يكون اشترى بفضة على أن يعطي بدلها فلوسا فيفسد قلنا التبايع بهذا الطريق متعارف في القليل وهو معلوم بين الناس لا تتفاوت قيمة الفضة فيها فلا يؤدي الى النزاع بخلاف ما استشهد به لانه مجهول فيفضي الى النزاع ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز عند محمد لان الجواز للعادة ولم يوجد في الدرهم وقال أبو يوسف يجوز في الكل لانه معلوم عند الناس ولا تتفاوت قيمة الفضة من الفلوس فصار كما لو بين عدد الفلوس فلنا أن نمنع قال رحمه الله (ومن أعطى صيرفيا درهما فقال أعطني به نصف درهم فلوسا ونصفا الا حبة صح) لانه قابل الدرهم بنصف درهم

(قوله وقول أبي يوسف أيسر) قال في الهداية وقول محمد انظر للجانبين قال الاتقاني أي لجانب المقرض والمستقرض وهذا لان على قول أبي حنيفة يجب رد المثل وهو كاسد وفيه ضرر بالمقرض وعلى قول أبي يوسف تجب القيمة يوم القبض ولا شك أن قيمته يوم القبض أكثر من قيمته يوم الانقطاع وهو ضرر بالمستقرض فكان قول محمد انظر لهما جميعا اهـ (قوله معلومة) أي للمقرض والمستقرض وسائر الناس اهـ غاية (قوله ويوم الكساد لا تعرف) أي تشتبه على الناس ويختلفون فيها اهـ غاية (قوله وعند أبي يوسف يوم الغصب) والذي بخط الشارح يوم البيع بدل الغصب وفيه نظر اهـ (قوله في المتن ولو اشترى شيأ بنصف درهم فلوس صح) قال في الهداية ومن اشترى شيأ بنصف درهم فلوس جاز وعليه ما يباع بنصف درهم من الفلوس قال الاتقاني رحمه الله هذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وكذا اذا قال بدانق فلوس أو بقيراط فلوس جاز وقال زفر لا يجوز في جميع ذلك كذا ذكر الخلاف في المختلف والحصر وغيرهما وجه قول زفر أن الفلوس تعتبر بالعدد وتقدر به لا بالدانق والدرهم فاذا لم يتبين عدد الفلوس كان مجهولا فلا يجوز ولان العقد وقع على الدانق والدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس يكون شرط صفقة في صفقة فلا يجوز كما لو اشترى بدرهم فلوس ولنا أن كلامنا فيما اذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدانق من الفلوس معلوما عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدانق عبارة عن قدر من الفلوس كما يكون كذلك في بعض البلاد فاذا كان قدر الفلوس معلوما كان كأنه صرح بقدرها فجاز لعدم الجهالة ولا نسلم أن العقد وقع على الدانق والدرهم بل وقع على الفلوس لانه أوضحه بلفظ الفلوس والفلوس تستعمل في الكسور صونا للدراهم عن الكسر وذكر الدانق لتقدير الفلس الواجب بالعقد بخلاف ما اذا اشترى بدرهم فلوس لان الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم فكان العقد واقعا على الدرهم ثم شرط ايفائه من الفلوس شرط صفقة في صفقة فلا يجوز اهـ (قوله ولو اشترى بدرهم فلوس لا يجوز) قال في الهداية ولو قال بدرهم فلوس أو بدرهمين فلوس فكذا عند أبي يوسف لان ما يباع من الفلوس معلوم وهو المراد لا وزن الدرهم من الفلوس وعن محمد أنه لا يجوز ويجوز فيما دون الدرهم لان في العادة المبايعة بالفلوس فيما دون الدرهم فصار معلوما بحكم العادة ولا كذلك الدرهم قالوا وقول أبي يوسف أصح سيما في ديارنا اهـ وكتب على قوله في ديارنا ما نصه بما وراء النهر لان قدر ما يباع بالدرهم من الفلوس معلوم وايراد هذه المسألة وهي شراء الفاكهة بدرهم فلوس في كتاب الصرف لانه يشبه مبادلة الدرهم بالفلوس وهما من جملة الاثمان والصرف نوع بيع يقع في الاثمان اهـ اتقاني (قوله في المتن نصف درهم فلوسا) بالنصب على أنه صفة النصف في قوله نصف درهم ويجوز جره على أنه صفة لدرهم أي درهم هو فلوس اهـ اتقاني بالمعنى

فلوس

(قوله وبنصف درهم الاحبة من الفضة) أى فجاز ذلك لان الدرهم لما كان عبارة عن قدر معلوم من الفلوس صار كأنه قال أعطني بهذا الدرهم كذا كذا فلوسا ونصف درهم الاحبة فلو صرح بهذا جاز فكذا اذا ذكر ما هو بمعناه فكان النصف الاحبة بازائه من الفضة من الدرهم والفلوس بازاء الباقى من الدرهم قال فى الاصل ولو شرطه فقال أعطنى كذا كذا فلوسا ودرهما صغيرا وزنه نصف درهم الاقيراطا كان هذا جائزا كله اذا تقابضا قبل أن يفترقا اهـ اتقانى (قوله حتى لو قال أعطنى بنصفه) قال فى الهداية ولو كرر لفظة الاعطاء كان جوابه كجوابهما لانهما بيعان قال الاتقانى رحمه الله ذكره هذا تفريعا على ما تقدم وفيه نظر لانه يفهم من هذا الجواب أن قول أبى حنيفة كقولهما اذا كرر لفظ الاعطاء بأن يجوز العقد فى حصة الفلوس ويبطل فى حصة الفضة وليس كذلك فان محمدا ذكر فى كتاب الصرف من الاصل وقال واذا دفع الرجل الى رجل درهما فقال أعطنى بنصفه كذا كذا فلوسا وأعطنى بنصفه الباقى درهما صغيرا يكون فيه نصف درهم الاحبة فان هذا فاسد لانه صرف نصفه بنصف الحبة وينبغى على قياس قول أبى حنيفة أن يفسد فى الفلوس والدرهم الصغير جميعا لانهما صفقة واحدة فاذا فسد بعضها فسد كلها وفى قول أبى يوسف الفلوس جائزة لازمة له والدرهم الصغير بنصف درهم الاحبة باطل الى هنا لفظ محمد فى الاصل فقد صرح أن الصفقة واحدة وصاحب الهداية قال انهما بيعان اهـ (قوله جاز فى الفلوس الخ) أى لان العقد تفرق بتكرار الاعطاء كذا قالوا لكن فيه اشكال لان قوله أعطنى مساومة كقوله بعنى وبالمساومة لا ينعقد البيع فكيف يتكرر بتكراره ولعل الوجه أن يقال بتكرار أعطنى يدل على أن مقصوده تفريق العقد فحمل على انهما عقدا عقدين اهـ ابن فرشتا (قوله وبطل فى الفضة بالاجماع) أى لتكرار لفظ أعطنى اهـ (قوله ومن شرطهما) أى المبيع والثمن اهـ

فلوس وبنصف درهم الاحبة من الفضة فيكون نصف درهم الاحبة بمقابلة الفضة ونصف درهم وحبة بمقابلة الفلوس ولو قال أعطنى بنصفه فلوسا وبنصفه نصفا الاحبة بطل فى الكل على قياس قول أبى حنيفة وعندهما صح البيع فى الفلوس وبطل فيما يقابل الفضة لان الفساد عندهما عند التفصيل يتقدر بقدر المفسد وعنده يفسد وأصل الخلاف أن العقد يتكرر عنده بتكرار اللفظ وعندهما بتفصيل الثمن حتى لو قال أعطنى بنصفه فلوسا وأعطنى بنصفه نصفا الاحبة جاز فى الفلوس وبطل فى الفضة بالاجماع وقدمر نظيره فيما اذا جمع بين حر وعبد ونحوه ثم ان افترقا فى هذه المسألة قبل أن يقبض الفلوس والنصف الاحبة بطل فى النصف الاحبة لان العقد فيه صرف وقد افترقا قبل قبض أحد البدلين ولا يبطل فى الفلوس لان العقد فيها بيع فيكتفى بقبض أحد البدلين ولو لم يعطه الدرهم ولم يأخذ الفلوس حتى افترقا بطل فى الكل لانهما افترقا عن دين بدين فثبت بمجموع ما مضى أن الاموال أنواع نوع ثمن بكل حال كالنقدين صحبه الباء أو لا قوبل بجنسه أو بغير جنسه ونوع مبيع بكل حال كالثياب والدواب والعبيد ونوع ثمن من وجه مبيع من وجه كالمكيل والموزون غير النقدين فانه ان كان معينا فى العقد كان مبيعا وان لم يكن معينا وصحبه الباء وقوبل بالمبيع فهو ثمن ونوع ثمن بالاصطلاح وهو سلعة فى الاصل كالفلوس فان كان رائجا كان ثمنا وان كان كاسدا فهو سلعة مثمن وهذا لان الثمن ما يثبت دينا فى الذمة عند العرب كذا ذكره الفراء والنقود لا تستحق بالعقد الا دينا فى الذمة فكانت ثمنا بكل حال والعروض لا تستحق بالعقد الا عينا فكانت مبيعة والمكيل والموزون غير النقدين يستحق بالعقد عينا تارة ودينا أخرى فكان ثمنا فى حال مبيعا فى حال ومن حكم الثمن أن لا يشترط وجوده فى ملك العاقد عند العقد ولا يبطل العقد بفوات تسليمه ويصح الاستبدال به فى غير الصرف والسلم ومن حكم المبيع أن يشترط وجوده قبل العقد فى غير السلم وأن لا يصح الاستبدال به قبل قبضه ومن شرطهما أن لا يجوز التفاضل عند المقابلة بالجنس فى المقدرات وان يجب تعيينهما فيما يتعين وقبضهما فيما لا يتعين وفى غير المقدرات يجب تعيينهما فقط وان قوبل بخلاف جنسه فان كان البدلان من المقدرات يجب تعيينهما ان كانا يتعينان بالتعيين ان جمعهما القدر كالحنطة والشعير وان كانا لا يتعينان يجب قبضهما كالذهب والفضة وان لم يجمعهما القدر كالحنطة والفضة أو الفلوس مع أحد النقدين أو كان أحدهما مقدرا والآخر غير مقدر كالثياب مع النقدين أو غيرهما من المقدرات يجب تعيين أحد البدلين دون الآخر كيلا يكون كالئا بكالئ والله أعلم

﴿كتاب الكفالة﴾

وهى مطلق الضم لغة قال الله تعالى وكفلها زكريا أى ضمها الى نفسه وقال عليه الصلاة والسلام أنا

﴿كتاب الكفالة﴾

ذكر كتاب الكفالة عقيب البيوع من حيث ان الكفالة تكون غالبا فى البياعات ولان فى الكفالة اذا كان بأمر معنى المعاوضة انتهاء فناسب ذكرها عقيب البيوع التى هى معاوضة اهـ اتقانى قال الكمال رحمه الله أورد الكفالة عقيب البيوع لان غالبا يكون تحققها فى

الوجود عقيب البيع فانه قد لا يطمئن البائع الى المشتري فيحتاج الى من يكفله بالثمن أو لا يطمئن المشتري الى البائع فيحتاج الى من يكفله في المبيع وذلك في السلم فلما كان تحققها في الوجود غالبا بعدها أوردها في التعليم بعدها ولها مناسبة خاصة بالصرف وهي انها تصير بالآخرة معاوضة عما ثبت في الذمة من الأعيان وذلك عند الرجوع الى المكفول عنه ثم لزم تقديم الصرف لانه من أبواب البيع السابق على الكفالة فلزمت الكفالة بعده ومحاسن الكفالة جليلة وهي تفريج كرب الطالب الخائف على ماله والمطلوب الخائف على نفسه حيث كفيا مؤنة ما أهمهما وقر جأشهما وذلك نعمة كبيرة عليهما ولذا كانت الكفالة من الافعال العالية حتى امتن تعالى بها حيث قال وكفلها زكريا في قراءة التشديد يتضمن الامتنان على مريم اذ جعل لها من يقوم بمصالحها ويقوم بها بان أتاح لها ذلك وسمي نبيا ذا الكفل لما كفل جماعة من الانبياء لملك أراد قتلهم اهـ (قوله والاول أصح) فلا يثبت الدين في ذمة الكفيل خلافا للشافعي ومالك وأحمد في رواية فيثبت الدين في ذمة الكفيل ولا يسقط عن الاصيل ولم يرجح في المبسوط أحد القولين على الآخر وما يخال من لزوم صيرورة الالف الدين الواحد ألفين أي على القول بأنه ضم ذمة الى ذمة في الدين (١٤٦) كما ذكره بعض الشارحين قال في المبسوط وليس من ضرورة ثبوت المال في ذمة الكفيل مع بقائه في ذمة الاصيل ما يوجب براءة حق الطالب لأن (١) (قوله وفي الغاصب الخ) قال الولوالجي رجل غصب من رجل مالا فغصب ذلك المال غريم المغصوب منه فالمختار أن المغصوب منه بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني لان الاول غاصب والثاني غاصب الغاصب فان ضمن الاول لم يبرأ الثاني وان ضمن الثاني برئ الاول اهـ ذكره في الغصب (قوله وركنها الايجاب) قال الاتقاني وركنها ايجاب الكفيل وقبول المكفول له خلافا لابي يوسف في القبول وحكمها وجوب المطالبة على الكفيل بما على الاصيل وعند الشافعي حكمها وجوب الدين على الكفيل اهـ وكتب ما نصه قال الكمال وأما ركنها وكذا فالايجاب والقبول بالالفاظ الآتية ولم يجعل أبو يوسف في قوله الأخير القبول ركنا فجعل الكفالة تتم بالكفيل وحده في الكفالة بالنفس والمال وهو قول مالك وأحمد وقول للشافعي واختلفوا على قول أبي يوسف فقيل ان الكفالة تصح من الواحد وحده موقوفا على اجازة الطالب أو تصح نافذا وللطالب حق الرد وفائدة الخلاف انما تظهر فيما اذا مات المكفول له قبل القبول من يقول بالتوقف يقول لا يؤخذ به الكفيل اهـ (قوله وشرطها الخ) ومن شرطها أيضا أن يكون الدين صحيحا سواء كان على الصغير أو على العبد المحجور ولانه يطالب بعد العتق اهـ غاية وكتب ما نصه قال في البدائع ومنها الحرية وهي شرط نفاذ هذا التصرف فلا تجوز كفالة العبد محجورا كان أو مأذونا في التجارة لانها تبرع والعبد لا يملك التبرع بدون اذن مولاه ولكنها تنعقد حتى يؤاخذ به بعد العتاق لان إعدام النفاذ ما كان لانعدام الأهلية بل لحق المولى وقد زال بخلاف الصبي لانها غير منعقدة منه لعدم الأهلية فلا يحتمل النفاذ اهـ (قوله كالعبد المأذون له في التجارة) قال الشيخ كمال الدين فلا كفالة من صبي ولا عبد محجور وقال في باب كفالة العبد فلذا لا تصح من الصبي غير المأذون اهـ

وكافل اليتيم كهاتين في الجنة أي ضام اليتيم الى نفسه قال رحمه الله (هي ضم ذمة الى ذمة في المطالبة) هذا في الشرع وقيل هي ضم ذمة الى ذمة في الدين لأنه مطالب بالدين والمطالبة به ولا دين محال وهذا لان المطالبة بإيفاء الدين فرع وجوب الدين ولا يتصور الفرع بدون الاصل والاحكام تشهد لهذا ألا ترى انه لو وهب الطالب الدين من الكفيل صح ويرجع به على الاصيل وهبة الدين من غير من عليه الدين لا تصح وكذا لو اشترى الطالب بالدين شيأ من الكفيل صح والشراء بالدين لا يجوز الا ممن عليه الدين ولا يلزم من وجوب الدين عليهما أن يتكرر الاستيفاء لان الدين الواحد لا يمكن استيفاؤه مرتين ويمكن وجوبه على شخصين كالغاصب وغاصب الغاصب فان الدين واجب عليهما ولا يستوفيه الا من أحدهما أيهما شاء والاول أصح لانه يستحيل أن يجب دينان ولا يستوفى الا أحدهما وأما وجوب المطالبة بدين على غيره فممكن ألا ترى أن الوكيل بالشراء يطالب بالدين وهو على الموكل حتى لو أبرأه البائع صح وكذا الولي والوصي يطالبان بدين على الصغير وليس عليهما دين والمولى يطالب بقضاء دين على عبده المأذون أو ببيعه عند طلب الغرماء بيعه ولا دين عليه فاذا أمكن ايجاب المطالبة عليه من غير لزوم الدين فلا حاجة الى ايجاب الدين عليه لانه محال في الحقيقة لما فيه من جعل الدين الواحد دينين فلا يصار اليه الا عند الضرورة كما اذا وهب الدين له أو اشترى به منه شيأ فحينئذ يقدر الدين على الكفيل ضرورة تصحيح تصرفه فيجعل في حكم دينين ولا ضرورة قبله فلا حاجة الى هذا التقدير وفي الغاصب وغاصب الغاصب لا يجب له الا دين واحد على أحدهما غير عين فلهذا اذا اختار أحدهما ليس له أن يطالب الآخر لتضمنه التمليك منه وهذا تفسير الكفالة وسببها مطالبة من له الحق للتوثق بتكثير محل المطالبة أو تيسير وصول حقه اليه وركنها الايجاب والقبول عندهما خلافا لابي يوسف آخرا وشرطها أن يكون الدين ثابتا صحيحا بخلاف بدل الكتابة على ما يجيء في موضعه وأن يكون المكفول به يمكن الاستيفاء من الكفيل وأهلها أن يكون الكفيل من أهل التبرع حتى لا يصح ممن لا يملك التبرع كالعبد المأذون له في التجارة والمكاتب والصغير

(١) هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى اهـ مصححه

(قوله وقال الشافعي لاتجوز الخ) قال الكمال ثم نقل عن الشافعي أن الكفالة بالنفس لاتجوز وهو قول له مخالف للقول الاظهر عندهم وهو انها جائزة كقولنا اه (قوله فلا يتناوله الحديث) وأجيب بأن الغرم لايختص بالمال بل الغرم أداء مايلزم ممايضره والغرام اللازم ذكره في المجمل والكفيل بالنفس يلزمه الاحضار وقد يثبت بالقياس على كفالة المال وهو ما أشار اليه المصنف بقوله والحاجة اليه ماسة وقد أمكن تحقيق معنى الكفالة وحاصله إلحاقه بجامع عموم الحاجة اليها احياء للحقوق مع الايجاب والقبول والشرائط اه

وكذا لايصح من المريض الامن الثلث لانه لايملك التبرع بأكثر منه وأنواعها في الاصل نوعان كفالة بالنفس وكفالة بالمال والكفالة بالمال نوعان كفالة بالديون فتجوز مطلقا اذا كانت صحيحة وكفالة بالاعيان وهي نوعان كفالة باعيان مضمونة فتصح الكفالة بها وذلك كالمغصوب والمهور وبدل الخلع والصلح عن دم العمد ونحو ذلك وكفالة بأعيان هي أمانة غير واجبة التسليم كالودائع والمضاربات والشركة ونحو ذلك ممالیس بواجب التسليم فلا تصح الكفالة بها أصلا وكفالة باعيان هي أمانة واجبة التسليم كالعارية والمستأجرة أو بعين مضمونة بغيره كالمبيع فان الكفالة بها لاتصح وبتسليمها تصح وألفاظها مذكورة في المتن قال رحمه الله (وتصح بالنفس وان تعددت) أى وان تعددت الكفالة بأن أخذ منه كفيلا ثم كفيلا وكذا تجوز اذا تعددت النفوس المكفول بها أيضا كما تجوز بالديون الكثيرة وقال الشافعي رحمه الله لاتجوز الكفالة بالنفس لانه لاقدرة له على تسليمه اذ لا ولاية له عليه لاسيما اذا تكفل بغير أمره لانه لاينقاد له ولا يلتزم طاعته وكذا اذا كان بأمره لان أمره بالكفالة بالمال لايثبت له ولاية في ماله ليؤدي عنه من ماله فالنفس أولى فصار كما لو باع طيرا في الهواء بخلاف الكفالة بالمال لانه ان لم يكن له ولاية على مال الآمر فله ولاية على مال نفسه فيؤدي من ماله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الزعيم غارم من غير فصل بين الكفالة بالنفس أو بالمال فيقتضي شرعيتها ولا يقال الكفالة بالنفس لاغرم فيها فلا يتناوله الحديث لانا نقول الغرم عبارة عن ضرر يلزمه قال الله تعالى ان عذابها كان غراما وفيه ذلك ولان الحاجة ماسة اليها ضرورة إحياء حقوق العباد وقد أمكن العمل بموجبها بأن يعلمه مكانه فيخلي بينه وبينه اذ التخلية تسليم أو يوافقه اذا دعاه أو يكرهه بالحضور الى مجلس الحاكم والتزامه لذلك ورضا خصمه به دليل على قدرته فتصح وان لم يقدر عليه استعان بأعوان القاضي فكانت مفيدة ولانه التزم ماهو مستحق على الاصيل اذ تسليم النفس على المدعى عليه واجب بمعنى انه يجب عليه الحضور الى مجلس الحاكم فتصح كالكفالة بالمال والدليل على انه يجب عليه الاجابة اذا دعي أن الله تعالى ذم الممتنع من الحضور بقوله عز وجل واذا دعوا الى الله ورسوله الآية والذم يستحق بترك الواجب وعن الصحابة رضي الله عنهم أنهم أجازوا الكفالة بالنفس وضمنت أم كلثوم بنفس علي حين جرى بينه وبين عمر رضي الله عنهم خصومة وكفل رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بتهمة والتكفيل أخذ الكفيل بالنفس ولان شرط صحة الالتزام أن يكون الملتزم ممكن الوجود عقلا لاحقيقة ألا ترى أنه اذا التزم ألف حجة بالنذر يصح ويلزمه وان لم يتأت منه حقيقة لقصر عمره عادة وقدرته على احضاره ممكن فتصح واذا صحت تصح متعددة أيضا لان حكمها استحقاق المطالبة وهي تحتمل العدد والالتزام الاول لايمنع الالتزام الثاني اذ المقصود منها التوثق فلا تنافي قال رحمه الله (بكفلت بنفسه وبما عبر عن البدن وبجزء شائع) أى تصح الكفالة بقوله كفلت بنفس فلان أو بما يعبر به من أعضائه عن جميع البدن كرأسه ووجهه ورقبته وعنقه وجسده وبدنه بأن قال تكفلت برأسه أو بوجهه الى آخره أو تكفل بجزء شائع منه بأن قال تكفلت بثلثه أو بربعه كل ذلك جائز لان هذه الاشياء يعبر بها عن جميع البدن عرفا وقد بيناه في الطلاق قال رحمه الله

(قوله وفيه) أى الضرر موجود في الكفالة بالنفس لانه يلزم باحضاره فيتضرر به اه (قوله في المتن بكفلت بنفسه الخ) شرع في ذكر الالفاظ التي تثبت بها الكفالة وهي صريح وكناية فالصريح كفلت وضمنت وزعيم وقبيل وحميل وعلي والي ولك عندي هذا الرجل وعلي أن أوافيك به أو علي أن ألقاك به أو دعه الي وحميل بالمهملة بمعنى كفيل به يقال حمل به حمالة بفتح العين في الماضي وكسرها في المضارع وروى في الفائق الحميل ضامن وأما القبيل فهو أيضا بمعنى الكفيل ويقال قبل به قبالة بفتحها في الماضي وضمها وكسرها في المضارع ثم هذه الالفاظ توجب لزوم موجب الكفالة اذا أضيفت الى جملة البدن أو مايعبر به عن الجملة حقيقة في اللغة والعرف وما لافلا على وزان الطلاق على مامر مثل كفلت أو أنا حميل أو زعيم بنفسه أو رقبته أو روحه أو جسده أو رأسه أو بدنه أو وجهه لان هذه يعبر بها حقيقة كالنفس والجسد والبدن عرفا ولغة ومجازا كهو رأس وتحرير رقبة وتقدم في الطلاق ولم يذكر محمد رحمه الله ما اذا كفل بعينه قال البلخي رحمه الله لايصح كما في الطلاق الا أن ينوي به البدن والذي يجب أن يصح في الكفالة والطلاق اذ العين مما يعبر به عن الكل يقال عين القوم وهو عين في الناس ولعله لم يكن معروفا في زمانهم أما في زماننا فلا شك في ذلك اه كمال رحمه الله (قوله أو بربعه) أى أو بجزء منه لان النفس الواحدة في حق الكفالة لاتتجزأ فذكر بعضها شائعا كذكر كلها اه كمال رحمه الله وقوله لاتتجزأ بأن يكون بعضها كفيلا وبعضها لا اه

(قوله فى المتن وبضمنته) قال الكمال رحمه الله ووجه ضمنت بأنه تصريح بموجبه لان موجب الكفالة لزوم الضمان فى المال فى أكثر الصور اه ومقتضاه أن ضمنته من ألفاظ الكفالة بالمال لا النفس وقد تبع الكمال فى هذا تلميذه العلامة قاسم فقال عند قول صاحب المجمع وبقوله ضمنته هذه فى الكفالة بالمال فينبغى الافصاح لئلا يتوهم انها فى النفس اه واعلم أنى قد راجعت بعون الله نقولا كثيرة من المتون والشروح والفتاوى فبعضهم يصرح بأن ضمنت من ألفاظ الكفالة بالنفس كالنسفى فى كافيه وبعضهم فى قوة الصريح فانهم يذكرونها فى الكفالة لا بالنفس فى الكفالة بالمال ولم أر أحدا من مشايخنا ذكرها فى ألفاظ الكفالة بالمال والله الموفق لكن قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فى شرح القدورى عند قوله فى الكفالة بالنفس وكذلك ان قال ضمنته أو هو على أو الى أو أنا زعيم به أو قبيل واذا ثبت أن هذه الالفاظ يصح الضمان بها فلا فرق بين ضمان النفس أو ضمان المال بها اه وينبغى أن يقال هذه الالفاظ اذا أطلقت تحمل على الكفالة بالنفس واذا كان هناك قرينة على الكفالة بالمال فتتمحض حينئذ للكفالة به (قوله فى المتن لا بانا ضامن لمعرفته) أى وكذا بمعرفته وكذا أنا ضامن على أن أوقفك عليه أو على أن أدلك عليه أو على منزله ولو قال أنا ضامن لتعريفه أو على تعريفه ففيه اختلاف المشايخ والوجه أن يلزم لانه مصدر متعد لاثنين فقد التزم أن يعرفه الغريم بخلاف معرفته فانه لا يقتضى الا معرفة الكفيل للمطلوب وعن نصير قال سأل ابن محمد بن الحسن أبا سليمان الجوزجانى عن رجل قال لآخر أنا ضامن لمعرفة فلان قال أبو سليمان أما فى قول أبى حنيفة وأبيك لا يلزمه شئ وأما أبو يوسف قال هذا على معاملة الناس وعرفهم قال الفقيه أبو الليث فى النوازل هذا القول فى النوازل غير مشهور والظاهر ما عن أبى حنيفة ومحمد وفى خزانة الواقعات وبه يفتى وهو أى بظاهر الرواية لكن نص فى المنتقى فى قول أبى يوسف فيمن قال أنا ضامن لك بمعرفة فلان يلزمه وعلى هذا معاملة الناس وفى فتاوى النسفى لو قال الذى لك على فلان أنا أدفعه لك أو أسلمه اليك أو اقبضه لا يكون كفالة ما لم يتكلم بما يدل على الالتزام وفى الخلاصة عن متفرقات خاله قيده بما اذا قاله منجزا فلو معلقا يكون كفالة نحو ان يقول ان لم تؤده فانا أؤدى نظيره فى النذر لو قال أنا أحج لا يلزمه شئ ولو قال ان دخلت الدار فانا أحج يلزمه الحج اه كمال رحمه الله (قوله قال الفقير الخ) هذا يوهم أنه من تفقه الشارح وليس كذلك بل هو من أصل الرواية عن علمائنا فقد ذكره شراح الاصل اه (قوله فلا معنى لحبسه) كما اذا مات المكفول به فان الكفالة تبطل اه فتح (قوله فى المتن وان غاب) أى وعلم مكانه (قوله ولم يحضره حبسه) أى الى أن يظهر للقاضى تعذر الاحضار عليه بدلالة الحال أو لشهود بذلك فيخرج من الحبس وينظر

(وبضمنته) أى تصح بقوله ضمنته لك لانه تصريح بمقتضى الكفالة لانه يصير ضامنا للتسليم والعقد ينعقد بالتصريح بموجبه كعقد البيع ينعقد بلفظ التمليك قال رحمه الله (وبعلى) يعنى تصح بقوله على لان كلمة على للوجوب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا قال رحمه الله (والى) لانها بمعنى على فى هذا المقام قال عليه الصلاة والسلام من ترك كلا أو عيالا فالى قال رحمه الله (وأنا زعيم به) لان الكفيل يسمى زعيما قال الله تعالى حكاية عن صاحب يوسف وأنا به زعيم أى كفيل قال رحمه الله (وقبيل به) لان القبيل هو الكفيل ولهذا يسمى الصك قبالة لانه يحفظ الحق فيكون وثيقة كالكفيل قال رحمه الله (لا بانا ضامن لمعرفته) أى لا يصير كفيلا بقوله أنا ضامن لك بمعرفة فلان وقال أبو يوسف يصير ضامنا للعرف لانهم يريدون به الكفالة وجه الاول أنه التزم معرفته دون المطالبة فصار كالتزامه دلالته عليه أو قال أوقفك عليه قال رحمه الله (فان شرط تسليمه فى وقت بعينه أحضره فيه ان طلبه) لانه التزمه بالشرط فى الكفالة فيجب عليه الوفاء به ان طلبه فى ذلك الوقت أو بعده كالدين المؤجل اذا طلبه صاحبه بعد حلول الاجل قال رحمه الله (فان أحضره والا حبسه الحاكم) لامتناعه عن ايفاء ما وجب عليه ولكن لا يحبسه أول مرة لاحتمال انه ما عرف لماذا يدعى فيمهله حتى يظهر له مطله لانه جزاء الظلم وهو ليس بظالم قبل المماطلة قال العبد الفقير ينبغى أن يفصل كما فصل فى الحبس بالدين فانه هناك قيل اذا ثبت الحق باقراره لا يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه لان الحبس جزاء المماطلة فلم يظهر بأول الوهلة وان ثبت بالبينة حبسه كما وجب لظهور مطله بالانكار فكذا هنا ينبغى أن يفصل على هذا التفصيل وذكر فى النهاية معزيا الى الايضاح وهذا اذا لم يظهر عجزه وأما اذا ظهر عجزه فلا معنى لحبسه الا أنه لا يحال بينه وبين الكفيل فيلازمه ويطالبه ولا يحول بينه وبين أشغاله كالمفلس بالدين اذا ثبت بالاقرار أو بالبينة قال رحمه الله (وان غاب أمهله مدة ذهابه وايابه) أى ان غاب المكفول بنفسه يؤجل الكفيل مدة قطع المسافة ولا يحبسه لانه لم يظهر مطله بعد والحبس للمماطلة قال رحمه الله (فان مضت ولم يحضره حبسه) أى اذا مضت المدة ولم يحضره حبسه لانه ظهر مطله والحبس جزاؤه قال رحمه الله (وان غاب ولم يعلم مكانه لا يطالب به) لانه عاجز وقد صدقه الطالب عليه فصار كالمدين اذا ثبت اعساره وان اختلفا فقال الكفيل لا أعرف مكانه وقال الطالب تعرف ينظر فان كانت له خرجة معروفة يخرج الى موضع معلوم للتجارة فى كل وقت فالقول قول الطالب ويؤمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع لان الظاهر يشهد للطالب وان لم يعرف منه ذلك كان القول قول الكفيل لانه متمسك بالاصل

وهوالجهل ومنكرلزوم المطالبة وقال بعضهم لا يلتفت الى قول الكفيل ويحبسه القاضى الى أن يظهر عجزه لان المطالبة كانت متوجهة عليه فلا يصدق على اسقاطها عن نفسه بما يدعى وان أقام الطالب بينة انه فى موضع كذا أمر الكفيل بالذهاب الى ذلك الموضع واحضاره اعتبارا للثابت بالبينة بالثابت معاينة وكذا لو ارتد ولحق بدار الحرب لا تسقط الكفالة فيؤجل الكفيل مدة ذهابه ومجيئه ولا يقال بعد اللحاق بدار الحرب صار كالموتى ولهذا يقسم ماله بين ورثته فينبغى أن يبرأ الكفيل كما لو مات حقيقة لانا نقول هذا ليس لكونه حقيقة وانما هو موت حكمى فى حق قسمة ماله بين ورثته فأما فى حق نفسه فهو حى مطالب بالتوبة والرجوع وتسليم النفس الى الخصم فبقى الكفيل على كفالته هكذا ذكره فى النهاية معزيا الى المبسوط وفيه قال فى الذخيرة انه اذا لحق بدار الحرب مرتدا ينظر فان كان الكفيل قادرا على رده بأن كان بيننا وبينهم مواعدة ان من لحق بهم مرتدا يردونه الينا اذا طلبنا يمهل الكفيل قدر ذهابه ومجيئه وان لم يكن قادرا لا يؤاخذ به ثم فى كل موضع قلنا انه يؤمر بالذهاب اليه للطالب أن يستوثق الكفيل بكفيل آخر حتى لا يغيب الآخر فيضيع حقه قال رحمه الله (فان سلمه بحيث يقدر المكفول له أن يخاصمه كمصر برئ) لانه أتى بما التزمه اذ لم يلتزم تسليمه الامرة واحدة وحصل مقصود الطالب أيضا بذلك فلا حاجة الى ابقاء الكفالة فصار نظير ما لو تكفل بمال وقضاه سواء كان التسليم غير مشروط فى وقت أو كان مشروطا فيه فسلمه فى ذلك الوقت أو قبله لان الاجل حق الكفيل فله أن يسقطه كالدين المؤجل اذا قضاه قبل حلول الاجل يجبر الطالب لان الاجل حق المدين فله أن يسقطه ثم التسليم يكون بالتخلية بينه وبين الخصم وذلك برفع الموانع فيقول له هذا خصمك فأنت أعلم بشأنه فخذه ان شئت ثم لا يخلو إما أن يسلمه بعد طلبه أولا فان كان بعد طلبه برئ وان لم يقل سلمته اليك بحكم الكفالة لانه يتضمن اعادة قول الطالب وان سلمه بغير طلب لا يبرأ حتى يقول سلمته اليك بحكم الكفالة قال رحمه الله (ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى سلمه ثمة) لان الشرط مفيد فيلزمه تسليمه على الوجه الذى التزمه فاذا سلمه فى مجلسه برئ لما ذكرنا وكذا اذا سلمه فى السوق لحصول المقصود وقيل لا يبرأ وهو قول زفر وبه يفتى فى زماننا لتهاون الناس فى اقامة الحق وان سلمه فى برية أو فى سواد لا يبرأ لانه لا يقدر على مخاصمته فى ذلك المكان وكذا لو لم يشترط التسليم فى مجلس الحاكم لا يبرأ بمثل هذا التسليم لما ذكرنا وان سلمه فى مصر آخر غير المصر الذى كفل فيه برئ عند أبى حنيفة رحمه الله لان المعتبر تسليمه على وجه يتمكن من احضاره مجلس القاضى وقد وجد وعندهما لا يبرأ لانه لم يسلمه على الوجه الذى التزمه وهو أن يسلمه فى مصر كفل فيه وهو مفيد لاحتمال أن يكون شهوده فيه أو يعرف قاضى ذلك المصر حادثته فلا يبرأ الا بالتسليم فيه قلنا الاحتمال مشترك فانه يحتمل أن يكون شهوده فى ذلك المصر وكذا يحتمل أن يكون قاضى ذلك المصر يعلم حادثته فتعارض الموهومان فبقى التسليم سالما عن المعارض فيبرأ وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان فأبو حنيفة قال ذلك فى زمنه حين كانت الغلبة لاهل الصلاح والعمال كانوا يتعاونون على البر ولا يميلون الى الرشوة فلا يختلف الحال بين مصره ومصر آخر وهما قالا ذلك بعد ما ظهر الفساد وتغيرت أحوال القضاة والعمال حتى لا يقيموا الحق الا بالرشوة فيكون على هذا التقدير مصره أسهل لاثبات حقوقه ولو سلمه فى السجن وقد حبسه غير الطالب لا يبرأ لان المقصود من التسليم تمكنه من احضاره مجلس الحاكم ليثبت عليه الحق ولا يفيد فى المحبوس قال رحمه الله (وتبطل بموت المطلوب والكفيل لا الطالب) يعنى الكفالة تبطل بموت المكفول بنفسه وبموت الكفيل ولا تبطل بموت المكفول له لان المطلوب بموته برئ هو بنفسه وبراءته توجب براءة الكفيل لانه أصيل والكفيل تبع فاذا عجز عن الحضور بالموت سقط عنه فكذا عن التبع لما قلنا وبعد موت الكفيل لا يتحقق التسليم منه وورثته لا يقومون مقامه لانهم يخلفونه فيما له لا فيما عليه وماله لا يصلح لايفاء هذا الحق وهو احضار المكفول به بخلاف الكفيل بالمال اذا مات لان ماله صالح له وحكمه بعد موته ممكن فيوفى من ماله ثم يرجع الى الورثة

الى وقت القدرة كالاعسار بالدين اه كمال رحمه الله (قوله فيؤجل الكفيل مدة الخ) قال الكمال ولم يفصل فى المذهب بين المسافة البعيدة والقريبة وللشافعى فيما اذا كانت مسافة القصر وجهان أظهرهما لا يسقط الطلب كما فى دونها والثانى يسقط الحاقا بالغيبة المنقطعة اه (قوله مواعدة) أى موادعة اه وبه عبر الكاكى وقوله مواعدة كذا بخط الشارح رحمه الله (قوله فى المتن ولو شرط تسليمه فى مجلس القاضى الخ) ولو شرط أن يدفع اليه عند الامير فدفع عند القاضى أو عزل ذلك الوالى وولى غيره فدفع اليه عند الثانى جاز اه غاية نقلا عن الخلاصة (قوله لاثبات حقوقه) قال الكمال وقولهما أوجه اه (قوله ولا يفيد فى المحبوس) نقل فى الفتاوى الصغرى عن كفالة العيون اذا ضمن لآخر بنفسه فحبس المطلوب فأتى به الذى ضمنه الى مجلس القاضى فدفعه قال محمد لا يبرأ لانه فى السجن وان كان انما ضمنه بنفسه وهو فى السجن فدفعه اليه فى السجن يبرأ وان كان ضمنه فى السجن ثم خلى عنه ثم حبس ثانيا فدفعه اليه قال ان كان الحبس الثانى فى أمر من أمور التجارة أو نحوها فله أن يدفع اليه فى الحبس وان كان فى شئ آخر من أمور السلطان لا يبرأ اه غاية

(قوله المكفول له) كذا بخط الشارح وصوابه المكفول عنه اه (قوله اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه) أى كالغاصب برد العين المغصوبة الى المغصوب منه يبرأ بمجرد التسليم مع أنه جان وهذا أولى لانه لم يوجد منه الجناية وكثبوت الملك بالشراء فانه يثبت بلا شرط لانه موجب التصرف وكحل الاستمتاع يثبت بمجرد النكاح الصحيح فانه موجبه اه غاية (قوله اذا لم يقل من كفالته) أى لانه يجب عليه تسليم نفسه فيكون عن نفسه اه غاية (قوله فى المتن فان قال ان لم أواف به غدا الخ) ولو قال ان وافيتك به غدا فعلى ما عليه ووافاه به لم يلزمه المال اه صغرى فى الوكالة وكتب عليه أيضا مانصه لان المتعارف هو تعليق الكفالة بعدم الموافاة لا تعليقها بالموافاة اه (قوله فهو ضامن لما عليه) انما قيد بهذا لانه اذا لم يقل لما عليه بل قال اذا لم يواف به الى وقت كذا فعليه كذا لا تصح الكفالة عند محمد وسيجىء اه غاية (قوله لان الكفالة بالمال الخ) لانه اذا أدى المال برئ عن أحد الضمانين فلا يلزم من براءة أحد الضمانين البراءة من الضمان الآخر فيلزمه احضاره لعدم المنافاة بين الضمانين لان الضمانين للتوثق فيجوز أن يدعى عليه دينا آخر فلاجرم أنه وجب الاحضار اه غاية (قوله وهذا هو القياس) قال الاتقانى ولنا قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم والزعيم الكفيل بيانه ان الله تعالى علق الكفالة بالمال بالشرط وهو المجىء بالصاع فعلم أن تعليق الكفالة بالشرط صحيح وهذا لان شريعة من قبلنا تلزمنا اذا قص الله تعالى من غير انكار اه (قوله من حيث أى انها معاوضة انتهاء ألا ترى الخ اه (قوله وباعتبار النذر وجب) أى اذا قال ان كلمت فلانا فعلى أن أتصدق بهذه الدراهم فكلم فلانا وجب عليه أن يتصدق بها اه بدائع (قوله والتعليق بعدم الموافاة متعارف) أى بين الناس لانها لتأكيد الكفالة بالنفس لان الغرض من الكفالة بالنفس الوصول الى الحق وفى الكفالة بالمال ذلك فصح فاذا صح التعليق ووجد الشرط يلزم المال اه اتقانى رحمه الله

على المكفول له ان كانت الكفالة بامره والافلا شىء لهم كما اذا أدى هو بنفسه حال حياته واذا مات الطالب يخلفه وصيه أو وارثه فلا يبطل حقه اذهم قائمون مقامه فى استيفائه قال رحمه الله (وبرئ بدفعه اليه وان لم يقل اذا دفعته اليك فانا برىء) لان موجب التسليم البراءة فتثبت به وان لم ينص عليها اذ موجب التصرف يثبت من غير تنصيص عليه ولا بد من أن يقول سلمته اليك بحكم الكفالة وان لم يقل لا يبرأ لان التسليم قد يكون بحكم الكفالة أو استعانة أو اجارة الا اذا كان يطلبه فحينئذ لا يحتاج فيه الى أن ينص عليه لتقدم مايدل عليه وكذا اذا أقر الطالب بالقبض لا يحتاج فيه الى النص لان الظاهر أنه لا يقر الا باستيفاء حقه ولو سلم الكفيل المكفول به الى الطالب فأبى أن يقبله يجبر على القبول وينزل قابضا بالتخلية لانه لو لم يجعل قابضا التضرر الكفيل فصار كالغاصب برد العين المغصوبة أو قيمتها وكالمدين اذا قضى الدين بخلاف ما اذا سلمه غيره بغير أمر الكفيل حيث لا يجبر على القبول لانه أجنبى فصار نظير قضاء الدين من الاجنبى قال رحمه الله (وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته وبتسليم وكيل الكفيل ورسوله) يعنى بتسليم هؤلاء يبرأ الكفيل لان المكفول به مطالب بالتسليم وواجب عليه أن يسلم نفسه فاذا سلم فقد حصل المقصود فلا معنى لبقاء الكفالة بعد ذلك ووكيل الكفيل يقوم مقامه ورسوله سفير عنه فيكون فعلهما كفعله وشرط براءته أن يقول كل واحد من هؤلاء سلمت اليك بحكم الكفالة على ما بينا وفى لفظ المختصر مايشعر بذلك فانه قال وبتسليم المطلوب نفسه من كفالته شرط أن يكون التسليم من كفالته فهذا دليل على أنه لا يبرأ اذا لم يقل من كفالته نص عليه فى الكفيل ووكيله ورسوله فى المبسوط والمحيط وفى تسليم المكفول بنفسه فى فتاوى قاضيخان ولو سلمه اليه رجل أجنبى بغير أمره وقال عند الدفع سلمته اليك عن الكفيل فان قبله الطالب برئ الكفيل وان سكت الطالب ولم يقل قبلت لم يبرأ الكفيل ذكره قاضيخان فى فتاواه قال رحمه الله (فان قال ان لم أواف به غدا فهو ضامن لما عليه فلم يواف به أو مات المطلوب ضمن المال) لان الكفالة بالمال معلقة بشرط عدم الموافاة فاذا وجد الشرط لزمه المال ولا يبرأ عن الكفالة بالنفس لانها كانت ثابتة قبل وجوب المال عليه فلا تنتفى بوجودها ألا ترى أنه لو كفلهما جملة فى وقت واحد صحت ولو تنافيا لما صحت وهذا لان الكفالة للتوثق والتوثق بالكفالة بالنفس لا ينافى التوثق بالكفالة بالمال كما لا ينافى التوثق بكفالة نفس أخرى أو بمال آخر وقال الشافعى رحمه الله الكفالتان باطلتان أما الكفالة بالنفس فقد بيناه من قبل وأما الكفالة بالمال فلانها معلقة بشرط على خطر وتعليق وجوب المال بالشرط غير جائز كالبيع ونحوه وهذا هو القياس ولنا أن الناس تعاملوه والقياس يترك بالتعامل كما فى الاستصناع وغيره وباب الكفالة أوسع لكونها من التبرعات ولان الكفالة تشبه البيع انتهاء من حيث ان الكفيل يرجع على الاصيل اذا كان بامره وتشبه النذر ابتداء من حيث انه التزام ابتداء فلشبهه بالبيع ينبغى أن لا يجوز تعليقه بالشرط أصلا وباعتبار النذر وجب أن يجوز بمطلق الشرط فقلنا يجوز تعليقه بشرط متعارف ولا يجوز بغيره عملا بالشبهين والتعليق بعدم الموافاة متعارف ولا نسلم أنه تعليق لوجوب المال وانما هو تعليق لوجوب المطالبة فى الصحيح على مامر من قبل فيصح فاذا صح تعليقه بعدم الموافاة ولم يواف به مع قدرته أو لعجزه بموته أو بجنونه فقد وجد الشرط فيلزمه المشروط ولان عدم الموافاة لا يختلف باختلاف السبب فان قيل شرط وجوب المال عدم موافاة

مستحقة

مستحقة عليه وبموت المكفول به برئ الكفيل فلم يجب عليه احضاره فكيف يلزمه المال بعدم موافاته بعد ما برئ ألا ترى أن الطالب اذا أبرأه عن الكفالة بالنفس ولم يحضره لا يجب عليه المال لفقد شرطه فكذا هنا قلنا الابراء وضع للفسخ فتنفسخ به الكفالة بالنفس من كل وجه والموت لم يوضع للفسخ وانما برئ للعجز عن التسليم المستحق بالكفالة لان المستحق عليه تسليم يقع ذريعة الى الخصام وهو عاجز عنه فكان ضروريا فيتقدر بقدرها فيبرأ عن التسليم ولا ضرورة الى انفساخه في حق الكفيل بالمال فلا ينفسخ العقد في حقه وان مات الكفيل فقد ذكر قاضيخان في فتاواه أن وارثه كان بمنزلة الكفيل ان دفعه الى الطالب برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت كان المال على الوارث يعني من تركة الميت ولو مات الطالب فدفع الكفيل المكفول به الى وارث الطالب في الوقت برئ وان لم يدفعه حتى مضى الوقت لزمه المال وهو ظاهر قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مائة دينار فقال رجل ان لم أواف به غدا فعليه المائة فلم يواف به غدا فعليه المائة) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف آخرا ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها بأن تعلق رجل على رجل فلزمه فقال لي عليك حق ولم يدع عليه مالا مقدرا فقال له رجل آخر دعه فأنا كفيل بنفسه فان لم أوافك به غدا فعلي مائة دينار فادعى المدعي وأثبت الزم الكفيل وقال محمد رحمه الله ان لم يبينها ثم ادعى وبينها لا تلزمه وله فيه وجهان أحدهما ما قاله أبو منصور الماتريدي رحمه الله وهو أن الكفيل علق مالا مطلقا بخطر حيث لم يقل التي لك عليه فكانت هذه رشوة التزمها الكفيل له عند عدم الموافاة به فهذا يوجب أن لا يصح وان بينها المدعي لأن عدم النسبة اليه هو الذي أوجب البطلان والثاني ما قاله الكرخي وهو أن المدعي لمال لم يبين لم تصح دعواه فلم يجب احضاره الى مجلس القاضي فلم تصح الكفالة بالنفس أيضا لعدم صحة الدعوى ولم تصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية على الكفالة بالنفس فاذا بطل الاصل بطل الفرع وهذا الوجه يوجب أن تصح الكفالة اذا بين المال عند الدعوى ولهما أن هذه كفالة أمكن تصحيحها فتصح أما اذا بين المال عند الدعوى فلان المال ذكر معرفا فينصرف الى ما على المدعى عليه لان العادة جرت بالارسال والمراد ما عليه وأما اذا لم يبين فلان العادة جرت بالابهام في الدعوى في غير مجلس القضاء فيجملونها اجمالا ولا يبينونها الا عند القاضي دفعا لحيل الخصوم وصونا لكلامهم الى وقت الحاجة فصحت الدعوى والملازمة على احتمال البيان من جهته فاذا بين انصرف بيانه الى ابتداء الدعوى فظهر به أن الكفالة بالنفس قد صحت فتصح الكفالة بالمال أيضا لانها مبنية عليها ولانه لو جعل التزاما لما عليه تصح والا فلا فيحمل عليه تصحيحا للتصرف ولو كفل رجل بنفس رجل على أنه ان لم يواف به يوم كذا فعليه ما للطالب على فلان آخر جاز ذلك استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وفي القياس لا يجوز وهو قول أبي يوسف ذكره قاضيخان وفي المحيط جعل الخلاف بالعكس وجعل أبا حنيفة مع أبي يوسف قال رحمه الله (ولا يجبر على الكفالة بالنفس في حد وقود) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجبر في حد القذف والقصاص وفي غيرهما من الحدود لا يجبر ولو سمحت به نفسه من غير طلب يجوز بالاتفاق لهما أن الكفالة بالنفس

(قوله ولا فرق بين أن يبين المائة أو لم يبينها) قال تاج الشريعة في شرح الهداية معنى المسئلة رجل قدم رجلا الى القاضي وادعى عليه مائة دينار وبينها بأن قال ركنية أو نيسابورية أو لم يبينها بأن ادعى عليه مائة ولم يزد على ذلك أو ادعى حقا مطلقا أو مالا مطلقا وفي جامع شمس الأئمة ومن ادعى على آخر مائة دينار وبينها أو لم يبينها أي وبين مقدار المدعى به أو لم يبين مقدار المدعى به وكذا في جامع قاضيخان اه (قوله بخطر) هو عدم الموافاة اه فتح (قوله عند عدم الموافاة به) وهذا الوجه لا يمنع صحة الكفالة بالنفس اه كمال (قوله وفي غيرهما من الحدود ولا يجبر) ذكر الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في أول كتاب الكفالة من شرح كتاب الكافي أن الكفالة بنفس من عليه حد القذف وحد السرقة ومن عليه القصاص في النفس وما دون النفس تصح انما الخلاف في الجبر على اعطاء الكفيل في الحدود لا يجبر بالاجماع وفي القصاص لا يجبر عند أبي حنيفة وعند صاحبيه يجبر وقال في الشامل في قسم المبسوط وفي القصاص وحد القذف والسرقة جازت الكفالة بالنفس ولا تجوز الكفالة بنفس الحد وقال في الشامل أيضا في أواخر كتاب الكفالة من قسم المبسوط لا تجوز كفالة في قصاص وحد ويقول القاضي لمدعي القذف الزمه الى قيامي ان كانت بينتك حاضرة عند أبي حنيفة وعندهما يأخذ كفيلا ثلاثة أيام ثم قال والخلاف في أمر القاضي باعطائه لا في الصحة فانه لو كفل انسان صح وذكر أبو الحسن الكرخي أن الكفالة بالنفس في الحدود والقصاص جائزة في قولهم اذا بذلها المطلوب بنفسه ولكن هل للقاضي أن يأمره بالكفيل اذا طلب الخصم قال أبو حنيفة لا يأخذ القاضي منه كفيلا ولكن يحبسه حتى تقام عليه البينة أو يستوفي كذا ذكر في التحفة ثم لا يحبسه القاضي حتى يشهد شاهدان مستوران أو شاهد عدل يعرفه القاضي فيشهد أنه زنى أو قتل فيحبسه القاضي حينئذ لثبوت التهمة بأحد شطري الشهادة من العدد والعدالة حتى يشهد عليه الشهود العدول اه غاية (قوله ولو سمحت) أي لو تبرع باعطاء الكفيل وسامح في ذلك نفس المطلوب وبذل الكفيل بنفسه في القصاص وحد القذف والسرقة صحت الكفالة بالاجماع لانه التزم تسليم النفس وتسليم النفس واجب اه غاية

شرعت لتسليم النفس وتسليم النفس واجب على الاصيل هنا فصحت الكفالة به كما في دعوى المال بخلاف الحدود الخالصة لانها محض حق الله تعالى والكفالة شرعت وثيقة لصاحب الحق كيلا يفوت حقه والله تعالى غني عنه وبخلاف نفس الحد والقصاص حيث لا يجوز بهما اجماعا لانه لا يمكن استيفاؤه من الكفيل فلا يشرع وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد مطلقا ولان الكفالة للاستيثاق ومبناهما على الدرء فالاجبار على اعطاء الكفيل فيهما يفضي الى فساد الوضع بخلاف سائر الحقوق لانها لا تسقط بالشبهات ولو أعطى بنفسه الكفيل من غير طلب فيهما جاز بالاجماع لان تسليم النفس مستحق على الاصيل فتصح الكفالة به بخلاف غيرهما من الحدود وألحق التمرتاشي حد السرقة بهما في حق جواز التكفيل بنفس من عليه بالاجماع وفي الاجبار عليه عندهما وانه جعل ذلك منه لان الدعوى شرط فيه كما هو شرط فيهما والمدعي يحتاج الى أن يجمع بين شهوده ومطلوبه فربما يخفي المطلوب نفسه فيستوثق بكفيل بخلاف غيره من الحدود لان الدعوى ليس بشرط فيها ولا يجب عليه حضور مجلس الحاكم بسبب الدعوى اذ لا يسمع دعوى أحد فيها فلا تجوز الكفالة بها أصلا وان طابت بها نفسه وسمعت فاذا لم يكفل عنده يلازمه الى أن يقوم القاضي من مجلسه فان أقام البينة فيها والا خلى سبيله وليس تفسير الجبر عندهما هنا أن يجبر بالحبس وغيره من العقوبة لكن يأمره بالملازمة ويدور معه حيث دار واذا أراد دخول داره استأذنه فان أذن له دخل معه وان لم يأذن له منعه من الدخول وأجلسه في باب الدار كيلا يغيب بالخروج من موضع آخر قال رحمه الله (ولا يحبس فيهما حتى يشهد شاهدان مستوران أو عدل) أي لا يحبس في الحدود والقصاص حتى يشهد شاهدان مستوران أو واحد عدل يعرفه القاضي بالعدالة لان الحبس هنا للتهمة الفساد وشهادة المستورين تصلح للحكم به فتصلح لاثبات التهمة وخبر الواحد حجة في الديانات والمعاملات فيثبت بشهادة العدل التهمة وان لم يثبت به أصل الحق والحبس بتهمة الفساد مشروع لانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بتهمة بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس فيه ما لم يثبت لانه نهاية العقوبة فيه فلا يثبت الا بحجة تامة كالحد نفسه وعنهما انه لا يحبس في الحدود والقصاص أيضا لحصول المقصود وهو الاستيثاق بالكفالة قال رحمه الله (وبالمال ولو مجهولا اذا كان دينا صحيحا بكفلت عنه بألف وعا لك عليه وعا يدركك في هذا البيع وما بايعت فلانا فعلي وما ذاب لك عليه فعلي وما غصبك فلان فعلي) أي تصح الكفالة بالمال ولو كان المكفول به مجهولا بقوله كفلت لان الكفالة مشروعة فيه عليه اجماع الامة وهي مبنية على

(قوله وله قوله عليه الصلاة والسلام لا كفالة في حد مطلقا) رواه البيهقي من حديث عبد الله بن عمرو اه وكتب على قوله في حد مطلقا يعني لم يفرق بين حد فيه حق العبد وبين حد هو خالص حق الله تعالى فلا تجوز الكفالة في جميع الحدود وهذا من كلام شريح لا من كلام النبي عليه الصلاة والسلام ذكره الخصاف في أدب القاضي عن شريح وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي روى هذا الحديث مرفوعا الى النبي صلى الله عليه وسلم وانا في رفعه نظر اه غاية (قوله ومبناهما) أي حد القذف والقصاص اه (قوله بنفس من عليه) أي اذا سمحت به نفسه اه (قوله فاذا لم يكفل عنده) أي عند أبي حنيفة اه (قوله لكن يأمره بالملازمة الخ) ليس المراد بالملازمة المنع من الذهاب لانه حبس لكن يذهب الطالب مع المطلوب فيدور معه أينما دار كيلا يتغيب اه (قوله بخلاف دعوى الاموال حيث لا يحبس الخ) والحبس بالتهمة ذكروه أيضا في أول باب (١٥٢) الحدود قال الكمال في باب الحدود وأما قوله وقد حبس رسول الله صلى الله عليه وسلم رجلا بالتهمة فاخرج أبو داود والترمذي والنسائي عن بهز بن حكيم عن جده معاوية بن حيدة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم حبس رجلا في تهمة زاد الترمذي والنسائي ثم خلى سبيله وحسنه الترمذي وصححه الحاكم وروى عبد الرزاق في مصنفه عن عراك بن مالك قال أقبل رجلان من بني غفار حتى نزلا بضجعان من مياه المدينة وعندها ناس من غطفان معهم ظهر لهم فأصبح الغطفانيون وقد فقدوا بعيرين من ابلهم فاتهموا الغفاريين فأتوا بهما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فحبس أحد الغفاريين وقال للآخر اذهب فالتمس فلم يك الا يسيرا حتى جاء بهما فقال النبي صلى الله عليه وسلم لأحد الغفاريين استغفر لي فقال غفر الله لك يا رسول الله فقال عليه الصلاة والسلام ولك وقتلك في سبيله قال فقتل يوم اليمامة اه ما قال الكمال ﴿فرع يحفظ﴾ التوسع الكفيل بأمر الاصيل اذا أدى المال الى الدائن بعد ما أدى الاصيل ولم يعلم به لا يرجع على الاصيل لانه شئ حكمي فلا يفترق فيه العلم والجهل كعزل الوكيل ضمنا قاله في القنية قبل باب الكفالة بالنفس اه (قوله لانه نهاية العقوبة فيه) وفي الحدود والقصاص أقصى العقوبة القتل والقطع والضرب فجاز الحبس قبل ثبوت القصاص والحدود اه غاية (قوله ولو كان المكفول به الخ) وانما قيد بذكر المكفول له والمكفول عنه لانه اذا كان أحدهما مجهولا لا تصح الكفالة ألا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي ولو قال لرجل ما ذاب لك على أحد من الناس فهو علي فانه لا يصح لجهالة المضمون عنه وكذلك لو قال ما ذاب عليك لاحد من الناس فهو علي فانه لا يصح لجهالة المضمون له اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الولوالجي ولو قال لرجل ما بايعت فلانا فهو علي جاز ذلك ولزمه كله قليلا بايعه أو كثيرا مرة أو مرارا لانه ليس في هذه الكفالة الا جهالة المكفول به لانه لا يدري ما بايع وهي لا تمنع صحة الكفالة بعد أن يكون المكفول عنه والمكفول له معلوما اه

التوسع فيتحمل فيها الجهالة اليسيرة وغيرها بعد أن يكون متعارفا وعلى الكفالة بالدرك انعقد الاجماع مع انه لايعلم كم قدر مايستحق من المبيع وكفى به حجة وشرطه أن يكون دينا صحيحا كما ذكر لانه اذا لم يكن الدين صحيحا كبدل الكتابة لاتجوز الكفالة به وتجوز الكفالة بالشجة وقطع الاطراف اذا لم يكن موجبه القصاص لان الارش دين صحيح لايسقط بالموت بخلاف بدل الكتابة فانه ليس بدين صحيح ألا ترى ان المكاتب علك اسقاطه قال رحمه الله (وطالب الكفيل أو المديون الا اذا شرط البراءة فحينئذ تكون حوالة كما أن الحوالة بشرط أن لايبرأ بها المحيل كفالة) أى الطالب بخير ان شاء طالب الكفيل وان شاء طالب الاصيل وكذا له أن يطالبهما معا لانه موجب الكفالة اذ هى تنبئ عن الضم وذلك يقتضى بقاء الاول لا البراءة الا اذا شرط براءة الاصيل فحينئذ تكون حوالة فلا يطالب الاصيل كما اذا أحال بشرط أن لايبرأ المحيل فله أن يطالبه لما عرف ان العبرة للمعانى لا لمجرد اللفظ قال رحمه الله (ولو طالب أحدهما له أن يطالب الآخر) لما ذكرنا بخلاف المغصوب منه اذا اختار أحد الغاصبين لان اختياره أحدهما يتضمن التمليك منه عند قضاء القاضى به فلا يمكنه التمليك من الآخر بعد ذلك وأما المطالبة بالكفالة لاتقتضيه مالم يوجد منه حقيقة الاستيفاء قال رحمه الله (ويصح تعليق الكفالة بشرط ملائم كشرط وجوب الحق كان استحق المبيع أو لامكان الاستيفاء كان قدم زيد وهو مكفول عنه أو لتعذره كان غاب عن المصر) أى يجوز تعليق الكفالة بشروط ملائمة لا بمطلق الشرط والملاءمة تثبت بكون الشرط سببا لوجوبه كقوله ان استحق المبيع فعلى الثمن أو بكونه ممكنا من الاستيفاء كقوله ان قدم فلان فعلى ماعليه من الدين أو بكونه سببا لتعذر الاستيفاء منه كقوله ان غاب زيد فعلى ماعليه من الدين فهذه جملة الشروط التى يجوز تعليق الكفالة بها والاصل فيه قوله تعالى ولمن جاء به حمل بعير وأنا به زعيم فوجه التمسك بالآية انه علق الكفالة بالشرط وذلك الشرط سبب لوجوب الحمل على المجىء بالصاع وشريعة من قبلنا شريعة لنا مالم تنسخ ولا يقال الكفيل من يكون ضامنا عن غيره وهذا الكفيل ضامن عن نفسه لانه هو الذى يجب عليه الاجرة لانا نقول أمكن حمل الآية على الكفالة بأن يكون رسولا من جهة الملك والرسول سفير فلا تجب عليه الاحكام كأنه يقول ان الملك قال لمن جاء به حمل بعير ثم يقول هو من جهته وأنا بذلك الحمل الذى على الملك كفيل ولا يقال ان الآية تدل على أن الكفالة للمجهول جائزة وأنتم لاتقولون به فلم تبق لكم حجة لانا نقول جاز أن تنسخ من هذا الوجه وتبق معمولا بها من جهة التعليق لاجماع الامة على ان ضمان الدرك جائز ولو كان منسوخا لما جاز ثم الاصل فيه أن الجهالة فى المال المكفول به لاتمنع صحة الكفالة كقوله ماغصبك فلان فعلى

(قوله فانه ليس بدين صحيح) أى لان الدين الصحيح لايسقط الا بالاداء أو الابراء اه غاية (قوله فى المتن وطلب) كذا بخط الشارح وعبارة المتن وطالب اه (قوله بشرط أن لايبرأ بها المحيل كفالة) قال قاضيخان رحمه الله رجل له على رجل مال فقال الطالب للمطلوب أحلنى بمالى عليك على فلان على انك ضامن لذلك فهو جائز وله أن يأخذ المال من أيهما شاء لانه لما شرط الضمان على المحيل فقد جعل الحوالة كفالة لان الحوالة بشرط عدم براءة المحيل كفالة اه ومن هذا يعلم حكم مايقع فى زماننا من قول رب الدين للمدين أحلنى على فلان واضمن لى صحة الحوالة اه (قوله فى المتن ويصح تعليق الكفالة بشرط ملا) ثم قال فى القنية فى باب تعليق الكفالة بعد أن رقم لصاحب المحيط وقال تعليق الكفالة بشرط متعارف صحيح وبغيره لايصح وأطلق القدورى رحمه الله فى مختصره ويجوز تعليق الكفالة بالشروط قال الاقطع فى شرحه اذا كان الشرط لوجوب الحق أو لامكان الاستيفاء جاز تعليقها به كقوله اذا استحق المبيع أو قدم زيد لان الاستحقاق للوجوب وقدوم زيد قد يسهل به الاداء بأن يكون مكفولا عنه أو مضاربه وان كان الشرط بخلاف ذلك لم يجز كقوله ان هبت الريح أو جاء المطر ثم رقم لشرح أبى ذر انما يجوز تعليق الكفالة بسبب وجوب الحق فأما دخول الدار وقدوم زيد ليس من أسباب الحق فلا يجوز تعليق الضمان به قال رحمه الله الا أن الاصح ماذكره أبو نصر انه يصح بقدوم زيد وقد نص عليه فى تحفة الفقهاء اه (قوله كشرط) هذا هو الثابت فى نسخ المتن وفى خط الشارح كشروط اه (قوله كان قدم زيد الخ) لان قدوم المكفول عنه سبب للوصول الى الاداء اه (قوله كقوله ماغصبك فلان فعلى) وقال فى الاجناس أيضا ولو قال ماقضى لك به على فلان فعلى انه لا يلزم الكفيل ما أقر به المطلوب حتى يقضى به عليه ولو مات المطلوب قبل أن يقضى عليه فخاصم الطالب ورثته أو وصيه فقضى له عليهم بحق لزم الكفيل ولو مات الكفيل لحقه فى تركته ذكره فى الاصل وفى نوادر هشام عن محمد لو قال لآخر ماغصبك فلان أو ماسرقك فانى له ضامن جاز ذلك الضمان ولو قال ماغصبك أهل هذه الدار فأنا له ضامن فهو باطل حتى يسمى انسانا بعينه لان تقديره ضمنت لك مايجب على واحد من الناس ولو صرح بذلك لم يجز ولا كذلك اذا سمى انسانا بعينه لانه لو صرح فقال مايجب لك على فلان فهو على جاز وعلى هذا المعنى ذكر فى كفالة الاصل لو قال من بايع فلان اليوم من بيع فعلى فبايعه غير واحد لم يلزم الكفيل شئ لان تقديره ضمنت لواحد من الناس فلم يصح ولو قال لقوم حاضرين مابايعتموه به من شئ فعلى جاز لانه قد ضمن لمعينين ولو قال ان لم يعطك فلان مالك فأنا ضامن له لم يلزم الضامن شئ حتى يتقاضاه الطالب فيقول لا أعطيك ولو مات المطلوب قبل التقاضى فقال وارثه أعطيك

وجهالة المكفول له أو المكفول عنه تمنع حتى لو قال من غصبك من الناس أو بايعك أو قتلك فأنا كفيل لك عنه أو قال من غصبته أنت أو قتلته فأنا كفيل له عنك لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول عنه يسيرة مثل أن يقول كفلت لك بمالك على أحد هذين فحينئذ يجوز فالتعيين الى المكفول له لانه صاحب الحق قال رحمه الله (ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا) يعنى لا يصح تعليق الكفالة بهبوب الريح ونحوه كنزول المطر فان علق به تصح الكفالة ويجب المال حالا هكذا ذكر فى الهداية والكافى وهذا سهو فان الحكم فيه أن التعليق لا يصح ولا يلزمه المال لان الشرط غير ملائم فصار كما لو علقه بدخول الدار ونحوه مما ليس بملائم ذكره قاضيخان وغيره ولو جعل الاجل فى الكفالة الى هبوب الريح لا يصح التأجيل ويجب المال حالا وكذا الكفالة بالنفس يجوز تعليقها بشرط ملائم كالكفالة بالمال فى جميع ما ذكرنا ولا يجوز تعليقها بشرط غير ملائم ويجوز تأجيلها الى أجل معلوم والجهالة اليسيرة فيها متحملة كالتأجيل الى القطاف وقدوم الحاج ولا يجوز الى هبوب الريح أو نزول المطر فان أجله اليه بطل الاجل ولزمه تسليم النفس حالا قال رحمه الله (فان كفل بماله عليه فبرهن على ألف لزمه) يعنى اذا تكفل رجل بماله على فلان فأقام الطالب البينة على أن له عليه ألف درهم لزم الكفيل لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا وان لم يقم فلا يجب عليه شئ لان قول الطالب لا يكون حجة على المطلوب وهو المكفول عنه ولا على الكفيل لانه مدع فلا يقبل قوله الا ببينة قال رحمه الله (والا صدق الكفيل فيما أقر بحلفه ولا ينفذ قول المطلوب على الكفيل) يعنى اذا أقر الكفيل بشئ والمسئلة بحالها وادعى الطالب أكثر من ذلك كان القول قول الكفيل لانه منكر ولو أقر المكفول عنه بأكثر من ذلك لا ينفذ قوله على الكفيل لعدم ولايته عليه لان الاقرار على الغير لا ينفذ الا اذا كان عن ولاية وهذا بخلاف ما اذا قال ماذاب لك على فلان فعلى

أو لا أعطيك فالمال يلزم الكفيل وفى نوادر ابن سماعة عن محمد لو قال ان تقاضيت فلم يعطك فأنا له ضامن فمات المطلوب قبل التقاضى بطل عن الضمان وقال فى المجرد قال أبو حنيفة لو قال رجل لرجل ما بايعت فلانا فعلى فبايعه مرة بعد مرة يلزمه ثمن ما بايعه فى أول مرة ولا يلزمه ثمن ما بايعه بعده وفى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة يلزمه كله هذه المسائل كلها مذكورة فى الاجناس ونقل فى خلاصة الفتاوى عن الاصل رجل قال للمودع ان أتلف المودع وديعتك أو جحدها فأنا ضامن لك صح ولو قال ان قتلك أو ابنك فلان خطأ فأنا ضامن صح بخلاف ان أكلك سبع اه اتقانى قال الكمال بخلاف ان أكلك سبع ونحوه مما ليس ملائما كان دخلت الدار أو قدم فلان وهو غير مكفول عنه أو هبت الريح أو جاء المطر لا يصح هذا التعليق وكذا اذا جعل كل منهما أجلا يعنى من هبوب الريح ومجئ المطر كأن يقول كفلت لك بمالك عليه الى أن تهب الريح أو الى أن يجئ المطر لا يصح الا أن الكفالة تثبت حالة ويبطل الاجل بخلاف ما لو علقها بهما ونحوها اذا هبت الريح فقد كفلت لك بمالك عليه فان الكفالة باطلة أصلا ولو جعل الاجل الحصاد والدياس أو المهرجان أو العطاء أو صوم النصارى جازت الكفالة والتأجيل فالحاصل أن الشرط الغير الملائم لا يصح مع الكفالة أصلا ومع الاجل الغير الملائم تصح حالة ويبطل الاجل اه (قوله وجهالة المكفول له) قال الولوالجى (١٥٤) ولو قال لقوم ما بايعتموه أنتم وغيركم فهو على لزمه دين من خاطبهم ولم يلزمه دين غيرهم لان المخاطبين معلومون وغيرهم مجهولون اه (قوله لا يجوز الا اذا كانت الجهالة فى المكفول) قال قاضيخان فى كتاب الاقرار قبيل فصل اقرار المريض رجل قال لغيره من بايعك بشئ فأنا كفيل عنك بثمنه لم يجز ولو قال من بايعك من هؤلاء وأشار الى قوم معينين معدودين فأنا كفيل عنك بثمنه جاز اه (قوله فى المتن ولا يصح بنحو ان هبت الريح) اعلم أن نسخ المتن قد اختلفت فى هذا الموضع ففى نسخة وعليها شرح الزيلعى رحمه الله كما شاهدته فى خطه هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح فتصح الكفالة ويجب المال حالا وعلى هذه النسخة يكون ما نسبه الزيلعى من السهو للهداية والكافى منسوبا فأقر لعبارة الكنز والذى فى غالب نسخ المتن وجرى عليه جمع من الشراح هكذا ولا يصح بنحو ان هبت الريح فان جعل أجلا تصح الكفالة ويجب المال حالا ولا سهو فى عبارة الكنز على هذا (قوله فان علق به تصح) كقوله ان هبت الريح فأنا ضامن أو ان نزل المطر فأنا كفيل اه (قوله هكذا ذكر فى الهداية والكافى) صاحب الهداية قلد صاحب المبسوط فى هذا الاستعمال فانه ذكر فيه التعليق وأراد به التأجيل بجامع أن فى كل منهما عدم ثبوت الحكم فى الحال اه دراية (قوله ولو جعل الاجل فى الكفالة الى هبوب الريح لا يصح) كما اذا قال كفلت بكذا الى أن تمطر السماء أو تهب الريح اه (قوله لزم الكفيل) لانه أى الكفيل ضمن بما عليه وقد ظهر بالبينة ان ما على المكفول عنه ألف والثابت بالبينة كالثابت عيانا فصار كأنه ضمن بالالف التى عليه اه (قوله الا اذا كان عن ولاية) قال الاتقانى أما اذا عجز الطالب عن البينة فالقول قول الكفيل فى مقدار ما أقر به لانه مال مجهول لزمه بقوله فكان القول قوله كما اذا أقر بشئ مجهول وانما اعتبر قول الكفيل مع اليمين لان من جعل القول قوله فيما كان هو خصما فيه والشئ مما يصح بذله كان القول قوله مع يمينه كالمدعى عليه بالمال وأما اذا أقر المكفول عنه بأكثر مما يعترف به الكفيل لم يصدق فى أكثر على الكفيل لان اقرار المكفول عنه تضمن شيئين أحدهما على نفسه والآخر على الكفيل فيصدق فى اقراره على نفسه لان له ولاية على نفسه ولا يصدق على الكفيل لعدم ولايته عليه قال فى الشامل فى قسم

فاقر فلان على نفسه بألف درهم مثلا فأنكر الكفيل ما أقر به حيث يلزمه ما أقر به المطلوب استحسانا والقياس أن لا يلزمه شئ لما بينا ووجه الاستحسان أنه تكفل بما تقرر له عليه في المستقبل وقد تقرر عليه باقراره وهذا لانه متكفل بما سيجب له عليه فيشترط الوجوب عليه فيما يأتي بأي طريق كان وفي مسئلة الكتاب تكفل بما عليه في الحال فاذا أخبر الطالب أو المطلوب بما عليه كان متهما فلا يصدق مالم يقم البينة ويصدق المطلوب في حق نفسه لاقراره عليه كالمريض اذا أقر بدين يرد اقراره في حق غرماء الصحة ويقبل في حق نفسه حتى اذا فضل شئ من غرماء الصحة كان للمقرله قال رحمه الله (فان كفل بأمره رجع بما أدى عليه) لانه قضى دينه بأمره ومعناه اذا أدى ما ضمن وكان المكفول عنه غير صبي محجور عليه وغير عبد محجور عليه أما اذا أدى خلافه بأن كان الدين المكفول به جيدا فأدى رديأ أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به لا بما أدى لانه ملك الدين بالاداء فنزل منزلة الطالب كما اذا ملكه بالهبة أو بالارث بأن مات الطالب والكفيل وارثه أو وهبه له حال حياته وهي جائزة للكفيل وان كانت لا تجوز لغير من عليه الدين لانه ينتقل الدين اليه بمقتضى الهبة ضرورة وله نقله بالحوالة أو يجعل كدينين للضرورة أو نقول بوجوبه عليه للضرورة فلا يجب عليه أن يسامح الاصيل بخلاف المأمور بقضاء الدين حيث يرجع بما أدى ان أدى أردأ من الدين وان أدى أجود منه لا يرجع الا بالدين لانه لم يلتزم ولم يجب عليه شئ في ذمته وانما يثبت له حق الرجوع بالاداء بأمره ولهذا لو وهبه الدين لا يملكه فيرجع عليه بما أدى مالم يخالف أمره بالزيادة أو باداء جنس آخر وبخلاف ما اذا صالح على أقل من الدين وهو من جنسه حيث لا يرجع الا بقدر ما أدى لان الصلح على الاقل ابراء فيكون ابراء عنه لا تمليكا الا اذا صالحه على أن يهبه الباقي ففعل فحينئذ يرجع عليه بجميعه لانه ملك الدين كله بعضه بالاداء وبعضه بالهبة وأما اذا تكفل بأمر الصبي أو العبد المحجور عليهما فلان الامر بالكفالة استقراض منه من المأمور واستقراضهما لا يصح ولا يوجب الضمان وانما لزم الكفيل المال بالتزامه لان صحة الكفالة تعتمد التزامه باختياره لا أمر الآمر بخلاف الصبي والعبد المأذون لهما لان أمرهما بالكفالة بالمال والنفس صحيح وان لم يملكا أن يتكفلا عن أحد لكونه تبرعا فيرجع عليهما الكفيل قال رحمه الله (وان كفل بغير أمره لم يرجع) لانه متبرع بأدائه عنه وفيه خلاف مالك رحمه الله قال رحمه الله (ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدى عنه) لانه التزام المطالبة

المطلوب ما ذاب لك على فلان فهو علي أو ما ثبت أو ما قضى عليه فأقر المطلوب بمال لزم الكفيل الا قوله ما قضى عليه لم يلزمه الا أن يقضى القاضي لان قوله ما ذاب أي حصل وقد حصل باقراره ولو قال مالك أو ما أقر لك به أمس فقال المطلوب أقررت له بألف لم يلزم الكفيل لانه قبل مالا واجبا عليه لا مالا واجبا عليه في الحال ولم يثبت أنه واجب فان قال ما أقر فأقر في الحال لزمه لانه لم يقل ما كان أقر لك ولو أبى المطلوب اليمين فألزمه القاضي لم يلزم الكفيل لان النكول ليس باقرار بل بذل الى هنا لفظ الشامل اهـ (قوله والقياس أن لا يلزمه شئ لما بينا) وكذا لو قال ما بايعته فعلى فقال المكفول عنه بايعني وجحد الكفيل يؤخذ الكفيل بذلك استحسانا بدون بينة اهـ خلاصة (قوله في المتن فان كفل بأمره رجع الخ) رجل كفل عن رجل بمال بغير أمره ثم أجاز المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيأ لا يرجع على المكفول عنه اهـ قاضيخان وسيأتي في كلام الشارح قبيل كتاب الحوالة معللا اهـ وكتب ما نصه ثم ينبغي لك أن تعرف أن رجوع الكفيل على المكفول عنه اذا وجد الامر انما يكون اذا كان المكفول عنه ممن يجوز (١٥٥) اقراره على نفسه بالدين ويملك التبرع والا فلا وبه صرح في التحفة وكفاية البيهقي وغيرهما حتى ان الصبي المحجور اذا أمر رجلا أن يكفل عنه فكفل وأدى لا يرجع لان الاصيل مستقرض عن الكفيل معنى واستقراض الصبي لا يتعلق به ضمان بخلاف استقراض البالغ وأما العبد المحجور لا يرجع عليه الا بعد العتق لان أمره صحيح في حق نفسه دون مولاه اهـ اتقاني (قوله لانه قضى دينه بأمره) أي لان الكفالة اذا كانت بأمر كانت بمعنى القرض كأنه قال أقرضني كذا وادفعه الى فلان وذلك جائز فكذلك هذا اهـ اتقاني (قوله أو بالعكس يرجع بالمال المكفول به) قال في التحفة ثم الكفيل يرجع بما ضمن لا بما أدى لانه ملك ما في ذمة الاصيل حتى انه اذا كان عليه دراهم صحاح جياد فأدى زيوفا وتجوز به صاحب الدين فانه يرجع بالجياد وكذا لو أدى عنها من المكيل والموزون أو العروض فانه يرجع بالدراهم بخلاف الوكيل بقضاء الدين فانه يرجع بما أدى لا بما على الغريم وبخلاف الصلح اذا صالح من الالف على خمسمائة فانه يرجع بخمسمائة لا بالالف لانه اسقاط البعض اهـ اتقاني (قوله أو وهبه) يعني اذا وهب المكفول له للكفيل المال المكفول به يرجع الكفيل على المكفول عنه بالمكفول به وكتب ما نصه قال في شرح الطحاوي ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى اهـ اتقاني قوله ولو وهب أي الطالب اهـ قوله له أي الكفيل اهـ (قوله ففعل) كما لو صالحه عن ألف على مائة على أن يهبه الباقي فان الكفيل يرجع حينئذ بألف اهـ (قوله في المتن ولا يطالب الاصيل بالمال قبل أن يؤدى عنه) أي لان الكفيل كالمقرض معنى والمقرض لا يرجع على المستقرض مالم يقرض فكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه مالم يؤد اهـ اتقاني رحمه الله

واتما يتملك الدين بالاداء فلا يرجع قبل التملك بخلاف الوكيل بالشراء حيث يرجع قبل الاداء لان الوكيل من الموكل ينزل منزلة البائع من المشترى فيما يرجع الى الحقوق لما أنه انعقد بينهما مبادلة حكمية حتى لو اختلفا في مقدار الثمن تحالفا وكان للوكيل ولاية حبس المبيع عن الموكل الى أن يوفى الثمن كما كان ذلك للبائع اذ هو استفاد الملك من جهته فكذا له أن يطالبه بالثمن قبل أن يؤدى كما كان للمشترى أن يطالب المشترى منه اذا باع المبيع قبل أن يوفى الثمن الى البائع قال رحمه الله (فان لوزم لازمه) أى ان لوزم الكفيل من جهة الطالب لازم هو الاصيل حتى يخلصه وكذا اذا حبس له أن يحبسه لانه هو الذى أدخله في هذه العهدة ويلحقه ما لحقه من جهته فيعامله بمثله حتى يخلصه من ذلك اذ تخليصه واجب عليه قال رحمه الله (و برئ باداء الاصيل) أى برئ الكفيل باداء الاصيل لان الاصيل يبرأ بالاداء و براءته توجب براءة الكفيل لانه ليس عليه دين في الصحيح وانما عليه المطالبة فقط و يستحيل أن تبقى المطالبة بدون الدين قال رحمه الله (ولو أبرأ الاصيل أو أخر عنه برئ الكفيل وتأخر عنه) أى لو أبرأ الطالب الاصيل أو أجل دينه برئ الكفيل وتأجل الدين في حقه أيضا لما ذكرنا انه ليس عليه الا المطالبة وهى تبع للدين فتسقط بسقوطه وتتأخر بتأخره بخلاف ما اذا تكفل بشرط براءة الاصيل ابتداء حيث يبرأ الاصيل وحده دون الكفيل لان الكفالة فيه صارت عبارة عن الحوالة مجازا واللفظ اذا أريد به المجاز سقطت الحقيقة فصار الكفيل محالا عليه و براءة المحيل لا توجب براءته على أنه لا يبرأ المحيل عن الدين فيها في رواية والاحكام تشهد به ألا ترى أنه لو توى يرجع عليه واذا مات المحيل كان المحتال اسوة الغرماء في المال المحتال به كأنه مات وعليه دين له ولغيره محققه أن الدين فيها لم يسقط بالاتفاق وانما تحول من ذمة الى ذمة إما الدين أو المطالبة على اختلاف الروايتين وذلك لا يوجب سقوطه ولا سقوط تبعه فلا يرد علينا أصلا قال رحمه الله (ولا ينعكس) أى براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل ولا تأخيره عنه يوجب التأخير عن الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين على ما بينا واسقاط المطالبة أو تأخيرها لا يوجب سقوط الدين ولا تأخره ألا ترى

(قوله في المتن فان لوزم لازمه) اعلم أن الكفيل بالامر اذا طولب طالب الاصيل واذا حبس حبسه واذا أدى رجع عليه اذا لم يكن على الكفيل دين مثله للمكفول عنه وأما اذا كان عليه دين مثله للمكفول عنه فليس للكفيل ملازمة الاصيل ولا له أن يحبسه اذا حبس ولا له أن يرجع عليه اذا أدى ولكنه يسقط عنه دين المكفول عنه كذا في شرح الطحاوى هذا كله اذا كانت الكفالة بأمر من عليه أما اذا كانت الكفالة بغير أمر فليس للكفيل الرجوع والمطالبة والحبس للاصيل لان الكفيل متبرع اه اتقانى (قوله في المتن و برئ بأداء الاصيل) قال الاتقانى وجملة القول هنا ما قال في شرح الطحاوى واذا أبرأ المكفول له المطلوب عن الدين وقبل ذلك برئ الاصيل والكفيل جميعا لان براءة الاصيل توجب براءة الكفيل و براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل الا أنه اذا أبرأ الاصيل يشترط في ذلك قبوله أو يموت قبل القبول والرد وقام ذلك مقام القبول ولو رده ارتد ودين الطالب على حاله واختلف مشايخنا في ذلك ان الدين هل يعود الى الكفيل أم لا قال بعضهم يعود وقال بعضهم لا يعود ولو أبرأ الكفيل صح الابراء قبل أو لم يقبل ولا يرجع على الاصيل ولو وهب الدين له أو تصدق عليه يحتاج الى القبول فاذا قبل كان له (١٥٦) أن يرجع على الاصيل كما اذا أدى وفى الكفيل حكم ابرائه والهبة يختلف في الابراء لا يحتاج الى القبول وفى الهبة والصدقة يحتاج الى القبول وفى الاصيل يتفق حكم ابرائه في الهبة والصدقة فيحتاج الى القبول في الكل ولو كان الابراء والهبة والصدقة بعد موته فقبل ورثته صح ولو رد ورثته ارتد و بطل الابراء عند أبي يوسف لان الابراء بعد الموت إبراء للورثة وقال محمد يرتد بردهم كما لو أبرأهم في حال حياته ثم مات الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى في شرح الطحاوى اه (قوله و براءته توجب براءة الكفيل) أى لان الكفالة لا تكون الا فيما يكون مضمونا على الاصيل وقد سقط الضمان على الاصيل بالاداء أو الابراء فيسقط عن الكفيل أيضا لان وجوب الضمان على الكفيل فرع وجوب الضمان على الاصيل ولم يبق ذلك فلا ان يبقى هذا اه اتقانى (قوله في المتن ولا ينعكس) قال الاتقانى رحمه الله قال في شرح الطحاوى واذا أخر الطالب الدين عن الكفيل الى مدة فقبل الكفيل هذا التأخير معه صح التأخير عن الكفيل خاصة ولا يكون ذلك تأخيرا عن الاصيل ولو رد الكفيل التأخير ارتد بخلاف الابراء للكفيل انه لا يرتد برده ولو أخر الدين عن الاصيل تأخر عنهما جميعا لان ضمان الكفيل تبع لضمان الاصيل وضمان الاصيل ليس بتبع لضمان الكفيل ولو كان له على رجل دين مؤجل فأخذ منه كفيلا ثبت على الكفيل مؤجلا ولو كان الدين على الاصيل حالا وكفل عنه رجل للطالب مؤجلا صحت الكفالة وتأخر الدين عنهما لان الاجل ألحق بالدين والدين على الاصيل الا أن يشترط الطالب وقت الكفالة الاجل لاجل الكفيل خاصة فلا يتأخر الدين حينئذ عن الاصيل ولو أن الكفيل أحال المكفول له على رجل فقبل المكفول له والمحتال عليه الحوالة فقد برئ الكفيل والمكفول عنه لان الكفالة حصلت بأصل الدين وأصل الدين كان على المكفول عنه فلذلك تضمنت هذه الحوالة براءتهما جميعا ولو اشترط الطالب وقت الحوالة إبراء الكفيل خاصة برئ الكفيل ولا سبيل له على الكفيل (١) لمال على المحتال عليه اه

(١) قول المحشي ولاسبيل له على الكفيل الخ هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فحرر اه مصححه

(قوله بخلاف ما اذا تكفل الخ) نص عليه فى الكافى اه (قوله مؤجلا الى شهر مثلا) قال فى المحيط ولو كان المال حالا فكفل به انسان مؤجلا بأمر المكفول به وطلبه فانه يجوز ويكون تأجيلا فى حقهما استحسانا فى ظاهر الرواية وروى ابن سماعة عن محمد رحمهما الله أنه حال على الاصيل مؤجل فى حق الكفيل لان التأجيل وجد فى حق الكفيل خاصة فلا يتغير الحكم فى حق الاصيل كما لو أجله بعد الكفالة وجه ظاهر الرواية أنه أضاف الاجل الى نفس الدين فتكون المطالبة عليه ابتداء مؤجلة ولن تكون المطالبة عليه مؤجلة ابتداء الا بعد ثبوت التأجيل فى حق الاصيل فيتأجل فى حق الاصيل فيتأجل فى حقهما بخلاف ما لو كفل حالا ثم أجله بعد الكفالة لا يتأجل عن الاصيل لانه أضاف التأجيل الى من عليه المطالبة لا الى الدين فلم يتغير الحكم فى حق الاصيل اه (قوله فانصرف الاجل الى الدين) أى وان كان قرضا وهذه حيلة فى تأجيل القرض اه تبيانى وكتب ما نصه ذكر (١٥٧) فى المحيط الكفالة بالقرض الى أجل

ان الدين وجود ابدونه ابتداء فكذا بقاء بخلاف ما اذا تكفل بالمال الحال مؤجلا الى شهر مثلا حيث يتأجل عن الاصيل أيضا لانه لا مطالبة على الكفيل حال وجود الكفالة فانصرف الاجل الى الدين قال رحمه الله (ولو صالح أحدهما رب المال عن ألف على نصفه برئا) أى صالح الاصيل أو الكفيل الطالب على خمسمائة عن الالف التى عليه برئ الكفيل والاصيل أما اذا صالح الاصيل فظاهر لانه بالصلح برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا وأما اذا صالح الكفيل فلان اضافة الصلح الى الالف اضافة الى ما على الاصيل لان الكفيل ليس عليه دين واغا عليه المطالبة على ما بينا فيبرأ الاصيل عن الدين ضرورة اضافة الصلح الى الالف وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا فاذا برئا عن خمسمائة بصلح أحدهما أيهما كان فان ادى الكفيل الخمسمائة الباقية رجع على الاصيل بها ان كان بأمره والا فلا يرجع لما عرف ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يذكر فى الصلح براءتهما فيبرآن جميعا أو براءة الاصيل فكذا الحكم أو لم يشترط شئ فكذلك أيضا أو شرط أن يبرأ الكفيل لا غير فيبرأ هو وحده عن خمسمائة والالف على حاله على الاصيل قال رحمه الله (وان قال الطالب للكفيل برئت الى من المال رجع على المطلوب) أى الكفيل يرجع على المكفول عنه لان هذا اقرار منه بالقبض من الكفيل لان البراءة التى يكون ابتداؤها من الكفيل وانتهاؤها الى الطالب لا تكون الا بالايفاء منه فصار كأنه قال دفعت الى أو نقدتنى أو قبضته منك فيرجع عليه ولا يرجع الطالب على واحد منهما لاقراره بالاستيفاء من الكفيل قال رحمه الله (وفى برئت أو أبرأتك لا) أى فى قوله للكفيل برئت أو أبرأتك لا يرجع الكفيل على الاصيل لانه لم يقر بالاستيفاء منه لان قوله برئت من غير أن يقول الى محتمل يحتمل أنه برئ بابرائه ويحتمل انه برئ بالاداء فلا يثبت له الرجوع بالشك وهذا عند محمد وقال أبو يوسف يرجع عليه لانه لا يحتمل الا البراءة بالقبض لانه أقر ببراءة ابتداؤها من المطلوب لانه نسب البراءة اليه ولا يقدر المطلوب أن يبرأ الا بالاداء بأن يضع المال بين يديه ويخلى بينه وبين المال فيبرأ بذلك وان لم يوجد من الطالب صنع ولهذا لو كتب وقال برئ الكفيل من المال يكون اقرارا منه بالقبض اجماعا فكذا هذا اذ لا فرق بينهما من حيث اللفظ وفرق محمد رحمه الله بينهما ان الصك لا يكتب عادة الا اذا كانت البراءة بالايفاء وان كانت بالابراء لا يكتب وقوله أبرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض ألا ترى أنه كيف نسب الفعل الى نفسه والكفيل لا علك الدين بالابراء فلا يرجع به على الاصيل بخلاف ما اذا أدى أو وهبه الطالب على ما مر وبخلاف الوكيل بالشراء

جائزة وهو حال على الاصيل ومثله فى خزانة الاكمل وشرح التكملة ولا يلتفت الى ما قاله العلامة الحصيرى فى التحرير من تأجيله على الاصيل فانه مخالف لعامة الكتب كذا قال الشيخ قاسم فى حاشية المجمع لابن فرشتاه ذكره قبيل فصل الربا اه (قوله ثم هذه المسئلة على أربعة أوجه اما أن يذكر الخ) أى كان يقول الكفيل مثلا للطالب صالحتك عن الالف التى على على أنى والمكفول عنه بريآن من الخمسمائة الباقية برئا جميعا والطالب فى الخمسمائة التى وقع عليها الصلح بالخيار ان شاء أخذها من الكفيل والكفيل يرجع على الاصيل ان كان بأمره وان شاء أخذها من الاصيل اه (قوله فى المتن رجع على المطلوب) أى والطالب بالخيار ان شاء أخذ جميع دينه من الاصيل وان شاء أخذ من الكفيل خمسمائة ويرجع الكفيل على الاصيل عما أدى ان كان الصلح بأمره اه اتقانى (قوله الكفيل يرجع على المكفول عنه) أى بجميع الدين لان الى لفظ لانتهاء الغاية والمتكلم وهو رب الدين هو المنتهى فى هذا التركيب فلا بد أن يكون ثم مبتدأ وليس الا الكفيل المخاطب فأفاد التركيب براءة من المال مبتدؤها من الكفيل ومنتهاها صاحب الدين وهذا معنى الاقرار من رب الدين بالقبض من الكفيل كأنه قال دفعت الى فلا يرجع على واحد منهما ويرجع الكفيل على الاصيل ان كان كفل بأمره والحوالة كالكفالة فى هذا اه كمال (قوله فى المتن وفى برئت أو أبرأتك لا) ذكر المصنف رحمه الله ثلاث مسائل اثنتان لا خلاف فيهما وهما قوله برئت الى وأبرأتك اه (قوله أبرأتك ابتداء اسقاط لا اقرار منه بالقبض) حتى كان للطالب أن يأخذ الاصيل به اه كمال وكتب ما نصه لان براءة الكفيل لا توجب براءة الاصيل اه غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى لان البراءة فى هذه الصورة ابتداؤها من الطالب والبراءة التى ابتداؤها من الطالب لا تكون الا بالاسقاط اه

(قوله فى المتن وبطل تعليق البراءة من الكفالة الخ) اعلم أن تعليق الكفالة بشرط ملائم يصح عندنا وقد مر بيانه أما تعليق البراءة من الكفالة لا يجوز مثل أن يقول اذا جاء غد فأنت برىء من الكفالة وذلك لان فى الابراء معنى التمليك والتمليكات لا يجوز تعليقها بالشروط لافضائها الى معنى القمار قاله الاتقانى وقال الكمال قوله ولا يجوز تعليق البراءة من الكفالة بالشرط أى بالشرط المتعارف مثل ان عجلت لى البعض أو دفعت البعض فقد أبرأتك من الكفالة (قوله وقيل يصح) أى قيل تعليق البراءة من الكفالة صحيح اه (قوله فى المتن والكفالة بحد وقود ومبيع) يعنى اذا تكفل عن البائع بالمبيع لم يصح لانه عين لا يمكن اداؤه من الكفيل اذا هلك والمراد الكفالة بعين المبيع لانه اذا كفل بتسليم المبيع جاز اه (قوله فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى النيابة فى ايفائه) أى وكل

اذا أبرأه البائع عن الثمن حيث يرجع به على الموكل لملكه ما فى ذمته وهذا كله فيما اذا كان الطالب غائبا وان كان حاضرا يرجع اليه فى بيانه فى الكل انه أوفاه أو أبرأه ليزول الاحتمال ويثبت حكمه قال رحمه الله (وبطل تعليق البراءة من الكفالة بالشرط) لان فى الابراء معنى التمليك كالابراء عن الدين وهذا على قول من يقول بثبوت الدين على الكفيل ظاهر وكذا على قول من يقول بثبوت المطالبة لا غير لان فيها تمليك المطالبة وهى كالدين لانها وسيلة اليه والتمليك لا يقبل التعليق بالشرط وقيل يصح لان الثابت فيها على الكفيل المطالبة دون الدين فى الصحيح فكان اسقاطا محضا كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد ابراء الكفيل بالرد لان الاسقاط يتم بالمسقط بخلاف التأخير عن الكفيل حيث يرتد بالرد لانه ليس باسقاط بل هو خالص حق المطلوب فيرتد بالرد وبخلاف الابراء عن الدين لان فيه معنى التمليك قال رحمه الله (والكفالة بحد وقود ومبيع ومرهون وأمانة) يعنى الكفالة بهذه الاشياء باطلة أما الكفالة باستيفاء الحد أو القصاص فلان الكفالة انما تصح بمضمون تجرى النيابة فى ايفائه ولا تجرى النيابة فى العقوبات لان المقصود من شرعها زجر المفسدين عن الفساد فلا يمكن اقامتها على غير الجانى لعدم الفائدة وأما الكفالة بالمبيع والمرهون والامانات كلها فلان الكفالة من شرط صحتها أن يكون المكفول به مضمونا على الاصيل بحيث لا يمكنه أن يخرج عنه الا بدفعه أو بدفع بدله لان الكفالة التزام المطالبة بما على الاصيل فلا بد أن يكون واجبا على الاصيل ومضمونا عليه حتى يتحقق معنى الضم والمبيع قبل القبض ليس بمضمون بنفسه وانما هو مضمون بالثمن ألا ترى انه لو هلك لا يجب عليه شئ بل ينفسخ البيع وكذا الرهن غير مضمون عليه بنفسه وانما يسقط دينه اذا هلك فلا يمكن ايجاب الضمان على الكفيل وهو ليس بواجب على الاصيل وكذا الامانة ليست بمضمونة على الاصيل لا عينها ولا تسليمها وهى كالودائع والمضاربات والشركات فلا يمكن جعلها مضمونة على الكفيل فلا تصح الكفالة بها قال رحمه الله (وصح لو ثمنا ومغصوبا ومقبوضا على سوم الشراء ومبيعا فاسدا) يعنى ان كان ثمن المبيع يصح الخ لان الثمن دين صحيح مضمون على المشترى والمغصوب والمقبوض على سوم الشراء والمبيع فى البيع الفاسد مضمون عليه حتى اذا هلكت عنده يجب الضمان عليه اذ القيمة تقوم مقامه فأمكن ايجابه على الكفيل بخلاف الاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع والرهن وبخلاف الامانات على ما تقدم ويجوز فى الكل أن يتكفل بتسليم العين سواء كانت مضمونة أو أمانة لان تسليم العين واجب على الاصيل فأمكن التزامه فصار نظير الكفيل بالنفس لانه ما دام قائما يجب عليه تسليمه وان هلك يبرأ كالكفالة بالنفس وقيل ان كان تسليمه واجبا على الاصيل كالعارية والاجارة جازت الكفالة بتسليمه وان كان غير واجب كالوديعة والاجارة لا تجوز الكفالة بتسليمه لان التسليم غير واجب عليه فلا يمكن ايجابه على الكفيل قال رحمه الله (وحمل دابة معينة مستأجرة

حق لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لا تجوز الكفالة به كالحدود والقصاص هذا لفظ القدورى فى مختصره قال صاحب الهداية معناه بنفس الحد لا بنفس من عليه يعنى أن الكفالة بنفس الحد لا تجوز أما الكفالة بنفس من عليه الحد فتجوز لان الكفالة بتسليم النفس الى باب القاضى واجب بخلاف الكفالة بنفس الحد فانها لا تجوز لان العقوبات لا تجرى فيها النيابة لعدم حصول المقصود لان المقصود الزجر وهو لا يتحقق بالنائب اه اتقانى (قوله فى المتن وصح لو ثمنا) قال القدورى واذا تكفل عن المشترى بالثمن جاز قال الاقطع وذلك لانه دين صحيح يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به كالقرض اه (قوله أو مبيعا) كذا بخط الشارح والذى فى نسخ المتن بالواو (قوله ويجوز فى الكل أن يتكفل بتسليم) العين نحو ان كفل عن البائع تسليم المبيع الى المشترى أو كفل عن المرتهن تسليم الرهن الى الراهن أو كفل عن الآجر بتسليم المستأجر وخدمة الى المستأجر اه (قوله فى المتن وحمل دابة الخ) قال القدورى رحمه الله فى مختصره ومن استأجر دابة للحمل فان كانت بعينها لم تصح الكفالة بالحمل وان كانت بغير عينها جازت الكفالة قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله وذلك لان الدابة ان كانت معينة فالواجب على المؤجر تسليم الدابة دون الحمل فاذا تكفل بالحمل فقد تكفل بما لا يجب على المكفول عنه فلا يصح وليس كذلك اذا كانت الدابة غير معينة لان الذى يلزم المؤجر الحمل وهو مما يمكن استيفاؤه من الكفيل فصحت الكفالة به اه قال الاتقانى رحمه الله وقال فى المبسوط ولو تكارى دابة أو عبدا وعجل الاجر ولم يقبض العبد ولا الدابة وكفل له كفيل بذلك حتى يدفعه اليه فان الكفيل يؤاخذ به ما دام حيا لان التسليم مستحق على

وخدمة عبد استؤجر للخدمة) يعني لا تجوز الكفالة بالحمل فيما اذا استأجر دابة معينة للحمل عليها ولا بالخدمة فيما اذا استأجر عبدا للخدمة لان من شرطها ان يكون قادرا على التسليم وهنا لا يقدر لانه استحق عليه الحمل على دابة معينة والكفيل لو أعطى دابة من عنده لا يستحق الاجرة لانه أتى بغير المعقود عليه ألا ترى ان المؤجر لو حمله على دابة أخرى لا يستحق الاجرة فصار عاجزا ضرورة وكذا العبد للخدمة بخلاف ما اذا كانت الدابة غير معينة لان المستحق على المؤجر الحمل والكفيل يقدر على ذلك بأن يحمله على دابة نفسه ولو تكفل بتسليم الدابة فيما اذا كانت معينة جاز لما ذكرنا في المبيع قال رحمه الله (وبلا قبول الطالب في مجلس العقد) يعني لا تصح الكفالة بلا قبول المكفول له في مجلس العقد وقال أبو يوسف رحمه الله تصح والخلاف في الكفالة بالنفس والمال سواء وقيل عنده يشترط القبول لكنه لا يشترط في المجلس بل اذا بلغه بعد القيام من المجلس فأجاز جاز ذكر قوليه في المبسوط في موضعين فشرط الاجازة في أحدهما دون الآخر وجه قوله الاول أن الكفالة التزام مطالبة من غير أن يجب بمقابلته على غيره شيء فيصح كالاقرار وهذا لانه تصرف التزام في ذمته وله عليها ولاية ولا ضرر على الطالب فيه فيتم به وحده كالنذر وجه قوله الثاني انه تصرف للغير فيتوقف على رضاه كسائر العقود وعبارة الواحد عنده تقوم مقام عبارتين وان كان فضوليا كما في نكاح الفضولي فانه ينعقد عند الاذن بعبارة واحدة فكذا عند عدم الاذن وانما تأثير الاذن عنده في اللزوم دون الانعقاد ألا ترى ان البيع لما كان ينعقد عند الاذن بعبارتين كان كذلك في الفضولي ولهما انه عقد تمليك فشرطه لا يتوقف على ما وراء المجلس كسائر العقود ولانه تبرع على الطالب بالالتزام وإنشاء سبب التبرع لا يتم بالمتبرع ما لم يقبله المتبرع عليه كالهبة والصدقة ولا يمكن جعل عبارته قائمة مقام عبارتين حتى يكون كقبول الآخر لعدم ولايته عليه فتعين الالغاء ولانه قد يكون ضررا عليه بأن يرافعه الاصيل الى من يرى براءته من القضاة بالكفالة لان العلماء مختلفون فيها فيعود ضررعليه فلا تصح بدون قبوله بخلاف الاقرار بالمال لانه ليس بعقد وانما هو إخبار عن شيء واقع فيقبل منه قوله في حق نفسه اذا لم يتضمن اضرارا بأحد قال رحمه الله (الا ان تكفل وارث المريض عنه) يعني لا تجوز الكفالة الا بقبول المكفول له في المجلس عندهما الا في مسئلة واحدة وهي أن يقول المريض لورثته أو لبعضهم تكفلوا عني بما علي من الدين لغرمائي فتكفلوا عنه مع غيبة الغرماء فانه جائز استحسانا وان كان القياس يأباه على قولهما اذ لا يتم الا بقبوله فصار كما لو قال ذلك في حالة الصحة وجه الاستحسان أن هذه وصية منه لورثته بان يقضوا دينه ولهذا يصح وان لم يسم المريض الدين وغرماءه لان الجهالة لا تمنع صحة الوصية ولهذا قالوا لا تصح اذا لم يخلف مالا ولان المريض في هذا الخطاب قائم مقام الطالب لحاجته اليه تفريغا لذمته بقضاء الدين من تركته وهذا لانه لما تعلق فيه حق الغرماء والورثة بماله صار كالاجنبي عن ماله حتى لا تنفذ تصرفاته فيه وتوجهت المطالبة على الورثة بقضاء ديونه من التركة فقام المطلوب في هذا الخطاب مقام الطالب أو نائبه كأن الطالب قال اضمن عن فلان أو كأنه حضر وقبل وانما يصح بمجرد الطلب ولا يحتاج فيه الى القبول لان قوله تكفلوا عني لا يراد به المساومة في هذه الحالة وانما يراد به تحقيق الكفالة فصار كالامر بالنكاح وفيما اذا قال المريض ذلك لاجنبي فضمن الاجنبي بالتماسه فقيل لا يجوز لان الاجنبي غير مطالب بدينه بدون الالتزام فكان المريض في حقه والصحيح سواء وقيل يصح لان المريض قصد به النظر لنفسه والاجنبي اذا قضى دينه بامره يرجع به في تركته فيصح هذا من المريض على أن يجعل قائما مقام الطالب لتضيق الحال عليه لكونه على شرف الهلاك ومثل ذلك لا يوجد من الصحيح فيؤخذ فيه بالقياس قال رحمه الله (وعن ميت مفلس) يعني لا تجوز الكفالة عن ميت لم يترك مالا وعليه ديون وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام أتي بجنازة رجل من الانصار فسأل هل عليه دين قالوا نعم درهمان أو ديناران فامتنع من الصلاة فقال

الاصيل وهو مما تجري فيه النيابة فتصح الكفالة به فلو هلك المستأجر لم يكن له على الكفيل شيء لان الاجارة انفسخت وخرج الاصيل من أن يكون مطالبا بتسليم العين وانما عليه رد الاجر والكفيل ما كفل بالاجر اه وكتب على قوله وحمل دابة ما نصه بالجر عطف على قوله بحد وقصاص أي بطل الكفالة بحمل دابة اه عيني (قوله في المتن وخدمة عبد) بالجر أيضا عطف على قوله وحمل دابة أي وبطل الكفالة أيضا بخدمة عبد اه

﴿فرع﴾ قال قاضيخان رجل قال لجماعة اشهدوا أني قد ضمنت لهذا الرجل بالالف التي له على فلان ثم ان المديون أقام بينة انه كان قد قضاه قبل أن يضمنه الكفيل قبلت بينته ويبرأ المطلوب عن دين الطالب ولا يبرأ الكفيل عن دين الطالب لان قول الكفيل ذلك كان اقرارا بالدين عند الكفالة فلا يبرأ الكفيل ولو أقام المديون بينة على القضاء بعد الكفالة برئ الكفيل والمديون جميعا (قوله ولو تكفل بتسليم الدابة الخ) قال قاضيخان رحمه الله رجل كفل على رجل بمال والطالب غائب والمكفول عنه حاضر فأجاز الغائب بعد ذلك لا تصح الكفالة في قول أبي حنيفة ومحمد وتصح في قول أبي يوسف ولو كان المكفول عنه غائبا والطالب حاضر فأجاز الطالب جاز بالاتفاق اه

صلوا على أخيكم فقام أبو قتادة رضى الله عنه فقال هما على يا رسول الله وفى رواية قال ذلك على رضى الله عنه فصلى عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدين واجب عليه فى حياته وهو لا يسقط الا بالايفاء أو الابراء أو انفساخ سبب الوجوب ولم يوجد شئ من ذلك فلم يسقط ولهذا يبقى فى حق حكم الآخرة ولو تبرع به انسان صح ولو لم يكن عليه دين لما جاز للطالب أخذه من المتبرع وكذا يبقى اذا كان به كفيل أو ترك مالا ولهانه كفل بدين ساقط لان الدين هو الفعل حقيقة يقال وجب عليه الدين أى أداؤه كما يقال وجب عليه الصلاة و يراد به الاداء والاداء لا يتصور من الميت فسقط سواء كان له مال أو لم يكن له مال فى حق أحكام الدنيا وصحة الكفالة تقتضى قيام الدين فى حق أحكام الدنيا ليصح تحقيق معنى الكفالة وهو ضم الذمة الى الذمة فى حق وجوب المطالبة والمطالبة ساقطة عن الاصيل فلا يمكن ايجابها على الكفيل تبعا اذ لا ينضم الموجود الى المعدوم الا انه فى الحكم مال لانه يؤل اليه اذ الوجوب لاجله وقد عجز عن الاداء بنفسه و بخلفه من المال والكفيل ففات المقصود وهو الاستيفاء فلا يبقى والتبرع لا يعتمد قيام الدين لانه تبرئة فى حق الآخرة ولان الدين باق فى حق الطالب لانه أمر بينهما وأما الكفالة فأمر بين الكفيل والاصيل لانه التزم ما على الاصيل وما رو ياه كان اقرارا منه بأنه كان كفيلا عنه قبل الموت ويحتمل أن يكون وعدا منه لا كفالة فحاصله انه حكاية حال فلا يمكن الاحتجاج به ولا يقال لو سقط الدين ابرئ الكفيل لان براءته توجب براءة الكفيل فما لم يبرأ علم أن عليه دينا فيجوز ابتداء الكفالة به أيضا لانا نقول الكفيل خلف عنه فلا يبرأ أو نقول الدين فى حق الطالب لا يسقط لان سقوطه ضرورى فلا يتعدى المطلوب قال رحمه الله (وبالثمن للموكل ولرب المال) أى لا تجوز الكفالة بالثمن للموكل ولا لرب المال معناه اذا وكل رجل رجلا ببيع شئ فباعه الوكيل ثم ضمن الثمن للموكل عن المشترى أو ضمن مضارب لرب المال ثمن متاع باعه من المشترى لم يجز لان حق القبض الى الوكيل والمضارب بجهة الاصالة فى البيع ولهذا لا يبطل بموت الموكل أو بموت رب المال و بعزله ولو وكل الموكل أو رب المال بقبض الثمن ثم عزله صح عزله لان الثمن وجب للوكيل أو للمضارب على المشترى اذ حقوق العقد راجعة الى العاقد وكذا المضارب لو وكل رب المال بقبض الثمن له عزله لانه العاقد فترجع الحقوق اليه والعاقد لغيره فى حق الحقوق كالعاقد لنفسه ولهذا اختصت المطالبة به ولو حلف المشترى ما للموكل عليه شئ كان بارا فى يمينه ولو حلف ما للوكيل عليه شئ حنث فاذا ثبت ان الوكيل أصيل فى القبض فاذا ضمن صار ضامنا لنفسه فلا يجوز بخلاف الرسول والوكيل ببيع الغنائم من جهة الامام والوكيل بالتزويج حيث يصح ضمانهم بالثمن والمهر لان كل واحد منهم سفير ومعبر حتى لو نهاهم الآمر عن قبض البدل صح نهيه ولانهما أمينان فى الثمن شرعا واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع فلا يجوز فصار نظير من سلم فى آخر الصلاة يريد به قطع الصلاة وعليه سجود السهو فانه يرد عليه قصده حتى جاز له أن يسجد للسهو ما لم يفعل ما ينافى الصلاة قال رحمه الله (والشريك اذا بيع عبد صفقة) أى اذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل صفقة واحدة وضمن أحدهما الشريكه نصيبه من الثمن لا يجوز لانه يصير ضامنا لنفسه لانه ما من جزء يؤديه المشترى أو الكفيل من الثمن الا وللشريك فيه نصيب ولانه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض وانه لا يجوز اذ القسمة عبارة عن الافراز والحيازة وهو أن يصير حق كل واحد منهما مفرزا فى حيز على حدة وذا لا يتصور فى غير العين لان الفعل الحسى يستدعى محلا حسيا والدين حكمى فلا يرد عليه الفعل الحسى فاذا لم تصح قسمته يكون كل شئ يؤديه الى الشريك مشتركا بينهما فيرجع المؤدى بنصف ما أدى لكونه مشتركا بينهما ثم يرجع أيضا بنصف الباقى الى أن لا يبقى فى يده شئ فيؤدى تجويزه ابتداء الى ابطاله انتهاء بخلاف

(قوله فى المتن و بالثمن للموكل إلى آخره) وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يعطى الرجل ثوبا ليبيعه بعشرة ففعل ثم ضمن البائع الثمن للآمر قال الضمان باطل وكذلك المضاربة إذا باعها الرجل وضمنها فلا ضمان عليه إلى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير اه إتقانى (قوله ولو وكل الموكل أو رب المال إلى آخره) كذا بخط الشارح وهو صحيح يعنى عن قوله بعد وكذا المضارب إلى آخره (قوله ولانهما) أى الوكيل والمضارب وكتب على قوله ولانهما ما نصه تعليل ثان لعدم صحة الكفالة اه (قوله واشتراط الضمان عليهما تغيير لحكم الشرع) أى كالمودع إذا ضمن الوديعة للمودع وكالمستعير إذا ضمن العارية للمعير بالشرط فانه باطل اه اتقانى (قوله إذا باع رجلان عبدا مشتركا بينهما من رجل) صورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجلين باعا من رجل عبدا صفقة واحدة فضمن أحدهما لصاحبه حصته من الثمن قال الضمان باطل وذلك لان الثمن مشترك بينهما فلو صح الضمان فلا يخلو اما إن صح فى نصف الثمن مطلقا أو فى حصة الشريك فلا وجه إلى الاول لانه يلزم أن يكون ضامنا لنفسه وهو باطل لانه ما من جزء من الثمن إلا وهو مشترك بينهما ألا ترى أنه لو قبض شيأ من الثمن كان صاحبه شريكا ولا وجه إلى الثانى لانه يؤدى إلى قسمة الدين قبل القبض وذلك باطل لان الدين فى ذمة من عليه لا يقبل القسمة فلا يتميز نصيب صاحبه لان القسمة افراز الانصباء والافراز مما إذا لا يتحقق إلا فى العين دون الدين فى الذمة فإذا لم يتميز نصيب صاحبه يقع الضمان عن نفس الضامن لنفسه وهو باطل اه إتقانى رحمه الله

(قوله فبطل الضمان للجهالة) أى فأما الدرك فقد صار مستعملا فى ضمان الاستحقاق خاصة فوجب العمل به كذا قال فخر الاسلام وقال أبو بكر الرازى فى شرح الطحاوى العهدة هى كتاب الشراء وهو للمشترى فهو بمنزلة من ضمن لرجل ملكه وهذا باطل لان صحة الضمان إنما تتعلق بما كان مضمونا على الغير فيضمنه الكفيل عنه وكتاب الشراء ليس بمضمون على أحد فيضمنه الكفيل وأما أبو يوسف ومحمد فقالا إن حملنا الضمان على هذا المعنى بطل وصار لغوا فحملناه على ضمان الدرك فيما عقد عليه الشراء ليصح معنى الضمان ولا يصير لغوا إلى هنا لفظ أبى بكر الرازى فى شرحه وقال فى أول كتاب الكفالة من الاجناس وفى البيوع املاء أبى يوسف رواية ابن سماعة قال أبو يوسف ضمان العهدة كضمان الدرك وهو جائز ويضمن الثمن اه إتقانى

ما إذا باعه صفقتين بان يسمى كل واحد منهما النصيب ثمنا حيث يصح ضمان أحدهما فيه للآخر لان نصيب كل واحد منهما ممتاز عن نصيب الآخر فلا شركة ألا ترى أن المشترى لو قبل نصيب أحدهما ورد نصيب الآخر صح وكذا لو قبل الكل ونقد حصة أحدهما فله أن يقبض نصيبه ولهذا لو استوفى أحدهما نصيبه من المشترى أو بعضه لا يشاركه الآخر فى الفصل الاول يشاركه ولو تبرع بالاداء فى هذه الفصول من غير ضمان جاز لان التبرع لا يتم إلا بالاداء وعند الاداء يصير مسقطا حقه فى المشاركة فيصح وامتناع الكفالة لا يدل على امتناع التبرع ألا ترى أن الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ويجوز التبرع به قال رحمه الله (وبالعهدة) أى لا تجوز الكفالة بالعهدة وصورتها أن يشترى عبدا من رجل مثلا فيضمن للمشترى رجل بالعهدة وإنما لا يجوز لان العهدة اسم مشترك قد يقع على الصك القديم لانه وثيقة بمنزلة كتاب العهدة وهو ملك للبائع ولا يلزمه التسليم فاذا ضمن تسليمه الى المشترى فقد ضمن ما لا يقدر عليه فلا يصح ويطلق على العقد لانها مأخوذة من العهد والعقد والعهد واحد وعلى حقوق العقد لانها من ثمرة العقد وعلى الدرك وعلى خيار الشرط ففى الخبر عهدة الرقيق ثلاثة أيام أى خيار الشرط فيه فتعذر العمل بها قبل البيان فبطل الضمان للجهالة بخلاف الدرك فان ضمانه صحيح لانه عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وهو معلوم مقدور التسليم ولا يقال ينبغى أن يصرف الى ما يجوز الضمان به وهو الدرك تصحيحا للتصرف لانا نقول فراغ الذمة أصل فلا يثبت الشغل بالشك والاحتمال قال (والخلاص) أى لا تجوز الكفالة بالخلاص وهذا عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تجوز لان تفسيره عندهما تخليص المبيع ان قدر عليه ورد الثمن ان لم يقدر عليه وهذا ضمان الدرك فى المعنى وأبو حنيفة يقول تفسيره تخليص المبيع لا محالة وهو لا يقدر على ذلك لان المستحق لا يمكنه منه ولو ضمن تخليص المبيع أو رد الثمن جاز لانه ضمن ما يمكن الوفاء به وهو تسليم المبيع ان أجاز المستحق البيع أو رد الثمن ان لم يجز قال (ومال الكتابة) أى لا تجوز الكفالة بمال الكتابة لانه دين ثبت مع المنافى وهو دين المولى على مملوكه فلا يظهر فى حق الكفالة ولانه مخير بين أن يعجز نفسه وبين أن يوفى فلا يفيد ايجابه على الكفيل على هذه الصفة لعدم الفائدة واثباته مطلقا ينافى معنى الضم لان من شرطه الاتحاد ولان على الاصيل اداء ملك المولى من وجه والكفيل لا يجد هذا المال وهذا كالمكاتب اذا عتق يبرأ عن بدل الكتابة لان عليه أداء مال هو ملك المولى من وجه ولا يجد ذلك بعد العتق ولا يمكن ايجاب الزيادة عليه فيبرأ

﴿ فصل ﴾ قال رحمه الله (ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل الطالب لا يسترده منه) أى لو قضى المكفول عنه الدين للكفيل قبل أن يعطى الكفيل المكفول له ليس للمكفول عنه أن يسترده منه

(قوله فى المتن والخلاص) اعلم أن ههنا ثلاثة ألفاظ ضمان الدرك وهو جائز بالاتفاق وضمان العهدة وهو باطل بالاتفاق على ظاهر الرواية وضمان الخلاص وهو باطل عند أبى حنيفة معناه لو استحق المبيع فعليه شراؤه وتسليمه إلى المشترى وجه قول أبى حنيفة أنه ليس بقادر على ما ضمن ووجه قولهما أنه بمنزلة ضمان الدرك وهو تسليم المبيع إن قدر عليه أو تسليم الثمن إن عجز عن تسليم المبيع وانه صحيح كذا قال العتابى اه إتقانى

(قوله فى المتن ومال الكتابة) قال فى كفالة الصغرى ما نصه فاذا ضمن بدل الكتابة لم يصح فلو أدى مع ذلك الضمان يرجع انتهى ومعناه فى الذخيرة فى الفصل السادس فى تصرف أحد الشريكين اه

﴿فصل﴾ (قوله ولو أعطى المطلوب الكفيل قبل أن يعطى الكفيل إلى آخره) وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله فى رجل كفل عن رجل بألف درهم بأمره فقضاه الالف قبل أن يعطيها صاحبها أله أن يأخذها منه قال لا وإن ربح فيها ربحا فهو له ولا يتصدق به وإن كانت الكفالة بكر حنطة فقضاه الذى عليه الاصل فباعه الكفيل فربح فيه فان الربح له إلا أنه أحب الى أن يدفعه إلى الذى قضاه ويرده عليه ولا أجبره على ذلك فى القضاء وقال أبو يوسف ومحمد هو له ولا يرده على الذى قضاه الكر إلى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير اعلم أن رجلا إذا كفل عن رجل بألف درهم بأمره فأدى الأصيل المال إلى الكفيل قبل أن يؤديه الكفيل إلى الطالب ثم أراد الاصيل أن يسترد الالف من الكفيل ليس له ذلك إلا أن يقضى الدين بنفسه قبل أداء الكفيل فحينئذ يسترد وذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير المدفوع حقا للقابض على تقدير أداء الدين من مال الكفيل فلما لم ينتف هذا الاحتمال بأداء الاصيل بنفسه لا تصح المطالبة اه إتقانى

لانه تعلق به حق القابض على احتمال قضائه الدين فلا يسترجع منه مادام هذا الاحتمال باقيا كمن عجل الزكاة ودفعها الى الساعى وكمن اشترى شيأ بشرط الخيار ونقد الثمن قبل مضى مدة الخيار ثم أراد أن يسترد قبل نقض البيع ليس له ذلك لان الدفع كان لغرض وهو أن يصير زكاة وثمنا عند مضى الحول ومضى مدة الخيار فمادام هذا الاحتمال قائما لا يسترد ولأنه ملكه بالقبض لان المطلوب دفعه اليه على وجه القضاء وأخذه الكفيل على وجه الاقتضاء بان قال له وقت الدفع انى لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فانا أقضيك المال قبل أن تؤديه بخلاف ما اذا كان الدفع على وجه الرسالة بان قال الاصيل الكفيل خذ هذا المال وادفعه الى الطالب حيث لا يصير المؤدى ملكا للكفيل بل هو أمانة فى يده ولكن لا يكون للاصيل أن يسترده من يد الكفيل لانه تعلق بالمؤدى حق الطالب وهو بالاسترداد يريد ابطاله فلا يمكن منه مالم ينقض دينه كالمسئلة الاولى ولانه بالكفالة وجب للكفيل على المطلوب حق كما وجب على الكفيل للطالب ولهذا لو أخذ الكفيل من الاصيل رهنا به جاز وكذا لو أبرأ الكفيل الاصيل من هذا الدين أو وهبه له قبل أن يدفع الى الطالب جاز حتى لو أدى عنه بعد ذلك لا يرجع عليه فيثبت بهذا أن للكفيل دينا على الاصيل الا أنه ليس له أن يرجع عليه حتى يؤدى عنه فصار نظير الدين المؤجل فانه بالاستعجال يملك فكذا هذا ثم بالاسترداد يكون نقضا لما تم من جهته فلا يمكن منه قال (وما ربح الكفيل له) أى اذا ربح الكفيل بالمال الذى قبضه من المطلوب قبل أن يعطى هو للطالب طاب له الربح لانه ملكه بالقبض فكان الربح بدل ملكه ولا يتصدق به سواء قضى الدين هو أو الاصيل لانه بالكفالة وجب له على الاصيل دين الا أنه تؤخر مطالبته حتى يدفع فنزل منزلة الدين المؤجل فيملكه بالقبض على ما بينا الا أن فيه نوع خبث اذا قضى الاصيل الدين عند أبى حنيفة لما نذكر فلا يعمل فيما لا يتعين على ما بينا فى البيوع وان قضى الكفيل فلا خبث فيه بالاجماع هذا اذا قبضه على وجه الاقتضاء وان قبضه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح على قول أبى حنيفة ومحمد لعدم الملك وعلى قول أبى يوسف يطيب لعدم التعيين وأصل الخلاف فى الربح بالدراهم المغصوبة قال (وندب رده على المطلوب لو شيأ يتعين) يعنى يستحب رد الربح على المكفول عنه اذا كان المقبوض شيأ يتعين كالحنطة والشعير وهذا اذا قضى الاصيل الدين وهو قول أبى حنيفة وعنه أنه يتصدق به وقالا يطيب له الربح وهو رواية عنه لانه ملكه بالقبض على مثال ما لو اقتضى دينه المؤجل وربح فيه وله أن الخبث تمكن مع الملك فيما يتعين لان اقتضاءه قاصر ألا ترى أن المكفول عنه بسبيل من قضاء دينه واسترداده العين المقبوضة فلا يخلو عن الشبهة فاذا لم يطب له يتصدق به فى رواية على الفقراء وفى رواية يرده على الاصيل لان الكراهية لحقه ثم ان كان الاصيل فقيرا يطيب له وان كان غنيا ففيه روايتان والاشبه أنه يطيب له هذا اذا أعطاه على وجه القضاء لدينه وان دفع اليه على وجه الرسالة لا يطيب له الربح بالاتفاق لانه لا يملكه ويتعلق العقد بعينه لتعينه فتكون الحرمة فيه حقيقة كالمغصوب المتعين اذا ربح فيه بخلاف ما لا يتعين

(قوله بخلاف ما إذا كان الدفع على وجه الرسالة) قال الاتقانى رحمه الله قالوا فى شروح الجامع الصغير هذا الفصل على وجهين فاما أن يدفع الاصيل إليه على وجه الرسالة أو على وجه الاقتضاء وكل ذلك على وجهين إما أن كان المدفوع مما لا يتعين بالتعيين كالنقود أو مما يتعين كالعروض فان دفع على وجه الرسالة بأن قال خذ هذا المال وادفع إلى الطالب لا يطيب له الربح سواء كان المدفوع مما لا يتعين أو يتعين فى قول أبى حنيفة ومحمد وطاب له عند أبى يوسف وذلك لان الخبث لعدم الملك لان تصرفه وجد فى غير ملكه فاستوى فيه المالان قال قاضيخان رحمه الله أصل المسئلة أن المودع أو الغاصب إذا تصرف فى الوديعة أو المغصوب وربح فعندهما لا يطيب له الربح خلافا لأبى يوسف وإن دفع على وجه الاقتضاء بأن قال الاصيل للكفيل إنى لا آمن أن يأخذ الطالب حقه منك فأنا أقضيك قبل إن تؤدى طاب له الربح إذا كان المدفوع مما لا يتعين كالنقود لانه ملكها بالقبض لما قلنا غاية ما فى الباب أن للاصيل الرجوع على الكفيل إذا أدى الاصيل بنفسه وبالرجوع لا يتبين أنه لم يملك لانه لا يتعين وإن كان المدفوع مما يتعين كغير النقود قال أبو حنيفة فى رواية هذا الكتاب يستحب أن يرده على الاصيل وقال فى كتاب الكفالة من الاصيل يتصدق به وقال فى كتاب البيوع منه لا يطيب له وعند أبى يوسف ومحمد يطيب له اهـ قوله وفى رواية هذا الكتاب يعنى الجامع الصغير اهـ (قوله وقالا يطيب إلى آخره) قال الاتقانى وجه قولهما أن الكفيل بعقد هذه الكفالة استوجب على الاصيل دينا مؤجلا كما بينا ولهذا صح إبراء الاصيل الكفيل قبل أداء الكفيل حتى إذا أدى لم يكن له الرجوع وصاحب الدين المؤجل إذا استوفاه يكون استيفاؤه صحيحا فكان الربح حاصلا على ملكه فطاب له ولابى حنيفة أن ملك الكفيل فى المدفوع إليه قاصر وذلك لان الطالب إذا أخذ حقه من الكفيل يتقرر ملكه وإذا أخذ من الاصيل ينتقض فكان الملك قاصرا فلو لم يكن الملك أصلا تثبت حقيقة الخبث فاذا كان قاصرا تثبت شبهة الخبث فلم يطب له الربح اهـ (قوله وإن كان غنيا ففيه روايتان) أى فى كتاب الغصب اهـ غاية (قوله والاشبه إلى آخره) قال الاتقانى قال فخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير والاشبه أن يطيب له لانه إنما يرده عليه على أنه حقه اهـ

عندأبي يوسف وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولوأمر كفيله أن يتعين عليه حريرا ففعل فالشراء للكفيل والربح عليه) وتفسيره ان الاصيل أمر الكفيل ببيع العينة وهو أن يقول له اشتر من الناس حريرا أوغيره من الانواع ثم بعه فما ربحه البائع منك وخسرت أنت فعلي وصورته أن يأتي هو إلى تاجر فيطلب منه القرض ويطلب التاجر الربح ويخاف من الربا فيبيعه التاجر ثوبا يساوي عشرة مثلا بخمسة عشر نسيئة ليبيعه هو في السوق بعشرة فيصل إلى العشرة ويجب عليه للبائع خمسة عشر إلى أجل أو يقرضه خمسة عشر درهما ثم يبيعه المقرض ثوبا يساوي عشرة بخمسة عشر فيأخذ الدراهم التي أقرضه على أنها ثمن الثوب فتبقى عليه الخمسة عشر قرضا فاذا فعل ذلك نفذ عليه والربح الذي ربحه التاجر يلزمه ولا يلزم الآمر شيء من ذلك لانه إما ضامن لما يخسره كما قاله بعضهم نظرا إلى قوله على أنها الوجوب فلا يجوز كما لو قال لرجل بائع في السوق فما خسرت فعلي وإما توكيل بالشراء كما قاله البعض نظرا إلى الامر به فلا يجوز أيضا لجهالة نوع الحرير وثمنه وسمي هذا النوع من البيع عينة لما فيه من السلف يقال باعه بعينة أي نسيئة من عين الميزان وهو ميله لانها زيادة وقيل لانها بيع العين بالربح وقيل هي شراء ما باع بأقل مما باع وقيل لما فيها من الاعراض عن الدين إلى العين وهو مكروه لما فيه من الاعراض عن مبرة الاقراض مطاوعة لشح النفس وهذا النوع مذموم شرعا اخترعه أكلة الربا وقال عليه الصلاة والسلام إذا تبايعتم بالعين واتبعتم أذناب البقر ذللتم وظهر عليكم عدوكم قال (ومن كفل عن رجل بما ذاب له عليه أو بما قضي له عليه فغاب المطلوب فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه كفل بما يجب في المستقبل بالقضاء أو بأي سبب كان وذلك لم يوجد لان القضاء على الغائب لا يجوز فلم يوجب شيأ ولم يوجد شرطه ولهذا لو أقر الكفيل على الأصيل بألف درهم لا يجب على الكفيل لان إقراره لا يوجب على الأصيل وشرط لزوم الكفيل في هذه الكفالة الوجوب على الأصيل فكذا القضاء وهو غائب ولانه يحتمل أن يكون واجبا قبل الكفالة فلا يجب عليه ويحتمل ان يكون واجبا بعده فيجب عليه فلا يدخل تحت الكفالة بالشك حتى لو ادعى الوجوب بعد الكفالة بأن قال حكم لي عليه القاضي فلان بكذا بعد الكفالة وأقام البينة قبلت بينته لانه ادعى عليه ما لا دخل في الكفالة ولزمهما المال قال (ولو برهن أن له على زيد كذا وأن هذا كفيل عنه بامره قضي به عليهما ولو بلا أمر قضي على الكفيل فقط) أي لو أحضر شخصا عند القاضي فأقام البينة أن له على فلان الغائب ألف درهم وأن هذا الشخص كفيل عنه بأمره

(قوله واتبعتم أذناب البقر) المراد باتباع أذناب البقر الزراعة اه غاية لانهم حينئذ يتركون الجهاد وتألف النفس الجبن قاله الكمال اه (قوله ذللتم) من باب ضرب اه مصباح (قوله في المتن ومن كفل عن رجل إلى آخره) وصورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل تكفل لرجل بما ذاب له عليه من حق أو بما قضي له عليه من حق فغاب المكفول عنه فجاء المدّعي بالكفيل فأقام عليه البينة ان له على المكفول عنه ألف درهم قال لا تسمع منه بينة على الكفيل حتى يحضر المكفول به الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وذلك لان الكفيل التزم ما لا يقضى به في المستقبل فما لم يقض به لا يجب شيء على الكفيل لان شرط وجوب المال على الكفيل القضاء على الاصيل ولم يوجد الشرط وهذا ظاهر فيما اذا كفل بما قضي له عليه أما اذا كفل بما ذاب له عليه فكذلك لان معنى ذاب وجب مستعار من ذوب الشحم كذا ذكره المطرزي واللفظ وان كان ماضيا يراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وأدام عزك فلما كان كذلك قلنا الكفيل كفل بمال يجب على الغائب بعد عقد الكفالة لا قبله ودعوى المدّعي على الكفيل مطلقة عن ذلك حيث لم يتعرض لوجوب المال بعد عقد الكفالة بل يحتمل أنه كان واجبا قبل الكفالة وذلك لا يدخل تحت الكفالة ففسدت الدعوى فلم تسمع البينة اه اتقاني رحمه الله (قوله فبرهن المدعي على الكفيل أن له على المطلوب ألفا لم يقبل) لانه قضاء على غائب لم ينتصب عنه خصم إذ الكفيل في هذه الصورة لا يكون خصما عنه لانه انما كفل عنه بمال مقضي به بعد الكفالة لانه وان كان ماضيا فالمراد به المستقبل كقولهم أطال الله بقاءك وهذا لانه جعل الذوب شرطا والشرط لا بد من كونه مستقبلا على خطر الوجود فما لم يوجد الذوب بعد الكفالة لا يكون كفيلا والدعوى مطلق عن ذلك والبينة لم تشهد بقضاء مال وجب بعد الكفالة فلم يقم على من اتصف بكونه كفيلا عن الغائب بل على أجنبي اذ لا ينتصب خصما وهذا في لفظ القضاء ظاهر وكذا في الاخرى وهو لفظ ذاب لان معنى ذاب تقرر ووجب وهو القضاء بعد الكفالة اه كمال رحمه الله (قوله وأقام البينة الى آخره) صار كفيلا وصحت الدعوى وقضي على الكفيل بالمال لصيرورته خصما عن الغائب سواء كانت الكفالة بأمره أو بغير أمره الا أنه اذا كان بغير أمره يكون القضاء على الكفيل خاصة اه فتح (قوله في المتن ولو برهن الخ) قال الاتقاني وصورة المسئلة في الجامع الصغير وقال يعقوب ومحمد اذا كفل عن رجل بمال لرجل بامر المكفول عنه فغاب المكفول عنه فجاء الطالب بالكفيل فأقام عليه بينة أن له على فلان كذا وكذا وأن هذا كفيل له بأمر فلان عن فلان فاني اقضي بشهادتهم بالمال على هذا وعلى المكفول عنه الغائب فان كانت الكفالة بغير أمر الغائب قضيت بالمال على الكفيل ولم يكن الكفيل بخصم على الغائب الى هنا لفظ الجامع الصغير وقال الفقيه

قبلت البينة وقضى على الأصيل والكفيل جميعا ولو أقام البينة أنه كفل عنه بغير أمره قضى على الكفيل فقط ولا يقضى على الغائب لان المدعى هنا مال مطلق فأمكن إثباته بخلاف ما تقدم على ما بيناه و إنما يختلف بالامر وعدمه لانهما يتغايران لان الكفالة بأمره تبرع ابتداء معاوضة انتهاء وبغير أمره تبرع ابتداء وانتهاء فالقضاء بأحدهما لا يكون قضاء بالآخر وإذا قضى بها بالامر ثبت وهو يتضمن الاقرار بالمال فيصير مقضيا عليه والكفالة بغير أمر لا تمس جانبه لان صحتها تعتمد قيام الدين فى زعم الكفيل فلا يتعدى إليه وفى الكفالة بأمره يرجع الكفيل بما أدى على الآمر وقال زفر رحمه الله لا يرجع لانه لما أنكر الكفالة فقد ظلم فى زعمه فليس له أن يظلم غيره ونحن نقول صار مكذبا شرعا فبطل زعمه فيرجع عليه كما يرجع المشترى على البائع بالثمن إذا استحق المبيع وإن كان فى زعمه أن البيع صحيح لما قلنا فان قيل كيف يقضى على الغائب إذا كانت الكفالة بأمره والقضاء على الغائب لا يجوز عندنا قلنا إذا لم يتوصل إلى حقه على الحاضر إلا باثباته على الغائب يجوز القضاء على الغائب كما إذا ادعى عبد أن الحاضر اشتراه من مولاه الغائب ثم أعتقه فأنكر الحاضر الشراء والاعتاق كان الحاضر خصما عن مولاه حتى إذا أثبت العبد الشراء والعتق نفذ على الغائب حتى إذا حضر ليس له أن يدعيه قال رحمه الله (وكفالته بالدرك تسليم) معناه إذا باع رجل دارا مثلا فتكفل رجل للمشترى عن البائع بالدرك وهو ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فكفالته تسليم للبيع وإقرار منه أنه لا حق له فيها حتى لو ادعى أن الدار ملكه أو ادعى فيها الشفعة أو الاجارة لا تسمع دعواه لان الكفالة ان كانت مشروطة فى البيع توقف جوازه على قبول الكفيل الكفالة فى المجلس فاذا قبل وانبرم بقبوله ثم ادعى الملك أو غيره صار ساعيا فى نقض ما تم من جهته ومن سعى فى نقض ما تم من جهته ضل سعيه فى الحياة الدنيا وان لم تكن مشروطة فى البيع فالمطلوب من هذه الكفالة اتمام البيع وإحكامه بان لا يرغب فيها المشترى الا بالكفالة خوفا من الاستحقاق فيكون اقرارا منه بان البائع مالك لها وقت البيع فلا تصح دعواه بعد ذلك قال رحمه الله (وشهادته وختمه لا) أى كتابة شهادته وختمه لا يكون تسليما حتى اذا ادعاه بعده تقبل دعواه لان الشهادة ليس فيها ما يدل على انه أقر للبائع بالملك اذ البيع يوجد من غير المالك كما يوجد من المالك ولعله كتب الشهادة ليحفظ الواقعة أو لينظر فى البيع حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وليس فيه ما يدل على نفاذه بخلاف ضمان الدرك لان مقصوده الابرام على ما بيناه حتى لو شهد هنا

أبو الليث فى شرح الجامع الصغير ذكر فى الكتاب عن أبى يوسف ومحمد خاصة وليس فى المسئلة اختلاف لانه لم يرد عن أبى حنيفة خلاف هذا وشمس الائمة السرخسى انما خص قولهما بالذكر لانه لم يحفظه عن أبى حنيفة نصا وانما قبلت البينة هنا ولم تقبل فى المسئلة المتقدمة لان ثمة المكفول به مال مقيد وهو ما على الكفيل بعد عقد الكفالة ودعوى المدعى وقعت مطلقة لم يتعرض لذلك ففسدت الدعوى فلم تقبل وههنا المكفول به مال مطلق لانه قال وان هذا كفيل عنه بأمره ودعوى الحال مطلقة أيضا وصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى اهـ اتقانى (قوله وقضى على الاصيل والكفيل جميعا) وفائدة القضاء على الكفيل والمكفول عنه أنه لو حضر المكفول عنه لا يحتاج الى إقامة البينة عليه لانه لما أثبت الكفالة على الحاضر بأمر الغائب وقضى القاضى بذلك ثبت أمر الغائب بالكفالة عنه وثبت اقراره بالدين وانتصب الحاضر خصما عن الغائب بخلاف ما اذا أقام البينة على أنه كفل بغير أمر الغائب ثبت الدين على الكفيل خاصة ولا يثبت على الغائب شئ لانه لما لم يثبت الامر من الغائب لم يتعد القضاء اليه كذا قال الامام الزاهد العتابى اهـ غاية (قوله ولا يقضى على الغائب لان المدعى هنا مال الى آخره) قال الكمال وانما قبلت هذه البينة ولم تقبل فيما قبلها لان المكفول هنا مال مطلق ودعوى المدعى مطلقة فصحت الدعوى فقبلت البينة لانها بناء على صحة الدعوى بخلاف ما قبلها لان المكفول به هناك مال مقيد بكون وجوبه بعد الكفالة وان كان مقيدا بخصوص كمية ولم تطابقها دعوى المدعى ولا البينة اهـ (قوله لانه لما أنكر الكفالة الخ) صار ذلك منه اقرارا بأن الاصيل لم يأمره واقرار المرء على نفسه صحيح لانه مؤاخذ بزعمه فلا رجوع اذن اهـ اتقانى رحمه الله (قوله فقد ظلم فى زعمه) قال فى الجمهرة والزعم والزعم لغتان فصيحتان وأكثر ما يقع الزعم على الباطل وكذلك هو فى التنزيل زعم الذين كفروا أن لن يبعثوا وكذلك ما جاء من الزعم فى القرآن اهـ غاية (قوله ونحن نقول) أى لما قضى القاضى بالكفالة بأمر بالبينة اهـ (قوله فبطل زعمه فيرجع عليه) قال الاتقانى كمن اشترى شيأ من انسان وأقر ان البائع باع ملك نفسه ثم استحق المبيع بالبينة كان للمشترى الرجوع بالثمن على البائع لانه بطل زعمه اهـ (قوله لان الكفالة ان كانت مشروطة فى البيع) بان باع بشرط الكفالة اهـ غاية (قوله فالمطلوب من هذه الكفالة) ترغيب المشترى فى البيع لانه ربما لا يرغب فى الشراء اذا لم يضمن بالدرك أحد فيكون المراد منه ترغيبا وتأكيد العقد فكأنه قال اشتر هذا فان العقد جائز والمبيع ملك البائع فان لحقك درك فيه فأنا ضامن لك فاذا كان كذلك كان الكفيل مقرا بملك البائع فلا يصح دعواه بعد ذلك للتناقض اهـ اتقانى رحمه الله (قوله اذا ادعاه بعده تقبل دعواه) أى وتقبل شهادته لغيره أيضا اهـ غاية (قوله ليحفظ الواقعة) ليسعى بعد ذلك فى تثبيت البينة اهـ فتح

أيضا عند الحاكم بالبيع وقضى بشهادته أو لم يقض يكون تسليما حتى لا تسمع دعواه بعد ذلك لان الشهادة بالبيع على انسان اقرار منه بنفاذ البيع باتفاق الروايات لان العاقل يريد بتصرفه الصحة فيصير كأنه قال باع وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول فيه على زعم المتعاقدين او اقرارهما فيكون بدعواه بعده مناقضا بخلاف مجرد الكتابة في الصك لانه لا يتعلق به حكم وانما هو مجرد إخبار وهو لو أخبر بان فلانا باع شيأ كان له أن يدعيه وقوله وختمه وقع اتفاقا باعتبار عادتهم فانهم كانوا يختمونه بعد كتابة أسمائهم على الصك خوفا من التغيير والتزوير والحكم لا يختلف بين أن يكون الصك مختوما أو غير مختوم قال رحمه الله (ومن ضمن عن آخر خراجه أو رهن به أو ضمن نوائبه وقسمته صح) أما الخراج فلأنه دين له مطالب من جهة العباد فصار كسائر الديون وهذا لانه يجب حقا للمقاتلة بدلا عن الذب والاستحفاظ والمحاماة عن بيضة الاسلام فكان بمنزلة الاجرة بخلاف الزكاة في الاموال الظاهرة لان الواجب فيها جزء من النصاب وهو عين غير مضمون بدليل أنه لو هلك لا يؤخذ منه شيء والكفالة باعيان غير مضمونة لا تجوز ولان الواجب فيها فعل هو عبادة والمال محله ولهذا لا يؤخذ من تركته بعد موته الا بوصية فلا تجوز الكفالة بها كسائر العبادات ثم قيل المراد بالخراج الخراج الموظف وهو الذي يجب في الذمة بان يوظف الامام كل سنة في مال على ما يراه لا الخراج المقاسمة وهو الذي يقسمه الامام من غلة الارض لانه غير واجب في الذمة فلم يكن في معنى الدين والرهن كالكفالة لان كل واحد منهما للتوثق فيجوز في كل موضع تجوز الكفالة فيه وأما النوائب فقد اختلفوا في صورته فقال بعضهم أريد به ما يكون بحق كاجرة الحراس وكرى النهر المشترك والمال الموظف لتجهيز الجيش وفداء الاسارى وقال بعضهم أريد به ما ليس بحق كالجبايات التي في زماننا يأخذها الظلمة بغير حق فان كان مراد المصنف هو الاول جازت الكفالة به بالاتفاق لانه واجب مضمون وان كان مراده الثاني ففيه اختلاف المشايخ فقال بعضهم لا تجوز الكفالة به منهم صدر الاسلام البزدوي لان الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة أو في الدين وهنا لا دين ولا مطالبة على الاصيل فلا يتحقق معنى الضم وقال بعضهم يجوز منهم فخر الاسلام على البزدوي لانها في المطالبة مثل سائر الديون بل فوقها والعبرة في باب الكفالة للمطالبة لانها شرعت لالتزامها ولهذا قلنا إن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط يؤجر وان كان الآخذ بالاخذ ظالما وقلنا ان من قضى نائبة غيره بامره رجع عليه وان لم يشترط الرجوع كمن قضى دين غيره بامره وأما القسمة فقد قيل هي ما أصاب الواحد من النوائب لان القسمة هي النصيب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب وقيل هي النوائب بعينها غير أن القسمة ما يكون

(قوله أو كتب في الشهادة كذلك من غير أن يقول الخ) قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع قال مشايخنا ان ذكر في الشهادة على البيع ما يوجب صحته ونفاذه بأن كتب في الصك باع وهو يملك ذلك وهو كتب شهد بذلك فانه تبطل دعواه الا أن يكون كتب الشهادة على اقرارهما بذلك كله فحينئذ لا تبطل دعواه بأن يكتب في الشهادة باع فلان كذا من فلان وقد أقر البائع أنه باع ملك نفسه اهـ غاية (قوله في المتن ومن ضمن عن آخر خراجه) قال الاتقاني أما الخراج فانما صح الضمان به لانه دين مضمون حقا للعبد يطالب به ويحبس فصار ضمانه كسائر الديون بخلاف الضمان بالزكاة فانه لا يصح في الاموال الظاهرة والباطنة جميعا لان الزكاة عبارة عن تمليك جزء من نصاب مقدر شرعا من غير أن يكون دينا في الذمة ولهذا لا تؤخذ بعد الموت من التركة بخلاف الخراج لانه دين لان الدين عبارة عن وجوب تمليك المال في الذمة بدلا عن شيء كقيم المتلفات وثمن المبيع والمهر ونحو ذلك والبدل كان ملكا له فيكون المبدل ملكا له أيضا والخراج بدل عن منفعة الحفظ فيكون دينا وليس الزكاة بدلا عن شيء آخر فلا يكون دينا فكان الملك متعلقا بالتمليك وهذا معنى قوله لانها مجرد فعل يعني ان الزكاة عبارة عن مجرد فعل وهو تمليك المال من غير أن يكون دينا اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وأما النوائب) قال الاتقاني وأما النوائب فقد اختلف المشايخ فيه قال بعضهم المراد ما يكون بحق كاجر الحارس وكرى نهر العامة وانه دين ويسمى نائبة وقال بعضهم هو ما يحتاج اليه الامام نحو تجهيز المقاتلة وفداء الاسارى بأن لا يكون في بيت المال شيء فيوظف مالا على الناس فيجوز ذلك فيجب أداؤه على كل موسر نظرا للمسلمين فيضمن انسان قسمة صاحبه أي نصيبه من ذلك يجوز وأما النوائب التي يوظفها السلطان ظلما على الناس كالجبايات في زماننا بسبيل الظلم فقد اختلف المشايخ فيه اهـ (قوله كاجرة الحراس) أي للحارة الذي يسمى في بلاد مصر الخفير اهـ كمال مع تغيير (قوله كالجبايات الخ) قال الكمال كالجبايات الموظفة على الناس في زماننا ببلاد فارس على الخياط والطباخ وغيرهما في كل شهر أو يوم أو ثلاثة أشهر للسلطان اهـ (قوله منهم صدر الاسلام) هو محمد بن محمد بن الحسين بن عبد الكريم النسفي اهـ وصدر الاسلام هذا هو أخو فخر الاسلام الآتي أيضا اهـ (قوله منهم فخر الاسلام على البزدوي) هو ابن محمد بن الحسين ابن عبد الكريم النسفي وعبد الكريم هذا كان تلميذ الشيخ الامام محمد بن محمد بن محمود الماتريدي السمرقندي اهـ اتقاني (قوله وقلنا ان من قضى نائبة غيره بأمره رجع عليه) لكن هذا اذا أمره به لا عن اكراه أما اذا كان مكرها في الامر لا يعتبر أمره في الرجوع هكذا ذكره شمس الائمة السرخسي اهـ اتقاني (قوله وان لم يشترط الرجوع) أي استحسانا بمنزلة ثمن المبيع اهـ غاية

راتبا والنوائب ماليس براتب وانما يوظفه الامام عند الحاجة إذا لم يكن في بيت المال شيء وقد بينا ماهو جائز بالاجماع وماهو مختلف فيه وقال أبو بكر بن أبي سعيد هذا اللفظ وقع غلطا لان القسمة مصدر والمصدر فعل وهذا مضمون وقيل هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة بينه وبين صاحبه فيضمنه إنسان لانها واجبة وقال بعضهم معناها اذا اقتسما ثم منع أحد الشريكين قسم صاحبه والرواية بأو وهي لاحد المذكورين وفي الاباحة ثم وكذا في النفي قال رحمه الله (ومن قال لآخر ضمنت لك عن فلان مائة الى شهر فقال هي حالة فالقول للضامن) يعني إذا أقر انه كفيل بدين عن فلان وادعى الاجل فصدقه المقر له وهو الطالب في الدين وكذبه في الاجل كان القول قول المقر لانه أقر له بثبوت حق المطالبة بعد شهر والمقر له يدعي عليه المطالبة في الحال وهو منكر فكان القول قوله بخلاف ما اذا أقر بالدين المؤجل فصدقه المقر له في الدين وكذبه في الاجل حيث يكون القول فيه قول المقر له لان المقر أقر بالدين ثم ادعى حقا لنفسه وهو الاجل فلا يقبل قوله بلا بينة ولان الاجل في الكفالة نوع حتى يثبت فيها من غير شرط بأن كان الدين مؤجلا على الاصيل وفي الدين عارض حتى لا يثبت الا بشرط فكان القول لمن ينكر العوارض وفي النوع القول للمقر لانه صفة للدين وقال الشافعي القول للمقر فيهما لان الاجل وصف فيهما يقال دين مؤجل وحال وفي الاوصاف القول للمقر وقال أبو يوسف القول للمقر له في الفصلين رواه عنه إبراهيم بن يوسف لان المقر قد أقر له بحق ثم ادعى تأخيره فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى أن له على صاحبه حقا وهو التأخير ألا ترى أنه لو أقر بالكفالة على انه بالخيار جاز اقراره بالكفالة وبطل الخيار لما قلنا ونحن بينا الفرق بين الفصلين وليس هذا كالخيار لان الخيار معنى يبطل الكفالة فلا يصدق بابطالها بعد الاقرار بها بخلاف الاجل لانه ليس بابطال وانما هو نوع في الكفالة على ما بينا وما قاله الشافعي ان الاجل وصف للدين لا يستقيم لانه ليس بصفة للدين في الحقيقة وان كان وصفا له لفظا ألا ترى أن الدين حق الطالب والاجل حق المطلوب ولو كان حقا له لما اختلف مستحقهما كالجودة والرداءة فيه والحيلة فيما اذا كان عليه دين مؤجل وادعى عليه وخاف الكذب ان أنكر والمؤاخذة في الحال ان أقر أن يقول للمدعي هذا الذي تدعيه من المال حال أو مؤجل فان قال مؤجل فلا دعوى عليه في الحال وان قال حال فينكره وهو صدوق فلا حرج عليه وقيل من عليه الدين مؤجلا اذا أنكر الدين وقال ليس له قبلي اليوم حق فلا بأس به اذا لم يرد به إتواء حقه قال رحمه الله (ومن اشترى أمة وكفل له رجل بالدرك فاستحقت لم يأخذ المشتري الكفيل حتى يقضى له بالثمن على البائع) لان الكفالة بالدرك هو ضمان الثمن عند خروج المبيع عن ملكه بالاستحقاق وهو لم يخرج عن ملكه ما لم يفسخ البيع ويحكم على البائع برد الثمن على المشتري وبمجرد الاستحقاق لا ينفسخ ولهذا لو أجاز المستحق البيع قبل الفسخ جاز فلو كان منتقضا لما جاز فاذا لم ينتقض لم يجب الثمن على البائع ولم يخرج عن ملكه لان بدل المستحق مملوك ألا ترى انه لو كان ثمنها عبدا فأعتقه البائع في هذه الحالة عتق وكذا لو كان المشتري باع الجارية من انسان فاستحقت من يد الثاني ليس للمشتري الاول

(قوله هذا اللفظ وقع غلطا) قلت دعوى الغلط غلط لان القسمة اسم بمعنى النصيب كما في قوله تعالى ونبئهم ان الماء قسمة بينهم والمراد بها النصيب أو بمعنى النائبة وهي أيضا اسم أو بمعنى حق القسام وهي أيضا اسم اه عيني (قوله لان القسمة مصدر والمصدر فعل) وهو غير مضمون اه غاية (قوله وقيل هي أن يمتنع أحد الشريكين من القسمة الخ) فاذا ضمن انسان ليقوم مقامه في القسمة يجوز ذلك لانه ضمن شيأ مضمونا وهو يقدر على ايفائه اه غاية (قوله فالقول للضامن) أي في ظاهر الرواية اه كمال (قوله رواه عنه ابراهيم ابن يوسف) قال الاتقاني و روى ابراهيم بن رستم عن أبي يوسف اه (قوله فلا يصدق الا بحجة لانه ادعى الخ) قال الاتقاني ووجه قول أبي يوسف انهما تصادقا في وجوب المال واختلفا في الاجل فثبت ما اتفقا عليه ولم يثبت ما اختلفا فيه ووجه الظاهر ما قال أصحابنا في شروح الجامع الصغير ان الاجل في الديون الواجبة لا بعقد الكفالة كالعروض وثمن البياعات والمهور وقيم المتلفات عارض ولهذا اذا اطلقت تكون حالة فاذا أنكر الاجل فقد أنكر العارض فكان القول قوله ولهذا قلنا في خيار الشرط اذا ادعاه أحد العاقدين لا يثبت بقوله لانه عارض وأما الاجل في الكفالة فقد ثبت من غير شرط بأن قال كفلت بمالك على فلان وعلى الاصيل دين مؤجل يكون مؤجلا على الكفيل من غير شرط فلم يكن الاجل في الكفالة أمرا عارضا بل الكفالة المؤجلة أحد نوعي الكفالة والاقرار بأحد النوعين لا يكون اقرارا بالنوع الآخر اه قال الكمال رحمه الله وجه المذهب ان المقر بالدين أقر بما هو سبب المطالبة في الحال ان اذا الظاهر ان الدين كذلك لانه انما يثبت بدلا عن قرض أو اتلاف أو بيع ونحوه والظاهر ان العاقل لا يرضى بخروج مستحقه في الحال الا ببدل في الحال فكان الحلول الاصل والاجل عارض فكان الدين المؤجل معروض العارض لا نوعا ثم ادعى لنفسه حقا وهو تأخيرها والآخر ينكره وفي الكفالة ما أقر بالدين على ما هو الاصح بل لحق المطالبة بعد شهر والمكفول له يدعيها في الحال والكفيل ينكر ذلك فالقول له وهذا لان التزام المطالبة يتنوع الى التزامها في الحال أو المستقبل كالكفالة بما ذاب والدرك فانما أقر بنوع منها فلا يلزم بالنوع الآخر اه (قوله ولو كان وصفا) الذي بخط الشارح ولو كان حقا اه

شرع فى كفالة الرجلين بعد كفالة الرجل لان الاثنين بعد الواحد فى الوجود فاخر ذكرها وضعا للتناسب اه اتقانى (قوله حتى يزيد مايؤديه على النصف) أى سواء عين عن صاحبه أو لم يعين اه منافع (قوله ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه الخ) قال الكمال رحمه الله ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه للكفالة كان له أن يرجع عليه به فلصاحبه أن يرجع بعين مارجع به المؤدى لان أداء نائبه يعنى كفيله بأمره كادائه بنفسه ولو أدى بنفسه يرجع فكذا بنائبه لكن اذا جعله كله عن صاحبه فنقول بذلك ليرجع بجميع مارجع به صاحبه والا لم يكن له أن يرجع الا بنصف مارجع به صاحبه بيانه أدى الاول مائتين يرجع بنصفها لانه فى احدى المائتين أصيل فاذا رجع به على صاحبه لم يقدر صاحبه أن يرجع بكلتيهما الا اذا اعتبر نفسه مؤديا كلها عن صاحبه المؤدى حقيقة والا لم يرجع الا بنصفها لانه لو أداها حقيقة بنفسه انصرف منها خمسون الى ماعليه اصالة وخمسون الى ماعليه كفالة وانما يرجع بما عن الكفالة فيؤدى الى الدور ومايؤدى الى الدور ممتنع فيمتنع رجوعه فلم يقع عن صاحبه والا لتغير حكم الشرع اذ الوقوع عن صاحبه حكمه جواز الشروع وقد علمت أنه امتنع للدور واعلم أن ليس المراد حقيقة الدور فانه توقف الشئ على مايتوقف عليه ورجوع المؤدى ليس متوقفا على رجوع صاحبه بل اذا رجع للآخر أن يرجع ولا يلزم كونه فى مال واحد بل ان شاء أعطاه ماأخذه منه فاذا رجع الآخر استعاده أو أعطاه غيره وكذا الاول فاللازم فى الحقيقة التسلسل فى الرجوعات بينهما فيمتنع الرجوع المؤدى اليه والحق أن هذا الوجه باطل لان رجوع المؤدى عنه لايمكن أن يسوغه شرعا اعتبار المؤدى عنه انه أدى بنفسه واحتسبه عن المؤدى لانه اعتبار باطل يؤدى الى أن المؤدى عنه يرجع على المؤدى بمثل ماأدى الى الطالب وهو نقيض مايقطع به فى الشرع أن المؤدى هو الذى يرجع على المؤدى عنه بمثل ماأدى عنه وكيف يكون أداء الانسان عن غيره سببا لان يرجع عليه ذلك الغير بمثل آخر هذه مجازفة عظيمة اه (قوله كان لصاحبه أيضا أن يرجع عليه) أى لان المؤدى متى جعل المؤدى عن صاحبه بحكم الكفالة عنه ليرجع عليه فلصاحبه أن يجعل عنه أيضا ويرجع عليه لانه يقول أداؤك بأمرى وأنت كفيل عنى كادائى وأنا كفيل عنك ثم وثم فيؤدى الى الدور وهو باطل كذا فى المنافع وهو أوضح مما فى الشرح اه (قوله ولا معارضة فيما زاد على ماعليه الخ) قال فى المنافع واذا زاد على النصف فليس لصاحبه أن يجعل المؤدى وهو الزيادة كادائه بنفسه لانه لم يبق كفيلا عن المؤدى لانه باداء حصته نفسه لم يبق الدين عليه اه (قوله وليس لشريكه) أى الدافع الذى عليه حالا اذا أدى عن المؤجل اه

أن يرجع على بائعه مالم يقض عليه بالثمن للثانى كى لايجتمع بدلان فى ملك واحد فاذا حكم الحاكم بالثمن عليه انتقض وسقط احتمال الاجازة ولزم البائع رد الثمن فيلزم كفيله ضرورة بخلاف القضاء بالحرية لان البيع يبطل بها لعدم المحلية فيرجع على البائع والكفيل به وعن أبى حنيفة أن البيع ينتقض بمجرد الاستحقاق لان الخصومة من المستحق وطلب الحكم من القاضى دليل على النقض فينتقض به البيع كما ينتقض بالنقض صريحا فلا تعمل اجازة المستحق بعد ذلك وعن أبى يوسف مثله فعلى هذا يرجع به عليه بمجرد القضاء بالملك وعن أبى يوسف انه ان أخذ العين بعد الحكم ينفسخ البيع لان أخذه دليل الفسخ والظاهر هو الاول

﴿باب كفالة الرجلين والعبدين﴾

قال رحمه الله (دين عليهما وكل كفيل عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه فان زاد على النصف رجع بالزيادة) معناه اذا كان لرجل دين على اثنين بأن اشتريا منه عبدا وتكفل كل واحد منهما عن صاحبه فما أداه أحدهما لم يرجع به على شريكه حتى يزيد مايؤديه على النصف فيرجع بالزيادة لان كل واحد منهما فى النصف أصيل وفى النصف كفيل فما يؤديه ينصرف الى ماعليه اصالة اذ لا معارضة بين ماعليه بطريق الاصالة وبين ماعليه بطريق الكفالة لان الاول دين والثانى مطالبة والثانى مطالبة فقط فلا يعارض الاول وكذا سبب الاول وهو الشراء أقوى من سبب الثانى وهو الكفالة ولهذا ينفذ الاول من المريض من جميع ماله وان كان عليه دين والثانى لاينفذ الا من الثلث بشرط أن لايكون عليه دين وان كان عليه دين مستغرق لاينفذ أصلا فكان آكد فلا يعارضه الضعيف وهذا نظير مالو اشترى ثوبا وفضة بفضة فقبضهما وقبض الآخر من الفضة الخالصة قدر فضته ثم افترقا قبل قبض الباقى يجعل المقبوض ثمن الصرف لان الصرف أقوى وآكد حتى أوجب القبض قبل الافتراق ولان الكفالة توجب المطالبة وهى تبع للدين فلا معارضة بين الاصل والتبع ولانه لو وقع فى النصف عن صاحبه كان لصاحبه أيضا أن يرجع عليه بأن يجعل المؤدى عنه لان المؤدى نائبه وأداء نائبه كادائه فيؤدى الى الدور فيسقط ولا معارضة فيما زاد على ماعليه بطريق الاصالة ولا دور فيرجع عليه به ولو كان ماعليه مؤجلا وما على صاحبه حالا صح تعيينه لانه لا معارضة اذ لايجب ماعليه فى الحال وليس لشريكه أن يرجع عليه

(قوله يصدق) وكان ينبغي أن لا يصدق وهذا وجه ورودها على مسئلة الكتاب فاعلم اه لـ (قوله وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة) يعني أن المانع من نقض الاستواء هو المراعاة الخ اه (قوله بخلاف المسئلة الاولى الخ) قال الكمال رحمه الله وهذا الفرق باعتبار الوجه الاول في المسئلة الأولى ولو كان الوجه الثاني صحيحا لم يبق فرق باعتباره لان مسوغ رجوع المؤدي عنه اعتبار نفسه أدى ما أداه عنه المؤدي واحتسابه به عن المؤدي وهذا ممكن هنا بعينه بأن يقول هذا الذي ترجع علي به بسبب انك أديته عني هو كاداني بنفسي فكأني أنا الذي أديته واحتسبته عنك فأنا أرجع عليك به ولا شك في بطلان هذا فلا يقع الفرق الا باعتبار القوة والضعف وهو الوجه الاول اه (قوله ثم يرجعان على الاصيل وقوله وان شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل) لا يخلو مع ما سبق عن تكرار فاعلم اه لـ (قوله في المتن ولو افترق المفاوضان الخ) قال الاتقاني وأصله أن المفاوضة شركة عامة في كل مال وصحيحة عندنا وتبتنى على ثلاثة أشياء التوكيل من كل واحد منهما صاحبه فيما كان من أعمال التجارة والكفالة عما كان من ضمان التجارة والاستواء في جنس رأس المال ابتداء وانتهاء فاذا كان انعقادها على الكفالة كان للغرماء أن يطلبوا بجميع الدين أيهما شاؤا لان الكفالة تثبت بعقد المفاوضة قبل الافتراق فلا تبطل بالافتراق اه (قوله في المتن وان كاتب عبديه كتابة واحدة) أى بان قال مثلا كاتبتكما على ألف الى عام اه (قوله وأدى أحدهما رجع بنصفه) قال في شرح التكملة وان كاتب عبديه كتابة واحدة على أن كل واحد منهما كفيل عن صاحبه فكل شئ أداه أحدهما رجع على شريكه بنصفه لانهما فيه سواء من حيث الاصالة والكفالة اه (قوله وكل واحد منهما بانفراده باطل) أى لان الكفالة تبرع المال والمكاتب لا يملك التبرع والكفالة انما تصح بالدين الصحيح وبدل الكتابة ليس بدين صحيح فلا تصح الكفالة به اه اتقاني (قوله فصار كما اذا اختلفت كتابتهما) أى بان كاتب المولى كل واحد منهما على حدة وكفل أحدهما عن الآخر فانها حينئذ باطلة قياسا واستحسانا اه (قوله وهذا استحسان) وجه الاستحسان أنه يمكن تجويز هذا العقد بان يجعل كل البدل على أحدهما والآخر تبعا له في العتق بان يكون كل واحد منهما أصيلا في الكل وكفيلا عن صاحبه في الكل كالولد المولود في الكتابة حيث يكون مكاتبا تبعا لامه فلما احتمل هذا العقد الصحة صح وجعل كل واحد منهما كان المال عليه وكان مؤاخذا بحكم الاصالة لا الكفالة فاذا أدى أحدهما شيأ يقع

لان الكفيل اذا عجل دينا مؤجلا ليس له أن يرجع على الاصيل قبل حلول الاجل وكذا لو كفل أحدهما عن صاحبه دون الآخر وأدى الكفيل جعله عن صاحبه يصدق وهي واردة على مسئلة الكتاب قال رحمه الله (وان كفلا عن رجل فكفل كل عن صاحبه فما أدى رجع بنصفه على شريكه أو بالكل على الاصيل) معناه اذا كان على رجل دين ألف درهم مثلا فكفل عنه رجلان كل واحد منهما بجميعه على الانفراد ثم كفل كل واحد من الرجلين عن صاحبه بما لزمه بالكفالة لان الكفالة عن الكفيل جائزة كما تجوز عن الاصيل فما ادى أحدهما رجع بنصفه على صاحبه ثم يرجعان على الاصيل ان شاء وان شاء رجع هو بالكل على الاصيل لان ما عليهما مستويان فلا ترجيح للبعض على البعض اذ الكل كفالة فيكون المؤدي شائعا عنهما فيرجع بنصفه على شريكه اذ لا يؤدي الى الدور ولان قضيته الاستواء وقد حصل برجوع أحدهما بنصفه وليس لصاحبه أن ينقض الاستواء بالرجوع عليه مراعاة لما اقتضاه العقد اذ الاستواء في السبب يوجب الاستواء في الحكم وهو الغرم بخلاف المسئلة الاولى لان الترجيح فيها حاصل من الابتداء فلا يضره الرجوع فيؤدي الى الدور ثم يرجعان على الاصيل لانهما أديا عنه دينه بأمره أحدهما بنفسه والآخر بنائبه وان شاء المؤدي رجع بالجميع على الاصيل لانه كفل بالجميع بأمره هذا اذا تكفل كل واحد منهما عن الاصيل بجميع الدين على التعاقب ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالجميع وأما اذا تكفل كل واحد منهما بالنصف ثم تكفل كل واحد منهما عن صاحبه فهي كالمسئلة الاولى في الصحيح حتى لا يرجع على شريكه بما أدى ما لم يزد على النصف وكذا لو تكفلا عن الاصيل بجميع الدين معا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه لان الدين ينقسم عليهما نصفين فلا يكون كفيلا عن الاصيل بالجميع وكذا لو كفل كل واحد منهما عن الاصيل بالجميع متعاقبا ثم كفل كل واحد منهما عن صاحبه بالنصف قال رحمه الله (وان أبرأ الطالب أحدهما أخذ الآخر بكله) لان ابراء الكفيل لا يوجب براءة الاصيل فبقي المال كله على الاصيل والآخر كفيل عنه بكله فيأخذه به قال رحمه الله (ولو افترق المفاوضان أخذ الغريم أيا شاء بكل الدين) لان كل واحد منهما كفيل عن الآخر على ما ينافي الشركة قال رحمه الله (ولا يرجع حتى يؤدي أكثر من النصف) لما بينا من الوجهين في كفالة الرجلين قال رحمه الله (وان كاتب عبديه كتابة واحدة وكفل كل عن صاحبه وأدى أحدهما رجع بنصفه) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان فيه كفالة المكاتب والكفالة ببدل الكتابة وكل واحد منهما بانفراده باطل وعند الاجتماع أولى فصار كما اذا اختلفت كتابتهما وجه الاستحسان أن تصرف الانسان يجب تصحيحه بقدر الامكان وقد أمكن تصحيح هذه الكفالة بأن يجعل

عن جميع البدل فيقع عن صاحبه نصف ذلك لاستوائهما فى العلة وهى ان كل البدل مضمون على أحدهما بعقد الكتابة ولهذا لا يعتق واحد منهما ما لم يؤد جميع البدل فان أعتق المولى أحدهما صح لانه ملكه وسقط نصف بدل الكتابة لان البدل فى الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما احتيالا لتصحيح الضمان فاذا ثبت عتق أحدهما استغنى عن بدل رقبته اهـ اتقانى (قوله احتيالا لتصحيح الضمان) والحامل على ذلك تشوف الشارع الى العتق اهـ (قوله قلنا هذا فى حالة البقاء) (١٦٩) كالوما ت شهود النكاح اهـ (قوله

المال كله على كل واحد منهما فى حق المولى وفى حق نفسه وعتق الآخر معلق بأدائه فيطالب المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فأيهما ادى عتق وعتق الآخر تبعا له كما فى ولد المكاتب لكن كل واحد منهما كفيل فى حق صاحبه لان المال فى الحقيقة مقابل بهما حتى انقسم عليهما فصارت كفالته بما عليه أصالة وكفالة المكاتب بما عليه أصالة جائزة فكان كل واحد منهما أصيلا فى الكل كفيلا عن صاحبه بالكل ولا تظهر الكفالة الا فى حق صاحبه لانها ضرورية فيتقدر بقدرها حتى تكون مطالبة المولى كل واحد منهما بجميع المال بحكم الاصالة لا بحكم الكفالة فاذا أدى أحدهما شيأ وقع عن كل البدل فيقع نصف ذلك عن صاحبه لاستوائهما فيرجع به عليه ولو رجع بالكل لا تتحقق المساواة بخلاف ما اذا اختلفت كتابتهما لان عتق كل واحد منهما تعلق بأداء المال على حدة وهو صحيح فى نفسه فلا حاجة الى تصحيحه بما ذكرنا من الطريق ثم المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يكاتبهما كتابة واحدة وكل واحد منهما كفيل عن صاحبه فحكمه ما ذكرنا والثانى أن يكاتبهما كتابة واحدة على ألف ولم يزد على هذا فحكمه ان كل واحد منهما يلزمه حصته ويعتق باداء حصته لان المقابلة المطلقة تقتضى ذلك والثالث أن يكاتبهما كتابة واحدة على أنهما ان أديا عتقا وان عجزا ردا فى الرق ولم يذكر كفالة كل واحد منهما عن صاحبه فعند زفر جواب هذا مثل الفصل الثانى حتى يعتق أحدهما بأداء حصته لان كل واحد منهما لم يلتزم بالقبول الا حصته ولهذا ليس للمولى أن يطالب أحدهما بجميع البدل ولو أدى أحدهما الجميع لم يرجع على صاحبه بشئ بخلاف ما اذا شرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه لانا نقول لا يعتق واحد منهما ما لم يصل جميع المال الى المولى لان شرط المولى فى العقد تجب مراعاته اذا كان صحيحا شرعا وقد شرط العتق عند أدائهما جميع المال نصا فلو عتق أحدهما بأداء حصته كان مخالفا لشرطه وما استدل به زفر ممنوع فان هذا عندنا كالفصل الاول فى جميع ما ذكرنا فلهذا قلنا ما لم يصل جميع المال الى المولى لا يعتق واحد منهما ذكره فى المبسوط قال رحمه الله (ولو حرر أحدهما أخذ أيا شاء بحصة من لم يعتقه) معناه لو أعتق أحد العبدين فيما اذا كاتبهما وشرط كفالة كل واحد منهما عن صاحبه صح العتق لوجود المصحح للعتق وهو الملك فى الرقبة وبرئ عن حصته من بدل الكتابة لانه لم يرض بالتزام المال الا ليكون وسيلة الى العتق ولم يبق وسيلة فتسقط حصته ويبقى على صاحبه حصته لان المال فى الحقيقة مقابل برقبتيهما وانما جعل على كل واحد منهما كله احتيالا لتصحيح الضمان واذا حصل له العتق استغنى عنه فاعتبر مقابلا برقبتيهما فيتوزع عليهما ضرورة فاذا توزع سقط حصة المعتق لما ذكرنا ويأخذ بحصة الذى لم يعتق أيهما شاء فان شاء أخذ المعتق بالكفالة وان شاء أخذ صاحبه بالاصالة قال رحمه الله (فان أخذ المعتق رجع على صاحبه وان أخذ الآخر لا) لان غير المعتق أصيل فلا يرجع على أحد اذا أدى والمعتق كفيل عنه بأمره فيرجع به عليه فان قيل كيف يكون المعتق كفيلا عنه والكفالة ببدل الكتابة لا تجوز قلنا هذا فى حالة البقاء لانه لم يكن فى الابتداء كفيلا فقط وانما كان بدل الكتابة واجبا عليه أصالة وقدرنا الكفالة فيه فى حق صاحبه احتيالا لتصحيح الاداء عن صاحبه وبعد العتق لا يمكن ايجاب البدل عليه لاستغنائه فلا يمكن تقدير الاصالة فيه فبقى كفيلا قال رحمه الله (ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه

فى المتن ومن ضمن عن عبد مالا يؤخذ به بعد عتقه) قال فخر الاسلام أراد به اقراره بالاستهلاك لانه قد ينطلق عليه فاما اذا استهلكه عيانا فانه يؤخذ به فى الحال الا فى المودع المحجور اذا استهلكها فانه لا يضمنها حتى يعتق عند أبى حنيفة ومحمد وكذلك لو أقرضه انسان أو باعه أو وطئ بشبهة بغير اذن المولى لم يؤخذ به حتى يعتق أيضا فهذا كله نوع واحد فى الحكم وجوابه أن الكفيل يؤخذ به حالا وقال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير صورة المسئلة اذا أقر العبد باستهلاك المال وكذبه المولى أو كان محجورا وأودعه انسان فاستهلك الوديعة فانه لا يؤخذ به حتى يعتق فى قول أبى حنيفة ومحمد ولو أقرضه انسان أو باعه وهو محجور أو وطئ امرأة بشبهة بغير اذن المولى فانه لا يؤخذ بالمهر حتى يعتق فان كفل انسان به ولم يسم حالا وغيره فهو حال أما صحة الكفالة فلان المال مضمون على الاصيل وانما لم يطالب الاصيل فى

الحال لعسرته لان العبد وما فى يده لمولاه ولم يظهر ما وجب على العبد لصحة سببه فى حق المولى لان المولى لم يرض به والكفيل ليس بمعسر فيطالب حالا لان المانع عن مطالبة العبد وهو العسر لم يوجد فى حق الكفيل فصار بمنزلة الكفالة عن غائب حيث تصح ويؤخذ الكفيل به حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اهـ اتقانى وكتب على قوله يؤخذ به بعد العتق ما نصه هذه الجملة وقعت صفة للنكرة وهى قوله مالا أى مالا غير واجب على العبد أداؤه قبل العتق اهـ

فهو حال وان لم يسمه) المراد به دين لم يظهر في حق المولى كما اذا لزمه بالاقرار أو بالاستقراض أو بالوطء عن شبهة أو استهلاك وديعة فان هذه الديون لا تظهر في حق المولى فلا يؤاخذ بها في الحال وانما يؤاخذ بها بعد الحرية فلو أن انسانا تكفل بهذه الديون يلزمه ويطالب به في الحال لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته الا أن المطالبة تأخرت عنه لعسرته اذ هذه الديون لا تتعلق برقبته لعدم ظهورها في حق المولى والكفيل غير معسر فصار كما لو كفل عن غائب أو مفلس بخلاف ما اذا كفل بدين مؤجل حيث لا يلزم الكفيل حالا لانه التزم المطالبة بدين والطالب ليس له أن يطالب بالدين المؤجل في الحال ثم اذا أدى عنه يرجع به بعد العتق ان كان بأمره لان الكفيل بالاداء ملك الدين وقام مقام الطالب فلا يطالبه قبل الحرية وقوله بدين يؤخذ به بعد عتقه احتراز عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك عيانا أو دين لزمه بالتجارة باذن المولى فانه تجوز الكفالة به بلا شبهة قال رحمه الله (ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل فمات العبد فبرهن المدعى انه له ضمن قيمته ولو ادعى على عبد مالا وكفل بنفسه رجل فمات العبد برئ الكفيل) والفرق ان الثانية تكفل عن العبد بتسليم نفسه فاذا مات العبد وهو المكفول به برئ هو وبراءته توجب براءة الكفيل على ما بينا من قبل ولا يختلف ذلك بين أن يكون المكفول به حرا أو عبدا وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد لان المدعى يدعى غصب العبد على ذي اليد والكفالة بالاعيان المضمونة بنفسها جائزة على ما تقدم فيجب على ذي اليد رد العين فان هلكت يجب عليه قيمتها فكذا على الكفيل ان أثبت المدعى بالبينة أن العبد له لانه يقوم مقام الاصيل والبينة كاسمها مبينة فيظهر بها أن العبد ملكه بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد أو بنكوله لان اقرار الاصيل ليس بحجة في حق الكفيل فلا يلزمه ما لم يقر به هو بنفسه قال رحمه الله (ولو كفل عبد عن سيده بأمره فعتق فأداه أو كفل سيده عنه وأداه بعد عتقه لم يرجع واحد منهما على الآخر) ومعنى الاولى أن لا يكون على العبد دين لان أمر المولى بالتكفيل يصح اذا لم يكن عليه دين ألا ترى أن له أن يجعله بالدين ولو أقر عليه بالدين نفذ اقراره وله أن يرهنه وان كان عليه دين مستغرق ليس له شئ من ذلك لانه يتضمن ابطال حق الغرماء وأما كفالة المولى عن العبد فصحيحة كيفما كانت وقال زفر يرجع كل واحد منهما على صاحبه اذا أدى عنه بعد الحرية وكانت الكفالة بأمره لتحقق الموجب للرجوع ولزوال المانع من الرجوع قلنا وقعت غير موجبة للرجوع لان أحدهما لا يستحق على الآخر دينا فلا تنقلب موجبة بعد ذلك كما اذا كفل رجل عن رجل بغير أمره فبلغه فأجاز فانها لا تنقلب موجبة للرجوع فكذا هذا ثم فائدة كفالة المولى عن عبده وجوب مطالبته بايفاء الدين من سائر أمواله وفائدة كفالة العبد عن مولاه تعلقه برقبته

(قوله فهو حال وان لم يسمه) يعني هو حال وان لم يسم حالا ولا مؤجلا اه (قوله كما اذا لزمه بالاقرار) أي بان أقر باستهلاك مال وكذبه المولى اه (قوله لان المال حال على العبد لوجود السبب وقبول ذمته) أي وعدم الاجل فكيف والعتق لا يصلح أجلا لجهالة وقت وقوعه وقد لا يقع أصلا اه (قوله فصار كما لو كفل عن غائب) أي حيث يصح ويؤخذ به الكفيل حالا وان عجز الطالب عن مطالبة الاصيل اه غاية (قوله أو مفلس) بتشديد اللام المفتوحة اه غاية وكتب ما نصه فلسه القاضي حيث تصح الكفالة ويؤخذ بها الكفيل حالا لعدم اعتبار الكفيل اه غاية (قوله وقام مقام الطالب) أي والطالب ما كان له مطالبته قبل العتق فكذا الكفيل اه (قوله احترازا عما يؤخذ به في الحال مثل دين الاستهلاك) (١٧٠) قال الكمال رحمه الله ولو كان كفل بدين الاستهلاك المعاين ينبغي أن يرجع قبل العتق اذا أدى لانه دين غير مؤخر الى العتق فيطالب السيد بتسليم رقبته أو القضاء عنه وبحث أهل الدرس هل المعتبر في هذا الرجوع الامر بالكفالة من العبد أو السيد وقوى عندي كون المعتبر أمر السيد لان الرجوع في الحقيقة عليه اه (قوله في المتن ولو ادعى رقبة العبد فكفل به رجل) أي كفل عن المدعى عليه بتسليم رقبة العبد رجل اه (قوله برئ الكفيل) قال الفقيه أبو الليث وهذا اذا كفل بنفس العبد فلو كفل بالدين الذي عليه في هذا الفصل يجب الضمان على الكفيل وان مات بمنزلة الكفالة عن حر فمات الحر مفلسا لا يبرأ الكفيل من كفالته في قولهم جميعا وليس بمنزلة من كفل بعد موته وقد روى عن أبي حنيفة أنه قال لا تجوز الكفالة اذا لم يكن للميت تركة وأما في هذه المسئلة فقد صحت الكفالة في حال حياته فلا تبطل بعد موته اه اتقاني (قوله وفي الاولى تكفل عن ذي اليد بتسليم رقبة العبد) فاذا مات العبد فأقام المدعى البينة بعد ذلك غرم المدعى عليه قيمة العبد وغرمها الكفيل أيضا لان الكفالة تحمل الضمان عن الغير فاذا وجب ضمان القيمة على الاصيل وجب على الكفيل لانه التزم المطالبة بما على الاصيل وقد انتقل الضمان في حق الاصيل الى القيمة فينتقل في حق الكفيل أيضا اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا ثبت الملك له باقرار ذي اليد الخ) حيث يقضى بقيمة العبد الميت على المدعى عليه ولا يلزم ذلك الكفيل اه غاية (قوله فصحيحة كيفما كانت) أي سواء كان عليه دين أو لا اه (قوله قلنا وقعت غير موجبة للرجوع) أي لان العبد لا يستوجب على مولاه دينا اذا لم يكن عليه دين مستغرق وكذا المولى لا يستوجب على عبده دينا بحال اه غاية (قوله فأجاز) أي المكفول عنه الكفالة فأدى الكفيل شيأ لا يرجع على المكفول عنه اه قاضيخان

كتاب

(قوله ومن شرائطها القبول) أى قبول المحتال اه (قوله وفيه خلاف أبى يوسف كما فى الكفالة) قال الكمال ولا تصح الحوالة فى غيبة المحتال فى قول أبى حنيفة ومحمد كما قلنا فى الكفالة الا أن يقبل رجل الحوالة للغائب فتتوقف على اجازته اذا بلغه وكذا لا يشترط حضرة المحتال عليه حتى لو أحال على غائب فبلغه فأجاز صحت اه (قوله وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع) رواه فى الهداية بهذا اللفظ اه وكتب ما نصه قال صلى الله عليه وسلم فيما رواه أبو هريرة مطل الغنى ظلم واذا أتبع أحدكم على ملىء فليتبع متفق عليه وأما بلفظ أحيل مع لفظة يتبع كما ذكره المصنف فمن رواية الطبرانى عن أبى هريرة فى الوسط قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مطل الغنى ظلم ومن أحيل على ملىء فليتبع ورواه أحمد وابن أبى شيبة ومن أحيل على ملىء فليحتل قيل وقد روى فاذا أحيل بالفاء فيفيد أن الامر بالاتباع للملاءة على معنى أنه اذا كان مطل الغنى ظلما فاذا أحيل على ملىء فليتبع (١٧١) لانه لا يقع فى الظلم والله أعلم ثم أكثر أهل العلم على أن الامر المذكور أمر استحباب وعن أحمد للوجوب والحق الظاهر أنه أمر اباحة هو دليل نقل الدين شرعا أو المطالبة فان بعض الاملياء عنده من اللدد فى الخصومة والتعسير ما تكثر به الخصومة والمضارة اه فمن علم من حاله هذا لا يطلب الشارع اتباعه بل عدمه لما فيه من تكثير الخصومات والظلم وأما من علم منه الملاءة وحسن القضاء فلا شك فى أن اتباعه مستحب لما فيه من التخفيف على المديون والتيسير ومن لا يعلم حاله فمباح لكن لا يمكن اضافة هذا التفصيل الى النص لانه جمع بين معنيين مجازيين للفظ الامر فى اطلاق واحد فان جعل للأقرب أضمر معه القيد والا فهو دليل الجواز للاجماع على جوازها اه فتح (قوله وهو فى الدين لا فى العين) أى لان العين لا تثبت فى الذمة فلا يتأتى نقلها من ذمة الى ذمة فلم تصح الحوالة فى العين اه اتقانى (قوله وأما العين فحسى الخ) ولا يقال ان الاوصاف لا تقبل النقل لانا نقول أحكام الشرع بمنزلة الجواهر على معنى أنها تبقى بعد المباشرة اه مستصفى (قوله لان الحوالة تصح بدون رضاه) ذكره فى الزيادات اه هداية (قوله وانما يشترط رضاه للرجوع عليه) أى لان التزام الدين من المحتال عليه تصرف فى حق نفسه وهو أى المحيل لا يتضرر به بل فيه نفعه عاجلا باندفاع المطالبة عليه عنه فى الحال وآجلا بعدم الرجوع عليه لانه لا يرجع الا بامره وحيث ثبتت الحوالة بغير رضاه كان (١) (قوله وقال زفر لا يبرأ) أى من الدين والمطالبة أيضا اه فتح بمعناه (قوله لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى) أى لانه انما انتقل الى ذمة أخرى بشرط السلامة فاذا توى يرجع فلم يكن المحيل متبرعا فى القضاء اه اتقانى

﴿كتاب الحوالة﴾

وهى فى اللغة التحويل والنقل ومنه حوالة الغراس نقله قال رحمه الله (هى نقل الدين من ذمة الى ذمة) هذا فى الشرع وفى اللغة هو النقل مطلقا على ما بينا قال رحمه الله (وتصح فى الدين لا فى العين برضا المحتال والمحال عليه) وهذا من شرائطها ومن شرائطها القبول وفيه خلاف أبى يوسف كما فى الكفالة وهى مشروعة باجماع الامة وقال عليه الصلاة والسلام من أحيل على ملىء فليتبع والامر بالاتباع دليل الجواز ولانه التزام ما يقدر على تسليمه فوجب القول بصحته دفعا للحاجة وانما اختصت بالديون لانها تنبئ عن النقل والتحويل وهو فى الدين لا فى العين لان الدين وصف شرعى وهذا النقل حكم شرعى يظهر أثره فى المطالبة فجاز أن يؤثر النقل الشرعى فى الثابت شرعا وأما العين فحسى فلا ينتقل بالنقل الحكمى بل بالنقل الحسى وانما اشترط رضاهما لان المحتال هو صاحب الحق وتختلف عليه الذمم فلا بد من رضاه لاختلاف الناس فى الايفاء فمنهم من يماطل مع القدرة ومنهم من يوفى ناقصا ومنهم من هو بالعكس فلا يلزمه بدون رضاه والمحال عليه يلزمه المال ويختلف عليه الطلب والناس متفاوتون فيه فمنهم من يعنف فيه ويستعجل ومنهم من يساهل ويمهل ويسامح ولم يذكر المصنف المحيل لان الحوالة تصح بدون رضاه وانما يشترط رضاه للرجوع عليه أو ليسقط دينه ونظيرها الكفالة فانها تصح بدون رضا المكفول عنه قال رحمه الله (وبرئ المحيل بالقبول من الدين) وهذا حكمها وقال زفر لا يبرأ لان المقصود بها التوثق وهو بازدياد المطالبة كالكفالة لا تؤثر فى سقوط ما كان له من المطالبة وقال ابن أبى ليلى يبرأ فى الكفالة أيضا اعتبارا بالحوالة ولنا أن الاحكام الشرعية تثبت على وفق المعانى اللغوية فمعنى الحوالة النقل والتحويل وهو لا يتحقق الا بفراغ ذمة الاصيل لان الدين متى انتقل من ذمة لا يبقى فيها والكفالة معناها الضم فيقتضى أن يكون موجبها ضم الذمة الى الذمة ولا يتحقق ذلك مع براءة ذمة الاصيل والاستيثاق فيها بالضم وفى الحوالة باختيار من هو الاملأ من المحيل وأحسن من المحيل فى القضاء ولا يقال لو برئ لما أجبر المحتال على القبول اذا قضاه المحيل الدين كما لو قضاه الاجنبى لانا نقول الاجنبى متبرع والمحيل غير متبرع لانه يحتمل عود المطالبة اليه بالتوى فلم يكن أجنبيا اذ قصده دفع الضرر عن نفسه

(١) هنا بياض بالاصل وكتب الناسخ فيه لم يكتب المحشى فارجع الى النسخ الصحيحة لعلك تجد ما سقط اه مصححه

ثم اختلفوا فى البراءة فقال أبو يوسف يبرأ عن الدين والمطالبة وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وثمرة الخلاف تظهر فى موضعين أحدهما اذا أبرأ المحتال المحيل من الدين قال أبو يوسف لا يصح وقال محمد يصح والثانى أن الراهن اذا أحال المرتهن بالدين على انسان كان للراهن أن يسترد الرهن عند أبى يوسف كما لو أبرأه من الدين وعند محمد ليس له ذلك كما لو أجل الدين كذا ذكره المرغينانى وذكر فى الزيادات أن البائع اذا أحال غريمه على المشترى بالثمن بطل حقه فى حبس المبيع لان مطالبته سقطت وكذا المرتهن اذا أحال غريمه على الراهن بطل حقه فى حبس الرهن لانه لم يبق له مطالبة بالدين وان أحال المشترى البائع على رجل لا يبطل حقه فى حبس المبيع لان المطالبة باقية لان المحال عليه قائم مقام المحيل وكذا اذا أحال الراهن المرتهن على رجل لم يبطل حقه فى حبس الرهن لان المطالبة باقية لان المحال عليه نائب المحيل فصار مطالبته كمطالبة المحيل والمكاتب على عكس ماذكر فانه اذا أحال مولاه على رجل يعتق كما ثبتت الحوالة وان كان المحال عليه نائبا عن المكاتب واذا أحال المولى عليه رجلا لا يعتق حتى يؤدى بدل الكتابة وان لم يكن للمولى حق مطالبة المكاتب والفرق أن حريته المكاتب معلقة ببراءة ذمته وقد برئت اذا أحال المكاتب مولاه على رجل وأما اذا أحال المولى عليه رجلا لا يبرأ وأما الرهن فللوثيقة فيبقى ما بقيت المطالبة ويبطل اذا بطلت وكذا البيع * اعلم أن احالة المكاتب مولاه على رجل انما تجوز اذا كان له على الرجل دين أو عين وقيده به لان المحتال يكون نائبا عن المكاتب فى القبض فيجوز وان لم يكن له واحد منهما أو كان له ولم يقيده به لا تجوز لان الحوالة تنقل الدين الى ذمة المحال عليه فصار الواجب على المحال عليه عين الواجب على المحيل حكما فلو صحت الحوالة ببدل الكتابة ولزم المحال عليه يكون الواجب على المحال عليه غير الواجب على المحيل وذلك لا يجوز كالكفالة وان كان المولى هو الذى أحال غريمه على المكاتب لا يصح الا اذا قيدها ببدل الكتابة لان مطلقها تبرع وليس المكاتب من أهله وليس للمولى أن يتصرف فيه حتى يلزمه بخلاف ما اذا تكفل القن عن مولاه على ما مر من قبل قال رحمه الله (ولم يرجع المحتال على المحيل الا بالتوى) وقال الشافعى لا يرجع عليه عند التوى لان ذمة المحيل قد برئت براءة مطلقة بالحوالة فلا يعود الدين الى ذمته الا بسبب جديد فصار كالغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما برئت ذمة الآخر ثم بالتوى عنده لا يعود الحق على الآخر وكالمولى اذا أعتق عبده المدين فان الغرماء يخيرون بين تضمين المولى قيمته وبين اتباع المعتق فان اختاروا أحدهما وتوى ما عليه لا يرجعون على الآخر ولنا ما روى عن عثمان رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا فى المحتال عليه اذا مات مفلسا يعود الدين الى ذمة المحيل وقال لا توى على مال امرئ مسلم ولان المقصود من شرعه الوصول الى حقه بالاستيفاء من الثانى لا مجرد الوجوب لان الذمم لا تختلف فى نفس الوجوب وانما تختلف فى الايفاء فهذا هو المعلوم بين الناس والمعلوم كالمشروط فعند فواته يجب الرجوع ألا ترى أن البيع لما كان فى العرف يراد به سلامة المبيع للمشترى وسلامته من العيب فعند فواته بالاستحقاق أو بالهلاك قبل القبض أو عند فوات وصف السلامة يرجع المشترى بالعوض لما قلنا وهذا لان ذمة المحال عليه خلف عن ذمة المحيل باحالته هو فاذا فات الخلف رجع بالاصل بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب فان أحدهما ليس بخلف عن الآخر وانما ثبت للمالك الخيار ابتداء علك المغصوب من أيهما شاء فيأخذ منه عوضه من غير أن يحيله عليه أحد فلا يرجع على أحد وكذا المولى والمعتق أحدهما ليس بخلف عن الآخر ألا ترى أن حقه ليس بثابت على أحدهما معينا حتى ينقله الى الآخر فافترقا قال رحمه الله (وهو أن يجحد الحوالة ويحلف

(قوله ثم اختلفوا فى البراءة) أى براءة المحيل اه (قوله وقال محمد يبرأ عن المطالبة فقط ولا يبرأ عن الدين وقوله فى المتن وبرئ المحيل بالقبول من الدين) اختيار لمذهب أبى يوسف واذا برئ عند أبى يوسف من الدين فقد برئ من المطالبة أيضا عنده كما صرح ببراءته منهما الشارح اه (قوله وقال محمد يصح) أى وعلى قول محمد يسقط دين المحتال وتمتنع مطالبته للمحال عليه حينئذ اه (قوله كان للراهن أن يسترد الرهن) سيأتى بعد هذا فى كلام الشارح أنه ليس له استرداده والذى يأتى هو قول محمد اه ﴿فرع﴾ قال فى السراجية رجل رهن عند رجل عبدا بمال فأحال الغريم بالمال على رجل فللمرتهن منع الرهن حتى يقبض فى أصح الروايتين والمرتهن لو أحال غريمه على الراهن لم يكن له منع الرهن اه تتارخان (قوله فى المتن وهو أن يجحد الحوالة ويحلف الخ) قال الامام الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الطحاوى التوى عند أبى حنيفة رضى الله عنه على وجهين أحدهما أن يموت المحتال عليه مفلسا ولا يترك مالا معينا ولا دينا ولا كفيلا على المحتال عليه للمحتال له والثانى أن يجحد المحتال عليه الحوالة ولم يكن للمحتال له بينة وحلف المحتال عليه فقد برئ وعاد المال الى المحيل ولا يكون التوى عند أبى حنيفة غير هذين الوجهين وعندهما التوى على ثلاثة أوجه وجهان ماذكرناه ووجه ثالث وهو أن يحكم الحاكم عليه بالافلاس كذا فى شرح الطحاوى أما اذا جحد المال وحلف لانه لا يقدر على مطالبته بعد اليمين لعدم البينة فقد توى الحق وكذا اذا مات مفلسا لانه لم يبق له ذمة يتعلق بها الحق ولا تركة فسقط الحق عن المحتال عليه فيثبت للمحتال له الرجوع على المحيل لان براءة المحيل كانت براءة نقل واستيفاء لا براءة اسقاط فلما تعذر

ولا

الاستيفاء وجب الرجوع وأما تفليس القاضي بالشهود حال حياة المحتال عليه فذاك بناء على أن تفليس القاضي هل يصح أم لا وأبو حنيفة
لا يرى ذلك وهما يريانه لانه عجز عن استيفاء حقه فصار كموت المحتال عليه ولابي حنيفة أنه عجز يتوهم ارتفاعه بحدوث

ولا بينة له عليه أو يموت مفلسا) أي التوى يكون بأحد هذين الامرين إما أن يجحد المحال عليه الحوالة ويحلف ولا بينة للمحيل ولا للمحتال أو يموت مفلسا بان لم يترك مالا عينا ولا دينا ولا كفيلا لان التوى هو العجز عن الوصول الى حقه ويتحقق ذلك بهما وهذا اذا ثبت موته مفلسا بتصادقهما فان اختلفا فيه فقال المحتال مات مفلسا وأنكر الآخر فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم لتمسكه بالاصل وهو العسرة كما اذا كان هو حيا وأنكر اليسر ولو فلسه الحاكم بعد ما حبسه لا يكون توى عند أبي حنيفة وقالا هو توى لانه عجز عن الاخذ منه بتفليس الحاكم وقطعه عن ملازمته عندهما فصار كعجزه عن الاستيفاء بالجحود أو بموته مفلسا ولابي حنيفة أن الدين ثابت في ذمته وتعذر الاستيفاء لا يوجب الرجوع ألا ترى أنه لو تعذر بغيبة المحال عليه لا يرجع على المحيل وهذا لان التوى في الدين لا يتصور حقيقة وانما يكون ذلك حكما بخروج محله من أن يكون محلا صالحا للوجوب بموته معدما أو بالجحود ولان الافلاس لا يتحقق عنده لان المال غاد ورائح يمسي الانسان فقيرا ويصبح غنيا وبالعكس ويحتمل أنه استغنى في مجلس الحكم بان مات له قريب يرثه وهذا نظير ما لو جرح الخصم الشهود وأقام البينة عليه لا يقبل لانه لا يتحقق لاحتمال توبته في المجلس وقيل هذه المسئلة مبنية على تحقق الافلاس وعدمه ولو مات وترك رهنا رهنه غيره بأمره أو بغير أمره وسلطه على البيع أو لم يسلطه يعود الدين الى ذمة المحيل لان عقد الرهن لم يبق بعد موت المحال عليه مفلسا اذ لم يبق الدين عليه والرهن بدين ولا دين محال بخلاف ما اذا ترك كفيلا بأمره أو بغير أمره لان الكفيل خلف عنه قال رحمه الله (فان طلب المحتال عليه المحيل بما أحال فقال المحيل أحلت بدين لي عليك ضمن المحيل مثل الدين) أي لان سبب الرجوع قد تحقق باقرار المحيل وهو قضاء دينه بأمره فيرجع عليه ولا يقبل قوله في دعوى الدين على المحال عليه لانه ينكره المحال عليه والقول قول المنكر ولا يكون الاقرار من المحال عليه بالحوالة اقرارا منه بالدين عليه ولا قبوله الحوالة يدل على أن عليه دينا لان الحوالة قد تكون مطلقة وقد تكون مقيدة بما على المحال عليه بل حقيقة الحوالة أن تكون مطلقة اذ المقيدة توكيل بالاداء والقبض فلم يوجد ما يدل على وجوب الدين عليه فيضمن له قال رحمه الله (وان قال المحيل للمحتال أحلتك لتقبضه لي فقال المحتال أحلتني بدين لي عليك فالقول للمحيل) لان المحتال يدعي عليه الدين وهو ينكر فالقول للمنكر ولا يكون الاقرار من المحيل بالحوالة وإقدامه عليها اقرارا منه بان عليه دينا للمحتال لان لفظ الحوالة يستعمل بمعنى الوكالة قال محمد اذا صار مال المضاربة ديونا وامتنع المضارب عن التقاضي وليس في المال ربح لا يجبر ولكن يقال له أحل رب المال أي وكله فاذا احتمل التوكيل لا يحكم له بالدين على المحيل بدعواه بل يكون القول للمحيل اذ هو متمسك بالاصل لان فراغ الذمم هو الاصل ولو لم يدع الدين على المحيل بان ادعى أن الدين الذي على المحال عليه ثمن مال له باعه المحيل له بطريق الوكالة منه وادعى أن الدين له ووصل اليه عين حقه لا يقبل قوله أيضا اذا أنكر المحيل ذلك لانه لما أقر له باليد والتصرف له في ذلك المال والانسان يتصرف ظاهر النفسه لا يسمع أن ذلك المال كان له بلا بينة فيكون القول للمحيل قال رحمه الله (ولو أحال بماله عند زيد وديعة صحت فان هلكت برئ) أي اذا كان له وديعة دراهم عند شخص فأحال بها غريمه صحت الحوالة لانه أقدر على التسليم فكانت أولى بالجواز فان هلكت برئ لان الحوالة مقيدة بها اذ لم يلتزم التسليم الا منها بخلاف ما اذا كانت مقيدة بالمغصوب حيث لا يبرأ به لانه يخلف القيمة والفوات الى خلف كلا فوات حتى لو هلك المغصوب لا الى خلف بان استحق بالبينة صار مثل الوديعة وقد تكون مقيدة بالدين فحاصله أن الحوالة على نوعين مقيدة ومطلقة فالمقيدة أن يقيدها بدين له عليه أو بعين في يده وديعة أو غصب أو نحوه والمطلقة أن يرسل

المال لان مال الله غاد ورائح فلا يعود الى المحيل كما قبل التفليس بخلاف الموت لانه عجز لا يتوهم ارتفاعه اهـ اتقاني رحمه الله (قوله فالقول قول المحتال مع يمينه على العلم الخ) كذا في الشافي والمبسوط وفي شرح الناصحي القول للمحيل مع اليمين على العلم لانكاره عود الدين اهـ فتح القدير (قوله ولو مات وترك رهنا رهنه غيره) أي رهنه غير المحتال عليه لاجل المحتال عليه عند المحتال ثم مات المحال عليه مفلسا يبطل حكم الدين في الدنيا فيبطل الرهن به حينئذ لان الرهن ولا دين محال أما لو فرضنا العين المرهونة ملك المحال عليه لا يأتي ما قاله من موته مفلسا اهـ (قوله في المتن فان طلب المحتال عليه المحيل بما أحال) أي اذا أراد المحتال عليه بعد قضاء الدين الى المحتال له أن يرجع بما أدى على المحيل فقال المحيل ليس لك أن ترجع علي لاني كنت أحلت عليك بديني فقال المحتال عليه بل لي أن أرجع عليك لا يقبل قول المحيل والقول قول المحتال عليه نص عليه في كتاب الكفالة اهـ اتقاني (قوله بل يكون القول للمحيل) أي مع اليمين لانه يتكر الدين اهـ غاية (قوله ولو لم يدع) أي المحتال اهـ (قوله لانه أقدر على التسليم) أي لتيسر ما يقضي به وحضوره بخلاف الدين عليه اهـ فتح

الحوالة ارسالا ولا يقيدها بشيء مما عنده من وديعة أو غصب أو دين أو يحيله على رجل ليس له عليه شيء مما ذكرنا والكل جائز لما روينا ولما ذكرنا من المعنى ولان كلا منهما يتضمن أمورا جائزة عند الانفراد وهي تبرع المحتال عليه بالالتزام في ذمته والايفاء وتوكيل المحتال بقبض الدين أو العين من المحال عليه وأمر المحال عليه بتسليم ما عنده من العين أو الدين الى المحتال فكذا عند الاجتماع وحكم المطلقة أن لا ينقطع حق المحيل من الدين والعين ولكن المحال عليه يرجع على المحيل بعد أدائه اذا كانت الحوالة برضاه وليس له أن يرجع قبل الاداء ولكن له أن يلازمه اذا لوزم ويحبسه اذا حبس حتى يخلصه كما في الكفالة ولو كان الدين مؤجلا على المحيل كان مؤجلا في حق المحال عليه كما في الكفالة ثم لا يصير الدين حالا بموت المحيل لانه خرج من البين وصار أجنبيا ويحل بموت المحال عليه لان الاجل كان حقه وقد استغنى عنه وحكم المقيدة أن لا يملك المحيل مطالبة المحال عليه بما أحال به من دين أو عين لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن ولو ملك المطالبة لبطل حق المحتال ولا يملك ذلك كما لا يملك ابطال حق المرتهن بخلاف المطلقة لانه لا تعلق لحقه بالعين أو الدين بل تعلق بذمة المحال عليه فلا تبطل الحوالة بأخذ ما عنده أو عليه من العين والدين ألا ترى أنها لا تبطل بهلاكه فكذا بأخذه بخلاف المقيدة لانه فيها لم يلتزم الاداء الا منها فلو أخذه لبطل حقه ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين كالمرتهن اذا أبرأ الراهن يرجع برهنه ولو وهبه له ليس له أن يرجع بدينه لان المحال عليه ملكه بالهبة وكذا اذا ورثه ولو مات المحيل كان الدين والعين المحتال بهما بين غرمائه بالحصص وقال زفر رحمه الله يختص به المحتال وهو القياس لان حقه متعلق به حال حياته والمحيل كالاجنبي عنه حتى لا يكون له أخذه فصار كالخارج عن ملكه فلا تقضى به ديونه ولئن كان ملكه ثابتا فتعلق حق المحتال سابق فصار كالمرهون يختص به المرتهن لتعلق حقه به سابقا على حقهم وكدين الصحة يقدم على دين المرض لما قلنا ولنا أن هذا مال المحيل لم يثبت لغيره عليه يد الاستيفاء فيكون بين غرمائه وهذا لانه لم يملكه المحتال لان تمليك الدين من غير من عليه الدين باطل لكن بالحوالة وجب للمحتال في ذمة المحال عليه دين مع بقاء دين المحيل ولهذا لو توى ما على المحال عليه يتوى على المحيل ولم يثبت عليه أيضا يد الاستيفاء لان ثبوت اليد على ما في ذمة الغير لا يتصور وانما لم يكن للمحيل أن يأخذه لان المحال عليه لم يقبل الحوالة الا ليملك ما في ذمته أو ليوفي من ذلك المال فلو أخذه يفوت الرضا فتبطل الحوالة بخلاف الرهن لانه ثبت عليه يد الاستيفاء ولهذا لو هلك يهلك على المرتهن فكان هو أحق به وكان ينبغي للمحتال أن لا يكون له حق المزاحمة لان دينه تحول الى ذمة المحال عليه فلا يزاحم غرماء المحيل كما اذا كانت الحوالة مطلقة وانما يثبت له حق المزاحمة لان الحوالة كانت مقيدة بذلك المال فاذا أخذ منه ذلك المال فات الرضا بالحوالة فتبطل الحوالة فيعود الدين الى ذمة المحيل على ما كان قبل الحوالة واستوضح ذلك بمسألة الوديعة والغصب ونحوهما بخلاف ما اذا كانت مطلقة لان المحيل بالحوالة برئ من دين المحتال وصار المحتال من غرماء المحال عليه فلم يتعلق له حق بماله فلا يزاحم غرماء المحيل واذا قسم الدين بين غرماء المحيل لا يرجع المحتال على المحيل بحصة الغرماء لان الدين الذي على المحال عليه صار مستحقا فليس له أن يرجع عليه به كما لو استحق الرهن ولا بما بقي من دينه بعد المحاصة لانه صار تاويا فلا يرجع به على أحد

(قوله وقد استغنى عنه) أي بموته فان لم يترك وفاء رجع الطالب على المحيل الى أجله (قوله ولو أبرأ المحتال المحال عليه عن الدين أخذ المحيل ما كان عنده من الدين والعين) وقد قالوا لو أحال رجل رجلا بمال ثم ان المحيل نقد المال الذي أحاله به جاز ولم يكن متبرعا فيما نقد من ذلك وذلك لان الدين في ذمة المحيل عندنا من طريق الحكم وان برئ في الظاهر ألا ترى أن الرجوع مترقب فهو بالقضاء يقصد أن يسقط عن نفسه حق الرجوع فلم يكن بذلك متبرعا كالوارث اذا قضى دين الميت وليس كذلك الاجنبي اذا أدى المال لانه لا يسقط عن نفسه حقا بالاداء فكان متبرعا قالوا فان كان الذي عليه المال أحال صاحب المال على رجل له عليه ألف درهم حوالة مطلقة ولم يقل أحلته عليك بمالي عليك أو على أن تعطيه مالي عليك فقبل فعلى المحال عليه ألفان ألف المحيل وألف المحتال ولكل واحد منهما أن يطالب بألف لان صحة الحوالة لا تقف على ثبوت مال المحال عليه فلم تتعلق الحوالة بنفس الدين لانه لم يعلقها به وانما تعلقت بذمته فبقي الدين بحاله وصار كما لو أحاله عليه بألف وفي يده ألف وديعة فان الحوالة لا تتعلق بها وله مطالبته بها كذلك اذا كان عليه دين قالوا واذا أدى المحال عليه المال أو وهبه له المحتال أو تصدق به عليه أو مات فورثه المحال عليه رجع في جميع ذلك على المحيل وذلك لانه ملك ما في ذمته بهذه الاسباب فاذا ثبت له الرجوع في الاداء فكذلك في جميع الاسباب التي يملكه بها ولو أبرأ المحتال المحال عليه من المال برئ ولا يرجع على المحيل لان البراءة اسقاط وليست بتمليك ومتى لم يملك ما في ذمته لم يرجع اهـ أقطع رحمه الله قال (قوله وكذا اذا ورثه) أي ولو لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين ينعكس الجواب ففي الهبة والارث يرجع وفي الابراء لا يرجع اهـ كافي (قوله ولو مات المحيل) أي وعليه ديون قبل أن يقبض المحتال دين الحوالة فالدين الذي عليه للمحيل بين غرماء المحيل والمحتال اسوة الغرماء فيه اهـ معراج الدراية

قال رحمه الله (وكره السفاتج) وهو قرض استفاد به المقرض أمن خطر الطريق وصورته أن يقرض ماله اذا خاف عليه الفوات ليردّ عليه في موضع الامن وهو تعريب سفته وسفته شيء محكم وسمي هذا القرض به لاحكام أمره وانما كره لما روى انه عليه الصلاة والسلام نهى عن قرض جر نفعا وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به والله أعلم

﴿كتاب القضاء﴾

القضاء في اللغة الاتقان والاحكام قال قائلهم

وعليهما مسرودتان قضاهما * داود أو صنع السوابغ تبع

أي أحكم صنعتهما وهو في الشرع فصل الخصومات وانه أفضل العبادات وبه أمر كل نبي قال الله تعالى انا أنزلنا التوراة فيها هدى ونور يحكم بها النبيون وقال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم والحاكم نائب عن الله في أرضه في انصاف المظلوم من الظالم وايصال الحق الى المستحق ودفع الظلم عن العباد والامر بالمعروف والنهي عن المنكر كل ذلك من الصفات الحميدة يميل اليها كل لبيب ومحاسنه لا تخفى على أحد ولولا ذلك لفسد البلاد والعباد قال رحمه الله (أهله أهل الشهادة) لان كل واحد منهما تثبت به الولاية على الغير الشاهد بشهادته يلزم الحاكم أن يحكم والحاكم بحكمه يلزم الخصم ومن صلح شاهدا صلح قاضيا فكانا من باب واحد فيستفاد أحدهما من الآخر قال رحمه الله (والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة الا أنه لا ينبغي أن يقلد ولو كان القاضي عدلا ففسق بأخذ الرشوة لا ينعزل ويستحق العزل واذا أخذ القضاء بالرشوة لا يصير قاضيا) وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح ولو قلد وهو عدل ينعزل بالفسق لان المقلد اعتمد

(قوله في المتن وكره السفاتج) قال في الفتاوى الصغرى السفتج ان كان مشروطا في القرض فهو حرام والقرض بهذا الشرط فاسد وان لم يكن مشروطا جاز وقال في الواقعات رجل أقرض رجلا مالا على أن يكتب له بها الى بلد كذا فانه لا يجوز وان أقرضه بغير شرط وكتب كان هذا جائزا وكذلك اذا قال اكتب لي سفتجة الى موضع كذا على أن أعطيك هنا فلا خير فيه وقال في كفاية البيهقي وسفاتج التجار مكروهة لانه ينتفع باسقاط خطر الطريق الا أن يقرض مطلقا ثم يكتب السفتجة فلا بأس هكذا روي عن ابن عباس والاصل فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن قرض جر نفعا ولانه تمليك دراهم بدراهم فاذا شرط في بلد أن يدفع في بلد آخر صار في حكم التأجيل والتأجيل في الاعيان لا يصح وهذا هو القياس اذا لم يشرط الدفع في بلد آخر الا أنهم استحسنوا فقالوا لا يكره كذا في شرح الاقطع ثم قيل انما أورد القدوري هذه المسئلة في هذا الباب لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة ونقل عن الامام نور الدين الكردي أنه قال انما أوردها في الحوالة لانه أحال الخطر المتوقع على المستقرض في معنى الحوالة اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وقيل اذا لم تكن المنفعة مشروطة فلا بأس به) قال الكمال ثم قالوا انما يحل ذلك عند عدم الشرط اذا لم يكن فيه عرف ظاهر فان كان يعرف أن ذلك يفعل لذلك فلا والذي يحكى عن أبي حنيفة أنه لم يقعد في ظل جدار غريمه فلا أصل له لان ذلك لا يكون انتفاعا بملكه كيف ولم يكن مشروطا ولا متعارفا وانما أورد هذه المسئلة هنا لانها معاملة في الديون كالكفالة والحوالة والله أعلم اهـ وكتب على قوله فلا بأس به ما نصه روي عن ابن عباس ذلك ألا ترى أنه لو قضاه أحسن مما له عليه لا يكره اذا لم يكن مشروطا اهـ كمال

﴿كتاب القضاء﴾

(قوله في الشعر أو صنع) امرأة صناع اليدين أي حاذقة ماهرة بعمل اليدين وامرأتان صناعان ونسوة صنع مثل قذال وقذل ورجل صنع اليدين وصنع اليدين أيضا بالكسر أي صانع حاذق وكذلك رجل صنع بالتحريك قال أبو ذؤيب

وعليهما مسرودتان قضاهما * داود أو صنع السوابغ تبع

هذه رواية الاصمعي وروى أو صنع السوابغ اهـ صحاح (قوله في المتن أهله أهل الشهادة) قال القدوري في مختصره ولا تصح ولاية القاضي حتى تجتمع في المولى شرائط الشهادة قال الاتقاني وانما شرط شرائط الشهادة من الحرية والعقل والبلوغ والعدالة في القضاء لان القضاء ولاية كالشهادة بل القضاء ولاية عامة فلما اشترط في الشهادة من الصفات كان اشتراطها في القضاء أولى اهـ (قوله في المتن والفاسق أهل للقضاء كما هو أهل للشهادة الا أنه لا ينبغي أن يقلد) أي كما في حكم الشهادة فانه لا ينبغي أن يقبل القاضي شهادته ولو قبل جازت عندنا اهـ هداية (قوله وكذا لو قضى بالرشوة لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى) ذكر الاستروشني اذا ارتشى القاضي وحكم لا ينفذ قضاؤه فيما ارتشى وينفذ فيما لم يرتش وذكر الامام البزدوي أنه ينفذ فيما ارتشى أيضا وقال بعض مشايخنا ان قضاياه فيما ارتشى وفيما لم يرتش باطلة وبالقول الاول أخذ شمس الائمة السرخسي وهو اختيار الخصاف وان ارتشى ولد القاضي أو كاتبه أو بعض أعوانه فان كان بأمره ورضاه فهو وما لو ارتشى القاضي سواء ويكون قضاؤه مردودا وان كان بغير علم القاضي نفذ وكان على المرتشي رد ما قبض الى هنا لفظ الفصول اهـ اتقاني (قوله وقال بعض مشايخنا اذا قلد الفاسق ابتداء يصح) قال في خلاصة الفتاوى واختلفت الروايات في تقليد الفاسق القضاء والاصح أنه يصح التقليد ولا ينعزل بالفسق ثم قال في المحيط يستحق العزل عند عامة المشايخ الا اذا شرط في التقليد أنه متى جار ينعزل وعند الشافعي ينعزل والامام يصير اماما مع الفسق ولا ينعزل بالفسق بلا

عدالته فلم يكن راضيا دونها كالعبد المأذون له فى التجارة اذا أبق ينعزل ولو أذن له وهو آبق جاز وعن علمائنا الثلاثة فى النوادران الفاسق لا يصلح قاضيا والظاهر هو الاول وأن العدالة شرط الاولوية وكذا الاجتهاد حتى لو ولى الجاهل القضاء صح وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز الا أن يكون عالما عدلا مأمونا لقوله عليه الصلاة والسلام القضاة ثلاثة قاضيان فى النار وقاض فى الجنة الحديث ففسر القاضيين أحدهما جاهل يحكم بالجهل والآخر عالم يحكم بالجور والثالث العالم العادل يحكم بعلمه ولانه مأمور بالقضاء بالحق والجاهل عاجز عنه ولا يكلف الله نفسا الا وسعها والفاسق غير مأمون فلا يجوز ولنا أن المقصود ايصال الحق الى المستحق وهو يحصل بالعمل بفتوى غيره ولا حجة له فى الحديث فانه عليه الصلاة والسلام سماه قاضيا ولولا أن التولية تصح لما سماه قاضيا ولان الصحابة رضى الله عنهم أجازوا حكم من تغلب من الامراء وجار وتقلدوا منه الاعمال وصلوا خلفه ولولا أن توليته صحيحة لما فعلوا ذلك قال رحمه الله (والفاسق يصلح مفتيا وقيل لا) يصلح لانه من أمور المسلمين وخبره غير مقبول فى الديانات وجه الاول أنه يجتهد حذارا النسبة الى الخطا قال رحمه الله (ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا غليظا جبارا عنيدا و ينبغى أن يكون موثوقا به فى عفافه وعقله وصلاحه وفهمه وعلمه بالسنة والآثار ووجوه الفقه) ويكون شديدا من غير عنف لينا من غير ضعف لان المقصود من القضاء دفع الفساد وايصال الحقوق الى مستحقيها واقامة حقوق الله تعالى وهو من أهم أمور المسلمين وأقوى واجب عليهم فكل من كان أعرف وأقدر وأوجه وأهيب وأصبر على ما أصابه من الناس كان أولى و ينبغى للمولى أن يتفحص فى ذلك و يولى من هو أولى لقوله عليه الصلاة والسلام من قلد انسانا عملا وفى رعيته من هو أولى منه فقد خان الله و رسوله و جماعة المسلمين قال رحمه الله (والاجتهاد شرط الاولوية) لانه أقدر على الحكم بالحق واختلفوا فى حد الاجتهاد قيل أن يعلم الكتاب بمعانيه والسنة بطرقها والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام منهما ومعرفة الاجماع والقياس لمكنه استخراج الاحكام الشرعية واستنباطها من أدلتها بطريقها ولا يشترط معرفة الفروع التى استخرجها المجتهدون بآرائهم وقال بعضهم يشترط مع هذا أن يكون عارفا بالفروع المبنية على اجتهاد السلف كأبى حنيفة والشافعى وغيرهما من المجتهدين وقال بعضهم من حفظ المبسوط ومذهب المتقدمين فهو من أهل الاجتهاد والاشبه أن يقال أن يكون صاحب حديث له معرفة بالفقه ليعرف معانى الآثار أو صاحب فقه له معرفة بالحديث كيلا يشتغل بالقياس فى المنصوص عليه وقيل لابد مع هذا من أن يكون صاحب قريحة يعرف بها عادات الناس لان كثيرا من الاحكام تبتنى عليها قال رحمه الله (والمفتى ينبغى أن يكون هكذا) يعنى فى العلم والامانة لانه أقدر على المقصود وأبعد من الغلط وأكثر اهتماما فى دينه عند تجدد الحوادث فيكون كلامه أوثق فيعتمد عليه قال رحمه الله (وكره التقلد ان خاف الحيف) أى الظلم كيلا يكون ذريعة الى مباشرة الظلم قال رحمه الله (وان أمنه لا) أى ان أمن الظلم لا يكره التقلد لان كبار الصحابة رضى الله عنهم والتابعين وعلماءهم تقلدوه وكفى بهم قدوة قال رحمه الله (ولا يسأل القضاء) لقوله صلى الله عليه وسلم من طلب القضاء وكل الى نفسه ومن أجبر عليه نزل عليه ملك من السماء يسدده ولان من طلبه يعتمد على نفسه فيحرم ومن أجبر عليه يتوكل على ربه فيلهم وكره بعض المشايخ أن يدخل فى القضاء مختارا لقوله عليه الصلاة والسلام من ابتلى بالقضاء فكأنما ذبح بغير سكين ولان القضاء بالحق لا يمكنه الا بأعوان وقد لا يعينه عليه أحد وكان فى بنى اسرائيل من فرغ نفسه للعبادة ستين سنة ترجى له النبوة فاذا اشتغل بالقضاء

خلاف الى هنا لفظ الخلاصة اه غاية (قوله فى المتن والفاسق يصلح مفتيا) قال أبو العباس الناطفى فى آخر أدب القاضى من كتاب الاجناس الفقيه اذا كان فاسقا هل يجوز أن يستفتى منه فيه كلام بين المشايخ ذكر محمد بن شجاع فى نوادره سمعت بشر بن غياث يقول أرى الحجر على ثلاثة فقيه فاسق وطبيب جاهل ومكار مفلس وقال محمد بن شجاع فى قول نفسه لا بأس بأن يستفتى من الفقيه الفاسق لانه يكره أن يخطئه الفقهاء فيجيب بما هو الصواب اه غاية (قوله فى المتن ولا ينبغى للقاضى أن يكون فظا) أى جافيا اه (قوله غليظا) أى شديدا فى الكلام متفاحشا اه (قوله جبارا) أى متكبرا مقبلا بغضب اه (قوله عنيدا) أى معاندا عنيفا لان المقصود من القضاء دفع الفساد وهذه الاشياء بعينها فساد اه عينى (قوله والمراد بعلمهما علم ما يتعلق به الاحكام) أى ولا يشترط أن يكون عالما بجميع ما فى الكتاب والسنة اه اتقانى (قوله كيلا يشتغل بالقياس فى المنصوص الخ) والتفاوت بين العبارتين أن الاول مشتهر بالحديث وله فقه أيضا والثانى مشتهر بالفقه وله بصر بالحديث أيضا اه غاية (قوله وكل الى نفسه) على صيغة المبنى للمفعول بتخفيف الكاف أى فوض أمره اليها ومن فوض أمره الى نفسه كان مخذولا غير مرشد للصواب لكون النفس أمارة بالسوء اه اتقانى (قوله أيسوا وقد لا يعينه عليه أحد) قال فى الهداية والصحيح أن الدخول فيه رخصة طمعا فى اقامة العدل والترك عزيمة فلعله يخطئ ظنه فلا يوفق له اه

أيسوا من نبوته فهذا دليل على انه مسقطة وان تعين هو للقضاء بأن لم يكن أحد غيره يصلح للقضاء وجب عليه الطلب صيانة لحقوق المسلمين ودفعا لظلم الظالمين قال رحمه الله (ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر ومن أهل البغى) لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم تقلدوه من معاوية فى نوبة على وكان الحق بيد على يومئذ وقد قال على رضى الله تعالى عنه اخواننا بغوا علينا وعلماء السلف تقلدوه من الحجاج الا اذا كان لا يمكنه من القضاء بالحق فيحرم عليه لانه يحصل به ضرر المسلمين قال رحمه الله (فان تقلد يسأل ديوان قاض قبله وهو الخرائط التى فيها السجلات والمحاضر وغيرهما) من الصكوك ونصب الاوصياء والقيماء فى الاوقاف وتقدير النفقات المفروضات لان الديوان وضع ليكون حجة عند الحاجة فيجعل فى يد من له ولاية القضاء وهذا لان القاضى يكتب نسختين احداهما فى يده لاحتمال الحاجة اليها والاخرى فى يد الخصم وما فى يد الخصم لا يؤمن عليه التغيير بزيادة أو نقصان ثم ان كانت الاوراق من بيت المال فلا اشكال فى وجوب تسليمها الى الجديد لانها انما كانت فى يد الاول لعمله وقد انتقل العمل الى غيره فلا معنى لتركها فى يده بعد العزل وكذا اذا كانت من مال الخصوم أو من مال القاضى فى الصحيح لان الخصوم وضعوها فى يده لعمله وكذا القاضى يحمل على أنه عمل ذلك تدينا لا تمولا فيجب تسليمه اليه ويبعث عدلين من أمنائه أو عدلا واحدا والاثنان أحوط ليقبضا ديوان المعزول بحضرته أو بحضرة أمينه ويسألان المعزول شيأ فشيأ فما كان فيها من نسخ السجلات يجمعانه فى خريطة وما كان من نصب الاوصياء فى أموال اليتامى يجمعانه فى خريطة أخرى وما كان من تقدير النفقات يجمعانه فى خريطة أخرى وما كان من نسخ قيماء الاوقاف يجمعانه فى خريطة وما كان من الصكوك يجمعانه فى خريطة لان هذه النسخ كانت تحت تصرف المعزول فلا تشتبه عليه متى احتاج الى نسخة منها فأما الجديد فيشتبه عليه لو لم يجمع كل نوع منها فى خريطة وبالجمع يسهل وانما يسألان المعزول وان لم يكن قوله حجة لينكشف عنهما ما أشكل عليهما فاذا قبضا ذلك ختما عليه تحرزا عن التغيير قال رحمه الله (ونظر فى حال المحبوسين) أى القاضى الجديد ينظر فى حالهم لانه نصب ناظرا للمسلمين (فمن أقر بحق أو قامت عليه البينة ألزمه) لان كل واحد منهما حجة ملزمة ولا يقبل قول المعزول لانه بالعزل التحق بواحد من الرعايا وشهادة الفرد غير مقبولة لا سيما على فعل نفسه وان لم تقم عليه بينة وادعى أنه حبس ظلما لا يعجل بتخليته قال رحمه الله (والا نادى عليه) أى ان لم تقم عليه بينة ولم يقر هو نادى عليه لان المعزول حبسه بحق ظاهر فلا يعجل بتخليته حتى ينكشف له حاله وينادى عليه اذا جلس للحكم أياما ويقول المنادى من كان يطالب فلان بن فلان الفلانى المحبوس بحق فليحضر حتى يجمع بينه وبينه فان حضر والا فى رأى القاضى أن يطلقه فان حضر له خصم فيها والا أخذ منه كفيلا وأطلقه والفرق لأبى حنيفة رحمه الله بين هذه المسئلة وبين قسمة التركة حيث لا يؤخذ من الورثة كفيل اذا أرادوا القسمة عنده أن الورثة ظهر حقهم فى المال فلا يؤخر الى التكفيل لاحتمال أن يكون له وارث غيرهم لان ذلك موهوم فلا يعارض المحقق وفى هذه المسئلة ان القاضى لا يحبسه الا بحق ظاهر واحتمال حبسه بغير حق موهوم فلا يعارض الظاهر وهذا لان فعل المسلم يحمل على الصلاح ما أمكن فيحمل عليه حتى يظهر خلافه قال رحمه الله (وعمل فى الودائع وغلات الوقف ببينة أو اقرار) لان كل واحد منهما حجة والمراد بالاقرار اقرار من فى يده لان اقرار الاجنبى غير مقبول قال رحمه الله (ولم يعمل بقول المعزول الا أن يقر ذو اليد أنه سلمها اليه فيقبل

(قوله فى المتن ويجوز تقلد القضاء من السلطان العادل والجائر) قال الاتقانى وان كان قاضى الخوارج من أهل الجماعة والعدل فقضى ثم رفع الى قاضى العدل أمضاه ويجوز قضاؤه بين الناس لان شريحا كان تولى القضاء من جهة معاوية ومن بعده من بنى أمية وكانوا خارجين على امام الحق ولم يرو عن أحد من أهل الحق أنه فسخ قضاءه وكذلك غير شريح تولوا لهم ولم يرو عن أحد من الائمة نقض قضائهم فدل على أن القاضى اذا كان عادلا فى نفسه لا يعتبر فسق من ولاه اه (قوله وكان الحق بيد على الخ) قال فى الهداية والحق كان بيد على فى نوبته قال الاتقانى رحمه الله وانما قيد بنوبته احترازا عن قول الروافض لعنهم الله فانهم يقولون فالحق كان بيد على رضى الله عنه فى نوبة أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم وهذا مخالف لقول الله تعالى ومن يشاقق الرسول من بعد ما تبين له الهدى ويتبع غير سبيل المؤمنين نوله ما تولى ونصله جهنم وهذا لان خلافتهم انعقد عليها اجماع الصحابة ولم يرو عن على خلاف ذلك اه (قوله الا اذا كان) هذا استثناء من قوله يجوز تقلد القضاء من السلطان الجائر اه (قوله فان حضر والا فى رأى القاضى أن يطلقه) من كلام المنادى اه (قوله أن يطلقه) أى ينادى كذلك أياما اه رازى (قوله والا أخذ منه كفيلا) أى بنفسه اه وكتب ما نصه لجواز أن يكون له خصم غائب يحضر ويدعى عليه

اه قال الاتقانى وان قال لا كفيل لى أو لا أعطى كفيلا فانه لا يجب على شئ نادى عليه شهرا ثم تركه لان الحق لم يثبت عليه فلا يلزمه اعطاء الكفيل وانما طلبه القاضى به احتياطا فان لم يعطه وجب عليه أن يحتاط بنوع آخر فينادى عليه شهرا فاذا مضى المدة أطلقه اه

قوله فيهما) أى فى الودائع وغلات الوقف لان المعزول التحق بالرعايا فلا يقبل قوله الا أن يعترف الذى فى يده أن القاضى سلمها اليه فيقبل قوله فيهما لانه ثبت باقراره أنه مودع القاضى ويد المودع كيده فصار كأنه فى يده فيقبل اقراره به الا اذا بدأ صاحب اليد بالاقرار لغيره ثم أقر بتسليم القاضى اليه والقاضى يقر به لغيره فيسلم الى المقر له الاول ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى والمسئلة على أربعة أوجه اما ان يقر بأنه سلمه اليه بعدما أقر به لغيره أو ينكر التسليم فحكمهما ماذكرناه أو يقر بأن المعزول سلمه اليه ثم يقر به لغيره فلا يقبل اقراره الثانى لانه لما أقر بأن القاضى سلمه اليه صار كأنه فى يد القاضى والرابع أن يقر بأن القاضى سلمه اليه ثم يقول لا أدرى لمن هو فحكمه ظاهر قال رحمه الله (ويقضى فى المسجد) وكذلك السلطان يجلس للحكم فى المسجد وقال الشافعى يكره ذلك لانه يحضره المشرك وهو نجس لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام والحائض وهى ممنوعة من دخوله ولانه بنى لذكر الله تعالى ولاقامة الصلوات لا للخصومات والمنازعات ولنا قوله عليه الصلاة والسلام انما بنيت المساجد لذكر الله تعالى والحكم وكان عليه الصلاة والسلام يفصل الخصومات فى معتكفه والخلفاء الراشدون كانوا يجلسون للحكم فى المساجد ولان الحكم عبادة على ما بينا من قبل فيجوز اقامتها فى المسجد كالصلوات ولانه أبعد من الاشتباه على الغرباء وبعض المقيمين وأبعد من التهمة فى حق القاضى فكان أولى وليس فى بدن المشرك نجاسة تلوث وانما ذلك فى اعتقاده والحائض تخبر بحالها الا انها مسلمة فيخرج لها القاضى كما اذا كانت الخصومة على الدابة فالجامع أولى لانه أشهر وأسهل على الناس اذا كان وسط البلد وان كان فى الطرف يختار مسجدا آخر فى وسط البلدة قال رحمه الله (أو فى داره) لان الحكم عبادة لا تختص بمكان فجاز أن يحكم فى منزله فاذا جلس للحكم فى منزله أذن للناس بالدخول عليه ولا يمنع أحدا من الدخول فيه ويجلس معه من كان يجلس معه فى المسجد ثم لا بأس به اذا كان منزله فى وسط البلدة والا فليقعد فى وسط البلدة لما ذكرنا فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون فى أشهر الاماكن ومجامع الناس وليس فيه حاجب ولا بواب أفضل ولو حكم فى أى مكان شاء جاز ولا يحكم وهو ماش لان الرأى لا يجتمع وهو مشغول بالمشى ولا بأس بأن يقعد فى الطريق اذا كان لا يضيق على المارة ولا بأس بأن يحكم وهو متكئ لانه يزيد فى الرأى لزيادة راحة فيه ولكن القضاء مستوى الجلوس أفضل تعظيما لامر القضاء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه استفتى عن مسئلة وهو متكئ فاستوى وارتدى وتعمم ثم أفتى تعظيما لامر الفتيا ولا يجلس وحده لانه يورث التهمة وان جلس وحده فلا بأس به ان كان عالما بالقضاء وان كان جاهلا يستحب له أن يقعد معه أهل العلم لانه لا يؤمن من أن يزل عن الحق فينبهونه عليه ويجلسهم قريبا منه للمشورة وكذا أهل العدل للشهادة عليه بخلاف الاعوان حيث يكونون بعيدا عنه لانهم لاجل الهيبة وهو أهيب قال رحمه الله (ويرد هدية الا من قريبه أو ممن جرت عادته بذلك) لان الأولى صلة الرحم وردها قطيعة وهى حرام والمراد بالقريب هو ذو الرحم المحرم والثانية ليست لاجل القضاء وانما هى جرى على العادة فلا يتوهم فيهما الرشوة حتى لو كان لهما خصومة أو زاد على العادة يرده لانه لاجل القضاء فيكون من الغلول كغيرهما من الهدايا لانها تشبه الرشوة فيجتنب عنها وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم قال رحمه الله (ودعوة خاصة) أى لا يحضر دعوة خاصة لانها جعلت لاجله والخاصة هى التى لا يتخذها صاحبها لولا حضور القاضى وقيل كل دعوة اتخذت فى غير العرس والختان فهى خاصة ولم يفصل فى الخاصة بين أن تكون من القريب أو من غيره وبين ما اذا جرت له عادته بها أو لم تجر وقال فى الكافى وان كان بين القاضى وبين المضيف قرابة يجيبه فى الدعوة الخاصة لان اجابة دعوته صلة الرحم قال كذا ذكره الخصاف بلا خلاف وذكر الطحاوى أن على قول أبى حنيفة وأبى يوسف لا يجيب الدعوة الخاصة للقريب وعلى قول محمد رحمه الله يجيب وانما لا يجيب الدعوة الخاصة للاجنبى اذا لم يتخذ الدعوة لاجله قبل القضاء فعلى هذا لا فرق بينها وبين الهدية وهو القياس قال رحمه الله (ويشهد الجنازة

(قوله والقاضى يقر به لغيره) أى لرجل آخر غير الذى أقر به الامين اه (قوله ويضمن المقر قيمته للقاضى باقراره الثانى) أى ويسلم للمقر له من جهة القاضى كذا فى بعض نسخ الهداية وكذا ذكر ابن الهمام اه (قوله فحكمه ظاهر) أى وهو كونه لمن أقر له المعزول اه (قوله فحاصله أن الجلوس للحكم أن يكون الخ) قوله أن يكون فى تأويل مصدر على أنه مبتدأ خبره قوله بعد أفضل أى كونه فى أشهر الاماكن أفضل والجملة من المبتدا والخبر فى محل رفع خبر أن وان واسمها وخبرها فى محل رفع خبر قوله فحاصله والله الموفق (قوله فى المتن ودعوة خاصة) الدعوة بفتح الدال الضيافة عند جمهور العرب وتيم الرباب تكسر دالها وذكرها قطرب بالضم وغلطوه اه تحرير

ويعود المريض) لقوله عليه الصلاة والسلام للمسلم على المسلم ستة حقوق اذا دعاه أن يجيبه واذا مرض أن يعوده واذا مات أن يحضره واذا لقيه أن يسلم عليه واذا استنصحه أن ينصحه واذا عطس أن يشمته وحق المسلم لا يسقط بالقضاء لكن لا يطيل مكثه فى ذلك المكان وان كان للمريض خصومة مع أحد لا يعوده قال رحمه الله (ويسوى بينهما جلوسا واقبالا) أى يسوّى بين الخصمين فى الجلوس لقوله عليه الصلاة والسلام اذا ابتلى أحدكم بالقضاء فليسو بينهم فى المجلس والاشارة والنظر ولانه اذا قدم أحدهما يجترئ على خصمه وتنكسر همة صاحبه فيؤدّى ذلك الى ترك حقه وينبغى للخصمين اذا حضرا بين يدى القاضى أن يجثوا بين يديه ولا يتربعان ولا يقعيان ولا يحتبيان وان فعلا ذلك منعا تعظيما لامر الحكم كما يجلس المتعلم بين يدى المعلم تعظيما له ويكون بينهما وبين القاضى قدر ذراعين أو نحو ذلك بحيث يسمع كلامهما من غير تكلف باصغاء أو رفع صوت ولا يقعد أحدهما من جانب اليمين والآخر من اليسار لان جانب اليمين أفضل فيكون تقدعاله على صاحبه يفعل ذلك بين الكبير والصغير حتى يجب عليه أن يسوى فيه بين الاب والابن وبين الخليفة والرعية وبين الدنى والشريف وهذا دليل على ان للقاضى أن يقضى على الملك الذى ولاه القضاء وكذا فعل شريح رضى الله تعالى عنه بعلى مع خصمه واحد من الرعية وعلىّ خليفة رضى الله تعالى عنهما فاذا سوّى بينهما فى الفعل فلا حرج عليه فيما يجده فى قلبه من الميل الى أحدهما بعد أن حكم بينهما بالحق لان ذلك لا قدرة له عليه كما فى القسم بين نسائه قال رحمه الله (وليتق عن مسارة أحدهما واشارته وتلقين حجته وضيافته) أى يجتنب هذه الاشياء لان فيه تهمة ومكسرة لقلب الآخر ولو أضافهما جملة فلا بأس لوجود التسوية بينهما قال رحمه الله (والمزاح) أى يجتنب المزاح مطلقا معهما أو مع أحدهما أو مع غيرهما فى مجلس الحكم ولا يكثر فى غيره لانه يذهب بالمهابة فحاصله أنه لا يكلمهما بغير ما تقدما اليه لاجله فان ذلك يذهب حشمة مجلس القضاء فاذا حضرا فهو بالخيار ان شاء بدأهما بالكلام فقال ما لكما وان شاء تركهما حتى يبدآه بالمنطق وهو أحسن كيلا يكون مهيجا للخصومة لانه قعد لقطعها واذا تكلم المدعى أسكت الآخر واستمع حتى يفهم ما يقول فاذا فرغ الدعوى أمره بالسكوت واستنطق الآخر اذا طلب المدعى ذلك وقيل من غير طلبه لانهما اذا تكلما جملة لا يتمكن من الفهم هذا اذا كانت دعواه صحيحة وان لم تكن صحيحة قال له قم فصحح دعواك لان الجواب لا يستحق الا بعد تصحيح الدعوى فاذا صحت وأنكر المدّعى عليه سأله البينة فان عجز عنها استحلف المدّعى عليه ان طلب المدّعى يمينه ويرتب الناس فى الفصل على ترتيب مجيئهم فيبدأ بالسابق فالسابق ويجعل فى ذلك أمينا يخبره ولا يجمع بين النساء والرجال فى زحمة بل يجعل الرجال ناحية والنساء ناحية الا اذا كان لاحدهما على الآخر دعوى فيجلسان بين يديه وقت الدعوى قال رحمه الله (وتلقين الشاهد) أى يجتنب تلقين الشاهد أيضا لان فيه اعانة لاحد الخصمين فيوهم الميل اليه فيكون فيه كسر قلب الآخر فصار كتلقين أحد الخصمين واستحسنه أبو يوسف رحمه الله فى غير موضع التهمة لانه قد يحصر وقد يقول أعلم مكان قوله أشهد لمهابة المجلس فكان فى تلقينه إحياء الحق ولا تهمة فى مثله فكان من باب التعاون على البر كاشخاص الغريم وتكفيله وحيلولته بينه وبين أشغاله قبل ثبوت الحق عليه وهذا نوع رخصة عنده رجع اليه بعد ما ولى القضاء والعزيمة فيما قالا لانه لا يخلو عن نوع تهمة

﴿فصل فى الحبس﴾ ولما كان بعض الناس يستحق العقوبة بسبب دعارته والحبس يصلح للعقوبة ذكره فى كتاب القضاء وجعله من جملته وهو مشروع بالكتاب والسنة والاجماع أما الكتاب فقوله تعالى فى قطاع الطريق أو ينفوا من الارض والمراد به الحبس وأما السنة فلانه عليه الصلاة والسلام حبس رجلا بالتهمة وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا له فى مملوك وأما الاجماع فلان الصحابة رضى الله تعالى عنهم ومن بعدهم أجمعوا عليه الا أن فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن أبى بكر وعمر وعثمان رضى الله تعالى عنهم لم يكن سجن وكان يحبس فى المسجد والدهليز وبالربط ولما كان فى زمن

(قوله ويسوّى بينهما جلوسا واقبالا) قوله واقبالا ساقط فى خط الشارح ولكن ثابت فى نسخ المتن وهو ملحق لا بدّ منه (قوله الدنى) يعنى الذمىّ كذا فى شرح العينى (قوله واشارته) أى بيده أو عينه أو حاجبه اهـ (قوله واستحسنه أبو يوسف فى غير موضع التهمة) أى كما اذا ترك الشاهد لفظ الشهادة مثلا اما فى موضع التهمة فلا كما اذا ادعى المدعى ألفا وخمسمائة فشهد الشاهد بألف فلقنه القاضى بقوله يحتمل أنه أبرأه عن خمسمائة فتلقن الشاهد ذلك ووفق اهـ

﴿فصل فى الحبس﴾

(قوله وحبس رجلا آخر من جهينة أعتق شقصا الخ) لعله يشير الى ما أخرجه البيهقى فى سننه من حديث أبى مجزل وليس بصحابى بل تابعى واسمه لاحق بن بن حميد ان عبدا كان بين رجلين فأعتق أحدهما نصيبه فحبسه رسول الله صلى الله عليه وسلم حتى باع غنيمة له فهو مرسل ويمكن فى وجه حبسه أن يقال انه لزمه ضمان ما أتلفه فلم يعطه فحبسه حتى باع غنيمة له ودفع قيمة نصيب صاحبه اهـ

(قوله مخيسا) ذكره في المغرب في باب الخاء المعجمة مع الياء آخر الحروف اه قال الجوهري وخيسه تخييسا أي ذلله ومنه المخيس وهو اسم سجن كان بالعراق أي موضع التذليل وكل سجن مخيس ومخيس أيضا اه (قوله وقال فيه شعرا) أي علي رضي الله عنه اه (قوله في الشعر ألا تراني الخ) أنشده في الصحاح أما تراني في موضعين في خيس وكيس ولم يعزه لاحد اه (قوله في الشعر أيضا مكيسا) قال في المغرب في الكاف مع الياء الكيس الظرف وحسن التأتي في الامور ورجل كيس من قوم أكياس والمكيس المنسوب الى الكياسة اه وقال في الصحاح والرجل كيس مكيس أي ظريف (قوله في (١٨٠) الشعر أيضا بنيت بعد نافع مخيسا) بعد هذا كلام ليس في خط الشارح وهو * بابا حصينا وأمينا كيسا * اه قوله وأمينا أي ونصبت أمينا يعني السجان اه (قوله ولا يتأتى ذلك في الاقرار) أي لانه كان عالما بالدين ولم يقضه حتى أحوجه الى شكواه اه (قوله حتى يسأله) أي يسأل القاضي المدعى عليه ألك مال اه (قوله ودون النفقات) أي لا يحبس في دون نفقة الزوجات ان ادعى الفقر والمراد النفقة المقضي بها أو التي تراضيا عليها لان النفقة لا تصير دينا الا بذلك وفهم من قول المصنف ان ادعى الفقر أنه ان لم يدع الفقر يحبس كما لو أثبت غريمه غناه كما نص عليه في المتن أما النفقة الماضية من غير فرض وتقدير فلا حبس فيها مطلقا نعم يحبس الرجل في نفقة زوجته الحاضرة اذا امتنع من الانفاق عليها كما سيجيء متنا وشرحا فان قلت قول الشارح فيما سيأتي في قوله بخلاف النفقة الماضية فانها تسقط بمضي الزمان وان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل عن مال ولا لزمته بعقد على ما بيناه ظاهر في أنه لا يحبس في النفقة التي قضي بها أو تراضيا عليها قلت هو محمول على ما اذا ادعى الفقر توفيقا بينه وبين ما ذكر هنا اذ لو لم يحمل وفهم على اطلاقه من عدم الحبس لناقض قوله لا في غيره ان ادعى الفقر وقد قال في الظهيرية واذا فرض القاضي النفقة ولم يعطها وقدمته الى القاضي مرارا ولم ينجع نصح القاضي فيه حبسه اه فهذا كما ترى صريح في الحبس في المقضي بها لكنه محمول على ما اذا لم يدع الفقر أو ادعاه وعلم القاضي بيساره وقال الامام البيهقي في الكفاية امتنع عن النفقة بعد الفرض لم يحبسه أول مرة بل يخبره بالحبس ان لم يدفع اه كذا بخط الشيخ الشلبي (قوله الثلجي) هو محمد بن شجاع صاحب الحسن بن زياد اه فالقول

علي رضي الله تعالى عنه بنى السجن وكان هو أول من بناه في الاسلام وسمى السجن نافعا ولم يكن حصينا فانفلت الناس منه وبنى سجنا آخر وسماه مخيسا وقال فيه شعرا

ألا تراني كيسا مكيسا * بنيت بعد نافع مخيسا

قال رحمه الله (واذا ثبت الحق للمدعي أمره بدفع ما عليه فان أبى حبسه في الثمن والقرض والمهر المعجل وما التزمه بالكفالة) معناه يحبسه في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد اذا طلب المدعي حبسه بعد إبائه من الدفع اليه لانه بالاباء ظهر مطله وبالمال الذي حصل في يده أو التزمه بعقد باختياره ظهرت قدرته لانا تيقنا بحصول المال له والظاهر بقاؤه بالتقلب فيه وكذا لا يلتزم الانسان باختياره مالا يقدر عليه عادة فاذا ظهر مطله مع القدرة وهو ظلم لقوله عليه الصلاة والسلام مطل الغني ظلم استحق العقوبة ثم شرط المصنف رحمه الله الاباء بعد أمره ولم يفصل بين ما اذا ثبت الحق عليه ببينة أو اقرار وفرق بينهما في الهداية فقال اذا ثبت بالبينة يحبسه كما ثبت لظهور المطل بانكاره وان ثبت باقراره لم يعجل بحبسه لانه لم يعرف كونه مماطلا في أول الوهلة فلعله طمع في الامهال فلم يستصحب المال فاذا امتنع بعد ذلك حبسه لظهور مطله ومثله حكي عن الصدر الشهيد والمحكي عن شمس الائمة السرخسي عكس ذلك لانه اذا ثبت بالبينة يعتذر فيقول ما علمت أن له علي دينا الا الساعة فاذا علمت قضيت ولا يتأتى ذلك في الاقرار والاحسن ما ذكره هنا فانه يؤمر بالايفاء مطلقا لانه يحتمل أن يوفي فلم يعجل بحبسه قبل أن يتبين له حاله بالامر والمطالبة بذلك والصواب لا يحبسه فيما اذا طلب المدعي ذلك حتى يسأله فان أقر أن له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه لظهور مطله وان أنكر المال والمدعي يقول له مال فالقاضي يقول للمدعي ألك بينة أن له مالا فان أقام البينة ان له مالا أمره بالدفع فان أبى حبسه وان عجز عن البينة والمدعي يدعي أن له مالا وهو ينكر كان القول قول المدعي فيما ذكر في المختصر من الديون وهو كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده أو التزمه بعقد فيحبسه به لما ذكرنا قال رحمه الله (لا في غيره ان ادعى الفقر الا أن يثبت غريمه غناه فيحبسه بما رأى) أي لا يحبسه في غير ما ذكرنا من الديون وذلك مثل أروش الجنايات ودون النفقات وضمان الاعتاق لان ذلك مما ليس ببدل مال ولا ملتزم بعقد ان ادعى الفقر الا أن يثبت المدعي المال بالبينة فحينئذ يحبسه بقدر ما يرى لان المنكر متمسك بالاصل اذ الاصل ان الادمي يولد فقيرا لا مال له والمدعي يدعي أمرا عارضا فكان القول لصاحبه مع يمينه ما لم يكذبه الظاهر الا أن يثبت المدعي بالبينة أن له مالا بخلاف الفصل المتقدم لان الظاهر يكذبه لان المال فيه حصل في يده ولا يلتزم الانسان عادة مالا يقدر عليه فظهر غناه بذلك والمراد بالمهر المعجل الذي يحبس فيه ما تعورف تعجيله والزائد عليه لا يحبس فيه لانه جرى فيه التسامح بتأخير المطالبة وان كان حالا فلا يدل دخوله في العقد على أنه قادر عليه واختار الخصاف أن القول للمدين في جميع ذلك لانه متمسك بالاصل وهو العسرة والمدعي يدعي عارضا فلا يسمع قوله وهو مروي عن أصحابنا واختار أبو عبيد الله الثلجي أن كل دين أصله مال كثمن المبيع وبدل القرض

فالقول فيه قول المدّعى لانه دخل فى ملكه مال وعرفت قدرته بذلك والمنكر يدعى خلاف ذلك فلا يقبل قوله وكل دين لم يكن أصله مالا كالمهر وبدل الخلع وما أشبه ذلك كان القول فيه قول المدّعى عليه لانه لم يدخل شئ فى ملكه ولم يعرف غناه فكان متمسكا بالاصل وهو مروى عن أبى حنيفة وأبى يوسف وقال بعضهم ما كان سبيله سبيل البر والصلة كان القول قول المدّعى عليه كما فى نفقة المحارم ونحوه وفيما سوى ذلك القول قول المدّعى وقال بعضهم كل دين لزمه بمعاقدته كان القول فيه قول المدّعى اذ لا يلتزم ما لا يقدر عليه والا فالقول للمنكر لتمسكه بالاصل وذكر فى كتاب النكاح أن المرأة اذا ادّعت ان الزوج موسر وطلبت نفقة الموسرات وادّعى هو الفقر كان القول قوله وذكر فى كتاب العتاق ان أحد الشريكين اذا أعتق العبد المشترك وزعم انه معسر كان القول قوله وهاتان المسئلتان تخرجان على الاقوال كلها ولا تخالفان شيأ منها فيكون القول فيهما قول المنكر باتفاق الاقاويل وقال أبو جعفر البلخى يحكم الزى فان كانت هيئته هيئة الفقراء يعنى المدين كان القول قوله وان كانت هيئته هيئة الاغنياء كان القول قول المدّعى الا اذا كان من الفقهاء والاشراف والعباسية فانهم يتكلفون فى اللبس فلا يدل على غناهم وقوله يحبسه بما رأى أى يحبسه قدر ما يرى يعنى فيما اذا كان القول قول المدّعى أو فى غيره ولكن المدّعى أثبت المال بالبينة أو بنكول المدّعى عليه أو باقراره وهذا يشير الى أنه ليس لحبسه مدة مقدرة وانما هو مفوّض الى رأى القاضى يحبسه حتى يغلب على ظنه انه لو كان له مال لاظهره ولم يصبر على مقاساته وذلك يختلف باختلاف الشخص والزمان والمكان والمال فلا معنى لتقديره وما جاء فيه من التقدير بشهرين أو ثلاث أو أقل أو أكثر اتفاقى وليس بتقدير حتما قال رحمه الله (ثم يسأل عنه) أى القاضى يسأل عن المحبوس بعد ما حبسه قدر ما يراه فان قامت بينة على اعساره أخرجه من الحبس ولا يحتاج فيه الى لفظ الشهادة والعدل الواحد يكفى فى هذا والاثنان أحوط وكيفيته أن يقول الشاهدان حاله حال المعسرين فى نفقته وكسوته وحاله ضيقة وقد اختبرنا حاله فى السر والعلانية وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا السؤال من القاضى عن حال المديون بعد ما حبسه احتياط وليس بواجب لان الشهادة بالاعسار شهادة بالنفى والشهادة بالنفى ليست بحجة فكان للقاضى أن لا يسأل ويعمل برأيه ولكن لو سأل مع هذا كان أحوط قال رحمه الله (فان لم يظهر له مال خلاه) لان عسرته ثبتت عنده واستحق النظرة الى الميسرة لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فحبسه بعده يكون ظلما قال رحمه الله (ولم يحل بينه وبين غرمائه) أى لا يمنعهم عن ملازمته وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد وزفر يمنعهم لانه منتظر بانظار الله تعالى الى الميسرة فلو كان منتظرا بانظارهم بان ضربوا له الاجل لا يكون لهم حق الملازمة قبل الاجل فكذا بانظاره تعالى بل أولى ولنا نقول هو منتظر الى زمان قدرته على الاداء وذلك ممكن فى كل ساعة فيلازمونه كيلا يخفيه ولانه قد يكسب فوق حاجته الدارّة فيأخذون منه فضل كسبه بخلاف الاجل لان الغريم ليس له أن يطالب قبل حلول الاجل مع القدرة على أدائه لانه مؤخر وفيما نحن فيه نفس الدين حال وذمته مشغولة ولكن لا يطالب لعسرته وزوال العسرة متوقع فى كل لحظة فيلازمونه قال رحمه الله (وردّ البينة على افلاسه قبل حبسه) لانها بينة على النفى فلم تقبل ما لم تتأيد بمؤيد وهو الحبس وبعده تقبل على سبيل الاحتياط لا على الوجوب على ما بينا وعن محمد رحمه الله أنها تقبل وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر محمد بن الفضل ونصير بن يحيى وكافة المشايخ على الاوّل قال رحمه الله (وبينة اليسار أحق) يعنى اذا أقام المدعى البينة على اليسار وأقام المدعى عليه على الاعسار كانت بينة اليسار أولى لان اليسار عارض والبينة للاثبات قال رحمه الله (وأبد حبس الموسر) لان الحبس جزاء الظلم فاذا امتنع من ايفاء الحق مع القدرة عليه خلده فى الحبس وفى الجامع الصغير رجل أقر عند القاضى بدين فانه يحبسه ثم يسأل عنه فان كان موسرا أبد حبسه وان كان معسرا خلى سبيله قال فخر الاسلام معنى المسئلة اذا كان جاحدا فأقر عند القاضى وظهر للقاضى جحوده عند غيره ومماطلته أو ظهر له مماطلته بعد

ماأقر عند غيره فحينئذ يحبسه لما مر قال رحمه الله (ويحبس الرجل بنفقة زوجته) لانه ظالم بالامتناع عن الانفاق بخلاف النفقة الماضية لانها تسقط بمضى الزمان فان لم تسقط بان حكم الحاكم بها أو اصطلح الزوجان عليها فانها ليست ببدل مال ولا لازمة بعقد على ما بينا قال رحمه الله (لا فى دين ولده) أى لا يحبس الوالد فى دين ولده لان الوالد لا يستحق العقوبة بسبب ولده ألا ترى أنه لا يجب عليه القصاص بقتله ولا بقتل مورثه ولا يجب عليه الحد بقذفه ولا بقذف أمه الميتة بطلبه قال رحمه الله (الا اذا أبى من الانفاق عليه) يعنى لا يحبس بسبب الابن الا اذا امتنع من الانفاق عليه فانه حينئذ يحبس لان النفقة لحاجة الوقت وهو بالمنع قصد اهلاكه فيحبس لدفع الهلاك عنه ألا ترى أن له أن يدفعه بقتله اذا شهر عليه السيف ولم يمكنه دفعه الا بالقتل ولان دين النفقة يسقط بمضى الزمان فلو لم يحبس عليها تفوت بخلاف سائر الديون لانها لا تسقط بمضى الزمان فلا يخاف فيها الفوات وهكذا حكم الاجداد والجدات وان علوا وكذا المولى لا يحبس بدين عبده المأذون ان لم يكن على العبد دين لان ماله للمولى وان كان عليه دين يحبس لان هذا الحبس لحق الغرماء وهم أجانب فلا يمتنع ولا يحبس العبد بدين المولى لانه لا يجب له عليه دين والمولى يحبس بدين مكاتبه اذا لم يكن من جنس بدل الكتابة وان كان من جنسه لا يحبس لوقوع المقاصة به لانه اذا كان من جنسه فقد ظفر بجنس حقه فله أخذه بخلاف ما اذا كان من خلاف جنسه لانه ليس له أن يجعله بالدين الا برضاه والمولى بمنزلة الاجنبى عنه حتى يجب عليه الارش بالجناية عليه ويضمن ما أتلف من ماله فكذا يحبس بدينه اذا ظهر ظلمه بالمماطلة ولا يحبس المكاتب لمولاه بدين الكتابة لانه لا يصير ظالما بالامتناع عن بدل الكتابة لتمكنه من فسخ الكتابة من غير رضا مولاه ويحبس بدين آخر عليه غير الكتابة لانه يصير ظالما بمنعه اذ لا يقدر على فسخ سبب ذلك الدين وقال بعض مشايخنا لا يحبس فيه أيضا لانه يتمكن من الاسقاط أيضا بان يعجز نفسه فيرد رقيقا فيسقط عنه دين المولى فصار كبدل الكتابة ألا ترى أن الكفالة به لا تجوز كما لا تجوز ببدل الكتابة بخلاف ما اذا كان الدين للاجنبى والفرق بينهما على الظاهر أن بدل الكتابة ليس بدين على الحقيقة لانه صلة من وجه بخلاف غيره من الديون ثم صفة الحبس أن يكون فى موضع ليس فيه فراش ولا وطاء ولا يخلى أحد يدخل عليه ليستأنس به ولا يخرج لجمعة ولا لجماعة ولا لحج فرض ولا لحضور جنازة ولو أعطى كفيلا ولا لمجىء رمضان ولا للاعياد ليضجر قلبه و يوفى ولا يخرج لموت قريبه الا اذا لم يوجد من يغسله ويكفنه فيخرج حينئذ اقرابة الولاد وفى رواية يخرج وان وجد من يجهزه وان مرض مرضا أضناه فان كان له من يخدمه لا يخرج والا أخرج ولا يخرج للمعالجة لانه يمكنه المعالجة فى السجن وان احتاج الى الجماع لا يمنع من دخول امرأته أو جاريته عليه ان كان فى السجن موضع يستره لان اقتضاء شهوة الفرج كاقتضاء شهوة البطن وقيل يمنع لان الوطء من فضول الحوائج بخلاف الاكل والشرب فان منعه يؤدى الى الهلاك وهو يرخص له تناول مال الغير حالة المخمصة خوفا من الهلاك فكيف يجوز قتله لاجل الدين ولا يمنع من دخول قرابته وجيرانه عليه لانه يحتاج اليهم للمشاورة والتدبير فى قضاء الدين ولكن لا يمكنون من المكث طويلا والمال الذى يحبس فيه غير مقدر حتى يحبس فى درهم ومادونه لان مانعه ظالم متعنت والله أعلم بالصواب

﴿باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره﴾

اعلم أن هذا الباب ليس من كتاب القضاء لانه إما نقل شهادة أو نقل حكم وكل ذلك ليس منه وانما أورده فيه لانه من عمل القضاة فكان ذكره فيه أنسب قال رحمه الله (ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان كتابه لا يكون أقوى من عبارته فلو حضر بنفسه الى القاضى المكتوب اليه وعبر بلسانه ما فى الكتاب لم يعمل به فكتابه أولى لان الكتاب قد يزور والخط يشبه الخط وكذا الخاتم يشبه الخاتم فكان أكثر احتمالا من البينة وجه الاستحسان ماروى أن عليا كرم الله

﴿باب كتاب القاضى الى القاضى وغيره﴾

(قوله وانما أورده فيه لانه من عمل القضاة) أى ولكنه يحتاج الى اثنين والحبس يتم بقاض واحد والواحد مقدم على الاثنين اه (قوله فى المتن ويكتب القاضى الى القاضى فى غير حد وقود) وذلك لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة لان كتابه ينقل شهادة الاصول كما ان الفروع ينقلون بشهادتهم شهادة الاصول ثم الشهادة على الشهادة لا تجوز فى الحدود والقصاص فكذلك كتاب القاضى فيه لان فيه شبهة البداية والحدود والقصاص يسقط بالشبهات ولان الكتاب قد يزور ولان الخط قد يشبه الخط فيتمكن نوع شبهة اه اتقانى

(قوله يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به) قال الاتقانى وقال الصدر الشهيد فى كتاب أدب القاضى وروى عن أبى يوسف فى النوادر أنه قال يجوز فى جميع العروض وبه أخذ مشايخنا المتأخرون وقال فى شرح الطحاوى وقال ابن أبى ليلى يقبل فى جميع ذلك أى يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى المنقول وغيره ثم قال فيه والفتوى على هذا التعامل الناس اه (قوله وعنه أنه أجاز فى الامة أيضا بشرائطه) قال فى الهداية ويختص بشرائط قال الاتقانى أى يختص كتاب القاضى الى القاضى بشرائط وهو أن يكون الكتاب من معلوم الى معلوم فى معلوم لمعلوم أعنى أن يكون القاضى المكتوب منه معلوما والقاضى المكتوب اليه معلوما والمدعى به معلوما والمدعى معلوما والمدعى عليه معلوما اه وكتب ما نصه قال فى الهداية وعنه أنه يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعه قال الاتقانى وموضعه كتاب الاباق من المبسوط وأراد بها بيان حلية العبد وصفته ونسبته للذى أخذه والختم فى عنقه وأخذ الكفيل وحاصله ما قال فى شرح الطحاوى وانما يقبل كتاب القاضى الى القاضى فى الدين والعين الذى لا يحتاج الى الاشارة اليه كالدار والعقار وأما المنقول الذى تمكن الاشارة اليه لا يقبل عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف مثل ذلك الا فى العبد والآبق اذا أبق فأخذ فى بلدة فأقام صاحبه البينة عند القاضى أنه عبده أخذه فلان فى مصر كذا وشهد الشهود على الحلية فيجب عليه أن يكتب الى ذلك القاضى أنه قد شهد الشهود عندى وزكوا أن عبدا صفته كذا أخذه فلان بن فلان وأنه لفلان بن فلان ونسبهما الى أبيهما والى فخذهما ويقطع الشركة بينه وبين الآخر ويكتب العنوان فى الداخل والخارج اسمه واسم المكتوب اليه ونسبهما والعبرة للداخل لا للخارج فاذا جاء الكتاب وشهد الشهود على ذلك يسلم العبد ويختم فى عنقه وأخذ منه كفيلا ثم بعث به الى القاضى الذى كتب اليه أول مرة فاذا ثبت عنده قبله وقضى به وسلم العبد الى الذى جاءه بالكتاب وأبرأ كفيله الى هنا لفظ شرح الطحاوى وهذا الكتاب بهذه الشرائط يكتب كذلك فى الامة أيضا على رواية قبول الكتاب فى الامة وهو معنى قوله يقبل فيهما بشرائط تعرف فى موضعه اه قال فى خلاصة الفتاوى ولو كتب اسم القاضى الكاتب ونسبه ولم يكتب اسم القاضى المكتوب اليه ونسبه ولكن كتب الى من بلغ كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم لا يجوز وأبو يوسف وسع وأجاز وعليه عمل الناس اليوم وأجمعوا أنه لو كتب اسم المكتوب اليه ونسبه ثم كتب والى كل من يصل اليه كتابى هذا من قضاة المسلمين وحكامهم جاز فان كل قاض وصل اليه عمل به ولو لم يكتب فى الكتاب التاريخ لا يقبله وان كتب فيه تاريخا ينظر هل هو كان قاضيا فى ذلك الوقت أم لا ولا يكتفى بالشهادة اذا لم يكن مكتوبا وكذا كونه كتاب القاضى لا يثبت بمجرد شهادتهم بدون الكتابة وكذا لو شهدوا على أصل الحادثة ولم يكن مكتوبا لم يعمل به الى هنا لفظ الخلاصة وقال فى شرح الطحاوى وكتاب القاضى الى القاضى فى حقوق الناس من العتاق والطلاق وغيرهما جائز الا فى الحدود والقصاص لان كتاب القاضى الى القاضى بمنزلة الشهادة على الشهادة والشهادة على الشهادة فى الحدود والقصاص لا تقبل وقال فى خزانة الفقه ويجوز كتاب القاضى الى القاضى فى المصرين أو من قاضى مصر الى

وجهه أجاز ذلك لحاجة الناس اليه لانه قد يتعذر على الانسان الجمع بين شهوده وخصمه ثم هو على ضربين نقل حكم وهو المسمى سجلا وسيأتيك بيانه ونقل شهادة وهو المراد هنا ولا يقال يستغنى عنه بالشهادة على الشهادة فلا حاجة اليه لانا نقول يحتاج القاضى فى الشهادة على الشهادة الى تعديل الاصول وقد يتعذر ذلك لاسيما اذا كان فى بلاد الغربة ويتعسر نقل الشهادة على وجهها أيضا اذ أكثر الناس لا يحسنون ذلك وفى كتاب القاضى غنية عنه لانه هو يعدل الشهود ولا يحتاج فيه الى نقل الشهادة وانما ينقل كتابه فحسب ولا يجوز ذلك فى الحدود والقصاص لما فيه من الشبهة بزيادة الاحتمال وقوله فى غير حد وقود يدخل تحته كل حق لا يسقط بالشبهة كالدين والنكاح والطلاق والشفعة والوكالة والوصية والوفاة والوراثة والقتل اذا كان موجبا للمال والنسب من الحى والميت والغصب والامانة المجحودة والمضاربة المجحودة والاعيان المنقولة كالعبد والجارية وغير المنقولة كالعقار يروى ذلك عن محمد وعليه المتأخرون وهو الذى يفتى به للضرورة وفى ظاهر الرواية لا يجوز فى المنقول للحاجة الى الاشارة اليها عند الدعوى والشهادة بخلاف العقار وغيرها من الحقوق لانها تعرف بالوصف اذ لا يمكن الاشارة الى الدين وأمثاله والعقار يعرف بالحدود ولا يحتاج الى احضاره الى مجلس الحاكم فصار كالدين وفى دعوى النكاح المقصود نفس النكاح لا نفس المرأة أو نفس الرجل وانما هما كالدائن والمدين والنكاح كالدين وكذلك الطلاق فلا يحتاج فيه الى الاشارة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه أجاز فى العبد دون الامة وغيرها من المنقولات لغلبة الاباق فيه ولتعذر دفع الامة الى رجل لم يحكم له بالملك ليتقلها الى الكاتب وعنه أنه أجاز فى الامة أيضا بشرائطه وهى أن يكلف المدعى أنه كان له عبد آبق وهو اليوم فى يد فلان ويعرف العبد غاية التعريف بصفته واسمه وسنه وقيمته ويكتب القاضى ويذكر أنه شهد عندى فلان وفلان بان العبد الهندى الذى يقال له فلان حليته كذا وقامته كذا وسنه كذا وقيمته كذا ملك فلان المدعى هذا وقد أبق الى بلدة كذا وهو اليوم عند فلان بغير حق فاذا وصل الكتاب اليه وثبت عنده أنه من عند الكاتب ونصه بشروطه على ما يجى سلم العبد الى المدعى من غير أن يقضى له بالملك لان الذين شهدوا لم يشهدوا بحضرة العبد ويأخذ

قاضی رستاق ولایجوز من قاضی رستاق الی قاضی مصر اه اتقانی رحمه الله قوله قال فی الهدایة وعنه أی عن أبی یوسف اه (قوله فی المتن فان شهدوا علی خصم حاضر حکم بالشهادة) قال الاتقانی قوله حکم بالشهادة هذا لفظ القدوری فی مختصره وتمامه فیه وکتب بحکمه وان شهدوا بغیر حضرة الخصم لم یحکم وکتب بالشهادة لیحکم بها المکتوب الیه الی هنا لفظ القدوری وذلك لان الشهادة لاتصح الا علی خصم فاذا کان الخصم حاضرا حکم علیه لوجود الحجة وکتب بحکمه الی القاضی وهذا الکتاب یسمی سجلا واذا لم یکن الخصم حاضرا یسمع الشهادة ولا یحکم بها ویکتب بما سمعه من الشهادة الی القاضی حتی یحکم القاضی المکتوب الیه بذلك اذا ثبت عنده أنه کتاب القاضی الکاتب وهو بمنزلة نقل الشهادة وهذا الکتاب الی القاضی یسمی الکتاب الحکمی لانه یکتب لیحکم به القاضی المکتوب الیه اه وکتب علی قوله فان شهدوا علی خصم حاضر الخ مانصه قال الکاکی المراد بالخصم هنا الوکیل عن الغائب أو المسخر الذی جعل وکیلا لاثبات الحق علیه وان لم یکن هو وکیلا عنه فی الحقیقة اذ لو کان المراد هو المدعی علیه نفسه لما احتیج الی کتاب القاضی الی القاضی اذ الحکم یتم علی الخصم بحکمه ولو لم یکن خصما أصلا لا المدعی علیه ولا نائبه وقد حکم القاضی بالشهادة کان قضاء علی الغائب وهو لایجوز عندنا وعند الائمة الثلاثة یجوز الحکم علی الغائب فلا یحتاج الی خصم (قوله ولو حکم به حاکم یری ذلك) أی الحکم علی الغائب اه (قوله فی المتن وقرأ علیهم وختم عندهم الخ) هذه روایة القدوری وذکر الخصاف أنه یدفعه الطالب ویکتب معهم نسخته اه (قوله أو یعلمهم بما فیه) وهذا عند أبی حنیفة ومحمد والشافعی وأحمد ومالك فی روایة والشرط عند أبی یوسف أن یعلمهم أن هذا کتابه وختمه وبه قال مالك فی روایة ویسلم الکتاب الی المدعی وعلیه عمل القضاة الیوم اه کاکی

کفیلا من المدعی بنفس العبد ویجعل خاتما من رصاص فی عنق العبد حتی لایتعرض له متعرض فی الطریق أنه سرقه ویکتب کتابا الی الکاتب بذلك ویشهد شاهدین علی کتابه وختمه وعلی ما فی الکتاب فاذا وصل الکتاب الی القاضی الکاتب وشهد الشهود أن هذا کتابه وختمه أمر المدعی أن یحضر شهوده الذین شهدوا عنده فیعیدوا الشهادة بالاشارة الی العبد أنه ملکه فاذا شهدوا حکم به وکتب الی المکتوب الیه أولا لیبرئ کفیله وقیل لایحکم له به لان الحکم علی الغائب لایجوز لان الشخص الذی کان عنده العبد هو الخصم وهو غائب ولکن یکتب ماجری عنده ویشهد شاهدین علی کتابه وختمه ومافیه ویبعث بالعبد والکتاب معه الی ذلك الحاکم حتی یقضی له به بحضرة المدعی علیه فاذا وصل الکتاب الیه فلیفعل هو کذلك ویبرئ الکفیل وانما فعل به کذلك لیقطع وهم الشرکة لانه ربما یشارکه غیره فی الاسم والصفة والحلیة وفی المقضی علیه وهو الذی فی یده العبد وهذه الجهالة بالاحضار والاشارة الیه ترتفع فلهذا یجب احضاره والجاریة کالعبد فیما ذکرنا الا أنه لایسلمها للمدعی بل یبعثها مع أمین معه قال رحمه الله (فان شهدوا علی خصم حاضر حکم بالشهادة) لوجود الحجة والحضور والخصم قال رحمه الله (وکتب بحکمه وهو المدعو سجلا) أی کتاب الحکم یسمی سجلا وانما یکتب حتی لاتنسی الواقعة علی طول الزمان ولیکون الکتاب مذکرا لها والا فلا یحتاج الی کتابة الحکم لانه قد تم بحضور الخصم بنفسه أو من یقوم مقامه الا اذا قدر أنه غاب بعد الحکم علیه وجحده فحینئذ یکتب له لیسلم الیه حقه أو لینفذ حکمه قال رحمه الله (والا لم یحکم) أی ان لم یکن الخصم حاضرا لایحکم لان الحکم علی الغائب لایجوز لما عرف فی موضعه ولو حکم به حاکم یری ذلك ثم نقل الیه نفذه بخلاف الکتاب الحکمی حیث لاینفذ خلاف مذهبه لان الاول محکوم به فیلزمه والثانی ابتداء حکم فلا یجوز له قال رحمه الله (وکتب الشهادة لیحکم المکتوب الیه بها وهو الکتاب الحکمی وهو نقل الشهادة فی الحقیقة) لان الحاکم الکاتب لم یحکم بالشهادة وانما نقلها لیحکم بها المکتوب الیه ولهذا یحکم المکتوب الیه برأیه وان خالف رأیه رأی الکاتب بخلاف السجل فانه لیس له أن یخالفه وینقض حکمه لان الاول قد استحکم بالقضاء وهو فصل مجتهد فیه ان کان الخصم غائبا والا فمتفق علیه فلا یکون لاحد من القضاة نقضه فاذا لا فرق بین کتاب القاضی الی القاضی والشهادة علی الشهادة الا من حیث ان شهود الفرع یشهدون علی شهادة الاصول والناقلون لکتاب القاضی یشهدون علی أن الکتاب من القاضی وان القاضی المکتوب الیه لایحتاج الی تعدیل الشهود الذین شهدوا فی الحادثة وفی الشهادة علی الشهادة لابد من تعدیلهم قال رحمه الله (وقرأ علیهم وختم عندهم وسلمه الیهم) أی القاضی الکاتب فعل ذلك کله وهو من شرائطه لانهم یشهدون عند الثانی فلابد من أن یقرأ الکتاب علیهم لیعرفوا ما فیه اذ لا شهادة بدون العلم أو یعلمهم بما فیه لان المعرفة تحصل به وهو المقصود ولابد من ختمه بحضرتهم ثم یسلمه الیهم کیلا یتوهم التغییر ولابد للشهود من حفظ ما فیه لانهم یشهدون به کما فی سائر الشهادات ومن شرائطه أیضا أن یکون للکتاب عنوان وهو أن یکتب فیه اسمه واسم أبیه وجده واسم القاضی المکتوب الیه وأبیه وجده حتی لو أخل بشیء منها لایقبل الکتاب

وبكتب العنوان من داخل الكتاب حتى لو كان على الظاهر لايقبل وقيل هذا في عرفهم أما في عرفنا
فالعنوان يكون على الظاهر فيعمل به ويكتب فيه اسم المدّعى عليه واسم المدّعى على وجه يقع به التميز وذلك
بذكر جدّهما ويذكر الحق فيه ويذكر الشهود ان شاءوا ان شاء اكتفى بذكر شهادتهم وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
لايشترط على الشهود الا نقل الكتاب والشهادة أنه كتاب فلان ولا على القاضي سوى كتابة الحاجة التي
لابدّ من معرفتها واختاره شمس الائمة رحمه الله لكونه أسهل قال رحمه الله (فان وصل الى المكتوب اليه
نظر الى ختمه ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) لان هذا الكتاب للحكم به فلا يقبله الا بحضور الخصم كالشهادة
بخلاف القاضي الكاتب حيث يسمع الشهادة ويكتبها والخصم غائب لانه للنقل لا للحكم ونظيره الشهادة
على الشهادة حيث يشترط فيها حضور الخصم عند الاداء لا عند التحمل ويجوز أن يزوّر الكتاب فلا يقبله
الا ببينة عند انكار الخصم أنه كتاب القاضي وان أقر فلا حاجة الى اقامة البينة أنه كتابه ولا يلزم كتاب
الاستئمان من أهل الحرب حيث يعمل به وان لم تقم به بينة بانه كتابهم لانه ليس بملزم وهذا ملزم فلا بدّ من حجة
تامة من شهادة رجلين أو رجل وامرأتين أو اقرار الخصم ولا يلزم رسول القاضي الى المزكي ورسول المزكي
الى القاضي فانه يكون معتبرا بلا بينة لان الالزام فيه بشهادة الشهود لا بالتزكية وقال أبو يوسف رحمه الله
يأخذ القاضي المكتوب اليه الكتاب بغير بينة ولكن لا يعمل به الا ببينة قال رحمه الله (فان شهدوا أنه
كتاب فلان القاضي سلمه الينا في مجلس حكمه وقرأه علينا وختمه فتحه القاضي وقرأه على الخصم وألزمه
مافيه) يعني اذا ثبتت عدالتهم عنده بان كان يعرفهم بالعدالة أو وجد في الكتاب عدالتهم بأن كان القاضي

(قوله ويكتب العنوان من داخل الكتاب) قال في الغاية بشرط أن يكون مختوما معنونا في داخله وخارجه ثم قال بعد ذلك ويكتب
العنوان في الداخل والخارج والعبرة للداخل لا للخارج اهـ قال الكاكي والشرط عندهما عنوان الباطن لا عنوان الظاهر حتى لو ترك
العنوان الظاهر اكتفى المكتوب اليه بالعنوان الباطن وعلى العكس لايجوز اهـ (قوله في المتن ولم يقبله بلا خصم ولا شهود) قال الاقطع
قال أبو يوسف يقبله من غير حضور خصم لان الكتاب يختص بالمكتوب اليه فكان له أن يقبله والحكم بعد ذلك يقع بما علمه من الكتاب
فاعتبر حضور الخصم عند الحكم به اهـ اتقاني وكتب على قوله ولم يقبله الخ مانصه قال في الهداية ولا يقبل الكتاب الا بشهادة رجلين
أو رجل وامرأتين لان الكتاب يشبه الكتاب فلا يثبت الا بحجة تامة وهذا لانه ملزم فلا بدّ من الحجة اهـ وكتب على قوله ولم يقبله
مانصه أي لم يأخذه اهـ ﴿صورة كتاب القاضي الى القاضي﴾ قال الاتقاني ونختم الكتاب بما ذكر الحسن في المجرد من صورة كتاب
القاضي الى القاضي وهي قوله من فلان قاضي كورة كذا الى فلان بن فلان قاضي كورة كذا سلام عليك فاني أحمد اليك الله الذي لا اله
الا هو أما بعد فان رجلا أتاني يقال له فلان بن فلان وذكر أن له على رجل في كورة كذا حقا فسألني أن أسمع من بينته وأكتب اليك
بما يستقر عندي من ذلك فسألته البينة فأتاني بعدة منهم فلان وفلان وفلان ويحليهم وينسبهم فشهدوا عندي أن لفلان بن فلان الفلاني
على فلان بن فلان الفلاني كذا كذا درهما دينا حالا وسألني أن أحلفه ماقبض منها شيأ (١٨٥) ولا قبضه له قاض بوكالة ولا احتال
بشئ فأحلفته فحلف بالله
الذي لا اله الا هو ماقبض
من هذا المال الذي قامت
به البينة عندي ولا قبضه له
وكيل ولا أحاله ولا قبضه له
قاض ولا أحاله عليه وسألني
أن أكتب له اليك بما
يستقر عندي فكتبت اليك
بهذا الكتاب وأشهدت
عليه شهودا أنه كتابي وخاتمي
وقرأته على الشهود قال ثم
يطوي الكتاب ويختم عليه
ويختم الشهود عليه فهو
أوثق ثم يكتب عليه عنوان
الكتاب من فلان قاضي
كورة كذا الى فلان قاضي

كورة كذا ثم يدفع الى المدعي فان أتى به المدعي القاضي الذي بالكورة فذكر أن هذا كتاب القاضي اليه
سأله البينة على كتاب القاضي ولا ينبغي له أن يسمع من بينة المدعي حتى يحضر الخصم فاذا أحضره وأقر أنه فلان بن فلان الفلاني قبل
بينته وسمع منه فاذا أنكر قال جئني بالبينة أن هذا فلان بن فلان الفلاني فاذا جاء ببينة وعدلوا سمع من بينة المدعي على أن هذا كتاب
القاضي الذي ذكر فيقول له أقرأ عليكم مافيه فاذا قالوا نعم قد قرأه علينا وأشهدنا أن هذا كتابه ثم ختمه وقال هذا خاتمي فاذا سمع منه لم
يكسر الخاتم حتى يسأل عنه فاذا عدلوا لم يكسر الخاتم حتى يحضر الخصم فاذا حضر الخصم كسر الخاتم وقرأ عليهم وعلى الخصم
مافي الكتاب فاذا قال الشهود نعم قد أشهدنا على مافيه على ماقرأ علينا سأل الخصم عما شهد به عليه فاذا أقر ألزمه اياه وان أنكر قال ألك
حجة والا قضيت عليك بما فيه فان لم يكن له حجة قضى عليه وان كانت له حجة قبل حجته فان قال لست أنا فلان الفلاني الذي شهدوا
عليه بهذا المال قال له ألك بينة ان في هذه الصناعة أو القبيلة رجلا ينسب مثل ماتنسب اليه والا ألزمتك ماشهدوا به فان جاء ببينة
على أن في تلك القبيلة أو الصناعة من ينسب بمثل ماينسب اليه أبطل الكتاب وان لم يكن في تلك القبيلة أو الصناعة أحد على اسمه
واسم أبيه قضى عليه الى هنا لفظ كتاب المجرد اهـ (قوله لانه ليس بملزم) أي لان الامام بالخيار ان شاء أعطى الامان وان شاء لم يعطه اهـ
(قوله في المتن وقرأه على الخصم وألزمه مافيه) وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى اذا شهدوا أنه كتابه
وخاتمه قبله ولا حاجة الى اعتبار قراءة القاضي الكاتب على الشهود لانهم لما شهدوا أن الكتاب كتابه والخاتم خاتمه ثبت أنه كتاب

الكاتب قد كتب عدالتهم أوسأل من يعرفهم من الثقات فزكوا وأما قبل ظهور عدالتهم فلا يحكم به ولا يلزم الخصم لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم وذكر الخصاف أنه لا يفتحه الا بعد ظهور عدالتهم لانه قد لا تثبت عدالتهم فيحتاج المدعى الى غيرهم من الشهود لاثبات أن الكتاب من القاضي لانهم يشهدون بذلك قبل الفتح كالشهود الاول بخلاف قبول الكتاب حيث يقبله اذا شهدوا أنه كتابه قبل ثبوت عدالتهم بحضرة الخصم وقوله سلمه الينا الخ شرط للحكم به حتى اذا قالوا لم يسلمه الينا أو لم يقرأه علينا أو لم يختمه بحضرتنا لم يعمل به وشرط فى الذخيرة حضور الخصم لقبول البينة بانه كتاب فلان لا لقبول الكتاب حتى لو قبله مع غيبة الخصم جاز والاشبه أن يكون هذا قول أبى يوسف فانه عنده يقبله من غير بينة ومن يد المدعى أيضا اذا جاءبه وحده وكذا سهل عند الاثبات فقال اذا شهدوا أنه كتابه ولم يشهدوا بالختم وغيره قبله فسهل فى ذلك لما ابتلى بالقضاء وليس الخبر كالمعاينة ولو وجد فى الكتاب ما يخالف شهادتهم رده ثم لا بد من مسافة بين القاضيين حتى يجوز كتاب القاضي واختلفوا فى تلك المسافة فمنهم من قال هى معتبرة بالشهادة على الشهادة وهى مسيرة ثلاثة أيام فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله انه ان كان فى مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يستطيع أن يبيت فى أهله صح الاشهاد وعن محمد رحمه الله أنه تجوز الشهادة على الشهادة وان كان الاصل صحيحا فى المصر وذكر الكرخى فى اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الى القاضي مقبول وان كانا فى مصر واحد فكأنهما اعتبراه بالتوكيل وفى الظاهر اعتبر بالعجز قال رحمه الله (ويبطل الكتاب بموت الكاتب وعزله) هذا اذا مات أو عزل قبل وصول الكتاب الى الثانى أو بعد وصوله قبل أن يقرأه عليهم لانه بمنزلة الشهادة على الشهادة فموت الاصول قبل أداء الفروع الشهادة يبطل شهادة الفروع فكذا هذا وكذا اذا جن الكاتب أو ارتد أو قذف فحد أو عمى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل بل المكتوب اليه يقضى به ذكر قوله فى الامالى وهو قول الشافعى رحمه الله لهما أن القاضي الكاتب بمنزلة شهود الفروع وكتابته بمنزلة أداء شهود الفرع الشهادة لانه ينقل شهادة الذين شهدوا بالحق الى القاضي المكتوب اليه والنقل قد تم بالكتابة فصار بمنزلة شهود الفرع اذا ماتوا بعد أداء الشهادة قبل القضاء بها فانه لا يمنع القضاء فكذا هذا وهكذا الحكم فى كل شاهد مات بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها ولنا أن القاضي الكاتب وان كان ينقل شهادة الذين شهدوا عنده الا أن لهذا النقل حكم القضاء ألا ترى أن هذا النقل لا يصح الا من القاضي ولا يشترط فيه عدد ولا لفظ الشهادة ووجب على القاضي الكاتب هذا النقل بسماع البينة وما يجب على القاضي بسماع البينة قضاء فثبت أن لهذا النقل حكم القضاء ولم يتم بعد لان تمامه بوجوب القضاء على المكتوب اليه ولا يجب القضاء على المكتوب اليه قبل وصول الكتاب اليه وقبل قراءته لان العلم بالمقضى به شرط لوجوب القضاء فلم يكن النقل تاما فيبطل بموت القاضي كما فى سائر الاقضية اذا مات القاضي قبل تمامها بخلاف شهود الفرع اذا مات الاصول بعد أدائهم الشهادة لانهم أوجبوا الحكم على القاضي بشهادتهم فلا يسقط عنه الوجوب بموت الاصول أو بموت الفروع كما فى سائر الشهادات اذا مات الشهود بعد الاداء قبل الحكم بشهادتهم فانه لا يسقط عنه الوجوب فكذا هذا ولو قبله مع هذا وحكم به ثم رفع الى قاض آخر وأمضاه جاز لان قضاءه صادف محلا مجتهدا فيه لان هذا القضاء مختلف فيه واذا كان الاختلاف فى نفس القضاء ينفذ بالتنفيذ من قاض آخر بخلاف ما اذا كان الاختلاف قبل القضاء حيث ينفذ بنفس القضاء لما عرف فى موضعه ولو مات القاضي الكاتب بعد ما قرأ الكتاب لا يبطل فى ظاهر الرواية ويحكم به المكتوب اليه لانه وجب عليه القضاء به بالقراءة فلا يبطل بالموت كما لو مات الشاهد بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها

القاضي الكاتب فاذا قرأه عرف ما فيه (قوله لانه لا يكون حجة الا بعد ظهور عدالتهم) وذكر الخصاف أنه لا يقبل قبل ظهور العدالة ثم قال ما قال محمد أصح أى يجوز الفتح بالشهادة بكتابه وختمه من غير تعرض لعدالة الشهود اه كاكى (قوله ثم لا بد من مسافة بين القاضيين) وحكى الطحاوى عن أبى حنيفة وأصحابه أنه يجوز فيما دون السفر قال بعض المتأخرين (١)
(قوله وعن أبى يوسف أنه ان كان فى مكان لو غدا الخ) قال مسكين وفى السراجية كتاب القاضي فيما دون مسيرة سفر لا يجوز فى ظاهر الرواية وعند أبى يوسف أنه لو كان بحال لو غدا الى باب القاضي لا يمكنه الرجوع الى منزله فى يومه ذلك يقبل وعليه الفتوى اه (قوله ذكر الكرخى فى اختلاف الفقهاء أن كتاب القاضي الخ) فى الخصاف وروى عن محمد أنه قال فى مصر فيه قاضيان فى كل جانب قاض يكتب أحدهما الى الآخر كتابا يقبل كتابه ولو أتى أحدهما الى صاحبه فأخبره بالحادثة بنفسه لم يقبل قوله لان فى الوجه الاول كان الاول خاطبه فى موضع القضاء وفى الثانى خاطبه فى غير موضع القضاء اه (قوله فى المتن ويبطل الكتاب بموت الكاتب) قال فى الهداية وانما يقبله المكتوب اليه اذا كان الكاتب على القضاء حتى لو مات أو عزل أو لم يبق أهلا للقضاء قبل وصول الكتاب اليه لا يقبله لانه التحق بواحد من الرعايا اه

(١) هنا بياض بالاصل

بها وفى اختلاف زفر رحمه الله ويعقوب انه لا يقضى به اذا مات قبل قضائه قال رحمه الله (وموت المكتوب اليه الا اذا كتب بعد اسمه والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين) أى يبطل الكتاب بموت القاضى المكتوب اليه الا اذا كتب الى فلان القاضى والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين فحينئذ لا يبطل بموت القاضى المكتوب اليه والضمير فى قوله بعد اسمه عائد الى القاضى المكتوب اليه وقال الشافعى رحمه الله لا يبطل وان لم يقل ذلك ويحكم القاضى الذى جاء بعده به كما لو قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين ولنا ان القاضى الكاتب اعتمد على علم الاول وأمانته والقضاة يتفاوتون فى الامانة فصار نظير الامناء فى الاموال بخلاف ما اذا قال والى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين لانه اعتمد الكل فكانوا مكتوبا اليهم بخلاف ما اذا قال ابتداء الى كل من يصل اليه من قضاة المسلمين حيث لا يجوز أن يحكم به أحد لان اعلام ما فى الكتاب والمكتوب اليه شرط وتمام الاعلام لا يحصل بهذا القدر واذا عين واحدا حصل التعريف له وصح كتاب القاضى الى القاضى وصار غيره تبعا له وأجاز أبو يوسف رحمه الله من غير تعيين أحد من القضاة حين ابتلى بالقضاء واستحسنه كثير من المشايخ تسهيلا للامر ولا يقبل القاضى رسالة قاض آخر وان قامت عليها بينة لانه ينقل عبارته فيكون كالقاضى حضر وتكلم به وهو لو حضر وتكلم به لا يسمع كلامه لانه كواحد من الرعية فى غير موضع ولايته بخلاف الكتاب لانه كتبه فى مجلس حكمه فكان الكتاب منه كالخطاب للقاضى المكتوب اليه مشافهة لصدور الكتاب من موضع القضاء أو نقول ان الكتاب لا يقبل قياسا وانما قبل للضرورة ولا ضرورة الى الرسالة لان فى الكتاب غنية عنه فبقى على أصل القياس ويجوز للقاضى المكتوب اليه أن يكتب كتابا الى قاض آخر اذا تعذر حضور خصمه عنده وكذا المكتوب اليه ثانيا أن يكتب الى آخر الى ما لا يتناهى لان الشهادة الواقعة عند الاول صارت منقولة الى المكتوب اليه حكما فصاروا كأنهم شهدوا عنده حقيقة فجاز له أن ينقلها الى غيره اذ الحاجة الى نقلها مرارا ماسة وهى المجوزة للنقل قال رحمه الله (لا بموت الخصم) يعنى لا يبطل الكتاب بموت الخصم لان وارثه يقوم مقامه فينفذ عليه وعلى هذا لو مات المدعى ينبغى أن لا يبطل لان قريبه يقوم مقامه فينفذ له وكما يجوز كتاب القاضى الى القاضى يجوز كتاب القاضى الى الامير ولكن ان كان فى مصره اقتصر على قوله أصلح الله الامير ولا يكتب أكثر من ذلك وان كان فى مصر آخر فلا بد من ذكر الاسم والنسبة والختم والشهادة كما فى كتاب القاضى الى القاضى والقياس أن لا يجوز فى مصره الا به ولكن استحسنوا ذلك للعادة فان القاضى يكتب الى الوالى ويستعين به فيما عجز عن اقامته فى كل وقت ولو شرط ذلك لحرجوا لان كل أحد لا يحضر مجلس الامير فيشهد والامير لا يمكنه التفحص عن أحوال الشهود فقبل الكتاب للضرورة ولكن هذه الضرورة والعادة فيما اذا كان الامير فى مصر آخر غير المصر الذى فيه القاضى بقى على أصل القياس لعدم جريان العادة والضرورة لقلة وقوعه قال رحمه الله (وتقضى المرأة فى غير حد وقود) لان القضاء يستقى من الشهادة على ما بينا وشهادتها جائزة فى غير الحدود فكذا يجوز قضاؤها فيه ولا يجوز فى الحدود والقصاص كشهادتها لما فيه من شبهة البدلية وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز أن تولى المرأة القضاء لقصور عقلها قلنا هى من أهل الولاية وبه تصير أهلا للشهادة فكذا للقضاء كالرجل قال رحمه الله (ولا يستخلف قاض الا أن يفوض اليه ذلك بخلاف المأمور بالجمعة) لانه فوض اليه القضاء لا التقليد فلا يتصرف فى غير ما فوض اليه كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل وفى الجمعة جوزنا للمأمور بأدائها أن يستخلف لكونها على شرف الفوات ثم ان أحدث قبل أن يشرع فى الجمعة لم يجز له أن يستخلف الا من شهد الخطبة لانها شرط فيها فلا تنعقد دونها وان كان شرع فيها جاز أن يستخلف من لم يدرك الخطبة لانها انعقدت بالاصل فكان الثانى بانيا فلا يشترط للبناء ما يشترط للافتتاح ولانه لما دخل معه فى الصلاة وجازت صلاته معه التحق بمن شهد الخطبة حكما اذ هى لا تجوز الا بالخطبة ولهذا لو أفسد المستخلف

(قوله فكذا يجوز قضاؤها الى آخره) أى ولا تصلح للخلافة على ما يأتى فى كتاب الشهادة اهـ (قوله كالوكيل لا يوكل بدون اذن الموكل) بخلاف المستعير حيث كان له أن يعير لان المنافع تحدث على ملكه فيملك تمليك ذلك من غيره فكان متصرفا بحكم الملك بخلاف ما نحن فيه فانه يتصرف بحكم الاذن فيملك بقدر ما أذن له اهـ غاية

(قوله فى المتن واذا رفع اليه حكم قاض أمضاه) المراد بالامضاء التنفيذ اه اتقانى (قوله ان لم يخالف الكتاب) والمراد من خلاف الكتاب خلاف نص الكتاب الذى لم يختلف فى تأويله السلف مثل قوله ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء وقد اتفق الناس أنه لا يجوز أن يتزوج امرأة الاب ولا جاريته ولا يطأ واحدة منهما فلو حكم القاضى بجواز نكاح امرأة الاب كان للقاضى الثانى فسخه اه غاية وكذا اذا قضى بحل متروك التسمية عمدا لا يصح ويبطله القاضى الثانى لانه مخالف لنص الكتاب قال تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه اه غاية (قوله فلا ينتقض بما هو دونه) حتى لو قضى بابطاله ثم رفع الى قاض آخر فالثالث ينفذ قضاء الاول و يبطل قضاء الثانى لان قضاء الاول كان فى موضع الاجتهاد والقضاء فى المجتهدات نافذ بالاجماع فكان القضاء من الثانى مخالفا للاجماع فيكون باطلا اه محيط وكتب ما نصه قال الاتقانى والاصل هنا ما قال الشيخ أبو المعين النسفى فى شرح الجامع الكبير ان قضاء القاضى فى فصل مجتهد فيه ينفذ لان المسلمين مع اختلافهم اتفقوا على أن قضاء القاضى ينفذ فى المجتهدات على من خالف رأيه حسب نفوذه على من وافق رأيه فاذن هذا قضاء انعقد الاجماع على نفوذه اه ﴿فرع﴾ ذكر فى المحيط نصه رجل وطئ أم امرأته أو ابنتها فخاصمته زوجته فى ذلك الى قاض لا يرى حرمة المصاهرة فقضى بالمرأة لزوجها ليس لقاض آخر أن يبطل قضاء الاول بل ينفذه نص عليه الخصاف وذلك لان هذا فصل مختلف فيه لان الصحابة اختلفوا فى حرمة المصاهرة بالزنا والعلماء والاحاديث فيها مختلفة فينفذ قضاء الاول فيه بالاجماع ثم هل يحل للزوج المقام معها ينظر ان كان الزوج جاهلا حل له المقام معها وان قضى بتحريمها انفذ قضاؤه ولا يحل له المقام معها لان المقضى له متى كان جاهلا يتبع رأى القاضى وان كان عالما ينظر ان قضى القاضى بتحريمها والمقضى له يرى حلها انفذ القضاء بالاجماع حتى لا يحل له المقام معها لان الزوج مقضى عليه فيتبع فى القضاء عليه رأى القاضى وان قضى له بحلها والمقضى له يرى حرمتها هل ينفذ وحاصله أن القضاء اذا كان بخلاف رأى المقضى له به هل ينفذ قال أبو يوسف لا ينفذ و يتبع رأى نفسه حتى لا يحل له المقام معها وقال أبو حنيفة ومحمد ينفذ و يتبع رأى القاضى حتى يحل له المقام معها ذكر هذا الخلاف فى النوادر وذكر فى استحسان الاصل وفى السير الكبير اذا طلقها بلفظة الكناية فرفع الى قاض وهو يرى الكناية رواجع وقد قضى له بالرجعة حل له أن يراجعها وان كان رأيه خلاف ذلك ولم يذكر خلافا فظاهر الرواية ينفذ من غير خلاف لابى يوسف أن القضاء فى حق المقضى له فتوى لانه لا الزام عليه لانه يخير فيه إن شاء راجع وان شاء لم يراجع و بالفتوى لا يصير الحلال حراما والبائن رجعيا كما لو شهد شاهدان على رجل أنه قتل ولى هذا عمدا وقضى القاضى له عليه بالقود والولى يعرف أن الشهود شهود زور لا يحل له أن يقتله فكذا هذا لهما أن القضاء الزام فى حق المقضى له من حيث الاعتقاد لانه ألزمه ثبوت اعتقاد الحل والرجعة فيصير مقضيا عليه فى حق الاعتقاد ان لم يكن مقضيا عليه فى حق الاستيفاء ولهذا لو كان جاهلا ينفذ فكذا اذا كان عالما لان القضاء ملزم فى حق الناس كافة بخلاف الفتوى لانه ليس بملزم لا من حيث الاعتقاد ولا من حيث الاستيفاء اه

الجمعة وأعادها جاز وان لم يدرك الخطبة لما ذكرنا ولو استخلف مع ذلك فحكم الخليفة فأجازه القاضى جاز اذا كان المستخلف أهلا للقضاء وان كان رقيقا أو محدودا فى قذف أو كافرا لم يجز وكذا اذا قضى بحضرة القاضى جاز لان مقصود الامام بتوليته حضور رأيه كالوكيل بالبيع أو الشراء اذا وكل غيره فباشر وكيله بحضرته أو بغيبته فأجازه ولو فوض اليه الامام أن يستخلف بأن قال له ول من شئت له أن يولى من شاء فيصير نائبا عن الامام فى التولية حتى لا يملك عزله كالوكيل اذا أذن له الموكل بالتوكيل فوكل صار وكيلا عن الموكل حتى لا يملك الوكيل عزله ولا ينعزل بموته و ينعزلان بموت الموكل بخلاف الوصى حيث يملك الايصاء الى غيره و يملك التوكيل والعزل فى حياته لان أوان ثبوت حكمها بعد موت الموصى وقد يعجز الوصى عن الجرى على موجب الوصية ولا يمكنه الرجوع الى الموصى فيكون الموصى راضيا باستعانته بغيره دلالة كى لا تفوت مصالحه بخلاف الامام والموكل لانهما يتصرفان بأنفسهما فلا تفوتهما المصالح ولو فوض اليه العزل بأن قال استبدل من شئت كان له العزل لانه ملكه بالتفويض اليه وهذا لانه نائب عن الامام فلا يملك إلا ما أطلق له لان رضاه بتصرفه لا يدل على رضاه بتولية غيره لان الناس متفاوتون فى الامانة والتصرف قال رحمه الله (واذا رفع إليه حكم قاض أمضاه إن لم يخالف الكتاب والسنة المشهورة والاجماع) لانه لا مزية لاحد الاجتهادين على الآخر وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فلا ينتقض بما هو دونه ولانه لو لم ينفذ الاول لما انفذ الثانى أيضا وكذا الثالث والرابع إلى ما لا يتناهى لاحتمال أن يجيء قاض يرى خلاف ذلك فكان نافذا ضرورة وقد صح أن عمر رضى الله تعالى عنه لما كثر اشتغاله قلد القضاء أبا الدرداء واختصم اليه رجلان فقضى لاحدهما ثم لقى عمر رضى الله تعالى عنه المقضى عليه فسأله عن حاله فقال قضى على فقال عمر رضى الله تعالى عنه لو كنت أنا مكانه لقضيت لك فقال المقضى عليه وما يمنعك عن القضاء قال ليس هنا نص والرأى مشترك وروى عن عمر رضى الله تعالى عنه أنه قضى فى حادثة بقضية ثم قضى فيها بخلاف ذلك فقيل له فى ذلك فقال تلك كما قضينا وهذه كما نقضى وفى الجامع الصغير وما اختلف فيه الفقهاء فقضى به القاضى ثم جاء قاض آخر يرى غير ذلك أمضاه قيده بكون الثانى يرى خلاف ما حكم به الاول وليس فيما ذكره فى الكتاب التقييد

به فيوهم أنه إنما يمضيه إذا كان موافقا لرأيه وقالوا شرطه أن يكون عالما باختلاف العلماء حتى لو قضى فى فصل مجتهد فيه وهو لا يعلم ذلك لا يجوز قضاؤه عند عامتهم ولا يمضيه الثانى ذكره فى النهاية معزيا الى المحيط وقال فيه شمس الائمة هذا هو ظاهر المذهب فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا لمذهبه نفذ عند أبى حنيفة وان كان عامدا ففيه روايتان فى رواية ينفذ لانه ليس بخطأ بيقين وفى أخرى لا ينفذ لانه خطأ عنده وقد نهى عن اتباع هوى غيره بقوله تعالى ولا تتبع أهواءهم وعندهما لا ينفذ فى الوجهين وعليه الفتوى وقيل الفتوى على النفاذ ذكره فى الكافى ثم شرط أن لا يكون مخالفا لما ذكره من الأدلة ولو كان مخالفا لها نقضه الثانى لان الاجتهاد على خلاف هذه الادلة غير سائغ فينتقض به وقيد بالسنة المشهورة احترازا عن الغريب والمراد بالاجماع ما ليس فيه خلاف يستند الى دليل شرعى فحاصله أن الذى قضى به الاول لا يخلو من أربعة أوجه إما أن يكون موافقا للدليل الشرعى كالكتاب والسنة والاجماع فلا كلام فيه وإما أن يكون مختلفا فيه اختلافا فاستند كل واحد الى دليل شرعى فكذلك حكمه لا يتعرض له بنقض بعد ما حكم به حاكم مثاله اذا رفع الى حاكم من أصحاب الشافعى رحمه الله اليمين بالطلاق المضاف فابطل اليمين نفذ ولا يقع الطلاق بتزوجها بعده والاحسن أن يقول أبطلت اليمين ونقضت هذا الطلاق وإما أن يكون الخلاف فى نفس القضاء ففيه روايتان فى رواية لا ينفذ ذكره الخصاف وهو الصحيح لان محل الخلاف لا يوجد قبل القضاء فاذا قضى فحينئذ وجد محل الاختلاف والاجتهاد فلا بد من قضاء آخر يرجح أحدهما وذلك مثل القضاء على الغائب وللغائب وقضاء المحدود فى القذف وشهادته بعد التوبة وقضاء الفاسق وشهادته قبل التوبة حتى لو قضى على الغائب أو قضى الفاسق أو المحدود فى الاصح لا ينفذ الا اذا رفع الى حاكم آخر فقضى بصحة حكمه فحينئذ يلزم ولو فسخه انفسخ لان الخلاف فى نفس القضاء فقبل القضاء لم يوجد محله وإما أن يكون مخالفا للدليل الشرعى وهو النوع الرابع فانه لا ينفذ قضاؤه ولا ينفذ بتنفيذ قاض آخر ولو رفع الى حاكم ونفذه لان قضاءه وقع باطلا لمخالفته الكتاب أو السنة أو الاجماع فلا يعود صحيحا بالتنفيذ وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين أو بالقصاص بتعيين الولى واحدا من أهل المحلة ويمينه أو بصحة نكاح المتعة

(قوله فلو قضى فى المجتهد فيه مخالفا لرأيه ناسيا الى آخره) ولكن بشرط أن لا يكون المجتهد فيه مخالفا للكتاب أو السنة المشهورة أو الاجماع فاذا كان مخالفا لاحدها ابطله القاضى الثانى لانه وقع باطلا اهـ اتقانى (قوله لمخالفته الكتاب أو السنة) قال الاتقانى رحمه الله ونظير خلاف السنة المشهورة ما اذا قضى القاضى بالقصاص بالقسامة أعنى بحلف المدعى خمسين يمينا اذا وجد قتيل فى محلة وكان ثمة عداوة ظاهرة فحلف المدعى على أن فلانا قتله كان له أن يقتص منه فى قول مالك وهو قول الشافعى فى القديم كذا ذكر شمس الائمة السرخسى فى شرح أدب القاضى وهذا الحكم ليس بصحيح لمخالفة السنة المشهورة وهو قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر اهـ قال فى المحيط والقتل بقسامة بان وجد قتيل فى محلة بينه وبين أهل المحلة عداوة ظاهرة فعين ولى القتيل رجلين فى المحلة أنهما قتلاه وحلف على ذلك عند مالك يقضى القاضى بالقود فهذا القضاء مخالف الاجماع لان أحدا من الصحابة لم يقض بالقود بالقسامة فلا يكون خلاف مالك معتبرا اهـ (قوله وذلك مثل القضاء بشاهد ويمين) قال فى المحيط لان القضاء بشاهد ويمين مخالف للكتاب وهو قوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم الآية فالله تعالى شرع الفصل بالقضاء بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين فكان القضاء بشاهد ويمين مخالفا للكتاب والحديث فيه شاذ لا يجوز العمل به لانه مخالف للكتاب ويخالف الاجماع أيضا فانه لم يقض أحد من الصحابة بشاهد ويمين الا مروان ابن الحكم وفعله مما لا يؤخذ به فلا يكون هذا محتملا فلم يعتبر وذكر الشيخ أبو بكر الرازى أن هذا مذهب محمد وأما مذهب أبى حنيفة وأبى يوسف فيجوز قضاؤه ولا ينفسخ كذا ذكر الامام الناصحى وقال شمس الائمة السرخسى وهذه المسئلة تنبنى على أن الاجماع المتأخر هل يرفع الخلاف المتقدم أم لا فعند محمد يرفع وعند أبى حنيفة وأبى يوسف لا يرفع هكذا ذكر فى شرح أدب القاضى يعنى أن الصحابة اختلفوا فى جواز بيع أمهات الاولاد وروى عن على أنه قال اجتمع رأيى ورأى عمر فى أمهات الاولاد أنهن لا يبعن ثم رأيت بعد ذلك أن أرقهن فقال عبيدة السلمانى رأيك فى رأى عمر أحب الى من رأيك وحدك ثم أجمع التابعون على عدم جواز بيع أم الولد فكان قضاء القاضى بجواز البيع يخالف الاجماع فيبطله الثانى عند محمد وعندهما لم يرتفع الخلاف المتقدم بين الصحابة باجماع التابعين كان قضاء القاضى فى فصل مختلف فيه فلا يفسخه الثانى وقال القاضى أبو زيد فى آخر فصول الاجماع من كتاب التقويم ان محمد بن الحسن روى عنهم جميعا أن القاضى اذا قضى ببيع أم الولد لم يجز وذكر عن أبى يوسف فى النوازل انه لا ينفذ القضاء اهـ (قوله أو بصحة نكاح المتعة) قال فى المحيط أو قضى قاض بمتعة النساء فى النكاح الى أجل ثم رفع الى قاض آخر لم ينفذه لان هذا القضاء مخالف للاجماع فان الصحابة أجمعت على فساده وصح رجوع ابن عباس عنه وروى عن عائشة أنها منسوخة نسخها آية الطلاق والعمل بالمنسوخ حرام وروى عن أبى يوسف أن القضاء بالمتعة نافذ لكن هذا شاذ لا يعمل به وهذا فى لفظ المتعة بان قال أتمتع بك الى أجل فاما اذا قال تزوجتك الى شهر عندنا بطل النكاح وعند زفر يصح ويبطل التوقيت فكان هذا موضع الاجتهاد اهـ

(قوله أو بصحة بيع عبد معتق البعض) قال في المحيط لان هذا القضاء مخالف لاجماع الصحابة فان الصحابة اتفقوا أنه لا يجوز استدامة الرق فيه لكن اختلفوا فقال بعضهم يخرج الى العتق بالسعاية واليه ذهب أبو حنيفة وقال بعضهم يعتق كله واليه ذهب أبو يوسف ومحمد اهـ (قوله أو بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل أن يدخل بها الثاني) لانه مخالف للسنة المشهورة وهي حديث العسيلة اهـ غاية (قوله و بيع أم الولد من هذا القبيل) قال الاتقاني ونظير خلاف الاجماع ما اذا قضى بجواز بيع أم الولد كان للقاضي الثاني ان ينقضه كذا ذكر الخصاف في أدب القاضي وذلك لانه مخالف لاجماع التابعين اختلاف الشافعي فيه اهـ (قوله في المتن ظاهرا و باطنا) قال الاتقاني والمراد بنفاذ الحكم ظاهرا أن يثبت فيما بيننا مثل ثبوت التمكين والنفقة والقسم وغير ذلك والمراد من نفاذه باطنا ثبوت الملك والحل فيما بينه و بين الله تعالى ثم ينبغي لك أن تعلم أن النفاذ ظاهرا و باطنا فيما اذا كان الدعوى بسبب معين كالبيع والنكاح لان في الاملاك المرسلة أي المطلقة لا ينفذ باطنا بالاتفاق فانه لا يمكن اثبات الملك بدون سبب وفي الاسباب كثرة فتعذر تعيين سبب ألا ترى إلى ما ذكر في خلاصة الفتاوى وأجمعوا ان في الأملاك المرسلة أي المطلقة ينفذ ظاهرا الا باطنا وأجمعوا أن الشهود لو ظهروا عبيدا أو محدودين في قذف أو كفارا ينفذ ظاهرا الا باطنا وأجمعوا أنه لو أقر بالطلقات الثلاث ثم أنكر وحلف وقضى له بها لا يحل له وطؤها إلى هنا لفظ الخلاصة اهـ وكتب ما نصه اعترض بأن قضاء القاضي ينفذ باطنا في الطلاق وهو ليس بعقد ولا فسخ ولهذا ينفرد به الزوج فينبغي ان يقال كل شئ قضى به القاضي في الظاهر فهو في الباطن كذلك اذا كانت الدعوى بسبب معين لان

والموقت أو بصحة بيع عبد معتق البعض أو بلزوم ثمن متروك التسمية عمدا أو بجواز نكاح الجدة أو امرأة الجد أو بسقوط الدين بمضي سنين أو بجواز بيع جنين ذبحت أمه ومات في بطنها أو بحل المطلقة ثلاثا للاول قبل أن يدخل بها الثاني أو ابطال عفو المرأة عن القود أو بعدم وقوع الطلاق الثلاث جملة أو بعدم وقوع الطلاق على حبلى أو حائض أو قبل الدخول كل ذلك لا ينفذ فيه حكم الحاكم لوقوعه باطلا ولا ينفذ بالتنفيذ و بيع أم الولد من هذا القبيل عند محمد رحمه الله حتى لو قضى بجوازه لا يجوز وعندهما يجوز وأصل الخلاف فيما اذا وقع الخلاف في قضية في عصر ثم أجمع العلماء على أحد القولين في عصر آخر بعدهم هل يرتفع الخلاف المتقدم أم لا فعنده يرتفع فلم يعتبر خلاف المتقدم وعندهما لا يرتفع فيكون خلافه باقيا على حاله وقال شمس الائمة يرتفع به بلا خلاف وانما ينفذ حكم الحاكم فيه عندهما لان هذا الاجماع ضعيف فينفذ قضاء القاضي بخلافه لضعفه قال رحمه الله (وينفذ القضاء بشهادة الزور في العقود والفسوخ ظاهرا و باطنا لا في الاملاك المرسلة) أي الاملاك المطلقة وهي التي لم يذكر سببها معينا وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا ثم رجع عنه فقال لا ينفذ الا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي رحمهما الله لهم أن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فصار كما لو كان الشهود عبيدا أو كفارا أو محدودين في قذف وكما اذا قضى بنكاح لرجل على امرأة وهي منكوحة الغير أو معتدته وكما في الاملاك المرسلة ولنا قول علي رضي الله عنه لتلك المرأة شاهداك زوجاك ولان القضاء لقطع المنازعة بينهما من كل وجه فلو لم ينفذ باطنا

كان

القضاء في الاملاك المرسلة لا ينفذ باطنا اتفاقا حتى لا يحل للمقضي له وطؤها اهـ (قوله فقال لا ينفذ إلا ظاهرا وهو قول محمد والشافعي) وجه قولهم أن تصحيح القضاء على وفاق الحجة وهذه الحجة باطلة لان الشهود كذبت والكذب باطل فلا ينفذ القضاء باطنا ولكن العدالة الظاهرة دليل الصدق ظاهرا فاعتبرت حجة من حيث وجوب العمل ظاهرا فأما ثبوت حقيقة التنفيذ فممتنع لانعدام دليله وهو الحجة الصحيحة وجه قول أبي حنيفة أن حجة القضاء قامت وافترض على القاضي العمل بها بحيث لو امتنع عن ذلك يأثم لان حقيقة الصدق ساقطة العبرة في حق القاضي و وجوب العمل به لانه لا طريق إلى ذلك فصارت ساقطة العبرة و بقيت العبرة لدليل الصدق من حيث الظاهر وهو العدالة فاذا وجد فقد قام دليل أوجب الشرع العمل به بمنزلة الاجتهاد يكون حجة في حق وجوب العمل به فاذا بنى القاضي القضاء على ما جعل في الشرع دليلا يجب صون قضائه عن البطلان ما أمكن لانه صدر منه بأمر الشرع مضافا اليه قال تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء فاذا قضى بما رضي من الشهداء فقد قضى بأمر الله تعالى فوجب أن ينفذ قضاؤه في الظاهر والباطن جميعا اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني وصورة القضاء في العقود كثيرة منها إذا ادعى على امرأة نكاحا وهي تجحد وأقام عليها شاهدي زور وقضى القاضي بالنكاح بينهما حل للزوج وطؤها وحل للمرأة التمكين عنده وعندهما لا يحل لهما ذلك وكذا إذا ادعت نكاحا على رجل وهو يجحد ومنها إذا قضى بالبيع بينهما بشهادة الزور وهو على وجهين إما أن تكون الدعوى من جانب المشتري بأن يدعي على غيره أنك بعت مني هذه الجارية والآخر أن يكون من جانب البائع بأن قال اشتريت هذه الجارية يحل للمشتري وطؤها في الوجهين وصورة القضاء في الفسوخ كثيرة أيضا منها إذا ادعى أحد المتبايعين فسخ العقد وأقام بينة زور وفسخ القاضي يحل للبائع وطء الجارية ومنها إذا ادعت على زوجها أنه طلقها ثلاثا وأقامت بينة زور وقضى القاضي بالفرقة وتزوجت بزوج آخر بعد انقضاء العدة يحل للزوج الثاني الوطء ظاهرا وباطنا كذا في الذخيرة البرهانية اهـ

(قوله والنكاح) وانما ينفذ القضاء بشهادة الزور اذا كان بمهر المثل لان النكاح بدون مهر المثل ليس في ولاية القاضي فلا يملك انشاءه اهـ
(قوله وفي الهبة والصدقة روايتان) قال في المحيط ولو أقام بينة زور على رجل أنه وهب منه هذه الجارية

كان تمهيدا للمنازعة بينهما وقد عهدنا نفوذ مثل ذلك في الشرع ألا ترى أن التفريق باللعان ينفذ باطنا وأحدهما كاذب بيقين وكذا اذا اختلف المتبايعان وتحالفا يفسخ القاضي بينهما البيع فينفذ القضاء باطنا حتى يحل للبائع وطء الجارية المبيعة فكذا في كل الفسوخ والعقود ولا يرد علينا ماذكروا لانا نجعل حكم الحاكم انشاء وشرطه أن يكون المحل قابلا فاذا كانت تحت زوج أو كانت معتدة لا يقبل الانشاء وانما لا يشترط الشهود في النكاح لانه ثبت مقتضى في ضمن صحة القضاء وما ثبت اقتضاء لا يراعى فيه شرائطه وشهادة العبيد ونحوهم ليس بحجة أصلا بخلاف الفساق على ما عرف في موضعه ولانه يمكن الوقوف عليهم فلم تكن شهادتهم حجة وانما لا ينفذ باطنا في الاملاك المرسلة لان في أسباب الملك تزاحما وليس تعيين البعض أولى من البعض واثبات الملك مطلقا بغير سبب ليس في وسع البشر فتعين الالغاء بخلاف ما اذا ادعى سببا معينا كالبيع والشراء والاجارة والنكاح والاقالة والفرقة بالطلاق أو غيره وفي الهبة والصدقة روايتان وكذا في البيع بأقل من قيمته في رواية لا ينفذ باطنا لان القاضي لا يملك انشاء التبرعات في ملك الغير والبيع بأقل من قيمته تبرع من وجه وفي رواية ينفذ لان النفوذ في ضمن صحة القضاء فلا يشترط فيه شرائطه ولا يختص بمحل ولان البيع بأقل من القيمة ليس بتبرع ألا ترى ان المكاتب والعبد المأذون علكانه واذا ادعت المرأة ان زوجها أبانها بالثلاث أو بواحدة فجحد الزوج فحلفه القاضي فحلف ان علمت ان الامر كما قالت لا يسعها الاقامة معه ولا أن تأخذ من ميراثه شيأ وهذا الاشكل فيما اذا كان الطلاق ثلاثا بالبطلان المحلية للانشاء قبل زوج آخر وفيما دون الثلاث مشكل لانه يقبل انشاء النكاح فينبغي أن يثبت الانشاء على قول أبي حنيفة رحمه الله وجوابه أن يقال ان الانشاء انما يثبت اذا قضى القاضي بالنكاح وهنا لم يقض به لاعتراف الزوجين بالنكاح الا أن المرأة ادعت الفرقة بينهما وعجزت عن اثباته عند الحاكم فبقي ما كان على ما كان فلم يحتج القاضي الى القضاء بالنكاح قال رحمه الله (ولا يقضى على غائب الا أن يحضر من يقوم مقامه كالوكيل والوصي أو يكون ما يدعى على الغائب سببا لما يدعى على الحاضر كمن ادعى عينا في يد غيره أنه اشتراه من فلان الغائب) وقال مالك والشافعي يجوز القضاء على الغائب وان لم يحضر من يقوم مقامه لانه عليه الصلاة والسلام قضى لهند امرأة أبي سفيان بالنفقة وأبو سفيان غائب فقال لها خذي من مال أبي سفيان ما يكفيك وولدك وقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي مطلقا من غير اشتراط حضور خصم ولان الحجة وجدت على التمام وهي البينة وهي مبينة كاسمها فجاز القضاء بها كما اذا كان الخصم حاضرا ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لعلي رضي الله عنه لا تقض لاحد الخصمين حتى تسمع كلام الآخر فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي رواه أحمد وأبو داود والترمذي بمعناه ولان القضاء لقطع المنازعة ولا منازعة هنا لعدم الانكار فلا يصح ولان وجه القضاء يشتبه في هذه الحالة لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر وأحكامهما مختلفة فانه بالاقرار يقتصر وبالبينة يتعدى فلا يجوز مع الاشتباه ألا ترى انه عليه الصلاة والسلام قال فانك اذا سمعت كلام الآخر علمت كيف تقضي فهذا دليل على أن العلم بوجه القضاء شرط لصحة القضاء وأن الجهل به يمنع القضاء وانه لا يرتفع الا بكلامهما ولان البينة لا تكون حجة الا اذا عجز المنكر عن الطعن في الشهود ومع غيبته لا يتحقق عجزه فلا يكون حجة ولا حجة لهما في حديث هند لانه لم يكن قضاء وانما كان فتوى أو اعانة لها على أخذ ماله ألا ترى انها لم تدع الزوجية ولم تقم البينة وكان عليه الصلاة والسلام عالما بأنها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي ليس لهما فيه حجة بل هو حجة لنا لان البينة اسم لما يحصل به البيان وليس المراد البيان في حق المدعي ولا في حق القاضي لان المدعي عالم بحقه والقاضي

أو تصدق بها عليه وقبضها منه وهو في يده بغير حق لا ينفذ قضاؤه باطنا عندهما وهل ينفذ عند أبي حنيفة عنه روايتان في رواية ينفذ كما في الشراء والنكاح لان السبب معين بدعيه المدعي وأمكن القضاء بالملك بالسبب وفي رواية لا ينفذ وهي رواية الخصاف كما في الاملاك المرسلة اهـ (قوله لانه يحتمل أن يقر الخصم ويحتمل أن ينكر) بل الظاهر منه الاقرار لان المدعي صادق ظاهرا لوجود دينه وعقله الصارفين عن الكذب الداعيين إلى الصدق فاذا كان المدعي صادقا لا ينكر المدعى عليه لانه لا يترك الصدق لدينه وعقله فاذا كان الظاهر من حاله الاقرار لا يقضي بالبينة اهـ غاية (قوله وأحكامهما مختلفة) فحكم القضاء بالبينة أن يجب الضمان على الشهود عند الرجوع ويظهر في الزوائد المتصلة والمنفصلة وحكم القضاء بالاقرار خلاف ذلك اهـ غاية (قوله وان الجهل به يمنع القضاء) وقد تقدم عند قوله واذا رفع إليه حكم قاض أمضاه أنه شرط فلينظر اهـ قوله عند قوله يعني في المتن الذي تقدم (قوله وكان

عليه الصلاة والسلام عالما بأنها امرأته ولم يكن على وجه القضاء أصلا) ومما يرجحه وقوع الاستفهام في القصة في قولها هل على جناح وأنه عليه السلام فوض التقدير الاستحقاق ولو كان قضاء لم يفوضه إلى المدعي ولانه لم يستحلفها على ما ادعت ولا كلفها البينة اهـ

(قوله ولوأقر عنـد الحا كم فغاب الخ) قال فى الدراية فى باب الاستحلاف ولوأقر وغاب قضى عليـه لان ذلك قضاء اعانة ولوأقيم البينة فلم تزك فغـاب المشهود عليـه فزكيت لايقضى عليـه حال غيبته فى ظاهـر الرواية لان له حق الجرح فى الشهود اهـ (قوله أحدهما أن يكون مايدعيه على الحاضر والغائب شيأ واحدا مثل أن يدعى الخ) وفى هذا القسم ثلاث مسائل وقد ذكرها الشارح اهـ

بان له بكلام المدّعى اذا لم يكن له منازع فتعـين أن يكون فى حق الخصم وكذا لو أقام المدّعى البينـة على خصم حاضر وزكيت بينتـه ثم غاب المـدّعى عليـه لايقضى عليـه حتى يحضر هو أو من يقوم مقامـه فيقضى عليه بتلك البينـة من غير اعادتها وكذا اذا غاب قبل التزكية ولو أقر عند الحاكم فغاب قبل أن يقضى عليه قضى عليه وهو غائب لان له أن يطعن البينة فيبطل به دون الاقرار وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقضى بالبينـة أيضا ثم من يقوم مقامـه قـد يكون بانابتـه أو بانابة الشرع كالوصى من جهة القاضى وكلاهمـا ظاهر وقد يكون حكما وذلك بأن يكون مايدّعيه على الغائب سببا لما يدّعيه على الحاضر وهو نوعان أحدهـما أن يكون مايدّعيه على الحاضر والغـائب شيأ واحـدا مثل أن يدّعى دارا فى يد انسان وأنكر ذو اليـد وادّعى المنكر أنها ملكه وأقام الخارج البينـة أنه اشتراها من فلان الغائب أو ادّعى فى دار فى يد انسان شفعة لان ذا اليد اشتراها من فلان وقال ذو اليـد الدار دارى لم أشترها من أحد فأقام المدّعى البينة انه اشتراها من فلان الغـائب أو ادّعى على شخص دينا على انه كفيل عن الغائب بأمره فأقر الحاضر بالكفالة وأنكر الدين فأقام المدعى البينـة أن له على الغـائب ألف درهم تقبل بينته فى هـذه الصور كلها ويثبت الحق على الغائب والحاضر حتى اذا حضر الغائب لزمـه ولا يحتاج لاعادة البينة والثانى أن يكون مايدعيـه عليهـما شيئين مثـل أن يدعى القاذف انه عبـد فلان فيجب عليه أربعون فأقام المقـذوف البينـة ان مولاه الغائب قـد أعتقـه فيجب عليـه ثمانون سوطا أو قال المشهود عليه الشاهدان عبدان فأقام المـدعى البينة أن مولاهما أعتقهما وهو يملكهما فان بينته تقبل ويثبت العتق على الغـائب لان الحقين كشئ واحـد اذ لا ينفك أحـدهما عن الآخر لان ولاية الشهادة لا تنفـك عن الحرّ وحـد الحرّ لا ينفـك عن الاحرار وكذا لو أقام أحـد الوليين البينـة ان شريكه الغائب عفا عن القود وقال انقلب نصيبى مالا تقبل وان كان أحد الحقين ينفك عن الآخر لا تقبل فى حق الغائب وتقبـل فى حق الحاضر مثل أن يدعى رجل انه وكيل الغائب بنقل امرأته أو عبـده اليه فأقامت المرأة أو العبـد بينة انه أعتقـه أو طلقها فانها تقبـل فى حق قصر اليـد عنهما فليس للوكيل أن ينقلهما ولا يقبل فى حق وقوع الطلاق والعتق فـلا يقعان وكذا لو اشترى رجل جارية ثم ادّعى أن مولاها زوّجها من فلان الغائب وأراد ردّها بعيب الزواج لا يقبل منه لاحتمال انه طلقها أو زال العيب ولو كان مايدعيه على الغائب شرطا لما يدعيه على الحاضر ينظر فان كان الغائب يتضرر بالشرط لم تقبـل بينتـه على الحاضر والغائب مثـل أن تقول المرأة لزوجها انك علقت طلاقى بطلاق فلان الغائب زوجتـه ثلاثا وأقامت بينـة أن فلانا طلق زوجتـه ثـلاثا لم تقبـل بينتها لانه يتضرر بذلك وان كان لا يتضرر تقبـل بأن قالت علقت طلاقى بدخول فـلان الغائب الدار فأقامت بينـة انه دخل الدار تقبـل لانه لا ضرر عليه ومن المتأخرين من قال فى الشرط أيضا تقبـل مطلقا كما فى السبب منهم على البزدوى لان دعوى المـدعى كما تتوقف على السبب تتوقف على الشرط أيضا قال رحمـه الله (ويقرض القاضى مال اليتيم ويكتب الصك لا الوصى والاب) لان القاضى يقـدر على تحصيـل المال من المستقرض والوصى والاب لا يقـدران على ذلك فيضمنان باقراض مال الصـغير وهذا لان الاقراض تبرع ألا ترى انه لا يجوز التأجيـل فيه كسائر التبرعات فلا يملكانه ولانه باقراضهما يكون على شرف التوى بأن يجحد المستقرض على ممر الزمان وترد شهوده لان كل مستقرض غير مؤتمن ولا كل شاهد مقبول ولا كل قاض عادل بخلاف اقراض القاضى

(قوله وأقام الخارج البينة أنه اشتراها من فـلان الغائب) أى وهو يملكها فانه يقضى بها فى حق الحاضر والغائب لان المدعى شئ واحـد وهو الدار اهـ وأيضا فالادعاء على الغائب فى هذه الصورة وهو الشراء سبب لثبوت مايدعى على الحـاضر لان الشراء من المالك سبب لا محالة للملك اهـ (قـوله فأقام المـدعى البينة انه اشتراها من فلان الغائب) أى بألف درهم وهو يملكها وانه شفيعها يقضى بالشراء فى حق ذى اليـد والغائب جميعا اهـ غاية (قوله حتى اذا حضر الغائب لزمـه) أى ولا يلتفت الى انكاره اهـ (قوله والثانى) أى النوع الثانى اهـ وكتب مانصه ومسائله ثلاث أيضا اهـ (قـوله فيجب عليه ثمانون سوطا) أى فتقبل هـذه البينـة ويقضى بالعتـق فى حق الحاضر والغـائب جميعا حتى لو حضر الغائب وأنكر العتق لا يلتفت الى انكاره وان ادعى شيئين مختلفـين لانه ادعى على الحاضر حدّا كاملا وعلى الغـائب عتقا لكن لما كان العتق سببا لثبوت مايدعى على الحاضر لان تكميل الحد لا ينفك عن العتق بحال حيث فيقضى بالبينة فى حق الغائب والحـاضر جميعا اهـ غاية (قوله وكذا لو أقام أحد الوليين البينة الخ) قال فى غاية البيان والثالثة رجل قتل رجلا عمدا وله وليان غاب أحدهما وادعى الحاضر على القاتل ان الغائب عفا عن نصيبه فانقلب نصيبى مالا وأنكر القاتل فأقام المدعى البينة على ذلك تقبل ويقضى بها على الحاضر والغائب جميعا

حيث يكون الاقراض أحسن تصرف فى حقه لان القاضى كثير الاشتغال فلا يمكنه أن يباشر الحفظ بنفسه وإنما يدفعه إلى أمينه ودفعه إليه بطريق القرض أنظر لليتيم لانه يكون مضمونا عليه والوديعة أمانة إن هلكت تهلك بغير شئ ويؤمن التوى بجحود المستقرض لكونه معلوما للقاضى ولكونه لا يقرضه للياسه ومعرفته بأحوال الناس الامن أمين يؤمن ولا يخاف منه الجحود وإنما يكتبه فى الصك ليحفظه لانه لكثرة اشتغاله يخاف أن ينساه قال شمس الائمة فى الاب روايتان أظهرهما انه ليس له أن يقرض والمعنى ما بينا وليس له أن يأخذ مال ولده الصغير قرضا لنفسه فيما روى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقيل له ذلك ثم ينبغى للقاضى أن يتفقد أحوال الذين أقرضهم مال الايتام حتى لو اختل أحد منهم أخذ منه المال لان القاضى وان كان قادرا على الاستخلاص لكن إنما يقدر من الغنى لا من الفقير ألا ترى أنه ليس له أن يقرض المعسر ابتداء فكذا ليس له أن يتركه عنده انتهاء والله أعلم بالصواب

﴿باب التحكيم﴾

لما كان المحكم من أنواع الحكام ذكره فى كتاب القضاء وهو جائز بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فابعثوا حكما من أهله وحكما من أهلها نزلت فى تحكيم الزوجين وأما السنة فما روى انه عليه الصلاة والسلام تركهم على حكم سعد بن معاذ فى بنى قريظة وعليه اجماع الصحابة رضى الله عنهم قال رحمه الله (حكما رجلا ليحكم بينهما فحكم ببينة أو اقرار أو نكول فى غير حد وقود ودية على العاقلة صح لو صلح المحكم قاضيا) لما تلونا ورويناه ولان لهما ولاية أنفسهما فصح تحكيمهما وينفذ حكمه عليهما لانه بمنزلة الحاكم فى حقهما وشرط أن يكون حكمه بالبينة أو الاقرار أو النكول ليكون موافقا لحكم الشرع وشرط أن لا ينفذ حكمه أن يكون فى غير حد وقود ودية على العاقلة لان تحكيمهما بمنزلة الصلح بينهما وليس لهما ولاية على دمهما ولهذا لا يملكان اباحته وكذا الاولاية لهما على العاقلة فلا ينفذ حكم من حكماه على عاقلته ولا على القاتل لعدم التزام العاقلة حكمه ولكونه مخالفا لحكم الشرع لان الدية تجب على العاقلة لا على القاتل ولو ثبت القتل باقراره أو ثبت جراحته ببينة وارشها أقل مما تتحمله العاقلة خطأ كانت الجراحة خطأ أو عمدا أو كان قدر ما تتحمله ولكن الجراحة كانت عمدا لا توجب القصاص نفذ حكمه عليه لان العاقلة لا تعقله وأجاز فى المحيط التحكيم فى القصاص لانه من حقوق العباد والاول ذكره الخصاف وشرط أن يكون صالحا للقضاء لانه بمنزلة القاضى فيما بينهما فيشترط فيه ما يشترط فى القاضى حتى لو حكما كافرا أو عبدا أو محجورا أو محدودا فى قذف أو صبيا لا يجوز لانه لا يصلح قاضيا لانعدام أهلية الشهادة فكذا حكما وان حكما فاسقا أو امرأة جاز كما فى القضاء لانهما أهل للشهادة وكذا الكافر فى حق الكافر لانه أهل للشهادة فى حقه وكذا يجوز تقليده القضاء ليحكم بين أهل الذمة قال رحمه الله (ولكل واحد من المحكمين أن يرجع قبل حكمه) لانه مقلد من جهتهما فكان لهما عزله قبل أن يحكم بينهما كما ان المقلد من جهة الامام له أن يعزله قبل أن يحكم بين الناس ولا يقال ان التحكيم ثبت بتراضيهما فوجب أن لا يصح عزله الا باتفاقهما لانا نقول التحكيم من الامور الجائزة من غير لزوم فيستبد أحدهما بنقضه كما فى المضاربات والشركات والوكالات قال رحمه الله (فان حكم لزمهما) لان حكمه صدر عن ولاية شرعية عليهما كالقاضى اذا حكم لزم ثم بالعزل لا يبطل حكمه فكذا هذا ولأن حكمه لا يكون دون صلح جرى بينهما بتراضيهما وفيه لا يكون لاحدهما أن يرجع عنه بعد تمامه فهذا أولى قال رحمه الله (وأمضى القاضى حكمه ان وافق مذهبه) يعنى اذا رفع حكمه اليه وتحاكما عنده نفذه ان وافق مذهبه لانه لا فائدة فى نقضه ثم ابرامه ثم فائدة هذا الامضاء أن لا يكون لقاض آخر يرى خلافه نقضه اذا رفع اليه لان امضاءه بمنزلة قضائه ابتداء ولو لم يمضه لنقضه قال رحمه الله (والا أبطله) أى ان لم يوافق مذهبه أبطله لان حكمه

﴿باب التحكيم﴾

(قوله لما كان المحكم من أنواع الحكام ذكره فى كتاب القضاء) أى الا انه أخر ذكره لان حكمه أدنى حالا من حكم القاضى ولهذا اذا خالف حكمه مذهب القاضى الذى انتهى اليه أبطله ولهذا لا يجوز حكمه فى الحدود والقصاص بخلاف حكم القاضى فان القاضى ينفذ حكمه اذا لم يكن مخالفا لنص الكتاب والسنة المشهورة والاجماع ويجوز حكم القاضى فى الحدود والقصاص ولا يجوز حكم الحكم فيهما ويجوز حكم القاضى رضى الخصم أم لا ولا يجوز حكم الحكم الا بعد رضا الخصمين بقال حكمه أى فوض الحكم اليه اهـ غاية (قوله وكذا الاولاية لهما على العاقلة) يعنى لو حكماه فى دم خطأ فقضى بالدية على العاقلة أو على القاتل فى ماله لا يجوز اهـ (قوله والاول ذكره الخصاف) وهو الصحيح اهـ غاية (قوله لانا نقول) أى نقول يجوز أن لا يثبت العقد الا باتفاقهما ثم ينفرد أحدهما بالفسخ كما فى المضاربة والشركة اهـ غاية

لا يلزمه لعدم التحكيم من جهته بخلاف ما اذا رفع اليه حكم حاكم حيث لا يبطله وان خالف مذهبه الا أن يخالف الكتاب أو السنة أو الاجماع على ما تقدم لان المولى من جهة الامام له ولاية على الناس كافة لان مقلده له ولاية على الناس كافة فكان نائبا له فيكون قضاؤه حجة في حق الكل فلا يتمكن أحد من نقضه كحكم الامام نفسه بخلاف المحكم لانه باصطلاح الخصمين فلا يكون له ولاية على غيرهما ولا يلزم القاضي حكمه بمنزلة اصطلاحهما في المجتهدات حتى كان له نقض اصطلاحهما اذا رأى خلاف ذلك فكذا هذا وهذا لانه أعطى له حكم القاضي في حقهما حتى اشترط فيه شرائط القضاء وفي حق غيرهما كواحد من الرعايا وقال ابن أبي ليلى هو بمنزلة المولى من جهة الامام حتى لا يكون لاحد أن ينقض حكمه ما لم يخالف الدليل الشرعي و جوابه ما بينا ولو أخبر هذا المحكم باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على حالهما يقبل قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل لانقضاء الولاية هكذا ذكر صاحب الهداية وقال في النهاية يعني لو قال المحكم بينهما لاحدهما قد أقررت عندي لهذا بكذا وكذا أو قامت عندي بينة عليك بكذا وكذا فعدلوا وقد ألزمتك ذلك وحكمت عليك به لهذا وأنكر المقضي عليه أن يكون قد أقر عنده بشيء أو قامت عليه بينة بشيء نفذ الحكم عليه لان المحكم يملك انشاء الحكم عليه بذلك فيملك الاقرار كالقاضي المولى اذا قال في حال قضائه لانسان قضيت عليك لهذا باقرارك أو ببينة قامت عندي بذلك فانه يصدق في ذلك ولا يلتفت الى انكار المقضي عليه فكذا هذا وقال في المحيط حكما رجلا ما دام في مجلسه وقالا لم تحكم بيننا وقال الحكم حكمت فالحكم مصدق ما دام في مجلسه لانه حكى ما يملك استئنافه فيملك الاقرار به وجعل اقراره كانشاء الحكم ولا يصدق بعده لأنه لا يملك انشاء الحكم ولا يملك الاقرار به وقال فيه المحكم انما يخرج عن الحكومة بأحد أسباب ثلاثة اما بالعزل أو بانتهاء الحكومة نهايتها بان كان مؤقتا فمضى الوقت أو بخروجه من أن يكون أهلا للشهادة بان عمي أو ارتد والعياذ بالله تعالى وان لم يلحق بدار الحرب ولو غاب أو أغمي عليه وبرئ منه أو قدم من سفره أو حبس كان على حكمه لان هذه الاشياء لا تبطل الشهادة فلا تبطل الحكومة وكذا لو ولي القضاء ثم عزل عنه فهو على حكومته لان العزل لم يوجد من جهة المحكمين وانما وجد من جهة الوالي و ولاية الحكومة مستفادة من جهة المحكمين لا من جهة الوالي وكذا لو حكم بينهما في بلد آخر جاز لان التحكيم حصل مطلقا فكان له الحكومة في الاماكن كلها ولو حكما رجلين جاز ولا بد من اجتماعهما حتى لو حكم أحدهما دون الآخر لا يجوز لانهما رضيا برأيهما لا برأي أحدهما والله أعلم بالصواب قال رحمه الله (و بطل حكمه لابويه و ولده و زوجته كحكم القاضي بخلاف حكمه عليهم) أي يبطل حكم الحكم لهؤلاء كما يبطل حكم الحاكم لهم بخلاف حكمه عليهم لانه يتهم بحكمه لهم فيبطل دون حكمه عليهم وهذا كالشهادة حيث لا يجوز لهم و يجوز عليهم لما ذكرنا و يجوز أن يقضي لابي امرأته وأمها وكذا لامرأة ابنه أو لزوج ابنته اذا كان المقضي له بالحياة لان شهادته جائزة فهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز لان القضاء لهم قضاء لزوجته و ولده اذا كانوا يتوارثون وان كانوا لا يتوارثون جاز لعدم التهمة و يجوز القضاء للاخوة وأولادهم والاعمام لان شهادته لهم جائزة والله أعلم بالصواب وهو حسبي ونعم الوكيل

﴿ باب مسائل شتى ﴾

قال رحمه الله (لا يتد ذو سفل فيه ولا ينقب كوة بلا رضا ذي العلو) معناه اذا كان لرجل سفل ولآخر علو فليس لصاحب السفل أن يتد فيه وتدا ولا ينقب فيه كوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو وعلى هذا الخلاف اذا أراد صاحب العلو أن يبني على العلو بيتا أو يضع عليه

(قوله لان الولاية قائمة وان أخبر بالحكم لا يقبل) قال الاتقاني رحمه الله قوله ولو أخبر باقرار أحد الخصمين أو بعدالة الشهود وهما على تحكيمهما يقبل قوله أي قول المحكم ذكره تفريعا على ما تقدم يعني اذا قال الحكم لاحد الخصمين قد أقررت عندي بكذا أو قال قامت البينة عليك وألزمتك بالحكم وأنكر المقضي عليه ان يكون أقر فالحكم ماض عليه لان له أن ينفذ التحكيم ما دام في المجلس والمجلس باق فاذا قال حكمت صدق وان قال الحكم كنت حكمت بكذا لم يصدق لانه اذا حكم صار معزولا ولا يقبل قول المعزول اني حكمت عليه بكذا ولانه لما قام من مجلسه صار قضاؤه كالقاضي بعد العزل اذا قال قضيت بكذا لا يصدق كذا هذا اه (قوله فهذا هو الحرف وان كان ميتا لم يجز) قال قاضيخان في كتاب الدعوى في فصل من يجوز قضاء القاضي له و يجوز قضاء القاضي لام امرأته بعد ما ماتت امرأته ولا يجوز ان كانت امرأته حية وكذا لو قضى لامرأة أبيه بعد ما مات الاب جاز وان كان الاب في الاحياء لا يجوز اه

﴿ باب مسائل شتى ﴾

(قوله في المتن لا يتد) وتد الوتد يتده اذا ضربه من باب ضرب اه اتقاني (قوله في المتن ولا ينقب كوة) بفتح الكاف اه اتقاني (قوله وهذا عند أبي حنيفة) أي لغير رضا صاحب العلو اه فتح (قوله وقالا يصنع فيه ما لا يضر بالعلو) والاتفاق على انه ليس له أن يهدم سفله لما فيه من ابطال حق صاحب العلو في سكناه العلو قاله الكمال رحمه الله تعالى

جذوعا

جذوعاً أو يحدث كنيفاً قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة رحمه الله على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر مثل ما قالا وقيل فيه خلاف حقيقة وهو أن الاصل عندهما الاباحة لانه تصرف في ملكه وهو مطلق له والحرمة لعارض وهو الضرر بالغير فما أشكل يبقى على أصل الاباحة وعنده الاصل هو الحظر لانه تصرف في محل تعلق به حق الغير كالرهن والعين المستأجرة والاطلاق لعارض وهو عدم الضرر بيقين فما أشكل يبقى على أصل الحظر وهذه الاشياء من المشكل فظهر فيها ثمرة الخلاف ولا خلاف فيما لا اشكال فيه ولو انهدم السفل من غير صنع صاحبه لا يجبر على البناء لعدم التعدي ولكن لصاحب العلو أن يبني ان شاء ويبني عليه علوه ثم يرجع عليه بقيمة البناء ويمنعه من السكنى فيه حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء لانه مضطر في ذلك فصار كمعير الرهن اذا قضى الدين بغير اذن الراهن لا يكون متبرعاً بخلاف الدار المشتركة اذا انهدمت فبناها أحدهما بغير اذن صاحبه حيث لا يرجع لانه متبرع اذ هو ليس بمضطر لانه يمكنه أن يقسم عرصتها ويبني نصيبه وصاحب العلو ليس كذلك حتى لو كانت الدار صغيرة بحيث لا يمكن الانتفاع بنصيبه بعد القسمة كان له أن يرجع وعلى هذا لو انهدم بعض الدار أو بعض الحمام فأصلحه أحد الشريكين له أن يرجع لانه مضطر اذ لا يمكن قسمة بعضه ولو انهدم كله فعلى التفصيل الذي ذكرنا ولو هدم صاحب السفل سفله بنفسه يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير كالراهن يعتق العبد المرهون أو مولى العبد الجاني يتصرف فيه بعتق أو نحوه وذكر الحلواني أن كل من أجبر أن يفعل مع شريكه فاذا فعل أحدهما بغير أمر الآخر لا يرجع لانه متطوع اذ كان يمكنه أن يجبره وذلك مثل كري النهر أو اصلاح سفينة معيبة وفداء العبد الجاني وان لم يجبر لا يكون متطوعاً كمسئلة انهدام العلو والسفل لانه لا يتوصل الى حقه أصلا ولم يمكنه الانتفاع بنصيبه الا بالاصلاح فصار مضطراً وذكر في النهاية معزياً الى قاضيخان ولو تصرف صاحب السفل في ساحة السفل بأن حفر بئراً عند أبي حنيفة رضي الله عنه له ذلك وان تضرر به صاحب العلو وعندهما الحكم معلول بعلة الضرر قال رحمه الله (زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة لا يفتح فيها أهل الأولى باباً بخلاف المستديرة) معناه سكة طويلة يتشعب عنها سكة أخرى طويلة وهي غير نافذة فليس لاهل السكة الأولى أن يفتحوا باباً الى السكة الاخرى لان الباب يقصد للمرور ولا حق لهم في الدخول فيها لكونها غير نافذة وانما ذلك لأهلها على الخصوص ألا ترى أنه لو بيعت دار منها كان حق الشفعة لهم لا لاهل الأولى فلو مكنوا من فتح الباب لخرجوا منه اليها اذ لا يمكنهم المنع في كل ساعة ويخاف أن يسد بابه الاصلي ويكتفي بالباب المفتوح ويجعل داره من تلك السكة فيمنع منه لأنها ملكهم فلا يشاركهم فيها غيرهم ولانه يلحق بهم ضرر بأن يضيق عليهم فيمنع بخلاف ما اذا كانت نافذة لان الاستطراق حق العامة وهم من جملتهم وقيل لا يمنعون من فتح الباب لانه رفع جدار وهو له أن ينقض كله فأولى أن يكون له نقض البعض والصحيح هو الاول لما ذكرنا ولأنه يركب عليه باباً ويدعي حق المرور وعلى طول الزمان فيستدل بالباب على أن له حق المرور

(قوله قيل ما حكي عنهما تفسير لقول أبي حنيفة) على معنى انه لا يمنع الا ما فيه ضرر قال قاضيخان في فتاواه علو لرجل وسفل لآخر قال أبو حنيفة ليس لصاحب العلو أن يبني في العلو بناء أو يتد وتدا الا برضا صاحب السفل وقال صاحباه له ذلك اذا لم يضر بالسفل والمختار للفتوى انه ان ضر بالسفل يمنع وان لم يضر لا يمنع وعند الاشتباه والاشكال يمنع اهـ (قوله وعنده الاصل هو الحظر) وقوله قياس لانه لا يخلو عن نوع ضرر بالعلو من توهين بناء أو نقضه فوجب نقضه اهـ كافي (قوله ولا خلاف فيما لا اشكال فيه) أي فان له أن يصنع ما لا يضر به بالاتفاق اهـ (قوله ولو انهدم السفل من غير صنع) أي أما اذا هدمه بنفسه فيأتي حكمه في الشرح اهـ (قوله ثم يرجع عليه بقيمة البناء الخ) وفي الخلاصة في الفصل الثاني في الحائط وعبارته قال وذكر الخصاف أنه يرجع بما أنفق وهذا عندي في غاية الحسن اذا كان بقضاء ويجب أن لا يضمن لو علا بناء السفل على ما كان عليه ذلك القدر اهـ فتح (قوله حتى يدفع اليه قيمته يوم البناء) قال الكمال واختلف ان القيمة تعتبر وقت البناء أو وقت الرجوع والصحيح وقت البناء اهـ (قوله كان له أن يرجع) أي لانه لا يمكن الانتفاع بنصيبه الا ببنائه فلا يكون متطوعاً اهـ فتح (قوله يجبر على اعادته لتعديه بمحل تعلق به حق الغير) أي وهو قرار العلو اهـ فتح (قوله وذلك مثل كري النهر) أي المشترك بينهما اذا امتنع أحدهما عن كريه وكري الآخر اهـ (قوله وفداء العبد الجاني) يعني العبد المشترك اذا جنى ففداه أحدهما فهو متطوع لان الآخر يجبر اهـ (قوله في المتن زائغة مستطيلة يتشعب عنها مثلها غير نافذة) والزائغة الاولى غير نافذة أيضاً وكلام المصنف ليس فيه ما يدل على ذلك وقد صرح بذلك الامام التمرتاشي والفقيه أبو الليث الا أن يجعل غير نافذة حالا من الزائغتين جميعاً اهـ كاكي (قوله فليس لاهل السكة الاولى أن يفتحوا باباً الخ) ولكن هذا فيما اذا أراد بفتح الباب المرور فانه يمنع استحساناً واذا أراد به الاستضاءة أو الريح دون المرور لم يمنع من ذلك كذا نقل فخر الاسلام عن الفقيه أبي جعفر اهـ اتقاني (قوله والصحيح هو الاول لما ذكرنا) قال الاتقاني والاصح انه يمنع من فتح الباب لانه نص في الكتاب قال وليس له أن يفتح باباً وهذا لانه متى فتح الباب فقد اتخذ لنفسه طريقاً لانه لا يمكنهم منعه في كل ساعة وزمان حتى لو فتح باباً للاستضاءة والريح ونحوه لا يمنع اهـ

(قوله فيحكم له به) قال شمس الائمة الحلوانى فى محيطه فى كتاب الشفعة سكة غير نافذة بيعت فيها دار فأهلها شفعاء لانهم شركاء فى حقوق المبيع فان كان فيها عطف ان كان مربعا فاصحاب العطف أولى بما بيع فى عطفهم لانه بسبب التربيع يصير العطف المربع كالمنفصل عن السكة لان هيآت الدور فى العطف المربع تخالف هيآت الدور فى السكة فصار العطف المربع بمنزلة سكة أخرى فصار كسكة فى سكة ولهذا يمكنه نصب الدرب فى أعلاهم وهم وأهل السكة فيما بيع فى السكة سواء كما لو بيعت دار فى السكة العظمى فهم وأهل السكة الصغرى فيها سواء فكذا هنا وان كان (١٩٦) العطف مدورا فالكل سواء لان العطف المدور اعوجاج فى بعض السكة وبذلك لا يصير بمنزلة سكتين لان هيآت الدور فيها لا تختلف بسبب الاعوجاج فكانت سكة واحدة الى هنا لفظ شمس الائمة الحلوانى اه اتقانى رحمه الله (قوله وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر فى زماننا) قال العمادى والحاصل ان فى هذه المسائل وأجناسها القياس ان كل من تصرف فى خاص ملكه لا يمنع منه فى الحكم وان كان يلحق ضررا بالغير لكن ترك القياس فى موضع يتعدى فيه ضرر تصرفه الى غيره ضررا بينا وقيل بالمنع وبه أخذ كثير من مشايخنا وعليه الفتوى اه (قوله وبعده يقبل لوجود التناقض) اذ لا يمكنه أن يقول وهبنى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريتها منه منذ سنة اه كافى (قوله وفى الوجه الثانى يمكن الخ) أى لانه يمكن أن يقول وهبنى منذ شهر ثم جحدنى الهبة فاشتريته منه منذ أسبوع اه كافى (قوله والمسئلتان بحالهما) أى بأن ادعى الهبة فى وقت ثم برهن على الشراء قبله ولم يقل جحدنى الهبة فاشتريتها اه وقوله لا يقبل فى الاولى أى لان دعواه الهبة فى وقت اقرار منه بملك الواهب فى ذلك الوقت ثم دعوى الشراء قبل ذلك يكون رجوعا عن ذلك الاقرار فكان مناقضا فلا يتمكن من اثباته بالبينة فأما دعواه الشراء بعد ذلك يقرر اقراره بالملك له فى ذلك الوقت فيتمكن من اثباته بالبينة اه كافى (قوله لانا نقول لما جحد الهبة الخ) انفسخت فى حق المدعى عليه وتوقف الفسخ فى حق المدعى على رضاه فاذا أقدم على الشراء منه فقد رضى بذلك الفسخ فتم الفسخ فيما بينهما بتراضيهما فاذا اشترى منه بعد ذلك فقد اشترى ما لا يملكه فصح اه كافى (قوله ومثله لو ادعى دارا فى يد رجل أنه اله اشتراها من أبيه) أى المدعى اشتراها من أبى نفسه اه (قوله يقبل لامكان التوفيق على ما بينا) أى بأن يكون اشتراها من أبيه ثم جحد أبوه الشراء حتى مات فورثها اه

فيحكم له به وقوله بخلاف المستديرة يعنى بخلاف ما اذا كانت الزائغة الثانية مستديرة حيث يكون لكل واحد من أهل الأولى فتح الباب انها لانها كانت مستديرة وهى التى فيها اعوجاج حتى بلغ عوجها رأس السكة صارت كانها سكة واحدة وهى بينهم على الشركة حتى اذا بيع دار فيها يجب حق الشفعة وهذا اذا كانت السكة المستديرة غير نافذة أيضا وان كانت نافذة فلجميع المسلمين فيها حق المرور ثم اعلم أن للانسان أن يتصرف فى ملكه ما شاء من التصرفات ما لم يضر بغيره ضررا ظاهرا فيجوز له أن يتخذ فى داره حماما لان ذلك لا يضر بالجيران وما فيه من النداوة يمكن التحرز عنه بأن يبنى بينه وبين جاره حائطا وعن أبى يوسف رحمه الله ان الجيران اذا تأذوا من دخانه فلهم منعه الا أن يكون دخان الحمام مثل دخانهم ولو اتخذ داره حظيرة غنم والجيران يتأذون من نتن السرقين ليس لهم فى الحكم منعه ولو حفر فى داره بئرا فنز منها حائط جاره لم يكن له منعه وقيل ان كان يعلم ذلك يقينا فله منعه وهو خلاف قول أصحابنا رحمهم الله ولو أراد بناء تنور فى داره للخبز الدائم كما يكون فى الدكاكين أو رحا للطحن أو مدقات للقصارين لم يجز لان ذلك يضر بالجيران ضررا ظاهرا فاحشا لا يمكن التحرز عنه والقياس أن يجوز لانه تصرف فى ملكه وترك ذلك استحسانا لاجل المصلحة ولو سقط حائط بين دارين ولأحدهما عورات فطلب من جاره أن يساعده فى البناء قال أصحابنا لا يجبر وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله يجبر فى زماننا لانه لا بد من سترة بينهما وقال قاضيخان ان كان الحائط يحتمل القسمة ويبنى كل واحد فى نصيبه السترة لا يجبر والا أجبر وقيل إن كان يقع بصره فى دار جاره فله منعه عن الصعود حتى يتخذ سترة وان كان يقع فى سطحه فلا يمنعه قال رحمه الله (ادعى دارا فى يد رجل أنه وهبها له فى وقت فسئل البينة فقال جحدنيها فاشتريتها او برهن على الشراء قبل الوقت الذى يدعى فيه الهبة لا يقبل وبعده يقبل) لوجود التناقض فى الوجه الاول لانه يدعى الشراء بعد الهبة وشهوده يشهدون له به قبلها وهذا تناقض ظاهر لا يمكن التوفيق بينهما وفى الوجه الثانى يمكن إذ الشراء وجد بعد الوقت الذى يدعى فيه الهبة فلا يكون متناقضا ولو لم يقل جحدنى الهبة والمسئلتان بحالهما لا يقبل فى الاولى ويقبل فى الثانية لما ذكرنا من الامكان وعدمه ولا فرق فى ذلك بين أن يقول جحدنى الهبة أولا ولا يقال فى الثانى أيضا وجد التناقض لانه يدعى شراء ملكه لانه إذا ملكه فى وقت بالهبة فلا يتصور أن يملكه بالشراء بعد ذلك لانا نقول لما جحد الهبة ووافقه بالترك انفسخت الهبة إذ جميع العقود تنفسخ بالجحود إذا وافقه صاحبه بالترك غير النكاح فانه لا يقبل الفسخ فلا يكون متناقضا ولو لم يذكر لهما تاريخا أو ذكر لاحدهما ينبغى أن تقبل بينته لان التوفيق ممكن بأن يجعل الشراء متأخرا ومثله لو ادعى دارا فى يد رجل أنها له اشتراها من أبيه فى حياته وصحته وصاحب اليد ينكر فعجز عن إقامة البينة وحلف ذو اليد فأقام المدعى بينة أنه ورثها من أبيه يقبل لامكان التوفيق على ما بينا ولو ادعى الارث من أبيه أولا ثم ادعى الشراء منه لا يقبل لعدم امكان التوفيق وبهذا تبين أن التناقض إنما يمنع صحة الدعوى إذا لم يمكن

التوفيق

(قوله فى المتن فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) وقال بعضهم لا يجوز له أن يطأها ويقال هو قول زفر كذا قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وجه قوله أنه لما باعها فهى على ملك المشترى ما لم يبعها من البائع أو يتقايلا ولنا ان الاقالة قد تكون بلفظ الاقالة وبلفظ الرد وبجحودهما بأن تجاحدا البيع ثم اذا جحد المشترى البيع حصل الفسخ من جهته فاذا عزم البائع على ترك الخصومة بعد ذلك واقترن عزمه بالفعل وهو امساك الجارية ونقلها من مجلس الخصومة الى منزله واستخدامها ونحو ذلك كان ذلك منه دلالة الفسخ فتم الفسخ بينهما اه أتقانى (قوله فى المتن ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى انها زيوف صدق) يعنى أقر أنه قبض من مديونه بدين قرض اقترضه أو ثمن مبيع أو بدل اجارة أو قال غصبت منه أو أودعنى ألف درهم ثم قال الا أنها زيوف أو نبهرجة أو قال بعد ثم هى زيوف أو نبهرجة اه فتح (قوله سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا) وفى المبسوط أقر الطالب أنه قبض ماله على فلان مائة درهم ثم قال وجدتها زيوفا فالقول قوله وصل أم فصل واطلاق المصنف قوله صدق يفيده وهذا بخلاف ما اذا أقر بالدين فى المبسوط فى باب الاقرار بالدين لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن مبيع أو قرض أو اجارة الا أنها زيوف أو نبهرجة لم يصدق فى دعوى الزيافة وصل أم فصل فى قول أبى حنيفة وعندهما يصدق ان وصل لا ان فصل ولو قال لفلان على ألف درهم من غير ذكر سبب تجارة أو غصب قال بعض المشايخ هو على الخلاف أيضا لان مطلق الاقرار بالدين ينصرف الى الالتزام أو بالتجارة اذ هو اللائق بحال المسلم وقيل يصدق هنا اذا وصل بالاتفاق لان صفة الجودة تصير مستحقة بعقد التجارة فاذا لم يصرح فى كلامه بجهة التجارة لا تصير صفة الجودة مستحقة اه كمال (قوله والقبض لا يختص بالجياد) أى فلا يكون بدعوى الزيوف متناقضا فتسمع دعواه بخلاف ما اذا ادعى انها ستوقة أو رصاص حيث لا تسمع دعواه لانه متناقض لانه قال اقتضيت الدراهم ثم دعواه الستوقة أو الرصاص انكار منه لقبض الدراهم لانها ليست من جنس الدراهم (قوله حيث لا يصدق فى دعواه الزيوف لانه مناقض) أى لانه أقر بقبض حقه صريحا أو دلالة اه هداية (قوله فان كان مفصولا لا يصدق) أى لان قوله جياد مفسر فلا يحتمل التأويل بخلاف غيره لانه ظاهر او نص فيحتمل التأويل اه من خط الشارح رحمه الله

التوفيق وقيل لا بد من دعوى التوفيق من المدعى والا فلا يوفق وقيل التوفيق من غير دعواه قياس وعدم التوفيق بدون دعواه استحسان قال رحمه الله (ومن قال لآخر اشتريت منى هذه الامة فأنكر فللبائع أن يطأها إن ترك الخصومة) لان المشترى لما جحد الشراء كان ذلك فسخا منه إذ الجحود كناية عن الفسخ لان الفسخ رفع العقد من الاصل والجحود انكار للعقد من الاصل فكان بينهما مناسبة فجازت الاستعارة فكان فسخا من جهته فاذا ساعده البائع بترك الخصومة تم الفسخ فحل له وطؤها وله أن يردها على بائعها بالعيب إن وجد بها عيبا قديما بعد ذلك لتمام الفسخ بالتراضى حتى إذا أقام المشترى بعد ذلك بينة أنه اشتراها منه لا تقبل بينته وفى النهاية إذا عزم على ترك الخصومة قبل تحليف المشترى ليس له أن يردها على بائعها لانه غير مضطر فى فسخ البيع الثانى لاحتمال أن ينكل عند التحليف فاعتبر بيعا جديدا فى حق ثالث والاشبه أن يكون هذا التفصيل بعد القبض وأما قبل القبض فينبغى أن يرد عليه مطلقا لانه فسخ من كل وجه فى غير العقار فلا يمكن حمله على البيع لان المبيع لا يجوز بيعه قبل القبض وقد بيناه من قبل فان قيل الحكم لا يثبت بمجرد العزم فكيف يكون فسخا قلنا نحن لا نثبته بمجرد العزم وإنما نثبته بالعزم واليمين أو بالعزم والفعل وهو التصرف فى الجارية بالنقل من موضع الخصومة إلى بيته أو بالاستخدام أو إمساكها بيده لان التصرف فيها لا يحل إلا بالفسخ فكان فسخا دلالة إذ الفعل قد يوجد دلالة كمن قال لغيره أجرتك هذه الدابة يوما فتركها فأخذها واستعملها كان ذلك قبولا منه دلالة لان الاخذ والاستعمال لا يحل بدون القبول قال رحمه الله (ومن أقر بقبض عشرة ثم ادعى أنها زيوف صدق) معناه إذا قال قبضت منه عشرة دراهم ثم ادعى أنها زيوف صدق سواء قال ذلك موصولا أو مفصولا وكذا إذا ادعى أنها نبهرجة ولو ادعى أنها ستوقة لا يصدق لان اسم الدراهم يقع على الجياد والزيوف والنبهرجة دون الستوقة ولهذا لو تجوز بالزيوف والنبهرجة جاز حتى فى الصرف والسلم دون الستوقة والقبض لا يختص بالجياد فيصدق فى إنكاره قبض حقه مع يمينه بخلاف ما إذا أقر أنه قبض الجياد أو حقه أو الثمن أو استوفى حيث لا يصدق فى دعواه الزيوف لانه مناقض لان الزيوف ضد الجياد وحقه فى الجياد فكان الاقرار بقبض حقه مطلقا اقرارا منه بقبض الجياد والاستيفاء عبارة عن قبض الحق بوصف التمام فكان عبارة عن قبض حقه أيضا وبخلاف ما إذا قبض المشترى المبيع ثم ادعى العيب حيث يكون القول قول البائع لان المبيع متعين فى البيع فاذا قبضه فقد أقر بأنه استوفى عين حقه دلالة ثم بدعواه العيب بعد ذلك صار مناقضا فلا يقبل كلامه بخلاف ما نحن فيه فان الدراهم لا تتعين وحقه ثابت فى الذمة ولم يقر بقبض حقه وإنما أقر بقبض الدراهم وهى متنوعة فبالاقرار بقبضها لم يكن مقرا بقبض حقه ثم فى قوله قبضت دراهم جيادا لا يصدق فى دعواه الزيوف مطلقا سواء كان موصولا أو مفصولا وفيما إذا أقر أنه قبض الثمن أو حقه أو استوفى ثم ادعى انه كان زيوفا ينظر فان كان مفصولا لا يصدق وهو المقصود بما ذكرنا

(قوله وان كان موصولا صدق) والفرق أن في قوله قبضت مالي عليه أو حقي عليه جعل مقرا بقبض القدر والجودة بلفظ واحد فاذا استثنى الجودة فيه استثنى البعض من الجملة فيصح موصولا كما لو قال مائة الا درهما أما لو قال قبضت عشرة جيادا فقد أقر بالقدر بلفظ على حدة وبالجودة بلفظ على حدة فاذا قال الا أنها زيوف فقد استثنى الكل من الكل في حق الجودة وذلك باطل كما لو قال على مائة درهم ودينار إلا دينارا كان الاستثناء باطلا وان ذكره موصولا كذا هنا فان قيل ينبغي أن لا يصح استثناء الجودة

وان كان موصولا صدق وقال في النهاية لو أقر بقبض حقه ثم قال إنها استوقة أو رصاص يصدق موصولا لا مفصولا قال ذكره شيخ الاسلام ثم الزيوف ما رده بيت المال والنبهرجة ما ترده التجار والستوقة ما يغلب عليه الغش وقيل الزيوف هي المغشوشة والنبهرجة هي التي تضرب في غير دار السلطان والستوقة صفر مموه وعن الكرخي الستوقة عندهم ما كان عليه الصفر أو النحاس هو الغالب قال رحمه الله (ومن قال لآخر لك علي ألف درهم فرده ثم صدقه فلا شيء عليه) يعني إذا أقر لغيره بألف درهم فرده المقر له بأن قال ما كان لي عليك شيء أو قال بل هو لك أو لفلان ثم صدقه فقال بل كان لي عليك في مكانه أو بعده فلا شيء على المقر لأن الاقرار هو الاول وقد ارتد برد المقر له والثاني دعوى فلا بد من الحجة أو تصديق الخصم بخلاف ما إذا قال اشتريت وأنكر حيث يكون له ان يصدقه لان أحد المتعاقدين لا ينفرد بالفسخ كما لا ينفرد بالعقد لان العقد حقهما فبقي على حاله فعمل فيه التصديق أما المقر له فينفرد برد الاقرار فافترقا وبخلاف ما إذا أقر بنسب عبده لغيره فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك عند أبي حنيفة رضي الله عنه حتى إذا ادعاه المقر لنفسه لا يصح لان الاقرار بالنسب اقرار بما لا يحتمل الابطال فلا يرتد بالرد ولو قبل الاقرار أو الابراء عن الدين أو هبته له ثم رده لا يرتد لانه بالقبول قد تم وكذا لو قال لعبده وهبت لك رقبتك فرد لا يرتد بالرد لان هبة العبد من نفسه اعتاق وهو لا يرتد بالرد ولو أقر بشيء لانسان كالدين وغيره فصدقه ثم رجع المقر عن اقراره لا يقبل ولو أراد تحليف المقر له لا يحلف عند أبي حنيفة ومحمد لان اقراره حجة عليه كالشهادة ولان دعواه متناقضة ففسدت فصار نظير ما لو قال ليس لي على فلان شيء ثم ادعى ان له عليه دينا وأراد تحليفه لا يحلف وعند أبي يوسف رحمه الله اذا ادعى انه أقر كاذبا وأراد تحليف المقر له يحلف لجريان العادة بالاشهاد على هذه الاشياء قبل تحققها تحرزا عن امتناع الآخر عن التسليم قال رحمه الله (ومن ادعى على آخر مالا فقال ما كان لك علي شيء قط فبرهن المدعي على ألف وهو برهن على القضاء أو الابراء قبل) أي ادعى رجل على رجل ألف درهم فقال المدعى عليه ما كان لك علي شيء قط فأقام المدعي البينة أن له عليه ألف درهم وأقام المدعى عليه البينة انه قضاه أو أبرأه المدعي تقبل بينة المدعى عليه وقال زفر لا تقبل لان القضاء والابراء يكون بعد الوجوب وقد أنكره فيكون مناقضا ولنا ان التوفيق ممكن لان غير الحق قد يقضى ويبرأ منه ألا ترى أنه يقال قضى بباطل وقد يصالح على شيء فيثبت ظاهرا ثم يقضى ألا ترى انه لو ادعى القصاص على شخص فأنكر فأقام المدعي البينة وأقام المدعى عليه البينة على العفو أو الصلح عنه على مال تقبل بينته وكذا لو جرى مثل ذلك في دعوى الرق يقبل فكذا هذا وكذا لو قال ليس لك علي شيء لان التوفيق فيه أظهر لانه للحال قال رحمه الله (ولو زاد ولا أعرفك لا) أي لو زاد هذه الكلمة على ما ذكر بان قال ما كان لك علي شيء قط ولا أعرفك لا تقبل بينة المدعى عليه على القضاء أو الابراء لتعذر التوفيق بين قوليه لانه لا يكون بين اثنين معاملة من دفع وأخذ وقضاء واقتضاء بلا معرفة أحدهما صاحبه وذكر القدوري أنه يقبل أيضا لان المحتجب من الرجال والمخدرة قد يؤذى بالشغب على بابه فيأمر بعض وكلائه بارضائه بالدفع اليه ولا يعرفه فأمكن التوفيق بهذا الطريق وقال في النهاية فعلى هذا قالوا لو كان المدعى عليه ممن يتولى الاعمال بنفسه لا تقبل

وان دخلت تحت الاقرار بلفظ واحد لان الجودة تبع وصفة للدراهم واستثناء التبع موصولا لا يصح كاستثناء البناء من الدار موصولا قلنا استثناء البناء من الدار انما لا يصح لان البناء دخل في اسم الدار تبعا فلا يجوز اخراجه مقصودا أما الجودة دخلت تحت اللفظ مقصودا كالوزن لانه أقر بقبض ما عليه وعليه تسليم الوزن والجودة فكان داخلا مقصودا لا تبعا فيجوز استثناؤه موصولا كذا قيل وفيه نوع تأمل اه كاكي (قوله والستوقة ما يغلب عليه الغش) قال الكمال وانما كانت الستوقة ليست من جنس الدراهم لان غشها غالب واسم الدراهم باعتبار الفضة والنسبة الى الغالب متعين فاذا كان الغالب هو الغش فليست دراهم الا مجازا ولذا قيل هو معرب سه طاقه يعني ثلاث طاقات الطاق الاعلى والاسفل فضة والاوسط نحاس وهي شبه المموه اه (قوله فكذبه المقر له حيث لا يرتد بذلك) أي حتى كان له أن يعود ويدعيه فلما لم تبطل بالرد بقي مقرا بنسبه لغيره فلا يمكن أن يدعيه لنفسه (قوله ولنا أن التوفيق ممكن) أي لانه يمكنه أن يقول لم يكن لك علي شيء ولكن آذيتني بخصومتك الباطلة فدفعت اليك ما تدعيه دفعا للأذاء اه كافي (قوله وكذا لو قال ليس لك علي شيء) أي ثم أقام البينة على القضاء أو الابراء يقبل فيه البينة أيضا اه غاية (قوله لان التوفيق فيه أظهر) أي لانه يقول ليس لك علي شيء في الحال لاني قد قضيت حقك أو لانك أبرأتني ألا ترى انه لو صرح به يصح وهذا لان ليس لنفي الحال اه كافي

لاتقبل بينته وفى الكافى قيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات وقالوا فيمن قال لم أدفع ثم قال دفعت اليه لايقبل قوله للتناقض الا اذا ادعى اقرار المدعى بذلك فتقبل بينته لان التناقض لايمنع صحة الاقرار قال رحمه الله (ومن ادّعى على آخر أنه باعه أمته فقال لم أبعها منك قط فبرهن على الشراء فوجد بها عيبا فبرهن البائع أنه برئ اليه من كل عيب لم تقبل) أى وجد المشترى بها عيبا فردها عليه فأقام البائع البينة أنه ابرأه من كل عيب بها لاتقبل بينة البائع وعن أبى يوسف رحمه الله أنها تقبل لان التوفيق ممكن بان لم يبعها هو وانما باعها منه وكيله وابرأه عن العيب فيكون صادقا بذلك ونظيره ماذكره أبو يوسف رحمه الله أنه لوادعى الشراء من شخص وهو ينكر فأقام المدعى البينة على الشراء منه وأقام المنكر البينة أنه قدرد المبيع عليه تقبل بينته لماذكرنا من التأويل أو يقول أخذه منى ببينة كاذبة ثم استقلته منه فأقالنى ووجه الظاهر أن اشتراط البراءة تغيير للعقد من اقتضاء وصف السلامة الى غيره فيقتضى وجود العقد اذ الصفة بدون الموصوف لاتتصور وقد أنكره فيكون مناقضا بخلاف ماتقدم من مسئلة الدين لان الباطل قد يقضى على ما مر قال رحمه الله (و يبطل الصك بان شاء الله) أى يبطل صك الشراء والاقرار اذا كتب فى آخره ان شاء الله حتى يبطل الشراء والاقرار بذلك ولا يلزمه شئ لان الاستثناء مبطل على ماعرف فى موضعه ولو كتب فى آخر الصك فمن قام بهذا الحق فهو وكيل ان شاء الله أو كتب فما أدرك فلانا من درك فعلى فلان خلاصه بطل الصك كله عند أبى حنيفة حتى يبطل الاقرار والشراء وقالا ينصرف الى مايليه وهو الاخير فيبطل به ضمان الدرك والتوكيل و يبقى الدين على حاله اذ الاصل فى الجمل الاستقلال والصك يكتب للاستيثاق فلو انصرف الى الكل كان مبطلا له فيكون ضد ماقصدوه فينصرف الى مايليه ضرورة ألاترى أنه لو كتب كتابا الى بعض اخوانه أو وكلائه وقال فى آخره يفعل كذا وكذا ان شاء الله ينصرف الاستثناء الى مايليه حتى لا يبطل الكتاب كله فكذا هذا وله ان الكل كشئ واحد بحكم العطف فينصرف الى الكل كما فى الكلمات المعطوف بعضها على بعض مثل قوله عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله وماذكراه من العادة انما جرى بان يترك فرجة أو يكتب بخط على حدة فلوفعل هنا ذلك انصرف الى مايليه ولا يبطل الشراء ولا الاقرار لان الفرجة كالسكوت حال النطق ولان الاستثناء انما يكتب فى كتب الرسالة للتبرك عادة لاللابطال ولهذا لايبطل مايليه أيضا وفى الصك يبطل بالاجماع ثم انما ذكر ذلك فى الكتاب لان العادة جرت بينهم أن يكتب فى أسفل الصك من قام بهذا الحق فهو ولى مافيه أى وكيل بالخصومة باثبات مافيه من الحق وفائدة هذه الكتابة أن يثبت به رضا الخصم بالتوكيل لان التوكيل بالخصومة لايجوز الا برضا الخصم عند أبى حنيفة رحمه الله وهذا لان توكيل المجهول وان كان لايجوز لكن يسقط به حقه لان المنع لحق الخصم فاذا رضى فقد أسقط حقه والاسقاط يجوز وان كان مجهولا اذ لايؤدى الى النزاع ثم يوكل من شاء وقيل لايفيد على قوله أيضا وانما يفيد على قول ابن أبى ليلى فان عند أبى حنيفة لما لم يجز توكيل المجهول لايفيد الرضا به وعند ابن أبى ليلى يجوز فيفيد قال رحمه الله (وان مات ذمى فقالت زوجته أسلمت بعد موته وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) وقال زفر القول قولها لان الاسلام حادث والاصل فى الحوادث أن تضاف الى أقرب

(قوله وفى الكافى قيل تقبل البينة على الابراء فى هذا الفصل باتفاق الروايات) أى لان الابراء يتحقق بلامعرفة اه كافى (قوله فى المتن ومن ادعى على آخر انه باعه أمته الخ) قال الاتقانى وهى من مسائل الجامع الصغير ولم يذكر فيها خلافا بين أصحابنا وذكر الخصاف هذه المسئلة فى آخر أدب القاضى وأثبت فيها الخلاف فقال لاتقبل بينة البائع على البراءة فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف تقبل اه (قوله وقالا ينصرف الى مايليه) وقولهما استحسان كذا ذكر فى الشامل فى كتاب الاقرار من قسم المبسوط اه اتقانى (قوله فينصرف الى الكل) أى للاتفاق على أن قول القائل عبده حر وامرأته طالق وعليه المشى الى بيت الله ان شاء الله تعالى يبطل الكل فلا يقع طلاق ولا عتاق ولا يلزم نذر كمال (قوله فهو ولى مافيه) يعنى من أخرجه كان له ولاية المطالبة بما فيه من الحق ثم كتب ان شاء الله متصلا بهذه الكتابة اه كمال وكتب أيضا مانصه قال الكمال وقد أورد ان هذا الكلام يقتضى انه لولم يكتب ان شاء الله لم يبطل شئ ويلزمه صحة الوكالة للمجهول بالخصومة فى قوله ومن قام بهذا الذكر فهو ولى مافيه وتوكيل المجهول لايصح أجيب بأن الغرض من كتابته اثبات رضا المدعى عليه بتوكيل من نوكله المدعى فلا يمتنع المديون عن سماع خصومة الوكيل بالخصومة عند أبى حنيفة فان التوكيل بالخصومة لايصح الا برضا الخصم عنده ودفع بأنه لايقبل على قوله لان بهذا يثبت الرضا بتوكيل وكيل مجهول والرضا بتوكيل مجهول باطل فلا يفيد على قوله أيضا وقيل بل فائدته التحرز عن قول ابن أبى ليلى (قوله فى المتن وان مات ذمى الخ) ترجم هنا فى الهداية بفصل فى القضاء بالمواريث قال الاتقانى ذكر هذا الفصل فى آخر أبواب القضاء لان الموت آخر أحوال الانسان فى الدنيا فكان ذكر مايتعلق بالموت مناسبا اه (قوله فى المتن وقالت الورثة أسلمت قبل موته فالقول لهم) قال الكمال وكان الاولى أن يقال بدل قوله القول قول الورثة لاتصدق الورثة الا ببينة لان العادة ان من كان القول له يكون مع يمينه ولا حلف عليهم الا ان ادعت أنهم يعلمون كفرها بعد موته فلها أن تحلفهم على العلم اه

أوقاته وأقرب أوقاته ما بعد الموت فتضاف اليه قلنا سبب الحرمان ثابت في الحال فيثبت فيما مضى تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر نعتبره للدفع وما ذكره هو يعتبره للاستحقاق والظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع ولو مات مسلم وتحته نصرانية فجاءت مسلمة بعد موته فقالت أسلمت قبل موته وقالت الورثة أسلمت بعده فالقول للورثة أيضا ولا يحكم الحال لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق ومقصودها ذلك وأما الورثة فمرادهم الدفع ويشهد لهم ظاهر الحدوث أيضا فحاصله أن الظاهر لا يصلح للاستحقاق وهي تدعى به الاستحقاق في المسئلتين ويصلح للدفع وهم يدعون به الدفع فكان القول قولهم في المسئلتين ولا يرد على هذا مسائل ذكرت على سبيل النقض منها ما اذا كان في يد رجل عبد فقال رجل فقأت عينه وهو في ملك البائع وقال المشترى فقأته وهو في ملكي كان القول للمشترى فيأخذ أرشه منه فاستحق بالظاهر لانا نقول لا يجوز أن يكون العبد لرجل وارشه لغيره فلهذا استحقه هو لا بمجرد الظهور ومنها ما اذا اختلف المؤجر والمستأجر في جريان ماء الطاحونة وحكم الحال فكان جاريا في الحال يستحق الاجرة بهذا الظاهر لانا نقول إنما لا يستحق بالظاهر اذا لم يكن سبب الاستحقاق موجودا في الحال وأما اذا كان السبب موجودا بيقين فيستحق به فههنا سبب الاستحقاق وهو عقد الاجارة موجود في الحال وكذا في المسئلة الأولى السبب وهو ملك الرقبة موجود في الحال بخلاف الزوجية في مسئلة الميراث فانها ليست بموجودة في الحال ومنها أن المرأة اذا ادّعت أن زوجها أبانها في المرض وصار فارا فترث وقالت الورثة أبانها في الصحة فلا ترث كان القول قولها فترث بالظاهر يضاف الى أقرب أوقاته لانا نقول انما ترث لانها تنكر المانع وهو الطلاق في الصحة والاصل عدمه قال رحمه (وإن قال المودع هذا ابن مودعى لا وارث له غيره دفع المال اليه) يعنى اذا مات رجل وله مال عند رجل وديعة فقال المستودع هذا ابن الميت لا وارث له غيره فانه يجب عليه دفع المال اليه لاقراره بان ما في يده ملك الوارث خلافة عن الميت فصار كما اذا أقر أنه ملك المورث وهو حى اصالة بخلاف ما اذا أقر لرجل أنه وكيل المودع بالقبض أو أنه اشتراه منه حيث لا يؤمر بالدفع اليه لان فيه ابطال حق المودع في العين بازالتها عن يده لان يد المودع كيد المالك فلا يقبل اقراره عليه ولا كذلك بعد موته بخلاف المدين اذا أقر أنه وكيل الطالب بقبض دينه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه اقرار بخالص حقه اذ الديون تقضى بامثالها فيؤمر بالدفع اليه ولو دفع الى الوكيل في الوديعة قال علاء الدين ليس له أن يسترد من الوكيل لانه ساع في نقض ما أوجبه وكان ينبغى له أن يسترد لان اقراره ليس بحجة في حق المودع والحفظ واجب عليه فيكون بالدفع متعديا ولهذا يضمن اذا جاء المودع وأنكر التوكيل ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت عنده قال في النهاية قيل لا يضمن وكان ينبغى أن يضمن لانه في زعمه وكيل والمنع من وكيله كالمنع منه واختلف في اللقطة اذا أقر الملتقط أنها لفلان هل يؤمر بالدفع ولو ادعى أنه وصى الميت فصدقه مودع الميت أو غاصبه أو وصيه لا يؤمر بالدفع اليه قال رحمه

(قوله قلنا سبب الحرمان ثابت) أي سبب حرمان المرأة وهو اسلامها من ميراث زوجها الذمى ثابت في الحال وتحكم الحال عند عدم دليل آخر واجب والحال يصلح للدفع لا للاستحقاق اهـ (قوله فيثبت فيما مضت تحكيما للحال كما في جريان ماء الطاحونة وهذا الظاهر) هو استصحاب أعنى استصحاب الماضى للحال نعتبره للدفع وما ذكره استصحاب عكس ذلك لان الاستصحاب يكون من الماضى للحال ومن الحال الى الماضى ولكنه اعتبره للاستحقاق وليس حكم الاستصحاب كذلك والمراد بجريان ماء الطاحونة ما اذا اختلف مالكها مع المستأجر اذا طالبه بعدة فقال كان الماء منقطعا حكم جريانه في الحال فاذا كان منقطعا في الحال فيعطف على الماضى لرفع أجرة استحقاق الماضى فكذا هذا والتعبير بالاستصحاب (٣٠٠) أحسن من التعبير بالظاهر فان ما يثبت به الاستحقاق كثيرا ما يكون ظاهرا كأخبار الآحاد قد تثبت ما يوجب استحقاقا اهـ كمال وكتب ما نصه قوله كما في جريان ماء الطاحونة اختلفا في وجوب الاجر بعد المدة فالمستأجر يقول الماء منقطع فلا يجب الاجر وقال الآجر جار فيجب الاجر فلو كان الماء في الحال جاريا كان القول للآجر ولو كان منقطعا كان القول للمستأجر وهذا حكم باستصحاب الحال في حق ما مضى بخلاف المفقود فان هناك حكما باستصحاب الحال الماضى في حق الحال فعلم ان العمل بالاستصحاب تارة يكون من الحال للماضى وتارة من الماضى الى الحال اهـ كاكى (قوله وأما الورثة فمرادهم الدفع) أى والاستصحاب يكفى لهم في ذلك وهو استصحاب ما في الماضى من كفرها الى ما بعد موته فالمسئلتان مبنيتان على أصل واحد وهو ان الاستصحاب اعتبر فيهما للدفع لا للاستحقاق اهـ كمال (قوله حيث لا يؤمر بالدفع اليه) أى لأنه أقر بقيام حق المودع وملكه في الوديعة الآن اذ هو حى فيكون اقرارا على مال الغير ولا كذلك رحمه بعد موته لزوال ملكه فانه أقر له بملكه لما في يده من غير ثبوت ملك مالك معين فيه للحال وفي فصل الشراء وان كان قد أقر بزوال ملك المودع لكن لا ينفذ في حق غيره أعنى المالك لأنه لا علم له ابطال ملكه باقراره فصار كالاقرار بالوكالة بقبض الوديعة اهـ كمال (قوله اذ الديون تقضى بأمثالها) والمثل ملك المقر اهـ كمال وقوله بأمثالها أى لا بأعيانها فكان اقراره على نفسه فصح اهـ غاية (قوله ولو دفع الى الوكيل في الوديعة) يعنى لو دفع الى الذى اعترف له بالوكالة بقبض الوديعة اهـ (قوله ولو لم يسلم الى الوكيل حتى ضاعت) قيل يضمنها لانه منعها من وكيل المودع في زعمه فهو كالو منعها من نفس المودع وقيل لا لانه لم يجب عليه الدفع اهـ كمال

رحمه الله (وان قال لآخر هذا ابنه أيضا وكذبه الاول قضى للاول) يعنى قال مودع الميت لرجل آخر بعدما أقر للاول هذا أيضا ابنه وكذبه الابن الاول قضى بالمال للابن الاول لان اقراره قد صح وانقطع يده عن المال فيكون هذا اقرارا على الغير فلا يصح كما اذا كان الاول ابنا معروفا بخلاف إقراره الاول حيث قبل لعدم من يكذبه فان قيل ينبغى أن يضمن المودع هنا للمقر له الثانى كما قلنا فى مودع القاضى المعزول اذا بدأ بالاقرار بما فى يده لانسان ثم أقر بان القاضى المعزول سلمه اليه فانه يضمن للقاضى على ما مر من قبل قلنا هنا أيضا يضمن نصيبه اذا دفع الى المقر له الاول بغير قضاء القاضى ذكره فى النهاية قال رحمه الله (ميراث قسم بين الغرماء لا يكفل منهم ولا من وارث) وهذا شئ احتاط به بعض القضاة وهو ظلم وهذا عند أبى حنيفة وقالا يأخذ الكفيل منهم والخلاف فيما اذا ثبت الدين والارث بالشهادة ولم تقل الشهود لا نعلم له وارثا غيرهم وأما اذا ثبت بالاقرار يأخذ كفيلا بالاتفاق وان قالوا لا نعلم له وارثا غيرهم لا يؤخذ منهم كفيل بالاتفاق وتفصيل ما يقسم من التركة بقولهم وما لا يقسم وما يحتاج فيه الى اقامة البينة على عدد الورثة وما لا يحتاج فيه وما فيه من الخلاف وما لا خلاف فيه من ذلك يذكر فى كتاب القسمة إن شاء الله تعالى لهما ان القاضى ناظر للغيب ويحتمل أن يكون له وارث أو غريم غائب بل هو الظاهر لان الموت يأتى بغتة فيحتاط بالكفالة كما إذا دفع اللقطة أو الآبق إلى صاحبه أو أعطى امرأة الغائب النفقة من مال زوجها ولابى حنيفة رحمه الله أن حق الحاضر ثابت قطعا أو ظاهرا فلا يؤخر لاجل الموهوم إلى أن يعطى الكفيل كما إذا ثبت الشراء ممن هو فى يده أو أثبت الدين على العبد حتى بيع فى دينه وهذا لان القاضى مأمور بما ظهر عنده لا بطلب ما لم يظهر فلا يجوز تأخيره أرأيت أنه لو لم يجد كفيلا كان يمنع حقه ولان المكفول له مجهول فصار كما إذا كفل لاحد الغرماء بخلاف النفقة لان حق الزوج ثابت وهو معلوم والآبق واللقطة على الخلاف فى الاصح إن كان الدفع إليه باقامة البينة لانه لما أثبت ببينته حرم تأخير حقه ولا كذلك الدفع بذكر العلامة لان الدفع إليه فى هذه الحالة غير واجب فلهذا جاز منعه فكذا تأخيره لعدم الاستحقاق بخلاف الاثبات بالبينة لان الدفع مستحق فيه ولا يقال إن القاضى يتلوم فى هذه الصور ولا يدفع إليه حتى يغلب على ظنه أنه لا وارث له غيرهم بالاتفاق ولو كان التأخير ظلما لما فعل ذلك لانا نقول لا يجوز للقاضى منع حق المستحق إلى معنى آخر بعد ظهوره يقينا شرعا لاجل موهوم غير ثابت ألا ترى أن الوهم موجود وان قال الشهود لا نعلم له وارثا آخر ولو كان لاجل الوهم تكفيل لوجب التكفيل فيه بخلاف التلوم فانه فى التلوم يحتاط لنفسه بطلب علم زائد بانتفاء الشريك المستحق معه بقدر الامكان ومثله جائز ألا ترى أن القاضى يطلب من الشهود أن يقولوا لا وارث له غيرهم وهو ليس بشهادة لان الشهادة على النفى لا تجوز ولكنه يزداد به طمأنينة القلب فكذا التلوم وقدر مدته مفوض الى رأى القاضى وقدره الطحاوى بالحول. وقوله وهو ظلم أى ميل عن سواء السبيل وفيه دليل على أن المجتهد يخطئ ويصيب وعلى أن أبا حنيفة رحمه الله برئ عن الاعتزال لا كما ظنه البعض بسبب ما نقل عنه انه قال ليوسف بن خالد السمتى كل مجتهد مصيب والحق عند الله واحد قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد إذ هو المأمور به وهو حجة فى حق عمله حتى يحكم بصحته ولا يجوز له العدول عنه وإن أخطأ الحق الذى هو عند الله تعالى فيكون كأنه أصاب الحق قال رحمه الله (ولو ادّعى دارا إرثا لنفسه ولأخ له غائب وبرهن عليه أخذ نصف المدعى فقط) يعنى أخذ النصف الذى هو نصيب الحاضر وترك نصيب الغائب فى يدذى اليد ولا يستوثق من

(قوله كما اذا كان الاول ابنا الخ) قال الكمال وهل يضمن للابن الثانى قال فى غاية البيان انه لا يغرم المودع للابن الثانى شيأ باقراره له لان استحقاقه لم يثبت فلم يتحقق التلف وهذا لانه لا يلزم من مجرد ثبوت البنوة ثبوت الارث فلا يكون الاقرار بالبنوة اقرارا بالمال وفى الدراية والنهاية وغيرهما يضمن المودع نصف ما أدّى للابن الثانى الذى أقر له اذا دفع الوديعة بغير قضاء القاضى وبه قال الشافعى فى قول وأحمد فى قول وفى قول لا يضمن لان اقراره للثانى صادف ملك الغير فلا يلزم منه شئ اهـ (قوله وهذا شئ احتاط به بعض القضاة) كأنه عنى به ابن أبى ليلى فانه كان يفعله بالكوفة اهـ كمال (قوله وقالا يأخذ الكفيل) أى لا يدفع اليهم حتى يكفلوا اهـ فتح (قوله قلنا معناه كل مجتهد مصيب بالاجتهاد) أى حتى يثاب عليه وان وقع اجتهاده مخالفا للحق عند الله تعالى وقال محمد لو تلاعنا ثلاثا ففرق القاضى بينهما انفذ قضاؤه وقد أخطأ السنة جعل قضاءه صوابا مع فتواه أنه مخطئ الحق عند الله تعالى كذا فى التقويم (قوله فى المتن ولو ادعى دارا ارثا الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى دار فى يدى رجل أقام رجل البينة ان أباه مات وتركها ميراثا بينه وبين أخيه فلان ولا وارث له غيرهما قال يقضى له القاضى بنصفها ويترك النصف الباقى فى يد الذى فى يده الدار ولا يستوثق منه بكفيل وقال أبو

يوسف ومحمد اذا جحدها أخذها منه وجعلها فى يدى أمين حتى يقدم الغائب وان لم يكن جحدها ترك النصف فى يده حتى يقدم الغائب الآخر الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير قال فى المختلف قيل ان هذا الاختلاف بناء على انه هل يجوز القضاء للغائب عندهما يجوز وعنده لا يجوز وقيل لا خلاف فى القضاء ولكن فى ترك نصيبه فى يدذى اليد الى هنا لفظ المختلف اهـ غاية

ذى اليد بكفيل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا إن كان الذى هو فى يده جاحدا أخذ منه وجعل فى يد أمين وإن لم يجحد ترك فى يده لان الجاحد خائن فلا يترك فى يده إذ لا يؤمن من الجحود ثانيا والقاضى نصب ناظرا للغيب وليس فى تركه فى يده من النظر شىء لان البينة لا توجد فى كل مرة ولا كل قاض يعدل فتعين الاخذ منه ووضعها فى يد عدل ولانه يخاف أن يتصرف فيه لانّ من يدعى أن الشىء له هو فى يده لا يمتنع من التصرف فيه عدلا كان أو غير عدل بخلاف ما إذا كان مقرا لانّ النظر فى تركه فى يده متعين ولابى حنيفة رحمه الله انّ الحاضر ليس بخصم عن الغائب فى استيفاء نصيبه وليس للقاضى أن يتعرض لودائع الناس ولا لغيرها حتى يأخذها من أيدى من هى عنده فصار نظير ما لو عرف القاضى ملكا لانسان ثم رآه فى يد غيره فانه لا يأخذه منه ولا يتعرض له ما لم يحضر خصمه فكذا هذا وهذا لانّ القضاء وقع للميت مقصودا ولهذا اقضى على ذى اليد بكل الدار بحضور البعض من الورثة وتقضى بها ديونه وتنفذ فيه وصاياه وصاحب اليد مختار الميت أو يحتمل ذلك فلا ينقض يده كما إذا كان مقرا وبجحوده قد ارتفع بقضاء القاضى فالظاهر أنه لا يضر به ولا يمكنه الجحود بعد ذلك لكون الحادثة معلومة له وللقاضى ومسجلة فى خريطة القاضى ولا يقال يحتمل أن يموت القاضى فيعود الى الانكار لانا نقول موت القاضى أو الشهود الذين عاينوا القضاء أو الذين شهدوا بأصل الحق أو نسيانهم من أندر ما يكون فلا يعتبر وإن كانت الدعوى فى المنقول فقد قيل لا يترك النصف الذى هو للغائب بالاتفاق بل ينزع منه ويدفع إلى عدل يحفظه لحاجته إلى الحفظ بخلاف العقار لانه محصن بنفسه ولهذا يملك الوصى بيع المنقول على الكبير الغائب لان له ولاية الحفظ عليه كالاب ذلك وكذا حكم وصى الامّ والاخ والعم على الصغير فيما ورثه منهم لانهم يملكون حفظه على الصغير دون التصرف فيه ووصيهم قائم مقامهم فيملك ما يملكونه وقيل المنقول أيضا على الخلاف وقول أبى حنيفة رحمه الله فيه أظهر بمعنى أنه مضمون عليه ولو أخذ ودفع إلى أمين القاضى كان أمانة فكان الترك أبعد من التوى وإنما لا يؤخذ الكفيل منه لان فيها انشاء خصومة والقاضى نصب لقطعها لا لانشائها وإذا حضر الغائب لا يحتاج إلى إعادة البينة ولا القضاء لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت فيثبت الملك للميت ثم يكون لهم بطريق الميراث عنه وكذا يقوم الواحد مقامه فيما عليه دينا كان أو عينا فيقوم مقام سائر الورثة فى ذلك بخلاف نفس الاستيفاء فانه عامل فيه لنفسه لا عن الميت فلا يصلح نائبا لهم أيضا لعدم التوكيل منهم ولعدم قيامهم فيه مقام الميت بخلاف الاثبات فانه نائب فيه عن الميت فيما له وعليه فيكون نائبا لهم أيضا فى ضمنه وذكر فى الجامع الكبير إنما يكون قضاؤه على جميع الورثة إذا كان المدّعى فى يد الوارث الحاضر ولو كان البعض فى يده يتقدّر بقدره لانّ دعوى العين لا تتوجه إلا على ذى اليد فلا يكون خصما عنهم إلا فى قدر ما فى يده بخلاف ما إذا كان المدعى على الميت دينا حيث ينتصب فيه بعض الورثة خصما عن الكل مطلقا قال رحمه الله (ومن قال مالى أو ما أملك فى المساكين صدقة فهو على مال الزكاة ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل وبه قال زفر رحمه الله لانّ اسم المال يتناول الكل قال الله تعالى ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل وجه الاستحسان أن إيجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى ومطلق المال فى باب الصدقات بايجاب الله فينصرف الى البعض كما فى قوله تعالى وفى أموالهم حق معلوم وقوله تعالى خذ من أموالهم صدقة تطهرهم فكذا ما أوجبه العبد على نفسه بخلاف الوصية لانها أخت الميراث والارث يجرى فى جميع الاموال فكذا هى ولان العادة أن الانسان يلتزم الصدقة من فضول ماله وهو مال الزكاة حال حياته وجميع المال حال وفاته ويدخل فيه جنس ما تجب فيه الزكاة وهى السوائم والنقدان وعروض التجارة سواء بلغت نصابا أو لم تبلغ قدر النصاب

(قوله بخلاف ما اذا كان مقرا) أى لانه أمين الميت فلا ينزع من يده لعدم الفائدة لانه اذا أخذ منه توضع فى يد أمين آخر فاذا كان الذى فى يده الدار أمينا لا يحتاج الى أمين آخر اه اتقانى (قوله وان كانت الدعوى فى المنقول الخ) قال الزاهد العتابى ولو كان عروضا يؤخذ من يده بالاجماع لان العروض يمكن تعييبه اه اتقانى (قوله ولهذا يملك الوصى) أى ولاجل ان المنقول يحتاج الى الحفظ دون العقار والبيع أبلغ فى حفظه من تركه اه (قوله والقاضى نصب لقطعها لا لانشائها) وهذا لانه ربما لا يجد كفيلا ولا يسمح باعطائه والاخ الحاضر يطالبه به فتثور الخصومة اه كمال (قوله واذا حضر الغائب لا يحتاج الى اعادة البينة ولا القضاء) أى ويسلم النصف اليه بذلك القضاء الكائن فى غيبته اه فتح (قوله بخلاف نفس الاستيفاء) أى استيفاء نصيبه اه (قوله ولو أوصى بثلث ماله فهو على كل شئ) وهذا استحسان أخذ به علماؤنا الثلاثة اه غاية (قوله والقياس أن يكون كالوصية فيلزمه التصدق بالكل) أى بكل مال له سواء كان من جنس مال الزكاة أو لم يكن اه (قوله وبه قال زفر) أى والبتى والنخعى والشافعى لعموم اسم المال كالوصية وقال صلى الله عليه وسلم من نذر أن يطيع الله فليطعه وقال مالك وأحمد يتصدق بثلث ماله لقوله صلى الله عليه وسلم لابى لبابة حين قال ان من توبتى ان أنخلع من مالى يجزيك الثلث اه كمال (قوله وجه الاستحسان أن ايجاب العبد معتبر بايجاب الله تعالى) ألا ترى انه لو قال لله على اطعام ينصرف الى اطعام عشرة مساكين استدلالا بايجاب الله تعالى فكذا هنا اه كاكى

وسواء

وسواء كان عليه دين مستغرق أو لم يكن عليه دين لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها ولا شرائطها وتدخل فيه الاراضي العشرية عند أبي يوسف رحمه الله لانها سبب الصدقة ألا ترى أن مصرفه مصارف الزكاة فكانت جهة الصدقة فيها راجحة وعند محمد رحمه الله لا تدخل لانها سبب المؤنة ولهذا تجب في أرض الصبي والمكاتب وفي أرض لا مالك لها كالاوقاف فكانت جهة المؤنة راجحة عنده وذكر في النهاية قول أبي حنيفة رحمه الله مع قول محمد رحمه الله قال ذكره التمرتاشي معه ولا تدخل الارض الخراجية لانها تمحضت مؤنة ولا يدخل الرقيق للخدمة ولا العقار وأثاث المنازل وثياب البذلة وسلاح الاستعمال ونحو ذلك مما ليس من أموال الزكاة لما ذكرنا ومن مشايخنا من قال في قوله ما أملك أو جميع ما أملك في المساكين صدقة يجب عليه أن يتصدق بجميع ما يملك قياسا واستحسانا وانما القياس والاستحسان في قوله مالي صدقة أو جميع مالي صدقة لان الملك أعم من المال ألا ترى أن الملك يطلق على المال وعلى غيره يقال ملك النكاح وملك القصاص وملك المنفعة والمال لا يطلق على ما ليس بمال فاذا كان لفظ الملك أعم تناول جميع ما يتصدق به كما لو نص عليه بأن قال كل مال أملكه مما يتصدق به فهو صدقة والصحيح هو الاول لانهما يستعملان استعمالا واحدا فيكون النص الوارد في أحدهما واردا في الآخر فيكون فيه القياس والاستحسان كما في المال ولان الانسان عادة يلتزم التصدق بالفاضل على الحاجة فينصرف فيهما الى جنس ما تجب فيه الزكاة ثم اذا لم يكن له مال سوى ما دخل تحت الايجاب يمسك من ذلك قدر قوته فاذا أصاب شيأ بعد ذلك تصدق بمثل ما أمسك لان حاجته مقدمة ولو لم يمسك قدر حاجته لتكفف الناس من ساعته وليس من الحكمة أن يتصدق بما عنده ثم يتكفف من ساعته ولم يبين في المبسوط قدر ما يمسك لان ذلك يختلف باختلاف العيال وباختلاف ما يتجدد له من التحصيل فبعض أهل الحرف يحصل لهم كل يوم وبعضهم كل ثلاثة أيام وبعضهم أكثر وبعضهم أقل وكذا أهل التجارة وأهل الزرع يتجدد لهم في كل سنة وأهل الغلة في كل شهر عادة وهم الذين لهم دور وحوانيت وخانات يؤجرونها فيمسك أهل كل صنعة قدر ما يكفيه الى أن يتجدد له حاصله قال رحمه الله (ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصي بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصي شيأ من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع ولو باع الوكيل مال الموكل قبل العلم بالوكالة ثم علم لم يجز وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجوز في الوصية أيضا حتى يعلم لان كل واحد منهما انابة الا أن أحدهما في حالة الحياة والآخر بعد الممات وجه الاول أن الوصية خلافة لانه يتصرف بعد انقطاع ولاية الموصي فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث وكثبوت الملك له والولاية ألا ترى أن أبا الصغير لو مات وباع الجد ماله من غير علم بموته جاز فكذا هذا أما الوكالة فاثبات ولاية التصرف في ماله وليس باستخلاف لبقاء ولاية الموكل فلا يصح بلا علم من يثبت له الولاية كاثبات الولاية باثبات الملك بالبيع ولان الموكل قادر فيتصرف بنفسه فلا يفوته النظر فلا حاجة الى اثباته بدون العلم بخلاف الميت والاذن بالتجارة للعبد والصغير بمنزلة الوكالة فلا تثبت الا بعد العلم ولا يجوز تصرف المأذون له قبله لان الاذن مأخوذ من الاذان وهو الاعلام فلا يتصور بدون العلم قال رحمه الله (ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) أي اذا وكل رجلا وهو لا يعلم فأعلمه واحد من الناس كان وكيلا وجاز تصرفه سواء أخبره بذلك عدل أو غير عدل صغير أو كبير لانه من المعاملات

(قوله لان المعتبر جنس ما يجب فيه الزكاة لا قدرها) ولذا قالوا لو نذر أن يتصدق بماله وعليه دين محيط بكل ماله لزمه أن يتصدق به فان قضى به دينه لزمه أن يتصدق بما يكتسبه بعده الى أن يوفي اه كمال (قوله ويدخل فيه الاراضي العشريه) قال الكمال وهل تدخل الارض العشرية فيجب التصدق بها عند أبي يوسف نعم لان جهة الصدقة غالبة في العشر وروى ذلك عن أبي حنيفة وعند محمد لا لان جهة المؤنة غالبة عنده اه (قوله بخلاف الوكيل) حتى لو باع الوصي شيأ من التركة قبل العلم بالوصية جاز البيع وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون فعلى هذه الرواية يحتاج الى الفرق بين الوكالة والوصاية وفرقهما أن الوصاية خلافة كالارث فلا يتوقف كالارث فتثبت بلا علم والوكالة انابة فيشترط العلم كما في اثبات الملك بالبيع والشراء وعلى رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة أيضا اعتبارا للوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان لرجل عبد عند رجل فقال لرجل انطلق واشتر عبدي من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البائع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون أمر المشتري بالشراء وكالة للبائع بالبيع قال هكذا ذكر هنا ثم قال وذكر في الزيادات وبعض رواية المأذون أنه لا يكون اذنا ما لم يعلمه الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام المذكور في باب ما لا تجوز فيه الوكالة من شرح الكافي اه قاله الاتقاني في كتاب الوصية قال وقد مر تمام البيان في كتاب أدب القاضي في فصل القضاء بالمواريث اه وانظر ما ذكره في المحيط في كتاب الوكالة في باب ما تقع به الوكالة وقد قال فيه فالحاصل أن الوكيل هل يصير وكيلا قبل العلم به فيه روايتان والوصي يصير وصيا بدون العلم اه (قوله فلا يتوقف على العلم كتصرف الوارث) يعني لو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لا يعلم بموته جاز بيعه اه بدائع (قوله في المتن ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه) وقال الشافعي وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر

وليس فيــه الزام وانما فيه الاطلاق فلا يشترط فيه العدالة كسائر المعـاملات وكذا لا يشترط فيه الحرية ولا الاســلام وحاصله أنه من المعاملات فلا يشترط فيه الا التميز قال رحمه الله (ولا يثبت عزله الا بعدل أومســتورين كالاخبار للســيد بجناية عبــده والشفيع والبكر والمســلم الذى لم يهاجر) يعنى لا يثبت عزله عن الوكالة الا بخـبر عدل واحد أو اثنين غير عدل الخ وهذا عند أبى حنيفــة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا يشــترط فى الخبر بهــذه الاشــياء الا التميز لانها من المعاملات فصار كالاخبار بالتوكيل على ما بينا ولابى حنيفــة رحمه الله أن فى هــذه الاشياء الزاما من وجه فيشــترط فيه أحد شطرى الشهادة اما العدد أو العدالة بيان الالزام أن الوكيل يلزمه العهــدة على تقــدير أن يتصرف ولا يلزمه شئ على تقدير عدم التصرف وكذا الشفيــع يلزمه سقوط الشفعة على تقــدير سكوته وعلى تقدير الطلب لا يلزمه شئ وكذا البكر على تقدير السكوت يلزمها النكاح وعلى تقدير الرد لا يلزمها وكذا السيد على تقدير التصرف فيه بالعتق وغيره يلزمه الارش وعلى تقدير عدم التصرف لا يلزمه ففى كل موضع يلزمه من كل وجه يشترط فيه العــدد أو العدالة كما فى المنازعات عند الحكام وفيما لا يلزمه من كل وجه لا يشترط فيه العدد ولا العدالة فاذا كان فيه الزام من وجه دون وجه يشترط فيه أحدهما وقد بيناه فى النكاح وأما المسلم الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر الينا فالاصح أنه يقبــل فيــه خبر الفاسق حتى تجب عليــه الاحكام بخبره لان المخبر به رسول رسول الله صلى الله عليه وسلم لقوله عليه الصلاة والسلام ألا فليبلغ الحديث وفى الرسول لا يشترط العدالة كالبكر اذا أخبرها رسول الولى بالتزويج وهذا الخلاف فيما اذا عزله الموكل وبلغه وأما اذا لم يبلغه فهو على وكالته حتى يبلغه بالاجماع لان نهى العبد معتبر بنواهى الشرع فكما لا يثبت النهى فى الشرع بعد الاطلاق قبل البلوغ الى المكلف حتى لا يحرم عليه قبله فكذا نهى العبد وهذا فى العزل القصــدى وأما اذا كان حكميا فيثبت وينعزل قبل العلم به وذلك مثل موت الموكل وجنونه مطبقا قال رحمه الله (ولو باع القاضى أو أمينه عبدا للغرماء وأخذ المال فضاع واستحق العبد لم يضمن) أى ضاع ثمن العبــد فى يد البائع وهو القاضى أو أمينه لم يضمن القاضى ولا أمينه الثمن للمشترى لان أمين القاضى قائم مقام القـاضى والقاضى قائم مقام الخليفة وكل واحد منهم لا يلزمه الضمـان لانه لو لزمه الضمـان لتقاعدوا عن قبول هذه الامانة كيلا يلزمهم الضمـان وتعطلت مصالح المسلمين وكذا لو قبض الثمن وضاع فى يده وهلك العبد قبل التسليم الى المشــترى لا يضمن القاضى ولا أمينــه الثمن لما ذكرنا قال رحمه الله (ورجع المشــترى على الغرماء) لان البيع واقع لهم فيكون عهدته عليهم عند تعذر جعلها على العاقد كما يجعل العهدة على الموكل اذا تعذر جعلها على الوكيل بان كان الوكيل عبدا أو صبيا محجورا عليــه لان العقد وقع له قال رحمه الله (وان أمر القـاضى الوصى ببيعه فاستحق أو مات قبــل القبض وضاع المـال رجع المشــترى على الوصى) لان الوصى هو العاقد نيابة عن الميت فترجع الحقوق اليــه كما اذا وكله حال حياته وهــذا اذا كان الميت أوصى اليــه فظاهر وكذا اذا نصبه القاضى لان القـاضى انما نصبــه ليكون قائما مقام الميت لا ليكون قائما مقام القاضى فصار كمن أوصى اليــه الميت قال رحمه الله (وهو على الغرماء) أى رجع الوصى على الغرماء لانه عامل لهــم ومن عمل لغــيره عملا ولحقــه بسببه ضمان يرجع به على من يقع له العمل ولو ظهر للميت بعــد ذلك مال رجع الغريم فيــه بدينه لان دينه لم يصل اليه فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشترى فى المســئلة الاولى وهو ما اذا كان البائع هو القاضى أو أمينه لانه قضى ذلك وهو مضطر فيــه وقيل لا يرجع به لان الضمـان وجب عليــه بفعله لان قبض الوصى كقبضــه والاول أصح لما ذكرنا والوارث اذا بيع له

الواحد أصــلا لانها تتضمن عقدا كغيره من العقود ولانه تسليط على مال الغير اه فتح (قوله وليس فيه الزام) فانه مختار فى القبول وعدمه فكان كقبول الهــدية ممن ذكر أنها على يده وهو محل الاجماع والنص فقد كان صلى الله عليه وسلم يقبلها من العبد والتقى ويشترى من الكافر اه فتح (قوله فى المتن ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين) قال الكمال وأجمعوا أن المخــبر بالعزل لو كان فاسقا وصدقه ينعزل اه (قوله الا التميز) لانها من المعـاملات وليس بشهادة ولهــذا لا يشــترط لفظـــة الشهادة ومجلس القضاء فيعتبر خبر الواحد عدلا كان أو لم يكن اه غاية (قوله فصار كالاخبار بالتوكيــل الخ) ثم اثبات الوكالة يصح بخبر الواحد حرا كان أو عبــدا عدلا كان أو فاسقا رجلا كان أو امرأة صبيا كان أو بالغا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحــد مطلقا وعند أبى حنيفة يشــترط العدد أو العدالة حتى لا يثبت العزل عنــده الا بخبر الاثنين أو بخبر الواحد العدل قال فى شرح الجامع الصغير وعلى هــذا الخلاف مولى العبد الجانى اذا أخــبر بالجناية فباع أو أعتق هــل يصــير مختارا للفداء وكذا الشفيــع اذا سكت بعــد ما أخــبر بالبيع وكذا البكر اذا سكتت بعد ما أخــبرت بانكاح الولى وكذا الذى أسلم فى دار الحرب ولم يهاجر فأخبر بالشرائع وكذا العبد المأذون أخبر بالحجر فعند أبى حنيفة لا بد من العدد أو العدالة حتى يصير المولى مختار الفداء ويبطل حق الشفيــع بالسكوت ويكون السكوت رضا فى البكر ويلزم الشرائع على الذى أسلم وعندهما لا يشترط العدد والعدالة اه اتقانى والحاصل أنهما يعتبران الانتهاء بالابتداء غاية (قوله فيرجع بما ضمن للوصى أو للمشترى) قال الكمال فلو ظهر للميت مال يرجع الغريم فيه بدينه بلا شــك

كان

كان بمنزلة الغريم لانه اذا لم يكن فى التركة دين كان العاقد عاملا له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة ان كان هو وصى الميت وان كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع عليه المشترى لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال قاض عدل عالم قضيت على هذا بالرجم أو بالقطع أو بالضرب فافعله وسعك فعله) قيده هنا بكونه عدلا عالما وفى الجامع الصغير لم يقيده بهما وهو الظاهر وانما يسعه فعله لان طاعة أولى الامر واجبة قال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الأمر منكم وفى تصديقه طاعة ولانه أخبر عن أمر يملك انشاءه فى الحال فيقبل قوله لخلوه عن التهمة ولانه لا يولى فى موضع واحد الا قاض واحد فى الاعصار كلها ولو لم يقبل قوله وحده لولى فى مكان قاضيان فعلم بذلك أن قوله حجة ثم رجع محمد رحمه الله عن هذا فقال لا يؤخذ بقوله الا أن يعاين الحجة أو يشهد بذلك مع القاضى عدل وبه أخذ مشايخنا رحمهم الله لفساد أكثر قضاة زماننا والتدارك غير ممكن ولان قبول خبر الواحد رتبة الانبياء عليهم الصلاة والسلام وغيرهم غير معصوم عن الكذب والغلط الا فى كتاب القاضى الى القاضى لضرورة احياء الحقوق ولان الخيانة فى مثله قلما تقع وقال أبو منصور الماتريدى رحمه الله ان كان عدلا عالما يقبل قوله لانعدام تهمة الخيانة واحتمال الخطا لانه لعدالته يؤمن من الميل بالرشوة ولفقهه يؤمن من الغلط ظاهرا وان كان عدلا جاهلا يستفسر لان الجاهل قد يظن غير الدليل دليلا فان أحسن بأن ذكر شرائطه مثل أن يحكم بحد الزنا مثلا باقرار أو بينة فيأتى بشرائطه عند التفسير وجب تصديقه لان عدالته تمنعه عن الكذب وان لم يحسن بأن أخل فى شرائطه من نصاب الشهادة أو التكرار فى الاقرار ونحو ذلك لا يقبل قوله وان كان فاسقا فكذلك الا أن يعاين الحجة والمصنف اختار هذا القول لاحتمال الخطا أو الخيانة قال الله تعالى فى نبا الفاسق ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا وان لم يصدقه فلا يمين على القاضى لان اليمين تجب على الخصم والقاضى ليس بخصم وانما هو أمين ولو صار خصما لانفذ قضاؤه قال (وان قال قاض عزل لرجل أخذت منك ألفا ودفعته الى زيد قضيت به عليك فقال الرجل أخذته ظلما فالقول للقاضى) وكذا لو قال قضيت بقطع يدك فى حق اذا كان المقطوع يده والمأخوذ منه مال مقرا أنه فعله وهو قاض لان المقضى عليه لما أقر أنه فعله فى حال قضائه صار معترفا بشهادة الظاهر للقاضى لان فعل القاضى على سبيل القضاء لا يوجب عليه الضمان بحال فيقبل القول قوله ولا يجب على القاضى فى ذلك يمين لانه ثبت أنه فعل ذلك فى حال قضائه بتصادقهما ولا يمين على القاضى لما ذكرنا ولو أقر الآخذ والقاطع بما أقر به القاضى لم يضمنا أيضا لان قول القاضى حجة ودفعه صحيح فصار اقراره به كفعله معاينا ولو زعم المقطوع يده والمأخوذ ماله انه لم يكن قاضيا يومئذ وانما فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل كان القول للقاضى أيضا لانه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما اذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون كان معهودا منه وقال شمس الائمة السرخسى اذا زعم المدعى أن القاضى فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعى لان هذا الفعل حادث فيضاف الى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق الا بحجة لان الاصل متى وقعت المنازعة فى الاسناد يحكم الحال كما اذا اختلفا فى جريان ماء الطاحونة وهو لو فعل فى هذه الحالة تجب عليه الضمان فلا يصدق فى الاسناد الى حالة منافية الا بحجة بخلاف المسئلة الاولى لانه ثبت الاسناد بتصادقهما والصحيح هو الاول لما ذكرنا وهو اختيار فخر الاسلام على البزدوى والصدر الشهيد ونظيره اذا قال العبد لغيره بعد العتق قطعت يدك وأنا عبد وقال المقر له بل قطعتها وأنت حر كان القول قول العبد وكذا لو قال المولى لعبد قد أعتقه أخذت منك غلة كل شهر خمسة دراهم وأنت عبد وقال المعتق أخذتها بعد العتق كان القول قول المولى وكذا الوكيل بالبيع اذا قال بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل كان القول للوكيل ان كان المبيع مستهلكا وان كان قائما فالقول قول الموكل لانه أخبر عما لا يملك الانشاء فيه فصير مدعيا وكذا فى مسئلة الغلة لا يصدق فى الغلة القائمة لانه أقر بالاخذ وبالاضافة يدعى عليه التمليك ولو أقر القاطع والآخذ فى هذا الفصل بما أقر به القاضى يضمنان لانهما أقرا بسبب

وهل يرجع بما ضمن للمشترى قال المصنف قالوا يجوز أن يقال يرجع بالمائة التى غرمها أيضا يريد بالمائة ما ضمن للمشترى وفرضه مائة لانه لحقه ذلك فى أمر الميت وينبغى أن يكون هذا بالاتفاق أعنى جواز أن يقال وأما الواقع من القول بالرجوع بما ضمن ففيه خلاف قيل نعم وقال مجد الائمة السرخكتى لا يأخذ فى الصحيح من الجواب لان الغريم انما ضمن من حيث ان العقد وقع له فلم يكن له أن يرجع على غيره وفى الكافى الاصح الرجوع لانه قضى ذلك وهو مضطر فيه فقد اختلف فى التصحيح كما سمعت اه (قوله وان كان القاضى أو أمينه هو العاقد رجع عليه) أى على الوارث اذا كان أهلا وان لم يكن أهلا نصب القاضى عنه من يقضى دينه اه ك (قوله وان كان عدلا جاهلا يستفسر) أى عن قضائه اه غاية (قوله لا يقبل قوله وان كان فاسقا) يعنى سواء كان عالما أو جاهلا فشمل صورتين والاقسام على هذا أربعة عدل عالم لا يستفسر عدل جاهل يستفسر فاسق عالم فاسق جاهل لا يقبل قولهما الا ان عاين الحجة اه (قوله ولو أقر الآخذ والقاطع فى هذا الفصل) أراد بهذا الفصل ما اذا زعم المأخوذ منه أو المقطوعة يده أن الاخذ أو القطع وقع قبل تقليد القضاء أو بعد العزل اه غاية

(قوله ومن نظائر هذه المسائل مالو قال الوصي الخ) قال قاضيخان رحمه الله في كتاب الوصايا في فصل في تصرفات الوصي في مال اليتيم واذا بلغ الصبي وطلب ماله من الوصي فقال الوصي ضاع مني كان القول قوله لانه أمين وان قال أنفقت مالك عليك يصدق في نفقة مثله في تلك المدة ولا يقبل قوله فيما يكذبه الظاهر واذا اختلفا في المدة فقال الوصي مات أبوه منذ عشر سنين وقال اليتيم مات أبي منذ خمس سنين ذكر في الكتاب أن القول قول الابن واختلف المشايخ قال شمس الائمة السرخسي المذكور في الكتاب قول محمد أما على قول أبي يوسف القول قول الوصي وهذه أربع مسائل احداها هذه والثانية اذا ادعى الوصي أن الميت ترك رقيقا فأنفقت عليهم الى وقت كذا ثم ماتوا وكذبه الابن قال محمد والحسن بن زياد ان القول قول الابن وقال أبو يوسف القول قول الوصي وأجمعوا على أن العبيد لو كانوا أحياء كان القول قول الوصي والمسئلة الثالثة اذا ادعى الوصي أن غلاما للوصي أبق فجاء به رجل فأعطيت جعله أربعين درهما والابن ينكر الاباق كان القول قول الوصي في قول أبي يوسف وفي قول محمد والحسن بن زياد القول قول الابن الا أن يأتي الوصي ببينة على ما ادعى وأجمعوا على أن الوصي لو قال استأجرت رجلا ليرده فانه يكون مصدقا والمسئلة الرابعة اذا قال الوصي أديت خراج أرضك عشر سنين منذ مات أبوك وقال اليتيم انما مات أبي منذ خمس سنين كان القول قول الابن في قول محمد لان الوصي يدعي تاريخا سابقا وهو ينكر وعلى قول أبي يوسف القول قول الوصي لان اليتيم يدعي عليه وجوب تسليم المال وهو منكر فيكون القول قوله في هذه المسائل وان قال الوصي فرض القاضي لاخيك الزمن نفقة في مالك كل شهر كذا فأديت اليه لكل شهر منذ عشر سنين وكذبه الابن لا يقبل قول الوصي عند الكل ويكون ضامنا اه

﴿كتاب الشهادة﴾

قال الكمال الشهادة لغة اخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع اخبار صدق باثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اه

الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في ابطال سبب ضمان على غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق فان قيل قد وجد الاسناد منهما أيضا الى حالة معهودة منافية للضمان فوجب أن لا يضمنا أيضا كالقاضي قلنا ان هذه حجة عارضها ما هو أقوى منها يقتضي وجوب الضمان وهو الاقرار بسبب الضمان لان هذه حجة قطعية لكن اقرار كل مقر حجة قطعية على نفسه وما ذكرنا من قضاء القاضي في حقهما حجة ظاهرة لا قطعية والظاهر لا يعارض القطعي وكان ينبغي أن يكون في حق القاضي كذلك ويجب عليه الضمان لكن لو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء حذر الضمان بعد العزل فترك لذلك ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكها الا بحجة وقول المعزول ليس بحجة فيه وهو نظير مسئلة الغلة على ما بينا ومن نظائر هذه المسائل مالو قال الوصي بعد ما بلغ اليتيم أنفقت عليه كذا وكذا من المال وأنكر اليتيم ذلك كان القول قول الوصي لما أنه أسند الى حالة منافية للضمان وأورد في النهاية على المسائل المتقدمة ما اذا أعتق المولى أمته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي قطعتها وأنا حرة كان القول قولها وكذا في كل شيء أخذه منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر للضمان باسناده الفعل الى حالة منافية له فأجاب بالفرق بينهما من حيث ان المولى أقر بأخذ مالها ثم ادعى التملك لنفسه فيصدق في اقراره ولا يصدق في دعواه التملك له وكذا لو قال لرجل أكلت طعامك باذنك فأنكر الاذن يضمن المقر وهذا الفرق غير مخلص والله أعلم

﴿كتاب الشهادة﴾

وكتب ما نصه قال الاتقاني ذكر الشهادات بعد كتاب القضاء لان القاضي يحتاج في حكمه الى الشاهد فكان ذلك من تتمة حكمه وقال الكمال يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لان القضاء موقوف عليها اذا كان ثبوت الحق بها الا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقديمة للمقصود على الوسيلة اه وكتب أيضا ما نصه قال العيني ومعناها الحضور قال عليه السلام الغنيمة لمن شهد الوقعة أي حضرها والشاهد أيضا يحضر القاضي ومجلس الواقعة وفي الشرع ما ذكره الشيخ بقوله وهي أي الشهادة اخبار بحق لشخص على غيره عن مشاهدة القضية التي يشهد بها بالتحقيق وعن عيان أي عن معاينة لتلك القضية والاشارة اليه بقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ثم أكد معنى الشهادة بقوله لا عن تخمين وهو القول بالحدس قاله الجوهري وهو مصدر خمن بالتشديد ومادته خاء معجمة وميم ونون والتخمين والحدس في الاخبار لا يفيد التحقيق والتيقن فلا تجوز الشهادة به وأكد معنى العيان بقوله ولا عن حسبان بكسر الحاء من حسبته كذا أحسبه بالفتح محسبة ومحسبة وحسبانا أي ظننته ويقال أحسبه بالكسر شاذ وأما حسبان بالضم فهو مصدر من حسب يحسب من باب نصر ينصر اذا عد وجعل الشارح هذا معنى لغويا للشهادة ثم قال وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة وليس كذلك لان معناها اللغوي الحضور كما ذكرناه وهذا معناه الاصطلاحي وقوله اخبار عن مشاهدة وعيان هو اخبار بصدق

قال

قال رحمه الله (هي اخبار عن مشاهدة وعيان لاعن تخمين وحسبان) هذا في اللغة فلهذا قالوا انها مشتقة من المشاهدة التي تبنى على المعاينة وسمى الاداء شهادة اطلاقا لاسم السبب على المسبب وقيل هي مشتقة من الشهود بمعنى الحضور لان الشاهد يحضر مجلس القاضي ومجلس الواقعة وهي في اصطلاح أهل الشريعة عبارة عن اخبار بصدق مشروط فيه مجلس القضاء ولفظة الشهادة فشرطها العقد الكامل والضبط والولاية والقدرة على التمييز بين المدعي والمدعى عليه وركنها لفظ أشهد بمعنى الخبر دون القسم وحكمها وجوب الحكم على القاضي بما تقتضيه الشهادة والقياس يأبى أن تكون الشهادة حجة ملزمة لانه خبر محتمل للصدق والكذب ولكن ترك ذلك بالنصوص والاجماع قال رحمه الله (وتلزم بطلب المدعي) أي يلزم أداء الشهادة ولا يسع كتمانها اذا طلب المدعي لقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وقوله تعالى ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فانه آثم قلبه وهذا وان كان نهيا عن الاباء وعن الكتمان لكن النهي عن الشيء يكون أمرا بضده اذا كان له ضد واحد لان الانتهاء لا يكون الا بالاشتغال به فكان أداء الشهادة فرضا قطعا كفريضة الانتهاء عن الكتمان فصار كالامر به بل آكد ولهذا أسند الاثم الى الآلة التي وقع بها الفعل وهي القلب لان اسناد الفعل الى محله أقوى من اسناده الى كله وقولهم أبصرته بعيني آكد من قولهم أبصرته واسناده الى أشرف الجوارح دليل على أنه أعظم الجرائم بعد الكفر بالله تعالى ثم انما يأثم اذا علم أن القاضي يقبل شهادته وتعين عليه الاداء وان علم أن القاضي لا يقبل شهادته أو كانوا جماعة فأدى غيره ممن تقبل شهادته فقبلت فقالوا لا يأثم وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم من لم يؤد اذا كان ممن تقبل شهادته لان امتناعه يؤدي الى تضييع الحقوق هذا اذا كان موضع الشاهد قريبا من موضع القاضي وان كان بعيدا بحيث لا يمكنه أن يغدو الى القاضي لاداء الشهادة ويرجع الى أهله في يومه ذلك قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك وقال تعالى ولا يضار كاتب ولا شهيد ثم ان كان الشاهد شيخا كبيرا لا يقدر على المشي الى مجلس القاضي وليس له شيء من المركوب فأركبه المدعي من عنده قالوا لا بأس به وتقبل شهادته لانه من باب الاكرام للشهود وقد قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود وان كان يقدر وأركبه المدعي من عنده قالوا لا تقبل قال رحمه الله (وسترها في الحدود أحب) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وهذا الحديث ولفظ المختصر يدل على أنه

وأما كونه في مجلس القضاء فليس من تمام الحد وانما هو من شروط الشهادة وشرط الشيء خارج عن ذاته كما عرف اهـ (قوله وركنها لفظ أشهد) وفي قول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات اهـ فتح (قوله ولكن ترك ذلك بالنصوص) كقوله تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ونظيره من الكتاب والسنة كثيرة اهـ (قوله في المتن ويلزم بطلب المدعي) قال الكمال وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فان من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة الى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الاسلام لان الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الاخبار اهـ وكتب أيضا ما نصه وقال الكمال وسببية الطلب تثبت بقوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا وسببية خوف الفوت بالمعنى وهو أن سببية الطلب انما ثبتت كيلا يفوت الحق اهـ (قوله وان أدى غيره ولم تقبل شهادته يأثم) قال الكمال وعن الفقيه أبي بكر فيمن لا يعرفه القاضي ان علم أن القاضي لا يقبله نرجو أن يسعه أن لا يشهد وفي العيون ان كان في الصك جماعة تقبل شهادتهم دونه وسعه أن يمتنع وان لم يكن أو كان لكن قبولها مع شهادته أسرع وجب وقال شيخ الاسلام اذا دعي فأخر بلا عذر ظاهر ثم أدى لا تقبل لتمكن التهمة فيه اذ يمكن أن تأخيره بعذر ويمكن أنه لاستجلاب الاجرة اهـ والوجه أن يقبل ويحمل على العذر من نسيان ثم تذكر أو غيره اهـ وكتب أيضا في المجتبى عن الفضل تحمل الشهادة فرض على الكفاية كادائها والا لضاعت الحقوق وعلى هذا الكاتب الا أنه يجوز أخذ الاجرة على الكتابة دون الشهادة فيمن تعينت عليه باجماع الفقهاء وكذا من لم يتعين عندنا وبه قال الشافعي في قول وفي قول يجوز لعدم تعينه عليه ويستحب الاشهاد في العقود الا في النكاح فانه يجب وفي الرجعة عند الشافعي وأحمد اهـ كاكي (قوله قالوا لا يأثم لانه يلحقه الضرر بذلك) قال الكمال قالوا يلزم اذا كان مجلس القاضي قريبا فان كان بعيدا فعن نصر ان كان بحال يمكنه الرجوع الى أهله في يومه يجب لانه لا ضرر عليه فلو كان شيخا لا يقدر على المشي فأركبه الطالب لا بأس به وعن أبي سليمان فيمن أخرج الشهود الى ضيعة فاستأجر لهم حميرا فركبوها لا تقبل شهادتهم وفيه نظر لانها العادة وهي اكرام للشهود وهو مأمور به وفصل في النوازل بين كون الشاهد شيخا لا يقدر على المشي ولا يجد ما يستأجر به دابة فيقبل وما ليس كذلك فلا يقبل ولو وضع للشهود طعاما فأكلوا ان كان مهيأ من قبل ذلك يقبل وان صنعه لاجلهم لا يقبل وعن محمد لا يقبل فيهما وعن أبي يوسف يقبل فيهما وهو الاوجه للعادة الجارية باطعام من حل محل الانسان ممن يعز عليه شاهدا أولا ويؤنسه ما تقدم من أن الاهداء اذا كان بلا شرط ليقضي حاجته عند الامير يجوز كذا قيل وفيه نظر فان الاداء فرض بخلاف الذهاب الى الامير اهـ

مخير بين الستر والاظهار ولكن الستر أفضل لما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه فى الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين المقر للدرء عن النبى صلى الله عليه وسلم وأصحابه دلالة ظاهرة على أن الستر أفضل وان شاء أظهر لان فيه حسبة أيضا لان فيه ازالة الفساد أو تقليله فكان حسنا ولا يلزم على هذا قوله تعالى ان الذين يحبون أن تشيع الفاحشة فى الذين آمنوا الآية لان ظاهر الآية والله أعلم يقتضى أنهم يحبون أن تشيع فيهم الفاحشة لاجل أنهم آمنوا وذلك صفة الكافر فلذلك وعدوا بعذاب أليم ولان مقصود الشاهد ارتفاع الفاحشة من العباد لا اشاعتها ولهذا أمر الله تعالى بالاشهاد به بقوله تعالى فاستشهدوا عليهن أربعة منكم فاظهارها حسن والاول وهو الستر أحسن لما بينا ولا يلزم عليه قوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبه لان المراد به حقوق العباد بدليل قوله تعالى ولا يأب الشهداء اذا ما دعوا أى اذا دعاهم المدّعى اذ الحدود ليس لها مدّع يدّعيها ولان الحدود حق الله تعالى والله غنى عن كل شئ مع كرمه ولطفه بعباده والعبد محتاج شحيح فلا يقاس أحد الحقين على الآخر قال رحمه الله (ويقول فى السرقة أخذ لا سرق) لان الشهادة بالمال واجب اذا طلبه المدعى والستر فى الحد أفضل على ما بينا وأمكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله أخذ لانه يحيى به حق المدعى ولا يجب به الحد ولان القطع متى وجب عليه سقط الضمان اذ لا يجتمعان فلا يحصل مقصود المدعى بقوله سرق فيتوقاه مراعاة لحقه اذ هو محتاج اليه وفيه صيانة يد السارق والله غنى عن كل شئ فلا ضرورة الى اقامته قال رحمه الله (وشرط للزنا أربعة رجال) لقوله تعالى واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ولقوله تعالى والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ولقوله تعالى لولا جاؤا عليه بأربعة شهداء ولقوله عليه الصلاة والسلام ائت بأربعة يشهدون على صدق مقالتك وهذه الالفاظ موضوعة للمذكر دون المؤنث وقد انعقد الاجماع على اشتراط الذكورة فيه لأن الله تعالى يحب الستر على عباده وأوعد بالعذاب من أحب اشاعة الفاحشة على المؤمنين على ما تلونا وفى اشتراط الاربع مع وصف الذكورة تحقيق معنى الستر اذ وقوف الاربع على هذه الفاحشة قلما يتحقق وأوجب على من نسب الى هذه الفاحشة الحد ان كان أجنبيا واللعان ان كان زوجا كل ذلك يؤكد معنى الستر ويمنع من الاظهار ولا يقال ليس فى هذه النصوص الا بيان جواز العمل بهذا العدد وليس فيه بيان ما يمنع العمل بأقل منه لانا نقول هو كذلك لان التخصيص بالذكر لا يدل على انتفاء الحكم عند انتفاء المذكور ولكن لا يوجبه أيضا فمن ادّعى جواز ما دونه يحتاج الى دليل كما أن النافى للحكم عند انتفائه لا ينفيه الا لعدم دليل يقتضيه اذ لا يثبت الحكم الشرعى بغير دليل وقد وجد الدليل على انتفائه عند انتفاء العدد المذكور هنا وهو اجماع الصحابة ومن بعدهم الى يومنا هذا أن الشهود على الزنا اذا نقص عددهم عن الاربعة يجب عليهم الحد لكونهم قذفة ألا ترى أن عمر رضى الله تعالى عنه حد الثلاثة الذين شهدوا على مغيرة بالزنا ولو كان الزنا يثبت بما دونه لما وجب عليهم الحد بل كان يجب على المنسوب الى الزنا ولا يمكن القياس على غيره من الحقوق لعدم التساوى ولوجود النص فى الفرع وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع وأن لا يكون فى الفرع نص يمكن العمل به قال رحمه الله (ولبقية الحدود والقصاص رجلان) لحديث الزهرى مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء فى الحدود والقصاص وقال تعالى واستشهدوا شهيدين من رجالكم ولان شهادة النساء فيها شبهة البدلية لان كل ثنتين منهن قائمة مقام رجل فلا يقبل فيما يدرأ بالشبهات كما لا يجوز فيها كتاب القاضى الى القاضى وانما كانت فيها شبهة البدلية لا حقيقتها لان البدل الحقيقى لا يصار اليه مع القدرة على الاصل غالبا وشهادة امرأتين مع رجل تقبل مع وجود الشهود من الرجال ومعنى قوله تعالى فان لم يكونا رجلين قالوا ان لم يشهدا حال كونهما رجلين فليشهد رجل وامرأتان ولولا هذا التأويل لما اعتبر شهادتهن مع وجود

الرجال

(قوله ولقوله عليه السلام) أى من رواية أبى هريرة اه كمال (قوله من ستر على مسلم ستر) الذى فى الفتح ستره الله وكتب أيضا قوله ولقوله صلى الله عليه وسلم من ستر الخ رواه البخارى ومسلم اه فتح (قوله وان شاء أظهر لان فيه حسبة أيضا) قال فى الهداية والشهادة فى الحدود يخير فيها الشاهد فى الستر والاظهار لانه بين حسبتين إقامة الحد والتوقى عن الهتك والستر أفضل اه قال الكاكى والحسبة ما ينتظر به الاجر فى الآخرة وفى الصحاح احتسب بكذا أجرا عند الله تعالى والاسم الحسبة بالكسر وهى الأجر والجمع الحسب اه (قوله والاول وهو الستر أحسن لما بينا) قال الاتقانى فان قلت كيف كان الستر أفضل مع تنصيص قوله تعالى ولا تكتموا الشهادة قلت الآية نزلت فى المداينة فى حقوق العباد لا فى الحدود بدلالة الاحاديث التى رويناها آنفا اه (قوله وأمكنه الجمع بينهما باقامة الحقين بقوله أخذ) أى فان الاخذ أعم من كونه غصبا أو على ادعاء أنه ملكه مودعا عند المأخوذ منه وغير ذلك فلا يستلزم الشهادة بالاخذ مطلقا ثبوت الحد بها اه كمال (قوله وشرط القياس المساواة بين الاصل والفرع) أى لان الزنا أعظم الجرائم ولهذا شرع فيه الرجم فلا يقاس على غيره اه من خطه (قوله فى المتن ولبقية الحدود والقصاص رجلان) ولا تقبل فيها شهادة النساء اه (قوله والخليفتين من بعده) وتخصيص الخليفتين يعنى أبا بكر وعمر رضى الله عنهما لانهما اللذان كان معظم تقرير الشرع وطرق الاحكام

الرجال وشهادتهن معتبرة معهم عند الاختلاط أيضا حتى اذا شهد رجال ونسوة بشئ يضاف الحكم الى الكل حيث يجب الضمان على الكل عند الرجوع قال رحمه الله (وللولادة والبكارة وعيوب النساء فيما لا يطلع عليه رجل امرأة) يعني يشترط لثبوت هذه الاشياء شهادة امرأة لقوله عليه الصلاة والسلام شهادة النساء جائزة فيما لا يستطيع الرجال النظر اليه والجمع المحلى بالالف واللام اذا لم يكن ثم معهود يراد به الجنس فيتناول الاقل وقال حذيفة رضي الله تعالى عنه أجاز رسول الله صلى الله عليه وسلم شهادة القابلة على الولادة وقال الشافعي رحمه الله يشترط فيه أن يشهد أربعة من النساء لان كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد في الشهادة وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء لان المعتبر في باب الشهادات شيآن العدد والذكورة وتعذر اعتبار أحدهما فبقي الآخر وهو العدد على حاله والحجة عليهما ما روينا ولانه انما سقط اشتراط صفة الذكورة ليخف النظر لان نظر الجنس أخف فكذا يسقط اعتبار العدد لان نظر الواحد أخف والاحوط الاثنان أو الاكثر لما فيه من معنى الالزام ويشترط فيها سائر شرائط الشهادة من الحرية والاسلام والعقل والبلوغ والعدالة وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة والعيوب قد ذكرنا كل واحد منها في موضعها من الطلاق والبيوع وأما شهادتهن في استهلال الصبي لا تقبل في حق الارث عند أبي حنيفة رحمه الله لانه مما يطلع عليه الرجال وتقبل في حق الصلاة عليه لانه من أمور الدين كشهادتها في هلال رمضان وروايتها الاخبار وعندهما تقبل لان الاستهلال علامة حياته ولا يعرفه الا من حضره ولا يحضرها الرجال عادة فصار كشهادتهن على نفس الولادة ويقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا لانه لما قبل فيه شهادة المرأة كان الرجل بالطريق الاولى ثم اختلفوا فيما اذا قال تعمدت النظر قال بعضهم تقبل كما في الزنا قال رحمه الله (ولغيرها رجلان أو رجل وامرأتان) أي يشترط لغير الحدود والقصاص وما لا يطلع عليه الرجال شهادة رجلين أو رجل وامرأتين سواء كان الحق مالا أو غير مال كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية ونحو ذلك مما ليس بمال وقال الشافعي رحمه الله لا تقبل شهادة النساء مع الرجال الا في الاموال وتوابعها كالاجل وشرط الخيار لان الاصل عدم قبول شهادتهن لنقصان العقل واختلال الضبط وقصور الولاية فانها لا تصلح للخلافة ولهذا لا تقبل شهادتهن وحدهن وان كثرن ولا مع الرجال في الحدود والقصاص وانما قبلت في الاموال وتوابعها للضرورة لكثرة وقوعها وقلة خطرها ولا كذلك غير المال ولنا ما روى أن عمر وعليا رضي الله عنهما أجازا شهادة النساء مع الرجال في النكاح والفرقة ولانها حجة أصلية لا ضرورية والاصل فيها القبول لوجود ما يبنى عليه أهلية الشهادة وهي الولاية وهي تبنى على الحرية والارث ولوجود أهلية القبول وهي تبنى على انتفاء التهمة بالكذب والغلط فالكذب ينتفي بالعدالة والغلط ينتفي باتقان المعاينة والضبط والاداء لان بالاول يحصل العلم للشاهد وبالثاني يحصل به البقاء والدوام وبالثالث يحصل العلم للقاضي ولهذا تقبل روايتها في الاخبار وكان ينبغي أن تقبل شهادتهن مطلقا كالرجال ولكن جاء النص بخلافه كيلا يكثر خروجهن ونقصان الضبط بزيادة النسيان انجبر بضم أخرى اليها فلم يبق بعد ذلك الا الشبهة وهذه الحقوق تثبت مع الشبهة كالمال بل فوقه ألا ترى أن النكاح يثبت مع الهزل وكذا الطلاق والعتاق والمال لا يثبت به شئ وأي شبهة أقوى من الهزل بخلاف الحدود والقصاص لانها لا تثبت مع الشبهة قال رحمه الله (وللكل لفظة الشهادة والعدالة) أي يشترط لجميع مراتب الشهادة وهي أربع مراتب على ما بينا لفظة الشهادة والعدالة لكي تقبل

في زمانهما وبعدهما ما كان من غيرهما الا الاتباع اه فتح (قوله وقال ابن أبي ليلى يشترط أن يشهد فيه ثنتان من النساء) وهو قول مالك والثوري اه (قوله وحكم شهادتهن في الولادة والبكارة) قال الكمال وأما حكم البكارة فان شهدن أنها بكر يؤجل العنين سنة فاذا مضت فقال وصلت اليها وأنكرت ترى النساء فان قلن هي بكر تخير فان اختارت الفرقة فرق للحال وانما فرق بقولهن لانها تأيدت بمؤيد وهي موافقة الاصل اذ البكارة أصل ولو لم تتأيد شهادتهن بمؤيد اعتبرت في توجه الخصومة لا في الزام الخصم وكذا في رد المبيع اذا اشتراها بشرط البكارة فقال المشتري هي ثيب يريها النساء فان قلن هي بكر لزمت المشتري لتأيد شهادتهن بمؤيد هو الاصل وان قلن ثيب لم يثبت حق الفسخ لان حق الفسخ قوي وشهادتهن ضعيفة ولم تتأيد بمؤيد لكن يثبت حق الخصومة ويتوجه اليمين على البائع لقد سلمتها بحكم البيع وهي بكر فان لم يكن قبضها حلف بالله لقد بعتها وهي بكر فان نكل ردت عليه وان حلف لزمت المشتري اه (قوله وعندهما تقبل لان الاستهلال الخ) قال الكمال وأما في حق الارث فعندهما كذلك وعند أبي حنيفة لا تقبل الا شهادة رجلين أو رجل وامرأتين لان الاستهلال صوته مسموع والرجال والنساء فيه سواء فكان مما يطلع عليه الرجال وهما يقولان صوته يقع عند الولادة وعندها لا تحضر الرجال فصار كشهادتهن على نفس الولادة وبقولهما قال الشافعي ومالك وأحمد وهو أرجح اه (قوله وتقبل في الولادة شهادة رجل واحد أيضا) في المبسوط لو شهد بالولادة رجل بان قال فاجأتها فاتفق نظري اليها يقبل ان كان عدلا ولو قال تعمدت النظر لا يقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي وقال بعض مشايخنا ان قال تعمدت النظر أيضا تقبل وبه قال بعض أصحاب الشافعي اه كي وفتح

حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل شهادته لان النصوص ناطقة بالاستشهاد فلا يقوم مقامها غيرها لما فيها من زيادة توكيد لانها من ألفاظ اليمين فيكون معنى اليمين ملاحظا فيها وامتناعه عن الكذب بهذا اللفظ أشد اذ لا يوجد هذا المعنى فى غيرها من الالفاظ بخلاف غيرها من الاوامر حيث لا يراعى فيه اللفظ الذى ورد به الامر بل يأتى بكل لفظ يعطى ذلك المعنى كالتكبير والايمان حتى صح الدخول فى الصلاة بالفاظ التكبير وغيره مما هو فى معناه وكذلك الايمان يجوز بأى لفظ كان لحصول المقصود به ولان فى الشهادة الزام الحاكم الحكم وثبت ذلك على خلاف القياس فيراعى جميع ما ورد به النص والعراقيون لا يشترطون لفظة الشهادة فى شهادة النساء فيما لا يطلع عليه الرجال ويجعلونه من باب الاخبار لا من باب الشهادة والصحيح هو الاول لانه من باب الشهادة ولهذا يشترط فيه شرائط الشهادة من الحرية ومجلس الحكم وغيرهما والعدالة هى المعينة للصدق قال الله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم وقال تعالى ممن ترضون من الشهداء والعدل هو المرضى ولان من يباشر غير الكذب من المعاصى قد يباشر الكذب وهذا لان الخبر يحتمل الصدق والكذب وبالعدالة تترجح جهة الصدق وهى الانزجار عما يعتقد حرمته والحجة هو الخبر الصدق ولا يلزم حجة دونها وهى شرط لزوم العمل بالشهادة لا شرط أهلية الشهادة اذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة فيكون أهلا للشهادة الا أن فسقه أوجب التوقف فى خبره لتهمته قال الله تعالى يا أيها الذين آمنوا ان جاءكم فاسق بنبأ فتبينوا أمر بالتبين والتثبت لا بالرد حتى اذا غلب على ظنه أنه صادق فى الشهادة جاز أن يحكم به وعن أبى يوسف رحمه الله أن الفاسق اذا كان وجيها فى الناس ذا مروءة تقبل شهادته لعدم تمكن تهمة الكذب فى شهادته لانه لوجاهته لا يتجاسر أحد على استئجاره لاداء الشهادة ولمروءته يمتنع عن الكذب من غير منفعة له فى ذلك والاول أصح لما ذكرنا ولان فى قبول شهادتها كرامه قال عليه الصلاة والسلام أكرموا الشهود فان الله تعالى يحيى الحقوق بهم وفى حق الفاسق أمرنا بخلافه قال عليه الصلاة والسلام اذا لقيت الفاسق فالقه بوجه مكفهر ومن يكون معلنا بالفسق فلا مروءة له شرعا فلا يلزم قبول شهادته حتما على وجه لا بد منه قال رحمه الله (ويسأل عن الشهود سرا وعلانية فى سائر الحقوق) وهذا عند أبى يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة يقتصر على ظاهر عدالة المسلم ولا يسأل عن الشاهد حتى يطعن الخصم فيه فان طعن فيه سأل عنه سرا وجهرا الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عنه فى السر والعلانية وان لم يطعن فيه الخصم لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض الا محدودا فى قذف ومثل ذلك عن عمر رضى الله عنه وظاهر قوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس يشهد له ولان الظاهر هو الانزجار لان عقله ودينه يمنعانه عن مباشرة القبيح فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع وان كان الموضع موضع استحقاق كالشفيع يستحق الشفعة بظاهر يده اذا لم يكن له منازع وهذا لانه لا يمكن الوصول الى القطع لخفائها ولو زكى فالمزكى يخبر عن عدالته متمسكا بظاهر حاله لان أقصى ما يستدل به على عدالته انزجاره عن محظورات دينه واجتهاده على الطاعات وهى دلالة ظاهرة عليها وليست بقطعية فلا حاجة الى اشتراط السؤال الا اذا طعن الخصم فيه لانه لا يطعنه كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران فوجب الترجيح بالاستقصاء بخلاف الحدود والقصاص لانهما يندرآن بالشبهة ويحتاط لاسقاطهما فيستقصى فيهما ابتداء من غير طعن خصم رجاء أن يسقطا ولهما ان القضاء يبنى على الحجة ولا تقع الحجة الا بشهادة العدول على ما بينا والعدالة قبل السؤال ثابتة

(قوله حتى لو قال الشاهد أعلم أو أتيقن لا تقبل الخ) وثالث وهو التفسير حتى لو قال أشهد على شهادته أو مثل شهادته لا تقبل وكذا مثل شهادة صاحبه عند الخصاف للاحتمال اه كمال (قوله والعدالة هى المعينة للصدق) فان الشهادة اخبار يحتمل الصدق والكذب على السواء بالنظر الى نفس (٢١٠) المفهوم فبذلك لا يلزم كونه صدقا حتى يعمل به اه فتح (قوله اذ الفاسق أهل لولاية القضاء والسلطنة) قال الكمال الا أن القاضى اذا قضى بشهادة الفاسق ينفذ عندنا ويكون القاضى عاصيا اه (قوله وعن أبى يوسف أن الفاسق اذا كان وجيها فى الناس الخ) كمباشرى السلطان والمكسة وغيرهم اه فتح (قوله مكفهر) أى شديد العبوسة اه (قوله وهذا عند أبى يوسف ومحمد) ومذهب الشافعى كقولهما اه غاية (قوله الا فى الحدود والقصاص فانه يسأل عنه فى السر والعلانية) أى ويستقصى درءا للحد لقوله عليه الصلاة والسلام ادرؤا الحدود بالشبهات اه (قوله فاكتفى بالظاهر لعدم المنازع الخ) ولان السلف الصالح لم يسألوا عن الشهود بل اكتفوا على ظاهر العدالة وأول من سأل عنهم ابن شبرمة فدل اتفاقهم على ظاهر عدالة الاسلام كذا فى شرح الاقطع اه اتقانى (قوله كالشفيع يستحق الشفعة الخ) أما لو جحد المشترى ملكيته للدار التى يشفع بها الشفيع فلا بد من اقامة البينة خلافا لزفر والمسئلة مشهورة اه (قوله لانه لا يطعنه كاذبا ظاهرا فتقابل الظاهران) أى وهما كون الشاهد المسلم لا يكذب ظاهرا بالظاهر فكذلك الخصم مسلم لا يكذب فى طعنه ظاهرا فوجب السؤال ترجيحا لاحد الظاهرين على الآخر وهذا كمدعى الشفعة بالجوار حيث لا يلزمه القاضى اقامة البينة على ملك الدار فاذا طعن الخصم فحينئذ يلزمه اقامة البينة لان الظاهر لا يعتبر للالزام اه

بالظاهر وهو لا يصلح حجة للاستحقاق فوجب التعرف عنها صيانة لقضائه عن البطلان واسناد الحكم الى البرهان وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لان أبا حنيفة رضي الله تعالى عنه كان في القرن الثالث وهم ناس شهد لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخير والصلاح بقوله عليه الصلاة والسلام خير القرون قرني الذي أنا فيه ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم ثم يفشو الكذب حتى يحلف الرجل قبل أن يستحلف ويشهد قبل أن يستشهد والآية التي تلوناها والحديث الذي رويناه يدلان على ذلك وهما كانا في القرن الرابع بعد ما تغير أحوال الناس وظهرت الخيانات والكذب فأفتى كل واحد بما شاهد في زمانه والفتوى اليوم على قولهما لان الفساد في هذا العصر أكثر ثم التعديل في السر ان يبعث المستورة وهي الرقعة الى المعدل فيها اسم الشاهد ونسبه وحليته ومسجده الذي يصلي فيه ومحلته وسوقه ان كان سوقيا فيسأل عن جيرانه وأصدقائه فاذا عرفهم فمن عرفه بالعدالة يكتب تحت اسمه في كتاب القاضي انه عدل جائز الشهادة ومن عرفه بالفسق يسكت ولا يكتب احترازا عن الهتك ويقول الله أعلم الا اذا عدله غيره وخاف أن يحكم القاضي بشهادته فحينئذ يصرح به ومن لم يعرف حاله يكتب تحت اسمه انه مستور ويرد المعدل المستورة سرا كيلا يظهر فيؤذى ولا بد في التعديل في العلانية من أن يجمع بين المعدل والشاهد لتنتفي شبهة تعديل غيره عن القاضي لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم وقد كانت العلانية وحدها في الصدر الاول لان الشوكة كانت لاهل الخير ولم يقدر عليهم أهل الشر ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة ولا بد أن يقول المعدل هو عدل جائز الشهادة لان العبد والمحدود في قذف اذا تاب يكون عدلا والاصح أنه يكتفى بقوله هو عدل لان من نشأ في دار الاسلام في زماننا كان الظاهر من حاله الحرية والاسلام ولهذا لا يسأل القاضي عن حرية الشاهد واسلامه ما لم ينازعه الخصم وما ذكره في الجامع أن الناس أحرار الا في الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع بل يسأل عنها محمول على ما اذا طعن الخصم بالرق فان أبا الحسين ذكر في مختصره ان الناس أحرار الا في أربع مواضع الشهادة والحدود والقصاص والعقل فانه لا يكتفى بظاهر الحرية في هذه المواضع اذا قال المدعى عليه ان الشاهد عبد أو قال القاذف المقذوف عبد أو قال الشاج المشجوج عبد أو قالت العاقلة القاتل عبد لا تقبل شهادته ولا يجب حد القذف ولا القصاص فيما دون النفس ولا الدية على العاقلة حتى يقيم البينة انه حر وهي نظير العدالة عند أبي حنيفة رحمه الله فان القاضي يحكم بظاهر العدالة فيهم بكونهم من المسلمين ما لم يطعن الخصم فيهم فاذا طعن الخصم سأل على ما بينا قال رحمه الله (وتعديل الخصم لا يصح)

(قوله وقيل هذا اختلاف عصر وزمان لا حجة وبرهان) وذلك لان الغالب في زمان أبي حنيفة الصلاح بخلاف زمانهما وما قيل انه أفتى في القرن الثالث وهو المشهود له بالصلاح منه صلى الله عليه وسلم حيث قال خير القرون قرني ثم الذين يلونهم ثم الذين يلونهم وهما أفتيا بالقرن الرابع ففيه نظر فان أبا حنيفة توفي في عام خمسين ومائة فكيف أفتى في القرن الثالث وقوله خير القرون الخ اثبات الخيرية بالتدريج والتفاوت لا يستلزم أن يكون في الزمان المتأخر غلبة الفسق والظاهر الذي يثبت بالغالب أقوى من الظاهر الذي يثبت بظاهر حال الاسلام وتحقيقه أنا لما قطعنا بغلبة الفسق وقد قطعنا بان من التزم الاسلام لم يجتنب محارمه ولم يبق مجرد التزام الاسلام مظنة للعدالة فكان الظاهر الثابت بالغالب الى معارض اهـ كمال (قوله وهي الرقعة الى المعدل) وسميت به لسترها عن نظر العوام اهـ غاية (قوله ولا بد في التعديل في العلانية الخ) قال الاتقاني وصورة تزكية العلانية أن يجمع القاضي بين المعدل والشاهد فيقول المعدل للشاهد الذي عدله هذا الذي عدلته اهـ

﴿فرع﴾ اذا شهد فعدل ثم شهد لا يستعدل الا اذا طال فوقت محمد شهرا وأبو يوسف سنة ثم رجع وقال ستة أشهر كذا قال الكمال رحمه الله في فتح القدير وسيأتي هذا الفرع اهـ

﴿فرع﴾ لو تاب الفاسق لا تقبل شهادته ما لم تمض ستة أشهر وقال بعضهم سنة ولو كان عدلا فشهد بالزور ثم تاب فشهد تقبل من غير مدة اهـ كمال قال في فتاوى قاضيخان في أوائل كتاب الشهادة الفاسق اذا تاب لا تقبل شهادته ما لم يمض عليه زمان تظهر فيه التوبة ثم بعضهم قدر ذلك بستة أشهر وبعضهم قدره بسنة والصحيح أن ذلك مفوض الى رأي القاضي والمعدل ومن اتهم بالفسق لا تبطل عدالته والمعدل اذا قال الشاهد هو متهم بالفسق لا تبطل عدالته اهـ (قوله لاحتمال أن يكون في قبيلته من يوافقه في الاسم) أي والنسبة والصفة فيجمع بينهما فيقول هذا هو الذي عدلته قطعا للشركة اهـ اتقاني (قوله ويكتفى بالسر في زماننا لما ذكرنا) أول من سأل في السر القاضي شريح فقيل له أحدثت يا أبا أمية فقال أحدثتم فأحدثنا اهـ كفاية (قوله وقال محمد رحمه الله تزكية العلانية بلاء وفتنة) وذلك لان الشهود يقابلون المزكي اذا جرحهم بالاذى وتقع بينهم وبينه العداوة اهـ غاية (قوله والاصح أنه يكتفى بقوله هو عدل) والاول أحوط لانه ربما يكون الشاهد عدلا ولا يكون حرا فلا تجوز شهادته اهـ غاية (قوله في المتن وتعديل الخصم الخ) قال الكمال ثم قال أبو حنيفة تفريعا على قول من رأى أن يسأل عن الشهود بلا طعن لا يقبل قول الخصم يعني المدعى عليه اذا قال في شهود المدعي هم عدول فلا تقع به التزكية لان في زعم المدعي وشهوده أن الخصم كاذب في انكاره مبطل في اصراره فلا يصلح

معدلا لان العدالة فى المزكى شرط بالاجماع اهـ (قوله هكذا قال أبو حنيفة) أى قال أبو حنيفة فى الجامع الصغير لا يقبل تعديل المدعى عليه على قول من يرى أن يسأل القاضى عن الشهود فكان هذا نظير مسئلة المزارعة حيث قال أبو حنيفة ثمة أيضا على قول من يجيزها وذلك لان من أصل أبى حنيفة أن القاضى لا يسأل عن الشهود فى غير الحدود والقصاص الا اذا طعن الخصم ومع هذا اذا سأل عنهم على قول من يرى ذلك فقال المشهود عليه هو عدل لا يكتفى بذلك حتى يسأل غيره لان تعديل المشهود عليه ليس بتعديل على الكمال بل هو تعديل من وجه وجرح من وجه حيث لم يصدقه على الشهادة ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة أنه قال فى قول من رأى أن يسأل عن الشهود بأنه لا يجوز اذا قال الخصم المشهود عليه هو عدل حتى يسأل عنه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره فى شرح الجامع الصغير وهذا اذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال هم عدول صدقوا فى شهادتهم فقد اعترف بالحق فيقضى عليه اهـ اتقانى (قوله ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ) وعن محمد أن القاضى يسأل المدعى عليه هل شهدوا عليك بحق أو بغير حق فان قال بحق (٢١٢) فهو اقرار وان قال بغير حق لا يقضى بشئ اهـ كاكى ﴿فرع﴾ ولو جرح الشهود واحد وعدلهم اثنان قبلت شهادتهم لان العدالة تثبت بحجة راجحة ولو جرحهم اثنان وعدلهم ثلاثة لا تقبل شهادتهم لان الثلاث والمثنى فى الشهادة سواء فاستوى المعدل والجارح فرجح الجرح لان المعدل وقف على ظاهر الحال والجارح وقف على الباطن وهو شئ لم يعرفه المعدل فالجارحان يثبتان شيأ لم يعرفه المعدلون والشهادة للاثبات اهـ من الواقعات لحسام الدين البخارى (قوله فى المتن والواحد يكفى للتزكية والرسالة والترجمة) قال فى خلاصة الفتاوى والترجمان اذا كان أعمى فعن أبى حنيفة لا يجوز وعن أبى يوسف أنه يجوز اهـ غاية وقال الكمال فى باب من تقبل شهادته عند قوله ولا تقبل شهادة الاعمى ويقبل أى الاعمى فى الترجمة عند ما الكل لان العلم يحصل بالسماع وقد كتبت عبارته بكمالها هناك والله أعلم (قوله حتى يجوز تزكية العبد والمرأة) قال الكمال وعن ابن سماعة عن أبى حنيفة يجوز فى تزكية السر المرأة والعبد والمحدود اذا كانوا عدولا ولا يجوز فى تزكية العلانية الا من تجوز شهادته فيشترط فيها ما يشترط فيها الا لفظ الشهادة فقط اهـ (قوله وقال محمد يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة) قال الكمال ولما ظهر من محمد اعتبار التزكية بالشهادة فى حق العدد قال المشايخ فيجب عنده اشتراط أربعة من المزكين فى شهود الزنا اهـ قال فى الواقعات لحسام الدين رجل صحب رجلا فى حضره وسفره ولم يرمنه الا الصلاح والخير لا يسعه أن يزكيه ما لم يصحبه ستة أشهر وهو قول أبى يوسف ثم رجع وقال سنة وقال محمد لا يسعه ما لم يعرفه على وجهه فان عرفه بالعدالة عدله وان عرفه ثم تطاولت المدة لا يسعه أن يعدله بتلك المعرفة وحد التطاول سنة أو ستة أشهر اهـ (قوله لان التزكية فى معنى الشهادة) أى ولهذا يعتبر فيها الحرية والعدالة بالاتفاق اهـ اتقانى (قوله وجاز تزكية الخ) أى فى تزكية السر قال الاتقانى وتعديل العبد لمولاه والابن للاب فى السر يصح عند أبى حنيفة وأبى يوسف والصبى أهل لتعديل السر وكذا كل من لا تقبل شهادته اهـ وقال الشارح رحمه الله وهذا الذى ذكرناه كله فى تزكية السر اهـ قال فى الخلاصة شرط الخصاف أن

هكذا قال أبو حنيفة رحمه الله يعنى تعديل المدعى عليه الشهود لا يصح ومراده على قول من يرى السؤال عن الشهود وأما على قوله فلا يتأتى ذلك لانه لا يرى السؤال عن الشهود ونظيره المزارعة فانه لا يراها ومع هذا فرع عليها على قول من يرى وانما لا يصح تعديله لان من زعم المدعى وشهوده ان المدعى عليه ظالم كاذب فى الجحود فتزكية الكاذب الفاسق لا تصح وعن أبى يوسف ومحمد أن تزكيته تجوز اذا كان من أهله بأن كان عدلا لكن عند محمد رحمه الله لا بد من ضم آخر اليه لانه لا يجوز تعديل الواحد وأبو يوسف يجوزه على ما يجيء من قريب والمراد به فيما اذا قال هم عدول لكنهم أخطؤا أو نسوا أما اذا قال صدقوا أو هم عدول صدقة فقد لزمه الحق لاقراره به ولو قال هم عدول ولم يزد على ذلك لا يلزمه شئ لانهم مع كونهم عدولا يتوهم منهم النسيان والخطأ فلا يلزم من كونه عدلا أن يكون كلامه صوابا قال رحمه الله (والواحد يكفى للتزكية والرسالة والترجمة) لان التزكية من أمور الدين فلا يشترط فيه الا العدالة حتى يجوز تزكية العبد والمرأة والاعمى والمحدود فى القذف اذا تاب لان خبر هؤلاء مقبول فى الامور الدينية ألا ترى أن روايتهم فى الاخبار مقبولة وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله يشترط فى التزكية ما يشترط فى الشهادة من العدد ووصف الذكورة حتى يشترط فى تزكية شهود الزنا أربعة ذكور وفى غيره من الحدود والقصاص رجلان وفى غيرهما من الحقوق يجوز رجلان أو رجل وامرأتان وفيما لا يطلع عليه الرجال امرأة واحدة رتبها على مراتب الشهادة لان التزكية فى معنى الشهادة لان ولاية القضاء تبتنى على ظهور العدالة وهو بالتزكية ويشترط فيها ما يشترط فى الشهادة ولهما انه ليس فى معنى الشهادة وانما هو فى معنى الاخبار ولهذا لا يشترط فيه لفظ الشهادة ولا مجلس الحكم وجاز تزكية من لا تقبل شهادته له كتزكية أحد الزوجين الآخر وتزكية الوالد ولده وبالعكس واشتراط العدد فى الشهادة أمر تعبدى ثبت على خلاف القياس لان رجحان الصدق فى حق العمل بقوله بالعدالة لا بالعدد كما فى رواية الاخبار حتى قالوا فيها لا يرجح بكثرة الرواة ما لم تبلغ حد التواتر فلا معنى لاشتراط العدد فى الشهادة ولكن تركنا ذلك للنص فبقى

يكون المزكى فى العلانية غير المزكى فى السر أما عندنا فالذى يزكيهم فى السر يزكيهم فى العلانية اهـ غاية (قوله وقالوا تشترط الذكورة وعدد الشهادة فى تزكية شهود الحد بالاجماع) قال فى الهداية ويشترط الذكورة فى المزكى فى الحدود قال الاتقانى يعنى بالاجماع وكذا فى القصاص ذكره فى المختلف فى كتاب الشهادات فى باب محمد وذكر فى المختلف والحصر فى كتاب الحدود من باب أبى حنيفة تشترط الذكورة فى المزكى عند أبى حنيفة خلافا لهما اهـ وقوله بالاجماع أى المحكى فيه الاجماع كما ذكر عن المختلف انما هو الذكورة وأما العدد فهو شرط عند محمد فقط كما صرح به فى الهداية ومختلف الرواية والذخيرة والمجتبى وكذا ذكره الشارح نفسه فى قول محمد وحده اهـ (قوله والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكى) الظاهر أى المزكى ينظر فى الاكمل وكتب ما نصه قال فى الهداية واذا كان رسول القاضى الذى يسئل عن الشهود واحدا جاز والاثنان أفضل وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد لا يجوز الا اثنان قال الاتقانى وهذه من مسائل الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع الصغير وأرادوا بالرسول المزكى وعلى هذا الخلاف المترجم عن الشاهد ورسول القاضى الى المزكى ورسول المزكى الى القاضى يخبره عن حال الشهود اهـ وقال الكمال والمراد من رسول القاضى المزكى وهو المسؤل منه عن الشهود فيجب أن يقرأ قوله الذى يسئل عن الشهود بالبناء للمفعول والحاصل أنه يكتفى بالواحد فى التزكية وكذا فى الرسالة اليه والرسالة منه الى القاضى وكذا فى الترجمة عن الشاهد وغيره عند أبى حنيفة وأبى يوسف وبه قال مالك وأحمد فى رواية وعند محمد لا بد من اثنين وبه قال الشافعى وأحمد فى رواية اهـ (٢١٣) (قوله وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط

ماوراءها على الاصل وفى المحيط أجاز تزكية الصبى وقالوا تشترط الذكورة وعدد الشهادة فى تزكية شهود الحد بالاجماع والمراد بالرسالة والترجمة رسول القاضى الى المزكى والمترجم عن الشهود وكل ذلك على الخلاف الذى ذكرنا والمعنى ما بينا من الجانبين والاحوط فى الكل اثنان وينبغى للقاضى أن يختار فى المساءلة عن الشهود من هو أخبر بأحوال الناس وأكثرهم اختلاطا بالناس مع عدالته عارفا بما يكون جرحا وما لا يكون جرحا غير طماع ولا فقير كيلا يخدع بالمال فان لم يكن فى جيرانه ولا أهل سوقه من يثق به سأل أهل محلته وان لم يجد فيهم ثقة اعتبر فيهم تواتر الاخبار وهذا الذى ذكرناه كله فى تزكية السر وأما تزكية العلانية فيشترط فيها جميع ما يشترط فى الشهادة من الحرية والبصر وغير ذلك سوى لفظ الشهادة بالاجماع لان معنى الشهادة فيها أظهر فانها تختص بمجلس القضاء قال رحمه الله (وله أن يشهد بما سمع أو رأى فى مثل البيع والاقرار وحكم الحاكم والغصب والقتل وان لم يشهد عليه) أى يجوز له أن يشهد فى كل ما يتم بنفسه اذا عاين السبب كالبيع الى آخر ما ذكر وان لم يشهد عليه بل يجب عليه اذا دعى اليه لما تلونا وروينا وهذا لانه علم ما هو الموجب بنفسه وهو الشرط لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ويقول أشهد بأنه باع أو أقر لانه عاين السبب فوجب عليه الشهادة به كما عاين وهذا اذا كان البيع بالعقد فظاهر واذا كان بالتعاطى فكذلك لان حقيقة البيع مبادلة المال بالمال وقد وجد وقيل لا يشهدون على البيع بل يشهدون على الاخذ والاعطاء لانه بيع حكمى وليس ببيع حقيقى ولا يقول أشهدنى الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا وكذا فى الاقرار يقول أشهد أن فلانا أقر بكذا لفلان ولا يقول أشهدنى لما ذكرنا ولو سمع من وراء الحجاب

فى الشهادة) قال الكمال فهذا الخلاف فى تزكية السر فأما تزكية العلانيه فيشترط العدد بالاجماع على ما ذكره الخصاف اهـ وكتب ما نصه قال الاتقانى قال فى الفتاوى الصغرى فى مسائل الجرح والتعديل الخلاف فى عدد المزكى فى تزكية السر وأما فى تزكية العلانية فشرط بالاجماع ثم قال أهلية الشهادة فى تزكية السر ليس بشرط وفى الترجمة شرط اهـ (قوله فى المتن وله أن يشهد بما سمع الخ) قال الكمال قوله وما يتحمله على قسمين أحدهما ما يثبت حكمه بنفسه أى يكون هو تمام السبب لذلك الحكم قولا كان مثل البيع والاقرار والطلاق وحكم الحاكم أو فعلا كالغصب والقتل فاذا سمع الشاهد القول كأن سمع قاضيا يشهد جماعة على حكمه أو رأى الفعل كالقتل وسعه أن يشهد بذلك فيقول أشهد أنه باع أشهد أنه قضى فلو كان البيع معاطاة ففى الذخيرة يشهدون على الاخذ والاعطاء وقيل يشهدون بالبيع كالقول ثم قال الكمال ومنه ما لا يثبت حكمه بنفسه وهو الشهادة على الشهادة فاذا سمع شاهدا يشهد بشئ لم يجز أن يشهد على شهادته الا أن يشهده ذلك الشاهد على شهادة نفسه لان الشهادة غير موجبة بنفسها بل بالنقل الى مجلس القضاء فلا بد من الانابة والتحميل اهـ (قوله وهو الشرط) أى العلم الموجب هو ركن المسوغ لاداء الشهادة لانه لا حقيقة لمسوغ الاداء سواه اهـ (قوله لقوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون) بيانه ان الله تعالى جوز أداء الشهادة بعد العلم وقد حصل العلم بالرؤية والسماع فتصح الشهادة يدل عليه الاجماع أيضا اهـ اتقانى (قوله فاشهد والا فدع) فأمر بالشهادة عند العلم يقينا فعن هذا صرحوا بأنه لو قال له لا تشهد على بما تسمعه منى ثم قال بحضرته لرجل بقى لك على كذا أو غير ذلك حل له بل يجب أن يشهد عليه بذلك وفى الخلاصة اشترى عبدا وادعى على البائع عيبا به فلم يثبته فباعه من رجل فادعى المشترى الثانى عليه هذا العيب فأنكر فالذين سمعوا منه حل لهم أن يشهدوا على العيب فى الحال اهـ فتح (قوله ولا يقول أشهدنى الا اذا أشهده كيلا يكون كاذبا)

ولاتجوزشهادة الكاذب اه غاية (قوله وينبغي للقاضي اذافسرله) أي بأن قال اني أشهد بالسماع من وراء الحجاب اه (قوله وقالوا اذا سمع الخ) رجلان شهدا على اقرار امرأة لرجل بألف درهم أوغيره وشهدا أن رجلين سواهما فلان وفلان أشهداهما انها فلانة بنت فلان الفلاني قال أبوحنيفة رحمه الله لاأجيز ذلك وذكر في العيون انه لايجوز عند أبي حنيفة حتى يشهد عند الشاهد جماعة انها فلانة بنت فلان الفلاني وقال ابن أبي ليلى وأبو يوسف يجوز ذلك وقال الفقيه أبو الليث اذا سمعوا صوت امرأة من وراء الحجاب أورأوا شخصها وشهد عندهم رجلان عدلان أنها فلانة جازلهم أن يشهدوا على اقرارها وان لم يروا وجهها وأما اذا لم يروا شخصها لايحل لهم أن يشهدوا على اقرارها وهو اختيار الفقيه أبي الليث وذكر عن نصير بن يحيى أن ابنا لمحمد بن الحسن دخل على أبي سليمان الجوزجاني فسأله أبوسليمان عن هذه المسئلة قال كان أبوحنيفة رحمه الله يقول لايجوزله أن يشهد عليها حتى يشهد عنده جماعة انها فلانة وكان أبو يوسف وأبو بكر الاسكاف يقولان يجوز اذا شهد عنده عدلان انها فلانة وعليه الفتوى اه قاضيخان رحمه الله

لايسعه أن يشهد لاحتمال أن يكون غيره اذ النغمة تشبه النغمة الا اذا كان في الداخل وحده وعلم الشاهد أنه ليس فيه غيره ثم جلس على المسلك وليس له مسلك غيره فسمع اقرار الداخل ولا يراه لانه يحصل به العلم وينبغي للقاضي اذا فسرله أن لايقبله لان النغمة تشبه النغمة وليس من ضرورة جواز الشهادة القبول عند التفسير ألاترى أن الشهادة بالتسامع تجوز في أشياء ثم عند التفسير لاتقبل وقالوا اذا سمع صوت امرأة من وراء الحجاب لايجوز ان يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار قال رحمه الله (ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) لان الشهادة لايثبت حكمها بنفسه ولا تصير حجة الا بالنقل الى مجلس القضاء ولهذا تعتبر عدالة الاصول فلا يكون لغيره أن يجعل كلامه حجة الا بأمره فلا يسعه أن يشهد على شهادته الا بالتحميل وكذا اذا سمعه يشهد غيره على شهادته لايسع السامع أن يشهد على شهادته لانه لم يحمله وانما حمل غيره فصار نظير مالو سمع شخصا يوكل حيث لايجوز للسامع أن يتصرف مالم يوكله لان الموكل لم يرض برأيه قال رحمه الله (ولا يعمل شاهد وقاض وراو بالخط ان لم يتذكروا) أي لايحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة ولا للقاضي اذا وجد في ديوانه مكتوبا شهادة شهود ولا يحفظ انهم شهدوا بذلك أو قضية قضاها أن يحكم بتلك الشهادة ولا أن يمضي تلك القضية ولا للراوي اذا وجد مكتوبا بخطه أو بخط غيره وهو معروف أنه قرأ على فلان ونحوه أن يروي حتى يتذكر الشهادة أو القضية أو الرواية وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله ووجهه قوله تعالى الامن شهد بالحق وهم يعلمون ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد شرط أن يكون عالما ولا يتصور العلم بدون تذكر الواقعة ولان الخط يشبه الخط فلا يلزم حجة لاحتمال أنه مزور وهذا لان فائدة الكتاب أن يتذكر اذا نظر فيه فاذا لم يفد للقلب التذكر صار وجوده كعدمه وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب ان تيقن به وان لم يتذكر الواقعة توسعة للامر على الناس وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز للراوي أن يعمل به لدلالة الظاهر وكذا القاضي أن يحكم بالشهادة وأن يمضي القضاء بذلك وليس للشاهد أن يشهد برؤية خطه مالم يتذكر الشهادة لان القاضي لكثرة اشتغاله يعجز عن حفظ كل حادثة ولهذا يكتب كل حادثة فلو لم يكتف بما يجده في قطره لتعطل أحوال الناس ولان سجله في قطره وهو في يده تحت ختمه فيؤمن من التبديل والتزوير وكتابة الرواة تكون في أيديهم فيؤمن التزوير أيضا بخلاف كتابة الشهادة لان

(قوله لايجوز أن يشهد عليها الا اذا كان يرى شخصها وقت الاقرار) شرط في شهادة النوازل رؤية شخصها دون وجهها اه اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد على شهادة غيره مالم يشهد عليه) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل قال أشهدني فلان على نفسه بكذا وكذا قال لاينبغي له أن يشهد على شهادته حتى يقول اشهدوا على شهادتي بذلك قال فخر الاسلام وأصله أن الشهادة على الشهادة تحميل وتوكيل فلا تصح من غير تحميل اه اتقاني (قوله لايسع السامع أن يشهد على شهادته) وهو بخلاف القاضي اذا أشهد على قضية وسمع بذلك آخرون وسعهم أن يشهدوا لان قضاءه حجة بمنزلة الاقرار والبيع وغير ذلك فيصح التحمل من غير اشهاد اه اتقاني وكتب على قوله في الحاشية الصك بخلاف القاضي اذا أشهد الخ مانصه قال الكاكي رحمه الله بخلاف مالو سمع قاضيا يشهد قوما على قضائه كان للسامع أن يشهد على قضائه بغير أمره لان قضاء القاضي حجة ملزمة ومن عاين حجة حل له الشهادة بها كالو عاين الاقرار والبيع أما الشهادة في غير مجلس القاضي غير ملزمة كذا قاله قاضيخان وفي هذا التعليل اشارة الى أنه اذا سمع في مجلس القاضي ينبغي أن يجوز اه (قوله لايحل للشاهد اذا رأى خطه أن يشهد حتى يتذكر الشهادة) أي التي صدرت منه فان لم يتذكر وجزم أنه خطه لايشهد لان هذا الجزم ليس بجزم بل تخييل الجزم لان الخط يشبه الخط فلم يحصل العلم هكذا ذكره القدوري ولم يذكر خلافا هو ولا في شرحه للاقطع وكذا الخصاف ذكرها في أدب القاضي له ولم يذكر خلافا اه كمال (قوله وقال محمد رحمه الله يجوز لكل واحد منهم أن يعمل بالكتاب) قال في الخلاصة ولكن يشترط أن يكون الصك مستودعا لم تتداوله الايدي ولم يكن في يد صاحبه من الوقت الذي كتب اسمه ووضع خاتمه فان لم يكن كذلك لايسعه أن يشهد اه

الصك يكون في يد الخصوم فلا يؤمن من التبديل ولو نسي القاضي قضاءه ولم يكن له سجل فشهد عنده شاهدان بأنه قضى بكذا فعلى الخلاف المذكور وقيل عند أبي يوسف لا يعتمد ذلك وعلى هذا لو أخبره قوم يثق بهم انه كان شاهدا لا يسعه أن يشهد وعلى هذا لو سمع حديثا من غيره ثم نسي راوي الاصل فسمعه ممن روى عنه فعند أبي يوسف لا يعتمده ولا يجوز له أن يعمل به وعند محمد رحمه الله له أن يعتمد ذلك في الكل ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد قال رحمه الله (ولا يشهد بما لم يعاينه الا في النسب والموت والنكاح والدخول وولاية القاضي وأصل الوقف فله أن يشهد بها اذا أخبره بها من يثق به) والقياس أن لا يجوز لان الشهادة لا تجوز الا بعلم على ما بينا من قبل ولا يتحقق العلم الا بالمشاهدة والعيان أو بالخبر المتواتر ولم يوجد فصار كالبيع والاجارة بل أولى لان حكم المال أخف من حكم النكاح ولهذا لا يجوز للقاضي أن يحكم بالتسامع والحكم يجب بما تجب به الشهادة ولهذا لو فسر للقاضي لا يقبله وجه الاستحسان أن هذه الأمور تختص بمعاينة أسبابها خواص من الناس ويتعلق بها أحكام تبقى على انقضاء القرون وانقراض الاعصار فلو لم تقبل فيها بالتسامع أدى الى الحرج وتعطيل الاحكام ولان الاسباب يقترن بها ما تشتهر به فان النسب يشتهر بالتهنئة ونسبة كل واحد الى الآخر عند المخاطبات والمناداة والموت بالتعزية وقسمة التركات واندراس الآثار والنكاح بالشهود والولائم والدخول يتعلق أحكام مشهورة من المهر والنسب والعدة وثبوت الاحصان والقضاء بقراءة المنشور واختلاف الخصوم اليه وازدحامهم عليه فنزلت الشهرة فيها منزلة العيان فلا يشترط فيها المشاهدة بخلاف البيع والهبة والاجارة وأمثالها لانها لا تختص بمشاهدة أسبابها الخواص من الناس بل يحضره الخاص والعام وبه جرت العادة ولان الناس قاطبة مجمعون على انهم يشهدون بهذه الاشياء بالشهرة ألا ترى أنا نشهد أن عليا رضي الله تعالى عنه تزوج فاطمة ودخل بها وشريحا كان قاضيا وعمر بن الخطاب رضي الله تعالى عنه تزوج بنت علي بن أبي طالب ولو تعلقت بحقيقة علم النسب أدى الى عدم الشهادة بها أصلا لان سبب النسب العلوق ولا علم للبشر فيه وسبب القضاء التولية ولا يحضره الا الوزير وأمثاله وكذا الدخول لا يعرفه الا الزوجان فاكتفى في الكل بالدليل الظاهر ثم انما يجوز له أن يشهد بهذه بالتواتر أو باخبار من يثق به واذا رأى امرأة يدخل عليها رجل وينبسطان انبساط الازواج وسمع من الناس أنها زوجته جاز له أن يشهد به وان لم يعاين عقد النكاح وكذا اذا رأى شخصا جالسا مجلس الحكم يفصل الخصومات جاز له أن يشهد انه قاض قالوا وفي الاخبار يشترط أن يخبره رجلان أو رجل وامرأتان وهم عدول ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة لانه قد يتحقق في موضع ليس فيه الا واحد بخلاف غيره لان الغالب فيها أن تكون بين الجماعة ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة في غير الموت وفي الموت لا يشترط لانه لا يشترط فيه العدد فكذا لفظ الشهادة ولو لم يحضر الموت الا شخص واحد وأراد أن يشهد بموته عند الحاكم أخبر بذلك رجلا عدلا ثم يشهدان بذلك عند الحاكم وهو من أعجب المسائل ولو شهد أنه حضر دفنه

(قوله ولو نسي القاضي قضاءه الخ) قال الكمال ولو نسي القاضي قضاءه ولا سجل له فشهد عنده شاهدان أنك قضيت بكذا لهذا على فلان فان تذكر أمضاه وان لم يتذكر فلا اشكال أن عند أبي حنيفة لا يقضي بذلك وقيل وأبو يوسف كذلك وعند محمد يعتمد ويقضي به وهو قول أحمد وابن أبي ليلى اهـ (قوله ولو تذكر مجلس الشهادة دون الشهادة لا يسعه أن يشهد) بالاتفاق وقيل لا يحل ذلك على قول أبي حنيفة خلافا لهما اهـ اتقاني (قوله في المتن ولا يشهد بما لم يعاينه) أي لم يقطع به من جهة المعاينة بالعين أو السماع اهـ كمال (قوله فله أن يشهد بها اذا أخبره بها من يثق به) من رجلين عدلين أو رجل وامرأتين اهـ كمال (قوله والقياس أن لا يجوز لان الشهادة لا تجوز) أي لان الشهادة مشتقة من المشاهدة وذلك بالعلم ولم يحصل اهـ هداية (قوله وعمر بن الخطاب تزوج بنت علي بن أبي طالب) واسمها أم كلثوم على أربعين ألف درهم ذكره الشارح في آخر باب الاولياء في كتاب النكاح اهـ وقوله بنت علي أي من فاطمة (قوله وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة) قال الاتقاني رحمه الله ذكر القاضي الامام ظهير الدين في نكاح فتاواه والصحيح أن الموت بمنزلة النكاح وغيره لا يكتفى فيه بشهادة الواحد اهـ وكتب أيضا قال الكمال وقيل في الموت يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة وهو المختار اهـ فقوله وهو المختار مخالف لما ذكره الاتقاني من التصحيح اهـ وقوله يكتفى باخبار واحد عدل أو واحدة لانه قل ما يشاهد حاله غير الواحد اذ الانسان يهابه ويكرهه فيكون في اشتراط العدد بعض الحرج ولا كذلك النسب والنكاح اهـ هداية (قوله ويشترط في الاخبار لفظ الشهادة) قال الكمال ويشترط كون الاخبار بلفظة الشهادة وفي الموت اذا قلنا يكفي الواحد لا يشترط لفظة الشهادة بالاتفاق اهـ (قوله ولو لم يحضر الموت الخ) قال الكمال فاذا رآه واحد عدل ويعلم أن القاضي لا يقضي بذلك وهو عدل أخبر غيره ثم يشهدان بموته ولا بد أن يذكر ذلك المخبر أنه شهد موته أو جنازته ودفنه حتى يشهد الآخر معه وكذا لو جاء خبر موت رجل وصنع أهله ما يصنع بالموتى لم يسع لاحد أن يشهد بموته الا ان شهد موته أو سمع ممن شهد بذلك اهـ

(قوله وقوله وأصل الوقف) قبول شهادة التسامع فى أصل الوقف هو قول محمد وبه أخذ الفقيه أبو الليث وهو المختار اهـ شرح المجمع للمصنف فى كتاب الوقف (قوله يحترز به من شرائطه) قال الكمال وليس معنى الشروط أن يبينوا الموقوف عليه بل أن يقول يبدأ من غلتها بكذا الكذا والباقى كذا وكذا وفى الفتاوى الصغرى فى الفصل الثانى من كتاب الشهادات اذا شهدوا أن هذا وقف على كذا ولم يبينوا الواقف ينبغى أن يقبل ونص عن الشيخ الامام ظهير الدين اذا لم يكن الوقف قديما لابد من ذكر الواقف (قوله فى المتن ومن فى يده شئ سوى الرقيق لك أن تشهد الخ) قال الامام قاضيخان رحمه الله فى فتاواه فى كتاب الشهادات فى فصل فى الشاهد يشهد بعدما أخبر بزوال الحق وفى المنتقى اذا رأيت فى يد رجل متاعا أو دارا ووقع فى قلبك أنه له ثم رأيت بعد ذلك أنه فى يد غيره وسعك أن تشهد أنه للاول وان لم يقع فى قلبك حين رأيته أنه للاول لم يسع أن تشهد له برؤيتك اياه فى يده وان رأيته فى يده فوقع فى قلبك أنه له ثم رأيته فى يد غيره فأردت أن

فهو معاينة وقوله وأصل الوقف يحترز به من شرائطه لان أصله هو الذى يشتهر دون شرائطه فلا يقبل فيها بالتسامع وذكر المرغينانى رحمه الله أنه لابد من بيان الجهة بأن يشهدوا أنه وقف على هذا المسجد أو الفقير أو ما أشبهه حتى لو لم يذكروا فى شهادتهم الجهة لاتقبل شهادتهم ثم قصر الاستثناء على هذه الاشياء ينفى اعتبار التسامع فى الولاء وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يجوز لانه بمنزلة النسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب ولان الحكم المتعلق بالولاء يبقى بعد الموت كالحكم المتعلق بالنسب فلو لم يجز بالتسامع لتعطلت الاحكام وجه قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن العتق يبنى على زوال الملك ولابد فيه من المعاينة فكذا ما يبنى عليه وذكر شمس الائمة السرخسى ان الشهادة بالعتق لاتقبل بالاجماع وذكر الحلوانى رحمه الله أن الخلاف ثابت فيه أيضا ثم ينبغى أن لا يفسر أنه يشهد بالتسامع فلو فسر لا يقبله كمعاينة شئ فى يد انسان يطلق له الشهادة واذا فسر لاتقبل قال رحمه الله (ومن فى يده شئ سوى الرقيق لك أن تشهد أنه له) لان اليد بلا منازع أقصى ما يستدل به على الملك اذ لا دليل بمعرفة الملك فى حق الشاهد سوى اليد بلا منازع لان غاية ما فى الباب أن يعاين أسباب الملك من الشراء وغيره وذلك راجع الى اليد لان المملك ثبت ملكه باليد بلا منازع ولولا ذلك لما صح التمليك منه من المشترى فثبت بهذا أن لا دليل على الملك سوى اليد فكان معتمد الشاهد اليد اعتبارا للظاهر عند تعذر الوقوف على الحقيقة فمنع الشهادة باليد يؤدى الى سد بابها اذ لا دليل للشاهد سوى اليد وبابها مفتوح وهى مشروعة فما يؤدى الى انتفائها سفه والمنتقى وعن أبى يوسف رحمه الله انه يشترط مع ذلك أن يقع فى قلبه انه له ليحصل له نوع علم أو غلبة ظن لان الشهادة بلا علم لاتجوز لما تلونا وروينا ولهذا قيل لو رأى درة ثمينة فى يد كناس أو كتابا فى يد جاهل وليس فى آبائه من هو أهل لذلك لا يسعه أن يشهد له قالوا يحتمل أن يكون هذا تفسير الاطلاق محمد رحمه الله بقوله وسعك أن تشهد أنه له وقال الشافعى رحمه الله دليل الملك اليد مع التصرف وبه قال الخصاف لان اليد متنوعة الى ملك ووديعة وعارية واجارة ورهن فلا يمتاز الا بالتصرف قلنا التصرف أيضا متنوع الى وكالة وأصالة وشرط النسفى التصرف مع اليد وان يقع فى قلبه انه له لان الاصل فى الشهادة الاحاطة والتيقن لما بينا وجوابه ان العلم القطعى متعذر فيشترط فيه غاية ما يمكن وهو اليد لان الملك لا يعرف بالدليل حقيقة وان رآه يشتريه لاحتمال أن البائع لا يملكه فيكتفى بظاهر اليد تيسيرا اذ الاصل أن تكون الاملاك فى يد ملاكها وكينونتها فى يد غيره عارض فرجحنا بالاصل ولهذا يقضى له القاضى باليد قضاء ترك ثم المسئلة على أربعة أقسام أحدها أن يعاين المالك والملك بأن

تشهد أنه له فشهد عندك شاهد عدل أنه للذى فى يده اليوم كان هو أودعه للاول بحضرتهما لم يسعك أن تشهد أنه للاول فان شهد به عدل واحد وسعك أن تشهد أنه للاول قال لان عند شهادة الشاهدين يقع فى قلبه أنه ليس للاول فلا يحل أن يشهد أنه للاول بخلاف ما اذا شهد به عدل واحد لان بشهادة الواحد لا يزول ما كان فى قلبك أنه للاول فلا يحل لك أن تمتنع عن الشهادة الا أن يقع فى قلبك أن هذا الواحد صادق فاذا وقع فى قلبك ذلك لا يحل لك أن تشهد أنه للاول وذكر فى المنتقى أنه اذا رأى شيأ فى يد انسان ووقع فى قلبه أنه له حل له أن يشهد بانه له وذكر فى الجامع الصغير اذا رأى متاعا أو دارا فى يد انسان ثم رآه فى يد غيره حل له أن يشهد أنه للاول ولم يذكر وقع فى قلبه أنه له ولم يذكر التصرف مع اليد والصحيح ماذكر فى المنتقى لان اليد محتملة وكذا التصرف فلا يحل له أن عرف يشهد مالم يقع فى قلبه أنه له اهـ وكتب أيضا قال الولوالجى رحمه الله فى فتاواه فى كتاب الدعوى واذا ادعى المدعى دارا وشهد شهوده أن فلانا وهبها له وقبضها أو باعها منه ولا يحتاجان الى أن يقولا باع وهو يملكه فى قول أبى حنيفة لان شهادتهم بقبض المدعى الدار من الواهب والبائع شهادة منهم ان الدار كانت فى يد الواهب والبائع فيما مضى ولو شهدوا أن فلانا وهب الدار من المدعى والدار كانت فى يده يوم الهبة أو باع والدار كانت فى يده يوم البيع تقبل البينة ويقضى بها للمدعى لانهم ان لم يشهدوا بالملك للواهب والبائع نصا فقد شهدوا له بالملك حكما لان الشهادة باليد عند سبب الملك جعل دلالة على الملك حكما لان الاملاك لاتعرف الا بها ولهذا قالوا من رأى عينا فى يد انسان لا يحل له أن يشهد بالملك بمجرد اليد ولو رآه يتصرف فيه تصرف الملاك حل له أن يشهد بالملك لهذا اهـ

(قوله جازله أن يشهد للاول بالملك اذا ادّعاه بناء على يده) وظهر أن المراد بالملك المملوك اهـ فتح (قوله حل له أن يشهد استحسانا) والقياس أن لا يجوز لان الجهالة فى المشهود به تمنع جواز الشهادة فكذا فى المشهود له اهـ فتح (قوله لا يحل له أن يشهد الخ) لانه مجازف فى هذه الشهادة اهـ فتح (قوله فى المتن وان فسر للقاضى أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل) قال قاضيخان فى فتاواه ولو شهدوا بالملك وقالوا شهدنا لانا رأيناه فى يده لا تقبل شهادتهم اهـ

عرف المالك باسمه ونسبه ووجهه وعرف الملك بحدوده ورآه فى يده بلا منازعة أحد ثم رآه فى يد غيره بعد جازله أن يشهد للاول بالملك اذا ادّعاه بناء على يده والثانى أن يعاين الملك دون المالك بأن عاين ملكا بحدوده ينسب الى فلان بن فلان الفلانى وهو لم يعرفه بوجهه ونسبه ثم جاء الذى نسب اليه الملك وادّعى أن المحدود ملكه على شخص حل له أن يشهد استحسانا لان النسب يثبت بالتسامع فصار المالك معلوما بالتسامع والملك بالمعاينة ولو لم يسمع مثل هذا لضاع حقوق الناس لان فيهم المحجوب ومن لا يبرز أصلا ولا يتصور أن يراه متصرفا فيه وليس هذا اثبات الملك بالتسامع وانما هو اثبات النسب بالتسامع وفى ضمنه اثبات الملك به وهو لا يمتنع وانما يمتنع اثباته قصدا والثالث أن لا يعاين الملك ولا المالك ولكن سمع من الناس أنهم قالوا لفلان بن فلان ضيعة فى قرية كذا حدودها كذا وهو لا يعرف تلك الضيعة ولم يعاين يده عليها لا يحل له أن يشهد له بالملك والرابع أن يعاين المالك دون الملك بأن عرف الرجل معرفة تامة وسمع أن له فى قرية كذا ضيعة وهو لا يعرف تلك الضيعة بعينها لا يسعه أن يشهد لانه لم يحصل له العلم بالمحدود وهو شرط للشهادة على ما بينا وقوله سوى الرقيق اشارة الى أنه لا يجوز له أن يشهد فى الرقيق اذا رآه فى يده لان للرقيق يدا على نفسه حتى اذا ادّعى أنه حر الاصل كان القول قوله فلا يثبت لغيره عليه يد على الحقيقة حتى يعتبر لاطلاق الشهادة بالملك ولا يمكن أن يعتبر فيه التصرف وهو الاستخدام لاطلاق الشهادة لان الحر أيضا يستخدم طائعا كالعبد فلا يصلح دليلا على الملك وفى الكافى عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله أنه يجوز له أن يشهد فى الرقيق أيضا وفى الهداية جعل ذلك عن أبى حنيفة رحمه الله ووجهه ان اليد دليل الملك مطلقا ألا ترى أن من ادّعى رقيقا فى يد غيره وذو اليد يدعيه لنفسه كان القول لذى اليد لان الظاهر شاهد له بالملك وهو قيام يده عليه هذا اذا كان الرقيق مميزا يعبر عن نفسه ولم يعرف بالرق وان كان لا يعبر عن نفسه أو كان معروفا بالرق جاز له الشهادة بالملك اذا رآه فى يده لان الرقيق أو الصغير الذى لا يعبر عن نفسه يكون فى يد غيره اذ لا يد له على نفسه فصار كسائر الاموال قال رحمه الله (وان فسر للقاضى أنه يشهد له بالتسامع أو بمعاينة اليد لا تقبل) أى فسر للقاضى انه يشهد بالتسامع فى موضع يجوز له الشهادة بالتسامع أو فسر أنه يشهد له بالملك برؤيته فى يده فى موضع يجوز له الشهادة برؤيته فى يده لان التسامع أو الرؤية فى اليد مجوز للشهادة بالملك والقاضى يلزمه القضاء بالملك بالشهادة اذا كانت عن عيان ومشاهدة أو اطلاق لاحتمال المشاهدة فيحمل عليه أما اذا كانت عن تسامع أو رؤية فى يده فلا يزيده علما فلا يجوز له أن يحكم بها ألا ترى أنه لا يجوز له أن يحكم بسماع نفسه ولو تواتر عنده ولا برؤيته نفسه فى يد انسان فأولى أن لا يجوز بسماع غيره أو برؤية غيره وهذا لان القضاء يجب بما تجب به الشهادة وفيما لا تجب لا يجب فكذا ينبغى أن لا تجوز الشهادة فيما لا يجوز القضاء به الا أنا استحسنا فى المواضع التى تقدم ذكرها للضرورة التى ذكرناها وبقى القضاء على أصل القياس قال رحمه الله (وان شهد أنه حضر دفن فلان أو صلى على جنازته فهو معاينة حتى لو فسر للقاضى قبل) لانه لم يشهد الا عما علم فوجب قبولها لدخوله تحت قوله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال تعالى وما شهدنا الا بما علمنا والله أعلم

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة الاعمى) وقال زفر رحمه الله تقبل فيما يجرى فيه التسامع وهو رواية

باب من تقبل شهادته ومن لا تقبل

لما ذكر ما تسمع فيه الشهادة وما لا تسمع شرع فى بيان من تسمع منه الشهادة ومن لا تسمع الا أنه قدم الاول لان المحل شرط والشرط مقدم كالطهارة فى الصلاة اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال الكمال وأخره لان المحال شروط والشرط غير مقصود لذاته والاصل أن التهمة تبطل الشهادة لقوله صلى الله عليه وسلم لا شهادة لمتهم والتهمة تثبت مرة بعدم العدالة ومرة بعدم التمييز مع قيام العدالة اهـ (قوله فى المتن ولا تقبل شهادة الاعمى) أى مطلقا سواء عمى قبل التحمل أو بعده فيما تجوز الشهادة فيه بالتسامع أو لا تجوز اهـ فتح وكتب ما نصه قال الاتقانى اعلم أن شهادة الاعمى لا تجوز عند أبى حنيفة سواء كان بصيرا عند تحمل الشهادة أعمى عند الاداء أو أعمى فى الحالين وقال أبو يوسف اذا كان بصيرا عند التحمل أعمى

عند الشهادة تقبل شهادته فى غير الحدود والقصاص وهو قول مالك والشافعى وابن أبى ليلى كذا ذكر الخلاف فى المختصر والحصر وكذا ذكر خلاف أبى يوسف فى أدب القاضى وفى الاسرار ولكن ذكر شمس الائمة فى شرح أدب القاضى خلاف أبى يوسف كذلك وذكر قول محمد مع أبى يوسف ولم يذكر القدورى خلاف أبى يوسف بل ذكر المسئلة بلا خلاف كما ترى ولكن قال فى الكتاب المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة ومحمد وزفر اذا تحمل الشهادة وهو بصير ثم عمى لم تقبل شهادته وقال أبو يوسف تقبل الى هنا

لفظ التقريب ثم قال فيه وقد ذكر ابن شجاع عن أبي حنيفة وزفر جواز شهادة الاعمى في النسب لان ذلك مما يقع بالاستفاضة ولا يحتاج فيه الى نظر ومعاينة كذا في التقريب وقال في الاسرار وعند زفر يجوز شهادة الاعمى فيما تجوز فيه الشهادة بالاستفاضة كالنسب والموت وبه قال الشافعي وهو رواية عن أبي حنيفة كذا في الاسرار اه ﴿فرع لطيف﴾ قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من كتاب أدب القاضي ما نصه ولو شهد ذمي على ذمي ولم ينفذ الحاكم الشهادة حتى أسلم المشهود عليه فالشهادة تبطل لان الشهادة انما تصير حجة عند اتصال القضاء بها وعند اتصال القضاء بها الشاهد كافر والمشهود عليه مسلم فلا تصير حجة وان أسلم المشهود عليه بعد الحكم فالحكم ماض عليه ويؤخذ بالحقوق كلها الا الحدود لان الامضاء في باب الحدود من القضاء فصار الاسلام قبل الامضاء كالاسلام قبل القضاء وكذا القصاص في النفس وفيما دون النفس لا ينفذ القاضي استحسانا لما قلنا وقد ذكر الولوالجي بعد هذا فوائد جمة فلتنظر ثمة اه قال الولوالجي قبيل الفصل الرابع من كتاب الشهادات نصرانيان شهدا على نصراني بقطع يد أو قصاص ثم أسلم المشهود عليه بعد القضاء بطلت لان الامضاء من القضاء في العقوبات اه

عن أبي حنيفة رحمه الله لانه يساوي البصير في السماع اذ لا خلل في سمعه وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله يجوز اذا كان بصيرا وقت التحمل لحصول المقصود بالمعاينة وهو العلم والاداء يختص بالقول ولسانه صحيح فصيح والتعريف يحصل بالنسبة كما في الشهادة على الميت وفيما بين ذلك لا خلل في حفظه ولم يفت في حقه الا الاشارة وذكر الاسم يقوم مقامها عند تعذرها كما في الشهادة على الميت وقال مالك تقبل شهادته مطلقا كالبصير ولنا أن الاداء يفتقر الى التمييز بين الخصمين ولا يفرق بينهما الا بالنغمة فيخشى عليه التلقين من الخصم اذ النغمة تشبه النغمة وربما يشاركه غيره في الاسم والنسب فكان فيه شبهة وهذه الشبهة يمكن التحرز عنها بجنس الشهود والنسبة لتعريف الغائب دون الحاضر فصار كالحدود والقصاص بخلاف وطء امرأته حيث يجوز له مع هذه الشبهة لانه لا يمكن التحرز عنه وفيه ضرورة أيضا لانه يحتاج الى اقتضاء الشهوة وبقاء النسل ولانه يقبل فيه خبر الواحد فيعتمد على خبر المرأة وكذا اذا عمي بعد الاداء قبل الحكم بها لان قيام الاهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة فصار كما اذا خرس أو جن أو فسق أو ارتد والعياذ بالله تعالى بخلاف ما اذا ماتوا أو غابوا لان الاهلية تنتهي بالموت وبالغيبة باقية على حالها قال رحمه الله (والمملوك والصبي) لان الشهادة من باب الولاية لما فيها من الزام الغير وليس معنى الولاية سوى هذا والاصل ولاية المرء على نفسه ولا ولاية لهما على أنفسهما فأولى أن لا يكون لهما الولاية على الغير قال رحمه الله (الا أن يتحملا في الرق والصغر وأديا بعد الحرية والبلوغ) لانهما أهل للتحمل لان التحمل بالمشاهدة والسماع ويبقى إلى وقت الاداء بالضبط وهما لا ينافيان ذلك وعند الاداء هما أهل للشهادة قال رحمه الله (والمحدود في قذف وان تاب) لقوله تعالى ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون وقال الشافعي رحمه الله تقبل شهادته إذا تاب لقوله تعالى إلا الذين تابوا والاستثناء إذا تعقب جملة بعضها معطوفة على بعض ينصرف إلى الكل كقول القائل امرأته طالق وعبده حر وعليه حجة إلا أن يدخل الدار فهو منصرف إلى جميع ما تقدم ولان هذا افتراء على عبد من عباد الله تعالى والافتراء على الله تعالى وهو كفر لا يوجب رد الشهادة على التأبيد بل إذا أسلم تقبل شهادته فهذا أولى ولانه لو تاب قبل إقامة الحد عليه تقبل شهادته ولا جائز أن تكون اقامة الحد عليه هي الموجبة لرد الشهادة لانه فعل الغير به وهو مطهر أيضا فلا يصلح مناطا لرد الشهادة فتعين الرد لفسقه ولنا ما تلونا

(قوله وكذا اذا عمي بعد الأداء قبل الحكم بها لان قيام الاهلية شرط الخ) قال الاتقاني اعلم أن الشاهد اذا عمي أو خرس بعد أداء الشهادة قبل الحكم بها لم يجز الحكم بها عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف كذا ذكر الخصاف الخلاف في أدب القاضي وذكر قول الشافعي مع أبي يوسف في الاسرار ووجه قول أبي يوسف أنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها كما لو مات الشاهدان بعد أداء الشهادة أو غابا أو جنا أو عميا بعد الحكم بها اه وكتب ما نصه قال السكاكي رحمه الله في المبسوط لا تجوز شهادة الاخرس لان الاداء يختص بلفظ الشهادة باجماع الفقهاء حتى لو قال أنا أخبر أو أعلم أو أتيقن لا يقبل ولفظة الشهادة لا تحقق من الاخرس وبه قال الشافعي ووجهه في قول ومالك وأحمد وقال الشافعي في الاصح تقبل شهادته اذا كان له اشارة مفهومة لان اشارته حينئذ كترجمة لفظ الشهادة بلسان آخر وقلنا في اشارته تهمة ويمكن التحرز عنها بجنس الشهود كما في الاعمى اه (قوله في المتن والمملوك والصبي) قال في الشامل في قسم المبسوط شهد الصبي والعبد والكافر على مسلم فردت شهادتهم ثم شهدوا بعد البلوغ والعتق والاسلام تقبل لان المردود ليس بشهادة والفاسق لو ردت شهادته ثم شهد بها بعد التوبة لا تقبل لأن المردود شهادة فيكون فيه نقض قضاء قد أمضى بالاجتهاد كأحد الزوجين ردت شهادته ثم أعادها بعد الابانة لا تقبل ولو شهد المولى لعبده ثم أعادها بعد العتق كذلك ولو شهد لمولاه بعد العتق وقد تحملها حال الرق جاز لما عرف الى هنا لفظ الشامل اه اتقاني وكتب ما نصه قال الولوالجي رحمه الله في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي ولو كانت عند الذمي شهادة على المسلم فأسلم الذمي وشهد على المسلم جازت شهادته لأن الاسلام شرط لاهلية الاداء فيراعى وقت الاداء اذا وجد اه

ووجهه ان الله تعالى ردشهادته على التأبيد فمن قال هو موقت الى وجود التوبة يكون ردا لما اقتضاه النص فيكون مردودا والقياس على الكفر وغيره من الجرائم لا يجوز لان القياس المخالف للنص لا يصح ولان ردّ الشهادة معطوف على الجملة المتقدمة وهي حد فكذا هذا فصار من تمام الحد إذ العطف للاشتراك وتغايرهما بالامر والنهي لا يمنع من ذلك كقولهم اجلس ولا تتكلم فكان الكل جزاء جريمته ولا نسلم ان الجملة الاخيرة معطوفة على ما قبلها لان ما قبلها حدود ولهذا أمر الائمة به وقوله وأولئك هم الفاسقون ليس بحد وإنما هو اخبار عن وصف قام بالذات فلا يصلح حدا لان الحدّ يقع بفعل الائمة لا بوصف قائم بالذات فلا ينصرف الاستثناء الى الجميع ولو انصرف لبطل الحد ولم يقل به أحد فتبين بهذا ان الواو في قوله تعالى وأولئك هم الفاسقون واو نظم لا واو عطف فيكون منقطعا عن الاول فينصرف الاستثناء الى ما يليه ضرورة كقوله تعالى والراسخون في العلم ألا ترى انه لا يصلح جزاء لجريمته والجلد ورد الشهادة يصلحان جزاء لان كل واحد منهما مؤلم زاجر عن ارتكاب هذه الجريمة فصار رد الشهادة قطعا للآلة الجانية معنى وهي اللسان كقطع اليد حقيقة في السرقة فصار الرد من تمام الحد والحد لا يرتفع بالتوبة فاذا لم تكن الواو للعطف لا ينصرف الاستثناء إلى الجميع بخلاف ما ذكر من المثال لان الواو فيه للعطف ألا ترى ان كلها جمل انشائية فيتوقف كلها على آخرها حتى إذا وجد المغير في الأخير تغير الكل والقياس على الكفر وغيره ممتنع لفقد شرطه وهو أن لا يكون في الفرع نص يمكن العمل به وهنا نص على التأبيد فكيف يمكن القياس عليه ولا جائز أن يكون رد شهادته لفسقه لان الثابت بالنص في خبر الفاسق هو التوقف بقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا لا الرد ولانه لو كان الرد لاجل فسقه للزم عطف العلة على حكمها وهو لا يجوز فتبين بهذا ان رد الشهادة لاجل انه حد لا للفسق ولهذا لو أقام أربعة بعد ما حد على انه زنى تقبل شهادته بعد التوبة في الصحيح لانه بعد اقامة البينة لا يحد فكذا لا ترد شهادته قال رحمه الله (الا أن يحدّ الكافر في قذف ثم أسلم) فانه تقبل شهادته بعد الاسلام لان هذه شهادة استفادها بعد الحد بالاسلام فلم يلحقها رد لان التي ردت غير هذه ألا ترى أن المردودة لا تقبل على المسلم وهذه تقبل فبرد الأولى لا ترتد الثانية بخلاف العبد إذا حد ثم أعتق حيث لم تقبل شهادته لانه لم يكن له شهادة على أحد وقت الجلد فلم يتم الرد إلا بعد الاعتاق في حقه فلا يتصور قبولها من غير اقامة البينة على المقذوف انه زنى على ما مر وهذا لان الرد من تتمة الحد في الكافر تم في حال كفره وفي العبد لم يتم الا بعد الحرية ولو ضرب الذمي في حد القذف سوطا فأسلم ثم ضرب الباقي بعد الاسلام تقبل شهادته لان رد الشهادة من تمام الحد والموجود بعد الاسلام ليس بحد بل هو بعضه فلا يترتب عليه رد الشهادة وعن أبي حنيفة رحمه الله تعالى انه اذا ضرب السوط الاخير بعد الاسلام لا تقبل شهادته لان الحكم اذا تعلق بعلة ذات اجزاء تعلق الحكم بالجزء الأخير لما عرف في موضعه وعنه أنه إذا ضرب الاكثر بعد الاسلام لا تقبل شهادته وان كان دون ذلك تقبل لان للاكثر حكم الكل وفي المبسوط لا تسقط شهادة القاذف ما لم يضرب تمام الحد لان اقامة الحد مسقطة للشهادة والحد لا يتجزأ فما دونه لا يكون حدا بل يكون تعزيرا وهو لا يسقط الشهادة وروى عنه انها تسقط اذا أقيم عليه الاكثر وروى عنه انه اذا ضرب سوطا سقطت شهادته وهي نظير مسئلة اسلام الذمي في حالة الحد على ما بينا قال رحمه الله (والولد لابويه وجديه وعكسه واحد الزوجين للآخر والسيد لعبده ومكاتبه) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تقبل شهادة الولد لوالده ولا الوالد لولده ولا المرأة لزوجها ولا الزوج لامرأته ولا العبد لسيده ولا المولى لعبده ولا الاجير لمن استأجره ولان المنافع بين هؤلاء متصلة ولهذا لا يجوز أداء بعضهم الزكاة الى بعض فتكون شهادة لنفسه من وجه فلا تقبل ولا

(قوله لاجل انه حد الخ) شهادة المحدود في السرقة وغيرها من الجنايات سوى المحدود في القذف تقبل اذا تاب فرق بين هذا وبين شهادة المحدود في قذف اذا تاب حيث لا تقبل والفرق ان رد الشهادة لهؤلاء كان لاجل الفسق وبالتوبة يرتفع الفسق أما شهادة المحدود في القذف انما لا تقبل لانه من تمام الحد وأصل الحد لا يرتفع بالتوبة فكذا ما هو من تمامه اه ولوالجي في أواخر الفصل الثالث من أدب القاضي (قوله بعد التوبة) زائد مفسد كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله وقد شطب في نسخته على قوله بعد التوبة وقد شاهدته ثابتا في خط الشارح رحمه الله قال في الدراية ما نصه وفي المبسوط والصحيح من المذهب عندنا أنه اذا أقام أربعة من الشهود على صدقه بعد الحد عليه تقبل شهادته اه وهو كما ترى يؤيد ما قاله قارئ الهداية اه (قوله في المتن الا أن يحد الكافر في قذف) اعلم أن الذمي اذا حد في قذف لم تجز شهادته بعد ذلك على أهل الذمة ثم اذا أسلم جازت شهادته على أهل الذمة وعلى أهل الاسلام جميعا اه غاية (قوله ولا الاجير لمن استأجره) قال قاضيخان رحمه الله في فتاواه اذا شهد الاجير لاستاذه بشئ اختلفت الروايات فيه ذكر في كتاب الكفالة انه لا يجوز وذكر في الديات أجير القاتل اذا شهد على ولي القتيل بالعفو جازت شهادته وذكر الخصاف ان شهادة الاجير لاستاذه مردودة وهي رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله قالوا ان كان الاجير مشترك كا تجوز شهادته في الروايات كلها وما ذكر في الديات محمول على هذا الوجه وان كان أجير وحد مشاهرة أو مسانهة أو مياومة لا تقبل شهادته لاستاذه لا في تجارته ولا في شئ آخر وما ذكر في الكفالة محمول على هذا كذا ذكر الناطفي والامام الصدر الشهيد ووجهه ظاهر لان أجير الوحد

فرق بين ان يكون على العبد دين أولم يكن لان له حقا فى ماله كيفما كان والمراد بالاجير فى الحديث التلميذ الخاص الذى يعد ضرر استاذه ضرر نفسه ونفعه نفع نفسه وهو معنى قوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة للقانع بأهل البيت وأصل القنوع السؤال والمراد من يكون تبعا للقوم كالخادم والاجير والتابع لانه بمنزلة السائل يطلب معاشه منهم وهو من القنوع لا من القناعة وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه أجير خاص فيستوجب الاجر على منافعه فاذا شهد له فى مدة الاجارة يكون كانه شهد له بأجر ومالك رحمه الله يخالفنا فى قرابة الولاد وهو يعتبرها بالشهادة عليهم والشافعى رحمه الله تعالى يخالفنى الزوجين فيقول لا قرابة بينهما والزوجية قد تكون سببا للتنافر والعداوة وقد تكون سببا للميل والايثار فصارت نظير الاخوة ولهذا يجرى القصاص بينهما والحبس بالدين ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس ولنا ما روينا من الحديث وما بينا من المعنى وهو ان المنافع بينهما متصلة ولهذا يعد أحدهما غنيا بغنى صاحبه وقيل هو المراد بقوله تعالى ووجدك عائلا فاغنى أى بمال خديجة فاذا كان هذا فى الزوجين ففى الولاد أولى وروى أن الحسن بن على رضى الله تعالى عنهما شهد لعلى مع قنبر عند شريح بدرع له فقال شريح لعلى ائت بشاهد آخر فقال مكان الحسن أو مكان قنبر فقال لا بل مكان الحسن فقال أما سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الحسن والحسين هما سيدا شباب أهل الجنة قال سمعت لكن ائت بشاهد آخر القصة الى آخرها وفيها أنه استحسنه وزاده فى الرزقة ومثل هذا لا يقدح فى العدالة لانه انما لا يجوز لكونه شهادة لنفسه من وجه وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة قال رحمه الله (والشريك لشريكه فيما هو من شركتهما) لانه شهادة لنفسه من وجه لاشتراكهما فيه وهذا لانه يصير شاهدا لنفسه فى البعض وشهادة المرء لنفسه غير مقبولة فاذا بطل فى نصيبه بطل فى نصيب شريكه أيضا لانها شهادة واحدة فلا تتجزأ ولو شهد له بما ليس من شركتهما تقبل لانتفاء التهمة قال فى النهاية هذا فى حق الشريكين شركة عنان ظاهر وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا فى الحدود والقصاص والنكاح لان ما عداها مشترك بينهما وهذا سهو فانه لا يدخل فى الشركة الا الدراهم والدنانير ولا يدخل فيه العقار ولا العروض ولهذا قالوا لو وهب لاحدهما مال غير الدراهم والدنانير لا تبطل الشركة لان المساواة فيه ليست بشرط قال رحمه الله (والمخنث) أى لا تقبل شهادته وهو الذى فى كلامه لين وتكسر ومراده اذا كان يتعمد ذلك تشبها بالنساء وفى عرف الناس هو الذى يباشر الردىء من الافعال ويلين كلامه عمدا كل ذلك معصية فلا تقبل شهادته لقوله عليه الصلاة والسلام لعن الله المؤنثين من الرجال والمذكرات

يستحق الاجر بمضى الزمان واذا كان يستوجب الاجر لزمان أداء الشهادة كان متهما فيما شهد أما الاجير المشترك فلا يستوجب الاجر الا بالعمل الذى عقدت عليه الاجارة فاذا لم يستوجب بشهادة أجرا انتفت التهمة عن شهادته ولهذا جازت شهادة القابلة على الولادة عند شرطها وهو العدالة اه (قوله وقيل المراد به الاجير مشاهرة لانه أجير خاص) قال فى خلاصة الفتاوى ولا تجوز شهادة الاجير لاستاذه أراد به التلميذ الخاص والتلميذ الخاص الذى يأكل معه وفى عياله وليس له أجرة معلومة أما الاجير المشترك اذا شهد للمستأجر تقبل وأما الاجير الوحد وهو الذى استأجر مياومة أو مشاهرة أو مسانهة بأجرة معلومة لا تقبل الى هنا لفظ الخلاصة وذلك لان منافع الاجير الواحد مستحقة للمستأجر ولهذا لا يجوز له أن يؤاجر نفسه من آخر فى تلك المدة فلو جازت شهادته للمستأجر كانت شهادة بالاجر فلا تجوز وذلك لان شهادته من جملة منافعه وهى مستحقة بالاجر وهذا معنى قوله فى المتن فيصير كالمستأجر عليها أى على الشهادة وقال الفقيه أبو الليث فى كتاب العيون قال محمد فى رجل استأجر يوما واحدا لم يكتب المحشى (قوله ومالك رحمه الله يخالفنا) قال الكاكى ما وجدته فى الكتب المشهورة لاصحاب مالك اه وقال ابن أبى ليلى والثورى والنخعى لا تقبل شهادة الزوجة لزوجها لان لها حقا فى ماله لوجوب نفقتها فيه وتقبل شهادة الزوج لها لعدم التهمة اه قاله الكاكى اه وبقولنا قال مالك وأحمد اه (قوله ولا معتبر بالمنفعة الثابتة ضمنا كما فى الغريم اذا شهد لمديونه المفلس) قال فى فتاوى قاضيخان ويجوز شهادة رب الدين لمديونه بما هو من جنس دينه كذا ذكره فى الوكالة والجامع ولو شهد لمديونه بعد موته بمال لم تقبل شهادته لان الدين لا يتعلق بمال المديون فى حياته ويتعلق بعد وفاته اه (قوله قنبر) قنبر عتيق لعلى كرم الله وجهه وهو بفتح القاف والباء وأما جد سيبويه فبضم القاف وفتح الباء فسيبويه هو عمرو بن عثمان بن قنبر اه (قوله قال أما سمعت) أى قال على اه وكتب ما نصه وكان من رأى على رضى الله عنه قبول شهادة الولد لوالده اه (قوله الرزقة) قال الصغانى فى مجمع البحرين والرزقة بالفتح المرة الواحدة والجمع الرزقات وهى أطماع الجند وارتزق الجند أى أخذوا أرزاقهم اه قوله وهى اطماع الجند قال فى مجمع البحرين فى باب العين والطمع رزق الجند ويقال أمر لهم الامير باطماعهم أى بأرزاقهم اه (قوله وأما شهادة أحد المتفاوضين لصاحبه فلا تقبل الا فى الحدود الخ) قال الاتقانى قال فى الشامل فى قسم المبسوط ولا تقبل شهادة الشريك المفاوض وان كان عدلا فيما خلا الحدود والقصاص وغير المفاوض أيضا فى تجارته اه وهو موافق لما نقله الشارح عن النهاية اه (قوله ولا يدخل فيه العقار ولا العروض) قلت قد قال فيما هو مشترك ويجوز أن يكون بينهما عروض وعقار اشتريا من مال الشركة اه كذا قلته من خط قارئ الهداية اه

من النساء وأما اذا كان فى كلامه لين وفى أعضائه تكسر خلقة ولم يشتهر بشئ من الافعال الرديئة فهو عدل مقبول الشهادة قال رحمه الله (والنائحة والمغنية) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة أطلقه فى حق المرأة ولم يقيده بكونها تغنى للناس وقيده به فى حق الرجل لان نفس رفع الصوت حرام فى حقها بخلاف الرجل على ما نبين قالوا المراد بالنائحة هى التى تنوح فى مصيبة غيرها لانها ترتكب المحظورات لاجل الطمع فى المال وتجعله مكسبة أما التى تنوح فى مصيبتها فلا تسقط عدالتها قال رحمه الله (والعدو إن كانت عداوته دنيوية) لان المعاداة لاجل الدنيا حرام فمن ارتكبها لايؤمن من التقول عليه أما اذا كانت العداوة دينية فتقبل شهادته لانها من التدين فتدل على قوة دينه وعدالته وهذا لان المعاداة قد تكون واجبة بان رأى فيه منكرا شرعا ولم ينته بنهيه والذى يوضح لك هذا المعنى أن المسلمين مجمعون على قبول شهادة المسلم على الكافر والعداوة الدينية قائمة بينهما فلو كانت مانعة لما قبلت قال رحمه الله (ومدمن الشرب على اللهو) أى مداوم شرب الخمر لاجل اللهو لان شربها كبيرة وفى الكافى قال إنما شرط الادمان ليكون ذلك ظاهرا منه فان من شرب الخمر سرا ولا يظهر ذلك منه لايخرج من أن يكون عدلا وان شربها كثيرا وانما تسقط عدالته اذا كان يظهر ذلك منه أو يخرج سكران فيلعب به الصبيان فانه لامروءة لمثله ولا يحترز عن الكذب عادة وقال فى النهاية اطلاق الشرب على اللهو فى حق المشروب ليتناول جميع الاشربة المحرمة من الخمر والسكر وغيرهما فان الادمان شرط فى الخمر أيضا فى حق سقوط العدالة وذكر فى فتاوى قاضيخان لاتقبل شهادة مدمن الخمر ولا مدمن السكر لانه كبيرة ثم ذكر مثل ما ذكر فى الكافى وذكر فى النهاية معزيا الى الذخيرة لاتجوز شهادة مدمن الخمر ثم قال شرط الادمان ولم يرد به الادمان فى الشرب وانما أراد به الادمان فى النية يعنى يشرب ومن نيته أن يشرب بعد ذلك اذا وجده ولا تجوز شهادة مدمن السكر وأراد به السكر بسائر الاشربة سوى الخمر لان المحرم فى سائر الاشربة السكر فشرط الادمان على السكر والمحرم فى الخمر نفس الشرب فشرط الادمان على الشرب وكذلك من يجلس مجالس الفجور والشرب لاتقبل شهادته وان لم يشرب لانه تشبه بهم ولم يحترز أن يظهر عليه ما يظهر عليهم فلا يحترز عن شهادة الزور قال رحمه الله (ومن يلعب بالطنبور) لانه من اللهو ويقال بالطيور وهو أيضا مثله ويورث الغفلة أيضا وقد قال عليه الصلاة والسلام ما أنا من دد ولا الدد منى ولان الغالب فيه أن يصعد الى السطوح ليطير طيره فينظر الى

(قوله فى المتن والنائحة) ليس بثابت فى خط الشارح رحمه الله وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم نهى عن الصوتين الاحمقين المغنية والنائحة) وصف الصوت بصفة صاحبه اعلم أن التغنى للهو أو لجمع المال حرام بلا خلاف والنوح كذلك خصوصا اذا كان من المرأة لان رفع الصوت منها حرام بلا خلاف وفى الذخيرة ولم يرد بالنائحة التى تنوح فى مصيبتها وانما أراد التى تنوح فى مصيبة غيرها اتخذت ذلك مكسبة اه (قوله فى المتن والعدو ان كانت عداوته دنيوية) قال فى خزانة المفتين ولا شهادة العدو ان كانت العداوة بسبب الدنيا وتقبل ان كانت بسبب الدين (الخ) والعدو من يفرح بحزنه ويحزن بفرحه وقيل يعرف بالعرف اه وكتب ما نصه قال الماوردى فى الاحكام السلطانية ويشهد لعدوه ولا يشهد عليه ويحكم لعدوه ويحكم عليه لأن أسباب الحكم ظاهرة وأسباب الشهادة خافية فانتفت التهمة عنه فى الحكم وتوجهت عليه فى الشهادة اه ﴿فرع﴾ ولا تقبل شهادة المجازف فى كلامه وحكى أن الفضل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبى يوسف فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة ان وزيرى رجل دين لايشهد بالزور فلم رددت شهادته قال لانى سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك أيضا لانه اذا لم يبال فى مجلسك بالكذب فلا يبالى فى مجلسى أيضا فعذره الخليفة اه كاكى ستأتى هذه الحكاية فى كلام الشارح عند قوله والعمال (قوله فى المتن ومدمن الشرب على اللهو) قال الاتقانى رحمه الله ونقل الناصحى فى تهذيب أدب القاضى عن الخصاف فقال ولا تقبل شهادة قطاع الطريق واللصوص وأصحاب الفجور بالنساء ومن يعمل عمل قوم لوط ومن يشرب الخمر ومن يسكر من النبيذ لان هؤلاء فساق ولم يشترط الخصاف فى شرب الخمر الادمان كما ترى ووجهه ان نفس شرب الخمر يوجب الحد فيوجب رد الشهادة وشرط شهادات الادمان فقال ولا تقبل شهادة مدمن الخمر ومدمن السكر وفائدته انه اذا شرب فى السر لاتسقط عدالته قال صاحب الاجناس وهذا شرط صحيح لانه متى دام عليه فهو مقيم على معصية وان لم يدم عليه فهو تائب نادم اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو نصر الاقطع رحمه الله فاما من ادمن الشرب على غير لهو ولم يسكر وهو لا يعتقد تحليله فشهادته مقبولة لأنه لم يوجد منه ما يوجب الفسق ولا ترك المروءة اه وكتب أيضا ما نصه قال الخبازى فى حواشى الهداية وانما أراد به غير شارب الخمر لان شارب الخمر مردود الشهادة على كل حال فلا حاجة الى ابطال شهادته الى شربها على اللهو اه (قوله ليتناول) الذى بخط الشارح لسياق جميع الاشربة اه (قوله وكذلك من يجلس مجالس الفجور الخ) وقال الناصحى أيضا ولا تقبل شهادة من يجلس مجالس الفجور والمجانة على الشرب وان لم يسكر لان اختلاطه بهم وتركه الامر بالمعروف يوجب سقوط عدالته وان لم يكن نفس الجلوس فسقا فلا تقبل شهادته اه اتقانى (قوله وقد قال صلى الله عليه وسلم ما أنا من دد ولا الدد منى) الدد اللهو واللعب

عورات النساء وهو فسق ولو كان يقتني الحمام في بيته ليستأنس به لا ليطير فلا باس به ولا تسقط عدالته عند لان امساك الحمام في البيوت مباح ألا ترى أن الناس يتخذون بروج الحمام من غير نكير إلا اذا كانت تجر حمامات أخر مملوكة لغيره فتفرخ في وكرها فيأكل ويبيع منه لانه ملك الغير فلا يحل له ذلك وتسقط عدالته بذلك قال رحمه الله (أو يغني للناس) لانه يجمع الناس على لهو ولعب ولا يخلو عادة من ارتكاب كبيرة بالمجازفة والكذب وقيده بكونه يغني للناس أي يسمعهم لانه لو كان لاسماع نفسه حتى يزيل الوحشة عن نفسه من غير أن يسمع غيره لا بأس به ولا تسقط عدالته في الصحيح لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني والبراء بن مالك كان من زهاد الصحابة رضي الله تعالى عنهم وان أنشد شعرا فيه وعظ وحكمة فهو جائز بالاتفاق وإن كان فيه ذكر امرأة معينة فان كانت ميتة أو كان فيه ذكر امرأة غير معينة فلا بأس به وان كانت معينة وهي حية يكره ومن المشايخ من أجاز الغناء في العرس ألا ترى أنه لا بأس بضرب الدف فيه إعلانا للنكاح وقد قال عليه الصلاة والسلام أعلنوا النكاح ولو بالدف ومن مشايخنا من قال إذا كان يتغنى ليستفيد به نظم القوافي ويصير به فصيح اللسان لا بأس به ومن المشايخ من كرهه مطلقا ومن المشايخ من أباحه مطلقا ونحن بينا الصحيح من الاقاويل بحمد الله تعالى وكرمه قال رحمه الله (أو يرتكب ما يوجب الحدّ) لانه من الكبائر ومن يرتكبها لا يبالي بالكذب وكل من يرتكب الكبائر تردّ شهادته واختلفوا في الكبيرة فقال أهل الحجاز وأهل الحديث هي السبع المذكورة في الحديث المشهور وهي الاشراك بالله والفرار من الزحف وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وبهت المؤمن والزنا وشرب الخمر وزاد بعضهم عليها أكل الربا وأكل مال اليتيم بغير حق وقال بعضهم ما ثبت حرمته بدليل مقطوع به فهي كبيرة وقال بعضهم ما فيه حدّ أو قتل فهو كبيرة وقيل كل ما أصر عليه المرء فهو كبيرة وما استغفر عنه فهو صغيرة لقوله عليه الصلاة والسلام لا صغيرة مع الاصرار ولا كبيرة مع الاستغفار وقال بعضهم كل ما كان عمدا فهو كبيرة والاوجه ما ذكره المتكلمون أن الكبيرة والصغيرة اسمان إضافيان لا يعرفان بذاتهما وإنما يعرفان بالاضافة فكل ذنب إذا نسبته إلى ما دونه فهو كبيرة وإذا نسبته إلى ما فوقه فهو صغيرة وقال بعضهم كل معصية أوعد عليها في القرآن أو في الحديث المشهور تمنع قبول الشهادة لان شاهد الزور موعود عليه فمن يرتكب مثله من الذنوب يرتكبه فصلح دليلا على ارتكابه الكذب لان من ارتكب شيأ من المحرمات ارتكب نظيره عادة وقيل إذا ارتكب ما يكون شنيعا عادة فليس بعدل وقيل ما كان حراما لعينه فكبيرة وإلا فصغيرة وقيل ما سمي في الشرع فاحشة فكبيرة قال رحمه الله (أو يدخل الحمام بغير ازار) لان كشف العورة حرام وقال عليه الصلاة والسلام لعن الله الناظر والمنظور ورأى أبو حنيفة رحمه الله رجلا في الحمام بغير ازار فقال

ألا أيها الناس خافوا إلهكم * ولا تدخلوا الحمام من غير مئزر

وذكر الكرخي ان من يمشي في الطريق بالسراويل وحده ليس عليه غيره لا تقبل شهادته لانه تارك للمروءة قال رحمه الله (أو يأكل الربا) لانه من الكبائر وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به وذلك بالادمان لانه لا يمكن التحرز عن العقود الفاسدة وهو ربا بخلاف أكل مال اليتيم حيث لا يشترط فيه الادمان لان التحرز عنه ممكن ولانه لم يدخل في ملكه وفي الربا يدخل فيشترط فيه الادمان قال رحمه الله (أو يقامر بالنرد والشطرنج أو تفوته الصلاة بسببهما) لان كل ذلك فسق وكذا إذا كان يكثر عليه الحلف كاذبا

وهي محذوفة اللام وقد استعملت متممة ددى كندى وددن كبدن ولا يخلو المحذوف أن يكون ياء كقولهم يد في يدي أو نونا كقولهم لد في لدن ومعنى تنكير الدد الشياع والاستغراق وان لا يبقى منه شيء الا وهو منزه عنه أي ما أنا في شيء من اللهو واللعب وتعريفه في الجملة الثانية لانه صار معهودا بالذكر كأنه قال ولا ذاك النوع مني وإنما لم يقل ولا هو مني لان الصريح آكد وأبلغ اهـ ابن الاثير رحمه الله (قوله ولو كان يقتني الحمام في بيته الخ) أو لحمل الكتب كما في ديار مصر والشام اهـ قارئ الهداية (قوله لما روى أن البراء بن مالك دخل عليه أخوه أنس بن مالك وهو يغني) وكان البراء بن مالك حسن الصوت اهـ الاصابة (قوله والاوجه ما ذكره المتكلمون الخ) قال في الدراية وقيل أصح ما فيه ما نقل عن الحلواني ما كان شنيعا بين المسلمين وفيه هتك حرمة الله والدين فهو كبيرة وكذا الاعانة على المعاصي والفجور والحث عليها من جملة الكبائر كذا الذخيرة والمحيط اهـ (قوله في المتن أو يدخل الحمام الخ) قال قاضيخان ولا شهادة من يدخل الحمام بغير ازار اذا لم يعرف رجوعه عن ذلك اهـ (قوله لان كشف العورة حرام) أي ومن تكب الحرام فاسق فلا تقبل شهادته اهـ اتقاني (قوله في الشرح من غير مئزر) الذي سمعته من شيخي العلامة الغزي رحمه الله الابمئزر اهـ (قوله وشرط في الاصل أن يكون مشهورا به) لانه اذا لم يكن مشهورا به فطريقه التهمة وعدالته ظاهرة فلا تبطل بتهمة معصية لم تتحقق اهـ غاية (فرع) قال الناصحي في تهذيب أدب القاضي حكى عن أبي الحسن أن شيخا الوصارع الاحداث في الجامع لم تقبل شهادته لان هذا سخف وان لم يحكم بفسقه لذلك اهـ اتقاني رحمه الله (فرع) ولا تقبل شهادة الطفيلي والمشعوذ والرقاص والمسخرة بلا خلاف اهـ معراج الدراية

لان كل ذلك من الكبائر وقالوا في النرد ترد شهادته بمجرد اللعب فيه من غير اشتراط القمار ولا غيره لان نفس اللعب فيه فسق وقال عليه الصلاة والسلام ملعون من يلعب بالنرد ومن يكون ملعونا كيف يكون عدلا بخلاف الشطرنج لان للاجتهاد فيه مساغا فلا ترد شهادته مالم ينضم إليه أحد المعانى الثلاثة التى ذكرناها آنفا قال رحمه الله (أو يبول أو يأكل على الطريق أو يظهر سب السلف) يعنى الصالحين منهم وهم الصحابة والتابعون والعلماء كأبى حنيفة وأصحابه لان هذه الاشياء تدل على قصور عقله وقلة مروءته ومن لم يمتنع عن مثلها لا يمتنع عن الكذب عادة بخلاف ما إذا كان يخفى السب وكذا لا تقبل شهادة من يأكل فى السوق بين أيدى الناس لما ذكرنا وقال بعض المشايخ لا تقبل شهادة أهل الحرف لكثرة الايمان الفاجرة منهم وأكثرهم على انها تقبل شهادة من عرف منهم بالعدالة ولا تقبل ممن يكثر شتم أهله ولا ممن يشتم الناس قال رحمه الله (وتقبل لاخيه وعمه وأبويه رضاعا وأم امرأته وبنتها وزوج بنته وامرأة أبيه وابنه) لان الاملاك بينهم متميزة والايدى متحيزة ولا بسطوة لبعضهم فى مال البعض فلا تتحقق التهمة بخلاف شهادته لقرابته ولادا أو أحد الزوجين للآخر على ما بينا قال رحمه الله (وأهل الاهواء الا الخطابية) وقال الشافعى رحمه الله لا تقبل شهادة أهل الاهواء لانهم فسقة إذ الفسق من حيث الاعتقاد أغلظ من الفسق من حيث التعاطى ولا شهادة للفاسق ولنا أن الفاسق إنما ترد شهادته لتهمة الكذب والفسق من حيث الاعتقاد لا يدل على ذلك بل ما أوقعه فيه الا تدينه ألا ترى ان فيهم من يكفر بالذنب وفيهم من يجعل منزلته بين الايمان والكفر فيكون هو أقوى اجتنابا عن الكذب حذرا عن الخروج من الدين ولانه مسلم عدل لا يتعاطى الكذب فوجب قبول شهادته قياسا على غير صاحب الهوى وهواه عن تأويل وتدين فلا تبطل عدالته به كمن يستبيح المثلث أو متروك التسمية واستدل محمد رحمه الله على قبول شهادته فقال أرأيت ان أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ساعدوا معاوية على مخالفة على رضى الله عنه ولو شهدوا بين يدى على أكان يرد شهادتهم ومخالفة على بعد عثمان بدعة وهواء فكيف الخروج عليه بالسيف ولكن لما كان عنده تأويل وتدين لم يمنع قبول شهادته وشرط فى الذخيرة لقبول شهادته أن يكون هوى لا يكفر به صاحبه وفى النهاية ان أصول أهل الهوى ستة الجبر والقدر والرفض والخروج والتشبيه والتعطيل ثم كل واحد يصير اثنى عشرة فرقة والخطابية قوم من الروافض ينسبون إلى أبى الخطاب محمد بن وهب الاجدع يستجيزون أن يشهدوا للمدعى إذا حلف عندهم أنه محق ويقولون المسلم لا يحلف كاذبا فباعتقادهم هذا تمكنت شبهة فى شهادتهم فلعله أقدم على الشهادة بهذا الطريق وقيل انهم يعتقدون ان من ادعى منهم شيأ على غيره يجب أن يشهد له بقية شيعته وذكر الاقطع أنهم قوم ينسبون إلى أبى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناس لانه كان يزعم أن على بن أبى طالب الاله الاكبر وجعفرا الصادق الاله الاصغر قال رحمه الله (والذمى على مثله) وقال الشافعى رحمه الله ومالك لا تقبل شهادة الذمى على ذمى مثله ولا على الحربى لانهم فسقة بين الله تعالى فسقهم فى آيات من القرآن وهو أغلظ من الفسق تعاطيا فكان أولى برد شهادته ولان الله تعالى

(قوله وقال عليه الصلاة والسلام وملعون من يلعب بالنرد) وهو حرام بالاجماع اه قارئ الهداية (قوله فلا ترد شهادته مالم ينضم إليه أحد المعانى الثلاثة) قال الاتقانى أما اذا لم يوجد أحد هذه ولعب بالشطرنج وحافظ على الصلاة فى وقتها ولم يقامر على ذلك ولم يحلف بالكذب فانه لا تسقط شهادته وذلك لان العلماء اختلفوا فى حرمة اللعب بالشطرنج وإباحته عند انعدام هذه المعانى فعلى قول مالك والشافعى يحل كذا نقل مذهبهما شمس الائمة السرخسى فى شرح أدب القاضى فى باب المسئلة عن الشهود ولان الناس لا يعدونه من الكبائر ولا يستخفون صاحبه فلا ترد شهادته اه (قوله فى المتن أو يبول أو يأكل على الطريق). أى بمرأى الناس لأنه تارك للمروءة اه قارئ الهداية (قوله وكذا لا تقبل شهادة من يأكل الخ) والذى وجدته بخط شيخنا مكتوبا بعد يأكل أو يشرب اه وكتب مانصه (قوله وكذا لا تقبل شهادة الخ) قال الكاكى لانه لا يفعل ذلك من كان له مروءة وكل فعل فيه ترك المروءة يوجب سقوط شهادته بلا خلاف بين الائمة الاربعة حتى لو مشى فى السوق أو فى مجامع الناس بسراويل واحد لا تقبل شهادته وكذا من يمد رجليه عند الناس أو يكشف رأسه فى موضع لا عادة فيه مما يجتنبه أهل المروآت (قوله فى المتن وتقبل لاخيه وعمه الخ) وذلك لعموم قوله تعالى وأشهدوا ذوى عدل منكم فيعمل بعمومه الا ما ورد التخصيص بالدليل اه اتقانى (قوله فى المتن وأهل الاهواء) قال الاتقانى أراد بأهل الاهواء أصحاب البدع كالخارجى والرافضى والجبرى والقدرى والمشبه والمعطل ويسمى أهل البدع أهل الاهواء لميلهم الى محبوب أنفسهم بلا دليل شرعى أو عقلى فالهوى محبوب النفس من هوى الشئ اذا أحبه وقد مر فى التبيين فى باب أقسام السنة اه (قوله بالكناس) كذا هو فى نسخ هذا الشرح وتبعه على ذلك الكمال والذى فى شرح الهداية للاتقانى نقلا عن شرح الاقطع وصلبه بالكناسة اه قال فى معجم البلدان لياقوت الكناسة بالضم محلة بالكوفة ولم يذكر ياقوت الكناس وقد وقفت على نسخة من شرح الاقطع معتمدة بخط شيخنا العلامة قاضى القضاة الغزى رحمه الله ونصها فهم يعنى الخطابية قوم ينسبون الى أبى الخطاب رجل كان بالكوفة قتله عيسى بن موسى وصلبه بالكناسة اه (قوله فى المتن والذمى على مثله) اتفقت ملتهما أو اختلفت اه (قوله بين الله تعالى فسقهم فى ايات من القرآن)

قال ممن ترضون من الشهداء والكافر غير مرضى ولان شهادة الرقيق ترد لما أن الرق أثر الكفر فكيف تقبل شهادة من به حقيقة الكفر ولان قبول شهادته يؤدى إلى إلزام الحاكم القضاء بشهادته ولا يجوز أن يلزم المسلم بشهادة الكافر ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم بالاجماع كى لا يلزمه شئ يتضرر به بشهادة الكافر ولانهم لا يجتنبون الكذب فان الله تعالى أخبر عنهم انهم ينكرون الآيات عنادا مع علمهم بانه حق قال الله تعالى وجحدوا بها واستيقنتها أنفسهم ظلما وعلوا فكان ذلك كذبا منهم والكذاب لا تقبل شهادته فلم يكن أهلا لها كالمرتد ولانه ليس بأهل للشهادة على المسلم فكذا على الكافر كالعبد لان من كان أهلا لها لا يختلف بين شخص وشخص وقال ابن أبى ليلى إن اتفقت ملتهم تقبل شهادة بعضهم على بعض و إن اختلفت لا تقبل لقوله عليه الصلاة والسلام لا شهادة لاهل ملة على أهل ملة أخرى إلا المسلمون فان شهادتهم مقبولة على أهل الملل كلهم ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين بشهادة يهود عليهما بالزنا وعن أبى موسى الاشعرى وجابر بن عبد الله أنه عليه الصلاة والسلام أجاز شهادة النصارى بعضهم على بعض وعليه إجماع السلف وقوله تعالى أو آخران من غيركم أى من غير أهل دينكم وهو مبنى على قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا فهذا نص على أن شهادة الكافر مقبولة فى وصية المسلم وفى وصية الكافر أولى ثم انتساخه فى حق المسلم لاجل أنه لا يتم على المسلمين انتسخت لا يدل على انتساخه فى حق الكافر ابقاء ولاية بعضهم على بعض لقوله تعالى والذين كفروا بعضهم أولياء بعض والمراد به الولاية دون الموالاة لانه معطوف على قوله تعالى ما لكم من ولايتهم من شئ فاذا بقيت ولاية بعضهم على بعض بقيت الشهادة أيضا لانها نوع ولاية لما فيها من إلزام الغير فدل ذلك على ان الآية غير منسوخة فى حقهم وكيف يقال ذلك وقد عمل بها بعض الصحابة فى حق المسلمين أيضا فان أبا موسى الاشعرى رضى الله تعالى عنه امضى شهادة الكافرين فى وصية المسلم فيما رواه أبو داود والدارقطنى وقالت عائشة رضى الله تعالى عنها لجبير بن نفير هل تقرأ سورة المائدة قال نعم قالت فانها آخر سورة أنزلت فما وجدتم فيها من حلال فأحلوه وما وجدتم فيها من حرام فحرموه رواه أحمد فهذا يدلك على أنها ليست بمنسوخة فى حق المسلم أيضا والفسق من حيث الاعتقاد لا يمنع القبول لانه يمتنع عن محظور دينه أشد الامتناع والكذب محظور فى الاديان كلها والرضا ثبت فى حق الكافر فى حق المعاملات بصفة الامانة لان الله تعالى وصفهم بذلك فقال ومن أهل الكتاب من أن تأمنه بقنطار يؤده اليك فخرجت الآية مخرج الوصف لهم بالامانة والامانة مرضية وان لم يكن الكافر مرضيا لكفره ولما كان مؤتمنا فى المعاملات كان مؤتمنا فى الشهادة لانها من أداء الامانة والفرق بينه وبين العبد ان العبد ليس من أهل الولاية على أحد كالصبى والشهادة من باب الولاية والكافر أهل للولاية على جنسه فيكون أهلا للشهادة أيضا على جنسه والقاضى لا يلزمه القضاء بقول الكافر وانما لزمه بالتقليد عند قيام الحجة والقضاء أمانة عنده فيجب عليه أداؤه كما يلزمه النظر للغيب والصغار منهم ومن المسلمين من غير أن ينظر بأى سبب وجب لهم الحق وامتناعهم عن الكذب مشاهد والعناد والجحود الذى حكى الله تعالى عنهم فى حق من كان فى ذلك الزمان مع علمهم لا يوجب أن يكون من فى عصرنا منهم أن يكون عالما بالحق بل الظاهر أنه يعتقد الكفر حقا لجهله به ولو علم لاسلم وقد كان فى ذلك الزمان أيضا من لا يعلم ألا ترى الى قوله تعالى ومنهم أميون لا يعلمون الكتاب الا أمانى وقال تعالى وان فريقا منهم ليكتمون الحق وهم يعلمون وقولهم من كان أهلا للشهادة لا يختلف بين شخص وشخص قلنا انما اختلفت شهادته بين المسلم والكافر لما ذكرنا ومثل هذا غير منكر شرعا ألا ترى ان شهادة المسلم على عدوه لا تقبل وعلى غيره تقبل وكذا شهادته لقرابته ولادا لا تقبل ولغيرهم تقبل فلا يبعد رد الشهادة بالنسبة الى شخص للتهمة فكذا هذا والمرتد لا ولاية له على أحد فلا تقبل شهادته على أحد كالعبد والصبى وملل الكفر كلها ملة واحدة فتقبل شهادة بعضهم على بعض وان اختلفت مللهم

منها قوله فى سورة النور ومن كفر بعد ذلك فأولئك هم الفاسقون ولا تقبل شهادة الفاسق لقوله تعالى ان جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا اه (قوله وان اختلفت لا تقبل) كشهادة اليهودى على النصرانى وعكسه اه كمال (قوله ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم يهوديين الخ) قال الاتقانى ولنا ما حدث الطحاوى فى شرح الآثار باسناده الى عامر الشعبى عن جابر بن عبد الله أن اليهود جاؤا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم برجل وامرأة منهم زنيا فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم ائتونى بأربعة منكم يشهدون فعلم بذلك أن النبى صلى الله عليه وسلم جوز شهادتهم عليهم اه (قوله والمرتد لا ولاية له على أحد) لانه لا دين له يقر عليه اه اتقانى

(قوله فى المتن والحربى على مثله لا على الذمى) قال فى الهداية لا تقبل شهادة الحربى على الذمى قال الكمال أراد به المستأمن لانه لا يتصوّر غيره فان الحربى لو دخل بلا أمان قهر استرق ولا شهادة للعبد على أحد اهـ (قوله والذمى أعلى حالا منه لانه من أهل دارنا) وقد قبل خلف الاسلام وهو الجزية حتى كان له وعليه مثل ما كان للمسلم وعليه اهـ اتقانى فهو أقرب الى الاسلام ولهذا يقتل المسلم بالذمى عندنا لا بالمستأمن اهـ كمال رحمه الله (قوله والحربى مثل الحربى) قال الاتقانى وتقبل شهادة المستأمنين بعضهم على بعض بشرط اتحاد الدار فاذا اختلفت فلا لارتفاع الولاية والعصمة ولهذا لا يجرى التوارث عند اختلاف الدارين بخلاف أهل الذمة حيث تقبل شهادة بعضهم على بعض وان كان هذا رومياوذاك تركيا لانهم لما قبلوا الجزية صاروا من أهل ديارنا وكانت دارهم متحدة حكما قال الناصحى فى تهذيب أدب القاضى فان أسلم المشهود عليه قبل أن يقضى عليه بطلت الشهادة لانا لو قضينا القضينا الآن ولا يجوز أن يقضى بشهادة كافر على مسلم واذا عرض ما يمنع القضاء بالشهادة قبل القضاء لم يقض به كما لو رجع الشهود قبل القضاء فانه لا يقضى كذا هذا وان قضى عليه بشهادة الكافر ثم أسلم فالقضاء ماض ويؤخذ منه المال لان الشهادة تمت بالقضاء فطريان ما يبطل الشهادة لا يبطل القضاء كما لو رجع الشهود بعد القضاء الا فى الحدود والقصاص فى النفس وفيما دون النفس فانى أدرأ ذلك عنه لان الامضاء من القضاء فى باب الحدود فاذا عرض مانع قبل الاستيفاء لم يستوف الحد والقصاص اهـ (قوله وألم اذا أذنب) قال الاتقانى ألم أى أتى اللمم وهو دون الكبيرة من الذنوب كذا فى تهذيب الديوان اهـ (قوله وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته أغلب الخ) قال فى الهداية واذا كانت الحسنات أغلب من السيآت والرجل يجتنب الكبائر قبلت شهادته وان ألم بمعصية قال الكمال هذا هو معنى المروى عن أبى يوسف فى حد العدالة وهو أحسن ما قيل وفيه قصور حيث لم يتعرض لامر المروءة بل اقتصر على ما يتعلق بأمر المعاصى والمروى عن أبى يوسف هو قوله أن لا يأتى بكبيرة ولا يصر على صغيرة ويكون ستره أكثر من هتكه وصوابه أكثر من خطئه ومروءته ظاهرة ويستعمل الصدق ويجتنب الكذب ديانة ومروءة هكذا نقله عنه القاضى أبو حازم حين سأله عبيد الله بن سليمان وزير المعتضد عن العدالة فقال له أحسن ما نقل فى هذا الباب ما روى عن أبى يوسف يعقوب ابن ابراهيم الانصارى القاضى ثم ذكر ذلك وكان يكفيه أن يقول ومروءته ظاهرة وقول المصنف فأما الالمام بمعصية فلا تقدح به العدالة تريد الصغيرة ولفظ الالمام وألم اشتهر فى الصغيرة ومنه قول أبى خراش وهو يسعى بين الصفا والمروة

إن تغفر اللهم تغفر جما * وأىّ عبد لك لا ألما

هكذا أورده القتبى عنه بسنده ونسبه الخطابى الى أمية ونسبة صاحب الذخيرة اياه الى النبى صلى الله عليه وسلم غلط ولا بأس بذكر افراد نص عليها منها ترك الصلاة بالجماعة بعد كون الامام لا طعن عليه فى دين ولا حال وان كان متأوّلا فى تركها كأن يكون معتقدا فضيلة أول الوقت والامام يؤخر الصلاة وغير ذلك لا تسقط عدالته بالترك وكذا بترك الجمعة من غير عذر فمنهم من أسقطها بمرة واحدة كالحلوانى ومنهم من شرط ثلاث مرات والاول أوجه وذكر الاسبيجابى من أكل فوق الشبع سقطت عدالته عند الاكثر ولا بد من كونه من غير ارادة التقوى على صوم الغد أو مؤانسة الضيف وكذا من خرج لرؤية السلطان أو الامير عند قدومه ورد شهادة شيخ صالح لمحاسبته ابنه فى النفقة فى طريق مكة كأنه رأى منه تضييقا ومشاحة يشهد بالبخل وذكر الخصاف ان ركوب البحر للتجارة أو التفرج يسقط العدالة وكذا التجارة الى أرض الكفار وقرى فارس ونحوها لانه مخاطر بدينه ونفسه لنيل المال فلا يؤمن أن يكذب لاجل المال وترد شهادة من لم يحج اذا كان موسرا على قول من يراه على الفور وكذا من لم يؤذن كأنه وبه أخذ الفقيه أبو الليث وكل من شهد على اقرار باطل وكذا على فعل باطل مثل من يأخذ سوق النخاسين مقاطعة وأشهد على وثيقتها شهودا قال المشايخ ان شهدوا حل بهم الطعن لانه شهادة على باطل فكيف هؤلاء الذين يشهدون عند مباشرى السلطان على ضمان الجهات والاجارات المضارة على المحبوسين عندهم والذين فى ترسيمهم اهـ ما قاله الكمال

لان بعضهم ليس فى قهر بعض فلا يؤدى الى التقول عليه قال رحمه الله (والحربى على مثله لا على الذمى) لانه لا ولاية له على الذمى وله ولاية على الحربى والذمى أعلى حالا منه لانه من أهل دارنا فجازت شهادته عليه ولا تجوز شهادة الحربى على الذمى والحربى مثل الحربى فتجوز شهادة أحدهما على الآخر الا اذا كانا من دارين مختلفين كالافرنج والحبش لانقطاع الولاية بينهما ولهذا لا يتوارثان والدار تختلف باختلاف المنعة والملك لانقطاع النصرة بينهما واستباحة كل واحد منهما دم الآخر وماله قال رحمه الله (ومن ألمّ بصغيرة ان اجتنب الكبائر) أى تقبل شهادة من عصى معصية صغيرة بشرط أن يجتنب الكبائر واللمم الصغيرة وألم اذا أذنب ما دون الفواحش وتقبل شهادته اذا اجتنب الكبائر كلها وكانت حسناته أغلب من سيآته وقد مضى ذكر الكبائر والصغائر فبقى الكلام فى العدالة والاصل ان العدالة شرط لقبول الشهادة وهى الاستقامة يقال طريق عدل للجادة والاستقامة بالاسلام واعتدال العقل ويعارض العقل هوى يضله ويصده عن الاستقامة وليس لكمال الاستقامة حد يدرك مداه ويكتفى لقبول الشهادة

رأدناه كى لايؤدّى الى تضييع الحقوق وأدناه رجحان جهة الدين والعقل على الهوى والشهوة واختلفوا فى ذلك فقيل من ارتكب كبيرة أو أصر على صغيرة سقطت عدالته وصار متهما بالكذب لظهور رجحان جهة الهوى على العقل وأحسن ماقيل فيه مانقل عن أبى يوسف رحمه الله ان العدل فى الشهادة أن يكون مجتنبا عن الكبائر ولا يكون مصرا على الصغائر ويكون صلاحه أكثر من فساده وصوابه أكثر من خطئه لان الصغيرة تكون كبيرة بالاصرار عليها ولا يوثق بكلام من كثر منه الخطأ أو الفساد فلم يوجد مايدل عن الاجتناب عن الكذب والالمام من غير اصرار لايقدح فى العدالة اذ لا يوجد من البشر من هو معصوم سوى الانبياء عليهم الصلاة والسلام فيؤدّى اشتراط العصمة الى سد باب الشهادة وهو مفتوح بقوله تعالى وكذلك جعلناكم أمة وسطا لتكونوا شهداء على الناس أى عدولا وقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عدول بعضهم على بعض إلا محدودا فى قذف قال رحمه الله (والاقلف) لاطلاق النصوص من غير تقييد بالختان ولانه لايخل بالعدالة هذا اذا تركه لعذر به من كبر أو خوف هلاك وان تركه من غير عذر استخفافا بالدين لاتقبل شهادته لانه لم يبق عدلا مع الاستخفاف بالدين وعن ابن عباس رضى الله عنهما انه لاتقبل شهادته وهو محمول على ما اذا تركه استخفافا بالسنة ولم يقدر أبو حنيفة للختان وقتا معلوما لانه لم يرد فيه كتاب ولا سنة ولم ينقل فيه اجماع الصحابة رضى الله عنهم وطريق معرفة المقادير السماع وليس للرأى فيه مدخل وقدّره المتأخرون واختلفوا فى وقته فقال بعضهم وقته من سبع سنين الى عشر سنين وقال بعضهم اليوم السابع من ولادته أو بعد السابع بعد أن يكون الصبى محتملا ولا يهلك لما روى أن الحسن والحسين رضى الله عنهما ختنا فى اليوم السابع أو بعد السابع ولكنه شاذ وهو سنة للرجال عندنا دون النساء وقال بعض العلماء انه فرض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الختان للرجال سنة وللنساء مكرمة قال الحلوانى رحمه الله كان النساء يختتن فى زمن أصحاب النبى صلى الله عليه وسلم وانما كان ذلك مكرمة لانها تكون الذلة عند المواقعة قال رحمه الله (والخصى وولد الزنا والخنثى) لتحقق العدالة منهم لان قطع العضو أو زيادته أو جناية أبويه لايوجب قدحا فى العدالة وقبل عمر رضى الله عنه شهادة علقمة الخصى والخنثى اما رجل أو امرأة فشهادة الجنسين مقبولة ثم هو ان لم يكن مشكلا فلا اشكال فيه وان كان مشكلا فيجعل امرأة فى حق الشهادة احتياطا حتى لايجوز أن يشهد مع رجل مالم يضم اليه امرأة ولا مع النساء بلا رجل معهن قال رحمه الله (والعمال) المراد به عمال السلاطين الذين يأخذون الحقوق الواجبة كالخراج والجزية والصدقات عند عامة المشايخ وقيل هم الامراء وقيل الذين يعملون بايديهم ويؤجرون أنفسهم وأياما كانوا تقبل شهادتهم لان نفس العمل ليس بفسق وبعض أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بل كبراؤهم كانوا عمالا الا ان العمل عبادة وله الاجر على ذلك الا اذا كانوا أعوانا على الظلم وقيل اذا كان العامل وجيها فى الناس ذا مروءة لايجازف فى كلامه تقبل شهادته كما مر عن أبى يوسف رحمه الله فى الفاسق لانه لمهابته لايتجاسر أحد على استئجاره على الشهادة الكاذبة ولوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة وروى أن فضيل بن ربيع وزير الخليفة شهد عند أبى يوسف رحمه الله فى حادثة فرد شهادته فشكاه الى الخليفة فقال الخليفة أيها القاضى ان وزيرى رجل دين لايشهد بالزور فلم رددت شهادته فقال لانى سمعته يوما قال للخليفة أنا عبدك فان كان صادقا فلا شهادة للعبد وان كان كاذبا فكذلك أيضا لانه اذا كان لايبالى بالكذب فى مجلسك فلا يبالى بالكذب فى مجلسى أيضا فعذره الخليفة فيه وفى الكافى هذا كان فى زمانهم لان الغالب عليهم الصلاح وفى زماننا لاتقبل شهادة العمال لغلبة ظلمهم وذكر فى النهاية معزيا الى الجامع الصغير للبزدوى أن من قام بتوزيع هذه النوائب على المسلمين بالقسط والعدالة كان مأجورا وان كان اصله من جهة باطلة

(قوله فى المتن والاقلف الخ) وما عن ابن عباس انه لاتقبل شهادته ولاتقبل صلاته ولاتؤكل ذبيحته انما أراد به المجوس ألا ترى الى قوله لاتؤكل ذبيحته اه كمال رحمه الله (قوله الذلة) الذى بخط الشارح لانها تكون الذالة اه (قوله فى المتن والخصى وولد الزنا) قال الاتقانى رأيت فى كتاب التفريع لاصحاب مالك قال ولا بأس بشهادة ولد الزنا الا فى الزنا وما أشبهه من الحدود فانها لاتجوز فيه هذا لفظ كتاب التفريع ووجه ذلك أنه يريد أن يكون جميع الناس مثله وهذا ضعيف لان كلامنا فيما اذا كان ولد الزنا عدلا والعدل لايرضى بذلك اه (قوله ولامع النساء بلا رجل معهن) وينبغى أن لاتقبل شهادته فى الحدود والقصاص كالنساء لانه يحتمل أن يكون امرأة وفى شهادتهن شبهة البدلية والحدود تدرأ بالشبهات انتهى اتقانى (قوله فى المتن والعمال) ذكر الامام قاضيخان أراد به عامل السلطان الذى يعينه على أخذ الحقوق الواجبة شرعا أما الذى يعينه على أخذ الحرام لاتقبل شهادته انتهى وكتب مانصه وذكر فى الواقعات فى باب الشهادات بعلامة السين العمال للسلطان الذين يأخذون العشر والصدقات وغيرها جازت شهادتهم اذا كانوا أمناء لانهم انما حملوا على ذلك لامانتهم فالظاهر أنهم يحترزون من الكذب اه اتقانى (قوله ولوجاهته لايقدم على الكذب حفظا للمروءة) فاما اذا كان ساقط المنزلة عند الناس أو مجازفا فى كلامه لاتقبل شهادته اه كافى

ثم

ثم قال فعلى هذا ينبغى أن تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا وان كان المراد بالعمال أهل الحرف فقد ذكرنا حكمهم فيما تقدم وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته لانه يتمنى كثرة الموت بالطاعون وغيره وفى النهاية شهادة البخيل لا تقبل فالظاهر أنه أراد به من يبخل بالواجبات كالزكاة ونفقة الزوجات والاقارب قال رحمه الله (والمعتق للمعتق) أى تقبل شهادة المعتق للذى أعتقه وكذا بالعكس لعدم التهمة وقد بينا أن قنبرا والحسن شهدا لعلى عند شريح فقبل شهادة قنبر وهو كان عتيق على رضى الله تعالى عنهم أجمعين قال رحمه الله (ولو شهدا أن أباهما أوصى اليه والوصى يدعى جاز وان أنكر لا كما لو شهدا أن أباهما وكله بقبض ديونه وادعى الوكيل أو أنكر) يعنى اذا مات رجل وترك ابنين فادعيا أن أباهما أوصى الى رجل والرجل يدعى الوصية جازت شهادتهما وان أنكر الرجل الوصية لا تقبل شهادتهما كما لا تجوز شهادتهما ان أباهما الغائب قد وكل هذا الرجل بقبض ديونه سواء ادعى الرجل الوكالة أو أنكر والقياس أن لا تجوز الوصية أيضا وان ادعى وكذا اذا شهد الموصى اليهما أو لهما أو الغريمان لهما عليه دين أو عليهما له دين أنه أوصى الى هذا الرجل تجوز هذه الشهادة استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها تجر منفعة الى الشاهد باقامة من يحفظ ماله أو من يستوفى منه أو من تبرأ ذمته بالتسليم اليه أو من يعينه بالقيام على الوصية والشهادة التى تجر منفعة لا تقبل فصار نظير مسئلة الوكالة وجه الاستحسان أن للقاضى ولاية نصب الوصى اذا كان الوصى طالبا وكان الموت معروفا فيكفى القاضى بهذه الشهادة مؤنة التعيين وزكاه بشهادتهما اذ لولا شهادتهما كان يتأمل فيمن يعين وفيمن يصلح فيعين من تثبت صلاحيته نظرا للميت وان لم يوص لانه نصب ناظرا فلم يثبت بهذه الشهادة شىء لم يكن له فعله ونظيرها القرعة فانها ليست بموجبة شيأ لم يكن له لولا القرعة ومع هذا جاز استعمالها تطييبا للقلوب ونفيا للتهمة عن القاضى ولا يقال اذا كان للميت وصيان لا يحتاج القاضى الى وصى ثالث فكيف يصح ما قلتم لانا نقول اذا أقر الوصيان أن معهما ثالثا كان له أن يضم اليهما ثالثا لعجزهما عن القيام بأمور الميت باقرارهما أن معهما ثالثا بخلاف ما اذا كان الوصى جاحدا لان القاضى لا يملك اجبار أحد على قبول الوصية وبخلاف ما اذا لم يكن الموت ظاهرا لانه حينئذ لا يملك القاضى نصب الوصى الا بهذه البينة فتصير الشهادة موجبة على القاضى فتبطل لمعنى التهمة وهو جر المنفعة الى الشاهد على ما بينا وبخلاف مسئلة الوكالة وهى ما اذا أقام شخصان البينة ان أباهما الغائب وكل فلانا بقبض حقوقه حيث لا تقبل وان أقر الوكيل بذلك لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فلو ثبت لثبت بشهادتهما وهى غير موجبة لاجل التهمة فبطلت وفى الكافى فى الغريمين للميت عليهما دين تقبل شهادتهما وان لم يكن الموت ظاهرا لانهما يقران على أنفسهما بثبوت ولاية القبض للمشهود له فانتفت التهمة وثبت موت رب الدين باقرارهما فى حقهما وقيل معنى القبول أن يأمرهما القاضى باداء ما عليهما اليه لا أن يبرآ عن الدين بهذا الاداء لان استيفاء الدين منهما حق عليهما فيقبل فى حقه والبراءة حق لهما فلا تقبل فى حقهما قال رحمه الله (ولا يسمع القاضى الشهادة على جرح) أى على جرح مجرد من غير أن يتضمن ايجاب حق من حقوق الشرع أو من حقوق العباد لان الفسق المجرد مما لا يدخل تحت الحكم لان الفاسق يرفع فسقه بالتوبة ولعله قد تاب فى مجلسه أو قبله فلا يتحقق الالزام ولان فيه هتك الستر واشاعة الفاحشة من غير ضرورة وهو حرام والضرورة جائز على ما نبين

(قوله فعلى هذا ينبغى ان تقبل شهادة من قام بالتوزيع ولو كان مجازفا) الى هنا كلام الشارح وبعد هذا كتبت ملحقا وهو فى كلامه من العمال لا تقبل شهادته هذا الملحق من كلام صاحب النهاية ولا يصح الكلام الا به (قوله وبائع الكفن قالوا لا تقبل شهادته) قال الولوالجى رحمه الله فى أثناء الفصل الثالث من أدب القاضى قالوا شهادة بائع الاكفان لا تجوز قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى انما لا تجوز اذا ترصد لذلك العمل لانه حينئذ يتمنى الموت والطاعون أما اذا كان يبيع الثياب هكذا ويشترى منه الكفن تجوز شهادته اه (قوله فى المتن ولو شهدا أن أباهما) قال الكمال صورتها رجل ادعى انه وصى فلان الميت فشهد بذلك اثنان موصى لهما بمال أو وارثان كذلك أو غريمان لهما على الميت دين أو للميت عليهما دين أو وصيان فالشهادة جائزة استحسانا والقياس أن لا تجوز لان شهادة هؤلاء تتضمن جلب نفع للشاهد أما الوارثان لقصدهما نصب من يتصرف لهما ويربحهما ويقوم باحياء حقوقهما والغريمان الدائنان والموصى لهما لوجود من يستوفيان منه والمديونان لوجود من يبرآن بالدفع اليه والوصيان من يعينهما فى التصرف فى المال والمطالبة وكل شهادة جرت نفعا لا تقبل (قوله وكذا اذا شهد الموصى اليهما) يقال أوصى اليه أى جعله وصيا وأوصى له بكذا أى جعله موصى له اه اتقانى (قوله تجوز هذه الشهادة استحسانا) وهذا اذا كان الموت ظاهرا فان لم يكن ظاهرا لا تقبل شهادة هؤلاء الا الغريمين للميت عليهما دين فان شهادتهما تقبل وان لم يكن الموت معروفا اه اتقانى (قوله فكيف يصح ما قلتم) قلت انهما شهدا أن الميت أوصى الى هذا الرجل الثالث فقد أقرا أن لا حق لهما فى التصرف ما لم يكن معهما ثالث فلو رد شهادتهما لاحتاج الى نصب وصى آخر حتى يتصرف معهما فلا يكون لرد الشهادة فائدة اه غاية (قوله جائز على ما نبين) قال له يا فاسق ثم أراد أن يثبت فسقه بالبينة ليدفع التعزير عن نفسه لا تسمع بينته

ولا يقال فيه ضرورة وهو منع الظالم عن الظلم فينبغي أن يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك الظالم أو المظلوم لانا نقول لا ضرورة الى هذه الشهادة لتمكنه من الاخبار للقاضي سرا حتى يرد شهادتهم فأمكن الامتناع عن الظلم بذلك أما اذا كان الجرح غير مجرد بان كان فيه اثبات حق الله تعالى كقولهما زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا أو كان فيه اثبات حق العبد كقولهما أخذوا المال أو قتلوا النفس عمدا فتقبل شهادتهم ما ضرورة احياء الحقوق وان كان فيه هتك لان مقصودهما ايجاب حق الله تعالى وهو الحد أو ايجاب حق العبد وهو ضمان يدخل تحت الحكم وفي ضمنه يثبت الجرح وكذا اذا قال صالحت الشهود بكذا من المال على أن لا يشهدوا على بهذا الباطل وقد شهدوا على به وأقام على ذلك بينة وطلب استرداد المال تقبل بينته وكذا اذا قال أعطاهم المدعي من مالي الذي كان عنده حتى يشهدوا له بالزور وطلب استرداده تقبل لان دعواه صحيحة لما فيه من ايجاب رد المال على الشهود وهو مما يدخل تحت الحكم حتى لو قال صالحتهم بكذا من المال على أن لا يشهدوا على ولم أدفع اليهم المال أو قال استأجرهم المدعي بكذا من المال على أن يشهدوا له لا تقبل لان الدعوى غير صحيحة اذ المدعي مجرد جرح لانه لم يدع قبله حقا يمكن القضاء به ودعوى الاستئجار وان كانت صحيحة لكنه يدعيها لغيره وليس له ولاية الزام غيره لغيره فكان جرحا مجردا ولو أقام البينة على اقرار المدعي أن الشهود فسقة تقبل بينته لانه اقرار بأنه لا حق له في المعنى وكذا اذا أقام البينة على اقراره انه استأجر الشهود أو على اقرار الشهود انهم لم يحضروا المجلس الذي كان فيه الحق وكذا اذا أقام البينة أن الشهود عبيد أو محدودون في قذف لان في العبيد اثبات الحق عليهم وهو الرق وفي غيره ليس فيه اشاعة الفاحشة من عندهم وانما حكوا باظهار فاحشة من غيرهم وذكر في الكافي أنه لو أقام البينة على اقرار الشهود انهم شهدوا بالزور أو على اقرارهم انهم أجراء في اداء هذه الشهادة أو على اقرارهم أن المدعي مبطل في هذه الدعوى أو على اقرارهم انهم لا شهادة لهم على المدعى عليه في هذه الحادثة لم تقبل الشهادة وفيه أنه اذا أقام البينة أن الشهود زناة أو شربة خمر لا تقبل ولو أقام البينة انهم زنوا ووصفوا الزنا أو شربوا الخمر أو سرقوا مني كذا ولم يتقادم العهد تقبل شهادتهم قيده بكونه غير متقادم لانه لو كان متقادما لا تقبل لعدم اثبات الحق به لان الشهادة بحد متقادم مردودة وما ذكره الخصاف من قوله ان الشهادة على الجرح المجرد مقبولة تأويله اذا أقامها على اقرار المدعي بذلك أو على التزكية وعلى هذا ما ذكره في الكافي وغيره من أن الشهود لو شهدوا أن الشهود زناة أو شربة خمر لم تقبل وان شهدوا انهم زنوا أو شربوا الخمر أو سرقوا تقبل يحمل الاول على انه اذا كان متقادما والا فلا فرق بين قولهم زناة أو زنوا الخ قال رحمه الله (ومن شهد ولم يبرح حتى قال أوهمت بعض شهادتي تقبل لو عدلا) قوله أوهمت أي أخطأت بذكر زيادة كانت باطلة أو بنسيان بعض ما كان يجب علي ذكره لان الشاهد قد يبتلى بالغلط لمهابة مجلس القاضي فوضح العذر فتقبل شهادته اذا تداركه في أوانه وهو عدل فان قال ذلك بعد ما قام عن المجلس لا تقبل شهادته لجواز أنه غره أحد الخصمين بالرشوة ثم قيل يقضي بجميع ما شهد به أولا حتى لو شهد بألف ثم قال غلطت في خمسمائة يقضي بالالف لان المشهود به أولا صار حقا للمدعي ووجب على القاضي القضاء به فلا يبطل برجوعه وقيل يقضي بما بقي لان ما حدث بعد الشهادة قبل القضاء كحدوثه عند الشهادة واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله هذا اذا كان موضع شبهة كما بينا أما اذا لم يكن موضع شبهة فلا بأس باعادة الكلام مثل أن يدع لفظ الشهادة أو اسم المدعي أو المدعى عليه أو يترك الاشارة الى أحد الخصمين وما يجري مجراه وان قام عن المجلس بعد أن يكون عدلا مأمونا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن قوله يقبل في غير المجلس في الكل والاول هو الظاهر وذكر في النهاية ان الشاهد اذا قال أوهمت في الزيادة أو في النقصان يقبل قوله اذا كان عدلا ولا يتفاوت بين أن يكون قبل القضاء أو بعده رواه الحسن عن أبي حنيفة وبشر عن أبي يوسف وعلى هذا لو وقع الغلط في ذكر بعض حدود العقار أو في بعض النسب ثم تذكر بعد ذلك تقبل لانه قد يبتلى به في مجلس القضاء فذكره ذلك للقاضي دليل على صدقه واحتياطه في الامور

لان الشهادة على مجرد الجرح والفسق لا تقبل بخلاف ما اذا قال له يا زاني ثم أثبت زناه ببينة تقبل لانه متعلق الحد اه قنية في الحدود (قوله في المتن حتى قال أوهمت) قال في المغرب ووهم في الحساب غلط من باب لبس وأوهم فيه مثله ومنه قوله فان قال أوهمت أو أخطأت أو نسيت وفي حديث علي رضي الله عنه قال الشاهدان أوهمنا انما السارق هذا ويروى وهمنا وأوهم في الحساب مائة أي أسقط وأوهم من صلاته ركعة وفي الحديث أنه صلى الله عليه وسلم صلى وأوهم في صلاته فقيل له كأنك أوهمت في صلاتك اه

الاختلاف في الشهادة خلاف الاصل بل الاصل الاتفاق لان الاصل فيما يتفرع عن جهة واحدة ذلك والشهادة كذلك لانها تتفرع إما عن رؤية كما في الغصب والقتل أو سماع باقرار وغيره والشاهدان متساويان في ادراك ذلك فيستويان فيما يؤديان فلذا أخره عما لم يذكر فيه خلاف اهـ كمال رحمه الله (قوله في المتن الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت) بان كانت في ألف قرض وشهدا بألف قرض اهـ ع (قوله والا) أي وان لم توافق الشهادة الدعوى بأن كانت في ألف قرض وشهدا بألف ثمن متاع اهـ ع (قوله لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة) أي لانها لاثبات حقه فلا بد من طلبه وهو الدعوى وقد وجدت الدعوى فيما وافقها أي توافق الشهادة فوجد شرط قبولها فتقبل وانعدمت فيما يخالفها فانها لما لم توافقها صارت الدعوى لشئ آخر وشرط قبول الشهادة تقدم الدعوى واعلم أن ليس المراد من الموافقة المطابقة بل إما المطابقة أو كون المشهود به أقل من المدعى به بخلاف ما اذا كان أكثر فمن الاقل ما لو ادعى نكاح امرأة بسبب أنه تزوجها بمهر كذا فشهدوا أنها منكوحته بلا زيادة تقبل و يقضى بمهر المثل ان كان قدر ما سماه أو أقل فان زاد عليه لا يقضى بالزيادة كذا في غير نسخة من الخلاصة والظاهر أنه انما يستقيم اذا كانت (٢٢٩) هي المدعية ومنه اذا ادعى ملكا مطلقا أو بالنتاج فشهدوا في الاول بالملك بسبب وفي الثاني بالملك المطلق قبلتا لان الملك بسبب أقل من المطلق لانه يفيد الاولية على الاحتمال والنتاج على اليقين وفي قلبه وهو دعوى المطلق فشهدوا بالنتاج لا تقبل ومن الاكثر ما لو ادعى الملك بسبب فشهدوا بالمطلق لا تقبل الا اذا كان السبب الارث لان دعوى الارث كدعوى المطلق هذا هو المشهور وقيده في الاقضية بما اذا نسبه الى معروف سماه ونسبه أما لو جهله فقال اشتريته أو قال من رجل أو زيد وهو غير معروف فشهدوا بالمطلق قبلت فهي خلافية تذكر الخلاف في القبول رشيد الدين وهذا اذا ثبت وأما اذا تحمل الشهادة على ملك بسبب وأراد أن يشهد بالمطلق لم يذكر في شئ من الكتب واختلف المشايخ فيه والاصح لا يحل له قلت كيف وفيه أيضا ابطال حقه فانها لا تقبل فيما لو ادعاه بسبب اهـ كمال (قوله فاذا خالفتها فقد كذبتها) أي كذبت الشهادة الدعوى اهـ وكتب ما نصه فنسب الكذب الى الدعوى لا الى الشهادة لان الاصل في الشهود العدالة دون المدعى اذ هي شرط فيهم دونه اهـ من خط الشارح رحمه الله (قوله بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط) قال الكمال وانما قيد الاشتراط بحقوق العباد احترازا عن حقوق الله تعالى فان دعوى مدع خاص غير الشاهد ليس شرطا لقبول الشهادة لان حقه تعالى واجب على كل أحد القيام في اثباته وذلك الشاهد من جملة من عليه ذلك فكان قائما في الخصومة من جهة الوجوب عليه وشاهدا من جهة تحمل ذلك فلم يحتج فيها الى خصم آخر اهـ (قوله في المتن ادعى دارا ارثا أو شراء فشهدا بملك مطلق) يعني من غير ذكر سبب اهـ ع (قوله والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى) أي سواء كان بعين ذلك اللفظ أو بمرادفه حتى لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية قبلت اهـ كمال وقوله اعادة هو بالعين في خط الشارح وكذا هو في الدراية وفي الكافي افادة بالفاء اهـ

﴿ باب الاختلاف في الشهادة ﴾

قال رحمه الله (الشهادة ان وافقت الدعوى قبلت والا لا) لان تقدم الدعوى في حق العبد شرط لقبول الشهادة لان القاضي انما نصب لفصل الخصومات بين الخصوم وفصله يفتقر الى سبق أحد الشيئين بعد الدعوى اما الشهادة أو اليمين وقد وجد تقدم الدعوى فيما اذا وافقت الشهادة الدعوى فأمكن الفصل بالشهادة ولم يوجد فيما اذا خالفتها فلم يمكن القضاء بها وهذا لان الشهادة لاجل تصديق الدعوى فاذا خالفتها فقد كذبتها والدعوى الكاذبة لا يعتبر وجودها فانعدم الشرط وهو تقدم الدعوى فلا يحكم بها بخلاف حقوق الله تعالى لان الدعوى فيها ليست بشرط لان اقامة حقوق الله تعالى واجبة على كل أحد فكان كل واحد خصما في اثباته فصار كأن الدعوى موجودة ولانه تعالى لما أمر باقامتها كان طالبا لها فلم يبق الا اقامتها وفي حقوق العباد لا بد من طلبها بالدعوى اذ لا يعرف القاضي حقوقهم ولا يجبرهم على استيفائها قال رحمه الله (ادعى دارا ارثا أو شراء فشهدا بملك مطلق لغت) أي لا تقبل بينته لانهما شهدا بأكثر مما ادعاه المدعي لانه ادعى ملكا حادثا وهما شهدا بملك قديم وهما مختلفان فان الملك في المطلق يثبت من الاصل حتى يستحق المدعي بزوائده ولا كذلك في الملك الحادث وترجع الباعة بعضهم على بعض فيه فصارا غيرين والتوفيق متعذر لان الحادث لا يتصور أن يصير قديما ولا القديم حادثا فلا تقبل الشهادة قال رحمه الله (وبعكسه لا) أي بعكس ما مضى وهو ما اذا ادعى ملكا مطلقا فشهدا بملك بسبب معين لا تكون لغوا بل تقبل الشهادة لانهم شهدوا بأقل مما ادعى وذلك لا يمنع قبول الشهادة قال رحمه الله (ويعتبر اتفاق الشاهدين لفظا ومعنى) لان القضاء لا يجوز الا بحجة وهي شهادة المثنى فما لم يتفقا فيما شهدا به لا تثبت الحجة مطلقا والموافقة المطلقة باللفظ والمعنى وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا الاتفاق في المعنى هو المعتبر لا غير والمراد بالاتفاق في اللفظ تطابق اللفظين على اعادة المعنى بطريق الوضع

(قوله لابطريق التضمن) فلو شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل فلم يقض بشئ عند أبي حنيفة وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدّعى يدعى الالفين بخلاف ما اذا كان يدعى ألفا لا يقضى بشئ اتفاقا لانه أكذب شاهد الالفين الا ان وفق فقال كان لي عليه ألفان فقضانى ألفا أو أبرأته من ألف والشاهد لا يعلم بذلك يقضى له بالالف اه كمال (قوله وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث) لا يقضى بطلاق أصلا عنده وعندهما يقضى بالاقل قال الكمال رحمه الله وهذا في دعوى الدين أما في دعوى العين بأن كان في كيس ألفا درهم فشهد أحدهما أن جميع ما في الكيس له وهو ألفا درهم والآخر أن نصف ما فيه له وهو ألف درهم قبلت شهادتهما لان ذكر المقدار في المشار اليه مستغنى عنه ذكره الخبازى وبقولهما قال الشافعي وأحمد يستحق الزائد بالحلف عليه اه (قوله فصار كما اذا شهد أحدهما بالف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعى يدعى الالف والخمسمائة) أو شهد أحدهما بطلقة والآخر بطلقة ونصف اه اتقانى (قوله بخلاف ما اذا ادّعى الاقل حيث لا يثبت شئ) أى اتفاقا اه كمال (قوله ألا ترى أنه لو شهد أحدهما) هذا الفرع ذكره الشارح رحمه الله في كتاب الطلاق في فصل المشيئة وذكر الحكم فيه كما هنا فاعلم ذلك وراجعه اه وكتب أيضا ما نصه قال الكمال فان قيل يشكل على قوله ما لو ادّعى ألفين فشهدا بألف تقبل بالاتفاق مع عدم المطابقة بين الشهادة والدعوى وهى شرط وعلى قول الكل ما لو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية والآخر أنت برية لا يقضى ببينونة أصلا مع افادتهما معا البينونة وتقدم أن اختلاف اللفظ وحده غير ضائر كما لو شهد أحدهما بالهبة والآخر بالعطية تقبل أجيب عن الاول بان الاتفاق بين الدعوى والشهادة وان اشترط لكن ليس على وزان اتفاقه بين الشاهدين ألا ترى أنه لو ادعى الغصب أو القتل فشهدوا على اقراره به تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب والآخر على اقراره به لا تقبل وحينئذ فقد حصلت الموافقة بين الدعوى والشهادة فانه لما كان يدعى ألفين كان مدعيا الالف وقد شهد به اثنان صريحا فيقبل بخلاف شهادتهما بالالف والالفين لم ينص شاهد الالفين على الالف الا من حيث هى ألفان ولم تثبت الالفان وأما عن الثاني فنمنع الترادف لان معنى خلية ليس معنى برية لغة والوقوع ليس الا باعتبار معنى اللغة ولذا قلنا ان الكنايات عوامل بحقائقها فهما لفظان متباينان لمعنيين متباينين غير أن المعنيين المذكورين المتباينين يلزمهما لازم واحد هو وقوع البينونة والمتباينات قد تشترك في لازم واحد فاختلافهما ثابت في اللفظ والمعنى فلما اختلف المعنى منهما كان دليل اختلال تحملهما فان هذا يقول ما وقعت البينونة الا بوصفها بخلية والآخر لم تقع الا بوصفها ببرية والا فلم تقع البينونة اه ما قاله الكمال رحمه الله تعالى وكتب أيضا ما نصه قال الكمال واعلم ان من المسائل المذكورة في أوقاف الخصاف ما يخالف أصل أبي حنيفة ذكرها ولم يذكر خلافا بل أشار الى انها اتفاقية فانه ذكر فيما اذا شهد أحدهما أنه جعلها صدقة موقوفة أبدا على أن لزيد ثلث غلتها وشهد آخر أن لزيد نصفه قال أجعل لزيد ثلث غلتها الذى أجمعا عليه والباقى للمساكين وكذا اذا سمى أحدهما لزيد من هذه الصدقة والآخر أقل منه أحكم لزيد بما اجتمعا عليه وكذا اذا شهد أحدهما أنه قال يعطى لزيد من غلة هذا الوقف في كل سنة ما يسعه ويسع عياله بالمعروف وقال الآخر يعطى ألفا قال أقدر نفقته وعياله في العام فان كانت أكثر من ألف حكمت له بالالف أو الالف أكثر أعطيته نفقته والباقى للمساكين هذا بعد أن أدخل الكسوة في النفقة ثم أورد على نفسه فقال قلت فلم أجزت هذه الشهادة وقد اختلفا في لفظهما قال المعنى فيه انه انما أراد الواقف أن لزيد بعض هذه الغلة فاجعل له الاقل اه فايراده هذا السؤال هو الذى ذكرت أنه أشار الى انها اتفاقية فان ايراده ليس الا باعتبار قول أبي حنيفة قوله وقد اختلف لفظهما صريح فيه ثم قال هذا استحسان والقياس أن الشهادة باطلة اه وحاصله أنا علمنا استحقاقه وترددنا بين أقل وأكثر فيثبت المتيقن اه

لابطريق التضمن حتى لو ادّعى رجل مائة درهم فشهد شاهد بدرهم وآخر بدرهمين وآخر بثلاثة وآخر بأربعة وآخر بخمسة لم تقبل عند أبي حنيفة رحمه الله لعدم الموافقة لفظا وعندهما يقضى بأربعة وكذا ان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل عنده وعندهما تقبل على الالف اذا كان المدّعى يدعى الالفين وعلى هذا الخلاف المائة والمائتان والطلقة والطلقتان أو الثلاث لهما أنهما اتفقا على الاقل وتفرّد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اتفقا عليه لوجود الحجة دون ما تفرّد به أحدهما لعدمها وذلك ليس باختلاف ألا ترى أن المدّعى لو ادعى الاكثر وشهدا بالاقل تقبل ولو كان اختلافا لما قبلت لان من شرط القبول أن توافق البينة الدعوى فصار كما اذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدّعى يدعى الالف والخمسمائة بخلاف ما اذا ادعى الاقل حيث لا يثبت شئ لان المدّعى كذب من يشهد بالزيادة وبشهادة الفرد لا يثبت الحق ولابى حنيفة رحمه الله أن اختلاف اللفظ يدل على اختلاف المعنى لان لفظ الواحد غير لفظ الاثنين ولفظ الالف غير لفظ الالفين ولهذا لا يراد أحدهما بالآخر ولم يثبت واحد من اللفظين لانه لم يشهد على كل واحد منهما الا واحد ولا يقال ان الالف موجود في الالفين لانا نقول نعم موجود فيه اذا ثبت الالفان ثبت الالف ضمنا فاذا لم يثبت المتضمن لا يثبت المتضمن ألا ترى انه لو شهد أحدهما أنه

قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر انه قال برية لا يقع شيء وان اتفق اللفظان فى المعنى لعدم ثبوت واحد منهما فعلم بذلك ان اتفاق الشاهدين فى اللفظ والمعنى شرط القبول بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط اتفاقهما فى اللفظ ألا ترى أن المدعى لو ادعى الغصب أو القتل فشهدا باقرار المدعى عليه بذلك تقبل ولو شهد أحدهما بالغصب أو القتل والآخر بالاقرار به لا تقبل و بخلاف الالف والخمسمائة لان الشاهدين اتفقا على الالف لفظا ومعنى وتفرد أحدهما بالزيادة على سبيل العطف والمعطوف غير المعطوف عليه فيثبت ما اتفقا عليه ونظيره الطلقة والطلقة ونصف والمائة والمائة والخمسون بخلاف العشرة وخمسة عشر حيث لا تقبل لانه مركب كالالفين اذ ليس بينهما حرف العطف ولو لم يدع المدعى الاكثر فشهادة من شهد بالأكثر باطلة لانه كذبه المدعى بالزيادة الا أن يوفق فيقول أصل حقى كان كما قال الا انى استوفيت الزائد أو أبرأته عنه فحينئذ تقبل فى الاقل لظهور التوفيق وفى النهاية ان كانت المخالفة بينهما فى اللفظ دون المعنى تقبل شهادته وذلك نحو أن يشهد أحدهما على الهبة والآخر على العطية وهذا لان اللفظ ليس بمقصود فى الشهادة بل المقصود ما تضمنه اللفظ وهو ما صار اللفظ علما عليه فاذا وجدت الموافقة فى ذلك لا تضر المخالفة فيما سواها هكذا ذكره ولم يحك فيه خلافا وكذا اذا شهد أحدهما بالنكاح والآخر بالتزويج تقبل شهادتهما ذكره فى المحيط ولم يحك فيه خلافا قال رحمه الله (فان شهد أحدهما بألف والآخر بألفين لم تقبل) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما تقبل بناء على أن المعتبر الاتفاق فى اللفظ والمعنى عنده وعندهما فى المعنى لا غير وقد بينا الوجه من الجانبين والذى يبطل مذهبهما أن الشاهدين لو شهدا بتطليقة وشهد آخران بثلاث تطليقات وفرق القاضى بينهما قبل الدخول ثم رجعوا كان ضمان نصف الصداق على شاهدى الثلاث دون شاهدى الواحدة ولو كان كما قالا لان الواحدة توجد فى الثلاث لكان الضمان عليهم جميعا ولا يلزم ما اذا قال لها طلقى نفسك ثلاثا فطلقت واحدة حيث تقع واحدة لان ذلك لكون الثلاث صار فى يدها فلها أن توقع كلها أو بعضها ولا يلزم ما اذا طلقها الزوج ألفا حيث تقع الثلاث لانه يتصرف عن ملكه فله أن يوقع أى عدد شاء الا أنه لا ينفذ الا بقدر المحل قال رحمه الله (وان شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدعى يدعى ذلك قبلت على الالف) يعنى فيما اذا شهد أحدهما بألف وشهد الآخر بألف وخمسمائة تقبل شهادتهما بألف اذا كان المدعى يدعى الالف وخمسمائة لاتفاقهما بالالف وتفرد أحدهما بخمسمائة بخلاف ما اذا كان يدعى الالف فقط حيث لا تقبل شهادتهما لان المدعى كذب من شهد بالزيادة على ما بينا من قبل وهذا كله فيما اذا ادعى دينا وأما اذا ادعى العقد فلا تقبل الشهادة على ما يجىء من بعد قال رحمه الله (ولو شهدا بألف وقال أحدهما

(قوله قال لامرأته أنت خلية الخ) قال قاضيخان فى فتاواه ولو شهد أحدهما أنه قال لها أنت خلية وشهد الآخر أنه قال لها أنت برية لا تقبل عند الكل لانهما اختلفا فى لفظة الايقاع وان كان معنى اللفظين واحدا اهـ قال الولوالجى فى كتاب الدعوى ولو شهد أحدهما أنه قال لامرأته أنت خلية وشهد الآخر أنه قال برية لا تقبل شهادتهما وان اتفقا على اثبات الحرمة لانهما اختلفا فى اللفظ والمعنى لان معنى البراءة الفراغ عقيب الشغل ومعنى الخلو الفراغ المطلق فاذا اختلفا لفظا ومعنى لا يثبت المشهود به فلا يثبت حكمه وهو الحرمة اهـ (قوله لا يقع شئ) أى على قول الكل (قوله وان اتفق اللفظان فى المعنى) أى وهو اثبات الحرمة اهـ (قوله بخلاف الدعوى والبينة حتى لا يشترط الخ) قال الاتقانى ثم المعتبر فى الاتفاق بين الشهادة والدعوى فوجه الاتفاق هو الاتفاق فى المعنى لا من حيث اللفظ ألا ترى أن المدّعى يقول أدّعى كذا والشاهد يقول أشهد بكذا ولا اتفاق بينهما من حيث اللفظ فاذا عرفت هذا فاعرف أن كل موضع يمكن التوفيق بين الشهادة والدعوى فالشهادة لم تبطل واذا لم يمكن بطلت قال فى الفصل الخامس فى الفصول وذكر فى باب اختلاف الشهادات من شهادات الجامع وليس الاختلاف بين الشاهدين بمنزلة الاختلاف بين الدعوى والشهادة لان شهادتى الشاهدين ينبغى أن تكون كل واحدة منهما مطابقة للأخرى فى اللفظ (١) والا يوجب اختلاف المعنى أما المطابقة بين الشهادة والدعوى فينبغى أن تكون فى المعنى خاصة ولا عبرة للفظ اهـ (قوله الا أن يوفق) أى وما لم يوفق صريحا لا يقضى بشئ ولا يكفى احتمال التوفيق فى الاصح بخلاف ما اذا قال ما كان الا الالف لانه اكذاب صريح لا يحتمل التوفيق فلا يقضى بشئ اهـ كمال رحمه الله (قوله وعندهما تقبل) على الالف اذا كان المدّعى يدعى الالفين اهـ (قوله والذى يبطل مذهبهما الخ) قال الكمال وفى المبسوط والاسرار الذى يبطل مذهبهما وذكر ما ذكره الشارح رحمهما الله (قوله لو شهدا بتطليقة) يعنى قبل الدخول اهـ كمال (قوله حيث تقع واحدة) لان التفويض تمليك فقد ملكها الثلاث بالتفويض اليها فيها والمالك يوجد من مملوكه ما شاء اهـ فتح (قوله فى المتن وان شهد الآخر بألف وخمسمائة والمدّعى يدعى ذلك قبلت على الالف) بالاتفاق عندهما ظاهر وعنده لانهما شهدا على الالف لفظا ومعنى وانفرد أحدهما بالشهادة بجملة أخرى منصوص على خصوص كميتها لا يقدح فى الشهادة بالالف كما لو شهد أحدهما بألف درهم ومائة دينار وهو يدعيهما اهـ كمال رحمه الله (قوله فلا تقبل الشهادة على ما يجىء من بعد) فى قوله ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان الخ اهـ

(١) قوله والا يوجب الخ هكذا فى الاصل وحرر اهـ مصححه

قضاه منها خمسمائة تقبل بألف ولم يسمع أنه قضاه الا أن يشهد معه آخر) لانهما اتفقا على وجوب الالف فتقبل وانفرد أحدهما بقضاء النصف فلا تقبل لعدم كمال النصاب ولا يكون بقوله قضاه خمسمائة مناقضا الشهادته بألف لان قضاء الدين طريقه المقاصة معناه ان الدائن يجب عليه ما قبض فلا ينافي بقاء دينه فلا يكون كاذبا ولا يقال ان المدعي كذب شاهده بالقضاء فينبغي أن لا يقبل كما اذا شهد بالف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا لانا نقول لم يكذبه فيما شهد له وانما كذبه فيما شهد عليه وذلك لا يقدح كما اذا شهد له اثنان بحق ثم شهدا عليه بحق لانسان آخر فان شهادتهما له لا تبطل وان كذبهما فكذا هذا بخلاف ما استشهد به لان التكذيب فيه فيما شهد له فيكون قادحا وعن أبي يوسف رحمه الله انه يقضي بخمسمائة فقط لان مضمون شهادة شاهد القضاء أن لا دين الا خمسمائة في المعنى وهو المعتبر عنده على ما مر وينبغي أن يكون قول محمد كذلك لان مذهبه في اعتبار المعنى كمذهب أبي يوسف لكنه خالفه لانه لم يشهد له بخمس المائة ابتداء بل اتفق الشاهدان على وجوب الالف عليه للمدعي ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا يسمع قال رحمه الله (وينبغي أن لا يشهد حتى يقر المدعي بما قبض) يعني يجب عليه أن لا يشهد بالالف كلها اذا علم انه قضاه منها خمسمائة حتى يقر المدعي أنه قبض خمسمائة كيلا يصير معينا على الظلم قال رحمه الله (ولو شهدا بقرض ألف وشهد أحدهما أنه قضاه جازت الشهادة على القرض) لتمام الحجة في القرض وعدمها في القضاء وذكر الطحاوي عن بعض أصحابنا انه لا يقضي بها القاضي وهو قول زفر رحمه الله لان في زعم أحد الشاهدين انه لا شيء له عليه من المال ولو قضى لكان قضاء بشهادة الواحد وهو غير جائز ولان المدعي كذب شاهد القضاء والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله على ما ذكرنا في المسئلة الاولى اذ لا فرق بين المسئلتين الا من حيث ان أحد الشاهدين شهد بقضاء كل الدين في هذه وفي الاولى بقضاء البعض والجواب ما ذكرنا في الاولى واذا اختلف الشاهدان في الزمان أو المكان في البيع والشراء والطلاق والعتق والوكالة والوصية والرهن والدين والقرض والبراءة والكفالة والحوالة والقذف تقبل واذا اختلفا في الجناية والغصب والقتل والنكاح لا تقبل والاصل أن المشهود به ان كان قولا كالبيع ونحوه فاختلاف الشاهدين فيه في المكان أو الزمان لا يمنع قبول الشهادة لان القول مما يعاد ويكرر وان كان المشهود به فعلا كالغصب أو قولا لكن الفعل فيه شرط صحته كالنكاح فانه قول وحضور الشاهدين فعل وهو شرط فاختلافهما في الزمان أو المكان يمنع القبول لان الفعل في زمان أو مكان غير الفعل في زمان أو مكان آخر فاختلف المشهود به ثم قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا اختلف شاهدا القذف في زمانه أو مكانه لا تقبل وان كان قولا لان كل واحد منهما ان كان انشاء فهما غيران وليس على كل قذف شاهدان وان كان أحدهما انشاء والآخر اخبارا فهما لا يتفقان

(قوله وعن أبي يوسف الخ) أي في غير المشهور عنه اهـ كمال (قوله وهو المعتبر عنده على ما مر) وجوابه ما قلنا يعني قوله لاتفاقهما عليه يعني فبعد ثبوت الالف باتفاقهما شهد واحد بسقوط خمسمائة فلا تقبل بخلاف ما لو شهدا بألف فقال أحدهما انه قضاه اياها بعد قرضه فانه يقضي بالكل على قول الكل وقال أبو يوسف لا يقبل شهادة شاهد القضاء وذكروا قول زفر كقول أبي يوسف في هذه الرواية لانه اكذاب من المدعي فهو كما لو فسقه ووجه الظاهر ما قدمنا من أنهما اتفقا وتفرد أحدهما الخ ولا يلزم من الاكذاب التفسيق لجواز كونه تغليطا له اهـ كمال رحمه الله (قوله ثم انفرد الآخر بالقضاء فلا تسمع) قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير اذا علم أحد الشاهدين بالقضاء لا ينبغي له أن يشهد على القرض لانه اذا علم أن المستقرض قد قضاه فقد علم أن المدعي ادعى بغير حق فلا ينبغي له أن يشهد على دعواه وهو يعلم أنه ادعى بغير حق لان فيه اعانة على الاثم والعدوان اهـ اتقاني (قوله في المتن وينبغي أن لا يشهد الخ) قال الكمال قال القدوري وينبغي للشاهد اذا علم بذلك أي بقضاء الخمسمائة أن لا يشهد حتى يعترف المدعي بقبضها لانه لو شهد فاما بالالف ثم يقول قضاه منها خمسمائة وعلمت أنه يقضي فيها بالف فيضيع حق المدعى عليه واما بخمسمائة فيثبت اختلافهما ان شهد أحدهما بألف والآخر بخمسمائة وفيه لا تقبل الشهادة أصلا على قول أبي حنيفة فيضيع حق المدعي فالوجه أن لا يشهد الذي عرف القضاء حتى يعترف المدعي بالقدر الذي سقط عن المدعى عليه والمراد من لفظ لا ينبغي لا يحل نص عليه في جامع أبي الليث ومن هذا النوع رجل أقر عند قوم لفلان عليه كذا فبعد مدة جاء رجلان أو أكثر الى القوم فقالوا لا تشهدوا على فلان بذلك الدين فانه قضاه كله الشهود بالخيار ان شاؤا لان امتنعوا من الشهادة وان شاؤا أخبروا الحاكم بشهادة الذين أخبروهم بالقضاء فان كان المخبرون عدولا لا يقضي القاضي بالمال هذا قول الفقيه أبي جعفر وأبي نصر محمد بن سلام ولو شهد عندهم واحد لا يسعهم أن يدعوا الشهادة وكذا اذا حضروا بيع رجل أو نكاحه أو قتله فلما أرادوا الشهادة شهد عندهم بطلاق الزوج ثلاثا أو قال عاينا امرأة أرضعتهما أو أعتق العبد قبل أن يبيعه أو عفا عنه الولي ان كان واحدا شهدوا أو اثنين لا يسعهم أن يشهدوا وكذا لو رأى عينا في يد رجل يتصرف فيه التصرف الملاك فأراد أن يشهد بالملك له فأخبره عدلان أن الملك الثاني لا يجوز أن يشهد بالملك للاول ولو أخبره أنه باعه من ذي اليد له أن يشهد بما علم ولا يلتفت الى قولهما اهـ

(قوله فى المتن ولوشهدا أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر) لفظة يوم النحر ليست فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله ترد الطائفتان) فلا يقتل المشهود عليه بالقتل اه (قوله ثم شهدت الاخرى لاتقبل) وحينئذ فيقتل المشهود عليه اه (قوله لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها) فانه حين قضى بالاولى ولامعارض لها اذ ذاك نفذ شرعا فلا يتغير الحكم الشرعى الذى ثبت شرعا بحدوث معارض اه كمال (قوله ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لايجوز له الصلاة فيه) ولاتبطل صلاته فى الاول لانه ثبت بتحريه الاول حكم شرعى هو الصحة بعد الوجوب فيه فلا يؤثر التحرى الثانى فى رفعه اه فتح (قوله فى المتن ولوشهدا بسرقة بقرة الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى شاهدين شهدا جميعا على أنه سرق بقرة واختلفا فى لونها قال أجيز الشهادة وأقطعه وقال أبو يوسف ومحمد لا نجيز الشهادة ولا نقطعه ولوشهد أحدهما أنه سرق بقرة وشهد الآخر أنه سرق ثورا فالشهادة باطلة فى قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد رحمه الله اه اتقانى (قوله فى المتن واختلفا فى لونها قطع) قال الكمال صورتها ادعى على رجل أنه سرق له بقرة ولم يذكر لها لونا وأقام بينة فشهد واحد بسرقته حمراء والآخر سوداء قال أبو حنيفة تقبل ويقطع وقالا هما والائمة الثلاثة لا يقطع ولو أن المسروق منه عين لونا (١) فقال أحدهما سوداء لا يقطع اجماعا لانه كذب أحد شاهديه وعلى هذا الخلاف المذكور لو ادعى سرقة ثوب مطلقا فقال أحدهما هروى والآخر مروى ولو اختلفا فى الزمان والمكان لم تقبل اجماعا لما ذكرنا فى الفرق بين السرقة

لان الانشاء أن يقول زنيت أو أنت زان والاخبار أن يقول قد قذفتك بالزنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول يحتمل أن يكون أحدهما سمع الانشاء والآخر سمع الاقرار به ويثبت عنده قذفه فيما شاهدان به قال رحمه الله (ولوشهدا أنه قتل زيدا يوم النحر بمكة وآخران أنه قتله يوم النحر بمصر ردتا) يعنى طائفتين كل واحدة منهما نصاب الشهادة اجتمعا عند الحاكم وشهدا على نحو ما ذكره ترد الطائفتان لان احداهما كاذبة بيقين وليست احداهما بأولى بالقبول من الاخرى وهذا لان القتل من باب الفعل والفعل الواحد لا يتكرر لان الاول حركات انقرض لكونه عرضا لا يبقى زمانين والثانى حركات أخر غير الاول يحدثه الله تعالى فى ذلك المحل ولا يمكن أن يجعل الثانى اخبارا عن الاول حتى يصير تكرارا الاول واعادته لان الاخبار عن الفعل بالفعل لا يتصور فكانا غيرين حقيقة وحكما بخلاف القول لان القول يحكى بالقول فيكون الثانى عين الاول حكما وكذا لو اختلفا فى الزمان أو الآلة التى وقع بها القتل لا تقبل لما بينا قال رحمه الله (فان قضى باحداهما أولا بطلت الاخرى) يعنى لو قضى القاضى بوجوب القصاص بشهادة الطائفة الاولى ثم شهدت الاخرى لا تقبل لان الاولى ترجحت باتصال القضاء بها فلا تنتقض بالثانية وهذا لانه لما حكم بأنه قتل بمكة صار ذلك حكما بأنه لم يقتل فى غيرها اذ قتل شخص واحد فى مكانين لا يتصور فصار نظير ما لو كان مع رجل ثوبان أحدهما نجس فتحرى وصلى فى أحدهما ثم وقع تحريه على طهارة الآخر لا يجوز له الصلاة فيه لان الاول اتصل بحكم الشرع فلا ينتقض بوقوع التحرى فى الآخر قال رحمه الله (ولوشهدا بسرقة بقرة واختلفا فى لونها قطع بخلاف الذكورة والأنوثة والغصب) يعنى لو شهد شاهدان على سرقة بقرة واختلفا فى لون البقرة بأن قال أحدهما سرق بقرة بيضاء وقال الآخر بقرة سوداء تقبل شهادتهما وتقطع يده بخلاف ما اذا قال أحدهما سرق ذكرا والآخر قال أنثى أو اختلفا فى لون البقرة فى الغصب حيث لا تقبل شهادتهما فيهما وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله لا تقبل شهادتهما فى السرقة أيضا لان البقرة البيضاء غير السوداء فكانا سرقتين مختلفتين ولم يتم على فعل واحد نصاب الشهادة فلم يثبت وصار كاختلافهما فى الذكورة والأنوثة وكاختلافهما فى اللون فى الغصب بل أولى لان الثابت بالغصب ضمان لا يسقط بالشبهات والثابت بالسرقة حد يسقط بها فصار نظير اختلافهما فى قيمتها وله أنهما اختلفا فيما لم يكلفا نقله لان القطع لا يضاف الى اثبات الوصف فصار كاختلافهما فى ثياب السارق ألا ترى انهما لو سكتا عن بيان اللون جازت شهادتهما بخلاف بيان القيمة لان ذلك من نفس الشهادة حتى يعلم أنها تبلغ نصابا ولان التوفيق ممكن لان السرقة تكون فى الليالى غالبا ويكون التحمل فيها من بعيد فيتشابه عليهما اللونان أو يجتمعان فى بقرة واحدة بأن كان أحد جانبيها أبيض والجانب الآخر أسود فيشهد كل بما رأى أو بما وقع عنده بخلاف وصف الذكورة

والغصب بقليل تأمل اه (قوله وكاختلافهما فى اللون فى الغصب) فانهما لو شهدا على غصب بقرة فقال أحدهما سوداء أو حمراء والآخر بيضاء لم تقبل مع أنه لا يتضمن قبولها اثبات حد فلأن لا يقبل فيما يوجب حدا أولى لان الحد أعسر اثباتا فانه لا يثبت بشهادة النساء وأما ما زيد من أنه لا يثبت بأقل من أربعة فليس مما فيه الكلام من السرقة بل يخص الزنا اه فتح (قوله بخلاف وصف الذكورة الخ) قال الاتقانى وبخلاف اختلافهما فى الذكورة والانوثة لان التوفيق ليس بممكن لان اجتماعهما أو تشابههما لا يكون فى حيوان واحد عادة ولان الشاهدين يكلفان بيان الذكورة والانوثة لان القيمة تختلف باختلافهما فكان اختلافهما فيهما

(١) قوله عين لونا بيض بعده فى الاصل كما ترى فارجع الى النسخ الصحيحة كتبه مصححه

والانوثة لانهما لا يجتمعان فى بقرة واحدة وكذا الوقوف على تلك الصفة يكون بالقرب فلا يشتبه فيكونان سرقتين مختلفتين فلم يتم فى كل واحد منهما نصاب الشهادة وبخلاف الغصب لان التحمل فيه بالنهار لان الغصب يقع بالنهار وهو يقرب منه غالبا فلا يشتبه عليه الحال فتكون الشهادة على تحقيق وتأمل اتمكنه من ذلك فلا يشتبه عليه فان قيل فى التوفيق احتيال لايجاب الحد وهو يحتال لدرئه لا لايجابه قلنا القطع لا يضاف الى اثبات الوصف لانهما لم يكلفا نقله على ما بينا وما يوجب الدرء يكون فى نفس الموجب لا فى غيره فان قيل على هذا تكون البقرة المسروقة بلقاء والمشهود بسرقتها إمّا بيضاء أو سوداء ولم يقل واحد منهما إنها بلقاء فتكون غيرها ضرورة قلنا نعم ولكن ذلك فى حق من يعرف اللونين أما فى حق من لا يعرف الا أحدهما فهى عنده على ذلك اللون فسماها بيضاء أو سوداء بناء على ما شاهد من مواضعها وهذا الخلاف فيما اذا كان المدّعى يدعى بقرة مطلقا من غير تقييد بوصف وأما اذا ادّعى سرقة بقرة سوداء أو بيضاء لا تقبل شهادتهما بالاجماع لان المدّعى كذب أحدهما وقيل هذا فى لونين متشابهين كالسواد والحمرة وأما فى لونين غير متشابهين كالسواد والبياض لا تقبل الشهادة والاصح ان الكل على الخلاف ذكره فى المبسوط وعلى هذا الخلاف فيما اذا اختلفا فى ثوب بأن قال أحدهما هروى وقال الآخر مروى وان اختلفا فى الزمان أو المكان لم تقبل الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ومن شهد لرجل أنه اشترى عبد فلان بألف وشهد آخر بألف وخمسمائة بطلت الشهادة) لان المقصود اثبات السبب وهو العقد فالبيع بألف غير البيع بألف وخمسمائة فاختلف المشهود به لاختلاف الثمن فلم يتم النصاب على واحد منهما ولان المدّعى يكذب أحد شاهديه وكذا اذا كان المدّعى هو البائع ولا فرق بين أن يكون المدّعى أقل المالين أو أكثرهما لما بينا من أن المقصود اثبات السبب على معنى انه الاصل والحكم يثبت تبعا لثبوته وان كان الحكم هو المقصود حقيقة فى حق الانتفاع والسبب وسيلة اليه لكن مقصوده وهو الحكم لا يحصل الا به فكان فى اثباته اثبات الحكم اذ لا يمكن اثبات الحكم الا بسبب معين وذكر علاء الدين السمرقندى رحمه الله أن الشهادة تقبل لان التوفيق ممكن لان الشراء الواحد قد يكون بألف ثم يصير بألف وخمسمائة بأن يشتريه بألف ثم يزيده عليه خمسمائة فقد اتفقا على شراء واحد ولو اختلفا فى الجنس بأن شهد أحدهما بأنه اشتراه بألف درهم وشهد الآخر انه اشتراه بمائة دينار بطلت لعدم امكان التوفيق لان الشراء الواحد لا يتصور أن يكون بألف درهم ثم يصير بمائة دينار قال رحمه الله (وكذا الكتابة والخلع) أى اذا اختلفا فى مقدار البدل فيهما لا تقبل شهادتهما لما ذكرنا أن المقصود اثبات السبب وهذا اذا كان المدّعى هو العبد فظاهر لانه يدعى السبب ليحصل له مقصوده وهو العتق بالاداء فصار نظير الشراء وان كان المدعى هو المولى فكذلك لان العتق لا يثبت قبل الاداء فكان

فى نفس الشهادة اه (قوله ذكره فى المبسوط) أى قاضيخان فى شرح الجامع الصغير اه اتقانى (قوله فى المتن ومن شهد لرجل الخ) قال الاتقانى وهذه ثمانية مسائل البيع والاجارة والكتابة والخلع والعتق على مال والصلح عن دم العمد والنكاح والرهن ثم كل واحد منها على وجهين إما أن يدعى هذا وينكر الآخر أو يدعى الآخر وينكر هذا اه وقد ذكرها صاحب الهداية وذكر فى الكنز منها أربعة البيع والكتابة والخلع والنكاح وذكر الشارح رحمه الله الاربعة الباقية اه وكتب ما نصه قال الاتقانى وكان الانسب للوضع أن يذكر هذه المسئلة بعد قوله وان شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة قبلت الشهادة على الالف لان تلك المسئلة فى دعوى المال وهذه فى دعوى العقد اه وكتب أيضا ما نصه قوله ومن شهد لرجل الخ قال الكمال صورتها على ما فى الجامع فى الرجل يدعى على رجل أنه باعه هذا العبد بألف وخمسمائة فينكر البائع البيع فيقيم عليه شاهدا بألف وشاهدا بألف وخمسمائة قال يعنى أبا حنيفة هذا باطل الى آخر ما هنالك فقد يظن أن هذا يناقض ما تقدم من أن الشاهدين اذا اختلفا فشهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة والمدعى يدعى ألفا وخمسمائة قضى بالالف بالاتفاق بين الثلاثة وهنا لا يقبل شئ ولو كان المدعى يدعى ألفا وخمسمائة بيانه هو أن ذلك فيما اذا ادعى دينا فقط والمقصود هنا دعوى العقد ألا ترى الى قوله فى الجامع فينكر البائع البيع ولانه لو كان المقصود الدين لم يحتج الى ذكر السبب وان كان المدعى به البيع فالبيع يختلف باختلاف الثمن لان الثمن من أركانه والمركب الذى بعض أجزائه مقدار خاص غير مثله بمقدار أكثر منه ولم يتم على أحدهما نصاب شهادة فلا يثبت البيع أصلا اه فتح (قوله وكذا اذا كان المدعى هو البائع) بان ادعى أنه باعه بالف وخمسمائة فأنكر المشترى الشراء فأقام الشاهدين كذلك اه فتح (قوله ولا فرق بين أن يكون المدعى أقل المالين أو أكثرهما) ولا فرق بين أن يكون المدعى هو البائع أو المشترى اه قارئ الهداية (قوله لما بينا) أى من اختلافهما فى المشهود به والتكذيب من المدعى اه فتح (قوله وذكر علاء الدين السمرقندى أن الشهادة تقبل) قال الكمال وفى الفوائد الظهيرية عن السيد الامام الشهيد السمرقندى تقبل الخ اه (قوله ثم يصير بمائة دينار) قال الكمال وقال بعض المحققين من الشارحين فيه نوع تأمل اه (قوله وان كان المدعى هو المولى فكذلك) لان دعوى السيد المال على عبده لا يصح اذ لا دين له على عبده الا بواسطة دعوى الكتابة فينصرف انكار العبد اليه للعلم بأنه لا يتصور له عليه دين الا به

والشهادة ليست الالاثباتها اه كمال (قوله وكذا الصلح عن دم العمد والعتق الخ) قال الكمال بعد ذكره من المسائل الثمانية مسئلة البيع والكتابة الثالثة والرابعة والخامسة الخلع والعتاق على مال والصلح عن دم العمد ان كان المدعى هو المرأة فى الخلع والعبد فى العتق والقاتل فى الصلح عن دم العمد لان المقصود اثبات العقد لانه هو الذى يفيدهما الخلاص وهو مقصودهم وان كانت دعوى من الجانب الآخر وهو الزوج والمولى وولى القتيل فهو بمنزلة الدين فيما ذكرنا من الوجوه وهو أنه اذا ادعى أكثر المالين فشهد به شاهد والآخر بالاقل ان كان الاكثر يعطف مثل ألف وخمسمائة قضى بالاقل اتفاقا وان كان بدونه كالالف والالفين فكذلك عندهما وعند أبى حنيفة لا يقضى بشئ وهذا لانه ثبت العفو والعتق والطلاق باعتراف صاحب الحق فلم تبق الدعوى الا فى الدين اه وكتب أيضا قال الاتقانى فأما اذا وقعت الدعوى فى الطلاق أو فى الخلع على مال أو العتق على مال أو الصلح عن دم العمد على مال فان كان المدعى هو الزوج أو المولى أو ولى القصاص فهذا دعوى المال وان كان المدعى هى المرأة أو القاتل أو العبد فهذا دعوى عقد لا تقبل بالاجماع اه (قوله وفى الرهن ان كان المدعى هو المرتهن الخ) فان قيل الرهن لا يثبت الا بايجاب وقبول فكان كسائر العقود فينبغى (٢٣٥) أن يكون اختلاف الشاهدين فى قدر المال كاختلافهما فيه فى البيع والشراء أجيب بان الرهن غير لازم فى حق المرتهن فان له أن يرده متى شاء بخلاف الراهن ليس له ذلك فكان الاعتبار لدعوى الدين فى جانب المرتهن اذ الرهن لا يكون الا بالدين فتقبل بينته فى ثبوت الدين فيثبت الرهن بالف ضمنا وتبعا للدين ولا شك أن دعوى المرتهن ان كان مثلا هكذا أطالبه بالف وخمسمائة لى عليه على رهن له عندى فليس المقصود الا المال وذكر الرهن زيادة اذ لا يتوقف بتوقف ثبوت دينه عليه بخلاف دين الثمن فى البيع وان كان هكذا أطالبه باعادة رهن كذا وكذا كان رهنه عندى على كذا ثم غصبه أو سرقه مثلا فلا شك أن هذا دعوى العقد فاختلاف الشاهدين فى أنه رهنه بالف أو ألف وخمسمائة وان كان زيادة يوجب أن لا يقضى بشئ لان عقد الرهن يختلف به اه كمال (قوله وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة) أى بشئ أصلا لان قبولها بناء على صحة الدعوى ولم تصح لانه أى الراهن لا حظ له فى الرهن أى لا يقدر على استرداده ما دام الدين قائما فلا فائدة لهذه الدعوى فلم تصح اه فتح (قوله وفى الاجارة ان كان الخ) قال الكمال رحمه الله والسابعة الاجارة ان كان فى أول المدة فهو كالبيع بان ادعى المستأجر أو الآجر أنه آجره هذه الدار سنة بالف وخمسمائة فشهد واحد كذلك وآخر بألف لا تثبت الاجارة كالبيع اذ قبل استيفاء المنفعة لا يستحق بدل فكان المقصود اثبات العقد وهو يختلف باختلاف البدل فلا تثبت الاجارة فان كان بعد مضيها استوفى المنفعة أو لم يستوف بعد أن تسلم فان كان المدعى هو المؤجر فهى دعوى المال فان شهد أحدهما بالف والآخر بالف وخمسمائة وهو يدعى الاكثر يقضى بالف اذ ليس المقصود بعد المدة الا الاجر وان شهد الآخر بالفين والمدعى يدعيهما لا يقضى بشئ عنده وعندهما بالف وان كان المدعى هو المستأجر فهو دعوى العقد بالاجماع لانه معترف بمال الاجارة فيقضى عليه بما اعترف به فلا يعتبر اتفاق الشاهدين أو اختلافهما فيه ولا يثبت العقد للاختلاف اه

المقصود اثبات السبب وهذا لان البدل فى ابتداء العقد مقابل بفك الحجر ثم ينتقل عند أداء المال فيصير مقابلا بالعتق فقبل الاداء بمنزلة الاجارة فكان مقصوده اثبات العقد وقيل ان كان المدعى هو المولى لا تفيد بينته لان العقد غير لازم فى حق العبد لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والمراد بالخلع اذا كانت المرأة هى المدعية للخلع لان مقصودها اثبات السبب دون المال فلا يثبت مع اختلافهما فيه فصار نظير البيع بخلاف دعوى الدين لان المقصود فيه المال دون السبب فيثبت قدر ما اتفقا عليه دون ما تفرد به أحدهما وان كان المدعى هو الزوج يقع الطلاق باقراره فيكون بمنزلة دعوى الدين فيثبت أقلهما وهو الذى اتفقا عليه لتمام نصاب الشهادة فيه وكذا الصلح عن دم العمد والعتق على مال فان كان المدعى هو العبد أو القاتل لا تقبل شهادتهما لان مقصود العبد والقاتل العقد دون المال فلا يثبت لما ذكرنا من الاختلاف فيه وان كان المدعى هو المولى أو الولى يثبت العفو والعتق باقرارهما فيكون دعوى الدين فتقبل شهادتهما فيما اتفقا عليه على نحو ما ذكرنا فى الخلع وفى الرهن ان كان المدعى هو المرتهن فهو كدعوى الدين يثبت أقلهما لما ذكرنا وان كان المدعى هو الراهن فلا تقبل الشهادة لانه ليس له ان يلزمه الرهن اذ الرهن غير لازم فى حق المرتهن وله أن يفسخه أى وقت شاء فلا فائدة فى إقامة البينة ولانه حق عليه والانسان لا يقيم البينة على حق عليه وانما يقيمها على حق له وصورة دعوى الرهن أن يدعى انه رهنه ألفا وخمسمائة وادّعى انه قبضه ثم أخذه الراهن فيطلب الاسترداد منه فأقام بينة فشهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة يثبت أقلهما وفى الاجارة ان كان قبل استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فهى نظير البيع فلا تقبل شهادتهما لما ذكرنا فى البيع وان كان بعد مضى المدة فهى كالدين يثبت ما اتفقا عليه ان كان المدعى يدعى الاكثر وان كان يدعى الاقل لا تقبل شهادة من شهد بالاكثر لانه كذبه المدعى وكذا فى جميع هذه الصور لما بينا فى الدين قال رحمه الله (فأما النكاح فيصح بألف) يعنى بأقل المالين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله سواء كان الدعوى من الزوج أو من المرأة وسواء ادّعى الاقل أو الاكثر وقال أبو يوسف

ومحمد رحمهما الله تبطل الشهادة ولا يقضى بشئ لان المقصود من الجانبين اثبات السبب والنكاح بألف غير النكاح بألف وخمسمائة فتبطل الشهادة كما في البيع سواء كان الزوج هو المدعى أو المرأة هي المدعية لامتناع ثبوت النكاح باقرار أحدهما بخلاف العتق على مال والخلع والعفو عن دم العمد حيث يكون دعوى الدين اذا كان المدعى هو الزوج والمولى والولى لانه باقراره يسقط القصاص ويقع الطلاق والعتق فيبقى دعوى المال المجرد عن السبب ولابى حنيفة رحمه الله أن التسمية في النكاح كما تصح عند العقد تصح بعده فانه لو تزوجها ولم يسم لها مهرا ثم سمى لها مهرا صحت التسمية والصحة التسمية لا تحتاج الى انشاء العقد وانما يحتاج الى قيامه وقيامه تارة يكون حالة الابتداء وتارة يكون حالة البقاء فلم يلزم من اختلاف التسميتين اختلاف العقد لان التسمية وجدت في حالة البقاء ولا يتصور وجود العقد في حالة البقاء والبينة على التسمية في حال يستحيل العقد لا تكون بينة على العقد بل على التسمية المجردة فكان الثابت بشهادتهما المال حال بقاء النكاح فيثبت ما اتفقا عليه كالدين فحاصل القضية ان شهادتهما لم تقم الا على المال حال بقاء النكاح فيثبت بها التسمية وبقاء النكاح لا غير ولان المال في النكاح تابع والاصل فيه الحل والازدواج والملك ومن حكم التبع أن لا يغير الاصل ولهذا لا يبطل بنفيه ولا يفسد بفساده فكذا لا يختلف باختلافه فبقي العقد سالما عن الاختلاف فلزم وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل منهما كما في الدين وقيل الخلاف فيما اذا كانت المرأة هي المدعية يجعل أبو حنيفة مقصودها المال فيخرجه على ما بيناه وهما يجعلان مقصودها العقد لما بيناه لهما وأما اذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد لا المال فلا تقبل بينته بالاجماع لان العقد بألف غير العقد بألف وخمسمائة على ما بينا والاول هو الاصح وقد بيناوجهه وهو استحسان ويستوى فيه دعوى أقل المالين وأكثرهما في الصحيح لاتفاقهما في الاصل وهو العقد والاختلاف في التبع لا يوجب خللا فيه لكنه لا بد من وجوب المال فيجب الاقل لاتفاقهما عليه ولا يكون بدعوى الاقل تكذيبا للشاهد لجواز أن الاقل هو المسمى ثم صار أكثر بالزيادة قال رحمه الله (وملك المورث لم يقض لوارثه بلا جر الا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مستعيره وقت الموت) يعني اذا ثبت شئ أنه ملك المورث بأن ادعى الوارث عينا في يد انسان أنها ميراث أبيه وأقام شاهدين فشهدا أن هذه كانت لابيه لا يقضى له حتى يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له أو يقولا كانت لابيه يوم موته أو كانت في يده أو في يد من يقوم مقامه من المستعير وغيره والاصل فيه أن الجر شرط وهو أن يقول الشاهد مات وتركها ميراثا له ولكن اذا ثبت ملكه أو يده عند الموت كان جرا لانه أثبت ملكه أوان الانتقال الى الوارث فيثبت الانتقال ضرورة فيكون اثباتا للانتقال وكذا اذا أثبت يده عند الموت لان يده ان كانت يد ملك فهو على ما بينا وان كانت يد أمانة فكذلك الحكم لان الايدى في الامانات عند الموت تنقلب يد ملك بواسطة الضمان اذا مات مجهلا لتركه الحفظ والمضمون يملكه الضامن على ما عرف فيكون اثبات اليد في ذلك الوقت اثباتا للملك واثبات يد من يقوم مقامه كالمودع والمستعير والمستأجر والمرتهن والغاصب وغيرهم اثبات ليده فيغني اثبات الملك وقت الموت عن ذكر الجر فاكتفى به عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله الجر ليس بشرط بل اذا أثبت الوارث أن العين كانت للمورث يكفي لان ملك الميت قد ثبت بقول الشهود كانت له وملك الوارث خلافة عنه ولهذا يرد بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا فيما اشتراه المورث فيكون ملك الوارث

(قوله ولا يقضى بشئ) أى لا يقضى بالنكاح اه قارئ الهداية (قوله ولان المال في النكاح تابع) ألا ترى أنه ينعقد النكاح بلا تسمية المهر ويملك النكاح من لا يملك التصرف في المال كالاخ والام وقد اتفق الشاهدان على الاصل وهو ملك البضع فيقضى بذلك ولا ينظر الى الاختلاف في النفع وهو المال اه اتقانى (٣٣٦) (قوله وما وقع فيه الاختلاف وهو المال يقضى بالاقل) لاتفاقهما عليه وحينئذ يلزم بالضرورة القضاء بالنكاح بالف فان هذا الوجه يقتضى الصحة بالاقل بلا تفصيل اه كمال (قوله كما في الدين) بخلاف البيع لان البدل ثمة أصل كالمبيع ولهذا لا يصح بدون ذكر الثمن فكان ذلك دعوى العقد اه اتقانى (قوله وأما اذا كان المدعى هو الزوج فمقصوده العقد) اذ الزوج لا يدعى عليها مالا اه فتح (قوله في المتن وملك المورث الخ) ترجم له في الهداية بفصل الشهادة على الارث قال الاتقانى لما ذكر الشهادة التى تتعلق بحال الحياة شرع في الشهادة المتعلقة بحال الممات لان الموت يتلو الحياة فناسب وضع ما يتعلق بالموت عقيب ذلك اه (قوله في المتن لم يقض لوارثه بلا جر) أى من الشهود بأن يجرا الميراث فيقولا مات وتركها ميراثا له اه ع (قوله في المتن الا أن يشهدا بملكه) من هنا الى قوله في باب الوكالة فتعين البر للادخار عند قوله وبشراء طعام مخروم من نسخة الشارح رحمه الله (قوله في المتن أو يده أو يد مستعيره) كذا هنا والذى شرح عليه العينى رحمه الله الا أن يشهدا بملكه أو يده أو يد مودعه أو يد مستعيره اه (قوله وكذا اذا أثبت يده عند الموت) لان اليد وان تنوعت عين الى يد غصب وأمانة وملك فانها عند الموت من غير بيان تصير يد ملك لما عرف أن كلا من الغاصب والمودع اذا مات مجهلا يصير المغصوب والوديعة ملكه لصيرورته مضمونا عليه شرعا ولا يجتمع البدلان في ملك مالك الوديعة والمغصوب منه اه فتح (قوله ويصير مغرورا) أى فيما

كان المورث مغرورا فيه اه كافي (قوله أو بالعكس) أي بأن كانت موطوءة الميت أو موطوءة وارثه اه (قوله وذلك بما ذكرنا من الجر) أي الصوري أو المعنوي اه عيني (قوله لا الى الموت) أي ليس بمضاف الى الموت اه (قوله في المتن ولو شهدا بيد حي الخ) قيد بالحي لانهما اذا شهدا الميت أنها كانت في يده وقت الموت تقبل اتفاقا اه عيني وقد تقدمت وتقدم الفرق بينهما آنفا اه (قوله ردت) في

عين ملك المورث مستمرا الى هذا الوقت لا ملكا آخر غيره كما في الحي اذا أثبت انها كانت له يحكم له بها ولا يكلف اقامة البينة على ان ملكه ثابت في هذا الوقت وكما اذا ادعى عينا في يد انسان أنه اشتراها من فلان غير ذي اليد وأقام البينة على الشراء منه وأنكر ذو اليد انها ملك البائع فأقام المشتري بينة انها كانت له يكتفي بذلك ويقضى له بها ولا يكلف اقامة البينة انها كانت للبائع وقت البيع وهذا لان ما ثبت فهو باق الى أن يوجد ما يزيله لاستغناء البقاء عن دليل ولهما ان ملك الوارث متجدد ثبت له بعد ان لم يكن ثابتا ألا ترى انه يثبت في حقها احكام لم تكن ثابتة في حق المورث من استبراء الجارية وحل وطئها لو كانت حراما على المورث أو بالعكس وكذا يحل للوارث الغني أكل صدقة ورثها من الفقير ولو لا تجدد الملك لما حل له فاذا كان متجددا فلا بد من اثبات النقل اليه وذلك بما ذكرنا من الجر لا باثبات ملك الميت قبل الموت لان بقاء ملكه الى الموت يثبت باستصحاب الحال وهو حجة لابقاء ما كان على ما كان لا لاثبات ما لم يكن وحاجتنا اليه لان مالكية الوارث لم يكن ثابتا قبل موت المورث فكان متجددا ضرورة فلا يثبت باستصحاب الحال ألا ترى أن الشفيع لا يستحق الشفعة بظاهر يده في الدار المشفوع بها وان كان يدفع دعوى غيره به لما ذكرنا بخلاف ما اذا أثبت الحي أنها كانت له حيث يحكم له بها لانا اعتبرنا فيه استصحاب الحال لبقاء ما كان على ما كان وهو حجة فيه على ما بينا وبخلاف ما اذا أقام البينة أنه اشتراها من فلان حيث لا يكلف اقامة البينة أنه كان مالكها وقت البيع لان ملك المشتري مضاف الى الشراء الثابت بالبينة لا الى استصحاب الحال ببقاء ملك البائع لان الشراء سبب موضوع للملك حتى لا يتحقق بدون اثبات الملك فيكون ثابتا بالشراء وأما في الموت فثبوت الملك للوارث مضاف الى كون المال ملك المورث وقت الموت لا الى الموت لان الموت ليس بسبب موضوع للملك بل موضوع لابطاله فكم من موت ليس فيه ايجاب الملك لاحد ألا ترى أن الوارث لو علق العتق بموت مورثه بأن قال ان مات سيدك فأنت حر لا يصح ولو كان سبب الملك لصح كما اذا قال لعبد الغير ان اشتريتك فأنت حر قال رحمه الله (ولو شهدا بيد حي منذ شهر ردت) أي اذا شهد شاهدان أن هذه العين كانت في يد فلان منذ شهر وهو حي ردت الشهادة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف انها تقبل لان اليد مقصودة كالملك فوجب أن تقبل كما اذا شهدا أنها كانت ملكه منذ شهر وهذا لان الملك متى ثبت يبقى الى أن يوجد ما يزيله فكذا اليد وصار كما اذا شهدا بالاخذ من المدعي أو بالاقرار منه باليد له ولهما أن الشهادة قامت بمجهول لان اليد منقضية وهي متنوعة الى ملك وأمانة وضمان فلا يمكن القضاء بالمجهول بخلاف الملك لانه معلوم غير متنوع وبخلاف الاخذ لانه معلوم أيضا وحكمه معلوم وهو وجوب الرد لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد وكذا الاقرار باليد معلوم على ما يجيء ولان يد صاحب اليد معاين ويد المدعي مشهود به فلا يعارض المتحقق لان العيان يوجب العلم والشهادة توجب غلبة الظن فكان أكثر اثباتا قال رحمه الله (ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر انه كان في يد المدعي دفع الى المدعي) أي لو أقر المدعى عليه باليد للمدعي أو شهد شاهدان بأنه أقر باليد للمدعي منذ أشهر دفع ذلك الى المدعي لان الاقرار معلوم فتصح الشهادة به وجهالة المقر به لا تمنع صحة الاقرار ألا ترى انه لو قال لفلان علي شيء صح ويجب عليه البيان ولا تصح الشهادة به والله أعلم

ظاهر الرواية خلافا لما روي عن أبي يوسف اه غاية (قوله لان اليد منقضية) أي زائلة في الحال وليست بقائمة حتى تحمل على الملك باعتبار الظاهر اه قارئ الهداية (قوله فلا يمكن القضاء بالمجهول) فلم يجب الرد لانه لو وجب الرد من وجه لا يجب من وجهين فلا يجب بالشك اه قارئ الهداية (قوله في المتن ولو أقر المدعى عليه بذلك أو شهد شاهدان أنه أقر أنه كان في يد المدعي دفع الى المدعي) قال الكمال يعني لو قال المدعى عليه بالدار التي في يده هذه الدار كانت في يد المدعي دفعت للمدعي وان كانت اليد متنوعة لان حاصل ذلك جهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة الاقرار بل يصح ويلزمه البيان فانه لو قال لفلان علي شيء صح ويجبر على البيان وكذا لو شهد شاهدان أن المدعى عليه أقر بأنها كانت في يد المدعي تقبل لان المشهود به الاقرار وهو معلوم وانما الجهالة في المقر به وهي لا تمنع صحة القضاء كما لو ادعى عشرة دراهم فشهد على اقرار المدعى عليه أن له عليه شيأ جازت ويؤمر بالبيان اه

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

قال رحمه الله (تقبل فيما لا يسقط بالشبهة ان شهد رجلان على شهادة شاهدين) أي تجوز الشهادة على

﴿باب الشهادة على الشهادة﴾

لما فرغ من بيان أحكام شهادة الاصول شرع في بيان أحكام شهادة الفروع اه فتح قوله شرع في بيان الخ اذ الاصل مقدم على الفرع اه وكتب ما نصه قال الفقيه أبو الليث في خزانة الفقه خمسة أشياء لا تقبل فيها الشهادة على الشهادة كتاب القاضي الى القاضي وحد الزنا

والسرقة والقصاص والقذف وحد شرب الخمر وقال في أول كتاب الكفالة من الاجناس قال محمد بن الحسن في نوادر محمد بن رستم يجوز في التعزير والعفو والشهادة على الشهادة اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وجبت على شاهد الاصل) فلا يجوز أن يقيم غيره مقامه كالصلاة والصوم وسائر العبادات اهـ غاية (قوله ولان فيها زيادة احتمال) يعني تهمة الكذب في الاصول والفروع لعدم عصمتهم كما ذكرنا وفي الفروع تهمة زائدة وهي تهمة عدم (٢٣٨) السماع من الاصول اهـ قارئ الهداية (قوله وفيه شبهة من حيث البدلية) لانها قائمة

الشهادة بشرط أن يشهد شاهدان على شهادة كل واحد من الاصلين وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز لان الشهادة عبادة بدنية وجبت على شاهد الاصل وليست بحق للمشهود له بدليل انه لا تجوز الخصومة فيها والاجبار عليها والنيابة لا تجري في العبادة البدنية ولان فيها زيادة احتمال لان الاحتمال فيها في موضعين في الاصول وفي الفروع وفيه شبهة من حيث البدلية ولهذا لا يصار الى الفروع الا عند العجز عن الاصول وجه الاستحسان أن الحاجة ماسة اليها اذ شاهد الاصل قد يعجز عن أداء الشهادة لموت أو مرض أو بعد مسافة فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى الى إتواء الحقوق ولهذا جوزنا الشهادة على شهادة الفروع وعلى شهادة فروع الفروع الى غير نهاية فصار ككتاب القاضي الى القاضي وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص لانهما يسقطان بالشبهة وفيها شبهة على ما ذكرنا فلا يثبتان بها كما لا يثبتان بشهادة النساء لما فيها من شبهة البدلية بل أولى لان في الشهادة على الشهادة حقيقة البدلية ويدخل تحته جميع الحقوق وذكر الناطفي أنها لا تجوز في الوقف والصحيح أنها تجوز فيه احياء له وصونا عن اندراسه وقوله ان شهد رجلان على شهادة شاهدين يعني ان شهد على كل واحد من الشاهدين رجلان لان كل واحد من الشهادتين قضية من القضايا فلا بد من تمام النصاب على كل واحد منهما ليثبت عند الحاكم ولا يشترط تغاير الفروع حتى لو أشهد أحدهما على شهادته رجلين وأشهدهما الآخر بعينهما جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حتى يشهد على كل واحد منهما رجلان غير اللذين أشهدهما صاحبه لان كل شاهدين قائمان مقام أصل واحد فلا يتم حجة القضاء بهما كالمرأتين لما قامتا مقام رجل لا تتم الحجة بشهادتهما ولان الفرع لما تحمل الشهادة صار شاهدا وليس للشاهد أن يشهد على تلك الشهادة غيره ألا ترى أن أحد الاصلين لما كان شاهدا لا يجوز له أن يشهده صاحبه على شهادته مع رجل آخر وقال مالك رحمه الله تجوز شهادة الواحد على شهادة الواحد لان الفرع قائم مقام الاصل معبر عنه بمنزلة رسوله في ايصال شهادته الى مجلس القاضي فكأنه حضر وشهد بنفسه واعتبر هذا برواية الاخبار فان رواية الواحد عن الواحد مقبولة ولنا قول علي رضي الله تعالى عنه لا يجوز على شهادة رجل الا شهادة رجلين مطلقا من غير تقييد بأن يكون بازاء كل أصل فرعان ولان شهادة كل واحد من الاصلين حق من جملة الحقوق والحق عند القاضي لا يثبت الا بحجة تامة لانها ملزمة للقاضي القضاء فلا بد من النصاب فاذا تم وشهدا على شهادة أحدهما جاز أن يشهدا على الآخر أيضا لان الشاهدين يجوز لهما أن يشهدا على قضيات كثيرة بخلاف امرأتين لان النصاب لم يتم بهما وشطر العلة لم يثبت به شئ لان المرأتين كرجل واحد وبخلاف ما اذا شهد أحد الاصلين على صاحبه مع رجل آخر لان شاهد الاصل يعلم الحادثة يقينا فلا يستفيد باشهاد صاحبه اياه شيأ ولان معنى الاصالة يقتضي مشاهدة الحق ومعنى الفرعية يقتضي عدم المشاهدة فيتنافيان فلا يجوز ولان الفرع بدل عن الاصل فلا يتصور أن يكون الشخص الواحد بدلا وأصلا في حالة واحدة ولان شاهد الاصل يثبت نصف الحق والفرعان نصفه ولو جازت شهادته على شهادة صاحبه لاثبت ثلاثة أرباع الحق ولا نظير له في الشرع ولا يقال لو كان

مقام شهادة الاصل اهـ (قوله وقوله فيما لا يسقط بالشبهة احتراز عن الحدود والقصاص) وبقولنا هذا قال أحمد والشافعي في قول وأصح قوليه وهو قول مالك تقبل في الحدود والقصاص أيضا لان الفروع عدول نقلوا شهادة الاصول فالحكم بشهادة الاصول لا بشهادتهم وصاروا كالمترجم وسيندفع اهـ فتح (قوله ويدخل تحته) أي يدخل تحت قول المصنف تقبل الخ جميع الحقوق اهـ (قوله وقال مالك الخ) في هذا النقل عن مالك نظر لانه لا يجوز شهادة واحد على واحد اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني قال مالك وتجوز الشهادة على الشهادة في الحدود والحقوق كلها وذلك أن يشهد شاهدان على شهادة شاهدين يشهدان جميعا على شهادة كل واحد من الشاهدين الاولين ولا يصح أن يشهد واحد منهما على شهادة واحد من الشاهدين الاولين والشهادة على الشهادة في الزنا جائزة وذلك أن يشهد أربعة على شهادة كل واحد من شهود الاصل الاربعة الى هنا لفظ كتاب التفريع لاصحاب مالك اهـ وقال الاتقاني عند قوله في الهداية ولا تقبل شهادة واحد على واحد وقال ابن أبي ليلى وأحمد والاوزاعي يجوز كذا في شرح الاقطع اهـ (قوله ولنا قول علي رضي الله عنه لا يجوز الخ) قال الاتقاني وجه الاستدلال أن عليا رضي الله عنه جوز شهادة الرجلين على شهادة رجل ولم ينف شهادتهما على شهادة رجل آخر ولم يشترط أن يكون بازاء كل أصل فرعان على حدة فدل اطلاقه على جواز شهادة الفرعين جميعا على شهادة الاصلين ولم يرو عن غيره على خلافه فحل محل الاجماع اهـ اتقاني

الفرع

الفرع بدلا لما جاز أن يشهدا مع أحد الاصلين اذ لا يجوز الجمع بين البدل والمبدل لانا نقول لم يجمع بينهما لان الفرعين ليسا بدلا عن الذى شهد معهما بل عن الذى لم يحضر وقوله ان شهد رجلان وقع اتفاقا لانه يجوز أن يشهد على الشهادة رجل وامرأتان لتمام النصاب وكذا لا يشترط أن يكون المشهود على شهادته رجلا لان للمرأة أيضا أن تشهد على شهادتها رجلين أو رجلا وامرأتين ويشترط أن يشهد على شهادة كل امرأة نصاب الشهادة لما بينا قال رحمه الله (ولا تقبل شهادة واحد) (١) أى لا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد وقد بيناه وبينا الخلاف فيه قال رحمه الله (والاشهاد أن يقول اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلانا أقر عندى بكذا) وهذا صفة الاشهاد ولا بد منه أو ما يقوم مقامه لانه كالنائب عنه فلا بد من التحميل والتوكيل ولا بد من أن يشهد عنده كما يشهد عند القاضى لينقله الى مجلس القضاء ويحصل ذلك بما ذكرنا ويقول له عند التحميل أشهدنى على نفسه ان شاء وليس بلازم لان من عاين الحق حل له أن يشهد وان لم يشهده على نفسه ولو قال أشهد أنى سمعت فلانا يقر لفلان بكذا فاشهد أنت على شهادتى بذلك أو قال أشهد أن لفلان على فلان كذا فاشهد أنت على شهادتى بذلك جاز لحصول المقصود به ولا يقول اشهد على بذلك لانه لفظ محتمل فانه يحتمل أن يكون الاشهاد على نفس الحق المشهود به فيكون أمرا بالكذب وكذا لا يقول اشهد بشهادتى لانه يحتمل أن يكون أمرا بأن يشهد بمثل شهادته فيكون آمرا له بأن يشهد على أصل الحق وهو كذب قال رحمه الله (وأداء الفرع أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وقال لى اشهد على شهادتى بذلك) وهذا صفة أداء الفرع عند الحاكم لانه لا بد من شهادته وذكر شهادة الاصل وذكر التحميل والجملة تحصل بذلك وله لفظ أطول منه وأقصر كالطرفى الامور ذميم وأوسطها صميم فالاطول منه أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته انه شهد أن فلان بن فلان أقر عنده وأشهده على نفسه أن لفلان ابن فلان عليه ألف درهم وقال لى اشهد على شهادتى أنى أشهد أن فلان بن فلان أقر عندى لفلان بكذا ففيه ثمان شينات أو يقول أشهد أن فلانا شهد عندى بكذا وأشهدنى على شهادته بذلك وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه ست شينات وما ذكره فى المتن فيه خمس شينات والاقصر منه أن يقول أمرنى فلان أن أشهد على شهادته أن لفلان على فلان كذا وأنا أشهد على شهادته بذلك فيذكر فيه أربع شينات أو يقول أشهد على شهادة فلان بكذا فيذكر فيه شينين لا غير ذكره محمد فى السير الكبير وهو اختيار الفقيه

(قوله وقد بيناه وبينا الخلاف فيه) وهو أن عند مالك تقبل شهادة واحد على واحد اهـ (قوله فى المتن والاشهاد) أى اشهاد شاهد الاصل شاهد الفرع اهـ فتح (قوله لانه كالنائب الخ) قال الاتقانى قوله لان الفرع كالنائب عنه ولا شك أن الفرع قائم مقام الاصل ونائب عنه وكان ينبغى أن يقول نائب عنه فقيل فى تأويل قوله كالنائب عنه لان للقاضى أن يقضى بشهادة أصل واحد وفرعين عن أصل آخر ولو كان الفرع نائبا حقيقة لما جاز الجمع بين الاصل والخلف كما لا يجوز الجمع بين الوضوء والتيمم اهـ (قوله ولا بد من أن يشهد) أى شاهد الاصل عند الفرع اهـ (قوله لينقله) أى لينقل الفرع شهادة الاصل اهـ (فرع) قال فى الفتاوى الصغرى شهود الفرع يجب أن يذكروا أسماء الاصول وأسماء آبائهم وأجدادهم حتى لو قالوا للقاضى نشهد أن رجلين نعرفهما أشهدانا على شهادتهما يشهدان بكذا أو قالوا للقاضى لا نسميهما لك أو قالوا لا نعرف أسماءهما لم تقبل حتى يسميا لانهما تحملا مجازفة لا عن معرفة اهـ اتقانى (قوله وله لفظ أطول منه وأقصر) قال فى الهداية ولها قول أطول من هذا وأقصر منه وخير الامور أوساطها قال الاتقانى أى لشهادة الفرع عند الاداء لفظ أطول من الذى ذكره القدورى وهو كما قال الخصاف ولفظ أقصر منه كما ذكر الشيخ أبو نصر اهـ (قوله (٢) فى الشعر وأوسطها حميم) فى نسخة صميم (قوله فالاطول منه أن يقول الخ) نسب الاتقانى هذا الى الخصاف فقال وذكر الخصاف أنه يكرر لفظ الشهادة ثمان مرات وذكره اهـ (قوله فيذكر فيه ست شينات) قال الاتقانى وذكر الجصاص أنه يكفى ثلاث شينات فى الاشهاد وست فى الاداء اهـ (قوله وما ذكره فى المتن فيه خمس شينات) أى كما ذكر القدورى فى مختصره (قوله أو يقول أشهد على شهادة فلان الخ) قال الاتقانى قال الشيخ أبو نصر البغدادى ويمكن الاقتصار من جميع ذلك على ثلاث لفظات وهو أن يقول أشهد أن فلانا أشهدنى على شهادته أن فلانا أقر عنده بكذا وما ذكره صاحب الكتاب أولى وأحوط لان قوله أشهد هو لفظ شهادته ثم يخبر بذلك بصفة ما يقع عليه شهادته وهو التحميل أما قوله وقال لى اشهد على شهادتى هو شرط عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف ان لم يذكر ذلك جاز وجه قولهما أنه اذا لم يقل وقال لى اشهد على شهادتى يحتمل أن يكون أمره أن يشهد بمثل شهادته وذلك كذب ويحتمل أن يكون أمره على وجه التحميل فلا يجوز اثباته تحميلا بالشك ووجه قول أبى يوسف أن أمر الشاهد محمول على الصحة ما أمكن وانه لا يكذب وليس ذلك الا أن يحمل على انه أراد التحميل فيصح كذا فى شرح الاقطع اهـ قوله وما ذكره صاحب الكتاب وهو الهداية والذى فيها خمس شينات كما فى الكنز اهـ

---

(١) قوله فى المتن ولا تقبل شهادة واحد هكذا فى نسخ الشرح التى بأيدينا والذى فى نسخ المتن وعليها شرح العينى ولا تقبل شهادة واحد على شهادة واحد فحرر اهـ مصححه (٢) قول المحشى فى الشعر هكذا فى الاصل وليس فى كلام الشارح شعر بل هو سجع اهـ مصححه

أبى الليث وأبى جعفر وشمس الائمة السرخسى رحمهم الله وهو أسهل وأيسر وأقصر وروى ان أبا جعفر كان يخالفه فيه علماء عصره فأخرج لهم الرواية من السير فانقادوا له قال رحمه الله (ولا شهادة للفرع الا بموت أصله أو مرضه أو سفره) لان جوازها للحاجة عند عجز الاصل والعجز يتحقق بهذه الاشياء والمراد بالمرض مالا يستطيع الحضور معه الى مجلس الحكم لان أداء الشهادة فرض فلا يسقط الا بالعجز فاذا سقط جازله أن يحمل غيره كيلا يتوى حقه وهذا لان تكليف مالا يطاق غير جائز وأمر القاضى بالحضور الى موضع المريض شنيع ولانه يؤدى الى الحرج وربما لا يتفرغ للقعود فى مجلس الحكم عند كثرة الامراض والحرج مدفوع والسفر عذر ظاهر ألا ترى انه تعلقت به أحكام جمة من قصر الصلاة والفطر فى الصوم وامتداد مدة المسح وسقوط الجمعة والاضحية وحرمة خروج المرأة من غير محرم أو زوج وغير ذلك من الاحكام فكذا هذا الحكم وعن أبى يوسف رحمه الله أنه ان كان فى مكان لو غدا الاداء الشهادة لا يقدر أن يبيت فى منزله جاز الاشهاد احياء لحقوق الناس والاول أحسن لان العذر يتحقق بذلك كما فى سائر الاحكام والثانى وهو ماروى عن أبى يوسف أرفق لان إحياء الحقوق واجب ما أمكن والشاهد أيضا محتسب فلا يكلف ما فيه حرج وفى البيتوتة فى غير أهله حرج عظيم فيجوز الاشهاد على شهادته دفعا للحرج عنه واحياء لحقوق الناس وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية وروى عن محمد رحمه الله انها تجوز كيفما كان حتى روى عنه أنه اذا كان الاصل فى زاوية المسجد فشهد الفروع على شهادته فى زاوية أخرى من ذلك المسجد تقبل شهادتهم وقال فى النهاية ذكر شمس الائمة السرخسى والقاضى الامام على السغدى فى شرح أدب القاضى للخصاف رحمهم الله اذا شهد الفروع على شهادة الاصول والاصول فى المصر يجب أن يجوز على قولهما وعلى قول أبى حنيفة رحمه الله لا يجوز بناء على أن التوكيل بغير رضا الخصم لا يجوز عنده وعندهما يجوز وجه البناء أن المدعى عليه لا يملك انابة غيره مناب نفسه فى الجواب الا بعذر فكذا لا يملك الاصل انابة غيره مناب نفسه فى الشهادة الا بعذر والجامع ان استحقاق الجواب على المدعى عليه كاستحقاق الحضور على الشهود وعندهما يملك المدعى عليه انابة غيره مناب نفسه فى الجواب من غير عذر فكذا فى الحضور الى مجلس الحاكم قال رحمه الله (فان عدلهم الفروع صح) لان الفروع من أهل التزكية فصح تعديلهم شهود الاصل وكذا اذا عدل أحد الشاهدين صاحبه لما ذكرنا ولا تهمة فيه بتنفيذ شهادته لان العدل لا يفعل ذلك ولو اتهم بمثله لاتهم فى شهادته على نفس الحق وكان ينسد باب الشهادة وهو مفتوح وكيف يتهم به وشهادته لم ترد برد شهادة صاحبه بل تقبل بضم آخر معه وان اتفق الرد فهى انما ترد لعدم كمال النصاب وذلك لا يضره وقيل لا يقبل تعديل صاحبه للتهمة والاول أصح لان العدل لا يتهم بمثله قال رحمه الله (والا عدلوا) أى ان لم يعدلهم الفروع عدلوا بسؤال غير الفروع عن الاصول لان المأخوذ على الفروع النقل دون التعديل ولانه قد يخفى عليهم فاذا نقلوا شهادتهم يتعرف القاضى عدالتهم كما اذا حضروا بأنفسهم وشهدوا عنده وهذا قول أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا تقبل لانهم ينقلون الشهادة ولا شهادة بدون العدالة فحاصله أن القاضى ان كان يعرف الفروع والاصول بالعدالة قضى بشهادتهم وان عرف أحد الفريقين بالعدالة دون الآخر سأل عن الذين لم يعرفهم بها فان عدل الاصول الفروع أو بالعكس جاز وقال فى النهاية فى غير ظاهر الرواية عن محمد انه لا تثبت عدالة الاصول بتعديل الفروع والصحيح ظاهر الرواية ولا فرق فى ذلك بين أن يقول الفروع للقاضى لا نعرف حالهم أو لا نخبرك بحالهم قال رحمه الله (وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل الشهادة)

(قوله وأخذ كثير من المشايخ بهذه الرواية) قال الاتقانى قال الفقيه وبهذا القول نأخذ لانه يلحقه المشقة فى الحضور فصار حكمه حكم المريض والمسافر وأما اذا كان دون ذلك فتلك مشقة قليلة فلا تعتبر تلك المشقة وقال فخر الاسلام وقول أبى يوسف حسن اه (قوله فى المتن فان عدلهم الفروع صح) وروى عن محمد أن تعديلهما لا يكون صحيحا لان الفرع نائب عن الاصل فتعديله الاصل يكون بمنزلة تعديل الاصل نفسه ووجه ظاهر الرواية أن الفرع نائب عن الاصل فى نقل عبارته الى مجلس القاضى فاذا نقل عبارته الى مجلس القاضى فقد انتهى حكم النيابة وهو بمنزلة سائر الاجانب اه (قوله ولو اتهم بمثله لاتهم فى شهادته على نفس الحق) بأنه انما يشهد ليصير قوله مقبولا عند الناس وان لم يكن له شهادة اه (قوله لان المأخوذ) أى الواجب على الفروع اه فتح (قوله فى المتن وتبطل شهادة الفرع بانكار الاصل) قال فى الهداية وان أنكر شهود الاصل الشهادة لم تقبل شهادة الفروع قال الكمال لان انكارهما الشهادة انكار للتحميل وهو شرط فى القبول فوقع فى التحميل تعارض خبرهما بوقوعه وخبر الاصول بعدمه ولا ثبوت مع التعارض اه وقال الاتقانى لان شرط صحة الشهادة التحميل فاذا أنكر شهود الاصل شهادتهم لا يوجد التحميل فلا تصح شهادة الفرع لعدم الشرط اه وكتب ما نصه ومعنى المسئلة أن يقول شهود الاصل ما لنا شهادة على هذه الحادثة أى وماتوا أو غابوا ثم جاء شهود الفرع يشهدون على شهادتهم بهذه الحادثة أما مع حضرتهم فلا يلتفت الى شهادة الفروع وان لم ينكر شهود الاصل اه كافى قال شيخنا رحمه الله فظهر بما ذكر فى الكافى وبما ذكره الشارح هنا أن الحكم واحد سواء أنكر الاصول شهادتهم

أي الاشهاد ومعناه اذا قال شهود الاصل لم نعرفهم ولم نشهدهم على شهادتنا فماتوا أو غابوا ثم جاء الفروع وشهدوا عند الحاكم لم تقبل شهادتهم لان التحميل شرط ولم يثبت للتعارض بين خبر الاصول وبين خبر الفروع لان الاصول يحتمل أن يكونوا صادقين بذلك فلا يثبت التحميل مع الاحتمال قال رحمه الله (ولو شهدا على شهادة رجلين على فلانة بنت فلان الفلانية بألف وقالا أخبرانا أنهما يعرفانها فجاء بامرأة فقالا لاندري أهي هذه أم لا قيل للمدعي هات شاهدين أنها فلانة) لان التعريف بالنسبة قد تحقق بشهادتهما والمدعي يدعي أن تلك النسبة للحاضرة ويحتمل أن تكون لغيرها فلا بد من اثبات تلك النسبة للحاضرة ونظيره اذا شهدوا ببيع محدود بذكر حدوده من غير معرفة عينه وشهدوا على الخصم فلا بد من آخرين يشهدان أن المحدود بتلك الحدود في يد المدعى عليه ليصح القضاء به وكذا اذا أنكر المدعى عليه أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أن الحدود المذكورة في الشهادة حدود ما في يده قال رحمه الله (وكذا كتاب القاضي الى القاضي) معناه أن القاضي اذا كتب الى القاضي الآخر إن فلانا وفلانا شهدا عندي بكذا من المال على فلانة بنت فلان الفلانية وأحضر المدعي امرأة عند القاضي المكتوب اليه وأنكرت المرأة أن تكون هي المنسوبة بتلك النسبة فلا بد من شاهدين آخرين يشهدان أنها هي المنسوبة بتلك النسبة كما في المسئلة الاولى لما ذكرنا ولا فرق بينهما الا من حيث ان القاضي الكاتب لولايته ينفرد بنقل الشهادة اليه وفي الشهادة على الشهادة لا بد من اثنين على كل أصل على ما بينا قال رحمه الله (ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) أي لو قال الشاهدان في الشهادة على الشهادة وفي كتاب القاضي الى القاضي فلانة بنت فلان التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها وهو الجد الاعلى لان التعريف شرط فيه ولا يحصل ذلك بالنسبة الى العامة وهي عامة ويحصل بالنسبة الى الخاصة والنسبة الى الفخذ خاصة لان أول النسب الشعب ثم القبيلة ثم الفصيلة ثم العمارة ثم البطن ثم الفخذ فكان أخص من الكل ذكره في النهاية وعزاه الى الصحاح وجعل الزمخشري فيما حكاه صاحب النهاية الفصيلة آخر الكل فالشعب يجمع القبائل والقبيلة تجمع العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن يجمع الافخاذ والفخذ يجمع الفصائل خزيمة شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة وسمي الشعب شعبا لان القبائل تتشعب منه والمقصود من النسب حصول العلم بالمنسوب وذلك يحصل بالنسب الى الخاص دون العام وبنو تميم عام فلا يحصل العلم بالنسبة اليه والفرغانية نسبة عامة وكذا السمرقندية والبخارية والمصرية والاوزجندية خاصة وكذا النسبة الى السكة الصغيرة بخلاف المحلة الكبيرة ثم التعريف وان كان يتم بذكر الجد عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى فذكر الفخذ أو الفصيلة على اختلاف القولين يقوم مقام الجد قال رحمه الله (ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) أي لا يضرب وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا نوجعه ضربا ويحبس وهو قول الشافعي رحمه الله اتصل بشهادته القضاء أو لم يتصل لانه ارتكب كبيرة وفيها ضرر على المسلمين وليس فيها حد مقدر فوجب التعزير لازالة الفساد وانما قلنا انها كبيرة لقوله عليه الصلاة والسلام أيها الناس عدلت شهادة الزور الاشراك بالله ثم تلا قوله تعالى فاجتنبوا الرجس من الاوثان واجتنبوا قول الزور وسأله رجل عن الكبائر فقال عليه الصلاة والسلام الاشراك بالله وعقوق الوالدين وقتل النفس بغير حق وقول الزور فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع وانما اختلفوا في كيفية تعزيره فقط لهم ما روي عن عمر رضي الله تعالى عنه انه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن شريحا رضي الله عنه

بنفس الحادثة أو أنكروا اشهادهم الفروع على شهادتهم ولكن متن الكنز والهداية انما هو على ما صوره في الكافي لا على ما صوره الشارح حيث قالا بانكار الاصل الشهادة ولم يقولا بانكار الاشهاد اه (قوله في المتن ولو قالا فيهما التميمية لم يجز حتى ينسباها الى فخذها) فسر صاحب الهداية الفخذ بالقبيلة الخاصة وفسرها العتابي بالاب الاعلى الذي ينسب أبوها اليه وذلك لان بني تميم قوم لا يحصون فلا يحصل التعريف بذلك ما لم ينسبوا الى القبيلة الخاصة اه اتقاني (قوله الشعب) بفتح الشين اه فتح (قوله على اختلاف القولين) أي قول الزمخشري وقول صاحب الصحاح اه (قوله في المتن ومن أقر أنه شهد زورا يشهر ولا يعزر) قال في الهداية وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرنا من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فانه لا طريق الى اثبات ذلك بالبينة لانه نفي الشهادة والبينات للاثبات اه قال الاتقاني قوله وفائدته أي وفائدة وضع الجامع الصغير وهذا لانه وضع المسئلة فيه فيما اذا أقرا أنهما شهدا بزور وفائدته انه لا يثبت كذب الشاهد الا باقراره اذ لا سبيل الى معرفة ذلك بالبينة لان البينة اذا قامت على انهما شهدا بغير حق فلا يلتفت الى ذلك لان الشهادة على

النفي لا تسمع اه (قوله فاذا كانت كبيرة وجب عليه التعزير بالاجماع) غير انه اكتفى بتشهير حاله في الاسواق وقد يكون ذلك أشد عليه من الضرب خفية وهما أضافا الى ذلك الضرب وبقولهما قال الشافعي ومالك رحمهما الله اه كمال (قوله وسخم) يقال سخم وجهه اذا سوده من السخام وهو سواد القدور وقد جاء بالحاء المهملة من الاسحم وهو الاسود وفي المغني ولا يسخم وجهه بالخاء

والحاء اه كمال (قوله وشريح رضي الله عنه) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال أبو حنيفة لا يرى تقليد التابعي فقد روى عنه انه قال هــم رجال ونحن رجال نجتهد فأجاب بما ذكرهنا اه (قوله وماروى عن عمر رضي الله عنـــه كان سياسة) قال الكمال رحمه الله وأما الجواب بأن ماروى من ضرب عمر والتسخيم (٣٤٢) كان سـياسة فاذا رأى الحاكم ذلك مصلحة كان له أن يفعله فقــد يرد بما ذكرنا من كتابة عمر به الى عماله فى البــلاد وأما الاســتدلال على السياسة بالتبليغ الى الاربعين ولا يبلغ بالتعزير الى الحد وفليس بشئ لان ذلك مختلف فيه فمن العلماء من يجيزه وقــد أجاز عالم المذهب أبو يوسف رحمه الله أن يبلغ خمس وســبعون وتسع وسبعون فجاز كون رأى عمــر رضي الله عنــه كذلك وأما كون التسخيم مثلة منسوخة فقــد يكون رأى عمــر رضي الله عنــه أن المثلة ليست الا فى قطع الاعضاء ونحوه مما يفعل فى البدن ويدوم لا باعتبار عرض يغســل فيزول اه (قوله والثانى أن يرجع من غـــير توبة وهو مصرّ على ما كان) مثـــل أن يقول شهدت فى هــذه بالزور ولا أرجع عن مثـــل ذلك اه فتح (قوله قوله ومن أقرّ أنه شهد زورا تصريح الخ) قال الكمال وشاهد الزور لا يعرف الا باقراره بذلك ولا يحكم به برد شهادته بمخالفتــه الدعوى أو الشاهد الآخر أو تكذيب المدعى له اذ قد يكون محقا فى المخالفــة أو للمدعى غرض فى أذاه وزاد شيخ الاسلام أن يشهد بموت واحد فيجيء حيا اه

كان يشهر ولا يضرب وكان يبعثه الى سوقه ان كان سوقيا والى قومه ان كان غير سوقى بعــد العصر أجمع ما يكونون ويقول ان شريحا يقرئكم السلام ويقول انا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروه الناس وشريح رضي الله تعالى عنه وان كان تابعيا ولكنه زاحم الصحابة فى الفتوى وسوّغوا له فى الاجتهاد ورجعوا الى قوله فى المنـاظرة فمن كان بهذه المثابة من أئمة التابعــين فحكمه حكم الصحابة حتى روى عن أبى حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يقلدهم وعدّهم فقال مثل مسروق والحسن وعلقمة وشريح ومن كان فى رتبتهم من التابعين فيكون فى الحقيقة على هــذا تقليده للصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين لتجويزهم فعلهم وقولهم لاسيما شريح فانه كان قاضيا فى زمن عمر رضي الله تعالى عنه ومن بعده من الخلفاء فيكون فعله مشهورا بينهم وكيف لا يكون وهو بمحضر منهـــم فيكون تقليده تقليدا لهم ضرورة وماروى عن عمر كان سياسة بدليل تبليغه أربعين وهو حد العبيد فى القذف وبدليل تسخيمه وهو مثلة لم يجز بالاجماع ولذا لم يقولوا به لنهيه عليه الصــلاة والســلام عن المثلة ولو كان فى الكلب العقور ولان الضرب الشديد والتسخيم يمنعانه من الرجوع بعد الوقوع فلا يشرعان وذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا وقال الامام الحاكم أبو محمد الكاتب رحمه الله وهذه المسئلة على ثلاثة أوجه أحدها أن يرجع على سبيل التوبة والندامة فانه لا يعزر بالاجماع والثانى أن يرجع من غير توبة وهو مصرّ على ما كان فانه يعزر بالاجماع والثالث أن لا يعلم رجوعه بأى سبب فانه على الاختلاف الذى ذكرنا قوله ومن أقرّ أنه شهد زورا تصريح بأنه انما يجب التشهير أو التعزير على الاختلاف الذى ذكرنا على من أقر على نفســه أنه شهد كاذبا متعمدا وأما اذا قال غلطت أو نسيت أو أخطأت أوردت شــهادته لتهمة أو لمخالفــة بين الشهادة والدعوى أو بين شهادتين فانه لا يعزر لانا لا ندرى من هو الكاذب منهـــم المشهود له أو الشاهــدان أو أحدهما وقد يكذب المدعى لينسب الشاهد الى الكذب ولا يمكن اثباته بالبينة لانه من باب النفى والبينة حجة الاثبات ولا تهمة فى اقراره على نفســه فيقبل اقراره ويجب عليه موجبــه من الضمـان والتعزير وكذا اذا شهدوا بقتل شخص أو موته ثم جاء المشهود بقتله أو بموته حيا لتيقننا بكذبهم والرجال والنساء وأهل الذمة فى شاهــد الزور سواء وهل تقبل شهادته بعــد ذلك اذا تاب قالوا ان كان فاسقا تقبل لان الذى حمله على الشهادة الباطلة فسقه فاذا تاب وظهر صلاحه تقبل لزوال الفسق واختلفوا فى مقدار مدة التوبة فقدره بعضهم بستة أشهر وبعضهم بسنة والصحيح أنه مفوّض الى رأى القاضى وان كان عدلا أو مســتورا لا تقبل شهادته أبدا لان عدالتــه لا تعتمد وروى الفقيه أبو جعفر عن أبى يوسف أن شــهادته تقبــل وبه يفتى فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا فى هــذا الكتاب ان الشهادة ترد بسبب التهـمة وسببها أنواع إما معنى فى الشاهد وهو الفسق والعمى وإما معنى فى المشهود له وهو وصــلة خاصة بينه وبين الشـاهد كقرابة الولاد والزوجية وإما دليـــل شرعى وهو فى حق المحــدود فى القذف بعد التوبة لان الله تعـالى جعل عجزه عن الاتيان بأربعة شهداء دليل كذبه بقوله تعالى فاذ لم يأتوا بالشهداء فأولئك عند الله هم الكاذبون والله أعلم

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

اعلم أن الشهادة فرض لقوله تعالى وأقيموا الشهادة لله وقوله تعالى ومن يكتمها فانه آثم قلبــه وقال عليه

الصلاة

﴿ كتاب الرجوع عن الشهادة ﴾

لمـا كان هذا أبحاث رفع الشهادة وما تقدم ابحاث اثباتها فكانا متوازيين فترجم هذا بالكتاب كما ترجم ذلك للموازاة بينهما والا فليس لهذا أبواب لتعدد أنواع مسائله ليكون كتابا كما ذاك ولتحققه بعد الشهادة اذ لا رفع الا بعد الوجود ناسب أن يجعل تعليمه بعــده كما أن وجوده

بعده وخصوص مناسبته بشهادة الزور وهو أن الرجوع لا يكون غالبا الا لتقدمها عمدا أو خطأ اه كمال رحمه الله قال الكاكي عقب الرجوع عن الشهادة الشهادة اذ الرجوع يقتضى سبق الشهادة وله مناسبة خاصة بشهادة الزور اذ الرجوع عن الشهادة مسبب عن شهادة الزور ثم للرجوع ركن وهو قول الشاهد شهدت بزور وهو أن يكون عند القاضي أي قاض كان فيختص بمجلس القاضي اه (قوله وحكمه بعد القضاء) قالوا ويعزر الشهود سواء رجعوا قبل القضاء أو بعده ولا يخلو عن نظر لان الرجوع ظاهر في أنه توبة عن تعمد الزور ان تعمد أو التهور والعجلة ان كان أخطأ فيه ولا تعزير على التوبة ولا على ذنب ارتفع بها وليس فيه حد مقدر اه كمال وكتب ما نصه قال الاتقاني وحكمه ايجاب التعزير على كل حال سواء رجع قبل اتصال القضاء بالشهادة أو بعد اتصال القضاء والضمان مع التعزير ان رجع بعد القضاء وكان المشهود به مالا وقد أزاله بغير عوض اه (قوله وقبله التعزير فقط) أي بالضرب عندهما وبالتشهير عند أبي حنيفة على ما تقدم في شاهد الزور اه (قوله في المتن ولا يصح الرجوع الا عند القاضي) قال الكمال سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره اه وهو معنى قول الشارح أي حاكم كان اه وكتب ما نصه قال الكمال وزاد جماعة في صحة الرجوع أن يحكم القاضي برجوعهما ويضمنهما المال واليه أشار المصنف حيث قال واذا لم يصح في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما انهما لم يرجعا لا يحلفان وكذا لو أقام بينة على هذا الرجوع لا تقبل لانه ادعى رجوعا باطلا واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الا على دعوى صحيحة ثم قال حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل فهذا ظاهر في تقييد صحة الرجوع بذلك ونقل هذا عن شيخ الاسلام واستبعد بعضهم من المحققين توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان وترك بعض المتأخرين من مصنفي الفتاوى هذا القيد وذكر أنه انما تركه تعويلا على هذا الاستبعاد ويتفرع على اشتراط المجلس أنه لو أقر شاهد بالرجوع في غير المجلس وأشهد على نفسه به وبالتزام المال لا يلزمه شيء ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه اذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع اه (قوله والتوبة بحسب الجناية) قال الاتقاني والجناية كانت مختصة بمجلس القضاء فينبغي أن تكون التوبة عنها وهي الرجوع عن الشهادة الباطلة مختصا بمجلس القضاء أيضا ألا ترى الى ما روي عن معاذ بن جبل رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه بعثه الى اليمن فقال معاذ أوصني يا رسول الله قال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت واذكر الله تعالى عند كل شجر وحجر واذا عملت شرا فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية اه (قوله ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا) واقامة البينة والزام اليمين لا يقبل الا على دعوى صحيحة اه كمال (قوله في المتن فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها) حيث قالوا انشهد بكذا لا نشهد به اه فتح وكتب ما نصه قال الكمال وكان أبو حنيفة أولا يقول ينظر الى حال الشهود ان كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الاداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسه وفي حق غيره فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وان كانوا عند الرجوع كحالهم عند الاداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن أبي سليمان ثم رجع الى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما اه وكتب ما نصه قال الاتقاني ولو شهد عند قاض ورجع عند قاض آخر يصح ويجب الضمان عليه لكن اذا قضى عليه هذا القاضي بالضمان كما لو رجع عند القاضي الذي شهد عنده انما يجب عليه الضمان اذا قضى القاضي عليه

الصلاة والسلام كاتم الشهادة كشاهد الزور وشهادة الزور من الكبائر على ما بينا وقال عليه الصلاة والسلام الشاهد بالزور لا يرفع قدميه من مكانهما حتى تلعنه ملائكة السموات والارض فيجب على كل مسلم الاجتناب عنها واذا وقعت منه خطأ أو عمدا يجب عليه أن يتوب والتوبة عنها لا تصح الا عند الحاكم ولا يمنعه عنها الاستحياء من الناس وخوف اللائمة لان الاستحياء من الخالق أولى من الاستحياء من المخلوق وفيه تدارك ما أتلفه بالزور لان رجوعه مقبول في حق نفسه وان لم يقبل في حق المدعى ثم ركن الرجوع أن يقول رجعت عما شهدت به أو شهدت بزور فيما شهدت وشرطه أن يكون في مجلس القاضي وحكمه بعد القضاء التعزير والضمان وقبله التعزير فقط قال رحمه الله (ولا يصح الرجوع الا عند القاضي) لانه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به الشهادة من مجلس الحاكم أي حاكم كان كالفسخ في باب البيع حيث يشترط لصحته ما يشترط في البيع من قيام المبيع ورضا المتبايعين ولان الرجوع عن الشهادة توبة عما ارتكب من قول الزور والتوبة بحسب الجناية على ما قال عليه الصلاة والسلام السر بالسر والعلانية بالعلانية فاذا كانت الجريمة بحضرة الحاكم يجب أن تكون توبتها كذلك فاذا كان الرجوع عند غيره غير صحيح فلو أقام المقضي عليه بشهادتهما بينة بأنهما رجعا عند غير القاضي أو طلب يمينهما لا تقبل بينته ولا يحلفان لانه ادعى رجوعا باطلا بخلاف ما اذا أقر أنهما رجعا عند غير القاضي حيث يصح اقرارهما وان أقرا برجوع باطل لان اقرارهما به يجعل رجوعا منهما في الحال وبخلاف ما اذا أقام البينة انهما رجعا عند قاض آخر غير الذي كان قضى بالحق حيث تقبل هنالك بينته لانه ادعى رجوعا صحيحا قال رحمه الله (فان رجعا قبل حكمه لم يقض بها) لان كلامهما متناقض

بالضمان ونقله عن شرح شيخ الاسلام خواهرزاده ثم قال وكان أستاذنا فخر الدين البديع يستبعد توقف صحة الرجوع على القضاء بالرجوع أو بالضمان اه (قوله فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض) ولانه أي كلامه الذي ناقض به وهو المتأخر في احتماله الصدق كالاول فليس القضاء بأحدهما بعينه أولى به من الآخر فوقف كل منهما اه كمال (قوله لانهما لم يتلفا شيأ على أحد بهذه الشهادة) أي لان الشهادة لا يتعلق بها حكم قبل القضاء فاذا لم يقض القاضي بها صار وجودها وعدمها سواء فسقطت اه اتقاني (قوله في المتن وبعده لم ينقض) وذلك لان الشاهد لما أكذب نفسه بالرجوع تناقض كلامه والقضاء بالكلام المتناقض لا يجوز فلا يفسخ القاضي حكمه بالرجوع ولان الرجوع ليس بشهادة بدليل أنه لا يشترط فيه لفظ الشهادة وما ليس بشهادة لا يبطل به الحكم اه اتقاني (قوله في المتن وضمنا الخ) قال الاتقاني وهو مذهب مالك وأحمد بن حنبل وقال في شرح الاقطع قال الشافعي في قوله الجديد لا ضمان عليهم له أنا اجتمع في هذا الاتلاف السبب والمباشرة ولا عبرة بالسبب مع وجود المباشرة فسقط حكم السبب فلا يجب الضمان

فالقاضي لا يحكم بالكلام المتناقض ولا ضمان عليهما لاحد من الخصمين لانهما لم يتلفا شيأ على أحد بهذه الشهادة لان الشهادة لم يثبت بها الحق الا بالقضاء فلم يتلفا على المدعى عليه شيأ ولا على المدعي لان عدم ثبوت حقه لا يضاف الى رجوعهما بل هو باق على أصل العدم على ما كان غاية الامر أن يقال لولا رجوعهما لقضي بشهادتهما ولثبت له الحق لكن ذلك لا يوجب الضمان كما لو أبيا أن يشهدا ابتداء ولان القاضي انما يقضي بشهادتهما اذا ثبتت عدالتهما عنده وغلب على ظنه انهما صادقان ولا يعرف ذلك الا بعد الحكم لجواز أن يجرحا ولان المدعي على دعواه فلعله يشهد له غيرهما من العدول فيثبت حقه ولا يتوى ولئن توى فهو مضاف الى عجزه لا اليهما قال رحمه الله (وبعده لم ينقض) أي اذا رجعوا بعد ما حكم الحاكم بشهادتهم لم يفسخ الحكم لان كلاميهما متناقض فكما لا يحكم بالمتناقض لا ينقض الحكم بالمتناقض لانهما مستويان في الدلالة على الصدق وقد ترجح الاول باتصال القضاء به فصار نظير ما لو شهدا أن عمرا قتله بكر بالكوفة وشهد آخران انه قتله بمصر فانهما قبل القضاء يردان وبعده لا ينقض لترجحه باتصال القضاء به ولانه لو نقض أدى الى النقض الى ما لا يتناهى برجوعه عن الرجوع ثم برجوعه عن هذا الرجوع الاخير الى غير نهاية قال رحمه الله (وضمنا ما أتلفاه للمشهود عليه اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا) لان التسبيب على وجه التعدي يوجب الضمان كحفر البئر ووضع الحجر على الطريق وقد وجد ذلك منهما وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة قلنا لا يمكن ايجاب الضمان على القاضي عند رجوع الشهود وان كان مباشرا الا انه ملجأ من جهتهما فان القضاء واجب عليه بعد ظهور عدالتهما حتى لو امتنع يأثم ويستحق العزل ويعزر ولو أوجبنا عليه الضمان لامتنع الناس عن تقلد القضاء مخافة الغرامة ولا يمكن استيفاؤه من المدعي لان الحكم قد مضى فتعين صاحب السبب عند تعذر اضافة الحكم الى صاحب العلة كوضع الحجر على الطريق ومن العجب أن الشافعي رضي الله تعالى عنه يوجب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا بعد ما قتله الولي وهو يسقط بالشبهة وأمر الدم أعظم ثم لا يوجب عليهم المال وهو يثبت مع الشبهة ويقول ان القاضي ملجأ ولا يقول ذلك في المال وهذا تناقض ظاهر ولا يقال أنتم أيضا تناقض قولكم فانكم أوجبتم على الشاهد المال اذا رجع ولم توجبوا عليه القصاص وكل واحد منهما جزاء الجناية لانا نقول القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية والتسبيب فيه قصور

على الشهود كالحافر مع الدافع ولنا أن الشهود لما رجعوا علم أن المال وصل الى المقضي له بغير حق لان القاضي قضى بشهادتهم وشهادتهم كانت باطلة وتسليم مال الغير الى الغير موجب للضمان والضمان لا يجب على المقضي له ولا على القاضي بالاجماع أما على المقضي له فلان رجوع الشاهد لا يصح في حق الغير وأما على القاضي فلانه كالملجأ الى القضاء لان القضاء فرض عليه بما ثبت عنده ظاهرا حتى لو لم ير وجوب القضاء يكفر ولو رأى ذلك ومع هذا أخر القضاء يفسق واذا كان كالملجا كان معذورا في قضائه ثم لما لم يجب الضمان على المقضي له وعلى القاضي فتعين ايجاب الضمان على الشهود لانهم صاروا سببا للازالة مال متقوم للغير بغير حق كما لو شهدوا بالعتق ثم رجعوا اه مع حذف ولهذا

(قوله لان التسبيب على وجه التعدي الخ) وذلك لانهما أقرا بأنهما تعديا ووضعا الشهادة في غير موضعها وصار ذلك سببا الى تلف المال والاتلاف بسبب اذا كان بسبيل التعدي يوجب الضمان كما في حافر البئر وواضع الحجر على قارعة الطريق غاية ما في الباب أن كلام الشهود متناقض ولا يمنع ذلك صحة القضاء لكونه غير متهم على نفسه ولا يسترد المال من المحكوم له لان رجوع الشاهد صح في حق نفسه لا في حق غيره اه اتقاني (قوله لانه لا عبرة للتسبيب مع وجود المباشرة) قلنا المباشر القاضي والمدعي ولا ضمان على القاضي اتفاقا لانه كالملجا الى مباشرة القضاء الذي به الاتلاف من جهة الشرع بافتراضه عليه بعد ظهور العدالة واذا ألجأه الشرع لا يضمنه وأما المدعي فلانه أخذه بحق ظاهر ماض لان خبر الرجوع ليس أولى من الاول لينقض الحكم واذا لم ينقض لا يمكن جبره على اعطاء ما أخذ بذلك الوجه الماضي شرعا واذا تعذر الايجاب على المباشر تعين على المتعدي بالتسبيب اه فتح

(قوله وقال شيخ الاسلام) أي خواهرزاده اهـ (قوله وان كان عينا يجب على الشهود الضمان) قال الاتقاني رحمه الله وجه قول السرخسي في شرط القبض لضمان العين أن قضاء القاضي بالملك للمقضي له في زعم المقضي عليه باطل والمرء مؤاخذ بزعمه فلا يضمن الشهود ما لم يخرج الملك عن يده اهـ (قوله وان لم يقبض المشهود له) والى هذا ذهب شمس الائمة البيهقي في قسم المبسوط من الشامل فقال شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمته قبضه المشهود له أم لا لانهما أزالا ملكه الآخر عن العين المقضي به أولانهما حالا بينه وبين ماله وان كان المشهود به دينا ثم رجع الشهود قبل قبض الدين لا يضمنون لانهما أتلفا وما حالا ولانهما أوجبا دينا أولا يوجب ضمان العين لان ضمان العدوان مقيد بالمثل ولا مماثلة بين الدين والعين لاجرم لو قبض المشهود له وصار عينا يضمن الى هنا لفظ الشامل اهـ اتقاني ﴿فروع﴾ شهدا أنه أجله الى سنة ثم رجعا ضمناه حالا ثم يرجعان على المطلوب بعد السنة ولو توى ما على المطلوب لم يرجعا على الطالب بخلاف الحوالة * شهدا على هبة عبد وتسليم ثم رجعا ضمنا قيمته للمالك ولا رجوع للواهب على الموهوب له ولا عليهما لانه كالعوض وان لم يضمن الواهب الشاهدين له الرجوع * شهدا أنه باع عبده بخمسمائة الى سنة وقيمة العبد مائة وقضى به ثم رجعا يخير البائع بين رجوعه على المشتري الى سنة وبين تضمين الشاهدين قيمته حالة ولا يضمنهما الخمسمائة فان ضمن الشاهدين رجعا على المشتري بالثمن اذا حل الاجل لانهما قاما مقام البائع بالضمان وطاب لهما قدر مائة وتصدقا بالفضل اهـ كمال مع حذف فروع منه (قوله لان الضمان) أي ضمان الاتلاف وضمان الاتلاف الخ اهـ فتح (قوله وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه) وشمس الائمة يوافق في وجه الدين ويقول في العين ان الملك وان ثبت فيه للمدعي بمجرد القضاء لكن المقضي عليه يزعم أن ذلك باطل لان المال الذي في يده ملكه فلا يكون له أن يضمن الشاهد شيأ ما لم يخرج من يده قال البزازي رحمه الله في فتاواه والذي عليه الفتوى الضمان بعد القضاء بالشهادة قبض المدعي المال أولا اهـ كمال قال في الخلاصة ما نصه الشاهدان اذا رجعا عن شهادتهما رجوعا معتبرا يعني عند القاضي لا يبطل القضاء لكن ضمنا المال الذي شهدا به وهذا قول أبي حنيفة الآخر وهو قولهما وعليه الفتوى سواء قبض المقضي له المال الذي قضي به أو لم يقبض وكذا العقار اهـ (قوله في المتن والعبرة لمن بقي لا لمن رجع) قال الاتقاني رحمه الله والاصل هنا ما ذكروا في شرح الجامع الكبير أن العبرة في الرجوع لبقاء من بقي لا لرجوع من رجع وأن الشاهد في رجوعه يضمن للمشهود عليه ما أثبت بشهادته للمشهود له ورجوعه يعتبر في حق الضمان عليه لا في ابطال ما ثبت للمشهود له وانما قلنا العبرة لبقاء من بقي لانه لو كانت العبرة لرجوع من رجع لزم أن يكون الضمان واجبا على الراجع مع بقاء الحق عند وجود المبقي كما اذا رجع أحد الثلاثة لانه لو كان كذلك لكان ضمان الاتلاف بلا تلف وهو فاسد اذ الحق باق لم يتلف منه شيء ببقاء الشاهدين اهـ (قوله كالحول المنعقد على النصاب يبقى الخ) قال الكمال وأما ما أورد من أنه ينبغي اذا رجع واحد من الاثنين لا يبقى شيء من المال لان الواحد لا يثبت بشهادته شيء أصلا فيقتضي أن يضمن الواحد الراجع كل المال فهو مصادم للاجماع على نفيه وانما كان الاجماع على نفيه لان عدم ثبوت شيء بشهادة واحد انما هو في الابتداء ولا يلزم في حالة البقاء

ولهذا لا يعتبر مع المباشر الا اذا تعذر اعتبار المباشر فكانت فيه شبهة والقصاص يسقط بالشبهة دون ضمان المال ألا ترى أن القصاص لا يجب في الخطا والمال يجب والخطأ أقوى من التسبيب لوجود المباشرة فيه ولهذا يوجب حرمان الارث بخلاف التسبيب فأولى أن يسقط به القصاص وقوله اذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا وهذا اختيار شمس الائمة السرخسي رحمه الله لان الاتلاف يتحقق بقبض المدعي ماله ولا فرق في ذلك بين العين والدين وقال شيخ الاسلام ان كان المشهود به دينا فكذلك وان كان عينا يجب على الشهود الضمان وان لم يقبض المشهود له لان الضمان مقيد بالمماثلة ففي العين زوال ملك المشهود عليه عنها بالقضاء ألا ترى أن المقضي عليه لا يجوز له أن يتصرف فيها وجاز للمقضي له ذلك وفي الدين لا يزول ملكه عنه حتى يقبضه فلو رجع عليه قبله لم تتحقق المماثلة اذ لا مماثلة بين أخذ العين وايجاب الدين وفي العين تتحقق وكذلك في العقار يضمنه قبل القبض عندهم لان العقار يضمن بالاتلاف بشهادة الزور بخلاف الغصب عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لعدم تحققه فيه وهذا الاتلاف يتحقق فيه لانه اتلاف بالكلام فصار كالوديعة فانه لو أودع العقار عند شخص فأقر به المودع لغيره فانه يضمن للمودع لتحقق الاتلاف فيه بهذا الطريق وان لم يتحقق بطريق الغصب وان شهدا عليه بأنه أبرأه من الدين أو حلله أو تصدق عليه به أو وهبه اياه ثم رجعا ضمنا المال المشهود به لان الدين يصير مالا في العاقبة بالقبض فيتحقق الاتلاف فيه بخلاف ما اذا شهدا بالعفو عن القصاص ثم رجعا حيث لا يضمنان لان القصاص ليس بمال لان المال غير الآدمي قال رحمه الله (فان رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة لمن بقي لا لمن رجع) وهذا هو الاصل في باب الرجوع عن الشهادة ولولا ذلك لوجب الضمان مع بقاء من يقوم بكل الحق بأن بقي النصاب وفي هذه المسئلة بقي من يقوم بنصف الحق فيجب ضمان النصف ولا يقال لا يجوز أن يثبت الحكم ببعض العلة فوجب أن لا يبقى به أيضا لانا نقول يجوز أن يبقى الحكم ببعض العلة وان لم يثبت بها ابتداء كالحول المنعقد على النصاب يبقى ببقاء بعض النصاب وان

فما يلزم في الابتداء وحينئذ فبعد ما ثبت شيء بشهادة اثنين نسب الى كل منهما في حال البقاء ثبوت حصة منه بشهادته فتبقى هذه الحصة ما بقي على شهادته ويكون متلفا لها برجوعه اه (قوله فعليهما الربع أثلاثا) ثلثا الربع وهو سدس على الرجل وثلث الربع وهو نصف سدس على المرأة اه (قوله في المتن فان رجعت (٢٤٦) أخرى ضمن) أي النسوة التسع الراجعات اه (قوله في المتن وان رجعوا) أي الرجل

لم ينعقد بها ابتداء قال رحمه الله (فان شهد ثلاثة ورجع واحد لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق لان شهادة شاهدين تكفي لثبوت الحق في غير الزنا والكلام فيه وقد بقيت فصار الحق مستحقا بها والاستحقاق يمنع وجوب الحق كمن أتلف مال انسان ثم استحق المتلف ببينة لا يضمن للاول شيأ فكذا هذا قال رحمه الله (وان رجع آخر ضمنا النصف) لانه بقي منهم واحد فيبقى ببقائه نصف الحق ولا يقال ينبغي أن لا يضمن الراجع الاول لان التلف كان مضافا الى الباقين ولهذا لم يضمن شيأ برجوعه لانا نقول التلف مضاف الى المجموع الا أنه عند رجوع الاول لم يظهر أثره لمانع وهو بقاء الشاهدين فلما رجع آخر ظهر أثره اذ لم يبق الا من يقوم بنصف الحق فيغرمان النصف اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر وهذا كما يلزم جميعهم الضمان اذا رجعوا وهم ثلاثة وليس لواحد منهم أن يقول لا يلزمني الضمان لاني لو رجعت وحدي لما وجب علي فلا يجب علي الضمان برجوع غيري قال رحمه الله (وان شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت الربع) لبقاء ثلاثة الارباع ببقاء رجل وامرأة اذ الرجل وحده بالنصف قال رحمه الله (وان رجعتا ضمنتا النصف) لانه ببقاء الرجل بقي نصف الحق وعلى هذا لو شهد رجلان وامرأتان فرجع رجل وامرأة فعليهما الربع أثلاثا وان رجع رجلان فعليهما النصف وان رجعت امرأتان فلا شيء عليهما وهو ظاهر قال رحمه الله (وان شهد رجل وعشر نسوة فرجعت ثمان لم يضمن) لانه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهو الرجل والمرأتان قال رحمه الله (فان رجعت أخرى ضمن ربعه) لانه ببقاء الرجل والمرأة بقي ثلاثة أرباع الحق النصف بالرجل والربع بالمرأة قال رحمه الله (وان رجعوا فالغرم بالاسداس) يعني سدسه على الرجل وخمسة أسداسه على النسوة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لانهن وان كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل فعلم بهذا أن الحجة لا تتم بهن ما لم يشهد معهن رجل فكان الثابت بشهادته نصف الحق وبشهادتهن النصف وهذا لان الرجل متعين في هذه الشهادة للقيام بنصف الحجة فلا تتم الحجة الا بوجوده فلا يتغير هذا الحكم بكثرة النساء فاذا ثبت نصف الحق بشهادته ضمن ذلك عند الرجوع والنصف الآخر ثبت بشهادتهن فعليهن ضمانه عند الرجوع ولابي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين يقومان مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة كل اثنتين بشهادة رجل واحد فصار كما اذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا فيكون الضمان عليهم اسداسا وعدم الاعتداد بكثرتهن عند انفرادهن لا يلزم منه عدم الاعتداد بكثرتهن عند الاجتماع مع الرجال ألا ترى أن كل اثنتين منهن في الميراث تقومان مقام ابن واحد وعند انفرادهن لهن الثلثان فلا يزداد نصيبهن وان اختلطن بابن يزيد فيعتد بكثرتهن فكذا هنا وان رجع النسوة العشر دون الرجل كان عليهن نصف الحق بالاتفاق لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل وكذلك اذا رجع الرجل وحده عليه نصف الحق لبقاء من يقوم بالنصف وقال في المحيط ان رجع الرجل وثمان نسوة فعلى الرجل نصف الحق ولا شيء على النسوة لانهن وانه كثرن يقمن مقام رجل واحد وقد بقي من النساء من يثبت بشهادتهن نصف الحق فيجعل الراجعات كأنهن لم يشهدن وهذا سهو بل يجب أن يكون النصف أخماسا عنده وعندهما أنصافا وذكر الاسبيجابي انه لو رجع رجل وامرأة كان النصف بينهما أثلاثا ولو كان كما قال لما وجب على المرأة شيء وان شهد رجلان وامرأة ثم رجعوا فالضمان عليهما دون المرأة لان الواحدة ليست بشاهدة بل هي بعض الشاهد

والنسوة اه (قوله ولهذا لا تقبل شهادتهن الا بانضمام رجل) فصارت شهادة عشر نسوة كشهادة امرأتين اه غاية (قوله ولابي حنيفة) أي لابي حنيفة أن الشرع جعل شهادة المرأتين عند الاختلاط بمنزلة شهادة رجل واحد فتصير شهادة عشر نسوة بمنزلة شهادة خمسة رجال فصار كأن الشهود كانوا ستة رجال فرجعوا جميعا فوجب الضمان أسداسا اه غاية (قوله كان عليهن نصف الحق بالاتفاق) على اختلاف التخريج فعندهما لان الثابت بشهادتهن نصف المال وعنده (١) اه فتح (قوله لانه بقي من يبقى به نصف الحق وهو الرجل) كما لو شهد ستة رجال ثم رجع خمسة ثم ليست احداهن أولى بضمان النصف من الاخريين اه فتح (قوله وذكر الاسبيجابي أنه لو رجع رجل وامرأة الخ) ما ذكره في المحيط وكذا في الاختيار على قولهما وما ذكره الاسبيجابي بناء على قول أبي حنيفة بدليل ما ذكر آخر المسئلة من قوله ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما الخ فلا سهو اذا كذا أفاد شيخنا البرهان الطرابلسي اه (قوله وان شهد رجلان وامرأة) قال الاتقاني هذه من مسائل المبسوط وانما لم يجب الضمان على المرأة لانه لم يقض بشهادتها لانها نصف شاهد فلا يضاف الحكم الى بعض العلة اه فلا

(١) قوله وعنده هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فحرر اه مصححه

فلا يضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا شهد رجلان وامرأتان ولو شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجعوا فعندهما على الرجل النصف وعلى النسوة النصف وعنده عليه الخمسان وعليهن ثلاثة الاخماس على الاصل الذى تقدم ولو رجع الرجل وامرأة فعليه النصف كله عندهما ولا يجب على المرأة شئ وعنده عليه وعلى الراجعة أثلاثا على ما تقدم قال رحمه الله (وان شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا) سواء كانت هى المدعية أو هو ومراده هذا بقوله عليه أو عليها لان المشهود عليه أتلفا عليه شيأ بعوض يقابله والاتلاف بعوض كلا اتلاف فان قيل هذا يستقيم فى حقها لانهما أتلفا عليها البضع بعوض متقوم وأما فى حق الزوج فغير مستقيم لان البضع غير متقوم وأتلفا عليه المال المتقوم بمقابلته فوجب أن يضمناه له مطلقا قلنا البضع متقوم حال دخوله فى الملك والكلام فيه قال رحمه الله (وان زادا عليه ضمناها) أى ان زادا على مهر المثل ضمنا الزيادة هذا اذا كانت هى المدعية للنكاح وهو ينكر لانهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض ولم يذكر الحكم فيما اذا شهدا عليها بالنكاح بأقل من مهر المثل فحكمه أنهما لا يضمنان لها شيأ لان منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف فلا يضمن بالمتقوم اذ التضمين يستدعى المماثلة وانما يضمن ويتقوم بالتملك ضرورة ابانة خطر المحل فصار الاصل أن المشهود به اذا لم يكن مالا كالقصاص والنكاح لا يضمن الشهود عندنا خلافا للشافعى رحمه الله تعالى وان كان مالا فان كان الاتلاف بعوض يعادله فلا ضمان عليهم لما ذكرنا وان كان بعوض لا يعدله لا يضمن بقدر العوض ويضمن الزيادة لخلوها عن العوض وتخرج المسائل على هذا ولو شهدا عليها بقبض مهرها أو بعضه فقضى بشهادتهما القاضى ثم رجعا ضمنا لها لانهما أتلفا عليها مالا وهو المهر قليلا كان أو كثيرا دون البضع ولو شهدا عليها أنه تزوجها على ألف ومهر مثلها خمسمائة وانها قبضت الالف وهى تنكر فقضى بشهادتهما ثم رجعا ضمنا لها مهر المثل لا المسمى لان حق الاستيفاء لم يثبت لها فيه اذ لم يقض بوجوبه لان القضاء بالنكاح مع قبض المهر قضاء بازالة تملكها عن المعقود عليه لا قضاء بالمسمى لانه اذا كان مقبوضا لا يحتاج الى القضاء به فلم تقع الشهادة بالقبض اتلافا للمسمى لعدم وجوبه أصلا بل وقعت إتلافا للبضع فيضمنان قيمته هكذا ذكره فى التحرير وهو وارد على ما ذكرنا من قبل من المذهب من حيث انه أوجب على الشهود قيمة البضع مع عدم وجوبه بالقضاء ومقتضى المذهب أن لا يجب شئ على ما بيناه وهو أن منافع البضع غير متقومة عند الاتلاف وانما تتقوم على الزوج عند تملكه اياه ولو شهدا بالنكاح على ألف ولم يشهدا بالقبض حتى قضى به ثم شهدا بالقبض ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا للمرأة ألفا لانهما لما شهدا بالنكاح بألف ثبت لها حق الاستيفاء لان الالف قد تقرر عليه بالقضاء بالنكاح ثم بشهادتهما أتلفا عليها ذلك فيضمنان جميعه ولو ادعى على امرأة أنه تزوجها على مائة وقالت تزوجنى على ألف وذلك مهر مثلها فأقام الزوج شاهدين بما ادعى وقضى له بذلك وقد دخل بها ثم رجعا ضمنا لها تسعمائة فى قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله تعالى ولم يضمنا شيأ فى قول أبى يوسف رحمه الله وهو بناء على مسئلة النكاح فى اختلاف الزوجين فى المهر فعندهما القول قولها الى مهر مثلها ولولا شهادتهما لقضى لها عليه بألف فأتلفا عليها من ذلك تسعمائة فيضمنانه وعنده القول قوله فلم يتلفا عليها شيأ وهذا يبين أن المراد بقوله

(قوله بخلاف ما اذا شهد رجلان وامرأتان) أى ثم رجعوا فالضمان أثلاث لان المرأتين قامتا مقام رجل واحد فكأنه شهد ثلاثة رجال اه (قوله ولو شهد رجل وثلاث نسوة الخ) قال فى الشامل فى قسم المبسوط شهد رجل وثلاث نسوة ثم رجع رجل وامرأة ضمن الرجل والمرأة نصف المال أثلاثا فى قياس قول أبى حنيفة وعندهما يضمن الرجل نصف المال ولا تضمن المرأة لان عندهما الثابت بشهادة النساء نصف الحق وبقى بشهادة المرأتين نصف الحق وعند أبى حنيفة الحق يثبت بشهادة الرجال والنساء على الشيوع ثم تقام كل امرأتين مقام رجل فثلاث نسوة يقمن مقام رجل ونصف فان رجعوا جميعا فعندهما أنصافا وعنده أخماسا على النسوة ثلاثة أخماس الى هنا لفظ الشامل اه اتقانى (قوله فى المتن وان شهد رجلان عليه أو عليها بنكاح بقدر مهر مثلها ورجعا لم يضمنا) قال الاتقانى وانما لم يجب الضمان لان الضمان يستدعى المماثلة لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين العين والمنفعة التى هى العرض أعنى منفعة البضع فلا يجب الضمان كما فى اتلاف سائر المنافع المغصوبة حيث لا يجب الضمان عندنا خلافا للشافعى ولان منفعة البضع لا قيمة لها عند الخروج عن ملك المرأة ألا ترى أن امرأة مريضة لو زوجت نفسها بأقل من مهر المثل لم يجب لها كمال المهر بخلاف ما لو باعت فى مرض موتها شيأ بأقل من قيمته وانما لم يجب للبضع قيمة عند الدخول فى ملك الزوج ابانة لخطر المحل اه كلام الاتقانى رحمه الله (قوله قلنا البضع متقوم حال دخوله الخ) وفى الذخيرة ومنافع البضع تعتبر مالا عند الدخول فصلحت عوضا ولهذا يجوز للاب أن يزوج ابنه الصغير بمهر المثل من مال الصغير والاب لا يملك ازالة مال الصغير الا بعوض ولا يملك الاب خلع ابنته الصغيرة بمالها وان كان المسمى مثل مهر المثل اه كاكى (قوله فى المتن وان زادا) وفى بعض النسخ زاد بلفظ الافراد وعليها شرح العينى اه (قوله لانهما أتلفا على الزوج قدر الزيادة بلا عوض) حيث لم يدخل بازائها شيأ اه

الا أن يأتي بشيء مستنكر مالا يصلح أن يكون مهرا في الشرع وهو مادون عشرة دراهم وان أتلفا منفعة بان شهدا أنه أكرى دابته بمائة وأجر مثلها مائتان فركبها ثم رجعا لم يضمنا ان كان المدعي هو المستأجر والمنكر صاحب الدابة لانهما أتلفا على صاحب الدابة مجرد المنفعة من غير عقد ولا شبهة عقد وذلك لا يوجب الضمان لما عرف وان كان المدعي صاحب الدابة والآخر ينكر ضمناله ما زاد على أجر المثل لانهما أتلفا عليه ذلك القدر بلا عوض وقدر أجر المثل بعوض فلم يضمناه قال رحمه الله (ولم يضمنا في البيع الا ما نقص) يعني اذا شهدا على البائع بأنه باع ثم رجعا عن الشهادة لم يضمناله اذا كان البيع بمثل القيمة أو أكثر لانهما أتلفا عليه المبيع بعوض يعدله أو يفوقه والاتلاف بعوض كلا اتلاف وان شهدا عليه بأنه باع بأقل من القيمة ضمنا النقصان لان ذلك القدر أتلفاه عليه بلا عوض ولا فرق في ذلك بين أن يكون البيع بخيار الشرط للبائع أو كان باتا لان السبب هو البيع السابق فيضاف الحكم اليه عند سقوط الخيار بمضي المدة فيكون التلف مضافا اليهما فان قيل البيع بشرط الخيار للبائع لا يزيل ملك البائع عن المبيع وقد كان متمكنا من دفع الضرر عن نفسه بفسخ البيع في المدة فاذا لم يفعل فقد رضي بالبيع فوجب أن لا يضمناله شيأ قلنا السبب الموجب لزوال الملك هو البيع المشهود به وان تأخر حكمه وهو زوال الملك ولهذا يستحق المشتري المبيع بزوائده عند النفاذ فكان الاتلاف حاصلا بشهادتهما فيضمنان وهذا لان البائع كان منكرا للبيع فلا يمكنه أن يتصرف بحكم الخيار لانه يصير كالمقر بالبيع فيتناقض كلامه عند الناس فيكون كاذبا عندهم فيتوقاه حذرا من ذلك حتى اذا أجازه باختياره ليس له أن يرجع على الشهود لانه أتلفه بمباشرته ولا يضاف الحكم الى المسبب مع وجود المباشر هذا اذا شهدا بالبيع ولم يشهدا بنقد الثمن وان شهدا بنقد الثمن مع انهما شهدا بالبيع ينظر فان شهدا بالبيع بألف مثلا فقضى به القاضي ثم شهدا عليه بعد القضاء بقبض الثمن فقضى به ثم رجعا عن الشهادتين ضمنا الثمن لان الثمن تقرر في ذمة المشتري بالقضاء ثم أتلفاه عليه بشهادتهما بالقبض فيضمنانه وان كان الثمن أقل من قيمة المبيع يضمنان الزيادة أيضا مع ذلك لانهما أتلفا عليه هذا القدر بشهادتهما الاولى وان شهدا عليه بالبيع وقبض الثمن جملة واحدة فقضى به ثم رجعا عن شهادتهما تجب عليهما القيمة فقط لان القاضي يقضي بالبيع لا بوجوب الثمن لان القضاء بالثمن يقارنه ما يوجب سقوطه وهو القضاء بالقبض والقضاء بالشيء اذا اقترن به ما يوجب بطلانه لا يقضي به ولهذا قلنا لو شهد شاهدان بالبيع والاقالة دفعة واحدة ان القاضي لا يشتغل بالقضاء بالبيع لاقتران ما يوجب انفساخه وهو القضاء بالاقالة فكذا هنا ولو شهدا على رجل بالشراء فقضى به ثم رجعا فان كان بمثل قيمته أو أقل لم يضمنا للمشتري شيأ لان الاتلاف بعوض لا يكون اتلافا في المعنى على ما بينا وان كان بأكثر من قيمته ضمنا ما زاد على قيمته للمشتري لانهما أتلفا عليه الزائد بغير عوض فيضمنانه له وكذا اذا شهدا عليه بالشراء بشرط الخيار للمشتري وجاز البيع بمضي المدة وان جاز باجازته لا يضمنان على ما بينا في حق البائع قال رحمه الله (وفي الطلاق قبل الوطء ضمنا نصف المهر) يعني اذا شهدا بأنه طلق امرأته قبل الدخول بها ثم رجعا ضمنا للزوج نصف المهر لانهما أكدا عليه ما كان على شرف السقوط لان احتمال ارتدادها وتقبيل ابن زوجها ثابت فيحتمل أن يوجد ذلك منها فيسقط المهر به وللتأكيد حكم الايجاب فصار كأنهما أوجبا عليه ألا ترى أن المحرم اذا أخذ صيدا فقتله آخر في يده يلزم الآخذ الجزاء ثم يرجع به على القاتل لانه قرر عليه ما كان على شرف الزوال بالتسبيب وللتقرير حكم الايجاب ولان الفرقة قبل الدخول في معنى الفسخ فلا توجب شيأ اذا لم تكن من جهته وهما باضافة الفرقة اليه ألزماه نصف المهر فيضمنان له ذلك وينتقض هذا بمسئلتين ذكرهما في التحرير احداهما امرأة لها على رجل ألف درهم مؤجل فشهد شاهدان أنه حال فأخذته منه ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت ثم رجع الشهود عن شهادتهم لا يضمنون وهذا الدين كان على شرف السقوط لانه لو كان مؤجلا على حاله لسقط بارتدادها والثانية لو أن رجلا قتل امرأة قبل أن يدخل

بها

(قوله وهو مادون عشرة دراهم) وقد تقدم في كتاب النكاح أن المراد به ما يستنكر عرفا هو الاصح اهـ

بها زوجها حتى لزمه جميع المهر لا يرجع على القاتل وان وجد التأكيد منه اذ لولا قتله لكان احتمال السقوط ثابتا ولكن نقول القتل (١) منه للنكاح والشئ بانتهائه يتقرر والدين المؤجل ثابت فى الحال وانما تأخرت المطالبة ولهذا لو مات من عليه الدين يحل ولم يؤكدا بشهادتهما شيأ اذ تحصيل الحاصل محال أو نقول لا نسلم بأن دينها يسقط بل يكون لورثتها وتقضى به ديونها فلا يسقط فبطل السؤال من الاصل والابن اذا أكره امرأة أبيه فزنى بها يلزم أباه نصف المهر ثم يرجع به على الابن لان الابن باكراهه اياها ألزم أباه نصف المهر فصار نظير الشهود ولو رجع الشهود بعد موت الزوج غرموا للورثة لانهم قائمون مقامه ولم ترث لوقوع الفرقة بالقضاء قبل موته ولو شهدا بعد موت الزوج أنه طلقها فى حياته قبل الدخول بها ثم رجعا لم يضمنا للورثة لان الشهادة وقعت لهم وضمنا للمرأة نصف الصداق والميراث لان المهر كان مؤكدا ظاهرا بالموت بحيث لا يسقط بمسقط وكذا الميراث كان واجبا لها بموته فهما بهذه الشهادة أبطلا عليها نصفا مؤكدا من المهر وإرثا ثابتا بالظاهر فيضمنان لها ذلك ذكره فى الكافى قال رحمه الله (ولم يضمنا لو بعد الوطء) يعنى لو شهدا أنه طلقها بعد ما دخل بها فقضى بشهادتهما ثم رجعا عن الشهادة لم يضمنا لان المهر تأكد بالدخول لا بشهادتهما وقال الشافعى رحمه الله تعالى يضمنان للزوج مهر المثل وكذا اذا قتلها قاتل يضمن القاتل للزوج مهر المثل عنده وكذا اذا ارتدت المرأة يجب عليها أن تغرم للزوج نصف المهر لان البضع متقوم ألا ترى أنه متقوم حال الدخول حتى لا يتصور أن يملك بلا عوض فكذا عند خروجه عن ملكه لانه انما يخرج عن ملكه عين ما دخل فى ملكه فمن ضرورة تقومه فى احدى الحالتين التقوم فى الحالة الاخرى كملك اليمين ولنا أن ملك الزوج ضرورى فلا يظهر الا فى حق استيفاء منافع البضع ألا ترى أنه ليس له أن يضمن المتلف بالوطء شيأ حتى لو وطئت بشبهة كان العقر لها ولو كان ملكه متقوما لكان له ولكان له أن يزوجها من انسان كملك اليمين ولان الضمان من شرطه المماثلة ولا مماثلة بين البضع والمال لا صورة ولا معنى فلا يكون مضمونا وأما عند دخوله فى ملك الزوج فالمتقوم هو الملك دون الملك الوارد عليه وتقومه لاظهار خطر ذلك المحل حتى يكون مصونا عن الابتذال ولا يملك مجانا فان ما يملك مجانا لا يعظم خطره عند اصابته وذلك محل له خطر مثل النفوس لان النسل يحصل به وهذا المعنى لا يحصل فى طرف الازالة فانها لا تملك على الزوج شيأ لكن يسقط عنها ملك الزوج ألا ترى أن ما هو مشروط لمعنى الخطر عند التملك كالشهود والولى لا يشترط شئ منه عند الازالة ولكونه غير متقوم حالة الخروج دون الدخول ليس له أن يخالع ابنته الصغيرة على مالها من زوجها وليس له أن يزوج ابنه الصغير على ماله بخلاف ملك اليمين فانه ملك مال والمال مثل للمال فعند الاتلاف يضمن بالمال قال رحمه الله (وفى العتق ضمنا القيمة) أى اذا شهدا باعتاق عبد فحكم الحاكم بعتقه ثم رجعا عن الشهادة ضمنا قيمة العبد لسيده لانهما أتلفا عليه مالية العبد من غير عوض والولاء للذى شهدا عليه بالعتق لان العتق لا يتحول اليهما بهذا الضمان فلا يتحول الولاء ولا يمتنع وجوب الضمان عليهما بثبوت الولاء للمولى لان الولاء ليس بمال متقوم بل هو كالنسب لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب فلا يكون الضمان بدلا عنه بل عما أتلفا عليه من ملك المال وهذا الضمان لا يختلف بين أن يكونا موسرين أو معسرين لانه ضمان اتلاف الملك بخلاف ضمان الاعتاق لانه لم يتلف الا ملكه ولكنه مع ذلك لزم منه فساد ملك صاحبه فأوجب الشارع عليه المواساة صلة والصلات تجب على الموسر دون المعسر كالزكاة ونفقة الاقارب ولو شهدا عليه بأنه دبره فقضى القاضى بذلك ثم رجعا ضمنا ما نقصه التدبير لانهما أوجبا للعبد حق العتق وبذلك تنتقص ماليته فاذا مات المولى عتق ان خرج من الثلث ويضمنان للورثة بقية قيمته ولو لم يكن له مال سواه عتق ثلثه وسعى فى ثلثيه ويضمنان للورثة ثلث قيمته وان كان العبد معسرا يضمنان جميع قيمته مدبرا ويرجعان به عليه اذا أيسر ولو شهدا أنه كاتب عبده فقضى بالكتابة ثم رجعا ضمنا قيمته كلها لانهما حالا بينه وبين عبده فصارا كالغاصب له بخلاف التدبير ثم الشاهدان يتبعان المكاتب بالكتابة

(١) قوله منه هو اسم فاعل من أنهى كما هو ظاهر اهـ مصححه

(قوله فى المتن ولم يضمنا لو بعد الوطء) قال فى التحفة ولو شهدا على رجل أنه طلق امرأته ثلاثا وقد دخل بها وقضى القاضى ثم رجعا لم يضمنا الا ما زاد على مهر المثل لان تقدر المهر اتلاف بعوض وهو استيفاء منافع البضع ولو كان قبل الدخول ان كان المهر مسمى ضمنا النصف وان لم يكن المهر مسمى يضمنان المتعة لان ذلك تلف بشهادتهم ولم يحصل له بمقابلة عوض اهـ اتقانى

على نجومها الا انهما قاما مقام المولى فى ذلك حين ضمنا قيمته وكان من قضية الضمان أن يملكاه كيلا يجتمع البدلان فى ملك شخص لكن المكاتب لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يعتق المكاتب حتى يؤدى ما عليه كما كان قبل رجوعهما فاذا أدى عتق والولاء للمولى لانه هو المكاتب له وانما الشاهدان قاما مقامه فى أخذ بدل الكتابة منه لا غير فأداؤه اليهما كادائه الى المولى ويطيب لهما ما أخذا من المكاتب ان كان بدل الكتابة مثل قيمته أو أقل وان كان أكثر تصدقا بالفضل وان عجز ورد فى الرق كان لمولاه لان رقبته لم تصر ملكا للشاهدين لما ذكرنا ويرد المولى ما أخذ من الشاهدين لان الحيلولة قد بطلت بعجز المكاتب فصار نظير ما اذا غصب المدبر فابق عنده فضمنه المولى قيمته ثم جاء من الاباق فانه يجب على المولى أن يرد على الغاصب ما أخذه منه فكذا هذا ولو اختار المولى أن يتبع المكاتب ولا يضمن الشهود كان له ذلك ولو شهدا أنه أقر أن أمته ولدت منه والمولى ينكر فقضى القاضى بذلك ثم رجعا فهذا على وجهين إما أن يكون معها ولد أو لم يكن وكل وجه على وجهين إما أن يكون الرجوع هنا حال حياة المولى أو بعد وفاته فان لم يكن معها ولد وكان الرجوع حال حياة المولى فانهما يضمنان للمولى نقصان قيمتها فاذا مات المولى عتقت فيضمنان للورثة باقى قيمتها لانه لولا شهادتهما لورثها الورثة ففوتا عليهم هذا القدر وان رجعا بعد موت المولى ضمنا جميع قيمتها للورثة لاتلافهما ذلك عليهم وان كان معها ولد ورجعا حال حياة المولى ضمنا نقصان قيمتها لما ذكرنا وضمنا جميع قيمة الولد لانه لولا شهادتهما كان عبدا له ففوتا عليه ذلك فاذا مات المولى بعد ذلك ان لم يكن مع الولد شريك فى الميراث لا يضمنان له شيأ ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لان من زعم الولد ان رجوعهما باطل وقبض الاب الضمان كان بغير حق فكان مضمونا عليه فيؤدى من تركته ان كان له تركة والا فلا شئ على الابن لان من أقر على مورثه بدين وليس له تركة لا يجب عليه شئ وان كان معه شريك فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه من قيمة الولد ومن باقى قيمة الام ويرجعان على الولد بما قبض الاب منهما لما ذكرنا ان ترك مالا ولا يرجعان بما أخذه منهما شريكه لانه فى زعمه ظلمهما فلا يظلم هو وكذا فى زعمهما فلا يظلمانه ولا يضمنان لشريكه ما أخذه الولد بالارث وان رجعا بعد وفاة المولى فان لم يكن للولد شريك فلا ضمان عليهما لانه هو الوارث وحده وهو يكذبهما فى الرجوع وان كان له شريك فى الميراث يضمنان له حصته من قيمة الولد ومن جميع قيمة الام ولا يضمنان له ما ورثه الولد ولا يرجعان على الولد هنا بما أخذه منهما شريكه لان هذا ظلم شريكه لا ظلم أبيه فلم يكن ذلك دينا على الميت حتى يقدم على الارث وانما يجب عليهما أن يضمنا جميع قيمتها هنا لانهما أتلفاها عليهم ولم يضمنا من قيمتها شيأ للمولى بخلاف المسئلة الاولى هذا كله فيما اذا كانت الشهادة حال حياة المولى وان شهدا بعد وفاته والمسئلة بحالها فقضى بشهادتهما القاضى ثم رجعا فان لم يكن معها ولد ضمنا جميع قيمتها للورثة لما ذكرنا وان كان معها ولد ضمنا قيمتها وقيمة الولد كلها وما أخذه الولد بالارث بخلاف ما اذا كانت الشهادة فى حال حياة المولى حيث لا يضمنان ما أخذه الولد من التركة والفرق بينهما أن الشهادة فى حال الحياة لا تكون شهادة بالمال والميراث لانه يجوز أن يموت الابن أولا فيرثه الاب فلا تكون شهادتهما اتلافا للمال فلا يضمنان وأما بعد الموت فشهادتهما وقعت على المال فتكون اتلافا له فيضمنان ذلك كله حتى الولد نفسه لانه لولا شهادتهما كان عبدا ميراثا لهم قال رحمه الله (وفى القصاص الدية ولم يقتصا) أى فيما اذا شهدا بوجوب القصاص على شخص بأن شهدا أنه قتل فلانا عمدا فقضى القاضى به فقتل ثم رجعا يجب عليهما الدية ولا يقتص منهما وقال الشافعى رحمه الله يقتص منهما لانهما تسببا للقتل فصارا كالمكره بل أولى لان الولى يعان والمكره يمنع فكانت الشهادة أفضى الى القتل وأولى بوجوب القصاص عليهما ولنا انهما تسببا للقتل وليسا بمباشرين اذ الولى بالخيار ان شاء قتل وان شاء عفا بل جانب العفو مترجح والتسبب لا يوجب القصاص كحفر البئر ولان القصاص نهاية العقوبة فلا يجب الا بنهاية الجناية وهو القتل مباشرة عمدا بآلة صالحة له ولم يوجد ذلك هنا لان الشهادة ليست بقتل حقيقة وانما تصير قتلا بواسطة ليست فى يد

(قوله فان الشاهدين يضمنان لشريكه نصيبه) أى اذا لم يقبض الاب منهما غير نقصان قيمة الام اه (قوله ويرجعان على الولد بما قبض الاب) أى من نقصان قيمة الاب اه (قوله فصارا كالمكره) وهذا لان الشاهد كالمكره أيضا للقاضى على قضائه فانه لو لم ير وجوب القضاء على نفسه بعد الشهادة يكفر ولو رأى وأخر يفسق ثم المكره يجب عليه القصاص فبالطريق الاولى أن يجب على الشاهد اه غاية (قوله لان الولى يعان) أى يعان على استيفاء القصاص من جهة المسلمين اه (قوله والمكره يمنع) بفتح الراء اه اتقانى وقال الكاكى قوله والمكره يمنع بنصب الراء على صيغة اسم المفعول لان الشاهد بمنزلة المكره بكسر الراء والولى بمنزلة المكره اه

الشاهد وهو حكم الحاكم واختيار الولي قتل المشهود عليه والفعل الاختياري من المباشر يقطع النسبة الى المتسبب كدلالة السارق وفتح باب القفص وحل قيد العبد فلم يوجد منه القتل حقيقة لعدم المباشرة ولا حكما لعدم الالجاء لان الملجأ هو الذي يخاف العقوبة الدنيوية على نفسه فيؤثر نفسه بالطبع فيكون كمسلوب الاختيار ولم يوجد ذلك في حق الولي ولا في حق القاضي لان القاضي انما يخاف العقوبة في الآخرة ولا يصير به ملجأ لان كل واحد يقيم الطاعة خوفا من العقوبة في الآخرة ولا يصير بذلك مقهورا والولي يباشر القتل باختياره وليس عليه حرج في العفو بل هو مندوب اليه فكيف يتأتى الاكراه في حقه بخلاف المكره فان المكره يؤثر حياته فيقدم على القتل فينسب الفعل الى المكره والمكره كالآلة له ولان أقل أحواله أن يكون شبهة والقصاص يسقط بها دون الدية لان المال يجب مع الشبهة وان رجع الولي معهما أو جاء المشهود بقتله حيا فالولي بالخيار ان شاء ضمن الولي الدية وان شاء ضمن الشاهدين لان الولي متلف له حقيقة والشاهدان متلفان له حكما والاتلاف الحكمي مثل الحقيقي في حكم الضمان وأيهما ضمن لا يرجع على صاحبه عند أبي حنيفة رحمه الله وكذا عندهما ان ضمن الولي وان ضمن الشاهدين فلهما أن يرجعا على الولي لانهما عاملان له في الشهادة فيرجعان عليه بما لحقهما بها كما لو شهدا له بقتل الخطا فقضى له بها وأخذ الدية ثم رجعوا جميعا وهذا لانهما لما ضمنا قاما مقام الولي وان لم يملكا القصاص فيرجعان عليه كغاصب المدبر اذا غصب منه آخر فهلك عند الثاني واختار المولى تضمين الغاصب الأول فضمنه فللغاصب أن يضمن الغاصب منه لانه لما ضمن قام مقام المولى وان لم يملك المدبر وهذا لان القصاص مما يملك في الجملة حتى ملكه الولي وورثته اذا مات من له القصاص وله بدل متقوم محتمل للتملك فيكون السبب معتبرا على أن يعمل في بدله عند تعذر اعماله في الاصل كاليمين على مس السماء ينعقد في ايجاب الكفارة الذي هو خلف عن البر لما كان الأصل هو البر وهو متصور الوجود عقلا وكذا شهود الكتابة اذا رجعوا وضمنوا المولى القيمة كان لهم أن يرجعوا بها على المكاتب وان لم يملكوا منه شيأ ولابي حنيفة رحمه الله ان الشهود ضمنوا الاتلاف فهم المشهود عليه حكما والمتلف لا يرجع بما ضمن بسببه على غيره كالولي وهذا لانهم لو لم يكونوا متلفين لما ضمنوا مع المباشر اذ لا يعتبر مجرد التسبب مع المباشر ألا ترى أن الحافر لا يعتبر مع الدافع فثبت بهذا أنهم جناة ومن ضمن بجنايته لا يرجع على غيره وأما في الخطا فانما يرجعان عليه لانهما لما ضمنا ملكا الدية وقد أتلفه القابض بصرفه الى حاجته فيرجعان عليه وانما ينعقد السبب موجبا للحكم على أن يعمل في بدله ان لو كان السبب مما يتصور وجود حكمه ولا يتصور وجود الملك في القصاص بالضمان بحال فلا ينعقد في حق خلفه كاليمين الغموس ولو كان القصاص ملكا لانسان حقيقة لم يضمنه المتلف عليه بأن قتله شخص أو شهد عليه شهود بالعفو ثم رجعوا لا يضمن القاتل ولا الشهود شيأ لولي القتيل وانعقاد السبب لا يكون أقوى من وجود الملك حقيقة وبهذا فارق مسئلة غصب المدبر والمكاتب فانه فيه لو كان مالكا حقيقة لكان يضمنه المتلف عليه فكذا اذا جعل كالمالك حكما باعتبار انعقاد السبب له فيكون له أن يرجع بالبدل لذلك قال رحمه الله (وان رجع شهود الفرع ضمنوا) لان التلف مضاف الى شهادتهم لصدورها منهم في مجلس الحكم قال رحمه الله (لا شهود الاصل بلم نشهد الفروع على شهادتنا أو أشهدناهم وغلطنا) أي لا يضمن شهود الاصل بقولهم لم نشهد شهود الفروع أو بقولهم أشهدناهم وغلطنا لان القضاء وقع بشهادة الفروع اذ القاضي يقضي بما يعاين من الحجة وهي شهادة الفروع وهذا لانهم بقولهم لم نشهدهم أنكروا السبب أصلا وهو الاشهاد وهو خبر محتمل للصدق والكذب فلا يبطل القضاء به ولا يلتفت الى كلامهم بعد القضاء بخلاف ما اذا قالوا ذلك قبل القضاء حيث لا يقضي به لانكارهم التحميل وهو شرط فيها وقال محمد رحمه الله يضمن شهود الاصل فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا لان الفروع قاموا مقام الاصول في نقل شهادتهم الى مجلس القاضي فيحصل القضاء بشهادة الاصول فلهذا تعتبر عدالتهم فصار كأنهم حضروا بأنفسهم مجلس القاضي

(قوله ولا يصير به ملجأ) تقدم أنه يعزر ولو لم يقض بعد شهادة الشهود اه قارئ الهداية (قوله بخلاف المكره) بفتح الراء اه غاية (قوله في المتن وان رجع شهود الفرع ضمنوا) اعلم أن شهود الفرع اذا رجعوا عن شهادتهم في مجلس القاضي بعد القضاء بشهادتهم ضمنوا المشهود به لان اتلاف المشهود به حصل بادائهم الشهادة في مجلس القاضي فكان الاتلاف مضافا الى شهادتهم فوجب عليهم الضمان اه اتقاني (قوله في المتن لا شهود الاصل) قال في الهداية ولو رجع شهود الاصل وقالوا لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا فلا ضمان عليهم قال الاتقاني هذا لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر فيه الخلاف بين أصحابنا وكذلك أثبت صاحب الهداية مطلقا بلا ذكر الخلاف وقال في شرح القدوري للشيخ الامام أبي نصر البغدادي هذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنون وهو رواية عن أبي حنيفة الى هنا لفظه رحمه الله (قوله فيما اذا قالوا أشهدناهم وغلطنا) اعلم أن الفرعين لا ضمان عليهما في هذه الصورة بالاتفاق لانهما لم يرجعا عما شهدا اه اتقاني

فشهدوا ثم رجعوا بخلاف ما اذا قالوا لم نشهدهم على شهادتنا حيث لم يضمنوا لانهم لم يرجعوا وانما أنكروا التحميل ولابى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أن الموجود من الاصول شهادة فى غير مجلس القاضى والشهادة فى غير مجلسه لا تكون سببا للاتلاف شئ فلا يلزمهما الضمان وهذا لان الشهادة مختصة بمجلس القاضى ولهذا اختص الرجوع به بناء عليه للتناسب ولانا نقول ان الفروع نائبون منابهم فى نقل شهادتهم الى مجلس القاضى فانهم بعد الاشهاد لو منعوهم عن أداء الشهادة كان عليهم الاداء اذا دعاهم المدعى اليه ولو كانوا نائبين عن الاصول لما كان لهم ذلك بعد المنع ولكنهم يشهدون على ما تحملوا وهو اشهاد الاصول اياهم على شهادتهم فصار كما لو شهدوا على نفس الحق وعلى هذا لو رجع الاصول بأن قالوا أشهدناهم على ذلك ولكنا رجعنا عن ذلك عندهما لا يضمنون وعنده يضمنون والوجه قد بيناه من الجانبين قال رحمه الله (ولو رجع الاصول والفروع ضمن الفروع فقط) لان الاتلاف حصل بالشهادة الموجودة فى مجلس القاضى وهى من الفروع مباشرة من كل وجه والاصول مسببون للتلف من وجه وقد عرف أن المباشر والمسبب اذا اجتمعا وهما متعديان كان الضمان على المباشر دون المسبب وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله تعالى المشهود عليه بالخيار ان شاء ضمن الاصول وان شاء ضمن الفروع لان القضاء وقع بشهادة الفروع من حيث ان القاضى عاين الشهادة من الفروع ووقع بشهادة الاصول من حيث ان الفروع نائبون عنهم ونقلوا شهادتهم بأمرهم فيخير فى تضمين أى الفريقين شاء والجهتان متغايرتان لان شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول أو نقول احداهما شهادة والأخرى أداء الشهادة فى مجلس القاضى فلا يجمع بينهما فى التضمين بل يجعل كل فريق كالمنفرد فيكون له الخيار كالغاصب مع غاصب الغاصب وهذا لان التلف يثبت بالنقل والاشهاد والنقل من الفروع والاشهاد من الاصول فلولا اشهاد الأصول لما تمكن الفروع ولولا نقل الفروع لما تمكن الاصول فكان فعل كل فريق فى حق المشهود عليه سبب ضمان على سبيل المباشرة أما الفروع فظاهر لانهم نقلوا شهادة الأصول عند القاضى على وجه لو لم يعمل القاضى بشهادتهم يأثم وكذلك الأصول مباشرون من حيث الحكم لان أداء الفروع منقول الى الأصول لان الفروع مضطرون من جهة الأصول الى الأداء بعد الاشهاد بحيث لو امتنعوا عن الأداء أثموا فصار وانظير القاضى لما ألجأه الشهود الى القضاء نسب اليهم فضمنوا ثم أى فريق أدى لا يرجع على صاحبه لان كلا ضمن بجنايته بخلاف الغاصب اذا ضمن حيث يرجع على غاصب الغاصب لما عرف فى موضعه قال رحمه الله (ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) يعنى بعد الحكم بشهادتهم لان ما مضى من القضاء لا ينتقض بقولهم كما لا ينتقض برجوعهم ولا يلزمهم غرامة لانهم لم يرجعوا وانما شهدوا على غيرهم بأنهم كذبوا قال رحمه الله (وضمن المزكون بالرجوع) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنون لانهم أثنوا على الشهود خيرا فصار كما لو أثنوا على المشهود عليه بأن شهدوا على احصان الزانى ثم رجعوا وهذا لانهم لم يثبتوا سبب التلف وهو الزنا مثلا ولم يتعرضوا له بالاصالة وانما أثنوا على الشهود فصاروا فى المعنى كشهود الاحصان ولابى حنيفة رحمه الله انهم جعلوا ما ليس بموجب موجبا فصاروا بمنزلة من أثبت سبب الاتلاف وبيان ذلك ان الشهادة لا توجب شيأ بدون التزكية وسبب التلف الشهادة وهى لا تعمل الا بالتزكية فكانت التزكية علة العلة وهى بمنزلة العلة فى اضافة الحكم اليها بخلاف شهود الاحصان فانهم لم يجعلوا غير الموجب موجبا لان الموجب هو الزنا وهم لم يثبتوه ولهذا يثبت الاحصان بشهادة النساء بخلاف التزكية لشهود الحد لان الشهادة لا تعمل الا بها فصار التلف مضافا اليها كما يضاف الى الشهادة ولهذا لا يجوز أن تكون النساء مزكيات مع الرجال فى الحدود كما لا تصلح للشهادة فيها ولولا اضافة الحكم اليها لصلحن للتزكية فيها وهذا لان التأثير هو المعتبر والعلة مؤثرة فى اثبات الحكم وكذلك علة العلة مؤثرة أيضا فى اعمال العلة اذ الشهادة لا توجب العمل الا بها بخلاف شهود الاحصان فان ذلك ليس بمؤثر فى اثبات الزنا فانهم أثنوا

عليه

(قوله لان شهادة الاصول على أصل الحق وشهادة الفروع على شهادة الاصول) فلا يجمع بينهما فى التضمين بان يقال يضمن الفريقان حق المدعى عليه أنصافا بل له الخيار فى تضمين أى الفريقين شاء اه (قوله فصاروا نظير القاضى لما ألجأه الشهود) قال العينى رحمه الله وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند البعض والصحيح أنهم لا يضمنون بحال نص عليه فى الزيادات اه (قوله فى المتن ولا يلتفت الى قول الفروع كذب الاصول أو غلطوا) قال أبو محمد الناصحى فى تهذيب أدب القاضى وان قال اللذان شهدا عند القاضى قد أشهدانا على شهادتهما ولكنهما كذبا فى هذه الشهادة وهذا القول بعد القضاء بشهادتهما لم يلتفت اليه ولم يلزمهما الضمان وذلك لانهما يقران على غيرهما بأنهما كذبا فلا يقبل قولهما فيه اه غاية

(قوله فى المتن وشهود اليمين) قال العينى صورته شهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم شهد آخران بان الشرط الذى علق عليه العتق أو الطلاق وجد وقد نزل المعلق فحكم بذلك ثم رجع الجميع فالضمان على شهود اليمين خاصة لان اليمين هى السبب والتلف انما يضاف الى من أثبت السبب دون الشرط المحض اهـ وكتب ما نصه قال فى الهداية واذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة قال الاتقانى وهذا لفظ القدورى فى مختصره قال الشيخ أبو المعين النسفى فى أواخر كتاب الايمان من شرح الجامع الكبير قبيل باب اليمين فى طلاق السنة وغير السنة اذا شهد شاهدان على رجل أنه قال لعبده ان دخلت الدار فأنت حر وشهد آخران أنه دخل الدار وقضى القاضى بعتقه ثم رجعوا ضمن شاهدا اليمين دون شاهدى الدخول لان العبد تلف بقضاء القاضى والقاضى قضى بعتقه بشهادة شهود العتق لان العتق يثبت عند دخول الدار بقوله أنت حر لا بدخول الدار فكان التلف مضافا الى ما أثبته شاهدا اليمين دون شاهدى الشرط قالوا فى شروح الجامع ولا يلزم على هذا اذا شهد اثنان أنه تزوج

عليه بقولهم انه حر مسلم تزوج امرأة نكاحا صحيحا وقد أوفى حقها شرعا بالدخول عليها وهذه الخصال تمنع الزنا فلا تكون موجبة له لان الزنا مذموم وهذه الخصال محمودة فهما متضادان فكيف يكون أحدهما سببا للآخر فلما لم يوجب الزنا لا يوجب الرجم أيضا بل هو موجب الزنا عند وجود الاحصان قال رحمه الله (وشهود اليمين) أى يضمن شهود اليمين ومعنى المسئلة أن يشهدا بتعليق العتق بشرط أو بتعليق الطلاق بشرط قبل الدخول ثم يرجعان عنها فيجب عليهما قيمة العبد ونصف المهر لانهم شهود العلة اذ التلف يحصل بسببه وهو الاعتاق أو التطليق وهم الذين أثبتوا ذلك بشهادتهم والشرط وان كان مانعا فاذا وجد الشرط أضيف التلف الى تلك الكلمة وهى العلة دون زوال المانع قال رحمه الله (لا شهود الاحصان والشرط) أى لا يضمن شهود الاحصان ولا شهود الشرط وفيهما خلاف زفر رحمه الله أما شهود الاحصان فهو يقول ان الجناية تتغلظ عنده فصار كحقيقة العلة ولانه شرط لوجوب الرجم والشرط اذا سلم عن معارضة العلة صلح علة ألا ترى أن حافر البئر يضمن عند عدم من يلقى والحفر شرط الوقوع فيضاف اليه الحكم قلنا ان الاحصان علامة وليس بشرط حقيقة لان حقيقة الشرط أن توجد العلة بصورتها وتتوقف صيرورتها علة على وجود الشرط كتعليق العتق بالشرط فان العلة قد وجدت بصورتها وهى قوله عبده حر ونحو ذلك وتوقفت صيرورتها علة على وجود الشرط وهنا لو زنى ثم أحصن لا يرجم ولكن اذا زنى وهو محصن عرفنا أن حكمه الرجم وهذا معنى العلامة فلم يتعلق به وجوب الرجم ولا وجوده اذ الحكم لا يضاف الى العلامة المظهرة وأما شهود الشرط فلا يخلو إما أن يرجعوا وحدهم أو مع شهود العلة وهى التعليق فان رجعوا مع شهود اليمين لا يضمنون وعند زفر رحمه الله يضمنون لان التلف حصل بشهادة الفريقين جميعا قلنا شهود اليمين أثبتوا بشهادتهم العلة الموجبة للحكم وهو قوله أنت حر أو أنت طالق والآخرون أثبتوا الشرط والشرط لا يعارض العلة فى اضافة الحكم اليه لان الحكم يضاف الى علته حقيقة لانه هو المؤثر فيه والى الشرط مجازا لانه موجود عند الشرط والمجاز لا يعارض الحقيقة وان رجع شهود الشرط وحدهم يضمنون عند بعض مشايخنا رحمهم الله لان الشرط اذا لم تعارضه العلة صلح لاضافة الحكم اليه وصار علة لان العلل لم تجعل علة لذواتها

فلانة وشهد آخران أنه دخل بها وقضى القاضى بجميع المهر ثم رجعوا يجب الضمان على شهود الدخول وان كان وجوب المهر مضافا الى التزوج لان شهود الدخول أثبتوا أن الزوج استوفى عوض ما وجب عليه من المهر فخرجت شهادة شهود النكاح من أن تكون اتلافا وقال الشيخ أبو المعين فى شرح الجامع لم يذكر محمد ان شاهدى الشرط لو رجعا على الانفراد هل يضمنان ثم قال وينبغى أن يقال يضمنان لان ايجاب الضمان على محصل الشرط عند انعدام امكان الايجاب على صاحب العلة واجب وقال العتابى فى شرح الجامع وان رجع شهود الشرط وحدهم قال بعضهم لا يضمنون كشهود الاحصان اذا رجعوا وحدهم وقال أكثر المشايخ يضمنون لانهم تسببوا فى التلف بغير حق وله أثر فى وجوب العلة عند الشرط فيكون سبب الضمان عند عدم العلة بخلاف الاحصان لانه يؤثر فى منع وجود العلة وقال شمس الائمة السرخسى فى أصوله فى تقسيم الشرط قلنا فى شهود التعليق وشهود الشرط اذا رجعوا الضمان على شهود التعليق خاصة لانهم نقلوا قول المولى أنت حر وهذا بانفراده علة تامة لاضافة حكم العتق اليه فلم يكن الشرط هنا شبه العلة فلهذا لا يضمن شهود الشرط شيأ سواء رجع الفريقان أو رجع شهود الشرط خاصة وكذلك شهود التخيير وشهود الاختيار فان الضمان على شهود الاختيار خاصة لان التخيير سبب وما عارضه وهو الاختيار علة تامة للحكم مضافا اليه دون السبب فلم يضمن شهود السبب شيأ كما لا يضمن شهود الشرط الى هنا لفظ شمس الائمة اهـ (قوله فى المتن لا شهود الاحصان) صورته كما قال العينى أن يشهد أربعة بالزنا ويشهد آخران أنه محصن ثم رجعوا فالضمان على شهود الزنا لانه علة ولا ضمان على شهود الاحصان لانه علامة وليس بشرط حقيقة وقال زفر يجب عليهم أيضا اهـ (قوله والشرط) قال العينى صورته ما ذكرناه فى شهود اليمين اهـ

جاز أن تخلفها الشروط والصحيح أن شهود الشرط لا يضمنون بحال نص عليه في الزيادات واليه مال شمس الائمة السرخسي والى الاول مال فخر الاسلام علي البزدوي واذا شهد شاهدان بالتفويض وشاهدان بالايقاع ثم رجعوا كان الضمان على شاهدي الايقاع لانه العلة والتفويض سبب

﴿كتاب الوكالة﴾

الوكالة الحفظ ومنه الوكيل في أسماء الله تعالى ولهذا قلنا فيمن قال وكلتك بمالي علك الحفظ فقط وقيل تركيبه يدل على معنى التفويض والاعتماد ومنه التوكل يقال على الله توكلنا أي فوضنا أمورنا والتوكيل تفويض التصرف الى الغير وسمي الوكيل وكيلا لان الموكل وكل اليه القيام بأمره أي فوضه اليه واعتمد فيه عليه والوكيل القائم بما فوض اليه وهو مشروع باجماع الامة وقد وكل رسول الله صلى الله عليه وسلم حكيم بن حزام بشراء الاضحية وقال الله تعالى حكاية عن أصحاب الكهف فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة الآية وكان البعث منهم بطريق الوكالة وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر نسخه ولان الانسان قد يعجز عن مباشرة التصرفات وعن حفظ ماله فيحتاج الى الاستعانة بغيره أشد الاحتياج فيكون مشروعا دفعا للحرج وألفاظها كل لفظ يدل على الاطلاق كقوله وكلتك أو هويت أو أحببت أو رضيت أو شئت أو أردت ولو قال لا أنهاك عن طلاق امرأتي لا يكون توكيلا قال رحمه الله (صح التوكيل) لما بينا من الادلة قال رحمه الله (وهو اقامة الغير مقام نفسه في التصرف) أي التصرف الجائز المعلوم هذا في الشريعة حتى ان التصرف اذا لم يكن معلوما يثبت به أدنى تصرفات الوكيل وهو الحفظ فقط وهو في اللغة ما بينا من قبل قال رحمه الله (ممن يملكه) أي ممن يملك التصرف لان شرط الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف لان الوكيل يستفيد ولاية التصرف منه ويقدر على التصرف من قبله فلا يتصور أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف وقيل هذا على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وأما على قول أبي حنيفة رحمه الله فالشرط أن تكون حاصلة بما يملكه الوكيل فأما كون الموكل مالكا للتصرف فيه فليس بشرط حتى يجوز عنده توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر والخنزير وتوكيل المحرم الحلال ببيع الصيد وقيل المراد أن يكون مالكا التصرف نظرا الى أصل التصرف وان امتنع في بعض الاشياء بعارض النهي ولا بد أن يكون الموكل ممن تلزمه الاحكام لان المطلوب من الاسباب أحكامها فاذا كان ممن لا يثبت له الاحكام لا يصح توكيله كالصبي والعبد المحجور عليهما قال رحمه الله (اذا كان الوكيل يعقل العقد ولو صبيا أو عبدا محجورا) يعني يصح التوكيل بشرط أن يكون الوكيل ممن يعقل البيع وغيره من العقود ولو كان الوكيل صبيا أو عبدا محجورا عليهما والمراد أن يعرف أن الشراء جالب للمبيع وسالب للثمن والبيع على عكسه ويعرف الغبن الفاحش من اليسير ويقصد بذلك ثبوت الحكم والربح لا الهزل لان الوكيل قائم مقام الموكل في العبارة فلا بد أن يكون من أهل العبارة ليكون قادرا على التصرف وذلك بالعقل قال رحمه الله (بكل ما يعقده بنفسه) أي يجوز التوكيل بكل شيء جاز أن يعقده بنفسه لما ذكرنا من الحاجة والادلة ولا يرد على هذا الوكيل حيث لا يجوز له أن يوكل فيما وكل فيه لان المراد به أن يعقده بنفسه لنفسه لا ما استفاده من جهة غيره من التصرفات لان ذلك يتقيد بأمر آمره وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس والنقض لا يكون الا في الطرد ويرد عليه الاستقراض فانه يجوز أن يباشره بنفسه لنفسه ولا يجوز له أن يوكل فيه حتى لو وكل به واستقرض له الوكيل كان له لا للموكل لان البدل في باب القرض لا يجب دينا في ذمة المستقرض بالعقد وانما يجب بالقبض والامر

بكسر الواو وفتحها اه غاية أورد كتاب الوكالة عقيب كتاب الشهادة لان كل واحد من الشهادة والوكالة اعانة الغير باحياء حقه اه اتقاني (قوله وهو الحفظ فقط) ومن فروع هذا الاصل الفرع الذي ذكره الشارح أول هذا الباب وقال الكمال قال الامام المحبوبي اذا قال لغيره أنت وكيلي في كل شيء كان وكيلا بالحفظ اه (قوله وكذا لا يرد جواز توكيل المسلم الذمي ببيع الخمر ونحوه لانه عكس) ويرد على طرده نقض وهو أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ولا يجوز له أن يوكل مسلما ببيعها والجواب أن الذمي يملك بيع الخمر بنفسه ويملك تمليك غيره ببيعها أيضا حتى لو وكل ذميا بذلك جاز وانما لم يجز توكيل المسلم لهذا المعنى في المسلم وهو أنه مأمور باجتنابها وفي التوكيل ببيعها اقترابها والحرمة اذا جاءت من قبل المحل لا تكون مانعة حتى لو قال قائل كل من تزوج امرأة نكاحا صحيحا حل له وطؤها لا يرد عليه الحائض والمحرمة لانا نقول هنالك جائز أيضا الا أن المنع من الوطء جاء من قبل المرأة بمعنى عارض حتى اذا انعدم هذا المعنى ظهر الحل الذي ثبت بالنكاح الصحيح اه وكتب ما نصه قالت الشافعية لا يجوز توكيل مسلم كافرا بقبول نكاحه لانه لا يخلو عن شائبة العبادة اه ذكر في التاتارخانية في كتاب السير في نوع آخر اذا أذن الامام لذمي أن يؤمن أهل الحرب بالقبض فامنهم جاز أمانهم وليس كل من لا يملك الامان بنفسه يجب أن لا يملك الامان بالنيابة عن الغير ألا ترى أن المسلم اذا وكل ذميا أن

بالقبض لا يصح لانه ملك الغير بخلاف البيع لان حكمه يثبت بالعقد فله أن يقيم غيره فيه مقامه وبخلاف الرسالة بالاستقراض لان الرسالة موضوعة لنقل عبارة المرسل لان الرسول معبر والعبارة ملك المرسل فقد أمره بالتصرف فى ملكه باعتبار العبارة فيصح وأما الوكالة فغير موضوعة لنقل عبارة الموكل فان العبارة للوكيل ولهذا حقوق العقد ترجع اليه وعن أبى يوسف رحمه الله ان التوكيل بالاستقراض جائز قال رحمه الله (وبالخصومة فى الحقوق برضا الخصم الا أن يكون الموكل مريضا أو غائبا مدة السفر أو مريدا السفر أو مخدرة) أى يجوز التوكيل بالخصومة فى جميع الحقوق بشرط أن يرضى الخصم الا اذا كان معذورا بعذر من الاعذار التى ذكرها فحينئذ يجوز بغير رضا الخصم وهذا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقالا يجوز التوكيل بالخصومة من غير رضا الخصم وان لم يكن به عذر وهو قول الشافعى رضى الله تعالى عنه لانه وكل بما هو خالص حقه فيصح بدون رضا الخصم كالتوكيل بالقبض والايفاء ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها اذ لا يهتدى اليها كل أحد أو لا يرضى بها عند الحكام كل أحد وقال عبد الله بن جعفر رضى الله تعالى عنه كان على رضى الله تعالى عنه لا يحضر خصومة أبدا وكان يقول ان الشيطان يحضرها وان لها لقحما وكان اذا خوصم فى شئ من أمواله وكل عقيلا فلما كبر عقيل وكل عبد الله بن جعفر فقال هو وكيلى فما قضى عليه فهو على وما قضى له فهو لى ولانه يملك مباشرتها بنفسه من غير رضا خصمه فكذا يملك التوكيل بها من غير رضا الخصم كسائر حقوقه ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه ان التوكيل حوالة وهى لا تجوز الا برضا المحال عليه فكذا التوكيل وهذا لان الخصومة تختلف والجواب مستحق عليه فصار نظير الحوالة ألا ترى أنه لا يوكل الا من هو ألد وأشد انكارا ويلحقه بذلك ضرر عظيم فلا يلزمه بدون التزامه كالحوالة بخلاف ما اذا كان به عذر من الاعذار التى ذكرناها لان الجواب غير مستحق عليه فى هذه الحالة فلا يكون فيه اسقاط حق مستحق عليه ولا يقبل قوله انى أريد أن أسافر لكن القاضى ينظر فى حاله وفى عدته فانه لا تخفى هيئة من يسافر والمتأخرون من أصحابنا اختاروا والفتوى أن القاضى اذا علم من الخصم التعنت فى الاباء من قبول التوكيل لا يمكنه من ذلك ويقبل التوكيل من الموكل من غير رضاه وان علم من الموكل قصد الاضرار بخصمه لا يقبل منه التوكيل الا برضاه وهو اختيار شمس الائمة السرخسى رحمه الله ومن الاعذار الحيض من المدعى عليها اذا كان الحاكم فى المسجد والحبس اذا كان من غير القاضى الذى ترافعوا اليه قال رحمه الله (وبايفائها واستيفائها الا فى حد أو قود) (١) أى يجوز التوكيل بايفاء جميع الحقوق والاستيفاء لما بينا الا باستيفاء الحدود والقصاص فانه لا يجوز مع غيبة الموكل عن المجلس لانها تسقط بالشبهات فلا يستوفى بما يقوم مقام الغير لما فيه من نوع شبهة على ما بين وقال الشافعى رحمه الله يستوفى القصاص فى حال غيبة الموكل لانه حق العبد ولنا أنه عقوبة فيسقط بالشبهات وشبهة العفو ثابتة فى حال غيبة الموكل لجواز أن يكون الموكل قد عفا بل هو الظاهر اذ العفو مندوب اليه قال الله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بخلاف ما اذا كان الموكل حاضرا لانه لا تتمكن فيه شبهة العفو وقد يحتاج الموكل الى ذلك لقلة هدايته فى الاستيفاء أو لان قلبه لا يحتمل ذلك بخلاف الاستيفاء فى غيبة الشهود لان رجوعهم نادر فلا يتوهم ويجوز التوكيل باثبات القصاص وحد القذف والسرقة باقامة البينة فاذا قامت وثبت الحق فللموكل استيفاؤه وقال أبو يوسف لا يجوز التوكيل باثباتها أيضا كما لا يجوز باستيفائها وقول محمد مضطرب والاظهر أنه مع أبى حنيفة رحمه الله الا أنه يجوزه من غير عذر ولا رضا الخصم وعند أبى حنيفة لا يجوز الا بأحدهما وقيل هذا الخلاف فى حال غيبة الموكل وأما حال حضرته فهو جائز اجماعا لان كل كلام يوجد من الوكيل ينتقل الى الموكل اذا لم يكن فيه عهدة على الوكيل لما عرف فى موضعه لأبى يوسف رحمه الله أن الوكيل بمنزلة البدل عن الاصل ولا مدخل للابدال فى هذا الباب ولهذا لا تجوز فيه الشهادة على الشهادة ولا كتاب القاضى الى القاضى ولا شهادة النساء ولا من الأخرس لان اشارته بدل عن العبارة ولان المقصود من الاثبات الاستيفاء فاذا لم يصح به لا يصح بالاثبات

يزوج له مسلمة جاز وان كان الذمى لا يملك التزوج بمسلمة لنفسه اه (قوله وبخلاف الرسالة بالاستقراض) بان يقول أرسلنى فلان اليك يستقرض منك كذا الوكيل من يباشر العقد والرسول من يبلغ المباشرة والسلعة أمانة فى أيديهما اه تهذيب (قوله ولان الحاجة ماسة الى تجويزه بها) أى الى تجويز التوكيل بالخصومة اه (قوله لحما) بضم القاف وفتح الحاء اه والقحمة الشدة والورطة ومنه حديث على رضى الله عنه فى الخصومة وان لها القحما وفتح القاف خطأ كذا فى المغرب اه وقال ابن الاثير ومنه حديث على رضى الله عنه ان للخصومة قحما هى الامور العظيمة الشاقة واحدتها قحمة اه وفى المصباح والقحمة بالضم الامر الشاق لا يركبه أحد والجمع قحم مثل غرفة وغرف اه

(١) وقع هنا فى نسخ المتن التى بأيدينا والنسخة التى شرح عليها العينى زيادة (ان غاب الموكل) وليست هذه الجملة فى نسخ الشرح التى بأيدينا اه مصححه

أيضا ولهما أن التوكيل تناول ما ليس بحد ولا قصاص ولا يضاف وجوب الحد الى الخصومة فيصح التوكيل فيها كما في سائر الحقوق وهذا لان وجوب الحد مضاف الى الجناية وظهوره مضاف الى الشهادة والخصومة شرط محض لا أثر لها في الوجوب ولا في الظهور واذا الحكم لا يضاف الى الشرط ويمكن التدارك اذا وقع فيه الغلط بخلاف الاستيفاء وعلى هذا الخلاف التوكيل بالجواب من جانب من عليه الحد والقصاص وكلام أبي حنيفة فيه أظهر لان التوكيل فيه وقع بدفع دعوى القصاص والحدود ودفعها يثبت مع الشبهة حتى يثبت العفو عن القصاص بالشهادة على الشهادة وبشهادة النساء مع الرجال غير أن اقرار الوكيل لا يقبل عليه استحسانا لان فيه شبهة عدم الامر به والتوكيل باثبات حد الزنا والشرب لا يصح اتفاقا لانه لا حق لاحد فيه وانما تقام البينة على وجه الحسبة فاذا كان أجنبيا عنه لا يجوز توكيله به قال رحمه الله (والحقوق فيما يضيفه الوكيل الى نفسه كالبيع والاجارة والصلح عن اقرار تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا كتسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن والرجوع عند الاستحقاق والخصومة في العيب والملك يثبت للموكل ابتداء حتى لا يعتق قريب الوكيل بشرائه) وقال الشافعي تتعلق بالموكل لان الحقوق تبع للحكم وليست باصل والوكيل ليس باصل في حق الحكم فلا يكون أصلا في حق الحقوق التي هي من توابع الحكم فصار كالرسول والوكيل بالنكاح واخواته ولنا أن الوكيل أصل في العقد لان العقد يقوم بالكلام وصحة كلامه باعتبار كونه آدميا عاقلا فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه في تحصيل الحكم جعلناه نائبا في حق الحكم للضرورة كيلا يبطل مقصوده وراعينا الاصل في حق الحقوق اذ لا ضرورة في حقها والدليل على انه أصل في العقد استغناؤه عن اضافته الى الموكل ولو كان سفيرا كما زعم لما استغنى عن اضافته اليه كالرسول وكالوكيل بالنكاح واخواته حتى اذا أضافه الى نفسه كان له دون الموكل بخلاف ما نحن فيه فانه لا يتعذر اضافة العقد اليه وايقاع الحكم للموكل فاذا أضافه اليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة فيه وهي الحقوق من تسليم المبيع وقبضه وقبض الثمن وتسليمه والرجوع عليه بالثمن عند استحقاق ما باع أو رجوعه هو بالثمن على بائعه عند استحقاق ما اشترى والخصومة في العيب وغير ذلك من حقوق العقد ولا نسلم أن الحكم يقع له في رواية بل يقع للوكيل ثم ينتقل اليه فيكون بينهما مبادلة حكمية فلنا أن نمنع والصحيح أنه يقع للموكل ابتداء خلافة عنه بمعنى أن الوكيل أصل في حق الكل لكن في حق الحكم يخلفه الموكل فيقع له من غير أن يكون أصلا فيه كالعبد يتهب أو يصطاد ولهذا لا يعتق على الوكيل اذا اشترى قريبه بالوكالة وهو المراد بقوله والملك يثبت للموكل ابتداء الخ وكذا اذا اشترى زوجته بالوكالة لا يفسد النكاح لما ذكرنا وفي حق الحقوق لم يخلفه فاذا كان أصلا في حق الحقوق جاز توكيله فيها ولا يجوز توكيل الموكل فيها لانه أجنبي عنها وفي قوله تتعلق بالوكيل ان لم يكن محجورا اشارة الى أن العبد والصبي المأذون لهما تتعلق بهما الحقوق وتلزمهما العهدة مطلقا وفي الذخيرة ان كان وكيلا في البيع بثمن حال أو مؤجل جاز بيعه ولزمته العهدة وان كان وكيلا بالشراء فان كان بثمن مؤجل لا تلزمه العهدة قياسا واستحسانا بل تكون العهدة على الآمر حتى يطالب البائع الآمر بالثمن دون المباشر لان ما يلزمه من العهدة ضمان كفالة وليس بضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك للضامن في المشتري وهذا لا يفيده فيه وانما يلتزم مالا في ذمته واستوجب مثل ذلك على موكله وهذا هو معنى الكفالة وهو لا يلزمه ذلك وان كان بثمن حال فالقياس أن لا تلزمه العهدة وفي الاستحسان تلزمه لان ما يلزمه ضمان ثمن لان ضمان الثمن ما يفيد الملك في المشترى وهنا يملك المشترى من حيث الحكم فانه يحبس المبيع بالثمن حتى يستوفيه من الموكل كما لو اشتراه لنفسه ثم باعه منه وهو من أهل التزام الثمن بخلاف ما اذا كان الثمن مؤجلا لانه لا يملك المشترى لا حقيقة ولا حكما حتى لا يملك حبسه به فكان ضمان كفالة من حيث المعنى وفي الايضاح اذا أمره أن يشتري له بالنقد فاشترى كما أمره فالشراء جائز والعهدة عليه

(قوله وكلام أبي حنيفة فيه) أي في هذا الفصل الثاني اهـ (قوله أظهر) أي من كلامه في الفصل الاول اهـ (قوله فاذا أضافه اليه كان أصيلا فيه فيقع له فيما لا ضرورة) أما اذا أضاف العقد الى الموكل فقد حكى العمادي في الفصل السابع والعشرين فيه خلافا وحكى ابن فرشتا الاتفاق على أنها تتعلق بالموكل وعزاه للفصول وفيه ما فيه اهـ

وكان القياس أن لا يجوز لانه تلزمه العهدة في تسليم الثمن فيصير بمنزلة الكفالة وانما جوزناه استحسانا لانه وان لحقته العهدة كان له أن يرجع على الذى أمره به ويحبس المبيع عنه فيصير الحق كالمعلق بالبيع فيخرج من أن يكون متبرعا ولو أمره بالشراء نسيئة فاشتراه كما أمره كان ما اشتراه له دون الآمر لان الثمن اذا كان نسيئة لم يملك حبس المبيع فظهر معنى التبرع بالتزام الدين فلا يصح واذا لم تصح الوكالة صار مشتريا لنفسه وفيه اشارة أيضا الى أن المحجور عليه لا تتعلق به الحقوق لانه لا يصح منه التزام العهدة لقصور أهلية الصبي ولحق مولى العبد فتتعلق بالموكل كما في الرسول والقاضي وأمينه ثم العبد اذا عتق تلزمه تلك العهدة والصبي اذا بلغ لا تلزمه لان المانع من لزوم العهدة في حق العبد حق المولى اذ هو من أهل الالتزام وقد زال حقه فيلزمه والمانع في حق الصبي حق نفسه ولا يزول بالبلوغ ولو قبضه مع هذا يصح قبضه لانه هو العاقد فكان أصيلا فيه فانتفاء اللزوم لما ذكرنا لا يدل على انتفاء الجواز ولو كان المأمور مرتدا جاز تصرفه لانه من أهل العبارة فتعتبر عبارته ولكن يتوقف حكم العهدة عند أبى حنيفة فان أسلم كانت عليه والا فعلى الموكل وعندهما عليه على كل حال وهى فرع اختلافهم فى تصرفاته لنفسه قال رحمه الله (وفيما يضيفه الى الموكل كالنكاح والخلع والصلح عن دم عمد أو عن انكار تتعلق بالموكل فلا يطالب وكيله بالمهر ولا وكيلها بتسليمها) أى فى كل عقد يضيفه الى الموكل فحقوقه تتعلق بالموكل وذلك كالنكاح الخ لان الوكيل فيها سفير محض ولهذا لا يستغنى عن اضافته الى الموكل حتى لو أضافه الى نفسه وقع النكاح له فصار كالرسول فلا يتصور أن يكون السبب صادرا من شخص على سبيل الاصالة والحكم واقع لغيره فجعلناه سفيرا وهذا لان الحكم هنا لا يقبل الفصل عن السبب لانها من قبيل الاسقاطات أما غير النكاح فظاهر وكذا النكاح لانها تسقط مالكيتها بعقد النكاح ولان الاصل فى الابضاع الحرمة فكان النكاح اسقاطا للحرمة نظرا الى الاصل وانما يثبت الملك ضرورة ليتمكن من الوطء ولهذا لا يظهر فى حق الفسخ والتمليك من الغير وفيما وراء الوطء فهو اسقاط جريا على الاصل اذ الحرمة تنافى الملك والساقط متلاش فلا يجوز أن يسقط فى حق الوكيل ثم يسقط ثانيا فى حق الموكل بالانتقال لان الساقط لا يعود الا بسبب جديد فكان حكم النكاح ثابتا لمن أضيف اليه ابتداء وهو الموكل بخلاف البيع فان حكمه يقبل الفصل عن السبب كما فى البيع بشرط الخيار فجاز أن يصدر السبب من شخص أصالة ويقع الحكم لغيره وهذا لان المحل فيه خلق مباحا وقابلا للتمليك بطريق الاصالة وذلك الحكم مما يقبل الانتقال من مالك الى مالك فجاز أن يملكه شخص ثم ينتقل عنه الى شخص وجاز أن يصدر السبب من شخص و يقع الحكم لغيره فلا حاجة الى جعله غير أصيل اذ جواز الانتقال عنه يمنع من ذلك ومن أخوات هذا النوع العتق على مال والكتابة والهبة والتصدق والاعارة والايداع والاقراض والرهن والشركة والمضاربة لان الحكم فيها يثبت بالقبض وانه يلاقى محلا مملوكا للغير فلا يجعل أصيلا فيه بل سفيرا ومعبرا وكذا اذا كان التوكيل من جانب الملتمس لما ذكرنا لكن التوكيل بالاستقراض باطل حتى لا يثبت فيه الملك للموكل لما ذكرنا من قبل ولان المستقرض يلتزم بدل القرض فى ذمته فيصير نظير ما لو قال بع شيأ من مالك على أن يكون عوضه لى ونظير التوكيل بالشحاذة فكان باطلا وما استقرضه فهو لنفسه وله أن يمنعه من الآمر ولو هلك هلك من ماله بخلاف غيره من هذه الصور فانه ليس له بدل يلزمه حتى يكون بيع ماله بشرط أن يكون العوض لغيره وانما حكمه يثبت بالقبض والوكيل أجنبى عن المحل فلا يمكن أن يكون أصيلا فيه فصار سفيرا عن المالك بخلاف البيع لانه يتعلق بالعبارة حيث يتعلق حكمه وحقوقه بها وهى له فلم يكن أجنبيا بل أصيلا فيه قال رحمه الله (وللمشترى منع الموكل عن الثمن) يعنى اذا وكل رجل رجلا ببيع شئ فباعه ثم ان الموكل طالب المشترى بالثمن له منعه لان الموكل أجنبى عن العقد وحقوقه لانها تتعلق بالعاقد على ما بينا قال رحمه الله (وان دفع اليه) أى الى الموكل (صح ولا يطالبه الوكيل ثانيا) لان المقبوض حقه فلا فائدة فى

(قوله لكن التوكيل بالاستقراض باطل) قال قاضيخان رحمه الله وان وكل بالاستقراض ان أضاف الوكيل الاستقراض الى الموكل فقال ان فلانا يستقرض منك كذا أو قال أقرض فلانا كذا كان القرض للموكل وان لم يضف الاستقراض للموكل يكون القرض للوكيل اه وكتب ما نصه قال قاضيخان رحمه الله ولا تصح الوكالة بالمباحات كالاحتطاب والاحتشاش والاستقاء واستخراج الجواهر من المعادن فما أصاب الوكيل شيأ من ذلك فهو له وكذا التوكيل بالتكدى اه وكتب ما نصه قال فى القنية فى باب مسائل متفرقة من كتاب الوكالة التوكيل بالاستقراض لا يصح والتوكيل بقبض القرض يصح بان يقول لرجل أقرضنى ثم يوكل رجلا بقبضه صح اه قال قاضيخان فى فتاواه ولو وقعت المنازعة بين الوكيل بالاستقراض وبين موكله فقال الوكيل قبضت المال من القرض ودفعت الى الموكل وأنكر الموكل لا يقبل قول الوكيل لان الوكيل يريد بهذا الزام المال على الموكل فلا يقبل قوله فى ايجاب المال على الموكل اه (قوله ونظير التوكيل بالشحاذة) قال فى المجمع فى باب الذال المعجمة والشحاذ الملح فى مسئلته وعوام العراقيين يقولون شحاث بالثاء ويخطئون فيه اه

نزعه منه ثم رده عليه و برئت ذمة المشترى لوصول الثمن الى مستحقه بخلاف ما اذا باع مال اليتيم ودفع المشترى الثمن الى اليتيم حيث لا تبرأ ذمته بل يجب عليه أن يدفع الثمن الى الوصى ثانيا لان اليتيم ليس له قبض ماله أصلا فلا يكون له الاخذ من المدين فيكون الدفع اليه تضييعا فلا يعتد به وأما الموكل فى مسئلتنا فتصرف فى ماله ولا يتقدم أحد عليه فيه فيكون قبضه معتبرا وبخلاف الوكيل فى الصرف اذا صارف وقبض الموكل بدل الصرف حيث يبطل الصرف ولا يعتد بقبضه لان جواز الصرف معلق بالقبض قبل الافتراق فكان القبض فيه بمنزلة الايجاب والقبول وهما يتعلقان بالعاقدين فكذا القبض فى الصرف وقبض الثمن فى مسئلتنا ليس كالايجاب والقبول وانما جاز لوصول حقه اليه ولهذا لو كان للمشترى دين على الموكل تقع المقاصة بمجرد العقد لوصول الحق اليه بطريق التقاص ولو كان له عليهما دين تقع المقاصة بدين الموكل دون دين الوكيل ولو كان له دين على الوكيل فقط وقعت المقاصة به ويضمن الوكيل للموكل لانه قضى دينه بمال الموكل بخلاف الصرف حيث لا تقع المقاصة بالدين لان القبض فيه كالايجاب والقبول فلا بد من وجوده حقيقة أو حكما باضافة العقد الى الدين وهذا عندهما وقال أبو يوسف رحمه الله لا تقع المقاصة بدين الوكيل وهو مبنى على جواز ابراء الوكيل بالبيع من الثمن فعندهما يجوز ابراؤه فكذا تقع المقاصة بدينه وعنده لا يجوز فلا تقع ووجه البناء أن المقاصة ابراء بعوض فيعتبر بالابراء بغير عوض ولهذا لو كان له عليهما دين كانت المقاصة بدين الموكل أولى عندهما كما لو أبراه معا فانه يبرأ بابراء الموكل حتى لا يلزم الوكيل ضمانه وقول أبى يوسف استحسان ووجهه أن الثمن الذى فى ذمة المشترى ملك الموكل لانه بدل ملكه وابراؤه تصرف فيه على خلاف ما أمر به فلا ينفذ كما لو قبض الثمن ثم وهبه للمشترى ودليل الخلاف ظاهر ولهذا يصير ضامنا ووجه قولهما أن الابراء اسقاط لحق القبض والقبض خالص حق الوكيل ألا ترى ان الموكل ليس له أن يمنعه من ذلك ولو أراد أن يقبض بنفسه لا يمكن من ذلك فكان هو بالابراء ممتنعا عن القبض مسقطا حق نفسه فيصح منه الا انه بقبضه يتعين ملك الآمر فى المقبوض واذا انسد عليه هذا الباب بابرائه صار ضامنا له بمنزلة الراهن اذا أعتق المرهون ينفذ اعتاقه لمصادفته ملكه ويضمن للمرتهن لانسداد باب الاستيفاء عليه من مالية العبد بالاعتاق وعلى هذا الخلاف ابراء الولى والوصى فيما باعاه من مال الصغير

﴿باب الوكالة بالبيع والشراء﴾

الاصل أن الجهالة اذا كانت تمنع الامتثال ولا يمكن دركها تمنع صحة الوكالة والا فلا والجهالة ثلاثة أنواع جهالة فاحشة وهى الجهالة فى الجنس فتمنع صحة الوكالة سواء بين الثمن أو لم يبين كما لو وكله بشراء ثوب أو دابة أو نحو ذلك والثانية جهالة يسيرة وهى ما كانت فى النوع المحض كما لو وكله بشراء فرس أو حمار أو ثوب هروى أو مروى أو نحو ذلك فانه تجوز الوكالة به وان لم يبين الثمن وقال بشر لا تجوز والحجة عليه ما روى انه عليه الصلاة والسلام وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية ولان جهالة النوع لا تخل بالمقصود ويمكن دفعها بصرف التوكيل الى ما يليق بحال الموكل حتى لو أن عاميا وكل رجلا بشراء فرس فاشترى فرسا يصلح للملوك لا يلزمه والثالثة جهالة بين النوع والجنس كما لو وكله بشراء عبد أو جارية ان بين

(قوله باب الوكالة بالبيع والشراء) كذا ترجم فى الهداية وقال عقبه فصل فى الشراء قال الاتقانى رحمه الله قدم باب الوكالة بالبيع والشراء على سائر الابواب لكثرة وقوع البيع والشراء ومساس الحاجة الى الوكالة فى ذلك ثم قدم فصل الشراء لان الشراء مثبت لما هو الاصل فى عقد البيع وهو المبيع والبيع مزيل له والثبوت قبل الزوال فكان الشراء أولى بالتقديم اه (قوله كما لو وكله بشراء فرس أو حمار) قال الاتقانى نقلا عن الاصل لمحمد واذا قال له اشتر لى حمارا ولم يسم الثمن فهو جائز عليه وكذلك لو قال اشتر لى بغلا فان اشترى له شيأ لا يتغابن الناس فى مثله لم يلزم الآمر ولزم المشترى واذا أمره أن يشترى له ثوبا فان ذلك لا يلزم الآمر وان سمى الثمن فان ذلك أيضا لا يجوز من قبل أن الثياب مختلفة فان قال اشتر ثوبا هرويا ولم يسم الثمن فهو جائز اذا اشتراه بما يشترى مثله أو زاد على ذلك بما يتغابن الناس فى مثله وكذلك كل جنس سماه من الثياب فان سمى له ثمنا فزاد على ذلك الثمن لم يلزم الآمر وان نقص من ذلك الثمن لم يلزم الآمر فان وصف له صفة وسمى له ثمنا فاشترى له تلك الصفة بأقل من ذلك الثمن جاز ذلك على الآمر اه (قوله وقال بشر لا تجوز) أى وهو القياس اه قال الاتقانى وقال بشر المريسى تمنع وان كانت يسيرة لانها تمنع الامتثال اه وبقول بشر قال الشافعى فى وجه وأحمد فى رواية لان التوكيل بالبيع والشراء معتبر بنفس البيع والشراء فلا يصح الا ببيان المعقود عليه اه كى (قوله وكل حكيم بن حزام بشراء شاة للاضحية) وجعل جهالة النوع عفوا ولان التفاوت بين النوع والنوع يسير فلا يمنع الامتثال لكن تنصرف الوكالة الى ما يليق بحال الموكل اه اتقانى (قوله والثالثة جهالة بين النوع والجنس) قال الاتقانى نقلا عن قاضيخان فى شرحه والثالثة ما يكون بين الجنس والنوع كما لو وكله بشراء عبد أو جارية ان بين
الثمن

الثمن أو النوع بأن قال عبدا تركيا أو حبشيا أو نحو ذلك جازت الوكالة وان لم يبين واحدا منهما لم تجز لانه ببيان الثمن يعلم من أى نوع يريد وببيان النوع يعلم ثمنه فتبقى الجهالة بعد ذلك يسيرة وهى لا تمنع صحة الوكالة بخلاف ما اذا كانت الجهالة فى الجنس حيث تمنع صحة الوكالة وان بين الثمن لانه بذلك القدر من الثمن يوجد من كل نوع فلا يفيد المعرفة قال رحمه الله (أمره بشراء ثوب هروى أو فرس أو بغل صح سمى ثمنا أو لا) لانه لم تبق الجهالة بعد اعلام الجنس الا فى الصفة وهى متحملة فى الوكالة لان الوكيل قادر على تحصيل مقصود الموكل بأن ينظر فى حاله اذ اختلاف الصفة لا يوجب اختلاف أصل المقصود ولا يشترط فى مثله تسمية الثمن لصحة الوكالة لانه ببيان جنس المثمن يصير معلوما عادة فصار كما لو وكله بشراء ثوب هروى على أى صفة كان ولانا لو شرطنا الاستقصاء فى الصفة والبيان فى النوع ربما لا يتمكن الوكيل من القيام بذلك وضاق الامر على الناس وحرجوا والحرج مدفوع قال رحمه الله (وبشراء عبد أو دار جاز ان سمى ثمنا والا لا) لان هذه جهالة متوسطة بين الجنس والنوع وليست بفاحشة ولا يسيرة فاذا بين ثمنه علم من أى نوع مقصوده لان ثمن كل نوع من العبيد معلوم بين الناس والتحق بجهالة النوع بذلك فجازت الوكالة به وان لم يبين ثمنه التحق بجهالة الجنس فلم تجز الوكالة به وهذا لانه باعتبار منفعة العمل جنس واحد وباعتبار منفعة النظر والجمال أجناس مختلفة فان الجمال منفعة مطلوبة من بنى آدم ولهذا جعل رؤية الوجه من بنى آدم كرؤية الكل لحصول العلم بالمقصود وهو الجمال لكونه مجمع المحاسن وباعتبار هذه المنفعة يختلف التركى والهندى والسندى والحبشى والتكرورى وكذا اذا بين نوعه تجوز الوكالة به لحصول العلم بمقصوده لانه انما جازت الوكالة به اذا بين ثمنه لكونه معلوم النوع فعند التصريح بنوعه أولى أن تجوز قال رحمه الله (وبشراء ثوب أو دابة لا وان سمى ثمنا) يعنى لو وكله بشراء دابة أو ثوب لا يصح التوكيل وان بين ثمنه لان هذه جهالة فى الجنس فلا يتمكن الوكيل من الامتثال لتفاحش الجهالة لان ما من نوع يشتريه الوكيل من أنواع ذلك الجنس الا ويمكن الموكل أن يقول انى عنيت خلافه والامر بما لا يمكن الامتثال به باطل فتخلص لنا من جميع ما ذكرنا أن الجهالة اذا كانت فى الجنس لا تجوز الوكالة به مطلقا وان كانت فى النوع تجوز مطلقا وان كانت ما بينهما بان كانت أنواعا فان ذكر الثمن أو النوع جازت والتحق بالثانى وان لم يبين التحق بالاول فلم تجز والجنس ما يدخل تحته أنواع متغايرة والنوع اسم لاحد ما يدخل تحت اسم فوقه وقيل الجنس اسم دال على كثيرين مختلفين بالنوع والنوع اسم دال على كثيرين مختلفين بالشخص وقيل كل اسم منتظم أشياء نوع باعتبار ما فوقه جنس باعتبار ما دونه هذا الذى ذكرناه كله اذا لم يكن فيه دلالة على العموم وان كان فيه دلالة على العموم بان قال ابتع لى ما رأيت جازت الوكالة لانه فوض الامر الى رأيه فأى شئ اشتراه يكون ممتثلا وكذا لو قال اشتر لى بألف ثيابا أو دواب أو أشياء أو ما شئت أو ما رأيت أو أدنى شئ حضرك أو ما يوجد أو ما يتفق جاز لان التعميم دلالة التفويض الى رأيه وكذا لو قال اشتر لى بألف أو بع جازت الوكالة ويصير مستقرضا للالف منه ويصير البائع قابضا للآمر أولا بحكم القرض ثم يصير قابضا لنفسه وكذا اذا قال اجعله بضاعة لى لان لفظ البضاعة يدل على العموم وكذا لو قال اشتر لى به ولم يزد عليه فانه يصح استحسانا لانه تفويض عام فكأنه قال اشتر لى ما بدا لك أو قال سلطتك على الشراء وكذا لو قال أذنت لك أن تشترى به

الثمن أو الصفة بان قال تركيا أو هنديا أو روميا صحت الوكالة وان لم يبين الثمن أو الصفة لا يصح لان اختلاف العبيد والجوارى أكثر من اختلاف سائر الانواع وعادة الناس فى ذلك مختلفة فكانت بين الجنس والنوع وكذا الدار ملحقة بالجنس من وجه لانها تختلف بقلة المرافق وكثرتها فان بين الثمن ألحقت بجهالة النوع وان لم يبين ألحقت بجهالة الجنس والمتأخرون قالوا فى ديارنا لا يجوز بدون بيان المحلة لانها تختلف باختلاف المحلة وبما سمى من الثمن وكذا لو قال اشتر لى حنطة لا يصح ما لم يبين عدد القفزان أو الثمن لان الحنطة تتناول القليل والكثير فما لم يبين المقدار أو الثمن (١) اهـ (قوله وحرجوا) حرج صدره ضاق حرجا من باب لبس اهـ مغرب (قوله فى المتن وبشراء عبد أو دار) قال محمد بن الحسن فى الاصل واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له جارية أو عبدا فان هذا لا يجوز من قبل أن العبيد والجوارى مختلفون فان وكله أن يشترى له عبدا مولدا أو حبشيا أو سنديا أو سمى جنسا من الاجناس فان ذلك جائز أيضا وتسمية الثمن وتسمية الجنس سواء اهـ غاية ثم قال فى الاصل واذا وكله أن يشترى له دارا ولم يسم الثمن فان ذلك لا يلزم الآمر ولا يجوز عليه وقالوا فى شروح الجامع الصغير رجل أمر آخر أن يشترى جارية أو ثوبا أو دابة أو دارا ولم يسم الثمن فهو مشتر لنفسه والوكالة باطلة وان سمى ثمن الدار وبين جنس الدابة والثوب جاز اهـ غاية (قوله فى المتن جاز ان سمى ثمنا والا لا) أى وان لم يسم الثمن لا يجوز وهذا اذا اقتصر على ذكر العبد ولم يبين نوعه أما اذا بين فحينئذ يجوز كما سيصرح به الشارح رحمه الله تعالى اهـ (قوله بان قال ابتع لى ما رأيت جازت الوكالة) أى جازت مع الجهالة كالبضاعة والمضاربة اهـ اتقانى

---

(١) قوله فما لم يبين الخ هكذا فى الاصل وهنا سقط ظاهر ولعله لا يجوز أو نحو ذلك اهـ مصححه

(قوله فى المتن وبشراء طعام الخ) قال فى الهـداية ومن دفع الى آخر دراهـم وقال اشترلى بها طعاما فهو على الحنطة ودقيقها اه (قوله وجه الاستحسـان الخ) قال الاتقانى وجه الاستحسـان أن الطعام فى عرفهـم يتناول الحنطة ودقيقها اذا ذكر مقرونا بالشراء ولهذا يسمى عندهـم السوق الذى يباع فيه الحنطة ودقيقها سوق الطعام واذا كان العرف هكذا ترك القياس به لان العرف أقوى من القياس لان الثابت بالعرف كالثابت بالنص اه (قوله وقيل) هذا قول الفقيه أبى جعفر الهندوانى اه غاية (قوله لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه) ولهـذا قالوا اذا سلمه الى الموكل لم يكن للشفيع أن يطالب الوكيل لانه خرج من الوكالة وانقطع حقـه كذلك هكذا قال محمد بن الحسن فى الجامع الكبير الوكيل (٣٦٠) بالشراء اذا اشترى جارية ودفعها الى الامر ثم علم بعيب فانه لا يردها الا برضا الآمر فان لم يدفعها الى الآمر فله أن يردها فان رضى بالعيب أو أبرأ البائع عن العيب وقد أمره الآمر بردها صح رضاه وابراؤه فى حقه دون الآمر حتى كان للآمر أن يأخذ الجارية مع العيب وان شاء تركها على المأمور وضمنه الثمن قالوا فى شروح الجامع الكبير وهذه المسئلة حجـة لابى حنيفة ومحمـد رحمهما الله على أبى يوسف فى مسـئلة الوكيل بالبيع اذا أبرأ المشـترى عن الثمن فلو لم يكن الابراء عن الثمن صحيحا فى حق الآمر لم يصح الابراء عن العيب ههنا أيضا اه غاية (قوله واختلف المشايخ) قال الاتقانى ومنهم أى المشايخ من قال لا بل صح الابراء عن العيب عند الكل قبـل القبض وبعده وفـرقوا لابى يوسف (1) (قوله فعامتهـم صححوا إبراءه) أى إبراءه عن العيب بخلاف الثمن اه (قوله وفرقوا بين هذا) أى بين ابراء الوكيل بالشراء عن العيب اه (قوله وبين الابراء) أى وبين إبراء الوكيل بالبيع أى عن الثمن اه (قوله وان شاء ردّه على الوكيل) فان لم يختر الآمر شـيأ حتى هلكت فى يد المأمور فانها تهلك من مال الآمر لان يده كيـد المالك فى حق الملك ولم يحدث منعا ويرجع الآمر على المأمور بنقصان العيب لان الآمر يشـترى منه حكما وقد وجـد بها عيبا وعجز عن ردها بموتها فى يده حكما وكذا اذا لم تمت لكن اعورت فى يد الوكيـل يرجع الموكل عليـه بنقصان العيب لان الاعورار عيب حـدث فى يد الآمر حكما اه غاية (قوله ولهـذا يحبس الوكيل المبيع حتى يسـتوفى الثمن الخ) واذا وجـد الموكل به عيبا ردّه عليـه واذا اختلفا فى الثمن تحالفا اه

لما بينا قال رحمـه الله (وبشراء طعام يقع على البر ودقيقه) أى لو وكله بشراء طعام ينصرف الى الحنطة ودقيقها حتى لا يكون له أن يشترى له غيرهـما من الطعام والقياس أن يتناول كل مطعوم لانه اسم له كما لو حلف لا يأكل طعاما وجه الاستحسان أن الطعام مقرونا بالبيع أو الشراء يراد به البر عادة ودقيقه ولا عرف فيما اذا كان مقرونا بالاكل فبقى على حقيقته فيحنث بأكل أى طعام كان حتى لو حلف لا يشترى أو لا يبيع طعاما لا يحنث الا بالبر لما ذكرنا وقيل ان كانت الدراهـم كثيرة فعلى البر وان كانت قليلة فعلى الخبز وان كانت بين الامرين فعلى الدقيق والفارق فى ذلك العرف ويعرف بالاجتهاد حتى اذا عرف أنه بالكثير من الدراهم يريد به الخبز بان كان عنده وليمة يتخذها هو جازله أن يشترى الخبزله لان حاله يدل على أنه ما يشتريه للادخار وهو المرجح لجانب الحنطة اذ الخـبز لا يقبل الادخار وكذا الدقيق لا يقبله طويلا فتعين البر للادخار وهو فى الكثير عادة وقال بعض مشايخ ما وراء النهر الطعام فى عرفنا ينصرف الى ما يمكن أكله يعنى المهيأ للاكل كاللحم المطبوخ والمشوى ونحوه وقال الصـدر الشهيد رحمه الله وعليه الفتوى واذا لم يدفع اليه دراهم وقال اشترلى طعاما لم يجز على الآمر لانه وكله أن يشـترى له مكيلا ولم يبـين له مقداره وجهالة القدر فى المكيلات والموزونات كجهالة الجنس من حيث ان الوكيل لا يقدر على تحصيل مقصود الآمر بما سمى له قال رحمه الله (وللوكيل الرد بالعيب ما دام المبيع فى يده) يعنى من غير أمر الموكل لان الرد بالعيب من حقوق العقد وهى كلها تتعلق بالوكيل دون الموكل فيستبدّ به قال رحمه الله (ولو سلمه الى الآمر لا يردّه الا بأمره) لان حكم الوكالة قد انتهى بالتسليم اليه ولان فى رده بغير اذنه ابطال ملكه ويده الحقيقية فلا يمكن منه بدون رضاه ولانه أصيل فى حق الحقوق نائب فى حق الحكم على أصح الاقوال فكان له جانبان فجانب النيابة يمنعـه الرد وجانب الاصـالة لا يمنعه فعملنا بجانب الاصالة قبـل الدفع الى الموكل وبجانب النيابة بعده وقد أمكن العمل بهما بهذا الطريق ولو رضى الوكيل بالعيب جاز وسقط حق الرد لما ذكرنا أنه أصيل فى الحقوق وهذا على قولهـما ظاهر لانه يملك الابراء عن الثمن فعن العيب أولى واختلف المشايخ على قول أبى يوسف رحمه الله فعامتهم صححوا ابراءه وفرقوا بين هذا وبين الابراء عن الثمن بان الابراء عن الثمن يحتمل أن يكون مضرّا به لاحتمـال أن يكون المشترى أملأ من الوكيل فاذا برئ يبقى دينه فى ذمة الوكيل وهو مفلس فيتضرر به بخلاف الابراء عن العيب لان الموكل فيـه على خياره ان شاء رضى بالعيب وأخـذه وان شاء ردّه على الوكيل اذ لا يلزم الموكل بابرائه ولا يسقط خياره به وهذا لأن بينهما مبادلة حكمية كأن الوكيل باعه من الموكل ولهذا يحبس الوكيل المبيع حتى يسـتوفى الثمن من الموكل فاسـقاط حقه فى العقد الاول لا يلزم منه سقوط حق من اشترى منه قال رحمه الله (وحبس المبيع بثمن دفعه من ماله)

---

(1) قول المحشى وفرقوا لابى يوسف هكذا فى الاصل لم يكتب بعده شيأ ولعله اكتفى بما فى الشارح من الفرق اه مصححه

أى الوكيل بالشراء اذا اشترى ودفع الثمن من ماله للبائع له أن يحبس المبيع بالثمن الذى دفعه للبائع من ماله لما ذكرنا من ان المبادلة الحكمية قد جرت بينهما وصار الوكيل كالبائع والموكل كالمشترى منه ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه ولو اختلفا فى الثمن تحالفا وسلامة المبيع له من جهة الوكيل فيرجع عليه بثمنه ولان توكيله اياه مع علمه بان الحقوق ترجع اليه اذن منه بدفع الثمن عنه من ماله فصار كما لو أذن صريحا فيرجع عليه به ويحبس عنه المبيع حتى يدفع اليه لتنزله منزلة البائع وقوله بثمن دفعه من ماله وقع اتفاقا لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبسه عنه وهذا لانه لما نزل منزلة المشترى منه أخذ حكمه والمشترى لا يمكن من أخذه حتى يوفيه ثمنه كما لو كان بائعا له حقيقة يحققه أن حبس المبيع عن الموكل ليس لاجل نقد الثمن عنه بل لاجل انه بائع له حكما وهذا المعنى لا يختلف بين ما اذا نقد الثمن أو لم ينقد وقال زفر رحمه الله ليس للوكيل حبس المبيع عن الموكل لانه نائب عنه فتقوم يده مقام يد الموكل ويكون قبضه قبض الموكل ولا يحبس المبيع بعد القبض وهذا لان المبيع أمانة فى يده وليس للامين حبس الامانة بدين له على صاحبها قلنا الموكل ملك المبيع بعقد باشره الوكيل ببدل استوجبه عليه وهذا معنى البيع فيحبسه به كما لو باعه اياه حقيقة وقد ذكرنا أن بينهما مبادلة حكمية ولهذا رده الموكل على الوكيل بعيب ويجرى التحالف بينهما عند الاختلاف فى الثمن وهذا من خصائص البيع فكذا هذا الحكم ولا نسلم أن قبضه قبض الموكل بل قبضه يجوز أن يكون لاحياء حق نفسه ويجوز أن يكون لتتميم مقصود الموكل فيتبين فى الآخرة بحبسه أن القبض كان لحقه وبعدم الحبس كان للموكل وقبل ذلك الامر موقوف فلا يحكم عليه بشئ ولان هذا القبض لا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر على القبض على وجه لا يصير الموكل به قابضا وما لا يمكن التحرز عنه يكون عفوا فلا يسقط به حقه من غير رضاه اذ فى سقوطه ضرر عليه قال رحمه الله (فلو هلك فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) لان الوكيل فى القبض عامل للموكل فيصير قابضا بقبض الوكيل حكما فالم يمنعه منه لا يكون مستردا له فاذا هلك هلك من مال الآمر فكان له أن يرجع عليه بخلاف ما اذا حبسه عنه ثم هلك لانه صار مستردا بالحبس أو تبين به أنه قبضه لنفسه قال رحمه الله (وان هلك بعد حبسه فهو كالمبيع) يعنى يهلك بالثمن وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله هو كالغصب فيضمن جميع قيمته لانه ليس له أن يحبسه عنده فبالحبس يكون متعديا كالمودع

(قوله ولهذا لو وجد الموكل به عيبا يرده عليه) أى وله أن يرجع بنقصان العيب اذا هلك عند الموكل اهـ غاية (قوله ولو اختلفا فى الثمن تحالفا) والتحالف من خواص المبادلة اهـ غاية (قوله لانه لو لم يدفع الثمن أيضا له أن يحبسه عنه) قال صاحب الذخيرة لم يذكر محمد فى شئ من الكتب أن الوكيل اذا لم ينقد الثمن وسامحه البائع وسلم المبيع اليه هل له حق الحبس عن المبيع الى أن يستوفى الثمن ثم قال حكى عن الشيخ الامام شمس الائمة الحلوانى أن له ذلك لان حق الحبس للوكيل ليس لاجل ما نقد بل لاجل بيع حكمى انعقد بين الوكيل والموكل وهذا المعنى لا يختلف بين النقد وقبله قلت هذا كلام عجيب من صاحب الذخيرة وكيف خفى عليه هذا وقد صرح محمد فى الاصل فى باب الوكالة فى الشراء فقال واذا وكل الرجل رجلا أن يشترى له عبدا بألف درهم بعينه فاشتراه الوكيل وقبضه وطلب الآمر أخذ العبد من الوكيل وأبى الوكيل أن يدفعه فللوكيل أن يمنعه ذلك حتى يستوفى الثمن فى قول أبى حنيفة وان كان الوكيل نقد الثمن أو لم ينقد فهو سواء الى هنا لفظه فى الاصل وقال فى الفتاوى الصغرى الوكيل بالشراء اذا اشترى بالنسيئة فحل عليه الثمن بموته لا يحل على الآمر ونقله عن باب الوكالة بالشراء من وكالة الكافى اهـ اتقانى (قوله ويكون قبضه قبض الموكل) واذا سلمه حقيقة سقط حق الحبس فكذا اذا سلمه حكما ولان الوكيل أمين ألا ترى أنه لا يضمن بالهلاك عنده كالمودع فليس للامين حق الحبس بعد طلب المودع اهـ غاية (قوله فى المتن فلو هلك فى يده قبل حبسه هلك من مال الموكل ولم يسقط الثمن) وذلك لان المبيع أمانة فى يد الوكيل لانه قبضه للموكل وليس على الامين شئ ما لم يحدث منعا فلا يضمنه كما اذا هلكت الوديعة فى يد المودع اهـ اتقانى (قوله أو تبين به أنه قبضه لنفسه) أى قبضه لنفسه لا للموكل واذا وقع القبض للوكيل لم يوجد التسليم منه الى الموكل اهـ (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد) قال الاتقانى قوله فان حبسه فهلك كان مضمونا ضمان الرهن عند أبى يوسف وضمان المبيع عند محمد هذا لفظ القدورى فى مختصره ولم يذكر قول أبى حنيفة فيه كما لم يذكر فى المختلف والحصر وغير ذلك وقال الشيخ أبو نصر البغدادى ذكر فى الجامع الصغير قول أبى حنيفة مثل قول محمد اهـ (قوله لانه ليس له أن يحبسه عنده) اعلم أن المضمونات أنواع منها الرهن وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين والمبيع فى يد البائع وهو مضمون بالثمن حتى اذا هلك سقط الثمن قل الثمن أو كثر والمغصوب وهو مضمون بالمثل ان كان مثليا وبالقيمة ان كان قيميا بالغة ما بلغت والمشترى اذا حبسه الوكيل لاستيفاء الثمن فهلك ففيه خلاف فقال أبو يوسف هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الثمن كالرهن مضمون بالاقل من قيمته ومن الرهن وقال أبو حنيفة ومحمد مضمون بالثمن كالمبيع يهلك قبل القبض وقال زفر يضمن ضمان الغصب لان من مذهبه أن ليس له حق الحبس فصار بالحبس غاصبا ولنا أن الوكيل كالبائع من الموكل لان الموكل انتقل الملك اليه من جهته ثم الوكيل قد عين حق الموكل فى المشترى حيث اشتراه له فوجب على الموكل أيضا أن يعين حق

الوكيل في الثمن بالتسليم اليه فكان حبسه لاستيفاء الثمن بحق فلم يكن غاصبا ثم قال أبو يوسف انه مضمون ضمان الرهن حتى لو كان فيه وفاء بالثمن سقط وإلا رجع بالفضل وقال محمد مضمون ضمان المبيع فاذا هلك سقط كل الثمن لان الوكيل كالبائع وجه قول أبي يوسف أنه ليس ببائع حقيقة الا أنه يحبس المشترى بدين على الموكل وهو الرهن بعينه لان الرهن هو الحبس بالدين قال ذلك كله الشيخ قوام الدين الاتقاني رحمه الله ثم قال ثمرة الخلاف تظهر فيما اذا كان الثمن خمسة عشر مثلا وقيمة المبيع عشرة فعند أبي يوسف يرجع الوكيل على الموكل بالفضل وهو الخمسة وتظهر فائدة الغصب في عكس هذا أن تكون قيمة المبيع خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بالخمسة وعلى قول محمد لا تفاوت الحال بين أن يكون الثمن كثيرا أو قليلا لانه يسقط بهلاك المبيع ولا يجب شئ أصلا اه وقال الكاكي رحمه الله وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا كانت قيمته عشرة مثلا والثمن خمسة عشر يرجع الوكيل على الموكل بخمسة عند أبي يوسف ولا يرجع أحدهما على الآخر عند زفر وعند أبي حنيفة ومحمد أيضا ولو كانت القيمة خمسة عشر والثمن عشرة فعند زفر يرجع الموكل على الوكيل بخمسة ولا شئ عليه عند أبي حنيفة ومحمد وأبي يوسف اه (قوله بعد أن لم يكن مضمونا به) يعني لم يكن مضمونا في الابتداء كما قال زفر وانما صار مضمونا بالحبس اه (قوله قلنا الخ) فيه نظر لقوله قبله ان المبادلة الحكمية الواقعة بينهما معتبرة بالحقيقة فلا يستقيم اذا أن يقال انهما يملكانه بعقد واحد ويتم به الفرق اه تأمل (قوله وهذا مشكل فان الوكيل أصيل) قلت هذا ليس بمشكل فان الوكيل نائب عنه فاذا حضر الاصيل فلا يعتبر النائب اه ع (قوله ومحمد لم يذكر الخلاف في الاصل) وهذا لان محمدا قال في الاصل في آخر باب الوكالة في الشراء واذا وكله أن يشتري له عشرة أرطال لحم بدرهم لزم الآمر منها عشرة بنصف درهم وكان للمأمور عشرة أرطال بنصف درهم الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر الخلاف كما ترى وجه قول أبي يوسف أن النبي صلى الله عليه

بمنع الوديعة عن صاحبها وقال أبو يوسف رحمه الله هو كالرهن فيكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين لانه صار مضمونا بالحبس للاستيفاء بعد أن لم يكن مضمونا به وهذا هو معنى الرهن بخلاف المبيع فانه مضمون بنفس العقد حبسه البائع أو لم يحبسه يحققه أن حبسه للاستيفاء بعد أن لم يكن محبوسا به وأن أصل العقد لا ينفسخ بهلاكه وهذا حكم الرهن بخلاف البيع فان المبيع فيه يكون محبوسا من أول ما وجد وينفسخ البيع بهلاكه ولهما أن بينهما مبادلة حكمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام فيكون معتبرا بالمبادلة الحقيقية وهو البيع ولا نسلم أن العقد لا ينفسخ بل ينفسخ بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع وكذا لو رضي الوكيل بالعيب ولم يرض به الموكل ينفسخ العقد بينهما وان لم ينفسخ في حق البائع والدليل على انه ليس كالرهن انه يثبت في النصف الشائع والحبس بحكم الرهن لا يثبت فيه فان قيل لو اشتراه الوكيل بثمن مؤجل يثبت الاجل في حق الموكل ولو كان بينهما مبادلة لما ثبت كما لا يثبت في حق الشفيع قلنا ان الوكيل والموكل يملكان المبيع بعقد واحد فما شرط فيه يلزمهما بخلاف الشفيع فانه يملكه بعقد جديد فما شرط في العقد الاول لا يكون مشروطا في الثاني قال رحمه الله (وتعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم دون الموكل) لان المستحق فيهما قبض العاقد والعاقد هو الوكيل فيشترط قبضه وان كان لا تتعلق به الحقوق كالصبي والعبد المحجور عليه لان قبضه وتسليمه صحيح وان لم تتوجه عليه المطالبة ففي حكم صحة التقابض هو كوكيل تعلق به حقوق العقد فاذا قبض الوكيل تم العقد لوجود شرطه وان فارقه قبل القبض بطل لفقد شرطه وان فارقه الموكل قبل القبض لا يبطل لانه ليس بعاقد بخلاف الرسول فيهما لان الرسالة حصلت في العقد لا في القبض وكلام الرسول ينتقل الى المرسل فيكون العاقد هو المرسل فيكون قبض الرسول قبض غير العاقد فلا يجوز وقال في النهاية هذا اذا كان الموكل غائبا عن مجلس العقد وأما اذا كان حاضرا في مجلس العقد يصير كأن الموكل صارف بنفسه فلا تعتبر مفارقة الوكيل وعزاه الى خواهر زاده وهذا مشكل فان الوكيل أصيل في باب البيع حضر الموكل العقد أو لم يحضر ثم ذكر فيه بعده بأسطر فقال المعتبر بقاء المتعاقدين في المجلس وغيبة الموكل لا تضر وعزاه الى وكالة المبسوط واطلاقه واطلاق سائر الكتب دليل على أن مفارقة الموكل لا تعتبر أصلا ولو كان حاضرا وفي قوله تعتبر مفارقة الوكيل في الصرف والسلم اشارة الى أن التوكيل فيهما جائز وانما جاز لانه عقد يملكه الموكل فجاز أن يوكل به كسائر أنواع البياعات والاجارات وهذا في الصرف يجري على اطلاقه فانه يجوز التوكيل فيه من الجانبين وأما في السلم فانما يجوز بدفع رأس المال فقط وأما بأخذه فلا يجوز لان الوكيل اذا قبض رأس المال يبقى المسلم فيه في ذمته وهو مبيع ورأس المال ثمنه ولا يجوز أن يبيع الانسان ماله بشرط أن يكون الثمن لغيره كما في بيع العين واذا بطل التوكيل كان الوكيل عاقدا لنفسه فيجب المسلم فيه في ذمته ورأس المال مملوك له واذا سلمه الى الآمر على وجه التمليك منه كان قرضا قال رحمه الله (ولو وكله بشراء عشرة أرطال لحم بدرهم فاشترى عشرين رطلا بدرهم مما يباع منه عشرة بدرهم لزم الموكل منه عشرة بنصف درهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يلزمه العشرون بدرهم وذكر في بعض نسخ مختصر القدوري قول محمد مع قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله لم يذكر الخلاف في الاصل وجه قول أبي يوسف

يوسف رحمه الله أن هذا خلاف الى خير لان المأمور به صرف الدرهم فى عشرة أرطال من اللحم وقد صرفه فيه مع زيادة خير فينفذ عليه كما اذا أمره أن يبيع عبده بألف فباعه بألفين بخلاف ما لو اشترى ما يساوى عشرون رطلا منه درهما بدرهم حيث يصير مشتريا لنفسه بالاجماع لانه خالفه الى شر لان الامر تناول لما يساوى عشرة أرطال منه درهما بدرهم وجه الاول أنه أمره بشراء عشرة ولم يأمره بأكثر منه فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر بخلاف ما استشهد به لان الزائد فيه بدل ملكه وبخلاف ما اذا وكله أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له ثوبين هرويين بعشرة يساوى كل واحد منهما عشرة دراهم حيث لا يلزم الموكل واحد منهما لان ثمن كل واحد منهما مجهول اذ لا يعرف الا بالحزر وكذا المشترى للموكل مجهول بخلاف مسئلة اللحم فانه موزون مقدر فينقسم الثمن على أجزائه على السواء وهو معلوم يمكن قسمته بينهما على قدر حقهما ولا يقال هذا لا يستقيم على قول أبى حنيفة لانه لا يكون موافقا بمثله عنده كما اذا أمر أن يطلق امرأته واحدة فطلقها ثلاثا حيث لا يقع شئ عنده وكذا لو اختلف الشهود بمثل هذا الاختلاف لا تقبل شهادتهم للاختلاف لان الاتفاق فيهما شرط لانا نقول ذلك فيما اذا لم يجد نفاذا على الوكيل وأما اذا وجد فينفذ وفى ضمنه ينفذ على الآمر وهذا لان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على الوكيل اذا وجد نفاذا والعشرة داخلة فى العشرين فبنفوذ العشرين تنفذ العشرة بخلاف ما ذكر فى مسئلة الطلاق والشهادة فانها لا تنفذ عليه لعدم الملك ولا على الموكل لعدم الموافقة والموافقة شرط فيه قال رحمه الله (ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه) معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه بل لو اشتراه ينوى بالشراء لنفسه أو تلفظ بذلك يكون للموكل لان فيه عزل نفسه وهو لا يملك عزل نفسه والموكل غائب حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه لنفسه كان المشترى له لان له أن يعزل نفسه بحضرة الموكل وليس له أن يعزل نفسه من غير علمه لان فيه تغريرا له بخلاف ما اذا وكل نفس العبد أن يشتريه له من مولاه أو وكل العبد رجلا أن يشتريه له من مولاه فاشترى حيث لا يكون للآمر ما لم يصرح به للمولى أنه يشتريه فيهما للآمر مع أنه وكيل بشراء شئ بعينه وانما كان كذلك لاختلاف حكمهما على ما نبين من قريب ان شاء الله تعالى وبخلاف ما اذا وكله أن يزوجه امرأة معينة حيث جاز له أن يتزوج بها لان النكاح الذى أتى به الوكيل غير داخل تحت أمره لان الداخل تحت الوكالة نكاح مضاف الى الموكل فكان مخالفا باضافته الى نفسه فانعزل وفى الوكالة بالشراء الداخل فيها شراء مطلق غير مقيد بالاضافة الى أحد فكل شئ أتى به لا يكون مخالفا به اذ لا يعتبر فى المطلقات الا ذاته دون صفاته فيتناول الذات على أى صفة كانت فيكون موافقا بذلك حتى لو خالف مقتضى كلام الآمر فى جنس الثمن أو قدره كان مثله على ما نذكر من قريب ان شاء الله تعالى ولو وكله رجل آخر بأن يشترى له ذلك الشئ بعينه فاشتراه له كان للموكل الاول دون الثانى لانه اذا لم يملك الشراء لنفسه فأولى أن لا يملك الشراء لغيره قال رحمه الله (فلو اشتراه بغير النقود أو بخلاف ما سمى له من الثمن وقع للوكيل) لانه خالف أمره فينفذ عليه فينعزل فى ضمن المخالفة وكذا لو وكل هذا الوكيل رجلا فاشتراه وكيله وهو غائب كان الملك للوكيل الاول لما قلنا وان اشتراه بحضرته نفذ على الموكل الاول لانه حضره رأيه وهو المقصود فلم يكن مخالفا ولانه اذا كان حاضرا يمكن نقل كلامه اليه على ما ذكرنا فى النكاح بخلاف ما اذا كان غائبا

وسلم وكل عروة البارقى ليشترى له أضحية واشترى شاتين فأجاز النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ولانه أمر الوكيل بصرف الدرهم فى اللحم على ظن أن سعر اللحم عشرة بدرهم فاذا زاد فقد فعل خيرا فلزم الآمر اه اتقانى (قوله لانه خالفه الى شر) لان الوكيل أمره بشراء السمين لا المهزول وهذا مهزول اه (قوله فينفذ الزائد عليه والعشرة على الآمر) ولا يلزم علينا الزيادة القليلة كعشرة أرطال ونصف رطل حيث يلزم الجميع الآمر لانها تدخل بين الوزنين فلا يتحقق حصول الزيادة اه اتقانى (قوله وبخلاف ما اذا وكله أن يشترى الخ) ذكر فى التتمة وقال اذا أمره أن يشترى له ثوبا هرويا بعشرة فاشترى له هرويين بعشرة وكل منهما يساوى عشرة قال أبو حنيفة لا يجوز البيع فى واحد منهما لانى لا أدرى أيهما أعطيه بحصته من العشرة لان القيمة لا تعرف الا بالحزر والظن ونقله عن المنتقى اه اتقانى وكتب أيضا قوله وبخلاف جواب اشكال على أبى حنيفة اه (قوله لان ثمن كل واحد منهما مجهول) الفرض أن صورة المسئلة فيما اذا كان يساوى كل واحد منهما عشرة فكيف يقال بعد ذلك لجهالة الثمن اه قارئ الهداية (قوله فى المتن ولو وكله بشراء شئ بعينه لا يشتريه لنفسه) وهذا اذا لم يعين الثمن أما اذا عين فخالف فسيأتى اه (قوله معناه لا يتصور أن يشتريه لنفسه) وذلك لانه يلزم فيه الغدر بالمسلم وهو حرام اه غاية (قوله حتى لو كان الموكل حاضرا وصرح بأنه يشتريه الخ) قال الاتقانى ولانه لو صح شراؤه لنفسه يلزم منه اخراجه نفسه عن الوكالة بغير علم الموكل فلا يجوز لانه فسخ عقد فلا يصح من غير علم صاحبه كسائر العقود فاذا لم يصح عزله نفسه عن الوكالة يقع شراؤه عن الموكل حيث لم يقع لنفسه اه (قوله فى المتن فلو اشتراه الخ) قال فى تتمة الفتاوى الوكيل بشراء شئ بعينه ان اشترى لنفسه بنفسه لا يصح الا اذا خالف فى الثمن لا الى خير أو الى جنس غير الذى سماه الموكل واذا وكل غيره بالشراء فاشتراه له صح اه غاية (قوله أو بخلاف ما سمى له من الثمن) كما اذا وكله

بأن يشتري بألف درهم فاشتراه بألف دينار اهـ ابن فرشتا (قوله وبخلاف الوكيل بالطلاق) قال في الفتاوى الصغرى في مسائل الوكيل بالطلاق والخلع والنكاح والاعتاق واذا وكل بالطلاق أو بالعتاق فطلق الاجنبي أو أعتق فأجاز الوكيل ذلك لا يجوز لان المطلوب (١) عبارته في أول وكالة العيون وفي مسائل شتى من النوازل وكذا لو وكل الوكيل رجلا فطلق الثاني لا يقع وان كان بحضرة الوكيل الاول بخلاف الوكيل بالبيع والنكاح والخلع والكتابة اذا وكل غيره ففعل الثاني بحضرة الاول أو فعل أجنبي ذلك فبلغ الوكيل فأجاز ذلك يجوز الى هنا لفظ كتاب الفتاوى الصغرى والفرق أن الوكالة تفويض الامر الى الغير ليعمل فيه برأيه فاذا كان الوكيل الثاني فعل المأمور به بحضرة الوكيل الاول وجد رأي الاول وكذا اذا فعل أجنبي فأجازه الوكيل ثم حقيقة الوكالة انما تتحقق فيما يحتاج فيه الى الرأي كالبيع والنكاح والخلع والكتابة والاجارة ولا تتحقق فيما لا يحتاج فيه الى الرأي كالطلاق والعتاق بغير مال فكان الوكيل رسولا ينقل كلام الموكل وطلاق الوكيل الثاني وعتاقه ليس بطلاق الوكيل الاول فلم يقع نقلا لكلام الموكل والموكل انما وكل بنقل كلامه فلاجل هذا لم يقع طلاق الوكيل الثاني وعتاقه وان كان بحضرة الاول والله أعلم اهـ اتقاني (قوله في المتن وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل) قال في التهذيب ولو وكله بغير عينه انما يصير للموكل بنية الوكيل للموكل أو بصريح ذكره أو يشتري بماله ولو اشترى بغير ماله فهو موقوف على اجازة الموكل اهـ (قوله والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد اليه) لا الدفع من مال الموكل لانه اذا اشترى بدراهم مطلقة ثم نقد فان نقد من دراهم الموكل يقع الشراء للموكل وان نقد من دراهم الوكيل يقع الشراء للوكيل اهـ غاية وأعلم أنه اذا أضاف الوكيل العقد الى مال الموكل فلا فرق حينئذ بين أن ينوي الوكيل العقد لنفسه أو يطلق في أن العقد يقع للموكل كما يأتي ذلك صريحا في كلام الشارح آخر هذه الصفحة في قوله فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك والله الموفق اهـ (قوله وان اختلفا في النية) فقال الموكل اشتريته لي وقال الوكيل اشتريته لنفسي اهـ

وبخلاف الوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الوكيل الثاني أو أعتق بحضرة الاول حيث لا ينفذ وان حضره رأيه لان الوكيل في الطلاق والعتاق كالرسول فلا يتصرف من عنده بشئ بل يبلغ الرسالة فاذا تصرف فقد خالف فلا ينفذ والوكيل في البيع والشراء بمنزلة المالك وهو أصيل فيه فله أن يتصرف ولهذا لو فعل ذلك غيره من غير توكيل منه فأجازه الوكيل جاز وفي الطلاق والعتاق لم يجز والنكاح والخلع والكتابة كالبيع والشراء فيما ذكرنا قال رحمه الله (وان كان بغير عينه فالشراء للوكيل الا أن ينوي للموكل أو يشتريه بماله) أي ان وكله بشراء عبد بغير عينه فاشترى عبدا فهو للوكيل الا اذا قال نويت الشراء للموكل أو يشتريه بماله والمراد بقوله أو يشتريه بماله أن يضيف العقد اليه وهذه المسئلة على وجوه إما أن يضيف العقد الى ثمن معين أو الى مطلق من الثمن فان أضافه الى معين كان المشتري لصاحب ذلك الثمن لان الظاهر أنه يضيف الشراء الى مال من يشتريه له وهذا لان الثمن وان كان لا يتعين لكن فيه شبهة التعين من حيث سلامة المبيع به وتعين قدره ووصفه ولهذا لا يطيب له الربح اذا اشترى بالدراهم المغصوبة وديعة عنده من أن يشتريه لنفسه باضافة العقد الى مال غيره لان ذلك مستنكر شرعا وعادة فلا يرتكبه وقد جرى العرف فيما اذا اشترى لنفسه أن يضيف العقد الى ماله وهو ليس بمستنكر شرعا وعرفا فيكون المشتري لمن يملك ذلك الثمن وان نوى خلاف ذلك جريا على مقتضى العرف والشرع ثم اذا نقد من مال الموكل فيما اشتراه لنفسه يجب عليه الضمان وان أضافه الى ثمن مطلق فلا يخلو إما أن يكون حالا أو مؤجلا فان كان حالا فلا يخلو إما أن يتصادقا على وجود النية لاحدهما أو على عدمها أو يختلفا فيه فان كان حالا واتفقا على وجود النية لاحدهما كان لمن نوى له لان الثابت باتفاقهما كالثابت عيانا واتفاقهما حجة عليهما ولا يلتفت الى النقد ولا عبرة به في هذه الحالة لان له أن يشتري لنفسه وللموكل فاذا عينه بنيته فقد تعين ويكون بالنقد من مال الموكل غاصبا فيما اذا نواه لنفسه وان اختلفا في النية يحكم النقد بالاجماع لان دلالته على التعيين مثل دلالة اضافة الشراء اليه لان الظاهر أن يفعل ما يجوز له شرعا أو يجري على عوائده وان اتفقا على أنه لم تحضره النية فعند محمد رحمه الله هو للعاقد لان ما يطلقه الانسان من التصرفات يكون لنفسه فصار كالمأمور بالحج اذا أطلق ولم ينو أنه للمحجوج عنه وعند أبي يوسف يحكم النقد لان المطلق يحتمل التقييد فبقي موقوفا فمن أي المالين نقد فقد عين المحتمل به فصار كحالة التكاذب بخلاف المأمور بالحج فان الحج عبادة وهو لا يتأدى الا بالنية فكان مأمورا بأن ينوي الحج عن المحجوج عنه فاذا لم يفعل كان مخالفا وأما المعاملات فالنية ليست بشرط فيها فلا يصير بتركها مخالفا فيبقى الحكم موقوفا على النقد والتوكيل بالاسلام في الطعام على هذه الوجوه حتى يحكم أولا الاضافة فيكون المسلم فيه لمن أضيف عقد السلم الى ماله ثم النية فيكون لمن نوى له بالعقد ان تصادقا على النية وان تكاذبا فيحكم النقد وان تصادقا على أنه لم تحضره النية فعلى الخلاف الذي ذكرنا ومن مشايخنا من قال لا خلاف بين أبي يوسف ومحمد

(١) قول المحشي لان المطلوب وقوله بعده عبارته هكذا في الاصل والكلام هنا منقطع فارجع الى النسخ الصحيحة اهـ مصححه

(قوله لان النقد فيه أثرا فى تنفيذ العقد) حتى اذا لم ينقد رأس المال فى المجلس بطل السلم اهـ (قوله معناه أمره بان يشترى له عبدا بألف مثلا فقال المأمور اشتريت لك عبدا) ظاهره يقتضى أن وضع كلام المصنف رحمه الله فيما اذا أمره بشراء عبد غير معين وعلى هذا فان حمل كلام المصنف على أن الاختلاف بين الوكيل والموكل صدر والعبد هالك فيكون ماذكره المصنف من المسائل التى لاخلاف فيها بين الامام وصاحبيه رضى الله تعالى عنهم وان حمل كلام المصنف على ما اذا صدر الاختلاف بينهما والعبد حى فيكون قوله فالقول للآمر أى على قول أبى حنيفة أما عندهما فالقول للمأمور وأما قول المصنف وان كان دفع اليه الثمن الخ فمالاخلاف فيه على كل حال هذا ماظهر لكاتبه حال المطالعة قبل المراجعة والله الموفق للصواب اهـ وكتب أيضا قال فى الهداية قال ومن أمر رجلا بشراء عبد بألف درهم فقال قد فعلت ومات عندى وقال الآمر اشتريته لنفسك فالقول قول الآمر قال الاتقانى (٣٦٥) أى قال محمد فى بيوع الجامع الصغير

ومحمد فى الشراء فيما اذا تصادقا على أن النية لم تحضره بل بالاجماع يكون للعاقد وانما الخلاف فى السلم لان النقد فيه أثرا فى تنفيذ العقد فيستدل به على وقوعه لمن نقد من ماله بخلاف الشراء ففرق هذا القائل لابى يوسف بهذا الفرق وان كان الثمن مؤجلا فهو للوكيل لان النقود تتعين فى الوكالة فاذا اشترى بثمن مؤجل لم يضف العقد الى ماتعلقت به الوكالة فيكون مخالفا قال رحمه الله (وان قال اشتريت للآمر وقال الآمر لنفسك فالقول للآمر وان كان دفع اليه الثمن فللمأمور) معناه أمره بأن يشترى له عبدا بألف مثلا ثم قال المأمور اشتريت لك عبدا وقال الآمر اشتريته لنفسك كان القول قول الامر ان لم يكن الثمن مدفوعا الى الوكيل وان كان مدفوعا اليه كان القول للمأمور وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون الثمن منقودا أوغير منقود وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد حيا حين أخبر الوكيل بالشراء أوميتا فان كان مأمورا بشراء عبد بعينه فان أخبر بشرائه والعبد حى قائم فالقول للمأمور اجماعا منقودا كان الثمن أوغير منقود لانه أخبر عن أمر يملك استئنافه والمخبر به فى التحقيق والثبوت يستغنى عن الاشهاد فيصدق كقوله لمطلقته راجعتك وهى فى العدة وكذبته فان القول له وبهذا وقع التفصى عن الولى اذا أقر على موليته بالنكاح حيث لا يثبت النكاح عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لايملك انشاءه شرعا لعدم الشهود اذ هو لايثبت الابشهود بخلاف الشراء فانه يقدر على اثباته شرعا بدون الاشهاد وان كان العبد ميتا حين أخبر فقال هلك عندى بعد الشراء وأنكر الموكل فان كان الثمن غير منقود فالقول للآمر لانه أخبر عما لايملك استئنافه لان الميت ليس بمحل لانشاء العقد فيه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر فكان القول قوله وان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور مع يمينه لان الثمن كان أمانة فى يده وقد ادعى الخروج عن عهدة الامانة من الوجه الذى أمره به فكان القول له وان كان العبد بغير عينه فان كان حيا فقال المأمور اشتريته لك وقال الآمر لا بل اشتريته لنفسك فان كان الثمن منقودا فالقول للمأمور لانه مخبر عما يملك استئنافه وان لم يكن منقودا فالقول للآمر عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما القول للمأمور لانه أخبر عما يملك استئنافه فصح كما فى المعين وعند أبى حنيفة القول للآمر لانه موضع تهمة بأن اشتراه لنفسه فاذا رأى الصفقة خاسرة ألزمها الآمر بخلاف ما اذا كان الثمن منقودا لانه أمين فيه فيقبل قوله فى الخروج عن العهدة وفى ضمنه يكون العبد للآمر تبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وتبعا وان لم يثبت قصدا وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه لايملك أن يشتريه لنفسه بذلك الثمن

وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل يأمر الرجل أن يشترى له عبدا بألف درهم فجاء المأمور فقال اشتريت لك عبدا بألف درهم وقبضته فمات وقال الآمر اشتريت عبدا بألف درهم وقبضته ومات عندك وانما اشتريته لنفسك قال القول قول الآمر الى هنا لفظ محمد فى الجامع الصغير وهى من الخواص وهذه المسئلة على أوجه اما أن يكون الوكيل مأمورا بشراء عبد بعينه أو بغير عينه وكل وجه على وجهين إما أن يكون العبد قائما أو هالكا فان كان العبد بغير عينه والثمن غير منقود وقال الوكيل اشتريت وقبضت وهلك لم يقبل قوله وهى مسئلة الكتاب اهـ والظاهر أن صاحب الكنز رحمه الله أراد ماذكره صاحب الهداية

والجامع الصغير من كون العبد بغير عينه وهو هالك فتنبه اهـ (قوله وهذه المسئلة على ثمانية أوجه إما أن يكون الخ) معينا حيا والثمن منقود (القول للمأمور) معينا حيا والثمن غير منقود (القول للمأمور) معينا هالكا والثمن منقود (القول للمأمور) معينا هالكا والثمن غير منقود (القول للآمر) منكرا حيا والثمن منقود (القول للمأمور) منكرا حيا والثمن غير منقود (عنده للآمر وعندهما للمأمور) منكرا هالكا والثمن منقود (القول للمأمور) لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة منكرا هالكا والثمن غير منقود (القول للآمر اتفاقا) لانه أخبر عما لايملك استئنافه وغرضه الرجوع بالثمن والآمر منكر اهـ (قوله حيث لا يثبت النكاح) وكذا وكيل الزوج أو الزوجة ومولى العبد اذا أقر بالنكاح لايصح الا ببينة اهـ غاية (قوله وبخلاف ما اذا كان العبد معينا لانه الخ) بقى من الاوجه الثمانية ما اذا كان العبد بغير عينه وهو هالك والثمن منقود أوغير منقود وانما لم يذكرهما الشارح رحمه الله لان حكمهما يعلم مما تقدم

حال حضرة الموكل على ما بينا من قبل فحاصله أن الثمن ان كان منقودا فالقول للمأمور في جميع الصور وان كان غير منقود ينظر فان كان الوكيل لا يملك الانشاء بأن كان ميتا فالقول للآمر وان كان يملك الانشاء فالقول للمأمور عندهما وكذا عند أبي حنيفة في غير موضع التهمة وفي موضع التهمة القول للآمر قال رحمه الله (وان قال بعني هذا لفلان فباعه ثم أنكر الآمر أخذه فلان) أي رجل قال لآخر بعني هذا العبد لفلان فاني أشتريه له فباعه ثم أنكر المشتري أن يكون فلان أمره فقال فلان أنا أمرته فانه يأخذه لان قوله بعني لفلان اقرار منه بأنه وكله فاذا أنكر الوكالة بعده صار مناقضا فلا يسمع قوله فيكون العبد للموكل قال رحمه الله (الا أن يقول لم آمره به) أي الا أن يقول فلان المشتري له لم آمره بالشراء فحينئذ لا يأخذه بل يكون للمشتري لان اقرار المشتري ارتد برده والاقرار مما يرتد بالرد فينفذ على المشتري لان الشراء اذا وجد نفاذا لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قال رحمه الله (الا أن يسلمه المشتري اليه) أي الى فلان المشترى له فيكون له بالتسليم لان اقراره الاول قد ارتد بالرد وصار ملكا للمشتري فاذا سلمه بعد ذلك الى فلان المشترى له وأخذه انعقد بينهما بيع جديد بالمعاطاة فتكون العهدة عليه لانه صار مشتريا بالتعاطي كمن اشترى لغيره شيأ بغير أمره حتى لزمه ثم سلمه المشتري الى المشترى له ودلت المسئلة على أن التسليم على وجه البيع يكفي لانعقاد البيع بالتعاطي في الخسيس والنفيس وان لم يوجد نقد الثمن للعرف ولوجود التراضي به وهو المعتبر في باب المعاوضات المالية لقوله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض قال رحمه الله (وان أمره بشراء عبدين معينين ولم يسم ثمنا فاشترى له أحدهما صح) لان التوكيل مطلق غير مقيد بثمن مقدر فيجوز أن يشتري كل واحد منهما بقدر قيمته من الثمن أو أقل أو بزيادة يتغابن الناس في مثله وليس له أن يشتري بما لا يتغابن الناس فيه لان الوكيل بالشراء ليس له أنه يشتري بغبن فاحش بالاجماع بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي حنيفة على ما يجيء من الفرق بينهما وبخلاف ما اذا قدر له ثمنهما فان ذلك فيه خلاف في بعض صوره على ما يجيء وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة ولانه قد يتعذر الجمع بينهما الا بما لا يتغابن الناس في مثله فيكون شراء أحدهما حيلة لتحصيلهما فوجب القول بالنفاذ قال رحمه الله (وبشرائهما بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصفه أو أقل صح وبالاكثر لا الا أن يشتري الباقي بما بقي قبل الخصومة) أي لو وكله بشراء العبدين بألف وقيمتهما سواء فاشترى أحدهما بنصف الالف أو أقل جاز الشراء وبأكثر من نصف الالف لم يجز يعني لم يلزم الآمر قلت الزيادة أو كثرت لانه قابل الالف بالعبدين وقيمتهما سواء فينقسم عليهما نصفين دلالة فيكون أمرا بشراء كل واحد منهما بخمسمائة ضرورة فالشراء بخمسمائة موافقة وبأقل منها مخالفة الى خير وبأكثر منها الى شر فلا يلزم الموكل الا أن يشتري الباقي بما بقي من الالف قبل أن يختصما استحسانا لان غرضه المصرح به وهو تحصيل العبدين بألف قد حصل وما ثبت الانقسام الا دلالة والصريح يفوقها فلا تعتبر معه عند تعارضهما وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان اشترى أحدهما بأكثر من نصف الالف بما يتغابن الناس في مثله وقد بقي من الالف ما يشتري بمثله العبد الباقي فهو جائز لان التوكيل حصل مطلقا بلا تقدير ثمن كل واحد منهما بخمسمائة والمطلق يحمل على المتعارف وهو الشراء بالقيمة أو بزيادة يسيرة قدر ما يتغابن الناس فيه ولكن غرضه تحصيل العبدين بالالف فلا بد من أن يبقى من الالف قدر ما يشتري بمثله الباقي ليحصل غرضه قال رحمه الله (وبشراء هذا بدين له عليه فاشترى صح ولو غير عين نفذ على المأمور) أي لو كان له دين على شخص فوكل الدائن المدين بأن يشتري له هذا العبد بذلك الدين فاشترى جاز ولزم الموكل ولو وكله بشراء عبد غير معين فاشترى لا يكون للآمر بل ينفذ على المأمور حتى لو مات عند المأمور مات من مال المأمور والالف عليه فان قبضه الآمر فهو له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا هو لازم للآمر

والله أعلم اه (قوله حال حضرة الموكل) هكذا هو بخط الشارح والصواب حال غيبة الموكل فقد صرح الشارح فيما تقدم عند قوله ولو وكله بشراء شئ بعينه أن الموكل لو كان حاضرا وصرح الوكيل بشرائه لنفسه كان المشتري له وهكذا هو في الهداية وشرحها فتأمل اه (قوله فحينئذ لا يأخذه) أي وان قال بعد ذلك أمرته لان اقرار المقر ارتد برد المقر له فاذا عاد الى تصديقه بعد ذلك لم ينفعه لانه عاد حين انتفى الاقرار فلم يصح تصديقه اه اتقاني (قوله فتكون العهدة عليه) يعني لما انعقد بينهما بيع بالتعاطي كانت العهدة للآخذ على المشتري كذا فسر فخر الاسلام البزدوي وفخر الدين قاضيخان وهو المفهوم من كلام محمد رحمه الله اه غاية (قوله فلا بد من أن يبقى من الالف الخ) قال في الهداية قال ومن له على آخر ألف فأمره أن يشتري بها هذا العبد فاشتراه جاز قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل كان له على آخر ألف درهم فأمره الذي له المال أن يشتري له بها هذا العبد فاشتراه قال جائز فان أمره أن يشتري له بها عبدا بغير عينه فاشتراه فاذا قبضه الآمر فهو له وان مات في يد المشتري قبل أن يقبضه الآمر مات من مال المشتري والالف على المشتري كما هي وقال يعقوب ومحمد ذلك جائز لازم للآمر في الوجهين جميعا اذا قبضه المأمور للآمر الى هنا لفظ محمد في الجامع الصغير اه (قوله فان قبضه الآمر فهو له) قال الاتقاني فان دفعه الى الآمر فهو له لانه يقع البيع بينهما ابتداء

بسبيل التعاطي لانه دفعه على جهة التمليك وبيع التعاطي جائز عندنا بما عز من الاموال أو خس اه (قوله وأصله أن التوكيل الخ) قال الاتقاني والحاصل أنه اذا أمر غريمه أن يشتري له بما عليه شيأ فان عين المبيع أو البائع جاز اه (قوله لهما الخ) قال الاتقاني لهما أن الدراهم والدنانير لا يتعينان في عقود المعاوضات وفسوخها عندنا خلافا لزفر والشافعي وقد عرف ذلك في طريقة الخلاف في كتاب الصرف فكما لا يتعينان اذا كانتا عينا لا يتعينان اذا كانتا دينا ولهذا الخ اه (٢٦٧) (قوله على المشتري) المراد بالمشتري هنا الوكيل

للآمر في الوجهين وعلى هذا اذا قال الدائن للمدين أسلم الدين الذي لي عليك الى فلان جاز وان لم يعين فلانا لم يجز عنده وعندهما يجوز كيفما كان وكذا لو أمره بأن يصرف ما عليه من الدين وأصله أن التوكيل بالشراء اذا أضيف الى دين لا يصح عند أبي حنيفة اذا لم يكن البائع أو المبيع متعينا وعندهما يصح كيفما كان لهما أن النقدين لا يتعينان في المعاوضات عينا كانا أو دينا ولهذا لو اشترى شيأ بدراهم على المشتري ثم تصادقا أن لا دين لا يبطل الشراء ويجب عليه مثله فاذا لم يتعين صار الاطلاق والتقييد به سواء كما في غير الدين حتى اذا وكله بأن يشتري له عبدا ولم يعين الالف ولا البائع ولا المبيع جاز التوكيل فكذا هذا فصار كما لو قال تصدق عني بمالي عليك من الدين على المساكين فانه يجوز وكذا لو آجر حماما بأجرة معلومة وأمر المستأجر بالمرمة من الاجرة أو آجر دابته وأمر المستأجر أن يشتري بالاجرة عبدا يسوق الدابة وينفق على الدابة فصار نظير ما لو كان البائع أو المبيع متعينا ولابي حنيفة رحمه الله أن النقود تتعين في الوكالات ولهذا لو قيدها بالعين منها أو بالدين منها ثم هلك العين وأسقط الدين بطلت الوكالة فاذا تعينت فيها كان هذا تمليك الدين من غير من عليه الدين وذلك لا يجوز الا اذا وكله بقبضه له ثم بقبضه لنفسه وتوكيل المجهول لا يجوز فكان باطلا كما اذا اشترى بدين على غير المشتري أو يكون أمرا بصرف ما لا يملكه الا بالقبض قبله وذلك باطل كما اذا قال أعط مالي عليك من شئت بخلاف ما اذا عين البائع لانه يصير وكيلا عنه بالقبض وهو معلوم فيصح لتعينه فيصير البائع أولا قابضا له ثم يتملكه وتعيين المبيع تعيين للبائع فكان به معلوما وبخلاف ما اذا أمره بالتصدق لانه جعل ماله لله تعالى وهو معلوم ولان الفقير ينتصب نائبا عن الله تعالى وقبض حقه والله تعالى محيط بكل شئ علما فيكون الفقير الذي يقبضه له معلوما فيصح وأما مسئلة الحمام ونحوها فقيل هو قولهما ولئن كان قول الكل فانما جاز باعتبار الضرورة لان المستأجر لا يجد الاجرة في كل وقت فأقيم الحمام مقام المؤجر في القبض وأما مسئلة التصادق بأن لا دين عليه بعد الشراء به فلان النقود لا تتعين في البيع دينا كانت أو عينا فاذا لم تتعين لا يبطل البيع ببطلان الدين اذ لم يتقيد به بخلاف الوكالة فان النقود تتعين فيها وكلامنا فيها وذكر في النهاية أن النقود لا تتعين في الوكالة قبل القبض بالاجماع وكذا بعده عند عامتهم لان الوكالة وسيلة الى الشراء فتعتبر بالشراء وعزاه الى الزيادات والذخيرة فعلى هذا لا يلزمهما ما قاله أبو حنيفة رحمه الله والتعليل الصحيح له أن يقال ان تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز فكذا التوكيل به وانما جاز في المعين لكونه أمرا له بالقبض ثم بالتمليك لا توكيلا للدين بالتمليك وان لم يكن معينا لا يصح الامر للمجهول فكان توكيلا للمدين بالتمليك في الاسلام والشراء والصرف فلا يجوز لما ذكرنا فاذا لم يصح التوكيل عنده نفذ الشراء على المأمور حتى اذا هلك بعد القبض يهلك من ماله الا اذا قبضه الآمر منه فحينئذ ينعقد البيع بينهما بالتعاطي فيكون للآمر قال رحمه الله (وبشراء أمة) أي وكله بشراء أمة (بألف دفع اليه فاشترى فقال اشتريت بخمسمائة وقال المأمور بألف فالقول للمأمور) يعني اذا كانت الامة تساوي ألفا لانه أمين ادعى الخروج عن عهدة الامانة والآمر يدعي عليه حق الرجوع بخمسمائة والمأمور ينكر فكان القول

وكان الاولى أن يقول على البائع كما قال الاتقاني ونصه ولهذا لو اشترى شيأ بدين له على البائع ثم تصادقا على أن لا دين له لا يبطل الشراء ووجب مثل ذلك الدين اه (قوله ثم هلك العين) هكذا بخط الشارح وهكذا كان في نسخة العلامة قارئ الهداية رحمه الله ثم كشطه وكتب مكانه استهلك وكتب تحته بخطه رحمه الله ما نصه أي الآمر أو الوكيل وانما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة بالاستهلاك لا بالهلاك ذكره قاضيخان في فتاواه اه ما كتبه بخطه وقال في الهداية ما نصه ألا ترى أنه لو قيد الوكالة بالعين منها أو بالدين منها ثم استهلك أو أسقط الدين بطلت الوكالة اه قال الاتقاني قال بعض الشارحين انما قيد بالاستهلاك دون الهلاك لان بطلان الوكالة مخصوص بالاستهلاك دون الهلاك وهذا الذي ذكره مخالف لما ذكروا في شروح الجامع الصغير في هذا الموضع حيث قالوا لو

هلكت الدراهم المسلمة الى الوكيل بالشراء بطلت الوكالة فأقول كأن المصنف قيد بالاستهلاك حتى لا يتوهم متوهم أن الوكالة لا تبطل اذا استهلك الوكيل الدراهم المسلمة اليه لانه يضمن الدراهم فيقوم مثلها مقامها فيصير كأن عينها باقية فقال بالاستهلاك تبطل الوكالة كما في الهلاك لتعين تلك الدراهم كما في هلاك المبيع قبل التسليم اه (قوله كما اذا قال أعط مالي عليك من شئت) أي أو ألقه في البحر بخلاف ما اذا قال أعط مالي عندك من العين من شئت أو ألقه في البحر كان التوكيل صحيحا لان الموكل يملكه اه غاية (قوله وقبض حقه) هكذا هو بخط الشارح وعبارة الكافي وغيره في قبض حقه اه (قوله الأجوة) كذا بخط الشارح وعبارة غيره الاجر اه

قوله وان كانت تساوى خمسمائة لا تلزم الآمر لانه خالف أمره اذ الامر تناول أمة تساوى ألفا فينفذ على المأمور ولان فيه غبنا فاحشا فلا يلزم الآمر لان المأمور لا يملك أن يخالف الآمر ولا أن يشترى بغبن فاحش ولا فرق فى ذلك بين أن يشتريها بألف أو بخمسمائة لما ذكرنا انه مخالف قال رحمه الله (وان لم يدفع فللآمر) أى ان لم يدفع الآمر الالف الى المأمور والمسئلة بحالها كان القول للآمر وتلزم الامة المأمور وهذا فيما اذا كانت قيمة الامة خمسمائة فظاهر لما ذكرنا من المخالفة والغبن الفاحش وان كانت قيمتها ألفا فمعناه أنهما يتحالفان لانهما اختلفا فى مقدار ما يجب للوكيل على الموكل وقد جرى بينهما مبادلة حكمية على ما بيناه من قبل ثم اذا حلفا يفسخ العقد بينهما وتلزم الجارية المأمور لانتقاض ملك الآمر بالفسخ قال رحمه الله (وبشراء هذا) أى وكله بشراء هذا العبد (ولم يسم ثمنا فقال المأمور اشتريته بألف وصدقه البائع وقال الآمر بنصفه) وهو خمسمائة (تحالفا) لانهما اختلفا فى مقدار الثمن وليس لهما بينة فوجب المصير الى التحالف كما فى المسئلة الاولى وقيل لا يتحالفان هنا لان الخلاف يرتفع بتصديق البائع اذ هو حاضر فيجعل تصادقهما بمنزلة انشاء العقد فى الحال وفى المسئلة الاولى هو غائب فاعتبر الاختلاف والى هذا مال الفقيه أبو جعفر وقال قاضيخان وهو أصح ومال أبو منصور الى الاول لما ذكرنا وقول البائع لا يعتبر لانه ان استوفى الثمن فهو أجنبى عنهما وان لم يستوف فهو أجنبى عن الآمر فلا مدخل له بينهما وقال فى الهداية وهو أظهر وقال فى الكافى هو الصحيح وقد نص محمد فى الجامع الصغير أن القول للمأمور مع يمينه قالوا ومراده التحالف لكنه اكتفى بذكر يمين الوكيل لان الوكيل هو المدعى ولا يمين على المدعى الا فى صورة التحالف فكان المقصود بالتحالف يمين المدعى دون المنكر اذ ذاك لابد منه والموكل بمنزلة المشترى وهو منكر ولولا مراده التحالف لكان القول قول الآمر لكونه منكرا فكان يأخذ المبيع بما ادعى من الثمن اذا حلف ولم يذكر يمين المأمور هكذا ذكره المشايخ رحمهم الله الا أن فيه اشكالا لانه وان كان يدل على ما ذكروا من حيث المعنى لكن لفظه لا يدل على ذلك ولا على الاول فان قوله ان القول للمأمور مع يمينه يدل على ان المأمور يصدق فيما قال وفى التحالف لا يصدق واحد منهما ولو كان مراده التحالف لما قال ذلك وهذا فيما اذا اتفقا على أنه أمره أن يشتريه له بألف وان اختلفا فيه فقال الآمر أمرتك أن تشتريه لى بخمسمائة وقال المأمور أمرتنى بالشراء بألف فالقول قول الآمر مع يمينه لان الامر يستفاد من جهته فيكون القول قوله ويلزم العبد المأمور لمخالفته فان أقاما البينة فالبينة بينة الوكيل لانها أكثر اثباتا قال رحمه الله (وبشراء نفس الآمر من سيده بألف ودفع فقال لسيده اشتريته لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال اشتريته فالعبد للمشترى والالف لسيده وعلى المشترى ألف مثله) أى لو وكل العبد رجلا بشراء نفسه من سيده بألف والآمر هو العبد ودفع الالف الى الوكيل فقال الوكيل لسيده وقت الشراء أنا أشترى عبدك لنفسه فباعه على هذا عتق وولاؤه لسيده وان قال الوكيل اشتريته ولم يبين أنه يشتريه لنفس العبد كان العبد ملكا للوكيل وهو المشترى والالف الذى أخذه من العبد ودفعه الى المولى كان للمولى فيهما مجانا ويجب على المشترى أو على المعتق الالف وأصله أن بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراء العبد نفسه قبول الاعتاق ببدل لان اعتباره بيعا حقيقة غير ممكن اما لان العبد ليس بأهل للملك أو لاستحالة أن يملك نفسه فجعل مجازا عن الاعتاق لوجود ازالة الملك فيه كالبيع فاذا اشتراه الوكيل للعبد صار البائع معتقا فلزمه الولاء والوكيل بالقبول سفير ومعبر عنه فلا ترجع الحقوق اليه واذا أطلق الوكيل ولم يبين للمولى أنه يشتريه لنفس العبد يقع العقد للوكيل لان ظاهر هذا اللفظ للبيع فلا يعدل عنه الى العتق بغير علم المولى ولعله لا يرضى به لما فيه من لزوم ولائه وعقل جنايته فلا يكون الشراء للعبد بخلاف الوكيل من غير العبد حيث يدخل فى ملك الموكل بالشراء من غير أن يبين للمولى أنه يشتريه لموكله لان حكم العقد فيه لا يختلف بين أن يكون

(قوله وان كانت قيمتها ألفا) قال الاتقانى وان كانت تساوى ألفا فالقول قول الآمر أيضا قالوا فى شروح الجامع الصغير يتحالفان فيه وتلزم الجارية المشترى فانه أطلق فى الكتاب فى هذا الفصل وقال القول قول الآمر ولم يفصل بين ما اذا كانت قيمتها ألفا أو أقل وكان ينبغى أن يكون القول قول المأمور اذا كانت تساوى ألفا لانه اشتراها بألف فقد وافق الآمر (قوله وقيل لا يتحالفان) أى ويلزم العبد الآمر اهـ (قوله وقال قاضيخان وهو أصح) قال الاتقانى رحمه الله ولم يذكر الامام فخر الدين قاضيخان قول أبى منصور وكأنه جعل قول أبى جعفر أصح اهـ وظاهره أن قاضيخان لم يصرح بالتصحيح بخلاف ما ذكره الشارح والله أعلم اهـ ك (قوله وان لم يستوف فهو أجنبى عن الآمر فلا مدخل له) أى لانه لم يقع العقد بينهما فلا يصدق على الموكل فاذا لم يعتبر تصديق البائع بقى الخلاف بين البائع وهو الوكيل وبين المشترى وهو الموكل فوجب التحالف اهـ غاية (قوله لان الوكيل هو المدعى) لانه بمنزلة البائع من الموكل اهـ (قوله ويجب على المشترى) أى فى المسئلة الثانية وهى قوله وان قال اشتريته اهـ (قوله أو على المعتق) أى فى المسئلة الاولى وهى قوله وبشراء نفس الامر من سيده الخ اهـ

له أو لموكله اذ الكل بيع والوكيل أصيل فيه في الحالين حتى تتعلق به الحقوق في الحالين فلا يحتاج فيه الى البيان وهنا أحدهما اعتاق معقب للولاء ولا تتعلق به الحقوق بالوكيل والآخر بيع وأحكامه خلاف العتق فلا يدل رضاه بأحدهما على الرضا بالآخر فلا بد من البيان فاذا لم يبين ثبت الملك للوكيل والالف للمولى لانه كسب عبده وعلى المشتري أو على العبد اذا اعتق ألف مثلها ثمنا أو بدل العتق لان الاداء قد بطل لاستحقاق المولى ما أداه بجهة أخرى وهو أنه كسب عبده فكان ملكاله قبل الشراء وقبل العتق فلا يصلح ملكه بدلا عن ملكه ثم اذا لم يبين يرجع المولى بالثمن على الوكيل لانه العاقد والمالك للعبد فترجع الحقوق اليه وان بين أنه يشتري العبد فقد ذكر محمد في باب الوكالة بالعتق من كتاب الوكالة أن العتق يقع والمال على العبد دون الوكيل وذكر في وكالة المأذون والمكاتب من كتاب الوكالة وفي وكالة الجامع الكبير أن العبد يعتق والمال على الوكيل لان توكيله بشراء العبد للعبد كتوكيله بشرائه لغيره فيطالب ببدله الوكيل والصحيح الاول لان وكيل العبد في العتق سفير ومعبر ولفظ البيع يكون مجازا عن العتق لتعذر اعتبار معنى البيع حقيقة ولهذا لا يستغني عن اضافته الى العبد الآمر له فلا تتعلق بالوكيل حقوقه فيطالب الآمر كما اذا كان الآمر ببيع نفس العبد من العبد هو المولى حيث يكون الطلب بالبدل الى المولى دون الوكيل لما قلنا قال رحمه الله (وان قال لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال للمولى بعني نفسي لفلان ففعل فهو للآمر وان لم يقل لفلان عتق) أي اذا قال رجل لعبد اشتر لي نفسك من مولاك فقال العبد لمولاه بعني نفسي لفلان فباعه المولى على هذا الشرط كان العبد ملكا للآمر وان أطلق العبد بأن قال بعني ولم يقل لفلان عتق وأصله أن العبد يصلح أن يشتري نفسه لنفسه ولغيره بطريق الوكالة لان جواز الشراء باعتبار المالية والعبد أجنبي عن نفسه في حكم المالية الا أن البائع لا يملك حبس العبد حتى يستوفي البدل لان العبد في يد نفسه فيكون قابضا لنفسه بمجرد العقد كالمودع اذا اشترى الوديعة لا يكون للبائع حبس المبيع لوجود القبض بمجرد العقد سواء اشتراه لنفسه أو لغيره اذا ثبت هذا فنقول اذا أضاف العقد الى الموكل كان ملكا للموكل واذا أضاف الشراء الى نفسه بأن قال بعني نفسي لنفسي عتق لما ذكرنا ولا يقال ان العبد وكيل بشراء شيء معين فوجب أن لا يجوز له شراؤه لنفسه لانا نقول أتى بجنس آخر من التصرف لان بيع العبد من نفسه اعتاق على مال وشراؤه قبول العتق فيكون مخالفا فينفذ عليه لان الوكيل بشراء شيء معين ينفذ عليه عند المخالفة على ما بينا من قبل وان أطلق بأن قال بعني نفسي ولم يقل لي ولا لفلان عتق أيضا لان المطلق يحتمل الوجهين فلا يقع امتثالا بالشك فيبقى التصرف واقعا لنفسه ولا يقال ان البيع حقيقة فيه والعتق مجاز فينبغي أن يحمل على الحقيقة عند التردد اذ الحمل على الحقيقة هو الاصل باتفاق العلماء لانا نقول الاصل أن الانسان يتصرف لنفسه فتعارض الاصلان فتساقطا فيرجع الى غرض المولى فانه لما اختلف التصرفان فالظاهر أن المولى يريد الاعتاق اذ بيع العبد من نفسه مطلقا اعتاق واقتصاره على اضافته الى العبد دليل عليه ولا يرضى بخروجه عن ملكه الا الى الحرية ليثبت له الولاء عليه ثم الثمن هنا يكون في ذمة العبد في الوجهين دون ذمة الآمر أما اذا وقع الشراء له فظاهر وأما اذا وقع للآمر فلانه هو المباشر للعقد فترجع اليه الحقوق فيطالب بالثمن و يرجع هو به على الآمر ولا يقال العبد هنا محجور عليه والوكيل اذا كان محجورا عليه لا ترجع الحقوق اليه لانا نقول زال الحجر هنا بالعقد الذي باشره مقترنا باذن المولى ثم اذا كان الشراء للآمر فلا بد من قبول العبد لانه بيع فلا ينعقد الا بالايجاب والقبول وان وقع للعبد يكتفي بقول المولى بعت ولا يحتاج فيه الى قبول العبد بعد قوله بعني نفسي لانه اعتاق فيستبد به المولى بناء على أن الواحد يتولى طرفي العقد في العتق كالنكاح ولا يتولى طرفي العقد في البيع

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الوكيل بالبيع والشراء لا يعقد مع من ترد شهادته له) وذلك مثل قرابة الولاد

(قوله لوجود القبض بمجرد العقد) يشكل عليه قوله في الفصول العمادية ولو كانت وديعة فباعه يحتاج الى قبض جديد لان غير المضمون لا ينوب عن المضمون اهـ

﴿فصل﴾ هذا الفصل عقده للبيع وذكره بعد فصل الشراء لان الازالة تستدعي سابقة الاثبات اهـ (قوله وذلك مثل قرابة الولاد) كأبيه وجده وأمه وولده وان سفل اهـ

وأحـد الزوجين للآخر وعبده وهـذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز بيعه منهـم بمثل القيمة الا من عبـده أو مكاتبـه لان التوكيل مطلق ولا تهمة فيـه لان الاملاك متباينة والمنافع منقطعة فصار كالمضارب بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك ملكه له وله في مال مكاتبه حق وينقلب حقيقة بالعجز فيكون بيعا من نفسه أو تمكنت شبهته وبخلاف الغبن الفاحش ولابي حنيفة رحمه الله أن مواضع التهم مستثناة عن الوكالات وهـذه مواضعها لان المنافع بينهم متصلة فصار بيعا من نفسـه من وجه فلا يجوز ولهـذا لا تقبل شهادته لهـم وتباين الاملاك لا يمنع الاتصال من وجـه آخر بخلاف المضارب لان المضارب كالمتصرف لنفسه من وجه ألا ترى أن رب المال لا يملك نهيه عن التصرف بعـد ما صار المال عروضا وانه شريكه في الربح فلا يلحقه التهمة في البيع بمثـل القيمة لانه بمنزلة من يبيع مال نفسه على انه عند بعضهم هو كالوكيل فجوزوا فيهما البيع لهم بمثل القيمة فعلى هذا لنا أن نمنع قالوا هذا اذا لم يطلق له الموكل وأما اذا أطلق له بأن قال له الموكل بع ممن شئت فحينئذ يجوز بيعـه لهم بمثـل القيمة وذكر في النهاية ان الوكيل بالبيع اذا باع ممن لا تقبل شهادته له ان كان بأكثر من القيمة يجوز بلا خلاف وان كان بأقل من القيمة بغبن فاحش لا يجوز بالاجماع وان كان بغبن يسـير لا يجوز عند أبي حنيفة رحمـه الله وعنـدهما يجوز وان كان بمثـل القيمة فعن أبي حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الوكالة والبيوع لا يجوز وفي رواية المضاربة يجوز وبيع المضارب وشراؤه ممن لا تقبل شهادته على هذا التفصيل الا أنه اذا كان بمثل القيمة يجوز هنا عنـده باتفاق الروايات وفي الوكيل روايتان وقد بينا الفرق على احداهما وعلى هـذا الخلاف الاجارة والصرف والسلم ونحوها قال رحمه الله (ويصح بيعه بما قل وكثر وبالعرض والنسيئة) يعني الوكيـل بالبيع يجوز بيعـه بالقليـل والكثير الخ وهـذا عنـد أبي حنيفة رحمـه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله لا يجوز بيعه بنقصان لا يتغابن الناس في مثـله ولا يجوز الا بالدراهـم حالة أو الى أجل متعارف لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف والتصرفات لدفع الحاجات فيتقيد التوكيل

(قوله وعبيده) أي ومكاتبه ومدبره وأم ولده اه (قوله وقالا يجوز بيعه منهم بمثل القيمة) وتخصيص قولهما بمثل القيمة اشارة الى أنه لا يجوز بالغبن اليسـير والا لم يكن للتخصيص بمثل القيمة فائدة لكن ذكر في الذخيرة أنه يجوز بالغبن اليسـير لان اليسير ملحق بالقيمة وسيأتي هنا عن النهاية مثل ذلك اه (قوله لان الاملاك متباينة) ألا ترى أن للابن أن يطأ جارية نفسه فلو لم يكن الملك متباينا لم يكن له ذلك لان وطء الجارية المشتركة لا يجوز ولا يجوز له أن يطأ جارية أبيـه فلما تباين الملك بين الوكيل وبين هؤلاء كان عقده معهم بيعا وشراء كالعقد مع الاجنبي ولهذا لم يحصل للوكيل شيء من المبيع أصلا فكان العقد صحيحا بخـلاف ما اذا باع من عبده الذي لا دين عليـه لانه وما في يده ملك مولاه والبيع منـه كالبيع من نفسه فلو باع الوكيل من نفسـه لا يجوز فكذا اذا باع من عبـده وكذلك اذا باع من مكاتبه لان الرق باق في المكاتب فصار كالعبد القن وبخلاف ما اذا باع من عبده الصغير لانه بيع من نفسه والوكيل لا يملك ذلك اه اتقاني وكتب على قوله في هذه الحاشية ما نصه قوله بخلاف ما اذا باع من عبده الذي لا دين عليه وقيده في المبسوط من عبده الذي لا دين عليه كما هنا لان كسبه ملك مولاه فبيعه منه كبيعه من نفسه فكان فيه (٢٧٠) اشارة الى أنه اذا كان عليه دين يجوز اه (قوله بخلاف عبده ومكاتبه لان ملك ملكه له وله في مال مكاتبه حق) قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا يجوز شراء الوكيل لنفسه ولا بيعه منها وكذلك اذا أمره الموكل أن يبيعه من نفسه أو يشترى من نفسـه لم يجز أيضا وكذلك اذا باعه الوكيـل من ابن له صغير لم يجز كأنه باع من نفسه ولو باع من نفسـه لم يجز وكذلك لو باعه من عبده أو مكاتبه لم يجز بالاجماع وان باعه من أبويه وان علوا أو باعه من أولاده وان سفلوا أو باعه من زوجته أو الزوجة اذا باعته من زوجها أو باعه ممن لا تجوز شهادته له لا يجوز عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز ولو أمر الوكيل بالبيع من هؤلاء وأجازله ما صنع فبيعه من هؤلاء جائز بالاجماع الا أن يبيعه من نفسه أو ولده الصغير أو من عبده ولا دين عليه فانه لا يجوز بها وكذلك حكم الوكيل بالشراء اذا اشترى من هؤلاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني ﴿ فرع ﴾ ثم الوكيل بالبيع لا يجوز أن يبيع من نفسه عندنا والشافعي وأحـمد في ظاهر مذهبه وعن أحمد في رواية يجوز وبه قال مالك والاوزاعي اذا لم يحاب لعـدم التهمة وقلنا لو جاز يؤدي الى التضاد في الاحكام فانه يكون مستزيدا ومستنقصا أيضا ومخاصما ومخاصما في العيب وفيه من التضاد ما لا يخفى ولو قال له بع من نفسك أو اشتر من نفسك لم يجز أيضا كذا في شرح الكافي اه من خط قارئ الهداية (قوله وتباين الاملاك الخ) أي قدر ذلك التباين لما لم يؤثر في قبول الشهادة علمنا أن ذلك القدر وجوده كعدمه اه كى (قوله فجوزوا) أي فجوز بعضهم للوكيل والمضارب البيع من هؤلاء بمثل القيمة فلم يحتج الى الفرق اه (قوله ولا يجوز الا بالدراهم) أي أو الدنانير اه وقال في الاسرار روى الحسـن رواية عن أبي حنيفة أنه لا يجوز بيعه الا بمثل القيمة ونقصان يتغابن الناس في مثله وهو قولهما وقول الشافعي كقولهما كذا في المختلف وشرح الاقطع اه اتقاني ﴿ فرع ﴾ لو وكل رجلا بعتق عبده غدا أو بيعه غدا فعتقه أو باعه بعـد غد جاز خلافا لزفر ذكره الكرماني في مناسكه وقد نقلت عبارته قبيل باب الهدي فارجع اليـه اه (قوله لان مطلق الوكالة يتقيد بالمتعارف) قال في التتمة الوكيل بالبيع

بها وأوقعها والمتعارف البيع بثمن المثل وبالنقود حالة أو مؤجلة بأجل متعارف بين الناس وبيع ما يساوي ألفا بعشرة الى مائة سنة غير متعارف فيتقيد بالمعتاد ولهذا يتقيد التوكيل بشراء الأضحية والفحم والجمد بأيام الحاجة من تلك السنة ولان البيع بغبن فاحش بيع من وجه هبة من وجه ولهذا لو صدر من المريض اعتبر من الثلث ولا يملكه الأب والوصي فصار كالوكيل بالشراء والبيع بالعرض شراء من وجه ولم يوكله به ولا بالهبة فلا يدخل تحت الامر بالبيع ولابي حنيفة رحمه الله ان التوكيل بالبيع مطلق فيجري على اطلاقه في غير موضع التهمة وهذا لان البيع هو مبادلة المال بالمال مطلقا من غير تقييد بنقد أو بقيمة والبيع بالغبن الفاحش أو بالعرض أو بالنسيئة اذا لم يكن في لفظه ما ينفي ذلك كقوله بعه واقض به ديني أو للنفقة ونحو ذلك متعارف عند شدة الحاجة الى الثمن والتضجر من العرض فلم يخرج من أن يكون بيعا في العرف ولا في الحقيقة ولهذا لو حلف أن لا يبيع يحنث به ويستحق الكل بالشفعة واليمين تنصرف الى المتعارف كالوكالة ولا شفعة في الهبة وانما لا يملكه الاب ولا الوصي لان ولايتهما مقيدة بشرط النظر ولا نظر في الغبن الفاحش وحق الورثة تعلق بالمالية في مرضه فلا يكون له ابطاله فيما زاد على الثلث والوكيل بالشراء متهم لاحتمال أنه اشتراه لنفسه ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه ولا يمكن ذلك في البيع فلا يتهم والمسائل المستشهد بها ممنوعة على قول أبي حنيفة رحمه الله والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه لان كل واحد منهما يبيع ماله ويشتري مال الآخر ولا تهمة فيه لعدم احتمال الشراء لنفسه فيجوز بالقليل والكثير بخلاف الوكيل بشراء شئ بعينه حيث لا يكون له أن يشتريه للموكل بالغبن الفاحش وان كان لا يملك شراءه لنفسه لانه بالمخالفة فيه يكون مشتريا لنفسه فكانت التهمة فيه باقية والوكيل بالنكاح اذا زوجه بأكثر من مهر مثلها جاز لعدم التهمة قال رحمه الله (وتقيد شراؤه بمثل القيمة وزيادة يتغابن الناس فيها وهو ما يدخل تحت تقويم المقومين) أي تقيد شراء الوكيل بمثل القيمة حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش وهذا بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله قد ذكرناه وفرق آخر أن أمره بالبيع يلاقي ملك نفسه وفي الشراء ملك غيره وله في ملك نفسه ولاية مطلقة فاعتبر اطلاقه وليس له ولاية في ملك غيره فلم يعتبر فحملناه على أخص الخصوص وهو الشراء بالنقد وبمثل القيمة

المطلق اذا باع بثمن مؤجل قيل على قول أبي حنيفة يجوز وان طالت المدة وعندهما يجوز بأجل متعارف في تلك السلعة وبالزيادة على ذلك فلا وعن أبي يوسف ان وكله بالبيع على وجه التجارة فله أن يبيعه بالنسيئة وان وكله بالبيع لحاجته الى النفقة أو قضاء الدين أو ما أشبه ذلك فليس له أن يبيعه بالنسيئة ونقله عن باب الوكالة بالسلم للصدر الشهيد ثم قال في التتمة وذكر في الباب الثاني من شرح بيوع الكافي أن الوكيل بمطلق البيع يملك البيع بالنسيئة عندنا خلافا للشافعي ثم قيل يجوز البيع بالنسيئة على قول أبي حنيفة طالت المدة أو قصرت وعندهما لا يجوز الا بأجل متعارف في تلك السلعة وهو المأخوذ اهـ اتقاني رحمه الله (قوله متعارف عند شدة الحاجة) واطلاق لفظ الموكل واقدام الوكيل على ذلك من غير تهمة دليل على وقوع الحاجة اهـ غاية وكتب أيضا على قوله متعارف ما نصه فالعرف مشترك اهـ كافي وكتب أيضا فان الناس يقولون هذا بيع رابح وذاك بيع خاسر وذاك بيع عدل فلولا أن البيع بغبن فاحش يكون بيعا لم يصح اطلاق البيع عليه اهـ غاية (قوله ويستحق الكل بالشفعة) (٢٧١) قال في الكافي والبيع بغبن فاحش بيع من كل وجه فما من جزء من المبيع الا ويقابله جزء من الثمن ولهذا يستحق الكل بالشفعة اهـ (قوله والوكيل بالشراء الخ) قال الاتقاني وأما الوكيل بالشراء انما لم يجز له الشراء بغبن فاحش على احدى الروايتين عن أبي حنيفة للتهمة لانه من الجائز أن يشتريه لنفسه ثم لما رأى فيه الخسران ألحقه بالآمر حتى لو انتفت التهمة بان كان وكيلا بشراء شئ بعينه جاز شراؤه على الآمر عند أبي حنيفة أيضا لعدم التهمة اهـ فقوله حتى لو انتفت التهمة الخ مخالف لقول الشارح بخلاف الوكيل بشراء شئ بعينه اهـ (قوله ولما رأى الصفقة خاسرة نسبها اليه) نقل في التتمة والفتاوى الصغرى عن باب الوكالة بالسلم أن تقييد التوكيل بشراء الاضحية والجمد والفحم مروي عن أبي يوسف أما عند أبي حنيفة يعتبر الاطلاق يعني لا يتقيد بزمان الاضحية والصيف والشتاء وهذا معنى قوله والمسائل ممنوعة على قول أبي حنيفة ولئن سلمنا أن التوكيل يتقيد فنقول انما يتقيد بدلالة الغرض لا بدلالة العادة لان الغرض من شراء الفحم دفع ضرر البرد وذلك يختص بالشتاء والغرض من شراء الجمد دفع ضرر الحر وذلك يختص بالصيف حتى لو انعدمت هذه الدلالة بان وجد التوكيل عمن يعتاد تربص الفحم كالحدادين وغيرهم أو تربص الجمد كالفقاعيين وغيرهم لا يتقيد كذا قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وكذلك الاضحية تقيد بأيام النحر بالغرض لا بالعادة لان غرض الموكل خروجه من عهدة الوجوب الذي يلحقه في أيام تلك السنة اهـ غاية (قوله والمسائل) أراد بها مسائل شراء الفحم والجمد والاضحية اهـ (قوله والمقايضة بيع من كل وجه شراء من كل وجه الخ) لان كل واحد من العوضين يصح أن يكون مبيعا وثمنا ويفترق أحد الامرين من الآخر بدخول حرف الباء التي تصحب الاثمان فعلى أيهما دخل الباء يجعل ذلك ثمنا والآخر مبيعا فاذا كان بيع المقايضة بيعا من كل وجه تناوله مطلق التوكيل بالبيع اهـ غاية (قوله حتى لا يجوز شراؤه بالغبن الفاحش) قال في شرح الاقطع وعن أبي حنيفة رواية أخرى أنه يجوز بالقليل والكثير

لعوم الامر اه غاية (قوله وفى النهاية جعل هذا القدر معفوا) وعليه مشى فى المجمع فقال و يجوز للوكيل بالشراء العقد بمثل القيمة وزيادة يتغابن فى مثلها كنصف درهم فى عشرة فى العروض ودرهم فى الحيوان ودرهمين فى العقار قال شارحه هذا بيان للغبن اليسير اه (قوله وهو خلاف ماذكره صاحب الهداية والكافى) قال فى الهداية والذى لا يتغابن فيه ما لا يدخل تحت تقويم المقومين وقيل فى العروض (١) ده نيم وفى الحيوان ده يازده وفى العقار ده دوازده لان التصرف يكثر وجوده فى الاول ويقل فى الاخير ويتوسط فى الاوسط وكثرة الغبن لقلة التصرف اه (قوله وليس بشئ هذا كله الخ) أى جواز عقد الوكيل بالشراء بزيادة يتغابن الناس فى مثلها اه وقوله هذا كله نقله الاتقانى عن الامام خواهر زاده ثم قال فى آخره قال فى بيوع التتمة وبه يفتى اه (قوله فى المتن ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه) أى أو جزأ معلوما اه غاية (قوله فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا) (٢٧٢) سواء باع الباقى منه أو لم يبع اه غاية (قوله ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده) أى عند أبى حنيفة لما تقدم فى قوله ويصح بيعه بما قل وكثر اه (قوله فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما) أى فهما جعلاه كالشراء وهو فرق بينهما اه غاية وكتب أيضا عليه ما نصه فحينئذ يجوز أيضا عندهما استحسانا اه غاية (قوله وقولهما استحسان والقياس ما قاله الامام الخ) قال الاتقانى وأصل ذلك أن أبا حنيفة يعتبر العموم والاطلاق فى التوكيل بالبيع وأما فى التوكيل بالشراء فيعتبر المتعارف الذى لا ضرر فيه ولا تهمة وعندهما كلاهما سواء اه (قوله فى المتن وفى الشراء يتوقف) قال الاتقانى يعنى بالاتفاق اه (قوله وهذا بالاجماع) قال العينى قلت فيه خلاف زفر والثلاثة فان عندهم لا ينفذ البيع الا فى قول الشافعى ورواية عن أحمد اه (قوله فينفذ على الآمر الخ) قال الاتقانى فان ابتاع الباقى منه قبل لم الخصومة لزم الآمر عندنا وعند زفر يلزم الوكيل دون الآمر ولو اختصم الوكيل مع الموكل الى القاضى قبل أن يشترى الوكيل الباقى وألزم القاضى الوكيل ثم ان الوكيل اشترى الباقى بعد ذلك يلزم الوكيل بالاجماع وكذلك هذا الحكم فى جميع الاشياء التى فى تبعيضها مضرة ويكون التشقيص فيه عيبا كالعبد والامة والدابة والثوب وما أشبه ذلك ولو وكله بشراء شئ ليس فى تبعيضه مضرة ولا يكون التبعيض فيه عيبا فاشترى بعضه لزم الآمر نحو أن يوكله بشراء كر من حنطة بمائة درهم فاشترى نصف الكر بخمسين درهما لزم الآمر وكذلك لو وكله بشراء عبدين فاشترى له أحدهما لزم الآمر بالاجماع وكذلك لو وكله بشراء جماعة من العددى فاشترى واحدا منها لزم الآمر اه

فيتقيد بهما ولان اعتبار الاطلاق فى الشراء غير ممكن فوجب حمله على ما ذكرنا لانه لو لم يحمل عليه لاشتراه بجميع ما يملكه الموكل وبزيادة فيلحقه بذلك ضرر عظيم والوكيل بالبيع لا يقدر على ذلك فأمكن اعتبار اطلاق الامر فيه فافترقا وكذا ليس له أن يشترى بمكيل أو موزون غير النقدين دينا فى الذمة لان التوكيل بالشراء يتقيد بالمتعارف وهو الشراء بالنقدين وقال زفر رحمه الله له ذلك حتى لو اشتراه به ينفذ على الموكل لانه شراء من كل وجه اذ الموصوف منه ثمن بخلاف ما اذا كان معينا ثم قدر الغبن اليسير ههنا بما يدخل تحت تقويم المقومين وما لا يدخل تحت تقويم المقومين فاحش لان القيمة تعرف بالحزر والظن بعد الاجتهاد فيعذر فيما يشتبه لانه يسير لا يمكن الاحتراز عنه ولا يعذر فيما لا يشتبه لفحشه ولامكان الاحتراز عنه لانه لا يقع فى مثله عادة الا عمدا وقيل حد الفاحش فى العروض نصف عشر القيمة وفى الحيوان عشر القيمة وفى العقار خمس القيمة وفى الدراهم ربع عشر القيمة لان الغبن يحصل لقلة الممارسة فى التصرف فكلما كانت الممارسة فيه أقل كان الغبن فيه أكثر فيعفى عن التفاوت بحسب الممارسة والصحيح الاول وفى النهاية جعل هذا القدر معفوا وهو خلاف ماذكره صاحب الهداية والكافى وقيل لا يتحمل الغبن اليسير أيضا وليس بشئ هذا كله اذا كان سعره غير معروف بين الناس ويحتاج فيه الى تقويم المقومين وأما اذا كان معروفا كالخبز واللحم والموز والجبن لا يعفى فيه الغبن وان قل ولو كان فلسا واحدا قال رحمه الله (ولو وكله ببيع عبد فباع نصفه صح) عند أبى حنيفة رحمه الله لان اللفظ مطلق عن قيد الاجتماع فيجوز مطلقا مجتمعا ومتفرقا فصار كما لو وكله ببيع المكيل والموزون ولانه لو باع كله بهذا القدر من الثمن جاز عنده فبنصفه أولى أن يجوز وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز لان فيه ضرر الشركة وهو غير معتاد أو هو عيب وينتقص به القيمة فلا يدخل تحت الامر المطلق فلا يجوز الا أن يبيع النصف الآخر قبل أن يختصما لان بيع النصف قد يقع وسيلة الى الامتثال بأن لا يجد من يشتريه جملة فيحتاج الى التفريق فيتبين ذلك ببيع الباقى بعده بخلاف المكيل والموزون لانه لا ضرر فى تبعيضه ولا تنقص قيمته بذلك قلنا ضرر الشركة أهون من ضرر بيع الكل بنصف الثمن وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (وفى الشراء يتوقف ما لم يشتر الباقى) أى فى الوكيل بشراء العبد اذا اشترى نصفه يتوقف شراؤه فان اشترى باقيه قبل أن يختصما لزم الموكل والا لزم الوكيل وهذا بالاجماع لان شراء البعض قد يقع وسيلة الى الامتثال بأن كان العبد بين جماعة فلم يقدر على شراء كله دفعة واحدة فيحتاج الى شرائه شقصا فشقصا حتى يشترى الكل فاذا اشترى الكل قبل رد الآمر الشراء تبين أنه وسيلة فينفذ على الآمر وان

(١) قوله ده نيم يعنى عشرة ونصف وده يازده يعنى أحد عشر وده دوازده يعنى اثنى عشر اه من هامش الاصل كتبه مصححه

لم يشتر حتى ردّ الشراء نفذ على المأمور بخلاف الوكيل ببيع العبد عند أبي حنيفة رحمه الله على ما بينا والفرق له بينهما أن الشراء يتحقق فيه التهمة دون البيع على ما مر بيانه ولان الامر بالبيع يصادف ملكه فيصح فيعتبر فيه اطلاقه والامر بالشراء صادف ملك الغير فلم يصح فلم يعتبر فيه الاطلاق والتقييد فيتوقف على شراء الباقي ولا يقال ان الشراء لا يتوقف بل ينفذ على المشترى فكيف يمكن القول بالتوقف لانا نقول انما لا يتوقف اذا وجد نفاذا على العاقد وأما اذا لم يجد فيتوقف كشراء العبد والصبي المحجور عليهما للغير بغير أمره فانه يتوقف على اجازة من اشترى له لانه لم يجد نفاذا على المشترى فكذا هنا شراء النصف لا ينفذ على الوكيل لعدم النفاذ عليه لانه انما ينفذ عليه اذا كان مخالفا من كل وجه ولا على الآمر لانه لم يوافق أمره من كل وجه فقلنا بالتوقف فان اشترى باقيه لزم الآمر والا لزم المأمور ولا فرق فيه بين التوكيل بشراء عبد بعينه أو بغير عينه فلو أعتقه الآمر في زمن التوقف نفذ عتقه عند أبي يوسف رحمه الله ولا ينفذ عتق المأمور وعند محمد رحمه الله بالعكس لانه قد خالف فيما أمره به وانما توقف عليه من حيث ان الخلاف يتوهم رفعه بأن يشترى الباقي فيرتفع الخلاف فقبل أن يشترى بقي مخالفا فاذا أعتقه الآمر لم ينفذ وأبو يوسف يقول ان العقد موقوف على اجازة الموكل ألا ترى أنه لو أجاز صريحا نفذ عليه والاعتاق اجازة منه فينفذ عليه ولا ينفذ اعتاق الوكيل لان الوكالة تناولت محلا بعينه فلم يملك الوكيل شراءه لنفسه ولم يتوقف على اجازته فلا ينفذ اعتاقه هكذا ذكره في النهاية معزيا الى الايضاح قال رحمه الله (ولو ردّ المشترى المبيع على الوكيل بالعيب ببينة أو نكول ردّه على الآمر وكذا باقرار فيما لا يحدث مثله) لان البينة حجة مطلقة والوكيل مضطر في النكول لعدم ممارسته المبيع فلزم الآمر واقراره ليس بحجة على الموكل وانما يرده عليه اذا ردّ عليه باقراره بعيب لا يحدث مثله لان القاضي يعلم ان العيب كان في يد البائع فلم يكن قضاؤه مستندا الى الاقرار ولا الى البينة والنكول فحاصله أن العيب لا يخلو إما أن لا يكون حادثا كالسن الزائدة والاصبع الزائدة أو يكون حادثا لكنه لا يحدث مثله في مثل تلك المدة أو يحدث في مثلها فان كان غير حادث ردّه القاضي بغير حجة من بينة أو نكول أو اقرار وكذا اذا كان حادثا لكنه لا يحدث في مثل هذه المدة ردّه القاضي بغير بينة ولا نكول ولا اقرار لعلمه بكونه عند البائع وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار في الكتاب أن الحال قد يشتبه على القاضي بأن لا يعرف تاريخ البيع فاحتاج الى هذه الحجة ليظهر التاريخ أو كان عيبا لا يعرفه الا الاطباء أو النساء وقولهم حجة في توجه الخصومة لا في الرد فيفتقر اليها الرد حتى لو كان القاضي عاين البيع وكان العيب ظاهرا لا يحتاج الى شئ منها وان كان عيبا يحدث مثله فكذلك الحكم ان كان ببينة أو نكول لان البينة حجة مطلقة وكذا النكول حجة في حقه فيرده عليه ثم في هذه المواضع كلها ردّ القاضي على الوكيل يكون ردّا على الموكل وان ردّه عليه في هذا النوع باقرار بقضاء القاضي لا يكون ردّا على الموكل لان الاقرار حجة قاصرة فلا يتعدى بخلاف ما اذا كان مما لا يحدث مثله ولكن له أن يخاصم الموكل فيرده عليه ببينة أو بنكوله وان ردّه عليه باقراره برضاه من غير قضاء فليس له أن يرده على الموكل لانه إقالة وهي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما بخلاف ما اذا ردّه عليه باقراره بقضاء قاض لان الردّ حصل بالقضاء فكان مكرها فانعدم التراضي وهو شرط في المعاوضة المالية فجعل فسخا في حق الكل ولكن الفسخ استند الى دليل قاصر وهو الاقرار فعملنا بهما فمن حيث ان الردّ فسخ كان للوكيل أن يخاصم الموكل ومن حيث انه استند الى دليل قاصر لزم الوكيل الا أن يقيم حجة على الموكل وان كان العيب غير حادث أو كان حادثا الا أنه لا يحدث مثله في تلك المدة فردّه على الوكيل باقراره بغير قضاء لزم الوكيل وليس له أن يخاصم الموكل في عامة روايات المبسوط وذكر في البيوع أنه يكون ردّا على الموكل لانهما فعلا عين ما يفعله القاضي لو رفع اليه اذ لا يكلفه القاضي الى اقامة البينة ولا الى الحلف في هذه الصورة بل يرده عليه بلا حجة فكان الحق متعينا في الردّ قلنا الردّ بالتراضي بيع جديد في حق ثالث والموكل ثالثهما ولا نسلم ان الحق متعين في الردّ بل يثبت حقه أولا

(قوله فلو أعتقه الآمر في زمن التوقف نفذ عتقه) قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو يوسف اذا وكل رجل رجلا أن يشترى له عبدا فاشترى نصفه جاز عتق الآمر فيه ولم يجز عتق الوكيل وقال محمد يجوز عتق الوكيل دون الموكل اهـ اتقاني (قوله وتأويل اشتراط البينة أو النكول أو الاقرار) قال الاتقاني وانما شرط محمد في الجامع الصغير البينة أو الاباء أو الاقرار لاشتباه الامر على القاضي بأن العيب قديم أم لا أو يعلم القاضي يقينا أن مثل هذا العيب لا يحدث في مدة شهر مثلا ولكنه لا يعلم تاريخ البيع متى كان فيحتاج المشترى الى واحدة من هذه الحجج على أن تاريخ البيع منذ شهر حتى يظهر عند القاضي أن هذا العيب كان في يد البائع فيرد المبيع عليه اهـ

(قوله كان القول قول الموكل) لان الاذن يستفاد من جهته فكان القول قوله في كيفيته تحقيقه أن الامر قد يقع مطلقا وقد يقع مقيدا ولم يوجد دليل على أحد الوجهين فكان القول قول الموكل لانه يدعي الخصوص والاصل في الوكالة الخصوص اهـ غاية (قوله وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب) وفي قول زفر القول قول رب المال وهو القياس لان الامر يستفاد من جهة رب المال فصار كما في الوكالة قال أبو الليث في شرح الجامع الصغير وعلماؤنا استحسنوا في المضاربة لان المضاربة بناؤها على العموم وقد تصادقا على المضاربة ثم رب المال ادعى زيادة شرط والمضارب منكر فالقول قوله اهـ غاية (قوله فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة) يحترز بذلك من المضاربة لانها وكالة ولكن تصير شركة في الآخرة اذا ربح اهـ (قوله في المتن ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا الخ) قال في الهداية قال ومن أمر رجلا ببيع عبده فباعه وأخذ (٢٧٤) بالثمن رهنا وضاع في يده أو أخذ به كفيلا فتوى المال عليه فلا ضمان عليه قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير وصورة المسئلة فيه قال يعقوب ومحمد أمر رجل رجلا أن يبيع له عبدا فباعه ثم أخذ بالثمن رهنا فضاع في يده وأخذ به كفيلا فهو جائز ولا ضمان عليه الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وليس في المسئلة اختلاف إلا أنه روى عن أبي يوسف ومحمد ولم يروعن أبي حنيفة رضي الله عنه وذلك لان استيفاء الثمن من حقوق العقد وهي راجعة الى الوكيل اهـ وكتب أيضا ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن على ابن محمد الاسبيجابي في شرحه لمختصر الكافي للحاكم الشهيد في أول باب الكفالة في الرهن واذا دفع الرجل الى الرجل متاعا فقال بعه وارتهن لي به رهنا ففعل فهو جائز لانه أتى بما أمره به ولو فعله بنفسه جاز فكذا اذا فعله نائبه فان كان الراهن أقل من الثمن بما لا يتغابن الناس فيه فهو عليه جائز في قول أبي حنيفة ولم يذكر قولهما ويحتمل أن لا يجوز على قولهما بناء على أن أخذ الرهن يشبه البيع لان قبض الرهن قبض ضمان ويصير مستبدلا مستوفيا في العاقبة والوكيل بالبيع عندهما لا يملك البيع بالغبن الفاحش وعند أبي حنيفة يملك ولو باعه ولم يرتهن لم يجز البيع بثمن مؤكد بالرهن فاذا باعه بثمن غير مؤكد يصير مخالفا ولو قال بعه بثمن ثقة فارتهن رهنا أقل منه بما يتغابن الناس فيه فهو جائز لانه يحصل التوثق به لانه مماثل للدين أو مقارب له فصلح وثيقة له لان الوثيقة ما يفضي الى الحقيقة وان كان أقل منه بما لا يتغابن الناس فيه لم يجز لان توثيق الكثير بجنس القليل مما لا يعقل لانه تعلق به حق الآمر لان فائدة التوثق مرجعه اليه فيكون الوكيل بالرد مبطلا له فيضمن اهـ غاية (قوله فتوى عليه) أي على الكفيل اهـ غاية قال في الوافي أو أخذ بثمنه كفيلا فتوى المال على الكفيل اهـ

في وصف السلامة ثم اذا عجز ينتقل الى الرد ثم اذا امتنع الرد بحدوث العيب أو بزيادة حدوث فيه ينتقل الى الرجوع بالنقصان فلم يكن الرد متعينا وهكذا ذكر الروايتين في شرح الجامع الصغير وغيره وبين الروايتين تفاوت كثير لان فيه نزولا من اللزوم الى أن لا يخاصم بالكلية وكان الاقرب أن يقال لا يلزمه ولكن له أن يخاصم قال رحمه الله (وان باع نسيئة فقال أمرتك بنقد وقال المأمور أطلقت فالقول للآمر) أي الوكيل بالبيع باع نسيئة فقال له الموكل أمرتك أن تبيعه بنقد وقال الوكيل أمرتني ببيعه مطلقا ولم تقل شيأ كان القول قول الموكل لان مبنى الوكالة على التقييد حتى لا تصح بدون بيان النوع بعد الجنس أو الثمن ألا ترى أنه لو قال وكلتك أن تشتري لي دابة لا يصح ولو قال وكلتك في مالي ليس له الا الحفظ فاذا كانت مبناها على التقييد وهو يستفاد من جهة الآمر كان القول له كما اذا أنكر الآمر أصلا قال رحمه الله (وفي المضاربة للمضارب) أي باع المضارب نسيئة فقال رب المال أمرتك أن تبيعه بنقد وقال المضارب أطلقت كان القول للمضارب لان الاصل في المضاربة الاطلاق والعموم ألا ترى أنه يملك التصرف المعتاد من شراء وبيع وابضاع وتوكيل واستئجار وايداع بذكر لفظة المضاربة فقامت الدلالة على الاطلاق فمن ادعاه فيها كان مدعيا لما هو الاصل فيها فكان القول له لان الظاهر يشهد له بخلاف ما اذا ادعى رب المال المضاربة في نوع والمضارب في نوع آخر حيث يكون القول لرب المال لسقوط الاطلاق باتفاقهما فأشبهت الوكالة التي ليست فيها شائبة الشركة ثم مطلق الامر بالبيع يقتضيه نقدا ونسيئة الى أجل متعارف عندهما والى أي أجل كان عنده بخلاف المضاربة حيث يتقيد بأجل متعارف بين التجار على ما يجيء في موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ولو أخذ الوكيل بالثمن رهنا فضاع أو كفيلا فتوى عليه لا يضمن) أي الوكيل بالبيع فعل ذلك لا يضمن لانه أصيل في الحقوق وقبض الثمن منها والارتهان والكفالة وثيقة لجانب الاستيفاء فيملكهما ولان قبض الرهن كقبض الثمن من حيث انه قائم مقامه ثم الثمن كان أمانة في يده بعد القبض فكذا الرهن بخلاف الوكيل بقبض الدين حيث لا يملك أخذ الرهن ولا الكفيل لانه يقبض نيابة عن الآمر ولهذا لا يملك الابراء ويملك الآمر منعه ولا كذلك الوكيل بالبيع ولولا أنه أصيل فيه لكان مثله وفي النهاية المراد بالكفالة هنا الحوالة لان التوى لا يتحقق في الكفالة وقيل الكفالة على حقيقتها فان التوى يتحقق فيها بان مات الكفيل والمكفول عنه مفلسين وهذا كله ليس بشئ لان المراد هنا توى مضاف الى أخذه الكفيل بحيث انه لو لم يأخذ كفيلا لم يتوديته كما في الرهن والتوى الذي ذكره هنا غير مضاف الى أخذه الكفيل بدليل انه لو لم يأخذ كفيلا أيضا التوى بموت من

(قوله المراد بالتوى الخ) أخذ الشارح رحمه الله هذا من الكافي فقد قال فيه بعد قوله فتوى المال على الكفيل بان يرفع الامر الى قاض يرى براءة الاصيل بنفس الكفالة كما هو مذهب مالك فيحكم ببراءة الاصيل فتوى المال على الكفيل فلا ضمان عليه اهـ (قوله وكان توكيلهما بلفظ واحد) قال في الهداية فليس لاحدهما أن يتصرف فيما وكلا فيه قال الاتقاني قال واحدنا اذا وكلهما بكلام واحد دفعة واحدة بأن قال وكلتكما ببيع عبدي وخلع امرأتي أما اذا وكلهما بكلامين كان لكل منهما أن يتصرف لان كل واحد منهما مسلط على البيع والخلع بانفراده اهـ وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني رحمه الله قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل في هذا أن الوكيلين بالمبادلة اذا فعل أحدهما بالمبادلة دون صاحبه لم يجز ولا ينفذ حتى يجيزه الوكيل الآخر أو الموكل ولا يجوز فعل أحدهما لان المبادلة تتعلق بالرأي والمشورة وقد رضي برأيهما ومشورتهما ولم يرض برأي أحدهما سواء كان الثمن مسمى أو لم يكن مسمى والوكيل الآخر حاضر أو غائب الا أن في الشراء ينفذ عليه ولا يتوقف لان الشراء اذا وجد نفاذا على العاقد لا يتوقف بخلاف البيع فانه يتوقف على اجازة الموكل أو الوكيل وكذا الوكيلان بالتزويج والخلع والكتابة على مال اذا فعله أحدهما لا يجوز حتى يجيزه الموكل أو الوكيل الآخر وأما الوكيلان بالعتق على غير مال والوكيلان بالطلاق على غير مال فلأحدهما أن يعتق ويطلق وكذا الوكيلان بالخصومة لاحدهما أن يخاصم إلا أنه اذا انتهى الى قبض المال لا يجوز قبض أحدهما حتى يجتمعا لان الخصومة مما لا يتأتى فيها اثنان بالاجتماع والقبض مما يتأتى فيه الاجتماع وكذا لو وكل اثنين بتسليم ما وهب لي الموهوب له فسلم أحدهما صحت الهبة وكذا لو وكل اثنين بقضاء الدين وسلم المال اليهما فقضاه أحدهما جاز وأما الوصيان فليس لاحدهما التصرف الا باذن صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد كالوكيلين بالبيع إلا في أشياء معروفة فذكرها في الوصايا وعند أبي يوسف لكل واحد منهما ولاية التصرف على حدة ولو دفع ماله الى اثنين مضاربة فليس لاحدهما التصرف إلا باذن صاحبه بالاتفاق كذا في شرح الطحاوي اهـ (قوله في المتن إلا في خصومة وطلاق الخ) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير لا ينفرد أحد الوكيلين إلا في أربعة أشياء الأول اذا وكلهما بالطلاق والثاني اذا وكلهما بالعتاق والثالث اذا وكلهما برد وديعة أو عارية أو غصب أو دين عليه لرجل والرابع اذا وكلهما بالخصومة لان في الثلاثة لا يحتاج الى الرأي وأما في الخصومة فقد ذكرنا فيها المعنى اهـ اتقاني رحمه الله (قوله ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة) ولكنهما لا يقبضان الا معا وقال زفر لا يصح الانفراد في الخصومة أيضا لانه يحتاج فيها الى الرأي ورأي الاثنين لا يكون كرأي الواحد فرضاه برأيهما لا يكون رضا برأي أحدهما كما في البيع والشراء ولنا أن المعهود بين الناس هو الانفراد بالتكلم صيانة لمجلس القضاء عن الشغب وتحريا للصواب اذ الانسان يبتلى بالغلط عند كثرة اللغط وفي الاجتماع اخلال بالاستماع ولما وكلهما بالخصومة مع علمه بتعذر اجتماعهما صار راضيا بخصومة أحدهما ولكن على وجه لا يفوت فائدة توكيلهما وذا بان يتناوبا الأمر برأيهما أو اغا ينفرد أحدهما بالتكلم اهـ كافي

عليه الدين وحمله على الحوالة فاسد لان الدين لا يتوى فيها بموت المحال عليه مفلسا بل يرجع به على المحيل وانما يتوى بموتهما مفلسين فصار كالكفالة والاوجه أن يقال المراد بالتوى توى مضاف الى أخذه الكفيل وذلك يحصل بالمرافعة الى حاكم يرى براءة الاصيل عن الدين بالكفالة ولا يرى الرجوع على الاصيل بموته مفلسا مثل أن يكون القاضي مالكيا ويحكم به ثم يموت الكفيل مفلسا قال رحمه الله (ولا يتصرف أحد الوكيلين وحده) لان الموكل رضي برأيهما لا برأي أحدهما ولو كان البدل مقدرا لان تقديره لا يمنع استعمال الرأي في الزيادة والنقصان وفي اختيار البائع والمشتري ونحو ذلك وهذا في تصرف يحتاج فيه الى الرأي وأمكن اجتماعهما فيه وكان توكيلهما بلفظ واحد وأما ما لا يحتاج فيه الى الرأي كالطلاق والعتاق بغير عوض أو لا يمكن الاجتماع فيه كالخصومة جاز لاحدهما أن يتصرف فيه دون صاحبه وكذا اذا كان توكيلهما على التعاقب جاز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف لانه رضي برأي كل واحد منهما على الانفراد وقت توكيله فلا يتغير ذلك بخلاف الوصيين اذا أوصى الى كل واحد منهما بكلام على حدة حيث لا يجوز لاحدهما أن ينفرد بالتصرف في الاصح لان وجوب الوصية بالموت وعند الموت صارا وصيين جملة واحدة والوكالة حكمها يثبت بنفس التوكيل فاذا أفرد كل واحد منهما بالعقد استبد كل واحد منهما بالتصرف واذا وكلهما بكلام واحد لا ينفرد به أحدهما وان كان أحدهما حرا بالغا عاقلا والآخر عبدا أو صبيا محجورا عليه لما ذكرنا ولو باع أحدهما بحضرة صاحبه فان أجازه صاحبه جاز والا فلا ولو كان غائبا فأجازه لم يجز في قول أبي حنيفة رحمه الله وان مات أحدهما أو ذهب عقله لم يجز للآخر أن يتصرف وحده لعدم رضاه برأيه وحده قال رحمه الله (الا في خصومة وطلاق وعتاق بلا بدل ورد وديعة وقضاء دين) لان هذه الاشياء لا يحتاج فيها الى الرأي والخصومة وان كان يحتاج فيها الى الرأي لكن اجتماعهما في التكلم في مجلس القاضي متعذر لانه يؤدي الى التلبيس على القاضي والى الشغب والرأي يحتاج اليه سابقا على الخصومة ولا يشترط حضور صاحبه وقت الخصومة عند عامتهم لانه لا يتعلق

(قوله وطلاق الزوجة والعتق الخ) قال الاتقاني وذكر في الجامع لو قال لرجلين طلقا امرأتي ان شئتما أو أردتما فطلقها أحدهما لم يقع لانه علق الطلاق بمشيئتهما فلا ينزل عند مشيئة أحدهما وكذلك لو قال أمر امرأتي بأيديكما فطلق أحدهما لا يقع لانه جعل الرأي اليهما الا الى أحدهما اه (قوله وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده) حتى لو انفرد أحدهما بلا رأي الآخر لا يجوز اتفاقا اه ابن فرشتا (قوله لانه رضي برأيه) والناس متفاوتون في الرأي اه غاية (قوله ويملكهما فيما نحن فيه) أي يملك الموكل التوكيل فيما وكل فيه ويملك نهي الوكيل عنه اه (قوله فاذا فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا) قال قاضيخان في فصل التوكيل بالخصومة رجل وكل رجلا بالخصومة وقال له ما صنعت من شئ فهو جائز فوكل الوكيل غيره بذلك جاز توكيله ويكون الوكيل الثاني وكيل الموكل الاول لا وكيل الوكيل حتى لو مات الوكيل الاول أو عزل أو جن أو ارتد ولحق بدار الحرب لا ينعزل الوكيل الثاني ولو مات الموكل الاول أو جن أو ارتد ولحق بدار الحرب ينعزل الوكيلان ولو عزل الوكيل الاول الوكيل الثاني جاز عزله لان الموكل رضي بصنع الاول وعزل الاول الثاني من صنيع الاول اه (قوله في المتن فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح) قال الاتقاني قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل وكل رجلا ببيع عبد فأمر الوكيل رجلا ببيعه قال ان باعه والوكيل الاول حاضر جاز ذلك وان باعه وهو غائب عنه لم يجز وقال محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل وكل رجلا ببيع عبد فباعه رجل غير الوكيل فبلغ الوكيل فسلم البيع قال جائز الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال في شرح الطحاوي وليس للوكيل أن يوكل غيره بما وكل به الا أن يطلق له الذي وكله أو يجيز أمره فيما وكل به فيكون له ذلك لان بناء الوكالة على الخصوص فليس له أن يفوض الى غيره الا أن يأذن له الموكل بذلك أو يقول له وقت التوكيل ما صنعت من شئ فهو جائز فحينئذ يجوز ولو وكل رجلا ببيع عبد ولم يجز له ما صنع ولا أذن له في ذلك فوكل الوكيل غيره ببيع ذلك فباعه الوكيل الثاني فانه ينظر ان باعه بحضرة الوكيل الاول جاز البيع وصار كأن الوكيل الاول هو الذي باعه ولو باعه بغير حضرة الوكيل الاول لم يجز بيعه حتى يجيزه الوكيل الاول أو الموكل وقال زفر لا يجوز بيع الوكيل الثاني سواء كان بحضرة الوكيل الاول أو بغير حضرته وقال ابن أبي ليلى يجوز بيع الوكيل الثاني بحضرة الاول وبغير حضرته وأما الوكيل بالشراء اذا وكل غيره فاشترى الثاني فهو على الخلاف الى هنا لفظ شرح الطحاوي (قوله وكذا لو عقد الوكيل الثاني الى قوله جاز من غير اجازة الخ) مقتضاه أن قوله في المتن فأجاز صح راجع الى مسئلتي الوكيل الثاني والاجنبي والا لو كان قوله جاز راجعا لمسئلة الاجنبي فقط لم يكن لقول الشارح وكذا لو عقد الوكيل الخ فائدة لانه حينئذ يكون مستفادا من المتن قال الاتقاني رحمه الله ونقل في الفتاوى الصغرى عن وكالة شيخ الاسلام خواهرزاده أن الوكيل بالبيع أو الاجارة اذا وكل غيره فباع الثاني أو آجر والاول حاضر أو غائب فأجاز الوكيل الاول ذلك جاز فقد شرط الاجازة من الوكيل الاول للجواز وان حصل البيع أو الاجارة من الثاني بحضرة الاول وذكر بعد هذا أنه اذا باع الثاني بحضرة

بسماعه الخصومة وهو ساكت فائدة وطلاق الزوجة والعتق بلا بدل لا يحتاج فيه الى الرأي الا اذا قال طلقاها ان شئتما أو جعل أمرها بأيديهما فحينئذ يكون تفويضا فيقتصر على المجلس لكونه تمليكا أو يكون تعليقا فيشترط فعلهما لوقوع الطلاق لان المعلق بشيئين لا ينزل عند وجود أحدهما وعلى هذا لو قال طلقاها جميعا ليس لاحدهما أن يطلقها وحده ولا يقع عليها طلاق أحدهما ولو قال طلقاها جميعا ثلاثا فطلقها أحدهما طلقة والآخر طلقتين لا يقع ورد الوديعة لا يحتاج فيه الى الرأي فرد أحدهما كردهما بخلاف ما اذا وكلهما باستردادها حيث لا يكون لاحدهما أن يقبض بدون صاحبه لان اجتماعهما فيه ممكن وللموكل فيه غرض صحيح لان حفظ اثنين خير من حفظ واحد فاذا قبضه أحدهما ضمن كله لانه قبض بغير اذن المالك اذ أمره تناولهما مجتمعين لا متفرقين فلم يكن مأمورا في حالة الانفراد بقبض شئ منه وقضاء الدين مثل رد الوديعة واقتضاؤه مثل استرداد الوديعة قال رحمه الله (ولا يوكل الا باذن أو باعمل برأيك) أي لا يوكل الوكيل فيما وكل فيه الا أن يأذن له الموكل أو يقول له اعمل برأيك لانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره ولان المفوض اليه التصرف دون التوكيل به فلا يملكه بدون التفويض اليه بخلاف التوكيل في الحقوق حيث يملكه بغير اذن الموكل لانه أصيل فيه ولهذا لا يملكه الموكل ولا نهيه عنه ويملكهما فيما نحن فيه فلا يملك التوكيل بدون رضاه فاذا فوض اليه ووكل كان الثاني وكيلا عن الموكل حتى لا يكون للاول أن يعزله ولا ينعزل بموته وينعزلان بموت الموكل وهو نظير استخلاف القاضي حيث لا يملكه الا باذن الخليفة ثم لا ينعزل بعزل القاضي الاول ولا بموته وينعزلان بعزل الخليفة لهما لكن لا ينعزلان بموته والفرق أن الخليفة عامل للمسلمين فلا ينعزل به القاضي الذي ولاه هو أو ولاه القاضي باذنه والموكل عامل لنفسه فينعزل وكيله بموته لبطلان حقه قال رحمه الله (فان وكل بلا اذن الموكل فعقد بحضرته أو باع أجنبي فأجاز صح) أي ان وكل الوكيل بغير اذن الموكل فعقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول أو عقد أجنبي فأجازه الوكيل الاول جاز فيهما لان مقصود الموكل حضور رأيه وقد حصل به وكذا لو عقد الوكيل الثاني بحضرة الوكيل الاول جاز من غير اجازة منه لان المقصود وهو حضور

حضور رأيه قد حصل بنفس العقد باذنه ولو قدر الاول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته لحصول المقصود باستعمال رأيه فى تقدير الثمن بخلاف ما اذا وكل وكيلين وقدر لهما البدل حيث لا يجوز لاحدهما أن يتصرف بدون صاحبه لان تقديره لا يمنع استعمال الرأى فى نقصانه فى الشراء وفى الزيادة فى البيع وفى اختيار من يعامله لانه بل هو مقصوده ظاهرا لان تفويضه اليهما مع تقدير البدل دليل عليه بخلاف ما اذا كان المأمور واحدا لان غرضه استعمال رأيه فى معظم الامر وهو تقدير البدل وقد حصل وهذا لان المقصود فى الوكالات الاسترباح عادة وهو زيادة البدل وقد حصل بتقدير البدل وما عداه كالفضلة فلا يكون مقصودا بالتوكيل واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الثانى بحضرة الوكيل الاول فذكر البقالى فى فتاويه أن الحقوق تتعلق بالاول وكذا ذكر المحبوبى أيضا لان الموكل رضى بلزوم العهدة الاول دون الثانى وذكر فى حيل الاصل والعيون أن الحقوق ترجع الى الثانى وهو الصحيح لانه هو العاقد والعقد هو السبب للزوم وقد صدر من المباشر دون غيره وينبغى أن يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده والاول غائب فأجازه أو عقده أجنبى فأجاز الاول ولا معنى لاشتراط حضرته والوكيل بالطلاق أو العتاق اذا وكل غيره فطلق الثانى بحضرة الوكيل الاول لا ينفذ لان الآمر علقه بلفظ الاول دون الثانى وهو يتعلق بالشرط بخلاف البيع ونحوه قال رحمه الله (وان زوج عبد أو مكاتب أو كافر صغيرته الحرة المسلمة أو باع لها أو اشترى لم يجز) لانه لا ولاية لهؤلاء ألا ترى أن العبد لا يملك انكاح نفسه فكيف يملك انكاح غيره وكذا الكافر لا ولاية له على المسلم قال الله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ولهذا لا تقبل شهادته على المسلم ولا شهادة للعبد أصلا والمكاتب عبد ما بقى عليه درهم ولان هذه الولاية نظرية فلا بد من تفويضها الى القادر ليتحقق معنى النظر والرق يزيل القدرة والكفر يقطع الشفقة على المسلم فلا مصلحة فى التفويض اليهما ولا فرق فى ذلك بين أن يكون الكافر ذميا أو حربيا وأما المرتد فان ولايته على أولاده وأموالهم موقوفة بالاجماع لانها تبنى على النظر والنظر يحصل باتفاق الملة لان اتحادها داع الى النظر وهو متردد فى الحال فوجب التوقف فيه فاذا أسلم جعل كأنه لم يزل مسلما فينفذ تصرفه واذا مات أو قتل على ردته تقررت جهة انقطاع الولاية فيبطل تصرفه بخلاف تزوجه بنفسه حيث لم يجز وان أسلم بعد ذلك لان جواز النكاح يعتمد الملة ولا ملة للمرتد فلا يتوقف اذ لا مجيز له فى الحال لان شرط التوقف أن يكون له مجيز فى الحال فصار نظير اعتاق الصبى وطلاقه وهبته حيث لا تتوقف على البلوغ اذ لا مجيز لها فى الحال ونكاح أولاده الصغار له مجيز فى الحال وهو الولى أو القاضى فيتوقف فاذا أسلم نفذت فصح النكاح والا بطل وبخلاف تصرفاته فى ماله عندهما لانها تبنى على الملك وملكه قائم ثابت فى أمواله ما دام حيا فينفذ بلا توقف والله تعالى أعلم

﴿ باب الوكالة بالخصومة والقبض ﴾

الاول يجوز ولم يشترط الاجازة وهو المذكور فى الجامع الصغير ذكر هاتين الروايتين فى باب الوكالة بالقيام على الدار من المبسوط لشيخ الاسلام خواهر زاده ثم قال شيخ الاسلام خواهر زاده حكى عن الكرخى أنه كان يقول ليس فى المسئلة اختلاف الروايتين لكن ما ذكر مطلقا فى بعض المواضع محمول على ما اذا أجاز الوكيل الاول ذلك والى هذا ذهب عامة مشايخنا ووجه ذلك أن توكيل الوكيل لما لم يصح التحق بالعدم فيكون الثانى فضوليا وعقد الفضولى لا يتم بمجرد حضرة المجيز ما لم يجز ومنهم من جعل فى المسئلة روايتين فى رواية يشترط فيه الاجازة كما ذكرنا وفى رواية يكفى حضور الاول كما ذكر فى الجامع الصغير قال شيخ الاسلام خواهر زاده وعلى هذا أحد وكيلى البيع أو الاجارة اذا أمر صاحبه فباع بحضرته أو آجر جاز فى رواية ولا يجوز فى رواية ما لم يجز الآمر الثانى أو المالك كذا فى التتمة والفتاوى الصغرى اهـ ما قاله الاتقانى رحمه الله (قوله ولو قدر الاول الثمن للثانى جاز عقده فى غيبته) أى فى رواية كتاب الرهن اهـ وفى رواية كتاب الوكالة لا يجوز لان تقدير الثمن يمنع النقصان ولا يمنع الزيادة وربما يزيد الاول على هذا الثمن لو كان هو المباشر للبيع اهـ كافى (قوله واختلفوا فى العهدة فيما اذا عقد الوكيل الخ) قال فى فتاوى قاضيخان الوكيل بالبيع اذا لم يقل له الموكل ما صنعت من شىء فهو جائز لا يملك التوكيل فان وكل غيره فباع الوكيل الثانى بحضرة الاول جاز وحقوق العقد ترجع الى الوكيل الاول عند البعض وذكر فى الاصل أن الحقوق ترجع الى الوكيل الثانى وهو الصحيح اهـ (قوله وينبغى أن يكون على هذا الخلاف فيما اذا عقده الخ) قال الاتقانى ولو باعه الوكيل الثانى حال غيبة الاول فبلغه فأجاز أو باعه أجنبى فبلغه فأجاز جاز لانه حصل رأيه اهـ

﴿ باب الوكالة بالخصومة والقبض ﴾

لما كانت الخصومة مهجورة شرعا لقوله تعالى ولا تنازعوا فتفشلوا حتى تركت حقيقتها الى مطلق الجواب مجازا اطلاقا لاسم السبب على المسبب أخر ذكر الوكالة بالخصومة عما ليس بمهجور بل هو مطلق يجرى على حقيقته اهـ اتقانى رحمه الله فى الفتاوى الصغرى لو قال الرجل لآخر وكلتك بالخصومة فى كل حق قبل أهل بلدة كذا فهو وكيل بالخصومة فى كل حق له قبل أهل تلك البلدة يوم التوكيل وما يحدث استحسانا ولو قال وكلتك بالخصومة قبل فلان يكون وكيلا بالخصومة فى كل حق يكون موجودا يوم التوكيل اهـ خلاصة الفتاوى

(قوله في المتن الوكيل بالخصومة الخ) قال في الهداية والوكيل بالخصومة وكيل بالقبض قال الاتقاني هذا لفظ القدوري في مختصره قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير هذا ظاهر الرواية وقال في اشارات الاسرار الوكيل بالخصومة يملك قبض الدين عندنا خلافا لزفر وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته الوكيل بتقاضي الدين له القبض اتفاقا اه قال الاتقاني قال في الواقعات في باب الوكالة بعلامة النون الوكيل بالتقاضي أو بالخصومة ليس له أن يقبض الدين في زماننا لان الخيانة ظهرت فيما بين الناس وهو اختيار مشايخ بلخ خصوصا في الوكلاء على باب القاضي اه (قوله والعرف أملك) لان وضع الالفاظ لحاجة الناس وهم لا يفهمون المعنى الموضوع بل يفهمون المجاز فصار المجاز بمنزلة الحقيقة العرفية اه (قوله ولزفر أن الخصومة الخ) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه رضي بهدايته في الخصومة لا بامانته في القبض اذ يؤتمن على الخصومة من لا يؤتمن على القبض فلا يملك القبض اه (قوله في المتن ويقبض الدين يملك الخصومة) قال في خلاصة الفتاوى في الاصل الوكيل بقبض الدين ليس له أن يوكل غيره ولو وكل رجلا بقبض كل دين له ثم حدث له دين فله قبضه استحسانا ولو وكله بقبض غلة الدار يتناول الحادث وفي سرقة الجامع الوكيل بقبض الدين اذا وكل من في عياله صح حتى لو وكل فقبض فهلك في يده لا يضمن اه (قوله حتى لو أقيمت عليه البينة الخ) قال الاتقاني قال القدوري في كتابه المسمى بالتقريب قال أبو حنيفة الوكيل بقبض الدين وكيل بالخصومة فان أقام المطلوب البينة أنه قضى الموكل قبلت بينته عليه وقالا لا تقبل بينته على القضاء الا أن الخصومة تسقط اه قال الاتقاني وانما قيد بالوكيل بقبض الدين لان الوكيل بقبض العين لا يكون خصما اجماعا ونقل في الفتاوى الصغرى عن شيخ الاسلام خواهرزاده أن الوكيل بقبض الدين لا يملك الخصومة اجماعا ان كان التوكيل من القاضي كالوكل وكيلا بقبض ديون الغائب وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في في رجل له في يدي رجل عبد فوكل رجلا بقبضه من الذي العبد في يديه ثم غاب الموكل فأقام الذي في يديه العبد البينة أن الغائب قد باعه اياه فقال أقفه حتى يحضر الغائب وكذلك الطلاق والعتاق وكل شئ الا الدين فانه اذا كان لرجل على رجل دين فوكل رجلا بقبضه فأقام الذي عليه الدين البينة انه قد أوفاه قبلت بينته وقال أبو يوسف ومحمد هذا والاول سواء الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير اه (قوله وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها الخ) قال الاتقاني بخلاف الوكيل بنقل المرأة والعبد والامة اذا أقامت المرأة البينة على الطلقات الثلاث أو أقام العبد أو الامة البينة على الاعتاق حيث لا يكون الوكيل خصما ولا تسمع البينة على الطلاق والعتاق الا لقصر اليد استحسانا ويوقف الامر الى أن يحضر الغائب والقياس أن لا يوقف الامر بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل لان البينة بطلت لقيامها على غير خصم وجه الاستحسان في قبول البينة في قصر اليد خاصة أن الوكيل في نفس القبض قائم مقام الموكل فجعل خصما في ابطال حق القبض احتياطا فاذا حضر الغائب تعاد عليه البينة قال فخر الاسلام ذكر الاستحسان والقياس في كتاب الوكالة وأورد القدوري سؤالا

قال رحمه الله (الوكيل بالخصومة والتقاضي لا يملك القبض) وهذا قول زفر رحمه الله وقال علماؤنا الثلاثة رحمهم الله يملك القبض عينا كان أو دينا لان الوكيل بالشئ وكيل باتمامه واتمامه ما يكون بالقبض وما لم يقبض فالخصومة قائمة لانه يتوهم انكاره بعد ذلك والمطل وربما يحتاج الى المرافعة ثانيا فيكون له القبض قطعا لمادتها ولان المقصود من الخصومة الاستيفاء اذ هي غير مقصودة لذاتها والوكيل بالشئ يملك ما هو المقصود منه ومعنى التقاضي الطلب في العرف فصار بمعنى الخصومة وهو في أصل اللغة القبض لانه تفاعل من قضى يقال قضى دينه واقتضيت منه ديني أي أخذت والعرف أملك فكان أولى اذ الحقيقة مهجورة فصار بمعنى الخصومة مجازا فيكون التوكيل بها توكيلا باتمامها اذ المطالبة لا تنتهي الا بالقبض ولزفر رحمه الله ان الخصومة غير القبض حقيقة وهي لاظهار الحق ويختار في التوكيل بها من هو ألد الناس خصومة وأكثرهم كذبا وخيانة وأقلهم دينا وحياء ويختار في القبض من هو أوفى الناس أمانة وأكثرهم ورعا فمن يصلح للخصومة عادة لم يرض بقبضه فالتوكيل بخصومته لا يدلنا على الرضا بقبضه بل يدل على عكسه فلا يكون له القبض وكذا المطالبة غير القبض فالوكيل بها لا يملك القبض لما ذكرنا والفتوى اليوم على قول زفر رحمه الله ولهذا اختاره الشيخ رحمه الله لتغير أحوال الناس وكثرة الخيانات في الوكلاء ولا فرق في ذلك بين الدين والعين لان المعنى لا يختلف فيهما قال رحمه الله (ويقبض الدين يملك الخصومة) أي الوكيل بقبض الدين يملك الخصومة حتى لو أقيمت عليه البينة على استيفاء الموكل أو ابرائه تقبل وكذا اذا جحد الغريم فأقام الوكيل البينة عليه تقبل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يكون خصما وهو رواية الحسن عنه لان القبض غير الخصومة فلم يكن الرضا به رضا بها اذ ليس كل من يؤتمن على المال يهتدي اليها قال رحمه الله (وبقبض العين لا فلو برهن ذو اليد على الوكيل بالقبض أن الموكل باعه وقف الامر حتى يحضر الغائب وكذا الطلاق والعتاق) أي الوكيل بقبض العين لا يملك الخصومة حتى لو أقام ذو اليد البينة على الوكيل بقبض العين أن الموكل باعه العين لم تقبل بينته الا في حق قصر يد الوكيل عن العين فيتوقف حتى يحضر الغائب وكذا لو أقامت المرأة البينة على الوكيل بنقلها أن الزوج طلقها ثلاثا أو أقام العبد البينة على الوكيل بنقله ان المولى قد أعتقه لا تقبل

وجوابا في كتاب التقريب فقال فان قيل لو كان الوكيل بالقبض وكيلا بالتملك لم يجز توكيل المسلم في قبض الخمر كالا يوكل في تملكها فالجواب أن هذا تملك من طريق الحكم والمسلم يصح أن يملك الخمر حكما والا لم يجز عقده عليها اه (قوله لان الديون تقضى بامثالها لا باعيانها) قال الاتقاني لان الدين لا يمكن قبضه لانه وصف ثابت في الذمة لكن لما أخذ المقبوض كان على القابض مثل ما على المطلوب فالتقى الدينان قصاصا (قوله وهذا لان المقبوض الخ) اشارة الى مطلع نكتة أبي حنيفة رضي الله عنه يعني كأنه وكله بتملك مثل الدين وذلك مبادلة والمأمور بالمعاوضة يكون أصيلا في حقوق المعاوضة اه قارئ الهداية (قوله الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء) يعني أن الديون وان كانت تقضى بامثالها لا باعيانها لما بينا آنفا الا أن المقبوض جعل له حكم عين الدين بدليل ان رب الدين يجبر على القبض فلو كان تمليكا محضا ليس فيه معنى استيفاء عين الحق لم يجبر على القبض وكذا اذا ظفر بجنس حقه حل له التناول اه غاية (قوله كالوكيل بالشراء والقسمة) يعني أن أحد الشريكين اذا وكل رجلا بان يقاسم شريكه فأراد الوكيل المقاسمة فأقام الشريك الآخر البينة أن الموكل أخذ نصيبه تقبل بينته لان الوكيل خصم لان في القسمة معنى التمليك اه غاية (قوله والرد بالعيب) يعني (٢٧٩) أن المشترى اذا وكل وكيلا برد المشترى بسبب العيب فأقام البائع البينة أن المشترى رضى بذلك تقبل بينته اه غاية (قوله والرجوع في الهبة) يعني اذا وكل وكيلا بالرجوع في الهبة كان خصما حتى اذا أراد الرجوع فأقام الموهوب له البينة أن الواهب أخذ العوض تقبل بينته اه غاية (قوله والوكيل بأخذ الشفعة) اذا قامت عليه البينة أن الموكل سلم الشفعة صحت وقضى بذلك اه غاية (قوله ومسئلتنا أشبه بأخذ الشفعة) أي من الوكيل بالشراء اه غاية (قوله حتى لا يجب التوقف فيه) بل كان ينبغي أن يدفع الى الوكيل اه غاية (قوله لان البينة قامت) أي بينة صاحب اليد اه (قوله في المتن ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والالا) وصورة المسئلة ما اذا كان الوكيل وكيل المدعى فأقر ببطلان الحق أو كان وكيل المدعى عليه فأقر بلزوم الحق عليه اه (قوله ولكنه يخرج به عن الوكالة) استدراك من قوله اذا أقر عند غير القاضي لا يصح قال في الهداية واذا أقر الوكيل بالخصومة على موكله عند القاضي جاز اقراره عليه وان أقر في غير مجلس القضاء لم يجز عند أبي حنيفة ومحمد استحسانا الا أنه يخرج من الوكالة وقال أبو يوسف يجوز اقراره وان أقر في غير مجلس القضاء قال الاتقاني وهذه من مسائل القدوري ولفظ الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له على رجل مال فوكل رجلا بالخصومة فيه والمدعى عليه يجحد فأقر الوكيل عند القاضي أن الذي وكله قد استوفاه قال يقضى على الذي له المال باقرار الوكيل وان أقر عند غير قاض فشهد عليه بذلك شاهدان لم يقض على الذي له المال بذلك الا أن الوكيل لا يقضى له بدفع المال اذا شهدت الشهود باقراره وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف اقراره يلزم الموكل عند القاضي وعند غير القاضي وهو لازم الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وقال في الاصل واذا وكل الرجل بالخصومة في شئ فهو جائز وهو خصم بمنزلة الذي وكله غير أنه لا يجوز اقرار الوكيل على الذي وكله الا عند القاضي فأما عند غير القاضي فلا يجوز هذا في قول أبي حنيفة ومحمد

في حق وقوع الطلاق والعتاق وتقبل في حق قصر يد الوكيل عنهما حتى يوقف الامر الى أن يحضر الغائب وهذا بالاجماع استحسانا والاصل في جنس هذه المسائل أن التوكيل اذا وقع باستيفاء عين حقه لم يكن وكيلا بالخصومة لان التوكيل وقع بالقبض لا غير ويمكن حصوله بلا خصومة بأن لا يجحد ذو اليد ملكه فلا حاجة الى جعله وكيلا في غير ما وكل به لان الامر بالشئ انما يدخل غيره فيه اذا كان لا يتوصل اليه الا به للضرورة وان وقع التوكيل بالتملك كان وكيلا بالخصومة لان التملك انشاء تصرف وحقوق العقد تتعلق بالعاقد لانه لا يمكنه التحصيل الا بها والخصومة من جملتها فكان وكيلا بها فاذا ثبت هذا قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله الوكيل بقبض الدين وكيل باستيفاء عين حقه حكما ولهذا لو قبض أحد الشريكين شيأ من الدين كان للآخر أن يشاركه فيه ومعنى التملك ساقط حكما حتى كان له أن يأخذه بلا قضاء ولا رضا كما في الوديعة والغصب فلا ينتصب خصما كما في الوكيل بقبض العين وقال أبو حنيفة رحمه الله الوكيل بقبض الدين وكيل بالتملك لان الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها وهذا لان المقبوض ليس بملك للموكل بل هو بدل حقه الا أن الشرع جعل ذلك طريقا للاستيفاء فانتصب خصما كالوكيل بالشراء والقسمة والرد بالعيب والرجوع في الهبة والوكيل بأخذ الشفعة ومسئلتنا أشبه بأخذ الشفعة فانه خصم قبل القبض عنده كما أن الوكيل بطلب الشفعة خصم قبل الاخذ فأما الوكيل بالشراء فانما يصير خصما بعد مباشرة الشراء وأما الوكيل بقبض العين فليس بوكيل بالمبادلة فصار رسولا وأمينا محضا فلم تتعلق الحقوق بالقابض ولا ينتصب خصما ولا تقبل البينة عليه قياسا حتى لا يجب التوقف فيه لانها قامت على غير خصم وفي الاستحسان يتوقف حتى يحضر الموكل فاذا حضر أمر الخصم باعادة البينة على ما ادعى لان البينة قامت على نفس الحق وعلى قصر اليد والوكيل خصم في حق اليد فحسب فيقبل في حقه فتقصر يده عنه كما اذا أقام الخصم البينة أن الموكل عزله عن الوكالة فانها تقبل في حق قصر اليد قال رحمه الله (ولو أقر الوكيل بالخصومة عند القاضي صح والالا) أي اذا أقر عند غير القاضي لا يصح وعنده يصح وهو استحسان ولكنه يخرج به عن الوكالة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف

رحمه الله يصح اقراره عند غير القاضي أيضا وقال زفر والشافعي رحمهما الله لا يصح اقراره عند القاضي أيضا وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا وهو القياس لانه مأمور بالخصومة وهي منازعة والاقرار يضادها لانه مسالمة والامر بالشيء لا يتناول ضده ولهذا لا يملك الابراء والصلح ويصح اذا استثنى الاقرار ولو كانت حقيقة الخصومة مهجورة لما صح استثناؤه وكذا لو وكله بالجواب مطلقا يتقيد بجواب هو خصومة عندهم لما قصده الانكار ولهذا يختار فيها الاهدى فالاهدى في الخصومة وهذا هو العرف والوكالة تتقيد به كما تتقيد بالتقييد صريحا ولان فيه اضرارا بالموكل فلا يملكه ولهذا لا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما أوفر قلنا التوكيل صحيح فيدخل تحته ما يملكه الموكل وهو الجواب مطلقا دون أحدهما عينا اذ لا يجوز له أن ينكر اذا كان خصمه محقا والخصومة يراد بها مطلق الجواب عرفا مجازا لانها سببه فذكر السبب وارادة المسبب شائع أو لخروجه بمقابلتها أو لان الجواب يكون في موضع تكون فيه الخصومة وهو مجلس الحكم والجواب يتناول الاقرار والانكار عملا بعموم المجاز كما لو قال عبده حر يوم يقدم فلان فانه يراد به مطلق الوقت مجازا فيتناول الليل والنهار عملا بعموم المجاز والدليل أنه يراد بها الجواب مطلقا أن القاضي يأمره بالجواب فيقول له أجب خصمك ولا يأمره بالخصومة فوجب حمله على الجواب ليصح توكيله قطعا ولو حمل على الانكار لا يصح الا على أحد التقديرين وهو أن يكون محقا بالانكار وان كان مبطلا لا يصح وهذا لان الوكيل قائم مقام الموكل والموكل لا يملك الانكار عينا وانما يملك مطلق الجواب وهو بنعم ان كان خصمه محقا أو بلا ان كان مبطلا فكذا لا يملك التوكيل بالانكار عينا فلا يحمل عليه لان في حمله عليه فساده من وجه وفي حمله على مطلق الجواب صحته من كل وجه فكان أولى لصحته بيقين قطعا بلا احتمال الفساد ولو استثنى الاقرار فعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصح لانه يكون توكيلا بالانكار فقط وهو لا يملك ذلك عينا فكذا لا يصح التوكيل به فلا يلزمنا وعن محمد أنه يصح لانه يحتمل أن يكون محقا بالانكار فيملكه وتنصيصه عليه يرجح تلك الجهة فيجوز توكيله به عند التصريح به وعند الاطلاق يحمل على مطلق الجواب وعن محمد أنه فرق بين الطالب والمطلوب فصححه من الطالب دون المطلوب لان الطالب لا يجبر على الخصومة فله أن يوكل بشيء دون شيء على ما يختار والمطلوب يجبر عليها فلا يملك التوكيل بما فيه إضرار بالطالب ولان الطالب يثبت حقه بالبينة أو بنكول الموكل لان الوكيل لا يحلف فلا يفيد استثناء الانكار في حقه وفي ظاهر الرواية يصح استثناء الانكار منهما لما ذكرنا ولان الانكار حقيقة في الخصومة فلا يعارضه المجاز عند التصريح بالحقيقة ثم أبو يوسف رحمه الله يقول الوكيل قائم مقام الموكل باقامته فاقراره لا يختص بمجلس القاضي فكذا اقرار من قام مقامه وهذا لان الشيء انما يختص بمجلس القضاء اذا لم يكن موجبا الا بانضمام القضاء اليه كالبينة والنكول فأما الاقرار فوجب بنفسه

وقال أبو يوسف يجوز اقراره عند القاضي وعند غيره وتقبل البينة عليه بذلك الى هنا لفظ الاصل وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة ومحمد يجوز اقرار الوكيل على موكله بحضرة الحاكم ولا يجوز بغير حضرته قوله واذا أقر الوكيل بالخصومة الخ قال الكاكي أطلق الاقرار والموكل ليتناول اسم الموكل المدعي والمدعى عليه لان جواب الاقرار على الموكل لا يتفاوت بين أن يكون موكله مدعيا أو مدعى عليه سوى أن معنى الاقرار يختلف بحسب اختلاف الموكل فاقرار وكيل المدعي هو أن يقر بقبض الموكل واقرار وكيل المدعى عليه هو أن يقر بوجوب المال على موكله اهـ (قوله وقال زفر والشافعي لا يصح اقراره عند القاضي أيضا) قال الاتقاني وجه قول زفر أنه وكله بالخصومة والمنازعة والاقرار مسالمة ومساعدة فكان بين الاقرار والخصومة تضاد فلا يدخل تحت ما يضاده فلا يجوز اقرار الوكيل على موكله كما لا يجوز صلحه وابراؤه مع أن الصلح أقرب الى الخصومة من الاقرار وكما لو وكله بالخصومة واستثنى الاقرار بأن قال وكلتك بالخصومة بشرط أن لا تقر علي فأقر الوكيل لم يصح اقراره لان لفظ التوكيل بالخصومة لم يتناول الاقرار فلو تناوله بطل الاستثناء وصح الاقرار لان الخصومة شيء واحد والاستثناء من شيء واحد لا يجوز اهـ (قوله وهو قول أبي يوسف) وبه قال مالك وأحمد وابن أبي ليلى اهـ (قوله ولهذا لا يملك) أي الوكيل بالخصومة اهـ (قوله ويصح اذا استثنى الخ) قال العلامة قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت الظاهر أنه دليل على أن التوكيل بالخصومة لا يتناول الاقرار والا لم يصح استثناؤه كما لم يصح استثناء الانكار اهـ (قوله وكذا لو وكله بالجواب مطلقا) هذه مسئلة مبتدأة خلافية ليس ايرادها على وجه الاستشهاد اهـ من خط قارئ الهداية أخذه من كلام بعض الشارحين اهـ (قوله ولان فيه) أي في الاقرار اهـ (قوله دون أحدهما عينا) أي أحد الجوابين اهـ (قوله أو لخروجه بمقابلتها) كما سمي جزاء السيئة سيئة في قوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها لخروج الجزاء في مقابلة السيئة اهـ (قوله ولو استثنى الاقرار) جواب عن قوله ويصح اذا استثنى الاقرار اهـ غاية (قوله فلا يفيد استثناء الانكار) صوابه الاقرار قال في تتمة الفتاوى اذا وكل بالخصومة واستثنى الاقرار صحت الوكالة والاستثناء في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف أنه لا يصح وعن محمد أنه يصح استثناء الاقرار من الطالب لانه مخير ولا يصح من المطلوب لانه مجبور عليه اهـ غاية (قوله يصح إستثناء الانكار) صوابه الاقرار (قوله ولان الانكار) صوابه الاقرار

(قوله فانه يخرج عن الولاية فى ذلك المال) ولايدفع اليهما الان ولايتهما باعتبار النظر وهو فى حفظ المال والاقرار لايكون حفظا بل هو اضاعة فاذا أخذ المال من الغريم لايدفع اليهما التناقض كما لو ادعيا مالا للصغير على رجل فأنكر فصدقه الاب أو الوصى ثم جاء يدعى المال لايدفع المال اليه لانه ما خرجا من الولاية والوصاية فكذا الوكيل اه كاكى (قوله فان قيل الدائن اذا وكل المدين الخ) قال فى الذخيرة فى الفصل الرابع من الوكالة مانصه ذكر فى الجامع الكبير صاحب الدين اذا وكل المديون أن يبرئ نفسه عن الدين صح واذا أبرأ نفسه برئ وذكر شيخ الاسلام فى شرح كتاب المأذون أنه لايصح واذا أبرأ نفسه لايبرأ وفى حوالة الاصل المحتال له اذا وكل المحيل بقبض الدين من المحتال عليه لايصح وكذلك رب الدين اذا وكل المديون بقبض الدين من نفسه لايصح وفى نوادر بشر عن أبى يوسف اذا كان بالمال كفيل فوكله الطالب بقبضه من المطلوب فقبض لم يجز قبضه وان هلك فى يده عنده فلا ضمان عليه لانه رسول ولم يقبضه لنفسه اه

بنفسه فلا يختص بمجلس القضاء بخلاف الاب والوصى لان تصرفهما مقيد بشرط النظر لقوله تعالى ولاتقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن وقال تعالى قل اصلاح لهم خير وليس فى اقراره خير لهم وهما يقولان ان المراد بالخصومة الجواب مجازا على ما بينا فيملك الاقرار من حيث انه جواب لا من حيث انه اقرار والجواب يستحق فى مجلس الحكم فيكون التوكيل مختصا به فيقوم مقام الموكل فى مجلس الحكم لا غير ولم يكن وكيلا فى غيره فاذا أقر فيه لايعتبر اقراره لكونه أجنبيا فلا ينفذ على الموكل لكن يخرج به عن الوكالة لان اقراره على الموكل يتضمن الاقرار على نفسه بأنه ليس له ولاية الخصومة فيقبل فى حق نفسه لا فى حق الموكل كالاب والوصى اذا أقر اعمال الصغير لغيره فانه يخرج عن الولاية فى ذلك المال ولو استثنى الانكار صح اقراره وكذا انكاره ولايصير الموكل مقرا بالتوكيل بالاقرار ولو أقر الوكيل بالخصومة فى حد القذف والقصاص لايصح اقراره لان التوكيل بالخصومة جعل توكيلا بالجواب مجازا بالاجتهاد فتمكنت فيه شبهة العدم فى اقرار الوكيل فيورث شبهة فى درء مايدرأ بالشبهات قال رحمه الله (وبطل توكيله الكفيل بمال) معناه اذا كان لرجل دين على رجل وكفل به رجل فوكل الطالب الكفيل بقبض ذلك الدين من الذى عليه الاصل لم يصح التوكيل لان الوكيل هو الذى يعمل لغيره ولو صححناه هذه الوكالة صار عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته فانعدم الركن فبطل ولان قبول قوله ملازم للوكالة لكونه أمينا ولو صححناها وجب أن لايقبل قوله لكونه متهما فيه بابراء نفسه فصار نظير من أعتق عبده المدين حتى لزمه ضمان قيمته للغرماء ولزم العبد جميع الدين ثم ان المولى ضمن الدين للغرماء فانه لايصح لما ذكرنا فكذا هذا فان قيل الدائن اذا وكل المدين بابراء نفسه عن الدين يصح وان كان عاملا لنفسه ساعيا فى براءة ذمته قلنا ذلك تمليك وليس بتوكيل كما فى قوله لامرأته طلقى نفسك فاذا بطلت الوكالة فلو قبضه من المدين وهلك فى يده لم يهلك على الطالب ولو أبرأه عن الكفالة لاتنقلب صحيحة لوقوعها باطلة ابتداء كما لو كفل عن غائب فانه يقع باطلا ثم اذا بلغه فأجازه لم يجز لما ذكرنا ولايقال ينبغى أن تبطل الكفالة وتصح الوكالة كعكسه فانه لو وكله بقبض الدين ثم ضمن الوكيل الدين صح الضمان وبطلت الوكالة لانا نقول الكفالة أقوى من الوكالة لكونها لازمة فتصلح ناسخة لها بخلاف العكس ويجوز أن يوكل الكفيل بالنفس بالخصومة لان الواحد يقوم بهما قال رحمه الله (ومن ادعى أنه وكيل الغائب بقبض دينه فصدقه الغريم أمر بدفعه اليه) لانه اقرار على نفسه لان ما يقبضه خالص حقه اذ الديون تقضى بأمثالها فيكون مقرا بوجوب دفع

وكتب مانصه قال فى شرح التكملة ومن وكل رجلا بقبض عبد له فى يد آخر وغاب فأقام من فى يده البينة أن الموكل باعه اياه وقف الامر حتى يحضر الغائب لان الخصم ليس بخصم عن الغائب لانه وكيل بالقبض لا بالخصومة وكان القياس أن لايوقف الامر كما لايقضى بالبيع لبطلان البينة إلا أنه استحسن ذلك لقصر يده عن القبض لانه وكيل بصورة القبض ولهذا لو حضر الغائب تقام عليه البينة وكذلك لو وكله بنقل عبده أو أمته أو امرأته فأقاما البينة على العتق والمرأة على الطلاق الثلاث بخلاف ما لو وكله بقبض دين على رجل وغاب فأقام من عليه البينة أنه قضاه حيث تقبل بينته ويبرأ الغريم لان الوكيل بقبض الدين وكيل بالتمليك

والتملك لما عرف أن قضاء الديون انما يكون بأمثالها لا بأعيانها فصار خصما كالوكيل بأخذ الشفعة والقسمة فانه لما كان وكيلا بالتمليك ينتصب خصما عنه اه وكتب أيضا مانصه قال قاضيخان ولو وكل المديون بابراء نفسه عن الدين صح توكيله ولايقتصر على المجلس اه (قوله فى المتن فصدقه الغريم الخ) أما لو أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فسيأتى الكلام عليه عند قوله فى المتن أو لم يصدقه اه (قوله فى المتن أمر بدفعه اليه) قال الكاكى وبه قال المزنى وقال الشافعى وأحمد ومالك لايؤمر بالتسليم الا أن يقيم الوكيل بينة على وكالته فحينئذ يؤمر بالتسليم فى الدين والوديعة واحتج الشافعى بأن هذا تسليم لايبرئه عن الدين فلا يؤمر به كما لو كان الحق عينا وكما لو أقر أن هذا وصى الصغير بخلاف ما لو أقر أنه وارثه حيث يؤمر بالتسليم لانه يتضمن اقراره أنه أقر أنه لاحق لسواه وقلنا أقر على نفسه بأن له حق الاستيفاء لان ما يقبضه خالص ماله اه وكتب مانصه قال الاتقانى والأمر بتسليم الدين الى الوكيل مذهبنا وقال الشافعى لايجبر على التسليم كذا فى شرح الاقطع اه قال الاتقانى فان قلت يرد على هذا الوكيل بقبض الوديعة فان المودع

اذا صدقه ثم أبى أن يدفع اليه لايجبر على التسليم اليه قلت انما لم يجبر المودع على التسليم لانه أقر بثبوت الحق في القبض في ملك الغير لان الوديعة ملك الغير فلا يصح اقراره في ملك الغير فلاجل هذا لم يجبره القاضي على التسليم بخلاف الدين فان اقراره بحق القبض وقع في ملك نفسه لافي ملك الغير لان الديون تقضى بأمثالها (قوله في المتن فان حضر الغائب فصدقه) أي صدق الغائب وهو رب الدين الوكيل اه (قوله وإلا دفع الغريم اليه الدين ثانيا) (٢٨٢) لان الغائب لما لم يصدقه في دعوى براءة ذمته عن الحق لم يصح الاداء فأمر بالدفع ثانيا الى الموكل قال في شرح أدب القاضي في باب اثبات الوكالة كان للغريم أن يحلفه بالله ماقبض فلان بن فلان الفلاني هذا المال بأمرك ووكالتك لان الغريم يدعي عليه مالو أقر به لزمه فاذا أنكر يستحلف فاذا حلف كان له أن يرجع على الغريم والغريم يرجع على الوكيل اه غاية (قوله ولا يكون قولهما حجة) أي الغريم والوكيل اه (قوله لا يرجع به عليه) لانه لما صدقه في الوكالة اعتقد أنه أمين في القبض ولكن الموكل ظلمه فيما طالبه ثانيا فلما كان أمينا كان محقا في القبض ثم لما أخذ الغريم من الوكيل كان ذلك ظلما فلا يجوز لاحد أن يظلم غيره وان كان هو مظلوما وهذا معنى قوله والمظلوم لايظلم وان نكل الطالب عن اليمين كان ذلك بمنزلة الاقرار فلا يكون له بعد ذلك سبيل لاعلى المطلوب ولا على أحد غيره ثم الغائب اذا لم يصدق الوكيل ليس له أن يطالب الوكيل وقال بعض أصحاب الشافعي ان شاء ضمن الوكيل قال الشيخ أبو نصر وهذا لا يصح لان حقه في ذمة الغريم يتعين بالدفع فكان له اتباع وصورة الذمة فاما الوكيل فانما قبض مال الدافع فلا سبيل لصاحب الدين عليه اه اتقاني (قوله ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه) معناه أن يضمن الكفيل نظير المال الذي يأخذه رب الدين من المدين على تقدير أخذه منه وليس المراد كما هو ظاهر العبارة أن الوكيل يضمن للمدين المال الذي يأخذه الوكيل من المدين لانه سيأتي قريبا في كلام الشارح أن الكفالة بهذا المال غير صحيحة لانه أمانة وقد صرح باكير في شرحه هكذا (الا اذا ضمنه عند الدفع) بأن قال الوكيل ان حضر الغائب وأنكر التوكيل فاني ضامن لهذا المال

ماله اليه حتى لو ادّعى انه أوفى الدين الى الطالب لا يصدق لانه لزمه الدفع الى الوكيل باقراره وثبتت الوكالة به ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فلا يؤخر حقه كما لو كان الموكل حاضرا وادّعى ذلك وله أن يطالب رب المال و يستحلفه ولا يستحلف الوكيل بالله تعالى ما يعلم أن الطالب قد استوفى الدين لان النيابة لاتجري في الايمان بخلاف الوارث حيث يحلف على العلم لان الحق يثبت للوارث فكان الحلف بطريق الاصالة دون النيابة وفي المسئلة نوع اشكال وهو أن التوكيل بقبض الدين توكيل بالاستقراض معنى لان الديون تقضى بأمثالها فما قبضه رب الدين من المديون يصير مضمونا عليه وله على الغريم مثل ذلك فالتقيا قصاصا والتوكيل بالاستقراض لا يصح والجواب أن التوكيل بقبض الدين رسالة بالاستقراض من حيث المعنى وليس بتوكيل بالاستقراض لانه لابد للوكيل بقبض الدين من اضافة القبض الى موكله بأن يقول ان فلانا وكلني بقبض ماله عليك من الدين كما لابد للرسول في الاستقراض من الاضافة الى المرسل بأن يقول أرسلني اليك وقال لك أقرضني فصح ما ادّعيناه أن هذا رسالة معنى والرسالة بالاستقراض جائزة هكذا ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وهذا سؤال حسن والجواب غير مخلص على قول أبي حنيفة رحمه الله فانه لو كان رسولا لما كان له أن يخاصم قال رحمه الله (فان حضر الغائب فصدقه والا دفع اليه الغريم الدين ثانيا) لانه اذا صدقه ظهر انه كان وكيلا له وقبض الوكيل قبض الموكل فتبرأ ذمته به وان كذبه لم يصر مستوفيا بالقبض لانه لم تثبت وكالته والقول قوله في ذلك مع يمينه لانه منكر ولا يكون قولهما حجة عليه فيأخذ منه الدين ثانيا ان لم يجز استيفاؤه قال رحمه الله (ورجع به على الوكيل لو باقيا) أي رجع الغريم بما قبضه الوكيل ان كان باقيا في يده لانه ملكه وانقطع حق الطالب عنه ولم يبق الاحتمال فيه حيث قبض دينه منه ثانيا قال رحمه الله (وان ضاع لا) أي ان ضاع المقبوض في يد الوكيل لا يرجع به عليه لان الغريم باقراره صار محقا في قبضه الدين وانما ظلمه الطالب بالاخذ منه ثانيا والمظلوم لا يظلم غيره ويرد على هذا ما لو كان لرجل ألف درهم مثلا وله ألف آخر دين على رجل فمات وترك ابنين واقتسما الالف العين نصفين فادّعى الذي عليه الدين أن الميت استوفى منه الالف حال حياته فصدّقه أحدهما وكذبه الآخر فالمكذب يرجع عليه بخمسمائة ويرجع بها الغريم على المصدق وهو في زعمه ان المكذب ظلمه في الرجوع عليه وظلم هو المصدق بالرجوع بما أخذه المكذب وذكر في الامالي انه لا يرجع لان الغريم زعم أنه بريء عن جميع الالف الا أن الابن الجاحد ظلمه ومن ظلم ليس له أن يظلم غيره وما أخذه الجاحد دين على الجاحد ودين الوارث لا يقضى من التركة وجه الظاهر أن المصدق أقر على أبيه بالدين لان الاقرار بالاستيفاء اقرار بالدين لان الديون تقضى بأمثالها فاذا كذبه الآخر وأخذ منه خمسمائة لم تسلم له البراءة الا عن خمسمائة فبقيت خمسمائة دينا على الميت فيرجع بها على المصدق فيأخذ ما أصابه بالارث حتى يستوفي لان الدين مقدم على الارث قال رحمه الله (الا اذا ضمنه عند الدفع) أي الا أن يضمن الغريم الوكيل فحينئذ يرجع الغريم على الوكيل لان الضمان موجب ويجوز في قوله ضمنه التشديد والتخفيف فمعنى التشديد أن يضمن الغريم الوكيل ومعنى التخفيف أن يضمن الوكيل المال الذي أخذه منه

(أو لم يصدقه) الغريم (على الوكالة ودفعه اليه) بناء (على ادّعائه) ففي هاتين الصورتين ان أنكر الغائب فالغريم يضمن الوكيل ان ضاع المال أما في الاول فلانّ المأخوذ ثانيا مضمون عليه في زعمهما وهذه كفالة أضيفت الى حالة القبض فتصح بمنزلة الكفالة بما ذاب له على فلان وأما في الثانية فلانه لم يصدقه في الوكالة وانما أداه رجاء اجازة الغائب فاذا لم يجزه رجع عليه اهـ ما قاله باكير وظاهر قوله فاني ضامن لهذا المال أن عقد الضمان وقع على المال الذي قبضه الوكيل وهو غير صحيح لما تقدم انه أمانة على أنه لا يلتئم مع قوله أما في الاول الخ فوجب أن يكون المراد نظير المال الذي يأخذه الغريم من المديون كما قدمنا فتنبه (قوله وصورة هذا الضمان الخ) ظاهره أن هذه الصورة على معنى التخفيف وليس بظاهر فوجب أن يكون هذا على معنى التشديد كما لا يخفى اهـ (قوله وزعمه) مبتدأ وخبره قوله انه قبضه بغير حق اهـ (قوله وليس له أن يسترد المدفوع في الوجوه كلها) قال قاضيخان (٢٨٣) رجل ادّعى على رجل أنّ فلانا وكله

وصورة هذا الضمان أن يقول الغريم للوكيل نعم أنت وكيله لكن لا آمن أن يجحد الوكالة و يأخذ مني ثانيا و يصير ذلك دينا عليه لانه أخذه مني ظلما فهل أنت كفيل عنه بما أخذه مني ثانيا فيضمن ذلك المأخوذ فيكون صحيحا على هذا الوجه لانه مضاف الى سبب الوجوب وهو كقوله ما غصبك فلان فعلي أو ما ذاب لك عليه فعلي لان ما أخذه الطالب ثانيا غصب وأما ما أخذه الوكيل فلا يجوز أن يضمنه لانه أمانة في يده لتصادقهما على أنه وكيل والامانات لا تجوز بها الكفالة على ما بيناه في موضعه قال رحمه الله (أو لم يصدقه على الوكالة ودفعه اليه على ادعائه) أي يضمن الغريم الوكيل في هذه الصورة أيضا لانه دفعه اليه على احتمال أن يكون وكيلا ولم يرض بقبضه الا لقضاء دينه تحصيلا لابراء ذمته فاذا لم يحصل وانقطع الرجاء رجع به عليه ولا فرق في ذلك بين أن يكذبه صريحا أو يسكت لان عدم التصديق يشمل الصورتين وزعمه فيما اذا كذبه أنه قبض بغير حق وأن قبضه يوجب الضمان وكذا اذا لم يصدقه ولم يكذبه لان الاصل عدم التصديق وليس له أن يستردّ المدفوع في الوجوه كلها قبل أن يحضر الطالب لان المؤدّى صار حقا للطالب أما اذا صدقه فظاهر لانهما لا يتصادقان ظاهرا الا على حق وأما اذا لم يصدقه فلاحتمال أنه وكله وان لم يوكله يحتمل الاجازة منه فلا يكون له أن يأخذه مع بقاء هذا الاحتمال ولان من باشر التصرف لغرض ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه ألا ترى أنه اذا دفعه الى فضولي على رجاء الاجازة لم يملك استرداده لاحتمال أن يجيز وكذا لو أقام الغريم البينة أنه ليس بوكيل أو على اقراره بذلك لا تقبل بينته ولا يكون له حق الاسترداد ولو أراد استحلافه على ذلك لا يستحلف لان كل ذلك ينبني على دعوى صحيحة ولم توجد لكونه ساعيا في نقض ما أوجبه للغائب ولو أقام الغريم البينة أن الطالب جحد الوكالة وأخذ مني المال تقبل لانه يثبت لنفسه حق الرجوع على الوكيل بناء على اثبات سبب انقطاع حق الطالب عن المدفوع وهو قبضه المال بنفسه منه فانتصب الحاضر خصما عن الغائب في اثبات السبب فيثبت قبض الموكل فتنتقض يد الوكيل ضرورة وجاز أن يثبت الشيء ضمنا وان لم يثبت مقصودا ولو ادّعى الغريم على الطالب حين رجع عليه انه وكل القابض وأقام على ذلك بينة تقبل بينته وتبرأ ذمته ولو أراد أن يحلفه كان له ذلك فان نكل برئت ذمته ولو طلب الغريم أن يستردّ من الوكيل ما دفعه اليه بعد ما أدّى الى الطالب بنفسه فادّعى الوكيل هلاكه أو دفعه الى الموكل حلفه على ذلك وان مات الموكل وورثه غريمه أو وهبه له وهو قائم في يد الوكيل أخذه منه في الوجوه كلها لانه ملكه وان كان هالكا ضمنه الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة وان أنكر الغريم الوكالة وأقر بالدين فللوكيل أن يحلفه بالله ما يعلم أن الطالب وكله بقبض

بقبض دينه عليه فأنكر ودفع المال اليه على الانكار ثم أراد أن يستردّه ليس له ذلك وفي المنتقى له أن يستردّه اهـ وكتب على قوله في الوجوه كلها ما نصه وهي أربعة حالة التصديق مع التضمين ومع عدمه وحالة التكذيب وحالة السكوت اهـ (قوله ليس له أن ينقضه ما لم يقع اليأس منه) قال الاتقاني وذلك لانه لا يجوز أن يسعى الانسان في نقض ما تمّ من جهته لانه عبث وهو حرام ولهذا لم تكن الشفعة لوكيل المشتري حتى لا يلزم نقض ما تمّ من جهته اهـ (قوله الا في صورة واحدة وهو ما اذا صدقه في الوكالة) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الوكالة في الدين فان ضاع المال في يده رجع به عليه الغريم لانه قبضه بغير حق فكان مضمونا عليه ان كان كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه أو صدقه وضمنه لانه دفع اليه على ظنّ أنه وكيل فاذا أخلف ذلك الظن ظهر أنه لم يكن راضيا بقبضه وان صدقه ولم يضمنه لم يرجع به عليه لانه يزعم أنّ قبضه وقع حقا فلا يستحق الرجوع عليه الى هنا لفظ شيخ الاسلام الاسبيجابي اهـ اتقاني أقول وقد تلخص من هذا أن الاحوال فيما اذا ضاع المقبوض من يد الوكيل أربعة في ثلاثة منها يضمن وهي ما اذا صدقه على الوكالة وضمنه أو كذبه أو لم يصدقه ولم يكذبه والحالة الرابعة لا ضمان بها وهي ما اذا صدقه ولم يضمنه والكل مفهوم من عبارة صاحب الكنز رحمه الله أما الاولى من أحوال الضمان فهي المراد بقوله الا اذا ضمنه أي مع كونه صدقه على الوكالة وأما الثانية والثالثة منها فداخلتان في قوله أو لم يصدقه الخ قال الشارح لان عدم التصديق يشمل الصورتين وأما الرابعة وهي حالة عدم الضمان فهي المراد بقوله وان ضاع لا فتنبه

دينه فاذا حلف لم يدفع اليه وان نكل قضى عليه بالمال للوكيل وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يحلفه لان حق التحليف بناء على انه خصم ولم يثبت بلا حجة وجه ظاهر الرواية أنه لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلف قال رحمه الله (ولو قال اني وكيل بقبض الوديعة فصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه) لانه أقر له بقبض مال الغير فلا يصح لما فيه من ابطال حقه في العين بخلاف ما اذا ادعى أنه وكيل بقبض الدين فصدقه حيث يؤمر بالدفع اليه لانه أقر بمال نفسه اذ الديون تقضى بأمثالها لا بأعيانها على ما بينا ولو هلكت الوديعة عنده بعدما منع قيل لا يضمن وقيل ينبغي أن يضمن لان المنع من وكيل المودع في زعمه بمنزلة المنع من المودع وهو يوجب الضمان فكذا هذا ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وأنكر المودع الوكالة يضمن المودع لانه متعد بالتسليم اليه وله أن يحلف المودع انه ما وكله فاذا نكل برئت ذمته واذا حلف ضمن وليس له أن يرجع على الوكيل لان في زعمه أن المودع ظالم في تضمينه اياه وهو مظلوم والمظلوم ليس له أن يظلم غيره الا اذا ضمنه وقت الدفع له على الصفة التي ذكرنا في الدين فحينئذ يرجع عليه ولو دفع اليه من غير تصديق له على الوكالة رجع عليه مطلقا ولو كانت العين باقية أخذها في الصور كلها لانه ملكها بأداء الضمان ولو أراد أن يستردها منه بعدما دفعها اليه لا يملك ذلك لانه ساع في نقض ما تم من جهته قال رحمه الله (وكذا لو ادعى الشراء وصدقه) يعني لو ادعى رجل شراء الوديعة وصدقه المودع لم يؤمر بالدفع اليه لان اقراره على الغير غير مقبول قال رحمه الله (ولو ادعى أن المودع مات وتركها ميراثا له وصدقه دفع اليه) لان ملكه قد زال بموته واتفقا أنه مال الوارث فيدفعه اليه ولو ادعى رجل أن صاحب المال مات ولم يدع وارثا وأنه أوصى له بما في يد رجل من عين أو دين وصدقه الذي في يده المال يؤمر بالتسليم اليه بعد التلوم لانه لما ادعى انه لم يترك وارثا ينزل منزلة الوارث فيدفع اليه بعد التلوم كما يدفع الى الوارث بعد التلوم لاحتمال أن يكون له وارث آخر ولو لم يقر من في يده المال بل أنكر موته أو قال لا أدري لا يؤمر بالتسليم اليه ما لم يقم البينة ولو لم يقل لم يترك وارثا لم يكن صاحب اليد خصما وتمامه في التحرير ولو ادعى أن صاحب المال مات وأوصى اليه وصدقه ذو اليد لا يلتفت الى تصديقه ولا يؤمر بالتسليم اليه اذا كان المال عينا في يد المقر لانه أقر أنه وكيل صاحب المال بقبض الوديعة أو الغصب بعد موته فلا يصح كما لو أقر أنه وكله حال حياته بقبض العين وان كان المال دينا على المقر فعلى قول محمد الاول يصدق ويؤمر بالدفع اليه لانه اقرار على نفسه اذ القضاء في خالص ماله كما لو ادعى انه وكله في حال حياته بقبض الدين وصدقه المدين يجبر على التسليم بخلاف ما لو صدقه أنه وكيل بقبض الوديعة وعلى قول محمد رحمه الله الاخير وهو قول أبي يوسف رحمه الله لا يصدق ولا يؤمر بالتسليم اليه وان كان اقرارا على نفسه من الوجه الذي ذكر لكنه اقرار على الغائب من وجه ودعوى لبراءة نفسه بدفع المال اليه لانه لو دفع الدين اليه وتحقق موت صاحب المال برئ بالدفع اليه لصحة أمر القاضي بذلك حتى لو حضر الوارث وأنكر وصايته لا يلتفت اليه ولا له ولاية اتباع الغريم فيؤدي الى أن يبرأ من الدين بقوله من غير حجة بخلاف ما لو أقر بوكالته حال حياته لانه لو حضر رب الدين وأنكر كان له أن يتبعه بدينه لان أمر القاضي بالدفع لم يصح في حياته ذكره في التيسير قال رحمه الله (ولو وكله بقبض ماله فادعى الغريم أن رب المال أخذه دفع المال) أي رجل وكل رجلا بقبض دين له على غريمه فقال الغريم للوكيل ان رب المال أخذه مني يجبر على دفع المال الى الوكيل لان وكالته ثبتت بقوله أخذه رب المال اذ لم ينكر الوكالة وانما ادعى الايفاء وفي ضمن دعواه اقرار بالدين وبالوكالة وهذا لانه لو لم يكن هو محقا عنده في طلب الدين لما اشتغل بذلك فصار كما اذا طلب منه الدين فقال أوفيتك فانه يكون اقرارا بالدين فاذا كان اقرارا ثبتت الوكالة في زعمه ولم يثبت الايفاء بمجرد دعواه فيؤمر بالدفع اليه كما لو أقر بالوكالة صريحا على ما بينا ولو طلب الغريم تحليف الوكيل انه لم يعلم ان الموكل استوفى منه لم يحلف لان اليمين لا تجري فيها النيابة على ما بينا من قبل

(قوله في المتن لم يؤمر بالدفع اليه) وروى الحسن عن أبي يوسف أنه يجبر على الدفع اه غاية (قوله ولو سلم الوديعة اليه فهلكت في يده وأنكر المودع الخ) قال الاتقاني رحمه الله فان كانت ضاعت في يده أي يد الوكيل فهل للمودع أن يرجع عليه فهو على وجوه أحدها أن يدفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين فلا رجوع فيه لان في زعمه أن الوكيل محق في الأخذ ولكن الموكل ظلم في الاخذ ثانيا بالتضمين والمرء مؤاخذ بزعمه والثاني أن يدفع بالتصديق وشرط الضمان احتياطا من تكذيب الغائب رجع على الوكيل لاجل ضمانه والثالث أن يدفع مع التكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع على الوكيل لان في زعمه أنه أخذه بغير حق والرابع أن يدفع بلا تصديق ولا تكذيب فاذا ضمنه الغائب كان له الرجوع أيضا لان الدفع كان على رجاء الاجازة من الغائب فاذا انقطع الرجاء رجع على الوكيل اه وهذه الاوجه تؤخذ من كلام الشارح لكني بادرت بكتابتها قبل التأمل في كلام الشارح اه (قوله وليس له أن يرجع على الوكيل) أي فيما اذا دفعها اليه المودع مع التصديق بلا تضمين اه (قوله ولو دفع اليه من غير تصديق) صادق بما اذا دفعها اليه مع التكذيب وبما اذا دفعها اليه بلا تصديق ولا تكذيب اه (قوله مطلقا) أي سواء ضمنه أو لم يضمنه اه لـ

وفيه

(قوله وفيه خلاف زفر) قال القدورى فى كتاب التقريب وقال زفر أحلفه على علمه فان أبى أن يحلف خرج من الوكالة ولنا أن الوكيل قام مقام الموكل فى الخصومة ومن قام مقام غيره لا يستحلف فيما يدعى قبله من الاستيفاء كالوصى ولان الغريم يدعى الايفاء على الموكل واليمين عليه فلم تصح النيابة فيها وجه قول زفر أن البينة لما جاز أن تسمع على الوكيل لما فيه من اسقاط حقه فى الخصومة جاز أن يستحلف لينكل فيثبت هذا المعنى وكما لو أقر سقطت خصومته اه غاية (قوله فى المتن واتبع رب المال واستحلفه) فان حلف مضى الأداء وان نكل يتبع القابض فيسترد ما قبض اه غاية (قوله فى المتن لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) قال الكاكى رحمه الله وبه قال ابن أبى ليلى وقال الشافعى وأحمد لا يلتفت الى قول البائع فيرد كما فى الدين ولا يمين على الوكيل اذا لم يدع البائع علمه أما لو ادعى علمه يحلف على العلم وبه قال زفر وعندنا لا يحلف أيضا اه (قوله بخلاف مسئلة الدين) قال الاتقانى حيث يدفع المال الى الوكيل بلا تأخير الى حضور رب الدين وحلفه وفى هذه المسئلة لا يرد المبيع على البائع بل يؤخر الامر الى أن يحضر المشترى فيحلف أنه ما رضى بالعيب اه (قوله لان القضاء بالفسخ نافذ) وان ظهر الخطأ اه هداية (قوله ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة) فاذا سقط البيع ظاهرا وباطنا لا يمكن اعادته بعد ذلك فلاجل هذا يؤخر الرد الى أن يحضر المشترى فيحلف اه غاية (قوله وقيل الاصح عند أبى يوسف (٣٨٥) أن يؤخر فى الفصلين) نظرا للغريم والبائع اه غاية قوله للغريم أى فى مسئلة الدين اه قوله والبائع أى فى مسئلة الرد بالعيب اه (قوله فى المتن فالعشرة بالعشرة) ومعنى قوله فالعشرة بالعشرة أى تكون العشرة التى حبسها عنده له بالعشرة التى أنفقها من خالص ماله ولا يكون متبرعا بالعشرة التى أنفقها ولا ترد العشرة المحبوسة على الموكل ولم يذكر محمد فى الاصل مسئلة الانفاق بل ذكر مسئلة قضاء الدين فقال فى كتاب الوكالة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء على فدفع الوكيل غيرها واحتبس الالف عنده كان القياس أن يدفع التى حبسها الى الموكل ويكون متطوعا فى التى دفع ولكنى أدع القياس وأستحسن أن أجيزه الى هنا لفظ الاصل ولم يذكر محمد القياس والاستحسان فى الجامع الصغير وقالوا فى شروحه هذا الذى ذكره استحسان والقياس أن يردها على الموكل ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر وجه القياس أن الدراهم والدنانير يتعينان فى الوكالة وان كانتا لا يتعينان فى عقود المعاوضات وعندنا حتى لو هلكت الدراهم قبل الانفاق أو قبل الشراء بها فى التوكيل بالشراء بطلت الوكالة فاذا أنفق عشرة من عنده كان متبرعا فلا يكون له أن يرجع على الموكل ولانه خالف الامر فيرد مال الموكل لان الموكل أمره بأن ينفق من مال الدافع لا من مال نفسه فلما أنفق من مال نفسه خالف وكان متطوعا اه اتقانى وكتب أيضا ما نصه قال قاضيخان فى فتاواه رجل دفع الى رجل عشرة دراهم وأمره أن يتصدق بها فأنفق الوكيل ثم تصدق عن الآمر بعشرة من ماله لا يجوز ويكون ضامنا للعشرة ولو كانت الدراهم قائمة فأمسكها الوكيل وتصدق من عنده بعشرة جاز استحسانا وتكون العشرة له بعشرته ولو دفع رجل دينارا الى رجل وأمره أن يبيعه فباع المأمور دينارا من عند نفسه وأمسك دينار الآمر لنفسه قال أبو يوسف لا يجوز ولو دفع الى رجل دينارا ليشترى به ثوبا فاشترى بدينار من عند نفسه جاز شراؤه للآمر ويكون الدينار له وكذا لو دفع الى رجل دينارا ليقضى غريماله فقضاه من مال نفسه وأمسك الدينار لنفسه جاز اه (قوله فيرد العشرة على الموكل) أى ان كانت قائمة ويضمن ان كان استهلكها وهو قول زفر اه غاية

وفيه خلاف زفر رحمه الله قال رحمه الله (واتبع رب المال واستحلفه) أى الغريم يتبع رب المال فيستحلفه لان قبضه يوجب براءة ذمته والطالب لو أقر به لزمه فيستحلف عند العجز عن اقامة البينة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وان وكله بعيب فى أمة وادعى البائع رضا المشترى لم يرد عليه حتى يحلف المشترى) أى وكله برد جارية بسبب عيب فيها فقال البائع المشترى رضى بالعيب لا يرد على البائع حتى يحلف المشترى بخلاف مسئلة الدين لان التدارك ممكن هنالك باسترداد ما قبضه الوكيل اذا ظهر الخطأ عند نكوله ولا يمكن ذلك فى العيب لان القضاء بالفسخ نافذ ظاهرا وباطنا عند أبى حنيفة رحمه الله فيصح القضاء ويلزم ولا يستحلف المشترى بعد ذلك لانه لا يفيد اذ لا يجوز فسخ القضاء وفى مسئلة الدين ليس فيه قضاء وانما فيه الامر بالتسليم فاذا ظهر الخطأ فيه أمكن نزعه منه ودفعه الى الغريم من غير نقض القضاء ولان حق الطالب فى الدين ثابت بيقين لتحقق الموجب فلا يمتنع على الوكيل استيفاؤه ما لم يثبت الغريم ما يسقطه ولا كذلك العيب لانه لم يتيقن ثبوت حق المشترى فى الرد لاحتمال أنه رأى العيب ورضى به وقت التسليم فيمتنع ثبوت حقه فى الرد أصلا وقالوا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يجب أن لا يفرق بين المسئلتين بل يرد فيهما للحال لان القضاء بالخطأ لا ينفذ الا ظاهرا عندهما فأمكن التدارك فيهما وقيل الاصح عند أبى يوسف رحمه الله أن يؤخر فى الفصلين لان من مذهبه أن القاضى لا يرد بالعيب على البائع ما لم يستحلف المشترى بالله تعالى ما رضيت بهذا العيب وان لم يدع البائع الرضا فلا بد من حضور المشترى وحلفه قال رحمه الله (ومن دفع الى رجل عشرة ينفقها على أهله فأنفق عليهم عشرة من عنده فالعشرة بالعشرة) وهذا استحسان والقياس أن يكون متبرعا لانه خالف أمره فترد العشرة على الموكل وجه الاستحسان أن الوكيل بالانفاق وكيل بالشراء لان الانفاق لا يكون بدون الشراء فيكون التوكيل به توكيلا بالشراء والوكيل

(قوله ثم يرجع به على الآمر) واذا ظفر بجنس حقه من مال الآمر كان له أن يأخذه اه غاية قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم فقال ادفعها الى فلان قضاء عنى فدفع الوكيل غيرها واحتبسها عنده كان القياس أن يدفع الالف التى احتبس الى الموكل ويكون متطوعا فيما دفعه لانه لم يأمره بالدفع من مال نفسه فيكون متطوعا وقد بطلت جهة قضاء الدين فيلزمه الرد الى المالك ولكنى أستحسن أن أجيزه لان المأمور بقضاء الدين مأمور بشراء ما فى ذمة الآمر بالدراهم والوكيل بالشراء اذا اشترى ونقد الثمن من عند نفسه سلم المقبوض له اه اتقانى (قوله ويحتاج الى النقد من مال نفسه الخ) فكان من طريق الدلالة كأن الموكل أمره بأن ينفق من مال نفسه فاذا كان كذلك كان له حق الرجوع على الموكل ولم يكن متطوعا فيما فعل كالوصى اذا قضى دين الميت امالنفسه أو الوارث قضى دين الميت بغير اذن الورثة من مال نفسه لا يكون متطوعا فكذلك ههنا قالوا فى شروح الجامع من المشايخ من قال مسئلة كتاب الوكالة فى قضاء الدين وليس فى قضاء الدين معنى الشراء فورد فيه القياس والاستحسان اللذان ذكرهما محمد فى كتاب الوكالة اه اتقانى (قوله لانه ليس فى معنى الشراء) أما الانفاق شراء فلم يختلف فيه وجها القياس والاستحسان بل صح ذلك قياسا واستحسانا حتى رجع الوكيل على الموكل بما أنفق قياسا واستحسانا اه غاية

بالشراء يملك النقد من مال نفسه ثم يرجع به على الآمر وهذا لانه لا يستصحب دراهم الآمر فى كل مكان وينفق له ما أمره به من غير قصد فيشتريه له ويحتاج الى النقد من مال نفسه فلم يجعل متبرعا تحقيقا الغرض الآمر ونفيا للحرج عن المأمور وقيل القياس والاستحسان فى قضاء الدين لانه ليس فى معنى الشراء ففى القياس يكون متبرعا لان أمره كان مقيدا بالمال المدفوع اليه ففى دفع مال آخر هو كالاجنبى فيكون متبرعا فى القضاء من مال نفسه ويرد على المطلوب ما أخذه منه لانه ملكه وقد كان عينه لجهة وقد استغنى عنه وجه الاستحسان أن مقصود الآمر تحصيل البراءة وقد حصلت ولا فرق فى ذلك بين المالين فلم يكن التقييد مفيدا فلا يعتبر ولان الوكيل قد يبتلى بوجود الطالب فى موضع ليس معه مال الموكل فيحتاج الى أن يدفع مثله من مال نفسه ليأخذ بدله من مال الآمر فكان هذا توكيلا بالمبادلة من وجه وهذا القدر من المبادلة يكفى لصحة الرجوع عليه والله تعالى أعلم

﴿باب عزل الوكيل﴾

اعلم أن للموكل عزل الوكيل عن الوكالة متى شاء لانها حقه فيملك ابطالها الا اذا تعلق بها حق الغير بأن وكله بالخصومة بالتماس من الطالب عند غيبة المطلوب فان الموكل لا يملك عزله فى هذه الحالة لانه انما خلى سبيله اعتمادا على أنه يتمكن من اثبات حقه متى شاء فلو جاز عزله لتضرر به الطالب عند اختفاء المطلوب لما فيه من ابطال حقه فصار كالوكالة المشروطة ببيع الرهن بخلاف ما اذا كان المطلوب حاضرا أو كانت الوكالة من غير التماس الطالب أو كانت من جهته لتمكنه من الخصومة مع المطلوب فى الوجه الاول ولعدم تعلق حقه بالوكالة فى الوجه الثانى اذ هو لم يطلب وفى الوجه الثالث العزل الى الطالب وهو صاحب الحق فله أن يعزله ويباشر الخصومة بنفسه وله أن يترك الخصومة بالكلية وعلى هذا قال بعض المشايخ اذا وكل الزوج وكيلا بطلاق زوجته بالتماسها ثم غاب لا يملك عزله وليس بشئ بل له عزله فى الصحيح لان المرأة لا حق لها فى الطلاق وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فأنت وكيلى

﴿باب عزل الوكيل﴾ أخر العزل عن الوكالة لما أنه يقتضى سبق ثبوتها فناسب ذكره آخرا اه غاية (قوله الا اذا تعلق بها حق الغير بان وكله بالخصومة) أى وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى اه (قوله فان الموكل لا يملك عزله) أى بلا رضا الخصم لئلا يلزم ابطال حق الغير قال شيخ الاسلام على بن محمد علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا وكله بالخصومة فله أن يعزله متى شاء لان التوكيل استنابة فاذا عزله فقد تبين أنه استغنى عنه فيملك ذلك الا فى خصلة واحدة وهو أن يكون الخصم قد لا يملك أخذه حتى جعل له وكيلا فى الخصومة فلا يكون له أن يخرجه الا بمحضر من الخصم فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وصورته أن يقول انى أخاف أن تغيب فوكل وكيلا ان غبت أخاصمه فيقضى لى عليه فقد تعلق بها حق الطالب فلا يمكن ابطالها الا بعلمه الى هنا لفظ شيخ الاسلام رحمه الله وقال الامام محمد بن أحمد الاسبيجابى فى شرح الطحاوى وللموكل أن يعزل وكيله متى شاء ويكون بعزله اياه خارجا عن وكالته وهذا اذا لم يتعلق بوكالته حق الغير فأما اذا تعلق بوكالته حق الغير فلا يملك الموكل عزله بغير رضا من له الحق كما لو رهن ماله عند رجل بدين له عليه أو وضعه عند رجل عدل وجعل المرتهن أو العدل مسلطا على بيعه عند محل الاجل ثم عزل الراهن المسلط على البيع فانه لا يصح عزل المدعى وكذلك لو وكل المدعى عليه وكيلا بالخصومة مع المدعى بالتماس المدعى ثم عزل المدعى عليه بغير حضرة المدعى فلا ينعزل لانه تعلق بهذه الوكالة حق الغير اه اتقانى (قوله أو كانت من جهته) أى بان وكل الطالب رجلا بالخصومة فله عزله عند غيبة المطلوب اه (قوله وعلى هذا قالوا لو قال الموكل للوكيل الخ) قال قاضيخان رحمه الله فى فصل الوقف على القرابات ما نصه وقد اختلف نصير بن يحيى

لا يملك عزله لانه كلما عزله تجددت الوكالة له وقيل ينعزل بقوله كلما وكلتك فأنت معزول وقال صاحب النهاية عندى أنه يملك عزله بأن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف ذلك الى المعلق والمنفذ لانا لو لم نجوز ذلك أدى ذلك الى تغيير حكم الشرع بجعل الوكالة من العقود اللازمة وكلاهما ليس بشئ لان فى الاول عزله و توكيله من غير فصل بينهما دائما الى نهاية وليس فيه وكالة تنفع ولا عزل يمنع وليس فى الثانى ما يبطل الوكالة المعلقة لان عزله لا يتناول الا الموجودة اذ لا يتصور عزل الوكيل قبل الوكالة كما لا يتصور عزل القاضى أو السلطان قبل التولية ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لان ما لا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه قال رحمه الله (وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) وقال الشافعى رحمه الله ينعزل بعزله وان لم يبلغه العزل لانه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء يتفرد باسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق وكالعزل الحكمى مثل الموت والجنون ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشرع حتى اذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولان فى انعزاله اضرارا به لانه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعا بخلاف الاعتاق والطلاق والعزل الحكمى لان العزل فيه حكمى لضرورة عدم المحل فلا يتوقف على العلم ويستوى فى ذلك الوكيل بالنكاح وغيره والرسول ينعزل قبل العلم به حتى اذا أرسله فى البيع أو غيره فعزله قبل التبليغ انعزل لانه مبلغ عبارة المرسل وناقل لها فيكون عزله رجوعا عن الايجاب وله ذلك قبل القبول كما اذا كان المشترى أوجبه بنفسه بخلاف الوكيل فانه يعقد بعبارة من عنده وان كانت الحقوق لا ترجع اليه بأن كان سفيرا ومعبرا كما فى النكاح وأمثاله وليس بناقل عبارة المرسل فلا يعتبر التوكيل فيه ايجابا وانما الايجاب من الوكيل فلا ينعزل حتى يبلغه لانه صار أصيلا فى حق العبارة وان لم يكن أصيلا فى حق الحقوق والرسول ليس بأصيل فى شئ ما فافترقا وقد ذكرنا اشتراط العدد أو العدالة فى المبلغ غير مرة فلا نعيده وكذا لو عزل الوكيل نفسه عن الوكالة لا يصح من غير علم الموكل ولا يخرج به عن الوكالة ولو جحد الموكل الوكالة فقال لم أوكله لم يكن ذلك عزلا قال رحمه الله (وموت أحدهما وجنونه مطبقا ولحوقه مرتدا) يعنى تبطل بهذه الاشياء أيضا لان الوكالة عقد جائز غير لازم فكان لبقائه حكم الابتداء فيشترط لقيام الامر فى كل ساعة ما يشترط للابتداء وشرط فى الجنون أن يكون مطبقا أى مستوعبا من قولهم أطبق الغيم السماء أى استوعبها لان كثيره كالموت وقليله كالاغماء وحد المطبق شهر عند أبى يوسف رحمه الله لانه يسقط به الصوم وعنه أكثر من يوم وليلة لانه يسقط به الصلوات

ومحمد بن سلمة فى الرجل اذا وكل وكيلا على أنه متى أخرجه عن الوكالة فهو وكيله قال نصير تجوز هذه الوكالة بهذا الشرط وقال محمد بن سلمة لا تجوز وانما اختلفا لاختلاف تفسير هذا الشرط فمحمد بن سلمة فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله بهذه الوكالة وهذا مخالف للشرع لان حكم الوكالة فى الشرع أن لا تكون لازمة و يرد عليها العزل ونصير فهم من هذا الكلام أنه متى أخرجه عن هذه الوكالة فهو وكيله وكالة مستقبلة ولو صرح بذلك كان جائزا قال الفقيه أبو جعفر لو صرح بذلك انما تجوز الوكالة فى غير الوقف أما فى الوقف وان صرح بذلك فانا نبطله صيانة للوقف عن البطلان ثم فى غير الوقف اذا جازت الوكالة بهذا الشرط فان أراد أن يخرجه عن الوكالة ينبغى أن يقول رجعت عن قولى متى أخرجتك عن الوكالة فأنت وكيلى فيصح رجوعه عن الوكالة المعلقة ثم يقول أخرجتك عن الوكالة اهـ (قوله فى المتن وتبطل الوكالة بالعزل اذا علم به الوكيل) قال فى المتن فى آخر مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة ومن أعلم بالوكالة صح تصرفه ولا يثبت عزله الا بعدل أو مستورين اهـ (قوله لانه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه) أى بيعا أو شراء فتنصرف حقوق العقد اليه من نقد الثمن من مال الموكل اذا كان وكيلا بالشراء ومن تسليم المبيع اذا كان وكيلا بالبيع ثم اذا عقد أو سلم يضمن ما تصرف لانه فعله بعد العزل اهـ اتقانى (قوله بخلاف الطلاق والعتاق والعزل الحكمى) قال الاتقانى بخلاف العزل الحكمى فانه كم من شئ يثبت ضمنا ولا يثبت قصدا اهـ غاية (قوله ويستوى فى ذلك الوكيل بالنكاح وغيره) يعنى العزل قبل العلم لا يصح أصلا والوكيل بالنكاح وغيره فى ذلك سواء اهـ (قوله وكذا لو عزل الوكيل نفسه الخ) قال فى الخلاصة فى الوكالة فى الجنس الذى عقده للعزل وفى النوازل لو قال الموكل للوكيل رد على الوكالة فقال رددت الوكالة ينعزل وكذا لو لم يقل الموكل رد على الوكالة ولكن الوكيل قال رددت الوكالة وعلم الموكل ينعزل اهـ قلت واستفدنا من هذا أن الوكيل اذا عزل نفسه فى غيبة الموكل فهو على وكالته حتى يعلم الموكل فاذا علم انعزل وهو حينئذ نظير ما اذا عزله الموكل فانه يبقى على الوكالة حتى يبلغه خبر العزل اهـ قال فى الذخيرة فى الفصل الثانى فى رد الوكالة ما نصه وكذلك الوكيل اذا عزل نفسه لا يصح عزله من غير علم الموكل ولا يخرج عن الوكالة اهـ (قوله فى المتن وموت أحدهما وجنونه مطبقا) بسكون الطاء وكسر الباء أى دائم ومنه تسمية الاطباء الحمى الدموية اللازمة بالمطبقة اهـ اتقانى قال النووى رحمه الله فى تحرير التنبيه المجنون المطبق بفتح الباء أى الذى أطبق جنونه ودام متصلا ومنه قول العرب الحمى المطبقة بفتح الباء وهى الدائمة اهـ

(قوله وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض) أى الموت والجنون واللحاق بدار الحرب مرتدا اهـ قال فى التتمة والفتاوى الصغرى وهذا كله فى موضع يملك الموكل عزله أما فى موضع لا يملك الموكل عزله كالعدل فى باب الرهن والامر باليد للمرأة فانه لا ينعزل الوكيل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالخصومة بالتماس الخصم ينعزل بموت الموكل وجنونه والوكيل بالطلاق ينعزل بجنون الموكل استحسانا ولا ينعزل قياسا وقال شيخ الاسلام علاء الدين أبو الحسن على بن محمد فى الاسبيجابى فى أوائل كتاب الوكالة من شرح الكافى واذا وكل الرجل وكيلا فى خصومة أو بيع أو شراء شئ كان له أن يخرجه من الوكالة لان التوكيل صح لحق الموكل فكان له ابطاله فان لم يخرجه حتى ذهب عقل الموكل زمانا دائما فقد خرج الوكيل من الوكالة لان بقاء النيابة يستدعى بقاء أهلية المنوب عنه فقد بطلت وهذا فى شئ يقبل العزل فأما فى شئ لا يمكنه عزله فلا يبطل مثل الامر (٣٨٨) باليد وما أشبهه لان هذا تصرف لازم لا يحتاج الى التجديد فلا يشترط بقاء

وعند محمد رحمه الله حول كامل وهو الصحيح لانه يسقط به جميع العبادات حتى الزكاة لان استمراره حولا مع اختلاف فصوله آية استحكامه أما ما دون الحول فلا يمنع وجوب الزكاة فلا يكون فى معنى الموت والمراد بلحاقه بدار الحرب مرتدا أن يحكم الحاكم بلحاقه لان لحاقه لا يثبت الا بحكم الحاكم فاذا حكم به بطلت الوكالة بالاجماع وأما قبل ذلك فوقوفة عند أبى حنيفة رحمه الله لان تصرفاته موقوفة عنده فكذا وكالته فان أسلم نفذت وان قتل أو لحق بدار الحرب بطلت وأما عندهما فتصرفاته نافذة فلا تبطل وكالته هذا اذا كانت الوكالة غير لازمة وان كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض كما اذا كانت الوكالة مشروطة فى عقد الرهن وكذا اذا جعل أمر امرأته بيدها ثم جن الزوج لا يبطل أمرها لانه قد ملكها التصرف فصار كتمليك العين وان كانت الوكالة بالنكاح تبطل بالردة لانه بالردة خرج من أن يكون مالكا للنكاح بنفسه فتبطل الوكالة به أيضا ثم لا تعود بالاسلام ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط ولا تبطل وكالة المرأة بارتدادها ما لم تلحق بدار الحرب ويحكم الحاكم بلحاقها وكذا يجوز توكيلها بعد ارتدادها أيضا لانها تبقى بعد الردة مالكة للتصرف بنفسها وردتها لا تؤثر فى عقودها الا اذا وكلته بالتزويج ثم ارتدت والعياذ بالله فان ذلك باطل لانها لا تملك أن تتزوج بنفسها فكذا لا يزوجها وكيلها ولو وكلت وكيلا فى حال ردتها فزوجها بعد ما أسلمت صح كالمعتدة اذا وكلت وكيلا بأن يزوجها فزوجها بعد انقضاء عدتها بخلاف ما اذا وكلته قبل ارتدادها ثم ارتدت وأسلمت حيث لا يجوز أن يزوجها لان ارتدادها اخراج له عن الوكالة فصار معزولا من جهتها ولا تعود الوكالة بعد العزل وان عاد المرتد مسلما بعد اللحاق بدار الحرب فان كان وكيلا فهو على وكالته عند محمد رحمه الله ولا يعود وكيلا عند أبى يوسف رحمه الله لان قضاء القاضى بلحاقه بمنزلة موته ولهذا لا يعود ملكه فى مدبريه وأمهات أولاده ويعتقن به كما يعتقن بالموت وهذا لان التوكيل اثبات ولاية التنفيذ لان أصل التصرف يملكه بأهليته وولاية التنفيذ بالملك وباللحاق لحق بالاموات فلا ملك ولا أهلية له ووجه قول محمد رحمه الله أن الوكيل يتصرف بمعان قائمة به والعجز بعارض اللحاق لتباين الدارين والتوكيل اطلاق فاذا زال العجز والاطلاق باق عاد وكيلا لبقاء تلك المعانى وهو العقل والقصد فى ذلك التصرف والذمة الصالحة وهذا لان صحة الوكالة لحق الموكل وحقه باق بعد لحاقه بدار الحرب وانما عجز عن التصرف بعارض على شرف الزوال فلا ينعزل به عن الوكالة فاذا زال صار كأن لم يكن فبقى الوكيل على وكالته بمنزلة ما لو أغمى عليه زمانا ثم أفاق وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة فى الظاهر وعن محمد أنها تعود كما قال فى الوكيل لانه اذا عاد عاد ملكه عليه مثل ما كان وقد

الاهلية بخلاف التصرف الجائز لانه يتلاشى فى كل ساعة فاعتبر بقاؤه أهلا اهـ اتقانى قال قاضيخان فى فتاواه رجل وكل رجلا بالخصومة فطلب خصمه ثم جن الموكل أو مات بطلت الوكالة والراهن اذا سلط العدل على البيع ثم جن ذكر شمس الائمة السرخسى أنه لا ينعزل العدل اهـ (قوله وردتها لا تؤثر فى عقودها) لان المرتدة لا تقتل عندنا لان علة القتل الحراب ولم يوجد لانه ليس لها بنية صالحة للحراب اهـ غاية (قوله ولا يعود وكيلا عند أبى يوسف) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فى أول الباب من كتاب الوكالة ثم قدر مدة اللحاق بأقل من سنة قال ان بقى أقل من سنة ثم عاد تعود الوكالة لانا بقيناها على احتمال أن يعود فأما اذا بقى أكثر من سنة ثم عاد لا تعود الوكالة لان احتمال العود قد بطل بالحول ظاهرا وغالبا فصار كالجنون اذا كان أقل من سنة لا تبطل الوكالة واذا استوعب السنة تبطل الى هنا لفظه رحمه الله فى شرح الكافى اهـ غاية (قوله وباللحاق لحق بالاموات الخ) والوكالة لا تبقى بعد الموت فتبطل والباطل لا يعود بخلاف أملاكه فانها قائمة بعد الموت فجاز أن تعود ولان اللحاق يمنع ابتداء الوكالة فاذا طرأ عليها أبطلها كالجنون اهـ غاية (قوله ووجه قول محمد) أى ووجه قول محمد أن عدم نفاذ تصرف الوكيل فى دار الحرب لا باعتبار أنه انعزل بل لاعتبار أن الامر لم يتناول تلك البقعة كمن قال لغيره بع ثوبى ببغداد فأخرجه منها لم يجز بيعه فاذا عاد جاز بيعه فكذلك ههنا اهـ غاية (قوله وان كان العائد مسلما هو الموكل لا تعود الوكالة) بالاتفاق وهذا هو المشهور اهـ غاية

تعلقت

تعلقت الوكالة بقديم ملكه فيعود الوكيل على وكالته والفرق له على الظاهر أن الوكالة تعلقت بملك الموكل وقد زال ملكه بردته ولحاقه فبطلت الوكالة على البتات بخلاف ردة الوكيل فان ملك الموكل باق على حاله وقد تعلقت الوكالة به وانما انقطع تصرفه لعجزه وقد زال فتعود الوكالة كما كانت قال رحمه الله (وافتراق الشريكين) أى تبطل الوكالة بافتراق الشريكين وان لم يعلم الوكيل به لانه عزل حكمى والعزل الحكمى لا يشترط فيه العلم ثم هذا الكلام يحتمل وجهين أحدهما أن ينعزل كل واحد منهما عن الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لان كل واحد منهما وكيل عن صاحبه بالتصرف فينعزل بالافتراق عن هذه الوكالة التى تضمنها عقد الشركة لانها كانت ثابتة فى ضمن الشركة فتبطل ببطلانها اذا لم يكن مصرحا بها وفيه اشكال من حيث إنه لا يصح أن ينفرد أحدهما بفسخ الشركة بدون علم صاحبه بل يتوقف على علمه لانه عزل قصدى فكيف يتصور أن ينعزل بدون علمه ويمكن أن يحمل على ما اذا هلك المالان أو أحدهما قبل الشراء فان الشركة تبطل به وتبطل الوكالة التى كانت فى ضمنها علما بذلك أو لم يعلم لانه عزل حكمى اذا لم تكن الوكالة مصرحا بها عند عقد الشركة على ما بينا فى كتاب الوكالة والثانى ان أحد الشريكين أو كليهما لو وكل من يتصرف فى المال جاز على ما عرف فلو افترقا انعزل هذا الوكيل فى حق غير الموكل منهما اذا لم يصرحا بالاذن فى التوكيل قال رحمه الله (وعجز موكله لو مكاتبا وحجره لو مأذونا) معناه لو كان الموكل مكاتبا أو عبدا مأذونا له فى التجارة ينعزل الوكيل بعجز المكاتب وحجر العبد علم بذلك أو لم يعلم لان بقاء الوكالة معتبر بابتدائها لكونها غير لازمة لان العقود التى لا تلزم لبقائها حكم الابتداء فيشترط فى حالة البقاء قيام الامر كما فى الابتداء وقد بطل بالعجز والحجر فتبطل الوكالة ويستوى فيه علم الوكيل وجهله لان البطلان حكمى كما اذا تصرف الموكل فى الشئ الذى وكل فيه هذا اذا كان وكيلا فى العقود والخصومات وأما الوكيل فى قضاء الدين واقتضائه فلا ينعزل بعجز المكاتب ولا بحجر المأذون له لان العجز أو الحجر يوجب الحجر عليه من انشاء التصرف فيخرج وكيله عن الوكالة ولا يوجب الحجر عليه من قضاء الدين واقتضائه فكذا لا يوجب عزل وكيله عن ذلك فان كوتب بعد ذلك أو أذن للمحجور عليه لم تعد الوكالة التى بطلت لان صحتها كانت باعتبار ملك الموكل التصرف عند التوكيل وقد زال ذلك بالعجز والحجر بعد الوكالة فلم يعد بالكتابة الثانية والاذن الثانى ولو عزل المولى وكيل العبد المأذون له لا ينعزل لان ذلك حجر خاص والاذن فى التجارة لا يكون الا عاما فكان باطلا ألا ترى أن المولى لا يملك نهيه عن ذلك مع بقاء الاذن فكذا لا ينفذ فعله الحكمى فيه قال رحمه الله (وتصرفه بنفسه) أى تبطل الوكالة بتصرف الموكل بنفسه فيما وكله به لفوات المحل والمراد بتصرفه ما يعجز الوكيل عن الامتثال به مثل أن يوكله ببيع عبد ثم يبيعه الموكل بنفسه أو يدبره أو يكاتبه وان لم يعجزه عن الامتثال فالوكالة باقية على حالها وهذا أصله حتى لو وكله بطلاق امرأته فطلقها هو ثلاثا أو واحدة فانقضت عدتها بطلت الوكالة لعجزه عن الامتثال ولو تزوجها بعد ذلك ليس للوكيل أن يطلقها لتحقق عجز الموكل عن الايقاع بانقضاء العدة فكذا الوكيل وانما تمكن من الايقاع بعده بسبب جديد ولم يحصل ذلك للوكيل ولو طلقها واحدة ولم تنقض عدتها فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل ولو وكله بتزويج امرأة فتزوجها بنفسه ثم طلقها ليس للوكيل أن يزوجها اياه لان الحاجة قد انقضت بخلاف ما اذا تزوجها الوكيل بنفسه ثم أبانها حيث يجوز له أن يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة ولو وكله بطلاق امرأته ثم ارتد الزوج فطلاق الوكيل يقع عليها مادامت فى العدة لبقاء تمكن الزوج من الايقاع وان لحق بدار الحرب فذلك بمنزلة موته ولو وكله بالخلع ثم خلعها الزوج بنفسه خرج الوكيل من الوكالة لان الخلع بعد الخلع لا يصح فتعذر التصرف على الوكيل بخلاف ما اذا وكله أن يطلقها ثم خالعها الزوج حيث يقع عليها طلاق الوكيل مادامت فى العدة لان طلاق الزوج يقع عليها فى هذه الحالة فيبقى الوكيل على وكالته والاصل فيه أن ما كان الموكل فيه قادرا على الايقاع كان وكيله أيضا قادرا

(قوله والفرق الخ) كما قالوا فيمن وكل رجلا ببيع عبده ثم باعه الموكل انعزل الوكيل فاذا رد على الموكل بعيب بقضاء عادت الوكالة لان الملك الاول عاد فعاد حقوقه اهـ غاية (قوله تبطل الوكالة بافتراق الشريكين) يعنى أحد شريكى العنان أو المفاوضة (قوله فللوكيل أن يطلقها أخرى لبقاء المحل) بخلاف ما اذا طلقها بنفسه ثلاثا حيث لا يكون للوكيل أن يطلقها بعد ذلك لا فى العدة ولا بعدها اهـ اتقانى (قوله حيث يجوز له أن يزوجها من الموكل لبقاء الحاجة) ولو ارتدت ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وأسلمت فزوجها اياه الوكيل جاز فى قياس قول أبى حنيفة ولم يجز فى قول أبى يوسف ومحمد لانها صارت أمة ونكاح الامة ليس بمعهود وغير المعهود خارج عن مراد المتكلم عندهما اهـ غاية

على الايقاع فتبقى الوكالة على حالها والا فلا ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية أو خيار شرط أو عيب بقضاء أو لفساد بيع فالوكيل باق على وكالته لان ملكه القديم قد عاد اليه بالفسخ فتعود الوكالة وان رد عليه بما لا يكون فسخا كالرد بعيب بغير قضاء أو اقالة لا تعود الوكالة لانه بيع في حق ثالث والوكيل ثالثهما والوكالة تعلقت بالملك الاول وهذا ملك جديد بخلاف ما اذا رد عليه بما يكون فسخا ولو باعه الوكيل ثم رد عليه بما يكون فسخا فله أن يبيعه ثانيا كما اذا كان البائع هو الموكل فرده عليه بذلك ولو وكله بهبة شيء فوهبه المالك ثم رجع بالهبة فليس للوكيل أن يهبه لان الواهب مختار في الرجوع فكان ذلك دليل عدم حاجة الواهب الى الهبة ولو وهبه الوكيل فرجع الموكل في هبته لم يكن للوكيل أن يهبه ثانيا لما ذكرنا قال محمد رحمه الله لا تشبه الهبة البيع لان الوكالة بالبيع لا تنقضي بمباشرة المبيع لان الوكيل بالبيع بعد ما باع يتولى حقوق العقد ويتصرف فيها بحكم الوكالة فاذا فسخ البيع والوكالة قائمة جاز له أن يبيع ثانيا بحكمها أما الوكالة بالهبة تنقضي بمباشرة الهبة حتى لا يملك الوكيل الواهب الرجوع ولا يصح تسليمه فاذا رجع في هبته فقد عاد اليه العبد ولا هبة ولا وكالة فلا يتمكن الوكيل من الهبة ثانيا ولو وكله ببيع عبده فأسره العدو وأدخلوه في دارهم ثم رجع الى الموكل بملك جديد بأن اشتراه منهم لم تعد الوكالة ولو أخذه من المشتري منهم بالثمن أو بالقيمة ممن وقع في سهمه من الغانمين فهو على وكالته لانه بالاخذ بهذا الطريق عاد الى قديم ملكه وقد كانت الوكالة متعلقة به فاذا عاد عادت الوكالة ولو وكله باعتاق أمته فأعتقها الموكل ثم ارتدت والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب ثم سبيت وملكها لا تعود الوكالة لانه ملك جديد بغير الاول بسبب جديد ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة وهي ذات زوج فمات زوجها أو طلقها وانقضت عدتها جاز للوكيل أن يزوجها من الموكل لان هذه وكالة مضافة لانعدام المحل وقت التوكيل وهي جائزة ولو وكله أن يزوجه امرأة معينة فارتدت والعياذ بالله ثم أسرت وأسلمت جاز للوكيل أن يزوجه اياها عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما بناء على أن تسمية المرأة مطلقا تنصرف الى الحرة عندهما ولا تنصرف عنده بل له أن يزوجه الامة ولو وكله بالبيع ثم رهنه الموكل أو آجره فسلمه فالوكيل على وكالته في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يخرج عن الوكالة والله أعلم

﴿كتاب الدعوى﴾

قال رحمه الله (هي اضافة الشيء الى نفسه حالة المنازعة) أي الدعوى أن يدعو الشيء الى نفسه في حالة الخصومة وهذا في الشريعة ولهذا قال عليه الصلاة والسلام البينة على المدعي واليمين على من أنكر لان كل واحد من البينة واليمين يحتاج اليه عند اضافة الشيء الى نفسه اذا كان ثم منازع وهي في اللغة عبارة عن اضافة الشيء الى نفسه مطلقا من غير تقييد بمنازعة أو مسالمة مأخوذ من قولهم ادعى فلان شيأ اذا أضافه الى نفسه اذا قال لي ومنه دعوة النسب بالكسر والدعوة بالفتح في المأدبة وقيل الدعوى في اللغة قول يقصد به الانسان ايجاب الشيء على الغير الا أن اسم المدعي يتناول من لا حجة له في العرف ولا يتناول من له حجة فان القاضي يسميه مدعيا قبل اقامة البينة وبعدها يسميه محقا لا مدعيا ويقال لمسيلمة الكذاب لعنه الله مدعي النبوة لانه عجز عن اثباتها ولا يقال للرسول صلى الله عليه وسلم مدعي النبوة لانه قد أثبتها بالمعجزة والدعوى اسم وليس بمصدر والفعل ادعى افتعل والمصدر ادعاء افتعال وألف دعوى للتأنيث فلا ينون وجمعها دعاوى بفتح الواو لا غير كفتوى وفتاوى واسم الفاعل مدع والمفعول مدعى عليه والمال مدعى والمدعى به خطأ ثم شرط جواز الدعوى أن تكون في مجلس القاضي ولا تصح

(قوله ولو وكله ببيع شيء فباعه الموكل ثم رد عليه بما يكون فسخا كخيار رؤية الخ) قال في القنية في مسائل متفرقة من كتاب الوكالة وكله بأن يؤاجر داره ثم آجرها الموكل بنفسه ثم انفسخت الاجارة يعود على وكالته اه (قوله ولو وكله بأن يزوجه امرأة معينة الخ) قال في القنية في باب الوكالة في الطلاق والنكاح بعد أن رقم لشرح السرخسي لها زوج فوكلت رجلا بأن يزوجها من نفسه فلما طلقها وانقضت عدتها زوجها الوكيل من نفسه جاز قلت فقد صح توكيلها به مع عجزها عنه وقت التوكيل اه (قوله جاز للوكيل أن يزوجها من الموكل) لانه أمره بانكاحها اياه وهو متصور بواسطة الموت وانقضاء العدة فانصرف التوكيل اليه وصار كأنه نص على اضافة التوكيل الى تلك الحالة والوكالات مما تقبل التعليق والاضافة الى زمان في المستقبل اه غاية

﴿كتاب الدعوى﴾

لما كانت الوكالة بالخصومة من أنواع الوكالات وهي سبب داع الى الدعوى والخصومة ناسب ذكر كتاب الدعوى عقيب كتاب الوكالة لان المسبب يقتضي سابقية السبب اه اتقاني (قوله في المتن هي اضافة الشيء الخ) هذا ركنها لان ركن الشيء ما يقوم به الشيء والدعوى انما تقوم باضافة المدعي الى نفسه فكان ركنا اه (قوله ولهذا) أي ولاجل أن الدعوى لا تكون الا حال المنازعة لا حال المسالمة اه (قوله يقصد به في الانسان ايجاب الخ) لانه يضيفه الى نفسه فيقول اني اه غاية (قوله بفتح الواو لا غير) هكذا قال في الكافي اه

(قوله أونعم) أى فاذا أجاب بنعم يجب ما ادعاه المدعى باقرار المدعى عليه وان قال لا يقول القاضى للمدعى ألك بينة فان قال لا يقول لك يمينه فان طلب المدعى يمينه استحلفه فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل لزمه الدعوى اه غاية (قوله فى المتن والمدعى من اذا ترك الخ) قال الاتقانى وقال بعضهم صورة ذلك هو أنه اذا ترك دعواه ترك والمنكر هو الذى اذا ترك دعواه لا يترك اه (قوله كالمودع الخ) سيأتى قبيل قوله ولو افتدى المنكر يمينه أن المودع اذا قال ان الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات اه (قوله وهو منكر للوجوب) أى لوجوب الضمان لانه يتمسك بالاصل اذ الاصل فى الذمم البراءة اه (قوله وسبب (٣٩١) وجوبه الخ) لان أحكام الديون تختلف

فى غير مجلسه حتى لا يستحق على المدعى عليه جوابه وأن يكون الخصم حاضرا حتى لو ادعى على غائب لا يجاب وأن يكون المدعى شيأ معلوما ليمكن اثباته بالبينة و يتمكن القاضى من الحكم به حتى لا يجب الجواب على المدعى عليه اذا كان المدعى مجهولا وحكمها وجوب الجواب على الخصم اذا صحت و يترتب على صحتها وجوب احضار الخصم والمطالبة بالجواب بلا أونعم واقامة البينة واليمين اذا أنكر قال رحمه الله (والمدعى من اذا ترك ترك والمدعى عليه بخلافه) أى لا يترك اذا ترك بل يجبر هذه المعرفة الفرق بينهما وهى من أهم ما ينبنى عليه مسائل الدعوى وقد اختلفت عبارات المشايخ فى حده فمنها ما ذكر هنا وهو حد صحيح لكونه جامعا للمحدود ومانعا من دخول غيره فيه وقيل المدعى من لا يستحق الا بحجة كالخارج والمدعى عليه من يستحق بقوله من غير حجة كصاحب اليد وقيل المدعى من يلتمس غير الظاهر والمدعى عليه من يتمسك بالظاهر وقيل المدعى من يشتمل كلامه على الاثبات فلا يصير خصما بالتكلم فى النفى فان الخارج لو قال لذى اليد هذا الشئ ليس لك لا يكون خصما ومدعيا ما لم يقل هو لى والمدعى عليه من يشتمل كلامه على النفى فيكتفى به منه فان ذا اليد لو قال ليس هذا لك كان خصما بهذا القدر وقوله هو لى فضلة فى الكلام غير محتاج اليه وقيل كل من يشهد بما فى يد غيره لنفسه فهو مدع وكل من يشهد بما فى يده لنفسه فهو منكر ومدعى عليه وكل من يشهد بما فى يد غيره لغيره فهو شاهد وكل من يشهد بما فى يده لغيره فهو مقر وقال محمد رحمه الله فى الاصل المدعى عليه هو المنكر والآخر هو المدعى وهذا صحيح غير أن التمييز بينهما يحتاج الى فقه وحذاقة اذ العبرة للمعنى دون الصورة فانه قد يوجد الكلام من شخص فى صورة الدعوى وهو انكار فى المعنى كالمودع اذا ادعى رد الوديعة فانه مدع للرد صورة وهو منكر للوجوب معنى فيحلفه انه لا يلزمه رده ولا ضمانه ولا يحلفه على انه ردها لان اليمين تكون على النفى ليتحقق الانكار لانه ينكر الوجوب عليه والاصل براءة الذمة فكان القول له ولا يرد على هذا المدين اذا ادعى قضاء الدين أو إبراء الطالب فان القول للطالب مع انه يدعى شغل ذمته والمدين البراءة لانا نقول لما اتفقا على وجوب الدين صار الشغل هو الاصل والمدين بدعواه الايفاء أو الابراء صار مدعيا خلاف الاصل والطالب ينكر فكان القول له أو نقول ان المودع أمين فيكون القول قوله فى وضع الامانة موضعها كما فى القاضى وأمينه وكالمطلقة اذا ادعت انقضاء العدة أو بقاءها قال رحمه الله (ولا تصح الدعوى حتى يذكر شيأ علم جنسه وقدره) لان فائدتها الالزام بواسطة الاشهاد ولا يتحقق الاشهاد ولا الالزام فى المجهول فلا يصح ولا يجب الجواب على الخصم فاذا بين جنسها ونوعها وقدرها وصفتها وسبب وجوبها صحت الدعوى فيترتب عليها أحكامها من وجوب الاحضار والحضور والمطالبة بالجواب ووجوب الجواب واليمين واقامة البينة ولزوم احضار الشئ المدعى ان لم يكن دينا ولا يتعلق بالدعوى المجهولة شئ من ذلك لفسادها وانما وجب اذا صحت لقوله تعالى واذا دعوا الى الله ورسوله ليحكم بينهم اذا فريق منهم معرضون ألحق الوعيد بمن امتنع عن الحضور بعد ما طولب به فدل ذلك على أن الحضور مستحق عليه قال رحمه الله (فان كان عينا فى يد

باختلاف أسبابها فانه اذا كان بسبب السلم يحتاج الى بيان مكان الايفاء ليقع التحرز عن الاختلاف ولا يجوز الاستبدال به قبل القبض وان كان من مبيع يجوز الاستبدال به قبل القبض ولا يشترط بيان مكان الايفاء اه كاكى (قوله لفسادها) ولا نعلم فيه خلافا الا فى الوصية فان الأئمة الثلاثة يجوزون دعوى المجهول فى الوصية فان ادعى حقا من وصية أو اقرار فانهما يصحان بالمجهول ويصح دعوى الاقرار المجهول بلا خلاف ولا يشترط لسماع الدعوى المخالطة والمعاملة ولا فرق فيه بين طبقات الناس وعن مالك لا تسمع دعوى الدنئ على الشريف اذا لم يعرف بينهما سببه اه كاكى (قوله فى المتن فان كان عينا) قال الاستروشنى فى فصوله فى الفصل التاسع ان الدعوى لا تخلو إما أن تقع فى الدين أو فى العين فان وقعت فى العين فلا يخلو إما أن كان عقارا أو منقولا فان كان منقولا فلا يخلو إما أن كان قائما أو هالكا فان ادعى منقولا قائما فان أمكن احضاره مجلس الحكم فالقاضى لا يسمع دعوى المدعى ولا شهادة شهوده الا بعد احضار ما وقع فيه يشير اليه المدعى والشهود لتنقطع الشركة بين المدعى وغيره قال شمس الأئمة السرخسى ومن المنقولات ما لا يمكن احضاره عند القاضى كالصبرة من الطعام والقطيع من الغنم فالقاضى بالخيار ان شاء حضر ذلك الموضع لو تيسر له ذلك وان كان لا يتهيأ له الحضور وكان مأذونا بالاستخلاف يبعث خليفته الى ذلك الموضع وهو نظير ما اذا كان القاضى فى داره ووقعت الدعوى فى جمل ولا يسع باب داره فانه يخرج الى باب داره أو يأمر نائبه حتى يخرج ليشير اليه الشهود بحضرته وفى القدورى

اذا كان المدعى شيأ يتعذر نقله كالرحى فالحاكم بالخيار ان شاء حضر وان شاء بعث امينا كذا ذكره فى الذخيرة وذكره القاضى الامام ظهير الدين وهذا انما يستقيم اذا كان العين المدعى فى المصر أما اذا كان خارج المصر كيف يقضى القاضى به والمصر شرط لجواز القضاء فى ظاهر الرواية لكن الطريق فيه أن يبعث واحدا من أعوانه حتى يسمع الدعوى والبينة ويقضى ثم بعد ذلك يمضى قضاءه اهـ (قوله وكذا فى الشهادة والاستحلاف) يعنى اذا شهد الشهود على العين المدعاة أو استحلف المدعى عليه على العين المدعاة كلف احضارها اهـ غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى ويتعلق بالدعوى أيضا وجوب احضار العين المدعاة مجلس القاضى على المدعى عليه اذا كانت منقولة قائمة فى يده حتى يشير المدعى أو الشهود اليها أو يشير اليها المدعى عليه عند الاستحلاف اهـ (قوله ذكر قيمتها) أى ذكر المدعى قيمتها حتى تصح الدعوى بوقوعها على معلوم لان عين المدعاة تعذر مشاهدتها ولا يمكن معرفتها بالوصف فاشترط بيان القيمة لانها شئ تعرف العين الهالكة به اهـ (قوله لان غير المقدر) أى المقدر بالكيل أو الوزن اهـ (قوله يشترط مع ذلك) أى مع بيان قيمتها اهـ (قوله ذكر الذكورة) وبعضهم لم يشترط ذلك اهـ (قوله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به) قال الكاكى وفى المجتبى قال الاسبيجابى فى مسئلة سرقة البقرة لو اختلفا فى لونها تقبل الشهادة عنده خلافا لهما وهذه المسئلة تدل على أن احضار المنقول ليس بشرط للشهادة والدعوى اذ لو شرط لاحضرت ولما وقع الاختلاف عند المشاهدة ثم قال والناس عنها غافلون اهـ (قوله فى المتن وان ادعى عقارا الخ) ذكر هنا فصولا ثلاثة الاول تحديد العقار وهو بيان حدوده والثانى ذكر المدعى أن المدعى فى يد المدعى عليه والثالث ذكر المدعى أنه يطالب المدعى عليه بالمدعى أما الفصل الاول فنقول انما شرط التحديد لان الدعوى لا تصح فى المجهول والعقار لا يعلم الا بالتحديد فاشترط التحديد حتى تقع الشهادة على معلوم قال فى شرح الاقطع لو وقعت الدعوى فى غير (٣٩٣) محدود لم تصح حتى يحضر الحاكم عند الارض فيسمع الدعوى على عينها ويشير الشهود اليها بالشهادة قال فى شرح أدب القاضى يجب على المدعى وعلى الشهود الاعلام بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن فى الدار البلدة ثم المحلة التى فيها الدار فى تلك البلدة ثم يبين حدود الدار لان التعريف بأقصى ما يمكن وأقصى ما يمكن هذا وهو أن يبين أولا الاسم العام وهو البلدة ثم يبين ما هو الاخص منه وهو المحلة ثم يعرف بما هو أخص من المحلة وهو الحدود الاربعة ليحصل التعريف والاعلام بأقصى ما يمكن قال فاذا فعل ذلك وشهد الشهود على ذلك كله قبل القاضى وقضى به وقال الاستروشنى فى الفصل الثامن من فصوله ذكر الشيخ الامام الفقيه الحاكم أبو نصر أحمد بن محمد السمرقندى فى شروطه اذا وقعت الدعوى فى العقار لا بد من ذكر البلدة التى فيها الدار ثم من ذكر المحلة ثم من ذكر السكة فيبدأ الكاتب بذكر الكورة ثم بذكر المحلة اختيارا لقول محمد بن الحسن فان المذهب عنده أن يبدأ بالاعم ثم ينزل من الاعم الى الاخص وقال أبو زيد البغدادى يبدأ بالاخص ثم بالاعم فيقول دار فى سكة كذا فى محلة كذا فى كورة كذا وقاسه على النسب حيث يقول فلان ثم يقول ابن فلان ثم يذكر الجد فيبدأ بما هو أقرب ثم يترقى الى ما هو الابعد لكن ما قاله محمد بن الحسن أحسن لان العام يعرف بالخاص ولا يعرف الخاص بالعام وفصل النسب حجة عليه لان الاعم اسمه فان جعفرا فى الدنيا كثير فان عرف والا ترقى الى الاخص فيقول ابن محمد وهذا أخص فان عرف والا ترقى الى الجد الى هنا لفظ الفصول وقال فى هذا الفصل أيضا فى موضع آخر وذكر فى الذخيرة اذا ادعى محدودا فى موضع كذا وبين الحدود ولم يبين أن المحدود ما هو كرم أو أرض أو دار وشهد الشهود كذلك هل تسمع وهل تصح الدعوى والشهادة حكى فتوى شمس الائمة السرخسى أنه لا تصح الدعوى والشهادة وحكى فتوى شمس الاسلام الاوزجندى أن المدعى اذا بين المصر والمحلة والموضع والحدود تصح الدعوى ولا يوجب ترك بيان المحدود جهالة فى المدعى وكان ظهير الدين المرغينانى يكتب فى جواب الفتوى لو سمع قاض هذه الدعوى تجوز وقيل ذكر المصر والقرية والمحلة ليس بلازم وذكر رشيد الدين أنه لا بد أن يكتب بأى قرية وبأى موضع لترتفع الجهالة الى هنا لفظ الفصول اهـ اتقانى وكتب على قوله عقارا ما نصه قال الاتقانى العقار بالفتح الارض والضياع والنخل

المدعى عليه كلف احضارها ليشير اليها بالدعوى وكذا فى الشهادة والاستحلاف) لان الاعلام بأقصى ما يمكن شرط وذلك بالاشارة بعد الاحضار فيما يمكن احضاره من المنقول وان لم يمكن كالرحى حضره الحاكم أو بعث أمينه قال رحمه الله (وان تعذر ذكر قيمتها) أى ان تعذر احضار المنقولات بأن كانت هالكة أو غائبة ذكر قيمتها لان غير المقدر لا يمكن ضبطه بالوصف ويمكن بالقيمة فوجب المصير اليها لانها هى المدعاة فى هذه الحالة اصير ورتها دينا فى الذمة وقال أبو الليث يشترط مع ذلك فى الحيوان ذكر الذكورة والانوثة وان لم يبين القيمة فقال غصب منى عينا كذا ولا أدرى أنه هالك أو قائم ولا أدرى كم كانت قيمته قال فى الكافى ذكر فى عامة الكتب انه يسمع دعواه لان الانسان ربما لا يعرف قيمة ماله فلو كلف بيان القيمة لتضرر به وعزاه الى القاضى فخر الدين والى صاحب الذخيرة واذا سقط بيان القيمة عن المدعى سقط عن الشهود أيضا بل أولى لانهم أبعد عن ممارسته قال رحمه الله (وان ادعى عقارا ذكر حدوده) لانه تعذر تعريفه بالاشارة لتعذر نقله الى مجلس الحكم فتعين التحديد اذ العقار يعرف به

ومنه قولهم ماله دار ولا عقار كذا في الصحاح وقيل العقار اسم للعرصة المبنية والضيعة اسم للعرصة لا غير اه (قوله وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره) كأبي حنيفة ومحمد بن الحسن وابن أبي ليلى وأبي حفص الكبير البخاري اه (قوله في المتن وأنه يطالبه به) يعني اذا كان المدعى دينا لا عينا الا يشترط فيه الاحضار الى مجلس القاضي كما يشترط في العين القائمة لان الاحضار انما شرط ثمة ليمتاز المدعى من غيره بالاشارة التي عند الدعوى والشهادة وعند استحلاف المدعى عليه لان العين قد تشترك مع عين أخرى في الوصف والحلية فلا ينقطع الشك ما لم تكن الاشارة اليها في الحضور والدين لا يمكن إعلامه بالاشارة اليه فلا يلزم احضاره بل اكتفى ببيان الجنس والقدر والوصف بخلاف ما اذا كانت العين مستهلكة حيث تقبل الشهادة عليه من غير اشارة لان الدعوى في قيمتها ان لم تكن من ذوات الامثال وفي مثلها ان كانت من ذوات الامثال والمثل والقيمة دين في الذمة والشهادة على الديون تقبل بلا اشارة اليها بل لابد من بيان الجنس والقدر والى هذا أشار القدوري عند قوله ولا تقبل الدعوى حتى يذكر شيأ معلوما في جنسه وقدره لان ذلك يشمل العين والدين جميعا ولكن ان كان نقليا قائما بعينه يشترط الاحضار وان كان عقارا يجب التحديد بخلاف الدين فافهم اه اتقاني (٢٩٣) ﴿فروع﴾ في التتمة لو ادعى دينا في التركة وقال كل التركة في يد هذا يحلف وحده بالله ما وصل اليه شيء من التركة ولا يعلم أن له دينا على أبيه وقيل يحلف يمينين على الوصول على البتات وعلى الدين على العلم وبه قال عامة المشايخ وأجمعوا أن المدعى بعد اقامة البينة يحلف أنه ما استوفاه ولا أبرأه وان لم يدع الخصم ولا يعلم فيه خلاف اه قال الولوالجي في أواخر الفصل الخامس من كتاب الدعوى رجل ادعى دينا في التركة وأقام البينة فان القاضي يحلفه بالله ما استوفيته ولا شيأ منه وهذا ليس في هذا الموضع خاصة بل في كل موضع يدعي حقا في التركة وأثبته بالبينة فانه يحلف من غير خصم أنه ما استوفى حقه وهو مثل حقوق الله تعالى من غير دعوى اه قال الامام الناصحي رحمه الله في أدب القضاء ما ملخصه رجل إدعى على ميت شيأ وأقام البينة على وارث واحد أو على الوصي فذلك جائز على جميع الورثة لان أحد الورثة خصم فيما يجب للميت وعليه بدليل انه لو أقام البينة على رجل للميت قبله دين فانه يقبل ويقضى بجميع الدين وبدليل أن له أن يرد بالعيب بعد الموت فاذا كان خصما في الجميع قبلت بينته في ذلك وكذلك الوصي لان الوصي خصم عن الميت بدليل أنه يخاصم عنه ويرد بالعيب فهذه بينة أقامها خصم فوجب أن تقبل وان أقام البينة على غريم أو موصى له لم يقض بها ولا يكون الخصم عن الميت الا وارثا أو وصيا لان الغريم ليس بخصم عن الميت بدليل أنه لا يرد بالعيب فاذا لم يكن خصما فهذه بينة أقيمت من غير خصم فلا تقبل واذا كان الورثة صغارا نصب لهم وصيا ويجوز اثبات الحق المدعى على الميت عليه لان القاضي يلي عليهم فصار كالاب وللاب أن ينصب عليهم وصيا كذلك هذا ولان ولاية القاضي أبسط من ولاية الوصي وللوصي أن يقيم غيره مقامه كذلك للقاضي أن ينصب لهم وصيا ثم اذا دفع المال الى الغريم استحلفه القاضي بالله ما قبض هذا المال الذي ثبت له ولا شيأ منه من فلان بن فلان ولا من أحد أداه اليه ولا قبض له قابض بأمره ولا أبرأه منه ولا عن شيء منه ولا احط

قال رحمه الله (وكفت ثلاثة) أي كفى ذكر ثلاثة من الحدود وقال زفر رحمه الله لا يكفي ولا بد من ذكر الحدود الاربعة لان التعريف لم يتم بذكر الثلاثة كما لا يتم بذكر الاثنين ولنا أن للاكثر حكم الكل بخلاف ما اذا غلط في الرابعة لانه يختلف به المدعى ولا كذلك تركها ونظيره اذا ادعى شراء شيء بثمن منقود فان الشهادة تقبل وان سكتوا عن بيان جنس الثمن ولو ذكروا ذلك واختلفوا فيه لم تقبل وكما يشترط ذكر الحد في الدعوى يشترط في الشهادة أيضا لانه بها يصير معلوما للقاضي قال رحمه الله (وأسماء أصحابها) أي ذكر أسماء أصحاب الحدود لان التعريف يحصل بذلك وذكر أنسابهم ليتميزوا عن غيرهم قال رحمه الله (ولا بد من ذكر الجد ان لم يكن مشهورا) أي لا بد من ذكر جد كل واحد من أصحاب الحدود ان لم يكن الرجل مشهورا بين الناس وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لان تمام التعريف يحصل به في الصحيح من مذهبه وقد ذكرناه غير مرة وان كان الرجل مشهورا يكتفى بذكره لحصول المقصود به قال رحمه الله (وأنه في يده) أي وذكر أن العقار في يده لان المدعى عليه لا يكون خصما الا اذا كان العقار في يده فلا بد من اثباته قال رحمه الله (ولا تثبت اليد في العقار بتصادقهما بل ببينة أو علم القاضي بخلاف المنقول) أي لا تثبت اليد فيه بتصادق المدعي والمدعى عليه أن العقار في يد المدعى عليه لان اليد فيه غير مشاهدة ولعله في يد غيرهما تواضعا فيه ليكون لهما ذريعة الى أخذه بحكم الحاكم فلا بد من اقامة البينة فيه أو علم القاضي لتنتفي تهمة المواضعة بخلاف المنقول لان اليد فيه معاينة فلا حاجة الى اشتراط الزيادة قال رحمه الله (وأنه يطالبه به) أي ذكر للقاضي انه يطالبه بالشيء المدعى لان القاضي لا يعلم لماذا ذكر حقه عنده فبذكره أنه طالب يتبين له فلا بد من التنبيه عليه لانه لو لم ينص على الطلب لحسب القاضي انه انما ذكره على سبيل الحكاية فيزيل ذلك الوهم بالنص على الطلب ولان القاضي لا يجب عليه أن يجيبه لاحتمال ما ذكرنا الا اذا طلب لانه نصب لقطع الخصومات لا لانشائها فاذا بين طلبه أجابه والا فلا لاحتمال أن يكون عنده رهن أو وديعة أو اجارة ونحو ذلك فلا يزول الاحتمال بدون طلبه ولهذا قالوا يجب في المنقول أن يقول هو في يده بغير حق قال رحمه الله (وان كان دينا ذكر وصفه وأنه يطالبه به) لما ذكرنا ولا بد من بيانه على وجه لا يبقى

فيه خفاء وكذا في الشهادة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (فان صحت الدعوى سأل المدّعى عليه عنها) أي عن الدعوى لينكشف له وجه القضاء لان القضاء ان ثبت حقه لان القضاء بالبينة يخالف القضاء بالاقرار وهذا لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء واطلاق اسم القضاء فيه مجاز وانما هو أمر بالخروج عما لزمه بالاقرار بخلاف البينة فانها ليست بحجة الا اذا اتصل بها القضاء فيسقط احتمال الكذب بالقضاء في حق العمل فيصير حجة يجب العمل به كسائر الحجج الشرعية قال رحمه الله (فان أقر أو أنكر فبرهن المدّعى قضى عليه) لوجود الحجة الملزمة للقضاء قال رحمه الله (والا حلف بطلبه) أي وان لم يكن للمدّعى بينة حلف المدّعى عليه اذا طلب المدعى يمينه لانه عليه الصلاة والسلام قال للمدعى ألك بينة قال لا فقال عليه الصلاة والسلام لك يمينه فقال يحلف ولا يبالي فقال عليه الصلاة والسلام ليس لك الا هذا شاهداك أو يمينه فصار اليمين حقا له لاضافته اليه بلام التمليك وانما صار حقا له لان المنكر قصد إتواء حقه على زعمه بالانكار فمكنه الشارع من اتواء نفسه باليمين الكاذبة وهي الغموس ان كان كاذبا كما يزعم وهو أعظم من اتواء المال والا يحصل للحالف الثواب بذكر اسم الله تعالى وهو صادق على وجه التعظيم قال رحمه الله (ولا ترد يمين على مدّع) لقوله عليه الصلاة والسلام لو أعطى الناس بدعواهم لادّعى ناس دماء رجال وأموالهم لكن اليمين على المدعى عليه رواه مسلم وأحمد جعل جنس اليمين على المنكر لان الالف واللام للاستغراق وليس وراءه شئ آخر حتى يكون على المدعى ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام الائمة من قريش ولقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر قسم بينهما والقسمة تنافى الشركة وفيه الالف واللام أيضا تدل على ما تقدم فيفيد استغراق البينة واليمين ولهذا لا تقبل بينة ذى اليد ولا يقال انما يصح الاستدلال بهذا الحديث على ما ذكرتم أن لو كان المنكر هو المدعى عليه والخارج هو المدعى وليس كذلك بل كل واحد منهما مدّع ومنكر لانه يقول هو لى ويقول لصاحبه هو ليس لك لانا نقول المعتبر فيه المقصود ومقصود الخارج اثبات الملك لنفسه والنفي يدخل ضمنا وتبعا ومقصود ذى اليد نفيه ولهذا يقول الخارج أول ما ينطق هو لى ويقول ذو اليد ليس لك فالاول هو المعتبر فسمى كل واحد منهما بأول ما يصدر منهما اعتبارا للقصدى دون الضمنى وقال الشافعي رحمه الله اذا لم يكن للمدعى بينة يحلف المدعى عليه فاذا نكل ترد اليمين على المدعى فان حلف قضى له وان نكل لا يقضى له لان الظاهر صار شاهدا للمدعى بنكوله فتعتبر يمينه كالمدعى عليه لما كان الظاهر شاهدا له اعتبر يمينه وقال أيضا اذا أقام المدعى شاهدا واحدا وعجز عن الآخر يحلف المدعى ويقضى له لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قضى بشاهد ويمين ويروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى باليمين مع الشاهد ولنا ما روينا وما رواه ضعيف رده يحيى بن معين فلا يعارض ما رويناه ولانه يرويه ربيعة عن سهيل بن أبي صالح وأنكره سهيل فلا يبقى حجة بعد ما أنكره الراوى فضلا أن يكون معارضا للمشاهير ولانه يحتمل أن يكون معناه قضى تارة بشاهد يعنى بجنسه وتارة بيمين فلا دلالة فيه على الجمع بينهما وهذا كما يقال ركب زيد الفرس والبغل والمراد على التعاقب ولئن سلم انه يقتضى الجمع فليس فيه دلالة على أنه يمين المدعى بل يجوز أن يكون المراد به يمين المدعى عليه ونحن نقول به لان الشاهد الواحد لا يعتبر فوجوده كعدمه فيرجع الى يمين المنكر عملا بالمشاهير قال رحمه الله (ولا بينة لذى اليد في الملك المطلق وبينة الخارج أحق) أى لا تقبل بينة ذى اليد في الملك

عنه من ذلك شيأ ولا احتال به ولا بشئ منه على أحد ولا أحال بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت ولا ارتهن بذلك ولا بشئ منه على فلان الميت فاذا حلف دفع اليه المال لان الحلف يجب لتسليم المال فوجب أن يستحلفهم وكذلك السبيل فيما يدعى في يد الميت من ضيعة أو عقار اه قال قاضيخان آخر كتاب الوصية قال أصحابنا ان الرجل اذا ادعى دينا على الميت وأثبته بالبينة فان القاضى يحلفه بالله ما استوفيت منه شيأ ولا أبرأته يحلفه على هذا الوجه نظرا للميت والوارث الصغير وكل من عجز عن النظر بنفسه لنفسه اه فقوله نظرا للميت الخ يفيد أن التحليف واجب والله الموفق اه (قوله والا يحصل للحالف الثواب) سيأتى عند قوله في المتن ولا يستحلف في نكاح الخ أن اليمين الصادقة فيها الثواب اه (قوله وقال أيضا اذا أقام المدعى الخ) قال الاتقانى وعند الشافعي يقضى بيمين المدعى في موضعين وهو مذهب مالك وأحمد وأهل الحجاز جميعا أحدهما اذا أبى المدعى عليه عن الحلف يحلف المدعى فان حلف يقضى عليه بما ادعى وان أبى عن المنازعة والثانى اذا أقام المدعى شاهدا واحدا ولم يكن له شاهد آخر وحلف قضى له وعندنا لا يقضى بيمين المدعى أصلا ففى الفصل الاول يقضى بنكول المدعى عليه وفى الفصل الثانى يحلف المدعى عليه فان نكل يقضى به اه (قوله في المتن ولا بينة لذى اليد في الملك المطلق) أراد بالملك المطلق أن يدعى الملك من غير أن يدعى السبب بان يقول هذا ملكى ولم يقل هذا ملكى بسبب الشراء أو الارث أو نحو ذلك وهذا المطلق لان المطلق ما يتعرض للذات دون الصفات لا بالنفى ولا بالاثبات ووجه قول الشافعي أن الخارج وذا اليد تساويا في البينة وانفرد ذو اليد باليد فكان أولى اه اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى ثم يستوى الجواب بين أن يكون الخارج مسلما أو ذميا أو مستأمنا أو عبدا أو حرا أو امرأة أو رجلا والمدعى قبله كذلك والمدعى به أى مال كان لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر اه

المطلق وان أقاما بينة فبينة الخارج أولى وقال الشافعي رحمه الله بينة ذي اليد أولى من بينة الخارج لتأكدها باليد فصار كما اذا أقاما البينة على النتاج أو على نكاح امرأة والمرأة في يد أحدهما فانه يكون أولى ولو ادّعيا أمة وادّعى كل واحد منهما أنها أمته دبرها أو أعتقها أو استولدها وأقاما بينة كان بينة صاحب اليد أولى ولنا أن البينات شرعت للاثبات لانها وان كانت في الحقيقة مبينة مظهرة لكنها أخذت حكم الاثبات لما أنا لا علم لنا به اذ الاحكام تثبت بأسبابها فصارت كالعلل الشرعية فانها أمارات في حق الشارع وفي حقنا لها حكم الاثبات ولهذا وجب الضمان على الشهود عند الرجوع لان الحكم يحال الى شهادتهم ايجابا واذا كان كذلك كان بينته أكثر اثباتا لانه ببينته يستحق على ذي اليد الملك الثابت بظاهر يده وذو اليد لا يستحق على الخارج ببينته شيأ لانه لا ملك للخارج قبل القضاء بوجه ما وقدر ما أثبته بينة صاحب اليد كان ثابتا بظاهر يده الا ترى أن من رأى شيأ في يد انسان جاز له أن يشهد بأنه له واذا نازعه أحد في الملك بغير بينة دفع القاضي عنه ولم تثبت بينته شيأ لم يكن وأما بينة الخارج فانها أثبتت شيأ لم يكن ثابتا له فكانت أولى اذ البينات للاثبات بخلاف مسئلة النتاج فان بينة صاحب اليد فيه متضمنة لدفع بينة الخارج لانها تقوم على أوّلية الملك وأوّلية الملك لا تثبت الا لاحدهما فاذا قدّرنا ثبوتها لصاحب اليد كانت بينته متضمنة دفع بينة الخارج فوجد التعارض بين البينتين فترجحت بينة صاحب اليد باليد وفي الملك المطلق لم يوجد التعارض لان بينة الخارج لم تثبت الملك قبل القضاء حتى تعارضها بينة ذي اليد بالدفع والترجيح انما يكون عند التعارض ويتصور فيه أيضا أن يثبت الملك بهما على التعاقب فلم يكن في بينته ما يدفع بينة الخارج فلا تقبل وبخلاف التدبير والاعتاق والاستيلاد لان اليد لا تدل على هذه الاشياء فكان كل واحد من البينتين مثبتا فتعارضتا فترجح بينة صاحب اليد باليد وبخلاف دعوى النكاح لانها دعوى سبب الملك أيضا فصارت كالنتاج في جميع ماذكرنا وكلامنا في دعوى الملك المطلق لا في الملك بسبب لان فيه ذا اليد أولى بالاتفاق اذا كان سببا لا يتكرر في الملك على ما يجيء بيانه في موضعه ولا يقال انهما لو لم يذكرا سبب الملك بأن ادّعى كل واحد منهما أنها امرأته ولم يذكر السبب كان الحكم كذلك فبطل ماذكرتم لانا نقول السبب فيه متعين اذ لا طريق لهذا الملك الا به فيكون دعوى الملك فيه دعوى للسبب ألا ترى أنهما لو اختلفا في ولاء شخص وأقاما البينة كانت بينة ذي اليد أولى لتعين سببه وهو العتق في ملكه وليس كذلك ما نحن فيه ولان الخارج هو المدعي والبينة بينة المدعي بالنص على ما بينا وجهه من الاستغراق فلا تقبل بينة ذي اليد ما لم يكن مدعيا بدعوى السبب قال رحمه الله (وقضى له ان نكل مرة بلا أحلف أو سكت) أي قضى للمدعي ان نكل المدعى عليه مرة صريحا بقوله لا أحلف أو دلالة بسكوته ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على أي قضى على المدعى عليه واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى ان أحسنتم أحسنتم لانفسكم وان أسأتم فلها أي فعليها وقال الشافعي رحمه الله لا يقضى بنكوله بل تردّ اليمين على المدعي اذا نكل المدعى عليه فان حلف يقضى له بالمال وان نكل انقطعت المنازعة بينهما لما روي عن علي رضي الله تعالى عنه أنه حلف المدعي بعد نكول المدعى عليه ولان اليمين انما وجبت في الابتداء على المنكر لكون الظاهر يشهد له فاذا نكل هو كان الظاهر شاهدا للمدعي فيحلف ولان النكول محتمل يحتمل أن يكون لاجل اشتباه الحال أو لاجل التورع عن اليمين الكاذبة أو لاجل الترفع عن الصادقة كما فعل عثمان رضي الله تعالى عنه فانه نكل عن اليمين وقال أخاف أن يوافقه قضاء فيقال ان عثمان حلف كاذبا فلا يكون حجة مع الاحتمال فلا يقضى به ولنا اجماع الصحابة رضي الله تعالى عنهم أجمعين وروي عن علي أيضا أنه وافق اجماعهم

(قوله وان اقاما بينة فبينة الخارج أولى) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وقال زفر والشافعي بأن بينة ذي اليد أولى وقول مالك كقول الشافعي كذا في التفريع وقول أحمد بن محمد بن حنبل كقولنا كذا في (٢٩٥) الخرقي اه اتقاني (قوله لان اليد لا تدل على هذه الاشياء) أي كما لا تدل اليد على النتاج فكانت بينة ذي اليد أولى لانها قامت على غير ما دلت عليه اليد فترجحت باليد اه اتقاني (قوله في المتن وقضى له ان نكل) قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي الله عنهم النكول حجة يقضى بها في باب الاموال اه (قوله ويجوز أن تكون اللام في قوله وقضى له بمعنى على) وعلى هذا فيكون الضمير البارز في قوله له والضمير المستتر في قوله نكل راجعين للمدعى عليه وعلى الاول فضميره له راجع للمدعي وضمير نكل راجع للمدعى عليه اه (قوله أو لاجل التورع عن اليمين) قال الاتقاني ولان النكول عن اليمين يحتمل التورع عن اليمين الصادقة والتحرز عن اليمين الفاجرة والتروي لاشتباه الامر والمحتمل لا يصلح حجة اه (قوله كما فعل عثمان رضي الله عنه) أي حين ادعى عليه المقداد مالا عند عمر رضي الله عنهم أجمعين اه (قوله ولنا اجماع الصحابة رضي الله عنهم) قال الاتقاني ولنا اجماع الصحابة على القضاء بالنكول فان شيخ الاسلام أبا بكر المدعو بخواهر زاده قال في مبسوطه روي عن عمر وعثمان وعلي وعبد الله بن عمر وابن عباس وأبي موسى الاشعري رضي الله عنهم انهم قضوا بالنكول روي ذلك عنهم بألفاظ مختلفة ولم يرو عن أقرانهم خلاف ذلك فحل محل الاجماع اه

(قوله ولان النكول الخ) قال الاتقاني ولان النكول وهو الامتناع عن اليمين جعل بذلا على مذهب أبي حنيفة أو اقرارا على مذهب صاحبيه فلولا ذلك حلف المدعى عليه عملا بالواجب عليه وحيث لم يقدم على اليمين دل أنه بذل الحق أو أقر فاذا بذل أو أقر وجب على القاضي الحكم بذلك فكذلك اذا نكل ولا يقال كيف يعتبر النكول اقرارا وتكرار النكول شرط دون الاقرار لانا نقول لا يعتبر التكرار شرطا في النكول على ماذكر محمد في الاصل ولئن سلمنا أن التكرار شرط على ماذكره الخصاف فنقول لا يمتنع أن يعتبر التكرار في النكول دون الاقرار مع تساويهما في الاستحقاق كالبينة مع الاقرار ولا يقال يقبل الرجوع عن النكول دون الاقرار لانا نقول يقبل الرجوع عن الاقرار أيضا في الحدود الواجبة لله تعالى فانه اذا أقر ثم رجع يقبل بخلاف الاقرار بحد القذف والقصاص فان الرجوع عنه لا يصح

فانه روى عن شريح أن المنكر طلب منه ردّ اليمين على المدعى فقال ليس لك اليه سبيل وقضى بالنكول بين يدي علي رضي الله عنه فقال له علي رضي الله تعالى عنه قالون ومعناها بالرومية أصبت وروى عن عمر رضي الله تعالى عنه أن امرأة ادّعت عنده على زوجها أنه قال لها حبلك على غاربك فحلف عمر الزوج بالله ما أردت طلاقا فنكل فقضى عليه بالفرقة وكذا روى عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما وهو مذهب أبي موسى الاشعري ولان النكول دل على كونه باذلا أو مقرّا اذ لولا ذلك لأقدم على اليمين أداء للواجب ودفعا للضرر عن نفسه فترجحت هذه الجهة على غيرها من الترفع والتورّع والاشتباه لان الظاهر أنه يأتي بالواجب فلا يترفع عن الصادقة والظاهر من حال المسلم أنه لا يكذب فلا يكون نكوله تورعا عن الكاذبة ظاهرا باعتبار حاله ولو كان لاشتباه الحال لاستمهل حتى ينكشف له الحال فتعين أن يكون لاجل البذل ولا وجه لردّ اليمين على المدعى لما روينا من أن اليمين على المنكر قال رحمه الله (وعرض اليمين ثلاثا ندبا) أي عرض القاضي اليمين على المدعى عليه ثلاث مرات وهو مستحب يقول له في كل مرة اني أعرض عليك اليمين فان حلفت والا قضيت عليك بما ادعاه إعلاما له بالحكم لانه موضع خفاء لاختلاف العلماء فيه لان الشافعي رحمه الله لا يراه فاذا كرر عليه الانذار والعرض ولم يحلف حكم عليه اذا علم أنه لا آفة به من طرش وخرس وعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى أن التكرار حتم حتى لو قضى القاضي بالنكول مرة لا ينفذ والصحيح أنه ينفذ والعرض ثلاثا مستحب وهو نظير امهال المرتد ثلاثة أيام فانه مستحب فكذا هذا مبالغة في الانذار ولا بد أن يكون النكول في مجلس القاضي لان المعتبر يمين قاطع للخصومة ولا معتبر باليمين عند غيره في حق الخصومة فلا يعتبر وهل يشترط القضاء على فور النكول فيه اختلاف ثم اذا حلف المدعى عليه فالمدعى على دعواه ولا يبطل حقه بيمينه الا أنه ليس له أن يخاصمه ما لم يقم البينة على وفق دعواه فان وجد بينة أقامها عليه وقضى له بها وبعض القضاة من السلف كانوا لا يسمعون البينة بعد الحلف ويقولون يترجح جانب صدقه باليمين فلا تقبل بينة المدعى بعد ذلك كما يترجح جانب صدق المدعى بالبينة حتى لا يعتبر يمين المنكر معها وهذا القول مهجور غير مأخوذ به وليس بشيء أصلا لان عمر رضي الله تعالى عنه قبل البينة من المدعى بعد يمين المنكر وكان شريح رحمه الله يقول اليمين الفاجرة أحق أن تردّ من البينة العادلة وهل يظهر كذب المنكر باقامة البينة والصواب أنه لا يظهر كذبه حتى لا يعاقب عقوبة شاهد الزور ولا يحنث في يمينه ان كان لفلان على فلان ألف فادعى عليه فأنكر فحلف ثم أقام المدعى البينة ان له عليه ألفا وقيل عند أبي يوسف يظهر كذبه وعند محمد لا يظهر وفي النهاية لو اصطلحا على أن المدعى لو حلف فالمدعى عليه ضامن للمال وحلف فالصلح باطل ولا شيء على المدعى عليه قال رحمه الله (ولا يستحلف في نكاح ورجعة وفيء واستيلاد ورق ونسب

انه لمتق حق العبد اه (قوله باذلا) أي حق المدعى عند أبي حنيفة اه (قوله أو مقرّا) أي بحق المدعى عندهما اه (قوله لما روينا من أن اليمين على المنكر) بيانه أن النبي صلى الله عليه وسلم جعل اليمين على المنكر اقدم العهد فمن قال بردها على المدعى كان ذلك منه ردّا لحكم الحديث وهو فاسد اه اتقاني (قوله حكم عليه اذا علم الخ) اعلم أن الروايات اختلفت فيما اذا سكت المدعى عليه بعد عرض اليمين عليه ولم يقل أحلف فقال بعض أصحابنا اذا سكت سأل القاضي عنه هل به خرس أو طرش فان قالوا لا جعله ناكلا وقضى عليه ومنهم من قال يحبس حتى يجيب والاول هو الصحيح كذا في شرح الاقطع والخرس آفة باللسان تمنع الكلام أصلا ويقال طرش يطرش طرشا من باب علم أي صار أطروشا وهو الاصم اه اتقاني وكتب ما نصه قال في خلاصة الفتاوى في الفصل السابع من كتاب القضاء ما نصه وفي الاقضية رجل ادعى على آخر مالا فلزمه السكوت فلم يجب أصلا يؤخذ منه كفيل ثم يسأل جيرانه عسى به آفة في لسانه أو سمعه فان أخبروا أنه لا آفة به يحضر مجلس الحكم فان سكت ولم يجب ينزل منزلة منكر قال الامام السرخسي هذا قولهما أما عند أبي يوسف فيحبس حتى يجيب اه (قوله وعند محمد رحمه الله لا يظهر) قال في الدراية والفتوى في دعوى الدين ان ادعاه من غير سبب فحلف ثم أقام بينة يظهر كذبه وان ادعى الدين بسبب وحلف ثم أقام المدعى بينة على السبب لا يظهر كذبه لجواز أنه وجد القرض ثم وجد الابراء أو الايفاء كذا في الفصول اه (قوله في المتن ولا يستحلف الى قوله وولاء) قال صدر الشريعة اعلم ان في هذه الصور لا يستحلف عند أبي حنيفة وعندهما يستحلف وصورتها

وولاء

أو ولاء وحد ولعان وقال القاضي الامام فخر الدين رحمه الله تعالى (الفتوى على أنه يستحلف المنكر في الاشياء الستة) يعني في هذه الاشياء التي عدها سوى الحد واللعان وهو قولهما والاول قول أبي حنيفة رحمه الله لهما أن هذه حقوق تثبت مع الشبهات فيجري فيها الاستحلاف كالاموال بخلاف الحدود واللعان وهذا لان فائدة الحلف ظهور الحق بالنكول والنكول اقرار لان اليمين واجب فتركه دليل على أنه باذل أو مقر ولا يمكن أن يجعل باذلا لانه يجوز ممن لا يجوز البذل منه كالمكاتب والعبد المأذون له في التجارة وكذا يجوز في الدين ولا يجوز بذله ويجب على القاضي أن يقضي بالنكول ويصح ايجابه في الذمة ابتداء ولو كان بذلا لما صح ولا وجب وكذا يجب القصاص به فيما دون النفس ويصح في الشائع فيما يقسم ولو كان بذلا لما صح ولا وجب فتعين أن يكون مقرا والاقرار يجري في هذه الاشياء لكنه اقرار فيه شبهة البذل فلا يثبت به ما يسقط بالشبهات كالحدود واللعان ألا ترى أنها لا تثبت بالشهادة على الشهادة ولا بكتاب القاضي الى القاضي ولا بشهادة النساء مع الرجال لما فيها من الشبهات وهذا لان نكوله يدل على أنه كاذب في الانكار ولولا ذلك لما نكل لان اليمين الصادقة فيها الثواب بذكر الله تعالى على وجه التعظيم وصيانة ماله وعرضه بدفع تهمة الكذب عن نفسه والعاقل يميل الى مثل هذه واليمين الكاذبة فيها هلاك النفس فالظاهر أنه أعرض عنها لمخافة الهلاك ومخالفة الهواه وشح نفسه وايثار الرجوع الى الحق اذ هو أولى من التمادي على الباطل قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون فيكون اقرارا ضرورة ولابي حنيفة رحمه الله أنه بذل واباحة وهذه الحقوق لا يجري فيها البذل والاباحة فلا يقضى بها بالنكول كالقصاص في النفس وكالحدود واللعان وفي حمله على البذل صيانة عرضه عن الكذب فكان أولى ولهذا لا يجوز الا في مجلس القاضي وقضائه ولو كان اقرارا لجاز مطلقا بدون القضاء وكذا لو كفل رجل لرجل بما يقر له به فلان فادعى المكفول له على فلان دينا فاستحلفه فنكل لا يجب على الكفيل شيء ولو كان اقرارا لوجب عليه وكذا لو اشترى نصف عبد ثم اشترى نصفه الباقي فوجد به عيبا فخاصمه في النصف الاول فاستحلفه فنكل فقضى عليه بالرد ثم أراد أن يرد النصف الآخر يحتاج الى خصومة واستحلاف جديد اذا أنكر ولو كان اقرارا لما استحلف ثانيا بل كان يلزمه كله بالنكول الاول ولا نسلم أن اليمين واجبة مع البذل فلا يكون تاركا للواجب به وهذا لان اليمين تجب عليه اذا طلب تحليفه لتنتهي به الخصومة ومع البذل لا خصومة ولا طلب فلا تجب وانما جاز من المكاتب والعبد والصبي المأذون لهما لان فيه ضرورة فيدخل تحت الاذن في التجارة كما تدخل الضيافة اليسيرة والهدية اليسيرة للضرورة اذ لا بد للتجار من ذلك وانما جاز في الدين بناء على دعوى المدعي ومعنى البذل ترك المنع وترك المنع جائز في المال لان أمر المال هين بخلاف الاشياء السبعة وانما وجب على القاضي أن يقضي بالنكول بحكم الشرع لما أن المدعي كان له الشيء المدعى ظاهرا وأبطله المنكر بالنزاع والشرع أبطل نزاعه الى اليمين فاذا امتنع اليمين عاد الاصل بحكم الشرع وانما صح ايجابه في الذمة ابتداء بناء على زعم المدعي أنه محق وأن معنى البذل ترك المنع والبذل وان كان بذلا حقيقة فالمال يجب فيه في الذمة ابتداء كالكفالة والحوالة وانما وجب القصاص به فيما دون النفس لان ما دون النفس يسلك به مسلك الاموال فيجوز بذله اذا كان مفيدا ألا ترى أنه يجوز له قطع يده المتآكلة للفائدة فكذا يجوز بذله لدفع اليمين عن نفسه وأي فائدة أعظم منه ولهذا نكل عثمان رضي الله عنه عن الصادقة على ما يأتي فهذا هو الجواب عن قولهم في اليمين صيانة ماله وعرضه الى آخره وانما يجوز في مشاع يحتمل القسمة لانه ليس ببذل صريحا وانما صار

النسب أنه عبده أو ولده وأنكر المجهول أو بالعكس أو اختصما في ولاء العتاقة أو ولاء الموالاة على هذا الوجه أو ادعت الامة على مولاها أنها ولدت منه ولدا أو ادعاها وقد مات الولد ولا يجري في هذه المسئلة العكس لان المولى اذا ادعى ذلك تصير أم ولد باقراره ولا اعتبار بانكار الامة اه (قوله في المتن وحد ولعان) كما اذا ادعى على آخر أنك قذفتني بالزنا وعليك الحد لا يستحلف بالاجماع وكذا اذا ادعت المرأة على الزوج أنك قذفتني بالزنا وعليك اللعان اه صدر الشريعة سيأتي عند قوله في المتن ويستحلف السارق الخ حاشية نافعة هنا فراجعها والله الموفق (قوله قال القاضي الامام فخر الدين) المراد به قاضيخان كذا في شرحي المجمع وغيرهما اه (قوله يستحلف المنكر في الاشياء الستة) النسب والاستيلاد شيء واحد فلذا قال في الاشياء الستة اه لكن الشارح بعد قوله في الشرح ومعنى البذل الخ قال بخلاف الاشياء السبعة (قوله ولا يجوز بذله) اذ البذل انما يكون في الاعيان اه

 (قوله ولابي حنيفة أنه) أي النكول اه (قوله فلا يقضى فيها) الذي بخط الشارح فلا يقضى بها بالنكول اه (قوله وانما جاز) هذا جواب عن سؤال مقدر تقديره لو كان بذلا لما ملكه المكاتب وأخواه لان فيه معنى التبرع وهم لا يملكونه فأجاب بما ذكر من أنه من ضرورة التجارة اه (قوله عن قولهم) كذا بخط الشارح وصوابه عن قولهما اه

(قوله والمولى) لان المولى لو ادعى الاستيلاد يثبت باقراره ولا يلتفت الى انكارها اه (قوله واختار فخر الاسلام على البزدوى قولهما للفتوى) قال الكاكى وفى جامع قاضيخان والواقعات والفصول الفتوى على قولهما اه (قوله على ماذكره فى المختصر) لم يذكر فيه البزدوى وانما ذكر القاضى الامام فخر الدين ومراده قاضيخان فانه ذكر ذلك فى شرح الجامع اه وكتب على قوله المختصر هو متن الكنز اه (قوله فادعى العبد أنه قد زنى الخ) ينبغى أن يقول العبد فى دعواه انه قد أتى ما علق عليه عتق ولا يقول انه قد زنى كيلا يصير قاذفا مولاه اه (قوله ثم اذا لم يحلف المنكر فى النسب الخ) قال فى الهداية وانما يستحلف فى النسب المجرد عندهما اذا كان يثبت باقراره قال الاتقانى يعنى يثبت الاستحلاف عند أبى يوسف ومحمد فى النسب المجرد بدون دعوى حق آخر ولكن يشترط أن يثبت النسب باقرار المقر أما اذا كان بحيث لا يثبت النسب باقرار المقر فلا يجرى الاستحلاف فى النسب المجرد عندهما أيضا بيانه أن اقرار الرجل يصح بخمسة بالوالدين والولد والزوجة والمولى لانه اقرار بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير ولا يصح اقراره بما سواهم ويصح اقرار المرأة بأربعة بالوالدين والزوج والمولى ولا يصح بالولد ومن سوى هؤلاء لان فيه تحميل النسب على الغير الا اذا صدقها الزوج فى اقرارها بالولد أو تشهد بولادة الولد قابلة قال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده فى مبسوطه فى باب الاستحلاف فى الادعاء الاصل فى هذا الباب أن المدعى قبله النسب اذا أنكر هل يستحلف ان كان بحيث لو أقر به لا يصح اقراره عليه فانه لا يستحلف عندهم جميعا لان اليمين لا يفيد فان فائدة اليمين النكول حتى يجعل النكول بذلا أو اقرارا فيقضى عليه فاذا كان لا يقضى عليه لو أقر فانه لا يستحلف عندهم جميعا وان كان المدعى قبله بحيث لو أقر به لزمه ما أقر به فاذا أنكر هل يستحلف على ذلك فالمسئلة على الاختلاف عند أبى حنيفة لا يستحلف وعند أبى يوسف ومحمد يستحلف فان حلف برئ عن الدعوى وان نكل عن اليمين لزمه الدعوى فعلى هذا الاصل يخرج مسائل الباب الى هنا لفظ خواهرزاده وقال أيضا ثم جميع ما ذكرنا أنه لا يمين فى النسب اذا وقع الدعوى فى مجرد النسب فاما اذا وقع فى النسب والميراث والنفقة وأنكر المدعى قبله فانه يستحلف عند أبى حنيفة للمال لا للنسب يستحلف بالله ماله فى ذلك المال الذى يدعى حق وعندهما يستحلف للنسب والمال جميعا وهذا لان الدعوى وقع فى النسب والمال جميعا والمال مما يجرى فيه الاستحلاف عندهم جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للنسب عند أبى حنيفة وكان الجواب فيه عند أبى حنيفة كالجواب فى السرقة عند الكل اذا أنكر السارق فانه يستحلف للمال بالله ماله قبلك ضمان هذا المال وان كان لا يستحلف للقطع لان الدعوى وقع فى الحد والمال جميعا فيستحلف للمال وان كان لا يستحلف للقطع فكذلك هذا اه (قوله وكذا يكون الولاء للكبر) قال فى المصباح والولاء للكبر بالضم أى لمن هو أقعد بالنسب وأقرب اه وفى المغرب وقولهم الولاء للكبر أى لأكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا يقال هو كبر القوم أى أقعدهم فى النسب وأقربهم الى الجد الاكبر وفى الحديث وهو أن يموت الرجل ويترك ابنا وابن ابن فالولاء للابن دون ابن الابن اه

بذلا فى المعنى على معنى أنه ترك منع وان المدعى يأخذه محقا فلا يمتنع بالشيوع ثم الدعوى فى هذه المسائل تتصور من أحد الخصمين أيهما كان الا الحد واللعان والاستيلاد فانه لا يتصور أن يكون المدعى فيها الا المقذوف والمولى واختار فخر الاسلام على البزدوى قولهما للفتوى على ماذكره فى المختصر واختيار المتأخرين من مشايخنا على أن القاضى ينظر فى حال المدعى عليه فان رآه متعنتا يحلفه أخذا بقولهما وان رآه مظلوما لا يحلفه أخذا بقول أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وهو نظير ما اختاره شمس الائمة فى التوكيل بالخصومة بغير رضا الخصم ان رأى من الخصم التعنت وقصد الاضرار بالآخر قبل بغير رضاه والا فلا وذكر الصدر الشهيد رحمه الله أن الحدود لا يستحلف فيها بالاجماع الا اذا تضمن حقا بأن علق عتق عبده بالزنا وقال ان زنيت فأنت حر فادعى العبد أنه قد زنى ولا بينة له عليه يستحلف المولى حتى اذا نكل ثبت العتق دون الزنا ثم اذا لم يحلف المنكر فى النسب عنده هل تقبل بينة المدعى ينظر فان كان نسبا يثبت بالاقرار تقبل بينته وذلك مثل الولد والوالد وان لم يثبت باقراره لا تقبل بينته مثل الجد وولد الولد والاعمام والاخوة وأولادهم لان فيه حمل النسب على الغير بخلاف دعوى المولى الاعلى أو الاسفل حيث تقبل وان ادعى أنه معتق جده ونحو ذلك والفرق بينهما ان النسب لا يثبت فيهم الا بواسطة فيكون فيه تحميل على الواسطة أما الولاء فلا يثبت بواسطة بل يجعل فى الحكم كأنه هو المعتق ولهذا لا ترث النساء الولاء ولو كان بواسطة لثبت لهن وكذا يكون الولاء للكبر ولو كان بطريق الارث لما كان له كما فى المال وكذا لو أعتق عبدا ثم مات المولى عن ابنين ثم مات الابنان أحدهما عن ابن واحد والآخر عن عشرة ثم مات المعتق فان ماله يقسم بينهم على أحد عشر سهما يجعل كأنهم أعتقوه ولو كان بطريق الارث لكان للابن الواحد النصف وللعشرة النصف نصيب أبيهم وعندهما يثبت بالنكول اذا كان

كان نسبا يثبت باقراره والافلا قال رحمه الله (ويستحلف السارق فان نكل ضمن ولم يقطع) لان موجب فعله شيآن الضمان وهو يجب مع الشبهة فيجب بالنكول والقطع وهو لايجب مع الشبهة فلا يجب بالنكول فصار نظير ما اذا ثبتت السرقة بشهادة رجل وامرأتين أو بالشهادة على الشهادة أو بكتاب القاضي الى القاضي فان ضمان المال يجب بها دون القطع ويقول فى الاستحلاف بالله ماله عليك هذا المال وعن محمد رحمه الله ان القاضي يقول للمدعى ماذا تريد فان قال أريد القطع قال له ان الحدود لا يستحلف فيها فليس لك يمينه فان قال أريد المال قال له دع دعوى السرقة وادع المال قال رحمه الله (والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء فان نكل ضمن نصف المهر) أى يستحلف الزوج اذا ادعت المرأة ذلك وهذا بالاجماع لان الاستحلاف يجرى فى المال بالاتفاق لاسيما اذا كان المقصود هو المال وكذا فى النكاح اذا ادعت الصداق أو النفقة لانه دعوى المال ثم يثبت المال بنكوله ولا يثبت النكاح وكذا يستحلف فى النسب اذا ادعى حقا كالارث والحجر والنفقة والعتق بسبب الملك وامتناع الرجوع فى الهبة فان نكل ثبت الحق ولا يثبت النسب ان كان نسبا لا يصح الاقرار به وان كان يصح الاقرار به فعلى الخلاف الذى ذكرنا قال رحمه الله (وجاحد القود فان نكل فى النفس حبس حتى يقر أو يحلف وفيما دونه يقتص) أى يستحلف جاحد القصاص فان نكل فى النفس حبس حتى يحلف أو يقر ولا يقتص منه وفيما دون النفس يقتص منه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب عليه الارش فيهما لان النكول اقرار فيه شبهة عندهما لان فى امتناعه عن اليمين احتمالا يحتمل لاجل الترفع على ما بينا فلا تجب به العقوبة كالحدود فاذا امتنع وجوب القصاص يجب عليه الارش بخلاف ما اذا أقام على ذلك رجلا وامرأتين حيث لا يقضى فيه بشئ وكذا بالشهادة على الشهادة فيه لا يقضى بشئ لان

(قوله فى المتن ويستحلف السارق الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير فى كتاب القضاء وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه قال لا يمين فى حد الا (١) لو ادعى على رجل سرقة استحلفه فان أبى أن يحلف ضمنه السرقة قال القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف قال أبو حنيفة رضى الله عنه لا يستحلف فى شئ من الحدود لا فى الزنا ولا فى السرقة ولا القذف ولا شرب الخمر ولا السكر الا ان طالب المسروق منه بضمان المال استحلفه فان نكل عن اليمين ضمنه المال ولم يقطعه وذلك لان الدعوى تتضمن أمرين الضمان والقطع والضمان يستوفى بالنكول فوجب اثبات أحدهما واسقاط الآخر وأصل ذلك ما قالوا فى شروح الجامع الصغير أن الاستحلاف شرع للنكول والنكول إما بذل أو اقرار فيه شبهة وكل ذلك لا يصلح حجة فى الحدود ولان الاستحلاف لاستخراج الحقوق على وجه المبالغة والحدود يحتال لدرئها فلا يتكلف لاستخراجها فلا يشرع اليمين فيها الا فى السرقة لان المقصود هو المال فيستحلف فيها ويقضى بالمال عند النكول كما يقضى بها بشهادة رجل وامرأتين فى المال دون القطع اه اتقانى (قوله فى المتن والزوج اذا ادعت المرأة طلاقا قبل الوطء) قال صدر الشريعة لانه يحلف فى الطلاق اجماعا اه (قوله فى المتن فان نكل ضمن نصف المهر) أى فى قولهم جميعا وهذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها فيه فى كتاب القضاء وذلك لان المقصود من هذه الدعوى هو المال وهو نصف المهر لا التزوج والاستحلاف يجرى فى المال اه غاية (قوله وكذا فى النكاح اذا ادعت الصداق) يعنى اذا كان مع النكاح دعوى المال يجرى الاستحلاف بالاتفاق لان المقصود هو المال ثم بالنكول يثبت المال ولا يثبت النكاح لان البذل يجرى فى الاول دون الثانى اه اتقانى (قوله وكذا يستحلف فى النسب الخ) يعنى اذا ادعى فى النسب حقا آخر سوى النسب كالمسائل المذكورة يستحلف بالاتفاق وان كان لا يستحلف عند أبى حنيفة فى دعوى النسب المجرد اه اتقانى (قوله كالارث) بان ادعى على شخص أنه أخوه لابيه وان أباهما مات وترك مالا فى يد المدعى عليه فانه يستحلف على النسب بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقضى بالمال دون النسب اه (قوله والحجر) بان التقط رجل صبيا لا يعبر عن نفسه فادعت امرأة أنه أخوها تريد قصر يد الملتقط وأخذه بالحضانة وأنكر الملتقط ذلك فان نكل ثبت لها حق نقل الصبى الى حجرها ولا يثبت النسب اه (قوله والنفقة) أى اذا قال المدعى وهو زمن انه أخو المدعى عليه فافرض لى النفقة وأنكر المدعى عليه أن يكون هذا أخاه فانه يستحلف على النسب فان حلف برئ وان نكل يقضى بالنفقة دون النسب اه (قوله وامتناع الرجوع فى الهبة) صورته ما اذا أراد الواهب الرجوع فى الهبة فقال الموهوب له أنا أخوك فانكر الواهب فانه يستحلف فان نكل ثبت الامتناع ولم تثبت الاخوة اه اتقانى (قوله فى المتن وجاحد القود) قال الاتقانى وهذا فى دعوى القتل على واحد من غير أهل المحلة وفيه يبرأ باليمين الواحدة ولا يجب شئ آخر بعد ذلك فاما اذا كان دعوى القتل على أهل المحلة أو على بعضهم ففيه القسامة والدية جميعا وسيجئ فى باب القسامة من كتاب الديات تمام البيان ثم اعلم أنه اذا ادعى القصاص فى النفس أو فى الطرف يحلف بالاتفاق فان حلف برئ وان نكل يقتص فى الطرف ولا يقضى بشئ فى النفس ولكن يحبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا وعندهما يقضى بالمال فى النفس والطرف جميعا اه (قوله يستحلف جاحد القصاص) أى بالاجماع اه

(١) هكذا بياض بأصل الحاشية فى الموضعين كما ترى

القصاص سقط فيه لمعنى من جهة من له فلا يجب شيء وفي النكول لمعنى من جهة من عليه فيصار الى الارش ونظيره اذا أقر بالقتل خطأ والولي يدعي العمد تجب الدية وبالعكس لا يجب شيء بخلاف الضمان في السرقة حيث يجب بشهادة رجل وامرأتين وأمثاله كما يجب بالنكول لان المال فيه أصل ثم يتعدى الى الحد فاذا قصر بقي الاصل على حاله وهنا الاصل القصاص ثم يتعدى الى المال اذا وجد شرطه ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال حتى أبيح قطعها للحاجة ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بأمره بخلاف النفس فانه لو قتله بأمره يجب عليه القصاص في رواية والدية في أخرى فاذا سلك بها مسلك الاموال يجري فيها البذل كالاموال الا أنه لا يجوز قطعها بلا فائدة وهذا البذل مفيد لقطع الخصومة فصار كقطع اليد للاكلة وقلع السن للوجع واذا امتنع القصاص في النفس واليمين حق مستحق عليه يحبس فيه كما في القسامة قال رحمه الله (ولو قال المدعي لي بينة حاضرة وطلب اليمين لم يستحلف) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يستحلف ومحمد مع أبي حنيفة في رواية ومع أبي يوسف في أخرى وهذا الخلاف فيما اذا كانت حاضرة في المصر وان كانت خارج المصر يحلف بالاجماع وان كانت في مجلس الحكم لا يحلف بالاجماع لابي يوسف رحمه الله أن اليمين حقه بالحديث الذي رويناه وله غرض صحيح في الاستحلاف وهو أن يدفع به مؤنة المسافة ويتوصل الى حقه في الحال باقراره أو نكوله وفي البينة احتمال فلعلها لا تقبل فيجيبه اذا طلبه كما اذا كانت خارج المصر ولابي حنيفة رحمه الله أن ثبوت الحق في اليمين مرتب على العجز عن اقامة البينة على ما روينا فلا يكون حقه دونه كما اذا كانت البينة حاضرة في المجلس بخلاف ما اذا كانت خارج المصر لانه قد يتعذر عليه الجمع بين خصمه وشهوده فيكون عاجزا ولان في استحلافه مع حضور الشهود هتك المسلم اذا أقام البينة بعد ما حلف فيجب أن يتوقاه قال رحمه الله (وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) كيلا يضيع حقه بتغييبه نفسه وفيه نظر للمدعي وليس فيه كثير ضرر بالمدعى عليه لان الحضور واجب عليه اذا طلبه لما تلونا حتى يعدى عليه ويشخص الى القاضي ويحال بينه وبين أشغاله فيصح التكفيل باحضاره بمجرد الدعوى كاستحلافه بمجرد الدعوى ويجب أن يكون الكفيل ثقة معروفا بين الناس لا يتوهم اختفاؤه حتى يحصل به فائدة التكفيل وهذا استحسان والقياس أن لا يلزم التكفيل لان الحق لم يجب عليه بعد بخلاف ما بعد اقامة البينة والتقدير بثلاثة أيام مروي عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح وعن أبي يوسف رحمه الله أنه مقدر بما بين مجلسي القاضي حتى اذا كان يجلس في كل يوم يكفل الى اليوم الثاني وان كان يجلس في كل عشرة أيام يوما يكفل الى عشرة أيام ولا فرق في الظاهر بين الوجيه والخامل وبين الحقير من المال والخطير وعن محمد رحمه الله أنه ان كان معروفا والظاهر من حاله أنه لا يخفي نفسه بذلك القدر من المال لا يجبر على اعطاء الكفيل وكذا لو كان المدعى حقيرا لا يخفي الانسان نفسه لاجله لا يجبر على التكفيل لكن اذا أعطى هو باختياره يؤخذ منه وهذا اذا قال لي بينة حاضرة وان قال ليس لي بينة أو شهودي غيب لا يؤخذ منه كفيل لعدم الفائدة في التكفيل لان الغائب كالهالك من وجه وليس كل غائب آتيا ويمكنه الاستحلاف في الحال فلا معنى للاشتغال بالتكفيل قال رحمه الله (فان أبى لازمه) أي دار معه (حيث سار) أي ان أبى أن يكفل لا يجبره القاضي على التكفيل بل يأمره بملازمته مقدار مدة التكفيل على القولين حتى لا يغيب قال رحمه الله (ولو) كان (غريبا لازمه مقدار مجلس القاضي) أي الى

(قوله ولا يجب على القاطع الضمان اذا قطعها بامره) أي الا أنه لا يباح لعدم الفائدة يعني اذا قطع يد من قال اقطع يدي لا يجب الضمان ولكن لا يباح القطع لعدم الفائدة كما اذا قال لغيره اخرق ثوبي أو أتلف مالي لا يباح له لعدم الفائدة اهـ اتقاني (قوله في المتن وقيل لخصمه أعطه كفيلا بنفسك ثلاثة أيام) (٣٠٠) أي اذا كان المطلوب من أهل المصر وهذا هو مراد المصنف رحمه الله يدل عليه قوله بعد ولو كان غريبا الخ اهـ (قوله وفيه) أي في اعطاء الكفيل نظر للمدعي وهذا هو وجه الاستحسان اهـ (قوله ولا فرق في الظاهر) أي في ظاهر الرواية اهـ (قوله والخطير) لان اعطاء الكفيل لما كان مستحقا عليه لا يقع الفرق بينهما اذا كان معروفا أو لم يكن أو كان المال خطيرا أو حقيرا كاليمين اهـ اتقاني (قوله في المتن فان أبى لازمه) قال في الفتاوى الصغرى في مسائل العدوى المدعي اذا طلب من القاضي أن يأخذ من المدعى عليه كفيلا وأبى المدعى عليه اعطاء الكفيل فالقاضي يأمر المدعي بملازمته ثم قال وتفسير الملازمة (١) (قوله في المتن ولو كان غريبا الخ) قال الاتقاني وأما اذا كان المطلوب غريبا لا يجبر على اعطاء الكفيل ولكن ان أعطى كفيلا بنفسه مختارا يقبل ذلك منه وان لم يعط لا يجبر على ذلك وذلك لان الكفيل يمنعه من السفر والذهاب ﴿فرع﴾ ذكر في الواقعات الحسامية في كتاب أدب القاضي في الباب المعلم بعلامة الواو اذا شك الرجل فيما يدعي عليه ينبغي أن يرضي خصمه بشيء ويصالحه ولا يعجل باليمين احترازا عن الوقوع في الحرام أن وهو اليمين الكاذبة وان أبى الخصم الا أن يحلفه فان كان أكبر رأيه أنه ليس على الحق وسعه ذلك ونذكر هنا نبذا من مسائل ذكرها

(١) هكذا في الاصل وكتب فيه الناسخ هنا لم يكتب

أن يقوم من مجلسه لانه يلحقه الضرر بالزيادة على ذلك فلا يزاد عليه ولا ضرر فى هذا القدر ظاهرا وكذا اذا أخذ منه كفيل لا يؤخذ منه الا مقدار مجلس الحاكم لما ذكرنا وله أن يطلب التوكيل بخصومته حتى لو غاب الاصيل يقيم البينة على الوكيل فيقضى عليه وان أعطاه وكيلا فله أن يطالب بالكفيل بنفس الوكيل وان أعطاه كفيلا بنفس الوكيل فله أن يطالبه بالكفيل بنفس الاصيل ان كان المدعى دينا لان الدين يستوفى من ذمة الاصيل دون الوكيل ولو أخذ كفيلا بالمال فله أن يطالب كفيلا بنفس الاصيل لان المقصود الاستيفاء وقد يكون من الاصيل أيسر وان كان المدعى منقولا فله أن يطالبه مع ذلك كفيلا بالعين ليحضرها ولا يغيبها المدعى عليه وان كان المدعى عقارا لا يحتاج الى ذلك لانه لا يقبل التغييب قال رحمه الله (واليمين بالله تعالى لا بطلاق وعتاق الا اذا ألح الخصم) لما روى ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام سمع عمر وهو يحلف بأبيه فقال ان الله تعالى ينهاكم أن تحلفوا بآبائكم فمن كان حالفا فليحلف بالله أو ليصمت رواه البخارى ومسلم وأحمد وفى لفظ قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من كان حالفا فلا يحلف الا بالله أو ليصمت وكانت قريش تحلف بآبائها فقال لا تحلفوا بآبائكم رواه أحمد ومسلم والنسائى وعن أبى هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تحلفوا الا بالله ولا تحلفوا الا وأنتم صادقون رواه النسائى وهذا الحديث باطلاقه يمنع الحلف بالطلاق والعتاق وقال بعضهم يسوغ للقاضى أن يحلفه بهما اذا ألح الخصم لقلة مبالاة الناس باليمين بالله تعالى فى زماننا لكن اذا نكل لا يقضى عليه بالنكول لانه امتنع عما هو منهى عنه شرعا ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ ولو طلب المدعى عليه تحليف الشاهد أو المدعى أنه لا يعلم أن الشاهد كاذب لا يجيبه القاضى لانا أمرنا باكرام الشهود والمدعى لا يجب عليه اليمين لا سيما اذا أقام بينة قال رحمه الله (وتغلظ بذكر أوصافه) أى تؤكد اليمين بذكر أوصاف الله تعالى وذلك مثل قوله والله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية ما لفلان هذا عليك ولا قبلك هذا المال الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا شئ منه لان أحوال الناس شتى فمنهم من يمتنع عن اليمين بالتغليظ ويتجاسر عند عدمه فيغلظ عليه لعله يمتنع بذلك وله أن يزيد على هذا ان شاء وله أن

الخصاف فى أواخر كتاب الحيل ان قال كل امرأة لى طالق ونوى كل امرأة أتزوجها باليمن أو بالهند أو بالسند أو فى بلد من البلدان له نيته فى ذلك ولا يحنث وقال ان ابتدأ اليمين بالله يحتال ويقول هو الله ويدغم ذلك حتى لا يفهم المستحلف فان قال المستحلف انما أحلفك بما أريد وقل أنت نعم كلما أوقعت أنا كيف يحتال فى ذلك وقد كتب اليمين فى كتاب ويريد أن يستحلفه بالله والطلاق والعتاق والمشى وصدقة ما يملك قال نعم وينوى بنعم من النعم أى من الانعام فاذا أجابه بنعم ينوى نعما من الانعام لم يكن عليه شئ وكذلك ان قال نساؤك طوالق ونوى نساءه العور أو العميان أو العرجان أو المماليك أو اليهوديات أو النصرانيات ويقصد الى صفة من تلك الصفات التى ذكرناها وكذلك المماليك وجميع ما يملك من نوع من تلك الانواع التى ذكرناها يقصد بنيته الى ما شرحت لك فيكون له نيته ولا يحنث وقال ان كان يستحلف على فعل مضى وأراد أن يحلف له أنه لم يفعل كذا وكذا وأحضر المملوك قال يضع رأسه على رأس المملوك وظهره ويقول هذا حر يعنى ظهره حر ان كان فعل كذا وكذا ولا يعتق المملوك وان حلف بعتق المملوك أنه لم يفعل كذا يعنى لم أفعل ذلك الشئ بمكة أو فى المسجد الحرام أو فى مسجد الرسول صلى الله عليه وسلم أو فى بلد من البلدان وينوى ذلك (٣٠١) فلا يحنث ان كان فعل ذلك الشئ فى غير ذلك الموضع الذى نوى وقصد وان حلف بطلاق امرأته قال يقول امرأتى طالق ثلاثا وينوى عملا من الاعمال مثل الخبز والغسل أو طالق من وثاق وينوى بقوله ثلاثا ثلاثة أيام أو ثلاثة أشهر أو ثلاث جمع فلا يكون عليه فى ذلك حنث قال قلت أرأيت سلطانا بلغه عن رجل كلام فأراد أن يحلف الرجل على ذلك الكلام الذى بلغه فما الوجه فيه قال الوجه فيه أن يقول الرجل الذى استحلف ما الذى بلغك عنى فاذا قال بلغنى عنك انك قلت كذا وكذا وحكى الكلام فان شاء حلف له بالعتاق والطلاق أنه ما قال هذا الكلام الذى حكاه هذا ولا سمع به الا الساعة يعنى ما تكلم بهذا الكلام الذى حكاه ولا سمع به بهذا الكلام بعينه قبل الساعة فلا يكون عليه اثم وان شاء نوى فى الطلاق والعتاق ما شرحناه وان شاء حلف أنه لم يتكلم بهذا الكلام بالكوفة أو بالبصرة أو فى اليمن أو فى بلد من البلدان غير البلد الذى كان تكلم بهذا فيه ونوى بالليل ان كان تكلم بالنهار وان تكلم بالليل نوى أنه لم يتكلم بالنهار أو نوى فى دار فلان أو فى المسجد الجامع أو فى شهر رمضان وما أشبه ذلك والباقى يعلم فى كتاب الحيل اهـ اتقانى رحمه الله ﴿فرع آخر﴾ قال الاتقانى رحمه الله ورأيت فى محيط شمس الائمة الحلوانى واستحلاف الاخرس أن يقول القاضى عليك عهد الله ان كان لهذا عليك هذا الحق ويشير الاخرس برأسه أى نعم ولا يستحلف بالله ما لهذا عليك حق فيشير الاخرس برأسه أى نعم لان الاشارة من الاخرس اذا كانت معروفة من النفى والاثبات بمنزلة العبارة من النطق فى سائر الاحكام فكذا فى حق الحلف والقاضى لو استحلف الناطق بالله ما لهذا عليك ألف درهم فقال نعم لا يكون يمينا لانه يصير كأنه قال احلف وذلك لا يكون يمينا فكذلك الاخرس ولو قال عليك عهد الله فقال نعم يكون يمينا لانه يصير كأنه قال على عهد الله ان كان لهذا على كذا اهـ (قوله فى المتن وعتاق) أى وعتاق اهـ غاية (قوله ولو قضى عليه بالنكول لا ينفذ) كذا فى الخلاصة اهـ

(قوله ويحترز عن عطف بعض الاسماء) أى فانه متى حلفه بالله تعالى الرحمن الرحيم يكون يمينا واحدة فاذا حلفه بالله والرحمن والرحيم يكون ثلاثة أيمان والمستحق عليه يمين واحدة فيراعى القاضى هذا اه اتقانى (قوله فى المتن ويستحلف اليهودى بالله الخ) قال أبو حنيفة أهل الذمة وأهل الاسلام والعبد التاجر والمكاتب والصبى التاجر والمرأة فيما ادعوا أو ادعى عليهم سواء أما الذمى فانه لا يفارق المسلم فى أحكام المعاملات لانهم محمولون على أحكامنا الا ما استثنى بعقد الامان وأما العبد فلانه ممن يصح اقراره فجاز أن يستحلف وكذلك الصبى التاجر على أصلنا اذ الاذن فى التجارة له جائز فصير كالعبد المأذون والمكاتب فى يد نفسه فهو فى باب المعاملات كالحر والمرأة لا تفارق الرجال فى باب التصرف فجريا مجرى واحدا الى هنا لفظ القدورى وقال فى شرح الطحاوى ويستحلف النصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى ولا يستحلف المجوسى بالله الذى خلق

ينقص عنه الا أنه يحتاط ويحترز عن عطف بعض الاسماء على البعض كيلا يتكرر عليه اليمين ولو أمر بالعطف فأتى بواحدة ونكل عن الباقى لا يقضى عليه بالنكول لان المستحق عليه يمين واحدة وقد أتى بها ولو لم يغلظ جاز وقيل لا يغلظ على المعروف بالصلاح ويغلظ على غيره وقيل يغلظ فى الخطير من المال دون الحقير ولو غلظ عليه فحلف من غير تغليظ ونكل عن التغليظ لا يقضى عليه بالنكول لان المقصود الحلف بالله تعالى وقد حصل قال رحمه الله (لا بزمان ومكان) أى لا يؤكد عليه اليمين بزمان ولا بمكان وقال الشافعى رحمه الله ان كانت اليمين فى قسامة أو لعان أو فى مال عظيم يبلغ مائتى مثقال تغلظ بالمكان فيحلف بين الركن والمقام ان كان بمكة وعند قبر النبى صلى الله عليه وسلم ان كان فى المدينة وعند الصخرة ان كان فى بيت المقدس وفى الجوامع فى غيرها فان لم يكن ففى المساجد ويكون ذلك فى يوم الجمعة بعد العصر ولنا اطلاق قوله صلى الله عليه وسلم اليمين على من أنكر والتخصيص بالمكان والزمان زيادة على النص وهو نسخ ولان المقصود تعظيم المقسم به وهو يحصل بدون ذلك ولان فيه حرجا على القاضى حيث يكلف حضورها وهو مدفوع ولان فيه تأخير حق المدعى فى اليمين فلا يشرع ولانه أحد ما تنقطع به الخصومة فلا يختص بهما كالبينة قال رحمه الله (ويستحلف اليهودى بالله الذى أنزل التوراة على موسى) عليه الصلاة والسلام (والنصرانى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى) عليه الصلاة والسلام (والمجوسى بالله الذى خلق النار والوثنى بالله) لقوله عليه الصلاة والسلام لابن صوريا الاعور اليهودى أنشدك بالله الذى أنزل التوراة على موسى عليه الصلاة والسلام أن حكم الزنا فى كتابكم هذا ولان أهل الكتاب يعتقدون نبوة نبيهم فيؤكد عليهم بذكر المنزل على نبيهم والمجوسى يعتقد تعظيم النار فيؤكد عليه بذكر خالقها والوثنى وهو الذى يعبد غير الله تعالى يعتقد أن الله خالقه وانما يشرك مع الله تعالى غيره قال الله تعالى ولئن سألتهم من خلق السموات والارض ليقولن الله وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا يحلف أحدا الا بالله تعالى خالصا احترازا عن اشراك غيره فى التعظيم مع الله تعالى وذكر الخصاف أنه لا يحلف غير اليهودى والنصرانى الا بالله تعالى وهو اختيار بعض مشايخنا لان فى ذكر النار فى اليمين تعظيما لها الا أن اليمين تشعر بذلك ولا ينبغى أن يعظم النار بخلاف التوراة والانجيل لان كتب الله تعالى واجب التعظيم وما ذكره هنا هو المذكور فى الاصل فكأنه وقع عند محمد رحمه الله أنهم يعظمونها تعظيم المسلم الشعائر ولا يعبدونها حقيقة قال رحمه الله (ولا يحلفون فى بيوت عباداتهم) لان فيه تعظيمها والقاضى ممنوع من حضورها مع ما عليه من الحرج وهو مدفوع عنه أيضا قال رحمه الله (ويحلف على الحاصل أى

النار وعند محمد بالله الذى خلق النار الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى وقال فى الاجناس قال فى المجرد قال أبو حنيفة ان لم يتهمه القاضى اقتصر على قوله بالله الذى لا اله الا هو وان اتهمه حلفه بالله الذى لا اله الا هو عالم الغيب والشهادة الرحمن الرحيم الذى يعلم من السر ما يعلم من العلانية الذى يعلم خائنة الاعين وما تخفى الصدور فى حق المسلمين وأما فى حق اليهود يحلف بالله الذى أنزل التوراة على موسى وفى حق النصارى بالله الذى أنزل الانجيل على عيسى بن مريم وان كان مجوسيا بالله الذى خلق النار ويحلف غيرهم من أهل الشرك بالله تعالى ولا يحلف فى كنيسة اليهود ولا بيعة النصارى ولا بيت نار المجوس وانما يستحلفه عند القاضى ونقله عن أدب القاضى والاصل أن فائدة اليمين النكول الذى هو اقرار أو بذل والكافر يصح منه الاقرار والبذل فيتوجه عليه اليمين كما فى المسلم اه اتقانى (قوله فى المتن على موسى) أى لانه يقر بنبوة موسى ويعتقد الحرمة له اه اتقانى (قوله على عيسى) أى لان النصرانى يقر بنبوة عيسى ويعتقد الحرمة له وان اختلفوا فيما بينهم أنه ابن الله والمسيح هو الله وثالث ثلاثة فيمتنع من الاقدام على اليمين الكاذبة اه اتقانى (قوله صوريا) بالقصر اسم أعجمى اه غاية (قوله أنشدك) أى أسألك اه (قوله بذكر خلقها) كذا بخط الشارح وفى بعض الشروح بذكر خالقها اه ﴿فرع﴾ قال فى شرح الاقطع وأما الصابئة فان كانوا يؤمنون بادريس عليه السلام استحلفوا بالذى أنزل الصحف على ادريس عليه السلام وان كانوا يعبدون الكواكب استحلفوا بالذى خلق الكواكب اه اتقانى

(قوله بالله ما بينكما نكاح قائم) قال الاتقاني وهذا على مذهبهما لان الاستحلاف لا يجرى فى النكاح عند أبى حنيفة اه

بالله ما بينكما نكاح قائم و بيع قائم وما يجب عليك رده وما هى بائن منك الآن فى دعوى النكاح والبيع والغصب والطلاق) ولا يقال بالله ما نكحت ولا بالله ما بعت ولا بالله ما غصبت ولا بالله ما طلقت لان هذه الاشياء قد تقع ثم ترتفع برافع كالطلاق والاقالة والهبة والنكاح الجديد فلا يمكن تحليفه على السبب فيحلفه على الحاصل كيلا يتضرر المدعى عليه لانه لو أقر بالسبب ثم ادعى طرو الرافع لا يقبل منه فيحتال بهذا الطريق اذ لا ضرر فيه على المدعى لان المقصود من الاسباب أحكامها فيحلف على نفيها الا على نفى السبب وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يحلف على السبب لان اليمين حق المدعى فيحلف على وفق دعواه والمدعى هو السبب الا اذا عرض المدعى عليه بأن قال قد وقع البيع ثم تقايلنا ونحو ذلك فانه حينئذ يحلفه على الحاصل نظرا له كى لا يفوت حقه وعنه أنه ينظر الى انكار المدعى عليه فان أنكر السبب يحلف عليه وان أنكر الحكم يحلف على الحاصل وقال فخر الاسلام يفوض الى رأى القاضى وهذا الخلاف فيما اذا كان السبب يرتفع برافع وليس فى تحليفه على الحاصل ضرر بالمدعى فان كان سببا لا يرتفع برافع فانه يحلف على السبب بالاجماع كالعبد المسلم اذا ادعى العتق على مولاه بخلاف الامة والعبد الكافر لان الرق يتكرر عليهما بالارتداد ونقض العهد ثم الالتحاق بدار الحرب ولا يتكرر على العبد المسلم اذ لا يقبل منه الا الاسلام أو السيف عند ارتداده وكذا اذا كان فى التحليف على الحاصل ضرر بالمدعى مثل أن يدعى شفعة بالجوار والمدعى عليه لا يراها ومثل أن تدعى المبتوتة النفقة والزوج لا يراها فانه يحلف حينئذ على السبب بالاجماع لان فى تحليفه على الحاصل ترك النظر فى جانب المدعى اذ هو يحلف بناء على اعتقاده فيبطل حق المدعى قال رحمه الله (وان ادعى شفعة بالجوار أو نفقة المبتوتة والمشترى أو الزوج لا يراهما يحلف على السبب) لما ذكرنا فحاصله أن التحليف على الحاصل هو الاصل عندهما الا اذا أدى الى الاضرار بالمدعى أو كان سببا لا يتكرر فحينئذ يحلف على السبب وعند أبى يوسف التحليف على السبب هو الاصل الا اذا عرض فحينئذ يحلف على الحاصل لما بينا قال رحمه الله (وعلى العلم لو ورث عبدا فادعاه آخر) أى يحلف على العلم اذا ورث عبدا وادعى آخر أنه له ولا يحلف على البتات لان الوارث لا يعلم بما فعل المورث فيمتنع عن اليمين فيلحقه بذلك ضرر وهو محق ظاهرا فلا يصار اليه دفعا للضرر عنه قال رحمه الله (وعلى البتات لو وهب له أو اشتراه) يعنى يحلف على البتات ان كان ملكه بالهبة له أو بشرائه اياه لان الهبة والشراء سبب موضوع للملك باختيار المالك ومباشرته ولو لم يعلم أنه ملك لما ملك له لما باشر السبب ظاهرا فيحلف على العلم وهذا لان الملك باختياره لا يكون الا بعد التفحص ظاهرا فيطلق له الحلف على البتات فاذا امتنع عما أطلق له يكون باذلا أما الوارث فانه لا اختيار له فى الملك ولا يدرى ما فعل المورث فلم يوجد ما يطلق له اليمين على البتات ولان الوارث خلف عن الميت واليمين لا تجرى فيها النيابة فلا يحلف على البتات والمشترى والموهوب له أصل بنفسه فيحلف عليه والاصل فيه أن اليمين متى وقعت على فعل الغير فاليمين على العلم ومتى وقعت على فعل نفسه تكون على البتات ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام حلف اليهودى بالله ما قتلتم ولا علمتم له قاتلا فحلفهم على البتات فى الاول لانه فعلهم وفى الثانى على العلم لانه فعل غيرهم قال الحلوانى هذا الاصل مستقيم فى المسائل كلها الا فى الرد بالعيب فانه اذا ادعى المشترى أن العبد آبق ونحو ذلك فأراد المشترى تحليف البائع فانه يحلفه على البتات مع أنه فعل غيره وانما كان كذلك لان البائع ضمن تسليم المبيع سالما عن العيوب فالتحليف يرجع الى ما ضمن بنفسه فيحلف على البتات ولانه انما يكون الحلف على فعل الغير على العلم اذا قال المنكر لا علم لى بذلك وأما اذا ادعى العلم فيحلف على البتات ألا ترى أن المودع اذا قال إن الوديعة قبضها صاحبها يحلف على البتات وكذا الوكيل بالبيع اذا ادعى قبض الموكل الثمن فانه يحلف

(قوله الآن) قيد فى جميع ما تقدم وليس مختصا بالمسئلة الاخيرة اه (قوله فان أنكر السبب) أى بان قال ما استقرضت ما غصبت اه (قوله وان أنكر الحكم) أى بان قال ليس له على هذا المال ولا شئ منه اه (قوله ثم الالتحاق بدار الحرب) أى والسبى بعد ذلك اه (قوله فى المتن وان ادعى شفعة الخ) قال القدورى فى شرح كتاب الاستحلاف روى أن رجلا ادعى على رجل عند اسمعيل ابن حماد بن أبى حنيفة أنه اشترى دارا فى جواره وأنه يطالب بالشفعة فيها وأنكر المدعى عليه الشراء فاراد اسمعيل أن يستحلفه بالله ما اشتريت فقال قد يشترى الانسان و يسقط الشفيع شفعته فأراد استحلافه بالله ماله عليك شفعة فى هذه الدار فى الحال فقال المدعى ان هذا يعتقد ان شفعة الجوار غير واجبة فان استحلفته تأول ذلك فقال اسمعيل للمدعى عليه ان كان الامر على ما يدعى من الشراء فقد حكمت عليك بالشفعة ثم استحلفه بالله ما يستحق عليك شفعة فى هذه الدار فى الحال فامتنع من اليمين اه اتقانى (قوله فى المتن والمشترى أو الزوج لا يراهما) أى كما اذا كان الزوج أو المشترى شافعى المذهب اه (قوله ومباشرته) خرج بهذا الارث فانه سبب موضوع للملك لكن ليس باختيار المالك ومباشرته اه (قوله اذا ادعى قبض الموكل الثمن) أى وأنكر الموكل يحلف الوكيل بالله لقد قبض الموكل اه

على البتات لادعائه العلم بذلك ثم في كل موضع وجب اليمين فيه على البتات فحلف على العلم لا يكون معتبرا حتى لا يقضى عليه بالنكول ولا يسقط اليمين عنه وفي كل موضع وجب اليمين فيه على العلم فحلف على البتات يعتبر اليمين حتى يسقط اليمين عنه ويقضى عليه اذا نكل لان الحلف على البتات آكد فيعتبر مطلقا بخلاف العكس قال رحمه الله (ولو افتدى المنكر يمينه أو صالحه منها على شئ صح ولم يحلف بعده) لما روى أن عثمان رضي الله تعالى عنه ادعى عليه أربعون درهما فأعطى شيأ وافتدى يمينه ولم يحلف فقيل ألا تحلف وأنت صادق فقال أخاف أن يوافق قدر يميني فيقال هذا بسبب يمينه الكاذبة وقيل كان له على مقداد بن الاسود سبعة آلاف درهم أقرضها اياه فقضاه منها أربعة آلاف فترافعا الى عمر رضي الله تعالى عنه فلم يحلف ولان بالافتداء صيانة عرضه وهو مستحسن عقلا وشرعا وقد قال عليه الصلاة والسلام ذبوا عن أعراضكم بأموالكم وقال علي كرم الله وجهه اياك وما يقع عند الناس إنكاره وان كان عندك اعتذاره ولان المنكر يدفع به الخصومة وتهمة الكذب عن نفسه والمدعي يأخذه على أنه حقه أو عوض عنه فيجوز وان لم يكن الحق مالا كالقصاص وجاز أن يكون لعقد واحد جهتان كمن أقر بحرية عبد ثم اشتراه فما يعطى من الثمن بدل ملك الرقبة في زعم البائع وهو فداء في حق المشتري حتى يعتق العبد وكما في الصلح عن الانكار فانه بدل حقه في حق المدعي ولافتداء اليمين وقطع الخصومة في حق المنكر ثم لما بطل حقه في اليمين في لفظ الصلح والفداء لا يكون له أن يستحلفه بعد ذلك أبدا بخلاف ما اذا اشترى يمينه بمال حيث لا يجوز لان الشراء عقد تمليك المال بالمال واليمين ليست بمال فبطل وبقي حقه في اليمين على حاله والله أعلم

﴿باب التحالف﴾

قال رحمه الله (اختلفا في قدر الثمن أو المبيع قضى لمن برهن) أي لمن أقام البينة لانه نور دعواه بالبينة اذ البينة مبينة كاسمها فبقي في الجانب الآخر مجرد الدعوى والبينة أقوى منها اذ هي متعدية حتى توجب القضاء على القاضي فلا يعارضها مجرد الدعوى قال رحمه الله (وان برهنا فلمثبت الزيادة) أي اذا أقام كل واحد منهما بينة كانت البينة المثبتة للزيادة أولى لان البينات شرعت للاثبات ولا معارضة في قدر ما اتفقا عليه ولا في الزيادة فيجب كله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا فبينة البائع أولى في الثمن وبينة المشتري أولى في المبيع لما ذكرنا وفي النهاية اذا قال البائع بعتك هذه الجارية بعبدك هذا وقال المشتري اشتريتها منك بمائة دينار وأقاما البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الحق له فيه والاخرى تنفيه والبينة للاثبات دون النفي قال رحمه الله (وان عجزا ولم يرضيا بدعوى أحدهما تحالفا) أي ان عجزا عن اقامة البينة ولم يرض واحد منهما بما قاله صاحبه بعد ما قيل لكل واحد منهما اما أن ترضى بما قاله صاحبك

(قوله في المتن ولو افتدى المنكر الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير ذكرها في كتاب القضاء قال الاتقاني وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يدعي عليه المال فيفتدي يمينه بعشرة دراهم قال جائز وليس للمدعي أن يستحلفه على ذلك اليمين بعد ذلك وكذلك ان صالحه من يمينه على عشرة دراهم أما جواز الافتداء فلما الخ (١) وكتب ما نصه فالافتداء قد يكون بمال مثل المدعى أو أقل من المدعى والصلح انما يكون على أقل من المدعى في الغالب لان الصلح ينبئ عن الحطيطة وكلاهما مشروع وهي مسئلة الصلح على الانكار فيجوز عندنا ومالك وأحمد ولا يجوز عند الشافعي رحمهم الله اهـ (قوله وقيل كان على مقداد) كان لعثمان على المقداد سبعة آلاف درهم فادعى أنه أوفاها لعثمان رضي الله عنهما اهـ (قوله وان كان عندك اعتذاره) تمامه فليس كل سامع نكرا تستطيع أن توسعه عذرا اهـ (قوله واليمين ليست بمال) ذكره قاضي خان والمرغيناني والمحبوب اهـ معراج

﴿باب التحالف﴾

(قوله في المتن اختلفا في قدر الثمن أو المبيع) أي فادعى أحدهما ثمنا وادعى البائع أكثر منه أو اعترف البائع بقدر من المبيع وادعى المشتري أكثر منه اهـ هداية (قوله في المتن وان برهنا فلمثبت الزيادة) يعني ادعى المشتري أنه اشترى هذه العين بعشرة وادعى البائع أنه باعها بخمسة عشر وأقام كل واحد بينة على دعواه أو ادعى المشتري أنه اشترى الكرين بعشرة وادعى البائع أنه باع الكر بعشرة وأقام كل واحد منهما بينة على ما ادعى فالبينة المثبتة للزيادة أولى اهـ غاية (قوله ولو اختلفا في الثمن والمبيع جميعا) أي في قدرهما اهـ (قوله والا وبينة المشتري أولى في المبيع) صورته ما قال في الشامل في قسم المبسوط قال البائع بعتك هذه الجارية وحدها بمائة دينار وقال المشتري لا بل مع هذا العبد بخمسين وأقاما البينة يقضى بهما جميعا للمشتري بمائة دينار لان كل واحد منهما أثبتت بينته زيادة فتقبل في حق تلك الزيادة اهـ غاية (قوله وفي النهاية الخ) هذا الفرع وقع الاختلاف فيه في جنس الثمن اهـ (قوله والأخرى تنفيه) أما حق المشتري فثابت في الجارية باتفاقهما فلم تثبت بينته له شيأ وانما الاختلاف في حق البائع فبينته أولى بالقبول اهـ

(١) هكذا في أصل الحاشية وسبق مثل ذلك مرارا ولعله هنا اكتفى بما في الشارح من الحديث اهـ كتبه مصححه

(قوله والافسخنا البيع عليك) فيقال في الاختلاف في الثمن للمشترى اما أن ترضى بالثمن الذى يدعيه البائع والافسخنا وفى صورة الاختلاف في المبيع يقال للبائع اما أن تسلم ما ادّعاه المشترى والافسخنا وفى صورة ما اذا اختلفا فيهما يقال لكل واحد منهما ماذكرناه اهـ (قوله فى المتن ويدئ بيمين المشترى) هذا اذا اختلفا في الثمن أما اذا اختلفا في المبيع بدئ بيمين البائع يدل عليه ماسيذكره في الاختلاف في الاجارة اهـ (قوله وهو قول محمد وزفر) قال الاتقانى وعند زفر يبدأ بيمين البائع كقول أبي يوسف أوّلا كذا في التقريب اهـ (قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يبدأ بيمين البائع) قال الاتقانى وجه قول زفر هو قول أبي يوسف أوّلا قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول قول البائع ولان المبيع مستحق على البائع وهلاكه يوجب فساد العقد وله أن يحبس المبيع حتى يستوفى الثمن فكان تقديم من في حبسه المبيع أولى اهـ غاية وكتب ما نصه قال القدورى في شرح كتاب الاستحلاف وقد ذكر في هذا الكتاب رواية أخرى عن أبي يوسف في كتاب الاستحلاف وهى أن المشترى ان كان ابتدأ بالخصومة وادّعى على البائع ابتدئ بيمين البائع وان كان البائع ابتدأ بالدعوى ابتدئ بيمين المشترى اهـ غاية (قوله لاستوائهما في فائدة النكول) أى لان كل واحد منهما اذا نكل لا يلزم تسليم شئ في الحال اهـ غاية (قوله في المتن وفسخ القاضى الخ) قال شمس الائمة في شرح أدب القاضى في باب اليمين وان حلفا جميعا انتفى الثمنان فبقى بيعا بلا ثمن فيفسد فينتقض العقد فيما بينهما وانما ينقض القاضى فيما بينهما اذا طلبا أو طلب أحدهما من القاضى النقض فأما بدون الطلب لا ينقض وفرق بين هذا وبين اللعان وهو أن الزوجين اذا فرغا من اللعان فان القاضى يفرق بينهما سواء طلبا من القاضى أو لم يطلبا لان حرمة الحل قد ثبتت شرعا على ما قال عليه الصلاة والسلام المتلاعنان لا يجتمعان أبدا وهذه الحرمة حق الشرع فلا يحتاج فيه الى طلب العبد وأما العقد وفسخ العقد حقهما فشرط طلب العبد لهذا وقال الامام الناصحى في تهذيب أدب القاضى وان حلفا لم ينقض القاضى البيع بينهما حتى يطلبا ذلك أو يطلب أحدهما لان الفسخ حق لهما بدليل ما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال تحالفا وترادّا اهـ (قوله في المتن بطلب أحدهما) يعنى اذا استحلف الحاكم كل واحد منهما فحلفا فسخ البيع بينهما اهـ وكتب على قوله بطلب أحدهما ما نصه حتى لو رضيا بترك الدعوى لا يفسخ اهـ (قوله أو بثمن مجهول فاسد) أى والعقد الفاسد لا بد له من الفسخ اهـ غاية (قوله وقيل ينفسخ بنفس التحالف) لم يتعرض الشارح رحمه الله لتعليل اشتراط طلب أحدهما الفسخ مع أن رفع الفساد واجب عليه وان لم يطلبه أحد ووجه اشتراطه أن الفساد هنا وقع بعد صحة البيع بخلاف البيوع الفاسدة لانها وقعت فاسدة ابتداء اهـ (قوله وصفة اليمين الخ) قال الاتقانى وأما صفة التحالف فقد ذكر في الاصل أن كل واحد منهما يحلف على دعوى الآخر وهذا يقتضى أن يحلف البائع بالله ما باعه بمائة ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بمائتين اهـ (قوله والاصح الاقتصار الخ) قال الاتقانى وما ذكر في الاصل موضوع اليمين لانها لا تقع عندنا الا بالنفى فلو جمعنا بين الامرين لتضمنت الاثبات والنفى وهذا الاصح ووجه ما ذكر في الزيادات أن الجمع بين الامرين تأكيد للنفى وليس بممتنع أن يكون اليمين موضوعها النفى ويضم اليها الاثبات على طريق التأكيد فيقول الشاهد أشهد أن فلانا مات وهذا وارثه ولا وارث له غيره وقال في شرح الاقطع جوابا عن الحديث الذى احتج به زفر وانما خص البائع بالذكر لان يمين المشترى معلومة لا يشكل لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر

والافسخنا البيع عليك تحالفا وانما يقول له ذلك لان المقصود قطع المنازعة وهذا طريق فيه فلعلهما يرغبان في البيع دون الفسخ فيرضيان به اذا علما ذلك قال رحمه الله (وبدئ بيمين المشترى) وهو قول محمد وزفر رحمهما الله وأبي يوسف آخرا ورواية عن أبي حنيفة رحمه الله وهو الصحيح لان المشترى أشدّهما انكارا اذ هو المطالب بالثمن أوّلا فينكر عند المطالبة فيكون بادئا بالانكار وعند نكوله يطالب بالثمن كما نكل من غير تأخر فيتعجل به فائدة اليمين وهو الاقرار أو البذل عند النكول وبنكول البائع تتأخر الفائدة لان تسليم المبيع يتأخر الى زمان تسليم الثمن لانه يمسك المبيع حتى يستوفى الثمن فكان ما يتعجل به فائدته أولى وعن أبي يوسف أنه يبدأ بيمين البائع لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان فالقول ما قاله البائع خصه بالذكر فكان ينبغى أن يكتفى بيمينه فان تقاصر عن افادته فلا يتقاصر عن افادة التقديم وقيل يقرع بينهما في البداءة هذا اذا باع سلعة بثمن وان باع عينا بعين أو سلعة بسلعة بدأ القاضى بأيهما شاء لاستوائهما في فائدة النكول قال رحمه الله (وفسخ القاضى بطلب أحدهما) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادّا ولانهما لما حلفا لم يثبت ما ادّعاه كل واحد منهما فبقى بيع بثمن مجهول أو بلا بدل فيفسخ لان البيع بلا ثمن أو بثمن مجهول فاسد ولا بد من الفسخ فيه وقيل ينفسخ بنفس التحالف والصحيح الاول بدليل ما ذكره في المبسوط أن وطء الجارية المبيعة يحل بعد التحالف قبل فسخ القاضى المبيع بينهما ولو كان ينفسخ لما حل وصفة اليمين أن يحلف البائع بالله ما باعه بما ادّعاه المشترى ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بما ادّعاه البائع وذكر في الزيادات أنه يحلف بالله ما باعه بألف ولقد باعه بألفين ويحلف المشترى بالله ما اشتراه بألفين ولقد اشتراه بألف بضم الاثبات الى النفى تأكيدا والاصح الاقتصار على النفى

فسكت صلى الله عليه وسلم عما تقدم بيانه وبين ما يشكل ولم يتقدم بيانه اهـ (قوله لان الايمان على ذلك وضعت) أى وضعت لا على الاثبات اهـ (قوله فى المتن ومن نكل لزمه دعوى الآخر) قال فى شرح أدب القاضى اذا اختلفا فى الثمن والسلعة قائمة مقبوضة كانت أو لم تكن فانهما يتحالفان يحلف البائع على دعوى المشترى فان نكل لزمه البيع بألف درهم ويحلف المشترى على دعوى البائع فان نكل لزمه دعواه وهو البيع بألفى درهم وان حلفا جميعا فقد مر بيانه آنفا وأصل ذلك أن النكول فى معنى البذل وبذل الاعواض صحيح فاذا كان الناكل باذلا لم تبق دعواه معارضة لدعوى صاحبه فيثبت دعوى صاحبه لسلامته عن المعارض اهـ اتقانى (قوله لانه) أى النكول اهـ (قوله نحو أن يشترى الرجل من آخر سمنا فى زق الخ) هذا الفرع مذكور فى متن الكنز فى البيع الفاسد وراجع الحاشية التى فى خيار الرؤية نقلا عن الكمال عند قوله وللمشترى لو فى الرؤية اهـ (قوله فكذا فى مقدار المقبوض) يعنى القول فيه للقابض

لان الايمان على ذلك وضعت ألا ترى أنه اقتصر عليه فى القسامة بقولهم ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا والمعنى فيه أن اليمين تجب على المنكر وهو النافى فيحلف على هيئة النفى اشعارا بأن الحلف وجب عليه لانكاره وانما وجب على البائع والمشترى لان كلا منهما منكر لان البائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر ويدعى زيادة المبيع والبائع ينكر ان كان الاختلاف فيهما وان كان الاختلاف فى أحدهما فأحدهما يدعى زيادة البدل والآخر ينكره والمنكر منهما يدعى وجوب تسليم المبدل على صاحبه عند تسليمه البدل والآخر ينكره فصارا مدعيين ومنكرين فتقبل بينة كل واحد منهما لكونه مدعيا ويحلف كل واحد منهما لكونه منكرا وهذا اذا كان قبل قبض أحد البدلين فظاهر وهو قياس وان كان بعده فمخالف للقياس لان القابض منهما لا يدعى شيأ على صاحبه وانما ينكر ما ادعاه الآخر ولكن عرفناه بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بعينها تحالفا وترادا قال رحمه الله (ومن نكل لزمه دعوى الآخر) لانه صار مقرا به أو باذلا فلزمه اذا اتصل به القضا وهو المراد بقوله لزمه دعوى الآخر لانه بدون اتصال القضاء به لا يوجب شيأ أما على اعتبار البذل فظاهر وأما على اعتبار أنه اقرار فلانه اقرار فيه شبهة البذل فلا يكون موجبا بانفراده وهذا الذى ذكرناه فى التحالف اذا كان اختلافهما فى البذل مقصودا وأما اذا كان فى ضمن شئ آخر نحو أن يشترى الرجل من آخر سمنا فى زق ووزنه مائة رطل ثم جاء بالزق ليرده على صاحبه ووزنه عشرون فقال البائع ليس هذا زقى وقال المشترى هو زقك فالقول قول المشترى سواء سمى لكل رطل ثمنا أو لم يسم فجعل هذا اختلافا فى المقبوض وفيه القول قول القابض فى نفس القبض والمقبوض فكذا فى مقدار المقبوض وان كان فى ضمنه اختلاف فى الثمن لان الثمن يزداد بنقصان الزق وينقص بزيادته فالبائع يدعى زيادة الثمن والمشترى ينكر ولم يعتبر هذا الاختلاف فى ايجاب التحالف لان الاختلاف فيه وقع مقتضى اختلافهما فى الزق قال رحمه الله (وان اختلفا فى الاجل أو شرط الخيار أو فى قبض بعض الثمن أو بعد هلاك المبيع أو بعضه أو فى بدل الكتابة أو فى رأس المال بعد اقالة السلم لم يتحالفا) والقول للمنكر مع يمينه أما الاختلاف فى الاجل أو فى شرط الخيار أو فى قبض بعض الثمن فلانه اختلاف فى غير المعقود عليه والمعقود به فأشبه الاختلاف فى الحط والابراء ولهذا لا يختل العقد بانعدامه بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن وجنسه حيث يكون بمنزلة الاختلاف فى القدر حتى يجرى فيه التحالف لانه يرجع الى نفس الثمن لانه يعرف بالوصف لا غير لكونه دينا فى الذمة ولا كذلك الاجل لانه ليس بوصف له ألا ترى أن الثمن وجود بدونه وكذا

هذا الفرع ذكره فى المتن فى خيار العيب حيث قال والقول فى مقدار المقبوض للقابض فليراجع ما قاله الشارح اهـ (قوله فى المتن أو فى قبض بعض الثمن) ذكر البعض ليس بقيد اذ الحكم فيما اذا اختلفا فى قبض كل الثمن كذلك يكون اليمين على البائع لا غير اهـ (قوله والابراء) يعنى اذا اختلفا فى حط بعض الثمن أو ابراء كل الثمن لم يتحالفا فكذا اذا اختلفا فى الاجل وشرط الخيار اهـ (قوله ولهذا لا يختل العقد بانعدامه) أى بانعدام الاجل وشرط الخيار اهـ (قوله بخلاف الاختلاف فى وصف الثمن) أعنى فى جودته أو رداءته اهـ غاية (قوله وجنسه) أى بأن قال أحدهما دراهم والآخر دنانير اهـ غاية (قوله لكونه دينا فى الذمة الخ) والتحقيق هنا أن يقال ان التحالف شرع بالنص اذا وقع الاختلاف فى الثمن أو المثمن اذا أمكن الفسخ بعد التحالف ليتوصل كل منهما الى رأس ماله اذا لم يصل له ما ادعى قبل صاحبه وهذا ممكن مستحقهما عند الاختلاف فى الثمن أو المثمن لانهما اذا تحالفا لم يثبت واحد من الثمنين أو المثمنين فيبقى البيع بغير ثمن أو مثمن وهو فاسد فيجب الرد والمتاركة بسبب الفساد وفيما نحن فيه اختلفا فى شرط زائد وهو الاجل والخيار فاذا تحالفا لم يثبت الشرط والبيع يبقى صحيحا بدونه كما لو عقد البيع بدونه فى الابتداء فلا يمكن أن يفسخ مع بقائه على الصحة وثمرة التحالف الفسخ فلا تحالف فى موضع لا يؤدى الى الفسخ ويعلل أيضا لخيار الشرط فنقول نوع خيار فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف كخيار العيب وقال الامام الاسبيجابى فى بيوع شرح الطحاوى والاصل فى هذا أن العاقدين متى اختلفا فى المملوك بالعقد تحالفا ومتى اختلفا فى المملوك بالشرط لم يتحالفا أو نقول متى اختلفا فى كلمة العقد تحالفا ومتى لم يختلفا فى كلمة العقد لم يتحالفا والاجل مملوك بالشرط وليس فى كلمة العقد والثمن والمثمن مملوك بالعقد وهو من كلمة العقد

اه اتقانى وكتب مانصه قال الاتقانى ثم الاختلاف فى أجل الثمن لا يخلو اما أن يختلفا فى أصله أو فى قدره أو فى مضيه فان اختلفا فى أصله فالقول قول البائع لانه يستفاد من جهته وان اختلفا فى قدره فالقول قوله أيضا والبينة فى المسئلتين جميعا بينة المشترى لانه يثبت الزيادة وان اختلفا فى مضيه مع اتفاقهما على القدر فالقول قول المشترى انه لم يمض والبينة بينته أيضا لانه يثبت الزيادة وان اختلفا فى المضى والقدر فالقول قول المشترى فى المضى وفى القدر قول البائع فيجعل شهرا لم يمض والبينة بينة المشترى وهذا اذا كان المبيع عينا فأما اذا كان دينا يعنى السلم فالاختلاف فيه لا يوجب التحالف والتراد عند علمائنا الثلاثة لانهما اختلفا فى المملوك بالشرط وعند زفر يتحالفان ويترادان لان السلم لا يصح الا به فالاختلاف كالاختلاف فى صفة السلم اه (قوله وفرق بين الاجل فى السلم الخ)

مستحقهما تختلف فان الثمن حق البائع والاجل حق المشترى ولو كان وصفا للثمن لكان حق البائع وقال زفر والشافعى يتحالفان فى الاجل اذا اختلفا فى أصله أو قدره لان هذا فى معنى الاختلاف فى مقدار مالية الثمن فان المؤجل أنقص من الحال فى المالية ولان النص أوجب التحالف عند اختلاف المتبايعين ولم يفصل قلنا وجوب التحالف معلق باختلاف المتبايعين وهو اسم مشتق من البيع فيتعلق وجوبه باختلافهما فيما يثبت به البيع وهو يثبت بالمبيع والثمن لا بالاجل فصار كأنه قال اذا اختلف المتبايعان فى المبيع أو الثمن تحالفا وقد بينا أن الاجل ليس بوصف للثمن اذ لو كان وصفا له لذهب عند ذهابه اذ الشئ لا يبقى بدون وصفه وفرق بين الاجل فى السلم و بين مانحن فيه عند أبى حنيفة رحمه الله فانه جعل هنالك القول قول من يدعى الاجل وجعل القول هنا للمنكر والفرق أنه شرط فى السلم وتركه فيه مفسد للعقد واقدامهما عليه يدل على الصحة فكان القول لمن يدعيه لان الظاهر يشهد له بخلاف ما نحن فيه لانه لا تعلق له فى الصحة والفساد فيه فكان القول لنافيه لان الاجل أجنبى عن العقد ولهذا لو شهد أحد الشاهدين بانه باعه بألف الى شهر وشهد الآخر بانه باعه بألف ولم يذكر الاجل تقبل شهادتهما كما لو شهد أحدهما أنه باعه بشرط الخيار الى ثلاث ولم يذكر الآخر الخيار ولو كان وصفا للثمن لما قبل وكذا اذا اختلفا فى أصل البيع أو فى مكان ايفاء المسلم فيه لا يتحالفان لان أحدهما انفرد فى انكار أصل البيع والاختلاف فى مكان الايفاء وقد مر بيانه فى البيوع وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع فالمذكور هنا قول أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد والشافعى رحمهما الله يتحالفان و يفسخ البيع على قيمة الهالك وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه أو صار بحال لا يمكن رده لهما قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان تحالفا وترادا مطلقا من غير اشتراط قيام السلعة والمراد باشتراطه فى الحديث الآخر التنبيه على عدم سقوطه فى حالة أدنى منها كأنه يقول والله أعلم تحالفا وان كانت السلعة قائمة لانه يمكن تمييز الصادق من الكاذب اذا كانت السلعة قائمة بتحكيم قيمتها فى الحال ولا يمكن ذلك بعد الهلاك فاذا كان يجرى التحالف بينهما مع امكان المعرفة فأولى أن يجرى عند عدم الامكان ولان كل واحد منهما يدعى عقدا غير العقد الذى يدعيه صاحبه اذ البيع بألف غير البيع بألفين ألا ترى أن الشاهدين فى البيع اذا اختلفا فى قدر الثمن لا تقبل شهادتهما لعدم كمال النصاب فى كل واحد من البيعين فصار كما لو ادعى أحدهما البيع والآخر الهبة أو كان البيع مقايضة فهلك أحد البدلين أو اختلفا فى جنس الثمن وفى التحالف فائدة وهو تسليم ما يدعيه البائع له على تقدير نكول المشترى أو سقوط الثمن كله عن المشترى على تقدير عدم نكوله ولابى حنيفة وأبى يوسف قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا بشرط أن تكون السلعة قائمة وماروياه من المطلق محمول

ثم الاختلاف فى أجل السلم لا يخلو اما ان اختلفا فى أصله أو فى قدره وفى مضيه أو فيهما جميعا أما اذا اختلفا فى أصله فانه ينظر ان كان مدعى الاجل هو رب السلم فالقول قوله قياسا واستحسانا و يجوز السلم وان كان مدعى الاجل هو المسلم اليه فالقول قوله أيضا استحسانا و يجوز السلم وهو قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول رب السلم و يفسد المسلم وهو القياس ولو اختلفا فى قدره فالقول قول رب السلم ولو اختلفا فى مضيه فالقول قول المسلم اليه والبينة أيضا بينته ولو اختلفا فى قدره ومضيه فالقول فى القدر قول رب السلم والقول فى المضى قول المسلم اليه ولو أقاما البينة فالبينة بينة المسلم اليه على اثبات الزيادة وانه لم يمض اه غاية قال فى المجمع والمسلم اليه فى دعوى التأجيل مصدق كرب السلم اه (قوله تقبل شهادتهما) أى و يقضى بالبيع بألف حالة اه غاية (قوله وأما اختلافهما بعد هلاك المبيع) أى بعد قبض المشترى اذ قبل قبضه ينفسخ العقد بهلاكه اه كاكى وكتب مانصه قال فى المجمع أو فى الثمن بعد هلاك المبيع أمر بالتحالف والفسخ على قيمته وجعلا القول للمشترى اه قال الاتقانى وأجمعوا على أن السلعة اذا كانت قائمة يتحالفان سواء كان قبل القبض أو بعد القبض وحاصل الخلاف فى تحليف البائع عندنا لا يحلف البائع وعندهما يحلف اه قوله أو فى الثمن أى لو اختلفا فى قدر الثمن اه شرحه (قوله وعلى هذا الخلاف اذا خرج المبيع عن ملكه) أى ببيع أو هبة لان خروج المبيع عن ملك المشترى هلاك حكما والهلاك لا يمنع التحالف عند محمد خلافا لهما اه (قوله بشرط أن تكون السلعة قائمة) أى لان الواو للحال والاحوال شروط اه

عليه ولفظ الترادّ فيه يدل عليه لان التراد يكون فى القائم دون الهالك ولانه يحمل المطلق على المقيد اذا كان الراوى لهما عن النبى صلى الله عليه وسلم واحدا بالاجماع ويحال ترك الراوى عن النبى صلى الله عليه وسلم القيد الى غفلته وقلة ضبطه بخلاف ما اذا اختلف الراويان عن النبى صلى الله عليه وسلم حيث يترك كل واحد منهما على حاله فيعمل بهما ما لم يكن الاطلاق والتقييد فى حكم واحد ومحل واحد وهذان الحديثان هنا رويهما ابن مسعود عن النبى صلى الله عليه وسلم فيؤخذ بالمقيد لما ذكرنا والتحالف بعد القبض على خلاف القياس على ما بينا فلا يلحق به غيره فلا يتعدى الى حال هلاك السلعة لانه ليس فى معناه اذ لا يعود كل واحد منهما الى رأس ماله ولا يدعى المشترى قبله شيأ بخلاف ما قبل القبض على ما بينا ولانه بالتحالف يفسخ العقد والفسخ يرد على عين ما ورد عليه العقد فيشترط قيامه كالعقد ولهذا لا تجوز الاقالة ولا الرد بالعيب بعد هلاكه ولا معنى لقولهما ان كل واحد منهما يدعى عقدا غير ما يدعيه الآخر فان العقد لا يختلف باختلاف قدر الثمن من جنس واحد ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف يبيعه بألفين وأن البيع بألف يصير بألفين بالزيادة فى الثمن وبخمسمائة بالحط وانما لا تقبل شهادتهما اذا اختلفا فى القدر مع اتحاد الجنس لان المدعى أحدهما الا لاختلاف العقد بخلاف ما لو اختلفا فى جنس الثمن لان البائع يدعى عليه الدنانير والمشترى ينكر والمشترى يدعى الشراء بالدراهم والبائع ينكر وانكاره صحيح وكذا دعواه لان المبيع لا يسلم له الا بثمن فكان دعواه الثمن دعوى المبيع ولم يتفقا على ثمن وهنا اتفقا على ألف وهو يكفى للصحة ولهذا لو كان المبيع جارية جاز وطؤها قبل الفسخ بعد التحالف ولو كان مختلفا لما صح كما لو ادّعى أحدهما هبة والآخر بيعا لاختلافهما حقيقة وبخلاف بيع المقايضة لان كل واحد منهما مبيع فكان البيع قائما ببقاء المعقود عليه ولهذا تجوز الاقالة فيه ويرد بالعيب فاذا كان باقيا رده ورد الآخر مثل الهالك ان كان من ذوات الامثال والا فقيمته ولا نسلم أن فى التحالف هنا فائدة لان المقصود فى الفسخ أن لا يسلم لكل واحد منهما العوض ويرجع اليه عين ماله الذى ورد عليه العقد وهنا يسلم المبيع للمشترى بقيمته كما يسلم له بالثمن اذا لم يفسخ فلا يعتد باختلاف سبب السلامة بعد حصول المقصود كمن أقر بألف من ثمن متاع فقال المقر له هى غصب فانه يؤمر بالدفع اليه لاتحاد الحكم بخلاف ما اذا قال بعتنى هذه الجارية فانكر وقال ما بعتكها وانما زوجتكها فانه لا يجوز له أن يطأها لاختلاف الحكم فان حكم ملك اليمين خلاف حكم الزوجية وكذا لا يرجع الى البائع بالفسخ عين ماله الذى ورد عليه العقد فلا يكون فى الفسخ فائدة لان ما يعتبر من الفائدة هو عود ما ورد عليه العقد الى صاحبه لا أى فائدة كانت واما اختلافهما بعد هلاك بعض المبيع فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وصورته انه باع عبدين صفقة واحدة ثم هلك أحدهما عند المشترى ثم اختلفا فى الثمن قال القدورى فيها لا يتحالفان الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك وجعل هذا فى النهاية لفظ المبسوط وفى الجامع الصغير القول قول المشترى مع يمينه عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا شئ له وقال قاضيخان وذكر فى الاصل الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ وقال أبو يوسف رحمه الله يتحالفان فى الحى ويفسخ العقد فيه ولا يتحالفان فى الهالك ويكون القول فى ثمنه قول المشترى وقال محمد رحمه الله يتحالفان عليهما ويفسخ العقد فيهما ويرد الحى وقيمة الهالك لان هلاك كل السلعة لا يمنع التحالف عنده فهلاك البعض أولى أن لا يمنع ولابى يوسف رحمه الله ان امتناع التحالف للهلاك فيتقدر بقدره ولابى حنيفة رحمه الله أن التحالف بعد القبض ثبت بالنص على خلاف القياس ورد الشرع به فى حال قيام السلعة والسلعة اسم لجميعها فلا تبقى السلعة بعد فوات جزء منها ولانه لا يمكن التحالف فى القائم الا على اعتبار حصته من الثمن ولا بد من القسمة على قيمتهما والقيمة تعرف بالحزر والظن فيؤدى الى التحليف مع الجهل وذلك لا يجوز الا أن يرضى البائع أن يترك حصة الهالك فحينئذ يكون الثمن كله بمقابلة الحى ويخرج الهالك عن العقد فيكون كأن العقد وقع على هذا

(قوله ثم هلك أحدهما عند المشترى) أى قبل نقد الثمن اه

فيتحالفان فان حلفا فسخ العقد فيه وأخذه ولا يأخذ من ثمن الهالك ولا من قيمته شيأ وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر ولفظ المبسوط يدل على هذا لان المستثنى منه عدم التحالف لان المذكور فيه قبل الاستثناء قوله لم يتحالفا ولفظ الجامع الصغير يدل على أنهما لا يتحالفان وان لا يحلف المشترى وحده لان المستثنى منه يمين المشترى لانه المذكور قبله وقال فى النهاية وتكلموا أن هذا الاستثناء الى ماذا ينصرف قال مشايخ بلخ رحمهم الله ينصرف الى يمين المشترى ومعناه ان البائع يأخذ الحى منهما صلحا عما يدعيه قبل المشترى من الزيادة ويجعل صلحهما على هذا العبد كصلحهما على عبد آخر وصار تقدير ما قال فى الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبى حنيفة رحمه الله ويكون القول قول المشترى مع يمينه الا أن يأخذ البائع الحى ولا يأخذ شيأ آخر فحينئذ لا يحلف المشترى قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده هذا لا يقوى لان الاخذ معلق بمشيئة البائع ولو كان أخذ الحى بطريق الصلح لكان معلقا بمشيئتهما قال الراجى عفو ربه ليس فى هذا الاخذ فائدة له أيضا ولا يحتملها فلا يصار اليه لان ترك حصة الهالك من الثمن من غير بدل يقابله ليس من الحكمة ثم قال وعامة المشايخ على أن الاستثناء منصرف الى التحالف وصار تقدير ما قال فى الكتاب على قول هؤلاء لا يتحالفان عند أبى حنيفة رحمه الله الا أن يشاء البائع أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ فحينئذ يتحالفان لان المذكور قبل الاستثناء التحالف دون يمين المشترى فكان صرف الاستثناء الى المذكور أولى وبعضهم قالوا لا بل ينصرف الى يمين المشترى على معنى أن البائع اذا رضى أن يأخذ الحى ولا يأخذ من ثمن الميت شيأ فحينئذ لا يحلف المشترى لان البائع اذا أعرض عن دعواه لا معنى لتحليف المشترى وهذا مثل الاول فى عدم الفائدة ثم قال وقال الامام الكيسانى رحمه الله يأخذ البائع فى حق الهالك من المشترى ما يقر به المشترى فحينئذ لا يحلف لان الاستحلاف انما شرع فى حق المشترى اذا كان ينكر ما يدعيه البائع من الزيادة فاذا ترك البائع دعوى الزيادة وأخذ الحى ورضى به المشترى فلا حاجة الى استحلاف المشترى والصحيح هو ترك دعوى الزيادة فى الثمن لا ترك ثمن الهالك لان البائع لا يترك ثمن الهالك كله وانما يترك الزائد على ما يقر به المشترى ومعنى قوله لا يأخذ شيأ أى لا يأخذ من الزيادة التى يدعيها شيأ وعلى هذا التقدير يكون الاستثناء منصرفا الى يمين المشترى ومن أصحابنا من قال ينصرف الاستثناء الى التحالف وهو الاظهر لان المانع من التحالف وهو الهالك قد زال بخروجه من أن يكون مبيعا فصار كأن المبيع هو الحى وحده أو برضاه بما أقر به المشترى من ثمن الهالك فلم يبق الاختلاف بينهما الا فى ثمن الحى فيتحالفان فأيهما نكل لزمه دعوى الآخر ثم تفسير التحالف على قول محمد رحمه الله ظاهر لان الهلاك عنده لا يؤثر فصار كأنهما حيان واختلفوا فى تفسيره على قول أبى يوسف رحمه الله فقال بعضهم يتحالفان على القائم بحصته من الثمن دون الهالك لان التحالف للفسخ والفسخ لا يرد على الهالك وهذا لا يقوى لان المشترى لو حلف بالله ما اشترى القائم بألف يكون صادقا لان من اشترى شيئين بألفى درهم ثم حلف أنه ما اشترى أحدهما بألف كان صادقا فلم يمتنع عن الحلف فلم يفد التحالف فائدته والصحيح أن يحلف المشترى بالله ما اشتراهما بألفين فان نكل لزمه دعوى الآخر وان حلف يحلف البائع بالله ما باعهما بألف فان نكل لزمه دعوى المشترى وان حلف فسخ العقد بينهما فى القائم وسقط حصته من الثمن ويلزم المشترى حصة الهالك من الثمن الذى يقر به المشترى فانه يقسم على قيمتهما يوم القبض فما أصاب الحى سقط وما أصاب الهالك لزم المشترى وان اختلفا فى قيمة الهالك فان أقام أحدهما بينة تقبل بينته وان أقاما البينة فبينة البائع أولى لانها تثبت الزيادة وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع لانه هو المنكر لان الثمن كله كان واجبا على المشترى ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بدعوى قلة قيمة الهالك والبائع ينكر ذلك فكان القول قوله وهو قياس ما ذكر فى الاصل فى رجل اشترى عبدين وقبضهما ثم رد أحدهما بعيب وهلك الآخر عند المشترى سقط عنه ثمن ما رد ويجب عليه ثمن ما هلك عنده وينقسم الثمن على قدر قيمتهما وان اختلفا فى قيمة الهالك وأقام أحدهما

(قوله لان المستثنى منه عدم التحالف) أى لان قوله الا أن يرضى البائع مستثنى من عدم التحالف اه (قوله وأن لا يحلف) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وتكلموا أن هذا الاستثناء) أى وهو قوله الا أن يشاء البائع اه (قوله وصار تقدير ما قال فى الكتاب) أى الجامع الصغير اه (قوله ولا يأخذ شيأ آخر) أى لا من قيمة الهالك ولا من ثمنه اه (قوله كان صادقا) أى وكذا لو حلف البائع بالله ما بعت القائم بحصته من الثمن الذى يدعيه المشترى كان صادقا اه

بينة تقبل بينته وان أقاما البينة فبينة البائع أولى لانها أكثر اثباتا وان لم يكن لهما بينة كان القول قول البائع مع يمينه لانهما اتفقا على وجوب كل الثمن ثم المشترى يدعى زيادة السقوط بدعواه أن قيمة الهالك أقل والبائع ينكر فكان القول له أيضا وهذا الفقه وهو أن الايمان يعتبر فيها الحقيقة لانها تتوجه على أحد الخصمين وهما يعرفان حقيقة الحال فينبني الامر عليها والبائع منكر حقيقة فكان القول له وفى البينات يعتبر الظاهر لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر فاعتبر الظاهر فى حقهما والبائع مدع ظاهرا فلهذا تقبل بينته أيضا وترجحت بالزيادة الظاهرة وعند أبى حنيفة رحمه الله أن البائع اذا رضى أن يترك حصة الهالك من الثمن يتحالفان عند بعضهم على الوجه الذى ذكرنا لابى يوسف رحمه الله هذا اذا هلك بعضه بعد القبض وان هلك قبله يتحالفان بالاتفاق وكذا لو رد أحدهما بعيب لان الكل يعود الى ملكه فلا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع فعلم بهذا أن التعليل بان السلعة اسم لجميعها غير سديد وأما اختلافهما فى بدل الكتابة فالمذكور هنا قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا يتحالفان وتفسخ الكتابة وهو قول الشافعى رضى الله عنه لان الكتابة عقد معاوضة تقبل الفسخ وكل واحد منهما مدع على الآخر لان المولى يدعى بدلا زائدا والعبد ينكره والعبد يدعى استحقاق العتق على المولى عند أداء ما يقر به والمولى ينكره فيتحالفان كما اذا اختلفا فى الثمن وهو قبل القبض موافق للقياس فيتعدى اليه ولابى حنيفة رحمه الله أن البدل فى الكتابة مقابل بفك الحجر وهو ملك التصرف واليد للحال وقد سلم ذلك للعبد ولا يدعى على مولاه شيأ وقد بينا ان التحالف بعد القبض على خلاف القياس فلا يتحالفان فيكون القول قول العبد لكونه منكرا وانما يصير مقابلا بالعتق عند الاداء وقبله لا يقابله أصلا حتى يقال فيه انه اختلاف قبل القبض وهذا نظير الاجرة فانها مقابلة بالعين المستأجرة عند العقد ثم ينتقل الى المنفعة عند الاستيفاء وكذا الكتابة ليست فى معنى البيع صورة ومعنى لان صورة البيع للاسترباح وهو مبنى على التضييق والكتابة بخلافه والبيع يقبل الفسخ بعد تمامه والكتابة لا تقبل الفسخ بعد التمام فلا تكون فى معناه فلا يتحالفان يوضحه أن البيع لازم من الجانبين فالمصير الى التحالف فيه مفيد حتى اذا نكل أحدهما لزمه دعوى الآخر ولا يتحقق ذلك فى الكتابة لان المكاتب اذا نكل لا يلزمه شئ لتمكنه من الفسخ بالتعجيز والدين فيه غير لازم حتى لا تجوز الكفالة به ولا نسلم أنه معاوضة مطلقا لان الكل مال المولى من وجه فلا يكون فى معنى البيع فاذا انعدم التحالف وجب اعتبار الدعوى والانكار فيكون القول للمنكر وهو العبد وان أقام أحدهما بينة تقبل بينته لانه نور دعواه بها وان أقاما البينة كانت بينة المولى أولى لانها تثبت الزيادة الا أنه اذا أدى قدر ما أقام البينة عليه يعتق لانه أثبت الحرية لنفسه عند أداء هذا القدر فوجب قبول بينته على ذلك فصار نظير ما لو كاتبه على ألف درهم على انه ان ادى خمسمائة يعتق ولا يمتنع أن يكون عليه بدل الكتابة بعد الحرية كما ذكرنا وكما لو استحق بدل الكتابة فان الحرية لا ترتفع بعد النزول ويجب عليه البدل وأما اذا اختلف فى رأس المال بعد اقالة السلم فلان الاقالة فى باب السلم ليس ببيع بل هو ابطال من كل وجه فان رب السلم لا يملك المسلم فيه بالاقالة بل يسقط فلم يكن فيها معنى البيع حتى يتحالفا فاعتبر فيه حقيقة الدعوى والمسلم اليه هو المنكر حقيقة فكان القول له ولا يعود السلم ولان المقصود من التحالف فسخ العقد حتى يعود كل واحد منهما الى رأس ماله واليه الاشارة النبوية بقوله عليه الصلاة والسلام تحالفا وترادا والتحالف فى الاقالة فى السلم لا يفيد هذا المقصود وهو فسخ الاقالة لان الاقالة فى السلم بعد نفاذها لا تحتمل الفسخ بسائر أسباب الفسخ ألا ترى أنهما لو قالا انقضنا الاقالة لا تنتقض وكذا لو كان رأس المال عرضا فقبضه المسلم اليه ثم رده عليه بعيب بقضاء قاض ثم هلك قبل التسليم الى رب السلم لا يعود السلم فكذا بالتحالف لا تنتقض الاقالة ولا يعود السلم بخلاف الاقالة فى البيع حيث تنتقض بهذه النواقض والفقه فيه أن المسلم فيه سقط بالاقالة فلو انفسخت الاقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه والساقط لا يحتمل العود بخلاف الاقالة فى البيع لانه عين فأمكن عوده الى ملك

(قوله فينبنى الامر عليها) أى لئلا يلزم الاقدام على القسم بجهالة اه (قوله لان الشاهدين لا يعلمان حقيقة الامر) أى لجواز أن يكون الحال فى الواقع على خلاف ما ظهر عندهما بهزل أو تلجئة أو غير ذلك اه

المشترى

المشترى * قال رحمه الله (وان اختلفا فى مقدار الثمن بعد الاقالة تحالفا) معناه اذا اختلفا بعد ما تقايلا قبل قبض المبيع بحكم الاقالة فانهما يتحالفان اذا لم يكن لهما بينة ويعود البيع الاول لان التحالف قبل القبض موافق للقياس لما أن كل واحد منهما مدع ومنكر فيتعدى الى الاقالة كما تعدى الى الاجارة والى الوارث والى قيمة المبيع فيما اذا استهلك المبيع غير المشترى ولو قبض البائع المبيع بعد الاقالة فلا يتحالفان عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله يتحالفان لانه يرى النص معلولا بعد القبض أيضا قال رحمه الله (وان اختلفا فى المهر قضى لمن برهن) أى لمن أقام البينة لانه نور دعواه بها وهى كاسمها مبينة قال رحمه الله (وان برهنا فللمرأة) أى اذا أقاما البينة كانت بينة المرأة أولى لانها تثبت الزيادة والبينات للاثبات فكانت أولى هذا اذا كان مهر المثل يشهد للزوج بأن كان مثل ما يدعى الزوج أو أقل لان الظاهر يشهد للزوج وبينة المرأة تثبت خلاف الظاهر فكانت أولى وان كان مهر المثل يشهد لها بأن كان مثل ما تدعيه أو أكثر كانت بينة الزوج أولى لانها تثبت الحط وهو خلاف الظاهر والبينات للاثبات على ما بينا وان كان مهر مثلها لا يشهد لها ولا له بان كان أقل مما ادعته المرأة أو أكثر مما ادعاه الزوج فالصحيح أنهما يتهاتران لانهما استويا فى الاثبات لان بينتها تثبت الزيادة وبينته تثبت الحط فلا تكون احداهما أولى من الاخرى قال رحمه الله (وان عجزا) أى عن اقامة البينة (تحالفا ولم يفسخ النكاح) لان يمين كل واحد منهما ينتفى به ما يدعيه صاحبه من التسمية فيبقى العقد بلا تسمية وذلك غير مفسد للنكاح فلا حاجة الى الفسخ بخلاف البيع قال رحمه الله (بل يحكم مهر المثل فقضى بقوله لو كان كما قال أو أقل وبقولها لو كان كما قالت أو أكثر وبه لو بينهما) أى بين ما قالته هى وبين ما قاله هو ولانه لما انتفى بيمينهما التسمية احتيج الى تحكيم مهر المثل فيقضى بقول من يشهد له مهر المثل وان لم يشهد لواحد منهما بان كان أقل مما ادعت أو أكثر مما أقر به هو قضى بذلك وهذا تخريج الكرخى رحمه الله وتخريج الرازى خلاف ذلك فانه يبدأ باليمين أولا فيجعل القول لمن يشهد له الظاهر وهو مهر المثل مع يمينه وان لم يشهد لواحد منهما بأن كان بينهما تحالفا ويبدأ بيمين الزوج لتعجيل الفائدة وقد بيناه مفصلا فى النكاح وعند أبى يوسف رحمه الله لا يتحالفان ويكون القول قول الزوج مع يمينه الا أن يأتى بشئ مستنكر وقد بيناه فى النكاح قال رحمه الله (ولو اختلفا فى الاجارة قبل الاستيفاء تحالفا) يعنى قبل استيفاء المنافع لان الاجارة قبل قبض المنفعة نظير البيع قبل قبض المبيع من حيث ان كل واحد منهما مدع على صاحبه ومنكر لما يدعيه صاحبه ومن حيث انهما يحتملان الفسخ وهما عقدا معاوضة فان قيل قيام المعقود عليه شرط للتحالف والمنفعة معدومة فوجب أن لا يجرى فيها التحالف قلنا فى المعدوم يجرى التحالف كما فى السلم ولأن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى حق ايراد العقد عليها فصارت كأنها قائمة ثم ان كان الاختلاف فى الاجرة بدئ بيمين المستأجر وان وقع فى المنفعة بدئ بيمين المؤجر وأيهما نكل لزمه دعوى الآخر وأيهما أقام البينة تقبل بينته وان أقاماها فبينة المؤجر أولى ان كان الاختلاف فى الاجرة وان كان الاختلاف فى المنفعة فبينة المستأجر أولى وان كان الاختلاف فيهما فبينة المؤجر أولى فى الاجرة وبينة المستأجر أولى فى المنفعة لان البينة للاثبات فما كان أكثر اثباتا كان أولى قال رحمه الله (وبعده لا والقول قول المستأجر) أى ان اختلفا بعد استيفاء المنافع لا يتحالفان وكان القول قول المستأجر مع يمينه لان فائدة التحالف الفسخ والمنافع المستوفاة لا يمكن عقد الفسخ فيها فامتنع التحالف وهذا عندهما ظاهر لان هلاك المعقود عليه يمنع التحالف عندهما وكذا عند محمد لان الهلاك انما لا يمنع عنده فى المبيع لما أن له قيمة تقوم مقامه فيتحالفان عليها ولو جرى التحالف هنا وفسخ العقد فلا قيمة لان المنافع لا تتقوم بنفسها بل بالعقد وبالفسخ يرتفع العقد فيتبين أنه لا عقد فاذا امتنع التحالف كان القول قول المستأجر لانه هو المنكر قال رحمه الله (والبعض معتبر بالكل) معناه اذا استوفى بعض المنافع وبقى البعض يعتبر كل واحد منهما بالكل حتى يمتنع التحالف فى المستوفى ويكون القول فيه قول المستأجر كما لو استوفى الكل

(قوله فيما اذا استهلك المبيع غير المشترى) أى واختار المشترى بقاء العقد وأخذه القيمة ثم اختلفا فى الثمن اه

(قوله ثم ان كان الاختلاف فى الاجرة) أى بأن قال المؤجر أجرتك بعشرة وقال المستأجر بل بخمسة اه

(قوله لا يمنع عنده) أى التحالف اه

ويجرى التحالف فى الباقى ويفسخ العقد فيه كما اذا لم يستوف شيأ وهذا بالاجماع فأبو يوسف رحمه الله مر على أصله فى هلاك بعض المبيع فان التحالف فيه عنده يتقدر بقدر الباقى فكذا هنا وهما خالفا أصلهما فى المبيع والفرق لمحمد رحمه الله ما بيناه فى استيفاء الكل من أن المنافع لا تتقوم الا بالعقد فلو تحالفا لا يبقى العقد فلم يمكن ايجاب شئ والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن العقد فى الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع فيصير كل جزء من المنافع كالمعقود عليه عقدا مبتدأ على حدة فلا يلزم من تعذر التحالف فى الماضى التعذر فيما بقى اذ هما فى حكم عقدين مختلفين فيتحالفان فيه بخلاف ما اذا هلك بعض المبيع حيث يمتنع التحالف فيه عنده فى الكل لانه عقد واحد فاذا امتنع فى البعض امتنع فى الكل ضرورة كيلا يؤدى الى تفريق الصفقة على البائع على ما بينا قال رحمه الله (وان اختلف الزوجان فى متاع البيت فالقول لكل واحد منهما فيما يصلح له) لان الظاهر يشهد له ولا فرق فى ذلك بين أن يكون النكاح قائما بينهما أو لم يكن قائما ومما يصلح للرجل العمامة والقباء والقلنسوة والطيلسان والسلاح والمنطقة والكتب والقوس والدرع الحديد فيكون القول فيها قوله مع يمينه لما بينا ومما يصلح للمرأة الخمار والدرع والاساور وخواتم النساء والحلى والخلخال وأمثال ذلك فان القول فيها قولها مع يمينها لما ذكرنا الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء فلا يكون القول قولها لتعارض الظاهرين وكذا اذا كانت المرأة تبيع ما يصلح للرجال لا يكون القول قولها فى ذلك قال رحمه الله (وله فيما يصلح لهما) أى اذا اختلفا فيما يصلح لهما كان القول قوله لان المرأة وما فى يدها فى يد الزوج والقول لصاحب اليد فى الدعاوى بخلاف ما يختص بالمرأة لان ظاهره يقابله ظاهر آخر من جهتها فيتعارضان فترجح بالاستعمال من جهتها والذى يصلح لهما الفرش والامتعة والاوانى والرقيق والعقار والمواشى والنقود قال رحمه الله (فان مات أحدهما فللحى) أى اذا مات أحد الزوجين واختلف الحى منهما مع ورثة الآخر كان المتاع للحى ومراده من المتاع ما يصلح لهما وهو المشكل وما لا اشكال فيه وهو ما يصلح لاحدهما ولا يصلح للآخر فهو على ما كان قبل الموت وتقوم ورثته مقامه فيه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وخالفه أبو يوسف فى المشكل فقال يدفع الى المرأة من المشكل ما يجهز به مثلها والباقى للزوج مع يمينه ولورثته بعد موته وقال محمد مثل ما قال أبو حنيفة ان ما يصلح لاحدهما فهو له وما يصلح لهما فهو للزوج الا أن قوله هذا لا يختلف بين أن يكون فى حياتهما أو بعد موت أحدهما فحاصله أنهم اتفقوا أن ما يصلح لاحدهما فهو لمن يصلح له فى الحياة والموت حتى تقوم ورثته مقامه واختلفوا فيما يصلح لهما فأبو حنيفة رحمه الله جعله للزوج فى حال حياتهما وللباقى منهما بعد موت أحدهما ومحمد رحمه الله جعله للزوج فى الحالتين وأبو يوسف رحمه الله جعل منه للمرأة قدر ما يجهز به مثلها فى الحالتين لانها تأتى بالجهاز عادة فكان الظاهر شاهدا لها وهو أقوى من ظاهر يد الزوج فيبطل به ظاهره ولا معارض فى الباقى فيعتبر ولهما فى الاستواء بين الحالتين أن الورثة يقومون مقام الميت لانهم خلفاؤه فلا يتغير الحكم فى المشكل بالموت كما لا يتغير فى غير المشكل ولابى حنيفة رحمه الله أن يد الباقى منهما أسبق الى المتاع لان الوارث تثبت يده بعد موت المورث فيقع به الترجيح كما يقع بالصلاحية للاستعمال على ما بينا بل أولى لان اليد رجحانا مطلقا حتى يرجح به فى غير هذا الباب بخلاف الصلاحية ولان يد الباقى منهما يد نفسه ويد الوارث خلف عن يد المورث فلا يعارض الاصل وقال زفر رحمه الله المشكل بينهما نصفان والباقى مثل ما قال أبو حنيفة رحمه الله وعنه أن المتاع كله بينهما نصفان وبه قال مالك والشافعى لانهما استويا فى سبب الاستحقاق اذ هما ساكنان فى بيت واحد والبيت مع ما فيه فى أيديهما ولا معتبر بالشبهة فى الخصومات ألا ترى ان اسكافا وعطارا لو اختلفا فى آلة الاساكفة أو آلة العطارين وهى فى أيديهما قضى بها بينهما نصفان ولا ينظر الى ما يصلح لاحدهما لانه قد يتخذه لنفسه أو للبيع فلا يصلح مرجحا وقال الحسن البصرى المتاع كله للمرأة وليس للرجل الا ما عليه من ثياب بدنه لان المرأة هى الساكنة فيه ولهذا تسمى قعيدته ويد صاحب البيت على ما فى البيت أقوى وأظهر من يد غيره وفى الدعاوى يقدم صاحب اليد وقال

(قوله الا اذا كان الزوج يبيع هذه الاشياء) أى أو كان صانعا لها اهـ

ابن

﴿ فصـــل أى فيمن لايكون خصما ﴾ لما ذكر أحكام من يكون خصما

ابن أبى ليلى المتاع كله للزوج كيفما كان لان المرأة فى يد الزوج فما فى البيت أيضا يكون فى يده وان كان البيت لها ألا ترى أنه صاحب البيت وأن البيت يضاف اليه فصار بمنزلة المؤجر مع المستأجر اذا اختلفا فى متاع المنزل فان القول للمستأجر لكونه مضافا اليه بالسكنى وليس للمؤجر سوى ما عليه من ثياب بدنه فكذا هذا وهذه هى المسبعة وقد ذكرنا الاقاويل السبعة بحمد الله تعالى قال رحمه الله (ولو أحدهما مملوكا فللحر فى الحياة وللحى فى الموت) أى لو كان أحد الزوجين مملوكا واختلفا فى متاع البيت كان المتاع للحر فى حال حياتهما وللحى منهما بعد موت أحدهما أيهما كان لان يد الحر أقوى لانها يد ملك ولا كذلك يد المملوك وأما اذا مات أحدهما فلا يد للميت فخلت يد الحى عن المعارض فكان للحى منهما هكذا ذكر الحكم فى الهداية والجامع الصغير للصدر الشهيد وصدر الاسلام وشمس الائمة الحلوانى وفخر الاسلام وقاضيخان وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى شرح الجامع الصغير وكذلك ان مات أحدهما كان المتاع للحر منهما ثم قال وفى بعض النسخ للحى منهما وهو سهو وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا العبد المأذون له فى التجارة والمكاتب كالحر لان لهما يدا معتبرة فى الخصومات ولهذا لو اختصم الحر والمكاتب فى شئ وهو فى أيديهما يقضى به بينهما لاستوائهما فى اليد ولو كان فى يد ثالث وأقاما البينة استويا فيه حتى يقضى به بينهما فكذا فى متاع البيت وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان يد المملوك لاتكون مساوية ليد الحر فان يده يد نفسه من كل وجه ويد المملوك يد الغير وهو المولى من وجه ولان يد الحر يد ملك حقيقة ويد المملوك ليست بيد ملك فكانت يد الحر أقوى فترجحت به فى حق متاع البيت ألا ترى أنها تترجح بالصلاحية فهذا أولى أن يترجح به بخلاف سائر الخصومات فانها لاتترجح بالصلاحية فكذا لاتترجح بالحرية لان الظاهر هنا يشهد بالاستعمال فكانت الصلاحية والملك فيه أقوى دلالة عليه فترجحت وبهذا يجاب عن قول زفر ومن قال بقوله فى استدلالهم على التنصيف باختلاف العطار والاسكاف فى آلة أحدهما فيما تقدم والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قال المدعى عليه هذا الشئ أودعنيه أو آجرنيه أو أعارنيه فلان الغائب أو رهنه أو غصبه منه وبرهن عليه دفعت خصومة المدعى) لانه أثبت ببينته أن العين وصلت اليه من جهة الغائب وأن يده ليست بيد خصومة فصار كما اذا أقر المدعى بذلك أو أثبت ذو اليد اقراره به والشرط اثبات هذه الاشياء دون الملك حتى لو شهدوا بالملك للغائب دون هذه الاشياء لم تندفع الخصومة وبالعكس تندفع وقال ابن شبرمة لاتندفع الخصومة ولو أقام البينة لانه بظاهر يده صار خصما ولا يخرج عنه باقامة البينة لان الملك لا يثبت بها للغائب لعدم الخصم عنه ولا ولاية لاحد فى ادخال الشئ فى ملك غيره بغير رضاه وخروجه من أن يكون خصما فى ضمن ثبوت الملك لغيره فلا يثبت المتضمن بغير أصله كالوصية الثابتة فى ضمن البيع بالمحاباة تبطل ببطلان البيع فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها أو ادعى عليه الفعل كالغصب ونحوه وقال ابن أبى ليلى تندفع الخصومة باقراره للغائب من غير اقامة البينة لان كلامه اقرار منه بالملك للغائب والاقرار موجب للحق بنفسه لخلوه عن التهمة فالتحق بالبينة فيثبت ما أقر به بمجرد الاقرار ألا ترى أن من أقر بعين لغائب ثم أقر به للحاضر فرجع الغائب وصدقه يؤمر بالتسليم اليه وكذا الصحيح لو أقر لغيره بشئ ثم مرض فصدقه المقر له فى مرضه كان اقراره اقرار الصحيح وكذا لو أقر بشئ لشخص ثم غاب يقضى عليه به ويؤخذ من ماله ولو لم يكن اقراره موجبا بنفسه لما كان كذلك ولانه لايخلو اما أن يكون صادقا أو كاذبا فان كان صادقا فلا خصومة بينهما وان كان كاذبا فاقراره على نفسه صحيح فيثبت به أن يده يد حفظ لا يد خصومة قلنا ان ببينته أثبتت أمرين الملك للغائب وهو ليس بخصم فيه فلا يثبت

(قوله وفخر الاسلام) ليس كذلك بل الذى ذكره فخر الاسلام أنه للحر هكذا نقله لم يكتب المحشى

شرع فيمن لايكون خصما وقدم الاول لان الكتاب كتاب الدعوى وهى عبارة عن الخصومة فجر الكلام الى ذكر من لايكون خصما فذكر بعده اه اتقانى (قوله فى المتن وبرهن عليه) فان لم يكن له بينة على ذلك لم تندفع عنه الخصومة الا على قول ابن أبى ليلى لانه متهم فى ذلك لدفع الخصومة عن نفسه فلا يسمع من غير حجة (قوله فى المتن دفعت خصومة المدعى) قال الاتقانى هذه مسئلة القدورى ثم قال هذا الذى ذكره القدورى اذا كان العين قائما أما اذا هلك فلا تندفع الخصومة بدعوى هذه الاشياء ألا ترى الى ما ذكر فى الجامع فى باب الرجل يكون خصما فيما لو هلك فى يده عبد فادعى انسان عليه ضمان العبد وأقام ذو اليد بينة أنه كان وديعة فلان ونحوه لاتندفع الخصومة عنه لانه يدعى الدين فى ذمته ويجوز أن يكون هو مودع الغاصب فيكون ضامنا اه وقد نص الشارح على حكم هلاك العين قريبا من هذه القولة فى الشرح بقوله فصار نظير ما لو ادعاها بعد هلاكها يعنى فانه لاتندفع الخصومة فيه بالاتفاق فقد قاس ابن شبرمة المختلف فيه على المتفق اه (قوله دون هذه الاشياء) أى الايداع والاجارة والاعارة اه (قوله وكذا لو أقر بشئ لشخص) أى عند القاضى كما سيأتى فى صفحة هذه القولة فى الشرح اه (قوله قلنا) هذا جواب عن قول ابن شبرمة اه

(قوله وقال أبو يوسف آخرا الخ) وقول أبي يوسف أولا كقول أبي حنيفة ومحمد اذا أقام البينة أن فلانا أودعه يعرفه باسمه ووجهه حيث تقبل الشهادة أو تندفع الخصومة اه اتقاني (قوله وان كان معروفا بالحيل) أي بالتزوير اه غاية (قوله رجع الى هذا القول) أي أبو يوسف اه (قوله لان الخصومة توجهت) الذي بخط الشارح لانها توجهت اه (قوله وعند أبي حنيفة تندفع

ودفع الخصومة عن نفسه وهو خصم فيه فيثبت في حقه كالوكيل بنقل المرأة أو الامة اذا أقامت بينة على الطلاق أو العتاق تقبل في حق قصر يد الوكيل دون ثبوت الطلاق أو العتاق على ما بيناه من قبل فصار كأن المدعي أقر بذلك أو أثبت اقراره به وهذا لان مقصود ذي اليد اثبات يد حافظة لنفسه لا اثبات الملك للغائب وهو خصم في اثبات يده فيثبت دون الملك للغائب ولا يمكن دفعها بمجرد اقراره لان الخصومة توجهت عليه بظاهر يده ولهذا يجبر بالحضور ويؤخذ منه الكفيل فلا يقدر على دفعها الا بحجة كما اذا ادعى احالة غريمه على غيره ولان دفعها بلا بينة يؤدي الى اتواء الحقوق لان أحدا لا يعجز عنه وقوله وخروجه من أن يكون خصما في ضمن ثبوت الملك لغيره الخ قلنا ثبوت الملك يتوقف على قبوله فيتوقف بواجبه واندفاع الخصومة منها فيتوقف عليه حتى اذا صدقه تبين أن ملكه كان ثابتا من وقت الاقرار وان يده كانت حافظة لا يد خصومة ولهذا يؤمر بالتسليم الى المقر له اذا حضر ويعتبر حاله من الصحة والمرض في تلك الحالة ويسلم القاضي المقر به الى المقر له اذا غاب المقر بعد اقراره عنده بخلاف ما اذا ادعى العين بعد هلاكها عنده حيث لا تندفع الخصومة عنه وان أقام بينة على انها كانت وديعة عنده بالاتفاق لان المدعي بعد هلاك العين يدعي عليه القيمة وهي في ذمته ألا ترى أن القاضي يقضي بها على مودع الغاصب فلا يتبين أن ذمته كانت لغيره وفي العين يتبين وبخلاف ما اذا ادعى الفعل عليه كالغصب وغيره لان ذا اليد صار خصما للمدعي باعتبار دعوى الفعل عليه فلا تندفع الخصومة باقامة البينة أن العين لغيره ألا ترى أن دعوى الفعل تجوز على غير ذي اليد فلا تندفع بالتحويل ودعوى الملك لا تجوز فتندفع بالتحويل لانه صار خصما له باعتبار يده فاذا أثبت بالبينة أن يده حافظة وليست بيد خصومة اندفعت الخصومة عنه وقال أبو يوسف رحمه الله آخرا ان كان المدعى عليه صالحا فالجواب كما ذكرنا وان كان معروفا بالحيل والافتعال لا تندفع عنه الخصومة وان أقام بينة أن العين للغائب لان المحتال من الناس يأخذ مال غيره غصبا ويدفعه سرا الى غريب يريد أن يغيب من البلد ويواعده أن يرده اليه على رؤس الاشهاد ليمكنه الاشهاد على أن هذا الشيء أودعه غيره عند ما يدعيه صاحبه فيضيع بذلك ماله فيجب على القاضي أن ينظر في أحوال الناس ويعمل بمقتضى حالهم رجع الى هذا القول بعد ما ولي القضاء وابتلي بامور الناس وليس الخبر كالعيان وهذا كله فيما اذا قال الشهود نعرف صاحب المال وهو المودع أو المعير باسمه ونسبه ووجهه لان المدعي يمكنه أن يتبعه وان قالوا لا نعرفه بشيء من ذلك لا يقبل القاضي شهادتهم ولا تندفع الخصومة عن ذي اليد بالاجماع لانهم ما أحالوا المدعي على رجل معروف يمكن مخاصمته ولعل المدعي هو ذلك الرجل ولو اندفعت لبطل حقه ولانه لو كان المدعي هو المودع لا يبطل وان كان غيره يبطل فلا يبطل بالشك والاحتمال دفعا للضرر عنه ولو قالوا نعرفه بوجهه ولا نعرفه باسمه ونسبه لا تندفع الخصومة عند محمد لانها توجهت عليه باليد فلا تندفع عنه الا اذا أحاله على معروف يمكن الوصول اليه كيلا يتضرر المدعي والمعرفة بوجهه فقط لا تكون معرفة ألا ترى قوله عليه الصلاة والسلام لرجل أتعرف فلانا فقال نعم فقال هل تعرف اسمه ونسبه فقال لا فقال اذا لا تعرفه وكذا لو حلف لا يعرف فلانا وهو لا يعرفه الا بوجهه لا يحنث فاذا لم يكن معروفا الا بوجهه عند الشهود لا يتمكن المدعي من اتباعه فيتضرر باندفاعها عنه وعند أبي حنيفة رحمه الله تندفع الخصومة عنه لان ذا اليد أثبت ببينته أن العين

الخصومة الخ) قال الاتقاني فان قال الشهود نعرف فلانا الغائب بوجهه ولكن لا نعرف اسمه ونسبه فكذلك تندفع الخصومة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف لانه ثبت وصول العين الى ذي اليد من جهة غير المدعي فثبت أن يده يد غيره وأنه ليس بخصم وهذا يكفي لدفع الخصومة كما لو أقر المدعي بذلك تندفع الخصومة فكذلك هذا وعند محمد لا تسمع هذه البينة ما لم يذكروا اسم الغائب ونسبه لان ذا اليد خصم باعتبار اليد وهو علك نقل الخصومة الى غيره أما لا يملك ابطال الخصومة لانه حق المدعي ومتى صار الغائب معروفا بالاسم والنسب كان نقلا واذا لم يصر معروفا لا يتمكن المدعي من الخصومة معه فيكون ابطالا لحق المدعي وان قال الشهود أودعها رجل لا نعرف اسمه ولا نعرفه بوجهه وقال ذو اليد أعرفه بوجهه لا تندفع الخصومة لان هذه شهادة للمجهول ولعل المودع هو المدعي فعلى اعتبار كون المدعي هو المودع لا تندفع الخصومة واليد دليل الخصومة فلا تندفع الخصومة بالشك وان قال الشهود نعرفه بوجهه وقال ذو اليد لا أعرفه بوجهه لا تقبل لانهم شهدوا بزيادة على ما يدعيه ذو اليد فصار مكذبا لهم في بعض شهادتهم فان قال ذو اليد أعرفه بوجهه وشهوده شهدوا أنه أودعها رجل فالقاضي يسأل الشهود هل تعرفونه بوجهه فان قالوا نعم قبلت شهادتهم والا فلا تقبل وان شهدوا على المدعي أنه أقر أن رجلا دفع اليه تقبل وتندفع الخصومة لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة ولو أقر المدعي عند القاضي أن رجلا دفعه اليه لا أعرفه

أخذها

أخـذها من غير المدعى وان يده يد حفظ اذا الشهود يعرفون المودع بوجهـه و يقولون انه غيرهـذا المدعى ومقصود ذى اليد اثبات يد حافظة وان العين ليست لهذا الحاضر وهذه البينة كافية لهذا المقصود وحصول الضرر للمدعى بعدم التمكن من اتباعه مضاف الى نفسه حيث نسى خصمه أو الى شهوده حيث لم يعينوا له خصمه فأضروا به ونحن لا نسلم انه بمثله لا يثبت التعريف ولكن ليس تعريف خصمه على ذى اليد وانما عليه أن يثبت أنه ليس بخصم وأن يده يد حفظ وذلك يحصل بمثله ولا يحتاج فيه الى معرفته من كل وجه و ينبغى أن يكون قول أبى يوسف على هذا التفصيل الذى ذكرنا وتسمى هذه المسئلة مخمسـة كتاب الدعوى لان فيها خمس صور من دعوى الوديعة والعارية وغيرهـما أو فيها اختلاف خمسـة من الائمة وقـد بيناه بحمد الله تعالى قال رحمه الله (وان قال ابتعته من الغائب أو قال المدعى غصبته أو سرق منى وقال ذو اليد أودعنيه فلان وبرهن عليه لا) أى لا تندفع الخصومة فى هذه الصور وان أقام المدعى عليه بينة انه أودعه فلان لان ذا اليد فى المسئلة الاولى بدعواه الشراء من الغائب صار معترفا بان يده يد ملك فيكون معترفا بانه خصم وفى المسئلة الثانية أن المدعى لما قال لصاحب اليد غصبته منى صار ذو اليد خصما باعتبار دعوى الفعل عليه وفيه لا يمكنه الخروج عنها بالاحالة على غيره لان اليد فى الخصومة فيها ليس بشرط حتى تصح دعواه على غير ذى اليـد ولا تندفع الخصومة بانتفاء يده حقيقـة بخلاف دعوى الملك المطلق وقد ذكرناه من قبل ولو أقام الخارج البينة فقضى له به ثم جاء المقر له الغائب وأقام بينته على ذلك تقبل بينته لان الغائب لم يصر مقضيا عليه وانما قضى على ذى اليد خاصة وفى المسئلة الثالثة قول المدعى سرق منى يكون دعوى الفعل عليه فى المعنى استحسانا وانما جهـله بالبناء للمفعول لاجل الستر عليه كيلا يقطع فصار كانه قال له سرقتـه منى وقال محمـد تندفع الخصومة عنه وهو القياس لانه لم يدع عليه الفعل فصار كما لو قال غصب منى على البناء للمفعول ووجه الاستحسان ما بيناه وهـذا بخلاف مسئلة الغصب لانه لم يدع عليه الفعل وليس فيه ما يوجب العدول عنه اذ الحد لا يجب على فاعله فلا يحترز عن كشفه ولو ادعى انه اشتراها من ذى اليد وقبضها ونقد الثمن وأقام ذو اليد البينـة أن فلانا أودعها اياه اندفعت الخصومة وان ادعى على ذى اليد فعلا لان المدعى عقد استوفى أحكامه فصار كالعدم فكان كدعوى ملك مطلق حتى لو لم يشهدوا على قبضه لم تندفع قال رحمه الله (وان قال المدعى ابتعتـه من فلان وقال ذو اليـد أودعنيه فلان ذلك سقطت الخصومة) لاتفاقهما على أن أصل الملك لغير المدعى فيكون وصوله الى يده من جهة غير المدعى ضرورة فلم يكن ذو اليد خصما ولا للمدعى أخـذه من يده الا أن يقيم البينة ان فلانا وكله بقبضه فيأخذه لكونه أحق بالحفظ ولو صدقه ذو اليد فى شرائه منه لا يأمره القاضى بالتسليم اليـه حتى لا يكون قضاء على الغائب باقراره وهى عجيبة ولو قال ذو اليد أودعنيه وكيل فلان ذلك لا تندفع الخصومة الا ببينـة لان وصول الدار الى يد ذى اليد لم يثبت من جهة من اشترى هو منه لانكار ذى اليد ولا من جهة وكيله لانكار المدعى وكذا لو أثبت بالبينة انه دفعها الى الوكيل ولم يشهدوا أن الوكيل دفعها الى ذى اليد بخلاف المسئلة الاولى وهى مسئلة الكتاب لان وصول العين اليـه من جهة الغائب ثبت بتصادقهما باقرار ذى اليـد نصا وباقرار المـدعى ضرورة لان الشراء منـه لا يصح ما لم يكن المبيع فى يده والظاهر أنه وصل اليه من جهته ولو قال ذو اليد ان فلانا أودعنى العين فقال المـدعى كان أودعك اياها ثم وهبها منك أو باعك اياها وأنكر ذو اليد استحلف بالله ما وهبها له ولا باعها منه فان نكل عن اليمين جعـله خصما لان نكوله كاقراره بذلك وقد بينا ان اقراره بالشراء اعتراف منه بانه خصم وان حلف لم يكن خصما ولا يحتاج لاقامـة البينة بالوديعة لاقرار المدعى بها والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿ باب ما يدعيه الرجلان ﴾

قال رحمـه الله (برهنا على ما فى يد آخر قضى لهما) يعنى اذا ادعى اثنان عينا فى يد غيرهما وزعم كل واحد

بوجهـه ونسبه تندفع الخصومة فكذا هذا وهذا لان الشهادة حصـلت بالمعلوم وهو اقرار المدعى فتقبل لكن المقر له مجهول وجهالة المقر له لا تمنع صحة الاقرار فاما جهالة المشهود له تمنع قبول الشهادة ولو لم يكن لذى اليـد بينة على الايداع عنـده حتى قضى القاضى به للمدعى ثم وجـد ذو اليـد بينة على الايداع لا تسمع والقضاء للمدعى ماض وهذا بخلاف ما اذا أقام الخارج بينـة على النتاج أو على الملك المطلق على ذى اليـد وقضى به القاضى ثم أقام ذو اليـد البينـة على النتاج حيث يبطل القضاء للخارج لانه ظهر به بطلان القضاء (قوله فيها) أى فى دعوى الفعل اه (قوله سقطت الخ) ولو طلب المدعى يمينـه على ما ادعى من الايداع يحلف على البتات اه كاكى (قوله لا تندفع الخصومة الا ببينة) أى لان الوكالة لا تثبت بقوله اه

﴿ باب ما يدعيه الرجلان ﴾

لما ذكر فيما تقـدم دعوى الواحـد شرع فى دعوى الاثنين لان المثنى بعد الواحد اه غاية (قوله وعن الشافعى انهما تهاتران) أى وتجب القسمة بينهـما على قوله اه غاية

منهما انه ملكه ولم يذكرا سبب الملك ولا تاريخه قضى بالعين بينهما لعدم الاولوية وعن الشافعي أنهما يتهاتران وعنه أنه يقرع بينهما لان احدى الطائفتين كاذبة بيقين لاستحالة أن يملك شخصان عينا واحدة كل واحد منهما كلها فتعين التهاتر لعدم الاولوية كما في دعوى النكاح أو المصير الى القرعة لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بين رجلين تنازعا في أمة وأقام كل واحد منهما بينة أنها له فقال اللهم أنت تقضي بين عبادك بالحق ثم قضى بها لمن خرجت قرعته ولان القرعة لتعيين المستحق أصل في الشرع كما في القسمة وقال مالك رحمه الله يقضي لاعدلهما بينة لان الشهادة تصير حجة بالعدالة فالاعدل أقوى في الحجة فلا يزاحمه الضعيف وقال الاوزاعي يقضي لمن كان شهوده أكثر عددا لان طمأنينة القلب الحاصلة به أرجح ولنا ما روى عن أبي موسى أن رجلين ادعيا بعيرا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم فبعث كل واحد منهما بشاهدين فقسمه رسول الله صلى الله عليه وسلم بينهما نصفين رواه أبو داود وعن أبي موسى أن رجلين اختصما الى رسول الله صلى الله عليه وسلم في دابة ليس لواحد منهما بينة فجعلها بينهما نصفين رواه أبو داود والنسائي وأحمد وغيرهم ولانهما استويا في سبب الاستحقاق وهو قابل للاشتراك فيستويان في الاستحقاق كالموصى لهما بأن أوصى لكل واحد منهما بالثلث فانه يقسم الثلث بينهما نصفين وكذا الغريمان في التركة بخلاف النكاح لانه لا يقبل الاشتراك فتعين التهاتر ولان البينات من حجج الشرع فيجب العمل بها ما أمكن وقد أمكن هنا لان الايدي قد تتوالى في عين واحدة في أوقات مختلفة فيعتمد كل فريق ما شاهد من السبب المطلق للشهادة وهو اليد فيحكم بالتنصيف بينهما ولا يجوز الترجيح بكون الشهود أعدل لحصول المقصود بالكل وهو الامتناع عن الكذب وكذا لا يجوز الترجيح بكثرة العدد لان الترجيح يكون بقوة في الدليل لا بكثرته وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أقرع بينهما ان صح فهو محمول على انه كان في وقت كان القمار مباحا ثم انتسخ بانتساخ القمار ألا ترى أن القرعة لتعيين الاستحقاق بها لا يجوز لكونها قمارا فكذا التعيين المستحق وانما يقرع في القسمة لتطييب القلب ونفي التهمة لا للاستحقاق ألا ترى أن للامام أن يقسم بلا قرعة فلا يكون ذلك من باب القمار قال رحمه الله (وعلى نكاح امرأة سقطا وهي لمن صدقت أو سبقت بينته) يعني لو أقام اثنان بينة على ان هذه المرأة زوجته تهاترت البينتان لتعذر القضاء بهما اذ النكاح لا يقبل الاشتراك وهي زوجة لمن صدقته منهما لان النكاح مما يحكم به بتصادق الزوجين فيرجع الى تصديقها فيجب اعتباره ولها ان أحدهما زوجها أو أسبقهما نكاحا الا اذا كانت في بيت أحدهما أو دخل بها أحدهما فيكون هو أولى ولا يعتبر قولها لان تمكنه من نقلها أو من الدخول بها دليل على سبق عقده الا أن يقيم الآخر البينة أنه تزوجها قبله فيكون هو أولى لان الصريح يفوق الدلالة فلا يعتبر معه فصار نظير ما لو ادعى رجل نكاح امرأة فأقام بينة فحكم له به حتى لا يقبل دعوى أحد النكاح فيها بعده لكونها أقوى لاتصال القضاء بها وهو المراد بقوله أو سبقت بينة أحدهما لانها لما سبقت وحكم بها تأكدت فلا تنقض بغير المؤكدة الا اذا أثبتت الثانية أن نكاحه أسبق فحينئذ تكون أولى لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا فحاصله أنهما اذا تنازعا في امرأة وأقاما البينة فان أرخا وكان تاريخ أحدهما أقدم كان هو أولى وان لم يؤرخا أو استوى تاريخهما فان كان مع أحدهما قبض كالدخول بها أو نقلها الى منزله كان هو أولى وان لم يوجد شيء من ذلك يرجع الى تصديق المرأة قال رحمه الله (وعلى الشراء منه لكل نصفه بنصف ثمنه ان شاء) أي لو أقام كل واحد من الخارجين بينة على الشراء من ذي اليد بلا تاريخ كان لكل واحد منهما نصفه بنصف الثمن ان شاء وان شاء ترك لانهما لما استويا في السبب وجب على القاضي أن يقضي به بينهما لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما على ما بينا فيتخير كل

(قوله وعنه أنه يقرع بينهما) قال الاتقاني بعد حكاية هذين القولين عن الشافعي و يتوقف الى الصلح على قول كذا في وجيزهم اه (قوله فتعين التهاتر) أي لان القاضي تيقن بكذب احدى البينتين فلم يمكنه تعيين الصادقة من الكاذبة اه غاية (قوله كما في دعوى النكاح) يعني لو شهد لكل واحد منهما شاهدان على نكاح امرأة اه (قوله ولانهما استويا الخ) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه وكذلك على هذا الخلاف خارجان ادعيا نتاج دابة وأقاما البينة جميعا وكذلك اذا ادعيا الشراء من واحد وأقاما جميعا البينة والدار في يد ثالث ولم يعرف سبق أحدهما اه اتقاني (قوله في المتن أو سبقت بينته) لو قال كما لو سبقت بينته لكان أولى اه تأمل (قوله وهي زوجة لمن صدقته منهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في آخر باب اختلاف الاوقات في الدعوى من شرح الكافي ولو ادعى رجلان عبدا في أيديهما ولا بينة لهما فقال العبد أنا لاحدهما هذا بعينه لم يصدق وهو لهما لان أيديهما دليل الملك على العبد لانه ليس له يد دافعة فلا يقبل قوله بخلاف ما لو ادعيا امرأة في أيديهما فأقرت لاحدهما حيث يقضى بها له لان المرأة ليست في يد أحد لانها في يد نفسها فيعتبر اقرارها بالزوجية اه اتقاني (قوله لتعذر القضاء بكله لكل واحد منهما) أي فان اختار الاخذ رجع كل منهما على البائع بنصف الثمن ان كان نقده الثمن وان لم ينقده أدى كل واحد منهما نصف الثمن وان اختار واحد الرد سلم الدار كلها للبائع ورجع كل واحد منهما على البائع بجميع الثمن ان كان نقد وان لم يكن نقد فلا شيء لواحد منهما على البائع اه غاية

واحد منهما التغير شرط عقده عليه فصار نظير الفضوليين اذا باع كل واحد منهما عبدا واحدا من رجل وأجاز المولى البيعين وهذا لانه لما جهل التاريخ جعل كأنه باع كله من كل واحد منهما في وقت واحد حكما وان لم يمكن ذلك حقيقة أو يحمل على أن البيع لكل واحد منهما صدر من وكيله وذلك ممكن في وقت واحد قال رحمه الله (ولو باباه أحدهما بعد القضاء لم يأخذ الآخر كله) أي لو قضى القاضي بينهما وأبى أحدهما أن يأخذ المبيع بل اختار الفسخ فليس للآخر أن يأخذه كله لانه صار في النصف مقضيا عليه فانفسخ البيع فيه وانما قلنا ذلك لانه ببينته استحق جميعه وكان يسلم له لولا بينة صاحبه ولما قضى القاضي به بينهما صار مستحقا عليه وانفسخ البيع في النصف فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ بخلاف ما لو ترك أحدهما قبل القضاء به بينهما حيث يكون للآخر أن يأخذ جميعه لانه أثبت ببينته انه اشترى الكل وانما يرجع الى النصف بالمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما ولم يوجد فصار نظير تسليم أحد الشفيعين فانه ان كان قبل القضاء فللآخر أن يأخذ كل المبيع وان كان بعده فليس له أن يأخذ الا النصف لانه يستحق بالسبب كله والانقسام للمزاحمة ضرورة القضاء به بينهما على ما بينا قال رحمه الله (وان أرخا فللسابق) لانهما لما ادعيا الشراء من ذي اليد اتفقا على أنه مالك للمبيع ثم أثبت أحدهما الشراء منه في وقت لا ينازعه فيه أحد فاندفع به الآخر بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما الشراء من رجل آخر غير الذي يدعي الشراء منه الآخر حيث لا يترجح فيه صاحب التاريخ الاسبق لان كل واحد منهما فيه خصم عن بائعه في اثبات الملك له وملك بائعهما لا تاريخ فيه فصار كأن البائعين حضرا وأثبتا الملك لانفسهما مطلقا من غير تاريخ وكذا لو أرخت احداهما ولم تؤرخ الأخرى كان صاحب التاريخ أولى لانهما اتفقا على أن الملك للبائع ولم يثبت الملك لهما الا بالتلقي منه وان شراءهما حادث والحادث يضاف الى أقرب الاوقات الا اذا أثبت التاريخ فيثبت تقدمه به فلهذا كان المؤرخ أولى بخلاف ما اذا اختلف بائعهما على ما بينا وبخلاف ما اذا ادعيا الملك ولم يدعيا الشراء من ذي اليد حيث لا يكون صاحب التاريخ أولى عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله على ما نبين فرقه من قريب ان شاء الله قال رحمه الله (والا فلذي القبض) أي ان لم يكن لهما تاريخ ومع أحدهما قبض كان صاحب القبض أولى لان تمكنه من قبضه دليل على سبق شرائه ولانهما استويا في اثبات الشراء من ذي اليد وترجح أحدهما بالقبض فلا ينقض قبضه المعاين المتحقق بالاحتمال والشك حتى لا ينقض بتاريخ الآخر أيضا لبقاء الاحتمال فيه الا اذا أثبت شراءه قبل شراء ذي اليد فحينئذ يكون هو أولى لانقطاع الاحتمال وهذا بخلاف ما اذا اختلف بائعهما ولاحدهما قبض حيث يكون فيه غير القابض أولى لانهما يحتاجان الى اثبات الملك لبائعهما أولا فاذا يجتمع فيه في حق البائعين بينة الخارج وبينة ذي اليد فكانت بينة الخارج أولى وفيما نحن فيه لا يحتاجان الى اثبات الملك للبائع لثبوته بتصادقهما فكان المنظور اليه سبب الاستحقاق لهما فقط والسبب في حق القابض أقوى لتأكده بالقبض قال رحمه الله (والشراء أحق من الهبة) معناه اذا ادعى أحدهما شراء من شخص وادعى الآخر هبة وقبضا من ذلك الشخص بعينه وأقاما البينة ولا تاريخ معهما كان الشراء أولى لانه أقوى لكونه معاوضة من الجانبين ومثبتا للملك بنفسه بخلاف ما اذا اختلف المملك لهما أو كان معهما تاريخ حيث لا يكون الشراء فيه أولى لانهما عند اختلاف المملك يصير كل واحد منهما خصما عن مملكه لحاجته الى اثبات الملك وهما في ذلك سواء وفيما اذا اتحد المملك لا يحتاجان الى اثبات الملك له لثبوته باتفاقهما وانما حاجتهما الى اثبات سبب الملك لانفسهما وفيه يقدم الاقوى وفيما اذا كان معهما تاريخ والملك لهما واحد كان لاقدمهما تاريخا لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد بخلاف ما اذا كان المملك لهما مختلفا حيث لا يعتبر فيه سبق

(قوله لتغير شرط عقده عليه) فلعل رغبته في تملك الكل اه هداية (قوله فلا يكون له أخذه بعد الانفساخ) أي الا بتجديد ولم يوجد اه (قوله في المتن وان أرخا فللسابق) أي لانا لما حكمنا للبيع للاول ملكه الاول فيكون البائع بعد ذلك بائعا ملك غيره فلا يصح اه اتقاني (قوله كان صاحب التاريخ أولى) في الهداية لثبوت ملكه في ذلك الوقت واحتمل الآخر أن يكون قبله أو بعده فلا يقضى له بالشك اه (قوله في المتن والا فلذي القبض) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان لم توقت واحد منهما وقتا وكانت الدار في يد أحد المدعيين قد قبضها قضيت بها للذي في يديه لان القبض دلالة السبق في حقه لان القبض انما يكون صحيحا اذا تقدمه عقد فكان أولى ورد البائع الثمن على الآخر (قوله ولا تاريخ معهما) أي لانهما اذا لم يؤرخا صار كأنهما وقعا معا والشراء أقوى من الهبة اه (قوله ومثبتا للملك بنفسه) أي والملك في الهبة يتوقف على القبض اه (قوله حيث لا يكون الشراء فيه أولى) أي بل يكون بينهما نصفين لقول الشارح رحمه الله فيما يأتي وهما في ذلك سواء اه قوله بل يكون بينهما نصفين كذا قال الاتقاني اه (قوله لثبوت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد) وان أرخ أحدهما ولم يؤرخ الآخر فالمؤرخ أولى أيهما كان فان كان المؤرخ هو المشتري فلا اشكال لان الشراء من غير تاريخ أولى فمع التاريخ أولى وان كان أرخ الهبة فالهبة أولى لان الشراء متأخر

التاريخ على مانبينه من قريب ان شاء الله تعالى وكذا الشراء مع الصدقة في جميع ماذكرنا من الاحكام لما بينا من المعنى ودعوى الهبة والصدقة مع القبض فيهما مستويان لاستوائهما في وجه التبرع ولا ترجيح للصدقة باللزوم لان أثر اللزوم يظهر في ثاني الحال وهو عدم التمكن من الرجوع في المستقبل والترجيح يكون بمعنى قائم في الحال ولان الرجوع انما امتنع لحصول المقصود بها وهو الاجر لا للقوة في السبب ولو حصل المقصود بالهبة لا يرجع أيضا كما اذا كانت لذي الرحم المحرم أو عوضه الموهوب له عنها والصدقة قد لا تكون لازمة بان كانت لغني وهذا فيما لا يحتمل القسمة من غير خلاف لان الشيوع لا يضره واختلفوا فيما يحتمل القسمة والاصح أنه لا يصح لانه تنفيذ الهبة في الشائع فصار كاقامة البينتين على الارتهان وقيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز بناء على أن هبة الواحد من اثنين جائز عندهما خلافا له وهذا لان الملك يستفاد بقضاء القاضي وقضاؤه كهبة الواحد من اثنين وقيل يجوز بالاجماع لان الشيوع طارئ اذ كل واحد منهما أثبت قبض الكل ثم حصل الشيوع بعد ذلك وذلك لا يمنع صحة الهبة والصدقة والاصح أنه لا يجوز بالاجماع لانا لو قضينا الكل واحد منهما بالنصف يقضى له بالعقد الذي شهد به شهوده وعند اختلاف العقدين لا تجوز الهبة من رجلين بالاجماع وهذا فيما اذا لم تؤقت البينتان ولم يكن مع واحد منهما قبض وأما اذا وقتتا فصاحب الوقت الاقدم أولى وان لم يوقتا ومع أحدهما قبض كان هو أولى وكذا ان وقت صاحبه على ما بينا في الشراء من ذي اليد قال رحمه الله (والشراء والمهر سواء) يعني اذا ادعى أحدهما شراء عين من رجل وادعت امرأة أن ذلك الرجل تزوجها على ذلك العين فهما سواء لاستواء البينتين في القوة لان كل واحد منهما عقد معاوضة ومثبت للملك بنفسه بخلاف الهبة والبيع على ما بينا ثم للمرأة نصف العين ونصف قيمة العين على الزوج لاستحقاق نصف المسمى وللمشتري نصف العين ويرجع بنصف الثمن ان شاء وان شاء فسخ العقد لتفرق الصفقة عليه وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله الشراء أولى ولها على الزوج قيمة العين لان العمل بالبينتين ممكن فيصار اليه اذ البينة من حجج الشرع والعمل بهما مهما أمكن واجب وقد أمكن العمل بهما بتقديم الشراء اذ النكاح على عين مملوكة للغير جائز وتجب قيمته عند تعذر تسليمها بخلاف العكس لان تقدم النكاح مبطل للبيع اذ لا يجوز بيع ملك الغير من غير اجازة المالك قلنا المقصود من السبب حكمه وحكم النكاح ملك المسمى فيه ومتى قدر متأخرا لم يوجب حكمه فلا يصار اليه كما لا يصار الى تأخر الشراء فيجعل كأنهما وقعا معا وهما سواء في افادة ملك العين فلا يقدم أحدهما على الآخر كدعوى الشراء منهما بل القياس أن يكون النكاح أولى من الشراء لانه أقوى ألا ترى أنه يفيد ملك العين والتصرف بنفس العقد ولا يبطل بالهلاك قبل التسليم الا أنا سوينا بينهما لما ذكرنا ولان فيما قاله محمد رحمه الله اثبات تاريخ لم يشهد به أحد وهو لا يمكن اثباته الا بحجة قال رحمه الله (والرهن أحق من الهبة) يعني لو ادعى أحدهما رهنا وقبضا والآخر هبة وقبضا من صاحب اليد وأقاما البينة ولم يكن مع واحد منهما تاريخ ولا قبض كان الرهن أولى وهذا استحسان والقياس أن تكون الهبة أولى لانها تثبت الملك والرهن لا يثبته فكانت البينة المثبتة للزيادة أولى وهذا رواية كتاب الشهادات وجه الاستحسان أن الرهن مضمون والهبة أمانة والمضمون أقوى فكان أولى بخلاف الهبة بشرط العوض لانها بيع انتهاء والبيع أولى لكونه عقد ضمان يثبت الملك

معنى فيعتبر بما لو كان متأخرا حقيقة بأن أرخ صاحب الشراء منذ سنة أشهر وصاحب الهبة منذ سنة وانما قلنا ذلك لان الشراء حادث والاصل في الحوادث اذا لم يعرف حال حدوثها أنه يحكم بحدوثها (قوله ولا ترجيح للصدقة باللزوم) جواب عن سؤال مقدر بان يقال ان الهبة مع القبض والصدقة مع القبض سواء حتى يكون العين بين المدعيين نصفين وكان ينبغي أن تكون الصدقة أولى لانها تثبت الملك اللازم من الهبة لانها تثبت ملكا غير لازم فأجاب عنه بما قال وهو أن لزوم الصدقة باعتبار المآل حيث لا يجوز الرجوع فيها لا باعتبار الحال والترجيح انما يكون بالامر الثابت في الحال فلا تترجح الصدقة اهـ اتقاني (قوله وهذا فيما لا يحتمل) أي كون الهبة والصدقة سواء فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة صحيح هذا بالاتفاق اهـ اتقاني (قوله واختلفوا فيما يحتمل القسمة) قال الاتقاني قوله وكذا فيما يحتمل القسمة عند البعض أي الهبة والصدقة سواء أيضا عند البعض فيما يحتمل القسمة كالدار ونحوها ويقضى بينهما نصفين وهو قولهما لان الشيوع طارئ وعند البعض لا يصح ولا يقضى لهما بشيء وهو قول أبي حنيفة لانه تنفيذ الهبة في الشائع اهـ وكتب ما نصه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان كان مما يحتمل القسمة كالدار ونحوها فلا يقضى لهما بشيء عند أبي حنيفة وعندهما يقضى بها بينهما نصفين ولو كان في يد أحدهما قضى له بالاجماع الى هنا لفظه اهـ اتقاني (قوله فهما سواء) هذا اذا لم يؤرخا أو أرخا وتاريخهما على السواء أما اذا أرخا وتاريخ أحدهما أسبق فالسابق أولى كما في دعوى الهبة مع الشراء اهـ غاية (قوله والعمل بهما مهما أمكن واجب) حسنا للظن بالشهود اهـ اتقاني (قوله لم يشهد به أحد) أي لانه يجعل الشراء متقدما على النكاح ولم يشهد بتقدمه أحد كما هو فرض المسئلة اهـ كاكي (قوله والرهن لا يثبته) أي بل يثبت اليد والملك أقوى من اليد اهـ (قوله بخلاف الهبة بشرط العوض) أي فانها أولى من الرهن اهـ اتقاني

للحال صورة ومعنى والرهن لا يثبته الا عند الهلاك معنى لا صورة قال رحمه الله (ولو برهن الخارجان على الملك والتاريخ أو على الشراء من واحد فالاسبق أحق) أي لو أقام الخارجان البينة على الملك المطلق والتاريخ أو على الشراء من واحد غير ذي اليد وعلى التاريخ كان أسبقهما تاريخا أولى فيهما أما الأولى فالمراد ما ذكره في أول الباب وانما أعاده هنا لأجل ذكر التاريخ وانما كان أسبقهما تاريخا فيها أولى لانه أثبت ملكه في وقت لا ينازعه فيه أحد وجعل الكرخي هذا القول متفقا عليه لان دعوى ملك مطلق دعوى التملك من جهة المدعى عليه لان ما يستحقه على ذي اليد من الملك الثابت بظاهر يده يعتبر استحقاقا للملك على ذي اليد فيكون تملكا من جهته والتاريخ معتبر في دعوى التملك فصار كما لو ادعيا التملك بالشراء من جهة المدعى عليه وجعل صاحب الامالي أن هذا قول أبي حنيفة وقول محمد رحمهما الله أولا وهو قول أبي يوسف رحمه الله آخرا وفي قول محمد آخرا وهو قول أبي يوسف أولا هو بينهما لانه لا عبرة للتاريخ في دعوى الملك المطلق لانه دعوى أولية الملك معنى حتى يستحق بزوائده المنفصلة كالنتاج والمقصود من اثبات التاريخ اثبات زيادة الاستحقاق على خصمه لتترجح بينته على بينة الخصم فاثبات زيادة الاستحقاق لا تتصور في دعوى أولية الملك فكان التقدم والتأخر فيه سواء ولو أرخت احداهما دون الاخرى فهما سواء عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف المؤرخ أولى وقال محمد المبهم أولى لان البينة على الملك المطلق تدل على الملك من الاصل على ما بينا ألا ترى أنه يستحق به الاولاد والاكساب وملك الاصل أولى من التاريخ ولابي يوسف رحمه الله أن المؤرخ ملكه متيقن في ذلك الوقت ولم يتيقن بملك الآخر فكان المتيقن أولى من المحتمل فصار نظير ما لو ادعيا الشراء من واحد ولابي حنيفة رحمه الله أن المبهم يحتمل أن يكون أقدم فلا يترجح المؤرخ مع الاحتمال بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد لانهما اتفقا على الحدوث فيضاف الى أقرب أوقاته ما لم يؤرخ فاذا أرخ دل على سبق ملكه فترجح به على الآخر وان لم يؤرخ واحد منهما فهما سواء على ما ذكرناه في أول الباب وكذا اذا أرخا تاريخا واحدا لعدم المرجح وأما الثانية فلانهما لما ادعيا الشراء من شخص واحد فقد اتفقا على أن الملك له فمن أثبت منهما التلقي من جهته في زمان لا يزاحمه فيه أحد كان أولى لاتفاقهما على أن الملك لا يثبت الا بالتلقي منه بخلاف ما اذا كان كل واحد منهما يدعي الشراء من شخص آخر غير الذي يدعي منه صاحبه الشراء على ما يجيء من قريب ان شاء الله تعالى ولو لم يؤرخا فهما سواء وان أرخت احداهما دون الاخرى فالمؤرخ أولى لما بينا وان كان مع أحدهما قبض كان هو أولى ولو أرخ الآخر ما لم يثبت انه أقدم تاريخا فحاصله أن هذه المسئلة مثل المسئلة المتقدمة وهي اذا ادعيا الشراء من ذي اليد في جميع ما ذكرنا من الاحكام حتى لو ادعى أحدهما الشراء والآخر الهبة والقبض أو ادعى أحدهما الشراء والآخر المهر أو أحدهما الرهن والآخر الهبة كان الجواب فيها في جميع صورها كالجواب في تلك على ما بينا والجامع بينهما أن المدعين في المسئلتين اتفقا بدعواهما الشراء من شخص واحد على أن الملك كان له وان الملك لغيره لا يثبت الا بالتلقي منه فكان حكمهما واحدا قال رحمه الله (وعلى الشراء من آخر وذكرا تاريخا استويا) يعني لو أقام كل واحد منهما بينة على الشراء من رجل غير الذي يدعي الشراء منه صاحبه كانا سواء حتى يكون بينهما نصفين سواء كان تاريخ أحدهما أقدم أو لم يكن لان كل واحد منهما يثبت الملك لبائعه وملك بائعه مطلق ولا تاريخ فيه فيثبت لكل واحد من البائعين ملك مطلق فيكون بينهما فصار كما اذا حضر البائعان وادعيا الملك من غير تاريخ وكذا لو ذكر أحدهما تاريخا دون الآخر فهما سواء لانه لا يترجح بالتقدم حقيقة فكيف يترجح بالاحتمال بخلاف ما اذا كان المملك لهما واحدا حيث يكون أقدمهما تاريخا أولى لان ملك بائعهما يثبت باقرارهما فلا يتصور التملك الا من جهته فاذا ملكه لاحدهما خرج عن ملكه فكان البيع الثاني من غير مالك فلا يجوز وكذا لو أرخ أحدهما كان المؤرخ أولى به لما ذكرنا من قبل ولو ادعى شخص هبة وقبضا من رجل وادعى آخر شراء من غيره وادعى

ثلاث ميراثا من غيرهما وادعى رابع صدقة وقبضا من غيرهم وأقاموا البينة قضى بينهم أرباعا سواء كان معهم تاريخ أو مع بعضهم أو لم يكن لما ذكرنا أنهم يثبتون الملك لملكهم وذلك لا تاريخ فيه ولا يقدم الاقوى هنا لما ذكرنا من قبل قال رحمه الله (ولو برهن الخارج على ملك مؤرخ وتاريخ ذي اليد أسبق أو برهنا على النتاج وسبب ملك لا يتكرر أو الخارج على الملك وذو اليد على الشراء منه فذو اليد أحق) يعني في المسائل الثلاث أما في الاولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله ورواية عن محمد رحمه الله ثم رجع عنه فقال لا تقبل بينة ذي اليد في الملك المطلق أصلا لان البينة في الملك المطلق تثبت أولية الملك فيستوي فيها التقدم والتأخر فصارا كأنهما قامتا على الملك المطلق بخلاف ما اذا ذكرا السبب كالشراء ونحوه لانهما يثبتان الحدوث وفيه الاقدم أولى ما لم يدع المتأخر التلقي من جهة المتقدم وجه قولهما أن البينة مع التاريخ تدفع ملك غيره في وقت التاريخ وبينة ذي اليد على الدفع مقبولة فلا يثبت الملك لغيره بعده الا بالتلقي من جهته وهو لم يدع ذلك ولو استوى تاريخهما أو لم يكن معهما تاريخ أو كان مع أحدهما دون الآخر كان الخارج أولى لان بينته تثبت غير الظاهر وبينة ذي اليد لا تثبت غير ما ظهر باليد والبينات للاثبات فكانت بينة الخارج أولى ما لم يثبت ذو اليد التقدم عليه صريحا بلا احتمال وفيما اذا أرخت بينة ذي اليد وحدها خلاف أبي يوسف فانه يقول بينة ذي اليد أولى فيها وهو رواية عن أبي حنيفة لان ملكه ثبت في وقت متقدم بيقين وملك الآخر محتمل فلا يزاحم المتيقن فصار كما اذا أرخت احداهما في دعوى الشراء من واحد قلنا بينة ذي اليد لا تقبل الا اذا تضمنت الدفع ولم تتضمن هذا الاحتمال أن يكون ملك الخارج أقدم بخلاف ما اذا ادعيا الشراء من واحد حيث يكون صاحب اليد أولى في الصور كلها الا اذا أرخا وكان تاريخ الخارج أقدم لان تمكنه من القبض يدل على سبقه على ما بينا ولو كان المدعى في أيديهما وأرخا كان أقدمهما تاريخا أولى عندهما لما بينا أن بينة ذي اليد مقبولة عندهما للدفع وعند محمد هو بينهما لانه لا يعتبر الوقت في الملك المطلق ولو أرخت احداهما دون الاخرى والمسئلة بحالها كان بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله ومحمد لان أبا حنيفة لا يعتبر التاريخ من أحد الجانبين في الملك المطلق للاحتمال على ما بينا ومحمد رحمه الله لا يعتبره بالكلية فيكون بينهما وعند أبي يوسف رحمه الله هو للمؤرخ منهما لان تاريخ الواحد معتبر عنده لتيقن ملكه في ذلك الوقت واحتمال الآخر على ما بينا فرجح بالتيقن وأما الثانية وهي ما اذا أقاما البينة على النتاج أو على سبب آخر لا يتكرر فلأن بينتهما قامتا على ما لا تدل عليه اليد فاستويا في الاثبات وترجحت بينة صاحب اليد باليد فيقضى له به ولا عبرة للتاريخ لان أولية الملك تستوعب كل تاريخ فلا يفيد ذكره من أحدهما أو منهما اتحد التاريخان أو اختلفا ما لم يذكر تاريخا مستحيلا بأن لم يوافق سن المدعى والقياس أن يكون الخارج أولى لانهما استويا في اثبات أولية الملك وترجح الخارج باثبات ما لا تدل عليه اليد وهو الملك لنفسه فكان أولى وبه قال ابن أبي ليلى وقال عيسى بن أبان تهاترت البينتان ويترك في يد ذي اليد لا على وجه القضاء لان أحدهما كاذب بيقين لاستحالة نتاج دابة من دابتين فصار نظير الشهادة بالقتل في مكانين وجه الاستحسان ما روي أنه عليه الصلاة والسلام قضى لذي اليد بناقة بعدما أقام الخارج بينة أنها ناقته نتجها وأقام ذو اليد البينة أنها ناقته نتجها ولان اليد لا تدل على أولية الملك فكان مساويا للخارج فيها فباثباتها يندفع الخارج وبينة صاحب اليد مقبولة للدفع ألا ترى أنهما لو أرخا في دعوى الشراء وبينة ذي اليد أقدم تقبل بالاجماع وكذا في الملك المطلق عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله لما فيها من تضمن معنى الدفع فكذا هنا ولا يلزم ما اذا ادعى الخارج الفعل على ذي اليد كالغصب والاجارة والعارية حيث تكون بينة الخارج أولى وان ادعى ذو اليد النتاج لان بينة الخارج في هذه الصور أكثر اثباتا لانها تثبت الفعل

على .

(قوله لملكهم) هو بالافراد في خط الشارح اه (قوله ثم رجع عنه) قال القدوري في التقريب ذكر ابن سماعة عن محمد أنه رجع عن هذا بعد عوده من الرقة سنة ثلاث وثمانين ومائة وقال الخارج أولى اه اتقاني (قوله وفيه الاقدم) أي سواء كان البيع واحدا أو اثنين اه (قوله ولو كان المدعى الخ) الحاصل أن الخلاف متحد فيما اذا كان المدعى في أيديهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق وفيما اذا كان في يد أحدهما ووقتا وتاريخ أحدهما أسبق اه (قوله والمسئلة بحالها) يعني به قوله ولو كان المدعى في أيديهما اه كاكي (قوله وهي ما اذا أقاما) أي الخارج وذو اليد اه وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كانت الدابة في يدي رجل فادعى رجل أنها دابته نتجها عنده وأقام البينة على ذلك وأقام الذي في يديه البينة أنها دابته نتجها عنده فانه يقضى بها للذي هي في يديه أخذ هذا بالسنة والقياس أن لا يقضى بواحدة منهما لانهما تعارضا في الاثبات وليس أحدهما بأولى من الآخر لكنا نرد القياس بالسنة وهو ما روى محمد عن أبي حنيفة عن الهيثم عن رجل عن جابر أن رجلا ادعى ناقة في يدي رجل وأقام البينة أنها ناقته نتجها عنده وأقام الذي هي في يديه أنها ناقته نتجها فقضى بها رسول الله صلى الله عليه وسلم للذي هي في يديه

(قوله لا على وجه القضاء) حتى يحلف ذو اليد للخارج على ما سيجيء قريبا اه (قوله فكان مساويا للخارج فيها) أي في دعوى النتاج اه

على ذى اليد وهو الغصب وأشباهه اذ هو غير ثابت أصلا وأولية الملك ان لم يكن ثابتا باليد فأصل الملك ثابت بها ظاهرا فكان ثابتا باليد من وجه دون وجه فكان اثبات غير الثابت من كل وجه أولى اذ البينة للاثبات وما قاله عيسى غير صحيح لان محمدا ذكر فى خارجين أقام كل واحد منهما البينة على النتاج أنه يقضى به بينهما ولو كان الطريق ما قاله هو لتهاترتا وكذا لو كانت الشاة المذبوحة فى يد أحدهما والسواقط فى يد الآخر وأقام كل منهما البينة على النتاج يقضى بها وبالسواقط لمن فى يده أصل الشاة ولو كان الطريق ما ذكره لترك فى يد كل واحد منهما ما فى يده وثمرة ما قاله تظهر فى التحليف لانهما اذا تهاترتا يصار الى التحليف ولو أقام الخارج البينة انه اشتراه من فلان وأنه ولد عنده وأقام ذو اليد البينة أنه اشتراه من فلان آخر وانه ولد عنده كان ذو اليد أولى لان كل واحد منهما خصم فى اثبات نتاج بائعه كانه خصم فى اثبات الملك له ولو حضر البائعان وأقاما البينة على النتاج كان صاحب اليد أولى فكذا من قام مقامهما ولو أقام أحدهما على الملك والآخر على النتاج كان صاحب النتاج أولى أيهما كان لانه يثبت أولية الملك وبعده لا يملكه غيره الا بالتلقى من جهته وكذا لو كان الدعوى بين الخارجين لما ذكرنا ولو قضى بالنتاج لصاحب اليد ثم أقام ثالث البينة على النتاج يقضى له الا أن يعيدها ذو اليد لان الثالث لم يصر مقضيا عليه فجاز له أن يدعيه وكذا المقضى عليه بالملك المطلق لو أقام البينة على النتاج تقبل بينته وينقض القضاء لان الخارج لم يستحق على ذى اليد شيأ لان ملك ذى اليد ثبت بالنتاج صريحا وبعد ما ثبت الملك له به لا يتصور أن يكون للخارج بذلك السبب لان النتاج لا يتكرر فلا يمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذى اليد بخلاف دعوى الملك المطلق لانه كما يحتمل أن يكون له من الاصل يحتمل أن يكون له من جهة صاحب اليد فأمكن أن يجعل ما استحقه الخارج من الملك الثابت لذى اليد بظاهر اليد مستحقا على ذى اليد فجعل كذلك فى حق ترجيح بينة الخارج على بينة ذى اليد فاذا لم يصر مقضيا عليه فى حق النتاج تقبل بينته كما تقبل بينة الاجنبى لانه بمنزلة نص ترك بخلاف ما اذا ادعى ذو اليد الملك المطلق حيث لا يحكم له به للاحتمال الذى ذكرنا آنفا فصار الاصل أن من صار مقضيا عليه فى حادثة لا يقضى له فيها والا قضى له فيها وقوله وسبب ملك لا يتكرر معناه كل سبب لا يتكرر فى الملك اذا ادعاه صاحب اليد كان حكمه حكم النتاج فى جميع ما ذكرنا من الاحكام وذلك مثل حلب اللبن واتخاذ الجبن واللبد وجز الصوف والمرعزى وغزل القطن والكتان ونسج الثوب من غزلهما وان كان يتكرر قضى به للخارج وهو مثل الخز والبناء والغرس وزراعة الحنطة والحبوب لان ثوب الخز والصوف والشعر اذا بلا ينقض ويغزل مرة أخرى ثم ينسج فيحتمل أن ذا اليد نسجه ثم غصبه الخارج ونقضه ثم نسجه فيكون ملكا له بهذا الطريق فلم يكن فى معنى النتاج بل بمنزلة الملك المطلق وكذا غيره لان البناء والغرس والزراعة يتأتى فيها التكرار وان أشكل عليهم يسئل عدول أهل الخبرة بذلك لقوله تعالى فاسألوا أهل الذكر ان كنتم لا تعلمون والواحد منهم يكفى والاحوط الاثنان وان أشكل عليهم قضى به للخارج لانه الاصل والعدول عنه بخبر النتاج فلا يلحق به الا ما هو فى معناه من كل وجه بشرط أن يبين فى الدعوى نصا أن ذلك السبب وجد فى ملكه حتى اذا قال كل واحد منهما أو ذو اليد وحده نسجت هذا الثوب أو نتجت هذه الدابة عندى كان الخارج أولى لان الانسان ينسج لغيره وتلد الدابة الغير عنده فلم يكن فيه دلالة على أن الثوب نسجه فى ملكه وأن الدابة ولدت فى ملكه فبقى دعوى مطلق اليد وفيه الخارج أولى ولا تقبل بينة ذى اليد فيه حتى ينص عليه ويقول نسجته فى ملكى أو نسج فى ملكى أو ولدت الدابة فى ملكى وعلى هذا لو قال هذا جبنى اتخذته أنا أو قال اللبن الذى اتخذ منه هذا الجبن ملكى أو الشاة التى حلب منها لبنه ملكى كان الخارج أولى لما ذكرنا ولو قال اتخذته فى ملكى أو حلب لبنه فى ملكى كان ذو اليد

(قوله وما قاله عيسى الخ) هذا الذى ذكره الشارح من الرد انما يتوجه على عيسى لو كان عيسى شارحا لكلام محمد أما اذا كان ما قاله عيسى مذهبا له لا لمحمد كيف يرد عليه بمذهب محمد اه قارئ الهداية (قوله يصار الى التحليف) أى تحليف ذى اليد للخارج عند عيسى وعندنا لا يحلف لانه يقضى بها لذى اليد قضاء استحقاق اه (قوله وسبب ملك لا يتكرر) يعنى اذا أقاما البينة على نسج ثوب فيما لا يتكرر نسجه كغزل القطن كان ذو اليد أولى لان ما لا يتكرر فى معنى النتاج وهو لا يتكرر وكذلك حلب اللبن فاذا أقام كل واحد منهما البينة أن هذا اللبن حلب فى ملكه وكذلك اتخاذ الجبن بان أقام كل واحد منهما البينة أن الجبن له صنعه فى ملكه وكذا اتخاذ اللبد والمرعزى انه صنعه فى ملكه وكذا الصوف اذا أقام رجل البينة أنه صوفه جزه من غنمه وأقام ذو اليد بينة على مثل ذلك كان ذو اليد أولى اه اتقانى (قوله وذلك مثل حلب اللبن) أى كما اذا قال حلب هذا اللبن فى ملكى اه فرشتا (قوله واتخاذ الجبن واللبد الخ) قال الاتقانى وكذلك الغرس وزراعة الحبوب فتكرر فانه يغرس فى موضع ثم يقلع ويغرس ثانيا وكذلك الحبوب تزرع ثم تغربل فتزرع مرة أخرى اه (قوله اذا بلا) كذا بخط الشارح وصوابه اذا بلى قال فى المصباح بلى الثوب يبلى من باب تعب بلى بالكسر اه قال الكاكى والخز اسم دابة ثم سمى الثوب المتخذ من وبره خزا قيل هو ينسج فاذا بلى يغزل مرة أخرى ثم ينسج اه

أولى وعلى هذا لو أقام الخارج البينة أن فلانا القاضي قضى له بها بالبينة وأقام ذو اليد أنها نتجت في ملكه كان ذو اليد أولى عند محمد رحمه الله لما ذكرنا وعندهما الخارج أولى لان القضاء قد صح ظاهرا ويحتمل أنه اشتراه من ذي اليد فلا ينقض قضاؤه ما لم يظهر خطؤه بيقين وأما الثالثة وهي ما اذا أقام الخارج البينة على الملك وأقام ذو اليد البينة على الشراء منه فلان الخارج أثبت الملك لنفسه ببينته وأثبت ذو اليد التلقي منه فكان له بحكم التلقي منه واقراره بانه له في ضمن دعوى الشراء منه لا يمنع صحة دعواه وقبول بينته كما اذا أقر له بالملك صريحا ثم ادعى بعد ذلك انه اشتراه منه في زمان يمكن الشراء منه لانه لا تنافي اذ التوفيق ممكن قال رحمه الله (ولو برهن كل على الشراء من الآخر ولا تاريخ سقطا وترك الدار في يد ذي اليد) أي لو أقام كل واحد من الخارج وذي اليد أو الخارجين أو ذوي الايدي البينة على الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما تهاترت البينتان و يترك المدعى في يد ذي اليد لا على وجه القضاء وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ان كانت في يد أحدهما يقضى بالبينتين وتكون للخارج لامكان العمل بهما بجعل ذي اليد مشتريا من الخارج وقبضه ثم باعه منه ولم يقبضه فيؤمر بالدفع اليه لان تمكنه من القبض دلالة السبق على ما مر ولا يعكس لان البيع قبل القبض لا يجوز وان كان في العقار عنده ولهما أن الاقرار بالشراء من صاحبه اقرار منه بالملك له فصارت بينة كل واحد منهما كأنها قامت على اقرار الآخر وفيه التهاتر بالاجماع لتعذر الجمع فكذا هذا ولأنه يلزم من القضاء بهما القضاء لذي اليد بمجرد السبب من غير أن يترتب عليه حكمه وهو الملك وذلك باطل لانه يؤدي الى بطلان السبب اذ السبب لم يشرع الا لحكمه فاذا لم يفد حكمه لم يكن مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه فاذا لم يكن مشروعا يخرج من أن يكون سببا لان سببيته بالشرع وانما قلنا ذلك لانه لا يمكن الحكم لذي اليد الا بملك مستحق فيلزم منه القضاء له بمجرد السبب وانه لا يجوز ثم لو شهدت البينتان بقبض الثمن تقاصا ان كان الثمنان من جنس واحد وتساويا وان كان أحدهما أكثر رجع بالزيادة وان اختلفا جنسا رد كل واحد منهما ما قبض لانه مضمون عليه وان لم يشهدوا بقبض الثمن لا يتأتى القصاص عندهما لعدم الوجوب وعند محمد رحمه الله يتأتى لوجوبه عنده ولو شهد الفريقان بالبيع وقبض المبيع تهاترت البينتان بالاتفاق لتعذر التوفيق أما عندهما فظاهر على ما بينا وأما عند محمد رحمه الله فلأن البيعين وان كانا جائزين لوجودهما بعد القبض لكن ليس فيهما ذكر التاريخ ولا دلالته حتى يجعل أحدهما سابقا والآخر لاحقا بخلاف ما اذا لم يذكرا قبض المبيع لانه أمكن هنالك أن يجعل شراء ذي اليد متقدما لدلالة اليد على ما بينا وهكذا ذكر صاحب الهداية قول محمد في هذه الصورة وذكر في المحيط أنه يقضى لهما عنده فيجعل القبض المعاين آخر القبضين و يجعل ذو اليد آخر المشتريين كأن الخارج اشترى وقبض ثم باعها من ذي اليد وقبض فيقضى بالدار له ومثله في الجامع وشرح الكرخي والمبسوط والمختلف وان وقتت البينتان في العقار ولم تثبتا قبضا فان كان وقت الخارج أسبق يقضى بها لصاحب اليد عندهما فيجعل كأن الخارج اشترى أولا ثم باع قبل القبض من صاحب اليد وهو جائز في العقار عندهما وعند محمد رحمه الله يقضى للخارج لانه لا يصح بيعه قبل القبض فبقي على ملكه وكان ينبغي أن يقضى بها للذي اليد عنده أيضا فيجعل الخارج كأنه قبضها ثم باعها من بائعه وهو ذو اليد تصحيحا للعقد وان أثبتا قبضا يقضى بها لصاحب اليد بالاجماع لان البيعين جائزان على القولين لان الخارج باعها من بائعه بعد ما قبضها وذلك صحيح وان كان وقت صاحب اليد أسبق يقضى بها للخارج سواء شهدوا بالقبض أو لم يشهدوا لان صاحب اليد قابض وقد أثبت شراءه سابقا فيجعل كأنه اشترى أولا كما شهد به شهوده ثم باعها من بائعه وهو الخارج فيحمل على انه لم يسلم اليه ان لم يشهدوا بالقبض أو سلم اليه ثم عاد اليه بسبب آخر ان شهدوا بالقبض قال رحمه الله (ولا يرجح بزيادة عدد الشهود) معناه أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أكثر لا يرجح بكثرة شهوده لان الترجيح يكون بقوة في العلة لا بكثرة العلل

(قوله واقراره) أي واقرار ذي اليد بالملك للخارج اهـ (قوله وذكر في المحيط) أي وفي الكافي هذا بخلاف ما ذكر في المبسوط والجامع الكبير وغيرهما اهـ قوله هذا أي ما في الهداية اهـ (قوله وان وقتت البينتان في العقار) قيد بالعقار ليظهر ثمرة الخلاف كما ذكر والله أعلم اهـ

(قوله فى المتن ادعى رجل) لفظ رجل ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتن اهـ (قوله وهذا بطريق المنازعة) قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اذا كانت الدار فى يد رجل ثالث ان لم يقم لهما بينة فانه يحلف ذو اليد فاذا حلف ترك الدار فى يده لانه لما حلف انقطع دعواهما فكأنهما لم يدعيا وان أقاما البينة فبينة كل منهما مسموعة على ما ادعى لان كل واحد منهما فيما ادعى لنفسه خارج وبينة الخارج مسموعة على ذى اليد واذا سمعت بينة كل واحد منهما قسمت الدار بينهما عند أبى حنيفة على طريق المنازعة أرباعا أصله من سهمين لحاجتك الى النصف فمدعى الجميع يدعى الجميع ومدعى النصف لا يدعى الا سهما فقد تفرد مدعى الجميع بدعوى سهم واحد فيكون له بلا منازعة فبقى سهم واحد استوت منازعتهما فيه فيكون بينهما فانكسر فيضعف فيصير أربعة وان شئت قلت انا نحتاج الى حساب له نصف ولنصفه نصف صحيح وأقل ذلك أربعة أسهم اهـ (قوله ولها نظائر) أى فمن نظائرها رجل أوصى لرجل بكل ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة أولم يكن له ورثة يكون المال بينهما بطريق المنازعة أرباعا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما أثلاثا بطريق العول اهـ

لان ما يصلح دليلا مستقلا لا يصلح للترجيح وانما يرجح بالوصف ولهذا لا ترجح الآية بآية أخرى ولا الخبر بالخبر وانما يرجح بقوة فيهما بأن كان أحدهما متواترا والآخر من الآحاد أو كان أحدهما مفسرا والآخر مجملا فيرجح المفسر على المجمل والمتواتر على الآحاد لقوة وصف فيه وكذا لا يرجح أحد القياسين بالقياس لما ذكرنا قال رحمه الله (دار فى يد آخر ادعى رجل نصفها وآخر كلها وبرهنا فللاول ربعها والباقى للآخر) لان مدعى الكل لا ينازعه أحد فى النصف فسلم له من غير منازعة ثم استوت منازعتهما فى النصف الآخر فيكون بينهما فسلم لمدعى الكل ثلاثة الارباع ولمدعى النصف سلم له الربع وهذا بطريق المنازعة وهو قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا تقسم الدار بينهما أثلاثا فالثلثان لمدعى الكل والثلث لمدعى النصف لان مدعى الكل يدعى النصفين والآخر النصف الواحد وليس لشىء واحد ثلاثة أنصاف فيقسم بينهما أثلاثا على قدر حقهما وهذا بطريق العول ولها نظائر واضداد نبينها مختصرا فنقول ان جنس القسمة على أربعة أنواع نوع منها يقسم بطريق العول اجماعا وهى ثمان مسائل الميراث والديون والوصية بما دون الثلث اذا اجتمعت وزادت على الثلث والمحاباة والدراهم المرسلة والسعاية والعبد اذا قلع عين رجل وقتل آخر خطأ فدفع بهما والمدبر اذا جنى على هذا الوجه فدفعت قيمته بهما ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة اجماعا وهى مسألة واحدة فضولى باع عبد الغيره من رجل وفضولى آخر باع نصفه من آخر فأجاز المولى البيعين فاختار المشتريان الاخذ يكون لمشترى الكل ثلاثة أرباعه ولمن اشترى النصف الربع بطريق المنازعة ونوع منها ما يقسم بطريق المنازعة عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق العول وهى ثلاث مسائل احداها اذا ادعى أحدهما نصف الدار والآخر كلها وهى مسألة الكتاب والثانية اذا أوصى لرجل بجميع ماله ولآخر بنصف ماله وأجازت الورثة والثالثة اذا أوصى لرجل بعبد بعينه ولآخر بنصف ذلك العبد وليس له مال غيره ومنها ما يقسم بطريق العول عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما بطريق المنازعة وهى خمس مسائل احداها عبد مأذون له فى التجارة بين رجلين أدانه أحدهما مائة وأدانه أجنبى مائة فدين المولى سقط نصفه لاستحالة وجوب الدين على عبده وثبت نصفه الذى فى نصيب شريكه فاذا بيع بالدين يقتسمان الثمن على الخلاف الذى ذكرنا

(قوله وأضداد) يعنى به الخلاف على العكس كمدبر قتل رجلا خطأ وآخر عمدا وله وليان فعفا أحد وليى العمد ودفع المولى القيمة كانت القيمة بين وليى الخطا والذى لم يعف من وليى العمد عنده أثلاثا على طريق العول وعندهما أرباعا على طريق المنازعة اهـ وكتب ما نصه قال فى شرح الاقطع وصورة المنازعة أن كل جزء فرغ من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة فههنا صاحب النصف يدعى النصف فالنصف خلا من دعواه وسلم لصاحب الجميع والنصف الآخر استوعب منازعتهما فيه فيقضى بينهما نصفين لصاحب الجميع ثلاثة أرباعها ولصاحب النصف الربع وصورة العول أن يضرب كل واحد منهم بسهمه فتجمع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام فههنا صاحب الجميع يدعى الجميع وصاحب النصف يدعى النصف فيحتاج الى حساب له نصف وأقل ذلك سهمان فصاحب الجميع يدعى سهمين وصاحب النصف يدعى سهما فيقسم بينهما على ذلك اهـ اتقانى (قوله الميراث) كما فى امرأة ماتت وتركت زوجا وأختا لاب وأم وأختا لاب للزوج النصف وللاخت لاب وأم النصف وللاخت لاب السدس تكملة للثلثين فتعول الفريضة الى سبعة وكانت فى الاصل من ستة اهـ اتقانى (قوله والديون) اذا اجتمعت وضاقت التركة عنها اهـ كرجل مات وترك ألفا ولرجل عليه ألف درهم ولآخر عليه خمسمائة فالالف بينهم أثلاثا على طريق العول لان حقهم كان فى الذمة ثم انتقل الى العين اهـ اتقانى (قوله اذا اجتمعت وزادت على الثلث) أى بان أوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بربع ماله ولآخر بسدس ماله ولم تجز الورثة حتى عادت الى الثلث اهـ (قوله والعبد) أى اذا أوصى بان يعتق من هذا العبد ومن الآخر نصفه ولا يخرج ذلك من الثلث اهـ (قوله فاجاز المولى البيعين) يخير المشتريان فان اختارا الرد فلا كلام اهـ (قوله وليس له مال غيره) أى وأجازت الورثة أو كان يخرج من الثلث ولم تجز الورثة اهـ (قوله على الخلاف الذى ذكرنا) أى فيأخذ المولى ثلث الثمن والاجنبى ثلثيه اهـ

والثانيـــة اذا أدانه أجنبيان أحدهما مائة والآخر مائتين يقتسمان ثمنــه على هذا والثالثة عبد قتل رجــلا خطأ وآخر عمدا وللمقتول عمدا وليان فعفا أحدهما فدفع بهما كان بينهما على الخلاف والرابعة لو كان الجانى مدبرا على هـذا الوجــه فدفعت قيمته كانت بينهما كذلك والخامسة أم ولد قتلت مولاها وأجنبيا عمـدا ولكل واحـد منهـما وليان فعفا أحد وليي كل واحـد منهما على التعاقب فانها تسـعى فى ثلاثة أرباع قيمتها فتقسم بين الساكـتين فيعطى الربع لشريك العافى آخرا والنصف الآخر بينــه وبين شريك العافى أولا أثلاثا ثلثاه لشريك العافى أولا والثلث لشريك العافى آخرا عنــده وعندهما أرباعا ثم الاصــل عنــده أن القسمة متى وجبت لحق ثابت فى الذمة أو لحق ثابت فى العــين على وجــه الشيــوع فى البعض دون الكل كانت القسمة عوليــة ومتى وجبت القسمة لحق ثابت على وجــه التميز أو كان حق أحــدهما فى البعض الشائع وحق الآخر فى الكل كانت القسمة على المنازعــة والاصــل عندهما أن الحقين متى ثبتا على الشيوع فى وقت واحد كانت القسمة على العول وان ثبتا على التميز أو فى وقتــين كانت القسمة على المنازعة وبيان طرق هذه المسائل وتخريجها على هذه الاصول وتمام تفريعها مذكور فى شرح الزيادات لقاضيخان قال رحــمه الله (ولو كانت فى أيديهما فهى للثانى) أى لو كانت الدار فى أيدى المدعيــين والمسـئلة بحالها كانت كلها لمدعى الكل لان مدعى النصف تنصرف دعواه الى ما فى يده لتكون يده يدا محقــة لان حمل أمور المسلمين على الصحــة واجب ولولا ذلك لكان ظالما بالامساك فاقتصرت دعواه على ما فى يده ولا يدعى شـيأ مما فى يد صاحبــه ومدعى الكل يدعى ما فى يد نفســه وما فى يد الآخر ولا ينازعه أحــد فيما فى يده فيترك فى يده لا على وجــه القضاء واستوت منازعتهــما فيما فى يد صاحبه فكانت بينته أولى لانه خارج فيه فيقضى له فى ذلك النصف فسلم له الكل نصفها بالترك لا على وجه القضاء والنصــف الآخر بالقضاء قال رحــمه الله (ولو برهنا على نتاج دابة وأرخا قضى لمن وافق سنها تاريخه) لأن علامة الصدق ظهرت فيمن وافق تاريخه سنها فترجحت بينته بذلك وفى الاخرى ظهرت علامة الكذب فيجب ردها ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الدابة فى أيديهــما أو فى يد أحدهــما أو فى يد ثالث لان المعـنى لا يختلف بخلاف ما اذا كانت الدعوى فى النتاج من غير تاريخ حيث يحكم بها لذى اليد ان كانت فى يد أحدهما أولهما ان كانت فى أيديهما أو فى يد ثالث قال رحمه الله (وان أشكل ذلك فلهــما) أى ان أشكل سن الدابة فى موافقة أحد التاريخين يقضى لهما بها لان أحدهما ليس بأولى بها من الآخر وهــذا اذا كانا خارجين بأن كانت الدابة فى يد ثالث وكذا اذا كانت فى أيديهما وان كانت فى يد أحدهما قضى بها لصاحب اليــد لانه لما أشكل الامر سقط التاريخان فصار كأنهما لم يؤرخا وان خالف سن الدابة التاريخين بطلت البينتان لانه ظهر كذب الفريقين فيترك فى يد من كانت فى يده والاصح أنهما لا يبطــلان بل يقضى بها بينهما ان كانا خارجين أو كانت فى أيديهما وان كانت فى يد أحدهما يقضى بها لذى اليــد لان اعتبار ذكر الوقت لحقهما وحقهما هنا فى اسقاط اعتباره لان فى اعتباره اسقاط حقهما فلا يعتــبر فصار كأنهما ذكرا النتاج من غــير تاريخ وفيه صاحب اليد أولى ان كانت فى يد أحدهــما والا فهــى بينهما كما اذا أشكل فى موافقــة سنها أحد التــاريخين وهكذا ذكره محمــد والاول ذكره الحاكم وهو قول بعض المشايخ

(قوله كان بينهــما على الخــلاف) أى عنده أثلاثا وعندهما أرباعا وان فداه المولى يفديه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف لشريك العافى وعشرة آلاف لولى الخطا اه (قوله فى المتن ولو كانت فى أيديهما) سلم لصاحب الجميع نصفها على وجه القضاء ونصفها لا على وجه القضاء وهــذا لفظ القــدورى وذلك لان الدار فى أيديهما واليد من أسباب الاستحقاق والتساوى فى سبب الاستحقاق يوجب التساوى فى نفس الاستحقاق فصار فى يد كل واحد منهما النصف (٣٣٤) ثم دعوى مدعى النصف تنصرف الى النصف الذى فى يده دون النصف الآخر لانه لو لم يكن كذلك يلزم أن يكون غاصــبا فى امساك النصف الذى فى يده وأمور المسلمين يجب حملها على الصلاح ما أمكن وقد أقام الخارج وذو اليــد البينــة على ذلك النصف فكان الخارج أولى وهو مــدعى الكل والنصــف الذى فى يد مدعى الجميع سلم له لا على طريق القضاء لانه لا منازع له فيــه فان لم تقم لهما بينة فانه يحلف مدعى النصف لمــدعى الجميع ولا يحلف مدعى الجميع لمدعى النصف لان مدعى النصف لا يدعى لنفسه شيأ مما فى يد صاحب الجميع وصاحب الجميع يدعى النصــف الذى فى يد صاحب النصف وهو ينكر فيحلف فان حلف انقطــع دعوى صاحبه وصار الحال بعــد الحلف كالحال قبــله وقبــل الحلف كانت الدار فى أيديهــما نصفين فبعد الحلف كذلك اه اتقانى (قوله فى المتن وان أشكل) أى ان لم يظهر سن الدابة اه فرشتا (قوله وان خالف سن الدابة التاريخين) أى فى دعوى الخارجين اه (قوله والاول ذكره الحاكم) أى وهو المراد بقوله سابقا بطلت البينتان اه قال فى شرح الاقطع فان خالف سن الدابة الوقتين وليس قضى بها لصاحب اليد ثم قال الحاكم الصحيح أن تبطل البينتان وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد وان كانت على غير الوقتين أو كانت مشكلة قضيت بينهما نصفين لانه لم يثبت الوقت فصارا كأنهما لم يوقتا وفى رواية أبى الليث الخوارزمى اذا كان سن الدابة على غير الوقتين فالبينتان باطلة لانه ظهر كذبهما الى هنا لفظ شيخ الاسلام المذكور وقد مر مرة وقال شيخ الاسلام أبو بكر

ولیس بشئ قال رحمه الله (ولو برهن أحد الخارجين على الغصب والآخر على الوديعة استويا) معناه اذا كان عين فى يد رجل فأقام رجلان عليه البينة أحدهما بالغصب والآخر بالوديعة استوت دعواهما حتى يقضى بها بينهما نصفان لان الوديعة تصير غصبا بالجحود حتى يجب عليه الضمان ولا يسقط بالرجوع الى الوفاق بخلاف ما اذا خالف بالفعل من غير جحود على ما نبينه فى موضعه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والراكب واللابس أحق من آخذ اللجام والكم) معناه اذا تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر متعلق بلجامها أو تنازعا فى قميص أحدهما لابسه والآخر متعلق بكمه كان الراكب واللابس أولى من المتعلق باللجام والكم لان تصرفهما أظهر فانه يختص بالملك فكانا صاحبى يد والمتعلق خارج فكانا أولى بخلاف ما اذا أقاما البينة حيث تكون بينة الخارج أولى لانها حجة مطلقا وبينة الخارج أكثر اثباتا على ما بينا وأما التعلق فليس بحجة وكذا التصرف لكنه يستدل بالتمكن من التصرف على انه كان فى يده واليد دليل الملك حتى جازت الشهادة له بالملك فيترك فى يده حتى تقوم الحجج والتراجيح وكذا لو كان أحدهما راكبا على السرج والآخر رديفا له كان الراكب أولى لان تمكنه من ذلك الموضع دليل على تقدم يده بخلاف ما اذا كانا راكبين على السرج حيث يكون بينهما لاستوائهما فى التصرف ولو كان أحدهما متعلقا بذنبها والآخر ممسك بلجامها قالوا ينبغى أن يقضى بها لمن يمسك لجامها لانه لا يتعلق باللجام غالبا الا المالك بخلاف التعلق بالذنب ولو تنازعا فى بساط أحدهما قاعد عليه والآخر متعلق به فهو بينهما نصفان بحكم الاستواء بينهما لا بطريق القضاء لان الجلوس ليس بيد عليه بخلاف الركوب واللبس ألا ترى أنه يصير بهما غاصبا بالثبوت يده عليه ولا يصير غاصبا بالقعود على البساط وكذا اذا كانا جالسين عليه فهو بينهما بخلاف ما اذا كانا جالسين فى دار وتنازعا فيها حيث لا يحكم لهما بها لاحتمال أنها فى يد غيرهما وهنا علم أنه ليس فى يد غيرهما قال رحمه الله (وصاحب الحمل والجذوع والاتصال أحق من الغير) فمعنى الاول أن يتنازعا فى دابة وعليها حمل لاحدهما كان صاحب الحمل أولى لانه هو المتصرف فيها التصرف المعتاد فكانت فى يده كما اذا ادّعى جماعة سفينة وكان واحد منهم راكبها والآخر ممسك بسكانها وآخر يجدف فيها وآخر يمدها فهى بينهم الا من يمدها فانه لا شئ له فيها فانه لا يد له فيها لان الباقين هم المتصرفون فيها التصرف المعتاد ولو كان الحمل لهما كانت بينهما لاستوائهما ولا يرجح بكثرة ما فى الحمل لاحدهما لان الترجيح يقع

المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه فان كان على غير الوقتين أو كانت مشكلة فانى أقضى بينهما نصفين ثم قال هكذا ذكر أى ذكر محمد ثم قال قالوا ما ذكر من الجواب يستقيم جوابا لاحدى المسئلتين وهى قوله أو كانت مشكلة لانها متى كانت مشكلة يحتمل أن يكون سن الدابة موافقا للوقت كل واحد ومخالفا فلم يتيقن بكذب أحد الفريقين وقد استويا فى الدعوى والحجة فيقضى بينهما نصفين فأما متى كان على غير الوقتين فانه لا يقضى لهما بشئ لان القاضى تيقن بكذب شهادة كل فريق وهذا مانع من قبول الشهادة حالة الانفراد فيمنع حالة الاجتماع أيضا ثم قال خواهر زاده والدليل على صحة هذا ما روى أبو الليث الجواب عن محمد على هذا التفصيل قال اذا كان سن الدابة مشكلا يقضى بينهما نصفين وان كان مخالفا للوقتين لا يقضى لهما بشئ ويترك فى يدى ذى اليد قضاء ترك فكأنهما لم يقيما البينة ومنهم من يقول بأن الالف فى قوله أو كانت مشكلة زيادة وقعت غلطا من الكاتب فكأنه قال وان كان على غير الوقتين على سبيل الشك لا على سبيل اليقين يعنى يجوز أن يكون موافقا للوقتين ويجوز أن يكون مخالفا فأما متى كان مخالفا للوقتين بيقين فانه لا يقضى لهما بشئ ويترك فى يدى ذى اليد كما فى حالة الانفراد اذا خالف سن الدابة الوقت بيقين فيحمل ما ذكر محمد على أحد هذين التأويلين كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اه اتقانى (قوله لان الوديعة تصير غصبا بالجحود) أى فصار دعوى الوديعة والغصب سواء اه (قوله فانه يختص بالملك) أى فصار كما لو تنازعا فى الدار أحدهما ساكنها والآخر آخذ بحلقة الباب أن الساكن أولى وكذلك اذا تنازعا فى بعير وعليه حمل لاحدهما كان صاحب الحمل أولى لان له يدا ظاهرة وتصرفا اه اتقانى (قوله حتى جازت الشهادة له) أى لصاحب اليد اه (قوله وكذا لو كان أحدهما الخ) قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولو كانا جميعا راكبين أحدهما فى السرج والآخر خارج السرج قضى بالدابة بينهما بالاجماع وروى عن أبى يوسف أنه قال يقضى بالدابة للراكب فى السرج الى هنا لفظه فى كتاب الصلح من شرح الطحاوى ونقل الناطفى فى الاجناس عن نوادر المعلى رجلان على دابة أحدهما راكب فى السرج والآخر رديف فادّعيا الدابة فهى لراكب السرج فان كانا فى السرج فهى بينهما نصفان فعلم بما ذكر فى شرح الطحاوى والاجناس أن الدابة فى ظاهر الرواية بينهما نصفين وما ذكره صاحب الهداية بقوله وكذا اذا كان أحدهما راكبا فى السرج والآخر رديفه فالراكب أولى من الرديف فذاك على رواية النوادر اه اتقانى (قوله دليل على تقدم يده) أى ولان العادة جرت بأن الملاك يركبون فى السرج وغيرهم يكون رديفا اه من خط قارئ الهداية (قوله بخلاف التعلق بالذنب) أى فانه قد يتعلق به غير المالك اه (قوله لان الجلوس ليس بيد عليه) وكذا النوم على البساط ليس بدليل على اليد اه اتقانى (قوله والآخر ممسك بسكانها) قال فى المغرب والسكان ذنب السفينة لانها به تقوم وتسكن اه مغرب

(قوله الهرادى) الهرادى جمع الهردية قصبات تضم ملوية بطاقات من الكرم فترسل عليها قضبان الكرم كذا فى ديوان الادب لكن صحح فى الديوان الهاء والحاء جميعا وقال فى الصحاح الحردى القصب نبطى معرب ولا يقال الهردى ورأيت فى نسخة عتيقة من نسخ مختصر الكرخى الحرادى بالحاء وقال صاحب الجمهرة فى باب الحاء والدال والراء أما الذى يسميه البصريون الحردى من القصب فهو نبطى معرب وكذا قال صاحب الديوان أيضا الحردى واحد حرادى القصب فعلى هذا يجوز أن يقال بالهاء والحاء جميعا والرواية فى الاصل والكافى للحاكم الشهيد بالحاء وفى الجامع الصغير وشرح الكافى وقعت بالهاء لا غير قال الامام شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كان الحائط بين دارين فادعاه صاحب كل واحد من الدارين فان أبا حنيفة قال اذا كان لاحدهما عليه جذوع وليس للآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه فى يد (٣٢٦) صاحب الجذوع يعنى بها اليد المستعملة واليد المستعملة لصاحب الجذوع لان الحائط مما يبنى الاله وصار كاثنين تنازعا فى دابة أحدهما راكبها والآخر آخذ بلجامها يقضى بها للراكب لانها فى يده وللآخر بها نوع تعلق كذا هنا فان كان له عليه هرادى أو بوارى لم يستحق بها شيأ وكان الحائط لصاحب الجذوع لانه هو المستعمل للحائط استعمالا مثله لانه بنى لوضع الجذوع عليه والتسقيف دون الهرادى لكنه لا يؤمر برفع الهرادى والبوارى لان القضاء وقع له بالحائط بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الاستحقاق الثابت للغير ظاهرا وان كان الحائط متصلا ببناء أحدهما وللآخر عليه جذوع فهو لصاحب الجذوع لانه مستعمل للحائط فكان فى يده وثبوت اليد على ما جاوره وقرب لا يكون ثبوتا عليه الا أن يكون اتصالا بتربيع وهو أن يكون أحد طرفى الآجر فى هذا الحائط والطرف الآخر فى الحائط لاحدهما الآخر حتى يصير فى معنى حائط واحد وبناء واحد فيكون ثبوت اليد على البعض ثبوتا على الكل فيكون الحائط لصاحب الاتصال ولصاحب الجذوع موضع جذعه وكذا ان كان الحائط متخذا من الخشب فتكون الخشبة التى فى هذا الحائط مركبة بالخشبة التى فى ذلك الحائط ولان اتصال التربيع أدل على سبق اليد من وضع الخشب على الجدار لانه إنما يوضع عليه بعد تمامه وصيرورته حائطا فتى عرفنا سبق يد أحدهما قضينا له به الا أنه لا يؤمر صاحب الجذوع برفع جذوعه لانا قضينا لصاحب الاتصال والتربيع بالجدار بناء على الظاهر والظاهر يصلح حجة للدفع دون ابطال الثابت فيكون لصاحب الجذوع حق وضع الجذوع لانا لم نتيقن بكونه مبطلا فى الوضع لانه قد يستحق الوضع مع كون الحائط مملوكا للغير فلم يكن هذا من ضروراته اهـ اتقانى

بالقوة لا بالكثرة على ما بينا ومعنى الثانى أن يكون حائط عليه هرادى لرجل وللآخر عليه جذوع أو متصل ببنائه فهو لصاحب الجذوع والاتصال دون الهرادى لان صاحب الجذوع هو المستعمل وصاحب الهرادى متعلق والبناء يبنى للجذوع عادة لا لوضع الهرادى فصار نظير دابة تنازعا فيها ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق أو مخلاة معلقة فانها تكون لصاحب الحمل دون صاحب الكوز والمراد بالاتصال اتصال تربيع وهو أن يتداخل لبن البناء المتنازع فيه فى لبن جداره ولبن جداره فى لبن البناء المتنازع فيه وساج أحدهما مركب على ساج الآخر لان الاتصال بهذه المثابة لا يكون الا عند البناء فدل ذلك على أن بانيهما واحد فى وقت واحد فترجح به وكان الكرخى رحمه الله يقول صفة هذا الاتصال أن يكون الحائط المتنازع فيه متصلا بحائطين لاحدهما من الجانبين جميعا والحائطان متصلان بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه حتى يصير مربعا شبه القبة فحينئذ يكون الكل فى حكم شئ واحد والمروى عن أبى يوسف رحمه الله أن اتصال جانبى الحائط المتنازع فيه بحائطين لاحدهما يكفى ولا يشترط اتصال الحائطين بحائط له بمقابلة الحائط المتنازع فيه وعليه أكثر مشايخنا رحمهم الله لان الرجحان يقع بكون ملكه محيطا بالحائط المتنازع فيه من الجانبين وذلك يتم بالاتصال بجانبى الحائط المتنازع فيه وان كان الجدار من خشب فالتربيع أن يكون ساج أحدهما مركبا فى الآخر وأما اذا نقب وأدخل فلا يكون مربعا فلا عبرة به ولا باتصال الملازقة من غير تربيع لعدم المداخلة فلا يدل على أنهما بنيا معا ولا بوضع الهرادى ولا البوارى لان الحائط لا يبنى لاجله عادة فلا يكون تصرفا فيه فلا يعتبر أصلا كوضع الثوب على الجدار حتى لو تنازعا فى حائط ولاحدهما عليه هرادى ولا شئ للآخر فهو بينهما اذا علم أنه فى أيديهما ولا يرجح صاحب الهرادى لعدم الاستعمال بخلاف اتصال التربيع لان الاستعمال فيه موجود من وجه ولان البناء للتسقيف وهو بالجذوع دون الهرادى وقال الشافعى رحمه الله لا يرجح بوضع الجذوع لانه يحتمل يحتمل أنه ملكه وعارية وغصب فلا يكون حجة مع الاحتمال قلنا صاحب الجذوع مستعمل للحائط فكان فى يده والقول قول صاحب اليد فصار نظير الحمل على الدابة ولان الحائط يبنى للجذوع فوضعه علامة ملكه ومثل هذا يصلح أن يكون علامة كما اذا اختلف الزوجان فى متاع البيت حتى جعل الترجيح بالصلاحية ولو كان لكل واحد منهما عليه جذوع ثلاثة فهو بينهما لاستوائهما فى أصل العلة ولا معتبر بالكثرة والقلة بعد أن يبلغ ثلاثا لان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا وانما اشترطنا أن يبلغ ثلاثا لأن الحائط تبنى للتسقيف وذلك لا يحصل بما دون الثلاث غالبا فصار الثلاث كالنصاب له ولو كان عليه جذوع

لاحدهما ثلاثة وللآخر أقل فهو لصاحب الثلاثة استحسانا وهو قول أبي حنيفة رحمه الله والقياس وهو مروى عن أبي حنيفة أن يكون بينهما نصفين لان الترجيح لا يكون بالكثرة بل بالقوة فيستويان فيه كما اذا كان لهما حمل على دابة لاحدهما مائة من وللآخر من أو منوان فانها بينهما نصفان ووجه الاستحسان أن ما دون الثلاث حجة ناقصة اذ لا يبنى الحائط لاجل الواحد أو الاثنين عادة والحجة الناقصة لا تظهر بمقابلة الكاملة ثم لصاحب الجذع الواحد أو الاثنين حق الوضع باتفاق الروايات لانا حكمنا بالحائط لصاحب الجذوع بالظاهر وهو يصلح للدفع لا للاستحقاق فلا يؤمر بالقلع بخلاف ما اذا أثبت الحائط له بالبينة حيث يؤمر بالقلع لان البينة حجة مطلقة تصلح للدفع والاستحقاق وهو نظير الشفعة حتى لا يستحق بما ثبت ملكه باليد وبخلاف ما اذا تنازعا في دابة ولاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق أو نحوه حيث يؤمر بالقلع وان كان استحقاقه باليد ووجه الفرق أن وضع الكوز لا يمكن استحقاقه على ملك الغير ابتداء مؤبدا وانما يمكن مؤقتا من جهة المالك فاذا ظهر الاستحقاق أمر بالازالة وأما وضع الخشب فيمكن استحقاقه بأن وقعت القسمة بذلك الشرط ثم اختلفت الروايات بعد ذلك في أنه يملك ذلك الموضع أم لا فذكر في كتاب الاقرار أن الحائط كله لصاحب الاجذاع ولصاحب القليل ما تحت جذعه يريد به حق الوضع لان الحائط لا يبنى لاجل جذع واحد أو جذعين عادة وانما ينصب له اسطوانة فلا يحكم له بالملك كمسئلة الدابة اذا كان لاحدهما عليها حمل وللآخر كوز معلق على ما بينا وذكر في كتاب الدعوى أن الحائط بينهما على قدر الاجذاع لان موضع جذعه مشغول بجذعه فيكون في يده حقيقة باعتبار الاستعمال فيثبت لكل واحد منهما الملك فيما تحت خشبه لوجود سبب الاستحقاق فيه ثم من أصحابنا من قال يحكم بما بين الخشبات بينهما على قدر الاخشاب وأكثرهم على أنه لا يملك صاحب الخشبة أو الخشبتين الا موضع خشبته ومنهم من قال يكون ما بين الخشب بينهما نصفين ومنهم من قال يقسم جميع الحائط بينهما على قدر أخشابهما اعتبارا لقدر الاستعمال وجعل في المحيط ما ذكر في كتاب الاقرار أصح وقال قاضيخان والصحيح أن ذلك الموضع يكون ملكا لصاحب الخشبة كما ذكر في الدعوى وان كان لاحدهما عليه جذوع وللآخر اتصال تربيع فصاحب الجذوع أولى لان له تصرفا في الحائط ولصاحب الاتصال اليد والتصرف أقوى في الدلالة على الملك ورجح السرخسي هذه الرواية وذكر الطحاوي أن صاحب الاتصال أولى لان الحائطين بهذا الاتصال يصيران كبناء واحد فالقضاء ببعضه يصير قضاء بكله ثم يبقى للآخر حق وضع جذوعه لما بينا وصحح الجرجاني هذه الرواية ورجحها بالسبق لان التربيع يكون حالة البناء وهو سابق على وضع الجذوع فكان يده ثابتا فيه قبل وضع الآخر الجذوع فصار نظير سبق التاريخ الا أنه لا يرفع جذوع الآخر على ما بينا ولا فرق في هذا بين أن يكون الاتصال من جانب أو من الجانبين على ما ذكره الطحاوي رحمه الله وفي المحيط الايدي في الحائط على ثلاث مراتب اتصال تربيع واتصال ملازقة ومجاورة ووضع جذوع ومحاذاة بناء ولا علامة لليد في الحائط سوى هذا فأولاهم صاحب التربيع فان لم يوجد فصاحب الجذوع فان لم يوجد فصاحب المحاذاة وان كان لاحدهما جذع واحد ولا شيء للآخر اختلف المشايخ فيه قيل هما فيه سواء لان الواحد لا يعتد به وقيل صاحب الجذع أولى لان الحائط قد يبنى بجذع واحد وان كان ذلك غير غالب ولو كان لاحدهما عليه هرادى أو بوارى ولا شيء للآخر فهو بينهما والهرادى لا تعتبر ولا البوارى وفي فتاوى قاضيخان ان كان لاحدهما عليه جذع واحد وللآخر عليه هرادى أو بوارى أو لم يكن له عليه شيء فهو لصاحب الجذع قال رحمه الله (ثوب في يده وطرفه في يد آخر نصف) يعني لو تنازع الشخصان في ثوب في يد احداهما وطرفه في يد الآخر كان بينهما نصفين لان يد كل واحد منهما ثابت في الثوب الا أن احداهما ثابتة في الاكثر وذلك لا يوجب

(قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه) قال الاتقاني رحمه الله ثم اختلف أصحابنا المتأخرون على الرواية التي لكل واحد منهما ما تحت خشبته في حكم ما بين الخشب قال بعضهم هو بينهما نصفان لانه لا يد لاحدهما فيه فلم يكن أحدهما بأولى من الآخر كرجلين تنازعا في دار وفي يد أحدهما بيت منها وفي يد الآخر بيتان أن الباقي بينهما نصفين كذلك ما بين الخشب ومنهم من يقول ذلك بينهما على قدر خشب كل واحد منهما لان صاحب الخشب الكثير مستعمل للحائط أكثر من استعمال الآخر فاعتبر مستعملا لما يلي الجذوع وهو المراد بقوله وقيل على قدر خشبهما حتى يكون لصاحب الجذعين خمسان ولصاحب الجذوع الثلاثة ثلاثة الاخماس اه (قوله ثم من أصحابنا) أي القائلين بهذا القول اختلفوا بعد ذلك اه قوله القائلين بهذا القول الخ أعني القول بان لكل واحد منهما ما تحت خشبته اه (قوله والتصرف أقوى في الدلالة على الملك) أي كما لو تنازع الدابة راكب عليها ومتعلق بلجامها اه (قوله وذكر الطحاوي أن صاحب الاتصال الخ) وكون صاحب الاتصال أولى من صاحب الجذوع هو الذي جزم به الاتقاني ولم يحك قولا آخر غيره وقد نقلت عبارته أول المقالة عند قوله لوجود سبب الاستحقاق فيه فراجعها اه (قوله ولا فرق في هذا الى قوله على ما ذكره الطحاوي) ألحقه المصنف على هامش نسخته ولم يكتب آخرها لفظة صح اه

الترجيح لما ذكرنا أن الرجحان بالقوة لا بالكثرة فصار كما لو تنازعا في دابة ولهما عليها حمل على التفاوت كانت بينهما نصفين ولا يعتبر تفاوت الحمل حتى اذا كان لاحدهما من وللآخر مائة من كانت بينهما بخلاف ما اذا كان في يد أحدهما الهداية والباقي في يد الآخر لان الهداية ليست بثوب اذ هي غير منسوجة فلم يكن في يده شئ من الثوب فلا يزاحم الآخر قال رحمه الله (صبي يعبر فقال أنا حر فالقول له) لانه اذا كان يعبر عن نفسه فهو في يد نفسه فلا يقبل دعوى أحد عليه أنه عبده عند انكاره الا ببينة كالبالغ قال رحمه الله (ولو قال أنا عبد فلان أو لا يعبر عن نفسه فهو عبد لمن في يده) أما الاول فلأنه أقر أنه لا يد له حيث أقر على نفسه بالرق فكان ملكا لمن في يده كالقماش ولا يقال الاقرار بالرق من المضار فلا يعتبر من الصبي فكيف يصح اقراره بهذا لانا نقول الرق لم يثبت بقول الصبي بل بدعوى ذي اليد لعدم المعارض بدعوى الحرية لانه لما صار في يد المدعي بقي كالقماش في يده فيقبل اقراره عليه ولا نسلم أن الاقرار بالرق من المضار لانه يمكنه التدارك بعده بدعوى الحرية اذ التناقض فيه لا يمنع صحة الدعوى بخلاف الاقرار بالدين ولا يقال الاصل في الآدمي الحرية لانه ولد آدم وحواء عليهما السلام وهما حران فوجب أن لا تقبل دعوى الرق الا ببينة وكونه في يده لا يوجب قبول قوله عليه كاللقيط حيث لا يقبل قول الملتقط أنه عبده وان كان في يده لانا نقول الاصل اذا اعترض عليه ما يدل على خلافه يبطل وثبوت اليد دليل على خلاف ذلك الاصل لانه دليل الملك فيبطل به ذلك الاصل ولا نسلم أن اللقيط اذا أقر بالرق بعد أن كان معبرا عن نفسه يخالفه في الحكم فلا يلزمنا وان لم يعبر عن نفسه فليس في يد الملتقط من كل وجه لانه أمين فيه والامين يده قائمة مقام يد غيره فكانت غير ثابتة حكما وأما الثاني وهو ما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلأنه بمنزلة المتاع فيكون ملكا لمن هو في يده ان ادعاه لعدم المعارض من يدعي نفسه حقيقة أو حكما وهذا لان الاصل في الآدمي وان كان لا يثبت عليه يد غيره اكراما له حتى لا يكون مهانا كالقماش والبهائم لكن ذلك عند القدرة بان يكون معبرا عن نفسه لا عند العجز والعجز بأحد أمرين اما بالصغر حقيقة أو بالرق حكما فيقبل قول المدعي ولو كبر وادعى الحرية لا يقبل قوله لانه ظهر عليه الرق فلا ينقض ذلك الا بالبينة قال رحمه الله (عشرة أبيات في دار في يده وبيت في يد آخر فالساحة نصفان) لان الساحة يحتاج اليها الملاك لاستعمالها في أنواع المرافق من المرور فيها والتوضي وكسر الحطب ووضع الامتعة ونحو ذلك من أنواع المنافع وهما في ذلك سواء فتنصف بينهما فصارت نظير الطريق ولان الترجيح بالقوة لا بالكثرة على ما بينا غير مرة بخلاف ما اذا تنازعا في الشرب حيث يقسم بينهما على قدر أراضيهما لان الشرب يحتاج اليه لاجل سقي الارض فعند كثرة الاراضي تكثر الحاجة اليه فيتقدر بقدر الاراضي بخلاف الانتفاع بالساحة فانه لا يختلف باختلاف الاملاك كالمرور في الطريق قال رحمه الله (ادعى كل أرضا أنها في يده ولبن أحدهما فيها أو بنى أو حفر فهي في يده كما لو برهن أنها في يده) لان اليد في الارض غير مشاهدة وهي مقصودة فلا يثبت عند القاضي بمجرد دعواهما أنها في يده فلابد من اقامة البينة أنها في يده أو من التصرف فيها كالتلبين أو البناء أو الحفر لان التمكن من هذه الاشياء دليل على أنها في يده ثم ان ادعيا أنها في أيديهما لم

(قوله لانه اذا كان يعبر عن نفسه) أي يتكلم ويعقل ما يقول اهـ اتقاني (قوله فلا يعتبر من الصبي) أي كاقراره بالدين كالطلاق والعتاق اهـ (قوله بخلاف الاقرار بالدين) أي لانه مما لا يمكن تداركه وكذا الطلاق والعتاق اهـ (قوله فكانت غير ثابتة حكما) أي فلم تصح الدعوى منه بخلاف غيره لان يده ليست بيد غيره فتكون اليد ثابتة عليه حقيقة وحكما فتصح الدعوى منه اهـ (قوله وان كان لا تثبت) الذي بخط الشارح وان كان ألا يثبت عليه (٣٢٨) يد غيره اهـ (قوله في المتن فالساحة نصفان) بالحاء وهي عرصة في الدار أو بين يديها اهـ قارئ الهداية من خطه وكتب على قوله فالساحة نصفان ما نصه وذلك لانهما استويا في استعمال الساحة في المرور ووضع الامتعة وكسر الحطب ونحو ذلك لانها لم تكن في يد أحدهما دون الآخر فكانت بينهما نصفين كالطريق يستوي فيه صاحب الدار وصاحب المنزل وصاحب البيت اهـ اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال في شرح الطحاوي ولو كان العلو في يد أحدهما والسفل في يد الآخر والساحة في أيديهما ولم يكن لهما بينة وحلفا وكل منهما يدعي الجميع يترك السفل في يد صاحب السفل والعلو في يد صاحب العلو والساحة لصاحب السفل ولصاحب العلو حق المرور في رواية وفي رواية أخرى الساحة بينهما نصفان وان أقاما البينة يقضى بالسفل لصاحب العلو وبالعلو لصاحب السفل والساحة للذي قضى له بالسفل على الرواية التي قال الساحة لصاحب السفل وعلى الرواية التي قال يكون بينهما يقضى بما في يد الآخر وبما في يد الآخر هذا اهـ اتقاني يقض

(قوله في المتن ادعى كل أرضا أنها في يده ولبن الخ) قال في الهداية وان كان أحدهما قد لبن في الارض أو بنى أو حفر فهي في يده وصورة المسئلة في أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في أرض صحراء ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعي أنها في يديه وأحدهما لبن فيها البناء وهو فيها أو حفر فيها أو بنى فيها بناء قال هي في يد الذي أحدث فيها اللبن أو الحفر أو البناء وذلك لان هذا الفعل استعمال منه للارض ومن ضرورة الاستعمال اثبات اليد كالركوب على الدواب واللبس في الثياب كذا ذكر فخر الاسلام اهـ اتقاني

يقض به بلا بينة لاحتمال انها في يد غيرهما وان ادعيا أنها في يد أحدهما فكذلك لانه يمكن انهما تواضعا على ذلك لكن ليس للمقر أن ينازعه في اليد لاقراره أنها في يد صاحبه واقراره في حق نفسه مقبول وكذا لو حلفا أنها ليست في يد صاحبه فنكل أحدهما ولو نكلا جعل في يد كل منهما نصفها الذي في يد صاحبه لصحة اقراره في حق نفسه وان حلفا جميعا لم يقض باليد لهما فيها وبرئ كل منهما عن دعوى صاحبه وان أقام أحدهما البينة انها في يده قضى له باليد فيها ويكون الآخر خارجا وكذا ان لبن أحدهما أو بنى أو غرس أو فعل شيأ آخر مما يدل على أنها في يده وان أقاما البينة على اليد قضى بها لهما فان طلبا القسمة لا يقسم بينهما ما لم يقيما البينة على الملك قيل هذا قول أبي حنيفة وعندهما تقسم بناء على أن الورثة اذا كانت دار في أيديهم قسمها بقولهم انها ميراث عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يقسمها حتى يقيموا البينة أنه مات وتركها ميراثا بينهم والله أعلم بالصواب

﴿ باب دعوى النسب ﴾

قال رحمه الله (ولدت مبيعة لاقل من ستة أشهر منذ بيعت فادّعاه البائع فهو ابنه وهي أم ولده ويفسخ البيع ويردّ الثمن وان ادعاه المشتري معه أو بعده) وقال زفر والشافعي لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشتري وهو القياس لان اقدامه على البيع دليل على أن الحمل ليس منه اذ هو اعتراف منه بجوازه لان المسلم لا يباشر الباطل ظاهرا فصار في دعواه مناقضا وساعيا في نقض ما تم من جهته وهو البيع فلا يقبل اذ التناقض يبطل الدعوى فصار كما لو ادعاه أبو البائع أو ادعى هو اعتاقها أو تدبيرها قبل البيع وجه الاستحسان أن مبنى النسب على الخفاء فيعفى فيه التناقض فتقبل دعوته اذا تيقن بالعلوق في ملكه بالولادة لاقل من ستة أشهر لانه بمنزلة اقامة البينة بل فوقها وهذا لان الانسان قد لا يعلم العلوق بالكلية ثم يظهر له أو قد يظن أن العلوق من غيره ثم يعلم أنه منه فيعذر في التناقض كالزوج اذا كذب نفسه بعد قضاء القاضي بنفي النسب كاللعان وكالمختلعة تقيم البينة أن الزوج طلقها ثلاثا قبل الخلع وكالمكاتب يقيم البينة أن مولاه أعتقه قبل الكتابة فان بينتهما تقبل مع التناقض في الدعوى للخفاء عليهما لان الزوج والمولى ينفرد كل واحد منهما بالطلاق والاعتاق فيعذران فيه بخلاف دعوى الاعتاق والتدبير بعد البيع لانه فعل نفسه فلا يخفى عليه فلا يعذر ولانه لم يتيقن بكذبه في الكلام الاول لاحتمال كذبه في الثاني فلا ينتقض البيع بالاحتمال حتى لو أقام البينة بالاعتاق أو التدبير تقبل بينته لتيقننا كذبه بثبوت الحرية أو التدبير قبل البيع وبخلاف دعوى البائع لان شرط صحة دعواه ثبوت ولاية الدعوة من وقت العلوق الى وقت الولادة على ما بيناه من قبل ولم يوجد واذا صحت الدعوى من البائع استندت الى وقت العلوق لكونها دعوة استيلاد فيظهر أنه باع أم ولده فيكون باطلا ويردّ الثمن لبطلان البيع ولان المشتري

(قوله فنكل أحدهما) يقضى عليه بكلها للحالف بعضها الذي كان في يده وبعضها الذي كان في يد صاحبه لنكوله ولو كانت الدار في يد ثالث لم تنزع من يده لان نكوله ليس بحجة في حق الثالث اهـ كي (قوله وبرئ كل منهما عن دعوى صاحبه) أي ويوقف الدار الى أن تظهر حقيقة الحال اهـ قارئ الهداية (قوله ما لم يقيما البينة على الملك) فكل شئ في أيديهم ما سوى العقار اذا طلبا القسمة فان القاضي يقسمه من المشايخ من قال ما ذكر ههنا قول أبي حنيفة أما على قولهما في العقار أيضا يقسم وان لم يقيما البينة على الملك وجعل هذه المسئلة فرع المسئلة ذكرها في القسمة اذا طلب الورثة من القاضي قسمة العقار بينهم (٣٢٩) فانه لا يقسمها بينهم حتى يقيموا البينة على الميراث وعندهما يقسم من غير اقامة البينة فان كانت مشتراة بأن قالا اشتريناها من فلان وطلبا القسمة فانه يقسمها بينهم عند الكل في ظاهر الرواية فان لم يقيموا البينة فعند أبي حنيفة اذا كان لا يقسم في الميراث بدون البينة وهذا العقار يحتمل أن يكون موروثا بينهما ويحتمل أن يكون غير موروث لا يقسم احتياطا وعندهما يقسم بدون البينة فههنا أولى ومنهم من قال ما ذكره ههنا قول الكل فلا يقسم لان القسمة نوعان قسمة بحق الملك لتكميل المنفعة وقسمة بحق اليد لاجل الحفظ والصيانة والعقار غير محتاجة الى الحفظ فما لم يثبت الملك لا يقسم حتى لو كان في أيديهما شئ سوى العقار يقسم من غير اقامة البينة لان ما سوى العقار يحتاج الى الحفظ والصيانة اهـ اتقاني رحمه الله (قوله قيل هذا) أي قال بعض المشايخ كذا في الفوائد الظهيرية

﴿ باب دعوى النسب ﴾

قال الاتقاني لما فرغ عن بيان دعوى المال شرع في بيان دعوى النسب وقدم الاول لكونه أهم لكثرة وقوعه اهـ ثم قال الاتقاني والدعوة الى الطعام بفتح الدال والدعوة في النسب بالكسر هذا أكثر كلام العرب فأما عدى الرباب فيفتحون في النسب ويكسرون في الطعام كذا رأيت في أمالي ثعلب وكذا ذكر الجوهري أيضا اهـ (قوله طلقها ثلاثا قبل الخلع) لها أن تسترد بدل الخلع وان كانت متناقضة لاستقلال الزوج بايقاع الطلاق عليها من غير علمها اهـ عمادى

لم يدفع الثمن اليه الا ليسلم له المبيع فاذا لم يسلم له رجع به ولا تعتبر دعوة المشترى مع دعوة البائع أو بعده وهو المراد بقوله وان ادعاه المشترى معه أو بعده لان دعوة البائع أسبق لانها تستند الى حالة العلوق لكونها دعوة استيلاد لوجود العلوق فى ملكه ودعوة المشترى دعوة تحرير اذ العلوق لم يكن فى ملكه فيقتصر فكانت الاولى أقوى فلا تعتبر الثانية معها ولانه لما ثبت النسب من البائع تبين أن البيع كان باطلا فلم يدخل فى ملك المشترى فصار المشترى كغيره من الاجانب فلا تصح دعواه ولان الولد استغنى عن النسب بثبوته من البائع فلا حاجة الى اثباته من غيره واحترز بقوله وان ادعاه المشترى معه أو بعده عما اذا ادّعاه المشترى قبله لانه اذا ادعاه المشترى أوّلا ثبت نسبه منه لوجود المجوّز للدعوة وهو الملك ألا ترى أنه يجوز اعتاقه واعتاق أمه فكذا تصح دعوته أيضا لحاجته الى النسب والى الحرية ويثبت لها أمومية الولد باقراره ثم لا تصح دعوة البائع بعده لانه قد استغنى عن النسب بثبوته من المشترى ولان النسب لا يحتمل الابطال فيبطل به حق استلحاق النسب للبائع ضرورة قال رحمه الله (وكذا ان ماتت الام بخلاف موت الولد) يعنى اذا ماتت الام فادعى البائع الولد وقد جاءت به لاقل من ستة أشهر ثبت نسبه منه مثل الاوّل بخلاف ما اذا مات الولد ثم ادعاه البائع حيث لا يثبت نسبه منه والفرق أن الولد هو الاصل فى الباب والام تبع له فيه ألا ترى أنها تضاف اليه فيثبت نسبه أوّلا فيعتق فتتبعه أمه فيثبت لها حق الحرية بسببه لقوله عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وقال عليه الصلاة والسلام من وطئ أمته فولدت له فهى معتقة عن دبر منه رواهما ابن ماجه ولان المقصود من الدعوة الولد دون الام وهى تدخل تبعا فكان الثابت أقوى والادنى يتبع الاقوى فاذا كان الولد هو الاصل كان المعتبر بقاءه لحاجته الى ثبوت النسب ولا يضره فوات التبع بخلاف العكس وهو ما اذا مات الولد دون الام حيث لا تصح دعوته فى الأم لان الحكم لا يثبت فى التبع ابتداء بدون متبوعه والولد قد استغنى عن النسب بالموت فتعذر اثباته بعد موته ولم يتعذر بعد موتها فيثبت نسبه ويردّ الثمن كله عند أبى حنيفة رحمه الله لانه تبين أنه باع أم ولده وبيعها باطل ولا يضمنها المشترى لان ماليتها غير متقوّمة عنده كالحر ولهذا لا تضمن بالغصب عنده وعندهما يردّ حصة الولد ولا يردّ حصة الام لان ماليتها متقوّمة عندهما فتضمن بالعقد والغصب فتكون مضمونة على المشترى فاذا ردّ الولد دونها يجب على البائع ردّ حصة ما سلم له وهو الولد لئلا يجتمع البدل والمبدل فى ملكه ولا يجب عليه ردّ حصة ما لم يسلم له وهى الام هكذا ذكروا الحكم على قولهما وكان ينبغى أن يردّ البائع جميع الثمن عندهما أيضا ثم يرجع بقيمة الام لانه لما ثبت نسب الولد منه تبين أنه باع أم ولده وبيع أم الولد غير صحيح بالاجماع فلا يجب فيه الثمن فلا يكون لاجزاء المبيع منه حصة بل يجب على كل واحد من المتعاقدين ردّ ما قبضه ان كان باقيا والا فبدله قال رحمه الله (وعتقهما كموتهما) أى اعتاق المشترى الام والولد كموتهما حتى لو أعتق المشترى الام دون الولد فادّعى البائع أنه ابنه صحت دعوته وثبت نسبه منه ولو أعتق الولد دون الام لا تصح دعوته لما ذكرنا أن الولد هو الاصل فيعتبر قيام المانع به حتى تمتنع الدعوى دون الام كما قلنا فى الموت وانما كان الاعتاق مانعا لانه لا يحتمل النقض بعد ثبوته كالنسب فصار اعتاقه كدعوته أنه ابنه ولان الاعتاق يثبت الولاء وهو كالنسب فلا يمكن ابطاله كما لا يمكن ابطال نسبه بعد ما ادّعاه المشترى ولان للبائع حقا وهو حق دعوة النسب والاستيلاد وما ثبت للمشترى حقيقة والحق لا يعارض الحقيقة والتدبير كالاعتاق لانه لا يحتمل النقض لما ظهر فيه بعض آثار الحرية وهو امتناع التمليك فصار كالاستيلاد ثم ان قام هذا المانع بالولد امتنعت دعوة البائع لما بينا وان قام بالام لا يمتنع

(قوله أو بعده) وانما ذكر الضمير بتأويل الادعاء أو بحذف المضاف واقامة المضاف اليه مقامه اهـ من خط الشارح (قوله حيث لا تصح دعوته فى الام) قال الاتقانى ثم اذا مات الولد تعذر اثبات النسب فيه لان الحقوق لا تثبت ابتداء للميت ولا عليه واذا لم يثبت النسب لم يثبت الاستيلاد لانه فرع النسب وكانت الام بحالها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى أعتق الولد أو دبره أو قتل عبده فأخذ قيمته ثم ادعاه البائع لم يصدق على ذلك لانه بطلت محلية الدعوى بالهلاك إذ النسب ليس بأمر مقصود بعد الولادة وكذلك العتق والتدبير تصرف لازم لا يحتمل الفسخ فتعذر تصحيح الدعوة فى الولد واذا لم يصح فى حق الولد لم يصح فى حق الام لانها تابعة الا اذا صدّقه المشترى على ذلك فيقبل ويصير كالامر الظاهر ولو لم يقتل الولد ولكنه قطعت يده فأخذ المشترى نصف قيمته ثم ادعاه البائع فانه يصدق على الدعوة ويرد البائع ما قبض من الثمن الا حصة اليد لانها صارت مقصودة بالقطع فانتفى حكم التبعية عنها فلا يظهر الاستحقاق فى حقها وكذلك لو كان القطع فى الام وكذلك لو كان رجل فقأ عينى الولد فدفعه المشترى وأخذ قيمته ثم ادعاه البائع فدعوته جائزة ويردّ الثمن على المشترى ويرجع الجانى على المشترى بالقيمة التى أعطاها ولا يكون للعينين أرش على الجانى وقال أبو يوسف ومحمد على الجانى ما نقصه بناء على أصل وهو أن الضمان يجب فى مقابلة الجثة عند أبى حنيفة فيشترط سلامتها للجانى وقد تعذر وعندهما فى مقابلة النقصان والنقصان متحقق عندهما فيجبر بالضمان وكذلك لو فقأ عين الام اهـ فيثبت (قوله ثم ان قام هذا المانع) أى وهو الاعتاق أو التدبير اهـ

فيثبت نسبه من البائع ولا تصير أمه أم ولد له لان العتق فيها لا يمكن نقضه ولا يقال ينبغي أن يبطل اعتاق المشترى لان نسب الولد ثبت مستندا الى وقت العلوق فتبين أنه باع أم ولده فلم يملكها المشترى فيبطل الاعتاق كما لو ولدت المبيعة ولدين في بطن واحد فأعتق المشترى أحدهما ثم ادعى البائع الآخر أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشترى لانه لم يملكه ضرورة أنهما خلقا من ماء واحد ولهذا تبطل سائر تصرفاته مثل البيع والهبة فكذا العتق وتوابعه لانا نقول ثبوت أمومية الولد ليس من أحكام ثبوت النسب ولا من ضروراته ألا ترى أن النسب يثبت في ولد المغرور وفي ولد الامة المنكوحة ولا تصير أم ولد له بخلاف التوأمين لانهما خلقا من ماء واحد فما ثبت لاحدهما من الاحكام ثبت للآخر ضرورة ثم اذا لم يبطل عتق المشترى في الام قبل البيع يرد من الثمن ما يخص الولد خاصة ولا يرد ما يخص الجارية بالاجماع هنا وذكر الفرق لابي حنيفة رحمه الله في المبسوط بين هذا وبين ما اذا ماتت الام فان البائع فيها يرد جميع الثمن عنده وهنا يرد ما يخص الولد فقط والفرق أن في الاعتاق القاضي كذب البائع فيما يزعم أنها أم ولده حيث جعلها معتقة المشترى ولم يفسخ البيع بينهما فبقي البيع صحيحا فيجب عليه ثمنها بخلاف فصل الموت فان زعم البائع فيه لم يبطل بشيء فبقي معتبرا في حقه اذ لم يكن مكذبا شرعا فيرد جميع الثمن وفي الاعتاق يرد حصة الولد ثم جعل هنا المولود بعد القبض حصة من الثمن كالمولود قبله لكون البائع بسبيل من فسخ هذا البيع بالدعوة فصار كالحادث قبل القبض في المعنى وفي الحادث قبل القبض له حصة من الثمن اذا استهلكه البائع وقد استهلكه هنا بالدعوة أو لكونه مستخرجا من العقد ومن المشايخ من قال يرد البائع جميع الثمن هنا عند أبي حنيفة رحمه الله كما في فصل الموت لان أم الولد لا قيمة لها عنده ولا تضمن بالعقد فيؤاخذ بزعمه واليه مال صاحب الهداية وصححه وهو يخالف الرواية وكيف يقال يسترد جميع الثمن والبيع لم يبطل في الجارية حيث لم يبطل اعتاقه بل يرد حصة الولد فقط بأن يقسم الثمن على قيمتهما بأن يعتبر قيمة الأم يوم القبض لانها دخلت في ضمانه بالقبض وقيمة الولد يوم الولادة لانه صار له القيمة بالولادة فتعتبر قيمته عند ذلك قال رحمه الله (وان ولدت لاكثر من ستة أشهر ردت دعوة البائع الا أن يصدقه المشترى) وهذا الكلام يشمل وجهين أحدهما أن تلد لاكثر من سنتين من وقت البيع فحكمه أنه لا تصح دعواه لعدم العلوق في ملكه بيقين وهو الصحيح الا اذا صدقه المشترى فيثبت النسب ويحمل على الاستيلاد بالنكاح لتيقننا أن العلوق لم يكن في ملكه ولا يبطل البيع ولا يعتق الولد ولا تصير الامة أم ولد له لان العلوق حادث بعد البيع ولا يستند الى ما قبل البيع حتى يبطل فكانت هذه الدعوة دعوة تحرير فلا ينفذ الا في الملك اذ لا يقدر غير المالك على التحرير والثاني أن تلد لاكثر من ستة أشهر من وقت البيع ولاقل من سنتين منه فحكمه أن دعوة البائع لا تقبل فيه أيضا لاحتمال العلوق بعد البيع فلم يوجد المصحح فيه بيقين فلم يصح الا أن يصدقه المشترى فحينئذ يثبت نسبه لتصادقهما فيه وتصير الامة أم ولد له تبعا للولد ويبطل البيع لاستناد العلوق الى ما قبل البيع لامكانه فيتبين أنه باع أم ولده وهذا لان هذه الدعوة دعوة استيلاد فتستند ثم اعلم أن الدعوة هنا ثلاثة أوجه دعوة استيلاد ودعوة تحرير ودعوة شبهة كالاب يدعى

(قوله فكذا العتق) قال في شرح الكافي ولو كاتب الام أو باعها أو وهبها أو رهنها أو آجرها أو زوجها أبطلت جميع ذلك ورددتها الى البائع لان هذه التصرفات مما يحتمل النقض بعد صحتها فلأن ينقض عند ظهور عدم الصحة أصلا أولى اهـ اتقاني (قوله ألا ترى أن النسب الخ) قال الاتقاني أي لا يلزم من عدم صحة الاستيلاد عدم ثبات النسب لجواز الانفصال كما في ولد المغرور فانه حر بالقيمة ثابت النسب من المستولد وأمه أمة تباع في الاسواق اهـ (قوله وصححه) قال الاتقاني وقد ذهب صاحب الهداية في هذا الى ما ذهب اليه شمس الائمة السرخسي وسماه الصحيح ولكن هذا على خلاف ما نص عليه محمد في الجامع الصغير وغيره وقد مر آنفا اهـ (قوله ولا تصير الامة أم ولد له) أي لان بتصادقهما أن الولد من البائع لا يثبت كون العلوق في ملكه لان البائع لا يدعى ذلك وكيف يدعى والولد لا يبقى في البطن أكثر من سنتين فكان حادثا بعد زوال ملك البائع واذا لم يثبت العلوق في ملك البائع تكون دعواه هنا دعوة تحرير وغير المالك ليس بأهله اهـ (قوله فلا ينفذ الا في الملك) أي فلم يعتق الولد اهـ (قوله ثم اعلم أن الدعوة هنا الخ) قال الاتقاني رحمه الله ثم اعلم أن الدعوة على ثلاثة أوجه دعوة استيلاد ودعوة ملك ودعوة شبهة أما دعوة الاستيلاد فانها دعوة قوية تنفذ في الملك وغير الملك بشرط أن يكون أصل العلوق في ملكه لان الحرمة تستند الى وقت العلوق وتوجب هذه الدعوة فسخ ما جرى من العقود اذا كان محلا للفسخ وينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة الملك أن لا يكون أصل العلوق في الملك وتنفذ في الملك ولا تنفذ في غير الملك لان الحرية تقتصر على وقت الدعوة ولا توجب هذه الدعوة فسخ ما جرى في العقود ولا ينتظم الاعتراف بالوطء ودعوة شبهة الملك كدعوة الاب ولد جارية ابنه وانما تصح بشرط أن يكون ملك الابن قائما في الجارية والولد من وقت العلوق الى وقت الدعوة لان حق التملك ثبت له بحكم ولاية التصرف في ماله لانه لا ملك للاب حقيقة ولا حق ملك بل له حق التملك عند الحاجة فصحت دعوته لحق ثبت له في مال الابن مقتضى الدعوة سابقا عليه ثم يستند الى وقت العلوق كما في حقيقة الاستيلاد يثبت له الملك في مال ابنه سابقا على الاستيلاد تصحيحا له

فلابد من قيام ملك الابن من وقت العلوق الى وقت الدعوة ليثبت له الحق فى ماله تصحيحا لدعوته ثم اعلم أن البائع أو المشترى اذا ادعى ولد الجارية المبيعة فلا يخلو اما ان جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لستة أشهر فصاعدا اما بينها وبين سنتين من وقت البيع أو جاءت به لاكثر من سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك أو لم يعلم وكل وجه من الاوجه الثلاثة على أربعة أوجه اما ان ادعى البائع وحده أو المشترى أو هما جميعا معا أو على التعاقب فان جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فادعاه البائع وكذبه المشترى صحت دعوته استحسانا وهو قول ابراهيم النخعى حتى يثبت نسب الولد منه ويفسخ البيع ويرد الثمن على المشترى ان كان نقده وقال زفر لا تصح دعوة البائع اذا كذبه المشترى وهو القياس وهو قول الشافعى كذا ذكر خواهرزاده فى مبسوطه وذلك لان دعوة البائع الولد دعوى منه ابطال ملك المشترى فلا يصدق عليه من غير تصديقه ولان اقدامه على البيع اعتراف بان الولد عبد فصار مناقضا فى دعوته ودعوى المناقض مردودة ألا ترى أنه لو أقر أنه كان أعتقها لا يصح وكذا لو ادعاه بعد ما ادعاه المشترى أو أعتقه المشترى أو جاءت به لستة أشهر فصاعدا وجه الاستحسان أن علوق الولد فى ملك المدعى بيقين بمنزلة البينة العادلة حكما فى حق ثبات النسب وحرمة الولد من الاصل وصيرورة الجارية أم ولد له استدلالا بالاب ادعى جارية ولد ابنه صح دعوته وان كذبه الابن اذا علم العلوق فى ملك الابن فهذا أولى لان الاب له شبهة ملك فى مال الابن وللبائع حقيقة ملك والتناقض معفو لمكان الخفاء فى النسب واذا صح دعوة الاستيلاد رد البيع لانها تستند الى وقت العلوق فيظهر أنه باع أم الولد وأنه لا يجوز وملك المشترى يحتمل الفسخ فيفسخ بخلاف ما اذا أعتق المشترى أو ادعاه حيث لا تصح دعوة البائع بعد ذلك لان الاعتاق والنسب حق لازم لا يحتمل الفسخ ولا يلزم ما اذا ادعى البائع أنه كان أعتقها أو دبرها لانه لم يكن له على هذه الدعوى بينة لا حقيقة ولا حكما وفيما نحن فيه العلوق فى ملكه بيقين صار كالبينة حكما وان لم توجد البينة حقيقة ولا يلزم ما اذا جاءت بالولد لستة أشهر فصاعدا لعدم البينة لا حقيقة ولا حكما فاعتبر ذلك اقرارا محضا على الغير فلم يعتبر هذا اذا ادعى البائع لا غير فان ادعى المشترى وحده صحت دعوته لان دعوة المشترى دعوة تحرير حتى كان للمشترى ولاء على الولد كما لو أعتقه والمشترى يصح منه التحرير فيصح منه دعوة التحرير فان ادعيا جميعا ان خرج الكلامان معا فدعوة البائع أولى لانه سابق معنى فيعتبر كما لو كان سابقا حقيقة ولو كان سابقا حقيقة بأن ادعى أولا ثم ادعى المشترى صح دعوة البائع ولم يصح دعوة المشترى فكذا هذا وانما قلنا انه سابق لانه من وقت العلوق

ودعوة التحرير تقتصر على الحال وان سبق أحدهما صاحبه فالسابق أولى فان كان السابق هو البائع فلما ذكرنا وان كان هو المشترى فلأن النسب لا يحتمل الفسخ هذا كله اذا جاءت بالولد

> جارية ابنه وحكم كل قسم وشرطه مذكور فى موضعه وصورة كل قسم من هذه الاقسام ينقسم الى ثلاثة اما أن تلد لاقل من ستة أشهر من وقت البيع أو لاكثر من سنتين أو لما بينهما وقد ذكرنا حكم كل بحمد الله تعالى

لأقل من ستة أشهر وقد علم ذلك فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا اما بينها وبين سنتين من وقت البيع وقد علم ذلك فالمسئلة على وجوه أربعة فان ادعاه البائع لا غير فانه لا تصح دعوته الا بتصديق المشترى لان علوق الولد لما لم يتيقن فى ملكه صارت دعوته ودعوة أجنبى آخر سواء الا أن الفرق بين البائع والاجنبى أن المشترى اذا صدق الاجنبى يثبت نسب الولد ولكن يبقى الولد عبدا ولا تصير الجارية أم ولد له لانه لم يثبت علوق الولد فى ملكه بتصادقهما وفيما اذا صدق البائع يثبت النسب وتصير الجارية أم ولد وينتقض البيع لحصول العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى صح دعوته لأن دعوته صحيحة حال الانفراد فيما لا يحتمل العلوق فى ملكه ففيما يحتمل العلوق أولى ويجب أن يكون دعوة استيلاد حتى يكون الولد حر الاصل ولا يكون له ولاء على الولد لان العلوق فى ملكه ممكن وان ادعيا معا أو سبق دعوة أحدهما صح دعوة المشترى لان البائع فى هذه الحالة كالاجنبى فاما اذا جاءت بالولد لاكثر من سنتين وقد علم ذلك فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا يصح الا بتصديق المشترى لانه لو ادعى فيما اذا جاءت به لستة أشهر لا يصح بدون تصديقه مع احتمال العلوق فى ملكه وهنا أولى أن لا يصح بدون تصديقه لانه لا يحتمل العلوق فى ملكه أصلا وان صدقه المشترى صحت الدعوة وثبت النسب كما فى الاجنبى الا أنه لا ينتقض البيع ولا تصير الجارية أم ولد له ويبقى الولد عبدا للمشترى وهو ثابت النسب من البائع وان ادعيا معا أو سبق أحدهما صاحبه صح دعوة المشترى لان البائع كالاجنبى وهذا كله اذا علم مدة الولادة بعد البيع فاذا لم يعلم أنها جاءت بالولد لاقل من ستة أشهر أو لاكثر من ستة أشهر فصاعدا اما بينها وبين سنتين أو لاكثر من سنتين فالمسئلة على أربعة أوجه أيضا فان ادعاه البائع لا تصح دعوته الا أن يصدقه المشترى لعدم تيقن العلوق فى ملكه وان ادعاه المشترى صح لان أكثر ما فى الباب أن علوق الولد فى ملك البائع بأن جاءت به لاقل من ستة أشهر ولكن هذا لا يمنع دعوة المشترى وان سبق أحدهما صاحبه فى الدعوى ان سبق المشترى صحت دعوته وان سبق البائع ثم ادعى المشترى لا تصح دعوة واحد منهما لوقوع الشك فى اثبات النسب من كل واحد منهما وان ادعياه معا فانه لا تصح دعوة واحد منهما ويكون الولد عبدا للمشترى لانه وقع الشك فى ثبات النسب من كل واحد منهما الا انه ان كان لاقل من ستة أشهر لم يثبت النسب من المشترى ويثبت من البائع وان كان لستة أشهر أو لاكثر من سنتين ثبت من المشترى ولم يثبت من البائع فلا يثبت مع الشك وهذا عندنا وعند ابراهيم النخعى يثبت منهما لأنه

تعالى فاحفظه قال رحمه الله (ومن ادّعى نسب أحد التوأمين ثبت نسبهما منه) لما بينا وانما يعرف أنهما توأمان اذا كان بين ولادتهما أقل من ستة أشهر وان كان بينهما ستة أشهر فصاعدا فليسا بتوأمين لان أقل مدة الحمل ستة أشهر فاذا أتت بولد ثم جاءت بولد آخر لاقل من ستة أشهر يعلم بالضرورة أنهما من ماء واحد اذ لا يمكن علوق الثاني بعد الولادة لما ذكرنا ولا يمكن علوقه وهي حبلى بالاول لان فم الرحم مسدود لا ينفتح وهي حبلى الا لخروج الولد قال رحمه الله (وان باع أحدهما فاعتقه المشترى بطل عتق المشترى) معناه اذا باع أحد التوأمين فأعتقه المشترى ثم ادّعى البائع الذى لم يبعه أنه ابنه ثبت نسبهما منه وبطل عتق المشترى فيه لان دعوة البائع صحت فى الذى لم يبعه لمصادفته العلوق والدعوى ملكه فيه فثبت نسبه ومن ضرورته ثبوت نسب الآخر منه لانهما من ماء واحد فيلزم منه بطلان عتق المشترى لكونهما حرّا الاصل اذ يستحيل أن يكون أحدهما حرّ الاصل والآخر رقيقا وهما من ماء واحد فيكون نقض العتق عما هو فوقه وهى الحرية الثابتة بأصل الخلقة بخلاف ما اذا كان الولد واحدا حيث لا يبطل فيه اعتاق المشترى بدعوى البائع نسبه لان العتق فيه لو بطل لبطل مقصود الاجل حق الدعوة للبائع وأنه لا يجوز على ما بينا وجهه وهنا تثبت الحرية فى الذى لم يبعه ثم يتعدّى الى الآخر ضمنا وتبعا وكم من شئ يثبت ضمنا وان لم يثبت مقصودا هذا اذا كان أصل العلوق فى ملكه وأما اذا لم يكن العلوق فى ملكه بأن اشتراهما بعد الولادة أو اشترى أمهما وهى حبلى بهما أو باعها فجاءت بهما لاكثر من سنتين فيثبت نسبهما أيضا لانهما لا يفترقان فيه لما ذكرنا لكن لا يعتق الذى ليس فى ملكه وان كان المشترى قد أعتقه لا يبطل عتقه لان هذه الدعوة دعوة تحرير لعدم العلوق فى الملك فلا علكه الا من علك الانشاء فلهذا اشترط لنزول العتق عليه أن يكون فى ملكه بخلاف المسئلة الأولى وهو ما اذا كان العلوق فى ملكه حيث يعتقان جميعا لانها دعوة استيلاد فتستند ومن ضرورته عتقهما بطريق أنهما حرّا الاصل فتبين أنه باع حرّا قال رحمه الله (صبى عند رجل فقال هو ابن فلان ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه وان جحد أن يكون ابنه) معناه اذا كان صبى عند رجل فقال الرجل الذى عنده الصبى هذا الصبى ابن فلان الغائب ثم قال هو ابنى لم يكن ابنه أبدا وان جحد فلان الغائب أن يكون الصبى ابنه ولا يشترط لهذا الحكم أن يكون الصبى فى يده واشتراطه فى الكتاب وقع اتفاقا وانما لا تصح دعوته بعد ذلك لانه أقر بثبوت نسبه من الغير وذلك يمنع ثبوت نسبه منه بدعوته لان اقراره حجة فى حق نفسه وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقالا تصح دعوة المقر بعد جحود المقر له أن يكون ابنه لان اقراره بطل بجحود المقر له فصار كأن لم يقر ولهذا يعتق عليه بدعوته لو كان عبدا له وهذا لان الاقرار بالنسب مما يرتد بالرد اذ الاقرار بما لا يحتمل النقض ملحق بالاقرار بما يحتمل النقض ولهذا يؤثر فيه الهزل والاكراه حتى لا يصح معهما وان كانا لا يؤثران فيما لا يحتمل النقض فصار كما اذا أقر المشترى على البائع باعتاق العبد المبيع قبل البيع وكذبه البائع ثم قال المشترى أنا أعتقته فان الولاء يتحوّل اليه فكذا هذا ولان اقراره له بالنسب نفى للنسب عن نفسه أو انكار لوجوب الحقوق عليه وذلك لا يمنع الاقرار به بعده بأن قال ليس هو بابنى ثم قال هو ابنى فكذا هذا ولهذا يصح اكذاب الملاعن نفسه بعد نفى النسب عنه

لما وقع الشك كان الاثبات أولى لما فيه من الاحتياط هذا حاصل ما ذكره خواهر زاده فى مبسوطه اهـ (قوله فى المتن ومن ادّعى نسب أحد التوأمين) قال فى المغرب التوأم اسم للولد اذا كان معه آخر فى بطن واحد ويقال هما توأمان كما يقال هما زوجان وقولهم هو توأم وهما زوج خطأ اهـ اتقانى (قوله بخلاف ما اذا كان الولد الخ) من هنا الى قوله والمسائل محله عند قول المصنف فى المتن على "وقبلى اقرار بدين مخروم من نسخة الشارح اهـ (قوله هذا اذا كان أصل العلوق الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى للحاكم الشهيد واذا ولدت أمة الرجل ولدين فى بطن واحد ولم يكن أصل الحبل عنده فباع أحدهما وأعتقه المشترى ثم ادّعاه البائع فهما ابناه ولا ينتقض البيع ولا عتق المشترى أما ثبات النسب فلأنه لما ثبت نسب أحدهما ثبت نسب الثانى ضرورة أن أحدهما لا يقبل الفصل عن الآخر وأما عدم انتقاض البيع فلأنه حدث فى المحل ما يمنع الانتقاض وهو الحرية لأنه تعذر اثبات الحرية بطريق التبعية فلا ينتقض البيع فيه اهـ اتقانى (قوله لانهما لا يفترقان) فكان قوله هذا ابنى مجازا عن قوله هذا حر واعتاق أحد التوأمين ينفصل عن عتق الآخر فيقتصر هذا العتق على محل ولايته وصار كأن البائع أعتقهما فيعتق من فى ملكه فحسب وهذا بخلاف ما لو اشترى أحد التوأمين واشترى أبو المشترى الآخر ثم ادّعى أحدهما نسبه حيث يعتق كلاهما وهذه دعوة تحرير فينبغى أن يقتصر على محل ولايته لما أن أحدهما اما ان كان أبا المشترى أو ابن المشترى فان كان أبا المشترى فالابن ملك أخاه فيعتق عليه وان كان المدعى هو الابن فالاب ملك حافده فيعتق عليه كذا ذكره التمرتاشى نقله الشيخ الشلبى من خط قارئ الهداية اهـ (قوله فى المتن وان جحد) أى الغائب اهـ (قوله ان يكون الصبى ابنه) وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الصبى يكون فى يدى الرجل قال هو ابن عبدى الغائب ثم يقول هو ابنى قال لا يكون ابنه أبدا وقال يعقوب ومحمد اذا جحد العبد أن يكون ابنه كان ابن المولى الى هنا لفظ أصل الجامع (قوله واشتراطه فى الكتاب) أى بقوله عند رجل اهـ (قوله لان اقراره) أى بأن هذا ابن فلان اهـ

(قوله ولابي حنيفة أن النسب الخ) قال الاتقانى وجه قول أبي حنيفة أن الاقرار بالنسب من الغير اقرار بما لا يحتمل النقض فلا يصح دعوة المقر بعد ذلك وانما قلنا انه لا يحتمل النقض لان في زعم المقر أنه ثابت النسب من الغير والنسب اذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب ولهذا لو عاد المقر له الى تصديقه جاز وثبت النسب منه وصار كالذى لم يصدقه ولم يكذبه اه (قوله وادعياه معا) وبه صرح في الفوائد الظهيرية وفيه اشارة الى أن دعوة المسلم لو سبقت يكون عبدا للمسلم اه من خط قارئ الهداية (قوله لان الاسلام مرجح) بكسر الجيم اه (قوله حيث يكون المسلم فيه أولى) وهذا عندنا وقال زفر يستويان وقال الشافعي يحكم القائف كذا ذكره شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه اه اتقانى (قوله في المتن وان كان صبي في يد زوجين الخ) قال التمرتاشي التناقض لا يمنع صحة دعوى النسب حتى لو قال رجل هو ابني منك من زنا وقالت من نكاح ثم قال الرجل من نكاح يثبت النسب منه فلو قالت ابني منك من نكاح وقال من زنا لم يثبت النسب منهما لعدم اتفاقهما في النكاح فلو قالت بعد ذلك ابني منك من نكاح ثبت لما قلنا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وان كان يعبر) أي وليس هناك رق ظاهر اه اتقانى (قوله في المتن ولدت مشتراته الخ) قال في الهداية ومن اشترى جارية فولدت ولدا عنده فاستحقها رجل غرم الاب قيمة الولد يوم يخاصم قال الاتقانى أي قال في الجامع الصغير في كتاب القضاء وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل اشترى من رجل جارية فوطئها فولدت له ولدا ثم استحقها رجل قال يغرم الاب للمولى قيمة الولد يوم تخاصم ان جاء والولد حي وان جاء والولد قد مات فلا شئ على المشترى فان جاء وقد مات الولد وترك عشرة آلاف درهم فلا شئ على الاب وان قتل الولد فأخذ الاب ديته فعلى الاب قيمته الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير (قوله وكذا اذا تزوجها على أنها حرة الخ) قال الاتقانى

بخلاف ما اذا صدقه لانه يدعى نسبا ثابتا من غيره وبخلاف ما اذا لم يصدقه ولم يكذبه لانه تعلق به حق المقر له على اعتبار تصديقه كولد الملاعنة لا يثبت نسبه من غير الملاعن لتعلق حقه به بتكذيب نفسه ولابي حنيفة رحمه الله أن النسب مما لا يحتمل النقض بعد ثبوته والاقرار بمثله لا يرتد بالرد فيبقى في حق نفسه لان اقراره حجة في حق نفسه كمن أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى فانه يبقى في حق المقر حرا ولا يرتد باقراره حتى لو ملكه يوما عتق عليه لاقراره بذلك وكمن شهد على رجل بنسب صغير فردت شهادته لتهمة ثم ادعاه الشاهد لنفسه فان دعواه لا تقبل لاقراره به للغير وهذا لانه تعلق به حق المقر له حتى لو صدقه بعد التكذيب ثبت نسبه منه وكذا لو تعلق به حق الولد فلا يرتد برد المقر له فصار كدعواه قبل الرد ولان موجب اقراره شيئان ثبوت النسب من الغير وابطال حق نفسه في الدعوة واذا ارتد الاول لعدم ولايته عليه فلا يرتد الثانى لان اقراره حجة عليه ولا يلزم مسئلة الولاء لانها على الخلاف ذكره في كتاب الولاء ولئن سلم فالنسب ألزم من الولاء فانه يقبل التحول من جانب الام الى جانب الاب عند اعتاق الاب وكذا اذا ارتدت معتقة والعياذ بالله ولحقت بدار الحرب وسبيت وأعتقها المولى الثانى كان الولاء له والنسب لا يقبله كما مر في ولد الملاعنة فلا يصح القياس عليه وانما يعتق عليه اذا ادعاه لاقراره به كما اذا قال لعبده الثابت نسبه من غيره هو ابني وهذا يصلح حيلة فيمن يبيع عبدا أصل علوقه عنده ويخاف عليه الدعوة بعد ذلك من البائع فيبطل دعواه بنسبه لغيره مطلقا عنده وعندهما بشرط أن لا يرد المقر له النسب بان يسكت أو يقر به أو مات أو غائب لا يعرف قال رحمه الله (ولو كان في يد مسلم ونصرانى فقال النصرانى ابني وقال المسلم عبدى فهو حر ابن النصرانى) أى لو كان الصبي في أيديهما فادعى النصرانى أنه ابنه والمسلم أنه عبده وادعياه معا كان حرا ابن النصرانى لانه ينال بذلك شرف الحرية في الحال والاسلام في المآل اذ دلائل الوحدانية ظاهرة فكان فيه الجمع بين المصلحتين وفي عكسه فوات شرف الحرية اذ لا قدرة له على اكتسابها فكان الجمع بينهما أولى ولا يقال ينبغى أن يكون عبدا للمسلم لان الاسلام مرجح لانا نقول الترجيح يكون عند التعارض وهو الاستواء ولا تعارض هنا لان النظر له فيما قلنا أوفر فانتفى الاستواء بخلاف ما اذا ادعى كل واحد منهما أنه ابنه حيث يكون المسلم فيه أولى لاستوائهما في دعوى البنوة فيرجح المسلم بالاسلام وهو أوفر للصبي لحصول الاسلام له في الحال تبعا لابيه قال رحمه الله (وان كان صبي في يد زوجين فزعم أنه ابنه من غيرها وزعمت أنه ابنها من غيره فهو ابنهما) لان كل واحد منهما أقر للولد بالنسب وادعى ما يبطل حق صاحبه فصح اقرارهما له ولا يبطل حق صاحبه بمجرد قوله ولا يترجح أحدهما على الآخر لاستواء أيديهما فيه وقيام أيديهما عليه وقيام الفراش بينهما دليل ظاهر على أنه منهما كثوب في يد رجلين يقول كل واحد منهما لصاحبه هذا الثوب لى ولفلان آخر غيرك وليس لك أنت فيه شئ كان الثوب بينهما ولا يصدق كل واحد منهما في ابطال حق صاحبه فيه الا أن المقر له يشارك المقر في نصيبه لان المحل يحتمل الشركة وفي النسب لا يشاركه لانه لا يحتملها هذا اذا كان الصبي لا يعبر عن نفسه وان كان يعبر فالقول له أيهما صدق ثبت نسبه منه قال رحمه الله (ولدت مشتراته فاستحقت غرم الاب قيمة الولد وهو حر) يعنى لو اشترى أمة فولدت منه ثم استحقها مستحق ضمن المشترى قيمة الولد والولد حر وكذا اذا ملكها بسبب آخر غير الشراء أى سبب كان وكذا اذا تزوجها على أنها حرة فولدت له ثم استحقت روى ذلك عن عمر رضى الله عنه في النكاح وعن على رضى الله عنه

عنه في الشراء بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فكان اجماعا ولان النظر من الجانبين واجب اذ المغرور معذور ولانه بنى الامر على سبب صحيح شرعا والامة ملك المستحق والولد جزؤها فاستوجب الآخر النظر فوجب الجمع بينهما مهما أمكن مراعاة لحقهما وذلك بأن يجعل الولد حر الاصل في حق الاب ورقيقا في حق المستحق لان استحقاق الاصل سبب لاستحقاق الجزء فيضمن الاب قيمته يوم الخصومة لانه يوم المنع والتحول من العين الى القيمة لانه لما علق رقيقا في حق المولى كان حقه في عين الولد وانما يتحول الى القيمة بالقضاء فتعتبر قيمته وقت التحول وتجب هذه القيمة على الاب دون الولد حتى اذا كان الاب ميتا يؤخذ من تركته لان المانع من الدفع ثبوت النسب وهو من الاب دونه ولا ولاء للمستحق عليه لانه علق حر الاصل وانما قدرنا الرق ضرورة القضاء بالقيمة فلا تعد موضعها ثم هذا الغرور ان كان في ملك اليمين فظاهر وان كان في النكاح فان القاضي يقضي بها او بولدها للمستحق عند اقامة المستحق البينة انها له لانه ظهر له انها للمستحق وفرعها يتبعها الا اذا أثبت الزوج أنه مغرور بان يقيم البينة أنه تزوجها على أنها حرة فيثبت به حرية الاصل للاولاد قال رحمه الله (فان مات الولد لم يضمن الاب قيمته) يعني لو مات الولد قبل الخصومة لا يجب على الاب شئ لان الولد لو كان مملوكا للمستحق حقيقة لم يكن مضمونا عليه فان الولد المغصوب أمانة عندنا على ما عرف في موضعه فالاولى أن لا يكون مضمونا عليه مع عدم الملك حقيقة وكذا لو ترك مالا لان الارث ليس ببدل عنه فلا يقوم مقامه فلم يجعل سلامة الارث كسلامة نفسه بخلاف ما اذا قتله قاتل وقبض الاب من ديته قدر قيمته حيث يجب عليه ضمان قيمته لان سلامة بدله كسلامته ومنع بدله كمنعه وان لم يقبض شيأ لا يجب عليه لان المنع لا يتحقق فيما لم يصل اليه وان قبض أقل من قيمته وجب عليه بقدره اعتبارا للبعض بالكل وبخلاف ما اذا قتله الاب لان المنع تحقق بقتله كما في ولد المغصوب اذا أتلفه الغاصب قال رحمه الله (ويرجع بالثمن وقيمته على بائعه لا بالعقر) أي يرجع المشتري بثمن الجارية وبقيمة الولد على بائعه ولا يرجع بما لزمه من العقر بوطئها لان البائع صار كفيلا بما شرط عليه من البدل لان البيع مبني على مساواة البدلين في حكم الضمان فلما كان الثمن من جانب المشتري سالما للبائع وجب أن يكون المبيع سالما للمشتري وذلك بأن يجعل البائع كفيلا بسبب تملك البدل فصار كأنه قال للمشتري ان الحكم قد ثبت لك فان ضمنك أحد بدعوى باطل فانا ضامن لك بما ضمنك ولان البائع التزم سلامتها عن العيب اذ المعاوضة تقتضي ذلك ولا عيب فوق الاستحقاق فيرجع عليه وكذا ان هلكت عند المشتري فضمنه المستحق قيمتها وقيمة الاولاد يرجع المشتري على البائع بالثمن وبما ضمن من قيمة الاولاد لما بينا ولا يرجع عليه بقيمة الجارية لان أخذ قيمتها منه كأخذ عينها وفيه لا يرجع الا بالثمن فكذا هذا وكذا اذا زوجه رجل على أنها حرة ثم استحقت يرجع الاب على المزوج بقيمة الولد اذ الاستيلاد مبني على التزويج وشرط الحرية صار بمنزلة الوصف اللازم لهذا التزويج فيكون الاستيلاد بناء على التزويج وشرط الحرية فكان الشارط صاحب علة فنزل كالقائل أنا كفيل بما لحقك بسبب هذا العقد أو يقال ما لزمه من الضمان انما لزمه بالاستيلاد والاستيلاد حكم التزويج لانه موضوع له فكان المزوج صاحب علة فيضاف الحكم اليه بخلاف ما اذا أخبره رجل أنها حرة أو أخبرته هي وتزوجها من غير شرط الحرية حيث يكون

والمغرور من يستولد امرأة معتمدا على ملك يمين أو نكاح على أنها حرة ثم يستحقها رجل بالبينة على أنها أمة وولدها حر باجماع الصحابة ثم قال الاتقاني ثم اعلم أن ولد المغرور انما يكون حرا بالقيمة اذا كان المغرور حرا أما اذا كان مكاتبا أو مأذونا له في التزوج يكون ولده عبدا للمستحق خلافا لمحمد وسيجيء ذلك في كتاب المكاتب اه (قوله ولا ولاء للمستحق عليه) أي على الولد اه (قوله في المتن فان مات الولد لم يضمن الاب) أي وهو المشتري اه (قوله لو مات الولد قبل الخصومة الخ) قال الاتقاني ثم ان جاء المستحق بعد ما مات الولد وترك عشرة آلاف ورثه أبوه لما مر أنه علق حرا في حق المستولد ولا يغرم الاب قيمة الولد لانه لم يمنع الولد والميراث ليس ببدل عن الولد حتى يكون منعه كمنع الولد ولو قتل الاب الولد يغرم قيمته للمستحق لانه منعه منه وكذا لو قتله غيره وأخذ ديته يضمن قيمته لان سلامة البدل كسلامة الولد ومنعه كمنعه وان لم يأخذ الدية من القاتل لا يضمن شيأ لانه لم يمنع الولد أصلا لا حقيقة ولا حكما كذا ذكر فخر الدين قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير وقال أبو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ويغرم الواطئ العقر للمستحق لانه وطئ ملك الغير بشبهة ولا يرجع بالعقر على الغار لان الوطء في هذا بمنزلة جزء أتلفه منها وتناوله لنفسه فلا يرجع به على غيره كما لو قطع يدها لم يرجع به على غيره وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال واذا أبقت الامة فأتت رجلا فأخبرته أنها حرة وتزوجها على ذلك بنكاح صحيح في الظاهر أو فاسد فولدت ولدا ثم أقام مولاها البينة أنها أمته فقضى بها له فانه يقضي بالولد أيضا للمولى الجارية الا أن يقيم الزوج البينة أنه تزوجها على انها حرة فان أقام البينة على ذلك جعلت الولد حرا ولا سبيل عليه ثم قال وضع المسئلة فيما اذا لم يتزوجها على هذا الشرط فيكون هذا اغترارا منه حيث بنى أمره على مطلق خبرها فاما اذا شرط ذلك عند العقد يصير الزوج مغرورا فيكون ولده حرا ولا سبيل عليه وجعلت على أبيه قيمته يوم قضى به له دينا في ماله دون مال الولد اه

الولد رقيقا ولا يرجع على المخبر بشئ لان الاخبار سبب محض لان العقد حصل باختيار الرجل والمرأة وانما يأخذ حكم العلة بالغرور وذلك باحد أمرين بالشرط أو بالمعاوضة ولا يرجع بما لزمه من العقر على البائع وعند الشافعى رحمه الله يرجع لانه ضمان لزمه بفوت السلامة قلنا العقر عوض عما استوفى من منافع البضع فلو رجع به سلم له المستوفى مجانا والوطء فى ملك الغير لا يجوز أن يسلم له مجانا ولا يرجع على الواهب والمتصدق والموصى بشئ من قيمة الاولاد وعند الشافعى رحمه الله يرجع لان الغرور قد تحقق له منه بايجابه الملك له فيها واخباره أنها ملكته قلنا مجرد الغرور لا يكفى للرجوع فان من أخبر انسانا ان هذا الطريق آمن فسلكها فأخذ اللصوص ماله لم يرجع على المخبر بشئ بخلاف البيع فانه عقد معاوضة يوجب السلامة أو الضمان على ما بيناه وهذا تبرع وهو محسن وليس على المحسن من سبيل وبخلاف التزوج لانه موضوع للاستيلاد وطلب النسل قال عليه الصلاة والسلام تناكحوا توالدوا تكثروا الحديث فاذا لم يسلم له ما هو المقصود به رجع بذلك على من غره والمقصود بوضع الهبة اظهار الجود والسماحة وثبوت الملك وهذا المقصود يتحقق بدون الاستيلاد ولو باعها المشترى من آخر فاستولدها الثانى ثم استحقت رجع المشترى الثانى على البائع الثانى بالثمن وبقيمة الولد ويرجع المشترى الاول على البائع الاول بالثمن ولا يرجع عليه بقيمة الولد عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يرجع عليه بقيمة الولد أيضا لان البائع الاول ضمن للثانى سلامة الولد فى ضمن البيع ولم يسلم له حيث أخذ منه قيمة الولد فيرجع به عليه كما فى الثمن والرد بالعيب ولابى حنيفة رحمه الله أن البائع الاول ضمن للمشترى سلامة أولاده دون سلامة أولاد المشترى منه لان ضمان السلامة انما يثبت بالبيع والبيع الثانى لا يضاف اليه وانما يضاف الى البائع الثانى لمباشرته باختياره فينقطع به تسبب الاول بخلاف الثمن لان البائع الاول ضمن للبائع الثانى سلامة المبيع فلم يسلم له فلا يسلم لبائعه الثمن وبخلاف الرد بالعيب لان المشترى الاول استحقه سليما ولم يوجد

والله أعلم

بالصواب

م

(قوله لانه ضمان لزمه بفوت السلامة) أى المستحقة فى العقد كما يرجع بقيمة الولد اه ﴿فرع﴾ قال الاتقانى وقد ختم كتاب الدعوى فى الجامع الصغير بقوله واذا قالت المرأة أنا أم ولد هذا الرجل وأرادت استحلاف الرجل ليس لها ذلك فى قول أبى حنيفة خاصة لان أمومية الولد تابعة للنسب ولا يرى اليمين فى النسب اه

﴿تم الجزء الرابع ويليه الجزء الخامس وأوله كتاب الاقرار﴾

الجزء الخامس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل
الجميع بالرحمة والرضوان وأسك
فسيح الجنان

(الطبعة الاولى)
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبى)

﴿ فهرست الجزء الخامس من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ﴾

﴿ تمت ﴾

الجزء الخامس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جناته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمد
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

(الطبعة الاولى)
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبى)

﴿بسم الله الرحمن الرحيم﴾

﴿كتاب الاقرار﴾

وهو فى اللغة الاثبات يقال قر الشئ اذا ثبت وأقره غيره اذا أثبته وفى الشرع عبارة عن الاخبار عما عليه من الحقوق وهو ضد الجحود وشرط صحته أن يكون المقر بالغا عاقلا طائعا وكونه حرا ليس بشرط حتى يصح اقرار العبد وينفذ فى الحال فيما لا تهمة فيه كالحدود والقصاص وفيما فيه تهمة لا يؤاخذ به فى الحال لانه اقرار على الغير وهو المولى ويؤاخذ به بعد العتق لزوال المانع وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان بعين مملوكة لغيره لا ينفذ للحال واذا ملكها يوما يؤمر بتسليمها الى المقر له لزوال المانع وهذا لان الاقرار اخبار وليس بانشاء والاخبار فى ملك الغير صحيح فينفذ فى حق نفسه بخلاف الانشاء ولهذا لو أقر بالطلاق والعتاق مكرها لا يصح ولو كان انشاء لصح قال رحمه الله (هو اخبار عن ثبوت حق الغير على نفسه) هذا فى الشرع وقد بيناه وقيده بأن يكون على نفسه لانه لو كان على غيره لغيره يكون شهادة

قال الاتقانى رحمه الله انما ذكر هذه الكتب أعنى كتاب الاقرار وكتاب الصلح وكتاب المضاربة وكتاب الوديعة عقيب كتاب الدعوى للمناسبة لان المدعى عليه إما أن يقر أو ينكر فان أقر فبابه الاقرار وان أنكر فالانكار منازعة وخصومة والخصومة تستدعى الصلح فبعد ما ثبت له المال إما بالاقرار أو بالصلح لا يخلو إما أن يسترج (٣) بنفسه أو بغيره والاسترباح بنفسه بالبيع وقد تقدم بابه والاسترباح بغيره هو المضاربة فان لم يرد الاسترباح فلا يخلو إما أن يحفظ المال بنفسه أو بغيره وحفظه بنفسه لا يتعلق به حكم فى المعاملات فبقى حفظه بغيره وهو الوديعة اه (قوله لانه اقرار على الغير) قال الولوالجى رحمه الله فى كتاب الاقرار عبد فى يدى رجل أقر رجل آخر أنه لفلان ثم قال هو حر ثم اشتراه فهو للمقر له لانه أقر بحرية عبد الغير ولو بدأ وقال هو حر ثم قال هو لفلان ثم اشتراه فهو حر لانه أقر بالحرية ثم أقر لغيره فلا يصح اقراره اه قال الامام نجم الدين الزاهدى رحمه الله فى القنية فى كتاب أدب القاضى فى باب من اشترط حضرته لسماع البينة ما نصه وقد يكون خصما فى اليمين ولا يكون خصما فى البينة كمن اشترى عبدا وقبضه ثم أقر به لغير البائع فلان ودفعه الى المقر له ثم أقام بينة أنه كان للمقر له ليرجع بالثمن على البائع لم تقبل بينته ولكن له أن يحلف البائع بالله ما كان للمقر له فان نكل رد الثمن اه (قوله وهو نظير ما اذا أقر الحر لانسان الخ) هذا الفرع ذكره الشارح فى باب الوصية بثلث المال اه وقد تقدم قبل فى الشارح بورقة أنه لو أقر بحرية عبد الغير فكذبه المولى ثم ملكه المقر يوما عتق عليه فراجعه اه (قوله يؤمر بتسليمها الى المقر له) ولو أقر بهذه الدار التى فى يد فلان وقف على مسجد كذا ثم ملكها المقر فانه يؤمر بتسليمها الى المتولى هكذا أفتيت فى سؤال رفع الى والله الموفق اه ﴿فرع﴾ ذكره العمادى رحمه الله فى الفصل الثالث والعشرين معزيا الى أول اقرار فتاوى صاحب المحيط رحمه الله ان من أقر لانسان بشئ ثم صدقه المقر له

ثم ردّ اقراره لا يصح الردّ اه وسيأتي هذا الفرع في كلام الشارح في الصفحة الآتية زيادة فائدة والله الموفق اه (قوله في المتن اذا أقر حرّ مكلف بحق) لم يرد أنه أقر بلفظ الحق بل بدينار أودرهم غير أنه عبر عنه بلفظ الحق كقول الرجل جاني فلان فان هذا غير منكر في حق القائل فعبر عن المعرف الذي عنده بالمنكر اه مستصفى (قوله ولا يصدق على أولاده الخ) قال في الخلاصة في آخر الفصل الثاني من الاقرار رجل وامرأة مجهولان لهما ابن صغير لا يتكلم أقرا بالرق على أنفسهما وعلى ابنهما جاز فان كان الابن يتكلم فقال أنا حر فالقول قوله ولو كان له أمهات الاولاد والمدبرون فاقراره بالرق لا يعمل في حقهم (٣) اه (قوله فيرتد برده) رجل قال لآخر أنا عبدك فقال الآخر لا ثم قال بلى أنت عبدلي فانه عبده ولا يكون نفيه شيأ بخلاف مسئلة الجامع الصغير لان الرق لا يبطل بجحود المولى أما الاقرار بالدين والعين يبطل بالتكذيب اه خلاصة في آخر الفصل الثاني من الاقرار (قوله لان العبد مبقى على أصل الحرية) أي فيما هو من خواص الآدمية وذلك لان وجوب العقوبة بناء على الجناية والجناية بناء على كونه مكلفا وكونه مكلفا من خواص الآدمية اه اتقاني

﴿فرع﴾ ذكر في الجامع رجل قال ما في يدي من قليل أو كثير أو عبد أو متاع لفلان صح اقراره لانه عام وليس بمجهول فان جاء المقر له ليأخذ عبدا من يد المقر واختلفا فقال المقر له كان في يدك وقت الاقرار فهو لي وقال المقر لا بل ملكت هذا بعد الاقرار القول قول المقر الا أن يقيم المقر له بينة أنه كان في يد المقر وقت الاقرار لان المنكر ينكر دخول هذا العبد في الاقرار والقول قوله وذكر في الاقرار ما يوافق رواية الجامع رجل قال ما في حانوتي لفلان ثم بعد أيام ادعى شيأ مما في الحانوت له ووضعه في الحانوت بعد الاقرار صدق وذكر في بعض روايات الاقرار أنه لا يصدق قال رحمه الله وهذه الرواية تخالف رواية الجامع قالوا تأويل الرواية الثانية اذا ادعى بعد الاقرار في مدة لا يمكنه ادخاله في الحانوت في تلك المدة بيقين وفي مسئلة الجامع اذا ادعى المقر حدوث الملك في زمان لا يتصور حدوثه فيه لا يقبل قوله اني ملكته بعد الاقرار اه قاضيخان في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدعى ﴿فرع آخر﴾ قال قاضيخان في كتاب الاقرار رجل قال جميع ما في يدي لفلان قال شمس الائمة السرخسي يرجع في البيان اليه ولا يعلم قبل البيان اه

ولنفسه يكون دعوى قال رحمه الله (اذا أقر حر مكلف بحق صح ولو مجهولا كشئ وحق) لان الاقرار حجة شرعية ثبتت حجيته بالكتاب والسنة واجماع الامة والمعقول أما الكتاب فقوله تعالى وليملل الذي عليه الحق أمره بالاملال فلو لم يقبل اقراره لما كان لاملاله معنى وقد نهاه الله تعالى أيضا عن كتمان الحق بقوله تعالى وليتق الله ربه ولا يبخس منه شيأ فصار نظير أمره بأداء الشهادة ونهيه عن كتمانها وقوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة أي شاهد قاله ابن عباس رضي الله عنهما وقوله تعالى كونوا قوامين بالقسط شهداء لله ولو على أنفسكم والمراد به الاقرار وأما السنة فما روى أنه عليه الصلاة والسلام رجم ماعزا والغامدية باقرارهما فاذا وجب الحد باقراره على نفسه فالمال أولى أن يجب وأما الاجماع فلان الامة أجمعت على أن الاقرار حجة في حق نفسه حتى أوجبوا عليه الحدود والقصاص باقراره وان لم يكن حجة في حق غيره لعدم ولايته عليه فالمال أولى وأما المعقول فلان العاقل لا يقر على نفسه كاذبا بما فيه ضرر على نفسه أو ماله فترجحت جهة الصدق في حق نفسه لعدم التهمة وكمال الولاية بخلاف اقراره في حق غيره حتى لو أقر مجهول النسب بالرق جاز ذلك على نفسه وماله ولا يصدق على أولاده وأمهاتهم ومدبريه ومكاتبيه بخلاف ما اذا ثبت ذلك بالبينة لان البينة انما تصير حجة بالقضاء وللقاضي ولاية عامة فينفذ في حق الكل أما الاقرار فحجة بنفسه ولا يحتاج فيه الى القضاء فينفذ عليه وحده لما ذكرنا الا اذا ردّه المقر له فيرتد برده ولو صدقه ثم رده لا يصح رده ولكن اذا كان يعلم أنه كاذب في اقراره لا يحل له أخذه عن كره منه فيما بينه وبين الله تعالى الا اذا سلمه له بطيب من نفسه حل فيكون هبة مبتدأة منه وشرط الحرية ليصح اقراره مطلقا لان العبد المحجور عليه يتأخر اقراره بالمال الى ما بعد العتق وكذا المأذون له يتأخر اقراره بما ليس من باب التجارة كاقراره بالمهر بوطء امرأة تزوجها بغير اذن مولاه وكذا اذا أقر بجناية موجبة للمال لا يلزمه لان الاذن لم يتناول الا التجارة فلم يكن مسلطا عليه بخلاف ما اذا أقر بالحدود والقصاص لان العبد مبقى على أصل الحرية في حقهما ألا ترى أن اقرار المولى لا يصح عليه فيه وشرط التكليف لان اقرار الصبي والمعتوه والمجنون لا يصح لانعدام أهلية الالتزام الا اذا كان الصبي أو المعتوه مأذونا له فيصح اقراره بالمال لكونه من ضرورات التجارة لانه لو لم يصح اقراره لا يعامله أحد فلا بد من ذلك فيدخل في الاذن كل ما كان طريقه التجارة كالديون والودائع والعواري والمضاربات والغصوب فيصح اقراره فيها لالتحاقه في حقها بالبالغ العاقل لان الاذن يدل على عقله بخلاف ما ليس من باب التجارة كالمهر والجناية والكفالة حيث لا يصح اقراره بها لان التجارة مبادلة المال بالمال والمهر مبادلة مال بغير مال والجناية ليست بمبادلة والكفالة تبرع ابتداء فلا تدخل تحت الاذن والنائم والمغمى عليه كالمجنون لعدم التمييز واقرار السكران جائز مطلقا اذا كان سكره بطريق محظور لانه لا ينافي الخطاب الا اذا أقر بما يقبل الرجوع كالحدود الخالصة حقا لله تعالى لان السكران لا يكاد يثبت على شئ فأقيم السكر مقامه فيما يحتمل الرجوع فلا يلزمه شئ وان سكر بطريق مباح كالشرب مكرها لا يلزمه شئ وكذا

(قوله ولو مجهولا الخ) قال فى الينابيع قوله بحق يريد به أن يقول لفلان على حق فاذا قال ذلك لزمه أن يبين ماله قيمة وان قال عنيت به حق الاسلام لم يصدق وعلى هذا اذا قال لفلان على شئ فانه يجبر على بيان ماله قيمة سواء كان قليلا مثل الجوزة والحفنة من الحنطة والشعير وغيرهما (١) كالدراهم والدنانير والابزار وغيرها اهـ (قوله بأن قال على ألف درهم لواحد الخ) قال الاتقانى بخلاف جهالة المقر له فانها تمنع صحة الاقرار نحو أن يقول لزيد على ألف درهم فلا يصح الاقرار لان زيدا فى الدنيا كثير الا اذا عين كذا فى شرح الطحاوى هذا اذا كانت الجهالة متفاحشة فان لم تتفاحش فلا (٤) تمنع صحة الاقرار ولهذا قال فى باب الاقرار بعلامة الواو من الواقعات الحسامية جارية فى يدى رجل فقال ان هذه لاحد هذين الرجلين جاز ويحلف لكل واحد منهما اذا ادعياها ولو قال هذا العبد لواحد من الناس لا يجوز لان هذا اقرار للمجهول جهالة متفاحشة اهـ (قوله فلا يفيد فائدته) أى لان فائدته الجبر على البيان ولا يجبر عليه هنا اهـ (قوله وان لم تتفاحش جاز) أى نحو أن يقول هذا العبد لاحد هذين الرجلين فانهما اذا اتفقا على أخذه كان لهما حق الاخذ كذا فى مبسوط أبى اليسر اهـ مستصفى وكتب على قوله وان لم تتفاحش ما نصه والاصح أنه يصح لانه يفيد اذ فائدته وصول الحق الى المستحق وطريق الوصول باب لانهما اذا اتفقا على أخذه فلهما حق الاخذ قاله الكاكى رحمه الله تعالى اهـ (قوله وهو الاصح) هذا التصحيح موافق لما نقلته عن الكاكى اهـ (قوله فى المتن ويبين ماله قيمة) أى قل أو كثر نحو حبة أو فلس أو جوزة أو ما أشبه ذلك ولا يعلم فيه خلاف قاله الكاكى وقال الاتقانى عند قوله ويقال له بين المجهول يعنى اذا لزمه ما أقر به مجهولا يقال له بين المجهول وذلك لان الاجمال وقع من جهته فعليه البيان ولكن يبين شيأ يثبت فى الذمة قل أو كثر نحو أن يبين له حبة أو فلسا أو جوزة أو ما أشبه ذلك أما اذا بين شيأ لا يثبت فى الذمة لا يقبل منه نحو أن يقول عنيت حق الاسلام أو كفا من تراب أو نحوه كذا فى شرح الطحاوى اهـ (قوله فلا يقبل) قال الكاكى ويقبل تفسيره بالكلب وبه قال الشافعى فى وجه وأحمد فى رواية ومالك اهـ (قوله لا يصح) يعنى لو بين فى الغصب بأن المغصوب زوجته أو ولده وقيل يصح لان لفظ الغصب يطلق على الزوجة وعلى الولد والاكثر أنه لا يقبل تفسيره اهـ كفاية

شرب المتخذ من الحبوب أو العسل عندهما خلافا لمحمد رحمهم الله وقوله ولو مجهولا كشئ وحق أى ولو كان المقر به مجهولا بأن قال على شئ أو حق يلزمه لان الحق قد يلزمه مجهولا بأن يتلف مالا أو يجرح جراحة أو يبقى عليه باقية حساب لا يعرف قيمته ولا ارشها ولا قدرها وهو محتاج اليه لابراء ذمته بالايفاء أو التراضى فلا تمنع صحة الاقرار بخلاف الشهادة لانها لا تجوز الا بالعلم قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع ولان الشهادة لا توجب الا بقضاء القاضى ولا يمكنه القضاء بالمجهول فيبطل اذ لا حاجة للشهود بدون العلم لانها غير واجبة عليهم وبخلاف الجهالة فى المقر له سواء تفاحشت الجهالة بأن قال على ألف درهم لواحد من الناس أو لم تتفاحش بأن قال على ألف لاحد هذين لان المجهول لا يصلح مستحقا اذ لا يمكن جبره على البيان من غير تعيين المدعى فلا يفيد فائدته هكذا ذكر شمس الائمة وذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه والناطفى فى واقعاته أنها اذا تفاحشت لا يجوز وان لم تتفاحش جاز لان صاحب الحق لا يعدو من ذكره وفى مثله يؤمر بالتذكر لان المقر قد ينسى صاحب الحق ولا يجبر على البيان لانه قد يؤدى الى ابطال الحق عن المستحق والقاضى نصب لايصال الحق الى مستحقه لا لابطاله فصار نظير ما اذا أعتق أحد عبديه ثم نسيه بخلاف جهالة المقر به لان الاجبار على البيان لا يؤدى الى ابطال حقه وبخلاف اعتاق أحد العبدين لان العتق لم ينزل فى المحل فلا يؤدى الاجبار الى ابطال حقه ولان المقر لهما اذا اتفقا على الاخذ من المقر واصطلحا بينهما أمكن دعواهما فيصح اقراره وقال فى الكافى وهو الاصح ولو كان المقر عليه مجهولا بأن قال لك على أحدنا ألف درهم لا يصح لان المقضى عليه مجهول ذكره فى النهاية قال رحمه الله (ويجبر على بيانه) لانه لزمه الخروج عما وجب عليه بالاقرار وهذا لان كثيرا من الاسباب يتحقق مع الجهالة كالغصب والوديعة لان الانسان يغصب ما يصادف ويودع ما عنده من غير تحرّ فى قدره وجنسه ووصفه فيحمل عليه ما لم يفسر السبب فيصح حتى لو فسره بالبيع أو الاجارة لا يصح اقراره لان هذه العقود لا تصح مع الجهالة فلا يجبر على البيان والاصل فيه أنه متى أقر بمجهول وأطلق ولم يبين السبب يصح ويحمل على أنه وجب عليه بسبب يصح مع الجهالة كالغصب ونحوه وان بين السبب ينظر فان كان سببا لا تضره الجهالة فكذلك وان كان سببا تضره الجهالة كالبيع والاجارة لا يصح ولا يجبر ألا ترى أن القاضى لو رأى انسانا يبيع شيأ غير معين أو يشترى بشئ من غير تقدير ثمن لا يجبره على الاداء فكذا اذا أقر به ولو عاينه يغصب شيأ لا يعرف قدره أو يودعه يأمره بالتسليم الى صاحبه فكذا اذا أقر به قال رحمه الله (ويبين ماله قيمة) لانه أخبر عن الواجب فى ذمته وما لا قيمة له لا يجب فيها فاذا بينه فيه يكون رجوعا فلا يقبل وذلك مثل حبة حنطة أو قطرة ماء أو ما أشبه ذلك لان مثله لا يجب فى الذمة عادة ولا يجرى فيه التمانع ولو بين فى الصبى الحر أو الزوجة لا يصح وقيل يصح والاول أصح وعلى هذا الخلاف لو بينه بجلد الميتة وكذا لو أقر بغصب شئ لا يسمع منه الا اذا بين ماله قيمة لان لفظ الغصب يدل على أنه يجرى فيه التمانع

(١) قوله كالدراهم هكذا فى الاصل ولعله سقط قبله أو كثير المقابل قوله قليلا وليحرر اهـ مصحح

التمانع وهو المتقوم ولو قال في قوله على حق أردت به حق الاسلام لا يصدق لانه لا يراد به ذلك عرفا وعليه التعويل قال رحمه الله (والقول للمقر مع يمينه ان ادعى المقر له أكثر منه) لانه المنكر قال رحمه الله (وفي مال لم يصدق في أقل من درهم) يعني اذا قال لفلان على مال لم يصدق في أقل من درهم لان ما دونه من الكسور لا يطلق عليه اسم المال عادة وهو المعتبر قال رحمه الله (ومال عظيم نصاب) لانه أقر بمال موصوف بالعظم فيعتبر هذا الوصف والنصاب عظيم في الشرع حتى اعتبر صاحبه غنيا وأوجب عليه مواساة الفقراء وكذا عرفا حتى يعد من الاغنياء عادة وعن أبي حنيفة رحمه الله انه لا يصدق في أقل من عشرة دراهم لانه نصاب السرقة والمهر وهو عظيم حيث تقطع به اليد المحترمة ويستباح به البضع المحترم وعنه مثل جواب الكتاب وهو قولهما ثم يعتبر أن يبلغ نصابا يؤخذ من جنسه الزكاة من المال الذي بينه فيه حتى اذا بينه في الابل لا يصدق في أقل من خمس وعشرين لان ما دون ذلك قليل حيث لا تجب فيه الزكاة من جنسه والاصح أنه على قوله يبنى على حال المقر في الفقر والغنى فان القليل عند الفقير عظيم وأضعاف ذلك عند الغنى ليس بعظيم وهو في الشرع متعارض فان المائتين في الزكاة عظيم وفي السرقة والمهر العشرة عظيمة فيرجع الى حاله ذكره في النهاية وحواشي الهداية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وأموال عظام ثلاثة نصب) يعني من أي مال فسره به لان أقل الجمع ثلاثة فلا يصدق في أقل منه للتيقن به وان بينه بغير مال الزكاة يعتبر أن تبلغ قيمته قدر ثلاثة نصب ويعتبر الادنى في ذلك للتيقن به وينبغي على قياس ما روى عن أبي حنيفة أن يعتبر فيه حال المقر كما ذكرنا قال رحمه الله (ودراهم كثيرة عشرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يصدق في أقل من مائتين لان صاحب النصاب مكثر ولهذا وجب عليه مواساة غيره وله أن العشرة أقصى ما يذكر بلفظ الجمع فكان هو الاكثر من حيث اللفظ فيصرف اليه وعلى هذا الخلاف اذا قال على دنانير كثيرة عندهما ينصرف الى النصاب وعنده الى العشرة وعلى هذا اذا قال على ثياب كثيرة أو وصائف كثيرة فعنده عشرة وعندهما يلزمه ما يساوي مائتي درهم وان قال غصبت ابلا كثيرة أو بقرا كثيرة أو غنما كثيرة أو حنطة كثيرة ينصرف الى أقل نصاب يؤخذ منه ما هو من جنسه عندهما وهو خمسة وعشرون من الابل والثلاثون من البقر والاربعون من الغنم وخمسة أوسق من الحنطة وعنده يرجع الى بيان المقر ولو قال على مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطقي لم أجده منصوصا عليه وكان الجرجاني رحمه الله يقول يلزمه مائتان

(قوله ولو قال في قوله على حق الخ) وذكر في المحيط والمستزاد أنه ان قال ذلك موصولا صدق وان قال مفصولا لا يصدق لانه بيان تغير باعتبار العرف لانه لا يراد به في العرف حق الاسلام اهـ كفاية (قوله لانه لا يراد به ذلك عرفا) أي انما يراد به حقوق مالية اهـ (قوله في المتن ومال عظيم نصاب) قال في الشامل في قسم المبسوط في كتاب الاقرار لو قال درهم عظيم يلزمه درهم واحد لانه معلوم القدر فيكون العظم صفة لعرضه وذكر في شرح الاقطع ناقلا عن المنتقى في المال القليل انه درهم ونقل في الاجناس عن نوادر هشام عن محمد أنه لو قال لفلان على مال لا قليل ولا كثير يلزمه مائتا درهم لانه لما قال لا قليل لزمه الكثير والمال الكثير في الشرع مائتا درهم وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته عن أبي يوسف قال لفلان على دراهم مضاعفة يلزمه ستة لان أقل الدراهم ثلاثة والتضعيف أقله مرة فيضعف مرة قال له على دراهم أضعافا مضاعفة أو قال مضاعفة أضعافا عليه ثمانية عشر لان الاضعاف (هـ) جمع الضعف فتضاعف ثلاثة ثلاث مرات فكان تسعة وقوله مضاعفة يقتضي ضعف ذلك فيكون ثمانية عشر قال وفي الصورة الثانية الدراهم المضاعفة ستة وأضعافها ثلاث مرات فيكون ثمانية عشر قال على عشرة وأضعافها مضاعفة عليه ثمانون درهما لان أضعاف العشرة ثلاثون فاذا ضمت الى العشرة كان أربعين فأوجبها مضاعفة فتكون ثمانين الى هنا لفظ الكفاية وقال في شرح الاقطع وهذا كله اذا قال مال عظيم من الدراهم فان لم يقل من الدراهم صدق في أي جنس ذكر فان كان مما تجب فيه الزكاة لم يصدق في أقل من نصاب منه وان كان مما لا نصاب له صدق (1) يبلغ قيمة النصاب وقال في الفتاوى الصغرى لو قال مال نفيس أو كريم أو خطير أو جليل قال الناطقي لم أجده منصوصا وكان الجرجاني يقول مائتان اهـ اتقاني سيأتي هذا الفرع والذي قبله في كلام الشارح (قوله والاصح أنه على قوله يبنى الخ) قال في التحفة وقيل يعتبر على قول أبي حنيفة حال المقر ان كان غنيا يقع على ما يستعظم عند الاغنياء وان كان فقيرا يقع على النصاب اهـ غاية (قوله وقالا لا يصدق في أقل من مائتين) وقال الشافعي يصدق في ثلاثة دراهم ولا يصدق في أقل من ذلك اهـ اتقاني (قوله فيصرف اليه) قال الشيخ أبو نصر البغدادي والفرق لابي حنيفة بين قوله دراهم كثيرة وبين قوله مال عظيم أن الدراهم تفيد العدد لان الكثرة تكون بزيادة العدد فاعتبر الكثرة التي ترجع الى العدد وقوله عظيم لا يتضمن عددا فوجب أن يحمل على المستعظم لا من حيث العدد والعظيم في الشرع ما يصير به غنيا فتجب الزكاة بنفسه فاعتبر ذلك اهـ غاية (قوله أو وصائف) الوصيف الغلام دون المراهق والوصيفة الجارية كذلك والجمع وصفاء ووصائف مثل كريم وكرماء وكريمة وكرائم اهـ مصباح

(1) قول المحشي صدق يبلغ هكذا في الاصل وبين الكلمتين شئ ساقط نعوذ بالله من سقم النسخ فحرر اهـ مصححه

(قوله في المتن كذا درهما درهم) قال في الهداية ولو قال كذا درهما فهو درهم قال الاتقاني ذكره تفريعا على مسئلة القدوري ولم يذكره في الاصل وقال الامام شرف الدين أبو حفص عمر بن محمد بن عمر الانصاري العقيلي البخاري في كتاب المنهاج وان قال له علي كذا درهما لزمه ما بينه أقول كان ينبغي أن يلزمه في هذا أحد عشر لانه أول العدد الذي يقع مميزه منصوبا هكذا نقل عن أهل اللغة واذا كان كذلك ينبغي أن لا يصدق في بيانه بدرهم والقياس فيه ما قاله في مختصر الاسرار اذا قال له علي كذا درهما لزمه عشرون لانه ذكر جملة وفسرها بدرهم منصوب وذلك يكون من عشرين الى تسعين فيجب الاقل وهو عشرون لانه متيقن اه (قوله وذكر في التتمة) محالا الى الجامع الصغير اه قارئ الهداية (قوله قيل يلزمه عشرون) وبه قال ابن عبد الحكم المالكي اه (قوله روي عن محمد أنه يلزمه مائة) أي وان قال كذا كذا درهم يلزمه ثلاثمائة لانه ذكر عددين مبهمين ولم يذكر بينهما واو العطف وذكر الدرهم عقيبهما بالخفض وأقل ذلك من العدد المصرح ثلاثمائة لان ثلاثا عدد ومائة عدد ليس بينهما حرف العطف ويستقيم ذكر الدرهم بالخفض عقيبهما اه اتقاني (قوله والمعتبر هو الوزن الخ) قال صاحب الهداية وينصرف (٦) الى الوزن المعتاد أي بين الناس وذلك لان المطلق من الالفاظ ينصرف الى المتعارف وهو غالب نقد البلد ولا يصدق في أقل من ذلك لانه يريد الرجوع عما اقتضاه كلامه قال في تحفة الفقهاء لو قال علي ألف درهم فهو على ما تعارفه أهل البلد من الاوزان أو العدد وان لم يكن شيئا متعارفا فيحمل على وزن سبعة فانه الوزن المعتبر في الشرع وكذلك في الدينار يعتبر وزن المثاقيل الا في موضع متعارف فيه بخلافه ولو قال لفلان علي دريهم أو دنينير فعليه الاتمام لان التصغير قد يذكر لصغر الحجم وقد يكون لاستحقار الدرهم وقد يكون لخفة الوزن فلا ينقص الوزن بالشك الى هنا لفظ التحفة وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا قال الرجل لفلان علي مائة درهم عددا ثم قال بعد ذلك هي وزن خمسة أو وزن ستة وكان بالسوية الاقرار منه بالكوفة فعليه مائة درهم وزن سبعة ولا يصدق على النقصان اذا لم يبين وزنها موصولا بكلامه وكذلك الدنانير وان كانوا في بلاد يتبايعون على دراهم معدودة والوزن بينهم ينقص عن سبعة صدق اذا ادعى أن الذي أقر به هو على وزنهم ولا يصدق ان ادعى وزنا دون ذلك وان كان نقد البلد مختلفا فهو على الاقل من ذلك الى هنا لفظ الكافي اه اتقاني (قوله في المتن كذا كذا أحد عشر) والزيادة تقف على بيانه اه اتقاني (قوله في المتن كذا وكذا أحد وعشرون) والزيادة موقوفة على بيانه اه اتقاني (قوله من غير حرف عطف بينهما أحد عشر) أي وأكثره تسعة عشر فانه يقال أحد عشر درهما الى تسعة عشر الا أن الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه اه اتقاني (قوله وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون) قال الاتقاني وان قال كذا وكذا فقد ذكر عددين مبهمين معطوفا أحدهما على الآخر بواو العطف وذكر عقيبهما درهما بالنصب فيجعل عبارة عن عددين مصرحين بينهما واو العطف يستقيم ذكر الدرهم عقيبهما بالنصب وأقل ذلك أحد وعشرون وأكثره تسعة وتسعون الا أن الاقل يلزمه من غير بيان والزيادة تقف على بيانه ولا يجوز أن يجعل كذا عبارة عن الدرهم الواحد لان الدرهم عقيب الواحد لا يذكر بالنصب وانما يذكر بالرفع فيقال واحد درهم أو درهم واحد اه

قال رحمه الله (ودراهم ثلاثة) يعني اذا قال علي دراهم يلزمه ثلاثة دراهم لانه أقل الجمع الصحيح فصار متيقنا به والزائد على ذلك مشكوك فيه وروى ابن سماعة عن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال له علي دراهم مضاعفة فعليه ستة دراهم لان أدنى الجمع ثلاثة وضعفها ستة ولو قال دراهم أضعافا مضاعفة يلزمه ثمانية عشر درهما لان اضعافا لفظ جمع وأقله ثلاثة فتصير تسعة ثم بالمضاعفة تصير ثمانية عشر وكذا اذا عكس بأن قال علي دراهم مضاعفة أضعافا لانها بالمضاعفة تصير الثلاثة ستة ثم بالاضعاف وهو جمع تصير ثمانية عشر قال رحمه الله (ولو قال كذا درهما درهم) لانه تفسير للمبهم وذكر في التتمة والذخيرة وغيرهما يلزمه درهمان لان كذا كناية عن العدد وأقل العدد اثنان اذ الواحد لا يعد حتى يكون معه شيء آخر وفي شرح المختار قيل يلزمه عشرون وهو القياس لان كذا يذكر للعدد عرفا وأقل عدد غير مركب يذكر بعده الدرهم بالنصب عشرون ولو ذكره بالخفض روي عن محمد أنه يلزمه مائة لانها أقل عدد يذكر بعده الدرهم بالخفض ولو قال علي درهم عظيم يلزمه درهم واحد لان الدرهم معلوم القدر في نفسه فلا يزداد قدره بقوله عظيم لانه وصف له ولو قال علي دريهم فعليه درهم تام لان التصغير قد يذكر على طريق الاستقلال فلا ينقص عن الوزن والمعتبر هو الوزن المعتاد في كل زمان ومكان وكذا في الدنانير لان التعامل يجري على المعتاد عادة فلا يعرض عنه الا بحجة قال رحمه الله (كذا كذا أحد عشر كذا وكذا أحد وعشرون ولو ثلث بالواو يزاد مائة ولو ربع زيد ألف) لان هذه الكلمات مبهمة فيجب حملها على نظيرها من المفسر فأقل عددين يذكران من غير حرف عطف بينهما أحد عشر وبحرف عطف بينهما أحد وعشرون وثلاثة أعداد بحرف العطف مائة وأحد وعشرون وأربعة أعداد بثلاثة حروف ألف ومائة وأحد وعشرون ولو ثلث بلا واو يجب أحد عشر لانه لا نظير له فلا يزاد على الاول ولو خمس بالواو ينبغي أن يزاد عشرة آلاف ولو سدس يزاد مائة ألف ولو سبع يزاد ألف ألف وعلى هذا كلما زاد عددا معطوفا بالواو زيد عليه ما جرت العادة به الى ما لا يتناهى ولو قال كذا كذا درهما ودينارا فعليه أحد عشر منهما

(قوله فيلزمه النصف من كل واحد منهما) قال الاتقاني ولو قال على كذا كذا دينارا ودرهما كان عليه أحد عشر منهما جميعا لانه أقر بعددين من جنسين فوجبا منهما جميعا وكيف يقسم القياس أن يكون خمسة ونصف من الدراهم وخمسة ونصف من الدنانير الا أنا نقول لو فعلنا ذلك أدى الى الكسر وليس في لفظه مايدل على الكسر فيجعل ستة من الدراهم وخمسة من الدنانير فصرفناه اليها احتياطا كذا ذكر علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اه وهو مخالف لقول الشارح فعليه أحد عشر منهما بالسوية والله الموفق اه وفي فتاوى قاضيخان ولو قال كذا كذا دينارا ودرهما لزمه من كل واحد نصف أحد عشر اه (قوله في المتن على وقبلي اقرار الخ) قال الاتقاني أما قوله على فانما كان اقرارا بالدين بسبيل الاقتضاء وان لم يذكر الدين صريحا لان كلمة على (٧) تستعمل في الايجاب قال الله تعالى ولله على الناس حج البيت ومحل الايجاب الذمة والثابت في الذمة الدين لا العين فصار مقرا بالدين مقتضى قوله على والثابت اقتضاء كالثابت نصا ولو نص فقال لفلان على ألف درهم دين كان مقرا بالدين لا بالعين فكذلك هذا اه (قوله قبالة) قال في المصباح وتقبلت العمل من صاحبه اذا التزمته بعقد والقبالة بالفتح اسم المكتوب من ذلك لما التزمه الانسان من عمل ودين وغير ذلك قال الزمخشري كل من تقبل بشئ مقاطعة وكتب عليه بذلك كتابا فالكتاب الذي يكتب هو القبالة بالفتح والعمل قبالة بالكسر لانه صناعة اه (قوله وارادة الحال) الى هنا آخر الخرم الذي في نسخة الشارح التي تقدم ذكرها في باب دعوى النسب عند قول الشارح بخلاف ما اذا كان الولد الخ وقدمنا ماعليه في هذا المجرد في محله (قوله لان استعماله في الديون أغلب) قال الاتقاني ولان قوله قبلي وان كان يستعمل في الايجابات والامانات ولهذا يقال لفلان قبلي وديعة وقبلي أمانة غلب استعماله في الايجابات والمطلق من الكلام ينصرف الى ما هو الغالب في الاستعمال كالدراهم المطلقة تنصرف الى نقد البلد اه ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد في باب الاقرار بالفاظ مختلفة وان قال له في مالي مائة درهم أو قال في دراهمي هذه مائة درهم فهذا اقرار بالشركة لانه اذا اختلط ماله بماله كان شريكا له فيه (قوله في المتن اتزنه أو انتقده) وقال الشافعي وأحمد في قوله اتزن وانتقد لا يكون اقرارا بالهاء وغيرهويه قال بعض أصحاب مالك لانه لم يوجد منه حقيقة التزام وقد يوجد مثل ذلك ممن يستهزئ ويبالغ في الجحود فلا يكون اقرارا بالشك وعن بعض أصحاب الشافعي اذا كان بحرف الكناية يكون اقرارا كقولنا وقال سحنون المالكي يكون اقرارا في الوجهين الا اذا قال اتزن أو اتزنه اما أبعد لئن ذلك اه كاكى

بالسوية لانه ذكر عددامبهما وأشرك فيه جنسين فيلزمه النصف من كل واحد منهما بخلاف ما اذا قال كذا كذا درهما وكذا كذا دينارا حيث يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر لانه أضاف كل واحد من العددين الى كل واحد من المالين وعلى هذا في المفسر فانه اذا قال على أحد عشر درهما ودينارا لزمه من كل واحد منهما النصف ولو قال على أحد عشر درهما وأحد عشر دينارا يلزمه من كل واحد منهما أحد عشر والاصل فيه انه متى ذكر مقدارا وأضافه الى صنفين من المال يجب نصف كل واحد منهما كما اذا أقر لرجلين ينقسم عليهما نصفين مثاله اذا قال على مائة مثقال ذهب وفضة أو كر حنطة وشعير يجب عليه نصف كل واحد منهما ولو قال لفلان على عشرة دراهم ونيف فالبيان في النيف اليه فان فسره بأقل من درهم جاز لان النيف عبارة عن الزيادة يقال جبل منيف اذا كان زائدا على الجبال ولو قال على بضعة وعشرون درهما لزمه ثلاثة وعشرون لان البضعة أوتار العشرة ثلاثة وخمسة وسبعة وتسعة فيلزمه الاقل للتيقن به قال رحمه الله (على وقبلي اقرار بالدين) لان كلمة على للوجوب واشتقاقها من العلو وانما يعلوه اذا كان دينا في ذمته بحيث لايجد بدا من قضائه ليخرج عنه وكلمة قبل تنبئ عن الضمان يقال قبل فلان عن فلان أي ضمن وسمى الكفيل قبيلا لانه ضامن وسمى الصك الذي هو حجة الدين قبالة لانه يحفظه كالضامن ولو قال المقر فيهما أردت به وديعة ووصل صدق لانهما ينبئان عن الوجوب والحفظ واجب على المودع والمال محله فيكون ذكر المحل وارادة الحال مجازا ولكنه خلاف الظاهر فلا ينصرف اليه عند الاطلاق ويجوز تفسيره به متصلا لانه يحتمله مجازا ولا يجوز منفصلا لانه تقرر حكمه بالسكوت فلا يجوز تغييره بعد ذلك كسائر المغيرات من الاستثناء والشرط وفي بعض نسخ مختصر القدوري في قوله قبلي انه اقرار بالامانة لان اللفظ يتناولهما يقال ليس لي قبل فلان دين وليس لي قبل فلان وديعة وكذا اذا قال ليس لي قبل فلان حق يكون ابراء عن الدين والامانة جميعا وهذا لان حقيقته عبارة عن الجهة فيتناولهما والامانة أدناهما فيحمل عليه والاول هو المذكور في المبسوط وهو الاصح لان استعماله في الديون أغلب قال رحمه الله (عندي ومعي وفي بيتي وفي صندوقي وفي كيسي أمانة) لان هذه المواضع محل للعين لا للدين اذ الدين محله الذمة والعين يحتمل أن تكون مضمونة وأمانة والامانة أدناهما فيحمل عليها للتيقن به وهذا لان كلمة عند للقرب ومع للقران وما عداهما المكان معين فيكون من خصائص العين ولا يحتمل الدين لاستحالة كونه في هذه الاماكن فاذا كانت من خصائص العين تعينت الامانة لما ذكرنا ولان هذه الكلمات في العرف والعادة تستعمل في الامانات ومطلق الكلام يحمل على العرف قال رحمه الله (لو قال لي عليك ألف فقال اتزنه أو انتقده أو أجلني بها أو قضيتكها أو أحلتك به فهو اقرار

و بلا كناية لا) لان الهاء كناية عن المذكور فى الدعوى فى جميع ذلك فصار كأنه أعاد المدعى فيكون اقرارا
بها بخلاف ما اذا لم يكن فيه ضمير الالف لانه لا دليل على انصرافه الى المذكور فيكون كلاما مبتدأ فلا
يلزمه شئ وهو المراد بقوله وبلا كناية لا والاصل فيه أن الجواب ينتظم اعادة الخطاب ليفيد الكلام فكل
ما يصلح جوابا ولا يصلح ابتداء يجعل جوابا وما يصلح للابتداء لا للبناء أو يصلح لهما فانه يجعل ابتداء اوقوع
الشك فى كونه جوابا فلا يلزمه المال بالشك فان ذكر هاء الكناية يصلح جوابا لا ابتداء واذا لم يذكر الهاء
لا يصلح جوابا أو يصلح ابتداء وجوابا فلا يكون اقرارا بالشك هذا اذا كان الجواب مستقلا وان كان غير
مستقل كقوله نعم يكون اقرارا مطلقا لانه غير مستقل وقد أخرجه جوابا وهو صالح له فصار ما تقدم
من الخطاب كالمعاد فيه ولو ادعى أنه أبرأه منها أو تصدق عليه بها أو وهبه اياها كان اقرارا لان هذه
الاشياء تتلو الوجوب فيكون اقرارا بها وكذا دعوى الاحالة بها يكون اقرارا وكذا لو قال والله لا أقضيكها
أو لا أزنها لك اليوم لانه نفى القضاء والوزن فى وقت معين وذلك لا يكون الا بعد وجوب أصل المال عليه
وأما اذا لم يكن أصل المال واجبا عليه فالقضاء يكون منتفيا أبدا ولو قال رجل لآخر أعطنى ثوب عبدى
هذا فقال نعم كان اقرارا منه بالعبد والثوب له وكذا لو قال افتح باب دارى هذه أو جصص دارى هذه
أو أسرج دابتى هذه أو أعطنى سرجها أو لجامها فقال نعم كان ذلك كله اقرارا منه لما بينا ان كلمة نعم
لا تستقل فلا بد من حمله على الجواب كيلا يصير لغوا ولو قيل له هل لفلان عليك كذا فأومأ برأسه بنعم
لا يكون اقرارا لان الاشارة من الاخرس قائمة مقام النطق لا من غيره ذكره فى الكافى قال رحمه الله
(وان أقر بدين مؤجل وادعى المقر له أنه حال لزمه حالا) لانه أقر بحق على نفسه وادعى حقا على المقر له
فاقراره حجة فى حقه ولا تقبل دعواه بغير حجة كما اذا أقر بعبد فى يده لرجل وأنه استأجره منه فانه يقبل
اقراره به له ولا تسمع دعواه الاجارة بخلاف ما اذا أقر بالدراهم السود فصدقه المقر له فى الاصل وكذبه فى
الصفة حيث يلزمه السود ولا يقبل قول المقر له فيه لان السود نوع من الدراهم فالقول قول المقر فى النوع
والاجل عارض لا يثبت بنفس العقد بل بالشرط فالقول قول المنكر فى العوارض وبخلاف اقرار
الكفيل بالدين المؤجل حيث يكون القول قوله فى الاجل دون المقر له لان الاجل فى الكفالة نوع حيث
يثبت فيها من غير شرط بأن كفل دينا مؤجلا وقد ذكرنا المسئلة فى الكفالة وخلاف أبى يوسف والشافعى
فيها قال رحمه الله (وحلف المقر له على الاجل) لانه المنكر للاجل قال رحمه الله (على مائة ودرهم فهى
دراهم ومائة وثوب يفسر المائة) يعنى يرجع اليه فى تفسير المائة (وكذا مائة وثوبان بخلاف مائة وثلاثة
أثواب) حيث تكون الاثواب تفسير المائة أيضا والقياس أن يرجع فى تفسير المائة اليه فى قوله مائة
ودرهم كما فى قوله مائة وثوب أو مائة وثوبان وهو قول الشافعى رحمه الله لانه عطف مفسرا على مبهم فى
الفصلين والمعطوف غير المعطوف عليه ولم يوضع للبيان فبقيت المائة على ابهامها كما فى عطف الثوب
عليها وجه الاستحسان أن عطف الموزون والمكيل على عدد مبهم يكون بيانا للمبهم عادة لان الناس استثقلوا
تكرار التفسير عند كثرة الاستعمال وذلك فيما يجرى فيه التعامل وهو ما يثبت فى الذمة وهو المكيل
والموزون واكتفوا بذكره مرة لكثرة أسبابه ودورانه فى الكلام بخلاف الثياب وغيرها مما ليس من
المقدرات لانها لا يكثر التعامل بها لعدم ثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات فلم يستثقلوا ذكرها لقلة
دورانها فى الكلام والاكتفاء بالثانى للكثرة ولم توجد فبقى على القياس بخلاف قوله مائة وثلاثة أثواب
حيث تكون الاثواب تفسير المائة أيضا ويستوى فيه المقدرات وغيرها لانه ذكر عددين مبهمين
وأعقبهما تفسيرا فينصرف اليهما فيكون بيانا لهما وهذا بالاجماع لان عادتهم جرت بذلك ألا ترى أنهم

(قوله أو أعطنى سرجها الخ) ولو قال لا فى جميع ذلك يكون اقرارا أيضا وفى بعض نسخ كتاب الاقرار لا يكون اقرارا بذكر لا أما لو قال لا أعطيك
اليوم أو أبدا فهو اقرار لانه ذكره بالكناية فكأنه قال لا أعطيك سرج بغلك اليوم أو أبدا ولو صرح بهذا كان اقرارا فكذا فى
الكناية اهـ من خط قارئ
الهداية (قوله لزمه حالا)
أما لو صدقه المقر له فى
التأجيل أيضا لكنه ادعى
مضى الاجل وأنكره المقر
كان القول للمقر لانه منكر
حلول الدين واستحقاقه عليه
اهـ شرح تكملة فى البيوع
(قوله حيث تكون الاثواب
تفسيرا الخ) اعلم انه اذا
قال مائة ودينار أو قال مائة
ودرهم أو مائة وقفيز حنطة
أو مائة وفلس أو مائة ومن
زعفران فالقياس أن يلزمه
المعطوف ويرجع فى بيان
المعطوف عليه الى المقر
وبالقياس أخذ الشافعى
ولكن استحسن علماؤنا فى
المكيل والموزون والعددى
المتقارب وجعلوا المعطوف
عليه من جنس المعطوف
كذا ذكر شيخ الاسلام
خواهرزاده فى مبسوطه
وصاحب الاسرار وان قال
له على مائة وثوب أو مائة
وشاة أو مائة وعبد يلزمه
المعطوف والمرجع فى بيان
المعطوف عليه اليه بالاتفاق
ولو قال مائة وثلاثة دراهم
أو قال وثلاث شياه أو وثلاثة
أثواب يكون البيان فى
المعطوف بيانا فى المعطوف
عليه بالاتفاق والحكم
فى قوله مائة وثوبان مثله
فى قوله مائة وثوب وان قال
ثوبان لا رواية فيه كذا فى مختصر الاسرار اهـ اتقانى رحمه الله (قوله لعدم ثبوتها فى الذمة فى جميع المعاملات) أى
فانها لا تثبت فى الذمة الا فى السلم والنكاح وذا لا يكثر فبقى على الحقيقة اهـ

يقولون أحد وعشرون ثوبا وثلاثة وخمسون درهما فينصرف التفسير اليهما لاستوائهما في الحاجة اليه وفي النهاية روى ابن سماعة عن أبي يوسف في قوله مائة وثوب أن الكل من الثياب وكذا في قوله مائة وشاة ووجهه أن الثياب والغنم تقسم قسمة واحدة بخلاف العبيد فانهم لا يقسمون قسمة واحدة وما يقسم قسمة واحدة تتحقق في أعدادها المجانسة فيمكن أن يجعل المفسر منه تفسيرا للمبهم وهذا ليس بظاهر فان عندهما تقسم العبيد كالغنم ولا يقسمون عند أبي حنيفة رحمه الله ولو قال لفلان على نصف درهم ودينار وثوب فعليه نصف كل واحد منها وكذا لو قال نصف هذا العبد ونصف هذه الجارية لان الكلام كله وقع على شئ بغير عينه أو بعينه فينصرف النصف الى الكل كأنه قال على نصف هذا ونصف هذا الخ بخلاف ما اذا كان بعضه معينا وبعضه غير معين بأن قال نصف هذا الدينار ودرهم حيث يجب عليه نصف الدينار ويجب الدرهم كله ولو قال عشرة دراهم ودانق وقيراط فهو من الفضة لان الاكتفاء بالتفسير الاول شائع عندهم قال الله تعالى ولبثوا في كهفهم ثلاثمائة سنين وازدادوا تسعا يعني من السنين قال رحمه الله (لو أقر بتمر في قوصرة لزماه) يعني التمر والقوصرة وفسر في الاصل بقوله غصبت تمرا في قوصرة ووجهه أنه أقر بغصب تمر حال كونه مظروفا ولا يتصور ذلك بدون ظرفه فلزماه بخلاف ما اذا قال غصبت تمرا من قوصرة لان كلمة من للانتزاع فيكون مقرا بالمنزوع وعلى هذا الطعام في الجوالق أو في السفينة قال رحمه الله (وبدابة في اصطبل لزمته الدابة فقط) لان غير المنقول لا يضمن بالغصب عندهما وعلى قياس قول محمد رحمه الله يضمنهما وعلى هذا الطعام في البيت والاصل في جنس هذه المسائل أن الظرف ان أمكن أن يجعل ظرفا حقيقة ينظر فان أمكن نقله لزماه وان لم يمكن نقله لزمه المظروف خاصة عندهما لان الغصب الموجب للضمان لا يتحقق في غير المنقول ولو ادعى أنه لم ينقل المظروف لا يصدق لانه أقر بغصب تام اذ هو مطلق فيحمل على الكمال وعند محمد رحمه الله لزماه جميعا لان غصب غير المنقول متصور عنده وان لم يمكن أن يجعل ظرفا حقيقة لم يلزمه الا الاول كقوله درهم في درهم ولم يلزمه الثاني لانه لا يصلح أن يكون ظرفا له قال رحمه الله (وبخاتم له الحلقة والفص) لان الاسم يشملهما قال رحمه الله (وبسيف له النصل

(قوله ولو قال لفلان على نصف درهم الخ) أي ولو قال له على كر من حنطة وشعير وسمسم كان من كل واحد منهن الثلث لانه فسر الكل الواجب بهذه الاجناس الثلاثة فيقتضي الابهام بالسوية اه اتقاني (قوله في المتن لو أقر بتمر في قوصرة) القوصرة وعاء التمر منسوج من قصب قال صاحب الجمهرة أما القوصرة فاحسبها دخيلا وقد روى أفلح من كانت له قوصرة * يأكل منها كل يوم مره ثم قال ولا أدري صحة هذا البيت اه اتقاني (قوله لزماه) أي لان الاقرار اخبار والاقرار بالغصب اخبار عن نقله اذ الغصب نقل ونقل المظروف لا يتصور حال كونه مظروفا الا بنقل الظرف فصار اقرارا بغصبهما ضرورة كذا في كتب أصحابنا وفيه نوع تأمل اه كاكي (قوله لان كلمة من للانتزاع) أي لابتداء الغاية فيكون اقرارا بأن مبدأ الغصب من قوصرة اه كاكي (قوله فيكون مقرا بالمنزوع) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك كذا وكذا أو كذا مع كذا أو كذا بكذا أو كذا عليه كذا لزماه جميعا لان هذه الالفاظ تقتضي إلصاق أحدهما بالآخر وضمه اليه فيرد عليهما الغصب دفعة واحدة ولو قال كذا من كذا أو كذا على كذا لزمه الاول فقط لانه يقتضي الانفصال والتمييز لا الجمع بينهما في حق ورود الغصب عليهما اه اتقاني

في المبسوط الاصل في جنس هذه المسائل أنه ان كان الثاني ظرفا للاول ووعاء له لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وحنطة في جوالق وتمر في قوصرة وان كان الثاني مما لا يكون وعاء للاول نحو غصبتك درهما في درهم لم يلزمه الثاني لانه غير صالح للظرفية اه كاكي (قوله وعلى هذا الطعام في الجوالق) كما اذا قال غصبت الطعام في الجوالق اه (قوله أو في السفينة) حيث يلزمه الظرف والمظروف اه اتقاني وقال الاتقاني ولو قال غصبتك كذا في كذا والثاني مما يكون وعاء للاول لزماه نحو ثوب في منديل وطعام في سفينة وما أشبه ذلك لانه مظروفه في حال ورود الغصب عليه فيرد على ظرفه ضرورة اه (قوله وعلى هذا الطعام في البيت) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو قال غصبتك مائة كر حنطة في بيت ضمن الطعام والبيت في قول محمد لانه يرى الغصب في البيت وأبو حنيفة وأبو يوسف لا يريانه فيضمن الطعام لا غير ولو قال غصبتك البيت بالطعام ولم أحوله لم يصدق وأخذهما جميعا في قول محمد لانه أقر بالغصب في الحنطة وذلك لا يكون الا بالنقل فاذا قال لم أحول الطعام فقد أنكر بعد ما أقر فلا يصدق اه اتقاني (قوله في المتن وبخاتم له الحلقة والفص) ولا نعلم فيه خلافا وكذا لو أقر بدار أو أرض لرجل يدخل البناء والاشجار اذا كانا فيهما حتى لو أقام المقر بينة بعد ذلك ان البناء والاشجار لي وكذا لو قال الفص لي لم يصدق ولم تقبل بينته كذا نقلته من خط العلامة قارئ الهداية (قوله لان الاسم يشملهما) ولهذا يدخل الفص في بيع الخاتم من غير تسمية فاذا تناولهما الاسم لزماه جميعا بالاقرار اه اتقاني (قوله في المتن وبسيف له النصل الخ) قال في الذخيرة ولو قال هذا الخاتم لي وفصه لك هذا السيف لي وحليته لك هذه الجبة لي وبطانتها لك وقال المقر له الكل لي فالقول للمقر وبعد ذلك ينظران لم يكن في نزع المقر به ضرر يؤمر المقر بالنزع والدفع الى المقر له وان كان في النزع ضرر فواجب على المقر أن يعطيه قيمة ما أقر به اه

(قوله كالديدان في جمع دود) قال في الصحاح الدود جمع دودة وجمع الدود ديدان اه (قوله في المتن وبثوب في منديل) قال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده في مبسوطه ولو أقر أنه غصب ثوبا في منديل كان مقرا بالثوب والمنديل ويرجع في البيان اليه لان كلمة في للظرف يقال جعلت الدرة في الحقة والحنطة في الجوالق وقد أمكن العمل بحقيقته على توافق العادة الجارية فيما بين الناس لانه في غالب العادة يجعل المنديل ظرفا للثوب واذا أمكن العمل بحقيقته وجب اعتباره فاذا وجب اعتباره فهذا أقر بثوب مظروف في منديل ولا يتصور غصب ثوب مظروف في منديل الا بغصب الثوب والمنديل جميعا فانه متى غصب الثوب دون المنديل لا يكون غاصبا الثوب مظروف في المنديل فصار مقرا بغصب ثوب ومنديل الا أنه لم يعين الثوب والمنديل فيرجع في البيان اليه وكذلك لو قال غصبتك عشرة أثواب في عيبة كان مقرا بغصب عشرة أثواب وعيبة فيرجع في البيان اليه لما ذكرنا في غصب الثوب والمنديل اه اتقانى (قوله لانه) أى كلمة في حقيقتها الظرف وقد أمكن العمل بالحقيقة فلا يصار الى المجاز وذلك لانه اه اتقانى (قوله لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة) أى فتترك الحقيقة بدلالة العادة وتحمل كلمة (١٠) في على المجاز ويجعل بمعنى البين والوسط كما في قوله تعالى فادخلي في عبادي فيصير

والجفن والحمائل) لان اسم السيف ينطلق على الكل النصل حديدته والجفن غمده والحمائل جمع الحمالة بكسر الحاء وهي علاقته قال رحمه الله (وبحجلة العيدان والكسوة) لان الاسم يطلق على هذه الجملة عادة وهي المعتبرة في الباب والحجلة بيت مزين بالثياب والاسرة والعيدان جمع عود كالديدان في جمع دود قال رحمه الله (وبثوب في منديل أو في ثوب لزماه) لانه ظرف له وهو ممكن حقيقة فيدخل فيه على ما بينا بخلاف ما اذا قال غصبت إكافا على حمار حيث يلزمه الاكاف خاصة دون الحمار لان الحمار مذكور لبيان محل المغصوب حين أخذه وغصب الشئ من محل لا يكون مقتضيا غصب المحل كذا ذكره في النهاية معزيا الى المبسوط قال رحمه الله (وبثوب في عشرة ثوب) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله عليه أحد عشر ثوبا لان النفيس من الثياب قد يلف في عشرة فأمكن جعله ظرفا كقوله حنطة في جوالق أو يحمل كلامه على التقديم والتأخير فيصير كأنه قال عشرة أثواب في ثوب لابي يوسف رحمه الله وهو قول أبي حنيفة رحمه الله أولا أن العشرة لا تكون ظرفا لثوب واحد عادة والممتنع عادة كالممتنع حقيقة اذ التعويل عليها ولان الثوب اذا لف في ثياب كان كل واحد منها مظروفا في حق ما وراءه فلا يكون ظرفا الا الثوب الذي هو ظاهر فلا يتحقق أن يكون الكل ظرفا للواحد فلغا آخر كلامه وحمله على التقديم والتأخير لا يمكن لان فيه احتيالا لايجاب المال مع الاحتمال لان في قد تكون بمعنى البين قال الله تعالى فادخلي في عبادي أى بين عبادي فلا يجب بالشك وقوله النفيس من الثياب قد يلف في عشرة أثواب منقوض بما اذا قال غصبت منه كرباسا في عشرة أثواب حرير فانه يلزمه الكل عنده مع أنه ممتنع عرفا قال رحمه الله (وبخمسة في خمسة وعنى الضرب خمسة) وقال زفر رحمه الله عليه عشرة وقال الحسن بن زياد عليه خمسة وعشرون لعرف الحساب لانهم يريدون به ارتفاع أحد العددين بقدر العدد الآخر ولزفر أن حرف في تستعمل بمعنى مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أى معهم وهو الفاشي بين الكافة وانما يراد به ارتفاع أحد العددين بقدر الآخر عند الخواص من الناس وهم الحساب وهذا لان حقيقة في أن تكون للظرف ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفا للدراهم فتعين المجاز

كأنه قال غصبت ثوبا من وسط عشرة أثواب فلا يلزمه الا واحد اه اتقانى (قوله فادخلي في عبادي أى بين عبادي) سيأتي في كلام الشارح عند قوله في المتن وبخمسة في خمسة أن في في الآية بمعنى مع اه (قوله منقوض) مثل هذا على عادة الفقهاء لان النقض حقيقة يكون بتخلف الحكم مع وجود العلة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله وقال زفر عليه عشرة) قال الاتقانى قال صاحب الهداية وقال الحسن يلزمه خمسة وعشرون أراد به الحسن بن زياد صاحب أبي حنيفة ومذهب زفر مثل قول الحسن كذا في التقريب اه وقال في المجمع أو بخمسة في خمسة بمعنى مع لزمته عشرة وان أراد الحساب ألزمناه بخمسة لا بخمسة وعشرين اه وهو كما ترى مخالف لما نقله الشارح عن زفر فلعل عن زفر روايتين والله أعلم اه (قوله ولا يتصور أن تكون الدراهم ظرفا للدراهم) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الاقرار بألفاظ مختلفة قال أبو حنيفة اذا قال لفلان علي عشرة دراهم في عشرة دراهم فعليه العشرة الاولى لان كلمة في تستعمل للظرف والعشرة لا تصلح ظرفا للعشرة أخرى فلغا قوله في عشرة وبقي قوله لفلان علي عشرة وكذلك لو قال في عشرة دنانير الا أن يقول عنيت هذه وهذه لان كلمة في تذكر ويراد بها مع قال الله تعالى فادخلي في عبادي أى مع عبادي ولكنها خلاف الظاهر فلا ينصرف اليها الا بالنية ولو قال علي درهم في قفيز حنطة لزمه الدرهم والقفيز باطل لان القفيز وان صلح ظرفا للدراهم لكنه التزم المظروف دون الظرف فلا يلزمه الظرف وبيانه ما قال خواهر زاده أنه أقر بدرهم في الذمة وما في الذمة لا يتصور أن يكون مظروفا في شئ آخر ولو قال له علي قفيز حنطة في درهم لزمه القفيز وبطل الدرهم لان الدرهم لا يصلح ظرفا له وكذا لو قال له علي فرق زيت في عشرة مخاتيم حنطة لزمه الزيت والحنطة باطل لانها لا تصلح ظرفا كذا في شرح الكافي اه اتقانى وكتب ما نصه قال في شرح الكافي لو قال له علي

المجاز المتعارف بين الناس وبين اللفظين اتصال من حيث ان كل واحد منهما للجمع فصحت الاستعارة قلنا لما تعذرت الحقيقة وهي الظرفية لغا ولا يصار الى المجاز لان المجاز متعارض لانها تستعمل بمعنى الواو لاتصال بينهما من حيث ان كل واحد منهما للجمع وبمعنى مع على ما بينا وبمعنى على قال الله تعالى حكاية عن فرعون لأصلبنكم في جذوع النخل أي على جذوع النخل واذا كانت بمعنى على لا تقتضي وجوب الثاني على ما بينا من قبل وليس حملها على البعض أولى من البعض فلغت لما ذكرنا أن الظرفية اذا تعذرت تلغو فصار كما اذا قال علي درهم في درهم اذ لا فرق بينه وبين قوله علي خمسة دراهم في خمسة دراهم لان الموجب للالغاء فيه هو تعذر الظرفية وهما فيه سواء وما ذكر الحسن لا يستقيم في الموزون وانما ذلك في الممسوح على أن الارتفاع الذي ذكره يراد به تكثير الاجزاء لا تكثير الاعداد صحيحة وتكثير الاجزاء لا يوجب تكثير العدد وهو المتعارف عند الحساب قال رحمه الله (وعشرة ان عنى مع) أي يلزمه عشرة ان أراد به معنى مع لان اللفظ وهو حرف في يحتمله مجازا على ما بينا فاذا نوى محتمل كلامه صحت نيته لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (له علي من درهم الى عشرة أو ما بين درهم الى عشرة له تسعة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يلزمه العشرة كلها وقال زفر رحمه الله يلزمه ثمانية وهو القياس لانه جعل الدرهم الاول والآخر حدا والحد لا يدخل في المحدود فلا تدخل الغايتان فصار كما اذا قال لفلان من هذا الحائط الى هذا الحائط أو ما بين هذين الحائطين فان الحائطين لا يدخلان في الاقرار فكذا هذا ولابي يوسف ومحمد رحمهما الله ان الغاية لا بد أن تكون موجودة اذ المعدوم لا يصلح أن يكون حدا للموجود ووجوده بوجوبه فتدخل الغايتان بخلاف ما ذكر من المحسوس لانه موجود فيصلح حدا فلا يدخلان وله أن الغاية لا تدخل في المغيا لان الحد غير المحدود فهذا هو الاصل كما قال زفر لكن هنا لا بد من ادخال الغاية الأولى لان الدرهم الثاني والثالث لا يتحقق بدون الاول اذ لا يعقل ثان بدون الاول فدخلت الغاية الأولى ضرورة ولا ضرورة في ادخال الثانية فأخذنا فيها بالقياس فلا تدخل ولان العدد يقتضي ابتداء فاذا أخرجنا الاول من أن يكون ابتداء صار الثاني هو الابتداء فيخرج هو أيضا من أن يكون ابتداء كالأول وكذا الثالث والرابع الى آخره فيؤدي الى خروج الكل من أن يكون واجبا فكان باطلا ولو قال علي لفلان كر حنطة الى كر شعير فعليه عند أبي حنيفة رحمه الله كر حنطة وكر شعير الا قفيزا لان القفيز الآخر من الشعير هو الغاية الثانية وعندهما يلزمه الكران ولو قال له علي عشرة دراهم الى عشرة دنانير فعند أبي حنيفة رحمه الله يلزمه الدراهم وتسعة دنانير وعندهما يلزمه عشرة دراهم وعشرة دنانير ذكر المسئلتين في النهاية قال رحمه الله (له من داري ما بين هذا الحائط الى هذا الحائط له ما بينهما فقط) لما ذكرنا أن الغاية لا تدخل في المغيا قال رحمه الله (وصح الاقرار بالحمل وللحمل ان بين سببا صالحا

درهم مع درهم أو معه درهم لزمه درهمان لان كلمة مع للجمع فصار كأنه قال له علي درهمان وكذلك لو قال قبله درهم أو بعده درهم لانه اخبار عن حالة الوجوب فقد أقر بوجوب درهم آخر سابقا عليه أو متأخرا عنه فيؤخذ به وان قال درهم فدرهم أو درهم ودرهم لزماه جميعا لانها تقتضي الجمع والمقارنة في الوجوب ولو قال له علي درهم درهم لزمه درهم واحد فرق بين هذا وبين ما اذا قال لامرأته أنت طالق طالق حيث يقع ثنتان لان الاقرار اخبار فيجعل الثاني مؤكدا للاول والطلاق انشاء والتأكيد لا يدخل في الانشاء فكان الثاني غير الاول فاقتضى وقوع طلاق آخر ولو قال له علي درهم بدرهم لزمه درهم لان الباء للبدلية يعني عوضه درهم فقد أخبر أن الوجوب كان بطريق المعاوضة وكذلك لو قال له علي درهم على درهم لانه وصف الاول بالوجوب والثاني بكونه (١١) موضعا له فلا يتصف الثاني بالوجوب فيلزمه درهم واحد ولو قال له علي درهم ثم درهمان لزمه ثلاثة دراهم لانه أقر بوجوب الدرهم سابقا على وجوب الدرهمين فيلزمه ثلاثة دراهم اه اتقاني (قوله وهي الظرفية) أي لان الدراهم لا تصلح أن تكون ظرفا اه (قوله في المتن وعشرة ان عنى مع) أي بلا خلاف وبه قال الشافعي وأحمد ولم يذكر في الكتاب ولا في المبسوط اذا أراد بفي معنى على ما حكمه عندنا ولكن ذكر في الذخيرة يلزمه عشرة وبه قال الشافعي ومالك اه كاكي (قوله لا سيما اذا كان فيه تشديد على نفسه) أي لان ذلك يصدق في القضاء أيضا اه من خط الشارح (قوله فلا تدخل الغايتان) وعلى هذا الخلاف اذا قال أنت طالق من واحدة الى ثلاث فعند أبي حنيفة يقع ثنتان وعندهما يقع الثلاث وعند زفر يقع واحدة اه اتقاني (قوله ولو قال علي لفلان كر حنطة الخ) قال القدوري في التقريب قال أبو حنيفة فيمن قال لفلان علي ما بين كر شعير الى كر حنطة لزمه كر شعير وكر حنطة الا قفيزا ولم يجعل الغاية جميع الكر لان العادة أن الغاية لا تكون أكثر الشيء ولا نصفه والكر عبارة عن جملة من القفزان فوجب أن يصير الانتهاء الى واحد منها ثم قال وحكي عن أبي الحسن أنه قال لو قال له علي من درهم الى دينار لم يلزمه الدينار وهذا يوجب أن الغاية أكثر الشيء اه اتقاني (قوله في المتن وللحمل ان بين سببا صالحا الخ) كما اذا قال لما في بطن فلانة علي من جهة وصية أوصى بها له فلان بعينها أو ميراث ورثها من أبيه أو غيره فاستهلكتها عليه وصار ذلك دينا للجنين علي أو كان لفلان علي ألف درهم وأوصى بها لما في بطن فلانة ومات أو كان لابيه أو قريب له آخر مات وتركها ميراثا له اه اتقاني

(قوله فيجب إعماله ما أمكن) أى لان الاصل فى كلام العاقل أن يصحح مهما أمكن وقد أمكن بالحمل على أنه استهلك مال الجنين فيحمل عليه اهـ اتقانى (قوله واما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز) أى اقراره ولا يلزمه شئ بأن قال لما فى بطن فلانة على ألف درهم بالبيع أو الاجارة أو الاقراض فان الاقرار لم يضف الى محله فان الجنين ليس من أهل أن يستحق دينا بالتجارة على أحد لان الجنين لا يتجر ولا يتجر له واذا لم يكن الجنين أهلا لاستحقاق الدين بالسبب الذى أقر به كان ما أقر به للجنين بسبب التجارة كذبا بيقين والكذب بيقين لا يتعلق به حكم فيكون وجوده بمنزلة عدمه فكان كمن أقر أنه قطع يد فلان عمدا أو خطأ ويد فلان صحيحة لا يلزمه بهذا الاقرار شئ لانه كذب بيقين فكذلك هذا بخلاف ما لو أقر لرضيع أن له عليه ألف درهم بالبيع أو الاجارة لان الرضيع من أهل أن يستحق الدين لهذا السبب بتجارة وليه لانه يتجر له ان كان لا يتجر هو بنفسه بخلاف الجنين اهـ اتقانى رحمه الله (قوله أو ورثة أبيه) أى فيما اذا قال مات أبوه فورثه اهـ (قوله وان أبهم ولم يبين السبب) أى لان له وجها صحيحا بأن أوصى رجل بالحمل لآخر ومات فأقر وارثه بأن هذا الحمل لفلان ولا وجه لتصحيحه غيره فتعين طريق التصحيح فيصح اهـ (قوله فى المتن لزمه المال وبطل الشرط) قال الاتقانى وتحقيقه أن الاقرار لا يحتمل الفسخ والمقصود من الاقرار هو الفسخ فلما لم يحتمل الاقرار الفسخ لم يجز شرط الخيار ولزمه المال لان المقصود من فسخ الاقرار فسخ المقر به والمقر به لا ينفسخ بفسخ الاقرار لان المقر به وجوب ألف درهم ووجوبه ما كان بالاقرار حتى ينفسخ بفسخ الاقرار لان الاقرار اخبار عما كان وليس بايجاب مبتدأ واذا لم ينفسخ المقصود من فسخ الاقرار بفسخه لم يكن الاقرار محتملا للفسخ كما فى باب الطلاق والعتاق لما لم يمكن فسخ اذا ماهو المقصود من الاعتاق والطلاق وهو ما سقط بهما لم يكونا محتملين للفسخ فكذلك هذا وأورد شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه فى هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل الاقرار مما يحتمل الفسخ بعد وقوعه فانه ينفسخ برد المقر له فالجواب عنه أن الرد من المقر له ليس بفسخ للاقرار لان الفسخ رفع الشئ بعد ثبوته وتكذيب المقر له المقر فى اقراره ليس برفع الاقرار بعد ثبوته فى حقه بل بيان أنه غير ثابت فى حقه أصلا لان اقراره يحتمل الصدق والكذب فاذا كذبه المقر له ثبت الكذب فى حقه لانه اقرار على نفسه واذا صح التكذيب فى حقه ظهر أن الاقرار لم يكن ثابتا من الاصل لا أنه انفسخ فى حقه بعد وقوعه اهـ

والا فلا) وقوله ان بين سببا يتعلق بالاقرار للحمل لان الاقرار للحمل هو الذى يشترط فيه بيان السبب الصالح لانه ان بين فيه سببا صالحا بأن قال مات أبوه فورثه أو أوصى له به فلان يجوز والا فلا وهذا عند أبى يوسف وعند محمد رحمه الله تجوز الوصية له وان لم يبين السبب وأما الاقرار بالحمل فجائز بالاجماع وان لم يبين السبب لمحمد رحمه الله فى الخلافية أن الاقرار حجة موجبة فيجب اعماله ما أمكن وقد أمكن حمله على السبب الصالح لانه يمكن أنه ورثه أو أوصى له به فلا يصار الى الابطال مع الامكان فصار كاقرار العبد المأذون له أو الصبى المأذون له فى التجارة فانه يجوز لامكان الجواز وان احتمل الفساد بأن أقر بمال ليس من التجارة ولهذا جاز اقراره بالحمل مع احتمال الفساد ولابى يوسف رحمه الله أن لجوازه طريقين الارث والوصية وليس أحدهما بأولى من الآخر فيبطل كمن اشترى عبدا بألف ثم باعه وعبدا آخر معه من البائع بألف وخمسمائة فانه يبطل فى العبد المشترى وان أمكن جوازه بأن يجعل الالف أو أكثر حصة المشترى والباقى حصة الآخر بخلاف اقرار المأذون له فى التجارة لان لصحته جهة واحدة وهى التجارة وبخلاف الاقرار بالحمل لان لصحته جهة واحدة وهى الوصية على ما قالوا لان الحمل وحده لا يملك الا بالوصية فتعينت سببا ولان مطلق الاقرار ينصرف الى الاقرار بسبب التجارة ولهذا يجوز اقرار العبد المأذون له وينفذ اقرار أحد المتفاوضين على شريكه ولولا ذلك لما جاز ولا نفذ فصار كما اذا صرح به ولا يتصور البيع مع الجنين ولا يلى عليه أحد فيبطل وحاصله أن للمسئلة ثلاث صور إما أن يبهم الاقرار فهو على الخلاف وإما أن يبين سببا صالحا فيجوز بالاجماع وإما أن يبين سببا غير صالح فلا يجوز بالاجماع ولا يقال ظاهر اقراره يقتضى الوجوب فكيف يقدر على ابطاله ببيان سبب غير صالح والابطال رجوع عن الاقرار وهو لا يملك الرجوع لانا نقول ليس برجوع وانما هو بيان سبب محتمل لانه يحتمل ان أحدا من أوليائه باعه عنه فيحسب أن ذلك صحيح فيقر به ويضيفه الى الجنين أيضا مجازا كما يقال بنى فلان دارا وان كان البانى غيره وهم الاجراء ثم اذا صح الاقرار للحمل انما يصح اذا جاءت به فى مدة يعلم أنه كان موجودا وقت الاقرار أو يحتمل وذلك بأن تضعه لاقل من ستة أشهر اذا كانت ذات زوج أو لاقل من سنتين من وقت الفراق اذا كانت معتدة ثم ان ولدته حيا كان له ما أقر به وان ولدته ميتا يرد الى ورثة الموصى أو ورثة أبيه وان ولدت ولدين فان كانا ذكرين أو انثيين فهو بينهما نصفان وان كان أحدهما ذكرا والآخر أنثى فكذلك فى الوصية وفى الارث للذكر مثل حظ الانثيين وقد ذكرنا أن الاقرار بالحمل جائز بالاجماع وان أبهم ولم يبين السبب وذكرنا الفرق لابى يوسف رحمه الله بينه وبين الاقرار له ثم ان كان المقر به حمل جارية فانما يستحقه المقر له اذا علم وجوده وقت الاقرار أو احتمل ذلك على الوجه الذى بينا وان كان حمل بهائم يقدر بأدنى مدة يتصور ذلك عند أهل الخبرة على ما جرت به عادتهم قال رحمه الله (وان أقر بشرط الخيار لزمه المال وبطل الشرط) معناه أنه

(قوله والاخبار لا يقبل الخيار) أي سواء صدقه صاحبه أو كذبه اهـ اتقاني نقلا عن شرح الكافي للاسبيجابي اهـ (قوله لان الخيار ليتغير) أي شرع لان يتغير الخ (قوله جاز ان صدقه المقر له) أي والخيار له الى آخر المدة اهـ اتقاني (قوله لان الكفالة (١) تلائم اشتراط الخيار) لانها تحتمل من الجهالة والخطر ما لا يحتمله عقد البيع فاذا جاز اشتراطه في البيع ففي الكفالة أولى ثم قدر الخيار في البيع بثلاثة أيام عند أبي حنيفة ولم يقدر الخيار في الكفالة بمدة لان اطلاق الخيار ينافي حكم البيع لان حكمه الملك المطلق وحكم الخيار منع السبب من العمل وبينهما منافاة وحكم الكفالة ههنا لزوم الدين وانه يصح مطلقا ومقيدا فلا يكون اشتراط الخيار منافيا وان كذبه المقر له في الخيار لزمه المال ولم يصدق على شرط الخيار لانه يدعي عليه التأخير وهو ينكر اهـ اتقاني

(١٣)

اذا قال علي لفلان ألف درهم قرض أو غصب أو وديعة أو عارية قائمة أو مستهلكة على انه بالخيار ثلاثة أيام وأغاله لزمه لان الاقرار حجة ملزمة على ما بينا من قبل وهو اخبار عن الكائن وليس بانشاء والاخبار لا يقبل الخيار لان الخيار ليتغير به صفة العقد ويتخير من له الخيار بين فسخه وامضائه والخبر لا يتصور فيه ذلك لانه ان كان صادقا فهو صدق اختار أو لم يختر وان كان كاذبا لم يتغير باختياره ولا بعدم اختياره فتعين الالغاء ولان الخيار في معنى التعليق بالشرط والخبر لا يحتمل التعليق بالشرط لعدم حكمه وهو الاعدام وأما اذا قال علي ألف درهم من ثمن مبيع بعته على أني بالخيار صح ويثبت الخيار اذا صدقه المقر له أو أقام على ذلك بينة لان المقر به عقد يقبل الخيار فيصح اذا ثبت بحجة وان كذبه المقر له لم يثبت الخيار وكان القول قول المقر له لانه من العوارض كالاجل والقول في العوارض قول المنكر وان أقر بالدين بسبب كفالة على أنه بالخيار في مدة معلومة طويلة أو قصيرة جاز ان صدقه المقر له لان الكفالة عقد يصح فيه خيار الشرط بخلاف الصور المتقدمة لانها أفعال لا تقبل الخيار فكذا الاقرار بها والله أعلم بالصواب

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

الاستثناء تكلم بالباقي بعد الثنيا عندنا واخراج بعد الدخول عند الشافعي رحمه الله بطريق المعارضة وهذا مشكل فان الاستثناء جائز في الطلاق والعتاق ولو كان اخراجا لما صح لانهما لا يحتملان الرجوع والرفع بعد الوقوع وتظهر ثمرة الخلاف فيما اذا قال لفلان علي ألف درهم الا مائة أو خمسين فعندنا يلزمه تسعمائة لانه لما كان تكلما بالباقي وكان مانعا من الدخول شككنا في المتكلم به والاصل فراغ الذمم فلا يلزمه الزائد بالشك وصار نظير ما لو قال علي تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فانه يلزمه الاقل وعنده لما دخل الالف كله صار الشك في المخرج فيخرج الاقل وهو خمسون والباقي على حاله قال رحمه الله (صح استثناء بعض ما أقر به متصلا ولزمه الباقي) لما ذكرنا انه تكلم بالباقي بعد الثنيا وصار اسما له فيلزمه كأنه تكلم بالباقي ابتداء ثم اطلاق لفظة البعض في الكتاب من غير تقدير بشيء دليل على أن الاكثر جائز وهو المذهب وقال الفراء رحمه الله لا يجوز لان العرب لم تتكلم به قلنا تكلمت به العرب وهو موجود في القرآن قال الله تعالى لأغوينهم أجمعين الا عبادك منهم المخلصين ثم قال ان عبادي ليس لك عليهم سلطان الا من اتبعك من الغاوين فاستثنى المخلصين تارة والغاوين أخرى فأيهما كان أكثر لزمه وقال الشاعر

أدوا التي نقصت تسعين من مائة * ثم ابعثوا حكما بالعدل حكاما

﴿باب الاستثناء وما في معناه﴾

لما ذكر حكم الاقرار بلا تغيير شرع في موجبه مع المغير وهو الاستثناء لان الاصل عدم التغيير اهـ اتقاني (قوله فانه يلزمه الاقل) قال الكاكي رحمه الله في معراج الدراية لو قال علي ألف الا مائة أو خمسين قال أبو سليمان عليه تسعمائة وخمسون لانه ذكر كلمة الشك في الاستثناء فيثبت أقلهما كما لو ذكر كلمة الشك في الاقرار بين الشيئين فانه يثبت أقلهما فكذا هذا وفي رواية أبي حفص يلزمه تسعمائة لان الشك في الاستثناء يوجب الشك في الاقرار فكأنه قال علي تسعمائة أو تسعمائة وخمسون فيثبت الاقل قالوا والاول أصح لان الشك حصل في الاستثناء ظاهرا اهـ (قوله وصار اسما له الخ) قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه واذا أقر الرجل بألف درهم واستثنى فقال الا مائة درهم فان الاستثناء جائز وعليه تسعمائة أما جواز الاستثناء فانه استثنى بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا واستثناء بعض ما دخل تحت اللفظ مقصودا جائز اذا كان المستثنى أقل من المستثنى منه عندهم جميعا فاذا صح الاستثناء صار مفرغا عما وراء المستثنى وذلك تسعمائة كأنه قال لفلان علي تسعمائة فأما اذا قال لفلان علي ألف الا تسعمائة وخمسين درهما فان الاستثناء يصح ويكون عليه خمسون درهما وهذا عندنا وعند مالك والفراء وهو قول أبي يوسف على ما روي عنه في غير رواية الاصول لا يصح الاستثناء ويلزمه الالف لان المستثنى أكثر من المستثنى منه كذا ذكر خواهر زاده ووجهه أن من عادة العرب أنهم يقصدون بالاستثناء اخراج الاقل دون الاكثر ونحن نقول اذا عرف عمل الاستثناء لم يفترق الحال بين أن يخرج الاقل أو الاكثر اهـ اتقاني (قوله لزمه) أي لزم الفراء اهـ

(١) قول المحشي لان الكفالة تلائم الخ هكذا في أصل الحاشية وهو مخالف لعبارة الشارح كما ترى اهـ مصححه

استثنى تسعين من مائة وان لم يكن باداته لانه فى معناه وقال صاحب النهاية ولا فرق بين استثناء الاقل والاكثر وان لم تتكلم به العرب ولا يمنع صحته اذا كان موافقا لطريقهم كاستثناء الكسور لم تتكلم به العرب وهو صحيح ثم لا فرق بين أن يكون الاستثناء مما لا يقسم أو مما يقسم حتى اذا قال هذا العبد لفلان الا ثلثه أو قال الا ثلثيه صح قال رحمه الله (لا استثناء الكل) أى لا يصح استثناء الكل لان الاستثناء تكلم بالحاصل بعده ولم يبق شئ ليصير متكلما به فيكون رجوعا فلا يصح وهذا اذا كان الاستثناء بلفظ المستثنى منه مثل أن يقول على عشرة الا عشرة أو يقول هؤلاء أحرار الا هؤلاء وأما اذا كان بخلاف لفظه يجوز وان أتى على الكل وذلك مثل أن يقول عبيدى أحرار الا هؤلاء أو يقول نسائى طوالق الا هؤلاء أو يقول عبيدى احرار الا مبارك اوسالما وبزيعا أو يقول نسائى طوالق الا زينب وعمرة وفاطمة وليس له عبيد ولا نساء غير المستثنى صح الاستثناء فلا يعتق أحد منهم ولا تطلق واحدة منهن لانه اذا اختلف اللفظ يتوهم بقاء شئ من المستثنى منه اذ اللفظ صالح له وذلك يكفى لصحة الاستثناء ولا يشترط حقيقة البقاء لان الاستثناء يتبع صحة الكلام لفظا لا تحقق ما دخل تحته ألا ترى أنه لو قال لامرأته أنت طالق ألفا الا تسعمائة وتسعة وتسعين يصح حتى لا يقع عليها الا واحدة ولو كان يتبع صحة الحكم لوقع الثلاث كما اذا قال أنت طالق ثلاثا الا ألفا وعلى هذا لو قال أوصيت بثلث مالى الا ثلث مالى لا يصح الاستثناء ويأخذ الموصى له ثلث ماله ولو قال أوصيت له بثلث مالى الا ألفا وثلث ماله ألف لا غير صح الاستثناء ولا يستحق الموصى له شيأ لما ذكرنا أنه يتبع صحة اللفظ لانه تصرف لفظى فينبنى على صحة اللفظ لا على صحة الحكم بخلاف ما اذا وقع الاستثناء بعين ذلك اللفظ لانه لا يصلح لاخراج بعض ما تناوله اللفظ ولا للتكلم بالحاصل بعد الثنيا فلم يصح اللفظ ولا الاستثناء قال رحمه الله (وصح استثناء الكيلى والوزنى من الدراهم لا غيرهما) حتى اذا قال على ألف درهم الا قفيز حنطة أو الا دينارا صح

(قوله لا يصح استثناء الكل) أى كما اذا قال لفلان على ألف درهم الا ألفا قال الاتقانى وكذا اذا استثنى أكثر من الالف لانه لما لم يجز استثناء الالف من الالف فلأن لا يجوز استثناء الالف وزيادة أولى اه (قوله فلا يصح) أى وحينئذ فيلزمه ما أقر به اه ﴿فرع﴾ قال الامام محمد بن أحمد المعروف بالاسبيجابى فى شرح الطحاوى لو قال له على عشرة دراهم الا سبعة دراهم الا خمسة دراهم الا ثلاثة دراهم الا درهما فانه ينظر الى المستثنى الاخير وهو درهم فيستثنيه من الذى يليه وهو ثلاثة فيبقى درهمان فيستثنيهما من الذى يليهما وهو خمسة فيبقى ثلاثة ثم يستثنى الباقى وهو ثلاثة من الذى يليه وهو سبعة فيبقى منها أربعة ثم يستثنى الباقى وهو أربعة دراهم من الذى يليه وهو عشرة دراهم فيبقى ستة فيلزمه ذلك وكذلك اذا دخل الاستثناء على الاستثناء على هذا القياس وقال شيخ الاسلام علاء الدين على بن محمد الاسبيجابى فى شرح الكافى لو قال لفلان على ألف درهم ولفلان على مائة درهم الا قيراطا كان الاستثناء من الاخير لان الاصل فى الاستثناء أن ينصرف الى الذى يليه ولو قال لفلان على ألف درهم ولفلان مائة دينار الا درهما من الالف كان كما قال لانه نص على المحل المستثنى منه فينصرف الاستثناء اليه ولو لم يبين أنه من الالف جعلته من الدنانير لان الاصل أن ينصرف الاستثناء الى ما يليه والذى يليه الدنانير ولو أقر لرجل واحد فقال له على ألف درهم ومائة دينار الا درهما جعلت الاستثناء من الدراهم لان الاصل أن يصرف الاستثناء الى ما هو جنس له من كل وجه الا عند التعذر ولا تعذر ههنا لان المستحق واحد وكذلك لو قال له على كر حنطة ودرهم الا قفيز حنطة فان كان الانسان واحدا جعلت الاستثناء من نوعه استحسانا لان الصرف اليه أولى لانه جنس له من كل وجه كذا فى شرح الكافى وقال فيه أيضا لو قال لفلان على ألف درهم أستغفر الله الا مائة درهم فالاستثناء باطل لان قوله أستغفر الله ليس من نسق الكلام لان الاستغفار لا يلائم الاخبار والاقرار فصار فاصلا وروى عن أبى حنيفة أنه لا يصير فاصلا لانه يستعمل فى العرف لاستدراك الغلط فصار كأنه قال غلطت الا مائة درهم فلا يعد فاصلا فلو قال لفلان على ألف درهم سبحان الله الا خمسين درهما لم يكن استثناء لان التسبيح لا يذكر وكذا لاستدراك الغلط فى مجرى العادة فكان نسقا آخر فعد فاصلا ولو قال لفلان على ألف درهم يا فلان الا عشرة دراهم كان الاستثناء جائزا لانه أخرجه مخرج الاخبار لشخص خاص وهذا صيغته فلا يعد فاصلا ولو قال لفلان على مائة درهم فاشهدوا على بها الا عشرة دراهم كان الاستثناء باطلا لان قوله فاشهدوا على بها حشو لا يحتاج الاقرار اليه فعد فاصلا بخلاف قوله يا فلان لانه لم يقع حشوا اه اتقانى (قوله فى المتن وصح استثناء الكيلى) قال الكاكى رحمه الله وفى الذخيرة واذا صح الاستثناء يطرح قدر قيمة المستثنى عن المقر وان كانت قيمة المستثنى تستغرق ما أقر به لا يلزمه شئ ثم ما ذكر أن جهالة المستثنى تلزم جهالة المقر به مخالف لما ذكره فى الذخيرة محالا الى المنتقى فقال قال أبو حنيفة لو قال لفلان على مائة درهم الا قليلا فعليه أحد وخمسون درهما وكذا فى نظائرها نحو قوله الا شيأ لان استثناء الشئ استثناء الاقل عرفا فأوجبنا النصف وزيادة درهم فقد استثنى الاقل وعن أبى يوسف لو قال على عشرة الا بعضها فعليه أكثر من النصف اه (قوله فى المتن والوزنى من الدراهم) يعنى أو من الدنانير كما نبه عليه الشارح بعد قوله قريبا من هذا المتن أو الا دينارا صح بقوله وكذا الخ اه وكتب ما نصه اعلم أنه اذا استثنى من خلاف الجنس ففيه خلاف فان كان استثناء المقدر من المقدر كما فى الصورة المذكورة يصح الاستثناء

عندأبي حنيفة وأبي يوسف استحسانا و يطرح قدر قيمة المستثنى مما أقر به والقياس أن لا يصح الاستثناء وهو قول محمد وزفر وان كان استثناء غير المقدر من المقدر لا يصح الاستثناء عندنا كما اذا قال لفلان على مائة درهم الا ثوبا قياسا واستحسانا خلافا للشافعي لان الاستثناء كلام آخر يعارض الصدر بحكمه وليس من شرطه المجانسة ألا ترى الى قوله وبلدة ليس بها أنيس * إلا اليعافير وإلا العيس
قد استثنى من خلاف الجنس ولنا أن الاستثناء اخراج وتكلم بالباقي بعد الثنيا وعليه أهل اللغة فلا بد من المجانسة لان معنى الاستثناء لا يتحقق الا بان يكون المستثنى داخلا تحت صدر الكلام لولم يكن الا والدخول تحت صدر الكلام لا يكون اذا لم توجد المجانسة فيكون الاستثناء لبيان أن المستثنى لم يدخل في الصدر وجه ما قال محمد وزفر أن استثناء جنس من خلاف جنس لا يصح قياسا على ما لو استثنى من المقدر ثوبا أو حيوانا فان الحجة على أبي حنيفة وأبي يوسف وقياسا على ما لو استثنى كما في الحجة على الشافعي وهذا لان الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام وهذا المعنى لا يتحقق في خلاف الجنس فلا يطرح قيمة قدر المستثنى ووجه قول أبي حنيفة وأبي يوسف أن الاستثناء إخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام ولا يمكن اخراج المستثنى من صدر الكلام في حق التكلم لان ذلك لا يمكن لان الحقائق لا مرد لها ويمكن اخراجه في حق الحكم وهو الوجوب لان المقدرات كلها جنس واحد في حق الوجوب بالعقد ولهذا يصح ايجابها في الذمة كالدراهم فيصح استثناؤها فيصير تقدير الكلام له على ألف الا قدر قيمة المستثنى فيصير صدر الكلام عدما في قدره في حق الوجوب بخلاف ما اذا استثنى غير المقدر حيث لا يصح لان ماليته غير معلومة لكونه متفاوتا في نفسه فيكون استثناء المجهول من المعلوم فيفسد ولان الثوب لا يجانس الدراهم لا صورة ولا وجوبا في الذمة فان الثوب لا يجب في الذمة الا سلما أو ما هو في معنى السلم كالبيع بثياب موصوفة والدراهم تجب مطلقا وهذا معنى قوله لا يجب بمطلق عقد المعاوضة فلم يجز أن يضم الى اقراره ما لم يتضمنه اقراره اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ قال في شرح الكافي أيضا ولو قال لفلان ألف درهم ان شاء فلان فقال فلان قد شئت فهذا الاقرار باطل لانه علق وما نجز واللزوم حكم التنجيز لا حكم التعليق وكذلك كل اقرار علق بخطر أو شرط نحو قوله ان دخلت الدار أو ان مطرت السماء أو ان هبت الريح أو ان قضى الله أو ان أراده أو ان رضيه أو ان أحبه أو ان أصبت مالا أو ان كان كذلك أو ان كان ذلك حقا لانه تعليق الاقرار بالشرط فلا يكون اقرارا في الحال ولا يمكن جعله اقرارا عند وجود الشرط لانه ليس بموجود في تلك الحالة بخلاف تعليق الطلاق والعتاق لانا أبقيناه من حيث انه يمين وله حكم في الحال وهو الحل أو المنع ثم اذا جاء الشرط انحل التركيب فوقع الطلاق وههنا الحكم بخلافه اهـ اتقاني (قوله كان الاقرار باطلا وان شاء فلان)

وكذا لو قال على مائة دينار الا قفيز شعير أو الا عشرة دراهم صح وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يصح ولو قال على مائة درهم الا ثوبا لا يصح باتفاق أصحابنا وقال الشافعي رحمه الله يصح فيهما يعني في المثلي وغيره لان حكم الاستثناء امتناع ثبوت الحكم في المستثنى لقيام الدليل المعارض عنده بمنزلة دليل الخصوص من العموم فاذا قال على عشرة الا خمسة يصير كأنه قال الا خمسة فانها ليست على فاذا كان بطريق المعارضة يجب العمل بالدليل المعارض بقدر الامكان فاذا كان المعارض من جنسه يجب اخراج قدره وان كان من خلاف جنسه يجب اخراج قيمته عملا بالدليل المعارض بقدر الامكان ولمحمد وزفر أن الاستثناء اخراج بعض ما تناوله صدر الكلام على معنى أنه لولا الاستثناء لكان داخلا تحت اللفظ وهذا لا يتصور في خلاف الجنس لعدم دخوله تحت اللفظ ولابي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أن القياس ما قاله محمد وزفر رحمهما الله لما بينا الا أنهما استحسنا في المقدرات وهي المكيل والموزون لانها جنس واحد في المعنى من حيث انها تثبت في الذمة حالا ومؤجلا ويجوز استقراضها وان اختلفت صورتها فاذا كانت في المعنى جنسا واحدا جاز استثناؤها باعتبار المعنى لان الاستثناء استخراج بطريق المعنى على أن يصير الكلام به عبارة عما وراء المستثنى وما ذكره الشافعي لا معنى له لان المعارضة لا تثبت عند اختلاف المحل لان انتفاء أحدهما لا ينافي ثبوت الآخر فلا يتعارضان ولان العبد لا يقدر أن ينفي ما عليه من الواجب بطريق المعارضة فانه اذا أقر به لزمه ولا يتصور أن ينفي بعد ذلك بانكاره ولو كان بطريق المعارضة كما ذكره لاستوى فيه البعض والكل كالنسخ وكذا كان يستوي فيه الاتصال والانفصال لان المعارض لا يشترط أن يكون مقارنا وانما ذلك في الغير ولان الاقرار خبر ولو كان بطريق المعارضة لكان أحدهما كذبا وذلك لا يجوز لانه موجود في القرآن قال الله تعالى فلبث فيهم ألف سنة الا خمسين عاما ولو كان هذا اخبارا عن لبثه فيهم ألف سنة ثم أخبر أنه لم يلبث فيهم خمسين عاما منها لكان كذبا تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا وانما هو اسم للباقي بعد الثنيا كأنه قال فلبث فيهم تسعمائة وخمسين عاما لانك اذا قلت على عشرة الا خمسة فذلك اسم للخمسة كأنك قلت على خمسة لا أنك أقررت بعشرة ثم أسقطت الخمسة بعد ذلك بكلام معارض والمعدود الذي لا تتفاوت آحاده كالفلوس مثل المكيل والموزون حتى يجوز استثناؤه من الدراهم والدنانير قال رحمه الله (ولو وصل اقراره بان شاء الله بطل اقراره) لانه ابطال أو تعليق على ما بينا في الطلاق فان كان الاول فقد بطل وهو ظاهر وان كان الثاني فكذلك لان الاقرار لا يحتمل التعليق بالشرط حتى اذا قال لفلان على ألف درهم ان شاء فلان كان الاقرار باطلا وان شاء فلان لانه

أى لان مشيئة فلان لا توجب الملك اهـ اختيار (قوله أو الى الاضحى) فهذا كله اقرار وهو حال عليه ان لم يقر الطالب بالاجل لانه ذكر الوقت وانه يذكر لتأخير المطالبة فكان مقرا بدين مؤجل فيلزمه اهـ اتقانى (قوله وشرط فى المختصر أن يكون موصولا) قال فى الهداية ومن أقر بحق وقال ان شاء الله متصلا باقراره لم يلزمه الاقرار قال الاتقانى وذلك لان المشيئة تمنع من لزوم ما يلزم عند عدمها قال تعالى ستجدنى ان شاء الله صابرا ولا أعصى لك أمرا بيانه أنه لو لم يقل ان شاء الله ولم يصبر كان خلفا فى الوعد فلما قال ان شاء الله ولم يصبر لم يصر مخلفا للوعد فعلم بذلك أن المشيئة اذا علق بها تمنع ثبوت الحكم وهذا الذى ذكرناه استحسان والقياس أن لا يصح الاستثناء ويلزمه المال ذكر الاستحسان والقياس خواهرزاده (١٦) فى مبسوطه ووجه القياس أن فائدة التعليق تأخير الحكم الى أن يوجد الشرط وتأخير ما كان متحققا فى الماضى لا يصح لان الاقرار اخبار عما كان فى ذمته فى الماضى وليس بايجاب مبتدا فى الحال ووجه الاستحسان أنه تعليق أمر ثابت فى الحال بشرط غير متحقق لا يعرف وجوده كما فى الطلاق والعتاق اذا علقا بمشيئة الله تعالى اهـ (قوله هل هذا الاستثناء الخ) أى الاستثناء بمشيئة الله تعالى اهـ (قوله فى المتن ولو استثنى البناء من الدار الخ) قال الاتقانى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا كانت الدار فى يدى رجل فأقر أنها لفلان الا بيتا منها معلوما فانه لى فهو على ما قال وكذلك لو قال الا ثلثها أو الا تسعة أعشارها لى فانه يصدق لانه بالاستثناء تبين أنه انما أقر بما سوى المستثنى لانه تكلم بالباقى ولو قال الدار لفلان وهذا البيت لى كانت الدار كلها لفلان وكذا لو قال الدار لفلان ولكن هذا البيت لى وكذلك لو قال هذه الدار لفلان وبناؤها لى أو قال هذه الارض لفلان ونخلها لى أو قال النخل باصوله لفلان وثمرته لى لانه فهما أقر به كله لفلان ثم ادعى شيأ منه بعد ذلك فلا يصدق الا بحجة ولو قال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لى لم يصدق أيضا على البناء والبناء تابع وليس هذا باستثناء لان الاستثناء اخراج بعض ما دخل تحت صدر الكلام والبناء لم يدخل تحت صدر الكلام وانما دخل بطريق التبعية والاتباع لا يتناولها الاستثناء كما لو قال هذه الجارية لفلان الا بياضها أو جمالها فانه لى أليس أنه لا يصدق كذا هنا وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير أصوله فانه لى أو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها فانها لى أو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانها لى لم يصح الاستثناء لانه استثناء للتوابع وانها لم تدخل تحت صدر الكلام كذا فى شرح الكافى وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهرزاده فى باب

علقه بشرط فى وجوده خطر والاقرار لا يحتمله لان التعليق يمين والاقرار لا يحلف به ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا يليق به أصلا وانما التعليق فيما هو ايجاب ليتبين بالتعليق أنه ليس بايقاع ما لم يوجد الشرط وكذلك كل اقرار علق بالشرط نحو قوله ان دخلت الدار أو أمطرت السماء أو هبت الريح أو ان قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو أحبه أو قدره أو يسره أو ان بشرت بذلك فهذا كله وما شاكله مبطل للاقرار اذا كان موصولا للمعنى الذى ذكرنا ولو قال اشهدوا أن له على ألف درهم ان مت فهو عليه ان مات أو عاش فان هذا ليس بتعليق فان موته كائن لا محالة ومراده أن يشهدهم على المال المقر به حتى لا تبقى ذمته مرتهنة ليشهدوا بعد موته اذا جحدت الورثة فيكون راجعا الى تأكيد الاقرار فيلزمه المال عاش أو مات وكذا لو قال على ألف اذا جاء رأس الشهر أو اذا أفطر الناس أو الى الفطر أو الى الاضحى لان هذا ليس بتعليق وانما هو دعوى الاجل الى الوقت المذكور فيكون اقراره مقبولا ودعواه الاجل لا يقبل الا بحجة هكذا ذكره فى النهاية وذكر فى المحيط فى باب تعليق الاقرار بالشرط هذه المسئلة فقال أصله أن تعليق الاقرار بالشرط باطل والمال لازم لان الاقرار اخبار عن كائن سابق والكائن لا يعلق بالشرط وانما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائنا عند وجود الشرط ولانه اخبار متردد بين الصدق والكذب فان كان صدقا لا يصير كذبا بفوات الشرط وان كان كذبا لا يصير صدقا بوجود الشرط فلا فائدة فى تعليقه بالشرط فلغا تعليق الاقرار بالشرط الا اذا كان الشرط سببا كحلول الاجل والموت ومجىء الغد فيصح تعليقه بذلك الشرط لانه يراد به الاخبار عن محل الاجل هكذا ذكره فى مسائل المبسوط وذكر فى النهاية فى أوائل هذه المسئلة معزيا الى المبسوط فقال لو قال غصبت منك هذا العبد أمس ان شاء الله تعالى لم يلزمه شىء استحسانا والقياس أن استثناءه باطل لان ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط وذلك انما يصح فى الانشاآت دون الاخبارات ولكنه استحسن فقال الاستثناء مخرج الكلام من أن يكون عزيمة لا أن يكون فى معنى الشرط ألا ترى أن موسى عليه الصلاة والسلام لم يعاتب على ترك الصبر ولم يخرج لعوتب لان الوعد من الانبياء عليهم الصلاة والسلام كالعهد من غيرهم والاقرار لا يكون الا بكلام هو عزيمة وهذا يشير الى ما قال فى المحيط وشرط فى المختصر أن يكون موصولا لانه لو كان مفصولا لا يؤثر خلافا لابن عباس هو استدل بما روى عنه عليه الصلاة والسلام أنه قال والله لأغزون قريشا ثم قال بعد سنة ان شاء الله قلنا هو مغير والمغير لا يصح الا متصلا كالشرط واستثناء النبى عليه الصلاة والسلام كان لامتثال أمر الله تعالى بقدر الامكان لا لمنع الانعقاد وقد ذكرنا فى كتاب الطلاق هل هذا الاستثناء تعليق بشرط لا يعلم وجوده أو ابطال وذكرنا الخلاف فيه بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فلا نعيده قال رحمه الله (ولو استثنى البناء من الدار

الاقرار في الدار من حيث البناء ولو أقر فقال هذه الدار لفلان الا بناءها فانه لي فانه لا يصح هذا الاستثناء وتكون الارض مع البناء للمقر فرق بين هذا وبين ما اذا أقر فقال هذه الدار لفلان الا هذا البيت كان الاستثناء صحيحا وكان ما عدا البيت للمقر له ووجه الفرق بينهما هو أن البناء انما دخل تحت الاقرار تبعا من حيث انه مركب لا مقصودا كما دخل البناء تحت بيع الدار تبعا لا مقصودا حتى اذا احترق البناء قبل القبض لا يسقط شيء من الثمن ولكن يتخير المشتري فدل أن البناء انما دخل تحت الاقرار بالدار تبعا لا مقصودا ولا يجوز استثناء ما دخل تحت الاقرار تبعا كما لو أقر بالعبد واستثنى يده أو رجله أو صفة من أوصافه لم يصح لانه دخل تحت الاقرار تبعا فلم يصح استثناؤه وهذا لأن الاستثناء استخراج للمستثنى مقصودا من اللفظ فلا يجوز اضافته الى ما دخل تحت الاقرار تبعا كالاقالة لا يجوز اضافتها الى ما دخل تحت البيع تبعا لانه فسخ للبيع مقصودا واذا لم يصح الاستثناء صار كأنه لم يستثن ولو لم يستثن البناء كان البناء والارض للمقر فكذلك هذا بخلاف البيت فانه دخل تحت الاقرار مقصودا كما في البيع يدخل تحت البيع مقصودا حتى لو استحق البيت سقط حصته من الثمن واستثناء ما دخل تحت الاقرار مقصودا صحيح واذا صح الاستثناء جعل مقرا له بما وراء البيت وكذلك لو قال هذا البستان لفلان الا نخله بغير أصوله فانه لي فانه لا يصح الاستثناء لان النخل انما دخل تحت الاقرار بالبستان تبعا لا مقصودا كما في البيع وكان كالبناء من هذا الوجه واستثناء البناء لا يصح فكذلك هذا بخلاف ما لو استثنى نخله بأصوله لان الاصل دخل تحت الاقرار (١٧) مقصودا لا تبعا فكان كالبيت وكذلك

فهو للمقر له) لان البناء دخل في الاقرار تبعا لا مقصودا فصار وصفا والاستثناء تصرف لفظي فلا يصح الا من الملفوظ ولكون البناء وصفا لا يسقط باستحقاقه قبل القبض شيء من الثمن وانما يثبت للمشتري الخيار كفوات سائر الأوصاف بخلاف ما اذا قال الا ثلثها أو الا بيتا منها لان أجزاء الدار داخلة تحت لفظ الدار فيصح استثناؤها ولهذا لو استحق هذا الجزء أو فات قبل القبض يسقط بحصته من الثمن والطوق في الجارية والفص في الخاتم والنخلة في البستان نظير البناء في الدار قال رحمه الله (وان قال بناؤها لي والعرصة لفلان فهو كما قال) لان العرصة عبارة عن البقعة دون البناء فصار كأنه قال بياض هذه الارض دون البناء لفلان بخلاف ما اذا قال مكان العرصة الارض بأن قال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان حيث يكون له البناء أيضا لان الارض كالدار فيتبعها البناء بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو حيث يكون لكل واحد منهما ما أقر له به لانه لما أقر بالبناء لزيد صار ملكا له فلا يخرج عن ملكه باقراره لعمرو بالارض اذ لا يصدق قوله في حق غيره بخلاف المسئلة الأولى لان البناء ملوك له فاذا أقر بالارض لغيره يتبعها لان اقراره مقبول في حق نفسه ولو قال أرض هذه الدار لفلان وبناؤها لي أو لفلان كان الكل للاول لانه لما أقر بالارض له ملك البناء تبعا فلا يقبل قوله بعد ذلك انه لغيره ولو قال بناء هذه الدار لفلان وأرضها لفلان فلكل واحد منهما ما أقر له به لقيام ملكه عند الاقرار لهما فينفذ وتخريج جنس هذه المسائل مبني على أن دعواه لنفسه لا يمنع صحة الاقرار به لغيره وان اقراره لا يقبل في حق غيره قال رحمه الله (ولو قال على ألف من ثمن عبد لم أقبضه فان عين العبد وسلمه اليه لزمه الالف والا فلا) أي ان عين

لو قال هذه الجبة لفلان الا بطانتها لان البطانة دخلت تحت الاقرار بالجبة تبعا لا مقصودا كما في البيع تدخل البطانة تحت بيع الجبة من غير ذكر تبعا فكانت كالبناء قال خواهرزاده وقد ذكر في السير الكبير أن الامام اذا نفل فقال من أصاب جبة خز فهي له فأصاب جبة خز كان له الظهارة دون البطانة فلم تجعل البطانة في التنفيل تبعا للجبة واعتبرها هنا تبعا للظهارة حتى لم يصح الاستثناء وتأويل ذلك أن ما قال في

السير الكبير محمول على جبة خز بطانتها مثل ظهارتها في النفاسة فلا تكون البطانة تبعا للظهارة فكانتا بمنزلة جبتين وما ذكرها هنا محمول على جبة بطانتها في النفاسة دون الظهارة فتكون تبعا للظهارة ولا تكون بمعنى جبتين حتى لو كانت البطانة مثل الظهارة في النفاسة بان كانت جبة خز ظهارتها او بطانتها من خز أو من غير خز لكنها في النفاسة مثلها يصح استثناء البطانة لان كل واحد منهما يكون داخلا تحت الاقرار مقصودا لا تبعا فيصح استثناء أحدهما من الآخر حينئذ قال وكذلك لو قال هذا السيف لفلان الا حليته فانه لي فانه لا يصح الاستثناء لان الحلية دخلت تحت الاقرار بالسيف تبعا في البيع ولهذا لا يسقط بفواته قبل القبض شيء من الثمن فكانت بمنزلة البناء من هذا الوجه اهـ (قوله والنخلة في البستان نظير البناء في الدار) يعني كما لم يصح استثناء البناء لا يصح استثناء الفص والنخلة لانه داخل تحت الصدر تبعا لا لفظا اهـ اتقاني قوله تبعا أي للمقر له اهـ (قوله في المتن وان قال) ليس في خط الشارح اهـ (قوله لان العرصة عبارة عن البقعة) قال الاتقاني لان العرصة في اللغة عبارة عن كل بقعة ليس فيها بناء اهـ (قوله لان الارض الخ) قال الاتقاني لان الارض عبارة عن الاصل فيكون الاقرار بالاصل اقرارا بالتبع قال الحاكم في الكافي ولو بدأ فقال بناء هذه الدار لي وأرضها لفلان كانت الارض والبناء لفلان ولو قال هذه الارض لفلان كانت الارض والبناء لفلان اهـ (قوله ولو قال بناء هذه الدار) هذه المسئلة تقدم ذكرها بقوله بخلاف ما اذا قال بناء هذه الدار لزيد والارض لعمرو والظاهر أنه انما أعادها ليقابل بها ما ذكره قبلها من قوله ولو قال أرض هذه الخ اهـ قارئ الهداية (قوله في المتن والا فلا) أي وان لم يسلم المقر له العبد لا يلزم المقر الالف وأما اذا لم يعين المقر العبد فحكمه

المقر العبد وسلمه المقر له الى المقر لزم المشترى الثمن بهـــذا العبد لانه أقر له بألف على صفة فيلزمه على الصفة التى أقر بها وهــذه المســئلة على وجوه أحدها ماذكرنا وهو ما اذا صدقه وسلمه اليه وحكمه ماذكرنا لان ما ثبت بتصادقهما يكون كالثابت عيانا والثانى أن يقول المقر له العبد عبدك ما بعتكه وانما بعتك عبدا آخر وسلمته اليك والحكم فيه كالاول لانهما اتفقا على ما أقر به من أن كل واحد منهما يستحق ما أقر به غير انهما اختلفا فى سبب الاستحقاق ولا يبالى باختلافهما ولا باختلاف السبب عند حصول المقصود واتحاد الحكم فصار كما اذا أقر له بغصب ألف درهـــم فقال المقر له هى قرض فانه يؤمر بالدفع اليه لاتفاقهما على الاستحقاق والثالث أن يقول العبد عبـــدى ما بعتكه وحكمه أن لا يلزم المقر شئ لما ذكرنا انه أقر له على صفة وهى سلامة العبد له فلا يلزمه بدونها والرابع أن يقول المقر له لم أبعك هـــذا العبد وانما بعتك عبدا آخر فحكمه أن يتحالفا لانهما اختلفا فى المبيع وهو يوجب التحالف قال رحـــمه الله (وان لم يعين لزمه الالف كقوله من ثمن خمر أو خنزير) أى وان لم يعين المقر العبد لزمه الالف كما اذا أقر بألف من ثمن خمر فانه يلزمه الالف ولم يقبل قوله انه لم يقبض المبيع ولا تفسيره بثمن الخمر وصل أم فصل وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان وصل صدق فى المسئلتين فلا يلزمه شئ وان فصل لم يصدق اذا أنكر المقر له أن يكون ذلك من ثمن عبـــد أو خمر لانه أقر له بالمال وبين سببه وهو غـــير صالح لان ثمن عبد مجهول لا يجب سواء كانت الجهالة عند العقد أو بعده بالاختلاط بأمثاله لانه يفسد به العقد أو يهلك به المبيع قبـــل القبض فلا يجب به الثمن وكذا ثمن الخمر لا يجب وصـــدر كلامه يقتضى الوجوب فصار بيانا مغيرا كالاســـتثناء والشرط والمغير يصح موصولا لا مفصولا ولابى حنيفة رحمه الله ان صدر كلامه لما كان للوجوب فاتيانه فى آخره بما ينافى الوجوب رجوع عنه فلا يصح موصولا كان أو مفصولا ولان المقر لو ادّعى تأخير الثمن الى شهر لا يقبل اقراره فى التأجيل ويجب عليه حالا ففى اضافة البيع الى المجهول وانه يؤدّى الى التأخير أبدا كان أولى بيانه أن الثمن لا يجب تسليمه الا بعد احضار البائع المبيع فلو أحضر البائع عينا ليسلمه اليه فللمشـــترى أن يقول المبيع غـــيره هـــذا وكذا فى الثانى والثالث الى ما لا يتناهى فلا يصل

يأتى بعد هـــذه المقالة متنا وشرحا اهـ (قوله وانما بعتك عبدا آخر وسلمته اليك) أى ولى عليك ألف درهم ثمنه اهـ (قوله والحكم فيـــه كالاول) أى أنه يلزمه ألف درهم اهـ (قوله فقال المقر له هى الخ) اعلم أنه اذا أقر أن لفلان عليه ألف درهم من ثمن هذا العبد فلا يخلو إما أن يكون العبد فى يد المقر أو فى يد المقر له أو فى يد ثالث فان كان فى يد المقر فان صدقه الطالب فيما أقر لزمه ألف درهم لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة ولو عاينا أنه اشـــترى منه هذا العبد والعبد فى يده كان عليه ألف درهم فكذلك هذا فأما اذا قال الطالب العبد عبدى وانما بعتك عبدا غيره وأخذ العبد منه فانه لا يلزمه شئ لانهما لم يتصادقا على الوجوب فان المقر انما أقر له بألف درهم بدلا عن هـــذا العبد فاذا لم يسلم له العبد لا يسلم المقر له بدله فأما اذا قال العبد عبدك وانما بعتك عبدا غيره ولى عليك ألف درهم ثمنه فانه يلزمه ألف درهم لانهما اختلفا فى الجهة التى وجب الالف واتفقا على الوجوب أما الطالب فلأنه ادّعى وجوب ألف درهم بسبب بيع عبد آخر اشـــترى منـــه وقبضه وهو قد أقر بالوجوب بدلا عن هذا العبد وقد سلم له العبد فقد تصادقا على الوجوب واختلفا فى جهة الوجوب وفى مثل هذا يقضى بألف درهم كما لو أقر فقال على ألف درهـــم (١٨) لفلان من غصب وقال الآخر لا من قرض وان كان العبد فى يد المقر له ان صدقه المقر له فيما أقر به فانه يســـلم الثمن و يأخذ العبد لان بيع هذا العبد ثبت بتصادقهما فصار كالثابت معاينـــة ولو عاينا أنه اشترى منه هـــذا العبد والعبد فى يد البائع فقال للمشترى انقد الثمن وخذ العبد صح فكذلك هذا فأما اذا قال العبد عبدك ولى عليك ألف درهـــم من ثمن عبـــد آخر قبضته منى فانه يلزمه ألف درهـــم لانهما تصادقا على الوجوب واختلفا فى جهة الوجوب والاختلاف فى الجهة لا يمنع الوجوب متى تصادقا على الوجوب وهذا لانه لا عـــبرة باختـــلاف الطـــريق اذا وقع الاتفاق على الحكم وان قال لم أبعك هـــذا العبد والعبد عبدى وانما بعتـــك عبـــدا آخر وقبضته منى لا يلزمه الالف لانهما لم يتصادقا على الوجوب لان المقر ما أقر بوجوب الالف مطلقا وانما أقر بدلا عن العبد البائع ولم يسلم له العبد فلا يكون مقرا بالوجوب فيحلف كل واحد منهـــما على دعوى صاحبه فيسلم العبد للمقر له ويبطل المال لان الطالب يدعى عليه تسليم الثمن ببيع غـــيره هذا العبد وهو ينكر والمقر يدعى تسليم هـــذا العبد وهو ينكر فيتحالفان فلو كان العبد فى يد ثالث ان صدّقه المقر له وأمكنه تسليمه لزمه المال والا فلا اهـ اتقانى رحمه الله (قوله وهو يوجب التحالف) أى فاذا تحالفا بطل المال عن المقر والعبد سالم لمن هو فى يده اهـ كى (قوله فى المتن وان لم يعين لزمه الالف) قال الاتقانى قال فى التقريب فى تعليل أبى حنيفة ان اقراره يقتضى ثبوت المال فى ذمته واضافته الى مبيع غير معين يقتضى اسقاطه فلم يصدق فى الرجوع عن الاقرار ولانه لا يخلو إما ان يدعى جهالة المبيع حالة العقد فلا يستحق عليك ثمنه أو يدعى أنه كان معلوما ثم جهل وهذا يوجب فساد البيع وسقوط الثمن ألا ترى أن من اشـــترى عبدا فاختلط بغـــيره فسد البيع ومن اعترف بدين ثم ادّعى سقوطه لم يقبل وليس كذلك المبيع المعين لان ثمنه يجوز أن يلزمه فقـــد أضاف الدين الى جهة يجوز ثبوته منها اهـ (قوله بيانه أن الثمن الخ) أى بيان أنه يؤدّى الى تأخير الثمن أبدا اهـ

البائع الى قبض الثمن أبدا فكان باطلا بخلاف ما اذا كان المبيع معينا لانه لا يتأتى فيه ذلك فلا يؤدّى الى البطلان فيلزمه على الوجه الذى أقر به على ما بيناه هذا اذا كذبه المقر له وان صدّقه فى السبب بأن قال بعتكه فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لانه لزمه الثمن بالاقرار فلا يسقط عنه الا اذا أقر المقر له ان المقر لم يقبض المبيع وعندهما القول قول المقر انه لم يقبض المبيع فصل أم وصل لان البيع لما ثبت بتصادقهما بقى أمر القبض مجملا لانه لم يقر بقبض المبيع نصا ولا اقتضاء لان الاقرار بوجوب الثمن لا يكون اقرارا بقبض المبيع اذ هو واجب بالعقد فصار كما اذا عين المبيع بخلاف ما اذا لم يصدّقه فى السبب حيث لا يصح مفصولا لانه تغيير على ما بينا فلا يصح مفصولا وهنا لا تغيير فيه لتصادقهما فى السبب فصار من باب المجملات فيصح بيانه مفصولا وموصولا ولو قال انى اشتريت منه مبيعا الا أنى لم أقبضه كان القول قوله بالاجماع لانه لم يقر بوجوب الثمن عليه وانما أقر بوجود الشراء منه و بمجرد العقد لا يجب الثمن لانه اذا اشتراه بشرط الخيار لا يجب عليه الثمن وانما يجب بالقبض فلا يكون الاقرار بالعقد اقرارا بالقبض فلا يجب بخلاف ما تقدم عند أبى حنيفة رحمه الله مطلقا وعندهما اذا فصل البيان لانه قد أقر هنالك بالوجوب فلا يسقط بآخر كلامه على اختلافهم على ما بينا ولو قال لفلان على ألف درهم حرام أو ربا فهى لازمة له لاحتمال أن يكون هذا حلالا عند غيره ولو قال لفلان على ألف درهم زورا أو باطلا ان صدقه المقر له فلا شئ عليه وان كذبه لزمه ولو أقر أنه باع عبده هذا من فلان وادّعى أنه لم يقبض الثمن وحبسه كان له ذلك لان العبد فى يده فالظاهر أنه ملكه فاذا أقر به لغيره نفذ على الوجه الذى أقر به وكان القول له اذا أنكر المقر له قال رحمه الله (ولو قال من ثمن متاع أو أقرضنى وهى زيوف أو نبهرجة لزمه الجياد بخلاف الغصب والوديعة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان وصل صدق وان فصل لا يصدق وقال فى الهداية وعلى هذا الخلاف اذا قال هى ستوقة أو رصاص وذكر فى النهاية لابى يوسف فيهما روايتين وعزاه الى الجامع الصغير لقاضيخان لهما أنه تفسير مغير فيصح بشرط الوصل وهذا لان اسم الدراهم يتناول الجياد والزيوف بحقيقته حتى لو تجوّز بالزيوف فى الصرف والسلم جاز والستوقة بمجازه الا أن مطلقه ينصرف الى الجياد لان التعامل يقع بها والاذهان تسبق اليها فكان مغيرا للاصل من هذا الوجه فيصح بشرط الوصل كما اذا قال الا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة ولابى حنيفة رحمه الله أن هذه الاشياء عيب والعقد يقتضى السلامة عنه ودعواها رجوع عن مقتضى ما أقر به فلا يصح فصار كما اذا قال بعتك معيبا وقال المشترى لا بل سليما فالقول له لما ذكرنا والستوقة والرصاص ليسا من الاثمان والبيع يرد على الثمن فكان رجوعا بخلاف قوله الا أنها وزن خمسة لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل و بخلاف ما اذا قال على كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه الا أنها رديئة حيث يقبل موصولا ومفصولا لان الرداءة نوع لا عيب فطلق العقد لا يقتضى السلامة عنها بخلاف الجودة لان العقد يقتضيها ولا يصح

(قوله هذا اذا كذبه المقر له) أى فى السبب بان قال لى عليك ألف لكنها ليست من ثمن مبيع اهـ (قوله وانما يجب بالقبض) أى فى مسئلة الكتاب أما فى الشراء بشرط الخيار لا يجب الثمن وان قبض أيضا ما لم يسقط الخيار ومعنى قوله وانما يجب بالقبض أى انما يتأكد الوجوب والا فالثمن فى البيع البات يجب بنفس الشراء اهـ كاكى وكتب على قوله وانما يجب بالقبض ما نصه كان ينبغى أن يقول وانما يجب بالبيع البات اهـ من خط قارئ الهداية ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين فى شرح الكافى ولو قال على ألف درهم من ثمن خمر ووصل لم يصدق فى قياس قول أبى حنيفة ويصدق فى قول أبى يوسف ومحمد (١٩) هما مرا على أصلهما أن هذا بيان مغير وأبو حنيفة يقول لما قال علىّ فقد وعف بالوجوب فاذا قال من ثمن خمر فقد ناقض لان ثمن الخمر لا يتصف بالوجوب عليه كذا فى شرح الكافى ولكن هذا فيما اذا كذبه الطالب أما اذا صدّقه فى ذلك لا يلزمه شئ فى قولهم جميعا لان الثابت بتصادقهما كالثابت معاينة وكذلك الحكم فيما اذا قال من ثمن حر أو ميتة أو دم وبه صرح شيخ الاسلام خواهرزاده فى مبسوطه فى باب الاقرار بدين من ثمن متاع ونقل فى الاجناس عن كتاب اقرار الاصل رواية هشام لو قال لفلان على ألف درهم من ثمن خمر أو خنزير وهما مسلمان وقال الطالب بل هو من ثمن بر فالمال لازم للطلوب فى قول أبى حنيفة مع يمين الطالب وقال أبو يوسف القول قول المطلوب مع يمينه ولا شئ عليه ألا ترى أنه لو قال على درهم ثمن ميتة أو رطل خمر كان باطلا ثم قال فى الاجناس ذكر فى نوادر أبى يوسف رواية ابن سماعة لو قال لفلان على ألف درهم حرام أو باطل لزمه فى قول أبى حنيفة اهـ اتقانى (قوله فى المتن أو نبهرجة) أى وقال المقر له جياد اهـ (قوله وقالا ان وصل صدق) أى ولزمه ما أقر به اهـ (قوله أو رصاص) يعنى عند أبى حنيفة لا يصدق وصل أم فصل فيلزمه الجياد وعندهما يصدّق ان وصل وهذا فى غير الغصب وأما فى الغصب فسيأتى الحكم فيه فى الشارح آخر هذه الصفحة اهـ (قوله فيهما روايتين) أى فى رواية مع أبى حنيفة وفى رواية مع محمد اهـ (قوله فطلق العقد الخ) قال شمس الائمة السرخسى فى أصوله فى فصل بيان التغيير والتبديل الرداءة ليست بعيب فى الحنطة فالعيب ما يخلو عنه أصل الفطرة والرداءة فى الحنطة تكون بأصل الخلقة فيكون هذا بيان النوع لا بيان العيب فيصح موصولا كان أو مفصولا وقال فى كتاب التقريب اذا قال له على عشرة أفلس من

ثمن مبيع ثم قال هي كاسدة لم يصدق عند أبي حنيفة وان وصل لان كساد الفلوس عيب فيها فصار كالزيوف وروى عن أبي يوسف مثله وفرق بين الكاسدة والزيوف لانه اذا ادّعى الكساد فقد ادّعى فساد المعقود عليه ثم رجع وقال يصدّق اذا وصل وهو قول محمد لان استثناء الصفة كاستثناء القدر اه اتقاني (قوله لان الغصب لايقتضي السلامة) أي عن العيب عرفا لان كلا منهما كما يرد في الجياد يرد في الزيوف فكان ذلك بيان النوع فصح موصولا ومفصولا فصار كما اذا ادّعى بالغصب والوديعة بان غصب ثوبا أو كان عنده وديعة فجاء به وهو معيب خلق فقال كان ذلك يوم الغصب أو الوديعة كان القول قوله فكذا هذا وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر والحسن بن زياد ان قال موصولا يقبل قوله وان قال مفصولا لايقبل قوله اه اتقاني (قوله وفي الستوقة الخ) قال في الهداية ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعدما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وان فصل لم يصدق قال الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد وان قال هي ستوقة أو رصاص صدق ان وصل ولم يصدق اذا فصل يعني في الغصب والوديعة وذلك لانها ليست من جنس الدراهم حقيقة وان كانت من جنسها صورة فصار ارادتها باسم الدراهم كارادة المجاز باسم الحقيقة واذا بين أنه أراد باللفظ المجاز (٣٠) موصولا قبل والافلا اه وكتب على قوله وفي الستوقة مانصه عطف على قوله في الزيوف والنبهرجة اه (قوله يصدق في الزيوف ان وصل) يعني اذا قال لفلان على ألف درهم قرض هي زيوف يصدق اذا وصل قوله هي زيوف بقوله ألف درهم قرض أما اذا قطع كلامه ثم قال بعد زمان هي زيوف لايصدق باتفاق الروايات وذلك لان القرض يقضي بالمثل فربما يكون المقبوض زيفا فيصدق فيما اذا وصل كما في الغصب وأراد بالاصول الجامعين والزيادات والمبسوط وهي ظاهر الرواية وغيرها غير ظاهر الرواية كالامالي والنوادر والرقيات والهارونيات والكيسانيات اه اتقاني (قوله ولم يذكر السبب) أي كالبيع والقرض اه (قوله يصدق اجماعا) أقر قال الاتقاني لان اسم الدراهم يتناولها أي يتناول الزيوف قال في الفتاوى الصغرى ولو أرسل ولم يبين الجهة ثم قال هي زيوف قال الفقيه أبو جعفر لم يذكر هذا في الاصول فمن المشايخ من قال هو على الاختلاف ومنهم من قال ههنا يصدق اجماعا لان الجودة تجب على بعض الوجوه دون البعض فلا يجب مع الاحتمال الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والذي قال على الاختلاف هو الكرخي كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير فمن هذا عرفت قوله في المتن وقيل لايصدق أي لايصدق على مذهب أبي حنيفة وصل أم فصل وعندهما يصدق اذا وصل لانه بيان تغيير فيصح بشرط الوصل وعند أبي حنيفة لايصدق لانه رجوع عما أقر به وذلك لان الاقرار الصادر منه مطلقا ينصرف الى العقود كالقرض وثمن المبيع لانها هي المشروعة والحكم في القرض والبيع هذا عنده ولا ينصرف الى الغصب حتى يجعل مصدقا في دعوى الغصب لانه حرام فلا يجوز حمل أمر المسلم على الحرام ما أمكن ولا يقال يمكن أن ينصرف اقراره الى الوديعة فيصدق في دعوى الزيافة كما في الغصب لانا نقول قوله على ألف درهم ينفي الوديعة لانها ليست في الذمة اه ماقاله الاتقاني رحمه الله (قوله وعليه الفتوى) عزاه الاتقاني الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان اه (قوله وعليه الفتوى) مكرر اه (قوله كالوديعة) فكان القول قوله فيما غصب سواء وصل أو فصل اه اتقاني

استثناؤها على ما بينا في استثناء البناء بخلاف ما اذا أقر بغصب ألف درهم أو بالوديعة حيث يقبل قوله في هذه الاشياء لان الغصب لايقتضي السلامة لان الانسان يغصب ما يصادف و يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة فيقبل قوله الا أنه في الزيوف والنبهرجة يقبل قوله مطلقا مفصولا وموصولا لانهما نوع من الدراهم وفيه يقبل مفصولا ولان الاختلاف اذا وقع في المقبوض كان القول قول القابض ضمينا كان أو أمينا وفي الستوقة لايصدّق الا موصولا لانها ليست من جنس الدراهم وانما يتناولها الاسم مجازا فكان من باب التغيير فلا يصح مفصولا وعن أبي حنيفة رحمه الله في غير رواية الاصول في القرض أنه يصدق في الزيوف ان وصل لان القرض يتم بالقبض فأشبه الغصب والوديعة والظاهر هو الاول لانه يجب بالتعامل فأشبه ما يجب بالبيع وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قال غصبت ألفا ثم قال هي زيوف لم يصدق اذا فصل كما في القرض لان كلا منهما مضمون عليه بالقبض ولو قال لفلان على ألف درهم زيوف ولم يذكر السبب قيل يصدق اجماعا اذا وصل لانه لم يصرح بالعقد واستحقاق الجودة به وقيل هو على الخلاف لان مطلق الوجوب يحمل على انه وجب عليه بسبب موضوع له وهو التجارة فيكون على الخلاف قال رحمه الله (ولو قال الا أنه ينقص كذا متصلا صدّق والا فلا) لانه استثنى القدر فيكون تغييرا فيصح موصولا لا مفصولا على ما بينا غير مرة ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال فعن أبي يوسف أنه يصح اذا وصله به وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج الى أن يتكلم بكلام كثير و يذكر الاستثناء في آخره ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج وعليه الفتوى قال رحمه الله (ومن أقر بغصب ثوب وجاء بمعيب صدّق) لان الغصب لايختص بالسليم كالوديعة على ما بيناه قال رحمه الله (وان قال أخذت منك ألفا وديعة وهلكت وقال أخذتها غصبا فهو ضامن) لانه

أقر بسبب الضمان وهو الاخذ لان أخذ مال الغير سبب لوجوب الضمان لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد ثم ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكره فكان القول قوله مع يمينه ووجب الضمان على المقر باقراره بسبب الضمان الا أن ينكل الخصم عن اليمين وهذا بخلاف ما اذا قال له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول قول المقر لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل باذنه والاخذ باذن المالك لا يكون سببا لوجوب الضمان على الآخذ الا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذا ينكر فكان القول قول المنكر وعلى هذا اذا أقر بأخذ الثوب وديعة وقال المقر له بل أخذته بيعا كان القول قول المقر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو قال أعطيتنيها وديعة وقال غصبتنيها لا) أي لو قال المقر أعطيتني ألف درهم وديعة فهلكت وقال المالك لا بل غصبتها مني لا يضمن المقر لانه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالاعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان وهو ينكر فكان القول قول المنكر والاقرار بالقبض كالاقرار بالاخذ فيوجب الضمان والاقرار بالدفع كالاقرار بالاعطاء فلا يوجب الضمان فان قيل اعطاؤه والدفع لا يكون الا بقبضه فوجب أن يكون اقرارا بالقبض قلنا قد يكون هو بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى لا عموم له لانه ثابت ضرورة فيتقدر بقدر الضرورة فلا يظهر في حق انعقاده سببا للضمان لانه عدم في حق غيره قال رحمه الله (وان قال هذا كان وديعة لي عندك فأخذته فقال هو لي أخذه) لان المقر أقر باليد له ثم بالاخذ منه وهو سبب الضمان على ما بينا وادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد العين ان كان قائما والا فقيمته وكذا لو قال أقرضتك ألف درهم ثم أخذتها منك يجب على المقر دفعها اليه لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال آجرت بعيري أو ثوبي هذا فلانا فركبه أو لبسه فرده فالقول للمقر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول من أخذ منه البعير والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة أو الاسكان ثم أخذه منهم وجه القياس أنه أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل اقراره له دون دعواه فيجب عليه الرد كما في فصل الوديعة والقرض على ما مر ووجه الاستحسان أن اليد في الاجارة والاعارة تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فلا يكون اقرارا

(قوله فكان القول قوله) أي القول قول المقر له مع يمينه اهـ (قوله الا أن ينكل الخصم) أي الا أن ينكل المقر له عن اليمين فحينئذ لا ضمان على المقر اهـ (قوله وهذا بخلاف ما اذا قال) أي المقر له اهـ (قوله له) أي للمقر اهـ (قوله حيث يكون القول قول المقر) أي وكذا في البيع مكان القرض يكون القول قول المقر مع يمينه بلا خلاف اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله وقال المقر له بل أخذته بيعا) في الخلاصة أخذت منك هذا الثوب عارية وقال صاحبه بل أخذته بيعا فالقول قول المقر وهذا اذا لم يلبسه أما اذا لبس وهلك يضمن اهـ (قوله لا يضمن المقر) قال الاتقاني لانه ما أقر بالفعل من نفسه حيث أضاف الفعل الى المقر له فلم يكن مقرا بسبب الضمان الا أن ينكل عن اليمين فحينئذ يضمن كذا قال الامام الزاهد العتابي في شرح الجامع الصغير أما اذا لم يذكر لفظ الاخذ وقال أودعتني ألف درهم أو قال دفعت الى ألف درهم فضاعت وقال الطالب غصبتني وأنت ضامن فالقول قول المقر مع يمينه ولا ضمان عليه لانه لم يقر بسبب الضمان ذكره خواهرزاده في مبسوطه في باب الاقرار بالوديعة اهـ (٣١) (قوله كالاقرار بالاخذ) يعني لو قال المقر قبضت منك ألف درهم وديعة فقال المقر له غصبتها كان ضامنا كما اذا قال أخذتها وديعة اهـ اتقاني (قوله قلنا قد يكون هو) أي الدفع والاعطاء اهـ (قوله بالتخلية والوضع بين يديه) أي بدون قبضه فلا يكون مقرا بالقبض اهـ اتقاني (قوله فلا تقبل دعواه) أي دعواه الايداع الا بحجة اهـ اتقاني (قوله فوجب عليه رد العين) أي على المأخوذ منه اهـ (قوله في المتن فرده) فقال فلان كذبت بل الدابة والثوب لي اهـ اتقاني (قوله وعلى هذا الخلاف الاقرار بالاعارة) أي بأن قال أعرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال أعرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده اهـ (قوله أو الاسكان) بأن قال أسكنت فلانا بيتي هذا ثم أخرجته فادعى الساكن أنه له فالقول لصاحب البيت عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد القول قول الساكن بعد ما يحلف أنه ما أسكنه اهـ اتقاني (قوله ووجه القياس أنه) أي المقر اهـ (قوله أقر باليد له) أي للمقر له اهـ (قوله فيجب عليه الرد) أي على المقر له اهـ (قوله ووجه الاستحسان أن اليد في الاجارة والاعارة تثبت الخ) قال الاتقاني واستحسن أبو حنيفة الفرق بين مسئلة الوديعة حيث جعل فيها القول قول المقر له وبين مسئلة الاعارة والاجارة حيث جعل القول قول المقر وذكر التمي الفرق بينهما فقال ان في مسئلة الوديعة قال أخذتها منه فوجب جزاؤه وجزاء الاخذ الرد وفي مسئلة العارية قال فردها على فافترقا لافتراقهما في الوضع قالوا في شروح الجامع الصغير هذا الفرق ليس بشئ لانه ذكر الاخذ في كتاب الاقرار وكذلك ذكر عن أبي يوسف ومحمد فقال بأخذها الذي أقر أنه أخذها منه ولانه أقر له باليد مع ذلك وانما الفرق من وجهين أحدهما أن الشارع أحسن في اطلاق العواري والاجارات رفقا بالناس وقضاء لحوائجهم مع أن المنافع معدومة وكل قياس يرجع الى نقض هذا الاستحسان فهو باطل مثل قياس من علل بعدم المنافع لابطال هذه العقود واذا كان اطلاق العواري والاجارات لارفاق الناس فلو لم يقبل قول المقر بعد ذلك لامتنع الناس عن العارية والاجارة

باليد لهما مقصودا فلا يظهر في حق الاستحقاق على المقر بخلاف الوديعة والقرض لان اليد فيهما مقصودة فيكون الاقرار بهما اقرارا لهما باليد ولان المقر في الاجارة والاعارة أقر بيد ثابتة من جهته فيكون القول قوله في كيفيتها ولم يقر بذلك في مسئلة الوديعة والقرض فانه قال كان وديعة وقد يكون من غير صنعه بأن يهب فيه الهواء ويلقيه في داره حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الاخذ في الوديعة ونحوها وعدم ذكر الاخذ في الاجارة ونحوها خلافا لما توهمه على القمى فانه جعل مدار الفرق ذلك وهذا لا يستقيم لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر أيضا في الاقرار وذكر في النهاية انما الاختلاف بينهم اذا لم تكن الدابة معروفة للمقر ولو كانت معروفة له كان القول قوله بالاجماع وعزاه الى الاسرار ولو قال هذا الثوب خاطه لي بنصف درهم فلان ثم قبضته منه وقال فلان الثوب ثوبي فهو على هذا الخلاف في الصحيح والوجه ما بيناه خلافا لما توهمه بعضهم فانهم قالوا القول قول المقر بالاجماع وليس بشئ ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه وأنكر المقر له كان القول قوله فله أن يأخذها منه وهذا أظهر لان القابض قد أقر بانه ملكه وانه أخذ منه اقتضاء لحقه وهو مضمون عليه اذ الديون تقضى بأمثالها فاذا أقر بالاقتضاء فقد أقر بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبريه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فكان القول قوله بخلاف دعوى الاجارة وأشباهها لانه لم يقر فيها بالملك ولا باليد له مقصودا ولا وجد ما يدل منه على الاقرار بوجوب ضمان المقبوض فوضح الفرق ولانا لو أخذنا الناس في الاعارة والاجارة باقرارهم لامتنعوا منهما وكان عليهم حرج بين والحاجة ماسة اليهما فلا يؤاخذون به استحسانا دفعا للحرج ولو قال ان فلانا زرع هذه الارض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر وقال المقر له الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي وقال المقر لا بل استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر كان القول للمقر لانه لم يقر له باليد لا صريحا ولا اقتضاء وانما أقر

بمجرد

وذهب مرافق الناس لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار أو آجر ثم ردّ عليه تصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس فهذا وجه مرجعه الى الاجماع والوجه الثاني وهو الوجه الفقهي أن اليد في العارية والاجارة ليست بمقصودة بل هي ضرورية تثبت ضرورة الانتفاع بالعين فلا تظهر فيما وراء الانتفاع فلا يظهر اذن اقراره باليد لغيره ثم دعواه لنفسه فلا يكون مقرا بالملك لغيره ثم مدعيا لنفسه بخلاف الوديعة لان اليد في الايداع مقصودة لان المقصود هو الحفظ ولا يكون الحفظ بدون اليد فاذا كانت اليد مقصودة في الوديعة كان اقرارا بأن العين كانت في يده والاقرار باليد اقرار بالملك وبهذا الوجه علل الشيخ أبو منصور الماتريدي في شرح الجامع الصغير حيث قال اليد في الايداع مقصودة دون الاعارة اه (قوله لانه ذكر الاخذ في الطرف الآخر) أي وهي الاجارة والاسكان والاعارة اه (قوله وعزاه الى الاسرار) لم يعزه الى الاسرار وانما عزاه الى المبسوط والايضاح اه (قوله وقال فلان الثوب ثوبي) أعرتكه اه اتقاني وكذلك الثوب يسلم الى الصباغ على هذا الخلاف وان قال رب الثوب خاط لي قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يرد الثوب على الخياط في قولهم لانه لم يعترف للخياط باليد لجواز أن يكون خاطه في منزله اه اتقاني (٣٣) (قوله والوجه ما بيناه) أي في الوديعة وهو قوله ان المقر أقر باليد لفلان ثم ادعى الاستحقاق عليه فوجب عليه الرد كما في الوديعة الخ اه (قوله وليس بشئ) وفي الغاية وذلك ليس بصحيح لانه ليس بثابت في الاصول اه وقال الكاكي ولكن مشايخنا قالوا هو على الاختلاف أيضا اليه أشير في المبسوط اه (قوله ولو قال اقتضيت من فلان ألف درهم الخ) قال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله قال الاتقاني أي قول المقر له أي هذا الذي ذكرنا في الاعارة والاجارة والاسكان بان القول قول المقر عند أبي حنيفة خلاف ما اذا قال اقتضيت أو قال أقرضت وأخذت حيث يكون القول قول المقر له قال ووجه الفرق ان الدين يقضى بالمثل فاذا أقر باقتضاء الدين وأخذ القرض كان مقرا بأخذ مثل حقه والمثل ملك المقر له في الاصل فيكون مقرا به له فيرد على المقر له أما في صورة الاعارة والاجارة والاسكان فالمقبوض عين ما ادعى فيه هذه الاشياء فلا يكون مقرا بالملك للمقر له قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب بعد باب الاقرار بالجناية واذا أقر الرجل أنه اقتضى من فلان ألف درهم فقال فلان ما كان لك علي شئ ولكنك أخذتها مني ظلما فان المقر يؤخذ بردها عليه بعد أن يحلف أنه لم يكن عليه لانه أقر بأخذ مال الغير ومطلق الاخذ سبب لوجوب الضمان وقد ادعى جهة مانعة من التمكين فلا يصدق الا بحجة وكذلك لو ادعاها هبة أو صدقة أو وديعة لانه ادعى جهة مانعة من الضمان فلا يصدق أو قال قبضتها وكالة من فلان كانت له عليك أو وهبتها له فأمرني فقبضتها ودفعتها اليه كان ضامنا للمال لانه أقر بالقبض ولم تثبت الجهة التي ادعاها اه (قوله لامتنعوا منهما) أي لان الانسان اذا عرف أنه اذا أعار شيئا أو آجره ثم يرد عليه يصير القول قول المستعير والمستأجر امتنع الناس عن الاجارة والاعارة خوفا من ذهاب ماله فاذا كان كذلك جعل القول قول المقر حتى لا تختل حوائج الناس اه اتقاني (قوله لا بل استعنت بك) أي على الزراعة أو البناء أو الغرس اه اتقاني

بمجرد فعل منه وذلك ممكن من غير ثبوت يده فيه بأن يفعله وهو في يد صاحبه بل جرت العادة بذلك فلا يقبل دعواه فصار كما اذا قال خاط لي هذا القميص فلان بدرهم ولم يقل قبضته منه فانه لم يكن اقرارا له باليد لتصوّر فعله في يد المقر وفي بيته بخلاف ما اذا أقر له بالسكنى في داره لان السكنى لا تكون الا باليد فيكون الاقرار له به اقرارا له باليد ولو أقر أن هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخله وادّعى فلان أنه له أمر بالدفع اليه لان الاقرار بملك الشئ اقرار بما تولد منه لانه بملك الاصل قال رحمه الله (ولو قال هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة لفلان فالالف للاوّل وعلى المقر مثله للثاني) لانه لما أقر به للاوّل صح اقراره له وصار ملكا له لثبوت يده وقوله بعد ذلك لا بل وديعة لفلان اضراب عنه ورجوع فلا يقبل قوله في حق الاول ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه أقر له بها وقد أتلف عليه باقراره بها للاوّل فيضمن له لانه متعد باقراره للاوّل في حقه بخلاف ما اذا قال هي لفلان لا بل لفلان حيث لا يجب عليه للثاني لانه لم يقر بالايداع منه وانما أقر به للاوّل ثم رجع وشهد به للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل وفي مسئلة الكتاب أقر بالايداع من الثاني وقد عجز عن ردّ الوديعة بفعله فصار مستهلكا لها فيضمن وعلى هذا لو كان الالف غير معين بأن قال لفلان على ألف لا بل لفلان يلزمه لكل واحد منهما ألف لان رجوعه عن الاول لا يصح واقراره للثاني صحيح فيلزمه لهما ولو كان المقر له واحدا بأن قال لفلان على ألف درهم لا بل ألفان يلزمه أكثرهما استحسانا وهو الالفان والقياس أن يجب عليه المالان وهو ثلاثة آلاف وهو قول زفر رحمه الله لان كلمة لا بل رجوع عن الاول واستدراك غلط بالثاني والرجوع عن الاول لا يصح واقراره بالمالين صحيح فلزماه فصار كما اذا اختلف المقر لهما على ما بينا أو اختلف جنس المالين بأن قال لفلان على ألف درهم لا بل ألف دينار فانه يلزمه المالان بالاجماع لما قلنا فكذا هذا وجه الاستحسان أنهما اقراران لانه لا يملك الرجوع عن الاول لكنه عند اتحاد الجنس والمقر له أمكن جعله تكرارا كما اذا أقر له مرتين بأن قال لفلان على ألف درهم ثم قال له على ألفان لذلك الرجل بعينه فانه يجب عليه ألفان فكذا هذا ولا يمكن ذلك عند اختلاف الجنس أو اختلاف المقر له لانه عند اختلاف الجنس يستحيل جعله تكرارا وعند اختلاف المقر له يكون رجوعا عن الاول والاقرار به للثاني فرجوعه لا يصح واقراره صحيح ولو كان ذلك في الوصف بأن قال على ألف درهم جياد لا بل زيوف أو ألف زيوف لا بل جياد لزمه الجياد استحسانا لانه استدراك الغلط في الصفة فيلزمه أفضل الصفتين كما يلزمه في الاستدراك في الغلط في المقدار أكثر المالين في الجنس المتحد لان الاردأ داخل في الاجود كما أن الاقل داخل في الاكثر ولو قال غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر حنطة لا بل فلانا لزمه لكل واحد منهما كله لانه أقر بالغصب منهما وهو فعل منه ولو كانت بعينها فهي للاوّل وعليه للثاني مثلها ولو قال غصبت من فلان ألف درهم وفلانا مائة دينار وفلانا كر حنطة لا بل فلانا فانه يغرم للرابع ما أقر به للثالث لانه استدراك ورجوع عن الاخير فصح اقراره لا رجوعه والله أعلم

﴿ باب اقرار المريض ﴾

قال رحمه الله (دين الصحة وما لزمه في مرضه بسبب معروف قدّم على ما أقر به في مرض موته) وقال الشافعي رحمه الله دين الصحة ودين المرض يستويان لانهما استويا في سبب الوجوب وهو الاقرار وفي محله وهو الذمة اذ هي محل الوجوب في حالة الصحة والمرض فيستويان في الوجوب وصحته بصدوره عن عقل ودين لانهما يحملانه على الصدق ويزجرانه عن الكذب وهذا المعنى لا يختلف في الصحة والمرض بل في حالة المرض يزداد رجحان جهة الصدق لان المرض سبب التورع والانابة فاذا استويا في سبب الوجوب والمحل استويا في الاستيفاء ولهذا يستويان اذا كان وجوبه بسبب معروف كالشراء بمثل القيمة وكالتزوج

﴿ باب اقرار المريض ﴾

أخر اقرار المريض إما لان المرض عارض والاصل عدم العارض أولان في اقرار المريض اختلافا في بعض الصور كما سيجئ بيانه واقرار الصحيح ليس فيه اختلاف فكان أقوى وبالتقديم أولى اه اتقاني وأفرد اقرار المريض بباب لكثرة أحكامه اه (قوله في المتن دين الصحة وما لزمه في مرضه الخ) قال الاتقاني عند قوله في الهداية واذا أقر الرجل في مرض موته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف بالاسباب مقدم اه وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا قضيت وفضل شئ كان فيما أقر به حالة المرض وهذه الجملة تشتمل على معان ثم قال ومنها أن دين الصحة يقدم على دين المرض عندنا حتى لو أقر من عليه دين في صحته في مرضه لاجنبي بدين أو عين مضمونة أو أمانة بأن قال مضاربة أو وديعة أو غصب يقدم دين الصحة ولا يصح اقراره في حق غرماء الصحة فان فضل شئ من التركة فحينئذ يصرف الى غرماء المرض اه (قوله ولهذا يستويان اذا كان الخ) قال في المبسوط اذا استقرض مالا في مرضه وعاين الشهود دفع المقرض المال الى المستقرض أو اشترى شيأ بألف درهم وعاين الشهود قبض المبيع أو تزوج امرأة بمهر مثلها أو استأجر شيأ بمعاينة الشهود فان هذه الديون تكون مساوية لديون الصحة وذلك لانها وجبت بأسباب معلومة لا مرد لها

ولانه بالقرض والشراء لم يفوت على غرماء الصحة شيأ لانه لم يزد في التركة مقدار الدين الذي تعلق بها ومتى لم يتعرض لحقوقهم بالابطال نفذ مطلقا (قوله ولهذا منع) جواب عما قال الشافعي باستواء الحالين يعني لو كان كذلك ينبغي أن لا يمنع من التبرع بالزيادة على الثلث كما في حالة الصحة فيما لم تستغرق الديون جميع ماله ولم يكن عليه دين وفي حق الثلث يمنع أيضا اذا استغرق الدين جميع ماله اه كاكي ﴿فرع﴾ قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو مرض وفي يده ألف درهم لا مال له غيرها وليس عليه دين الصحة فأقر بدين ألف درهم ثم أقر بان الالف التي في يده وديعة لفلان أو مضاربة ثم أقر بدين ألف درهم ثم مات قسمت الالف بينهم أثلاثا لانه لما أقر بالدين أولا فقد تعلق حق الغرماء بالالف التي في يديه فاذا أقر بأنها وديعة فقد أقر بوديعة مستهلكة لانه لا يمكنه التسليم الى المقر له فيكون اقرارا بالدين معنى والكل في حالة المرض فاستوت الديون في التعلق ولو قال صاحب الدين الاول لا حق لي قبل الميت أو قد أبرأته من ديني كانت الالف بين صاحب الوديعة والغريم الآخر نصفين لان البراءة وجدت بعد تعلق الكل فلا تغير الحكم ولا يبطل حق الآخر بابراء الاول ولو لم يبرئه الاول ولكنه أكذبه في الاقرار ورده كانت الالف كلها للمقر له بالوديعة لانه بالاكذاب تبين أنه لا حق له ولا تعلق فيكون الاقرار بالوديعة بعينها سابقا على الاقرار بالدين فيسبقه في التعلق لما بينا كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله كمأكله وملبسه الخ) فان قيل لو تزوج وهو شيخ كبير لا يولد له عادة أو المرأة آيسة أو كان لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء وجواري ينبغي أن لا يشارك لان هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية قلنا النكاح في أصل الوضع من الحوائج والعبرة للاصل لا للعارض وهذه العوارض مما لا يوقف عليها ليبتني الامر عليها اليه أشير في الاسرار اه (قوله بخلاف حالة الصحة الخ) جواب عن سؤال مقدر وهو أن يقال ينبغي أن لا يصح اقراره في الصحة بالدين اذا كان عليه دين لما أن الدين تعلق بماله فقال لم يتعلق في حال الصحة بالمال للقدرة على الاكتساب فيتحقق التميز فلم تقع الحاجة الى تعليق حق الغرماء بماله وهذه أي حالة المرض حالة العجز عن الاكتساب اذ المريض عاجز عن الكسب فتعين ما في يده حق الغرماء اه كاكي (قوله ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض) يعني اذا قضى المريض بعض الديون من ديون الصحة والديون المعروفة الاسباب يرد ذلك ويجعل بين الغرماء بالحصص الا اذا قضى القرض أو أدى ثمن المبيع فيكون المقرض والبائع أحق بذلك فليس لغرماء الصحة وغيرهم شيء من ذلك اه اتقاني (قوله بمنزلة حالة واحدة) جواب سؤال وهو أنه ينبغي اذا أقر في حالة المرض ثانيا أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بماله اه كاكي

مهر المثل ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا كان فيه ابطال حق الغير ألا ترى أنه اذا رهن عينا أو آجره ليس له أن يتصرف فيه لما فيه من ابطال حق الغير وهنا أيضا في اقراره ذلك لان حق أصحاب الديون تعلق بماله استيفاء ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقا في حقهم غير مقدر بالثلث بخلاف ما اذا كان سببها معروفا كالنكاح المشاهد وغيره مما ليس من التبرعات كالبيع المشاهد والاتلاف المشاهد لانه لا تهمة فيه وانما التهمة في الاقرار والبيع لا يبطل حقهم أيضا لان حقهم في المالية وهي باقية وفي النكاح ان كان يبطل لكن حقه فيه من الحوائج الاصلية كمأكله وملبسه ومسكنه وثمن الأدوية وأجرة الطبيب ونحو ذلك فيقدم على حق الغرماء بخلاف حالة الصحة حيث ينفذ في حق الغرماء اقراره لان حقهم في ذمته ولم يتعلق بماله ولهذا لم يمنع من التبرعات مطلقا لقدرته على الاكتساب وحالة المرض حالة عجز فيمنع حتى لو أقر بعين في يده لآخر لا يصح في حق غرماء الصحة والمرض بأسباب معلومة ولا يجوز للمريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون بعض لان فيه ابطال حق الباقين الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقد ثمن ما اشترى فيه وقد علم ذلك بالبينة لانه لم يبطل حقهم وانما حوله من محل أخرجه عن ملكه الى محل حصل فصار كالورد عين ما استقرضه الى المقرض أو رد المبيع بعيب وهذا لان اخراجه عن ملكه بما يعادله من العوض لا يعد اخراجا بخلاف ما اذا تزوج امرأة وأعطاها المهر حيث يكون لهم أن يشاركوا المرأة فيما قبضت وكذا اذا استأجر عينا وأوفى أجرتها فانهم يشاركونه لانه أخرج عن ملكه ما تعلق به حقهم من غير عوض يقوم مقامه في تعلق حقهم به لان المنافع لا يتعلق حقهم بها فصار كأنه قضى حق بعض الغرماء ولهم فيه أن يشاركوه فكذا هذا فان قيل يصح اقراره بوارث آخر وفيه ابطال حق غيره من الورثة لا سيما اذا كان المقر له يحجب غيره فوجب أن يجوز اقراره بالدين وان كان فيه ابطال حق غيره من الغرماء بالمزاحمة أيضا بل أولى لانه أدنى من الحجب قلنا ان استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعا والاستحقاق يضاف الى آخرهما وجودا فيضاف الى الموت ولهذا لو شهدا بالنسب قبل الموت ثم مات المشهود عليه وورث المشهود له منه المال ثم رجعا لم يضمنا شيأ لانه ورث بالموت فأما الدين فلا يجب بالموت بل بالاقرار فيمنع من ذلك في حقهم ودين المرض اذا كان سببه غير معروف لا يمنع صحة الاقرار لان أحوال المرض كلها بمنزلة حالة واحدة في حق الحجر فيستوي فيها السابق واللاحق كما ان أحوال الصحة كلها

بمنزلة

بمنزلة حالة واحدة فى حق الاطلاق بخلاف حالة الصحة مع حالة المرض لانهما مختلفان صفة من الاطلاق والحجر فيقدّم دين الاطلاق على ما أقر به فى حالة الحجر كالعبد المأذون له اذا حجر عليه ثم أقر بما فى يده يقبل اقراره به و يقدّم فيه دينه فى حالة الاذن لما ذكرنا فكذا هذا فاذا صح اقراره نفذ من جميع المال والقياس أن لا ينفذ الا من الثلث لان الشرع قصر تصرفه على الثلث وعلق حق الورثة بالثلثين فكذا اقراره لكن ترك بالاثر وهو ما روى عن ابن عمر رضى الله تعالى عنهما أنه قال اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته والأثر فى مثله كالخبر لانه من المقدرات فلا يدرك بالقياس فيحمل على أنه سمعه من النبى صلى الله عليه وسلم ولان قضاء الدين من الحوائج الأصلية لان فيه تفريغ ذمته ورفع الحائل بينه و بين الجنة فيقدّم على حق الغرماء كسائر حوائجه على ما بينا لان شرط تعلق حقهم الفراغ عن حقه ولهذا يقدّم كفنه عليهم قال رحمه الله (وأخر الارث عنه) أى عن الديون التى أقر بها فى حالة المرض لما بينا آنفا قال رحمه الله (وان أقر المريض لوارثه بطل الا أن يصدقه بقية الورثة) وقال الشافعى رحمه الله يجوز اقراره له بناء على أصله انه لا يحجر عليه فيما فيه فكالرقبته لما فيه من اظهار حق ثابت عليه و جانب الصدق راجح فيه فصار كاقراره لاجنبى و بوارث آخر و بوديعة مستهلكة للوارث وهى معروفة أن أودعها على رؤس الاشهاد ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين وقول ابن عمر رضى الله تعالى عنهما اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله وان أقر لوارث فغير جائز الا أن يصدقه الورثة ولان فيه ايثار بعض الورثة بماله بعد ما تعلق حق جميعهم به فلا يجوز لما فيه من ابطال حق البقية كالوصية له وانما تعلق حقهم به لاستغنائه عنه بعد الموت فلا يمكن من ابطال حقهم بالاقرار لورثته كما لا يمكن بالوصية لهم وهو القياس فى الاقرار للاجنبى الا انا تركناه لانه لو لم يقبل اقراره لامتنع الناس عن معاملته حذرا من إتواء أموالهم فينسد عليه طريق التجارة والمداينة فيحرج حرجا عظيما فلا يحجر عليه فى حقه لحاجته الى المعاملة كما لا يحجر عليه فى حقه من التبرع الى الثلث لحاجته الى التقرب الى الله تعالى فيه بخلاف الوارث لان المعاملة معه نادرة اذ يمكن التحرز عنه من غير حرج فلا يؤدّى الى سدّ بابها والاقرار بالنسب من حوائجه الاصلية لانه يحتاج الى بقاء نسله وحاجته مقدّمة على حق الورثة ولان الاقرار بالنسب ليس فيه ابطال حقهم قصدا وانما يبطل حقهم بالموت بشرط أن يتقدمه وفى الاقرار يبطل فى الحال باقراره قصدا فافترقا ولا تهمة فى الاقرار بالوديعة المستهلكة على الصفة التى ذكرناها فيقبل اقراره لان ردّه كان للتهمة فانتفى الحكم بانتفائها ألا ترى أنا لو كذبناه فمات وجب الضمان من ماله لانه مات مجهلا وعليه بينة فلا فائدة فى تكذيبه حتى لو كانت الوديعة غير معروفة لا يقبل اقراره باستهلاكها الا أن يصدّقه بقية الورثة لان الحجر كان لحقهم فاذا صدقوه فقد أقروا بتقدمه عليهم فيلزمهم وكذا لو كان له دين على وارثه فأقر بقبضه لا يصح الا أن يصدّقه البقية قال رحمه الله (وان أقر لاجنبى صح وان أحاط بماله) والقياس أن لا يصح أصلا كما فى حق الوارث أو بما زاد على الثلث كتبرعاته وقد ذكرنا جوابه وهو وجه الاستحسان قال رحمه الله (وان أقر لاجنبى ثم أقر ببنوته ثبت نسبه و بطل اقراره وان أقر لاجنبية ثم نكحها صح بخلاف الهبة والوصية) حيث لا يصحان لها أيضا

(قوله وهو ما روى عن ابن عمر الخ) قال فى الهداية لقول عمر رضى الله عنه اذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه فى جميع تركته قال الاتقانى فيه نظر لانه روى فى مبسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عن عمر وكذلك روى فى الاصل حدث محمد بن الحسن فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله العرزمى عن نافع عن ابن عمر أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بماله اه وكتب ما نصه قال الاتقانى ولكنهم استحسنوا جوازا قراره فى الجميع لما روى عن ابن عمر (٣٥) رضى الله عنهما أنه قال اذا أقر الرجل فى مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط بماله ولا يعرف له مخالف فحل محل الاجماع ولانه غير متهم فى حق الاجنبى فينفذ اقراره فى الجميع كالصحيح بخلاف اقراره لوارث حيث لا يصح لانه متهم لجواز ايثاره على باقى الورثة اه (فرعان) مريض عليه دين يحيط بماله فأقر المريض بقبض وديعة أو عارية أو مضاربة كانت له عند وارثه صح اقراره لان الوارث لو ادّعى ردّ الامانة الى وارثه المريض وكذبه المورث يقبل قول الوارث * مريض عليه دين يحيط بماله وله على رجل دين الصحة فأقر المريض باستيفاء ذلك الدين من مدونه صح اقراره اه قاضيخان (قوله فيقدم على حق الغرماء) صوابه على حق الورثة فتأمل اه (قوله فى المتن وان أقر المريض لوارثه بطل) ذكر فى الجامع الكبير اذا أقر الرجل لامرأته بدين المهر يصح اقراره الى مهر مثلها وان كان هذا اقرار الوارث لان هذا دين لا تهمة فيه فلا يمنع صحة

الاقرار الوارث اه تمة (قوله الا أن يصدقه الخ) وتصديق بقية الورثة هنا صحيح وان كان فى حياة المقر بخلاف الوصية لوارث والوصية بما زاد على الثلث فلا عبرة لتصديق الوارث فيهما فى حياة الموصى اه كذا ذكره العمادى فى الفصل الثانى والثلاثين فى كتاب العتاق من أحكام المرضى اه (قوله فصار كاقراره) أى له حالة الصحة واقراره اه اتقانى (قوله ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية الخ) قال الاتقانى ولنا حديث الدارقطنى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا وصية لوارث ولا اقرار له بدين اه

كما لا يصح للوارث وقال زفر رحمه الله يبطل الاقرار لها أيضا لانها وارثة عند الموت فحصلت التهمة وهي المعتبرة في الباب فصار كما اذا وهبها أو أوصى لها وهي أجنبية ثم تزوجها فانه لا يجوز وهو المراد بقوله في المختصر بخلاف الهبة والوصية ولنا أن النسب يستند الى حالة العلوق فيتبين أن البنوة كانت حالة الاقرار فلا يجوز ولا كذلك الزوجية فانها حادثة فتكون مقتصرة على زمان التزوج فلا يظهر ان اقراره كان باطلا لعدم الزوجية في تلك الحالة بخلاف ما اذا وهبها شيأ أو أوصى لها بشئ ثم تزوجها حيث تبطل الهبة والوصية لها لان الوصية تمليك بعد الموت وهي وارثة حينئذ فلا يصح والهبة في المرض وصية حتى لا تنفذ الا من الثلث على ما يأتي بيانه في الوصية ان شاء الله تعالى فصارت كالوصية فحاصله أن الوصية لا تعتبر الا عند الموت على كل حال وأما الاقرار فلا يخلو إما أن يكون المقر له وارثا وقت الاقرار دون الموت أو كان وارثا فيهما ولم يكن وارثا فيما بينهما أو لم يكن وارثا وقت الاقرار وصار وارثا وقت الموت فان كان وارثا وقت الاقرار دون وقت الموت بأن أقر لأخيه مثلا ثم ولد له ولد يصح الاقرار لعدم كونه وارثا وقت الموت وان كان وارثا فيهما الا فيما بينهما بأن أقر لامرأته ثم أبانها وانقضت عدتها ثم تزوجها أو والى رجلا فأقر له ثم فسخ الموالاة ثم عقدها ثانيا لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف رحمه الله لان المقر متهم في الطلاق وفسخ الموالاة وعند محمد رحمه الله يجوز لان شرط امتناع الاقرار أن يبقى وارثا الى الموت بذلك السبب ولم يبق ولانه لما صار أجنبيا نفذ الاقرار كما لو أنشأه في ذلك الوقت ألا ترى أنه لو لم يعقد ثانيا كان جائزا فكذا اذا عقد وان لم يكن وارثا وقت الاقرار ثم صار وارثا وقت الموت ينظر فان صار وارثا بسبب كان قائما وقت الاقرار بأن أقر لأخيه وله ابن ثم مات الابن قبل الاب لا يصح اقراره وان صار وارثا بسبب جديد كالتزوج وعقد الموالاة جاز وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان الاقرار حصل للوارث وقت الموت فصار كما اذا صار وارثا بالنسب ولنا أن الاقرار حين صدر حصل للاجنبي لا للوارث فنفذ ولزم فلا يبطل بخلاف الهبة لانها وصية ولهذا تعتبر من الثلث فتعتبر وقت الموت بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب بأن أقر مسلم مريض لاخيه الكافر ثم أسلم قبل موته أو كان محجوبا بالابن ثم مات الابن حيث لا يجوز الاقرار له لان سبب الارث كان قائما وقت الاقرار ولو أقر لوارثه ثم مات المقر له ثم المريض ووارث المقر له من ورثة المريض لم يجز اقراره عند أبي يوسف أولا لان اقراره حصل للوارث ابتداء وانتهاء وقال آخرا يجوز وهو قول محمد لانه بالموت قبل موت المريض خرج من أن يكون وارثا وكذلك لو أقر لاجنبي ثم مات المقر له ثم المريض وورثة المقر له من ورثة المقر لان اقراره كان للاجنبي فيتم به ثم لا يبطل بموته وكذلك لو أقر المريض بعبد لاجنبي وقال الاجنبي هو لفلان وارث المريض يصح اقراره لما ذكرنا ولو أقر الاجنبي أنه حر الاصل أو كان أعتقه عتق ولا شئ عليه قال رحمه الله (ولو أقر لمن طلقها ثلاثا فيه) أي في المرض (فلها الاقل من الارث والدين) هذا اذا طلقها بسؤالها وان طلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغا ما بلغ ولا يصح الاقرار لها لانها وارثة اذ هو فار وقد بيناه في طلاق المريض بخلاف ما اذا طلقها بسؤالها فانها لا ترث لكن لما أقر لها بالدين بقيا متهمين

(قوله ثم وجد له ولد) أي ويبقى الولد الى أن مات المورث اهـ اتقاني (قوله وان كان وارثا فيهما الخ) قال الاتقاني وان كان يوم أقر وارثه بالولاء أو زوجية ويوم مات وارثه وقد خرج فيما بين ذلك من أن يكون وارثه ببينونة أو فسخ للولاء فالاقرار باطل في قول أبي يوسف الاول وهو جائز في قوله الآخر وهو قول محمد وهو يقول العبرة لحالة الاقرار وحالة الموت لان حالة الاقرار حالة انعقاد السبب وحالة الموت حالة ثبوت الحكم وفيما بين ذلك لا عبرة به لانه لا تعلق للحكم به ومحمد يقول بأن الاقرار وجد في حال كونه أجنبيا والاقرار للاجنبي صحيح (١) قوله حال نفاذه هو وارث قلنا نعم (٣٦) ولكن بسبب جديد فلا يكون الارث مضافا الى السبب السابق لان الثاني غير الاول وصار كما لو أقر لاجنبية ثم تزوجها أليس أنه لا يبطل اقراره كذلك ههنا اهـ وقد علم منه أن قول الشارح لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف هو قول أبي يوسف الاول الذي رجع عنه اهـ (قوله لا يجوز الاقرار عند أبي يوسف) قد رجع أبو يوسف عن هذا ووافق محمدا كما يعلم ذلك من الحاشية التي قبل هذه اهـ وقد ذكر في المبسوط وفتاوى قاضيخان الخلاف بين أبي يوسف ومحمد كما ذكره الشارح من غير ذكر رجوع أبي يوسف الى قول محمد اهـ (قوله لا يصح اقراره) أي لانه لو نفذ نفذ في حالة كونه وارثا فيصير اقرارا للوارث فلا يجوز اهـ اتقاني (قوله بخلاف ما اذا صار وارثا بالنسب) قال في وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو نصراني أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما قائما وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قائما وقت الاقرار وذكر فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير خلاف زفر في الاقرار لابنه وهو نصراني أو عبد فقال ان الاقرار صحيح عند زفر لانه وقت الاقرار لم يكن وارثا اهـ اتقاني رحمه الله (قوله كان قائما وقت الاقرار) الا أنه امتنع عمله المانع فاذا زال المانع عمل السبب من ذلك الوقت وههنا بخلافه اهـ اتقاني (قوله وكذلك) أي الحكم والخلاف السابق اهـ

(١) قول المحشي قوله حال نفاذه الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة تحريفا وسقطا فحرر اهـ مصححه

متهمين فيه لان الزوجين قد يتفقان على الطلاق لينفتح باب الاقرار لها فتعطى أقلهما ردّا لقصدهما وعلى هذا اذا أوصى لها تعطى الاقل من ميراثها منه ومن الوصية لما ذكرنا وقد ذكرنا المسئلة بشعبها فى الطلاق قال رحمه الله (وان أقر بغلام مجهول يولد لمثله) أى لمثل المقر (أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه ولو مريضا وشارك الورثة) لان النسب من الحوائج الاصلية وهو أيضا اقرار على نفسه على ما بيناه وليس فيه ضرر على غيره قصدا فيصح وقد ذكرناها فى الدعوى والعتاق وشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه اذا كان له نسب معروف لا يمكن ثبوته منه ولا حاجة الى اثباته لاستغنائه به عنه وشرط أن يولد مثله لمثله كيلا يكذبه الظاهر وشرط أن يصدقه الغلام لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه اذا كان مميزا والكلام فيه بخلاف ما اذا كان لا يعبر عن نفسه حيث لا يعتبر تصديقه لانه فى يد غيره وقد ذكرناه من قبل فاذا صح اقراره شارك الورثة فى الميراث لانه من ضرورات ثبوت النسب قال رحمه الله (وصح اقراره) أى اقرار الرجل (بالولد والوالدين) لانه اقرار على نفسه وليس فيه حمل النسب على الغير وشرطه ما بينا فى الابن قال رحمه الله (والزوجة والمولى) لان موجب اقراره يثبت بينهما بتصادقهما من غير اضرار بأحد فينفذ قال رحمه الله (واقرارها) أى يصح اقرار المرأة (بالوالدين والزوج والمولى) لان الاصل ان اقرار الانسان على نفسه حجة لا على غيره وبالاقرار بهؤلاء ليس فيه الا الزام نفسها فيقبل قال رحمه الله (وبالولد ان شهدت قابلة أو صدقها الزوج) أى يقبل اقرار المرأة به بهذا الشرط لان قول القابلة حجة فى تعيين الولد والنسب يثبت بالفراش لقوله عليه الصلاة والسلام الولد للفراش والزوج هو صاحب الحق فاذا صدقها فقد أقر به فلزمهما بالاقرار له هذا اذا كانت ذات زوج أو معتدة وادعت أن الولد منه لان فيه تحميل النسب عليه فلا يلزمه بقولها أما اذا لم يكن لها زوج ولا هى معتدة أو كان لها وادعت أن الولد من غيره صح اقرارها لان فيه الزاما على نفسها دون غيرها فينفذ عليها فصار كما اذا ادعى هو الولد فانه لو ادعى أنه ولده من امرأته لا يصدق فى حقها الا بتصديقها قال رحمه الله (ولا بد من تصديق هؤلاء) يعنى تصديق المقر له فى جميع ما تقدم ذكره لان اقرار غيرهم لا يلزمهم لان كلا منهم فى يد نفسه الا اذا كان المقر له صغيرا فى يد المقر وهو لا يعبر عن نفسه أو عبدا له فيثبت نسبه بمجرد الاقرار ولو كان عبدا لغيره يشترط تصديق مولاه قال رحمه الله (وصح التصديق بعد موت المقر الا تصديق الزوج بعد موتها) يعنى اذا أقر بنسب أو نكاح ثم مات المقر فصدقه المقر له بعد موته صح تصديقه الا اذا أقرت المرأة بالزوج فصدقها بعد موتها فانه لا يصح أما الاول فلان النسب يبقى بعد الموت وكذا اقرار الزوج بالزوجية فصدقته بعد موته لان حكم النكاح باق فى حقها وهو العدة فانها من آثار النكاح ولهذا جاز لها غسله ميتا كما فى حالة الحياة وأما الثانية وهى ما اذا أقرت المرأة بالزوجية فصدقها بعد موتها فالمذكور هنا

(قوله ردّا لقصدهما) أى ولا تهمة فى الاقل هذا اذا كان موته قبل انقضاء العدة فان مات بعدها جاز اقراره فاذا أقر لها بدين المهر فقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو أقر لامرأته بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها وتحاص غرماء الصحة به لانه أقر بما يملك انشاءه فانعدمت التهمة ولو أقرت المرأة فى مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها أقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض فى الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح وقال فى الفتاوى الصغرى المريضة اذا أقرت باستيفاء مهرها فان ماتت وهى منكوحة أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحة ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح ونقله عن اقرار الجامع اه اتقانى (قوله وشرط) أى المصنف ثلاثة شروط الاول اه (٣٧) (قوله أن لا يكون له نسب معروف) أى لان معروف النسب لا يصح دعوى نسبه لانه اذا ثبت من أحد لا يقبل الفسخ بعد ذلك اه اتقانى (قوله شارك الورثة) أى ولا يصح الرجوع بعد ذلك اه اختيار (قوله فى المتن وصح اقراره بالولد والوالدين) فى النهاية ما ذكر هنا من صحة اقرار المقر بالأم حيث قال بالوالدين موافق لرواية التحفة ورواية شرح فرائض السراجى لمصنفه ويخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع وغيرها اه معراج (قوله فى المتن والزوجة) أى اذا صدقته وكانت خالية من الزوج وعدته ولم يكن تحت المقر أختها أو أربع سواها وأراد بالمولى مولى العتاقة سواء أراد المعتق أو المعتق فان الاقرار لكل واحد منهما صحيح اذا صدقه المقر له ولا ولاؤه ثابتا من غيره اه (قوله فى المتن والمولى) أطلق المولى ليشمل الاعلى والاسفل جميعا ولهذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ويجوز اقرار الرجل بالولد والوالد والزوجة والمولى من فوق ومن تحت اذا صدقه الآخر لان الحكم لا يعدوهما فيكون اقرارا على انفسهما فيقبل ولا يجوز اقراره بغير هؤلاء الاربع ويجوز اقرار المرأة بالوالد والزوج والمولى ولا يجوز بغير هؤلاء الثلاثة لما ذكرنا أن اقرارها فى حق هؤلاء اقرار على نفسها وفيما عداه اقرار على الغير ولا يجوز اقرار المرأة بالولد وان صدقها ولكنهما يتوارثان ان لم يكن لهما وارث معروف لانا اعتبرنا اقرارها فى حقها ولا يقضى بالنسب لانه لا يثبت بدون الحجة وهو شهادة القابلة فان شهدت لها امرأة على ذلك وقد صدقها الولد ثبت نسبه منها وكذلك ان لم تشهد لها امرأة وقد صدقها زوجها فيه ثبت النسب منهما لان النسب يثبت بتصادقهما لانه لا يتعدى الى غيرهما كذا فى شرح الكافى اه اتقانى

قول أبي حنيفة وعندهما يجوز تصديقه بعد موتها لان النكاح ينتهي بالموت ولا يبطل كالنسب والمنتهي متقرر فيصح تصديقها وهذا لان النكاح يبقى بعد موتها في حق الارث والاقرار قائم لان التكذيب من الزوج لم يوجد فصح التصديق في هذه الحالة فيثبت النكاح بتصادقهما فيرث منها اذ الثابت بتصادقهما كالثابت عيانا ولهذا لو أقام البينة بعد موتها على النكاح تقبل ولولا أن النكاح قائم في حق الارث لما قبلت فكذا بتصادقهما يعمل فيه أيضا كالبينة ولابي حنيفة رحمه الله أن النكاح قد انقطع بالموت ولم يبق له أثر وأما الارث فحكم يثبت بعد الموت والنكاح انما ينتهي في حق حكم كان قبل الموت وأما المستقبل فالنكاح معدوم فيه فلو صححنا الاقرار والنكاح معدوم صححناه لاثبات الارث ابتداء فيكون التصديق واقعا في شئ هو معدوم في الحال من كل وجه فلا يجوز بخلاف جانبها لانه أمكن جعل النكاح باقيا ببقاء أثره وهو العدة على ما مر فان قيل اذا أقر رجل لرجل بعبد فمات العبد وترك كسبا اكتسبه بعد الاقرار ثم صدقه المقر له استحق الكسب والارث في مسئلتنا بمنزلة الكسب فوجب أن يصح تصديقه في حقه قلنا الكسب يقع ملكا لمالك الرقبة من الابتداء لانه في حكم المنفعة ومن ملك رقبة ملك منافعها احكاما تبعا لها فيصير الاقرار بالعبد اقرارا له بأن الكسب للمقر له فيصير قيامه بمنزلة قيام العبد وأما الارث فانما يثبت بعد موتها على سبيل الخلافة عنها بسبب الزوجية لا بحكم الاقرار لان المستحق عليها بالنكاح يفوت بموتها فيبقى تصديقه بعد ذلك دعوى ارث مبتدأ فلا يصح وهذا لان ما أقرت به هي نكاح وما ادعاه هو بعد موتها ارث فلا يكون تصديقا لها فيما أقرت به بل هو دعوى مبتدأة فلا تقبل دعواه بلا حجة بخلاف ما اذا أقام البينة فانها حجة ملزمة فيثبت بها ما ادعاه قال رحمه الله (وان أقر بنسب نحو الاخ والعم لم يثبت) يعني اذا أقر بنسب على غيره لم يثبت من ذلك الغير لعدم ولايته عليه وذلك مثل الاخ والعم فانه اقرار على الاب أو الجد بأنه ابنه وكذا اذا أقر بالجد أو بابن الابن فانه لا يصح فان فيه حمل النسب على الغير فلا يجوز بدون اقامة البينة الا في حق نفسه حتى تلزمه الاحكام من النفقة والحضانة والارث اذا تصادقا على ذلك لان اقرارهما حجة عليهما قال رحمه الله (فان لم يكن له وارث غيره قريب أو بعيد ورثه وان كان لا) أي ان كان للمقر وارث لا يرث المقر له لان النسب لم يثبت باقراره فلا يستحق الميراث مع وارث معروف قريبا كان ذلك الوارث كذوي الارحام أو بعيدا كولي الموالاة وان لم يكن له وارث غيره ورثه لان اقراره حجة في حق نفسه فيقبل عند عدم الاضرار بغيره وهذا لانه أقر بشيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده وهو في النسب مقر على غيره فيرد وفي استحقاق ماله مقر على نفسه فيقبل عند عدم المزاحم لان له ولاية التصرف في ماله عند عدم الوارث يضعه حيث شاء حتى كان له أن يوصي بجميع ماله فكذا له أن يجعله لهذا المقر له لانه وصية من وجه حتى كان للمقر أن يرجع عن الاقرار لان نسبه لم يثبت فلا يلزمه كالوصية وارث من وجه حتى لو أوصى لغيره بأكثر من الثلث لا ينفذ الا باجازة المقر له ما دام المقر مصرا على اقراره كأنه وارث حقيقة قال رحمه الله (ومن مات أبوه فأقر بأخ شركه في الارث ولم يثبت نسبه) لما ذكرنا أن اقراره مقبول في حق نفسه غير مقبول في حق غيره نظيره مشتري العبد اذا أقر على البائع انه أعتقه قبل البيع لم يقبل قوله في حق البائع حتى لا يرجع عليه بالثمن ويقبل في حق نفسه حتى يعتق العبد فاذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر مطلقا عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطي المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان لشخص مات أبوه أخ معروف فأقر بأخ آخر فكذبه أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فنفذ اقراره في حصته وبطل ما كان في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر في نصيب أخيه بطل اقراره فيه لما ذكرنا ونحن نقول ان في زعم المقر انه يساويه في الاستحقاق والمنكر ظالم بانكاره فيجعل ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده وعندهما تأخذ خمسه ولو أقر بابن وبنت بأخ وكذبهما ابن

و بنت

(قوله لانه وصية من وجه) قال في الهداية لكنه بمنزلته قال الاتقاني استدراك من قوله وليست هذه وصية حقيقة أي لكن الاقرار بنسب الاخ والعم بمنزلة الايصاء بالمال ولهذا لو أقر في مرضه به وصدقه المقر له ثم أنكر المقر النسب ثم أوصى لآخر بجميع ماله كان المال للموصى له بالجميع ولو لم يوص لاحد كان المال لبيت المال لان رجوعه لما صح بطل الاقرار أصلا وينبغي لك أن تعرف أن الرجوع عن الاقرار بالنسب انما يصح اذا كان الرجوع قبل ثبوت النسب كما نحن فيه لان النسب لم يثبت لكونه تحميلا على الغير وليس له ذلك أما اذا ثبت النسب لا يصح الرجوع بعد ذلك لان النسب لا يحتمل النقض بعد ثبوته ولهذا قال في آخر كتاب الدعوى في قوله واذا كان الصبي في يد رجل قال هو ابن عبدي الغائب ثم قال هو ابني لم يكن ابنه أبدا لان النسب اذا ثبت لا ينتقض بالجحود والتكذيب اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني وليس هذا وصية في الحقيقة بدليل أنهم قالوا فيمن أقر بأخ ولا وارث له ثم أوصى لرجل بجميع ماله أن للموصى له الثلث والباقي للاخ ولو كان الاخ يستحق الوصية وجب قسمة الثلث بينهما فظهر بهذا أنهم جعلوه في حكم الموصى له بمعنى أنه يستحق المال بقول المريض وليس هنا نسب ثابت يستند الاستحقاق اليه اهـ

و بنت يقسم نصيب المقرين اخماسا وعندهما ارباعا والتخريج ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجة أبيه أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بجدة هي أم الميت أخذت سدس ما في يده فيعامل فيما في يده كما يعامل لو ثبت ما أقر به وقال في الايضاح لو أقر أحد الابنين المعروفين بزوجة للميت أخذت تسعي ما في يده لان في زعم المقر ان التركة بينهم على ستة عشر سهما للزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمهما صار ذلك كالهالك فتضرب هي بقدر حقها وهو سهمان ويضرب الابن بقدر حقه وهو سبعة فيحصل لها سهمان من تسعة وله سبعة وعلى قول مالك وابن أبي ليلى لها ثمن ما في يده لان اقراره انما يصح بسهم واحد يعني من ستة عشر وله سبعة أسهم قال رحمه الله (وان ترك ابنين وله على آخر مائة فأقر أحدهما بقبض أبيه خمسين منها فلا شيء للمقر وللآخر خمسون) لان الاقرار باستيفاء الدين اقرار بالدين على الميت لان المقبوض غير الدين فيكون مضمونا على القابض دينا في ذمته ثم يتقاصان فاذا كذبه أخوه لا يصدق عليه فينفذ في حقه خاصة فوجب على الميت خمسون درهما على زعمه والدين مقدم على الميراث فاستغرق نصيبه فلا يأخذ منه شيئا كما اذا أقر عليه بدين آخر وكذبه أخوه وليس له أن يشارك أخاه في الخمسين وان تصادقا على أنه مشترك بينهما لانه لو رجع المقر على أخيه لرجع أخوه على الغريم بما بقي من الدين على زعمه ثم رجع الغريم على المقر بما زاد على الخمسين مما أخذه من أخيه المكذب لان الوارث لا يأخذ شيئا الا بعد قضاء الدين فيؤدي الى الدور وعلى مذهب ابن أبي ليلى ان المقر يحصل له نصف الخمسين لانه يصرف الاقرار الى الكل شائعا لانه أقر على نفسه وعلى أخيه فاقراره في حقه مقبول فيصح وفي حق أخيه لا يقبل فلا يصح ولو أقر أن أباه قبض كل الدين والمسئلة بحالها كان جوابه كالأولى الا أنه هنا يحلف المنكر لحق المدين بالله ما يعلم انه قبض الدين فان نكل برئت ذمته وان حلف دفع اليه نصيبه بخلاف المسئلة الاولى حيث لا يحلف لحق الغريم لان حقه كله حصل له من جهة المقر فلا حاجة الى تحليفه وهنا لم يحصل له الا النصف فيحلفه ولو ترك الميت في هذه الصورة مائة أخرى غير الدين والمسئلة بحالها فاقتسماها رجع المكذب على الغريم بنصيبه من المائة الدين لما قلنا وللغريم أن يحلفه لما بينا فان نكل برئت ذمته وان حلف أخذ نصيبه وهو خمسون درهما من الغريم ثم يرجع الغريم بذلك على المقر يأخذه منه من نصيبه من التركة لانه لما أقر بقبض أبيه المائة فقد أقر عليه بالدين والدين مقدم على الميراث على الوجه الذي بيناه والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الصلح﴾

قال رحمه الله (هو عقد يرفع النزاع) هذا في الشرع وفي اللغة هو اسم بمعنى المصالحة وهو المسالمة خلاف

(قوله في المتن فلا شيء للمقر وللآخر خمسون) وذلك لان المائة صارت ميراثا بينهما فلما أقر أحدهما باقتضاء أبيه صح ذلك في نصيبه خاصة لا في نصيب أخيه فبقيت حصة الآخر كما كانت فجعل كأن المقر استوفى نصيبه ولان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون لان الديون تقضى بأمثالها فيجب للمطلوب على الطالب بقبض الطالب مثل ما وجب للطالب على المطلوب فيلتقيان قصاصا فيسقط ما على المطلوب فاذا كذبه أخوه في الاقرار لم ينفذ الاقرار على المنكر فينفذ في حق المقر خاصة فيسقط نصيب المقر وأورد الفقيه أبو الليث السمرقندي في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل يزعم هذا المقر أن أباه قد قبض الخمسين والخمسون الباقية بينهما نصفان فلم يبطل حقه في الكل قيل له لو أخذ من تلك الخمسين شيئا أدى ذلك الى الدور والتناقض لانه لو أخذ منه كان (٣٩) للابن الآخر أن يأخذ من المطلوب تمام الخمسين لان الابن المنكر يقول لم يأخذ أبي من الدين شيئا ولي تمام خمسين فله أن يرجع على الغريم بتمام خمسين ثم الغريم أن يرجع على الابن المقر بما أخذه من أخيه واذا كان يؤدي الى هذا ليس له أن يشاركه فيما قبض المنكر من الخمسين اهـ اتقاني (قوله لانه لو رجع المقر على أخيه) أي وأخذ منه نصف الخمسين التي قبضها من الغريم اهـ (قوله بما بقي من الدين) أقول كان ينبغي أن يقول بتمام الخمسين اذ لا حق للاخ المنكر فيما زاد على الخمسين حتى يكون له المطالبة به اهـ

﴿كتاب الصلح﴾

قدمر وجه مناسبة الصلح والاقرار بالدعوى في أول الاقرار اهـ (قوله في المتن هو عقد يرفع النزاع) ركنه الايجاب والقبول وشرطه أن يكون البدل المصالح عليه مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا يشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه قبله حقا في حانوت فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد منهما مقدار حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي وجوازه ثبت بقوله تعالى والصلح خير عرف بالالف واللام فيقتضي أن يكون كل صلح خيرا وكل خير مشروع اهـ سيد وقال الكاكي وشرط الصلح كون المصالح عنه يجوز الاعتياض عنه كالقصاص بخلاف ما اذا كان حقا لا يجوز الاعتياض عنه كحق الشفعة والكفالة بالنفس فلا يجوز الصلح عنه وكون بدل الصلح مالا معلوما ان احتيج الى قبضه والا لا تشترط معلوميته فان من ادعى حقا في دار وادعى المدعى عليه حقا في حانوته فتصالحا على أن يترك كل واحد منهما دعواه قبل صاحبه صح وان لم يبين كل واحد حقه لان جهالة الساقط لا تفضي الى المنازعة وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي اهـ (قوله وهو المسالمة) أي بعد المحاربة اهـ اتقاني

(قوله وأصله من الصلاح) أي وهو استقامة الحال اهـ اتقاني (قوله قالوا معناه جنس الصلح) قال الاتقاني فان قلت لا يصح التمسك بالآية لانه انما يصح اذا كان المراد بالالف واللام الجنس لا العهد وقد وجد دليل العهد لانه تعالى قال وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير أي ذلك الصلح ولئن سلمنا أن المراد به الجنس فلا يجوز أيضا صرفه الى الكل لان ما ينطبق عليه اسم الصلح لا يجوز ولهذا لم يجز الصلح بعد اليمين وصلح المودع لا يجوز أيضا واذا ادعى على آخر قذفا لا يجوز الصلح وكذا اذا ادعى على امرأة نكاحا فانكرت فصالحت على مال لا يجوز فاذا لم يمكن صرفه الى الكل وجب حمله على الادنى لتيقنه وهو الصلح عن اقرار قلت التعلق بالآية صحيح لدخول الالف واللام وهي مطلقة لا فصل فيها وحمله على العهد ضعيف لان الله تعالى أمر بالصلح وعلل بكونه خيرا وهو المفهوم من لسان العرب وكأنه قال صالحوا فان الصلح خير يعني جنس الصلح خير كما يقال صل والصلاة خير أي جنس الصلاة خير غاية ما في الباب أنه انصرف الى الصلح المذكور أولا ولكنه وصفه تعالى بكونه خيرا لانه صلح فكل ما يكون صلحا يكون خيرا وأيضا قد يكون ذلك الصلح عن انكار أيضا لان نشوز الزوج والاعراض قد يكون عن انكار حقها فيكون ذلك صلحا على الانكار ومع ذلك جاز وقولهم لا يمكن صرفه الى الجنس كله فالجواب عنه نقول ليس ذلك من باب ما لا يمكن العمل بالاطلاق بل في بعض المواضع ترك العمل بالاطلاق بدليل التقييد ووجوده (٣٠) في بعض المواضع لا يدل على وجوده في كل المواضع فلا يمنع ذلك العمل بالاطلاق فيما وراء دليل التقييد وقد تأيد هذا بقوله صلى الله عليه وسلم الصلح جائز بين المسلمين اهـ ما قاله الاتقاني ﴿فرع﴾ قال في الفتاوى الصغرى قال شيخ الاسلام خواهر زاده الصلح مع المودع على أربعة أوجه الاول اذا ادعى صاحب المال الايداع وجحد المودع والثاني اذا ادعى صاحب المال الايداع والاستهلاك والمودع أقر بالايداع وسكت ولم يدع الرد أو الهلاك وفي هذين الوجهين الصلح جائز عندهم والثالث اذا قال المودع هلكت أو رددت وصاحب المال ساكت أو قال لا أدري فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ويجوز في قول محمد رحمه الله والرابع اذا قال المودع ضاعت أو رددت وقال المالك لا بل استهلكت فاصطلحا لا يجوز في قول أبي حنيفة وأبي يوسف الاول وفي قول أبي يوسف الآخر وهو قول محمد يجوز قال استاذنا فخر الدين وهكذا ذكر في المنتقى أيضا قال شيخ الاسلام خواهر زاده والفتوى على قول أبي حنيفة وعامة المشايخ لم يفرقوا بين ما اذا قال المالك استهلكتها وقال المودع ضاعت أو رددت أو قال المودع ضاعت أو رددت وقال المودع استهلكتها وذكروا الخلاف فيهما جميعا وقال القاضي الامام علي السغدي اذا قال المودع أولا استهلكتها وقال المودع ضاعت أو رددت يجوز الصلح في قولهم الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى اهـ اتقاني (قوله في المتن وهو جائز باقرار) قال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف والمراد بجواز الصلح اعتباره في اثبات ملك المدعي في بدل الصلح وانقطاع حق الاسترداد للمدعى عليه وبطلان حق الدعوى في أصل المدعي والكلام المعروف في هذه المسئلة أن هذا بذل المال بطريق المعاوضة في جانب المدعي لقيام أمارة ثبوت الحق في حقه وبذل المال لدفع الخصومة وصيانة النفس في حق المدعى عليه اهـ اتقاني (قوله في المتن وسكوت) أي وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر اهـ ووجه حصر الصلح في الثلاثة قال الاتقاني أن المدعى عليه لا يخلو اما أن يجيب لدعوى المدعي أولا والثاني هو السكوت والاول لا يخلو اما أن يكون بالاقرار أو الانكار ولا ثالث لهما فانحصر على الثلاثة لا محالة اهـ (قوله كل صلح جائز الى آخر الحديث) رواه الترمذي من طريق أبي هريرة وقال هذا حديث حسن صحيح اهـ

المخاصمة وأصله من الصلاح وهو ضد الفساد ومعناه دال على حسنه الذاتي وكم من فساد انقلب به الى الصلاح بحسنه ولهذا أمر الله تعالى به عند حصول الفساد والفتن بقوله تعالى وان طائفتان من المؤمنين اقتتلوا فأصلحوا بينهما وقال تعالى وان امرأة خافت من بعلها نشوزا أو اعراضا فلا جناح عليهما أن يصالحا بينهما صلحا والصلح خير قالوا معناه جنس الصلح خير ولا يعود الى الصلح المذكور لانه خرج مخرج التعليل والعلة لا تتقيد بمحل الحكم فيعلم بهذا أن جميع أنواعه حسن لان فيه اطفاء النائرة بين الناس ورفع المنازعات الموبقات عنهم وهي ضد المصالحة وهي منهي عنها بقوله تعالى ولا تنازعوا وفي ترك الصلح ذلك لان طلب جميع ما يستحقه ربما يؤدي الى الانكار لا سيما عند الاعسار وفيه فساد عظيم بعد الانكار فان المدعي اذا أقام البينة تكثر العداوة وتهيج الفتن بين المدعي والمدعى عليه والشهود والقاضي والى هذا أشار النبي صلى الله عليه وسلم بقوله ردوا الخصوم كي يصطلحوا وقال أبو منصور الماتريدي رحمه الله لا يعمل الشيطان في ايقاع العداوة والبغضاء في بني آدم مثل ما يعمل من ابطال الصلح على الانكار وهذا صحيح لان في منع هذا الصلح فتح باب المنازعات واثارة النائرات بين الناس واقامة الفتن والمكايدات ألا ترى الى ما حكي ان فتنة وقعت في قبيلة بسبب تهمة غلام فهاجت بينهم حتى قتل منهم أربعون ألفا فامتدت الحرب بينهم الى أن وقع الصلح فانطفأت النائرة ولان العقود انما شرعت للحاجة والحاجة اليه أمس لدفع الشر فكان أولى به قال رحمه الله (وهو جائز باقرار وسكوت وانكار) لاطلاق ما تلونا وما روينا وما بينا من المعنى ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين الا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

وقال الشافعي لا يجوز مع الانكار والسكوت لما روينا وهذا بهذه الصفة لان البدل كان حلالا للدافع حراما على الآخذ فبالصلح ينعكس الامر فيكون حراما على الدافع حلالا على الآخذ أو نقول ان المدعي ان كان محقا كان أخذ المدعي حلالا له قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وان كان مبطلا فقد كان أخذ المال على الدعوى الباطلة حراما عليه قبل الصلح وحل له بالصلح فصار صلحا أحل حراما ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة عن نفسه وهذا رشوة فاذا كان التمليك رشوة كان التملك قبول الرشوة اذ لا يملك الا من الجهة التي ملك فيكون المدعى عليه دافعا لدفع الظلم والمدعي آخذا لترك الظلم قلنا ليس هذا مراد النبي صلى الله عليه وسلم لان ذلك موجود في الصلح مع الاقرار أيضا لان الصلح يقع عادة على مادون حقه فما زاد على المأخوذ الى تمام حقه كان حلالا للمدعي أخذه قبل الصلح وحرم عليه بالصلح وكان حراما على المدعى عليه منعه قبل الصلح وحل له ذلك بعده ولو كان المراد هذا المعنى لما صح مطلقا بل البيع أيضا يكون حراما بهذا الاعتبار لان كل واحد من المتبايعين ماله كان حلالا له قبل البيع ويحرم عليه بالبيع وكذا سائر العقود المشروعة فيؤدي هذا الى تحريم أسباب الملك بأسرها وانما مراده عليه الصلاة والسلام أن يستباح بالصلح ما ليس بمباح شرعا أو يحرم ما ليس بحرام وذلك مثل أن يصالح على الخمر والخنزير أو تصالح احدى الضرتين زوجها على أن لا يطأ الاخرى أو أمته فتحرم عليه على زعمهم بالصلح وهذا ظاهر لانه عليه الصلاة والسلام ذكر الحرام والحلال مطلقا والمطلق منهما ينصرف الى الكامل وذلك بأن يكون حراما أو حلالا لعينه وقوله رشوة وتملكه قبول للرشوة الى آخره لا يسلم بل هو في زعم المدعي هو عين حقه أو بدله فهو حلال له أخذه وأكله وفي حق المدعى عليه لافتداء اليمين ودفع الشر عن نفسه وهو أيضا حلال له لان المال لم يخلق الا لذلك ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله ان أجوز ما يكون من الصلح الصلح على الانكار لان معنى الصلح فيه يتحقق على التمام وهو قطع المنازعة والخصومة والفساد الذي يتولد منهما وأما مع الاقرار فلا يوجد فيه معنى الصلح على التمام اذ ليس فيه منازعة حتى يحتاج فيه الى الصلح بل هو استيفاء لبعض حقه واسقاط للباقي ان أخذ بعض حقه من جنسه وان أخذ من خلافه فهو بيع عن طوع منه واختيار ولو قلنا انه رشوة فهي جائزة للدافع لدفع الظلم عن نفسه وما جاء فيه من الذم من قوله عليه الصلاة والسلام لعن الله الراشي والمرتشي المراد به اذا كان هو الظالم فيدفعها الى بعض الظلمة من ولاة الامور يستعين به على الظلم بالرشوة وأما الدفع الضرر عن نفسه فلا شبهة فيه حتى روي عن أبي يوسف رحمه الله أنه أجاز ذلك للوصي من مال اليتيم أيضا لدفع الضرر عن اليتيم ألا ترى أن الخضر عليه السلام خرق السفينة كيلا يأخذها الظالم وما كان مراده بذلك الا الاصلاح والله يعلم المصلح من المفسد وقوله اذ لا يملكه الا من الجهة التي ملك قلنا لا نسلم اتحاد جهة التمليك والتملك بل قد تختلف الجهة بينهما كمن أقر بعتق عبد غيره ثم اشتراه فانه بيع في حق البائع حتى يجبر المشتري على الثمن فداء في حق المشتري اذ لا بيع بينهما على زعمه وقبلة كل واحد من الجماعة في التحري ما أدى اليه اجتهاده والخلع يمين في حقه معاوضة في حقها وكذا الفسخ بالاقالة فانها بيع في حق ثالث فسخ في حق المتعاقدين قال رحمه الله (فان وقع عن مال بمال باقرار اعتبر بيعا) لان معنى البيع قد وجد فيه وهو مبادلة المال بالمال عن تراض فتجري فيه أحكام البيوع وهذا لأن الاصل في الصلح أن يحمل على أشبه العقود له فتجري عليه أحكامه لان العبرة للمعاني دون الصور ولهذا جعلت الهبة بشرط العوض بيعا والكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط أن لا يبرأ الاصيل كفالة ثم اذا وقع عن مال بمال ينظر فان وقع على خلاف جنس المدعى فهو بيع وشراء كما ذكرنا وان وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعى فهو حط وابراء وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا قال رحمه الله (فتثبت فيه الشفعة والرد

(قوله لعن الله الراشي الى آخر الحديث) روى محمد في السير الكبير عن أبي عميس (٣١) المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن عبد الله ابن مسعود أنه كان بالحبشة فرشا دينارين قال محمد فهذا لا بأس به وليس هذا بسحت الا على من أكله فأما من أعطاه لمنفعته فلا بأس بذلك وكذلك في دار الاسلام أيضا ان رشا انسانا يخاف ظلمه وحبسه فلا بأس بذلك للراشي ويكره ذلك للمرتشي قال محمد بلغنا عن الشعثاء جابر بن زيد أنه قال ما وجدنا في زمن الحجاج أو زياد أو ابن زياد شيأ خيرا لنا من الرشا قال محمد فهذا لا بأس به للمعطي لانه يدفع عن نفسه الظلامة وانما يكره ذلك للآخذ الى هنا لفظ كتاب السير الكبير اه اتقاني (قوله حتى روي عن أبي يوسف) رواه أبو الليث وبه يفتى اه معراج (قوله كيلا يأخذها الظالم) أجاز التعيب في أموال اليتامى مخافة أخذ المتغلب كذا في أحكام الصفار وفي المحيط لو رشا لدفع خوف على نفسه أو ماله أو خوفا على نسائه أو أعطى مالا لشاعر لا بأس به اه معراج (قوله والله يعلم المصلح من المفسد) كذا بخط الشارح لم يرد الشارح التلاوة وانما قدم المصلح اه (قوله ما أدى اليه اجتهاده) أي فجهة كل واحد منهم قبلة في حقه ولا تكون قبلة في حق من توجه الى غيرها اه (قوله في المتن فتثبت فيه الشفعة) أي اذا كان عقارا اه

بالعيب وخيار الرؤية والشرط) لان هذه الاشياء من أحكام البيع فتثبت فيه قال رحمه الله (ويفسده جهالة البدل) أى الذى وقع عليه الصلح (لا جهالة المصالح عنه) لانه بيع فيفسد بالجهالة المانعة من التسليم والتسلم غير أن المصالح عنه لا يحتاج فيه الى تسليمه فلا تضره الجهالة والذى وقع عليه الصلح يحتاج الى تسليمه فتفسده ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم يفسد دون المصالح عنه لانه يسقط فلا يحتاج الى تسليمه فلا يفضى الى المنازعة وكذا يفسد بجهالة الاجل اذا جعل البدل مؤجلا قال رحمه الله (وان استحق بعض المصالح عنه أو كله رجع المدّعى عليه بحصة ذلك من العوض أو بكله ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع بكل المصالح عنه أو بعضه) لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فأيهما استحق عليه ما أخذه رجع عليه بما دفع ان كلا فبالكل وان بعضا فبالبعض بحصته لانه حكم المعاوضة قال رحمه الله (وان وقع عن مال بمنفعة اعتبر اجارة) يعنى الصلح باقرار ان وقع عن مال بمنفعة يكون إجارة لما ذكرنا أنه يحمل على أشبه عقود له اذ العبرة للمعانى فوجب حمله عليها لوجود معناها فيه وهو تمليك المنافع بعوض قال رحمه الله (فيشترط التوقيت ويبطل بموت أحدهما) لانها اجارة وهذا حكمها على ما عرف فى موضعه وانما يشترط التوقيت فى الاجير الخاص بأن ادّعى شيأ فوقع الصلح على خدمة العبد أو سكنى سنة وفيما عداه لا يشترط التوقيت كما اذا صالحه على صبغ الثوب أو ركوب الدابة أو حمل الطعام الى موضع ولو مات أحدهما أو محل المنفعة قبل الاستيفاء بطل الصلح

(قوله ولهذا اذا كان البدل غير مقدور التسليم) أى كما اذا صالح على عبد آبق اهـ (قوله فى المتن فيشترط التوقيت) حتى لو صالحه على سكنى دار الى الابد أو حتى يموت لا يجوز اهـ كاكى قال الاتقانى فاذا اعتبر بالاجارة كان التوقيت من شرطه حتى لو وقع الصلح على سكنى بيت بعينه الى مدة معلومة جاز وان وقع الصلح أبدا أو الى أن يموت لا يجوز وكذا ان وقع الصلح على زراعة أرض سنين معلومة جاز واذا لم تكن المدة معلومة فلا ويبطل الصلح بموت أحد المتعاقدين أيضا كما فى الاجارة ويرجع المدعى فى دعواه بقدر ما لم يستوف من المنفعة اهـ ﴿فرع﴾ قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى الاصل أن الصلح على معلوم عن معلوم أو عن مجهول على معلوم جائز والصلح على شئ مجهول عن معلوم أو عن مجهول لا يجوز الا أن يكون ما وقع عليه الصلح يستغنى عن القبض والتسليم فجهالته لا تبطل عقد الصلح كما اذا ادّعى كل واحد منهما حقا مجهولا فاصطلحا جميعا على التتارك جاز الصلح لان الجهالة لا تبطل العقود لعينها وانما تبطل العقود لمعنى فيها وهو لوقوع المنازعة فان كان مما يستغنى عن قبضه ولا تقع المنازعة فى ثانى الحال جاز وان كان مما يحتاج الى قبضه وتقع المنازعة فى ثانى الحال عند القبض والتسليم لم يجز ثم قال فيه واذا ادّعى رجل عين مال فى يد رجل كالعبد والدار والارض وغيرها فادّعى كله أو بعضه والمدعى عليه مقرّ أو جاحد أو ساكت فان الذى وقع عليه الصلح إما أن يكون دراهم أو دنانير أو كيليا أو وزنيا أو حيوانا أو ثيابا ولا يخلو إما أن يكون معينا أو موصوفا غير معين أو وقع الصلح على منفعة أما اذا وقع الصلح على دراهم بعينها فالشرط فيها بيان مقدارها ويقع على الجياد من نقد البلد وان كان فى البلد نقود مختلفة يقع على الغالب منها وان لم يكن لبعض منها على بعض غلبة فلا يجوز الصلح ما لم يبين نقدا منها مع بيان القدر ويجوز الصلح عليها حالة ومؤجلة وقبض ما وقع عليه الصلح فى المجلس قبل الافتراق ليس بشرط لان الافتراق عن عين بدين فى غير الصرف والسلم وما لا يبطله النساء لا يبطله العقد هذا اذا كانت الدراهم غير معينة وأما اذا كانت معينة جاز الصلح ولا يحتاج الى بيان القدر والوصف ولكن لا يتعلق العقد بعينها لان الدراهم والدنانير لا تتعينان فى عقود المعاملات حتى ان المدعى عليه لو أراد أن يحبسها ويعطى الرجل مثلها كان له ذلك ولو هلكت فى يده قبل التسليم الى المدعى أو استحقت لم يبطل العقد وعليه تسليم مثلها ولو اختلفا فى قدرها ووصفها بعد الهلاك فانهما يتحالفان ويترادّان الفضل كما فى البيع اذا اختلفا والسلعة قائمة بعينها وههنا المعقود عليه قائم وهو عين فى يد المدعى عليه وكذلك الصلح ان وقع على الدنانير فهو كما لو وقع الصلح على الدراهم فى جميع ما وصفنا وان صالح من دعواه على كيلى كالحنطة والشعير أو على وزنى كالحديد والصفر ان كان معينا وأضاف العقد وهو حاضر أو غائب (١) بعد أن ذلك فى ملك المدعى عليه صح الصلح ويقع على ما سمى من الكيل والوزن وان أشار اليه ولم يسم الكيل والوزن جاز ويتعين ذلك فان كان موصوفا فى الذمة فالشرط فيه بيان القدر والوصف وبيان الاجل ليس بشرط ولو بين الاجل جاز ويثبت والاصل أن الكيلى والوزنى أعيانهما سلع وأوصافهما ثمن فاذا عينا تعلق العقد بأعيانهما واذا وصفا ولم يتعينا صار حكمهما كحكم الدراهم والدنانير ولو صالحه على ثياب ان كانت معينة جاز الصلح والشرط فيه الاشارة لا غير وان كان غير معين فالصلح لا يجوز حتى يأتى بجميع شرائط السلم لان الثياب لا تثبت دينا فى الذمة الا على اعتبار شرائط السلم وان صالح من دعواه على حيوان أو على ما لا يجوز فيه السلم لجهالته فلا يجوز الصلح الا أن يكون معينا ولو صالح من دعواه على منفعة معلومة فان كان مما يجوز ورود الاجارة عليه صح الصلح وان كان مما لا يجوز ورود الاجارة عليه لم يجز الصلح الى هنا لفظ الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله ولو مات أحدهما أو هلك) لفظ أو هلك ليس فى خط الشارح اهـ

---

(١) (قوله بعد أن ذلك) هكذا فى أصل الحاشية وحرر العبارة اهـ مصححه

فيرجع بالمدّعى ولو كان ذلك بعد استيفاء بعض المنفعة بطل فيما بقي ويرجع بالمدّعى بقدره وهذا كله قول محمد رحمه الله وهو القياس لأنه اجارة وهي تبطل بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله لا يبطل الصلح بموت المدّعى عليه بل المدّعي يستوفي المنافع على حاله وان مات المدّعي فكذلك في خدمة العبد وسكنى الدار والوارث يقوم مقامه فيهما ويبطل في ركوب الدابة ولبس الثوب لان الصلح لقطع المنازعة وفي ابطاله بموت أحدهما اعادة المنازعة فيبقى فيما لا يتفاوت الناس فيه مطلقا لانه يمكن الاستيفاء فيه إما باستمرار العاقد أو باقامة وارثه مقامه وفيما يتفاوتون فيه كلبس الثياب وركوب الدابة ان مات المدّعى عليه يبقى لامكان الاستيفاء بالاستمرار وان مات المدّعي يبطل لتعذر اقامة الوارث مقامه فيه لانه يتضرر المالك بذلك وان قتل العبد يبطل الصلح عند محمد رحمه الله مطلقا كالاجارة لانه اجارة على ما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله ينظر فان قتله المدّعى أو الاجنبي يضمن قيمته ويشتري بقيمته عبدا فيخدمه كما اذا قتل العبد الموصى بخدمته ولكن يثبت له الخيار لاحتمال الاختلاف بينهما في الخدمة فالرضا بالاول لا يكون رضا بالثاني وان قتله المدّعى عليه بطل بالاجماع لان المولى لا يضمن نفس عبده فصار كما اذا مات حتف أنفه أو أعتقه المولى بخلاف المرهون حيث يجب على المولى الضمان بالاتلاف والعتق لانه فوت الاستيفاء الحاصل بعقد الرهن والتبض قال رحمه الله (والصلح عن سكوت أو انكار فداء اليمين في حق المنكر ومعاوضة في حق المدّعي) لما بينا ويجوز أن يكون لشيء واحد حكمان مختلفان باعتبار شخصين كالنكاح موجبه الحل في المتناكحين والحرمة في أصولهما وفروعهما فيؤاخذ كل واحد منهما بما زعم وهذا في الانكار ظاهر لانه تبين بالانكار أن ما يعطيه لقطع الخصومة وفداء اليمين وكذا في السكوت لانه يحتمل الاقرار والانكار فجهة الانكار راجحة اذ الاصل فراغ الذمم فلا يجب عليه بالشك ولا يثبت به كون ما في يده عوضا عما دفع بالشك قال رحمه الله (فلا شفعة ان صالحا عن دار بهما وتجب لو صالحا على دار بهما) أي المنكر والساكت اذا ادّعى على كل واحد منهما دارا فصالح عنها بدفع شيء آخر لم تجب في داره الشفعة لانه يدعي أنها داره وانه يستبقيها على ما كانت له وان المدفوع الى المدّعي ليس بعوض عنها وانما هو لافتداء اليمين وقطع الخصومة ولو ادّعى على كل واحد منهما شيئا فصالح عنه على دار فدفعها الى المدّعي وجبت فيها الشفعة لان المدّعي يدعي أنه يأخذها عوضا عما ادّعى فكان معاوضة على زعمه فتجب فيها الشفعة لان كل انسان يؤاخذ بزعمه حتى لو ادّعى عليه دارا فأنكر فصالحه عنها على دار أخرى وجبت الشفعة في التي صالح عليها دون الاخرى لما ذكرنا وانكار الآخر المعاوضة لا يمنع وجوب الشفعة فيها ألا ترى أن رجلا لو قال أنا اشتريت هذه الدار من فلان وفلان ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة وكذا لو ادّعى انه باع داره

(قوله في المتن فداء لليمين) لفظ لليمين ليس في خط الشارح اه (قوله في المتن في حق المنكر) أي والساكت قال القدوري والصلح عن السكوت والانكار في حق المدعى عليه لافتداء اليمين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة اه فيشمل قوله المدعى عليه المنكر والساكت اه (قوله في المتن ومعاوضة في حق المدعي) وذلك لان المدعي يدعي أنه محق في دعواه والذي أخذه عوض عن حقه والمرء مؤاخذ بزعمه فيجعل في حقه بمعنى المعاوضة والمدعى عليه يزعم أن المدعي مبطل في دعواه والذي يعطيه لدفع الخصومة والشغب والذب عن نفسه اه اتقاني (قوله في المتن فلا شفعة ان صالحا عن داريهما) قال الاتقاني وجملة القول ما قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي قال واذا ادّعى دارا في يد رجل صالح معه على مال معلوم فان كان الصلح عن اقرار (٣٣٣) تجب الشفيع فيه الشفعة لان صاحب اليد مقر بان الدار كانت للمدعي وانما صارت له بهذا الصلح فصار بمنزلة الشراء فان كان ما وقع عليه الصلح مثليا أخذها الشفيع من صاحب اليد وان كان غير مثلي أخذها بالقيمة وان كان الصلح عن إنكار فلا شفعة للشفيع فيها لان من زعم المدعى عليه ان الدار كانت له وانما بذل المال للمدعي لدفع باطل خصومته لا بدلا للدار ولكن الشفيع يقوم مقام المدعي وله أن يدلي بحجته فان أقام البينة على صاحب الدار أن الدار كانت للمدعي أو حلف المدعى عليه فنكل فله الشفعة لانه تبين أن الدار (١) انما صالحت فصار بمنزلة الشراء وان كان الصلح وقع على أرض بعينها أو على دار بعينها للمدعى عليه وجب للشفيع فيها الشفعة بقيمة الدار المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان من زعم المدعي أنه انما أخذها

(٥ - زيلعي خامس)

بدلا عن الدار المتروكة وأن للشفيع فيها الشفعة فاستوى في المأخوذة حكم الاقرار والانكار ولو صالح من دعواه في الدار على منافع لا على عين مال فلا شفعة في المتروكة سواء كان الصلح عن اقرار أو انكار لان بدل الدار ليس بعين مال ولو اصطلحا على أن يأخذ المدعي الدار ويعطيه دارا أخرى فيجب في كل واحدة من الدارين الشفعة بقيمة الدار الاخرى اذا كان الصلح عن انكار لان الصلح اذا كان عن انكار كانت هذه مبادلة دار بدار ولو كان الصلح مثل هذا عن اقرار فلا يصح الصلح ولا تجب الشفعة فيهما جميعا لان الدارين جميعا ملك للمدعي كذا في شرح الطحاوي اه (قوله لافتداء اليمين وقطع الخصومة) ولا يصدق عليه المدعي في زعمه أنه أخذ المال عوضا عن حقه من غير بينة اه اتقاني (قوله فكان معاوضة على زعمه) أي فصار كأنه قال اشتريتها منه اه اتقاني

(١) قول المحشي انما صالحت هكذا في الاصل وفي الكلام سقط واضح فحرر اه كتبه مصححه

من فلان وهو ينكر يأخذها الشفيع منه بالشفعة لان زعمه حجة في حق نفسه قال رحمه الله (ولو استحق المتنازع فيه رجع المدعي بالخصومة وردّ البدل ولو بعضه فبقدره) يعني لو ادّعى رجل على شخص شيأ فأنكر ثم صالحه على شئ ثم استحق المدعى كله أو بعضه ردّ المدعي العوض الذي أخذه كله أو بعضه قدر ما استحق على المدعى عليه ورجع هو بالخصومة مع المستحق لانه أخذه على زعمه عوضا عما ادّعى فاذا استحق ذلك يرجع عليه المدعى عليه بناء على زعمه كأنه اشتراه منه ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته عن نفسه ليبقى المدعى في يده من غير خصومة أحد فاذا استحق لم يحصل له مقصوده وتبين أيضا أن المدعي لم يكن له خصومة فيرجع عليه فصار نظير ما اذا أدّى المكفول عنه المال الى الكفيل ليقضي الدين من عنده ويكون له ذلك ثم قضى المكفول عنه الدين رجع على الكفيل بما أعطاه لان غرضه لم يحصل له وانما يرجع المدعي بالخصومة لان المستحق قام مقام المدعى عليه حين أخذ المدعى منه فيكون له أن يخاصمه قال رحمه الله (ولو استحق المصالح عليه أو بعضه رجع الى الدعوى في كله أو بعضه) أي استحق الذي وقع عليه الصلح في يد المدعي رجع المدعي الى الدعوى في كله ان استحق كل العوض أو في بعضه ان استحق البعض لان المدعي ما ترك الدعوى الا ليسلم له البدل فاذا لم يسلم له رجع بالمبدل وهو الدعوى بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع بأن قال أحدهما بعتك هذا الشئ بهذا وقال الآخر اشتريت حيث يرجع المدعي عند الاستحقاق على المدعى عليه بالمدعى نفسه لا بالدعوى لان اقدام المدعى عليه على المبايعة اقرار منه بأن المدعى ملك المدعي فلا يعتبر انكاره بخلاف الصلح لانه لم يوجد منه ما يدل على أنه أقر بالملك له اذ الصلح قد يقع لدفع الخصومة قال رحمه الله (وهلاك بدل الصلح قبل التسليم كاستحقاقه في الفصلين) أي في فصل الاقرار وفي فصل الانكار والسكوت فاذا كان كاستحقاقه يبطل به الصلح لان هلاك البدل في البيع يبطل البيع فكذا هذا وهذا في فصل الاقرار ظاهر لانه بيع حقيقة على ما مر وكذا في فصل الانكار والسكوت لانه بيع في حق المدعي فيبطل بهلاكه فلو هلك بعضه يكون كاستحقاق بعضه حتى يبطل الصلح في قدره ويبقى في الباقي كما في الاستحقاق هذا اذا كان البدل مما يتعين بالتعيين وان كان مما لا يتعين بالتعيين كالدراهم والدنانير لا يبطل بهلاكه لانهما لا يتعينان في العقود والفسوخ فلا يتعلق العقد بهما عند الاشارة اليهما وانما يتعلق بمثلهما في الذمة فلا يتصوّر فيه الهلاك

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (الصلح جائز عن دعوى المال) لانه في معنى البيع في حقهما ان وقع بمال عن اقرار أو في حق المدعي وحده ان وقع عن انكار أو سكوت وفي حق الآخر لافتداء اليمين وقطع الخصومة أو في معنى الاجارة ان وقع عنه بمنافع وكل ذلك جائز على ما بينا قال رحمه الله (والمنفعة) يعني الصلح عن دعوى المنفعة أيضا جائز ويكون بمعنى الاجارة ان وقع عنه بمال أو بمنافع لان المنافع يجوز أخذ العوض عنها بعقد الاجارة فكذا بعقد الصلح ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الموصى له بالخدمة على مال أو

(قوله في المتن ولو استحق المتنازع فيه) أي في الصلح عن انكار أو سكوت اه (قوله ولان المدعى عليه لم يدفع العوض الا ليدفع خصومته الخ) قال الكاكي وهذا بخلاف ما لو أعطى المدعي شيأ المدعى عليه بطريق الصلح ثم استحقت الدار فان المدعي لا يرجع على المدعى عليه بشئ لان في زعم المدعي أن ما دفع اليه ليس بواجب عليه لاني أخذت ملكي فكنت متبرعا فيما أعطي ولا رجوع فيه بسبب الاستحقاق أو لان المدعى عليه مضطر في مسئلة الكتاب لانه يدفع لضرورة قطع الخصومة والثابت بالضرورة يتقدر بقدرها أما المدعي ليس بمضطر فيما أعطى لانه على خيرته في دعواه فكان (٤٣) الدفع باختياره ولم يظهر عدم الاختيار عند الاستحقاق فلا يرجع بشئ اه (قوله بخلاف ما اذا وقع الصلح بلفظ البيع) صورته صالح ذو اليد المنكر مع المدعي على عبد فقال بعت منك هذا العبد بهذه الدار يعني أجرى لفظ البيع في مقام الصلح ثم استحق العبد حيث يرجع المدعي على المدعى عليه بالدار لا بالدعوى اه ﴿فصل﴾ لما ذكر فيما تقدم مشروعية الصلح وأنواعه الثلاثة ذكر في هذا الفصل ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز اه اتقاني (قوله في المتن الصلح جائز عن دعوى المال) قال الاتقاني رحمه الله أما جوازه عن دعوى المال فلما روي أن عثمان رضي الله عنه صالح تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف عن ربع ثمنها على ثلاثة وثمانين ألف درهم وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير وسيجئ في فصل التخارج اه (قوله لانه في معنى البيع) فما جاز بيعه جاز الصلح عنه اه (قوله ألا ترى أن الورثة لو صالحوا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الوصايا واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وهو يخرج من ثلث ماله فصالحه الوارث من خدمته منفعة على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبد آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهرا فهو جائز والقياس أن لا يجوز لان الموصى له بمنزلة المستعير والمستعير لا يقدر على تمليك المنفعة من أحد ببدل ولهذا لو آجر منهم لا يصح إلا أنا نقول بأن هذا ليس بتمليك اياهم ببدل بل هو اسقاط حقه الذي وجب له بعقد الوصية ببدل ولفظة الصلح لفظة تحتمل التمليك وتحتمل الاسقاط فان لم يمكن تصحيحه تمليكا أمكن تصحيحه اسقاطا فصححناه اسقاطا وهو حق معتبر يوازي الملك فاحتمل التقويم بالشرط ولهذا جاز الصلح على خدمة عبد آخر فلو كان هذا تمليكا

الكان باطلا لان بيع الخدمة بالخدمة لا يجوز وكذلك لو فعل ذلك وصى الوارث الصغير لانه تصرف نافع فى حقه فان مات العبد الموصى بخدمته بعد ما قبض الموصى له ما صالحوه عليه فهو جائز لانه عقد اسقاط وقد تم بالموت لان حقه فى منفعته ما دام حيا وقد أسقط كل ذلك بالصلح فسلم له بخلاف ما اذا آجر عبدا مدة ثم مات قبل مضى المدة فان ثمة لم يسلم جميع ما قوبل بالبدل فلا يسلم البدل أيضا فى مقابلته له اه اتقانى (قوله فى المتن والجناية) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والصلح من كل جناية فيها قصاص على ما قل من المال أو كثر جائز لان القصاص مما يحتمل الاسقاط بغير مال فيحتمله بالمال أيضا وهو حق يحتمل التقويم بالكتاب والسنة واجماع الامة كذا قال الاتقانى ثم قال وأما السنة فما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين ان أحبوا قتلوا وان أحبوا أخذوا الدية أراد به برضا القاتل واجماع الامة على هذا كذا فى شرح الكافى ولان دم العمد حق يجوز أن يؤول الى مال وهو اذا دخلته شبهة فجاز الصلح منه على مال كالرد بالعيب اه اتقانى (قوله نزلت الآية فى الصلح عن دم العمد) وقيل ان الآية نزلت فى دم بين شريكين عفا أحدهما أنه ينقلب نصيب الآخر مالا اه اتقانى (قوله ولانه حق ثابت فى المحل فى حق الفعل) بخلاف حق الشفعة اذ ليس ثابتا فى المحل اه (قوله وما جاز أن يكون مهرا الخ) أى الصلح بمنزلة النكاح يعنى أن كل ما يصلح تسميته مهرا فى النكاح يصلح بدل الصلح ولا يقال كل ما يصلح بدل الصلح يصلح مهرا الا انه اذا صالحه عن أن يعفو الآخر عن قصاص له (٣٥) قبل رجل آخر جاز وعفو القصاص لا يصلح مهرا قال شمس الأئمة البيهقى فى الكفاية وكل ما يصلح مهرا يصلح بدل الصلح عن الدم وكل ما ذكر مهرا ولم يصح تسميته وجب مهر المثل وهنا تجب الدية والارش فى ماله حالا لان الدية هنا كمهر المثل هناك لان كل واحد يجب بدلا عن مال ثم القود يسقط بأدنى شئ ولم يرض مجانا فيجب ما ذكرنا الا فى فصل اذا صالح عن دم العمد على خمر يسقط القصاص ولا يجب شئ بخلاف المهر لان هناك علك العفو بلا شئ فاذا ذكر ما لا يصلح عوضا أصلا فكأنه عفا وفى النكاح لا يمكن بدون مهر وقال فى الايضاح وبدل الصلح فى دم العمد جار مجرى المهر وكل جهالة تحملت فى المهر تحملت هنا وما منع صحة التسمية منع وجوبه فى الصلح والمعنى الجامع بينهما أنه وجب ابتداء لا فى مقابلة مال وفى كل موضع بطلت التسمية فى النكاح فكذلك فى الصلح الا أن القصاص يسقط ويجب بدل النفس وهو الدية نحو أن يصالح على ثوب كما يجب مهر المثل فى النكاح الا أنهما يفترقان من وجه وهو أنه اذا تزوجها على خمر يجب مهر المثل ولو صالح من دم العمد على خمر لم يجب شئ لان وجوب المهر فى باب النكاح من ضرورات العقد فانه لم يشرع بلا مال فاذا لم يكن المسمى مالا لغت التسمية فصار كأن لم يسم مهرا فوجب مهر المثل فأما فى باب الصلح فوجوب المال ليس من ضروراته فانه لو عفا ولم يسم مالا لم يجب شئ اه اتقانى (قوله بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز) قال الاتقانى لانه مجرد حق لا يثبت ذلك فى المحل قبل تملك المحل وهو الدار مثلا والقصاص ليس كذلك لان الملك ثابت فى المحل لمن له القصاص قبل أخذ القصاص فجاز أخذ العوض عنه لانه عوض عن ملكه كأخذ العوض عن عبده فى الاعتاق على مال فاذا لم يصح الصلح عن حق الشفعة بطلت الشفعة لانها تبطل بالاعراض عن طلب الشفعة واشتغاله بالصلح اعراض وانما قيد بالصلح عن حق الشفعة على مال لانه اذا صالح من شفعته على نصف الدار أو على ثلثها أو ربع جاز كذا ذكر فى الاصل قال فى الشامل فى باب الصلح فى الشفعة من قسم المبسوط اشترى دارا ولها شفيع فصالح من شفعته على نصف الدار بنصف الثمن جاز لان هذا يكون شراء مبتدأ الا أخذا بالشفعة لانه ليس له أخذ البعض دون البعض ويجوز الشراء على هذا الوجه صالحه على أن يسلم الشفعة على بيت من

منفعة جاز فهذا أولى لكونه معلوما لان لها مدة متناهية لكن انما يجوز الصلح عن المنافع على المنفعة اذا كانا مختلفى الجنس بأن يصالح عن السكنى على خدمة العبد أو زراعة الارض أو لبس الثياب أما اذا اتحد جنسهما كما اذا صالح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استئجار المنفعة بجنسها من المنافع فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استئجارها بالمنفعة فكذا الصلح قال رحمه الله (والجناية) يعنى الصلح جائز عن دعوى الجناية وهذا اللفظ يتناول الجناية على النفس وما دونها عمدا كان أو خطأ سواء كان عن اقرار أو انكار أو سكوت أما العمد فى النفس فلقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ فاتباع بالمعروف قال ابن عباس والضحاك والحسن نزلت الآية فى الصلح عن دم العمد ومعناها من بذل له بدل أخيه المقتول مال وذلك لا يكون الا بالصلح ولانه حق ثابت فى المحل فى حق الفعل فجاز أخذ العوض عنه كملك النكاح وما جاز أن يكون مهرا جاز أن يكون بدل الصلح وذلك مثل الاموال المعلومة والمنافع المعلومة وما لا يصلح مهرا لا يصلح بدلا عن القود مثل الخمر والخنزير لكن فى النكاح يجب مهر المثل لان النكاح لم يشرع بلا مال والعفو مشروع بدونه مندوب اليه ولهذا لو لم يسم شيأ فيهما يجب فى النكاح مهر المثل لان البضع متقوم حالة الدخول ومهر المثل قيمة له لانه هو الموجب الاصلى وفى العفو عن القود لا يجب شئ لانه لا يتقوم الا بالتقويم ولم يوجد وهذا لان التقويم يكون بقيام غيره مقامه والقصاص لا يقوم غيره مقامه اذ لا مماثل غيره الا أن الشرع أجاز أخذ عوضه عند اتفاقهما فجاز أخذه بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يجوز أخذه لانه لا حق له فى المحل بل هو ملك المشترى

وإنما له أن يملك إن شاء وذلك مجرد خيار فلا يجوز أخذ العوض عنه كخيار المخيرة وخيار الشرط والرؤية وخيار العيب وكالكفالة بالنفس ثم إذا فسدت التسمية في الصلح كما إذا صالح على دابة أو ثوب غير معين تجب الدية لأن الولي لم يرض بسقوط حقه مجانا فيصار إلى موجبه الأصلي بخلاف ما إذا لم يسم شيئا أو سمى الخمر ونحوه حيث لا يجب شيء لما ذكرنا ويسقط القصاص لأن إقدامه على الصلح يتضمن الإبراء عنه وكذا الخيارات التي ذكرناها والشفعة تسقط لما ذكرنا واختلفوا في سقوط الكفالة به قيل تسقط لما ذكرنا وقيل لا تسقط لأن الكفالة بالنفس وسيلة إلى المال غالبا فأخذت حكمه فلا تسقط ما لم يحصل غرضه بخلاف ما ذكرنا من الخيار والقصاص وأما الخطأ في النفس فلأن موجبه المال والصلح عن دعواه جائز على ما ذكرنا إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية إذا وقع الصلح على أحد مقادير الدية للربا كما لا يجوز الصلح على أكثر من الدين من جنسه في دعوى الدين بخلاف الصلح عن القود حيث تجوز الزيادة فيه على قدر الدية وكذا على الأقل وإن كان أقل من عشرة دراهم لأنه لا موجب له في المال وإنما يجب بالعقد فيتقدر بتقديرهما بخلاف النكاح حيث لا تجوز تسمية ما دون العشرة فيه لأنه مقدر به شرعا ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية جاز كيفما كان لعدم الربا إلا أنه يشترط القبض في المجلس إذا كان ما وقع عليه الصلح دينا في الذمة كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية فصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لأن الحق تعين فيه بالقضاء فكان غيره من مقادير الدية كجنس آخر فأمكن الحمل على المعاوضة بخلاف الصلح عليها ابتداء لأن تراضيهما على بعض المقادير بمنزلة قضاء القاضي فكما لا يجوز للقاضي أن يقضي بالزيادة على الدية من جنسه لا يجوز لهما أيضا أن يصطلحا عليها لما يلزم من الربا على ما ذكرنا ولو صالح على خمر فسد الصلح ووجبت عليه الدية لأن هذا صلح عن مال

الدار بحصته من الثمن فالصلح باطل وحق الشفعة باق ولو صالحه على تسليم الشفعة على دراهم لا يجب المال وبطلت الشفعة لأنه لما صالح على بيت منها فقد ذكر في الصلح ما يصح أخذه لو كان معلوما ألا ترى أنه لو سمى ربع الدار بربع الثمن جاز إلا أنه بطل الأخذ لأجل الجهالة وبقي الحق أما في الصورة الثانية فشرط في الصلح ما لا يجوز أخذه فيبطل حقه مجانا إلى هنا لفظ الشامل اهـ اتقاني وكتب على قوله بخلاف الصلح الخ ما نصه راجع باب ما تبطل به الشفعة اهـ (قوله وكالكفالة بالنفس) يعني لا يجوز أخذ العوض عنها وأما الكفالة هل تسقط سيأتي الخلاف فيها بعد ثلاثة أسطر في كلام الشارح اهـ (قوله قيل تسقط) أي وهو الأصح نص عليه الشارح في باب ما تبطل به الشفعة والله الموفق قال الاتقاني فإذا لم يجز الصلح عن الكفالة بالنفس فهل تبطل الكفالة أم لا فيه روايتان في رواية أبي حفص في الصلح تبطل وعليه الفتوى وهي رواية كتاب الشفعة وكتاب الحوالة والكفالة وفي رواية أبي سليمان لا تبطل وهي رواية كتاب الصلح من رواية أبي سليمان كذا في الفتاوى الصغرى قال صاحب التحفة إن الكفيل بالنفس إذا صالح المكفول له بمال معلوم على أن يبرئه من الكفالة فالصلح باطل والكفالة لازمة اهـ (قوله جائز على ما ذكرنا) أي أول الفصل اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني إلا أنه لا يجوز الصلح على أكثر من الدية لئلا تلزم المجاوزة عن التقدير الشرعي اهـ (قوله إلا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية) أي في الخطأ في النفس اهـ (قوله إذا وقع الصلح (٣٦) على أحد مقادير الدية للربا) وفي المغني هذا إذا كان الصلح منفردا أما إذا كان الصلح منضما بالصلح عن دم الخطأ يجوز وإن زاد بدل الصلح على قدر الديتين كما لو صالح ولي قتيل العمد وولي قتيل الخطأ من قتل عمدا وقتل خطأ على أكثر من الديتين يجوز ولصاحب الخطأ قدر الدية وما بقي لصاحب العمد اهـ وكتب ما نصه قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية يجوز الصلح من القصاص في نفسه وما دونه على أكثر من الدية وفي الخطأ لا يجوز على الزيادة لأن الواجب في الصورة الأولى ليس بمال فجاز كيفما كان وفي الثانية الواجب مقدر شرعا بخلاف القياس فلا يتجاوز عنه اهـ اتقاني (قوله ولو وقع الصلح على غير مقادير الدية) أي عدم صحة الزيادة على قدر الدية فيما إذا صالح عن جناية الخطأ على أحد مقادير الدية كالإبل والذهب والفضة أما إذا صالح على غير مقادير الدية كالمكيل والموزون جاز الصلح على الزيادة لأن عند اختلاف الجنس لا تظهر الزيادة اهـ اتقاني (قوله كيلا يكون افتراقا عن كالئ بكالئ) أي وهو دين الدية بدين بدل الصلح اهـ (قوله ولو قضى القاضي الخ) قال الاتقاني وهذا الذي قلنا من عدم جواز الزيادة على قدر الدية فيما إذا لم يقض القاضي بذلك أما إذا قضى القاضي بنوع من مقادير الدية ثم صالح عن نوع آخر منها بالزيادة كما إذا قضى القاضي بمائة بعير فصالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألف دينار جاز لأن تعين الوجوب في الإبل بالقضاء وكان البقر بدلا عنها فجاز كيفما كان قال أبو العباس الناطفي في آخر كتاب الصلح من الأجناس ناقلا عن نوادر ابن سماعة عن محمد لو صالحه بعد القضاء بمائة من الإبل على ثلثمائة بقرة وقبض جاز وإن كان قبل القضاء لم يجز (١) وإن كان بعد القضاء جاز إذا قبض ثم نقل في الأجناس عن كتاب الجنايات للحسن بن زياد إذا حكم بالإبل ثم صالح على أكثر من مائتي بقرة أو ألفي شاة لم يجز إلا أن يكون من غير جنس الدية فيجوز اهـ ما قاله الاتقاني (قوله لأن تراضيهما على بعض المقادير) تعيين للواجب الشرعي ولا يجوز الزيادة على المتعين شرعا اهـ

---

(١) قول المحشي وإن كان بعد القضاء الخ هكذا في الأصل وهو مكرر مع أول الفرع كما هو ظاهر اهـ مصححه

فيكون نظير الصلح عن سائر الديون وما دون النفس معتبر بالنفس فيلحق ما يوجب القصاص فيه بالعمد في النفس وما يوجب المال فيه بالخطأ فيها ثم لا يختلف هذا الحكم في هذه الاشياء بين أن يكون عن اقرار أو انكار أو سكوت لما ذكرنا من المعنى وانما يختلف فيها السبب من معاوضة أو افتداء يمين قال رحمه الله (بخلاف الحد) يعني بخلاف ما اذا صالح عن دعوى حد بأن رفع الزاني أو شارب الخمر أو القاذف فصالح هو الرافع حتى يترك الدعوى لا يجوز الصلح فله أن يرجع بما دفع لان الحدود حق الله تعالى لا حق الرافع والاعتياض عن حق الغير لا يجوز ولهذا لو ادعت المرأة ان ولدها من زوجها المطلق فأنكر وصالحها على شئ حتى تترك الدعوى كان الصلح باطلا لان النسب حق الولد وكذا لو كان لرجل ظلة أو كنيف على طريق العامة فخاصمه رجل على نقضه فصالحه على شئ كان الصلح باطلا لان الحق في الطريق النافذ لجماعة المسلمين فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد بخلاف ما اذا صالح الامام عنه على مال حيث يجوز لان للامام ولاية عامة وله أن يتصرف في مصالحهم فاذا رأى في ذلك مصلحة ينفذ لان الاعتياض من المشترك العام جائز من الامام ولهذا لو باع شيأ من بيت المال صح بيعه وبخلاف ما اذا كان ذلك في طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق حيث يجوز في حقه لان الطريق مملوك لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لانه يسقط به حقه ثم يتوصل الى تحصيل رضا الباقين فيجوز قال رحمه الله (ومن نكاح) أي يجوز الصلح عن دعوى النكاح هذا اذا كان الرجل هو المدعي والمرأة تنكر لانه أمكن اعتبار الصحة فيه بأن يجعل في حقه في معنى الخلع لان أخذ المال عن ترك البضع خلع والصلح يجب حمله على أقرب العقود اليه على ما مر ذكره وفي حقها الافتداء اليمين وقطع الخصومة فكان صحيحا وان كانت هي المدعية والزوج ينكر ذكر في بعض نسخ المختصر أنه لا يجوز لانه لو جعل ترك الدعوى منها طلاقا فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة اذ لم يسلم له شئ في هذه الفرقة وهي يسلم لها المال والنفس وان لم يجعل فرقة فالحال بعد الصلح على ما كان عليه قبله فتكون هي على دعواها فلا يكون هذا الصلح مفيدا لقطع الخصومة

(قوله أو القاذف) الغالب في حد القذف حق الشرع عندنا اه (قوله لان النسب حق الولد) قال شمس الائمة البيهقي في الكفاية المطلقة المبانة ادعت أن هذا الولد للمطلق وصالح من النسب على مائة لا يصح لانه حق الولد وأيضا لا يمكن أخذ الولد عن النسب ولو ادعت نكاحا بغير ولد فصالح على مائة لم يجز ويسترد المال ان دفع لان العوض على ترك النكاح من جانب الزوج ليس بمشروع الى هنا لفظه في الكفاية اه اتقاني (قوله في المتن ومن نكاح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو أن رجلا ادعى على امرأة أنها امرأته فأنكرت ذلك فصالحته على مائة درهم على أن يبرأ من تزويجها الذي ادعى أجزته اذا قبل ويكون هذا خلعا في حق المدعي وبذل المال والرشوة في حقها لقطع المنازعة ولو أقام بينة على تزويجه بعد الصلح لم يقبل لانه لا يفيد لانه تقرر معنى الخلع وكذلك لو قالت أعطيك مائة درهم على المبارأة أو على أنك برئ من دعواك أو على أنه لا نكاح بيني وبينك كذا في شرح الكافي اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال محمد في الاصل ولو ادعى قبله أنه شارب خمر وقال أرفعك الى السلطان فصالحه على مائة درهم على أن يكف عنه أو صالحه على مائة درهم على أن يقر بشرب الخمر فان هذا كله باطل لا يجوز وكذا لو ادعى أنه زنى بهذه المرأة فصالحه (٣٧) على مائة درهم على أن يكف ولا يرفعه الى السلطان فان هذا كله باطل لا يجوز ألا ترى أنه انما صالحه على حد من حدود الله تعالى ولو ادعى قبله سرقة متاع فصالحه المدعى عليه قبله على مائة درهم على أن أبرأه من السرقة فهذا جائز لانه ادعى قبله حقا وذلك لان دعوى السرقة دعوى المال لانه انما يصح دعواه في حق المال فصح الصلح فيه على مال يأخذه المدعي كما في سائر المواضع ثم قال في الاصل ولو صالحه على مائة درهم على أن يقر له بالسرقة ففعل ذلك فان كانت العروض قائمة بعينها فالصلح جائز وان كانت مستهلكة فالصلح باطل هذا لفظ محمد في الاصل في باب دعوى الجراحات والحدود وتفسيره ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب الصلح في دعوى القصاص والحد من شرح الكافي فان كانت العروض قائمة بعينها جاز لانه يكون بيعا لذلك العرض في زعمه بمائة درهم وان كانت مستهلكة لم يجز لانه يكون بيع الدراهم بدراهم أقل منه أو أكثر ثم قال في الاصل والصلح في الحدود كلها على مال وغير مال مردود فلا يجوز اه اتقاني رحمه الله (قوله فكان صحيحا) والمراد من جواز الصلح نفاذه في الظاهر فأما فيما بينه وبين الله تعالى فان كان على خلاف ما قال لا يحل له أخذه كذا في شرح الاقطع اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني ورأيت في نسخة ثقة من نسخ القدوري مكتوبة في تاريخ خمس وعشرين وخمسمائة عدم الجواز قال وان ادعت امرأة نكاحا على رجل فصالحها على مال بذله لها لم يجز قال صاحب الهداية وجه الاول أي الجواز أن يجعل زيادة في مهرها وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر والاصح هو الوجه الثاني وهو الذي أثبته واعتمد عليه في شرحه الشيخ أبو نصر البغدادي لا غير وقد روينا ذلك أيضا عن الكفاية قبل هذا ونص الكرخي على بطلان الصلح في مختصره اه (قوله في بعض نسخ المختصر) أي مختصر القدوري اه (قوله لانه لو) أي لو دفع اليها المال لتترك الدعوى وجعل الخ اه (قوله على ما كان عليه قبله) أي فلا يكون ما أخذته عوضا عن شئ

فلا يجوز ويلزمه رده اهـ اتقاني (قوله في المتن والرق) أي بان ادعى على رجل مجهول الحال أنه عبده فأنكر ثم صالحه اهـ (قوله لا ولاء له عليه) قال محمد في الاصل وكذلك لو قال أصالحك من دعواي على وصيف الى أجل أو على كذا من الغنم الى أجل كان ذلك جائزا وكذلك الحيوان كله والثياب والعروض وكل شئ يجوز فيه المكاتبة فهو في هذا الباب جائز ولو أخذ منه كفيلا بذلك لزم الكفيل الكفالة ولا يشبه هذا المكاتبة لانه هنا قد عتق حين وقع الصلح الى هنا لفظ محمد في الاصل اهـ اتقاني رحمه الله (قوله لان المأذون له) أي المأذون له يملك التصرف فيما هو من كسبه (٣٨) وتجارته ورقبته ليست من كسبه وليست هي من تجارته ولهذا لا يملك بيع نفسه وانما هي للخدمة ولهذا لا تجب الزكاة على مولاه في رقبته وانما عليه صدقة الفطر وكان التصرف في رقبته الى مولاه لا اليه اهـ اتقاني (قوله ويصح بينه) أي الصلح جائز بين المكاتب المأذون وولي المقتول (قوله في المتن ولو صالح عن المغصوب المتلف الخ) قيد بالاتلاف حتى لو كان قائما يجوز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع ثم هذا الخلاف فيما اذا لم يقض القاضي بالقيمة على الغاصب أما بعد القضاء لو صالح على أكثر منها لا يجوز بالاجماع اهـ معراج وكتب ما نصه قال في الهداية قال ومن غصب ثوبا يهوديا دون المائة فاستهلكه فصالحه منها على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه قال الاتقاني أي قال في الجامع الصغير ثم قال وعلى هذا الخلاف اذا غصب عبدا فهلك في يده فصالحه على مال ثم أقام الغاصب البينة على أن قيمته أقل مما صالح عليه بكثير لم تقبل بينته في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد تقبل بينته ويرد مقدرة زيادة القيمة على الغاصب اذا كان العبد مستهلكا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اهـ (قوله وهذا) أي جواز الصلح في مسئلة الغصب وعدم جوازه في مسئلة العتق قول أبي حنيفة وأما عندهما فلا يجوز الصلح في المسئلتين ومحل عدم جواز الصلح عندهما في المسئلة الاولى وعدم جوازه في المسئلة الثانية على قول الكل ما اذا لم يقع الصلح على عرض أما اذا وقع على عرض فانه يجوز اتفاقا كما سيصرح الشارح به في آخر هذه المقالة فتنبه له والله الموفق اهـ قوله في آخر هذه المقالة أي مقالة الشرح

فلا يصار اليه وذكر في بعضها أنه يجوز لانه يجعل كأنه زادها على مهرها ثم خالعها على أصل المهر دون الزيادة فيسقط المهر غير الزيادة قال رحمه الله (والرق وكان عتقا على مال) يعني الصلح جائز عن دعوى الرق وكان في حق المدعي بمعنى العتق على مال وفي حق الآخر لدفع الخصومة لانه أمكن تصحيحه بهذا الاعتبار فجاز ولهذا يصح على حيوان في الذمة الى أجل كالكتابة اعتبارا لزعم المدعي فان الحيوان يثبت في الذمة في معاوضة المال بغير المال كالنكاح والخلع غير أنه لا ولاء له عليه لانه ينكر العتق ويدعي انه حر الاصل الا أن يقيم المدعي البينة بعد ذلك فتقبل بينته في حق ثبوت الولاء عليه لا غير حتى لا يكون رقيقا لانه حصل معتقا بالصلح فلا يعود رقيقا وكذا في كل موضع أقام بينة بعد الصلح لا يستحق المدعي لانه بأخذ البدل باختياره نزل بائعا وكل موضع وقع فيه الصلح والمدعي كاذب فيه لا يحل له فيما بينه وبين الله تعالى أخذ العوض عنه ونظيره المقر له اذا كان يعرف أن المقر كاذب لا يحل له الا اذا سلمه اليه بطيبة نفسه فيكون حينئذ هبة مبتدأة فيطيب له قال رحمه الله (وان قتل العبد المأذون له رجلا عمدا لم يجز صلحه عن نفسه وان قتل عبد له رجلا عمدا فصالحه عنه جاز) أي لو صالح العبد المأذون له ولي المقتول عن عبده جاز وعن نفسه لا يجوز وانما جاز عن عبده دون نفسه لان المأذون له لا يجوز له أن يتصرف الا فيما هو من باب التجارة ولا ينفذ تصرفه في غيره وتصرفه في نفسه ليس من التجارة فلا ينفذ في حق المولى اذا كان بعوض لانه تصرف في مال الغير بغير اذنه وهو المولى ولهذا لا يجوز له أن يبيع نفسه ويصح بينه وبين الولي حتى لا يجوز له قتله بعد العفو لانه مكلف فيصح تصرفه في حق نفسه ولا يجب عليه البدل للحال لانه وما في يده مال المولى ويتأخر الى ما بعد العتق كالامة اذا طلقها زوجها على مال فقبلت وقع عليها الطلاق بائنا لانه بعوض ويجب عليها المال بعد العتق كأنه طلق أو صالح على دين مؤجل وتصرفه في عبده من باب التجارة لان استخلاصه كشرائه لانه باستحقاقه القتل صار كالزائل عن ملكه وهو لو خرج عن ملكه كان له أن يشتريه فكذا له أن يستخلصه بخلاف المكاتب حيث يجوز له أن يصالح عن نفسه لانه كالحر لخروجه عن يد المولى ولهذا لو ادعى أحد رقبته كان هو الخصم فيه واذا جنى عليه كان الارش له وكذا اذا قتل لا تكون قيمته للمولى بل لورثته حتى تؤدى بها كتابته ويحكم بحريته في آخر حياته ويكون الفضل لهم فصار كالحر فيجوز صلحه عن نفسه ولا كذلك العبد المأذون له فلا يجوز صلحه عن نفسه قال رحمه الله (ولو صالح عن المغصوب المتلف بما زاد على قيمته أو على عرض صح ولو أعتق موسر عبدا مشتركا فصالح الشريك على أكثر من نصف قيمته لا) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز الصلح في المغصوب أيضا على أكثر من قيمته بما لا يتغابن الناس في مثله لان القيمة هي الواجبة في ضمان العدوان لانها هي التي يمكن وجوبها في الذمة دون العين اذ العين ليست من ذوات الامثال فيكون ما وقع عليه الصلح بمقابلة ما وجب في الذمة وهي القيمة لا بمقابلة العين فيصير ما زاد عليها ربا وهذا لان العين قد هلكت ولم يبق لها أثر فلا يمكن أن يقابلها شئ ولو أمكن لجاز بيعها فصار بمقابلة القيمة ضرورة وهي

مقدرة فلا تجوز الزيادة عليها كما قلنا في الصلح عن قتل الخطإ وضمان العتق لا تجوز الزيادة على مقادير الدية وعلى نصف القيمة وصار كما اذا حكم الحاكم بالقيمة ولهذا لو صالح على شيء موصوف في الذمة غير الدراهم والدنانير الى أجل لا يجوز ولو كان بدلا عن العين لجاز ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان بدل عن العين المستهلكة فيجوز بالغا ما بلغ كما اذا كانت قائمة حقيقة وهذا لان الواجب في ذمته المثل من كل وجه وذلك هو المثل صورة ومعنى ولهذا يجب عليه ذلك في المقدرات فكذا في العين لان وجوبها في الذمة ممكن ألا ترى أن الحيوان والثياب وغيرهما من غير المقدرات تجب في الذمة في النكاح والكتابة والخلع والدية وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال فكذا في المغصوب اذ لا تعذر في نفس الوجوب الا أن عند الاخذ يصار الى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن لان الآخذ والدافع لا يعرفان حقيقة ذلك لما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في حق الوجوب لان الموجب هو الله تعالى وهو عالم به فكان الواجب مثله فاذا أخذ عوضه أكثر من قيمته فلا يكون ربا لانه ليس من أموال الربا كما في حال قيام العين أو نقول ان العين بعد الهلاك باقية على ملك المغصوب منه ما لم يضمنه أو يتقرر حقه في القيمة بحكم الحاكم ألا ترى أنه لو اختار ترك التضمين بقي العين في ملكه حتى يجب الكفن عليه ولو كان آبقا فعاد من اباقه كان على ملكه فاذا كان كذلك فالضمان يكون عوضا عن العين ولا ربا فيها كما في حال قيام العين أو نقول ان الواجب في الاصل رد العين لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وانما يصار الى القيمة عند الضرورة وهي في حق الاخذ ولا ضرورة في جعل المأخوذ بدلا عن القيمة لامكان جعله بدلا عن العين والدية مقدرة شرعا على ما بينا وكذا ضمان العتق منصوص عليه فيكون مقدرا فلا تجوز الزيادة عليه لان تقدير الشرع فوق تقدير القاضي وبه يتقرر فكذا ما هو فوقه وانما لا يجوز الصلح على موصوف في الذمة غير النقدين الى أجل لان المستهلك لا يوقف على أثره وما لا يوقف على أثره يكون في حكم الدين والافتراق عن دين بدين لا يجوز فكيف اذا كان مؤجلا حتى لو لم يكن مؤجلا وقبضه في المجلس جاز ولو كان ذلك بدلا عن القيمة لما جاز الا اذا كان معينا لانه يكون مبيعا حينئذ وبيع ما ليس عند الانسان لا يجوز في غير السلم ولو وقع الصلح على عرض جاز في جميع ما ذكرنا من المقدرات لانه ليس عن الواجب وانما هو بدل عنه بالاجماع قال رحمه الله (ومن وكل رجلا بالصلح عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عليه

(قوله وضمان العتق الخ) هذه المسئلة الثانية التي ذكرها في المتن وهي متفق عليها اه (قوله لا تجوز الزيادة على مقادير الدية) أي كما اذا صالح من الدية على أكثر من ألف دينار أو من عشرة آلاف درهم لا يجوز اه (قوله وصار كما اذا حكم الحاكم) قال الاتقاني وكما اذا قضى القاضي للشفيع بأكثر من الثمن الذي اشترى به ورضي المشتري لم يجز ثم قال وكما لو قضى القاضي بقيمة المغصوب على الغاصب ثم صالح على أكثر من القيمة لا يجوز بالاتفاق اه (قوله وفي كل ما هو معاوضة مال بغير مال الخ) قال الاتقاني أو نقول ان حق المغصوب منه في المثل صورة ومعنى لانه هو الاصل في ضمان العدوان وانما ينقل عنه الى المثل معنى وهو المثل بالقيمة عند القضاء فقبل القضاء اذا اصطلحا على الاكثر لا يلزم الربا لان ذلك اعتياض عن حقه في العين لا استيفاء لعين حقه بأكثر منه فلا يتحقق الربا بخلاف ما اذا كان الصلح على الاكثر بعد قضاء القاضي بالقيمة لانه تقرر الحق فيها فتكون الزيادة ربا لا محالة وبخلاف الدية فانها مقدرة شرعا فلم تجز الزيادة على ذلك لئلا يلزم تغيير الثابت شرعا وبخلاف مسئلة الشفعة أيضا فان المشتري مجبور على ازالة الملك الى (٣٩) الشفيع بثمن مقدر وهو الثمن الذي قام عليه فكان ذلك ممتنعا الا على ذلك التغيير بالزيادة على ذلك وبخلاف ضمان العتق لانا نقول لا نسلم أنه لا يجوز الصلح على أكثر من قيمة نصف العتق على قول أبي حنيفة لان بعض أصحابنا منعوا ذلك على قول أبي حنيفة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولئن سلمنا ذلك فنقول لا يرد ذلك علينا لانه ثمة حق الساكت مقدر في القيمة شرعا لا يحتمل المزيد قال النبي صلى الله عليه وسلم من أعتق عبدا بينه وبين شريكه قوم العبد قيمة عدل لا وكس فيه ولا شطط فان كان المعتق موسرا فعليه خلاصه والا سعى العبد فيه وفيما نحن فيه لم يوجد التقدير شرعا اه (قوله كما في حال قيام العين) قال الاتقاني وان كان المغصوب قائما فاصطلحا على أكثر من القيمة جاز في قولهم لانه بيع اه وقد تقدم الحكم فيما اذا كان قائما عن الكاكي أيضا اه (قوله كان على ملكه) ولو كان اكتسب كسبا كان الكسب له ولو كان الفرس شبكة فتعقل بها صيد بعد موته كان للمغصوب منه وانما ملك الكسب بملك الاصل اه اتقاني (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم على اليد على ما أخذت الى آخر الحديث) قال الاتقاني والدليل ان حقه لم ينقطع فيه أيضا انه لو صالح من القيمة على مكيل غير معين وقبض في المجلس صح ولو كان الحق منقطعا ووجبت القيمة عينا لما صح لانه يكون سلما فلا بد من شرائط عقد السلم اه قوله لم ينقطع فيه أي في المغصوب اه (قوله وانما لا يجوز الخ) جواب عن قوله ولهذا لو صالح على شيء موصوف الخ اه (قوله ولو وقع الصلح على عرض الخ) قال الاتقاني في ذيل وجه قولهما في المسئلة الأولى أعني مسئلة الغصب بخلاف ما اذا صالح على عرض قيمته أكثر من قيمة المغصوب فانه يجوز لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف الغبن اليسير فانه لما دخل تحت تقويم المقومين لم يعد ذلك فضلا فلم يكن ربا اه

(قوله في المتن مالم يضمنه) فأما اذا ضمن فانه يجب عليه بحكم الكفالة والضمان لا بحكم العقد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو ادّعى في دار رجل دعوى فصالحه عنه آخر فاذا أضاف الصلح الى الذى في يديه الدار سواء كان عن اقرار أو عن انكار ان كان بأمره فالضمان على الآمر ولا شئ على المصالح والمصالح عنه سالم للذى في يديه لانه أخرج الكلام مخرج الرسالة حيث أضاف الصلح الى غيره بقوله صالح فلانا ولا عهدة على الرسول وكذلك ان قال صالحتك ولم يذكر فلانا فهو بمنزلة الاضافة الى فلان لان الصلح لقطع الخصومة والخصومة بين المدّعى وبين فلان فصار هذا والاضافة اليه سواء وان أضاف الى نفسه بأن قال صالحنى فقد جعل نفسه أصلا في العقد فيؤخذ به ثم يرجع بما ضمن على الآمر لوقوع حكم العقد له وكذلك لو لم يضف الى نفسه ولكن ضمن أو أضاف الى مال نفسه بأن قال صالحتك على مائة درهم من مالى أو على عبدى هذا لانه لما التزم المال فقد جعل نفسه أصلا وانه يصلح أصلا في هذا العقد ثم يرجع بما ضمن على الآمر لانه بمنزلة الوكيل بالشراء أو بمنزلة الوكيل بالخلع وفى الموضعين الجواب هكذا الى هنا لفظ شرح الكافى اه اتقانى (قوله سفير ومعبر) ولا تتعلق حقوق العقد بالسفير (٤٠) كما في الوكيل بالنكاح اه اتقانى (قوله في المتن وان صالح عنه) أى عن المدّعى عليه اه (قوله في المتن بلا أمر صح) أى ان صالح الاجنبى عن المدّعى عليه بلا أمره في شئ مما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص صح الخ اه (قوله فلا يخلو إما أن أضاف) أى المصالح الشئ اه (قوله جائز في الوجوه كلها) أى ولزمه تسليمها الى المدّعى ولا يرجع بشئ منها على المدّعى عليه لانه متبرع وصار كالكفالة بغير أمر المديون اه ابن فرشتا (قوله فالصلح فيه جائز) قال الاتقانى وذلك ان المال وان لم يجب عليه بعقد الصلح يجب بالضمان ويلزم بضمانه للمدّعى لان قضاء دين الغير بغير اذنه جائز لان الصلح بطريق الاسقاط يصح والساقط يتلاشى فيستوى فيه الفضولى والمدّعى عليه فيصلح الاجنبى أصيلا في حق الضمان اذا أضاف الضمان بهذه الى نفسه بأن قال صالحنى على ألف على انى ضامن كالزوج اذا خالع امرأته مع أجنبى فضولى من جانب المرأة وضمن الاجنبى ذلك كان بدل الخلع عليه وكان أصيلا في الضمان ومتبرعا على المدّعى عليه باسقاط الخصومة فكذا هنا قال في التحفة فأما اذا كان بغير اذنه فهذا صلح الفضولى وهو على أربعة أوجه في ثلاثة منها يصح الصلح ويلزم المال على المصالح الفضولى ولا يجب على المدّعى شئ بأن يقول الفضولى للمدّعى أصالحك من دعواك هذه على فلان بألف درهم على انى ضامن لك هذه الالف أو على هذه الالف وهما فصل واحد أو قال على ألفى هذه أو على عبدى هذا أضاف المال الى نفسه أو عين البدل فقال على هذه الالف على هذا العبد وانما كان هكذا لان التبرع باسقاط الدين بأن يقضى دين غيره بغير اذنه صحيح والتبرع باسقاط الخصومة عن غيره صحيح والصلح عن اقرار اسقاط للدين والصلح عن انكار اسقاط للخصومة فيجوز كيفما كان وفى فصل واحد لا يصح بأن قال أصالحك من دعواك هذه مع فلان على ألف درهم أو على عبد وسط فان هذا الصلح موقوف على اجازة المدّعى عليه ان أجاز يصح ويجب المال عليه دون المصالح لان الاجازة بمنزلة ابتداء التوكيل والحكم في التوكيل كذلك وان لم يجز يبطل الصلح لانه لا يجب المال والمدّعى لا يسقط اه

مالم يضمنه بل يلزم الموكل) هذا اذا صالح عنه عن انكار أو سكوت أو عن اقرار في دم عمد أو فيما لا يحمل على المعاوضة كالصلح على بعض الدين لان الوكيل في هذه الاشياء سفير ومعبر وهذا لان الصلح على الانكار معاوضة باسقاط الحق وكذا الصلح عن القود وأما الصلح عن بعض الدين فاسقاط محض فصارت هذه الاشياء بمنزلة الطلاق على مال ولهذا جاز هذا الصلح من الاجنبى كما يجوز الخلع منه فلا يلزم الوكيل شئ الا بالالتزام كالوكيل في النكاح غير أنه اذا ضمن هنا وأدّى عنه يرجع على الموكل وفى النكاح لا يرجع لان الامر بالصلح عنه أمر بالاداء عنه ليفيد الامر فائدته اذ الصلح عنه جائز بغير أمره فكان فائدة أمره الرجوع عليه اذا ضمن عنه بخلاف النكاح لانه لا ينفذ عليه من الاجنبى فكان فائدة الامر فيه الجواز ثم ان ضمن بعد ذلك وأدّى يكون متبرعا والأمر بالخلع مثل الامر بالصلح حتى يرجع على الآمر ان ضمن وأدّى عنه وأما اذا صالح عنه فيما يحمل على المعاوضة بأن كان عن مال بمال عن اقرار فان الوكيل يلزمه ما صالح عليه ثم يرجع به على الموكل لان الوكيل أصيل في المعاوضة المالية فترجع الحقوق اليه دون الموكل فيطالب هو بالعوض دون الموكل قال رحمه الله (وان صالح عنه بلا أمر صح ان ضمن المال أو أضاف الى ماله أو قال على ألف وسلم والا توقف فان أجازه المدّعى عليه جاز والا بطل) وهذه المسئلة على أربعة أوجه لانه لا يخلو إما أن ضمن المال أو لا فان لم يضمن فلا يخلو إما أن أضاف الذى وقع عليه الصلح الى نفسه أو لا وان لم يضف فلا يخلو إما أن سلم العوض أو لا فالصلح جائز في الوجوه كلها الا الوجه الاخير وهو ما اذا لم يضمن البدل ولم يضفه الى نفسه ولم يسلمه الى المدّعى أما الوجه الاول وهو ما اذا صالح عنه بغير أمره وضمن المال فالصلح فيه جائز لان الحاصل للمدّعى عليه ليس الا البراءة وفى مثله يستوى المدّعى عليه والاجنبى لانه لا يسلم للمدّعى عليه شئ كما لا يسلم للاجنبى ومع ذلك جاز اشتراط بدل الصلح على نفسه فكذا الاجنبى والمقصود من هذا الصلح رضا صاحب الحق لا رضا المدّعى عليه اذ لا حظ له فيه لان الوضع مفروض فيما لم يحمل على المعاوضة كدعوى القصاص وأخواته على ما بيناه آنفا والمدّعى ينفرد

بهذه الامور غير انه لم يرض بسقوط حقه مجانا فاذا سلم له العوض من جهة المتبرع صح ولزم لتمام رضاه والا توقف على اجازة المدعى عليه وسلامته تكون بالضمان لانه لم يلزمه بالعقد لكونه سفيرا فيه بلزمه بالضمان او لانه على نفسه فتم رضاه به وكذا بالاضافة الى نفسه بأن يقول صالحتك على ألفى هذه أو على عبدى هذا لان الاضافة الى نفسه التزام منه للتسليم الى المدعى وهو قادر على ذلك فيجب عليه تسليمه فصار كالضمين فيصح لتمام رضاه به والمعرف المشار اليه بأن قال صالحتك على هذا العبد أو على هذا الالف كالمضاف الى نفسه لانه تعين التسليم اليه بشرطه فيتم به الصلح وكذا بتسليم العوض اليه بأن عقد المتبرع عقد الصلح بأن قال صالحتك على ألف ولم يضمن ولم يضفه الى نفسه ولكنه سلم اليه العوض المشروط لانه بالتسليم حقيقة تم رضاه فصار فوق الضمان والاضافة الى نفسه فاذا حصل له العوض في هذه المواضع الثلاثة تم رضاه به وبرئ المصالح عنه ولم يحصل للصالح شئ لانه سفير ومعبر بخلاف ما اذا صالح عن عين في يد المدعى عليه وهو متبرع به لانه المدعى حيث يملك المتبرع العين لانه معاوضة من كل وجه فيكون مشتريا لنفسه من مالكه فيملكه اذ الشراء لا يتوقف اذا وجد نفاذا بل ينفذ عليه ولو استحق العوض في الوجوه التي تقدمت أو وجده زيوفا أو ستوقا لم يرجع على المصالح لانه متبرع التزم تسليم شئ معين ولم يلتزم الايفاء من غيره فلا يلزمه شئ آخر لم يلتزمه اذ ليس على المحسنين من سبيل ولكن يرجع بالدعوى لانه لم يرض بترك حقه مجانا الا في صورة الضمان فانه يرجع على المصالح لانه التزمه بالضمان فصار دينا في ذمته ولهذا لو امتنع من التسليم يجبر عليه بخلاف غيرها من الصور والرابع أن يصالحه على ألف ولم يضمن ولم يضف العوض الى نفسه بأن قال صالحتك على ألف فالحكم فيه أن يكون موقوفا لانه لم يسلم للمدعى عوض فلم يسقط حقه مجانا لعدم رضاه به فان أجازه المدعى عليه جاز ولزمه المشروط لالتزامه باختياره وان رده بطل لان المصالح لا ولاية له على المطلوب فلا ينفذ عليه تصرفه والخلع في جميع ما ذكرنا من الاحكام كالصلح وجعل في بعض شروح الجامع في باب الخلع الالف المشار اليها والعبد المشار اليه مثل الالف المنكر حتى جعل القبول الى المرأة والله أعلم

﴿ باب الصلح في الدين ﴾

قال رحمه الله (الصلح عما استحق بعقد المداينة أخذ لبعض حقه واسقاط للباقى لا معاوضة) هكذا ذكر في نسخ هذا المختصر بقوله عما استحق وهذا سهو لانه اذا صالح عن الدين لا يكون جميع صوره استيفاء لبعض حقه واسقاط الباقى وانما يكون كذلك أن لو وقع الصلح عن الدين على بعض الدين ألا ترى أنه لو وقع عن الدين بجنس آخر يحمل على المعاوضة والصواب أن يقال الصلح على ما استحق بعقد المداينة الخ فانه يكون أصلا جيدا لا يرد عليه نقض وهكذا ذكر القدورى رحمه الله في مختصره بقوله وكل شئ وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وذكر بعضهم أن الاحسان متى وجد من أحد الجانبين يكون تبرعا وان وجد من الجانبين يكون معاوضة وانما لا يحمل على المعاوضة اذا وقع على بعض الدين لان في حمله عليها افساد العقد للربا وفي حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقى جوازه فكان أولى حملا لامور المسلمين على الصحة ما أمكن وظاهر حاله يدل على ذلك لانه يطلب الصحة دون الفساد اذ عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب محظور دينه قال رحمه الله (فلو صالح عن ألف على نصفه أو على ألف مؤجل جاز) لانه يجعل مستوفيا لنصف حقه ومسقطا النصف في الاولى وفي الثانية يجعل كأنه أجل نفس الحق تحريا للجواز ولو حمل على المعاوضة لفسد لان بيع الدراهم بالدراهم لا يجوز الا مثلا بمثل يدا بيد فلا يصار اليه وكذا لو صالحه عن الالف على خمسمائة مؤجلة جاز كأنه أبرأه عن النصف وأخر النصف وعلى هذا لو صالح عن ألف جياد على خمسمائة زيوف حالة أو مؤجلة جاز فيجعل مسقطا للقدر والصفة ومستوفيا لبعض حقه أو مؤخرا

(قوله ولم يحصل للصالح شئ) أى من المدعى أى لا يصير الدين المدعى به ملكا للصالح اهـ

﴿ باب الصلح في الدين ﴾

قال الاكمل رحمه الله لما ذكر حكم الصلح على العموم ذكر في هذا الباب حكمه عن دعوى خاص وهو دعوى الدين اذ الخصوص بعد العموم اهـ وقال الاتقانى لما ذكر الصلح مطلقا في عموم الدعاوى ذكر هنا الصلح في الدين لانه صلح مقيد والمقيد بعد المطلق لان القيد وصف زائد في الذات اهـ فتأمل في أولى العبارتين اهـ (قوله في المتن أو على ألف مؤجل) يعنى لو صالح الطالب عن ألف درهم حالة على المطلوب على ألف درهم مؤجل جاز وذلك لما قلنا أن أمور المسلمين محمولة على الصحة فلو حملنا ذلك على المعاوضة يلزم بيع الدراهم بالدراهم نساء وذلك لا يجوز لانه بيع الدين بالدين لان الدراهم الحالة والدراهم المؤجلة ثابتة في الذمة والدين بالدين لا يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم نهى عن الكالئ بالكالئ فلما لم يمكن حمله على المعاوضة حملناه على التأخير تصحيحا للتصرف لان ذلك جائز لكونه تصرفا في حق نفسه لا في حق غيره اهـ اتقانى

(قوله لان من استحق الجياد استحق الزيوف) قال الاتقانى رحمه الله لان المستحق للجياد مستحق لما دونها ألا ترى أنه لو أخذ السود من مال غريمه بدون رضاه جاز ولم يجبر على الرد ولو أخذ البيض مكان السود بدون أمره لم يجز ويجبر على الرد اه (قوله وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز) هذه المسئلة تأتى فى المتن بعد أسطر اه (قوله لانه لا يستحق الحال) أى بعقد المداينة كان حقه فى المؤجل اه اتقانى (قوله فيكون مبادلة بالضرورة الخ) وبيع خمسمائة بألف لا يجوز لانه ربا أونقول انه اعتياض عن الاجل وانه باطل لان تعجيل الخمسمائة التى كانت مؤجلة فى الاصل تكون بمقابلة الخمسمائة المحطوطة المؤجلة فيكون اعتياضا عن الاجل قال الحسن بن زياد فى كتاب المجرد أخبرنا أبو حنيفة عن زياد بن ميسرة عن أبيه قال كان لرجل على مال الى أجل فسألنى أن أعجل ويضع عنى بعضه فذكرت ذلك لابن عمر فنهانى وكان أبو حنيفة يأخذ بهذا الحديث وقال شيخ الاسلام الاسبيجابى فى شرح الكافى ولو كان له عليه ألف درهم الى أجل فصالحه منها على خمسمائة درهم ودفعها اليه لم يجز وعلى قياس قول أبى يوسف ينبغى أن يجوز لانه احسان فى القضاء بالتعجيل واحسان (٤٣) من صاحب الدين فى الاقتضاء بحط بعض حقه لكنا نقول هذا احسن اذا لم يكن أحدهما مشروطا فى الآخر فاذا شرط أحدهما فى مقابلة الآخر دخل فيه معاوضة فاسدة فكان فاسدا وروى أن رجلا سأل ابن عمر عن ذلك فنهاه ثم سأله فنهاه ثم سأله فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وعن الشعبى مثل ذلك وعن ابراهيم أنه قال لا بأس بذلك انما هو حط بعضه عنه وأبو يوسف أخذ بقوله الى هنا لفظ شرح الكافى اه اتقانى رحمه الله (قوله أو عن ألف مؤجل) هذه المسئلة قد تقدمت بسطر فى كلام الشارح فانظر الى ماقبل هذه القولة نقلا عن الاتقانى رحمه الله فيها فانه مفيد اه (قوله أو سود) قالوا المراد من الدراهم السود هى الدراهم المضروبة من النقود السوداء اه اتقانى (قوله أخذها بطريق المعاوضة الخ) فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف فكان ربا على قدر الدين اه (قوله ولو كان عليه ألف درهم الخ) قال فى الهداية ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح قال الاتقانى ذكره تفريعا على مسئلة القدورى وذلك لان المائة لما كانت مستحقة بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة فحمل على أنه أسقط حقه فى الدنانير أصلا وأسقط حقه فى الدراهم الا مائة واذا كان كذلك جاز التأجيل فى المائة لانها ليست بعوض بل هى نفس ما كانت فى الذمة قال فى شرح الكافى وان كان لرجل على رجل مائة درهم ومائة دينار فصالحه من ذلك على خمسين درهما وعشرة دنانير الى شهر جاز لانه حط بعض حقه قدرا وبعضه وصفا وقد ذكرنا أن الحط لا يقف على استيفاء ما بقى وكذلك لو صالح من ذلك على خمسين درهما الى أجل أو حال لانه حط أحد حقيه أصلا والآخر بعض حقه والاصل فى جنس هذه المسائل أن ما دار بين أن يكون استيفاء وصرفا يجعل استيفاء لانه دون الصرف لان الصرف عقد مبتدأ له أحكام مبتدأة والاستيفاء متمم لما يقتضيه العقد فكان حمل التصرف عند التردد عليه أولى اه

لان من استحق الجياد يستحق الزيوف ولهذا لو تجوز به فى الصرف والسلم جاز ولو لم يستحقه بالعقد لما جاز لان المبادلة برأس مال السلم وبدل الصرف لا تجوز بخلاف عكسه وهو ما اذا كان له ألف زيوف وصالحه على خمسمائة جياد حيث لا يجوز لانه لا يمكن حمله على أنه استوفى بعض حقه وأسقط الباقى لانه لا يستحق الجياد فيكون معاوضة ضرورة فلا يجوز التفاضل فيها لان جيدها ورديئها سواء على ما عرف فى موضعه وكذا لو كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لا يجوز لانه لا يستحق الحال فلا يمكن حمله على انه أخذ عين حقه فيكون مبادلة بالضرورة فلا يجوز الا مثلا بمثل لما ذكرنا قال رحمه الله (وعلى دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل أو سود على نصف حال أو بيض لا) يعنى لو صالحه عن ألف درهم على دنانير مؤجلة أو عن ألف مؤجل على خمسمائة حالة أو عن ألف سود على خمسمائة بيض لا يجوز لان من له الدراهم لا يستحق الدنانير فكان معاوضة وهو صرف فلا يجوز تأجيله ومن له دين مؤجل لا يستحق الحال وكذا من له دراهم سود لا يستحق البيض لانها أجود على ما بينا فيكون أخذها بطريق المعاوضة لا بطريق الاستيفاء وشرط صحة المعاوضة فى الجنس المتحد القدر المساواة ولم توجد فلهذا بطل الصلح حتى لو صالحه على ألف حالة عن الالف المؤجلة أو صالحه على ألف بيض عن الالف السود جاز بشرط قبضه فى المجلس لوجود المساواة فى القدر وهو المعتبر فى الصرف دون المساواة فى الصفة ولو كان عليه ألف فصالحه على طعام موصوف فى الذمة مؤجل لم يجز لانه يكون افتراقا عن دين بدين فلا يجوز ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم جاز سواء كانت حالة أو مؤجلة لانه يجعل اسقاطا للدنانير كلها وللدراهم الا مائة وتأجيلا للمائة التى بقيت فلا يحمل على المعاوضة لان فيه فساده ولان جهة الاسقاط أرجح لان الصلح مبنى على الاغماض ولهذا جاز عن المجهول والاصل فى جنس هذه المسائل أنه متى كان الذى وقع عليه الصلح أدون من حقه قدرا ووصفا ووقتا أو فى أحد هذه الاشياء فهو اسقاط للبعض واستيفاء للباقى لانه استوفى دون حقه وان كان أزيد منه بمعنى انه دخل فيه ما لا يستحقه من وصف أو ما هو بمعنى الوصف كتعجيل المؤجل ومن اختلاف جنس فهو معاوضة لتعذر جعله استيفاء فى غير المستحق فيشترط فيه

شروط

(قوله في المتن ومن له على آخر ألف فقال أدّ غدا الخ) قال الاتقاني وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل يكون له على رجل ألف درهم حالة فقال له ادفع الي غدا منها خمسمائة على أنك بريء من الفضل فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عادت الالف عليه في قول أبي حنيفة ومحمد ولا تعود عليه في قول يعقوب الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقال محمد في الاصل اذا كان لرجل على رجل ألف درهم فقال له أصالحك على أن أحط عنك خمسمائة درهم على أن تعطيني اليوم خمسمائة فصالحه على ذلك فان أبا حنيفة ومحمدا قالا في ذلك ان أعطاه يومئذ خمسمائة جاز الصلح وان مضى ذلك اليوم قبل أن يعطيه انتقض الصلح وبطل وكانت الالف عليه على حالها وقال أبو يوسف عليه خمسمائة وهو بريء من الخمسمائة الاخرى الى هنا لفظ محمد في الاصل (قوله وقال أبو يوسف يبرأ الخ) وجه قول أبي يوسف أن الابراء حصل مطلقا فتثبت البراءة مطلقا أعطى أو لم يعط فصار كما اذا بدأ بذكر الابراء وهذا لان الكلام خارج مخرج المطالبة لا مخرج العوض لان كلمة على وان كانت للمعاوضة لا يصلح أداء الخمسمائة عوضا لان أداء ذلك واجب عليه بقضية السبب السابق وحقيقة المعاوضة انما تكون اذا استفاد كل واحد منهما شيأ لم يكن استفاده من قبل وانما استفاده باستحقاق طارئ فلما لم يصلح أداء ذلك عوضا صار ذكره وعدمه بمنزلة فبقي ابراء مطلقا فلم يتقيد الابراء بشرط سلامة العوض وجه قولهما أن هذا ابراء بشرط مرغوب فيه فيكون ابراء مقيدا بشرط سلامته كما اذا أبرأه على شرط سماه أو قيد الابراء بشرط الكفالة أو الرهن كما لو قال أبرأتك عن الخمسمائة بشرط أن تعطيني بالباقي اليوم كفيلا أو رهنا فمضى اليوم ولم يعط عاد الالف عليه كما هنا وكالحوالة لما كانت براءة المحيل مقيدة بشرط سلامة الدين من ذمة المحتال عليه فاذا فات هذا الشرط بموت المحتال عليه مفلسا عاد الدين الى ذمة المحيل وانما قلنا ذلك لانه قد يكون ماله على انسان متصرف في الاداء فيريد أن يشرط الحط عن بعض بشرط التعجيل في مقابلته حتى يكون ذلك حاملا له على التأجيل وهذا متعارف بين الناس فصار الابراء مقابلا بالتعجيل فتتقيد سلامته على سلامة ذلك فصار كما لو شرط اشتراطا آخر ولان كلمة على وان كانت للمعاوضة جاءت على معنى الشرط لان معنى المعاوضة لا يصح هنا لما قلنا فحملت على الشرط لان فيه معنى المعاوضة لان في المعاوضة مقابلة أحد العوضين بالآخر والشرط أيضا يقابل الجزاء فصار الشرط كالمذكور فكأنه قال ان لم تنقد فلا صلح فاذا لم ينقد بطل الصلح اهـ اتقاني (قوله ولهما أن كلمة على تكون للشرط) قال تعالى يبايعنك على أن لا يشركن بالله شيأ اهـ (قوله جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به) رأيت بخط قارئ الهداية هنا حاشية نصها الفرق بين التقييد والتعليق أن في التقييد لا يستعمل لفظ الشرط صريحا ولهذا لو قال ان أديت أو متى أديت أو اذا أديت لم يصح التقييد وفي التعليق يستعمل لفظ الشرط صريحا هذا من حيث اللفظ والفرق من حيث المعنى أن في تقييد الابراء بالشرط يحصل الابراء في الحال بشرط وجود ما قيد به وفي التعليق لا يحصل في الحال لان المعلق بالشرط معدوم قبله فكان التقييد بمنزلة الاضافة الى وقت وبيانه مستقصى في أصول شمس الائمة السرخسي ثم في مسئلتنا لم يستعمل صريح لفظ الشرط ولكن فيه معنى الشرط فلذا سميناه تقييدا لا تعليقا اهـ (قوله حذار افلاسه) يجوز أن يقع المفعول له معرفة كما في قوله أخرج حذر مخافة الشر وقوله حذار افلاسه من هذا القبيل اهـ غاية

شروط المعاوضة وانما كان تعجيل المؤجل كالوصف لان المعجل خير من المؤجل ولهذا ينتقص الثمن لاجله فيكون الحط بمقابلة الاجل فيكون ربا فلا يجوز الا اذا صالح المولى مكاتبه عن ألف مؤجلة على خمسمائة حالة فانه يجوز لان معنى الارفاق فيما بينهما أظهر من معنى المعاوضة فلا يكون هذا مقابلة الاجل ببعض المال ولكنه ارفاق من المولى بحط بعض البدل وهو مندوب اليه في الشرع ومساهلة من المكاتب فيما بقي قبل حلول الاجل ليتوصل به الى شرف الحرية وهو أيضا مندوب اليه في الشرع قال رحمه الله (ومن له على آخر ألف فقال أدّ غدا نصفه على أنك بريء من الفضل ففعل بريء والا لا) أي ان لم يؤدّ غدا النصف وهو خمسمائة لا يبرأ وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يبرأ وان لم يؤدّ ولا تعود اليه خمس المائة الساقطة أبدا لان اشتراط الاداء ضائع لان النقد واجب عليه في كل زمان يطالبه هو فيه اذ المال عليه حال فبطل التعليق وصار ابراء مطلقا وهذا لانه جعل اداء خمس المائة عوضا لان كلمة على للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لانه واجب عليه قبل الصلح وهو لم يذكر للابراء عوضا سواه والعوض هو المستفاد بالعقد ولم يستفد شيأ فصار وجوده كعدمه فحصل الابراء مطلقا كما اذا بدأ بالابراء بأن قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني خمسمائة غدا بخلاف ما اذا قال فان لم تنقد غدا فلا صلح بيننا لانه مقيد وهو تعليق الفسخ بعدم النقد فانه بمنزلة خيار الشرط ولهذا جاز في البيع أيضا على ما مر ذكره ولهما أن كلمة على تكون للشرط كما تكون للمعاوضة فتحمل عليه عند تعذر حملها على المعاوضة لما ذكر تصحيحا لتصرفه فاذا كان للشرط جاز تقييد الابراء به لانه يحتمل التقييد به وان لم يحتمل التعليق به كما في الحوالة فان الاصيل يبرأ مقيدا على صفة وهو سلامة العوض له من المحال عليه فصار كما اذا أبرأه عن البعض بشرط أن يعطيه كفيلا بالباقي أو رهنا فاذا احتمل ذلك وجب حمله عليه لان للناس غرضا فيه حذار إفلاسه أو توسلا الى تجارة أربح منه بخلاف ما اذا قدم الابراء لانه بريء بالبداءة فلا يعود الدين

بالشك وفيما نحن فيه لم يبرأ في أوله وآخره معلق بشرط فلا يسقط الدين بالشك وهذا لان كلمة على محتملة فعلى تقدير أن تكون للشرط لا يبرأ مطلقا وانما يبرأ بالاداء وعلى تقدير أن تكون للعوض يبرأ مطلقا فلا يبرأ بالشك والاحتمال ثم هذه المسئلة على وجوه أحدها ماذكرنا والثاني أن يصرح بالتقييد بأن يقول صالحتك عن الالف على خمسمائة تدفعها الى غدا وأنت بريء من الزيادة على أنك ان لم تدفعها الى غدا فلا تبرأ من الباقي فيكون الامر كما قال لانه صرح بما يحتمله اللفظ فلا يزاحمه غيره والثالث اذا قال أبرأتك من خمسمائة من الالف على أن تعطيني خمسمائة غدا فحكمه أنه يبرأ مطلقا أدى خمس المائة في الغد أولم يؤد لان البراءة قد حصلت بالاطلاق أولا فلا تتغير بما يوجب الشك في آخره على ماذكرنا في الفرق بين هذه المسئلة والاولى والرابع أن يقول أد الى خمسمائة على أنك بريء من باقيه ولم يؤقت للاداء وقتا فحكمه أنه يبرأ مطلقا لانه ابراء مطلق اذ لم يؤقت له وقتا وليس له غرض صحيح لان الاداء واجب عليه في مطلق الزمان فلا يحمل على التقييد و يحمل على المعاوضة وهو لا يصلح عوضا لان العوض اسم لما يستفيد بالعقد والاداء واجب قبله فلغا بخلاف المسئلة الاولى لان الاداء فيها مقيد بعدم الاداء وهو غرض صحيح على ما بينا فيتقيد به والخامس اذا قال ان أديت الى خمسمائة أو اذا أديت أو متى أديت فحكمه أنه لا يصح لانه تعليق بالشرط صريحا والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط لما فيها من معنى التمليك لانه يملك ما في ذمته ولهذا يرتد بالرد بخلاف الطلاق والعتاق لانه اسقاط فيجوز تعليقه بالشرط و بخلاف ما تقدم من أنواع هذه المسئلة لانه لم يعلقها فيها بصريح الشرط وانما أتى بالتقييد فصار كالمضاف الى وقت بل هو مضاف الى الوقت فلا ينافي كونه سببا في الحال فلا يكون معلقا بالخطر من كل وجه قال رحمه الله (ومن قال لآخر لا أقر لك بمالك حتى تؤخره عني أو تحط) يعني بعضه (ففعل صح عليه) لانه ليس بمكره لتمكنه من اقامة البينة

(قوله ثم هذه المسئلة على وجوه الخ) قال الاتقاني وأما الوجه الذي لا يبرأ اذا لم يؤد و يكون المال عليه وهو الوجه الثاني فهو أن يقول أبرأتك عن خمسمائة على أن تنقدني غدا خمسمائة فان لم تنقدني غدا خمسمائة فالالف عليك فمضى الغد ولم يعطه فالالف عليه بالاتفاق لانه علق لزوم الابراء بشرط ايفاء الباقي قال عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم والابراء يجوز أن يتوقف لزومه على شرط مرغوب عرفنا ذلك بآخر كلامه وهو قوله فان لم تنقدني غدا فالالف عليك وهذا لان الابراء فيه معنى التمليك ولهذا يرتد بالرد فجاز أن يقف لزومه على الشرط اه (قوله فحكمه أنه يبرأ مطلقا) أي بالاجماع اه اتقاني (قوله اذ لم يؤقت له وقتا) أي لانه اذا لم يؤقت له وقتا يكون وقته العمر فلا تنتقض البراءة بعدم الدفع اه اتقاني (قوله أو متى أديت) قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال للغريم أو للكفيل اذا أديت الى خمسمائة أو متى أديت أو ان أديت أو ان دفعت الى خمسمائة فانت بريء عن الباقي فهذا كله باطل ولا يبرأ عن الباقي وان أدى اليه خمسمائة سواء ذكر لفظ الصلح أو لم يذكر لانه علق البراءة بالشرط صريحا فتبطل كما لو قال ان دخلت الدار فقد أبرأتك بخلاف ما تقدم لانه ما صرح بالتعليق وان كان فيه معنى التعليق وحقيقة الفرق بينهما أن البراءة اسقاط حتى لا تتوقف على القبول و يرتد بالرد لما فيه من معنى التمليك وتعليق التمليك بالشرط باطل كتعليق (٤٤) البيع وتعليق الاسقاط جائز كتعليق الطلاق والعتاق فاعتبرنا شبهة التمليك وقلنا بأنه اذا صرح بالتعليق لا يصح واعتبرنا شبهة الاسقاط وقلنا بالصحة اذا لم يصرح وكذلك اذا قال للكفيل وفيه نوع اشكال لان ابراء الكفيل اسقاط محض ولهذا لا يرتد برده فينبغي أن يصح تعليقه بالشرط الا أن ابراء الكفيل كابراء الاصيل من حيث انه لا يحلف به كما يحلف بالطلاق فيصح تعليقه بشرط متعارف ولا يصح تعليقه بما ليس بمتعارف ولهذا قلنا انه اذا كفل بمال عن رجل وكفل بنفس المكفول عنه أيضا على أنه ان وافى بنفسه غدا فهو بريء من الكفالة بالمال فوافى بنفسه برئ من المال وان علق البراءة بالايفاء لان هذا تعليق بشرط متعارف فصح اه اتقاني (قوله فحكمه أنه لا يصح) أي الابراء اه اتقاني (قوله لما فيها من معنى التمليك) أي تعليق التمليكات بالاخطار باطل اه اتقاني (قوله ففعل صح) أي أخر رب الدين أو حط بعض الدين بأن أبرأ المديون عن بعض الدين اه اتقاني وكتب على قوله صح ما نصه حتى لا يتمكن من مطالبته في الحال ولا مطالبة ما حط عنه وعند الشافعي وأحمد يتمكن لان الدين الحال لا يتأجل بتأجيل صاحبه اه من خط قارئ الهداية وكتب أيضا ما نصه قال الاتقاني ولا يقال انه مكره في فعل التأخير والحط لانه لو لم يفعل ذلك كان لا يقر لا بالانسان الا كراه لان الاكراه انما يكون بالعقوبة والحبس ولم يوجد غاية ما في الباب أنه لو لم يفعل لا يقر ولا يلزم من ذلك عدم الجواز لان الصلح على الانكار أجوز ما يكون لان الصلح انما يكون عند المنازعة وهي عند الانكار لا الاقرار اه وكتب أيضا ما نصه في الهداية ومعنى المسئلة أن يقول ذلك سرا أما اذا قال علانية يؤخذ به اه أي يؤخذ المقر بالمال في الحال بلا خلاف لانه اقرار منه بالحق اه ﴿فرع﴾ قال الاتقاني رحمه الله ونختم الفصل بمسئلة ذكرها في شرح الكافي في باب الصلح في الدين قال ولو كان لرجل على رجل دراهم لا يعرفان وزنها فصالحه منها على ثوب أو غيره فهو جائز لان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح وان صالحه على دراهم فهو فاسد في القياس لانه يحتمل أن بدل الصلح أكثر منه لكني أستحسن أن أجيزه لان الظاهر أنه كان أقل مما عليه لان مبنى الصلح على الحط والاغماض فكان تقديرهما بدل الصلح بشيء دلالة ظاهرة أنهما عرفاه أقل مما عليه وان كانا

البينة أو التحليف فيشكل وهو نظير الصلح مع الانكار لان كل واحد منهما لا ينافي الطوع والاختيار في تصرفه أقصى ما في الباب أنه مضطر لكن الاضطرار لا يمنع من نفوذ تصرفه كبيع ماله بالطعام عند المخمصة

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (دين بينهما صالح أحدهما عن نصيبه على ثوب فشريكه أن يتبع المديون بنصفه أو يأخذ نصف الثوب من شريكه الا أن يضمن ربع الدين) يعني الا أن يضمن المصالح لشريكه ربع الدين لان أحد الشريكين لا يختص بالمقبوض من الدين اذ لا تجوز قسمته قبل القبض والمقبوض خير من الدين فقضيته أن يضمنه ربع الدين ولا يكون له سبيل على الثوب كما في فصل الشراء لانه أخذ عوضه لكن الصلح مبني على الحط فلو ألزمناه ربع الدين لتضرر المصالح لانه قد لا يبلغ قيمة الثوب كله ربع الدين فأثبتنا له الخيار بين أن يرجع على المديون بنصيبه و بين أن يأخذ نصف ما وقع عليه الصلح واذا رجع على المصالح أثبتنا للمصالح الخيار أيضا بين أن يدفع نصف ما وقع عليه الصلح أو ربع الدين دفعا للضرر عنهما بقدر الامكان بخلاف فصل الشراء والاقتضاء لنفس الدين لان الشراء مبني على المماكسة فالظاهر أنه استوفى قدر حقه بل أكثر فلا ضرر عليه بالرجوع بربع الدين وفي فصل الاقتضاء قد قبض نصف الحق وهو مشترك بينهما لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور لانه معنى في الذمة فما أخذ حصته منه اذ لا ضرر عليه فيه فجعلنا المقبوض كأنه عين حقه وان كان غيره حقيقة ولهذا ملكه القابض وانما ملكه بالقبض لان المقبوض عين والعين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى ينفذ تصرفه فيه ثم يضمن لشريكه حصته لما ذكرنا والدين المشترك أن يكون واجبا بسبب متحد كثمن المبيع بأن كان لكل واحد منهما عين على حدة أو كان لهما عين واحدة مشتركة بينهما وباعا الكل صفقة واحدة من غير تفصيل ثمن نصيب كل واحد منهما أو قيمة العين المشتركة المستهلكة أو بدل القرض من

لا يعرف فان قدر ما عليه في نفسه اه ﴿فصل﴾ هذا الفصل في الدين المشترك قال الاتقاني لما ذكر مطلق الدين شرع في الدين المشترك لان الاشتراك عارض والاصل عدم العارض اه وقال بعض الشارحين لما ذكر حكم الدين المفرد شرع في الدين المشترك لان الاثنين بعد الواحد اه (قوله كما في فصل الشراء) أي الآتي في المتن وهو قوله ولو اشترى بنصيبه شيئا ضمنه ربع الدين اه (قوله لكن الصلح مبني على الحط) ولهذا لا يملك أن يبيعه مرابحة كذا بخط قارئ الهداية اه (قوله والاقتضاء لنفس الدين) في نسخة والاقتضاء لنصف الدين اه (قوله لما أن قسمة الدين قبل القبض لا تتصور) سيأتي في كلام الشارح قريبا من هذا المحل التعليل لعدم جواز قسمة الدين قبل القبض اه قال الاتقاني وقسمة الدين حال كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو ان القسمة تمييز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولانهما لو اقتسما الاعيان من غير تمييز لم يصح لعدم التمييز ألا ترى أن صبرة طعام بين شريكين لو قال أحدهما للآخر خذ منها هذا الجانب لك وهذا الجانب لي لم يصح لعدم التمييز وكذلك القسمة فيما في الذمة لما لم يتميز ولان القسمة فيها معنى التمليك لان كل واحد من المقتسمين يأخذ نصف حقه و يأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتمليك الدين لغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريكه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه وان كان أجود منه فان (٤٥) الجودة لا يعتبر بها في الجنس الواحد ألا ترى أن من عليه الدين اذا أدى أجود منه أجبر صاحب الدين على قبضه وصار كأنه قبض نفس حقه فلزمه أن يعطيه نصفه وان كان المقبوض أردأ منه فلم يسلم له من دينه الا هذا القدر فلم يلزمه ضمان غيره واذا ثبت هذا جئنا الى مسألة الكتاب فقلنا اذا صالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشريكه بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه لان الدين ثابت في ذمته فكان له أن يرجع عليه بنصفه كما لو اشترى شريكه بنصيبه ثوبا وان شاء أخذ نصف الثوب من الشريك لان الصلح وقع عن نصف الدين وهو مشاع بدليل ما بينا ان قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشريك متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على اجازته وأخذه النصف دلالة على اجازة العقد فصح ذلك وجاز فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لان حقه في الدين كذا في شرح الاقطع اه (قوله وباعا الكل صفقة واحدة) قال الكاكي رحمه الله ولا بد من قيد آخر وهو أن يزاد على هذا و يقال اذا كان صفقة واحدة بشرط أن يتساويا في قدر الثمن وصفته لانهما لو باعا صفقة ونصيب أحدهما أكثر ثم قبض أحدهما شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه حتى يستوفي الزيادة وكذلك لو كان نصيب أحدهما دراهم (١) نخية ونصيب الآخر سود فقبض السود لم يكن للآخر أن يشاركه ذكره في المبسوط اه وكتب على قوله صفقة واحدة ما نصه واحترز بالصفقة الواحدة عن الصفقتين حيث لا يكون للشريك الساكت المشاركة ألا ترى الى ما قال في شرح الكافي عبد بين رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخمسمائة درهم وباع الآخر نصيبه من ذلك الرجل بخمسمائة وكتبا عليه صكا واحدا بألف درهم وقبض أحدهما منه شيئا لم يكن للآخر أن يشاركه لانه لا شركة لهما في الدين لان كل دين وجب بسبب على حدة اه غاية (قوله أو قيمة العين) بالجر عطف على ثمن من قوله كثمن المبيع اه

(١) قوله نخية كذا في أصل الحاشية ولعله محرف عن نبهرجة أو زيوفا اه مصححه

المال المشترك بينهما أو يكون الدين موروثا بين اثنين ثم المصنف رحمه الله قيده بكون المصالح عنه دينا لانه لو كان الصلح عن عين مشتركة يختص المصالح ببدل الصلح وليس لشريكه أن يشاركه فيه لكونه معاوضة من كل وجه لان المصالح عنه مال حقيقة بخلاف الدين وقيده بكون المصالح عليه ثوبا ومراده خلاف جنس الدين لانه لو صالحه على جنسه يشاركه فيه أو يرجع على المدين وليس للقابض فيه خيار لانه بمنزلة قبض بعض الدين ولا فرق فيما ذكرنا من الحكم بين أن يكون الصلح عن اقرار أو سكوت أو انكار لان المدعيين تصادقان على أن لهما على المدعى عليه دينا وما يأخذه بدل عنه وزعمهما يكون حجة عليهما ولو أراد القابض أن يختص به ولا يرجع عليه شريكه فيما قبض فالحيلة فيه أن يهبه الغريم قدر دينه وهو يبرئه عن دينه أو يبيع الطالب كفا من زبيب أو نحوه بقدر نصيبه من الدين ثم يبرئه عن الدين ويأخذ ثمن الزبيب قال رحمه الله (ولو قبض نصيبه شركه فيه ورجعا بالباقي على الغريم) لان قسمة الدين لا تتصور والمقبوض بدل عنه فله أن يشاركه فيه ان شاء لكونه عين حقه من وجه حتى كان للطالب أن يأخذه منه اذا ظفر به بغير اذن الغريم ويجبر الغريم على القضاء ولا اجبار على المبادلة فاذا كان عين حقه من وجه كان له أن يشاركه فيه بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا حيث لا يكون له أن يشاركه فيه لانه مبادلة من كل وجه بل يضمنه ربع الدين ان شاء لانه أتلف عليه نصيبه وان شاء رجع على الغريم لان حقه عليه في الحقيقة وانما كان له أن يشاركه في الثوب في فصل الصلح كيلا يلزم المصالح الضرر وهنا انتفى الضرر لما ذكرنا فيرجع بربع الدين ثم يرجعان على الغريم لاستوائهما في الاقتضاء ولو سلم له المقبوض واختار متابعة الغريم ثم توى نصيبه بأن مات الغريم مفلسا رجع على القابض بنصف ما قبض لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي له فاذا لم يسلم له رجع عليه كما في الحوالة لكن ليس له أن يرجع في عين تلك الدراهم المقبوضة لان حقه فيها قد سقط بالتسليم فلا يعود حقه فيها بالتوى ويعود الى ذمته في مثلها قال رحمه الله (ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه ربع الدين) يعني ان شاء لانه صار قابضا لنصيبه بالمقاصة ولا ضرر عليه لان مبنى البيع على المماكسة بخلاف الصلح على ما بينا ولا يقال قسمة الدين قبل القبض لا تتصور فكيف تتصور المقاصة فيه لانا نقول قسمة الدين قبل القبض تجوز ضمنا وانما لا تجوز قصدا

(قوله ثم المصنف) قال الاتقاني وانما وضع المسئلة في الدين بين شريكين لانه اذا ادعى اثنان في دار فصالح أحدهما من نصيبه من الدار على مال لم يشركه الآخر ألا ترى الى ما ذكر الحاكم الشهيد في باب الصلح في الغصب من مختصر الكافي ولو أن رجلين ادعيا في دار دعوى ميراث عن أبيهما فصالح رب الدار أحدهما على مال لم يشركه الآخر فيه ان كان مقرا أو منكرا وكذلك العروض لان في زعمهما أنه بائع نصيبه في الميراث وقال الحاكم أيضا في باب الصلح في العقار ولو أن رجلين ادعيا في يد رجل دارا وقالا ورثناها عن أبينا وجحد الرجل ثم صالح أحدهما من حصته من هذه الدعوى على مائة درهم وأراد شريكه أن يشركه في هذه المائة لم يكن له ذلك ولم يكن له أن يأخذ من الدار شيأ الا أن يقيم البينة بذلك لما قال شيخ الاسلام في شرح الكافي بقوله لان في زعمه أن يبيع نصيبه من الدار المشتركة بينه وبين أخيه ومن باع نصيبه من مال مشترك بينه وبين غيره ليس لشريكه أن يشاركه في الثمن لان الثمن بدل ملكه لا بدل ملك مشترك قال شيخ الاسلام قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد ذكر عن (٤٦) ابراهيم بن رستم أن أبا يوسف قال يشاركه وان محمدا قال لا يشاركه لان المذهب عند أبي يوسف أن الصلح ليس بمعاوضة بل استيفاء لحقه وأجمعوا أن المدعى اذا كان دينا فصالح أحدهما من نصيبه على شيء كان لشريكه أن يشاركه لانه استيفاء على قول الكل اه (قوله لكونه معاوضة من كل وجه) أى ان كان عن اقرار ومعاوضة في زعم المدعى عليه ان كان عن انكار فلا يثبت للشريك حق الشركة اه (قوله أو يبيع الطالب) أى من المديون اه (قوله في المتن ولو قبض) أى أحد الشريكين اه (قوله في المتن نصيبه) أى من الدين اه (قوله بخلاف ما اذا اشترى به ثوبا) وهي المسئلة الآتية في المتن اه (قوله لان التسليم مقيد بشرط سلامة الباقي) قال الاتقاني لانه انما سلم على رجاء ما في ذمة الغريم فاذا توى لم يسلم اه (قوله رجع عليه كما في الحوالة) أى كما اذا مات المحال عليه مفلسا يرجع المحتال له على المحيل اه وهنا

(قوله في المتن ولو اشترى بنصيبه شيأ ضمنه الخ) قال الاتقاني وذلك لان أحد ربي الدين لما اشترى بنصيبه من الدين من المديون سلعة وجب على ذمته مثل ما وجب في ذمة المديون فالتقيا قصاصا فصار كأنه قبض نصف الدين فاو استوفى نصف الدين كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته من ذلك فكذا هذا اه (قوله ولا ضرر عليه) أى على الشريك المشتري في ضمان ربع الدين اه (قوله بخلاف الصلح) يعني أن أحد الشريكين في الدين اذا اشترى بنصيبه سلعة ليس له الخيار بل يضمن ربع الدين بخلاف ما اذا صالح عن نصيبه على سلعة كالثوب مثلا حيث يكون المصالح بالخيار ان شاء دفع اليه نصف الثوب وان شاء دفع اليه ربع الدين وعند زفر يلزمه أن يؤدي اليه ربع الدين بلا خيار كما لو اشترى لانه صار به قابضا ونحن نفرق بينهما ووجه الفرق أن مبنى الصلح على الحطيطة والتجوز بدون الحق وما صار اليه الا لضرورة داعية فاذا ألزمناه ربع الدين ونحن نعلم ما لزمه الضرر بخلاف الشراء لان مبناه على المماكسة دون التجوز فلا يلزم الضرر في الزام ربع الحصة اه اتقاني

وهنا وقعت القسمة في ضمن صحة الشراء أو صحة المصالحة وكم من شئ يصح ضمنا ولا يصح قصدا وللغريم أن لا يتبع القابض في الجميع ويرجع على المدين لان القابض قبض حقه الا أن له حق المشاركة فكان له أن يشاركه ولو كان للمطلوب على أحدهما دين قبل وجوب دينهما عليه حتى صار دينه قصاصا به فلا ضمان عليه لانه قضى دينا كان عليه لما عرف أن آخر الدينين قضاء لاولهما وبه لا يجب الضمان وانما يجب بالاقتضاء وكذا المشاركة لا تجب بالقضاء وانما تجب بالاقتضاء ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه فكذلك لا يضمن لان الابراء فوق الصلح في التبرع لانه لم يقبض شيأ فاذا لم يضمن في الصلح ففي هذا أولى أن لا يضمن ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام لان الحق عاد الى هذا القدر ولو غصب أحدهما عينا من المدين أو اشترى منه شراء فاسدا فهلك عنده فهو قبض لانه بالهلاك وجب للغريم عليه دين فالتقيا قصاصا ودين الغريم آخرهما فيكون قضاء من الغريم واقتضاء من الطالب فيضمن لشريكه والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه حتى يضمن ربع الدين لان للمنافع حكم المال وعن محمد رحمه الله أنه اذا أضاف العقد الى الدين لا يرجع عليه لانه اتلاف ولو أحرق أحدهما متاع المطلوب بالنار لا يكون قبضا عند أبي يوسف رحمه الله حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يحصل في يده شئ بخلاف الغصب ثم الاحراق بالنار حيث يرجع عليه وان أتلفه بالاحراق لان الضمان حصل بالقبض فيستند اليه فيملكه من ذلك الوقت بخلاف ما اذا أحرقه في يد مالكه من غير قبض وعند محمد رحمه الله هو قبض فيرجع عليه لانه بالاحراق وجب عليه الضمان فصار دينا في ذمته فالتقيا قصاصا وقد ذكرنا أن آخر الدينين قضاء للاول فصار مقتضيا فيرجع عليه وتزوج أحدهما بنصيبه بأن كان لهما دين على امرأة فزوجته عليه نفسها أو على مولى الامة فزوجها المولى منه عليه أو على المكاتبة أو على الامة المأذون لها فتزوجها عليه باذن المولى ليس بقبض في ظاهر الرواية حتى لا يرجع عليه شريكه لانه لم يسلم له شئ يمكنه المشاركة فيه فصار كالجناية على نفس المدين وكالابراء وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يرجع عليه لوجود القبض بطريق المقاصة على ما بينا والصحيح الاول لانه اتلاف ولان النكاح يتعلق بعين الدين عند الاضافة اليه فتملكه بعينه ثم يسقط عن ذمتها كالهبة بخلاف ما اذا لم يضف العقد اليه بأن سمى دراهم مطلقة فوقع التقاص بنصيبه حيث يرجع عليه شريكه بالاجماع لانها تملكه وانما ملكت غيره فالتقيا قصاصا والصلح عليه عن جناية العمد ليس بقبض لانه لم يملك شيأ قابلا للشركة بمقابلته ولو أخر أحدهما نصيبه لم يجز عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف يجوز ومحمد معه في رواية ومع أبي حنيفة في أخرى

(قوله قبل وجوب دينهما عليه) قال الاتقاني وصورته ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب الصلح في الدين الى أجل قال واذا كان لرجلين على رجل دين ألف درهم من ثمن مبيع فأقر أحدهما أنه كان للمطلوب عليه خمسمائة قبل دينهما فقد برئ المطلوب من حصته ولا شئ للشريك عليه لان في زعمه أنه قضى دين المطلوب عما دانيه أو أقرضه ومن قضى دينا عليه من مال مشترك ليس للشريك أن يشاركه ولو اقتضى من دين مشترك كان للشريك أن يشاركه وفيما نحن فيه هو قاض لا مقتض لان آخر الدينين يجعل قضاء عن أولهما أما أولهما فلا يجعل قضاء لان القضاء لا يسبق الوجوب اهـ (قوله لانه قضى دينا كان عليه) أي هو مؤد دينه لا مسترد دينه اهـ (قوله ولو أبرأه أحدهما عن نصيبه) أي أو وهبه له اهـ اتقاني (قوله فكذلك لا يضمن) أي لانه أسقط حقه والاسقاط لا يسمى استيفاء اهـ اتقاني (قوله كانت قسمة الباقي بينهما على ما بقي من السهام) أي كما اذا أبرأ أحدهما عن (٤٧) نصف دينه والدين عشرون درهما يكون للبرئ المطالبة بخمسة دراهم وللساكت بعشرة دراهم اهـ غاية (قوله والاستئجار بنصيبه كالشراء بنصيبه) أي حتى لا يرجع عليه شريكه عندهم لحصول القبض بالمقاصة في المبسوط استأجر بنصيبه دارا من الغريم وسكنها يرجع الشريك عليه بنصف نصيبه وروى ابن سماعة عن محمد هذا اذا استأجر بخمسمائة مطلقا أما اذا استأجر بحصته من الدين لا يرجع الآخر عليه بشئ وجعل هذا بمنزلة النكاح لان المنفعة ليست بمال مطلقا فاذا كان كذلك يكون بدل نصيبه المنفعة فلا يضمن باعتباره مالا لشريكه اهـ معراج الدراية (قوله حيث يرجع عليه) قيل المسئلة اختلاف فيما اذا رمى النار على ثوب المديون فأحرقه أما اذا أخذ الثوب فأحرقه فالساكت يتبع المحرق بالاجماع اهـ قارئ الهداية (قوله يمكنه المشاركة فيه) أي اذ البضع لا يحتمل المشاركة اهـ (قوله ومع أبي حنيفة في أخرى) قال في الهداية ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالابراء المطلق ولا يصح عندهما لانه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن ذكر الخلاف على هذا الوجه فيه نظر لان قول محمد مع أبي يوسف في سائر الكتب لا مع أبي حنيفة ثم قال بعد كلام طويل فعلى هذا يكون ما ذكره صاحب الهداية بناء على اختلاف روايتي الكتابين كتاب الشركة وكتاب الصلح ففي كتاب الشركة قول محمد مع أبي حنيفة وفي كتاب الصلح مع أبي يوسف اهـ قوله وكتاب الصلح أي من الاصل لمحمد رحمه الله تعالى وكتب ما نصه قال في معراج الدراية ما ذكره الشيخ من الاختلاف مخالف لعامة روايات الكتب من المبسوط والاسرار والايضاح وغيرها حيث ذكر فيها قول محمد مع أبي يوسف ثم هذا الاختلاف في انشاء التأخير أما لو أقر أحد الشريكين أن الدين مؤجل وأنكر الآخر صح اقراره في نصيبه

لابى يوسف رحمه الله انه إبراء موقت فيعتبر بالابراء المؤبد ولانه تصرف فى خالص حقه فلا يمنع منه ولا يكون ذلك قسمة الدين بل يبقى كل واحد من النصيبين على الشركة وذلك بأن يكون المؤجل بينهما اذا حل الاجل ويرجع المؤخر على القابض عند حلول الاجل ولابى حنيفة رحمه الله أنه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض وهى لا تجوز فيه لان القسمة فيها معنى تمييز الحقوق والافراز وفيها معنى التمليك والمبادلة والدين لا يتصور فيه التمييز ولا يجوز تمليكه من غير من عليه الدين لانه وصف فى الذمة فبطل وانما قلنا بأنه يؤدى الى قسمة الدين لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما حتى لا يطالب الساكت بنصيبه فى الحال فكيف يتصور هذا الاختلاف بينهما من غير قسمة وهل دعوى عدم القسمة فيه بعد ذلك الا دعوى المحال ولان فيه ضررا على شريكه بأن يجعل مؤنة الطلب عليه فقط بيانه أن الساكت يطالب بنصيبه فى الحال فاذا خلص منه رجع عليه هو بنصيبه عند حلول الاجل ثم يرجعان على الغريم فيؤخره وقصيه أيضا مثل ما أخر فى الاول فيطالب الساكت بنصيبه فاذا تخلص منه رجع عليه به عند حلول الاجل ولم يزل يعمل هكذا الى أن يستوفى الكل وفيه تفويت غرضه عنه من وصول حقه له فى الحال وهذا ضرر ظاهر لا يخفى على أحد فلا يمكن منه كما لا يمكن أحد الشريكين أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر بخلاف الابراء لانه لا ضرر عليه فيه وهو أيضا لا يؤدى الى قسمته لان القسمة انما تكون مع بقاء النصيبين ملكا للشريكين ولم يبق للمبرئ فيه ملك فلا تكون قسمة وانما هو اتلاف لنصيبه فقط وذلك جائز قبل القسمة ألا ترى أنه لو أقر بنصيبه من الدين لانسان صح اقراره وصار ملكا للمقر له لكونه اتلافا لنصيبه ولو كان قسمة لما جاز ذلك قال رحمه الله (وبطل صلح أحد ربى السلم عن نصيبه على ما دفع) أى على ما دفع من رأس المال وهذا عند أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يجوز هذا الصلح وانما شرط أن يكون هذا الصلح على رأس المال لانه لو كان على غيره لا يجوز بالاجماع لما فيه من الاستبدال بالمسلم فيه لابى يوسف رحمه الله أنه تصرف فى خالص حقه فيجوز كما فى سائر الديون وهذا لان الصلح فيه على رأس المال كالصلح فى غيره على ما أراد من المال ألا ترى أنه يجوز اذا أجازه شريكه

بالاجماع وفى المبسوط وهو حجة أبى يوسف ومحمد فانهما يقيسان الانشاء على الاقرار اهـ قال الاتقانى عقب دليل أبى حنيفة ولا يلزم اذا أقر بتأخير نصيبه فانه انما يصح اذا أقر بتأخير كله الا أنه ينفذ اقراره فى نصيب نفسه وكان فى زعمه أن الكل مؤجل وفى زعم الآخر أن الكل حال أما لو أقر بتأخير نصيب نفسه فحينئذ لا يصح عند أبى حنيفة لانه أقر بما لا يملك انشاءه كذا ذكر فى شرح الكافى اهـ (قوله ولابى حنيفة أنه يؤدى الى قسمة الدين قبل القبض) أى وهو باطل كما اذا كان لهما ألف درهم سود وألف درهم بيض على رجل فاصطلحا على أن يكون البيض لاحدهما والسود للآخر كان باطلا ولا شك أن فيه معنى القسمة لتميز نصيب أحدهما عن نصيب الآخر ونعنى من القسمة هذا اهـ غاية (قوله لان الحال والمؤجل مختلفان وصفا وحكما) أما وصفا فلان أحدهما مؤجل والآخر معجل وأما حكما فلان الساكت أن يطالب بنصيبه لا الآخر ولو القسمة ليست الا أن تميز أحدهما عن الآخر وقد صار كذلك اليه أشار فى المبسوط وقال فى الاسرار عامة مشايخنا يحتجون فى هذه المسئلة بقسمة الدين قبل القبض وهذا كلام ظاهر الاختلال لان أبا يوسف ومحمدا يقولان التأجيل لا يوجب القسمة لانه تصرف فى المطالبة فاصل (٤٨) الدين يبقى على ما كان مشتركا وتغير صفة الدين وهو المطالبة وتغير صفة النصيب لا يدل على انقطاع الشركة ألا ترى أن أحدهما لو أقر أن نصيبه لفلان صح وقد تغير صفة الملك فانه كان مضافا اليه والآن صار مضافا الى غيره وكذا لو كان عينا لا يحتمل القسمة فوهب أحدهما نصيبه لاجنبى وسلم صح والشركة باقية لكن قال شمس الائمة السرخسى ان نصيب أحدهما يصير مخالفا لنصيب الآخر وصفا وحكما الى آخر ما ذكرنا وبهذا تحقق القسمة قال فى النهاية والقول ما قالت حذام اهـ معراج (قوله حتى يطالب) يوجد فى نسخ عديدة حتى لا باثبات لا والصواب حذفها يؤيده قوله بعد هذا بسطر بيانه الخ اهـ شاهدت لا ثابتة فى خط الشارح رحمه الله والصواب حذفها اهـ (قوله أن يكاتب نصيبه بغير رضا الآخر) فلو كاتب أحدهما كان للآخر أن يبطل الكتابة ذكره ويشاركه فى النهاية اهـ (قوله بخلاف الابراء) يعنى لو أبرأ أحدهما المديون عن نصيبه فانه يجوز بلا خلاف اهـ (قوله ولم يبق للمبرئ فيه) أى نصيبه اهـ (قوله فى المتن وبطل) أى بطل بدون اجازة الشريك أى لم ينفذ وتوقف على اجازة شريكه فان رده بطل الصلح أصلا وبقى المسلم فيه بينهما على حاله وان أجازه نفذ عليهما فيكون نصف رأس المال بينهما وباقى الطعام بينهما اهـ اختيار (قوله فى المتن صلح) سماه صلحا مجازا اذ هو فسخ فى الحقيقة اهـ من خط قارئ الهداية وكتب على لفظ المتن ما نصه معناه أن أحد شريكى السلم اذا صالح من نصيبه من المسلم فيه على نصيبه من رأس المال بان أراد أن يأخذ رأس ماله ويفسخ عقد الشركة جاز عند أبى يوسف خلافا لهما اهـ اتقانى (قوله على ما دفع من رأس المال) الا أن يجيزه شريكه اهـ اتقانى نقلا عن التقريب اهـ وسيأتى فى كلام الشارح قريبا اهـ (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله) وقد ذكر الخلاف هكذا فى الاصل وفى شرح الطحاوى للاسبيجابى والمختلف والحصر والمنظومة وكتاب التقريب للقدورى وغير ذلك وقال فى شرح الاقطع لم يجز عند أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز الصلح وجعل قول محمد مع أبى يوسف اهـ اتقانى

ويشاركه في المقبوض ويرجعان على الغريم فاذا كان كذلك وجب أن ينفذ في حقه ثم يكون لشريكه الخيار ان شاء شاركه فيما قبض ويكون الدين بينهما وان شاء رجع على المسلم اليه كسائر الديون وكاقالة نصيبه في المبيع المعين ولهما أن هذا العقد حقهما فلا ينفرد أحدهما بفسخه وهذا لان المسلم فيه لم يكن موجودا قبل العقد وجواز التصرف فيه باعتبار وجوبه بالعقد والعقد قد تم بهما فصار كل واحد منهما بالتصرف كشطر العلة وشطر العلة لا يثبت به شيء من الحكم ما لم يتم ذلك باجازة الآخر كما لو زوج أحد المعتقين المعتقة بخلاف شراء العين فان العين أصل لوجود العقد حتى لا يجوز العقد الا بوجودها فكذا تكون أصلا لصحة الرفع لان العين موجودة حسا ومعاينة قبل العقد وكان لكل واحد منهما ولاية التصرف فيها ولا يستفيده بالعقد فكذا رفعه لتمام العلة فيها وفي المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد ولا ولاية التصرف فيه الا به فكان فعلهما علة ثبوت الشركة والولاية ولانه لو جاز في نصيبه خاصة بدون اذن شريكه لكان قسمة للدين وهو في الذمة ولو جاز في نصيبهما من غير اذنه فلا بد من اجازته دفعا للضرر عنه ولانه يلزم من رجوع شريكه عليه عود الدين وهو المسلم فيه الى ذمته والمسلم فيه لا يعود بعد سقوطه ولهذا لو تقايلا ثم فسخا الاقالة لا تنفسخ بخلاف بيع العين ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه ثانيا حتى يسقط عنه ما عاد الى ذمته وكذا ثالثا ورابعا الى أن لا يبقى منه شيء لان غرضه براءة ذمته ولن يحصل ذلك الا بسقوط الكل هذا اذا كان رأس المال مخلوطا فلا اشكال فيه وان لم يخلطاه ونقد كل واحد منهما على حدة اختلفوا فيه فقال بعضهم يجوز عندهما أيضا لان المانع كونه يؤدي الى العود بعد سقوطه ولم يوجد هذا المعنى هنا لان الدافع يأخذ منه ما دفعه اليه وليس للآخر أن يشركه فيه لانه لم يدفع اليه شيأ آخر فلا يؤدي الى عوده بعد سقوطه وقال بعضهم هذه الصورة أيضا على الخلاف لان عدم الجواز عندهما لكونه يؤدي الى قسمة الدين قبل القبض أو لان العقد حقهما الى آخر ما ذكرنا وقد وجد هذا المعنى هنا فلا يجوز وهو الصحيح لان العلل التي ذكرناها كل واحدة منها مبطلة لكن عند عدم الخلط يبطل بعلة واحدة وعند وجود الخلط بعلل ولان من أجازه لم يجزه الا لعدم العلة المعينة وذلك لا ينهض حجة لعدم الحكم لجواز ترادف العلل على حكم واحد فعدم بعضها لا يدل على عدم الحكم لجواز أن يخلفه غيره على انا لا نسلم ان صاحبه لا يشاركه في المقبوض اذا لم يخلطا المال بل له أن يشاركه فيه لان الشركة فيه انما تثبت لكونهما اشتركا في دين السلم والشركة في دين السلم ثابتة بسبب اتحاد العقد ولهذا لا يقبض أحدهما شيأ من المسلم فيه الا شاركه فيه صاحبه ولا تأثير لخلط المال فيه ولا لعدمه فكذا في رأس المال عند الفسخ فكان الاحتجاج به باطلا قال رحمه الله (وان أخرجت الورثة

(قوله وكاقالة نصيبه في المبيع المعين) أي كما اذا اشتريا عبدا فأقال أحدهما في نصيبه اه (قوله ولهما الخ) قال الاتقاني ولهما انه لو جاز صلح أحدهما لا يخلو اما أن يجوز في نصيبه خاصة أو في نصف من نصيبهما جميعا فان جاز في نصيبه خاصة يلزم قسمة الدين قبل القبض وذلك فاسد لما بينا قبل هذا عند قوله ولو أخر أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف وعند قوله واذا كان الدين بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب وان جاز في نصف من النصيبين جميعا يكون ذلك فسخا في حق شريكه وهو لا يملك ذلك فلا بد من رضا الآخر لان الفسخ في باب السلم ولاية العقد فان المسلم فيه حادث بالعقد ليس بمحسوس لانه ثابت في الذمة فصار العقد أصلا فيه واستندت ولاية الفسخ الى العقد والعقد قائم بهما فلا ينفرد أحدهما بالفسخ اه ﴿فرع﴾ وحاصله انهما اعتبرا جانب العقد لانه به يصير المسلم فيه موجودا بخلاف شراء العين فانه موجود قبل العقد وأبو يوسف اعتبر جانب الدين فما قاله أبو يوسف ظاهر لان المسلم فيه دين كسائر الديون وما قالاه أدق في الفرق كذا في المبسوط والاسرار اه (قوله وفي المسلم فيه لا يثبت الملك الا بالعقد) أي لانه دين ثبت بالعقد وقبل العقد لم يكن موجودا اه (قوله ولانه يلزم الخ) يعني لو جاز صلح أحدهما على رأس المال كما قال أبو يوسف لشاركه الشريك الآخر في المقبوض من رأس المال فاذا شاركه وأخذ منه حصته رجع الشريك المصالح بذلك القدر من المسلم فيه على المسلم اليه لانه لم يسلم له ذلك القدر بالصلح الواقع بين المصالح والمسلم اليه وقد كان ذلك القدر ساقطا بالصلح ثم عاد فيلزم عود المسلم بعد سقوطه وذلك باطل لانه يلزم من نفيه ثبوته اه (قوله

وهو المسلم فيه الى ذمته) أي ذمة المسلم اليه اه (قوله ولهذا لو تقايلا) أي في السلم اه (قوله ويلزم منه أيضا أن يجوز صلحه) أي صلح المسلم اليه اه (قوله هذا اذا كان رأس المال مخلوطا) قال في الهداية قالوا هذا اذا خلطا المال قال الاتقاني أي قال المتأخرون من مشايخنا هذا الخلاف فيما اذا خلطا رأس المال وكان رأس المال مشتركا بينهما ولنا في قيلهم نظر لان محمدا ذكر المسألة في باب الصلح في السلم بين الرجلين على الخلاف المذكور ولم يتعرض للخلط وعدمه بل أطلق الجواب والحاكم الشهيد وضع المسألة في مختصر الكافي في كتاب الصلح فيما اذا لم يخلطا وصرح بذلك ووضعها في كتاب البيوع فيما اذا نقدا رأس مال مشترك بينهما وذكر خلاف أبي يوسف في الموضعين كما بينا اه (قوله في المتن وان أخرجت الورثة الخ) في الهداية عقد لهذا فصلا فقال فصل في التخارج قال الاتقاني معنى التخارج أن يصالح بعض الورثة من نصيبه على شيء فيخرج من البين وانما أخر هذا الفصل لقلة وقوعه لان كل أحد لا يرضى بأن يخرج من البين

بشئ يأخذه لان الظاهر ان الذى يأخذه دون نصيبه اه (قوله ولا يتصور الابراء) أى لان الابراء عن الاعيان غير المضمونة لا يصح اه (قوله وفيه الاثر) أى عن عثمان رضى الله عنه (قوله أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف) أى كان طلقها فى مرضه فاختلفت الصحابة فى ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة فحظها ربع الثمن بجزء من اثنين وثلاثين جزأ من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزأ وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفا وقد ذكر محمد الالف مطلقا ولم يفسر انها دراهم أو دنانير وذكر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصالحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار اه اتقانى ثم قال قال الواحدى فى كتاب أسباب نزول القرآن فى براءة قوله تعالى الذين يلمزون المطوعين وقال قتادة وغيره حث رسول الله صلى الله عليه وسلم على الصدقة فجاء عبد الرحمن بن عوف بأربعة آلاف درهم وقال يا رسول الله مالى ثمانية آلاف جئتك بنصفها فاجعله فى سبيل الله وأمسكت نصفها لعيالى فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بارك الله لك فيما أعطيت وفيما أمسكت فبارك الله فى مال عبد الرحمن حتى انه خلف امرأتين حين مات فبلغ ثمن ماله لهما مائة وستين ألف درهم ففى هذا الحديث دليل ان جهالة المصالح عنه لا تمنع صحة الصلح فان ما لا يبلغ الصلح عن ربع ثمنها هذا المبلغ يكون مما لا يحصى عدده والظاهر ان قدره وقت الصلح لا يكون مستدركا فلا يكون (٥٠) نصيب المصالحة مستدركا اه اتقانى وكتب ما نصه قال الكاكى رحمه الله

أحدهم عن عرض أو عقار بمال أو عن ذهب بفضة أو بالعكس) أى عن فضة بذهب (صح قل أو كثر) يعنى قل ما أعطوه أو كثر لانه يحمل على المبادلة لانه صلح عن عين ولا يمكن حمله على الابراء اذ لا دين عليهم ولا يتصور الابراء عن العين وبيع العقار والعروض بالقليل والكثير جائز وكذا بيع الذهب بالفضة لعدم الربا لاختلاف الجنس وفيه الاثر أن تماضر امرأة عبد الرحمن بن عوف صالحها ورثته عن ربع ثمنها على ثمانين ألف دينار وقيل على ثلاثة وثمانين ألفا بمحضر من الصحابة رضى الله تعالى عنهم وروى أن ذلك كان نصف حقها وروى عن ابن عباس رضى الله تعالى عنهما أنه قال يتخارج أهل الميراث أى يخرج بعضهم بعضا بطريق الصلح ولا يشترط أن تكون أعيان التركة معلومة لانه لا يحتاج فيه الى التسليم وبيع ما لم يعلم قدره فيه جائز كمن أقر بغصب شئ فباعه المقر له من المقر جاز وان لم يعرفا قدره لما ذكرنا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة والى التتمة وقال لا تشترط معرفته بالاتفاق وقال ذكره فى التتمة وقال صاحب الهداية فيما اذا وقع الصلح عن ذهب بفضة أو وقع عن فضة بذهب يعتبر التقابض فى المجلس لانه صرف غير أن الذى فى يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفى بذلك القبض لانه قبض ضمان فينوب عن قبض الصلح وان كان مقرا يعنى مقرا غير مانع لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح وهذا يشير الى أن العلم به شرط لان قبض المجهول لا يمكن ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح عن المكيل أو الموزون وانما لا ينوب هذا القبض عن قبض الصلح لان قبض الامانة لا ينوب عن المضمون فلا بد من تجديده بأن ينتهى الى مكان يتمكن من قبضه بالتخلية والمضمون ينوب عن الامانة وعند اتحاد القبضين ينوب أحدهما عن الآخر كالمضمون عن المضمون أو الامانة عن الامانة قال رحمه الله

فهذا دليل ثروة عبد الرحمن رضى الله عنه وقد كان قاسم الله ماله فى حياته أربع مرات فى كل مرة تصدق بنصفه وأمسك نصفه فدل ذلك على أنه لا بأس بجمع المال واكتساب الغنى من الحل فان عبد الرحمن رضى الله تعالى عنه من علية الصحابة رضى الله عنهم والعشرة المبشرة ولكن ترك الجمع والاستكثار وانفاق المال أولى لانه طريق اختاره رسول الله صلى الله عليه وسلم قال عليه الصلاة والسلام اللهم أحينى مسكينا الحديث اه (فرع)

الندب الى الصلح وروى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ردوا الخصوم حتى يصطلحوا فان فصل القضاء يحدث بينهم (وعن الضغائن قال مشايخنا هذا فى حال اشتباه وجه القضاء أما فى حال ظهور وجه القضاء ينبغى أن يقضى بينهما لان فى الدعاء الى الصلح أمرا لاحدهما بترك بعض حقه وما ينبغى للقاضى أن يفعل ذلك والصحيح أنه يجوز دعاؤهما الى الصلح بطريق الندب لا بطريق الالزام لما قال من الفائدة وهو صيانتهما عن الوقوع فى العداوة وينبغى أن لا يدعوهما الى ذلك الا مرة أو مرتين فان أبيا عن ذلك يفصل بينهما بالقضاء وينبغى أن لا يتولاه بنفسه ولكن يردهما الى من يسمعان قوله من أهلهما لان صاحب الحق عسى أن يحتشم من القاضى فيترك بعض حقه حشمة من القاضى وفى بعض الروايات ردوا الخصوم من ذوى الارحام الى أهلها والصلح فى حقها أندب احترازا عن قطيعة الرحم اه اتقانى (قوله وبيع ما لم يعلم قدره فيه) أى فى التخارج اه (قوله كمن أقر بغصب شئ) أى أو أقر ان فلانا أودعه شيأ اه نهاية (قوله لان قبض المجهول الخ) قبض المجهول العين هو الذى لا يمكن أما مجهول القدر فيمكن قبضه والكلام فيه اه قارئ الهداية (قوله ثم ذكر بعده روايتين فيما اذا وقع الصلح الخ) الذى ذكره من الروايتين انما هو فيما اذا وقع الصلح عن المكيل والموزون وأعيان التركة غير معلومة بناء على أنه يحتمل أن يكون فى التركة مكيل أو موزون من جنس ما وقع عليه الصلح فيكون ربا أو شبهة الربا كذا بخط قارئ الهداية رحمه الله

(قوله وقال الحاكم) أى أبو الفضل اه (قوله ووجه ذلك الخ) قال الاتقانى قال شيخ الاسلام الاسبيجابى قال أبو الفضل يعنى الحاكم الشهيد انما يبطل الصلح على أقل من نصيبه مما من العين فى حالة التصادق وقد بين ذلك فى موضع آخر من هذا الكتاب أى من مختصر الكافى أما فى حالة المناكرة فالصلح جائز لانه ان لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه اسقاطا ثم قال شيخ الاسلام والصحيح أنه باطل فى الوجهين لانه يكون معاوضة فى حق المدعى فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذى قلنا اه قوله (٥١) قال شيخ الاسلام الاسبيجابى أى قال فى شرح الكافى اه (قوله ولا فى حق الدافع) أى لان فى حال المناكرة المعطى يعطى المال ليقطع المنازعة ويفدى يمينه فلا يتمكن الربا الى هذا أشار محمد بعد هذا اه ذخيرة (قوله ثم قال كذا فى مبسوط شيخ الاسلام) أى شيخ الاسلام خواهرزاده اه قال الاتقانى والجواب عن النقض الذى قال خواهرزاده ماذكرناه قبل هذا من اختلاف المشايخ حيث قال بعضهم هذا قول أبى حنيفة خاصة وعلى قولهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقال بعضهم هذا قول الكل لكن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن اه وقال الكاكى وفى الكافى قيل هذا عند أبى حنيفة أما عندهما يبقى العقد صحيحا فيما وراء الدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن بيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والقن بثمن واحد اه (قوله فى المتن وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) يعنى اذا شرط الورثة أن يبرئ المصالح من نصيبه من الدين الغرماء وهم المديونون ولا يكون الرجوع لسائر الورثة بعد ذلك على الغرماء بنصيب المصالح صح الصلح اه اتقانى (قوله لانه اسقاط) أى للدين من ذمة المديون اه (قوله وهذه حيلة الجواز) أى فى الصلح اذا كان فى التركة دين اه (قوله ثم قال وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة) أى لان فى الوجه الاول لا يمكنهم الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وفى الوجه الثانى ضرر النقد لان النقد خير من الدين اه اتقانى

(وعن نقدين وغيرهما بأحد النقدين لا ما لم يكن المعطى أكثر من حظه منه) أى لو صالح عن الفضة والذهب وغيرهما من العروض والعقار على الذهب والفضة لا يجوز الصلح حتى يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون قدر نصيبه بنصيبه والزائد بحقه من بقية التركة لانه لما حمل على المعاوضة لتعذر حمله على الابراء من الاعيان وجب اعتبار شرط المعاوضة فيه وذلك بما ذكرنا لانه لو أعطوه قدر حقه أو أقل يكون العروض أو العروض وبعض الذهب أو الفضة حاصلا لهم بلا عوض فيكون ربا وكذا اذا لم يعلم قدر نصيبه لاحتمال الربا لان الفساد على تقدير أن يكون مساويا له أو أقل فكان أرجح وأولى بالاعتبار وقال الحاكم الشهيد انما يبطل على أقل من نصيبه فى مال الربا فى حالة التصادق وأما فى حالة التناكر بان أنكروا وراثته فيجوز ووجه ذلك أن فى حالة التكاذب ما يأخذه لا يكون بدلا لا فى حق الآخذ ولا فى حق الدافع هكذا ذكره المرغينانى فلا بد من التقابض فيما يقابل الذهب والفضة منه لكونه صرفا فى قدره ولو كان بدل الصلح عرضا فى الصور كلها جاز مطلقا قليلا كان أو كثيرا قبض فى المجلس أو لم يقبض لعدم الربا واذا كان بدل الصلح دراهم أو دنانير صح الصلح كيفما كان لانا نصرف الجنس الى خلاف الجنس تصحيحا للعقد كما فى البيع بل أولى به لان المقصود من الصلح قطع المنازعة ولكن يشترط التقابض فيه قبل الافتراق لانه صرف قال رحمه الله (ولو فى التركة دين على الناس فأخرجوه ليكون الدين لهم بطل) لان فيه تمليك الدين وهو نصيبه من غير من عليه الدين وهم الورثة فيبطل فيه ثم تعدى الى الكل لان الصفقة واحدة سواء بين حصة الدين أو لم يبين عند أبى حنيفة رحمه الله وينبغى أن يجوز عندهما فى غير الدين اذا بين حصته وأصل الخلاف فيما اذا جمع بين حر وعبد أو شاة ذكية وميتة وباعهما صفقة واحدة وبين حصة كل واحد منهما من الثمن بطل فى الكل عنده وعندهما صح فى العبد والذكية وفى النهاية يرد على هذه المسئلة يعنى مسئلة الصلح على قول أبى يوسف ومحمد فيما اذا أسلم حنطة فى شعير وزيت فانهما قالا لا يصح فى حصة الزيت ويفسد فى حصة الشعير وههنا قالا فسد فى الكل قال هذا مما يحفظ ثم قال كذا فى مبسوط شيخ الاسلام ويمكن أن يقال مرادهما فى مسئلة الصلح فيما اذا لم يبين ما يقابل كل واحد منهما وفى مسئلة السلم اذا بين توفيقا بينهما وتصحيحا لقاعدتهما قال رحمه الله (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه) أى من الدين (صح) لانه اسقاط أو تمليك للدين ممن عليه الدين وكل ذلك جائز وقال صاحب الهداية وهذه حيلة الجواز وأخرى أى حيلة أخرى أن يعجلوا قضاء نصيبه متبرعين ثم قال وفى الوجهين ضرر ببقية الورثة والاوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصالحوا عما وراء الدين ويحيلهم على استيفاء نصيبه من الغرماء وهذا فى الوجهين ظاهر لانهم اذا أعطوا المصالح شيأ بمقابلة الدين أو قدر الدين ولم يحصل لهم الدين فقد حصل لهم ضرر دنيوى وليس فى الصورة الثالثة مثل ذلك من الضرر لانهم وان خرج منهم قدر الدين لكن حصل لهم الدين بمقابلته فانتفى عنهم الضرر الا ضرر النقد فان العين خير من الدين والاوجه منه أن يبيعوه كفا من تمر أو نحوه بقدر الدين ثم يحيلهم على الغرماء أو يحيلهم ابتداء من غير بيع شئ ليقبضوه له ثم يأخذوه لانفسهم ولو كانت أعيان التركة غير معلومة وليس فيها مكيل ولا موزون فصولح على مكيل أو موزون

(قوله هذا هو الصحيح) فى فتاوى قاضيخان والصحيح ماقاله أبو جعفر اه (قوله فتصير حوالة) لان الكفالة اذا كانت بشرط براءة الميت كانت حوالة فينتقل الدين الى ذمة المحال عليه وهو الكفيل فتخلو التركة عن الدين فتنفذ القسمة بخلاف ما اذا لم تكن بشرط براءة الميت اه اتقانى

قال ظهير الدين المرغينانى لايجوز هذا الصلح لمافيه من احتمال الربا بأن يكون فى التركة مكيل أو موزون من جنسه فيكون فى حقه بيع المقدر بجنسه جزافا وقال الفقيه أبو جعفر يجوز لانه يحتمل أن لايكون فى التركة من جنسه ويحتمل أن يكون فيها وان كان فيها يحتمل أن يكون الذى وقع عليه الصلح أكثر وان احتماله أن يكون مثله أو دونه هو احتمال الاحتمال فنزل الى شبهة الشبهة فالشبهة هى المعتبرة دونها هذا هو الصحيح وهذا يدل على أن الصلح مع جهالة التركة يجوز وقيل لايجوز لانه بيع وبيع المجهول لايجوز والاول أصح لان الجهالة هنا لاتفضى الى المنازعة لانها فى يد بقية الورثة فلا يحتاج فيها الى التسليم حتى لو كانت فى يد المصالح أو بعضها لايجوز حتى يصير جميع مافى يده معلوما للحاجة الى التسليم قال رحمه الله (ولو على الميت دين محيط بطل الصلح والقسمة) لان الورثة لايملكون التركة فى هذه الحالة لان الدين المستغرق يمنع من دخول التركة فى ملك الوارث لان حاجته مقدمة على الارث ولو ضمن رجل بشرط أن لايرجع فى التركة جاز الصلح لان هذا كفالة بشرط براءة الاصيل وهو الميت فتصير حوالة فيخلو مال الميت عن الدين فيجوز تصرفهم فيه وان لم يكن مستغرقا بالدين لاينبغى لهم أن يقسموه أو يصالحوا عنه وان فعلوا ذلك جاز استحسانا والقياس أن لايجوز لان كل جزء من أجزاء التركة مشغول بالدين لعدم الاولوية بالصرف الى جزء دون جزء فصار كالمستغرق فيمنع من دخوله فى ملك الورثة وجه الاستحسان ان الانسان لايخلو عن دين قليل فلو منع غير المستغرق منه تملك الوارث أدى الى الحرج أو الى أن لايملكوا أصلا فقلنا بأنهم يملكونه دفعا للضرر عنهم الا انهم يرفعون من التركة قدر الدين ويتركه حتى يقضى به الدين كى لايحتاجوا الى نقض القسمة والله أعلم

﴿كتاب المضاربة﴾

قال رحمه الله (هى شركة بمال من جانب وعمل من جانب) يعنى المضاربة عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر هذا فى الشرع والمراد بالشركة الشركة فى الربح حتى لو شرطا فيها الربح لاحدهما لاتكون مضاربة على مانبين وقيل هى عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ماشرطا فيكون الربح لرب المال بسبب ماله لانه نماء ملكه وللمضارب باعتبار أنه تسبب لوجود الربح وهى فى اللغة مفاعلة من الضرب فى الارض وهو السير فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون فى الارض يعنى الذين يسافرون للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير فى الارض غالبا لطلب الربح ولهذا قال الله تعالى يضربون فى الارض يبتغون من فضل الله وهو الربح وأهل الحجاز يسمون هذا العقد مقارضة وهو مشتق من القرض لان صاحب المال يقطع قدرا من ماله ويسلمه للعامل وأصحابنا اختاروا لفظة المضاربة لكونها موافقة لما تلوناه من نظم الآية وهى مشروعة لشدة الحاجة اليها من الجانبين فان من الناس من هو صاحب مال ولا يهتدى الى التصرف ومنهم من هو بالعكس فشرعت لتنتظم مصالحهم فانه عليه الصلاة والسلام بعث والناس يتعاملونها فتركهم عليها وتعاملها الصحابة رضى الله عنهم ألا ترى الى ماروى أن عباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مالا مضاربة شرط عليه أن لايسلك به بحرا وأن لاينزل واديا ولايشترى ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن

﴿كتاب المضاربة﴾

والاصل فى جواز المضاربة الكتاب والسنة والآثار التى ذكرها محمد فى الاصل واجماع الامة قاله الاتقانى ثم قال قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والقياس أن يكون عقد المضاربة فاسدا لانه فى الحقيقة استئجار العامل بأجر مجهول أو معدوم على عمل مجهول ولهذا لو فسد كان اجارة بالاجماع وجهالة العمل والاجر توجب فساد الاجارة الا أنا استحسنا وجوزناها لما ذكرنا من الدلائل اه (قوله وعمل) هكذا ضبطه الشارح بالرفع اه (قوله والمراد بالشركة الشركة فى الربح) أى لان المضارب لاشركة له فى رأس المال اه (قوله لاتكون مضاربة) أى بل بضاعة ان شرط جميعه لرب المال أو قرضا ان شرط للمضارب اه وكتب مانصه قال الاتقانى هى دفع المال الى الغير ليتجر به على أن يكون الربح الحاصل فيه بينهما على ماشرطا اه (قوله وهو السير فيها) أى لان غرض العاقدين حصول الربح ولن يحصل ذلك عادة الا بالضرب فى الارض اه اتقانى فبلغ

(قوله وآخرون يضربون فى الارض) وقال تعالى واذا ضربتم فى الارض فليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة وأطلق اسم المضارب على العامل لانه ضارب فى الارض لاعلى رب المال لانه طالب للضرب اه اتقانى (قوله أن عباسا) الذى بخط الشارح ان عباس اه

فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه فصارت مشروعة بالسنة والاجماع وشرطها أن يكون رأس المال من الاثمان وهو معلوم والربح بينهما شائعا ونصيب كل منهما معلوما وأن يكون معينا مسلما اليه فان فقد شيء من هذه الاشياء فسدت وركنها أن يقول دفعت هذا المال اليك مضاربة أو معاملة أو خذ هذا المال واعمل به على أن ما رزق الله تعالى بيننا نصفان أو نحو ذلك من الالفاظ التي تثبت بها المضاربة وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب وأنواعها عامة وخاصة على ما نجيء كل واحد منه مفصلا قال رحمه الله (والمضارب أمين وبالتصرف وكيل وبالربح شريك وبالفساد أجير وبالخلاف غاصب وباشتراط كل الربح له مستقرض وباشتراطه لرب المال مستبضع) يعني بدفع المال اليه على وجه المضاربة يكون أمينا لانه قبضه باذن مالكه لا على وجه البدل والوثيقة واذا أراد أن يجعله عليه مضمونا أقرضه رأس المال كله ويشهد عليه ويسلمه اليه ثم يأخذه منه مضاربة ثم يدفعه الى المستقرض يستعين به في العمل فاذا عمل وربح كان الربح بينهما على الشرط وأخذ رأس المال على أنه بدل القرض وان لم يربح أخذ رأس المال بالقرض وان هلك هلك على المستقرض وهو العامل أو أقرضه كله الا درهما منه وسلمه اليه وعقد اشركة العنان ثم يدفع اليه الدرهم ويعمل فيه المستقرض فان ربح كان بينهما على ما شرطا وان هلك هلك عليه وانما صار وكيلا بالتصرف لانه متصرف في ملكه بأمره وهذا معنى الوكالة وانما صار شريكا له اذا ربح لانه هو المقصود من عقد المضاربة فصار ثبوت الشركة من ضرورة صحتها وصحة الاشتراط وانما صار أجيرا اذا فسدت لان الواجب له فيها أجر المثل كالاجارة اذا فسدت وهو بدل عمله لانه لا يستحق المسمى لعدم الصحة وكذا عمله غير داخل تحت المضاربة ولم يرض بالعمل مجانا فيجب له أجر المثل بخلاف الشريك حيث لا يستحق أجرا اذا فسدت لان استحقاقه الربح بالمال لا بالعمل ثم لا زاد على المسمى عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله على النحو الذي ذكرنا في الشركة وانما صار غاصبا بالخلاف لوجود التعدي على مال الغير كالغصب وهذا لان صاحبه لم يرض أن يكون في يده الا على الوجه الذي أمره به فاذا خالف فقد تعدى فصار غاصبا فيضمن وانما صار المضارب مستقرضا باشتراط كل الربح له لانه لا يستحق الربح كله الا اذا صار رأس المال ملكا له لان الربح فرع المال كالثمرة للشجر وكالولد للحيوان فاذا شرط أن يكون جميع الربح له فقد ملكه جميع رأس المال مقتضى فقضيته أن لا يرد رأس المال لان التمليك لا يقتضي الرد كالهبة وغيرها لكن لفظة المضاربة تقتضي رد رأس المال فجعلناه قرضا لاشتماله على المعنيين عملا بهما ولان القرض أدنى التبرعين لانه يقطع الحق عن العين دون البدل والهبة تقطع عنهما فكان أولى لكونه أقل ضررا وانما صار مستبضعا باشتراط جميع الربح لرب المال لان المضارب لم يطلب لعمله بدلا وعمله لا يتقوم الا بالتسمية فكان وكيلا متبرعا فهذا هو معنى البضاعة فكأنه نص عليها قال رحمه الله (وانما تصح بما تصح به الشركة) ومعناه لا تصح الا بما تصح به الشركة وهي الدراهم والدنانير لا غير عندهما والفلوس النافقة عند محمد مثلهما وقد بيناه في الشركة وقال ابن أبي ليلى تصح المضاربة في المكيل والموزون لانهما من ذوات الامثال فيمكن تقدير رأس المال بمثل المقبوض وقال مالك تجوز بالعروض لانها متقومة يسترع عليها بالتجارة عادة فكانت كالنقدين فيما هو المقصود بالمضاربة وأمكن تقدير رأس المال بالقيمة اذ هي متقومة ولهذا تبقى المضاربة عليها فكذا تجوز الابتداء بها ولنا ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن ربح ما لم يضمن والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه لانها أمانة في يد المضارب وربما زادت قيمتها بعد العقد

(قوله وهو معلوم) اما تسمية أو اشارة اهـ غاية (قوله وحكمها أنواع ايداع) ليس هذا حكمها وانما هي حالات المضارب وأوصافه اهـ اهـ من خط قارئ الهداية (قوله لا على وجه البدل) احترازا عن المقبوض على سوم الشراء (٥٣) فانه مقبوض بالقيمة اهـ غاية (قوله والوثيقة) احترازا عن الرهن فانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين اهـ غاية (قوله أو أقرضه الخ) هذه الحيلة الثانية عزاها الاتقاني لشرح الطحاوي ولم يذكر غيرها اهـ (قوله ثم يدفع اليه الدرهم) أي على أن يكون رأس مال القرض ورأس مال المستقرض جميع ما استقرض على أن يعملا فيه جميعا ويشترط الربح بينهما ثم بعد ذلك يعمل المستقرض خاصة في المال اهـ اتقاني (قوله وان هلك هلك عليه) أي على المستقرض اهـ (قوله فيضمن) أي ويكون الربح بعدما صار مضمونا عليه للمضارب ولكن لا يطيب له عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يطيب له كالغاصب والمودع اذا تصرفا وربحا لا يطيب لهما الربح على الاختلاف كذا في شرح الطحاوي اهـ غاية (قوله وقال مالك تجوز بالعروض) وما كتب في بعض كتب أصحابنا أن عند مالك تصح المضاربة بالعروض لم أجده في كتبهم بل ذكر فيها لا تصح بالعروض اهـ معراج (قوله والمضاربة بغير النقود تؤدي اليه) بيانه أن المضارب لو باع العروض فهلكت العروض في يده لم يضمنها لان العروض أمانة عنده ان سلمها تم البيع وان هلكت في يده بطل البيع فاذا لم يكن العرض مضمونا عليه فالربح الحاصل منه يكون ربح ما لم يضمن وهو حرام انتهى وقد قال محمد في الاصل بلغنا عن ابراهيم النخعي والحسن البصري أنهما قالا لا تكون المضاربة بالعروض انما تكون بالدراهم والدنانير اهـ اتقاني

فإذا باعها شركه في الربح فضل ربح ما لم يضمن إذ المضارب يستحق نصيبه من غير أن يدخل شيء في ضمانه بخلاف النقود فإنه عند الشراء بها يجب الثمن في ذمته لأنها لا تتعين بالتعيين فما يحصل له بذلك فهو ربح ما ضمن والمكيل والموزون عروض ألا ترى أنها تتعين بالتعيين فأول تصرف يكون فيها بيع وقد يحصل بهذا البيع ربح بأن يبيعه ثم يرخص سعره بعد ذلك فيظهر ربحه بدون الشراء فيكون هذا استئجارا على البيع بأجرة مجهولة فيكون باطلا كما في العروض ولو دفع إليه عرضا وقال بعه واعمل بثمنه مضاربة جاز وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز لأن فيه إضافة عقد المضاربة إلى ما بعد البيع وقبض الثمن ولنا أنه وكله ببيع العرض أولا وهو كبيعه بنفسه ثم عقد المضاربة على الثمن المقبوض وهو كالمقبوض في يده فوجب القول بجوازه كما إذا قال له بع هذا العبد واشتر بثمنه هذا العبد وهذا لأن المضاربة ليس فيها إلا توكيل وإجارة وكل ذلك قابل للإضافة على الانفراد فكذا عند الاجتماع وهذا لما عرف أن الإضافة إلى الزمان المستقبل غير التعليق بالشرط ألا ترى أن الإضافة سبب للحال دون التعليق ولو دفع إليه العرض على أن قيمته ألف درهم مثلا ويكون ذلك رأس المال فهو باطل لأن القيمة تختلف باختلاف المقومين فلا يمكن ضبطها فلا يصلح رأس المال ولو قال له اقبض ديني من فلان واعمل به مضاربة جاز لأن هذا توكيل بالقبض وإضافة للمضاربة إلى ما بعد قبض الدين وذلك جائز على ما بينا بخلاف ما إذا قال اعمل بالدين الذي لي عليك حيث لا تجوز المضاربة لأن المضاربة توكيل بالشراء والتوكيل بالشراء بدين في ذمة الوكيل لا يصح حتى يعين البائع أو المبيع عند أبي حنيفة رحمه الله فبطل التوكيل بالكلية حتى لو اشترى كان للمأمور وكذا لا يصح التوكيل بقبض ما في ذمة نفسه فلا تتصور المضاربة فيه وعندهما يصح التوكيل بالشراء بما في ذمة الوكيل من غير تعيين ما ذكرنا حتى يكون مشتريا للآمر لكن المشترى عروض فلا تصح المضاربة بها على ما بينا قال رحمه الله (ويكون الربح بينهما مشاعا) أي لا تصح المضاربة إلا إذا كان الربح بينهما مشاعا لأن الشركة تتحقق به حتى لو شرط لأحدهما دراهم مسماة تبطل المضاربة لأنه يؤدي إلى قطع الشركة على تقدير أن لا يزيد الربح على المسمى قال رحمه الله (فإن شرط لأحدهما

(قوله ولو دفع إليه عرضا إلخ) يعني بهذا وجه الحيلة في جواز المضاربة بالعروض ووجها هذا وحيلة أخرى ذكرها الخصاف في كتاب الحيل وقال قلت أرأيت رجلا أراد أن يدفع إلى رجل مضاربة وليس عنده إلا متاع كيف يصنع قال يبيع المتاع من رجل يثق به ويقبض المال فيدفعه إلى المضارب مضاربة ثم يشتري المضارب هذا المتاع من الرجل الذي ابتاعه من صاحبه اهـ اتقاني (قوله وكل ذلك قابل للإضافة) قال الاتقاني قال في وكالة الطحاوي إذا وكله ببيع عبده غدا كان وكيلا في الغد وفيما بعده ولا يكون وكيلا فيما قبل ذلك وكذلك الإجارة تقبل الإضافة ولهذا إذا قال إذا جاء رأس الشهر فقد آجرتك هذه الدار يجوز اهـ (قوله والتوكيل بالشراء إلخ) قال الاتقاني وتمام البيان فيما ذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد قبيل باب اشتراط الربح لغيرهما ولو كان لرجل على رجل دين فأمر أن يعمل به مضاربة ويشتري به ما بدا له من المتاع ويبيعه فما كان من فضل فهو بينهما نصفان فهذا فاسد لأن الدين الذي عليه لا يصلح رأس مال المضاربة لكونه مضمونا عليه ومن شرط المضاربة كون رأس المال أمانة عنده وما اشترى فهو مشتر لنفسه وربحه له ولا شيء لرب المال (٤٥) فيه في قول أبي حنيفة ودينه عليه على حاله وقال أبو يوسف ومحمد ما اشترى وباع من ذلك فهو لرب المال وبرئ المضارب من دينه وللمضارب على رب المال مثل أجر عمله لأن المضاربة إن فسدت بقي أمر بالشراء له بما عليه وذلك باطل عند أبي حنيفة فيصير مشتريا لنفسه وعندهما الأمر به صحيح فيصير مشتريا للآمر وقد أطمعه في مقابلة عمله شيئا ولم يصح فيلزم رب المال أجر مثل عمله ولو كان الذي أمر بالشراء عنده معلوما يصح الشراء للآمر بالإجماع اهـ وكتب ما نصه قد تقدم متنا وشرحا في باب الوكالة الكلام في التوكيل بالشراء بما عليه من الدين اهـ (قوله في المتن ويكون الربح بينهما مشاعا) قال الاتقاني وذلك لأن المقصود من عقد المضاربة هو الشركة في الربح فإذا اشترطا لأحدهما دراهم مسماة كالمائة ونحوها تفسد المضاربة لأن شرط ذلك يفضي إلى قطع الشركة زيادة لأنه ربما لا يكون الربح إلا ذلك القدر فلا يبقى للآخر شيء من الربح قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية شرطه أن يكون قدرا معلوما مشاعا من كل الربح مثل الثلث والربع فإذا شرط لأحدهما مائة من الربح مثلا أو مائة مع الثلث أو الثلث إلا مائة والباقي للآخر لم تجز المضاربة لأنه يؤدي إلى قطع الشركة في الربح لجواز أن لا ربح إلا ذلك القدر ثم الشرط الفاسد على وجهين إن أدى إلى جهالة الربح فسدت المضاربة لأنه المقصود وإن لم يؤد صحت وبطل الشرط مثل أن يشترط الوضيعة على المضاربة وهذا أن ما تقف صحته على القبض لا يبطل بالشرط الفاسد ما أمكن كالهبة والرهن ولأنها وكالة معنى والوكالة لا يبطلها الشرط الفاسد اهـ وكتب على قوله ويكون الربح ما نصه قال الشيخ سراج الدين قارئ الهداية رحمه الله ومن خطه نقلت ينبغي أن يقرأ بالياء المنقوطة من تحت عطفا على ما في قوله بما تصح اهـ قلت وقد وجدته في نسخ كذلك وفي بعضها ويكون بالياء التحتية مضارع كان وعلى الأول يكون مصدرا مجرورا بالباء اهـ (قوله في المتن فإن شرط لأحدهما إلخ) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع إلى رجل ألف درهم

زيادة عشرة فله أجر مثله لا يجاوز عن المشروط) وقد ذكرناه وذكرنا الخلاف فيه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة فيه والربح كله لرب المال لانه نماء ملكه ويجب الاجر للمضارب وان لم يربح في رواية الاصل لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع والعمل كما في أجير الوحد وقد وجد وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يجب كما لا يجب في الصحيحة منها مع أنها فوقها في امضاء حكمها واستحقاق المسمى فيها والمال في المضاربة الفاسدة أمانة غير مضمونة بالهلاك كما في الصحيحة منها لان الفاسد من العقود يأخذ حكم الصحيح منها ولانه عين في يد أجيره ولو تلف بعد العمل فله أجر المثل وقيل هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن ما تلف في يده مما يمكن التحرز عنه وهو بناء على اختلافهم في الاجير المشترك اذا تلف المال في يده من غير صنعه لان هذا العقد اجارة وهو بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ بهذا الطريق ما شاء من المال والفرق لهما على الظاهر أن هذه مضاربة لفظا واجارة معنى من حيث انه طلب لعمله أجرة فعملنا باللفظ في انتفاء الضمان وبالمعنى في حق وجوب أجر مثله ربح أو لم يربح أو نقول انه كأجير الوحد من حيث انه لا يتمكن من ايجار نفسه في ذلك الوقت قال رحمه الله (وكل شرط يوجب جهالة الربح يفسدها والالا ويبطل الشرط كشرط الوضيعة على المضارب) أي ان لم يكن مؤديا الى جهالة الربح لا يفسدها بل يبطل الشرط والذي يؤدي الى جهالة الربح من الشروط أن يشترط رب المال على المضارب أن يدفع اليه أرضه ليزرعها سنة أو داره ليسكنها سنة وذلك مفسد لانه جعل بعض الربح عوضا عن عمله والبعض أجرة داره أو أرضه ولا يعلم حصة العمل حتى تجب حصته ويسقط ما أصاب منفعة الدار ولو شرط ذلك على رب المال للمضارب صح العقد وبطل الشرط لانه لا يفضي الى جهالة

مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن للذي أخذ المال مضاربة زيادة من الربح عشرة دراهم قال لا خير في هذا وله أجر مثله فيما عمل الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وذلك لان المضاربة عقد على الشركة فما أدى الى قطع الشركة كان فاسدا لفوات المقصود من عقد المضاربة وهذا الشرط يؤدي الى قطع الشركة فيكون العقد فاسدا لانه ربما لا يربح الا هذا القدر فلا يحصل للآخر شيء واذا فسدت المضاربة كان للعامل أجر مثل عمله لانه ابتغى لعمله عوضا فاذا لم يسلم له ذلك لفساد العقد كان له أجر المثل كما في الاجارة الفاسدة اهـ اتقاني (قوله في المتن زيادة عشرة) أي عن نصيب صاحبه من الربح اهـ (قوله لا يجاوز عن المشروط) أي عند أبي يوسف وعند محمد يجب الاجر بالغا ما بلغ كما في الشركة على الاحتطاب والاحتشاش اهـ (قوله وذكرنا الخلاف فيه) أي في كتاب الشركة اهـ (قوله وهذا) أي وجوب أجر المثل للعامل اهـ (قوله وان لم يربح) يعني يجب أجر المثل في المضاربة الفاسدة سواء ربح أو لم يربح في رواية الاصل اهـ اتقاني (قوله في رواية الاصل) ووجه ذلك أن المضارب يكون في معنى الأجير اذا فسدت المضاربة ثم الأجير يستحق الاجرة إما بتسليم المنافع كما في أجير الوحد فانه يسلم نفسه وفي تسليم نفسه تسليم المنافع وإما بتسليم العمل كما في الاجير المشترك وقد وجد تسليم المنافع والعمل جميعا فيستحق الأجر ولكن لا يستحق الاجر المسمى لفساد العقد فيستحق أجر المثل اهـ غاية (قوله كما في أجير الوحد) فيه نظر كذا بخط قارئ الهداية اهـ (قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب) أي اذا لم يربح اهـ وكتب على (٥٥) قوله لا يجب ما نصه في الفاسدة اهـ (قوله والمال في المضاربة الفاسدة أمانة الخ) قال الشيخ أبو جعفر الطحاوي في مختصره والمضارب في المضاربة الفاسدة كالاجير فيها فان ضاع منه المال وهو على ذلك فلا ضمان عليه في قول أبي حنيفة وبه نأخذ وعليه الضمان في قول أبي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الطحاوي وقد ذكر الاختلاف كما ترى ولم يذكر الاختلاف في ظاهر الرواية وجعله أمانة كما في المضاربة الصحيحة وحاصل البيان هنا ما ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فقال ولو قال ما رزق الله تعالى من شيء فللمضارب مائة درهم فهذه مضاربة فاسدة لانه يوهم قطع الشركة لانه عسى لا يربح الا مائة ومتى فسدت المضاربة انقلبت اجارة فاسدة حتى لو عمل على ذلك فربح مالا أو لم يربح فله أجر مثل عمله وليس له من الربح شيء وهل يجاوز نصف الربح ينبغي أن يكون على الخلاف الذي ذكرناه في شركة الاحتطاب والاحتشاش أن المجموع يكون للجامع وللاجير أجر مثله لا يجاوز نصف المجموع عند أبي يوسف وعند محمد يجب بالغا ما بلغ لانه لا يمكن تقديره بنصف الربح وليس له من الربح شيء لانه أجير ولو ضاع المال أو تلف المال فلا ضمان عليه لانه أمين وقيل هذا على قول أبي حنيفة وعندهما يكون مضمونا لانه بمنزلة الاجير المشترك والاصح أنه لا ضمان عليه على قول الكل لانه أخذ بحكم المال والمال في يد المضارب صحت المضاربة أو فسدت يكون أمانة وهذا لانه لما تعذر أن يكون المال مضاربة عنده فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا وكذا كل مضاربة فاسدة عمل بها المضارب فربح أو وضع فله أجر مثله ولا ربح له والربح لرب المال الى هنا لفظ شرح الكافي انتهى اتقاني (قوله مضمونة) عبارة الهداية غير مضمون اهـ (قوله والفرق لهما على الظاهر) أي بين الاجير المشترك وبين المضارب اهـ (قوله ان هذه) أي المضاربة الفاسدة اهـ (قوله ربح أو لم يربح) أي كالواستأجره فأما الاجارة الفاسدة اجارة لفظا ومعنى فيكون المال مضمونا عند الأجير المشترك عندهما الا أن يكون الهلاك بأمر لا يمكن التحرز عنه اهـ كاكي (قوله صح العقد وبطل الشرط) قال محمد فيمن دفع ألفا مضاربة على أن الربح بينهما نصفان وعلى أن يدفع اليه

رب المال أرضه يزرعها سنة أو على أن يسكنه داره سنة فالشرط باطل والمضاربة جائزة لانه ألحق بها شرطا لا تقتضيه ولو كان المضارب هو الذي شرط عليه أن يدفع أرضه ليزرعها رب المال سنة أو يدفع داره الى رب المال يسكنها سنة فسدت المضاربة وذلك لانه جعل نصف نصف الربح عوضا عن عمله وعن أجرة الدار والارض فصار حصة العمل مجهولا بالعقد فلم يصح العقد كذا في شرح مختصر الكرخي اه اتقاني (قوله لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة) أى كالوشرط لزوم المضاربة بخلاف شرط يوجب جهالة الربح لان ذلك يمنع موجب العقد فلا ينعقد العقد اذ العقد شرع لاثبات موجبه ولهذا لوشرط عمل رب المال يفسد العقد وان لم يوجب جهالة في الربح لانه شرط يمنع موجب العقد اذ موجبه تسليم المال الى المضارب وذا يمنعه ذكره في الذخيرة اه (قوله في المتن ويدفع المال) قال قارئ الهداية رحمه الله ينبغي أن يقرأ ويدفع بالياء المنقوطة من تحت مجرورا عطفا على قوله بما تصح به الشركة كما تقدم اه ومن خطه نقلت اه (قوله ليتمكن من العمل الخ) اعلم أن التسليم الى المضارب شرط صحة المضاربة وشرط عمل رب المال في عقد المضاربة يفسدها لان المال أمانة فلا يتم الا بعد تسليم رأس المال الى المضارب كالوديعة واذا شرط عمل رب المال معه لا يتحقق التسليم لان يده تبقى على المال فيمنع من تمام التسليم اه غاية وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل مالا مضاربة بالنصف فرده المضارب (٥٦) على رب المال وأمره أن يبيع ويشتري على المضاربة ففعل وربح فهو جائز على المضاربة والربح على ما اشترطا لانه لم يوجد صريح النقض ولا دلالته لانه صار مستعينا به على العمل ومتى وقع العمل من رب المال اعانة لا يجعل هذا استردادا فلا تنتقض به اليد الثابتة للمضارب بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال في حال العقد لان يده مانعة من تمام التسليم والتسليم شرط صحة المضاربة فرق بين هذا وبين الاجير المشترك اذا استعان بالمستأجر فعمل حيث لا يستحق الاجرة لان المعقود عليه في باب الاجارة هو العمل فاذا لم يعمل لم يستحق الاجرة أما ههنا فالعمل غير معقود عليه لان المضارب عامل لنفسه في تحصيل الربح المضارب

فافترقا وصار كأن المالك وهب للمضارب رأس المال ثم اشتركا ولو فعل كذلك كان الربح بينهما كذا ههنا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين ولو دفع المضارب المال الى رب المال مضاربة فالمضاربة الثانية فاسدة والمضاربة الاولى جائزة ويكون الربح بينهما على شرط المضاربة الاولى عندنا وعند زفر تنفسخ المضاربة الاولى بدفع المال الى رب المال والرد عليه كذا في شرح الطحاوى وهي تعرف في المختلف اه اتقاني (قوله سواء كان المالك الخ) يعني أن اشتراط عمل رب المال في عقد المضاربة مفسد للعقد سواء كان رب المال عاقدا كالبالغ أو غير عاقد كالصغير مثل الاب أو الوصى اذا دفع مال اليتيم مضاربة وشرط عمل الصغير يفسد عقد المضاربة لان الصغير مالك للمال فبقاء يده فيه يمنع صحة المضاربة كالكبير وكذلك كل من يستحق الربح بمال اذا شرط عمله مع المضارب يفسد العقد كأحد المتفاوضين أو شريكى العنان اذا دفعا مالا مضاربة وشرط عمل شريكه مع المضارب لان الشريك يستحق الربح بماله كالدافع اه اتقاني (قوله وكذا أحد الشريكين الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو شرط أن يعمل معه شريك رب المال ان كانت شركة مفاوضة لم يجز لان يد الشريك كيده بمقتضى عقد الشركة فصار كأن يد رب المال باقية على المال فمنعت من تمام التسليم وكذلك شريك العنان في مال الشركة لان يدهما واحدة ولو كان المدفوع اليه من غير مال الشركة لم يفسد بالشرط لان شريك العنان في غير مال الشركة ينزل منزلة الاجانب اه اتقاني

حصة العمل اذ نصيبه من الربح مقابل بعمله لا غير ولا جهالة فيه لان الكلام فيما اذا شرط له جزأ معلوما من الربح شائعا ثم هو شرط لا يقتضيه العقد فيبطل هو دونها لان المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة كالوكالة والهبة لان صحتها تتوقف على القبض كالهبة وشرط الوضيعة شرط زائد لا يوجب قطع الشركة في الربح ولا الجهالة فيه فلا يكون مفسدا وتكون الوضيعة وهو الخسران على رب المال لان ما فات جزء من المال بالهلاك يلزم صاحب المال دون غيره والمضارب أمين فيه فلا يلزمه بالشرط فصار الاصل فيه أن كل شرط يوجب جهالة في الربح أو قطع الشركة فيه مفسد وما لا فلا قال رحمه الله (ويدفع المال الى المضارب) يعني رب المال يسلم المال اليه ولا بد له من ذلك لان المضاربة فيها معنى الاجارة لان ما يأخذه مقابل بعمله والمال محل العمل فيجب تسليمه كالاجارة الحقيقية ولان المال أمانة في يده فلا يتم الا بالتسليم كالوديعة وهذا بخلاف الشركة حيث لا يشترط فيها تسليم المال الى الآخر لان الشركة انعقدت على العمل منهما فشرط انتفاء يد رب المال فيها يخرج العقد من أن يكون شركة ولا كذلك المضاربة لان المال فيها من أحد الجانبين والعمل من الآخر فلا بد من تسليم المال الى العامل وتخليصه له ليتمكن من العمل والتصرف فيه وشرط العمل على رب المال ينافي ذلك فلا يجوز سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقد كالصغير والمعتوه لان يدهما على مالهما بجهة الملك كالكبير فبقاء يدهما يمنع كونه مسلما الى المضارب وكذا أحد الشريكين اذا دفع المال مضاربة فشرط أن يعمل شريكه مع المضارب لان للشريك فيه ملكا فيمنع يده من تسليمه الى المضارب وان لم يكن العاقد مالكا وشرط أن يتصرف في المال مع

(قوله في المتن ويبيع بنقد ونسيئة) ولو قال رب المال أمرتك أن تبيعه بالنقد فبعته بالنسيئة وقال المضارب لا بل أمرتني ببيعه مطلقا كان القول للمضارب ولو اختلف الموكل والوكيل في مثله كان القول للموكل والفرق بينهما مذكور في شرح التكملة يعني البزازي في كتاب الوكالة اه وكتب على قوله ونسيئة ما نصه لانه لو كان وكيلا خاصا ملك ذلك باطلاق الوكالة فاذا كان عاما أولى وهذا لانه عسى لا يحصل له الربح الا بالنسيئة اه اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال صاحب الهداية الا اذا باع الى أجل لا يبيع التجار اليه يعني اذا باع المضارب الى أجل طويل ليس من عادة التجار أن تبيع الى مثل ذلك لا يجوز كعشر سنين مثلا والنسيئة بالهمز على وزن فعيلة وربما تدغم بعد التخفيف كالخطيئة والنساء بالمد التأخير اه اتقاني ذكره في فصل ما يفعله المضارب اه وقد ذكر الشارح الزيلعي رحمه الله في هذا الفصل أن للمضارب تأخير الثمن الى أجل متعارف فقوله متعارف احتراز عما اذا باع الى أجل طويل اه (قوله للمضارب أن يفعل الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وله أن يوكل بالبيع والشراء لانه من عادة التجار اه اتقاني (قوله اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة) قال الاتقاني أراد بالمضاربة المطلقة أن لا تكون مقيدة بزمان ولا مكان لانها اذا كانت مقيدة لا يجوز للمضارب أن يعمل في غير ذلك الزمان وغير ذلك المكان وسيجيء بعد هذا اه (قوله ليس له أن يسافر به) أي بمال المضاربة اه

المضارب فان كان العاقد ليس بأهل للمضاربة في ذلك المال تفسد كالمأذون يدفع ماله مضاربة ويشترط عمله مع المضارب لان التصرف فيه اليه واليد ثابتة له في هذا المال ويده يد نفسه فصار كالمالك فيما يرجع الى التصرف فكان قيام يده مانعا لصحة المضاربة وان كان العاقد ممن يجوز أن يأخذ ماله مضاربة لم تفسد المضاربة كالاب والوصي اذا دفعا مال الصغير مضاربة وشرطا أن يعملا بأنفسهما مع المضارب بجزء من الربح فهو جائز لانهما لو أخذا ماله مضاربة ليعملا بأنفسهما بالنصف صح فكذا اذا شرطا عملهما مع المضارب بجزء من الربح لان كل مال يجوز أن يكون المرء فيه مضاربا وحده جاز أن يكون فيه مضاربا مع غيره وهذا لان تصرف الاب والوصي واقع للصغير حكما بطريق النيابة فصار دفعه كدفع الصغير وشرطه كشرطه فتشترط التخلية من قبل الصغير لانه هو رب المال وقد تحققت وان دفع العبد المأذون ماله مضاربة وشرط عمل مولاه مع المضارب نظر فان لم يكن عليه دين فسدت المضاربة لان المولى مالك لما في يده فلم يكن من أهل المضاربة فيه وان كان عليه دين فالمضاربة جائزة عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لانه لا حق للمولى فيه فصار كالاجنبي والمكاتب اذا دفع ماله مضاربة وشرط عمل مولاه معه لا يفسد مطلقا لانه لا يملك ما في يده فصار كالاجنبي سواء كان عليه دين أو لم يكن قال رحمه الله (ويبيع بنقد ونسيئة ويشتري ويوكل ويسافر ويبضع ويودع) يعني للمضارب أن يفعل هذه الاشياء كلها اذا كانت المضاربة صحيحة مطلقة بأن دفع اليه مضاربة بالنصف مثلا ولم يزد عليه لان المطلق يتناول الانواع كلها فله أن يفعل ما هو معتاد بين التجار لانه قد يربح في جهة من التصرف دون جهة أو في نوع من الانواع دون نوع فيطلق له الكل ليحصل له غرضه وهو تحصيل الربح والتوكيل والابضاع والايداع والمسافرة من صنيعهم وعن أبي يوسف انه ليس له أن يسافر به لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه المال في بلده ليس له أن يسافر به لما ذكرنا وان دفع اليه في غربة كان له أن يسافر به الى بلده لان الظاهر أن

(قوله وان دفع اليه في غربة كان له أن يسافر به الخ) قال الاتقاني رحمه الله وكذا له أن يبضع ويودع لان ذلك من عادة التجار ولان المضارب يملك أن يستأجر من يعمل في المال بعوض فاذا أبضع فقد حصل العمل بغير عوض فهو أولى وانما قلنا يملك أن يستأجر لانه لا يتوصل الى الربح الا بالعمل وربما لا يتمكن المضارب من جميع الاعمال بنفسه فلا بد له من الاجير ولان ذلك عادة التجار ولانه لا يقدر على حفظ المال الا بذلك وهو مأذون في حفظ المال وله أن يستأجر السفن والدواب والرجال لذلك لان الربح يحصل بنقل المال

من موضع الى موضع ولا يمكنه نقله بنفسه قال الكرخي في مختصره وله أن يرهنه بدين عليه في المضاربة من مال المضاربة وان يرتهن بدين له منها على رجل لان الرهن الايفاء والارتهان الاستيفاء وهو يملك ذلك بعقد عام والحاصل هنا ما قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير ان التصرفات في المضاربة ثلاثة أقسام قسم هو من باب المضاربة وتوابعها فيملكه باطلاق الايجاب وهو الايداع والابضاع والاجارة والاستئجار والرهن والارتهان وما أشبه ذلك وقسم آخر ليس من المضاربة المطلقة لكنه يحتمل أن يلحق بها عند وجود الدلالة وهو اثبات الشركة في المضاربة بان يدفع الى غيره مضاربة أو يخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره فانه لا يملك هذا بمطلق المضاربة لان رب المال لم يرض بشركة غيره وهو أمر زائد على ما تقوم به التجارة فلا يتناوله مطلق عقد المضاربة لكن يحتمل أن يلحق به فاذا قيل له اعمل برأيك فله ذلك وقسم آخر ليس هو من المضاربة ولا يحتمل أن يلحق بها وهو الاقراض والاستدانة على المال لان الاقراض ليس بتجارة والاستدانة على المال تصرف بغير رأس المال والتوكيل مقيد برأس المال فلا يحتمل التعدي الا أن ينص عليه فاذا نص عليه اعتبر بنفسه حتى يصير بمنزلة شركة الوجوه ولا مضاربة لانه ليس لاحد منهما فيه رأس المال وقال في شرح الاقطع لا يجوز للمضارب أن يستدين على المضاربة وان فعل ذلك لم يجز على رب المال ألا ترى أنه اذا اشترى برأس المال فهلك قبل التسليم رجع

المضارب عليه بمثله واذا كان كذلك فرب المال لم يرض أن يضمن إلا مقدار رأس المال فلو جوزنا الاستدانة لزمه ضمان مالم يرض به
وذلك لا يصح واذا لم يصح استدانته على رب المال لزمه الدين خاصة وأما اذا استدان باذن رب المال فما يشتريه بينهما شركة وجوه ألا ترى
المشترى بالدين لا يجوز أن يكون مضاربة لانها لا تصح الا فى مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا أن تكون شركة بينهما شركة وجوه
واطلاق الشركة يقتضى التساوى فلهذا كان بينهما نصفين وقد قالوا ليس للمضارب أن يأخذ سفتجة لان ذلك استدانة وهو لا يملك
الاستدانة وكذلك أيضا لا يعطى سفتجة لان ذلك قرض وهو لا يملك القرض وكذلك لو قال اعمل برأيك لم يكن له شئ من ذلك لانه ينصرف الى
ما يعود الى التجارة ولا يتناول التبرع والاستدانة اه قوله والحاصل الخ سيأتى فى كلام الشارح فى الفصل الآتى بأتم من هذا اه (قوله
فكان أدنى منها) أى فكان السفر أدنى من الايداع اه (قوله وقال ابن أبى ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة) وهذا على أصله مستقيم
لان الوكيل المطلق لا يملك البيع بالنسيئة عنده اه اتقانى (قوله لانه بمنزلة الابضاع) قال شمس الائمة البيهقى فى الكفاية فى المشهور
يملك أن يأذن لعبد المضاربة فى التجارة (٨٥) لانه من عادة التجار اه اتقانى (قوله وعن محمد رحمه الله أنه ليس له ذلك) رواه ابن رستم

صاحبه رضى به اذ الانسان لا يقيم بدار الغربة دائما فى الغالب واعطاؤه المال مضاربة فى هذه الحالة مع
علمه بحاله يدل على رضاه به وجه الظاهر أن المضاربة مشتقة من الضرب فى الارض على ما بينا من قبل
فيملكه بمطلق العقد اذ اللفظ دال عليه ولا نسلم أنه تعريض على الهلاك لان الظاهر فيه السلامة ولا معتبر
بالموهوم ألا ترى أن للمودع أن يسافر بالوديعة مع أنه ليس له أن يودع والمضارب له ذلك فكان أدنى منها
وأولى بالجواز وقال ابن أبى ليلى ليس له أن يبيع بالنسيئة لان ذلك تصرف يوجب قصر يده عن مال
المضاربة ويعجزه عن التصرف فيه فيكون موجبا لضد مقصود رب المال فصار كالاقراض بل فوقه لان
القرض يمكن الوصول اليه فى الحال بواسطة الطلب وهذا لا يمكن فيكون فيها نوع إهلاك أو تبرع
ولهذا لو باع المريض بالنسيئة يعتبر من الثلث ونحن نقول البيع بالنسيئة من صنيع التجار وهو متعارف
عندهم فيدخل عند الاطلاق لان المتعارف كالمنصوص عليه وهو أقرب الى تحصيل الربح عادة فكان
أوفق لمقصود رب المال وله أن يأذن لعبد من مال المضاربة فى التجارة لانه بمنزلة الابضاع وعن محمد رحمه الله
أنه ليس له ذلك كالمضاربة قلنا المضارب يصير شريكا والعبد لا يكون شريكا فافترقا قال رحمه الله (ولا
يزوج عبدا ولا أمة) وعن أبى يوسف رحمه الله انه يزوج الامة لانه من باب الاكتساب لانه يصل الى المهر
والى سقوط نفقتها بخلاف تزويج العبد فان فيه اشغال رقبته بالدين واستحقاق بيعه به ولهما أنه ليس من
باب التجارة فلا يدخل تحت الاطلاق لان لفظ المضاربة يدل على تحصيل المال بطريق التجارة لا بأى
طريق كان ألا ترى أنه ليس له أن يكاتب ولا يعتق على مال وان كان باضعاف قيمته بخلاف المكاتب حيث
يجوز له أن يزوج الامة دون العبد لان الكتابة تقتضى الاكتساب دون التجارة ولهذا كان له أن يكاتب
فيملك تزويج الامة أيضا ونظيرها الاب والوصى حيث يملكان تزويج الامة والكتابة دون تزويج العبد لان
تصرفهما مقيد بالنظر للصغير فهما كان فيه نظر للصغير فعلاه ومالا فلا ونظير المضارب الشريك شركة
عنان أو مفاوضة حتى كان تزويجه الامة على الخلاف قال رحمه الله (ولا يضارب الا باذن أو باعمل
برأيك) يعنى لا يجوز له أن يعطى المال مضاربة الا أن يأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لان الشئ

عن محمد اه (قوله فى المتن
ولا يزوج عبدا ولا أمة)
يعنى لو اشترى المضارب عبدا
أو أمة لم يكن له أن زوج
واحدا منهما اه (قوله فى
المتن ولا يضارب الا باذن أو
باعمل برأيك) أى وذلك لان
رب المال رضى بشركته
ولم يرض باشتراك غيره فى
الربح فلا يجوز الاشتراك
اه غاية (قوله أو يقول له
اعمل برأيك) وان لم يقل له
ذلك فدفع المضارب المال
الى غيره مضاربة قال فى
شرح الطحاوى ان كانت
المضاربة الثانية فاسدة فلا
يضمن المضارب الاول وان
عمل المضارب الاول فى المال
لانه بمنزلة الاجير وللمضارب
أن يستأجر ويجب للثانى
أجر المثل فى مال المضاربة
فان كانت المضاربة الثانية

صحيحة لم يكن المال مضمونا على المضارب الاول بمجرد الدفع حتى ان المال لو هلك فى يد الثانى قبل أن يعمل هلك أمانة لا
لان مال المضاربة وديعة عند المضارب الاول ولا يكون المضارب الاول مخالفا بالايداع الا عند زفر فانه يضمن بمجرد الدفع واذا عمل الثانى
صار الاول مخالفا ورب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثانى وان ضمن الثانى رجع بما ضمن على الاول وان ضمن الاول
لا يرجع على الثانى بما ضمن وصحت المضاربة الى الثانى هذا فى ظاهر الرواية وروى عن أبى حنيفة أنه قال لا يضمن اذا عمل الثانى مالم
يربح لانه بمنزلة التوكيل الا أن يظهر الربح ولا يصير الاول مخالفا بالتوكيل وانما يصير مخالفا بالاشراك وكذلك لو خلط مال نفسه بمال
المضاربة ضمن مال المضاربة والربح له والوضيعة عليه وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان وخلط ضمن وتصح الشركة بينهما هذا اذا لم
يقل اعمل فيه برأيك فان قال له اعمل برأيك فله أن يخلط مال المضاربة بمال نفسه واذا ربح قسم الربح بين المالين فربح ماله يكون له
خاصة وربح مال المضاربة يكون بينهما على الشرط وكذلك لو شارك مع غيره شركة عنان جاز ويقسم الربح بينهما على الشرط فاذا قسم
الربح بينهما يكون مال المضاربة مع حصة المضارب من الربح يستوفى منها رب المال رأس ماله وما فضل فهو بينهما على الشرط كذا فى

شرح الطحاوي اه اتقاني وكتب ما نصه ولأن المضاربة وإن كانت تتناول المضاربة من حيث إنهما من صنع التجار لكن لا تتناولهما من حيث إن فيهما معنى الأمانة والوكالة والأصل عدم التناول فلا تتناول المضاربة بالشك اه ذخيرة (قوله لأنهما دونها) أي دون المضاربة اه (قوله حيث لا يملكهما إلا بالتصريح) أي لا بقوله اعمل برأيك اه (قوله ونظير المضاربة الشركة والخلط الخ) قال الاتقاني وكذا ليس له أن يشارك مع غيره شركة عنان أو يخلط المال بمال نفسه أو بمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره ولأن الشيء لا يتضمن ما هو فوقه والشركة أعم من المضاربة وفي خلط المال يثبت في مال رب المال حقا لغيره فلا يجوز إلا إذا قيل له اعمل برأيك اه (قوله في المتن ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة الخ) قال الاتقاني رحمه الله والأصل فيه أن رب المال متى شرط على المضارب شرطا في المضاربة إن كان شرطا لرب المال فيه فائدة فإنه يصح الشرط ويجب على المضارب مراعاته والوفاء به وإذا لم يوف به صار مخالفا وعاملا بغير أمره وإن كان شرطا لا فائدة فيه لرب المال فإنه لا يصح ويجعل كالمسكوت عنه اه (قوله وكذا الأسعار قد تختلف) أي قد تختلف باختلاف البلدان اه (قوله كان المشتري له) يعني إذا اشترى خارج الكوفة (٥٩) وباع وربح أو وضع فالربح له والوضيعة عليه

لا يتضمن مثله إلا بالتنصيص عليه أو التفويض المطلق إليه ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل غيره إلا بما قلنا بخلاف المكاتب والعبد المأذون له والمستعير حيث تضمنت هذه العقود أمثالها لأنهم يتصرفون بحكم المالكية لا بحكم النيابة لأن المكاتب صار حرا يدا فله أن يكاتب ولأن الكتابة كالبيع من نفس العبد فيملكه والمأذون بفك الحجر بقي متصرفا لنفسه فله أن يأذن لعبده والمستعير مالك أيضا تمليك المنفعة وبخلاف الإيداع والإبضاع لأنهما دونها فتتضمنهما وبخلاف الإقراض والاستدانة حيث لا يملكهما إلا بالتصريح لأن المراد من قوله اعمل برأيك التعميم فيما هو من عادة التجار وليسا منه فصارا كالهبة والصدقة ونظير المضاربة الشركة والخلط بمال نفسه لأنهما من صنيع التجار فيدخل تحت قوله اعمل برأيك قال رحمه الله (ولم يتعد عما عينه من بلد وسلعة ووقت ومعامل كما في الشركة) أي إذا خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها أو في معاملة رجل بعينه لا يجوز له أن يتعداه فإن تعدى صار ضامنا لأن المضاربة توكيل وفي التخصيص فائدة من أمن خطر الطريق وخيانة المضارب ومن نفقته من ماله وكذا الأسعار قد تختلف فبالتقييد تحصل الفائدة فتعتبر ولو عين له بلدا وأخرجه إلى غير ذلك البلد أو دفعه بضاعة إلى من يخرجه من ذلك البلد ضمن لأنه بالمخالفة صار غاصبا وإن اشترى شيئا بعد ذلك كان المشتري له لأنه بالإخراج بطلت المضاربة وتقرر ذلك بالشراء والنقد من مال الغير فكان له فصار كمن اشترى شيئا ونقد الثمن من المغصوب ولو لم يشتر شيئا حتى رد المال إلى البلد الذي عينه له برئ من الضمان كالمودع إذا خالف في الوديعة ثم رجع إلى الوفاق وعاد المال مضاربة بمثل ما كان لأن يده باقية بالعقد السابق وكذا لو رد البعض يكون المردود مضاربة حتى إذا اشترى في ذلك البلد كان المضاربة اعتبارا للجزء بالكل لأن التقييد به لما كان مفيدا تقيد به وصار بنفس الإخراج متعديا ضامنا لكنه لا يتقرر إلا بالشراء من بلد آخر فإذا رجع قبل تقرره زال الضمان على ما بينا فبقي المال على ما كان وهذا بخلاف ما إذا قيده في سوق معين من المصر حيث لا يتقيد به لأن المصر الواحد قلما تتفاوت جوانبه وأسواقه لأنه

ولكن يتصدق بالربح عند أبي حنيفة ومحمد وعلى قول أبي يوسف يطيب له الربح ولا يتصدق أصله المودع إذا تصرف في الوديعة وربح اه اتقاني (قوله وصار بنفس الإخراج متعديا) قال الاتقاني وتكلموا أنه هل يصير مخالفا بنفس الإخراج والأصح أنه يصير ضامنا بنفس الإخراج لأنه مأمور بالحفظ في ضمن الأمر بالعمل والأمر بالعمل مقيد فصار الأمر بالحفظ مقيدا أيضا اه وكتب ما نصه قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة بالنصف على أن يشتري ويبيع بالكوفة فخرج إلى البصرة فاشترى بها قال إذا اشترى فهو ضامن إلى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقد شرط الشراء الضامن كما ترى وقال في كتاب المضاربة إذا أخرجه من الكوفة فقد خالف وقد جعله مخالفا بنفس الإخراج قيل هو الصحيح وإنما شرط الشراء في الجامع الصغير لتقرر الضمان لا لأصل الوجوب لأنه يسقط الضمان عنه بالعود قبل الشراء اه (قوله وهذا بخلاف ما إذا قيده الخ) قال في الهداية وهذا بخلاف ما إذا قال على أن تشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد قال الاتقاني أي هذا الذي ذكرنا من التقييد بالبلد حيث لزمه الضمان إذا جاوزه بخلاف ما إذا قال على أن تعمل في سوق الكوفة لأنه لا يتقيد بها حتى إذا اشترى وباع بالكوفة في غير سوقها لم يضمن وهذا الذي ذكره استحسان قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ولو دفعه مضاربة على أن يعمل في سوق الكوفة له أن يعمل في غير السوق بالكوفة استحسانا والقياس أن لا يملكه لأنه قيده به إلا أنا استحسنا وقلنا يملكه في غير السوق إذا كان في الكوفة لأن الشراء لا يتفاوت بين أن يكون في السوق وبين أن يكون في غير السوق لأن الأسعار لا تتفاوت في مصر واحد فلا يكون التقييد مفيدا ولو قال لا تعمل به إلا في السوق فعمل في الكوفة في غير السوق فهو مخالف بخلاف ما إذا قال على أن تعمل في السوق لأنه أطلق العمل به ثم قيده بمكان والتقييد لغو وفي الفصل الثاني بدأ بالنهي واستثنى تصرفا خاصا فلزم اعتباره لا يستقيم الإطلاق بصدر الكلام اه اتقاني

كقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهى بأن قال اعمل فى هذا السوق ولا تعمل فى غيره فحينئذ يتقيد به لان المال له وولاية التصرف فيه اليه ولعل ذلك يفيد لوجود الاختلاف حقيقة وكذا حكما ألا ترى أن المودع اذا شرط عليه الحفظ فى محلته ليس له أن يحفظها فى محلة أخرى فاذا تصور الاختلاف تقيد به فيضمن اذا خالف بخلاف ما اذا قال له بع نسيئة ولا تبع حالا حيث كان له أن يبيعه حالا عند عدم اختلاف السعر بينهما لانه مخالفة الى خير بيقين فهو نظير من لو وكل شخصا بيبيع عبده بألف درهم ونهاه عن البيع بالزيادة فباعه الوكيل بألفين فانه يجوز لما قلنا فكذا هذا وهذا لان الشرط اذا كان غير مفيد لا يعتبر حتى اذا أودع وقال لا تضعها من يدك ليلا ونهارا لا يتقيد به لعدم الفائدة فيه ثم الالفاظ التى تفيد التقييد بالمذكور قوله خذ هذا مضاربة تعمل به فى مصر لان قوله تعمل تفسير لقوله خذه مضاربة والكلام المبهم اذا تعقبه تفسير كان الحكم للتفسير وكذا قوله فاعمل به لانه فى معنى التفسير لان الفاء للوصل والتعقيب والذى وصل الكلام المبهم وتعقبه كان تفسيرا له وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف بمصر لان الباء للالصاق فيقتضى أن يكون العمل فيه وكذا لو قال خذه مضاربة بالنصف فى مصر لان فى للظرف وانما تكون ظرفا اذا حصل الفاعل والفعل فيه وكذا اذا قال خذه مضاربة على أن تعمل بمصر لان على للشرط فيتقيد به ولو قال خذه مضاربة واعمل به فى مصر لا يتقيد به حتى لا يضمن فى العمل فى غيره لان الواو للعطف والشئ لا يعطف على نفسه وانما يعطف على غيره وقد تكون للابتداء اذا كان بعدها جملة فتكون مشورة لا شرطا فى الاول وفى الكافى ما يفيد التقييد من الالفاظ ستة دفعت اليك المال مضاربة على أن تعمل بالكوفة أو لتعمل به أو تعمل بالكوفة مجزوما أو مرفوعا أو فاعمل به بالكوفة أو قال دفعت اليك مضاربة بالنصف بالكوفة وما لا يفيد التقييد لفظان دفعت اليك مضاربة واعمل بالكوفة أو قال اعمل بالكوفة والضابط ان رب المال متى ذكر عقيب المضاربة ما لا يمكن التلفظ به ابتداء ويمكن جعله مبنيا على ما قبله يجعل مبنيا عليه كما فى الالفاظ الستة وان استقام الابتداء به لا يبنى على ما قبله ويجعل مبتدأ كما فى اللفظين الاخيرين وحينئذ تكون الزيادة شورى فكان له أن يعمل فى الكوفة وغيرها ولو قال خذه مضاربة على أن تشترى به الطعام أو قال فاشتر به الطعام أو قال لتشترى به الطعام أو قال خذه مضاربة بالنصف فى الطعام فهذا كله مفيد فيعتبر فيه التقييد به ولو قال على أن تشترى من فلان وتبيع منه صح التقييد وليس له أن يشترى ويبيع من غيره لان هذا التقييد مفيد لتفاوت الناس فى المعاملة قضاء واقتضاء ولو قال على أن تشترى به من أهل الكوفة أو من الصيارفة وتبيع منهم فباع فى الكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان المقصود من مثل هذا الكلام عادة التقييد بالمكان أو بالنوع فيقيد بالمكان والنوع حتى لا يجوز له أن يخرج من الكوفة فى الاول ويبيع فيها من أهلها أو من غير أهلها ولا يجوز له أن يعمل فى غير الصرف فى الثانى ويشترى ويبيع من الصيارفة وغيرهم لان التقييد بالمكان والنوع مفيد فيعتبر ولا يفيد التقييد بأهل الكوفة والصيارفة لان كل واحد منهما جمع كثير لا يمكن احصاؤهم فيجتمع فيهم الصالح والطالح فلا يفيد التقييد بهم فلا يعتبر ويفيد التقييد بالمكان والنوع من حفظ المال على ما يرى هو فيعتبر وكذلك ان وقت للمضاربة وقتا يتقيد به لانه توكيل فيتقيد به كما يتقيد بالنوع والمكان قال رحمه الله (ولم يشتر من يعتق على المالك) أى ليس له أن يشترى من يعتق على رب المال بقرابة أو بسبب يمين لان عقد المضاربة شرع لتحصيل الربح وذلك بالبيع بعد الشراء وفى التصرف فيه كثيرا والعتق ينافيه بخلاف الوكيل بشراء العبد حيث يجوز له أن يشترى من يعتق على الموكل لان التوكيل هناك مطلق فيجرى على اطلاقه وهنا مقيد بما يمكن التجارة فيه حتى لو وجد فى الوكالة أيضا ما يدل على التقييد بأن قال اشتر لى عبدا أبيعه أو قال أستخدمه أو جارية أطؤها كان الحكم كذلك ولو اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه لان الشراء اذا وجد نفاذا نفذ على المشترى كالوكيل اذا خالف بخلاف ما اذا اشترى الوكيل من يعتق على الموكل حيث ينفذ على الموكل والفرق ما بينا قال

(قوله عند عدم اختلاف السعر بينهما) أى خلافا لزفر اه (قوله فانه يجوز) أى خلافا لزفر اه (قوله فى الاول) أى فى الكلام الاول اه (قوله أو مرفوعا) تعمل به بالكوفة اه (قوله كما فى الالفاظ الستة) اذ لا يستقيم الابتداء بقوله على أن تعمل بالكوفة وكذلك فى اخواتها فاعتبرت متعلقة بما قبلها فصارت بمعنى الشرط اه اتقانى رحمه الله (قوله كما فى اللفظين الأخيرين) أى وهما قوله واعمل بالكوفة بالواو وغير الواو فانه يستقيم الابتداء لان الواو مما يجوز الابتداء به اه اتقانى (قوله وحينئذ تكون الزيادة شورى) كأنه قال ان فعلت كذا فهو أنفع وأحسن اه اتقانى (قوله أو بالنوع) أراد به الصرف اه اتقانى (قوله ويبيع من الصيارفة وغيرهم) أى ما بدا له من الصرف اه اتقانى (قوله فى المتن ولم يشتر من يعتق الخ) اذا اشترى المضارب جارية من مال المضاربة فليس لرب المال وطؤها سواء كان فى ذلك المال ربح أو لم يكن وتمامه فى السراج الوهاج اه وكتب ما نصه وان كان الذى دفع اليه المال مضاربة امرأة فاشترى به المضارب زوجها صح الشراء وبطل النكاح لانه دخل فى ملكها بالشراء اه سراج وهاج (قوله أو بسبب يمين) أى بأن حلف بعتقه اذا ملكه اه

(قوله والمراد من ظهور الربح) سيأتي الكلام عليه بأتم من هذا في الحواشي الآتية وفي الاصل (قوله في المتن وضمن ان فعل)
أي ضمن المضارب اذا اشترى من يعتق على رب المال أو عليه ونقد من مال المضاربة وهذا أولى من تقييد الشارح لان المصنف لم يذكر
الحكم فيما اذا اشترى من يعتق على رب المال فيما تقدم بل أخره الى هنا اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله فصار كما اذا ورثه مع غيره)
أي كما اذا اشترت ابن زوجها فماتت وتركت زوجا وأخا لا يضمن الزوج للاخ لعدم الصنع منه فكذا هنا اه اتقاني (قوله في المتن
وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه) أي في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال ونصيب رب المال من الربح اه اتقاني
رحمه الله (قوله في المتن معه ألف بالنصف) صورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم
مضاربة بالنصف فاشترى بها جارية تساوي ألفا فوطئها ثم جاءت بولد فزعم أنه ابنه (٩٩) ثم زاد الغلام حتى صار يساوي ألفا وخمسمائة
والرجل المدعي موسر قال ان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخمسين وان شاء أعتق الغلام فاذا دفع اليه ألفا ضمن المدعي نصف قيمة الام الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقوله والمدعي موسر أي المدعي للولد وهو المضارب وانما قيد بيساره نفيا للشبهة ترد بأن يقال كان ينبغي أن يضمن المضارب نصيب رب المال اذا كان المضارب موسرا لان ضمان العتق يختلف باليسار والاعسار ولكنه لا يضمن وان كان موسرا لان نفوذ العتق عنه حكمي لا صنع المضارب فيه على ما بينه * اعلم أن الولد اذا لم تزد قيمته على ألف فدعوة المضارب باطلة لانه لا ملك في واحد من الولد والام لان كل واحد منهما مشغول برأس المال واتق المال لاحتمال تعلق
حقه به على تقدير ظهور الربح في الثاني ولا يثبت النسب لعدم الملك أصلا ويضمن العقر فيكون من المضاربة لانه بدل المنافع فصار كالكسب
وله أن يبيع الجارية والولد لانهما مال المضاربة وقال بعض المشايخ هذا قول أبي حنيفة لانه لا يرى قسمة الرقيق فيعتبر رأس المال في كل
عبد فلا يظهر الربح أما على قول أبي يوسف ومحمد تجوز قسمة الرقيق فتجعل الام والولد كعبد واحد فيظهر الربح فيملك المضارب نصف
الربح فتصح دعوته فان لم يبع واحدا منهما حتى زاد الغلام فصار يساوي ألفا وخمسمائة نفذت الدعوة السابقة لان الدعوة كانت صحيحة
في الظاهر حملا لها على الصحة وهو فراش النكاح لكنها لم تنفذ لعدم الملك لانهما مشغولان برأس المال لانه يحتمل أن يهلك أحدهما
فيتعين الآخر رأس المال فلا يظهر الربح فاذا وجد الملك بظهور الربح نفذت الدعوة وعتق الولد على المضارب الا ترى أن المضارب اذا
اشترى عبدين بمال المضاربة وليس في كل واحد منهما فضل فالربح لا يظهر فيهما عندنا خلافا لزفر فان صارت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة

رحمه الله (أو عليه ان ظهر ربح) أي ليس للمضارب أن يشتري من يعتق عليه اذا كان في المال ربح لانه
يعتق نصيبه ويفسد بسببه نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف الذي يناف العتق فيمتنع التصرف
فيه والمراد من ظهور الربح المذكور هنا أن تكون قيمة العبد المشترى أكثر من رأس المال سواء كان في
جملة مال المضاربة ربح أو لم يكن لانه اذا كان قيمة العين مثل رأس المال أو أقل لا يظهر ملك المضارب فيه
بل يجعل مشغولا برأس المال حتى اذا كان رأس المال ألفا وصار عشرة آلاف درهم ثم اشترى المضارب
من يعتق عليه وقيمته ألف أو أقل لا يعتق عليه وكذا لو كان له ثلاثة أولاد أو أكثر وقيمة كل واحد ألف
أو أقل فاشتراهم لا يعتق منهم شيء لان كل واحد مشغول برأس المال ولا يملك المضارب منهم شيئا حتى تزيد
قيمة كل عين على رأس المال على حدة من غير ضمها الى آخر قال رحمه الله (وضمن ان فعل) أي ضمن
المضارب ان اشترى قريبه وقيمته أكثر من رأس المال لانه يصير مشتريا العبد لنفسه فيضمن بالنقد من
مال المضاربة قال رحمه الله (وان لم يظهر ربح صح) أي ان لم يكن في قيمة العبد المشترى زيادة على رأس
المال جاز شراؤه للمضاربة لانه اذا لم تزد قيمته على رأس المال لا يعتق عليه اذ لا ملك للمضارب فيه لكونه
مشغولا برأس المال فيمكنه أن يبيعه للمضاربة فيجوز قال رحمه الله (فان ظهر عتق حظه) أي ان ظهر
الربح في المشترى بعد الشراء بان كانت قيمته وقت الشراء قدر رأس المال أو أقل ثم زادت قيمته حتى
صارت أكثر من رأس المال عتق نصيب المضارب لانه ملك بعض قريبه فوجب أن يعتق عليه بقدره
قال رحمه الله (ولم يضمن لرب المال) لانه لا صنع له فيه وانما عتق عليه بطريق الحكم بسبب زيادة
القيمة من غير اختيار فصار كما اذا ورثه مع غيره قال رحمه الله (وسعى المعتق في قيمة نصيب رب المال منه)
لانه احتبست ماليته عنده فيضمنها كالعبد الموروث بين اثنين وأحدهما أبوه وفي الكافي لو اشترى نصفه
بمال المضاربة ولا فضل فيه ونصفه بماله صح عليهما لان هذا النصف لا ربح فيه فلم يثبت العتق فيه وانما
دخل العتق فيه حكما لما اشتراه لنفسه فلم يصر مخالفا والشريك في هذا والاب والوصي كالمضارب حتى لو
اشترى أحد الشريكين عبدا هو ذو رحم محرم من الشريك الآخر نفذ على المشترى كما ينفذ على المضارب
وكذا لو اشترى الاب أو الوصي للصغير عبدا هو ذو رحم محرم من الصغير أو المعتوه لا ينفذ عليهما وانما
ينفذ على الاب أو الوصي لانه لا نظر فيه للصغير بخلاف العبد المأذون له فانه لو اشترى ذا رحم محرم من المولى
يصح ثم ان لم يكن عليه دين محيط برقبته وكسبه عتق على المولى وان كان عليه دين محيط برقبته وكسبه
لا يعتق عنده وعندهما يعتق بناء على أنه هل يدخل في ملك المولى أم لا قال رحمه الله (معه ألف بالنصف)

فالا ان ظهر الربح وهو خمسمائة ونصفه للمضارب وهو مائتان وخمسون فقد ملك المضارب شيأ من الولد فنفذت دعوته الموقوفة اه اتقانى
(قوله سعى) أى الولد اه (قوله أو أعتقه) أى ان شاء رب المال أعتق نصيبه من الولد اه (قوله قبض) أى رب المال اه (قوله الالف)
أى من الولد الذى استسعاه اه (قوله وهو ربعه) أى ربع رأس المال اه (قوله ولم يضمن المضارب الخ) قال الاتقانى ولا ضمان على
المضارب لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه حين ادعى لم تنفذ الدعوة لعدم الملك وحين نفذت الدعوة لم يوجد صنع من المضارب فلا
يكون ضامنا لان ضمان العتق ضمان اتلاف فلابد من الصنع ولم يوجد اه (قوله لان الحكم يضاف الى الوصف الاخير) على ما عليه عامة
المشايخ اه اتقانى (قوله أصله وضع القفة الخ) قال فى الكافى فى باب اليمين بالطلاق والعتاق سفينة لا تحمل الا مائة من فاوقع فيها رجل
منا زائدا على المائة فغرقت كان الضمان (٦٣) كله عليه اه (قوله والقدح الاخير) أى فى السكر اه (قوله ولا صنع للمضارب

أى مع المضارب (فاشترى به أمة قيمتها ألف فولدت ولدا يساوى ألفا فادّعاه موسرا) أى ادّعاه المضارب
فى حال يساره (فبلغت قيمته ألفا وخمسمائة سعى لرب المال فى ألف وربعه) أى ربع الالف وهو مائتان
وخمسون (أو أعتقه فان قبض الالف ضمن المدعى) وهو المضارب (نصف قيمتها) أى نصف قيمة الجارية
وانما كان كذلك لان دعوة المضارب وقعت صحيحة ظاهرا لانه يحمل على أنه ولده من النكاح بأن يحمل
أن البائع زوّجها منه ثم باعها منه وهى حبلى منه حملا لامره على الصلاح لكن لا تنفذ هذه الدعوى
لعدم الملك وهو شرط فيه اذ كل واحد من الجارية وولدها مشغول برأس المال فلا يظهر الربح فيه لما
عرف أن مال المضاربة اذا صار أجناسا مختلفة كل واحد منها لا يزيد على رأس المال لا يظهر الربح عندنا
خلافا لزفر رحمه الله لان بعضها ليس بأولى به من البعض فاذا كان كذلك لم يكن للمضارب نصيب
فى الامة ولا فى الولد وانما الثابت له مجرّد حق التصرف فلا تنفذ دعوته فاذا زادت قيمة الغلام وصارت ألفا
وخمسمائة ظهر الربح فيه فى ذلك الوقت فملك المضارب منه نصف الزيادة فنفذت دعوته السابقة فيه
لوجود شرطها وهو الملك بخلاف ما اذا أعتق الولد ثم ظهرت الزيادة حيث لا ينفذ اعتاقه السابق لان
الاعتاق انشاء فاذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعده بحدوثه أما الدعوة فاخبار فاذا ردّ فى حق غيره فهو باق
فى حق نفسه فاذا ملكه بعد ذلك نفذت دعوته فيه كما اذا أقر بحرية عبد لغيره بردّ اقراره فاذا ملكه بعد
ذلك صار حرّا ولو أعتق عبد الغير ثم ملكه لا ينفذ عتقه لما قلنا فاذا نفذت دعوته صار الغلام ابناله وعتق
بقدر نصيبه منه وهو ربعه ولم يضمن المضارب حصة رب المال من الولد لان العتق ثبت بالملك والنسب
فصارت العلة ذات وجهين والملك آخرهما وجودا فيضاف الحكم وهو العتق اليه لان الحكم يضاف
الى الوصف الاخير أصله وضع القفة على السفينة والقدح الاخير والمرة الرابعة فى الزنا ولهذا قال الصديق
رضى الله تعالى عنه للذى أقر بين يديه بالزنا ثلاث مرات ان أقررت الرابعة فانها هى الموجبة ولا صنع
للمضارب فى الملك فلا يجب عليه الضمان لعدم التعدّى اذ لا يجب ضمان العتق الا بالتعدى فكان رب
المال بالخيار ان شاء أعتق نصيبه من الغلام وان شاء استسعاه لان ماليته احتبست عنده على ما مر فى
الاعتاق فاذا اختار الاستسعاء استسعاه فى ألف ومائتين وخمسين لان الالف مستحق له برأس المال
ومائتين وخمسين نصيبه من الربح فاذا قبض منه ألف درهم صار مستوفيا لرأس ماله وظهر أن الام
كلها ربح لفراغها عن رأس المال فكانت بينهما نصفين ونفذ فيها دعوة المضارب وصارت كلها أم ولد له

فى الملك) أى لانه بازدياد
القيمة ولا صنع له فى ازدياد
القيمة اه غاية (قوله لان
ماليته) أى مالية الغلام اه
(قوله فكانت) أى الام بمنزلة
جارية مشتركة بين اثنين
فاستولدها أحدهما فيصح
استيلاده ويضمن لشريكه
نصف قيمتها ونصف عقرها
موسرا كان أو معسرا لانه
ضمان تملك لانه ملك كسبها
وخدمتها فصار ذلك الضمان
بمبدل والضمان اذا كان
بمبدل يستوى فيه اليسار
والاعسار فلا يفتقر الى الصنع
من جهته بخلاف ضمان
العتق لانه ضمان اتلاف
فلابد من الصنع كذا فى
شروح الجامع الصغير
وغيرها وقال الامام الاسبيجابى
فى شرح الطحاوى والاصل
أن مال المضاربة اذا كان
من جنس واحد كالكيلى
والوزنى والعروض والحيوان
التى تجرى القسمة فيها اذا كانت جماعة وفيها فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيها نصيب نحو أن يصير كله حنطة أو كله لان
دراهم أو دنانير أو عروضا أو حيوانا من جنس واحد سوى الرقيق أو ثيابا من جنس واحد حتى ان الزكاة تجب عليه اذا كان نصيبه
منه يبلغ نصابا كاملا ولو صار مال المضاربة من أجناس مختلفة فكل جنس منها مشغول برأس ماله حتى انه لا يجب عليه شئ من الزكاة
ويجب على رب المال زكاة ثلاثة أرباعها لانه يحصل له فى الحاصل هذا القدر لان رأس المال كان ألفا فاشترى ما يساوى ألفين ولو صار
مال المضاربة رقيقا فانه ينظر ان كان واحدا وفيه فضل على رأس المال يظهر للمضارب فيه نصيب وهو نصف الفضل ولو كانوا جماعة قيمة
كل واحد منهم رأس المال فلا يظهر للمضارب فيه نصيب ويكون كل واحد منهم مشغولا برأس المال فيكون كالاجناس المختلفة لانها
لا تقسم قيل هذا على قول أبى حنيفة وعلى قولهما يقسم الرقيق فيظهر للمضارب نصيب من كل عبد قدر ربعه وهكذا ذكر الفقيه أبو الليث
ولا كذلك سائر الحيوانات اذا كانت من جنس واحد وان كانت جماعة فانه ينظر الى قيمة الكل فان كان فى قيمة الكل فضل على رأس المال

كان للمضارب نصف الفضل كذا فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله ولهذا لو ورث أم ولده الخ) بأن استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره وراثة يضمن نصيب شريكه اهـ (قوله ويضمن أيضا نصف عقرها) تقدم أنه يحمل على الاستيلاد بالنكاح فكيف يجب العقر اهـ من خط قارئ الهداية

﴿باب المضارب يضارب﴾

لما ذكر حكم دفع المال مضاربة من رب المال الى غيره ذكر حكم دفع المضارب (٦٣) الى غيره مضاربة لان الاولى مضاربة مفردة

لان الاستيلاد اذا صادف محلا يحتمل النقل لا يتجزأ بالاجماع ويجب نصف قيمتها لرب المال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف باليسار والاعسار ولا يتوقف على التعدى لانه ضمان تملك ولهذا لو ورث أم ولده مع غيره يتملكها كلها ويجب عليه أن يضمن حصة غيره من قيمتها موسرا كان أو معسرا بخلاف ضمان الاعتاق فانه ضمان افساد لا تملك وهو متولد من تصرفه فى ملكه فلا يجب عليه بغير تعد ولا على معسر واشتراط اليسار هناك لم أنه لا يجب على أحد وانما شرط قبض رب المال الالف من الغلام حتى تصير الجارية أم ولد للمضارب لانها مشغولة برأس المال فاذا قبضه من الغلام فرغت عن رأس المال وصارت كلها ربحا فظهر فيها ملك المضارب فصارت أم ولد له لما ذكرنا فان قيل لم لا يجعل المقبوض من الولد من الربح وهو ممكن بأن يجعل الولد كله ربحا وهى مشغولة برأس المال على حالها قلنا المقبوض من جنس رأس ماله فكان هو أولى بجعله من رأس ماله ولان رأس المال مقدم على الربح اذ لا يسلم لهما شئ من الربح الا بعد سلامة رأس المال لرب المال فكان جعله به أولى بعد وصوله الى يده ولو لم تزد قيمة الولد على ألف وزادت قيمة الام حتى صارت ألفا وخمسمائة صارت الجارية أم ولد للمضارب ويضمن لرب المال ألف درهم ومائتين وخمسين درهما لانها لما زادت قيمتها ظهر فيها الربح وملك المضارب بعض الربح فنفذت دعوته فيها ويجب عليه لرب المال رأس ماله وهو ألف ويجب عليه أيضا نصيبه من الربح وهو مائتان وخمسون فاذا وصل الى يده ألف استوفى رأس المال وصار الولد كله ربحا فملك المضارب منه نصفه فيعتق عليه وما لم يصل الى رب المال الالف فالولد رقيق على نحو ما ذكرنا فى الام ثم يأخذ منه مائتين وخمسين على انه نصيبه من الربح ولو زادت قيمتهما عتق الولد وصارت الجارية أم ولد له لان الربح ظهر فى كل واحد منهما ويأخذ رأس المال من المضارب لان ما وجب عليه أيسر المالين لانه معجل وهو موسر والسعاية مؤجلة والعبد معسر ويأخذ منه أيضا ما بقى من نصيبه من الربح ويضمن أيضا نصف عقرها لانه لما استوفى رأس المال ظهر أنه ربح لان عقر مال المضاربة يكون للمضاربة ويسعى الغلام فى نصيب رب المال ويسقط عنه نصيب المضارب والله أعلم

﴿باب المضارب يضارب﴾

قال رحمه الله (فان ضارب المضارب بلا اذن لم يضمن ما لم يعمل الثانى) أى اذا دفع المضارب المال مضاربة بغير اذن رب المال لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف الثانى وهذا ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يضمن حتى يربح وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع تصرف أو لم يتصرف وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لانه ليس له أن يدفع المال على وجه المضاربة لان العقد لا يقتضى مثله على ما بيناه فيضمن الاول بالدفع والثانى بالاخذ لان كلا منهما متعد كالمودع اذا أعار الوديعة بغير اذن صاحبه ووجه الظاهر أن الدفع ايداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالتصرف ووجه المروى عن أبى حنيفة رحمه الله أن العقد المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولى بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف

وهذه مركبة والمركب بعد المفرد وجودا وعدما اهـ اتقانى (قوله فى المتن فان ضارب المضارب بلا اذن) أى أو تفويض بان لم يقل له رب المال اعمل برأيك لانه اذا قيل له ذلك ملك أن يضارب حينئذ اهـ (قوله لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف) أى ربح أو لم يربح اهـ (قوله وروى الحسن عن أبى حنيفة) هو رواية محمد بن شجاع عن الحسن عن أبى حنيفة اهـ (قوله وهو رواية عن أبى يوسف) والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثانى فى ظاهر الرواية عن علمائنا الثلاثة واذا عمل الثانى بالمال ان عمل عملا لم يدخل تحت المضاربة بان وهب المضارب الثانى المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثانى دون الاول وان عمل عملا دخل تحت المضاربة بان اشترى بالمال شيئا فان ربح فعليهما الضمان وان لم يربح فلا ضمان على واحد منهما فى ظاهر الرواية اهـ اتقانى (قوله ووجه الظاهر)

قال الاتقانى ووجه قولهما وهو ظاهر الرواية عن أبى حنيفة أن مجرد الدفع لا يتعلق به ضمان ألا ترى أن المضارب له أن يودع ويبضع فلم يضمن بمجرد الدفع لعدم تحقق المخالفة بخلاف ما اذا تصرف الثانى حيث يجب الضمان لانه حصل العمل فى المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان فجعل الامر مراعى أى موقوفا قبل العمل حتى اذا عمل الثانى وجب الضمان والا فلا اهـ (قوله ولا بالتسليم) يعنى لا يجب الضمان على المضارب بالتسليم الى المضارب الثانى اهـ

(قوله بغير اذنه) يعنى اذا دفع المال مضاربة وعمل الثانى ثبت الضمان مستندا الى وقت الدفع اه ولا مخالفة حينئذ بين هذا وبين ما تقدم من قوله لم يضمن بالدفع ما لم يتصرف اه (قوله لانه باداء الضمان الخ) قال الاتقانى لانه لما ضمن ملك بالضمان اه (قوله يرجع بما ضمن على الاول) أى لانه غرّه بالعقد فصار كمودع المودع اه اتقانى (قوله اذ هو مغدور) بالدال المهملة من الغدر كذا السماع اه غاية والذى بخط الشارح وهو الزيلعى مغرور بالراء اه (قوله كمودع الغاصب) يعنى أن مودع الغاصب اذا ضمن يرجع على الغاصب بما ضمن اه اتقانى (قوله لانه لما كان قرار الضمان عليه) (٦٤) أى المضارب الاول اه (قوله ولا يطيب للاول) أى فى قياس

لانه ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه وكيل فيه على ما بينا من قبل وهو له أن يوكل وهذا لانه انما يصير ضامنا بالمخالفة وبهذه الاشياء لا يصير مخالفا ألا ترى أن له أن يفعل كل واحد منها على الانفراد فلا يكون ضامنا به لكن اذا ربح أثبت الشركة فيه واثبات الشركة فى مال الغير سبب للضمان كما اذا خلطه بمال غيره ثم رب المال بالخيار ان شاء ضمن الاول رأس ماله لانه صار غاصبا بالدفع الى غيره بغير اذنه وان شاء ضمن الثانى لانه قبض مال الغير بغير اذن صاحبه وهذا ظاهر على أصلهما لانهما يوجبان الضمان على مودع المودع وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فقد قيل ينبغى أن لا يضمن الثانى كمودع المودع وقيل يضمن الثانى عنده أيضا لانه قبضه لنفع نفسه بخلاف مودع المودع فانه يقبضه لمنفعة صاحب المال فان ضمن الاول صحت المضاربة بين الاول والثانى والربح بينهما على ما شرطا لانه بأداء الضمان ملكه من وقت خالف فصار كما لو دفع مال نفسه مضاربة الى الثانى وان ضمن الثانى يرجع بما ضمن على الاول لانه التزم له سلامة المقبوض له عن الضمان فاذا لم يسلم له رجع عليه بالمخالفة اذ هو مغرور من جهته كمودع الغاصب وصحت المضاربة بينهما لانه لما كان قرار الضمان عليه ملك المدفوع مستندا الى وقت التعدى فتبين أنه دفع مضاربة ملك نفسه ويكون الربح بينهما على ما شرطا لصحة المضاربة ويطيب للثانى ما ربح لانه يستحقه بالعمل ولا خبث فى عمله ولا يطيب للاول لانه يستحقه برأس المال وملكه فيه ثبت مستندا فلا يخلو عن شبهة فيكون سبيله التصدق هذا اذا كانت المضاربتان صحيحتين وأما اذا كانت احداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما لانه ان كانت الثانية هى الفاسدة صار أجيرا على ما بينا وللاول أن يستأجر من يعمل فى المال وان كانت هى الاولى فكذلك لان فسادها يوجب فساد الثانية لان الاولى لما فسدت صارت اجارة وصار الربح كله لرب المال ولو صحت الثانية فى هذه الحالة لصار الثانى شريكا وليس للاجير أن يشرك غيره بل المضارب لا يملك ذلك فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين وكذا اذا كانتا فاسدتين فاذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما ولا يقال الاجير ليس له أن يستأجر للعمل فكيف جاز هنا للمضارب الاول أن يستأجر بعدما فسدت الاولى وهو أجير فيها لانا نقول الفاسد من العقود معتبر بالصحيح منها فلما كان له أن يستأجر فى المضاربة الصحيحة كان له أن يستأجر فى الفاسدة أيضا قال رحمه الله (فان دفع باذن بالثلث وقيل له ما رزق الله بيننا نصفان فللمالك النصف وللاول السدس وللثانى الثلث) أى دفع المضارب الاول الى المضارب الثانى بالثلث وكان رب المال قال للاول على أن ما رزق الله بيننا نصفان وربح الثانى فلرب المال النصف وللمضارب الاول السدس وللمضارب الثانى الثلث لان الدفع الى الثانى صحيح لانه بأمر المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى وقد جعل الاول للثانى ثلثه فينصرف ذلك الى نصيبه لانه لا يقدر أن ينقص من نصيب رب المال شيأ فبقى له السدس ويطيب ذلك لكلهم لان رب المال يستحقه بالمال لانه نماء ملكه والمضارب الاول والثانى يستحقانه بالعمل لان عمل الثانى وقع عنهما فصار نظير من استأجر خياطا ليخيط له ثوبا بدرهم واستأجر هو

قول أبى حنيفة اه وكتب ما نصه قال فى شرح الكافى ولو كان المضارب الثانى لم يعمل بالمال حتى ضاع فى يده فلا ضمان على واحد من المضاربين لان الضمان لا يجب بمجرد الدفع اذ هو حفظ وصيانة وله أن يأمر غيره بالحفظ وانما يجب بالتصرف وقد انعدم التصرف ههنا ولو استهلك المضارب الثانى المال كان الضمان عليه خاصة لانه غير مستند الى أمره فانقطعت اضافته عنه اه اتقانى (قوله فلا يخلو عن شبهة) أى لان الثابت بالاستناد ثابت من وجه دون وجه فلا يثبت الملك من كل وجه فيتمكن الخبث فى الربح ولا يطيب اه اتقانى (قوله هذا) أى ما تقدم من ضمان الاول أو الثانى محله ما اذا كانت المضاربتان الخ اه (قوله وان كانت هى الاولى) أى فقط وكانت الثانية جائزة اه (قوله وكانا أجيرين) وللمضارب الاول أجر مثله لان عمل الثانى وقع له فكأنه عمل بنفسه وللثانى على الاول مثل ما شرط له من الربح لانه عمل بمضاربة صحيحة فاستحق ما سمى له اه اتقانى (قوله وكذا اذا كانتا فاسدتين) قال الاتقانى وهذه الفصول الاربعة جوابها فى الاصل اه غيره وقوله الفصول الاربعة وهى أن تكون المضاربتان جائزتين أو فاسدتين أو الاولى جائزة والثانية فاسدة أو عكسه اه (قوله لا يضمن واحد منهما) أى لان المضارب الاول أجير فى المال والثانى أجير الاول فصار كمن استأجر رجلا يعمل فى ماله فاستأجر الاجير رجلا اه غاية (قوله فينصرف ذلك الى نصيبه) أى الى نصيب المضارب الاول اه

غيره ليخيط له ذلك الثوب بنصف درهم وزادقيمة الثوب طاب لهم جميعا لما قلنا فهذه لا شبهة فيها وهي تجارة حسنة حيث يستحق الاول سدس الربح وهو قاعد قال رحمه الله (ولو قيل مارزقك الله بيننا نصفان) أى قال رب المال للاول ذلك والمسئلة بحالها (فللثاني ثلثه والباقي بين الاول والمالك نصفان) لان رب المال هنا شرط أن يكون مارزق الله المضارب الاول بينهما نصفين والمرزوق للاول هو الثلثان لان الثلث استحقه الثاني بشرط الاول وهو مأذون له فيه فلم يكن من رزق الاول الا الثلثان فيكون ذلك بينهما نصفين ويطيب لهم بلا شبهة أيضا لما ذكرنا وهذا أحسن في حق الاول قال رحمه الله (ولو قال له ماربحت بيننا نصفان ودفع بالنصف فللثاني النصف واستويا فيما بقي) أى قال رب المال للمضارب الاول أى شئ ربحت فهو بيننا نصفان ثم دفع الاول للثاني بالنصف فللثاني نصف الربح لان الاول شرط له ذلك وشرطه صحيح لانه باذن المالك والباقي وهو النصف استوى فيه رب المال والمضارب الاول فيكون بينهما نصفين لان رب المال لم يشترط لنفسه هنا الا نصف ماربحه الاول ولم يربح هو الا النصف والنصف الآخر صار للثاني بشرطه فلم يكن من ربح الاول وهذه مثل المسئلة الثانية غير ان المشروط فيها للثاني الثلث فيبقى لهما الثلثان وفي هذه النصف فيبقى لهما النصف قال رحمه الله (ولو قيل له مارزق الله فلي نصفه أو ما كان من فضل فبيننا نصفان فدفع بالنصف فللمالك النصف وللثاني النصف ولا شئ للاول) لان قول رب المال مارزق الله أو ما كان من فضل ينصرف الى جميع الربح فيكون له النصف من الجميع وقد شرط المضارب الاول للثاني نصف جميع الربح فيكون له أيضا النصف فلم يبق للاول شئ من الربح فيخرج بغير شئ كمن استأجر رجلا ليخيط له ثوبا بدرهم فاستأجر الاجير غيره ليخيط ذلك الثوب بدرهم بخلاف ما اذا قال ماربحت بيننا نصفان أو مارزقك الله حيث يكون لرب المال فيها نصف ما بقي من الثاني وهي المسئلة المتقدمة على ما بينا والاصل فيه أن رب المال متى ماشرط لنفسه نصف الربح أو ثلثه من مطلق الربح فله ماشرط من جميع الربح وان شرط لنفسه نصف ماربحه المضارب الاول أو ثلثه فله ماشرط مما فضل من نصيب الثاني فلا يمكن أن يخرج الاول في هذه بغير شئ وفي الاولى يمكن على ما رأيت ويمكن أن يضمن للثاني أيضا على ما نبين قال رحمه الله (ولو شرط للثاني ثلثيه والمسئلة بحالها ضمن الاول للثاني سدسا) أى سدس الربح من ماله لان رب المال شرط لنفسه النصف من مطلق الربح فله ذلك واستحق المضارب الثاني ثلثي الربح بشرط الاول لان شرطه صحيح لكونه معلوما لكن لا ينفذ في حق رب المال اذ لا يقدر أن يغير شرطه فيغرم له قدر السدس لانه ضمن له سلامة الثلثين بالعقد ولانه غره في ضمن عقد المضاربة وهو أيضا سبب للرجوع كمن استأجر رجلا لخياطة ثوب بدرهم فدفعه الاجير الى من يخيطه بدرهم ونصف قال رحمه الله (وان شرط للمالك ثلثه ولعبده ثلثه على أن يعمل معه ولنفسه ثلثه صح) أى اذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل العبد مع المضارب ولنفسه ثلث الربح جاز لان اشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح واشتراط عمل العبد غير مفسد لانه من أهل أن يضارب في مال مولاه والعبد يد معتبرة ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذ ما أودعه العبد وان كان محجورا عليه لاسيما هنا لانه يكون العبد مأذونا له باشتراط العمل عليه فلا تكون يد مولاه ثابتة فيه بعد التسليم اليه فصحت المضاربة لزوال يد المولى عن المال بخلاف ما اذا شرط عمل رب المال لان يده يمنع تسليم المال الى المضارب فلا يجوز ثم ان لم يكن على العبد دين فهو للمولى سواء شرط فيها عمل العبد أو لم يشرط وان كان عليه دين فهو لغرمائه ان شرط عمله وان لم يشترط عمله فهو للمولى وهذا ظاهر لانه باشتراط عمله صار مضاربا في مال مولاه فيكون كسبه له فيأخذه غرماؤه والا فهو للمولى وان لم يشترط عمله فهو أجنبي عن العقد فكان المشروط كالمسكوت عنه فيكون له لانه نماء ملكه اذ لا يشترط بيان نصيبه وانما يشترط بيان نصيب المضارب لكونه كالاجير وكذلك اذا شرط الثلث لعبد المضارب يصح سواء شرط عليه العمل

(قوله وزادقيمة الثوب) هذه الجملة لم يذكرها الكاكي وذكرها قبلها اه وكتب على قوله (٦٥) وزادقيمة الثوب ما نصه علمك بالتأمل في معناه اه (قوله في المتن ولا شئ للاول) أى لانه جعل ماله لغيره فلا يبقى له شئ اه اتقاني (قوله ولانه غره في ضمن عقد المضاربة) وانما قيد الغرور بضمن العقد قال الاتقاني لان الغرور اذا لم يكن في ضمن العقد لا يجب الضمان كما اذا قال لآخر هذا الطريق آمن فاسلكها فسلكها فاقتطع عليه الطريق لا يجب الضمان اه (قوله في المتن ولعبده) أى لعبد رب المال والتقييد بعبد رب المال لا للشرط لان حكم عبد المضارب كذلك وكذا لو شرط لاجنبي (قوله اذا شرط المضارب لرب المال الخ) وأما اذا شرط الثلث لابن المضارب أو لزوجته فالمضاربة جائزة وما شرط لابن المضارب فهو لرب المال لان ابن المضارب لا يجوز أن يستحق من غير مال ولا عمل اه فصار المشروط مسكوتا عنه وما سكت عنه من الربح فهو لرب المال اه اتقاني (قوله فكأنه شرط للمولى ثلثي الربح) وعلى هذا قالوا لو شرط ثلث الربح لقضاء دين المضارب أو لقضاء دين رب المال لان المشروط في قضاء دين أحدهما مشروط له اه اتقاني (قوله والا فهو للمولى) أى لانه لا يجوز أن يستحق ربحا في المضاربة من غير عمل ولا مال اه (قوله فيكون له) أى لرب المال اه

(قوله فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء) أى فيكون للمضارب الثلثان ولرب المال الثلث اهـ (قوله فبطل) فصار كالمسكوت عنه وما سكت عنه فهو لرب المال كما تقدم اهـ (قوله فى المتن وتبطل بموت أحدهما) لأن المضارب يتصرف فى المال باذن رب المال كالوكيل فاذا مات رب المال بطل الاذن فلم يجز التصرف فى مال الغير بغير اذنه وكذلك اذا مات المضارب تبطل المضاربة لانه بمنزلة الوكيل وموت الوكيل يبطل الوكالة ولا ينتقل ذلك الى ورثته فكذلك هذا قاله الاتقانى رحمه الله ثم قال اعلم أن عقد المضاربة بمنزلة الوكالة الخاصة لكن يفترقان فى مسائل منها ماذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فى باب شراء المضارب وبيعه واذا أراد المضارب أن يرد عبدا قد اشتراه بالعيب فطلب البائع يمين المضارب ما رضى بالعيب ولا عرضه على البيع منذ اشتراه فنكل المضارب عن اليمين بقى العبد على المضاربة لان أقصى ما فى الباب أن يجعل هذا شراء مبتدأ ولو اشتراه ابتداء صح فكذا اذا استرد بالعيب وكذلك لو أقر بالعيب يلزمه العبد على المضاربة بما ذكرنا بخلاف الوكيل لانه لا يملك الشراء فلا يصح اقراره ومنها ما ذكر فى شرح الكافى أيضا فى باب المضارب يدفع المال مضاربة واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف وقال له اعمل فيه برأيك فدفعه المضارب الى رجل مضاربة بالثلث فعمل به فربح فللمضارب الآخر ثلث الربح وللاول سدسه ولرب المال نصفه فان دفع الثانى الى ثالث مضاربة

وقد كان قال الثانى اعمل فيه برأيك له أن يشارك به وأن يخلطه بماله فرق بين هذا وبين الوكيل اذا قال اعمل برأيك كان للوكيل أن يوكل غيره ولو قال الوكيل الأول للثانى اعمل فيه برأيك لم يكن للثانى أن يوكل غيره لان الاول استفاد ولاية التوكيل بالاذن والاذن وجد فى حقه خاصة فلا تثبت هذه الولاية بخلاف المضارب لانه استفاد هذه الولاية بعقد الشركة لانه استفاد ولاية التجارة مطلقا بقوله اعمل فيه برأيك فملك جميع أنواع التجارات وهذا نوع تجارة فملك التفويض الى غيره ومنها أن الوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك فى يده بعد الشراء فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك ما أخذه ثانيا لا يرجع به مرة المضارب أخرى والمضارب يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يصل الثمن الى البائع وهو مذكور فى الهداية قبيل فصل فى الاختلاف من كتاب المضاربة والفرق أن الثمن اذا توى فى يد الوكيل قبل التسليم الى البائع رجع به على الموكل ثم لو توى ثانيا لم يملك الرجوع لان الوكيل يتصرف لنفسه ولهذا كانت العهدة عليه لكن لما أدى الثمن بأمره كان له أن يرجع عليه واذا رجع مرة أخرى فقد قبض ما وجب له على الموكل وبرئت ذمته فلا يرجع ثانيا بخلاف المضارب فانه قابض للمضاربة لا لنفسه لانه عامل للمضاربة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين فى باب المضاربة فى المضاربة ومنها أن المضارب اذا اشترى بمال المضاربة عروضا ثم عزله رب المال عن المضاربة لم يعمل عزله وان علم بعزله وسيجىء ذلك فى المتن بعد خطوط وذلك لانه لا يملك حجره فى هذه الحالة لتعلق حق المضاربة به وهو حق البيع ليربح عليه بخلاف الوكيل لانه ينعزل اذا علم لانه لم يتعلق حقه به ومنها (١)

أو لم يشترط ان لم يكن عليه دين لأن ما شرطه له للمولى فيكون كأنه شرط للمولى من الابتداء وان كان عليه دين ان شرط عمله جاز وكان المشروط لغرمائه وان لم يشترط عمله لا يجوز ويكون ما شرطه له لرب المال عند أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسب عبده المديون عنده فلا يكون المشروط للعبد مشروطا للمولى فتعذر تصحيحه له وكذا لا يمكن جعله للعبد من غير عمل فبطل بخلاف ما اذا شرط لعبد رب المال بلا عمل فان العبد ان لم يستحقه يبقى فى ملك رب المال فيكون له لانه نماء ملكه وعندهما المولى يملك كسب عبده المدين فاشتراطه للعبد يكون اشتراطا للمولى فيصح هذا اذا كان العاقد هو المولى ولو عقد العبد المأذون له عقد المضاربة مع أجنبى وشرط العمل على مولاه لا يصح ان لم يكن عليه دين لانه اشتراط العمل على المالك بخلاف العكس وان كان على العبد دين صح عند أبى حنيفة رحمه الله لان المولى لا يملك كسب عبده المديون فصار من أهل أن يعمل فى مال المضاربة وعندهما يملك كسب عبده المدين فلا يجوز ولو شرط بعض الربح لمكاتب رب المال أو المضارب ان شرط عمله جاز عمله وكان المشروط له لانه صار مضاربا باشتراطه العمل عليه وهو من أهل أن يضارب فى مال مولاه لانه كالاجنبى عنه وان لم يشترط عمله لا يجوز لان هذا ليس بمضاربة وانما المشروط هبة موعودة فلا يلزم وعلى هذا غيره من الاجانب ان شرط له بعض الربح وشرط عليه عمله صح والا فلا ويعلم بما ذكرنا أن اشتراط عمل العبد مع المضارب فى المختصر وقع اتفاقا أو اعلاما أن يده ليست يد المولى حتى لا تمنع صحة المضاربة بخلاف اشتراطه على المولى قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لان المضاربة وكالة وهى تبطل به ولا تورث وقد عرف فى موضعه قال رحمه الله (وبلحوق المالك مرتدا) يعنى تبطل المضاربة بلحوق رب المال بدار الحرب مرتدا لان اللحوق بمنزلة الموت ولهذا يورث ماله وتعتق أمهات أولاده ومدبروه وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبى حنيفة رحمه الله على النفاذ بالاسلام أو البطلان بالموت أو القتل لانه يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه ولو كان

---

(١) قول المحشى ومنها هكذا فى الاصل وكتب الناسخ بعده لم يكتب المحشى كما جرت بذلك عادته اهـ مصححه

المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها عندهم لان تصرفاته انما توقفت لمكان توقفه فى ملكه ولا ملك له هنا فى مال المضاربة وله عبارة صحيحة فلا تتوقف فى ملك رب المال فبقيت المضاربة على حالها قال رحمه الله (وينعزل بعزله ان علم) أى ينعزل المضارب بعزل رب المال اياه بشرط أن يعلم العزل لانه وكيل من جهته فيشترط فيه العلم بعزله على ما بيناه فى الوكالة قال رحمه الله (وان علم والمال عروض باعها) أى علم المضارب بالعزل ومال المضاربة عروض باع العروض ولا ينعزل من ذلك لان له حقا فى الربح ولا يظهر الا بالنض فثبت له حق البيع ليظهر ذلك قال رحمه الله (ثم لا يتصرف فى ثمنها) لان البيع بعد العزل كان للضرورة حتى يظهر الربح ان كان فيه ولا حاجة اليه بعد النض فصار كما اذا عزله بعد ما نض وصار من جنس رأس المال ولو عزله والمال نقود لكن من خلاف جنس رأس المال ليس له أن يبيعه بجنس رأس المال قياسا لان النقدين جنس واحد من حيث الثمنية وفى الاستحسان له أن يبيعه بجنس رأس المال لان الواجب على المضارب أن يرد مثل رأس المال وانما يتحقق ذلك برد جنسه فكان له أن يبيعه ضرورة وموته وارتداده مع اللحوق وجنونه مطبقا والمال عروض كعزله والمال عروض حتى لا تمنعه موت رب المال من بيعه كما لا تمنعه عزله منه لان جواز بيعه له بعد العزل لاجل حق المضارب لاحتمال أن يكون فيه ربح فيظهر وذلك لا يختلف بين أن يكون العزل حكميا أو قصديا لان حقه ثابت فيه على كل حال بخلاف ما اذا لم يكن له فيه حق بأن نض كله أو كان وكيلا لا مضاربا حيث يختلف فيه بين العزل القصدى والحكمى حتى لا ينعزل فى القصدى الا اذا علم وفى الحكمى ينعزل علم أو لم يعلم على ما بيناه من الفرق بينهما فى الوكالة وهنا لا فرق بينهما لان المانع هو ثبوت حقه وهو ثابت فيه على كل حال والدليل على أنهما يستويان فيه أن العلم بالعزل لا تأثير له هنا فكذا كونه حكميا لان القصدى بعد العلم يساوى الحكمى مطلقا قال رحمه الله (ولو افترقا وفى المال ديون وربح أجبر على اقتضاء الديون) لانه كالاجير والربح كالاجرة له وقد سلم له ذلك فيجبر على اتمام عمله كما فى الاجارة المحضة قال رحمه الله (والا لا يلزمه الاقتضاء) أى ان لم يكن فى المال ربح لا يلزمه الاقتضاء لانه وكيل محض وهو متبرع ولا جبر على المتبرع على انهاء ما تبرع به ولهذا لا يجبر الواهب على التسليم ولا يقال الرد واجب عليه وذلك انما يكون بالتسليم كما أخذه لانا نقول الواجب عليه رفع الموانع وذلك بالتخلية لا بالتسليم حقيقة قال رحمه الله (ويوكل المالك عليه) أى يوكل المضارب المالك وهو رب المال على الاقتضاء لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد ورب المال ليس بعاقد فلا يتمكن من المطالبة الا بتوكيله فيؤمر بالتوكيل كيلا يضيع حقه وعلى هذا كل وكيل بالبيع وكل مستبضع اذا امتنع من التقاضى لا يجبر على التقاضى ولكن يجبر على أن يحيل صاحب المال كيلا يضيع حقه قال رحمه الله (والسمسار يجبر على التقاضى) لانه يبيع ويشترى للناس عادة بأجرة فجعل ذلك بمنزلة الاجارة الصحيحة بحكم العادة فيجب عليه التقاضى والاستيفاء لانه وصل اليه بدل عمله فصار كالمضارب اذا كان فى المال ربح والسمسار بكسر الاول المتوسط بين البائع والمشترى فارسية معربة والجمع السماسرة يبيع ويشترى للناس بأجرة من غير أن يستأجر ولو استؤجر بأجرة معلومة على أن يشترى أو يبيع شيأ معلوما لا تجوز الاجارة لانه استؤجر على عمل لا يقدر على اقامته بنفسه فان الشراء والبيع لا يتم الا بمساعدة غيره وهو البائع والمشترى فلا يقدر على تسليمه والحيلة فى جوازه أن يستأجره يوما للخدمة فيستعمله فى البيع والشراء الى آخر المدة لان العقد يتناول المنفعة وهى معلومة ببيان قدر المدة وهو قادر على تسليمها بتسليم نفسه فى المدة ولو عمل من غير شرط وأعطاه شيأ لا بأس به لانه عمل معه حسنة فجازاه خيرا وبذلك جرت العادة وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله تعالى حسن قال رحمه الله (وما هلك من مال المضاربة فمن الربح) لانه تابع ورأس المال أصل لتصور وجوده بدون الربح لا العكس فوجب صرف الهالك الى التبع لاستحالة بقائه بدون الاصل كما يصرف الهالك

(قوله فالمضاربة على حالها عندهم) قال فى المجمع وتبطل بموت رب المال وبردته ولحاقه وبموت المضارب دون ردته اه (قوله لان تصرفاته) أى تصرفات المرتد اه (قوله ولا يظهر الا بالنض) فى المغرب نضيض الماء خروجه من الحجر أو نحوه وسيلانه قليلا قليلا من حد ضرب ومنه خذ ما نض لك من دينك أى ما تيسر وحصل وفى الحديث يقتسمان ما نض بينهما من العين أى صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا والناض عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير اه كاكى وقوله عند أهل الحجاز الدراهم والدنانير منه ما ذكره فى الفائق فى حديث عمر رضى الله عنه كان يأخذ الزكاة من ناض المال هو ما نض منه أى صار ورقا وعينا بعد ان كان متاعا اه اتقانى (قوله لكن من خلاف جنس رأس المال) أى بأن يكون رأس المال دراهم والناض دنانير أو على العكس اه اتقانى (قوله فى المتن ولو افترقا) المراد من افتراق رب المال والمضارب فسخهما عقد المضاربة اه اتقانى (قوله فى المتن والا لا يلزمه الاقتضاء) وقال الشافعى يلزمه الاقتضاء وان لم يكن فى المال ربح كذا فى شرح الاقطع اه اتقانى (قوله لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد) أى ولو ضمن العاقد لرب المال هذا الدين عن الذى عليه الدين لم يجز ضمانه لان العقد جعله أمينا فلا يملك أن يجعل نفسه ضمينا فيما جعله العقد أمينا اه غاية

(قوله الى العفو فى الزكاة) اى عند أبى حنيفة وأبى يوسف اه اتقانى (قوله اذ لا يتصور بقاء التبع الخ) قال فى قسم المبسوط من الشامل ولو ربح ألفين فأخذ رب المال رأس ماله ألفا وأخذ المضارب من الالفين حصته ألفا ولم يأخذ رب المال حصته حتى هلك ردّ المضارب نصف ما أخذ من الربح لان رب المال مالم يأخذ فهو على المضاربة وصار كأنه لم يكن الربح الا فى يد المضارب وان كان ما أخذه المضارب هلك بهلك من ماله لانه صار مستوفيا حقه فخرجت من المضاربة والاصل أن ما يستوفيه المضارب لنفسه صار فى ضمانه والذى لم يستوف رب المال باق على حكم المضاربة اه اتقانى (قوله فصل اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع) هذه الانواع الثلاثة قد تقدّمت عند قوله فى المتن ويبيع بنقد ونسيئة نقلا عن الاتقانى فراجعها اه (قوله وهو ماهو معتاد بين التجار) قال فى الهداية لان له الامر العام المعروف بين الناس قال الاتقانى أى المضارب له (٦٨) ولاية الامر الشائع المشهور فى عرف الناس يعنى به ماهو من صنيع التجار والدليل على أن له هذه الولاية أنه يشترى دابة للركوب والحمل ولا يشترى سفينة للركوب ويشترى سفينة للحمل اعتبارا لصنيع التجار قال فى قسم المبسوط من الشامل دفع مضاربة على أن يشترى الطعام خاصة له أن يستأجر لنفسه أو يشترى دابة للركوب والحمولة لانه مما يفعله التجار ولا يشترى سفينة يحمل فيها الطعام لانه ليس من عادة التجار لاجرم فى بلد عادتهم ذلك يجوز ولو كانت المضاربة عامة جاز شراء السفينة أيضا لانه وقعت عامة كذا فى الشامل اه وكتب مانصه قال الاتقانى رحمه الله والحاصل أن المضارب علك على رب المال ماهو تجارة من كل وجه أو ماهو من صنيع التجار بأن لم يكن للتجار منه بدّ أما ماليس بتجارة من كل وجه أو هو تجارة من وجه دون وجه وليس ذلك من صنيع التجار لا عملك المضارب على رب المال ومن هذا قلنا ان المضارب لا عملك تزويج غلام وتأخير المضاربة لانه ليس بتجارة اه وكتب أيضا مانصه قال فى الهداية ولو احتال بالثمن على الأيسر أو الاعسر جاز لان الحوالة من عادة التجار بخلاف الوصى يحتال بمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لان تصرفه مقيد بشرط النظر قال الاتقانى يعنى لو قبل المضارب الحوالة من المشترى بالثمن على غير المشترى جاز وان كان المحتال عليه أعسر من المشترى لان ذلك من صنيع التجار لان له أن يقايل البيع مع الاول ثم يبيع من الاعسر بخلاف الوصى يقبل الحوالة من مشترى مال اليتيم على أعسر منه حيث لا يجوز لان ولايته نظرية وليس فى ذلك نظر اه

الى العفو فى الزكاة قال رحمه الله (فان زاد الهالك على الربح لم يضمن المضارب) لانه أمين فلا يكون ضمينا للتنافى بينهما فى شئ واحد قال رحمه الله (وان قسم الربح وبقيت المضاربة ثم هلك المال أو بعضه ترادّا الربح ليأخذ المالك رأس ماله) أى اذا اقتسما الربح والمضاربة باقية على حالها ولم يفسخاها بأن اقتسما بعض المال وترك بعضه فى يد المضارب على أنه رأس المال والمقتسم ربح ثم هلك المتروك فى يده وهو أمانة ترادّا الربح الذى اقتسماه حتى يستوفى رب المال رأس ماله لان الربح تابع ورأس المال أصل فلا يسلم الربح بدون سلامة الاصل قال رسول الله صلى الله عليه وسلم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يسلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا تسلم له نوافله حتى تسلم له عزائمه أو قال فرائضه فاذا هلك ما فى يده تبين انه ليس برأس مال وأن ما اقتسماه ليس بربح اذ لا يتصور بقاء التبع بدون الاصل فيضمن المضارب ما أخذه على انه ربح لانه أخذه لنفسه حتى يتم به رأس المال بخلاف ما بقى فى يده حيث لا يضمنه لانه لم يأخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب عليه من رأس المال ونظيره عزل الورثة بعض التركة لقضاء دين الميت به ثم اقتسامهم بقية التركة ثم هلاك المعزول فان قسمتهم قد بطلت ووجب عليهم الترادّ لقضاء الدين فان كان فيهم غريم فهو محسوب عليهم من الدين لان الورثة لا يسلم لهم شئ الا بعد قضاء الدين قال رحمه الله (وما فضل فهو بينهما) أى ما فضل من رأس المال بعد الترادّ يكون بينهما لانه ربح لان رب المال لم يبق له حق بعد استيفاء رأس ماله الا فى الربح قال رحمه الله (وان نقص لم يضمن المضارب) لانه أمين فيه قال رحمه الله (وان قسم الربح وفسخت ثم عقدا فهلك المال لم يترادّا الربح الاول) أى لو اقتسما الربح وفسخا المضاربة ثم عقداها ثانيا فهلك المال بعد ذلك لم يترادّا الربح الاول لان المضاربة الاولى قد انتهت بالفسخ وثبوت الثانية بعقد جديد فهلاك المال فى الثانية لا يوجب انتقاض الاولى فصار كما اذا دفع اليه مالا آخر وهذه هى الحيلة فيما اذا خاف المضارب أن يستردّ منه الربح بعد القسمة بسبب هلاك ما بقى فى يده من رأس المال وصورة هذه الحيلة أن يسلم المضارب رأس المال الى رب المال ثم يقتسما الربح ثم يردّ رب المال رأس المال الى المضارب ويقول له اعمل على المضاربة فتكون تلك مضاربة مستقبلة فهلاك المال فيها بعد ذلك لا يوجب ردّ الربح الذى كان فى الاولى وهكذا اذا فعلا ذلك فى كل ما اقتسماه لا يجب عليهما الترادّ عند الهلاك

(فصل) اعلم أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بمطلق عقد المضاربة وهو ماهو معتاد بين التجار كالرهن والارتهان والايجار والاستئجار للركوب أو الحمل والشراء له ولو سفينة اذا احتاج اليها

وتأخير الثمن الى أجل متعارف ولو بعد البيع لانه يملك الاقالة بخلاف الوكيل بالبيع عند أبي يوسف رحمه الله حيث لا يجوز تأجيله الدين بعد البيع لانه لا يملك الاقالة ثم بيعه نسيئة وهنا يملك ونوع لا يملكه بمطلق العقد ويملكه اذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحق به فيلحق به عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة وخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره لان رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا تتوقف التجارة عليه فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه هو طريق في التثمير فمن هذا الوجه موافق له فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعمل برأيك دال عليه ونوع لا يملكه بمطلق العقد ولا بقوله اعمل برأيك الا أن ينص عليه وهو الاستدانة لان فيه شغل ذمته بالدين فلا يدل عليه اللفظ وصورته هو أن يشتري بالدين بعد ما اشترى برأس المال كله نوعا من التجارة فاذا فعل ذلك بأمره كان المشترى بينهما على ما شرطا وربحه تبع لاصله حتى يستحقانه بقدر استحقاقهما الاصل ويبطل شرطهما فيه خلاف ذلك اذ هو شركة وجوه وليس بمضاربة لانه اذا اشترى برأس المال عروضا ثم اشترى شيأ آخر بالدين يكون زائدا على رأس المال فلم تنعقد عليه المضاربة أو اشترى بأكثر من رأس المال ابتداء كان حصة دفع الزيادة شركة لانه لو لم ينص عليه كان ينفذ على المضارب فاذا أذن له نفذ عليهما وأخذ السفاتج مثله لانه استدانة وكذا اعطاؤها لانه اقراض والعتق على مال وغير مال والكتابة والهبة والصدقة كل ذلك ليس من باب التجارة فلا يملكه الا بالنص ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون أو معدود نفذ على المضارب لانه استدانة ولو اشترى بدنانير كان للمضاربة استحسانا لانهما جنس واحد من وجه قال رحمه الله (ولا تفسد المضاربة بدفع المال الى المالك بضاعة) وقال زفر رحمه الله تفسد ولا يستحق المضارب من ربحه شيأ لان رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكيلا فيه لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهذا عامل لنفسه فكيف يصلح وكيلا لغيره فيه بل يكون مستردا لماله لانه يملك عزله واسترداد ماله في أي وقت شاء اذا لم يتعلق به حقه فصار كما اذا لم يسلمه اليه من الابتداء أو كما اذا أخذه بنفسه من غير دفع المضارب اليه وهو ناض وكما اذا دفعه اليه مضاربة والجامع ان كل واحد منهما يمنع التخلية ومن شرطه أن يكون المال مسلما الى المضارب ولان المضاربة اجارة والاجير اذا استعان بالمؤجر وفعله له المؤجر لا يستحق الاجر كالخياط اذا استعان بصاحب الثوب فخاطه لا يستحق الاجر عليه فكذا هذا ولنا أن التسليم قد وجد وصار التصرف بعد ذلك حقا للمضارب فيصلح أن يكون رب المال وكيلا فيه كالاجنبي ولان المضاربة فيها معنى الشركة أرجح حتى جاز من غير توقيت وببعض ما يخرج من العمل ولو عمل ولم يربح شيأ لم يستحق شيأ ولو كان اجارة لاستحق الاجرة بالعمل وانما يستحقه فرعا على عمله كما يستحقه رب المال فرعا

(قوله متعارف) قد ذكرنا فائدة التقييد به عند قوله في المتن فيما سبق ويبيع بنقد ونسيئة اه (قوله ولو بعد البيع) قال في الهداية ولو باع ثم أخر الثمن جاز بالاجماع قال الاتقاني يعني المضارب يملك تأجيل ثمن المبيع بالاتفاق وهذا على أصل أبي حنيفة ومحمد ظاهر لان الوكيل بالبيع يملك ذلك فالمضارب أولى لان ولاية المضارب أعم لانه يصير شريكا في الربح دون الوكيل وأما أبو يوسف يجوز عنده تأجيل المضارب دون الوكيل لان المضارب يملك أن يشتري السلعة ثم يبيعها بنساء فملك التأخير وهذا لانه يملك الاقالة فاذا ملك الاقالة كان له أن يؤجل وكأنه باع بنسيئة ابتداء والوكيل لا يملك الاقالة فلا يملك التأجيل اه (قوله وليس بمضاربة) أي لانها لا تصح الا في مال عين واذا لم تكن مضاربة لم يبق الا أن تكون بينهما شركة وجوه اه اتقاني (قوله ولو كان معه دراهم فاشترى بمكيل أو موزون الخ) قال الاتقاني ومن جملة الاستدانة ما اذا كان رأس المال ألف درهم فاشترى بما يكال أو يوزن أو يعد أو اشترى بثوب موصوف الى أجل لان الشراء بغير الاثمان استدانة على المال ألا ترى أنه ليس في يده من مال المضاربة ما يؤديه فاما اذا كان في يده دراهم فاشترى بدنانير أو كان في يده دنانير فاشترى بدراهم فالقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه اشترى بجنس ليس في يده كما لو اشترى بالعروض وانما استحسنوا فقالوا يجوز لان الدراهم والدنانير قد أجريا عند التجار مجرى الجنس الواحد ألا ترى انهما أثمان وبهما يقضى في النفقات والاروش وقيم المتلفات ولا يتعذر نقل كل واحد منهما الى الآخر فكأنه اشترى بجنس هو في يده وأما الفلوس فالقياس فيها ما ذكرنا والاستحسان أن تكون كالدراهم على قول من جوز المضاربة بعينها لانها ثمن كسائر الاثمان وعلى قول أبي يوسف لا تجوز المضاربة بها كالعروض فلا يجوز الشراء بها اذا لم تكن في يده كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي اه (قوله فكيف يصلح وكيلا الخ) فان قلت كيف يصح اضافة الابضاع الى المضارب وانما يصح ذلك اذا كانت البضاعة للمبضع ولا مال للمضارب قلت ليس بشرط أن تكون البضاعة ملكا للمبضع لان تفسير الابضاع الاستعانة بالغير في التصرف ورب المال يصلح معينا له والاستعانة بالاجنبي جائزة فرب المال أولى لان شفقته في ماله أكثر اه اتقاني (قوله أو كما اذا أخذه بنفسه) قال الاتقاني حتى لو أخذه رب المال بغير رضاه وعمل فيه انتقضت المضاربة اه (قوله وكما اذا دفعه الخ) أي حيث لا يجوز أن يكون مضاربة لان الاولى تفسد والمفهوم منه أنها تفسد وليس كذلك اه قارئ الهداية رحمه الله قال في المجمع أو دفع المال اليه مضاربة حكمنا ببقاء الاولى لا بانفساخها اه

(قوله حيث تكون هذه الاشياء مبطلة الخ) قال الاتقاني بخلاف ما اذا شرط العمل على رب المال ابتداء فانه لا يصح لعدم شرط العقد وهو التخلية لان شرط العمل على رب المال يمنع التخلية اهـ وعلى هذا فيجوز أن يكون (١) (قوله فتخرج بها من أن تكون مضاربة) أما المضاربة الاولى فبما اذا دفع اليه فباقية على حالها فلا يصح الالزام المتقدم اهـ قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقاني وبخلاف ما اذا دفع المضارب الى رب المال مضاربة بالنصف حيث لا تصح المضاربة الثانية لان المضاربة عقد شركة بأن يكون المال من الدافع والعمل من المضارب والربح على الشركة ولا مال هنا للمضارب فلو جاز مع ذلك يلزم قلب الموضوع في التصرف فلم تبطل المضاربة الاولى اهـ (قوله في المتن وركوبه) بفتح الراء ما يركب عليه (٧٠) في المال أي بالمعروف اهـ كى قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولا ينبغي

على المال فاذا كان الاستحقاق بهذا الطريق صلح رب المال معينا للمضارب لانه عامل فكان عمله ثابتا تقديرا وكذا يده فلا يكون بأخذه لا على وجه الفسخ مبطلا لها كالراهن اذا استعار الرهن لا يكون فسخا للرهن بخلاف ما اذا أخذه بنفسه من غير أن يدفع اليه المضارب لانه لا يمكن أن يجعل معينا هنا لعدم الاستعانة به فيقع العمل لنفسه ضرورة أنه عامل لذلك والاسترداد اذا كان المال ناضا حتى لو كان عروضا وأخذه من غير دفع المضارب لا يكون استردادا لانه لا يملك عزله في هذه الحالة وبخلاف ما اذا لم يسلمه اليه ابتداء أو أخذه بعد التسليم على وجه المضاربة أو شرط عليه العمل ابتداء حيث تكون هذه الاشياء مبطلة للمضاربة لانها تمنع التخلية أو يكون المال والعمل مستحقا من شخص واحد فتخرج بها من أن تكون مضاربة وبخلاف مسئلة الخياط لانها اجارة محضة فلا يتصور أن يقع عمل صاحب الثوب عن الاجير اذ تسليم المنفعة أو العمل شرط في الاجارة ولا كذلك المضاربة لان فيها معنى الشركة على ما بينا قال رحمه الله (فان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه في مال المضاربة وان عمل في المصر فنفقته في ماله كالدواء) أى اذا سافر المضارب للتجارة في مال المضاربة فمأكله ومشربه وملبسه وركوبه يكون في مال المضاربة وان عمل في مصره ففي ماله كما يكون الدواء في ماله مطلقا لان النفقة تجب بسبب الاحتباس كنفقة القاضي والزوجة وهو اذا سافر صار محبوسا به فتجب مؤنته الراتبة فيه بخلاف الدواء لانه من العوارض وبخلاف الاجير لانه يستحق البدل بيقين فلا يتضرر بالانفاق من ماله والمضارب لا يستحق الا الربح فيمكن أن لا يحصل فيه ربح فلو لم ينفق منه لتضرر بخلاف الوكيل والمستبضع لانهما متبرعان فيه وبخلاف ما اذا كان يعمل في مصره لانه لم يحتبس بمال المضاربة فلا تجب له النفقة فيه وهذا لانه ساكن بالسكن الاصلي ووجوب النفقة على الغير بسبب الاحتباس به فلم يوجد فتكون نفقته في ماله وهو القياس في المضارب المسافر لانه بمنزلة الوكيل أو الاجير أو الشريك وكل واحد منهم لا يستحق النفقة فيما يعمل به فكذا هذا الا أنا تركناه لما ذكرنا من المعنى ولان العادة قد جرت أن المضارب يأكل من مال المضاربة اذا عمل في غير مصره وفي مصره يأكل من ماله والمكان القريب من مصره بمنزلة مصره والفاصل أنه اذا كان في مكان بحيث يمكنه أن يغدو ويروح الى منزله فهو كمصره لان أهل السوق يتجرون في السوق ثم يبيتون في منازلهم وان لم يمكنه أن يبيت في منزله فمؤنته في مال المضاربة لانه صار محبوسا به ومن مؤنته الواجبة فيه غسل ثيابه وأجرة من يخدمه وعلف دابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه كالحجاز وأجرة الحمام والحلاق وقص الشارب كل ذلك من مال المضاربة لان العادة جرت بها ولان نظافة البدن والثياب توجب كثرة من يعامله لان صاحب الوسخ تعده الناس من المفاليس فيجتنبون معاملته فيطلق له من ذلك كله بالمعروف حتى اذا زاد يضمن ولو رجع الى بلده وفي يده شئ من النفقة رده الى مال المضاربة كالحاج

أن يسرف في النفقة وانما ينفق على المعروف عند التجار واذا جاوز ذلك ضمن الفضل اهـ اتقاني وكتب ما نصه فان قيل رضي بنصيبه من الربح فلا يستحق الزيادة عليه من غير شرط قيل له النفقة ليست بمستحقة له لكنها من مؤن المال كأجر الاجير للعمل في المال وأجرة الحمال وقال في شرح الطحاوي ولو خرج الى السفر بماله ومال المضاربة جميعا كانت النفقة على قدر المالين بالحصص اهـ اتقاني (قوله فتجب مؤنته الراتبة) أى الثابتة اهـ اتقاني (قوله بخلاف الوكيل والمستبضع) قال الاتقاني لا تجب النفقة للمستبضع في مال البضاعة لانه متطوع فيها الا أن يكون أذن له فيها اهـ (قوله لانه لم يحتبس بمال المضاربة) وبخلاف المضاربة الفاسدة اذا سافر لانه أجير فلا يستحق النفقة اهـ كى وقوله فلا يستحق النفقة أى من مال المضاربة اهـ (قوله لانه ساكن بالسكن) أى لا لاجل المال اهـ (قوله والدهن في موضع يحتاج اليه) قال الاتقاني عن اعلم أن الدهن في مال المضارب في قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد الدهن في مال المضاربة وجه قولهما أن الدهن ليس بمعتاد ولا تدعو اليه الضرورة فصار كأجرة الطبيب وجه قول محمد أن الدهن يستعمل لمنفعة في البدن وغيره غير نادر كالطعام والشراب كذا ذكر القدوري في شرحه وقال أبو الحسن الكرخي وليس في الخضاب رواية عن أبي يوسف ومحمد والظاهر أنه كالحجامة وروى عن أبي يوسف أنه سئل عن اللحم فقال كما كان يأكل اهـ (قوله ولو رجع الى بلده وفي يده شئ) أى شئ من ثياب أو طعام أو غيره رده لان جواز الانتفاع لدفع الحاجة

(١) قول المحشي فيجوز أن يكون هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى وكتب الناسخ لم يكتب المحشي غير ذا اهـ مصححه

في زمان تفريغ نفسه لعمل المضاربة ولم يبق على تلك الحال فيؤمر بالرد الى مال المضاربة اه اتقاني (قوله استرده الزوج) هكذا هو في النهاية والدراية نقلا عن المبسوط فاعلم اه (قوله فصار كالنفقة) قال الاتقاني وأما الدواء والحجامة ونحو ذلك فليس له ذلك لان النفقة للطعام والكسوة ألا ترى أن القاضي يقضي بنفقة الزوجة بالطعام والكسوة ولا يقضي بالدواء والحجامة كذلك ههنا الا أن يكون في موضع جرت العادة فيه بذلك وذكر عن الحسن بن زياد أنه كان يقول يجوز له أن ينفق في الحجامة وحلق الشعر ونحو ذلك قال الفقيه ومعنى هذا اذا كان في موضع جرت العادة فيه بذلك اه (قوله في المتن وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها متاعا وقد كان صاحب المال قال له اعمل فيه برأيك فلما اشترى المتاع حمله بمائة من عنده أو قصره بمائة من عنده قال فهو متطوع فيما صنع وليس له من المائة شيء في رأس المال وان كان صبغ الثياب حمرا كان شريكا بما زاد الصبغ في الثياب ولا يضمن الثياب الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير والاصل هنا ما ذكرنا في أول كتاب المضاربة أن تصرفات المضارب ثلاثة أقسام قسم منها لا يملكه المضارب الا أن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة فاذا عرفت ذلك قلنا اذا حملها بمائة من عنده فقد استدان على المضاربة بعد استغراق رأس المال فلا ينفذ على رب المال فيكون متبرعا وكذا اذا قصرها بمائة من عنده ولا يصير شريكا في المال لان القصارة ليست بعين مال (٧١) قائم في الثوب وأما اذا صبغها لم يملك ذلك على المضاربة لما قلنا لكن لا يضيع ماله ألا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فههنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك ههنا يصير شريكا بقدر ماله حتى لو بيع الثوب يأخذ المضارب من الثمن ما زاد الصبغ فيه وما بقي يكون على المضاربة ولا يكون المضارب ضامنا للثياب لان رب المال قال له اعمل فيه برأيك فثبت له ولاية الخلطة والشركة ولولا ذلك كان لرب المال أن يضمنه أما الاستدانة فلا تستفاد ولايتها الا بالتصريح ولم يوجد كذا قال قاضيخان وغيره في شروح الجامع الصغير قال فخر الاسلام وخص الحمرة لان السواد نقصان عند أبي حنيفة وأما سائر الالوان فمثل الحمرة يعني اذا صبغ الثياب سودا كان كالقصارة سواء عند أبي حنيفة لان السواد عنده نقصان وعندهما زيادة وهذا الاختلاف لاختلاف الزمان ولا يضمن النقصان الذي دخل في الثياب بفعله لانه مأذون فيه بعقد المضاربة ألا ترى أنه لو كان في يده فصبغ الثياب سودا فنقصها ذلك لم يضمن فكذا اذا صبغها بمال نفسه كذا ذكر القدوري في شرح مختصر الكرخي وقال في تجريد المحيط وان صبغها المضارب بعصفر أو زعفران أو صبغ آخر يزيد في الثوب فان كان رب المال قال له في المضاربة اعمل برأيك فالمضارب لا يضمن وان لم يقل له ذلك ضمن واذا لم يقل له رب المال اعمل فيه برأيك كان رب الثوب بالخيار فان شاء ضمن المضارب قيمة ثوبه أبيض يوم صبغه وان شاء أخذ الثياب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم اتصل بثوبه كما في الغاصب وهذا اذا لم يكن في مال المضاربة فضل فأما اذا كان في مال المضاربة فضل فبقدر ما كان حصة المضارب من الثياب لا يضمنه فان لم يفعل رب المال شيأ من ذلك حتى باع المضارب الثياب جاز بيعه وبرئ من الضمان ولم يكن لرب المال أن يمنعه من البيع واذا جاز بيعه ينظر بعد ذلك ان باعها

عن الغير اذا بقي شيء في يده يرده على المحجوج عنه أو الورثة وكالغازي اذا خرج من دار الحرب يرد الى الغنيمة ما معه من النفقة وكالامة اذا بوأها المولى منزلا مع الزوج ثم أخرجها للخدمة وقد بقي شيء من النفقة في يدها استرده الزوج وعن الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الدواء أيضا يكون في مال المضاربة لانه لاصلاح بدنه وتمكنه من العمل فصار كالنفقة وجه الظاهر أن النفقة معلوم وقوعها والحاجة الى الدواء من العوارض فكان موهوما فلا يجب كما في حق المرأة وفي النهاية الشريك اذا سافر بمال الشركة فنفقته في ذلك المال روى ذلك عن محمد رحمه الله وذكر في الكافي بعد ما ذكر وجوب النفقة للمضارب في المال فقال بخلاف الشريك لانه لم يجر التعارف أن الشريك العامل ينفق على نفسه من مال الشريك الآخر قال رحمه الله (فان ربح أخذ المالك ما أنفق من رأس المال) أي اذا ربح المضارب أخذ رب المال قدر ما أنفق المضارب من رأس المال حتى يتم به رأس المال فاذا استوفى رأس ماله وفضل شيء اقتسماه لان رأس المال أصل والربح مبني عليه فلا يسلم لهما الفرع حتى يسلم لرب المال الاصل وهذا لان الذي ذهب بالنفقة هالك والهالك يصرف الى الربح على ما بيناه قال رحمه الله (فان باع المتاع مرابحة حسب ما أنفق على المتاع لا على نفسه) يعني اذا باع المضارب المتاع الذي أنفق عليه ضم جميع ما أنفق على المتاع من أجرة الحمل والطراز وأجرة السمسار والصباغ والقصار ونحو ذلك مما ذكرنا في باب المرابحة الى رأس المال بأن يقول قام علي بكذا لان هذه الاشياء تزيد في القيمة وتعارف التجار الحاقها برأس المال في بيع المرابحة فجاز ذلك ولا يضم ما أنفقه على نفسه في سفره وتقلباته في المال الى رأس المال لانهم لم يتعارفوا ضمه الى رأس المال ولا يزيد هو أيضا في قيمة المتاع بخلاف الانفاق على المتاع لانها بالزيادة على الثمن صارت في معنى الثمن قال رحمه الله (ولو قصر أو حمل بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع)

يعنى اذا قال رب المال للمضارب اعمل برأيك فاشترى بمال المضاربة كله متاعا ثم نقله أو قصر ثيابه بمال من عنده يكون متطوعا لان رأس المال لم يبق منه شئ فيكون تنفيذه على رب المال بعد ذلك استدانة من غير اذنه وهو لا يجوز على ما بينا وكذا لو زاد على الثمن بأن اشترى بأكثر من رأس المال يكون متطوعا فى الزيادة وفى الكافى لو اشترى بكل رأس المال وهو ألف ثيابا واستقرض مائة للحمل رابح بألف ومائة عند أبى حنيفة رحمه الله لانها قامت عليه بذلك وان باعها بألفين كانت عشرة من ذلك حصة المضاربة أى عشرة أسهم على شرطهما وسهم للمضارب خاصة لانه استقرضه لنفسه والكراء فى ماله خاصة وعندهما يبيع الثياب مرابحة على الالف لا غير والثمن كله على المضاربة وهو متطوع فى الكراء لانه فعل بغير اذنه فصار كاستكراء الاجنبى وقال فى المحيط فى تعليل قول أبى حنيفة ان للمضارب فى الثياب حقا يضاهى الملك ألا ترى أنه لو نهاه رب المال عن بيع الثياب لم يصح نهيه فكان بمنزلة المالك فقام الثياب عليه بألف ومائة فيبيعها مرابحة على الكل فاذا باعها مرابحة يقسم ثمنها على مالهما فما أصاب مال المضاربة وهو عشرة أسهم بقيت المضاربة فيها على حالها وما أصاب المائة المستقرضة كان له خاصة قال رحمه الله (وان صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لان الصبغ عين مال قائم وقد اختلط بمال المضاربة وهو متقوم فيكون شريكا ضرورة بخلاف القصارة والحملان لانه ليس بعين مال قائم فلا يكون خلطا بمال المضاربة ألا ترى أنه يضيع على الغاصب دون الصبغ ثم اذا بيع المتاع قسم الثمن على قيمة الثوب أبيض وعلى ما زاد من الصبغ فما أصاب قيمة الثوب كان على المضاربة وما أصاب الزيادة كان له لان الثمن مال مشترك فيقسم على قدر الانصباء وانما لا يضمن المضارب بهذا الخلط لانه مأذون فيه لان قوله اعمل برأيك ينتظمه فلا يكون به متعديا بل يكون شريكا كما اذا هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى صبغ غيره أو اختلط المال المودع بمال المودع بغير صنعه بخلاف ما اذا لم يقل له اعمل برأيك فانه لا يكون شريكا بل يضمن كالغاصب قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به بزا وباعه بألفين واشترى بهما عبدا فضاعا غرم ألفا والمالك ألفا) أى غرم المضارب ورب المال ألفا ثم غرم رب المال وحده ألفا آخر فيغرم المضارب خمسمائة والمالك ألفا وخمسمائة (وربع العبد للمضارب وباقيه على المضاربة ورأس المال ألفان وخمسمائة ويرابح على ألفين) لان المال لما صار ألفين ظهر الربح فى المال وهو ألف فكان بينهما نصفين فنصيب المضارب منه خمسمائة فاذا اشترى بالالفين عبدا صار العبد مشتركا بينهما فربعه للمضارب وثلاثة أرباعه لرب المال ثم اذا ضاع الالفان قبل النقد كان عليهما ضمان ثمن العبد على قدر ملكهما فى العبد فربعه على المضارب وهو خمسمائة وثلاثة أرباعه على رب المال وهو ألف وخمسمائة فنصيب المضارب خرج عن المضاربة لانه صار مضمونا عليه ومال المضاربة أمانة وبينهما تناف ونصيب رب المال على المضاربة لعدم ما ينافيها وهو معنى قوله وباقيه على المضاربة يعنى ثلاثة أرباع العبد ورأس المال هو جميع ما دفع رب المال الى المضارب وهو ألفان وخمسمائة لانه دفع اليه أولا ألفا ثم ألفا وخمسمائة ولا يبيع العبد مرابحة الا على ألفين لانه اشتراه بألفين وهو معنى

مساومة يقسم الثمن بين رب المال وبين المضارب على قيمة الثياب غير مصبوغة وعلى قيمتها مصبوغة فتفاوت ما بينهما يكون قيمة الصبغ حتى اذا كان قيمة الثياب غير مصبوغة ألفا وقيمتها مصبوغة ألف ومائتان وبيعت بألف ومائتين فالالف للمضاربة والمائتان للمضارب بدل صبغه وان باعها مرابحة فان هذا الثمن ينقسم على الثمن الذى اشترى المضارب به الثياب وعلى قيمة الصبغ الذى صبغ المضارب الثياب به وفى المنتقى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة فاكترى سفينة بمائة درهم والمال عنده على حاله ثم اشترى بالالف كله طعاما وحمله فى السفينة فهو متطوع فى الكراء ولو كان اشترى بتسعمائة منها طعاما وبقيت فى يده مائة فأداها فى الكراء لم يكن متطوعا وباعه مرابحة على الكراء اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال فى البدائع ثم كما لا يجوز للمضارب الاستدانة على مال المضاربة لا يجوز له الاستدانة على اصلاح مال المضاربة حتى لو اشترى المضارب بجميع مال المضاربة ثيابا ثم استأجر على حملها أو قصارتها أو فتلها كان متطوعا فى ذلك كله لانه اذا لم يبق فى يده شئ من رأس المال صار بالاستئجار مستدينا على المضاربة فلم يجز عليها فصار عاقدا لنفسه متطوعا (قوله والحملان) الحملان أجر ما يحمل عليه من الدواب كذا فى الديوان اهـ اتقانى قال فى مجمع البحرين والحملان بالضم والحمل مصدر حمل والحملان أيضا أجر ما يحمل اهـ (قوله فى المتن فضاعا) أى الالفان قبل النقد اهـ (قوله فى المتن غرم ألفا والمالك ألفا) قال الاتقانى رحمه الله قالوا هذا جواب الحاصل يعنى ان حاصل الضمان يجب هكذا ولكن الالفين فى الابتداء يجبان جميعا على المضارب ثم يرجع المضارب على رب المال بألف وخمسمائة لان المضارب هو المباشر للعقد وأحكام العقد ترجع اليه اهـ قوله (قوله وربع العبد الخ) من قوله وربع العبد الى قوله على ألفين من المتن اهـ (قوله فربعه للمضارب) أى لان ربع الثمن له اهـ (قوله وهو ألف وخمسمائة) فلما ملك المضارب ربعها بسبب ضمان ربع الثمن خرج ربعها عن المضاربة اهـ اتقانى (قوله لعدم ما ينافيها) أى اذ ضمان رب المال الثمن لا ينافى المضاربة اهـ (قوله لانه اشتراه بألفين) أى وبيع المرابحة بيع بالثمن الاول اهـ

قوله ويرابح على ألفين ولو باع العبد بعد ذلك بأربعة آلاف كان للمضارب ربعه وهو ألف والباقى للمضاربة وهو ثلاثة آلاف فألفان وخمسمائة منها رأس المال وخمسمائة ربح بينهما نصفان قال رحمه الله (وان اشترى من المالك بألف عبدا اشتراه بنصفه رابح بنصفه) أى لو اشترى المضارب من رب المال بألف درهم عبدا كان اشتراه رب المال بنصف الالف يبيعه المضارب مرابحة على نصف الالف وهو خمسمائة ولا يجوز أن يبيعه مرابحة على الالف لان بيعه من المضارب كبيعه من نفسه لانه وكيله فيكون بيع ماله عماله فيكون كالمعدوم وان حكم بجوازه لتعلق حق المضارب به فلا يجوز بناء المرابحة عليه لانها مبنية على الامانة وعلى الاحتراز عن شبهة الخيانة فتبنى على ما اشتراه به رب المال فيكون المضارب كالوكيل له فى بيعه ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة فباعه من رب المال بالف يبيعه مرابحة بخمسمائة لان البيع الجارى بينهما كالمعدوم لما ذكرنا فتبنى المرابحة على ما اشتراه به المضارب كأنه اشتراه له وناوله اياه من غير بيع قال رحمه الله (معه ألف بالنصف فاشترى به عبدا قيمته ألفان فقتل رجلا خطأ فثلاثة أرباع الفداء على المالك وربعه على المضارب والعبد يخدم المالك ثلاثة أيام والمضارب يوما) لان مال المضاربة اذا كان عينا واحدة قيمتها أكثر من رأس المال يظهر فيه الربح وهو ألف هنا بينهما

(قوله ربح بينهما نصفان) أى لان ذلك القدر هو الربح اه (قوله فى المتن وان اشترى من المالك بألف عبدا الخ) وصورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل دفع الى رجل ألف درهم مضاربة ثم اشترى رب المال عبدا بخمسمائة فباعه اياه بألف على كم يبيعه مرابحة قال على خمسمائة قال فان اشترى الذى أخذ المال مضاربة عبدا بالف فباعه من رب المال بألف ومائتين قال يبيعه رب المال بألف ومائة اذا كانت المضاربة بالنصف قال الاتقانى الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وأصل هذا ما قالوا فى شروح الجامع الصغير أن بيع المرابحة ينبنى على الامانة ويمتنع بشبهة الخيانة كما يمتنع بحقيقتها ألا ترى أن بدل الصلح لا يباع مرابحة الا ببيان لشبهة الحط وكذا المشترى نسيئة لا يباع مرابحة بدون البيان لشبهة الزيادة بمقابلة الاجل فاذا اشترى رب المال بخمسمائة وباعه من المضارب بالف فالمضارب اشترى لرب المال لانه وكيله وبيع الانسان من نفسه باطل لكن لما كان حق المضاربة بمنزلة حق ثالث صح البيع وبقيت شبهة بطلان البيع فيبيعه مرابحة على الثمن المتيقن وهو خمسمائة فاما اذا اشترى المضارب بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه رب المال مرابحة بألف ومائة لان العقدين وقعا لرب المال ولم يقع لرب المال منه الا قدر مائة فيجب اعتبار المائة وفيما وقع لرب المال لا يعتبر الربح لشبهة بطلان العقد الثانى وهذا اذا كان الشرط على النصف قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى باب المرابحة بين المضارب وبين رب المال واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة على أن ما كان من ربح فهو بينهما نصفين فاشترى رب المال عبدا بخمسمائة درهم فباعه من المضارب بالف المضاربة فان باعه المضارب مساومة باعه كيف شاء لان بيع المساومة لا يتقيد بثمن بل الثمن ما اتفقا عليه وقد اتفقا على القدر الذى ذكراه فى العقد وان باعه مرابحة (٧٣) باعه على خمسمائة درهم لان عقد المضاربة عقد أمانة فيجب تنزيهه عن الخيانة وعن شبهة الخيانة والعقد الاول وقع لرب المال والثانى كذلك لانه بشراء المضارب لا يخرج عن ملك رب المال الا أنه صح العقد لزيادة فائدة وهى ثبوت اليد والتصرف للمضارب فبقى شبهة عدم وقوع العقد الثانى فيبيعه مرابحة على الثمن الاول وذلك خمسمائة درهم ولو كان رب المال اشتراه بألف فباعه من

المضارب بخمسمائة باعه المضارب مرابحة على خمسمائة لان العقدين وقعا لرب المال فيبيعه على أقل الثمنين احترازا عن شبهة الخيانة لما بينا ثم قال فى شرح الكافى واذا دفع الرجل الى الرجل ألف درهم مضاربة بالنصف فاشترى المضارب بها عبدا فباعه من رب المال بألفى درهم باعه رب المال مرابحة على ألف وخمسمائة لانا نعتبر الثمن الاول وذلك ألف فى حق رب المال وحصة المضارب من الربح وذلك خمسمائة درهم فيبيعه مرابحة على ألف وخمسمائة درهم بيانه أن الالف خرج عن ملك رب المال فى ثمن العبد فيعتبر فى بيع المرابحة ونصف الالف التى هى الربح ملك رب المال قبل البيع وبعده فلا يعتبر أما النصف الذى هو حصة المضارب من الربح وهو خمسمائة خرج عن ملك رب المال الى ملك المضارب حقيقة بازاء هذا العبد فيعتبر كذا قال الاتقانى ولا يخفى عليك المخالفة بين قول الشارح ولو كان بالعكس بان اشترى المضارب عبدا بخمسمائة الخ وبين ما نقله الاتقانى عن الجامع الصغير وعن شرح الكافى اذ مقتضاهما أن يبيع العبد فى مسئلة الشارح هذه بسبعمائة وخمسين لا بخمسمائة كما قال الشارح فتنبه اه وفى الهداية ولو اشترى المضارب بألف عبدا وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مرابحة بالف ومائة لانه اعتبر عدما فى حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر فى البيوع اه وهو موافق لما مر فى الجامع الصغير وشرح الكافى وقال فى الكنز فى باب المرابحة ولو اشترى مأذون مديون ثوبا بعشرة وباعه من سيده بخمسة عشر يبيعه مرابحة على عشرة وكذا العكس ولو كان مضاربا يبيع مرابحة لرب المال باثنى عشر ونصف اه وهو كما ترى موافق لما فى الجامع الصغير وشرح الكافى والهداية مخالف لما ذكره الشارح رحمه الله اه

(قوله بخلاف ما مضى الخ) يعني ان دفع الفداء هنا كابتداء الشراء فيخرج العبد عن المضاربة لان الواجب ثمة دفع الثمن فلا يكون كابتداء الشراء وتبقى المضاربة فيها لعدم المنافاة بخلاف الربح فانه للمضارب خاصة وتبطل المضاربة فيه للمنافاة وقد مر البيان ثمة اه اتقاني (قوله في المتن معه ألف فاشترى به عبدا الخ) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع الى آخر ألف درهم مضاربة فاشترى بها عبدا فهلك بعد الشراء قال على رب المال أن يدفع اليه ألفا أخرى أبدا فاذا دفعها المضارب الى البائع ثم باع العبد بربح كثير فرأس المال جميع مادفع اليه رب المال ثم يقتسمان الربح من بعد قال فخر الاسلام وقوله أبدا من الخواص وحاصل المسئلة ما قالوا في شروح الجامع الصغير أن المضارب اذا هلك المال رجع مرة فان هلك رجع أخرى فان هلك فكذلك ثم هلك كذلك أيضا حتى يسلم الى البائع والوكيل بالشراء اذا هلك الثمن قبل التسليم الى البائع فان كان الثمن منقودا اليه ثم اشترى فهلك الثمن المنقود رجع به على الموكل فان هلك بعد ذلك لا يرجع بذلك أبدا وان كان الثمن غير منقود اليه فاشترى ثم قبض الثمن من الموكل فهلك الثمن قبل التسليم الى البائع يغرم من ماله ولم يرجع أصلا على الموكل والفرق بين فصلي الوكالة أن قبض الوكيل قبل الشراء بحق الامانة دون الاستيفاء فاذا هلك بعد الشراء وهو دائم على الامانة فرجع به على الموكل صار مستوفيا فلا يرجع بعد ذلك أصلا والفرق بين الوكالة والمضاربة أن الضمان لا ينافي الوكالة ولهذا لو وكل المغصوب منه الغاصب ببيع المغصوب يصير وكيلا ولا يخرج عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب يجب الضمان عليه ولا يعتبر أمينا وعقد الوكيل يوجب دينا للبائع على الوكيل والوكيل على الموكل فاذا قبض من الموكل بعد الشراء حمل قبضه على جهة الاستيفاء لا على جهة الامانة فاذا استوفى حقه مرة لم يبق الحق أصلا بخلاف المضارب فان الضمان ينافي المضاربة فلا يكون ضامنا بحال فيحمل قبضه على جهة الامانة لا على جهة الاستيفاء فلو حمل على الاستيفاء كان المضارب ضامنا وهو باطل ولهذا رجع المضارب مرة بعد أخرى مالم يسلم الى البائع اه اتقاني (قوله في المتن ورأس المال جميع مادفع) يعني لا يكون للمضارب شئ من الربح حتى يصل رب المال الى جميع ما أوصله للمضارب على أنه ثمن أما اذا أراد المضارب أن يبيعه مرابحة لا يرابح الا على ألف كما تقدم اه فالقول

نصفان وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان فصار الفداء بينهما على هذا الوجه أرباعا فثلاثة أرباعه على رب المال والربع على المضارب لان الفداء مؤنة الملك فيتقدر بقدره فاذا فدياه خرج العبد كله عن المضاربة أما نصيب المضارب فلانه صار مضمونا عليه على ما بينا وأما نصيب رب المال فبقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لان قضاءه بالفداء يتضمن قسمة العبد بينهما الا ان الخطاب بالفداء يوجب سلامة المفدى ولا سلامة الا بالقسمة بخلاف ما مضى لان كل الثمن ثم على المضارب لانه العاقد وان كان له الرجوع على رب المال بما ضمن فلا حاجة الى القسمة ولان العبد بالجناية صار كالزائل عن ملكهما اذ الموجب الاصلي هو الدفع وبالفداء صار كأنهما اشترياه فاذا خرج عن المضاربة يخدمهما على قدر ملكهما بحكم الاشتراك بينهما وهذا معنى قوله يخدم المالك ثلاثة أيام أي رب المال والمضارب يوما قال رحمه الله (معه ألف فاشترى به عبدا وهلك الثمن قبل النقد دفع المالك ألفا آخر ثم وثم ورأس المال جميع مادفع) يعني اذا كان مع المضارب ألف درهم فاشترى به عبدا وضاع الثمن قبل النقد رجع على رب المال فاذا دفع اليه ثانيا ثم هلك قبل النقد أيضا رجع عليه أيضا فهكذا يرجع عليه كلما هلك الى مالا يتناهى ويكون رأس المال جميع مادفع اليه رب المال بخلاف الوكيل حيث لا يرجع عند هلاك الثمن بعد الشراء الا مرة واحدة والفرق ان المال في يد المضارب أمانة ولا يمكن حمله على الاستيفاء لأن الاستيفاء لا يكون الا بقبض مضمون والمضاربة تنافيه على ما بينا فكل ما قبض يكون أمانة واذا هلك كان الهالك على رب المال وقبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه للبائع فاذا قبضه صار مستوفيا لذلك فصار مضمونا عليه فاذا هلك ليس له أن يرجع به على الموكل لان المستوفى لم يبق له حق بعد الاستيفاء ولم يوجد ما يمنع من جعله مستوفيا لحقه فيكون مضمونا عليه لان الوكالة لا تنافي الضمان ألا ترى أن الغاصب اذا وكل ببيع المغصوب جاز وهو مضمون عليه فلا حاجة الى جعل ما قبضه بعد الشراء أمانة حتى لو لم يقع استيفاء بان دفع اليه الثمن قبل الشراء ثم اشترى به ثم هلك قبل النقد رجع به على الموكل لوقوع الاول أمانة لانه لا يمكن جعله مستوفيا بقبضه قبل الشراء لانه لم يجب له عليه شئ حتى يصير مستوفيا بالقبض فيكون أمانة فاذا هلك رجع عليه فيكون مضمونا عليه ثم اذا هلك لا يرجع لما ذكرنا بخلاف ما اذا لم يدفع اليه الثمن الا بعد الشراء حيث لا يرجع أصلا والمعنى ما بيناه ولان ما قبضه الوكيل لو لم يحمل على الاستيفاء لزم منه تضييع المال على الموكل لان المأخوذ منه ثانيا يضيع وفي المضاربة لا يضيع لانه ملحق برأس المال ويستوفيه من الربح ولو لم يرجع عليه لتضرر المضارب فيرجع عليه دفعا للضرر عنه ولان الوكيل انتهت وكالته بالشراء مرة وانعزل فلا يرجع بعد الانعزال بخلاف المضارب فانه لم ينعزل بالتصرف بل لا ينعزل بالعزل في بعض الصور فيرجع عليه مادام متصرفا له قال رحمه الله (معه ألفان فقال دفعت الي ألفا وربحت ألفا وقال المالك دفعت ألفين

فالقول للمضارب) ومعنى المسئلة أن يكون مع المضارب ألفان فقال لرب المال دفعت الى ألفا وربحت ألفا وقال رب المال بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا القول لرب المال وهو قول زفر رحمه الله لان المضارب يدعى الربح والشركة فيه ورب المال ينكر فالقول قول المنكر ثم رجع فقال القول للمضارب وهو قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لان حاصل اختلافهما فى المقبوض فالقول قول القابض فى مقدار المقبوض أمينا كان أو ضمينا ألا ترى أنه لو أنكر القبض بالكلية كان القول له وإذا اختلفا فى رأس المال والربح بأن قال رب المال رأس المال ألفان وشرطت لك ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف وشرطت لى نصف الربح كان القول للمضارب فى قدر رأس المال لانه القابض والقول لرب المال فى مقدار الربح لانه المنكر للزيادة وهو لو أنكر استحقاق الربح عليه بالكلية بأن قال كان المال فى يده بضاعة كان القول له فكذا فى انكاره الزيادة وأيهما أقام البينة تقبل بينته لانها بينة كاسمها وان أقاما البينة فى هذه الصورة كانت بينة رب المال أولى فى مقدار رأس المال وبينة المضارب أولى فى مقدار الربح لانها أكثر اثباتا قال رحمه الله (معه ألف فقال هو مضاربة بالنصف وقد ربح ألفا وقال المالك هو بضاعة فالقول للمالك) لان المضارب يدعى عليه تقوم عمله أو الشركة فى ماله أو شرطا من جهته ورب المال منكر فكان القول قوله ولو قال المضارب أقرضتنى وقال رب المال هو وديعة أو بضاعة أو مضاربة فالقول لرب المال والبينة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينكر ولو كان بالعكس بأن ادعى رب المال القرض والمضارب المضاربة كان القول للمضارب لانهما اتفقا على أن الاخذ كان باذن رب المال ثم رب المال يدعى عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله وأيهما أقام البينة قبلت بينته ولو أقاما البينة كانت بينة رب المال أولى لانها أكثر اثباتا ولو ادعى المضارب العموم فى كل تجارة وادعى رب المال الخصوص أو ادعى رب المال المضاربة فى نوع وقال المضارب ما سميت لى تجارة بعينها كان القول للمضارب لان الاصل فيها العموم فكان القول لمن يتمسك بالاصل وقال زفر رحمه الله القول لرب المال لان الاذن يستفاد من جهته فكان أعرف به كالوكالة وكما اذا اختلفا قبل العمل قلنا الاصل فى الوكالة الخصوص وفى المضاربة العموم وقبل العمل يكون انكار رب المال

(قوله ثم رجع فقال القول للمضارب) قال الاتقانى وجه قوله الآخر وهو قولهما أن الاختلاف وقع فى مقدار ما قبض المضارب والمضارب أنكر زيادة القبض لانه يقول ما قبضت منك الا ألف درهم ورب المال يقول قبضت منى ألفى درهم فالقول قول المضارب لانه أنكر زيادة القبض فاذا لم يظهر الا قبض الالف فالالف الزائدة تكون ربحا ألا ترى ان المضارب لو جاء بألفى درهم وقال ألف درهم مضاربة وألف درهم وديعة لفلان عندى أو قال ألف درهم مضاربة وألف درهم من خالص مالى ورب المال يقول لا ولكن ألف درهم رأس المال وألف درهم ربح فالقول قول المضارب بالاتفاق فكذلك ههنا كذا ذكر الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اهـ (قوله فالقول قول القابض) أى لانه أعرف بمقدار المقبوض اهـ اتقانى (قوله فى مقدار المقبوض) قيد به اذ لو كان الاختلاف فى الصفة كان القول لرب المال على ما يجىء اهـ (قوله أمينا كان) أى كالمودع اهـ (قوله أو ضمينا) أى كالغاصب اهـ اتقانى (قوله لانه القابض) أى وهو ينكر زيادة القبض اهـ (قوله والقول لرب المال فى مقدار الربح) أى لانه (٧٥) يستفاد من جهته اهـ اتقانى (قوله ولو قال المضارب أقرضتنى) أى المال والربح لى اهـ اتقانى (قوله والبينة بينة المضارب) أى لانها تثبت التمليك اهـ اتقانى ولانه لا تنافى بين البينتين لجواز أن يكون أعطاه مضاربة أو بضاعة أو وديعة ثم أقرضه اهـ اتقانى (قوله كانت بينة رب المال أولى) وذلك لانه يثبت الضمان اهـ اتقانى (قوله لان الاصل فيها العموم) أى ولهذا لو قال خذ هذا الالف مضاربة بالنصف له أن يعمل فى أنواع التجارات ولو لم يكن مقتضى العقد العموم لما صح الا بالتخصيص اهـ اتقانى (قوله وكما اذا اختلفا قبل العمل) كان القول قول رب المال مع يمينه اهـ اتقانى ﴿فروع﴾ ونفقة عبد المضاربة وجعله اذا أبق على رب المال ظهر ربح أولا بلا خلاف لان ملك العامل فى الربح قبل القسمة متردد وملك رب المال متقرر ويضم (١) رأس المال عند القسمة ولو دفع اليه ألفين وقال أضف من عندك ألفا أخرى يكون ألفان منها شركة والالف مضاربة بالنصف جاز وقال بعض أصحاب مالك لا يجوز أن يضم الى مال القراض شركة ويجوز أن يكون الرجل عاملا فى المضاربة لرجل ثم يضاربه آخر وقال أحمد لا يجوز اذا كان فيه ضرر على الاول ولو دفع ألفا على أن له نصف ربحها يجوز بلا خلاف ولو قال على أن لى ربح نصفها يجوز عندنا وأبى ثور خلافا للائمة الثلاثة ولو اشترى العامل بالالف أمة أو غنما أو بقرا أو موزونا يساوى ألفين زكى حظه لظهور الربح وبه قال الشافعى فى قول وأحمد وقال مالك والشافعى فى قول وأحمد فى رواية لا يزكى لعدم ملكه الربح قبل القسمة ولو اشترى أمتين أو غنما وبقرا أو شعيرا لا يزكى لاختلاف الجنس فلا يظهر الربح ولا يكاتب المضارب قبل ظهور الربح لانها ليست بتجارة ولا خلاف فيه وبعده ينفذ فى حصته عندنا ولرب المال فسخها دفعا للضرر عن نفسه وعند الائمة الثلاثة لا يجوز كما قبل ظهور الربح اهـ كاكى

(١) قوله ويضم رأس المال هكذا فى الاصل ولعله ويضم الى رأس المال فسقطت الى من الناسخ اهـ مصححه

نهياله عن العموم وهو عملك ذلك فصح نهيه ولو ادّعى كل واحد منهما نوعا كان القول لرب المال لانهما اتفقا على الخصوص فكان قول من يستفاد من جهته الاذن أولى والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفى الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقتت البينتان بأن قال رب المال دفعت اليك مضاربة أن تعمل فى بزفى رمضان وقال المضارب دفعت الى لاعمل فى طعام فى شوّال أو بالعكس وأقاما البينة كانت بينة من يقول فى شوّال أولى لانّ آخر الشرطين ينسخ أولهما وان لم يوقتا وقتا أو وقتا وقتا واحدا أو وقتت احداهما دون الاخرى يقضى بما قال رب المال كأنهما لم يوقتا وقد بينا المعنى والله تعالى أعلم

﴿ كتاب الوديعة ﴾

قال رحمه الله (الايداع هو تسليط الغير على حفظ ماله والوديعة ما يترك عند الامين) هذا فى الشرع وفى اللغة الوديعة مشتقة من الودع وهو مطلق الترك قال عليه الصلاة والسلام لينتهين أقوام عن ودعهم الجماعات أو ليختمن على قلوبهم أو ليكتبن من الغافلين أى تركهم اياها قال الله تعالى ما ودعك ربك وما قلى قرئت بالتخفيف والتشديد والمودع الشئ المتروك وقال عليه الصلاة والسلام الايمان نور الله تعالى أودعه فى قلوب المؤمنين فعلى العبد أن يسأل التوفيق على حفظ وديعة الله تعالى وعلى حفظ جميع الامانات فانه فرض قال النبى صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى تؤدّيه رواه أبو داود والترمذى وقال عليه الصلاة والسلام أدّ الامانة الى من ائتمنك ولا تخن من خانك رواه أبو داود والترمذى وقال حديث حسن وقال الله تعالى ان الله يأمركم أن تؤدّوا الامانات الى أهلها وحفظها يوجب سعادة الدارين والخيانة توجب الشقاء فيهما قال عليه الصلاة والسلام الامانة تجرّ الغنى والخيانة تجرّ الفقر وروى أن زليخا لما ابتليت بالفقر وابيضت عيناها من الحزن على يوسف عليه السلام جلست على قارعة الطريق فى زىّ الفقراء فمرّ بها يوسف عليه السلام فقامت تنادى أيها الملك اسمع كلامى فوقف يوسف عليه السلام فقالت الامانة أقامت المملوك مقام الملوك والخيانة أقامت الملوك مقام المملوك فسأل عنها يوسف عليه السلام فقيل انها زليخا فتزوّجها رحمة عليها ثم شرط الوديعة اثبات اليد عليها عند الاستحفاظ وركنها قول المودع أودعتك هذا المال أو ما يقوم مقامه من الاقوال والافعال والقبول من المودع بالقول والفعل أو بالفعل فقط وحكمها وجوب الحفظ على المستودع ووجوب الاداء عند الطلب وصيرورة المال أمانة فى يده قال رحمه الله (وهى أمانة فلا تضمن بالهلاك) لقوله عليه الصلاة والسلام

(قوله يقضى بما قال رب المال) أى لانه تعذر العمل بهما لانهما لا يقعان معا ولا على الترتيب لان الشهود لم يشهدوا به واذا تعذر العمل بهما يعمل ببينة رب المال لانه يثبت ما ليس بثابت كذا فى الاصل اه

﴿ كتاب الوديعة ﴾

مناسبة هذا الكتاب بما تقدم صرت فى أوّل الاقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والاجارة للتناسب بالترقى من الأدنى الى الاعلى لان الوديعة أمانة بلا تمليك شئ وفى العارية أمانة مع تمليك المنفعة لكن بلا عوض وفى الهبة تمليك عين بلا عوض وهى الهبة المحضة التى ليس فيها معنى البيع وفى الاجارة تمليك منفعة بعوض وفيه معنى اللزوم وما كان لازما أقوى وأعلى مما كان ليس بلازم فكان فى الكل الترقى من الادنى الى الاعلى * فأوّل القطر غيث ثم ينسكب * (٧٦) ثم اعلم أن عقد الوديعة مشروع مندوب اليه والدليل على ذلك قوله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى وهو تعاون على البر لان فيه اعانة لصاحبها بحفظ ماله وقد روى عن النبى صلى الله عليه وسلم أنه قال من ائتمن أمانة فليؤدّها ولا خلاف بين الامة فى ذلك اه اتقانى وكتب على قوله الوديعة ما نصه فعيلة بمعنى مفعولة اه مصباح (قوله والمودع الشئ المتروك) قال فى المغرب يقال أودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده فانا مودع ومستودع بالكسر وزيد مودع ومستودع بالفتح والمال مودع ومستودع أيضا أى وديعة اه ﴿فرع﴾ فى صورة وضع المال عند آخر وذهابه وتركه أو إلقاء الريح فى بيته كان قابلا للوديعة عرفا بالسكوت وكذا لو قال لصاحب الحمام اين أضع ثيابى فقال الحمامى ثمة فوضعه فسرقت يضمن الحمامى لتقصيره فى الحفظ لانه يصير بقوله قابلا للوديعة اليه أشير فى المبسوط والمغنى وفتاوى قاضيخان اه (قوله لا ضمان عند الاستحفاظ) حتى لو أودع الآبق أو المال الساقط فى البحر أو الطير الذى يطير فى الهواء لا يصح وكون المودع مكلفا شرط أيضا ليجب عليه الحفظ اه كاكى (قوله أو ما يقوم مقامه) احفظ هذا الشئ أو خذ هذا الشئ وديعة عندك اه (قوله وحكمها وجوب الحفظ على المستودع) حتى لو رأى انسانا يسرقها وهو قادر على منعه فلم يمنعه يضمن لتركه الحفظ الملتزم بالعقد وهذا معنى قول مشايخنا ان المودع يؤاخذ بضمان العقد اه بدائع وكتب ما نصه والايجاب وحده كاف فى حق الامانة حتى لو قال المالك للغاصب أودعتك المغصوب برئ عن الضمان من غير قبول لان كون المال أمانة حكم مختص برب المال فيثبت به وحده وأما وجوب الحفظ فيلزم المودع فلا بد من قبوله صريحا أو دلالة اه شرح مجمع (قوله فى المتن وهى أمانة) قال الاتقانى وهذا من قبيل حمل العام على الخاص وهو جائز كما فى قولك الانسان

لاضمان على مؤتمن رواه الدارقطني ولان المودع متبرع فى الحفظ وما على المحسنين من سبيل ولان يده يد المالك فيكون هلاكها فى يد المالك فلا يجب الضمان ولان للناس حاجة الى الايداع فلو ضمن المودع لامتنع الناس عن قبول الودائع فكانوا يحرجون بذلك وهلاكها لا يختلف بين أن يكون بشئ يمكن التحرز عنه أو لا وبين أن هلك للامين مال غيرها معها أو لم يهلك وقال مالك رحمه الله ان ادعى أنها سرقت وحدها يضمن لمكان التهمة قال رحمه الله (وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) لان المطلوب منه أن يحفظها مثل ما يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظه عن فى عياله من زوجته وولده ووالديه أو غيرهم والمعتبر فيه المساكنة لا النفقة عليه ألا ترى أن المرأة اذا دفعت الوديعة الى زوجها لا تضمن ولو دفع الى أجيره الذى استأجره مشاهرة ونفقته عليه لا يضمن وعن محمد رحمه الله أن المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وليس فى عياله أو دفع الى أمين من أمنائه ممن يثق به فى ماله وليس فى عياله لا يضمن لانه حفظه مثل ما يحفظ ماله وجعله مثله ولا يجب عليه أكثر من ذلك ذكره فى النهاية ثم قال وعليه الفتوى وعزاه الى التمرتاشى وهو الى الحلوانى ثم قال وعن هذا لم يشترط فى التحفة فى حفظ الوديعة بالعيال فقال ويلزم المودع حفظه اذا قبل الوديعة على الوجه الذى يحفظ به ماله وذكر فيه أشياء حتى ذكر أن له أن يحفظ بشريك العنان والمفاوضة وعبده المأذون له الذى فى يده ماله ثم قال وبهذا يعلم أن العيال ليس بشرط فى حفظ الوديعة قال رحمه الله (وان حفظها بغيرهم ضمن) أى بغير من فى عياله لان صاحبها لم يرض بيد غيره والايدى تختلف فى الامانة ولان الشئ لا يتضمن مثله كالمضارب لا يضارب والوضع فى حرز غيره من غير استئجاره ايداع حتى يضمن به لان الوضع فى الحرز وضع فى يد من فى يده الحرز فيكون كالتسليم اليه قال رحمه الله (الا أن يخاف الحرق أو الغرق فيسلمها الى جاره أو فلك آخر) لان التسليم الى جاره أو الالقاء الى سفينة أخرى عند احاطة النار بداره وعند تخبط السفينة تعين حفظا فلا يضمن به ولا يصدق على ذلك الا ببينة لان تسليم الوديعة الى غيره موجب للضمان ودعوى ضرورة دعوى مسقط له فلا يقبل الا ببينة كما اذا أتلفها بالصرف فى حاجته باذن صاحبها قالوا هذا اذا لم يمكنه أن يدفعها الى من هو فى عياله وان أمكنه أن يحفظها فى ذلك الوقت بعياله فدفعها الى الاجنبى يضمن لانه لا ضرورة له فيه وكذا لو ألقاها فى سفينة أخرى وهلكت قبل أن تستقر فيها بأن وقعت فى البحر ابتداء أو بالتدحرج يضمن لان الاتلاف حصل بفعله قال رحمه الله (وان طلبها ربها فحبسها قادرا على تسليمها أو خلطها بماله حتى لا تتميز ضمنها) لانه متعد بالمنع بعد الطلب مع القدرة على تسليمها اذ لا يرضى صاحبها بامساكها بعده فيكون معزولا فصار يده عليها كيد الغاصب فيضمن وكذا بالخلط صار مستهلكا متعديا اذ لا يمكنه الوصول الى عين

حيوان ولا يجوز عكسه لان الوديعة عبارة عن كون الشئ أمانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصدا والامانة قد تكون من غير قصد كما اذا هبت الريح وألقت ثوب انسان فى حجر غيره يكون ذلك أمانة عنده ولكن بلا قصد فعلى هذا قوله الوديعة أمانة أى هى غير مضمونة اذا هلكت من غير تعد ثم قال الاتقانى وذكر الفقيه أبو الليث السمرقندى فى خزانة الفقه لا ضمان على المودع الا فى ثلاثة أشياء التقصير فى الحفظ وخلطها بماله ومنعها من مالكها بعد الطلب ثم قال فيها أربعة نفر يجوز للمودع دفع الوديعة اليهم ولا يضمن عند تلفها الزوجة والولد والمملوك والاجير ثم قال فيها شيئان لا يوجبان الضمان مع الخلاف اذا قال لا تدفع الى زوجتك فدفع اليها وتلف أو قال احفظها فى هذا البيت فحفظها فى بيت آخر من ثلاث الدار اه (قوله فى المتن وللمودع أن يحفظها بنفسه وبعياله) (٧٧) فى الذخيرة الدفع الى العيال انما يجوز اذا كان من فى عياله أمينا والا فلا يجوز اه ﴿فرع﴾ لو ادعى المودع رد الوديعة يقبل قوله مع اليمين ذكره الشارح فى أول الدعوى فليراجع اه (قوله فى المتن وان حفظها بغيرهم ضمن) صورته أن يخرج من بيته ويترك الوديعة فيه وفى بيته غيره والايداع أن ينقل الوديعة من بيته ويدفعها الى أجنبى فان قيل ينبغى أن لا يضمن بالايداع لما ذكر فى الكتاب أن الظاهر أنه التزم حفظ مال غيره على الوجه الذى يحفظ مال نفسه ومال نفسه يحفظ بالايداع قلنا قوله ان المالك رضى بيده دون يد غيره جواب عنه والمراد بقوله على الوجه الذى يحفظ ماله نفسه أى بنفسه غالبا فان الغالب أن يحفظ مال نفسه بنفسه اه كاكى (قوله فى المتن الا أن يخاف) استثناء من قوله ضمن اه اتقانى وكتب ما نصه ولو أراد سفرا فليس له أن يودع لان السفر ليس بعذر اه بدائع (قوله فى المتن أو الغرق) أو اللصوص اه اتقانى (قوله ولا يصدق على ذلك الا ببينة) يعنى لو أودع غيره وادعى أنه فعله عن عذر لا يصدق الخ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قال أبو يوسف ولا نصدقه على العذر حتى يقيم البينة ثم قال وكذلك قياس قول أبى حنيفة وذلك أن الايداع سبب الضمان فاذا ادعى سقوط الضمان للضرورة لم يقبل قوله كما لو ادعى أن المالك أذن له فى الايداع وقال فى الخلاصة (١) فان دفع لضرورة بأن احترق بيت المودع فدفعها الى جاره وكذا فيما يشبه هذا اه اتقانى وكتب أيضا ما نصه وفى المنتقى هذا اذا لم يعلم أن بيته احترق فاذا علم قبل قوله بلا بينة ذكره فى الذخيرة اه (قوله فيضمن) وقد قالوا ان الواجب عليه التمكين من أخذها دون حملها الى صاحبها قال فى شرح الطحاوى وكذلك لو جحد الوديعة ثم أقر بها صارت مضمونة عليه ولا يبرأ من ضمانها الا بالتسليم الى صاحبها بخلاف المودع اذا خالف فى الوديعة ثم ترك الخلاف وعاد الى الوفاق

---

(١) قوله فان دفع لضرورة الخ هكذا فى أصل الحاشية وانظر أين جواب الشرط وحرر اه مصححه

ارتفع الضمان عندنا وعند الشافعي لا يرتفع كالجحود اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال قاضيخان قوم دفعوا الى رجل دراهم ليدفع الخراج عنهم فأخذها وشدها في منديله ووضع في كمه فدخل المسجد فذهبت منه الدراهم وهو لا يدري كيف ذهبت وأصحاب المال لا يصدقونه قالوا لا يكون ضامنا وهو كما لو قال ذهبت الوديعة ولا أدري كيف ذهبت وثمة القول قوله مع اليمين ولا ضمان عليه اه (قوله يوجب انقطاع حق المالك بالضمان) وهذا بالاجماع اه هداية (قوله في المتن وان اختلطت بغير فعله الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصر الكرخي فان انشق الكيس في صندوقه فاختلطت بدراهمه فلا ضمان عليه وهما فيه شريكان وان هلك بعضها هلك من مالهما جميعا ويقسم الباقي بينهما على قدر ما كان لكل واحد منهما يعني اذا كان لاحدهما ألف وللآخر ألفان يقسم الباقي بينهما أثلاثا لانه اختلط ماله بالآخر خلطا لا يمكن التمييز بينهما فثبتت الشركة بينهما حيث لم يجب الضمان لعدم التعدي لوجود ملك كل واحد منهما في بعضه قال الولوالجي في فتاواه هذا اذا كانت الدراهم (٧٨) صحاحا أو مكسرة فان كانت دراهم أحدهما صحاحا ودراهم الآخر مكسرة فلا تثبت الشركة بينهما بل يميز مال كل واحد منهما فيدفع الى المودع ماله ويمسك المودع مال نفسه لانه يمكن التمييز بينهما وان كان مال أحدهما دراهم صحاحا جيادا وفيها بعض الرديء ودراهم الآخر صحاحا رديئة وفيها بعض الجياد تثبت الشركة بين المالين لان هذا خلط لا يمكن التمييز بينهما ثم كيف يقتسمان ان تصادقا أن ثلثي مال أحدهما جياد ورديء (قوله فيشتركان) وهذا بالاتفاق اه هداية (قوله وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا) قال الولوالجي في فتاواه وان كانت الوديعة دراهم أو دنانير أو شيئا من المكيل أو الموزون فأنفق طائفة منها في حاجته كان ضامنا لما أنفق منها لانه أتلف بالانفاق ولا يضمن ما بقي لانه لم يتلف فان جاء بمثل ما أنفق وخلط بالباقي صار ضامنا لجميعها ما أنفق بالاتلاف وما بقي بالخلط هذا اذا لم يجعل التعدي على ماله علامة حين خلط بمال الوديعة أما اذا كان علامة لا يضمن سوى ما أنفق لامكان التمييز اه اتقاني (قوله في المتن وان تعدى الخ) قال الاتقاني ولقب المسئلة ان المودع اذا خالف في الوديعة ثم عاد الى الوفاق يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لزفر والشافعي كذا في نسخ طريقة الخلاف وقال في التحفة وفي المستأجر والمستعير اذا خالفا ثم تركا الخلاف بقي الضمان وعند بعضهم هذا بمنزلة المودع كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى وفي الاجارة والاعارة الاصح أنه لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق واختلف المشايخ في أن العين بالخلاف هل تدخل في ضمانه أم لا قال بعضهم لا تدخل في ضمانه حتى لو هلك في حالة الخلاف لا يضمن واليه ذهب الفقيه أبو جعفر الهندواني والصحيح أنه يدخل في ضمانه بالخلاف فان محمدا نص في الكتاب أنه اذا هلك في حالة الخلاف واختلفا في القيمة فالقول قول المودع والبينة بينة المالك كذا ذكر الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال في الطريقة البرهانية والاصح أن العين تدخل في ضمانه لان محمدا ذكر بلفظ

حقه بسبب فعله فيجب عليه الضمان ويملك المخلوط ولا سبيل للمودع في المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا خلطها بجنسها شركه ان شاء لانه لا يمكنه الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمة فكان استهلاكا من وجه فيميل الى أيهما شاء وهذا لان القسمة فيما لا تتفاوت آحاده افراز وتعيين حتى ملك كل واحد من الشريكين أن يأخذ حصته عينا من غير قضاء ولا رضا فكان امكان الوصول الى عين حقه قائما معنى فيتخير وله أنه استهلاك من كل وجه لانه فعل يتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا يكون الاستهلاك من العباد أكثر من ذلك لان اعدام المحل لا يدخل تحت قدرتهم فيصير ضامنا ولا معتبر بالقسمة لانها توجبها الشركة ليصل كل واحد الى حقه فلا تصلح أن تكون موجبة للشركة لان حكم العلة لا يكون علة العلة ثم قالوا لا يباح للخالط التناول قبل أداء الضمان ولو أبرأ المودع الخالط لا سبيل للمودع على المخلوط عند أبي حنيفة رحمه الله لان حقه في الدين لا غير وقد سقط بابرائه وعندهما يسقط الخيار وتتعين الشركة في المخلوط وفيه تظهر ثمرة الخلاف ولو خلط المائع بخلاف جنسه كالزيت بالشيرج يوجب انقطاع حق المالك بالضمان لانه استهلاك صورة ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس وتعين المبادلة ومن هذا القبيل خلط الحنطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الآخر فتعذر التمييز وقيل لا ينقطع بالاجماع لامكان التمييز في الجملة وقيل القياس أن يكون المخلوط ملكا للخالط عند أبي حنيفة رحمه الله وفي الاستحسان لا يصير ولو خلط المائع بجنسه ينقطع حق المالك عند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه لما بينا وعند أبي يوسف رحمه الله يجعل الاقل تابعا للاكثر اعتبارا للغالب أجزاء وعند محمد رحمه الله شركه بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عنده وقد مر في الرضاع ولو خلطت الفضة بالفضة بعد الاذابة صار من المائعات لانه مائع حقيقة عند الخلط فيكون على الخلاف المذكور قال رحمه الله (وان اختلطت بغير فعله اشتركا) لان الضمان لا يجب عليه الا بالتعدي ولم يوجد اذ لم يوجد منه فعل فيشتركان ضرورة وهذه شركة أملاك وقد بينا حكمها في الشركة قال رحمه الله (ولو أنفق بعضها فرد مثله فخلطه بالباقي ضمن الكل) لان البعض صار ضامنا له بالانفاق لانه متعد فيه وصار للبعض الآخر ضامنا أيضا لكونه خلط ماله بها لان الضمان لا يصح الا بالتسليم الى صاحبه وقبله باق على ملكه فاذا خلطه بالوديعة صار مستهلكا للوديعة فيضمن على ما بينا قال رحمه الله (وان تعدى فيها ثم زال

التعدي زال الضمان بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامنا للمنافاة بين الضمان والامانة فلا يبرأ الا بالرد على صاحبها ولا تعود الامانة الا بعقد جديد فصار كالمستعير والمستأجر وكالجحود ولنا أنه مأمور بالحفظ وقد وجد وهذا لان الامر بالحفظ مطلق فيتناول الاوقات كلها فاذا خالف في البعض ارتفع حكم العقد في ذلك البعض فاذا رجع الى الوفاق في غيره أتى بالمأمور به فيه فارتفع الخلاف ضرورة فتعود الامانة كما اذا استأجره للحفظ في مدة فترك الحفظ في بعضها ثم عاد فانه يستحق الاجر بقدره بخلاف المستعير والمستأجر للعين اذا تعدى في العين المستعارة والمستأجرة ثم زال التعدي حيث لا يبرأ عن الضمان لان البراءة من الضمان انما تكون باعادة يد المالك حقيقة أو حكما ولم يوجد ذلك لان قبضهما العين كان لانفسهما لاستيفاء المنافع فاذا ترك الخلاف لم يوجد الرد الى صاحبها لا حقيقة ولا حكما بخلاف المودع فان يده يد المالك حكما لانه عامل له في الحفظ فاذا ترك الخلاف فقد ردها الى يد صاحبها حكما فيبرأ اذ هو نائب عنه وبخلاف الجحود لان الجحود رفع للعقد فينفسخ به العقد فلا يعود الا بعقد جديد كالاحكام الشرعية فانه بالجحود ينتقض ايمانه فلا يعود مسلما الا بعقد جديد وبالمخالفة فعلا لا ينتقض حتى اذا عاد الى الوفاق صح ولهذا جحود الوكيل الوكالة يكون فسخا وكذا جحود أحد المتبايعين البيع ولانه لما جحد بحضرته عزل نفسه وهو يملك ذلك بحضرته وينفرد به ولانه لما طالبه المودع فقد عزله فيكون هو بعد ذلك بالامساك غاصبا ولو عاد الى الاقرار وهذا معنى قوله في المختصر بخلاف المستعير والمستأجر واقراره بعد جحوده وقال أبو يوسف رحمه الله لو جحدها عند غير صاحبها أو عنده حين سأله عن حالها من غير أن يطلب منه الرد أو طلب منه الرد عند من يخاف عليها منه فجحدها لا يضمن لان الجحود في هذه الصور من باب الحفظ وهو مأمور به فلا يعد انكارا ولا خلافا وانما هو اتقان للحفظ ولانه لا يملك عزل نفسه حال غيبته ولم يعزله صاحبها فيكون باقيا على حاله وقال زفر رحمه الله يضمن لان الجحود سبب الضمان لكونه اتلافا حكما فلا يختلف باختلاف الاحوال كالاتلاف حقيقة قلنا في هذه الاحوال ليس باتلاف وانما يكون اتلافا اذا أراد تملكها ومراده هنا حفظها بقطع طمع الطامعين فكيف يكون اتلافا

قال رحمه الله (وله أن يسافر بها عند عدم النهي والخوف) أي للمودع أن يسافر بالوديعة اذا لم ينهه المودع ولم يخف عليها بالاخراج وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف له الخروج بها الى مسافة قصيرة وان طالت لا يخرج بما له حمل ومؤنة لان القصيرة لا يخاف فيها عادة ولهذا تسافر المرأة السفر القصير بغير محرم ولا زوج وقال محمد لا يخرج بما له حمل ومؤنة لانه يلزمه مؤنة الرد فيما له حمل ومؤنة والظاهر من حاله أنه لا يرضى به وربما تستغرق المؤنة الوديعة وفيه اهلاكها فلا يجوز كالوكيل بالبيع حيث لا يكون له اخراج المبيع فان أخرج ضمن وقال الشافعي ليس له أن يخرج بها سواء كان له حمل ومؤنة أو لم يكن لان المطلق ينصرف الى المتعارف وهو الحفظ في الامصار عادة وصار كالاستحفاظ بأجر ولابي حنيفة رحمه الله أن الامر صدر مطلقا فلا يتقيد بالمكان كما لا يتقيد بالزمان والمفازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا والكلام فيه فصار كالمصر ولهذا يملكه الاب والوصي في مال الصغير مع أن ولايتهما نظرية لقوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز لهما ألا ترى أن الجودة في الاموال الربوية تتقوم في تصرفهما حتى لا يتناولاها اعتبارا لعدم النظر والوكيل بالبيع مأمور بالبيع لا بالحفظ وانما يجب عليه الحفظ بمقتضى الامر بالبيع اذ لا يمكنه بيعه الا بعد حفظه والاستحفاظ بأجر عقد معاوضة فيقتضي التسليم في مكان العقد وما يلزم الآمر من مؤنة الرد ضرورة صحة أمره فلا يعد ذلك اضرارا به والمعتاد كونهم في المصر لا حفظهم فيه ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها كأهل الاخبية ولو كان الطريق مخوفا ليس له أن يسافر بها ان كان له منه بد وان لم يكن له منه بد بأن سافر مع أهله لا يضمن ولو نهاه أن يخرج بها من المصر فخرج بها ضمن ان كان له منه بد لان المصر

البراءة والبراءة انما تكون بعد الوجوب اه اتقاني وكتب على قوله في المتن وان تعدى ما نصه بان كانت دابة فركبها أو ثوبا فلبسه أو عبدا فاستخدمه أو أودعه عند غيره اه هداية (قوله ولا تعود الامانة الا بعقد جديد) والحاصل أنهما اعتبرا الخلاف فعلا بالخلاف قولا فاذا جحد الوديعة ثم أقر لا يبرأ عن الضمان فكذا هنا اه غاية (قوله والمستأجر للعين اذا تعدى الخ) بان استأجر دابة الى مكان معين ثم جاوزه ثم عاد اليه فانه لا يبرأ ومن أصحابنا من قال ان كان استأجرها ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان وان كان استأجرها ذاهبا لا جائيا لا يبرأ عن الضمان لان العقد قد انتهى بالوصول الى ذلك المكان وبالعود اليه لا يعود العقد بينهما اه (قوله أو عنده حين سأله عن حالها) ونص قول أبي يوسف وان كان الحكم عند علمائنا الثلاثة كذلك وكذا عند الائمة الثلاثة لما أن هذا التفصيل لم يكن مذكورا في مبسوط محمد ولما ذكر في اختلاف زفر ويعقوب فأورده كذلك اه معراج

أبلغ في الحفظ فكان التقييد مفيدا وان لم يكن له منه بد لا يضمن قال رحمه الله (ولو أودعا شيأ لم يدفع المودع الى أحدهما حظه) أى لو أودع رجلان شيأ عند رجل فحضر أحدهما يطلب نصيبه لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو مروى عن على رضى الله تعالى عنه وقالا له ذلك والخلاف فى ذوات الامثال وفى غيره ليس له ذلك بالاجماع لهما أن الحاضر طلب نصيبه خاصة فيؤمر بالدفع اليه كما فى الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ما سلم اليه وهو النصف وهوله ولهذا كان له أن يأخذه اذا ظفر به فكذا يؤمر المودع بالتسليم اليه ولابى حنيفة رحمه الله ما روينا عن على رضى الله تعالى عنه ولان المودع لا يملك القسمة بينهما ولهذا لو دفع اليه نصفه لا يكون قسمة بالاجماع حتى اذا هلك الباقى رجع صاحبه على الآخذ بحصته بالاجماع فاذا لم يقع قسمة لا يجوز له أن يدفع نصيب الغائب اليه لعدم اذنه بذلك فيكون متعديا بالدفع فيضمن نصفه بخلاف الدين المشترك لانه لا يطالبه بتسليم حقه لان الديون تقضى بأمثالها وأخذه الشريك عند الظفر به لا يدل على أن المودع يؤمر بالدفع ألا ترى أن رجلا اذا كان له على انسان ألف درهم دين وللمدين ألف درهم وديعة عند آخر فللغريم أن يأخذ الوديعة اذا ظفر بها وليس للمودع أن يدفع اليه ولا يؤمر بذلك وروى أن رجلين دخلا الحمام وأودعا عند الحمامى ألفا فخرج أحدهما فطلبه منه فأعطاه ثم خرج الآخر وطالبه فتحيرا الحمامى وذهب الى أبى حنيفة رحمه الله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك فانقطع قال رحمه الله (وان أودع رجل عند رجلين ما يقسم اقتسماه وحفظ كل نصفه ولو دفع الى الآخر ضمن بخلاف ما لا يقسم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وكذا الجواب فى المرتهنين والوكيلين بالشراء اذا سلم أحدهما الى الآخر وقالا لاحدهما أن يحفظ باذن الآخر فى الوجهين لان المودع رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمن كما فيما لا يقسم ولابى حنيفة رحمه الله وهو أقيس أن المالك رضى بحفظهما لا بحفظ أحدهما ورضاه بأمانة الاثنين لا يكون رضا بأمانة الواحد وهذا لان الاصل ان فعل الاثنين اذا أضيف الى ما يقبل الوصف بالتجزى يتناول البعض لا الكل فاذا سلم الكل الى الآخر ولم يرض المالك به ضمن ولا يضمن القابض لان مودع المودع لا يضمن عنده وأما فيما لا يقسم فالمالك رضى بثبوت يد كل واحد منهما على الانفراد فى الكل لانه لما أودعهما مع علمه بأنهما لا يجتمعان على حفظه آناء الليل والنهار وأمكنهما المهايأة صار راضيا بحفظ كل واحد منهما بجميعه على الانفراد قال رحمه الله

(قوله والخلاف فى ذوات الامثال) قال صاحب الهداية والخلاف فى المكيل والموزون وهو المراد بالمذكور فى المختصر أى فى مختصر القدورى وانما قال وهو المراد لان كلام القدورى باطلاقه يشمل ما يقسم وما لا يقسم فكان محتملا للوجهين فقال المراد منه ما يقسم استدلالا بوضع الجامع الصغير لان محمدا قال فيه ثلاثة نفر أودعوا رجلا ألف درهم فغاب اثنان وجاء واحد يريد أن يأخذ نصيبه الى هنا لفظ الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع وكذا الخلاف فى كل الاموال التى تحتمل القسمة وكذلك وضع المسئلة فى مختصر الطحاوى حيث قال ومن استودعه ثلاثة نفر من الدراهم أو ما سواها مما يقسم ثم جاء أحدهم يطلب نصيبه ولم يحضر صاحباه لم يكن عليه أن يعطيه منها شيأ وهذا قول أبى حنيفة وبه نأخذ وقال أبو يوسف ومحمد عليه أن يعطيه ثلثها الى هنا لفظ الطحاوى فى مختصره وقال الامام الاسبيجابى فى شرح مختصر الطحاوى وقال صاحباه يدفع نصيبه اليه ولا يكون هذا قسمة على الغائب (١) حتى ان الغائب لو هلك فى يد المودع كان للغائب أن يشارك القابض فيما قبض ولو هلك المقبوض فى يد القابض فليس له أن يشارك المقبوض فيما قبض (قوله وفى غيره ليس له ذلك بالاجماع) قال قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وان كانت الوديعة عرضا فالصحيح انه لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه فى قولهم جميعا اه اتقانى (قوله ثم خرج الآخر وطالبه) أى وقال انا دفعناه اليك وقد ضعت حتى بالدفع اليه وحده اه اتقانى (قوله فقال له قل لا أعطيك حتى تحضر صاحبك) أى لانكما دفعتماه الى اه (قوله فى المتن وان أودع رجل عند رجلين الخ) هذه المسئلة عكس التى قبلها لان فى هذه المودع واحد والمودع متعدد والمتقدمة بالعكس اه (قوله ولو دفع الى الآخر ضمن) أى ضمن الدافع النصف ولا يضمن القابض كما سيجىء اه وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا أودع رجل رجلين مالا قال يأخذ كل واحد منهما نصفه يعنى يقتسمانه قال فان دفع أحدهما المال كله الى صاحبه فتوى المال (ولو) قال يضمن فى قول أبى حنيفة الذى دفع النصف ولا يضمن فى قول أبى يوسف ومحمد شيأ قال محمد ان أبا حنيفة قال ذلك فيما تستطاع قسمته فأما ما لا تستطاع قسمته نحو المملوك والثوب فاذا دفع أحد المستودعين ذلك الى صاحبه لم يضمن اه اتقانى (قوله اذا سلم أحدهما الى الآخر) أى فضاع ضمن النصف اه اتقانى (قوله فى الوجهين) أى فيما يقسم وما لا يقسم اه (قوله لان المودع رضى بأمانتهما) أى فكان دفع كل واحد منهما دفعه الى أمين المالك اه اتقانى (قوله على الانفراد) أى على سبيل المهايأة اه وكتب ما نصه قال فى قسم المبسوط من الشامل لو أودع رجلين عبدا فتهايآ على أن يكون عند أحدهما شهرا وعند الآخر شهرا لم يضمنا لانه لا يمكن الحفظ معا فجاز

(١) قوله حتى ان الغائب الخ هكذا فى أصل الحاشية ولعل فيه سقطا وتحريفا فارجع الى الاصول الصحيحة اه كتبه مصححه

على هذا الوجه اهـ اتقاني (قوله في المتن ولو قال له لا تدفع الى عيالك الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال لا تدفعها الى امرأتك أو عبدك أو ولدك أو أجيرك فاني أتهمهم عليها فدفعها الى الذي نهاه عنه فهلكت فان كان المستودع لم يجد بدا من دفعها اليه لم يضمنها وان كان يجد من أهله وخدمه من يدفعها اليه ويضعها عنده غير هذا فأعطاه وهو يجد غيره ضمنه صاحب الوديعة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه خالف في الوجه الاول بعذر وفي الوجه الثاني خالف بغير عذر اهـ اتقاني (قوله فنهاه عن التسليم الى امرأته) هكذا هو بخط الشارح وصوابه الى غلامه فتأمل اهـ (قوله في المتن وان كان له منه بد أو حفظها الخ) قال محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل أودع رجلا وديعة وأمره أن يحفظها في دار ونهاه عن الوضع في دار أخرى فوضعها في التي نهاه عنها فهلكت قال هو ضامن وان كان بيتان في دار والمسئلة بحالها لم يضمن وقال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا قال صاحب الوديعة للمستودع اخبأها في بيتك هذا فخبأها في بيت آخر من داره تلك فضاعت فلا ضمان عليه استحسانا ألا ترى انه لو قال أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا فوضعها في بيته فهلكت لم يضمنها ولو قال اخبأها في دارك (٨١) هذه ولا تخبأها في دارك الأخرى فوضعها في التي نهى عنها ضمن ألا ترى أنه لو قال لا تخرجها من الكوفة فخرج بها الى البصرة كان ضامنا لها وان انتقل من الكوفة الى البصرة أو الى غيرها الشيء لم يكن له منه بد فهلكت فلا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وعند الشافعي يضمن كذا في شرح الاقطع وذلك لانه نقلها الى بيت آخر من غير ضرورة فصار كما اذا نقلها الى دار أخرى ولنا أن الدار حرز واحد بدلالة أن السارق اذا أخذ من بيت من الدار فنقل الى بيت آخر لم يقطع لانه لم يهتك الحرز بعد والحرز الواحد لا فائدة في تخصيص بعضه دون بعض وما لا فائدة في تخصيصه في الامر يسقط في الايداع كما لو قال احفظها بيمينك دون شمالك أو قال ضعها في يمين البيت دون يساره حتى لو كان بين البيتين تفاوت في الحرز بأن كانت الدار عظيمة وظهر البيت الذي نهاه عنه الى السكة أو نحو ذلك قالوا في شروح الجامع الصغير يضمن بخلاف الدارين فان التفاوت في الحرز ظاهر فيهما ولهذا لو أخذ السارق من احدى الدارين فنقل الى الاخرى قطع حتى لو كانت الدار التي نهى عن الوضع فيها أحرز أو كانتا سواء في الحرز لا يضمن وبه صرح في شرح الطحاوي لان النهي ليس بتقييد والاصل أن كل شرط يفيد اعتباره ويمكن المودع مراعاته فهو معتبر وكل شرط لا يمكن مراعاته ولا يفيد اعتباره فهو لغو وقال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير ولو قال احفظها في كيسك ولا تحفظها في صندوقك أو قال احفظها في صندوقك ولا تحفظها في البيت فحفظها في البيت لا يضمن والصندوق من البيت بمنزلة البيت من الدار لقلة التفاوت بينهما اهـ اتقاني (قوله في المتن ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) صورة المسئلة في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أودع رجلا ألف درهم فأودعها المستودع الاول رجلا آخر فهلكت في يده قال لصاحب الالف أن يضمن المستودع الاول ولا يضمن الآخر وقال أبو يوسف ومحمد يضمن صاحب المال أيهما شاء فان ضمن الاول لم يرجع على الآخر بشيء وان ضمن الآخر رجع على الاول الى هنا لفظ محمد في أصل الجامع الصغير وقول الشافعي مثل قولهما كذا في شرح الاقطع اهـ اتقاني

(ولو قال له لا تدفع الى عيالك أو احفظ في هذا البيت فدفعها الى من لا بد له منه أو حفظه في بيت آخر من الدار لم يضمن) أي المودع قال ذلك للمودع فخالفه في ذلك لا يضمن لانه لا يمكنه الحفظ مع مراعاة شرطه فلم يكن مفيدا فيلغو وهذا اذا كانت الوديعة مما يحفظ في يد من منعه المودع من الدفع اليه مثل أن تكون الوديعة فرسا فمنعه من التسليم الى غلامه أو تكون عقد جوهر فمنعه من التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار متساوية أما اذا كانت الوديعة مما لا يحفظ في يد من نهاه عن الدفع اليه كما اذا كانت الوديعة فرسا فنهاه عن الدفع الى امرأته أو كانت عقد جوهر فنهاه عن التسليم الى امرأته أو كانت بيوت الدار مختلفة بان كان في بعضها عورة ظاهرة فيضمن بالمخالفة لان التقييد مفيد في مثله قال رحمه الله (وان كان له منه بد أو حفظها في دار أخرى ضمن) أي ان كان له بد من دفع الوديعة الى من نهاه عن دفعها اليه بان نهاه أن يدفعها الى امرأته فلانة وله امرأة أخرى أو نهاه أن يسلمها الى غلامه فلان وله غلام آخر فخالفه أو قال له احفظها في هذا البيت أو في هذه الدار فحفظها في دار أخرى ضمن لان الناس يختلفون في الامانة والكياسة ومعرفة طرق الصيانة والاحتراز عما يوجب شينا في الدين اذ هي الحاملة على الحفظ كما ينبغي وكذا الدور تختلف في الحرز فكان هذا الشرط مفيدا فيعتبر اذا كان لا يحرج بالوفاء بالشرط وذلك عند وجود من ذكرنا والا فلا قال رحمه الله (ضمن مودع الغاصب لا مودع المودع) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن مودع المودع أيضا فيكون لصاحبها الخيار ان شاء ضمن الاول وان شاء ضمن الثاني فان ضمن الاول لا يرجع به على أحد وان ضمن الثاني رجع به على الاول لكونه عاملا له لان الاول خائن بالتسليم الى الثاني بغير اذن المالك والثاني متعد بقبضه بغير اذنه فنزلا منزلة الغاصب ومودع الغاصب أو الغاصب وغاصب الغاصب أو الغاصب والمشتري منه غير أن الثاني مغرور من جهة الاول عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لحضور رأيه

(قوله لا بصورة يده) أى لا باعتبار صورة مجرد يد الاوّل من غير رأى الاوّل اه من خط الشارح اه (قوله بالاجماع) كذا فى النصرة اه (قوله ولا يقال الخ) هذا السؤال والجواب أوردهما الاتقانى فى شرحه ونصه فان قلت ان الاول اذا كان ضامنا كان الثانى آخذا من يد ضمين فينبغى أن يكون الثانى ضامنا ضرورة قلت هذه مغالطة لان الاول لم يكن ضامنا بمجرد الدفع قبل المفارقة بل هو أمين حينئذ لما قلنا وانما صار ضامنا بالمفارقة بصنع منه والثانى لم يوجد منه صنع فلا يضمن اه (قوله وقال ابن أبى ليلى لا يضمن الخ) قال الاتقانى وفى قول ابن أبى ليلى أن كل من ملك شيأ ملك تمليكه غيره بمثل ما ملكه كالعبد المأذون يأذن والمكاتب يكاتب والمستأجر يؤاجر والمستعير يعير فاذا كان كذلك لم يجب الضمان على واحد منهما لانه لم يوجد التعدّى من الاوّل فى الايداع ولا من الثانى فى القبض اه

لان حفظه باق ما دام فى مجلسه وصاحبها رضى به باعتبار حصول رأيه لا بصورة يده بدليل انها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع فعلم بذلك أن الايداع مباح له اذا لم يقطع رأى الاوّل فلم يكن متعدّيا بمجرد الدفع ما لم يفارقه فاذا فارقه صار مضيعا لها وقت التفريق بترك الحفظ الملتزم بالعقد والقابض منه لم يكن متعدّيا بالقبض بدليل ما ذكرنا من عدم وجوب الضمان بالهلاك قبل أن يفارقه الاول وبعد الافتراق لم يحدث فعلا آخر بل هو مستمر على ذلك الفعل وهو أمين فيه فكيف يكون متعدّيا ضامنا بعده وهو لم يفوّت الحفظ الذى التزمه بعقد وهذا لانه لما صار فى أوله أمينا وجب أن يبقى كذلك حتى يوجد منه فعل يبطله فصار نظير ما لو هبت الريح فى ثوب انسان فألقته فى حجر غيره فانه لا يضمن بالاستمرار ما لم يوجد منه فعل بعد فكذا هذا والجامع بينهما أن كل واحد منهما لم يكن متعدّيا فى الابتداء فلا ينقلب متعدّيا بدون احداث فعل آخر ولا يقال لو لم يكن متعدّيا بالدفع لما ضمن بالفراق كما اذا دفعها الى من فى عياله فلما ضمن بالفراق علم انه متعد فيكون القابض منه أيضا متعدّيا فيضمن ضرورة لانا نقول لما جاز له الدفع وهو حاضر بالاجماع بدليل ما ذكرنا صار كأن المودع قال له أذنت لك أن تدفعه الى غيرك بشرط أن لا تفارقه فانه لا يضمن ما دام معه فكذا هذا بخلاف مسئلة الغاصب والغاصب منه وأخواتها لانهم صاروا مثله بالتلقى منه ابتداء لعدم اذن المالك فكذا بقاء ثم مودع الغاصب ان لم يعلم أنه غاصب رجع على الغاصب قولا واحدا وان علم فكذلك فى الظاهر وحكى أبو اليسر أنه لا يرجع واليه أشار شمس الائمة ذكره فى النهاية وقال ابن أبى ليلى لا يضمن المودع بالايداع ولا مودع المودع بالقبض بناء على أن له أن يودع عنده لانه يجب عليه أن يحفظ الوديعة مثل ما يحفظ ماله ويحفظ ماله تارة بنفسه وتارة بغيره قلنا لم يوجد من المودع الرضا بالدفع الى غيره ولا الدلالة على الرضا اذ لو رضى بغيره لما أودعها عنده فكان متعدّيا بالدفع فيضمن قال رحمه الله (معه ألف ادّعى رجلان كل أنه له أودعه اياه فنكل لهما فالالف لهما وغرم آخر بينهما) أى اذا كان فى يد رجل ألف فادّعاها رجلان كل واحد منهما أنها له أودعها اياه يحلف لهما فان نكل لهما كان الالف بينهما وعليه ألف آخر بينهما بيان ذلك أن دعواهما صحيحة فيجب عليه اليمين لهما فان حلف لهما فلا شئ لهما عليه لعدم الحجة وان حلف لاحدهما ونكل للآخر قضى به لمن نكل له دون الآخر لوجود الحجة فى حقه دون الآخر وان نكل لهما قضى به بينهما لعدم الاولوية ثم يجب عليه ألف آخر لهما لاقراره به أو لبذله اياه على اختلاف الاصلين ولايهما بدأ القاضى بالتحليف جاز لتعذر الجمع بينهما ولعدم الاولوية والاولى عند التشاح أن يقرع بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا لتهمة الميل فان نكل للاوّل لا يقضى به حتى يحلفه للثانى لينكشف وجه القضاء هل هو لهما أو لاحدهما كما اذا أقاما البينة بخلاف ما اذا أقر لاحدهما فانه يحكم له به لان الاقرار حجة ملزمة بنفسه والنكول

(قوله فكان متعدّيا بالدفع فيضمن) وقياسه ضعيف لان المودع ليس بمالك أصلا لانه ليس بمالك لعين الوديعة ولا لمنفعتها وانما هو رجل ملك منافع نفسه فلا يملك تسليم الوديعة الى غيره (قوله فى المتن معه ألف ادّعى رجلان الخ) صورة المسئلة فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى ألف درهم فى يدى رجل ادعاها رجلان كل واحد منهما يدعى أنه أودعها اياه فأبى أن يحلف لهما قال تكون هذه الالف بينهما ويغرم ألفا أخرى فتكون بينهما نصفين الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وفى قول ابن أبى ليلى لا يجب عليه الا دفع الالف بعينها لانه لم يأخذ الا ألفا واحدة فلا يجب عليه ألف أخرى أما مذهب علمائنا فلانه لما نكل لاحدهما فقد أقر أنه قبض منه ألفا فلما نكل للآخر فقد أقر أنه أخذ منه ألفا فلما أقر لكل واحد منهما بألف ولم يصل لكل واحد منهما لا يكون الا خمسمائة فعليه أن يغرم لكل منهما تمام الالف بيان المسئلة أن كل واحد من المدعيين ادّعى دعوى صحيحة لاحتمال الصدق فى دعوى كل منهما فتوجهت اليمين لكل واحد منهما على المنكر لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى واليمين على من أنكر ولكن يحلف لكل واحد منهما على الانفراد لان كل واحد منهما ادّعى عليه معنى لو أقر به لزمه فاذا أنكر يحلفه اه اتقانى (قوله لاقراره) أى على قولهما اه (قوله أو لبذله اياه) أى على قول أبى حنيفة اه (قوله ولأيهما) الذى بخط الشارح ولأيهما اه (قوله أو لاحدهما) أى فانه بعد نكوله للاوّل ان نكل للثانى يكون الالف بينهما ويقضى لهما جملة وان حلف الثانى كان كل الالف للاوّل اه

(قوله لا يلزمه شئ) أى قبل قضاء القاضى اه قارئ الهداية (قوله ووضع المسألة فى العبد) قال الاتقانى ولكن الخصاف وضع المسألة فى العبد فى أدب القاضى اه (قوله قيل ينبغى أن يحلف الخ) قال الاتقانى قال الخصاف ينبغى أن يحلفه على هذا الوجه عند محمد خلافا لابى يوسف اه (قوله بناء) قال الاتقانى وجه البناء أن النكول اقرار فبالاقرار بالوديعة ضمن عند محمد فكذا بالنكول وعند أبى يوسف لم يضمن ثمة بالاقرار فكذا هنا بالنكول اه (قوله ودفعها الى غيره) أى بالقضاء اه اتقانى

لا يكون حجة الا بالقضاء ولهذا لو نكل ثم حلف لا يلزمه شئ وكذا البينة لا تكون حجة الا بالقضاء فيؤخر القضاء حتى ينكشف وجهه ولا ضرر عليه بالتأخير لانه لا يقضى للمتقدم حتى يحلف للمتأخر ولو نكل للثانى أيضا قضى به بينهما نصفين لاستوائهما فى الحجة ويغرم ألفا آخر بينهما نصفين كما ذكر فى المختصر لانه بالنكول أوجب لكل واحد منهما كل الالف كأن ليس معه غيره فاذا صرفه اليهما فقد صرف نصف نصيب كل واحد منهما الى الآخر فيغرمه فلو قضى القاضى للاول حين نكل قبل أن يحلف للثانى لا ينفذ قضاؤه حتى لو نكل للثانى بعده كان الالف بينهما لان القضاء للاول لا يبطل حق الثانى وقال الخصاف نفذ قضاؤه لانه محل مجتهد فيه لان من العلماء من قال ينفذ قضاؤه للاول ولا يشاركه الثانى فيه لان النكول حجة شرعية كالاقرار ووضع المسئلة فى العبد ولا فرق بينهما الا ان النقود تتعين فى الودائع والغصوب ثم لا يحلف المدعى عليه للثانى بعد القضاء عليه للاول مقتصرا على قوله ما هذا العبد لك بالاجماع لان نكوله لا يفيد بعد ما صار العبد لغيره وهل يحلف اذا ضم اليه القيمة بأن يقال له بالله ما لهذا عليك هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قيل ينبغى أن يحلف عند محمد خلافا لابى يوسف رحمهما الله بناء على أن المودع اذا أقر بالوديعة ودفعها الى غيره يضمنه عند محمد خلافا لابى يوسف رحمهما الله فانه يقول ان ما فات من حقه لم يفت بمجرد اقراره وانما فات بالدفع الى الاول وذلك بقضاء القاضى فلا يضمن ولكن محمد رحمه الله يقول هو الذى سلط القاضى على القضاء بها للاول باقراره ثم أقر للثانى بأنه مودع عنده والمودع يكون ضامنا بالتسليط والله أعلم

﴿كتاب العارية﴾

قال رحمه الله (هى تمليك المنافع بغير عوض) هذا فى الشرع وفى اللغة مشتقة من العار متسوبة اليه ووزنها فعلية لان طلبها عار (١) وفى الشرع ما ذكره فى الكتاب وقال الكرخى والشافعى هى اباحة الانتفاع بملك الغير لانه ينعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيه ضرب المدة ومع الجهالة لا يصح التمليك وكذا يعمل فيه النهى ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انها تنبئ عن التمليك لانها مأخوذة من العرية وهى العطية فى الثمار بالتمليك من غير عوض ثم استعمل فى المنفعة كذلك فاقتضت تمليكا ولهذا تنعقد بلفظ التمليك وله أن يعير فيما لا يختلف باختلاف المستعمل ولو كان اباحة لما جاز لان المباح له ليس له أن يبيح لغيره وهذا لان تمليك المنافع مشروع بعوض كالاجارة فوجب أن يكون مشروعا بغير عوض أيضا كالاعتاق لان كل ما جاز فيه التمليك ببدل جاز فيه التمليك بغير بدل الا النكاح والجهالة لا تفضى الى المنازعة وكل جهالة لا تفضى الى المنازعة لا توجب الفساد وهذا لانها غير لازمة فله أن يرجع فى كل ساعة بخلاف المعاوضات فانها لازمة والجهالة فيها تفضى الى المنازعة حتى اذا كانت لا تفضى الى المنازعة كالخياطة جازت من غير ضرب المدة والنهى منع عن تحصيل ما لم يحصل ولم يوجد بعد فيكون امتناعا عن التمليك ولهذا لا يجوز اجارة لانها لم تدخل فى ملكه قبل الحدوث قال رحمه الله (وتصح بأعرتك) أى

﴿كتاب العارية﴾

(قوله فى المتن هى تمليك المنافع) قال الاتقانى هذا اختيار أبى بكر الرازى اه (قوله وقال الكرخى والشافعى) قال الاتقانى وجه قول الكرخى أنها لو كانت تمليك المنافع لا الاباحة لكان بيان المدة من شرطها لان تمليكها مع الجهالة لا يصح أصل الاجارة ولانها لو كانت تمليكا لجاز اجارة المستعير من غيره كالمستأجر ولهذا تنعقد بلفظ الاباحة بأن قال أبحت ركوب هذه الدابة أو أبحت لبس هذا الثوب لك وكذلك يصح نهى المعير المستعير عن الانتفاع فلو كان تمليكا لم يصح كما فى الاجارة ألا ترى أنه لو آجر دابته شهرا ثم قبل انقضاء المدة لو نهاه عن الانتفاع بها لم يصح وجه ما ذهب اليه أبو بكر الرازى أن العرية والعارية أحدهما مشتق من الآخر ولكن خص كل واحد منهما باسم فقالوا فى تمليك الاعيان عرية وفى تمليك المنافع عارية فدل على أن العارية تمليك لا اباحة اه (قوله ولهذا تنعقد بلفظ التمليك) أى فانه لو قال ملكتك منافع هذا العين شهرا ينعقد اعارة اه اتقانى (قوله لان المباح له الخ) وانعقادها بلفظ الاباحة بسبيل الاستعارة كانعقاد الاجارة بلفظ الاعارة وانما لم يملك المستعير الاجارة لان الاجارة عقد (٢) جائز لازم فلو جاز له أن يؤجر انقلبت من الجواز الى اللزوم وفيه ضرر بالمعير وخرج الجواب عن صحة النهى لانه لما كانت جائزة كان للمعير أن ينهى اه اتقانى (قوله ليس له أن يبيح لغيره) أى كالمباح له الطعام لا يجوز له أن يبيح من غيره اه اتقانى (١) قول الشارح وفى الشرع الخ هكذا فى النسخ وهو مكرر مع ما سبق كما ترى اه مصححه (٢) قول المحشى جائز لازم هكذا فى الاصل ولعل الوصف بالجواز من زيادة الناسخ فحرر اه مصححه

(قوله في المتن وأطعمتك أرضي) قال الاتقاني وأما قوله أطعمتك هذه الارض فهو مستعمل في العارية مجازا لا حقيقة لانه يقال أطعمه فطعم ونفس الارض لا تطعم فكان المراد ما يخرج منها بطريق اطلاق اسم السبب على المسبب وهو من طرق المجاز اه (قوله ومنحتك ثوبي) قال في الهداية في كتاب الهبة ولو قال منحتك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل قال الاتقاني وأشار بقوله لما روينا الى ما ذكره في أول كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة وهكذا ذكر الجواب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي من غير تفصيل وقال اذا قال منحتك هذه الارض فهي عارية ولكن شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فصل في مبسوطه وقال اذا قال منحتك ان كان مضافا الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء العين يكون اعارة وان أضاف الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه كالدراهم والطعام يكون هبة وذلك لان المنحة تذكر ويراد بها العارية قال النبي صلى الله عليه وسلم المنحة مردودة وأراد به العارية لان الهبة لا تكون مردودة وانما المردودة العارية وتذكر ويراد بها الهبة يقال منح فلان فلانا أي وهب له واذا كانت اللفظة صالحة للامرين جميعا والعمل بهما متعذر في عين واحدة لان العين الواحدة لا يتصور أن تكون في محلين عارية وهبة في وقت واحد عملنا بهما مختلفين فقلنا اذا أضيفت المنحة الى عين يمكن الانتفاع به (٨٤) مع بقاء عينه جعل عارية واذا أضيفت الى عين لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه جعل هبة كما في المكيل والموزون توفيرا على المعنيين حظهما بقدر الامكان اه (قوله في المتن وأخدمتك عبدي) أي جعلته خادما لك اه (قوله في المتن وداري لك سكنى) قال الاتقاني وفرق شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي للحاكم الشهيد بين قوله هذه الدار لك سكنى أو عمرى سكنى وبين قوله هي لك لتسكنها فقال ولو قال هي لك لتسكنها كان تمليكا للدار لانه أضاف التمليك الى رقبة الدار وقوله لتسكنها مشورة فلا يتغير به قضية العقد اه اتقاني وقوله سكنى منصوب على التمييز من قوله لك لان قوله داري لك يحتمل الوجهين تمليك عين الدار وتمليك منفعة الدار فخرج قوله سكنى تفسيرا قاطعا للاحتمال فتعينت العارية ولانه اه (قوله المنحة مردودة والعارية مؤداة) أي يجب ردها ويجب أداؤها اه اتقاني (قوله في المتن ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) أقول هذا فيما اذا كانت العارية مطلقة أما اذا كانت مقيدة بوقت فهلكت في يد المستعير بعد مضي الوقت فانه يضمنها كما سيصرح الشارح به عند قوله ومؤنة الرد على المستعير وعند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده والله تعالى هو الموفق اه وكتب على قوله بلا تعد ما نصه ولو تعدى ضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يضمن اذا هلكت الخ) أما اذا هلكت في حالة الانتفاع لا يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله يوم أحد) كذا هو بخط الشارح رحمه الله اه وكتب على قوله يوم أحد ما نصه هكذا وقفت عليه في نسخ وشطب قارئ الهداية رحمه الله في نسخته على أحد (١) وكتب فوقه حنين اه ﴿فرع﴾ قال في الهداية والعارية أمانة ان هلكت من غير تعد لم يضمنها قال الاتقاني ولو شرط الضمان في العارية هل تصح فالمشايخ مختلفون فيه كذا في التحفة وقال في خلاصة الفتاوى رجل قال لآخر أعرني ثوبك فان ضاع فأنا ضامن له قال لا يضمن ونقل عن المنتقى اه (قوله فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال) ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء اه هداية (قوله عن استحقاق) أي تقدم وهو عقد الاجارة اه ﴿فرع﴾ قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي رجل استعار من رجل

بقوله أعرتك لانه صريح فيه قال رحمه الله (وأطعمتك أرضي ومنحتك ثوبي) لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤكل عينه يراد به ما يستغل منه مجازا لانه محله ومنحتك ثوبي معناه اذا لم يرد به الهبة لان المنح تمليك العين عرفا وعند عدم ارادته يحمل على تمليك المنافع وأصله أن يعطي الرجل ناقة أو شاة ليشرب لبنها ثم يردها اذا ذهب درها ثم كثر ذلك حتى قيل في كل من أعطى شيأ منح واذا أراد به الهبة أفاد ملك العين والا بقي على أصل وضعه قال رحمه الله (وحملتك على دابتي) أي اذا لم يرد به الهبة لان هذا اللفظ مستعمل فيهما يقال حمل فلان فلانا على دابته يراد به الهبة تارة والعارية أخرى فاذا نوى أحدهما صحت نيته وان لم يكن له نية حمل على الادنى كيلا يلزمه الاعلى بالشك قال رحمه الله (وأخدمتك عبدي) لانه يراد به العارية لانه اذن له في الاستخدام قال رحمه الله (وداري لك سكنى وداري لك عمرى سكنى) لان قوله داري لك يحتمل أن يكون له رقبتها ويحتمل أن يكون له منفعتها وقوله سكنى محكم في ارادة المنفعة فيحمل المحتمل عليه لان قوله سكنى خرج مخرج التفسير لذلك المحتمل قال رحمه الله (ويرجع المعير متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة والعارية مؤداة ولان المنافع تحدث شيأ فشيأ ويثبت الملك فيها بحسب حدوثها فرجوعه امتناع عن تمليك ما لم يحدث فله ذلك قال رحمه الله (ولو هلكت بلا تعد لا يضمن) وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه يضمن اذا هلكت في غير حالة الاستعمال لانه قبض مال الغير لنفسه لا عن استحقاق فأشبه الغصب وقال عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت والمراد مثله من يأخذ لنفسه وقال عليه الصلاة والسلام العارية مضمونة وقد استعار رسول الله صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان يوم أحد فقال أغصبا يا محمد فقال لا بل عارية مضمونة قال فضاع بعضها فعوض عليه النبي صلى الله عليه وسلم فقال أنا اليوم في الاسلام راغب رواه أحمد وأبو داود والاذن بالقبض ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراء حالة الاستعمال بخلاف المستأجر لان القبض فيها عن استحقاق

(١) قول المحشي وكتب فوقه حنين هكذا في النسخ والذي في شرح العيني أن هذا كان يوم خيبر فحرر اه مصححه

سلاحا يقاتل به فضرب بالسيف فانقطع نصفين أو طعن بالرمح فانكسر قال لا ضمان عليه الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه هلك من عمل مأذون فيه فصير مأذونا فيه ضرورة وقال الولوالجي في فتاواه رجل دخل الحمام واستعمل قصاع الحمام فانكسرت لا ضمان عليه وكذا اذا أخذ كوز الفقاع ليشرب فسقط وانكسر فلا ضمان عليه لانه عارية في يده اهـ اتقاني (قوله ليس على المستعير غير المغل ضمان) تمامه ولا على المستودع غير المغل ضمان رواه الدارقطني عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده وقيل عمرو وفي الاسناد عمرو بن عبد الجبار عن عبيدة بن حسان وهما ضعيفان اهـ عبد الحق (قوله لا على وجه الاستيفاء) يحترز عن الرهن اهـ (قوله ولان صفوان كان حربيا) أي كان مستأمنا اهـ قارئ الهداية (قوله لانه قبضه لنفسه) أي فعليه مؤنته (٨٥) كما يجب على المستعير نفقة العارية اهـ اتقاني (قوله في المتن فان آجر فعطب ضمن) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا استعار الرجل من الرجل على أن يذهب بها حيث شاء ولم يسم مكانا ولا وقتا ولا ما يحمل عليها فذهب بها الى الحيرة أو أمسكها بالكوفة شهرا يحمل عليها أو يؤاجرها قال لا ضمان عليه في شئ من ذلك الا في الاجارة خاصة فانه حيث آجرها صار ضامنا ويتصدق بالغلة الى هنا لفظ الكافي وذلك لانه أمره بالانتفاع مطلقا والمطلق يتناول أي انتفاع شاء واليه التعيين يفعل ان شاء استعملها في الركوب أو في الحمل عليها وأي ذلك فعل لا يمكنه أن يفعل غيره بعد ذلك لان المطلق اذا تعين يتقيد فلا يبقى مطلقا بعد ذلك ولا يملك الاجارة أصلا لانها عقد لازم والعارية عقد جائز وبناء اللازم على الجائز لا يجوز وقد قال بعض أصحابنا بأنه يملك الاجارة وتنعقد جائزة لا لازمة كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ثم قال والصحيح أنه لا تنعقد الاجارة لان من أصول أصحابنا أن المنافع لا قيمة لها وانما تتقوم بالعقد لاجل الحاجة ولهذا لم يملك أن يؤاجر أكثر مما استأجر لان القيمة لما ظهرت بالشرط اقتصرت على المشروط فلم تتقوم فيما وراءه وفي العارية لا شرط فلا قيمة فلم تصح الاجارة فاذا فعل ذلك وآجرها صار بمنزلة الغاصب والغاصب اذا فعل يملك الاجرة ويتصدق بها لانها حصلت بسبب خبيث وهو استعمال مال الغير فكان سبيله التصدق اهـ اتقاني (قوله في المتن ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) لفظ محمد في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل استعار من رجل دابة ولم يسم شيئا قال له أن يعيرها وليس له أن يؤاجرها فان آجرها فعطبت فهو ضامن الى هنا لفظه في أصل الجامع الصغير وقال في مختصر الاسرار ويجوز للمستعير أن يعير وان شرط أن لا يعير الا أن يكون المعار مما يختلف

ولانه لمنفعة صاحبه وبخلاف الوديعة لانه قبضها لمنفعة صاحبها لا لنفسه ولهذا لا يكون عليه مؤنة الرد ولهذا اذا هلكت عنده وضمنه المستحق قيمتها رجع على المودع وفي العارية لا يرجع وبخلاف العبد الموصى بخدمته لان قبضه عن استحقاق فان الوارث يلزمه تسليم العين اليه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان وهو قول علي وابن مسعود رضي الله عنهما ولانه قبضه باذن صاحبه لا على وجه الاستيفاء ولا على سبيل المبادلة فلا يضمن كالاجارة والوديعة وهذا لان ضمان العدوان لا يجب الا على المتعدي ومع الاذن بالقبض لا يوصف بالتعدي فانتفى الضمان ضرورة انتفاء القبض على وجه التعدي وانتفاء المبادلة لان وجوبه شرعا إما بعقد موجب للضمان أو بشبهته بان كان فاسدا أو بالتعدي فالعقد الدال على وجوب الضمان لم يوجد ولا شبهته لانه عقد تبرع والتعدي لا يتصور مع الاذن ألا ترى أنه لو أذن له بالاتلاف فأتلفه لا يضمن فهذا أولى لانه دونه وحديث صفوان كان بغير اذنه لحاجة المسلمين ولهذا قال أغصبا يا محمد وعند الحاجة يرخص تناول مال الغير بغير اذنه بشرط الضمان كحالة المخمصة ولانه شرط له الضمان والعارية اذا اشترط فيها الضمان تضمن عندنا في رواية ويحتمل أن يكون المراد بالضمان المذكور في الحديثين ضمان رد العين فيحمل عليه ولان صفوان كان حربيا في ذلك الوقت ويجوز من الشروط بين الحربي والمسلم ما لا يجوز بين المسلمين وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت يقتضي رد العين وبه نقول لان رد العين واجب في الامانات وانما لا يرجع المستعير بضمان الاستحقاق لان الرجوع به بسبب الغرور وهو لم يغره أحد لان المعير متبرع كالواهب وليس على المحسنين من سبيل وانما وجب عليه مؤنة الرد لانه قبضه لنفسه قال رحمه الله (ولا يؤجر) لان الاجارة لازمة فيلزم المعير زيادة الضرر لانه لو جازت الاجارة من المستعير لما جاز للمعير أن يرجع عليه حتى تفرغ مدتها فيتضرر فلا يلزمه بغير رضاه ولانه يلزم من جوازها لزوم ما لا يلزم وهو العارية أو عدم لزوم ما يلزم وهو الاجارة فلا يجوز قال رحمه الله (ولا يرهن كالوديعة) لان الرهن ايفاء وليس له أن يوفي دينه بمال غيره بغير اذنه ولان فيه ضررا لان الرهن عقد لازم بعد القبض من جهة الراهن فصار كالاجارة قال رحمه الله (فان آجر فعطب ضمن) لانه متعد بالتسليم فصار غاصبا وان شاء ضمن المستأجر لانه قبض ماله بغير اذنه فصار كالمستأجر من الغاصب فان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ملكه بالضمان وتبين أنه آجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤجر وهو المستعير اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا للضرر الغرور عن نفسه وان علم أن العين عارية في يده فليس له أن يرجع لانه لم يغره فصار كالمستأجر من الغاصب عالما بالغصب قال رحمه الله (ويعير ما لا يختلف بالمستعمل) أي يعير

المستعير العارية اذا كانت مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقال الشافعي رضي الله تعالى عنه ليس له أن يعير لان العارية اباحة المنافع عنده والمباح له ليس له أن يبيح لغيره وعندنا لما كانت تمليك المنافع جاز أن يعير لان المالك يملك أن يملك كالمستأجر يملك أن يؤجر وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير وهذا اذا صدرت مطلقة وان كانت مقيدة بشئ تتقيد به وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة على ما يجيء تفصيله قال رحمه الله (فلو قيدها بوقت أو منفعة أو بهما لا يتجاوز عما سماه وان أطلق له أن ينتفع أي نوع شاء في أي وقت شاء) لانه يتصرف في ملك الغير فلا يملك الا على الوجه الذي أذن له فيه من تقييد أو اطلاق ثم لا يخلو اما أن تكون مطلقة أو تكون مقيدة بالزمان أو بالانتفاع أو بهما فان كانت مطلقة كمن استعار دابة للركوب أو ثوبا للبس ولم يسم شيأ كان له أن يلبس ويركب بنفسه وله أن يعير ما لم يلبس هو ولم يركب فاذا ألبس غيره أو أركبه فليس له أن يركب بنفسه بعد ذلك في الصحيح لانه تعين بالفعل فيكون خلافه تعديا ذكره في الكافي وقال سواء كان المستعار شيأ يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في الثوب والركوب في الدابة فجعله كالاجارة فعلى هذا ينبغي أن يحمل هذا الاطلاق الذي ذكره هنا فيما يختلف باختلاف المستعمل كاللبس والركوب والزراعة على ما اذا قال على أن أركب عليها من أشاء أو ألبس الثوب من أشاء كما حمل الاطلاق الذي ذكر في الاجارة على هذا وان كانت الاعارة مقيدة بالانتفاع دون الوقت بأن شرط أن ينتفع هو بنفسه أو غيره معينا لا يجوز له أن يخالف ذلك التقييد فيما يختلف باختلاف المستعمل كالركوب وأخواته وللمسمى أن يفعل في أي وقت شاء وان كان لا يختلف كالسكنى والحمل جاز أن يفعل بنفسه وبغيره في أي وقت شاء لان التقييد بالانتفاع فيما لا يختلف لا يفيد وان كانت مقيدة بالوقت

باختلاف المستعمل مثل ركوب الدابة ولبس الثوب فانه اذا شرط عليه أن لا يعير لا يجوز خلافا للشافعي اه اتقاني (قوله وكالموصى له بالخدمة يملك أن يعير) أي ويملك أن يؤجر قال الاتقاني والموصى له بالخدمة يملك أن يؤجر اه (قوله وهذا اذا صدرت مطلقة) أي عن الوقت والانتفاع اه (قوله وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة) أي ما ذكرنا من ولاية اعارة المستعير اه (قوله أو بهما) فهذه أربعة أوجه اه (قوله فان كانت الخ) هذا هو الوجه الاول اه (قوله وله أن يعير) والركوب واللبس كما سيجيء قريبا مما يختلف باختلاف المستعمل لكن انما يملك المستعير اعارته للاطلاق قال الاتقاني وعنده أي الشافعي الاعارة اباحة المنافع والمباح له لا يملك الاباحة ولهذا لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه كالركوب واللبس ثم قال في ذكر دليلنا ولا نسلم أن المستعير لا يملك الاعارة فيما يتفاوت الناس فيه مطلقا بل له أن يعير اذا أعاره مطلقا اه وهو يؤيد ما قاله الشارح رحمهما الله وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله ثم العارية على ما قالوا في شروح الجامع الصغير على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في حق الوقت والانتفاع جميعا وفي هذا الوجه للمستعير أن ينتفع به أي منفعة شاء في أي وقت شاء عملا باطلاق العقد والثاني أن تكون مقيدة في الوقت والانتفاع بأن قيده بيوم وعين نوع منفعة كالحمل والركوب فليس له أن يتجاوز ذلك عملا بالتقييد (٨٦) الا أن يكون ذلك خلافا الى خير أو الى مثل ذلك فحينئذ لا يضمن والخلاف كما اذا شرط المعير أن يحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم شعير أو سمسم أو أرز أو شئ من الحبوب مثل كيل الحنطة وخفها لا يضمن استحسانا لانه ليس بشرط مفيد اعتباره لان صاحبه لما رضي بالحنطة كان أرضى بما دونها وفي القياس يضمن وهو قول زفر لانه مخالف والخلاف الى مثل ذلك كما اذا شرط أن يحمل عليها عشرة مخاتيم من هذه الحنطة فحمل عليها عشرة مخاتيم من غيرها أو شرط أن يحمل عليها حنطة نفسه فحمل عليها حنطة غيره لا يضمن لان التقييد انما يعتبر اذا كان مفيدا وهذا التقييد لا يفيد والثالث أن تكون مقيدة في الوقت مطلقة في الانتفاع والرابع على العكس تقسيمات وهو أن تكون مطلقة في الوقت مقيدة في الانتفاع ففي الوجهين ليس له أن يتجاوز المسمى وفي مسئلة الجامع الصغير أطلق الوقت والانتفاع فلا يتقيد بشئ منهما عملا بالاطلاق فان شاء ركب بنفسه وان شاء حمل وان أعار غيره للحمل جاز لان الناس لا يتفاوتون في الحمل والمستعير يملك الاعارة فيما لا يتفاوت الناس فيه وان أعاره للركوب صح من حيث انه تعيين للانتفاع والمنتفع لان جهة الانتفاع والمنتفع لم تكن معينة فاذا أعاره للركوب فقد عين جهة الانتفاع والمنتفع لا أنه يملك لان من استعار للركوب لا يملك أن يعير غيره لتفاوت الناس في الركوب لكن لما أطلق كان تعيين الراكب مفوضا الى المستعير فاذا عين غيره تعين حتى لو ركب بعد ذلك بنفسه ضمن واليه ذهب فخر الاسلام علي البزدوي في شرح الجامع الصغير وتبعه الصدر الشهيد وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده انه لا يضمن وهذا أصح عندي لان المستعير من المستعير اذا لم يضمن بالركوب أو اللبس لانه استعمل العين باذن المستعير وتمليكه فلأن لا يضمن اذا ركبه بعد ذلك أو لبسه بالطريق الاولى لانه استعمله بالملك لانه لو لم يملك لما ملك غيره اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثاني اه (قوله وان كان لا يختلف) قال في الهداية وله أن يعير اذا كان لا يختلف باختلاف المستعمل قال الاتقاني وذلك مثل خدمة العبد وزراعة الارض وسكنى الدار وحمل الدابة أما الركوب واللبس فيختلف باختلاف المستعمل اه فقوله وزراعة الارض مخالف لقول الشارح رحمه الله سابقا بأربعة أسطر والزراعة فانه عدها مما يختلف باختلاف المستعمل اه (قوله وان كانت) هذا هو الوجه الثالث اه

تقيدت به حتى لا يجوز له أن ينتفع بها الا فى الوقت المعين ومن حيث الانتفاع فهى باقية على اطلاقها فيجوز له مطلقا فيما يختلف بالمستعمل وفيما لا يختلف على الصفة المتقدمة فى المطلق عن الانتفاع والوقت وان كانت مقيدة بهما تقيدت من حيث الوقت كيفما كان وكذا من حيث الانتفاع فيما يختلف باختلاف المستعمل وفيما لا يختلف لا تتقيد لعدم الفائدة على ما بينا فى المقيد بالانتفاع ثم كل موضع قلنا تتقيد بالمسمى له أن يخالف الى ما هو خير منه أو الى مثله كما اذا قال له احمل على الدابة هذه الحنطة كان له أن يحمل عليها مثله أو دونه فى الضرر واختلفوا فى ايداع المستعير قال بعض المشايخ ليس له أن يودع مطلقا منهم الكرخى واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها فى الجامع أن المستعير اذا بعث العارية الى صاحبها على يد أجنبى فهلكت فى يد الرسول ضمن المستعير العارية وليس ذلك الا ايداعا منه قال الباقلانى هذا القول أصح لان الايداع تصرف فى ملك الغير وهو العين بغير اذنه قصدا فلا يجوز بخلاف الاعارة لانه تصرف فى المنفعة قصدا وتسليم العين من ضروراته فافترقا وأكثرهم على أنه يجوز منهم مشايخ العراق وأبو الليث والشيخ الامام أبو بكر محمد بن الفضل والصدر الكبير برهان الائمة لان الايداع دون الاعارة والعين وديعة عند المستعير فى العارية فاذا ملك الاعلى فأولى أن يملك الادنى قال ظهير الدين المرغينانى وعليه الفتوى قال رحمه الله (وعارية الثمين والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة اذن فى الانتفاع به ولا يتأتى الانتفاع بهذه الاشياء الا باستهلاك عينها ولا يملك الاستهلاك الا اذا ملكها فاقتضت تمليك عينها ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناهما ضررا لكونه يوجب رد المثل

(قوله وان كانت) هذا هو الوجه الرابع اهـ (قوله واختلفوا فى ايداع المستعير) أى قصدا اهـ اتقانى ﴿فرع﴾ والحاصل أن العارية المطلقة تعار ولا تؤاجر وفى ايداعها اختلاف المشايخ والوديعة لا تودع ولا تعار ولا تؤاجر والشئ المستأجر يعار ويؤاجر وفى ايداعه اختلاف المشايخ كذا فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله واستدلوا عليه بمسئلة ذكرها فى الجامع) أى الجامع الصغير اهـ اتقانى سيأتى الجواب عن هذه المسئلة فى كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده اهـ (قوله الباقلانى) كذا بخط الشارح رحمه الله والذى فى النهاية البقالى اهـ (قوله والصدر الكبير برهان الائمة) والد الصدر الشهيد قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير واليه أشار محمد فى آخر كتب كتاب العارية فانه قال المعير اذا وجد الدابة المستعارة فى يد رجل يزعم أنه املكه فهو خصم واذا قال الذى فى يديه قد أودعنيها فلان الذى أعرتها منه فليس بخصم فهذا يدل على أن للمستعير أن يودع وعليه الفتوى قلت هكذا وجدت هذه الرواية منصوصة فى آخر كتب كتاب العارية من الاصل اهـ اتقانى (قوله وعليه الفتوى) وسيأتى فى كلام الشارح عند قوله وان رد المستعير الدابة مع عبده أن المختار أن المستعير له أن يودع فراجعه فقد ذكر الشارح هناك الجواب عن المسئلة التى استدل بها على منع الايداع والله الموفق اهـ (قوله فى المتن وعارية الثمين والمكيل والموزون الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى وعارية الدراهم والدنانير والفلوس قرض وكذلك كل ما يكال أو يوزن أو يعد عدا مثل الجوز والبيض الى هنا لفظ الكافى (٨٧) وكذلك الاقطان والصوف والابريسم والمسك والكافور وسائر متاع العطر والصيادلة التى لا تقع الاجارة على منافعها قرض كذلك قاله الاتقانى ثم قال قال الحاكم فى الكافى وان استعار آنية يتجمل بها فى منزله أو سيفا محلى أو منطقة مفضضة أو خاتما لم يكن شئ من هذا قرضا الى هنا لفظ الكافى وذلك لانه أمكن العمل بحقيقة الاعارة وهو تمليك المنافع مع بقاء العين على ملكه لانه يتجمل بهذه الاشياء والتجمل بالمال نوع انتفاع وقال فى خلاصة الفتاوى ولو قال لآخر أعرتك هذه القصعة من الثريد فأخذها فعليه مثله أو قيمته وهو قرض الا اذا كان بينهما مباسطة ويكون ذلك دليل الاباحة وفى العيون قال خلف بن أيوب سألت محمدا رحمه الله عن رجل استعار من رجل رقعة يرقع بها قميصه أو خشبا يدخله فى بنائه قال لا يكون هذا عارية وهو ضامن لذلك كله وهو بمنزلة القرض فان قال أرده عليك فهو عارية اهـ (قوله فاقتضت تمليك عينها ضرورة) قال فى الكافى فى باب الصرف استقرض كر بر وقبضه ملكه وعن أبى يوسف لا يملكه حتى يستهلكه لان القرض اعارة الا أن العين هنا قامت مقام المنفعة وهى لا تملك الا باستهلاكها فكذا العين ولهما أن العين لما قامت مقام المنفعة قام قبضها مقام قبض المنفعة فلو باعه من مقرضه صح لانه باع ملك نفسه ولو اشتراه من مقرضه لم يصح لانه اشترى ملك نفسه وفيه خلاف أبى يوسف فان اشترى ما عليه من البر من مقرضه بمائة درهم صح لانه مقدور التسليم لكونه فى ذمته فان تفرقا قبل قبض بدله فسد للافتراق عن دين بدين فان نقد بدله فى المجلس صح للافتراق عن عين بدين فلو نقد حتى صح ثم وجد بالكر عيبا لم يرده لانه ملكه بالقرض وهو تبرع لا يقتضى السلامة عن العيب ولكن يرجع بنقصان العيب من الثمن لان المبيع كر فى الذمة بدلا عن القرض والقرض معيب فالكر الذى وجب بدلا عنه يكون معيبا أيضا وقد تعذر رده لانه كان فى ذمته وسقط لما اشتراه عن ذمته فصار كالوهلك المبيع ثم علم بعيب به فانه يرجع بنقصانه وانما يعرف النقصان بأن يقوم الكر القرض غير معيب ويقوم وبه هذا العيب فيرجع بفضل ما بينهما ولو اشتراه بكر مثله لا يرجع أيضا لانه ربا اهـ
(قوله يوجب رد المثل) بخلاف الهبة اهـ

(قوله فحينئذ يضمن) والحاصل أن القلع اذا كان يضر بالارض فالخيار لرب الارض اهـ ﴿فرع﴾ فى الذخيرة والمغنى قال أبو على النسفى حاكيا عن أستاذه ان المستعير لا يجبر على النفقة بل يقال له ان شئت فأنفق والا فخل يدك عنه وقال أبو نصر لو استعار عبدا فطعامه على المستعير ولو أن مولاه أعاره فطعامه على المعير قال أبو الليث يعنى اذا قال مولى العبد خذ عبدى واستخدمه من غير أن يستعيره المستعير فان هذا بمنزلة الوديعة فطعامه على مولاه وأما الكسوة فعلى المعير فى الاحوال كلها اهـ كاكى رحمه الله (قوله الى الوقت المذكور) قال الاتقانى وانما جاز له الرجوع قبل الوقت لان العارية مقتضاها الرجوع فلا يغيره التوقيت ولكن يكره الرجوع لئلا يلزم الخلف فى الوعد وذلك مكروه (٨٨) لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون عند شروطهم اهـ (قوله فيكون مغرورا) أى مغرورا من جهة الالتزام المعنوى على ما يأتى اهـ (قوله فى المتن وان وقت رجع قبله) أى المعير اهـ (قوله فى المتن أيضا ضمن ما نقص بالقلع) أى البناء والغرس اهـ قال فى الهداية وضمن المعير ما نقص البناء والغرس قال الاتقانى أى نقصان البناء والغرس على أن ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذى فعلى هذا يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين والغرس يروى بالفتح على ارادة المغروس وبالكسر وهو ظاهر اهـ (قوله فى المتن لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع استحسانا) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى والقياس فى ذلك مثل الغرس والبناء لانه انتهى العقد فكان له حق التفريغ وجه الاستحسان انا لو أمرناه بالقلع لاضررنا به من غير نفع يعود الى المالك ولو بقيناه لنفعناه من غير ضرر يعود الى المالك لانا نبقيه بأجرة والجمع بين الحقين أولى قال بخلاف النخل لانه ليس لادراكه غاية معلومة فلو بقيناه لعطلنا عليه منفعة أرضه أما هذا فلادراكه غاية معلومة حتى لو كان الغراس للبيع والنقل لا للاستبقاء كان الحكم فيه كالحكم فى الزرع بخلاف الغاصب حيث يؤمر بقلع الزرع اذا زرع الارض لانه جان فى الابتداء وقد مست الحاجة الى رفع العدوان وههنا بخلافه كذا فى شرح الكافى اهـ اتقانى (قوله لان فيه مراعاة الحقين) أى حق المعير والمستعير وذلك لانه يترك الارض فى يد المستعير بأجر المثل لئلا تفوت منفعة الارض مجانا ولا يتلف زرع الآخر أيضا فيعتدل النظر من الجانبين اهـ اتقانى

ولان العارية توجب رد العين والقرض يوجب رد المثل وهو يقوم مقام العين ولهذا اصير اليه فى ضمان العدوان فاتفقا هذا اذا لم يبين جهة الانتفاع بها فان بين جهة ينتفع بها مع بقاء عينها بأن يستعيرها ليعاير بها ميزانا أو مكيالا أو ليزين بها دكانه أو غير ذلك من الانتفاعات صارت عارية أمانة ليس له أن ينتفع باهلاكها فكان نظير عارية الحلى والسيف المحلى قال رحمه الله (وان أعار أرضا للبناء أو للغرس صح) لان منفعتها معلومة ويجوز الانتفاع بها شرعا واجارها فكذا اعارتها بل أولى لكونها تبرعا قال رحمه الله (وله أن يرجع) لان العارية غير لازمة فكان له أن يرجع أى وقت شاء قال رحمه الله (ويكلفه قلعهما) أى قلع البناء والغرس لانه شاغل أرضه بملكه فيؤمر بالتفريغ الا اذا شاء أن يأخذهما بقيمتهما قائما اذا كانت الارض تستضر بالقلع فحينئذ يضمن له قيمتهما مقلوعين ويكونان له كيلا تتلف عليه أرضه ويستبد هو بذلك لانه صاحب أصل بخلاف ما اذا كانت الارض لا تستضر بالقلع حيث لا يجوز الترك الا باتفاقهما بخلاف القلع حيث لا يشترط فيه اتفاقهما فى هذه الحالة بل أيهما طلب القلع أجيب قال رحمه الله (ولا يضمن ان لم يوقت) أى رب الارض لا يضمن للمستعير ما نقص من البناء والغرس بالقلع ان لم يوقت العارية وقتا وقال مالك رحمه الله يلزمه ضمان قيمتهما ويتركان فى أرضه لانه صار مغرورا من جهته فيلزمه الضمان كما اذا وقت العارية وقتا فرجع قبل الوقت قلنا العارية غير لازمة فيكون له الرجوع فى كل وقت فلم يكن غارا له بالاطلاق وانما هو اغتر بنفسه بخلاف ما اذا كانت مؤقتة فرجع قبل الوقت لانه يصير غارا له بذلك حيث نص على تركها فى يده الى الوقت المذكور وهذا لان ظاهر حال المسلم أن يفى بالوعد فيكون مغرورا من جهته فكان له أن يرجع عليه دفعا للضرر عن نفسه بسببه قال رحمه الله (وان وقت فرجع قبله ضمن ما نقص بالقلع) وقال زفر رحمه الله لا يضمن لان التوقيت فى العارية غير ملزم كأصل عقدها ولهذا كان له أن يستردها فى أى وقت شاء والغرور انما يثبت فى ضمن عقد المعاوضة لا فى التبرعات ولهذا لو هلكت العارية عند المستعير فاستحقها مستحق وضمنه قيمتها لا يكون له الرجوع بما ضمن وفى المعاوضات كالبيع والاجارات له ذلك فصار كما اذا كانت العارية مطلقة ونحن قد فرقنا بينهما ولان كلام العاقل يحمل على الفائدة ما أمكن وجواز العقد يثبت بدون التوقيت فلا بد للتوقيت من الفائدة ولا يكون ذلك الا بالتزامه القيمة له عند الرجوع قبل الوقت فصار كأنه قال ان رجعت قبل الوقت فأنا ضامن لك فيلزمه بحكم التزامه لا بمجرد العقد ومعنى قوله ضمن ما نقص أن يقوم قائما غير مقلوع لان القلع غير مستحق عليه قبل الوقت قال رحمه الله (ولو استعارها للزرع لم تؤخذ منه حتى يحصد) الزرع استحسانا (وقت أو لم يوقت) لان له نهاية معلومة فيترك بأجر المثل لان فيه مراعاة الحقين كما فى الاجارة اذا انقضت المدة والزرع لم يدرك

قال رحمه الله (ومؤنة الردّ على المستعير والمودع والمؤجر والغاصب والمرتهن) لان المنفعة حصلت لهم والاصل أن مؤنة الردّ تجب على من وقع القبض له أما المستعير فلانه قبضه لمنفعة نفسه والردّ واجب عليه ولهذا لو كانت العارية مؤقتة فأمسكها بعد مضى الوقت ولم يردّها حتى هلكت ضمن بخلاف المستأجر فاذا وجب عليه الردّ كانت مؤنته عليه لان الخراج بالضمان والغرم بالغنم وأما المستأجر فلان العين المستأجرة مقبوضة لمنفعة المالك لان الاجر سلم له به ولا يجب على المستأجر ردّها وانما يجب عليه التمكين والتخلية فلا يكون عليه مؤنة الردّ ولا يقال قبضه كان لمنفعة نفسه فوجب أن تكون المؤنة عليه لانا نقول ان ما حصل له منفعة وهى عرض يفنى وما حصل للمؤجر عين تبقى فكان هو بالوجوب أولى وأما الوديعة فلان منفعة القبض حاصلة له لانه حفظ العين ومنفعة حفظها عائدة اليه فكانت مؤنة ردّها عليه وأما العين المغصوبة فلان الغاصب يجب عليه نسخ فعله وذلك بردّها واعادتها الى يد مالكها كما كانت لانه هو الذى أزال يده متعدّيا فى ردّها براءة ذمته فيكون عليه مؤنة ردّها دفعا للضرر عن المالك وأما الرهن فلان قبضه قبض استيفاء فكان قابضا لنفسه قال رحمه الله (وان ردّ المستعير الدابة الى اصطبل مالكها أو العبد الى دار المالك برئ بخلاف المغصوب والوديعة) وهذا استحسان والقياس أن لا يبرأ لانه لم يردّهما الى صاحبهما وانما ضيعهما فتضمنهما فصار كالمغصوب والوديعة وجه الاستحسان أنه أتى بالتسليم المتعارف وهو المعوّل عليه وهذا لان الاصطبل أو الدار فى يد المالك ولو ردّهما على المالك كان يردّهما الى الاصطبل أو الدار فكان الردّ اليهما ردّا على المالك بخلاف الوديعة لانه التزم الحفظ ولم يرض بحفظ غيره اذ لو رضى به لما أودعها عنده وبخلاف الغصب لانه صار متعدّيا باثبات يده فى العين وبازالة يد صاحبها فلا بدّ من ازالة يده واثبات يد صاحبها فيها وذلك بالتسليم حقيقة وقيل هذا فى عادتهم وفى زماننا لا يبرأ الا بالتسليم الى يد صاحبهما وعن ابن سلمة أنه ان كان المربط خارج الدار لا يبرأ لان الظاهر أن الدابة

(قوله فى المتن ومؤنة الردّ على المستعير الخ) قال فى شرح الطحاوى للامام الاسبيجابى وعلف الدابة على المستعير سواء كانت مطلقة أو مقيدة وكذلك مؤنة الردّ على المستعير اه اتقانى (قوله فى المتن أيضا والمرتهن) قال الاتقانى نقلا عن شرح الطحاوى للامام الاسبيجابى فى كتاب العارية وفى الرهن مؤنة الردّ على الراهن اه ولا يخفى ما فيه من المخالفة اه وفى الخلاصة أن مؤنة الرهن على الراهن وعزاه لشرح الطحاوى أيضا ولم يحك خلافه وفى الجوهرة على المرتهن كما فى الكنز وهو الظاهر اه (قوله ولهذا لو كانت العارية مؤقتة الخ) سيأتى هذا الفرع فى أواخر الصفحة الآتية فى الشرح فراجعه اه وكتب ما نصه قال فى الوجيز العارية اذا كانت مطلقة فى الوقت والانتفاع بأن استعار دابة أو ثوبا ولم يوقت ولا من يستعمله فللمستعير أن يلبس و يركب غيره والعارية المقيدة فيهما بأن استعار شيأ يوما و بين أنه يستعمله بنفسه ففى الدابة والثوب ليس له أن يركب و يلبس غيره وله أن يعير غيره للحمل وفى العبد والدار له أن يعير غيره وان كانت مؤقتة فى الوقت مطلقة فى الانتفاع بأن استعار دابة يوما ولم يسم ما يحمل عليها فله أن يحمل عليها ما شاء فى اليوم فان أمسكها بعد الوقت ضمن وان لم ينتفع بها وهو الصحيح وان كانت مطلقة فى الوقت مقيدة فى الانتفاع بأن استعارها ليحمل عليها حنطة فله أن يحمل عليها الحنطة متى شاء اه وهذه الاوجه الاربعة المذكورة وان تقدمت فى كلام الشارح فانما (٨٩) أعدتها للفائدة اه (قوله وانما يجب عليه التمكين والتخلية) قال فى البدائع حتى لو استأجر دابة ليركبها فى حوائجه فى المصر وقتا معلوما فمضى الوقت فليس عليه تسليمها الى صاحبها بأن يمضى بها اليه وعلى الذى آجر أن يقبضها من منزل المستأجر لان المستأجر وان انتفع لكنه بعوض فبقيت العين أمانة فى يده ولهذا لا يلزمه نفقتها حتى لو أمسكها أياما فهلكت لم يضمن سواء طلبها منه أو لم يطلبها لانه لم يلزمه الردّ الى بيته بعد الطلب فلم يكن متعديا فى الامساك كالمودع اذا امتنع من ردّ الوديعة الى بيت المودع فهلكت اه

(قوله وأما الرهن فلان قبضه) أى قبض المرتهن اه (قوله فى المتن وان ردّ المستعير الدابة) قال الحاكم الشهيد فى مختصره المسمى بالكافى واذا ردّ المستعير الدابة فلم يجد صاحبها ولا خادمها فربطها فى دار صاحبها على معلفه فضاعت قال هو ضامن لها فى القياس ولكنى أستحسن أن لا أضمنه الى هنا لفظ الكافى وقال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره وان ردّ المستعير الدابة الى منزل صاحبها الذى يكون فيه فربطها على آريها فهلكت بعد ذلك فلا ضمان عليه استحسانا والقياس أنه يضمن الى هنا لفظ الكرخى و بالقياس أخذ الشافعى كذا فى شرح الاقطع وجه القياس أنه لم يوجد الردّ الى المالك اه اتقانى (قوله لانه لم يردّهما) أى الدابة أو العبد اه (قوله وجه الاستحسان) قال الاتقانى وجه الاستحسان انه أتى بالتسليم المعتاد بين الناس لان الناس يستعيرون الدابة فيردّونها الى اصطبل المالك والجيران يستعيرون آلة البيوت و يردّونها الى دار صاحبها او يسلمونها الى من فيه دون صاحب الدار فلو ردّ الى المالك أيضا كان المالك أيضا يحفظها بهذا المكان فقد أسقط عنه المستعير كلفة زائدة فترك القياس بالعادة قال النبى صلى الله عليه وسلم ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ولهذا قال مشايخنا لو كانت العارية عقد جوهر لم يجز أن يردّها الا الى المعير لان العادة لم تجر بحفظه فى الدار ولا دفعه الى الغلام (قوله بخلاف الوديعة) أى حيث لا يبرأ فيها الا بالردّ الى المالك اه

(قوله فى المتن أو أجيره برئ) أى لان المستعير فى حق العين مودع وأمين والمودع يملك الدفع الى من فى عياله فكذا المستعير وعبده فى عياله وكذا أجيره اذا كان مسانهة أو مشاهرة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس فى عياله فكان الرد الى يد هؤلاء كالرد الى يد المالك اهـ اتقانى (قوله بخلاف غلام نفسه) قال ظهير الدين اسحق الولوالجى فى فتاواه ولو كان على دابة بعارية أو اجارة فنزل عنها فى السكة أو دخل المسجد ليصلى فخلى عنها فهلكت فهو ضامن لها لانه لما دخل المسجد والبيت وتركها خارج المسجد والبيت فقد ترك الحفظ لما غيبها عن عينه ومن مشايخنا من قال هذا اذا لم يربطها بشئ أما اذا ربطها لا يضمن لانه متعارف وان كان فى الصحراء ونزل ليصلى وكان يمسكها فانفلتت منه فلا ضمان عليه لانه لما أمسكها لم يترك حفظها وقال فى الفتاوى الصغرى استعار من آخر دابة ليحمل عليها حنطة فبعث المستعير الدابة مع وكيله ليحمل عليها الحنطة فحمل الوكيل طعاما لنفسه لا يضمن نص عليه فى باب خصومة المتفاوضين من كتاب الشركة ثم قال وهذا شئ عجيب ثم قال فى الفتاوى الصغرى استعار ثورا ليكرب أرضه وعين الارض وكرب أرضا أخرى فعطب الثور يضمن لان الاراضى تختلف فى الكراب سهولة وصعوبة بخلاف من استعار دابة ليذهب الى مكان معلوم فذهب الى مكان آخر بتلك المسافة كان ضامنا وكذا لو أمسك الثور فى بيته ولم يكرب حتى عطب ضمن لانه ليس له ولاية الامساك لعدم الرضا من المالك وكذا فى الاجارة اذا أمسك ولم يذهب ثم قال المستعير اذا وضع المستعار بين يديه ونام لا يضمن لان هذا حفظ عادة لكن هذا اذا نام جالسا أما اذا نام مضطجعا يضمن اهـ اتقانى (قوله ثم قيل هذا) أى عدم الضمان بالرد الى رب الدابة اهـ (قوله وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير الخ) قال الاتقانى ودلت المسئلة هذه على أن المستعير لا يملك الايداع قصدا واليه ذهب الشيخ أبو الحسن الكرخى وقد مر ومن قال بانه يملك الايداع وهو اختيار مشايخ العراق يؤول هذه المسئلة فيقول بان العارية قد انتهت فبقى مودعا والمودع لا يملك الايداع بالاتفاق اهـ (قوله فى المتن ويكتب المعار) أى المعار له اهـ (قوله والكتابة باللفظ الموضوع له أولى) أى لان الحقيقة أحق بان تراد وبقولهما أخذ الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير اهـ اتقانى (قوله بالتمكين من الزراعة) قال الاتقانى وجه قول أبى حنيفة أن عارية الارض قد تكون للزراعة وقد تكون لغيرها من السكنى والبناء ولفظ الاطعام أدل على المراد لان قوله أطعمتك هذه الارض معناه أذنت لك أن تزرع فيها لتأكل من غلاتها فلما كان كذلك يكتب به لزوال الشبهة ويعلم أنه أذن له فى الزراعة خاصة دون البناء والسكنى ولفظة الاطعام وان كان مجازا معلوم لكونه متعارفا لان كل واحد يعلم أن ذات الارض لا تؤكل فكان أولى بالاستعمال لتبين المراد بها اهـ

بيان

تكون هناك بلا حافظ قال رحمه الله (وان رد المستعير الدابة مع عبده أو أجيره مشاهرة أو مع عبد رب الدابة أو أجيره برئ بخلاف الاجنبى) والقياس أن لا يبرأ الا بالتسليم والايصال الى يد صاحبها ووجهه ما بيناه ووجه الاستحسان أن كل واحد من المعير والمستعير يحفظ دوابه بسائسه والدفع اليه كالدفع الى صاحبها عادة وهو لو دفعها الى المالك لدفعها هو الى السائس وحفظه بسائسه كحفظه بنفسه كما مر فى الوديعة فيكتفى بالتسليم منه الى السائس أو من السائس الى السائس أو من السائس الى المالك بخلاف الوديعة حيث يضمن بالدفع الى سائس المالك لعدم العرف بالتسليم اليه ولانه انما أودعه لكونه لم يرض بغيره ولو رضى به لما أودعها عنده بخلاف غلام نفسه حيث يكون له أن يدفع الوديعة اليه على ما بينا غير مرة أنه لا بد له منه وهذا فى الاشياء التى تكون فى يد الغلمان عادة وأما اذا لم تكن فى أيديهم عادة كعقد لؤلؤ ونحو ذلك فردها المستعير الى يد غلام صاحبها أو وضعها فى داره أو اصطبله يضمن لان العادة لم تجر به فى مثله ولهذا لو دفعه المودع الى غلامه يضمن ثم قيل هذا اذا ردها الى يد عبده الذى يقوم على الدواب والاصح أنه اليه والى غيره لانه ان لم يكن فى يده دائما يدفع اليه فى بعض الاوقات فيكون رضا المالك موجودا دلالة وقوله بخلاف الاجنبى يعنى بخلاف ما اذا ردها مع الاجنبى فانه يضمن لانه متعد فى يد الاجنبى وهذا يشهد لمن قال من المشايخ ان المستعير ليس له أن يودع وعلى المختار ان هذه المسئلة محمولة على ما اذا كانت العارية مؤقتة فمضت مدتها ثم بعثها مع الاجنبى لانه بامساكها بعد مضى المدة يصير متعديا حتى اذا هلكت فى يده ضمن فكذا اذا تركها فى يد الاجنبى وهذا لان الوديعة أدنى حالا من العارية فاذا كان يملك الاعارة فيما لا يختلف فأولى أن يملك الايداع على ما بينا من قبل ولا يختص بشئ دون شئ لان الكل لا يختلف فى حق الايداع وانما يختلف فى حق الانتفاع قال رحمه الله (ويكتب المعار أطعمتنى أرضك) أى اذا استعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب المستعير انك أطعمتنى أرضك وهذا عند أبى حنيفة رضى الله تعالى عنه وقالا يكتب انك أعرتنى لان الاعارة هى الموضوعة لهذا العقد والكتابة باللفظ الموضوع له أولى كما فى اعارة الثوب والدار فانه يكتب فيه أعرتنى ولا يكتب ألبستنى ولا أسكنتنى وله أن لفظ الاطعام أدل على المقصود لانه يخص الزراعة لان الاطعام اذا أضيف الى ما لا يؤكل يعرف منه ان المراد به الاستغلال بالتمكين من الزراعة بخلاف لفظ الاعارة فانها تنتظم الزراعة والبناء والمراح ونصب الخيام بخلاف الدار والثوب لان منفعتهما غير متنوعة فحصل المقصود بذكر العارية فلا حاجة الى

بيان المنفعة وعلى هذا ينبغي أن يكتب في كل فصل ما هو أدل على المقصود حتى يكتب في استعارة الارض انك أطعمتني أرض كذا لازرعها ما أشاء من غلة الشتاء أو الصيف لانه أدل على المقصود وأبعد من الاختلاف والله أعلم

كتاب الهبة

قال رحمه الله (هي تمليك العين بلا عوض) هذا في الاصطلاح وفي اللغة هي التبرع والتفضل بما ينفع الموهوب له مطلقا قال الله تعالى فهب لي من لدنك وليا وقال تعالى يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور الآية وهي من صفات الكمال فان الله تعالى وصف بها نفسه بقوله عز وجل انك أنت العزيز الوهاب والبشر اذا باشرها فقد اكتسب من أشرف الصفات لما فيها من استعمال الكرم وازالة شح النفس وادخال السرور في قلب الموهوب له وايراث المودة والمحبة بينهما وازالة الضغينة والحسد ولهذا من باشرها كان من المفلحين قال الله تعالى ومن يوق شح نفسه فأولئك هم المفلحون وهي مشروعة مندوب اليها بالاجماع وشرطها أن يكون الواهب عاقلا بالغا حرا والموهوب له مميزا والموهوب مقبوضا وركنها الايجاب والقبول وحكمها ثبوت الملك للموهوب له من غير أن يكون لازما قال رحمه الله (وتصح بايجاب كـ) قوله (وهبت ونحلت وأطعمتك هذا الطعام وجعلته لك وأعمرتك هذا الشئ وحملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة وكسوتك هذا الثوب وداري لك هبة تسكنها لا هبة سكنى أو سكنى هبة وقبول وقبض بلا اذن في المجلس وبعده به في محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم) أي تصح الهبة بايجاب كقوله وهبت الخ وبقبول وقبض في المجلس وفيما بعد المجلس يملكه بالاذن صريحا لا غير كل ذلك في محوز ومشاع لا يقسم أما الايجاب والقبول فلانه عقد فينعقد بهما كسائر العقود وأما القبض فلا بد منه لثبوت الملك وقال مالك رحمه الله يثبت الملك فيه قبل القبض كالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك وقال أبو بكر الصديق لعائشة رضي الله عنهما في مرضه كنت نحلتك جداد عشرين وسقا من مالي بالعالية وانك لم تكوني قبضتيه ولا حزتيه وانما هو مال الورثة ولو كانت تملك قبل القبض لكان لها ذلك ولان فيه الزام المتبرع ما تبرع به

قد ذكرنا وجه المناسبة في العارية وهو الترقي من الادنى الى الاعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تمليك العين مع المنفعة وكتب ما نصه قال الاتقاني أما تفسيرها لغة فهي اعطاء الشئ بغير عوض أي شئ كان مالا كان أو غير مال قال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور أطلق اسم الهبة على الولد وان لم يكن مالا لانه أعطانا بغير عوض وفي العرف يراد بها تمليك المال بغير عوض وهو المراد في الشريعة اهـ (قوله وشرطها) قال الاتقاني وأما شرط جوازها فالقبض حتى لا يثبت الملك للموهوب له عندنا قبل القبض خلافا لابن أبي ليلى ومالك فانه ليس بشرط عندهما وكونها غير مشاع اذا كانت مما يحتمل القسمة شرط الجواز أيضا وعند الشافعي هبة المشاع جائزة وكذا التصرف بالمشاع وكون المحل المضاف اليه الهبة مالا قابلا للتمليك شرط الجواز أيضا حتى اذا وهب المدبر أو أم الولد أو الحمل لا يصح اهـ (قوله وركنها الايجاب والقبول) قال الاتقاني وأما ركنها فقد اختلف المشايخ فيه قال خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد ايجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وقال صاحب التحفة وركنها الايجاب والقبول ووجهه أن الهبة عقد والعقد هو الايجاب والقبول اهـ (قوله من غير أن يكون لازما) الا أن يحصل مقصود الواهب من الهبة كصلة الرحم لكن يكره الرجوع لما فيه من الدناءة اهـ اتقاني (قوله في المتن وتصح بايجاب وقبول) قال الكاكي أي تصح في حق الواهب بمجرد الايجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع يتم بالمتبرع فصار عندنا بمنزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض اهـ (قوله فينعقد بهما) قال الاتقاني أما الايجاب والقبول فلأن الهبة عقد والعقد لا بد له من الايجاب والقبول وأما القبض فهو شرط صحة الملك للموهوب له حتى لا يملك قبل القبض عندنا هذا في حق ثبوت الملك للموهوب له أما اذا حلف وقال لا يهب لفلان فوهب ولم يقبل يحنث في يمينه عندنا وعند زفر لا يحنث الا بقبول وقبض لانه تمليك فلا يفيد الملك الا بالقبول كما في البيع ولنا أن الهبة اسم لايجاب الملك من جانب واحد وانه يتم بالمالك الا أن القبول شرط ثبوت الملك لا شرط وجود الهبة فصار كما اذا حلف لا يقر له بشئ أو لا يوصي له بشئ فأقر أو أوصى هو ولم يقبل الآخر يحنث فكذا هذا بخلاف البيع فانه تمليك من الجانبين فلا يتم الا بهما كما في الحصر والمختلف وعند ابن أبي ليلى يثبت الملك قبل القبض كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهو مذهب مالك اهـ (قوله نحلتك جداد) قال ابن الاثير في الجيم مع الدال المهملة الجداد بالفتح والكسر صرام النخل وهو قطع ثمرتها يقال جد الثمرة يجدها جدا ومنه حديث أبي بكر قال لعائشة رضي الله عنهما اني كنت نحلتك جداد عشرين وسقا اهـ

(قوله لانه تصرف في ملك الغير) وذلك لان ملك الواهب فيه قبل قبض الموهوب له باق بدليل صحة تصرفه من البيع والاعتاق اهـ اتقاني (قوله فلا يجوز الا باذنه) وبه قال الشافعي اهـ اتقاني (قوله فيكون تسليطا له على القبض) أي اقتضاء اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه فأما اذا نهاه عن القبض بعد الهبة بان قال له لا تقبض فقبض فانه لا يصح قبضه قبض في المجلس أو بعد المجلس أما بعد المجلس فلا اشكال فيه لانه لو قبض في المجلس لم يصح قبضه فبعد المجلس أولى وان قبض في المجلس لم يصح لان نهي الواهب الموهوب له عن القبض رجوع عن الايجاب لان القبض في باب الهبة بمنزلة القبول في باب البيع والبائع لو نهى المشتري عن القبول بعد الايجاب كان ذلك رجوعا منه عن الايجاب دلالة فكذلك هذا ولو رجع ثم قبض لا يصح قبضه فكذلك هذا اهـ اتقاني (قوله فيتقيد ذلك بالمجلس) أي وان لم يوجد الاذن صريحا بيانه ما قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه أنه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى فات بالهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحا واذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من الواهب على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب اذنا للموهوب له بالقبض اقتضاء كما في البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذنا للمشتري بالقبض مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما ثبت اقتضاء يثبت ضرورة والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يبقى صحيحا متى قبض في المجلس فلا يعتبر ثابتا فيما وراء المجلس بخلاف ما لو أثبت نصا لان الثابت نصا ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس والجواب في البيع الفاسد على هذا التفصيل الذي ذكرنا في الهبة

فلا يجوز بخلاف الوصية لان المتبرع قد مات والورثة ليسوا متبرعين ولو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض وقوله وقبض في المجلس بلا اذنه أي بلا اذن الواهب وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز الا باذنه لانه تصرف في ملك الغير فلا يجوز الا باذنه وجه الاستحسان أن القبض كالقبول في الهبة ولهذا الايملك بها قبله ويغني عن القبول كما بينا والمقصود من الايجاب اثبات الملك فيكون تسليطا له على القبض دلالة اذ ملكه لا يتصور الا به فيتقيد ذلك بالمجلس كالقبول لانه بمنزلته على ما بينا بخلاف ما اذا نهاه عن القبض في المجلس لان التصريح يفوق الدلالة فلا تعمل بمقابلته شيأ ولهذا صح الاذن بعد المجلس لكونه صريحا وانما انعقدت بقوله وهبت لانه صريح في الهبة وبقوله نحلت لانه مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام أكل أولادك نحلت مثل هذا وكذا قال أبو بكر رضي الله تعالى عنه لعائشة رضي الله تعالى عنها كنت نحلتك على ما بينا وبقوله أطعمتك هذا الطعام لان الاطعام اذا أضيف الى ما تؤكل عينه يراد به التمليك بغير عوض وهو الهبة بخلاف ما اذا قال أطعمتك هذه الارض لان عينها لا تؤكل فيكون المراد به ما يستغل منها فأمكن ذلك بالعارية وبقوله جعلته لك لان اللام للتمليك فصار كأنه قال ملكتك هذا الثوب ألا ترى أن ذلك لو كان بعوض كان تمليكا فكذا بغير عوض وبقوله أعمرتك لقوله عليه الصلاة والسلام من أعمر عمرى فهي للمعمر له ولورثته من

وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان العبد الموهوب حاضرا فقال له الواهب قد خليت بينك وبين الهبة فاقبضها وانصرف الواهب فقبضه الموهوب له جاز لان التخلية اقباض منه فاذا قبض باذنه تم العقد قال فرق بين هذا وبين البيع فانه اذا خلى بينه وبين المبيع نزل قابضا وان لم يباشر القبض بخلاف الهبة والفرق بينهما أن القبض واجب عليه في باب البيع وانه يحتاج الى اخراج نفسه عن العهدة اذا أتى بما في وسعه وليس في وسعه الا التخلية بعده

بخلاف الهبة فان التسليم ليس بواجب عليه في الهبة فاذا لم يسلمه اليه ويقبضه لا يعد مسلما وان كان غائبا فأذن له في القبض جاز له أن يرجع ما لم يقبض لان الهبة لا تلزم قبل ايصال القبض بها فصح رجوعه كذا في شرح الكافي وقال الكرخي في مختصره فان أذن له في القبض فقبض الهبة بحضرة الواهب أو بغير حضرته جاز القبض اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال قاضيخان رجل قال لآخر وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله فقال قبضته قال أبو بكر جازت الهبة من غير قبول ويصير قابضا في قول محمد وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبض وان كان العبد غائبا فقال وهبت منك عبدي فلانا فاذهب واقبضه فقبضه جاز وان لم يقل قبلت وبه نأخذ اهـ كلام قاضيخان رحمه الله وعلم منه أن مجرد التخلية لا يكون قبضا عند أبي يوسف ولا بد عنده من القبض الحقيقي قال في المحيط في باب قبض الهبة ما نصه النوادر رجل وهب من رجل ثوبا وهو حاضر فقال الموهوب له قبضته قال أبو حنيفة صار قابضا لانه متمكن من قبضه فأقيم تمكنه مقام قبضه كالتخلية في باب البيع وقال أبو يوسف لا يصير قابضا ما لم يقبضه بنفسه لانه غير قابض حقيقة اهـ وعلى هذا فمحمد مع أبي حنيفة رحمهما الله فقوله الحقيقي أي وهو نقله من ذلك المكان اهـ (قوله لان الاطعام اذا أضيف الخ) قال الاتقاني رحمه الله ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام اذا أضيف الى ما يطعم عينه يراد به تمليك العين فعلى هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التمليك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافا الى ما يطعم عينه فافهم اهـ

(قوله لان الكسوة يراد به التمليك) أى تمليك العين لا تمليك المنفعة اه (قوله والمراد به التمليك) أى وألفاظنا تحمل على ما هو المراد من ألفاظ الشرع اه اتقانى (قوله دارى لك هبة) نصب على الحال اه (قوله مشورة) هى بتسكين الشين وفتح الواو وبضم الشين وسكون الواو بمعنى الشورى وهى استخراج رأى على غالب الظن اه اتقانى (قوله قال دارى لك هبة) نصب على الحال أو على التمييز اه (قوله احترز بقوله محوز عن المتصل) قال الاتقانى وقوله محوزة احترازعما اذا كانت الهبة مشغولة بما لم تقع عليه الهبة كالثمر فى النخل والزرع فى الارض وكالظرف فيه متاع الواهب وقوله مقسومة احترازعن المشاع قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تتم ولا تفيد الملك قبل القسمة وقال الشافعى انها تامة وبعض أصحابنا قالوا انها فاسدة والاصح ما قلناه كالهبة قبل القبض ولا يقال انها فاسدة بل غير تامة كذا هذا وأجمعوا على أن هبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة كالعبد والدابة تامة كذا قال علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وقال فى الطريقة البرهانية قال علماؤنا هبة المشاع فيما يحتمل القسمة لا تفيد (٩٣) الملك قبل القبض وقال الشافعى تفيد الملك بالتخلية وأجمعوا على أن هبة الشائع الذى لا يحتمل القسمة تفيد الملك بالتخلية وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى واذا وهب الرجل للرجل نصيبا مسمى فى دار غير مقسوم فسلمه اليه أو سلم اليه جميع الدار لم يجز وكذا ان وهب له نصيبا فى بيت كبير لم يجز لان البيت يقسم وكل شئ يقسم لا يجوز وهذا عندنا خلافا للشافعى وعنى بقوله انه يقسم أنه يبقى منتفعا به انتفاع البيت بعد القسمة أما اذا لم يبق منتفعا به ذلك النوع من الانتفاع مثل الحمام الصغير اذا قسم والبيت الصغير فانه تجوز هبته قبل القسمة اتفاقا وقال شيخ الاسلام أبو بكر المعروف بخواهر زاده فى مبسوطه قال علماؤنا اذا وهب مشاعا يحتمل القسمة لا يجوز سواء وهب من الاجنبى أو من شريكه وقال الشافعى يجوز من الاجنبى ومن الشريك وقال ابن أبى ليلى ان وهب من الاجنبى لم يجز وان وهب من الشريك جاز وأجمعوا على أنه اذا وهب ما لا يحتمل القسمة فانه يجوز ولا يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة انه لا يحتمل التجزى فى نفسه لانه ما من شئ فى الدنيا الا ويحتمل التجزى فى نفسه وانما يريدون بقولهم لا يحتمل القسمة أن المنفعة تفوت أصلا بالقسمة والتجزى كما فى العبد متى قسم وجزئ تفوت المنفعة أصلا أو تفوت جنس المنفعة كما فى الحمام والبيت الصغير الى هنا لفظ خواهر زاده اه (قوله كالقرض والوصية) قال الاتقانى وكذلك قرض المشاع فى الذى يحتمل القسمة صحيح والقرض تبرع والتبرع لا يصح بدون القبض بيانه انه نص فى كتاب المضاربة فى رجل دفع الى رجل ألفا نصفه قرضا ونصفه مضاربة فانه يصح وكذلك لو أوصى بثلث داره شائعا يصح ويثبت الملك قبل القبض اه اتقانى (قوله لانه لو صح) أى هبة المشاع فيما يقسم وظاهره كما ترى يشعر بعدم الصحة وقد قدمت لك قريبا أن الاصح انها صحيحة غير تامة لا فاسدة كما قال به بعض مشايخنا والله أعلم

بعده ولان معنى العمرى هو التمليك للحال واشتراط الاسترداد بعد موت المعمر له فصح التمليك وبطل الشرط لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وبقوله حملتك على هذه الدابة ناويا به الهبة لان الاركاب تصرف فى المنفعة فيكون عارية الا اذا أراد به الهبة فتصح لانه يستعمل فيه يقال حمل الامير فلانا على الدابة يعنون به التمليك فتصح نيته لاسيما اذا كان تشديدا عليه وبقوله كسوتك هذا الثوب لان الكسوة يراد به التمليك قال الله تعالى أو كسوتهم والمراد به التمليك لان الكفارة لا تتأدى بالمنافع وكذا يقال كسا فلان فلانا اذا ملكه لا اذا أعاره وبقوله دارى لك هبة تسكنها لان اللام فيه للتمليك ظاهرا وقوله تسكنها مشورة وتنبيه على المقصود فصار نظير قوله هذا الطعام لك تأكله أو هذا الثوب لك تلبسه بخلاف ما اذا قال دارى لك هبة سكنى أو سكنى هبة حيث تكون عارية على ما ينافى العارية وهو المراد بقوله لا هبة سكنى أى لا تكون تمليكا بقوله دارى لك هبة سكنى وقوله فى محوز مقسوم ومشاع لا يقسم لا فيما يقسم أى تجوز الهبة فى محوز مقسوم وفى مشاع لا يقسم ولا تجوز فى مشاع يقسم احترز بقوله محوز عن المتصل كالثمرة على الشجرة وبقوله مقسوم عن المشاع وقال الشافعى رضى الله تعالى عنه تجوز هبة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم لانها عقد تمليك والمحل قابل له فأشبهت البيع وكونه تبرعا لا ينافى الملك فى الشيوع كالقرض والوصية وتسليمه ممكن بالتخلية أو بتسليم الكل اليه كالمشاع الذى لا يحتمل القسمة ولنا أن الخلفاء الراشدين وغيرهم من الصحابة رضى الله تعالى عنهم شرطوا القسمة لصحة الهبة ولان القبض منصوص عليه فى الهبة فيشترط وجوده على أكمل الوجوه كما فى استقبال القبلة لما كان منصوصا عليه يشترط وجوده على الكمال حتى لو استقبل الحطيم لا تجوز صلاته مع انه من البيت بالسنة ولان القبض ثبت مطلقا والمطلق يتناول الكامل والكامل هو الموجود من كل وجه والقبض فى المشاع موجود من وجه دون وجه لان القبض عبارة عن كون الشئ فى حيز القابض والمشاع ليس فى حيزه من كل وجه لانه فى حيزه من وجه وفى حيز شريكه من وجه وتمامها لا يحصل الا بالقسمة لان الانصباء بها تميز وتجتمع وما لم يجتمع لا يصير محرزا أو يكون احرازا ناقصا فلا ينهض لافادة الملك ولانا شرطنا أصل القبض فى الهبة كان للتحرز عن وجوب الضمان على المتبرع لاحتمال هلاكه قبل القبض أو كيلا يلزمه المطالبة بالتسليم وهذا المعنى هنا لانه لو صح لوجب عليه أجرة القسمة والمطالبة بالقسمة فيصير عقد

(قوله ليس بشرط لصحتها) أى بل تتم بالقبول بعد الموت قبل القبض اه اتقانى (قوله لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز) قال فى الهداية
قال ومن وهب شخصا مشاعا فالهبة فاسدة قال الاتقانى أى قال القدورى فى مختصره وتمامه فيه فان قسمه وسلمه جاز وأراد به الهبة فيما
يقسم لان هبة المشاع فيما لا يقسم صحيحة (٩٤) ولهذا قال الكرخى رحمه الله وان وهب له مشاعا ثم قسم ما وهب وأفرزه ثم سلمه الى
الموهوب له جاز وكذلك اذا وهب دارا فيها طعام للواهب أو ثمرة معلقة فى نخل أو زرعا فى أرض فاخرج الطعام من الدار وجدّ الثمرة من النخل وحصد الزرع ثم سلم ذلك محوزا مفرزا جاز ذلك ينظر فى ذلك الى حال القبض دون حال العقد الى هنا لفظ الكرخى وذلك أن هبة المشاع انما فسدت أو لم تتم على ما هو الصحيح لمعنى الاشاعة فقد زال ذلك بعد القسمة والتسليم والدليل على ذلك حديث أبى بكر رضى الله عنه أنه نحل عائشة رضى الله عنها جداد عشرين وسقا وبين أنها لو حازته وقبضته جاز فلولا أن العقد فى المشاع وقع صحيحا لم تملكه بالحيازة والقبض اه (قوله لانها موجودة) فان قيل ان استقام هذا فى الصوف لا يستقيم فى اللبن لان وجوده على خطر قد يكون الانتفاخ بسبب الريح أو بسبب الدم أو بسبب اللبن فقد وقع الشك فى وجود اللبن وفى وجود المالية ومع هذا جازت الهبة استحسانا متى أمره بالقبض فالجواب عنه أن الانتفاخ للريح
نادر والدم نادر واللبن محتمل فاستوى الوجود مع العدم ثم ترجح جانب الوجود لان امكان التصرف فى الحال فى وسعهما   ملكها
بخلاف الولد فان الوجود والعدم استويا فى الولد ولم يترجح جانب الوجود لان التصرف غير ممكن واذا لم يترجح الوجود لم تثبت المالية ولم
يكن ثابتا من الاصل بالشك اه اتقانى (قوله فى المتن وملك بلا قبض جديد لو فى يد الموهوب له) أقول محله ما اذا وجد القبول من

التبرع موجبا لضمان القسمة على المتبرع ولمطالبته بالقسمة وهو خلاف موضوع التبرع قال الله تعالى ما على المحسنين من سبيل بخلاف ما لا يقسم لانه لا يجب أجرة القسمة فيه ولا يتصور فيه الا بالقبض الناقص فاكتفى به ولانا لو اعتبرنا كمال القبض فيه لانسد باب الهبة فيه وفيما يقسم لا ينسد ولا يقال يستوجب المهايأة فيما لا يقسم وهو ايجاب على المتبرع فوجب أن يمتنع لانا نقول المهايأة قسمة المنافع والتبرع وقع فى العين فيكون ايجابا فى غير ما تبرع به فلا يبالى وانما المحظور الايجاب فى عين ما تبرع به والقبض فى الوصية ليس بشرط لصحتها وكذا فى البيع الصحيح وفى البيع الفاسد والسلم والصرف غير منصوص عليه وقوله عليه الصلاة والسلام يدا بيد المراد به التعيين غير أن التعيين فى الثمنين يكون بالقبض ولان القبض فيه شرط البقاء على الصحة لا شرط الصحة والبقاء أسهل من الابتداء ولان هذه عقود معاوضة فلا يبالى بوجوب ضمان القسمة أو المطالبة والقرض تبرع ابتداء حتى لا يملكه الا من يملك التبرع معاوضة انتهاء لانه يوجب رد المثل فلكونه تبرعا من وجه شرطنا القبض فيه ولكونه معاوضة من وجه لم نشترط القسمة عملا بالدليلين أو الشبهين ولان القبض فيه غير منصوص عليه فلا يراعى فيه الكمال ولو وهب جزأ شائعا من شريكه لم يجز أيضا لان القبض الكامل لا يتصور فيه وهو علة لثبوت الملك فيه والحكم بدون علته لا يوجد ولان العلة يراعى وجودها لا غير فيدور الحكم وهو الفساد على نفس الشيوع قال رحمه الله (فان قسمه وسلمه صح) أى لو وهب مشاعا ثم قسمه وسلمه جاز لان تمام الهبة بالقبض وعنده لا شيوع فيه ولو سلمه شائعا لا يملكه حتى لا ينفذ تصرفه فيه ويكون مضمونا عليه وينفذ فيه تصرف الواهب ذكره الطحاوى وقاضيخان وروى عن ابن رستم مثله وذكر عصام أنها تفيد الملك وبه أخذ بعض المشايخ قال رحمه الله (وان وهب دقيقا فى بر لا وان طحن وسلم) أى لو وهب الدقيق فى الحنطة لا تجوز الهبة ولو طحنه وسلم الدقيق لا تعود صحيحة (وكذا الدهن فى السمسم والسمن فى اللبن) لان الموهوب معدوم ولهذا لو استخرجه الغاصب ملكه والمعدوم ليس بمحل للملك فلا يمكن تمليكه بالعقد فوقع باطلا فلا يملك الا بعقد جديد وهذا لان الحنطة استحالت وصارت دقيقا وكذا غيرها وبعد الاستحالة هو عين أخرى على ما عرف فى الغصب بخلاف المشاع لانه محل للملك الا أنه لا يمكن تسليمه فاذا زال المانع جاز وانما جازت الوصية بها لان الوصية بالمعدوم جائزة واللبن فى الضرع والصوف على ظهر الغنم والزرع والنخل فى الارض والتمر فى النخيل بمنزلة المشاع لانها موجودة وامتناع الجواز للاتصال وذلك يعود الى امتناع القبض كالشائع فاذا فصلها وسلم جاز لزوال المانع كما فى هبة الدين بخلاف ما لو وهب الحمل وسلمه بعد الولادة حيث لا يجوز لان فى وجوده احتمال الانفصال كالمعدوم والدار التى فيها المتاع والجوالق الذى فيه الدقيق كالمشاع لان الموهوب مشغول بمتاع الواهب حتى لو نزع وسلم صح ويعتبر الاذن بالقبض بعد الفراغ ولا يعتد بالاذن قبله كما لا يعتد بالتسليم قبله ولو وهب المتاع الذى فى الدار وسلمها معه أو الدقيق فى الجوالق وسلم الدقيق مع الجوالق جاز لان الموهوب ليس بمشغول وانما هو شاغل لملك الواهب وذلك لا يوجب يد الواهب على الموهوب غاية ما فى الباب أن يد الواهب قائمة فى الظرف وهو آلة للحفظ فيكون تبعا لثبوت اليد فى التبع لا توجب قيامه فى الاصل ونظيره ما لو وهب الجارية وعليها حلى دونه صح وبالعكس لا يصح الا اذا نزعه وسلمه لانه مشغول لان الجارية هى المستعملة له فكان تبعا كالجوالق قال رحمه الله (وملك بلا قبض جديد لو فى يد الموهوب له) يعنى لو كانت العين الموهوبة فى يد الموهوب له

الموهوب له كما ذكره الكرخي في مختصره والامام محمد رحمه الله في الاصل وعليك بمراجعة الحاشية التي أولها قال الشيخ أبو الحسن فانك تظفر بالمقصود وتغنم بفوائده والله الموفق اه وهي هذه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا وهب له وديعة في يده أو عارية أو ما هو أمانة في يده وقبل ذلك ملك الهبة وصح قبضه بهذا الكون في يده بعد العقد عليها وكذلك ان كانت مضمونة بيده بقيمتها أو بمثلها كان كذلك أيضا وان كانت مضمونة بغيرها مثل الرهن يكون مضمونا بالدين أو المبيع يكون مضمونا بالثمن فيهب المالك ذلك لمن هو في يده فانه لا يكون قابضا يكون ذلك في يده الا أن يقبضه قبضا بعد عقد الهبة الى هنا لفظ الكرخي والاصل في ذلك أن العين الموهوبة اذا كانت في يد الموهوب له أمانة كالوديعة والعارية تملكها بعقد الهبة من غير تجديد قبض استحسانا والقياس أن لا يكون قابضا حتى يخلي بين نفسه وبينها وجه القياس أن يد المودع يد المودع فكأنه وهب له ما في يده فلا بد فيه من قبض ووجه الاستحسان أن الهبة تقف صحتها على مجرد القبض فلا يلتفت الى قبض بصفة ومجرد القبض موجود عقيب العقد فصحت الهبة ولا يشبه هذا بيع الوديعة ممن هي في يده لان البيع يقتضي قبضا مضمونا وقبض المودع عقيب العقد قبض أمانة فلا بد من تجديد قبض آخر وذلك لا يكون الا بالتخلية بينه وبين الوديعة وأما اذا كانت العين في يد الموهوب له مضمونة فهو على وجهين ان كانت مضمونة بمثلها أو بقيمتها كالعين المغصوبة والمقبوضة على وجه السوم فانه يملكه بالعقد ولا يحتاج الى تجديد قبض وذلك لان القبض الذي تقتضيه الهبة قد وجد وزيادة وهو الضمان وذلك الضمان تصح البراءة منه ألا ترى أنه لو أبرأ الغاصب من ضمان الغصب جاز وسقط فصارت الهبة براءة من الضمان فبقي قبض من غير ضمان فتصح الهبة وان كانت العين مضمونة بغيرها كالمبيع المضمون بالثمن وكالرهن (٩٥) المضمون بالدين فلا بد من قبض مستأنف بعد عقد الهبة وهو أن يرجع الى الموضع الذي فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها وذلك لان العين وان كانت في يده مضمونة الا أن هذا الضمان لا تصح البراءة منه مع وجود القبض الموجب له فلم تكن الهبة براءة واذا كان كذلك لم يوجد القبض المستحق بالهبة فلم يكن بد من تجديد قبض آخر كذا في شرح الاقطع وقال محمد في الاصل أرأيت رجلا استودع أخاه عبدا أو ثوبا أو متاعا أو دارا أو دابة ثم قال صاحب المتاع والدابة والعبد قد وهبت لك الذي استودعتك وهو في يد المودع أيجوز ذلك قال نعم اذا قبلت قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه قد شرط القبول ههنا وذكر فيما اذا وهب عبد الابنه ثم قبضه في المجلس أو بعد المجلس وكان أمره بالقبض نصا أنه يصح ولم يشرط القبول في ذلك وانما كان كذلك لان في تلك المسئلة العبد ليس في يد الموهوب له حالة الهبة واذا لم يكن العبد في يد الموهوب له كان الموهوب له محتاجا الى احداث قبض حتى يملك الهبة فمتى أقدم على القبض كان ذلك إقداما على القبول ورضا منه بوقوع الملك له فلمكه وان لم يوجد القبول منه نصا بعد ايجاب الواهب يقع الملك في الهبة بغير رضاه لانه لا حاجة الى القبض ولا يجوز أن يقع الملك للموهوب له بغير رضاه لما فيه من توهم الضرر وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده أيضا في مبسوطه قال وان كان الموهوب له ساكنا في دار باجر أو عارية قال نعم هذا جائز لان قبض الوديعة ينوب عن قبض الهبة فلان ينوب قبض الاجارة وفي قبض الاجارة زيادة ضمان ليس في قبض الوديعة أولى اه اتقاني (قوله لان المقبوض) كذا هو بخط الشارح والاولى أن يقال لان الموهوب اه (قوله أو في يد المرتهن) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي رجل رهن عبده من رجل وسلمه اليه ثم وهبه من ابنه الصغير لم يجز لان القبض شرط لتمام الهبة وقد فات حقيقة وتقديرا الا انا جعلنا يد الاب فيما يهبه لابنه الصغير بمنزلة يد الابن اذا كانت قائمة وههنا اليد للمرتهن لا للراهن فتعذر جعلها للابن فانعدم قبضه الذي هو متمم للهبة فقلنا بالفساد وكذلك لو كان العبد الموهوب غصبا في يدي رجل أو مقبوضا لرجل بحكم شراء فاسد لانه يعدم اليد للواهب فتنعدم يد الصغير تقديرا اه اتقاني وكتب ما نصه قال ابن عبد البر أجمع الفقهاء على أن هبة الاب لابنه الصغير لا تحتاج الى قبض جديد وأما هل تحتاج الى القبول

ملكها الموهوب له بمجرد العقد وان لم يجدد فيها قبضا لان القبض ثابت فيها وهو الشرط سواء كانت في يده أمانة أو مضمونة لان قبض الامانة ينوب عن مثله لا عن المضمون والمضمون ينوب عنهما والاصل فيه أنه متى تجانس القبضان ناب أحدهما عن الآخر لاتحادهما جنسا واذا اختلفا ناب الاقوى عن الاضعف دون العكس لان في الاقوى مثل الادنى وزيادة وليس في الادنى ما في الاقوى فلا ينوب عنه وهذا اذا كان الموهوب في يده مضمونا كالمغصوب والمرهون والمقبوض على سوم الشراء لا اشكال فيه لان المقبوض في يده حقيقة وحكما فيبرأ عن الضمان بمجرد قبول الهبة وكذا اذا كان في يده عارية أو اجارة لانه قبضها لنفسه ويده ثابتة فيه وأما اذا كانت في يده بطريق الوديعة فمشكل لان يده يد المالك لانه نائب عنه في الحفظ وقبضه لاجل المالك فكيف ينوب هذا القبض عن قبض الهبة بل ينبغي أن يكون هذا كالموهوب وهو في يد الواهب لكن للمودع يد حقيقة فباعتبارها نزل قابضا الا انا أقمناه مقام يد المالك حكما ما دام عاملا له وبعد الهبة ليس بعامل له فتعتبر الحقيقة قال رحمه الله (وهبة الاب لطفله تتم بالعقد) لانه في قبض الاب فينوب عن قبض الصغير لانه وليه فيشترط قبضه ولا فرق في ذلك بين ما اذا كان في يده أو في يد مودعه لان يد المودع كيد المالك بخلاف ما اذا كان في يد الغاصب أو في يد المرتهن أو في يد المستأجر

حيث لا تجوز الهبة لعدم قبضه لان كل واحد منهم قابض لنفسه وعامل لنفسه ولو وهب من ابنه الصغير دارا والاب ساكنها أو متاعه فيها جازت الهبة وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها له لانها في يده وسكناه ومتاعه فيها لا ينافي يده بل يقررها فتكون هي في قبضه وهو الشرط ولو كان يسكنها غيره بأجر لا يجوز لما ذكرنا وان كان بغير أجر جازت الهبة وملكها الابن بمجرد العقد ذكره محمد في المنتقى وكذا لو وهبته أمه وهو في يدها والاب ميت وليس له وصي وكذا كل من يعوله لان التصرف نفع محض ولمن في يده ضرب ولاية حتى كان له تأديبه وتسليمه في صناعة فملك التصرف النافع فينفرد بتمليكه ويملكه الصغير بمجرد الهبة اذا كان في يد الواهب كما في الاب والصدقة في هذا كله كالهبة قال رحمه الله (وان وهب له أجنبي يتم بقبض وليه) لان للولي ولاية التصرف في ماله وقبض الهبة من التصرف في المال ولا يشترط أن يكون الصبي في حجره لثبوت الولاية عليه مطلقا لان المراد بالولي هو الاب ووصيه والجد ووصيه بخلاف غيرهم من الاقارب والاجانب حيث لا يكون لهم ولاية القبض الا اذا كان في حجره وليس له أب على ما نبين قال رحمه الله (وأمه وأجنبي لو في حجرهما) أي تتم بقبض أمه وبقبض أجنبي اذا كان في حجرهما لما ذكرنا أن لمن هو في يده ولاية التصرف النافع له وتحصيل المال من أوفر المنافع فكان لهم ذلك لثبوت يدهم عليه حتى لا يكون لغيرهم أن ينزعه من أيديهم فكانوا أحق بحفظه وتحصيل المال له من ضرورات حفظه لانه لا يبقى عادة الا بقوت وملبوس فقاموا في هذا مقام الولي عند عدم الولي لكونه نفعا محضا قال رحمه الله (وبقبضه ان عقل) أي تتم بقبض الصبي نفسه ان كان مميزا يعقل التحصيل لانه في التصرف النافع الذي لا يحتمل غيره ألحق بالبالغ العاقل استحسانا والقياس أن لا يجوز لانه لا معتبر بعقله قبل البلوغ ولهذا يجوز قبض غيره له حتى الاجنبي اذا كان في عياله ولو اعتبر بعقله وجعل له ولاية التصرف لما نفذ عليه تصرف غيره ولا كان له حاجة اليه وجه الاستحسان أنه انما لا يعتبر عقله لدفع الضرر عنه لان الظاهر انه لا يتم به نظره في عواقب أموره لعدم اعتدال عقله فاذا كان التصرف نافعا محضا تعين النظر في نفوذه فينفذ نظرا له لان الرد في الضار لاجله والتوقف في المتردد بين النفع والضرر لاجله حتى يجيزه الولي ان رأى فيه مصلحة فكذا وجب أن ينفذ تصرفه النافع نظرا له وجاز تصرف الولي أو الاجنبي عليه في هذه الحالة نظرا له أيضا حتى ينفتح له سبب تحصيل النفع بطريقين وليس من الحكمة أن تثبت عليه الولاية لغيره نظرا له ثم يرد منه مثل هذا النفع المحض ولا من الفقه مع أنه من أهله بالتمييز والاختيار قال رحمه الله (ويجوز قبض زوج الصغيرة ما وهب لها بعد الزفاف) لان الاب أقامه مقام نفسه في حفظها وقبض الهبة منه ولو قبضه الاب أيضا صح لان الولاية له وانما ملكه الزوج من جهته بتمليكه ولهذا ملكه والاب حاضر بخلاف الام والاجنبي حيث لا يملكانه الا بعد موته أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح لان تصرفهم كان للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع حضوره وتملكه هي أيضا ان كانت مميزة لما بينا واشترط الزفاف لثبوت ولاية الزوج لانه انما يملكه باعتبار انه يعولها وذلك بعد الزفاف ولا يشترط أن تكون ممن يجامع مثلها في الصحيح قال رحمه الله (ولو وهب اثنان دارا لواحد صح) لانهما سلماها جملة وهو قبضها منهما كذلك فلا شيوع قال رحمه الله (لا عكسه) أي لا يجوز عكسه وهو أن يهب واحد من اثنين وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يجوز وذلك لان هذه هبة الجملة منهما اذ التمليك واحد فلا يتحقق فيه الشيوع فصار كما اذا رهن من رجلين بل أولى لان تأثير الشيوع في الرهن أقوى منه في الهبة حتى امتنع رهن المشاع فيما لا ينقسم أيضا بخلاف الهبة ولان الشيوع لم يوجد الا من أحد الطرفين فلا يفسد اذ ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة فصارت كالمسئلة الاولى وله أنه هبة النصف من كل واحد منهما ولهذا لو كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما جاز ولولا أنه تمليك لكل واحد منهما على حدة لما جاز فينصرف قبض كل واحد منهما الى نصيبه فقط وهو شائع فيكون القبض ناقصا على ما ذكرنا في هبة نصيبه لشريكه أو معدوما اذ قبض الشائع لا يتصور فلا يجوز ولا يعتبر جانب التسليم لان القبض الناقص هو المانع على ما بينا دون

التسليم

قال الشافعي والقاضي الحنبلي لابد أن (٩٩٦) يقول بعد قوله وهبته له قبلته وظاهر مذهب أحمد لا يحتاج الى هذا كقولنا وقال مالك لو وهبه ما لا يعرف بعينه كالاثمان لم تتم الا أن يضعها على يد غيره ويشهد عليه وعند القاضي لافرق بين الاثمان وغيرها قاله الكاكي اه وفي المبسوط وهب لابنه شيأ معلوما في يده جاز ذلك وقبض الاب يكفي بلا قبول الاب والشهادة عليه للاحتياط والتحرز عن جحود سائر الورثة بعد موته أو بعد ادراكه وفي الذخيرة تصح الهبة من غير قبول الاب اذ كل عقد يتولاه الواحد يكفي فيه الايجاب كبيع الاب ماله لابنه الصغير اه وكتب ما نصه في الذخيرة أرسل غلامه في حاجة ثم بعد الارسال وهبه من ولده صحت اذ بعد الارسال هو في يد مولاه حكما فلو لم يرجع العبد حتى مات الاب فالعبد للولد ولا يصير ميراثا وكذا لو وهب عبدا آبقا له من ابنه الصغير فما دام مترددا الى دار الاسلام تجوز الهبة والاب قابض له بنفس الهبة اه (قوله وملكها الابن بمجرد قوله وهبتها) فيه تنبيه على أنه لا يحتاج الى القبول اه (فرع) قال في فتاوى القاضي ظهير الدين ولو اتخذ لولده الصغير ثيابا ثم أراد أن يدفع الى ولد آخر ليس له ذلك الا أن بين وقت الاتخاذ أنه عارية له لان المعتبر في الباب التعارف وفي التعارف يراد بهذا البر والصلة

التسليم بخلاف الرهن لان حكمه الحبس الدائم وقد ثبت لكل واحد منهما كملا فلا شيوع فيه ألا ترى أنه لو قضى دين أحدهما بقي كله في يد الآخر ولا كذلك الهبة لانه لم يحصل له الملك الا في النصف فكان شائعا ضرورة وقولهما ليس فيه الزام المتبرع مؤنة القسمة قلنا نقصان القبض أيضا مانع فلا تكون العلة منحصرة به فلا يدل عدمها على عدم الحكم على ما عرف في موضعه ألا ترى أن رجلين لو وهبا لرجلين على أن نصيب أحدهما لاحدهما بعينه ونصيب الآخر للآخر لا يجوز بالاجماع وليس على الواهبين مؤنة القسمة ولا يلزمه جواز اجارة الدار من رجلين لان المانع فيها عدم التمكن من الانتفاع بالرد الى صاحبها في مدة الاجارة بحكم المهايأة ولم يوجد هذا المعنى اذا آجرها من رجلين ألا ترى أنه يجوز أن يؤجرها من شريكه لعدم هذا المعنى ولا تجوز الهبة من شريكه لما ذكرنا قال رحمه الله (وصح تصدق عشرة وهبتها لفقيرين لا لغنيين) أي لو تصدق بعشرة دراهم على فقيرين أو وهبها لهما جاز ولا يجوز التصدق بها على غنيين ولا هبتها لهما وهذا رواية الجامع الصغير جعل كل واحد منهما مجازا عن الآخر حيث جعل الهبة للفقيرين صدقة والصدقة على الغنيين هبة والاتصال بينهما أن كل واحد منهما تمليك بلا عوض فجازت الاستعارة وفرق بين الهبة والصدقة في الحكم حتى أجاز الصدقة على اثنين ولم يجز الهبة لهما والفرق أن الصدقة يبتغى بها وجه الله تعالى وهو واحد والفقير نائب عنه ولا كذلك الهبة فتكون تمليكا من اثنين فلا يجوز ولهذا لو أوصى بثلث ماله للفقراء صح وان كانوا مجهولين لانها وقعت لله تعالى وهو معلوم ولو أوصى به لأغنياء غير معينين لا يجوز وفي الاصل سوّى بينهما فقال عقيب ذكره الهبة وكذلك الصدقة لان كل واحد منهما يتوقف على القبض والشيوع يمنع القبض فوجب أن يمنع في البابين اذ لا فرق بينهما فكان في المسئلة روايتان وقال الحاكم يحتمل أن يكون مراده من قوله وكذلك الصدقة الصدقة على الغنيين فيكون مجازا عن الهبة على ما بينا فعلى هذا ليس في المسئلة اختلاف الروايتين وقال في النهاية والظاهر أن في المسئلة روايتين وهذا كله على قول أبي حنيفة رحمه الله وأما عندهما فالهبة من شخصين جائزة على ما بينا فالصدقة أولى فلا يتأتى الفرق بينهما وقد ذكرنا الوجه من الجانبين فلا نعيده ولو وهب رجل لرجلين دارا لاحدهما ثلثاها وللآخر الثلث لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وان قبضه وقال محمد يجوز اذا قبضه فأبو حنيفة ومحمد مر كل واحد منهما على أصله لان هذا هبة من رجلين فلا فرق بين أن ينص على نصيب كل واحد منهما أو لم ينص وأبو يوسف فرق بينهما فقال النص على البعض الشائع يدل على أن قصده ثبوت الملك في البعض الشائع فلا يجوز ألا ترى أنه لو رهن عبدا عند اثنين ونص لكل واحد منهما على البعض لا يجوز الرهن فكذا الهبة ولو قال لاحدهما نصفه وللآخر نصفه فكذلك عندهما لما بينا وعن أبي يوسف روايتان في رواية لا يجوز لما ذكرنا وفي رواية يجوز لانه نص على ما يقتضيه مطلق العقد لان مطلقه يقتضي التنصيف فأمكن تصحيحه بأن يجعل مجازا عن الموجب فيجعل مجازا عن موجب العقد فلا يفسد بخلاف ما اذا نص على التفاوت لان مطلق العقد لا يقتضيه فلا يمكن جعله مجازا عن موجبه فيقتضي شيوعا في العقد ضرورة وقيل انما جوّز أبو يوسف رحمه الله فيما اذا أجمل الهبة لهما أولا ثم فصل على التنصيف بأن قال وهبت لكما هذه الدار نصفها لهذا ونصفها لهذا لان التفصيل لم يخالف موجب الاجمال فيكون لغوا وأما اذا فصل ابتداء من غير اجمال بأن قال وهبت نصف هذه الدار لهذا والنصف الآخر لهذا لا يجوز لانه هبة المشاع وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا لا يجوز مطلقا لان التفصيل يكون مغيرا ان تقدم الاجمال فيعتبر فيكون مبطلا للهبة وان لم يتقدمه اجمال يكون هبة المشاع ابتداء فيبطل وهذا التفصيل هو الارجح والاظهر عن أبي يوسف رحمه الله والله أعلم بالصواب

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قال رحمه الله (صح الرجوع فيها) يعني اذا وهب لشخص هبة وقبضها وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة

(قوله ولا يلزمه جواز اجارة) الذي بخط الشارح ولا يلزمه جواز اجارة (قوله ولو قال) أي في الهبة اه (قوله وفيما اذا جعل نصيبهما متفاوتا) أي كالثلث والثلثين

﴿باب الرجوع في الهبة﴾

قد بينا في أول كتاب الهبة أن حكم الهبة وقوع الملك للموهوب له ملكا غير لازم وفائدته صحة الرجوع وهذا باب موانع الرجوع وما يمنع منه اه اتقاني (قوله وليس فيه ما يمنع الرجوع من زيادة) أي زيادة متصلة لا منفصلة اه

(قوله جاز الرجوع في الهبة) وقد اتفقوا أنه اذا وهب لذي رحمه أو للفقير ليس له حق الرجوع كذا في الطريقة البرهانية اه

وموت أحدهما وعوض وخروج من الملك وزوجية وقرابة محرمة للنكاح وهلاك الموهوب جاز الرجوع في الهبة وقال الشافعي رحمه الله لا يصح الرجوع فيها الا في الولد لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته الا الوالد فيما يهب لولده ولانه عقد تمليك فوجب أن يلزم كالبيع ولان الرجوع يضاد مقتضى العقد والعقد لا يقتضي ضده وانما ثبت جواز الرجوع في الولد لان اخراجه عن ملكه لم يتم لان الولد كسبه أو بعضه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها أي لم يعوض والمراد به بعد التسليم لانها لا تكون هبة حقيقة قبله واضافتها اليه باعتبار ما كان كما يقال أكلنا خبز فلان وان كان الآكل قد اشتراه ولان المقصود من الهبة العوض ولهذا يقال الايادي قروض وتأيد ذلك أيضا بالشرع قال عليه الصلاة والسلام تهادوا تحابوا والتفاعل يقتضي الفعل من الجانبين فكان له الرجوع اذا لم يحصل مقصوده كالمشتري اذا وجد بالمبيع عيبا يرجع بالثمن لفوات مقصوده وهو صفة السلامة في المبيع والمراد بما روي عدم الانفراد بالرجوع الا الوالد فانه ينفرد به فيكون له أخذه من غير رضا ولا قضاء عند الحاجة اليه كما في سائر أمواله على ما قال عليه الصلاة والسلام أنت ومالك لابيك ان أطيب ما أكلتم من كسبكم وان أولادكم من كسبكم فكلوه هنيأ رواه أحمد وأبو داود على أنا لا نسلم أن الحديث الذي رواه ينافي الرجوع لانه خبر عن قبحه فمعناه أنه لا يليق له أن يرجع فيه الا الوالد فيما يهب لولده ونظيره قوله عليه الصلاة والسلام المؤمن لا يكذب وقوله عليه الصلاة والسلام الزاني لا يزني وهو مؤمن أي لا يليق له أن يكذب أو يزني وهو مؤمن لا أنه ينافي صفة الايمان ان فعله بل هو قبيح ومع الايمان أقبح فكذا هذا قبيح كما قال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قيئه وقال عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود وفعل الكلب لا يوصف بالحرمة وانما يوصف بالقبح قال رحمه الله (ومنع الرجوع دمع خزقه) يعني الموانع للرجوع في الهبة أشياء يجمعها هذه الحروف على ما بينها أخذها هو من بيت شعر قيل فيه وهو قوله

ومانع عن الرجوع في الهبه * ياصاحبي حروف دمع خزقه

قال رحمه الله (فالدال الزيادة المتصلة كالغرس والبناء والسمن) لان الرجوع لا يصح الا في الموهوب والزيادة ليست بموهوبة فلا رجوع فيها والفصل متعذر ليرجع في الاصل دون الزيادة فامتنع أصلا وبطل حق الواهب لان له حق التملك في الاصل دون الزيادة وحق الموهوب له حقيقة الملك فيهما فكان مراعاته أولى عند تعذر الفصل ولا يمكن ايجاب الضمان عليه أيضا لان حق التملك لا يجوز أخذ العوض عنه فبطل أصلا أطلق البناء والغرس ومراده اذا كان يوجب زيادة في الارض وان كان لا يوجب لا ينقطع الرجوع وان كان يوجب في قطعة منها بان كانت الارض كبيرة بحيث لا يعد مثله زيادة فيها كلها امتنع في تلك القطعة دون غيرها وقوله المتصلة يحترز من المنفصلة كالولد والارش والعقر فانه يرجع في الاصل دون الزيادة لامكان الفصل بخلاف الرد بالعيب حيث يمتنع بزيادة الولد لانه عقد معاوضة فلو رد الاصل دون الزيادة يؤدي الى الربا لسلامة الولد له مجانا ورد الولد معها لا يمكن لان العقد لم يرد عليه فبطل أصلا ورجع بالنقصان وذكر في المنتقى لا يرجع في الجارية الموهوبة اذا ولدت حتى يستغني ولدها فلو حبلت ولم تلد فللواهب الرجوع فيها لانه نقصان والمراد بالزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشيء يوجب زيادة في القيمة كما في المذكور في المختصر وكالجمال والخياطة والصبغ ونحو ذلك وان زاد من حيث السعر فله الرجوع لانه لا زيادة في العين فلا يتضمن الرجوع ابطال حق الموهوب له وهو المانع وكذا اذا زاد في نفسه من غير أن يزيد في القيمة كما اذا طال الغلام الموهوب لانه نقصان في الحقيقة فلا يمنع الرجوع ولو نقله من مكان الى مكان حتى ازدادت قيمته واحتاج فيه الى مؤنة النقل ذكر في المنتقى أنه عند

أبي

اتقاني (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها) فيه نظر لانه من كلام علي لا من كلام النبي صلى الله عليه وسلم وقد مر ذكره اه اتقاني (قوله في المتن ومنع الرجوع دمع خزقه) قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه الموانع من الرجوع تسعة القرابة المحرمة للنكاح والزوجية وقت العقد والزيادة المتصلة وموت الواهب وموت الموهوب له وهلاك الشيء الموهوب وخروجه من ملك الموهوب له وحصول العوض والتغير من جنس الى جنس اه اتقاني قوله والتغير من جنس الى جنس قال الاتقاني وأما التغير من جنس الى جنس فمانع من الرجوع أيضا لان هذا التغير يمنع حقيقة الملك اذا وجد من الغاصب فلأن يقطع حق التملك بالطريق الاولى اه (قوله والخياطة والصبغ ونحو ذلك) وان قطعه ولم يخطه كان له أن يرجع فيه لان القطع يوجب نقصانا في الثوب والنقصان لا يمنع الرجوع وقال أيضا في الكافي رجل وهب لرجل أرضا فبنى الموهوب له فيها بناء ثم أراد الواهب الرجوع فخاصمه الى القاضي فقال له القاضي ليس لك أن ترجع فيها ثم هدمها الموهوب له كان للواهب أن يرجع فيها قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي يريد به أن قول القاضي لم يقع قضاء حتى لا ينقض وانما وقع فتوى بناء على مانع فاذا زال المانع تغير الحكم اه اتقاني

أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ينقطع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله لا ينقطع لان الزيادة لم تحصل في العين فصار كزيادة السعر ولهما ان الرجوع يتضمن ابطال حق الموهوب له في الكراء ومؤنة النقل فبطل بخلاف نفقة العبد لانه ببدل وهو المنفعة والمؤنة بلا بدل ولو وهب عبدا كافرا فأسلم في يد الموهوب له أو عبدا حلال الدم فعفا ولي الجناية في يد الموهوب له لا يرجع ولو كانت الجناية خطأ ففداه الموهوب له لا يمنع الرجوع ولا يسترد منه الفداء ولو علم الموهوب له العبد الموهوب القرآن أو الكتابة أو الصنعة لم يمنع الرجوع لان هذه ليست بزيادة في العين فأشبهت الزيادة في السعر وفيه خلاف زفر رحمه الله ويروى الخلاف بالعكس ولو وهب وصيفا صغيرا فشب عند الموهوب له وشاخ حتى صارت قيمته أقل من قيمته وقت الهبة ليس له أن يرجع فيه لانه حين شب وازدادت قيمته سقط الرجوع فلا يعود بعد ذلك بالنقصان ولو اختلفا في الزيادة كان القول للواهب لانه ينكر لزوم العقد قال رحمه الله (والميم موت أحد المتعاقدين) لان بموت الموهوب له ينتقل الملك الى ورثته وهم لم يستفيدوه من جهة الواهب فلا يرجع عليهم كما اذا انتقل اليهم في حال حياته ولان تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يكون له فيها سبيل وبموت الواهب يبطل خياره لانه وصف له وهو لا يورث كخيار الرؤية والشرط على ما بيناه في البيوع أو هو مجرد حق وهو أيضا لا يورث بخلاف خيار العيب وخيار التعيين على ما عرف في موضعه ولان الشارع أوجبه للواهب والوارث ليس بواهب قال رحمه الله (والعين العوض فان قال خذه عوض هبتك أو بدلها أو بمقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لما روينا ولان ثبوت الرجوع في الهبة لخلل في مقصوده وقد زال الخلل فصار كما اذا وجد المشتري عيبا في المبيع ثم زال ولا بد من ذكر الموهوب له أن المدفوع عوض عن الهبة بأن يقول خذ هذا بدلا عنها أو عوضا أو بمقابلتها أو جزاءها أو ثوابها أو نحو ذلك مما ينبئ أنه عوض عنها لان حق الرجوع ثابت له ولا يسقط الا بعوض يرضى به ولا يتم ذلك بدون رضاه ويشترط في العوض شرائط الهبة من القبض والافراز لانه ليس بعوض حقيقة وانما هو تمليك مبتدأ ولهذا يجوز بأقل من الموهوب من جنسه في المقدرات وشرط العوض أن لا يكون بعض الموهوب حتى لو عوضه بعض الموهوب عن البعض الباقي لم يجز لان حقه كان ثابتا في الكل فاذا وصل اليه بعضه لا يسقط حقه في الباقي وفيه خلاف زفر هو يقول ان الموهوب له ملكه بالقبض فالتحق بسائر أملاكه وجوابه ما قلنا ولو وهب للواهب شيئا ولم يذكر أنه عوض عنها كان هبة مبتدأة فلكل واحد منهما أن يرجع في هبته قال رحمه الله (وصح من أجنبي) أي يجوز العوض من الاجنبي لان الموهوب له لا يحصل له بهذا العوض شيء لم يكن سالما من قبل فيصح من الاجنبي كما يصح منه كالخلع والصلح عن دم العمد بخلاف ما اذا كان فيه دخول ملك حيث لا يجوز من الاجنبي على ما بيناه في الصلح ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له وان كان بأمره لانه لم يؤد عنه شيئا واجبا عليه لان العوض ليس بواجب على الموهوب له بخلاف قضاء الدين حيث يرجع الاجنبي على المدين اذا قضى بأمره لان الدين ثابت في ذمته

(قوله وروى الخلاف بالعكس) قال في الملتقطات رجل وهب لانسان جارية فعلمها الموهوب له القرآن أو الكتابة أو المشط ليس للواهب أن يرجع فيها وهو المختار لانها ازدادت اه (قوله ولو اختلفا في الزيادة) أي في زيادة غير حاصلة بصنع العبد كالسمن أما لو اختلفا في البناء فالقول للموهوب له اتفاقا اه كذا في شرح المجمع اه (قوله لانه ينكر لزوم العقد) وعند زفر القول للموهوب له لانه ينكر حق الواهب في الرجوع اه كاكي رحمه الله ولو قال الموهوب له بنيت أو صبغت الثوب وأنكر الواهب فالقول للموهوب له اتفاقا اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله ولهذا يجوز الخ) سيأتي هذا الفرع (٩٩) أيضا في الصفحة الآتية من الشرح اه (قوله وجوابه ما قلنا) أي وهو أن المقصود لا يحصل بهذا للواهب لانا نعلم يقينا أنه بهبته ما قصد تحصيل درهم من تلك الدراهم لان ذلك كان سالما له فعلم أن قصده العوض الآخر اه من خط قارئ الهداية (قوله ثم الاجنبي هنا لا يرجع على الموهوب له) أي الا أن يضمن له الموهوب له صريحا اه (قوله وان كان بأمره) قال شمس الأئمة البيهقي في الكفاية ولا يرجع على الموهوب له الا اذا قال عوض عني على أني ضامن اه اتقاني (قوله لا يرجع على الموهوب له الخ) لانه مخير بين أن يعوضه وبين أن يرد الهبة عليه فصار كالو أمره بالتبرع على انسان فتبرع لم يكن له حق الرجوع عليه كذلك ههنا اه اتقاني (قوله بخلاف قضاء الدين) قال الاتقاني رحمه الله بخلاف ما اذا أمره بقضاء الدين لان قضاء الدين واجب عليه فاذا خلصه عن هذه العهدة بأمره ثبت له حق الرجوع والفقه فيه أنه لما أمره بقضاء الدين صار مستقرضا ذلك القدر وموكلا إياه بالصرف الى غيره لانا لو لم نجعله كذلك لم نتصور فراغ ذمته عما عليه لان الذمة لا تفرغ الا بالقضاء ولا يقع الفعل قضاء الا اذا انتقل في المؤدى الى من عليه الدين أولا حتى اذا قبض رب الدين وجب للمديون عليه مثل ماله عليه فيلتقيان قصاصا وهذا لا يحتاج اليه في الهبة لانه لا دين على الموهوب له حتى يحتاج الى فراغ ذمته بتقدير الاستقراض فافترقا من هذا الوجه اه ﴿فرع﴾ اعلم أن الاستحقاق إما أن وقع على الهبة أو على العوض وكل وجه على وجهين إما أن وقع على الجميع أو على النصف فان استحق جميع العوض كان للواهب أن يرجع فيما وهب لان الهبة بقيت بلا عوض فصار

وقد أمره أن يسقط مطالبته عنه فيكون آمرا بأن يملكه ما كان للطالب وهو الدين فصار كالو أمره أن يملكه عينا قال رحمه الله (وان استحق نصف الهبة رجع بنصف العوض) لانه لم يدفع اليه الا ليسلم له الموهوب كله فاذا فات بعضه رجع عليه بقدره كغيره من المعاوضات قال رحمه الله (وبعكسه لاحتى يردّ مابقى) أى اذا استحق بعكسه وهو ما اذا استحق نصف العوض لا يرجع بشئ حتى يردّ مابقى من العوض وقال زفر رحمه الله يرجع بنصف الهبة لان كل واحد منهما عوض عن الآخر فكما يرجع الموهوب له بنصف العوض عند استحقاق نصف الهبة فكذا يرجع الواهب أيضا بنصف الهبة عند استحقاق نصف العوض لانه حكم المعاوضة اذ هو يقتضى المساواة ولنا أن العوض ليس ببدل عنه حقيقة بدليل أنه يجوز أن يعوضه أقل من جنسه فى المقدرات ولو كان معاوضة لما جاز للربا يحققه أن الموهوب له مالك للهبة والانسان لا يعطى بدل ملكه لغيره وانما أعطاه ليسقط حقه فى الرجوع وما بقى يصلح لاسقاط الرجوع ولهذا لو عوضه هذا القدر من الابتداء سقط به حقه فى الرجوع الا أنه لم يرض بسقوط حقه الا بسلامة كل العوض له فاذا لم يسلم له كله كان له الخيار ان شاء رضى بما بقى من العوض وان شاء ردّ الباقى عليه ورجع فى الهبة كأنه أعطاه هذا القدر فى هذه الحالة ولان للعوض شبهين يشبه ابتداء الهبة من حيث ان الموهوب له متبرع فيه باختياره ويشبه المبادلة من حيث انه ملكه بمقابلة الهبة فوفرنا عليه حظه منهما فجعلناه كالمعاوضات عند استحقاق كله حتى يرجع بالهبة أو بعضه حتى يثبت له الخيار وجعلناه كالهبة حتى لا يرجع بالبعض من غير ردّ الباقى عند استحقاق بعضه قال رحمه الله (ولو عوض النصف رجع بما لم يعوّض) يعنى اذا عوضه عن نصف الموهوب كان له أن يرجع فى النصف الآخر لان حقه فى الرجوع كان فى الكل فاذا عوضه عن بعضه امتنع الرجوع فى حقه وبقى حقه فى الباقى على ما كان قال رحمه الله (والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له) لان الاخراج عن ملكه وتمليكه لغيره حصل بتسليط الواهب فلا يمكن من نقض ما تم من جهته ولان تبدل الملك كتبدّل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها ولو وهب لمكاتب غيره هبة ثم عجز المكاتب لم يرجع الواهب فيها عند محمد رحمه الله لان هذه هبة للمكاتب حقيقة ولهذا كان القبول اليه وثبت له الملك فيها فيتصرف فيها تصرف الملاك وبالعجز انتقلت الى مولاه فصار كانتقالها الى أجنبى فبطل حق الرجوع وعند أبى يوسف رحمه الله له أن يرجع فيها لان الهبة وقعت للمكاتب من وجه ولمولاه من وجه فبالعتق تصير ملكا له من كل وجه وبالعجز تصير ملكا للمولاه من كل وجه ثم اذا عتق كان له أن يرجع فيها فكذا اذا عجز وكان اعتبار هذا الجانب أولى فى المسئلتين من اعتبار الجانب الآخر كيلا يلزم بالشك قال رحمه الله (وبيع نصفها رجع فى النصف كعدم بيع شئ) يعنى اذا بيع نصف الهبة يرجع فى النصف الباقى كان لم يبع منها شئ فانه اذا لم يبع منها شئ كان له أن يرجع فى النصف ويترك النصف لان له حق الرجوع فى الكل فله أن يستوفيه ان شاء وان شاء استوفى نصفه وكذا له أن يترك الكل ان شاء وان شاء ترك النصف فكذا اذا بيع نصفها له أن يأخذ نصفها الباقى لان المانع لم يوجد الا فى النصف فيتقدر الامتناع بقدره بل أولى لانه لما جاز الرجوع فى النصف مع امكان الرجوع فى الكل فأولى أن يجوز عند العجز قال رحمه الله (والزاى الزوجية فلو وهب ثم نكح رجع وبالعكس لا) أى

كان لم يكن عوضه أصلا وان استحق جميع الهبة كان للموهوب له أن يرجع بجميع العوض لعدم سلامة مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة هذا اذا كان بدل المستحق قائما فأما اذا كان هالكا يفترق الجواب بين استحقاق العوض والهبة فان استحق العوض والهبة هالكة لا يرجع الموهوب له أصلا لان هلاك الهبة مانع من الرجوع وان استحق الهبة والعوض هالك يرجع على الواهب بقيمة العوض ان لم يكن له مثل وبمثله ان كان له مثل لانه لم يسلم له مقصوده من العوض وهو تأكد ملكه فى الهبة لانه قال حين عوضه هذا عوض هبتك أو بدل هبتك فصار كالواهب اذا نص على العوض حالة الهبة الى هذا أشار شيخ الاسلام خواهر زاده وفى تقريره بسط فأما اذا استحق النصف من أحدهما فان استحق نصف الهبة كان للموهوب له أن يرجع على الواهب بنصف العوض لانه لم يسلم له مقصوده من العوض فى هذا القدر وهذا باتفاق أصحابنا فأما اذا استحق نصف العوض من يد الواهب ففيه اختلاف قال علماؤنا الثلاثة الواهب بالخيار ان شاء ردّ مابقى من العوض ورجع بجميع الهبة وان شاء أمسك مابقى ولم يكن له أن يرجع على الموهوب له بشئ وقال زفر يرجع على الموهوب له بنصف الهبة ويمسك مابقى من العوض اه اتقانى وكتب مانصه وفى الاسرار بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا فى العقد لانها تتم بيعا ومبادلة فيوزع البدل على المبدل أما فى مسئلتنا فالسقوط حكم والعوض علة والحكم يثبت بالعلة ولا يتوزع على العلل وان كثرت لو فلا يبطل شئ من الحكم بذهاب ما يصلح علة اذا بقى ما يصلح علة وبخلاف ما اذا استحق بعض الهبة لان المعوّض ما ملكه العوض الاجزاء فيعتبر حكم المقابلة فى حقه أما الواهب فملك الهبة ابتداء من غير أن يقابله شئ فلم يعتبر معنى المقابلة وهذا جواب قياس زفر رحمه الله تعالى اه كاكى (قوله الا أنه) أى الموهوب له اه

(قوله لو وهب لاجنبية ثم تزوجها الخ) قال في الهداية وكذلك ما وهب احد الزوجين للآخر قال الاتقاني أي لا رجوع فيما

لو وهب لاجنبية ثم تزوجها يجوز له الرجوع في الهبة وبالعكس وهو ما اذا وهب لزوجته ثم أبانها ليس له الرجوع في الهبة الاصل فيه أن الزوجية نظير القرابة حتى يجرى التوارث بينهما بلا حاجب وترد شهادة كل واحد منهما للآخر فيكون المقصود في هبة كل واحد منهما للآخر الصلة والتواد دون العوض كما في القرابة المحرمية وقد حصل فلا يرجع بعد حصول المقصود بخلاف الهبة للاجنبي لان المقصود فيها العوض على ما بينا فكان له الرجوع عند فواته ثم المعتبر في ذلك حالة الهبة فان كانت أجنبية كان مقصوده العوض فثبت له الرجوع فيها فلا يسقط بالتزوج وان كانت حليلة له كان مقصوده الصلة دون العوض وقد حصل فسقط الرجوع فلا يعود بالابانة قال رحمه الله (والقاف القرابة فلو وهب لذي رحم محرم منه لا يرجع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذي رحم محرم لم يرجع فيها ولان المقصود منها صلة الرحم وقد حصل وفي الرجوع قطيعة الرحم فلا يرجع فيها سواء كان مسلما أو كافرا كالعتق بالملك ولو وهب لعبد أخيه أو لاخيه وهو عبد لاجنبي رجع فيهما عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع في الاولى وفي الثانية يرجع لان الملك يقع للمولى فكان المعتبر هو المولى وله أن الهبة تقع للمولى من وجه وهو ملك الرقبة وللعبد من وجه وهو ملك اليد ألا ترى أنه أحق بما لم يفضل عن حاجته فباعتبار أحد الجانبين يلزم فيهما وباعتبار الجانب الآخر لا يلزم فيهما فلا يلزم بالشك ولان الصلة قاصرة في حق كل واحد منهما لما ذكرنا من المعنى والصلة الكاملة هي المانعة من الرجوع فلا تتعدى الى القاصرة ولو كانا جميعا ذوي رحم محرم من الواهب ذكر الكرخي رحمه الله عن محمد رحمه الله أن قياس قول أبي حنيفة رحمه الله أن يرجع لانه لم يكن لكل واحد منهما صلة كاملة وقال الهندواني ليس له أن يرجع في قولهم جميعا لان الهبة لايهما وقعت تمنع الرجوع ولو وهب للمكاتب وهو ذو رحم محرم منه فان عتق لا يرجع لان الملك استقر له فيكون صلة في حقه من كل وجه باعتبار العقد وحكمه وان عجز فعند محمد رحمه الله لا يرجع لان الكسب كان للمكاتب ثم انتقل الى المولى عند العجز لما بينا في المكاتب الاجنبي وانتقال الملك يمنع الرجوع وعند أبي يوسف رحمه الله يرجع لانه بالعجز ظهر أن حقيقة الملك وقعت للمولى من وقت الهبة ولو كان المكاتب أجنبيا ومولاه قريب الواهب فان عتق المكاتب رجع لان الملك وقع للاجنبي وان عجز فكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله بناء على اختلافهم فيمن وهب لعبد أخيه على ما مر قال رحمه الله (والهاء الهلاك) يعني هلاك العين الموهوبة فانه مانع من الرجوع لتعذره بعد الهلاك اذ هو غير مضمون عليه قال رحمه الله (فلو ادعاه صدق) أي لو ادعى الموهوب له هلاك الهبة يصدق لانه منكر لوجوب الرد عليه فأشبه المودع قال رحمه الله (وانما يصح الرجوع بتراضيهما أو بحكم الحاكم) لان ملك الموهوب له ثابت في العين فلا يخرج عن ملكه الا بالرضا أو بالقضاء ولانه مختلف فيه بين العلماء وفي أصله وهي وفي عدم حصول مقصوده ووجوده خفاء لانه يحتمل أن يكون غرضه العوض الدنيوي فيثبت له حق الرجوع ويحتمل أن يكون غرضه الثواب في الآخرة أو اظهار الجود والسماحة فلا يكون له الرجوع على هذا التقدير فلا بد من الفصل بالقضاء أو الرضا فما لم يقض القاضي أو يفسخاها بالتراضي ملك الموهوب له ثابت في العين حتى ينفذ تصرفه فيه من عتق وبيع وغير ذلك ولو كان بعد المرافعة الى الحاكم وكذا لو منعه وهلك في يده لا يضمن لقيام ملكه فيه وكذا لو هلك بعد القضاء قبل المنع لانه أول القبض كان غير مضمون عليه فلا ينقلب مضمونا بالاستمرار عليه وان منعه بعد القضاء ضمن لوجود التعدي منه ثم اذا حصل الرجوع بالقضاء أو بالتراضي يكون فسخا من الاصل وقال زفر رحمه الله الرجوع بالتراضي عقد جديد فيجعل بمنزلة الهبة المبتدأة لان الملك عاد اليه بتراضيهما فأشبه الرد بالعيب ولهذا الورثة في مرض موته برضاه يعتبر من الثلث ولنا أن عقد الهبة انعقد موجبا حق الفسخ للواهب وهو بالفسخ يكون مستوفيا حقا ثابتا له بالعقد لان العقد وقع غير لازم فاذا رفع رجع اليه عين ملكه كالعارية فيكون فسخا في حق الكل فلا يمكن أن يجعل هبة مبتدأة ولهذا لا يشترط

وهب أحدهما لصاحبه لما روى محمد بن الحسن عن ابراهيم في كتاب الآثار قال الزوج والمرأة بمنزلة القرابة أيهما وهب لصاحبه فليس له أن يرجع فيه اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم اذا كانت الهبة الخ) رواه الحاكم والدارقطني اه (قوله كالعتق بالملك) يعني من ملك ذا رحم محرم منه عتق عليه وان كان أحدهما كافرا بخلاف النفقة حيث لا تثبت لذي الرحم المحرم اذا كان كافرا (قوله في المتن وانما يصح الرجوع) لفظة الرجوع ليست في خط الشارح وهو ثابت في المتن اه (قوله في المتن أو بحكم الحاكم) حتى لو استردها بغير قضاء ولا رضا كان غاصبا فلو هلك في يده يضمن قيمته للموهوب له وقال الشافعي وأحمد يجوز الرجوع بغير قضاء أو رضا لانه خيار في فسخ عقد فلا يفتقر الى القضاء أو الرضا كالفسخ بخيار الشرط اه كاكي (قوله ولانه) أي الرجوع في الهبة اه (قوله مختلف فيه بين العلماء) أي عندنا يرجع وعند الشافعي لا يرجع اه (قوله وفي أصله وهي) هكذا هو بخط الشارح رحمه الله وكتب على قوله وفي أصله وهي ما نصه وهاء هكذا وقع استعمال الفقهاء ولكنه ليس بجمع قال صاحب المغرب الوهاء بالمد خطأ والصواب الوهي والضمير في أصله للرجوع اه اتقاني

(قوله ويصح في الشائع) أي الذي يحتمل القسمة بأن وهب دارا أو نحوها ورجع في نصفها ولو كان الرجوع هبة مبتدأة كما قال زفر ينبغي أن لا يصح وحيث صح علم أنه فسخ كذا في المبسوط اه (قوله في المتن لم يرجع على الواهب بما ضمن) قال الاتقاني وهذا إذا لم يعوضه فإذا كان ثمة عوض رجع بكل العوض إذا استحق جميع الهبة وبقدر المستحق من الهبة إذا استحق البعض اه (قوله عملا بالشبهين) كما قالوا لما اشتملت على معنى البيع والفسخ جمعنا بينهما وقد أمكن الجمع بينهما اه

(فصل) مسائل هذا الفصل (١٠٣) بمنزلة مسائل شتى تذكر في آخر الكتب فلأجل هذا ذكرها في آخر كتاب الهبة في فصل على حدة اه اتقاني (قوله ومن وهب أمة إلا حملها صحت الهبة وبطل الاستثناء) قال الاتقاني والأصل فيه أن ما يجوز إيراد العقد عليه بانفراده جاز استثناؤه وما لا فلا ثم الحمل لا يجوز هبته لاحتمال فيه فلم يجز استثناؤه وقدم الأصل في أول كتاب البيوع عند قوله ولا يجوز أن يبيع ثمرة ويستثني منها أرطالا معلومة وصرح في باب البيع الفاسد أيضا عند قوله ومن اشترى جارية إلا حملها فسد البيع فإذا كان كذلك كان الاستثناء شرطا فاسدا فبطل الشرط وصحت الهبة لأن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة بدليل أن النبي صلى الله عليه وسلم أبطل شرط العمر وجوز الهبة وإنما لم تجز هبة ما في البطن لأن محل الهبة مال قائم مملوك الواهب وقت العقد وفي قيام الولد وماليته شك وقت الهبة لاحتمال الانتفاخ من الريح واحتمال كون الجنين ميتا فوقع الشك في الوجود والمالية فلا يكون محلا للهبة بالشك بخلاف الوصية بما في البطن على

أو الخلع عليه فإنه يجوز إذا ولدت لأقل من ستة أشهر لأن الوصية بالمعدوم من كل وجه جائزة كما إذا أوصى بما يثمر نخيله العام والخلع يجوز إضافته إلى المعدوم كما إذا قالت خالعني على ما في يدي وليس في يدها شيء ويجوز إضافته إلى ما ليس بمال أيضا كالميتة والخمر والخنزير إلا أنه يقع مجانا وإذا جاز إضافته إلى المعدوم وإلى ما ليس بمال يتعين فكذا إذا وقع الشك في وجود المحل وماليته وقت العقد كالبيع ثم لما في البطن في العقد على ما قال في باب المصراة من شرح الطحاوي مراتب ثلاثة في وجه العقد فاسد والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء فاسد وفي وجه العقد جائز والاستثناء جائز أما الوجه الذي فيه العقد فاسد والاستثناء فاسد فهو البيع والإجارة والكتابة

فيه قبض الواهب ويصح في الشائع بخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن حقه فيه في وصف السلامة لا في الفسخ ولهذا لو زال العيب امتنع الرد ولو وصل حقه إليه لكن إذا لم يمكن تسليمه فات رضاه فيرجع بالعوض ويلزم منه فسخ العقد ضرورة من غير أن يثبت حقه في الفسخ فإذا لم يكن له حق في الفسخ لم يصر مستوفيا حقه فيكون ملكا مبتدأ ضرورة غير أنه إذا حكم القاضي بالرد عند عجزه عن تسليم حقه جعلناه فسخا لعموم ولايته ولا كذلك المتعاقدان لأنهما لا ولاية لهما إلا على أنفسهما وإنما اعتبر رده في المرض من الثلث لأن حق الورثة تعلق بجميع ماله فلا يقدر أن يبطله باختياره وإن أبطله رد عليه كيفما كان استحسانا وفي القياس أن لا يرد ذكره ابن سماعة قال رحمه الله (فإن تلفت الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بما ضمن) لأن الهبة عقد تبرع وهو غير عامل له فلا يستحق السلامة ولا يثبت به الغرور بخلاف الوديعة لأن المودع عامل له وبخلاف المعاوضات لأن عقد المعاوضة يقتضي السلامة فيكون كل واحد منهما ملتزما الوصف السلامة بالإقدام على العقد فإذا لم يسلم له صار مغرورا من جهته فيرجع عليه بما لحقه قال رحمه الله (والهبة بشرط العوض هبة ابتداء فيشترط التقابض في العوضين وتبطل بالشيوع بيع انتهاء فترد بالعيب وخيار الرؤية وتؤخذ بالشفعة) وقال زفر والشافعي رحمهما الله هو بيع ابتداء وانتهاء لأنهما أتيا بمعنى البيع وهو التمليك بعوض والعبرة في العقود للمعاني دون الألفاظ ألا ترى أن الكفالة بشرط براءة الأصيل حوالة والحوالة بشرط عدم البراءة كفالة وهبة الدين لمن عليه إبراء وبيع العبد من نفسه إعتاق وهبة المنفعة بالعوض إجارة والإعارة بعوض إجارة ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين فيكون ابتداؤه معتبرا بلفظه فتجري فيه أحكام الهبة وانتهاؤه معتبرا بمعناه فتجري فيه أحكام البيع كالهبة في المرض فإن ظاهره تمليك في الحال تبرعا ومعناه معنى الوصية لما فيه من إبطال ما تعلق به حق الورثة فيعتبر ابتداؤه بلفظه حتى يشترط فيه القبض ويبطل بالشيوع فيما يحتمل القسمة ويوجب الملك عند القبض في الحال ويعتبر انتهاؤه بمعناه حتى ينفذ من الثلث بعد الدين لأن الألفاظ لا يجوز إلغاؤها مع إمكان العمل بها وقد أمكن فيما نحن فيه ولا تنافي بين حكميهما لأن حكم البيع قد يكون متراخيا باشتراط الخيار لأحدهما وفي البيع الفاسد فيكون موافقا لحكم الهبة من حيث تأخيره إلى القبض والهبة قد تكون لازمة بانقطاع الرجوع بما ذكرنا من الموانع للرجوع بخلاف المسائل المستشهد بها فإن العمل فيها بالمعنيين غير ممكن للتضاد بين الحكمين فتعين إلغاء اللفظ والعمل بالمعنى ولو وهب الأب مال ابنه الصغير بشرط العوض لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى لأنه تبرع ابتداء وهو لا يملك التبرع بماله وقال محمد رحمه الله يجوز لأنه بيع انتهاء على ما بينا

(فصل) قال رحمه الله (ومن وهب أمة إلا حملها أو على أن يردها عليه أو يعتقها أو يستولدها أو دارا

والرهن لان هذه العقود تبطلها الشروط الفاسدة وأما الوجه الذي يجوز فيه العقد ويبطل الاستثناء فالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد لان هذه العقود لا تبطلها الشروط الفاسدة فيصح العقد ويبطل الاستثناء ويدخل في العقد الام والولد جميعا وكذلك العتق اذا أعتق الجارية واستثنى ما في بطنها صح العتق ولم يصح الاستثناء وأما الوجه الذي يجوز كلاهما الوصية اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى ما في بطنها فانه يصح لان الوصية أخت الميراث وقد جعل الجارية وصية وما في بطنها ميراثا والميراث يجري فيما في البطن وليس هذا كما اذا أوصى لرجل بجارية واستثنى خدمتها أو غلتها للورثة فالوصية صحيحة والاستثناء باطل لان الخدمة والغلة لا يجري فيهما الميراث دون الاصل ألا ترى انه لو أوصى بخدمتها وغلتها الانسان ثم مات الموصى له بعد ما صحت الوصية فانهما يعودان الى ورثة الموصي فلا تكون الخدمة والغلة موروثة عن الموصى له ولو أوصى بما في بطن جاريته لانسان والمسئلة بحالها فان الولد يكون موروثا عن الموصى له واذا أوصى برقبتها الانسان وبما في بطنها الآخر فمات الموصى له بالولد عاد الملك الى وارثه ولو أوصى برقبتها الانسان وبغلتها وخدمتها الآخر فمات الموصى له بالغلة عاد الملك الى صاحب الرقبة دون ورثة الموصى له بالغلة والخدمة وكذلك لو أن الموصى له بالغلة والخدمة مات قبل موت الموصي أو رد وصيته وقد أوصى الموصي برقبتها الآخر فان الغلة والخدمة تعود الى الموصى له بالرقبة ولا تكون لورثة الموصى له ومثله لو أن الموصى له بالولد مات قبل موت الموصي أو رد الوصية لم يعد (٣٠١) الى الموصى له بالرقبة ولكن يعود الى ورثة

على أن يرد عليه شيأ منها أو يعوضه شيأ منها صحت الهبة وبطل الاستثناء والشرط) لان الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل الشرط وهذه كلها شروط فاسدة أما في غير استثناء الحمل فظاهر وأما في استثناء الحمل فلان الاستثناء تصرف لفظي لا يعمل الا فيما تناوله اللفظ والحمل لم يدخل تحت اللفظ وانما هو وصف للجارية فكان تبعا لها فلا يصح استثناؤه على ما ينافي الاقرار فانقلب شرطا فاسدا وهو لا يؤثر في الهبة فيصح ويدخل الحمل تبعا لها وهذا هو الحكم في كل معاوضة مال بغير مال كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد بخلاف المعاوضات المالية لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الملك في الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والشروط تفسد الحكمي لا الحسي بل الشروط نفسها تبطل ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة في الام لان الجنين غير مملوك له واشتغال بطنها به لا يوجب الفساد كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه بخلاف ما اذا دبر الحمل ثم وهبها حيث لا تجوز الهبة لان ملكه فيه باق ولا يمكن ادخاله في الهبة لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك ولا يمكن تصحيح الهبة في الام بدونه لانها مشغولة به فصار نظير هبة النخل بدون الثمر أو الجوالق بدون الدقيق من حيث ان كل واحد منها يمنع القبض بخلاف البيع حيث لا يجوز في الفصول كلها فصل الاستثناء والعتق والتدبير وبخلاف الوصية حيث تجوز في الام دون الحمل وفي الحمل دون الام لان بابها أوسع على ما ينافي البيوع وقوله على أن يعوضه شيأ منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائزان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيأ من

الموصي فلذلك افترقا فلو أوقع العقود على ما في البطن أما عقد البيع فلا يجوز وكذلك الكتابة عليه وان قبلت الام عنه وكذلك الهبة والصدقة لا تجوز وان سلم الام الى الموهوب له وان تزوج عليه فالتسمية باطلة ويجب مهر المثل ولو صالح عن القصاص على ما في البطن فان الصلح صحيح ويبطل القصاص والتسمية فاسدة ويكون للولي على القاتل الدية لان هذه العقود تصح على ما هو مال والولد ليس بمال ما دام في البطن ولو أنه أعتق ما في البطن فانه يصح اذا علم أنه كان موجودا في البطن وقت العتق وانما يعلم وجوده اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر من وقت العتق فان جاءت به لستة أشهر فصاعدا لم يعتق لانه لم يعلم وجوده وقت العتق فلا يعتق بالشك الا اذا كانت الام في عدة زوج فانه يحكم بوجود الولد الى سنتين من وقت العلوق في حق ثبوت النسب فكذلك في حق العتاق وانما جاز عتق ما في البطن لان العتق ينافي الرق وما في البطن موقوف وكذلك الوصية بما في البطن تصح اذا علم وجوده في البطن وقت الوصية لان الوصية أخت الميراث والميراث يجري فيما في البطن كذلك الوصية ولو خالع امرأته على ما في بطن جاريتها فالخلع واقع وللزوج الولد اذا كان موجودا في البطن وقت الخلع وان لم يكن موجودا كما اذا جاءت به لستة أشهر فصاعدا فلا سبيل للزوج على ما في البطن ولكنه ينظر ان قالت اخلعني على ما في بطن جاريتي ولم تقل من ولد فلا شئ له عليها ولو قالت من الولد فانه يرجع عليها بما ساق اليها من المهر لانها غرت الزوج حين قالت من ولد واذا لم تقل من ولد لم تغره وهذا كما قلنا في المرأة اذا قالت لزوجها اخلعني على ما في يدي أو على ما في صندوقي هذا من شئ أو لم تذكر شيأ فان كان فيه شئ فللزوج وان لم يكن فيه شئ فلا يرجع الزوج عليها بشئ لانها لم تغره حيث لم تسم له مالا فاما اذا قالت اخلعني على ما في صندوقي هذا من متاع فان كان فيه شئ من متاع فهو له وان لم يكن يرجع عليها بما ساق اليها من المهر كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله كما اذا وهب أرضه وفيها ابنه) قال في النهاية وصار هذا كما لو وهب أرضا وفيها ابن الواهب واقف وسلمها الى الموهوب له تمت الهبة فهنا مثله اه (قوله فيه اشكال) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت قلت لا اشكال لانه أراد لا فرق بين العبارتين في أن كل واحد منهما لا يفسد أي سواء عبر بهذا أو بهذا اه

العين الموهوب به فهو تكرار محض لانه ذكره بقوله على أن يرد عليه شيأ منها قال رحمه الله (ومن قال لمديونه اذا جاء غد فهولك أو أنت منه برىء أو ان أديت الى نصفه فلك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل) لان تمليك الدين فيه معنى الاسقاط والابراء منه اسقاط فيه معنى التمليك لان الدين مال من وجه بالنظر الى المال حتى تجب فيه الزكاة ويصح شراؤه به من المدين ووصف من وجه بالنظر الى الحال حتى لو حلف أنه لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث ومن وجه أنه مال كان تمليكا فيرتد بالرد ومن وجه أنه وصف كان اسقاطا فلا يتوقف على القبول والتعليق بالشروط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعتاق وهذا تمليك من وجه فلا يجوز تعليقه بالشرط فبطل بخلاف قوله أنت برىء من النصف على أن تؤدي الى النصف لانه تقييد وليس بتعليق على ما بينا في الصلح قال رحمه الله (وصح العمرى للمعمر له حال حياته ولورثته بعد موته وهي أن يجعل داره له عمره فاذا مات ترد عليه لا الرقبى أي ان مت قبلك فهي لك) وهذا تفسير الرقبى أي يقول ذلك له لما روى عن زيد بن ثابت انه عليه الصلاة والسلام قال من أعمر عمرى فهي لمعمره محياه ومماته لا ترقبوا من أرقب شيأ فهو سبيل الميراث رواه أحمد وأبو داود والنسائي وفي لفظ جعل الرقبى للذي أرقبها رواه أحمد والنسائي ولان معنى العمرى هو التمليك في الحال ويجعلها له مدة عمره ثم اذا مات ترجع اليه فصح التمليك وبطل الشرط لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وببطل الشرط ومعنى الرقبى أن يملكها له بعد موته فيكون تمليكا مضافا الى زمان وهو من الارتقاب وهو الانتظار كأنه ينتظر موته فلا يصح لعدم التمليك في الحال وقال أبو يوسف رحمه الله تصح الرقبى أيضا بناء على أنها تمليك للحال واشتراط للاسترداد بعد موته عنده كالعمرى كأن الواهب ينتظر موت الموهوب له وقد روى ابن عباس أنه عليه الصلاة والسلام قال العمرى جائزة لمن أعمرها والرقبى جائزة لمن أرقبها رواه أحمد والنسائي فحاصله أنه متى وجد التمليك في الحال واشتراط الرد في المآل يجوز بالاجماع لما بينا أن الهبة لا تبطل بالشرط بل الشرط يبطل ومتى كان التمليك مضافا الى زمان في المستقبل لا يجوز بالاجماع فكان الخلاف بينهم مبنيا على تفسير الرقبى فمن قال انه تمليك في الحال أجازه ومن قال انه مضاف لم يجزه وليس باختلاف حقيقة ومثل هذا تقدم في نكاح الصابئات وفي فساد الصوم بالافطار في الاحليل وفي وجوب الدم اذا غسل المحرم رأسه بالخطمي وبلبس الثوب المصبوغ بعصفر فاذا لم يكن بينهم خلاف في الحقيقة واللفظ صالح للمعنيين أمكن التوفيق بين الاخبار فما ورد من النهي عن الرقبى محمول على أن المراد به ابطال شرط الجاهلية وهو الاسترداد بعد موت الموهوب له وما جاء فيه من الاطلاق محمول على انه جائز والشرط باطل ومثله جاء النهي عن العمرى أيضا وهو ما روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تعمروا ولا ترقبوا فمن أعمر شيأ أو أرقبه فهو له حياته ومماته رواه أحمد والنسائي وقال عليه الصلاة والسلام العمرى جائزة لاهلها والرقبى جائزة لاهلها رواه أبو داود والترمذي والنسائي وفيهما أخبار كثيرة بعضها يمنعهما وبعضها يجيزهما وبالحمل على ما حملناه حصل التوفيق فلا معارضة قال رحمه الله (والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض ولا في مشاع يحتمل القسمة) لانه تبرع كالهبة ويلزم فيها ما يلزم في الهبة فامتنعت بدون القبض كالهبة قال رحمه الله (ولا رجوع فيها) أي في الصدقة لان المقصود فيها هو الثواب دون العوض قال في النهاية لا رجوع في الصدقة على الغني كما لا رجوع في الصدقة على الفقير ثم قال من أصحابنا من قال الصدقة على الغني والهبة سواء لانه يقصد به العوض دون الثواب ألا ترى أنه في حق الفقير جعلت الصدقة والهبة سواء فيما هو المقصود ثم له أن يرجع في الهبة فكذا في الصدقة ثم قال ولكنا نقول في ذكر لفظة الصدقة ما يدل على انه لم يقصد العوض ومراعاة لفظه أولى من مراعاة حال المملك ثم التصدق على الغني يكون قربة يستحق به الثواب وقد يكون مالكا للنصاب وله عيال كثير والناس يتصدقون على مثل هذا لنيل الثواب ألا ترى أنه عند اشتباه الحال يتأدى به الواجب الذي عليه ولا رجوع له فيه بالاتفاق فكذا عند العلم بحاله لا يثبت له حق الرجوع عليه هكذا

(قوله فهو تكرار محض) قال الرازي رحمه الله لا تكرار فيه لان الاول هبة بشرط الفسخ لان الرد دليل الرجوع والثاني هبة شيء بشرط أن يكون شيء منه عوضا عن نفسه اهـ (قوله فما ورد من النهي عن الرقبى الخ) الرقبى قد تكون من الارقاب وقد تكون من الترقيب فحيث قال أجاز الرقبى يعني اذا كان من الارقاب بأن يقول أرقبت داري لك وحيث قال رد الرقبى يعني اذا كان من الترقيب وهو أن يقول أراقب موتك وتراقب موتي فان مت أنا فهي لك وان مت أنت فهي لي فيكون هذا تعليق التمليك بالخطر وهو موت المالك قبله وذلك باطل ثم لما احتمل المعنيين جميعا والملك للذي اليد فيها يقينا فلا نزيله بالشك وانما يكون قوله داري لك تمليكا اذا لم يفسر هذه الاضافة بشيء أما اذا فسرها بقوله رقبى أو حبيس تبين أنه ليس بتمليك كما لو قال داري لك سكنى يكون عارية وهذا لان الكلام المبهم اذا تعقبه تفسير فالحكم لذلك التفسير اهـ مبسوط السرخسي

قدم الهبة على الاجارة لانهما تمليك العين والعين مقدم على المنفعة ولان فيها عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ووصلها بفصل الصدقة لانهما يقعان لازمين اهـ اتقاني (قوله وانما هو استباحة المنافع الخ) قال الاتقاني وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله أو يقال عقد على منفعة معلومة لا لاستباحة البضع بعوض معلوم وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوى التمليك على ضربين تمليك منفعة وتمليك عين وكل وجه على وجهين اما أن يكون ببدل أو غير بدل فتمليك العين ببدل هو البيع وتمليك العين بغير بدل هى الهبة والصدقة والوصية وما أشبه ذلك وأما تمليك المنفعة ببدل فهى الاجارة وتمليك المنفعة بغير بدل هى العارية (قوله فانه خطأ وقبيح) أما خطؤه فانه من باب أفعل لا من باب فاعل وأما قبحه فانه يستعمل فى موضع القبح اهـ (قوله وهى تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع) أى لان المنفعة لا تصلح محلا للاضافة لانها معدومة ليست فى مقدور البشر اهـ بزدوى فى الاستعارة وكتب ما نصه لو قال آجرتك منافع هذه الدار شهرا بكذا لم يجز لان العقد يرد على العين ثم ينتقل الى المنفعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ اهـ شرح مغنى فى باب حكم الواجب بالامر (قوله أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد) أى لا فى حق الملك لان الملك

ذكر فى النهاية معزيا الى المبسوط وماذكره من عدم جواز التصدق على غنيين ينافى هذا لانهم هنالك لم يعتبروا فيه وفى الهبة الاحال التمليك حتى أجازوهما الفقيرين ومنعوهما الغنيين على الصحيح وهو المذكور فى الجامع الصغير على ما بينا من قبل فقياسه أن يملك الرجوع فى الصدقة على الغنى ولا يملك الرجوع فى الهبة على الفقير والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الاجارة ﴾

قال رحمه الله (هى بيع منفعة معلومة بأجر معلوم) وقيل هى تمليك المنافع بعوض بخلاف النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض هذا فى الشرع وفى اللغة الاجارة فعالة من أجر يأجر من بابى طلب وضرب فهو آجر وذاك مأجور أى الاجارة اسم للاجرة وهى ما أعطى من كراء الاجير وقد أجره اذا أعطاه أجرته والاجر ما يستحق على عمل الخير ولهذا يدعى به يقال أجرك الله وأعظم الله أجرك وفى كتاب العين آجرت مملوكى أوجره ايجارا فهو مؤجر وفى الاساس آجرنى داره فاستأجرتها وهو مؤجر ولا تقل مؤاجر فانه خطأ وقبيح قال وليس آجر هذا فاعل بل هو أفعل وهى جائزة باجماع الامة وقال الله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرنى ثمانى حجج وشريعة من قبلنا شريعة لنا ما لم يظهر النسخ لاسيما اذا قص الله علينا على وجه الانكار وقال عليه الصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلمه أجره وشرطها أن تكون الاجرة والمنفعة معلومتين لان جهالتهما تفضى الى المنازعة وركنها الايجاب والقبول وحكمها وقوع الملك فى البدلين ساعة فساعة لان المعقود عليه وهى المنافع معدومة والقياس أن لا تجوز لما فيها من اضافة العقد الى ما سيوجد الا أنها أجيزت للضرورة لشدة الحاجة اليها وهى تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والعين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ليرتبط الايجاب بالقبول فعمله يظهر فى المنفعة ملكا واستحقاقا حال وجودها وهذا كالسلم فيه فان الذمة التى هى محل المسلم فيه أقيمت مقام المعقود عليه فى حق جواز السلم وقال الشافعى رحمه الله تجعل المنافع المعدومة موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد لان العقد يستدعى محلا ينعقد فيه اذ الشرع حكم بالانعقاد وهو وصف العقد المنعقد فكما لا بد من وجود المحل لينعقد العقد فيه وهذا لان العقد قد لزم واللزوم وصف يثبت بالعقد فكما لا بد من وجود المحل لينعقد العقد فيه فأنزلنا المعدوم موجودا لذلك قلنا الارتباط الايجاب بالقبول صفة الكلامين والمحل يحتاج اليه للحكم وانما اشترط وجود المحل عند الارتباط لان الانعقاد لاجل الحكم فلا بد من تعيين المحل حتى يعمل العقد فيه فجعل الدار خلفا عن المنفعة فى حق اضافة العقد اليها ثم بعد ذلك عمل هذا اللفظ يتراخى الى حين وجود المنفعة وحكم العقد وهو الملك قبل الفصل عن العقد كما فى البيع بشرط الخيار وهذا أولى مما ذهب اليه الشافعى لانه تغيير أمر حكمى بدليل شرعى وما ذهب اليه قلب الحقائق لان المنافع معدومة حقيقة والمنفعة لا تتصور وجودها فى لحظة فلا يمكن جعلها موجودة حكما لان الشرع لا يرد بتقدير المستحيل ولهذا لو أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز ولو أضافه الى العين جاز بالاجماع ولان ما قلناه ليس

يتأخر الى حدوث المنفعة فعلى حسب حدوث المنافع تنعقد ساعة فساعة وعند الشافعى حالة الانعقاد (قوله ولهذا لو أضاف العقد الى المنفعة لا يجوز) قال الولوالجى الاجارة اذا أضيفت الى منفعة الدار تصح فانه نص فى هبة الشيخ الامام الاجل الزاهد خواهر زاده اذا قال وهبتك منفعة هذه الدار كل شهر بدرهم يكون اجارة فهذا أولى اهـ انظر الحاشية التى قبل هذه بقوله نا قلا عن شرح المغنى اهـ وهذا الفرع ذكره الولوالجى فى الفصل الاول من كتاب الاجارة اهـ

فيه الا اقامة السبب مقام المسبب وهو أمر شائع شرعا كاقامة السفر مقام المشقة ونحوه فكان أولى قال رحمه الله (وما صح ثمنا صح أجرة) لان الاجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثمن المبيع ثم ان كانت الاجرة عينا جاز كل عين أن يكون أجرة كما جاز أن يكون بدلا في البيع وان كان موصوفا في الذمة يجوز أيضا كل ما جاز أن يكون ثمنا أو مسلما في الذمة كالمقدرات والمذروعات وما لا فلا ولا فرق بينهما فيه وقوله ما صح ثمنا صح أجرة يقتضي ذلك ولا ينافي العكس حتى صح أجرة ما لا يصح ثمنا أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنا وتصلح أجرة اذا كانت مختلفة الجنس كاستئجار سكنى الدار بزراعة الارض وان اتحد جنسهما لا يجوز كاستئجار الدار للسكنى بالسكنى وكاستئجار الارض للزراعة بزراعة أرض أخرى لان المنافع معدومة فيكون بيعا بالنسيئة على ما قالوا فلا يجوز ذلك في الجنس المتحد لانه يكون كبيع القوهي بالقوهي نسيئة بخلاف مختلف الجنس على ما قالوا قال رحمه الله (والمنفعة تعلم ببيان المدة كالسكنى والزراعة فيصح على مدة معلومة أى مدة كانت) ومنه الاجير الوحد لان المدة اذا كانت معلومة كانت المنفعة معلومة فيجوز طالت المدة أو قصرت تأخرت بان كانت مضافة أو تقدمت بان كانت متصلة بوقت العقد ولا معنى لقول الشافعي فيه فانه يقدره بسنة في رواية ولا يجوز أكثر منها الا ان جوازها كان للضرورة ولا ضرورة الى أكثر منها وفي رواية يقدره بثلاثين سنة ولا يجوز أكثر منها لانه قلما يستعمل بالاجرة أكثر من ذلك وفي رواية تجوز أبدا لان بيع المنافع كبيع الاعيان فجاز مؤبدا قلنا كل ذلك باطل لان المجوز لها كونها معلومة ولا معنى لمنعه بعد أن صارت معلومة ألا ترى الى قوله تعالى حكاية عن شعيب عليه الصلاة والسلام انى أريد أن أنكحك احدى ابنتى هاتين على أن تأجرني ثماني حجج فأجاز أكثر من سنة ولان المنافع لا تكون معلومة الا بضرب المدة لها فلا تجوز الا مؤجلة بخلاف بيع الاعيان فانها معلومة بدونه ومن شرطها التأبيد أيضا حتى لو ضرب له أجلا فسد البيع وقال بعضهم لا يجوز أن يضرب لها أجلا لا يعيش اليه مثله عادة لان الغالب كالمتحقق في حق الاحكام حتى يحكم بموت المفقود عند موت أقرانه فصار كالتأبيد معنى فلا يجوز لما عرف أن التأبيد يبطلها وبه كان يفتى القاضى أبو عصمة العامرى وبعضهم جوز ذلك والانصاف منهم لان العبرة في هذا الكلام للمتعاقدين وانه يقتضى التوقيت ولا يقتضى تعيين الوقت قال رحمه الله (ولا زاد في الاوقاف على ثلاث سنين) أى لا يجوز أن تزاد مدة الاجارة في الاوقاف على ثلاث سنين خوفا من دعوى المستأجر أنه ملكه اذا تطاولت المدة وذكر بعضهم الحيلة في جواز الزيادة على ثلاث سنين أن يعقد عقودا كل عقد على سنة ويكتب في الكتاب ان فلان بن فلان استأجر الوقف كذا وكذا سنة بكذا وكذا عقدا في كل عقد سنة وذكر صدر الاسلام أن الحيلة فيه أن يرفع الى الحاكم حتى يجيزه وكان الصدر الشهيد رحمه الله يفتى بالجواز في ثلاث سنين في الضياع الا اذا كانت المصلحة في المنع وفي غير الضياع كان يفتى بعدم الجواز فيما زاد على سنة واحدة الا اذا كانت المصلحة في الجواز هذا اذا لم ينص الواقف على مدة الاجارة فان اشترط لذلك شيئا من المدة فهو على ما شرط طال أو قصر لان شروط الواقف تراعى كالنصوص قال رحمه الله (أو بالتسمية كالاستئجار على صبغ الثوب وخياطته) أى المنفعة تعلم بالتسمية كما فيما ذكره من الصبغ والخياطة ومنه استئجار الدابة للحمل أو للركوب لانه اذا بين المصبوغ والصبغ وقدر ما يصبغ به وجنسه وجنس الخياطة والمخيط ومن يركب على الدابة والقدر المحمول عليها والمسافة صارت المنفعة معلومة بلا شبهة فصح العقد ومن هذا النوع الاجارة على العمل كاستئجار القصار ونحوه قال رحمه الله (أو بالاشارة كالاستئجار على نقل هذا الطعام الى كذا) أى تكون المنفعة معلومة بالاشارة كما ذكره من نقل الطعام لانه اذا علم المنقول والمكان المنقول اليه صارت المنفعة معلومة وهذا النوع هو قريب من النوع الاول قال رحمه الله (والاجرة لا تملك بالعقد بل بالتعجيل أو بشرطه أو بالاستيفاء أو بالتمكن منه)

(قوله في المتن والمنفعة الخ) لما ذكر قبل هذا أن الاجارة بيع منفعة معلومة واقتضى هذا أن الاجارة لا تصح حتى تكون المنافع معلومة شرع يذكر كيف تعلم المنافع فقال والمنفعة الخ اه (قوله لان الغالب كالمتحقق الخ) قال الولوالجي أى قال في الفصل الاول ولو استأجر مائتي سنة بكذا فهو فاسد لانا نعلم أنه لا يعيش الى تلك المدة فيقع بعضه في حالة الحياة وبعضه بعد الوفاة اه (قوله خوفا من دعوى المستأجر) الذى بخط الشارح المستأجرين اه (قوله بكذا وكذا عقدا في كل عقد الخ) فيكون العقد الاول لازما والثاني غير لازم لانه مضاف اه (قوله في المتن أو بالتسمية) يعنى المنفعة تارة تعلم ببيان المدة كما تقدم وتارة تصير معلومة بمجرد التسمية بدون ذكر المدة اه (قوله لانه اذا بين المصبوغ) أى الثوب الذى يصبغ اه (قوله والصبغ) أحمر أو نحوه اه (قوله وقدر ما يصبغ به) أى اذا كان مما يختلف اه اتقاني (قوله والمسافة) يتعلق بالحمل والركوب جميعا اه اتقاني (قوله في المتن والاجرة لا تملك بالعقد) قال في الهداية الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدى معان ثلاث اما بشرط التعجيل أو بالتعجيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه اه قوله لا تجب بالعقد أى لا يجب أداؤها وتسليمها بمجرد العقد أما نفس الوجوب فثابت بنفس العقد اه (قوله في المتن أو بالتمكن الخ) قال الاتقاني ولكن أى اذا كانت الاجارة صحيحة فاذا كانت فاسدة لا يجب شئ بمجرد التمكن من الاستيفاء وذلك لان الواجب على الآجر تسليم العين التى تحدث

منها المنافع فى مدة الاجارة لا تسليم المنفعة لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فقام تسليم العين مقام تسليم المنفعة ولكن يعتبر التسليم على وجه يمكن الانتفاع بها وقد تحقق التسليم على هذا الوجه فتحقق التسليم المستحق وجب الاجر وان لم ينتفع بها كما اذا قبض المبيع ولم ينتفع به قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن استأجر دابة الى مكان معلوم ليركبها فذهب بها ولم يركبها ولم يحمل عليها شيأ فانه يجب الاجر وكذلك اذا استأجر دارا ليسكنها فسلم المؤجر المفتاح اليه ومضت المدة فانه يجب الاجر عليه سكن الدار أو لم يسكن الا اذا منعه مانع من السلطان أو غيره فأخرجه ولم يمكن دفعه عنها فانه لا يجب الاجر (٧٠١) عليه الى هنا لفظه رحمه الله وقال فى شرح الاقطع قال أصحابنا اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة ولم يركبها وجبت الاجرة وقال الشافعى تجب الاجرة فى الوجهين دليلنا أن العقد وقع على مسافة فالتسليم فى غيرها لا يستحق به البدل كما لو وقع على مدة فسلم فى غيرها فانه لا يستحق البدل فان قيل ان المستأجر قبض العين المستأجرة وتمكن من استيفاء المنفعة المعقود عليها فوجب أن تستقر الاجرة عليه أصله اذا استأجرها شهرا للركوب قيل له التمكن من الاستيفاء فى غير محل المعقود عليه كالتمكن من الاستيفاء فى غير المدة والمعنى فى الاصل أن العقد وقع على المدة وفى مسئلتنا وقع على العمل وفرق ما بينهما كما لو استأجر رجلا لخياطة ثوب أو استأجره للخياطة والحاصل أن ههنا قيودا لوجوب الاجرة أحدها التمكن من الاستيفاء فى المدة حتى اذا لم يتمكن من استيفاء المنافع أو تمكن فى غير المدة لا يجب الاجر والثانى أن تكون الاجارة صحيحة ألا ترى الى ما قال فى تتمة الفتاوى لا يجب الاجر فى الاجارة الفاسدة بالتمكن من استيفاء المنفعة وانما يجب بحقيقة الاستيفاء بخلاف الاجارة الصحيحة فان الاجر فيها يجب بالتمكن من استيفاء المنفعة (قوله وقال الشافعى تملك بنفس العقد) قال الاتقانى وفائدة هذا الخلاف ما ذكره علاء الدين العالم فى طريقة الخلاف وهو أنه لا يثبت للآجر ولاية المطالبة بتسليمها فى الحال ولو كانت الاجرة عينا وهو فرس لا يعتق عليه فى الحال (قوله فلم تصر المنفعة دينا) قال الاتقانى فان قيل لو لم تملك المنافع يلزم الافتراق عن دين بدين قلنا لو صح ذلك لزم التقابض فى المجلس فلما جاز التفرق من غير تقابض ولا يكون ذلك دينا بدين بطل ما قالوا انه

أى لا تملك الاجرة بنفس العقد سواء كانت الاجرة عينا أو دينا وانما تملك بالتعجيل أو بشرط التعجيل أو باستيفاء المعقود عليه وهى المنفعة أو بالتمكن من استيفائه بتسليم العين المستأجرة فى المدة وقال الشافعى رحمه الله تملك بنفس العقد ويجب تسليمها عند تسليم العين المستأجرة لانها عقد معاوضة فيثبت الملك فى البدلين بنفس العقد وهذا مبنى على أصله أن المنفعة المعدومة عنده جعلت موجودة حكما لان من شرط جواز العقد أن يكون المعقود عليه موجودا مقدورا على تسليمه لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم والشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما كما جعل النطفة فى الرحم كالحى حكما فى حق الاحكام من الوصية والارث وكذا جعل الموجود حقيقة كالمعدوم حكما كما جعل المرتد الملتحق بدار الحرب ميتا فى حق الاحكام كالارث وعتق أمهات أولاده والدليل على أنه كالموجود جواز الاستئجار بالدين ولو كان معدوما لما جاز لانه يصير دينا بدين وهو حرام شرعا ولنا أن هذا عقد معاوضة فيقتضى المساواة بينهما وذلك بتقابل البدلين فى الملك والتسليم وأحد البدلين وهو المنفعة لم تصر مملوكة بنفس العقد لاستحالة ثبوت الملك فى المعدوم فكذا فى البدل الآخر ولو ملك الاجرة لملكها بغير بدل وهو ليس من قضية المعاوضة فتأخر الملك فيه ضرورة وجواز العقد ليس باعتبار أن المعدوم جعل موجودا حكما وكيف يقال ذلك والموجود من المنفعة لا يقبل العقد لانه عرض لا يبقى زمانين فلا يتصور فيه التسليم بحكم العقد والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وما لا يتصور فيه التسليم لا يكون محلا للعقد بل باعتبار أن العين التى هى سبب وجود المنفعة أقيمت مقام المنفعة فى حق صحة الايجاب والقبول وفى حق وجوب التسليم اذ العين هى التى يمكن تسليمها دون العرض فانعقد فى حقها فى الحال فوجب عليه تسليمها وصار العقد مضافا غير منعقد للحال فى حق المنفعة لان أقصى ما يتصور العقد على المنفعة أن يكون العقد مضافا الى وقت حدوثها فينعقد العقد فى كل جزء من المنفعة على حسب وجودها شيأ فشيأ وهو معنى قولنا ان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة يتجدد انعقادها على حسب حدوث المنافع وانما قامت العين مقام المنفعة لتصحيح العقد فى حق الانعقاد والتسليم ضرورة عدم تصور ذلك فى المنفعة ولا ضرورة فى حق الملك فى البدل اذ ما ثبت للضرورة يثبت بقدرها فلا يظهر فى حق ملك البدل كما لا يظهر فى حق ملك المنفعة فيكون العقد مضافا الى وقت حدوثها غير منعقد للحال فى حقهما وهذا أولى من الذى ذهب اليه الشافعى رحمه الله فان فيه قلب الحقائق وهو جعل المعدوم موجودا وما ذهبنا اليه ليس فيه الا اقامة السبب وهو العين مقام المسبب وهى المنفعة فى حق بعض الاحكام وهذا القدر من التغيير معهود فى الشرع ألا ترى أن الشارع أقام السفر مقام المشقة تيسيرا وأقام البلوغ مقام اعتدال العقل حتى علق التكليف به لانه سببه ونظائره كثيرة لا تحصى وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد فى حق المنفعة فلم تصر المنفعة دينا فى ذمته فلا يجب بدلها أيضا وعند انعقاد العقد فيها

(قوله وكذا يصح الارتهان والكفالة بها) قال قاضيخان فى فتاواه قبيل فصل الاجارة الطويلة رجل آجر دارا من رجل سنة بألف درهم ثم قال للمستأجر وهبت منك جميع الاجر أو قال أبرأتك عن الاجر صح ذلك فى قول محمد وأبى يوسف الاول ولا يصح فى قول أبى يوسف الآخر ولو قال أبرأتك عن خمسمائة من هذا الاجر أو قال عن تسعمائة من الالف صح ولو قال بعد ما مضت ستة أشهر من وقت الاجارة أبرأتك عن الاجر صح عن الكل فى قول محمد رحمه الله (١٠٨) وفى قول أبى يوسف الآخر صح ابراؤه عما مضى ولا يصح عما يستقبل ولو كان تعجيل الاجرة شرطا فى الاجارة ثم وهب منه الاجر أو أبرأه عن الاجر صح فى قولهم ولو آجر داره ثم وهب له أجر رمضان قال الفقيه أبو القاسم رحمه الله ان استأجرها سنة جاز وان استأجرها مشاهرة لا يصح الا اذا وهب منه بعد ما دخل شهر رمضان قال الفقيه أبو الليث هذا الجواب يوافق قول محمد رحمه الله وبه نأخذ اه وقال الحدادى رحمه الله ولو وهب بعض الاجرة أو أبرأه منه جاز اجماعا أما على أصل محمد فظاهر لان الهبة تجوز عنده فى الجميع فكذا فى البعض وأما على أصل أبى يوسف فهبة البعض حط تلحق بالاصل فيصير كالموجود فى حال العقد وهبة الجميع لا تلحق بالعقد فتثبت فى الحال وليس هناك حق واجب فلا يصح وأما اذا وجبت الاجرة بمضى الوقت وهى دين فلا بأس بالبراءة والهبة والصرف لانه دين واجب كسائر الديون اه (قوله سقط الاجر) وذلك لان استحقاق الاجرة اذا لم يوجد التعجيل إما باستيفاء المنافع أو بالتمكن من الاستيفاء ولم يوجد الاستيفاء والتمكن منه أصلا فلا تستحق الاجرة اه اتقانى (قوله فى المتن ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم) قال فى شرح الاقطع وقال زفر لا يطالبه الا بعد مضى مدة الاجارة ولو كانت مائة سنة وهو قول أبى حنيفة الاول اه اتقانى (قوله فى المتن وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) واذا اشترط فى جميع هذه الوجوه تعجيل الاجر أو تأخيره فهو على ما اشترطه لما أنه أعرض عن قضية المعادلة اه اتقانى

وهو زمان حدوثها تصير هى مقبوضة فلا يكون دينا بدين أصلا ولو كان العقد منعقدا فى حق المنفعة لما جازت الاجارة بالدين المؤجل أصلا كما لا يجوز السلم به ولو جاز أن يجعل المعدوم كالمستوفى لجاز ذلك فى السلم أيضا كما اذا باع العين بالدين فاذا استوفى المنفعة ثبت الملك فى الاجرة لتحقق المساواة وان عجلها أو اشترط تعجيلها فقد التزمه بنفسه وأبطل المساواة التى اقتضاها العقد فصح بخلاف الاجارة المضافة الى وقت بشرط تعجيل الاجرة حيث يكون الشرط باطلا ولا يلزمه للحال شئ لان امتناع وجوب الاجرة فيه ليس بمقتضى العقد بل بالتصريح بالاضافة الى وقت فى المستقبل والمضاف الى وقت لا يكون موجودا قبل ذلك الوقت فلا يتغير هذا المعنى بالشرط وفيما نحن فيه انما لا يجب لاقتضاء العقد المساواة وليس بمضاف صريحا فيبطل ذلك المعنى بالتصريح على خلافه ألا ترى أن الثمن فى البيع يجب فى الحال ولا يجب تسليم المبيع حتى يسلم الثمن لان العقد يقتضى المساواة ثم اذا كان الثمن مؤجلا يجب تسليمه فى الحال لانه تأخر بالقصد صريحا ولا يقال يصح الابراء من الاجرة بعد العقد ولو لم يملكها لما صح وكذا يصح الارتهان والكفالة بها وكذا لو تزوج امرأة بسكنى داره سنة وسلم الدار اليها ليس لها أن تمنع نفسها فلو لم تملك المنفعة ولم تقبضها لمنعت نفسها لانا نقول لا يصح الابراء عند أبى يوسف رحمه الله لعدم وجوبه كالمضاف بخلاف الدين المؤجل لانه ثابت فى الذمة فجاز الابراء عنه والجواب على قول محمد رحمه الله انه وجد سبب وجوبه فجاز ابراؤه بعد وجود السبب كالابراء عن القصاص بعد الجرح والرهن والكفالة للوثيقة فلا يشترط فيه حقيقة الوجوب ألا ترى انهما جائزان بالثمن فى البيع المشترط فيه الخيار وبالدين الموعود وجازت الكفالة بالدرك وجاز تعليقها بالشرط فكذا بهذا الدين أما جواز الكفالة فظاهر لانه يجوز تعليقها بشروط ملائمة فهذا لا يكون أقل منه وأما الرهن فلانه استيفاء للدين حكما فيكون معتبرا بالاستيفاء الحقيقى فلو استوفى الاجرة هنا حقيقة جاز فكذا حكما بخلاف الاجارة المضافة وانما لم يكن للمرأة أن تحبس نفسها بعد تسليم الدار اليها لانه أوفى ما سمى لها برضاها وهو المراد بمثله عادة عند الاطلاق فصار كما اذا أجلت المهر كله فانه يجب عليها تسليم نفسها قبل حلوله فكذا هذا بل أولى لانها تسلمت الدار وهى قائمة مقام المنفعة من وجه على ما بينا وقوله الشارع جعل المعدوم حقيقة موجودا حكما الخ قلنا نعم لكن عهدنا ذلك فيما يمكن تقدير وجوده حقيقة لان الشئ انما يقدر حكما اذا كان يمكن تصوره حقيقة كما فى المستشهد به فان الحى يتصور موته وكذا بالعكس وأما المنافع فلا تقبل العقد أصلا حتى فى حال وجودها على ما بيناه فكيف يقدر وجودها لجواز العقد وليس فى وجودها جوازه بل بطلانه على ما بينا على أن ما اعتبره قلب وما اعتبرناه تغيير فكان أولى على ما بينا قال رحمه الله (فان غصبت منه سقط الاجر) أى لو غصبت العين المستأجرة من يد المستأجر سقط الاجر كله فيما اذا غصبت فى جميع المدة وان غصبت فى بعضها سقط بحسابها لزوال التمكن من الانتفاع وهو شرط لوجوب الاجرة لا حقيقة الانتفاع على ما بين وهل تنفسخ الاجارة قال صاحب الهداية تنفسخ وقال القاضى فخر الدين فى فتاواه والفضلى لا تنتقض قال رحمه الله (ولرب الدار والارض طلب الاجر كل يوم وللجمال كل مرحلة وللقصار والخياط بعد الفراغ من عمله) والاصل فيه أن الاجارة معاوضة والملك فى المنافع يمتنع ثبوته زمان

العقد

(قوله لان المعقود عليه جملة المنافع) أى وهى لم تصر مسلمة اليه فلا يطالبه ببدلها اه (قوله كالثمن فى المبيع) وكما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاط بعضه لا يستحق الاجرة مالم يفرغ من العمل بخلاف ما اذا بين وقت الاستحقاق مثل أن يقول آجرتك هذه الدار بكذا سنة على أن تعطى الاجرة بعد شهرين لان ذلك بمنزلة شرط تعجيل الاجرة ولنا أنه استوفى بعض المعقود عليه فيجب بدله تحقيقا للمساواة بين المتعاقدين اه اتقانى (قوله كما فى كراء الدابة) الكراء بالمد الاجرة اه مصباح (قوله ففى الدار يجب لكل يوم) أى لان اليوم مقصود بالانتفاع وأخذ البدل عنه لا يفضى الى الضرر اه اتقانى (قوله وفى المسافة لكل مرحلة) وهو استحسان اه (قوله ولا يتفرغ لغيره) أى لانه كلما يفرغ من تسليم أجرة ساعة يجب عليه تسليم أجرة ساعة أخرى على التوالى اه اتقانى (قوله أو قطع المسافة) من هنا الى قوله فى المتن وزرع رطبة مفقود من خط الشارح رحمه الله اه (١٠٩) (قوله فى المتن فان أخرجه فاحترق الخ) قال فى الهداية

العقد فكذا الملك فى الاجرة على ما بيناه ثم كان أبو حنيفة أولا يقول فى الكل لا يجب شئ من الاجرة حتى يستوفى جميع المنفعة والعمل وهو قول زفر لان المعقود عليه جملة المنافع والعمل فلا يتوزع الاجر على أجزائها كالثمن فى المبيع والرهن فى الدين ثم رجع عن هذا فقال ان وقعت الاجارة على المدة كما فى اجارة الدار والارض أو على قطع المسافة كما فى كراء الدابة يجب الاجر بحصة ما استوفى من المنافع اذا كان المستوفى أجرة معلومة من غير مشقة ففى الدار يجب لكل يوم وفى المسافة لكل مرحلة والقياس أن يجب فى كل ساعة بحسابه تحقيقا للمساواة الا أنه يفضى الى الحرج لانه لا يعلم حصته الا بمشقة ولا يتفرغ لغيره فرجع الى ماذكرنا لان حصته من الاجرة معلومة من غير مشقة وهذا القدر من المنفعة مقصود فيجب البدل بحصته بخلاف ما اذا وقعت الاجارة على العمل كالخياطة والقصارة لان العمل فى البعض غير منتفع به فلا يستوجب الاجر بمقابلته حتى يفرغ من العمل فيستحق الكل وكذا اذا عمل فى بيت المستأجر وبفرغ من العمل لا يستحق شيأ من الاجرة على ماذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد وذكر فى المبسوط والفوائد الظهيرية والذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وشرح الجامع الصغير لفخر الاسلام وقاضيخان والتمرتاشى أنه اذا خاط البعض فى بيت المستأجر يجب الاجر له بحسابه حتى اذا سرق الثوب بعد ما خاط بعضه يستحق الاجر بحسابه واستشهد فى الاصل على ذلك بما لو استأجر انسانا ليبنى له حائطا فبنى بعضه ثم انهدم فله أجر ما بنى فهذا يدل على أنه يستحق الاجر ببعض العمل فى الكل الا أنه يشترط فيه التسليم الى المستأجر ففى سكنى الدار وقطع المسافة صار مسلما اليه بمجرد تسليم الدار وقطع المسافة وفى الخياطة ونحوها لا يكون مسلما اليه الا اذا سلمه الى صاحبه حقيقة فلو خاطه فى منزل المستأجر يحصل التسليم بمجرد الفعل اذ هو فى منزله والمنزل فى يده فلا يحتاج فيه الى التسليم الحقيقى فيجب بمجرد العمل ولهذا اذا فرغه فى منزله يجب الاجر من غير تسليم اليه وعلى ماذكره صاحب الهداية وصاحب التجريد لا يستحق الاجر على البعض الا فى سكنى الدار أو قطع المسافة وهو أقرب الى المروى عن أبى حنيفة رحمه الله لانه روى الفرق بينهما عنه فى القول المرجوع اليه على ماذكرنا وعلى ماذكروه لا فرق بين الكل قال رحمه الله (وللخباز بعد اخراج الخبز من التنور) يعنى للخباز أن يطالب بالاجر اذا أخرج الخبز من التنور لانه قد فرغ فملك المطالبة كالخياط اذا فرغ من العمل هذا اذا كان يخبز فى بيت المستأجر لانه صار مسلما اليه بمجرد الاخراج فيستحق الاجر وان كان فى منزل الخباز لم يكن مسلما اليه بمجرد الاخراج من التنور قال رحمه الله (فان أخرجه فاحترق فله الاجر ولا ضمان عليه) يعنى اذا أخرجه من التنور ثم احترق هذا اذا كان يخبز فى منزل المستأجر

ومن استأجر خبازا ليخبز له فى بيته قفيزا من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا أجر له للهلاك قبل التسليم فان أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر لانه صار مسلما بالوضع فى بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال رضى الله عنه وهذا عند أبى حنيفة لانه أمانة فى يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه اه قال الاتقانى قال محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل أدخل رجلا الى منزله استأجره ليخبز له خبزا فلما أخرجه من التنور احترق من غير فعله قالوا له الاجر ولا ضمان عليه الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قالوا فى شروح الجامع الصغير أما عدم الضمان لانه هلك لا بصنعه وأما وجوب الاجر فلانه أوفى عمله وصار الخبز منتفعا به فصح التسليم اه قوله فى الهداية وهذا عند أبى حنيفة قال الاتقانى أى عدم الضمان على الخباز اذا احترق الخبز بعد الاخراج من غير فعله هو مذهب أبى حنيفة أما عندهما فعليه الضمان أقول فى الجامع الصغير أطلق الجواب بعدم الضمان ولم يذكر الخلاف وكذا لم يذكروا الخلاف فى شروح الجامع الصغير بل قالوا لا ضمان عليه مطلقا فعن هذا قالوا الجواب فى الجامع الصغير يجرى على عمومه أما عند أبى حنيفة فلا ضمان عليه لانه لم يهلك من صنعه وأما عندهما فلانه هلك بعد التسليم وأعاد ذكر الخلاف القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى برواية ابن سماعة عن محمد قال واذا أخرجه من التنور فوضعه وهو يخبز فى منزل المستأجر وقد فرغ فان احترق من غير جناية فله الاجر ولا ضمان عليه فى قول أبى حنيفة لانه فرغ من العمل وصار مسلما له

لانه بمجرد الاخراج صار مسلما اليه اذ المنزل في يده فيستحق الاجر بوضعه فيه ولا يجب عليه الضمان اذا هلك بعد ذلك بالاجماع لانه هلك بعد التسليم ولو احترق قبل أن يخرجه أو سقط من يده قبل الاخراج فاحترق لا يستحق الاجر لهلاكه قبل التسليم ولانه قبل الاخراج لاقيمة له بخلاف ما اذا خاط الثوب في منزل صاحب الثوب حيث يستحق الاجر بخياطة بعضه وان هلك قبل التسليم على ماذكره الجماعة لان ذلك القدر له قيمة وينتفع به فيستحق الاجر بحسابه وانما يضمن لانه هلك بعد التسليم لانه يصير مسلما بالاخراج على ماذكرنا وهذا بالاجماع ولو احترق في التنور قبل الاخراج قال في النهاية يضمن لانه جناية يده وان كان الخباز يخبز في منزل نفسه لا يستحق بالاخراج من التنور المطالبة به لانه لا يصير الخبز بمجرد الاخراج مسلما الى صاحبه لان المنزل ليس في يده فلابد من التسليم الحقيقي بخلاف ما اذا خبز في منزل المستأجر على ماذكرنا ولو هلك هنا قبل التسليم الى صاحبه لا يستحق الاجر لعدم التسليم الحقيقي ولا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجب الضمان لان المتاع عنده في يد الاجير المشترك أمانة وعندهما مضمون ثم اذا صار ضامنا فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمة الخبز وأعطاه الاجر ولا يجب عليه ضمان الحطب والملح لان ذلك صار مستهلكا قبل وجوب الضمان عليه وحين ما وجب الضمان كان رمادا قال رحمه الله (وللطباخ بعد الغرف) أي للطباخ أن يطلب الاجرة بعد ما غرف الطبيخ لان الغرف عليه هذا اذا كان يطبخ للوليمة وان كان يطبخ قدرا خاصة لاهل البيت فليس عليه الغرف لان العادة لم تجر به والمعتبر هو العادة في موضع لانص فيه قال رحمه الله (واللبان بعد الاقامة) أي اذا استأجره ليضرب له لبنا في أرضه استحق الاجر اذا أقامه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يستحق حتى يشرجه لان التشريج من تمام عمله لانه لا يؤمن عليه من الفساد قبله فصار التشريج كاخراج الخبز من التنور ولانه هو الذي يتولاه عادة والمعتاد كالمشروط وقولهما استحسان لابي حنيفة رحمه الله وهو القياس أن العمل قد تم بالاقامة والانتفاع به ممكن والتشريج عمل زائد عليه كالنقل الى موضع العمارة بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به

باخراجه من التنور لانه في ملك المستأجر وهلاك الشئ من غير عمل الاجير المشترك لا يتعلق به الضمان عنده فأما قول من يضمن الاجير المشترك فانه يضمن له دقيقا مثل الدقيق الذي دفعه اليه ولا أجر له فان شاء ضمنه قيمة الخبز مخبوزا وأعطاه الاجر وذلك لان قبض الاجير المشترك عندهما مضمون فلا يبرأ منه بوضعه في منزل مالكه كما لا يبرأ من ضمان المغصوب بذلك فاذا وجب عليه الضمان صار صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه دقيقا وأسقط الاجر لانه لم يسلم له العمل وان شاء ضمنه خبزا فصار العمل مسلما له فوجبت عليه الاجرة قال ولا أضمنه الحطب والملح لانه صار مستهلكا قبل وجوب الضمان فوجب عليه الضمان ولا قيمة له اهـ (قوله ولو احترق قبل أن يخرجه) قال الاتقاني وانما قيد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنور لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا ألا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في باب من استأجر أجيرا يعمل في بيته وان احترق الخبز في التنور قبل أن يخرجه فان أبا حنيفة قال في هذا هو ضامن لانه مما جنته يداه بتقصيره بالقلع من التنور فان ضمنه قيمته مخبوزا أعطاه الاجر وان ضمنه دقيقا لم يكن له أجر لانه اذا ضمنه (١١٠) قيمته مخبوزا فقد وصل العمل اليه معنى لوصول قيمته اليه فكان له الاجر واذا ضمنه قيمة دقيقه لم يصل العمل اليه لاصورة ولا معنى فلم يستحق الاجر وهذا قول أبي يوسف ومحمد الى هنا لفظه في شرح الكافي اهـ (قوله فاحترق لا يستحق الاجر) في المبسوط وهو ضامن اهـ (قوله على ماذكره الجماعة) أي خلافا لصاحب الهداية على ما تقدم في الصفحة الماضية من الشرح اهـ (قوله فلابد من التسليم الحقيقي) أي ليخرج من ضمانه اهـ (قوله ولو هلك هنا) أي في منزل نفسه اهـ (قوله في المتن والطباخ بعد الغرف) أراد بالغرف وضع الطعام في القصاع اهـ (قوله هذا اذا كان يطبخ للوليمة) قال الاتقاني والوليمة طعام العرس والوكيرة طعام البناء والخرس طعام الولادة وما تطعمه النفساء نفسها خرسة وطعام الختان اعذار وطعام القادم من سفره نقيعة وكل طعام صنع لدعوة مأدبة ومأدبة جميعا ويقال فلان يدعو النقرى اذا خص وفلان يدعو الجفلى أو الاجفلى اذا عم قاله القتبي وغيره (قوله أن العمل قد تم بالاقامة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره واذا استأجره ليضرب له لبنا في ملكه أو في شئ هو في يده فان رب اللبن لا يكون قابضا حتى يجف اللبن وينصبه في قول أبي حنيفة رحمه الله لا اختلاف عنه في ذلك وعند أبي يوسف ومحمد حتى يشرجه فان هلك اللبن قبل الحد الذي حده كل واحد منهم في قوله فلا أجر له وان كان بعده فله الاجر وان كان ذلك في غير يده ولا في ملكه لم يكن له الاجر حتى يسلمه منصوبا عند أبي حنيفة ومشرجا عند أبي يوسف ومحمد الى هنا لفظ الكرخي قال في شرح الطحاوي والتسليم هو أن يخلي بين المستأجر وبين اللبن ولكن في أي وقت يصح التسليم عند أبي حنيفة اذا أقامه وعندهما ما لم يشرجه لم يصح التسليم اهـ اتقاني قوله ما لم يشرجه وتشريج اللبن تنضيده وضم بعضه الى بعض اهـ اتقاني (قوله والانتفاع به ممكن الخ) ألا ترى أنه يؤخذ من ذلك المكان فيبنى به فصار كالخبز بعد الاخراج اهـ غاية (قوله كالنقل الى موضع العمارة) أي فانه غير واجب عليه اهـ قال الاتقاني وقولهما لا يؤمن عليه الفساد قبل

ضعيف لان العين صارت منتفعا بها فلا يعتبر بالطارئ بعد ذلك من أسباب الفساد كما بعد التشريج اهـ (قوله فى المتن ومن لعمله أثر فى العين الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره ولجميع من ذكرنا يعنى من الصباغ والخياط والقصار والصائغ والنجار والاسكاف وسائر الصناع أن يحبسوا ما فى أيديهم مما لهم العمل فيه أو مما عملوا حتى يقبضوا الاجر (١ ١ ١) وليس للمستأجر قبض ذلك حتى يدفع الاجر بمنزلة المبيع يحبسه البائع حتى يستوفى الثمن وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد والحسن بن زياد وأما الحمال والجمال والملاح يستأجر على حمل شئ فليس لهم حبس ما حملوه لانه لا عمل لهم فيه قائم ولا تأثير وقال محمد فان حبس الجمال المتاع فى يده فهو غاصب وقال أبو يوسف فى الجمال يطلب أجرة بعد ما بلغ المنزل قبل أن يضعه فليس له ذلك الى هنا لفظ الكرخى اهـ اتقانى (قوله والاصح أن له حق الحبس الخ) قال فخر الدين قاضيخان وأما القصار اذا قصر الثوب هل له حق الحبس لاستيفاء الاجرة قالوا ان ظهر أثر عمله فى الثوب باستعمال النشا ونحوه أو بالدق كان له حق الحبس وان لم يكن عمله الا الغسل لا يكون له حق الحبس لان البياض كان موجودا فى الثوب ومنهم من قال له حق الحبس على كل حال وهو الصحيح لان البياض وان كان موجودا فى الثوب الا أنه كان مستورا وقد ظهر بعمله فكان له حق الحبس كذا ذكر فى شرح الجامع الصغير وهذا اذا كان عمله فى دكانه أما اذا خاط الخياط أو صبغ الصباغ فى بيت المستأجر فليس له حق الحبس كذا فى خلاصة الفتاوى اهـ اتقانى (قوله فى المتن ومن لا أثر لعمله كالحمال) يروى قوله كالحمال بالحاء والجيم جميعا والحكم فيهما واحد ولهذا ذكرهما الكرخى جميعا فى مختصره وقد مر آنفا والاولى أن يروى هنا بالحاء لان الحمل يجوز أن يقع على الظهر وعلى الدابة فيكون أعم من لفظ الجمال بالجيم فكان أولى اهـ اتقانى (قوله فى المتن ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) ونقل عن الامام حميد الدين الضرير أن صورة المسئلة فيما اذا قال للخياط

قبل الاخراج وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا فسد بالمطر ونحوه بعد ما أقامه فعنده يجب الاجر وعندهما لا يجب اذا هلك قبل التشريج هذا اذا لبن فى أرض المستأجر لانه يصير مسلما اليه بالاقامة أو بالتشريج على اختلاف الاصلين وان لبن الاجير فى أرض نفسه لا يستحق حتى يسلمه وذلك بالعد بعد الاقامة عنده وعندهما بالعد بعد التشريج وقد ذكرنا نظيره فى الخبز قال رحمه الله (ومن لعمله أثر فى العين كالصباغ والقصار يحبسها للاجر) أى يحبس العين للاجر حتى يستوفيه لان المعقود عليه وصف فى المحل فكان له حق الحبس لاستيفاء البدل كما فى المبيع وذكر فى النهاية أن القصار اذا ظهر عمله باستعمال النشا كان له حق الحبس وان لم يكن لعمله الا إزالة الدرن اختلفوا فيه والاصح أن له حق الحبس على كل حال لان البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله بعد ان كان هالكا بالاستتار فصار كأنه أحدثه فيه بالاظهار وعزاه الى شرح الجامع الصغير لقاضيخان وقال زفر رحمه الله ليس له أن يحبس العين فيما لعمله أثر لان المعقود عليه صار مسلما الى صاحب العين باتصاله بملكه فسقط حق الحبس به لان الاتصال بملكه باذنه فصار كالقبض بيده ألا ترى أنه لو أمر شخصا بأن يزرع له أرضه حنطة من عنده قرضا فزرعها المأمور صار قابضا باتصاله بملكه وصار كما اذا صبغ فى بيت المستأجر قلنا اتصال العمل بالمحل ضرورة إقامة العمل فلم يكن راضيا بهذا الاتصال من حيث انه تسليم بل رضاه فى تحقيق عمل الصبغ ونحوه من الاثر فى المحل اذ لا وجود للعمل الا به فكان مضطرا اليه والرضا لا يثبت مع الاضطرار كصاحب العلو اذا بنى السفل لا يكون متبرعا راضيا به لانه مضطر اليه وليس هذا كصبغه فى بيت المستأجر لان العين فيه فى يد المستأجر لقيام يده على المنزل ويمكن العامل أن يتحرز عنه بأن يعمل فى منزل نفسه فلم يكن مضطرا اليه فيكون راضيا بالتسليم مع امكان التحرز عنه فيبطل حقه فى الحبس نظيره اذا سلم المبيع برضاه ليس له أن يسترده ونظير الاول اذا قبضه المشترى بغير رضاه كان للبائع أن يسترده ونظير هذا الخلاف الوكيل بالشراء اذا نقد الثمن من عنده كان له أن يحبس المبيع عن الموكل حتى يوفى الثمن لانه مضطر فى نقده من عنده وعند زفر ليس له أن يحبس لان يد الوكيل يد الموكل فكان فى يده بقبض الوكيل قلنا انه مضطر فى هذا القبض فلا يمكن التحرز عنه اذ لا يقدر أن يقبض المبيع على وجه لا يقع فى يد الموكل فلا يسقط حقه فى الحبس بذلك قال رحمه الله (وان حبس فضاع فلا ضمان ولا أجر) لان العين أمانة فى يده على ما بين وله أن يحبسها بالاجرة شرعا فلا يكون به متعديا فلا يجب عليه الضمان به ولا يجب له الاجر لان المعقود عليه هلك قبل التسليم وذلك يوجب سقوط البدل كالمبيع اذا هلك قبل القبض وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن العين لانها كانت مضمونة عليه قبل الحبس عندهما فلا يسقط ذلك بالحبس ثم لصاحب العين الخيار ان شاء ضمنه قيمة العين غير معمولة ولا أجر له لان العمل لم يصر مسلما اليه وان شاء ضمنه قيمتها معمولة وعليه الاجر لان المبيع وهو العمل صار مسلما اليه بتسليم بدله اليه قال رحمه الله (ومن لا أثر لعمله كالحمال والملاح لا يحبس للاجر) لان المعقود عليه نفس العمل وهو عرض يفنى ولا يتصور بقاؤه ولا له أثر يقوم مقامه فلا يتصور حبسه بخلاف راد الآبق فانه يحبسه على الجعل وان لم يكن لعمله أثر لانه كان على شرف الهلاك فأحياه بالرد فكأنه باعه من مولاه فكان له حق الحبس واختلفوا فى غسل الثوب بسبب اختلافهم فى القصارة بلا نشا وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا يستعمل غيره ان شرط عمله بنفسه) أى ليس للاجير أن يستعمل

مثلا على أن تعمل بنفسك أو بيدك أما اذا قال على أن تعمل فهو مطلق اه غاية (قوله فى المتن وان أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان المطلق ينصرف الى المعتاد والمتعارف فيما لم يشترط والصناع يعملون فى العادات بانفسهم وباجرائهم فكان له أن يعمل بنفسه وأجيره وهذا لان المعقود عليه مطلق العمل فى الذمة وذلك موجود فى فعله وفعل غيره فيجوز أن يوفيه باستعانة غيره كما فى ايفاء الدين اه اتقانى (قوله فى المتن ولا أجر لحامل الكتاب الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل استأجر رجلا ليذهب بكتابه الى البصرة الى فلان ويجئ بجوابه فذهب فوجد فلانا قد مات فرد الكتاب قال لا أجر له وقال محمد له الاجر فى الذهاب الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير ولم يذكر محمد قول أبى يوسف وقال فى المصفى والخلاف ذكر أبو الليث قول أبى يوسف مع محمد وغيره مع أبى حنيفة وذكر القدورى فى كتاب التقريب (١١٣) وفخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير قول أبى يوسف مع أبى حنيفة

غيره اذا شرط عليه أن يعمل بنفسه لان المعقود عليه العمل من محل معين فلا يقوم غيره مقامه كما اذا كان المعقود عليه المنفعة بان استأجر رجلا شهرا للخدمة لا يقوم غيره مقامه فى الخدمة ولا يستحق به الاجر لانه استيفاء المنفعة بلا عقد لتعين المعقود عليه لذلك قال رحمه الله (وان أطلق كان له أن يستأجر غيره) لان الواجب عليه عمل فى ذمته ويمكنه الايفاء بنفسه وبالاستعانة بغيره كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله (وان استأجره ليجئ بعياله فمات بعضهم فجاء بما بقى فله أجره بحسابه) لانه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق الاجر بحسابه قال الفقيه أبو جعفر الهندوانى رحمه الله هذا اذا كان عياله معلومين حتى يكون الاجر مقابلا بجملتهم وان كانوا غير معلومين يجب الاجر كله وفى النهاية عن الفضلى أنه اذا استأجر فى المصر ليحمل الحنطة من القرية فذهب فلم يجد الحنطة فعاد ان كان قال استأجرتك من المصر حتى أحمل الحنطة من القرية يجب نصف الاجر بالذهاب وان قال استأجرتك حتى أحمل من القرية لا يجب شئ لان الاجارة كانت بشرط الحمل لا غير وفى الاولى كان العقد على شيئين على الذهاب الى ذلك الموضع والحمل منه الى ههنا وقد ذهب اليه فاستوفى بعض المعقود عليه فيجب الاجر بحصته وعزاه الى الذخيرة وروى هشام عن محمد رحمه الله مثله فى السفينة ذكره فى المحيط قال رحمه الله (ولا أجر لحامل الكتاب للجواب ولا لحامل الطعام ان رده للموت) معناه ان استأجره ليذهب بطعام الى فلان بمكة مثلا أو ليذهب بكتابه اليه ويجئ بجوابه فذهب فوجده فلانا ميتا فرده فلا أجر له لانه نقض تسليم المعقود عليه بالرد فصار كأنه لم يفعل فلا يستحق الاجر وقال زفر رحمه الله له الاجر فى الطعام لان الاجر بمقابلة حمل الطعام الى مكة وقد وفى بالمشروط فاستحق الاجرة عليه ثم هو برده جان فلا يسقط حقه به فى الاجر بخلاف نقل الكتاب لان الاجر فيه لا يقابل الحمل لانه لا مؤنة له وقال محمد رحمه الله له الاجر للذهاب فى نقل الكتاب لانه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة لان الاجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب لخفة مؤنته بخلاف حمل الطعام لان الاجر فيه مقابل بالحمل دون قطع المسافة لان فى حمل الطعام مؤنة قلنا الاجر مقابل بالنقل فيهما لانه وسيلة الى المقصود وهو وضع الطعام هنالك وعلم ما فى الكتاب فاذا رده فقد نقض المعقود عليه فلا يستحق الاجر كما اذا نقض الخياط الخياطة بعد الفراغ ولو وجده غائبا فهو كما لو وجده ميتا لتعذر الوصول اليه ولو ترك الكتاب هنالك ليوصل اليه أو الى ورثته فله الاجر فى الذهاب لانه أتى بأقصى ما فى وسعه وقال فى المحيط بعدما ذكر هذه المسئلة وكذا لو استأجر رسولا ليبلغ رسالته الى فلان

وقال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير واختلف المشايخ فى قول أبى يوسف والاصح أن قوله كقول أبى حنيفة رضى الله عنه وأجمعوا أنه لو ترك الكتاب ثمة ولم يرد الى المرسل يستحق أجر الذهاب وأجمعوا أنه لو ذهب الى البصرة ولم يحمل الكتاب لا يستحق الاجر وأجمعوا أنه لو استأجر رسولا ليبلغ الرسالة الى فلان بالبصرة فذهب ولم يجد فلانا فانه يستحق الاجر الى هنا لفظ قاضيخان والاصل هنا أن المعقود عليه اذا انتقض بطل الاجر بالاتفاق ولكن الخلاف فى أن الاجر مقابل بايصال الكتاب الى المكتوب اليه أم مقابل بحمل الكتاب وقطع المسافة به فقال محمد انه مقابل بقطع المسافة بالكتاب لا بحمل الكتاب

وجوابه الى الكاتب لان حمله يسير لا يقابل به البدل غالبا لخفة مؤنته ثم قطع المسافة وقع فى الذهاب للمستأجر فوجب ببغداد أجر الذهاب ولم يقع قطعها فى العود للمستأجر فلم يجب أجره وذلك لانه أوفى بعض المعقود عليه دون البعض فوجب الاجر بحساب ذلك كما لو استأجره على حمل طعام الى البصرة فحمل بعضه ووجه قولهما أن المقصود من الاستئجار على حمل كتاب الى فلان بالبصرة هو ايصال الكتاب اليه لا حمله وانما الحمل وسيلة اليه والاجر يقابل بما هو المقصود من العقد دون الوسيلة فاذا رد الكتاب ولم يوصله الى المكتوب اليه فقد أبطل عمله قبل التسليم فلا يستحق كما لو استأجر خياطا ليخيط له ثوبا فخاطه ثم فتقه لا يجب له الاجر لانه نقض عمله فكذا هنا فصار كمن استؤجر لحمل طعام الى فلان بالبصرة فحمله ثم رده الى بغداد فلا أجر له فأشبه ما اذا كان المكتوب له حيا ولم يوصله اليه بخلاف ما اذا ترك الكتاب ثمة حيث يجب له أجر الذهاب اذ لم ينقض عمله بل أتى بما فى وسعه وامكانه اه اتقانى (قوله فى المتن ولا لحامل الطعام) هذه المسئلة متفق عليها بخلاف التى قبلها قال الاتقانى وهذه أى مسئلة حمل الطعام فى قول علمائنا الثلاثة (قوله وكذا لو استأجر رسولا الخ) قال

الاتقاني ولو استأجر ليبلغ رسالته الى فلان بالبصرة فذهب الرجل فلم يجد المرسل اليه أو وجده لكن لم يبلغ الرسالة فرجع فله الاجر والفرق بين الرسالة والكتاب أن الرسالة قد تكون سرا لا يرتضي المرسل بان يطلع عليه غيره أما الكتاب فمختوم يعني لو ترك الكتاب مختوما لا يطلع عليه غيره قال الشيخ الامام شمس الائمة الحلواني رحمه الله لا نسلم فصل الرسالة هو والكتاب سواء فأما في الطعام اذا رجع بالطعام وهلك في الطريق لا يضمن عند أصحابنا الثلاثة كذا في الخلاصة اه

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

(قوله ولغيرها) أي كوضع الامتعة اه (قوله وكسر الحطب) سيأتي بعد أسطر اه (قوله وإنما هذا الجواب بناء على عرفهم الخ) قال الاتقاني فان كان في الدار موضع معد لربط الدواب كان له ذلك والا فلا لانه يؤدي الى إفساد الدار اذ ربط الدواب في موضع السكنى إفساد اه (قوله في المتن يسكن) بفتح الياء من الثلاثي المجرد فيكون على هذا انتصاب قوله حدادا أو قصارا أو طحانا على الحال ويفهم على هذا التقدير عدم إسكانه غيره بطريق الدلالة ويجوز بضم الياء وكسر الكاف وانتصاب كل منها على أنه مفعول به فعلى هذا التقدير يفهم عدم سكناه بنفسه بطريق الاشارة لانه لما لم يجز أن يسكن غيره لانه يوهن البناء ففي سكنى نفسه ملتبسا بهذه الاشياء هذا المعنى حاصل فكان في منعه عن إسكانه غيره اشارة الى منعه عن سكناه والله أعلم وانما قلنا ان الاول دلالة لانه لما لم يملك السكنى بنفسه فلأن لا يملكها غيره بالطريق الاولى قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا استأجر بيتا على أن يقعد فيه قصارا فاراد أن يقعد فيه حدادا فله ذلك ان كان مضرتهما واحدة أو مضرة الحداد أقل لانه لا يلحقه مضرة زائدة فكان له ذلك وان كان أكثر مضرة لم يكن له ذلك لتحقق الضرر وكذلك الرحى والمسلم والحربي والمستأمن والحر والمملوك التاجر والمكاتب كلهم سواء في الاجارة لانه عقد يتوصل به الى إقامة المصالح الدنيوية وكل واحد من هؤلاء يملك إقامة مصالح دنياه ولانه نوع تجارة وكل واحد منهم يملك التجارة اه اتقاني رحمه الله (قوله فلا بد منه) وفي الشمني وفي الهداية اذا كان يضر بالبناء يمنع عنه والا فلا هكذا اختاره الحلواني وعليه الفتوى اه كاكي (قوله لان الضمان والاجر لا يجتمعان) وانما كان كذلك لانا جعلنا فعله إتلافا من الابتداء والاتلاف لا يقابل بالاجر اه اتقاني

فعاد فلم يجد فلانا وعاد فله الاجر لان الاجر بقطع المسافة لانه في وسعه وأما الاسماع فليس في وسعه فلا يقابله الاجر والله سبحانه وتعالى أعلم

باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها

قال رحمه الله (صح اجارة الدور والحوانيت بلا بيان ما يعمل فيها) والقياس أن لا يجوز حتى يبين ما يعمل فيها لان الدار تصلح للسكنى ولغيرها وكذا الحوانيت تصلح لاشياء مختلفة فينبغي أن لا تجوز ما لم يبين ما يعمل فيها كاستئجار الارض للزراعة والثياب للبس وجه الاستحسان أن العمل المتعارف فيها السكنى ولهذا تسمى مسكنا فينصرف اليها لان المتعارف كالمشروط ولانها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز اجارتها مطلقا بخلاف الارض والثياب فانهما يختلفان باختلاف المزروع واللابس فلا بد من البيان قال رحمه الله (وله أن يعمل فيها كل شيء) لما ذكرنا انها لا تختلف باختلاف العامل والعمل فجاز له أن يعمل فيها ما شاء عند الاطلاق وله أن يسكن غيره معه أو منفردا لان كثرة السكان لا تضرها بل تزيد في عمارتها لان خراب المسكن بترك السكن وله أن يضع فيها ما بدا له حتى الحيوان لانه من تمام السكنى وله أن يعمل فيها ما بدا له من العمل كالوضوء والاغتسال وغسل الثياب وكسر الحطب لان ذلك كله من توابع السكنى وبه تتم السكنى وذكر في النهاية أنه لا يدخل الدواب في عرفنا لان المنازل بخارى تضيق عن سكنى الناس فكيف تتسع لادخال الدواب وانما هذا الجواب بناء على عرفهم في الكوفة قال رحمه الله (الا أنه لا يسكن حدادا أو قصارا أو طحانا) لان في نصب الرحا واستعمالها في هذه الاشياء ضررا ظاهرا لانها توهن البناء فيتقيد العقد بما وراءها دلالة والمراد بالرحا رحا الماء أو رحا الثور وأما رحا اليد فلا يمنع من النصب فيها لان هذا لا يضر بالبناء وهو من توابع السكنى عادة فلا بد منه وعلى هذا تكسير الحطب المعتاد للطبخ ونحوه لانه لا يوهن البناء وان زاد على العادة بحيث يوهن البناء فليس له ذلك الا برضا صاحب الدار وعلى هذا ينبغي أن يكون الدق على هذا التفصيل فان القليل منه لا يستغنى عنه وقد جرت العادة بأن يدق أهل كل دار ثيابهم في منازلهم ولا يوهن ذلك التسديد منه البناء فحاصله ان كل ما يوهن البناء أو فيه ضرر ليس له أن يعمل فيها الا باذن صاحبها وكل ما لا ضرر فيه جاز له بمطلق العقد واستحقه به ولو أقعد الحداد وانهدم البناء بعمله وجب عليه الضمان لانه متعد فيها ولا أجر عليه لان الضمان والاجر لا يجتمعان وان لم ينهدم وجب عليه الاجر استحسانا والقياس أن لا يجب لان هذا العمل غير داخل تحت العقد والحال فيه قبل العقد وبعده سواء وجه الاستحسان أن المعقود عليه هو السكنى وفي الحدادة وأخواتها السكنى وزيادة فيكون مستوفيا المعقود عليه فيجب عليه الاجر بشرط السلامة وهو تسليم

(قوله ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك) أي فقال المستأجر استأجرتها للحدادة والآجر يقول للسكنى دون الحدادة اه
(قوله أو يقول على أن يزرع الخ) أما اذا قال على أن يزرع فيها ما شاء جاز العقد بلا بيان النوع لان عدم الجواز كان لدفع الضرر فاذا رضي صاحب الارض بذلك جاز لان المنفعة في جميعه معلومة ثم لما جاز استئجار الارض للزراعة وصح دخل الشرب والطريق لان الاجارة تعقد للانتفاع ولا انتفاع بالارض اذا لم يدخل الشرب والطريق فيدخلان ليتحقق الانتفاع بخلاف ما اذا باع الارض أو البيت حيث لا يدخل الطريق والشرب الا أن يقول بكل حق هو له أو بمرافقه أو يقول بكل قليل وكثير هو فيه أو منه وهذا لان المقصود من البيع هو ملك الرقبة لا الانتفاع بعينها ولهذا يجوز بيع (١١٤) الجحش الذي لا ينتفع به في الحال ويجوز بيع الارض السبخة ولا يجوز اجارتهما لعدم الانتفاع وقد مر بيانه في باب الحقوق وهو المراد من قوله وقد مر في البيوع قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وكان الفقيه أبو جعفر يقول اذا كانت الاجارة في بلدنا فالشرب لا يدخل في الاجارة بغير شرط لان الناس يتولون بالماء على الانفراد فلا يجوز أن يدخل فيها الا بالشرط وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن استأجر حانوتا ولم يسم ما يعمل فيه فله أن يعمل فيه ما بدا له (قوله ولو زرعها بعد ذلك) يعني نوعا من الانواع ومضت المدة ففي القياس يجب أجر المثل لانه استوفى أجر المثل بحكم عقد فاسد فلا ينقلب الى الجواز اه كاكي (قوله وينقلب العقد صحيحا) أي لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لما أن الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت كان الارتفاع في هذه الحالة كالارتفاع وقت العقد فيعود جائزا وكذا لو في استأجر ثوبا للبس ولم يعين اللابس لا يجوز لتفاوت الناس في اللبس فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا لما ذكرنا كذا في الذخيرة وجامع قاضيخان اه كاكي (قوله والقياس أن يقلع الخ) وحاصل ذلك أن في حق البناء والغرس اتحد الجواب في الصور الثلاث وهي الاجارة والعارية والغصب حيث يجب عليهما القلع والتسليم فارغا وفي الزرع اختلف الجواب ففي الغصب يلزم القلع على الغاصب في الحال لانه متعد في الزراعة وفي الاجارة يترك الى وقت الادراك استحسانا بأجر المثل وفي العارية المؤقتة وغير المؤقتة لا يأخذها صاحبها الى أن يستحصد الزرع استحسانا لانه ما كان متعديا في الزراعة بجهة العارية ولادراك الزرع نهاية معلومة فيترك قالوا وينبغي أن يترك بأجر المثل كما في الاجارة نظرا للجانبين الكل من المبسوط اه كاكي

ما لو استأجر دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم فحمل عليها أحد عشر وسلمت الدابة فانه يجب عليه الاجر كذا هذا ولو اختلف المؤجر والمستأجر في اشتراط ذلك كان القول للمؤجر لانه لو أنكر الاجارة كان القول له فكذا اذا أنكر نوعا من الانتفاع ولو أقاما البينة كانت بينة المستأجر أولى لانها تثبت الزيادة قال رحمه الله (والاراضي للزراعة ان بين ما يزرع فيها أو قال على أن يزرع فيها ما شاء) لان منفعة الارض مقصودة وقد جرت العادة باستئجارها للزراعة من غير نكير فانعقد الاجماع عليها غير أن ما يزرع فيها متفاوت فمنه ما يفسد الارض ومنه ما يصلحها فلا بد من بيانه أو يقول على أن يزرع فيها ما شاء كي لا يفضي الى المنازعة ولو لم يبين ما يزرع فيها ولم يقل على أن يزرع فيها ما شاء فسدت الاجارة للجهالة ولو زرعها بعد ذلك لا تعود صحيحة في القياس كما اذا اشترى بخمر أو خنزير وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب العقد صحيحا لان المعقود عليه صار معلوما بالاستعمال لان الاجارة تنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع والفساد كان لاجل الجهالة فاذا ارتفعت في وقت الزراعة كفى وصار كأن الجهالة لم تكن فعادت صحيحة ولهذا لو استأجر ثوبا ولم يبين اللابس ثم ألبس شخصا عادت صحيحة لما ذكرنا وللمستأجر الشرب والطريق لان الاجارة تنعقد للانتفاع ولا انتفاع الا بهما بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة دون الانتفاع في الحال ولهذا جاز بيع الجحش والارض السبخة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق على ما مر في البيوع قال رحمه الله (وللبناء والغرس) أي جاز استئجار الارض للبناء ولغرس الاشجار لانها منفعة معلومة تقصد بعقد الاجارة عادة فتصح كما لو استأجرها للزراعة قال رحمه الله (فان مضت المدة قلعهما وسلمها فارغة) أي اذا مضت مدة الاجارة قلع البناء والغرس وسلم الارض الى المؤجر فارغة لانه يجب عليه تسليمها الى صاحبها غير مشغولة ببنائه وغرسه وذلك بقلعهما في الحال لانهما ليس لهما حالة منتظرة ينتهيان اليها وفي تركهما على الدوام بأجر أو بغير أجر يتضرر صاحب الارض فيتعين القلع في الحال بخلاف ما اذا استأجرها للزراعة فانقضت مدة الاجارة والزرع لم يدرك حيث يترك الزرع على حاله الى أن يستحصد بأجر المثل لان له نهاية معلومة فأمكن رعاية الجانبين فيه وبخلاف ما اذا مات أحد المتعاقدين في المدة والزرع لم يدرك حيث يترك بالمسمى على حاله الى أن يستحصد الزرع وان بطلت الاجارة به لان للزرع نهاية على ما بينا فاذا وجب تركه لدفع الضرر كان تركه بالمسمى وابقاؤه على ما كان أولى اذ لا فائدة في نقض العقد واعادته على ما كان بخلاف ما اذا غصب أرضا وزرعها حيث يؤمر بالقلع وان كان له نهاية لان ابتداء فعله وقع ظلما والظلم يجب اعدامه لا تقريره والمستعير كالمستأجر حتى اذا رجع المعير قبل أن يستحصد الزرع يبقى بأجر المثل الى أن يستحصد دفعا للضرر عنهما ورعاية لحقهما والقياس أن يقلع

فى الصور كلها لان الارض ملكه فلا تؤجر بغير اذنه كما فى البناء والغرس ووجه الاستحسان وهو الفرق بين البناء والغرس وبين الزرع قد بيناه قال رحمه الله (الا أن يغرم له المؤجر قيمته مقلوعا ويتملكه) يعنى عند مضى المدة يجب عليه قلع البناء والغرس على ما بيناه الا أن يغرم له المؤجر قيمة البناء أو قيمة الغرس مقلوعا هذا اذا كانت الارض تنقص بالقلع لان الواجب دفع الضرر عنهما فاذا كانت أرضه تنقص بالقلع تضرر به فكان له دفع هذا الضرر بدفع القيمة الى المستأجر وينفرد به لان المستأجر لا يتضرر بذلك اذ الكلام فى مستحق القلع والقيمة تقوم مقامه وان كانت الارض لا تنقص بالقلع وأراد أن يضمن له قيمته ويكون له البناء فليس له ذلك الا برضا صاحبه لاستوائهما فى ثبوت الملك وعدم ترجح أحدهما على الآخر فلا بد من اتفاقهما فى الترك بخلاف القلع حيث ينفرد به أحدهما فى هذه المسألة دون الآخر على ما بينا فى العارية قال رحمه الله (أو يرضى بتركه ويكون البناء والغرس لهذا والارض لهذا) لان الحق لرب الارض فاذا رضى باستمراره على ما كان بأجر أو بغير أجر كان له ذلك قال رحمه الله (والرطبة كالشجر) لان الرطبة لا نهاية لها كالشجر فتقلع عند انتهاء مدة الاجارة كما يقلع الشجر قال رحمه الله (والزرع يترك بأجر المثل الى أن يدرك) أى يترك الزرع بأجر المثل اذا انقضت مدة الاجارة قبل ادراكه لان له نهاية معلومة وقد ذكرناه ونظائره والفرق بينه وبين البناء والغرس آنفا قال رحمه الله (والدابة للركوب والحمل والثوب للبس) يعنى يجوز استئجار هذه الاشياء لما ذكرنا لان لها منافع معلومة ويعتاد استئجارها فجاز كسائر الاعيان المعهودة قال رحمه الله (وان أطلق أركب وألبس من شاء) أى ان أطلق له الركوب أو اللبس جاز أن يركب الدابة ويلبس الثوب والمراد بالاطلاق أن يقول على أن يركبها من شاء أو يلبس الثوب من شاء لانه يختلف باختلاف الراكب واللابس فلا يجوز الا بالتعيين أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء على نحو ما ذكرنا فى الزراعة اذ كل واحد منهما يختلف فلا فرق بينهما وهذا لان الركوب والحمل واللبس يختلف كل واحد منها اختلافا فاحشا فاذا وقع له فيها وخالف يضمن اذا هلكت العين ولا أجر له كما فى الزراعة وذكر هذا المعنى فى المبسوط وفى الذخيرة وشرح الطحاوى والمغنى وذكر التأويل الذى ذكرناه فى الكافى وفى الخلاصة ولو لم يبين ولم يقل أن يفعل فيها ما يشاء فسدت الاجارة للجهالة فلو أركبها أو ركب بنفسه أو ألبس أو لبس وجب عليه المسمى استحسانا وفى القياس عليه أجر المثل لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد وجه الاستحسان أن المفسد هو الجهالة التى تفضى الى المنازعة قد زال فيزول الفساد لان التعيين فى الانتهاء كالتعيين فى الابتداء ولا ضمان عليه اذا هلكت العين لانه غير متعد لعدم المخالفة سواء لبس بنفسه أو ألبس غيره بخلاف ما اذا عين له من يلبس ومن يركب فألبس أو أركب غيره حيث يضمن لانه صار مخالفا ولو قال على أن يركب أو يلبس من شاء فأركب غيره أو ركب بنفسه ليس له أن يركب أو يلبس غيره لانه تعين مرادا من الاصل فصار كأنه نص عليه من الابتداء ذكره فى الكافى قال رحمه الله (وان قيد براكب ولابس فخالف ضمن) لان التقييد مفيد

(قوله فى المتن وان أطلق أركب وألبس من شاء) اعلم أولا أنه اذا استأجر دابة للركوب ولم يسم من يركبه لا تصح الاجارة وكذا اذا استأجر ثوبا للبس ولم يبين من يلبسه وكذا اذا استأجر قدرا للطبخ ولم يسم ما يطبخ فيها وكذا اذا استأجر أرضا للزراعة ولم يسم ما يزرع فيها وقد روينا ذلك عن شرح الطحاوى عند قوله ويجوز استئجار الارض للزراعة فبعد ذلك ان قال قائل كيف قال القدورى هنا فان أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء قلت المراد من الاطلاق التعميم فى الاجارة بدون التقييد بركوب شخص بأن قال آجرتكها على أن تركب من شئت ولهذا قال فى شرح الاقطع وهذا الذى ذكره انما يريد به اذا وقع العقد على أن يركب من شاء وذلك لانه اذا أطلق الركوب فعقد الاجارة فاسد لان الركوب يختلف اختلافا كثيرا فصار الركوبان من شخصين كالجنسين فيكون المعقود عليه مجهولا فلا يصح العقد فان قال تركب من شئت صح العقد وان لم يسم شخصا بعينه لانا انما منعنا من صحته لما لحق المالك الضرر الذى يحصل فى بعض الركوب فاذا رضى به صار المعقود عليه معلوما فجاز كما فى الارض اذا قال على أن يزرع فيها ما شاء ثم اذا فسدت الاجارة فى اطلاق الركوب واستعملها قبل الفسخ تعين أول الراكب وكذا فى الثوب ونحوه اه اتقانى (قوله أو بأن يشترط أن يفعل ما شاء الخ) ولو استأجر قميصا ليلبسه الى الليل فوضعه فى منزله حتى جاء الليل فعليه الاجر كاملا لان صاحبه مكنه من استيفاء المعقود عليه بتسليم الثوب اليه وما زاد على ذلك ليس فى وسعه وليس له أن يلبسه بعد ذلك لان العقد انتهى بمضى المدة والاذن فى اللبس كان بحكم العقد اه بدائع ومنها استأجرها ليركبها الى موضع عينه فركبها الى مكان آخر يضمن اذا هلكت وان كان الثانى أقرب من الاول لانه صار مخالفا لاختلاف الطرق الى المكان فكان بمنزلة اختلاف الجنس ولا أجرة عليه لما قلنا ولو ركبها الى ذلك المكان الذى عينه لكن من طريق آخر ينظر ان كان الناس يسلكون ذلك الطريق لم يضمن لانه لم يصر مخالفا وان كانوا لا يسلكونه يضمن اذا هلكت لانه يصير مخالفا غاصبا بسلوكه وان لم تهلك وبلغ الموضع المعلوم ثم رجع وسلم الدابة الى صاحبها فعليه الاجر اه (قوله لانه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد) ووجوب المسمى باعتبار صحة التسمية ولا تصح التسمية مع فساد العقد اه

(قوله لتفاوت الناس فى الركوب) أى فى العلم بالركوب فرب خفيف يكون ركوبه أضر على الدابة لجهله ورب ثقيل لا يضر ركوبه بالدابة لعلمه اه اتقانى (قوله فيضمن) أى اذا عطب وان سلم لم يجب الاجر أيضا وفى الحانوت ليس له أن يقعد فيه القصار والحداد والطحان ولو أقعد صار مخالفا ويضمن قيمته اذا عطب وان سلم تجب عليه الاجرة لانه لما سلم تبين أنه لم يخالف وأنه مما لا يوهن الدار ولا يشبه الدابة والثوب كذا فى شرح الطحاوى اه اتقانى قوله وان سلم تجب الاجرة أى استحسانا لا قياسا كما قرره الشارح فى الورقة الماضية والله الموفق اه (قوله وعند أبى يوسف هو كاللبس) فلو استأجر فسطاطا ودفعه الى غيره اجارة أو اعارة فنصبه وسكن فيه فهلك ضمنه عنده اه (قوله كالشعير والسمسم) قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعير الى مثل الحنطة فى الضرر ويرجع قوله والسمسم الى قوله أقل وليس ذلك بشئ لان الشعير ليس مثل الحنطة بل أخف منها ولهذا لو شرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعير فحمل عليها مائة رطل من الحنطة ضمن اذا عطبت (١١٩٦) فلو كان مثلا لها لم يضمن كما لو شرط أن يحمل عليها حنطة زيد فحمل عليها حنطة عمرو بذلك الكيل لم يضمن بل قوله كالشعير والسمسم جميعا نظير قوله أقل والاصل هنا ما ذكره القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى أن من استحق منفعة متعددة بالعقد فاستوفى تلك المنفعة أو مثلها أو أقل منها جاز وان استوفى أكثر منها لم يجز وذلك لان التعيين فى العقود يجب حكمه اذا كان له فيه فائدة واذا لم يكن له فيه فائدة سقط التعيين ألا ترى أنه لو استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة زيد فحمل عليها قفيزا من حنطة عمرو وهما متساويان فى الصفة جاز لان الضرر على الدابة واحد فاذا استأجرها ليحمل عليها حنطة فحمل عليها كيلا آخر ثقله كثقل الحنطة وضرره كضررها جاز لانه استوفى مثل ما سماه وكذلك لو استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا سماه فزرع غيره وهما متساويان فى الضرر بالارض فان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من حنطة فحمل عليها قفيزا من شعير جاز لان الشعير أقل لخفته فقد استوفى أقل مما شرط وعلى هذا اذا استأجر أرضا ليزرع فيها نوعا فزرع نوعا آخر ضرره أقل من المسمى فان استأجرها ليحمل عليها قفيزا من شعير فحمل عليها قفيزا من حنطة ضمن لانه أكثر مما شرطه واستحقاق المنفعة استحقاق لما دونها وليس باستحقاق لما زاد عليها وأما ما تختلف منفعته لا للثقل كمن استأجر دابة ليحمل عليها مائة من من قطن فحمل عليها مثل وزنه حديدا أو أقل ضمن لان الضرر ههنا ليس للثقل لكن للجنس ألا ترى أن القطن ينبسط على ظهرها والحديد يجتمع فى مكان واحد وعلى هذا اذا استأجرها ليركبها هو فركبها من هو مثله فى الثقل أو أخف ضمن لان اختلاف الركوب ليس هو بالثقل وانما هو بالحذق فى الركوب ألا ترى أن ثقيل البدن الذى يحسن الركوب لا يضر بالدابة والخفيف الذى لا يحسن الركوب يضربها كذا ذكر القدورى فى شرحه اه اتقانى (قوله فكان أضر عليها الخ) ولو خالف فى القدر بان قال عشرة مخاتيم حنطة فحمل خمسة عشر مختوما فهلك يضمن ثلث قيمتها لان فى مقدار عشرة مخاتيم موافق لانه حمل بالاذن وفيما زاد بغير الاذن فيعتبر الجزء بالكل ويتوزع الضمان على ذلك اه دراية

لتفاوت الناس فى الركوب واللبس فيعتبر فاذا خالف صار متعديا فيضمن قال رحمه الله (ومثله ما يختلف بالمستعمل) أى يضمن مثله فى كل شئ يختلف باختلاف المستعمل اذا كان مقيدا وخالف لما ذكرنا من المعنى قال رحمه الله (وفيما لا يختلف به بطل تقييده كما لو شرط سكنى واحد له أن يسكن غيره) يعنى فيما لا يختلف باختلاف المستعمل كالدور للسكنى لا يعتبر تقييده حتى اذا شرط سكنى رجل بعينه فى الدار له أن يسكن غيره لان التقييد لا يفيد لعدم التفاوت وما يضر بالبناء كالحدادة ونحوها خارج بدلالة العادة على ما مر والفسطاط كالدار عند محمد رحمه الله لانه للسكنى مثل الدار وعند أبى يوسف رحمه الله هو كاللبس لاختلاف الناس فى نصبه وضرب أوتاده واختيار مكانه قال رحمه الله (وان سمى نوعا وقدرا ككر بر له حمل مثله وأخف لا أضر كالملح) يعنى لو سمى نوعا وقدرا يحمله على الدابة مثل كر من بر فله أن يحمل عليها ما هو مثله وأخف منه فى الضرر كالشعير والسمسم وليس له أن يحمل عليها ما هو أضر منه كالملح لانه اذا رضى بشئ يكون راضيا بكل ما هو مثله أو دونه دلالة دون ما هو أضر منه والقياس أن يضمن بالحمل عليها خلاف الجنس كيفما كان لانه متصرف بالامر فليس له أن يخالف ألا ترى أن الوكيل بالبيع بألف درهم لو باع بألف دينار لا ينفذ بيعه ووجه الاستحسان أن التقييد انما يعتبر أن لو كان مفيدا ولا فائدة فى هذه المسئلة فى التقييد بكر حنطة ومنع كر من شعير بل الشعير أخف منه فكان أولى بالجواز حتى لو سمى مقدارا من الحنطة فحمل عليها من الشعير مثل ذلك الوزن ضمن لان للتقييد به فائدة لان الشعير يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فصار كما لو حمل عليها مثل وزنه تبنا هكذا ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط ثم قال ذكر شيخ الاسلام فى مبسوطه أنه لا يضمن استحسانا وقال وهو الاصح لان ضرر الشعير فى حق الدابة عند استوائهما وزنا أخف من ضرر الحنطة لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر مما تأخذه الحنطة فيكون أخف عليها بالانبساط قال وبه كان يفتى الصدر الشهيد ولو حمل عليها مثل وزن الحنطة حديدا أو ملحا أو آجرا يضمن لانه يجتمع فى مكان واحد من ظهرها فيضرها أكثر وكذا اذا حمل عليها مثل وزن الحنطة قطنا يضمن لانه يأخذ من ظهر الدابة أكثر من الحنطة وفيه حرارة أيضا فكان أضر عليها من الحنطة فصار كما اذا حمل عليها تبنا أو حطبا فحاصله أن الشيئين متى كان

في كل واحد منهما ضرر فوق ضرر الآخر من وجه لا يستفاد من الاذن في أحدهما الاذن في الآخر وان كان هو أخف ضررا من وجه آخر قال رحمه الله (وان عطبت بالارداف ضمن النصف) ولا معتبر بالثقل لان الدابة قد يعقرها الراكب الخفيف ويخف عليها ركوب الثقيل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فتعلق الحكم بالعدد كالجناة في باب الجنايات هذا اذا كانت الدابة بحيث تطيق حمل الاثنين وان كانت لا تطيق ضمن جميع قيمتها ذكره في الكافي قالوا هذا اذا كان الرديف يستمسك بنفسه وأما اذا كان صغيرا لا يستمسك بنفسه يضمن بقدر ثقله وقال في النهاية وقوله عطبت بالارداف تقييد به احترازا عما اذا حمل الراكب على عاتقه فانه يضمن جميع القيمة لان ثقل الراكب مع الذي حمله على عاتقه يجتمعان في مكان واحد فيكون أشق على الدابة ذكره في النهاية وقال يضمن جميع القيمة وان كانت الدابة تطيق حملهما ثم ذكر في المختصر أنه يضمن نصف القيمة ولم يذكر كم يجب عليه من الاجر قال في النهاية وفي المحيط أنه يجب عليه جميع الاجر اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده (١) ونصف القيمة ثم للمالك الخيار ان شاء ضمن الرديف وان شاء الراكب فالراكب لا يرجع بما ضمن والرديف يرجع ان كان مستأجرا والا فلا قال رحمه الله (وبالزيادة على الحمل المسمى ما زاد) أي

(قوله في المتن وان عطبت بالارداف ضمن النصف) أي سواء كان أخف أو أثقل اهـ اتقاني فان قيل ينبغي أن يضمن كل القيمة لانه كما لو استأجرها ليركبها بنفسه وفي مثله لو أركب غيره يجب عليه ضمان كل القيمة وههنا وجد إركاب الغير مع ركوبه بنفسه فركوبه بنفسه ان لم يوجب عليه زيادة ضمان على ضمان الاركاب ينبغي أن لا يوجب نقصان ضمان منه وكذا ينبغي أن لا يجب عليه الاجر لان الاجر مع الضمان لا يجتمعان وههنا يجب عليه نصف الضمان فينبغي أن لا يجب عليه نصف الاجر قلنا انما ينتفي الاجر عند وجود الضمان اذا ملكه بالضمان بطريق الغصب لانه لا أجر في ملكه وههنا لم يملك بهذا الضمان شيئا مما شغله بركوب نفسه ووجب جميع المسمى بمقابلة ذلك وانما يضمن ما شغله غيره ولا أجر بمقابلة ذلك ليسقط عنه لما بينا أن الضرر في الدابة ليس من قبيل ثقل الراكب وخفته فلهذا توزع الضمان نصفين وهذا هو الجواب عما سأل بقوله فان قيل قد تقرر عليه ضمان نصف القيمة وقد ملك نصف الدابة من حين ضمن فينبغي ان لا يلزمه نصف الاجر والجواب عن قوله وفي مثله لو أركب غيره يجب ضمان كل القيمة أنه اذا أركب غيره فهو مخالف في الكل واذا ركبها بنفسه فهو موافق فيما شغله بنفسه مخالف فيما شغله بغيره اهـ دراية (قوله لان الدابة لا تتلف بالثقل) بل بالجهل بالركوب اهـ غاية (قوله فتعلق الحكم بالعدد) أي عدد الراكب اهـ وكتب ما نصه الا أن ركوب أحدهما مأذون فيه وركوب الآخر ليس بمأذون فيه فيضمن النصف اهـ اتقاني وكتب أيضا ما نصه قال الولوالجي بخلاف ما اذا حمل مع نفسه متاعا فهلكت فانه يضمن بقدر ما زاد من الثقل وذلك لان المعتبر في الامتعة الثقل فيضمن بقدر ما زاد من الثقل وليس تفسير ذلك أن يوزن الرجل والمحمول حتى يعرف قدر ما زاد على ركوبه لان الرجال لا تعرف بالقبان وانما يعرف بالرجوع الى أهل المعرفة في هذا الباب فيسألون أن هذا الحمل بأي قدر يزيد على ركوبه في الثقل لكن هذا اذا لم يركب على الحمل فأما اذا ركب على الحمل يضمن جميع القيمة لانه يجتمع ثقل الحمل والراكب في مكان واحد فيصير أشق على الدابة اهـ (قوله كالجناة في باب الجنايات) الجناة جمع الجاني كالبغاة جمع الباغي والقضاة جمع القاضي اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني فيعتبر عدد الراكب ولا يعتبر الثقل والخفة كما لا يعتبر في الجراحة كثرتها وقلتها بل يعتبر عدد الجناة حتى اذا جرح أحدهما جراحة واحدة والآخر تسع جراحات كان الضمان عليهما أنصافا اهـ يعني اذا جرح واحد انسانا جراحة واحدة خطأ والآخر جراحتين أو أكثر خطأ فمات المجروح من ذلك فالدية عليهما أنصافا فكذا هنا يعتبر عدد من ركب لا الثقل اهـ اتقاني (قوله ضمن جميع قيمتها) لانه تعدى باتلافها اهـ ولا أجر عليه اهـ اتقاني (قوله ذكره في الكافي) أي وكذا ذكره في البدائع اهـ (قوله اذا هلكت بعد ما بلغت مقصده) أي لما بينا أنه وجب مقابلا بالمنافع وقد حصلت مستوفاة اهـ ق (قوله ثم للمالك الخيار الخ) عزاه الاتقاني للذخيرة اهـ وكتب على قوله ثم للمالك الخيار ما نصه في التضمين اهـ اتقاني وكتب أيضا ما نصه وهذا اذا أردفه حتى صار الاجنبي كالتابع له فأما اذا أقعده في السرج صار غاصبا ولم يجب عليه شيء من الاجر لانه رفع يده عن الدابة وأوقعها في يد متعدية فصار ضامنا والاجر لا يجامع الضمان الى هنا لفظ شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي اهـ ق (قوله وان شاء الراكب) أي وهو المستأجر اهـ (قوله والرديف يرجع) أي على الراكب اهـ (قوله والا) أي بأن كان مستعيرا اهـ (قوله في المتن وبالزيادة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي الذي هو مبسوطه فاذا استأجرها ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة له فله أن يحمل عليها مثل ذلك من حنطة غيره لان هذا لا تفاوت فيه في حق الحمل وان حمل عليها أحد عشر مختوما من حنطة فبلغت المكان الذي سماه ثم عطبت من ذلك فعليه الكراء كاملا وعليه جزء من احد عشر جزءا من قيمة الدابة بقدر ما زاد عليها لان التلف حصل بفعل الكل وبعضه مأذون وبعضه غير مأذون فيسقط حصة الحمل المأذون ويجب حصة الباقي ولانه كل جزء

(١) قول الشارح ونصف القيمة هكذا في النسخ وعبارة العيني ونصفها أي الاجر فانه كان قبله اهـ كتبه مصححه

اذا استأجرها ليحمل عليها شيأ مقدرا فحمل عليها أكثر منه فعطبت يضمن مازاد الثقل لانها هلكت بما ذون فيه وغير مأذون والسبب الثقل فانقسم عليهما الا اذا كانت الدابة لا تطيق مثله فيجب عليه جميع قيمتها لعدم الاذن فيه فيكون اهلاكا أوجب الضمان هنا بحساب الزيادة اذا كانت الدابة تطيق ذلك وان حمل عليها جنسا آخر غير المسمى أوجب جميع القيمة وكذا لو استأجر ثورا ليطحن حنطة مقدرة فزاد لم يوجب بحساب الزيادة بل أوجب جميع القيمة لان الدابة هلكت بغير المأذون فيه فيهما فيجب عليه جميع القيمة وفيما اذا زاد عليها من جنس المأذون فيه هلكت بالمجموع فتسقط حصة المأذون ويجب بقدر ما تعدى حتى لو حملها المسمى وحده ثم حملها الزيادة وحدها فعطبت يضمن جميع قيمتها لانها هلكت بالزيادة وحدها قال رحمه الله (وبالضرب والكبح) أى يضمن بهما اذا هلكت وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن اذا فعل فعلا معتادا لان المتعارف يدخل تحت المطلق فكانت هالكة بالمأذون فيه ولابى حنيفة رحمه الله أن الاذن مقيد بشرط السلامة اذ السوق يتحقق بدونه وانما يضرب للمبالغة فصار كضرب الزوجة والمرور على الطريق بخلاف ضرب القاضى الحد أو التعزير أو فصد الفصاد حيث لا يضمن اذا هلك به لان الحد والتعزير واجب عليه وكذا الفصد لالتزامه بعقد الاجارة والضمان لا يجب بالواجب وهذا بخلاف ما اذا ضرب العبد المستأجر حيث يضمن بالاتفاق والعذر لهما أنه يؤمر وينهى لفهمه فلا ضرورة الى الضرب وعلى هذا الخلاف المذكور ضرب الاب والوصى الصغير اذا لم يتجاوز ضرب مثله للتأديب حتى تجب الدية والكفارة عنده وعندهما لا تجب الدية لان الضرب لاصلاح الصغير فكان معينا به اذ منفعته عائدة عليه وهو مأجور عليه فصار كضرب المعلم اياه بل أولى لان المعلم ليس له ولاية الضرب وانما يستفيده منه بخلاف الزوج يضرب امرأته لانه مطلق له لمنفعة نفسه فصار كالرمى الى الصيد فيشترط فيه السلامة ولابى حنيفة رحمه الله أن منفعة الصغير كالواقع له لقيام البعضية بينهما ألا ترى أن شهادته له جعلت كشهادته لنفسه ووضع الزكاة فيه كوضعه فى نفسه بخلاف ضرب المعلم باذن الاب لان الاذن بالضرب صح من الاب لما فيه من ولاية ضربه تأديبا واذا صح كان المعلم معينا للاب اذ لا منفعة للمعلم فيه ولا ضمان على المعين ولا ضمان على الاب أيضا فيما

من أجزاء الثقل لا يصلح علة بنفسه وانما يصلح عند الاجتماع وعند الاجتماع صار الكل علة واحدة فيتوزع الضمان على أجزائها بخلاف الجراحات لان كل واحدة بانفرادها تصلح علة وقد ذكرنا فى الجنايات أن صاحب العلة وصاحب العلل سواء فى الحكم كما لو جرح أحدهما سبع جراحات وجرح الآخر جراحة واحدة ومات كان الضمان عليهما أنصافا وقال ابن أبى ليلى عليه قيمتها تاما ولا أجر عليه وقال فى تتمة الفتاوى استكرى دابة ليحمل عليها عشرة مخاتيم حنطة فجعل فى الجوالق عشرين مختوما وأمر المكارى أن يحمل هو عليها فحمل هو ولم يشاركه المستكرى فى الحمل لا ضمان عليه أصلا اذا هلكت الدابة ولو حملاه جميعا يعنى المكارى والمستكرى ووضعاه على الدابة يضمن المستكرى ربع القيمة وان كانت الحنطة فى جوالقين فحمل كل واحد منهما جوالقا ووضعاهما على الدابة جميعا لا يضمن المستأجر شيأ ويجعل حمل المستأجر بما كان مستحقا بالعقد والثقل بكسر الثاء وفتح القاف خلاف الخفة والثقل بكسر الثاء وسكون القاف الحمل والثقل بفتحتين متاع المسافر وحشمه وقيل (١١٨) للجن والانس الثقلان لانهما قطان الارض فكأنهما ثقلاها اهـ اتقانى (قوله يضمن الخ) هذا اذا حمل الأكثر دفعة واحدة أما اذا حمل المسمى ثم حمل الزيادة فهلكت يضمن جميع قيمتها كما فى مسئلة الطحن اهـ كاكى قوله يضمن جميع قيمتها أى ويستفاد هذا من قول الشارح رحمه الله حتى لو حملها المسمى وحده الخ اهـ (قوله مازاد الثقل) أى وعليه الاجر لانه حمل المعقود عليه ولا أجر فى الزيادة لانها استوفيت من غير عقد اهـ بدائع (قوله مقدرة) أى كعشرة مخاتيم مثلا اهـ (قوله فزاد) أى بأن طحن أحد عشر مختوما مثلا اهـ (قوله لان الدابة هلكت الخ) لما أن الطحن يكون شيأ فشيأ فكما طحن عشرة مخاتيم انتهى اذن المالك فبعد ذلك هو فى الطحن مخالف فى جميع الدابة مستعمل لها بغير اذن مالكها فيضمن جميعها أما الحمل فيكون جملة واحدة فهو فى البعض مستعمل بالاذن وفى البعض مخالف فيتوزع الضمان كذا فى المبسوط اهـ دراية (قوله فى المتن والكبح) يقال كبحه باللجام اذا ردّه به كذا فى الجمهرة اهـ (قوله وقالا لا يضمن) أى استحسانا اهـ اتقانى وكتب على قوله وقالا لا يضمن ما نصه أى وبه قال الشافعى ومالك وأحمد واسحق وأبو ثور اهـ كاكى ونقل فى التتمة عن باب ميراث القاتل من فرائض شمس الائمة السرخسى رحمه الله الاصح أن أبا حنيفة رجع الى قولهما اهـ اتقانى (قوله فصار كضرب المعلم اياه) قال فى الفتاوى الصغرى معلم ضرب الصبى باذن الاب أو الوصى لم يضمن وهما لو ضربا يضمنان فى اجارة العيون وفى القدورى المعلم أو الاستاذ اذا ضرب الصبى بغير اذن الاب أو الوصى ضمنا ولو ضربا باذنهما لا يضمنان والاب أو الوصى اذا ضربه للتأديب فمات ضمنا عند أبى حنيفة خلافا لهما اهـ اتقانى وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله وقال فى الفتاوى الصغرى أيضا قال أبو سليمان اذا ضرب ابنه على تعليم القرآن أو الادب فمات قال أبو حنيفة تجب الدية ولا يرثه وقال أبو يوسف لا شئ عليه ويرثه ولو ضرب امرأته على المضجع فمات يضمن ولا يرثها فى قولهما لانه ضربها لمنفعة نفسه بخلاف الاب مع الابن

ضرب المعلم لان ما رأى من التأديب لم يصر منقولا اليه لان يصح بقدر ما علك والزائد من المعلم وهو نظير ما لو رجع شهود الزنا بعد ما جرحته السياط لا يضمن الامام لانه معين ولا يضمن الشهود لان الجرح لم يجب بشهادتهم قال رحمه الله (ونزع السرج والايكاف أو الاسراج بما لا يسرج بمثله) معناه لو اكترى حمارا بسرج فنزع السرج وأسرجه بسرج لا يسرج بمثله الحمر أو أوكفه ضمن جميع قيمته لان الاذن لم يتناول ما لا يسرج بمثله الحمر ولا خلاف في جنس السرج فيكون متعديا بالاسراج والايكاف فيضمن جميع قيمته وان أسرجه بسرج تسرج بمثله الحمر لا يضمن لان الاذن قد تناوله اذ لا فائدة في التقييد بالمعين الا اذا كان زائدا في الوزن فحينئذ يضمن الزيادة بحسابه وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله توكف الحمر الا اذا كان زائدا على السرج الذى كان عليه فيضمن الزيادة بحسابه كما في السرج لانه هو والسرج سواء فاذا رضى بالسرج يكون راضيا بمثله من الاكاف وجوابه ما ذكرنا أن الجنس مختلف لان الاكاف للحمل والسرج للركوب وكذا ينبسط أحدهما على ظهر الدابة ما لا ينبسطه الآخر فصار نظير اختلاف الحنطة والحديد وقال في النهاية ذكر هذه المسئلة في الاجارات فقال يضمن بقدر ما زاد وهو قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ثم قال من مشايخنا من قال ليس في المسئلة اختلاف الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه لانه لم يذكر في الجامع الصغير أنه ضامن لجميع القيمة ولكنه قال هو ضامن ولم يبين قدر ما يضمن فكان المطلق محمولا على المقيد ومنهم من قال عن أبى حنيفة رحمه الله روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد وفى رواية هذا الكتاب يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهو الاصح وتكلموا على معنى قولهما انه يضمن بحسابه وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة رضى الله عنه فمنهم من قال انه مقدر بالمساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شبرين والاكاف قدر أربعة أشبار فيضمن بحسابه وقيل يعتبر بالوزن قال رحمه الله (وسلوك طريق غير ما عينه وتفاوتا) أى يجب الضمان اذا عين للمكارى طريقا وسلك هو غيره وكان بينهما تفاوت بأن كان المسلوك أوعر أو أبعد أو أخوف بحيث لا يسلك لان التقييد صحيح لكونه مفيدا فاذا خالف فقد تعدى فيضمن قيمته ان هلك وان لم يهلك وبلغ فله الاجر استحسانا لارتفاع الخلاف ولا يلزم اجتماع الاجرة والضمان لانهما في حالتين لانه على تقدير السلامة يجب الاجر وعلى تقدير التلف يجب الضمان والمحظور اجتماعهما في حالة واحدة ونظيره العبد المحجور عليه اذا آجر نفسه فان تلف في العمل يجب على المستأجر الضمان وان سلم وجب عليه الاجر وان كان يسلكه الناس وهلك المتاع فلا ضمان عليه لان الظاهر فيما يسلكه الناس عدم التفاوت وقال في الكافى والهداية هذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لانه عند عدم التفاوت لا يصح التعيين لعدم الفائدة أما اذا كان بينهما تفاوت يضمن لصحة التقييد فصار كالطريق الذى لا يسلكه الناس قال رحمه الله (وحمله في البحر الكل وان بلغ فله الاجر) أى يضمن جميع قيمته بحمله في البحر ان هلك القماش وان سلم فله الاجر وقوله الكل عائد على المسائل التى تقدمت كلها من عند قوله وبالضرب والكبح الى هنا لان الواجب في جميعها جميع القيمة

(قوله فحينئذ يضمن الزيادة) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافى ولو تكارى حمارا عريانا فأسرجه وركبه فهو ضامن له وقال الكرخى في مختصره ولو اكترى حمارا عريانا فأسرجه ثم ركبه كان ضامنا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى في شرح الكافى وهذا اذا كان حمارا لا يسرج مثله عادة أما اذا كان يسرج ويركب بالسرج فلا ضمان عليه لان المقصود هو الركوب والسرج آلة له فلا يختلف بوضع السرج عليه وقال القدورى في شرحه لمختصر الكرخى وقد فصل (١٤٩) أصحابنا هذا وقالوا اذا استأجره ليركب الى خارج المصر لم يضمن لان الحمار لا يركب من بلد الى بلد بغير سرج ولا اكاف فلما آجره كذلك فقد أذن له من طريق المعنى وقالوا وان استأجره ليركبه في المصر وهو من ذوى الهيآت فله أن يسرجه لان مثله لا يركب من غير سرج وان كان من دون الناس فأسرجه ضمن لان مثله يركب في البلد من غير سرج والسرج أثقل على الدابة ثم اذا ضمن يضمن جميع القيمة أو بقدر ما زاد قال فخر الدين قاضيخان في شرح الجامع الصغير اختلفوا فيه والصحيح أنه يضمن جميع القيمة لانه ذكر الضمان مطلقا فينصرف الى الكل وانما كان كذلك لانه خالف صورة ومعنى أما صورة فظاهر لانه أذن له أن يركبها عريانا وقد ركبها مع السرج وأما معنى فلان الركوب على السرج أضر على الدابة لان ثقل الراكب والسرج يجتمع في مكان واحد فلت ينبغى أن يكون الاسرج ضمان قدر الزيادة لانه استأجره عريانا فأسرجه فكان السرج كالحمل الزائد على الركوب ألا ترى أنه ذكر في الاصل اذا استأجر دابة ليركبها الى مكان معلوم فركب وحمل معه حملا يضمن قدر الزيادة وان عطبت فكذا هذا لان السرج صار كزيادة الحمل وقال الكرخى في مختصره وان لم يكن عليه لجام فألجمه فلا ضمان عليه اذا كان مثله يلجم بمثل اللجام وكذلك اذا أبدله وذلك لان الحمار لا يختلف باللجام وغيره ولا يتلف به فلم يضمن بالجامه اه اتقانى (قوله وقالا الاكاف كالسرج حتى لا يضمن اذا كان بمثله توكف الحمر الا اذا كان زائدا) كتب على قوله وقالا ما نصه قال في العيون والفتوى على قولهما اه حقائق (قوله وقيل يعتبر بالوزن) أى حتى اذا كان السرج منوين والاكاف ستة أمنان يضمن ثلثى قيمتها اه حقائق

وانما ضمن فيما اذا حمله فى البحر لان التفاوت فيه فاحش ولهذا ليس للمودع أن يسافر بالوديعة فى البحر ولو سلم يجب المسمى استحسانا لحصول المقصود وارتفاع الخلاف قال رحمه الله (و بزرع رطبة وأذن بالبر ماانقص) أى اذا أذن له أن يزرع الارض حنطة يجب عليه ضمان نقصان الارض بزرع الرطبة لان الرطبة أكثر ضررا بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خلافا الى شر مع اختلاف الجنس فيجب عليه جميع النقصان بخلاف ما اذا استأجر دابة للركوب أو للحمل فأردف معه غيره أو زاد على المحمول على قدر المسمى حيث يجب عليه من الضمان بحسابه لانها تلفت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه فيجب عليه بقدر ما تعدى وهذا لانه استوفى المشروط وزاد فيجب عليه بسبب الزيادة الضمان وهنا لا يمكن أن يجعل مستوفيا لمنفعة الارض بقدر زراعة الحنطة ثم زاد عليه لان الجنس مختلف وانما يعتبر ذلك عند اتحاد الجنس ألا ترى أنه لو استأجر دابة ليحمل عليها حنطة فحمل عليها حديدا أو ملحا مثل وزنه يضمن كل القيمة لما قلنا وهو نظيره قال رحمه الله (ولا أجر) أى لا يجب الاجر لانه لما خالف صار غاصبا واستوفى المنفعة بالغصب ولا تجب الاجرة به وانما تجب بالاستيفاء بعقد الاجارة وهما لا يجتمعان لاستحالة أن يكون الشئ الواحد مأذونا فيه وغير مأذون فيه ولهذا لا يجتمع الضمان والاجرة وان زرع فيها ما هو أقل ضررا من الحنطة لا يجب عليه الضمان ويجب عليه الاجر لانه خلاف الى خير فلا يصير به غاصبا قال رحمه الله (و بخياطة قباء وأمر بقميص قيمة ثوبه وله أخذ القباء ودفع أجر مثله) معناه اذا أمره أن يخيط له ثوبه قميصا يجب عليه ضمان قيمته اذا خاطه قباء وان شاء أخذ القباء ودفع له أجر مثله قيل أراد بالقباء القرطق وهو الذى يلبسه الاتراك مكان القميص وهو ذو طاق واحد وقال ظهير الدين القميص اذا قد من قبل كان قباء طاق وقباء طاق اذا خيط جانباه كان قميصا وهو المراد بالقرطق لانه يستعمل استعمال القميص والقباء فيثبت له الخيار وفى غيره لا يثبت له الخيار بل يضمنه القيمة حتما وقيل الجواب يجرى على اطلاقه فى الكل واطلاقه يدل على ذلك ووجهه أن القباء والقميص متقاربان فى المنفعة واجزاؤهما واحد وهى الكم والذيل والدخريص وعن أبى حنيفة رحمه الله أنه لا خيار لرب الثوب فى الكل بل يضمنه قيمة الثوب رواه الحسن عنه لان القباء جنس آخر غير جنس القميص فصار مخالفا من كل وجه فبقى غاصبا محضا ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يمكنه سده والانتفاع به انتفاع القميص فصار موافقا من هذا الوجه وهو مخالف من حيث التقطيع والقالب فيميل الى أيهما شاء فان مال الى الخلاف ضمنه قيمته وصار الثوب للخياط وان مال الى الوفاق يأخذ القباء و يعطيه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان صاحب الثوب لم يرض بالمسمى الا مقابلا بخياطة القميص فاذا خالف فات رضاه فلا يجب عليه المسمى والخياط لم يخطه مجانا فيجب عليه أجر مثله لا يجاوز به المسمى لان المنافع لا تتقوم الا بالعقد أو شبهه وليس فيما زاد على المسمى عقد ولا شبهه فلا يتقوم ولا يجب ولهذا المعنى قلنا لو خاطه قميصا مخالفا لما وصفه يجب عليه أجر المثل ولا يجاوز به المسمى ولو خاطه سراويل وقد أمره بالقباء ضمن من غير خيار للتفاوت فى المنفعة والهيئة وقيل يخير وهو الاصح لوجود الاتحاد فى أصل المنفعة من حيث الستر ودفع الحر والبرد ولوجود الموافقة فى نفس الخياطة فصار كما اذا دفع الى رجل نحاسا فأمره بان يضرب له شبها من الاوانى فضرب له خلافه فانه يخير فكذا هذا

﴿ باب الاجارة الفاسدة ﴾

(قوله وانما ضمن فيما اذا حمله فى البحر) (١٣٠) قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى اواخر كتاب الشروط من مبسوطه ولو استأجره لحمله بنفسه فحمله على دوابه أو عبيده أو على غيرهم وذهب معه حتى بلغه ذلك المكان فله الاجر استحسانا لحصول المقصود لان المقصود حمل الطعام وقد أوفاه كما التزم وليس هو مخالفا لانه مافارق الطعام حين ذهب معه ولا أخر حمله من يده فلا يكون مخالفا وكذلك ان اشترط له طريقا فحمله فى طريق آخر لان المقصود حمل الطعام الى المكان المشروط فى أى الطريقين حمله وان حمله فى البحر ضمنه ان غرق لانه عرضه للتلف فان الغالب من حال راكب البحر أنه على شرف الهلاك مع ما معه وان سلم فله الاجر استحسانا وهو بمنزلة ما لو كان الى ذلك الموضع طريقان أحدهما أمن والاخر مخوف فحمله فى الطريق المخوف فان تلف كان ضامنا وان سلم يستحق الاجر استحسانا فكذلك هنا لان البحر بمنزلة الطريق المخوف ولهذا لم يكن للمودع أن يسافر بالوديعة فى طريق البحر كما ليس له أن يسافر بها فى الطريق المخوف اهـ (قوله بان يضرب له شبها) قال فى المصباح الشبه بفتحتين ما يشبه الذهب فى لونه وهو نحاس أحمر يضاف اليه أشياء و يسبك معها فيكتسب لون الذهب والشبه أيضا والشبيه مثل كريم والشبه مثل حمل المشابه اهـ

قال

﴿ باب الاجارة الفاسدة ﴾

(قوله في المتن يفسد الإجارة الشروط) أي شرط مخالف لموجب العقد كما لو استأجر رحى ماء على أنه إن انقطع ماؤه فالأجر عليه فإن موجب العقد أن لا يجب الأجر إلا بالتمكن من استيفاء المعقود عليه فكل شرط مخالف لموجب العقد يفسد لأن الإجارة بنيت على المضايقة والمماكسة فتفسد بالشرط كالبيع لأن اشتراطه يكون سببا للمنازعة ألا ترى أن النكاح لا يفسد بالشرط لما أنه مبني على المسامحة ولا يعلم فيه خلاف اهـ كاكي (قوله لأنها بمنزلة البيع) أي فكل ما أفسد البيع أفسدها وأراد بالشروط شروطا لا يقتضيها العقد لا كل شرط كما في البيع ولهذا إذا استأجر دابة إلى بغداد بشرط أن يعطيه الأجر إذا رجع من بغداد صح وليس له المطالبة بالأجر إلى أن يرجع إلا إذا مات ببغداد فحينئذ له أن يأخذ أجر الذهاب والشروط التي تفسدها كاشتراط تطيين الدار ومرمتها أو تعليق باب عليها أو إدخال جذع في سقفها على المستأجر وكذلك اشتراط كري نهر في الأرض أو ضرب مسناة عليها أو حفر بئر فيها أو أن يسرقنها على المستأجر وكذلك اشتراط رد الأرض مكروبة كل ذلك يفسد الإجارة لأنه جعل هذه الأعمال من جملة الأجر وإنها لمجهولة غير معلومة وجهالة بعض الأجر توجب جهالة الباقي فتفسد به الإجارة قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره إذا كان ما وقع عليه عقد الإجارة مجهولا في نفسه أو في أجره أو في مدة الإجارة أو في العمل المستأجر عليه فالإجارة فاسدة وكل جهالة تدخل في البيع فتفسده من جهة الجهالة فكذلك هي في الإجارة إلى هنا لفظ الكرخي اهـ اتقاني رحمه الله مع حذف كلام في البين اهـ (قوله ألا ترى أنها تقال) من الإقالة لا من القول اهـ اتقاني (قوله مثل أن يسمي دابة) مثال لجهالة المسمى اهـ (قوله أو يستأجر الدار) مثال لجهالة بعض الأجرة اهـ (قوله وقالوا إذا استأجر دارا الخ) قال الولوالجي رحمه الله في الكلام على الشروط التي تفسد الإجارة والتي لا تفسد ولو استأجر دارا على أن يسكن وحده كان له أن يسكن غيره لأن الناس لا يتفاوتون في السكنى فسكنى غيره لا يضر بالدار وهذا الشرط لا يفسد العقد لأنه لا منفعة لأحد العاقدين في هذا الشرط ومثل هذا الشرط لا يوجب فساد

العقد كما لو اشترى ثوبا بشرط أن لا يلبس

قال رحمه الله (يفسد الإجارة الشروط) لأنها بمنزلة البيع ألا ترى أنها تقال وتفسخ فتفسدها الشروط التي لا يقتضيها العقد كالبيع وهذا لأن المنافع بالعقد تكون لها قيمة وتصير بها مالا فتعتبر الإجارة بالمعاوضة المالية دون ما سواها من النكاح والخلع والصلح عن دم العمد وأشباهها قال رحمه الله (وله أجر مثله لا يجاوز به المسمى) هذا إذا لم يكن الفساد لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وإن كان لجهالة المسمى أو لعدم التسمية يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا إذا كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم مثل أن يسمي دابة أو ثوبا أو يستأجر الدار أو الحمام على أجرة معلومة بشرط أن يعمرها أو يرمها وقالوا إذا استأجر دارا على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الإجارة ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ وقال زفر والشافعي يجب أجر المثل بالغا ما بلغ في الكل لأن المنافع متقومة عندهما فتجب القيمة بالغة ما بلغت عند

ولو استأجر دارا على أن لا يسكنها كانت الإجارة فاسدة لأنه شرط شرطا يمنع موجب العقد فيفسد العقد كما لو باع بشرط أن لا يملك المشتري فرق بين هذا وبين الأول والفرق أن ذلك الشرط مما لا يمنع موجب العقد لأنه شرط أن يكون

هو القابض وحده فصار كما لو باع بشرط أن يقبضه المشتري وحده اهـ (قوله ويجب عليه إن سكنها أجر المثل بالغا ما بلغ) فيه نظر وينبغي أن لا يجاوز المسمى لأن فساد الإجارة هنا بالشرط المذكور وهو عدم السكنى لا لعدم تسمية الأجرة وكلام الولوالجي السابق وغيره يفصح بذلك وقد قال الولوالجي رحمه الله ما نصه فإن استأجر دارا كل شهر بعشرة على أن ينزلها هو وأهله على أن يعمرها ويعطي أجر حارسها ونوائبها فالإجارة فاسدة لما ذكرنا وعليه أجر مثلها فيما سكن بالغا ما بلغ فرق بين هذا وبين سائر الإجارات الفاسدة فإن ثمة لا يجاوز به المسمى والفرق أن في سائر الإجارات الفاسدة المسمى معلوم القدر فأمكننا تقدير القيمة به لأن أصل القيمة للمنافع تثبت بالتسمية فيجب تقديرها بالتسمية ما أمكن وقد أمكن أما ههنا بعض المسمى مجهول لأنه إذا لم يحتج إلى العمارة وإلى الحارس ولم تقع نائبة لا يدري أي قدر يعطيه فكان بعض المسمى مجهولا فلا يمكن تقدير القيمة بجميع المسمى فتجب قيمتها بالغة ما بلغت كما لو كان جميع المسمى مجهولا اهـ فقول الولوالجي فرق بين هذا وبين سائر الإجارات الفاسدة الخ يشكل على قول الزيلعي بالغا ما بلغ اهـ

﴿فرع﴾ وفي الحاصل من شرح الطحاوي في الإجارة الفاسدة لا يجب الأجر إذا لم ينتفع به عندنا وأحمد وعند الشافعي ومالك يجب أجر المثل بالتمكن من الاستيفاء كالصحيح ولو استأجر شيئا ثم آجره قبل قبضه لا يجوز بلا خلاف وقيل يجوز في العقار عند أبي حنيفة وإن آجره بعد القبض يجوز بلا خلاف فلو كانت الأجرة الثانية أكثر لا يطيب له الفضل عندنا والثوري والشعبي والنخعي وابن المسيب وأحمد في رواية وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وعطاء والحسن والزهري يطيب له لملكه المنفعة بعقد الإجارة وقلنا هذا ربح ما لم يضمن وقد نهى النبي عليه السلام عن ذلك اهـ كاكي وكتب ما نصه لا يجب الأجر في الإجارة الفاسدة بمجرد التمكن من استيفاء المنفعة وإنما يجب بحقيقة الاستيفاء بشرط أن يوجد التسليم إلى المستأجر من جهة الآجر وفي الإجارة الصحيحة يجب الأجر بمجرد التمكن من الاستيفاء لكن بشرط أن يوجد في المدة في المكان الذي أضيف إليه العقد وتمامه في (٢٩) من فصول العمادي اهـ (قوله وقال زفر والشافعي) أي وبه قال مالك وأحمد اهـ دراية (قوله يجب أجر المثل بالغا ما بلغ في الكل) اهـ لما أن الإجارة بيع المنافع فتعتبر ببيع الأعيان

تعذر إيجاب المسمى كما في بيع الاعيان وكما إذا كان الفساد لجهالة الاجر أو لعدم التسمية ولنا أن المنافع غير متقوّمة بنفسها لان التقوّم يستدعي سابقة الاحراز وما لا بقاء له لا يمكن احرازه فلا يتقوّم وانما تقوّمت بالعقد شرعا للضرورة لشدة الحاجة اليها واذا فسدت الاجارة وجب أن لا تجب الاجرة لعدم العقد والضرورة لان الصحيح منها كاف فلا حاجة الى الفاسد منها الا أن الفاسد من كل عقد ملحق بصحيحه لكونه تبعا له وكانت الضرورة باقية من وجه لان كل أحد لا يهتدي الى الصحيح فمست الحاجة الى الحاقها به فيكون لها قيمة في قدر ما وجد فيه شبهة العقد وهو قدر المسمى فيجب في المسمى بالغا ما بلغ وفيما زاد على المسمى لم يوجد فيه عقد ولا شبهته فلا يتقوّم ويبقى على الاصل بخلاف المبيع لانه متقوّم بنفسه فتجب قيمته بالغة ما بلغت ولا نهاية للمجهول ولا لغير المسمى فيجب بالغا ما بلغ قال رحمه الله (وان آجر دارا كل شهر بدرهم صح في شهر فقط الا أن يسمي الكل) لان كلمة كل اذا دخلت على مجهول وأفراده معلومة انصرف الى الواحد لكونه معلوما وفسد في الباقي للجهالة كما اذا باع صبرة من طعام كل قفيز بدرهم فانه يجوز في قفيز واحد فكذا هذا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه سوّى بين البابين وهما وافقاه في الشهور وأجازا العقد في الكل في الصبرة والفرق لهما أن الشهور لا نهاية لها فلا يمكن رفع الجهالة فيها والصبرة متناهية فترتفع الجهالة بالكيل فلهذا أجازاه في الكل ولا معنى لقول من قال من المشايخ ان العقد صحيح في الشهر الثاني والثالث لتعامل الناس لان التعامل المخالف للدليل لا يعتبر ثم اذا تم الشهر كان لكل واحد منهما نقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح بشرط أن يكون الآخر حاضرا وان كان غائبا لا يجوز بالاجماع وقيل لا يجوز عندهما الا بحضرة الآخر وعند أبي يوسف رحمه الله يجوز كأنه بنى على الفسخ بشرط الخيار وقد بيناه في البيوع وبتسمية جملة الشهور تصير المدة معلومة فتصح قال رحمه الله (وكل شهر سكن أوّله ساعة صح فيه) لانه صار معلوما فتم العقد فيه بتراضيهما فلا يكون لاحدهما الامتناع عن المضي وهذا قول بعض المشايخ وهو القياس وفي ظاهر الرواية لكل واحد منهما الخيار في الليلة الاولى من الشهر ويومها وبه يفتى لان في اعتبار الساعة حرجا عظيما والمقصود هو الفسخ في رأس الشهر وهو عبارة عن الليلة الاولى ويومها عرفا ألا ترى الى ما ذكره محمد رحمه الله في كتاب الايمان فيمن حلف ليقضين دين فلان رأس الشهر فقضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال وفي يومها لم يحنث استحسانا ولو فسخ في أثناء الشهر لم

ينفسخ

وفي بيع الاعيان اذا فسد تعتبر القيمة بالغة ما بلغت فكذا في بيع المنافع وهو الاجارة اذا فسد يعتبر أجر المثل بالغا ما بلغ اهـ اتقاني (قوله ولنا أن المنافع غير متقوّمة بنفسها) أي بحال لانها أعراض لا بقاء لها فكما توجد تتلاشى اهـ اتقاني (قوله وانما تقوّمت بالعقد شرعا الخ) واذا لم تتقوّم في أنفسها وجب الرجوع الى ما قوّم العقد به وسقط ما زاد عليه لانهما رضيا باسقاط ذلك اهـ اتقاني (قوله لكونه تبعا له) والتبع يثبت بحسب ثبوت الاصل وهذا لان الفاسد مشروع بأصله دون وصفه اهـ كاكي (قوله لم يوجد) أي اذا كان المسمى أقل يجب المسمى لاتفاقهما عليه فقد أسقطا الزيادة والاسقاط وان كان في ضمن التسمية لكن لا يفسد بفسادها الرضا بسقوط الزيادة وعدم تقوّم المنافع في نفسها فلم يظهر التقوّم فيما زاد على ذلك واذا نقص أجر المثل يجب أجر المثل لفساد التسمية اهـ كاكي (قوله بخلاف المبيع) أي بيعا فاسدا اهـ (قوله في المتن كل شهر بدرهم الخ) هكذا ذكروه في كل المتون والشروح ولم يتعرضوا لحكم سنة هل هو كذلك أم لا وقد صرح به في نفقات الخانية على سبيل الاستشهاد حيث قال امرأة قالت لزوجها أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك ان لم يكن فرض القاضي عليه النفقة كانت البراءة باطلة لانها أبرأته قبل الوجوب وان كان القاضي فرض عليه النفقة لكل شهر كذا فقالت أنت بريء من نفقتي أبدا ما كنت امرأتك صحت البراءة عن نفقة شهر واحد لا غير فلو أبرأته بعد مضي أشهر صحت البراءة عما مضى دون ما بقي كما لو آجر داره كل شهر بكذا أو كل سنة بكذا فمضى بعض السنة أو بعض الشهر صحت البراءة عن الشهر الاوّل وعن السنة الأولى اهـ (قوله في المتن صح في شهر فقط) أي وفسد في الباقي اهـ (قوله الا أن يسمي) أي جملة شهور معلومة اهـ (قوله وأفراده معلومة) والاصل هنا أن صفة العام اذا لم يمكن اجراؤها على العموم يراد به أخص الخصوص اهـ اتقاني (قوله لكونه معلوما) فان قيل كما أن الشهر الاوّل معلوم فكذلك الشهر الثاني معلوم فلم خصصتم الاوّل بصحة العقد قلنا انما اختص الاوّل لوجود جزء منه وحصوله بخلاف سائر الشهور حتى اذا سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد عليه أيضا والثالث والرابع مثله اهـ اتقاني (قوله فتم العقد فيه) فلو أن صاحب هذه الدار حلف أن يؤجرها فتركها في يد المستأجر وصار يتقاضى الاجرة آخر كل شهر لا يحنث لان الانعقاد في رأس كل شهر لا يتوقف على اختياره فلا يكون آجرا ولو طلب أجرة شهر لم يسكنه بعد يحنث اهـ فتاوى الطبري (قوله وهو القياس) لان رأس الشهر في الحقيقة هي الساعة التي يهل فيها الهلال فاذا أهل مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ اهـ كاكي (قوله وبه يفتى) قال الاتقاني قال الصدر الشهيد في الواقعات في باب الاجارة الجائزة بعلامة السين والصحيح أن يفسخ في الليلة الأولى واليوم الاوّل من الشهر الثاني والثالث فان خيار الفسخ انما يثبت له في أوّل الشهر وأوّل الشهر هذا

ينفسخ وقيل ينفسخ به اذا خرج الشهر لانه أمكن توقيفه الى وقت يملك فيه الفسخ وبه كان يقول محمد أبو نصير بن يحيى بن سلام ولو قال فى أثناء الشهر فسخت رأس الشهر ينفسخ اذا أهل الشهر بلا شبهة فيكون فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه ولو قدم أجرة شهرين أو ثلاثة وقبض الاجرة فلا يكون لواحد منهما الفسخ فى قدر المعجل أجرته لانه بالتقديم زالت الجهالة فى ذلك القدر فيكون كالمسمى فى العقد قال رحمه الله (وان استأجرها سنة صح وان لم يسم أجرة كل شهر) يعنى بعد ما سمى الاجرة جملة لان المنفعة صارت معلومة ببيان المدة والاجرة معلومة فيصح وان لم يبين قسط كل شهر كما اذا استأجر شهرا ولم يبين حصة كل يوم فاذا صح وجب أن تقسم الاجرة على الاشهر على السواء ولا يعتبر تفاوت الاسعار باختلاف الزمان قال رحمه الله (وابتداء المدة وقت العقد) يعنى ابتداء مدة الاجارة من وقت العقد لان الاوقات كلها سواء فى حكم الاجارة وفى مثله يتعين الزمان الذى يلى العقد كالاجل واليمين أن لا يكلم فلانا شهرا ولانه لو لم يتعين عقيبه لتتهالصار منكرا مجهولا وبه تبطل الاجارة والظاهر من حاله أن يقصد الصحيح فتعين عقيب العقد بخلاف الصوم حيث لا يتعين ابتداؤه عقيب اليمين ولا عقيب النذر لان الاوقات فى حقه ليست بسواء فانه لا يجوز فى الليل ولا يصير شارعا فيه الا بالعزيمة فلا يتعين عقيب السبب هذا اذا كان العقد مطلقا من غير تعيين المدة وان بين المدة تعين ذلك وهو ظاهر قال رحمه الله (فان كان حين يهل تعتبر الاهلة والا فالايام) يعنى اذا وقع عقد الاجارة حين يهل الشهر أو كان أولها بالتعيين كذلك تعتبر شهور المدة بالاهلة وان كان أولها بعد ما مضى شئ من الشهر تعتبر الشهور بالعدد وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله اذا كان ابتداؤها فى أثناء الشهر يعتبر الاول بالايام ويكمل من الاخير ويعتبر الباقى بالاهلة وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لان الاهلة هى الاصل فى الشهور قال الله تعالى يسألونك عن الاهلة قل هى مواقيت للناس والايام بدل عن الاهلة ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام صوموا لرؤيته وأفطروا لرؤيته فان غم عليكم الهلال فأكملوا عدة شعبان ثلاثين يوما ولا يصار الى البدل الا عند تعذر الاصل ولا تعذر الا فى الشهر الواحد وهو الاول وقد أمكن تكميله من الاخير فيكمل ويبقى غيره على الاصل وله أنه لما تعذر اعتبار الشهر الاول بالهلال تعذر الباقى أيضا بالاهلة لان الشهر الاول يجب تكميله مما يليه والا لزم أن يكون الثانى والثالث وجميع الاشهر التى بعده قبل الاول وهو محال فاذا كمل من الثانى انتقص الآخر فوجب تكميله من الذى يليه وكذا كل شهر الى آخر المدة فوجب اعتباره بالايام ضرورة ونظيره العدة وقد بيناه فى الطلاق قال رحمه الله (وصح أخذ أجرة الحمام) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام دخل الحمام فى الجحفة ولتعارف الناس وقال عليه الصلاة والسلام ما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن ومن العلماء من كره الحمام لما روى عن عمارة بن عقبة أنه قال قدمت على عثمان بن عفان فسألنى عن مالى فأخبرته أن لى غلمانا وحماما له غلة فكره لى غلة الحمامين وغلة الحمام وقال انه بيت الشيطان فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم شر بيت فانه تكشف فيه العورات وتصب فيه الغسالات والنجاسات ومنهم من فصل بين حمام الرجال وحمام النساء فقالوا يكره اتخاذ حمام النساء لانهن ممنوعات عن الخروج وقد أمرن بالقرار فى البيوت فاجتماعهن قلما يخلو عن الفتن وقد روى أن نساء دخلن على عائشة رضى الله عنها فقالت أنتن من اللاتى يدخلن الحمامات وأمرت باخراجهن والصحيح أنه لا بأس ببناء الحمامات للرجال والنساء جميعا للحاجة اليه لان النساء يحتجن اليه للاغتسال مثل الرجال بل حاجتهن أكثر لكثرة أسباب الاغتسال فى حقهن من الحيض والنفاس والجنابة واستعمال الماء البارد قد يضر وقد لا يتمكن من الاستيعاب به وازالة الوسخ مقصود وذلك يحصل بدخول الحمام وكراهة عثمان

(قوله وان بين المدة) أى كما اذا آجر داره فى رمضان رجلا وهما فى رجب يعتبر ابتداء المدة من غرة رمضان اه اتقانى

(قوله فى المتن فان كان حين يهل) بضم الياء وفتح الهاء أى يبصر اه قارئ الهداية وكتب ما نصه قال الاتقانى وفسر بعضهم فى شرحه قوله حين يهل الهلال بقوله أراد به اليوم الاول من الشهر وفيه نظر لانه ليس حين يهل الهلال بل هو أول الليلة الأولى من الشهر اه وكتب أيضا ما نصه قال الاتقانى يجوز على صيغة المبنى للفاعل وعلى صيغة المبنى للمفعول جميعا قال فى الجمهرة هل الهلال وأهل ودفع الاصمعى هل وقال لا يقال الا أهل وأهللنا نحن اذا رأينا الهلال اه (قوله وهو أن يعتبر كل شهر ثلاثون يوما) أى فالسنة ثلثمائة وستون يوما اه واعلم أنى قد كتبت حاشية نافعة من فتح القدير عند قوله فى الكنز فى أول باب الطلاق وفرق على الاشهر فى من لا تحيض فلتراجع فانها مهمة فى هذا المقام والله الموفق اه (قوله ويعتبر الباقى بالاهلة) أى فيكون عنده أحد عشر شهرا بالاهلة والشهر الواحد بالايام اه (قوله فى المتن وصح أخذ أجرة الحمام) أى لان الناس فى سائر الامصار يدفعون أجرة الحمام وان كان مقدار ما يستعمل من الماء ليس بمعلوم ولا مقدار القعود فدل اجماعهم على جواز ذلك وان كان القياس يأباه لوروده على اتلاف العين مع الجهالة اه اتقانى

(قوله فى المتن والحجام) قال الاتقانى وأما الحجام فلما روى فى صحيح البخارى مسندا الى ابن عباس قال احتجم النبى صلى الله عليه وسلم وأعطى الحجام أجره ولو كان فيه كراهية لم يعطه وفى رواية السنن ولو علمه خبيثا لم يعط. وحدّث صاحب السنن أيضا فى كتاب البيوع والتجارة مسندا الى أنس بن مالك أنه قال حجم أبو طيبة رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر له بصاع من تمر وأمر أهله أن يخففوا عنه من خراجه ولانه عمل معلوم أبيح استيفاؤه فجاز أخذ الاجرة عليه كسائر الاعمال فان قلت حدّث صاحب السنن باسناده الى رافع بن خديج أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال كسب الحجام خبيث وثمن الكلب خبيث ومهر البغى خبيث فما الجواب عنه قلت لاشك أن رسول الله صلى الله عليه وسلم احتجم فلو كان خبيثا لم يعطه الاجر فيحمل حديث الخبث على الكراهة طبعا من حيث المروأة لما فيه من الخبث والدناءة على أنا نقول ان راويه ليس كابن عباس فى الضبط والاتقان والفقه فلا يعارض الحديث حديث ابن عباس فيعمل بحديث ابن عباس دونه اه

(قوله إن من السحت عسب التيس) المراد منه استئجار التيس لينزيه لانه لا يحصل النزو الا بنشاط التيس وليس فى يد العبد احداث النشاط فكان استئجارا على عمل لا يقدر على تسليمه المؤجر اه قال ابن الاثير وفيه أنه نهى عن عسب الفحل عسب الفحل ماؤه فرسا كان أو بعيرا أو غيرهما وعسبه أيضا ضرابه يقال عسب الفحل الناقة يعسبها عسبا ولم ينه عن واحد منهما وانما أراد النهى عن الكراء الذى يؤخذ عليه فان اعارة الفحل مندوب اليها فقد جاء فى الحديث ومن حقها اطراق فحلها ووجه الحديث أنه نهى عن كراء عسب الفحل فحذف المضاف وهو كثير فى الكلام وقيل يقال لكراء الفحل عسب وعسب فحله يعسبه أى أكراه وعسبت الرجل اذا أعطيته كراء ضراب فحله فلا يحتاج الى حذف مضاف وانما نهى عنه للجهالة التى فيه ولا بد فى الاجارة من تعيين العمل ومعرفة مقداره اه (قوله وقال الشافعى يجوز فى كل ما لا يتعين على الاجير) أى حتى لو تعين بأن كان الامام أو المفتى واحدا لا يجوز الاستئجار بالاجماع وبقوله قال مالك وأحمد فى رواية أبى الخطاب عنه وأبو ثور وأبو قلابة ونص أحمد مثل قولنا وبقولنا قال عطاء والضحاك والزهرى والحسن وابن سيرين وطاوس والنخعى والشعبى اه (قوله وقل من يعلم حسبة) وذكر فى تتمة الفتاوى الاستئجار لتعليم الفقه لا يجوز كالاستئجار لتعليم القرآن فى أول باب القسمة من أدب القاضى وفى الاستئجار لتعليم الحرف روايتان فى رواية المبسوط يجوز وفى رواية القدورى لا يجوز وذكر شمس الأئمة السرخسى فى باب الاجارة الفاسدة أن مشايخ بلخ اختاروا قول أهل المدينة فى جواز استئجار المعلم على تعليم القرآن فنحن أيضا نفتى بالجواز الى هنا لفظ التتمة ثم قال فيها استأجر انسانا ليعلم غلامه أو ولده شعرا أو أدبا أو حرفة

وعائشة رضى الله عنهما محمول على أنه كان يؤدى الى كشف العورة قال رحمه الله (والحجام) أى جاز أخذ أجرة الحجامة لما روى انه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى أجرته ولانه جرى التعارف بين الناس من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا فانعقد اجماعا عمليا وقالت الظاهرية لا يحل لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن عسب التيس وكسب الحجام وقفيز الطحان قلنا هذا الحديث منسوخ بما روى أنه صلى الله عليه وسلم قال له رجل إن لى عيالا وغلاما حجاما أفأطعم عيالى من كسبه قال نعم قال رحمه الله (لا أجرة عسب التيس) أى لا يجوز أخذ أجرة عسب التيس لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت عسب التيس ومهر البغى وكسب الحجام ولانه عمل لا يقدر عليه وهو الاحبال فلا يجوز أخذ الاجرة عليه ولانه أخذ المال بمقابلة الماء وهو نجس مهين لا قيمة له فلا يجوز أخذ الاجرة عليه قال رحمه الله (والاذان والحج والامامة وتعليم القرآن والفقه) يعنى لا يجوز أخذ الاجرة على هذه الاشياء وقال الشافعى رحمه الله يجوز فى كل ما لا يتعين على الاجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز وكونه عبادة لا ينافى ذلك ألا ترى أنه يجوز الاستئجار على بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولا تأكلوا به وعهد عليه الصلاة والسلام الى عثمان بن أبى العاص وان اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الاذان أجرا ولان القربة متى وقعت كانت للعامل فلا يجوز له أن يأخذ الاجر على عمل وقع له كما فى الصوم والصلاة ولان التعليم مما لا يقدر عليه المعلم الا بمعنى من جهة المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يجوز بخلاف بناء المسجد وأداء الزكاة وكتابة المصحف والفقه فانه يقدر عليها الاجير وكذا الاجير يكون للآمر لوقوع الفعل عنه نيابة ولهذا لا يشترط أهلية المأمور فيهما بل أهلية الآمر حتى جاز أن يستأجر الكافر فيهما ولا يجوز فيما نحن فيه والاصل فيه أن كل شئ جاز أن يستأجر الكافر عليه جاز أن يستأجر عليه المسلم وما لا فلا قال رحمه الله (والفتوى اليوم على جواز الاستئجار لتعليم القرآن) وهو مذهب المتأخرين من مشايخ بلخ استحسنوا ذلك وقالوا بنى أصحابنا المتقدمون الجواب على ما شاهدوا من قلة الحفاظ ورغبة الناس فيهم وكان لهم عطيات فى بيت المال وافتقاد من المتعلمين فى مجازاة الاحسان بالاحسان من غير شرط مروءة يعينونهم على معاشهم ومعادهم وكانوا يفتون بوجوب التعليم خوفا من ذهاب القرآن وتحريضا على التعليم حتى ينهضوا لاقامة الواجب فيكثر حفاظ القرآن وأما اليوم فذهب ذلك كله واشتغل الحفاظ بمعاشهم وقل من يعلم حسبة ولا يتفرغون له أيضا فان حاجتهم تمنعهم من ذلك فلو لم يفتح لهم باب التعليم بالاجر لذهب

القرآن

مثل الخياطة ونحوها فالكل سواء ان بين المدة بأن استأجره شهرا ليعلمه هذا العمل يجوز ويصح وينعقد العقد على المدة حتى يستحق الاجرة تعلم أو لم يتعلم اذا سلم الاستاذ نفسه لذلك أما اذا لم يبين المدة فينعقد لكن فاسدا حتى لو علم استحق أجر المثل والا فلا وكذا تعليم سائر الاعمال كالخط والهجاء والحساب على هذا ولو شرط أن يحذقه فى ذلك العمل فهو غير جائز لان التحذيق ليس فى وسع المعلم والحذاقة لمعنى فى المتعلم دون المعلم ولان الحذاقة ليس لها حد تنتهى اليه فكان مجهولا جهالة تفضى الى المنازعة اه اتقانى (قوله عبد الله الخيزاخزى) بفتح الخاء وسكون الياء باثنتين من تحتها وفتح الزاى وسكون الالف (١) وفتح الخاء الثانية وكسر الزاى الثانية نسبة الى قرية خيزاخز من قرى بخارى اه جواهر (قوله فى المتن ولا يجوز على الغناء والنوح) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى ولا تجوز الاجارة على شئ من الغناء والنوح والمزامير والطبل وشئ من اللهو ولا على الحداء وقراءة الشعر ولا غيره ولا أجر فى ذلك وهذا كله قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد لانه معصية ولهو ولعب والاستئجار على المعاصى واللعب لا يجوز لانه منهى عنه وقد حدث صاحب السنن عن مسلم بن ابراهيم قال حدثنا سلام بن مسكين عن شيخ شهد أبا وائل فى وليمة فجعلوا يغنون فحل أبو وائل حبوته وقال سمعت عبد الله يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الغناء ينبت النفاق فى القلب كما ينبت الماء البقل اه اتقانى (قوله فى المتن والملاهى) كالمزامير والطبل وغيرهما وبه قالت الائمة الثلاثة وأبو ثور وقال الشعبى والنخعى يكره ذلك ويجوز أما الاستئجار لكاتب يكتب له غناء ونوحا يجوز عند أبى حنيفة خلافا لصاحبيه وللائمة الثلاثة وعلى هذا الخلاف الاستئجار على حمل الخمر اه كاكى قوله كالمزامير والطبل والطبل انما يكون منهيا اذا كان للهو أما اذا كان لغيره فلا بأس به كطبل الغزاة وطبل العرس ألا ترى الى ما قال فى الاجناس ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليشهر ذلك ويعلن به النكاح وقال ظهير الدين اسحق الولوالجى فى كتاب الكراهة من فتاواه رجل استأجر رجلا ليضرب له الطبل ان كان للهو لا يجوز لانه معصية وان كان للغزو أو القافلة يجوز لانه طاعة اه اتقانى (قوله فى المتن وفسد اجارة المشاع) قال فى تصحيح القدورى للعلامة قاسم رحمه الله قال الكرخى فى جامعه نص أبو حنيفة أنه اذا آجر بعض ملكه أو آجر أحد الشريكين نصيبه من أجنبى فهو فاسد سواء فيما يقسم وما لا يقسم قلت صحح فى الحقائق أنه فاسد وحكى عن بعض أنه باطل وهو فى نظم الخلافيات وقال القاضى اجارة المشاع فيما يقسم وما لا يقسم فاسدة فى قول أبى حنيفة وعليه الفتوى وان آجر من شريكه جاز فى أظهر الروايتين ولو من ثالث لا يجوز فى الاظهر قال فى الفتاوى الصغرى وفى المزارعة والمعاملة والوقف الفتوى على قول أبى يوسف ومحمد لمكان الضرورة والبلوى وفى اجارة المشاع على قول أبى حنيفة وقال فى الحقائق والفتوى على قول أبى حنيفة واعتمده النسفى وبرهان الائمة المحبوبى وصدر الشريعة وقال فى شرح الكنز للزيلعى وفى المغنى أن الفتوى اليوم فى اجارة المشاع على قولهما قلت شاذ مجهول القائل فلا يعارض ما ذكرنا اه وكتب على قوله وفسد الخ ما نصه فان قلت كيف جوز أبو حنيفة على الرواية المشهورة عنه اجارة المشاع من الشريك ولم يجوز رهن المشاع ولا هبة المشاع من الشريك وغيره قلت انهما مما يشترط فيهما القبض والاشاعة تؤثر فى القبض بخلاف الاجارة فان صحتها لا تتوقف على القبض اه اتقانى

القرآن فأفتوا بجواز ذلك لذلك ورأوه حسنا وقالوا الاحكام قد تختلف باختلاف الزمان ألا ترى أن النساء كن يخرجن الى الجماعات فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وفى زمن أبى بكر رضى الله عنه حتى منعهن عمر رضى الله عنه واستقر الامر عليه وكان ذلك هو الصواب وكان الامام أبو بكر محمد بن الفضل يقول يجب الاجر ويحبس عليها وقال فى النهاية يفتى بجواز الاستئجار على تعليم الفقه أيضا فى زماننا ثم قال وفى روضة الزندويستى كان شيخنا أبو محمد عبد الله الخيزاخزى يقول فى زماننا يجوز للامام والمؤذن والمعلم أخذ الاجر قال كذا فى الذخيرة ولا يجوز استئجار المصحف وكتب الفقه لعدم التعارف قال رحمه الله (ولا يجوز على الغناء والنوح والملاهى) لان المعصية لا تتصور استحقاقها بالعقد فلا يجب عليه الاجر من غير أن يستحق هو على الاجير شيئا اذ المبادلة لا تكون الا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ولو استحق عليه المعصية لكان ذلك مضافا الى الشارع من حيث انه شرع عقدا موجبا للمعصية تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولان الاجير والمستأجر مشتركان فى منفعة ذلك فى الدنيا فتكون الاجارة واقعة على عمل هو فيه شريك ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة وان أعطاه الاجر وقبضه لا يحل له ويجب عليه رده على صاحبه وفى المحيط فى كتاب الاستحسان اذا أخذ المال من غير شرط يباح لانه أعطاه المال عن طوع من غير عقد ولو استأجر من له القصاص رجلا ليقتل له فلا أجر له خلافا لمحمد رحمه الله ولو استأجر القاضى رجلا ليقوم فى مجلس القضاء ويقيم الحدود جاز ولو استأجره للحدود والقصاص لم يجز ولو استأجره لاستيفاء القصاص فيما دون النفس جاز قال رحمه الله (وفسد اجارة المشاع الا من الشريك)

(١) قوله وفتح الخاء الثانية كذا فى الاصل والذى فى معجم ياقوت أنها مضمومة اه كتبه مصححه

(قوله وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه) المذكور في الخلاصة والبدائع جواز اجارة النصيب عندهما وان لم يعرفه المستأجر اه (قوله لهما أن للشاع منفعة) وجه قولهما أن الاجارة بيع المنفعة لان طريق جوازها اقامة العين مقام المنفعة فصارت كبيع العين ثم بيع العين يصح في الشائع وغيره فكذا بيع المنفعة ولان العقود التي يبطلها الشيوع يستوي فيها الشريك وغير الشريك كالرهن والهبة حتى لو رهن المشاع أو وهبه من شريكه أو غير شريكه لا يجوز فههنا لما ثبت أن اجارة المشاع من الشريك جائزة ثبت أن الشيوع لا يبطل الاجارة فوجب أن تصح الاجارة مشاعا من الاجنبي كما تصح من الشريك وكما اذا آجر داره من اثنين اه اتقاني ﴿فروع﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره ولا يجوز اجارة المشاع فيما يقسم وفيما لا يقسم عند أبي حنيفة وزفر الا أن يكون المستأجر شريكا في العقار فيستأجر نصيب شريكه أو شركائه كله في صفقة واحدة في قول أبي حنيفة وكذلك قال أبو حنيفة في رجلين آجرا دارا لهما من رجل فهو جائز وان مات أحد المؤجرين بطلت الاجارة في نصيبه والاجارة في نصيب الحي صحيحة على حالها ولا يجوز أيضا عند أبي حنيفة أن يستأجر من عقار مائة ذراع ولا من أرض جريبا أو جريبين اذا كانت أكثر من ذلك الى هنا لفظ الكرخي وقال في شرح الطحاوي اجارة المشاع من شريكه جائزة بالاجماع ومن غير شريكه لا تجوز عند أبي حنيفة وعندهما تجوز وبيع المشاع يجوز من شريكه ومن غير شريكه بالاجماع سواء كان مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتمل القسمة ورهن المشاع من شريكه ومن غير شريكه سواء كان مما يحتمل القسمة أو لا يحتمل القسمة لا يجوز وعند الشافعي يجوز وهبة المشاع فيما لا يحتمل القسمة جائزة وفيما يحتمل القسمة لا تجوز عندنا وعند الشافعي تجوز وقرض المشاع جائز بالاجماع (١) وأما وقف المشاع فأبو حنيفة لا يرى الوقف مشاعا كان أو غيره وعندهما يجوز الوقف ثم على قول أبي يوسف وقف المشاع جائز وعند محمد باطل ولو آجر داره من رجلين صفقة واحدة فانه يجوز وهذا لا يكون مشاعا بخلاف الهبة فانه اذا وهب داره من رجلين صفقة (١٣٦) واحدة لا يجوز عند أبي حنيفة ثم العقد متى حصل في غير المشاع فاعترض الشيوع في البعض لا يبطل به العقد كما لو استأجر دارا من رجلين ثم مات أحد المؤجرين لم تنتقض الاجارة في حصة الحي وان بقيت مشاعا وكذا لو آجر داره من رجلين صحت الاجارة ثم اذا مات أحد المستأجرين انتقضت الاجارة في حقه وبقي في حق الحي كما كان جائزا الى هنا لفظ الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وقد صرح ان اجارة المشاع من الشريك جائزة فلا بالاجماع وينبغي أن يكون هذا على الرواية المشهورة عن أبي حنيفة لان القدوري قال في التقريب وذكر الطحاوي في اختلاف أبي يوسف وزفر الذي رواه مالو جب أن لا تصح اجارة المشاع ثم قال والمشهور جوازه وذكر القدوري أيضا في شرحه لمختصر الكرخي فقال وأما اجارة المشاع من الشريك فقد روى زفر عن أبي حنيفة أنها لا تجوز لان ما لا يجوز من غير الشريك لا يجوز مع الشريك كالرهن والهبة وقال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال أبو حنيفة اجارة المشاع غير صحيحة سواء كان محتملا للقسمة كالدار وغيرها أو غير محتمل كالدابة ونحوها وقال صاحباه والشافعي صحيحة وثمرة الاختلاف تظهر في وجوب المسمى عند التسليم والانتفاع عنده لا يجب وعندهم يجب وهل يجب أجر المثل عند أبي حنيفة رحمه الله فيه روايتان في رواية لا يجب وبعض مشايخنا عوّلوا على هذه الرواية وقالوا ان هذه الاجارة باطلة وفي رواية يجب وبعضهم عوّلوا على هذه الرواية وقالوا انها فاسدة وهو الصحيح الى هنا لفظ العالم في طريقته اه اتقاني قوله وقرض المشاع جائز بالاجماع مر في كتاب الهبة قرض المشاع والوصية بالمشاع اه (قوله بخلاف البيع) وجه قول أبي حنيفة أنه آجر ما لا يقدر على تسليمه وكل عقد لا تثبت القدرة فيه على تسليم المعقود عليه يفسد كاجارة العبد الآبق والمبيع قبل القبض واجارة الارض السبخة التي لا تنبت للزراعة وانما قلنا هذا لان الشائع وان كان منتفعا به لكن لا يمكن تسليمه الا بالتهايؤ والتهايؤ حكم مستحق بالعقد بناء على حكمه وهو الملك فلا يصلح شرطا لجواز العقد لان شرط العقد يسبقه أو يقترن به وحكم العقد يعقبه فلا يصح اجارة المشاع إذن لئلا تنقلب الحقيقة ولان المهايأة وهي قسمة منافع الاعيان عقد في نفسه فلو كانت شرطا لصحة الاجارة كانت بمنزلة شرط عقد في عقد وذلك فاسد فتفسد به الاجارة ولان المستأجر لا يتوصل الى الانتفاع بالنصف الذي استأجره الا بالانتفاع بالنصف الذي لم يستأجره فصار كرجل آجر داره من رجل واشترط للمستأجر أن ينتفع بدار أخرى للمؤاجر فذلك فاسد فكذا هذا اه اتقاني

وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما يجوز بشرط بيان نصيبه وان لم يبين نصيبه لا يجوز في الصحيح لهما أن للمشاع منفعة وتسليمه ممكن بالتخلية أو بالتهايؤ ولهذا يجب أجر المثل عنده فصار كما اذا آجر من شريكه أو من رجلين وكالشيوع الطارئ بأن مات أحد المستأجرين وكالعارية وهي أقرب اليها لان العارية للانتفاع بها الا أنها بلا عوض فلو لم يمكن الانتفاع به لما جازت اعارته فاذا جازت اعارته فأولى أن تجوز اجارته لان تأثير الشائع في منع التبرع أقوى من تأثيره في منع المعاوضة ألا ترى أن هبة الشائع لا تجوز وبيعه يجوز ولأبي حنيفة رحمه الله أن المقصود من الاجارة الانتفاع والانتفاع بالمشاع لا يمكن ولا يتصور تسليمه بخلاف البيع لان المقصود فيه الملك وهو أمر حكمي فأمكن فيه فيجوز والانتفاع حسي

---

(١) قول المحشي وأما وقف المشاع الخ هكذا في الاصل وارجع الى الاصول الصحيحة في تحرير هذه العبارة فلعلها لا تخلو من تحريف اه مصححه

فلا يمكن بمشاع فيبطل ألا ترى أنه يجوز بيع الجحش دون اجارته لما قلنا والتخلية اعتبرت تسليما في محل يتمكن وفي المشاع لا يتمكن من الانتفاع به ولا من القبض فكيف يجعل تسليما ولا معتبر بالتهايؤ لانه يستحق حكما للملك المنفعة يصار اليه عند الحاجة الى القسمة بعد الملك لان حكم العقد يعقبه والقدرة على التسليم شرط لجواز العقد وشرط الشئ يسبقه ولا يتصور أن يكون شرط الثبوت حكمه فيفسد بخلاف ما اذا آجره من شريكه لانه لا شيوع في حقه اذ الكل في يده غير أن النصف بحكم الملك والنصف الآخر بحكم الاجارة ولا معتبر باختلاف السبب عند اتحاد الحاجة على أنه روى عنه أنه لا يجوز لان استيفاء المنفعة التي يتناولها العقد لا يتأتى الا بغيرها وهو منفعة نصيبه وذلك مفسد للعقد كمن استأجر أحد زوجي المقراض لقرض الثياب وبخلاف ما اذا آجر من رجلين لان العقد أضيف الى الكل ولا شيوع فيه وانما الشيوع يظهر حكما لتفرق الملك فيما بينهما وهو طارئ وكذا اذا مات أحد المستأجرين انفسخ العقد في نصيب الميت وبقي في نصيب الحي شائعا وهو طارئ فلا يضر كالشيوع الطارئ في الهبة وهذا لان الشيوع انما كان مفسدا لكونه مانعا من القبض ولا حاجة اليه بعد القبض والعارية ليس بلازم فلا يجب تسليمه وعند التسليم جاز الانتفاع بجميعه لوجود اذنه في ذلك وصار كل عارية فلا شيوع والحيلة في اجارة المشاع أن يستأجر الكل ثم يفسخ في النصف فانه يجوز لان الشيوع الطارئ لا يفسد كما في الهبة أو يحكم الحاكم بجوازه وفي المغني الفتوى في اجارة المشاع على قولهما قال رحمه الله (وصح استئجار الظئر بأجرة معلومة) والقياس أن لا يصح لانها ترد على استهلاك العين وهو اللبن فصار كاستئجار البقرة أو الشاة لشرب لبنها أو البستان ليأكل ثمره وجه الاستحسان قوله تعالى فان أرضعن لكم فآتوهن أجورهن وعليه اجماع الامة وقد جرى التعامل به في الاعصار من غير نكير ولا نسلم أن العقد يرد على استهلاك العين بل على المنفعة وهو حضانة الصبي وتلقيمه ثديها وخدمته وتربيته واللبن تابع وانما لا تستحق الاجرة اذا أرضعته بلبن الشاة لانها لم تأت بالواجب وهو الارضاع وتلقيمه ثديها والعين قد تدخل تبعا للمنفعة كما اذا استأجر صباغا ليصبغ له الثوب فانه يجوز ويدخل الصبغ فيه تبعا والعقد وارد على المنفعة وهو فعل الصباغة لا على استهلاك العين بخلاف استئجار البقرة والشاة لشرب لبنها لان فيه عقد الاجارة ورد على العين مقصودا فافترقا وقيل العقد يرد على اللبن لانه المقصود لقيام مصالح الصبي به وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا رواه ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال استحقاق لبن الآدمية بعقد الاجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الانعام دليل على انه لا يجوز استحقاقه بعقد الاجارة ولهذا لو أرضعته بلبن الشاة في المدة لا تستحق الاجرة والى هذا القول مال شمس الائمة وقال هو الاصح والاول أشبه بالفقه وأقرب اليه وقال في الكافي وهو الصحيح وقد ذكرنا الجواب عما اذا أرضعته بلبن الانعام قال رحمه الله (وبطعامها وكسوتها) هذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز وهو قول الشافعي وهو القياس لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها بهما للطبخ والخبز وله أن الجهالة هنا لا تفضي الى المنازعة لان العادة جرت بالتوسعة على الاظآر شفقة على الاولاد ولا يشاححها بل يعطيها ما طلبت ويوافقها على مرادها والجهالة اذا لم تفض الى المنازعة لا تمنع الصحة كبيع قفيز من صبرة طعام بخلاف الطبخ والخبز وغيرهما لان الجهالة فيه تفضي الى المنازعة لجريان المماكسة والمضايقة فيها وفي المحيط لو شرطت طعامها وكسوتها عند ستة أشهر وشرطت دراهم مسماة عند الفطام ولم تصف شيئا من ذلك جاز استحسانا من غير بيان عند أبي حنيفة رحمه الله والمعنى ما بيناه وفي الجامع الصغير فان سمى الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها جاز

(قوله على أنه روى عنه) قال القدوري في كتاب التقريب روى الحسن عن أبي حنيفة وزفر بطلان العقد في الجميع يعني في اجارة المشاع من الشريك وغيره والشيوع الطارئ كموت أحد المؤجرين أو أحد المستأجرين وغير الطارئ لان المعنى المفسد في الابتداء وجوب المهايأة عند الاستيفاء وهذا موجود في الثاني اه اتقاني (قوله الفتوى في اجارة المشاع على قولهما) بل الفتوى على قوله كما تقدم في القولة التي على قوله في المتن وفسد اجارة المشاع فلتراجع اه (قوله وقيل العقد يرد على اللبن) أي والخدمة تبعه بدليل انها لو أرضعته بلبن شاة لم تستحق الاجر وان حصلت الخدمة (قوله في المتن وبطعامها وكسوتها) أي ولم يزد على ذلك ويكون لها الوسط منه استحسانا وانما تجب الوسط اذا لم توصف لان البدل اذا ثبت في الذمة مطلقا وجب الوسط منه كالمهر والدية اه وكتب ما نصه قال الاتقاني يعني اذا استأجر الظئر على طعامها وكسوتها ولم يزد على ذلك جاز ويكون لها الوسط من ذلك استحسانا عند أبي حنيفة وقالا لا يجوز وهو القياس وهو قول الشافعي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر الظئر بطعامها وكسوتها قال جائز أستحسن ذلك وقال محمد ويعقوب لا يجوز وان سمى الطعام دراهم وسمى الكسوة ووصف جنسها وضربها وأجلها وذرعها فهو جائز الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وجه قولهما أن هذا بدل عن المنفعة لانه عقد معاوضة فلا يصح مع الجهالة لان الجهالة مانعة من الصحة كما في سائر عقود الاجارات والمعاوضات اه (قوله وله أن الجهالة) أي ليست بمانعة لذاتها بل لكونها مفضية الى المنازعة والجهالة اه غاية

(قوله ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة) أي لان له حملا ومؤنة اه غاية (قوله وفي الكسوة يشترط بيان الاجل) قال الاتقاني وأما الكسوة فلا بدّ من بيان الاجل فيها الا انها لاتصلح ثمنا بكل حال (قوله في المتن ولا يمنع الزوج من وطئها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي وان كان الزوج رضي بالاجارة فأرادوا منعه من غشيانها مخافة الحبل ليس لهم ذلك لان هذا ضرر موهوم والمنع من الوطء ضرر متحقق وتحمل الضرر الناجز لدفع ضرر موهوم أمر لم يرد به الشرع اه اتقاني (قوله ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته) فان لقيها في منزله فله غشيانها ولا يسع الظئر أن تمنعه نفسها ولا يسع أهل الصبي أن يمنعوها من ذلك اه غاية (قوله اذا حبلت المرضعة (١٣٨) أو مرضت تفسخ الاجارة) قال الكرخي في مختصره وليس للظئر ولا للمسترضع أن

أي بالاجماع وقالوا معنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه دراهم فيكون معناه على هذا التقدير ان سمى بدل الطعام دراهم حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه لكن لا يفهم منه انه أعطى بدل الدراهم طعاما وانما يفهم منه انه سمى بدل الطعام دراهم لا غير ولو سمى الطعام وبين قدره ووصفه جاز بالاجماع لزوال الجهالة ولا يشترط تأجيله لان المقدرات الموصوفة في الذمة أثمان ولا يشترط في الثمن أن يكون مؤجلا بل يجوز حالا ومؤجلا ويشترط بيان مكان الايفاء عند أبي حنيفة رضي الله عنه خلافا لهما وقد بيناه في السلم وفي الكسوة يشترط بيان الاجل أيضا مع بيان الجنس والقدر لانها لا تثبت موصوفا في الذمة الا سلما فيشترط فيها شرائط السلم قال رحمه الله (ولا يمنع الزوج من وطئها) لانه حقه فلا يتمكن المستأجر من ابطاله ولهذا كان للزوج أن يفسخ الاجارة اذا لم يكن يعلم بها سواء كان يشينه اجارتها بأن كان وجيها بين الناس أو لم يشنه في الاصح لما أن له أن يمنعها من الخروج وأن يمنع الصبي الدخول عليها ولان الارضاع والسهر بالليل يضعفها ويذهب جمالها فكان له المنع منه كما يمنعها من الصيام تطوعا لكن اذا ثبتت الزوجية باقرارهما ليس له أن يفسخ الاجارة لانهما لا يصدقان في حق المستأجر كما اذا أقرت المنكوحة المجهولة بالرق لانسان تصير رقيقا ولا تصدق في حق بطلان النكاح ولكن للمستأجر منع زوجها من دخول بيته لان المنزل له قال رحمه الله (وان مرضت أو حبلت فسخت) أي اذا حبلت المرضعة أو مرضت تفسخ الاجارة لان لبن الحبلى والمريضة يضر بالصغير وهي يضرها أيضا الرضاع فكان لها ولهم الخيار دفعا للضرر عنها وعن الصبي وهذا لان هذه اجارة والاجارة تفسخ بالاعذار وكذا لو تقيأ لبنها لاهله الفسخ لان ذلك يضر بالصبي وكذا اذا كانت سارقة لانهم يخافون على متاعهم وعلى حلي الصبي وكذا اذا كانت فاجرة بائنا فجورها لانها تشتغل عنه بالفجور بخلاف ما اذا كانت كافرة لان كفرها في اعتقادها ولا يضر ذلك بالصبي وقال في النهاية ولا يبعد أن يقال عيب الفجور في هذا فوق عيب الكفر ألا ترى أنه كان في نساء بعض الرسل كامرأتي نوح ولوط عليهما السلام وما بغت امرأة نبي قط هكذا قال عليه الصلاة والسلام وكذا اذا كان الصبي لا يأخذ ثديها كان لهم أن يفسخوا الاجارة وللظئر أيضا أن تفسخ الاجارة اذا كان يحصل لها الاذى منهم وكذا اذا لم تجر لها عادة بارضاع ولد غيرها لانها تعاب بالارضاع لانها لا تعرف عند ابتداء العقد ما تبتلى به من المقاساة والسهر فاذا جربت ذلك وعرفت أنها تتضرر به كان لها الفسخ وكذا اذا عيروها به كان لها الفسخ لانها تتضرر به على ما قيل تجوع الحرة ولا تأكل بثديها ولو مات الصبي أو الظئر انتقضت الاجارة ولو مات أبو الصبي لا تنتقض لان الاجارة واقعة للصبي لا للاب سواء كان له مال أو لم يكن ولهذا لو كان للصبي مال تجب الاجرة من ماله اذ هي كالنفقة ولو سافرت الظئر أو أهل الصبي تفسخ الاجارة لانه عذر الا اذا خرج الآخر معه

يفسخ الاجارة الا من عذر اه غاية (قوله ولهم الخيار) أي لاهل الصبي اه (قوله وكذا اذا كانت فاجرة) أي زانية اه (قوله لانها تشتغل عنه بالفجور) أي عن حفظ الصبي اه غاية (قوله ولا يبعد أن يقال عيب الفجور الخ) قال في التيسير وقوله تعالى ضرب الله مثلا للذين كفروا امرأة نوح وامرأة لوط أي بين الله تعالى للكافرين تنبيها أنهم لا ينفعهم الوصلة بالنكاح وغيره مع اختلاف الدين وفيه نوع تنبيه لازواج النبي صلى الله عليه وسلم أن وصلتهن مع النبي صلى الله عليه وسلم لا تغنيهن من الله شيأ اذا عصين وخالفن الامر وقوله تعالى كانتا تحت عبدين أي في نكاح عبدين صالحين من عبادنا استصفيناهما النبوة والرسالة فخانتاهما أي في الدين أي كفرتا ولم يسلما ولم ينصحا للرسولين بالمساعدة على الاسلام وقيل كانتا منافقتين وقال ابن عباس خانتاهما بالنفاق ولم تفجر امرأة نبي قط اه (قوله وكذا اذا لم تجر لها عادة الخ) قال في شرح الكافي ولا يسع الظئر أن تطعم أحدا من طعامهم بغير أمرهم لان الثابت لها حق الاكل دون الاطعام فان زارها أحد من ولدها فلهم أن يمنعوه من الكينونة عندها ولهم أن يمنعوها من الزيارة اذا كانت تضر بالصبي لانها تخل بايفاء المستحق بالعقد وما كان من ذلك لا يضر بالصبي فليس لهم منعها الا ان صلة الاقارب واجبة فلا يجوز الاخلال بها اه غاية (قوله الا اذا خرج الآخر معه) قال الكرخي في مختصره وليس لهم أن يحبسوا الظئر في منزلهم اذا لم يشرطوا ذلك عليها ولها أن تأخذه الى منزلها وهي مأمونة عليه وفيما عليه من حلي أو كسوة ان سرق منه شئ لم تضمنه اه اتقاني

(قوله في المتن وعليها إصلاح طعام الصبي) قال الأتقاني نقلا عن الكرخي فإن كان الصبي يأكل الطعام فليس على الظئر أن تشتري له الطعام وذلك كله على أهله وعليها أن تهيئه له اهـ (قوله في المتن فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي ولو استأجر ظئرا ترضع صبيا في بيتها فجعلت توجره بلبن الغنم وتغذوه بكل ما يصلحه حتى استكمل الحولين ولها لبن لم ترضعه منه بشيء أو ليس لها لبن فلا أجر لها لأنها لم ترضعه أشار إلى أن الإرضاع ما يقع بلبن الآدمي وما وراءه يكون إطعاما ولا يكون إرضاعا فلم تأت بالمستحق عليها فلا تستحق الأجر فإن جحدت ذلك وقالت أرضعته فالقول قولها مع يمينها لأن الظاهر أن الصبي لا يبقى إلا إذا أرضع بلبن الآدمي فكان القول قولها إلا أن تقوم البينة على خلاف ذلك فيؤخذ ببينتهم لأنها أقوى وإن أقاما جميعا البينة أخذت ببينتها لأنها تثبت استحقاق الأجر عليه وإن استأجرت له ظئرا فأرضعته كان مثل هذا في القياس ولكني أستحسن أن يكون لها الأجر وجه القياس أن المعقود عليه إرضاعها وقد فقد وجه الاستحسان أن المعقود عليه فعل الإرضاع فإذا أتت به بنفسها أو بنائبها تستحق الأجرة كما في الخياطة وأشباهها وتتصدق بالفضل لأنها أخذت زيادة لا على عمل منها اهـ غاية (قوله وإنما تقع على فعل الإرضاع الخ) قال شيخي صاحب النهاية يجوز أن يكون هذا الحكم غير مسلم عن صاحب المبسوط فإنه قال ذكر في المبسوط لو ضاع الصبي في يدها أو وقع فمات أو سرق من حلي الصغير أو من متاعه أو ثيابه في يدها لم تضمن الظئر لأنها بمنزلة الأجير الخاص لورود العقد على منافعها في المدة بخلاف الأجير المشترك على قول من يضمنه وذكر في الذخيرة لو آجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيا لهم ولم يعلم بذلك أهلها الأولون حتى يفسخوها فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أثمت وهذه جناية منها ولها الأجر كاملا على الفريقين وهذه تدل على أنها كالأجير المشترك وإلا لما وجب الأجر كاملا ولو وجب الأجر كاملا ينبغي أن لا تأثم قلنا الوجه أن أجير الوحد في الرضاع يشبه الأجير المشترك من حيث إنه يمكنه إيفاء العمل لكل واحد منهما كما في الخياط ثم لو كانت أجير وحد حقيقة لم تستحق (١٣٩) الأجر كاملا فلشبهها بالأجير المشترك تستحق

قال رحمه الله (وعليها إصلاح طعام الصبي) لأن خدمة الصبي واجب عليها وهذا متعارف وهو معتبر فيما لا نص فيه وغسل ثيابه منه والطعام والثياب على الوالد وما ذكره محمد رحمه الله من أن الدهن والريحان على الظئر فهو على عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فإن أرضعته بلبن شاة فلا أجر) لأنها لم تأت بالعمل الواجب عليها وهو الإرضاع وهذا إيجار وليس بإرضاع وهو غير ما وقع عليه عقد الإجارة وفي المحيط لو استأجر شاة لترضع جديا أو صبيا لا يجوز لأن لبن البهائم قيمة فوقعت الإجارة عليه وهو مجهول فلا يجوز وليس للبن المرأة قيمة فلا تقع الإجارة عليه وإنما تقع على فعل الإرضاع والتربية والحضانة قال رحمه الله (ولو دفع غزلا لينسجه بنصفه أو استأجر ليحمل طعامه بقفيز منه أو ليخبز له كذا اليوم بدرهم لم يجز) لأنه في الأولى والثانية جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى عنه عليه

الأجر كاملا ولشبهها بالأجير الوحد تأثم كذا قرره شيخي صاحب النهاية اهـ قال الأتقاني ثم الظئر إذا استؤجرت للرضاع هل هي أجير وحد أو أجير مشترك تكلم المشايخ فيها قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه والمسائل متعارضة في هذا الباب بعضها يدل على أنها في معنى أجير الوحد وبعضها يدل على أنها في معنى الأجير المشترك والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعه فهي أجير مشترك وإن حملها إلى منزله فهي أجير وحد وقال الكرخي في مختصره والظئر بمنزلة الأجير الخاص وليس لها أن تؤجر نفسها من غير الأولين اهـ (قوله في المتن ولو دفع) بلا ضمير كذا في خط الشارح رحمه الله وفي بعض نسخ المتن ولو دفعه بالضمير اهـ وكتب على قوله في المتن ولو دفع غزلا الخ ما نصه قال في شرح الأتقاني قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل دفع غزلا إلى حائك ينسجه ثوبا بالنصف قال هذا باطل وله أجر مثله والثوب لصاحب الغزل إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير وكذا إذا استأجر حمارا أو رجلا يحمل طعاما بقفيز منه ولا وكذا لو استأجر طحانا ليطحن طعاما بقفيز دقيق فالإجارة فاسدة ويجب أجر المثل قال الفقيه أبو الليث هذا الذي ذكره محمد قول علمائنا المتقدمين وكان مشايخ بلخ يجيزون ذلك مثل نصير بن يحيى ومحمد بن سلمة وقال في خلاصة الفتاوى رجل دفع إلى حائك غزلا وأمره أن ينسج له ثوبا وبين صفته على أن الثلث أو الربع له فالحائك أجر المثل لا يجوز وكان القاضي الإمام أبو علي النسفي رحمه الله يفتي بجوازه لمكان العرف قال والفتوى على جواب الكتاب إلى هنا لفظ الخلاصة وقال في كتاب الحرث من صحيح البخاري قال إبراهيم وابن سيرين وعطاء والحكم والزهري وقتادة لا بأس أن يعطي الثوب بالثلث والربع ونحوه أما فساد الإجارة في هذه المسائل فلوجهين أحدهما أنه جعل الأجر شيئا معدوما وهو بعض الثوب وبعض الطعام المحمول والأجر يجب أن يكون موجودا عينا أو دينا فكان في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وصورته أن يدفع حنطة إلى طحان ليطحنها بقفيز من دقيق هذه الحنطة وقد مر بيانه في أوائل كتاب الإجارة عن كتاب الآثار مسندا إلى رافع بن خديج عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه مر بحائط فأعجبه فقال لمن هذا فقال لي يا رسول الله استأجرته فقال لا تستأجره بشيء منه والثاني أن العمل بحكم هذه الإجارة إن صادف محلا غير مشترك بينه وبين المستأجر في الابتداء في

الصلاة والسلام وهو أن يستأجر ثورا ليطحن له حنطة بقفيز من دقيقه فصار هذا أصلا يعرف به فساد جنسه والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر لانه بعض ما يخرج من عمل الاجير والقدرة على التسليم شرط لصحة العقد وهو لا يقدر بنفسه وانما يقدر بغيره فلا يعد قادرا ففسد ولانه جعل الاجر شيأ لا يمكن تسليمه الا بعمل الاجير العمل الذي يجب عليه بحكم العقد فتكون القدرة التي هي شرط العقد قائمة بحكم العقد فتصير بمنزلة حكم العقد والشرط لا يصلح حكما فكذا لا يصلح قائما به فاذا نسج أو حمل فله أجر مثله لا يجاوز به المسمى بخلاف ما اذا استأجره ليحمل له نصف هذا الطعام بنصفه الآخر حيث لا يجب له شئ من الاجر لان الاجير فيه ملك النصف في الحال بالتعجيل فصار الطعام مشتركا بينهما في الحال ومن حمل طعاما مشتركا بينه وبين غيره لا يستحق الاجر لانه لا يعمل شيأ لشريكه الا ويقع بعضه لنفسه فلا يستحق الاجر هكذا قالوا وفيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحيحة منها بالعقد عندنا سواء كان عينا أو دينا على ما بيناه من قبل فكيف ملكه هنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني أنه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي الملك لانه لا يملكه اذا ملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيأ فكيف يملكه وبأي سبب يملكه وكان مشايخ بلخ والنسفي يجيزون حمل الطعام ببعض المحمول ونسج الثوب ببعض المنسوج لتعامل أهل بلادهم بذلك وقالوا من لم يجوزه انما يجوزه بالقياس على قفيز الطحان والقياس يترك بالتعارف ولئن قلنا إن النص يتناوله دلالة فالنص يخص بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع ترك القياس فيه وخص عن القواعد الشرعية بالتعامل ومشايخنا رحمهم الله لم يجوزوا هذا التخصيص لان ذلك تعامل أهل بلدة واحدة وبه لا يخص الاثر بخلاف الاستصناع فان التعامل به جرى في كل البلاد وبمثله يترك القياس ويخص الاثر والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا من غير أن يشترط أنه من المحمول أو من المطحون فيجب في ذمة المستأجر ثم يعطيه منه ثم الاصل فيه أنه متى ما جعل المستأجر المحمول كله لنفسه وشرط له الاجر من المحمول فسدت الاجارة فاذا عمل الاجير استحق أجر المثل كمسألة الكتاب المذكورة ومتى ما جعل المحمول بعضه له والبعض الباقي أجرة بطلت الاجارة وان حمل لا يستحق شيأ لانه ملكه بالعقد وفي الاول لم يملكه على ما بينا وفي الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبز له كذا اليوم بدرهم فلان المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت

الانتهاء صادفت محلا مشتركا لانه اذا عمل صار شريكا ولو وقع العمل ابتداء وانتهاء في محل مشترك كما لو استؤجر لحمل طعام مشترك أو لطحن حنطة مشتركة بينه وبين الطحان لم ينعقد العقد أصلا حتى لا يجب الاجر فاذا صادف محلا غير مشترك ابتداء ومشتركا انتهاء لا يمنع الانعقاد ويمنع وصف الصحة ثم اذا فسدت الاجارة على جواب الكتاب كان للعامل أجر المثل لانه لم يرض بعمله مجانا فاذا سلم عمله ولم يسلم له المسمى كان له أجر المثل لكن لا يجاوز به قيمة المسمى لان العامل رضي بذلك القدر فلا يستوجب الزيادة وفي الاجارة الفاسدة لا يزاد على قيمة المسمى الا اذا كان الفساد لجهالة المسمى بأن سمى الاجر دابة أو ثوبا فحينئذ يجب أجر المثل بالغا ما بلغ وكذا اذا فسدت الاجارة لفوات شرط مرغوب فيه من جهة الاجير كما لو آجر داره كل شهر بعشرة دراهم على أن يعمرها ويؤدي نوائبها فسدت الاجارة فان لم يعمرها المستأجر ولم يؤد نوائبها يجب أجر المثل بالغا ما بلغ ولا ينقص عن المسمى وكذلك لو قال آجرتك هذه الدار شهرا بعشرة على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة فان سكنها يجب أجر المثل (١٤٣٥) بالغا ما بلغ يزاد على المسمى ولا ينقص منه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال فخر الدين قاضيخان وانما كان الثوب لصاحب الغزل لانه صاحب الاصل وأما مشايخ بلخ فانما جوزوا ذلك لان الناس تعاملوا بذلك حيث احتاجوا اليه ووجدوا له نظيرا وهو المزارعة والمعاملة اه اتقاني (قوله فصار هذا أصلا يعرف به الخ) قال في الهداية وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات قال الاتقاني أي جعل الاجر بعض ما يخرج من عمل الاجير أصل عظيم يعرف به حكم كثير من الاجارات كما اذا استأجره ليعصر له قفيز سمسم بمن من دهنه وكذلك اذا دفع أرضه ليغرس شجرا على أن يكون الارض والشجر بينهما نصفين لم يجز والشجر لرب الارض وعليه قيمة الشجر وأجر ما عمل كذا في الشامل وكذا اذا استأجره ليغزل هذا القطن أو هذا الصوف برطل من غزله وعلى هذا اجتناء القطن بالنصف ودياس يوجب الدخن بالنصف وحصاد الحنطة بالنصف ونحو ذلك كله لا يجوز اه (قوله فكيف ملكه هنا من غير تسليم) الفرض أنه وجد التسليم لانه بمجرد الحمل وجد التسليم اه قارئ الهداية رحمه الله (قوله والثاني أنه قال ملكه في الحال) أي على تقدير الصحة اه (قوله والنسفي) هو أبو علي استاذ الحلواني اه (قوله والحيلة في جوازه أن يشترط قفيزا مطلقا الخ) قال الاتقاني رحمه الله قالوا والحيلة في جواز قفيز الطحان أن يشترط صاحب الحنطة قفيزا من الدقيق الجيد ولا يقول من هذه الحنطة لان الدقيق اذا لم يكن مضافا الى حنطة بعينها يجب في الذمة ثم اذا طحن يعطيه صاحب الحنطة من الدقيق ان شاء فيجوز اه (قوله وفي الثالث وهو ما اذا استأجره ليخبز له الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا استأجر الرجل رجلا يعمل له عملا معلوما اليوم الى الليل بدرهم خياطة أو صباغة أو خبزا أو غير ذلك فالاجارة فاسدة عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد نجيزها استحسانا ونجعل الاجارة على العمل دون اليوم اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال في المختلف والحصر

يوجب كون المعقود عليه هي المنفعة وذكر العمل مع تقدير الدقيق يوجب كون العمل هو المعقود عليه ولا ترجيح لاحدهما على الآخر فنفع المستأجر في وقوعها على العمل لانه لا يستحق الاجر الا بالعمل لكونه أجيرا مشتركا ونفع الاجير في وقوعها على المنفعة لانه يستحق الاجرة بمضي المدة عمل أو لم يعمل ففسد العقد وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان الاجارة جائزة ذكر قولهما في كتاب الاجارة من المبسوط ولم يذكره في الجامع الصغير ويكون العقد على العمل دون اليوم حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغه في اليوم فعليه أن يعمله في الغد لان المعقود عليه هو العمل لانه المقصود وهو معلوم وذكر اليوم للتعجيل فكأنه استأجره للعمل على أن يفرغ منه في أول أوقات الامكان فيحمل عليه تصحيحا للعقد عند تعذر الجمع بينهما ويرجح بكون العمل مقصودا دون الوقت وتقدير المعمول يدل عليه لان الاجارة اذا وقعت على المنفعة لا تقدر بالعمل وانما تقدر بالوقت وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه اذا سمى عملا وقال في اليوم جازت الاجارة لان كلمة في للظرف لا لتقدير المدة فلا يقتضي الاستغراق فكان المعقود عليه العمل وهو معلوم بخلاف ما اذا حذفت فانه يقتضي الاستغراق وقد مر نظيره في الطلاق في قوله أنت طالق غدا أو في الغد ولو استأجره ليخبز له كذا من الدقيق على أن يفرغ منه اليوم يجوز بالاجماع والفرق لابي حنيفة رحمه الله أن اليوم هنا لم يذكره الا اثباتا صفة في العمل والصفة تابعة للموصوف غير مقصودة بالعقد ألا ترى أنه لو اشترى عبدا على أنه خباز أو كاتب لم تكن الكتابة والخبز معقودا عليهما مقصودا حتى لا يقابلهما شيء من الثمن وأما في مسئلة الكتاب ذكر اليوم قصدا كالعمل وقد أضيف العقد اليهما على السواء وليس أحدهما في جعله معقودا عليه بأولى من الآخر لاختلاف أغراض المستأجرين ورغباتهم لان منهم من يميل الى الوقت طمعا في زيادة العمل ومنهم من يميل الى العمل خوفا من بطالة العامل ومضي الوقت بلا عمل وقد تختلف أغراض الاجراء أيضا فمنهم من يميل الى العمل كي يفرغ منه بالعجلة ويشتغل بعمل آخر أو يستريح ومنهم من يميل الى الوقت كي يستحق الاجرة وان لم يعمل فلا يترجح أحدهما على الآخر فيفسد. قال رحمه الله (وان استأجر أرضا على أن يكربها أو يزرعها أو يسقيها ويزرعها صح) لانه شرط يقتضيه العقد لان الزراعة مستحقة بالعقد ولا تتأتى الزراعة الا بالسقي والكراب فكان العقد مقتضيا له فلا يفسد. قال رحمه الله (وان شرط أن يثنيها أو يكري أنهارها أو يسرقنها أو يزرعها بزراعة أرض أخرى لا كاجارة السكنى بالسكنى) لان أثر التثنية وكري الانهار والسرقنة يبقى بعد انقضاء مدة الاجارة فيكون فيه نفع صاحب الارض وهو شرط لا يقتضيه العقد فيفسد كالبيع ولان مؤجر الارض يصير مستأجرا منافع الاجير على وجه يبقى بعد المدة فيصير صفقة في صفقة وهو مفسد أيضا لكونه منهيا عنه حتى لو كان بحيث لا يبقى له أثر بعد المدة بأن كانت المدة طويلة أو كان الريع لا يحصل الا به لا يفسد اشتراطه لانه مما يقتضيه العقد لان من الاراضي ما لا يخرج الريع الا بالكراب مرارا وبالسرقنة وقد يحتاج الى كري الجداول ولا يبقى أثره الى القابل عادة بخلاف كري الانهار لان أثره يبقى الى القابل عادة وفي لفظ الكتاب اشارة اليه حيث قال كري الانهار لان مطلقه يتناول الانهار العظام دون الجداول واستئجار الارض ليزرعها بأرض أخرى ليزرعها الآخر يكون بيع الشيء بجنسه نسيئة وهو حرام لما عرف في موضعه وكذا السكنى بالسكنى أو الركوب بالركوب الى غير ذلك من المنافع واليه أشار محمد رحمه الله حين كتب اليه محمد بن سماعة لا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار بقوله في جوابه في الكتاب انك أطلت الفكرة وأصابتك الحيرة

وكذلك لو استأجر دابة من الكوفة الى بغداد ثلاثة أيام فهو على هذا الاختلاف اهـ اتقاني (قوله وعن أبي حنيفة الخ) قال الاتقاني وقال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر هشام عن محمد أنه قال (١٣١) في قول أبي حنيفة اذا قال استأجرتك لهذا العمل هذا اليوم فالاجارة فاسدة ولو قال في هذا اليوم فالاجارة جائزة قال والمعنى في ذلك أنه اذا قال هذا اليوم جعل اليوم مدة الاجارة واذا قال في هذا اليوم لم يجعل اليوم مدة ولكن جعل اليوم ظرفا لهذا العمل اهـ (قوله في المتن وان استأجر أرضا على أن يكربها) كربت الارض أكربها كربا وكرابا اذا أثرتها للزرع وفي المثل الكراب على البقر أي لا تكرى الارض الا بالبقر يعنون أن ممارسة كل أمر بآلته وفي لفظ المثل خلاف يعرف في المستقصى وكري النهر حفره اهـ غاية (قوله لان أثر التثنية وكري الانهار الخ) والاصل هنا ان ما كان ملائما للعقد لا يكون مفسدا له ثم بعد ذلك نقول انما تستأجر الاراضي لمنفعة المستأجر خاصة فكل فعل ينتفع به المستأجر خاصة كالكراب والزراعة والسقي يكون ملائما للعقد وكل فعل ينتفع به المؤجر خاصة يكون مخالفا للعقد مفسدا له كشرط ابقاء السرقين ورد الارض مكروبة وهو أشد تأويلي التثنية وتكرار الكراب وهو التأويل الآخر في التثنية قال الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير أما التثنية وهي أن يردها مكروبة عند البعض وأن يكربها مرتين عند البعض وهو الصحيح فلانه شرط لا يقتضيه العقد ولاحد المتعاقدين فيه منفعة فصار مفسدا اهـ اتقاني مع حذف (قوله لا تجوز اجارة سكنى دار بسكنى دار الخ) قال الشارح رحمه الله في كتاب القسمة عند قول المصنف رحمه الله ودور مشتركة ما نصه قال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز اهـ

وجالست الحنائي فكانت منزلة أما علمت أن اجارة السكنى بالسكنى كبيع القوهي بالقوهي نسيئة وهذا مشكل على القاعدة فانه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضا لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا ينعقد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق دينا فكيف يتصور فيها النسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مخلص والاولى أن يقال ان الاجارة أجيزت على خلاف القياس للحاجة ولا حاجة الى استئجار المنفعة بجنسها لانه يستغنى بما عنده منها فبقي على الاصل فلا يجوز ولا كذلك عند اختلاف الجنس لان حاجة كل واحد منهما الى المنفعة التي ليست عنده باقية ثم لو استوفى أحدهما المنفعة عند اتحاد الجنس فعليه أجر المثل في ظاهر الرواية وذكر الكرخي عن أبي يوسف رحمه الله أنه لا شيء عليه لان تقوم المنفعة بالتسمية والمسمى بمقابلة المستوفى منفعة وهي ليست بمال متقوم وجه ظاهر الرواية أنه استوفى المنفعة بحكم عقد فاسد فصار كما اذا لم يسم الاجر وعند الشافعي رحمه الله يجوز استئجار المنفعة بجنسها لان المنفعة جعلت موجودة عنده فيكون بيع الموجود بالموجود قال رحمه الله (ولو استأجره لحمل طعام بينهما فلا أجر له كراهن استأجر الرهن من المرتهن) أي لو استأجر أحد الشريكين صاحبه لحمل طعام مشترك بينهما لا يستحق الاجر لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله تجوز الاجارة وله المسمى لان الاجارة بيع المنافع فتجوز في الشائع كبيع الاعيان خصوصا على أصله لان المنفعة كالعين عنده فصار كما اذا استأجر دارا مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبدا مشتركا ليخيط له الثياب ولنا أن العقد ورد على ما لا يمكن تسليمه لان المعقود عليه حمل النصف شائعا وذلك غير متصور لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع ولهذا يحرم وطء الجارية المشتركة وضربها لانهما فعلان حسيان لا يتصور وجودهما في الشائع ولو تصور لما حرم بخلاف البيع لانه تصرف شرعي فيحتمل وروده على الشائع واذا لم ينعقد لا يجب الاجر أصلا ولانه ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملا لنفسه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه لان كونه عاملا لنفسه يمنع تسليم عمله الى غيره وبدون التسليم لا يجب الاجر بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هنالك المنفعة ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد المشترك لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وانه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع وبخلاف اجارة المشاع عند أبي حنيفة رحمه الله حيث يجب فيه أجر المثل لان فساد العقد فيه للعجز عن التسليم على الوجه الذي أوجبه العقد على ما بينا لا لانعدام الاستيفاء أصلا فاذا تحقق استيفاء المعقود عليه وجب الاجر وفيما نحن فيه بطلان العقد لتعذر استيفاء المعقود عليه أصلا من حيث انه عامل لنفسه ولا يتصور أن يكون فيه عاملا لغيره في تلك الحالة وقوله كراهن استأجر الرهن من المرتهن يعني لا يجوز استئجار الشريك هنا كما لا يجوز للراهن استئجار الرهن لانه ملكه والمرتهن ليس بمالك حتى يؤجر منه وهذا لان حقيقة الاجارة هي تمليك المنافع بعوض والمرتهن غير مالك المنافع فلا يملك تمليكها اذ التمليك من غير المالك محال والراهن انما يتمكن من الانتفاع به من حيث انه مالك له اذ المالك هو المطلق للتصرف الا أنه ممنوع عنه بسبب ما تعلق به حق المرتهن فاذا أبطل حقه بالاستئجار له صار منتفعا به على أنه ملكه لزوال المانع قال رحمه الله (ومن استأجر أرضا ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء

(قوله وجالست الحنائي) الحنائي رجل متهم في دينه كذا نقل من حاشية بخط الاتقاني رحمه الله اهـ (قوله الحنائي) اسم رجل محدث ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسئلة وعمد رحمه الله جعل مجالسته اياه زلة هذا كله شطب عليه الشيخ الشلبي رحمه الله بالاحمر وهي حاشية كتبها الشارح على هامش نسخته اهـ (١٤٣٣) (قوله كبيع القوهي بالقوهي نسيئة) يعني أن بيع القوهي بالقوهي نساء انما لم يجز لان أحد وصفي علة الربا كاف لحرمة النساء وهو الجنس في القوهي فكذا في المنافع اذا اتفقت وجد الجنس فيحرم النساء وهذا هو المراد من قوله في المتن الى هذا أشار محمد رحمه الله بيان ذلك أن المنافع لا تملك لحال بل على تقدير وجودها شيأ فشيأ فتحقق التأخير ثبت معنى النساء اهـ اتقاني (قوله وقال الشافعي تجوز الاجارة وله المسمى) أي لانه اجارة ببدل معلوم لعمل معلوم في محل هو ملك المستأجر وقد أرضاه الاجير فيجب الاجر اهـ غاية (قوله لان الحمل فعل حسي لا يتصور وجوده في الشائع) أي لانه لا يمتاز نصيب المستأجر من نصيب العامل وكل جزء فرضته في الشائع فالعامل فيه نصيب فيكون عاملا في ذلك الجزء لنفسه لا للمستأجر والمستأجر انما استأجره ليعمل له لا لنفسه ولا أجر للعامل لنفسه اهـ اتقاني (قوله في المتن ومن استأجر أرضا الخ) هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يؤاجر الارض ولم يسم أنه يزرع فيها شيأ قال الاجارة فاسدة فان اختصما قبل أن يعمل فيها أفسدتها وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي سمى الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وكان القياس أن يذكر هذه المسئلة في أول ما يجوز من الاجارة عند ذكر مسئلة القدوري وهي قوله ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمي ما يزرع فيها ولكن مع هذا لا تحمل المسئلة على التكرار لان في مسئلة الجامع الصغير فائدة وهي قوله وان زرعها ومضى الاجل فله الاجر الذي سمى اهـ اتقاني

(قوله كما اذا أسقط الاجل المجهول) قال الاتقانى كما قلنا فيمن باع شيأ الى الحصاد أو الدياس ثم اسقط الاجل فى المجلس أو بعده قبل أوان الحصاد أو الدياس انقلب جائزا عندنا خلافا لزفر وكما فى الصرف بشرط الخيار والاجل اذا أسقط ذلك قبل الافتراق يجوز عندنا استحسانا خلافا لزفر اه (قوله فى المتن وان استأجر حمارا الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى الذى هو مبسوطه وان استأجرها الى مكان معلوم ولم يسم ما يحمل عليها فان اختصما ردت الاجارة لان الحمل يختلف باختلاف المحمول فلا بد من بيانه ليصير المعمول معلوما فاذا لم يبين فسد العقد فأردّ الاجارة عند اختصامهما وان حمل عليها أو ركبها الى ذلك المكان فعليه ما سماه من الكراء استحسانا لانا جعلنا التعيين بالفعل كالتعيين بالقول فى حالة لها حكم ابتداء العقد لان العقد (١٤٣٣) فى حق الحكم ينعقد عند حدوث المنفعة ولو عين فى الابتداء يصح فكذا فى هذه الحالة وكذا لو استأجر عبدا ولم يسم ما استأجره له كذا فى شرح الكافى وقال فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير وان اختصما قبل أن يحمل عليه فالقاضى ينقض الاجارة لان العقد فاسد ما لم يحمل عليه وكذا لو استأجر ثوبا للبس ولم يبين اللابس لا يجوز لان الناس يتفاوتون فان عين اللابس بعد ذلك يجوز استحسانا وانما قيد بقوله حمل ما يحمل الناس وأراد به الحمل المعتاد لانه اذا حمل غير المعتاد فهلك الحمار يجب أن يضمن وانما لم يجب الضمان فى الحمل المعتاد لعدم المخالفة لان مطلق الاذن ينصرف الى المعتاد ولم يتحقق العدوان والعين أمانة فى يد المستأجر لانه قبضها باذن المالك ولم يوجد منه الخلاف بعد ذلك فلا يضمن وهذا لان حكم الفاسد يؤخذ من الصحيح فى الاجارة الصحيحة اذا لم يوجد الخلاف لا يجب الضمان فكذا فى الاجارة الفاسدة فكيف وقد انقلب العقد جائزا بالحمل المعتاد استحسانا اه اتقانى

﴿ باب ضمان الاجير ﴾

قال الكاكى والاجير فعيل بمعنى مفاعل من باب آجر واسم الفاعل منه مؤجر لا مآجر وقد مر فى أول كتاب الاجارات اه لما فرغ من ذكر أنواع الاجارة صحيحها وفاسدها شرع فى بيان الضمان لانه من جملة العوارض التى تترتب على عقد الاجارة فيحتاج الى بيانه اه اتقانى

يزرعها فزرعها فمضى الاجل فله المسمى) لان الارض تستأجر للزراعة ولغيرها من البناء والمراح ونصب الخيم وكذا ما يزرع فيها يختلف فبعضه أقل ضررا بها من بعض فلا يجوز حتى يبين أنه يزرعها و يبين جنس ما يزرع فيها فان زرعها ومضى الاجل جاز استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر لانه وقع فاسدا فلا ينقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد فينقلب جائزا كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مجيئه والخيار الزائد على ثلاثة أيام قبل مجىء اليوم الرابع وهما على الخلاف قال رحمه الله (وان استأجر حمارا الى مكة ولم يسم ما يحمل عليه فحمل ما يحمل الناس فنفق لم يضمن) لان العين أمانة فى يد المستأجر وان كانت الاجارة فاسدة لان الفاسد معتبر بالصحيح لكونه مشروعا من وجه لانه مشروع بأصله دون وصفه فلا يضمن ما لم يتعد فاذا تعدى ضمن ولا أجر عليه قال رحمه الله (وان بلغ مكة فله المسمى) لان الفساد كان لجهالة ما يحمل عليها فاذا حمل عليها شيأ يحمل على مثلها تعين ذلك فانقلب صحيحا لزوال الموجب للفساد قال رحمه الله (وان تشاحا قبل الزرع والحمل نقضت الاجارة دفعا للفساد) اذ الفساد باق قبل أن ترتفع الجهالة بالتعيين بالزرع فى المسئلة الاولى وبالحمل فى الثانية ولو استأجر دابة ثم جحد الاجارة فى بعض الطريق وجب عليه أجر ما ركب قبل الانكار ولا يجب الاجر لما بعده عند أبى يوسف رحمه الله لانه بالجحود صار غاصبا والاجر والضمان لا يجتمعان وقال محمد رحمه الله يجب الاجر كله لانه سلم من الاستعمال فسقط الضمان ذكره فى الكافى والله أعلم

﴿ باب ضمان الاجير ﴾

الاجراء على ضربين أجير خاص وأجير مشترك قال رحمه الله (الاجير المشترك من يعمل لغير واحد) معناه من لا يجب عليه أن يختص بواحد عمل لغيره أو لم يعمل ولا يشترط أن يكون عاملا لغير واحد بل اذا عمل لواحد أيضا فهو مشترك اذا كان بحيث لا يمتنع ولا يتعذر عليه أن يعمل لغيره والاوجه أن يقال الاجير المشترك من يكون عقده واردا على عمل معلوم ببيان محله ليسلم من النقض والاجير الخاص من يكون العقد واردا على منافعه ولا تصير منافعه معلومة الا بذكر المدة أو بذكر المسافة ومنافعه فى حكم العين فاذا صارت مستحقة بعقد المعاوضة لانسان لا يتمكن من ايجابها لغيره بخلاف الاجير المشترك لان المعقود عليه فيه هو الوصف الذى يحدث فى العين بعمله فلا يحتاج الى ذكر المدة ولا يمتنع عليه تقبل مثل ذلك العمل من غيره لان ما استحقه الاول فى حكم الدين فى ذمته وهو نظير السلم مع بيع العين فان المسلم فيه لما كان دينا فى ذمته لا يتعذر عليه بسببه قبول السلم من غيره والبيع لما كان يلاقى العين لا يملك بيعه من غيره بعدما باعه فلهذا كان مشتركا والاول أجير وحد وأجير خاص وقد اختلفت عبارات المشايخ

في حقهما فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل من غير واحد والاجير الخاص من يتقبل العمل من واحد وقال القدوري المشترك من لا يستحق الاجر حتى يعمل والخاص الذي يستحق الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل وهذا يؤل الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك والخاص وحكمهما أن المشترك له أن يتقبل العمل من أشخاص لان المعقود عليه في حقه هو العمل أو أثره فكان له أن يتقبل من العامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد فمن هذا الوجه سمي مشتركا والاجير الخاص لا يمكنه أن يعمل لغيره لان منافعه في المدة صارت مستحقة للمستأجر والاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال رحمه الله (ولا يستحق الاجر حتى يعمل كالقصار والصباغ) يعني الاجير المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل لان الاجارة عقد معاوضة فتقتضي المساواة بينهما فما لم يسلم المعقود عليه للمستأجر لا يسلم له العوض والمعقود عليه هو العمل أو أثره على ما بينا فلابد من العمل قال رحمه الله (والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) سواء هلك بسبب يمكن التحرز عنه كالسرقة أو بما لا يمكن كالحريق الغالب والغارة المكابرة وهذا عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد رحمهم الله وهو القياس وقالا يضمن الا اذا هلك بأمر لا يمكن التحرز عنه لان عمر وعليا رضي الله عنهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان المعقود عليه الحفظ وعقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيب فيكون المستحق بالعقد حفظا سليما عن العيب الذي هو سبب الهلاك لانه لا يمكنه العمل الا بالحفظ

فيكون

(قوله فقال بعضهم الاجير المشترك من يتقبل العمل الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الاجير المشترك القصار والصباغ والخياط والصائغ وكل من يستحق الاجر لعمله دون تسليم نفسه ثم قال الكرخي الاجير الخاص من استحق الاجر بالوقت دون العمل وذلك كرجل استأجر رجلا ليخدمه شهرا بخمسة دراهم أو كل شهر بخمسة دراهم أو ليقصر معه أو ليخيط معه أو ليعمل عملا من الاعمال سماه كل شهر بكذا وكذا أو كل يوم بكذا أو كل سنة بكذا وكذا فهذا هو الخاص الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال في شرح الطحاوي الاجير المشترك هو أن يتقبل العمل من غير واحد وأجير الوحد أن يتقبل العمل من الواحد وفي الاجير المشترك العقد انما يقع على تسليم العمل لا على تسليم النفس والعقد في أجير الوحد يقع على تسليم النفس اليه في المدة لا على تسليم العمل الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد الاجير المشترك عندنا القصار والخياط والاسكاف وكل من يتقبل الاعمال من غير واحد وأجير الرجل وحده أن يستأجر الرجل ليخدمه شهرا أو ليخرج معه الى مكة أو ما أشبه ذلك والاصل فيه أن كل من ينتهي عمله بانتهاء مدة معلومة فهو أجير وحد وكل من لا ينتهي عمله بانتهاء مدة مقدرة فهو أجير مشترك لانه اذا انتهى عمله بمدة تعذر عليه أن يؤاجر نفسه في تلك المدة من غيره اهـ اتقاني (قوله وهذا يؤل الى الدور) الجواب أن هذا تعريف بالاجلى والاشهر أو تعريف لما لم يذكر بما قد سبق ذكره فانه ذكر في باب الاجر متى يستحق بقوله باستيفاء المعقود عليه اهـ كاكي رحمه الله (قوله في المتن والمتاع في يده غير مضمون بالهلاك) قال الكرخي في مختصره فاذا سلم اليه ما استوجب عليه وقبضه فهو أمانة في يده عند أبي حنيفة وزفر والحسن بن زياد وهو قول حماد بن أبي سليمان وقال أبو يوسف ومحمد هو مضمون عليه بالقبض ان هلك في يده أو تلف بوجه من الوجوه ضمنه الا أن يكون من شيء غالب لا يحفظ من مثله مثل حريق غالب أو عدو مكابر أو سارق كذلك الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وعند الشافعي يد الاجير يد أمانة على الاصح وفي قول آخر عنده يد ضمان وفي قول ثالث أن يد الاجير المشترك يد ضمان بخلاف المعين للعمل كذا في وجيزهم اهـ اتقاني وجه قولهما ما روي في شرح الكافي أن عمر بن الخطاب كان يضمن الصناع ما أفسدوا من متاع الناس أو ضاع على أيديهم وروي في شرح الكافي أيضا أن عليا كان يضمن الخياط والقصار ومثل ذلك من الصناع احتياطا للناس أن يضيعوا أموالهم وهذا كان من رأيه بديا ثم رجع كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في أول كتاب الاجارات اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ اختلف الاجير وصاحب الثوب فقال الأجير رددت وأنكر صاحبه فالقول قول الاجير عند أبي حنيفة لانه أمين عنده في القبض والقول قول الامين مع اليمين ولكن لا يصدق في دعوى الاجر وعندهما القول قول صاحب الثوب لان الثوب قد دخل في ضمانه عندهما فلا يصدق على الرد الا ببينة اهـ بدائع ﴿فرع آخر﴾ قال الاتقاني رحمه الله ثم عندهما اذا ضمنه ان شاء ضمنه قيمة الثوب مقصورا وأعطاه الاجر لانه قد سلم العمل الى المالك وحدثت بفعله زيادة في الثوب فكان عليه الاجر وعلى الاجير ضمان الزيادة مع الاصل وان شاء ضمنه قيمة الثوب ولم يأخذ أجر القصارة لانه هلك المحل قبل وصول العمل الى يد المستأجر حقيقة فأشبه هلاك المبيع قبل القبض كذا في شرح الكافي في باب متى يجب الاجر للعامل وقال أيضا فيه في باب ما يضمن فيه الاجير قال أبو حنيفة ان هلك الثوب عند القصار فلا ضمان عليه وهو مؤتمن بعد أن يحلف وكذا لو سرق وكذا جميع العمال لانعدام الجناية منه وعندهما يضمن لانه دخل في ضمانه بالعقد وان لم يتحقق منه جناية اهـ وقال الكاكي ثم عندهما ان شاء المالك ضمنه مقصورا وأعطى الاجرة وان شاء غير مقصور ولا أجر له وكذا لو هلك بفعله فالمالك بالخيار بالاتفاق اهـ

فيكون داخلا تحت العقد فيضمن بالهلاك كما في الوديعة إذا كانت بأجر وكما إذا هلك بفعله ولأبي حنيفة رحمه الله ومن تابعه أن القبض حصل بإذنه فلا يكون مضمونا عليه كالوديعة والعارية ولهذا لا يضمن فيما لا يمكن التحرز عنه كالموت حتف أنفه وكالغصب من العدو والمكابر ولو كان مضمونا عليه لما اختلف الحال بل كان مضمونا عليه مطلقا كالغصب والقبض على سوم الشراء أو البيع الفاسد وعكسه الوديعة فإنه لا يضمن مطلقا ولا نسلم أن المعقود عليه هو الحفظ بل العمل وإنما يجب عليه الحفظ تبعا أو اقتضاء لا مقصودا لأن العمل لا يتأتى بدون حبس العين ولما لم يمكن العمل إلا بحبس العين كان له حبسه ولهذا لا يقابله شيء من الأجر ولو كان المعقود عليه هو الحفظ لكان له حصة من الأجر فصار كأجير الوحد بخلاف الوديعة بأجر لأن الحفظ واجب عليه مقصودا ببدل وبخلاف ما إذا تلف بعمله لأن العقد يقتضي سلامة المعقود عليه وهو العمل فإذا لم يكن سليما ضمن وقد روي عن عمر وعلي رضي الله عنهما أنهما كانا لا يضمنان الأجير المشترك وهو قول إبراهيم النخعي فتعارضت روايتا فعلهما فلا يلزم حجة وقيل هذا اختلاف عصر وزمان وليس بشيء لأن الاختلاف موجود بين الصحابة فكيف يتصور أن يحمل على اختلاف الزمان بل الخلاف مبني على أن الحفظ معقود عليه عندهما لأنه لا يتمكن من إيفاء المستحق وهو العمل إلا بحفظ العين وما لا يتوصل إلى الواجب إلا به يكون واجبا كوجوبه فكان العقد واردا عليه وعنده لا يكون واردا عليه وقد بيناه وبقولهما يفتى اليوم لتغير أحوال الناس وبه تحصل صيانة أموالهم وإن شرط الضمان على الأجير المشترك في العقد فإن شرط عليه فيما لا يمكن الاحتراز عنه لا يجوز بالإجماع لأنه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحدهما فيفسد وإن شرط عليه فيما يمكن الاحتراز عنه فعلى الخلاف فعندهما يجوز لأنه يقتضيه العقد عندهما وعنده يفسد لأن العقد لا يقتضيه فيكون اشتراطه فيه مفسدا قال رحمه الله (وما تلف بعمله كتخرق الثوب من دقه وزلق الحمال وانقطاع الحبل الذي يشد به الحمل وغرق السفينة من مدها مضمون) وقال زفر والشافعي رحمهما الله ليس بمضمون عليه لأنه مأذون فيه فلا يجامعه الضمان كالمعين للدقاق وأجير الوحد وهذا لأنه عمل ما عمل بأمره والأمر المطلق ينتظم الفعل بنوعيه المعيب والسليم والتخرق لضعف في الثوب ولئن كان لمعنى في فعله فالاحتراز عنه غير ممكن إذ الدق المصلح ليس في وسعه ولئن كان في وسعه فلا يمكنه التحرز عنه إلا بحرج عظيم فيكون ملحقا بما ليس في وسعه فصار كالبزاغ والفصاد والحجام والختان ولهذا لا يضمن تلميذ القصار وهو يعمل بالأجر ولنا أن التلف حصل بعمل غير مأذون فيه فيكون مضمونا كما إذا دق الثوب بغير أمره وهذا لأن الداخل تحت الإذن هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لأنه هو الذي يتضمن العقد على التسليم لأن مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب على ما عرف في البيوع فإذا تلف كان التلف حاصلا بما ليس بمأذون له فيه فصار كما إذا وصفه له نوعا من الدق فأتى بنوع آخر بخلاف معين القصار لأنه متبرع وعمل المتبرع لا يتقيد بالسلامة لئلا يمتنع الناس عن الإعانة مخافة الغرامة وبخلاف البزاغ والفصاد ونحوهما لأن العقد فيهم لم يتناول العمل المصلح لأن ذلك الفعل

(قوله ولأبي حنيفة ومن تابعه الخ) وقول أبي حنيفة قياس لأن المحل أمانة في يده وهلاك الأمانة من غير صنع لا يوجب الضمان وقولهما استحسان ووجهه أثر عمر رضي الله عنه اهـ غاية وكتب ما نصه ووجه قول أبي حنيفة ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن إبراهيم أن شريحا لم يضمن أجيرا قط إلى هذا اللفظ كتاب الآثار وكان حكم شريح بحضرة الصحابة والتابعين من غير نكير فحل محل الإجماع اهـ إتقاني (قوله في المتن وما تلف بعمله الخ) قال في شرح الطحاوي ولو زحمه الناس (١٣٥) حتى انكسر فإنه لا يضمن بالإجماع لأن ذلك بمنزلة الحرق الغالب والغرق الغالب ولو أنه هو الذي زحم الناس حتى انكسر فإنه يضمن بالإجماع إلى هنا لفظ شرح الطحاوي اهـ إتقاني وكتب ما نصه ولو زحمه الناس فزلق لا يضمن بالإجماع اهـ بدائع قوله بالإجماع فيه مخالفة لما سيجيء في كلام الشارح اهـ وكتب أيضا ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخي رحمه الله في مختصره وأجمع أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد وابن أبي ليلى أنه مضمون بالعمل الذي أخذ عليه الأجر فيضمن القصار ما تخرق من دقه أو من مده أو من عصره أو بسطه وكذلك الصباغ في ذلك كله ويضمن أيضا في طي الثياب إن كان مما يطوى وكذلك الملاح يضمن ما كان من مده أو جذفه أو ما انكسر بالسفينة من أمره وكذلك الحمال إذا سقط ما حمله عن رأسه أو يده أو عثر فسقط ما معه فإنه يضمن ذلك وكذلك الحمال والمكاري إذا كان من سوقه أو قوده أو انقطع الحبل الذي شده على المتاع فسقط المتاع وفسد كل هؤلاء يضمنون ما فسد به المتاع من فساد لحقه منه عند حمله أو سوقه أو قوده وقال حماد بن أبي سليمان وزفر والحسن بن زياد هو ضامن في ذلك لا يضمن إلا أن تعدى كما يضمن المودع إذا تعدى ولا يضمن ما حدث منه من عمل المستأجر عليه لأنه مأذون له فيه إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال أصحابنا الثلاثة الأجير المشترك يضمن ما جنت يده استحسانا والقياس أن لا يضمن وهو قول زفر والشافعي وصورة المسألة إذا دفع ثوبا إلى قصار ليقصره بأجر فدقه فتخرق الثوب إلى هنا لفظ العالم اهـ إتقاني (قوله كالمعين للدقاق) أي فإنه غير ضامن لما يجيء اهـ

(قوله وبخلاف تلميذه لانه أجير الوحد) قال في التحفة ولو تخرق بدق أجير القصار لاضمان عليه ولكن يجب الضمان على الاستاذ لان فعله ينتقل اليه كأنه فعله بنفسه وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا دق أجير القصار ثوبا فخرقه فضمانه على الاستاذ دون الاجير لانا نقلنا فعله الى الاستاذ فكان الضمان عليه ولو وطئ الاجير على ثوب القصار مما لا يوطأ عليه فخرقه كان ضمانه عليه خاصة لانه ليس بمأذون فيه فاقتصر الاتلاف عليه وان كان مما يوطأ فلا ضمان عليه لانه مأذون في وطئه ولو وطئ القصار ثوبا وديعة عنده فتخرق كان ضامناله وان كان مما يوطأ اذا لم يكن أذن له في بسطه ووطئه لانه أتلفها بغير أمر فيضمن كذا في شرح الكافي اه اتقاني (قوله أجير مشترك) الذي في خط الشارح لان الاستاذ أجير المشترك بالاضافة فتأمل (قوله وانما يجب بالجناية) وعقد الاجارة ليس بجناية فلا يكون سببا للضمان اه (قوله والصحيح أنه لافرق) قال الاتقاني والصحيح عدم الفرق هكذا روى ابن سماعة عن أبي يوسف في الرضيع اه (قوله في المتن وان انكسر دن في الطريق ضمن الخ) قال في الدراية ليس بقيد فانه لو كسره عمدا فالحكم كذلك عندنا اه كاكي وكتب مانصه قال في الدراية وقيد في بعض الطريق لانه لو انكسر بعدما انتهى الى المكان المشروط من جناية يده فلا ضمان عليه وله الاجر كذا (١٣٦) نقل عن الامام صاعد النيسابوري كذا في المبسوط والفوائد الظهيرية اه وكتب

افساد وانما السلامة المطلوبة من العمل لا تجاوز المعتاد وبعد ذلك السراية والاقتصار مبنيان على قوة المحل في احتمال الالم وسيلان الدم وضعفه عن ذلك وليس في وسعه معرفته والخارج عن الوسع لا يستحق بعقد المعاوضة بحال والتحرز عن التخرق ممكن لانه في وسع القصار يعرف بالنظر في الثوب ما يحتمله من الدق الا أنه ربما يلحقه الحرج فيه وهو ساقط العبرة فيما يلزم العبد بالتزامه وانما يعتبر ذلك في حقوق الله تعالى دفعا للحرج حتى اذا اجتهد وأخطأ يكون معذورا وبخلاف أجير الوحد لما بيناه وبخلاف تلميذه لانه أجير الوحد عند استاذه وأجير الوحد لا يجب عليه ضمان ويجب على الاستاذ ما أفسده التلميذ بعمله لان الاستاذ أجير المشترك دون التلميذ ثم صاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمته غير معمول ولم يعطه الاجر وان شاء ضمنه معمولا وأعطاه الاجر وقد مر نظيره قال رحمه الله (ولا يضمن به بني آدم) يعني ممن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان يسوقه ويقوده لان ضمان الآدمي لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا لا تتحمله العاقلة الا اذا كان بالجناية وقيل هذا اذا كان كبيرا ممن يستمسك على الدابة ويركب وحده والا فهو كالمتاع والصحيح أنه لافرق قال رحمه الله (وان انكسر دن في الطريق ضمن الحمال قيمته في مكان حمله ولا أجر أو في موضع الكسر وأجره بحسابه) أما الضمان فلانه تلف بفعله لان الداخل تحت العقد عمل سليم والمفسد غير داخل فيضمن على ما بينا وأما الخيار فلانه اذا انكسر في الطريق والحمل شئ واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو أن ابتداء الحمل حصل بأمره فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الجهتين شاء فان مال الى كونه متعديا ضمن قيمته في الابتداء ولا يجب الاجر لانه تبين أنه كان متعديا من الابتداء وان مال الى كونه مأذونا فيه في الابتداء وانما صار متعديا عند الكسر ضمنه قيمته في موضع الكسر وأعطاه أجرته بحسابه هذا اذا كان الكسر بصنعه بأن زلق أو عثر وان كان من غير صنعه بأن زحمه الناس فانكسر فلا يضمن عند أبي حنيفة

أيضا مانصه فان قيل كيف يضمنه في موضع الحمل ولم يوجد منه سبب الضمان ثم قلنا لانه لما انكسر في الطريق والحمل شئ واحد كان الحمل المستحق بالعقد ما ينتفع به وهو أن يحصله محمولا الى موضع عينه ظهر أنه وقع تعديا ابتداء وفي الحقيقة ابتداؤه سليم وانما صار تعديا عند الكسر فان مال الى الوجه الحكمي فلا أجر له لانه ما استوفى من عمله أصلا وان مال الى الوجه الحقيقي فله الاجر بقدر ما استوفى والاجر والضمان انما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة وقد اختلفت الحالة ههنا وهذا لانه اذا ضمنه في مكان الكسر فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل الى موضع الكسر والاجر يجب في حالة الامانة وانما صار رضي مضمونا في حالة الكسر وهذه حالة أخرى اه كاكي رحمه الله (قوله وأما الخيار الخ) قال في البدائع وأما التخيير على أصل أبي يوسف ومحمد فظاهر لانه وجد جهتا الضمان القبض والاتلاف فكان له أن يضمنه بالقبض يوم القبض وله أن يضمنه بالاتلاف يوم الاتلاف أما على أصل أبي حنيفة ففيه اشكال لان عنده الضمان يجب بالاتلاف لا بالقبض فكان لوجوب الضمان سبب واحد وهو الاتلاف فيجب أن يعتبر قيمته يوم الاتلاف ولا خيار له على ما روي عنه والجواب عنه من وجهين أحدهما أنه وجد سببان لوجوب الضمان أحدهما الاتلاف والثاني العقد لان الاجير بالعقد السابق التزم الوفاء بالمعقود عليه وذلك بالعمل المصلح وقد خالف والخلاف من أسباب وجوب الضمان فيثبت له الخيار ان شاء ضمنه بالعقد وان شاء بالاتلاف والثاني أنه لما لم يوجد منه إيفاء المنفعة في القدر الفائت فقد تفرقت عليه الصفقة في المنافع فيثبت له الخيار ان شاء رضي بتفرقها وان شاء فسخ العقد ولا يكون ذلك الا بالتخيير اه (قوله وأعطاه أجرته بحسابه) أي لانه استوفى بعض عمله اه اتقاني (قوله وان كان من غير صنعه الخ) قال الكاكي رحمه الله وان تلف في يده بغير عمله بأن زحمه الناس لا يضمن عند أبي حنيفة خلافا لهما وهي مسئلة الاجير المشترك اه وانظر في الصفحة التي قبل هذه الورقة عند القولة

التى على قوله فى المتن وما تلف بعمله الخ نقلا عن البدائع والاتقانى اه (قوله لان العين مضمونة على الاجير المشترك الخ) قال الاتقانى قال فى شرح الطحاوى والراعى بمنزلة الاجير المشترك اذا كان يرعى للعامة فما تلف من سوقه وضربه اياها بخلاف العادة فانه يضمن لانه من جناية يده واذا ساق الدواب على الشرعة فازدحمت على القنطرة ودفعت بعضها بعضا فسقطت فى الماء وعطبت فانه يضمن لانه من جناية يده ولو أن رجلا قال استأجرتك لترعى غنمى خاصة مدة معلومة فهذا أجير الوحد وقال فى الفتاوى الصغرى الراعى اذا كان مشتركا لا يجب عليه رعى الاولاد التى تحدث فان شرط عليه فى أصل العقد يجوز وفى أجير الوحد يجب عليه رعى الاولاد اه (قوله فى المتن ولا يضمن حجام أو بزاغ) قال فى الفتاوى الصغرى والتتمة أيضا اذا شرط على الحجام والبزاغ العمل على وجه لا يسرى لا يصح هذا الشرط

رضى الله تعالى عنه لان المتاع أمانة عنده وعندهما يضمن قيمته فى موضع الكسر لانه تسلم العمل باتصاله بملكه فيعطيه أجرته ولا يخير فى هذه الصورة عندهما لان العين مضمونة على الاجير المشترك عندهما على ما بينا قال رحمه الله (ولا يضمن حجام أو بزاغ أو فصاد لم يعد الموضع المعتاد) لانه التزمه بالعقد فصار واجبا عليه والفعل الواجب لا يجامعه الضمان كما اذا حد القاضى أو عزر ومات المضروب بذلك الا اذا كان يمكنه التحرز عنه كدق الثوب ونحوه مما ذكرنا من قبل لان قوة الثوب ورقته يعرف به ما يحتمله من الدق بالاجتهاد فأمكن تقييده بالسليم منه بخلاف الفصد ونحوه فانه يبتنى على قوة الطباع وضعفه ولا يعرف ذلك بنفسه ولا ما يحتمله من الجرح فلا يمكن تقييده بالسليم وهو غير السارى فسقط اعتباره الا اذا جاوز المعتاد فيضمن الزائد كله اذا لم يهلك وان هلك يضمن نصف دية النفس لانها تلفت بمأذون فيه وغير مأذون فيه فيضمن بحسابه وهو النصف حتى إن الختان لو قطع الحشفة وبرأ المقطوع تجب عليه دية كاملة لان الزائد هو الحشفة وهو عضو كامل فتجب عليه الدية كاملة وان مات وجب عليه نصف الدية لما ذكرنا وهى من أندر المسائل وأغربها حيث يجب الاكثر بالبرء وبالهلاك أقل قال رحمه الله (والخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه فى المدة وان لم يعمل كمن استؤجر شهرا للخدمة أو لرعى الغنم) أى الاجير الخاص يستحق الاجر بتسليم نفسه للعمل عمل أو لم يعمل سمى أجيرا خاصا وأجير وحد لانه يختص به الواحد وهو المستأجر وليس له أن يعمل لغيره لان منافعه فى المدة صارت مستحقة له والاجر مقابل بها فيستحقه ما لم يمنعه من العمل مانع حسى كالمرض والمطر ونحو ذلك مما يمنع التمكن من العمل قال صاحب الهداية الاجر مقابل بالمنافع ولهذا يبقى الاجر مستحقا وان نقض العمل قال صاحب النهاية نقض على البناء للمفعول بخلاف الاجير المشترك فانه روى عن محمد رحمه الله فى خياط خاط ثوب رجل بأجر ففتقه رجل قبل أن يقبض رب الثوب فلا أجر للخياط لانه لم يسلم العمل الى رب الثوب ولا يجبر الخياط على أن يعيد العمل لانه لو أجبر عليه كان يجبر بحكم العقد الذى جرى بينهما وذلك العقد قد انتهى بتمام العمل وان كان الخياط هو الذى فتق فعليه أن يعيد العمل لانه هو الذى نقض عمله فصار كأن لم يخط وكذلك الاسكاف والملاح حتى اذا رد الملاح السفينة أو نقض الاسكاف الخياطة أجبر على اعادتها وانما يكون أجير وحد اذا استأجره لرعى الغنم اذا شرط عليه أن لا يرعى لغيره أو ذكر المدة أولا نحو أن يستأجر راعيا شهرا ليرعى له غنما مسماة بأجر معلوم فانه يجعله أجير وحد بأول الكلام لانه أوقع الكلام على المدة فى أوله وقوله بعد ذلك لرعى الغنم يحتمل أن يكون لايقاع العقد على العمل فيصير أجيرا مشتركا لان الاجير المشترك هو الذى يقع عقده على العمل ويحتمل أن يكون لبيان نوع العمل الذى يستحق على الاجير الخاص فى المدة فان الاجارة على المدة لا تصح فى الاجير الخاص ما لم يبين نوع

لانه ليس فى وسعه ذلك ولو شرط على القصار العمل على وجه لا يتخرق صح لان فى وسعه ذلك اه اتقانى (قوله فى المتن أو فصاد) فصد الفصاد من حد ضرب وهو فى الآدمى وبزغ من حد فتح وهو فى الحيوان يقال بزغ البيطار الدابة اذا شقها بالمبزغ وهو مثل مشرط الحجام كذا فى المغرب قاله الكاكى وقال الاتقانى والبطر الشق فى جلد أو غيره يقال بطرت الجلد أبطره وأبطره بطرا وهو أصل بناء البيطار وقالوا رجل بيطر وبيطار ومبيطر وكل ذلك راجع الى ذلك كذا فى الجمهرة اه (قوله مما ذكرنا من قبل) قال الاتقانى بخلاف ما اذا هلك من عمل القصار ونحوه لان ذلك من خرقه أو تقصيره لان فى وسعه الاتيان بالعمل المسلم دون المفسد وذلك لان الفساد اما أن يكون لخرق فى العمل بالدق لا على الوجه الذى يحتمله الثوب أو لخشونة فى المدقة أو خلال

فى الثوب بان كان فيه حصاة أو فساد طى وغير ذلك والرجل اذا كان بصيرا فى صنعته يمكنه التحرز عن ذلك بالمبالغة فى البحث عن الخلل والمراقبة فى الدق فاذا كان ذلك ممكنا والمستأجر ما رضى الا بهذا الشرط انتفى الاذن بالفساد ضرورة اه (قوله فيضمن الخ) لانه ظهر منه التقصير وذلك بأن يوضع ثلاثة أوراق ويقال للحجام اضرب بمشرطك على سندها لاوراق وأنت لمه من الاثنين دون الثالث فان فعل ذلك فهو حاذق لا يضمن والا ضمن اه باكير (قوله تجب عليه دية كاملة) حدا تقول قاضيخان فى جناية فتاواه عن محمد رحمه الله تعالى اه (قوله والمطر) حتى لو استأجره لاتخاذ الطين أو غيره فى الصحراء فمطر ذلك اليوم لم يستحق الاجير الاجر لاجله لان تسليم النفس فى ذلك العمل لم يوجد لمكان العذر وبه كان يفتى المرغينانى اه دراية

(قوله فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال) قال الاتقانى ولان العمل لما لم يكن معقودا عليه لان المعقود عليه المنفعة لم يكن مضمونا عليه فما تولد منه لا يكون مضمونا الا اذا تعمد الفساد فحينئذ يضمن كالمودع وهذا لانه تعذر جعل المعقود عليه نفس العمل أو وصف القصارة لانا لو فعلنا ذلك لفسد العقد لان صورة أجير الوحد أن تكون المدة معلومة واذا كان كذلك فربما يمكنه تحصيل هذا العمل فى هذه المدة وربما لا يمكنه وربما يتأتى منه وصف القصارة فى هذه المدة وربما لا يتأتى فكان فيه جهالة وغرر وذلك مفسد للعقد فجعلنا المعقود عليه منفعة الاجير لانها معلومة مقدرة بهذا الزمان والدليل على أن المعقود عليه فى الاجير الخاص المنفعة لا وصف القصارة وفى المشترك وصف القصارة الاحكام منها أن فى الاجير الخاص اذا سلم النفس ولم يستعمله المستأجر يستحق الاجر لانه سلم المعقود عليه وهو المنافع وفى المشترك لا يستحق الاجر لانه لم يسلم المعقود عليه وهو وصف القصارة ومنها ان فى الخاص لو استعان بغيره لا يستحق الاجر لانه لم يسلم منافع نفسه وفى المشترك يستحق لانه سلم وصف القصارة ومنها ان فى الاجير الخاص لو خاط ثم نقض الخياطة يستحق الاجر لانه سلم منفعة النفس وفى المشترك لا يستحق لانه لم يسلم العمل الى المالك كذا قال علاء الدين العالم السمرقندى فى طريقة الخلاف اه (قوله فى المتن ولا يضمن ما تلف فى يده) كما اذا ضاع أو سرق ما استؤجر عليه اه ق (قوله فى المتن أو بعمله) كالفساد فى الطبخ والخبز والتخريق فى الغسل ونحو ذلك اه ق (قوله أما الاول) أراد به عدم الضمان فيما تلف فى يده اه (قوله فيجب عليه الضمان) حتى لا يقصر فى حفظها أو لا يأخذ الا بقدر ما يحفظه اه كاكى (قوله وأجير الوحد يعمل فى بيت المستأجر) أى ولا يتسلم العين فى العادة بل يسلم نفسه فلا يشترط عليه سلامة العين اه اتقانى (قوله فأخذنا فيه بالقياس) أى وهو عدم الضمان اه (قوله وأما الثانى) أراد به عدم الضمان فيما تلف من عمله اه (قوله فلان المنافع صارت مملوكة للمستأجر) أى بتسليم نفسه اه كاكى (قوله كأنه فعله بنفسه) فيفسد من عمله اه (قوله ولان البدل ليس بين بمقابلة العمل) أى فلا يشترط فيه السلامة من العيب اه كاكى (قوله وهذا لان المبيع منفعته) يعنى ان منفعة أجير الوحد هى المبيعة وهى سليمة اه (قوله كالمودع) وعلى هذا أجير القصار وسائر الصناع لان التلميذ أجير خاص فلا يضمن و يضمن الاستاذ ولا يرجع الاستاذ بما ضمن على التلميذ لانه أجير خاص كذا فى الايضاح ولا خلاف فيه اه كاكى (قوله مسافة وحملا) راجعان للدابة اه (قوله يجوز أن يجعل الاجر مترددا الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا وقع عقد الاجارة على أحد شيئين وسمى لكل واحد منهما أجرا معلوما فذلك جائز كرجل قال لآخر قد آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة أو كان هذا القول فى حانوتين أو عبدين أو دابتين أو فى مسافتين مختلفتين فقال قد آجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى الكوفة بكذا فذلك كله جائز عند أصحابنا جميعا لان الاجر يجب بتسليم أحدهما وهو معلوم فى حال وجوبه وكذلك لو دفع الى خياط ثوبا فقال ان خطته فارسيا فلك درهم وان خطته روميا فلك درهمان أو قال للصباغ ان صبغته بعصفر فلك درهم وان صبغته بزعفران فلك درهمان فذلك أيضا جائز لان الاجر يجب بالعمل وكل واحد منهما متميز عن صاحبه الى هنا لفظ الكرخى فى مختصره وقال القدورى فى شرحه وكذلك ان خيره بين ثلاثة أشياء فان ذكر أربعة لم يجز اه اتقانى

العمل فيقول استأجرتك شهرا للخدمة أو للرعى أو للحصاد فلا يتغير حكم الكلام الاول بالاحتمال فيبقى أجير وحد ما لم ينص على خلافه ولو شرط حكم الاجير المشترك فقال على أن ترعى غنم غيرى مع غنمى أو أخر المدة بأن استأجره ليرعى له غنما مسماة بأجرة معلومة شهرا كان أجيرا مشتركا لانه جعله أجيرا مشتركا بأول الكلام بايقاع العقد على العمل فى أوله وقوله شهرا فى آخر الكلام يحتمل أن يكون لايقاع العقد على المدة فيصير أجير وحد ويحتمل أن يكون لتقدير العمل الذى وقع العقد عليه فلا يغير أول كلامه بالاحتمال ما لم يصرح بخلافه قال رحمه الله (ولا يضمن ما تلف فى يده أو بعمله) أما الاول فلأن العين أمانة فى يده لانه قبضها باذنه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله ظاهر وكذا عندهما لان تضمين الاجير المشترك كان نوع استحسان عندهما صيانة لاموال الناس لانه يتقبل الاعمال من خلق كثير رغبة فى كثرة الاجرة وقد يعجز عن القيام بها فيقعد عنده طويلا فيجب عليه الضمان اذا هلكت بما يمكن التحرز عنه حتى لا يتوانى فى حفظها وأجير الوحد يعمل فى بيت المستأجر ولا يتقبل الاعمال من غيره فأخذنا فيه بالقياس وأما الثانى فلأن المنافع صارت مملوكة للمستأجر فاذا أمره بالصرف الى ملكه صح وصار نائبا منابه فصار فعله منقولا اليه كأنه فعله بنفسه ولان البدل ليس بمقابلة العمل بدليل أنه يستحق الاجر وان لم يعمل وهذا لان المبيع منفعته وهى سليمة وانما الخرق فى العمل الذى هو تسليم المنفعة وذلك غير معقود عليه فلم يكن مضمونا عليه فلا يشترط فيه سلامته فلا يضمن ما تلف به الا اذا تعمد الفساد فيضمن للتعدى كالمودع قال رحمه الله (وصح ترديد الاجر بترديد العمل فى الثوب نوعا وزمانا فى الاول وفى الدكان والبيت والدابة مسافة وحملا) أى يجوز أن يجعل الاجر مترددا بين تسميتين بجعل العمل مترددا فى الثوب بين نوعى العمل بأن يجعل له الخيار فيهما مثل ان يقول إن خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين أو يجعل العمل فيه مترددا بين زمانين مثل أن يقول ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فانه يجوز فى اليوم الاول دون الثانى وهو معنى قوله وزمانا فى الاول أى فى المتردد

بين زمانين يجوز في الوقت الاول أو يجعل المنفعة مترددا في دكان بان قال ان سكنته حدادا فبدرهمين وان سكنته عطارا فبدرهم أو قال ذلك في بيت أو يجعله مترددا بين مسافتين في الدابة أو بين حملين بان قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا أو بان قال له آجرتكها على أنك ان حملت عليها قنطارا من حنطة فبخمسة وان حملت عليها قنطارا من حديد فبعشرة وكذا لو خيره بين ثلاثة أشياء جاز ولا يجوز أكثر من ذلك على ما بينا في البيوع والمعتبر فيه البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا يشترط اشتراط الخيار هنا وفي البيع روايتان والفرق على احداهما أن الاجر لا يجب الا بالعمل وعند ذلك يصير المعقود عليه وهو العمل معلوما وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع الا باثبات الخيار وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وقد بيناه في البيوع فاذا عرف هذا مجملا فلا بد من الكلام فيه مفصلا ليهتدي الطالب الى معرفة كل واحد منها بعلتها فنقول أما الاول وهو ما اذا قال ان خطته فارسيا فبدرهم وان خطته روميا فبدرهمين فانما جاز لانه سمى نوعين معلومين من العمل وسمى لكل واحد منهما بدلا معلوما فيجوز كما اذا خيره في البيع بين عبدين على ما بينا في موضعه وأما الثاني وهو ما اذا قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غدا فبنصف درهم فالمذكور هنا وهو جواز العقد في اليوم الاول دون اليوم الثاني قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما الشرطان جائزان وعند زفر الشرطان فاسدان لانه اجتمع فيه تسميتان في اليومين لان المسمى في غده والمسمى في اليوم أيضا والمسمى في اليوم هو المسمى في الغد أيضا وانما ذكر اليوم والغد للتعجيل والترفيه لا غير ألا ترى أنه لو قال خط لي هذا الثوب غدا بدرهم فخاطه اليوم استحق الدرهم وكذا لو قال خط لي هذا الثوب بدرهم اليوم فخاطه غدا يستحق الدرهم فاذا كان كل واحد منهما مسمى في الوقتين فسدت الاجارة لان ذكر البدلين على البدل بمقابلة مبدل واحد مفسد فصار نظير قوله بعتك حالا بألف درهم ومؤجلا بألفين ولهما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للاضافة فهذا حقيقته واستعمالهما للترفيه والتعجيل مجاز والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على المجاز لا سيما اذا كان حمله على المجاز يؤدي الى الفساد وكل واحد منهما معلوم وبدلهما معلوم فصار نظير خياطة الرومية والفارسية بخلاف حالة الانفراد لانه لو حمل على التأقيت لفسد العقد اذ تعين العمل مع تعين الوقت لا يجتمعان فصرنا الى المجاز بدلالة حالهما اذ مقصودهما الصحة دون الفساد ولابي حنيفة رضي الله تعالى عنه أن اليوم للتعجيل والغد للاضافة والكلام لحقيقته حتى يقوم الدليل على مجازه وقد قام الدليل على ارادة المجاز في ذكر اليوم وهو التعجيل لان مرادهما الصحة وهو متعين في المجاز لان تعين العمل مع التوقيت مفسد فان تعين العمل يوجب كونه أجيرا مشتركا وتعين الوقت

(قوله أو يجعله مترددا بين مسافتين في الدابة) قال في الظهيرية في الاجارة رجل اكترى دابة وقال ان ركبتها الى موضع كذا فبكذا وان ركبتها الى موضع كذا فبكذا أو ذكر ثلاثة مواضع جاز استحسانا وفي الزيادة على الثلاثة لا يجوز وذكر محمد رحمه الله لهذا أصلا فقال الاجارة متى وقعت على أحد الشيئين أو على أحد الاشياء الثلاثة وسمى لكل واحد أجرا معلوما بأن قال آجرتك هذه الدار بخمسة دراهم أو هذه الاخرى بعشرة دراهم أو هذه الثالثة بخمسة عشر درهما أو قال ذلك في البيوت الثلاثة أو الحوانيت الثلاثة أو الاعبد الثلاثة أو قال ذلك في المسافات المختلفة بأن قال آجرتك هذه الدابة الى واسط بكذا أو الى الكوفة بكذا أو الى بغداد بكذا أو قال ذلك في أنواع الخياطة الى الثلاثة يجوز وفي الزيادة لا يجوز وفرق بين الاجارة وبين البيع اذا باع أحد هذين العبدين وسمى لكل واحد منهما ثمنا لا يجوز الا أن يشترط الخيار في ذلك للبائع أو للمشتري على ما عرف وفي الاجارة يجوز من غير خيار لان الاجارة يجري فيها من المسامحة ما لا يجري في البيع اه (قوله وهو جواز العقد في اليوم الاول الخ) قالوا في شروح الجامع الصغير في قول أبي حنيفة الشرط الاول جائز والشرط الآخر فاسد اه اتقاني (قوله وعند زفر الشرطان فاسدان) أي فان خاطه في اليوم أو في الغد أو بعد غد يجب أجر المثل لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم كذا ذكر الزاهد العتابي وغيره وقال الكرخي في مختصره فان خاطه من بعد الغد فله أجر مثله في قولهم جميعا اه اتقاني (قوله لانه اجتمع فيه تسميتان في اليومين) بيانه ان ذكر اليوم للتعجيل لا للتأقيت الاجارة باليوم فاذا كان كذلك تبقى التسمية الاولى في الغد فاذا جاء الغد تجتمع فيه تسميتان وذكر الغد للترفيه فاذا كان للترفيه كانت التسمية المضافة الى الغد موجودة في اليوم أيضا فتجتمع تسميتان أيضا في اليوم فيلزم البدلان على البدل بمقابلة عمل واحد فيفسد العقد في اليومين جميعا اه اتقاني (قوله فخاطه اليوم استحق الدرهم) فدل على ان ذكر الغد للترفيه لا للاضافة والتعليق فاجتمع في اليوم تسميتان فيفسد لجهالة البدل اه (قوله فخاطه غدا يستحق الدرهم) أي لان العقد المنعقد في اليوم باق الى الغد لان ذكر اليوم للتعجيل لا للتوقيت فاجتمع في الغد أيضا تسميتان والخياطة واحدة فيجب احدى التسميتين وهي مجهولة وهذه جهالة توقعهما في المنازعة اه (قوله لانه لو حمل على التأقيت لفسد العقد) أي ومتى حمل على التعجيل أو الترفيه لا اه كاكي (قوله ولابي حنيفة رحمه الله أن اليوم للتعجيل) أي لا للتوقيت الاجارة باليوم ولهذا صحت الاجارة في اليوم الاول بالاتفاق فلو كان للتوقيت لم تصح لانه حينئذ يجتمع الوقت والعمل اه

(قوله فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل الخ) قال الاتقاني فلما كان ذكر اليوم للتعجيل بقيت التسمية الاولى بالتأخير الى الغد فاجتمع تسميتان في الغد فبطل الشرط الثاني لهذا باعتبار التزاحم وفي اليوم لم يجتمع تسميتان لان التسمية الثانية مضافة الى الغد عدم في الحال فلا جرم وجب المسمى في اليوم وأجر المثل في الغد اه (١٤٠) (قوله لا يزاد على نصف درهم في الصحيح) قال الاتقاني نقلا عن القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهي الرواية الصحيحة اه (قوله وفي الجامع الصغير) أي والاصل اه اتقاني (قوله حدادا) حال من ضمير المخاطب اه اتقاني (قوله فالمذكور قول أبي حنيفة) وأي الامرين فعل استحق المسمى فيه عند أبي حنيفة اه اتقاني وكتب ما نصه قال في اشارات الاسرار فان لم يسكن قال بعضهم يستحق الاقل لانه ثابت بيقين وبعضهم أوجبوا من كل مسمى نصفه واختيار القدوري هو الاول لانه قال في شرحه لمختصر الكرخي فان أمسك الدار ولم يسكن فيها حتى مضت المدة فعليه أقل التسميتين لان الزيادة انما تستحق باستيفاء منفعة زائدة ولم يوجد ذلك فوجب بالتخلية أقل الامرين اه اتقاني (قوله ومطلق العقد لا يتناوله) تقدم في كتاب العارية متنا وشرحا أن مؤنة الرد على المؤجر قال الاتقاني في آخر كتاب الاجارة ولم يذكر صاحب الهداية مؤنة رد العين المستأجرة هنا اعتمادا على ما ذكر في كتاب العارية من مسألة القدوري بقوله وأجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يستأجر من الرجل الرحى فيحملها فتنقضي الاجارة قال على المؤجر يجيء فيأخذها

لا يوجب كونه أجيرا مشتركا وبينهما تناف فلا يجتمعان فيفسد فتعين المجاز كي لا يفسد فحملناه على التعجيل وفي الغد لم يقم الدليل على ارادة المجاز وهو الترفيه بل قام الدليل على ارادة الحقيقة وهو الاضافة والتعليق فتركناه على حقيقته لانا لو حملناه على أنه للترفيه يؤدي الى فساد العقد من حيث انه يجتمع في اليوم تسميتان كما قال زفر فوجب حمله على أنه للاضافة كما هو حقيقته ونقصان الاجر في الغد أيضا يدل على ذلك لان ما يكون للترفيه لا تكون أجرته أنقص فاذا كان ذكر اليوم للتعجيل وذكر الغد للتعليق لم يوجد في اليوم الا تسمية واحدة فلم يفسد فاذا خاطه اليوم وجب عليه الدرهم فاذا جاء الغد فسد لوجود تسميتين فيه لان المعلق ينزل بمجيء الغد والتسمية الاولى باقية فيفسد لاجتماع تسميتين في عمل واحد بخلاف خياطة الرومية والفارسية لانه ليس لاحد العقدين موجب في العمل الآخر فكانا عقدين مختلفين كل واحد منهما ببدل مسمى على الانفراد معلوم فافترقا فان خاطه فيه يجب عليه أجر المثل لا يزاد على نصف درهم في الصحيح لانه المسمى فيه وفي الجامع الصغير لا ينقص عن نصف درهم ولا يزاد على درهم لان التسمية الاولى باقية في الغد فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر الثانية لمنع النقصان ولو خاطه بعد غد فالصحيح أنه لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لم يرض بتأخيره الى الغد بأكثر من نصف درهم فأولى أن لا يرضى الى ما بعد الغد والصحيح على قولهما أنه ينقص من نصف درهم ولا يزاد عليه وأما الثالث وهو ما اذا قال ان سكنت هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حدادا فبدرهمين فالمذكور قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما لا تجوز هذه الاجارة وعلى هذا الخلاف القسم الرابع وهو ما اذا قال آجرتك هذه الدابة الى بغداد بكذا والى الكوفة بكذا ولهما أن الاجرة والمنفعة مجهولان لان الاجر في الاجير الخاص يجب بالتسليم من غير عمل ولا يدري أي العملين تقرر وأي التسميتين تجب وقت التسليم بخلاف خياطة الرومية والفارسية لان الاجر لا يجب فيه الا بالعمل وبه ترتفع الجهالة وبخلاف الترديد في اليوم والغد لانه عندهما كمسألة الرومية والفارسية فلا يجب الاجر الا بعد العمل فعند ذلك هو معلوم فهذا هو القاعدة لهما أن الاجر متى وجب بالتسليم لا يجوز أن يكون مترددا بين شيئين عند التسليم لانه لا يدري أيهما يجب والاجارة تفسد ولابي حنيفة رحمه الله أنه خيره بين شيئين متغايرين وجعل لكل واحد منهما أجرة معلومة فوجب أن يجوز كما في مسألة الرومية والفارسية والاجارة تعقد للانتفاع فالظاهر أنه يستوفي المنافع وعند الاستيفاء ترتفع الجهالة ولو احتيج الى الايجاب بمجرد التسليم عند عدم الاستيفاء بعد التسليم يجب نصف كل واحد من البدلين عند بعض المشايخ اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيجعل التسليم لهما والصحيح أنه يجب أقل البدلين لانه لا يكون أكثر ضررا من الانتفاع بأقلهما ضررا وكذا يجوز اذا خيره بين شيئين بان قال آجرتك هذه الدار شهرا بمائة أو هذه الدار بمائتين أو آجرتك هذه الدار بخمسين أو هذا الدكان بعشرين وكذا يجوز بين ثلاثة أشياء ولا يجوز أكثر من ذلك والمعنى قد بيناه في البيوع قال رحمه الله (ولا يسافر بعبد استأجره للخدمة بلا شرط) لان مطلق العقد يتناول الخدمة في الحضر اذ هو الاعم الاغلب وعليه عرف الناس فانصرف اليه اذ المطلق يتقيد بمثل هذا من المتعارف فلا يكون له أن ينقله الى خدمة السفر لانه الاشق فصار نظير ما لو استأجر فرسا للركوب وعين الراكب فليس له أن يركب غيره للتفاوت وكذا لو استأجر دارا للسكنى فانه ليس له أن يسكن فيه حدادا لانه أضر ومطلق العقد لا يتناوله ولان مؤنة الرد على المولى ويلحقه ضرر بذلك فلا يملك الا باذنه

بخلاف

بخلاف العبد الموصى بخدمته حيث لا يتقيد بالحضر لان مؤنته عليه ولم يوجد العرف في حقه ولا يقال لما ملك المستأجر منافعه ينزل منزلة المولى فيه وللمولى أن يسافر به فكذا لهذا لانا نقول انما ملك المولى ذلك لانه يملك رقبته لا لملك المنفعة ألا ترى أن للمولى أن يبيع رقبته وأن يزوجه ولا يملك المستأجر ذلك فكذا ليس له أن يسافر به الا أن يشترط ذلك أو يكون وقت الاجارة متهيئا للسفر وعرف بذلك لان الشرط ملزم والمعروف كالمشروط ولو سافر به ضمن لانه صار غاصبا ولا أجر عليه وان سلم لان الضمان والاجرة لا يجتمعان قال رحمه الله (ولا يأخذ المستأجر من عبد محجور أجرا دفعه اليه لعمله) معناه لو استأجر شخص عبدا محجورا عليه من نفسه فعمل وأعطاه الاجر ليس للمستأجر أن يأخذه منه والقياس له أن يأخذه لان عقد المحجور عليه لا يجوز فيبقى على ملك المستأجر لانه بالاستعمال صار غاصبا له ولهذا يجب عليه ضمان قيمته اذا هلك ومنافع المغصوب لا تضمن عندنا فيبقى المدفوع على ملكه فكان له أن يسترده وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالما ضار على اعتبار هلاك العبد والنافع مأذون فيه فيجوز فتخرج الاجرة عن ملكه فليس له أن يسترده وهذا لان العبد محجور عن تصرف يضر بالمولى لا عن تصرف ينفع المولى ألا ترى أنه يجوز قبوله الهبة بغير اذن المولى لكونه نفعا في حق المولى وجواز الاجارة بعد ما سلم من العمل تمحض نفعا في حق المولى لانه اذا جازت يحصل للمولى الاجر بغير ضرر ولو لم تجز ضاع منافع العبد عليه مجانا فتعين القول بالجواز فاذا جازت الاجارة صح قبض العبد الاجرة لانه العاقد وقبض البدل الى العاقد ومتى صح قبضه لا يكون للمستأجر أن يسترده منه بخلاف ما اذا هلك العبد في حالة الاستعمال فانه يجب على المستأجر قيمته واذا ضمن صار مالكا له من وقت الاستعمال فصار مستوفيا منفعة عبد نفسه فلا يجب عليه الاجر وكذا الصبي المحجور عليه اذا آجر نفسه وسلم من العمل كان الاجر له لانه غير ممنوع عما ينفعه من التصرفات ولهذا يملك قبول الهبة وجواز الاجارة بعد الفراغ من العمل نفع محض وفي النهاية الاجر الذي يجب في هاتين الصورتين أجر المثل فان أعتقه المولى في نصف المدة نفذت الاجارة ولا خيار للعبد فأجر ما مضى للمولى وأجر ما يستقبل للعبد وان آجره المولى ثم أعتقه في نصف المدة فللعبد الخيار فان فسخ الاجارة فأجر ما مضى للمولى وان أجازها فأجر ما يستقبل للعبد والقبض للمولى لانه هو العاقد قال رحمه الله تعالى (ولا يضمن غاصب العبد ما أكل من أجره) معناه اذا غصب رجل عبدا فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب من يد العبد الاجرة فأكلها فلا ضمان عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا عليه ضمانه لانه أتلف مال الغير بغير اذنه ولا تأويل لان المال للمولى لان اجارته نفسه جائزة على تقدير السلامة على ما بيناه وكسب العبد للمولى لانه تبع لرقبته فيكون الغاصب متعديا بالاخذ منه والاتلاف فيضمن ولابي حنيفة رحمه الله أن الضمان يجب باتلاف مال محرز متقوم وهذا ليس بمحرز لان الاحراز يكون بيده أو بيد نائبه وهذا المال ليس في يده ولا في يد نائبه لان الغاصب ليس نائبا عنه والعبد ليس في يد نفسه بل هو في يد الغاصب وما في يده يكون في يد الغاصب أيضا تبعا لنفسه فلا يتصور أن يكون محرزا بحرزه اذ هو لا يحرز نفسه عن الغاصب فكيف يحرز ما في يده عنه ولم يقع في يد المولى حقيقة أو حكما بالاستنابة لا يكون معصوما له فصار نظير المال المسروق في يد السارق بعد القطع ولان الاجرة بدل المنفعة والبدل حكمه كحكم المبدل ولو أتلف الغاصب المنفعة لا يضمن فكذا بدلها ولان الغاصب لو آجر العبد بنفسه وأخذ الاجرة وأكلها فلا ضمان عليه فكذا اذا آجر العبد نفسه لان العبد في يده فيكون فعله كفعله من وجه لانه في ضمانه ومن وجه كفعل المالك لانه هو المالك لرقبته وما تردد بين أصلين يوفر عليه حظهما فرجحنا جانب المالك عند بقاء الاجر في يده فقلنا المالك أحق به ورجحنا جانب الغاصب في حق الضمان وقلنا لا ضمان فيه على الغاصب اذا أكله لان الاصل وهو العبد في ضمانه كالمبيع اذا كسب في يد البائع واستهلك البائع كسبه لا يجب عليه الضمان عند أبي حنيفة رحمه الله لان الاصل في ضمانه وهو المبيع بخلاف ولد المغصوب حيث يجب على الغاصب ضمانه

(قوله لان مؤنته عليه) أي مؤنة الرد على الموصى له بالخدمة دون الوارث اه (قوله ليس للمستأجر أن يأخذ منه) أي ليس للمستأجر أن يسترد من العبد المحجور الاجر اه (قوله فاذا جازت الاجارة) أي بعد ما سلم من العمل اه كاكي (قوله وسلم من العمل) الخ أنه لو هلك الصبي من العمل فعلى عاقلة المستأجر الدية وعليه الاجر فيما عمل قبل الهلاك بخلاف العبد المحجور اذا هلك من العمل يجب عليه قيمته ولا أجر عليه لما ذكر أنه صار غاصبا اه كاكي (قوله ولا خيار للعبد) أي بلا خلاف اه كاكي (قوله فللعبد الخيار) أي كالصبي اذا بلغ في مدة الاجارة اه كاكي (قوله فأجر ما يستقبل للعبد) قال الاتقاني لان المولى هو الذي تولى قبض جميع الاجرة وليس للعبد نقضها بعد اختيار المضي عليها وان كان المستأجر عجل الاجرة كلها للمولى قبل أن يعمل العبد شيئا في أول الاجارة فالاجرة كلها للمولى اذا اختار المضي على الاجارة لان المولى قد كان ملك الاجرة قبل عتقه (قوله لانه أتلف مال الغير بغير اذنه) أي لان كسب العبد ملك المولى ولهذا لو كان الكسب قائما بعينه أخذه المولى اه اتقاني

بالاتلاف متعديا لانه ليس ببدل المنفعة بل هو جزء الام فيضمنه عند التعدي كالام ولهذا لو استولدها الغاصب لا يكون الولد له ولو آجر العبد كان الاجر له قال رحمه الله (ولو وجد ربه أخذه) أي لو وجد مولى العبد ما في يد العبد من الاجرة أخذه لانه وجد عين ماله ولا يلزم من بطلان التقوم بطلان الملك كما في المسروق بعد القطع فانه لم يبق متقوما حتى لا يضمن بالاتلاف ويبقى الملك فيه حتى يأخذه المالك قال رحمه الله (وصح قبض العبد أجره) أي لو قبض العبد أجرته من المستأجر جاز قبضه بالاجماع لانه المباشر للعقد وحقوق العقد اليه وتصرفه نفع محض على ما مر في عبد غير مغصوب فصح لكونه مأذونا له في التصرف النافع قال رحمه الله (ولو آجر عبده هذين الشهرين شهرا بأربعة وشهرا بخمسة صح والاول بأربعة) لانه لما قال أولا شهرا بأربعة انصرف الى ما يلي العقد تحريا للصحة كما لو سكت عليه لان الاوقات في حق الاجارة بمنزلة الاوقات في حق اليمين أن لا يكلم فلانا لان تنكيرها مفسد فيتعين عقيبها فاذا انصرف الاول الى ما يلي العقد انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول تحريا للجواز أيضا لانه أقرب الاوقات اليه فصار كما لو صرح به قال رحمه الله (ولو اختلفا في إباق العبد ومرضه حكم الحال) معناه لو استأجر عبدا شهرا مثلا ثم قال المستأجر في آخر الشهر أبق أو مرض في المدة وأنكر المولى ذلك أو أنكر اسناده الى أول المدة فقال أصابه قبل أن يأتي بساعة يحكم الحال فيكون القول قول من يشهد له الحال مع يمينه لان القول في الدعاوى قول من يشهد له الظاهر ووجوده في الحال يدل على وجوده في الماضي فيصلح الظاهر مرجحا وان لم يصلح حجة كما اذا اختلفا في جريان ماء الطاحونة وهذا اذا كان الظاهر يشهد للمستأجر فظاهر لا اشكال فيه لانه ليس فيه الا دفع الاستحقاق عليه والظاهر يصلح له وان كان يشهد للمؤجر ففيه اشكال من حيث انه يستحق الاجرة بالظاهر وهو لا يصلح للاستحقاق وجوابه أنه يستحقه بالسبب السابق وهو العقد وانما الظاهر يشهد على بقائه واستمراره الى ذلك الوقت فلم يكن مستحقا بمجرد الظاهر وهذا لانهما لما اتفقا على وجود سبب الوجوب أقر بالوجوب عليه ثم بالانكار بعد ذلك يكون متعرضا لنفسه فلا يقبل منه الا بحجة وعلى هذا لو أعتق جارية ولها ولد فقالت أعتقني قبل ولادته فيكون حرا تبعا لي وقال المولى أعتقتك بعدها فلا يعتق كان القول قول من كان الولد في يده لان الظاهر يشهد له وكذا لو باع شجرا فيه ثمر واختلفا في بيع الثمر معها كان القول قول من في يده الثمر وهذا كله تحكيم للحال قال رحمه الله (والقول لرب الثوب في القميص والقباء والحمرة والصفرة والاجر وعدمه) يعني اذا اختلف رب الثوب والصانع في الخيط بأن قال رب الثوب أمرتك أن تعمله قباء وقال الخياط قميصا أو في لون الصبغ بأن قال صاحب الثوب أمرتك أن تصبغه أحمر فصبغته أصفر وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر أو في الاجرة بأن قال صاحب الثوب عملته لي بغير أجر وقال الصباغ بأجر كان

(قوله ولو اجر) أي الغاصب اه (قوله كان الاجر له) أي لا للمالك ولا ضمان على الغاصب بالاكل بالاتفاق وعند الائمة الثلاثة يرجع المالك على الغاصب باجر المثل كما لو آجر العبد نفسه اه كاكي (قوله في المتن وصح قبض العبد أجره) وفائدة هذا تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجر فان الخروج من عهدته يحصل بأدائه الى العبد فيما اذا آجر العبد نفسه فاما اذا آجره المولى فليس للعبد ولاية قبض الاجرة لان العبد ليس بعاقد ولا بوكيل عن العاقد وحقوق العقد ترجع الى العاقد كذا في الايضاح اه معراج الدراية (قوله تحريا) أي طلبا اه (قوله انصرف الثاني الى ما يلي الشهر الاول) أي لو عمل في الشهر الاول دون الثاني استحق أربعة دراهم ولو عمل في الشهر الثاني دون الاول استحق خمسة دراهم اه اتقاني (قوله فصار كما لو صرح به) أي وكذا لو استأجر ثلاثة أشهر شهرين بدرهمين وشهرا بخمسة فالاولان بدرهمين اه كاكي (١٤٣) (قوله في المتن ولو اختلفا في إباق العبد الخ) هذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل استأجر من رجل عبدا له شهرا بدرهمين فقبضه في أول الشهر ثم جاء في آخر الشهر وهو آبق أو مريض فقال المستأجر أبق حين أخذته وقال المؤاجر ما كان ذلك الا قبل أن تأتيني بساعة قال القول قول المستأجر وان جاء وهو صحيح في يد المستأجر فقال المستأجر أبق حين أخذته أو مرض حين أخذته وكذبه المؤاجر فالقول قول المؤاجر الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني رحمه الله قبيل باب الاختلاف من كتاب الاجارة ونختم الباب بمسئلة ذكرها شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في باب اجارة الرقيق من شرح الكافي قال واذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه كل شهر بأجر مسمى فهو جائز لان الخدمة المتعارفة معلومة ووقتها معلوم فصحت الاجارة وله أن يستخدمه من السحر الى أن ينام الناس بعد العشاء الاخيرة وانما يخدمه كما يخدم الناس القول لان الوقت الذي يحتاج الانسان فيه الى الخدمة هذا لان الناس ينامون بعد العشاء وينتبهون قريبا من طلوع الفجر ويحتاج الاجير الى أن يقوم قبله ليهيئ له أسباب الوضوء ويوقد النار والسراج وأشباه ذلك فلذلك قيدناه به اه (قوله وكذا لو باع شجرا فيه ثمر) أي ثم قال البائع بعت الاشجار دون الثمار والمشتري يقول اشتريتها مع الثمار قالوا ينظر ان كانت الثمار في يد البائع فالقول له وان كانت في يد المشتري فالقول قول المشتري اه كاكي (قوله وقال الصباغ بل أمرتني بصبغه أصفر) أي فالقول لصاحب الثوب قال القدوري في شرحه

لمختصر الكرخي (١) فان شاء رب الثوب أخذه وأعطاه أجر مثله اهـ وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وان أقاما البينة فالبينة بينة الخياط اهـ اتقاني (قوله والفتوى على قول محمد) قال الاتقاني قال شيخ الاسلام خواهر زاده وعليه الفتوى الى هنا لفظ الفتاوى الصغرى والتتمة اهـ

﴿باب فسخ الاجارة﴾

ذكر الفسخ آخرا لان فسخ العقد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخرا اهـ اتقاني وكتب ما نصه ثم انما يلي المستأجر الفسخ اذا كان المؤاجر حاضرا فان كان غائبا فحدث بالمستأجر ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر الفسخ لان فسخ العقد لا يجوز الا بحضور العاقدين أو من يقوم مقامهما اهـ بدائع (قوله فيلزمه جميع البدل) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي (١٤٣) في مختصره واذا استأجر الرجل عبدا ليخدمه أو دابة ليركبها الى مكان معلوم أو دارا فحدث فيها عيب يضر بالانتفاع بما استؤجر من ذلك فالمستأجر بالخيار ان شاء مضى على الاجارة وان شاء فسخ وان مضى على ذلك فعليه الاجر تاما لا ينقص منه شيأ وكذلك ان كان الحادث سقوط بيت منها فمضى على الاجارة لا ينقص منه شيأ وان كان ما حدث من جميع ذلك لا ينقص الانتفاع به فلا خيار له والاجارة له لازمة فان بنى المؤاجر ما سقط لم يكن للمستأجر أن يفسخ الاجارة فان كان المؤاجر غائبا فحدث ما يوجب الفسخ فليس للمستأجر أن يفسخ وان سقطت الدار كلها فله أن يخرج كان صاحب الدار شاهدا أو غائبا الى هنا لفظ الكرخي والاصل فيه أن العيب اذا حدث بالعين المستأجرة فان أثر ذلك في المنافع يثبت الخيار للمستأجر كالعبد اذا مرض والدابة اذا مرضت والدار اذا انهدم بعضها لان كل جزء من المنفعة كالمعقود عليه فحدوث عيب فيه قبل القبض يوجب الخيار وان لم يؤثر ذلك في المنافع لا يثبت الخيار كالعبد المستأجر للخدمة اذا ذهبت احدى عينيه وذلك لا يضر بالخدمة أو سقط شعره وكالدار اذا سقط منها حائط لا ينتفع به في سكناها لان العقد ورد على المنفعة دون العين وهذا النقص حصل بالعين دون المنفعة والنقص بغير المعقود عليه لا يثبت الخيار ثم فيما يثبت له الخيار اذا استوفى المنفعة يلزمه الاجر كاملا كالمشتري اذا رضي بالعيب ثم اذا حدث ما يوجب الفسخ لا يجوز الفسخ الا بحضور المتعاقدين لان حضورهما أو حضور نائبهما شرط الفسخ فان سقطت الدار كلها فله أن يخرج شاهدا كان صاحب الدار أو غائبا اهـ اتقاني رحمه الله

القول في الكل قول المستأجر أما اذا اختلفا في الخياطة والصبغ فلان الاذن يستفاد من جهة رب الثوب فكان أعلم بكيفيته ولانه لو أنكر الاذن بالكلية كان القول قوله فكذا اذا أنكر وصفه اذ الوصف تابع للاصل لكنه يحلف لانه ادعى عليه شيأ لو أقر به لزمه فاذا أنكره يحلف فاذا حلف فالخياط ضامن وصاحب الثوب مخير ان شاء ضمنه قيمة الثوب غير معمول ولا أجر له أو قيمته معمولا وله أجر مثله ولا يجاوز به المسمى على ما بينا من قبل لانه موافق من وجه وهو في أصل العمل مخالف من وجه وهو في الصفة فيميل الى أيهما شاء وروى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه يضمن له ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغاصب وقال ابن أبي ليلى القول قول الصباغ لانهما اتفقا على الاذن في الصبغ ثم رب الثوب يدعي عليه خلافا ليضمنه أو ليثبت لنفسه الخيار وهو منكر فكان القول له وجوابه ما بينا وأما اذا اختلفا في الاجر فلان المستأجر منكر تقوم عمله ووجوب الاجر عليه والصانع يدعيه فكان القول للمنكر وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان الصانع حريفا له أي معاملا له بأن كان يدفع اليه شيأ للعمل ويقاطعه عليه فله الاجر والا فلا لان ما تقدم منهما من المقاطعة يدل على أنه يعمل له بأجر فقام ذلك مقام الاشتراط لان العادة قد جرت بالدفع للعمل الى من يخالطه من غير تسمية الاجر لعلمه به وقال محمد رحمه الله ان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجر وقيام حاله بها كان القول قوله والا فلا لانه لما فتح الدكان لاجله جرى ذلك مجرى التنصيص عليه اعتبارا للظاهر المعتاد وقولهما استحسان والقياس ما قاله أبو حنيفة رحمه الله لانه منكر وما ذكرا من الظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اذ الظاهر يصلح للدفع لا غير ألا ترى أن ذا اليد يدفع المدعي باليد ثم اذا بيعت بجنب ما في يده دار لا يستحق به الشفعة لما قلنا والفتوى على قول محمد رحمه الله

﴿باب فسخ الاجارة﴾

قال رحمه الله (وتفسخ بالعيب) أي تفسخ الاجارة بالعيب لان العقد يقتضي سلامة البدل عن العيب فاذا لم يسلم فات رضاه فيفسخ كما في البيع والمعقود عليه في هذا الباب المنافع وهي تحدث ساعة فساعة فما وجد من العيب يكون حادثا قبل القبض في حق ما بقي من المنافع فيوجب الخيار كما اذا حدث العيب بالمبيع قبل القبض ثم اذا استوفى المستأجر المنفعة مع العيب فقد رضي بالعيب فيلزمه جميع البدل كما في البيع فان فعل المؤجر ما أزال به العيب فلا خيار للمستأجر لان الموجب للرد قد زال قبل الفسخ والعقد

---

(١) قول المحشي فان شاء الخ هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فليحرر اهـ

(قوله وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ الخ) ولكن يثبت له حق الفسخ وبه كان يفتى شمس الأئمة السرخسى وشيخ الاسلام واستدل بما روى هشام عن محمد انه لو استأجر بيتا فانهدم ثم بناه الآجر فليس للمستأجر أن يمتنع من القبض ولا للآجر فهذا دليل على أن العقد لم ينفسخ ولكنه يفسخ وهذا لان المنفعة غير فائتة من كل وجه اذ أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب فسطاط وفى انقطاع الماء لو فاتت من كل وجه لكنها تحتمل العود فأشبه اباق العبد وذلك لا يوجب الانفساخ قال والذى ينفسخ بالانهدام يعود بالبناء ومثله جائز كما فى الشاة المبيعة اذا هلكت فى يد البائع ينفسخ العقد ثم اذا دبغ جلدها يعود العقد بقدره فكذا هذا بخلاف السفينة اذا نقضت وصارت ألواحا ثم ركبت وأعيدت سفينة لم يجبر على تسليمها الى المستأجر لان السفينة بعد النقض اذا أعيدت صارت سفينة أخرى ألا ترى أن من غصب ألواحا وجعلها سفينة ينقطع حق المالك فأما عرصة الدار لا تتغير بالبناء عليها اهـ كاكى (قوله وقال بعضهم تنفسخ) وهذا الذى ذكره هو اختيار القدورى واليه ذهب صاحب التحفة وأبو نصر البغدادى فى شرحه واختيار خواهر زاده وشمس الأئمة بخلاف ذلك اهـ اتقانى رحمه الله (١٤٤)(قوله والاول أصح) قال الاتقانى وفى اجارات شمس الأئمة اذا انهدمت الدار كلها فالصحيح انه لا تنفسخ الاجارة لكن تسقط الاجرة عنه فسخ أو لم يفسخ اهـ (قوله فى المتن وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين) قال الاتقانى وذلك لان المؤجر اذا مات ينتقل الملك منه الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى استيفاء المنافع من ملك المؤجر لا من ملك غيره فلو بقى عقد الاجارة يلزم استيفاء المنافع من ملك الغير وهذا لا يجوز وان مات المستأجر وقد عقد الاجارة لنفسه فكل ماله من المال انتقل الى ورثته وعقد الاجارة اقتضى أن تستحق الاجرة من مال المستأجر لا من مال غيره فلو بقى عقد الاجارة بعد موته تكون الاجرة مستحقة من مال غيره وهذا لا يجوز فتعين بطلان الاجارة لعدم امكان بقائه بخلاف ما اذا عقد الوكيل أو الوصى أو متولى الوقف حيث لا يبطل الوقف لان المعنى الذى الموجودة قلنا فى العاقد لنفسه لا يجوز فى العاقد لغيره ونقل فى خلاصة الفتاوى عن باب اجارة الظئر أن أحد المتعاقدين لو جن جنونا مطبقا لا تنفسخ الاجارة وقال فى الفتاوى الصغرى بموت الموكل تنفسخ الاجارة وبموت الوكيل لا ونقل فى الاجناس عن اجارة الاصل اذا آجر الاب أرض ابنه الصغير أو الوصى ومات لا تبطل الاجارة وكذلك لا تبطل اجارة الظئر بموت والد الصبى الذى استأجرها وتبطل بموت الصبى والمستأجرة وقال الكرخى فى مختصره وان ماتت الظئر قبل المدة أو مات الصبى انتقضت الاجارة وكان لها من الاجر بحسب ما مضى من المدة قبل الموت وقال فى الاجناس أيضا لو آجر الوقف ثم مات قبل انقضاء المدة لا تبطل الاجارة ولم يذكر فيه القياس ولا الاستحسان ونقله فى الخلاصة عن الذخيرة ثم نقل القياس والاستحسان فقال القياس ان تبطل الاجارة وبه أخذ أبو بكر الاسكاف لانه فى معنى المالك لانه ليس لاحد بحره وفى الاستحسان لا تبطل لانه آجر لغيره كالوكيل اهـ ﴿فرع﴾ قال فى القنية آجر الوقف عليه عشر سنين ثم مات وانتقل الى مصرف آخر انتقضت الاجارة ويرجع بما بقى من الاجر فى تركة الميت اهـ وما ذكره من الانتقاض هو القياس دون الاستحسان والعمل على الاستحسان والله الموفق

يعقد ساعة فساعة فلم يوجد فيما يأتى بعده فسقط خياره قال رحمه الله (وخراب الدار وانقطاع ماء الضيعة والرحى) أى تفسخ الاجارة بهذه الاشياء وهذا يشير الى أن الاجارة لا تنفسخ بهذه الاشياء وقال بعضهم تنفسخ لان المعقود عليه وهو المنافع المخصوصة قد فاتت قبل القبض فصار كهلاك المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر والاول أصح ووجهه أن المنافع قد فاتت على وجه يتصور عودها فأشبه إباق المبيع قبل القبض أو المستأجر وقال فى الاصل ان الاجارة فى الرحى لا تنفسخ بانقطاع الماء وقد روى هشام عن محمد أنه لو استأجر بيتا فانهدم فبناه المؤجر وأراد المستأجر أن يسكنه فى بقية المدة فليس له أن يمنعه من ذلك وكذا ليس للمستأجر أن يمتنع منه وهذا صريح بأنه لا ينفسخ ولكنه يفسخ ولان أصل الموضع يسكن بعد انهدام البناء ويتأتى فيه السكنى بنصب الفسطاط فبقى العقد لكن لا أجر على المستأجر لعدم التمكن من الانتفاع به على الوجه الذى قصده بالاستئجار ولو انقطع ماء الرحا والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الاجر بحصته لانه بقى شئ من المعقود عليه فاذا استوفاه لزمته حصته قال رحمه الله (وتنفسخ بموت أحد المتعاقدين ان عقدها لنفسه) وقال الشافعى لا تبطل بموت أحدهما ولا بموتهما لان المنافع عنده كالاعيان القائمة فكما لا تبطل فى العين لا تبطل فيها ولنا أن العقد ينعقد ساعة فساعة بحسب حدوث المنافع فاذا مات المؤجر فالمنافع التى تستحق بالعقد هى التى تحدث على ملكه وقد فات بموته فتبطل الاجارة لفوات المعقود عليه لان رقبة العين تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملكه فلم يكن هو عاقدا ولا راضيا به واذا مات المستأجر فلو بقى العقد انما يبقى على أن يخلفه وارثه والمنفعة المجردة لا تورث ولهذا لو مات الموصى له بالخدمة لا تنتقل الى ورثته وكذا لو مات المستعير تبطل العارية فكذا الاجارة اذ لا فرق بينهما الا من حيث ان أحدهما بعوض والآخر بغير عوض وذلك لا تأثير له فى حق الارث كالاعيان المملوكة بعوض أو بغير عوض اذ الوراثة خلافة ولا تتصور الا فيما يبقى وقتين ليكون ملك المورث ثابتا فى الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه فى الوقت الثانى ويقوم مقامه فيه بعينه والمنفعة

(قوله بخلاف البيع) متعلق بقوله وفوات بعض المعقود عليه يعني أن فوات بعض المعقود عليه يمنع الرد دون الإجارة اهـ اتقاني (قوله المبيع) كذا بخط الشارح وعبارة الهداية بخلاف البيع اهـ (قوله ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض إلخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي في باب إجارة الدور والبيوت وإن استأجر دارا سنة (ه ع ۹) فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب إليه التسليم أو لم يطلب ثم تحاكما لم يكن للمستأجر أن يمتنع من القبض في باقي السنة ولا للمؤاجر أن يمتنع من التسليم قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي فرق بين هذا وبين البيع إذا هلك بعضه حيث يتخير المشتري في الباقي والفرق أن المعقود عليه واحد فإذا هلك بعضه تعيب الباقي أما هاهنا فالعقد متعدد لأنه ينعقد على حسب حدوث المنفعة وانفساخه فيما مضى لا يقتضي استحقاق الفسخ في المستقبل اهـ اتقاني (قوله ومذهب شريح أن الإجارة إلخ) قال الأتقاني وقال ابن أبي ليلى تفسخ بغير عذر أيضا كذا ذكر قاضيخان في شرح الجامع الصغير وهو مذهب شريح كذا في شرح الكافي (فروع) قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإن أراد صاحبه أن يبيعه لم يكن له ذلك وإن باعه لم يجز لأنه تعلق به حق المستأجر وهو حق الانتفاع ولو نفذنا البيع أبطلنا حق المستأجر وكذلك الرهن وإن كان عليه دين فحبس به فباعه فهذا عذر وبيعه جائز لأنه لا يتخلص عن عهدة الدين إلا ببيعه إلى هنا لفظ شرح الكافي وقال في مختصر الطحاوي ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء المدة فإن أبا حنيفة ومحمدا قالا للمستأجر منع المشتري منها ونقض البيع عليه فيها فإن نقضه كان منتقضا ولم يعد بعد ذلك وإن لم ينقضه حتى فرغت الدار من الإجارة تم ذلك البيع فيها وحكوا عن أبي يوسف السماع وروى عنه أصحاب الإملاء أنه قال لا سبيل للمستأجر إلى نقض البيع فيها والإجارة فيها كالعيب فيها فإن كان المشتري عالما به فقد برئ البائع منه والمشتري فيقبض

الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعد موته لم تكن مملوكة له ليخلفه الوارث فيها فتعين البطلان كعقد النكاح يرتفع بالموت ولا يخلفه فيه ورثته قال رحمه الله (وإن عقدها لغيره لا كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف) لبقاء المستحق عليه والمستحق حتى لو مات المعقود له بطلت لما ذكرنا وإن مات أحد المستأجرين أو أحد المؤجرين بطلت الإجارة في نصيبه وبقيت في نصيب الحي وقال زفر رحمه الله تبطل في نصيب الحي أيضا لأن الشيوع مانع من صحة الإجارة فيكون كالمقارن قلنا الشروط يراعى وجودها في الابتداء دون البقاء كالهبة وكالشهادة في النكاح قال رحمه الله (وتفسخ بخيار الشرط) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح اشتراط الخيار فيها لأن المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكماله إن كان الخيار له إذ لا بد له من تلف شيء من المنفعة في مدة الخيار وإن كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكمال لأن ما مضى من المنفعة في مدة الخيار لا يمكن تسليمه وليس له تفريق الصفقة قبل التمام لأنها لا تتم مع خيار الشرط بخلاف البيع لأنه يمكن رد جميع المعقود عليه فيه إذ المبيع عين تبقى ولنا أنه عقد معاوضة ولا يجب قبضه في المجلس ويحتمل الفسخ بالإقالة فيجوز شرط الخيار فيه كالبيع وهذا لأن الخيار شرع في البيع للتروي حتى إذا كان فيه غبن وخسارة يفسخ لأن الإجارة تقع بغتة من غير سابقة تأمل فيمكن أن تصادف غير موافق فيحتاج إلى إزالته فيجوز اشتراطه كالبيع بخلاف النكاح فإنه لا يقع بغتة بل يتقدمه السوم والتأمل في الموافق فلا يحتاج فيه إلى التروي بعده فلا يحتاج إليه ولأن النكاح لا يقبل الفسخ بالإقالة فلا يؤثر فيه خيار الشرط ولا يفيد ألا ترى أن الإجارة تفسخ بعيوب مضرة كالبيع ولا كذلك النكاح وبخلاف الصرف والسلم لأن شرط الخيار فيهما يمنع تمام القبض المستحق بالعقد والعقد فيهما موجب للقبض في المجلس وفوات بعض المعقود عليه لا يمنع الرد بالعيب فكذا بخيار الشرط للضرورة بخلاف المبيع لأنه يمكن فسخ البيع في جميع المبيع فلا ضرورة ألا ترى أن المستأجر يجبر على القبض بعد مضي بعض المدة من غير شرط الخيار للضرورة وفي البيع لا يجبر عليه بعد هلاك بعضه لعدم الضرورة فعلم بذلك أن هلاك بعض المعقود لا يؤثر في منع الفسخ ولا المضي فيها ولأن العقد في المنافع يقع متفرقا لأنه ينعقد ساعة فساعة على ما يناسب كل جزء من أجزاء المنفعة فصار كل عقد على حدة فلا تتصور فيه تفريق الصفقة إذ هو لا يكون إلا فيما إذا كان بعقد واحد قال رحمه الله (والرؤية) أي تفسخ بخيار الرؤية أيضا وقال الشافعي لا يجوز استئجار ما لم ير للجهالة قلنا الجهالة إنما تمنع الجواز إذا كانت تفضي إلى المنازعة وهذه الجهالة لا تفضي إليها لأنه إذا لم يوافقه يرده فلا تمنع الجواز ثم إذا رآه ثبت له خيار الفسخ لأن العقد لا يتم إلا بالتراضي ولا رضا دون العلم وقد قال عليه الصلاة والسلام من اشترى شيئا لم يره فله الخيار إذا رآه والإجارة شراء المنافع فيتناوله نص الحديث لفظا أو دلالة قال رحمه الله (و) تفسخ (بالعذر وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه) أي موجب العقد إلا بتحمل ضرر زائد لم يستحق به) أي بالعقد (كمن استأجر رجلا ليقلع ضرسه فسكن الوجع أو ليطبخ له طعام الوليمة فاختلعت منه أو حانوتا ليتجر فيه فأفلس أو آجر دكانه فلزمه دين بعيان أو بينة أو بإقرار ولا مال له غيره أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري) وقال الشافعي لا تفسخ الإجارة بالأعذار إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان ومذهب شريح أن الإجارة غير لازمة ولكل واحد منهما فسخها لأنها جوزت للضرورة كالعارية

الدار بعد انقضاء الاجارة فيها وان لم يكن عالما بذلك كان بالخيار ان شاء نقض البيع فيها للعيب الذي وجده بها وان شاء أمضاه والذي رواه محمد من قول أبي حنيفة أنه ليس للمستأجر نقض البيع ولكنه ان أجاز البيع كان في ذلك ابطال ما بقي من اجارته والقول الاول انما رواه من قول أبي حنيفة غيره الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ومن آجر داره ثم باعها قبل انقضاء مدة الاجارة فان البيع جائز فيما بين البائع والمشتري حتى ان المدة لو انقضت كان البيع لازما للمشتري وليس له أن يمتنع عن الاخذ الا اذا طالب المشتري البائع قبل انقضاء مدة الاجارة فلم يمكنه من ذلك وفسخ القاضي العقد فيما بينهما فانه لا يعود جائزا بمضي المدة ولو أن المستأجر أجاز البيع جاز وبطلت الاجارة فيما بقي من المدة ولو فسخ فانه لا ينفسخ البيع بينهما حتى ان المدة اذا انقضت كان للمشتري أن يأخذ هذا في ظاهر الرواية وروى الطحاوي عن أبي حنيفة ومحمد أن المستأجر له أن ينقض البيع فاذا انقض البيع فانه لا يعود وروى عن أبي يوسف أنه قال ليس للمستأجر نقض البيع والاجارة فيها كالعيب (١٤٦) فان كان المشتري عالما وقت الشراء بالاجارة فليس له أن يطالب البائع بتسليم الدار الى أن يمضي وقت الاجارة وان لم يكن عالما وقت الشراء فهو بالخيار ان شاء نقضه بالعيب وان شاء أمضاه وكذلك هذا الحكم في الاقرار اذا أقر بداره لرجل بعد ما آجرها فان اقراره يصح في حق نفسه (١) (قوله وقال بعضهم الخ) ظاهر عبارة الكافي رجحان القول السابق على هذا والله الموفق اهـ (قوله وقوله أو استأجر دابة الخ) قال الاتقاني وجملة هذا ما ذكر شيخ الاسلام في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال وان استأجر دابة الى بغداد وهي بعينها ثم بدا للمستأجر أن يقعد فلا يخرج فهذا عذر لانه قد تتعلق مصلحته بالسفر في زمان دون زمان فاذا وقع الاستغناء عنه اندفعت الحاجة بدونه فيكون عذرا وكذلك لو أراد الخروج في طلب غريم له أو عبد آبق فرجع بعض الغريم أو العبد لان الحاجة قد اندفعت مثله وكذا لو مرض أو لزمه غريم أو خاف أمرا أو نفقت الدابة أو أصابها شيء لا يستطيع الركوب معه كان هذا عذرا لانه يتعذر عليه الانتفاع بالمحل المستأجر فان لم يكن الامر على ما ذكرت لك وأراد رب الدابة أن ينقض الاجارة ليس له ذلك لانه لا عذر وان عرض لرب الدابة مرض لا يستطيع الشخوص فيه مع دابته لم يكن لرب الدابة أن ينقض الاجارة ولكنه يؤمر أن يرسل معه رسولا يتبع الدابة وكذا لو أخذه غريمه لان الانتفاع يقع بالدابة ولا مانع في حقها واقامة غيره مقام نفسه ممكن فانتفى الضرر فبقي العقد على ما كان وان عطبت كان هذا عذرا لانه يعجزه عن الانتفاع بها وهذا اذا استأجر دابة بعينها فأما اذا كانت بغير عينها لم يكن هذا عذرا لان العجز عن تسليم دابة بعينها لا يكون عجزا عن تسليم دابة مطلقة فيؤمر أن يأتيه بدابة يحمل عليها لانه التزم العمل اهـ (قوله لانه لا يعرى عن ضرر) روى الكرخي في مختصره بقوله

ولا حاجة الى اثبات صفة اللزوم فينفرد كل واحد منهما بالفسخ من غير عذر كالعارية قلنا هي عقد معاوضة فيلزم من الجانبين كالبيع وكونه أجيز للحاجة لا يدل على عدم لزومه ألا ترى أن السلم أجيز للحاجة ويلزم اذا وقع بخلاف العارية فانها عقد تبرع فلا يلزم على ما بينا ثم المنافع غير مقبوضة في الاجارة فصار العذر فيها كالعيب قبل القبض في المبيع فينفسخ به اذ المعنى يجمعهما وهو عجز العاقد عن المضي في موجبه الا بتحمل ضرر زائد لم يستحق بالعقد وهذا هو معنى العذر وفي كل واحد من الامثلة التي ذكرها عذر ظاهر وفي المضي فيها ضرر بين فوق ضرر العيب فيجوز له الفسخ وهذا لان جواز هذا العقد للحاجة ولزومه لتوفير المنفعة على المتعاقدين فاذا آل الامر الى الضرر أخذنا فيه بالقياس فقلنا العقد في حكم المضاف في حق المعقود عليه والاضافة في عقود التمليكات تمنع اللزوم في الحال كالوصية ثم قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرنا أنه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يشير الى أنه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي لانه بمنزلة العيب في المبيع قبل القبض فينفرد العاقد بالفسخ وفي الزيادات أن الامر يرفع الى الحاكم ليفسخ الاجارة لانه فصل مجتهد فيه فيتوقف على قضاء القاضي كالرجوع في الهبة قال شمس الائمة السرخسي هذا هو الاصح ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا انفسخ والا فيفسخه الحاكم وقال قاضيخان والمحبوبي هو الاصح والعذر الظاهر مثل استئجار الحداد لقلع الضرس ثم سكن الوجع أو الطباخ ليطبخ الوليمة ثم خالع المرأة وقوله أو آجر ولزمه دين أي آجر الدكان ثم لزمه دين ولا يقدر على ايفائه الا من ثمن ما آجر واختلفوا في كيفية فسخه فقال بعضهم يبيع الدار أولا فينفذ بيعه وتنفسخ الاجارة ضمنا لبيعه وقال بعضهم يفسخ الاجارة أولا ثم يبيع قوله ولزمه دين بعيان أو ببيان أو باقرار وانما ذكره ليبين أنه لا فرق في ثبوت الدين بين أن يكون بمشاهدة أو باقامة بينة أو باقرار اذ بالكل يلحقه ضرر لانه يحبس به فيتضرر وقوله أو استأجر دابة للسفر فبدا له منه لا للمكاري أي لو استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدا له أن لا يسافر يعذر ولو بدا للمكاري لا يعذر لان المكتري بالسفر يلزمه مشقة وضرر وربما يفوت ما يسافر لاجله كالحج وطلب الغريم والمكاري لا يلزمه ذلك الضرر لانه يمكنه أن يقعد ويبعث على يد تلميذه أو أجيره وكذا لو مرض لما ذكرنا وروى الكرخي أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرر لان غيره لا يشفق على دابته

(١) هنا بياض بالاصل مقدار سطرين ونصف وكتب عليه المجرد ما نصه قد نبه الشيخ الشلبي رحمه الله في آخر هذه الحاشية وقال بقيتها في الصفحة السابقة فلم نجد بقيتها فليعلم ذلك اهـ كتبه مصححه

وقال أبو يوسف ان مرض المؤاجر أو أصاب ابله داء فله أن يفسخ اذا كانت بعينها اه اتقانى (قوله فى المتن ولو أحرق حصائد أرض الخ) مسائل منثورة أى نثرت عن أماكنها وذكرت هنا تلافيا للمفات اه وجد ذلك مكتوبا بخط الشيخ الشلبى رحمه الله (قوله هذا اذا كانت الرياح هادية) هادية وهادئة بالهمز معناهما ساكنة اه من خط الشارح رحمه الله (قوله فوضعه على العلاة) قال فى الصحاح والعلاة السندان والجمع العلا ويقال للناقة علاة تشبيها بها فى صلابتها يقال ناقة علاة الخلق اه (قوله وأحرق شيأ) أى أوقفا عينه فدسته على عاقلته اه اتقانى (قوله والقياس أن لا يصح) والطحاوى أخذ فى هذه المسئلة (١٤٧) بالقياس وقال عندى القياس أولى من

مثله وهو لا يمكنه الخروج بخلاف ما اذا لم يمرض وعلى رواية الاصل ليس بعذر لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو أحرق حصائد أرض مستأجرة أو مستعارة فاحترق شئ فى أرض غيره لم يضمن) لان هذا تسبيب وشرط الضمان فيه التعدى ولم يوجد فصار كما لو حفر بئرا فى ملك نفسه فتلف به انسان بخلاف ما اذا رمى سهما فى ملكه فأصاب انسانا حيث يضمن لانه مباشر فلا يشترط فيه التعدى لان المباشرة علة فلا يبطل حكمها بعذر والتسبيب ليس بعلة فلا بد من التعدى ليلتحق بالعلة واحراق الحصائد فى مثله مباح فلا يضاف التلف اليه قال شمس الائمة السرخسى رحمه الله هذا اذا كانت الرياح هادية حين أوقد النار ثم تحركت لانه لا صنع له فى تحريكها وأما اذا كانت الرياح مضطربة ينبغى أن يضمن لانه يعلم أنها لا تستقر فلا يعذر فيضمن وذكر فى النهاية معزيا الى التمرتاشى أنه لو وضع جمرة فى الطريق فأحرقت شيأ ضمن لانه متعد بالوضع ولو رفعته الريح الى شئ فأحرقته لا يضمن لان الريح نسخت فعله ولو أخرج الحداد الحديد من الكير فى دكانه فوضعه على العلاة وضربه بمطرقة وخرج شرار النار الى طريق العامة وأحرق شيأ ضمن ولو لم يضربه ولكن أخرج الريح شيأ فأحرق شيأ لم يضمن ولو سقى أرضه سقيا لا تحتمله الارض فتعدى الى أرض جاره ضمن لانه لم يكن متنفعا بما فعل بل كان متعديا قال رحمه الله (وان أقعد خياط أو صباغ فى حانوته من يطرح عليه العمل بالنصف صح) وهذا استحسان والقياس أن لا يصح لان المتقبل للعمل ان كان صاحب الدكان فالعامل أجيره بالنصف وهو مجهول ولان الاجرة بعض ما يخرج من العمل فصار كقفيز الطحان وان كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لموضع جلوسه من دكانه بنصف ما يعمل وذلك مجهول أيضا ووجه الاستحسان أن هذه شركة الصنائع وليست باجارة لان تفسير شركة الصنائع أن يكون العمل عليهما وان كان أحدهما يتولى العمل بحذاقته والآخر يتولى القبول بوجاهته واذا وجد ذلك سبيلا الى الجواز وهو متعارف وجب القول بصحته فيكون العمل واجبا عليهما والقبول جائزا لهما اذ ليس فى كلام منهما الا تخصيص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل وتخصيص الشئ بالذكر لا يدل على نفى ما وراءه فأمكننا اثبات الشركة فى التقبل والعمل اقتضاء ولو صرحا بشركة التقبل فعمل أحدهما ما قبله صاحبه أو ما قبله بنفسه ولم يعمل الآخر لعذر به من مرض ونحوه كانت الاجرة بينهما على ما عرف فى موضعه فكذا هنا وقول صاحب الهداية هذه شركة الوجوه فى الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بحذاقته يعمل فيه نوع اشكال فان تفسير شركة الوجوه أن يشتركا على أن يشتريا بوجوههما ويبيعا وليس فى هذه بيع ولا شراء فكيف يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هى شركة الصنائع على ما بينا قال رحمه الله (وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الى مكة صح وله المحمل المعتاد) والقياس أن لا يجوز وهو قول الشافعى لان المحمل مجهول فيفضى الى المنازعة ووجه الاستحسان أن المقصود هو الراكب وهو معلوم والمحمل تابع وما فيه من الجهالة يزول بالصرف الى المعتاد وكذا اذا لم ير الوطاء وهو المهاد والدثر وهو ما يلقيه المرء على نفسه والمراد ما يلقيه الراكب على نفسه قال رحمه الله (ورؤيته أحب) أى رؤيته

الاستحسان اه كاكى (قوله فالعامل أجيره بالنصف) أى بنصف ما تقبل اه كاكى (فرع) وفى المحيط اشترط عقبة للاجير وشرط أن يستأجرها اثنان ينزل أحدهما ويركب الآخر ولم يبينا مقدار ركوب كل واحد جاز للعرف وبه قالت الائمة الثلاثة وقال المزنى لا يجوز اكتراء العقبة الا مضمونة فى الذمة وهو أن يبين مقدار ركوب كل واحد بالزمان أو الفرسخ والحاصل أن اكتراء العقبة أى الظهر مبنى على العرف اذ المعروف كالمشروط اه معراج (قوله فى المتن وان استأجر جملا ليحمل عليه محملا وراكبين الخ) قال فى الشامل فى قسم المبسوط استأجر بعيرين الى مكة ليحمل على أحدهما محملا فيه رجلان وما يصلحهما من الوطاء والدثر وقد رآهما ولم ير الوطاء وعلى الآخر زاملة عليه كذا مختوما من السويق وما يكفى من الماء ولم يبين قدره وما يصلح من الخل والزيت والعالية ولم يبين وزنه أو شرط أن يحمل من هدايا مكة ما يحمل الناس فهو فاسد قياسا لجهالة الحمل وجاز استحسانا لان التعامل جرى به يحمل قربتين من ماء واداوتين من أعلى ما يكون كذا فى الشامل اه اتقانى قوله وجاز استحسانا أى للتعارف وله أن يحمل ما هو متعارف وحكى مثله عن مالك وقال الشافعى وأحمد لا بد من معرفة المحمل والوطاء والدثر والمعاليق وقدر الزاد لما ذكرنا أنه مجهول جهالة تفضى الى المنازعة وهو القياس قاله الكاكى رحمه الله (قوله وهو معلوم) أى لان أجسام الناس متقاربة فى الغالب اه كاكى (قوله يزول بالصرف الى المعتاد) أى فلا يؤدى الى المنازعة اه كاكى (قوله وكذا اذا لم ير الوطاء) يعنى يجوز العقد استحسانا اه والوطاء الفرش المفروشة اه كاكى

(قوله ردّ عوض ما أكل) أى وكذا غير الزائد من المكيل أو الموزون اه هداية (قوله وقال بعض أصحاب الشافعى الخ) وهذا الخلاف اذا أطلق أما اذا شرط الاستبدال يستبدل بلا خلاف ولو شرط عدم الاستبدال لا يستبدل بلا خلاف ولو سرق أو هلك بغير أكل أو بأكل غير معتاد يستبدل بلا خلاف اه كاكى (قوله وهذا هو معنى الاضافة) قلت وليس ماذكره والمراد باضافتها وانما المراد اضافة العقد الى الزمان المستقبل كأن يقول آجرتك هذه الدار غدا شهرا بكذا أو يقول وهو فى يوم السبت مثلا آجرتك هذه الارض يوم الجمعة سنة بعشرة أو قال وهو فى رجب أو فى ربيع الاول آجرتك دابتى هذه رأس شعبان شهرا بكذا ونحو ذلك وقد اختلف المشايخ فى هذه الاجارة فاختار الشيخ ظهير الدين أن الاجارة المضافة لا تجوز وقال صاحب المحيط اضافة الاجارة الى وقت فى المستقبل جائزة وقال فى الفصول المختار أنها جائزة وكذا قال صدر الاسلام قال فى الذخيرة فلو أراد نقضها قبل مجىء الوقت فعن محمد فيه روايتان فى رواية لا يصح النقض وفى رواية يصح وجه هذه الرواية أنه لم يثبت للمستأجر حق فى هذا العقد لانه غير منعقد أصلا ولهذا لا يملك الاجرة بالتعجيل فى هذه الاجارة ووجه الرواية الاولى أن العقد انعقد فيما بين المتعاقدين وان لم ينعقد فى حق الحكم فالآجر بالنقض يريد ابطال العقد المنعقد حقا للمستأجر فلا يقدر على ذلك وعلى هذه الرواية يملك الاجرة بالتعجيل فى هذه الاجارة واذا باع المؤجر العين المؤجرة فى الاجارة المضافة قبل مجىء ذلك الوقت ذكر شمس الائمة الحلوانى فى رهن الجامع أن فيه روايتين فى رواية لا ينفذ البيع ولا تبطل الاجارة المضافة وفى رواية ينفذ البيع وتبطل الاجارة وبه أفتى شيخ الاسلام وفى فتاوى قاضيخان والفتوى على أنه ينفذ البيع وتبطل الاجارة المضافة وهو اختيار شمس الائمة الحلوانى اه شرح الوقاية للشيخ

المكارى الحمل أجود لانه أبعد من الجهالة وأقرب الى العلم بتحقق الرضا منه قال رحمه الله (ولمقدار زاد فأكل منه ردّ عوضه) أى ان استأجر جملا ليحمل عليه مقدارا من الزاد فأكل منه فى الطريق ردّ عوض ما أكل وقال بعض أصحاب الشافعى ليس له أن يردّ عوض ما أكل لان عرف المسافرين أنهم يأكلون الزاد ولا يردّون بدله والمطلق يحمل على المتعارف بخلاف الماء حيث يكون له الردّ اذا نفد ما عنده لان العرف بينهم جرى بردّه عند نفاده ولنا أنه استحق عليه حملا مقدرا فى جميع الطريق فله أن يستوفيه وصار كالماء والعرف مشترك فان بعض المسافرين يردّون فلا يلزمنا عرف البعض أو يحمل فعل من لا يرد على أنهم استغنوا عنه فلا يلزم حجة ولهذا يردّه بعضهم وهم المحتاجون اليه قال رحمه الله (وتصح الاجارة وفسخها والمزارعة والمعاملة والمضاربة والوكالة والكفالة والايصاء والوصية والقضاء والامارة والطلاق والعتق والوقف مضافا) أى مضافا الى الزمان المستقبل لان الاجارة تتضمن تمليك المنافع والمنافع لا يتصوّر وجودها فى الحال فتكون مضافة ضرورة ولهذا قلنا تنعقد ساعة فساعة على حسب وجود المنفعة وحدوثها على ما بيناه فى أول الكتاب وهذا هو معنى الاضافة وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته ألا ترى أن البيع لما لم تجز اضافته لا تجوز اضافة فسخه أيضا الى الزمان وهو الاقالة لانه معتبر به والمزارعة والمعاملة وهى المساقاة اجارة لان من يجيزهما يجيزهما على أنهما اجارة فتجوز اضافتهما لما ذكرنا والمضاربة والوكالة من باب الاطلاق وكل ذلك تجوز اضافته على ما نبينه والكفالة التزام المال ابتداء فتجوز اضافتها وتعليقها بالشرط كالنذر لكن فيها تمليك المطالبة فلا تجوز تعليقها بمطلق الشرط بل بشرط ملائم بخلاف الوكالة فانه تجوز تعليقها بمطلق الشرط اذا كان متعارفا والايصاء وهو اقامة الشخص مقام نفسه فى التصرف بعد الموت والوصية وهى تمليك المال بعد الموت لا يكونان الا مضافين اذ الايصاء فى الحال لا يتصور الا اذا جعل مجازا عن الوكالة والقضاء والامارة تجوز تعليقهما بالشرط واضافتهما الى الزمان لانهما تولية وتفويض محض فجاز تعليقهما بالشرط ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام أمّر زيد بن حارثة ثم قال ان قتل زيد فجعفر وان قتل جعفر فعبد الله بن رواحة رواه البخارى قال رحمه الله (لا البيع واجازته وفسخه والقسمة والشركة والهبة والنكاح والرجعة والصلح عن مال وابراء الدين) يعنى هذه الاشياء

قاسم رحمه الله (قوله وفسخها معتبر بها فتجوز اضافته) قال الشيخ قاسم فى شرح النقاية قلت اذا كان لا تجوز المعنى باضافتها أنها تنعقد ساعة فساعة على ما ذكر فلا يصح اذ فسخها يعتبر بها والله أعلم اه قلت وظاهر كلامه هنا والذى نقلناه عنه عند قوله سابقا وهذا هو معنى الاضافة أنه اعتراض على الشارح رحمه الله وأقول لا اعتراض عليه لقوله أى بهذه المقالة أى مضافا الى الزمان المستقبل وما ذكر من قوله ولهذا قلنا الى قوله وهذا هو معنى الاضافة انما هو استيضاح منه لصحة اضافة الاجارة الى الزمان المستقبل فان القياس عدم جواز الاجارة لكون المنافع معدومة لكن استحسن جوازها وصار العقد مضافا الى حدوث المنافع فينعقد العقد فى كل جزء من المنفعة على حسب حدوثها شيأ فشيأ ولذا قالوا ان عقد الاجارة فى حكم عقود متفرقة كما أوضحه الشارح رحمه الله عند قول المصنف والاجرة لا تملك بالعقد فاذا ثبت أن الاجارة فى حكم عقود لانعقادها ساعة فساعة وهى بهذا المعنى مضافة فلا خفاء حينئذ فى جواز اضافتها الى الزمان المستقبل فقد بان لك أن ليس المراد من قوله وهذا هو معنى الاضافة الاضافة التى أرادها المصنف هنا كيف والشارح يصرح بأن المراد الاضافة الى الزمان المستقبل فافهم ترشد والله الموفق هذا ما ظهر لكاتبه بلغه الله مقاصده بجعمد وآله

ذكر كتاب المكاتب عقب كتاب العتاق كان أنسب ولهذا ذكر الحاكم الشهيد فى الكافى كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتاق لان الكتابة مآلها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا وقيل فى وجه مناسبة ايراد كتاب المكاتب بعد كتاب الاجارة ان كل واحد من كتاب الاجارة والكتابة عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وقولنا بمقابلة ما ليس بمال احتراز عن البيع والهبة بشرط العوض وقولنا بطريق الاصالة احتراز عن النكاح والطلاق والعتاق على مال فان العوض ليس بأصل فى الطلاق والعتاق وكذا فى النكاح لانه يصح بلا تسمية المال اه اتقانى وقدم الاجارة لانه أشبه بالبيع من حيث التمليك والشرائط وجريانه فى غير المولى وعبده اه كاكى قال الاتقانى ثم اعلم أن الكتابة لا تجوز قياسا لما فيها من اثبات الدين للمولى على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا ولكن جوزت استحسانا بدليل الكتاب والسنة واجماع الامة اه (قوله فى المتن المملوك) ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى نسخ المتن اه (قوله فى المتن كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال) وفى الحال كما امتنع من الاداء يرد فى الرق يعنى فى عقد الكتابة بلا أجل يطالب المولى العبد (١٤٩) بما قبل فان أدى عتق وان امتنع عن الاداء رد الى الرق لان شرط الفسخ قد وجد وهو فوات لزوم العقد لفوات ما هو المقصود بالعقد ولكن لا يرد فى الرق الا بالتراضى أو بقضاء القاضى فان قال أخرنى وله مال حاضر أو غائب يرجى قدومه أخره يومين أو ثلاثة لان الامهال فى مثل هذه المدة يحصل بدون الضرر كالمديون اذا قال أبيع عبدى هذا وأقضى حقه لا يتعجل القاضى ويؤجله يومين أو ثلاثة فكذا ههنا كذا ذكر الولوالجى اه اتقانى مع حذف وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد فى باب مكاتبة الصغير من مختصر الكافى واذا كاتب الرجل عبده الصغير الذى لا يعقل لم يجز وان كان يعقل جاز ويكون كالعبد الكبير فى جميع أحكامه فان كان لا يعقل ولا يتكلم فكاتبه ثم أدى عنه رجل فقبلها المولى لم يعتق لانى لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما فى بطن جاريته فقبل رجل بعد ذلك فأدى عنه أنه يعتق فليس هذا بشئ ويرد المال الى صاحبه الى هنا لفظ الحاكم وذلك لان الجواز يعتمد القبول والذى لا يعقل ليس من أهل القبول والذى يعقل من أهل القبول ويكون كالعبد الكبير فى جميع أحكامه وقوله لو أجزت هذا لأجزت لو كاتب رجل ما فى بطن جاريته اشارة الى أن أداء الاجنبى انما يصح اذا انبنى على القبول ولم يوجد القبول لا من الصبى ولا من نائبه وانما رد المال الى صاحبه لانه أداه ليحصل به المقصود ولم يحصل ذلك المقصود لان أداءه بسبب باطل فلم يصح أداؤه وقال فى شرح الطحاوى وان كان لا يعقل لا يجوز الا اذا قبل عنه انسان فانه يجوز ويتوقف على ادراكه فان أدى هذا القابل عتق والقياس أن يكون له استرداده وهو قول زفر وفى الاستحسان ليس له ذلك اه اتقانى (قوله لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب) والكتاب والمكاتبة كالعتاب والمعاتبة ومعناه أن يقول المولى لعبده كاتبتك على ألف درهم أو كاتبتك بألف درهم فيقول العبد قبلت وانما سمى العقد كتابة لانه كتب فيه من الكتاب على العبد الرق وعلى المولى العتق ولم يسموه بالاسم سائر العقود وان كان يوجد فيها معنى الكتابة لئلا تبطل التسمية كالقارورة تختص بهذا الاسم لقرار المائع فيها ولا يسمى الكوز ونحوه قارورة وان كان يقر المائع لئلا تبطل الاعلام اه اتقانى

لا تجوز اضافتها الى الزمان المستقبل لانها تمليك وقد أمكن تنجيزها فى الحال فلا حاجة الى الاضافة بخلاف الفصل الاول لان الاجارة وما شاكلها لا يمكن تمليكه للحال وكذا الوصية وأما الامارة والقضاء فمن باب الولاية والكفالة من باب الالتزام وقد بيناه فى البيوع والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المكاتب﴾

قال رحمه الله (الكتابة تحرير المملوك يدا فى الحال ورقبة فى المآل) هذا فى الشرع وفى اللغة مدار هذا اللفظ على الجمع ومنه كتب النعل والقربة أى خرزهما والكتبة الخرزة الواحدة كتبة ومنه كتب البغلة اذا جمع بين شفريها بحلقة والكتيبة الطائفة من الجيش مجتمعة وسمى هذا العقد كتابة ومكاتبة لان فيه ضم حرية اليد الى حرية الرقبة أو لان فيه جمعا بين نجمين فصاعدا أو لان كلا منهما يكتب الوثيقة وهو أظهر ثم شرط الكتابة أن يكون الرق قائما بالمحل وأن يكون البدل معلوم القدر والجنس وسببها رغبة المولى فى بدل الكتابة عاجلا وفى ثواب العتق آجلا ورغبة العبد فى الحرية وأحكامها حالا ومآلا وركنها الايجاب والقبول وحكمها من جانب العبد فكاك الحجر وثبوت حرية اليد فى الحال حتى يكون العبد أخص بنفسه وكسبه ويجب الضمان على المولى بالجناية عليه أو على ماله وثبوت حقيقة الحرية عند الاداء ولهذا يقال المكاتب طار عن ذل العبودية ولم ينزل فى ساحة الحرية فصار كالنعامة ان استطير تباعر وان استحمل تطاير ومن جانب المولى ثبوت ولاية المطالبة بالبدل للحال وثبوت حقيقة الملك عند الاداء وألفاظها أن يقول كاتبتك على كذا أو ما يدل على ذلك قال رحمه الله (كاتب مملوكه ولو صغيرا يعقل بمال حال أو مؤجل أو منجم وقبل صح) لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم

(قوله لان العاقد فيه أهل) أى لان القابل للسلم هو الحر والحر قادر لكونه مالكا للاشياء والعبد لايملك لكونه عاجزا اه اتقانى
﴿فرع﴾ قال الاتقانى ولو قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر وان أديت الى قيمتك فأنت حر فأداه يعتق لان العتق معلق بالاداء
فقد وجد شرطه قال الكرخى ولا يكون هذا كتابة وان كان ثمة معنى الكتابة من وجه حتى ان العبد اذا جاء بالبدل فانه يجبر

فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا الآية مطلقة فيتناول جميع ماذكرنا من الحال والمؤجل والصغير والكبير وكل من يتأتى منه الطلب وقال الشافعى لا تجوز كتابة الصغير ولا الكتابة الحالة أما الاول فلان الصغير ليس بأهل التصرف وهذا بناء على مسئلة الاذن للصبى فى التجارة فانه لا يجوز عنده وعندنا يجوز لانه تصرف نافع وظاهر الآية يشهد لنا لان الابتغاء المذكور فى الآية يتحقق منه اذ الكلام فى صبى يعقل وأما الثانى فلانه عاجز عن تسليم المعقود عليه لانه مملوك لا يقدر على شئ وفى زمان قليل لا يمكنه التحصيل فلا يجوز الا منجما وأقل نجمان ليتمكن من التحصيل اذ القدرة على التسليم شرط لصحة العقد ألا ترى أن العجز الطارئ يبطلها فالمقارن أولى بخلاف السلم الحال حيث يجوز على أصله لان العاقد فيه أهل للملك قبل العقد فالظاهر أنه قادر على ايفاء ما التزم وإقدامه على العقد يدل على ذلك فيجوز ولنا اطلاق ما تلونا فانه يتناول الحال والمؤجل فلا يجوز تقييده لانه نسخ على ما عرف فى موضعه ولان البدل فى الكتابة معقود به كالثمن فى البيع حتى صح الاستبدال به قبل القبض والقدرة على تسليم الثمن ليست بشرط لصحة العقد فان من ليس عنده شئ جاز أن يشترى ما شاء بما شاء بخلاف السلم على أصلنا فان المسلم فيه معقود عليه ولا يجوز العقد على المعدوم فجعلنا الاجل عوضا عما فات من القدرة ليمكنه التحصيل فى المدة ولان الكتابة عقد إرفاق فالظاهر أنه يسامحه ولا يطالبه للحال بخلاف السلم فانه مبنى على المماكسة والمضايقة فالظاهر أنه لا يؤخر الطلب اذا توجه له المطالبة نحوه فى الحال ولان اعساره فى الحال لا يدل على استمراره بل يجوز أن يملك فى المجلس أضعاف بدل الكتابة لان المال غاد ورائح فلا يمتنع به الجواز ولان عقود المداينة يعتمد صحتها الاهلية دون القدرة على قضائه حتى جاز لمن لا يملك شيأ أن يشترى بجملة بخلاف المبيع لان القدرة على تسليمه شرط ولهذا يشترط أن يكون موجودا معينا الا فى السلم لما روى أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الانسان ورخص فى السلم وانما اشترط قبول العبد لانه يلزمه المال فلا بد من التزامه والامر فى الآية للندب عند الفقهاء حتى لا يجب على المولى أن يكاتب عبده وقال داود الظاهرى يجب عليه اذا طلب العبد ذلك وعلم المولى فيه الخير لان الله أمر به والامر للوجوب وقال بعض مشايخنا هو للاباحة واشتراط علم الخير فيهم خرج على وفاق العادة فان العادة جرت على أنه لا يكاتب الا اذا علم فيه الخير وقد يكون الامر للاباحة كقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا وقلنا الامر يكون للندب وهو الظاهر هنا بدليل ما بعده من قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذى آتاكم فانه للندب فكذا الكتابة قال شمس الائمة وحمله على الاباحة ليس بقوى عندى لانه يؤدى الى أنه لا فائدة فى ذكر الشرط لان الكتابة جائزة وان لم يعلم فيه الخير وكلام الله تعالى منزه عن مثله ولا يكون لغير فائدة أصلا فيكون التعليق بالشرط مفيدا للندبية يعنى يستحب له أن يكاتبه اذا طلب العبد وعلم المولى فيه الخير وهو نظير قوله تعالى ومن لم يستطع منكم طولا أن ينكح المحصنات المؤمنات فمما ملكت أيمانكم الآية فان تعليقه بعدم القدرة على الحرة للندب حتى لو تزوج أمة مع القدرة على الحرة جاز لما عرف فى موضعه والمراد بالخير المذكور فى الآية هو أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق وان كان يضر بهم فالافضل أن لا يكاتبه ولو فعل جاز وقيل الوفاء وأداء الامانة والصلاح وقيل المال والخير يراد به المال قال الله تعالى ان ترك خيرا أى مالا وما تنفقوا من خير أى مال وهو أن يكون كسوبا يقدر على أداء البدل ولا يعتق الا بأداء كل البدل

على قبوله أى يصير المولى قابضا له بالتخلية كما فى الكتابة وان لم يقبل المولى استحسانا عندنا خلافا لزفر وبيان التفرقة بين التعليق والكتابة فى مسائل فانه اذا مات العبد هنا قبل الاداء وترك مالا فالمال كله للمولى ولا يؤدى عنه فيعتق بخلاف الكتابة وكذا لو مات المولى وفى يد العبد كسب فالعبد رقيق يورث عنه مع أكسابه بخلاف الكتابة ولو كانت هذه أمة فولدت ثم أدت لم يعتق ولدها بخلاف المكاتبة اذا ولدت ثم أدت فعتقت يعتق ولدها ولو قال العبد للمولى حط عنى مائة فحط المولى عنه فأدى تسعمائة فانه لا يعتق بخلاف الكتابة ولو أبرأ المولى عن الالف العبد لم يعتق ولو أبرأ المكاتب عن بدل الكتابة يعتق ولو باع هذا العبد ثم اشتراه وأدى اليه يجبر على القبول عند أبى يوسف وقال محمد فى الزيادات لا يجبر على قبولها فان قبلها عتق وكذا لو رده اليه بخيار أو عيب وأما الاعتاق على مال فهو بخلاف الكتابة وبخلاف تعليق العتق بالاداء فانه اذا قال لعبده أنت حر على ألف درهم فقبل العبد فانه يعتق من ساعته ويكون البدل واجبا فى ذمته لانه أعتقه بعوض فيقبل بزول لقوله المعوض من صاحبه كما فى البيع وكذا اذا قال لعبده أنت حر على قيمة رقبتك وقبل ذلك فانه يعتق كذا فى التحفة وغيرها اه وسيأتى فى كلام الشارح عند قول المصنف وكتابة عبده أن العتق على مال فوق الكتابة لانه لا يقبل النقض والكتابة تقبله اه (قوله والمراد بالخير الخ) ثم قال بعضهم المراد من الخير المذكور اقامة الصلوات الخمس وأداء الفرائض اه اتقانى

لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه من مكاتبته درهم رواه أبو داود وقال عليه الصلاة والسلام أيما عبد كوتب على مائة أوقية فأداها الا عشر أوقيات فهو رقيق رواه أبو داود والترمذي وأحمد وغيرهم ولان المولى لم يسلم له العوض فلا يسلم للعبد المعوض لان العقد يقتضي المساواة واختلف الصحابة رضي الله عنهم فيه فذهب علي رضي الله عنه أنه يعتق بقدر ما أدى اعتبارا للجزء بالكل وبه يستويان فيما يسلم لهما من البدل ومذهب ابن مسعود أنه يعتق اذا أدى قدر قيمته لانه يقوم مقامه وينـدفع به الضرر عن المولى والباقي دين في ذمته ومذهب ابن عباس أنه يعتق بنفس العقد ويكون البدل دينا في ذمته كأنه جعل الكتابة واردة على الذمة كالعتق ومذهب زيد بن ثابت أنه لا يعتق منه شيء حتى يؤدي الكل وبه أخذ علماء الامصار لما روينا وقد ثبت له بعض أحكام الحرية على ما بينا ولا حاجة الى اثبات الحرية ويعتق العبد بأداء البدل وان لم يقل له المولى اذا أديت الي فأنت حر وقال الشافعي لا يعتق الا اذا قال له ذلك لان الكتابة ليس فيها الا ضرب المال على عبده منجما وذلك لا يوجب العتق عند الاداء فلا بد من تعليق العتق بالاداء ليقع العتق عنده قلنا موجب الكتابة هو العتق عند الاداء لانها تنبئ عن الجمع وهو الجمع لحرية اليد الى حرية الرقبة عند الاداء وما قاله الشافعي انها عبارة عن ضم نجم الى نجم لا يستقيم لانه لو ضرب على عبده مالا على نجوم لا يسمى مكاتبا ولا يثبت له شيء من أحكام الكتابة حتى يجوز بيعه ونهيه عن التصرف وعلك أخذ كسبه بلا اذنه ولا تأثير لتعليق العتق في ثبوت أحكام الكتابة ألا ترى أنه اذا علقه بشرط آخر لا يثبت له شيء من أحكامها وكذا اذا علقه بأداء المال بأن قال ان أديت الي ألفا فأنت حر فعلم بذلك أن هذه الاحكام تثبت بعقد الكتابة فكذلك العتق يثبت به عند الاداء لان حكم العقد يثبت من غير تنصيص عليه كما في سائر العقود وكان القياس أن يعتق بمجرد العقد لان حكم العقد يثبت عقيبه لكن تركناه لما روينا ولانه لو عتق كان المولى يتضرر بخروج عبده عن ملكه بعوض في ذمة المفلس فلا يصار اليه ونظيره ما قلنا في الاجارة لما لم يمكن ملك المنفعة في الحال تأخر ملك البدل أيضا اعتبارا للمساواة بينهما ولا يجب عليه حط شيء من بدل الكتابة وقال الشافعي رحمه الله يجب عليه حط ربع البدل وهو قول عثمان رضي الله عنه لقوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم أمر وهو للوجوب ولنا أن العقد يوجب البدل فلا يجوز أن يكون موجبا لاسقاطه اذ العقد لا يقتضي شيأ وضده كسائر عقود المعاوضة ولو كان واجبا لوجب في البدل الآخر كذلك لان العقد يقتضي المساواة بينهما والمراد بالامر في الآية الندب دون الحتم بدليل ما تقدم من الامر بالكتابة فانه للندب فكذا هنا وليس هذا من باب الاستدلال بالقرآن في النظم مثل قوله تعالى وأقيموا الصلاة وآتوا الزكاة لان تلك الآية مشتملة بكلمتين مستقلتين لا ارتباط لاحداهما بالاخرى فلا يجوز أن يستدل بحكم احداهما على حكم الاخرى أما هنا فالثانية مرتبطة بالاولى اذ البدل المأمور به في الاولى هو البدل المأمور به في الثانية وعن الكلبي المراد بالايتاء دفع الصدقة اليهم رواه عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم ولفظ الايتاء يدل عليه لانه التمليك لا الحط فعلى هذا يجوز أن يكون المراد به دفع الزكاة اليهم بل هو الظاهر لانهم المراد بقوله تعالى وفي الرقاب في آية الصدقات ويجوز أن يراد به دفع الصدقة بعد الاداء لانهم من جملة فقراء المسلمين كل ذلك ممكن لان الواو في الآية لا تقتضي الترتيب والقران قال رحمه الله (وكذا اذا قال جعلت عليك ألفا تؤديه نجوما أول النجم كذا وآخره كذا فاذا أديته فأنت حر والا فقن) يعني يكون مكاتبا بهذا القول مثل ما يكون مكاتبا بالقول الاول وهذا استحسان والقياس أن لا يكون مكاتبا لان النجوم فصول الاداء وله أن يضرب على عبده ما شاء من المال في ما شاء من المدة وقوله بعد ذلك ان أديته فأنت حر تعليق العتق بأداء المال وهو لا يوجب الكتابة وجه الاستحسان أن العبرة للمعاني دون الالفاظ حتى كانت المضاربة بشرط أن يكون الربح كله للمضارب قرضا وبشرط أن يكون لرب المال بضاعة وقد أتى بمعنى الكتابة هنا مفسرا فينعقد به كما اذا أطلق الكتابة بل أولى لان المفسر

(قوله لقوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد الى آخر الحديث) وقد روى الحسن ابن زياد عن أبي حنيفة في المجرد عن ابراهيم عن زيد بن ثابت أنه كان يقول المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اهـ اتقاني (قوله ومذهب زيد الخ) وقول ابن عمر وعائشة وأم سلمة مثل قول زيد كذا في شرح الاقطع اهـ اتقاني (قوله كسائر عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح كسائر العقود المعاوضة اهـ (قوله لا ارتباط لاحداهما بالاخرى) الذي بخط الشارح لا ارتباط لاحداهما في الاخرى (قوله وعن الكلبي المراد بالايتاء الخ) قال الاتقاني ولا حجة للخصم في قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم لان مال الكتابة لا يطلق عليه اسم مال الله كما لا يطلق على أثمان البياعات وأجر الاجارات وانما يطلق مال الله على أموال القرب كالصدقات والزكوات والعشر وخمس الغنيمة فكأنه تعالى أمرنا باعطاء المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا بذلك على أداء الكتابة اهـ

أقوى وقوله اذا أدّيته فأنت حرّ لابدّ منه لان ماقبله يحتمل يحتمل الكتابة ويحتمل الضريبة وبه تترجح جهة الكتابة وقوله والافقنّ أي ان لم تؤدّه فأنت رقيق فضلة من الكلام غير محتاج اليه كما لا يحتاج اليه في الكتابة ولو قال له اذا أدّيت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرّ فهي مكاتبة في رواية أبي سليمان لان التنجيم يدل على الوجوب ولا يجب على العبد لسيده الا بالكتابة فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة ولان التقسيط للتخفيف والتخفيف لا يكون الا بعد الوجوب وذلك بالكتابة وفي رواية أبي حفص ليست بمكاتبة بل يكون اذنا اعتبارا بالتعليق بالاداء بدفعة واحدة والتنجيم ليس من خصائص الكتابة حتى يجعل تفسيرا لها لانه يدخل في سائر الديون وقد تخلو الكتابة عنه فلم يوجد ما تختص به الكتابة فلا يكون مكاتبا وهو الاصح قال رحمه الله (فيخرج من يده) أي اذا صحت الكتابة يخرج المكاتب من يد المولى لان موجب الكتابة مالكية اليد في حق المكاتب ولهذا لا يكون للمولى منعه من الخروج والسفر ولو شرط في الكتابة أن لا يخرج من البلد لا يصح الشرط لان المقصود من الكتابة أن يتمكن من أداء المال بالتكسب وقد لا يتمكن من ذلك الا بالخروج فيطلق له الخروج قال رحمه الله (دون ملكه) أي لا يخرج من ملك المولى لما روينا ولانها عقد معاوضة فتقتضي المساواة بين المتعاقدين وأصل البدل يجب للمولى في ذمته بنفس العقد لكنه ضعيف لا يتم ملكه فيه الا بالقبض لان ثبوته في ذمته مع المنافي اذ المولى لا يستوجب على عبده دينا ولهذا لا تصح الكفالة به فيثبت للعبد عقابلته مالكية ضعيفة أيضا فاذا تم للمولى الملك بالقبض تم المالكية للعبد أيضا وتمام المالكية لا يكون الا بالعتق فيعتق لضرورة المالكية فتتحقق المساواة بذلك ابتداء وانتهاء ولو أعتقه المولى عتق بعتقه لبقاء ملكه فيه وسقط عنه بدل الكتابة لانه لم يلتزمه مجانا وانما التزمه مقابلا بالعتق وقد حصل بدونه قال رحمه الله (وغرم إن وطئ مكاتبته أو جنى عليها أو على ولدها أو أتلف مالها) لانها بعقد الكتابة خرجت من يد المولى وصار المولى كالاجنبي فصارت أحق بنفسها وكسبها لتتوصل الى المقصود بالكتابة وهي حصول الحرية لها والبدل للمولى بناء على كونها أحق بمالها ونفسها ولولا ذلك لاتلف المولى ما في يده ولم يحصل لها الغرض المبتغى بالكتابة ومنافع البضع ملحق بالاجزاء فيجب عليه عوضه وهو العقر عند اتلافه بالوطء وانتفى الحد للشبهة قال رحمه الله (وان كاتبه على خمر أو خنزير أو قيمته أو عين لغيره أو مائة ليرد سيده عليه وصيفا فسد) أما الكتابة على الخمر أو الخنزير فلانه ليس بمال في حق المسلم فلا يصلح عوضا فيفسد العقد وهذا لان تسمية ما ليس بمتقوم في عقد يحتاج فيه الى تسمية البدل لصحته توجب فساد العقد كالبيع بخلاف النكاح حيث لا يفسد بتسمية الخمر أو الخنزير لانه لا يحتاج لصحته الى تسمية حتى يجوز النكاح

(قوله ويحتمل الضريبة) قال في المجمع والضريبة واحدة الضرائب التي تؤخذ في الارصاد والجزية ونحوها ومنه ضريبة العبد وهي غلته اه (قوله ولو قال له اذا أدّيت الى ألفا الخ) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان قال ان أدّيت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرة وقبلت فهذه مكاتبة وليس له أن يبيعها وان كسرت شهرا واحدا ثم أدّت اليه ذلك الشهر كان جائزا ولو قال لها اذا أدّيت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدّه في ذلك الشهر وأدّته في غيره لم تعتق قال أبو الفضل هكذا في رواية أبي سليمان هاتان المسئلتان وكذلك في كتاب أبي يوسف ووجدت رواية أبي حفص وهشام بخلاف ذلك في السياق والجواب قال ولو قال لها اذا أدّيت الى ألفا كل شهر مائة فأنت حرة فقبلت ذلك فليست هذه بمكاتبة (١٥٣) وله أن يبيعها ما لم تؤدّ وان كسرت شهرا واحدا وأدّت اليه في غير ذلك الشهر لم تعتق ألا ترى أنه لو قال لها ان أدّيت الى ألفا في هذا الشهر فأنت حرة فلم تؤدّها في ذلك الشهر وأدّتها في غيره لم تعتق الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد المروزي رحمه الله في باب العتق على مال أراد باحدى المسئلتين قوله ليس له أن يبيعها وبالاخرى قوله فان كسرت شهرا واحدا ثم أدّت اليه اه غاية (قوله فيعلم بذلك أن مقصود المولى الكتابة) وجه رواية أبي سليمان أنه أتى بمعنى الكتابة وهو الاداء منجما وان لم يأت بلفظ الكتابة والعبرة للمعاني ووجه رواية أبي حفص أنه تعليق بصورته فلا يغير الا لضرورة ولا ضرورة اه اتقاني (قوله ولهذا لا تصح الكفالة به) أي ببدل الكتابة لضعفه اه من خط الشارح (قوله وقد حصل بدونه) أي بدون أداء بدل الكتابة اه (قوله في المتن وغرم ان وطئ مكاتبته أو جنى عليها الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في كتاب الجنايات من مختصره واذا جنى المدبر على مولاه أو رقيق مولاه أو متاعه فهو هدر كله بلا وكذلك اذا جنى المولى عليه فجنايته هدر ولا يلزم المولى شيء لانه عبده وكذلك أم الولد في جنايتها على المولى وجناية المولى عليها هدر لانها مملوكة له وما جنى عليها فارش ذلك للمولى وأما المكاتب فجناية المولى عليه تلزم المولى وجناية المكاتب على سيده تلزم المكاتب وكذلك جناية المولى على رقيق المكاتب أو ماله يلزم كل واحد منهما ما جنى على صاحبه في نفسه أو ماله الى هنا لفظ الكرخي وقال شمس الائمة البيهقي في كفايته جناية المولى على مكاتبه عمدا لا توجب القود لاجل الشبهة ولو قتل المكاتب مولاه عمدا يجب القود لما عرف اه اتقاني

(فرع) ثم الفرق بين الكتابة الجائزة والفاسدة أن في الفاسدة يرده المولى في الرق ويفسخ الكتابة بغير رضاه وفي الجائزة لا يفسخ إلا برضا العبد وللعبد أن يفسخ في الجائز والفاسد جميعا بغير رضا المولى كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني

بلا تسمية المهر ومع نفيه فكذا اذا سمى ما لا يصلح مهرا لان وجوده كعدمه وأما اذا كاتبه على قيمة نفسه فلانها مجهولة القدر اذ هي تختلف باختلاف المقومين وكذا جنسها مجهول لان القيمة تعتبر بجنس الثمن وهو النقدان ولم يتعين واحد منهما فأفسد لتفاحش الجهالة كما اذا كاتبه على ثوب أو دابة لان الثوب والدابة أجناس مختلفة وما هو مجهول الجنس لا يثبت في الذمة أصلا حتى في النكاح ولان موجب الكتابة الفاسدة القيمة فالتنصيص عليها تنصيص على موجب العقد الفاسد فيكون فاسدا ولا يقال لو كاتبه على عبد يجوز ويجب عليه عبد وسط أو قيمته حتى لو أتى بقيمته يجبر المولى على قبولها ولو كانت الكتابة على القيمة فاسدة لما صح ذلك لانا نقول القيمة في مسألة الكتاب لو وجبت لوجبت قصدا وهي مجهولة فلا يمكن ايجابها قصدا وفيما اذا كاتبه على عبد تجب حكما لا قصدا وكم من شئ يثبت حكما لغيره وان كان لا يثبت قصدا ألا ترى أن الاضحية بالحمل لا تجوز وتجوز تبعا للام وكذا بيع الجنين لا يجوز ويجوز تبعا للام وأما اذا كاتبه على عين لغيره فلانه لا قدرة له على تسليمه والمراد بشئ يتعين بالتعيين كالثوب والعبد وغيرهما من المكيل والموزون غير النقدين حتى لو كاتبه على دراهم أو دنانير بعينها وهي لغيره تجوز الكتابة لان النقود لا تتعين بالتعيين في العقود التي هي معاوضة ولا في فسوخها وانما يجب مثلها في الذمة وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله أن الكتابة على عين الغير جائزة حتى لو ملكها العبد وسلمها الى المولى عتق وان عجز رد في الرق لان المسمى مال متقوم والقدرة على التسليم موهومة فصار كالمهر ووجه ظاهر الرواية أن العين في المعاوضات معقود عليها والقدرة على تسليم المعقود عليه شرط الصحة في العقود التي تحتمل الفسخ وتسليم تلك العين ليس في قدرة العبد فلا تصح تسميته بخلاف ما اذا كان البدل غير عين لانه معقود به فلا تشترط القدرة عليه ولهذا جوزنا الكتابة الحالة وبخلاف النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو تسليم منافع البضع ليس بشرط حتى لو تزوج صغيرة رضيعة جاز فعلى ما هو تابع فيه وهو الصداق أولى أن لا يشترط فيه القدرة ولهذا جاز مع نفي الصداق أيضا ولان الكتابة شرعت على وجه يختص المكاتب بمكاسبه فيثبت له حرية اليد في الحال وتتراخى حرية الرقبة الى وقت الاداء فلو جاز هذا لثبت حرية اليد والرقبة في حالة واحدة لا على وجه التعاقب فيكون اعتاقا ببدل ولا يكون كتابة لان الكتابة شرعت لاثبات الحريتين على التعاقب فاذا لم يحصل لا تنعقد أصلا لان كل عقد لا يحصل فيه مقصوده لا ينعقد ولانها لو جازت هذه الكتابة لكان الاداء من مال المولى اذ الاجازة تستند الى العقد فتصير العين من أكسابه وقت العقد وكسبه وقت العقد ملك له فكانت الكتابة على مال المولى لا من كسب العبد بعد العقد فلا يجوز وانما قلنا ذلك لان العبد يصير مستقرضا للعين من وقت العقد فيدخل في ملك المولى ضرورة ولو أجاز صاحب العين ذلك روي عن محمد رحمه الله أنه يجوز لانه لو اشترى به شيئا يجوز بالاجازة مع أنه مبني على المماكسة فالكتابة أولى أن تجوز لكونها مبنية على المسامحة والمساهلة وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه لا يجوز لانه لا يفيد للمكاتب ملك كسبه وهو المقصود بالكتابة لانها ثبتت للحاجة الى الاداء من المكاسب ولا حاجة اذا كان البدل عينا لانه يعدم به مقصود الكتابة على ما بينا وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يجوز أجاز ذلك أو لم يجز غير أنه عند الاجازة يجب تسليم العين وعند عدم الاجازة يجب عليه تسليم قيمة العين كما في النكاح وروى أبو يوسف رحمه الله عن أبي حنيفة رحمه الله أنه ان ملك ذلك العين فأدى لم يعتق الا أن يكون المولى قال له اذا أديت الي تلك العين فأنت حر فحينئذ يعتق بحكم التعليق وذكر في اختلاف زفر ويعقوب أن قول زفر كذلك وهي رواية الحسن بن أبي مالك عن أبي يوسف رحمه الله وروى صاحب الاملاء عن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بالاداء قال له المولى ذلك أو لم يقل لان العقد ينعقد مع الفساد لكون المسمى مالا متقوما وقد وجد الاداء

(قوله وكذا جنسها مجهول) قال الامام ظهير الدين الولوالجي في فتاواه ولو كاتبه على قيمته لم يجز فان أداها عتق أما عدم الجواز فلان قيمة العبد لا تصلح مهرا حتى لو تزوج امرأة على قيمة هذا العبد لا تصح التسمية وما لا يصلح مهرا في باب النكاح لا يصلح بدلا في باب الكتابة بالطريق الاولى وأما العتق عند الاداء فلان في الكتابة شيئين معاوضة وتعليقا فأي المعنيين اعتبرنا يعتق أما المعاوضة فلان القيمة تصير عوضا لان العقد فاسد وأما التعليق فلان العتق يتعلق بأداء القيمة وقد وجد ولو كاتبه على ثوب لم يجز لان ما سمى لا يصلح مهرا في باب النكاح فلا يصلح بدلا في الكتابة فان أدى لم يعتق بأداء العوض بخلاف القيمة لانها تصلح عوضا في المعاوضات لانها معلومة الجنس وتصير معلومة القدر اذا أدى أقصى قيمته وهي ملفوظة فيتعلق العتق بأدائها كذا في فتاوى الولوالجي ثم قالوا يعتبر في القيمة ما تصادقا عليه لان الحق لهما فلا يعدوهما وكذا اذا قوم المقومون فان اختلف المقومون في القيمة يعتبر أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين اهـ غاية (قوله حتى لو كاتبه على دراهم الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي فان كاتبها على عين بعينها لرجل لم يجز وكذا كل ما عينه من مال غيره من عرض أو مكيل

أو موزون فان قال كاتبني على ألف فلان فهذه جائزة المكاتبة لانها تقع على مثلها فان أدت غيرها عتقت وكذلك ان قال كاتبني على ألف درهم على أن أعطيها من مال فلان الى هنا لفظ الحاكم اهـ اتقاني

فيعتق كما اذا كاتبه على خمر فأدّاها وجه قول أبي حنيفة رحمه الله أن تلك العين لم تصر بدلا في هذا العقد بتسميته لانه لا يقدر على تسليمه فلا ينعقد العقد أصلا فيعتق ان أدّى باعتبار صريح التعليق وان لم يصرح لا يعتق كما لو كاتبه على ثوب أو ميتة وان كاتبه على عين في يد المكاتب وهو من كسبه بأن كان مأذونا له في التجارة ففيه روايتان في رواية يجوز لانه كاتبه على بدل معلوم يقدر على تسليمه وفي رواية لا يجوز لان المولى كاتبه على مال نفسه اذ الكلام في عين اكتسبه من قبل ولو كاتبه على دراهم في يد العبد يجوز باتفاق الروايات لانها لا تتعين في عقود المعاوضة وأما اذا كاتبه على مائة دينار على أن يردّ عليه سيده وصيفا فالمذكور هنا قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الكتابة وتقسم المائة على قيمة المكاتب وعلى قيمة وصيف وسط فما أصاب الوصيف يسقط عنه ويكون مكاتبا بما بقي لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز استثناؤه من العقد وتجوز الكتابة على وصيف فكذا يجوز استثناؤه من عقد الكتابة لان جهالة المستثنى منه بقدر جهالة المستثنى وجهالة المستثنى هي جهالة وصيف وهي لا تمنع صحة التسمية فكذا جهالة الباقي لا تمنع صحة التسمية ولهما أن بدل الكتابة مجهول القدر فلا تصح كما اذا كاتبه على قيمة الوصيف وهذا لان الوصيف لا يمكن استثناؤه من الدنانير الا باعتبار القيمة وتسمية القيمة تفسد العقد كما بينا فكذا استثناؤها لما عرف أن الاستثناء معتبر بالتسمية على معنى أن كل ما يصلح تسميته يصلح استثناؤه وما لا فلا فكانت هذه الجهالة مفسدة ولان هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لان ما كان من الدنانير بازاء الوصيف الذي ردّه المولى بيع وما كان منها بازاء رقبة المكاتب هو مكاتبة فتبطل لجهالة الثمن والمثمن وكذا الكتابة ولانها لو جازت على هذا الوجه لجازت بالحصة ابتداء ولانه صفقة في صفقة وهي بيع في كتابة فلا تجوز للنهي عنها قال رحمه الله (فان أدّى الخمر عتق) لان العقد منعقد وان كان فاسدا فيعتق بالاداء وقال زفر لا يعتق الا بأداء قيمة نفسه لان البدل في الكتابة الفاسدة هو القيمة فيعتق بأدائه ولا يعتق بأداء ما ليس ببدل هكذا ذكره في الكافي وعزاه الى المبسوط والذخيرة وكذا ذكره في الهداية وفي بعض نسخ الهداية وقال زفر رحمه الله لا يعتق الا بأداء قيمة الخمر وهو غلط من الكاتب وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لانه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لانه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله أنه يعتق بأداء عين الخمر اذا قال ان أديتها فأنت حرّ باعتبار أنه معلق بالشرط وقد وجد الشرط فصار نظير ما لو كاتبه على ميتة أو دم فانه لا يعتق الا في صورة التعليق وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر وكذا الخنزير والفرق بينهما وبين الميتة والدم أن الخمر والخنزير مال في الجملة وان لم يكن لهما قيمة في حق المسلمين فانعقد بهما العقد وموجب الانعقاد العتق عند أداء البدل المشروط وأما الميتة والدم فليسا بمال أصلا عند أحد فلم ينعقد العقد بهما فاعتبر فيهما معنى الشرط لا غير وذلك بالتعليق صريحا قال رحمه الله (وسعى في قيمته) لانه وجب عليه ردّ رقبته لفساد العقد وقد تعذر الردّ بالعتق فيجب عليه ردّ قيمته كما في البيع الفاسد اذا أعتق المشترى المبيع أو تلف في يده قال رحمه الله (ولم ينقص من المسمى وزيد عليه) لانه عقد فاسد فتجب فيه القيمة بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد غير أن المولى لم يرض أن يعتقه بأقل مما سمى فلا ينقص منه ان نقصت قيمته عن المسمى والعبد يرضى بالزيادة حتى ينال شرف الحرية فيزاد عليه اذا زادت قيمته على المسمى وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البدل في الفاسد ذكرها أو لم يذكرها فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجهالة في الفساد لا في ابطال العقد بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب حيث

(قوله لانها لا تتعين في عقود المعاوضة) الذي بخط الشارح لانها لا تتعين في العقود المعاوضة اه (قوله على أن يردّ عليه سيده وصيفا) قال في الهداية على أن يرد المولى عليه عبدا بغير عينه (١٥٤) قال في الدراية قيد به اذ لو كان العبد معينا يجوز بالاتفاق لجواز بيع المعين بالاتفاق فكذا استثناؤه ذكره في المختلف وعند الأئمة الثلاثة لا يجوز في المعين وغيره لانه شرط فاسد أو صفقة في صفقة اه (قوله وعن أبي يوسف الخ) هذا الحكم ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا ينبغي أن لا يخص أبا يوسف وأن لا يذكر بكلمة عن اه كاكى وبمعناه في النهاية (قوله ويعتق بأداء القيمة) أي بأداء قيمة نفسه اه الخ (قوله وفي ظاهر الرواية يعتق بأداء الخمر) أي سواء كان قال في العقد ان أديت الخمر فأنت حر أو لم يقل ذلك اه كاكى وكتب ما نصه ذكر في الاصل انه كاتبه على ميتة أو دم لم يجز فان أدّى الميتة أو الدم لا يعتق الا اذا صرح بالشرط وقال اذا أديت الميتة أو الدم فأنت حر فحينئذ يعتق لاجل اليمين لا لاجل الكتابة ولا يلزمه شئ لان العتق حصل بقضية التعليق لا بقضية المعاوضة اه اتقانى (قوله لانه هو البدل) أي القيمة على تأويل المذكور أو ذكره بتذكير الخبر وفي الذخيرة ومبسوط شيخ الاسلام وقيمته تعرف إما بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدوهما كضمان الغصب والبيع الفاسد وإما بتقويم المقومين ثم لو اختلف المقومون فان اتفق الاثنان منهم على شئ يجعل ذلك قيمة لهم ولو اختلفا في ذلك لا يعتق ما لم يؤدّ أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين اه دراية
(قوله بخلاف ما اذا كاتبه على ثوب) أي وكذا لو كاتبه على دابة اه كاكى

لا يعتق بأداء ثوب لانه يختلف اختلافا فاحشا الا بوقف على مراد المولى فكانت الكتابة باطلة فلا تعتبر أصلا حتى لو أدى قيمته أيضا لا يعتق الا اذا علقه به قصدا بأن قال ان أديت الي ثوبا فأنت حر فحينئذ يعتق بأداء ثوب لانه تعليق صريح فصار من باب الأيمان وهي تنعقد مع الجهالة فينصرف الى ما ينطلق عليه اسم الثوب والمكاتبة معاوضة فتمتنع بالجهالة الفاحشة وما فيه من معنى اليمين تابع لانه يثبت في ضمن المعاوضة فيبطل ببطلان المعاوضة فلا يعتبر أصلا والاصل فيه عند علمائنا الثلاثة أن المسمى متى كان شيأ لا يصلح عوضا لجهالة القدر أو لجهالة الجنس فان العبد لا يعتق بأداء المسمى ولا بأداء القيمة اذ لا ينعقد هذا العقد أصلا لا على المسمى ولا على القيمة وهذا لان عتق المكاتب معلق بأداء العوض وليس بمعلق بمطلق الاداء فاذا كان المسمى لا يصلح عوضا كثوب لا يتعلق به وان كان يصلح عوضا يتعلق به كالقيمة فانها معلومة من وجه وتصير معلومة من كل وجه عند الاداء حتى تصير معلومة القدر والجنس والصفة ولهذا صير اليها في ضمان العدوان وضمان العقود اذا فسدت التسمية قال رحمه الله (وصح على حيوان غير موصوف) أي صح عقد الكتابة على حيوان اذا بين جنسه لا نوعه وصفته كالعبد والوصيف وينصرف الى الوسط ويجبر المولى على قبول القيمة كما يجبر على قبول العين لان كل واحد أصل فالعين أصل تسمية والقيمة أيضا أصل لان الوسط لا يعلم الا بها فاستويا وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز هذا العقد لان المسمى فيه مجهول فصار كما لو لم يسم جنسه بأن كاتبه على دابة أو دار أو ثوب وكالبيع والجامع كونهما معاوضة لا يصحان الا بتسمية البدل ولنا ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أجاز الكتابة على الوصيف ولانها مبنية على المسامحة والمساهلة فلا تفسد التسمية بالجهالة اليسيرة في البدل كالنكاح وصار كالجهالة في الاجل فانه اذا كاتبه على ألف الى العطاء ونحوه كالحصاد صح لما ذكرنا بخلاف البيع لانه مبني على المضايقة والمماكسة وهو معاوضة مال بمال من كل وجه والكتابة معاوضة بغير مال في الابتداء اذ البدل مقابل بفك الحجر ابتداء وهو ليس بمال وفي الانتهاء وان كان معاوضة مال بمال لكونه يقابل الرقبة لكن على وجه يسقط الملك عنه فيكون العبد لا على مالية نفسه فشابه النكاح وبخلاف ما اذا كاتبه على دابة أو نحوها لان الجهالة فاحشة فيه فلا تنعقد أصلا على ما بينا وبخلاف ما اذا كاتبه على قيمته حيث يفسد وتجب فيه القيمة والفرق أن الجهالة في القيمة جهالة في القدر والجنس والوصف في الحال والجهالة في العبد جهالة في الوصف دون القدر والجنس فخفت الجهالة ولهذا لو كاتبه على قيمة عبد لا يجوز لما ذكرنا وعلى عبد يجوز لما بينا فعلم بما ذكرنا أن جهالة الوصف لا تمنع الصحة في معاوضة مال بغير مال وجهالة الجنس مفسدة لا تمنع في الكل قال رحمه الله (أو كاتب كافر عبده الكافر على خمر) يعني صح هذا الآخر لان الخمر مال متقوم في حقهم كالعصير في حق المسلم فتصح تسميته اذا كان المسمى معلوما واحترز بقوله عبده الكافر عن عبده المسلم فانه يقع فاسدا وتجب فيه القيمة على ما بيناه فيما اذا كان المولى مسلما قال رحمه الله (وأي أسلم فله قيمة الخمر) لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر وتملكها وفي تسليم عين الخمر تمليكها وتملكها اذ المولى لم يملكها قبل التسليم لكونها موصوفة في الذمة والقبض يرد على معين فيكون غير ما ورد عليه العقد فيكون تمليكا من العبد وتملكا من المولى في الحال عوضا عما في الذمة فلا يجوز في حق المسلم فعجز عن تسليم الخمر فوجب المصير الى ايجاب قيمة الخمر لقيامها مقام المسمى وتكون الكتابة باقية على حالها بخلاف ما اذا باع ذمي من ذمي بخمر ثم أسلم أحدهما قبل القبض حيث يفسد البيع عند بعضهم لان العقد يقع على ما يصلح بدلا في الجملة في الكتابة تصح أن تكون القيمة بدلا في الجملة ألا ترى أنه اذا كاتبه على وصيف أو نحوه يجوز الكتابة وتجب القيمة فكأنه كاتبه على القيمة ولهذا يجبر المولى على قبول القيمة فاذا جاز أن ينعقد على القيمة فأولى أن يبقى بخلاف البيع لانه لا ينعقد على القيمة صحيحا أصلا فكذا لا يبقى عليها أصلا قال رحمه الله (وعتق بقبضها) أي بقبض قيمة الخمر لان الكتابة عقد معاوضة وسلامة أحد العوضين لاحدهما توجب سلامة العوض

(قوله لانوعه) كالتركي والهندي اهـ كاكي (قوله وصفته) جيدا أو رديء اهـ كاكي

الآخر لا آخر واذا أدّى الخمر عتق أيضا لتضمن الكتابة تعليق العتق بأداء الخمر اذ هي المذكورة في العقد فصار كما لو كاتب المسلم عبده على خمر فانه يعتق بأداء الخمر أو قيمة نفسه على ما مرّ قال في الكافي هكذا ذكره بعض المشايخ كالقاضي ظهير الدين الشيرازي ونجم الدين الافطس والرحبي والنيسابوري في شرح الجامع الصغير وفي شرح الطحاوي والتمرتاشي لو أدّى الخمر لا يعتق ولو أدّى القيمة يعتق لان الكتابة انتقلت الى القيمة ولم يبق الخمر بدلا في هذا العقد لانه انعقد صحيحا على الخمر ابتداء وبقي بعد الاسلام على قيمتها صحيحا على حاله ولا يتصوّر بقاؤه صحيحا على الخمر بعد الاسلام فخرجت الخمر من أن تكون بدلا فيه ضرورة وبأداء غير البدل لا يعتق بخلاف ما اذا كاتب المسلم عبده أو كاتب الكافر عبده المسلم على خمر حيث يعتق بأداء الخمر لان العقد فيه انعقد فاسدا فيعتق بأداء البدل المشروط فيه لما فيه من معنى التعليق فيعتق باعتباره ويضمن لمولاه قيمته لانها ليست بمال والله أعلم بالصواب

﴿باب ما يجوز للمكاتب أن يفعله﴾

قال رحمه الله (للمكاتب البيع والشراء والسفر) لان مقصود السيد من العقد الوصول الى بدل الكتابة ومقصود العبد منه الوصول الى الحرية وذلك انما يحصل بالبيع والشراء وقد لا يتفقان في الحضر فيحتاج الى الخروج الى السفر ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار يفعلون ذلك اظهارا للمسامحة واستجلابا لقلوب الناس كي يكثر معاملوه فتكثر بيوعه وتصرّفاته كلها فيصل الى مقصوده في أدنى مدّة وقد يحابي في صفقة ليربح في أخرى قال رحمه الله (وان شرط أن لا يخرج من المصر) هذا متصل بما قبله أي له أن يسافر وان شرط المولى عليه أن لا يخرج من البلد لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على وجه الاستبداد والاختصاص بنفسه ومنافع نفسه وأكسابه وأن لا يتحكم عليه أحد وتحصيل المال بأي وجه شاء وذلك بأن يتصرف كيفما شاء ويتردد به لان التحصيل يختلف باختلاف الاوقات والاماكن خصوصا في السفر فانه مظنة التحصيل ومظنة الربح قال الله تعالى وآخرون يضربون في الارض يبتغون من فضل الله فكل شرط يمنعه من ذلك فهو خلاف موجب العقد ومقصوده فيبطل هو دون العقد لان الكتابة لا تبطل بالشرط الفاسد الا اذا كان داخلا في صلب العقد لان الكتابة تشبه البيع من حيث انها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل وتشبه النكاح من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء ولانها مبادلة مال بمال في حق المولى ومبادلة مال بغير مال في حق العبد اذ لا يملك نفسه فيوفر عليهما حظهما فلشبهها بالبيع تبطل بالشرط الفاسد اذا تمكن في صلب العقد وهو أن يكون في البدل مثل أن يشترط خدمته أو يكاتبه على خمر أو خنزير ولشبهها بالنكاح لا تبطل به اذا لم يتمكن في صلب العقد كاشتراطه أن لا يخرج من البلد أو لا يبيع بالنسيئة ونحو ذلك ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق وهذا الشرط يختص بجانب العبد فاعتبر اعتاقا في هذا الشرط والاعتاق

(قوله ويملك البيع بالمحاباة لانه من عادة التجار) قال صاحب الهداية ويملك البيع بالمحاباة لانه من صنيع التجار ولم يذكر الخلاف وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز للمكاتب البيع الا على المعروف في قولهما ويجوز في قول أبي حنيفة كيفما كان وقال القدوري في كتاب التقريب قال أبو حنيفة يجوز بيع المكاتب بالقليل والكثير وقالا الا بما يتغابن في مثله لابي حنيفة أن تصرف المكاتب لنفسه بدلالة ان ما يلزمه من الديون لا يرجع بها على مولاه (١٥٦) فصار كالحر لانه يتصرف بأمر مطلق كالوكيل على أصله ولهما أن النقصان الكثير تبرع بدلالة أنه في حال المرض من الثلث وتبرع المكاتب لا يجوز اهـ غاية (قوله أن يسافر) أي استحسانا اهـ هداية (قوله لان هذا الشرط مخالف لمقتضى عقد الكتابة) أي وكل شرط مخالف مقتضى العقد باطل الا أن الكتابة لم تبطل ببطلان الشرط اذا لم يدخل الشرط في صلب العقد لان مبناها على التوسعة ولهذا تجوز الكتابة على عبد بغير عينه تحقيقه ان الشرط اذا دخل في صلب العقد بأن يقع في البدل أو المبدل كما اذا كاتبه على بدل مجهول أو بدل حرام أو كاتب جاريته على ألف درهم على أن يطأها ما دامت مكاتبة أو تخدمه ولم يبين الخدمة وقتا أو كاتبها وهي حامل من غيره واستثنى ما في بطنها فسدت الكتابة ولكنها اذا أدّت الالف عتقت ويجب عليه العقر اذا وطئها في مدّة الكتابة واذا لم يدخل في صلب العقد لا يفسدها كما اذا كاتب عبده على أن لا يخرج من المصر أو على أن لا يتجر أو ما أشبه ذلك من الشروط التي لا تدخل في صلب الكتابة فالكتابة صحيحة والشرط باطل اهـ اتقاني (قوله من حيث انها تحتمل الفسخ قبل أداء البدل) أي ومن حيث انها لا تصح الا ببدل معلوم كالبيع اهـ اتقاني (قوله من حيث انها لا تحتمل الفسخ بعد الاداء) أي ومن حيث انه يثبت الحيوان دينا في الذمة ويجوز من غير أن يذكر صفة البدل ويقع على الوسط كالنكاح اهـ غاية (قوله مثل أن يشترط خدمته) قال في الهداية كما اذا شرط خدمة مجهولة (قوله ولان الكتابة في جانب العبد تشبه الاعتاق) أي لانه اسقاط الملك اهـ ق

لا يبطل بالشرط كما اذا أعتق عبدا على أنه سائبة يكون الشرط باطلا والاعتاق صحيح قال رحمه الله (وتزويج أمته) لانه من باب الاكتساب لانه يملك المهر وتسقط نفقتها عن نفسه وقد أطلق له باب الاكتساب فيملكه ضرورة بخلاف تزويج المكاتبة نفسها حيث لا يجوز لها وان كان فيه اكتساب لان ملك المولى باق فيها فمنعها من الاستبداد بنفسها وفيه تعييبها وربما تعجز فيبقى هذا العيب فيكون على المولى ضرر وليس مقصودها أيضا بتزويج نفسها المال وانما مقصودها التحصين والاعفاف بخلاف تزويج أمتها فان المقصود منه كسب المال فيجوز لها كما يجوز للاب والوصي بخلاف العبد المأذون له في التجارة والمضارب والشريك لانهم لا يملكون الا ما يكون من باب التجارة والتزويج ليس منه فلا يملكونه قال رحمه الله (وكتابة عبده) وقال زفر والشافعي رحمهما الله ليس له أن يكاتب عبده لانه يؤل الى العتق وهو ليس له أن يعتق على مال وكذا العقد لا يتضمن مثله ولهذا لا يجوز للوكيل أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب ولنا أن الكتابة عقد اكتساب للمال فيملكها كما يملك البيع وربما تكون الكتابة أنفع من البيع اذ البيع يزيل الملك بنفسه والكتابة لا تزيله الا بعد وصول البدل الى يده ولهذا يملكه الاب ووصيه وهو لم يملكه على أن العقد يقتضي مثله وانما ملكه على أن الكتابة بيع من نفس العبد وبيع العبد من نفسه قد يكون أنفع من البيع لغيره فاذا جاز البيع فأولى أن تجوز الكتابة بخلاف ما استشهدا به من المسائل لانها لو جازت لجازت على أن العقد يتضمن مثله اذ لا طريق لجوازها الا هو وبخلاف الاعتاق على مال لانه يوجب لغيره الحرية مقصود الحال وهو لا يقدر على ذلك ولان فيه ازالة الملك عن العبد بدين في ذمة المفلس فلا يملكه ولان العقد لا يقتضي ما هو مثله والاعتاق على مال فوق الكتابة فأولى أن لا يملكه وكذا الاعتاق تعليق العتق بأداء المال لان فيه اثبات الحرية مقصودا وانه فوق الكتابة ألا ترى أنه لا يقبل النقض والكتابة تقبله فلا يملكه وليس له أن يكاتب والديه ولا ولده لانهم دخلوا في كتابته تبعا والمكاتب لا يكاتب ولانهم بمنزلة المملوكين للمولى حتى لا يجوز له بيعهم وينفذ عتق المولى فيهم قال رحمه الله (والولاء له ان أدى بعد عتقه) أي الولاء للمكاتب الاول ان أدى الثاني الكتابة بعد عتق الاول لان الولاء لمن أعتق ومعتقه المكاتب الاول وهو أهل للولاء عند عتق الثاني وكان ملكه تاما فيه عند ذلك فثبت الولاء له ضرورة قال رحمه الله (والا لسيده) أي ان لم يؤد المكاتب الثاني المال الى المكاتب الاول بعد عتق الاول بل أداه قبل أن يعتق كان الولاء للمولى لا للمكاتب الاول لانه تعذر جعل المكاتب معتقا له لعدم أهلية الاعتاق فخلفه فيه أقرب الناس اليه وهو مولاه كما اذا اشترى العبد المأذون له شيأ فانه لا يملكه لعدم الاهلية ويخلفه فيه مولاه لانه أقرب الناس اليه وهذا لان له فيه نوع ملك ولعتقه ضرب اتصال الى تصرفه لاستفادته بسببه منه فجعل المكاتب كالنائب عن مولاه وفعل النائب ينتقل الى الاصل فيصير كأنه أعتقه لان فعل نائبه ينتقل اليه فيكون الولاء له ولو أدى الاول بعد ذلك لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقا والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره بخلاف جر الولاء في ولد الجارية فان مولى الجارية هناك ليس بمعتق مباشرة بل تسببا باعتبار اعتاق الاصل وهي الام والاصل أن الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا اعتق زالت الضرورة فيتحول الولاء الى قوم الاب قال رحمه الله (لا التزوج بلا اذن) أي لا يملك التزوج بغير اذن مولاه لان فيه تعييب نفسه لما فيه من شغل ذمته بالمهر والنفقة ولم يطلق له الا عقود توصله الى تحصيل مقصوده وهو كل عقد فيه اكتساب المال وفي حق ما ليس فيه فهو باق على الحجر وحكمه فيه كحكم العبد المحجور عليه بخلاف تزويج أمته لان فيه اكتساب مال على ما بينا ويملك التزوج باذن

(قوله في المتن وتزويج أمته) هذا اذا زوّج أمته أجنبيا اما اذا زوّج أمته عبده (١٥٧) لا يجوز لانه ليس فيه اكتساب المال كذا ذكره الولوالجي اه ق وكتب ما نصه فان قيل فعلى هذا ينبغي أن يملك المكاتب تزويج ابنته ومع ذلك لا يملك قلنا نعم لكن ابنته مملوكة لمولاه وأمته لا حتى ينفذ عتق المولى في ابنته دون أمته ولو عجز وحاضت ابنته حيضة لا يجب على المولى استبراء فيها جديد ويلزمه في أمته ومكاتبته (قوله حيث لا يجوز لها) وقال زفر يجوز لانه من باب الاكتساب وانا نقول المهر وجب في مقابلة الملك في الذات لا في المنافع وهو حق السيد فان عتقت قبل أن يفسخ النكاح يجوز ذلك النكاح لان ذلك النكاح انما كان لا يجوز لحق المولى فاذا عتقت زال حق المولى يجوز كالفضولي الامة والعبد ولا خيار لها لانها باشرت العتق برضاها ونفذ بعد العتاق اه اتقاني (قوله وقال زفر والشافعي ليس له أن يكاتب عبده) وهو القياس اه هداية بالمعنى (قوله والاعتاق على مال فوق الكتابة) أي لان الكتابة معاوضة حتى تقال وتفسخ ولا يعتق في المال أما في الاعتاق على مال يعتق في الحال بنفس قبول المال من غير توقف الى أداء المال فلا يقبل الاقالة والفسخ وهذا غير ثابت للمكاتب في تجويزه اثبات أمر للمكاتب فوق ماله وذلك لا يجوز اه كاكي (قوله وكذا الاعتاق تعليق العتق بأداء المال) أي بلا خلاف بأن قال لعبده ان أديت الى ألفا فأنت حر اه كاكي (قوله والولاء لا يتحول عن المعتق الى غيره) أي لانه بمنزلة النسب اه ق

المولى لان الحجر لاجله الا أن ملكه باق فيه فجاز باتفاقهما الا غير لخروجه عن ملك المولى يدا ولثبوت ملكه في الرقبة قال رحمه الله (والهبة والتصدق الا بيسير) لانهما تبرع وهو ليس من أهله الا أن اليسير منه من ضرورات التجارة اذ لا يجد بدا من ضيافة واعارة ليجتمع عليه المجاهزون وهي من ضرورات التجارة فيملك لان من ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته وتوابعه ولا يهب بعوض لانه تبرع ابتداء فلا يملكه قال رحمه الله (والتكفل والاقراض) لانهما تبرع محض وليسا من ضرورات التجارة ولا من باب الاكتساب فلا يملكه ولا فرق في الكفالة بين أن تكون في المال أو في النفس وبين أن تكون بالامر أو بغير الامر لان الكل تبرع قال رحمه الله (واعتاق عبده ولو بمال وبيع نفسه منه) لانه ليس بأهل للاعتاق لان العتق لا يتصور الا من المالك والمكاتب لا يملك الرقبة فلا ينفذ عتقه ولو على مال لان فيه اسقاط الملك عن العبد بمقابلة دين في ذمة المفلس فلا يكون من باب الاكتساب وقد بيناه وبيع العبد من نفسه اعتاق على ما بيناه في الوكالة فلا يملكه قال رحمه الله (وتزويج عبده) أي لا يملك تزويج عبده وكذا الاوكيل به لانه تعيب له ونقص لماليته لكونه شاغلا لرقبته بالمهر ولكسبه بالنفقة وليس هو من باب الاكتساب في شئ بخلاف تزويج الامة على ما بيناه قال رحمه الله (والاب والوصي في رقيق الصغير كالمكاتب ولا يملك مضارب وشريك شيأ منه) لان الاب والوصي يملكان الاكتساب كالمكاتب فيملكان ما يملكه المكاتب من تزويج الامة وكتابة مملوك الصغير والمضارب وشريكي العنان والمفاوضة لا يملكون الا التجارة والتزويج والكتابة ليسا منها وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال والبضع ليس بمال وكذا الكتابة لان المال مقابل بفك الحجر في الحال وهو ليس بمال فلا يملكونه بخلاف الاجارة فانها مبادلة المال بالمال ولهذا لا يثبت فيها الحيوان دينا في الذمة بدلا عن المنافع ولولا أنها مال لما ثبت وكذا المنافع تصلح مهرا ولولا أنها مال لما صلحت لان الله تعالى شرع ابتغاء النكاح بالمال بقوله تعالى أن تبتغوا بأموالكم ولم يشرعه بغير المال ثم الاصل فيه أن من كان تصرفه عاما في التجارة وغيرها يملك تزويج الامة والكتابة كالاب والوصي والجد والمكاتب والقاضي وأمينه وكل من كان تصرفه خاصا في التجارة كالمضارب والشريك والمأذون له لا يملك تزويج الامة والكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف يملكون تزويج الامة لان فيه منفعة على ما بيناه وجوابه أنه ليس من باب التجارة على ما بيناه فلا يملكونه وجعل في النهاية شريك المفاوضة كالمكاتب وجعله في الكافي كالمأذون له في التجارة ولكل وجه وجعله كالمأذون أشبه بالفقه قال رحمه الله (ولو اشترى أباه أو ابنه تكاتب عليه) لان المكاتب من أهل أن يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فيجعل مكاتبا معه تحقيقا للصلة بقدر الامكان وهذا لان المكاتب ليس بمالك رقبته والعتق يختص بملك الرقبة لقوله عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم فاذا تعذر الاعتاق صار مكاتبا مثله للتعذر بخلاف الحر فانه يملك الرقبة ولا تعذر في حقه فيعتق عليه سواء كان أهلا للاعتاق بأن كان بالغا عاقلا أو كان صغيرا أو مجنونا لان هذه الصلة وهي العتق تجب حقا للعبد فلا تختلف بين أن يكون مكلفا أو لم يكن كنفقات الزوجات والاقارب ثم ذكر الاب والابن هنا وقع اتفاقا ولا يختص هذا الحكم بهما بل جميع من له قرابة الولاد

يدخلون

(قوله فجاز باتفاقهما) وانما اشترط اتفاقهما لان العبد قد خرج عن ملك المولى يدا فلا ينفرد به وملكه في الرقبة باق فلا ينفرد العبد أيضا اه من خط الشارح رحمه الله (قوله ليجتمع عليه المجاهزون) قال في المغرب في الجيم مع الهاء والزاي والمجاهز عند العامة الغني من التجار (قوله في المتن والتكفل) وحكم كفالته في الحال ككفالة المحجور وعليه تصح في حقه بعد العتق لا في الحال اه دراية (قوله وليسا من ضرورات التجارة الخ) حتى لو أقرض (٥٨ أ) لا يطيب للمستقرض أكله الا أن يكون مضمونا عليه حتى لو تصرف فيه يجوز كما نقول في قرض الاعيان انه لا يطيب للمستقرض أكله ويكون مضمونا عليه حتى لو كان عبدا فأعتقه يجوز لانه ملكه بالقرض الفاسد اه كاكي (قوله وبين أن تكون بالامر أو بغير الامر) أي وسواء كان باذن مولاه أو بغير اذنه اه كاكي وكتب ما نصه قال في شرح الاقطع وقد قالوا لو أجاز المولى كفالته أو هبته لم يصح أيضا لانه لا ملك له في ماله وانما حقه متعلق به فهو بمنزلة الغريم اذا أجاز عتق الوارث وهبته لمال الميت انه لا يجوز قال الحاكم الشهيد رحمه الله تعالى في الكافي ولا يجوز كفالة المكاتب بالمال ولا بالبدل باذن المولى ولا بغير اذنه وكذلك قبول الحوالة فان كفل باذن سيده ثم عجز لم تلزمه تلك الكفالة لان ضمانه كان باطلا وان أدى فعتق لزمته الكفالة لانه كفل وهو بمنزلة العبد اه اتقاني (قوله وقد بيناه) أي عند قوله وكتابة عبده اه وأفاد هنالك أيضا أنه لا يملك تعليق العتق على مال فارجع اليه اه (قوله في المتن وتزويج عبده) ولو عتق عبده وأجاز التزويج لا يجوز لان الاجازة لاقت عقدا باطلا اذ تزويج المكاتب عبده باطل غير موقوف لانه لا مجيز له وكذا لو زوجه الوكيل بعد عتقه يتوقف على اجازته لان توكيله به وقع باطلا ولو قال بعد العتق أجزت تلك الوكالة يكون هذا توكيلا ابتداء اه دراية (قوله لانه تعيب له ونقص لماليته) أي ولهذا لو اشترى عبدا فوجده ذا زوجة يتمكن من الرد بالعيب كذا في الاوضح اه كاكي

يدخلون في كتابته تبعا له وأقواهم دخولا الولد المولود في الكتابة ثم الولد المشترى ثم الوالدان وعن هذا يتفاوتون في الاحكام فان الولد المولود في الكتابة يكون حكمه كحكم أبيه حتى اذا مات أبوه ولم يترك وفاء يسعى على نجوم أبيه والولد المشترى يؤدى بدل الكتابة حالا والا رد في الرق والوالدان يردان في الرق كما مات ولا يؤديان حالا ولا مؤجلا وانما كان كذلك لان الولد المولود في الكتابة تبعيته ثابتة بالملك والبعضية الثابتة حقيقة وقت العقد والولد المشترى تبعيته ثابتة بالملك وبالبعضية بينهما حكما في حق العقد لا حقيقة في حقه لانه لا بعضية بينهما حقيقة بعد الانفصال والوالدان تبعيتهما باعتبار الملك لا باعتبار البعضية لانهما ليسا ببعض له فاختلفت الاحكام لذلك قال رحمه الله (ولو أخاه ونحوه لا) أى لو اشترى أخاه أو غيره من محارمه غير الولاد لا يتكاتب عليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يتكاتب عليه لان وجوب الصلة يشمل القرابة المحرمة للنكاح ولهذا يعتق على الحر كل ذى رحم محرم منه وتجب نفقتهم عليه ولا يرجع فيما وهبه لهم ولا تقطع يده اذا سرق منهم الى غير ذلك من الاحكام المختصة بهم فكذا هذا الحكم ولابى حنيفة رحمه الله أن للمكاتب كسبا وليس له ملك حقيقة لوجود ما ينافيه وهو الرق ولهذا لو اشترى امرأته لا يفسد نكاحه ويجوز دفع الزكاة اليه ولو وجد كنزا غير أن الكسب يكفى للصلة في الولاد ألا ترى أن القادر على الكسب يخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكفى في غيرهما حتى لا يخاطب الاخ بنفقة أخيه الا اذا كان موسرا والدخول في الكتابة بطريق الصلة فيختص الوجوب بمحله ولان هذه قرابة تشبه بنى الاعمام في حق بعض الاحكام كحل الحليلة وجريان القصاص من الجانبين وقبول الشهادة ودفع الزكاة اليه وتشبه الولاد في حق حرمة المناكحة ووجوب النفقة وحرمة الجمع بين اثنين منهن في النكاح فألحقناها بالولاد في العتق وببنى الاعمام في الكتابة توفيرا على الشبهين حظهما والعمل على هذا الوجه أولى من العمل على عكسه لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة فان أحد الشريكين اذا أعتق نصيبه ليس للآخر أن يبطله ولو كاتبه كان له أن يبطله قال رحمه الله (ولو اشترى أم ولده مع ولده لم يجز بيعها) أى لو اشترى المكاتب أم ولده مع ولده منها لم يجز له بيعها لان الولد لما دخل في كتابته امتنع بيعه لما ذكر فتتبعه أمه فيه فامتنع بيعها لانها تبع له قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها ولا تدخل في كتابته حتى لا تعتق بعتقه ولم ينفسخ النكاح لانه لم يملكها فجاز له أن يطأها بملك النكاح وكذا المكاتبة اذا اشترت زوجها غير أنها لا تتبعه كيفما كان لان الحرية لم تثبت من جهتها على ما بينا من قبل ولو ملكها بدون الولد جاز له بيعها عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ليس له أن يبيعها لانها أم ولده فصار كالحر اذا اشترى أم ولده وحدها بدونه ولابى حنيفة رحمه الله أن القياس أن يجوز بيعها وان كان معها ولدها لان كسب المكاتب موقوف بين أن يؤدى فيتقرر له وبين أن يعجز فيتقرر للمولى فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ وهو أمومية الولد اذ لو تعلق به لكان كسب المكاتب غير محتمل للفسخ أو كان الاستيلاد محتملا للفسخ فينفسخ بانفساخ المكاتبة فحينئذ لزم أن يجعل الشئ الذى هو غير قابل للفسخ من جملة ما يقبل الفسخ بطريق التبعية وذلك لا يجوز لان الذى لا يقبل الفسخ أقوى فلا يكون تبعا لما هو دونه ومال المكاتب مرقوف فلا يجوز أن يتعلق به ما لا يلحقه الفسخ الا أنه يمتنع بيعها تبعا لولدها منه وما يثبت تبعا يثبت بشرائط المتبوع ولو ثبت بدون الولد لثبت ابتداء والقياس ينفيه قال رحمه الله (وان ولد له من أمته ولد تكاتب عليه وكسبه له) لانه بالدعوة يثبت نسبه منه فيتبعه في التكاتب على ما بيناه وكان كسب الولد المكاتب لانه في حكم مملوكه فكان كسبه له كما كان قبل الدعوة اذ لا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذا لو ولدت المكاتبة ولدا دخل الولد في كتابتها لان الولد المولود تسرى اليه الصفات الشرعية الثابتة في الام كالتدبير والاستيلاد والحرية والملك فاذا سرى اليه صار حكمه كحكم أمه فكانت هى أحق به وبكسبه لانه جزؤها وقد انقطع حق المولى عنه قال رحمه الله (وان زوج أمته من عبده وكاتبهما فولدت دخل في كتابتها وكسبه لها) لان الولد يتبع الام في الاوصاف الحكمية فكان مكاتبا تبعا لها فكانت أحق بكسبه من

(قوله يدخلون في كتابته تبعا) أى تبعا له حتى يردون الى الرق بعجزه فلو كانت كتابتهم بطريق الاصالة لبقيت كتابتهم بعد عجزه وليس كذلك اهـ كاكى (قوله ولو وجد كنزا) أى ولا يملك الهبة اهـ كاكى (قوله فيتبعه في التكاتب على ما بيناه) اشارة الى قوله لانه من أهل أن يكاتب وان لم يكن أهلا للعتق فان قيل قد ذكر في الاصول وغيره من فتاوى قاضيخان والمغنى أن المكاتب لا يملك التسرى ولا يملك وطء أمته وبه قالت الائمة الثلاثة فكيف يتحقق له ولد من أمته قلنا انها الأمة له في ملك مكاتبه بمنزلة الحر وذلك يكفى لثبوت النسب منه عند الدعوة وان لم يحل وطؤه كما في الجارية المشتركة وجارية الابن اذا وطئها الاب وادعى الولد اهـ دراية

الاب لانه لا ملك له عليها حتى يسرى الى الولد وقد انقطع يد المولى عنها بالعقد فكذا عن ولدها فكانت هى أحق به لانه جزؤها فصار كنفسها وهى نظير المسئلة الاولى ولو قتل هذا الولد تكون قيمته للام دون الاب لما ذكرنا أنها أحق به بخلاف ما اذا قبلا الكتابة عن أنفسهما وعن ولدهما صغير فقتل الولد حيث تكون قيمته بينهما ولا تكون الام أحق بها لان دخوله فى الكتابة هنا بالقبول عنه والقبول وجد منهما فيتبعهما فلا يكون أحدهما أولى به من الآخر وفيما نحن فيه لم يدخل بالقبول وانما دخل بمجرد التبعية وفيها الام أولى على ما بينا قال رحمه الله (مكاتب أو مأذون نكح باذن حرة بزعمها فولدت فاستحقت فولدها عبد) يعنى لو تزوج مكاتب أو عبد مأذون له فى التجارة امرأة زعمت أنها حرة باذن مولاه فولدت منه ثم استحقت فالولد رقيق فليس له أن يأخذه بالقيمة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله ولدها حر بالقيمة يعطيها المستحق فى الحال اذا كان التزوج باذن المولى وان كان بغير اذنه يعطيها بعد العتق ثم يرجع هو بما ضمن من قيمة الولد على الامة المستحقة بعد العتق ان كانت هى الغارة له وكذا اذا غره عبد مأذون أو غير مأذون له فى التجارة أو مكاتب يرجع عليه بعد العتق لانه ليس من باب التجارة فلا ينفذ فى حق مولى الغار وان غره حر رجع عليه فى الحال لان ضمان الغرور كضمان الكفالة فيرجع به على الحر فى الحال وعلى غيره بعد الحرية ولو كان مكاتبا وكذا حكم المهر فان المستحق يرجع عليه فى الحال اذا كان التزوج باذن مولاه والا فبعد الحرية وليس له هو أن يرجع على أحد بالمهر على ما عرف فى موضعه وحكم الغرور يثبت بالتزويج دون الاخبار بأنها حرة لمحمد رحمه الله أنه تزوجها رغبة فى حرية الاولاد معتمدا على قولها فلم يحصل له فصار مغرورا كالحر فتكون أولاده أحرارا بالقيمة دفعا للضرر عنه كالحر ولهما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا اذ الولد يتبع الام فى الرق والحرية وتركنا هذا فى الحر باجماع الصحابة رضى الله عنهم والعبد ليس فى معنى الحر لان حق المولى وهو المستحق فى الحر مجبور بقيمة واجبة فى الحال وفى العبد بقيمة متأخرة الى ما بعد العتق فتعذر الالحاق لعدم المساواة هكذا ذكروا هنا وهذا مشكل جدا فان دين العبد اذا لزمه بسبب أذن فيه المولى يظهر فى حق المولى ويطالب به للحال والموضوع هنا مفروض فيما اذا كان باذن المولى وانما يستقيم هذا اذا كان التزوج بغير اذن المولى لانه لا يظهر الدين فيه فى حق المولى فلا يلزمه المهر ولا قيمة الولد فى الحال وتشهد المسئلة التى تلى هذه المسئلة لهذا المعنى قال رحمه الله (وان وطئ أمة بشراء فاسد فردت فالعقر فى المكاتبة) أى لو اشترى المكاتب أمة شراء فاسدا فوطئها ثم ردها بحكم الفساد على البائع وجب عليه العقر فى حال الكتابة قبل العتق وكذلك العبد المأذون له فى التجارة لان هذا من باب التجارة فان التصرف يقع صحيحا تارة ويقع فاسدا أخرى والكتابة والاذن ينتظمان البيع والشراء بنوعيهما فكانا مأذونين فيهما كالتوكيل بهما فيظهر فى حق المولى فيؤاخذان به فى الحال قال رحمه الله (ولو بنكاح أخذ به مذ عتق) أى لو تزوج المكاتب امرأة بغير اذن مولاه فوطئها يؤخذ بالعقر بعد العتق وكذلك المأذون له فى التجارة لان التزوج ليس من الاكتساب ولا من باب التجارة فلا ينتظمه الاذن بالتجارة ولا الكتابة كالكفالة فلا يظهر فى حق المولى فلا يؤاخذ به فى الحال بخلاف الفصل الاول وهو ما اذا وطئها بحكم الشراء الفاسد لان الاذن بالتجارة أو الكتابة تناول الشراء الفاسد على ما بينا فيكون ظاهرا فى حق المولى وبخلاف ما اذا اشترى أمة فوطئها ثم استحقت حيث يؤاخذ بالعقر فى الحال لانه من توابع التجارة فيتناوله الاذن وهذا لان المشترى لا يسلم فى كل مرة بل يجوز أن يستحق فكان هذا العقر من توابعها لانه لولا الشراء لما وجب وانما كان يجب الحد وما يجب بسبب الشراء يكون من ضمان التجارة وما يترتب عليه حكمه حكم ضمان التجارة وان كان مقابلا بما ليس بمال ألا ترى أن العارية والهدية اليسيرة والضيافة اليسيرة لما كانت من توابع التجارة التحقت بالتجارة حتى صار العبد مأذونا له فيها وتناولها الاذن بتناوله التجارة وان كانت

(قوله وان غره) أى اذا زوجه على أنها حرة لا اذا أخبره بأنها حرة وتزوجها هو بنفسه اهـ (قوله فى المتن فاستحقت أو بشراء) هذا ثابت فى نسخ المتن وليس فى خط الشارح رحمه الله اهـ (قوله أى بالبيع والشراء) هذا حاشية بخط الشارح اهـ (قوله يؤخذ بالعقر بعد العتق) قال الاتقانى رحمه الله وينبغى لك أن تعلم أن المكاتب انما يؤاخذ بالعقر فى النكاح بعد العتق اذا كانت المرأة ثيبا أما اذا كانت بكرا فافتضها يؤاخذ به فى الحال وقد رويناه قبل هذا عن شرح الطحاوى وكذلك العقر يؤخذ فى الحال وان كانت المرأة ثيبا اذا كان المولى أذن له فى النكاح وقد مر ذلك قبل هذا أيضا اهـ

هي في نفسها تبرعا وفيما نحن فيه وجب العقر باعتبار شبهة النكاح وذلك ليس من التجارة في شيء ولا من الكسب فلا يتناوله الاذن ولا عقد الكتابة فيتأخر ما وجب فيه الى ما بعد العتق لعدم ولاية التزامه بهذا الطريق بغير اذن المولى والله أعلم

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (ولدت مكاتبة من سيدها مضت على كتابتها أو عجزت وهي أم ولده) لانها لما ولدت من مولاها صارت أم ولد له فتلقاها جهتا حرية عاجلة ببدل وهي الكتابة وآجلة بغير بدل وهي أمومية الولد فتختار أيتهما شاءت ونسب ولدها ثابت بالدعوة ولا يحتاج الى تصديقها الا انها مملوكة له رقبة بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية المكاتبة حيث لا يثبت النسب من المولى الا بتصديق المكاتبة لانه لا ملك له حقيقة في ملك المكاتبة وانما له حق الملك فيحتاج فيه الى تصديقها بخلاف ما اذا ادعى ولد جارية ابنه حيث يثبت نسبه بمجرد الدعوى ولا يحتاج فيه الى تصديق الابن لان له أن يتملك مال ولده للحاجة فيتملكها قبيل الاستيلاد بشرطه على ما بيناه في النكاح فلا حاجة الى تصديقه والولد حر لان المولى يملك اعتاق أولادها لانهم يتكاتبون عليها ولا يملك بيعهم فصار حكمهم كحكمها واذا مضت على الكتابة أخذت عقرها من سيدها لكونها أخص بنفسها وأكسابها واذا مات المولى عتقت بالاستيلاد وسقط عنها مال الكتابة لانها ما التزمت البدل الا لتسلم لها نفسها وأعتقت بجهة الكتابة فاذا سلمت لها بجهة أخرى لم ترض بتسليمه له أو لورثته مجانا فلا يجب عليها وان ماتت وتركت مالا تؤدي كتابتها منه وما بقي ميراث لولدها لثبوت عتقها في آخر جزء من حياتها وان لم تترك مالا فلا سعاية على هذا الولد لانه حر وان ولدت ولدا آخر لم يثبت نسبه منه من غير دعوة لحرمة وطئها عليه وولد أم الولد انما يثبت نسبه من غير دعوة اذا لم يحرم على المولى وطؤها وان حرم فلا يلزمه حتى اذا عجزت نفسها أو ولدت بعد ذلك في مدة يمكن العلوق بعد التعجيز ثبت نسبه من غير دعوة الا اذا نفاه صريحا كسائر أولاد أمهات الاولاد ولو لم يدع الولد الثاني وماتت من غير وفاء سعى هذا الولد في بدل الكتابة لانه مكاتب تبعا لها ولو مات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو ولدها فيتبعها قال رحمه الله (وان كاتب أم ولده أو مدبره صح) لان ملكه ثابت في كل واحد منهما وان كانت أم الولد غير متقومة عند أبي حنيفة رحمه الله وعقد الكتابة يرد على المملوك لحاجته الى التوصل الى ملك اليد والمكاسب في الحال والى الحرية في المآل وأم الولد في هذا كغيرها لانها مملوكة يدا ورقبة فيتحقق حكم الكتابة فيها فتملك ما تملكه المكاتب في الحال والمآل وكسبها للمولى فيصح منه اثبات هذه المالكية لها بالبدل ولان ملكه فيها محترم وان لم يكن متقوما عند أبي حنيفة فجاز أخذ العوض عنه كالقصاص قال رحمه الله (وعتقت

﴿فصل﴾ (قوله وولد أم الولد انما يثبت نسبه الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ولدت المكاتبة من المولى ومضت على الكتابة ثم ولدت ولدا آخر لم يلزم المولى الا أن يدعي وذلك لان وطأها حرام على المولى بسبب الكتابة لانه لا يحل له وطء المكاتبة ولكنها مملوكته وولدها ولد المملوكة فلا يلزمه بدون الدعوة اهـ اتقاني (قوله في المتن وان كاتب أم ولده) اعلم أن كتابة أم الولد جائزة ككتابة الاماء لقوله تعالى والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم ان علمتم فيهم خيرا بيانه أن أم الولد مملوكة للمولى والملك فيها باق بعد الاستيلاد ولهذا يجوز للمولى وطؤها واجارتها واستخدامها الا أنه لا يجوز اخراجها عن ملكه الى غيره بوجه من الوجوه لئلا يلزم بطلان استحقاقها الحرية فلما كان الملك فيها باقيا جاز كتابتها لانه لا فصل في الآية بين مملوك ومملوك فان قيل رق أم الولد لا قيمة له عند أبي حنيفة فينبغي أن لا يجوز أخذ العوض عنه بالكتابة قيل لرقها قيمة في السعاية وانما لا قيمة له في العقود والبياعات ألا ترى أن أم ولد النصراني اذا أسلمت لزمتها السعاية لهذا المعنى كذا في شرح الاقطع ولان في كتابة أم الولد ايصال حقها اليها معجلا فجازت لحاجتها الى ذلك اهـ اتقاني (قوله في المتن أو مدبره) قال الاتقاني وانما جاز كتابة المدبر لقيام الرق فيه الا أنه استحق الحرية من وجه واستحقاقها من وجه لا ينافي استحقاقها من وجه آخر فجازت وصورتها في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل له مدبر كاتبه في صحته على مائة وقيمته ثلثمائة وليس له مال غيره ثم مات المولى قال ان شاء العبد سعى في جميع الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وان كان التدبير بعد الكتابة فان شاء سعى في ثلثي الكتابة وان شاء سعى في ثلثي قيمته وقال أبو يوسف ومحمد يسعى في الاقل من ذلك الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير ولم يذكر في الجامع الصغير خلاف أبي يوسف ومحمد في المسئلة الاولى كما ترى فلاجل هذا اشتبه الحال واحتاج الى التأويل فقال فخر الاسلام علي البزدوي في شرحه يريد به في المسئلة الثانية وأما في المسئلة الاولى فعند أبي يوسف يسعى في الذي قدره أبو حنيفة وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي قيمته ومن ثلثي كتابته وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كاتب الرجل مدبره ثم مات وهو يخرج من ثلثه عتق وبطلت عنه السعاية وان لم يكن له مال غيره فان شاء سعى في الكتابة وان شاء سعى في ثلثي القيمة في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف يسعى في الاقل من ذلك ولا يخير وقال محمد يسعى في الاقل من ثلثي القيمة وثلثي الكتابة قال أبو الفضل وقول محمد هذا خلاف ما قاله في الجامع الصغير الى هنا لفظ أبي الفضل الحاكم الشهيد اهـ كلام الاتقاني رحمه الله

مجانا بموته) أى عتقت بموت المولى بغير شئ يلزمها وسقط عنها بدل الكتابة لانها عتقت بسبب أمومية الولد لبقاء حكم الاستيلاد بعد الكتابة لعدم التنافى بينهما ومن حكمه عتقها بعد الموت مجانا وتسلم لها الاولاد والاكساب لانها عتقت وهى مكاتبة وملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه فصار كما اذا أعتقها المولى فى حال حياته ولئن انفسخت الكتابة فى حق نفسها بقيت فى حق الاولاد والاكساب لان الفسخ للنظر لها والنظر لها فى بقاء الكتابة ليتبعها أولادها فى العتق وتسلم لها أكسابها فيجعل كأنها عتقت بالايفاء فى حق الاولاد والاكساب ولان دخول أولادها فى الكتابة بطريق التبعية فيعتقون بعتقها تبعا لها لان التبع حكم المتبوع ولا يمكن ذلك الا بالطريق الذى بينا وهو أن تنفسخ الكتابة فى حق سقوط البدل عنها فقط وتبقى فى حق غيره من الاحكام نظرا لها ولو أدت بدل الكتابة قبل موت المولى عتقت بالكتابة لبقائها الى وقت الاداء وبالاداء تتقرر ولا تبطل قال رحمه الله (وسعى المدبر فى ثلثى قيمته أو كل البدل بموته فقيرا) أى لو مات بعدما كاتبه ولا مال له غيره فهو بالخيار بين أن يسعى فى ثلثى قيمته أو جميع بدل الكتابة وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يسعى فى الاقل منهما وقال محمد رحمه الله يسعى فى الاقل من ثلثى قيمته وثلثى بدل الكتابة فالخلاف فى موضعين الخيار والمقدار وأبو يوسف مع أبى حنيفة رحمهما الله فى المقدار ومع محمد رحمه الله فى نفى الخيار أما الكلام فى الخيار فمبنى على تجزى الاعتاق وعدم التجزى فعنده لما كان متجزيا بقى ماوراء الثلث عبدا أو بقيت الكتابة فيه كما كانت قبل عتق الثلث فتوجه لعتقه جهتان كتابة مؤجلة وسعاية معجلة فيخير للتفاوت بين الامرين وفى التخيير فائدة لجواز أن يكون أداء أكثر المالين أيسر باعتبار الاجل وأقلهما أعسر أداء لكونه حالا فكان فى التخيير فائدة وان كان جنس المال متحدا وعندهما لما عتق كله بعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه كان لاجل الكتابة وقد بقى عليه أصل الدين غير مؤجل لان عتق بعضه حصل بطريق الوصية لكون التدبير وصية وعتق بعضه بطريق الوصية لا يسقط عنه بدل الكتابة كما لو أعتقه المولى فى مرض موته ولا مال له سواه فانه يعتق كله عندهما ويسقط عنه ثلث بدل الكتابة ان لم يكن عليه دين واذا بقى عليه بدل الكتابة حالا أو وجب عليه ثلثا القيمة بالتدبير حالا فيلزمه أقلهما من غير تخيير اذ لا فائدة فى التخيير بين القليل والكثير فى جنس واحد فصار نظير ما لو أعتق عبده على ألف أو ألفين فانه يلزمه الاقل بلا خيار بالاتفاق فكذا هذا والفرق لابى حنيفة رحمه الله أن البدلين حال فى مسئلة اليمين وهما من جنس واحد فيجب الاقل وهو المتيقن اذ لا فائدة فى التخيير وفيما نحن فيه أحدهما مؤجل فيفيد التخيير على ما بينا وأما الكلام فى المقدار فعندهما رحمهما الله لا يسقط عنه من بدل الكتابة شئ وعند محمد رحمه الله يسقط عنه ثلثه لان الكتابة صادفت كله فيكون البدل مقابلا بالكل وقد عتق ثلثه بالتدبير فيبطل ما بازائه من البدل ألا ترى أنه لو عتق كله بالتدبير بأن كان يخرج من الثلث سقط عنه كل البدل فكذا اذا عتق ثلثه به وجب أن يسقط ثلثه اعتبارا للجزء بالكل ولهذا لو أدى كل البدل فى حياته يعتق كله ولو كان ثلثه مستحقا بالتدبير ولم يرد عليه عقد الكتابة لما عتق كله بالاداء وصار كما لو تقدمت الكتابة وتأخر التدبير ولهما أن المال قوبل بما يصح مقابلته به وبما لا يصح فانصرف كله الى ما يصح كرجل طلق امرأته طلقتين ثم طلقها ثلاثا بألف لزم الالف كله مقابلا بالاعتاق وهى الطلقة وهذا لان موجب الكتابة ثبوت ما لم يكن ثابتا للمكاتب والبدل بمقابلة ذلك لا بمقابلة ما هو ثابت له والتدبير يوجب استحقاق ثلث رقبته لا محالة فلا يتصور استحقاقه بالكتابة ليكون بمقابلته شئ من البدل فكان البدل كله بمقابلة ماوراءه ضرورة واذا ثبت أن بدل الكتابة مقابل بما وراء المستحق بالتدبير ولم يسلم شئ منه للعبد بموت المولى فلا يسقط شئ منه من بدل الكتابة وهذا بخلاف ما لو دبر مكاتبه لان البدل هنالك مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شئ من رقبته عند الكتابة فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة

(قوله والفرق لابى حنيفة أن البدلين حال فى مسئلة اليمين) أراد مسئلة اليمين قوله آنفا لو أعتق عبده على ألف أو ألفين لانه فى قوة قوله ان أديت الى ألفا أو ألفين والشرط يمين عند الفقهاء اه

بقدره أما هنا فالكتابة وقعت بعد التدبير ومالية الثلث قد سقطت حتى لو أتلفه انسان لا يضمن الا قيمة الثلثين فكان البدل بازاء الثلثين ضرورة ولیس هذا كما اذا أدّى في حياته لان استحقاق الثلث قد بطل فبطل التقدير الذي قلنا ألا ترى أن أم الولد اذا كاتبها ثم مات سقط عنها بدل الكتابة كله لاستحقاقها الحرية بجهة أخرى فكأن نفسها كانت سالمة لها بتلك الجهة ولو أدّت البدل في حال حياته صح الاداء وعتقت به لبطلان استحقاقها بالاداء في حال حياته قال رحمه الله (وان دبر مكاتبه صح) لانه يملك تنجيز العتق فيه فيملك التعليق فيه بشرط الموت وهذا لانه يملك رقبته وهذا التصرف نافع له لاحتمال أن يموت المولى قبل أداء بدل الكتابة فيعتق مجانا أو يعجز عن أداء بدل الكتابة فيبقى له جهة الحرية متحصلة قال رحمه الله (وان عجز بقي مدبرا) لوجود السبب الموجب له قال رحمه الله (والا سعى في ثلثي قيمته أو ثلثي البدل بموته معسرا) أي ان لم يعجز ومات المولى معسرا فهو بالخيار بين أن يسعى في ثلثي قيمته وبين أن يسعى في ثلثي بدل الكتابة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يسعى في الاقل منهما فالخلاف في الخيار مبني على تجزي الاعتاق وعدم تجزيه على ما بيناه أما المقدار هنا فمتفق عليه لان بدل الكتابة مقابل بكل الرقبة اذ لم يستحق شيأ من الحرية قبل ذلك فاذا عتق بعض الرقبة مجانا بعد ذلك سقط حصته من بدل الكتابة بخلاف ما اذا تقدم التدبير لانه سلم له بالتدبير الثلث فيكون بدل الكتابة مقابلا بما لم يسلم له وهو الثلثان على ما بينا قال رحمه الله (وان أعتق مكاتبه عتق) لان ملكه قائم فيه وهو الشرط لنفوذ العتق قال رحمه الله (وسقط بدل الكتابة) لانه التزمه لتحصيل العتق وقد حصل بدونه وكذا المولى كان يستحقه مقابلا بالتحرير وقد فات ذلك بالاعتاق مجانا والكتابة وان كانت لازمة من جانب المولى لكنها تفسخ بالتراضي بالاجماع وقد وجد من المولى بالاقدام على الاعتاق ومن العبد بحصول غرضه بلا عوض وبسلامة أكسابه لان الكتابة تنفسخ في حق سقوط البدل خاصة وتبقى في حق غيره على ما بيناه فيما مضى قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف مؤجل فصالحه على نصف حال صح) والقياس أن لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس بمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر ومكاتب الغير وجه الاستحسان أن الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به فأعطي له حكم المال وبدل الكتابة مال من وجه حتى لا تصح الكفالة به فاعتدلا فلا ربا ولان عقد الكتابة عقد من وجه دون وجه لانه تعليق العتق بشرط الاداء ولانه شرع مع المنافي اذ الاصل أن لا يجري هذا العقد بين المولى وعبده اذ العبد وما في يده لمولاه والاجل أيضا ربا من وجه فيكون شبهة الشبهة فلا يعتبر بخلاف العقد بين الحرين لانه عقد من كل وجه فكان ربا بالاجل فيه شبهة ولان الصلح أمكن جعله فسخا للكتابة السابقة وتجديد العقد على خمسمائة حالة قال رحمه الله (مات مريض كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف ولم تجز الورثة أدّى ثلثي البدل حالا والباقي الى أجل أورد رقيقا) معناه أن مريضا كاتب عبده على ألفين الى سنة وقيمته ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رضي الله عنهما وقال محمد رحمه الله يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله أو يرد رقيقا لان له أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فكان له أن يؤخر الزيادة وهي ألف درهم بالطريق الاولى فصار كما اذا خالع المريض امرأته على ألف الى سنة جاز وان لم يكن له مال آخر وصار كما مؤجلا لان له أن يطلقها بدون البدل وهذا لان ما زاد على ثلثي قيمته كان المريض متمكنا من أن لا يملكه أصلا فاذا ملكه مؤجلا لا يثبت للورثة حق الاعتراض ولهما أن جميع المسمى بدل الرقبة حتى أجري عليه أحكام الابدال من حق الاخذ بالشفعة وجريان بيع المرابحة وحق الحبس بالمسمى كله فيما اذا باع ما يساوي ألفا بألفين وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذا بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع لان البدل فيه لا يقابل المال ولم يتعلق حق الورثة بالمبدل فكذا لا يتعلق بالبدل وأصله المريض اذا باع دارا قيمتها ألف بثلاثة آلاف الى سنة ثم مات ولا مال له غيرها ولم تجز الورثة فعندهما

(قوله فاذا عتق بعض) أي وهو الثلث اه (قوله بعد ذلك) أي بالتدبير اه اتقاني (قوله والقياس أن لا يجوز) وبه قال الشافعي ومالك وفي الحلية وبه قال أبو يوسف وزفر اه دراية (قوله اعتياض عن الاجل) كأنه اشترى من المكاتب خمسمائة معجلة بألف مؤجلة اه غاية (قوله فكان ربا) أي وهو حرام بين المولى وعبده ولهذا نص الحاكم في الكافي أن الرجل اذا اشترى من مكاتبه درهما بدرهمين لم يجز اه اتقاني (قوله ولهذا لا يجوز مثله) أي لو كان له دين على الحر أو مكاتب الغير مؤجلا فصالحه على بعضه معجلا لا يجوز بالاجماع فكذا هنا اه دراية (قوله ولم تجز الورثة) أي التأجيل لان المريض لم يتصرف في حق الورثة الا في حق التأجيل فكان لهم أن يردوه اذ بتأجيل المال أخر حق الورثة وفيه ضرر عليهم فلا يصح بدون اجازتهم كذا في المبسوط اه كاكي

يقال للمشترى إما أن تعجل ثلثى جميع الثمن والثلث عليك الى أجله والا فانقض البيع وعنده يقال له إما أن تعجل ثلثى القيمة والباقى عليك الى أجله والا فانقض البيع وحاصله أن المحاباة بالاجل تعتبر فى جميع الثمن وصية من الثلث عندهما لان التأجيل تبرع من المريض من حيث إن الوارث يصير ممنوعا عن المال بسبب التأجيل كما يصير ممنوعا بنفس التبرع وتبرع المريض يعتبر من ثلث المال وجميع الثمن هنا بدل الرقبة بدليل أنه يثبت فيه أحكام الابدال وعنده الاجل فيما زاد على القيمة يصح من رأس المال ويعتبر فى قدر القيمة من الثلث قال رحمه الله (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمته ألفان ولم يجيزوا أدّى ثلثى القيمة حالا أو ردّ رقيقا) وهذا بالاجماع لان المحاباة هنا حصلت فى القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما والفرق لمحمد بين هذه المسئلة وبين الاولى أن الزيادة على القيمة كانت حق المريض فى الاولى حتى كان يملك اسقاطها بالكلية بان يبيعه بقيمته فتأخيرها أولى لانه أهون من الاسقاط وهنا وقعت الكتابة على أقل من قيمته فلا يملك اسقاط ما زاد على ثلث قيمته ولا تأجيله لان حق الورثة تعلق بجميعه بخلاف الاولى قال رحمه الله (حر كاتب عن عبد بألف وأدّى عتق وان قبل العبد فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول حر لمولى العبد كاتب عبدك فلانا على ألف درهم على أنى ان أدّيت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا الشرط وقبل الرجل ثم أدّى ألفا فانه يعتق لان عتقه تعلق بادائه فيعتق بوجود الشرط من غير قبول العبد واجازته كما اذا علقه بغيره من الشروط واذا بلغ العبد فقبل صار مكاتبا لان الكتابة كانت موقوفة على اجازته وقبوله فصار اجازته فى الانتهاء كقبوله فى الابتداء ولو قبله فى الابتداء أو وكله به كان ينفذ فكذا اذا أجازه ولو قال العبد لا أقبله فأدّى عنه الرجل الذى كاتب عنه لا يجوز لان العقد ارتد بردّه ولو ضمن الرجل لم يلزمه شئ لان الكفالة ببدل الكتابة لا تجوز ولو لم يقل على انى ان أدّيت اليك ألفا فهو حر فأدّى لا يعتق قياسا لان العقد موقوف والموقوف لا حكم له ولم يوجد التعليق وفى الاستحسان يعتق لان الكتابة صحيحة نافذة فيما ينفع العبد وهو أن يعتق عند أداء المشروط موقوفة فيما يرجع الى وجوب البدل عليه نظرا للعبد وتصحيحا للعقد بقدر الامكان وقيل هذه هى صورة مسئلة الكتاب ولو أدّى الحر البدل عنه لا يرجع على العبد لانه متبرع فيه وحصل له مقصوده وهو عتق العبد فصار نظير ما لو تبرع بأداء الثمن عن المشترى وقيل يرجع على المولى ويستردّ ما أدّاه ان أدّاه بضمان لان ضمانه كان باطلا لانه ضمن غير الواجب ألا ترى أنه لو ضمن المال فى الكتابة الصحيحة فأدّى يرجع بما أدّى فههنا أولى وان أدّاه بغير ضمان لا يرجع لانه تبرع به ليحصل العتق له فتم أداؤه هذا اذا أدّى عنه بدل الكتابة كله وان أدّى عنه بعضه فله أن يرجع به سواء أدّى بضمان أو بغير ضمان لانه لم يحصل غرضه وهو العتق فكان حكم الاداء موقوفا فيرجع كما اذا تبرع بأداء الثمن فى بيع موقوف كان له أن يستردّ من البائع لهذا المعنى بخلاف ما اذا قبل العبد الكتابة بنفسه ثم تبرع عنه انسان ببعض بدل الكتابة لا يرجع لان غرضه بذلك قد حصل وهى براءة ذمة العبد بقدره من البدل وهنا لم يكن فى ذمة العبد شئ حتى يبرأ بادائه وكذا لو أدّاه قبل اجازة العبد العقد ثم أجازه ليس له أن يرجع بما أدّى سواء أدّى البعض أو الكل الا اذا أداه عن ضمان لان الكتابة بالاجازة نفذت من الابتداء فيكون الاداء مبرئا للمكاتب عن بدل الكتابة فيحصل مقصوده الا أن الضمان فاسد فيرجع عليه بحكم فساده قال رحمه الله (وان كاتب الحاضر والغائب وقبل الحاضر صح) أى كاتبهما المولى ومعنى المسئلة أن يقول العبد الحاضر لسيده كاتبنى عن نفسى وعن فلان الغائب فكاتبهما فقبل الحاضر جازت هذه الكتابة استحسانا والقياس أن لا تجوز الا عن نفسه لولايته عليه كمن باع ماله ومال غيره أو كاتب عبده وعبد غيره فانه يجوز فى عبده لوجود الولاية عليه دون عبد غيره لعدمها ووجه الاستحسان أن المولى خاطب الحاضر قصدا وجعل الغائب تبعا له والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة اذا كوتبت دخل فى كتابتها ولدها المولود فى الكتابة أو المشترى فيها أو المضموم اليها فى العقد تبعا لها حتى يعتقوا بأدائها وليس عليهم شئ من البدل ولان هذا تعليق العتق

باداء الحاضر والمولى ينفرد به في حق الغائب فيجوز من غير توقف ولا قبول من الغائب كما لو كاتب الحاضر بألف ثم قال ان أديته الى فغلان حر فانه يصح من غير قبول الغائب فكذا هذا فاذا أمكن جعل الغائب تبعا استغنى عن شرط رضاه وينفرد به الحاضر ويطالب الحاضر بكل البدل لان كله عليه دون الغائب ولا تعتبر اجازة الغائب ولا رده اذ لا يتوقف في حقه ولا يؤاخذ الغائب بالبدل ولا بشئ منه لانه ليس عليه دين الكتابة أصلا ولوا كتسب شيأ ليس للمولى أن يأخذه من يده وليس له أن يبيعه من غيره لانه مكاتب تبعا ولو أبرأه المولى أو وهبه مال الكتابة لا يصح لعدم وجوبه عليه ولو أبرأ الحاضر أو وهبه له عتقا جميعا ولو أعتق الغائب سقط عن الحاضر حصته من البدل لان الغائب دخل في العقد مقصودا فكان البدل منقسما عليهما وان لم يكن مطالبا به بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث لا يسقط عن الام شئ من البدل بعتقه لانه لم يدخل مقصودا ولم يكن يوم العقد موجودا وانما دخل في الكتابة بعد ذلك تبعا لها وكذا ولدها المشترى ولو أعتق الحاضر لم يعتق الغائب وسقط حصة الحاضر من الكتابة ويؤدى الغائب حصته حالا والا رد في الرق بخلاف الولد المولود في الكتابة حيث يبقى على نجوم والده اذا مات على ما عرف في موضعه قال رحمه الله (وأى أدى عتقا) أى أيهما أدى بدل الكتابة عتقا لوجود شرط عتقهما وهو أداء بدل الكتابة ويجبر المولى على القبول أما اذا دفع الحاضر فلان البدل عليه وهو أصل فيه وأما اذا دفع الغائب فلانه ينال به شرف الحرية فيجبر المولى على القبول لكونه مضطرا اليه كما اذا أدى ولد المكاتب فانه يجبر على القبول وان لم يكن البدل عليه كمعير الرهن اذا دفع الدين الى المرتهن فان المرتهن يجبر على القبول لحاجته الى استخلاص عينه وان لم يكن عليه الدين قال رحمه الله (ولا يرجع على صاحبه) أى لا يرجع واحد منهما على الآخر بما أدى الى المولى من بدل الكتابة أما الحاضر فلانه قضى دينا عليه فلا يرجع به على غيره وان عتق معه لانه تبع له كما اذا أدى المكاتب البدل وعتق معه أولاده أو آباؤه فانه لا يرجع عليهم بشئ وان عتقوا معه لكونهم أتباعا وأما الغائب فلانه أدى بغير أمره وليس بمضطر فيه من جهته بل يطلب نفعا مبتدأ بخلاف معير الرهن اذا أدى الدين لاستخلاص عينه فانه يرجع على الراهن لانه مضطر من جهته قال رحمه الله (ولا يؤخذ غائب بشئ) أى لا يطالب المولى الغائب ببدل الكتابة لانه لا دين عليه اذ لم يلتزم له شيأ وانما دخل في الكتابة تبعا فصار نظير ولد المكاتب فانه لا يطالب بشئ اذ ليس عليه دين ومع هذا لو أدى البدل يجبر المولى على القبول قال رحمه الله (وقبوله لغو) أى قبول الغائب لغو لا يعتبر وكذا رده لغو لان الكتابة قد نفذت وتمت من غير قبوله فلا يعتبر بعد ذلك قبوله ولا يتغير برده كمن كفل بدين عن غيره بغير أمره فبلغه فأجاز فاجازته باطلة ولا يعتبر حكمه حتى لو أدى عنه لا يرجع عليه قال رحمه الله (وان كاتبت الامة عن نفسها وعن ابنين صغيرين لها صح وأى أدى لم يرجع) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وقد ذكرنا وجههما في المسئلة الأولى لان هذه مثلها في جميع ما ذكرنا من الاحكام لأن الام أو الاب الرقيق لا ولاية له على ولده فيكون دخول الولد في كتابتها بالشرط لا بالولاية كدخول الغائب في كتابة الحاضر وأيهم أدى يجبر المولى على القبول وقبول الاولاد للكتابة وردهم لا يعتبر ولو أعتق المولى الام بقي عليهم من بدل الكتابة بحصتهم يؤدونه في الحال بخلاف الولد المولود في الكتابة أو المشترى حيث يعتق بعتقها ويطالب المولى الام بالبدل دونهم ولو أعتقهم سقط عنها حصتهم وعليها الباقي على نجومها ولو اكتسبوا شيأ ليس للمولى أن يأخذه ولا له أن يبيعهم ولو أبرأهم عن الدين أو وهبهم لا يصح ولها يصح فتعتق ويعتقون معها لما ذكرنا في كتابة الحاضر مع الغائب والله سبحانه وتعالى الموفق

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

قال رحمه الله (عبد لهما أذن أحدهما لصاحبه أن يكاتب حظه بألف ويقبض بدل الكتابة فكاتب

(قوله وليس بمضطر فيه) يناقض ما تقدم من قوله لكونه مضطرا اه قارى الهداية من خط الشارح

﴿باب كتابة العبد المشترك﴾

لما فرغ عن كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة عبد مشترك بين اثنين لان الاصل عدم الاشتراك أولان الاثنين بعد الواحد وأطلق كتابة العبد المشترك ولم يقيد بكتابة أحد الشريكين أو بكتابتهما حتى يشمل الامرين لان الباب لبيانهما جميعا اه اتقاني

وقبض بعضه فعجز فالمقبوض للقابض) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو مكاتب بينهما وأصله أن الكتابة تتجزأ عنده وعندهما لا تتجزأ وأصل الخلاف فى الاعتاق هل يتجزأ أم لا لان الكتابة شعبة من شعبه اذ هى تفيد الحرية فى الحال يدا وفى المآل رقبة فيقتصر على نصيبه عنده وفائدة الاذن بالكتابة أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يأذن وفائدة اذنه بالقبض أن ينقطع حقه فيما قبض بل يختص به القابض لان اذنه بالقبض اذن للعبد بالاداء اليه منه فيكون متبرعا بنصيبه على المكاتب فيصير المكاتب أخص به فاذا قضى به دينه اختص به القابض وسلم له كله كرب الوديعة اذا أذن للمودع بقضاء دينه من الوديعة فقضى لم يبق لرب الوديعة عليه سبيل كذا هذا الا اذا نهاه قبل الاداء فيصح نهيه لانه تبرع لم يتم بعد وانما قلنا ذلك لان المكاتب نصف كسبه له لا يتعرض له فيه أحد لكون نصفه مكاتبا والنصف للشريك الذى لم يكاتب لان نصيبه قن فيكون كسبه له فاذا أذن للمكاتب أن يصرفه بدينه صح اذنه وتم بالقضاء بنيته به فلهذا كان المقبوض للقابض وان عجز المكاتب ولا يرجع الآذن بذلك وان لم يحصل مقصوده وهو الحرية لان المتبرع عليه هو العبد ولو رجع لرجع به على العبد والمولى لا يستوجب على عبده دينا بخلاف ما اذا تبرع شخص بقضاء ثمن المبيع ثم استحق أو هلك قبل القبض وانفسخ البيع أو تبرع بقضاء مهر ثم حصلت الفرقة من جهة المتبرع عنه حيث يرجع بالثمن والمهر لان ذمة البائع والمرأة محل صالح لوجوب دين المتبرع عليهما فأمكن الرجوع ولو كان الشريك الآذن مريضا وأدى من كسبه بعد الاذن صح من جميع المال وان أدى من كسبه قبله صح من الثلث لانه تبرع بعين مال وفى الاول بالمنافع اذ لم يكن المال موجودا حالة الاذن فالتبرع بالمنافع لا يعتبر من الثلث بل ينفذ من جميع المال بخلاف العين وعندهما الكتابة لا تتجزأ فيكون الاذن بكتابة نصيبه اذنا بكتابة كله فاذا كاتبه صار كله مكاتبا كاتب نصيبه بالاصالة ونصيب شريكه بالوكالة فيكون مكاتبا لهما ويكون بدل الكتابة بينهما والمقبوض بينهما قبل العجز وبعده ولو كاتبه بغير اذن شريكه صار نصيبه مكاتبا عنده وعندهما صار كله مكاتبا لما ذكرنا وكان للساكت أن يفسخ بالاجماع قبل أن يؤدى بدل الكتابة دفعا للضرر عن نفسه بخلاف ما اذا باع نصيبه حيث لا يفسخ البيع لانه لا ضرر فيه اذ لا يخرج نصيبه من يده ولا يؤول الى ذلك وبخلاف العتق وتعليق عتقه بالشرط حيث لا يفسخ لانه لا يقبل الفسخ ولو أدى بدل الكتابة عتق نصيبه خاصة عند أبى حنيفة رحمه الله لان العتق يتجزأ عنده وللساكت أن يأخذ من الذى كاتب نصف ما أخذ من بدل الكتابة لانه كسب عبد مشترك بينهما ثم ينظر ان كاتب كله بألف لم يرجع على المكاتب بشىء مما أخذه منه شريكه لانه سلم له بدل نصيبه وان كاتب نصيبه فقط بألف رجع على المكاتب بما أخذ شريكه لان الكل كان بدل نصيبه فلم يسلم له الا بعضه فيرجع به عليه وعندهما بالاداء عتق كله ويرجع الساكت على شريكه ان كان موسرا والا فعلى العبد كما لو أعتقه وله أن يأخذ نصف ما بقى من الاكتساب لانه كسب عبد مشترك ولو كاتبه الساكت بمائة دينار بعد الاول صار مكاتبا لهما أما عنده فظاهر لان نصيبه لم يتكاتب من قبل فصح كتابته بعد الاول لان الكتابة تتجزأ عنده فنفذ كتابة كل واحد منهما وأما عندهما فلان الساكت كان له أن يفسخ فاذا كاتبه كان فسخا منه فى نصيبه وأيهما قبض شيأ من بدل نصيبه لا يشاركه صاحبه فى ذلك وتعلق عتق نصيب كل واحد منهما بجميع بدل الكتابة المسمى فى كتابة نصيبه فان أدى اليهما معا فالولاء لهما عندهم وان قدم أحدهما صار كأن كاتبهما حرره أحدهما يعتق نصفه عند أبى حنيفة رحمه الله ويبقى نصيب صاحبه مكاتبا ولا ضمان ولا سعاية الا أن يعجز المكاتب فيخير الساكت بين تضمين المعتق والاعتاق واستسعاء العبد ان كان المعتق موسرا وبين الاستسعاء والاعتاق ان كان معسرا وعند أبى يوسف يضمن المعتق ان كان موسرا ويستسعى العبد فى نصف قيمته ان كان معسرا وعند محمد يضمن الاقل من قيمة نصيبه ومن بدل الكتابة فى اليسار وفى الاعسار يسعى فى ذلك وان كاتباه كتابة واحدة لا يعتق بأداء نصيب أحدهما اليه ويعتق باعتاقه وابرائه

(قوله فهي أم ولد للاول) قال الاتقاني رحمه الله وعلى الاول نصف قيمة الثاني لانه تملك نصيبه منها حين عجزت عند أبي حنيفة وعليه نصف العقر لانه وطئ مكاتبة مشتركة بينه وبين صاحبه فوجب العقر كله عليه فصار ذلك كسبا لها ثم لما عجزت كان ذلك الكسب بينهما فسقط عنه نصيبه وبقي نصيب صاحبه فلذلك وجب نصف العقر فان كان أدى العقر اليها قبل العجز صح لانه كسبها وأما الشريك الساكت فقد أقر بوطء أمة كلها ملك الاول على اعتبار العجز فيغرم عقرا كاملا وعلى اعتبار الكتابة يغرم عقرا كاملا أيضا لانها مكاتبة بينهما ووطء الرجل مكاتبته يوجب العقر كوطء مكاتبة الغير وان أدى العقر اليها صح لانه كسبها وان لم يؤد اليها أدى الى شريكه لان العقر صار كله حقا له بالعجز وعندهما لما تكامل الاستيلاد للاول لم تصح دعوة الثاني ولم يغرم قيمة الولد (١٦٧) وضمن عقرا كاملا للاول لانه أقر بوطء أم ولد الغير ولكن سقط الحد لمكان الشبهة ويضمن الاول نصف قيمتها ونصف عقرها لانه استولد جارية مشتركة بينه وبين غيره اهـ (قوله ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة) أي ولا يجوز وطء الآخر لها اهـ غاية (قوله واستيلاد القنة لا يتجزأ) يأتي تعليله بعد أربعة أسطر في الشرح اهـ (قوله واستيلاد المدبرة يتجزأ) يأتي تعليله في هذه الصفحة من الشرح اهـ (قوله والاستيلاد لا يحتمل) ألا ترى أن من كاتب أم ولده ثم مات تنفسخ الكتابة وكذا اذا أعتق المكاتب من غير جهة الكتابة تنتقض الكتابة واذا انفسخت الكتابة صارت قنة والاستيلاد في القنة لا يتجزأ وليس كذلك اذا استولد رجل مكاتبة نفسه حيث لا تنتقض الكتابة لان نقض الكتابة في المكاتبة المشتركة للحاجة الى تكميل الاستيلاد ولا حاجة الى التكميل في مكاتبة نفسه لان الاستيلاد كامل اهـ اتقاني (قوله والكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتب) أي في أمومية الولد لان انفساخها فيها حيث لا تبقى محلا للابتذال كالبيع والهبة اهـ اتقاني (قوله وتبقى) أي الكتابة (فيما وراءه) أي في غير ما لا تتضرر به المكاتب يعني أن الكتابة تنفسخ ضرورة تكامل الاستيلاد لانها فيه تنافيه والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة ولا يظهر أثر الانفساخ في غير موضع الضرورة حتى تبقى مكاتبة في غيره كما كانت حتى لا يسقط نصف بدل الكتابة بل تبقى مكاتبة بجميع بدل الكتابة وحتى لا يجب على المستولد الاول قيمة النصف قنا بل يجب قيمة النصف مكاتبا وحتى لا يتعدى انفساخ الكتابة الى نصيب المستولد وحتى لا يجب الحد على الثاني لانه حصل واطئا مكاتبته فافهم اهـ اتقاني (قوله فلا تقبل النقل من ملك الى ملك) أي بسائر الاسباب فكذا لا تنقل بالاستيلاد وتحقيقه أن الاستيلاد يجب القول بتجزيه اذا عارضه حق لازم اهـ اتقاني (قوله ونصف عقرها) أي لوطئه جارية مشتركة اهـ هداية

وهبته نصيبه لانه لم يبق له حق قبله فيكون حكمه كالمسئلة الاولى في التضمين والسعاية والعتق والاختلاف فيها وباستيفاء نصيبه لم يبرأ لان المقبوض حقهما ولهذا يرجع عليه شريكه به فلا يعتق حتى يؤدى الكل وحكمه ظاهر قال رحمه الله (أمة بينهما كاتباها فوطئها أحدهما فولدت فادعاه ثم وطئها الآخر فولدت فادعاه فعجزت فهي أم ولد للاول وضمن لشريكه نصف قيمتها ونصف عقرها وضمن شريكه عقرها وقيمة الولد وهو ابنه وأي دفع العقر الى المكاتبة صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما هي أم ولد للاول وهي مكاتبة كلها وعليه نصف قيمتها لشريكه عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة ولا يثبت نسب الولد الاخير من الآخر ولا يكون الولد له بالقيمة ويغرم العقر لها وهذا الاختلاف مبني على الاختلاف في تجزي استيلاد المكاتبة فعنده يتجزأ وعندهما لا يتجزأ واستيلاد القنة لا يتجزأ بالاجماع واستيلاد المدبرة يتجزأ بالاجماع فاذا عرفنا هذا فنقول اذا ادعى أحدهما الولد الاول صحت دعوته لانه استولدها وله في نصفها ملك وهو يكفي لصحة الاستيلاد وصار نصيبه أم ولد له ولم يتملك نصيب صاحبه وبقي نصيب الآخر مكاتبا على حاله وقالا يتملك نصيب صاحبه وصارت كلها أم ولد له لان الاستيلاد يجب تكميله ما أمكن ألا ترى أنه لو استولد أمة مشتركة تصير كلها أم ولد للمستولد لامكان التكميل بالتمليك لكونها قابلة للنقل وقد أمكن هنا لان الكتابة تحتمل الفسخ والاستيلاد لا يحتمله فرجحنا الاستيلاد فكملناه وفسخنا الكتابة في حق التملك وهي لا تتضرر به والكتابة تنفسخ فيما لا تتضرر به المكاتب وتبقى فيما وراءه ولهذا يجوز عتقه عن الكفارة بخلاف ما لو استولد مدبرة مشتركة فانه لا يكمل ويقتصر على نصيبه لانه لا يمكن تكميلها اذ التدبير يمنع النقل من ملك الى ملك ولا يقال لم لا تنفسخ الكتابة ضمنا لصحة الاستيلاد لانا نقول في انفساخها ضرر يبطلان حقها في الكتابة والكتابة لا تنفسخ فيما تتضرر به المكاتب ولابي حنيفة رحمه الله أن الاستيلاد يقبل التجزي اذا وقع في محل لا يقبل النقل كالمدبرة بين اثنين اذا استولدها أحدهما فانه يتجزأ ويقتصر الاستيلاد على نصيبه والكتابة لازمة كالتدبير فلا تقبل النقل من ملك الى ملك فيقتصر الاستيلاد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة فاذا جاءت بولد آخر وادعاه الآخر فقد ادعى نسب ولد أمة نصفها ملكه فتصح دعوته ويثبت نسبه منه فاذا عجزت بعد ذلك جعل كأن الكتابة لم تكن وتبين أن الامة كلها أم ولد للاول لان المقتضي للتكميل قائم والمانع من التكميل الكتابة وقد زالت فيعمل المقتضي عمله من وقت وجوده كالبيع بشرط الخيار للبائع اذا أسقط الخيار يثبت الملك به من وقت وجوده فيضمن للآخر نصف قيمتها لانه تملك نصيبه لتكامل الاستيلاد ونصف عقرها ويضمن الآخر عقرها وقيمة الولد والولد

(قوله ثم قال أبو منصور الماتريدي اذا بقيت الخ) قال الاتقاني ثم عندهما صارت كلها أم ولد للاول قبل العجز تبقى مكاتبة ولكن اختلف المشايخ قال بعضهم بنصف بدل الكتابة وقال بعضهم بجميع بدل الكتابة والاول قول الشيخ الامام أبي منصور الماتريدي لان الكتابة لما انفسخت في نصيب الثاني سقط نصف بدل الكتابة وحصلت البراءة عن نصف البدل فصارت مكاتبة بالنصف فصار عتقها معلقا بأداء النصف والثاني قول عامة المشايخ لان انفساخ الكتابة أمر ضروري ثبت في حق التمليك ضرورة تكامل الاستيلاد فلا يظهر فيما عدا ذلك أعني في حق سقوط نصف بدل الكتابة فيبقى العقد الاول كما كان ولهذا جعل أبو يوسف ومحمد ذلك بمنزلة تملك المكاتبة ألا ترى أن أبا يوسف قال يضمن نصف قيمتها مكاتبة وقال محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف بدل الكتابة فاتفقا على قيام الكتابة في ذلك النصف (قوله ثم قال أبو يوسف الخ) قال الاتقاني ثم اختلف أبو يوسف ومحمد فقال أبو يوسف يضمن قيمة نصيب شريكه بالغة ما بلغت يعني نصف قيمته مكاتبا وقال محمد يضمن الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة وكذلك هذا الاختلاف في مكاتب بين اثنين أعتقه أحدهما ووجه قول أبي يوسف أن المدعي تملك نصيب صاحبه حتى صار كله مكاتبا له فيضمن قيمة ما ملكه موسرا كان أو معسرا وفي مسئلة العتاق أتلفه فيضمن ما أتلفه ان كان موسرا اه (قوله نصف قيمتها مكاتبة) لم يتحرر لنا مقدار قيمة المكاتبة اه اق (قوله في المتن بطل التدبير) بالاتفاق وهذا ظاهر لا يشكل على قولهما لان تدبير الثاني لكتابتها لم يصادف ملكه لان الاول لما استولدها صار كلها أم ولد له ومكاتبة له وأما عند أبي حنيفة فلان الجارية لما عجزت ظهر أن كلها أم ولد للاول والثاني قبل عجزها فيها ظاهر الملك لا حقيقته وظاهر الملك كاف لثبوت النسب اه اتقاني (قوله لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا) أي في تعليل قول أبي حنيفة اه (قوله وقد بيناه من قبل) أي في تعليل القولين اه

حر بالقيمة لان الآخر بمنزلة المغرور لانه وطئها على ظن أنها على حكم ملكه وظهر بالعجز وبطلان الكتابة أنه لا ملك له فيها وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة لكنه وطئ أم ولد الغير فلزمه كمال العقر وأيهما دفع العقر الى المكاتبة جاز لانه حقها حال قيام الكتابة لاختصاصها بنفسها فاذا عجزت ترده الى المولى لانه ظهر اختصاصه بها وهذا كله عند أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما هي أم ولد الاول تكميلا للاستيلاد لان الكتابة تفسخ فيما لا تتضرر به المكاتب على ما مر واذا صارت كلها أم ولد له فوطئ الثاني صادف أم ولد الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا بالقيمة ولزمه كل المهر لان الوطء في دار الاسلام لا يخلو عن الضمان الجابر أو الحد الزاجر فتعذر ايجاب الحد للشبهة فيجب العقر ثم قال أبو منصور الماتريدي رحمه الله اذا بقيت الكتابة عندهما صارت كلها مكاتبة للمستولد بنصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما لا تتضرر به المكاتبة ولا تتضرر بسقوط نصف بدل الكتابة والجمهور على أنها مكاتبة له بكل بدل الكتابة لان الانفساخ ضروري فلم يظهر فيما وراء الضرورة وهو حكم التملك فبقي الكل للاول كما كان والمكاتبة هي التي تعطى العقر لاختصاصها بنفسها وبأبدال منافعها ولو عجزت وردت في الرق ترد الى الاول لظهور اختصاصه بها ثم قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبة لانه يملك نصيب شريكه مكاتبة موسرا كان أو معسرا لانه ضمان التملك وهو لا يختلف بهما وقال محمد رحمه الله يضمن الاقل من نصف قيمتها ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق الشريك في نصف القيمة على اعتبار العجز عن الاداء وفي نصف بدل الكتابة على اعتبار الاداء والاقل متيقن فيجب الاقل قال رحمه الله (وان دبر الثاني ولم يطأها فعجزت بطل التدبير) وهذا بالاجماع أما عندهما فلان المستولد ملكها قبل العجز وأما عنده فلانه بالعجز ظهر أن كلها أم ولد للاول وان الثاني لم يكن له فيها ملك لما مر والملك شرط لصحة التدبير بخلاف ثبوت النسب لان الملك من حيث الظاهر كاف لثبوت النسب واستحقاق الولد بالغرور ولا كذلك التدبير فانه لا يثبت بالشبهات ولهذا لو اشترى أمة فدبرها ثم استحقت بطل التدبير ولو استولدها فاستحقت لم يبطل النسب وكان الولد حرا بقيمته فكذا هنا (وهي أم ولد الاول) لانه يملك نصيب شريكه وكمل الاستيلاد لامكان قال رحمه الله (وضمن لشريكه نصف قيمتها) لانه يملك نصفها بالاستيلاد على ما بينا قال رحمه الله (ونصف عقرها) لانه وطئ جارية مشتركة بينهما فيجب عليه العقر بحسابه وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (والولد للاول) لان دعواه قد صحت على ما مر وهذا كله بالاجماع قال رحمه الله (وان كاتباها فحررها أحدهما موسرا فعجزت ضمن لشريكه نصف قيمتها ورجع به عليها) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يرجع المعتق عليها ويستسعيها الساكت ان كان المعتق معسرا وأصله أن الاعتاق لا يتجزأ عندهما والكتابة لا تمنع العتق فعتقت كلها للحال عندهما وانفسخت الكتابة ثم الساكت يضمن المعتق ان كان موسرا ولا يرجع المعتق عليها لانه ضمن باعتاقه وهو فعله فلا يلزمها ضمان ما لزمه بفعله ومن أصل أبي حنيفة رحمه الله أن العتق يتجزأ فجاز اعتاق نصف المكاتبة ولا يؤثر الفساد في نصيب الساكت زيادة على ما أوجبته الكتابة فلا يظهر ما دامت مكاتبة لان اعتاق النصف عنده يؤثر في جعل الباقي كالمكاتب وهي كانت مكاتبة قبل الاعتاق فكان الاعتاق محققا

الكتابتها فلا يضمن المعتق قبل العجز لعدم ظهور أثر الاعتاق فيها فاذا عجزت ظهر أثر العتق فيها فكان للساكت الخيارات المذكورة في العتاق وهي ان كان المعتق موسرا فله أن يعتق وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن المعتق فاذا ضمن المعتق كان للمعتق أن يرجع على العبد المعتق لانه قام مقام الساكت وان كان المعتق معسرا كان له خيار العتق أو الاستسعاء على ما بينا في العتاق وعلى هذا الخلاف لو دبر المكاتبة أو استولدها فعنده لا يظهر حكم الاستيلاد ولا التدبير الا بعد عجزها لانهما يتجزآن عنده فيقتصران على نصيبه ونصيب شريكه مكاتب على حاله وكذا نصيبه لان التدبير والاستيلاد لا ينافيان الكتابة ابتداء ولا بقاء فيبقيا على ما كانا عليه بخلاف الاعتاق لان نصيبه بعد الاعتاق لا يقبل الكتابة ابتداء ولا بقاء فينفسخ في نصيبه دون نصيب شريكه فاذا عجزت ظهر أثرهما فيضمن قيمتها موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك وعندهما لا يتجزآن فصارت كلها أم ولده أو مدبرة لان الكتابة لا تمنع النقل لانها تفسخ في حق ما ينفعها ثم تبقى مكاتبة على حالها اذ لا تنافي بينهما و يضمن لشريكه نصف قيمتها في الحال موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بين اليسار والاعسار و يضمن العقر في الاستيلاد

قال رحمه الله (عبد لهما دبره أحدهما ثم حرره الآخر للمدبر أن يضمن المعتق نصف قيمته وان حرره أحدهما ثم دبره الآخر لا يضمن المعتق) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكن يفسد به نصيب الآخر فيثبت له خيرة الاعتاق والتضمين والاستسعاء لما عرف من مذهبه فاذا أعتق لم يبق له خيار التضمين والاستسعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لانه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستسعاء أيضا كما هو مذهبه فاذا ضمنه يضمنه قيمة نصيبه مدبرا لان الاعتاق صادفه وهو مدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بالتقويم وقيل يجب ثلثا قيمته وهو قن لان المنافع أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والفائت البيع فيسقط الثلث واذا ضمنه لا يتملكه بالضمان لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك كما اذا غصب مدبرا وأبق وضمن الغاصب قيمته فانه لا يملكه فكذا هذا وان أعتقه أحدهما أولا كان للآخر الخيارات الثلاث عنده فاذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار الاعتاق والاستسعاء لان المدبر يعتق ويستسعى وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا دبره أحدهما فاعتاق الآخر باطل لانه لا يتجزأ عندهما فيتملك نصيب صاحبه بالتدبير ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لانه ضمان تملك فلا يختلف بهما ويضمن نصف قيمته قنا لانه صادفه التدبير وهو قن وان أعتقه أحدهما أولا فتدبير الآخر باطل لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله فلم يصادف التدبير الملك وهو يعتمد ويضمن نصف قيمته ان كان موسرا لان هذا ضمان الاعتاق فيختلف باليسار والاعسار عندهما والله أعلم بالصواب

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

قال رحمه الله (مكاتب عجز عن نجم وله مال سيصل لم يعجزه الحاكم الى ثلاثة أيام) نظرا الى الجانبين والثلاثة هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزاد عليه قال رحمه الله (والا عجزه وفسخها أو سيده برضاه) يعني ان لم يكن له مال سيصل في ثلاثة أيام فسخ القاضي الكتابة أو فسخ المولى برضا المكاتب وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي رضي الله عنه اذا توالى على المكاتب نجمان رد في الرق

(قوله فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه) أي خلافا لهما اهـ (قوله ولكن يفسد به نصيب شريكه) أي لان المدبر كان يستخدمه فبعد اعتاق الثاني له الاستخدام اهـ اتقاني (قوله وأشباهه) كالهبة والصدقة والارث والوصية اهـ (١٦٩) (قوله وأمثاله) كالاجارة والاعارة والوطء اهـ (قوله والاعتاق وتوابعه) وهي الكتابة والاستيلاد والتدبير والاعتاق على مال اهـ ﴿فرع﴾ قال قاضيخان في شرح الجامع الصغير منافع المملوك ثلاثة الاسترباح بالبيع والاستخدام وقضاء الدين من ماليته بعد الموت وبالتدبير تفوت منفعة واحدة وهي الاسترباح وبالاستيلاد تفوت منفعتان قضاء الدين بعد الموت والاسترباح فتوزع القيمة على ذلك فتكون قيمة المدبر ثلثي قيمته قنا وقيمة أم الولد ثلث قيمتها قنة اهـ

﴿ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى ﴾

وانما ذكر هذا الباب آخرا لان الموت والعجز عارضان بعد الكتابة فكان التأخير هو المناسب لان العارض بعد الاصل اهـ غاية (قوله في المكاتب عجز عن نجم الخ) قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في المكاتب يعجز عن نجم قال ان كان له مال حاضر أو مال غائب يرجى قدومه أخره يومين أو ثلاثة لا يزيده على ذلك شيئا وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا أرده في الرق حتى يتوالى عليه نجمان الى هنا لفظ أصل

 الجامع الصغير وقول ابن أبي ليلى كقول أبي يوسف كذا في اختلاف اهـ اتقاني (قوله لابلاء) أي اظهار اهـ (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) ومعنى النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ومنه قول الشافعي أقل

والاثر فيما لايدرك بالقياس كالخبر ولانه عقد إرفاق حتى كان التأجيل فيها سنة وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بدّ من امهال مدّة وأولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولان الفسخ للعجز والعجز لا يثبت ولا يتحقق بمجرد الحلول فلا بدّ من امهال مدّة فكان ما اتفقا عليه أولى ولهما ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن مكاتبة له عجزت عن نجم فردّه فى الرق ولان المقصود بالعقد من جانب المولى تعيين المسمى عند انقضاء النجم الاوّل وانه قد فات فوجب تخييره كما لو توالى عليه نجمان وهذا لان الكتابة قابلة للفسخ والاخلال بالنجم الواحد اخلال بما هو غرض المولى من الكتابة فوجب له حق الفسخ دفعا للضرر عنه كفوات وصف السلامة فى المبيع ولانه لما مضى نجم ووجب عليه حصته صار كأنه كوتب على ذلك القدر حالا وفيه يقال له إما أن تؤدّى المال حالا والا رددت فى الرق فكذا هذا والمروى عن على رضى الله عنه يفيد اثبات الفسخ اذا توالى عليه نجمان فلا ينفى ثبوت الفسخ قبله لان تخصيص الشئ بالذكر لاينفى الحكم عما عداه على ماعرف من القاعدة والتأخير الى ثلاثة أيام انما كان لاجل امضاء موجب العقد لان الاداء لا يتوجه الا بعد انقضاء مدّة النجم ولا بدّ للاداء من زمان فاستحسنا هذا القدر المذكور على أن يكون من باب التعجيل دون التأخير نظرا لهما واظهار العذر اذ هى مدّة ضربت لاظهار الاعذار كما فى شرط الخيار وفى قصص الاخيار وامهال المرتد وامهال المدّعى عليه الدفع بعد الحكم عليه وامهال المدين للقضاء فانه اذا استمهل ثلاثا يمهل وقوله عجزه وفسخها يعنى الحاكم يحكم بعجزه لانه واجب عليه عند طلب المولى ذلك وله ولاية عامة فيفسخ وقوله أو سيده برضاه يعنى أو يفسخه المولى برضا المكاتب لان الكتابة تقبل الفسخ بالتراضى بلا عذر فبعذر أولى وان لم يرض العبد فلا بدّ من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم تامّ فلا بدّ من القضاء أو الرضا كالردّ بالعيب بعد القبض وقيل ينفرد المولى بالفسخ ولا يشترط رضا المكاتب كما اذا وجد المشترى فى المبيع عيبا قبل القبض فانه ينفرد بالفسخ وحديث ابن عمر يدل على ذلك وهذا لان الكتابة تتم بقبض المولى البدل فما لم يقبض لا تتم فيفسخه مستبدّا به اذا فات غرضه كما يستبد المشترى بالفسخ بالعيب قبل القبض قلنا العبد بعد العقد صار فى يده فصار هذا فسخا بعد القبض فلا بدّ من القضاء أو الرضا قال رحمه الله (وعاد أحكام الرق) أى اذا عجز عاد الى أحكام الرق لان الكتابة قد انفسخت وفك الحجر كان لاجل عقد الكتابة فلا يبقى بدون العقد قال رحمه الله (ومافى يده لسيده) لانه ظهر أنه كسب عبده اذ هو كان موقوفا عليه أو على المولى على تقدير الاداء كان له وعلى تقدير العجز كان للمولى وقد تحقق العجز فكان لمولاه قال رحمه الله (وان مات وله مال لم يفسخ وتؤدّى كتابته من ماله وحكم بعتقه فى آخر حياته) وكذا يحكم بعتق أولاده ومابقى من ماله فهو ميراث لورثته وهو قول ابن مسعود رضى الله عنه وبه أخذ علماؤنا وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه تنفسخ الكتابة بموته ويموت عبدا وماترك فهو لمولاه وبه أخذ الشافعى رحمه الله له أن العقد لو بقى لبقى لتحصيل

التأجيل نجمان أى شهران ثم سمى به مايؤدّى فيه من الوظيفة اه اتقانى (قوله والاثر فيما لايدرك بالقياس كالخبر) وبقول أبى يوسف قال أحمد وابن أبى ليلى وابن عيينة والحسن بن حى اه كاكى (قوله ولانه عقد إرفاق) أى رفق يقال رفقت به وأرفقت بمعنى كذا فى الصحاح اه اتقانى (قوله وحالة الوجوب الخ) يعنى الفسخ للعجز ولا يتحقق العجز الا بتوالى نجمين فلا يثبت حق الفسخ قبل دليله وهذا لانه لما مضى نجم صار حالا والعجز عن البدل الحال لا يوجب الفسخ ولا يتحقق الا بعد الامهال وابلاء العذر اه كاكى (قوله وأولى المدد) أى أحق الآجال (١٧٠) ما أجمع عليه العاقدان اه كاكى (قوله ما توافق عليه العاقدان) أى وهو النجم الثانى فاذا مضى الثانى تحقق العجز فوجب الفسخ اه كاكى وكتب مانصه قال فخر الاسلام على البزدوى وقول أبى يوسف استحسان صار اليه تيسيرا على العبد اه اتقانى (قوله كما فى شرط الخيار وفى قصص الاخيار) فان الخضر قال لموسى بعد الثلاثة هذا فراق بينى وبينك اه (قوله اذا استمهل ثلاثا يمهل) أى ولم يكن بهذا القدر ممتنعا من الاداء فكذلك ههنا بخلاف ما اذا لم يكن له وجه أصلا حيث لا ينتظر عليه أصلا لانه تبين عجزه والمولى لم يرض بحليته الا بأداء المال فلا يلزمه مالم يرض به من المدّة اه اتقانى (قوله فلا بدمن القضاء بالفسخ) أى لان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين بعد القبض لان المكاتب بالعقد صار فى يده اه كاكى (قوله ولا يشترط رضا المكاتب) أى لان هذا عيب تمكن فى أحد العوضين قبل تمام العقد لان تمام العقد بالاداء فصار اه كاكى (قوله وحكم بعتقه فى آخر حياته) وأجمعوا أنه اذا مات عاجزا مات عبدا العتق وتفسخ الكتابة وتفسير الوفاء أنه اذا مات وترك ولدا فانه يؤمر بأن يسعى ويؤدّى بدل الكتابة ويجعل أداؤه كأدائه ويحكم بحريته فى آخر جزء من أجزاء حياته وان لم يكن له ولد وترك مالا به وفاء ببدل الكتابة فانه يؤدّى بدل الكتابة منه ويحكم بحريته كذا فى الطريقة البرهانية اه اتقانى (قوله وكذا يحكم بعتق أولاده) أى المولودين أو المشترين فى حال الكتابة اه كاكى (قوله وهو قول) أى قول على و اه هداية (قوله وماترك فهو لمولاه) أى وبه قال أحمد والنخعى والشعبى وقتادة وأبو سليمان وأصحابه وعمر بن عبد العزيز اه كاكى

العتق بالاداء وقد تعذر اثباته فبطل وهذا لانه لا يخلو اما أن يثبت العتق قبل الموت أو بعده مقتصرا أو مستندا لا وجه الى الاول لعدم شرطه وهو الاداء والشيء لا يسبق شرطه ولا الى الثاني لان الميت ليس بمحل لنزول العتق عليه لان العتق اثبات قوة المالكية وهو لا يتصور في الميت بخلاف ما اذا مات المولى لانه ليس بمعقود عليه بل هو عاقد والعقد يبطل بموت المعقود عليه لا بموت العاقد ولان المولى يصلح أن يكون معتقا بعد الموت والعبد لا يصلح معتقا بعده ألا ترى أن المولى اذا قال أنت حر بعد موتي يصح ولو قال لعبده أنت حر بعد موتك لا يصح ولا الى الثالث لانه لما تعذر اثباته في الحال تعذر استناده لان الشيء يثبت ثم يستند ولان في اسناده الى حال حياته اثبات العتق قبل شرطه وهو الاداء فلا يجوز بخلاف ما اذا مات المولى فان العقد باق بعد موته فيعتق لكون الميت أهلا له على ما بينا آنفا ولنا أن الكتابة عقد معاوضة لا تنفسخ بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فلا تنفسخ بموت الآخر وهو العبد كالبيع وهذا لان قضية المعاوضة المساواة بين العاقدين فاذا جاز بقاء العقد بعد موت المولى لحاجته الى الولاء وغيره جاز أن يبقى بعد موت العبد لحاجته الى مقصوده وهو شرف الحرية بل أولى لان الذي استحقه المولى قبله ليس بلازم حتى لو عجز العبد نفسه عن أداء البدل بطل والذي استحقه المكاتب قبل المولى لازم حتى لو أراد أن يبطل ليس له ذلك ولان الموت أنفى للمالكية منه للمملوكية لان المملوكية عبارة عن العجز والمالكية عبارة عن القدرة والموت أنفى للقدرة منه للعجز فاذا بقي العقد مع أقوى المنافيين فمع أدناهما أولى ألا ترى أن مملوكية العبد باقية بعد موته لحاجته حتى وجب الكفن على مولاه فكذا هنا أيضا تبقى المملوكية لحاجته وهي أشرف بل أولى لما فيها من التعدي الى الاتباع كالاولاد وأمهاتهم أو نقول للمكاتب يثبت بالكتابة مالكية اليد في مكاسبه وبها يتمكن من أداء الكتابة فتبقى تلك المالكية بعد موته لان حاجته الى تحصيل الحرية لنفسه فوق حاجة المولى وما ذكر من الترديد قلنا انه يعتق بعد الموت عند البعض بأن يقدر حيا قابلا للعتق كما يقدر المولى حيا مالكا معتقا بعد موته ولهذا يقدر الميت حيا في حق ما يحتاج اليه من أمواله كتجهيزه وقضاء دينه وتنفيذ وصاياه وعند الجمهور أنه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته اما لان سبب الاداء موجود قبل الموت فيستند الاداء اليه فيكون أداء خلفه كادائه بنفسه فان قيل الاداء فعل حسي والاسناد يكون في الاحكام الشرعية قلنا نعم لكن فعل النائب مضاف الى المنوب عنه وهذه الاضافة شرعية ألا ترى أن من رمى صيدا فمات قبل أن يصيبه ثم أصابه صار ملكا له حتى يورث عنه والميت ليس بأهل له ولكن لما صح السبب والملك يثبت بعد تمام السبب وتمامه بالاضافة اليه وهو ليس بأهل له يثبت الملك من حين الاخذ وهو آخر جزء من أجزاء حياته فكذا هنا لما كان السبب منعقدا وهو عقد الكتابة والعتق موقوف على الاداء والاداء جائز بعد الموت والحكم وهو وقوع العتق مما يمكن اثباته من حين الموت كالملك في تلك المسألة حكمنا بعتقه في

(قوله ولو قال لعبده أنت حر بعد موتك لا يصح) أي وكذا لو أوصى أن يعتق عنه عبده بعد موته يصح ويكون المولى هو المعتق حتى يكون الولاء له اه دراية (قوله لان الشيء يثبت) أي أولا في الحال اه (قوله ثم يستند) ولا امكان لثبوت العتق في حال الممات لعدم المحلية فكيف يستند اه اتقاني (قوله ولنا أن الكتابة عقد معاوضة) أي بين العاقدين اه (قوله كالبيع) والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء الكتابة لان كل واحد منهما ثبت له حق بعقد الكتابة بعرض أن يصير حقيقة لان المولى ثبت له حق في البدل بعرض أن يصير ذلك الحق حقيقة عند القبض والمكاتب ثبت له حق العتق على وجه يصير ذلك حقيقة (١٧١) عند الأداء ثم قبض خلف المولى يجعل كقبض نفسه ويجعل المولى معتقا في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته فكذلك يجعل أداء خلف المكاتب كادائه ويجعل معتقا في آخر جزء من أجزاء حياته لحاجته بل هنا أولى لان الكتابة شرعت نظرا للمكاتب ورفقا حتى كانت الكتابة لازمة من جانب المولى بحيث لا يقدر على الفسخ وشرعت غير لازمة في حق المكاتب حتى يقدر على الفسخ بتعجيزه نفسه فلما وجب ابقاء الكتابة لحاجة المولى فلأن يجب ابقاؤها لحاجة المكاتب أولى حتى أن الاجماع انعقد على جعل المولى معتقا بعد موته ولم تنفسخ الكتابة بموته فكان ذلك دليلا على جعل المكاتب معتقا بعد موته بالطريق الاولى لان الاعتاق فعل وكونه معتقا وصف و[illegible] فعل والموت ينافي الافعال ولا ينافي الصفات ولان من شرط كونه معتقا أن يكون مالكا ومن شرط كونه معتقا أن يكون [illegible] والموت أنفى للمالكية من المملوكية وأنفى لكونه معتقا من كونه معتقا ألا ترى أن الجمادات توصف بالمملوكية ولا توصف بالمالكية فاذا جعل المولى معتقا بعد الموت كان جعل المكاتب معتقا بالطريق الاولى اه غاية (قوله قبله) أي قبل المكاتب اه (قوله ليس له ذلك) فاذا لم يبطل حق المولى بموته فحق المكاتب وانه ألزم أولى أن لا يبطل اه دراية (قوله أو نقول للمكاتب) متعلق بالفعل الذي يليه اه (قوله لان سبب الاداء) أي وهو عقد الكتابة اه كاكي (قوله والاسناد) انما اه كاكي (قوله فمات) أي الرامي اه (قوله ثم أصابه) أي ثم أصاب السهم الصيد اه

(قوله مقام التخلية بين المال و بين المولى) فان قيل لو قذفه قاذف بعد أداء بدل الكتابة فى حياته يحد قاذفه ولو حكم بحريته فى آخر حياته ينبغى أن يحد قاذفه والحال أنه لا يحد قاذفه قلنا ثبتت الحرية فى آخر حياته لضرورة حاجته اليها والثابت بالضرورة لا يعدو موضعها فلا يظهر فى حق احصانه فلا يحد قاذفه مع أن الحدود تندرأ بالشبهات والحرية ههنا ثبتت مع الشبهة وما ثبت بالاستناد ثبت من وجه اه كاكى (قوله وفى الكافى لو كاتب أمته الخ) وضع فى خيار المولى اذ فى خيار الامة موتها بمنزلة قبول الكتابة لان الخيار لا يورث من الحر فكيف من المكاتبة لكنها كما أشرفت على الموت وعجزت عن التصرف بحكم الحال سقط خيارها من الحقائق اه ابن فرشتا (قوله لانه تكاتب عليه) أى تبعا اه هداية (١٧٣) (قوله ينبغى أن يدخل فى كتابته) أى على حكم أبيه اه (قوله حكم بعتقه فى آخر جزء من أجزاء حياته) أى بطريق الاستناد لان الميت ليس بمحل للاعتاق اه اتقانى (قوله فى المتن كتابة واحدة) قيد به لانهما لو كانا مكاتبين كل واحد بعقد على حدة لا يرثه ابنه كذا ذكره الحموى لانه لما كان مقصودا بالكتابة فانما يعتق من وقت أداء البدل مقصورا عليه لان الاسناد للضرورة ولا ضرورة فى حقه ههنا فكان عبدا عند موت أبيه فلا يرثه اه كاكى (قوله فى المتن ولو ترك ولدا من حرة الخ) قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى واذا مات المكاتب وله ديون على الناس وترك ولدا حرا فهو مولى لموالى الام ما لم يخرج الدين فتؤدى المكاتبة فاذا أديت رجع ولاء الولد الى موالى الاب ولم يرجع الى موالى الام بما عقلوا عنه بعد موته فان مات الولد بعد موته قبل خروج الدين فاختصم موالى الاب وموالى الام فى ميراثه فقضى به لموالى الام بطلت الكتابة فان خرج الدين كان ميراثا للمولى عن عبده الى هنا لفظ الحاكم والفرق بين الفصلين أن فى المسئلة الاولى قرر القاضى حكم الكتابة حيث قضى بالعقل على عاقلة الام لان حكم بقاء الكتابة أن يكون الولاء لموالى الام لانه تعذر اثباته من موالى الاب لانه لم يعتق بعد والقضاء بتقرير حكم الكتابة لا يكون قضاء بفسخها ولكن الحاق الولاء بموالى الام لا بسبيل الاستقرار بل على احتمال أن يعتق الاب فيجر الولاء الى مواليه فاذا خرج الدين وأديت الكتابة انتقل الولاء الى موالى الاب لانه عتق ولم يرجع موالى الام بما عقلوا على موالى الاب لان الولاء انتقل اليهم بعد الموت لا قبله وأما اذا مات الابن بعد موت المكاتب فاختصم موالى الاب وموالى الام فى ميراثه فقضى القاضى بالولاء لموالى الام كان ذلك قضاء بفسخ الكتابة لان خصومتهم وقعت فى بقاء الكتابة وانتقاضها ولا يستقر الولاء لاحد المولين الا بناء على ذلك ان بقيت وأديت الكتابة وعتق الاب كان الولاء لمواليه وان انتقضت كان لموالى الام فموالى الام يقولون انتقضت حيث

آخر جزء من أجزاء حياته وإما بأن يقام الترك الموجود منه فى آخر جزء من أجزاء حياته مقام التخلية بين المال و بين المولى وهو الاداء المستحق عليه قال رحمه الله (وان ترك ولدا ولد فى كتابته لا وفاء سعى كأبيه على نجومها واذا أدى حكم بعتقه وعتق أبيه قبل موته) لان الولد دخل فى كتابته وكسبه ككسبه فيخلفه فى الاداء وصار أداؤه كاداء أبيه فيجعل كأنه ترك وفاء مع الولد وفى الكافى لو كاتب أمته على أنه بالخيار ثلاثا فولدت فى مدة الخيار وماتت وبقى الولد بقى خياره وعقد الكتابة عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وله أن يجيزها واذا أجاز يبقى الولد على نجوم أمه واذا أدى عتقت الام فى آخر جزء من أجزاء حياتها وعتق ولدها وهذا استحسان وعند محمد رحمه الله تبطل الكتابة ولا تصح اجازة المولى وهو القياس لان الولد انما يقوم مقام الوالد فى الكتابة اذا كان ولد المكاتب وأمه لم تصر مكاتبة بعد ولهما أن فى ابقاء العقد فائدة بأن يجيزه المولى و يقوم الولد مقامها و ينفذ العقد فى حق الام بنفاذه فى حق الولد ثم يستند الى وقت الانعقاد قال رحمه الله (ولو ترك ولدا مشترى يحل البدل حالا أو رد رقيقا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يؤديه على نجومه لانه تكاتب عليه فيسعى على نجومه كالولد المولود فى الكتابة لانه صار بمنزلته حتى جاز للمولى اعتاقه كما يجوز اعتاق المكاتب نفسه بخلاف سائر أكساب المكاتب فانه لا يملك اعتاقه ولابى حنيفة رحمه الله أن الاجل يثبت بالشرط فى العقد فيثبت فى حق من دخل تحت العقد والمشترى لم يدخل تحت العقد لانه لم يضف اليه العقد ولم يسر حكمه اليه لكونه منفصلا عنه وقت الكتابة وكان ينبغى أن يباع بعد موته لفوات المتبوع ولكن اذا عجل وأعطى من ساعته صار كأنه مات عن وفاء بخلاف الولد المولود فى الكتابة لانه ماؤه بعد المكاتبة فيدخل فى حكمه و يسعى على نجومه فعلى هذا لو اشترى ابنه المولود بعد الكتابة من امرأة له أمة ينبغى أن يدخل فى كتابته لانه من مائه بعد الكتابة قال رحمه الله (وان اشترى ابنه فمات وترك وفاء ورثه ابنه) لانه لما أدى بدل الكتابة حكم بعتقه فى آخر جزء من اجزاء حياته فيتبعه ولده فى ذلك الوقت فيكونان حرين فيظهر أنه مات حرا عن ابن حر قال رحمه الله (وكذا لو كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة) يعنى يرثه لانهما صارا كشخص واحد فاذا حكم بعتق أحدهما فى وقت حكم بعتق الآخر فى ذلك الوقت ضرورة اتحاد العقد على ما بيناه فيصير حرا مات عن ابن حر ولو مات المكاتب وترك ثلاثة أولاد حرا ومولودا فى الكتابة ومكاتبا معه بعقد واحد وصيا يرثه أولاده لما ذكرنا و يملك الوصى بيع العروض دون العقار والدراهم والدنانير لان بيع العروض من الحفظ دون العقار والدراهم والدنانير ولو مات الحر قبل أداء الكتابة لا يرثانه لان ارثه ليس من حقوق كتابة أبيه فلا يظهر الاسناد فى حقه قال رحمه الله (ولو ترك ولدا من حرة ودينا فيه وفاء بكتابته فجنى الولد فقضى به على

عاقلة

اعتقدوا أن المكاتب مات عبدا وهو مذهب بعض الصحابة اذا مات المكاتب عن وفاء وموالى الاب يقولون بقيت حيث اعتقدوا أن
المكاتب مات حرا كما هو مذهب بعض الصحابة وانتقل الولاء اليهم بحريته ثم اذا قضى القاضى بالولاء لموالى الام وقع ذلك فى فصل مجتهد
فيه فنفذ فكان القضاء تعجيزا ثم اذا خرج الدين كان للمولى لانه كسب عبده اه اتقانى (قوله وموالى الاب فى ولائه) أى فى ارثه بعد موته
اه (قوله هو لها صدقة) والمعنى فى ذلك أن الخبث باعتبار أنه من أوساخ الناس (١٧٣) لا لعين المال فكان الخبث فى الجهة فلم يبق

عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب وان اختصم موالى الام وموالى الاب فى ولائه فقضى به لموالى الام فهو قضاء بالعجز) والفرق أن القضاء بموجب الجناية على العاقلة يقرر حكم الكتابة لان من قضية قيام الكتابة أن يكون موجب جنايته على موالى الام لان المكاتب وان ترك مالا وهو الدين لا يحكم بعتقه الا عند أداء بدل الكتابة فكانت جنايته عليهم فاذا قضى بها القاضى عليهم كان القضاء تقريرا للكتابة فتبقى الكتابة على حالها فاذا أدى بعد ذلك بدل الكتابة عتق المكاتب وظهر للابن ولاء فى جانب الاب فيجر اليه ولاءه لان الولاء كالنسب والنسب لا يثبت من قوم الام الا عند تعذر اثباته من قوم الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه بان أكذب الملاعن نفسه يعود النسب اليه فكذا الولاء وأما اذا كانت الخصومة فى نفس الولاء فان القاضى يقضى بكون الولاء لموالى الام اذ الخصومة وقعت فى الولاء ومن ضرورته القضاء بفسخ الكتابة لان الولاء لا يكون من جانب الام الا اذا تعذر اثباته من جانب الاب وانما يتعذر اثباته بفسخ الكتابة اذ لو كانت باقية يمكن أن يثبت من جانبه بالاداء وفرق آخر أن القضاء بموجب الجناية على موالى الام لا يلزم منه القضاء بفسخ الكتابة لانه قد يقضى بموجب الجناية على غير من وجب عليه كالكفيل والقضاء بالولاء لموالى الام يتضمن القضاء بفسخ الكتابة اذ لا يمكن أن يجتمع عليه الولا آن اذ لو لم يكن فسخا لها يلزم الحكم بحريته اذا أدى بدل الكتابة فاذا صار حرا فى آخر حياته انتقل ولاء الولد اليه وانتقض القضاء وهو يجب صيانته عن النقض فلا يفسخ اذا صادف محلا مجتهدا فيه والحكم بالارث من الولد لموالى الام كالحكم بالولاء لهم حتى تنفسخ به الكتابة ولا يجوز نقضه وهذا كله فيما اذا مات المكاتب عن وفاء فأديت الكتابة أو عن ولد فأداها وأما اذا مات لا عن وفاء ولا عن ولد فاختلفوا فى بقاء الكتابة قال الاسكاف تنفسخ حتى لو تطوع انسان بأداء بدل الكتابة عنه لا تقبل منه وقال أبو الليث رحمه الله لا تنفسخ ما لم يقض بعجزه حتى لو تطوع به انسان عنه قبل القضاء بالفسخ جاز ويحكم بعتقه فى آخر حياته قال رحمه الله (وما أدى المكاتب من الصدقات وعجز طاب لسيده) لان الملك قد تبدل وتبدل الملك كتبدل العين فصار كعين آخر واليه أشار النبى صلى الله عليه وسلم بقوله فى حديث بريرة هو لها صدقة ولنا هدية قال ذلك حين أهدت اليه وكانت مكاتبة وصار كالفقير يموت عن صدقة أخذها يطيب ذلك لوارثه الغنى لما ذكرنا وكذا اذا استغنى الفقير يطيب له ما أخذه من الزكاة حالة فقره وكذا ابن السبيل اذا أخذ الصدقة ثم وصل الى ماله وفى يده الصدقة تحل له لان المحرم على الغنى ابتداء الاخذ لما فيه من الذل فلا يرخص له من غير ضرورة فاذا أخذ فى حالة الفقر فبعد ذلك ليس فيه الا الاستدامة فيطيب له ولو أباح الفقير للغنى أو الهاشمى عين ما أخذ من الزكاة لا يحل لان الملك لم يتبدل ونظيره المشترى اذا اشترى شراء فاسدا لا يطيب بالاباحة ولو ملكه يطيب ولو عجز المكاتب قبل الاداء الى المولى يطيب للمولى عند محمد رحمه الله بلا اشكال لان المكاتب عنده اذا عجز ملك المولى ما فى يده ملكا مبتدأ حتى تنتقض اجارته وعند أبى يوسف لا يطيب لانه اذا عجز لا يملك المولى أكسابه ملكا مبتدأ وانما كان له فيه نوع ملك فيتأكد بالعجز ولم يتجدد له فيه ملك ولهذا لا تنتقض اجارة المكاتب عنده بالعجز كما فى العبد المأذون له اذا حجر عليه والصحيح أنه يطيب بالاجماع لما ذكرنا أن المحرم هو ابتداء الاخذ وانما

معنى الوسخ بتبدل السبب لان المولى يتناوله بجهة غير الجهة التى تناوله المكاتب لان المولى يأخذه على أنه بدل الكتابة لا على أنه صدقة اه اتقانى (قوله وكانت مكاتبة) كذا هو فى عبارة النهاية اه وكتب ما نصه فيه نظر بل كانت حرة حينئذ اه من خط قارئ الهداية وكتب أيضا ما نصه قال الكاكى والحل بعد التبدل وقعت الاشارة النبوية اليه فى حديث بريرة مع أن بريرة كانت مكاتبة اه (قوله لان الملك لم يتبدل) قال الاتقانى لان المباح له يتناوله على ملك المبيح اه (قوله ونظيره المشترى اذا اشترى شراء فاسدا) أى اذا أباحه للغير اه (قوله لا يطيب بالاباحة) قال الاتقانى ونظيره ما ذكر فى كتاب المأذون فى رجل اشترى طعاما كولا بيعا فاسدا أنه لا يحل تناوله وان أباحه لغيره لم يحل للمباح له أيضا فان باعه بيعا صحيحا أو وهبه حل للثانى لتبدل الملك فكذا هذا قياسا على تلك المسئلة وان لم يذكر فى المبسوط فيما اذا عجز يبطل

الاداء السابق فلم يبطل ما تعلق به أيضا فحل للولى تناوله هذا اذا عجز بعد الاداء فان عجز قبل الاداء وفى يده صدقات من الزكاة يحل تناوله للولى اذا كان غنيا أو هاشميا لم يذكر حكمه فى الجامع الصغير وذكر فى آخر ضمان المكاتب من كتاب المكاتب أنه يحل فى الوجهين جميعا اه غاية (قوله حتى تنتقض اجارته) أى لو آجر شيئا من أكسابه ثم عجز اه وكتب ما نصه قال الاتقانى ولذلك أوجب تنتقض الاجارة اذا آجر المكاتب أمته مثلا ثم عجز فصار كما اذا أدى ثم عجز اه اتقانى

للحاجة وحرم على الغني لأنه لا حاجة له فيه وكذا على الهاشمي صيانة لقرابة النبي صلى الله عليه وسلم عن أوساخ الناس ولو يجد من المولى الاخذ فصار كابن السبيل وصل الى ماله أو فقير استغنى وفي يده ما أخذه من الصدقة فانه يطيب له على ما ذكرنا فكذا هذا قال رحمه الله (وان جنى عبد فكاتبه سيده جاهلا بها) أي بالجناية (فعجز دفع أو فدى) يعني المولى بالخيار ان شاء دفع العبد بالجناية وان شاء فداه بالارش لأنه لما كاتبه وهو لا يعلم بالجناية لزمه قيمته لانه لم يصر مختارا للفداء بالمكاتبة من غير علم وقد امتنع الدفع بفعله من غير أن يصير مختارا فيجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش كما اذا أعتقه أو دبره أو استولد الجارية أو باعه بعد ما جنى من غير علم بالجناية الا أن المانع من الدفع على شرف الزوال فلم ينتقل حق ولي الجناية من العبد الى القيمة فاذا عجز زال المانع فيخير بين الدفع والفداء على القاعدة قال رحمه الله (وكذا ان جنى مكاتب ولم يقض به فعجز) يعني حكمه كالاول لانه لما عجز صار قنا وجناية القن يخير فيه المولى بين الدفع والفداء على ما عرف في موضعه وقبل أن يعجز يجب عليه الاقل من قيمته ومن الارش لان دفعه متعذر بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه من المولى وموجب الجناية عند تعذر الدفع يجب على من يكون له الكسب ألا ترى أن جناية المدبر وأم الولد توجب على المولى الاقل من قيمته ومن الارش لما أنه أحق بكسبهما قال رحمه الله (فان قضى به عليه في كتابته فعجز فهو دين يباع فيه) أي ان قضى بموجب الجناية على المكاتب في حال كتابته وهو الاقل من قيمته ومن الارش فهو دين عليه يباع فيه لان الحق انتقل من الرقبة الى القيمة بالقضاء وهذا عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله يجب عليه قيمته ولا يباع وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا لان المانع من الدفع موجود وقت الجناية وهو الكتابة فوجب أن يكون موجبه القيمة ولا يتغير كجناية المدبر وأم الولد ولنا أن الاصل في جناية العبد الدفع وانما يصار الى القيمة عند تعذر الدفع والمانع هنا متردد لاحتمال انفساخ الكتابة فلا يثبت الانتقال عن الموجب الاصلي الا بالقضاء أو بالصلح عن الرضا أو بالموت عن الوفاء وهو نظير المغصوب اذا أبق لا تجب عليه القيمة الا بالقضاء حتى اذا رجع قبل القضاء يكون لمولاه وان رجع بعد القضاء يكون للغاصب وكذا المبيع اذا أبق قبل القبض لا يبطل البيع الا بالقضاء وكذا اذا قتل لان القيمة تقوم مقامه ولهذا يبقى البيع اذا رضي المشتري بقيمته بخلاف المدبر وأم الولد لانهما لا يقبلان الفسخ قال رحمه الله (وان مات السيد لم تنفسخ الكتابة) لانها حق العبد فلا يبطل بموت السيد كالتدبير وأمومية الولد والدين وكالاجل فيه اذا مات الطالب قال رحمه الله (ويؤدي المال الى ورثته على نجومه) لان النجوم حقه لانه أجل وهو حق المطلوب فلا يبطل بموت الطالب كالاجل في الدين بخلاف ما اذا مات المطلوب حيث يبطل الاجل لان ذمته قد خربت وانتقل الدين الى التركة وهي عين هذا اذا كاتبه وهو صحيح ولو كاتبه وهو مريض لا يصح تأجيله الا من الثلث وقد ذكرناه والاختلاف فيه من قبل قال رحمه الله (وان حرروه عتق) أي لو أعتقه جميع الورثة عتق والقياس أن لا يعتق لانهم لم يملكوه لان المكاتب لا يقبل النقل بسائر الاسباب فكذا بالارث ولهذا لا يكون للاناث منهم الولاء فيه ولو ملكوه لكان لهم ووجه الاستحسان أن هذا يجعل ابراء عن بدل الكتابة فانه حقهم وقد جرى فيه الارث فيكون الاعتاق منهم ابراء اقتضاء أو اقرارا بالاستيفاء منه فتبرأ ذمته لانه لم يبق عليه دين فيعتق لبراءة ذمته كما اذا أبرأه المولى عن بدل الكتابة كله ويشترط أن يعتقوه في مجلس واحد حتى لو أعتقه بعضهم في مجلس وأعتقه الآخرون في مجلس آخر لم يعتق وقيل يعتق اذا أعتقه الباقون ما لم يرجع الاول قال رحمه الله (وان حرره بعض لم ينفذ عتقه) أي لو أعتقه بعض الورثة لا يعتق منه شيء لانه لا يملكه ولا عتق فيما لا يملك ابن آدم ولا يمكن أن يجعل ابراء ولا اقرارا بالاستيفاء لان ابراء البعض أو استيفاءه لا يوجب عتقه لتعذر ثبوت العتق من جهته فيبطل المقتضى وهو الاعتاق ولا يبرأ من الدين أيضا لان البراءة لم تثبت الا اقتضاء فاذا بطل المقتضى للابراء بطل المقتضى أيضا لانه لم يثبت الا به وبطلان المقتضي يوجب بطلان المقتضى بخلاف اعتاق الجميع لانه أمكن أن

(قوله من غير علم) أي كما لو باعه وهو لا يعلم بجنايته اه كاكي (قوله وكذا اذا قتل) أي المبيع قبل القبض واختار المشتري امضاء البيع اه

ايراد كتاب الولاء عقيب كتاب المكاتب ظاهر التناسب لما أن الولاء من آثار المكاتب أيضا اه اتقانى (قوله الا أنه اختص الخ) قال الاتقانى وفى الشريعة يراد به القرابة الحاصلة بسبب العتق أو بسبب الموالاة اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق) رواه البخارى فى الصحيح باسناده الى عائشة فى كتاب المكاتب وفى كتاب الزكاة عن النبى صلى الله عليه وسلم ولان التناصر يحصل بالاعتاق ولهذا يعقل عن المعتق مولاه لان عاقلة الرجل أهل نصرته ولهذا لو كان قوم يتناصرون (١٧٥) بالحرفة كان عاقلتهم أهل الحرفة ومن لا قرابة له ينتصر بولائه و بعصبة مولاه فيكون موالية مولاه وعصبته الاقرب فالاقرب ولان الاعتاق احياء معنوى لانه ازالة الرق الذى هو جزاء الكفر الاصلى والكفر موت معنى فكان فى الاعتاق ازالة الكفر الذى هو الموت المعنوى فيكون الاعتاق احياء معنويا والنسب احياء حقيقى لان من لا نسب له كولد الزنا لا يبقى حيا غالبا لعدم من يربيه اذ لا أب له ينسب اليه وليس للام قوة التربية لضعف بنيتها فكان النسب احياء حقيقيا ثم بالنسب الذى هو الاحياء الحقيقى كالولاد مثلا يثبت استحقاق أصل الارث فجاز أن يثبت بالاحياء المعنوى الذى هو الاعتاق لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب الا أن الارث انما يثبت بالاعلى دون الاسفل لقوله عليه الصلاة والسلام انما الولاء لمن أعتق اه اتقانى وكتب ما نصه قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وأكثر أصحابنا يقولون سبب هذا الولاء الاعتاق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق ههنا والاصح أن سببه العتق على ملكه لان الحكم يضاف الى سببه يقال ولاء العتاق ولا يقال ولاء الاعتاق اه اتقانى قوله على ملكه أى بأى سبب كان اه (قوله وأنعمت عليه بالاعتاق) أى وهو زيد وكان عبدا لخديجة رضى الله عنها فوهبته لرسول الله صلى الله عليه وسلم فأعتقه اه اتقانى (قوله ولو أعتق فى دار الحرب وخلاه) أما اذا لم يخله بأن قال له وهو آخذ بيده أنت حر فانه لا يعتق عند أبى حنيفة خلافا لهما حتى لو أسلم الحربى والعبد عنده فهو ملكه عند أبى حنيفة كما مر فى كتاب السير فى باب الاستيلاء اه

يجعل عبارة عما يحصل به العتق وهو الابراء عن جميع البدل أو الاقرار بالاستيفاء الكل ألا ترى أنهم لو أبرؤه جميعا أو أقروا بالاستيفاء عتق ولو أبرأه بعضهم أو أقر باستيفاء نصيبه لا يعتق وكذا لو قبض نصيب الكل بغير أمرهم لا يعتق الا اذا أجازوا قبضه أو قبضه بامرهم لانه اذا قبضه بغير أمرهم لم يبرأ عن نصيب غير القابض ولهذا كان لهم أن يطالبوا المكاتب به ولو كان للولى وصى وعليه دين مستغرق أو لم يكن مستغرقا لا يعتق بقبض الورثة لانهم لا يملكون القبض ويعتق بقبض الوصى سواء كان عليه دين أو لم يكن ويعتق بقبض الغرماء ولو أوصى بمال الكتابة لرجل فسلمه المكاتب اليه عتق لانه أوصل الحق الى مستحقه والله أعلم بالصواب

﴿ كتاب الولاء ﴾

هو من الولى بمعنى القرب فهى قرابة حكمية حاصلة من العتق أو من الموالاة هذا فى اللغة يقال ولى الشئ الشئ اذا حصل الثانى بعد الاول من غير فصل ومنه قوله عليه الصلاة والسلام ليلنى منكم أولو الاحلام والنهى وقال فى النهاية سمى ولاء العتاقة والموالاة به لان حكمهما وهو الارث يقرب ويحصل عند وجود شرطه من غير فصل أو من الموالاة وهو مفاعلة من الولاية بالفتح وهو النصرة والمحبة الا أنه اختص فى الشرع بولاء العتاقة وولاء الموالاة وهو فى الشرع عبارة عن التناصر بولاء العتاقة أو بولاء الموالاة ومن آثار التناصر الارث والعقل وسبب هذا الولاء الاعتاق عند الجمهور لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق والاصح أن سببه العتق على ملكه لانه يضاف اليه يقال ولاء العتاقة ولا يقال ولاء الاعتاق والاضافة دليل الاختصاص وهو بالسببية ولان من ورث قريبه فعتق عليه كان مولى له ولا اعتاق من جهته والحديث لا ينافى أن يكون العتق على الملك هو السبب لان العتق يوجد عند الاعتاق لا محالة وتخصيصه به خرج مخرج الغالب قال رحمه الله (الولاء لمن أعتق ولو بتدبير وكتابة واستيلاد وملك قريب) لما روينا وهو بعمومه يتناول الكل ولان الرقيق هالك حكما ألا ترى أنه لا يثبت فى حقه كثير من الاحكام التى تختص بالاحياء نحو القضاء والشهادة والملك فى الاموال وكثير من العبادات فكان الاعتاق احياء له لثبوت أحكام الاحياء به كالاحياء بالايلاد فيرث به كما يرث الاب من ولده ولهذا سمى ولاء نعمة لانه أنعم عليه حيث أحياه حكما قال الله تعالى واذ تقول للذى أنعم الله عليه وأنعمت عليه أى أنعم الله عليه بالهدى وأنعمت عليه بالاعتاق ولانه يعقل عنه فوجب أن يرثه لان الغنم بالغرم والمرأة فى هذا كالرجل لاطلاق ما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام ليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن الحديث وروى أن ابنة حمزة أعتقت عبدا لها فمات عن بنت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لبنت حمزة ولانها أحيته حكما فترثه كالرجل ولو أعتق فى دار الحرب وخلاه لا ولاء له عليه حتى اذا خرجا الينا مسلمين لا يرثه وعند أبى يوسف رحمه الله يثبت له الولاء ويرثه ذكره فى الكافى ولو أدى المكاتب

بعد موت المولى فعتق فولاؤه للمولى فيكون لعصبته المذكور لما ذكرنا أنه لا يملك بالارث وكذا العبد الموصى بعتقه أو بشرائه وأعتقه الوصى بعد موته لانتقال فعل الوصى اليه وكذا يعتق مدبروه وأمهات أولاده بعد موته ويكون ولاؤهم له قال رحمه الله (وشرط السائبة لغو) أى لو أعتق المولى عبده وشرط أن لا يرثه كان الشرط لغوا لكونه مخالفا لحكم الشرع فيرثه كما فى النسب اذا شرط أنه لا يرثه قال رحمه الله (ولو أعتق حاملا من زوجها القن لا ينتقل ولاء الحمل عن مولى الام أبدا) لان الجنين عتق بعتق أمه وعتقت أمه مقصودا فكذا هو يعتق مقصودا لانه جزء الام والمولى أوقع الاعتاق على جميع أجزائها مقصودا فيكون للجنين والولاء لا ينتقل من المعتق لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وانما يعرف كون الحمل موجودا عند العتق بان تلده لاقل من ستة أشهر من وقت العتق لتيقننا وقت العتق وكذا اذا ولدت ولدين أحدهما لاقل من ستة أشهر والاخر لاكثر منه وبينهما أقل من ستة أشهر لانا تيقنا أن الاول كان موجودا وقت العتق وتيقنا أنهما توأمان حملت بهما جملة لعدم تخلل أقل مدة الحمل بينهما فاذا تناول الاول الاعتاق تناول الآخر الاعتاق أيضا ضرورة فصار معتقا لهما والولاء لا ينتقل من المعتق قال رحمه الله (فان ولدت بعد عتقها لاكثر من ستة أشهر فولاؤه لمولى الام) لان الولد جزؤها فيتبعها فى الصفات الشرعية ألا ترى أنه يتبعها فى الحرية والرق فكذا فى الولاء عند تعذر جعله تبعا للاب لرقه قال رحمه الله (فان عتق العبد) وهو الاب (جر ولاء ابنه الى مواليه) لان مولى الام لم يعتق الولد هنا لحدوثه بعد اعتاقها وانما نسب اليه الولد تبعا للام لتعذر نسبته الى الاب فاذا أعتق الاب أمكن نسبته اليه فجعله تبعا له أولى من جعله تبعا للام لان الولاء كالنسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب والنسب الى الآباء فكذا الولاء فينتقل الى موالى الاب اذا زال المانع كولد الملاعنة ينسب الى قوم الام ثم اذا أكذب نفسه ينتقل الى الاب لزوال المانع هذا اذا لم تكن معتدة فان كانت معتدة فجاءت بولد لاكثر من ستة أشهر من وقت العتق ولاقل من سنتين من وقت الفراق لا ينتقل ولاؤه الى مولى الاب لانه كان موجودا عند عتق الام لثبوت نسبه العلوق الى ما قبل العتق بل قبل الفراق ولهذا ثبت نسبه من الزوج فصادفه الاعتاق ضرورة فلا ينتقل الى مولى الاب والاصل فى جر الولاء ما روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوه جر الولاء وما روى أن الزبير أبصر فتية لعسا بخيبر فأعجبه ظرفهم وأمهم مولاة لرافع بن خديج وأبوهم عبد لبعض الحرقة من جهينة أو لبعض أشجع فاشترى الزبير أباهم فأعتقه ثم قال انتسبوا الىّ وقال رافع بل هم موالىّ فاختصما الى عثمان رضى الله عنه فقضى بالولاء للزبير وفى هذا دليل على أن الولد ينسب الى قوم الام ما لم يظهر له ولاء من قبل أبيه فاذا ظهر له ولاء بالعتق جر ولاء الولد اليه وفى الجامع الصغير اذا تزوجت معتقة بعبد فولدت أولادا فجنى الاولاد فعقلهم على موالى الام لانهم عتقوا تبعا لامهم ولا عاقلة لابيهم ولا موالى فألحقوا بموالى الام ضرورة كما فى ولد الملاعنة وان أعتق الاب بعد ذلك جر ولاء الأولاد الى نفسه لما بينا ولا يرجعون على عاقلة الاب بما عقلوا بخلاف ولد الملاعنة اذا عقل عنه قوم الام ثم أكذب الملاعن نفسه حيث يرجعون على عاقلة الاب والفرق أن النسب يثبت من وقت العلوق لا من وقت الاكذاب اذ لا يتصور أن يكون الانسان ولد الشخص فى وقت ثم يتحول بعد ذلك الى غيره فيكون ولد الغيره وبالاكذاب يتبين ذلك ويتبين أن عقله كان على قوم أبيه وقد أجبر قوم الام

(قوله فيكون لعصبته المذكور) أى بطريق الخلافة لا بطريق الارث كما يأتى فى أواخر هذا الفصل اه (قوله فى المتن وشرط السائبة لغو) قال الخرقى من أصحاب أحمد بن حنبل فى مختصره ومن أعتق سائبة لم يكن له الولاء عليها اه اتقانى (قوله فى المتن بعد عتقها) ليس فى خط الشارح وهو ثابت فى المتون اه (١٧٦) (قوله الولاء لحمة كلحمة النسب) لا يباع ولا يورث ولا يوهب ذكره محمد بن الحسن هكذا فى الاصل عن عبد الله بن عمر عن عبد الله بن دينار عن ابن عمر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وفسر فى الجمهرة وديوان الأدب اللحمة بالقرابة وقال فى المغرب أى تشابك ووصلة كوصلة النسب اه اتقانى (قوله والاصل فى جر الولاء ما روى عن عمر الخ) هذا الاثر الذى عن عمر ذكره الاتقانى فقال لما روى محمد بن الحسن فى الاصل عن عمر بن الخطاب رضى الله عنه قال اذا كانت الحرة تحت مملوك فولدت عتق الولد بعتقها فاذا أعتق أبوهم جر الولاء اه (قوله اذا كانت الحرة تحت مملوك) كتب قارئ الهداية فى نسخته على الهامش بازاء قوله الحرة الامة وكتب فوقها ظاء وفيه اشارة الى أن الصواب أن يقال اذا كانت الامة تحت مملوك ولفظ عمر كما رواه محمد بن الحسن فى الاصل الحرة كما نقلته فى القولة التى قبل هذه نقلا عن الاتقانى رحمه الله ولعل منشأ توهم أن يكون الصواب أن يقال الامة من قوله بعد عتقها فانه يوهم أن الام حدث فيها عتق لكنا نقول ليس المراد ذلك وانما المراد أن حرية الولد تابعة لحرية الام فاذا كانت على
الام حرة كان ولدها كذلك تبعا لها والله الموفق اه وكتب على قوله الحرة وفى خط الشارح الحرة اه (قوله وما روى أن الزبير أبصر) أى
(١) بعنين اه اتقانى (قوله وأبوهم عبد لبعض الحرقة) بضم الحاء المهملة وفتح الراء وبالقاف لقب لبطن من جهينة اه من خط الشارح

(١) قوله بعنين هكذا فى أصل الحاشية والذى فى الشارح بخيبر وليحرر اه مصححه

على الاداء فيرجعون عليهم به وفى الولاء حين عقل قوم الام كان ثابتا لهم وانما يثبت لقوم الاب مقتصرا على زمان الاعتاق لان سببه وهو العتق مقتصر عليه فلا يرجعون به قال رحمه الله (عجمى تزوج معتقة فولدت فولاء ولدها لمواليها وان كان له ولاء الموالاة) أى وان كان للاب ولاء المعاقدة وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله حكم الولد حكم أبيه فى الوجهين أى فيما اذا والى أحدا أو لم يوال ولا يكون ولاء الولد لموالى الام لانه كالنسب والنسب الى الاب وان كانت الام أشرف لكونه أقوى فكذا الولاء وهذا لان الاب حر له عشيرة وموال فكيف ينسب الى أمه بخلاف ما اذا كان الاب عبدا لانه هالك فينسب الى قوم أمه حتى يعتق للتعذر فصار كمن لا أب له وكما اذا تزوج عجمى بعربية فولدت له ولدا فانه ينسب الى قوم أبيه دون قوم أمه فكذا اذا كانت معتقة اذ لا فرق بين كونها عربية أو معتقة وكعربى تزوج معتقة فان ولده منها ينسب الى قومه دونها فكذا العجمى لانه كالعربى فى حرية الاصل ولهما أن ولاء العتاقة معتبر لقوته فى نفسه حتى اعتبرت الكفاءة فيه وقال عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم والنسب فى حق العجم ضعيف لانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لا تعتبر الكفاءة فيه فيما بينهم اذ لا يفتخرون به أصلا وانما افتخارهم قبل الاسلام بعمارة الدنيا وبعده بالدين واليه أشار سيدنا سلمان الفارسى رضى الله عنه حين قيل له سلمان ابن من قال سلمان ابن الاسلام فاذا ثبت هذا الضعف فى جانب الاب كان وجوده كعدمه كالعبد وكذا ان كان للاب مولى موالاة لان ولاء الموالاة ضعيف لا يظهر فى مقابلة ولاء العتاقة فصار وجوده كعدمه وكذا حريتهم ضعيفة ألا ترى انها تحتمل الابطال بالاسترقاق بخلاف العربى فان له نسبا معتبرا وحرية ثابتة فامتنع به نسبة الولد الى معتق الام وبخلاف ما اذا تزوج العجمى عربية لان أولادهم لو نسبوا الى قوم أمهم لنسبوا اليهم بالقسب والنسب بالنسبة الى الام ضعيف غير معتبر ألا ترى أنهم لا ينسبون اليهم ولا عصوبة بينهم وأولاد المعتقة ينسبون الى قوم أمهم وهم عصبتهم ثم القدورى رحمه الله وضع الخلاف فى معتقة العرب ووضعه هنا فى مطلق المعتقة وهو الصواب وما ذكره القدورى اتفاق لان ولاء العتاقة قوى معتبر شرعا فلا يختلف بين أن يكون المعتق من العرب أو من غيرهم فيجب فى الجميع نسبة أولاد المعتقة الى المعتق ما لم يكن أبوهم عربيا على ما قالوا وثمرة الخلاف تظهر فيما اذا مات هذا الولد وترك عمة أو غيرها من ذوى الارحام ومعتق أمه أو عصبة معتقها كان المال لمعتق أمه أو عصبته عندهما وعند أبى يوسف رحمه الله يكون لذوى الارحام لان حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولاء كما اذا كان الاب عربيا وأجمعوا على أنهما لو كانا معتقين أو كان الاب معتقا والام مولى موالاة أو كان الاب عربيا والام معتقة كان الولد تبعا للاب وكذا اذا كانا عربيين أو عجميين أو كان أحدهما عجميا والآخر عربيا قال رحمه الله (والمعتق مقدم على ذوى الارحام مؤخر عن العصبة النسبية) وكذا هو مقدم على الرد على ذوى السهام وهو آخر العصبات وهو قول على رضى الله عنه وبه أخذ علماء الامصار وكان ابن مسعود رضى الله عنه يقول انه مؤخر عن ذوى الارحام لقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وقال عليه الصلاة والسلام للمعتق فى معتقه وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته شرط لارثه أن لا يدع وارثا وذوو الارحام من جملة الورثة وكذا الرد على ذوى الفروض يستحق بطريق الارث فوجب تأخيره عن الكل وكذا قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب يدل على ذلك لان شبه الشئ لا يزاحمه ولا يتقدم عليه بل يخلفه عند عدمه ولنا ما روينا من حديث بنت حمزة أنه عليه الصلاة والسلام جعل لها النصف الباقى بعد فرض بنت معتقها حين مات عنها وعن بنت فهذا هو التعصيب حقيقة فعلم بذلك أن المراد بقوله عليه الصلاة والسلام

(قوله فيرجعون عليهم به) يعنى أن قوم الام كانوا مجبورين على أداء العقل لامتبرعين لانهم أجبروا على الاداء لانهم كانوا عاقلة حينئذ ظاهرا فاذا ثبت النسب من الاب بالاكذاب ثبت من زمان العلوق فظهر أن قوم الام (١٧٧) قضوا دينا على غيرهم بحكم القاضى فيرجعون بذلك على عاقلة الاب اه اتقانى ﴿فروع﴾ ثم اعلم أن الجد هل يجر الولاء أم لا قال الحاكم الشهيد فى مختصره الكافى قال الشعبى اذا أعتق الجد جر الولاء وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد لا يجر الجد الولاء ولا يكون مسلما باسلام الجد كذا فى الكافى بيانه أن معتقة لقوم تزوجها عبد وحصل له منها ولد فولاء الولد يكون لموالى أمه بلا خلاف فاذا أعتق الاب انجر ولاؤه الى موالى أبيه فان لم يعتق الاب ولكنه أعتق الجد لم يجر الولاء الى مواليه وقال الامام سراج الدين فى شرحه لفرائضه الموسوم بالسراجى قال شريح وسفيان ومالك وأهل المدينة ان الجد يجر ولاء ولد الابن من موالى أمه الى موالى نفسه وبه قال الاوزاعى وابن أبى ليلى وابن المبارك وقال زفر ان كان الاب حيا فالجد لا يجر الولاء وان كان ميتا يجر الولاء وقال فى الاسرار وشرح الاقطع قال الشافعى الجد يجر الولاء لهم أن الولاء لحمة كلحمة النسب فيثبت من الجد لانه أصل فى باب النسب ولنا أن الولاء فرع النسب وتابع له فلا يثبت النسب من الجد دون ثبوته من الاب ولهذا اذا ادعى الجد ونفى الاب لم يلتفت الى دعوته وبدعوة الاب يثبت النسب منه ومن الجد تبعا اه اتقانى

(قوله لا يظهر فى مقابلة ولاء العتاقة) ألا ترى ان مولى العتاقة مقدم على ذوى الارحام ومولى الموالاة مؤخر عن ذوى الارحام اه

ولم يدع وارثا وارث هو عصبة ولفظة العصبة في قوله عليه الصلاة والسلام كنت أنت عصبته تدل عليه لان العصبة هو الذي يأخذ ما أبقته الفرائض وعند الانفراد يحوز جميع المال وولاء العتاقة تعصيب وهو لا يرث مع العصبة النسبية فكان مؤخرا فلا يرد علينا ما ذكر من الايراد من حيث المزاحمة للوارث على أنا لا نسلم أن التشبيه يوجب التأخر أو التقديم بل يثبت المماثلة بينهما ليس إلا فكان الاقرب أن يشاركه في الارث لان المماثلة توجبه والا فليس بمثل له لكن أخرناه عن العصبة النسبية عملا بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فجعلناه مثله عند عدمه فيتقدم على من تقدم عليه العصبة ويتأخر عمن تأخر عنه العصبة قال رحمه الله (فان مات المولى ثم المعتق فميراثه لاقرب عصبة المولى وليس للنساء من الولاء الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن أو كاتبن أو كاتب من كاتبن) لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليس للنساء من الولاء شئ الا ما أعتقن أو أعتق من أعتقن او كاتبن أو كاتب من كاتبن أو دبرن أو دبر من دبرن أو جر ولاء معتقهن أو معتق معتقهن ولان ثبوت صفة المالكية والقوة للمعتق حصل من جهتها فكانت محيية له فينسب المعتق بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب الى مولاها الذي أعتقته وينسب اليها من ينسب الى معتق معتقها الى ما لا يتناهى بخلاف النسب حيث لا ينسب اليها الاولاد وانما تنسب الى الاب لانه المالك وصاحب الفراش والمرأة مملوكة نكاحا فلا تكون مالكة والنسب في النكاح بالفراش والملك وهي لا تساوي الرجل فيه وفي ولاء العتاقة ليس لنا الا النسبة بسبب اثبات القوة الحكمية للمعتق وهي تساوي الرجل فيه لانها تساويه في ملك المال فينسب اليها كما ينسب الى الرجل ولهذا جعلت عصبة فيه كالرجل ثم أثبت هذا الولاء للنساء فيما أعتقن لما ذكرنا من المنقول والمعقول ونفاه عنهن فيمن أعتقه غيرهن حتى لا يرثن الولاء ممن أعتقه مورثهن لان الولاء لا يجري فيه الارث وانما يثبت للعصبة بطريق الخلافة والخلافة انما تتحقق فيمن تتحقق منه النصرة والنصرة تتحقق من الذكور دون الاناث ألا ترى أن النساء لا يدخلن في العاقلة ليتحملن الدية كما يتحمل الرجال لعدم النصرة منهن فاذا كان ثبوته بطريق الخلافة يقدم الاقرب فالاقرب من عصبة المعتق فيقوم مقامه كالارث حتى لو ترك أبا مولاه وابن مولاه كان الولاء للابن ولو ترك جد مولاه وأخا مولاه كان الولاء للجد لانه أقرب في العصوبة وفي الاول خلاف أبي يوسف رحمه الله فانه يعطي للاب السدس والباقي للابن وفي الثاني خلاف من يرى توريث الاخوة مع الجد والمسئلة معروفة وكذا الولاء لابن المعتقة دون أخيها وعقل جنايتها على أخيها لانه من قوم أبيها وجناية معتقها كجنايتها فتكون عليهم وروى أن علي بن أبي طالب والزبير بن العوام رضي الله عنهما اختصما الى عثمان رضي الله عنه في معتق صفية بنت عبد المطلب حين مات فقال علي هو مولى عمتي فأنا أحق بارثه لاني أعقل عنها وعنه وقال الزبير هو مولى أمي فأنا أرثها فكذا ارث معتقها فقضى عثمان رضي الله عنه بالولاء للزبير وبالعقل على علي رضي الله عنه ولو ترك المعتق ابن مولاه وابن ابن مولاه كان الولاء للابن دون ابن الابن لما روى عن جماعة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود أنهم قالوا الولاء للكبر أي لاكبر أولاد المعتق والمراد أقربهم نسبا لا أكبرهم سنا ولو مات المعتق ولم يترك الا ابنة المعتق فلا شئ لبنت المعتق في ظاهر رواية أصحابنا ويوضع ماله في بيت المال وبعض مشايخنا كانوا يفتون بدفع المال اليها لا بطريق الارث بل لانها أقرب الناس الى الميت فكانت أولى من بيت المال ألا ترى أنها لو كانت ذكرا كانت تستحقه وليس في زماننا بيت مال ولو دفع الى السلطان أو الى القاضي لا يصرفه الى المستحق ظاهرا وعلى هذا ما فضل عن فرض أحد الزوجين يرد عليه لانه أقرب الناس اليه ولا يوضع في بيت المال وكذا الابن والبنت من الرضاع يصرف اليهما اذا لم يكن هناك أقرب منهما ذكر هذه المسائل في النهاية والذميون يتوارثون بالولاء كالمسلمين لانه أحد أسباب الارث والله أعلم

(فصل) قال رحمه الله (أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو على يد غيره ووالاه

أن بالعتق تحصل القوة والمالكية في العبد من جهة معتقه فاذا كان المعتق هي المرأة ينسب من أعتقته المرأة ومن أعتقه من أعتقته المرأة اليها بالولاء حيث يقال معتق فلانة ومعتق معتق فلانة فاذا ثبت نسبتهما الى المرأة بالولاء ورثتهما اهـ اتقاني (قوله كان الولاء للابن) ولا شئ للاب عند أبي حنيفة ومحمد لان الابن أقرب العصبات والولاء بالعصوبة ولا يظهر عصوبة الاب مع الابن اهـ اتقاني (قوله كان الولاء للجد) أي عند أبي حنيفة لانه لا يورث الاخوة والاخوات مع الجد وعندهما بينهما نصفين لان الجد يقاسم الاخوة كأحدهم اهـ اتقاني (فرع) قال في شرح الطحاوي ولو مات وترك خمسة بني ابن المعتق وابن ابن المعتق من آخر فالميراث أسداسا لانهم يرثون بالعصوبة وعصوبتهم بالسوية اهـ اتقاني

(قوله فصل في ولاء الموالاة) قال الاتقاني أخر ذكر ولاء الموالاة عن ذكر ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة أقوى لثبوته بالاجماع وفي ولاء الموالاة خلاف ولان ولاء العتاقة لا يقبل الفسخ وولاء الموالاة يقبله اهـ قوله وولاء الموالاة يقبله قال الكاكي فان للمولى أن ينتقل عنه قبل العقل اهـ

صح وعقله على مولاه وإرثه له ان لم يكن له وارث وهو آخر ذوى الارحام) وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا اعتبار بهذا الولاء أصلا لقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله قيل انها نزلت ناسخة لقوله تعالى والذين عاقدت أيمانكم فآتوهم نصيبهم ولقوله عليه الصلاة والسلام لا حلف فى الاسلام ولان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح فى حق وارث آخر وقال ليث بن سعد من أسلم على يد رجل كان ولاؤه له لقوله عليه الصلاة والسلام حين سئل عن الرجل يسلم على يد الرجل هو أولى الناس بمحياه ومماته من غير فصل بين أن توجد منه موالاة أخرى أو لم توجد وقال يحيى بن سعيد اذا جاء رجل من أرض العدو فأسلم على يد رجل فان ولاءه لمن والاه ومن أسلم من أهل الذمة على يد رجل فولاؤه للمسلمين عامة لان الذمى سبق له عقد مع المسلمين وصار تبعا لهم فلا يملك ابطاله كالعتق ولنا اطلاق ما تلوناه والمراد بها عقد الموالاة نقلا عن أئمة التفسير وما رواه ليث محمول على ما اذا جددوا عقد الموالاة بعد الاسلام توفيقا بينه وبين الآية وبين أقوال الصحابة رضى الله عنهم فانه روى عن عمر وعلى وابن مسعود وابن عباس رضى الله عنهم أجمعين مثل مذهبنا ولم يرو عن أحد غيرهم خلاف ذلك فكان اجماعا ولانه اذا لم يكن له وارث كان له أن يضع ماله حيث شاء اذ ليس فيه ابطال حق أحد معين وبيت المال ليس بوارث ولا مستحق وانما يوضع فيه مال ضائع ليتصرف فيه الامام اذا لم يكن لصاحبه أن يتصرف فيه لانه نصب ناظرا للغيب فاذا تصرف فيه صاحبه كان تصرفه أولى من تصرف الامام كما فى حال حضرته وقولهم ان الآية منسوخة بقوله تعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض قلنا الذى ورد أنها منسوخة فى حق التقديم فانهم كانوا يقدمونه بالعقد على أولى الارحام فنسخ ذلك التقديم وفى الآية اشارة اليه حيث قال أولى ببعض وكونهم أولى منه لا يوجب سقوطه عند عدمهم ألا ترى أن الاولوية موجودة فى كثير من الورثة لا سيما فى العصبة ثم عند عدم من هو أولى لا يوجب سقوط الآخر وما تمسكوا به من قوله عليه الصلاة والسلام لا حلف فى الاسلام المراد به الحلف الذى كانوا يتعاقدون عليه فى الجاهلية من قولهم هدمى هدمك ودمى دمك ترثنى وأرثك فكان ذلك التناصر على الحق والباطل ولتقديمه بالارث على

(قوله وقال مالك والشافعى الخ) وعند الشافعى ولاء الموالاة باطل له أن سبب الارث الفرض أو التعصيب وولاء الموالاة ليس هذا ولا ذاك فلا يجب به الارث والعقل اه اتقانى (قوله ولان فيه ابطال حق بيت المال) ولهذا لا يصح عنده الايصاء بجميع المال اذا لم يكن له وارث أصلا لئلا يلزم ابطال حق بيت المال وانما يصح فى الثلث اه اتقانى (قوله وقال ليث بن سعد الخ) قال الكاكى وفى المبسوط الاسلام على يده ليس بشرط لصحة العقد وانما ذكره على سبيل العادة وكذا الاسلام على يده ليس بكاف لثبوت ولاء الموالاة عند أكثر أهل العلم الا ما روى عن الروافض وأحمد فى رواية وعن ابراهيم واسحق وعمر بن عبد العزيز وعمر بن الخطاب لما روى راشد بن سعد أنه عليه الصلاة والسلام قال من أسلم على يديه رجل فهو مولاه يرثه وعن تميم الدارى أنه قال يا رسول الله ما السنة فى الرجل يسلم على يدى رجل من المسلمين فقال عليه الصلاة والسلام هو أولى الناس بمحياه ومماته رواه أبو داود والترمذى وقال لا أظنه متصلا ولانه أحياه باخراجه من ظلمة الكفر لان الكفار كالموتى فى حق المسلمين فهو كما لو أحياه بالعتق وعلى هذا زعمت الروافض أن الناس مولى على وأولاده فان السيف بيده وأكثر الناس أسلموا من هيبته وفى المبسوط وهذا باطل لانه تعالى هو الذى أحياه بالاسلام ومن عرض عليه الاسلام انما هو نائب عن الشرع فيكون هو كغيره فى حق الله تعالى وأين لهم هذا الحكم فان عليا كان صغيرا حين أسلم كبار الصحابة بل أبو بكر وعمر كانا مقدمين عليه فى أمور القتال ولكن الروافض قوم بهت وبناء مذهبهم على الكذب وما رووا من الاحاديث ضعيفة وقد روى فى حديث تميم الدارى أسلم على يد رجل ووالاه اه (قوله حين سئل) السائل تميم الدارى اه (قوله هو أولى الناس بمحياه) تزويجه وعقله اه (قوله ومماته) الصلاة عليه وميراثه اه (قوله وما رواه ليث الخ) قال الاتقانى وقيل حديث تميم الدارى كان فى ابتداء الاسلام ثم نسخ ذلك ولان الناس كانوا يوالون على عهد الصحابة ولم يرو عن أحد منهم انه أخذ الميراث بنفس الاسلام وصورة عقد الولاء ما قال فى شرح الطحاوى وهو أن يقول أنت مولاى جنايتى عليك وجنايتك على وميراثى لك ان مت فاذا مات كان ميراثه للاعلى ان لم يكن له وارث ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه ومن أسلم على يد رجل فبنفس الاسلام لا ينعقد له الولاء وله أن يوالى من شاء ان شاء والى مع الذى أسلم على يديه وان شاء والى مع غيره وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فبعد ذلك ليس له أن يوالى غيره الا اذا كان أبوه فى دار الحرب فسبى فأعتقه مولاه فيثبت ولاؤه من معتقه ويجر ولاء الولد الى نفسه واللقيط حر وجنايته على بيت المال وميراثه لبيت المال فاذا أدرك كان له أن يوالى مع من شاء الا اذا عقل عنه بيت المال فليس له أن يوالى أحدا كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله توفيقا الخ) فقد روى أن تميما سأل النبى صلى الله عليه وسلم عن الرجل يأتى فيسلم على يدى ويوالينى فقال هو أخوك ومولاك فأنت أحق بمحياه ومماته اه مشكاة (قوله من قولهم هدمى هدمك) قال ابن الاثير والهدم بالسكون وبالفتح أيضا هو اهدار دم القتيل يقال دماؤهم بينهم هدم أى مهدرة والمعنى ان طلب دمك فقد طلب دمى وان أهدر دمك فقد أهدر دمى

القريب خطر الاسلام التناصر على الباطل وأوجب التعاون على البرّ والتقوى وقدّم القريب عليه بالارث ثم شرط صحة هذه الموالاة أن يشترط الميراث والعقل لان هذا العقد يقع على ذلك فلا بدّ من ذكره في العقد ولو شرط الارث من الجانبين كان كذلك لانه ممكن فيتوارثان بخلاف ولاء العتاقة حيث لا يرث الا الاعلى ومن شرطه أن يكون مجهول النسب وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة ولا ولاء موالاة قد عقل عنه وأن يكون حرا عاقلا بالغا وحكمه أن يثبت به الارث اذا مات وأن يعقل عنه اذا جنى ويدخل فيه أولاده الصغار ومن يولد له بعد عقد الموالاة ولو عقد مع الصغير أو مع العبد لا يجوز الا باذن الاب والمولى وعند بعضهم لا يشترط أن يكون مجهول النسب ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا لان تناصر العرب بالقبائل فأغنى عن الموالاة وكونه أسلم على يده ليس بشرط لصحة هذا العقد قال رحمه الله (وله أن ينتقل عنه الى غيره بمحضر من الآخر ما لم يعقل عنه) لان العقد غير لازم كالوصية والوكالة فلكل واحد منهما أن ينفرد بفسخه بعلم صاحبه وان كان الآخر غائبا بالاعلام فسخه وان كان غير لازم لان العقد تمّ بهما كما في الشركة والمضاربة والوكالة ولا يعرى عن ضرر لانه ربما يموت الاسفل فيأخذ الاعلى ماله ميراثا فيكون مضمونا عليه أو يعتق الاسفل عبيدا على حسبان أن عقل عبيده على المولى الاعلى فيجب عليه وحده فيتضرر بذلك فلا يصح الفسخ الا بمحضر من الآخر بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة مع غيره بغير محضر من الاول حيث يصح وينفسخ العقد الاول لانه فسخ حكمي فلا يشترط فيه العلم كما في الوكالة والمضاربة والشركة وانما كان كذلك لان الولاء كالنسب اذا ثبت من شخص ينافي ثبوته من غيره فينفسخ ضرورة والمرأة في هذا كالرجل لانها من أهل التصرف وقوله ما لم يعقل عنه لانه اذا عقل عنه ليس له أن يتحول الى غيره لتأكده بتعلق حق الغير به ولحصول المقصود به ولاتصال القضاء به ولان ولاية التحول قبل أن يعقل عنه باعتبار أنه عقد تبرع من حيث انه تبرع بالقيام بنصرته وعقل جنايته فاذا عقل عنه صار

لاستحكام الالفة بيننا وهو قول معروف للعرب يقولون دمى دمك وهدمى هدمك وذلك عند المعاهدة والنصرة اه (قوله أن يشترط الميراث والعقل) أى بأن يقول ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت اه وكتب ما نصه قال صاحب الهداية ولا بدّ من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب أشار به الى ما ذكره القدورى فى مختصره قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه قال الحاكم الشهيد فى مختصره الكافى قال ابراهيم النخعى اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد هذا لفظ الحاكم بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل بمجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والآخر قبلت لان الحاكم لم يذكر الارث والعقل شرطا لصحة الموالاة بل جعلهما حكما لها بعد صحتها فافهم ويدل على ما قلنا قول القدورى أيضا فى مختصره بقوله أو أسلم على يد غيره ووالاه يوضحه قول صاحب التحفة بقوله وتفسير عقد الموالاة أن من أسلم على يدى رجل وقال له أنت مولاى ترثنى اذا مت وتعقل عنى اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينعقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك وقال الآخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذى أسلم على يديه الى هنا لفظ التحفة اه اتقانى (١٨٠) (قوله وأن لا يكون عليه ولاء عتاقة) قال فى التيسير ومن شرط صحة هذا العقد أى عقد الموالاة أن لا يكون للاسفل نسب ولا يكون معتقا ولا يكون عربيا لان العرب لا يسترقون فلا يكون عليهم ولاء عتاقة فكذا ولاء الموالاة وقال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ولا يرث الاسفل من الاعلى الا اذا شرط ميراث الاعلى لنفسه يعنى فى ولاء الموالاة اه اتقانى وكتب ما نصه ولا يصح بين العربيين ولا بين العربى والعجمى ولا من المسلم للكافر ويصح من الكافر للكافر اه حميدر قوله ولا بين العربى والعجمى أى اذا كان العربى الاسفل اه (قوله ويشترط أن لا يكون الاسفل عربيا) قال الحاكم الشهيد فى مختصره الكافى ولو أسلم رجل من نصارى العرب على يدى رجل من غير قبيلته ووالاه لم يكن مولاه ولكنه ينسب الى عشيرته وهم يعقلون عنه كالعوض ويرثونه وكذلك المرأة الى هنا لفظ الكافى وذلك لان الولاء انما يثبت فى حق العجمى الذى لا عشيرة له فأما من له عشيرة فانهم يقومون بمصالحه فلا حاجة الى الولاء اه اتقانى (قوله لصحة هذا العقد) أى فى الصحيح اه حميدر ﴿فرع﴾ اعلم أن ولاء الموالاة يخالف ولاء العتاقة من ثلاثة وجوه أحدها أن فى الموالاة يتوارثان من الجانبين اذا اتفقا على ذلك بخلاف ولاء العتاقة والثانى أن ولاء الموالاة يحتمل النقض بخلاف ولاء العتاقة والثالث أن ولاء الموالاة مؤخر عن ذوى الارحام وولاء العتاقة مقدم على ذوى الارحام اه (قوله بخلاف ما اذا عاقد الاسفل الموالاة الخ) قال الحاكم الشهيد فى مختصره الكافى رجل والى رجلا فله أن يتحول عنه ما لم يعقل عنه وله أن ينقضه بمحضر منه وكذا للرجل أن يتبرأ من ولائه أيضا ما لم يعقل عنه فاذا نقض أحدهما الموالاة بغير محضر من صاحبه لم ينتقض الا أن يوالى الاسفل آخر فيكون ذلك نقضا وان لم يحضر صاحبه الى هنا لفظ الكافى وقال فى التحفة فاذا عقل عنه لا يقدر أن يتحول بالولاء الى غيره وصار العقد لازما الا أن اتفقا على النقض الى هنا لفظ التحفة وذلك لان الولاء بمنزلة الوصى عندنا يلحقه الفسخ لا نه حق أوجبه بفعله متبرعا من غير عوض فكان له أن يتحول بالولاء الى غيره

كالعوض في الهبة وكذا لا يتحوّل ولده بعدما تحمل الجناية عن أبيه وكذا اذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحوّل الى غيره لانهما كشخص واحد في حكم الولاء قال رحمه الله (وليس للمعتق أن يوالي أحدا) لان ولاء العتاقة لازم لا يحتمل النقض لان سببه لا يحتمل النقض بعد ثبوته وهو العتق فلا ينفسخ ولا ينعقد معه لانه لا يفيد لان الارث بولاء العتاقة مقدم على الارث بولاء الموالاة ألا ترى أن شخصا لو مات وترك مولى أعتقه ومولى موالاة كان المال للمعتق قال رحمه الله (ولو والت امرأة فولدت تبعها فيه) يعني ولدت ولدا لا يعرف له أب وكذا لو أقرت أنها مولاة فلان ومعها صغير لا يعرف له أب صح اقرارها على نفسها ويتبعها ولدها ويصيران مولى فلان وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يتبعها ولدها في الصورتين لان الام لا ولاية لها في ماله فان لا يكون لها في نفسه أولى ولابي حنيفة رحمه الله أن الولاء كالنسب وهو نفع محض في حق الصغير الذي لم يدر له أب فتملكه الام كقبول الهبة ولو أقر رجل أنه معتق فلان فكذبه المقر له في الولاء أصلا أو قال لا بل والتني فأقر المقر لغيره بالولاء لا يصح عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يصح لان اقراره بطل بتكذيب المقر له وصار كأن لم يوجد فكان له أن يتحوّل الى غيره وله أنه أقر بما لا يحتمل النقض فلا يبطل برد المقر له كمن شهد على رجل بنسب فردت شهادته ثم ادعى الشاهد أنه ولده لا يصح فكذا هذا والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الاكراه﴾

قال رحمه الله (هو فعل يفعله الانسان بغيره فيزول به الرضا) وقيل الاكراه فعل يوجد من المكره فيحدث في المحل معنى يصير به مدفوعا الى الفعل الذي طلب منه وهذا في الشرع وهو في اللغة حمل المكره على أمر يكرهه يقال أكرهته على كذا أي حملته عليه وهو كاره وشرطه أن يكون المكره قادرا على ايقاع ما هدده به وأن يغلب على ظن المكره أن يوقع به ذلك ان لم يفعل وحكمه اذا حصل به الاتلاف أن ينقل الفعل الى المكره فيما يصلح أن يكون المكره آلة للمكره ويجعل كأنه فعله بنفسه على ما يجيء تفاصيله والاكراه نوعان ملجئ وغير ملجئ فالملجئ هو الكامل وهو أن يكرهه بما يخاف على نفسه أو على تلف عضو من أعضائه فانه يعدم الرضا ويوجب الالجاء ويفسد الاختيار وغير الملجئ قاصر وهو أن يكرهه بما لا يخاف على نفسه ولا على تلف عضو من أعضائه كالاكراه بالضرب الشديد والقيد أو الحبس فانه يعدم الرضا ولا يوجب الالجاء ولا يفسد الاختيار وهذا النوع من الاكراه لا يؤثر الا في تصرف يحتاج فيه الى الرضا كالبيع والاجارة والاقرار ألا ترى أن الهزل يؤثر فيه لعدم الرضا حتى لا ينعقد معه فكذا مع هذا الاكراه لانه ينعدم به الرضا والاول يؤثر في الكل فيضاف فعله الى المكره فيصير كأنه فعله والمكره آلة له فيما يصلح أن يكون آلة له كاتلاف النفس والمال وان لم يصلح أن يكون آلة له اقتصر الفعل على المكره فيكون كأنه فعله باختياره من غير اكراه أحد وذلك مثل الاقرار والاكل لان الانسان لا يتكلم بلسان غيره ولا يأكل بفم غيره فلا يكون مضافا الى غير المتكلم والآكل الا اذا كان فيه اتلاف فيضاف اليه من حيث الاتلاف لصلاحيته آلة له فيه حتى اذا أكرهه على العتق يقع كأنه أوقعه باختياره حتى يكون الولاء له ويضاف الى المكره من حيث الاتلاف فيرجع عليه بقيمته وكذا لو أكرهه على الطلاق يقع ويرجع عليه ان كان فيه اتلاف بأن كان قبل الدخول ولو أكره المرأة على قبول الطلاق بالمال فقبلت يقع الطلاق ولا يلزمها المال لعدم الرضا لان الرضا في حق المال شرط دون الطلاق ثم اعلم أن الاكراه لا ينافي أهلية المكره ولا يوجب وضع الخطاب عنه بحال لان المكره مبتلى والابتلاء يتحقق بالخطاب والدليل عليه أن أفعاله مترددة بين فرض وحظر واباحة ورخصة ويأثم تارة ويؤجر أخرى كسائر أفعال المكلفين في حالة الاختيار يحرم عليه قتل النفس وقطع طرف الغير والزنا ويفترض عليه أن يمتنع من ذلك ويثاب عليه ان امتنع ويباح له بالاكراه أكل الميتة وشرب الخمر ويرخص له باجراء

﴿كتاب الاكراه﴾ قيل في مناسبة الوضع ان الولاء لما كان من آثار العتق والعتق مما لا يؤثر فيه الاكراه ناسب ذكر الاكراه عقيب الولاء ولان في الاكراه تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل ألا ترى أن بالاكراه يحل مباشرة ما كان حراما قبله في عامة المواضع فكذلك بالموالاة تغير حال المولى الاعلى عن حرمة تناول مال المولى الاسفل الى الحل اه اتقاني (قوله فيحدث في المحل الخ) والمحل هو المكره بفتح الراء اه (قوله ان لم يفعل) وأن يكون المكره ممتنعا أو مزمنا وأن يكون المكره ممتنعا عما أكره عليه اما لحقه أو لحق آدمي آخر أو لحق الشرع اه كفاية (قوله فالملجئ هو الكامل) قال الاتقاني ثم الاكراه وهو حمل الانسان على ما يكرهه بحيث يزول معه الرضا على نوعين كما عرف في أصول الفقه كامل ويسمى ملجئا وهو الذي يعدم الرضا ويفسد الاختيار وقاصر ويسمى غير ملجئ وهو يعدم الرضا ولكن لا يفسد الاختيار والملجئ كالتخويف بقتل النفس وقطع العضو والضرب المبرح المتوالي الذي يخاف منه التلف وغير الملجئ كالتخويف بالحبس والقيد والضرب اليسير اه (قوله ثم اعلم أن الاكراه) أي على أي طريق وجد اه اتقاني (قوله لا ينافي أهلية المكره) أي لانها بالذمة والعقل والبلوغ اه اتقاني

(قوله لفساد الزمان) فلو كان أبو حنيفة في زمنهما لافتى بقولهما اهـ اتقاني (قوله في المتن أو اقرار) قال محمد في الاصل وان قالوا له لنقتلنك أو لتقرن لهذا الرجل بألف درهم فأقر له بخمسمائة درهم فالاقرار باطل وذلك لانه اقرار مكره لانه أقر ببعض ما أكره عليه لان الاكراه على الالف اكراه على كل جزء من أجزائها وقال في الاصل أيضا وان أكره على أن يقر له بألف درهم فأقر له بألفي درهم لزمه ألف درهم وبطلت عنه ألف وذلك لانه في الالف مكره وفي الالف الاخرى طائع فيصح اقرار الطائع لا المكره قال بعض مشايخنا ما ذكره محمد قولهما كما اذا شهد شاهدان أحدهما بألف والآخر بألفين فانه تقبل الشهادة على ألف عندهما خلافا لابي حنيفة فأما على قول أبي حنيفة يصح اقراره بالفي درهم لانه لم يقر (١٨٢) بما أكره عليه وانما أقر بشيء آخر الا أن يكون الاكراه بالف من كيس فأقر بالفين في ذلك الكيس كذا ذكر خواهر زاده في مبسوطه وقيل بل هذا الجواب قولهم جميعا لان محمدا لم يذكر فيه الخلاف ووجه الفرق على هذا بين هذه المسألة وبين مسألة الشهادة لابي حنيفة أن المعتبر عند أبي حنيفة في الشهادة اتفاق الشهود في اللفظ الذي لا يوجب اختلاف المعنى والالف غير الالفين في اللفظ وليس كذلك الاكراه لان المعتبر فيه الموافقة في المعنى دون اللفظ لان غرض المكره أن يتخلص ويفعل على ارادة المكره وقد اتفقا في الالف في المعنى وان اختلفا في اللفظ وقال محمد في الاصل وان أقر بمائة دينار فانه يكون جائزا لانه اقرار طائع فانه لم يأت بما أكره عليه ولا ببعض منه بل أتى بجنس آخر لان الدراهم والدنانير جنسان مختلفان حقيقة اهـ اتقاني (قوله في المتن ويثبت به الملك الخ) اذا باع مكرها وسلم مكرها يثبت به الملك عندنا اهـ

كلمة الكفر في تلك الحالة واتلاف مال الغير وافساد الصوم والجناية على الاحرام وهذا دليل على أنه مخاطب قال رحمه الله (وشرطه قدرة المكره على تحقيق ما هدد به سلطانا كان أو لصا وخوف المكره وقوع ما هدد به) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره مع بقاء أهليته وذلك لا يتحقق الا من القادر عند خوف المكره تحقيق ذلك لانه بالتهديد من القادر والخوف منه على نفسه يصير ملجأ طبعا وبدونهما لا يصير ملجأ فلا يثبت به حكمه وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الاكراه لا يتحقق الا من السلطان فذلك محمول على ما شاهد في زمانه من أن القدرة والمنعة لم تكن في ذلك العصر الا للسلطان فأجاب على ما شاهد وفي زمانهما كان لكل مفسد متلصص قدرة على ذلك لفساد الزمان فافتيا على ما شاهدا وبه يفتى اذ ليس فيه اختلاف يظهر في حق الحجة قال رحمه الله (فلو أكره على بيع أو شراء أو اقرار أو اجارة بقتل أو ضرب شديد أو حبس مديد خير بين أن يمضي البيع أو يفسخ) لان الاكراه الملجئ وغير الملجئ يعدمان الرضا والرضا شرط لصحة هذه العقود قال الله تعالى الا أن تكون تجارة عن تراض منكم فتفسد عند فوات الرضا بخلاف ما اذا أكره بحبس يوم أو قيد يوم أو ضرب سوط لانه لا يبالي بمثله عادة فلا يعدم الرضا وهو شرط لثبوت حكم الاكراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يتضرر بذلك فيكون مكرها بمثله لان ضرره أشد من ضرر الضرب الشديد فيفوت به الرضا وكذا الاقرار جعل حجة حالة الاختيار لترجح جانب الصدق على جانب الكذب وعند الاكراه يترجح جانب الكذب على جانب الصدق لدفع الضرر عن نفسه وقد ربما يكون من الحبس اكراها ما يجيء به الاغتمام البين ومن الضرب ما يجد منه الالم الشديد وليس في ذلك حد لا يزاد عليه ولا ينقص منه لان نصب المقادير بالرأي ممتنع بل يكون ذلك مفوضا الى رأي الامام لانه يختلف باختلاف أحوال الناس فمنهم من لا يتضرر الا بضرب شديد وحبس مديد ومنهم من يتضرر بأدنى شيء كالشرفاء والرؤساء يتضررون بضربة سوط أو بعرك أذنه لاسيما في ملأ من الناس أو بحضرة السلطان فيثبت في حقه الاكراه بمثله لان فيه هوانا وذلا أعظم من الالم والاكراه بحبس الوالدين أو الاولاد لا يعد اكراها لانه ليس بملجئ ولا يعدم الرضا بخلاف حبس نفسه قال رحمه الله (ويثبت به الملك عند القبض للفساد) أي يثبت بالبيع أو بالشراء مكرها الملك للمشتري لكونه فاسدا كسائر البياعات الفاسدة وقال زفر رحمه الله لا يثبت به الملك لانه بيع موقوف وليس بفاسد ألا ترى أنه لو أجاز بعد زوال الاكراه جاز ولو كان فاسدا لما جاز لان الفاسد لا يجوز بالاجازة ولا يرتفع الفساد به والموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك بالقبض كما لو باع بشرط الخيار وسلمه الى المشتري فانه لا يملك بالقبض ولنا أن ركن البيع وهو الايجاب والقبول صدر من أهله مضافا الى محله والفساد لعدم شرطه

(قوله وقال زفر لا يثبت به الملك) قال الاتقاني قال علاء الدين العالم في طريقته وهو الخلاف وأجمعوا على أنه لو سلم طائعا أو أجاز طائعا يثبت الملك وقال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في مبسوطه وهبة المكره بعد القبض تفيد الملك عندنا بالضمان وعند زفر لا تفيد الملك وعلى هذا الخلاف اذا أكره على البيع والتسليم فباع وسلم ملكه المشتري عندنا ملكا فاسدا وقال زفر لا يملكه الا أن يجيزه المكره بعد ذلك اهـ (قوله صدر من أهله) أي وهو العاقل البالغ اهـ (قوله مضافا الى محله) أي وهو المال المتقوم اهـ قال الاتقاني الا أن الرضا شرط زائد ولا يخل بالركن انعدام شرط التصرف ولا يعدم الحكم أيضا ولكن يثبت وصف الفساد وكان الفساد ثابتا لما بقي حق العبد فاذا رضي به ارتفع الفساد اهـ (فرع) فان قيل لو كان بيع المكره كالبيع الفاسد لم يعد جائزا أبدا بالاجازة كما لو باع درهما بدرهمين أو بالف ورطل من خمر ولو كان جائزا كان ينبغي لا عادته جائزا وقت معلوم كما في البيع

الى الحصاد والدياس على مذهبكم وهنا فى أى وقت أجازه المكره يعود جائزا على مذهبكم فصار كبيع الفضولى لا كالبيع الفاسد قلت ان بيع المكره له شبه بالبيع الموقوف وشبه بالبيع الفاسد أما الاول فلانه لم يوجد رضا المالك وقد خلا عن الشروط الفاسدة بخلاف البيع الفاسد فان فيه شرط ما يفسده وأما الثانى فلانه صدر من المالك ولكن فات رضاه بخلاف بيع الفضولى فانه لم يوجد من المالك فاذا كان له شبهان وفرنا على الشبهين حظهما فباعتبار الشبه الاول عاد جائزا بالاجازة فى أى وقت كان كبيع الفضولى وباعتبار الشبه الثانى أفاد الملك اذا اتصل به القبض كالبيع الفاسد ولم نعكس لانا متى أظهرنا شبه العقد الموقوف فى حق الملك ولم نوجب الملك بعد التسليم لا يبقى لشبه البيع الفاسد عمل فى حكم ما فيبطل العمل بالشبهين اه اتقانى (١٨٣) (قوله وهو التراضى) بقوله تعالى الا أن

وهو التراضى وفوات الشرط تأثيره فى فساد العقد كالمساواة فى الاموال الربوية فانها شرط فيها لجواز البيع وفواتها يوجب الفساد لا التوقف بخلاف البيع بشرط الخيار فان شرط الخيار يجعل العقد فى حق حكمه كالمتعلق بالشرط والمتعلق بالشرط معدوم قبل وجود الشرط أو نقول لما وجد أصل البيع فى محله لم ينعدم ذلك بالاكراه فكان ينبغى أن ينفذ كالطلاق الا أن الشرع شرط للحل شرطا زائدا وهو التراضى ونهانا عن التجارة بدونه فكان النهى بهذا المعنى فى غير ما يتم به المنهى عنه فلا يصير به البيع غير مشروع كما نهانا عن بيع الحنطة بالحنطة الا بشرط المماثلة وانه قدر زائد على ما يتم به البيع فكان النهى بهذا المعنى فى حق غير المنهى عنه فلم يصر المنهى عنه غير مشروع بل وقع فاسدا لعدم شرط الجواز الزائد شرعا فكذا هنا فلم يبق الفرق بين هذا النهى وبين النهى عن بيع الربا الا أن ما تعلق به الحرمة هنالك اتصل بالمبيع وصفا وفى مسئلتنا اتصل بالعاقد وهكذا فى البيوع الفاسدة كلها يتعلق النهى بالوصف فيكون مشروعا بأصله غير مشروع بوصفه فيفيد الملك بالقبض فكذا هذا حتى لو قبضه وتصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه كالاعتاق والتدبير جاز تصرفه فيه وانما جاز بالاجازة لان المفسد يرتفع بها وهو عدم التراضى فصار كسائر البياعات الفاسدة الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع وان تداولته الايدى بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها لحق الله تعالى وقد تعلق بالبيع الثانى حق العبد وحقه مقدم لحاجته باذنه أما هنا الرد لحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثانى ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره منهم الامام ظهير الدين والصدر الشهيد حسام الدين والصدر السعيد تاج الاسلام وصورته أن يقول البائع للمشترى بعت منك هذا العين بدين لك على على أنى متى قضيت الدين فهو لى فجعلوه فاسدا باعتبار شرط الفسخ عند القدرة على ايفاء الدين يفيد الملك عند اتصال القبض به وينقض بيع المشترى كبيع المكره لان الفساد باعتبار عدم الرضا فكان حكمه حكم بيع المكره فى جميع ما ذكرنا ومنهم من جعله رهنا منهم السيد الامام أبو شجاع والامام على السغدى والامام القاضى الحسن الماتريدى قالوا لما شرط عليه أخذه عند قضاء الدين أتى بمعنى الرهن لانه هو الذى يؤخذ عند قضاء الدين والعبرة فى العقود للمعانى دون الالفاظ حتى جعلت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة وبالعكس كفالة والاستصناع عند ضرب الاجل سلما فاذا كان رهنا لا يملكه ولا ينتفع به وأى شئ أكل من زوائده يضمن ويسترده عند قضاء الدين ولو استأجره البائع لا يلزمه أجرته كالراهن اذا استأجر المرهون وانتفع به ويسقط الدين بهلاكه فيثبت فيه جميع أحكام الرهن ومن مشايخ سمرقند من جعله بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه منهم الامام نجم الدين النسفى فقال اتفق

تكون تجارة عن تراض منكم اه (قوله جاز تصرفه فيه) أى وتلزمه القيمة اه اتقانى (قوله الا أنه لا ينقطع به حق استرداد المبيع) استثناء من قوله كما فى سائر البياعات الفاسدة ذكره للفرق بين الاكراه والبيع الفاسد يعنى ان فى صورة الاكراه للمكره حق الفسخ بجميع تصرفات المشترى وان تداولته الايدى اذا كان التصرف مما يحتمل الفسخ وفى صورة البيع الفاسد ليس للبائع أن ينقض تصرف المشترى الا الاجارة فانه ينقضها وقد مر البيان اه اتقانى (قوله وان تداولته الايدى) قال الاتقانى ولو أن المشترى من المكره باعه من آخر ثم باعه المشترى الثانى من آخر حتى تداولته الايدى فله أن يفسخ العقود كلها وأى عقد أجازه جازت العقود كلها لان العقود كلها كانت نافذة الا أنه كان له حق الفسخ لعدم الرضا فلما أقدم على اجازة بعضها نفذت وزال الاكراه فجاز العقد الاول فجازت العقود كلها وهذا بخلاف الغصب وهو أن الغاصب اذا باع والمشترى باع من آخر حتى تداولت الايدى فالمغصوب منه أى عقد اجازه جاز ذلك العقد خاصة ولو ضمن أحدهم جازت العقود التى بعده دون ما كان قبله لان العقود كلها غير نافذة فتوقفت العقود كلها على اجازته فاذا أجاز شيأ من ذلك جاز خاصة فان لم يجز ولكن ضمن جازت العقود كلها التى كانت بعده لان فى التضمين تمليكا فيستند الضمان الى وقت الجناية فيملكه من ذلك الوقت فتجوز العقود التى كانت بعده كذا فى شرح الطحاوى اه (قوله ومن مشايخ بخارى من جعل بيع الوفاء كبيع المكره) أى فكان للبائع حق نقض بيع المشترى وهبته لانه بيع بشرط فاسد اه غاية (قوله منهم الامام ظهير الدين) أى المرغينانى وظهير الدين اسحق الولوالجى اه غاية (قوله والصدر السعيد تاج الاسلام) أى أحمد بن عبد العزيز اه

مشايخنا في هذا الزمان فجعلوه بيعا جائزا مفيدا بعض أحكامه وهو الانتفاع به دون البعض وهو البيع لحاجة الناس اليه ولتعاملهم فيه والقواعد قد تترك بالتعامل وجوز الاستصناع لذلك وقال صاحب النهاية وعليه الفتوى ومن المشايخ من جعله باطلا اعتبره بالهازل وقال في الكافي والصحيح أن العقد الذي جرى بينهما ان كان بلفظ البيع لا يكون رهنا ثم ينظر ان ذكرا شرط الفسخ في البيع فسد البيع وان لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء أو تلفظا بالبيع الجائز وعندهما هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم فكذلك وان ذكرا البيع من غير شرط ثم ذكرا الشرط على الوجه المعتاد جاز البيع ويلزمه الوفاء بالميعاد لان المواعيد قد تكون لازمة قال عليه الصلاة والسلام العدة دين فيجعل هذا الميعاد لازما لحاجة الناس اليه وقال جلال الدين في حواشي الهداية صورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بألف على أني لو دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي ثم قال ويسمى هذا بيع الوفاء ويمكن أن يكون هذا الآخر على الاختلاف الذي مضى ذكره وتفسيره به دليل على أنه مثل الاول وهذا البيع موجود في المصر متعامل به وهم يسمونه بيع الامانة قال رحمه الله (وقبض الثمن طوعا اجازة كالتسليم طائعا) أي لو أكره على البيع وقبض الثمن طوعا كان اجازة كما اذا سلم المبيع طائعا لان القبض أو التسليم طائعا دليل الرضا وهو الشرط بخلاف ما اذا أكره على الهبة دون التسليم وسلم حيث لا يكون اجازة وان سلم طوعا لان مقصود المكره ما يتعلق به الاستحقاق لا صورة العقد والاستحقاق في البيع يتعلق بنفس البيع فلم يكن الاكراه به اكراها بالتسليم فيكون التسليم أو القبض عن اختيار دليل الاجازة وفي الهبة يقع الاستحقاق بالقبض لا بمجرد الهبة فيكون الاكراه عليها اكراها بالتسليم نظرا الى مقصود المكره وهو حمله على شئ يتعلق به الاستحقاق وازالة الملك ليتضرر به المكره ويعتبر ذلك في أصل الوضع لان البيع وضع لافادة الملك في الاصل وان كان في الاكراه لا يفيده لكونه فاسدا والهبة لا تفيد الملك قبل القبض بأصل الوضع وتفيده بعده سواء كانت صحيحة أو فاسدة فينصرف الاكراه في كل واحد منهما الى ما يستحق به منه في أصل وضعه وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رد الثمن ان كان قائما في يده لفساد العقد بالاكراه وان كان هالكا لا يأخذ منه شيئا لان الثمن كان أمانة في يد المكره لانه أخذه باذن المشتري لا على سبيل التملك فلا يجب عليه الضمان قال رحمه الله (وان هلك المبيع في يد المشتري وهو غير مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه قبضه بحكم عقد فاسد فكان مضمونا عليه بالقيمة قال رحمه الله (وللمكره أن يضمن المكره) لانه آلة له فيما يرجع الى الاتلاف وان لم يكن آلة له في حق التكلم لعدم الصلاحية لان التكلم بلسان الغير لا يمكن فصار كأنه دفع مال البائع الى المشتري فيضمن أيهما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب لان المكره كالغاصب والمشتري كغاصب الغاصب فان ضمن المكره رجع المكره على المشتري بالقيمة لانه بأداء الضمان ملكه فقام مقام المالك المكره فيكون مالكا له من وقت وجود السبب بالاستناد ولو ضمن المشتري ثبت ملك المشتري فيه ولا يرجع على المكره كما لا يرجع غاصب الغاصب على الغاصب اذا ضمن ولانه ملكه بالشراء والقبض لانه اشتراه وهو مبيع حقيقة من كل وجه غير أنه توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الفسخ فاذا ضمنه قيمته نفذ ملكه فيه كسائر البياعات الفاسدة ولو كان المشتري باعه من آخر وباع الآخر من آخر حتى تداولته البياعات نفذ الكل بتضمين الاول وله أن يضمن من شاء من المشترين فأيهم ضمنه ملكه وجازت البياعات التي بعده وبطل ما قبله بخلاف ما اذا أجاز المكره أحد هذه البياعات حيث يجوز الكل ما قبله وما بعده ويأخذ هو الثمن من المشتري الاول لان البيع كان موجودا والمانع من النفوذ حقه وقد زال المانع بالاجازة فجاز الكل كالراهن أو الآجر اذا باع الرهن أو العين المستأجرة فانه يتوقف لاجل حق المرتهن والمستأجر فاذا أجاز نفذ البيع من جهة المباشر والمجيز يكون مسقطا حقه لا أن يكون مملكا باجازته وأما اذا ضمنه فانه لم يسقط

(قوله وهو البيع) أي والهبة من آخر وهو المعتاد عندهم لحاجة الناس الى ذلك لانهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه الى أن يرد البائع الثمن الى المشتري ويرد المشتري المبيع الى البائع أيضا ولا يمتنع عن الرد فلهذا سموه بيع الوفاء لانه وفى بما عهد من رد المبيع والاصح عندي أنه بيع فاسد يوجب الملك بعد القبض وحكمه حكم سائر البياعات الفاسدة لانه بيع بشرط لا يقتضيه العقد وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن بيع وشرط اه اتقاني (قوله وهذا البيع موجود في مصر) الذي بخط الشارح المصر اه (قوله لا على سبيل التملك) أي لانه كان مكرها على قبضه فكان أمانة اه

(قوله فلا يفيد الملك الخ) وأما اذا أجاز المغصوب منه بيعا من تلك البيوع فانه ينفذ ما أجازه خاصة لان الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع يوقف على اجازته لمصادفته ملكه فيكون اجازته أحد البيوع تمليكا للعين من المشتري بحكم ذلك البيع ولا ينفذ ما سواه اهـ نهاية (قوله في المتن وعلى أكل لحم خنزير الخ) قال في الاصل لو أن قوما من اللصوص من المسلمين غير المتأولين أو من لصوص أهل الذمة اجتمعوا فغلبوا على مصر من أمصار المسلمين وأمروا عليهم أميرا فأخذوا رجلا وقالوا له لنقتلنك أو لتشربن هذه الخمر أو لتأكلن هذه الميتة أو لتأكلن لحم هذا الخنزير كان في سعة من تناوله بل يفترض عليه التناول اذا كان في غالب رأيه أنه متى لم يتناول ذلك قتل وذلك لقوله تعالى في سورة البقرة انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل به لغير الله فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا اثم عليه ان الله غفور رحيم وقال في سورة المائدة حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به والمنخنقة والموقوذة والمتردية والنطيحة وما أكل السبع الا ما ذكيتم وما ذبح على النصب وأن تستقسموا بالازلام الى أن (١٨٥) قال فمن اضطر في مخمصة غير متجانف لاثم فان الله غفور رحيم وقال في سورة الأنعام وما لكم أن لا تأكلوا مما ذكر اسم الله عليه وقد فصل لكم ما حرم عليكم الا ما اضطررتم اليه وقال في الانعام قل لا أجد فيما أوحي الي محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير فانه رجس أو فسقا أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان ربك غفور رحيم وقال في سورة النحل انما حرم عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير وما أهل لغير الله به فمن اضطر غير باغ ولا عاد فان الله غفور رحيم وجه الاستدلال أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة والمستثنى يكون حكمه أبدا على خلاف حكم المستثنى منه لا محالة فيحل المستثنى ولم يفصل بين أن تكون الضرورة بسبب المخمصة أو الاكراه فتناول النص باطلاقه النوعين جميعا اهـ اتقاني

حقه لان أخذ القيمة كاسترداد العين فتبطل البياعات التي قبله ولا يكون أخذ الثمن استرداد المبيع بل اجازة فافترقا وبخلاف ما اذا أجاز المالك أحد بيوع من باعه الفضولي حيث لا يجوز الا الذي أجازه المالك ولا يجوز ما قبله ولا ما بعده لان كل واحد منهم باع ملك غيره فلا يفيد الملك للمشتري منه فعند الاجازة يملك من أجيز شراؤه وتبطل البقية لورود ملك بات على ملك موقوف قال رحمه الله (وعلى أكل لحم خنزير وميتة ودم وشرب خمر بضرب أو قيد لم يحل وحل بقتل وقطع) أي لو أكره على هذه الاشياء بما لا يخاف على نفسه أو على عضوه كالضرب لا يسعه أن يقدم عليه وبما يخاف يسعه ذلك لان حرمة هذه الاشياء مقيدة بحالة الاختيار وفي حالة الضرورة مبقاة على أصل الحل بقوله تعالى الا ما اضطررتم اليه فانه استثنى حالة الضرورة والاضطرار والاستثناء يكون عبارة عما وراء المستثنى لانه تكلم بالحاصل بعد الثنيا فظهر أن التحريم مخصوص بحالة الاختيار وفي حالة الاضطرار مباح والاضطرار يحصل بالاكراه الملجئ وهو أن يخاف على نفسه أو على عضو من أعضائه كما في حالة المخمصة ولا يحصل ذلك بضرب السوط ولا بالحبس حتى لو خاف ذلك منه وغلب على ظنه يباح له ذلك وقدره بعضهم بأدنى الحد وهو أربعون سوطا فان هدده به وسعه وان هدده بأقل من ذلك لا يسعه لان ما دون ذلك مشروع بطريق التعزير وهو يقام على وجه يكون زاجرا لا متلفا بخلاف الحد فان فيه ما يكون متلفا قلنا لا وجه للتقدير بالرأي وأحوال الناس مختلفة فمنهم من يحتمل الضرب الشديد ومنهم من يموت بالادنى منه فلا طريق سوى الرجوع الى رأي المبتلى به فان غلب على ظنه أن تلف النفس أو العضو يحصل بذلك وسعه والا فلا قال رحمه الله (وأثم بصبره) أي اذا امتنع من الاكل وصبر حتى أتلف أثم لانها في هذه الحالة مباحة على ما قلنا واهلاك النفس أو العضو بالامتناع عن المباح حرام فيأثم الا أنه اذا لم يعلم الاباحة في هذه الحالة لا يأثم لانه موضع الخفاء وقد دخله اختلاف العلماء وقصد في زعمه الاحتراز عن المعصية فكان معذورا فلا يأثم كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب في حق من أسلم فيها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يأثم مطلقا لانه رخصة اذ الحرمة قائمة فيكون أخذا بالعزيمة قلنا حالة الاضطرار مستثناة بالنص على ما بينا فلا يكون حراما في تلك الحالة فلا يكون الامتناع عزيمة بل معصية وهذا لما عرف أن الرخصة استباحة المحظور مع قيام الدليل المحرم والحرمة أي يعامل معاملة المباح لا أن يكون

(فرع) ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أوجه في وجه العزيمة فيه الاقدام على ما أكره عليه ولو امتنع حتى قتل يأثم وهي شرب الخمر وتناول الميتة وما يجري مجراه وفي وجه يرخص الاقدام عليه مع أن العزيمة هو الامتناع وهو اجراء كلمة الكفر وسب النبي عليه الصلاة والسلام وما هو كفر أو استخفاف بالدين حتى لو أقدم عليه وهو مكره لا يؤاخذ به ولو صبر حتى قتل يكون مأجورا وفي وجه العزيمة هو الامتناع عنه ولا يرخص في الاقدام عليه بحال وهي قتل نفس معصوم محترم أو قطع عضو منه والزنا لا يحل له أن يقدم عليه بحال اهـ اتقاني (قوله وصبر حتى أتلف أثم) الا اذا كان الرجل جاهلا بالاباحة حالة الضرورة فلم يتناول حتى قتل قال محمد رجوت أن يكون في سعة لان في انكشاف الحرمة عند الضرورة خفاء فعذر بالجهل حيث قصد التحرز عن مباشرة الحرام اهـ اتقاني رحمه الله تعالى

مباحاحقيقة ولهذا قيل ان الجناية فى الرخصة موجودة وانما انتفت العقوبة فقط كالعفو بعد
الجناية فانه لا يعدم الجناية وانما يسقط المؤاخذة فقط وعلى هذا الخلاف لو صبر فى حالة المخمصة قال
رحمه الله (وعلى الكفر واتلاف مال مسلم بقتل وقطع لا بغيرهما يرخص) أى لو أكره على كلمة الكفر
أو اتلاف مال انسان بشئ يخاف على نفسه أو على أعضائه كالقتل وقطع الاطراف يرخص له إجراء كلمة
الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان ولحديث عمار
ابن ياسر حين ابتلى به أنه صلى الله عليه وسلم قال له كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايمان قال فان
عادوا فعد أى فعد الى الطمأنينة وفيه نزلت الآية ولان بهذا الاظهار لا تفوت حقيقة الايمان لان
التلفظ به فى هذه الحالة لا يدل على تبدل الاعتقاد لقيام التصديق به حقيقة فلا يكون مفوتا حق الله
تعالى فى المعنى فيرخص له إحياء لنفسه أو طرفه لان حرمة العضو كحرمة النفس ألا ترى أن المضطر
لا يرخص له قتل النفس ليأكل منه ولا قطع عضوه وكذلك كل ما ثبتت حرمته يرخص له عند الاكراه
الكامل وهو الملجئ وذلك مثل اتلاف مال الغير وافساد الصوم والصلاة والجناية على الاحرام لان حرمة
الكفر لا تحتمل السقوط فلا تتصور الاباحة فيه أصلا وغيره وإن احتمل عقلا لكن لم يوجد سمعا
فالحق بما لا يحتمل السقوط فيثبت بالاكراه الملجئ رخصة لا اباحة مطلقة ولا تثبت بغير الملجئ كالضرب
والحبس لانه ليس بملجئ ولهذا لا يكون اكراها فى شرب الخمر فكيف يكون اكراها فى الكفر وهو أعظم
قال رحمه الله (ويثاب بالصبر) أى يكون مأجورا ان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل لان خبيبا صبر على
ذلك حتى صلب وسماه النبى صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال فى مثله هو رفيقى فى الجنة ولان
الحرمة قائمة والامتناع عزيمة فاذا بذل نفسه لاعزاز الدين ولاقامة حق الله تعالى أو حق غيره من العباد
كان شهيدا ألا ترى أنه لو قاتل دون مال غيره فقتل كان شهيدا ولا يقال الكفر مستثنى فى حالة
الاكراه بقوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايمان كما استثنى الميتة فى حالة الاضطرار فكيف يكون
حراما فى تلك الحالة لانا نقول الاستثناء هنا راجع الى العذاب لانه المذكور قبله فينتفى العذاب دون
الحرمة بخلاف الخمر وأخواتها فان المذكور هناك فيه الحرمة فتنتفى فى تلك الحالة وهنا لا تنتفى فتبقى
على حالها ولكن لو ترخص جاز لما أن حق الله تعالى لا يفوت به ولا حق العبد لقيام التصديق بالقلب
ووجوب الضمان على المكره قال رحمه الله (وللمالك أن يضمن المكره) لانه هو المتلف لماله والمكره
آلة له فيما يصلح آلة قال رحمه الله (وعلى قتل غيره بقتل لا يرخص) أى لو أكره على قتل غيره بالقتل
لا يرخص له القتل لاحياء نفسه لان دليل الرخصة خوف التلف والمكره والمكره عليه فى ذلك سواء فسقط
المكره قال رحمه الله (وان قتله أثم) لان الحرمة باقية لما ذكرنا فيأثم بمباشرته ولان الاثم يكون بدينه
والمكره لا يصلح أن يكون آلة له فى حقه فيقتصر عليه وكذا لو أكره على الزنا لا يرخص له لان فيه قتل
النفس بالضياع لانه يجئ منه ولد ليس له أب يربيه ولان فيه افساد الفراش بخلاف جانب المرأة حيث
يرخص لها بالاكراه الملجئ لان نسب الولد لا ينقطع عنها فلم يكن فى معنى القتل من جانبها بخلاف الرجل
ولهذا أوجب الاكراه القاصر درء الحد فى حقها دون الرجل قال رحمه الله (ويقتص من المكره فقط)
وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال زفر رحمه الله يجب القصاص على المكره دون المكره لان
القصاص يجب على القاتل والقاتل هو المكره حقيقة لانه هو المباشر وكذا حكما لانه يأثم به وهذا لان القتل
فعل حسى وقد تحقق من المكره والاصل فى الافعال أن يؤاخذ بها فاعلها الا اذا سقط حكم فعله شرعا
وأضيف الى غيره كما فى الاكراه على اتلاف مال الغير فانه سقط حكمه وهو الاثم عن الفاعل وأضيف الى
غيره وهنا لم يسقط حكم فعله بل تقرر حكم فعله بدليل أنه يأثم إثم القتل واثم القتل يكون على القاتل وقال
الشافعى رحمه الله يجب القصاص عليهما أما المكره فلما قاله زفر وأما المكره فلحصول التسبيب منه الى
القتل حيث أحدث فيه معنى حاملا على القتل والسبب التام ينزل منزلة المباشرة فى حق وجوب

القصاص

(قوله لان خبيبا) خبيب ابن عدى بن مالك بن عامر الانصارى الاوسى شهد بدرا (قوله فى المتن وللمالك أن يضمن المكره) بكسر الراء اه (قوله والمكره والمكره عليه) بفتح الراء فيهما اه (قوله ولان الاثم يكون بدينه) أى بالجناية على دينه اه

القصاص عنده ولهذا حكم بوجوب القصاص على شهود القصاص اذا رجعوا وهذا لان القصاص شرع لحكمة الزجر والردع والقتل بالاكراه من المتغلبة غالب فلو لم يجب القصاص لادى الى الفساد فيوجب على الكل حسما لمادته وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجب القصاص على واحد منهما لان القتل بقي مقصورا على المكره من وجه حتى أثم اثم القتل وأضيف الى المكره من وجه من حيث انه حمل المكره عليه فصار مدفوعا الى القتل بوجب طبعه ولان المكره قاتل حقيقة لا حكما والمكره بالعكس فتمكنت فيه الشبهة من الجانبين فلا يجب فيه القصاص ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثارا لحياته فيصير آلة للمكره فيما يصلح أن يكون آلة له وهو الاتلاف دون الاثم وهذا لان الآلة هي التي تعمل بطبعها كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله وكالنار فان طبعها الاحراق وكالماء فان طبعه الاغراق وباستعمال الآلة يجب القصاص على المستعمل فكذا هنا والدليل على أن الآمر هو المستعمل له والمأمور جار على موجب طبعه أن ضمان المال المتلف يجب على الآمر ولو لا أنه هو المتلف بالاستعمال لما وجب عليه فعلم بهذا أن الاتلاف منسوب الى الآمر وان المأمور آلة له اذ لا وجه لنسبته اليه الا بهذا الطريق فكأن الآمر مباشر للاتلاف لا متسبب له لانه لو كان متسببا لما وجب عليه الضمان وانما كان يجب على المأمور لان المباشر والمتسبب اذا اجتمعا على الاتلاف كان الضمان على المباشر دون المتسبب وهذا لانه يمكن أن يجعل آلة له في اتلاف المال بالاجماع بأن يأخذه ويلقيه في مال انسان فكذا في النفس في حق الاتلاف يصلح أن يكون آلة له بهذا الطريق بخلاف الاثم فانه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لان الاثم بالجناية على دينه ولا يقدر أحد أن يجني على دين غيره فبقي الفعل مقصورا في حقه كما قلنا في الاكراه على الاعتاق فانه ينتقل الفعل الى الآمر في الاتلاف ويقتصر على المأمور من حيث التلفظ ولا يجعل آلة له فيه لانه لا يمكنه أن يتكلم بلسان غيره فاقتصر على المأمور حتى عتق العبد وكان الولاء له ولو نقل الى الآمر لما عتق لانه لا عتق بدون الملك ولما كان الولاء له لان الولاء للمعتق وكذا قلنا في الاكراه على الطلاق حتى يكون مقتصرا عليه في حق التلفظ دون الاتلاف فيرجع عليه بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكذا لو أكره مسلم مجوسيا على ذبح شاة فانه ينتقل الفعل الى المسلم الآمر في حق الاتلاف فيجب عليه الضمان ولا ينتقل في حق الحل لانه لا يصلح أن يكون آلة له في حقه لان الحل في الذبح في الدين وبالعكس يحل قال رحمه الله (وعلى عتاق وطلاق ففعل وقع) أي لو أكره على عتاق أو طلاق فأعتق أو طلق وقع العتق والطلاق لان الاكراه لا ينافي الاهلية على ما بيناه وعدم صحة بعض الاحكام كالبيع والاجارة والاقرار لمعنى راجع الى التصرف وهو كونه يشترط فيه الرضا ومع الاكراه لا يوجد الرضا وأما العتق والطلاق فلا يشترط فيه الرضا فيقع ألا ترى أن العتق والطلاق يقعان مع الهزل لعدم اشتراط الرضا فيهما بخلاف البيع وأخواته قال رحمه الله (ورجع بقيمته ونصف المهران لم يطأها) يعني على المكره لان الاتلاف منسوب اليه والمكره آلة له فيرجع بقيمة العبد عليه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار اذ ضمان العدوان لا يختلف بهما بخلاف ضمان الاعتاق لانه ضمان افساد بتصرف في ملكه من غير تعد ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب عليه للخروج الى الحرية كما في معتق البعض أو لتعلق حق الغير به كعتق الراهن المرهون وهو معسر أو عتق المريض عبده وعليه ديون أو لم يخرج من الثلث ولم يوجد شيء من ذلك هنا ولا يرجع المكره على العبد بما ضمن لان الضمان وجب عليه بفعله فلا يرجع به على غيره وكذا يرجع بنصف المهر ان كان قبل الدخول وكان المهر مسمى في العقد وان لم يكن مسمى فيه يرجع عليه بما لزمه من المتعة لان ما عليه كان على شرف السقوط بوقوع الفرقة من جهتها بمعصية كالارتداد وتقبيل ابن الزوج وقد تأكد ذلك بالطلاق فكان تقرير المال من هذا الوجه فيضاف تقريره الى المكره والتقرير كالايجاب

(قوله لا يجب القصاص على واحد منهما) أي بل تجب الدية على المكره الآمر اه (قوله فان طبعه الاغراق) أي ففي الجري على موجب الطبع مشابهة بالآلة ولو استعمل القاتل آلته التي هي السيف في شخص ظلما فقتله يجب القصاص على القاتل فكذا هنا اه (قوله وبالعكس) أي لو أكره مجوسي مسلما على الذبح اه (قوله فيرجع بقيمة العبد عليه الخ) والولاء للمكره دون المكره كما قدمه الشارح أول هذا الكتاب

فكان متلفا له فيرجع عليه بخلاف ما اذا دخل بها لان المهر تقرر هنا بالدخول لا بالطلاق ولو قال المكره في مسئلة العتق خطر ببالي الاخبار بالحرية فيما مضى كاذبا وقد أردت ذلك لا الانشاء للحرية في الحال يعتق العبد في القضاء ولا يصدق لانه خلاف الظاهر ولا يعتق فيما بينه وبين الله تعالى ولا يضمن المكره له شيأ لزعمه أنه لم يقع العتاق ولو قال خطر ببالي ذلك ولم أرد ذلك وانما أردت به الانشاء في الحال أو لم أرد به شيأ أو لم يخطر ببالي شيء عتق قضاء وديانة ويرجع بقيمته على المكره وعلى هذه التفاصيل الطلاق ولو أكرهه على أن يعتق عبده أو يطلق امرأته ففعل رجع بالاقل من قيمة العبد ومن نصف المهر لان الضرر كان يندفع بالاقل ولو كان ذلك بعد الدخول لا يجب على المكره شيء لانه ان أوقع الطلاق لا يرجع بشيء على ما ذكرنا وان أوقع العتق فهو ليس بمضطر الى ايقاعه اذ كان يمكنه أن يوقع الطلاق ويتخلص ولو أكرهه على التوكيل بالطلاق أو العتاق فأوقع التوكيل وقع استحسانا والقياس أن لا تصح الوكالة لان الوكالة تبطل بالهزل فكذا مع الاكراه كالبيع وأمثاله وجه الاستحسان أن الاكراه لا يمنع انعقاد البيع ولكن يوجب فساده فكذا التوكيل ينعقد مع الاكراه والشروط الفاسدة لا تؤثر في الوكالة لكونها من الاسقاطات فاذا لم يبطل نفذ تصرف الوكيل ويرجع الموكل على المكره بما أتلف عليه استحسانا والقياس أن لا يرجع لان الاكراه وقع على التوكيل وبه لا يثبت الاتلاف وانما يتلف بفعل الوكيل بعد ذلك باختياره وقد لا يفعل ذلك أصلا فلا يضاف التلف الى التوكيل كما في الشاهدين اذا شهدا أن فلانا قد وكل بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعا لم يضمنا وجه الاستحسان أن غرض المكره زوال ملكه اذا باشر الوكيل فكان الزوال مقصودا وجعل ما فعل طريقا الى الازالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لانه لم يوجد منه الاكراه ولو أكره على النذر صح ولزم لانه لا يحتمل الفسخ فلا يعمل فيه الاكراه وهو من اللاتي هزلهن جد ولا يرجع على المكره بما لزمه لانه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب هو به فيها اذ لو كان له الطلب فيها لحبس فيكون أكثر مما أوجب وكذا اليمين والظهار لا يعمل فيهما الاكراه لانهما لا يحتملان الفسخ فيستوي فيهما الجد والهزل وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية والاصل فيه حديث حذيفة رضي الله عنه أن المشركين لما أخذوه واستحلفوه على أن لا ينصر رسول الله صلى الله عليه وسلم في غزوة فحلف مكرها ثم أخبر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال أوف لهم بعهدهم ونحن نستعين بالله عليهم ولان الظهار كان طلاقا في الجاهلية فأوجب الشرع به حرمة موقتة بالكفارة فلا يؤثر فيه الاكراه كالطلاق وكذا الرجعة والايلاء والفيء فيه باللسان لان الرجعة استدامة النكاح فكانت ملحقة به والايلاء يمين في الحال وطلاق في المآل والاكراه لا يمنع كل واحد منهما والفيء فيه كالرجعة في الاستدامة ولو بانت بمضي أربعة أشهر ولم يكن دخل بها لزمه نصف المهر وليس له أن يرجع به على المكره لانه كان متمكنا من الفيء في المدة وكذا الخلع لانه طلاق أو يمين من جانب الزوج وكل ذلك لا يؤثر فيه الاكراه ثم ان كانت المرأة غير مكرهة لزمها البدل لانها التزمته وهي طائعة وان كانت مكرهة لا يلزمها لان المال لا يلزم بدون الرضا ولو أكرهه على أن يجعل كل مملوك يملكه في المستقبل حرا ففعل ثم ملك مملوكا عتق ولا ضمان على المكره لان العتق يحصل باعتبار صنع من جهته وان أكرهه على أن يعلقه بفعل الذي لا بد له منه نحو أن يقول ان صليت فعبدي حر أو أكلت أو شربت ثم فعل المكره هذه الاشياء عتق العبد وغرم المكره قيمته لانه لا بد له من هذه الافعال فكان ملجأ ولو أكرهه على أن يكفر ففعل لم يرجع بذلك على الذي أكرهه لانه أمر بالخروج عن حق لزمه وذلك حسبة منه لا اتلاف شيء عليه بغير حق ولو أكرهه على عتق عبد بعينه عن الكفارة ففعل عتق العبد وعلى المكره قيمته لانه لم يجب عليه أن يعتق عبدا معينا عن كفارته فصار بالاكراه عليه متعديا عليه

(قوله ولو أكره على النذر صح ولزم) قال في الهداية والنذر لا يعمل فيه الاكراه قال الاتقاني قال محمد بن الحسن في الاصل ولو أن لصا غالبا أكره رجلا حتى جعل على نفسه صدقة أو صوما أو حجا أو عمرة أو غزوة في سبيل الله أو بدنة أو شيأ يتقرب به الى الله فهدده بقتل أو تلف عضو أو غيره يعني بحبس أو قيد حتى أوجب ذلك على نفسه فانه يلزمه وذلك لما روى محمد في كتاب الاكراه عن عمر رضي الله عنه أنه قال أربع مقفلات مبهمات ليس فيهن رديدى العتاق والطلاق والنكاح والنذر أراد بقوله مبهمات وقوعها وصحتها مطلقة بلا قيد الرضا والطواعية والجد اذا صدرت من مكلف ومنه قول ابن عباس رضي الله عنه أبهموا ما أبهم الله يعني أن حرمة الام مطلقة غير مقيدة بالدخول والرديدى بمعنى الرد ولان اليمين تصرف لا يبطله الهزل ألا ترى أنه اذا نذر هازلا يلزمه وكل تصرف لا يبطله الهزل لا يبطله الاكراه ولان النذر واليمين لا يقبلان الفسخ بعد وقوعهما وكل ما لا يقبل الفسخ لا يؤثر فيه الاكراه ولا يرجع فيه المكره على الذي أكرهه بما لزمه من المنذور ولانه لا يطالب به في الدنيا ولا يحبس بل يجب عليه ديانة لا قضاء اه (قوله وسواء كان اليمين على الطاعة أو على المعصية) قال الاتقاني نقلا عن شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ولو أكرهه على أن يظاهر من امرأته كان مظاهرا لانه من باب التحريم فأشبه اليمين اه بخلاف

(قوله فصار بالاكراه عليه متعديا عليه) أي ولا يقال بأنه اتلاف بعوض لانه عسى يمكنه الخروج بما دون هذا فصار في الزيادة متلفا بغير

بخلاف الاول لانه لم يأمره الا بالخروج عما لزمه ولم يكرهه على اتلاف مال معين ثم لا يجزئه عن الكفارة هنا لانه فى معنى العتق بعوض ولو قال أنا أبرئه من القيمة حتى يجزئه عن الكفارة لم يجز ذلك لان العتق نفذ غير مجزئ عن الكفارة والموجود بعد ذلك ابراء عن الدين وهو لا تتأدى به الكفارة ولو قال أعتقته حين أكرهنى وأنا أريد به عن الكفارة ولم أعتقه لاكراهه أجزأه عن الكفارة وليس له أن يرجع بقيمة العبد على المكره ولو أكرهه على أن يعتق نصف عبده فأعتق كله فهو مختار ولا شئ على المكره عند أبى حنيفة رحمه الله لان الاعتاق يتجزأ عنده وما أتى به غير ما أكره عليه فلا يصير الاتلاف به منسوبا الى المكره ألا ترى أنه لو أمر أن يعتق نصف عبده فأعتق كله كان باطلا عنده وعندهما يضمن المكره قيمته كله لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما فالاكراه على اعتاق النصف اكراه على اعتاق الكل ولو أكرهه على اعتاق كله فأعتق نصفه يضمن نصفه عنده وعندهما يضمن الكل لان اعتاق النصف اعتاق الكل عندهما وعنده يقتصر على النصف فيكون آتيا ببعض ما أكره عليه فيجب عليه الضمان بحسابه ولو أكره على الزنا فزنى يجب عليه الحد فى قول أبى حنيفة رحمه الله الاول وهو قول زفر ثم رجع وقال لا يجب عليه الحد ان أكرهه السلطان وان أكرهه غيره يجب وقالا لا يجب عليه فى الوجهين وهذا اختلاف عصر وزمان على ما بينا من قبل وجه قوله الاول أن الزنا من الرجل لا يتصور الا بانتشار الآلة والانتشار دليل الطواعية ولانه لا يمكن نسبة الزنا الى المكره لكونه لا يصلح أن يكون آلة له فى الزنا لان الوطء بآلة غيره غير ممكن فكان مقتصرا على الفاعل ولهذا يسقط باحصانه دون احصان المكره فكذا الحد يجب عليه بخلاف المرأة لانها محل الفعل ويتحقق منها الزنا ألا ترى أنه يتحقق منها وهى نائمة أو مغمى عليها ولا تشعر به وبخلاف الاكراه على القتل لانه يمكن أن يجعل آلة له فيه فينسب الى المكره حتى يجب عليه القصاص وجه قوله المرجوع اليه أن انتشار الآلة قد يكون طبعا كما فى النائم فلا يدل على الطواعية فيسقط الحد اذا وجد الاكراه الملجئ لانه لولا الالجاء لما فعل وقصده بالفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهوة ولان الحد شرع للزجر وهو منزجر فى غير حالة الاكراه لما أن فى الامتناع اهلاكه فلا يفيد شرع الحد فى هذه الحالة فلا يكون مشروعا قال رحمه الله (وعلى الردة لم تبن امرأته) أى لو أكره على الردة وأجرى كلمة الكفر على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان لم تبن امرأته لانه لا يكفر به من غير تبدل الاعتقاد حتى لو ادعت المرأة ذلك وأنكره هو كان القول قوله استحسانا والقياس أن يكون القول قولها حتى يفرق بينهما لان كلمة الكفر سبب لحصول البينونة بها فيستوى فيها الطائع والمكره كلفظة الطلاق ووجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفرقة وانما تقع الفرقة باعتبار تغير الاعتقاد والاكراه دليل على عدم تغيره فلا تقع الفرقة ولهذا لا يحكم عليه بالكفر بخلاف ما اذا أسلم مكرها حيث يحكم عليه بالاسلام لانه وجد أحد الركنين وفى الركن الآخر احتمال فرجحنا جانب الوجود احتياطا لان الاسلام يعلو ولا يعلى عليه ونظيره السكران فان اسلامه صحيح وكفره لا يصح ولا يحكم بردته لعدم القصد هذا البيان الحكم أما فيما بينه وبين الله تعالى فان لم يعتقد فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى أسلم ثم رجع عن الاسلام لا يقتل لانه لما تمكنت الشبهة لاحتمال عدم الاسلام من الابتداء فيكون كفره أصليا لعدم صحة اسلامه ولو قال المكره نويت الاخبار باطلا ولم أكن فعلت بانت امرأته فى الحكم لانه أقر بوجود المخلص وجوابه مطابق للسؤال فيكون مخالفا لما نوى باعتبار الظاهر فلا يصدق أنه نوى ذلك لان كلامه وقع جوابا لما طلب منه ظاهرا فالظاهر أنه أجاب اليه ونوى ما قصده المكره مع اقراره على نفسه بوجود المخلص فلا يصدق فى حق المرأة أنه عدل عما طلبوه منه بالنية فيجعل مجيبا لهم طائعا ولو قال أردت ما طلب منى وقد خطر ببالى الخبر عن الباطل بانت ديانة وقضاء لانه كفر حقيقة حيث أجاب الى ما طلب منه مع وجود المخلص وعلى هذا لو أكره على الصلاة على الصليب

عوض حتى قالوا لو كان هذا من أخس الرقاب لا يتصور أن يكون دون هذا مجزيا لا يضمن شيأ فان قالوا ينبغى أن يضمن بقدر الزيادة قلنا متى ضمن بعضه خرج من أن يكون كفارة فتبين أنه اتلاف بلا نفع يسلم له فيضمن كله ولم يجزه عن الكفارة لانه متى وجب الضمان لربه على المكره صار اعتاقا بعوض فلا يصلح كفارة اه اتقانى (قوله وأنا أريد به) أى كفارة الظهار اه اتقانى (قوله أجزأه) أى عن كفارة الظهار لانه أخبر أنه أعتقه طائعا فلم يكن الضمان به واجبا على المكره فصلح كفارة وانه أمر بينه وبين ربه فصدق فيه ولم يكن له على المكره شئ لانه أخبر أنه طائع وان قال أردت به العتق عن الظهار كما أمرنى ولم يخطر ببالى غير ذلك لم يجزه عن الكفارة لانه أخبر أنه فعل ما فعل بامره فكان مكرها ولو أكرهه بحبس أو قيد أجزأه عنه لانه لا يوجب نقل الفعل الى غيره ولا يوجب الضمان على المكره فبقى اعتاقا بلا عوض فيسلم له فيصلح كفارة اه الثانى (قوله والقياس أن يكون الخ) أسير خرج من دار الحرب الى دار الاسلام فقالت له امرأته انك ارتددت فى دار الحرب ان أنكر الزوج فالقول قوله لانه منكر للفرقة وان أقر وقال تكلمت بذلك لكن مكرها فالقول قولها لانه أقر بالردة وادعى الكره والمرأة منكرة فالقول قولها وان صدقته المرأة فالقاضى لا يصدقهما لان تصادقهما فى الفرج لا يجوز اه سير فتاوى الولوالجى رحمه الله (قوله ولو قال المكره) أى على الاسلام اه

أو على سب محمد صلى الله عليه وسلم فقال خطر ببالي أن أسب محمدا آخر فنويت السجود لله تعالى أو سببت غير النبي صلى الله عليه وسلم بانت امرأته قضاء لا فيما بينه وبين الله تعالى ولو قال نويت السجود للصليب أو سب النبي صلى الله عليه وسلم كفر ديانة وقضاء لما قلنا ولو قال لم يخطر ببالي شيء ونويت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالايمان لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء وهو المراد بالمذكور في الكتاب لانه لم يقر على نفسه بوجود الخلاص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر لاجراها على لسانه وقلبه مطمئن بالايمان كفر من ساعته لانه رضي باجراء كلمة الكفر على لسانه من غير اكراه فصار نظير ما لو نوى أن يكفر في وقت في المستقبل والله أعلم

﴿فصل﴾ وحرمة طرف الانسان كحرمة نفسه حتى لو أكره على قطع يد غيره لا يرخص له قطعها كما لم يرخص له قتل نفسه بخلاف اتلاف ماله ولو قطعها يأثم القاطع ويجب القصاص على المكره كما قلنا في النفس ولو أكره على قطع طرف نفسه حل له قطعه بخلاف ما اذا أكره على قتل نفسه حيث لا يحل له قتلها لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال في حق صاحب الطرف حتى يحل له قطعها اذا استأكلت ولو قال له لتلقين نفسك في النار أو من الجبل أو لاقتلنك وكان الالقاء بحيث لا ينجو منه ولكن فيه نوع خفة فله الخيار ان شاء فعل ذلك وان شاء لم يفعل وصبر حتى يقتل عند أبي حنيفة رحمه الله لانه ابتلي ببليتين فيختار ما هو الاهون في زعمه وعندهما يصبر ولا يفعل ذلك لان مباشرة الفعل سعي في اهلاك نفسه فيصبر تحاميا عنه وأصله أن الحريق اذا وقع في سفينة وعلم أنه لو صبر فيه احترق ولو وقع في الماء غرق فعنده يختار أيهما شاء وعندهما يصبر ثم اذا ألقى نفسه في النار فاحترق فعلى المكره القصاص وان أكره على أن يقطع يد رجل بحديدة فقطع يده ثم قطع رجله بغير اكراه فمات المقطوع من ذلك يجب القصاص على القاطع والمكره لانه مات بفعلين أحدهما انتقل الى المكره والآخر اقتصر على القاطع فصارا قاتلين له وعند أبي يوسف رحمه الله عليهما الدية في مالهما لان في قطع اليد على المكره الدية عنده فصار نصيب الآخر مالا ضرورة ولو قال له لتلقين نفسك من رأس الجبل أو لأقتلنك بالسيف فألقى نفسه فمات فعند أبي حنيفة رحمه الله تجب الدية على عاقلة المكره لانه لو باشر لا يجب عليه القصاص لانه قتل بالمثقل بل فيه الدية على العاقلة فكذا اذا أكره عليه وعند أبي يوسف رحمه الله تجب الدية على المكره في ماله وعند محمد رحمه الله تجب القصاص على المكره لانه كالقتل بالسيف عنده وعلى المكره القصاص عنده ولو قال لآخر اقتلني فقتله تجب الدية في ماله في الصحيح وهو رواية الاصل لان الاباحة لا تجري في النفوس فكان ينبغي أن يجب القصاص كما قال زفر وانما سقط للشبهة باعتبار الاذن فتجب الدية في مال القاتل لانه عمد والعاقلة لا تتحمله وفي رواية لا يجب عليه شيء لان نفسه حقه فصار كاذنه باتلاف ماله وثم لا ضمان فكذا هنا واذا أكره ولي المرأة على التزويج بمهر فيه غبن فاحش ثم زال الاكراه فرضيت المرأة ولم يرض الولي فللولي الفراق بينهما عند أبي حنيفة رحمه الله لان التبليغ الى مهر المثل حق الاولياء لانهم يتعيرون بالنقصان وقالا ليس لهم ذلك لان المهر خالص حقها حتى تملك اسقاطه وهبته والله أعلم

﴿كتاب الحجر﴾

قال رحمه الله (هو منع عن التصرف قولا لا فعلا بصغر ورق وجنون) هذا في الشرع وفي اللغة هو المنع مطلقا أي منع كان ومنه سمي الحطيم حجرا لانه منع من الكعبة وسمي العقل حجرا لانه يمنع من القبائح ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر أي لذي عقل ثم ان الله تعالى خلق البشر أشرف خلق وجعلهم بكمال حكمته متفاوتين فيما يمتازون به عن الانعام وهو العقل وبه يسعد من سعد وذلك أن الله تبارك وتعالى ركب في البشر العقل والهوى وركب في الملائكة العقل دون الهوى وركب في البهائم الهوى دون

﴿كتاب الحجر﴾ أورد الحجر بعد الاكراه لما أن بينهما مناسبة سلب الاختيار الا أن الاكراه أقوى لان فيه سلبه عمن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر فكان أحق بالتقديم ومحاسن الحجر النظر والشفقة على المحجور وقد يكون النظر والشفقة لغيره ودفع الاذى عنه كما في حجر المديون والسفيه على قولهما وحجر المريض عن التصرف في الرهن وحجر العبد لحق المولى اه كاكي وكتب ما نصه قال الاتقاني وفي اصطلاح الفقهاء عبارة عن حجر مخصوص وهو الحجر الحكمي الذي لا يصير تصرف المحجور عليه مفيدا حتى اذا باع وحصل القبض لا يفيد الملك وهو الفرق بين الحجر والنهي فان النهي يفيد الملك بعد القبض كما في البيع الفاسد اه (قوله في المتن بصغر ورق وجنون) وهذه الثلاثة سبب الحجر باجماع العلماء وفي أن السفه والفلس سبب للحجر اختلاف كما سيجيء وحكي عن أبي حنيفة أنه ألحق بهذه الثلاثة ثلاثة أخر وهي المفتي الماجن والمتطبب الجاهل والمكاري المفلس اه كاكي (قوله ومنه قوله تعالى هل في ذلك قسم لذي حجر) أي لذي عقل ومنه قول بعضهم

لا يتمادى في اتباع الهوى * الا الذي في عقله وهي
فالعقل عقل والحجا حاجز * والحجر حجر والنهى نهي

العقل

(قوله كل ذلك رحمة منه) ذكر البيهقي في كتاب المعرفة أن الاحكام انما صارت متعلقة بالبلوغ بعد الهجرة وذكر الشيخ تقي الدين السبكي أن ذلك بعد أحد اه (قوله والرق الخ) قال الاتقاني وقيل الرق الخ اه (قوله ثم هذه الاشياء توجب الحجر الخ) حتى يؤاخذ بالافعال حتى ان طفل يوم لو انقلب على مال انسان فأتلفه يلزمه الضمان وكذلك المجنون الذي لا يفيق اذا مزق ثوب انسان يلزمه الضمان لان الافعال لا تتوقف على القصد الصحيح لانها توجد حسا ومشاهدة ولا امكان لرد ما هو ثابت حسا بخلاف الافعال التي تسقط بالشبهة كالحدود والقصاص فان الصبا والجنون يؤثران فيها لان الحدود والقصاص عقوبة والصبي والمجنون ليسا من أهل العقوبة فسقطت عنهما لقصور في فعلهما لعدم القصد الصحيح اه غاية (قوله فيحتمل فيه) أي في تصرفه اه (١٩١) (قوله وان كان يجن تارة ويفيق أخرى) قال الاتقاني وأراد بالمجنون المغلوب الذي يجن ولا يفيق وهو المغلوب على عقله وهو احتراز عن الذي يجن ويفيق وهو المعتوه فان حكمه حكم الصبي كما سيجيء بعد هذا اه (قوله فهو في حال افاقته كالعاقل) يقتضي أن تصرفاته نافذة في حال افاقته فهو مخالف لما ذكره الاتقاني من أنه موقوف وقد نقلت عبارته بعد ثلاث ورقات في هذا المجرد عند قوله فالولي بالخيار الخ فانظره أقول والذي يظهر لي بتوفيق الله تعالى أن الحق التفصيل فان كان لافاقته وقت معلوم فعقد في ذلك الوقت فالحكم فيه النفاذ كالعاقل وان لم يكن لافاقته وقت معلوم فعقد في حال الافاقة فالحكم فيه الوقف كالصبي فينبغي أن يحمل ما قاله الزيلعي رحمه الله على الاول وما ذكره الاتقاني رحمه الله على الثاني هذا ما ظهر لي حال المطالعة والله أعلم بالصواب اه (قوله والمعتوه كالصبي الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال الى الوجوب وفخر الاسلام مال الى السقوط اه سيأتي في كلام الشارح في الورقة الآتية في الشرح أنه غير مكلف اه (قوله في المتن ومن عقد منهم) أي من هؤلاء المذكورين الثلاثة اه اتقاني وكتب على قوله منهم ما نصه قال خواهر زاده أي من الصغير والعبد ذكر الجمع وأراد التثنية كما في قوله تعالى فقد صغت قلوبكما وقال في شرح النافع أراد الصغير والعبد والمجنون الذي يجن ويفيق لا الذي ذهب عقله فان تصرف مثل هذا لا يصح وان لحقه الاجازة ولهذا قيده بقوله وهو يعقله (قوله في المتن أو يفسخه) يعني اذا باع الصغير شيئا أو اشتراه فلحقه الاجازة فان عقل معنى العقد جاز والا فلا وكذا العبد الصغير وكذا المجنون الذي يجن ويفيق اذا عقد فأجازه الولي جاز ذلك اذا كان العقد في حال افاقته ومعرفته معنى البيع اه غاية (قوله فالولي بالخيار الخ) قال الاتقاني رحمه الله اعلم أن ما كان فيه نفع يشوبه ضرر كالبيع والشراء والاستئجار والاجارة والرهن والارتهان والاقراض والاستقراض

العقل فمن غلب من البشر عقله على هواه كان أفضل خلقه لما يقاسي من مخالفة الهوى ومكابدة النفس ومن غلب هواه على عقله كان أردأ من البهائم قال الله تبارك وتعالى إن هم الا كالانعام بل هم أضل فجعل بعضهم ذوي النهى وجعل منهم أعلام الدين وأئمة الهدى ومصابيح الدجى وابتلى بعضهم بما شاء من أسباب الردى كالجنون الموجب لعدم العقل والصغر والعته الموجبين لنقصانه فجعل تصرفهما غير نافذ بالحجر عليهما ولولا ذلك لكان معاملتهما ضررا عليهما بأن يستجر من يعاملهما مالهما باحتياله الكامل وجعل من ينظر في مالهما خاصا وعاما وأوجب عليه النظر لهما وجعل الصبا والجنون سببا للحجر عليهما كل ذلك رحمة منه ولطفا والرق ليس بسبب للحجر في الحقيقة لانه مكلف محتاج كامل الرأي كالحر غير أنه وما في يده ملك المولى فلا يجوز له أن يتصرف لاجل حق المولى والانسان اذا منع عن التصرف في ملك الغير لا يكون محجورا عليه كالحر لا يقال انه محجور عليه مع أنه ممنوع عن التصرف في ملك غيره ولهذا يؤخذ العبد باقراره بعد العتق لزوال المانع وهو حق المولى ولعدم نفوذه في الحال وتأخره الى ما بعد الحرية جعله من المحجور عليهم ثم هذه الاشياء توجب الحجر في الاقوال دون الافعال لان الحجر في الحكميات دون الحسيات ونفوذ القول حكمي ألا ترى أنه يرد ويقبل والفعل حسي لا يمكن رده اذا وقع فلا يتصور الحجر عنه وهو المراد بقوله هو منع عن التصرف قولا لا فعلا قال رحمه الله (فلا يصح تصرف صبي وعبد بلا اذن ولي وسيد) لان الصبي عديم العقل ان كان غير مميز وان كان مميزا فعقله ناقص لعدم الاعتدال وهو بالبلوغ فيحتمل فيه الضرر فلا يجوز الا اذا أذن له الولي فيصح حينئذ لترجح جانب المصلحة فيه ومنع العبد لحق المولى فاذا أذن له فقد زال فيتصرف بأهليته ان كان بالغا عاقلا وان كان صغيرا فهو كالحر الصغير قال رحمه الله (ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) يعني لا يجوز تصرفه أصلا ولو أجازه الولي لان صحة العبارة بالتمييز وهو لا تمييز له فصار كبيع الطوطي وان كان يجن تارة ويفيق أخرى فهو في حال افاقته كالعاقل والمعتوه كالصبي العاقل في تصرفاته وفي رفع التكليف عنه وهو الناقص العقل وقيل هو المدهوش من غير جنون واختلفوا في تفسيره اختلافا كثيرا وأحسن ما قيل فيه هو من كان قليل الفهم مختلط الكلام فاسد التدبير الا أنه لا يضرب ولا يشتم كما يفعل المجنون قال رحمه الله (ومن عقد منهم وهو يعقله يجيزه الولي أو يفسخه) أي من عقد البيع أو الشراء من هؤلاء المحجورين وهو يعقل البيع والشراء بأن يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعلم الغبن الفاحش من اليسير ويقصد به تحصيل الربح والزيادة فالولي بالخيار ان شاء أجازه وان شاء رده لانه اذا كان بهذه الصفة يحتمل

أن يكون في عقده مصلحة فيجيزه الولي أو المولى ان رأى فيه ذلك كعقد الاجنبي وهو الفضولي فيتوقف على اجازته فان قيل هذا في البيع مستقيم وأما في الشراء فلا يستقيم لانه لا يتوقف بل ينفذ على المشتري قلنا انما ينفذ على المشتري اذا وجد نفاذا كشراء الفضولي وهنا لم يجد نفاذا لعدم الاهلية أو لتضرر المولى فيوقف الكل قال رحمه الله (وان أتلفوا شيأ ضمنوا) لما ذكرنا أنهم غير محجور عليهم في حق الافعال اذ لا يمكن أن يجعل القتل غير القتل والقطع غير القطع فاعتبر في حقه فيترتب عليه موجبه لتحقق السبب ووجود أهلية الوجوب وهي الذمة لان الآدمي يولد وله ذمة صالحة لوجوب الحق عليه وله الا أنه لا يخاطب بالأداء الا عند القدرة كالمعسر لا يطالب بالدين الا اذا أيسر وكالنائم لا يؤمر بالاداء الا اذا استيقظ من النوم قال رحمه الله (ولا ينفذ اقرار الصبي والمجنون) لان اعتبار الاقوال بالشرع ألا ترى أنه يحتمل الصدق والكذب وقبل الشارع شهادة البعض دون البعض فأمكن رده فيرد نظرا لهما بخلاف الافعال على ما بينا أنه فعل حسي فلا مرد له حتى لو تعلق به حكم شرعي كالحد فلا يعتبر فعله أيضا الا من حيث انه اتلاف فيجب عليه الضمان قال رحمه الله (وينفذ اقرار العبد في حقه لا في حق مولاه فلو أقر بمال لزمه بعد الحرية) لانه اقرار على غيره وهو المولى لما أنه وما في يده ملك المولى واقرار المرء على غيره لا يقبل فاذا عتق زال المانع فيتبع به لوجود سببه عن أهلية قال رحمه الله (ولو أقر بحد أو قود لزمه في الحال) لان العبد مبقي على أصل الحرية في حقهما لانهما من خواص الانسانية وهو ليس بمملوك من حيث انه آدمي وان كان مملوكا من حيث انه مال ولهذا لا يصح اقرار المولى بهما عليه فاذا بقي على أصل الحرية فيهما ينفذ اقراره بهما لانه أقر بما هو حقه وبطلان حق المولى ضمني فان قيل قوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيأ الا الطلاق يقتضي أن لا يملك الاقرار بالقصاص والحدود قلنا لما بقي على أصل الحرية في حقهما يكون اقرار الحر لا اقرار العبد ولان قوله تعالى بل الانسان على نفسه بصيرة يقتضي أن يصح اقراره فينفذ ولا يقال انه خص منه الاقرار بالمال لانا نقول الاقرار بالمال ليس باقرار على نفسه وانما هو اقرار على غيره فلم يتناوله النص على أنا لا نسلم أنه مخصوص لانه مقبول أيضا في حق نفسه حتى يلزمه بعد الحرية ولا يقال ان النص يحمل على أنه ورد على الحر دفعا للتناقض بينه وبين ما روينا قلنا يحمل المروي على غير هذه الصورة دفعا للتعارض قال رحمه الله (لا بسفه) أي لا يحجر عليه بسبب سفه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله اعلم أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل بسبب السفه والدين والغفلة والفسق وان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وعندهما يحجر عليه بسبب السفه والدين في تصرفات لا تصح مع الهزل كالبيع والهبة والاجارة والصدقة ولا يحجر عليه في غيرها كالطلاق ونحوها وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بالكل والسفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا والسفيه من عادته التبذير والاسراف في النفقة وأن يتصرف تصرفا لا لغرض أو لغرض لا يعده العقلاء من أهل الديانة غرضا مثل دفع المال الى المغني واللعاب وشراء الحمام الطيارة بثمن غال والغبن الفاحش في التجارات من غير محمدة وأصل المسامحات في التصرفات والبر والاحسان مشروع والاسراف حرام كالاسراف في الطعام والشراب قال الله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم التي جعل الله لكم قياما وارزقوهم فيها واكسوهم فهذا نص على اثبات الحجر عليه بطريق النظر فان الولي هو الذي يباشر التصرف في ماله على وجه النظر له وقوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا أو لا يستطيع أن يمل هو فليملل وليه بالعدل وهذا نص على اثبات الولاية على السفيه وأنه مولى عليه فلا يكون ذلك الا بعد الحجر عليه وروي أن عبد الله بن جعفر كان يفني ماله في الجهاد والضيافات حتى اشترى دار الضيافة بمائة ألف فبلغ ذلك علي بن أبي طالب فقال لآتين عثمان ولأسألنه أن يحجر عليه فاهتم بذلك عبد الله وجاء الى الزبير فأخبره بذلك فقال أشركني فيها فأشركه ثم جاء علي الى عثمان رضي الله

عنهما

فانه يقف على اجازة الولي اذا تصرف الصبي العاقل أو المعتوه وكذا العبد المحجور اذا تصرف في هذه الاشياء يقف على اجازة المولى حتى يرى الولي أو المولى رأيه فيه ان رأى النفع في النقض نقض اهـ (قوله لان العبد مبقي الخ) وقال زفر لا يصح اقراره اذا كان محجورا عليه وجه قوله أنه لو صح يلزم منه اتلاف مال المولى فلا يصح كما لو أقر بدين ولنا أن العبد مبقي على أصل الحرية في حق الدم لان الرق ينافي مالكية غير المال لان كونه مملوكا باعتبار معنى المالية فيه لا باعتبار الآدمية والقصاص من خواص الآدمية وكذا ايجاب الحد فيصح اقراره بهما والدليل على أنه مبقي على أصل الحرية أن المولى لا يملك سفك دمه ولا يصح اقرار المولى بدمه ولان اقرار المحجور بدين انما لا يصح في حق المولى للتهمة في حق مولاه وليس بمتهم في هذا الاقرار لانه أقر بما يوجب العقوبة على نفسه وقول زفر منقوض باقراره بالردة فانه يقبل ويقتل وان لزم اتلاف مال المولى وينبغي أن يكون مراد القدوري في قوله وان أقر بحد أو قصاص لزمه فيما اذا كان كبيرا أما اذا كان صغيرا فلا لانه لا اعتبار لقوله لعدم القصد الصحيح اهـ اتقاني

عنهما فسأله أن يحجر عليه فقال كيف أحجر على رجل شريكه الزبير وانما قال ذلك لان الزبير كان معروفا بالكياسة في التجارة فاستدل برغبته أنه لا غبن في تصرفه وهذا اتفاق منهم على جواز الحجر بهذا السبب وأن عائشة رضي الله عنها كانت تتصدق بمالها حتى روى أنها كان لها رباع فهمت ببيع رباعها التصدق بالثمن فبلغ ذلك عبد الله بن الزبير فقال لانتهين عائشة عن بيع رباعها التصدق أو لاحجرن عليها ولان النظر له واجب حقا الاسلامه وليس من النظر أن يمكن من التصرف لا على وجه يقتضيه العقل والحكمة فيحجر عليه نظرا له وهو من جملة التعاون على البر فصار كالصبي بل أولى لان الصبي انما حجر عليه لتوهم التبذير وهذا قد تحقق منه ولهذا يمنع ماله في الابتداء اجماعا بطريق النظر له ومنع المال من غير حجر عليه لا يفيد لان ما منع من يده يتلفه بلسانه فيحجر عليه نظرا له ولابي حنيفة رحمه الله ماروى ابن عمر رضي الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام ذكر له رجل يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة رواه البخاري ومسلم وفي رواية غيرهما قيل له احجر عليه ولانه عاقل كامل العقل ألا ترى أنه مكلف فلا يحجر عليه كالرشيد بخلاف المعتوه والصبي فانهما ناقصا العقل ولهذا لم يكلفا فلا يمكن القياس عليهما ولو كان يحجر عليه نظرا له لكان رفع التكليف أنظر له فحيث كلفه الشارع يعلم أنه لم ينظر له فكيف ينظر له وهو كامل العقل والتقصير من جهته بسوء اختياره وقلة تدبيره ومكابرة العقل ومتابعة الهواء ولان في حجره إلحاقه بالبهائم وإهدار آدميته وهو أشد ضررا من التبذير ولا يتحمل الاعلى لدفع الادنى حتى لو كان في الحجر دفع ضرر عام يحجر عليه عنده وذلك كالحجر على المتطبب الجاهل بأن يسقيهم دواء مهلكا أو اذا قوى عليهم الدواء لا يقدر على ازالة ضرره وكالحجر على المفتي الماجن وهو الذي يعلم العوام الحيل الباطلة كتعليم الارتداد لتبين المرأة من زوجها أو لتسقط عنها الزكاة ولا يبالي بما يفعل من تحليل الحرام أو تحريم الحلال وكالحجر على المكاري المفلس وهو الذي يتقبل الكراء ويؤجر الجمال وليس له جمال ولا ظهر يحمل عليها ولا له مال يشتري به الدواب والناس يعتمدون عليه ويدفعون الكراء اليه ويصرف هو ما أخذه منهم في حاجته فاذا جاء وقت الخروج يختفي فتذهب أموال الناس وتفوت حاجتهم من الغزو والحج لان دفع الضرر العام واجب وان كان فيه الحاق الضرر بالخاص ولا يصح القياس على منع المال لعدم الاستواء لان الحجر أبلغ في العقوبة من منع المال ومنع المال مفيد لان أكثر ما يتلف بتصرفاته بان لا يهتدي اليها السلامة قلبه فيغبن في البياعات فيخسر أو بالهبات والصدقات أو بأن يجمع أصحابه من أهل الفسق والشر ويطعمهم ويسقيهم ويسرف في الانفاق عليهم فاذا لم يسلم اليه ماله لا يتمكن من ذلك والمذكور في قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم أموالنا لا أموال السفهاء المراد بالآية أن نطعمهم ونكسوهم من أموالنا ولا نسلمه اليهم والمراد بالسفهاء الذراري من النساء والصبيان لان النساء والصبيان اذا سلم اليهم المال ضيعوه هكذا قال ابن عباس وظاهر الآية يشهد لذلك حيث أضيف المال الينا لا الى السفهاء ولئن كان المراد أموالهم فيجوز أن يكون المراد بالسفهاء الصغار والمجانين فلا يلزم حجة مع الاحتمال وقوله تعالى ولا تأكلوها اسرافا وبدارا أن يكبروا يدل على أن المراد بالآية الصغار لان معنى الآية والله أعلم لا تأكلوا أموالهم تبادرون كبرهم مخافة أن يكبروا فلا يكون للاولياء عليهم ولاية بعد الكبر وهو البلوغ فتنتزع الاموال من أيديهم بالكبر وهذا يشهد لمذهب أبي حنيفة رحمه الله لانه يدل على زوال ولاية الولي بالكبر وكذا قوله تعالى فان كان الذي عليه الحق سفيها أو ضعيفا الآية يحتمل أن يكون المراد بهم الصبيان والمجانين لان السفه هو الخفة لغة وذلك بنقصان العقل كالصبي أو بعدمه كالمجنون

(قوله ولابي حنيفة ماروى ابن عمر الخ) قال الاتقاني وجه قول أبي حنيفة الكتاب والاجماع والمعقول ثم قال وأما الاجماع فهو أن السفيه اذا طلق أو أعتق أو تزوج تصح منه هذه التصرفات بالاتفاق وكذا اذا أقر على نفسه (١٩٣) بالحدود والقصاص صح بالاتفاق فلو كان محجورا عليه لم تصح تصرفاته أصلا لسلب ولايته فاذا صح تصرفه في النفس وهي الاصل وجب أن يصح تصرفه في المال وهو التبع بالطريق الاولى بدلالة الاجماع وأما المعقول فنقول هذا حر مخاطب تصرف في خالص حقه على وجه التنفيذ ولم يتصل به حق أحد فوجب أن ينفذ تصرفه ولا يحجر قياسا على المصلح لماله وعلى الطلاق والعتاق والنكاح وعلى تصرف يتصل بنفسه من الاقرار بالحد والقصاص وذلك لان كونه حرا مخاطبا دليل على كونه مالكا قادرا على التصرفات لان الخطاب دليل اعتبار عقله والعقل دليل (قوله فقل لا خلابة) أي لا خداع وجاء في رواية فقل لا خيابة بالياء كأنها لثغة من الراوي أبدل اللام ياء اهـ ابن الاثير رحمه الله (قوله بخلاف المعتوه الخ) قال الاتقاني ثم اعلم أن المعتوه البالغ هل تجب عليه العبادات أم لا فيه اختلاف المشايخ فالقاضي أبو زيد مال الى الوجوب وفخر الاسلام مال الى السقوط اهـ تقدمت هذه الحاشية قبل هذه بستة قولات في قوله والمعتوه كالصبي الخ فانظره وقد نبه على هذه

(٣٥ – زيلعي خامس)

هناك (قوله وكالحجر على المفتي الماجن) ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده والمفتي الجاهل وهما متقاربان لان ضررهما عام اهـ اتقاني وكتب على قوله الماجن ما نصه قال في الجمهرة مجن الشيء يمجن مجونا اذا صلب وغلظ وقولهم رجل ماجن كأنه أخذ من غلظ الوجه وقلة الحياء وليس بعربي محض اهـ اتقاني

والصغير الذي ليس له تمييز أو نقول الآية تقتضي أن ينفذ تصرف السفيه فإن الذي عليه الدين هو الذي لزمه بمداينة نفسه لقوله تعالى يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى ثم قال وليملل الذي عليه الحق يعني الحق الذي لزمه بتلك المداينة ثم قال فإن كان الذي عليه الحق سفيها أي الحق الذي لزمه بمداينته والله أعلم فليملل وليه وهذا ظاهر على أن الدين لزمه بمعاملته ثم قد يعجز عن الإملال لعدم هدايته إلى الحساب أو لقلة ممارسته بالإملال لأنه يحتاج فيه إلى فصاحة وتأليف كلام فيحتاج أن يملل عنه غيره بإخباره هو وإقراره على نفسه وأكثر الناس على هذا اليوم فإن الذي عليه الحق لا يؤلف كلاما عليه وإنما يعلم ما عليه ثم يؤلف غيره من الكتاب وحديث عبد الله بن جعفر دليل لنا لأن عثمان رضي الله عنه امتنع من الحجر عليه مع سؤال علي وكلام علي كان على سبيل التخويف له وحديث عائشة رضي الله عنها دليل لنا أيضا لأنه لما بلغها قول ابن الزبير حلفت أن لا تكلم ابن الزبير أبدا فلو كان الحجر حكما شرعيا لما استجازت هذا الحلف من نفسها مجازاة على قوله فيما هو حكم شرعي وبهذا يتبين أن ابن الزبير قال ذلك كراهة أن تفني مالها فتبتلي بالفقر فتصير عيالا على غيرها والمصير إلى هذا أولى ليكون أبعد من نسبة السفه والتبذير إلى الصحابة رضي الله عنهم أجمعين لا سيما مثل عائشة وهي أكرم أهل البيت المطهرين من الرجس رضي الله عنهم أجمعين وكيف يظن بهم التبذير والمبذرون إخوان الشياطين وما القائل لذلك إلا مكابر نفسه وجاحد للنصوص وإنما كان ذلك على سبيل الشفقة والنصح خوفا عليهم على ما ذكرنا وكان ذلك من عادتهم ألا ترى إلى ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنه أنه قال ذكر رجل لرسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يخدع في البيع فقال من بايعت فقل لا خلابة ولو كان الحجر مشروعا واجبا أو جائزا لحجر عليه وفيما روى أنس رضي الله عنه فأتى أهله النبي صلى الله عليه وسلم فقالوا يا رسول الله احجر على فلان فإنه يبتاع وفي عقدته ضعف فدعاه فنهاه عن البيع فقال يا نبي الله إني لا أصبر عن البيع فقال إن كنت غير تارك للبيع فقل هاء وهاء ولا خلابة رواه أبو داود وأحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه الترمذي وهذا تصريح بأن الحجر غير مشروع وأن نهيه عليه الصلاة والسلام كان على سبيل الشفقة عليه إذ لو كان عزيمة لما وسعه أن يقول لا أصبر عن البيع ولا كانت بياعاته تلزم وعن ابن عمر رضي الله عنهما أن منقذا سفع في رأسه في الجاهلية مأمومة فخبلت لسانه فكان إذا بايع يخدع في البيع فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم بايع وقل لا خلابة ثم أنت بالخيار ثلاثا قال ابن عمر فسمعته يبايع ويقول لا خلابة لا خذابة رواه الحميدي في مسنده فقال حدثنا سفيان عن محمد بن إسحق عن نافع عن ابن عمر فذكره وعن محمد بن يحيى بن حبان قال هو جدي منقذ بن عمرو وكان رجلا قد أصابته آمة في رأسه فكسرت لسانه فكان لا يدع على ذلك التجارة وكان لا يزال يغبن فأتى النبي صلى الله عليه وسلم فذكر له ذلك فقال إذا أنت بايعت فقل لا خلابة ثم أنت في كل سلعة ابتعتها بالخيار ثلاث ليال إن رضيت فأمسك وإن سخطت فارددها على صاحبها رواه البخاري في تاريخه وابن ماجه والدارقطني هكذا ذكر في المنتقى ثم لو حجر عليه القاضي فرفع ذلك إلى قاض آخر فرفع حجره وأطلق عنه جاز إطلاقه لأن الحجر من الأول فتوى وليس بقضاء لأن القضاء لقطع الخصومة بين المتخاصمين بالقضاء لأحدهما على الآخر ولم يوجد وقال صاحب الهداية ولو كان قضاء فنفس القضاء مختلف فيه فلا بد من الإمضاء يعني حتى يلزم لأن الاختلاف إذا وقع في نفس القضاء لا يلزم ولا يصير مجمعا عليه وإنما يصير مجمعا عليه أن لو كان الاختلاف موجودا قبل القضاء فيتأكد أحد القولين بالقضاء فلا ينقض بعد ذلك وأما إذا كان الاختلاف في نفس القضاء فبالقضاء يحصل الاختلاف فلا بد من قضاء آخر ليصير مجمعا عليه لقضائه بعد وجود الاختلاف وهذا معناه ولكن فيه إشكال هنا لأن الاختلاف فيه موجود قبل القضاء فإن محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس

(قوله والمبذرون إخوان الشياطين) الذي بخط الشارح الشيطان اه (قوله وعن محمد بن يحيى بن حبان) بفتح أوله الأنصاري الخزرجي اه وكتب ما نصه قال ابن حجر رحمه الله في الإصابة والحاصل أنه اختلف في القصة هل وقعت لحبان بن منقذ أو لأبيه منقذ بن عمرو اه (قوله فلا بد من الإمضاء) أي حتى لو رفع تصرفه بعد الحجر إلى القاضي الحاجر أو إلى غيره فقضى ببطلان تصرفه ثم رفع إلى قاض آخر نفذ إبطاله لاتصال الإمضاء به ولا يقبل النقض بعد ذلك اه هداية (قوله وهذا معناه) أي معنى قول صاحب الهداية اه (قوله فإن محمدا رحمه الله يرى حجره بنفس السفه) كما سيأتي في الصفحة الآتية من الشرح اه قال الصدر الكبير برهان الدين الأجل صاحب المحيط الكبير عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقته المطولة الحجر على الحر العاقل البالغ السفيه المبذر لماله في الخير والشر غير جائز عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد يجوز ثم إنهما اختلفا فيما بينهما في أن السفيه إذا بلغ يبلغ محجورا أو مطلقا قال محمد يبلغ محجورا ولا يحتاج إلى حجر القاضي وقال أبو يوسف يبلغ مطلقا ويحتاج إلى حجر القاضي وأجمعوا على أنه يمنع عنه المال إلى أن يبلغ خمسا وعشرين سنة ثم اختلفوا بعد ذلك قال أبو حنيفة لا يمنع عنه ماله بعد خمس وعشرين سنة وقال أبو يوسف ومحمد يمنع عنه ما دام السفه قائما إلى هنا لفظ الطريقة اه إتقاني

السفه ولا ينفذ تصرفه فانه أصلا فصير القضاء به على هذا التقدير قضاء بقول محمد رحمه الله فيتأكد قوله بالقضاء بخلاف القضاء على الغائب فان الاختلاف فيه في نفس القضاء هل يجوز أم لا فعندنا لا ينفذ وعند الشافعي رحمه الله يجوز فحصل الاختلاف بالقضاء فلا يرتفع حتى يحكم بجواز هذا القضاء قال رحمه الله (فان بلغ غير رشيد لم يدفع اليه ماله حتى يبلغ خمسا وعشرين سنة ونفذ تصرفه قبله ويدفع اليه ماله ان بلغ المدة مفسدا) أى ان بلغ خمسا وعشرين سنة دفع اليه ماله وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا يدفع اليه ماله أبدا حتى يؤنس منه الرشد ولا يجوز تصرفه فيه أبدا لقوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم ولقوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم نهانا عن الدفع اليه ما دام سفيها وأمرنا بالدفع ان وجد منه الرشد اذ لا يجوز الدفع اليه قبل وجوده ولان منع ماله لعلة السفه فيبقى المنع ما بقيت العلة لان الحكم يدور معها ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم ولا تتبدلوا الخبيث بالطيب والمراد به بعد البلوغ سمى يتيما لقربه منه ولان أول أحوال البلوغ قد لا يفارقه السفه باعتبار أثر الصبا فقدرناه بخمس وعشرين سنة لانه حال كمال لبه وقد روى عن عمر رضى الله عنه أنه قال ينتهى لب الرجل اذا بلغ خمسا وعشرين سنة وقال أهل الطبائع من بلغ خمسا وعشرين سنة فقد بلغ رشده ألا ترى أنه قد بلغ سنا يتصور أن يصير جدا لان أدنى مدة يبلغ فيه الغلام اثنتا عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر ثم الولد يبلغ فى اثنى عشرة سنة فيولد له ولد لستة أشهر فقد صار بذلك جدا حتى لو بلغ رشيدا ثم صار مبذرا لم يمنع منه ماله لان هذا ليس بأثر الصبا فلا يعتبر فى منع المال ولان منع المال عنه على سبيل التأديب عقوبة عليه والاشتغال بالتأديب عند رجاء التأدب فاذا بلغ هذا السن فقد انقطع رجاء التأدب فلا معنى لمنع المال بعده والمراد بما تلونا من الآية الاولى منع أموالنا لا أموالهم على ما بينا من قبل والآية الثانية فيها تعليق بالشرط والتعليق بالشرط لا يوجب العدم عند عدم الشرط على أصلنا على ما عرف فى موضعه ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة رضى الله عنه وانما يتأتى على قول من يرى الحجر فعندهما اذا باع لا ينفذ بيعه لان فائدة الحجر عدم النفوذ وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم لان تصرفه موقوف لاحتمال أن يكون فيه مصلحة فاذا رأى الحاكم فيه مصلحة أجازه والا رده كتصرف الصبى والمعتوه بل أولى لانه مكلف عاقل ينفذ تصرفه فيما يضره كالاعتاق والطلاق ولو باع قبل حجر القاضى عليه جاز عند أبى يوسف رحمه الله لان السفه ليس بشئ محسوس وانما يستدل عليه بالغبون فى تصرفاته وذلك محتمل لانه يجوز أن يكون للسفه ويجوز أن يكون حيلة منه لاستجلاب قلوب المجاهزين فاذا تردد لا يثبت حكمه الا بقضاء القاضى بخلاف الجنون والصغر والعته ولان الحجر بالسفه مختلف فيه بين العلماء فلا يثبت حكمه الا بالقضاء بمنزلة الحجر بسبب الدين ولان الحجر عليه نفسه متردد بين الضرر والنفع لان اهدار أهليته ضرر عليه وابقاء ملكه نظر له فلا بد من القضاء ليترجح أحد الجانبين على الآخر وعند محمد لا يجوز لان علة الحجر السفه وقد تحقق فى الحال فيترتب عليه موجبه بغير قضاء كالصبا والجنون

(قوله حتى يحكم بجواز هذا القضاء) أى يحكم بجوازه قاض آخر اه (قوله فقد صار بذلك جدا) قال فى الهداية ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشيدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه قال الاتقانى أى ولاجل أن المنع باعتبار أثر الصبا قال أبو حنيفة اه قوله لا يمنع المال عنه أى خلافا لهما كما سيجىء آخر هذه الصفحة فى الشرح فى قوله وعلى هذا الخلاف اذا بلغ الخ اه وقد تأتى فى هذا الحجر بعد ثلاث قولات (قوله ثم لا يتأتى التفريع على قول أبى حنيفة) قال الاتقانى أراد بالتفريع الذى ذكره القدورى فى مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ بيعه وان كان فيه مصلحة أجازه الحاكم وذلك لان أبا حنيفة لما لم ير الحجر جائزا نفذ بيع (١٩٥) السفيه أجازه الحاكم أولا وهما لما رأيا الحجر جائزا ورد التفريع على قولهما فانعقد بيع السفيه ولم ينفذ فان أجازه الحاكم نفذ كما فى بيع الصبى العاقل والا فلا وانما يجيزه اذا كان فى البيع منفعة فان لم يكن فى البيع منفعة بان كان فيه محاباة أو لم يكن فيه محاباة الا أن الثمن يهلك فى يد المحجور فانه لا يجيزه لانه لا منفعة للمحجور فى اجازة هذا البيع لان المبيع يزول عن ملكه بغير ثمن يحصل له وقت الاجازة كما أن الصبى اذا باع وفى البيع محاباة أو لم يكن فيه محاباة الا أن الثمن الذى قبضه يهلك فى يده لا يجيزه القاضى ولا نظر للصبى والمحجور فى الاجازة لانه لو لم يجز لم يضمن ما هلك من الثمن لانه قبض باذن المشترى ويحصل له المبيع ومتى أجاز يزول المبيع عن ملكه ولا يحصل له الثمن كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اه اتقانى (قوله ولو باع قبل حجر القاضى الخ) قال الاتقانى قال فى اشارات الاسرار ثم عند محمد يصير محجورا بدون القضاء لان علة الحجر السفه وهى متحققة وقال أبو يوسف يتوقف على القضاء لانه بين سفه ورشد لانه لا يكابر فى جميع الاحوال ولكن فى حال دون حال فيتوقف على انضمام القضاء اليه والفرق لمحمد بين حجر السفيه حيث لا يتوقف الى قضاء القاضى وبين حجر المديون حيث يتوقف الى قضاء القاضى هو أن حجر السفيه لمعنى فيه وهو سوء اختياره لا لحق الغير فأشبه الجنون وثمة يحجر بنفس الجنون ولا يتوقف على القضاء فكذا هنا فأما الحجر بسبب الدين فليس لمعنى فيه بل لحق الغرماء حتى لا يتلف حقهم بتصرفه فيتوقف على قضاء القاضى لان له ولاية عليه فيعمل حجره اه (قوله لاستجلاب قلوب المجاهزين) بالزاى اه

(قوله وعلى هذا الخلاف الخ) يعني ان عند محمد يحجر بمجرد السفه وعند أبي يوسف لا يحجر ما لم يقض القاضي اه غاية هذه القولة التي نبهنا عليها عند قوله فقد صار بذلك جدا وذلك قبل ثلاث قولات (قوله وان أعتق عبدا عتق عندهما) قال الاتقاني وانما خص صاحب الهداية قول أبي يوسف ومحمد لانه فرع على أصلهما لا على أصل أبي حنيفة لان عند أبي حنيفة اعتاق

والجامع أن الحجر لمعنى في نفسه والقضاء يكون عند الخصومة ولا خصومة لاحد هنا بخلاف الحجر بسبب الدين لانه لحق الغير حتى لا يتوى مال الغرماء وهم لا ولاية لهم عليه حتى يحجروه وللقاضي عليه ولاية فيتوقف على قضائه لتوقفه على طلبهم ألا ترى أنهم لو لم يطلبوا ذلك أو أبرؤه أو أوفاهم حقهم لا يحجر عليه وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشيدا ثم صار سفيها وان أعتق عبدا عتق عندهما وقال الشافعي رحمه الله لا يعتق وهذا بناء على الاختلاف في كيفية حجره وعندهما هو كالهازل فان الهازل يخرج كلامه على غير نهج العقلاء لقصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا لنقصان في عقله فكذا السفيه يخرج كلامه في التصرفات على غير نهج كلام العقلاء لاتباع الهوى ومكابرة العقل لا لنقصان في عقله فكل كلام لا يؤثر فيه الهزل لا يؤثر فيه السفه وكل تصرف يؤثر فيه الهزل وهو مما يحتمل الفسخ يؤثر فيه السفه والعتق لا يؤثر فيه الهزل فينفذ من السفيه وعند الشافعي الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بالرق حتى لا ينفذ بعد الحجر شيء من تصرفاته سوى الطلاق كالعبد واذا نفذ عندهما فعلى العبد أن يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف رحمه الله الاول لان الحجر على السفيه كالحجر على المريض فانه لاجل النظر لغرمائه وورثته ثم هنالك اذا أعتق عبدا وجب عليه السعاية لغرمائه أو لورثته في ثلثي قيمته ان لم يكن عليه دين ولا مال له غيره لان الرد واجب لمعنى النظر وتعذر رد عينه فيجب نقضه معنى بايجاب السعاية فكذا هنا وفي قول أبي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد رحمه الله ليس عليه سعاية لانه لو سعى يسعى لمعتقه والمعتق لا تلزمه السعاية لحق معتقه بحال وانما تلزمه السعاية لاجل غيره ولو دبر عبده جاز تدبيره لان التدبير يوجب حق العتق للمدبر فيعتبر بحقيقة العتق الا أنه في التدبير لا تجب عليه السعاية مادام المولى حيا لانه بعد صحة التدبير مال مملوك للمولى فيستخدمه ولا يمكن ايجاب نقصان التدبير عليه لانه باق على ملكه والمولى لا يستوجب على عبده دينا فتعذر ايجاب النقصان عليه ألا ترى أنه لو دبر عبده بمال وقبل العبد صح التدبير ولم يجب عليه المال فان مات المولى ولم يؤنس منه الرشد سعى في قيمته مدبرا لانه بموت المولى عتق ولانه أعتقه في حياته فعليه السعاية في قيمته مدبرا لان العتق لاقاه مدبرا كما لو أعتقه بعد التدبير وان جاءت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والامة أم ولد له لان في الحاقه بالمصلح في حق الاستيلاد توفير النظر لاحتياجه الى ذلك لابقاء نسله وصيانة مائه ويلتحق في هذا الحكم بالمريض المديون اذا ادعى نسب ولد أمته كان هو في ذلك كالصحيح حتى انها تعتق من جميع ماله بموته ولا تسعى هي ولا ولدها في شيء لان حاجته مقدمة على حق الغرماء بخلاف ما لو أعتقها من غير أن يدعي الولد ولو لم يكن معها ولد فقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر على بيعها فان مات سعت في كل قيمتها بمنزلة المريض اذا قال لامته وليس معها ولد هذه أم ولدي وهذا لانه اذا كان معها ولد فثبوت نسب الولد بمنزلة الشاهد لها في ابطال حق الغير وكذا في رفع حكم الحجر في تصرفه بخلاف ما اذا لم يكن معها ولد لانه لا شاهد لها فاقراره لها بحق العتق بمنزلة الاقرار لها بحقيقة العتق ولا يقدر على بيعها بعد ذلك وتسعى في قيمتها بعد موته كما لو أعتقها في حال حياته وان تزوج امرأة جاز نكاحه لانه لا يؤثر فيه الهزل فلا يؤثر فيه السفه فان سمى لها مهرا جاز منه مقدار مهر مثلها وبطل الفضل لان التزوج من حوائجه الاصلية ومن ضرورة صحة النكاح وجوب المهر فيلزم منه قدر مهر المثل لانه من ضرورات صحته وما زاد عليه يلزمه بالتسمية وهو ليس من أهل التزام المال وان طلقها قبل الدخول وجب لها نصف المسمى لان التسمية صحيحة في مقدار

السفيه كاعتاق المصلح لا سعاية على العبد عنده لان الحجر على السفيه المكلف باطل عنده وانما السعاية عليه عندهما فلهذا قال نفذ عتقه عندهما وكان على العبد أن يسعى في قيمته ووجوب السعاية عليه عندهما ظاهر الرواية عنهما كذا ذكره الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ثم قال ذكر الطحاوي عن محمد الرجوع عن ذلك وقال ان العبد يعتق من غير سعاية ثم قال وهذا غير ظاهر اه اتقاني (قوله يسعى في قيمته عند محمد وهو قول أبي يوسف الاول) وفي قول أبي يوسف الاخير وهو رواية عن محمد لا سعاية موافق لما مشى عليه في المبسوط كما نبه عليه الكاكي اه (قوله لا تجب عليه السعاية مادام المولى حيا) أي لانه لا يمكن ايجاب السعاية على عبده لعدم الفائدة لانه لو سعى له سعى له من كسبه وكسبه له اه اتقاني (قوله فعليه السعاية في قيمته مدبرا) أي أو ورثته لانه صار معتقا اياه وهو مدبر بالكلام السابق وكذلك ان أعتقه بعد التدبير اه اتقاني (قوله وكان الولد حرا) أي في مهر
غير سعاية اه غاية (قوله وبطل الفضل) وهذا على مذهبهما لان عند أبي حنيفة تصرف السفيه المحجور عليه كتصرف المصلح فلا يبطل الفضل اه اتقاني

مهر المثل وكذا لو تزوج أربع نسوة أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها وتخرج الزكاة من مال السفيه وينفق عليه وعلى ولده وزوجته ومن تجب عليه نفقته من ذوى أرحامه من ماله لان احياء ولده وزوجته من حوائجه الاصلية والانفاق على ذى الرحم المحرم واجب عليه حقا لقرابته والسفه لا يبطل حقوق الناس ولا حقوق الله تعالى الا أن القاضى يدفع اليه قدر الزكاة ليفرقها بنفسه على الفقراء لان الواجب عليه الايتاء وهو عبارة عن فعل يفعله هو عبادة ولا يحصل ذلك الا بنيته ويدفع القاضى معه أمينا كى لا يصرفها الى غير المصرف ويسلم القاضى النفقة الى أمينه ليصرفها الى مستحقها لانه لا يحتاج فيها الى النية فاكتفى فيها بفعل الامين ولو حلف وحنث أو نذر بنذر من هدى أو صدقة أو ظاهر من امرأته لا يلزمه المال ويكفر يمينه وغيرها بالصوم لانه مما يجب بفعله ولو فتح له هذا الباب لبذر أمواله بهذا الطريق بخلاف ما يجب ابتداء بغير فعله وان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها لانها واجبة بايجاب الله تعالى ابتداء وليس له فيها صنع وفى الفرائض هو ملحق بالمصلح اذ لا تهمة فيه ولا يسلم القاضى النفقة اليه بل يسلمها الى ثقة من الحاج ينفقها عليه فى الطريق بالمعروف كى لا يبذر ولا يسرف ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا والقياس أن يمنع لانها تطوع فصارت كالحج تطوعا وجه الاستحسان أنها واجبة عند بعض العلماء فيمكن منها احتياطا بخلاف ما زاد على حجة واحدة ولا يمنع من القران لانه اذا لم يمنع من انشاء السفر لكل واحد منهما على الانفراد فلأن لا يمنع من الجمع بينهما فى سفر واحد والمؤنة تقل فيه أولى وأحرى ولا يمنع من أن يسوق بدنة تحرزا عن موضع الخلاف فان ابن عمر رضى الله عنهما لا يجوز الا البدنة وان جنى فى احرامه

(قوله أو تزوج كل يوم واحدة فطلقها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وبهذا يبطل مذهبهما فانه يتسفه فى هذا ويتصور السفه عادة من هذا الوجه ومع ذلك لا يحجران عليه ثم قال لكنهما يقولان السفه ليس بمعتاد بهذا الطريق لان السفه المعتاد ما يحصل به نوع غرض صحيحا كان أو فاسدا وليس فى الطلاق قبل الدخول على وجه لا يحصل اليه لذة أو راحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه محصور لا يتصور له المجاوزة عن حده والسفه مجاوزة عن الحد فى كل باب أو يقال بانه لا يمكن رده بهذا السفه لان طريق رده أن يلحقه بالهازل والهازل والحاذق فى هذا سواء اهـ اتقانى (قوله الا أن القاضى الخ) قال الاتقانى الا أنه لا يدفع الزكاة الى السفيه حتى يؤدى بنفسه لانه ربما يفسد ذلك ولا يصرفه الى الفقراء ولكن يدفعه الى أمينه ثم يأمره المحجور بأن يصرفه الى الفقراء لان الزكاة لا تتأدى من غير نية اهـ (قوله ويبعث القاضى) الذى بخط الشارح ويدفع القاضى اهـ (قوله ويسلم القاضى النفقة) أى نفقة ولد السفيه وزوجته ومن يجب عليه نفقته اهـ (قوله ويكفر يمينه وغيرها بالصوم) يصوم عن كل يوم ثلاثة أيام متتابعات اهـ غاية وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله ثم عندهما والظاهر هذا المفسد من امرأته أجزأه الصوم لانه بمنزلة الغائب عن ماله ولو أعتق عبده عن ظهار سعى الغلام فى جميع قيمته لان اعتاقه من حيث انه اتلاف ماله واجب النقض ثم لا يجزيه عن ظهاره لانه يكون اعتاقا بعوض وكذلك عليه كفارة القتل بالصوم لما قلنا ألا ترى أن المريض المصلح لو أعتق عبده عن ظهار أو قتل ولا مال له غيره ثم مات فى مرضه سعى الغلام فى ثلثى قيمته ولم يجزه عن الكفارة للسعاية التى وجبت كذا هذا فان صام المفسد أحد الشهرين ثم صار مصلحا لم يجزه الا العتق بمنزلة معسر أيسر لانه لا يمنع عنه ماله حينئذ فصار قادرا على الاعتاق بلا سعاية قبل حصول المقصود بما جعل خلفا فى الكفارة فبطل حكم الخلف كذا فى شرح الكافى اهـ (قوله بل يسلمها الى ثقة) وهذا كما قال فى زكاة المال انه يجب على السفيه الا أن الحاكم لا يعطيه الزكاة حتى يؤدى بنفسه كى لا يفسد ذلك فيقول ضاع منى فيطلب آخر ثم وثم حتى يأتى على ماله ولكن يدفع الى أمينه حتى يعطى الفقراء بأمره فكذلك هذا اهـ اتقانى ﴿فرع﴾ قال الاتقانى ثم لا يصدق السفيه فى اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا فى أربعة أشياء فى الوالد والولد والزوجة ومولى العتاقة لان السفيه والمصلح فى حق اثبات النسب سواء والمصلح انما يصدق فى اقراره بالنسب فى الاربعة التى ذكرنا لانه يقر على نفسه فأما فيما عدا ذلك فلا يصدق لانه تحميل النسب على الغير فكذا هذا وان كانت المفسدة امرأة فانها تصدق فى ثلاثة أشياء بالوالد والزوج ومولى العتاقة ولا تصدق فى الولد لانه تحميل النسب على غيرها فى الولد وهى والمصلحة فى ذلك سواء ثم اذا صدق فى اقراره فى حق هؤلاء ان ثبت عسرهم هؤلاء بالبينة فانه يجب النفقة فى ماله وان لم يثبت عسرهم بالبينة ولكن السفيه أقر بعسرهم فانه لا تجب النفقة وذلك لان نفقة الاقارب انما تستحق بالقرابة والعسر فيضاف الاستحقاق الى آخرهما ثبوتا وحتى كان العسر ثابتا وآخرهما ثبوتا النسب فيكون مقرا بالنسب لا بالمال على نفسه واقراره بالنسب جائز فاذا أقر بالعسر بعد النسب يكون وجوب النفقة مضافا الى العسر واذا كان مضافا اليه فقد جعل مقرا بايجاب مال على نفسه لا بالنسب فلا يصدق وكذلك ان أقر لامرأة بنفقة ما مضى لم يصدق الا ببينة لان نفقة المرأة لا تصير دينا فيما مضى الا بقضاء أو رضا ولم يعرف ذلك الا بقوله فيصير مقرا بايجاب دين على نفسه فلا يصدق الا أن تقوم على ذلك بينة لان الثابت بالبينة العادلة كالثابت معاينة كذا ذكر شيخ الاسلام خواهر زاده فى مبسوطه اهـ

(قوله قال محمد المحجور بمنزلة الصبي الخ) قال الاتقاني وقد اشتغل محمد رحمه الله في كتاب الحجر الى آخر الكتاب بالتفريع على مذهبه فقال هو بمنزلة الصبي الذي لم يبلغ اذا باع أو اشترى فأجازه الحاكم يجوز والا فلا لان تصرفاته ليست بباطلة بل هي موقوفة لاحتمال وقوعها مصلحة فاذا رأى القاضي وقوعها مصلحة يجيزها والا يردها بمنزلة الصبي الذي يعقل الا أنه يفارقه في خصال أربعة لا يجوز لوصيه ولا لابيه أن يبيع عليه ماله ولا يشتري له الا بأمر الحاكم وفي الذي لم يبلغ يملك ذلك وصيه وأبوه وهذا عندنا وقال الشافعي يملك عليه وليه التصرف لان الولاية للقريب فان لم يكن فالقاضي فنقول ان الولاية تثبت على العاجز وهذا قادر ولكن مع قدرته يمنع من التصرف تأديبا وتثقيفا وولاية التأديب تكون للقضاة والخصلة الثانية اذا أعتق عبدا جاز اعتاقه ويسعى في قيمته وكذا لو دبره يصح تدبيره ولو مات عنه يسعى في قيمته مدبرا واعتاق الذي لم يبلغ (١٩٨) لا يصح أصلا لعدم أهليته والخصلة الثالثة أن وصايا الغلام الذي قد بلغ مفسدا من التدبير وغيره باطلة قياسا ولكن نستحسن أن ما وافق الحق منها وما تقرب به الى الله تعالى وما يكون في غير وجه الفسق جائز كما تجوز وصية غيره وما يكون سفها لا يجوز وأما وصايا الذي لم يبلغ لا تجوز أصلا لان فساد ذلك لعدم الاهلية وفساد هذا لسفهه فما وافق الحق لا يوصف بالسفه فينفذ وما خالفه يرد والخصلة الرابعة اذا جاءت جاريته بولد فادعاه يثبت نسبه وكانت الجارية أم ولده فان مات كانت حرة لا سبيل عليها بخلاف الذي لم يبلغ لانه ليس من أهل الايلاد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فأما شيخ الاسلام خواهرزاده ذكر في مبسوطه من جملة الخصال الاربعة النكاح والطلاق فقال يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل ويجوز طلاق السفيه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولم يذكر الوصايا وادعاء الولد فعلى هذا تكون الخصال التي افترق فيها السفيه والصبي ستة اه (قوله ومن الصبي لا تجوز) قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت فيه نظر على ما ذكر في المبسوط لكن ما ذكره الشارح موافق لما ذكر في كتب الاصول من عدم صحة وصيته عندنا خلافا للشافعي رحمه الله اه ما نقلته من خط قارئ الهداية وقال في معراج الدراية ثم اعلم أن عندنا كما تصح وصايا المحجور بالسفه تجوز وصايا الصبي اذا عقل ما يصنع فهما سواء في التصرفات الا في أربعة مواضع منها أنه يجوز للاب ولوصيه أن يتصرف في مال الصبي بالبيع والشراء ولا يجوز في حق السفيه البالغ وثانيها أنه يجوز نكاح السفيه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل بلا اذن وثالثها أن طلاق السفيه وعتاقه يصح وفي الصبي العاقل لا يصح ورابعها يصح للسفيه تدبير عبده والصبي العاقل لا يصح الكل من المبسوط والمغني اه

ينظر ان كان جناية يجزي فيها الصوم كقتل الصيد والحلق عن أذى ونحو ذلك لا يمكن من التكفير بالمال بل يكفر بالصوم وان كان جناية لا يجزي فيها الصوم كالحلق من غير ضرورة والتطيب وترك الواجبات فانه يلزمه الدم ولكن لا يمكن من التكفير في الحال بل يؤخر الى أن يصير مصلحا بمنزلة الفقير الذي لا يجد مالا أو العبد المأذون له في الاحرام وكذا لو جامع امرأته بعد الوقوف بعرفة يلزمه بدنة ثم يتأخر الى أن يصير مصلحا وان أوصى بوصايا في القرب وأبواب الخير جاز ذلك من ثلث ماله ان كان له وارث وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز وصيته كما في تبرعاته حال حياته وجه الاستحسان أن الحجر عليه لمعنى النظر له كي لا يتلف ماله ويبقى كلا على غيره وذلك في حياته فيما يتلف جميع ماله لا فيما ينفذ من الثلث بعد وفاته حال استغنائه عن ماله وفيها ما فيها من الثواب الجزيل والذكر بعد وفاته بالجميل هذا اذا كانت الوصية منه موافقة لوصايا أهل الخير والصلاح نحو الوصية بالحج أو للمساكين أو بشيء من أنواع البر التي يتقرب بها الى الله تعالى ويستحسنه المسلمون كالوصية ببناء المساجد والاوقاف والقناطر والجسور وأما اذا أوصى بوصايا يستقبحها المسلمون فلا ينفذ قال محمد رحمه الله المحجور بمنزلة الصبي الا في أربعة أحدها أن تصرف الوصي في مال الصبي جائز وفي مال المحجور عليه باطل والثاني أن اعتاق المحجور وتدبيره وطلاقه ونكاحه جائز ومن الصبي باطل والثالث المحجور عليه اذا أوصى بوصية جازت وصيته من ثلث ماله ومن الصبي لا تجوز والرابع جارية المحجور عليه اذا جاءت بولد فادعاه ثبت نسبه منه ومن الصبي لا يثبت قال رحمه الله (وفسق) أي لا يحجر عليه بسبب فسق وهو معطوف على قوله لا بسفه وقال الشافعي رحمه الله يحجر عليه بسبب الفسق زجرا له وعقوبة عليه كالسفيه عنده فانه يحجر عليه زجرا له وعقوبة على اسرافه والفاسق أولى بذلك ولهذا لم يجعله أهلا للولاية والشهادة وعندهما حجر السفيه للنظر له صيانة لماله والفاسق مصلح لماله فيدخل تحت قوله تعالى فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم لان رشدا نكرة في سياق الشرط فتعم فتتناوله الآية لان الرشد المذكور في الآية الاصلاح في المال دون الاصلاح في الدين والاعتقاد ألا ترى أن الكافر لا يحجر عليه وأي فسق يكون أعظم منه ولو كان الفسق موجبا للحجر لحجر النبي صلى الله عليه وسلم والخلفاء بعده على الكافر اذ هو أعظم وجوه الفسق ولا يخفى على أحد فساد هذا القول قال رحمه الله (وغفلة) أي لا يحجر على الغافل بسبب غفلته وهو ليس بمفسد ولا يقصده لكنه لا يهتدي الى التصرفات الرابحة فيغبن في البياعات لسلامة قلبه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله يحجر عليه كالسفيه

صيانة لماله ونظرا له ألا ترى أن أهل منقذ طلبوا من النبي صلى الله عليه وسلم أن يحجر عليه فأقرهم على ذلك ولم ينكر عليهم ولو لم يكن الحجر مشروعا لأنكر عليهم قلنا الحديث دليل لنا لأنه عليه الصلاة والسلام لم يجبهم إلى ذلك وإنما قال له قل لا خلابة الحديث ولو كان الحجر مشروعا لأجابهم إليه وقولهم لم ينكر عليهم قلنا النفي لا يحاط بالعلم ولعله أنكر عليهم إلا أنه لم ينقل إلينا وعدم النقل لا يدل على عدم الوقوع فكم من واقعات لم تنقل إلينا بل الظاهر أنه أنكر عليهم وما نقل إلينا من عدم إجابته ومخالفته لهم بالفعل دليل عليه قال رحمه الله (ودين وإن طلب غرماؤه) أي لا يحجر عليه بسبب دين ولو طلب غرماؤه الحجر عليه وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن في الحجر إهدار أهليته وإلحاقه بالبهائم وذلك ضرر عظيم فلا يجوز إلحاقه به لدفع ضرر خاص ولا يتصرف الحاكم في ماله لأنه يحجر عليه ولأن البيع لا يجوز إلا بالتراضي بالنص فيكون باطلا قال رحمه الله (وحبس ليبيع ماله في دينه) لأن قضاء الدين واجب عليه والمماطلة ظلم فيحبسه الحاكم دفعا لظلمه وإيصالا للحق إلى مستحقه ولا يكون ذلك إكراها على البيع لأن المقصود من الحبس الحمل على قضاء الدين بأي طريق كان إن شاء ببيع ماله وإن شاء بسبب آخر فلا يكون ذلك إكراها على البيع عينا وقالا إذا طلب غرماء المفلس الحجر عليه يحجر عليه القاضي وباع ماله إن امتنع من بيعه وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ومنعه من تصرف يضر بالغرماء كالإقرار وبيعه بأقل من قيمته لما روي أن معاذا ركبه دين فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم ثمنه بين غرمائه بالحصص ولأن في الحجر عليه نظرا للغرماء كي لا يلحقهم الضرر بالإقرار والتلجئة وهو أن يبيعه من إنسان عظيم لا يمكن الانتزاع منه أو بالإقرار له ثم ينتفع به من جهته على ما كان ولأن البيع واجب عليه لإيفاء دينه حتى يحبس عليه فإذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الجب والعنة والإباء عن الإسلام قلنا التلجئة موهومة والواجب عليه قضاء الدين والبيع ليس بطريق معين لذلك بخلاف الجب والعنة والإباء لأن الواجب عليه الإمساك بالمعروف أو التسريح بالإحسان فإذا امتنع الإمساك بالمعروف تعين الآخر والبيع غير متعين لقضاء الدين فلا ينوب القاضي فيه منابه كالمديون إذا كان معسرا فإن القاضي لا يؤجره ليقضي من أجرته الدين أو كانت امرأة لا يزوجها ليقضي دينها من مهرها والحبس ليقضي الدين من أي طريق شاء من استقراض واتهاب وسؤال صدقة وبيع ماله بنفسه لا ليبيع فقط ولأن بيع ماله لو جاز للقاضي لما جاز له حبسه لأن فيه إضرارا بهما بتعذيب المدين وتأخير حق الطالب بلا فائدة فيكون ظالما وبيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان بإذنه استعانة بالنبي صلى الله عليه وسلم والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ أنه خالف أمر النبي صلى الله عليه وسلم حاشاه ولأن من شرط جواز البيع التراضي لقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ولم يوجد الرضا فكان فعل الحاكم باطلا وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفس منه ونفسه لا تطيب بفعل القاضي بغير رضاه فصار كالإجارة والتزويج على ما ذكرنا قال رحمه الله (ولو ماله ودينه دراهم قضى بلا أمره) وكذا إذا كان كلاهما دنانير لأن للدائن أن يأخذه بيده إذا ظفر بجنس حقه بغير رضا المدين فكان للقاضي أن يعينه قال رحمه الله (ولو دينه دراهم وله دنانير أو بالعكس بيع في دينه) وهذا بالإجماع أما عندهما فظاهر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى فاستحسان والقياس أن لا يجوز للقاضي بيعه لما ذكرنا أن هذا الطريق غير متعين لقضاء الدين فصار كالعروض ووجه الاستحسان أنهما متحدان جنسا في الثمنية والمالية ولهذا يضم أحدهما إلى الآخر في الزكاة مختلفان في الصورة حقيقة وحكما أما حقيقة فظاهر وأما حكما فلأنه لا يجري بينهما ربا الفضل لاختلافهما فبالنظر إلى الاتحاد يثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر إلى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الأخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لأن الأغراض تتعلق بصورها وأعيانها وليس للقاضي

(قوله لأن قضاء الدين واجب عليه) وإن كان له عقار يحبس لبيعه وإن كان لا يشترى إلا بثمن قليل اهـ قنية (قوله وقالا إذا طلب غرماء المفلس الخ) ولا يعمل الحجر فيما يحدث من المال بخلاف الحجر بسبب السفه حيث يعم الموجود والحادث اهـ فتاوى تمرتاش في القضاء (قوله وهو أن يبيعه) أي بيع تلجئة اهـ اتقاني قال المطرزي التلجئة أن يلجئك أي يضطرك ويكرهك أمر إلى أن تأتي أمرا باطنه خلاف ظاهره اهـ اتقاني

الحاق الضرر بهم بمنع غرضه في ملكه وأما النقود فوسائل لان المقصود فيها المالية دون العين فافترقا قال رحمه الله (ولم يبع عرضه وعقاره) أى لا يبيع القاضي عرض المدين وعقاره وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع وقد بيناه ثم عندهما يبدأ القاضي ببيع النقود لانها معدة للتقلب ولا ينتفع بعينها فيكون بيعها أهون على المدين فان فضل شئ من الدين باع العروض لانها قد تعد للتقلب والاسترباح فلا يلحقه كبير ضرر في بيعها فان لم يف ثمنها بالدين باع العقار لان العقار يعد للاقتناء فيلحقه ضرر ببيعه فلا يبيعه الا عند الضرورة وهذا نظير صرف الدين الى أموال الزكاة فانه يصرف أولا الى النقدين ثم الى العروض ثم الى الاهون فالاهون قضاء وهذا الذي ذكره هو احدى الروايتين عنهما وقال بعضهم يبدأ القاضي ببيع ما يخشى عليه التوى من عروضه ثم ما لا يخشى عليه التلف منه ثم يبيع العقار فالحاصل أن القاضي نصب ناظرا فينبغي له أن ينظر الى المدين كما ينظر الى الدائن فيبيع ما كان أنظر اليه ويبيع ما يخشى عليه التلف أنظر له ويترك عليه دست من ثياب بدنه ويباع الباقي لان به كفاية وقيل يترك له دستان لانه اذا غسل ثيابه لابد له من ملبس وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ويكتفي بدون ذلك فانه يبيع ثيابه ويقضي الدين ببعض ثمنها ويشتري بما بقي ثوبا يلبسه لان قضاء الدين فرض عليه فكان أولى من التجمل وعلى هذا اذا كان له مسكن ويمكنه أن يجتزئ بما دون ذلك يبيع ذلك المسكن ويقضي ببعض ثمنه الدين ويشتري بالباقي مسكنا يكفيه وعن هذا قال مشايخنا رحمهم الله يبيع ما لا يحتاج اليه في الحال حتى يبيع اللبد في الصيف والنطع في الشتاء وان أقر في حالة الحجر بمال لزمه ذلك بعد قضاء الديون لانه تعلق بهذا المال حق الاولين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار به لغيرهم بخلاف ما اذا استهلك مالا لغيرهم حيث يزاحمهم صاحب المال المستهلك لانه فعل حسي والحجر لا يعمل في الافعال الحسية وهو مشاهد فيشاركهم لانتفاء التهمة بخلاف الاقرار لان اعتباره شرعي فأمكن الحجر فيه ولانه غير مشاهد فيحتمل أن يكون كاذبا فيرد اقراره للتهمة حتى لو كان سبب وجوب الدين ثابتا عند القاضي بعلمه أو بشهادة الشهود شارك الغرماء ولو استفاد مالا آخر بعد الحجر نفذ اقراره فيه لان الحجر ثبت لصيانة محل قضاء حق الغرماء وحقهم تعلق بالمال القائم في يده وقت الحجر لا بالمستفاد بعده وينفق على المدين المحجور وعلى زوجته وأولاده الصغار وذوي أرحامه من ماله لان حاجته الاصلية مقدمة على حق الغرماء قال رحمه الله (وافلاس) أى لا يحجر عليه بسبب الافلاس بل يحبس حتى يظهر للقاضي أنه لا مال له فاذا ظهر له ذلك أخرجه من الحبس وقد ذكرنا الحبس وما يحبس فيه من الديون وكيفية الحبس وقدره وبأي من يحبس في كتاب القضاء ثم اذا أخرجه من الحبس لا يحول بينه وبين غرمائه بعد الاخراج بل يلازمونه عند أبي حنيفة رحمه الله لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق اليد واللسان أراد باليد الملازمة وباللسان التقاضي ويأخذون فضل كسبه ويقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة ولو قدم البعض على البعض في القضاء جاز لانه تصرف في خالص ملكه ولم يتعلق لاحد حق في ماله وانما حقه في ذمته فله أن يؤثر من شاء من غرمائه ذكره في النهاية وعزاه الى الذخيرة وذلك الى فتاوى النسفي ولا يمنعونه من التصرف والسفر حالة الملازمة ولا يجلسونه في مكان لانه حبس بل يدور هو حيث شاء ويدورون معه لانه بذلك يتمكن من التحصيل لقضاء الدين والحبس غير مستحق عليه بعد اخراجه منه ولو دخل داره لحاجته قال في الهداية لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لابد أن يكون له موضع خلوة وقال في الزيادات اذا لم يأذن له في الدخول يحبسه على باب الدار ويمنعه من الدخول كي لا يختفي أو يهرب من جانب آخر فيفوت ما هو المقصود من الملازمة وقال في النهاية ليس لصاحب الحق أن يمنع الملزوم أن يدخل في بيته لغائط أو غداء الا اذا أعطاه الغداء أو أعد له موضعا آخر لاجل الغائط فحينئذ له أن يمنعه من ذلك حتى لا يهرب وفيه اذا كان عمل الملزوم سقي الماء ونحوه ليس لصاحب الحق أن يمنعه من ذلك ولكن له أن يلزمه أو يلزمه نائبه أو أجيره أو غلامه الا اذا

(قوله ويترك عليه دست) أى بدلة اه والدست لفظ فارسي استعمله فقهاء بخارى وسمرقند في كتبهم اه اتقاني (قوله وقيل يترك له دستان) نقل الاتقاني عن الفتاوى الصغرى المختار أن يبقى له دستين من الثياب ثم قال وقال الصدر الشهيد في شرح أدب القاضي وقال بعضهم يترك دستا من الثياب ويبيع الباقي وهو مختار شمس الائمة الحلواني وقال بعضهم يترك دستين وهو اختيار شمس الائمة السرخسي اه (قوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون) قال في شرح الاقطع وهذا على قولهما اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا استهلك) أى المحجور الدين اه (قوله بل يحبس حتى يظهر للقاضي الخ) واذا قامت البينة على افلاس المحبوس لا يشترط لسماعها حضرة رب الدين لكنه اذا كان حاضرا أو وكيله فالقاضي يطلقه بحضرته وان لم يكن حاضرا يطلقه بكفيل اه قنيه (قوله بل يلازمونه الخ) ومن عليه دين مؤجل لا يمنع من السفر وان قرب حلوله اه مشتمل (قوله ولكن له أن يلزمه الخ) قال في الواقعات رجل قضى عليه بحق لانسان وأمر غلامه أن يلازم الغريم فقال الغريم لا أجلس معه بل أجلس مع المدعي فله ذلك لانه ربما لا يرضى بالجلوس مع العبيد فيكون عليه في ذلك زيادة ضرر اه اتقاني

كفاه نفقته ونفقة عياله وأعطاه حينئذ كان له أن يمنعه عن ذلك لانه لا ضرر على الملزوم في هذه الصورة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا فلسه الحاكم حال بينه وبين غرمائه الا أن يقيموا البينة أن له مالا لقوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة وقد ثبتت عسرته فوجب انظاره قلنا دينه ثابت في ذمته وذلك يجوز متابعته والآية توجب الانظار الى الميسرة ونحن نقول به لانه لا يطالبه بشئ من حقه حتى يثبت أنه قد حصل له مال وانما يلازمه ليأخذ ما يحصل له من المال لان المال غاد ورائح فيمكن أن يحصل له في كل ساعة وفي كل لحظة والملازمة لا تنافي النظرة الى الميسرة ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق حقيقة اذ العدم لا يحاط بالعلم وانما يثبت بالاستدلال على ظاهر حاله فيمكن أن يكون له مال قد أخفاه عن الغرماء لان كثيرا من الناس يتزيون بزي الفقراء وهم أغنياء فيلازمونه لاحتمال أن يظهر لهم ماله وقوله الا أن يقيموا البينة أن له مالا اشارة الى أن بينة اليسار تترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا لانها تشهد بالوجود والاخرى بالنفي فالبينة المثبتة أولى من النافية وكان ينبغي أن لا تقبل النافية أصلا لما ذكرنا لكن قبلت استحسانا بعد الحبس لا قبله لانها توجب الانضمام الى الحبس طمأنينة القلب فتقبل فيه احتياطا وان قالوا انه كثير العيال ضيق الحال كان شهادة بالاثبات فتقبل بلا شبهة وفي النهاية قال محمد رحمه الله للمدعي أن يحبسه في مسجد حيه وان شاء في بيته لانه ربما يطوف به في الاسواق والسكك من غير حاجة وفي ذلك ضرر للمدعي وفي رواية أخرى عنه لصاحب الحق أن يلزم مديونه المعسر حيث أحب من المصر وان كان الملزوم لا معيشة له الا من كد يده لم يكن له أن يمنعه من الذهاب ومن أن يسعى في مقدار قوته يوما فيوما فاذا اكتسب ذلك في يومه فله أن يمنعه عن الذهاب في ذلك ويحبسه قال هشام رحمه الله سألت محمدا رحمه الله عن رجل أخرج من الحبس على تفليس فرأى محمد الملازمة مع التفليس وأشار الى الحق فقال له ان عنده شيئا لا أعلم لماذا فقال هشام قلت له فان كانت الملازمة تضر بعياله وهو ممن يكتسب في سقي الماء في طوفه قال آمر صاحب الحق أن يوكل غلاما له يكون معه ولا أمنعه عن طلب قدر قوت يومه ولعياله وكذلك ان كان يعمل في سوقه قال صاحب الهداية ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالخيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق والاشق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخول داره وحده فحينئذ يحبسه دفعا للضرر عنه وهذا الذي ذكره يستقيم قبل الحبس وبعده لا يستقيم لانه لا يحبسه مرة أخرى بعد ما أخرجه من الحبس وكان الكلام فيه ولو كان الدين لرجل على امرأة لا يلازمها لما فيها من الخلوة بالاجنبية لكن يبعث امرأة أمينة تلازمها قال رحمه الله (وان أفلس مبتاع عين فبائعه أسوة الغرماء) أي لو اشترى متاعا فأفلس والمتاع قائم في يده فالذي باعه المتاع أسوة الغرماء فيه مراده بعد قبض المشتري المتاع باذن البائع وان كان قبل القبض فللبائع أن يحبس المتاع حتى يقبض الثمن وكذا اذا قبضه المشتري بغير اذنه كان له أن يسترده ويحبسه بالثمن وقال الشافعي رحمه الله للبائع الفسخ وأخذ متاعه قبل القبض وبعده لحديث سمرة أنه عليه الصلاة والسلام قال من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به رواه أحمد وعن أبي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس أو انسان قد أفلس فهو أحق به من غيره رواه مسلم والبخاري وجماعة أخر ولان المشتري عجز عن تسليم أحد بدلي العقد وهو الثمن فيثبت للبائع حق الفسخ كالعجز عن تسليم المبيع بالاباق ونحوه والجامع بينهما أنه عقد معاوضة فيقتضي المساواة وكالسلم فانه اذا انقطع المسلم فيه يثبت لرب السلم خيار الفسخ وكون الثمن معقودا به لا معقودا عليه لا تأثير له في منع الفسخ ألا ترى أن المكاتب اذا عجز عن بدل الكتابة يتمكن المولى من فسخ الكتابة وبدل الكتابة معقود به كالثمن ولنا قوله تعالى وان كان ذو عسرة فنظرة الى ميسرة فاستحق النظرة الى الميسرة بالآية فليس له أن يطالبه قبلها ولا فسخ بدون المطالبة بالثمن وهذا لان الدين صار مؤجلا الى الميسرة

(قوله لا معيشة له إلا من كدّ يده) قال ابن الاثير الكدّ الاتعاب يقال كدّ يكدّ في عمله كدًّا اذا استعجل وتعب اهـ

بتأجيل الشارع وبالعجز عن الدين المؤجل من المتعاقدين لا يجب له خيار الفسخ قبل مضي الاجل فكيف يثبت له ذلك في تأجيل الشارع وهو أقوى من تأجيلهما ولان العقد يوجب ملك الثمن للبائع في ذمة المشتري وهو الدين وذلك وصف في الذمة ولا يتصور فيه العجز ولا يتغير عليه موجب عقده أبدا لان بقاء ذلك ببقاء محله وهو الذمة فصار كما اذا كان مليا وهو اذا عجز انما يعجز عن الايفاء والايفاء يقع بعين بدلا عن الواجب بالعقد في الذمة فيكون عجزا عن غير ما وقع عليه العقد فلا يوجب فسخا وانما قلنا ذلك لان ما وقع عليه العقد لا يتصور قبضه لانه وصف في الذمة والمقبوض عين ألا ترى أنه يجوز إسقاطه بالابراء أو بالاستبدال والاعيان لا يجوز اسقاطها ولا استبدالها قبل القبض كما في المبيع عينا وديناالا ان المسلم فيه مبيع فجعل المقبوض عين ما كان في الذمة حكما للضرورة لان المبيع لا يجوز استبداله قبل القبض ولا ضرورة هنا فكان المقبوض غير الواجب حقيقة فلا يكون العجز عنه عجزا عن موجب العقد فلا يثبت له خيار الفسخ ولا حجة له فيما روى لان المذكور في الحديث الاول من وجد متاعه عند مفلس بعينه فهو أحق به وفي الثاني من أدرك ماله بعينه عند رجل قد أفلس فهو أحق به من غيره والمبيع ليس بعين مال البائع ولا متاع له وانما هو مال المشتري اذ هو خرج عن ملكه وعن ضمانه بالبيع والقبض وانما ماله بعينه يقع على المغصوب والعواري والودائع والاجارة والرهن فذلك ماله بعينه فهو أحق به من سائر الغرماء والحديث ورد فيه وبه نقول وانما يكون هذا الحديث حجة له أن لو قال فأصاب رجل عين مال قد كان له فباعه من الذي وجده في يده ولم يقبض ثمنه فهو أحق به من سائر الغرماء وهو نظير ما روى عن سمرة مفسرا أنه عليه الصلاة والسلام قال من سرق له مال أو ضاع له متاع فوجده في يد رجل بعينه فهو أحق بعينه ويرجع المشتري على البائع بالثمن رواه الطحاوي باسناده فهذا الحديث يفيد أن جميع ما وجد في يد المفلس يقسم بين غرمائه ما لم يظهر له مالك معين فاذا ظهر له مالك معين كان هو أولى به من سائر الغرماء فان قيل روى هذا الحديث بالفاظ أخر فان أبا بكر بن عبد الرحمن قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالسلعة يبتاعها الرجل فيفلس وهي عنده بعينها لم يقبض البائع من ثمنها شيئا فهو أسوة الغرماء وان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء وعن أبي بكر المذكور أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال أيما رجل ابتاع متاعا فأفلس الذي ابتاعه ولم يقبض الذي باعه من ثمنه شيئا فوجده بعينه فهو أحق به فان مات المشتري فصاحب المتاع أسوة الغرماء فتبين بهذا الحديث أن المراد بالحديث الاول الباعة دون غيرهم قلنا قال الطحاوي ان هذا الحديث منقطع فلا يقوم بمثله حجة وذكر أنه مضطرب أيضا وبين وجه اضطرابه في الآثار فلا يجوز الاحتجاج به ولا يجوز أن يكون مبينا المراد بالحديث الاول لانه يخالفه في المعنى وقوله عقد معاوضة فيقتضي المساواة قلنا يقتضي التسوية بينهما في الملك وهو حاصل لكل واحد منهما ولئن سلمنا أنه يقتضي التسوية في القبض فقد بطل ذلك بالتأجيل الى الميسرة فلا يبقى له حق الفسخ وقوله كالسلم الى آخره قلنا المسلم فيه مبيع فيه والعجز عن المبيع يوجب خيار الفسخ لانه عجز عن تسليم المستحق بالعقد فيفوت به ما أوجبه العقد والدليل على أنه مبيع عدم جواز الاستبدال به فصار العجز عن تسليمه كالعجز عن تسليم المبيع المعين بخلاف الدين فان العجز عن تسليمه عجز عن تسليم ما لم يوجبه العقد لان ما أوجبه العقد وصف في الذمة والمقبوض غيره ألا ترى أن عدم القدرة على ايفاء الثمن لا يمنع صحة العقد ابتداء فكذا بقاء لما ذكرنا فان قيل اذا اشترى بالفلوس النافقة شيئا كانت الفلوس في ذمته وهي ثمن ثم إذا عجز عن تسليمها بالكساد انفسخ البيع فوجب أن يكون هنا كذلك قلنا إن الفلوس اذا كسدت تغير موجب العقد فان العقد أوجب ملك فلوس في الذمة ثمن وبعد الكساد لا تبقى بهذه الصفة فبطل أو نقول لما كسدت صارت عروضا والعروض لا تجب في الذمة الا سلما فبطل بخلاف الدين بعد الافلاس والمكاتب اذا عجز تغير على المولى موجب العقد لان موجبه ملك البدل للمولى عند حلول الاجل بالقبض وقبل القبض لا يملك شيئا لان المكاتب عبد والمولى

لا يستوجب دينا فى ذمة عبده ولهذا لو كفل ببدل الكتابة انسان لا يصح و ينفرد العبد بفسخه فاذا عجز فات موجب العقد فيثبت للولى خيار الفسخ بخلاف الدين فى ذمة المفلس فان العقد فيه أوجب ملك الثمن للبائع و بالافلاس لا ينعدم ذلك فصار كما لو كان مليا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال والا فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة والجارية بالحيض والاحتلام والحبل والا فحتى يتم لها سبع عشرة سنة و يفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة سنة) وهذا عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله وهو قول الشافعى و رواية عن أبى حنيفة والاول قول أبى حنيفة رحمه الله وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد به أن يطعن فى التاسعة عشرة فلا اختلاف بين الروايتين لانه لا يتم له ثمانى عشرة سنة الا و يطعن فى التاسعة عشرة وقيل فيه اختلاف الرواية حقيقة لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما الاحتلام فلما روى عن على ابن أبى طالب كرم الله وجهه أنه قال حفظت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يتم بعد الاحتلام ولا صمات يوم الى الليل رواه أبو داود والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض يكون فى أوان الحبل عادة فجعل كل ذلك علامة البلوغ وأما السن فلهم ما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال عرضت على رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزنى وعرضت عليه يوم الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازنى فالظاهر أنه عليه الصلاة والسلام لم يجزه الا لانه بالغ ولم يرده الا لانه لم يبلغ ولان بلوغهما لا يتأخر عنها عادة وهى احدى الحجج الشرعية فيما لا نص فيه ولابى حنيفة رحمه الله قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتى هى أحسن حتى يبلغ أشده وأشد الصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قال ابن عباس والقتبى وقيل اثنتان وعشرون سنة وفى قول عمر خمس وعشرون سنة وأقل ما قيل فيه ثمانى عشرة سنة فوجب تعليق الحكم به للاحتياط غير أن الاناث نشوءهن وادراكهن أسرع فزدنا فى حق الغلام سنة لاشتمالها على الفصول الاربعة التى واحد منها يوافق المزاج لا محالة فيتقوى فيه

قال رحمه الله (وأدنى المدة فى حقه اثنتا عشرة سنة وفى حقها تسع سنين) أى أدنى مدة البلوغ بالاحتلام ونحوه فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره ولا يعرف ذلك الا سماعا أو بالتتبع قال رحمه الله (فان راهقا) أى الغلام والجارية (وقالا قد بلغنا صدقا وأحكامهما أحكام البالغين) لانه أمر لا يوقف عليه الا من جهتهما فيقبل فيه قولهما كما يقبل قول المرأة فيما لا يطلع عليه غيرها كالحيض وغيره والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المأذون﴾

قال رحمه الله (الاذن فك الحجر واسقاط الحق فلا يتوقت ولا يتخصص) هذا فى الشرع لان العبد أهل للتصرف بعد الرق لان ركن التصرف كلام معتبر شرعا لصدوره عن تمييز ومحل التصرف ذمة صالحة لالتزام الحقوق وهما لا يفوتان بالرق لانهما من كرامات البشر وهو بالرق لا يخرج من أن يكون بشرا الا أنه حجر عليه عن التصرف لحق المولى كى لا يبطل حقه بتعلق الدين برقبته لضعف ذمته بالرق حتى لا يجب المال فى ذمته الا وهو شاغل لرقبته فاذا أذن المولى فقد أسقط حقه فكان العبد متصرفا بأهليته

﴿فصل﴾ بلوغ الغلام الخ ﴿فرع﴾ وقال أصحابنا أما انبات العانة لا يدل على البلوغ خلافا للشافعى لانه نبات شعر من بدن الانسان فلا يستدل به على البلوغ كاللحية بل أولى لانه يمكن أن يتوصل باللحية الى معرفة البلوغ من غير ارتكاب محظور بخلاف العانة فانه إما أن ينظر اليها أو يمس فاذا لم تكن اللحية دليل البلوغ فالعانة أولى وما روى عن عطية القرظى قال عرضت يوم بنى قريظة على النبى صلى الله عليه وسلم فقال أبصروه فان كان قد أنبت فاقتلوه فنظروا الى فوجدونى ما أنبت فخلونى فى السبى لا حجة فيه للخصم لان أهل المغازى ذكروا أن سعدا حكم بذلك فيمن أنبت وروى أنه أمر بقتل من اخضر مئزره وهذا يزيد على الانبات لان اخضرار الازار يكون بنبات الشعر من السرة الى العانة وروى أنه أمر بقتل من جرت عليه المواسى وذكر فى السير الكبير روى عن عمر رضى الله عنه أنه كتب الى أمراء الاجناد أن اقتلوا من جرت عليه المواسى وهذا يقتضى تكرار الحلق بعد الانبات وهو خلاف ما يعتبره الخصم قال فى شرح الطحاوى قبيل باب سجدة التلاوة وروى عن أبى يوسف فى غير رواية الاصول أنه اعتبر نبات العانة وأما نهود الثدى فلا يحكم بالبلوغ به فى ظاهر الرواية وقال بعضهم يحكم به وقال فى الكشاف فى تفسير سورة النور وعن على أنه كان يعتبر القامة و يقدره بخمسة أشبار وبه أخذ الفرزدق فى قوله

ما زال مذ عقدت يداه ازاره * وسما فأدرك خمسة الاشبار

اه اتقانى (قوله و يفتى بالبلوغ فيهما بخمس عشرة) أى فاذا تمت جاز طلاقه وان لم يحتلم اه اتقانى (قوله فلم يجزنى) أى فى المقاتلة اه غاية (قوله فأجازنى) أى فى المقاتلة اه غاية (قوله ولان بلوغهما لا يتأخر عنها) أى عن تلك المدة اه

الاصلية ولهذا لا يرجع على المولى بما لحقه من العهدة ولا يتوقت بزمان ولا بمكان ولا بنوع من التجارة كالمكاتب وعند زفر والشافعي رحمهما الله هو عبارة عن توكيل وانابة لانه يتصرف للمولى باذنه والمانع من التصرف هو الرق وهو باق بعد الاذن وثمرة الخلاف تظهر في صحة التقييد عندهما حتى لا يجوز للعبد أن يجاوز ذلك عندهما كالوكيل لانه يتصرف للموكل فلا يملك الا ما أطلق له وعندنا يتصرف بأهلية نفسه لنفسه وانما يخلفه المولى في الملك فقط لتعذر ثبوته له وفيما عدا ذلك هو كالحر لان المانع حق المولى وقد أسقطه والاسقاطات لا تقبل التقييد كالطلاق والعتاق وكما اذا رضي المستأجر ببيع عبد مستأجر من شخص بعينه دون غيره أو أسلم البائع المبيع الى المشترى قبل نقد الثمن على أن يتصرف فيه نوعا من التصرف دون نوع فانه لا يعتبر فيه تقييده لان ذلك منه اسقاط لحقه فلا يقبل التقييد بخلاف اذن القاضي فانه بمنزلة الوكيل ذكره قاضيخان في فتاواه ولا يقال هو ليس بأهل لحكم التصرف وهو الملك فكيف يكون أهلا لسببه وهو التصرف والسبب غير مشروع لذاته بل لحكمه فاذا لم يترتب عليه حكمه لا يكون مشروعا كطلاق الصبي وعتاقه لانا نقول حكمه ملك اليد وهو أهل له كالمكاتب ولهذا يقدم فيه حاجته من قضاء دينه ونفقته وليس للمولى أن يأخذ الا ما فضل منه بخلاف المستشهد به فانه لا يثبت فيه حكم ما في حق الصبي فلا يكون مشروعا ولا يقال لو كان اسقاطا لما ملك نهيه لانا نقول ليس باسقاط في حق ما لم يوجد فيكون النهي امتناعا عن الاسقاط فيما لم يوجد * وهو في اللغة الاعلام ومنه الاذان وهو الاعلام بدخول الوقت وشرطه أن يكون العبد ممن يعقل التصرف ويقصده والآذن ممن يملك التصرف بيعا واجارة ورهنا ونحو ذلك ولا يشترط أن يكون مالكا للرقبة حتى جاز الاذن من العبد المأذون والمكاتب والشريك مفاوضة وعنانا والاب والجد والقاضي والوالي وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الحجر قال رحمه الله (ويثبت بالسكوت إن رأى عبده يبيع ويشترى) أى يثبت الاذن للعبد بسكوت المولى عندما رآه يشترى ويبيع ولا فرق في ذلك بين أن يبيع عينا مملوكا للمولى أو لغيره باذنه أو بغير اذنه بيعا صحيحا أو فاسدا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيخان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذنا وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن وروى الطحاوى عن أصحابنا أنه رضا ويبطل الرهن ولو أمره المولى ببيع متاع غيره يصير مأذونا له ولو رأى عبده في حانوته يبيع فسكت حتى باع متاعا كثيرا من ذلك كان اذنا ولا ينفذ على المولى بيع العبد ذلك المتاع ولو رأى المولى عبده يشترى شيأ بدراهم المولى أو دنانيره فلم ينهه يصير مأذونا له فان كان نقد الثمن من مال المولى كان للمولى أن يسترده ولا يبطل البيع بالاسترداد ولو أن رجلا دفع الى عبد رجل متاعا له ليبيعه فباعه بغير اذن المولى فرآه المولى ولم ينهه كان مأذونا له في التجارة ويجوز ذلك البيع على صاحب المتاع وتكلموا في العهدة قيل ترجع الى الآمر وقيل الى العبد وقال زفر والشافعي لا يثبت الاذن بسكوت المولى عندما رآه يبيع أو يشترى لان سكوته يحتمل الرضا ويحتمل السخط فلا يثبت بالشك ولان الاذن انابة فلا يثبت بالسكوت كما اذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته ولهذا لا يجوز ذلك البيع بدلالة الحال وهو السكوت فأولى أن لا يجوز به غيره من البياعات وكذا لو رأى القاضي الصبي أو المعتوه أو عبدهما يبيع ويشترى فسكت لا يكون اذنا له في التجارة مع أن له أن يأذن لليتيم والمعتوه اذا لم يكن له ولي ولعبدهما أو كان لكل واحد منهما ولي وامتنع من الاذن له عند طلبه منه ذلك وكذا سكوت المرتهن عندما يرى الراهن يبيع الرهن لا يكون رضا في رواية وكذا اذا رأى عبده يتزوج أو أمته تتزوج فسكت لا يكون اذنا منه بالزواج وكذا لو أتلف مال غيره وصاحبه يشاهد وهو ساكت لا يكون اذنا منه به حتى كان له أن يطالبه بالضمان قلنا ان هذه التصرفات مبنية على عادات الناس وقد جرت العادة ان من لا يرضى بتصرف عبده ينهاه عنه ويؤدبه عليه فاذا سكت دل على رضاه به فصار اذنا دلالة لاجل دفع الضرر عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه ولا لفعله على

ما يقتضيه

(قوله ولا يتوقت بزمان الخ) حتى لو أذن لعبده يوما كان مأذونا أبدا حتى يحجر عليه لان الاسقاطات لا تتوقت اهـ هداية (قوله ومنه الاذان الخ) أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الحجر وهو المنع فكان اطلاقا عن شئ أى شئ وفي الشرع الاطلاق في حق التجارة باسقاط الحجر عنه كذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه وأما ركنه فقول الرجل أذنت لك في التجارة لان الاذن به يقوم وركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ وقد يكون الاذن دلالة بالسكوت عندنا خلافا لزفر والشافعي اهـ اتقاني (قوله وحكمه) قال الاتقاني وحكمه ملك المأذون ما كان من قبيل التجارة وتوابعها وضروراتها وعدم ملكه ما لم يكن كذلك الى هذا أشار في التحفة وذلك لان حكم الشئ ما يثبت بالشئ والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكما اهـ

مايقتضيه الشرع والعرف فصار كسكوت النبي صلى الله عليه وسلم عند أمر يعاينه عن التغيير والانكار وكسكوت البكر والشفيع والمولى القديم عند مايرى ماله يقسم بين الغانمين بخلاف ما اذا سكت عند مايقبض الاجنبي ببيع ماله لانه وكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا العبد وكيل في حق ماباعه من مال المولى لانه ملك الغير وهو المولى والتوكيل لا يثبت بالسكوت وكذا اذن القاضي لانه لا حق له في مال الغير حتى يكون الاذن اسقاطا لحقه وسكوت المرتهن اجازة في رواية فلا فرق بينهما والفرق على الأخرى أنا لو جعلناه اجازة يلزم المرتهن ضرر عظيم بخروج العين من يده واقامة الثمن مقامه في جعله رهنا وهو في الذمة ولا يعرف هل يحصل أو يتوى عليه فلا يلحقه هذا الضرر الا بالتصريح منه وهذا هو الجواب في تزوج العبد والامة وفي اتلاف مال الغير لان للمولى وصاحب المال فيه ضررا محضا فلا يلزمه بدون التزامه صريحا بخلاف مانحن فيه فانه لاضرر فيه في الحال وفي المآل جانب النفع راجح لان مايلزمه من الديون لا يلزمه الا بعوض وجانب تحصيل الربح أرجح ولان العبد في النكاح وكيل عن المولى لان المولى يملك أن يعقد عليه بغير اختياره ولهذا اذا أذن له بالتزوج لا يكون مأذونا له حتى لا يملك أن يتزوج الا واحدة لان التوكيل لا يتعمم ولا يثبت بالسكوت بخلاف البيع قال رحمه الله (وان أذن له عاما لا بشراء شئ بعينه يبيع ويشترى) يعني لو أذن له مولاه اذنا عاما بأن قال له أذنت لك في التجارة ولم يقيده بشراء شئ بعينه ولا بنوع من التجارة جاز له التصرف في جميع التجارات يبيع ويشترى لان اللفظ يتناول جميع أنواع التجارات وأما اذا أمره بشراء شئ بعينه كالطعام والكسوة لا يكون مأذونا له لانه استخدام ولو صار مأذونا له لانسد على المولى باب الاستخدام وعلى هذا لو أمره ببيع ثوب بعينه لا يكون مأذونا له وكذا لو قال له آجر نفسك من فلان لانه أمره بعقد واحد فيكون استخداما بخلاف ما اذا قال له آجر نفسك من الناس أو اقعد صباغا أو خياطا أو قصارا أو قال أدّ الى ألفا وأنت حر حيث يكون اذنا له لانه أمره بعقود متعددة فيدل ذلك على الاذن وكذا اذا قال له أدّ الى كل شهر كذا أو كل يوم كذا كان مأذونا له لانه لا يتوصل الى أدائه الا بالتكسب وذلك بالتجارة لا بالتكدى والفاصل بينهما أنه اذا أذن له بعقود متكررة كان مأذونا له كقوله اشتر ثوبا وبعه أو بع ثوبي هذا واشتر بثمنه وان أذن له بعقد واحد ولم يوجد فيه مايدل على الاذن لم يكن مأذونا له عادة وقوله أدّ الى ألفا وأنت حر بمنزلة قوله ان أدّيته الى فأنت حر ولو أعطاه راوية وبغلا وقال استق عليه وبع الماء من الناس كان اذنا له لانه أمره بالتكسب وذلك بالاذن ولو غصب العبد ثوبا فأمره مولاه ببيعه كان اذنا له لانه لا يمكنه حمله على الاستخدام لعدم الملك فيتعين الاذن ولو أمره بنوع من التجارة كان اذنا في الجميع وكذا اذا قيده بوقت أو بمعاملة شخص لا يتقيد به عندنا وفيه خلاف زفر والشافعي بناء على أنه توكيل عندهما وعندنا اسقاط وقد بيناه

(قوله في المتن وان أذن له عاما الخ) قال في تحفة الفقهاء الاذن نوعان خاص وعام أما الاذن الخاص كان يقول لعبده اشتر بدرهم لحما أو اشتر كسوة لنفسك أو لفلان فاشتراه فانه يجوز ويكون مأذونا في ذلك خاصة والقياس أن يكون مأذونا في الانواع كلها لان الاذن بالتصرف لا يتجزأ وفي الاستحسان يقتصر على ماأذن لان هذا من باب الاستخدام ولو تعدّى الاذن الى غيره ولم يكن من قصد المولى أن يكون مأذونا في التجارات لا يقدر على الاستخدام وأما الاذن العام كان يقول أذنت لك في التجارات أو في التجارة يصير مأذونا في الانواع بلا خلاف أما اذا أذن في نوع بأن قال اتجر في البز أو في بيع الطعام أو نحو ذلك يصير مأذونا في أنواع التجارات عندنا وعند الشافعي يقتصر على ماسمى وكذلك اذا قال اقعد في الخرازة أو في الصياغة يصير مأذونا في جميع أنواع الحرف وكذلك اذا قال أذنت لك أن تتجر شهرا أو سنة يصير مأذونا في جميع الاوقات مالم يحجر عليه حجرا عاما وكذا اذا قال اتجر في البز ولا تتجر في الخز لا يصح نهيه ويعم الاذن النوعين وغيرهما والمسئلة معروفة أن الاذن تمليك التصرف أو اسقاط الحق وفك الحجر الى هنا لفظ التحفة اهـ اتقانى وكتب مانصه قال برهان الدين الاجل الصدر الكبير صاحب المحيط عبد العزيز بن عمر بن أبي سهل المعروف بمازه في طريقة الخلاف المأذون في نوع يصير مأذونا في الانواع كلها وقال الشافعي وزفر لا يصير مأذونا الا فيما نص عليه وماهو من ضروراته وصورته رجل قال لعبده تصرّف في الخز وسكت أو قال تصرّف في الخز ولا تتصرف في البز عندنا يملك التصرف في الخز والبز جميعا وعندهما لا يملك الا في الذي نص عليه اهـ اتقانى (قوله لا يكون مأذونا) وفي القياس يكون مأذونا له لانه اذن في التجارة غاية مافي الباب أنه خص والتخصيص لا يعمل في الاذن عندنا وجه الاستحسان الضرورة والضيق على الناس لانه لو جعل مأذونا له بهذا القدر لضاق الامر على الناس ووقعوا في حرج لانه لو ثبت كونه مأذونا له بالاذن في شراء جمد أو بقل بفلس لصح اقراره حينئذ على نفسه بمال عظيم حيث يتوى بذلك رقبته وكسبه فلا يتجاسر أحد بعد ذلك على استخدام المملوك خوفا من ذلك فتتعطل مصالحهم فلهذه الضرورة لم يجعل الاذن في كل شئ اذنا عاما بل جعل ذلك استخداما وتوكيلا اهـ والحاصل أنه متى فوض اليه عقودا مكررة كان ذلك اذنا في التجارة لان الربح يحصل بالعقود المكررة وان فوض اليه عقدا واحدا لا يتكرر كان استخداما ولم يكن اذنا في التجارة اهـ اتقانى رحمه الله

ثم اذا صار مأذونا له في جميع التجارات كان له أن يبيع ويشتري وان كان فيه غبن فاحش عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا يجوز بمحاباة لا يتغابن الناس في مثله لان الغبن الفاحش جار مجرى التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله ولا يجوز من الاب والوصي والقاضي من مال الصغير والتبرع غير داخل فيه فلا يجوز وهذا لان المقصود من التجارة الاسترباح وهذا ضده لانه اتلاف ولابي حنيفة رحمه الله انه تجارة لا تبرع لانه وقع في ضمن عقد التجارة والواقع في ضمن الشيء كان له حكم ذلك الشيء وهذا لان التجارة مبادلة المال بالمال ولهذا تجري فيه أحكام البيع في الكل كوجوب الشفعة وجواز المرابحة وقد فك عنه الحجر في حق التجارة فيتناول الجميع كفك الحجر بالاعتاق بخلاف الهبة لانها ليست بتجارة وبخلاف الاب والوصي والقاضي لان تصرفهم مقيد بالأنظر ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن أن يصح منهم كالاقرار بالدين وحق الورثة تعلق بالمالية فليس له أن يبطله ولهذا لا يملك بالغبن اليسير أيضا فلا يصح الاستدلال به ولان البيع بالغبن الفاحش من صنيع التجار لاستجلاب قلوب المجاهزين و يبيع بغبن فاحش في صفقة و يربح في أخرى وعلى هذا الخلاف بيع الصبي والمعتوه المأذون لهما ولو مرض العبد المأذون له وحابى فيه يعتبر من جميع المال اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فمن جميع ما بقي بعد الدين لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد ولا يقال المولى بمنزلة الوارث لانا نقول رضي بسقوط حقه بالاذن فصار كالوارث اذا أسقط حقه من الثلثين فان تصرف المريض ينفذ في الكل بخلاف غرمائه على ما يجيء لانهم لم يرضوا بسقوط حقهم فلا تنفذ محاباته في حقهم وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للمشتري أد جميع المحاباة والا فرد المبيع كما في الحر هذا اذا كان المولى صحيحا وان كان المولى مريضا لا تصح محاباة العبد الا من ثلث مال المولى كتصرفات المولى بنفسه لان المولى باستدامة الاذن بعدما مرض أقامه مقام نفسه فصار تصرفه كتصرفه والفاحش من المحاباة وغير الفاحش فيه سواء حتى لا ينفذ الكل الا من الثلث قال رحمه الله (ويوكل بهما) أي يجوز له التوكيل بالبيع والشراء لانه من توابع التجارة فلعله لا يتمكن من مباشرة الكل فيحتاج الى المعين قال رحمه الله (ويرهن ويسترهن) لانهما من توابع التجارة لانهما ايفاء واستيفاء و يتقرر ذلك بالهلاك قال رحمه الله (ويستأجر ويضارب) لانه من صنيع التجار فيجوز له المضاربة أخذا ودفعا وكذا الاجارة بأن يؤجر غلمانه أو يستأجر أجراء

(قوله وان كان فيه غبن فاحش الخ) قال الاتقاني فأما اذا باع بالمحاباة الفاحشة ابتداء فانه يجوز عند أبي حنيفة لان الوكيل بالبيع يملك البيع بالغبن الفاحش عنده فلأن يملك المأذون له ذلك أولى لان تصرفه ليس بسبيل النيابة بل بأهلية نفسه لنفسه ولهذا لا يرجع بالعهدة على المولى اهـ والحاصل ما ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال شراء العبد المأذون وبيعه بما يتغابن الناس فيه جائز حالا أو آجلا أو سلما في قولهم جميعا وكذلك بما لا يتغابن الناس فيه في قول أبي حنيفة رحمه الله ان كان عليه دين أو لم يكن ولا يجوز في قول أبي يوسف ومحمد لانه بمنزلة الهبة ولا تجوز هبته ولا صدقته وكذا كل من لا تجوز هبته مثل المكاتب والصبي أو المعتوه يأذن له أبوه في التجارة فهو على هذا الاختلاف اهـ اتقاني رحمه الله مع حذف قال في الحقائق في كتاب المأذون في باب أبي حنيفة واذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة لا يجوز أصلا عندهما وان بلغ الاجنبي الثمن الى تمام القيمة وبالسير يجوز فلا يؤمر بازالة المحاباة عندهما من المحيط والهداية اهـ (٦٠٣) (قوله ولا يلزم من صحته من الصبي بعد الاذن الخ) قال الاتقاني ووجه قول أبي حنيفة أنه مأمور بالبيع والشراء فملك كل ما هو مسمى بهذا الاسم جريا على قضية اطلاق اللفظ ولا يجوز تقييده بالغرض لان اعتبار نص الكلام أولى من اعتبار الدلالة على أنا لا نسلم مخالفته من الغرض فان التاجر في العادات كما يباشر العقد على وجه لا غبن فيه يباشره على وجه فيه غبن ليتوسل الى غرض لا طريق له الا بيع ما عنده وعسى لا يشتري ما عنده بمثل القيمة لكساد السوق ولا يكون عنده ثمن ما يريد تحصيله فتمس حاجته الى بيع ما عنده بوضيعة رغبة فيما يريد تحصيله والاسترباح عليه وهذا معهود بين التجار اهـ اتقاني (قوله ولو مرض العبد المأذون له) أي مرض الموت اهـ (قوله هذا اذا كان المولى صحيحا) قال الشيخ قوام الدين هذا اذا حابى المأذون في مرض موته والمولى صحيح أما اذا حابى في مرض موت المولى فبيانه ما قال في شرح الكافي قبل هذا الباب واذا أذن الرجل لعبده في التجارة ثم مرض المولى فباع العبد بعض ما كان من تجارته أو اشترى شيأ فحابى في ذلك ثم مات المولى ولا مال له غير العبد وما في يده فجميع ما فعل العبد من ذلك بما يتغابن الناس فيه وما لا يتغابن فيه جائز في قول أبي حنيفة رحمه الله من ثلث مال المولى لانه يتصرف بتسليط المولى وانه يلاقي حق المولى فيجعل ذلك محاباة منه وهو مريض فيجعل منه وكذلك على قولهما فيما يتغابن الناس فيه وكذلك ان كان على العبد دين محيط برقبته وبما في يده لان حال العبد لم يتغير انما تغير حال المولى فكان وصية منه بعد الدين من الثلث فان كان على المولى دين محيط برقبته وبما في يده ولا مال له غيره لم يجز من محاباة المولى شيء لان الوصية مؤخرة عن الدين ويقال للمشتري فانقض البيع وان شئت فأد المحاباة كلها ولو كان الذي حاباه العبد بعض ورثة المولى كانت المحاباة باطلة في جميع الوجوه لان هذا وصية من المولى كذا في شرح الكافي اهـ اتقاني ولد

وله أن يدفع الارض مزارعة و يأخذها وساقاة لان كل ذلك من عمل التجار قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر ربه وله أن يشترى طعاما و يزرعه فيها و يستأجر البيوت والحوانيت و يؤجرها لما فيها من تحصيل المال قال رحمه الله (و يؤجر نفسه) وقال الشافعي رحمه الله ليس له أن يؤجر نفسه لان الاذن لا يتناول التصرف في نفسه ولهذا لا يكون له أن يبيع نفسه ولا يرهنها فكذا منافعه لان المنافع تابعة للنفس ولنا أن الاجارة تجارة وهو تصرف على غير نفسه اذ هي بيع المنافع دون النفس فيملكه وانما لا يجوز بيع نفسه لانه يبطل الاذن أصلا لانه ينحجر به بخلاف الاجارة ولا يلزم من امتناع جواز بيع النفس امتناع الاجارة ألا ترى أن الحر لا يملك بيع نفسه و يملك اجارتها وأقرب منه المكاتب بل هو نظيره فانه يملك اجارة نفسه ولا يملك بيعها والرهن يوجب الحبس على الدوام الى قضاء الدين بغير بدل يقابله فيفوت به غرض المولى وهو التحصيل فلا يملكه و يشارك شركة عنان لانه من صنيع التجار لانه طريق لتحصيل الربح وليس له أن يشارك مفاوضة لانها تتضمن الكفالة وهو لا يملكها لكونها تبرعا قال رحمه الله (و يقر بدين وغصب ووديعة) لان الاقرار من توابع التجارة لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد فلا بد من قبول اقراره فيما هو من باب التجارة والاقرار بالدين منه وكذا بالغصب لان ضمان الغصب ضمان معاوضة عندنا لانه يملك المغصوب بالضمان فكان من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين كان شريكه طالبا به وكذا لو اشترى جارية شراء فاسدا فأقر أنه وطئها يجب عليه العقر في الحال لان لزومه باعتبار الشراء اذ لولاه لوجب الحد دون العقر بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح حيث لا يظهر وجوب العقر في حق المولى وانما يؤاخذ به بعد الحرية لانه ليس من باب التجارة ولهذا لو أقر به أحد المتفاوضين لم يلزم شريكه واقراره بالوديعة من باب التجارة لانه لا يجد بدا منه فكان من توابعه ولوازمه ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته وان كان في المرض قدم غرماء الصحة كما في حق الحر فحاصله أن ما يكون من باب التجارة من ديونه يصح اقراره به صدقه المولى أو كذبه وما لا يكون من باب التجارة لا يصدق فيه الا بتصديقه لانه فيه كالمحجور عليه و يبطل اقراره للزوج والولد والوالدين عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو كالاختلاف في بيع الوكيل من هؤلاء قال رحمه الله (ولا يتزوج) لانه ليس من باب التجارة ولان فيه ضررا على المولى بوجوب المهر والنفقة في رقبته قال رحمه الله (ولا يزوج مملوكه) وقال أبو يوسف رحمه الله يزوج الامة دون العبد لان فيه تحصيل المنفعة وهو تحصيل المهر وسقوط النفقة فأشبه اجارتها ولهذا جاز للمكاتب ووصي الاب والاب ولهما أن الاذن تناول التجارة والتزويج ليس بتجارة ولهذا لا يملك تزويج العبد بخلاف المكاتب والاب والوصي لان المكاتب يملك الاكتساب وذلك لا يختص بالتجارة وكذا الاب والجد والوصي ولان تصرفهم مقيد بالانظر للصغير وتزويج الامة من الانظر وعلى هذا الخلاف الصبي والمعتوه المأذون لهما والمضارب والشريك عنانا ومفاوضة وجعل صاحب الهداية الاب والوصي على هذا الخلاف وهو سهو فانه ذكر المسئلة بنفسه في كتاب المكاتب مثل ما ذكرنا ولم يذكر فيهما خلافا بل جعلهما كالمكاتب وكذا في عامة كتب أصحابنا كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة قال رحمه الله (ولا يكاتب) لانه ليس من باب التجارة

(قوله وله أن يدفع الارض مزارعة و يأخذها) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في أول كتاب المأذون الكبير ويتقبل الارض و يأخذها مزارعة كما يأخذ الحر لان أخذ الارض مزارعة ان كان البذر من قبله فهو استئجار الارض وان كان من قبل رب الارض فهو اجارة نفسه وانه يملك كلا الوجهين وليس له أن يدفع طعاما الى رجل ليزرعه ذلك الرجل في أرضه بالنصف لان هذا يصير قرضا وليس له القرض لان القرض تبرع وانه لا يملك التبرع ولو فعل مع هذا أشار به أن الخارج يكون للزارع حيث جعله قرضا ولو أقرضه تنصيصا فالجواب هكذا أن الخارج يكون للزارع لانه ملكه بحكم القرض وقد ذكر في المزارعة أن الحر لو دفع بذرا الى آخر ليزرعه في أرضه بالنصف ففعل يكون الخارج لصاحب البذر وعليه أجر مثل عمله وأرضه قيل في المسئلة روايتان في رواية المزارعة الخارج لصاحب البذر وفي رواية المأذون الخارج للزارع ودفع البذر يحتمل الوجهين الاقراض واستئجار العامل والارض ان دفع البذر ليزرعه له فقد أبقاه على ملكه فيكون العامل عاملا له بشرط النصف فيكون استئجارا له ولارضه وان دفع البذر ليزرع العامل لنفسه يكون اقراضا له ففي رواية اعتبر القرض وفي رواية اعتبر الاستئجار وروى محمد بن سماعة عن أبي حنيفة ان دفع البذر اليه وقال لتزرع لي أو أطلق يكون الخارج له فان قال لتزرع لنفسك يكون الخارج للزارع فمسئلة الكتاب على هذا اه اتقاني (قوله لانه لو لم يصح اقراره لم يعامله أحد) قال الكرخي واذا أقر العبد بجناية على عبد أو حر أو بمهر وجب عليه بنكاح جائز أو فاسد أو وجب عليه بشبهة نكاح فاقراره باطل لا يلزمه حتى يعتق فان صدقه المولى جاز عليه ولم يجز على الغرماء وان قامت على العبد بينة بذلك وأنه تزوج امرأة باذن مولاه لزمه المهر تحاص به المرأة الغرماء الى هنا لفظه رحمه الله اه اتقاني (قوله بخلاف ما اذا أقر بوطء جارية بالنكاح) أي بغير اذن المولى اه اتقاني (قوله كالمبسوط ومختصر الكافي والتتمة) أي وأحكام الصفار وما ذكر في المكاتب أصح لانه موافق لعامة

اذهي مبادلة المال بالمال والبدل في الحال مقابل بفك الحجر فلم تكن من باب التجارة ولان الكتابة أقوى من الاذن لان الكتابة توجب حرية اليد في الحال وحرية الرقبة في المآل والاذن لا يوجب شيأ من ذلك والشئ لا يتضمن ما هو فوقه الا اذا أجازه المولى ولم يكن على العبد دين لان الامتناع لحقه فاذا أجازه زال المانع فينفذ وهذا لما عرف أن كل عقد موقوف وله مجيز حال وقوعه يجوز باجازته فتكون الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم ليس للعبد أن يقبض البدل لانه نائب عن المولى كالوكيل فكان قبض البدل لمن نفذ العقد من جهته لان الوكيل سفير ومعبر فلا تتعلق به حقوق العقد كالنكاح بخلاف المبادلة المالية وذكر في النهاية أنه لو كان على العبد دين قليل أو كثير فكتابته باطلة وان أجازها المولى لان قيام الدين يمنعه من ذلك قل أو كثر وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغرقا لرقبته ولما في يده لا يمنع الدخول في ملك المولى باجماع أصحابنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تتصور هذه المسألة وعلى قول من يتأتى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة رحمه الله يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع ولو أدى المكاتب البدل الى المولى قبل الاجازة ثم أجاز المولى لا يعتق وسلم المقبوض للمولى لانه كسب عبده قال رحمه الله (ولا يعتق) لانه فوق الكتابة فكان أولى بالامتناع وان أجازه المولى ولم يكن عليه دين جاز وكان قبض العوض اليه ان كان العتق على مال وان كان عليه دين مستغرق لا ينفذ عند أبي حنيفة خلافا لهما بناء على أنه يملك ما في يده أم لا قال رحمه الله (ولا يقرض) لانه تبرع ابتداء وهو لا يملكه قال رحمه الله (ولا يهب) لانه تبرع محض وسواء كان بعوض أو بغير عوض لانه تبرع ابتداء أو ابتداء وانتهاء قال رحمه الله (ويهدي طعاما يسيرا ويضيف من يطعمه) لان التجار يحتاجون اليه لاستجلاب قلوب المجاهزين وروى أنه عليه الصلاة والسلام كان يجيب دعوة المملوك والمراد به المأذون له لان المحجور عليه ليس له أن يتخذ الضيافة اليسيرة لعدم الاذن وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا دفع اليه المولى قوت يومه فدعا بعض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا دفع اليه قوت شهر لانهم اذا أكلوه يتضرر به المولى ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير لانه يختلف باختلاف المال وغيره وقالوا في الهدية ليس له أن يهدي الا الشئ اليسير من المأكول وليس له أن يهدي الدراهم ولا بأس للمرأة أن تتصدق من بيت زوجها بشئ يسير كرغيف ونحوه بدون استطلاع رأي الزوج لان ذلك مأذون فيه عادة وما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال عام حجة الوداع لا تخرج المرأة من بيت زوجها فقيل له والطعام فقال عليه الصلاة والسلام الطعام أفضل أموالكم المراد به المدخر كالحنطة ودقيقها وأما غير المدخر فلها أن تتصدق به على العادة الجارية بين الناس والاب والوصي لا يملكان في مال الصغير ما يملكه العبد المأذون له من اتخاذ الضيافة اليسيرة والصدقة قال رحمه الله (ويحط من الثمن بعيب) لانه من صنيع التجار وقد يكون الحط أنظر له من قبول المعيب بخلاف الحط من غير عيب أو الحط أكثر من العادة لانه تبرع محض بعد تمام العقد وهو ليس من صنيع التجار فلا ضرورة اليه بخلاف المحاباة ابتداء لانه قد يحتاج اليه التاجر على ما بيناه وله أن يؤجل في دين وجب له لانه من عادات التجار

الروايات وفي الكافي يحتمل أن يكون في المسألة روايتان وقال الامام الاخسكتي أو يحمل ما أطلق في المكاتب على ما ذكره هنا أو يجعل في المسألة روايتان اه كاكي (قوله وعلى قول من يتأتى هذا) قلت يتأتى على قول أبي حنيفة الاول فقد قال الشارح رحمه الله فيما سيأتي عند قوله وان لم يحط صح أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن اه لكن التفريع على القول المرجوع عنه مع عدم التنبيه على ذلك مما لا ينبغي اه (قوله وسلم المقبوض للمولى) قال الاتقاني ولا يملك الاعتاق على مال أيضا لانه اذا لم يملك الكتابة لانها ليست بتجارة فلأن لا يملك الاعتاق على مال لهذا المعنى أولى لانه تصرف ضار لان فيه ازالة الملك في الحال بدين في ذمة المفلس فلعله يحصل ولعله لا يحصل وفي الكتابة لا يزول الملك ما لم يوجد أداء جميع بدل الكتابة لان المكاتب عبد ما بقي عليه درهم اه (قوله وكان قبض العوض اليه) والحاصل أن المأذون يفعل ما كان من صنيع التجار وما لا فلا ولهذا لا يكفل بنفس ولا مال ولا يقرض ولا يعتق على مال الا اذا أجازه المولى ولا دين عليه فان كان عليه دين يجوز باجازة المولى ويضمن المولى قيمته للغرماء اه اتقاني (قوله ولا يمكن أن يقدر للضيافة تقدير) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في كتاب شرح المأذون الكبير من الاصل لم يقدر محمد في الكتاب مقدار ما يتخذ من الضيافة أنه بأي قدر يتخذ الا أنه روى عن محمد بن سلمة أن ذلك على قدر مال تجارته مثلا عشرة آلاف درهم فاتخذ ضيافة عشرة دراهم كان يسيرا اه اتقاني وكتب ما نصه قال في الفتاوى الصغرى العبد المأذون يملك التبرعات اليسيرة حتى يملك التبرع بما دون الدرهم ولا يملك التصدق بالدرهم ويملك اتخاذ الضيافة والاهداء وليس هذا عقد بدرهم بل ما يعده التجار سرفا ويملك الذي لا يعدونه سرفا في المأكولات حتى لا يملك الاهداء في غير المأكولات اه اتقاني (قوله لا تخرج المرأة من بيت زوجها) كتب الشيخ الشلبي رحمه الله هنا ملحقا ما نصه بغير اذنه اه نهاية شرح الهداية (قوله وله أن يؤجل في دين وجب له لانه الخ)

ولو صالحه على أن يؤخر عنه بعضه ويحط عنه بعضه كان الحط باطلا والتأخير جائز لان الحط تبرع والتأخير وان كان تبرعا لكنه من صنيع التجار فأشبه الضيافة والهبة اليسيرة اه غاية (قوله في المتن يباع فيه) لكن لابد من حضرة المولى وفي بيع كسبه يشترط حضرة العبد لا المولى وتمامه في الكفاية اه من خط شيخنا المقرى رحمه الله وسيأتي في كلام الشارح في الصفحة الآتية في الشرح اه (قوله في المتن ان لم يفده سيده) أي بجميع دينه اه كفاية (قوله فلا تباع رقبته الخ) قال في طريقة البرهانية وأجمعوا على أن الرقبة

قال رحمه الله (ودينه متعلق برقبته يباع فيه ان لم يفده سيده) وقال زفر والشافعي رحمهما الله تتعلق بالكسب لا بالرقبة فلا تباع رقبته ويباع كسبه بالاجماع لهما أن رقبته ليست من كسبه فلا تباع في دينه كسائر أموال المولى وهذا لان رقبته ملك المولى فلا تتعلق بها الدين الا بتعليقه ولان غرضه بالاذن تحصيل مال لم يكن لا تفويت مال كان فلا يكون مشروعا أصلا ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته كدين الاستهلاك والمهر ونفقة الزوجات ولان بيعه بالدين كان جائزا حين كان يباع الحر بالدين على ماروى أنه عليه الصلاة والسلام باع رجلا يقال له سرق في دينه فانتسخ في حق الحر فيبقى في حقه على حاله لعدم المانع وفي تعلقه برقبته دفع الضرر عن الناس وحامل لهم على المعاملة وبه يحصل مقصود المولى لان المعسر الذي ليس له مال لا يعامله أحد خوفا من توى مالهم فلا يحصل غرضه واذا تعلق برقبته يعامل فيحصل غرضه وينتفي الضرر عنه بدخول ما اشتراه العبد في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة فيتعلق بهما جميعا ويبدأ بالكسب لانه أهون على المولى مع ايفاء حق الغرماء وعند انعدامه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الغرماء ولا يعجل القاضي بيعه بل يتلوم لاحتمال أن يكون له مال يقدم عليه أو دين يقتضيه فاذا مضت مدة التلوم ولم يظهر له وجه باعه لان القاضي نصب ناظرا للمسلمين وقد نظر للمولى بالتلوم فوجب النظر للغرماء بالبيع ثم بيع القاضي هذا العبد مجمع عليه بين أصحابنا غير زفر وان كان أبو حنيفة رحمه الله لا يرى بيع القاضي مال المفلس ولا يرى الحجر على المكاتب والفرق له أنه انما امتنع بيع القاضي مال المفلس لان بيعه يؤدي الى الحجر عليه وهو لا يرى حجر المكاتب فامتنع لذلك وأما العبد المأذون له فان المولى محجور عليه عن بيعه قبل ذلك لانه لا يملك بيعه بعد ما تعلق برقبته الدين لما فيه من ابطال حق الغرماء فلا يكون محجورا عليه ببيع القاضي ولهذا المعنى يبيع القاضي كسب العبد أيضا والمراد بالدين ما ظهر في حق المولى وأما ما لم يظهر في حقه فلا يباع العبد به ولا يطالب به الا بعد الحرية قال رحمه الله (وقسم ثمنه بالحصص) أي بين الغرماء لان ديونهم متعلقة برقبته فيتحاصصون في الاستيفاء من البدل كما في التركة ويشترط لبيع العبد نفسه أن يكون المولى حاضرا لان المولى هو الخصم في رقبة العبد كما اذا ادعى رقبته انسان ولا يكون العبد فيه خصما ولبيع كسبه لا يشترط حضور المولى ويشترط حضور العبد لان العبد هو الخصم في كسبه ألا ترى أنه اذا ادعى كسبه كان هو الخصم فيه قال رحمه الله (وما بقي طولب به بعد عتقه) أي ما بقي من الدين بعد ما اقتسم الغرماء ثمنه يطالب به بعد الحرية ولا يطالب به للحال لان دينهم ثابت في ذمته ولم يستوفوا الكل منه لان رقبته لم تف به فيبقى دينهم على حاله في ذمته فيستوفونه اذا قدر على ايفائه ولا يقدر الا بعد العتق لانه لا يمكن بيعه ثانيا ولا استسعاؤه لان المشتري يتضرر بذلك ولانه لو علم المشتري أنه يباع عليه ثانيا أو يستسعى يمتنع من شرائه فيؤدي الى امتناع البيع بالكلية فيعود الضرر على غرمائه فلا يشرع ولان الغرماء بالخيار ان شاؤا استسعوا العبد وان شاؤا باعوه فاذا باعوه لم يبق لهم تعلق به لان من خير بين شيئين أو بين أشياء فاختار أحدها بطل خياره في غيره وليس له الجمع بين الكل ولو اشتراه بعد ذلك مولاه الذي باعه الغرماء لم يكن لهم على العبد تعلق لان هذا الملك حدث بسبب جديد

تباع في دين الاستهلاك (قوله ويباع كسبه) أي في الدين اه (قوله ظهر وجوبه) أي على العبد اه (قوله في حق المولى) أي للاذن منه اه (قوله سرق) قال في الاصابة في حرف السين سرق بضم أوله وتشديد الراء بعدها قاف وضبطه العسكري بتخفيف الراء وزان عدو عمر وأنكر على أصحاب الحديث تشديد الراء ويقال اسم أبيه أسد صحابي نزل مصر ويقال كان اسمه الحباب فغيره النبي صلى الله عليه وسلم وعن زيد بن أسلم قال رأيت رجلا شيخا بالاسكندرية يقال له سرق فقلت ما هذا الاسم قال سمانيه رسول الله صلى الله عليه وسلم اه مع حذف وذكر في الاصابة في الكنى في ترجمة أبي عبد الله القيني ما نصه أخرج الطبراني من طريق ابن لهيعة عن بكر بن سوادة عن الجيلي عن أبي عبد الرحمن القيني أن سرقا اشترى من رجل برا قدم به فتقاضاه فتغيب عنه ثم ظفر به فأتى به النبي صلى الله عليه وسلم فقال له بع سرقا قال

 فانطلقت به فساومني به أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم ثلاثة أيام ثم بدا لي فأعتقته اه وقال في مجمع البحرين وسرق مثال زمج من الصحابة وهو سرق بن أسد كان اسمه الحباب فسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سرقا اه وفي المجمع في باب الجيم والزمج مثل الخرد اسم طائر يقال له بالفارسية دره براذران اه وفي المغرب وسرق على لفظ جمع سارق اسم رجل وهو الذي باعه رسول الله صلى الله عليه وسلم في دينه وهو حر اه (قوله الذي باعه للغرماء) أي لاجل الغرماء اه

وتبدل الملك كتبدل العين حكما فصار كأنه عبد آخر ولانهم لما اختاروا البيع بطل اختيار غيره على ما بينا ولانهم لما باعوه ملكوا السعاية للمشترى الاول بما أخذوا منه من الثمن وهو ملكه من المولى الاول فقام مقامه فلا يكون لهم الرجوع عليه كما لا يكون لهم الرجوع على المشترى الاول وفى نفقة الزوجة يباع مرارا كلما انفدت لان النفقة تجدد ساعة فساعة فتكون دينا حادثا بعد البيع ويتعلق دين الغرماء بجميع ما فى يده من المال المكتسب بعد الدين وقبله بأى سبب كان وقال زفر لا يتعلق دينه الا بما اكتسبه بطريق التجارة ولا يتعلق بما وهب للعبد أو تصدق به عليه لان وجوب الدين عليه بسبب التجارة فما كان من كسب تجارته يتعلق به الدين لاتحاد السبب وما لم يكن من كسب تجارته فهو كسائر أموال المولى قلنا حق العبد مقدم على حق المولى فانه لا يأخذ من كسبه الا الفاضل منه لان العبد من أهل الاستحقاق فلا يسلم للمولى الا بشرط الفراغ عن حاجة العبد لان العبد ليس بأهل للملك فيخلفه كالميت يخلفه وارثه بشرط الفراغ عن حاجته ولا فرق فى ذلك بين أن يكون مكتسبا بطريق التجارة أو غيرها كتركة الميت ويسلم للمولى ما أخذه من العبد قبل لحوق الدين لانه حين أخذه منه كان فارغا عن حاجته فيخلص له بمجرد القبض ولو كان المولى يأخذ من العبد كل شهر الغلة قبل لحوق الدين كان له أن يأخذ بعد لحوقه غلة مثل استحسانا والقياس أن لا يجوز له ذلك لان حق الغرماء مقدم فى كسبه على المولى وجه الاستحسان ان فى أخذ الغلة منفعة للغرماء فانه يتركه على حاله لاجل ما يحصل له من المنفعة ولو لم يأخذ يحجر عليه فينسد عليهم باب الاكتساب فكان ما يأخذه من الغلة كتحصيل الكسب لهم فلا يمنع منه الا اذا أخذ منه أكثر من غلة مثله فيسترد منه الزيادة لانه لو مكن من ذلك لم يحصل غرض الغرماء فلم يكن فى أخذه فائدة لهم فيؤخذ فيه بالقياس فيمنع فيقدم فيه حقهم قال رحمه الله (ويحجر بحجره ان علم به أكثر أهل سوقه) وقال الشافعى رحمه الله يحجره صحيح وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه وهذا بناء على أن الوكيل ينعزل بعزل الموكل وان لم يعلم عنده وعندنا لا ينعزل حتى يعلم وكذا لا يشترط لصحة الحجر أن يعلم العبد نفسه عنده وعندنا يشترط هو يقول ان المولى تصرف فى خالص حقه فينفذ ولا يتوقف على علم غيره ولنا أن حجره عليه لو صح بدون علمهم لتضرروا به لانه ان اكتسب شيأ فالمولى يأخذه وان لحقه دين يقيم البينة أنه كان حجر عليه قبله فيتأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وليس بمتحقق لا يدرى أيعتق أم لا ومتى يعتق فيكون غارا لهم فلا يكون محجورا عليه حتى يعلموا دفعا للضرر عنهم ويكتفى بعلم أكثر أهل سوقه والقياس أن لا يكتفى الا بعلم الجميع دفعا للضرر عنهم وجه الاستحسان أن إعلام الكل متعذر أو متعسر وفيه حرج وهو مندفع فيكتفى بالاكثر لان الاشتهار وهو المقصود يحصل بذلك ولو حجر عليه بحضرة الاقل لم يصر محجورا عليه حتى لو بايعه من علم

(قوله وقال زفر لا يتعلق الخ) قال الامام علاء الدين العالم فى طريقته قال علماؤنا رقبة العبد المأذون تباع بدين التجارة وقال الشافعى لا تباع ثم قال فيها على هذا الخلاف أرش يد العبد وما اكتسبه العبد من الصيد والحطب والحشيش عندنا يصرف الى الدين وعنده لا يصرف وقال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره فى باب الدين يلحق المأذون فى التجارة قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ما يلحقه من دين من شراء أو بيع أو استئجار استأجره أو غصب أو وديعة أو مضاربة أو بضاعة أو عارية مجحودة (قوله ويسلم للمولى الخ) قال الاتقانى قال شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فى شرح المأذون الكبير قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد اذا أذن الرجل لعبده فى التجارة فاكتسب مالا فأخذه المولى منه هل يجب على المولى ردّ مثله على العبد أو ردّ عينه اذا لم يستهلكه فهذا على وجهين إما أن يكون على العبد دين أو لم يكن فان لم يكن عليه دين فانه لا يلزمه ردّ شئ على العبد وان لحق العبد دين بعد ذلك وان كان عليه دين وقت الاخذ كان عليه أن يردّ عين ما قبض الى العبد ان كان قائما بعينه وان استهلكه ردّ عليه مثله اه (قوله استحسانا) قال الاتقانى وجه الاستحسان أن المولى انما لا يملك أخذ كسب عبده المديون اذا لم يعط العبد بازاء ما أخذ عوضا يعدله فاما اذا أعطى بازاء ما أخذ عوضا يعدله فانه يملك ذلك ألا ترى أنه لو اشترى شيأ من كسبه بمثل قيمته وعليه دين جاز ذلك لانه أخذه بعوض يعدله فاذا ثبت هذا نقول غلة المثل أخذها بعوض وهو ما ترك على العبد من الاستخدام فانه كان للمولى أن يستخدم عبده المديون فاذا أخذ منه غلة المثل فقد ترك عليه الخدمة فكان آخذا ما أخذ بعوض يعدله فصح أخذه بخلاف ما زاد على غلة المثل لانه أخذه بغير عوض وانما كان للمولى استخدام عبده المأذون لانه ان كان للغرماء فى هذا العبد حق فللمولى فيه ملك فاذا كان مشتركا بين اثنين لا يبطل حق المولى فاذا كان مجرد حق فأولى أن لا يبطل حق المولى فى الخدمة اه منهم (قوله وان لم يعلم به أحد من أهل سوقه) وهذا فى الحجر القصدى أما اذا ثبت الحجر ضمنا فلا يشترط علم أهل سوقه كما فى عزل الوكيل حكما اذا باع المأذون أو وهبه من رجل فقبضه الموهوب له يحجر حكما ولا يشترط علم أحد اه اتقانى (قوله ولو حجر عليه بحضرة الاقل الخ) قال الاتقانى فاذا باع العبد المأذون له فى التجارة واشترى فلحقه دين أو لم يلحقه ثم أراد مولاه أن يحجر عليه فليس يكون الحجر الا فى أهل سوقه ولو حجر عليه فى بيته ثم باع العبد أو اشترى وهو قد علم بذلك فبيعه وشراؤه جائز

منهم ومن لم يعلم جاز البيع لانه لما صار مأذونا له فى حق من لم يعلم صار مأذونا له فى حق من علم أيضا لان الاذن لا يقبل التخصيص على ما بينا أو نقول ان الحجر لا يتجزأ كما لا يتجزأ الاذن لانه ضده فكان كل واحد منهما لا يقبل التخصيص فترجح جانب الكثرة فيكون الحكم له لان الاكثر يقوم مقام الكل فى كثير من الاحكام لاسيما فى موضع الاشتهار لانه من الاكثر يحصل الاشتهار حتى يستوعب الكل ولهذا اكتفى بتبليغ الرسالة الى الاكثر حتى لا يعذر أحد بعد ذلك بالجهل بأحكام الشرع بل يلزمه بعد الاسلام وان كان جاهلا بها بخلاف ما اذا كان فى موضع لم تبلغه كدار الحرب ويبقى العبد مأذونا له الى أن يعلم بالحجر كما يبقى الوكيل على وكالته حتى يبلغه العزل ولانه لو انحجر من غير علمه لتضرر بتصرفه بعد الحجر وبلزوم قضاء ما لزمه به بعد الحرية من خالص ماله وهو لم يرض به وانما يشترط أن يكون الحجر شائعا فيما اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم بالاذن الا العبد ثم حجر عليه بعلم العبد صار محجورا عليه لعدم الاضرار بأحد قال رحمه الله (و بموت سيده و جنونه ولحوقه بدار الحرب مرتدا) أى يصير محجورا عليه بهذه الاشياء علم العبد أو لم يعلم لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء كأنه يأذن له ابتداء فى كل ساعة لتمكنه من الفسخ والحجر عليه فى كل ساعة فتركه على ما كان عليه كانشاء الاذن فيه فيشترط قيام الاهلية فى تلك الحالة كما يشترط فى الابتداء وقد زالت الاهلية بالموت والجنون وكذا باللحاق لانه موت حكما حتى يعتق مدبروه وأمهات أولاده ويقسم ماله بين ورثته فصار محجورا عليه فى ضمن بطلان الاهلية فلا يشترط فيه علمه ولا علم أهل سوقه لان الحجر حكمى فلا يشترط فيه العلم كانعزال الوكيل بهذه الاشياء وبافتراق الشريكين وكما اذا أخرجه المولى عن ملكه وكالشركة المفاوضة تبطل بملك أحدهما ما لا تصح فيه الشركة وتصير عنانا وان كان أحدهما لا يملك ابطالها والمراد بالجنون المطبق وقد ذكرناه فى الوكالة والاختلاف فيه قال رحمه الله (و بالاباق) أى و بالاباق أيضا يصير محجورا عليه حكما حتى لا يشترط أن يعلم أهل سوقه كما فى الجنون وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يكون محجورا عليه بالاباق لان الاباق لا ينافى ابتداء الاذن ألا ترى أنه اذا أذن لعبده المحجور عليه الآبق صح وجاز للعبد أن يتجر اذا بلغه فلأن لا يمنع بقاءه وهو دونه أولى فصار كما اذا غصب وهذا لان صحة الاذن باعتبار ملك المولى وقيام رأيه ولم يختل ذلك باباقه فكيف يصير محجورا عليه بخلاف ما اذا جن المولى واخواته على ما بينا ولنا أن المولى لم يرض بتصرف عبده المتمرد الخارج عن طاعته عادة فكان حجرا عليه دلالة والحجر مما يثبت بالدلالة كالاذن والاباق يمنع الابتداء عندنا على ما ذكره شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده فلنا أن نمنع ولئن سلمنا

(قوله كما يبقى الوكيل على وكالته الخ) ولو خرج العبد الى بلد للتجارة فأتى المولى أهل سوقه فأشهدهم أنه قد حجر عليه والعبد لا يعلم بذلك لم يكن حجرا عليه لان الاصل فى الاذن والحجر هو العبد وانما ثبت حكمه فى حق غيره تبعا ولم يثبت حكمه فى حقه لعدم العلم فكذا فى حق غيره ألا ترى أن هذا بمنزلة العزل فى حقه وحكم العزل يتقف على العلم واذا باع بعد ذلك أهل سوقه أو غيرهم فهو جائز لان حكم الاذن قائم وان علم العبد بذلك بعد يوم أو يومين فهو محجور عليه لان الحجر صحيح الا أنه لم ينفذ لعدم العلم حتى لا يؤدى الى الغرور وفيه فاذا علم بمنزلة عزل الوكيل وما اشترى وما باع قبل أن يعلم به فهو جائز لان حكم الحجر مقصور على العلم اه اتقانى وكتب ما نصه واذا أشهد المولى أهل السوق أنه قد حجر على عبده وأرسل اليه رسولا أو كتب اليه كتابا فبلغه الكتاب أو أخبره الرسول فهو محجور عليه لان العلم قد وقع به لان قول الرسول كقول المرسل وكذلك الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر وسواء كان (١١٩٣) الرسول عدلا أو غير عدل لان الرسول ينقل كلام المرسل ولو أخبره بذلك رجل لم يرسله مولاه لم يكن حجرا فى قول أبى حنيفة حتى يخبره رجلان أو رجل عدل يعرفه العبد وقال أبو يوسف ومحمد ان أخبره بذلك رجل أو امرأة أو صبى أو عبد صار محجورا عليه بعد أن يكون الخبر حقا واذا أذن الرجل لعبده فى التجارة فاشترى وباع وهو لا يعلم باذن المولى ولم يعلم به أحد فهو ليس بمأذون ولا يجوز شئ من ذلك لان الاذن لا يسمى اذنا بدون العلم فلو أمر المولى قوما أن يبايعوه فبايعوه والعبد لا يعلم بالاذن كان شراؤه وبيعه جائزا هذا رواية المأذون وفى رواية الزيادات لا يجوز وقال فخر الاسلام فى باب بيع الاب والوصى من زياداته رجل قال لرجل بع عبدى هذا من ابنى فلان بكذا فذهب فباعه فان أخبر الابن بذلك صار مأذونا وصح البيع وان لم يخبره حتى باعه منه لم يصح وكذلك لو قال اذهب فاشتر عبدا ابنى منه بكذا وذكر فى كتاب الوكالة فى موضع كذا وقال فى موضع يصح اه اتقانى وكتب أيضا ما نصه واذا أذن المولى لعبده فى التجارة فلم يعلم بذلك أحد ولم يبع ولم يشتر حتى حجر عليه بعلم منه بغير محضر من أهل سوقه فهو حجر عليه لان هذا الاذن خاص ورد عليه حجر خاص فعمل فيه وهذا لانا لو قلنا باعماله فيه لا يؤدى الى الغرور بأحد ولو علموا بذلك قبل أن يقول حجرت كان الحجر باطلا حتى يحجر فى أهل سوقه لانه صار عاما ولو لم يعلم به أحد غير العبد ثم حجر عليه والعبد لا يعلم به فاشترى وباع كان مأذونا والحجر باطل لان حكم الحجر لا يلزمه الا بالاذن اه اتقانى (قوله ولئن سلمنا الخ) وبعض مشايخنا جوزوا ابتداء الاذن للآبق ولم يجوزوا ابقاء الاذن فيه واليه ذهب شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وصححه صاحب الهداية اه اتقانى

فالدلالة ساقطة العبرة مع التصريح بخلافها وأما الغصب فان كان المولى يتمكن من أخذه بان كان الغاصب مقرا بالغصب أو كان للمالك بينة يمكنه أن ينتزعه من يد الغاصب و ينتزع كسبه فيجوز أن يأذن له ابتداء فكذا بقاء دلالة وان كان لا يتمكن من أخذه بان كان الغاصب جاحدا ولم يكن للمالك بينة يمتنع الاذن ابتداء فكذا بقاء لعدم ما يدل عليه ولو عاد من الاباق فالصحيح أن الاذن لا يعود قال رحمه الله (والاستيلاد) أي الامة المأذون لها تصير محجورا عليها باستيلادها المولى وقال زفر رحمه الله لا تصير محجورا عليها وهو القياس لان المولى اذا أذن لام ولده ابتداء يجوز فكذا بقاء ووجه الاستحسان أن العادة جرت بتحصين أمهات الاولاد وأنه لا يرضى بخروجها واختلاطها بالرجال في المعاملة والتجارة ودليل الحجر كصريحه كما قلنا بخلاف ما اذا أذن لام ولده صريحا لان الصريح يفوق الدلالة فكان أولى بالاخذ به ونظيره اذا قدم مائدة لانسان يكون اذنا منه بالاكل حتى حل له التناول ثم اذا نهاه صريحا عن الاكل لا تعتبر الدلالة قال رحمه الله (لا بالتدبير) يعني المأذون لها لا تصير محجورا عليها بالتدبير لان العادة لم تجر بتحصين المدبرة فلم يوجد دليل الحجر فبقيت على ما كانت اذ لا تنافي بين حكمي التدبير والاذن لان حكم التدبير انعقاد حق الحرية في الحال وحقيقة الحرية في المآل وحكم الاذن فك الحجر وحق الحرية لا يمنع فكذا الحجر قال رحمه الله (وضمن بهما قيمتهما للغرماء) أي ضمن المولى بالاستيلاد والتدبير قيمتهما لانه أتلف بالتدبير والاستيلاد محلا تعلق به حق الغرماء لانه بفعله امتنع بيعهما وبالبيع يقضي حقهم قال رحمه الله (وان أقر بما في يده بعد حجره صح) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله سواء أقر بأنه أمانة عنده أو غصب أو أقر بدين فيقضيه منه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا يصح اقراره وهو القياس لان المصحح لاقراره هو الاذن وقد زال بالحجر ويده على أكسابه قد بطلت بالحجر لان يد المحجور عليه غير معتبرة فصار كما اذا أخذه المولى من يده بعد حجره عليه قبل اقراره أو ثبت حجره بالبيع ونحوه أو كان عليه دين مستغرق لما في يده قبل الحجر فأقر بعد الحجر بدين آخر أو كان الذي في يده من المال حصل له بعد الحجر بالاحتطاب ونحوه ولهذا لا يصح اقراره في حق رقبته بعد الحجر عليه حتى لا تباع رقبته بالدين بالاجماع ولا يلزم على هذا عدم أخذ المولى ما أودعه عبده الغائب المحجور عليه لان منع المولى من أخذه هنالك فيما اذا لم يعلم أنه كسب العبد حتى اذا علم أنه كسبه كان له أن يأخذه ووجه الاستحسان أن المصحح للاقرار قبل الحجر عليه هو اليد ولهذا لا يصح اقراره قبل الحجر عليه فيما أخذه المولى واليد باقية حقيقة وشرط بطلانها بالحجر حكما فراغ ما في يده من الاكساب عن حاجته واقراره دليل على تحققها بخلاف ما اذا انتزعه المولى من يده قبل الاقرار لان يده قد زالت عنه ويد المولى ثابتة فيه حقيقة وحكما فلا تبطل باقراره وبخلاف اقراره بعد ما باعه المولى من غيره لانه بالدخول في ملك غيره صار كعين آخر لما عرف أن تبدل الملك كتبدل العين فصار اقراره كاقرار عبد آخر فلا يقبل فيما في يده كما لا يقبل فيما أخرجه من يده وبخلاف ما اذا كان عليه دين مستغرق لما في يده وقت الحجر عليه لان حق أصحاب الديون تعلق بما في يده فلا يقبل اقراره في ابطال حقهم فيقدمون على المقر له كالمريض يقر بدين وعليه دين في صحته فان اقراره لا يقبل في حق غرمائه فيقدمون عليه وبخلاف ما اكتسبه بعد الحجر لان حقهم لم يتعلق به لما أن حق الغرماء لم يتعلق بكسب المحجور عليه وبخلاف رقبته لانها ليست في يده ولان ملك المولى في الرقبة ثابت حتى ينفذ فيها اعتاقه وان كان على العبد دين مستغرق فلا يملك ابطاله بخلاف ما في يده من الاكساب فان المولى لا يملكه اذا استغرقه الدين ويد العبد فيه ثابتة حقيقة ولو ارتفعت لارتفعت حكما للحجر وشرط ارتفاعها بالحجر أن لا يكون عليه دين ألا ترى أن المولى ممنوع عن ابطال يد العبد ما دام عليه دين حتى يوفيه ولما كان شرط ولاية ابطال يد العبد عدم الدين لا يحكم بنفاذ الحجر في حق زوال يد العبد عما في يده ما لم يثبت عدم الدين بدليل ولا يكتفى بثبوت عدم الدين لعدم دليل وجوده كمن قال لعبده ان لم أدخل الدار اليوم فأنت حر فمضى اليوم لم يعتق اذا ادعى المولى الدخول وان كان الاصل عدم الدخول

(قوله فيجوز أن يأذن له الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان باعه رجل ثم اختلفا فقال المولى كان آبقا وقال الذي باعه لم يكن آبقا لم يصدق المولى على اباقه الا ببينة لانه يدعي الحجر بعد الاذن ولان الظاهر يشهد للآخر لان الغالب في العبيد الانقياد والطاعة دون التمرد فان أقام المولى البينة انه أبق منه الى موضع كذا وأقام الذي باعه البينة ان المولى أرسله الى ذلك الموضع ليشتري فيه ويبيع فالبينة بينة الذي باعه العبد أيضا والقياس أن تكون البينة بينة المولى لانه هو المدعي ألا ترى أن القول قول الآخر ولكن نقول بأن بينة الذي بايع العبد أكثر اثباتا لانه يثبت طاعة العبد وكونه مأذونا ظاهرا وفي الحقيقة غرضه اثبات استحقاق رقبته بالدين والمولى يثبت الاباق ظاهرا وفي الحقيقة غرضه نفي الاستحقاق والبينات حجة للمدعين فكان قبول بينة من هو مدع من كل وجه أولى اهـ اتقاني (قوله فالصحيح أن الاذن لا يعود) أي لانه زال ولاية البيع بالاباق فيعتبر بما لو زال ولاية البيع بزواله عن ملكه ولو زال ولاية بيع المولى بزوال ملكه ثم عاد العبد الى قديم ملكه لا يعود مأذونا فكذا هذا اهـ اتقاني

وهو ثابت العدم بدليل الدخول لان عدمه لما جعل شرطا لثبوت العتق لم ينفذ العتق بالعدم الثابت لعدم دليل الوجود فكذا هذا وهو الذي يقوله الفقهاء الظاهر لا يصلح للاستحقاق ويصلح للدفع وهو استصحاب الحال واذا لم يثبت الحجر بقي الاذن على حاله في حقه كأنه لم يحجر عليه

قال رحمه الله (ولا يملك سيده ما في يده لو أحاط دينه بماله ورقبته فبطل تحريره عبدا من كسبه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملك ما في يده من كسبه وينفذ عتقه في عبده ويغرم قيمته للغرماء لانه يملك المأذون له فيملك كسبه بالضرورة لان ملك الرقبة سبب لملك كسب الرقبة لان الرقبة أصل وكسبه فرع واستغراقهما بالدين لا يوجب خروج المأذون له عن ملكه حتى لو أعتقه نفذ عتقه فيه وملك وطء المأذون لها فكذا كسبه الذي في يده لانه يتبع أصله فيكون مثله وتعلق حق الغرماء به استيفاء لا يوجب خللا في ملكه ولو أوجب لما حل وطء المأذون لها اذ الوطء لا يحل بدون كمال الملك بخلاف الوارث اذا أعتق عبدا في التركة وهي كلها مشغولة بالدين حيث لا ينفذ العتق لان انتقال الملك الى الوارث عند استغنائه عنه نظرا له ولهذا يقدم في الارث الاقرب فالاقرب لان الصرف الى الاقرب أنفع له فاذا كان عليه دين كان النظر له في الصرف الى قضاء الدين دون النقل الى الورثة فلا يملكونه ولابي حنيفة رضي الله عنه أن ملك المولى انما يثبت في كسب العبد التاجر خلافة عنه عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما بيناه والمحيط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه ولا يدخل في ملكه فلا يعتق باعتاقه لانه لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم بخلاف رقبته لان المولى لا يخلفه في ملك رقبته بل كان مالكا له من قبل الاذن فبقي ملكه بعد الدين على ما كان قبله وهو نظير المكاتب فان المولى يملك رقبته حتى يعتق باعتاقه ولا يملك ما في يده من أكسابه حتى لا ينفذ اعتاقه فيه فاذا نفذ عتقه في رقبة المأذون له عنده وعندهما فيه وفي كسبه يغرم المولى الغرماء قيمته لانه أتلف بالاعتاق ما تعلق به حقهم وكذا لو أتلف المولى ما في يده من العبيد يضمن لما ذكرنا لكن يضمن قيمته الحال عندهما لانه ملكه وانما ضمنه لتعلق حق الغير به وعنده في الاثنين لانه ضمان جناية لعدم ملكه ولو اشترى ذا رحم محرم من المولى لم يعتق عنده لعدم الملك وعندهما يعتق ولو استولد جارية عبده المأذون له وعليه دين مستغرق صارت أم ولد له ويضمن قيمتها ولا يضمن عقرها ولا قيمة ولدها وهذا بالاتفاق لان عندهما ملكه بات حقيقة وعنده مصادف حق الملك ولهذا لا يجوز للمولى أن يتزوجها ولو أعتقها المولى وعلى العبد دين مستغرق ثم وطئها فولدت عتقت بالاستيلاد وعليه العقر لها ويثبت نسب الولد منه عند أبي حنيفة رضي الله عنه لان العتق توقف عنده على أن ينفذ عند ملك الجارية ألا ترى انه لو قضى دين الغرماء أو أبرأ الغرماء العبد عن ديونهم حتى ملك الجارية نفذ عتقه فكذا اذا ملك الجارية بالاستيلاد ذكره في المحيط

قال رحمه الله (وان لم يحط صح) أي وان لم يحط الدين برقبته وبما في يده جاز عتقه وهذا بالاجماع أما عندهما فظاهر وكذا عنده في قوله الآخر وفي قوله الاول لا يملك فلا يصح اعتاقه لان الدين متعلق بكسبه وفي حق التعلق لا فرق بين القليل والكثير كما في الرهن وجه قوله الآخر أن الشرط هو الفراغ وبعضه فارغ وبعضه مشغول فلا يجوز أن يمنع الملك في الكل لان شرط عدم الملك لم يوجد في الكل ولا يجوز أن يمنع بقدره لان البعض ليس بأولى من البعض فيثبت الملك في الكل ولانه لا يخلو عن قليل دين ولو جعل القليل مانعا لانسد باب الانتفاع بكسب عبده فيختل ما هو المقصود من الاذن وأصله أن استغراق التركة بالدين يمنع ملك الوارث في التركة وان كان غير مستغرق ففي قول أبي حنيفة رحمه الله الاول كذلك وفي قوله الآخر يملك الوارث جميع التركة على ما يجيء تقريره من بعد ان شاء الله تعالى

قال رحمه الله (ولم يصح بيعه من سيده الا بمثل القيمة) لانه لا تهمة في البيع له بمثل القيمة فيجوز وبأقل منه فيه تهمة فلا يجوز وهذا لان حق الغرماء تعلق بالمالية فليس له أن يبطل حقهم بخلاف ما اذا

(قوله ويغرم قيمته للغرماء) أي ان كان المولى موسرا وان كان معسرا فالغرماء أن يضمنوا العبد المعتق ويرجع هو بذلك على المولى وبه صرح الكرخي في مختصره اهـ اتقاني

(قوله على ما يجيء تقريره من بعد) أي في كتاب القسمة اهـ تقدم في آخر كتاب الصلح اهـ

(قوله فليس له أن يبطل حقهم) اعلم أن العبد المأذون المديون اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحابنا جميعا لان البيع مفيد أما عند أبي حنيفة فلانه يفيد ملك الرقبة والتصرف في الكسب لان دين العبد يمنع ملك المولى في الكسب والبيع أفاد الملك فيه وأما عند أبي يوسف ومحمد فلانه يستفيد ملك اليد والتصرف في كسب العبد ويجوز أن يثبت للعبد على مولاه دين لانه مفيد لحق الغرماء كما يثبت الملك له في كسبه ولهذا لو استهلك المولى شيئا من كسب عبده المأذون المديون يضمنه للعبد فصار كبيع المضارب بمال المضاربة من رب المال لانه يفيد التصرف بخلاف ما اذا لم يكن على العبد دين حيث لا يجوز بيعه من مولاه لانه ليس بمفيد لان مولاه يملك ولا يملك رقبته وتصرفا هذا اذا باعه بمثل القيمة أما اذا باعه من مولاه بأقل من قيمته بأن حابى في الثمن لم يجز أم لا أطلق القدوري الجواب في مختصره ولا ذكر الخلاف فقال وان باعه بنقصان لم يجز وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي والعبد المأذون له في الشفعة فيما بينه وبين مولاه وبين غيره كالحر بيانه أن المولى اذا باع دارا بجنب دار

العبدان لم يكن على العبد دين فلا شفعة له لانه لو أخذه كان لمولاه والاصل أن كل من باع أو بيع له فلا شفعة له وان كان عليه دين أخذ الدار بالشفعة وكذلك لو باع العبد دارا والمولى شفيعها ان كان العبد لا دين عليه فلا شفعة له لانه بيع له وان كان عليه دين فله الشفعة ولو اشترى العبد دارا والمولى شفيعها فان لم يكن عليه دين فالدار للمولى ولا حاجة الى الاخذ بالشفعة وان كان عليه دين فله أن يأخذها بالشفعة ولو أن المولى باع دارا من العبد ان لم يكن عليه دين فلا يكون بيعا وان كان عليه دين فالبيع جائز ويأخذ الشفيع ان كان بمثل قيمته أو أقل وان كان أكثر من قيمته فالبيع باطل عند أبي حنيفة ولا شفعة فيه وقال أبو يوسف ومحمد المولى بالخيار ان شاء أبطل الزيادة ويجوز البيع ويأخذ الشفيع بما سلم العبد وان شاء رد البيع فلا شفعة للشفيع الا أن يأخذ بجميع الثمن وان كان على العبد دين فباع دارا من المولى ان كان أكثر من قيمته أو بمثلها جاز ويأخذ الشفيع الدار بالشفعة وان كان أقل من قيمته فالبيع فاسد عند أبي حنيفة ولا شفعة فيها وعندهما المحاباة لا تجوز ويأخذ الشفيع الدار بالقيمة ان شاء الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني

حابى الاجنبي عند أبي حنيفة رحمه الله لانه لا تهمة فيه وبخلاف ما اذا باع المريض عينا من وارثه بمثل قيمتها حيث لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله لان المريض ممنوع عن ايثار بعض الورثة بالعين لان الناس لهم أغراض في العين فلا يملك ايثار بعض الورثة بها وفي حق غيرهم ممنوع عن ابطال المالية حتى كان له أن يبيع جميع ماله بمثل القيمة وبأقل منه الى ثلثي القيمة اذا لم يكن عليه دين لان له أن يحابي بقدر الثلث كما يجوز له أن يتبرع به وبعد موت المريض الغرماء أحق بالمالية والورثة أحق بالعين حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة وكذا لبعضهم اذا سلم البعض وهذا الحق لهم في التركة كحق المولى في مال عبده المأذون له المديون حتى كان له استخلاصه بالقيمة وحق الغرماء في الموضعين لم يتعلق الا بالمالية حتى لا يكون لهم الاستخلاص بالقيمة أصلا وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه من المولى جاز البيع فاحشا كان الغبن أو يسيرا ولكن يخير بين أن يزيل الغبن وبين أن ينقض البيع لان في المحاباة ابطال حق الغرماء في المالية فيتضررون به بخلاف البيع من الاجنبي بالغبن اليسير حيث يجوز عندهما ولا يؤمر المشتري بازالته والمولى يؤمر بازالته لان البيع باليسير من الغبن متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا في البيع من المولى للتهمة غير تبرع في حق الاجنبي لانعدامها وبخلاف ما اذا باع من الاجنبي بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ويؤمر بازالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون له على أصلهما الا باذن المولى ولا اذن في البيع من الاجنبي وهو آذن فيما يشتريه بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء واختلفوا في قول أبي حنيفة رضي الله عنه قيل يفسد البيع لان رد هذا البيع للتهمة فأشبه بيع المريض من وارثه بخلاف بيعه له بمثل القيمة حيث يجوز لانه لا تهمة فيه بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده حيث لا يجوز لما ذكرنا والاصح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة دون البيع فلأن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار تصرفه مع مولاه كتصرف المريض المدين مع الاجنبي والغبن الفاحش واليسير سواء عنده كقولهما قال رحمه الله (وان باع سيده منه بمثل قيمته أو أقل صح) لان المولى أجنبي عن كسبه عنده اذا كان عليه دين والكلام فيه لانه لا يملك كسبه فيخرج المبيع عن

رحمه الله تعالى (قوله حتى كان لهم أن يستخلصوها بالقيمة) سيأتي في آخر كتاب الوصية قبيل كتاب الخنثى أن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فراجعه اه (قوله ولكن يخير بين أن يزيل الغبن) أي الفاحش واليسير أيضا اه (قوله وبين أن ينقض البيع) فأما على قول أبي حنيفة فالبيع لا يجوز وان بلغ المولى الثمن الى تمام القيمة اه غاية (قوله بخلاف بيع المريض من وارثه بمثل القيمة عنده الخ) قال في المختلف وهو نظير اختلافهم في بيع المريض عينا من وارثه أنه لا يجوز عنده أصلا وعندهما لا تجوز المحاباة والجامع التهمة وفرق بينهما أبو حنيفة في حكم وهو أن البيع بمثل القيمة ههنا يجوز وفي المريض لا يجوز لان نفس الايثار بالعين فيه تهمة والتهمة ههنا في النقصان ملكه

وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح أنه يصح على قول الكل لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى ولو كان المولى أخذه واستهلكه فعليه الثمن وتمام القيمة لان المولى مخير بين تتميم القيمة وبين نقض البيع فتى استهلكه تعذر نقضه فلزمه تتميم القيمة اه غاية قال الكاكي رحمه الله وفي الكافي هذا الذي ذكرنا قول بعض المشايخ وهو قوله وان باعه بنقصان لم يجز عنده ويجوز عندهما ويخير المولى الخ والصحيح أن قوله كقولهما لان المولى بسبيل من تخليص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلأن يكون ذلك بالبيع أولى وصار العبد في تصرفه مع مولاه كالمريض المديون مع الاجنبي وفي المبسوط لم يجز عندهما أيضا كالمريض المديون مع الاجنبي والاصح أن هذا قولهم جميعا لان العبد مع المولى كالمريض مع الاجنبي وهكذا ذكره في مبسوط الاسبيجابي وفي النهاية ما ذكر في الكتاب وان باعه بنقصان لم يجز عنده وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى الخ وقع على غير الاصح اه

ملكه فيصح كما في الاجنبي وعندهما جواز البيع يعتمد الفائدة وقد وجدت فان المولى يستحق أخذ الثمن والعبد المبيع فثبت لكل واحد منهما ما لم يكن ثابتا قبل ذلك فأفاد قال رحمه الله (ويبطل الثمن لو سلم قبل قبضه) أى لو سلم المولى المبيع قبل قبض الثمن بطل الثمن فلا يطالب العبد بشئ لانه بتسليمه المبيع سقط حقه فى الحبس ولا يجب له على عبده دين فخرج مجانا بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا حيث يكون المولى أحق به من الغرماء لانه تعين بالعقد فملكه به عنده وعندهما تعلق حقه بعينه فكان أحق به من الغرماء اذ هو ليس بدين يجب فى ذمة العبد ويجوز أن يكون عين ملكه فى يد عبده وهو أحق به من الغرماء كما لو غصب العبد شيأ من ماله أو أودع ماله عند عبده أو قبض المبيع بغير اذن المولى وبخلاف ما اذا باع العبد من سيده فسلم اليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن لانه يجوز أن يثبت للعبد المأذون له المديون دين على مولاه ألا ترى أنه لو استهلك المولى شيأ من اكساب عبده المديون ضمن للعبد هذا جواب ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله أن للمولى أن يسترد المبيع ان كان قائما فى يد العبد ويحبسه حتى يستوفى الثمن لان المولى لم يسقط حقه من العين الا بشرط أن يسلم له الثمن ولم يسلم فبقى حقه فى العين على حاله فيتمكن من استرداده ما بقى العين قائما فى يده لانه يجوز أن يكون العين المملوكة للمولى فى يد عبده فكذا يجوز أن يكون له ملك اليد فيه وأما بعد استهلاكه فقد صار دينا فلا يمكن ايجابه على عبده قال رحمه الله (وله حبس المبيع بالثمن) أى للمولى حبس المبيع حتى يستوفى الثمن من العبد لان البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل اليه الثمن فيبقى ملك اليد للمولى على ما كان عليه حتى يستوفى الثمن ولهذا كان أخص به من سائر الغرماء ولان الدين تعلق بالعين لانه يقابلها ويسلم بسلامتها فكان له شبه بالعين المقابل له فيكون للمولى حق فيه لتعلق حقه بالعين ولهذا يستوجب بدل الكتابة على المكاتب لما أنه مقابل برقبته مع انه لا يجب له على عبده دين بخلاف ما اذا سلم المولى المبيع أولا حيث يسقط دينه لذهاب تعلق حقه بالعين فيصير الثمن دينا مطلقا فيسقط ولو باع المولى شيأ من العبد بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو نقض البيع قليلة كانت المحاباة أو كثيرة لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء كما بينا فى جانب العبد بخلاف ما اذا اشترى من غير المولى حيث يجوز باليسير من المحاباة عندهما وعنده يجوز مطلقا والمعنى قد بيناه وقوله يؤمر بازالة المحاباة يدل على أن البيع يقع جائزا ويجوز أن يكون على الروايتين عند أبى حنيفة رحمه الله على ما بيناه هذا كله فيما اذا كان على العبد دين وان لم يكن عليه دين لا تجوز مبايعته مع المولى لعدم الفائدة لان الكل ماله ولا حق فيه لغيره قال رحمه الله (وصح اعتاقه) أى جاز اعتاق المولى عبده المأذون له المستغرق بالدين وهذا بالاجماع لقيام ملكه فيه وانما الخلاف فى أكسابه بعد الاستغراق بالدين وقد بيناه قال رحمه الله (وضمن قيمته لغرمائه) أى المولى ضمن قيمة المعتق لغرمائه لانه أتلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ولا وجه لرد العتق لانه لا يقبل الفسخ فأوجبنا الضمان عليه دفعا للضرر عن الغرماء بخلاف ما اذا كان المأذون له مدبرا أو أم ولد حيث لا يجب الضمان باعتاقهما للغرماء لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم يضمن شيأ وان كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لا غير لانه حقهم وان كان الدين أكثر من قيمته ضمن قيمته بالغة ما بلغت لان حقهم تعلق بماليته فيضمنها كما اذا أعتق الراهن المرهون بخلاف ضمان الجناية على العبد حيث لا يبلغ به دية الحر لان القيمة هناك بدل الآدمى من وجه فلا يبلغ به دية الحر وكذا هنا لا يختلف بين ما اذا علم المولى بالدين أو لم يعلم بمنزلة اتلاف مال الغير لما تعلق به حقهم بخلاف اعتاق العبد الجانى حيث يجب على المولى جميع الارش ان كان اعتاقه بعد علمه بالجناية لان الواجب فيها على المولى وهو مخير بين

(قوله أو قبض المبيع بغير اذن المولى) وهذا يتأتى على قولهما لانه ملكه عندهما اه من خط الشارح (قوله وعن أبى يوسف أن للمولى أن يأخذ الثمن وفى رواية له الخ اه اتقانى (قوله ولو باع المولى شيأ من العبد الخ) قال فى الهداية ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بازالة المحاباة أو بنقض البيع كما بينا فى جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء اه (قوله كما بينا) اشارة الى قوله ويخير المولى بين ازالة المحاباة الخ فصاحب الكتاب أطلق لفظ المحاباة هنا من غير ذكر خلاف وهذا وقع على اختيار صاحب المبسوط من الاصح كما قررنا آنفا على اختيار صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام هذا البيع لا يجوز أصلا عند أبى حنيفة فلا يرد التخيير عنده وعندهما يجوز البيع مع التخيير وفى الكافى ويحتمل أن يكون البيع فاسدا عند أبى حنيفة على قول بعض المشايخ كما فى الفصل الاول اه (قوله فى المتن وصح اعتاقه) قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى المولى اذا أعتق عبده المديون جاز عتقه لان ملكه باق فيه والغرماء بالخيار ان شاؤا اتبعوا العبد بالدين وان شاؤا اتبعوا المولى بأقل من قيمته ومن الدين سواء كان عالما بالدين أو لم يكن عالما اه اتقانى رحمه الله (قوله لان الواجب فيها على المولى) أى لانه عاقلته الا أنه كان يتخلص منه بالدفع فبالعتق أبطل حق الدفع فصار مختار الفداء ان كان عالما فأما فى الدين فهو فى ذمة العبد ألا ترى أنه يباع فيه والمولى أبطل حق البيع ولو بيع لا يكون الا قدر القيمة لانه لا يشترى فى الظاهر بأكثر من القيمة فلذلك لزمته القيمة وفى مسئلتنا لو اختاروا اتباع المولى لا يكونون ابراء للعبد ولو اختاروا اتباع العبد لا يكون فى

الدفع والفداء فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما ولا كذلك هنا لان المولى ليس عليه شئ وانما يضمن باعتبار تفويت حقهم كاتلاف مال الغير وذلك لا يختلف بين العلم وعدمه وكذا لو كان الجانى مدبرا أو أم ولد يجب على المولى قيمته لعجزه عن دفعه بفعله من غير أن يصير مختارا وهنا لا يجب لما بينا قال رحمه الله (وطولب بما بقى لغرمائه بعد عتقه) أى لغرمائه أن يطالبوه بعد الحرية ان بقى من دينهم شئ ولم تف به القيمة لان الدين مستقر فى ذمته لوجود سببه وعدم ما يسقطه والمولى لا يلزمه الا قدر ما أتلف فبقى الباقى عليه كما كان فيرجع به عليه ولهذا كان لهم أن يتبعوا العبد بالكل و يبرؤا المولى عنه لان دينهم عليه واذا اختاروا اتباع أحدهما لا يبرأ الآخر كالكفيل مع المكفول عنه بخلاف الغاصب مع غاصب الغاصب لان هنالك الضمان واجب له على أحدهما فاذا اختار تضمين أحدهما برئ الآخر ضرورة وهنا وجب على كل واحد منهما دين على حدة ولو أعتقه المولى باذن الغرماء فلهم أن يضمنوا مولاه القيمة وليس هذا كاعتاق الراهن باذن المرتهن وهو معسر لانه قد خرج من الرهن باذنه والعبد المأذون له لا يبرأ من الدين باذن الغريم ذكره فى المحيط قال رحمه الله (وان باعه سيده وغيبه المشترى ضمن الغرماء البائع قيمته) لانه متعد ببيعه وتسليمه الى المشترى قال رحمه الله (وان رد عليه بعيب رجع بقيمته وحق الغرماء فى العبد) أى اذا رد المشترى العبد على البائع بالعيب بعد ما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى بقيمته على الغرماء وكان حق الغرماء فى العبد لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم فصار كالغاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على المالك و يرجع عليه بالقيمة التى دفعها اليه هذا اذا رده عليه قبل القبض مطلقا أو بعده بقضاء لانه فسخ من كل وجه وكذا اذا رده عليه بخيار الرؤية أو الشرط وان رده بعيب بعد القبض بغير قضاء فلا سبيل للغرماء على العبد ولا المولى على القيمة لان الرد بالتراضى اقالة وهى بيع فى حق غيرهما وان فضل من دينهم شئ رجعوا به على العبد بعد الحرية قال رحمه الله (أو مشتريه) أى أو ضمنوا مشتريه وهو معطوف على البائع فتقديره وان باعه سيده وغيبه المشترى ضمن الغرماء البائع وهو المولى قيمته أو ضمنوا مشترى العبد قيمته لان كل واحد منهما متعد فى حق الغرماء البائع بما ذكرنا والمشترى بالشراء والقبض والتغييب قال رحمه الله (أو أجازوا البيع وأخذوا الثمن) أى الغرماء ان شاؤا أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد ولا يضمنوا أحدا القيمة لان الحق لهم والاجازة اللاحقة كالاذن السابق كما اذا باع الراهن الرهن ثم أجاز المرتهن البيع بخلاف ما اذا كفل عن غيره بغير أمره ثم أجاز لانها وقعت غير موجبة للرجوع ولم يتوقف نفاذ الكفالة ولزومها على الاجازة بل نفذت على الكفيل غير موجبة للرجوع فلا تنقلب موجبة له ولا كذلك ما نحن فيه فحاصله أن الغرماء مخيرون بين ثلاثة أشياء اجازة البيع وتضمين أيهما شاؤا ثم ان ضمنوا المشترى رجع المشترى بالثمن على البائع لان أخذ القيمة منه كأخذ العين وان ضمنوا البائع سلم المبيع للمشترى وتم البيع لزوال المانع وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعوا عليه وان توت القيمة عند الذى اختاروه لان المخير

ذلك ابراء للمولى بخلاف الغاصب وغاصب الغاصب اذا اختار المغصوب منه تضمين أحدهما انقطع حقه من الآخر والفرق بينهما أن هنالك وجب على كل منهما بطريق الاصالة فاذا ضمن أحدهما فقد ملكه فبعد التمليك لا يملك الرجوع عنه وأما ههنا الدين وجب على العبد الا أنه وجب على المولى على سبيل الكفالة اذ ليس فى هذا التضمين تمليك الدين من المولى فثبت أنه كالكفيل ومن طالب الكفيل أو المكفول عنه لا يكون فى ذلك ابراء عن الآخر فلذلك افترقا ولو اختار بعضهم اتباع العبد وبعضهم اتباع السيد فالذى يتبع العبد يأخذه بجميع الدين لان الدين عليه والذى يتبع المولى يأخذ منه جميع حقه اذا كان حقه مثل القيمة وما يأخذون من المولى يكون بينهم بالشركة وان لم يكن أصل الدين بالشركة لانه ثبت حقهم فى القيمة فصار كالمشترك بينهم وما يأخذه من العبد لا يكون بينهم بالشركة الا اذا كان أصل الدين بالشركة هذا اذا أعتقه ولو لم يعتقه ولكن دبره فالغرماء أيضا بالخيار ان شاؤا اتبعوا المدبر بدينهم فيستسعونه فى الدين وان شاؤا اتبعوا المولى بقدر قيمته وفى اختيار أحدهما ابراء الآخر لان المدبر يكون كسبه للمولى فلم يكن تحت التضمين تمليك فلذلك افترقا وفرق آخر بين هذا وبين العتق وهو أن كل ما يأخذ كل واحد منهم من المدبر يكون بينهم بالشركة وفى العتاق لا يكون والفرق بينهما أن هذا كسب العبد والعبد ليس له أن يقضى غريما دون غريم كذلك وأما العبد اذا أعتق صار حرا فله أن يقضى غريما دون غريم (قوله فيكون مختارا للفداء بالاعتاق عالما) أى وان كان غير عالم لم يلزمه شئ الا قدر القيمة لا غير اه اتقانى (قوله فصار كالغاصب اذا باع الخ) قال الاتقانى قالوا هذا كالغاصب اذا باع وضمن أنه ينفذ بين البيع حتى لو رد عليه بالعيب سلم له وكان له أن يرده على المغصوب منه لانه اذا ضمن قيمته سليما ولم يعلم بالعيب ثبت حق الرد بالعيب واسترداد القيمة لانه انعقد بينهما حكم البيع وكذلك ههنا اه (قوله هذا اذا رده عليه قبل القبض) المسئلة مفروضة فيما اذا غيبه المشترى بعد قبضه فكيف يصح قوله رده قبل القبض ولهذا لم يذكره الرازى فى شرحه اه (قوله ثم أجاز) أى المكفول عنه اه (قوله فحاصله أن الغرماء مخيرون الخ) وقد تقدمت متنا وشرحا اه

بين شيئين اذا اختار أحدهما تعين حقه فيه وليس له أن يختار الآخر ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل ان كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو باباءعين لان حقهم تحول الى القيمة بالقضاء وان قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه وقد ادعى الغرماء أكثر منه فهم بالخيار فيه ان شاؤا رضوا بالقيمة وان شاؤا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم لانه لم يصل اليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك كذا ذكره في النهاية وعزاه الى المبسوط قال الراجي عفو ربه الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما ضمن ولم يشترط هنا ذلك وانما شرط أن يدعي الغرماء أكثر مما ضمن وأن كمال حقهم لم يصل اليهم بزعمهم وبينهما تفاوت كثير لان الدعوى قد تكون غير مطابق فيجوز أن تكون قيمته مثل ما ضمن أو أقل فلا يثبت لهم الخيار فيه وانما يثبت لهم الخيار اذا ظهر وقيمته أكثر مما ضمن فلا يكون المذكور هنا مخلصا قال رحمه الله (وان باعه سيده وأعلم بالدين فللغرماء رد البيع) لان حقهم تعلق به وهو حق الاستسعاء أو الاستيفاء من رقبته وفي كل منهما فائدة فالاول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فكان لهم رده وفائدة الاعلام بالدين سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين حتى يلزم البيع في حق المتعاقدين وان لم يكن لازما في حق الغرماء هذا اذا كان الدين حالا وكان البيع من غير طلب الغرماء والثمن لا يفي بدينهم فأما اذا كان دينهم مؤجلا فالبيع جائز لانه باع ملكه وهو قادر على تسليمه ولم يتعلق به حق لغيره لان حق الغرماء متأخر بخلاف الرهن بالدين المؤجل حيث لا يجوز له بيعه لان للمرتهن ملك اليد فيه فلا يقدر المولى على تسليمه ولا يد للغرماء في العبد المأذون له ولا في كسبه وانما تعلق حقهم بماليته لقضاء الدين منه وذلك متأخر الى ما بعد حلول الاجل وكذا اذا كان البيع بطلبهم لان البيع وقع لاجلهم واذنهم في البيع بمنزلة بيعهم بأنفسهم فلا ينقض وكذا اذا كان الثمن يفي بدينهم ودفعه اليهم لان حقهم قد وصل اليهم فينفذ البيع لزوال المانع وقال صاحب الهداية قالوا تأويله اذا لم يصل اليهم الثمن فان وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم وفيه نظر لانه يشير الى أنهم لا يكون لهم خيار الفسخ عند وصول الثمن اليهم اذا لم يكن في البيع محاباة وان لم يف الثمن بحقهم وان كان في البيع محاباة ثبت لهم خيار الفسخ وان وفى الثمن بحقهم وليس كذلك بل لهم خيار الفسخ اذا لم يف الثمن بحقهم وان لم يكن فيه محاباة لاجل الاستسعاء وقد ذكرناه قبله ولا خيار لهم ان وفى الثمن بحقهم وان كان فيه محاباة لوصول حقهم اليهم ولو قال تأويل المسئلة فيما اذا باعه بثمن لا يفي بدينهم استقام وزال الاشكال لان الثمن اذا لم يف بدينهم لهم نقض البيع كيفما كان واذا وفى ليس لهم نقضه كيفما كان واذا لم يوجد شيء مما ذكرنا من تأجيل الدين وطلبهم البيع ووفاء الثمن بالدين فالبيع موقوف حتى يجوز باجازة الغرماء وهي مسئلة الكتاب على ما بينا وذكر محمد رحمه الله في الاصل أنه باطل واختلفوا في معناه فقال بعضهم معناه أنه سيبطل لان البيع موقوف وللغرماء حق ابطاله وقال بعضهم معناه أنه فاسد بدليل ما قال في الاصل أنه اذا أعتقه المشتري بعد القبض أو دبره صح ذلك وتلزمه قيمته قال رحمه الله (وان غاب البائع فالمشتري ليس بخصم لهم) أي لو باع المولى عبده المدين وقبضه المشتري ثم غاب البائع لا يكون المشتري خصما للغرماء اذا أنكر المشتري الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يكون المشتري خصما ويقضى لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف اذا اشترى دارا ووهبها وسلمها اليه ثم غاب المشتري الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له لا يكون خصما عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في الشفعة هو يقول ان ذا اليد يدعي الملك لنفسه في العين فيكون خصما لكل من ينازعه فيها كما لو ادعوا ملك العبد لانفسهم أو ادعى رجل أنه رهن عنده ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وهو قائم بالبائع والمشتري فيكون الفسخ قضاء على الغائب والحاضر ليس بخصم عنه ولانا لو جعلناه خصما لا يفيد لانه يؤدي الى أن لا يجعل خصما في الانتهاء لانهم

(قوله فبيع لهم) لا يتعين البيع لهم بل الخيار لهم ان شاؤا باعوه وان شاؤا استسعوه اه (قوله وقيمتها أكثر مما ضمن) لما أحاله على مسئلة الغصب كان الشرط فيها شرطا في هذه المسئلة أيضا اه (قوله وانما يثبت لهم الخيار الخ) لقائل أن يقول لا يشترط في ثبوت الخيار لهم أن تكون قيمته أكثر مما ضمن بل لهم أن يردوا ما أخذوا وان كانت قيمته مثل ما ضمن أو أقل لان لهم فيه فائدة وهو حق استسعائه بجميع دينه وهذا هو الجواب اه نقلته من خط قارئ الهداية

اذا أثبتوا الدين لايمكن بيعه بدينهم لانه يعود الى ملك البائع وهو غائب وفى بيعه قضاء على الغائب وهو لايجوز بخلاف ما اذا ادّعوا الملك لان صاحب اليد يظهر فى الانتهاء أنه كان غاصبا منهم والغاصب يكون خصما للمغصوب منه وبخلاف دعوى الرهن لان فيه فائدة اذ الرهن لايباع ولو صدقهم المشترى فى الدين كان للغرماء أن يردّوا البيع بالاجماع لان اقراره حجة عليه فيفسخ بيعه اذا لم يف الثمن بديونهم ولو كان البائع حاضرا والمشترى غائبا فلا خصومة بينهم وبين البائع بالاجماع حتى يحضر المشترى لان الملك واليد للمشترى ولايمكن ابطالهما وهو غائب فما لم يبطل ملكه لاتكون الرقبة محلا لحقهم لكن لهم أن يضمنوا البائع قيمته لانه صار مفوّتا حقهم بالبيع والتسليم فاذا ضمنوه القيمة جاز البيع فيه وكان الثمن للبائع وان اختاروا اجازة البيع أخذوا الثمن لان الاجازة اللاحقة بمنزلة الاذن السابق ثم المولى ببيع عبده المأذون له المديون بعد العلم بالدين لم يجعل مختارا للفداء بالقيمة وببيع العبد الجانى بعد العلم بالجناية جعل مختارا للفداء بالارش لان الدين هنا على العبد بحيث لايبرأ بالعتق ولايجب على المولى شئ ولو اختار المولى الفداء صريحا بأن قال أنا أقضى دينه كان عدة منه تبرعا فلا يلزمه بخلاف الجناية لان موجبها على المولى خاصة دون العبد فاذا تعذر عليه الدفع بتصرفه تعين الارش عليه وبقى واجبا عليه على حاله قال رحمه الله (ومن قدم مصرا وقال أنا عبد زيد فاشترى وباع لزمه كل شئ من التجارة ولا يباع حتى يحضر سيده) أى يقبل قوله فى الاذن فى حق كسبه حتى يقضى دينه من كسبه والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه أذن له فيصدق استحسانا عدلا كان أو غير عدل والقياس أن لايصدق الا بحجة لقوله صلى الله عليه وسلم البينة على المدّعى وكذا القياس أن تشترط العدالة فى الخبر لان جانب الصدق بها يترجح ووجه الاستحسان أن الناس تعاملوه من غير اشتراط شئ من ذلك واجماع المسلمين حجة يخص به الاثر ويترك به القياس ولان فى ذلك ضرورة وبلوى فان الاذن لابدّ منه لصحة تصرفه واقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن وما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وكذا على هذا القياس والاستحسان دعوى الوكالة والمضاربة والشركة والبضاعة وما أشبهها والثانى أن يبيع ويشترى ولايخبر بشئ منه فالقياس فيه أن لايثبت الاذن لان السكوت محتمل وفى الاستحسان يثبت لان الظاهر أنه مأذون له لان عقله ودينه يمنعانه عن ارتكاب المحرم فوجب حمله عليه لوجوب حمل أمور المسلمين على الصلاح ما أمكن فالعمل بالدليل الظاهر هو الاصل فى المعاملات دفعا للضرر عن العباد فلا يشترط فيه الاخبار أنه مأذون له بل يكتفى بظاهر حاله فاذا ثبت أنه مأذون له بظاهر حاله صحت تصرفاته حتى يظهر خلاف ذلك ولزمته الديون فيستوفى من كسبه وان لم يف الكسب بالدين لاتباع رقبته لان ملك المولى فى الرقبة ثابت فلا يصدق اقراره على مولاه ولا يلزم من وجوب الدين عليه أن يباع به ألاترى أن المدبر وأم الولد لايباعان بالدين بخلاف الكسب لان المولى لايملكه مادام مشغولا بحاجة العبد وانما يخلفه

(قوله ولا يباع حتى يحضر سيده) ساقط من خط الشارح (قوله والقياس أن لا يصدّق) أى العبد ولا يثبت الاذن بقوله حتى لايحل للبائع المبايعة معه لانه اقرار على مولاه لان حكم اقراره يلزم مولاه وفى الاستحسان يصدق ويقبل قوله لان هذا خبر فى المعاملات وخبر الواحد فى المعاملات مقبول ألاترى أن واحدا اذا قال أنا وكيل فلان أو مضارب فلان وليس ثمة أحد يكذبه يقبل قوله لان الظاهر أنه يصدق ولا يكذب فكذا هنا لان فى التجارة منفعة لمولاه فالظاهر أنه مأذون مالم يتبين الحجر ولان الناس حاجة الى قبول قول الآحاد فى هذا الباب لان الانسان يبعث عبده الى الآفاق ليتجر أو يبعث مضاربه أو وكيله فلو قلنا ان قولهم لايقبل لضاق الامر على الناس لانه حينئذ يحتاج العبد أن يستصحب مولاه آناء الليل وأطراف النهار أو شاهدين عدلين يشهدان على الاذن وكذلك الوكيل والمضارب وما ضاق أمره اتسع حكمه اه اتقانى (قوله لان السكوت محتمل) أى فلا يثبت الاذن بالشك اه وكتب ما نصه يحتمل انه مأذون ويحتمل أنه محجور اه اتقانى (قوله ولزمته الديون الخ) ثم اذا لحقه دين كان القياس أن لايباع ما فى يده حتى يحضر مولاه وفى الاستحسان يباع وجه القياس أن ما فى يده لمولاه فيكون فى بيعه قضاء على مولاه وهو غائب فلا يجوز ولهذا لاتباع رقبته ووجه الاستحسان أن ما فى يده من تجارته والعبد فى تجارته كالحر فاذا قبل قوله فى التجارة قبل فيما هو من ضروراتها وليس الكسب كالرقبة ليست من تجارته لان ذلك مال المولى فى يد المولى كذا ذكره الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير والامام الاسبيجابى فى شرح الكافى وقال شيخ الاسلام خواهر زاده ولو أن الغرماء أقاموا البينة أن العبد مأذون له فى التجارة والعبد يجحد والمولى غائب فانه لاتقبل بينتهم حتى لاتباع رقبة العبد بالدين لان هذه البينة قامت على غائب وليس عنه خصم حاضر لان العبد فى حق رقبته لاينتصب خصما عن المولى لمن يدعى حقا فى رقبته وان أقر العبد بالدين فباع القاضى أكسابه وقضى دين الغرماء ثم جاء المولى وأنكر الاذن كلف القاضى الغرماء البينة على الاذن فان أقاموها والاردّوا على المولى جميع ما قبضوا من ثمن أكساب العبد فلا تنقض البيوع التى جرت من القاضى فى كسبه لان للقاضى ولاية بيع مال الغائب وتؤخر حقوق الغرماء الى أن يعتق العبد لان الاذن لم يثبت لما أنكر المولى فكان محجورا والمحجور لايؤاخذ بضمان الاقوال للحال وانما يتبع بعد العتق اه اتقانى رحمه الله تعالى

في الفاضل عن حاجته قال رحمه الله (فان حضر وأقر باذنه بيع والافلا) أى لو حضر المولى فاقر بالاذن بيع بالدين لظهور الدين فى حقه باقراره وان قال هو محجور عليه كان القول قوله لتمسكه بالظاهر فلا يباع الا اذا أثبت الغرماء الاذن منه بالبينة فحينئذ يباع لان الثابت بالبينة كالثابت عيانا اذهى مبينة كاسمها قال رحمه الله (وان أذن للصبى أو المعتوه الذى يعقل البيع والشراء وليه فهو فى الشراء والبيع كالعبد المأذون له) يعنى فى جميع ما ذكرنا من الاحكام من أنه لا يتقيد بنوع من التجارة دون نوع ويكون مأذونا له بسكوت الولى حين ما رآه يبيع ويشترى ويصح اقراره بما فى يده من كسبه ويجوز بيعه بالغبن الفاحش عنده خلافا لهما الى غير ذلك من الاحكام التى ذكرناها فى العبد والمراد بكونه يعقل البيع أن يعلم أن البيع سالب للملك والشراء جالب له وأن يقصد به الربح ويعرف الغبن اليسير من الفاحش وقال الشافعى رحمه الله لا تنفذ تصرفاته وأصل الخلاف بيننا وبينه فى أن عبارته صالحة للعقود الشرعية عندنا فيما هو متردد بين النفع والضرر أو النفع المحض وعنده غير صالحة للعقود حتى لو توكل بالتصرف جاز وعنده لا يجوز له قوله تعالى ولا تؤتوا السفهاء أموالكم وقوله تعالى حتى اذا بلغوا النكاح فان آنستم منهم رشدا فادفعوا اليهم أموالهم شرط البلوغ والرشد للدفع اليهم فى هذه الآية ونهى عن الدفع الى السفهاء فى الاولى وهما سفيهان وليسا بالغين ولانهما محجور عليهما لاجل أنفسهما شرعا وعلة الحجر قائمة بهما فلا تزول بالاذن بخلاف العبد لان الحجر عليه لحق غيره وهو المولى وقد زال بالاذن ولانهما مولى عليهما فى هذا التصرف حتى يملكه الولى ويملك حجرهما فلا يصلحان أن يكونا وليين للتنافى لان كونهما موليا عليهما سببه العجز وكونهما وليين سببه القدرة والعجز والقدرة لا يجتمعان فصار كالعتق والطلاق بخلاف الصوم والصلاة والوصية واختيار الصبى أحد أبويه على أصله لان الولى لا يتولى هذه الاشياء فلا يكون موليا عليه فيها فلا تنافى فتصح منه ولان فيه ضررا لعدم امكان تحصيله من جهة الولى فقلنا بصحتها منه كى لا تفوته هذه المصالح بخلاف البيع والشراء ولنا قوله تعالى وابتلوا اليتامى أمرنا بالابتلاء وهو الامتحان والاختبار هل هو رشيد أم لا وذلك بأن يؤذن له فى التجارة وهذا يفيد أن الصغير أهل للتصرف وأن تصرفه جائز لان اليتيم حقيقة اسم للصغير الذى لم يبلغ لقوله عليه الصلاة والسلام لا يتم بعد الاحتلام وقوله تعالى وآتوا اليتامى أموالهم وهذا أمر بدفع أموالهم اليهم فلولا أن تصرفه معتبر شرعا لما أمر بدفعه اليهم لان الدفع اليهم تمكين لهم من التصرف فيه ولان التصرف المشروع صدر من أهله مضافا الى محله عن ولاية شرعية فوجب القول بنفاذه كالعبد المأذون له ولا خفاء فى شرعية التصرف والمحلية وكذا فى الاهلية لان الاهلية للتصرف بالتكلم عن تمييز وبيان لا عن تلقين من غير تمييز والكلام فى مثله فتثبت الولاية صونا لكلامه عن الالغاء والحجر عليه لعدم هدايته الى التصرف لا لذاته وباذن الولى يستدل على ثبوت هدايته الى التصرف اذ لا يأذن له ظاهرا الا بعد معرفة هدايته وبقاء ولاية الولى لاجل النظر له لتتسع له طرق التحصيل فيحصل بطريقين بمباشرته ومباشرة الولى ويمكن الولى من حجره لاحتمال تبدل حاله ومتى جعلناه وليا باعتبار الاهلية لم نجعله موليا عليه ومتى جعلناه موليا عليه باعتبار قصور الولاية لم نجعله وليا فيه فالحاصل أنه يعرف المصالح ويهتدى من المضار وهو مستحق النظر ومصون عن الضرر وفى اعتبار كلامه ذلك وفى عدم اعتباره اهدار آدميته والحاقه بالبهائم وهو ضرر محض بخلاف الطلاق والعتاق لانه ضرر محض فلم يؤهل له ولا يملكه وان أذن له الولى والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الاذن ويملكه والمتردد بينهما كالبيع والشراء والاجارة ونحوها يؤهل له بعد الاذن ويملكه ولا يملكه قبله للاحتمال مع أنه أهل للتصرف لما ذكرنا حتى لو باشره قبل الاذن يكون موقوفا على اجازة الولى حتى اذا رأى فيه مصلحة أجازه وهذا لانه يشبه البالغ من حيث انه عاقل مميز ويشبه المجنون والطفل الذى لا يميز من حيث انه لم يتوجه عليه الخطاب

(قوله فى المتن وان أذن الصبى الخ) قال الاتقانى لما فرغ من بيان اذن العبد شرع فى بيان اذن الصبى الذى يعقل والمعتوه وقدم الاول لكثرة الاحتياج اليه بكثرة وقوعه ولان اذن العبد صحيح اتفاقا بخلاف اذن الصبى فان فيه خلاف الشافعى والاصل عدم الخلاف فقدم المجمع لكونه أصلا اهـ (قوله دون نوع) فاذا أذن له فى نوع من التجارة يكون مأذونا فى الانواع كلها اهـ اتقانى (قوله ويكون مأذونا له بسكوت الولى) قال الاتقانى هذا فى الاب والجد والوصى لا فى القاضى ألا ترى الى ما ذكر فى الفتاوى الصغرى أن القاضى اذا رأى الصغير أو المعتوه يبيع ويشترى فسكت لا يكون مأذونا فى التجارة ونقله عن مأذون خواهر زاده اهـ (قوله ويعرف الغبن اليسير من الفاحش) وليس المراد منه أن يعرف نفس العبارة فانه ما من صبى لقن البيع والشراء الا ويتلقنهما كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده اهـ (قوله وقال الشافعى الخ) قال الاتقانى وعند الشافعى اذن الصبى العاقل باطل وعلى هذا الخلاف اذن العبد الصغير وكتابته اهـ (قوله أنه يقرب المصالح ويبعد) والذى بخط الشارح أنه يعرف المصالح ويهتدى اهـ (قوله كقبول الهبة) أى والاسلام اهـ

(قوله وصاحب الشرطة لا يصح الخ) واذن أمير الشرطة ولم يول القضاء باطل لانه انما أقيم لامر خاص فلا يلي التصرفات على الناس والشرطة خيار الجند والجمع شرط وصاحب الشرطة يراد به أمير البلدة وانما سموا الشرط لانهم أشرطوا أى اعلموا لانفسهم علامة يعرفون بها اه اتقانى مع حذف (قوله ولا يملك تزويج العبد) فى الهداية ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته قال السيد وانما لم يملكها مع أن الاب والوصى يملكانها لان تصرفهما مقيد بشرط النظر فيتحقق فى الكتابة النظر وأما تصرف الصبى بعد الاذن مقيد بالتجارة والكتابة ليست بتجارة اه وفى الهداية ولا يزوج عبده قال السيد فيه اجماع وفى تزويج أمته خلاف أبي يوسف فانه يجوز عنده اه وفى شرح الاتقانى انما قيد بالعبد (٣٣٠) لان الصبي يملك تزويج أمته من عبد غيره أو من أجنبي ولا يملك تزويج أمته من عبد نفسه وبه صرح شيخ الاسلام خواهر زاده اه

﴿فرع﴾ ولو أذن المعتوه الذى يعقل البيع والشراء فى التجارة لابنه كان باطلا لانه مولى عليه فلا يلي غيره كذا فى شرح الكافى وموت الاب أو وصيه حجر على الصبى لانه يتصرف بولايتهما ورأيهما وقد زالت ولايتهما ورأيهما بموتهما ولو كان القاضى أذن للصبى أو المعتوه فى التجارة ثم عزل القاضى لا يتصرف بولاية نفسه بل يتصرف بولاية الخلافة أو ولاية المسلمين (١) لان ذلك قائم الا ترى أن اذنه بمنزلة الحكم منه وسائر أحكامه لا تبطل بموته وعزله فكذلك هذا وقال خواهر زاده فى مبسوطه اذا كان للصبى أو المعتوه أب أو وصى أو جد أو الاب فرأى القاضى أن يأذن للصبى أو المعتوه فى التجارة فأذن له وأبى أبوه فاذنه جائز وان كانت ولاية القاضى على الصغير مؤخرة عن ولاية الاب والوصى وذلك لان الاذن فى التجارة حق الصبى قبل الولى لانه مما ينتفع به لانه يهتدى بذلك الى التجارات فاذا طلب من الاب وأبى صار الاب عاضلا له فانتقلت الولاية الى القاضى كالولى فى باب النكاح اذا عضل انتقلت الولاية بسبب العضل الى القاضى لان الانكاح من الكفء حق المرأة قبل الولى فاذا امتنع الولى من الايفاء انتقلت الولاية الى القاضى فكذا هذا فان حجر عليه أحد من هؤلاء فحجره باطل لان الحجر فسخ الاذن والاذن صح من القاضى فلا يبطل بحجر غير القاضى وان حجر عليه هذا القاضى بعد ما عزل لا يعمل لانه انما يصح منه الحجر بولاية القضاء فاذا لم يبق له ولاية القضاء لم يبق له ولاية الحجر وان حجر القاضى الذى قام مقامه عمل حجره لان فلا

وفى عقله قصور وللغير عليه ولاية فألحقناه بالبالغ فى التصرف النافع وبالمجنون فى الضار وفى المتردد بالمجنون قبل الاذن وبالبالغ بعده ولا يقال قد يقع البيع أيضا نفعا محضا بأن باع شيأ بأضعاف قيمته فاذا وقع ذلك ينبغى أن ينفذ بغير اجازة الولى لان العبرة لاصل وضعه دون ما يعرض له باتفاق الحال والبيع فى أصل وضعه متردد بخلاف الهبة لانها ضرر محض وقبولها نفع محض ولا مدخل للولى فيهما والنهى عن الدفع فى الآية أموالنا وكلامنا وقع فى أموالهم والمذكور فى الآية الثانية الدفع اليهم أموالهم عند البلوغ وعند ايناس الرشد منهم وذلك لا ينفى الدفع فى غير تلك الحالة لما عرف أن تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه على أنا لا نسلم أنه سفيه بل هو رشيد لان كلامنا فيمن علم رشده فلا يتناوله النهى والمراد بالولى ولى له تصرف فى المال وهو أبوه ثم وصى الاب ثم جده أبو أبيه ثم وصى جده ثم الوالى ثم القاضى أو وصى القاضى وأما ما عدا الاصول من العصبة كالعم والاخ أو غيرهم كالام ووصيها وصاحب الشرطة لا يصح اذنهم له لانهم ليس لهم أن يتصرفوا فى ماله تجارة فكذا لا يملكون الاذن له فيها والاولون يملكون التصرف فى ماله فكذا يملكون الاذن له فى التجارة وكذا للصبى أو المعتوه أن يأذن لعبده أيضا لان الاذن فى التجارة تجارة معنى وليس لابن المعتوه أن يأذن لابيه المعتوه ولا أن يتصرف فى ماله وكذا اذا كان الاب مجنونا لان ولاية التصرف فى مال القريب لا تثبت الا اذا كان المتصرف كامل الرأى وافر الشفقة وليس للابن وفور الشفقة فلا يملكه بخلاف الاب والجد فانهما وافرا الشفقة كاملا الرأى فيملكانه ووصيهما قائم مقامهما فيكون معتبرا بهما فيملك الاذن للصغير والمعتوه الذى بلغ معتوها ولعبدهما كما يملكانه وان بلغ رشيدا ثم عته كان الفقيه أبو بكر البلخى رحمه الله يقول لا يصح الاذن له قياسا وهو قول أبى يوسف رحمه الله ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله وليس للصبى والمعتوه المأذون لهما أن يتزوجا ولا يزوجا مماليكهما لانه ليس من التجارة الا أن يأذن لهما الولى بالتزوج أو بتزويج الامة لان الولى يملك ذلك فيملك تفويضه اليهما ولا يملك تزويج العبد فلا يملك تفويضه اليهما بخلاف المولى فانه يملك تزويج عبد عبده المأذون فيملك العبد أيضا اذا فوض اليه صريحا وان كان لا يملكه عند اطلاق الاذن فحاصله أن الصبى والمعتوه المأذون لهما كالعبد المأذون له فى جميع ما ذكرنا من الاحكام الا أن الولى لا يمنع من التصرف فى مالهما وان كان عليهما دين ولا يقبل اقراره عليهما وان لم يكن عليهما دين بخلاف المولى والفرق أن اقرار الولى عليهما شهادة لانه اقرار على غيره فلا يقبل ودينهما غير متعلق بمالهما وانما هو فى الذمة لانهما حران فكان للولى أن يتصرف فيه بعد الدين كما كان له قبله فان قيل اذا لم يملك الولى الاقرار عليهما فكيف يملكانه وولايتهما مستفادة منه قلنا لما انفك الحجر عنهما صار كما اذا انفك بالبلوغ فيقبل اقرارهما على أنفسهما بخلاف الولى لانه اقرار على غيره

---

(١) قوله لان ذلك قائم هكذا فى أصل المحشى ولعل فى العبارة نقصا فحرر كتبه مصححه

فلا يقبل على ما بينا ولانهما لو لم يقبل اقرارهما لامتنع الناس من معاملتهما فلا يحصل المقصود بالاذن فألجأت الضرورة الى قبوله فيما هو من التجارة لان الضرورة فيها حتى لو أقرا بعين موروثة في ملكهما لا يقبل اقرارهما فيما روى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله لعدم الحاجة الى القبول لانه ليس من باب التجارة وفي ظاهر الرواية يقبل لما ذكرنا أن انفكاك الحجر بالاذن كانفكاكه بالبلوغ في حق الاموال والله أعلم

﴿فصل﴾ غير الاب والجد لا يتولى طرفي عقد المعاوضة المالية لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فيصير الواحد مطالبا ومطالبا ومسلما ومتسلما وهو محال وكذا الاب والجد قياسا وهو قول زفر ويجوز استحسانا لانه لكمال شفقته قام مقام شخصين وعبارته مقام عبارتين ورأيه مقام رأيين فيجعل كأنه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الابوة لا بحكم العقد نيابة عنه حتى اذا بلغ الصغير كانت العهدة على الصغير وفيما اذا باع ماله من أجنبي فبلغ الصغير كانت العهدة على الاب فاذا كانت العهدة بطريق التحمل لا بحكم العقد لا يؤدي الى الاستحالة ولو اشترى مال ولده الصغير أو باع ماله منه بغبن يسير صح ويكفيه أن يقول بعته منه أو اشتريته له لان كلامه قام مقام كلامين ولان نفس القبول لا يعتبر وانما يعتبر الرضا ولهذا ينعقد بالتعاطي من غير ايجاب وقبول وقد وجدت دلالة الرضا ولو وكل رجلا بأن يبيع عبده من ابنه الصغير أو يشتري عبده له ففعل لا يصح لعدم كمال هذه الشفقة فلا يمكن الحاقه بالاب فبقي على أصل القياس الا اذا كان الاب حاضرا وقبل فانه يجوز وتكون العهدة من جانب الابن على أبيه ومن جانب الاب على الوكيل لان تصرف الاب لنفسه مباح وللصغير فرض لانه من باب النظر فيجعل الاب متصرفا للصغير تحقيقا للنظر ولو وكل رجلا يبيع مال ولده فباع من موكله أو باع الاب مال أحد ولديه بمال الآخر أو أذن لهما فيه أو لعبديهما أو جعل لكل واحد منهما وكيلا أو وصيا لا يصح ولو أذن لهما أو لعبديهما أو وصيهما فتبايعا لم يجز لانهما استفادا ولاية التصرف منه وهو لا يملك بنفسه فكذا الصبيان بخلاف ما لو أذن الاب لانه لو فعل بنفسه صح فكذا اذا فعل باذنه وصح بيع الوصي ماله من الصبي أو شراؤه منه بشرط نفع ظاهر وهو أن يبيع ما يساوي درهمين بدرهم وقيل ما يساوي ألفا بثمانمائة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يجوز لما مر من الاستحالة وله أن الوصي مختار الاب ولكنه قاصر الشفقة فعند حقيقة النظر يلحق بالاب ويروى رجوع أبي يوسف الى قول أبي حنيفة رحمهما الله والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الغصب﴾

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على وجه القهر مالا كان أو غير مال حتى يطلق على أخذ الحر ونحوه مما لا يتقوم على هذه الصفة اسم الغصب وقد زيد عليه أوصاف في الشرع على ما نبين قال رحمه الله

الثاني نائب عن الامام الاكبر فكما يصح الحجر من الامام الاكبر يصح من الذي قام مقامه اه اتقاني (قوله لعدم الحاجة الى القبول) قال الاتقاني وكذا اذا أقر يعني الصبي بشيء من تركة أبيه لانسان صح وهو ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أن اقراره انما يصح بشيء من تجارته أما بشيء ليس من تجارته لا يصح اه وكتب ما نصه قال الاتقاني رحمه الله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واقرار الصبي المأذون بالدين والغصب واستهلاك المال جائز لانه متى ملك التجارة ملك ما هو من ضروراتها وملك الاقرار بالديون من ضرورات التجارة لانه يبيع ويشتري فيلزمه الثمن وتسليم المبيع فيحتاج الى أن يقر بذلك لان من ملك شيأ ملك الاقرار به ولانه لو لم يملك لامتنع الناس من المبايعة معه خوفا من ذهاب أموالهم بسبب التجارة معه فيؤدي الى انقطاع تجارته فوجب أن يملك ضرورة مالكيته التجارة وهذا في ديون التجارة أو ما هو في معنى ديون التجارة فاذا أقر بغصب أو استهلاك مال يصح لانه في معنى دين التجارة لانه دين يلزمه بعوض يسلم له اه

﴿فصل﴾ (قوله ولو أذن) أي الوكيل من جهة الاب اه

﴿كتاب الغصب﴾

قال الاتقاني وجه المناسبة بين الكتابين عندي أن المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف فيه لا باذن شرعي فكان بينهما مناسبة المقابلة الا أنه قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغصب ليس بمشروع ويجوز أن يقال ان اقرار المأذون يصح بالغصب والاستهلاك كما يصح بما هو من التجارة فجر الكلام الى ذكر الغصب عقيب الاذن فذكره يبين فيه أحكامه اه والغصب على ضربين أحدهما ما يتعلق به المأثم وهو ما وقع على العلم والثاني لا يتعلق به المأثم وهو ما وقع على الجهل كمن أتلف مال غيره وهو يظن أنه له والضمان يتعلق بهما جميعا لان أسباب الضمان يجوز أن يتفق فيها ما يتعلق به المأثم وما لا يتعلق به المأثم وأما المأثم فلا يحصل الا مع القصد لقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان معناه رفع مأثم الخطأ اه اتقاني قوله فذكره يبين فيه أحكامه أو ما دام الغصب قائما في يد الغاصب لا يملكه كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من الكسب اه معراج

(قوله في المتن هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة) (٣٣٣) وعند الشافعي وغيره يكفي فيه اثبات اليد المبطلة وعلى هذا تخرج المسائل

(هو ازالة اليد المحقة باثبات اليد المبطلة) في مال متقوم محترم قابل للنقل بغير اذن مالكه حتى لا يضمن الغاصب زوائد المغصوب اذا هلكت بغير تعدّ لعدم ازالة يد المالك ولا ما صار مع المغصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة فتبعها أخرى أو ولدها لا يضمن التابع لعدم الصنع فيه وكذا لو حبس المالك عن مواشيه حتى ضاعت لا يضمن لما ذكرنا ولعدم اثبات اليد المبطلة وكذا لا يضمن غير المتقوم كالخمر أو غير المحترم كمال الحربي في دار الحرب ولا مالا يقبل النقل كالعقار وعند محمد رحمه الله الغصب هو تفويت يد المالك لا غير وعند الشافعي رحمه الله هو اثبات اليد العادية لا غير حتى يضمن العقار بالغصب عندهما لوجود تفويت اليد فيه واثباتها ولا يضمن زوائد الغصب عند محمد رحمه الله لعدم تفويت يد المالك فيها وعند الشافعي رحمه الله يضمنها لوجود اثبات اليد فيها وسنبينه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (فالاستخدام والحمل على الدابة غصب لا الجلوس على البساط) لانه باستخدام عبد الغير أو الحمل على دابة الغير بغير اذن المالك أثبت فيه اليد المتصرفة ومن ضرورة ثبوت يده ازالة يد المالك عنه فتحقق الغصب فيضمن بخلاف الجلوس على بساط الغير لان الجلوس عليه ليس بتصرف فيه ولهذا لا يرجح به على المتعلق عند التنازع فلم يصر في يده والبسط فعل المالك فتبقى يد المالك فيه مابقي أثر فعله لعدم ما يزيلها بالنقل والتحويل ثم حكم الغصب الاثم ان تعمده والغرم وشرطه أن يكون المغصوب مالا متقوما قال رحمه الله (ويجب ردّ عينه في مكان غصبه) لقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى تردّ ولقوله صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحدكم أن يأخذ مال أخيه لاعبا ولا جادا وان أخذه فليردّه عليه ولانه بالاخذ فوّت عليه اليد وهي مقصودة لان المالك بها يتوصل الى تحصيل ثمرات الملك من الانتفاع والتصرف ولهذا شرعت الكتابة والاذن مع أنهما لا تفيد سوى اليد فيجب عليه نسخ فعله دفعا للضرر عنه فيعود الى ما كان وأتم وجوهه ردّ عينه في مكان غصبه لان المالية تختلف باختلاف الاماكن ولهذا تتفاوت القيمة وردّ العين هو الموجب الاصلي على ما قالوا لانه أعدل وأكمل في ردّ الصورة والمعنى وردّ القيمة أو المثل مخلص يصار اليه عند تعذر ردّ العين ولهذا يطالب بردّ العين قبل الهلاك ولو أتى بالقيمة أو المثل لا يعتدّ به لكونه قاصرا وكذا يبرأ الغاصب بردّ العين من غير علم المالك بان سلمه اليه بجهة أخرى كما اذا وهبه له أو أطعمه اياه فأكله والمالك لا يدري أنه ملكه أو نحو ذلك من تسليم بايداع أو شراء ولو لم يكن هو الواجب الاصلي لما برئ الا اذا علم وقبضه عنه كما في قبض المثل والقيمة وقيل الموجب الاصلي هو المثل أو القيمة وردّ العين مخلص ولهذا لو أبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك والابراء عن العين لا يصح وكذا الكفالة بالمغصوب تصح مع أنها لا تصح بالعين وكذا لو كان الغاصب نصاب يتقص به كما يتقص بالدين فدل على أن الواجب هو المثل أو القيمة وكونه لا يصار اليه مع القدرة على ردّ العين لا يدل على أنه ليس بأصل كالظهر مع الجمعة فان الظهر هو الاصل والجمعة خلف عنه ولا يصار اليه الا عند العجز عن اقامتها وانما يبرأ الغاصب بالتسليم الى المالك من غير علمه لتعينه لان حقه متعين في العين فصار كالمبيع بيعا فاسدا فان المشتري يبرأ بردّه بأي وجه كان وان لم يعلم البائع لما قلنا بخلاف المثل والقيمة لان حقه غير متعين في المقبوض بل حقه في مثله أو قيمته من أي عين كان وذلك لا يتعين الا بانتقائه للاختلاف الناس في معرفة الامثال والقيم ولا كذلك العين لان حقه متعين فيها فبأي طريق وصل اليه ناب عن الواجب عليه فوقع عنه من الجهة كما في صوم رمضان لما كان الوقت متعينا له صار عنه ووقع عنه من الجهة بخلاف غيره من العبادات حيث لا يتأدى الا بالتعيين لعدم التعين وعند الشافعي رحمه الله لا يبرأ الغاصب بأكل المالك الطعام المغصوب من غير علمه لان هذا ليس بردّ بل هو خدعة وهذا لان الانسان يرغب في أكل مال غيره ما لا يرغب في أكل مال نفسه ولو علم لما أكل فلم يكن رادّا بتقديمه له لا كل من غير علمه قلنا هذه العادة مذمومة شرعا فلا تعتبر ولا تمنع وقوعه عن الواجب

غير أن ازالة اليد المحقة بالنقل والتحويل اه كاكي (قوله بغير اذن مالكه) لا يحتاج اليه مع قوله اثبات اليد المبطلة ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان مسئلة تخالف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجولا فاستهلكه حتى يبس ابن أمه قال أبو بكر البلخي يضمن قيمة العجول ونقصان الأم وان لم يفعل في الام شيأ اه كذا بخط قارئ الهداية تغمده الله بالرحمة قوله ولكن ذكر في فتاوى قاضيخان الخ أخذه من معراج الدراية اه (قوله أو ولدها) قال الكاكي وكذا لو غصب حمارا وساقه فالساق جحشه فأكله الذئب لا يضمنه الغاصب ان لم يسق الجحش معه اه (قوله كمال الحربي في دار الحرب) أي فانه اذا أخذه المسلم لا يسمى غصبا اه اتقاني (قوله لوجود اثبات اليد فيها) ولو منعها المالك وطلب الزوائد فمنعها عن التسليم يضمن بالاجماع اه اتقاني (قوله في المتن لا الجلوس على البساط) قال الكاكي ولو جلس على بساط غيره أو فراشه أو ركب دابة غيره ولم يزلها من مكانه لم يكن غاصبا اه (قوله والغرم) أي سواء تعمد أو لا اه (قوله مع أنهما) أي هذه العقود اه (قوله حتى لا يجب عليه الضمان بالهلاك) أي بعد الابراء اه (قوله وكذا لو كان الغاصب نصاب يتقص به) أي بضمان المغصوب وان كان قائما في يده اه

قال

قال رحمه الله (أو مثله ان هلك وهو مثلي) أي يجب عليه مثل المغصوب ان كان مثليا وهلك عنده لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولان حق المالك ثابت في الصورة والمعنى وقد أمكن اعتبارهما بايجاب المثل فكان أعدل وأتم في جبر الفائت فكان أولى من القيمة واسمه ينبئ عن ذلك فان المثل عبارة عما يقوم مقامه من كل وجه فكان ايجابه أعدل ولا معنى لقول الظاهرية ان الواجب فيه القيمة باعتبار أن وجوب الضمان باعتبار المالية وهي القيمة لما ذكرنا أنه أعدل وتسميته في الآية اعتداء مجاز للمقابلة كقوله تعالى وجزاء سيئة سيئة مثلها والجزاء ليس بسيئة وانما سمي بها مجازا كذا هنا الثاني ليس باعتداء قال رحمه الله (وان انصرم المثلي فقيمته يوم الخصومة) أي ان انقطع المثلي عن أيدي الناس يجب على الغاصب قيمته وتعتبر قيمته يوم الخصومة وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لان المثل هو الواجب بنفس ذات المثل فلا ينتقل الى القيمة الا بالعجز عنه والعجز عنه يحصل بالانقطاع فتعتبر قيمته يومئذ وهذا لان المثل أعدل على ما بينا فلا يصار الى القيمة مع القدرة عليه لقصورها فلا تجب قبل انقطاع المثل للقدرة عليه لانها خلف عنه ولا يبقى وجوب المثل بعد انقطاعه للعجز عنه فتعين اعتبار قيمته يوم الانقطاع ولابي يوسف رحمه الله أن المثلي لما انقطع التحق بذوات القيم وفيها تعتبر القيمة يوم الغصب فكذا فيما التحق بها وهذا لان القيمة خلف عن المثل حتى لا يصار اليها الا عند العجز والخلف يجب بما يجب به الاصل فوجب القول بوجوبها بالغصب كالمثل في المثلي وكالقيمة في غير المثلي ولابي حنيفة رحمه الله أن المثل هو الواجب بالغصب وهو باق في ذمته ما لم يقض القاضي بالقيمة ولهذا لو صبر الى أن يعود المثل كان له ذلك وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء حتى لا يعود الى المثل بوجوده بعد ذلك فتعتبر قيمته وقت الانتقال وحد الانقطاع أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت ذكره في النهاية معزيا الى أبي بكر البلخي قال رحمه الله (وما لا مثل له فقيمته يوم غصبه) أي ما لا يضمن بالمثل تعتبر قيمته يوم غصبه وهذا بالاجماع لانه تعذر اعتبار المثل صورة ومعنى وهو الكامل فيجب اعتبار المثل معنى وهو القيمة لانها تقوم مقامه ويحصل بها مثله واسمها ينبئ عنه وقال مالك يضمن مثله صورة لما تلونا ولما روي أن أنسا رضي الله عنه قال كنت في حجرة عائشة رضي الله عنها قبل أن يضرب الحجاب فأتي بقصعة من ثريد من عند بعض أزواجه عليه الصلاة والسلام فضربت عائشة القصعة بيدها فانكسرت فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم يأكل من الارض ويقول غارت أمكم ثم جاءت عائشة رضي الله عنها بقصعة مثل تلك القصعة فردتها واستحسن ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال علي رضي الله عنه في ولد المغرور يفك الغلام بالغلام والجارية بالجارية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في عبد بين رجلين يعتقه أحدهما فان كان موسرا ضمن قيمة نصيب شريكه وان كان معسرا سعى العبد في قيمة نصيب شريكه غير مشقوق عليه وهذا نص صريح على اعتبار القيمة فيما لا مثل له حيث أوجبها على المعتق ان كان موسرا وعلى العبد ان كان معسرا وحديث عائشة رضي الله عنها كان على طريق المروأة ومكارم الاخلاق لا على طريق أداء الواجب اذ كانت القصعتان للنبي صلى الله عليه وسلم ومعنى قول علي رضي الله عنه يفك الغلام بالغلام أي بقيمة الغلام حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه أي بقيمة نفسه يؤيده أنه قد صح عنه وعن عمر رضي الله عنهما أنهما قضيا في ولد المغرور بالقيمة ذكره في النهاية والآية لا تنافي ما قلنا لان المذكور فيها المثل وهو موجود في القيمة من حيث المالية على ما بينا فكانت الآية شاهدة لنا وهذا المثل هو المتعارف بين الناس لا المثل صورة بلا معنى ولهذا قال شريح رضي الله عنه من كسر عصا فهي له وعليه قيمتها وما قال ذلك الا لانه فهمه من الآية والمراد بالمثلي المكيل والموزون والعددي المتقارب مثله كالجوز والبيض حتى يضمن مثله عددا خلافا لزفر هو يقول ان المماثلة في المعدود لم تثبت بالنص بل بالاجتهاد ولهذا لا يجري فيه الربا فلا يقطع بكون المضمون مثلا للتالف فيصار الى قيمته لتعذر معرفة مثله قطعا بخلاف المكيل

(قوله في المتن وهو مثلي) مثل المكيل والموزون والعددي الذي لا يتفاوت اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ان المغصوب لا يخلو إما أن يكون غير منقول كالحانوت والدار والارض والكرم وغيرها أو يكون منقولا والمنقول لا يخلو (١) اما أن يكون مثليا كالكيلي والوزني الذي ليس في تبعيضه مضرة (قوله وقال محمد الخ) قال الاتقاني ونحن نأخذ بقول محمد رحمه الله اهـ (قوله والعددي المتقارب الخ) والعددي المتقارب ما لا تتفاوت آحاده في المالية كالجوز والبيض ونحو ذلك اهـ اتقاني (قوله حتى يضمن مثله عددا) قال الاتقاني رحمه الله أما المعدودات التي لا تتفاوت كالجوز والبيض فعلى مستهلكها مثلها عندنا وقال زفر قيمتها وهذا فرع على جواز السلم فيها وقد بيناه في البيوع اهـ

(١) قول المحشي اما أن يكون مثليا الخ هكذا في الاصل وانظر المقابل فلعله سقط من الناسخ اهـ مصححه

والموزون لان المماثلة فيه تثبت بالنص وهو قوله عليه الصلاة والسلام الحنطة بالحنطة مثلا بمثل وكذا قال في الذهب والفضة وهما موزونان والحنطة مكيل فأمكن اعتبار المماثلة فيهما للعلم بها قطعا والجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس ولا كذلك العددي قلنا انما تعتبر المماثلة في المالية ومالية هذه الاشياء متساوية فان الفلس يماثل الفلس في المالية وكذلك الجوز والبيض ولهذا لا تتفاوت قيمة آحاده عرفا فكانت المماثلة فيه أتم من المكيل والموزون فوجب جبر الفائت بجنسه لكونه مثلا له صورة ومعنى ولا معنى لقوله المماثلة تثبت فيه بالاجتهاد لان المكيل والموزون أيضا كذلك لان مطلق الجنس لا يكفي بل لا بد من اعتبار المماثلة في الصفة كالجودة والرداءة وذلك يعرف بالاجتهاد وأوضح منه أن القيمة أيضا لا تعرف الا بالاجتهاد فلا معنى لما قال اذا لم يكن له بد من الاجتهاد في الكل والمراد بما لا مثل له غير المكيل والموزون والعددي المتقارب كالثياب والحيوان والمثلي المخلوط بخلاف جنسه كالحنطة المخلوطة بالشعير والخل المخلوط بالزيت ونحو ذلك والموزون الذي في تبعيضه ضرر كالاواني المصوغة نحو القمقم والطست قال رحمه الله (فان ادعى هلاكه حبسه الحاكم حتى يعلم أنه لو بقي لأظهره ثم قضى عليه ببدله) لان حق المالك ثابت في العين فلا يقبل قوله فيه حتى يغلب على ظنه انه صادق فيما يقول كما اذا ادعى المدين الافلاس وليس لحبسه حد مقدر بل هو موكول الى رأي القاضي كحبس الغريم في الدين ولو ادعى الغاصب الهلاك عند صاحبه بعد الرد وعكس المالك وأقاما البينة فبينة الغاصب أولى عند محمد رحمه الله لانها تثبت الرد وهو عارض والبينة لمن يدعي العوارض وعند أبي يوسف رحمه الله بينة المالك أولى لانها تثبت وجوب الضمان والآخر ينكر والبينة للاثبات وهذا لان الغصب وان كان ثابتا باتفاقهما لكن حاصل الاختلاف بينهما يؤول الى وجوب الضمان وعدمه فكانت البينة لمن يثبت قال رحمه الله (والغصب فيما ينقل) لانه ازالة يد المالك باثبات يده وذلك يتصور في المنقول على ما بينا قال رحمه الله (فان غصب عقارا وهلك في يده لم يضمنه) وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر والشافعي رحمهم الله يضمن وهو قول أبي يوسف رحمه الله أولا لان الغصب يتحقق بوصفين باثبات اليد العادية وازالة اليد المحقة وذلك ممكن في العقار لان اثبات اليدين المتدافعتين على شيء واحد لا يمكن لتعذر اجتماعهما فيه فاذا ثبتت اليد العادية للغاصب انتفت اليد المحقة للمالك ضرورة وهذا لان اليد ليست هي الا عبارة عن القدرة على التصرف وعدم اليد عبارة عن عدم القدرة على التصرف فكانت في يد الغاصب ضرورة ومن ضرورتها انتفاء يد المالك فيضمن به كما يضمن المنقول بذلك وكما يضمن العقار المودع بالجحود وبالاقرار به لغير المالك وبالرجوع عن الشهادة بعد القضاء وقوله عليه الصلاة والسلام من غصب شبرا من أرض طوقه الله يوم القيامة من سبع أرضين نص على أنه يتحقق فيه الغصب ولنا أن الغصب تصرف في المغصوب باثبات يده وازالة يد المالك ولا يكون ذلك الا بالنقل والعقار لا يمكن نقله وأقصى ما يمكن فيه اخراج المالك عنه وذلك تصرف في المالك لا في العقار فلا يوجب الضمان كما اذا أبعد المالك عن المواشي على ما بينا بخلاف المنقول ومسئلة الوديعة على الخلاف في الاصح فلا تلزم وان سلم فالضمان فيها بترك الحفظ الملتزم بالجحود والشهود انما يضمنون العقار بالرجوع لانه ضمان اتلاف لا ضمان غصب حتى لو أقام الشاهد البينة أن ذلك العقار له لا تقبل بينته ولو كان غصبا لقبلت والعقار يضمن بالاتلاف والمذكور في الحديث الجزاء في الآخرة وكلامنا في الضمان في الدنيا وهو دليل على أن المذكور جميع جزائه ولو كان موجبا للضمان لبينه لان الحاجة اليه أمس وزيادة الضمان عليه تكون نسخا ولا يجوز ذلك بالرأي على ما عرف في موضعه واطلاق لفظ الغصب عليه لا يدل على تحقق غصب موجب للضمان كاطلاق لفظ البيع على بيع الحر في قوله عليه الصلاة والسلام من باع حرا الحديث لا يدل على تحقق بيع الحر وهذا لما عرف أن في لسان الشرع حقيقة ومجازا وعلى هذا الاختلاف لو باع العقار بعد الغصب وأقر الغاصب بذلك وكذبه المشتري أو باعه من غير غصب وأقر

بذلك

(قوله والمثلي المخلوط بخلاف جنسه) قال في الهداية عند قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العدديات المتفاوتة أي معنى ما لا مثل له قال الاتقاني وهذا تفسير عجيب من صاحب الهداية لانه تفسير الكلي بالجزئي لان ما لا مثل له يشمل الحيوانات والذرعيات والعددي المتفاوت كالبطيخ والرمان والوزني الذي في تبعيضه مضرة وهو المصوغ منه اه

بذلك وكذبه المشتري لا يقبل اقراره في حق المشتري لانه ملكه ظاهرا ولا يضمن البائع عندهما لانه لم يتلفه وانما التلف مضاف الى عجز المالك عن اقامة البينة قال رحمه الله (وما نقص بسكناه وزراعته ضمن النقصان كما في النقلي) وهذا بالاجماع والفرق لهما أنه أتلفه بفعله والعقار يضمن بالاتلاف ولا يشترط لضمان الاتلاف أن يكون في يده ألا ترى أن الحر يضمن به بخلاف ضمان الغصب حيث لا يضمن الا بالحصول في اليد وعلى هذا لو ركب دابة الغير بغير اذنه ولم يسيرها حتى نزل ثم هلكت لم يضمن لعدم النقل وان تلفت بركوبه يضمن لوجود الاتلاف بفعله وهو نظير ما لو قعد على بساط الغير بغير اذنه واختلفوا في تفسير النقصان قال نصير بن يحيى انه ينظر بكم تستأجر هذه الارض قبل الاستعمال وبعده فيضمن ما تفاوت بينهما من النقصان وقال محمد بن سلمة يعتبر ذلك بالشراء يعني أنه ينظر بكم تباع قبل الاستعمال وبكم تباع بعده فنقصانها ما تفاوت من ذلك فيضمنه وهو الاقيس لان العبرة لقيمة العين دون المنفعة وذكر في النهاية أن محمد بن سلمة رجع الى قول نصير ثم يأخذ الغاصب رأس ماله وهو البذر وما غرم من النقصان وما أنفق على الزرع ويتصدق بالفضل عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله حتى إذا غصب أرضا فزرعها كرين فأخرجت ثمانية أكرار ولحقه من المؤنة قدر كر ونقصها قدر كر فانه يأخذ منه أربعة أكرار ويتصدق بالباقي وقال أبو يوسف رحمه الله لا يتصدق بشيء لان الزيادة حصلت في ضمانه وملكه لان ما ضمن من الفائت يملكه بأداء الضمان والمضمونات تملك بأداء الضمان عندنا مستندا الى وقت وجود السبب وهو الغصب هنا فتبين أنه حدث في ملكه اذ الخراج بالضمان بخلاف ما اذا لم ينقص لانعدام الملك لعدم الضمان وهذا لانه يجب عليه ضمان كله فاذا ضمن كله ملك كله وكذا البعض ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير فيكون سبيله التصدق اذ الفرع يحصل على وصف الاصل فصار كما اذا لم ينقص بالاستعمال ولان الملك المستند ثابت من وجه دون وجه فكان ناقصا فلا يظهر في حق انعدام الخبث قال رحمه الله (وان استغله تصدق بالغلة كما لو تصرف في المغصوب والوديعة وربح) أي ان استغل المغصوب بأن كان عبدا مثلا فآجره فنقصه بالاستغلال وضمن النقصان تصدق الغاصب بالغلة كما يتصدق بالربح فيما اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة بأن باعه وربح فيه أما الاول وهو الاستغلال فالمذكور هنا قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق به وقد ذكرنا الوجه من الجانبين في المسألة التي قبلها وكان ينبغي أن يتصدق بما زاد على ما ضمن عندهما لا بالغلة كلها كما في المسألة الأولى ثم انما يضمن الغاصب النقصان اذا كان النقصان في العين وكان غير ربوي لانه دخل جميع أجزائه في ضمانه فيجب عليه ضمان قيمة ما تعذر رده من أجزائه كلا أو بعضا بخلاف المبيع حيث لا يوجب النقصان الحادث فيه قبل القبض الا الخيار ولا يوجب حط شيء من الثمن لان الاوصاف لا تضمن بالعقد وتضمن بالفعل وان كان لتراجع السعر لا يضمن بعد أن رده في مكان الغصب لان ذلك لقلة الرغبات فيه لا لنقصان في العين بفوت الجزء وان كان ربويا لا يمكنه أن يضمنه النقصان مع استرداد العين لانه يؤدي الى الربا اذ الجودة لا قيمة لها في الاموال الربوية ولكنه يخير بين أن يأخذه ولا شيء له وبين أن يتركه على الغاصب ويضمنه مثله من جنسه أو قيمته من خلاف جنسه واستغلال العبد المستعار بالايجار كاستغلال المغصوب حتى يجب عليه ضمان النقصان ويتصدق بالغلة عندهما خلافا لابي يوسف رحمه الله والوجه قد بيناه ولو هلك في يده بعدما استغله فضمنه المالك كان له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لان الخبث كان لاجل المالك فاذا أخذه المالك لا يظهر الخبث في حقه ولهذا لو سلم الغلة اليه مع العبد يباح له التناول فيزول الخبث بالتسليم وتبرأ ذمته عن القيمة بقدره بخلاف ما اذا باعه الغاصب بعد ما استغله وهلك في يد المشتري وضمن المالك المشتري قيمته ثم رجع المشتري على الغاصب بالثمن حيث لا يكون للغاصب أن يستعين بالغلة في أداء الثمن الى المشتري لان الخبث كان لحق المالك والمشتري ليس بمالك فلا يزول الخبث بالاداء اليه فلا يؤديه اليه الا اذا كان لا يجد غيره فيرتج هو على غيره من الشراء

باعتبار أنه ملكه وهو محتاج اليه كما أن الملتقط له أن يصرف اللقطة على نفسه اذا كان محتاجا ثم اذا أصاب مالا تصدق بمثلها اذا كان غنيا وقت الاستغلال وان كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا من ترجحه على غيره من الفقراء وأما الثاني وهو ما اذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح فهو على وجوه إما أن يكون مما يتعين بالتعيين كالعروض أو لا يتعين كالنقدين فان كان مما يتعين لا يحل له التناول منه قبل ضمان القيمة وبعده يحل الا فيما زاد على قدر القيمة وهو الربح المذكور هنا فانه لا يطيب له ويتصدق به لان العقد يتعلق فيما يتعين حتى ينفسخ العقد بالهلاك قبل القبض فتمكن الخبث فيه وان كان مما لا يتعين فقد قال الكرخي انه على أربعة أوجه إما أن أشار اليه ونقد منه أو أشار اليه ونقد من غيره أو أطلق اطلاقا ونقد منه أو أشار الى غيره ونقد منه وفي كل ذلك يطيب له الا في الوجه الاول وهو ما اذا أشار اليه ونقد منه لان الاشارة اليه لا تفيد التعيين فيستوي وجودها وعدمها الا اذا تأكد بالنقد منها وقال مشايخنا رحمهم الله لا يطيب بكل حال أن يتناول منه قبل أن يضمن وبعد الضمان لا يطيب الربح بكل حال وهو المختار واطلاق الجواب في الجامعين والمضاربة يدل على ذلك ووجهه أنه بالنقد منه استفاد سلامة المشترى وبالاشارة استفاد جواز العقد لتعلق العقد به في حق القدر والوصف فتثبت فيه شبهة الحرمة للملك بسبب خبيث واختار بعضهم الفتوى على قول الكرخي في زماننا لكثرة الحرام وهذا كله على قولهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بشيء منه والوجه ما بينا وهذا الاختلاف بينهم فيما اذا صار بالتقلب من جنس ما ضمن بان ضمن دراهم مثلا وصار في يده من بدل المضمون دراهم وان كان في يده من بدله خلاف جنس ما ضمن بأن ضمن دراهم وفي يده من بدله طعام أو عروض لا يجب عليه التصدق بالاجماع لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس وما لم يصر بالتقلب من جنس ما ضمن لا يظهر الربح قال رحمه الله (وملك بلا حل انتفاع قبل أداء الضمان بشيء وطبخ وطحن وزرع واتخاذ سيف واناء غير الحجرين وبناء على ساجة) لانه لو لم يملكه بذلك للحقه ضرر وكان ظلما والظالم لا يظلم بل ينصف ثم الضابط فيه أنه متى تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها ومعظم منافعها أو اختلطت بملك الغاصب بحيث لا يمكن تمييزها أصلا أو الا بحرج زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها وما ذكره من شي اللحم وطبخه وطبخ الحنطة أو طحنها وزرعها واتخاذ الحديد سيفا أو اناء واتخاذ غيره مثل الصفر إناء والبناء على الساجة بهذه المثابة فملكها الغاصب الا الذهب والفضة فانه لا يملكهما باتخاذه أواني أو بضربه دنانير أو دراهم عند أبي حنيفة رحمه الله وهما المراد بقوله غير الحجرين وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك عن العين وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله غير أنه اذا اختار أخذ العين لا يضمنه النقصان عنده في الاموال الربوية لانه يفضي الى الربا وعند الشافعي رحمه الله يضمنه وقد بيناه من قبل وعن أبي يوسف رحمه الله أن ملكه يزول عن العين ويملكه الغاصب لكنه يباع فيوفى بدين المغصوب منه يعني ما وجب له عليه بالغصب من المثل أو القيمة وان مات الغاصب فالمغصوب منه أحق به من سائر الغرماء على مثال الرهن والمبيع قبل القبض وجعل الآبق لعدم رضاه ببطلان حقه فصار كالمشتري اذا قبض المبيع بغير اذن البائع قبل ايفاء الثمن بل أولى لان الملك أقوى من اليد فاذا لم يبطل حق اليد فأولى أن لا يبطل به حق الملك للشافعي رحمه الله أن العين ملكه فيبقى ملكه ما بقيت العين وبيعها وصفها اذ هو قائم بها فيترجح هو لكونه صاحب أصل ولان الدقيق حنطة فرقت أجزاؤها وذلك لا يوجب الخروج عن ملكه كالقطع في الثوب والذبح والسلخ والتأريب في الشاة ولان فعله محظور فلا يكون سببا للملك اذ المحظور لا يناط به نعمة الملك على أصله فلا يعتبر فعله فصار كما اذا وقعت الحنطة في الطاحونة وانطحنت بفعل الماء والهواء من غير صنع أحد ولنا أنه استهلك العين من وجه ألا ترى أن المقاصد قد فات بعضها وكذا الذات قد فات من وجه بالاستحالة حتى صار له اسم آخر وقد أحدث فيها الصنعة وهي حق للغاصب وهي قائمة من كل وجه فترجحت بذلك وان كانت وصفا على الاصل الذي

(قوله وبناء على ساجة) في المغرب الساجة بالجيم الخشبة العظيمة أي الخشبة المنحوتة المهيأة للاساس ونحوه وأما مسألة الساحة بالحاء المهملة فتجيء اهـ كاكي (قوله بفعل الغاصب) قيد به لانه لو تغير لا بفعل الغاصب بأن صار العنب زبيبا والخمر خلا بنفسه والحليب جبنا والرطب تمرا فالمالك بالخيار ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه ولو صار العنب زبيبا بجعله ملكه كذا في فتاوى العتابي اهـ دراية (قوله والتأريب) قال الاتقاني تأريب الشاة جعلها إربا إربا أي عضوا عضوا اهـ

(قوله والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا الخ) قال الاتقانى والجواب عن قولهم فعل الغصب عدوان محض لا يصلح سببا لنعمة الملك قلنا لا يصلح سببا له قصدا وانما جعلناه سببا عند تقرر الضمان بالاستهلاك فى ضمن حكم الضمان كى لا يجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد والضمان حكم واجب مشروع حسن بالاجماع فصار ما ثبت فى ضمنه أيضا حسنا لانه يراعى صلاحية السبب فى الاصل لا فى التبع تحقيق الكلام أن فعل الغاصب الذى هو الزراعة مثلا ليس بمحظور من حيث انه احداث الزرع وانما المحظور كونه غصبا وهو ازالة الشئ عن يد المالك فاذا لم يكن محظورا من حيث انه احداث صلح سببا للملك فصار قولنا زرع حنطة مغصوبة اشارة الى احداث شئ بآلة مغصوبة بمنزلة الاصطياد بقوس الغير والاحتطاب بقدوم الغير اهـ (قوله فلا يحصل به تبديل العين) فى الخلاصة غصب شاة فذبحها وسلخها وجعلها إربا إربا لا يملكها وعليه قيمتها حية أو غصب حمارا أو بغلا فقطع يديهما أو رجليهما ملكهما وعليه قيمتهما اهـ قال الاتقانى والجواب عن ذبح الشاة بعد الغصب بعض أصحابنا قالوا بأنه ينقطع حق المالك بالذبح كذا فى الطريقة البرهانية فنمنعه والصحيح أنه لا ينقطع حق المالك به لان الشاة لا تصير مستهلكة بمجرد الذبح لبقاء الاسم ولهذا يقال شاة مذبوحة فاذا أرّبها عضوا عضوا بعضهم قالوا ينقطع حق المالك لانه صار مستهلكا بزوال التركيب لكن الصحيح خلافه كذا فى الطريقة البرهانية أيضا وذلك لان بالذبح لما لم تصر الشاة مستهلكة صار كأنه غصب شاة مذبوحة فقطعها إربا إربا فلا ينقطع حق المالك لان المنافع المتعلقة بها لم تفت لانها كانت تقصد للأكل وبعد القطع لم يبطل هذا المعنى اهـ وكتب ما نصه حكى الزاهدى فيه خلافا اهـ (قوله فبقيت على ملكه) كذا ذكر فى الكافى اهـ (قوله ولو جاز الانتفاع به) أى الغاصب كما هو القياس وبه قال زفر اهـ (قوله أولم علمكه) أى كما قال به الشافعى اهـ (قوله والقياس أن يجوز الانتفاع به) أى قبل أداء البدل اهـ وكتب ما نصه قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره وأصل هذا الباب الذى عول عليه أصحابنا الحديث الذى روى عن النبى صلى الله عليه وسلم رواه أبو يوسف واحتج به ورواه محمد واحتج به ورواه الحسن بن زياد فى كتابه عن عاصم بن كليب الجرمى أن رسول الله صلى الله عليه وسلم زار قوما فذبحوا له شاة فجعل يمضغه رسول الله صلى الله عليه وسلم ولا يسيغه فسألهم عن ذلك فقالوا شاة لفلان ذبحناها حتى يأتى فنرضيه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أطعموها الاسارى فلولا أن ملك الغاصب زال عنها لم يأمرهم بالتصدق بها بل أمر ببيعها وحفظ ثمنها على الغائب وعلى هذا بنى أبو حنيفة كثيرا من مسائل الغصب قال محمد يعنى بالاسرى المحتبسين كذا فى شرح مختصر الكرخى والمعقول فى المسئلة أن الغاصب غصب الحنطة ثم استهلكها بالطحن فينقطع حق المالك عنها لا محالة فصار كما اذا غصب ثوبا فأحرقه فصار رمادا فانه ينقطع حق المالك بالاستهلاك فكذا هذا والدليل على الاستهلاك أن اسم الحنطة زال عنها بعد الطحن وكذلك زالت صورتها ومعناها فدل على الاستهلاك أما اذا زال الاسم فلانها كانت تسمى حنطة والآن تسمى دقيقا وأما زوال الصورة فلان صورتها شئ الحبة السمراء المشقوقة البطن ولم تبق تلك الصورة بعد الطحن وأما معناها فلانها كانت تصلح للزراعة والقلى والطبخ الهريسة ونحو ذلك فالآن لا تصلح لذلك فاذا ثبت التغاير بينهما من هذه الوجوه كان الدقيق جنسا آخر غير الحنطة فينقطع حق المالك ولا يكون له سبيل فى الدقيق وقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد دليل على هذا لانه أخذ الحنطة لا الدقيق فاذا كان عينها مستهلكا لزمه مثلها وكذلك الحنطة اذا غصبها فزرعها ينقطع حق المالك عنها لان الزرع غير الحنطة بدليل تغاير الاسم والصورة والمعنى المطلوب فصار الحادث غير ما كان اهـ اتقانى

هو فائت من وجه فكانت أولى بالاعتبار وهذا لان الزيادة حصلت فى العين بفعل الغاصب فكانت كسبا له والكاسب أحق بكسبه من غيره وان كان فى محل مملوك للغير لان الحكم يضاف الى العلة لا الى المحل وذات حقه قائم فكان الترجيح به ترجيحا بالذات فكان أولى من الترجيح بالاصل لانه يرجع الى الترجيح بالحال وهو البقاء وهذا ترجيح بالذات وهو الوجود من كل وجه فكان الترجيح به أولى لان الحال قائمة بالذات والمحظور لغيره لا يمتنع أن يكون سببا لحكم شرعى ألا ترى أن الصلاة فى الارض المغصوبة تجوز وتكون سببا لحصول الثواب الجزيل فما ظنك بالملك بخلاف ما استشهد به لان الذبح لا يفوت اسم الشاة يقال شاة مذبوحة وشاة حية والسلخ والتأريب لا يفوت به المقصود بالذبح فلا يحصل به تبديل العين فبقيت على ملكه بخلاف ما نحن فيه لان العين تبدلت وتجدد لها اسم آخر فصارت كعين أخرى حصلها بكسبه فيملكها غير أنه لا يجوز له الانتفاع به قبل أن يؤدى الضمان كى لا يلزم منه فتح باب الغصوب وفى منعه حسم مادته ويدل عليه قوله عليه الصلاة والسلام فى الشاة المذبوحة بغير اذن مالكها بعد الطبخ أطعموها الاسارى ولو جاز الانتفاع به أولم يملكه لما قال ذلك والقياس أن يجوز الانتفاع به وهو قول زفر والحسن ورواية عن أبى حنيفة رحمهم الله لوجود الملك المطلق للتصرف ولهذا ينفذ تصرفه فيه كالتمليك لغيره ووجه الاستحسان ما بيناه ونفاذ تصرفه فيه لوجود الملك وذلك لا يدل على الحل ألا ترى أن المشترى شراء فاسدا ينفذ تصرفه فيه مع أنه لا يحل له الانتفاع به ثم اذا دفع القيمة اليه وأخذه أو حكم الحاكم بالقيمة أو تراضيا على مقدار حل له الانتفاع به لوجود الرضا من المغصوب منه

(قوله وقال أبو يوسف الخ) قال في الهداية وعلى هذا الخلاف اذا غصب حنطة فزرعها أو نواة فغرسها قال الاتقاني يعني لا يحل الانتفاع بالمغصوب قبل أداء البدل خلافا لزفر الا أن أبا يوسف قال في هاتين الصورتين يحل الانتفاع قبل أداء البدل وقبل أن يرضى صاحبه لانه صار مستهلكا من كل وجه لان الحبة صارت قصيلا والنواة صارت نخلا بخلاف ما تقدم من غصب الشاة وذبحها وطبخها وغصب الحنطة وطحنها حيث لا يحل الانتفاع قبل ارضاء المالك لان أجزاء الشاة والحنطة باقية وهذا معنى قوله لقيام العين فيه من كل وجه اهـ (قوله أو أواني) قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وان غصب فضة فضربها دراهم أو صاغها اناء قال يأخذها ولا أجر للغاصب ولا يشبه هذا الحديد والصفر لانه فضة بعينها لا يخرج من الوزن وقال أبو يوسف ومحمد يعطيه مثل قيمته وكذلك الذهب الى هنا لفظ الحاكم رحمه الله اهـ اتقاني (قوله وعند الشافعي لا ينقطع حق المالك الخ) قال الاتقاني وقال زفر ينقض البناء وبه قال الشافعي اهـ (قوله وكذا الوذبح الجزور) ليس في خط (٣٣٨) الشارح اهـ قال في الهداية وكذا الجزور اهـ يعني اذا غصب الجزور وهي التي

لان الحاكم لا يحكم الا بطلبه فصلت المبادلة بالتراضي وقال أبو يوسف رحمه الله في الحنطة المزروعة والنواة المزروعة يجوز له الانتفاع قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه ولا يتصدق بالفضل عنده وقد بيناه من قبل وأما الذهب والفضة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يملكهما الغاصب بضربهما دنانير أو دراهم أو أواني لما ذكرنا في غيرهما والجامع أنه أحدث فيه الصنعة المتقومة وفوت بعض مقاصده ولابي حنيفة رحمه الله أن العين باقية من كل وجه ولم تهلك من وجه ما ألا ترى أن الاسم لم يتغير ومعناه الثمنية وهو أيضا باق وكذا كونه موزونا باق أيضا حتى يجري فيه الربا باعتباره وكذا الصنعة فيهما غير متقومة أيضا مطلقا ألا ترى أنه لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس بخلاف غيرهما وقال الكرخي والفقيه أبو جعفر انما ينقطع حق المالك عن الساحة اذا بنى حولها وأما اذا بنى عليها فلا ينقطع حق المالك لانه متعد في البناء عليها والساحة من وجه كالاصل لهذا البناء فيهدم للرد كما اذا بنى في الارض المغصوبة وعند الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك كيفما كان فيهدم البناء ويأخذ ساحته لانه وجد عين ماله فكان أحق به بالنص وعندنا انقطع حقه مطلقا في الصحيح لان في قلعه ضررا بالغاصب وقال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام وضرر المالك مجبور بضمان القيمة فلا يعتد ضررا فصار كما اذا خاط بالخيط المغصوب بطن آدمي أو أدخل لوحا مغصوبا في السفينة وكانت في لجج البحر هذا اذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساحة وأما اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء فلم ينقطع حق المالك عنها ذكره في النهاية معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله (ولو ذبح شاة أو خرق ثوبا فاحشا ضمن القيمة وسلم المغصوب اليه أو ضمن النقصان) وكذا لو ذبح الجزور وقطع اليد أو الرجل كالذبح لان هذه الاشياء اتلاف من وجه باعتبار فوت بعض الاغراض من الحمل والدر والنسل وفوات بعض المنفعة في الثوب فيخير بين تضمين جميع قيمته وتركه له وبين تضمين نقصانه وأخذه وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله أنه ليس له أن يضمنه النقصان اذا أخذ اللحم لان الذبح والسلخ زيادة فيها لانقطاع احتمال الموت حتف أنفها وأمكن الانتفاع بلحمها بيقين والاول هو الظاهر لانه نقصان باعتبار فوات بعض الاغراض على ما بينا آنفا ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم يضمن قاطع الطرف جميع قيمتها لانه استهلاك من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد حيث يضمن نصف قيمته مع أخذه لانه

منتفع

أعدت للذبح من الابل من الجزر وهو القطع ثم ذبحها فالحكم فيه كما في غصب الشاة اذا ذبحها اما أن يأخذ العين مع نقصان الذبح واما أن يترك العين ويضمن جميع القيمة وانما ذكر الجزور دفعا لوهم متوهم وهو أن يقال اذا كانت الجزور معدة للذبح لم يكن معنى الدر والنسل فيها مطلوبا فكيف يلزم النقصان بل الذبح زيادة لانه يؤخذ لاجل العوض فأجاب عنه وقال لا يتفاوت الحكم بين أن يكون الحيوان معدا للذبح أو لم يكن لان الذبح في الحيوان نقص من حيث تفويت الحياة اهـ اتقاني (قوله وقطع اليد أو الرجل كالذبح) قال في الهداية وكذا اذا قطع يدهما أي يد الشاة والجزور قال الاتقاني أي حكم قطع يد الشاة والجزور كحكم ذبحهما يعني أن للمالك الخيار ان شاء أخذ العين مع نقصان القطع وان شاء ترك العين للغاصب وضمنه جميع القيمة وهذه رواية عن أصحابنا والظاهر أن له تضمين جميع القيمة بلا خيار ألا ترى الى ما قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي وأما الدابة اذا غصبها فقطع يدها أو رجلها فلا يشبه أي لا يشبه الخرق الكثير في الثوب قال لانه استهلكها وليس ينتفع صاحبها بما بقي والغاصب ضامن لقيمة الدابة وهي له وكذلك لو كانت بقرة أو شاة أو جزورا فذبحها أو قطع يدها أو رجلها الى هنا لفظ الحاكم الشهيد رحمه الله وذلك لان الدابة بعد ما قطعت يدها أو رجلها لا ينتفع بها انتفاع الدواب فصارت هالكة فاذا صارت هالكة فالغاصب مستهلك يجب عليه القيمة وتكون الدابة له بخلاف الثوب فان الثوب بالخرق الفاحش لا يكون هالكا لانه يمكن أن ينتفع به انتفاع الثياب فلا يضمنه القيمة بلا خيار بل يكون للمالك الخيار اهـ (قوله ولو كانت الدابة غير مأكولة اللحم) قال الاتقاني هذا الفرق بين مأكول اللحم وغير مأكول اللحم في قطع الطرف على ما ذهب اليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيهما بلا خيار

منتفع به بعد قطع الطرف لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له قبله من الانتفاع ولا كذلك الدابة فانها لا تصلح للحمل ولا للركوب بعد القطع قال رحمه الله (وفى الخرق اليسير ضمن نقصانه) يعنى مع أخذ عينه وليس له غير ذلك لان العين قائمة من كل وجه وانما دخله عيب فنقص لذلك فكان له أن يضمنه النقصان واختلفوا فى حد الخرق اليسير والكبير قيل ما أوجب نقصان ربع القيمة فاحش وما دونه يسير وقيل الفاحش ما ينقص به نصف القيمة لاستواء الهالك والقائم فيخير المالك بين أن يميل الى الهالك أو القائم والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة واليسير ما لا يفوت به شئ من المنفعة وانما يدخل فيه نقصان فى المنفعة لان الاستهلاك المطلق من كل وجه عبارة عن اتلاف جميع المنفعة والاستهلاك من وجه عبارة عن تفويت بعض المنافع والنقصان عبارة عن تعييب المنافع مع بقائها وهو تفويت الجودة لا غير ولا عبرة بقيام أكثر المنافع لان الرجحان انما يطلب اذا تعذر العمل بأحدهما ومتى أمكن العمل بهما لا يصار الى الترجيح ولا يشتغل به وهنا أمكن اعتبار الاستهلاك والنقصان باثبات الخيار له فلا يعتبر الراجح وذكر فى النهاية أن الفاحش هو المستأصل للثوب وهو أن يجعل الثوب لا يصلح الا للخرق ولا يرغب فى شرائه وعزاه الى الحلوانى وقال شمس الائمة السرخسى الحكم الذى ذكرنا فى الخرق فى الثوب من تخيير المالك اذا كان الخرق فاحشا هو الحكم فى كل عين من الاعيان الا فى الاموال الربوية فان التعييب هناك فاحشا كان أو يسيرا كان لصاحبها الخيار بين أن يمسك العين ولا يرجع على الغاصب بشئ وبين أن يسلم العين ويضمنه مثله أو قيمته لان تضمين النقصان متعذر لانه يؤدى الى الربا هذا اذا قطع الثوب ولم يحدث فيه صنعة وأما اذا أحدث فيه صنعة بأن خاطه قميصا مثلا فانه ينقطع به حق المالك عنه عندنا ذكره فى النهاية معزيا الى الذخيرة قال رحمه الله (ولو غرس أو بنى فى أرض الغير قلعا وردت) أى قلع البناء والغرس وردت الارض الى صاحبها لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق أى ليس لذى عرق ظالم وصف العرق بصفة صاحبه وهو الظلم وهو من المجاز كما يقال صام نهاره وقام ليله قال الله تعالى فيها يفرق كل أمر حكيم ولان الارض باقية على ملكه اذ لم تصر مستهلكة ولا مغصوبة حقيقة ولا وجد فيها شئ يوجب الملك للغاصب فيؤمر بتفريغها وردها الى مالكها كما اذا أشغل ظرف غيره بالطعام هذا اذا كانت قيمة الساحة أكثر من قيمة البناء وان كانت قيمة البناء أكثر فللغاصب أن يضمن له قيمة الساحة فيأخذها ذكره فى النهاية وعلى هذا لو ابتلعت دجاجة لؤلؤة ينظر أيهما أكثر قيمة فلصاحبه أن يأخذ ويضمن قيمة الآخر وعلى هذا التفصيل لو أدخل فصيل غيره فى داره وكبر فيها ولم يمكن اخراجه الا بهدم الجدار وعلى هذا التفصيل لو أدخل البقر رأسه فى قدر من النحاس فتعذر اخراجه قال رحمه الله (وان نقصت الارض بالقلع ضمن له البناء والغرس مقلوعا ويكون له) أى اذا كانت الارض تنقص بالقلع كان لصاحب الارض أن يضمن للغاصب قيمة البناء أو الغرس مقلوعا ويكونان له لان فيه دفع الضرر عنهما فتعين فيه النظر لهما وانما يضمن له قيمته مقلوعا لانه مستحق القلع وليس له أن يستديم فيما فتعتبر قيمته فى ذلك الوقت مقلوعا وكيفية معرفتها أن تقوم الارض وبها بناء أو شجر استحق قلعه أى أمر بقلعه وتقوم وحدها ليس فيها بناء ولا غرس فيضمن فضل ما بينهما كذا قالوا وهذا ليس بضمان لقيمته مقلوعا بل هو ضمان لقيمته قائما مستحق القلع وانما يكون ضمانا لقيمته مقلوعا أن لو قوم البناء والغرس مقلوعا موضوعا فى الارض بأن يقدر الغرس حطبا والبناء آجرا أو لبنا أو حجارة مكومة على الارض فيقوم وحده من غير أن يضم الى الارض فيضمن له قيمة الحطب والحجارة المكومة دون المبنية قال رحمه الله (وان صبغ أو لت السويق بسمن ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق أو أخذهما وغرم ما زاد الصبغ والسمن) يعنى اذا غصب ثوبا فصبغه أو سويقا فلته بسمن فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق وان شاء

وقدمر قبل هذا اهـ (قوله لانه بعد القطع صالح لجميع ما كان صالحا له) فيه نظر وينبغى أن يقال لانه منتفع به بعد قطع طرفه فى بعض المنافع اهـ من خط قارئ الهداية (قوله وقام ليله) وصف الليل والنهار والامر بصفة صاحبه اهـ من خط الشارح (قوله ان شاء ضمنه قيمة ثوبه أبيض ومثل السويق) قال فى الكنز فى كتاب المضاربة ولو قصره أو حمله بماله وقيل له اعمل برأيك فهو متطوع فيما أنفق وان صبغه أحمر فهو شريك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن اهـ قال الاتقانى ألا ترى أن الغاصب لو قصر يضيع ماله ولو صبغ لا يضيع فههنا أولى ولهذا لو صبغه أحمر أو أصفر لم يكن للمالك أن يأخذه مجانا بل يتخير رب الثوب ان شاء أخذ الثوب وأعطاه قيمة ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بثوبه وان شاء ضمنه جميع قيمة الثوب أبيض يوم صبغه وترك الثوب عليه فكذلك ههنا يكون شريكا بقدر ماله اهـ وقد نقلت عبارته فى المضاربة بأتم من هذا وأفيد اهـ قوله فكذلك ههنا أى المضارب اهـ وقوله يكون شريكا بقدر ماله أى كالغاصب اهـ

أخذ المصبوغ والملتوت وغرم مازاد الصبغ والسمن وقال الشافعي رحمه الله في الثوب يؤمر الغاصب بقلع الصبغ بالغسل بقدر الامكان ويسلمه لصاحبه وان انتقص قيمة الثوب بذلك فعليه ضمان النقصان لان الغاصب متعد فلم يكن لفعله عبرة والتمييز ممكن فصار نظير الغرس والبناء في الارض بخلاف السمن في السويق لتعذر التمييز ولنا أن الصبغ مال متقوم كالثوب وبجنايته لا يسقط تقوم ماله فيجب صيانة حقهما ما أمكن وكان صاحب الثوب أولى بالتخيير لانه صاحب أصل والآخر صاحب وصف وهو قائم بالاصل وكذا السويق أصل والسمن تبع ألا تراهم يقولون سويق ملتوت فخير صاحبه لتعذر التمييز بخلاف البناء والغرس لان التمييز ممكن فيه بالنقض وله وجود بعد النقض فأمكن ايصال حق كل واحد منهما اليه والصبغ يتلاشى بالغسل فلا يمكن ايصاله الى صاحبه وبخلاف ما اذا انصبغ من غير فعل أحد كالقاء الريح حيث لا يثبت فيه لرب الثوب الخيار بل يؤمر صاحبه بدفع قيمة الصبغ الى صاحبه لانه لا جناية من صاحب الصبغ حتى يضمن الثوب بل يتملك صاحب الثوب الصبغ بقيمته وقال أبو عصمة في مسئلة الغصب ان شاء رب الثوب باع الثوب فيضرب كل واحد منهما بقيمة ماله وهذا طريق حسن أيضا لامكان وصول حق كل واحد منهما به الى صاحبه ويتأتى هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه أيضا والجواب في الت‍ـــكالجواب في الصبغ غير أنه يضمن فيه مثل السويق وفي الصبغ قيمته لان السويق والسمن من ذوات الامثال بخلاف الصبغ والثوب وفي الكافي قال في المبسوط يضمن قيمة سويقه لانه يتفاوت بتفاوت القلي فلم يبق مثليا كالخبز وما روي عن أبي حنيفة رحمه الله من أن الغاصب اذا صبغ الثوب أسود فهو نقصان وعندهما زيادة كالحمرة والصفرة راجع الى اختلاف عصر وزمان فان بني أمية في زمانه كانوا يمتنعون عن لبس السواد وفي زمانهما بنو العباس كانوا يلبسون السواد فأجاب كل منهم على ما شاهد من عادة أهل عصره ولا خلاف فيه بينهم في الحقيقة ولهذا لم يتعرض في المختصر لذكر هذا الاختلاف ولا للون الصبغ لان من الثياب ما يزداد بالسواد ومنها ما ينتقص وكذا من الثياب ما يزداد بالحمرة والصفرة ومنها ما ينتقص فلا معنى للتقييد بلون دون لون بل لا يعتبر فيه الا الزيادة والنقصان حقيقة ولو كان ثوبا ينقصه الصبغ بأن كانت قيمته ثلاثين درهما مثلا فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد رحمه الله ينظر الى ثوب يزيد فيه ذلك الصبغ فان كانت الزيادة خمسة يأخذ رب الثوب ثوبه وخمسة دراهم لان صاحب الثوب وجب له على الغاصب ضمان نقصان قيمة ثوبه عشرة دراهم ووجب عليه للغاصب قيمة صبغه خمسة فالخمسة بالخمسة قصاص ويرجع عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة رواه هشام عن محمد رحمه الله وهو مشكل من حيث ان المغصوب منه لم يصل اليه المغصوب كله وانما وصل اليه بعضه وكان من حقه أن يطالب هو الى تمام حقه فكيف يتوجه عليه الطلب وهو لم ينتفع بالصبغ شيأ ولم يحصل له به الا تلف ماله وكيف يسقط عن الغاصب بعض قيمة المغصوب بالاتلاف والاتلاف مقرر لوجوب جميع القيمة وكيف صار مسقطا له هنا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (غيب المغصوب وضمن قيمته ملكه) وقال الشافعي رحمه الله لا يملكه لان الغصب محظور فلا يكون سببا للملك كما في المدبر وهذا لان الملك مرغوب فيه وهو حكم شرعي فلا يصلح المحظور سببا له لانه يلزم منه ترغيب الناس فيه لتحصيل ما هو مرغوب فيه لهم ولا يجوز اضافة مثله الى الشارع فوجب أدنى درجات السبب أن يكون مباحا كي لا يلزم الترغيب في تحصيل الحرام ولانه قبيح لانه منهي عنه بقوله تعالى لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل الا أن تكون تجارة عن تراض والغصب ليس بتجارة عن تراض فكان باطلا والباطل لا يفيد الملك وهذا لانه عدوان محض وليس فيه شبهة الاباحة كالقتل فكيف يستفاد الملك بالجناية المحضة ولنا أن المالك ملك بدل المغصوب رقبة ويدا فوجب أن يزول ملكه عن المبدل اذا كان يقبله دفعا للضرر عن الغاصب وتحقيقا للعدل أو ضرورة حتى

لا يجتمع

﴿فصل﴾ (قوله كما في المدبر) أي اذا غصب وغيبه الغاصب وضمن قيمته اه
(قوله فوجب) أي أن لا يكون سببا اذ هذا الملحق يحتاج اليه لتصحيح كلام الشارح رحمه الله فتأمل اه

لايجتمع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد فانه مستحيل واسمه ينبئك عنه فان البدل اسم لما يقوم مقام الفائت لا لما يقوم مقام القائم فاذا ثبت ملكه فيه على الكمال وجب أن يزول ملكه فى المبدل ليتحقق معنى هذا الاسم وكذا لفظ الجبران ينبئ عنه فانه لا يكون الا عن الفائت كالبدل ولا يقال هذا بدل عما فات وهو اليد لا الملك لان الفائت بفعل الغاصب هو اليد دون الملك اذ ملكه قائم فى العين فلا يكون بدلا عن العين ولهذا قلتم لو كسر قلب غيره فقضى عليه القاضى بقيمته وأخذ القلب ثم افترقا قبل القبض لا يبطل القضاء ولو كان بدلا عن العين لبطل لكونه صرفا لانا نقول لو كان بدلا عما فات من اليد مع بقاء العين فى ملكه لكان اجحافا بالغاصب بازالة ملكه عن البدل واثبات الملك فيه للمغصوب منه بمقابلة عين فى ملكه مع امكان تحقيق العدل بينهما وهذا خلف فكان من ضرورة القضاء بقيمة العين زوال ملكه عنها ليتحقق معنى البدل والجبران فكان ثبوت المبادلة ضروريا وما ثبت الضرورة يتقدر بقدرها فلا يكون بيعا من كل وجه فلا يظهر فى حق البطلان بالافتراق قبل القبض لان شرط التقابض ثبت فيما هو سبب للملك مقصودا فلا يتعداه وأما المدبر فنقول يزول ملكه عنه ويدخل فى ملك الغاصب ضرورة ولهذا لو لم يظهر المدبر وظهر له كسب كان للغاصب الا أنه اذا ظهر المدبر يعاد الى ملك المغصوب منه صيانة لحق المدبر أو نقول المدبر لا يقبل النقل فيجعل الضمان بدلا عن اليد التى فاتت بفعله للضرورة أو عن العين من غير أن يدخل فى ملكه شئ كما فى ضمان العتق عندهما ولا يقال المدبر يقبل النقل من ملك الى ملك ولهذا لو قضى القاضى بجواز بيعه نفذ لانا نقول ينفسخ التدبير بالقضاء فينفذ البيع بعد القضاء لكونه قنا بعد انفساخه والجواب عما تلا أن رضاه قد وجد بطلب القيمة منه ونحن لا نجعل الغصب القبيح سببا للملك بل الغصب موجب لرد العين عند القدرة ولرد القيمة عند العجز بطريق الجبران وهذا الحكم هو المقصود بهذا السبب ثم يثبت الملك به للغاصب شرطا للقضاء بالقيمة لا حكما ثابتا بالغصب مقصودا ولهذا لا يملك الولد بخلاف الزيادة المتصلة والكسب لانه تبع اذ الكسب بدل المنفعة ولا كذلك المنفصل بخلاف البيع الموقوف أو الذى فيه الخيار حيث يملك به الزيادة المنفصلة أيضا لانه سبب موضوع للملك فيستند من كل وجه قال رحمه الله (والقول فى القيمة للغاصب مع يمينه والبينة للمالك) لان الغاصب منكر والمالك مدع ولو أقام الغاصب البينة لا تقبل لانها تنفى الزيادة والبينة على النفى لا تقبل ذكره فى النهاية ثم قال فيه قال بعض مشايخنا ينبغى أن تقبل بينة الغاصب لاسقاط اليمين وقد تقبل البينة لاسقاط اليمين ألا ترى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة يقبل قوله ولو أقام البينة تقبل بينته ثم قال وكان أبو على النسفى يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة وبين مسئلة الوديعة وهو الصحيح قال رحمه الله (فان ظهر وقيمته أكثر وقد ضمنه بقول المالك أو ببينته أو بنكول الغاصب فهو للغاصب ولا خيار للمالك) لانه رضى به وتم ملكه برضاه حيث سلم له ما ادعاه قال رحمه الله (وان ضمنه بيمين الغاصب فالمالك يمضى الضمان أو يأخذ المغصوب ويرد العوض) لعدم تمام رضاه بهذا القدر من الضمان وانما أخذ دون القيمة لعدم الحجة لا للرضا به ولو ظهر المغصوب وقيمته مثل ما ضمنه أو أقل فى هذه الصورة وهى ما اذا ضمنه بقول الغاصب مع يمينه قال الكرخى رحمه الله لا خيار له لانه توفر عليه مالية ملكه بكماله وفى ظاهر الرواية يثبت له الخيار وهو الاصح لان ثبوت الخيار لفوات الرضا وقد فات هنا حيث لم يحصل له ما يدعيه وله أن لا يبيع ماله الا بثمن يختاره ويرضى به فكان له الخيار ثم اذا اختار المالك أخذ العين فللغاصب أن يحبس العين حتى يأخذ القيمة التى دفعها اليه لانها مقابلة بالعين بخلاف المدبر لانه غير مقابل به بل بما فات من اليد على ما بينا قال رحمه الله (وان باع المغصوب فضمنه المالك نفذ بيعه وان حرره ثم ضمنه لا) أى لو باع الغاصب المغصوب أو أعتقه ثم ضمنه المالك قيمته نفذ بيعه ولا ينفذ عتقه والفرق بينهما أن ملك الغاصب ناقص لانه يثبت مستندا أو ضرورة وكل ذلك ثابت من وجه دون وجه ولهذا لا يظهر الملك فى حق الاولاد ويظهر فى حق الاكساب لان الولد أصل من

(قوله أو نقول المدبر لا يقبل النقل) أى من ملك الى ملك فلهذا لم يملكه الغاصب بالضمان اهـ اتقانى (قوله فى المتن ويرد العوض) أى ولو كان قيمتها أكثر مما أخذ بدانق اهـ عمادية فى آخر سبعة وعشرين

وجه تبع من وجه قبل الانفصال وبعده أصل من كل وجه والكسب تبع من كل وجه لكونه بدل المنفعة وهى تبع محض والملك الناقص يكفى لنفوذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه ولا يشبه هذا عتق المشترى من الغاصب حيث ينفذ باجازة المالك البيع عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وكذا بضمان الغاصب القيمة فى الاصح لانه عتق ترتب على سبب ملك تام بنفسه موضوع له فينفذ العتق بنفوذ السبب والدليل على أنه تام أن الاشهاد يشترط فى النكاح الموقوف عند العقد لا عند الاجازة ولو لم يكن تاما لاشترط عند الاجازة ولهذا لو تصارف الغاصبان وتقابضا وافترقا وأجاز المالكان بعد الافتراق جاز الصرف وكذا المبيع يملك عند الاجازة بزوائده المتصلة والمنفصلة ولو لم يكن تاما بنفسه لما كان كذلك قال رحمه الله (وزوائد المغصوب أمانة فتضمن بالتعدى أو بالمنع بعد طلب المالك) وقال الشافعى رحمه الله هى مضمونة على الغاصب ولا فرق بين أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة أو كانت بالسعر على المذهبين للشافعى رحمه الله أنها متولدة من عين مضمونة فتكون مضمونة مثلها لما عرف أن الاوصاف الشرعية تسرى من الاصل الى ما تولد منه ألا ترى أن ولد أم الولد والمدبرة والمكاتبة والقنة والحرة يسرى اليه حكم أمه حتى يكون حكمه كحكم أمه وكذا ولد الظبية المخرجة من الحرم يسرى اليه حكم أمه ولان الغصب هو اثبات اليد على ملك الغير بغير اذن مالكه وقد تحقق ذلك فى الزوائد بحسب تحققه فى الاصل فكان مضمونا كالاصل وصار كولد الظبية المخرجة من الحرم ولنا أن الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد عليه ولا يتحقق ذلك فى الزوائد لانها لم تكن فى يد المالك حتى يزيلها عنه فلم يتحقق تفويت اليد فلا يصير غصبا فلا يضمن الا بالتعدى أو بالمنع عند طلبه لان المنع تعد وانما يضمن ولد الظبية عنده لوجود المنع منه لان الرد الى الحرم حق الشرع وهو مأمور به كما أخرجها فيكون متعديا بالامتناع عن الرد حتى لو هلك قبل تمكنه من رده الى الحرم لا يضمن لعدم المنع على هذا أكثر مشايخنا رحمهم الله ولو قلنا بوجوب الضمان مطلقا تمكن من الرد أو لم يتمكن فهو ضمان اتلاف لان الصيد كان فى الحرم آمنا ببعده عن أيدى الناس وقد فوت عليه الامن باثباته اليد عليه فتحققت الجناية عليه بذلك ولهذا لو أخرج جماعة من المحرمين صيدا واحدا من الحرم يجب على كل واحد منهم جزاء كامل لتحقق الجناية منهم ولو كان من باب الغصب لما وجب عليهم الا قيمة واحدة يوضحه أنه يجب بالاعانة والاشارة والدلالة لازالة الامن فلان يجب باثبات اليد عليه وهو فوقها جناية أولى وأحرى قال رحمه الله (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون ويجبر بولدها) أى اذا ولدت الجارية ولدا ونقصت بالولادة كان النقصان مضمونا على الغاصب وان كان فى قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد ويسقط ضمانه عن الغاصب وان لم يكن وفاء به يسقط بحسابه وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا يجبر النقصان بالولد لان الولد ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه فصار كولد الظبية المخرجة من الحرم وكما لو هلك الولد قبل الرد أو هلكت الام بالولادة أو غيره من الاسباب وكما لو جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره فنبت مكانه غيره أو خصى عبد غيره فازدادت قيمته به أو علمه فأضناه التعليم وازدادت به قيمته فانه يضمن الجزء الفائت ولا يجبر بالزيادة التى حصلت به وان كان سبب النقصان والزيادة متحدا ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لانها أوجبت فوات جزء من مالية الام وحدوث مالية الولد لان الولد انما صار مالا بالانفصال وقبله لا يعتد به ألا ترى أنه لا يجوز التصرف فيه ببيع أو هبة ونحوه فاذا صار مالا به انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان فصار كما اذا شهد الشهود بالبيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعوا عن الشهادة لا يضمنون لانهم أخلفوا بالشهادة قدر ما أتلفوا بها فلا يعد اتلافا لاتحاد السبب كذا هذا وكما اذا قطعت يده عند الغاصب فرده مع ارش اليد فانه يجبر نقصانه بالارش لما ذكرنا من اتحاد

(قوله أن تكون الزيادة متصلة) كالسمن والجمال اه (قوله أو منفصلة) كالولد والثمر والعقر واللبن والكسب اه

(قوله فلا يصير غصبا) أى فاذا لم يوجد حد الغصب فى الزيادة لا يجب الضمان لان الزيادة حصلت فى يده بغير صنعه بايجاد الله تعالى ولا صنع للغاصب فى احداث الولد فصار كما اذا هبت الريح على ثوب انسان فألقته فى حجر غيره فانه لا يكون مضمونا عليه لانه لم يوجد الصنع من جهته ولكنه يكون واجب الرد الى مالك الاصل حتى اذا فوت الرد بالتعدى كالاكل والبيع ونحو ذلك أو بالمنع بعد الطلب يكون ضامنا اه اتقانى (قوله على هذا أكثر مشايخنا) وقال الاتقانى واليه ذهب أكثر مشايخنا اه (قوله وقال زفر والشافعى الخ) قال الاتقانى والكلام مع الشافعى فى هذه المسئلة بناء على المسئلة الاولى وهى أن زوائد المغصوب عندنا أمانة متصلة كانت أو منفصلة وعنده مضمونة ثم لما كان الولد مضمونا عنده لم يجز أن يجبر به نقصان الأم لانه مشغول بضمان نفسه فلا يجوز أن يؤدى به ضمان غيره لان الشئ الواحد لا يتأدى به ضمانان فى حالة واحدة وبهذا الطريق أجمعت الامة فى ولد الظبية اذا أخرجت من الحرم وانتقصت بالولادة أن الولد لا يجوز أن يكون جابرا لنقصان الام لانه لما كان مضمونا بنفسه لا يجوز أن يؤدى به ضمان غيره فأما زفر فانه يسلم أن زوائد المغصوب أمانة ولكنه يمنع أن يكون النقصان منجبرا بالولد لان الولد ملك المغصوب منه فلا يصلح أن يكون ملكه جابرا لملكه اه

السبب

السبب لان السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خلفا عن النقصان ولان الواجب على الغاصب أن يرد ما غصب وماليته كما غصبه من غير نقصان فاذا فعل ذلك برئ من الضمان ألا ترى انه لو غصب جارية سمينة فرضت عنده وهزلت ثم تعافت وسمنت حتى عادت مثل ما كانت فردها لا ضمان عليه ولو كان مطلق الفوات يوجب الضمان لضمن وكذا اذا اسقط سنها أو قلعه الغاصب فنبت مكانه أخرى فردها اسقط ضمانها عنه وقولهما كيف يجبر ملكه بملكه قلنا ليس هذا بجبر في الحقيقة وانما هو اعتبار الملك منفصلا بعضه عن بعض بعد أن كان متحدا كما اذا غصب نقرة فضة فقطعها فانه يردهما ولا شيء عليه غيرهما اذا لم تنقص بالقطع وولد الظبية ممنوعة فان نقصانها يجبر بولدها عندنا فلا يرد علينا وكذا اذا ماتت الام ممنوعة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله فانه روى عنه أن الام اذا ماتت وفي الولد وفاء بقيمتها برئ الغاصب برده عليه وفي رواية عنه أنه يجبر بالولد قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على ذلك من قيمة الام وفي ظاهر الرواية عليه قيمتها يوم الغصب وتخريجه أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تفضي اليه غالبا فيكون موتها بغير الولادة من العوارض وهي ترادف الآلام وكبر الولد وضيق المخرج فلم يتحد سبب النقصان والزيادة وكلامنا فيما اذا اتحد وأما اذا مات الولد قبل الرد فلانه لم يحصل للمالك مالية المغصوب ولا بد منه لبراءة الغاصب والخصاء ليس بزيادة لانه غرض بعض الفسقة ولهذا لو غصب العبد الخصي وهلك عنده لا تجب عليه قيمته خصيا وانما تجب عليه قيمته غير خصي وكذا لو رده الغاصب بعد ما خصاه لا يرجع على المالك بما زاد الخصاء ولو كانت الزيادة معتبرة لرجع عليه بالزيادة كما يرجع بما زاد الصبغ هكذا ذكروه وهذا يشير الى أنه يجب عليه ضمان ما نقص بالخصاء مع رده وان زادت قيمته وهو مشكل فان الغاصب اذا خصاه وازدادت قيمته به لا يجب عليه ضمان ما فات بالخصاء مع رد الخصي بل يخير المالك ان شاء ضمنه قيمته يوم غصبه وترك الخصي للغاصب وان شاء أخذه ولا شيء له غيره ذكره في النهاية معزيا الى التتمة وقاضيخان فكان الاقرب هنا أن يمنع فلا يلزمنا ولا اتحاد في السبب فيما عدا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجز وسبب الزيادة النمو وسبب النقصان التعليم وسبب الزيادة الفطنة من العبد وفهمه قال رحمه الله (ولو زنى بمغصوبة فردت فماتت بالولادة ضمن قيمتها ولا تضمن الحرة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا تضمن الامة أيضا الا نقصان الحبل لان الرد قد صح مع الحبل ولكنها معيبة بالحبل فيجب عليه نقصان العيب ثم هلاكها بعد ذلك حصل بسبب حادث في يد المالك فلا يبطل به الرد ولا يضمن الغاصب الا النقصان كما اذا حمت في يد الغاصب فردها وماتت من تلك الحمى أو زنت عند الغاصب فردها وجلدت بعد الرد عند المالك وماتت من ذلك فانه لا يضمن الا نقصان عيب الزنا وكذا المبيعة اذا سلمها الى المشتري وهي حبلى ولم يعلم المشتري بالحبل وماتت من الولادة لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن اتفاقا ولابي حنيفة رحمه الله أنه لم يردها كما أخذها لانه أخذها ولم ينعقد فيها سبب التلف وردها وفيها ذلك فلم يصح الرد فصار كما اذا جنت جناية في يد الغاصب فقتلت بها أو دفعت بها بعد الرد فانه يرجع بقيمتها على الغاصب كذا هذا بخلاف الحرة لانها لا تضمن بالغصب حتى نقول يبقى ضمان الغصب ويفسد به الرد ولا يجب ردها أصلا فافترقا وفي فصل الشراء لا يجب الرد بل ابتداء التسليم كما وقع عليه العقد ان كان وقت العقد سليما فيجب عليه تسليم السليم وان كان معيبا يجب عليه تسليم المعيب وبموتها بالولادة لا ينعدم التسليم وفي الغصب السلامة شرط لصحة الرد فما لم يرد مثل ما أخذها لا يعتد به فافترقا على انه ممنوع فيجب على البائع رد الثمن كالاستحقاق وفي فصل الحمى الموت يحصل بزوال القوى وانها تزول بترادف الآلام فلم يكن الموت حاصلا بسبب وجد في يد الغاصب فيجب عليه ضمان قدر ما كان عنده دون الزيادة قال رحمه الله (ومنافع الغصب وخمر المسلم وخنزيره بالاتلاف) أي لا تضمن منافع المغصوب

(قوله لم يرجع المشتري على البائع بشيء من الثمن) أي ولكن يرجع بنقصان الحبل اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والجواب عن المسائل أما مسئلة الشراء منعها بعض مشايخنا فقال يرجع بجميع الثمن عند أبي حنيفة وسلم بعض مشايخنا وفرق بين مسئلة الغصب ومسئلة الشراء فقال في الغصب الواجب نسخ فعله بالرد على الوجه الذي أخذ ولم يوجد ذلك حيث هلكت بسبب كان عند الغاصب فلا جرم وجبت عليه قيمتها وفي الشراء الواجب على البائع تسليم المبيع لا الرد والتردد في كونه مفضيا الى التلف أم لا يمنع صحة الرد ولا يمنع صحة التسليم والقبض لانه سلم المبيع كما وقع عليه العقد وهو أنه مال متقوم وبموتها في النفاس لا ينعدم التسليم على الوجه الذي وجب عليه فلا يضمن الثمن اهـ (قوله فيجب عليه تسليم السليم) ينافي قولهم مقتضى العقد السلامة ولهذا يرجع اذا اطلع على عيب بعد امتناع الرد لا بصنعه اهـ قارئ الهداية (قوله في المتن ومنافع الغصب) قال في اشارات الاسرار المنافع لا تضمن بالغصب سواء صرفها لنفسه أو عطلها على المالك صورة المسئلة رجل غصب عبدا فأمسكه شهرا حتى صار غاصبا للمنافع أو استعمله حتى صار مستهلكا لها عندنا لا تضمن هذه المنافع وعند الشافعي تضمن وقال صدر الاسلام البزدوي في شرح الكافي وليس على الغاصب في ركوب الدابة

وخمر المسلم وخنزيره وهو معطوف على الحرة فى قوله ولا تضمن الحرة أما منافع المغصوب فالمذكور مذهبنا وقال الشافعى رحمه الله تضمن لان المنفعة مال متقوّم مضمونة بالعقود كالاعيان لان المال اسم لما تميل اليه النفس مخلوق لمصالحنا والمنافع بهذه الصفة ألا ترى أنه يصلح صداقا ولم يشرع ابتغاء النكاح الا بالمال بالنص ولولا أنها مال لما صحت صداقا ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر ولولا أنها مال لما ملك لانه لا يملك العقد بغير المال وأوضح منه أن الاعيان انما تصير مالا باعتبار الانتفاع بها وما لا ينتفع به فليس بمال فاذا لم تصر الاعيان مالا الا باعتبارها فكيف تنعدم المالية فيها وهى متقومة بنفسها لان التقوم عبارة عن العزة وهى عزيزة بنفسها عند الناس ولهذا يبدلون الاعيان لاجلها بل تقوّم الاعيان باعتبارها فيستحيل أن لا تكون هى متقوّمة ولنا أن عمر وعليا رضى الله عنهما حكما بوجوب قيمة ولد المغرور وحريته ورد الجارية مع عقرها على المالك ولم يحكما بوجوب أجر منافع الجارية والاولاد مع علمهما أن المستحق يطلب جميع حقه وان المغرور كان يستخدمها مع أولادها ولو كان ذلك واجبا لما سكتا عن بيانه ووجوبه عليهما ولان المنافع حدثت بفعله وكسبه والكسب للكاسب لقوله عليه الصلاة والسلام كل الناس أحق بكسبه فلا يضمن ملكه ولان الغصب ازالة يد المالك باثبات اليد العادية ولا يتصور ذلك فيها لانها أعراض لا تبقى زمانين فيستحيل غصبها وكذا اتلافها لانه لا يخلو اما أن يرد عليها الاتلاف قبل وجودها أو حال وجودها أو بعد وجودها وكل ذلك محال أما قبل وجودها فلان اتلاف المعدوم لا يمكن وأما حال وجودها فلان الاتلاف اذا طرأ على الوجود رفعه فاذا قارنه منعه وأما بعد وجودها فلانها تنعدم كما وجدت فلا يتصوّر اتلاف المعدوم ولانها لو كانت أموالا مضمونة لضمنت بالمنافع لكونها أمثالا لها وهو أعدل فاذا لم تضمن بها لا يمكن أن تضمن بالاعيان لان الاعراض ليست بمثل للاعيان لان ما لا يبقى لا يكون مثلا لما يبقى وضمان العدوان مشروط بالمماثلة بالنص والاجماع والاجارة أجيزت للضرورة أو لكونها برضا المتعاقدين وعند ذلك لا يشترط التساوى ألا ترى أن بيع الشئ بأضعاف قيمته يجوز ولا يجوز ذلك فى ضمان العدوان فبطلت المقايسة فاذا لم يكن للمنفعة مثل لا يمكن القضاء ببدلها فيؤخر الى دار الجزاء حتى يحكم الله له بمثله لان عدم القضاء للعجز لا لعدم الحق والله على كل شئ قدير وبكل شئ عليم فصار بمنزلة اللكمة لا أرش لها فى الدنيا أو ايذاء حصل له من غيره وقوله مال متقوّم لا يسلم لان المال عبارة عن احراز الشئ وادخاره لوقت الحاجة فى نوائب الدهر وذلك لا يتحقق فى المنافع لما ذكرنا والدليل عليه أنه يقال فلان متموّل اذا كان له مال موجود محرز مدّخر ولا يقال فلان متموّل ولا مال له بالمأكول والمشروب وبكل ما يستعمله ولهذا لا تعتبر المنافع من الثلث فى حق المريض حتى جازت له اعارة جميع ماله ولو كانت المنافع مالا لما جاز الا من الثلث وجوازها مهرا باتفاقهما لانها تصير مالا بالتراضى ولهذا جازت الاجارة من العبد التاجر وأحد الشريكين والمضارب والاب والوصى وقوله المال مخلوق لمصالحنا الخ قلنا هو كذلك لكن بصفة الاحراز سمى مالا والمنافع لا يتصور فيها ذلك لاستحالة بقائها على ما بينا وأما خمر المسلم وخنزيره فلعدم تقوّمهما فى حقه للنهى الوارد فيهما قال رحمه الله (وضمن لو كانا الذمى) أى ضمن متلف الخمر والخنزير ان كانا الذمى

وسكنى الدار أجر وهو مذهب علمائنا وقال الشافعى عليه الاجر وكذلك لو لم يركبها ولا سكنها ولكن حبسها أياما ثم ردّها على صاحبها فلا أجر عليه عندنا اه اتقانى قال مشايخنا هذا اذا لم يكن معدا للاستغلال فان كان معدا يضمن المنافع بالغصب والا فلا وفى الفتاوى الكبرى منافع العقار الموقوفة مضمونة سواء كان معدا للاستغلال أو لا نظرا للوقف وفى المجتبى وأصحابنا المتأخرون يفتون بقول الشافعى فى المستغلات والاوقاف وأموال اليتامى (٤٣٤) ويوجبون أجر منافعها على الغصبة اه معراج (قوله ولنا أن عمر وعليا حكما بوجوب قيمة ولد المغرور) أى الذى وطئ أمة غيره معتمدا على ملك نكاح اه اتقانى (قوله لضمنت بالمنافع) أى ولا قائل بذلك اه اتقانى (قوله لا يمكن أن تضمن بالاعيان) أى كالدراهم والدنانير اه غاية (قوله بالنص) بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه (قوله فى المتن وضمن لو كانا الذمى) قال صدر الاسلام البزدوى فى شرح الكافى نصرانى غصب من نصرانى خمرا فهلكت عنده يضمن مثلها وكذلك لو استقرض ذمى من ذمى يصح ويجب مثلها وكذلك لو باع ذمى من ذمى خمرا يجوز البيع وكذلك لو أتلف خنزيرا على ذمى ذمى مثله يضمن قيمته وكذلك لو باع ذمى من ذمى خنزيرا يجوز بيعه وكذلك لو غصب مسلم من ذمى خمرا فهلكت عنده الا أنه يضمن قيمتها ولا يضمن مثلها ولو أتلف مسلم على ذمى خنزيرا على قول أبى حنيفة لا يضمن شيأ وعلى قول أبى يوسف ومحمد يضمن قيمته وهذا كله عندنا لان عندنا الخمر والخنزير مال متقوم فى حق أهل الذمة وأما عند الشافعى فلا ضمان فى شئ من ذلك والبيع باطل لانه ليس لهما تقوم عنده فى حق أهل الذمة كما فى حق المسلمين اه اتقانى ثم قال الاتقانى رحمه الله وأما الخنزير اذا أتلفه المسلم فلا ضمان عليه عند أبى حنيفة خلافا لهما كذا ذكر الخلاف فخر الاسلام البزدوى فى شرح الكافى لان الخنزير متقوم فى حقهم كالخمر فيضمنه كما يضمن الخمر الا أن فى الخمر وجبت القيمة وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليك الخمر فوجبت

وقال

وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنهما الذمي أيضا وعلى هذا الخلاف اذا أتلفهما ذمي له أنهما غير متقومين في حق المسلم فوجب أن يكونا في حقهم كذلك لانهم أتباع لنا في الاحكام قال عليه الصلاة والسلام فاذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما عليهم وهذا يقتضي أن كل حق ثبت في حق المسلمين يثبت في حقهم لا أن حقهم يزيد على حق المسلمين ولان عقد الذمة خلف عن الاسلام فيثبت به ما يثبت بالاسلام اذ الخلف لا يخالف الاصل فيسقط تقومهما في حقهم ولا يصح بيعهما كما لا يصح في حق المسلم ولنا أنا أمرنا أن نتركهم وما يدينون ألا ترى الى قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمور فقالوا نعشرها فقال لا تفعلوا وولوهم بيعها وخذوا العشر من أثمانها فلولا أنها متقومة وبيعها جائز لهم لما أمرهم بذلك ولان الامر بالاجتناب في قوله تعالى فاجتنبوه يتناول المسلم فانتسخ في حقه فبقي في حق الكافر على ما كان عليه من قبل على ما يعتقد لان السيف والمحاجة موضوعان عنهم فتعذر الالزام بخلاف الميتة والدم لان أحدا لا يعتقد تمولهما وبخلاف الربا لانه مستثنى عن عقودهم لقوله عليه الصلاة والسلام الا من أربى فليس بيننا وبينه عهد ولانه محرم عليهم في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه وبخلاف العبد المرتد يكون للذمي فانا نقتله لانا ما ضمنا لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين وبخلاف متروك التسمية عامدا اذا كان لمن يبيحه من المسلمين لان ولاية المحاجة والسيف ثابتة فيمكن الزامه فلا يجب له على متلفه الضمان ولا على من اشتراه الثمن ولا ينعقد صحيحا ثم المسلم اذا أتلف خمر الذمي يجب عليه قيمتها وان كانت من ذوات الامثال لان المسلم ممنوع عن تمليكه وتملكه اياها لما فيه من اعزازها بخلاف الذمي اذا استهلك خمر الذمي حيث يجب عليه مثلها لقدرته عليه ولا يصار الى القيمة الا عند العجز وهو قادر على تمليكها وتملكها فلا يصار الى القيمة لان المثل أعدل ولو أسلم الطالب بعد ما قضى له بمثلها فلا شيء له على المطلوب لان الخمر في حقه ليست بمتقومة فكان باسلامه مبرئا له عما كان في ذمته من الخمر وكذا لو أسلما لان في اسلامهما اسلام الطالب ولو أسلم المطلوب وحده أو أسلم المطلوب ثم أسلم الطالب بعده قال أبو يوسف رحمه الله لا يجب عليه شيء وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يجب عليه قيمة الخمر وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله لان الاسلام الطارئ بعد تقرر السبب كالاسلام المقارن للسبب وهو لا يمنع وجوب قيمة الخمر على المسلم على ما بينا فكذا الطارئ ولابي يوسف رحمه الله أن قبض الخمر المستحقة في الذمة قد تعذر استيفاؤها بسبب الاسلام ولا يمكن ايجاب قيمتها أيضا لانها لو وجبت لا يخلو اما أن تجب باعتبار أصل السبب وذلك لا يمكن لان ذلك السبب أوجب عين الخمر دون القيمة ولم تكن القيمة واجبة في ذلك الوقت أو تجب باعتبار أنها بدل عن الخمر التي في الذمة ولا يمكن ذلك أيضا لان

القيمة وجه قول أبي حنيفة أن قيمة الحيوان قائمة مقام الحيوان حتى اذا جاء بقيمته بعد الاتلاف يجبر على القبول كما اذا جاء بالحيوان فيكون أداء قيمة الخنزير كتسليم الخنزير والمسلم لا يملك تسليم الخنزير فلا يملك تسليم قيمته أيضا بخلاف قيمة الخمر لان القيمة ليست في معنى الخمر لان الخمر من جملة ذوات الامثال وقيمة ماله مثل ليست في معنى عينه شرعا فلا يكون أداء القيمة كتمليك الخمر وهذا الذي ذكرنا من عدم الضمان في اتلاف المسلم الخنزير عند أبي حنيفة خلاف ما ذكره القدوري في مختصره وفي شرحه لمختصر الكرخي حيث قال في شرحه قال أصحابنا اذا استهلك المسلم خمرا على ذمي ضمن قيمتها وكذلك الخنزير ولم يذكر الخلاف فيه بين أصحابنا ولكن ما ذكره صدر الاسلام قياس قول أبي حنيفة الذي مر في كتاب النكاح قبيل باب نكاح الرقيق فيما اذا تزوج الذمي ذمية على خمر أو خنزير ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض فلها الخمر والخنزير اذا كانا عينين وان كانا دينين فالجواب على التفصيل عند أبي حنيفة ففي الخمر تجب القيمة وفي الخنزير يجب مهر المثل (قوله وقال الشافعي لا يضمنهما الذمي أيضا) احتج الشافعي بقوله تعالى وأن احكم بينهم بما أنزل الله أي بين أهل الذمة ووجه الاستدلال أن مما أنزل الله تعالى حرمة الخمر والخنزير فيجب الحكم عليهم بحرمتهما اهـ اتقاني (قوله بخلاف الميتة) ولكن هذا في الميتة التي ماتت حتف أنفها لان ذبيحة المجوسي ومخنوقته وموقوذته مال يجوز بيعها عند أبي يوسف خلافا لمحمد وقد عرف ذلك في المختلف فعلى قول أبي يوسف ينبغي أن يجب الضمان ألا ترى الى ما قال القدوري في كتاب البيوع من التقريب وذبيحة المجوسي يجوز بيعها من كافر وقال محمد لا يجوز لنا أنه مال لهم أقروا على الانتفاع به كالخمر ولمحمد أن ذبائحهم ميتة فصار كالموات حتف أنفه اهـ اتقاني (قوله قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه) وروى أصحابنا في كتبهم أن النبي صلى الله عليه وسلم كتب في عهودهم ومن أربى فلا عهد له اهـ اتقاني (قوله وهو قادر على تمليكها وتملكها) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي فمن أتلف صليبا على نصراني ضمن قيمته صليبا لانا أقررناهم على هذا الصنيع فصار كالخمر التي هم المقرون عليها وقد قال أصحابنا ان الذمي يمنع من كل شيء يمنع منه المسلم الا شرب الخمر وأكل الخنزير لانا استثنيناه بالامان ولو غنوا وضربوا بالعيدان منعناهم من ذلك كله كما نمنع المسلمين لانه لم يستثن بعقد الامان كذا ذكر القدوري في شرحه اهـ

من شرط البدلية تملك ما في الذمة والذمي لا يقدر على تمليك الخمر من المسلم كما أن المسلم لا يقدر أن يملكها فلانعدام الشرط تعذر استيفاء القيمة وهو نظير ما لو كسر قلب غيره ثم تلف المكسور في يد صاحبه ليس لصاحبه أن يضمن الكاسر شيئا لان شرط تضمين قيمته تمليك المكسور منه وذلك قد فات بخلاف الاسلام المقارن لان وجوب القيمة هنالك باعتبار أصل السبب وهو الغصب والاستهلاك فانه موجب للضمان باعتبار الجناية من غير أن يصير موجبا للملك في المحل كما في غصب المدبر قال رحمه الله (وان غصب خمرا من مسلم فخللها أو جلد ميتة فدبغه فللمالك أخذهما ورد ما زاد الدباغ) أي يأخذ الخل بغير شيء والجلد المدبوغ يأخذه ويرد عليه ما زاد الدباغ فيه والمراد بالاول اذا خللها بالنقل من الشمس الى الظل ومن الظل الى الشمس وبالثاني اذا دبغه بماله قيمة كالعفص والقرظ بالظاء المشالة ونحو ذلك والفرق أن التخليل تطهير لها بمنزلة غسل الثوب النجس فتبقى على ملك المغصوب منه لان المالية لم تثبت بفعله وبهذا الدباغ اتصل بالجلد مال متقوم كالصبغ في الثوب فلهذا يأخذ الخل بغير شيء ويأخذ الجلد ويعطي ما زاد الدباغ فيه وطريق معرفته أن ينظر الى قيمة الجلد ذكيا غير مدبوغ والى قيمته مدبوغا فيضمن فضل ما بينهما وللغاصب أن يحبسه حتى يستوفي حقه كحق الحبس في المبيع بالثمن والرهن بالدين والعبد الآبق بالجعل قال رحمه الله (وان أتلفهما ضمن الخل فقط) أي ان أتلف الغاصب الخل والجلد المدبوغ في يده قبل أن يردهما الى صاحبهما ضمن الخل ولا يضمن الجلد المدبوغ وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله تعالى يضمن قيمة الجلد أيضا مدبوغا ويعطي ما زاد الدباغ فيه لان ملكه باق فيه ولهذا يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه له مدبوغا بالاستهلاك كما في مسئلة الخل ثم يعطيه ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه فان الغاصب فيه يضمن قيمة الثوب مصبوغا ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه وهذا لانه واجب الرد عليه فاذا فوته عليه وجب عليه قيمته خلفا عنه كما في الوديعة والمستعار بخلاف الهلاك لانه لم يوجد منه التفويت وكونه غير مضمون عليه لا ينافي وجوب ضمان الجناية والاستهلاك جناية فيضمنه به كما في الوديعة والعارية والمستأجر وكذا اذا دبغه بشيء لا قيمة له يضمنه بالاستهلاك دون الهلاك فتبين بهذا أن الهلاك يفارق الاستهلاك وقولهما يعطي ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس بأن قضى لأحدهما بالدراهم وللآخر بالدنانير وأما عند اتحاد الجنس فيحط عن الغاصب قدر ما زاد الدباغ فيه ويؤخذ منه الباقي لعدم الفائدة في الاخذ منه ذلك القدر ثم الرد عليه ولابي حنيفة رحمه الله أن ماليته وتقومه حصل بفعل الغاصب وفعله متقوم لاستعماله مالا متقوما فيه ولهذا كان له أن يحبسه حتى يستوفي ما زاد الدباغ فيه فكان حقا له والجلد تبع لصنعة الغاصب في حق التقوم ثم الاصل وهو الصنعة لا يجب عليه ضمانه بالاتلاف فكذا التبع فصار كما اذا هلك من غير صنعه بخلاف وجوب الرد عليه حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته قبلها وان كان غير متقوم بخلاف ما اذا دبغه بشيء لا قيمة له لان الصنعة فيه لم تبق حقا للغاصب بعد الاتصال بالجلد ولهذا لا يكون له حبسه ولا الرجوع ببدلها وبخلاف الذكي والثوب لان التقوم فيهما كان ثابتا قبل الدبغ والصبغ فلم يكن تابعا للصبغ وبخلاف المستعار ونحوه لانه لم يتصل له به حق بالكلية فضلا أن تكون المالية حصلت بفعله وغير المضمون انما يضمن بالجناية اذا لم يكن مستفادا من جهة الجاني بعوض يستحقه عليه وأما اذا كان مستفادا من جهته به فلا ضمان عليه ألا ترى أن المشتري لما كان مالكا للمبيع من جهة البائع بثمن يجب عليه له لا يجب على البائع الضمان باستهلاك المبيع وهنا مالية المغصوب وتقومه حصل بفعل الغاصب بعوض يجب له على المالك فلا يجب عليه ضمانه بالاستهلاك حتى لو حدثت المالية بغير عوض يستحقها عليه يضمنه بالاستهلاك

كما

بالهلاك لانه لم يهلك بفعله ولم يكن له جناية كذا قال الفقيه أبو الليث فاذا استهلكهما قال في الجامع الصغير يضمن الخل ولا يضمن الجلد وقال أبو يوسف ومحمد يضمن الجلد مدبوغا ويعطيه ما زاد الدباغ فيه أما مسئلة الخل فالمراد منها الوجه الاول من وجوه التخليل وهو ما اذا خللها من غير خلط لانها استحالت مالا على ملك المغصوب منه من غير زيادة مال من جهة الغاصب فاذا استهلكها الغاصب ضمن قيمتها كما لو لم يتقدم الغصب ثم لم يذكر محمد في الجامع الصغير ماذا يضمن قالوا في شروح الجامع الصغير فالظاهر أنه يضمن المثل لانه مثلي الآن يكون من نوع لا يوجد له مثل في تلك المواضع فتجب قيمته ونص الكرخي في مختصره على وجوب المثل فقال في رجل غصب مسلما خمرا فخللها خلا فاستهلكها فقال عليه خل مثله اه (قوله وكونه غير مضمون عليه لا ينافي الخ) يعني أن المستعار واجب الرد فاذا فوت المستعير الرد باستهلاكه تجب عليه القيمة وان فات فلا فكذا هنا الجلد واجب الرد فاذا فوته وجب عليه قيمته واذا هلك فلا اه غاية (قوله ولابي حنيفة أن ماليته الخ) قال الاتقاني فأما اذا كان الجنس واحدا فلا فائدة أن يضمن الغاصب خمسة عشر ويعطيه خمسة اه

(قوله فصار كما اذا هلك من غير صنعه) أي لا يضمن بالاتفاق اه اتقاني (قوله لثبوته قبلها) أي لثبوت الملك قبل الصنعة اه

كما فى مسئلة تخليل الخمر والدبغ بشىء غير متقوم ولو كان قائما فأراد المالك أن يتركه على الغاصب
و يضمنه قيمته فيما اذا دبغه بشىء متقوم ليس له ذلك بالاتفاق لان الجلد لا قيمة له بخلاف صبغ الثوب
لان الثوب قيمة وقيل عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله له ذلك فيضمنه لان الغاصب صار عاجزا عن الرد
بتركه عليه فصار كالاستهلاك وفيه يضمن الغاصب عندهما ثم قيل يضمنه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه
مازاد الدباغ فيه كما فى الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكى غير مدبوغ ولو دبغه بما لا قيمة له كالتراب والشمس
فهو لمالكه مجانا لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب يضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ
لان وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمنه والاكثرون على الاول ووجهه أن صفة الدباغة تابعة
للجلد وهى غير معتبرة منفردة عن الجلد ولهذا لا يرجع بها على المالك عند دفع الجلد اليه فاذا صار
الجلد مضمونا عليه بالاستهلاك فكذا تبعه بخلاف ما اذا دبغه بشىء متقوم ولو جعل الغاصب الجلد فروا
أو جرابا أو زقا لم يكن للمغصوب منه عليه سبيل لانه تبدل الاسم والمعنى بفعل الغاصب وبه علكه على ما بينا
ثم ان كان الجلد ذكيا وجب عليه قيمته يوم الغصب وان كان جلد ميتة فلا شىء عليه هكذا ذكره فى النهاية
من غير تفصيل ولا خلاف معزيا الى الايضاح والذخيرة وينبغى أن يكون على الخلاف والتفصيل الذى
تقدم فى الاستهلاك لانه استهلاك معنى ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قيل عند أبى حنيفة رحمه الله صار
ملكا للغاصب ولا شىء عليه لانه بالخلط بماله استهلكه لان الخلط استهلاك على ما عرف فى موضعه فصار
كالجلد اذا استهلكه بعد الدباغ باتخاذه الفرو أو بغيره وعندهما أخذه المالك وأعطاه ما زاد الملح فيه بمنزلة
دبغ الجلد وصبغ الثوب ومعناه أن يعطيه مثل وزن الملح من الخل هكذا ذكروه كأنهم اعتبروا الملح مائعا
لانه يذوب فيكون اختلاط المائع بالمائع فيشتركان عندهما ولو أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على
ما ذكرنا فى دبغ الجلد من أنه ليس له ذلك بالاتفاق أو عند أبى حنيفة رحمه الله وحده وعندهما له ذلك وقد
بيناه وجهه ولو استهلكه لا يضمنه عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وهو مبنى على ما بينا فى دبغ الجلد
وقد ذكرنا الوجه فيه من الجانبين ولو خللها بصب الخل فيها قيل تكون للغاصب بغير شىء عند أبى حنيفة
رحمه الله سواء صارت خلا من ساعتها أو بمرور الزمان عليها لان الخلط استهلاك عنده واستهلاك الخمر
لا يوجب الضمان وعندهما ان صارت خلا من ساعتها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله لانه استهلاك وان
صارت بمرور الزمان كان الخل بينهما على قدر حقهما كيلا لانه لم يستهلك الخمر فيصير فى التقدير كأنه خلط
الخل بالخل والخلط ليس باستهلاك عند محمد رحمه الله وان كان مائعا لان الجنس لا يهلك بجنسه وقيل
ظاهر الجواب فيها أنه يقسم بينهما على قدر حقهما سواء صارت خلا من ساعتها أو بعد حين أما عندهما
فلا يشكل لان الخلط ليس باستهلاك وكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله لان الخلط انما يوجب زوال الملك
اذا كان يوجب الضمان وهنا قد تعذر وجوب الضمان لان خمر المسلم لا يضمن بالاتلاف فصار كما اذا
اختلط بنفسه من غير صنعه ولو استهلكه الغاصب فى هذه الرواية ينبغى أن يجب عليه الضمان اجماعا
ذكره فى النهاية معزيا الى قاضيخان عن الحلوانى قال رحمه الله (ومن كسر معزفا أو أراق سكرا أو منصفا
ضمن وصح بيع هذه الاشياء) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمنها ولا يجوز بيعها لانها معدة
للمعصية فيسقط تقومها كالخمر ولانه فعله باذن الشرع لقوله عليه الصلاة والسلام بعثت بكسر المزامير
وقتل الخنازير ولقوله عليه الصلاة والسلام اذا رأى أحدكم منكرا فلينكر بيده فان لم يستطع فبلسانه

(قوله لان للثوب قيمة) أى حتى لو غصبه جلدا ذكيا غير مدبوغ كان لصاحب الجلد أن يضمنه اه اتقانى وكتب على قوله لان الثوب
قيمة ما نصه أى قبل الصبغ اه (قوله لانه بمنزلة غسل الثوب) قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وهذا اذا أخذ الميتة من منزل
صاحبها فدبغ جلدها فأما اذا ألقى صاحب الميتة الميتة فى الطريق فأخذ رجل جلدها (٣٣٧) فدبغه فقد قالوا انه لا سبيل له على الجلد
لان إلقاءها اباحة لاخذها فلا يثبت له الرجوع كالقاء النوى اه اتقانى (قوله ولو استهلكه الغاصب) أى بعد أن دبغه بما لا قيمة له اه (قوله يضمن قيمته مدبوغا) أى بالاتفاق ولكن اختلف المشايخ فيه قال بعضهم يضمن قيمته مدبوغا وقال بعضهم طاهرا غير مدبوغ اه اتقانى وكتب ما نصه واليه ذهب فخر الاسلام اه اتقانى (قوله ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه) قال الاتقانى وأما اذا خللها بالقاء الملح فيها وهو الوجه الثانى قال فخر الاسلام فى شرحه فعلى قياس قول أبى يوسف ومحمد يأخذه المالك ويعطيه الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دباغ الجلد وصبغ الثوب وان أراد تركه وتضمينه لم يكن له حق التضمين فى رواية وفى رواية له ذلك قياسا على جلد الميتة على ما يجىء بعد هذا وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فان ذلك صار ملكا للغاصب ولا شىء عليه وهكذا ذكر فخر الاسلام ومن وافقه ومن مشايخنا من جعل الجواب فى الملح على التفصيل فان كان يسيرا لا قيمة له فحكمه حكم التخليل بغير شىء
كالتشميس وان ألقى فيها ملحا كثيرا أخذها المالك عندهم جميعا و يعطى الغاصب ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد وصبغ الثوب كذا ذكر
فخر الدين قاضيخان فى شرحه اه اتقانى (قوله ولو استهلكه) أى استهلك الخمر الذى جعله خلا بالقاء الملح فيه اه اتقانى (قوله وقيل
ظاهر الجواب الخ) قائله شمس الائمة الحلوانى صرح به الاتقانى اه (قوله وقالا لا يضمنها) قال الاتقانى وجه قولهما وهو الاستحسان اه

فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان والكسر هو الانكار باليد ولهذا لو فعله بامر أولى الامر كالامام لا يضمن فبأمر الشرع أولى ولابي حنيفة رحمه الله أنه أتلف مالا ينتفع به من وجه آخر سوى اللهو فلا تبطل قيمته لاجل اللهو كاستهلاك الامة المغنية لان الفساد مضاف الى فعل فاعل مختار وجواز البيع ووجوب الضمان مبنيان على المالية وقد وجد والامر بالمعروف باليد الى أولى الامر لقدرتهم عليه وليس لغيرهم الا باللسان على أنه يحصل بدون الاتلاف بالمنع بالاخذ منه ثم يضمن قيمتها صالحة لغير اللهو كما في الامة المغنية والكبش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبد الخصى وتجب قيمة السكر والمنصف لا المثل لان المسلم ممنوع عن تملك عينه وان جاز فعله بخلاف الصليب حيث يضمن قيمته صليبا لانه مال متقوم في حقهم وقد أمرنا بان نتركهم وما يدينون ثم قيل الخلاف في الدف والطبل اللذين يضربان للهو وأما الدف والطبل اللذان يضربان في العرس أو الغزو فيضمن بالاتفاق ولو شق زقا فيه خمر يضمن عندهما لامكان الاراقة بدونه وعند أبي يوسف لا يضمن لانه قد لا يتيسر الاراقة الا به وذكر في النهاية أن الدنان لا تضمن بالكسر ان كان باذن الامام والفتوى في زماننا على قولهما لكثرة الفساد فيما بين الناس وفي النهاية وذكر الصدر الشهيد في باب العدوى والاعداء من أدب القاضي رواية عن أصحابنا رحمهم الله أنه يهدم البيت على من اعتاد الفسق وأنواع الفساد حتى قالوا أيضا لا بأس بالهجوم على بيت المفسدين وقيل يراق العصير أيضا قبل أن يشتد ويقذف بالزبد على من اعتاد الفسق وقد روى عن ابن عمر رضي الله عنهما أنه أحرق البيت على الثقفي حين سمع شرابا في بيته وقد هجم عمر رضي الله عنه على نائحة في منزلها ثم ضربها بالدرة حتى سقط خمارها فقيل له يا أمير المؤمنين قد سقط خمارها فقال انه لا حرمة لها وتكلموا في قوله لا حرمة لها فقيل معناه انها لما اشتغلت بما لا يحل في الشرع فقد أسقطت بما صنعت حرمتها والتحقت بالاماء وروى أن الفقيه أبا بكر البلخي خرج على بعض نهر وكان النساء على شطه كاشفات الرؤس والذراع فقيل له كيف تفعل هذا فقال لا حرمة لهن انما الشك في ايمانهن كأنهن حربيات وانما قال ذلك استدلالا بما روى عن عمر رضي الله عنه ثم الامر بالمعروف

فرض

(قوله وذلك أضعف الايمان) قال الاتقاني والاول للامراء والثاني للعلماء والثالث للعوام اه انظر ما يأتي في الصفحة الآتية في الشرح اه (قوله ولابي حنيفة أنه أتلف مالا الخ) قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال أبو حنيفة اذا كسر رجل على رجل بربطا أو طبلا ضمن قيمته خشبا منحوتا وقال في المنتقى عن أبي حنيفة يضمن قيمته خشبا بخلعا انما الذي يحرم منه التأليف وقالا لا ضمان عليه الى هنا لفظ القدوري وقال الفقيه أبو الليث كانوا يقولون ان معنى قول أبي حنيفة أنه يضمن قيمته أن لو اشترى لشئ آخر سوى اللهو فينظر لو أن انسانا أراد أن يشتريه ليجعله وعاء للملح أو غير ذلك بكم يشترى فيضمن قيمته بذلك المقدار وقال فخر الدين قاضيخان على قول أبي حنيفة يضمن قيمتها صالحة لغير المعصية ففي الدف يضمن قيمته دفا يوضع القطن فيه وفي البربط يضمن قيمته قصعة يجعل فيها الثريد ونحو ذلك اه اتقاني وكتب ما نصه وهو القياس اه غاية (قوله بخلاف الصليب) أي الذي للنصراني اذا أتلفه المسلم اه (قوله وأما الدف والطبل اللذان يضربان الخ) قال الامام العتابي في شرح الجامع الصغير ولو كان طبل الغزاة أو طبل الصيد أو دف يلعب به الصبية في البيت يضمن بالاتلاف اه اتقاني قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير روى عن أبي يوسف أنه حكى عن شريح أن رجلين اختصما اليه في طنبور فلم يلتفت اليهما حتى قاما من عنده قال أبو يوسف لو كنت أنا القضيت بينهما فان كانت خصومتهما في ذلك الشئ وهو في يد أحدهما أو في أيديهما كسرته وعزرتهما ولو كانت خصومتهما بان أحدهما كسره والآخر يطلب الضمان جزيت الذي كسر أجرا وعزرت الآخر وروى عن عبد الله بن عمر أنه رأى في يد بعض الناس شيأ من المعازف فكسره في رأسه ثم قال الفقيه أبو الليث وهذا الذي حكى أن أبا يوسف ومحمدا قالا انه لا ضمان عليه في الدف والطبل اذا كان للهو وأما اذا كان طبل الغزاة أو الصيادين ينبغي أن يضمن وكذلك الدف اذا لم يكن للهو ينبغي أن يضمن اذا كان مثل ذلك يجوز ضربه في العرس اه اتقاني ﴿فرع﴾ قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قال محمد اذا أحرق الرجل بابا منحوتا عليه تماثيل منقوشة ضمن قيمته غير منقوش فان كان صاحبه قطع رؤس التماثيل قبل ذلك ضمن قيمته منقوشا وذلك لان نقش التماثيل معصية فلا يجوز أن يتقوم في الضمان كما لا يتقوم الغناء في الجارية المغنية فاذا قطع رؤس التماثيل فذلك نقش غير ممنوع منه فيتقوم على الغاصب وقال فيمن أحرق بساطا فيه تصاوير رجال ضمنه مصورا لان التماثيل في البساط ليست بمحرمة ألا ترى أن البساط يوطأ واذا لم تكن محرمة ضمنها وقال فيمن هدم بيتا مصورا بالاصباغ تماثيل ضمنه قيمة البيت وأصباغه غير مصور لان التماثيل في البيت منهى عنها كذا ذكر القدوري في شرحه اه اتقاني رحمه الله (قوله ان كان باذن الامام) يعني لما كان الامر بالمعروف باليد للامراء لم يلزم الضمان على الكاسر باذنهم اه غاية وكتب ما نصه عزاه الاتقاني الى الفتاوى الصغرى في آخر كتاب الجنايات اه (قوله ثم الأمر بالمعروف) انظر الصفحة السابقة في الشرح اه

فرض ان كان يغلب على ظنه أنه يقبل منه ولا يسعه تركه ولو علم أنه يهان بذلك أو يضرب وهو لا يصبر على ذلك أو تقع الفتن فتركه أفضل ولو علم أنه يصبر على الضرب والضرر ولم يصل الى غيره بذلك ضرر فلا بأس به وهو مجاهد بذلك ولو علم منهم أنهم لا يقبلون منه ولا يخاف منهم ضربا ولا شتما فهو بالخيار والامر أفضل قال رحمه الله (ومن غصب أم ولد أو مدبرة فماتت ضمن قيمة المدبرة لا أم الولد) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يضمن أم الولد أيضا لانها متقومة عندهما كالمدبرة وعنده غير متقومة بخلاف المدبرة وقد ذكرناه ووجهه من الجانبين في كتاب العتق والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الشفعة﴾

وهي في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم ضد الوتر ومنه شفاعة النبي صلى الله عليه وسلم للمذنبين لانه يضمهم بها الى الفائزين يقال شفع الرجل شفعا اذا كان فردا فصار له ثان والشفيع فيما نحن فيه يضم المأخوذ الى ملكه فلذلك سمي شفعة قال رحمه الله (هي تملك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه) هذا في الشرع ومعناه اللغوي موجود فيه وهو الضم وزيد عليه أوصاف من التملك للبقعة على وجه الجبر وسببها اتصال ملك الشفيع بالمشتري لانها تجب لدفع ضرر الدخيل عنه على الدوام بسبب سوء المعاشرة والمعاملة من حيث اعلاء الجدار وايقاد النار ومنع ضوء النهار واثارة الغبار وايقاف الدواب والصغار لاسيما اذا كان يضاده كما قيل أضيق السجون معاشرة الاضداد وشرطها أن يكون المحل عقارا سفلا كان أو علوا احتمل القسمة أو لا وأن يكون العقد عقد معاوضة مال بمال وركنها أخذ الشفيع من أحد المتعاقدين عند وجود سببها وشرطها وحكمها جواز الطلب عند تحقق السبب وصفتها أن الاخذ بها بمنزلة شراء مبتدإ حتى يثبت بها ما يثبت بالشراء نحو الرد بخيار الرؤية والعيب قال رحمه الله (وتجب للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ان كان خاصا ثم للجار الملاصق) لما روى جابر أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فان شاء أخذ وان شاء ترك وان باعه ولم يؤذنه فهو أحق به رواه مسلم والنسائي وأبو داود وعن عبادة بن الصامت أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بالشفعة بين الشركاء في الارضين والدور رواه عبد الله بن أحمد في المسند وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بشفعة جاره ينتظر بها وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا رواه أبو داود وأحمد والدارقطني وابن ماجه وقال عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار من غيره رواه أحمد وأبو داود والترمذي وصححه وقال عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبه ما كان رواه أحمد والنسائي وابن ماجه وانما وجبت مرتبة على الترتيب الذي ذكره هنا

ذكر كتاب الشفعة بعد كتاب الغصب للمناسبة بينهما لان في كل واحد منهما تملك مال الانسان بغير رضاه وفرقهما أن الشفعة مشروع والغصب غير مشروع بل هو عدوان محض وكان القياس أن يقدم كتاب الشفعة لشرعيتها ولكن قدم الغصب لكثرة الحاجة الى معرفته لانه يقع كثيرا في المعاملات كالبياعات والاجارات والشركات والمضاربات والمزارعات وغيرها لاسيما هذا الزمان فانه زمان الظلم والحيف والتعدي ولقد أحسن من قال

الظلم في خلق النفوس فان تجد ٭ ذا عفة فلعلة لا يظلم

اهـ اتقاني رحمه الله تعالى (قوله في المتن هي تملك البقعة الخ) قال الاتقاني ثم الشفعة (٣٣٩) عبارة عن حق التملك في العقار لدفع ضرر الجوار اهـ (قوله وسببها اتصال ملك الشفيع الخ) وقيل سببها البيع كما سيأتي قبيل قوله وتستقر بالاشهاد اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني وسبب الشفعة أحد الاشياء الثلاثة الشركة في البقعة والشركة في الحقوق والجوار على سبيل الملاصقة وعند الشافعي لا تستحق بالجوار وسيجيء بيان الخلاف اهـ وكتب أيضا ما نصه والسبب فيها أصل الشركة لا قدرها وأصل الجوار لا قدره حتى لو كان للدار شريك واحد أو جار واحد أخذ كل الدار بالشفعة كثر شريكه وجواره أو قل اهـ بدائع (قوله وايقاف الدواب والصغار) فان قلت في المملوك بالارث والهبة والوصية لا تثبت الشفعة فتنتقض عليكم قلنا انما لا تثبت في هذه الصور لوجهين أحدهما أن هذه الاسباب لا يكثر وجودها فلا حاجة الى اثبات حق الشفعة لدفع الضرر الحاصل بها بخلاف البيع فانه يكثر وجوده والثاني لو ثبتت الشفعة بهذه الاشياء اما أن تثبت بعوض أو لا بعوض والثاني ليس بمشروع في الشفعة والاول لا يمكن لان حق الشفعة انما ثبت في الشرع بالتملك بمثل الثمن الذي اشتراه أو بقيمته كما اذا اشترى دارا بعبد يأخذها بقيمة العبد وفي هذه المواضع لم يملك الدار بثمن فكيف يأخذها به أو بقيمته ألا ترى أن الخلطة سبب الشفعة بالاتفاق ومع هذا لا تثبت الشفعة بالخلط بهذه الاشياء اهـ اتقاني رحمه الله (قوله سفلا كان أو علوا) اذ الشفعة لا تجب في المنقولات قصدا بل تثبت تبعا للعقار اهـ معراج (قوله وأن يكون العقد عقد معاوضة) أي ومن شرطها طلب الشفيع اهـ اتقاني (قوله وقال صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسقبه الخ) والسقب القرب والمراد منه الشفعة ويجوز كتابته بالسين والصاد جميعا

لانها وجبت لدفع الضرر الدائم الذى يلحقه من جهته على ما بينا فكل ما كان أكثر اتصالا كان أخص بالضرر وأشد تعامحه فكان أحق بها القوة الموجب لها فليس للاضعف أن يأخذ مع وجود الاقوى الا اذا ترك فحينئذ يأخذ اذا أشهد بأنه يطلبها عند علمه بالبيع وان لم يشهد عند ذلك سقط حقه وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يأخذ وان ترك لانه محجوب به قلنا تحقق السبب فى حقه وانما قدم عليه غيره لقوته فاذا ترك كان له أن يأخذ وهو نظير دين الصحة مع دين المرض وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار لقول جابر رضى الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قضى بالشفعة فى كل مال لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه البخارى وقال عليه الصلاة والسلام اذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة رواه الترمذى وصححه وقال عليه الصلاة والسلام اذا قسمت الدار وحددت فلا شفعة رواه أبو داود وابن ماجه بمعناه ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس كيلا يلزمه مؤنة القسمة وهذا المعنى لا يتحقق فى الجار لانه لا يقاسم ولهذا لا تجب عنده فى المشترك اذا كان لا يحتمل القسمة كالبئر والحمام والبيت الصغير لوقوع الامن من لزوم المؤنة ولنا ما روينا والمراد بما روى والله أعلم أنها لا تجب للجار بقسمة الشركاء لانهم أحق منه وحقه متأخر عن حقهم وبذلك يحصل التوفيق بين الاحاديث ولا نسلم أن الشفعة وجبت لدفع أجرة القسمة وكيف يكون ذلك وأجرة القسمة مشروعة وكيف يجوز الحاق الضرر بالمشترى بأخذ ماله بغير رضاه لدفع حكم مشروع وانما العلة الموجبة دفع ضرر يلحقه بسوء العشرة على الدوام ولو كان لدفع أجرة القسمة لوجبت فى المنقول وقوله ان كان خاصا أى الشرب أو الطريق ان كان خاصا يستحق به وان لم يكن خاصا لا يستحق به الشفعة والطريق الخاص أن يكون غير نافذ وان كان نافذا فليس بخاص وان كانت سكة غير نافذة تتشعب منها سكة غير نافذة فبيعت دار فى السفلى فلاهلها الشفعة دون أهل العليا وان بيعت دار فى العليا فلاهل السكتين الشفعة لان فى العليا حقا لاهل السكتين حتى كان لهم كلهم أن يمروا فيها وليس فى السفلى حق لاهل العليا حتى لا يكون لهم أن يمروا فيها ولا لهم فتح الباب اليها على ما بينا فى كتاب القضاء والشرب الخاص عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن يكون نهرا صغيرا لا تجرى فيه السفن وان كان كبيرا بحيث تجرى فيه السفن فليس بخاص فاذا بيع أرض من الاراضى التى يسقى منها لا يستحق أهل النهر الشفعة بسببه والجار أحق منهم بخلاف النهر الصغير وقيل اذا كان أهله لا يحصون فهو كبير وان كانوا يحصون فهو صغير وعليه عامة المشايخ لكن اختلفوا فى حد ما يحصى وما لا يحصى فبعضهم قدر ما لا يحصى بخمسمائة وبعضهم بأربعين وعن أبى يوسف رحمه الله الخاص أن يكون نهرا يسقى منه قراحان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كالصراط يقال دار فلان بسقب دار فلان أى بقرب منها وأبيات القوم متساقبة أى متقاربة وسقبت الدار وأسقبت لغتان فصيحتان والمنزل سقب ومسقب كذا فى الجمهرة اه اتقانى (قوله وقال الشافعى رحمه الله لا شفعة بالجوار الخ) وعند أهل المدينة مثل يحيى بن سعيد الانصارى وربيعة بن أبى عبد الرحمن ومالك بن أنس لا شفعة بالجوار وبه يقول الشافعى وأحمد واسحق ومذهب سفيان الثورى وعبد الله ابن المبارك مثل مذهبنا أن الجار له شفعة كذا ذكر الترمذى فى جامعه اه اتقانى (قوله ولان الشفعة تثبت على خلاف القياس) أى لان تملك مال الغير بغير رضاه لا يعقل اه اتقانى ﴿فرعان﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره الشفعة تستحق عند أصحابنا جميعا بثلاثة معان بالشركة فيما وقع عليه عقد البيع أو بالشركة فى حقوق ذلك أو بالجوار الاقرب فالاقرب وتفسير ذلك دار بين قوم فيها منازل لهم فيها شركة بين بعضهم وفيها ما هى مفردة لبعضهم وساحة الدار موضوعة بينهم يتطرقون من منازلهم فيها وباب الدار التى فيها المنازل فى زقاق غير نافذ فباع بعض الشركاء فى المنزل نصيبه من شريكه أو من رجل أجنبى بحقوقه من الطرق فى الساحة وغيرها فالشريك فى المنزل أحق بالشفعة من الشريك فى الساحة ومن الشريك فى الزقاق الذى فيه باب الدار فان سلم الشريك فى المنزل الشفعة فالشريك فى الساحة أحق بالشفعة وان سلم الشريك فى الساحة فالشريك فى الزقاق الذى لا منفذ له الذى يشرع فيه باب الدار أحق بعدهما بالشفعة من الجار الملاصق وجميع أهل الزقاق الذين طريقهم فيه شركاء فى الشفعة من كان فى أدناه وأقصاه فى ذلك سواء فان سلم الشركاء فى الزقاق فالجار الملاصق ممن لا طريق له فى الزقاق بعد هؤلاء أحق وليس لغير الملاصق من الجيران شفعة ممن لا طريق له فى الزقاق وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف وزفر ومحمد بن الحسن والحسن بن زياد اه اتقانى قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قال وقيل أبو يوسف فى دار بين رجلين ولرجل فيها طريق فباع أحدهما نصيبه من الدار فشريكه فى الدار أحق بالشفعة فى ذلك ولا شفعة لصاحب الطريق قال وقال وكذلك دار بين رجلين لاحدهما حائط فى الدار بينه وبين رجل يعنى بأرضه فباع الذى له شرك فى الحائط نصيبه من الدار والحائط قال فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك فى الحائط فى الدار وله الشفعة فى الحائط وأرضه وكذلك دار بين رجلين ولاحدهما بئر فى الدار بينه وبين رجل آخر فباع الذى له الشرك فى البئر نصيبه من الدار والبئر فالشريك فى الدار أحق بشفعة الدار ولا شفعة للشريك فى البئر فى الدار وله شفعة فى البئر اه اتقانى (قوله قراحان) القراح الارض البارزة التى لم يختلط بها شىء والماء

وقيل هو مفوض الى رأى المجتهدين فى كل عصر ان رأوهم كثيرا كانوا كثيرا وان رأوهم قليلا كانوا قليلا وهو أشبه الاقاويل قال رحمه الله (والشريك فى خشبة على الحائط وواضع الجذوع على الحائط جار) ولا يكون شريكا لأن الشركة المعتبرة هى الشركة فى العقار لا فى المنقول والخشبة منقولة ووضع الجذوع على الحائط لا يصير شريكا فى الدار وكذا بالشركة فى الجذوع لا يكون شريكا فيهما لكنه جار ملازق لوجود اتصال بقعة أحدهما ببقعة الآخر فيستحق الشفعة على انه جار ملاصق ولا يترجح بذلك على غيره من الجيران وكذا اذا كان بعض الجيران شريكا فى الجدار لا يقدم على غيره من الجيران لان الشركة فى البناء المجرد بدون الارض لا يستحق بها الشفعة ولو كان البناء والمكان الذى عليه البناء مشتركا بينهما كان هو أولى من غيره من الجيران ويتأتى ذلك بأن يبنى الشريكان فى المشترك ثم يقتسما الارض غير موضع البناء فيبقى البناء وموضعه على الشركة وانما كان هو أولى لانه شريك فى بعض المبيع والشريك أولى أما فى موضع البناء فظاهر لكونه شريكا فيه وأما فى الباقى فكذلك عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله واحدى الروايتين عن أبى يوسف رحمه الله لان الضرر أخص به حيث كان شريكا فى البعض فيقدم على الجار وفى رواية أخرى عنه هو والجار سواء فى غير موضع الجدار لان استحقاقه الشفعة فى غير موضع الجدار بالجوار وغيره من الجيران يساوونه فيه وعلى هذا لو كان بعض الجيران شريكا فى منزل من الدار أو بيت منها فبيعت الدار كان هو أحق بالمنزل لما ذكرنا واستووا فى البقية فى رواية لان كلهم جيران فى حق البقية وكذا لو كانت دار بين رجلين ولاحدهما بئر مشتركة بينه وبين آخر غير شريكه فى الدار فباعها كان الشريك فى الدار أولى بشفعة الدار لانه شريك فيها والآخر جار والشريك فى البئر أولى بالبئر لانه شريك فيها والآخر جار وعلى هذا لو كان سفل بين رجلين عليه علو لاحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه فى العلو والسفل لشريكه فى السفل لان كل واحد منهما شريك فى نفس المبيع فى حقه وجار فى حق الآخر أو شريك فى الحق اذا كان طريقهما واحدا قال رحمه الله (على عدد الرؤس بالبيع) أى تجب الشفعة بالبيع وتقسم على عدد الرؤس اذا كانوا كثيرين وقال الشافعى رحمه الله على مقدار الانصباء لان الشفعة من مرافق الملك ألا ترى أنها لتكميل المنفعة فأشبه الغلة والربح والولد والثمرة ولنا أنهم استووا فى سبب الاستحقاق لوجود علة استحقاق الكل فى حق كل واحد منهم ولهذا لو انفرد واحد أخذ الكل والاستواء فى العلة يوجب الاستواء فى الحكم ولا ترجيح بكثرة العلل بل بقوة فيها ألا ترى أن أحد الخصمين اذا أقام شاهدين والآخر أربعة فهما سواء وكذا صاحب الجراحات مع صاحب جراحة واحدة بخلاف الحز مع الجرح فان الحز أقوى لانه لا يتخلف عنه الموت فكان أولى باضافة الموت اليه وما استشهد به من الولد وغيره متولد من الملك فيستحق بقدر الملك وعلة ملك الغير لا تتولد من ملكه فكيف يجعل من ثمراته بل العلة أصل الملك لا قدره والحكم لا يزداد بزيادة العلة ولو أسقط بعضهم حقه قبل القضاء لهم كان لمن بقى أن يأخذ الكل لان السبب لاستحقاق الكل قد وجد وتقرر فى حق كل واحد منهم والتشقيص للمزاحمة وقد زالت ونظيره الرهن فانه يحبس بكل الدين وبكل جزء من أجزائه ولهذا لو أوفى البعض أو كان رهنا عند رجلين فقضى دين أحدهما ليس له أن يأخذ شيأ من الرهن بخلاف ما اذا أسقط حقه بعد القضاء حيث لا يكون له أن يأخذ نصيب التارك لانه بالقضاء قطع حق كل واحد منهم فى نصيب الآخر ولو كان بعضهم غائبا يقضى بالشفعة بين الحاضرين فى الجميع لان الغائب يحتمل أن لا يطلب فلا يؤخر بالشك وكذا لو كان الشريك غائبا فطلب الحاضر يقضى له بالشفعة لما ذكرنا ثم اذا حضر وطلب الشفعة قضى له بها لتحقق طلبه غير أن الغائب اذا كان يقاسمه الحاضر لا يقضى له بالكل اذا أسقط الحاضر حقه لتحقق انقطاع حقه عن الباقى بالقضاء وهو نظير ما لو قضى للشريك ثم تركه ليس للجار أن يأخذه لانه بالقضاء للشريك انقطع حقه وبطل لانه قضى عليه بذلك لتقدمه عليه ولو أراد الشفيع أن يأخذ البعض ويترك البعض فليس له ذلك الا برضا المشترى لانه

القراح الذى لم يختلط به شئ كذا فى تهذيب الديوان اه اتقانى (قوله والاستواء الخ) لو كان أحدهما جارا ملاصقا من جانب واحد والآخر ملاصق من ثلاثة جوانب فهما سواء اه شرح مغنى للقاآنى (قوله بخلاف الحز) أى حز الرقبة اه (قوله حيث لا يكون له) أى لمن بقى اه

(قوله حتى اذا أقرّ بالبيع) أى وجحد المشترى اه (قوله لوجود رغبته عنها) قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى والشفعة تجب برغبة البائع عن ملكه بدليل انه لو ادّعى انه باع داره من زيد فجحد زيد ذلك وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشئ عن ملكه وان لم يحكم بدخوله فى ملك المشترى ثم قال وهذا المعنى هو سبب الشفعة اه اتقانى (قوله أو بحكم الحاكم) قال الاتقانى ولا يملك الشفيع الدار قبل تسليم المشترى اليه أو قضاء القاضى (٣٤٣) وان أثبت شفعته بطلبين طلب المواثبة وطلب التقرير حتى ان المبيع لو كان كرماً فأكل

يلحقه ضرر بتفريق الصفقة عليه ولو جعل بعض الشفعاء نصيبه لبعض لا يصح ويسقط حقه به لاعراضه ويقسم بين الباقين على عدد رؤسهم وكذا لو كان أحد الشفيعين حاضرا والآخر غائبا فطلب الحاضر الشفعة فى النصف على حساب أنه يستحق فى النصف بطلت شفعته لانه يستحق الكل والقسمة للزاحمة فاذا ترك فى شئ منها وجد الاعراض فيه فسقط فى الكل لكونه لا يتجزأ وكذا لو كانا حاضرين فطلب كل واحد منهما النصف بطلت شفعتهما ولو طلب أحدهما الكل والآخر النصف بطل حق من طلب النصف وللآخر أن يأخذ الكل أو يترك وليس له ان يأخذ النصف لما ذكرنا والباء فى قوله بالبيع تتعلق بتجب فى قوله تجب للخليط معناه تجب له الشفعة بعقد البيع أى بعده لا أنه سبب له لان السبب هو الاتصال على ما بينا والشرط رغبة المالك عنها حتى اذا أقر بالبيع أخذها الشفيع لوجود رغبته عنها وقيل البيع هو السبب بدليل أن الشفيع لو أسقط الشفعة قبل الشراء لا يصح لكونه اسقاطا قبل وجود سببه وهو البيع ولو كان السبب الاتصال لصح لكونه بعد وجود السبب وجوابه أنه انما لم يصح الاسقاط قبله لفقد شرطه وهو البيع لان السبب لا يكون سببا الا عند وجود شرطه كما فى الطلاق المعلق قال رحمه الله (وتستقر بالاشهاد) لانها حق ضعيف يبطل بالاعراض فلا بدّ من الاشهاد بعد طلب المواثبة للاستقرار كما أنه لا بدّ له من طلب المواثبة وهو أن يطلب كما سمع لقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وقال عليه الصلاة والسلام الشفعة كحلّ العقال ولان رغبته فيها بذلك تعلم ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضى ولا يمكنه ذلك الا بالاشهاد قال رحمه الله (وتملك بالاخذ بالتراضى أو قضاء القاضى) أى تملك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشترى برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ لان ملك المشترى قد تم بالشراء فلا يخرج عنه الى الشفيع الا برضاه أو بحكم الحاكم لان للحاكم ولاية عامة فيقدر على ذلك فى ضمن الحكم بالحق وولايته على نفسه فوق ولاية القاضى عليه فكان أولى بذلك ونظيره الهبة لما تم ملك الموهوب له لا يخرج عن ملكه الا بأحد الامرين المذكورين الا أن أخذ الشفعة بقضاء القاضى أحوط حتى كان للشفيع أن يمتنع من الاخذ اذا سلم المشترى له بغير قضاء لان فى القضاء زيادة فائدة وهى صيرورة الحادثة معلومة القاضى وتبين سبب ملكه له فاذا كانت المشفوعة تملك بأحد الامرين فقبل وجود أحدهما لا يثبت له فيها شئ من أحكام الملك حتى لا تورث عنه اذا مات فى هذه الحالة وتبطل شفعته اذا باع داره التى يشفع بها ولو بيعت دار بجنبها فى هذه الحالة لا يستحقها بالشفعة لعدم ملكه فيها والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب طلب الشفعة ﴾

قال رحمه الله (فان علم الشفيع بالبيع أشهد فى مجلسه على الطلب ثم على البائع لو فى يده) أى اذا كان المبيع فى يده أو على المشترى أو عند العقار فهذان طلبان فالاول طلب المواثبة والثانى طلب التقرير وفيه طلب ثالث وهو طلب الاخذ والتملك ولا بد من هذه الثلاثة أما الاول وهو طلب المواثبة فلما روينا وبينا من المعنى والشرط أن يطلب كما علم على الفور من غير تأخير ولا سكوت لان سكوته بعد العلم يدل على

المشترى ثماره سنين فانه لا يكون مضمونا عليه ولا يطرح عن الشفيع شئ من الثمن لما أكل من ثماره اذا كانت الثمار حدثت بعد ما قبض المشترى الكرم فهذا معنى قولنا انه يملك بالاخذ لا بالطلب على الانفراد كذا فى شرح الطحاوى اه

﴿ باب طلب الشفعة ﴾

(قوله فى المتن أشهد فى مجلسه على الطلب) قال فى الهداية والاشهاد فيه أى فى طلب المواثبة ليس بلازم قال الكاكى لان طلب المواثبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة حتى يمكنه الحلف حين طلب المشترى حلفه أنه طلبها كما سمع وفى الذخيرة وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عند الطلب لا لانه شرط صحة هذا الطلب بل لاعتبار ثبوته على المشترى عند انكاره الطلب اه (قوله فالاول طلب المواثبة) وسمى الطلب الاول طلب المواثبة تبركا بلفظ الحديث وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها أى طلبها على وجه السرعة والمبادرة مفاعلة من الوثوب على الاستعارة لان من يثب هو الذى يسرع فى طى الارض بمشيه اه رضاه اتقانى (قوله والشرط أن يطلب كما علم) أى على الفور سواء كان عنده انسان أو لم يكن وفى كتاب الاجناس نقل عن كتاب الشفعة لموسى بن نصر صاحب محمد بن الحسن يحتاج الشفيع أن يطلبها ساعة بلغه البيع ويتكلم بلسانه بالطلب حضره الشهود أو لم تحضره وقال الحسن ابن زياد من قول نفسه ليس عليه أن يتكلم بالطلب اذا لم يكن بحضرته أحد اه اتقانى

رضاه بجوار الجار الحادث ومعاشرته فتبطل شفعته به ولو أخبر بكتاب والشفعة في أوله أو وسطه فقرأ الكتاب الى آخره بطلت شفعته اذا كان ذلك بعد علم المشتري والثمن لان السكوت انما يكون دليل الرضا بعد العلم بهما كالبكر لا يكون سكوتها رضا الا اذا كان بعد العلم بالزوج ثم اذا أخبر بحضرة الشهود يشهدهم عليه وان لم يكن بحضرته أحد يطلب من غير اشهاد لان هذا الطلب صحيح من غير اشهاد والاشهاد لمخافة الجحود والطلب لا بد منه كي لا يسقط حقه فيما بينه وبين الله تعالى وليمكنه الحلف اذا حلف ولئلا يكون معرضا عنها وراضيا بجوار الدخيل ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ وهو مروي عن محمد رحمه الله تعالى وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس كالمخيرة لانه تملك فلا بد من التأمل فيه كسائر التمليكات وبهذه الرواية أخذ الكرخي رحمه الله ولو قال بعد ما بلغه البيع الحمد لله أو لا حول ولا قوة الا بالله العلي العظيم أو سبحان الله لا تبطل شفعته على هذه الرواية لان الاول حمد على الخلاص من جواره والثاني تعجب منه لقصد الاضرار به والثالث لافتتاح الكلام به ولا يدل شيء منه على الاعراض وكذا اذا قال من ابتاعها وبكم بيعت لانه يرغب فيها بثمن دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض فلا يدل ذلك قبل العزيمة على الاعراض وكذا لو قال خلصني الله ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة في الحال ولا يجب عليه الطلب حتى يخبره رجلان غير عدلين أو واحد عدل عند أبي حنيفة رحمه الله أو رجل وامرأتان لان فيه الزاما من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطري الشهادة إما العدالة أو العدد وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها وعندهما يجب عليه الاشهاد اذا أخبره واحد حرا كان أو عبدا صغيرا كان أو كبيرا اذا كان الخبر حقا واذا لم يشهد بطلت شفعته ولو أخبره المشتري بنفسه يجب عليه الطلب بالاجماع كيفما كان لانه خصم فيه والعدالة غير معتبرة في الخصوم وأما الثاني وهو طلب التقرير

(قوله ويشترط أن يكون متصلا بعلمه عند عامة المشايخ) يعني أن عامة المشايخ على أن طلب الشفعة على الفور اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني والاصل هنا أن طلب الشفعة على الفور في رواية وفي رواية هشام على المجلس وهو اختيار الكرخي قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا بيعت الدار ولها شفيع فبلغ ذلك الشفيع فان محمدا قال في الاصل ان لم يطلب مكانه بطلت شفعته قال القدوري في شرحه وهذا يقتضي أن الطلب على المجلس ثم قال الكرخي وقال ابن سماعة عن أبي يوسف ان لم يطلب حين بلغه بطلت شفعته وقال في موضع آخر فان لم يطلب ساعتئذ بطلت شفعته قال وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف قال القدوري وهذا يقتضي أن الطلب على الفور ثم قال الكرخي وقال ابن رستم عن محمد اذا بلغت الشفعة صاحبها فسكت فهو رضا وهو ترك للشفعة قال القدوري وهذا يدل أنه على الفور ثم قال الكرخي وقال هشام عن محمد في نوادره اذا بلغه فسكت هنيهة ثم ادعاها من ساعته فهو على شفعته قال القدوري وهذا يفيد المجلس وقال ابن أبي ليلى ان ترك الطلب ثلاثة أيام بطلت شفعته وقال الشعبي (١) ان تركها بطلت وقال شريك لا تبطل أبدا حتى يبطلها بقوله كذا ذكر القدوري في شرحه ووجه رواية الفور قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لمن واثبها وقوله عليه الصلاة والسلام انما الشفعة كنشطة عقال ان قيدها ثبتت والا ذهبت ووجه رواية المجلس أنه خيار تملك كخيار القبول والمخيرة ولانه يتروى لينظر هل يصلح له الاخذ أم لا يصلح وذلك لا يمكن على الفور واذا ثبت انها على المجلس وهو أصح الروايتين كان على شفعته ما لم يقم أو يتشاغل بغير الطلب اهـ (قوله وعنه أن له التأمل الى آخر المجلس) أي روى عن محمد أن الشفيع مجلس العلم اهـ اتقاني (قوله وبهذه الرواية أخذ الكرخي) قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره بعد ما ذكر فيه روايات الاصل والنوادر وليس هذا عندي اختلافا في رواية ولا معنى لان جميع العبارات انما أريد بها أن لا يكون الطلب متراخيا عن الحال تراخيا يدل على ترك المطالبة بالشفعة أو الاعراض عنها وهو عندي على مثال ما قالوا في المخيرة في الطلاق في رجل قال لزوجته أمرك بيدك وكخيار المشتري اذا أوجب له البائع البيع قال قد بعتك هذا العبد بألف فللمشتري خيار الرد أو القبول في المجلس ما لم يظهر منه ما يستدل به على الاعراض عن الجواب والترك اهـ اتقاني (قوله لا تبطل شفعته على هذه الرواية) يعني الرواية الثانية عن محمد التي عبر عنها بقوله وعنه الخ وهي التي اختارها الكرخي قال الاتقاني قال الكرخي في مختصره قال هشام في نوادره سألت محمدا عن رجل قيل له ان فلانا باع داره وهو شفيعها فقال الحمد لله قد ادعيت شفعتي أو قال سبحان الله أو قال الله أكبر قد ادعيت شفعتي أو لقي صاحبه الذي يدعي الشفعة قبله فبدأه بالسلام قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها أو قال حين أخبر بالبيع من اشتراها أو بكم باعها أو عطس صاحبه فشمته قبل أن يدعي الشفعة ثم ادعاها قال محمد هو في هذا كله على شفعته الى هنا لفظ الكرخي ثم قال الاتقاني وقال في النوازل سئل أبو بكر البلخي عن الشفيع اذا سلم على المشتري قال تبطل شفعته اهـ (قوله وقد ذكرناها من قبل مع أخواتها) أي في آخر فصل القضاء بالمواريث من كتاب أدب القاضي (قوله اذا كان الخبر حقا) وجه قولهما أنه من أخبار المعاملات فيقبل فيه قول الواحد عدلا كان أو غير عدل كسائر أخبار المعاملات اهـ اتقاني (قوله ولو أخبره المشتري بنفسه) أي بأن قال اشتريت دار فلان اهـ (قوله وأما الثاني وهو طلب التقرير) أي والاشهاد اهـ هداية

﴿فرع﴾ قال في خلاصة الفتاوى الشفيع اذا علم بالليل ولم يقدر على الخروج والاشهاد فان أشهد حين أصبح صح اهـ اتقاني

---

(١) قول المحشي ان تركها بطلت هكذا في الاصل ولعل في الكلام سقطا فحرر اهـ كتبه مصححه

فلا بد من الاشهاد فيه لانه يحتاج اليه لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الاشهاد على طلب المواثبة ظاهرا لانه على الفور فيحتاج بعد ذلك الى الاشهاد للتقرير حتى لو أمكنه ذلك وأشهد عند طلب المواثبة بأن بلغه البيع بحضرة الشهود والمشتري أو البائع حاضر أو كان عند الدار يكفيه ويقوم ذلك مقام الطلبين ذكره شيخ الاسلام وكيفية هذا الطلب أن ينهض من المكان الذي سمع فيه ويشهد على البائع ان كان المبيع في يده أو على المشتري أو عند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفعته وانما صح الاشهاد عند هؤلاء الثلاثة لان المشتري والبائع خصم فيه بالملك أو باليد وأما عند العقار فلتعلق الحق به ولا يكون البائع خصما بعد تسليم المبيع الى المشتري لعدم الملك واليد فلا يصح الاشهاد عليه بعده هكذا ذكره القدوري والناطفي وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا ومدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد مع القدرة على أحد هؤلاء الثلاثة حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفعته وان قصد الابعد من هذه الثلاثة وترك الاقرب فان كانوا جميعا في مصر واحد جاز استحسانا لان نواحي المصر جعلت كناحية واحدة حكما كأنهم في مكان واحد وان كان بعضهم فيه والبعض في مصر آخر أو في الرستاق فقصد الابعد وترك الذي في مصره بطلت شفعته قياسا واستحسانا لتباين المكانين حقيقة وحكما وان كان الشفيع غائبا يطلب طلب المواثبة حين يعلم ثم يعذر في تأخير طلب التقرير بقدر المسافة الى أحد هذه الثلاثة وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يشترط تسمية المبيع وتحديده لان مطالبة غير معلوم لا تصح فاذا لم يبين المطلوب لم يكن للمطالبة اختصاص بالمبيع فلم يكن لها حكم حتى يتبين المطلوب وأما الثالث وهو طلب الاخذ والتملك فلا بد منه أيضا لانه لا يحكم له به بدون طلبه ونبين كيفية هذا الطلب من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ثم لا تسقط بالتأخير) أي لا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب وهو طلب الاخذ بعدما استقرت شفعته بالاشهاد وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله في ظاهر الرواية وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا ترك المخاصمة في مجلس من مجالس القاضي من غير عذر بطلت شفعته لانه دليل الاعراض والتسليم كما في تأخير الطلبين الاولين وقال محمد رحمه الله ان أخر هذا الطلب الى شهر من غير عذر بطلت شفعته وعنه أنه قدره بثلاثة أيام لانه لو لم تسقط بتأخيره لتحقق المشتري ضرر من جهته لانه يمتنع عن التصرف فيه خشية أن ينقض تصرفه وهو مدفوع قال عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ثم قدر تلك المدة بثلاثة أيام في رواية لانها هي التي ضربت لابلاء الاعذار كامهال الخصم للدفع والمدين للقضاء وفي رواية قدرها بشهر وهو قول زفر ورواية عن أبي يوسف رحمهم الله لانه آجل وما دونه عاجل على ما مر في الايمان وجه الظاهر أن حقه قد تقرر بالاشهاد فلا يبطل بالتأخير كسائر الحقوق وما ذكر من الضرر يمكنه ازالته بأن يرفع الامر الى الحاكم فيأمره بالاخذ أو بالترك على أنه مشكل بما اذا كان الشفيع غائبا حيث لا تسقط بالتأخير ولو كان ضرره مراعى لسقطت اذ لا فرق في لزوم الضرر في حقه بين أن يكون حاضرا أو غائبا ولو كان التأخير بعذر من مرض أو حبس أو عدم قاض يرى الشفعة بالجوار في بلده لا تسقط بالاجماع وان طالت المدة لكونه لا يتمكن من الخصومة في مصره وقال شيخ الاسلام الفتوى اليوم على أنه اذا أخر شهرا سقطت الشفعة لتغير أحوال الناس في قصد الاضرار بالغير قال رحمه الله (فان طلب عند القاضي سأل المدعى عليه فان أقر بملك ما يشفع به أو نكل أو برهن الشفيع سأله عن الشراء فان أقر به أو نكل أو برهن الشفيع قضى بها) أي اذا تقدم الشفيع وادعى الشراء وطلب الشفعة عند القاضي سأل القاضي المدعى عليه وهو المشتري عن الدار التي يشفع بها الشفيع هل هي ملك الشفيع أم لا فان أقر بأنها ملكه أو أنكر ونكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة أنها ملكه سأل القاضي المشتري عن الشراء فيقول له هل اشتريت أم لا

فان

(قوله لانه على الفور) قال الشيخ الامام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله في شرح الكافي ثم يذهب على الفور بعد طلب المواثبة الى الدار أو الى البائع أو الى المشتري فيطلب الشفعة عند واحد من هؤلاء ويشهد على ذلك ويسمى هذا طلب التقرير ولو ترك هذا أو أخر من غير عذر بطل شفعته اه اتقاني (قوله أو على المشتري) أي سواء كانت الدار في يده أو لا لان الملك له ويأخذ الشفعة منه اه دراية (قوله وذكر شيخ الاسلام أنه يصح استحسانا) أي لان الاشهاد حصل على العاقد فيصح كما يصح على المشتري اه دراية (قوله وأما الثالث) أي من أنواع الطلب اه (قوله وهو طلب الاخذ والتملك) وسماه بعضهم طلب الخصومة قال الاتقاني وسماه في شرح الكافي طلب الاستحقاق وهو أن يرفع الشفيع الامر الى القاضي فيثبت حقه عنده بالحجة اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية) أي وعليه الفتوى اه هداية (قوله بطلت شفعته) أي وهو قول زفر اه هدايه (قوله لا تسقط بالتأخير) أي بالاتفاق اه كاكي (قوله وقال شيخ الاسلام) أي وقاضيخان في جامعه وصاحب المنافع والخلاصة اه كاكي قال الكاكي فكان ما اختاره في الكتاب بان الفتوى على قول أبي حنيفة مخالفا لرواية هذه الكتاب اه

فان أقر بأنه اشترى أو نكل عن اليمين أو أقام الشفيع بينة قضى بالشفعة لثبوته عنده وهذا هو طلب الاخذ الموعود به فذكر ههنا سؤال القاضي المدّعى عليه عن ملك الشفيع أولا عقيب طلب الشفيع وليس كذلك بل القاضي يسأل المدّعي أولا قبل أن يقبل على المدّعى عليه عن موضع الدار من مصر ومحلة وحدودها لانه ادّعى فيها حقا فلا بد من أن تكون معلومة لان دعوى المجهول لا تصح فصار كما اذا ادّعى ملك رقبتها فاذا بين ذلك سأله هل قبض المشتري الدار أم لا لانه اذا لم يقبضها لا تصح دعواه على المشتري حتى يحضر البائع فاذا بين ذلك سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها لان الناس يختلفون فيه فلعله ادّعاه بسبب غير صالح أو يكون هو محجوبا بغيره فاذا بين سببا صالحا ولم يكن محجوبا بغيره سأله أنه متى علم وكيف صنع حين علم لانها تبطل بطول الزمان وبالاعراض وبما يدل عليه فلا بد من كشف ذلك فاذا بين ذلك سأله عن طلب التقرير كيف كان وعند من أشهد (١) وهل كان الذي أشهد عنده كان أقرب من غيره أم لا على الوجه الذي بيناه فاذا بين ذلك كله ولم يخل بشيء من شروطه تم دعواه وأقبل على المدّعى عليه فسأله عن الدار التي يشفع بها هل هي ملك الشفيع أم لا وان كانت هي في يد الشفيع وهي تدل على الملك ظاهرا لان الظاهر لا يصلح للاستحقاق فلا بد من ثبوت ملكه بحجة لاستحقاق الشفعة فيسأله عنه فان أنكر أن يكون ملكا له يقول للمدّعي أقم البينة أنها ملكك فان عجز عن البينة وطلب يمينه استحلف المشتري بالله ما يعلم أنه مالك للذي ذكره مما يشفع به لانه ادّعى عليه حقا لو أقر به لزمه ثم هو في يد غيره فيحلف على نفي العلم وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله يحلف على البتات لان المدّعي يدعي عليه استحقاق الشفعة بهذا السبب فصار كما اذا ادّعى عليه الملك بسبب الشراء فان نكل أو قامت للشفيع بينة أو أقر المشتري بذلك ثبت ملك الشفيع في الدار التي يشفع بها وثبت السبب وبعد ذلك يسأل القاضي المدّعى عليه فيقول له هل اشتريت أم لا فان أنكر الشراء قال للشفيع أقم البينة أنه اشترى لان الشفعة لا تجب الا بالشراء فلا بد من اثباته بالحجة فان عجز عن اقامة البينة وطلب يمين المشتري استحلف بالله ما اشترى أو بالله ما يستحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره فهذا تحليف على الحاصل وهو قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله والاول على السبب وهو قول أبي يوسف رحمه الله على ما بيناه في الدعوى وانما يحلف على البتات لانه تحليف على فعل نفسه وعلى ما في يده أصالة وفي مثله يحلف على البتات على ما عرف في موضعه فان نكل أو أقر أو قامت للشفيع بينة قضى بها لظهور الحق بالحجة قال رحمه الله (ولا يلزم الشفيع احضار الثمن وقت الدعوى بل بعد القضاء) بل يجوز له المنازعة وان لم يحضر الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي له بالشفعة لزمه احضار الثمن وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد رحمه الله أن القاضي لا يقضي له بالشفعة حتى يحضر الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله احترازا عن توى الثمن وجه الظاهر أن الثمن قبل القضاء غير واجب عليه ولا يطالب بادائه والاحضار للتسليم ولا يجب التسليم قبل الوجوب فلا معنى لاحضاره قبل القضاء ثم اذا قضى القاضي له بالشفعة قبل احضار الثمن فللمشتري أن يحبس العقار عنه حتى يدفع الثمن اليه لانهما نزلا منزلة البائع والمشتري وينفذ القضاء عند محمد رحمه الله أيضا لانه فصل مجتهد فيه ولو أخر دفع الثمن بعد ما قال ادفع الثمن اليه لا تبطل بالاجماع لتأكدها بالقضاء بخلاف ما اذا أخر قبل القضاء بعد الاشهاد عند محمد رحمه الله حيث تبطل لعدم التأكد قال رحمه الله (ويخاصم البائع لو في يده) أي للشفيع أن يخاصم البائع اذا كان المبيع في يده لان له يدا محقة أصالة فكان خصما كالمالك بخلاف المودع والمستعير

(قوله سأله عن سبب شفعته وحدود ما يشفع بها) قال الاتقاني رحمه الله وشرط في الفتاوى بيان حدود دار الشفيع التي طلب الشفعة بها بأن قال أنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا ولا يشترط تحديد دار الشفيع على ما قال الخصاف بل اذا قال أنا شفيع الدار التي اشتراها فلان من فلان وهي في بلدة كذا في محلة كذا في سكة كذا وبين حدودها بداري التي تلازقها كفى وان لم يذكر حدود داره قال الفقيه أبو الليث وأما الطلب عند الحاكم أن يقول اشترى هذه الدار التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا وأنا شفيعها بالجوار بداري التي أحد حدودها كذا والثاني كذا والثالث كذا والرابع كذا طلبت أخذها بشفعتي فمره بتسليمها الى بشفعتي هذه اه اتقاني (قوله يقول للمدّعي الخ) وقال زفر وهو احدى الروايتين عن أبي يوسف ليس عليه اقامة البينة على الملك لان اليد دليل على الملك ألا ترى أن الشهود يشهدون بالملك بمشاهدة اليد فوجب أن يقضى بالشفعة لاجلها ولنا أن اليد ظاهر في الملك والظاهر يدفع به الدعوى ولا يستحق به على الغير اه اتقاني (قوله وطلب) أي الشفيع اه (قوله وهو قول أبي يوسف) أي وقد مر الكلام فيه في فصل كيفية اليمين اه (قوله احترازا عن توى الثمن) أي اذ لو قضى القاضي قبل احضار الثمن لم يأمن أن يكون الشفيع مفلسا فيتعجل ملك الدار ويتأخر الثمن عن المشتري وهذا لا يجوز وليس كذلك البيع لان الملك ينتقل برضا البائع ولذلك استوى ما فيه ضرر وما لا ضرر فيه اه اتقاني

(١) قوله وهل كان الذي أشهد عنده كان هكذا في النسخ بتكرار لفظ كان اه مصححه

ونحوهما لان يدهم ليست باصالة فلا يكون خصما قال رحمه الله (ولا يسمع البينة حتى يحضر المشترى فيفسخ البيع بشهوده والعهدة على البائع) لان الشفيع مقصوده أن يستحق الملك واليد فيقضى القاضى بهما له فيشترط حضور البائع والمشترى للقضاء عليهما بهما لان لاحدهما يدا وللآخر ملكا فلا بد من اجتماعهما لان القضاء على الغائب لا يجوز ولان أخذه من يد البائع يوجب فوات المبيع قبل القبض وفواته قبله يوجب الفسخ لكونه قبل تمامه كما اذا هلك قبل القبض ولا يجوز أن يفسخ عليهما الا بحضرتهما لانه قضاء عليهما بالفسخ وهو لا يجوز على الغائب بخلاف ما بعد القبض حيث لا يشترط حضور البائع لان العقد قد انتهى بالتسليم فصار البائع أجنبيا عنهما ثم وجه هذا الفسخ المذكور هنا أن يجعل فسخا فى حق الاضافة الى المشترى لان المبيع قد فات بالاخذ قبل القبض وهو يوجب الفسخ فقلنا بأنه انفسخ بالاضافة الى المشترى وبقى أصل العقد لان انفساخه يوجب سقوط الشفعة وهى انما تجب بعقد البيع فيجعل العقد مضافا الى الشفيع قائما مقام المشترى كأن البائع باعه له وخاطبه بالايجاب فجعل العقد متحولا الى الشفيع فلم ينفسخ أصله وانما انفسخ اضافته الى المشترى ونظيره فى المحسوسات من رمى سهما الى شخص فتقدم غيره فأصابه فالرمى بنفسه لم ينتقض والتوجه الى الاول قد انتقض بتخلل الثانى وتوجه اليه فكذا هنا تحولت الصفقة الى الشفيع كأن العقد من الابتداء وقع معه قال رحمه الله (والوكيل بالشراء خصم للشفيع ما لم يسلم الى الموكل) لان الخصومة فيها من حقوق العقد وهى الى العاقد أصيلا كان أو وكيلا ولهذا لو كان البائع وكيلا كان للشفيع أن يخاصمه ويأخذها منه بحضرة المشترى كما اذا كان البائع هو المالك على ما بينا الا أنه اذا سلمها الى الموكل لا يد للوكيل ولا ملك له فلا يكون خصما بعده فصار كالبائع فانه يصير خصما ما لم يسلمها الى المشترى فاذا سلمها لم تبق يد ولا ملك له فخرج من أن يكون خصما وهذا مثله غير أنه لا يشترط للقضاء حضور الموكل لان الوكيل نائب عنه لانه أقامه باختياره مقام نفسه فكان حضوره كحضور الموكل ولا كذلك البائع لانه ليس بنائب عن المشترى فلا بد من حضور المشترى للقضاء عليه بخروجه عن ملكه والاب ووصيه كالوكيل قال رحمه الله (وللشفيع خيار الرؤية والعيب

(قوله فى المتن ولا يسمع البينة حتى يحضر المشترى الخ) قال الكرخى فى مختصره فاذا صح الاشهاد على ما ذكرنا وأراد أن يقضى له بالدار بالشفعة فان كانت الدار لم تقبض أحضر البائع والمشترى جميعا ولا يقضى له حتى يحضرا جميعا فان أحضر أحدهما دون الآخر لم يحكم له فان كانت الدار قد قبضت فالخصم هو المشترى وحده فاذا أحضر حكم عليه فاذا حكم الحاكم بالشفعة على ما ذكرنا والدار فى يد البائع انتقض البيع الذى كان بين البائع والمشترى ويسلم الشفيع الثمن الى البائع وكانت عهدة الشفيع على البائع بالثمن ويرجع الشفيع على البائع بالثمن اذا كان نقده الى هنا لفظ الكرخى وقال الكرخى أيضا فى مختصره فاذا أخذ الدار بالشفعة من يد المشترى فالبيع الاول صحيح ويدفع الشفيع الثمن الى المشترى وعهدة الشفيع على المشترى وذلك لان الشئ انتقل من ملك المشترى فلم يجب بذلك فسخ بيعه كما لو باعه وأورد القدورى ههنا سؤالا وجوابا فى شرحه فقال فان قيل اذا كان الشفيع يستحق بسبب سابق للمشترى فاذا أخذ الشئ من يد المشترى انفسخ ملك المشترى كما ينفسخ اذا أخذ من يد البائع أصله المستحق اذا أخذ من يد المشترى والجواب ان أخذ الشفيع من يد المشترى لو كان فسخا لم يجز أن يقضى الا بحضور البائع (٢٤٦) فلما اتفقوا على أنه يقضى على المشترى بالشفعة بغير محضر البائع دل على أن الاخذ منه ليس بفسخ ويفارق هذا الاستحقاق لانه تبين بالاستحقاق أن البائع لم يكن مالكا وانما فسخنا البيع اذا أخذ من يد المالك لسقوط القبض وهذا لا يوجد اذا أخذ من المشترى واذا ثبت ما ذكرنا قلنا ان كانت الدار أخذت من يد البائع فالعهدة عليه لان العهدة ضمان الثمن عند الاستحقاق والبائع هو القابض للثمن وكان رده عليه ولان البيع انفسخ بين البائع والمشترى وانتقل المبيع من ملك البائع فكانت عهدته عليه وأما اذا أخذت من المشترى فان العهدة عليه لانه هو القابض للثمن ولان الشئ انتقل من ملكه وهذا مذهبنا وعند الشافعى عهدة الشفيع على المشترى فى الوجهين وقال زفر عهدته على البائع فى الوجهين اهـ اتقانى مع حذف (قوله فى المتن والوكيل بالشراء خصم الخ) قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى ومن اشترى دار الرجل بأمره وقبضها ثم جاء الشفيع فطلب الشفعة فانه ينظر ان كان الوكيل لم يسلم الدار الى الموكل كان للشفيع أن يأخذ الدار منه ويكتب عهدته عليه وينقد الثمن اليه ويدفعه الوكيل الى الموكل وان كان الوكيل سلم الدار الى الموكل أخذها منه وينقد الثمن اياه ويكتب العهدة عليه وروى عن أبى يوسف أنه قال لا يأخذ من يد الوكيل لانه انما اشتراه للموكل وهو ليس بخصم فيها ولكن يقال سلم الدار الى الموكل ثم يأخذها الشفيع منه وفى ظاهر الرواية ما ذكرنا انه يأخذها من يد الوكيل اذا كانت فى يده لان حقوق العقد راجعة الى العاقد فيكون فى حقوق عقده كالمالك والشفعة من حقوق العقد اهـ غاية (قوله والاب ووصيه كالوكيل) قال فى الهداية وكذا اذا كان البائع وصيا للميت فيما يجوز بيعه لما ذكرنا قال الاتقانى يعنى يكون الوصى هو الخصم للشفيع اذا باع ما يجوز بيعه لانه العاقد بيان ذلك أن الورثة اذا كانوا كلهم كبارا حضورا ولا دين ولا وصية فليس للوصى بيع شئ من التركة لعدم الولاية على الكبار فان كان الكبار غيبا فله بيع العروض دون العقار لان له ولاية الحفظ وان كان الورثة صغارا فله بيع الكل

والعيب وان شرط المشترى البراءة منه) لان الاخذ بالشفعة شراء من المشترى ان كان الاخذ بعد القبض وان كان قبله فشراء من البائع لتحول الصفقة اليه فيثبت له الخياران فيه كما اذا اشتراه منهما باختيارهما ولا يسقط خياره برؤية المشترى ولا بشرط البراءة منه لان المشترى ليس بنائب عن الشفيع فلا يعمل شرطه ورؤيته فى حقه قال رحمه الله (وان اختلف الشفيع والمشترى فى الثمن فالقول للمشترى) لان الشفيع يدعى عليه استحقاق الاخذ عند نقد الاقل والمشترى ينكر ذلك والقول للمنكر مع يمينه ولا يتحالفان لان التحالف عرف بالنص فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشترى لا يدعى على الشفيع شيأ فلا يكون الشفيع منكرا فلا يكون فى معنى ما ورد به النص فامتنع القياس قال رحمه الله (وان برهنا فللشفيع) أى وان أقاما البينة فالبينة بينة الشفيع وهذا قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعى رحمهما الله البينة بينة المشترى لانها تثبت الزيادة والبينة المثبتة للزيادة أولى كما اذا اختلف البائع والمشترى أو الوكيل بالشراء مع الموكل فى مقدار الثمن أو المشترى من العدو مع المالك القديم فى ثمن العبد المأسور وأقاما البينة فان بينة البائع والوكيل والمشترى من العدو أولى لما فيها من اثبات الزيادة ولهما أن بينة الشفيع أكثر اثباتا لانها ملزمة للمشترى وبينة المشترى ليست بملزمة للشفيع لتخيره بين الاخذ والترك ولانه لا تنافى بين البينتين فى حق الشفيع لانه أمكن أن يعمل بهما بأن يثبت العقدان فيأخذ المشترى بأيهما شاء فلا يصار الى الترجيح لان الاشتغال بالترجيح عند تعذر العمل بهما وهو نظير ما اذا اختلف المولى مع عبده فقال المولى قلت لك اذا اديت الى ألفين فأنت حر وقال العبد قلت لى اذا أديت الى ألفا فأنت حر وأقاما البينة فان البينة بينة العبد إما لانها ملزمة أو لانه لا تنافى فيثبت التعليقان ويعتق العبد بأداء أى المالين شاء بخلاف المسائل المستشهد بها أما البائع والمشترى فلان كل واحد من البينتين ملزمة حتى يخير كل واحد منهما ولا يمكن الجمع بينهما حتى يأخذ بأيهما شاء لان العقد الثانى يكون فسخا للاول فى حقهما فلا يأخذ المشترى الا بالثانى فاذا تعذر الجمع صرنا الى الترجيح بالزيادة وفيما نحن فيه لا يتعذر الجمع لانه لا ينفسخ الاول بالعقد الثانى فى حق الشفيع فيأخذ بأى العقدين شاء ولهذا لو باعه المشترى من غيره كان له أن يأخذه بالبيع الثانى ان شاء وان شاء بالاول وأما الوكيل والموكل فقد روى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أن البينة بينة الموكل فلا يرد والفرق على الظاهر أن الوكيل مع الموكل كالبائع مع المشترى لوقوع المبادلة الحكمية بينهما ولهذا يجرى التحالف بينهما فكانت بينة كل واحد منهما ملزمة ولا يمكن العمل بهما فصرنا الى الترجيح بالزيادة ولا كذلك الشفيع مع المشترى ولهذا لا يجرى التحالف بينهما على ما بينا وأما المالك القديم مع المشترى من العدو فقد ذكر فى السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم والمعنى فيه أن بينته ملزمة وبينة المشترى من العدو غير ملزمة لتخير المالك القديم بين الاخذ والترك فصار كالشفيع ولئن سلمنا ففيها العمل بالبينتين غير ممكن فى حق المالك القديم لان البيع الاول ينفسخ بالثانى فوجد التعارض فصرنا الى الترجيح بالزيادة وفى حق الشفيع لا ينفسخ فلم يوجد التعارض قال رحمه الله (وان ادعى المشترى ثمنا وادعى بائعه أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها الشفيع بما قال البائع) لان الامر ان كان

لانه قائم مقام الاب ولو كانوا صغارا او كبارا فله بيع العروض والعقار من نصيب الصغار والكبار عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا له بيع نصيب الصغار من العروض والعقار دون نصيب الكبار الحضور فان كانوا غيبا باع عروضهم لا عقارهم كذا فى المختلف اه اتقانى رحمه الله (قوله ولا بشرط البراءة منه) قال الامام العتابى فى شرح الجامع الصغير الاخذ بالشفعة شراء من وجه من حيث انه تملك بثمن معلوم حتى يثبت له خيار الرؤية وخيار العيب واستيفاء حقه من وجه حتى يستوى فيه القضاء وعدم القضاء (٣٤٧) والرضا وعدم الرضا ولو بطل يبطل لا الى خلف حتى لا يكون المأخوذ منه ضامنا له سلامة البناء ونحوه مثاله اذا أخذ الشفيع الدار بالشفعة فله خيار الرؤية وخيار العيب سواء كان ذلك للمشترى أو لم يكن ولو بنى فيها بناء أو غرس غرسا ثم استحقت الدار والعقار وأمر بقلع البناء والغرس يرجع على من أخذ منه بالثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس عليه لانه لم يضمن له سلامة البناء لانه أخذه على كره منه ان أخذه بقضاء وكذا اذا أخذه بغير قضاء لانه يستوفى عين حقه لانه انما يأخذه بحق متقدم على البيع لكونه متقدما على الدخيل فيستوى فيه القضاء وغير القضاء كالرجوع فى الهبة لما كان الراجع أخذ عين حقه بحق متقدم على الهبة يستوى القضاء والرضا اه اتقانى (قوله والمشترى لا يدعى) أى لان الشفيع مخير بين أخذ المبيع وتركه فلم يتحقق كونه مدعى عليه لانه هو الذى اذا ترك الدعوى لا يترك والشفيع اذا ترك الدعوى يترك فلم يكن اختلافهما فى معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام اذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة تحالفا وترادا فلا جرم لم يجب التحالف اه اتقانى (قوله أو المشترى من العدو) أى الحربى اه (قوله لانه أمكن أن يعمل بهما) أى لانه يجوز أن يشترى مرتين مرة بألف ومرة بألفين فأمكن تصديق البينتين اه كاكى (قوله ولئن سلمنا) اى أن بينة المشترى أولى كما هو ظاهر الرواية اه اتقانى (قوله أخذها الشفيع بما قال البائع) أى ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الدار فى يده أو فى يد المشترى اه اتقانى

كما قاله البائع فالشفيع يأخذه به وان كان كما قاله المشترى يكون حطا عن المشترى بدعواه الاقل وحط البعض يظهر فى حق الشفيع على مانبين فى البيوع فيأخذه به ولان تملك المشترى بايجاب البائع فكان القول قوله فى مقدار الثمن مادامت مطالبته باقية فيأخذ الشفيع بقوله ولو كان ماادعاه البائع أكثر مما ادعاه المشترى تحالفا وأيهما نكل ظهر أن الثمن مايقوله الآخر فيأخذها الشفيع بذلك لان النكول كالاقرار عما يدعيه خصمه وان حلفا فسخ القاضى العقد بينهما على ماعرف فى كتاب الدعوى يأخذها الشفيع بما يقوله البائع لان فسخ البيع لايوجب بطلان حق الشفيع لان حقه ثبت بالبيع فلا يقدران على ابطاله بالفسخ ألا ترى أن الدار اذا ردت على البائع بعيب لايبطل حقه وان كان الرد بقضاء قال رحمه الله (وان قبض أخذها بما قال المشترى) أى لو كان البائع قبض الثمن أخذها الشفيع بما قال المشترى اذا ثبت ذلك بالبينة أو بيمينه على مابينا لان البائع باستيفاء الثمن خرج من البين والتحق بالاجانب لانتهاء حكم العقد به فلا يلتفت الى قوله فبقى الاختلاف بين الشفيع والمشترى على حاله وقد بينا أن القول فيه قول المشترى ولو كان قبض الثمن غير ظاهر فقال البائع بعت الدار بألف وقبضت الثمن يأخذها الشفيع بألف لانه لما بدأ بالاقرار بالبيع تعلقت الشفعة به لان اقراره بمقدار الثمن صحيح قبل قبض الثمن وبعده لايصح على مابينا والثمن غير مقبوض ظاهرا الا أن الاصل عدم القبض فبقى حتى يوجد مايبطله وبقوله بعد ذلك قبضت الثمن يريد ابطال حق الشفيع لانه اذا قبض الثمن يخرج من البين فيكون أجنبيا فلا يقبل اقراره بمقدار الثمن على مابينا فلا يقبل قوله قبضت فى حق الشفيع لانه يريد بذلك أن يجعل نفسه أجنبيا حتى لايقبل اقراره بمقداره فيرد عليه فيأخذها المشترى بألف ولو بدأ بقبض الثمن قبل بيان القدر بأن قال بعت الدار وقبضت الثمن وهو ألف درهم لم يلتفت الى قوله فى مقدار الثمن لانه لما أقر بقبض الثمن أولا خرج به من البين فصار أجنبيا فلا يعتبر قوله فى مقدار الثمن على مابينا وقال فى النهاية نظيره ما اذا قال الوصى استوفيت جميع ماللميت على غريمه فلان وهو ألف درهم وقال الغريم بل كان على ألفا درهم وقد أوفيتك جميع ذلك فالوصى ضامن للالف ولا شىء له على الغريم ولو قال استوفيت منه ألف درهم وهو جميع ماللميت عليه فقال فلان كان على ألفا درهم وقد أوفيتك الكل فللوصى أن يرجع عليه بألف أخرى لانه لما بين قبض الجميع صار أجنبيا فلا يقبل بيان قدره بعده ومالم يبين أن قبض الجميع لايكون أجنبيا فيقبل قوله فى بيان قدره فيكون القول لخصمه لانكاره فى الأولى دون الثانية قال رحمه الله (وحط البعض يظهر فى حق الشفيع لاحط الكل والزيادة) أى حط بعض الثمن يظهر فى حق الشفيع حتى يأخذه بما بقى ولا يظهر حط الكل فى حقه ولا الزيادة على الثمن بعد عقد البيع حتى لاتلزمه الزيادة ولا يسقط عنه شىء من الثمن فيأخذه بجميع المسمى عند العقد لان الحط لما التحق بأصل العقد صار الباقى هو الثمن كأنه لم يسم غير ذلك ولافرق فى ذلك بين أن يكون الحط قبل أخذه بالشفعة أو بعده لوجود الالتحاق فى الصورتين فيرجع الشفيع على المشترى بالزيادة ان كان أوفاه الثمن ولو حط بعض الثمن بعد تسليمه الشفعة كان له أن يأخذها بالباقى لانه تبين له أن الثمن أقل فلا يصح تسليمه بخلاف حط الكل حيث لايلتحق بأصل العقد لانه لو التحق لكان هبة أو بيعا بلا ثمن وهو فاسد

(قوله وقبضت الثمن) أى وقال المشترى بالفين اهـ غاية (قوله ولاشىء له على الغريم) أى مؤاخذة لكل منهما باقراره تأمل تدر اهـ (قوله حتى يأخذه بما بقى) هذا اذا حط البائع أما اذا حط وكيل البائع عن المشترى بعض الثمن صح حطه ويضمن قدره للبائع ولا يكون ذلك حطا عن الشفيع لان حط الوكيل لايلتحق بأصل العقد اهـ فتاوى قاضيخان وكتب مانصه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى وان زاد البائع فى الثمن زيادة (٣٤٨) بعد العقد أخذ الشفيع الدار بالثمن الاول فلا يصح تفسيرهما فى حقه وكذلك لو باعها المشترى من آخر بثمن أكثر من ذلك كان للشفيع أن يأخذها بالثمن الاول من المشترى الآخر ويرجع المشترى الآخر على البائع الثانى بما بقى له لان حق الشفيع تعلق بالعقد الاول وتكون العهدة على المشترى الاول لانه أخذه بقضية العقد الاول ومتى انتقض العقد الثانى لم يسلم للمشترى الدار فيرجع بالثمن وقد وصل اليه بعضه من يد الشفيع فيرجع بالبقية على بائعه ان كان قد دفع الثمن اليه ولو أخذه بالبيع الثانى كان له ذلك ولا يكون تسليما للبيع الاول وهو يصلح سببا لاستحقاق الشفعة كالبيع الاول ومتى أخذه بالشراء الثانى من يد المشترى الآخر كانت العهدة عليه ولا يرجع على بائعه بشىء لانه وصل اليه تمام حقه وكذلك لو وهبها المشترى وسلمها أو رهنها أو تزوج عليها امرأة كان للشفيع أن يبطل ذلك كله ويأخذها بالشفعة الاولى لان هذه التصرفات تبطل حقه فى البيع الاول فكان له حق النقض ليعيدها على ملك المشترى ويأخذها بالحق الذى له وهذا بخلاف المشترى شراء فاسدا اذا تصرف شيأ من هذه التصرفات لايكون للبائع حق النقض وان كان حق الاسترداد ثابتا له لانه فعل مافعل بتسليطه فجاز أن لايكون له حق النقض لتعلق حق الغير به بخلاف الشفيع فلا وليس لاحد من هؤلاء على الشفيع شىء من الثمن انما الثمن للمشترى الاول لان التملك وقع عليه ولا يأخذ الدار حتى ينقد الثمن لانه عند تحول الصفقة اليه نزل منزلة المشترى والمشترى منزلة البائع فلا يكون سبيل من أخذه حتى يصل الثمن الى بائعه اهـ اتقانى

فلا شفعة فيهما وكذلك الزيادة تلتحق بأصل العقد وانما لا تظهر في حق الشفيع لانه استحق أخذها بالمسمى قبل الزيادة فلا يملك ابطال حقه الثابت له فلا يتغير العقد في حقه كما لا يتغير بتجديدهما العقد لما يلحقه بذلك من الضرر يلتحق به في نفسه لان له ولاية على نفسه دون الشفيع بخلاف بيع المرابحة والتولية حيث تصح الزيادة في حقه أيضا حتى جاز بناؤهما عليها لانه ليس فيه ابطال حق أحد لان المشتري لا يستحق عليه أحد بيع المرابحة فيلتحق في حقهما بأصل العقد وفيه خلاف زفر والشافعي رحمهما الله وقد بيناه في البيوع وبينا الحجج من الجانبين قال رحمه الله (وان اشترى دارا بعرض أو عقار أخذها الشفيع بقيمته وبمثله لو مثليا) لان الشفيع يتملكها بمثل ما تملكها المشتري به ثم المثل لا يخلو اما أن يكون مثلا له صورة ومعنى كالمكيل والموزون والعددي المتقارب أو معنى لا صورة وهو ما عدا ذلك فيعتبر ذلك المثل كما في ضمان العدوان فيأخذ به لانه بدل لها ولهذا لو اشتراها بعقار يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر قال رحمه الله (وبحال لو مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها) أي يأخذها من المشتري بثمن حال اذا كان الثمن مؤجلا أو يصبر حتى يمضي الاجل فيأخذها عند ذلك وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل وقال زفر والشافعي ومالك رحمهم الله له ذلك لان الشفيع حق الاخذ بالثمن الذي يملك به المشتري بصفته والاجل صفة الدين ألا ترى أنه يقال دين مؤجل ودين حال ولنا أن الاجل يثبت بالشرط وليس من لوازم العقد فاشتراطه في حق المشتري لا يكون اشتراطا في حق الشفيع كالخيار والبراءة من العيوب ورضاه به في حق المشتري لا يدلنا على رضاه به في حق الشفيع لتفاوت الناس فيه ولا نسلم أنه وصف الدين لان الاجل حق المطلوب والدين حق الطالب ولو كان وصفا له لاستحقه الطالب ولهذا لو باع ما اشتراه بثمن مؤجل مرابحة أو تولية لا يثبت الاجل من غير شرط ولو كان صفة له لثبت ثم ان أخذها من البائع بثمن حال سقط الثمن عن المشتري لتحول الصفقة الى الشفيع على ما بينا من قبل ورجع البائع على الشفيع بثمن حال وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل لان الاجل ثبت بالشرط فلا يبطل بأخذ الشفيع بثمن حال كما لا يبطل ببيعه المشتري بثمن حال وان اختار الانتظار كان له ذلك لان له أن لا يلتزم الضرر الزائد وقوله أو يصبر أي عن الاخذ أما الطلب فلا بد منه في الحال حتى لو سكت ولم يطلب بطلت شفعته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وبه كان يقول أبو يوسف رحمه الله أولا ثم رجع عنه وقال لا تبطل شفعته بالتأخير الى حلول الاجل لان الطلب ليس بمقصود لذاته بل للاخذ وهو لا يتمكن منه في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فلا يكون سكوته دليل الاعراض ولهما أن حق الشفيع قد ثبت ولهذا كان له أن يأخذه بثمن حال ولولا أن حقه ثابت لما كان له الاخذ في الحال والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه يبطل الشفعة قال رحمه الله (وبمثل الخمر وقيمة الخنزير ان كان الشفيع ذميا وبقيمتهما لو مسلما) أي لو اشترى ذمي من ذمي عقارا بخمر أو خنزير فان كان شفيعه ذميا أخذه بمثل الخمر وقيمة الخنزير لان هذا البيع يقضى بصحته فيما بينهم فاذا صح ترتب عليه أحكام البيع ومن جملة الاحكام وجوب الشفعة به فيستحقه ذميا كان الشفيع أو مسلما غير أن الذمي لا يتعذر عليه تسليم الخمر فيأخذها بها لانها من ذوات

(قوله في المتن أخذها الشفيع بقيمته) ويعتبر قيمة ذلك الشيء وقت الشراء لا وقت الاخذ اه منافع (قوله يأخذ كل واحد منهما بقيمة الآخر) أي يأخذ شفيع كل واحد منهما مشفوعه بقيمة الآخر اه منافع (قوله في المتن وبحال لو مؤجلا) وهذا اذا كان الاجل معلوما أما اذا كان مجهولا كالحصاد والدياس ونحو ذلك وقال الشفيع أنا أعجل الثمن وآخذها لم يكن له ذلك لان الشراء بالاجل المجهول فاسد وحق الشفيع لا يثبت في الشراء الفاسد كذا في الذخيرة اه غاية (قوله والشافعي) (٣٤٩) أي في القديم اه هداية (قوله في المتن وبمثل الخمر وقيمة الخنزير الخ) قال في الهداية والمسلم والذمي في الشفعة سواء قال الاتقاني قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره وأهل الاسلام في استحقاق الشفعة وأهل الذمة والمستأمنون من أهل الحرب والعبيد المأذون لهم في التجارة والاحرار والمكاتبون والمعتق بعضه في وجوب الشفعة لهم وعليهم سواء وكذلك النساء والصبيان فيما وجب لهم أو وجب عليهم من ذلك والمطالبة فيما يجب على الصبيان آباؤهم فان لم يكونوا فأوصياء الآباء فان لم يكونوا فالاجداد من قبل الاب فان لم يكونوا فأوصياء الاجداد فان لم يكونوا فالامام أو الحاكم يقيم لهم من ينوب عنهم فيه وأهل العدل وأهل البغي في الشفعة أيضا سواء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وقال ابن شبرمة لا شفعة للكافر وقال الخرقي من أصحاب أحمد بن حنبل ولا شفعة لكافر على مسلم ولنا ما روي أن شريحا قضى للذمي على مسلم بالشفعة

(٣٣ - زيلعي خامس)

فكتب بذلك الى عمر بن الخطاب فأجازه ولانه حق متعلق بالبيع فاستوى فيه المسلم والذمي كالرد بالعيب اه وكتب ما نصه ثم قيد بشرائه بالخمر والخنزير احترازا عما اشتراه بالميتة فالبيع باطل ولا شفعة فيه اه كاكي قوله بالميتة أو دم اه اتقاني وقوله ولا شفعة فيه أي لان الشفعة لا تجب بالبيع الباطل اه (فرع) المسلم اذا اشترى في دار الحرب دارا وشفيعها مسلم لا شفعة فيها وان أسلم أهلها الآن أحكامنا غير جارية فيها فلا شفعة حال البيع كذا في الشامل اه اتقاني

الامثال والمسلم لا يقدر على ذلك لكونه ممنوعا من تمليكها وتملكها فيجب عليه قيمتها كما في ضمان العدوان والخنزير من ذوات القيم فيجب عليه قيمته ولا يقال قيمة الخنزير تقوم مقام عينه فوجب أن يحرم على المسلم تمليكه بخلاف قيمة الخمر على ما عرف في موضعه لانا نقول انما يحرم عليه تمليكها اذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير وأما اذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تمليكها بل يملكها بأن أسلم المشترى قبل أخذ الشفيع الدار بالشفعة فان الشفيع يأخذها بقيمة الخنزير ولو كان شفيعها مسلما وذميا أخذ كل واحد منهما النصف بما ذكرنا من قيمة الخمر أو مثلها اعتبارا البعض بالكل ولو أسلم الذمى صار حكمه كحكم المسلم من الابتداء فيأخذها بقيمة الخمر والخنزير كما اذا كان الثمن مثليا فانقطع قبل الاخذ بالشفعة فانه يأخذها بقيمته للتعذر كذا هذا والمستأمن كالذمى في جميع ما ذكرنا من الاحكام لالتزامه أحكامنا مدة مقامه في دارنا فصار كالذمى في تلك المدة ولا فرق بين أن يكون المشترى دارا أو بيعة أو كنيسة فان الشفيع يأخذه بالشفعة لان ملك الذمى فيها ثابت اذا كان يعتقد أن ملكه لا يزول بجعله بيعة أو كنيسة وان كان يعتقد أنه يزول فكذلك أيضا لانه باقدامه على بيعها صار معتقدا جواز بيعها والذمى اذا دان بدينا ينفذ تصرفه على مقتضى ديننا وان كان في دينهم لا يجوز ولهذا اذا ترافعوا الينا نحكم بينهم بأحكامنا والمرتد لا شفعة له وطريق معرفة قيمة الخمر والخنزير بالرجوع الى ذمى أسلم أو فاسق تاب ولو أسلم أحد المتعاقدين والخمر غير مقبوضة انتقض البيع لان الاسلام يمنع قبضها ولكن لا تبطل الشفعة لانها وجبت بالبيع فلا تبطل بانتقاضه كما اذا اشترى دارا بعبد فهلك العبد قبل القبض فان البيع ينتقض بهلاكه ولكن لا تبطل الشفعة فيأخذها الشفيع بقيمة العبد قال رحمه الله (وبالثمن وقيمة البناء والغرس لو بنى المشترى أو غرس أو كلف المشترى قلعهما) أى اذا بنى المشترى أو غرس في الارض المشفوعة ثم قضى للشفيع بالشفعة فالشفيع بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس مقلوعا وان شاء كلف المشترى قلعهما فيأخذ الارض فارغة وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يكلفه بالقلع ولكنه بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء ترك وبه قال مالك والشافعى رحمهما الله لانه ليس بمتعد في البناء والغرس لثبوت ملكه فيه بالشراء فلا يعامل بأحكام العدوان فصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا وكما اذا زرعها المشترى فان كل واحد منهم لا يكلف القلع لتصرفه في ملكه فكذا المشترى في المشفوعة ولهذا لا يكلف قلع الزرع وهذا لان ضرر الشفيع بالزام قيمة البناء والغرس أهون من ضرر المشترى بالقلع لان الشفيع يحصل له بمقابلة القيمة عوض وهو البناء والغرس فلا يعد ضررا ولم يحصل للمشترى بمقابلة القلع شئ فكان الاول أهون فكان أولى بالتحمل ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن اذا بنى في المرهون وانما قلنا ذلك لان حق الشفيع أقوى من حق المشترى ولهذا تنقض جميع تصرفات المشترى حتى الوقف والمسجد والمقبرة بخلاف بناء الموهوب له على قول أبى حنيفة رحمه الله والمشترى شراء فاسدا لانه بتسليط منه ولا تسليط من الشفيع هنا ولان حق الاسترداد للواهب والبائع ضعيف ولهذا لا ينتقض تصرفهما فلا يبقى بعد البناء وحق الشفيع قوى فيبقى بعده كما يقلع المستحق بناء المغرور وغرسه وله أن يأخذه بقيمته مقلوعا كالمستحق ولا مساواة بين الحقين حتى يرجح بزيادة الضرر لان الترجيح انما يصار اليه

(قوله ولو كان شفيعها مسلما وذميا الخ) قال الاتقانى واذا اشتراها بخمر وشفيعها كافر ومسلم فهما سواء في الشفعة لانهما سواء في علته ويأخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والكافر نصفها بمثل نصف الخمر لان الاخذ بالمثل يمكن في حقه فان أسلم قبل أن يأخذها لم تبطل شفعته لان الاسلام ليس بمبطل للحقوق (٣٥٠) ولكن يأخذ بقيمة الخمر كالمسلم الاصلى سواء اهـ (قوله والمستأمن كالذمى) أى في حق الشفعة اهـ غاية (قوله والمرتد لا شفعة له) قال الاتقانى وقال أى في الشامل باع المرتد دارا ثم قتل لا شفعة فيها عند أبى حنيفة خلافا لهما لان عند أبى حنيفة تصرف المرتد موقوف فاذا اتصل به الموت حكم بأنه لم يكن صحيحا وعند أبى يوسف هو بمنزلة مريض وعند محمد هو بمنزلة من عليه القصاص تصرفه صحيح فكذلك هذا فلو أسلم قبل اللحاق جاز بيعه وللشفيع الشفعة بالاجماع لما عرف وقال أيضا اشترى المسلم دارا والمرتد شفيعها فقتل لا شفعة له ولا لورثته لانه بالقتل تبين أنه في حكم من زال ملكه في وقت البيع ولا لورثته لان الملك ليس بثابت لهم حقيقة وقال أيضا اشترى المرتد ثم قتل لم تبطل شفعة الشفيع لان شفعته متعلقة بالخروج من ملك البائع وقد خرج اهـ اتقانى (قوله والخمر غير مقبوضة) أى والدار غير مقبوضة أو مقبوضة اهـ غاية (قوله فلا تبطل بانتقاضه) أى ثم يأخذها الشفيع بقيمة الخمر ان كان مسلما أو كان المأخوذ منه مسلما اهـ غاية (قوله حتى الوقف الخ) سيأتى أيضا في كلام الشارح عند قوله في باب ما تبطل به الشفعة وبموت الشفيع عند الشفيع اهـ (قوله والمسجد الخ) قال الاتقانى نقلا عن شرح الطحاوى ولو جعلها المشترى مسجدا أو مقبرة تدفن فيها الموتى أو رباطا ثم جاء الشفيع كان له أخذها وابطال كل ما صنع المشترى فيها اهـ

عند التساوى وربما لا يوافقه فيحتاج الى قلعه فيلحقه ضرر زائد وفى الزرع القياس أن يقلع الا أنا استحسنا وقلنا لا يقلع لان له نهاية معلومة كيلا يتضرر المشترى بالقلع من غير عوض وليس على الشفيع كبير ضرر بالتأخير لانه يترك بأجر قال رحمه الله (وان فعلهما الشفيع فاستحقت رجع بالثمن فقط) معناه أن الشفيع لو أخذ الارض بالشفعة فبنى فيها أو غرس ثم استحقت فكلف المستحق الشفيع بالقلع فقلع البناء والغرس رجع الشفيع على المشترى بالثمن لانه تبين أن المشترى أخذ الثمن من الشفيع بغير حق لان الارض لم تكن فى ملكه فيسترد منه الثمن ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان كان أخذها منه ولا على المشترى ان أخذها منه معناه لا يرجع بما نقص بالقلع وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يرجع به لانه متملك عليه فكان كالمشترى ووجه الظاهر وهو الفرق بينه وبين المشترى أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه من جهته ولا غرور ولا تسليط للشفيع من جهة المشترى لان الشفيع أخذها منه جبرا ونظيره الجارية المأسورة اذا أخذها المالك القديم من مالكها الجديد بقيمتها أو بالثمن فاستولدها ثم استحقت من يده وضمن قيمة الولد رجع عليه بما دفع اليه من القيمة أو الثمن ولا يرجع بقيمة الولد لانه لم يغره بخلاف ما لو كان مشتريا حيث يرجع بهما على البائع لانه مغرور من جهته قال رحمه الله (وبكل الثمن ان خربت الدار أو جف الشجر) ومعناه لو اشترى أرضا فيها بناء أو غرس فانهدم البناء من غير صنع أحد يأخذها الشفيع بكل الثمن ولا يسقط من الثمن شئ لانهما تابعان للارض حتى يدخلان فى البيع من غير ذكر فلا يقابلهما شئ من الثمن ولهذا يبيعهما فى هذه الصورة مرابحة من غير بيان بخلاف ما اذا تلف بعض الارض بغرق حيث يسقط من الثمن بحصته لان الفائت بعض الاصل هذا اذا انهدم البناء ولم يبق له نقض ولا من الشجر شئ من حطب أو خشب وأما اذا بقى شئ من ذلك وأخذه المشترى لانفصاله من الارض حيث لم يكن تبعا للارض فلا بد من سقوط بعض الثمن بحصة ذلك لانه عين مال قائم بقى محتبسا عند المشترى فيكون له حصة من الثمن فيقسم الثمن على قيمة الدار يوم العقد وعلى قيمة النقض يوم الاخذ قال رحمه الله (وبحصة العرصة ان نقض المشترى البناء) أى يأخذ الشفيع العرصة بحصتها من الثمن ان نقض المشترى البناء لانه صار مقصودا بالاتلاف والتبع اذا صار مقصودا به يقابله شئ من الثمن بخلاف الاول لان الهلاك فيه بآفة سماوية فاذا كان له حصة من الثمن يقسم الثمن على قيمة الارض والبناء يوم العقد عليها بخلاف المسئلة الاولى وهو ما اذا انهدم بنفسه وكان النقض باقيا حيث يعتبر فيها قيمة النقض يوم الاخذ بالشفعة لانه صار له قيمة بالحبس ونقض الاجنبى البناء كنقض المشترى قال رحمه الله (والنقض له) أى النقض للمشترى لان الشفيع انما كان يأخذه بطريق التبعية للعرصة وقد زالت بالانفصال قال رحمه الله (وبثمرها ان ابتاع أرضا ونخلا وثمرا أو أثمر فى يده) أى يأخذها الشفيع مع ثمرها ان كان المشترى اشترى الارض مع ثمرها بان شرطه فى البيع أو أثمر عند المشترى بعد الشراء لان الثمر لا يدخل فى البيع الا بالشرط لانه ليس بتبع بخلاف النخل والقياس أن لا يكون له أخذ الثمر لعدم التبعية كالمتاع الموضوع فيها ووجه الاستحسان أنه بالاتصال خلقة صار تبعا من وجه ولانه متولد من المبيع فيسرى اليه الحق الثابت فى الاصل الحادث قبل الاخذ كالمبيعة اذا ولدت قبل القبض فان المشترى يملك الولد تبعا للام كذا هذا قال رحمه الله (وان جده المشترى سقط حصته من الثمن) أى فى الفصل الاول وهو ما اذا اشتراها بثمرها بالشرط فكان له فيسقط من الثمن بحصته وان هلك

(قوله وفى الزرع القياس أن يقلع) قال الاتقانى ولو أن المشترى زرع فى الارض ثم حضر الشفيع فان المشترى لا يجبر على قلعه بالاجماع ولكنه ينظر الى وقت الادراك ثم يقضى للشفيع اه (قوله فى المتن وان فعلهما الشفيع فاستحقت الخ) قال فى الهداية ولو أخذها الشفيع فبنى فيها أو غرس ثم استحقت رجع بالثمن لانه تبين انه أخذه بغير حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذ منه ولا على المشترى ان أخذها منه وعن أبى يوسف انه يرجع لانه متملك عليه فنزلا منزلة البائع والمشترى والفرق على ما هو المشهور أن المشترى مغرور من جهة البائع ومسلط عليه ولا غرور ولا تسليط فى حق الشفيع من المشترى لانه مجبور عليه اه قال الاتقانى قال الكرخى فى مختصره واذا اشترى الرجل دارا فأخذها الشفيع بالشفعة فبناها ثم استحقت الدار فان المستحق يأخذ الدار ويقال للشفيع اهدم بناءك ولا يرجع على المشترى بقيمة البناء ان كان أخذ الدار من يده لانه ليس بمغرور وهو أدخل نفسه فى الاخذ بالشفعة وأجبر من كانت فى يده على تسليم ذلك اليه وهذه الرواية المشهورة وهى رواية محمد فى الاصول ولم يحك عن أحد من أصحابنا خلافا وروى بشر بن الوليد عن أبى يوسف قال سمعت أبا يوسف سئل عن رجل اشترى دارا وأخذها رجل بالشفعة فاستحقت الدار من يده وقد بنى فيها على من يرجع بقيمة البناء قال على الذى قبض الثمن وكذلك روى الحسن بن زياد عن أبى يوسف أن الشفيع يرجع على المشترى بقيمة البناء الى هنا لفظ الكرخى (قوله حيث يسقط من الثمن بحصته) أى لان الارض ليس بعضها بتبع لبعض فاذا لم يسلم للشفيع سقطت حصتها بكل حال والبناء تبع للارض فاذا سلم للمشترى سقط حصته وان لم يسلم له لم يسقط اه اتقانى ﴿ فرع ﴾ قال الشيخ الامام أبو الحسن الكرخى فى مختصره قال بشر بن الوليد وعلى بن الجعد سمعنا أبا يوسف قال فى رجل

بآفة سماوية فكذلك لانها ادخل بالتسمية صار أصلا فيسقط بحصته من الثمن بفواته وأما فى الفصل الثانى فيأخذ الارض والنخل بجميع الثمن لان الثمر لم يكن موجودا عند العقد فلا يدخل عند الاخذ فى المبيع الا تبعا فلا يقابله شئ من الثمن وكان أبو يوسف رحمه الله يقول أولا يحط عنه من الثمن فى الفصل الثانى أيضا لان حال المشترى مع الشفيع كحال البائع مع المشترى قبل قبض المبيع ولو أكل البائع الثمر الحادث بعد العقد سقط حصته من الثمن فكذا هنا ثم رجع الى ما ذكر فى الكتاب من أنه لا يسقط شئ من الثمن لان الشفيع يأخذ بما قام على المشترى وهو قام عليه المبيع بدون الثمر بجميع الثمن فيأخذه به وهذا لان الحادث من الثمر بعد القبض لا حصة له من الثمن بخلاف ما اذا كانت موجودة عند العقد لانها تدخل قصدا على ما بينا وبخلاف الحادثة قبل القبض عند البائع لانها حدثت على ملك المشترى ويكون لها حصة من الثمن اذا صارت مقصودة بورود القبض عليها أو بالاستهلاك وليس للشفيع أن يأخذ الثمر بعد الجداد فى الفصلين لزوال التبعية بالانفصال قبل الاخذ والله أعلم بالصواب

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

قال رحمه الله (انما تجب الشفعة فى عقار ملك بعوض هو مال) قوله فى عقار يتناول ما يقسم وما لا يقسم وقال الشافعى رحمه الله لا تجب فيما لا يقسم كالبئر والرحا والحمام والنهر والطريق وهذا مبنى على أن الشفعة تجب لدفع أجرة القسام عنده وعندنا لدفع ضرر سوء العشرة على الدوام فبنى كل على قاعدته والنصوص تشهد لنا لانها مطلقة فتتناول ما يقسم وما لا يقسم واحترز بقوله بعوض عما اذا ملك بالهبة فان الشفعة لا تجب فيها وبقوله هو مال عما اذا ملك بعوض هو غير مال كالمهر والخلع والصلح عن دم العمد والعتق ونحو ذلك فان الشفعة لا تجب فى هذه الاشياء على ما نبينه من قريب قال رحمه الله (لا فى عرض وفلك) أى لا تجب الشفعة فى عرض وسفينة وقال مالك رحمه الله تجب فى السفينة لانها تسكن كالعقار ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا شفعة الا فى دار أو ربع أو حائط ولان الاخذ بالشفعة ثبت بالنص على خلاف القياس فى العقار فلا يجوز الحاق المنقول به لانه ليس فى معنى العقار وهذا لان الشفعة انما شرعت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام وما ينقل ويحول لا يدوم فلا يدوم الضرر فيه كما يدوم فى العقار لان المنقول يشترى للبيع عادة ولمصلحة المعاش ثم يخرجه عن ملكه اذا قضى وطره ولا كذلك العقار قال رحمه الله (وبناء ونخل بيعا بلا عرصة) لانهما منقولان فلا تجب فيهما اذا بيعا بلا أرض وان بيعا مع الارض تجب فيهما الشفعة تبعا للارض بخلاف العلو حيث يستحق بالشفعة

اشترى دارا فهدم بناءها فباعه ثم جاء شفيعها فانه يقسم الثمن على قيمة البناء مبنيا وعلى قيمة الارض فما أصاب الارض يأخذها الشفيع بذلك هكذا قال أبو حنيفة وكذلك لو نزع بابا من الدار فباعه ولو احترق البناء حتى ذهب أو غرق من غير فعله حتى ذهب فلم يبق منه شئ فان أبا حنيفة قال فى ذلك يأخذ الشفيع بجميع الثمن أو يترك فان انهدم البناء فكان على الارض مهدوما فان الثمن يقسم على قيمة البناء مهدوما وعلى قيمة الارض فيأخذ الشفيع الارض بما أصابها ولا سبيل له على البناء اذا زايل الارض الى هنا لفظ الكرخى فى مختصره قال القدورى فى شرحه أما وجوب الشفعة فى البناء المتصل فلانه فى حكم الجزء من العرصة بدلالة دخوله فى العقد من غير تسمية وأما اذا هدمه فلا شفعة فيه عندنا ومن أصحاب الشافعى (٣٥٤) من قال يأخذه مع الدار وهذا فاسد لانه منفصل عما تعلقت به الشفعة فلم يكن للشفيع أخذه كالثمر وأما اذا هدمه المشترى أو هدمه أجنبى أو انهدم بنفسه ولم يهلك فان الشفيع يأخذ الارض بحصتها فان احترق بغير فعل أحد أخذها الشفيع بكل الثمن وللشافعى قولان أحدهما يأخذها بجميع الثمن والآخر انه يأخذها بالحصة فى الجميع أما اذا احترق البناء فلان حق الشفيع مع المشترى كحق المشترى مع البائع ومعلوم أن البناء اذا احترق فى يد البائع كان المشترى بالخيار ان شاء أخذ بجميع الثمن أو ترك فكذلك هذا ولانه نقص دخل فى المبيع بغير فعل آدمى فصار كالو وهى البناء أو تشقق الحائط وأما اذا هدم المشترى فالاتباع لا حصة لها بالعقد ولها حصة بالقبض ولهذا لو هدم البائع البناء سقطت حصته عن المشترى فكذلك اذا هدمه أجنبى لان العوض يسلم للمشترى فكأنه باعه وكذلك اذا انهدم بنفسه ولم يهلك لان الشفعة سقطت عنه وهو عين قائمة فلا يجوز أن يسلم للمشترى بغير شئ الا أنه قال فى ويستحق المشترى اذا هدمه أو هدمه أجنبى ان الثمن يقسم على قيمته قائما لانه يدخل فى ضمان المشترى بالاتلاف وهو على هذه الصفة فأما اذا انهدم بنفسه فلم يدخل فى ضمان أحدهما فاعتبر قيمته على حاله مهدوما اهـ اتقانى (قوله وأما فى الفصل الثانى) أى وهو ما اذا أثمر فى يده اهـ

﴿باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب﴾

(قوله بخلاف العلو) أى عدم وجوب الشفعة فى البناء بخلاف العلو فان الشفعة تجب فيه قال الكرخى فى مختصره وان بيع سفل عقار دون علوه أو علوه دون سفله أو هما وجبت فيه الشفعة بيعا جميعا أو كل واحد منهما على انفراده وقال أبو يوسف ان وجوب الشفعة فى

ويستحق به السفل على أنه مجاوره وذلك اذا لم يكن طريقه طريق السفل وان كان طريقهما واحدا يستحق بالطريق الشفعة على أنه خليط في الحقوق وهو الطريق لان حق التعلي يبقى على الدوام وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار ولا كذلك البناء والنخل فلا تستحق بهما الشفعة قال رحمه الله (ودار جعلت مهرا أو أجرة أو بدل خلع أو بدل صلح عن دم عمد أو عوض عتق أو وهبت بلا عوض مشروط) لان الشرع لم يشرع التملك بالشفعة الا عما تملك به المشتري صورة ومعنى أو معنى بلا صورة ولا يمكن ذلك اذا تملك العقار بهذه الاشياء لانها ليست بأموال ولا مثل لها حتى يأخذه الشفيع بمثلها فلا يمكن مراعاة شرط الشرع فيه وهو التملك بما تملك به المشتري فلم يكن مشروعا وعند الشافعي رحمه الله تجب فيها الشفعة لان هذه الاعواض متقومة عنده فيؤخذ بقيمتها عند تعذر الاخذ بمثلها كما في البيع بعوض ألا ترى أنها مضمونة بها شرعا والضمان يكون بالقيمة فهذا يدل على أنه جعل قيمة لها بخلاف الهبة بلا عوض لتعذر الاخذ بلا عوض اذ هو غير مشروع وقوله يتأتى فيما اذا وقعت هذه الاشياء في جزء شائع من العقار من أحد الشريكين لانه لا شفعة عنده الا للشركاء ولنا أن المستحق بهذه العقود ليست بمال ولا هي مثل المال لا صورة ولا معنى فلم يصلح المال قيمة لها لان قيمة الشيء ما يقوم مقامه لاتحادهما في المقصود ولا اتحاد في المقصود بين المال وبين هذه الاشياء فلا تكون قيمة لها غير أن الشارع جعلها مضمونة بالمال إما لخطرها أو للضرورة فلا تتعدى موضعها لان ما ثبت للضرورة يقتصر عليها ولا ضرورة في حق ثبوت الشفعة فلا تكون متقومة في حقه فيكون المأخوذ بمقابلتها بمنزلة الموهوب بلا عوض ولان الشفيع يتملك بما يتملك به المشتري من السبب لا بسبب آخر وهنا لو أخذه كان يأخذه بسبب آخر غير الاول لان الاول نكاح أو اجارة أو غير ذلك وليس ببيع أصلا ولو أخذه لكان بيعا وفيه انشاء تصرف غير الاول والاخذ بالشفعة لم يشرع الا بالسبب الاول ولهذا تتحول الصفقة اليه قبل القبض وفي هذه العقود لا يمكن ذلك فلا تكون الشفعة فيها مشروعة لانه ليس بمورد النص ولا هو في معناه فيمتنع الالحاق ولو تزوجها بغير مهر ثم فرض لها عقارا مهرا لم تكن فيها الشفعة لانه تعيين لمهر المثل وهو مقابل بالبضع بخلاف ما لو باعها العقار بمهر مثلها أو بالمسمى عند العقد أو بعده حيث تثبت فيه الشفعة لانه مبادلة مال بمال لان ما أعطاها من العقار بدل عما في ذمته من المهر ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألف درهم فلا شفعة في جميع الدار عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا تجب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينعقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبع ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة دون التبع ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه قال رحمه الله (أو بيعت بخيار للبائع) لان خياره يمنع خروج المبيع عن ملكه وبقاء ملكه يمنع وجوب الشفعة لان شرط وجوبه أن يخرج عن ملكه فان أسقط الخيار

السفل والعلو استحسان روى ذلك عنه ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه أما اذا بيعا جميعا فلا شفعة فيه لانه باع العرصة بحقوقها فتتعلق الشفعة بجميع ذلك وأما اذا باع السفل دون العلو فلقوله عليه الصلاة والسلام لا شفعة الا في ربع ولان التأذي يخاف فيها على وجه الدوام وأما العلو فلانه حق متعلق بالبقعة على التأبيد وهو كنفس البقعة والذي قاله أبو يوسف من الاستحسان انما هو العلو اذ كان القياس أن لا تجب فيه الشفعة لانه لا يبقى على وجه الدوام وانما استحسنوا لان حق الوضع متأبد فهو كالعرصة اهـ اتقاني وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره (٢٥٣) ولو أن رجلا له علو في دار وطريقه في دار أخرى الى جنبها فباع صاحب العلو علوه فأصحاب الدار الذي فيه الطريق أولى بالشفعة الى هنا لفظ الكرخي وذلك أنهم شركاء في الطريق وصاحب الدار التي فيها العلو جار والشريك في الطريق أولى من الجار ولو ترك صاحب الطريق الشفعة ولصاحب العلو جار ملاصق أخذه بالشفعة مع صاحب السفل لان كل واحد منهما جار العلو والتساوي في الجوار يوجب التساوي في الشفعة كذا ذكر القدوري اهـ اتقاني (قوله ولو تزوجها بغير مهر الخ) قال في شرح الكافي وكذلك لو تزوج امرأة بغير مهر ثم فرض لها دارا مهرا أو صالحها على أن جعلها لها مهرا أو أعطاها اياها مهرا لم يكن فيها شفعة لان في هذه الوجوه كلها تكون الدار عوضا اذ الصلح والعوض يكون تقدير المهر المثل اهـ اتقاني (قوله ألا ترى أن المضارب اذا باع دارا) أي من المضاربة ورب المال شفيعها اهـ اتقاني وكتب ما نصه ولو باع المضارب دارا من غير المضاربة كان لرب المال أن يأخذها بالشفعة بداره من المضاربة وتكون له خاصة لانه جار بدار المضاربة ولو باع رب المال داره خاصة والمضارب شفيعها بدار المضاربة فان كان فيها ربح فله أن يأخذها لنفسه لانه جار بقدر نصيبه وان لم يكن فيها ربح لم يأخذها لانه ليس بجار اهـ غاية (قوله لكونه تابعا) وليس في مقابلة رأس المال شفعة لان المضارب وكيل رب المال في البيع وكل من بيع له لا تجب له الشفعة فكذا لا تجب في التبع اهـ (قوله فيه) أي في رأس المال اهـ (قوله في المتن أو بيعت بخيار البائع) انظر في كلام الشارح فيما سيأتي قبيل قوله أو ثمن الدرك عن البائع اهـ

(قوله وجبت الشفعة) قال الاتقاني وأما الخيار المشروط للمشتري فلا يمنع من ثبوت الشفعة لان المبيع خرج من ملك البائع بالاتفاق وانما اختلف أصحابنا هل دخل في ملك المشتري أولم يدخل والشفعة انما تجب برغبة البائع عن ملكه بدلالة أنه لو ادّعى أنه باع داره من زيد فجحد زيد وجبت الشفعة لاجل اعترافه بخروج الشيء عن ملكه وان لم يحكم بدخوله في ملك المشتري اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني وأما خيار الرؤية والعيب فلا يمنع الشفعة لانه لا يمنع من خروج المبيع من ملك البائع وهذا المعنى هو سبب الشفعة كذا ذكر القدوري في شرحه لمختصر الكرخي (٢٥٤) وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو كان البيع بشرط الخيار لهما جميعا

وجبت الشفعة فيه لوجود السبب وزوال المانع ثم في الاصح يشترط الاشهاد عند سقوط الخيار لان البيع انما صار سببا لافادة الحكم في ذلك الوقت ووجوب الشفعة يبتني على انقطاع حق المالك بالبيع وهو ينقطع به عنده وان اشترى بشرط الخيار وجبت الشفعة أما عندهما فظاهر لان المشتري يملكها وأما عنده فلخروجه عن ملك البائع ووجوب الشفعة يبتني عليه ألا ترى أن البائع اذا أقر بالبيع وأنكر المشتري تجب الشفعة ثم ان أخذها الشفيع في الثلاث لزم البيع لعجز المشتري عن الردّ ولا خيار للشفيع لان خيار الشرط لا يثبت الا بالشرط واسمه ينبئ عنه والشرط كان للمشتري دون الشفيع واذا بيعت دار بجنبها والخيار لاحدهما كان له الاخذ بالشفعة لان البائع لم يخرج المبيع عن ملكه ان كان الخيار له فله أن يأخذها بالشفعة ويسقط خياره وينفسخ البيع لان الاخذ بالشفعة نقض منه للبيع لانه أراد بذلك الاستيفاء اذ لا تجب الشفعة الا لدفع ضرر على الدوام وكذلك المشتري عندهما ان كان الخيار له لان المبيع دخل في ملكه عندهما لانه يصير بالاخذ مختارا للمبيع فيصير اجازة فيلزم ويملك به المبيع ولانه صار أحق بالمبيع من غيره وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة كالمأذون له والمكاتب اذا بيعت دار بجنب دارهما وكذا اذا اشترى دارا ولم يرها فبيعت دار بجنبها قبل أن يرى الأولى كان له أن يأخذها بالشفعة لان ملكه في التي يشفع بها ثابت فيستحق به الشفعة كما يستحق فيما اذا اشترى مع خيار الشرط أو باع لكنه هنا اذا أخذ المشفوعة لا يسقط خياره لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فبدلالته أولى ثم اذا حضر شفيع الدار الأولى وهي التي اشتراها المشتري كان له أن يأخذها بالشفعة لانه هو أولى بها من المشتري لما عرف أن الشفيع أولى من المشتري وليس له أن يأخذ الثانية وهي التي أخذها المشتري بالشفعة اذا لم تكن متصلة بملكه لانعدام سبب الشفعة في حقها واتصالها بالمشفوعة لا يفيده لعدم ملكه فيها وقت بيع الاخرى وان كانت متصلة بملكه كان له أن يشاركه فيها بالشفعة لوجود السبب وهذا لا يختص بالشراء بخيار شرط أو رؤية بل كل من اشترى دارا أو بيعت دار بجنبها كان له هو أن يأخذها بالشفعة ثم اذا جاء شفيع الأولى بعدما أخذ المشتري الثانية بالشفعة كان لهذا الذي جاء أن يأخذ الأولى بالشفعة وليس له أن يأخذ الثانية بالشفعة الا اذا كانت متصلة بملكه على ما بينا قال رحمه الله (أو بيعت فاسدا ما لم يسقط حق الفسخ بالبناء) أي لا شفعة في دار بيعت بيعا فاسدا حتى يسقط حق الفسخ بشيء يسقطه كالبناء لان البيع الفاسد قبل القبض لا يفيد الملك للمشتري فيكون ملك البائع باقيا على حاله فلا يثبت للشفيع فيه حق مع بقاء ملكه وبعد القبض وان كان يفيده لكن حق البائع باق فيها ألا ترى أنه واجب الرفع لدفع الفساد ولهذا يحرم على المشتري التصرف فيها وفي اثبات الحق له تقريره فلا يجوز ولانه لو جاز لتحول ذلك الفساد بعينه الى الشفيع بخلاف الدار المشتراة بخيار الشرط للمشتري حيث يأخذها الشفيع لخروجها عن ملك البائع ولم يتعلق له فيها حق ولهذا جاز للمشتري التصرف فيها بخلاف المشتري في البيع الفاسد ثم اذا سقط حق الفسخ زال المانع من وجوب الشفعة

فلا شفعة فيها لاجل خيار البائع ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له فيها لانه لما شرط الخيار للشفيع صار كأنه شرط الخيار لنفسه فان أجاز الشفيع البيع جاز وبطلت شفعته لان البيع من جهة الشفيع قد تم وصار كأنه باع وإن فسخ فلا شفعة له أيضا لان ملك البائع لم يزل ولكن الحيلة له في ذلك أن لا يجيز ولا يفسخ حتى يجيز البائع البيع أو يجوز بمضي المدة فحينئذ له الشفعة وكذلك لو باع داره على أن يضمن له الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان البيع من جهة الشفيع قد تم ولا شفعة له وكذلك لو اشترى المشتري الدار على أن يضمن له الشفيع الدرك عن البائع والشفيع حاضر فضمن جاز البيع ولا شفعة له لان الملك قد تم بضمانه فلا شفعة لانه نزل منزلة البائع ولو أن المشتري اشترى دارا وشرط الخيار للشفيع ثلاثة أيام كان للشفيع الشفعة لان اشتراط الخيار له كاشتراطه للمشتري وذلك لا يمنع وجوب الشفعة اهـ (قوله ثم ان أخذها فتجب الشفيع في الثلاث) أي في مدة الخيار التي هي الثلاث وقيد بالثلاث لتكون المسئلة بالاتفاق اهـ اتقاني (قوله لا يبطل بصريح الابطال) يعني لو قال أبطلت خيار الرؤية لا يبطل قبل وجود الرؤية لان ثبوته موقوف على وجود الرؤية اهـ اتقاني (قوله اذا لم تكن متصلة بملكه) أي ملك له آخر غير هذه الدار التي أخذها بالشفعة اهـ (قوله وفي اثبات الحق له) أي للشفيع اهـ (قوله ثم اذا سقط حق الفسخ الخ) قال الكرخي فان سقط حق البائع في النقض كان للشفيع أن يأخذ ما ملك بقيمته يوم القبض وذلك لان البيع الفاسد عندنا يملك المبيع فيه

فتجب وهو المراد بقوله مالم يسقط حق الفسخ بالبناء أى بناء المشترى فيها لان حق البائع ينقطع به عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما لا ينقطع به فلا تجب فيها الشفعة وتخصيصه بالبناء لا فائدة فيه لان شرط وجوب الشفعة أن ينقطع حق البائع ولا يختص ذلك بالبناء بل ينقطع حق البائع باخراج المشترى المبيع بالبيع أو غيره على ما عرف فى البيع الفاسد فان أخرجه عن ملكه بالبيع كان للشفيع أن يأخذها بأى البيعين شاء لانقطاع حق البائع فان أخذه بالبيع الثانى أخذه بالثمن لان البيع الثانى صحيح والواجب فيه الثمن فيأخذه به وان أخذها بالبيع الاول أخذها بقيمتها لان الواجب فيه القيمة ولا يعود حق البائع بنقض البيع الثانى ليأخذها الشفيع لان البيع الثانى كان صحيحا مفيدا للملك وانما فسخ لحق الشفيع ولو عاد حق البائع لبطل حق الشفيع ومن المحال أن يبطل حقه بالفسخ لاجله لان ما يكون من مقتضيات حق شخص لا يثبت على وجه يبطل حقه وكذا ان أخرجه عن ملكه بغير البيع كالهبة أو جعله مهرا أو غير ذلك نقض تصرفه وأخذه بقيمته لما ذكرنا وان بيعت دار بجنبها قبل القبض فللبائع الشفعة فى المبيعة لبقاء ملكه فيها وان سلمها الى المشترى فهو شفيعها لان الملك له ولا يؤدى أخذها الى تقرير الفساد لان الفسخ ممكن بعد الاخذ بالشفعة ولا فساد فى المأخوذة بخلاف المشتراة شراء فاسدا لان أخذها بالشفعة يؤدى الى تقرير الفساد على ما بينا ثم ان سلم البائع المبيع الى المشترى قبل الاخذ بالشفعة بطلت شفعته كما اذا باعها قبل الاخذ بالشفعة وان سلمها بعد الحكم له بها لا تبطل لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم فلا يبطل باخراج الأولى عن ملكه وانما يستحق المشترى الدار المبيعة بجنبها بالشفعة اذا كان بيعها بعد قبضه لا قبله لان الشفعة انما تستحق بالملك ولا ملك له قبله وان بيعت بعد القبض فاستردها البائع منه قبل أن يقضى له بالشفعة بطلت شفعته لخروجها عن ملكه قبل الاخذ فصار كما اذا باعها قبله وان استردها بعد الحكم له بها بقيت على ملكه لما ذكرنا قال رحمه الله (أو قسمت بين الشركاء) أى لو قسمت الدار بين الشركاء لا تجب الشفعة لجارهم بالقسمة بينهم لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجرى فيها الجبر والشفعة لم تشرع الا فى المبادلة المطلقة وهى المبادلة من كل وجه قال رحمه الله (أو سلمت شفعته ثم ردت بخيار رؤية أو شرط أو عيب بقضاء) أى اذا سلم الشفيع الشفعة ثم ردت الى البائع بخيار رؤية

بالقبض وانما لم تجب الشفعة لثبوت حق الفسخ فاذا سقط الفسخ إما لاتصال المبيع بزيادة أو لزوال ملك المشترى فقد زال المعنى المانع من وجوب الشفعة فوجبت الشفعة كالبيع المشروط فيه الخيار للبائع اذا سقط خياره وانما وجبت الشفعة بالقيمة لان البيع الفاسد لا يجب فيه المسمى وانما يملك بالقيمة والشفعة تجب بمثل العوض الذى لزم المشترى اه اتقانى (قوله لان شرط وجوب الشفعة الخ) قال الاتقانى رحمه الله نقلا عن شرح الكافى لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله واذا اشترى دارا شراء فاسدا فقبضها وبناها فان للبائع قيمتها فاذا جاء الشفيع أخذها بالشفعة فى قياس قول أبى حنيفة ويهدم المشترى بناءه وقال أبو يوسف ومحمد يرد الدار على البائع ويهدم المشترى بناءه ولا شفعة فيها أصل المسئلة أن المشترى شراء فاسدا اذا بنى فى الدار بناء ينقطع حق الاسترداد عند أبى حنيفة ومتى انقطع لزم البيع فيظهر للشفيع الشفعة لان المانع من ثبوت حق الشفعة قيام حق الاسترداد للبائع وقد بطل وعندهما لا ينقطع حق الاسترداد فلا يثبت للشفيع حق الشفعة فيكون للشفيع أن يأمر المشترى بهدم البناء لانه لو بناه فى البيع الصحيح يكون له حق النقض فاذا بناه فى البيع الفاسد أولى اه (قوله نقض) أى الشفيع اه (قوله قبل القبض) أى قبل أن يقبضها المشترى اه (قوله وان سلمها الى المشترى) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى رحمه الله فى شرح الكافى فان كان المشترى قد قبضها فبيعت دار بجنبها فللمشترى أن يأخذها بالشفعة لانه قد ملك الدار بالقبض فصار جارا عند وقوع البيع فاذا قضى القاضى له بالشفعة ثم ردت الدار لفساد البيع لم تبطل الشفعة لان القضاء قد صح فلا يبطل بزوال الملك فى داره لان بقاء الجوار ليس بشرط لبقاء الاستحقاق وان لم يأخذها حتى رد الدار بطلت شفعته لان قيام الجوار عند القضاء بالاستحقاق شرط ولم يوجد ولا شفعة للبائع أيضا فيها لان جواره حادث بعد البيع اه اتقانى (قوله لما ذكرنا) أى وهو أن بقاء ملكه فى التى يشفع بها بعد الحكم ليس بشرط كذا فى الهداية وأما ما ذكره الشارح فهو قوله لان ملكه فى المشفوعة قد تقرر بالحكم الخ اه من خط قارئ الهداية رحمه الله (قوله لان القسمة فيها معنى الافراز) أى وهو تمييز الحقوق وتعديل الانصباء اه اتقانى (قوله ولهذا يجرى فيها الجبر) أى وفيها معنى المبادلة أيضا اه اتقانى (قوله ثم ردت الى البائع بخيار رؤية) لم تتجدد شفعة الشفيع لان هذا فسخ يثبت شاء البائع أو أبى فلا يثبت له شبه بالعقد بخلاف الاقالة اه اتقانى وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخى اذا اشترى رجل من رجل دارا فسلم الشفيع الشفعة ثم رد المشترى الدار بخيار رؤية أو بخيار شرط قبل قبض الدار أو بعد ذلك فأراد الشفيع أن يأخذ الدار بالرد بالشفعة فليس له ذلك وان ردها بعيب قبل القبض بقضاء أو بغير قضاء أخذها بهذا الرد وان كان بقضاء فلا شفعة له فى الرد وجملة هذا ما ذكره القدورى فى شرحه أن الشفيع اذا سلم الشفعة ثم عاد المبيع الى البائع على حكم الملك الاول فلا شفعة له بالعود لانه أسقط شفعته عن ذلك ولا يعود الا بعود سبب آخر وكل موضع عاد الى البائع بحكم ملك مبتدأ كان للشفيع الشفعة كما لو اشتراها

أو شرط كيفما كان أو بعيب بقضاء قاض لا تجب الشفعة فيها لانه فسخ من كل وجه فلا يمكن أن يجعل عقدا جديدا فعادا الى قديم ملك البائع والشفعة تجب في الانشاء لا في الاستمرار والبقاء على ما كان ولا فرق في ذلك بين أن يكون الفسخ قبل القبض أو بعده وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية بالجر معناه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية ولا تصح الرواية بالنصب عطفا على الشفعة لان معناه يصير على هذا التقدير أن خيار الرؤية لا يثبت في القسمة فيفسد المعنى لان المذكور في كتاب القسمة أن خيار الرؤية وخيار الشرط يثبتان في القسمة لان ثبوتهما للخلل في الرضا في العقود التى لا تنعقد لازمة الا بالرضا والقسمة منها لما فيها من معنى المبادلة والمبادلة أغلب في غير المكيل والموزون فيجوز فيها خيار الرؤية ولا يجوز في المكيل والموزون لان معنى الافراز فيهما هو الغالب ولهذا كان لكل واحد من الشريكين أن يأخذ نصيبه من غير اذن صاحبه ولانه لا فائدة فيه لانه باعادة القسمة يأخذ نصيبه أو مثله بلا تفاوت بخلاف غيرهما من العقار والعروض لانه اذا أصابه غير ما أصابه في الاول قد يحصل غرضه لان المساواة فيها عند القسمة تثبت بضرب من الاجتهاد فيحتمل أن يقع في قابله أن نصيب غيره أحسن فتفيد الاعادة وقال في الكافي وصحح شمس الائمة السرخسي رحمه الله الرواية بالنصب وقال لا يثبت خيار الرؤية في القسمة سواء كانت القسمة بقضاء أو برضا وبه قال المشايخ رحمهم الله قال رحمه الله (وتجب لو ردت بلا قضاء أو تقايلا) أي تجب الشفعة ان ردها المشترى بعيب بغير قضاء القاضى أو تقايلا البيع وقال زفر رحمه الله لا تجب لان الشفعة قد بطلت بالتسليم والرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة فسخ لقصدهما ذلك والعبرة لقصد المتعاقدين قلنا الاقالة مثبتة للملك بتراضيهما كالبيع غير أنهما قصدا الفسخ فيصح فيما لا يتضمن ابطال حق الغير لان لهما ولاية على أنفسهما فيكون فسخا في حقهما ولا ولاية لهما على غيرهما فيكون بيعا جديدا في حق الشفيع لوجود حد البيع فيها وهو مبادلة المال بالمال بتراضيهما فيتجدد له بها حق الشفعة وقال صاحب الهداية ومراده الرد بالعيب بعد القبض لان قبله فسخ من الاصل وان كان بغير قضاء وانما يستقيم هذا على قول محمد رحمه الله لان بيع العقار عنده قبل القبض لا يجوز كما في المنقول فلا يمكن حمله على البيع وأما عندهما فيجوز بيعه قبل القبض فما المانع له من حمله على

والرد بخيار الرؤية والشرط يوجب عود الملك الاول وكذلك الرد بالعيب قبل القبض لانه فسخ من الاصل وأما الرد بالعيب بعد القبض فيختلف فيه القضاء وغير القضاء فان كان بقضاء قاض فلا شفعة فيه لانه انفسخ العقد من أصله وعاد على حكم الملك الاول وان ردها بغير قضاء ففيه الشفعة لان الشئ عاد على كه بقوله ورضاه فصار كأنه اشتراه ابتداء فتعلقت به الشفعة اهـ اتقانى (قوله كيفما كان) أى قبل القضاء أو بعده اهـ قارئ الهداية (قوله وفى الجامع الصغير الخ) قال الاتقانى رحمه الله وانما ذكر مسئلة الجامع الصغير لان فى قوله ولا خيار رؤية اختلاف الروايتين ففى كل منهما فائدة يروى بكسر الراء عطفا على القسمة أى لا شفعة فى الرد بخيار الرؤية كما لا شفعة فى القسمة ويروى بفتح الراء وضمها عطفا على الشفعة وعلى الحل أما رواية الكسر فظاهر حيث لا تثبت الشفعة فى خيار الرؤية لانه فسخ من الاصل والرواية الاخرى أثبتها الفقيه أبو الليث السمرقندى فى شرح الجامع الصغير فقال معناه لا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية فى القسمة أيضا وانما لم يجب فى القسمة خيار الرؤية لانه (٣٥٦) لا فائدة فى رده لانه لو رده كان له أن يطلب القسمة من ساعته فلا يكون فى الرد فائدة وأنكر هذه الرواية فخر الاسلام البزدوى ومن تبعه كالصدر الشهيد وصاحب الهداية فقال فخر الاسلام محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة قال لا شفعة فى قسمة ولا خيار رؤية أما الشفعة فى القسمة فلان القسمة ليست ببيع محض بل فيه معنى الافراز ألا ترى أن الممتنع عنها يجبر عليها ولا خلاف أن فى القسمة معنى الافراز والشفعة انما شرعت فى البيع فلا يصح اثباتها فى الذى يخالفه كما لم تجب فى معاوضة مال بغير مال وأما قوله ولا خيار رؤية فان كانت الرواية بكسر الراء فان معناه لا شفعة فى الرد بخيار الرؤية وان كانت الرواية بفتح الراء فان معناه أن لا يثبت خيار الرؤية فى القسمة وذلك غير صحيح بل الصحيح المنصوص فى كتاب القسمة أن يثبت خيار الرؤية فى القسمة وخيار الشرط يثبت

البيع البيع

فى ذلك بلا اشكال كل ذلك فى كتاب القسمة وحمل فخر الدين قاضيخان فى شرح الجامع الصغير رواية الفتح على ما اذا كانت التركة مكيلا أو موزونا من جنس واحد فاقتسموا لا يثبت خيار الرؤية لانه لو رد القسمة بخيار الرؤية يحتاج الى القسمة مرة أخرى فيقع فى نصيبه عين ما وقع فى المرة الاولى أو مثله فلا يفيده خيار الرؤية أما لو كانت عقارا أو شيأ آخر يفيد خيار الرؤية لانه لو رد بخيار الرؤية فاذا اقتسموا ثانيا ربما يقع فى نصيبه الطرف الذى يوافقه فيكون مفيدا اهـ مع حذف وكتب ما نصه خيار الرؤية والشرط هل يثبتان فى القسمة ردها بعيب قبل القبض بغير قضاء ردها بعيب قبل القبض بقضاء لا تجب الشفعة فيهما لانه فسخ من الاصل ردها بعيب بعد القبض بلا قضاء تجب الشفعة ردها بعيب بعد القبض بقضاء لا تجب الشفعة لانه فسخ (قوله وبه قال المشايخ) فى الكافى وبه أخذ بعض المشايخ اهـ (قوله ان ردها المشترى بعيب) أى بعد القبض اهـ (قوله ومراده) أى مراد القدورى اهـ (قوله وأما عندهما فيجوز بيعه الخ) الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل فى حق الكل حتى كان له أن يرده على بائعه وان كان بغير قضاء وصار بمنزلة خيار الشرط والرؤية

البيع وهذا لان الرد بالعيب بغير قضاء اقالة والاقالة بيع عند أبي يوسف رحمه الله مطلقا ما لم يتعذر جعله بيعا وعند أبي حنيفة رحمه الله وان كان فسخا في حقهما لكنه بيع جديد في حق غيرهما فأمكن جعله بيعا في حق الشفيع فلا يفترق الحال بين أن يكون بعد القبض أو قبله والله أعلم بالصواب

﴿باب ما تبطل به الشفعة﴾

قال رحمه الله (وتبطل بترك المواثبة أو التقرير) أي تبطل الشفعة بترك طلب المواثبة أو طلب التقرير حين علم مع القدرة عليه بان لم يسد أحد فمه أو لم يكن في الصلاة لانها تبطل بالاعراض وترك الطلبين أو أحدهما مع القدرة عليه دليل الاعراض على ما بينا من قبل قال رحمه الله (و بالصلح عن الشفعة على عوض وعليه رده) أي تبطل الشفعة اذا صالح المشتري الشفيع على عوض وعلى الشفيع رد العوض لان حق الشفعة ليس بمتقرر في المحل وانما هو مجرد حق التملك فلا يجوز أخذ العوض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط كما اذا قال الشفيع أسقطت شفعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت أو على أن لا تطالب الثمن مني لكونه ملائما حتى لو تراضيا سقط حق كل واحد منهما ومع هذا لا يتعلق اسقاط الشفعة بهذا الشرط بل يسقط بمجرد قوله أسقطت بدون تحقق الشرط فلأن لا يتعلق سقوطه بالشرط الفاسد وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال بل هو رشوة محض أولى فيصح الاسقاط و يبطل الشرط وكذا لو باعه شفعته بمال لما بينا ولان البيع تمليك مال بمال وحق الشفعة لا يحتمل التمليك فكان عبارة عن الاسقاط فقط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها بخلاف الاعتياض عن القصاص وملك النكاح واسقاط الرق لان ملكه في هذه الاشياء متقرر في المحل ولهذا يستوفيه و ينفرد به ألا ترى أن للولي أن يقتله قصاصا بغير قضاء ولا رضا فعلم أن حقه ثابت في المحل في حق القتل ولولا ذلك لما تمكن من القتل بغير قضاء ولا رضا ونظير ما نحن فيه ما اذا قال للمخيرة اختاريني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاختارت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا بمنزلة الشفعة في رواية وفي رواية أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل في الشفعة كذلك حتى لا يجب المال ولا تبطل الشفعة وقيل هذه الرواية في الكفالة خاصة ووجه الفرق بينهما على هذه الرواية أن الشفعة تبطل بالاعراض دون الكفالة والاصح أن الكفالة والشفعة يسقطان ولا يجب المال هذا اذا كان بعد البيع وأما قبل البيع فلا يسقط به لان اسقاط الحق قبل وجوبه لا يصح وبعده يسقط بالاسقاط علم بالسقوط أو لم يعلم لانه لا يعذر بالجهل بالاحكام في دار الاسلام ولا يرتد بالرد لانه مجرد حق ولو صالح على أخذ نصف الدار بنصف الثمن يجوز ولو صالح على أخذ بيت بحصته من الثمن لا يجوز الصلح ولا تسقط شفعته لانه لم يوجد منه الاعراض غير أن الثمن مجهول لان حصته من الثمن غير معلومة عند الاخذ ومثله من الجهالة تمنع صحة البيع ابتداء والاخذ بالشفعة بيع من الشفيع قال رحمه الله (و بموت الشفيع لا المشتري) أي بموت الشفيع قبل الاخذ بعد الطلب أو قبله تبطل الشفعة ولا تورث عنه ولا تبطل بموت المشتري وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا لان هذا حق معتبر في الشرع

(قوله في المتن و بالصلح عن الشفعة على عوض) راجع الفصل الذي في كتاب الصلح اه (قوله ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط) قال في الهداية ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفاسد أولى اه أي لا يتعلق اسقاط حق الشفعة بالجائز من الشرط وهو ما ليس فيه ذكر مال فبالفاسد من الشرط أولى أن لا يتعلق وهو ما فيه ذكر مال ولنا فيه (٢٥٧) نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالجائز من الشرط ألا ترى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الدار ان كنت اشتريتها لنفسك وقد اشتراها لغيره أو قال للبائع سلمتها لك ان كنت بعتها لنفسك وقد باعها لغيره ليس بتسليم وذلك لان الشفيع علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعتاق ولهذا لا يرتد بالرد وما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا ينزل الا بعد وجود الشرط ولم يوجد الشرط فلا ينزل التسليم كذا ذكر الشيخ أبو المعين في شرح الجامع الكبير اه اتقاني (قوله والكفالة بالنفس الخ) قال الاتقاني وقد اختلفت الرواية في الكفالة بالنفس اذا أسقطها بعوض فقال في احدى الروايتين الكفالة باطلة والعوض باطل وسوى بينها وبين الشفعة لان اسقاط الحق فيها لا يقف على عوض فبطلان العوض من طريق الحكم لا يمنع من بطلانها وقال في الرواية الاخرى

لا تسقط وذلك لانها حق أقوى من الشفعة بدلالة أنها لا تبطل بالسكوت والاعراض ما لم يرض باسقاطها فاذا لم يسلم العوض لم تسقط اه (قوله وقال الشافعي لا تبطل بموت الشفيع أيضا) أي وتنتقل الشفعة الى ورثته والخلاف فيما اذا مات الشفيع قبل القضاء بالشفعة له فاذا مات بعد القضاء قبل نقد الثمن وقبض المبيع فالبيع لازم لورثته بالاتفاق قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي صورته أن دارا بيعت ولها شفيع وطلب الشفعة فاثبتها بالطلبين ثم مات قبل الاخذ بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه

فأراد ورثته أخذها فليس لهم ذلك ولو كان الشفيع ملكها بالقضاء أو بتسليم المشتري اليه ثم مات تكون ميراثا لورثته اهـ اتقاني (قوله وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه) قال الاتقاني فاذا باع القاضي أو الوصي في دين المشتري فللشفيع أن يبطل البيع لان هذا التصرف تضمن ابطال حق الغير فيفسخ وكذلك لو أوصى المشتري فيه بوصية كان للشفيع نقضها وأخذها اهـ (قوله وكذا إبراء الغريم) أي صحيح وان لم يعلم من له الدين اهـ (قوله لان كل ذلك اسقاط الخ) قال في شرح الكافي رجل باع دارا ورضي الشفيع ثم جاء يدعي أنه لم يعلم ان حدها الى موضع كذا أو ظن انها أقرب أو أبعد ويدعي شفعته حين علم قال لا شفعة له لان صحة التسليم لا تقف على كون الدار معلومة كصحة الابراء في الديون لا تتوقف على العلم عقدارها فتى صح التسليم كان هذا دعوى بعد التسليم فلا يسمع اهـ اتقاني (٣٠٨) (قوله في المتن ولا شفعة لمن باع أو بيع له) قال في الهداية وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له ووكيل المشتري اذا ابتاع فله الشفعة اهـ (قوله والاصل فيه الخ) هكذا قال صاحب الهداية قال الاتقاني قال في شرح الطحاوي وبيان ذلك أن صاحب الدار لو وكل شفيع الدار بالبيع فباعها فلا شفعة له لانه هو الذي باع ولو أن مضاربا لرجل باع دارا من المضاربة ورب المال شفيعها بدار له أخرى فلا شفعة له لانه بيع له وان كان لا يملك نهيه عن البيع وان كان المشتري وكل شفيع الدار بشرائها فاشتراها له فله الشفعة ألا ترى أنه لو اشترى دارا لنفسه وهو الشفيع كان له الشفعة حتى لو جاء شفيع مثله أخذ نصف الدار منه ولو جاء شفيع دونه فلا شفعة له وكذلك لو اشترى المضارب بمال المضاربة دارا ورب المال شفيعها كان له أن يأخذها بالشفعة لانه اشترى له ومن اشترى أو اشترى له فلا تبطل شفعته وقال في الجامع الكبير رجل اشترى دارا على أن يضمن الشفيع الثمن عن المشتري أو أن يضمن للمشتري الدرك أو اشترط البائع الخيار للشفيع فأمضى البيع فهذا كله تسليم للشفعة قال الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير أما اذا باع فضمن الشفيع الثمن عن المشتري والشفيع حاضر فقبل في المجلس جاز البيع بهذا الشرط استحسانا والقياس أن لا يجوز ألا ترى أنه لو لم يقبل في المجلس لا يصح البيع ذكر محمد القياس والاستحسان في كتاب البيوع من المبسوط وأما لا شفعة للشفيع فلان الشفيع صار كالبائع من وجه وكالمشتري من وجه أما كالبائع من وجه لان البيع يتم به وكذا له أن يطالب المشتري بأداء الثمن حتى يخلصه عن الكفالة متى كانت الكفالة بأمره كالبائع مطالبة المشتري بأداء الثمن وأما كالمشتري من وجه لان الشراء يتم به وكذا البائع يطالبه بالثمن كما يطالب المشتري فوقع التردد في ثبوت حق الشفعة فلا يثبت لان حق الشفعة متى دار بين أن يثبت وبين أن لا يثبت لا يثبت فان قيل البائع من كل وجه انما لم تكن له الشفعة لان ايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد لان البيع لتمليك المبيع

كالقصاص وحق الرد بالعيب ولنا أنه مجرد حق وهو حق التملك وأنه مجرد رأي وهو صفته فلا يورث عنه بخلاف القصاص لان من عليه القصاص صار كالمملوك لمن له القصاص ولهذا جاز أخذ العوض عنه وملك العين يبقى بعد الموت فأمكن ارثه بخلاف الشفعة لانها مجرد حق اذ هي مجرد الرأي والمشيئة ولهذا لا يجوز الاعتياض عنها وكذا لا يمكن ارثها ولان الشفيع يزول ملكه بالموت عن داره التي يشفع بها ويثبت الملك فيها للوارث بعد البيع وقيام ملك الشفيع في التي يشفع بها من وقت البيع الى الاخذ بالشفعة شرط ولم يوجد في حق الميت وقت الاخذ ولا في حق الوارث وقت البيع فبطلت لانها لا تستحق بالملك الحادث بعد البيع ولا بالملك الزائل وقت الاخذ وانما لا تبطل بموت المشتري لان المستحق باق ولم يتغير سبب حقه وانما حصل الانتقال الى الورثة في الدار المشفوعة وذلك حقه كما اذا انتقل الى غيره بسبب آخر فينقضه ويأخذها بالشفعة كما ينقض سائر تصرفاته حتى المسجد والمقبرة والوقف وكذا لو باعها القاضي بعد موته أو باعها وصيه كان له نقضه قال رحمه الله (وبيع ما يشفع به قبل القضاء بالشفعة) أي تبطل الشفعة ببيع الدار التي يشفع بها قبل الاخذ بالشفعة لان سبب استحقاقه قد زال قبل تملكه ولا فرق بين أن يكون عالما وقت بيع داره بشراء المشفوعة أو لم يكن عالما لانه لا يختلف في الحالين فصار كالتسليم الصريح فانه لا يختلف بين أن يعلم بيعها أو لم يعلم وكذا إبراء الغريم لان كل ذلك اسقاط فلا يتوقف على العلم كالطلاق والعتاق ألا ترى أنه لا يرتد برد المشتري ولا يتوقف على قبوله ولا يختلف بين حضرته وغيبته ولو باع التي يشفع بها بشرط الخيار لا تبطل شفعته لبقاء السبب لان خيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه ولو اشتراها الشفيع من المشتري بطلت شفعته لانه بالاقدام على الشراء من المشتري أعرض عن الطلب وبه تبطل الشفعة ولمن هو بعده من الشفعاء أو مثله أن يأخذها منه بالشفعة بالعقد الاول وان شاء بالعقد الثاني أما اعراضه عن الاول فظاهر وكذا عن الثاني وهو الذي باشره بنفسه لانه باشتغاله بمنع امكان أخذه منه بالشفعة جعل معرضا عن الاخذ بسببه فلا يثبت له به حق لانه اعراض بخلاف ما اذا اشتراها ابتداء من غير أن يثبت له فيها حق الاخذ لان شراءه هنالك لم يتضمن اعراضا لانه مقبل على التملك وهو معنى الاخذ بالشفعة وانما اشتراها لعدم التمكن من أخذها بطريق آخر ولا كذلك هنا وكذلك ان استأجر الشفيع الدار المشفوعة أو ساومها أو طلب من المشتري أن يوليه بطلت شفعته لانه دليل الاعراض قال رحمه الله (ولا شفعة لمن باع أو بيع له) أي بالوكالة والاصل فيه

أن من باع أو بيع له لا شفعة له ومن اشترى أو اشترى له كان له الشفعة لان الاخذ بالشفعة في الاول يلزم منه نقض ما تم من جهته وهو البيع لان البيع تمليك والاخذ بالشفعة تملك وبينهما منافاة وكذا البيع يوجب التسليم والاخذ ينافيه لانه يمتنع به التسليم وفي الثاني لا يلزم ذلك بل فيه تقريره لان الاخذ بالشفعة مثل الشراء ولا فرق فيمن باع أو اشترى بين أن يكون وكيلا أو أصيلا حتى لا تكون له الشفعة في الاول ولا لموكله ان كان وكيلا وفي الثاني له الشفعة ان كان أصيلا ولموكله ان كان وكيلا حتى اذا باع المضارب أو العبد المأذون له العقار ليس له ولا لرب المال حق الاخذ بالشفعة ولو اشترياه كان له ولرب المال الشفعة لما ذكرنا وكذا المولى ان كان على العبد دين وان لم يكن عليه فلا فائدة بالاخذ لانه ملكه ولم يتعلق به حق غيره والمجيز للعقد الذي باشره الفضولي كالموكل لما عرف أن الاجازة اللاحقة كالوكالة السابقة ثم فائدة قولنا ان المشتري لا تبطل شفعته أن يشاركه غيره من الشفعاء ان لم يتقدموا عليه وأن يتقدم هو على من بعده من الشفعاء وأن يسلم له عند ترك غيره من الشفعاء والبائع ليس له أن يطلب المبيعة بالشفعة بدار أخرى غيرها بلزقها الا أنه لما باعها رغب عنها والاخذ رغبة فيها فتنافيا بخلاف المشتري ولو شرط البائع الخيار لثالث فأجاز فهو كالبائع وان كان المشتري هو الذي فعل ذلك فأجاز كان كالمشتري والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (أو ضمن الدرك عن البائع) يعني اذا ضمن الدرك عن البائع وهو شفيع فلا شفعة له لان تمام البيع انما كان من جهته لان المشتري لم يرض بالبيع الا بضمانه فلما ضمن تم به العقد فلا يكون له نقض ما تم من جهته على ما بينا في البائع قال رحمه الله (ومن ابتاع أو ابتيع له فله الشفعة) لان شراءه لا يدل على الاعراض على ما بينا من المعنى بفروعه قال رحمه الله (وان قيل للشفيع انها بيعت بألف فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو ببر أو شعير قيمته ألف أو أكثر فله الشفعة) لان تسليمه كان لاستكثار الثمن أو لتعذر الجنس ظاهرا فاذا تبين له خلاف ذلك كان له الاخذ للتيسير وعدم الرضا على تقدير أن يكون الثمن غيره لان الرغبة في الاخذ تختلف باختلاف الثمن قدرا وجنسا فاذا سلم على بعض وجوهه لا يلزم منه التسليم في الوجوه كلها وكذا كل موزون أو مكيل أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فلا يظهر فيه التيسير فلا يكون له الاخذ وكذا لو أخبر أن الثمن عروض كالثياب والعبيد ثم ظهر أنه مكيل أو موزون أو أخبر أن الثمن مكيل أو موزون فظهر أنه من خلاف جنسه من المكيل أو الموزون فهو على شفعته لما ذكرنا وان ظهر أنه جنس آخر من العروض قيمته مثل قيمة الذي بلغه أو ظهر أنه ذهب أو فضة قدره مثل قيمة ذلك فلا شفعة له لعدم الفائدة لان في غير المكيل والموزون الواجب القيمة فلا يظهر التفاوت قال

والشفعة لتملك المبيع وبينهما تضاد وهنا لا يؤدي الى التضاد لان تمليك المبيع ههنا ما كان من جهة الشفيع قيل له الشفيع اذا كان كفيلا عن المشتري بالثمن كان بمعنى البائع من وجه لما قلنا فايجاب الشفعة له يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك فان كان يؤدي الى التضاد من وجه في التمليك والتملك أدى الى التضاد في حق ضمان الثمن لانه بعقد الكفالة التزم الثمن للبائع ومتى بقي شفيعا كان له أن لا يلتزم لانه يأخذها بالشفعة من يد البائع فينفسخ البيع فيبرأ المشتري عن الثمن فيبرأ هو عن ضمان الكفالة وأما اذا ضمن للمشتري بالدرك فجواز البيع بهذا الشرط اذا كان حاضرا في المجلس وقيل في المجلس استحسان أيضا أما لا شفعة له فلانه بائع من وجه لان البيع تم به وكذا لو استحق المشتري كان للمشتري أن يرجع عليه بالدرك كما كان له أن يرجع على البائع (٩ ٥ ٣) وأما اذا اشترط البائع الخيار له فأمضى البيع فلانه بائع من وجه لانه هو الذي أوجب البيع باعتبار اثبات الحكم وان لم يكن موجبا للبيع باعتبار أصل البيع ولو اشترط المشتري خيار الشفيع فأمضى الشفيع البيع لم تبطل شفعته يريد به اذا طلب الشفعة قبل الاجازة لانه بمنزلة المشتري من وجه لانه وكيل عن المشتري في الاجازة على ما علم في موضعه والمشتري من كل وجه كان له الشفعة فكذا المشتري من وجه فان قيل المشتري من كل وجه انما كان له الشفعة لان ايجاب الشفعة له لا يؤدي الى التضاد فان المشتري يملك المبيع والاخذ بالشفعة يملك أيضا فكان من جنسه فلم يكن فيه تضاد فاما هنا لو وجب الشفعة لهذا المشتري من وجه بعد الاجازة أدى الى التضاد لانه بالاجازة أوجب الملك للمشتري ومتى أخذها بالشفعة لا يبقى الملك للمشتري فصار كالساعي في نقض ما أوجبه للمشتري فيؤدي الى التضاد قيل له هذا هكذا أن لو وجب الشفعة له باجازته والشفعة لم تجب له باجازة الشراء بل كانت واجبة له قبل الاجازة ببيع المتعاقدين فان من اشترى دارا على أنه بالخيار وجب الشفعة للشفيع أجاز المشتري الشراء أم فسخ لان خيار المشتري لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وثبوت حق الشفيع يعتمد زوال المبيع عن ملك البائع ومتى وجب الشفعة قبل الاجازة فلو أخذها بالشفعة بعد ما أجاز لا يكون ساعيا في نقض ما أوجبه للمشتري فان أصل العقد ما وجب باجازته اه (قوله ان من باع) أي وهو وكيل البائع اه (قوله أو بيع له) أي وهو الموكل اه (قوله في المتن أو ضمن الدرك عن البائع) انظر الحاشية التي كتبتها عند قوله في المتن فيما تقدم أو بيعت بخيار البائع اه (قوله لان الواجب فيه القيمة) أي لان العرض لا تجب الشفعة بمثل وانما تجب بقيمته والقيمة من جنس الدراهم اه ﴿ فرع ﴾ مما يحفظ من الحيل لاسقاط الشفعة أن يعقد البيع بثمن مجهول المقدار كحفنة قراضة أو

رحمه الله (ولو بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له) وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو استحسان والقياس أن يثبت له حق الشفعة وهو قول أبي حنيفة وزفر رحمهما الله لان الجنس مختلف حقيقة وحكما ولهذا جاز التفاضل بينهما في البيع وكذا لو أجبر على أن يقر بالدراهم فأقر بالدنانير كان مختارا غير مكره ولو كانا جنسا واحدا لما صار مختارا وجه الاستحسان أنهما جنس في الثمنية وكالا صنافيه ولهذا يضم أحدهما الى الآخر في الزكاة قال رحمه الله (وان قيل له ان المشتري فلان فسلم فبان أنه غيره فله الشفعة) لتفاوت الناس في الاخلاق فمنهم من يرغب في معاشرته ومنهم من يجتنب مخافة شره فالتسليم في حق البعض لا يكون تسليما في حق غيره ولو علم أن المشتري هو مع غيره كان له أن يأخذ نصيب غيره لان التسليم لم يوجد في حقه ولو بلغه شراء النصف فسلم ثم بلغه شراء الكل فله الشفعة في الكل لانه سلم النصف وكان حقه في أخذ الكل والكل غير النصف فلا يكون اسقاطه اسقاطا للكل ولان التسليم لخوف ضرر الشركة ولا شركة وهذا التعليل يستقيم في الجار دون الشريك والاول يستقيم فيهما وفي عكسه وهو ما اذا أخبر بشراء الكل فسلم ثم ظهر شراء النصف لا شفعة له في ظاهر الرواية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه كلها ولان رغبات الناس في الكل أكثر عادة من رغباتهم في الاشقاص لخلو الكل عن عيب التشقيص فاذا لم يرغب فيه فأولى أن لا يرغب في التشقيص وقيل له الشفعة لانه قد لا يتمكن من تحصيل ثمن الجميع وقد تكون حاجته الى النصف ليتم به مرافق ملكه فلا يحتاج الى الجميع وشيخ الاسلام مال الى هذا القول وحمل ما ذكر في ظاهر الرواية على ما اذا كان ثمن النصف مثل ثمن الكل أما اذا تبين له أن ثمن النصف مثل نصف ثمن الكل فله الشفعة والمعنى ما ذكرنا قال رحمه الله (وان باعها الا ذراعا في جانب الشفيع فلا شفعة له) معناه اذا باع العقار الا مقدار ذراع في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له لان الاستحقاق بالجوار ولم يوجد الاتصال بالمبيع وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري لعدم الالتزاق وهذه حيلة قال رحمه الله (وان ابتاع منها سهما بثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة للجار في السهم الاول فقط) لان الشفيع جار في السهمين والمشتري شريك في السهم الثاني وهو مقدم على الجار ولو أراد الحيلة اشترى السهم الاول بجميع الثمن الا درهما والباقي بالدرهم فلا يرغب الجار في أخذ السهم الاول لكثرة الثمن لا سيما اذا كان السهم الاول جزأ قليلا كالعشر مثلا أو أقل وكذا في المسئلة الاولى يتأتى مثل هذه الحيلة بأن يبيع قدر الذراع أو أقل في طول الحد الذي يلي الشفيع بجميع الثمن الا درهما ثم يشتري الباقي بدرهم فان أخذ بالشفعة أخذ قدر الذراع بجميع الثمن وليس له أن يأخذ الباقي لانه ليس بجار له فأيهما خاف أن لا يوفي صاحبه شرط الخيار لنفسه وان خافا شرط كل واحد منهما الخيار لنفسه ثم يجيزان معا وان خاف كل واحد منهما اذا أجاز أن لا يجيز صاحبه وكل كل واحد منهما وكيلا ويشترط عليه أن يجيز بشرط أن يجيز صاحبه قال رحمه الله (وان ابتاعها بثمن ثم دفع ثوبا عنه فالشفعة بالثمن لا بالثوب) لان الثوب عوض عما في ذمة المشتري فيكون البائع مشتريا للثوب بعقد آخر غير العقد الاول وهذه الحيلة تعم الجوار والشركة لانه يبتاع العقار بأضعاف قيمته ويعطيه بها ثوبا قيمته قدر قيمة العقار غير أنه

جوهرة معينة أو سلعة معينة غير موصوفة أو بمائة درهم وكف من الفلوس لا يعرف قدره اهـ معراج (قوله فلا شفعة له) أي وذلك لان الشفعة انما تثبت بالشركة أو بالجوار ولم يوجد واحد منهما اهـ اتقاني (قوله وكذا لو وهب هذا القدر للمشتري) أي وسلمه اليه اهـ اتقاني (قوله في المتن وان ابتاع منها) لفظ منها ليس في خط الشارح اهـ (قوله ولو أراد الحيلة اشترى السهم الخ) قال في شرح الطحاوي وهو أن يبيع أولا من الدار ومن الكرم عشرها مشاعا بأكثر الثمن ثم يبيع تسعة أعشارها ببقية الثمن حتى ان الشفيع لا يثبت له حق الشفعة الا في عشرها بثمنه ولا يثبت له الشفعة في تسعة الاعشار لان المشتري حين اشترى تسعة أعشارها كان شريكا فيها بالعشر وهذه الحيلة انما تكون للجار أو للخليط لان الشريك أولى منهما ولا يحتال بها الشريك لان الشفيع اذا كان شريكا كان له أن يأخذ نصف تسعة الاعشار أيضا بقليل الثمن وان كانت الدار للصغير فان بيع العشر منها بكثير الثمن جائز وبيع تسعة الاعشار بقليل الثمن لا يجوز لان بيع مال الصغير بأقل من قيمته قدر ما لا يتغابن الناس فيه لا يجوز فيكون في هذه الحيلة مضرة للمشتري وهو أن يلزمه العشر ولا يجوز في تسعة الاعشار وقد يجوز أن يحتال بهذه الحيلة في دار الصغير وهو أن يبيع من داره جزأ من مائة جزء أو يبيع جزأ من ألف جزء بثمن أكثر من قيمته ثم يبيع بقية الدار بمثل قيمته فانه يثبت له الشفعة في الجزء الاول خاصة وهذه الحيلة للجار والخليط فأما اذا كان الشفيع شريكا فانه يأخذ نصف البقية بنصف ثمنها اهـ غاية وكتب ما نصه وهذه حيلة ترجع الى تقليل رغبة الشفيع والاولى الى الابطال لان في الاولى ليس للجار أن يأخذ لان مقدار ذراع في طول حد الشفيع لم يبع اهـ اتقاني (قوله قدر قيمة العقار) قال الاتقاني بيان ذلك فيما ذكره في شرح الطحاوي بقوله وحيلة أخرى أن يبيع الدار بأكثر من قيمتها نحو أن يبيع ما يساوي ألفا بألفين وينقد من الثمن ألف درهم الا عشرة دراهم ثم يبيع بألف وعشرة عرضا يساوي عشرة دراهم فحصلت الدار للمشتري بألف درهم في الحاصل ولكن الشفيع لا يأخذها الا بألفي درهم والافضل للبائع أن يجعل مكان العرض دينارا يساوي عشرة دراهم هذا هو الاحوط حتى ان الدار لو استحقت من يد

يخاف أن يتضرر البائع بذلك لانه لو استحقت الدار تبقى الدراهم كلها في ذمة البائع لوجوبه عليه بالبيع الثاني ثم براءته كانت حصلت بطريق المقاصة بثمن العقار فاذا استحق تبين أنه ليس عليه ثمن العقار وبطلت المقاصة فيجب على البائع الثمن كله والحيلة فيه أن يدفع اليه بدل الدراهم الثمن الدنانير بقدر قيمة العقار فيكون صرفا بما في ذمته من الدراهم ثم اذا استحق العقار تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف للافتراق قبل القبض فيجب رد الدنانير لا غير والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا وحيلة أخرى تعم الجار والشريك أن يشتريه بأضعاف قيمته من الدراهم ثم يوفيه من الدراهم قدر قيمة العقار الاقدر قيمة الدينار مثلا فيعطيه الدينار بالباقي فيصير صرفا فيه ثم اذا استحق المشفوع يرد ما قبض كله فغير الدينار على أنه بدل عن العقار المستحق والدينار لبطلان الصرف قال رحمه الله (ولا تكره الحيلة لاسقاط الشفعة والزكاة) وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وعند محمد رحمه الله تكره لان الشفعة وجبت لدفع الضرر وهو واجب والحاق الضرر به حرام فكانت مكروهة ضرورة ولابي يوسف رحمه الله أنه يحتال لدفع الضرر عن نفسه والحيلة لدفع الضرر عن نفسه مشروع وان كان غيره يتضرر في ضمنه ثم قيل هذا الاختلاف بينهما قبل الوجوب وأما بعده فمكروه بالاجماع هكذا ذكره شيخ الاسلام ذكر قوله في النهاية والقائل لهذا القول قاسه على الاختلاف في الزكاة فانه لا يكره عند أبي يوسف رحمه الله قبل الوجوب وعند محمد رحمه الله يكره وقيل لا تكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة وانما الخلاف في فصل الزكاة وقال شمس الائمة الاشتغال بالحيل بابطال حق الشفعة لا بأس به أما قبل وجوب الشفعة فلا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يقصد المشتري الاضرار به وانما قصد الدفع عن ملك نفسه ثم قال وقيل هذا قول أبي يوسف رحمه الله وأما عند محمد رحمه الله فتكره على قياس اختلافهم في الزكاة ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي أن يعوضه فيسقط الشفيع الشفعة فتسقط شفعته ولا يجب عليه العوض أو يقول له أنا أبيعك اياه أو يقول له المشتري اشتره مني فيقول الشفيع نعم فتسقط به شفعته وكذا اذا آجره من الشفيع على ما بينا ومن الحيل التي تمنع الوجوب أن يوكله ببيعها أو يضمنه الدرك أو يجعل البائع الخيار اليه في عقد البيع الى غير ذلك من الحيل التي ذكرناها من قبل ومن الحيل أن يؤجر المشتري البائع شيئا ببعض العقار الذي يريد شراءه كالثوب مثلا يؤجره ليلبسه البائع يوما بجزء شائع من العقار الذي يريد شراءه ثم يشتري الباقي لانه لما ملكه منه جزأ شائعا صار شريكا له وليس للشفيع فيه شفعة لانه ملكه بالاجارة ولا فيما اشتراه بعد ذلك لان الشريك أولى وهذه الحيلة لا تدفع الا الجار قال رحمه الله (وأخذ حظ البعض يتعدد بتعدد المشتري لا بتعدد البائع) ومعناه أن المشتري اذا تعدد بأن اشترى جماعة عقارا والبائع واحد يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى كان للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم ويترك الباقي وان تعدد البائع بأن باع جماعة عقارا مشتركا بينهم والمشتري واحد لا يتعدد الاخذ بالشفعة بتعددهم حتى لا يكون للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم دون بعض والفرق أن الشفيع في الوجه الثاني بأخذ نصيب بعضهم تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر به زيادة الضرر بالاخذ منه

المشتري يرجع على البائع بمثل ما أعطاه لانه يبطل الصرف بالاستحقاق وهذه الحيلة لجميع الشفعاء ولو كان باع بقيمة الثمن عرضا يساوي الذهب يساوي عشرة دراهم كما ذكرنا فعند الاستحقاق يرجع المشتري على البائع بألفي درهم ويكون فيه مضرة على البائع اه (قوله لوجوبه عليه بالبيع الثاني) أي وهو بيع المشتري الثوب من البائع بثمن قدر ثمن العقار الذي اشتراه به المشتري اه (قوله وبطلت المقاصة) أي فصار كمن اشترى من آخر دينارا بعشرة دراهم عليه ثم ظهر انه لم تكن عليه (٣٦١) بطل الصرف ويرد الدينار كذا في الخلاصة اه (قوله دنانير) الذي في خط الشارح الدنانير اه (قوله والحيلة الاولى تختص بالجار وهذه لا) تقدم التنبيه عليه اه (قوله في المتن ولا تكره الحيلة الخ) قال في الواقعات الحسامية الحيلة في ابطال الشفعة على وجهين إما أن كانت بعد الثبوت أو قبل الثبوت ففي الوجه الاول يكره بالاتفاق نحو أن يقول المشتري للشفيع اشتره مني وما أشبه ذلك لانه ابطال لحق واجب وفي الوجه الثاني لا بأس به سواء كان الشفيع عدلا أو فاسقا هو المختار لانه ليس بابطال اه اتقاني (قوله وعند محمد تكره) وجه قول محمد أن الشرع أوجب الشفعة سببا لدفع الضرر عن الشفيع فلا تجوز لان الحيلة باسقاط الشفعة لو جازت لم تثبت شفعة أبدا اه اتقاني (قوله ثم قيل هذا الخلاف بينهما قبل الوجوب) أي قبل وجوب الشفعة يعني قبل البيع اذ هي انما تجب بالبيع اه (قوله وعند محمد يكره) قيل الفتوى على قول أبي يوسف في الشفعة وعلى قول محمد في الزكاة اه اتقاني (قوله لا بأس به) قال الخصاف في أول كتاب الحيل لا بأس بالحيل فيما يحل ويجوز وانما الحيلة شيء يتخلص به الرجل من الحرام ويخرج به الى الحلال فما كان من هذا ونحوه فلا بأس به وانما يكره من ذلك أن يحتال الرجل في حق لرجل حتى يبطله أو يحتال في باطل حتى يموهه او يحتال في شيء حتى يدخل فيه شبهة اه اتقاني (قوله ثم الحيل التي تسقط الوجوب هي أن يعوضه) كأن يقول المشتري للشفيع صالحتك على كذا كذا درهما على أن تسلم لي شفعتك فاذا قبل الشفيع الصلح وسلم بطلت شفعته ولا يجب له المال اه اتقاني (قوله بأن اشتروا جماعة) كذا بخط الشارح اه

(قوله ولا فرق فى هذا بين أن يكون قبل القبض) أى قبل قبض المشترى الدار اه اتقانى ﴿فرع﴾ قال الكرخى واذا اشترى الرجل دارين صفقة واحدة فاشفيع لهما جميعا فأراد أن يأخذ احداهما دون الاخرى ليس له ذلك وهذا قول أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وقال الحسن بن زياد عن زفر الشفيع بالخيار ان شاء أخذهما وان شاء أخذ احداهما دون الاخرى وهذا قول الحسن الى هنا لفظ الكرخى وجه قولهم ان المشترى (٢٦٣) ملك الدارين صفقة واحدة وتعلق حق الشفيع بهما فلم يملك أن يفرد بالاخذ بعض ما تعلق به حقه دون بعض كالدار الواحدة وقد ذكر أبو الحسن عن محمد ما يدل على أنه لا فرق بين الدارين المتلاصقتين والمتفارقتين وذكر بشر بن الوليد عن أبى يوسف أنهما اذا كانتا فى مصر واحد أو مصرين فهو سواء وجه قول زفر أن أخذ احدى الدارين لا يؤدى الى اضرار بالمشترى بالشركة فصار كما لو كان شفيعا لاحداهما ثم قال الكرخى فى مختصره واذا كان الشفيع شفيعا لاحداهما دون الاخرى ووقع البيع عليهما صفقة واحدة فان الحسن بن أبى مالك روى عن أبى حنيفة أنه ليس له الا أن يأخذ التى تجاوره بالحصة وكذلك روى ابن سماعة عن أبى يوسف وكذلك روى هشام عن محمد فى رجل اشترى دارين متلاصقتين وله جار يلى احداهما قال فانه يأخذ التى تليه بالشفعة ولا شفعة له فى الاخرى قال القدورى فى شرحه وذلك لان حق الشفعة تعلق باحدى الدارين دون الاخرى والصفقة اذا جمعت بين ما يتعلق به الشفعة وبين ما لا يتعلق به الشفعة أخذ الشفيع ما تعلقت به بالحصة كما لو اشترى دارا وسيفا صفقة واحدة اه غاية (قوله لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد) أى دون عن المعقود له اه غاية (قوله أو بالتراضى) وعن أبى حنيفة أن القسمة اذا كانت بقضاء القاضى ليس له أن ينقض واذا كانت بغير قضاء القاضى فله أن ينقض اه غاية

و بعيب الشركة وهى شرعت على خلاف القياس لدفع الضرر عن الشفيع فلا تشرع على وجه يتضرر به المشترى ضررا زائدا سوى الاخذ وفى الوجه الاول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة على أحد ولا فرق فى هذا بين أن يكون قبل القبض أو بعده فى الصحيح الا أن الشفيع لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم اذا نقد حصته من الثمن حتى ينقد الجميع كى لا يؤدى الى تفريق اليد على البائع بمنزلة المشترين أنفسهم لانه كواحد منهم وكما اذا كان المشترى واحدا فنقد البعض من الثمن وسواء سمى لكل بعض ثمنا أو سمى للكل جملة لان العبرة فى هذا الاتحاد الصفقة لا لاتحاد الثمن واختلافه والمعتبر فى التعدد والاتحاد العاقد دون المالك حتى لو وكل واحد جماعة بالشراء فاشتروا له عقارا واحدا بصفقة واحدة أو متعددة كان للشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم ولو وكل جماعة واحدا به ليس للشفيع أن يأخذ نصيب بعضهم لان حقوق العقد تتعلق بالعاقد وهو أصيل فيه فيتحد باتحاده و يتعدد بتعدده ثم فى الصحيح لم يفصل بين ما اذا كان بعد القبض أو قبله على ما بينا وروى الحسن عن أبى حنيفة رحمه الله أنه فصل فقال ان أخذ قبل القبض نصيب أحدهم ليس له ذلك و بعده كان له ذلك لانه قبل القبض يتضرر البائع بأخذ البعض منه بتفريق اليد عليه و بعده لا يتضرر لانه لم يبق له يد وجوابه أن له أن يحبس الجميع الى أن يستوفى جميع الثمن على ما بينا فلا يؤدى الى تفريق اليد عليه قال رحمه الله (وان اشترى نصف دار غير مقسوم أخذ الشفيع حظ المشترى بقسمته) أى لو اشترى نصف دار غير مقسوم فقاسم المشترى البائع أخذ نصيب المشترى الذى حصل له بقسمته وليس له أن ينقض القسمة سواء كانت القسمة بحكم أو بالتراضى لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ألا ترى أن الهبة تتم بها حتى صحت بالقسمة والتسليم بعد أن وقعت فاسدة للشيوع باعتبار ان قبضه ناقص فيما يحتمل القسمة والشفيع لا ينقض القبض ليجعل العهدة على البائع فكذا ما يتم القبض وهذا لان القبض بجهة البيع له حكم البيع فكما لا يملك نقض البيع الاول لا يملك نقض القبض الموجود بجهته ولا يقال القسمة فيها معنى المبادلة والشفيع يملك نقض تصرفاته فكذا نقض قسمته لانا نقول القسمة افراز من وجه ولهذا يجرى فيها الجبر ومبادلة من وجه ولهذا يجرى فيها أحكام البيع من رد بعيب أو خيار رؤية ومن حيث انها افراز لم يوجد فيها الا القبض فباعتبار أنها مبادلة تملك وباعتبار أنها افراز لا تملك فلا تملك بالشك وهذا لان القياس أن لا ينقض من تصرفات المشترى شيأ لانها صحيحة لصدورها عن مالك ولهذا لو باعه أو آجره يطيب له الثمن والاجرة وليس للشفيع فيه ملك وانما يثبت له حق الاخذ وذلك لا يمنع نفوذ تصرفاته غير أن له أن ينقض تصرفات تبطل حقه لدفع الضرر عن نفسه ولا ضرر فى القسمة فبقى على الاصل فى حق البيع الاول وفى حق ما له حكم البيع الاول وهو القبض بجهته بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشترى الشريك الذى لم يبع حيث يكون للشفيع نقضه لان العقد لم يقع من الذى قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذى هو حكم البيع الاول بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفيع كما ينقض بيعه وهبته ثم اذا لم يكن للشفيع نقض قسمته كان له أن يأخذ نصيب المشترى فى أى جانب كان لانه استحقه بالشراء والمشترى لا يقدر على ابطال حقه فيأخذه وهو مروى

عن أبي يوسف رحمه الله وإطلاق الكتاب يدل عليه وعن أبي حنيفة أنه إنما يأخذها إذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا يبقى جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال رحمه الله (والعبد المديون الاخذ بالشفعة من سيده كعكسه) معناه إذا باع رجل دارا والبائع عبد مأذون له في التجارة وعليه دين يحيط بماله ورقبته فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة وكذا عكسه وهو ما إذا كان العبد هو البائع فللمولى الشفعة لان الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء وشراء أحدهما من صاحبه جائز إذا كان على العبد دين لانه يفيد ملك اليد للعبد لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون أو لكون العبد أحق به بخلاف ما إذا لم يكن عليه دين والعبد بائع لان بيعه لمولاه ولا شفعة لمن بيع له بخلاف ما إذا اشترى لانه ابتيع له وقد بينا أن من ابتاع أو ابتيع له لا تبطل شفعته قال رحمه الله (وصح تسليم الشفعة من الاب والوصي والوكيل) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد وزفر رحمهما الله لا يجوز وهو على شفعته إذا بلغ الصغير أو بلغ الخبر الموكل وعلى هذا الخلاف بطلان الشفعة بسكوت الاب والوصي عند العلم بالشراء لزفر ومحمد رحمهما الله في الاب والوصي أن هذا ابطال حق الصبي فلا يصح كالعفو عن قوده واعتاق عبده وابراء غريمه ولان ولايته تصرفهما نظرية والنظر في الاخذ متعين ألا ترى أنه شرع لدفع الضرر فكان في ابطاله الحاق الضرر به فلا يملكه ولهما أن الاخذ بالشفعة في معنى التجارة بل عينها ألا ترى انه مبادلة المال بالمال وترك الاخذ بها ترك التجارة فيملكه كما يملك ترك التجارة برد البيع عندما يقال للاب بعتك هذا المال لابنك الصغير يوضحه أنه لو أخذه بالشفعة ثم باعه من ذلك الرجل بعينه جاز فكذلك إذا سلمه اليه بل أولى لانه إذا أخذه ثم باعه منه كانت العهدة على الصبي وفي الاول على البائع أو على المشتري ولان هذا تصرف دائر بين الضرر والنفع فيحتمل أن يكون الترك أنفع بابقاء الثمن على ملك الصغير فيملكه كالاخذ بخلاف العفو عن القود وأخويه لانه ضرر محض غير متردد لانه ابطال بغير عوض وهنا بعوض يعدله وهو الثمن فلا يعد ضررا وسكوتهما كابطالهما لان السكوت ممن يملك الاخذ بالشفعة دليل الاعراض وهذا إذا بيعت بمثل قيمتها وإن بيعت بأكثر من قيمتها بما لا يتغابن الناس في مثله قيل جاز التسليم بالاجماع لان النظر متعين فيه وقيل لا يجوز التسليم بالاجماع وهو الاصح لانه لا يملك الاخذ فلا يملك التسليم كالاجنبي وإن بيعت بأقل من قيمتها بمحاباة كثيرة فعن أبي حنيفة رضي الله عنه لا يصح تسليم الاب والوصي ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وهكذا في الهداية وفي الكافي قال لذكر في الحصر والمختلف إذا سلم الاب شفعة الصغير والشراء بأقل من قيمته بكثير فعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يجوز أيضا لانه امتناع عن ادخاله في ملكه لا ازالة عن ملكه فلم يكن تبرعا وعن محمد رحمه الله أنه لا يجوز لانه بمنزلة التبرع بماله ولا رواية عن أبي يوسف رحمه الله وقال في النهاية لما لم يصح التسليم منهما على قول أبي حنيفة رحمه الله لا يصح التسليم أيضا على قول محمد وزفر رحمهما الله لانهما لا يريان تسليم الاب والوصي شفعة الصغير جائزا فيما إذا بيعت بمثل قيمتها فلأن لا يجوز فيما إذا بيعت بأقل من قيمتها أولى ولو كان المشتري هو الاب لنفسه كان له أن يأخذه بالشفعة لابنه الصغير ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وكذا لو اشترى لابنه الصغير كان له أن يأخذه بالشفعة ما لم يكن فيه ضرر ظاهر على الصغير وهو أن لا يكون فيه غبن فاحش لانه معتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه وفي الشراء يشترط أن لا يكون فيه غبن فكذا في الاخذ بالشفعة والوصي كالاب في هذا الا أنه يشترط في حقه أن يكون فيه للصغير نفع ظاهر حتى إذا كان بمثل القيمة لا يجوز لما ذكرنا أنه يعتبر بشرائه وبيعه مال الصغير لنفسه في الاب والوصي إذا اشترى مال الصغير لنفسه بمثل القيمة لا يجوز وكذا إذا باعه من نفسه بمثل القيمة لا يجوز حتى يكون أكثر منه في الشراء وفي البيع أقل وفي الاب يجوز بمثل القيمة فيهما فكذا الاخذ بالشفعة ثم كيفية طلبه أن يقول اشتريت وأخذت بالشفعة متصلا بكلامه ولو باع كل واحد منهما ملك الصغير أو ملك نفسه ليس له أن يأخذ

(قوله في المتن والعبد المديون الاخذ بالشفعة الخ) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وإذا باع المولى دارا ومكاتبه شفيعها فله الشفعة لانه أقرب الى الاجانب من العبد المأذون فانما يأخذه لنفسه فكان أخذه الدار بالشفعة مفيدا اه غاية (قوله فللعبد أن يأخذ الدار بالشفعة) أي لانه لا يأخذها لمولاه بل لنفسه فكان مفيدا اه غاية (قوله لكون المولى لا يملك ما في يد العبد المديون) أي على قول أبي حنيفة اه قال الاتقاني وذلك لان المولى لا يملك أكساب عبده المديون عند أبي حنيفة وعندهما يملك الرقبة ولا يملك التصرف فكان بمنزلة الاجنبي اه (قوله أو لكون العبد أحق به) أي على قولهما اه (قوله ولان تصرفهما) لعله ولايتهما (قوله جاز التسليم بالاجماع) أي بلا خلاف محمد وزفر لتمحضه ضررا للصبي اه (قوله وهو الاصح) كذا في المبسوط اه (قوله فلا يملك التسليم) فبقي الصبي على حقه إذا بلغ وصار الولي كالاجنبي اه (قوله وهكذا ذكر في الهداية) لفظ ذكر ليس في خط الشارح اه (قوله لما ذكرنا أنه) أي الاخذ بالشفعة اه

بالشفعة لا لنفسه ولا للصغير لما ذكر أن من باع أو بيع له فلا شفعة له والصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ فيما اذا باع مال نفسه لا مال الصغير وكذا اذا كان في الشراء غبن كان للصغير أن يطلب الشفعة اذا بلغ لان كل واحد منهما ليس له أن يأخذه للصغير فلا تبطل شفعة الصغير بسكوته ولو كان البائع لمال الصغير وصي القاضي كان لوصي الميت أن يأخذه بالشفعة لانه ليس ببائع فلا يمتنع وأما الوكيل فالمراد به ههنا الوكيل بطلب الشفعة وأما الوكيل بالشراء فتسليمه الشفعة صحيح بالاجماع وكذا سكوته اعراض بالاجماع ثم الوكيل بطلب الشفعة انما يصح تسليمه اذا كان في مجلس القاضي عند أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله يصح في مجلس القاضي وغيره وعند محمد وزفر رحمهما الله أن تسليمه لا يصح أصلا لانه أتى بضد ما أمر به فصار كالو وكله باستيفاء الدين فأبرأه الوكيل عن الدين وهما يقولان إنه توكيل بالشراء لان الاخذ بها شراء والوكيل بالشراء له أن لا يشتري فكذا هذا له أن يترك الشفعة غير أن أبا يوسف رحمه الله يقول هو وكيل مطلقا فينفذ تصرفه مطلقا في مجلس القاضي وغيره وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الوكيل بطلب الشفعة وكيل بالخصومة ولا تعتبر الخصومة الا في مجلسه فلا يكون وكيلا في غير مجلس الحاكم وهذا الخلاف بينهم هو نظير الخلاف في اقرار الوكيل بالخصومة على موكله ولو أقر هذا الوكيل وهو الوكيل بطلب الشفعة على موكله بأنه سلم الشفعة جاز اقراره عليه عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذا كان في مجلس القاضي وان كان في غيره فلا يجوز الا أنه يخرج من الخصومة وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز مطلقا وقال زفر رحمه الله لا يجوز مطلقا وهي مسئلة اقرار الوكيل بالخصومة وموضعها كتاب الوكالة وهي معروفة والله أعلم بالصواب

﴿كتاب القسمة﴾

وهي في اللغة اسم للاقتسام كالقدوة للاقتداء والاسوة للائتساء قال رحمه الله (هي جمع نصيب شائع في معين) وهذا في الشريعة وسببها طلب الشركاء أو بعضهم الانتفاع بملكه على وجه الخصوص لان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيب غيره فالطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه ويمنع غيره عن الانتفاع بنصيبه فيجب على الحاكم أن يجيبه اليه وركنها هو الفعل الذي يحصل به الافراز والتمييز بين النصيبين كالكيل والوزن والعد والذرع وشرطها أن لا تفوت المنفعة بالقسمة فاذا كانت تفوت بها منفعته لا يقسم جبرا كالبئر والرحا والحمام ونحو ذلك لان الغرض المطلوب منها توفير المنفعة فاذا أدت الى فواتها لم يجبر الحاكم عليها وهي جائزة بالكتاب قال الله تعالى ونبئهم أن الماء قسمة بينهم وقال تعالى واذا حضر القسمة و بالسنة لانه عليه الصلاة والسلام باشرها في الغنائم والمواريث وعلى جوازها انعقد الاجماع ولان فيه إنصاف الشركاء واظهار العدل بايصال الحق الى مستحقه فكان واجبا وحكمها تعيين نصيب كل واحد منهم حتى لا يكون لكل واحد منهم تعلق بنصيب صاحبه قال رحمه الله (وتشتمل على الافراز والمبادلة وهو الظاهر في المثلي فيأخذ حظه حال غيبة صاحبه وهي في غيره فلا يأخذ) أي القسمة تشتمل على تمييز الحقوق والمبادلة والتمييز هو الظاهر في ذوات الامثال حتى كان لاحد الشريكين أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والمبادلة هي الظاهر في غير المثلي كالثياب والعقار والحيوان حتى لا يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه والدليل على أن فيها معنى الافراز والمبادلة أن ما يأخذه كل واحد منهما يشتمل كل جزء من أجزائه على النصيبين فكان نصفه ملكه ولم يستفده من جهة صاحبه فكان افرازا والنصف الآخر كان لصاحبه أخذه عوضا عما في يد صاحبه من نصيبه فكان مبادلة ضرورة الا أن معنى الافراز والتمييز في المكيلات والموزونات والمعدودات المتقاربة أظهر لعدم التفاوت بين أبعاضه لان ما يأخذه كل واحد منهما من نصيب شريكه مثل حقه صورة ومعنى فأمكن أن يجعل عين حقه ولهذا جعل عين حقه في القرض والصرف والسلم لانه لو كان مبادلة لما صح في القرض

﴿كتاب القسمة﴾

مناسبة القسمة بالشفعة من حيث ان كلا منهما من نتائج النصيب الشائع ألا ترى أن أقوى أسباب الشفعة الشركة في نفس المبيع وتقديم الشفعة على القسمة لما أن التملك بالشفعة ربما يكون سببا القسمة والسبب مقدم على المسبب اه اتقاني

(قوله وهي جائزة بالكتاب والسنة) أما الكتاب فقوله تعالى واعلموا أنما غنمتم من شئ فأن لله خمسه وللرسول وانما يعلم الخمس من أربعة الاخماس بالقسمة اه اتقاني

(قوله فأمكن أن يجعل عين حقه) أي لاستوائهما في تعلق المصالح والاغراض بهما اه اتقاني

للافتراق قبل قبض أحد العوضين ولا في السلم والصرف لحرمة الاستبدال فيهما وكذا في قضاء الدين جعل المقبوض عين حقه حتى يجري فيه الجبر ولو كان غيره لما جرى اذ لا يجبر أحد على المعاوضة وكذا جاز لاحدهما أن يأخذ نصيبه حال غيبة صاحبه ولو كان مبادلة لما جاز وكذا لو كانا اشترياه جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة على حصته من الثمن ولو كان مبادلة لما جاز ومعنى المبادلة في غير المثلي أظهر للتفاوت فلا يمكن أن يجعل كأنه أخذ عين حقه لعدم المعادلة بينهما بيقين فلا يمكن اجراء الاحكام التي ذكرناها في المثلي الا أنها اذا كانت من جنس واحد أجبر القاضي على القسمة بطلب بعضهم لما فيها من معنى الافراز وفيها تكميل المنفعة والمقاصد متقاربة لاتحاد الجنس وجاز الاجبار عليها لدفع الضرر عنهم والمبادلة قد يجري فيها الاجبار دفعا للضرر كالاخذ بالشفعة وقضاء الدين لان المقبوض ليس عين الدين حقيقة وانما هو بدل عنه وهذا لان الطالب للقسمة يسأل القاضي أن يخصه بالانتفاع بنصيبه وأن يمنع الغير عن الانتفاع بملكه فيجب على القاضي أن يجيبه وان كان أجناسا مختلفة لا يجبر عليها لفحش التفاوت في المقاصد فلا يمكن اعتبار الافراز فيها فكانت مبادلة من كل وجه ولا جبر فيها مع امكان الوصول الى حقه ولو تراضوا عليها جاز لان الحق لهم قال رحمه الله (ويجبر في متحد الجنس عند طلب أحد الشركاء لا في غيره) أي اذا طلب بعض الشركاء القسمة يجبر الآبي على القسمة في متحد الجنس سواء كان من ذوات الامثال أو لا ولا يجبر في غير متحد الجنس كالغنم مع الابل لما بينا من المعنى قال رحمه الله (وندب نصب قاسم رزقه في بيت المال ليقسم بلا أجر) لان القسمة من جنس عمل القضاء من حيث انه يتم به قطع المنازعة فأشبه رزق القاضي ولان منفعته تعود الى العامة كنفقة القضاة والمقاتلة والمفتين فتكون كفايته في بيت المال لانه أعد لمصالحهم كنفقة هؤلاء قال رحمه الله (والا نصب قاسم يقسم بأجر بعدد الرؤس) أي ان لم ينصب قاسم رزقه في بيت المال نصب قاسم يقسم بأجر على المتقاسمين لان النفع لهم على الخصوص وليس بقضاء حقيقة حتى جاز للقاضي أن يأخذ الاجر على القسمة وان كان لا يجوز له على القضاء ألا ترى أنه لا يفترض عليه أن يقسم بينهم بالمباشرة ومباشرة القضاء فرض عليه ويقدر له القاضي أجر مثله كيلا يطمع في أموالهم ويتحكم بالزيادة والافضل أن يرزق من بيت المال لانه أروج وأرفق بالعامة وأبعد عن تهمة مواضعة القاضي مع القاسم وقوله بعدد الرؤس أي تجب عليهم الاجرة على عدد الرؤس ولا تتفاوت بتفاوت الانصباء وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه على ما يجيء بيانه من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (ويجب أن يكون عدلا أمينا عالما بالقسمة) لانه من جنس عمل القضاء ولانه لا بد من الاعتماد على قوله والقدرة على القسمة وذلك بالامانة والعلم قال رحمه الله (ولا يتعين قاسم واحد) لانه لو تعين لتحكم بالزيادة على أجر مثله ولهذا المعنى لا يجبرهم الحاكم أن يستأجروه ولان القسمة فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء على ما بينا ولا جبر فيما ولو اصطلحوا فاقتسموا جاز لما ذكرنا أن فيها معنى المبادلة وهي تشبه القضاء فتجوز بالتراضي كسائر المعاوضات والتحكيم الا اذا كان فيهم صغير لان تصرفه لا ينفذ ولا ولاية لهم عليه قال رحمه الله (ولا يشترك القسام) أي يمنعهم القاضي من الاشتراك كي لا يتضرر الناس لان الاجرة تصير بذلك غالية

(قوله وكذا لو كانا اشترياه) أي ثم اقتسماه اه اتقاني (قوله جاز لاحدهما أن يبيع نصيبه مرابحة) أي بعد القسمة اه اتقاني (قوله سواء كان من ذوات الامثال أو لا) قال في الفتاوى الصغرى القسمة ثلاثة أنواع قسمة لا يجبر الآبي كقسمة الاجناس المختلفة وقسمة يجبر في ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات وقسمة يجبر الآبي في غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم والخيارات ثلاثة خيار شرط وخيار عيب وخيار رؤية ففي قسمة الاجناس المختلفة يثبت الخيار أجمع وفي قسمة ذوات الامثال كالمكيلات والموزونات يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية وفي قسمة غير المثليات كالثياب من نوع واحد والبقر والغنم يثبت خيار العيب وهل يثبت خيار الرؤية والشرط على رواية أبي سليمان يثبت وهو الصحيح وعليه الفتوى وعلى رواية أبي حفص لا يثبت اه اتقاني قوله يثبت الخيار أجمع أقول لانها مبادلة من كل وجه كما قاله الشارح وقوله في القسمة الثانية يثبت خيار العيب دون خيار الشرط والرؤية أقول انما ثبت له خيار العيب للحوق الضرر به بخلاف خيار الشرط والرؤية اذ لا فائدة في اثباتهما لعدم الضرر وفي قسمة غير المثليات يثبت خيار العيب بالاتفاق ويثبت خيار الرؤية والشرط أيضا على الصحيح قلت ولعل وجهه أن الغالب فيها معنى المبادلة بخلاف قسمة ذوات الامثال فان معنى الافراز غالب والله الموفق اه (قوله وأبعد عن تهمة مواضعة الخ) قال في الهداية وأبعد عن التهمة اه أي تهمة الميل الى أحد المتقاسمين لسبب ما يعطيه بعض الشركاء زيادة قاله السيد اه (قوله ولو اصطلحوا فاقتسموا) أي بلا قاسم القاضي اه اتقاني (قوله جاز) أي لان الحق لهم اه غاية (قوله الا اذا كان فيهم صغير) أي فلا تجوز القسمة حينئذ بتراضيهم لانه لا ولاية لهم على الصغير فلا بد حينئذ من الرجوع الى القاضي حتى يأمر من يقسم بينهم اه اتقاني وكتب ما نصه بخط قارئ الهداية رحمه الله تحت قوله صغيرا أو مجنون أو غائب اه

لانهم اذا اشتركوا يتواكلون وعند علم الشركة يتبادرون اليها خشية الفوت فيرخص الاجر بسبب ذلك ثم أجرة القسمة على عدد الرؤس عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على قدر الانصباء لانه مؤنة الملك فيتقدر بقدره كأجرة الكيال والوزان وحفر البئر المشترك وحمل الطعام المشترك وغسل الثوب المشترك ونفقة الشيء المشترك وكبناء الجدار المشترك وتطيين السطح المشترك ولان المقصود بالقسمة أن يتوصل كل واحد منهم الى الانتفاع بنصيبه ومنفعة نصيب صاحب الكثير أكثر فتكون مؤنته عليه أكثر وهذا نظير زوائد العين المشتركة لما كان ما يحصل منها لصاحب الكثير أكثر كانت مؤنة العين عليه أكثر ولابي حنيفة رحمه الله أن الاجر مقابل بالتمييز وانه لا يتفاوت وربما يصعب الحساب بالنظر الى القليل وقد ينعكس الامر باعتبار كسور فيه فيتعذر اعتباره ألا ترى انه لا يتصور تمييز القليل من الكثير الا بما يفعله فيهما فيتعلق الحكم بأصل التمييز لان عمل الافراز واقع لهما جملة بخلاف حفر البئر لان الاجر مقابل بنقل التراب وهو متفاوت والكيل والوزن ان كان للقسمة قيل هو على الخلاف فلا يرد وان لم يكن للقسمة فالاجرة مقابلة بعمل الكيل والوزن لا بالتمييز وعمل الكيل والوزن يتفاوت ولو أطلقنا الجواب ولم نفرق بين أن يكون الكيل والوزن للقسمة أو لغيره وأوجبنا في الكل على قدر الانصباء كان العذر له فيه ما ذكرنا من أن الاجر مقابل بعمل الكيل والوزن وهو متفاوت فلا يلزمه واليه مال شمس الائمة السرخسي ومال بعضهم الى الاول فأوجب الاجر على السواء ان كان للقسمة والا فعلى قدر الانصباء وفي الحمل الاجر مقابل بالنقل وهو يتفاوت بخلاف التمييز وفي الغسل مقابل بالتنظيف فيتقدر بقدر الملك لانه يتفاوت وبخلاف النفقة لانها لابقاء الملك فتتفاوت بتفاوته وفي البناء والتطيين الاجر مقابل بنفس البناء والتطيين وهو مقدر بالمكان بخلاف التمييز والزوائد تتولد من الملك فتستحق بقدر الملك وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه أن الاجرة على الطالب للقسمة دون الممتنع لان الطالب هو المنتفع بالقسمة دون الآخر قال رحمه الله (ولا يقسم العقار بين الورثة باقرارهم حتى يبرهنوا على الموت وعدد الورثة) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا يقسم باعترافهم لان اليد دليل الملك لانه في أيديهم والاقرار دليل الصدق ولا منازع لهم فيقسم بينهم فصار كما اذا كان الموروث منقولا أو كان العقار مشترى وهذا لانهم لا منكر لهم ولا بينة الا على المنكر فلا تفيد البينة بلا انكار لكنه يذكر في كتاب القسمة أنه قسمه باعترافهم ليقتصر عليهم ولا يتعداهم حتى لا يعتق أمهات أولاده ولا مدبروه لعدم ثبوت موته في حقهم بخلاف ما اذا كانت القسمة ببينة ولابي حنيفة رحمه الله أن القسمة قضاء على الميت اذ التركة مبقاة على ملكه قبل القسمة حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة تنفذ وصاياه فيها بخلاف ما بعد القسمة واذا كان قضاء على الميت فالاقرار منهم ليس بحجة عليه فلا بد من البينة وقد أمكن ذلك بجعل أحدهم خصما عن الميت وغيره عن أنفسهم لان الوارث نائب عنه واقرار الخصم لا يمنع من قبول البينة اذا كان في قبولها فائدة ألا ترى انه لو ادعى انسان على ميت دينا فأقر الوارث بذلك فأقام المدعي بينة تقبل بينته لانها تثبت الدين على الميت حتى يقدم على الورثة كلهم ويزاحم الغرماء ولا كذلك اذا كان ثبوته باقرار الوارث فانه لا يثبت الا في حقه خاصة وكذا الجواب لو كان مكان الوارث وصي والمسئلة بحالها بخلاف المنقول لان في القسمة فيه نظرا لانه يخشى عليه التلف وفي القسمة حفظه وجعله

(قوله لانهم اذا اشتركوا يتواكلون) التواكل أن يكل بعضهم الامر الى البعض قاله الاتقاني رحمه الله (قوله عند أبي حنيفة) وقول مالك كقول أبي حنيفة ذكره أبو القاسم بن الجلاب البصري اه غاية (قوله وقالا على قدر الانصباء) وبه قال الشافعي وأحمد وأصبغ المالكي اه عيني وكتب ما نصه وثمرة (٣٦٦) الاختلاف تظهر فيما اذا كان المال بين ثلاثة لاحدهم سدسه ولآخر ثلثه وللآخر نصفه فأجرة القسام عليهم أثلاثا عنده وعندهما اسداسا اه غاية (قوله باعتبار كسور فيه) فلما كان كذلك لم يلتفت الى القلة والكثرة لان في صعوبة كل خفاء فاعتبر أصل التمييز وهما فيه سواء كما في السفر لما كان في المشقة خفاء أدير الحكم على نفس السفر اه اتقاني (قوله فلا يلزمه) قال في مختصر الاسرار قال أبو حنيفة أجرة القسام على عدد الرؤس دون الانصباء الا في المكيل والموزون فانها تكون على عدد الانصباء اه اتقاني (قوله حتى لو حدثت الزيادة منها قبل القسمة الخ) وتقضى منها الديون ولهذا لو أوصى بعبده لانسان ثم مات وهو يخرج من ثلثه ثم زادت قيمته قبل القسمة لم يسلم كله له وبعد القسمة ينقطع حق الميت بالكلية حتى كانت الزيادة لمن وقع في قسمه فاذا تعدى التصرف الى الميت بقطع حقه لم يكن بد من اقامة البينة بخلاف الموروث المنقول لان في قسمته نظرا للميت لحفظ ماله لانه لو هلك هلك على الميت ولا هلاك في العقار اه غاية ﴿فرع﴾ التركة قبل القسمة مبقاة على ملك الميت لكنها تصير ملكا للورثة من وجه كما سيأتي مضمونا بعد ورقة في الشرح اه ﴿فرع آخر﴾ الزوائد الحادثة قبل القسمة تحدث على ملك الميت حتى لو كانت التركة شجرة فأثمرت كانت الثمرة له حتى تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه اه بدائع في القسمة (قوله لو كان مكان الوارث وصي) يعني اذا أقر الوصي بدين على الميت يدعيه انسان يكلف المدعي اقامة البينة ويكون الوصي خصما له وان كان مقرا اه

(قوله في المتن ويقسم في المنقول) قال الاتقاني قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقسمه لما ذكرنا في العقار اه (قوله في المتن والعقار المشترى) قال في الهداية ولو ادعوا أنهم اشتروه قسمه بينهم قال الاتقاني هذا لفظ القدوري أيضا قال في شرح الاقطع هكذا ذكره محمد في كتاب القسمة وذكر في الجامع الصغير أنه لا يقسم حتى يقيموا (٣٦٧) البينة على الملك ووجه الرواية الاولى أن المبيع بعد القبض ليس على ملك البائع (١) فيه حق ملك فقسم بقولهم ووجه رواية الجامع الصغير أنهم اعترفوا بالملك للبائع وادعوا انتقاله اليهم فلا يقبل الا ببينة كما لو ادعوا الميراث والفرق بينهما أن قسمة الميراث تقتضي الحكم بالموت وذلك تتعلق به أحكام كثيرة منها حلول الدين وعتق أمهات الاولاد والمدبرين وهذه الاحكام لا يجوز اثباتها بقول الوارث فلهذا لم يحكم في الميراث بقولهم وليس كذلك الشراء اه (قوله ولم يذكروا كيف انتقل اليهم) يعني لم يذكر سبب الانتقال اليهم من الشراء والارث وغيرهما وذلك لان من في يده شيء فالظاهر أنه له فقبل قولهم في القسمة اه اتقاني (قوله وهذا رواية كتاب القسمة) أي من المبسوط اه اتقاني (قوله ثم قيل هو الخ) أي المذكور في الجامع الصغير وهو قوله لم يقسمها حتى يقيما البينة على الملك قول أبي حنيفة خاصة لا قوله لان عند أبي حنيفة في الميراث لا يقسم بدون البينة وهنا العقار يحتمل أن يكون موروثا وغير موروث فلا يقسم احتياطا وعندهما يقسم في الموروث بدون البينة فههنا أولى اه اتقاني (قوله وقيل هو) أي قول محمد في الجامع الصغير اه (قوله في المتن ولو برهنا على الموت الخ) هذا اذا لم تكن الدار في يد الغائب أو شيء منها فاذا كان في يده شيء لم يقسمها وسيجيء بيانه بعد هذا اه اتقاني

مضمونا على القابض فتعينت القسمة اذ القاضي نصب ناظرا والعقار محصن بنفسه وهو غير مضمون بالقبض عنه فلا حاجة الى القسمة بغير ثبوت وبخلاف العقار المشترى لان المبيع زال عن ملك البائع قبل القسمة فلا يمكن ابقاؤه فلم تكن القسمة قضاء على الغير على أنه روي عن أبي حنيفة رضي الله عنه في غير رواية الاصول أن العقار المشترى أيضا لا يقسم لانه محصن بنفسه فلا يخشى عليه التلف فلا حاجة فيه الى القسمة فسوى في هذه الرواية بين المشترى والموروث والفرق على ظاهر الرواية ما ذكرناه وهو أن القسمة تكون قضاء على الميت في الموروث لبقاء ملكه فيه ولا تكون قضاء على البائع لعدم ملكه فيه لانه خرج عن ملكه بالبيع قال رحمه الله (ويقسم في المنقول والعقار المشترى ودعوى الملك) أي يقسم في المنقول الموروث والعقار المشترى وفيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيفية انتقاله اليهم بقولهم من غير اقامة البينة أما في المنقول الموروث والعقار المشترى فلما بينا من المعنى والفرق وأما فيما اذا ادعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم فلانه ليس في القسمة قضاء على الغير فانهم لم يقروا بالملك لغيرهم فيكون مقتصرا عليهم فيجوز وهذا رواية كتاب القسمة وفي الجامع الصغير أرض ادعاها رجلان وأقاما البينة انها في أيديهما وأرادا القسمة لم يقسمها حتى يقيما البينة أنها لهما لاحتمال أن تكون لغيرهما ثم قيل هو قول أبي حنيفة رحمه الله وقيل هو قول الكل وهو الاصح لان القسمة انما تكون اما لحق الملك تتميما للمنفعة أو لحق اليد تتميما للحفظ فالاول ممتنع لعدم الملك والثاني غير محتاج اليه لكونها محصنة بنفسها قال رحمه الله (ولو برهنا أن العقار في أيديهما لم يقسم حتى يبرهنا أنه لهما) أي لو أقام رجلان بينة أن العقار في أيديهما وطلبا من القاضي أن يقسمه بينهما لا يقسمه بينهما حتى يقيما البينة أن العقار ملكهما لاحتمال أن يكون هو لغيرهما وهذا هو المذكور في الجامع الصغير وقد بينا الوجه فيه والمصنف رحمه الله ذكر هذه المسألة بعينها قبيل هذا بقوله ودعوى الملك لان المراد فيها أن يدعوا الملك ولم يذكروا كيف انتقل اليهم ولم يشترط فيها اقامة البينة على أنه ملكهم وهو رواية القدوري وشرط ههنا وهو رواية الجامع الصغير وكان ينبغي أن يبين اختلاف الروايتين بان يقول في الجامع الصغير كذا وفي مختصر القدوري كذا لان الصورة متحدة غير أن فيها اختلاف الروايتين كما رأيت وفي مثله تبين الروايات ولا يذكر كل واحدة على حدة لان ذلك يوهم باختلاف الصورة على أنه لا يليق في مثل هذا المختصر الا ذكر احدى الروايتين قال رحمه الله (ولو برهنا على الموت وعدد الورثة والدار في أيديهم ومعهم وارث غائب أو صبي قسم ونصب وكيل أو وصي يقبض نصيبه) أي وكيل يقبض نصيب الغائب أو وصي يقبض نصيب الصبي لان في نصبه نظرا للصغير والغائب ولا بد من اقامة البينة عند أبي حنيفة رحمه الله لما بينا في المسئلة الاولى بل أولى لان في هذه القسمة قضاء على الغائب والصغير وعندهما يقسم بقولهم على نحو ما ذكرنا ويشهد أنه قسمها باعتراف الحاضرين فان الصغير أو الغائب على حجته قال رحمه الله (ولو كانوا مشترين وغاب أحدهم أو كان العقار في يد الوارث الغائب أو حضر وارث واحد لم يقسم) أي لم يقسم المال المشترك مع غيبة بعضهم في هذه الصور كلها أما اذا كانوا مشترين فلان الملك الثابت ملك جديد بسبب باشره ولهذا لا يرد بالعيب على بائع بائعه فلا يصلح الحاضر خصما عن الغائب بخلاف الارث لان الملك الثابت به ملك خلافة حتى يرد بالعيب فيما اشتراه

(١) قول المحشي فيه حق ملك هكذا في الاصل ولعل في العبارة نقصا فليحرر اه مصححه

المورث ويرد عليه فيما باعه هو ويصير مغرورا بشراء المورث فانتصب أحدهما خصما عن الميت فيما في يده والآخر عن نفسه فصارت القسمة قضاء بحضرة المتخاصمين وصح القضاء لقيام البينة على خصم حاضر وفي الشراء قامت على خصم غائب فلا تقبل ولا يقضى عليه وأما اذا كان العقار في يد الوارث الغائب فلأن في القسمة قضاء على الغائب باخراج الشئ من يده من غير خصم حاضر عنه وكذا اذا كان بعضه في يده والباقي في يد الحاضر وكذا اذا كان في يد مودعه أو في يد الصغير أو شئ منه لانه يكون قضاء على الغائب أو على الصغير من غير خصم حاضر عنه لان الامين أو الصغير ليس بخصم ولا فرق في هذا الفصل بين اقامة البينة وعدمها في الصحيح وفي بعض روايات المبسوط وغيره يقسم اذا أقام الحاضرون البينة على الموت وعدد الورثة لانها قامت لاثبات ولاية القاضي في تركة الميت فتقبل ولان الورثة ينتصبون خصماء عن الميت وينتصب بعضهم خصما عن بعض وقلما يكون الورثة كلهم حضورا فلو لم يقبل القاضي البينة لتضرروا وهو مدفوع وجوابه ما بينا وأما اذا حضر وارث واحد فلانه لا يصلح أن يكون مخاصما ومخاصما فكذا لا يصلح مقاسما ومقاسما فلا بد من حضور شخصين على ما بينا لانه ان كان خصما عن نفسه فليس أحد يخصم عن الميت والغائب وان كان خصما عنهما فليس أحد يخاصمه عن نفسه ليقيم البينة عليه فتعذر الحكم بخلاف ما اذا كان الحاضر اثنين وعن أبي يوسف رحمه الله أن القاضي ينصب عن الغائب خصما ويسمع البينة عليه ويقسم الدار ووجه الظاهر أن التركة قبل القسمة وان كانت مبقاة على حكم ملك الميت صارت ملكا للورثة من وجه حتى لو أعتق واحد منهم عبدا من التركة قبل القسمة نفذ عتقه في نصيبه فكان كل واحد منهم طالبا للارتفاق في نصيبه فتكون القسمة على هذا التقدير قضاء على الغائب من غير خصم حاضر عنه ولئن جاز للقاضي نصب الوصي من حيث انه دعوى على الميت لا يجوز له نصب الوصي من حيث انه دعوى على شركائه الغيب فلا يجوز له نصب الوصي بالشك بخلاف ما اذا ادعى أجنبي على الميت دينا حيث يجوز له نصب الوصي عن الميت لانه دعوى على الميت من كل وجه وللقاضي أن ينصب الاوصياء عن الموتى لا عن الاحياء واذا تعذر نصب الوصي والواحد لا يصلح خصما عن الميت وعن سائر الشركاء وان يكون مدعيا ومدعى عليه تعذر قبول البينة لانها لا تقبل من غير خصم حاضر ولو كان الحاضر صغيرا وكبيرا نصب القاضي عن الصغير وصيا وقسم اذا أقيمت البينة لان الدعوى على الصبي الحاضر صحيحة كالكبير الحاضر الا أنه عجز عن الجواب فينصب القاضي عنه وصيا ليجيب عنه خصمه بخلاف ما اذا كان الصغير غائبا لان الدعوى عليه غير صحيحة كالكبير الغائب وكذا اذا حضر وارث كبير وموصى له بالثلث في الدار وطلبا القسمة وأقاما البينة على الميراث والوصية يقسم لان الموصى له شريك في الدار فصار كواحد من الورثة فانتصب هو خصما عن نفسه والوارث عن الميت وعن بقية الورثة فصار كما لو حضر وارثان ولو حضر الموصى له وحده وادعى لا تسمع بينته ولا يقسم لعدم الخصم عن الميت ذكره في الذخيرة قال رحمه الله (وقسم بطلب أحدهم لو انتفع كل بنصيبه) لان فيها تكميل المنفعة اذا كان كل واحد منهم ينتفع بنصيبه بعد القسمة فكانت القسمة حقا لهم فوجب على القاضي اجابتهم قال رحمه الله (وان تضرر الكل لم يقسم الا برضاهم) وذلك مثل البئر والرحا والحائط والحمام لان القسمة لتكميل المنفعة وفي هذا تفويتها فيعود على موضوعه بالنقض وهذا لان الطالب للقسمة متعنت وهو يريد ادخال الضرر على غيره مع ذلك فلا يجيبه الحاكم اليه لانها اشتغال بما لا يفيد بل بما يضر ويجوز بالتراضي لان الحق لهم وهم أعرف بحاجتهم ولكن القاضي لا يباشر ذلك وان طلبوا منه لان القاضي لا يشتغل بما لا فائدة فيه ولا سيما اذا كان فيه اضرار أو اضاعة للمال لان ذلك حرام ولا يمنعهم من ذلك لان القاضي لا يمنع من أقدم على اتلاف ماله في الحكم وهذا من جملته قال رحمه الله (وان انتفع البعض وتضرر البعض لقلة حظه قسم بطلب ذي الكثير فقط)

(قوله ولا فرق في هذا الفصل) أي في أنه لا يقسم اذا كان العقار في يد الوارث (قوله اذا أقام الحاضرون البينة الخ) واليه ذهب صاحب الهداية حيث قال وان كانت الدار في يد الغائب أو في يد الصغير أو في أيديهما منها شئ فانه لا يقسم حتى تقوم البينة على الميراث وعدد الورثة بالاتفاق اهـ غاية

أي صاحب الكثير كذا ذكر الخصاف رحمه الله ووجهه أن صاحب الكثير يطلب من القاضي أن يخصه بالانتفاع بملكه ويمنع غيره عن الانتفاع بملكه وهذا منه طلب الحق والانصاف فإن له أن يمنع غيره من الانتفاع بملكه فوجب على القاضي أن يجيبه إليه لأنه نصب لإيصال الحقوق إلى أهلها ودفع الظالم ولا يعتبر تضرر الآخر لأنه يريد أن ينتفع بملك غيره فلا يمكن من ذلك وإن لحقه بالمنع ضرر ولو طلب صاحب القليل مع أنه لا ينتفع به لا يجيبه لأنه متعنت في طلب الضرر على نفسه لأن القاضي لا يشتغل بما لا يفيد وذكر الجصاص على عكسه لأن صاحب الكثير يريد الاضرار بغيره والآخر راض بضرر نفسه فيجيبه وذكر الحاكم أن أيهما طلب القسمة يقسم القاضي لأنه إن طلب صاحب القليل القسمة فقد رضي بضرر نفسه وإن طلبها صاحب الكثير فقد طلب أن ينتفع بنصيبه فيجيب كل واحد منهما والأصح ما ذكره الخصاف لأن القاضي يجب عليه إيصال الحق إلى مستحقه وفي طلب صاحب الكثير ذلك ولا يلزمه أن يجيبهم إلى اضرار أنفسهم وفي طلب صاحب القليل ذلك وقال ابن أبي ليلى لا يقسم بطلب البعض إلا إذا كان كل واحد من الشركاء ينتفع بنصيبه لأن المقصود بالقسمة تكميل المنفعة وتحصيلها لا تفويتها والمعتبر فيها المعادلة بينهم في المنفعة وإذا أدت القسمة إلى الاضرار بالبعض لم تكن مشروعة لأنها تقع على ضرر فصار كما إذا كان كلهم لا ينتفعون وكما إذا طلب صاحب القليل قلنا إن طالب القسمة يطلب حقه وأن ينتفع بملكه ويمنع غيره من الانتفاع بملكه فيجب على القاضي إيصال حقه على ما بينا والضرر الذي يلحقه بمنع الانتفاع بملك الغير لا يعد ضررا فلا يبالي به ولا يمنع الحكم بالعدل كما في سائر المواضع لأن المحكوم عليه لا بد له من الضرر ولو كان ذلك مانعا من الحكم بالعدل لما وصل أحد إلى حقه قال رحمه الله (ويقسم العروض من جنس واحد) لأن اعتبار المعادلة في المنفعة والمالية ممكن عند اتحاد الجنس لاتحاد المقصود فيه فيقع تمييزا فيملك القاضي الاجبار عليها قال رحمه الله (ولا يقسم جنسان والجواهر والرقيق والحمام والبئر والرحا إلا برضاهم) أما الجنسان فلعدم الاختلاط بينهما فلا تقع القسمة تمييزا بل تقع معاوضة فيعتمد التراضي دون جبر القاضي لأن اجباره عليها على اعتبار التمييز وأما الجواهر فلأن جهالتها متفاحشة ألا ترى أنها لا يصح غير المعين منها عوضا عما ليس بمال كالنكاح والخلع وقيل لا تقسم الكبار منها لفحش التفاوت وتقسم الصغار لقلة التفاوت وقيل إذا اختلف جنسها لا تقسم وإن اتحد تقسم كسائر الأجناس وأما الرقيق فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رحمه الله وعند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله تجوز قسمة الرقيق لاتحاد الجنس والتفاوت في الجنس الواحد لا يمنع القسمة كما في الإبل والغنم ولهذا يقسم الرقيق في الغنيمة بين الغانمين وصح تسميته في النكاح مهرا ونحوه ولأبي حنيفة رحمه الله أن التفاوت في الرقيق فاحش لتفاوت المعاني الباطنة كالذهن والكياسة لأن من العبيد من يصلح للأمانة ويعتمد على كلامه ويحسن التجارة وغيرها من الصنائع كالكتابة ومنهم من لا يصلح لشيء منها فلا يمكن جمع نصيب كل واحد منهم في واحد فتعذر الإفراز والتمييز فلا تكون قسمة وإنما هي مبادلة ولا جبر عليها بخلاف سائر الحيوانات لأن الانتفاع بها لا يختلف إلا شيئا يسيرا وذلك مغتفر في القسمة ألا ترى أن الذكر والأنثى من بني آدم جنسان مختلفان ومن الحيوان جنس واحد فلا يجوز القياس عليه وكذا لو اشترى المضارب عبدين وقيمة كل واحد منهما قدر رأس المال لم يتبين الربح

(قوله كذا ذكر الخصاف) يعني في أدب القاضي اهـ (قوله والأصح ما ذكره الخصاف) قال في الهداية والأصح المذكور في الكتاب قال الاتقاني أي في مختصر القدوري وهو الأول أي المذكور في الكتاب هو المذكور أولا وهو أنه لا يقسم إلا إذا طلب صاحب القليل لا عن تعنت والتعنت طلب العنت وهو المشقة وقال الاتقاني قبل هذا ما نصه (٣٦٩) وقال في الفتاوى الصغرى دار بين رجلين طلبا القسمة جميعا وتراضيا بذلك وليس نصيب كل منهما مما ينتفع به فإن القاضي يقسم ذلك بينهما لأن الملك لهما وقد تراضيا بهذا الضرر وإن طلب أحدهما القسمة وأبى الآخر لم يقسم القاضي بينهما لأن الطالب متعنت مضر بالآخر وإن كان الضرر يدخل على أحدهما بأن كان نصيبه قليلا بحيث لا يبقى منتفعا به بعد القسمة ونصيب الآخر كثير يبقى منتفعا به بعد القسمة فطلب صاحب الكثير القسمة وأبى الآخر فالقاضي يقسم وإن طلب صاحب القليل وأبى الآخر لا يقسم هكذا ذكر الخصاف يعني في أدب القاضي وذكر الجصاص على عكس هذا وما ذكره الخصاف أصح وذكر في قسمة الواقعات دار بين شريكين لأحدهما كثير والآخر قليل لا ينتفع بنصيبه بعد القسمة طلب صاحب الكثير القسمة وأبى صاحب القليل قسمت الدار بينهما بالاتفاق فإن طلب صاحب القليل وأبى صاحب الكثير قال الكرخي في مختصره لا يقسم وإليه مال الفقيه أبو الليث وجعل هذا قول أصحابنا وبه أخذ شمس الأئمة السرخسي وشيخ الإسلام الإسبيجابي وذكر الحاكم الجليل في مختصره أنه يقسم وإليه ذهب شيخ الإسلام خواهر زاده وعليه الفتوى وهذا خلاف ما ذكر في أدب القاضي إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى وقال الحاكم الشهيد في مختصر الحاكم وقال أبو حنيفة إنما أمنع القسمة إذا كان الضرر عليهما جميعا وإن كان الضرر على أحدهما دون الآخر قسمته أيهما طلب القسمة إلى هنا لفظ الحاكم اهـ غاية

ولو كان الرقيق كالجنس الواحد لتبين كالثوبين والفرسين وقسمة الغنائم تجري في الاجناس فلا تلزم لان حق الغانمين تعلق بالمالية دون العين حتى كان للامام أن يبيع الغنائم ويقسم الثمن بينهم وفي غير الغنائم ليس له أن يبيع ملك غيره الا باذن صاحبه فامتنع القسمة فيه لانها مبادلة وهذا الخلاف فيما اذا كان الرقيق وحدهم وليس معهم شئ آخر من العروض وهم ذكور فقط أو اناث فقط وأما اذا كانوا مختلطين بين الذكور والاناث لا يقسم بالاجماع لان الذكور والاناث من بني آدم جنسان لاختلاف المقاصد على ما عرف ولا يقسم الجنسان وان كان مع الرقيق شئ آخر مما يقسم جازت القسمة في الرقيق تبعا لغيرهم بالاجماع ويجبرهم القاضي بطلب البعض وكم من شئ يدخل تبعا وان لم يجز دخوله قصدا كبيع الشرب والطريق يدخل في بيع الارض تبعا ولا يجوز بيعه وحده وأما الحمام والبئر والرحا فلما ذكرنا من الحاق الاضرار بالكل قال رحمه الله (دور مشتركة أو دار وضيعة أو دار وحانوت قسم كل واحد على حدة) أما الدور المشتركة فالمذكور هنا قول أبي حنيفة رضي الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تقسم الدور بعضها في بعض اذا كانت في مصر واحد وكانت القسمة أصلح لهم لان الدور جنس واحد نظرا الى اتحاد الاسم والصورة وأصل السكنى أجناس نظرا الى اختلاف الاغراض وتفاوت منفعة السكنى باختلاف المحال فكان مفوضا الى رأي القاضي وهذا لان المعتبر في القسمة تكميل المنفعة والمعادلة فيها وفي المالية والمقصود دفع الضرر عن الشركاء واذا قسم كل دار على حدة ربما يتضرر كل واحد منهم لتفرق نصيبه واذا قسم الكل قسمة واحدة يجتمع نصيب كل واحد منهم في دار واحدة وينتفع بذلك والقاضي نصب ناظرا فكان الرأي اليه ولابي حنيفة رحمه الله أن الدور أجناس مختلفة لان المقصود يختلف باختلاف المحال والجيران والقرب الى المسجد والماء اختلافا فاحشا فلا يمكن التعديل في القسمة فلا يجوز جمع نصيب كل واحد منهم في دار الا بالتراضي ألا ترى أن التوكيل بشراء دار لا يجوز وكذا التزوج بها كما هو الحكم في التوكيل بشراء ثوب وفي التزوج على ثوب وهذا يؤذن بأن الجنس مختلف فهذا هو الاصل لامتناع القسمة ولا تجوز الا في متحد الجنس فيقسم كل مكيل وموزون ومعدود متقارب كالقمح يقسم بانفراده وكذا الشعير ولا يجمع بينهما في القسمة الا بتراضيهم وكذا الابل والبقر والغنم يقسم كل جنس منه بانفراده ولا يجمع لما ذكرنا وكذا الثياب الهروية والمروية وتبر الذهب والفضة والنحاس والاواني منها يقسم كل جنس على حدة ولا يجمع بين الاجناس لما ذكرنا واختلاف بيوت دار واحدة لا يمنع القسمة لان في قسمة كل بيت على حدة ضررا وكذا اذا كانت في محلة أو محال لما ذكرنا من الضرر والتفاوت أيضا يسير بخلاف الدور والمنازل المتلازقة كالبيوت والمتباينة كالدور لانه بين الدار والبيت فأخذ شبها من كل واحد منهما والدور في مصرين لا تقسم بالاجماع فيما رواه هلال وعن محمد رحمه الله أنها تقسم وأما الدور والضيعة أو الدور والحانوت فلاختلاف الجنس ذكره الخصاف رحمه الله وقال في اجارة الاصل ان اجارة الدار بمنافع الحانوت لا تجوز وهذا يدل على أنهما جنس واحد فيحتمل أن يكون في المسئلة روايتان أو تبنى حرمة الربا فيها على شبهة المجانسة قال رحمه الله (ويصور القاسم ما يقسمه) أي على قرطاس ليمكنه حفظه قال رحمه الله (ويعدله) أي يسويه على سهام القسمة ويروى ويعزله أي يقطعه بالقسمة عن غيره قال رحمه الله (ويذرعه ويقوم البناء) لان قدر المساحة يعرف بالذرع والمالية بالتقويم ولا بد من معرفتهما ليمكنه التسوية في المالية (١) ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء لما ذكرنا قال رحمه الله (ويفرز كل نصيب بطريقه وشربه) لان القسمة لتكميل المنفعة وبه تكمل لانه اذا لم يفرز يبقى لنصيب بعضهم تعلق بنصيب الآخر فلم يحصل الانفصال من كل وجه وهذا بيان الافضل فان لم يفرز أو لم يمكن جاز قال رحمه الله (ويلقب الانصباء بالاول والثاني

والثالث

في أدب القاضي ان كانت دار وأرض أو دار وحانوت لم يجمع نصيب كل واحد من ذلك في أحد الصنفين وقسم كل واحد من ذلك بينهم على حدته الى هنا لفظ الخصاف رحمه الله وانما خص الخصاف بالذكر لان المسئلة لم تذكر في كتب محمد ولا ذكرها الطحاوي والكرخي في مختصريهما اه غاية (قوله وهذا يدل على أنهما جنس واحد) أي فاذا كانا جنسا واحدا يقسمان قسمة واحدة (قوله في المتن ويلقب الانصباء بالاول الخ) قال العلامة حافظ الدين النسفي مؤلف المتن رحمه الله في شرح النافع المسمى بالمستصفى مانصه قال الشيخ الامام شمس الدين الكردري صورته اذا كان لاحدهم نصف وللآخر ثلث وللثالث سدس يلقب النصف بالاول والثلث بالثاني والسدس بالثالث فان خرج السدس أولا يدفع من السهم الاول وهو النصف فان خرج بعده النصف يضم الى ما يليه حتى يتم له النصف ويدفع الى صاحبه ثم وثم الخ اه فقوله في المتن فمن خرج اسمه أولا فله السهم الاول ظاهر فيما اذا خرج أولا اسم صاحب الاول وهو النصف في هذا المثال أما اذا خرج أولا اسم صاحب الثاني وهو الثلث أو الثالث وهو السدس فليس له السهم الاول بل له من السهم الاول لا كله وهو ظاهر فتنبه والله الموفق اه

(١) قول الشارح ولا بد من تقويم الارض وذرع البناء كذا في النسخ وصوابه العكس كما هو ظاهر اه من هامش بعض النسخ كتبه مصححه

والثالث ويكتب أساميهم ويقرع فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني) فالقرعة لتطييب قلوبهم حتى لو قسم الإمام بلا قرعة جاز لأنه في معنى القضاء فيملك الإلزام وقطع الأنصباء ليتمكن من الإلزام عند خروج قرعة كل واحد منهم وكيفيته أن ينظر إلى أقل الأنصباء فيقدر به أجزاء السهام حتى إذا كان العقار مشتركا بين ثلاثة نفر لأحدهم النصف ولآخر الثلث ولآخر السدس جعله أسداسا لأنه أقل فيكون لصاحب النصف ثلاثة أسداس ولصاحب الثلث سدسان وللثالث السدس ويلقب النصيب من أي جانب شاء بالأول ثم الذي يليه بالثاني ثم الذي يليه بالثالث ثم يكتب أسامي الشركاء ببطاقات فيطوي كل بطاقة ويجعلها شبه البندقة ويدخلها في طين ثم يخرجها حتى إذا نشفت وهي مثل البندقة يدلكها ثم يجعلها في وعاء أو كمه ثم يخرج واحدا بعد واحد فمن خرج اسمه أولا فله السهم الأول ومن خرج ثانيا فله السهم الثاني إلى أن ينتهي إلى الآخر فإن خرج أولا في المثال الذي ذكرناه اسم صاحب النصف كان له ثلاثة أسداس من الجانب الملقب بالأول وإن خرج ثانيا كان له كذلك من الذي يلي الأول وإن خرج ثالثا كان له كذلك من الذي يلي الثاني وعلى هذا كل واحد منهم ولا يقال تعليق الاستحقاق بالقرعة قمار وهو حرام لأنا نقول لا يحصل الاستحقاق بالقرعة لأن الاستحقاق كان ثابتا قبله وكان للقاضي ولاية إلزام كل واحد منهم النصيب وإنما صير إليه لتطييب قلوبهم وهذا ليس بقمار وإنما القمار على زعمهم اسم لما يستحقون به شيئا لم يكن لهم قبل لا لمثل هذه فإن هذه مشروعة كما أخبر الله تعالى حكاية عن يونس وزكريا عليهما الصلاة والسلام والقمار غير مشروع قال رحمه الله (ولا تدخل في القسمة الدراهم إلا برضاهم) لأنه لا شركة فيها ويفوت به التعديل أيضا في القسمة لأن بعضهم يصل إلى عين المال المشترك في الحال ودراهم الآخر في الذمة فيخشى عليها التوى ولأن الجنسين المشتركين لا يقسم فما ظنك عند عدم الاشتراك وإذا كان أرض وبناء فعن أبي يوسف رحمه الله أنه يقسم باعتبار القيمة لأنه لا يمكن اعتبار التعديل فيه إلا بالتقويم لأن تعديل البناء لا يمكن بالمساحة وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الأرض تقسم بالمساحة والمساحة هي الأصل في الممسوحات ثم يرد من وقع في نصيبه البناء أو من كان نصيبه أجود دراهم على الآخر حتى يساويه فتدخل الدراهم في القسمة ضرورة كالأخ لا ولاية له في المال ثم يملك تسمية الصداق ضرورة صحة التزويج وعن محمد رحمه الله أنه يرد على شريكه بمقابلة البناء ما يساويه من العرصة فإذا بقي فضل ولم يمكن تحقيق التسوية بأن لم تف العرصة بقيمة البناء فحينئذ يرد دراهم لأن الضرورة في هذا القدر فلا يترك الأصل وهو القسمة بالمساحة إلا بالضرورة وهذا يوافق رواية الأصل قال رحمه الله (وإن قسم ولأحدهم مسيل أو طريق في ملك الآخر لم يشترط في القسمة صرف عنه إن أمكن وإلا فسخت القسمة) لأن المقصود من القسمة تكميل المنفعة باختصاص كل منهم بنصيبه وقطع أسباب تعلق حق كل واحد منهم بنصيب غيره فإن أمكن صرفه حصل ذلك وإلا لم يحصل فكانت القسمة مختلة فتعين الفسخ والاستئناف لنفي ضرر الاختلاط بخلاف البيع حيث لا ينفسخ ولا يفسد البيع فيما إذا لم يتمكن المشتري من الاستطراق أو من تسييل الماء لأن المقصود من البيع تملك العين ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال ولا كذلك القسمة لأنها لتكميل المنفعة ولا يتصور إلا بهما ولو ذكر الحقوق في الوجه الأول وهو ما إذا أمكن صرفه عن الآخر بأن قال هذا لك بحقوقه كان الجواب فيه مثل ما إذا لم يقل بحقوقه فيصرف عنه لأن القسمة للتمييز على ما بينا وذلك بأن لا يتعلق حق بعضهم بنصيب غيره وقد أمكن تحقيقه بصرفه عنه من غير ضرر فيصرف عنه إلا إذا قال له خذ هذا بطريقه وشربه ومسيله فحينئذ لا يصرف عنه لأنه أثبت له بأبلغ وجوه الإثبات بخلاف البيع إذا ذكر فيه الحقوق حيث يدخل فيه ما كان من الطريق والمسيل لأنه أمكن تحقيق معنى البيع فيه وهو التمليك مع بقاء هذا التعلق بملك غيره وفي الوجه الثاني وهو ما إذا لم يمكن صرف الطريق والمسيل عنه يدخل الطريق

(قوله فعن أبي يوسف أنه يقسم) أي كل ذلك اهـ (قوله ثم يرد من وقع في نصيبه البناء) أي دراهم على الآخر بقدر فضل البناء لأنه أكثر قيمة من العرصة غالبا اهـ غاية (قوله أو من كان نصيبه أجود) أي سواء كان هو الذي أصابه البناء أو أصابه العرصة اهـ (قوله لا ولاية له في المال) أي مال اليتيم اهـ (قوله ولا يشترط فيه الانتفاع في الحال) أي كمن اشترى جحشا أو مهرا صغيرا أو أرضا سبخة فإنه يجوز اهـ

والمسيل لان القسمة لتكميل المنفعة وذلك بالطريق والمسيل فيدخل عند التنصيص باعتبار أنه تكميل وفيها معنى الافراز وذلك بانقطاع التعلق فباعتباره لا يدخل من غير تنصيص بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره لان كل المقصود فيها الانتفاع وهو لا يحصل الا بدخول الحقوق فيدخل من غير ذكر ولو اختلفوا في ادخال الطريق في القسمة بان قال بعضهم لا يقسم الطريق بل يبقى مشتركا كما كان قبل القسمة نظر فيه الحاكم فان كان يستقيم أن يفتح كل في نصيبه قسم الحاكم من غير طريق يرفع لجماعتهم تكميلا للمنفعة وتحقيقا للافراز من كل وجه وان كان لا يستقيم ذلك رفع طريقا بين جماعتهم ليتحقق تكميل المنفعة فيما وراء الطريق ولو اختلفوا في مقدار عرضه يجعل على قدر عرض باب الدار بطوله أي ارتفاعه حتى يخرج كل واحد منهم جناحا في نصيبه ان كان فوق الباب لا فيما دونه لان باب الدار طريق متفق عليه والمختلف فيه يرد الى المتفق عليه ولان في ذلك القدر كفاية في الدخول فكذا في السلوك فيبقى ملكهم في الطريق على قدر سهامهم من الدار لان القسمة وقعت فيما وراءه ولم تقع فيه فبقي على الشركة كما كان ولو شرطوا أن تكون الطريق في الدار على التفاوت جاز وان كانت سهامهم في الدار متساوية لان القسمة على التفاوت بالتراضي في غير الاموال الربوية جائزة وان كان ذلك أرضا يرفع قدر ما يمر فيه ثور لوقوع الكفاية به في المرور قال رحمه الله (سفل له علو وسفل مجرد وعلو مجرد قوم كل واحد على حدة وقسم بالقيمة) وهذا قول محمد وعليه الفتوى وقال أبو حنيفة وأبو يوسف يقسم بالذرع لان القسمة بالذرع هي الاصل في المذروع والكلام فيه والمعتبر التسوية في أصل السكنى لا في المرافق ولمحمد رحمه الله أن السفل يصلح لما لا يصلح له العلو كالبئر والسرداب والاصطبل وغيره فصار كالجنسين فلا يمكن التعديل الا بالقيمة ثم اختلف أبو حنيفة وأبو يوسف في كيفية القسمة بالذرع فقال أبو حنيفة ذراع من سفل بذراعين من علو وقال أبو يوسف ذراع بذراع قيل أجاب كل واحد منهم على عادة أهل عصره فان أبا حنيفة أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل الكوفة في اختيار السفل على العلو وأبو يوسف أجاب بناء على ما شاهد من عادة أهل بغداد في التسوية بين العلو والسفل في منفعة السكنى ومحمدا أجاب على ما شاهد من اختلاف العادة في البلدان وقيل هو اختلاف حجة بينهم فان أبا حنيفة يقول لصاحب السفل منافع كثيرة وهي تبقى أيضا بعد انهدام العلو والعلو لا يبقى بعد انهدام السفل فكانت منفعته ضعف العلو ولصاحب العلو منفعة واحدة وهي منفعة السكنى وأبو يوسف يقول هما مستويان في الانتفاع فان لكل واحد من صاحب العلو والسفل أن يفعل ما لا يضر بالآخر حتى كان لصاحب العلو أن يبني اذا لم يضر بصاحب السفل ولصاحب السفل أن يحفر اذا لم يضر بصاحب العلو فاستويا في الانتفاع فيستويان في القسمة ومحمد يقول العلو والسفل بناء والمعادلة في قسمة البناء بالقيمة لان في بعض البلدان قيمة العلو أكثر كما في مكة ومصر وفي بعضها قيمة السفل أكثر كما في الكوفة وقيل في موضع تكثر النداوة فيه والسبخ يختار العلو وفي كل موضع يشتد البرد ويكثر الريح فيه يختار السفل وربما يختلف ذلك أيضا باختلاف الاوقات كالصيف والشتاء فلا يمكن اعتبار المعادلة فيهما الا بالقيمة ثم قول محمد رحمه الله لا يحتاج الى التفسير وتفسير قول أبي حنيفة أن يجعل بمقابلة ثنى من العلو المجرد قدر ثلثه من البيت الكامل لان السفل عنده ضعف العلو فيقابل السفل من البيت الكامل ثلثي العلو المجرد فيبقى العلو من البيت الكامل يقابل الباقي من العلو المجرد وهو الثلث فاستويا ويجعل بمقابلة ثنى من السفل المجرد قدر ثلثيه من البيت الكامل لان السفل منه مثل السفل من السفل المجرد فلا يتفاوتان فيبقى الثلث من السفل المجرد يقابل العلو من البيت الكامل ويجعل بمقابلة ثنى من العلو المجرد قدر نصفه من السفل المجرد لان السفل يقابل ضعفه من العلو وتفسير قول أبي يوسف أن يجعل بمقابلة ثنى من

(قوله بخلاف الاجارة حيث يدخل فيها بدون ذكره) أي ذكر الحقوق اه (قوله أن يجعل بمقابلة ثنى من العلو) أي بان يجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل لان الذراع الواحد من البيت الكامل بمقابلة ثلاثة أذرع من العلو المجرد فاذا ضربت الثلاثة في ثلاثة وثلاثين وثلث ذراع يكون مائة فيستوى الثلاثة والثلاثون وثلث ذراع من البيت الكامل مع مائة ذراع من العلو المجرد اه (قوله فيقابل السفل) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث ثلثي العلو وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله فيبقى العلو من البيت) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله يقابل الباقي من العلو المجرد) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله فاستويا الخ) فيجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد ثلاثة وثلاثون ذراعا وثلث ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من السفل المجرد ستة وستون ذراعا وثلثا ذراع من البيت الكامل ويجعل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد خمسون ذراعا من السفل المجرد اه (قوله من السفل المجرد) أي وهو مائة ذراع اه (قوله قدر ثلثيه) أي وهو ستة وستون وثلثان اه (قوله لان السفل منه) أي من الكامل (قوله فيبقى الثلث) أي وهو ثلاثة وثلاثون وثلث اه (قوله وتفسير قول أبي يوسف) قال الاتقاني وقول أبي يوسف أظهر لانه يجعل العلو والسفل سواء فيكون خمسون ذراعا من البيت الكامل بمقابلة مائة ذراع من العلو المجرد أو السفل المجرد اه

السفل

(قوله التصحيح تصرفهما) أي فكانا متهمين اهـ (قوله كمن علق عتق عبده) أي بكلام رجلين فشهدا أنه قد كلمهما اهـ اتقاني
(قوله ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به) أي لان فعل أنفسهما الذي هو التمييز لا يصح مشهودا به اهـ اتقاني (قوله لانه غير لازم) أي
صحة الرجوع قبل القبض (قوله بالاجماع) وقيل الخلاف في الكل وهو الاصح (٢٧٣) فلذا أطلق في الكتاب اهـ عيني رحمه الله

السفل المجرد أو من العلو المجرد قدر نصفه من البيت الكامل فيقابل نصفه العلو ونصفه الآخر السفل لاستواء العلو والسفل عنده ويجعل بمقابلة شيء من السفل المجرد قدره من العلو المجرد لما ذكرنا قال رحمه الله (وتقبل شهادة القاسمين ان اختلفوا) أي اذا أنكر بعض الشركاء بعد القسمة استيفاء نصيبه فشهد القاسمان أنه استوفى حقه تقبل شهادتهما سواء كانا من جهة القاضي أو من غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد رحمه الله لا تقبل وهو قول أبي يوسف أولا وبه قال الشافعي رحمه الله وذكر الخصاف قول محمد مع قولهما لمحمد أنهما شهدا على فعل أنفسهما التصحيح تصرفهما فلا يقبل كمن علق عتق عبده بفعل غيره فشهد ذلك الغير على فعله ولهما أنهما شهدا على الاستيفاء والقبض وهو فعل غيرهما لان فعلهما التمييز لا غير ولا حاجة الى الشهادة على التمييز ولانه لا يصلح أن يكون مشهودا به لانه غير لازم وانما يلزم بالقبض والاستيفاء وهو فعل غيرهما فتقبل الشهادة عليه وقال الطحاوي رحمه الله اذا اقتسما بأجر لا تقبل شهادتهما بالاجماع واليه مال بعض المشايخ لانهما يدعيان ايفاء عمل استؤجرا عليه فكانت شهادة صورة ودعوى معنى فلا تقبل قلنا هما لا يجران بهذه الشهادة مغنما الى أنفسهما لان الخصوم توافقوا على ايفائهما العمل المستأجر عليه وهو التمييز وانما الاختلاف في الاستيفاء فانتفت التهمة ولو شهد قاسم واحد لا تقبل لان شهادة الفرد غير مقبولة على الغير ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر يقبل قول الامين في دفع الضمان عن نفسه ولا يقبل في الزام الآخر اذا كان منكرا قال رحمه الله (ولو ادعى أحدهم أن من نصيبه شيئا في يد صاحبه وقد أقر بالاستيفاء لم يصدق الا ببينة) لان القسمة من العقود اللازمة والمدعي للغلط يدعي حق الفسخ لنفسه بعد تمامها فلا يقبل الا بحجة وان لم يقم بينة استحلف الشركاء لانهم لو أقروا بذلك لزمهم فاذا أنكروه حلفوا عليه ومن حلف منهم لم يكن له عليه سبيل ومن نكل عن اليمين جمع نصيبه مع نصيب المدعي فيقسم على قدر حقهما لان نكوله حجة عليه كاقراره فلا يكون حجة على غيره قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لانه مناقض واليه أشار من بعد حيث شرط للتحالف أن لا يشهد على نفسه بالاستيفاء ويشير بذلك الى أنه لو أشهد على نفسه بالاستيفاء لا يتحالفان لان دعواه لم تصح للتناقض فاذا امتنع التحالف لعدم صحة الدعوى للتناقض فكذا هنا لانه قد أشهد على نفسه بالاستيفاء فوجب أن لا تقبل دعواه قال رحمه الله (وان قال استوفيت وأخذت بعضه صدق خصمه بحلفه) أي لو قال استوفيت حقي وأخذت بعضه كان القول قول خصمه مع يمينه لانه يدعي عليه الغصب وهو ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (وان لم يقر بالاستيفاء وادعى أن ذا حظه ولم يسلم اليه وكذبه شريكه تحالفا وفسخت القسمة) لان الاختلاف فيما حصل له بالقسمة فصار نظير الاختلاف في المبيع والثمن قال رحمه الله (ولو ظهر غبن فاحش في القسمة تفسخ) وهذا اذا كانت القسمة بقضاء القاضي فظاهر لان تصرفه مقيد بالعدل والنظر وأما اذا كانت بالتراضي فقد قيل لا يلتفت الى قول من يدعيه لانه دعوى الغبن ولا معتبر به في البيع فكذا في القسمة لوجود التراضي وقيل تفسخ هو الصحيح ذكره في الكافي وقال أبو جعفر الهندواني يجوز أن يقال لا تصح هذه الدعوى لان القسمة بمعنى البيع فلا تنقض لظهور الغبن الفاحش فيها كما في البيع واذا وقعت بالقضاء يجب نقضها بالغبن الفاحش لانه حصل بغير رضا المالك فصار كبيع الاب والوصي ينقض بالغبن

(قوله ولو أمر القاضي أمينه بدفع المال الى آخر) أي فقال دفعته وأنكره المدفوع اليه اهـ اتقاني (قوله فلا يقبل الا بحجة) أي فاذا أقام البينة يقضى له بتمام حقه اهـ اتقاني (قوله قالوا وينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا) قال الاتقاني قال صاحب الهداية ينبغي أن لا تقبل دعواه أصلا لتناقضه يعني أن البينة تترتب على الدعوى الصحيحة والدعوى لا تصح مع التناقض لانه أقر باستيفاء حقه ثم ادعى أنه لم يستوف واعتذر بعضهم في هذا وقال التناقض عفو في موضع الخفاء كالعبد يدعي الحرية بعد اقراره أنه رقيق وقال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف ومحمد في رجل مات وترك دارا وترك ابنين فاقتسما الدار وأخذ كل واحد نصيبه وأشهدا على القسمة والقبض والوفاء ثم ادعى أحدهما بيتا في يد صاحبه لم يصدق في ذلك الا أن يقر صاحبه فعلم بهذا أن لا تقبل بينته بعد الاقرار بالاستيفاء كما قال صاحب الهداية وذلك لانهما اذا أشهدا على الوفاء فقد أقر

كل منهما بوصول حقه اليه بجهة التمام فاذا ادعى انه لم يصل لم يقبل للتناقض اهـ (قوله كما في البيع) قال في الخلاصة وفي الاصل دعوى الغلط في القسمة على ثلاثة أوجه أحدها دعوى الغلط في القسمة بأن يقول قيمته ألف وأنتم قومتموه بخمسمائة وهذه الدعوى غير صحيحة كدعوى الغبن في البيع فانه لا يصح هكذا ذكر في شرح الشافي قال الفقيه أبو الليث البلخي ان هذا غير مذكور في الاصل وان قيل تسمع فله وجه صحيح بخلاف الغبن في البيع وان قيل لا تسمع فله وجه صحيح كما في البيع وهو الصحيح

والامام خواهر زاده زاده هكذا في نسخته ولم يرجح أحد الوجهين على الآخر وهذا كله في القسمة بالتراضي فان كانت القسمة بقضاء القاضي فله الفسخ والثاني لو قال نصيبي النصف وما وصل إلىّ الا الثلث والباقي في يدك وأنكر الآخر تحالفا وترادّا كالبيع والثالث ادّعى أحدهما على صاحبه انه أخذ من نصيبه شيأ بعد القسمة يقيم البينة فان لم يكن حلف الآخر وهذا اذا لم يقر بالاستيفاء أو بالابراء أما اذا أقر بالاستيفاء أو الابراء أو شهد شاهدان على ذلك لم تصح دعواه اه (قوله وكذا لو اختلفا في الحدود) أي بأن قال هذا الحد الذي قد دخل في نصيب صاحبه وقال الآخر لا بل هذا الحد قد دخل في نصيب صاحبه اه (قوله والصحيح أن الاختلاف في الشائع) أي في نصيب أحدهما اه (قوله وفي استحقاق بعض معين) (٣٧٤) أي من نصيب أحدهما اه قال الاتقاني رحمه الله قال الكرخي في مختصره فان كانت مائة شاة بين رجلين نصفين ميراثا أو شراء فاقتسماها وأخذ أحدهما أربعين شاة تساوي خمسمائة وأخذ الآخر ستين تساوي خمسمائة فاستحقت شاة من الاربعين تساوي عشرة دراهم فانه يرجع بخمسة دراهم في الستين شاة في قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد أيضا فتكون الستون شاة بينهما يضرب فيها هذا بخمسة دراهم ويضرب فيه الآخر بخمسمائة درهم الا خمسة دراهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وهنا لا تنقض القسمة بالاتفاق لان الاستحقاق اذا ورد على شئ معين لا تنقض القسمة وقد ورد على شاة بعينها فيوجب الرجوع بنصف قيمة الشاة المستحقة لتحقق المعادلة وتبين أن بينهما ألفا الا عشرة دراهم وقد وصل الى صاحب الستين خمسمائة والى صاحب الاربعين أربعمائة وتسعون وبقي له خمسة دراهم الى تمام حقه فيضرب في الستين بخمسة دراهم وشريكه بأربعمائة وخمسة وتسعين اه وعند

(قوله فهذه ثلاثة أوجه) قال الاتقاني رحمه الله والحاصل أن المسئلة على ثلاثة أوجه ففي استحقاق بعض معين في أحد النصيبين أو فيهما جميعا لا تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق شئ شائع في النصيبين تنقض القسمة بالاتفاق وفي استحقاق بعض شائع في أحد الطرفين لا تنقض القسمة عند أبي حنيفة خلافا لابي يوسف اه (قوله بأن كان البعض المقدم الخ) أي فاقتسما على أن يأخذ أحدهما مالهما من النصف المقدم وهو نصف النصف وربع المؤخر ويأخذ الآخر ما بقي وهو ثلاثة أرباع من النصف المؤخر فيكون لكل واحد ثلاثة أثمان جميع الدار لان حقهما بعد نصيب الثالث ثلاثة أرباع جميع الدار وما لا يمنع ابتداء القسمة لا يمنع بقاءها بالطريق الاولى اه

الفاحش ويجوز أن يقال تصح هذه الدعوى لان القيمة معتبرة في باب القسمة لتقع القسمة على سبيل المعادلة لان التعديل يكون من حيث القيمة في الاشياء المتفاوتة فاذا ظهر غبن فاحش في القيمة فقد فات شرط جواز القسمة وهو المعادلة فيجب نقضها بخلاف البيع لانه غير مبني على المعادلة في القيمة ولو اقتسما دارا وأصاب كل واحد منهما طائفة فادّعى أحدهما بيتا في يد الآخر أنه مما أصابه بالقسمة وأنكر الآخر فعليه اقامة البينة وان أقاما البينة فالاعتبار لبينة المدعي لانه خارج وان كان قبل الاشهاد على القبض تحالفا وتفسخ القسمة وكذا لو اختلفا في الحدود وأقاما البينة يقضى لكل واحد منهما بالجزء الذي هو في يد صاحبه لانه خارج فيه وبينة الخارج أولى وان أقام أحدهما بينة قضى له به وان لم تقم لواحد منهما بينة تحالفا وترادّا كما في البيع والله أعلم قال رحمه الله (ولو استحق بعض شائع من حظه رجع بقسطه في حظ شريكه ولا تفسخ القسمة) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف تفسخ القسمة هكذا ذكر الاختلاف في الجزء الشائع في الاسرار وغيره وذكر القدوري الاختلاف في استحقاق بعض نصيب أحدهما بعينه والصحيح أن الاختلاف في الشائع وفي استحقاق بعض معين لا يفسخ بالاجماع ولو استحق بعض شائع في الكل يفسخ بالاجماع فهذه ثلاثة أوجه ومحمد مع أبي حنيفة فيما حكاه أبو حفص ومع أبي يوسف فيما حكاه أبو سليمان والاول أصح لابي يوسف أنه بالاستحقاق ظهر شريك آخر والقسمة بدونه لا تصح فصار كما اذا استحق بعض شائع في الكل يحققه أن استحقاق جزء شائع ينعدم به معنى القسمة وهو الافراز ألا ترى أنه يوجب الرجوع بحصته في نصيب غيره شائعا كاستحقاق الكل شائعا بخلاف المعين لان ما وراء المستحق بقي مفرزا على حاله ليس للغير فيه حق ولهما أن المقصود بالقسمة التميز والافراز ولا ينعدم باستحقاق جزء شائع من نصيب الواحد ولهذا جازت القسمة في الابتداء على هذا الوجه بأن كان البعض المقدم مشتركا بين ثلاثة نفر والبعض المؤخر بين اثنين منهم فاقتسم الاثنان على أن لاحدهما مالهما من المقدم وللآخر المؤخر أو اقتسما على ان لاحدهما مالهما من المقدم وبعض المؤخر مفرزا يجوز فكذا هذا وصار كاستحقاق شئ بعينه بخلاف استحقاق الشائع في الكل لان معنى الافراز والتميز لم يتحقق مع بقاء نصيب البعض في الكل ولهذا لا تجوز القسمة ابتداء على هذا الوجه فكذا بقاء لانها لو بقيت لتضرر المستحق بتفرق نصيبه في الانصباء ولا ضرر بالمستحق هنا فوضح الفرق فاذا لم تبطل القسمة يرجع بحسابه على شريكه لانه لو استحق نصيب أحدهم كله يرجع به على الشركاء فكذا اذا استحق البعض اعتبارا الجزء بالكل وله أن ينقض القسمة ان شاء دفعا لعيب التشقيص لانه اذا رجع على الشركاء بحسابه يتفرق نصيبه فيتضرر به ولو باع بعضهم بعض نصيبه شائعا ثم استحق بعض ما بقي شائعا كان له أن يرجع على الشركاء بحسابه وسقط خيار الفسخ ببيع البعض

(قوله ولو اقتسم الورثة التركة الخ) فى التركة دين وطلبوا من القاضى القسمة وهو يعلم به وصاحب الدين غائب فان كان الدين مستغرقا فلا يقسم لانه لا ملك لهم وان كان غير مستغرق فالقياس كذلك وهو قول أبى حنيفة ولكنه استحسن وقال قل ما تخلو تركة عن دين يسير ولا يصح أن يقف عشرة آلاف بدين عشرة فينظر للفريقين و يوقف قدر الدين ولا يأخذ كفيلا بشئ من ذلك عنده أما عندهما فيأخذ كفيلا وان لم يكن الدين معلوما القاضى سألهم فان قالوا لا القول قولهم و يقسم لتمسكهم بالاصل وهو فراغ الذمة فلو ظهر دين نقض القسمة لانه تبين أن القسمة قبل أوانها فان أوانها بعد قضاء الدين كذا فى المبسوط والذخيرة اه (قوله ولو كان الدين غير مستغرق الخ) وفى الذخيرة لو ظهر وارث آخر أو موصى له بالثلث أو الربع وما أشبه ذلك ردّت القسمة لانه ظهر أن فى التركة شريكا آخر قد اقتسموا دونه وكذا لو ظهر الموصى له بالالف المرسلة الا اذا قالت الورثة نحن نقضى حق الغرماء وحق الموصى له بالالف المرسلة أما فى الوارث الآخر والموصى له بالثلث أو الربع ليس لهم ذلك لان حق الوارث الآخر والموصى له (٢٧٥) بالثلث فى عين التركة فلا ينتقل الى مال آخر الا برضاهما وحق الغريم والموصى له بالالف المرسلة فى المال لا فى عين التركة وفى ذلك مال الوارث والتركة سواء ولهذا قالوا لو كان مال آخر لم يدخل فى القسمة ليس للغريم والموصى له بالالف نقض القسمة (قوله الا اذا بقى من التركة الخ) وتحرير هذا يأتى فى آخر كتاب الصلح اه (قوله فى المتن ولو تهايآ فى سكنى دار الخ) شرع فى المهايأة وهى قسمة المنافع بعد بيان قسمة الاعيان لانه يحتاج اليها وقدم الاعيان لان العين أصل لكونه قائما بنفسه والمنافع أعراض لا تقسم بنفسها بل بالعين اه غاية (قوله و يختارها) يعنى الشريك ينتفع بالعين على الهيئة التى انتفع بها الآخر اه (قوله واجماع الامة) أى والمعقول اه

وعند أبى يوسف يرجع على ما فى أيديهم بحسابه و يضمن حصتهم مما باع لان القسمة تنقلب فاسدة عنده والمقبوض بالفاسد مملوك فينفذ بيعه وهو مضمون بالقيمة فيضمن لهم ولو اقتسم الورثة التركة ثم ظهر فيها دين محيط قيل للورثة اقضوا دين الميت فان قضوه صحت القسمة والا فسخت لان الدين مقدّم على الارث فيمنع وقوع الملك لهم فيها الا اذا قضوا الدين أو أبرأ الغرماء فحينئذ تصح قسمتهم لزوال المانع ولو كان الدين غير مستغرق فكذلك الجواب لتعلق حق الغرماء بالتركة الا اذا بقى من التركة ما يفى بالدين فحينئذ لا تفسخ القسمة لعدم الحاجة ولو ادّعى أحد المتقاسمين للتركة دينا فى التركة صح دعواه لانه لا تناقض اذ الدين يتعلق بالمعنى والقسمة تصادف الصورة ولو ادّعى عينا بأى سبب كان لم تسمع دعواه اذ الاقدام على القسمة اعتراف منه بأن المقسوم مشترك قال رحمه الله (ولو تهايآ فى سكنى دار أو دارين أو خدمة عبد أو عبدين أو غلة دار أو دارين صح) التهايؤ اعلم أن المهايأة مشتقة من الهيئة وهى الحالة الظاهرة للتهيئ للشئ والتهايؤ تفاعل منها وهو أن يتواضعوا على أمر فيتراضوا به وحقيقته أن كلا منهم يرضى بهيئة واحدة و يختارها وهى فى الشرع عبارة عن قسمة المنافع وهى جائزة فيما ذكره الشيخ استحسانا والقياس أن لا تجوز لانها مبادلة المنفعة بجنسها لان كل واحد من الشريكين ينتفع فى نوبته بملك شريكه عوضا عن انتفاع شريكه بملكه فى نوبته ولكن ترك ذلك بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهذا هو المهايأة وأما السنة فما روى أنه عليه الصلاة والسلام قسم فى غزوة بدر كل بعير بين ثلاثة نفر وكانوا يتهايؤن فى الركوب وما روى أن الرجل الذى خطب تلك المرأة بين يدى رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلم أنه ليس له صداق الا نصف ازاره فقال له عليه الصلاة والسلام ما تصنع بازارك ان لبسته لم يكن عليها منه شئ وان لبسته لم يكن عليك منه شئ أى بطريق المهايأة وهذا هو تفسير المهايأة وعلى جوازها اجماع الامة ولان المهايأة قسمة المنافع يصار اليها لتكميل استيفاء المنفعة لتعذر الاجتماع على عين واحدة فى الانتفاع بها فكانت المهايأة جمعا للمنافع فى زمان واحد كالقسمة جمع النصيب الشائع فى مكان معين فجرت المهايأة فى المنافع مجرى القسمة فى الاعيان ولو لم تجز المهايأة لادّى الى تعطيل الاعيان التى لا يمكن قسمتها وانه قبيح لان الاعيان خلقت للانتفاع بها وهو ينافيه فتجوز ضرورة كقسمة الاعيان فيجرى جبر القاضى فيها كما يجرى فى قسمة الاعيان الا أن القسمة

(قوله ولكم شرب يوم معلوم) أخبر أن الانتفاع بين قوم صالح و بين الناقة على التناوب وشريعة من قبلنا تلزمنا على أنه شريعتنا ما لم يرد النسخ اه غاية (قوله وعلى جوازها اجماع الامة) وأما المعقول فلان الاعيان خلقت للانتفاع فمتى كان الملك مشتركا كان حق الانتفاع مشتركا أيضا والمحل الواحد لا يحتمل الانتفاع على الاشتراك فى زمان واحد فيحتاج الى التهايؤ تكميلا للانتفاع ولان المنافع ملك مشترك يجوز استحقاقه فى العقود فجاز وقوع القسمة فيها كالاعيان فان قيل المهايأة تمليك منافع بمنافع من جنس واحد فهى اجارة ولا يكره القاضى على الاجارة قلنا لا نسلم أنها اجارة لانه مستوف منفعة نفسه بل هى قسمة منافع الاعيان ثم التهايؤ قد يكون من حيث المكان كالدار الواحدة الكبيرة يسكن أحدهما ناحية منها والآخر ناحية أخرى وقد يكون من حيث الزمان بأن ينتفع أحدهما بالعين مدة والآخر مدة كالدار والارض ونحو ذلك مما يحتمل القسمة وأما فيما لا يحتمل القسمة كالدابة الواحدة والعبد الواحد لا تتأتى القسمة الا من حيث الزمان اه غاية

أقوى منه فى استكمال المنفعة لانه جمع المنافع فى زمان واحد والتهايؤ جمع على التعاقب ولهذا لو طلب أحد الشريكين القسمة والآخر المهايأة يقسم القاضى لانه أبلغ فى التكميل ولو وقعت المهايأة فيما يحتمل القسمة ثم طلب أحدهما القسمة يقسم وتبطل المهايأة لانه أبلغ ولا تبطل المهايأة بموت أحدهما ولا بموتهما لانه لو بطلت لاستأنفها الحاكم ولا فائدة فى الاستئناف ثم لو تهايآ فى دار واحدة على أن يسكن أحدهما بعضها والآخر البعض أو أحدهما العلو والآخر السفل جازت لان القسمة على هذا الوجه جائزة فكذا المهايأة والتهايؤ فى هذا الوجه افراز لجميع الانصباء لا مبادلة لانه لو كان مبادلة لما صح لانها لا تجوز فى الجنس الواحد نسيئة الربا وقيل هو افراز من وجه عارية من وجه وانما قيل ذلك خشية الربا وكلا القولين مشكل لان كل واحد منهما يترك ماله من المنفعة فيما أخذه صاحبه بعوض وهو الانتفاع بنصيب صاحبه فكيف يتصور أن يكون افرازا للكل أو عارية فى البعض والعارية أيضا غير لازمة والمهايأة لازمة وقيل هو افراز من وجه مبادلة من وجه كقسمة الاعيان والاوجه أنها افراز من كل وجه فى المهايأة فى المكان ولهذا لا يشترط فيها التأقيت وجاز لكل منهم أن يستغل ما أصابه بالمهايأة على الظاهر شرط ذلك فى العقد أو لم يشترط لحدوث المنافع على ملكه ولا كذلك العارية والاجارة وفى المهايأة فى الزمان افراز من وجه ويجعل كالمستقرض لنصيب شريكه فكان مبادلة من وجه وانما قلنا ذلك لان معنى الافراز يتحقق فى المهايأة فى المكان دون الزمان وكذا لو تهايآ فى الزمان فى عبد واحد جاز لانها متعينة فيه لتعذر التهايؤ فى المكان والبيت الصغير كالعبد ولو اختلفا فى التهايؤ من حيث الزمان والمكان فى محل يحتملهما يأمرهما القاضى بالاتفاق لان التهايؤ فى المكان أعدل لاستوائهما فى زمان الانتفاع وليس فيه تقديم أحدهما على الآخر فكان أعدل وفى الزمان أكمل لان كل واحد ينتفع فى نوبته بجميع الدار فكان أكمل فلما اختلفت الجهة فلا بد من الاتفاق فان اختاراه من حيث الزمان يقرع فى البداية بينهما تطييبا لقلوبهما ونفيا للتهمة عن نفسه ولو تهايآ فى عبدين على الخدمة جاز أما عندهما فظاهر لان قسمة الرقيق جائزة عندهما فكذا المنفعة وأما عند أبى حنيفة فروى عنه أنه لا يجوز الا بالتراضى لان قسمة الرقيق لا يجرى فيها الجبر عنده فكذا منفعته والاصح أن القاضى يهايئ بينهما جبرا بطلب أحدهما لان المنافع من حيث الخدمة قلما تتفاوت بخلاف أعيان الرقيق لانها تتفاوت تفاوتا فاحشا على ما بينا ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل عبد على من يأخذه جاز استحسانا لان العادة جرت بالمسامحة فى طعام المماليك فلا تفضى الجهالة الى النزاع ونظيره استئجار الظئر بطعامها وكسوتها لجريان العادة بالمسامحة لاجل الولد بخلاف كسوة المماليك لانه لا تسامح فيها عادة ولو تهايآ فى دارين على أن يسكن كل واحد منهما دارا جاز ويجبر القاضى عليه وهذا عندهما ظاهر لان الدارين عندهما كدار واحدة حتى يجرى الجبر على قسمتهما وكذا عنده لان المنافع فيهما لا تتفاوت فيجوز ويجبر الآبى منهما ويعتبر افرازا كالاعيان المتقاربة بخلاف القسمة لان التفاوت فى أعيانهما فاحش فالتحقت بالاجناس المختلفة وصارت مبادلة وقيل عنده يجوز بالتراضى ولا يجبر اعتبارا بالقسمة وعنه أنه لا يجوز التهايؤ فيهما أصلا لا بالجبر ولا بالتراضى لانه يصير بيع المنافع بالمنافع من جنسه نسيئة وذلك لا يجوز على ما مر فى الاجارة بخلاف قسمة رقبتهما حيث تجوز بالتراضى لان بيع احداهما بالاخرى جائز وفى الظاهر ان قوله كقولهما وفى الدابتين لا يجوز التهايؤ على الركوب عند أبى حنيفة وعندهما

(قوله لانه أبلغ) أى لان قسمة العين أبلغ من قسمة المنفعة فى تكميل الانتفاع لاجتماع المنافع فى الزمان الواحد وفى التهايؤ يحصل ذلك على التعاقب قال فى كتاب الصلح من الشامل ولكل واحد نقض المهايأة بلا عذر اذا لم يرد التعنت لانه بمنزلة العارية وقال فى الكفاية طلب أحدهما قسمة العين بعد المهايأة قسم الحاكم (٢٧٦) وفسخ المهايأة لان الاصل القسمة اه اتقانى (قوله جازت) أى سواء ذكر المدة أو لا اه غاية (قوله لا مبادلة) ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان المدة فلو كان مبادلة لاشترط ذلك لانه يكون تمليك المنفعة بعوض كالاجارة ويشترط التأقيت فى الاجارة اه غاية (قوله عارية الخ) العارية ما يكون بغير عوض وهنا بعوض اه (قوله وكذا لو تهايآ فى الزمان فى عبد واحد) أى على أن يخدم هذا يوما وهذا يوما اه (قوله بالاتفاق) أى على أحدهما اه (قوله ولو تهايآ بينهما على أن نفقة كل الخ) قال فى الشامل تهايآ عبدين على أن يستخدم كل واحد أحدهما وطعام كل واحد عليه جاز استحسانا لانه يستقيم أن يخدمه ويؤتى بطعامه من بيت غيره فيجوز ولو تهايآ على أن يكون على كل واحد كسوة ما فى يده لا يجوز لان كسوتهما عليهما فيكون كل واحد مشتريا نصف الكسوة من صاحبه بنصف كسوة الذى فى يده وانه مجهول فلا يجوز اه اتقانى رحمه الله (قوله وقيل) قاله الكرخى اه (قوله ولا يجبر اعتبارا بالقسمة) أى لان عنده قسمة الجبر لا تجوز فى الدور فكذا فى القسمة بطريق المهايأة اه غاية ﴿فرع﴾ مما يحفظ فى الذخيرة أمة بين رجلين خاف كل صاحبه عليها فقال أحدهما عندك يوما وعندى يوما وقال الآخر بل نضعها على يدى عدل تجعل عند كل واحد منهما يوما ولا توضع على يدى عدل قال مشايخنا يحتاط فى باب الفروج فى جميع المسائل الا فى هذه فانه لا يحتاط خشية ملكه اه معراج

يجوز اعتبارا بقسمة الاعيان ولابي حنيفة أن الاستعمال يتفاوت بتفاوت الراكبين فانهم بين حاذق وأخرق والتهايؤ في الركوب في دابة واحدة على هذا الخلاف لما قلنا بخلاف العبد والعبدين لانه يخدم باختياره فلا يتحمل الزيادة على طاقته والدابة تحملها وأما التهايؤ في الغلة فنذكره من قريب ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفي غلة عبد أو عبدين أو بغل أو بغلين أو ركوب بغل أو بغلين أو ثمرة شجرة أو لبن شاة لا) أي لا يجوز في هذه الاشياء التهايؤ أما التهايؤ في غلة عبد واحد أو بغل واحد فلان النصيبين يتعاقبان في الاستيفاء فالظاهر التغير في الحيوان فتفوت المعادلة بخلاف التهايؤ في استغلال دار واحدة حيث يجوز في ظاهر الرواية لان الظاهر عدم التغير في العقار فافترقا ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة أحدهما على الغلة في نوبة الآخر يشتركان في الزيادة تحقيقا للتعديل بخلاف ما اذا كان التهايؤ في المنافع فاستغل أحدهما في نوبته زيادة لان التهايؤ وقع في المنافع هنالك فتجب مراعاة المعادلة فيها وبالتفاوت في الغلة لا يتبين فوت المعادلة في المنافع فان الشيئين قد يستويان ثم يختلفان في البدل عند العقد وبخلاف ما لو تهايآ على الاستغلال في الدارين وفضلت غلة أحدهما حيث لا يشتركان فيه لان معنى الافراز راجح في الدارين لاتحاد زمان الاستيفاء فان كل واحد منهما يصل الى الغلة في الوقت الذي يصل اليها صاحبه وفي الدار الواحدة يتعاقب الوصول فاعتبر قرضا كأنه أقرض نصيبه من غلة هذا الشهر على أن يستوفي من نصيبه في الشهر الثاني ويجعل كل واحد منهما وكيلا عن صاحبه في ايجار نصيب صاحبه فاذا استوفى قدر القرض كان الباقي مشتركا بينهما وأما التهايؤ في استغلال عبدين أو بغلين فالمذكور هنا قول أبي حنيفة وعندهما يجوز لان المعادلة تمكن بينهما للاتحاد وقتهما وكذا تجوز قسمة رقبتهما عندهما فكذا منافعهما وبدلهما فصار كالدارين بخلاف التهايؤ في غلة عبد واحد حيث لا يجوز لانه لا يتأتى الا في زمانين فيتوهم تغيره بل هو الظاهر في الاستغلال لان العادة جرت بالاستقصاء فيه فيتغير من التعب بخلاف التهايؤ في خدمة عبد واحد حيث يجوز بالاجماع لما ذكرنا ولان الخدمة يجري فيها التسامح عادة فلا يلحقه تعب كما يلحقه في الاستغلال فلا يتغير ولابي حنيفة أن التهايؤ في الخدمة جوز للضرورة لعدم امكان قسمتها ولا ضرورة في الغلة لانه يمكن قسمتها لان الغلة عين مال ولانه يتغير بالاستغلال كما ذكرنا في العبد الواحد فيحصل التفاوت بخلاف الدارين لان الظاهر عدم التغير في العقار ولان التهايؤ في الاستغلال يمتنع عند اختلاف الزمان بأن وقع متعاقبا في عبد واحد فلأن يمتنع عند اختلاف المحل أولى وجملة الامر أن مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسئلة ففي استخدام عبد واحد جائز بالاتفاق وكذا في استخدام العبدين على الاصح وكذا التهايؤ في استغلال عبد واحد لا يجوز بالاتفاق وفي العبدين على الخلاف والتهايؤ في سكنى دار واحدة يجوز بالاتفاق وكذا في غلتها وكذا في سكنى دارين وفي غلتهما خلاف والاظهر أنه يجوز بالاتفاق وركوب بغل أو بغلين على الخلاف ولا يجوز في استغلال بغل واحد بالاتفاق وفي بغلين على الخلاف وأما التهايؤ في ثمرة شجرة أو لبن غنم فلانها أعيان باقية ترد عليها القسمة عند حصولها فلا حاجة الى التهايؤ لان التهايؤ في المنافع ضروري لانها لا تبقى فيتعذر قسمتها بخلاف لبن ابن آدم حيث تجوز المهايأة فيه حتى لو كانت جاريتان مشتركتان بين اثنين فتهايآ أن ترضع احداهما ولد أحدهما والاخرى ولد الآخر جاز لان لبن ابن آدم لا قيمة له فجرى مجرى المنافع والحيلة في الثمار

(قوله ولو زاد غلة الدار الواحدة في نوبة الخ) ولو تهايآ في نخل على أن يأكل كل واحد منهما غلة بعضها لم يجز لان غلة النخيل قبل وجودها معدومة حقيقة وحكما لانها لم تجعل موجودة حكما في حق التمليك بعوض وهو الاجارة حتى تعتبر موجودة حكما في حق القسمة وقسمة المعدوم لا تتحقق لانه افراز من وجه مبادلة من وجه وكلا الامرين لا يتحققان قبل الوجود اه ولوالجي في الصلح (قوله ان مسائل التهايؤ اثنتا عشرة مسئلة) أي غير الثمر واللبن اه مس (قوله والحيلة) أي في جواز التهايؤ اه قال صاحب الهداية والحيلة في جواز التهايؤ أن يبيع حصته من الآخر ثم يشتري كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه يعني يبيع أحد الشريكين حصته من الشجر أو الغنم من صاحبه ثم يشتري من صاحبه بعد مضي نوبته جميع الشجر أو الغنم فيحل لكل واحد منهما ما تناوله لانه حصل اللبن أو الثمر على ملك المشتري أو ينتفع باللبن استقراضا لنصيب صاحبه من الحليب كل يوم أي مدة معلومة ثم اذا مضت المدة ينتفع صاحبه باللبن في مثل تلك المدة بعضه من نصيب نفسه في هذه المدة وبعضه مما أقرضه في المدة الماضية ولكن ينبغي أن يزن اللبن أو يكيله كل يوم حتى تتحقق المساواة في الاستيفاء فلا يكون الربا لان اللبن يزيد وينقص في الحلب وقال في قسم الشامل من المبسوط تهايآ في أغنام بينهما على أن يكون نصفها عند هذا والنصف عند الآخر يعلف ويشرب لبنها ويجز صوفها لا يجوز لان اللبن بينهما والعلف عليهما فيكون كل واحد منهما مشتريا باللبن صاحبه بنصف العلف الذي عليه واللبن يزيد وينقص والعلف مثل فيكون التفاوت فاحشا فيكون مبادلة محضة فكان بيع لبن بلبن وصوف بصوف مجازفة فلا يجوز بعد الحلب والجز فقبلهما أولى وقال في الفتاوى الصغرى بقرة بين اثنين تواضعا على أن تكون عند كل واحد منهما خمسة عشر يوما يحلب لبنها فهذه مهايأة باطلة ولا يحل فضل اللبن عليهما وان جعلا في حل الا أن يستهلك صاحب الفضل

فقال ثم جعله صاحبه في حل فحينئذ يحل لان الاول هبة المشاع فيما يحتمل القسمة فلم يجز والثاني هبة الدين وانه يجوز وان كان مشاعا ونقله عن قسمة الواقعات اه اتقاني (قوله أو ينتفع باللبن المقدر) أي بوزن معلوم

كتاب المزارعة

لما كان الخارج من الارض من أنواع ما يقع (٣٧٨) فيه القسمة ذكر المزارعة عقيب القسمة ولان الارض بعض ما يجري فيه القسمة ثم بعد قسمة الارض قد يحتاج الى الزراعة فيها فذكر المزارعة عقيبها اه اتقاني (قوله وهي مفاعلة) أي من زارع من الزرع وهو إلقاء الحب ونحوه في الارض اه ع (قوله لانه لا أثر للعمل فيها) أي لم يرد الاثر في دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد اه (قوله فيكون في معنى قفيز الطحان) وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر رجلا حتى يطحن له كرا من حنطة بقفيز من دقيقها ولا شك أن ذلك استئجار العامل ببعض ما يخرج من عمله فكذا المزارعة والمساقاة اه غاية (قوله ولان الاجر مجهول أو معدوم الخ) وانما قلنا ذلك لان الارض أو الشجر اما أن تخرج شيأ أو لا فان أخرجت فالاجرة مجهولة لان قدر الثلث أو الربع لا يعلم كم هو وان لم تخرج فالاجرة معدومة اه غاية (قوله بطريق المن عليهم) يعني أنه لم تكن بطريق المزارعة والمساقاة بل كانت بطريق الخراج على المن عليهم والصلح لان النبي صلى الله عليه وسلم ملكها غنيمة فلو كان أخذها كلها جاز (قوله وتنعقد لازمة) أن قال الاتقاني في أول المزارعة ثم لا بد أن يعرف ركنهما وشرائط جوازهما وحكمهما وصفتهما فأما ركنهما فالايجاب والقبول ثم ذكر شرائط الجواز ثم قال وأما بيان حكمهما فنقول لهما حكمان أحدهما يثبت في الحال وهو الملك في منفعة الارض ان كان البذر من جهة المزارع أو ثبوت الملك في منفعة العامل ان كان البذر من جهة رب الارض وفي المعاملة ثبوت الملك في منفعة العامل والحكم الآخر يثبت في الثاني وهو الشركة في الخارج وأما بيان صفتهما فنقول المعاملة لازمة من الجانبين في الحال حتى ان كل واحد من العاقدين لا يملك الفسخ

ونحوه أن يشتري نصيب شريكه ثم يبيع كلها بعد مضي نوبته أو ينتفع باللبن المقدر بطريق القرض في نصيب صاحبه اذ قرض المشاع جائز والله أعلم بالصواب

كتاب المزارعة

وهي مفاعلة من الزراعة في اللغة قال رحمه الله (هي عقد على الزرع ببعض الخارج) وهذا في الشريعة قال رحمه الله (وتصح بشرط صلاحية الارض للزراعة وأهلية العاقدين وبيان المدة ورب البذر وجنسه وحظ الآخر والتخلية بين الارض والعامل والشركة في الخارج وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقي لآخر أو يكون العمل لواحد والباقي لآخر) وهذا قول أبي يوسف ومحمد وقال أبو حنيفة لا تجوز المزارعة لهما ما روي أنه عليه الصلاة والسلام عامل أهل خيبر على نصف ما يخرج من ثمر أو زرع ولانها عقد شركة بمال من أحد الشريكين وعمل من الآخر فيجوز اعتبارا بالمضاربة والجامع دفع الحاجة فان صاحب المال قد لا يهتدي الى العمل والمهتدي اليه قد لا يجد المال فمست الحاجة الى انعقاد هذا العقد بينهما بخلاف دفع الغنم والدجاج ودود القز معاملة بنصف الزوائد لانه لا أثر للعمل فيها في حصول الزيادة فلم تتحقق الشركة مع أنه ليس فيها عرف وفي المزارعة عمل الصحابة والتابعين والصالحين من بعدهم الى يومنا هذا بلا نكير ولابي حنيفة ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن المخابرة فقيل ما المخابرة قال المزارعة بالثلث والربع ولانه استئجار ببعض ما يخرج من عمله فيكون في معنى قفيز الطحان ولان الاجر مجهول أو معدوم وكل ذلك مفسد ومعاملة النبي صلى الله عليه وسلم أهل خيبر كان خراج مقاسمة بطريق المن عليهم والصلح وهو جائز لان الخراج نوعان خراج وظيفة وهو أن يوظف الامام عليهم كل سنة ويضع عليهم ما تطيق أرضهم والثاني خراج مقاسمة وهو أن يشترط عليهم بعض ما يخرج كالنصف والثلث ونحو ذلك جزأ شائعا والدليل على ذلك أنه عليه الصلاة والسلام لم يبين لهم المدة ولو كانت مزارعة لبينها لهم لان المزارعة لا تجوز عند من يجيزها الا ببيان المدة على ما نبين والدليل عليه أيضا ما روي عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم لما ظهر على خيبر سألته اليهود أن يتركهم بها على أن يكفوه عملها ولهم نصف الثمرة فقال لهم نقركم بها على ذلك ما شئنا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا صريح بأنها كانت خراج مقاسمة وانهم كانوا ذمة للمسلمين والذمي اذا أقر على أرضه بقيت على ملكه وما يؤخذ من أراضيه خراج ولفظ البخاري أعطى خيبر اليهود أن يعملوها ويزرعوها ولهم شطر ما يخرج منها والاعتبار بالمضاربة لا يجوز لان معنى الشركة فيها أغلب حتى صحت بدون ضرب المدة ولا تنعقد لازمة أصلا فيكون الربح متولدا من العمل والمال جميعا وعقد الشركة قد ينعقد على العمل خاصة كما في شركة الاعمال فما ظنك اذا انضم اليه المال ولا كذلك المزارعة لانها اجارة حتى يشترط لها ضرب المدة وتنعقد لازمة وانما كان لصاحب البذر أن يفسخ العقد والاجارة تفسخ بالاعذار ألا ترى أنه ليس له أن يفسخ بعد ما بذر في الارض فامتنع القياس عليها والحيلة للجواز عنده

الا بعذر والمزارعة لازمة من قبل من لا بذر من جهته حتى لا يملك الفسخ الا بعذر وغير لازمة من قبل من له البذر قبل إلقاء البذر في الارض حتى يملك الفسخ من غير عذر وبعدما ألقى البذر في الارض تصير لازمة من الجانبين حتى لا يملك أحدهما الفسخ بعد ذلك الا بعذر اه (قوله ثم اذا فسدت المزارعة عنده) أى فسد العقد عند أبى حنيفة بأن سقى الارض وكربها ولم يخرج شئ فله أجر مثله لانه في معنى اجارة فاسدة قال في شرح الطحاوى فلما لم يجز عنده كان الخارج كله لصاحب البذر فان كان البذر من قبل رب الارض فالخارج كله له ويطيب له ولا يتصدق به لان ذلك كله نماء ملكه ويجب عليه أجر مثل المزارع وان كان البذر من قبل المزارع فالخارج كله له ويجب عليه أجر مثل الارض لصاحب الارض لانه استعمل الارض بعقد فاسد فما كان من الخارج بازاء البذر والمؤنة يطيب له وما فضل من ذلك يتصدق به وأما على قولهما فان حصل من الخارج شئ يكون بينهما على الشرط وان لم يحصل فلا شئ على رب الارض ولا على المزارع اه غاية (قوله وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد) أى وهو لا يختص به لان عقدا ما لا يصح الا من الاهل اه هداية (قوله لانه عقد على منافع الارض أو العامل) قال في شرح الطحاوى وعقد المزارعة قد يكون استئجار الشخص ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل رب الارض وقد يكون استئجار الارض ببعض الخارج كما اذا كان البذر من قبل المزارع اه غاية (قوله وعند محمد بن سلمة الخ) قال الاتقانى وعن محمد بن سلمة أن المزارعة من غير بيان المدة جائزة أيضا ويقع على سنة واحدة يعنى على زرع واحد وبه أخذ الفقيه أبو الليث اه قوله جائزة أيضا يعنى كالمعاملة وانظر الى الحاشية التى كتبتها في أول المساقاة فهى هذه تمتها والله الموفق اه وكتب ما نصه قال الاتقانى رحمه الله وحكى عن أئمة بلخ أن بيان من عليه البذر انما يشترط (٢٧٩) في موضع ليس فيه عرف ظاهر أن البذر على من يكون أو كان العرف مشتركا وكل موضع كان بينهم عرف ظاهر أن البذر يكون على أحدهما بعينه لا يشترط بيان من عليه اذ المعروف كالمشروط كما في نقد البلد اه (قوله فلا بد من بيان جنس الاجرة) قال الاتقانى أول المزارعة ومن الشرائط بيان ما يزرع في الارض وهذا قياس وفي الاستحسان بيان ما يزرع في الارض ليس بشرط فوّض الرأى الى المزارع أو لم يفوض بعد أن ينص على المزارعة هكذا ذكر شيخ الاسلام في أول شرح المزارعة ثم قال الاتقانى بعد أوراق ما نصه والثامن بيان جنس البذر ليصير الاجر معلوما وذلك لان الاجر بعض الخارج واعلام جنس الاجر شرط وهذا قياس وفي الاستحسان ليس ذلك بشرط صرح ببيانه في أول الكتاب قال أبو جعفر الطحاوى في مختصره واذا استأجر الرجل أرضا مزارعة ولم يسم ما يزرع فيها فالمزارعة فاسدة فان اختصما قبل أن يزرع فسخت وان لم يختصما فيها حتى زرعت وحصد زرعها وانقضت مدة الاجارة جاز لرب الارض التى وقعت الاجارة به لا شئ له غيره الى هنا لفظ الطحاوى قال الامام الاسبيجابى في تعليله لان الارض مما يختلف باختلاف الزرع فرب زرع ينقص الارض نقصانا كثيرا ورب زرع ينقصها نقصانا قليلا ورب زرع يزيد في الارض فلا يجوز ما لم يبين فان اختصما قبل الزراعة كان لكل واحد منهما فسخ الاجارة ولو زرع المستأجر فيها شيأ قبل الفسخ تعين ذلك للعقد وللآجر المسمى من الاجرة وكذلك لو استأجر دابة ولم يسم ما يحمل عليها أو استأجر ثوبا ولم يبين من يلبسه أو استأجر قدرا ولم يبين ما يطبخ فيها وقال أيضا في شرح الطحاوى اذا دفع الارض مزارعة على أن البذر من قبل العامل على أن الخارج بينهما وشرط عليه أن يزرع شيأ معلوما فزرع غيره فانه يكون مخالفا سواء أضر بالارض أو لم يضر بخلاف ما اذا آجر أرضه بدراهم والفرق بينهما أن الاجرة هنا بعض الخارج والخارج يختلف باختلاف الزرع فاذا شرط الحنطة فقد رضى أن تكون أجرته حنطة فاذا زرع الشعير صار مخالفا ولا كذلك الاجارة بدراهم لان هناك الاجارة دراهم كما هيا فلو بطل العقد انما يبطل لاجل المضرة فان كان ما زرع فيها يكون في المضرة مثله أو دونه لم يوجد الخلاف وان كان أكثر من ذلك يكون مخالفا اه

أن يستأجر العامل بأجر معلوم الى مدة معلومة فاذا مضت المدة يعطيه بعض الخارج عما وجب له من الاجر في ذمة صاحب البذر فيجوز ذلك بتراضيهما كما في سائر الديون اذا أعطاه خلاف جنسه ثم اذا فسدت المزارعة عنده يجب على صاحب البذر أجر المثل العامل أو للارض والغلة له لانها نماء ملكه وقالوا الفتوى اليوم على قولهما لحاجة الناس اليها ولتعاملهم والقياس قد يترك بالتعامل والضرورة كما في الاستصناع ثم شرط في المختصر لجوازها عند من يجوزها أن تكون الارض صالحة للزراعة لان المقصود لا يحصل بدونه وأن يكون رب الارض والمزارع من أهل العقد لان العقد لا يصح الا من الاهل وان يبين المدة لانه عقد على منافع الارض أو العامل وهى تعرف بالمدة ويشترط أن تكون المدة قدر ما يتمكن فيها من الزراعة أو أكثر وأن لا تكون قدر ما لا يعيش اليه مثلهما أو مثل أحدهما غالبا وعند محمد بن سلمة لا يشترط بيان المدة وتقع على سنة واحدة وأن يبين من عليه البذر لان المعقود عليه وهو منافع العامل أو منافع الارض لا يعرف الا ببيان من عليه البذر لانه المستأجر فببيانه يعرف ما وقع عليه عقد الاجارة من منافع العامل أو منافع الارض وأن يبين جنس البذر لان الاجرة منه فلا بد من بيان جنس الاجرة وأن يبين نصيب من لا بذر من جهته وهو المراد بقوله وحظ الآخر لانه أجرة عمله أو أرضه فلا بد أن يكون

(قوله وكذا اذا شرط أن يرفع قدر بذره) أى ويكون الباقى بينهما نصفين اه (قوله والاجرة تقابل عمله دون الآلة) يعنى لا يكون الاجر بمقابلة البقر بل بمقابلة العمل اه (قوله وفى الصورة الثانية يكون صاحب البذر الخ) قال الاتقانى وفى نوادر ابن رستم عن محمد اذا قال لغيره آجرتك أرضى هذه السنة بالثلث أو بالربع فهو جائز والبذر على المزارع ولو قال دفعت اليك أرضى أو قال أعطيتك أرضى مزارعة بالثلث فهو فاسد لانه ليس فيه بيان من عليه البذر وانه شرط ولا كذلك الصورة الاولى لان الاجرة تكون على المستأجر لا محالة اه وكتب ما نصه والبقر غير مستأجرة وانما استعملها فى عمل نفسه وذلك لا يمنع صحة العقد اه غاية (قوله أو ما على الماذيانات والسواقى) الماذيان فارسى معرب أصغر من النهر وأعظم (٣٨٠) من الجدول والسواقى جمع الساقية وهى فوق الجدول دون النهر كذا فى المغرب فعلى هذا

معلوما وأن يخلى بين الارض والعامل لانه بذلك يتمكن من العمل فصار نظير المضاربة لا تصح حتى يسلم المال اليه حتى اذا شرط فى العقد ما تفوت به التخلية وهو عمل رب الارض مع العامل لا يصح وأن يكون الخارج مشتركا بينهما لانه هو المقصود بها فتنعقد اجارة فى الابتداء وتتم شركة فى الانتهاء ولهذا لو شرط لاحدهما قفزان مسماة تفسد لانه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى أو فى الكل اذا لم تخرج الارض أكثر من ذلك وكذا اذا شرط أن يرفع قدر بذره لما ذكرنا بخلاف ما اذا شرط أن يرفع عشر الخارج أو ثلثه والباقى بينهما لانه لا يؤدى الى قطع الشركة وهو يصلح أن يكون حيلة للوصول الى رفع البذر وأن تكون الارض والبذر لواحد والعمل والبقر لآخر أو تكون الارض لواحد والباقى لآخر أو يكون العمل لواحد والباقى لآخر وهذه الجمل من جملة شروطها وانما كان كذلك لان من جوزها انما جوزها على أنها اجارة ففى الصورة الأولى يكون صاحب البذر والارض مستأجر العامل وبقره تبع له لاتحاد منفعتهما لان البقر آلة له فصار كمن استأجر خياطا ليخيط له بابرته أو صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ من عنده والاجر يقابل عمله دون الآلة فيجوز والاصل فيها أن صاحب البذر هو المستأجر فتخرج المسائل على هذا كما رأيت وفى الصورة الثانية يكون صاحب البذر مستأجرا للارض باجر معلوم من الخارج فيجوز كما اذا استأجرها بدراهم فى الذمة وفى الصورة الثالثة يكون صاحب البذر مستأجرا للعامل وحده بلا بقر بأجرة معلومة من الخارج فيجوز كما اذا استأجر خياطا ليخيط له قميصا بابرة من عند صاحب الثوب أو طيانا ليطين له بمر من المستأجر قال رحمه الله (فان كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر أو كان البذر لاحدهما والباقى لآخر أو كان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر أو شرط لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقى أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج والباقى بينهما فسدت فيكون الخارج لرب البذر وللآخر أجر مثل عمله أو أرضه ولم يزد على ما شرط) والشيخ رحمه الله لما بين شروط جواز المزارعة بين أيضا الشروط المفسدة لها وبين أن الخارج فى الفاسدة منها لصاحب البذر لانه نماء ملكه وأن للآخر أجر المثل ولا يزاد على المسمى لان صاحب البذر هو المستأجر والآخر هو الاجير على ما بينا والواجب فى الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يزاد على المسمى على ما عرف وعند محمد بالغة ما بلغت وقيل الخارج لصاحب الارض ويصير مستقرضا للبذر وقابضا له باتصاله بارضه والاول أصح ثم قيل ان كان البذر لصاحب الارض طاب له الفضل وان لم يكن له لا يطيب له فيتصدق بما زاد على البذر وأجر الارض وهذه الجمل التى عددها مفسدة للاجارة أما الاول وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد والعمل والبذر لآخر فلأن صاحب البذر استأجر الارض واشتراط البقر على صاحب الارض مفسد للاجارة لان البقر لا يمكن أن يجعل تبعا للارض لان

يكون الماذيان والساقية من الالفاظ المترادفة وفرق صاحب الغريبين بينهما فقال وفى حديث رافع بن خديج كانكرى الارض بما على الماذيان وفى رواية أخرى بما على السواقى أى بما ينبت على الانهار الكبار والعجم يسمونها الماذيانات وليست بعربية ولكنها سوادية والسواقى دون الماذيانات الى هنا لفظ الغريبين وقال الخطابى فى شرح السنن والماذيانات الانهار معربة وقال أحمد بن المظفر الرازى فى فوائده لمختصر القدورى الماذيانات معربة وهى الانهار العظام سميت بذلك لانها يتولد منها الانهار الصغار والسواقى الانهار الصغار لانها كالسقايات والربيع النهر الصغير اه غاية (قوله وهو ما اذا كانت الارض والبقر لواحد) قال الاتقانى وفى الفصل الرابع لا يجوز لانه يصير صاحب البذر وهو العامل مستأجرا للارض والبقر ببعض منفعة الخارج فيكون البعض بمقابلة البقر مقصودا ولم يرد به الشرع فبقى على أصل القياس وروى عن أبى يوسف فى الامالى أنها جائزة وجعل منفعة البقر تبعا لمنفعة الارض كما جعلت تبعا لمنفعة العامل فان البقر تبع للارض فى العقد ألا ترى أنه يصح وقف البقر مع الارض ولا يصح مقصودا اه قوله وفى الفصل الرابع أى وهو أن يكون البقر والارض من واحد والعمل والبذر من آخر اه (قوله والعمل والبذر لآخر) قال الكرخى فى مختصره ولو كان البذر من قبل العامل وشرط البقر على رب الارض فان المزارعة فاسدة عند محمد لانه آجر البقر ببعض ما تخرج الارض ولا يجوز عنده أن يؤاجر غير الارض ببعض ما يخرج وقال محمد وهذا قياس قول أبى يوسف أيضا

(قوله لان منفعتها الانبات) أى بخلق الله اياها كذلك على هذه الطبيعة اه (قوله ومنفعة البقر الشق) أى وهو اقامة عمل الزراعة بخلق الله تعالى أيضا اه (قوله والباقى لآخر) فهذه المزارعة فاسدة لأنه يصير مستأجرا للارض والبقر والعامل جميعا بالبذر ولم يرد الشرع به اه غاية (قوله وعن أبى يوسف أنه يجوز) أى لانه استئجار العامل والارض ببعض الخارج وكل واحد منهما جائز عند الانفراد فكذا عند الاجتماع اه اتقانى (قوله وهو العمل والارض) فالمزارعة فاسدة لان الشرع لم يرد به اه غاية (قوله والباقى من آخر) قال الاتقانى وكذلك ان كان البقر وحده من أحدهما والباقى من الآخر فالمزارعة فاسدة فى ظاهر الرواية وعن أبى يوسف أنه جوز ذلك كذا فى تجريد المحيط اه ﴿فرع﴾ قال الشيخ ملا مسكين رحمه الله واعلم أن المزارعة على أربعة أوجه وهذا لان ما يقوم به المزارعة أربعة وهى الارض والبذر والعمل والبقر وبالتقسيم العقلى على سبعة أوجه لانه اما أن يكون الواحد من أحدهما والثلاثة من الآخر وهذا على أربعة أوجه وهو أن يكون الارض أو العمل أو البذر أو البقر من أحدهما والباقى من الآخر الاولان

منفعة البقر ليست من جنس منفعة الارض لان منفعتها الانبات ومنفعة البقر الشق وبينهما اختلاف وشرط التبعية الاتحاد فصار شرطا مفسدا بخلاف ما اذا كان البقر مع العامل حيث يجوز لان البقر أمكن جعله تبعا لاتحاد منفعتهما لان منفعة البقر صلاحية يقام بها العمل كابرة الخياط وعن أبى يوسف أنه يجوز للتعامل والقياس يترك به والظاهر الاول وأما الثانى وهو ما اذا كان البذر لواحد والباقى لآخر وهو العمل والبقر والارض فلأن العامل أجير فلا يمكن أن تجعل الارض تبعا له لاختلاف منفعتهما فصار نظير البقر والارض من واحد والباقى من الآخر وهى المسئلة الأولى وعن أبى يوسف أنه يجوز للتعامل وأما الثالث وهو ما اذا كان البذر والبقر لواحد والباقى لآخر وهو العمل والارض فلما ذكرنا أن الارض لا يمكن جعلها تبعا له لاختلاف المنافع ففسدت المزارعة وهنا وجه آخر لم يذكره فى الكتاب وهو أن يكون البقر من واحد والباقى من آخر قالوا هو فاسد وينبغى أن يجوز بالقياس على العامل وحده أو على الارض وحدها فانه يجوز أن يستأجر البقر كما يجوز أن يستأجر العامل أو الارض والجواب عنه أن القياس أن لا تجوز المزارعة لما فيها من الاستئجار ببعض الخارج وهو لا يجوز وانما تركنا ذلك بالاثر والاثر ورد فى استئجار العامل أو الارض فبقى ما وراءه على الاصل اذ استئجار شئ بأجرة غير مشار اليه ولا فى الذمة لا يجوز وقد ورد ذلك فى استئجار الارض أو العامل فى المزارعة فيقتصر عليه وأما اذا شرطا لاحدهما قفزانا مسماة أو ما على الماذيانات والسواقى أو أن يرفع رب البذر بذره أو أن يرفع الخراج فلما بينا أنه يؤدى الى قطع الشركة فى البعض المسمى أو فى الكل وشرط صحتها أن يكون الخارج كله مشتركا بينهما والمراد بالخراج هنا هو الموظف بان كان الموضوع على الارض دراهم مسماة أو قفزانا مسماة أو منهما وأما اذا كان الخراج خراج مقاسمة بان كان الموضوع عليها نصف الخارج أو ثلثه أو نحو ذلك من الجزء الشائع فلا يفسد اشتراط رفعه لانه لا يؤدى الى قطع الشركة وقد ذكرناه من قبل وهو الحيلة لرفع قدر بذره على ما بينا وكذا اذا شرطا لاحدهما التبن وللآخر الحب لانه يحتمل أن تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن وكذا اذا شرطا التبن نصفين والحب لاحدهما لانه يؤدى الى قطع الشركة فيما هو المقصود وهو الحب ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا للذكر التبن صحت لاشتراكهما فيما هو المقصود ثم التبن يكون لصاحب البذر لانه نماء ملكه وفى حقه لا يحتاج الى الشرط كنصيب رب المال

جائزان والثالث غير جائز والرابع غير مذكور فى الكتاب وهو غير جائز أيضا واما أن يكون اثنان من أحدهما واثنان من الآخر وهو على ثلاثة أضرب وذلك أن تكون الارض مع البذر أو مع البقر أو مع العمل من أحدهما والباقيان من الآخر والاول جائز دون الآخرين اه (قوله والمراد بالخراج هنا هو الموظف) أى لان جواز المزارعة على خلاف القياس بالاثر وذلك ورد فيما اذا كان الخارج مشتركا وما سواه بقى على أصل القياس والاصل فى هذا الباب أنه متى شرط شرطا يوهم قطع الشركة عن الخارج يفسد به العقد لان العقد انما انعقد ليصير شركة فى الانتهاء ومتى انقطع احتمال الشركة بقى اجارة

محضة بأجر معدوم وانه لا يصح اه غاية (قوله وكذا) أى تفسد المزارعة اه (قوله وللآخر الحب) أى لا يجوز لان هذا يؤدى الى قطع الشركة اه غاية ﴿فرع﴾ اذا شرطا أن يكون الحب والتبن بينهما نصفين جازت المزارعة ويكون التبن والحب بينهما كما شرط وكذا اذا شرطا أن يكون الخارج بينهما أو الزرع أو الريع بينهما جاز ويكون الحب والتبن بينهما لان اسم الخارج يتناولهما اه غاية (قوله ولو شرطا الحب نصفين ولم يتعرضا لذكر التبن الخ) فى ظاهر الرواية يجوز ويكون التبن لصاحب البذر وعن أبى يوسف أنه لا يجوز هكذا ذكر الطحاوى عن محمد لان التبن مقصود كما أن الحب مقصود وجه ظاهر الرواية أن استحقاق من لا بذر له بحكم الشرط ولم يوجد فبقى التبن لصاحب البذر فيصير كانهما شرطا أن يكون الحب بينهما والتبن لصاحب البذر وذلك جائز لما ذكرنا اه غاية وكتب ما نصه ولو شرطا التبن بينهما وسكتا عن الحب لا يجوز لان المقصود هو الحب فالسكوت عن المقصود يكون بمنزلة السكوت عنهما وذلك لا يجوز اه اتقانى

(قوله ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت) وعن أبي يوسف انه لا يجوز أصلا لان هذا شرط يؤدّي الى قطع الشركة لاحتمال أن لا تخرج الحب ووجه ظاهر الرواية أن النص ورد بجواز المعاملة وانه شركة في الفرع وهو الثمر دون الاصل وهو الغراس فأمكن القول بجواز مثلها من المزارعة اه غاية قوله وهو الغراس الاصل هو التبن والغراس والفرع هو الحب والثمر لانه متولد منهما اه وكتب ما نصه قال الاتقاني وان شرطا الحب بينهما والتبن لاحدهما بعينه فان شرطاه لصاحب البذر جاز ولو شرطاه للآخر فسد اه (قوله ولو شرطا التبن للعامل) يعني فيما اذا شرطا أن الحب بينهما نصفان اه غاية (قوله حيث يستحق أجر المثل) الظاهر بعد قوله حيث يستحق أجر المثل لان أجر المثل الخ (قوله فلا يفسخ من غير عذر) أي عذر تفسخ به الاجارة اه قال الاتقاني الا أن يكون هنالك عذر مما تفسخ به الاجارة فيكون له فسخ الاجارة كذا في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله فيفتى) هذا اذا امتنع رب الارض أما لو مات رب الارض فلا شيء للعامل بمقابلة كرابه كما سيأتي قريبا اه (قوله في المتن وتبطل بموت أحدهما) قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو دفع الارض اليه سنين ثم مات رب الارض في أول سنة منها بعدما نبت الزرع لم يكن للورثة أخذ الارض استحسانا حتى يستحصد الزرع والقياس أن يثبت لهم حق الاخذ لانه ينفسخ العقد بموت العاقد الا انا أبقيناه استحسانا لاجل العذر وعقد الاجارة يجوز للعذر فلأن يبقى للعذر كان أولى ولهذا قلنا انه لو استأجر سفينة فلما توسطت لجة البحر انتهت مدة الاجارة قدرنا عقد اجارة مبتدأ بأجر المثل لمكان العذر فاذا قدرنا عقدا مبتدأ لاجل العذر فلأن يبقى المزارع والورثة على الشرط أولى وانفسخ العقد في السنين الباقية (قوله فادح) الفادح الثقيل يقال لصاحب فدحه الامر أثقله اه كاكي والفادح بالفاء اه مغرب (قوله وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض الخ) قال في شرح الكافي والاعذار ثلاثة المرض الذي يقعد العامل عن العمل وخيانة العامل والدين الذي لا وفاء به عنده سوى بيع الارض لانه يتعذر حصول الغرض مع هذه الاعذار غالبا فلم يكن في ابقاء العقد فائدة فكان له حق النقض اه اتقاني (قوله ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت الخ) قال الاتقاني فأما اذا ألقى البذر في الارض ولم تنبت بعد كان له أن يبيع الارض لانه بعد لم يتعلق بها حق المزارع ويضمن له بذره على قول أبي يوسف وقال

في المضاربة وقال مشايخ بلخ التبن أيضا بينهما اعتبارا للعرف فيما لم ينص عليه المتعاقدان ولانه تبع للحب فيعطى له حكمه ولو شرطا الحب نصفين والتبن لرب البذر صحت لانه شرط لا يخالف موجب العقد لانه باق على حكم ملكه ولو شرطا التبن للعامل فسدت لانه شرط يخالف مقتضى العقد فربما يؤدّي الى قطع الشركة بان تصيبه آفة فلا ينعقد الحب ولا يخرج الا التبن قال رحمه الله (وان صحت فالخارج على الشرط) لصحة الالتزام قال رحمه الله (وان لم يخرج شيء فلا شيء للعامل) لانها إما اجارة أو شركة فان كانت اجارة فالواجب في العقد الصحيح منها المسمى وهو معدوم فلا يستحق غيره وان كانت شركة فالشركة في الخارج دون غيره فلا يستحق غيره بخلاف ما اذا فسدت المزارعة ولم تخرج الارض شيأ حيث يستحق أجر المثل في الذمة وعدم الخروج لا يمنع من وجوبه في الذمة قال رحمه الله (ومن أبى عن المضي أجبر الا رب البذر) لانها انعقدت اجارة والاجارة عقد لازم غير أنها تفسخ بالاعذار فان امتنع صاحب البذر عن المضي فيها كان معذورا لانه لا يمكنه المضي الا باتلاف ماله وهو القاء البذر على الارض ولا يدرى هل يخرج أم لا فصار نظير ما لو استأجر أجيرا ليهدم داره ثم امتنع وان امتنع العامل أجبر على العمل لانه لا يلحقه به ضرر فلا يفسخ من غير عذر ثم اذا امتنع رب البذر والارض من قبله بعدما كرب المزارع الارض فلا شيء له في عمل الكراب في القضاء لان عمله انما يتقوّم بالعقد وقد قوّمه بجزء من الخارج ولا خارج ويلزمه فيما بينه وبين الله تعالى أن يعطيه أجر مثل عمله كيلا يكون مغرورا من جهته لانه يتضرر به وهو مدفوع فيفتى بارضائه بان يوفيه أجر مثله قال رحمه الله (وتبطل بموت أحدهما) لانها اجارة وهي تبطل بموت أحد المتعاقدين اذا عقداها لانفسهما وقد بيناه في الاجارة وهذا على اطلاقه هو جواب القياس وفي الاستحسان اذا مات أحدهما وقد نبت الزرع يبقى عقد الاجارة حتى يستحصد ذلك الزرع ثم يبطل في الباقي لان في ابقاء العقد حتى يستحصد مراعاة الحقين فيعمل العامل أو ورثته على حاله فاذا حصد يقسم على ما شرطا ولا ضرورة في الباقي فتبطل ولو مات رب الارض قبل الزراعة بعدما كرب الارض وحفر الانهار انتقضت المزارعة لانه ليس في ذلك اتلاف مال على المزارع ولا شيء للعامل بمقابلة العمل لانه يتقوّم بالخارج ولا خارج فلا يجب شيء بخلاف المسئلة الاولى حيث يفتى بارضائه لانه كان مغرورا من جهته بالامتناع باختياره ولم يوجد ذلك هنا لان الموت يأتي بدون اختياره واذا كان على رب الارض دين فادح ولم يقدر على قضائه الا ببيع الارض فسخت المزارعة قبل الزراعة وبيعت بالدين لانها تنفسخ بالاعذار على ما بينا وهذا عذر وليس للعامل أن يطالبه بما كرب الارض وحفر الانهار بشيء لان المنافع لا تتقوّم الا بالعقد وتقوّمها وقع بالخارج فاذا انعدم الخارج لم يجب شيء ولو نبت الزرع ولم يستحصد لم تبع الارض بالدين حتى يستحصد الزرع لان في البيع ابطال حق المزارع والتأخير أهون من الابطال ويخرجه القاضي من الحبس ان كان حبسه به لانه لما امتنع بيع الارض لم يكن هو مماطلا فلم يكن ظالما والحبس جزاء الظلم بالمماطلة ولا كذلك لو زرع الارض ولم تنبت بعد في رواية لانه ليس

لصاحب البذر في الارض عين مال قائم لان التبذير استهلاك ولهذا لو امتنع صاحب البذر عن المزارعة كان عذرا لانه امتناع عن الاستهلاك فصار المزروع مستهلكا والمستهلك ليس بمال فاذا لم تكن له عين فيها تباع في الحال في الدين كما تباع قبل الزراعة في الحال وقيل لا تباع حتى يستحصد كما لا تباع بعد النبات حتى يستحصد لان التبذير ليس باستهلاك وانما هو استنماء ألا ترى أن الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير ولو كان استهلاكا لما ملكاه فكان البذر فيها عين مال فلا تباع كما لا تباع بعد النبات قال رحمه الله (فان مضت المدة والزرع لم يدرك فعلى المزارع أجر مثل أرضه حتى يدرك) أي يجب على العامل أجر مثل أرض الآخر الى أن يستحصد الزرع لان العقد قد انتهى بمضي المدة الا أن في قلعه ضررا فبقيناه بأجر المثل الى أن يستحصد فيجب على غير صاحب الارض بحصته من الاجرة لانه استوفى منفعة الارض بقدره بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل ادراك الزرع حيث يترك الى أن يستحصد ولا يجب على المزارع شيء لانا بقينا عقد الاجارة هنالك استحسانا لبقاء مدة الاجارة فأمكن استمرار العامل أو وارثه على ما كان من العمل أما هنا فلا يمكن لانقضاء المدة فتعين ايجاب أجر المثل بالابقاء وكان العمل ونفقة الزرع ومؤنة الحفظ وكرى الانهار عليهما لانها كانت على العامل لبقاء العقد لانه مستأجر في المدة فاذا مضت المدة انتهى العقد فيجب عليهما مؤنته على قدر ملكهما لانه مال مشترك بينهما بخلاف ما اذا مات أحدهما قبل الادراك حيث يكون الكل على العامل لبقاء العقد على ما بينا وان أنفق أحدهما على الزرع بغير أمر القاضي وبغير أمر صاحبه فهو متطوع لانه لا ولاية له عليه ولا هو مضطر الى ذلك لانه يمكنه أن ينفق بأمر القاضي فصار نظير ترميم الدار المشتركة ولو أراد رب الارض أن يأخذ الزرع بقلا ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر ولو أراد المزارع أن يأخذه بقلا قيل لصاحب الارض اقلع الزرع ان شئت فيكون بينكما أو أعطه قيمة نصيبه أو أنفق أنت على الزرع فارجع عليه بما أنفقت دفعا للضرر عنه ولو مات المزارع قبل ادراك الزرع فلورثته أن يعملوا مكانه نظرا لهم ولا أجر لهم لانا بقينا العقد نظرا لهم فقاموا مقامه وهو لا يستحق الاجر في المدة فكذا هم وان أرادوا قلع الزرع لم يجبروا على العمل لانا بقينا العقد نظرا لهم واذا تركوا النظر لانفسهم كان لهم ذلك وكان للآخر الخيارات الثلاثة نظرا له على ما بينا قال رحمه الله (ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما كأجرة الحصاد والرفاع والدياس والتذرية) أي يجب عليهما نفقة الزرع على قدر ملكهما بعد انقضاء مدة المزارعة كما يجب عليهما أجرة الحصاد والرفاع والدياسة مطلقا من غير قيد بانقضاء مدة المزارعة أما نفقة الزرع بعد انقضاء المدة فلما ذكرنا وأما وجوب الحصاد والرفاع والدياسة والتذرية عليهما مطلقا فلأن عقد المزارعة يوجب على العامل عملا يحتاج اليه الى انتهاء الزرع ليزداد الزرع بذلك فيتناهى وجوب العمل عليه بتناهي الزرع لحصول المقصود فيبقى بعد ذلك مالا مشتركا بينهما فتجب مؤنته عليهما قال رحمه الله (فان شرطاه على العامل فسدت) أي شرطا العمل الذي يكون بعد انتهاء الزرع كالحصاد والرفاع والتذرية والدياس لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما فيفسد وانما كان ذلك لان العقد يقتضي عمل المزارعة وهذه الاشياء ليست من أعمال المزارعة فكانت أجنبية فيكون شرطها مفسدا كشرط الحمل والطحن على العامل وعن أبي يوسف أن المزارعة مع شرط الحصاد والدياس والتذرية جائزة ومشايخ بلخ كانوا يفتون بهذه الرواية ويزيدون على هذا ويقولون يجوز شرط التنقية والحمل الى منزله على العامل لان المزارعة على هذا الشرط متعامل بين الناس ويجوز ترك القياس بالتعامل ألا ترى أن الاستصناع يجوز للتعامل واختار شمس الأئمة السرخسي رواية أبي يوسف وقال هو الاصح في ديارنا ولو شرطا الجداد على العامل أو الحصاد على غير العامل لا يجوز بالاجماع لعدم التعامل ولو أرادا فصل القصيل أو جداد التمر بسرا أو التقاط الرطب كان ذلك كله عليهما لانهما أنهيا العقد لما عزما

محمد تقوم الارض مبذورة وغير مبذورة ويضمن ما زاد البذر فيها الا أنه يحتاج الى قطع حقه عنه للحال فتجب القيمة للحال اه

(قوله وان أنفق أحدهما على الزرع) أي فيما اذا انقضت مدة المزارعة والزرع بقل اه اتقاني (قوله أو أعطه قيمة نصيبه) أي نابتا اه اتقاني وكتب ما نصه ويكون الزرع كله لك اه (قوله فارجع عليه بما أنفقت) اعلم أن في الرجوع في حصة المزارع اشكالا ذكره الشارح في المساقاة عند قوله وتبطل بالموت فارجع اليه اه (قوله في المتن ونفقة الزرع عليهما بقدر حقوقهما الخ) حاصل الكلام هنا على ثلاثة أوجه ذكرها الكرخي في مختصره ما كان قبل بلوغ الزرع ما يصلح به الزرع فهو على العامل وما كان بعد ما تناهى الزرع فهو عليهما وما كان بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه خاصة دون صاحبه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان كل ما يحتاج اليه الزرع قبل بلوغ الزرع مما يصلح به فهو على العامل لان ذلك عمل المزارعة وهو معقود عليه من جهة المزارع فيختص به وكل ما يحتاج اليه بعد تناهي الزرع فهو عليهما على قدر حصصهما فكذلك النفقة وما يحتاج اليه بعد القسمة فهو على كل واحد منهما في نصيبه لان نصيب كل واحد منهما قد تميز فيكون مؤنته عليه خاصة اه اتقاني (قوله ولو أرادا فصل القصيل الخ) القصيل اسم لكل زرع بعد النبات قبل الادراك اه اتقاني وكتب ما نصه قال الاتقاني وقد قالوا لو شرط في المزارعة عليهما جميعا فالمزارعة فاسدة لان البذر ان كان من قبل العامل فهو مستأجر

للارض فاذا شرط عمل صاحبه لم يسلم ما آجر وذلك يمنع صحة الاجارة واذا كان البذر من قبل رب الارض واشترط عمله فلم يخل بين المزارع والارض ومن شرط المزارعة التخلية وصار كالمضاربة اذا شرط فيها عمل رب المال انها تفسد فكذلك المزارعة كذا في شرح الاقطع اه

على التفصيل والجذاذ بسر افصار كالحصاد بعد الادراك والله تعالى أعلم بالصواب

﴿كتاب المساقاة﴾

وهي مفاعلة من السقي لغة قال رحمه الله (هي معاقدة دفع الاشجار الى من يعمل فيها على أن الثمر بينهما) يعني في العرف قال رحمه الله (وهي كالمزارعة) حتى لا تجوز عند أبي حنيفة كالمزارعة وعندهما تجوز وشروطها عندهما شروط المزارعة في جميع ما ذكرنا الا في أربعة أشياء أحدها اذا امتنع أحدهما يجبر عليه لانه لا ضرر عليه في المضي بخلاف المزارعة حيث لا يجبر صاحب البذر اذا امتنع والثاني اذا انقضت المدة يترك بلا أجر ويعمل بلا أجر على ما نبين وفي المزارعة بأجر على ما بينا والثالث اذا استحق النخيل يرجع العامل بأجر مثله والمزارع بقيمة الزرع والرابع في بيان المدة فانه اذا لم يبين فيها المدة يجوز استحسانا لان وقت ادراك الثمر معلوم وقل ما يتفاوت فيه فيدخل فيه ما هو المتيقن به وادراك البذر في أصول الرطبة في هذا بمنزلة ادراك الثمار لان له نهاية معلومة فلا يشترط فيه بيان المدة بخلاف الزرع لان ابتداءه يختلف والانتهاء مبني عليه فتدخل الجهالة الفاحشة وبخلاف ما اذا دفع اليه غرسا قد نبت ولم يثمر بعد معاملة حيث لا يجوز الا ببيان المدة لانه يتفاوت بقوة الاراضي وضعفها تفاوتا فاحشا فلا يمكن صرفه الى أول ثمرة تخرج منه وبخلاف ما اذا دفع نخيلا أو أصول رطبة على أن يقوم عليها حتى تذهب أصولها ونبتها لانه لا يعرف متى ينقطع النخيل أو الرطبات لان الرطبة تنمو ما دامت متركبة في الارض فتكون المدة مجهولة فتفسد المساقاة وكذا اذا أطلق في الرطبة ولم يزد قوله حتى تذهب بخلاف ما اذا أطلق في النخيل حيث يجوز وينصرف الى أول ثمر يخرج منه والفرق أن ثمر النخيل لادراكه وقت معلوم فينصرف اليه ولا يعرف في الرطبة أول جزة منه لانه لا يعرف متى يجز حتى لو كان معروفا جاز لعدم الجهالة فصار كبذره وثمار النخل ولو أطلق في النخيل ولم يثمر في تلك السنة انقضت المعاملة فيها الانتهاء مدتها فان سميا فيها مدة يعلم أن الثمر لا يخرج في تلك المدة فسدت المعاملة لفوات المقصود وهو الشركة في الثمار وان ذكرا مدة قد تبلغ الثمر فيها جازت المزارعة لعدم التيقن بفوات المقصود ثم ان خرج في الوقت المسمى فهو على الشركة لصحة العقد وان تأخر فللعامل أجر المثل لفساد العقد لانه تبين الخطأ في المدة المسماة فصار كما لو علم ذلك من الابتداء بخلاف ما اذا لم يخرج أصلا لان الذهاب بآفة سماوية فلا يتبين أن العقد كان فاسدا فبقي العقد صحيحا ولا شيء لكل واحد منهما على صاحبه قال رحمه الله (وتصح في الشجر والكرم والرطاب وأصول الباذنجان) وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الا في النخل والكرم ولا تجوز المزارعة الا تبعا للمساقاة لان القياس يأباهما كما قال أبو حنيفة رحمه الله في المزارعة وانما جوزناهما بالاثر وهو حديث خيبر وقد خصهما وله أصل في الشرع وهو المضاربة والمساقاة أشبه بها من المزارعة فان فيها الشركة في الزيادة دون الاصل وهو النخيل كما في المضاربة والشركة وفي المزارعة لا يتأتى ذلك لان

قال الاتقاني قال في شرح الطحاوي المساقاة عبارة عن المعاملة بلغة أهل المدينة ولاهل المدينة لغات يختصون بها فيقولون للمزارعة مخابرة وللاجارة بيعا وللمضاربة مقارضة وللصلاة سجدة ثم قال ولا ينبغي له أن يشترط العمل على صاحب الكرم فاذا اشترط فسدت المعاملة لان التخلية لم توجد ولو اشترط شيأ على المساقي مما تبقى منفعته وراء المدة فانه لا يجوز نحو القاء السرقين ونصب العرائش وتقليب أرض الغراس وغرس الاشجار وما أشبه ذلك فان المعاملة فاسدة وكذا لو اشترط قطف العنب على العامل فانه يفسد المعاملة فاذا فسدت فالخارج كله لصاحب الكرم ويجب عليه أجر المثل اه (قوله والرابع في بيان المدة الخ) قال الاتقاني في أول المزارعة وفيما اذا دفع الارض معاملة في القياس لا يجوز من غير بيان المدة وفي الاستحسان يجوز ويقع على أول ثمرة تخرج في تلك السنة فعلى جواز الاستحسان فرق محمد بين المزارعة والمعاملة فأوقع المعاملة على ثمرة واحدة وما أوقع المزارعة على زرع واحد في سنة واحدة اه (قوله وادراك البذر الخ) قال الاتقاني والبذر بالذال ما يبذر والبزر بالزاي بزر البقل وغيره كذا في الديوان وغيره وقد وقع سماعنا هذا في هذا الموضع بالذال اه (قوله حتى تذهب أصولها) أي فما خرج من ذلك فهو بينهما نصفان فهو فاسد اه غاية (قوله ونبتها) أي ينقطع نبتها اه (قوله فتفسد المساقاة) الا ان بينا المدة اه (قوله وكذا اذا أطلق في الرطبة) يعني لم يبين مدة اه (قوله ولم يزد قوله حتى تذهب) أي فان المساقاة فاسدة يعني اذا لم يكن للرطبة جزة معلومة واذا كانت معلومة جازت كما سيجيء في كلام الشارح رحمه الله اه (قوله وقال الشافعي في الجديد لا تجوز الخ) وفي القديم تجوز في كل شجرة لها ثمر اه اتقاني

شرط

شرط رفع البذر مفسدا اجماعا فجوزنا المعاملة مقصودا ولم نجوز المزارعة الا تبعا في ضمن المعاملة وكم من شئ يصح تبعا لا مقصودا كبيع الشرب تبعا لبيع الارض ولنا ماروى عن ابن عمر أن النبي صلى الله عليه وسلم عامل أهل خيبر بشطر ما يخرج من ثمر أو زرع رواه البخاري ومسلم وجماعة أخر وهذا مطلق فلا يجوز تقييده ببعض الاشجار دون بعض ولا تكون المزارعة تبعا للمعاملة بالرأي وقد ورد فيه أحاديث كثيرة كلها مطلقة فوجب اجراؤها على اطلاقها ويحكى نصا أن أهل خيبر كانوا يعملون في الاشجار والرطاب ولان الاصل في النصوص أن تكون معلولة فجاز تعديتها الى ما لا نص فيه لاسيما عند الخصم فانه لا يحتاج الى اقامة الدليل على انه معلول قال رحمه الله (فان دفع نخلا فيه ثمرة مساقاة والثمرة تزيد بالعمل صحت وان انتهت لا كالمزارعة) لان العامل لا يستحق الا بالعمل ولا أثر للعمل بعد التناهي فلو جاز بعد الادراك لاستحق بلا عمل ولم يرد به الشرع ولا يجوز الحاقه بما قبل التناهي لان جوازه قبل التناهي للحاجة على خلاف القياس ولا حاجة الى مثله فبقي على الاصل وكذا على هذا اذا دفع الزرع وهو بقل جاز وان استحصد وأدرك لم يجز لما ذكرنا وهو المراد بقوله كالمزارعة قال رحمه الله (واذا فسدت فللعامل أجر مثله) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة اذا فسدت قال رحمه الله (وتبطل بالموت) لانها في معنى الاجارة كالمزارعة وقد بيناه فيها) فاذا مات رب الارض والخارج بسر فللعامل أن يقوم عليه كما كان يقوم قبل ذلك الى أن يدرك الثمر وليس لورثته أن يمنعوه من ذلك استحسانا كما في المزارعة لان في منعه إلحاق الضرر به فيبقى العقد دفعا للضرر عنه ولا ضرر على الورثة ولو التزم العامل الضرر يتخير ورثة الآخر بين أن يقتسموا البسر على الشرط وبين أن يعطوه قيمة نصيبه من البسر وبين أن ينفقوا على البسر حتى يبلغ فيرجعون عليه بذلك في حصة العامل من الثمر لانه ليس له الحاق الضرر بهم كما في المزارعة هكذا ذكره صاحب الهداية وغيره وفي رجوعهم في حصته فقط اشكال وكان ينبغي أن يرجعوا عليه بجميعه لان العامل انما يستحق بالعمل وكان العمل كله عليه ولهذا لو اختار المضي أو لم يمت صاحبه كان العمل كله عليه فلو رجعوا عليه بحصته فقط يؤدي الى أن العمل يجب عليهما حتى يستحق المؤنة بحصته فقط وهذا خلف لانه يؤدي الى استحقاق العامل بلا عمل في بعض المدة وكذا هذا الاشكال وارد في المزارعة أيضا ولو مات العامل فلورثته أن يقوموا عليه وليس لرب الارض أن يمنعهم من ذلك لان فيه النظر من الجانبين فاذا أرادوا أن يصرموه بسرا كان صاحب الارض بين الخيارات الثلاث التي ذكرناها والاشكال الوارد في الرجوع بحصته وارد هنا أيضا وان ماتا جميعا فالخيار لورثة العامل لقيامهم مقامه وهذا خلافة في حق مالي

(قوله ولان الاصل الخ) يعني لو كان الامر كما زعم الشافعي بان يكون الاثر خص النخل والكرم ولكن الاصل في النصوص التعليل وانما جوزت المعاملة في النخل والكرم بعلة الحاجة والعلة عامة في غيرهما فتجوز في الرطاب والباذنجان أيضا لوجود الحاجة فيهما اهـ غاية (قوله في المتن فان دفع نخلا فيه ثمرة الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا دفع الرجل الى رجل نخلا فيه طلع معاملة بالنصف فهو جائز وان لم يسميا شيأ فهو على المعاملة حتى يبلغ فاذا بلغ فهو بينهما نصفان وكذلك لو دفعه اليه وقد صار بسرا أخضر وكذا لو دفعه اليه وقد صار أحمر لانه لم يتناه عظمه فهذه معاملة جائزة وهو بينهما نصفان فاذا دفعه وقد انتهى عظمه وليس يزيد على ذلك قليلا ولا كثيرا الا أنه لم يرطب فالمعاملة فاسدة فان قام عليه وحفظه حتى صار تمرا فجميع التمر لصاحب النخل وللعامل أجر مثله فيما عمل وكذلك العنب وجميع الفاكهة في الاشجار يدفعها فهو كما وصفت لك من ثمر النخل قال أبو الحسن وكذلك الزرع مالم يبلغ الاستحصاد لم يجز أن يدفعه الى من يقوم عليه بعضه والجواب فيه مثل الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اهـ اتقاني ﴿فرع﴾ قال الاتقاني ما نصه قال في باب العذر في المعاملة من شرح الكافي واذا دفع الرجل الى الرجل نخلا معاملة فما أخرج الله تعالى من شئ فهو بينهما نصفان فقام عليه ولقحه حتى اذا صار أخضر مات صاحب الارض انقضت المعاملة وكان البسر بين ورثة صاحب الارض وبين العامل نصفين في القياس لان الاجارة تنتقض بموت أحد المتعاقدين على ما عرف لكنا نستحسن أن نقيم ورثة صاحب الارض مقامه ويبقى العقد لاجل الحاجة ثم قال فان قال العامل أنا آخذ نصف البسر فالورثة بالخيار ان شاؤا صرموا البسر واقتسموه وان شاؤا أعطوه نصف قيمة البسر وان شاؤا أنفقوا عليه حتى يبلغ ويرجعون بنصف نفقتهم في حصة العامل من الثمر وقد مر الوجه فيه في المزارعة اهـ ما قاله الاتقاني في المساقاة (قوله ولو التزم العامل الضرر) أي وقال أنا آخذ نصف البسر اهـ (قوله وفي رجوعهم في حصته فقط) لم يقل بقدر حصته ليرد ما ذكر بل معناه انهم يرجعون بجميع ما غرموا في نصيب المزارع لان العمل عليه فعليه بدله والشارح اعتقد أن معناه يرجعون عليه بمقدار حصته مما غرموا أي يكون جميع ما غرموا عليهم وعليه فيرجعون بما عليه وليس كذلك اهـ قارئ الهداية نقلته من خطه رحمه الله تعالى (قوله اشكال) في هذا الاشكال نظر ظاهر اهـ وكتب ما نصه لا اشكال في قول صاحب الهداية وغيرها أصلا انما الاشكال فيما فهمه هذا الشارح رحمه الله من عبارتهم فانهم قالوا يرجعون عليه بذلك في حصته أي يرجعون في حصة العامل بجميع ما أنفقوا ولم يقل أحد منهم يرجعون بحصته اهـ كذا نقلته من خط البرهان الطرابلسي رحمه الله تعالى اهـ (قوله وهذا خلافة في حق مالي)

وهو ترك الثمار على الاشجار الى وقت الادراك لا أن يكون وارثه فى الخيار فيورث بخلاف خيار الشرط فان أبى ورثة العامل أن يقوموا عليه كان الخيار فى ذلك لورثة رب الارض على ما وصفنا واذا انقضت مدة المعاملة والخارج بسر أخضر فهو كالمزارعة اذا انقضت مدتها فللعامل أن يقوم عليها الى أن تنتهى الثمار كما كان ذلك للمزارع لكن هنا لا يجب على العامل أجر حصته الى أن يدرك لان الشجر لا يجوز استئجاره بخلاف المزارعة حيث يجب على المزارع أجر مثل الارض الى أن يدرك الزرع لان الارض يجوز استئجارها وكذلك العمل كله على العامل ههنا وفى المزارعة عليهما لانه لما وجب أجر المثل للارض بعد انتهاء المدة فى المزارعة لا يستحق العمل عليه كما يستحق قبل انتهائها قال رحمه الله (وتفسخ بالعذر كالمزارعة بان يكون العامل سارقا أو مريضا لا يقدر على العمل) لانها فى معنى الاجارة وقد بينا أنها تفسخ بالاعذار وكونه سارقا عذر ظاهر لانه يسرق الثمر أو السعف يلحقه ضرر وهو مدفوع شرعا وكذا مرض العامل اذا كان يضعفه عن العمل لانه يلحقه ضرر بالزامه استئجار الاجراء ولو أراد العامل ترك العمل لا يمكن منه فى الصحيح وقيل يمكن وقالوا لا يمكن بالاتفاق وتأويل قول من قال انه يمكن أن لو شرط العمل عليه فيكون عذرا من جهة العامل ومن دفع أرضا بيضاء الى رجل سنين معلومة يغرس فيها شجرا أو كرما أو نخلا على أن تكون الارض والشجر بين رب الارض والغارس نصفين لم يجز لاشتراط الشركة فيما كان موجودا قبل الشركة لا بعمله وهى الارض أو لانه استأجر أجيرا ليجعل أرضه بستانا بآلات الاجير على أن تكون أجرته نصف البستان الذى يظهر بعمله أو لانه يكون فى معنى قفيز الطحان فيفسد كما اذا استأجر صباغا ليصبغ له ثوبا بصبغ نفسه على أن له نصف المصبوغ ولان صاحب الارض يكون مشتريا بالنصف الغراس من العامل بنصف الارض والغراس مجهول ومعدوم وقد شرط عليه العمل فى نصيبه فى المدة أيضا وكل ذلك يوجب الفساد ثم جميع الثمر والغرس لرب الارض وللعامل قيمة غرسه وأجر مثل عمله لان العقد فى الشجر لما كان فاسدا وقد غرسه العامل بامره فى أرضه صار كأن صاحب الارض فعل ذلك بنفسه فيصير قابضا للغرس باتصاله بارضه مستهلكا له بالعلوق فيها فيجب عليه قيمة أشجاره وأجر مثل عمله لانه ابتغى لعمله أجرا وهو نصف الارض أو نصف الخارج ولم يحصل له منه شئ فيجب عليه أجر مثله والله أعلم بالصواب

﴿كتاب الذبائح﴾

قال رحمه الله (هى جمع ذبيحة وهى اسم لما يذبح) أى الذبائح جمع ذبيحة والذبيحة اسم للشئ المذبوح قال رحمه الله (والذبح قطع الاوداج) لقوله عليه الصلاة والسلام أفر الاوداج بما شئت والمراد الحلقوم والمرئ والودجان وانما عبر عنه بالاوداج تغليبا وبه يحل المذبوح وهو شرط لقول الله تعالى الا ما ذكيتم ولان المحرم هو الدم المسفوح وبالذبح يقع المميز بينه وبين اللحم فيطهر به وان كان غير مأكول ولفظة الذكاة تنبئ عن الطهارة ومنه قوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الارض يبسها أى طهارتها وأصل تركيب التذكية يدل على التمام ومنه ذكاء السن بالمد نهاية الشباب وذكا النار بالقصر اتمام اشتعالها وهى اختيارية واضطرارية فالاولى الجرح ما بين اللبة واللحيين والثانية الجرح فى أى موضع كان من البدن وهذا كالبدل عن الاول لانه لا يصار اليه الا عند العجز عنه وهو آية البدلية وانما كان كذلك لان الاول أبلغ فى اخراج الدم من الثانى فلا يترك الا بالعجز عنه ويكتفى بالثانى للضرورة لان التكليف بحسب الوسع ومن شرطه أن يكون الذابح صاحب ملة سماوية ثابتة حقيقة أو دعوى كالمسلم والكتابى

أى الخيار الثابت لورثة العامل وانما قالوا جوابا لسؤال مقدر بأن يقال خيار الشرط لا يورث عندكم لانه عوض لا يقبل النقل فكيف يثبت هذا الخيار لهم فقال ليس هذا من باب توريث الخيار بل هذا خلافة فى حق مالى وهو ترك الثمار على الاشجار الى أن تدرك فجاز اه اتقانى (قوله فى المتن وتفسخ بالعذر) (٣٨٦) ثم هل ينفرد صاحب العذر بالفسخ أم يحتاج الى قضاء القاضى فيه روايتان ذكرناهما فى المزارعة وقد مر بيانهما مستقصى فى كتاب الاجارة فى باب فسخ الاجارة أيضا اه غاية

﴿كتاب الذبائح﴾

المناسبة بين الكتابين أن المزارعة اتلاف موجود فى الحال وهو تبذير البذر لتحصيل النفع فى المآل من الخارج فكذا الذبح اتلاف الموجود فى الحال لينتفع باللحم فى المآل الا أن الاول سبب لحصول أقوات الاناسى والبهائم وهذا سبب لحصول غذاء بعض الحيوانات وكذا المساقاة لتحصيل الثمرات كما أن الذبائح لتحصيل اللحم اه مسكين (قوله أفر الاوداج) بالفاء من أفريت اذا قطعت اه عينى (قوله ومنه قوله صلى الله عليه وسلم) قال الاتقانى وفيه نظر لانه من كلام محمد بن على وهو محمد ابن الحنفية لا من كلام النبى صلى الله عليه وسلم وبه صرح فى الفائق وفسره بقوله أى اذا يبست من رطوبة النجاسة فذلك تطهيرها كما أن الذكاة تطهر الذبيحة وتطيبها ثم قال وقيل الذكاة الحياة من ذكت النار اذا حييت واشتعلت فكأن الارض اذا نجست ماتت واذا طهرت حييت الى هنا لفظ الفائق اه اتقانى (قوله اللبة واللحيين) اللبة رأس الصدر واللحيان الذقن اه اتقانى (قوله ومن شرطه أن يكون الخ) وأما شرط وقوع الذكاة فأربعة أشياء آلة جارحة بالاجماع لحديث ابراهيم النخعى قال اذا خرق المعراض فكل وان لم يخرق فلا تأكل والثانى أن يكون

الذابح ممن له ملة التوحيد وهو حلال في الحل إما دعوى واعتقادا كالمسلم أو دعوى كالكتابي فانه يدعي أنه صاحب ملة التوحيد بخلاف المجوسي فانه ليس له ملة التوحيد لا دعوى ولا اعتقادا لانه يقول بصانعين أحدهما خالق الخير وثانيهما خالق الشر فلا تحل ذبيحته والمحرم لا تحل ذبيحته وكذا الحلال اذا كان في الحرم لا يحل ذبحه الصيد والثالث أن يكون المحل من المحللات اما من كل وجه كمأكول اللحم أو من وجه عندنا بأن كان مما يباح الانتفاع بجلده ان كان مما لا يحل أكله والرابع التسمية (٣٨٧) وهي شرط عندنا خلافا للشافعي قال في

ويشترط في حق الصيد أن يكون حلالا وأن يكون في غير الحرم على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وحل ذبيحة مسلم وكتابي) لما تلونا فانه عام فيدخل فيه المسلم والكافر الا ما خرج منهم بدليل وهو المشرك والمحرم في حق الصيد والمرتد ولقوله تعالى وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم والمراد به مذكاهم لان مطلق الطعام غير المذكى يحل من أي كافر كان ولا يشترط فيه أن يكون من أهل الكتاب ولا فرق في الكتابي بين أن يكون ذميا أو حربيا ويشترط أن لا يذكر فيه غير الله تعالى حتى لو ذكر الكتابي المسيح أو عزيرا لا يحل لقوله تعالى وما أهل به لغير الله وهو كالمسلم في ذلك فانه لو أهل به لغير الله لا يحل قال رحمه الله (وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) والمراد بالصبي هو الذي يعقل التسمية ويضبط وان لم يعقل ولم يضبط لا تحل ذبيحته لان التسمية على الذبيحة شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بالمعرفة والضبط وهو أن يعلم شرائط الذبح من فري الاوداج والتسمية والمعتوه كالصبي اذا كان ضابطا وهو الشرط والقلفة والانوثة لا تخل به فيحل والاخرس عاجز عن الذكر فيكون معذورا وتقوم الملة مقامه كالناسي بل أولى لانه ألزم قال رحمه الله (لا مجوسي ووثني ومرتد ومحرم وتارك اسم الله عمدا) أي لا تحل ذبيحة هؤلاء أما المجوسي فلقوله عليه الصلاة والسلام سنوا بهم سنة أهل الكتاب غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ولانه ليس له دين سماوي فانعدم التوحيد اعتقادا ودعوى والوثني كالمجوسي فيما ذكرنا لانه مشرك مثله وأما المرتد فلانه لا ملة له لانه لا يقر على ما انتقل اليه ولهذا لا يجوز نكاحه بخلاف اليهودي اذا تنصر أو بالعكس أو تنصر المجوسي أو تهود لانه يقر على ما انتقل اليه عندنا فيعتبر ما هو عليه عند الذبح فحسب لا ما قبله حتى لو تمجس اليهودي لا تحل ذكاته لما تلونا والمتولد بين الكتابي والمشرك يعتبر الكتابي لان المشرك شر فيعتبر الاخف وأما المحرم فالمراد به في حق الصيد لان ذبيحته في غير الصيد تؤكل لان فعله فيه مشروع بخلاف الصيد لان فعله فيه غير مشروع فلا يحل أكله وكذا الحلال في حق الصيد في الحرم لانه منهي عنه فلا يكون مشروعا وكذا الكتابي لو ذبح صيدا في الحرم لا يحل وأما تارك اسم الله عمدا فلقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وانه لفسق ولقوله صلى الله عليه وسلم لعدي اذا أرسلت كلبك المعلم وذكرت اسم الله فكل الحديث وقال الشافعي اذا ترك الذابح التسمية عمدا تؤكل ذبيحته والمسلم والكتابي فيه سواء وكذا اذا ترك التسمية عند الرمي وارسال الجارح تؤكل عنده لقوله صلى الله عليه وسلم المسلم يذبح على اسم الله تعالى سمى أو لم يسم ولحديث عائشة أنها قالت للنبي صلى الله عليه وسلم ان الاعراب يأتوننا بلحم فلا ندري أسموا عليها أو لم يسموا فقال عليه الصلاة والسلام سموا أنتم وكلوا ولو كانت شرطا لما أمرها بالاكل مع الشك ولان التسمية لو كانت شرطا لما سقطت بالنسيان كالطهارة في الصلاة ولو كانت شرطا لما قامت الملة مقامها كما في الناسي ولنا ما تلونا وما روينا وعلى حرمة متروك التسمية عمدا انعقد الاجماع فيمن كان قبل الشافعي وهذا القول منه مخالف له وانما كان الخلاف بينهم في متروك التسمية ناسيا فمن مذهب ابن عمر رضي الله عنه أنه يحرم ومن مذهب علي وابن عباس أنه يحل ولهذا قال أبو يوسف والمشايخ ان متروك التسمية عمدا لا يسوغ فيه الاجتهاد حتى

الاجناس يشترط في حصول الذكاة أربع شرائط أحدها صفة في الفاعل بأن يكون معتقد الكتاب منزل في دين يقر عليه والثاني صفة في الفعل وهو وجود ذكر اسم الله تعالى عليه في حق المذكي والثالث صفة الآلة بأن يكون ما يقطع له حدة والرابع صفة الموقع فيه وهو قطع الاوداج والاوداج أربعة الحلقوم والمريء والودجان الى هنا لفظ الاجناس وحكم الذكاة حل أكل المذبوح فيما يؤكل وطهارة جلده ان كان مما لا يؤكل لحمه الا الآدمي والخنزير فانه لا تلحقهما الذكاة وهذا لان حكم الذكاة ما يثبت به والذي ثبت بالذكاة هذا اه اتقاني (قوله في المتن وصبي وامرأة وأخرس وأقلف) بشرط أن يعلموا أن حل الذبيحة معلق بالتسمية وشرائط الذبح ويقدروا على فري الاوداج ويحسنوا القيام به لان التسمية شرط بالنص وذلك بالقصد وصحة القصد بما ذكرناه قاله الكرخي وقال في الكافي ويحل اذا كان يعقل التسمية أي يعلم أن حل الذبيحة متعلق بها والذبحة أي شرائط الذبح من فري الاوداج ونحوه ويضبط أي يقدر على فري الاوداج ويحسن القيام به وان كان صبيا أو مجنونا أو امرأة أو أخرس أو أقلف أما اذا كان لا يعقل التسمية والذبحة ولا يضبط لا يحل لان التسمية على الذبيحة شرط لما يأتي بعد وهذا بالقصد وصحة القصد بما ذكرناه اه (قوله وأما المحرم الخ) وفي كفاية البيهقي أن ما ذبحه المحرم في الحل أو الحرم لا يؤكل وكذا ما ذبحه الحلال في الحرم لا يؤكل وفي الملتقطات الحلال اذا ذبح صيدا في الحرم لا يؤكل اه (قوله فالمراد به في حق الصيد) أي سواء كان في الحل أو في الحرم اه (قوله لعدي) أي ابن حاتم الطائي اه

لو قضى القاضي بجواز بيعه لا ينفذ قضاؤه لكونه مخالفا للإجماع وما رووا مخالف للدليل القطعي من الكتاب والسنة وإجماع الأمة فكان مردودا أو نقول الحديث الأول محمول على حالة النسيان والثاني دليل لنا لأنهم سألوا عن الأكل عند وقوع الشك في التسمية وذلك دليل على أنهم لا يأكلونه إلا إذا سمي عليه وهي شرط فيه وإنما أمرهم بالأكل بناء على الظاهر أنه لا يترك ظاهرا كمن اشترى شيئا جاز له الانتفاع به بناء على الظاهر أنه ملكه قال رحمه الله (وحل لو ناسيا) أي حل المذكى إن ترك التسمية ناسيا وقال مالك لا يحل لما بينا من الأدلة إذ لا فصل فيها قلنا النسيان مرفوع حكمه بقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه ولأن في اعتباره حرجا بينا والحرج مدفوع بالنص وإنما قلنا ذلك لأن الإنسان كثير النسيان فيعذر في الأشياء التي لا مذكر لها من جهة حاله كالأكل في الصوم وترك الترتيب في قضاء الفوائت من الصلوات بخلاف الأكل وغيره في الصلاة والجماع في الحج حيث لا يختلف فيه بين الناسي والعامد لأنه حالة مذكرة والنص غير مجرى على إطلاقه إذ لو أريد به مطلقا لجرت المحاجة بين السلف وظهر الانقياد وارتفع الخلاف بينهم وإقامة الملة مقام التسمية في حق الناسي وهو معذور لا يدل على الإقامة في حق العامد ولا عذر له والناسي ليس بمخصوص حتى يقاس عليه غيره ويخص بالقياس لأنه ذاكر ومسم تقديرا لقيام الملة مقامها ولا يقال إن الآية مجملة لأنه لا يدرى هل أريد بها حال الذبح أو الطبخ أو حالة الأكل لأنا نقول أجمع السلف على أن المراد بها حالة الذبح فتكون مفسرة فتم الاحتجاج بها ألا ترى أن ذبيحة المجوسي لا تؤكل وذبيحة الكتابي تؤكل وليس بينهما فرق يعقل إلا أن الكتابي يسمي عند الذبح دون المجوسي ثم التسمية في ذكاة الاختيار يشترط أن تكون عند الذبح قاصدا التسمية على الذبيحة ولو سمى ولم تحضره النية صح لأنه أتى بالتسمية وظاهر حاله يدل على أنه قصد به التسمية على الذبيحة فيقع عنها ولو سمى وأراد به التسمية لابتداء الفعل كسائر الأفعال لا يحل كمن قال الله أكبر وأراد به متابعة المؤذن لا يصير شارعا في الصلاة وتشترط التسمية حالة الذبح لقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وهي حالة النحر ويدل عليه قوله تعالى فإذا وجبت جنوبها فكلوا منها والمعتبر أن يذبح عقيب التسمية قبل أن يتبدل المجلس حتى إذا سمى واشتغل بعمل آخر من كلام قليل أو شرب ماء أو أكل لقمة أو تحديد شفرة ثم ذبح تحل وإن كان كثيرا لا تحل لأن إيقاع الذبح متصلا بالتسمية بحيث لا يتخلل بينهما شيء لا يمكن إلا بحرج عظيم فأقيم المجلس مقام الاتصال والعمل القليل لا يقطع المجلس والكثير يقطع وهي على الذبيحة وفي الصيد يشترط عند إرسال الجارح أو الرمي وهي على الآلة لأن التكليف بحسب الوسع والذي في وسعه في الأول الذبح وفي الثاني الرمي والإرسال دون الإصابة فيشترط عند فعل يقدر عليه حتى لو أضجع شاة وسمى ثم تركها وذبح غيرها بالسكين الذي كان معه ولم يسم عليها لا يحل ولو رمى إلى صيد وسمى فأصاب صيدا آخر حل وكذا إذا أرسل كلبه إلى صيد فترك الكلب ذلك الصيد وأخذ غيره حل لتعلق التسمية بالآلة ولو أضجع شاة وسمى وطرح السكين وأخذ سكينا آخر فذبحها به ولم يسم حلت لتعلقه بالمذبوح ولو سمى على سهم فتركه وأخذ غيره فرمى به لم يؤكل لما ذكرنا ولو سمى فذبح شاتين على التعاقب حلت الأولى دون الثانية ولو أضجع إحداهما فوق الأخرى فذبحهما دفعة واحدة بسكين واحدة وتسمية واحدة حل أكلهما قال رحمه الله (وكره أن يذكر مع اسم الله غيره وأن يقول عند الذبح اللهم تقبل من فلان وإن قال قبل التسمية والإضجاع جاز) وهذا النوع على ثلاثة أوجه أحدها أن يذكر موصولا من غير عطف فيكره ولا تحرم الذبيحة مثل أن يقول باسم الله محمد رسول الله بالرفع لأن اسم الرسول غير مذكور على سبيل العطف فيكون مبتدأ

(قوله والنص) أي وهو قوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه ليس المراد منه العموم ظاهرا ولهذا اختلفت الصحابة في متروك التسمية ناسيا ولم يحتج من قال بحرمته بالآية فلو جرت المحاجة بها لارتفع الخلاف بينهم فيه وظهر انقياد من قال بحل متروك التسمية ناسيا ورجع عن قوله وحيث لم تجر المحاجة ولم يرتفع الخلاف علم أن الآية متروك الظاهر وليس المراد منه النسيان بل المراد منه العمد اه اتقاني (قوله وإقامة الملة الخ) جواب عن قول الشافعي حيث يقول أقيمت الملة مقام التسمية في حق الناسي فينبغي أن تقام الملة مقامها أيضا في حق العامد فقال الناسي معذور لأن النسيان من قبل من له الحق فأقام الملة مقام التسمية فجعله عفوا والعامد ليس بمعذور فلا يقاس على الناسي لأنه ليس في معناه اه (قوله وهي) أي التسمية اه (قوله وهي على الآلة) قال في الهداية ثم التسمية في ذكاة الاختيار تشترط عند الذبح وهو على المذبوح وفي الصيد تشترط عند الإرسال والرمي وهي على الآلة قال الإتقاني أي التسمية في ذكاة الاختيار تقع على الذبح وفي الصيد تقع على الآلة وهي النشاب والكلب وفائدة هذا تظهر في مسائل ذكرها بعد هذا (قوله لا يحل) أي لأن التسمية على الذبيحة على المذبوح نفسه وليس على أخذ السكين اه (قوله لتعلقه بالمذبوح) أي وهو لم يتبدل اه (قوله لم يؤكل) أي لأن التسمية على الآلة وقد تبدلت اه

لكن

لكن يكره لوجود الوصل صورة وان قال بالخفض لا يحل ذكره في النوازل وقال بعضهم هذا اذا كان يعرف النحو والاوجه أن لا يعتبر الاعراب بل يحرم مطلقا بالعطف لان كلام الناس اليوم لا يجري عليه ومن هذا النوع أن يقول اللهم تقبل من فلان لان الشركة لم توجد ولم يكن الذبح واقعا عليه ولكن يكره لما ذكرنا والثاني أن يذكر موصولا على سبيل العطف والشركة نحو أن يقول باسم الله واسم فلان أو باسم الله وفلان او باسم الله ومحمد رسول الله بالجر فتحرم الذبيحة لانه أهل به لغير الله تعالى وقد قال تعالى وما أهل به لغير الله وقال عليه الصلاة والسلام موطنان لا أذكر فيهما عند العطاس وعند الذبح ولو رفع المعطوف على اسم الله يحل لانه مبتدأ واختلفوا في النصب ويكره فيهما بالاتفاق لوجود الوصل صورة والثالث أن يقول مفصولا عنه صورة ومعنى بأن يقول قبل أن يضجع الشاة أو قبل التسمية أو بعد الذبح اللهم تقبل هذا مني أو من فلان وهذا لا يكره لما روي انه صلى الله عليه وسلم قال بعد الذبح اللهم تقبل هذا عن أمة محمد ممن شهد لك بالوحدانية ولي بالبلاغ وكان عليه الصلاة والسلام يقول اذا أراد أن يذبح اللهم هذا منك ولك ان صلاتي ونسكي ومحياي ومماتي لله رب العالمين لا شريك له وبذلك أمرت وأنا أول المسلمين باسم الله والله أكبر ثم ذبح وهكذا روي عن علي كرم الله وجهه والشرط هو الذكر الخالص على ما قال ابن مسعود رضي الله عنه جردوا التسمية حتى لو قال عند الذبح اللهم اغفر لي واكتفى به لا يحل لانه دعاء وسؤال ولو قال الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية حل ولو عطس عند الذبح فقال الحمد لله لا يحل في الاصح لانه يريد الحمد على النعمة دون التسمية بخلاف الخطبة حيث يجزئه ذلك عن الخطبة لان المذكور فيها ذكر الله تعالى مطلقا بقوله تعالى فاسعوا الى ذكر الله وفي الذبيحة المأمور به هو الذكر على المذبوح بقوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وما لم يذكر اسم الله عليه منهي عن أكله بقوله تعالى ولا تأكلوا مما لم يذكر اسم الله عليه وما تداولته الالسن عند الذبح وهو قوله باسم الله والله أكبر منقول عن النبي صلى الله عليه وسلم وعن علي وابن عباس مثله قاله ابن عباس في تفسير قوله تعالى فاذكروا اسم الله عليها صواف وذكر الحلواني المستحب أن يقول باسم الله الله أكبر بلا واو وبالواو يكره لانه يقطع فور التسمية قال رحمه الله (والذبح بين الحلق واللبة) وفي الجامع لا بأس بالذبح في الحلق كله وسطه وأعلاه وأسفله والاصل فيه ما روي أنه عليه الصلاة والسلام بعث مناديا ينادي في فجاج منى ألا إن الذكاة في الحلق الحديث رواه الدارقطني ولانه مجمع مجرى النفس ومجرى الطعام ومجمع العروق فيحصل بقطعه المقصود على أبلغ الوجوه

(قوله بل يحرم مطلقا بالعطف) هكذا هو في جميع ما وقفت عليه من النسخ وهو غير ظاهر لان الكلام فيما اذا لم يكن هناك عطف والظاهر أن يقال بل لا يحرم مطلقا بدون العطف فتنبه (قوله قال صلى الله عليه وسلم موطنان لا أذكر فيهما الخ) فاذا قال باسم الله ومحمد رسول الله صار الذبح ميتة اه اتقاني (قوله واختلفوا في النصب) وفي روضة الزندويستي النصب كالخفض لا يحل ولو قال باسم الله صلى الله على محمد يحل والاولى أن لا يفعل ولو قال باسم الله وصلى الله على محمد مع الواو يحل أكله ولو ذبح ولم يظهر الهاء في بسم الله ان قصد ذكر الله يحل وان لم يقصد وقصد ترك الهاء لا يحل كذا في خلاصة الفتاوى اه اتقاني (قوله جردوا التسمية) عند الذبح اه اتقاني (قوله أو سبحان الله أو الله أكبر اه (قوله يريد به التسمية حل) قال الولوالجي ولو قال مقام التسمية الحمد لله أو سبحان الله يريد به التسمية أجزأه وان أراد التحميد ولم يرد التسمية لم يحل وكذلك لو قال والله أكبر لان هذه الالفاظ ليست بصريحة في باب التسمية انما الصريح باسم الله فكان هذه الالفاظ كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في باب الطلاق حتى اذا عطس فقال الحمد لله يريد التحميد على العطاس وذبح لم يحل لانه لم توجد النية اه وكتب ما نصه قال محمد في الاصل أرأيت رجلا ذبح فقال الحمد لله على ذبيحته ولم يزد على ذلك أو قال الله أكبر أو سبحان الله قال ان كان يريد بذلك التسمية فانه يؤكل قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وهذا لان هذه الالفاظ ليست بصريح في باب التسمية والصريح في باب التسمية اسم الله واذا لم تكن هذه الالفاظ صريحة في الباب كانت كناية والكناية انما تقوم مقام الصريح بالنية كما في كنايات الطلاق ان نوى الطلاق كان طلاقا والا فلا فكذا هذا وقال

 الكرخي في مختصره وقال بشر عن أبي يوسف لو أن رجلا سمى على ذبيحته أو الرمية بالفارسية وهو يحسن العربية أو لا يحسنها أجزأه ذلك من التسمية ثم قال فيه التهليل والتحميد والتكبير والتسبيح بمنزلة التسمية للجاهل بالسنة والعالم بها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المأمور به ذكر الله على وجه التعظيم وهذا موجود في جميع هذه الالفاظ وهذا ظاهر على أصل أبي حنيفة ومحمد في تكبير الصلاة وأما على قول أبي يوسف فلا يجوز الدخول في الصلاة الا بالتكبير لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الاعرابي ثم تكبر وقال في الذكاة اذا أرسلت كلبك وذكرت اسم الله عليه فكل فظهر الفرق اه اتقاني (قوله لانه يقطع فور التسمية) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله في الهداية وما تداولته الالسن عند الذبح ما نصه وقال صاحب الذخيرة قال البقالي والمستحب أن يقول باسم الله والله أكبر يعني بالواو ثم قال وذكر شمس الائمة الحلواني والمستحب أن يقول باسم الله الله أكبر بدون الواو لان الواو تقطع فور التسمية وفيه نظر اه وكتب ما نصه قال العيني رحمه الله قلت ان كان المنقول بالواو فلا يكره اه

(قوله عما يلي الصدر) يعني أن الذبح وقع فوق العقدة اهـ (قوله ثم حكى) أي صاحب النهاية اهـ (قوله وهذا مشكل الخ) قال الجلال الخبازي رحمه الله عند قوله في الهداية الذبح بين الحلق واللبة يعني محله وفيه دليل على ان أعلى الحلق ووسطه وأسفله في ذلك سواء كما هو رواية الجامع الصغير الا أن رواية الجامع تدل على أن الذبح فوق الحلق قبل العقدة لا يجوز لانه جعل الحلق محلا للذبح وانه ينتهي بالعقدة وهكذا روي في الفتاوى ووضع الاصل يقتضي الحل لانه بين اللبة واللحيين وان كان فوق العقدة الا أن شمس الائمة السرخسي فسر رواية الاصل على نحو ما ذكر في الجامع فكان المراد بما أطلق في الاصل المقيد في الجامع اهـ وهو يؤيد ما ذكره الشارح رحمه الله من عدم الجواز اهـ (قوله فلا يؤكل بالاجماع) قال الاتقاني رحمه الله بعد حكاية قول الرستغفني ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر وانما المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج ما نصه وهذا صحيح لانه لا اعتبار لكون العقدة من فوق أو من تحت ألا ترى الى قول محمد بن الحسن في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فاذا ذبح في الاعلى لابد أن تبقى العقدة من تحت ولم يلتفت الى العقدة لا في كلام الله ولا في كلام رسوله بل الذكاة بين اللبة واللحيين بالحديث وقد حصلت لا سيما على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه فانه يكتفي بالثلاث (٣٩٠) من الاربع أي ثلاث كانت ويجوز ترك الحلقوم أصلا فبالطريق الاولى أن يحل الذبيح اذا قطع الحلقوم وبقيت العقدة الى أسفل الحلقوم وبلغنا أن واحدا ممن يتسمى فقيها في زعم العوام وقد كان مشتهرا بينهم أمر برمي الذبيح الى الكلاب حيث بقيت العقدة الى الصدر لا الى ما يلي الرأس فياليت شعري ممن أخذ هذا أمن كتاب الله ولا أثر له فيه أو من حديث رسول الله ولم يسمع له فيه نبأ أو من اجماع الامة ولم يقل به أحد من الصحابة والتابعين أو من امامه الذي هو أبو حنيفة ولم ينقل عنه ذلك أصلا بل المنقول عنه وعن أصحابه ما ذكرناه أو ارتكب الرجل هواه فضل وأضل قال تعالى ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله أو استحى عن الرجوع عن الباطل الى الحق وخجل من العوام كي لا يفسد اعتقادهم فيه اذا عمل بخلاف ما أفتى أولا فالرجوع الى الحق خير من التمادي في الباطل اهـ ما قاله الاتقاني وهو صريح في مخالفة ما ذهب اليه الشارح الزيلعي رحمه الله (قوله وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الخ) قال الشيخ مسكين وفي ذبائح الذخيرة فان الذبح اذا وقع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه لا يحل اهـ (قوله وهو التوحية) هي بالحاء المهملة تفعلة من وحاه اذا عجل. اهـ غاية (قوله في المتن ولو بظفر الخ) قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يذبح الشاة بظفر منزوع أو بقرن أو عظم أو سن منزوعة فينهر الدم ويفري الاوداج قال أكره هذا وان فعل فلا بأس بأكله الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير اهـ غاية (قوله وهو قول أبي يوسف أولا) قال الكرخي في مختصره والذكاة في اللبة وما فوق ذلك الى اللحيين وقال محمد في الجامع الصغير لا بأس بالذبح في الحلق كله أسفل الحلق أو وسطه أو أعلاه فاذا كانت الذكاة في هذه المواضع التي وصفنا مقدورا عليها وهي فري الاوداج والاوداج أربعة الحلقوم والمريء والعرقان اللذان بينهما

وهو انهار الدم والتقييد بالحلق واللبة يفيد أنه لو ذبح أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم لانه ذبح في غير المذبح ذكره في الواقعات وفي فتاوى سمرقند وذكر في النهاية ما يخالف هذا عن الامام (١) الرستغفني فانه قال سئل عمن ذبح شاة فبقيت عقدة الحلقوم مما يلي الصدر وكان يجب أن تبقى مما يلي الرأس أتؤكل أم لا قال هذا قول العوام من الناس وليس هذا بمعتبر ويجوز أكلها سواء بقيت العقدة مما يلي الرأس أو مما يلي الصدر لان المعتبر عندنا قطع أكثر الاوداج وقد وجد ثم حكى ان شيخه كان يفتي به وهذا مشكل فانه لم يوجد فيه قطع الحلقوم ولا المريء وأصحابنا رحمهم الله وان اشترطوا قطع الاكثر فلا بد من قطع أحدهما عند الكل واذا لم يبق شيء من عقدة الحلقوم مما يلي الرأس لم يحصل قطع واحد منهما فلا يؤكل بالاجماع وفي الواقعات لو قطع الاعلى أو الاسفل ثم علم فقطع مرة أخرى الحلقوم قبل أن يموت بالاول ينظر فان كان قطع بتمامه لا يحل لان موته بالاول أسرع منه بالقطع الثاني والا حل وذكر في فتاوى سمرقند قصاب ذبح الشاة في ليلة مظلمة فقطع أعلى من الحلقوم أو أسفل منه يحرم أكلها قال رحمه الله (والمذبح المريء والحلقوم والودجان) لما روي أنه صلى الله عليه وسلم قال أفر الاوداج بما شئت وهي عروق الحلق في المذبح والمريء مجرى الطعام والشراب والحلقوم مجرى النفس والمراد بالاوداج كلها وأطلق عليه تغليبا وانما قلنا ذلك لان المقصود يحصل بقطعهن وهو التوحية واخراج الدم لانه بقطع المريء والحلقوم تحصل التوحية وبقطع الودجين يحصل انهار الدم ولو قطع الاوداج وهي العروق من غير قطع المريء والحلقوم لا يموت فضلا عن التوحية فلا بد من قطعهما أو قطع أحدهما ليحصل التوحية ولا بد من قطع الودجين أو أحدهما ليحصل انهار الدم قال رحمه الله (وقطع الثلاث كاف ولو بظفر وقرن وعظم وسن منزوع وليطة ومروة وما أنهر الدم الا سنا وظفرا قائمين) وهذا الاكتفاء بالثلاث مطلقا قول أبي حنيفة رحمه الله وهو قول أبي يوسف أولا وعن أبي يوسف انه يشترط قطع الحلقوم

(١) قول الشارح الرستغفني منسوب الى رستغفن بضم أوله وسكون ثانيه وتاء مثناة من فوق مفتوحة وغين معجمة ساكنة وفاء مفتوحة وآخره نون من قرى سمرقند كذا في معجم ياقوت كتبه مصححه

الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وعن محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة وأجمعوا على انه يكتفى بقطع الاكثر من هذه العروق الاربعة لان الاكثر يقوم مقام الكل غير أن محمدا اعتبر أكثر كل واحد من هذه الاربعة وهو رواية عن أبي حنيفة لان كل واحد منها أصل بنفسه لانفصاله عن غيره ولورود الامر بفريه فيعتبر أكثر كل واحد منها وأبو يوسف رحمه الله يقول ان المقصود من قطع الودجين انهار الدم فينوب أحدهما عن الآخر اذ كل واحد منهما مجرى الدم فأما الحلقوم والمرىء فيخالفان للاوداج وكل واحد منهما يخالف الآخر فلا بد من قطعهما وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الاكثر يقوم مقام الكل وأى ثلاث منها قطع فقد قطع الاكثر وما هو المقصود منه يحصل به وهو انهار الدم المسفوح والتوحية في اخراج الروح لانه لا يحيا بعد قطع المرىء والحلقوم ويخرج الدم بقطع أحد الودجين فيكتفى بالاكثر أيها كانت فلا حاجة الى اشتراط قطع المعين منها وقال الشافعي يكتفى بقطع الحلقوم والمرىء وقال مالك لا بد من قطع الاربعة والحجة عليهما ما روينا فان فيه ذكر الاوداج بلفظ الجمع والثلاثة جمع فلا معنى لاشتراط الكل ولا للاقتصار على ما دون الثلاث وقوله ولو بظفر وقرن وسن مذهبنا وقال الشافعي المذبوح بهذه الاشياء ميتة لا يحل أكلها لقوله صلى الله عليه وسلم كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج ما خلا الظفر والسن فانهما مدى الحبشة ولانه فعل غير مشروع فلا يكون ذكاة كما اذا ذبح بغير المنزوع ولنا قوله عليه الصلاة والسلام أنهر الدم ويروى أفر الاوداج بما شئت وما رواه محمول على غير المنزوع فان الحبشة كانوا يفعلون ذلك اظهارا للجلد ولانها آلة جارحة فيحصل بها ما هو المقصود وهو اخراج الدم فصار كالحجر والحديد بخلاف غير المنزوع فانه يقتل بالثقل فيكون في معنى الموقوذة وانما يكره لان فيه زيادة الالم وقد نهينا عنه وأمرنا بضده وقوله وليطة ومروة وما أنهر الدم لما روى عن عدى ابن حاتم قال قلت يا رسول الله انا نصيب الصيد فلا نجد سكينا الا الظرار أو شقة العصا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفر الاوداج بما شئت واذكر الله رواه البخارى ومسلم وغيرهما وأما الظفر القائم والسن القائم فلما روى عن رافع بن خديج أنه قال قلت يا رسول الله نلقى العدو غدا وليس معنا مدى فقال عليه الصلاة والسلام ما أنهر الدم وذكر اسم الله عليه فكلوا ما لم يكن سنا أو ظفرا وسأحدثكم عن ذلك أما السن فعظم وأما الظفر فمدى الحبشة رواه البخارى ومسلم وتأويله اذا كان قائما على ما بينا ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام أما الظفر فمدى الحبشة وهم كانوا يذبحون بالقائم منه قال رحمه الله (وندب حد الشفرة) لقوله صلى الله عليه وسلم ان الله كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته رواه مسلم وأحمد وغيرهما ويكره أن

الحلقوم والمرىء فاذا فرى المذكى ذلك أجمع فقد أكمل الذكاة وأصاب الذكاة المأمور بها على تمامها وسنتها فان قصر عن ذلك ففرى من هذه الاربعة ثلاثة فان بشر بن الوليد روى عن أبي يوسف ان أبا حنيفة قال اذا قطع أكثر الاوداج أكل اذا قطع ثلاثة منها من أى جانب كان وعلى أى وجه كان وكذلك قال أبو يوسف ثم قال بعد ذلك لا تأكل حتى تقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وذلك كله سواء في الابل والبقر والغنم والصيد وكل ذبيحة قال وكذلك الناقة ينحرها الرجل فهي كذلك في القولين جميعا في قول أبي حنيفة اذا قطع أكثر الاوداج أكل وفي قول أبي يوسف حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين الى هنا لفظ الكرخي في مختصره ولم يذكر قول محمد وذكر القدوري في مختصره قول محمد كقول أبي يوسف وقال الناطفي في الاجناس وأما محمد فقد ذكر في املائه رواية أبي سليمان الجوزجاني قال محمد لو قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين ونصف الآخر لان الودجين كأنهما شئ واحد فقد قطع الاكثر منهما فأكل وقال محمد في نوادر ابن رستم لو قطع من الحلقوم أكثره ومن المرىء أكثره ومن كل واحد من الودجين أكثره أكل وأما أبو يوسف فقال أخيرا لا يؤكل حتى يقطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين الى هنا لفظ الاجناس والحاصل أن عند أبي حنيفة اذا قطع ثلاثا منها أى ثلاث كانت حل وعن أبي يوسف ثلاث روايات إحداها هذه والثانية اشترط قطع الحلقوم مع آخرين والثالثة اشترط قطع الحلقوم والمرىء وأحد الودجين وعند محمد لا بد من قطع أكثر كل واحد من هذه الاربعة كذا في المختلف اه اتقاني رحمه الله ﴿فرع غريب﴾ ذكر الاتقاني رحمه الله في كتاب الجنايات عند قوله في الهداية وشبه العمد الخ أن النار يقع بها الذكاة لو جعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم والودجين حل الاكل ذكره القدوري في شرحه اه ما قاله الاتقاني في شرح الهداية وعلى الهامش حاشية منقولة من خطه نصها وهذه الرواية خلاف ما ذكر في أصول شمس الائمة وأصول فخر الاسلام ان الذكاة لا تقع بالنار ذكره في باب دلالة النص اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم) أى حين سئل عن أمر الذبح (قوله كل ما أنهر الدم وأفرى الاوداج) أنهر الدم أى سيله وأفرى الاوداج أى قطعها اه غاية (قوله فانهما مدى الحبشة) لانهم لا يقلمون الاظفار ويحددون الاسنان ويقاتلون بالخدش والعض اه غاية والمدى جمع مدية وهى السكين اه اتقاني (قوله وأما الظفر القائم والسن القائم) قال الولوالجي ولا يحل كل ذبح بسن أو ظفر غير منزوع لانه قاتل وليس بذابح اه (قوله وليحد أحدكم شفرته وليرح) أى ليعطها الراحة بالاسراع اه قال الاتقاني والشفرة السكين العظيمة اه

(قوله هو أن يصل الى النخاع) قال الاكمل والنخاع بالكسر والفتح والضم لغة فيها فسره المصنف بأنه عرق أبيض في عظم الرقبة ونسبه صاحب النهاية الى السهو وقال هو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة يمتد الى الصلب ورد بأن بدن الحيوان مركب من عظام وأعصاب وعروق وأوتار وما ثمة شئ يسمى بالخيط أصلا اه قوله فسره المصنف أي صاحب الهداية اه (قوله ويكره أن يجرها برذنجها الى المذبح) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا أراد الرجل أن يذبح الذبيحة كره له أن يجرها بجلدها الى المذبح أو أن يضجعها ثم يحد الشفرة الى هنا لفظه وذلك لان الجر زيادة ألم لا يحتاج اليه في الذكاة اه اتقاني (قوله وكذا توجيهها متوجهة لغير القبلة الخ) قال في الاصل أرأيت الرجل يذبح ويسمي ويوجه ذبيحته الى غير القبلة متعمدا أو غير متعمد قال لا بأس بأكلها قال خواهر زاده في شرح المبسوط أما الحل فلان الاباحة شرعا متعلقة بقطع الاوداج والتسمية وقد وجد وتوجيه القبلة سنة مؤكدة لانه توارثه الناس وترك السنة لا يوجب الحرمة ولكن يكره تركه من غير عذر اه اتقاني (قوله وفي الذبح من القفا زيادة ألم) قال الكرخي في مختصره وقال أبو حنيفة ان ضرب بعنق جزور بسيف فأبانها وسمى فان كان ضربها من قبل الحلقوم فانه يؤكل وقد أساء وان كان ضربها من قبل القفا فان كان قطع الحلقوم والاوداج قبل أن تموت أكل وقد أساء وكذلك هذا في الشاة وكل ذبيحة وقال أبو حنيفة ان قطع رأس الشاة في الذبيحة أكل وان تعمد ذلك فقد أساء (٢٩٣) في التعمد وكذلك قال أبو يوسف الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه اذا ضربها من قبل الحلقوم فقد قطع العروق المشروطة في الذكاة وزاد في ألمها زيادة لا يحتاج اليها في الذكاة فيكره ذلك ولا يمنع الاكل كما لو جرحها فأما اذا ضربها من ورائها فان هي ماتت قبل قطع العروق لم تؤكل لانها ماتت قبل الذكاة وان قطع العروق قبل موتها فقد فعل الشرط الا أنه زاد في ألمها وذلك مكروه وقال الشيخ علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال الفقيه أبو بكر الاعمش وهذا انما يستقيم أن لو كانت تعيش قبل قطع العروق أكثر مما يعيش المذبوح حتى تحل بقطع العروق فيكون الموت مضافا اليه أما اذا كانت لا تعيش الا كما يعيش المذبوح فانه لا يحل لانه يحصل الموت مضافا الى الفعل السابق فلا يحل اه اتقاني (قوله وعن محمد الخ) قال الاتقاني ثم الابل والبقر اذا وجد منهما التوحش فانهما يحلان بذكاة الاضطرار سواء كانا في المصر أو خارج المصر فرقوا بين هذا وبين الشاة وقالوا في الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بذكاة الاضطرار وفي خارج المصر تحل ذلك لان الابل والبقر وان ندت في المصر فقد لا يقدر على ذكاة الاختيار فيهما لان الابل تدفع عن نفسها بشفرها ونابها والبقر بقرنه ويخاف القتل منهما فيقع العجز عن ذكاة الاختيار فيهما وان حصل التوحش منهما في المصر فأما في الشاة فانما يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار خارج المصر لانه لا يمكن أخذها فأما في المصر فيمكن أخذها ولا يخاف من جهتها القتل فلا يتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وقال في العيون قال محمد في رجل رمى حمامة أهلية في الصحراء وسمى فلا تؤكل لانها تأوي الى المنزل الا أن تكون حمامة لا تهتدي الى منزلها ابن سماعة في البعير أو الثور يند فلا يقدر على أخذه قال ان علم أنه لا يقدر على أخذه الا أن يجتمع له جماعة كثيرة فله أن يرميه وأما الشاة فلا يجوز اذا كانت في المصر لان البعير يند ويصول ويمتنع والثور ينطح فيمتنع كذا في العيون وقال في الاصل أرأيت ان أصاب قرن البقر أو الظلف فقتلها هل تؤكل قال ان أدمى حل وان لم يدم لا يحل لانه متى أدمى علمنا أن الجرح وصل الى اللحم وشرط الاباحة حصول الجرح في اللحم وقد وجد وأما اذا لم يدم فالجراحة لم تصل الى اللحم فلا تحل وهذا لان الذكاة تصرف في الحيوان فتى خلص الجرح الى موضع فيه حياة حل والا فلا كذا في شرح خواهر زاده اه اتقاني (قوله ندت) أي نفرت اه غاية

يضجعها ثم يحد الشفرة لما روي انه عليه الصلاة والسلام رأى رجلا أضجع شاة وهو يحد شفرته فقال له لقد أردت أن تميتها موتات هلا حددتها قبل أن تضجعها قال رحمه الله (وكره النخع وقطع الرأس والذبح من القفا) والنخع هو أن يصل الى النخاع وهو خيط أبيض في جوف عظم الرقبة وانما كره ذلك لنهيه عليه الصلاة والسلام عن نخع الشاة اذا ذبحت وتفسيره ما ذكرنا وقيل أن يمد رأسها حتى يظهر مذبحها وقيل أن يكسر رقبتها قبل أن تسكن من الاضطراب وكل ذلك مكروه لان في جميع ذلك وفي قطع الرأس زيادة تعذيب الحيوان بلا فائدة ويكره أن يجرها برذنجها الى المذبح وأن يسلخ قبل أن يبرد لما ذكرنا وتؤكل في جميع ذلك لان الكراهية لمعنى زائد وهي زيادة الالم فلا توجب الحرمة وكذا توجيهها متوجهة لغير القبلة يكره وتؤكل لان السنة في الذبح أن يستقبل بها القبلة هكذا روي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم استقبل في أضحيته القبلة لما أراد ذبحها وفي الذبح من القفا زيادة ألم فيكره وتحل اذا بقيت حية حتى تقطع العروق لتحقق الموت بما هو ذكاة وان ماتت قبل قطع العروق لا تؤكل لوجود الموت بما ليس بذكاة قال رحمه الله (وذبح صيد استأنس وجرح نعم توحش أو تردى في بئر) لان ذكاة الاضطرار لا يصار اليه الا عند العجز عن ذكاة الاختيار على ما مر ولم يتحقق العجز فيما استأنس من الصيد وتحقق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى في بئر ووقع العجز عن ذكاته فجرحه فمات من الجرح وعلم ذلك يؤكل وان علم أنه لم يمت من الجرح لا يؤكل وان أشكل ذلك أكل لان الظاهر أن الموت منه وكذا الدجاجة اذا تعلقت على شجرة وخيف فوتها صار ذكاتها الجرح وفي الكتاب أطلق فيما توحش من النعم وكذا فيما تردى وعن محمد أن الشاة اذا ندت في المصر لا تحل بالعقر لانها لا تدفع عن

نفسها فمكن أخذها وان ندت فى الصحراء تحل بالعقر لتحقق العجز عن ذكاة الاختيار وفى البقر والابل يتحقق العجز فى الصحراء والمصر فتحل بالعقر والصيال كالندود اذا كان لا يقدر على أخذه حتى لو قتله المصول عليه وهو يريد ذكاته وسمى حل أكله وقال مالك لا يحل النعم الاهلى بذكاة الاضطرار لان العجز فيه عن ذكاة الاختيار نادر والنادر لا حكم له ولنا ما روى عن رافع بن خديج قال كنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم فى سفر فند بعير من ابل القوم ولم يكن معهم خيل فرماه رجل منهم بسهم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا رواه البخارى ومسلم وجماعة أخر ولان المعتبر حقيقة العجز وقد تحقق فيصار الى البدل على أنا لا نسلم ندرته بل هو غالب وذكر فى النهاية معزيا الى النوازل أن بقرة لو تعسرت عليها الولادة فأدخل صاحبها يده وذبح الولد حل أكله وان جرحه فى غير موضع الذبح ان كان لا يقدر على مذبحه يحل أيضا وان كان يقدر لا يحل قال رحمه الله (وسن نحر الابل وذبح البقر والغنم وكره عكسه وحل) وانما كانت السنة فى الابل النحر وفى البقر والغنم الذبح لموافقته السنة المتوارثة قال الله تعالى ان الله يأمركم أن تذبحوا بقرة وقال تعالى وفديناه بذبح عظيم وقال تعالى فصل لربك وانحر جاء فى التفسير أى انحر الجزور ولان النحر أيسر فى الابل وفى البقر والغنم الذبح أيسر فكان فى كل واحد منهما السنة ما هو الايسر فيه وان نحر الغنم والبقر وذبح الابل جاز لحصول المقصود وهو تسييل الدم وكره لتركه السنة المتوارثة وهو المراد بقوله وكره عكسه وحل وقال مالك لا يحل والحجة عليه ما بيناه والنحر قطع العروق فى أسفل العنق عند الصدر والذبح قطع العروق فى أعلى العنق تحت اللحيين قال رحمه الله (ولم يتذك جنين بذكاة أمه) أى لا يصير الجنين مذكى بذكاة أمه حتى لا يحل أكله بذكاتها وهذا عند أبى حنيفة وزفر والحسن بن زياد وقال أبو يوسف ومحمد وجماعة أخر اذا تم خلقه حل أكله بذكاتها لقوله صلى الله عليه وسلم ذكاة الجنين ذكاة أمه وروى انه عليه الصلاة والسلام قيل له يا رسول الله انا ننحر الناقة ونذبح البقرة أو الشاة فى بطنها الجنين أنلقيه أم نأكله فقال كلوا ان شئتم فان ذكاته ذكاة أمه واحتجوا أيضا بقوله تعالى ومن الانعام حمولة وفرشا قيل الفرش الصغار من الاجنة والحمولة الكبار فقد من الله علينا باباحة أكله لنا ولانه جزء من الام حقيقة لكونه متصلا بها حتى يفصل بالمقراض ويتغذى بغذائها ويتنفس بنفسها وكذا حكما حتى يدخل فى الاحكام الواردة على الام كالبيع والهبة والعتق فاذا كان جزأ لها فيكون جرح الام ذكاة له عند العجز كما فى الصيد والجامع أنه عجز فى الاثنين عن ذكاتهما الاختيارية فانتقل الى ما هو فى وسعه وهو الجرح فى الصيد وذبح الام فى الجنين فصار مثله بل فوقه لانه يموت به قطعا والغالب فى الصيد المجروح السلامة لا سيما اذا وقع الجرح فى أطرافه ولابى حنيفة ومن تابعه أن الله تعالى حرم الميتة وهو اسم لحيوان مات من غير ذكاة

(قوله حل أكله) قال القدورى فى شرحه لمختصر الكرخى وحكى فى المنتقى فى البعير اذا صال على انسان فقتله وهو يريد الذكاة حل أكله ان كان لا يقدر على أخذه وضمن قيمته لجعل الصول بمنزلة الند اه اتقانى (قوله كأوابد الوحش) يعنى ان لها توحشا كتوحش الوحش اه غاية (قوله يحل أيضا) لانه عجز عن الذكاة الاختيارية اه ولوالجى (قوله وكره لتركه السنة المتوارثة) قال الاتقانى وأما وجه الكراهة فلانه زيادة فى ألمها لا يحتاج اليها فى الذكاة كما لو جرحها فى موضع آخر كذا فى شرح الاقطع اه (قوله تحت اللحيين) أى فى الحلقوم اه (قوله فى المتن ولم يتذك جنين بذكاة أمه) قال الفقيه أبو الليث فى العيون ولو أن شاة ذبحت فخرج من بطنها ولد ميت فان ذكاة الشاة لا تكون ذكاة الجنين فى قول أبى حنيفة وزفر والحسن وقال أبو يوسف اذا خرج ميتا فذكاته ذكاة أمه وان خرج حيا وبقى مقدار ما يقدر على ذبحه لا آكله وان لم يبق مقدار ما يذبح فانه يؤكل وروى هشام عن محمد أيضا قال ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه وأما اذا لم يتم خلقه فانه لا يؤكل وقال شيخ الاسلام خواهرزاده فى آخر كتاب الاضاحى قال أبو حنيفة وزفر الجنين لا يتذكى بذكاة الام وقال أبو يوسف ومحمد ومالك والشافعى انه يتذكى بذكاة الام وروى عن أبى يوسف ومحمد فى غير رواية الاصول أن ذكاة الجنين ذكاة أمه اذا تم خلقه وصورة المسئلة ان الشاة أو الناقة أو البقرة اذا ذبحت وخرج من بطنها جنين ميت أو حى الا أنه مات قبل التمكن من ذبحه فانه لا يحل أكله فى قول أبى حنيفة وزفر ويحل فى قولهم جميعا الى هنا لفظ خواهرزاده اه اتقانى (قوله فان ذكاته ذكاة أمه) رواه أبو داود والنسائى اه (قوله حتى يفصل) أى عن أمه بقطع سرته اه غاية (قوله ولابى حنيفة الخ) قال الاتقانى ولابى حنيفة ما روى محمد فى كتاب الآثار قال أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم النخعى قال لا تكون ذكاة نفس ذكاة نفسين يعنى الجنين اذا ذبحت أمه لم يؤكل حتى تدرك ذكاته ولان الجنين لا يخلو اما أن يكون من جنس الحيوان المقدور على ذكاته أو من جنس الحيوان الذى لا يقدر على ذكاته ففى الاول يشترط الذبح وفى الثانى يشترط الجرح ولم يوجد فى الجنين لا ذبح ولا جرح فلا يحل لانه ميتة اه ﴿فرع﴾ رجل أراد أن يذبح شاة حاملا له ان تقاربت الولادة يكره الذبح لانه يضيع ما فى بطنها وهذا التفريع بناء على قول أبى حنيفة رحمه الله لان الجنين لا يتذكى بذكاة أمه عنده اه ولوالجى

ألا ترى أن الله تعالى شرط التذكية بقوله تعالى إلا ما ذكيتم وحرم المنخنقة والجنين مات خنقا فيحرم بالكتاب لأنه أصل في الحياة حتى يتصور حياته بعد موت أمه فوجب افراده بالذكاة ليخرج الدم عنه فيحل به ولا يحل بذكاة غيره اذ المقصود بالذكاة اخراج دمه ليتميز من اللحم فيطيب ولا يكون تبعا لها ولهذا تفرد بايجاب الغرة ويقبل العتق وحده وتصح الوصية له وبه منفردا فلا يمكن جعله تبعا للأم فيه لأنه لا يحصل المقصود بذكاة أمه وهو اخراج دمه بخلاف جرح الصيد لأنه مخرج للدم وهو المقصود فيقوم مقام الذبح عند العجز يحققه أنه لو كان جزء الأم لحل أكله وان لم يتم خلقه لأن جميع أجزاء الأم مأكول فلما لم يؤكل قبل تمامه علمنا أنه ليس بجزء لها وما رووه لا يعارض الدليل القطعي أو المراد بالحديث الأول ان صح التشبيه أي ذكاة الجنين كذكاة أمه والتشبيه على هذا الطريق فاش قال الله تعالى وجنة عرضها السموات والأرض ويقال زيد أسد أي زيد كأسد قال الشاعر

فعيناك عيناها وجيدك جيدها * ولكن عظم الساق منك دقيق

أي كعينيها فلا يدل على أنه يكتفى بذكاة الأم والدليل عليه أنه روي ذكاة أمه بالنصب على المصدر أي يذكى ذكاة مثل ذكاة أمه وهذا يبين أن المراد بالرفع التشبيه والا لفسد المعنى لأنه يؤدي الى أن ذكاة الجنين هو ذكاة الأم بمعنى أنه يكتفى به ويستغنى به عن ذكاة أمه لأن قوله ذكاة الجنين مبتدأ وذكاة أمه خبر فيفسد المعنى لأن أحدا لم يقل ان ذكاة الجنين تغني عن ذكاة الأم وهذا كما تقول كلام زيد كلام القوم بمعنى أنه يكتفى به ولا يحتاج الى كلامهم وانما كان كذلك لأن المبتدأ والخبر اذا كانا معرفتين وجب تقديم المبتدا وتأخير الخبر بمعنى أن المتقدم هو المبتدأ والمتأخر الخبر والمراد من قولهم فيخرج من بطنها جنين ما أشرف على الموت قال الله تعالى انك ميت وانهم ميتون أي اذبحوه وكلوه وهذا مثل ما روي أنه عليه الصلاة والسلام أذن في أكل لحم الخيل أي اذا ذبح لأن الشيء اذا عرف شروطه وذكر مطلقا ينصرف اليها كقوله تعالى أقم الصلاة أي بشروطها وانما يدخل الجنين في البيع تحريا للجواز لأن البيع يفسد باستثنائه وانما يعتق باعتاقها كيلا ينفصل من الحرة ولد رقيق ولا يقال لو لم يحل أكله بذكاة أمه لما حل ذبح أمه لما فيه من تضييع الولد ونهى النبي صلى الله عليه وسلم عن اضاعة المال لأنا نقول موته لا يتيقن به بل يتوهم ادراكه حيا فيذبح فلا يحرم أو لأن المقصود لحم الأم فلا يتوصل اليه الا به فكان قتله لغرض صحيح فاذا كان يجوز قتل المسلمين للتوصل الى المقصود كما اذا تترس الكفار بالمسلمين فما ظنك بالأجنة والله أعلم

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ قال رحمه الله (لا يؤكل ذو ناب ومخلب من سبع وطير) أي لا يحل أكل ذي ناب من سباع البهائم وذي مخلب من سباع الطير لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وعن أبي ثعلبة أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع رواه البخاري والسباع جمع سبع وهو كل مختطف منتهب جارح قاتل عاد عادة والمراد بذي مخلب ما له مخلب هو سلاح وهو مفعل من الخلب وهو مزق الجلد ويعلم بذلك أن المراد بذي مخلب هو سباع الطير لا كل ما له مخلب

(قوله ان صح التشبيه) قالت الشافعية في هذا بعد لما فيه من التقدير المستغنى عنه أما على رواية الرفع المحفوظة فذكاة الجنين خبر لما بعده أي ذكاة أم الجنين ذكاة له يدل عليه رواية البيهقي ذكاة الجنين في ذكاة أمه وأما على رواية النصب ان ثبت فبأن يحمل على الظرفية كما في جئتك طلوع الشمس أي وقت طلوعها والمعنى أن ذكاة الجنين حاصلة وقت ذكاة أمه وهو موافق لمعنى رواية الرفع الذي ذكرنا اهـ مجتبى وكتب ما نصه قال الاتقاني (٣٩٤) والجواب عن قوله عليه الصلاة والسلام ذكاة الجنين ذكاة أمه أن المراد به التشبيه بحذف حرف التشبيه وهو أبلغ وجوه التشبيه كقولك زيد أسد أي ذكاة الجنين كذكاة أمه كقولهم صوته صوت الأسد وريحه ريح المسك

﴿فصل فيما يحل وما لا يحل﴾ لما ذكر أحكام الذبائح شرع في تفصيل المأكول منها وغير المأكول اذ المقصود الأصلي من شرعية الذبح التوصل الى الأكل وقدم الذبح لأنه شرط المأكول والشرط مقدم قاله الكاكي وقال الاتقاني لما كان للذكاة حكمان في المذبوح حل الذبيحة فيما يحل أكله وحصول الطهارة في اللحم والجلد فيما لا يحل أكله الا الآدمي والخنزير فانه لا تلحق الذكاة بهما ذكر في هذا الفصل ما يحل أكله وما لا يحل وكان الأنسب أن يذكر مسائل هذا الفصل جميعها في كتاب الصيد لأن كل ما ذكره من الصيد الا الفرس والبغل والحمار اهـ (قوله نهى عن أكل كل ذي ناب الخ) قال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف في السنجاب والفنك والسمور والدلق كل شيء من هذا سبع مثل الثعلب وابن عرس لا يؤكل لحمه لأنه من ذوات الناب فيدخل في عموم الخبر اهـ غاية (قوله وهو كل مختطف وهو منتهب) والاختطاف بمعنى الخطف والانتهاب بمعنى النهب قيل في الفرق بينهما ان الاختطاف من فعل الطير والانتهاب من فعل سباع البهائم فلما كان السبع شاملا لهذين النوعين فسر السبع بهذين الوصفين والعادي من عدا عليه عدوانا اهـ غاية (قوله هو سلاح) وهو المراد بالاجماع لأن كل صيد لا يخلو عن مخلب اهـ اق

وهو الظفر كما أريد في ذي ناب من سباع البهائم لا كل ماله ناب ولان طبيعة هذه الاشياء مذمومة شرعا فيخشى أن يتولد من لحمها شئ من طباعها فيحرم اكراما لبنى آدم وهو نظير ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا ترضع لكم الحمقاء فان اللبن يعدى ويدخل في الحديث الضبع والثعلب لان لهما نابا وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلهما محمول على الابتداء ويدخل فيه الفيل أيضا لانه ذو ناب واليربوع وابن عرس من سباع الهوام وكرهوا أكل الرخم والبغاث لانهما يأكلان الجيف قال رحمه الله (وحل غراب الزرع) لانه يأكل الحب وليس من سباع الطير ولا من الخبائث قال رحمه الله (لا الابقع الذى يأكل الجيف والضبع والضب والزنبور والسلحفاة والحشرات والحمر الاهلية والبغل) أى هذه الاشياء لا تؤكل أما الغراب الابقع فلانه يأكل الجيف فصار كسباع الطير والغراب ثلاثة أنواع نوع يأكل الجيف فحسب فانه لا يؤكل ونوع يأكل الحب فقط فانه يؤكل ونوع يخلط بينهما وهو أيضا يؤكل عند أبى حنيفة وهو العقعق لانه كالدجاج وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يكره لان غالب مأكوله الجيف والاول أصح وقال في النهاية ذكر في بعض المواضع أن الخفاش يؤكل وذكر في بعضها أنه لا يؤكل ولان له نابا وأما الضبع فلما روينا ولانه يأكل الجيف فيكون لحمه نابتا منه فيكون خبيثا وأما الضب والزنبور والسلحفاة والحشرات فلانها من الخبائث لان العرب تستخبثها وقد قال الله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وما روى أنه عليه الصلاة والسلام أباح أكلها محمول على ما قبل التحريم ثم حرم الخبائث لانه لم يكن في الابتداء حرام الا ثلاثة أشياء على ما قال الله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الا أن يكون ميتة أو دما مسفوحا أو لحم خنزير ثم حرم بعد ذلك أشياء لا تحصى والشافعى يجوز أكل الضبع والضب ومالك جميع السباع والحشرات استدلالا بما تلونا ورويناه والحجة عليهما ما بينا وأما الحمر الاهلية فلما روى عن ثعلبة الخشنى أنه قال حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم لحوم الحمر الاهلية رواه البخارى ومسلم وأحمد وأما البغل فلانه من نسل الحمار فكان كأصله حتى لو كانت أمه فرسا كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل لان المعتبر في الحل والحرمة الام فيما تولد من مأكول وغير مأكول قال رحمه الله (وحل الارنب) لانه عليه الصلاة والسلام أمر أصحابه أن يأكلوه حين أهدى اليه مشويا رواه

(قوله وهو الظفر) قال في المستصفى فان الحمامة لها مخلب والبعير له ناب وكذلك البقر اه (قوله لا كل ماله ناب) أى فان البعير له ناب والبقر كذلك اه (قوله ولان طبيعة) بيان لحكمة النهى عن تحريم أكل كل ذى مخلب من الطير وناب من السباع اه (قوله هذه الاشياء) وهى الاختطاف والانتهاب والقتل اه (قوله اكراما لبنى آدم) أى كما كانت الاباحة فيما يؤكل كرامة له اه (قوله ويدخل في الحديث الضبع والثعلب) وقال الشافعى لا بأس بأكلهما لما روى عن النبى صلى الله عليه وسلم انه سئل عن الضبع فقال نعجة سمينة وعن جابر بن عبد الله أنه سئل عن الضبع أصيد هو فقال نعم فقيل أسمعته من رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال نعم والمعنى ما حكى عن المزنى أن السبع ما يعدو على الناس وعلى حقوقهم وهما لا يعدوان فلا يكونان من السباع ولنا ما روينا من نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن كل ذى ناب من السباع وهما من السباع لوجود معنى السبع فيهما والجواب عن حديث الخصم أن ما رويناه يدل على الحرمة وما رواه يدل على الاباحة والتاريخ ليس بمعلوم فيجعل ما فيه تحريم متأخرا تقليلا للنسخ وقوله لا يعدوان ليس بمسلم بل يعدوان لانهما من جملة السباع اه اتقانى (قوله ويدخل فيه) أى في التحريم اه (٣٩٥) (قوله واليربوع وابن عرس من سباع الهوام) والهوام بتشديد الميم قال الاتقانى جمع الهامة وهى الدابة من دواب الارض وجميع الهوام نحو اليربوع وابن عرس والقنفذ مما يكون سكناه الارض والجحر مكروه أكله لان الهوام مستخبثة وقد قال تعالى ويحرم عليهم الخبائث ولانها تتناول النجاسات في الغالب وذلك من أسباب الكراهة وكذا جميع ما لا دم له فأكله مكروه لانه كله مستخبث فيدخل تحت قوله عز وجل ويحرم عليهم الخبائث الا الجراد فانه مخصوص بالحديث اه (قوله في المتن لا الابقع الذى يأكل الجيف) قال الاتقانى رحمه الله وقال صاحب الهداية وكذا الغداف أى لا يؤكل وهو غراب الغيط الكبير من الغربان وافى الجناحين قال القدورى في شرحه والاصل في تحريم الغراب الابقع والغداف ما روى هشام بن عروة عن أبيه أنه سئل عن أكل الغراب فقال من يأكل ذلك بعد أن سماه رسول الله صلى الله عليه وسلم فاسقا يعنى قوله صلى الله عليه وسلم خمس من الفواسق يقتلن في الحل والحرم اه (قوله لانه كالدجاج) أى فانه يخلط أيضا اه (قوله وذكر في بعضها أنه لا يؤكل) قال فخر الدين قاضيخان في فتاواه ولا يؤكل الخفاش لانه ذو ناب وفيه نظر لان كل ذى ناب ليس بمنهى عنه اذا كان لا يصطاد بنابه اه اتقانى قوله لانه ذو ناب ونص في الذخيرة والخلاصة على أنه لا يؤكل اه (قوله ولان له نابا) الواو ثابتة في خط الشارح وينبغى حذفها اه (قوله كان على الخلاف المعروف في لحم الخيل) وان كانت أمه بقرة يؤكل بلا خلاف اه ع (قوله في المتن وحل الارنب) قال في المصباح الارنب أنثى ويقع على الذكر والانثى وفي لغة يؤنث بالهاء فيقال أرنبة للذكر والانثى أيضا والجمع أرانب اه (قوله لانه صلى الله عليه وسلم أمر أصحابه الخ) قال الكرخى في مختصره ولم يروا جميعا بأسا بأكل الارنب قال أبو يوسف أما الوبر فلا أحفظ فيه عن أبى حنيفة شيئا وهو عندى مثل الارنب وهو

يعتاف البقول والنبت الى هنا لفظ الكرخي اه اتقاني قوله الوبر الوبر دويبة مثل الهرة غبراء اللون كحلاء لاذنب لها والجمع وبار مثل سهم وسهام والانثى وبرة وقيل هي من جنس بنات عرس كذا في المصباح اه (قوله ولانه ليس من السباع) لا سباع الطير ولا سباع الوحش اه (قوله في المتن وذبح مالا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده) قال في باب المياه من النهاية في هذه الرواية نوع ضعف والصحيح أن اللحم لا يطهر بالذكاة وكذا في معراج الدراية وغيرهما اه (قوله لان أثر الذكاة في اباحة اللحم الخ) قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير اتفق أصحابنا في الحمار اذا ذبح أن لحمه طاهر وأنه لا يؤكل اه اتقاني في الكراهية (قوله فلا بد من الدباغ) أي ليحصل طهارة الجلد اه (قوله فانه ينتفع به في غير الاكل) يعني في الاستصباح ودهن الجلود ونحوه اه غاية (قوله وقد ذكرناه في كتاب الطهارة) أي في سؤر مالا يؤكل اه (قوله وهو مباح فيما لا يحل أكله) أي لمنافع أخر سوى الاكل اه اق (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان) رواه الدارقطني والبيهقي والشافعي وأحمد من حديث عبد الرحمن بن زيد بن أسلم عن أبيه عن ابن عمر مرفوعا قال البيهقي وروي موقوفا على ابن عمر وهو الاصح اه دميري وكتب مانصه (٣٩٦) فان قيل قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان ورد مخالفا لقوله تعالى حرمت عليكم الميتة والدم قلنا هذا حديث مشهور فيجوز التخصيص به ولان الالف واللام انما تصرف الى الجنس اذا لم يكن ثم معهود والميتة من الدمويات كانت معهودة عندهم وكذا الدم ينصرف الى المعهود وهو الدم المسفوح ولان هذا الحديث مؤيد بالاجماع فيجوز التخصيص عنده على أن حل السمك ثبت بقوله تعالى لتأكلوا منه لحما طريا وقوله تعالى أحل لكم صيد البحر وطعامه سماه لحما وطعاما وذلك لا يتوقف حله على الذبح والكبد صار حلالا بدلالة قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحي الى محرما الآية اه مستصفى وكتب مانصه ولا يرد علينا كراهة الطافي لانه مخصوص بالحديث الآخر اه اتقاني (فرع) قال في الهداية ولا بأس بأكل الجريث والمارماهي وأنواع السمك مثله والجراد بلا ذكاة قال الاتقاني والجريث الجري من أنواع السمك انما أحل لعموم قوله صلى الله عليه وسلم أحلت لنا ميتتان ودمان السمك والجراد والكبد والطحال وروى محمد في الاصل عن عمر بن شوذب عن عمرة بنت أبي طبيخ قالت خرجت مع وليدة لنا فاشترينا جريثة بقفيز حنطة فوضعناها في زنبيل فخرج رأسها من جانب وذنبها من جانب فمر بنا علي رضي الله عنه فقال بكم أخذت قالت فأخبرته فقال ما أطيبه وأرخصه وأوسعه للعيال فيه دليل على أن الجريث يؤكل لانه نوع من السمك فيحل كسائر الانواع وهذا الحديث حجة لنا على بعض الروافض وأهل الكتاب فانهم يكرهون أكل الجريث ويقولون انه كان دويبة يدعو الناس الى حليلته فمسخ وهو متروك بقول علي رضي الله عنه كذا قال خواهر زاده في شرحه وروى محمد أيضا في الاصل عن ابن عباس أنه سئل عن الجريث فقال أما نحن فلا نرى به بأسا وأما أهل الكتاب فيكرهونه فاذا صح عن علي وابن عباس اباحة الجريث ولم يرد عن غيرهما خلاف ذلك حل محل الاجماع وكذا الجراد حلال سواء مات حتف أنفه أو قتله الآخذ اه

أحمد والنسائي ولانه ليس من السباع ولا من أكلة الجيف فأشبه الظبي قال رحمه الله (وذبح مالا يؤكل لحمه يطهر لحمه وجلده الا الآدمي والخنزير) وقال الشافعي رحمه الله الذكاة لا تؤثر في جميع ذلك لان أثر الذكاة في اباحة اللحم أصل وفي طهارته وطهارة الجلد تبع ولا تبع بدون الاصل فصار كذبح المجوسي ولنا أن الذكاة مؤثرة في ازالة الرطوبة النجسة فاذا زالت طهرت كما في الدباغ وهذا الحكم مقصود في الجلد كالتناول في اللحم وفعل المجوسي قتل فلا بد من الدباغ وكما يطهر لحمه يطهر شحمه أيضا حتى لو وقع في الماء القليل لا يفسده وهل يجوز الانتفاع به لغير الاكل قيل لا يجوز اعتبارا بالاكل وقيل يجوز كالزيت اذا خالطه شحم الميتة والزيت غالب فانه ينتفع به في غير الاكل والخنزير لا يؤثر فيه الدباغ لنجاسته والآدمي لكرامته وفي رواية لا يطهر بالذكاة لحم مالا يؤكل لحمه والجلد يطهر هو الصحيح وقد ذكرناه في كتاب الطهارة قال رحمه الله (ولا يؤكل مائي الا السمك غير طاف) وقال مالك يؤكل جميع حيوان الماء واستثنى بعضهم الخنزير والسباع والكلب والانسان وعن الشافعي أنه أباح ذلك كله قال صاحب الهداية الخلاف في الاكل والبيع واحد وينبغي أن يجوز بيعه بالاجماع لطهارته لهم قوله تعالى أحل لكم صيد البحر من غير فصل وقوله عليه الصلاة والسلام في البحر هو الطهور ماؤه والحل ميتته ولانه لا دم في هذه الاشياء اذ الدموي لا يسكن الماء والمحرم هو الدم فأشبه السمك وروى جابر أنهم أصابهم جوع شديد في الغزو فألقى البحر حوتا ميتا يقال له العنبر فأكلوا منه نصف شهر قال فلما قدمنا المدينة ذكرنا ذلك لرسول الله صلى الله عليه وسلم فقال كلوا رزقا أخرجه الله لكم ان كان معكم أطعمونا الحديث ولنا قوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وماسوى السمك خبيث ونهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن التداوي بدواء اتخذ فيه الضفدع ونهى عن بيع السرطان والصيد المذكور فيما تلي محمول على الاصطياد وهو مباح فيما لا يحل أكله والميتة المذكورة فيما روي محمول على السمك وهو حلال مستثنى من ذلك لقوله عليه الصلاة والسلام أحلت لنا ميتتان ودمان أما الميتتان فالسمك والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال وحديث جابر لا يدل على مرادهم لانه قال جعنا جوعا شديدا فألقى البحر حوتا ميتا لم نر

مثله يقال له عنبر الحديث هكذا رواه البخاري ومسلم وأحمد وهذا يدل على انه كان سمكا وان لم يكن سمكا فهو في حال المخمصة وفيها تحل الميتة والخنازير فما ظنك بصيد البحر وهو طاهر بالاجماع والنصوص على تحريم الخنزير والسباع مطلقة فيتناول البري والبحري وأما الطافي فمكروه أكله لقول جابر رضي الله عنه انه عليه الصلاة والسلام قال ما نضب عنه الماء فكلوا وما طفا فلا تأكلوا وعن جماعة من الصحابة مثله وهو حجة على مالك والشافعي في اباحتهما الطافي ولا دليل لهما فيما رويا لان المراد بميتة البحر ما لفظه البحر حتى يكون موته مضافا الى البحر ولا يتناول ما مات فيه بعرض أو نحوه ثم الاصل فيه أنه متى عرف سبب موته كلفظة البحر أو حبسه في مكان كالحظيرة الصغيرة الضيقة المتلفة بحيث يمكن أخذه من غير حيلة أو بابتلاع سمكة أو بقتل طير الماء اياها أو بانجماد الماء عليها فماتت حل أكلها لان سبب موتها معلوم ولو ماتت من شدة حر الماء أو برده قيل تؤكل لان لموتها اسبابا معلوما وقيل لا تؤكل لان الماء لا يقتل السمك حارا كان أو باردا وان انحسر الماء عن بعضه ومات روى هشام عن محمد أنه ان كان رأسه في الماء لا يؤكل وان كان ذنبه في الماء ورأسه انحسر عنه الماء أكل لان خروج رأسه عن الماء سبب لموته فكان سبب موته معلوما بخلاف خروج ذنبه فحاصله أن الشرط فيه أن يعلم بأي سبب مات حتى لو أبان عضوه بضرب فانه يؤكل ويؤكل العضو أيضا قال رحمه الله (وحل بلا ذكاة كالجراد) أي حل السمك بلا ذكاة كالجراد لما روينا قال رحمه الله (ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم حل والا لا ان لم يدر حياته وان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج الدم) لان الحركة وخروج الدم لا يكونان الا من الحي لان الميت لا يتحرك ولا يخرج منه الدم فيكون وجودهما أو وجود أحدهما علامة الحياة فيحل وعدمهما علامة الموت فلا يحل الا اذا علم حياتها عند الذبح فيحل لان الاصل بقاء ما كان على ما كان فلا يحكم بزوال الحياة بالشك وذكر محمد بن مقاتل إن خرج الدم ولم يتحرك لا يحل لان الدم لا يجمد عند موته فيجوز خروج الدم بعد الموت وهذا يأتي في المنخنقة والمتردية والنطيحة والتي بقر الذئب بطنها الا ان ذكاة هذه الاشياء تحلل وان كانت حياتها خفية في ظاهر الرواية لقوله تعالى الا ما ذكيتم وعن أبي حنيفة رحمه الله أنها انما تحل اذا كانت بحال تعيش يوما لولا الذكاة وعن أبي يوسف رحمه الله ان كان بحال لا يعيش مثله لا يحل وعن محمد رحمه الله ان كان بحال يعيش فوق ما يعيش المذبوح يحل والا فلا وسنبينها ان شاء الله تعالى في كتاب الصيد ولو ذبحت شاة مريضة ولم يتحرك منها الا فوها قال محمد بن سلمة ان فتحت فاها لا تؤكل وان ضمت عينها أكلت وان مدت رجلها لا تؤكل وان قبضت رجلها أكلت وان نام شعرها لا تؤكل وان قام شعرها أكلت وهذا صحيح لان الحيوان يسترخي بالموت ففتح الفم والعين ومد الرجل ونوم الشعر علامة الموت لانها استرخاء وضم الفم وتغميض العين وقبض الرجل وقيام الشعر ليست باسترخاء بل هي حركات تختص بالحي فتدل على حياته وقال قاضيخان هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح وان علم حياته وقت الذبح أكل على كل حال ذكره في المحيط أيضا والله أعلم بالصواب

(تم الجزء الخامس ويليه الجزء السادس وأوله كتاب الا

(قوله ما نضب) النضوب ذهاب الماء اهـ غاية (قوله ثم الاصل فيه الخ) قال في شرح القدوري للزاهدي ثم الاصل في السمك عندنا اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ والميت بالحر والبرد والانخناق تحت الجمد أو ابانة بعضه أو اصطياد غيره ونحوها واذا مات من غير آفة لا يحل كالطافي اهـ (قوله ويؤكل العضو أيضا) قال في الهداية ثم الاصل عندنا في السمك أنه اذا مات بآفة يحل كالمأخوذ واذا مات حتف أنفه لا يحل كالطافي وتنسحب عليه فروع كثيرة قال الاتقاني منها اذا ضربها رجل فقطع بعضها يحل المبان والمبان منه لانه مات بآفة ظاهرة والمبان من الحي وان كان ميتة لكن حل المبان هنالك لان ميتة السمك حلال بالحديث ومنها ان وجد في بطنها سمكة أخرى أو قتلها طير الماء لا بأس بأكلها لان الموت محال الى سبب ظاهر وهو ابتلاع السمكة أو قتل الطير اهـ (قوله في المتن ولو ذبح شاة فتحركت أو خرج الدم) انظر ما قاله الشارح في كتاب الصيد قبيل قوله وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد والعضو اهـ (قوله وعن أبي حنيفة أنها الخ) قال الولوالجي في فتاواه رجل ذبح شاة أو بقرة فهذا على أربعة أوجه ان تحرك بعد الذبح وخرج منه دم مسفوح أو تحرك ولم يخرج منه دم مسفوح أو خرج منه دم مسفوح ولم يتحرك ففي الوجوه الثلاثة يحل لانه وجد علامة الحياة وعلامة الحياة أحد هذين الامرين اما الدم المسفوح أو الحركة وفي الوجه الرابع وهو ما اذا لم يتحرك ولم يخرج منه دم مسفوح لا يحل لانه لم يوجد علامة الحياة ولكن هذا اذا لم يعلم حياته وقت الذبح فان علم حل وان لم يتحرك ولم يخرج منه دم أصلا اهـ (قوله هذا كله اذا لم يعلم حياته وقت الذبح) قال في الينابيع وروى ابن سماعة عن محمد أنه قال لا بد أن يكون بحال يعيش يوما أو نحوه والمختار أن كل شئ ذبح وهو حي حل أكله ولا توقيت فيه وعليه الفتوى قوله حل أكله أي لقوله تعالى الا ما ذكيتم من غير فصل اهـ

الجزء السادس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمدالله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

﴿الطبعة الاولى﴾
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببو[illegible]
سنة [illegible] ه
هجرية
(بالقسم الادبي)

فهرست الجزء السادس من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق

تمت

الجزء السادس

من تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق تأليف الامام العالم
العامل العلامة البحر الحبر الفهامة فريد
دهره ووحيد عصره فخر الدين
عثمان بن على الزيلعى الحنفى
نفعنا الله ببركته وأسكنه
فسيح جنته
آمين

وبهامشه حاشية الشيخ الامام العلامة العمدة الفهامة شهاب
الدين أحمد الشلبى على هذا الشرح الجليل تغمدالله
الجميع بالرحمة والرضوان وأسكنهم
فسيح الجنان

الطبعة الاولى
بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر
سنة ١٣١٥
هجرية
(بالقسم الادبي)

بسم الله الرحمن الرحيم

كتاب الاضحية

وهي اسم لما يضحى به كالاروية وهي الانثى من الوعول وتجمع على أضاحي بالتشديد على أفاعيل كالاراوي في جمع الاروية ويقال ضحية وضحايا كهدية وهدايا ويقال أضحاة وتجمع على أضحى كارطاة وأرطى وهي في الشرع اسم لحيوان مخصوص بسن مخصوص يذبح بنية القربة في يوم مخصوص عند وجود شرائطها وسببها وشرائطها الاسلام والوقت واليسار الذي يتعلق به وجوب صدقة الفطر وركنها ذبح ما يجوز ذبحه اعلم ان القربة المالية نوعان نوع بطريق التمليك كالصدقات ونوع بطريق الاتلاف كالاعتاق والاضحية وفي الاضحية اجتمع المعنيان فانها تقرب باراقة الدم وهو اتلاف ثم بالتصرف في اللحم يكون تمليكا واباحة قال رحمه الله (تجب على حر مسلم مقيم موسر عن نفسه لا عن طفله شاة أو سبع بدنة يوم النحر الى آخر أيامه) وفي الجوامع عن أبي يوسف انها سنة وهو قول الشافعي وذكر الطحاوي انها سنة مؤكدة على قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وهكذا ذكره بعضهم أيضا ووجه السنة قوله صلى الله عليه وسلم اذا رأيتم هلال ذي الحجة وأراد أحدكم أن يضحي فليمسك عن شعره وأظفاره رواه مسلم وأبو داود وأحمد وجماعة أخر والتعليق بالارادة ينافي الوجوب ولانها لو كانت واجبة على المقيم لوجبت على المسافر كالزكاة وصدقة الفطر لانهما لا يختلفان في العبادة المالية فصار كالعتيرة ووجه الوجوب

كتاب الاضحية

أورد الاضحية بعد الذبح لما فيهما من الذبح الا أن الذبح أعم من الاضحية والخصوص يكون بعد العموم اه وكتب ما نصه قال في المصباح المنير والاضحية فيها لغات ضم الهمزة في الاكثر وهي في تقدير أفعولة وكسرها اتباعا لكسرة الحاء والجمع أضاحي والثالثة ضحية والجمع ضحايا مثل عطية وعطايا والرابعة أضحاة بفتح الهمزة والجمع أضحى مثل أرطاة وأرطى ومنه عيد الاضحى والاضحى مؤنثة وقد تذكر ذهابا الى اليوم قاله الفراء وضحى تضحية اذا ذبح الاضحية وقت الضحى هذا أصله ثم كثر حتى قيل ضحى في أي وقت كان من أيام التشريق ويتعدى بالحرف فيقال ضحيت بشاة اه وقال في المغرب ويقال ضحى بكبش أو غيره اذا ذبحه وقت الضحى من أيام الاضاحي ثم كثر ذلك ولو ذبح آخر النهار ومن قال هي من التضحية بمعنى الرفق فقد أبعد اه قوله وهي في تقدير أفعولة قال العيني وهي على وزن أفعلة اه يعني وزنها الآن أفعلة ووزنها الاصل أفعولة كما قال في المصباح فأعل واعلاله ظاهر اه (قوله وهي الانثى من الوعول) الوعل قال ابن فارس هو ذكر الاروى وهو الشاة الجبلية اه مصباح (قوله وفي الجوامع) قال الاتقاني والجوامع اسم كتاب في الفقه صنفه أبو يوسف اه (قوله فصار كالعتيرة) قال الجوهري والعتر أيضا العتيرة وهي شاة كانوا يذبحونها في رجب لآلهتهم مثال ذبح وذبيحة

قوله صلى الله عليه وسلم من وجد سعة فلم يضح فلا يقربن مصلانا رواه أحمد وابن ماجه ومثل هذا الوعيد لا يلحق بترك غير الواجب ولانه عليه الصلاة والسلام أمر باعادتها بقوله من ضحى قبل الصلاة فليعد والامر للوجوب فلولا أنها واجبة لما وجب اعادتها ولانها قربة يضاف اليها وقتها يقال يوم الاضحى وذلك يؤذن بالوجوب لان الاضافة للاختصاص ويحصل الاختصاص بالوجود والوجوب هو المفضى الى الوجود ظاهرا بالنظر الى جنس المكلفين لجواز أن يجتمعوا على ترك ما ليس بواجب ولا يجتمعوا على ترك الواجب ولا تصح الاضافة باعتبار جواز الاداء فيه ألا ترى أن الصوم يجوز فى سائر الشهور والمسمى بشهر الصوم رمضان وحده وكذا الجماعة تجوز فى كل يوم والمسمى بيوم الجمعة يوم واحد ولان الاضافة الى الوقت لا تتحقق الا اذا كانت موجودة فيه بلا شك ولا تكون موجودة فيه بيقين الا اذا كانت واجبة وانما لا تجب على المسافر لان أداءها يختص بأسباب تشق على المسافر وتفوت بمضى الوقت فلا تجب عليه لدفع الحرج عنه كالجمعة بخلاف الزكاة وصدقة الفطر فانهما لا يفوتان بمضى الوقت فلا يحرج والمراد بالارادة فيما روى ما هو ضد السهو لا التخيير لانه غير مخير اجماعا لان التخيير يقع فى المباح والعتيرة منسوخة وهى شاة كانت تذبح فى رجب فى ابتداء الاسلام والاضحية ليست بمنسوخة وانما اشترط فيها الحرية لانها قربة مالية فلا تتأدى الا بالملك والمالك هو الحر والاسلام لان القربة لا تتأدى الا من المسلم والاقامة لما بينا واليسار لما روينا ولان العبادة لا تجب الا على القادر وهو الغنى دون الفقير ومقداره ما يجب فيه صدقة الفطر والوقت وهو أيام النحر لانها المختصة بها على ما بينا فيشترط أن يكون غنيا فى أيام النحر ولو كان فقيرا فأيسر فيها تجب لانه أدرك وقتها وهو غنى لان الموجود فى بعض الوقت كالموجود فى أوله وقيل لا تجب عليه لان الوجوب يتعلق بطلوع الفجر فالفقير ليس من أهله فجعله فى هذه الرواية نظير صدقة الفطر وقوله عن نفسه لانه أصل فى الوجوب عليه وقوله لا عن طفله أى لا تجب عليه عن أولاده الصغار لانها قربة محضة والاصل فى العبادات أن لا تجب على أحد بسبب غيره بخلاف صدقة الفطر لان فيها معنى المؤنة والسبب فيها رأس يمونه ويلى عليه وهذا المعنى يتحقق فى حق الولد فى صدقة الفطر دون الاضحية ولهذا لا تجب عليه عن عبده وصدقة الفطر تجب عليه عنه وروى الحسن عن أبى حنيفة أن الاضحية تجب عليه عن ولده الصغير لانه فى معنى نفسه فيلحق به كما فى صدقة الفطر ثم على هذه الرواية لو ولد له ولد فى أيام النحر فعلى الروايتين المذكورتين فى اليسار فيها والاول ظاهر الرواية وقد بينا وجهه وان كان للصغير مال يضحى عنه أبوه أو وصيه من ماله عند أبى حنيفة رحمه الله وقال محمد وزفر والشافعى يضحى عنه من مال نفسه لا من مال الصغير والخلاف فى الاضحية كالخلاف فى صدقة الفطر وقيل لا تجوز التضحية من مال الصغير فى قولهم جميعا لان القربة تتأدى بالاراقة والصدقة بعده تطوع ولا يجوز ذلك من مال الصغير فى قولهم جميعا ولان الاراقة اتلاف والاب لا يملك فى مال الصغير كالاعتاق وكذا التصدق به ولا يمكن الصغير أن يأكل اللحم كله والاصح أنه يضحى من ماله ويأكل منه ما أمكن ويبتاع بما بقى ما ينتفع بعينه كذا ذكر صاحب الهداية وفى الكافى الاصح أنه لا يجب ذلك وليس للاب أن يفعله من ماله أى من مال الصغير وقوله شاة أو سبع بدنة بيان للقدر الواجب والقياس أن لا تجوز البدنة كلها الا عن واحد لان الاراقة قربة واحدة وهى لا تتجزأ الا أنا تركناه بالاثر وهو ما روى عن جابر رضى الله عنه أنه قال نحرنا مع رسول الله صلى الله عليه وسلم البقرة عن سبعة والبدنة عن سبعة ولا نص فى الشاة فبقى على أصل القياس وتجوز عن ستة أو خمسة أو ثلاثة ذكره محمد فى الاصل لانه لما جاز عن السبعة فعمن دونه أولى ولا تجوز عن ثمانية لعدم النقل فيه فيبقى على الاصل وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع ولا يجوز عن الكل لان بعضه اذا خرج من أن يكون قربة يخرج كله من أن يكون قربة

وقد عتر الرجل يعتر عترا بالفتح اذا ذبح العتيرة يقال هذه أيام ترجيب وتعتار وربما كان الرجل من الجاهلية ينذر نذرا ان رأى ما يحب يذبح كذا وكذا من غنمه فاذا وجب ضاقت نفسه عن ذلك فيعتر بدل الغنم ظباء اهـ وقال الاتقانى نقلا عن المغرب والعتيرة ذبيحة كانت تذبح فى رجب يتقرب بها أهل الجاهلية والمسلمون فى صدر الاسلام فنسخت اهـ (قوله يختص بأسباب تشق على المسافر) مثل تحصيل شاة تجوز فى الاضحية ورعاية فراغ الامام اهـ (قوله لانه غير مخير اجماعا) فلم يدل القصد على نفى الوجوب كقوله عليه الصلاة والسلام من أراد منكم الجمعة فليغتسل أى من قصد ولم يرد به التخيير اهـ غاية (قوله أى من مال الصغير) فان فعل الاب لا يضمن فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف وعليه الفتوى ويضمن فى قول محمد وزفر وان فعل الوصى يضمن فى قول محمد وزفر واختلف المشايخ فى قول أبى حنيفة وأبى يوسف قال بعضهم لا يضمن كما لا يضمن الاب وقال بعضهم ان كان الصبى يأكل لا يضمن والا يضمن اهـ قاضيخان وكتب ما نصه قال فى الظهيرية وفى الوصى اختلاف المشايخ بعضهم قالوا ان كان الصبى يأكل فلا ضمان على الوصى وان كان لا يأكل فعليه الضمان ومنهم من قال لا ضمان على الوصى على كل حال وعليه الفتوى اهـ (قوله وكذا اذا كان نصيب أحدهم أقل من السبع) أى لا تجوز من صاحب الكثير كما لا تجوز من صاحب القليل كما اذا مات الرجل وخلف امرأة وابنا وترك بقرة فضحيا

على ما بيناه فى الهدى وقال مالك تجوز الواحدة عن أهل بيت واحد وان كانوا أكثر من سبعة ولا تجوز عن أهل بيتين وان كانوا أقل منها لقوله صلى الله عليه وسلم على أهل كل بيت فى كل عام أضحاة وعتيرة قلنا المراد منه والله أعلم قيم أهل البيت لان اليسار له حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه يؤيده ماروى على كل مسلم فى كل عام أضحاة وعتيرة ولو كانت البدنة بين اثنين نصفان يجوز فى الاصح لان نصف السبع يكون تبعا الثلاثة الاسباع واذا جاز على الشركة فقسمة اللحم بالوزن لانه موزون ولو اقتسموه جزافا لا يجوز الا اذا كان معه شئ من الاكارع والجلد كالبيع لان القسمة فيها معنى المبادلة ولو اشترى بقرة يريد أن يضحى بها عن نفسه ثم اشترك معه ستة أجزأه استحسانا والقياس أن لا يجوز وهو قول زفر رحمه الله لانه أعدها للقربة فيمنع عن بيعها تمولا وفى الاشتراك ذلك فلا يجوز وجه الاستحسان أنه قد يجد بقرة سمينة وقد لا يظفر بالشركاء وقت الشراء فيشتريها ثم يطلب الشركاء ولو لم يجز ذلك لحرجوا وهو مدفوع شرعا والاحسن أن يفعل ذلك قبل الشراء ولا يشترى حتى يجتمعوا قدر ما يريد من الشركاء ليخرج من الخلاف وعن صورة الرجوع وعن أبى حنيفة مثل قول زفر قال رحمه الله (ولا يذبح مصرى قبل الصلاة وذبح غيره) أى لا يجوز لاهل المصر أن يذبحوا الاضحية قبل أن يصلوا صلاة العيد يوم الاضحى وذبح غيره أى غير أهل المصر يجوز لهم ذبحها بعد طلوع الفجر قبل أن يصلى الامام صلاة العيد والاصل فيه قوله عليه الصلاة والسلام من ذبح قبل الصلاة فليعد ذبيحته ومن ذبح بعد الصلاة تم نسكه وأصاب سنة المسلمين وقال عليه الصلاة والسلام ان أول نسكنا فى هذا اليوم الصلاة ثم الاضحية قال ذلك فى حق من عليه صلاة العيد كيلا يشتغل بها عنها فلا معنى للتأخير عن القروى اذ لا صلاة عليه وهو حجة على مالك والشافعى فى نفيهما الجواز بعد الصلاة قبل نحر الامام والمعتبر فى ذلك مكان الاضحية حتى لو كانت فى السواد والمضحى فى المصر يجوز كما انشق الفجر وفى العكس لا يجوز الا بعد الصلاة وحيلة المصرى اذا أراد التعجيل أن يبعث بها الى خارج المصر فى موضع يجوز للمسافر أن يقصر فيه فيضحى فيه كما طلع الفجر لان وقتها من طلوع الفجر وانما أخرت الى ما بعد الصلاة فى المصر لما ذكرنا وهذا لانها تشبه الزكاة من حيث انها تسقط بهلاك المال قبل مضى أيام النحر كالزكاة تسقط بهلاك النصاب فيعتبر فى الاداء مكان المحل وهو المال لا مكان الفاعل اعتبارا بها بخلاف صدقة الفطر حيث يعتبر فيها مكان الفاعل لانها تتعلق فى الذمة والمال ليس بمحل لها ولهذا لا تسقط بهلاك المال بعد ما طلع الفجر من يوم الفطر ولو ضحى بعد ما صلى أهل المسجد قبل أن يصلى أهل الجبانة أجزأه استحسانا لانها صلاة معتبرة حتى لو اكتفوا بها أجزأتهم فيكون الذبح عقيب صلاة معتبرة وان كان على العكس فعلى القياس والاستحسان وقيل يجوز قياسا واستحسانا لان المسنون فى صلاة العيد الخروج الى الجبانة فكان أصلا والآخر كالخلف عنه ولو ذبح بعد ما قعد الامام قدر التشهد قبل أن يسلم لم يجز خلافا للحسن ولو لم يصل الامام العيد فى اليوم الاول أخروا التضحية الى الزوال ثم ذبحوا ولا تجزئهم التضحية ما لم يصل الامام العيد فى اليوم الاول الا بعد الزوال فحينئذ يجوز لخروج وقتها وكذا فى اليوم الثانى لا يجزئهم قبل الزوال الا اذا كانوا لا يرجون أن يصلى الامام فحينئذ تجزئهم قبل الزوال هكذا ذكر فى المحيط وذكر فيه أيضا أن التضحية فى الغد أو بعد الغد تجوز قبل الزوال لانه فات وقت الصلاة بزوال الشمس فى اليوم الاول والصلاة فى الغد تقع قضاء لا أداء فلا يظهر هذا فى حق التضحية وقال هكذا ذكره القدروى فى شرحه ولو صلى الامام ثم تبين انه صلى بغير طهارة تعاد الصلاة دون الاضحية لان من العلماء من قال لا يعيد الصلاة الا الامام وحده فكان للاجتهاد فيه مساغا فجعلناه عذرا فى جواز التضحية تحريا للجواز وصيانة لاضاحيهم عن الفساد ولو وقعت فى البلد فتنة ولم يبق فيها وال ليصلى بهم العيد فضحوا بعد طلوع الفجر أجزأهم لان البلدة صارت فى هذا الحكم كالسواد ولو شهدوا عند الامام أنه يوم العيد فصلى ثم انكشف انه يوم عرفة أجزأتهم الصلاة والتضحية لانه لا يمكن التحرز عن مثل هذا الخطا فيحكم بالجواز صيانة لجمع المسلمين

لم تجز عنهما أصلا لان نصيب المرأة أقل من السبع اه غاية (قوله يكون تبعا الثلاثة الاسباع) وقال بعضهم لا تجوز لان لكل واحد منهما ثلاثة أسباع ونصف سبع ونصف السبع لا يجوز فى الاضحية فاذا صار لحما صار الباقى لحما اه (قوله فى المتن ولا يذبح مصرى الخ) لم يذكر شرح قوله فجر يوم النحر الى آخر أيامه اه (قوله والمعتبر فى ذلك مكان الاضحية) أى لا مكان المالك اه (قوله والاستحسان) أى يجوز استحسانا لا قياسا اه (قوله ولو ذبح بعد ما قعد الامام الخ) قال فى الجوهرة فاذا ذبح بعد ما قعد الامام مقدار التشهد جاز اه

(قوله ويجوز الذبح في لياليها) وقال مالك لا يجوز الذبح في الليل اهـ (قوله ولكن يحتمل الصرف الخ) قال الكرماني في مناسكه وإذا اشترى شاة يريد أضحية في ضميره ففي ظاهر المذهب لا تصير أضحية حتى يوجبها بلسانه لكن المذهب والفتوى على أن ينظر إن كان المشتري غنيا لا يصير واجبا في الروايات كلها لأنها واجبة في ذمته فلا يحتاج إلى التعيين وإن كان فقيرا (ه) ففي ظاهر الرواية يجب أن تتعين بالعقد

المسلمين بخلاف ما إذا صلى بغير شهادة لأنه لا يتعذر التحرز عن مثله ووقتها ثلاثة أيام أولها أفضلها روي ذلك عن عمر وعلي وابن عباس موقوفا عليهم وهو كالمرفوع في مثله من المقادير لأن الرأي لا يهتدي إليه فيحمل عليه وإنما كان أولها أفضل لأن فيه مسارعة إلى الخير ويجوز الذبح في لياليها إلا أنه يكره لاحتمال الغلط في الظلمة وأيام النحر ثلاثة أيام وأيام التشريق ثلاثة أيضا ثلاثة والكل يمضي بأربعة أيام أولها نحر لا غير وآخرها تشريق لا غير والمتوسطان نحر وتشريق والتضحية فيها أفضل من التصدق بثمن الأضحية لأنها تقع واجبة إن كان غنيا وسنة إن كان فقيرا وهي واجبة عند البعض وسنة عند البعض والتصدق بالثمن تطوع محض فكانت هي أفضل ولأنها تفوت بفوات وقتها والتصدق لا يفوت فكانت أفضل ونظيره الطواف للآفاقي أفضل من الصلاة لأنه بالرجوع يفوت بخلاف المكي فإن الصلاة في حقه أفضل لأنها خير موضوع ولو لم يضح حتى مضت أيام النحر وكان غنيا وجب عليه أن يتصدق بالقيمة سواء كان اشترى أو لم يشتر لأنها واجبة في ذمته فلا يخرج عن العهدة إلا بالأداء كالجمعة تقضى ظهرا والصوم بعد العجز فدية وإن كان فقيرا فإن كان اشترى الأضحية أو أوجب على نفسه بالنذر وجب عليه أن يتصدق بذلك الذي أوجبه أو اشتراه لأنها تعينت بالشراء بنية الأضحية أو بالنذر فلا يجزئه غيرها إلا إذا كان قدر قيمتها بخلاف الغني لأن الأضحية واجبة في ذمته فيجزئه التصدق بالشاة عنه أو بقيمتها ولا يجب عليه أكثر من ذلك إلا إذا التزم التضحية بالنذر وعنى به غير الواجب في ذمته فحينئذ يجب عليه أن يتصدق بالمنذور كما بينا في حق الفقير مع الواجب الذي في ذمته وهي الشاة التي وجبت بسبب اليسار وكذا إذا أطلق النذر ولم يرد به الواجب في ذمته يجب عليه غيره معه وإن أراد به الواجب بسبب الغنا لا يلزمه غيره لأن النذر إيجاب والإيجاب ينصرف إلى غير الواجب ظاهرا ولكن يحتمل الصرف إلى الواجب تأكيدا له ونظيره النذر بالحج وعليه حجة الإسلام فإنه يلزمه حجة أخرى إلا إذا عنى به ما هو الواجب عليه قال رحمه الله (ويضحى بالجماء) وهي التي لا قرن لها لأن القرن لا يتعلق به مقصود وكذا مكسورة القرن بل أولى لما قلنا قال رحمه الله (والخصي) وعن أبي حنيفة هو أولى لأن لحمه أطيب وقد صح أنه صلى الله عليه وسلم ضحى بكبشين أملحين موجوءين الأملح الذي فيه ملحة وهو البياض الذي يشقه شعيرات سود وهي من لون الملح والموجوء الخصي والوجاء هو أن يضرب عروق الخصية بشيء قال رحمه الله (والثولاء) وهي المجنونة لأنه يخل بالمقصود إذا كانت تعتلف بأن كانت سمينة ولم يمنعها من السوم والرعي وإن كان يمنعها منه لا يجزئه والجرباء إن كانت سمينة ولم يتلف جلدها جاز لأنه لا يخل بالمقصود قال رحمه الله (لا بالعمياء والعوراء والعجفاء والعرجاء) أي التي لا تمشي إلى المنسك أي المذبح لما روي عن البراء بن عازب أنه عليه الصلاة والسلام قال أربع لا تجوز في الأضاحي العوراء البين عورها والمريضة البين مرضها والعجفاء البين ظلعها والكبيرة التي لا تنقي رواه أبو داود والنسائي وجماعة أخر وصححه الترمذي قال رحمه الله (ومقطوع أكثر الأذن أو الذنب أو العين أو الألية) لقول علي رضي الله عنه أمرنا رسول الله صلى الله عليه وسلم أن نستشرف العين والأذن وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة ولا شرقاء ولا خرقاء رواه أبو داود والنسائي وغيرهما وصححه الترمذي المقابلة قطع من مقدم أذنها والمدابرة قطع من مؤخر أذنها والشرقاء أن يكون الخرق في أذنها طولا والخرقاء أن يكون عرضا وإن بقي أكثر الأذن جاز وكذا أكثر الذنب لأن للأكثر

فإن وهب له أو تصدق عليه فنوى بقلبه لا تصير أضحية بالإجماع لأن العقد لا يصلح للتعيين في الإيجاب وكذا لو كانت الشاة عنده فأضمر بقلبه الأضحية لا تصير أضحية بالإجماع ثم في كل موضع تصير أضحية لا ينبغي أن يبيعها إلا أن الأضحية لا تباع فإن باعها قبل مضي أيام النحر أو بعد مضيها نفذ البيع وتصدق بقيمتها عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف لا ينفذ البيع ولا الهبة بل يتصدق لأنه بمنزلة الوقف عنده إلا في خصلة واحدة عنده وهي أن يموت قبل أن يقضي حجه وعمرته فكذا هنا اهـ (قوله يشقه) كذا عبر في المغرب اهـ (قوله والموجوء الخصي) سيجيء في كلام الشارح في الكراهية أيضا أن الموجوء هو الخصي (قوله هو أن يضرب عروق الخصية بشيء) قلت الخصي منزوع الخصيتين والموجوء الذي يلوى عروق الخصية فيصير كالخصي اهـ عيني (قوله في المتن لا بالعمياء والعوراء والعجفاء الخ) ولا الجدعاء وهي مقطوعة الأنف اهـ مناسك الكرماني (قوله وأن لا نضحي بمقابلة ولا مدابرة) قال في المصباح والمقابلة على صيغة المفعول الشاة التي قطع من أذنها قطعة ولم تبن وتبقى معلقة من قدم فإن كانت من أخر فهي المدابرة وقدم بضمتين بمعنى المقدم وأخر بضمتين أيضا بمعنى المؤخر اهـ (قوله ولا شرقاء) قال الكرماني وتجوز الشرقاء وهي مشقوقة الأذن طولا وكذا المقابلة وهي التي شقت أذناها من قبل وجهها وهي متدلية وكذا المدابرة وهي التي شقت أذناها من خلفها وكذا التي على أذنها كي أو وسمة اهـ

حكم الكل بقاء وذهابا وهذا لان العيب اليسير لا يمكن التحرز عنه فجعل عفوا وعن أبي حنيفة رحمه الله أن الثلث اذا ذهب وبقي الثلثان يجوز وان ذهب أكثر من الثلث لا يجوز لان الثلث ينفذ فيه الوصية من غير اجازة الورثة فاعتبر قليلا وفيما زاد لا ينفذ الا برضاهم فاعتبر كثيرا ويروى عنه الربع لانه يحكى حكاية الكل ويروى أن ذهاب الثلث مانع لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث الوصية الثلث والثلث كثير وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا بقي أكثر من النصف أجزأه اعتبارا للحقيقة وهو اختيار أبي الليث وقال أبو يوسف أخبرت بقولي أبا حنيفة فقال قولي قولك قيل هو رجوع الى قول أبي يوسف وقيل معناه قولي قريب من قولك وفي كون النصف مانعا روايتان عنهما وتأويل ما روينا اذا كان بعض الاذن مقطوعا على اختلاف الروايات لان مجرد الشق من غير ذهاب شئ من الاذن لا يمنع ثم معرفة مقدار الذاهب والباقي متيسر في غير العين وفي العين قالوا يشد عينها المعيبة بعد أن جاعت ثم يقرب العلف اليها قليلا قليلا فاذا رأته في موضع علم ذلك الموضع ثم يشد عينها الصحيحة ويقرب العلف اليها شيأ فشيأ حتى اذا رأته من مكان علم عليه ثم ينظر ما بينهما من التفاوت فان كان نصفا أو ثلثا أو غير ذلك فالذاهب هو ذلك القدر والهتماء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتبر في الاسنان الكثرة والقلة كالاذن والذنب وعنه انه ان بقي ما يمكن الاعتلاف به أجزأه لحصول المقصود والسكاء وهي التي لا أذن لها خلقة لا تجوز وان كان صغيرا يجوز ولا تجوز الجلالة وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها ولا الجذاء وهي المقطوعة ضرعها ولا المصرمة وهي التي لا تستطيع أن ترضع فصيلها ولا الجداء وهي التي يبس ضرعها ولو اشتراها سليمة ثم تعيبت بعيب مانع من التضحية كان عليه أن يقيم غيرها مقامها ان كان غنيا وان كان فقيرا يجزئه ذلك لان الوجوب على الغني بالشرع ابتداء لا بالشراء فلم يتعين بالشراء والفقير ليس عليه واجب شرعا فتعينت بشرائه بنية الاضحية ولا يجب عليه ضمان نقصانها لانها غير مضمونة عليه فأشبهت نصاب الزكاة وعن أبي سعيد أنه قال اشتريت كبشا أضحي به فعدا الذئب فأخذ الالية قال فسألت النبي صلى الله عليه وسلم فقال ضح به رواه أحمد ويحمل على أنه كان فقيرا لان الغني لا يجزئه

(قوله وعن أبي حنيفة الخ) قال في المجمع وقطع ربعها أو ثلثها أو الزائد عليه أو على النصف وبه قال الامانع اه قال الولوالجي رحمه الله ولا يضر الشق في الاذن لان الفائت بالشق ثلث أو أقل وانه غير مانع من الجواز وأصل هذا أن الاذن أو العين الواحدة أو الالية أو ما أشبه ذلك اذا فات كله لا تجوز الاضحية واذا فات بعضه ان كان الفائت كثيرا لا تجوز الاضحية وان كان الفائت قليلا تجوز ثم الكلام في حد الكثير فالزيادة على النصف في حد الكثرة بالاجماع وأما النصف فعن أبي يوسف ومحمد رحمهما الله روايتان في ظاهر الرواية عنهما انه في حد الكثرة وان كان أقل من النصف لكن أكثر من الثلث اتفقت الروايات عن أبي يوسف ومحمد أنه في حد القلة واتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد الكثرة وان كان الفائت أقل من الثلث اتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه في حد القلة الا في رواية عنه أن الربع في حد الكثرة وان كان الفائت الثلث اختلفت الروايات عن أبي حنيفة رحمه الله ذكر في ظاهر الرواية انه في حد القلة وروى عنه انه في حد الكثرة ولا فقه فيه سوى أن الشرع جعل ما زاد على الثلث في باب الوصية كثيرا لقوله عليه الصلاة والسلام للذي سأله عن الوصية بجميع المال قال الثلث والثلث كثير هذا في العين (٦) والاذن والالية والضرع اه وقال في فتاوى قاضيخان ولا تجوز المريضة البين مرضها في الاضحية ولا التي يبس ضرعها أو قطع ضرعها فان ذهب بعض ضرعها فهو على الخلاف الذي ذكرنا في الاذن والعين والالية اذا كان الذاهب أكثر من الثلث وأقل من النصف لا يجوز في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد إذا كان الذاهب أقل من النصف جاز وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وان كان الذاهب نصفا فعن أبي يوسف فيه روايتان والصحيح أن الثلث وما دونه قليل وما زاد عليه كثير وعليه الفتوى اه وقال في الجوهرة والاظهر أن عند أبي حنيفة أن الثلث في حد القليل وما زاد عليه في حد الكثير اه وقال الكرماني في مناسكه فان كان الفائت من العين الواحدة أو الاذن الواحدة الثلث أو الاقل جاز عند أبي حنيفة وان كان أكثر منه لا يجوز وهو الاصح اه (قوله والهتماء لا تجوز وهي التي لا أسنان لها) أي سواء اعتلفت أو لم تعتلف لان الاسنان بمنزلة الاذنين على ما ذكرنا وفي رواية تجوز اذا كانت تعتلف وهو الاصح لانها حينئذ صارت بمنزلة الصحيحة كذا في مناسك الكرماني وفي المجمع ويضحى بالجماء والخصي والثولاء والهتماء التي تعتلف اه (قوله والسكاء وهي التي لا أذن لها الخ) لانه فات عنه عضو كامل اه مناسك الكرماني (قوله وهي التي تأكل العذرة ولا تأكل غيرها) ويجيء منه ريح منتن ولا يشرب لبنها ولا يؤكل لحمها بل تحبس حتى يطيب ويذهب نتنها اه كرماني (قوله ولا الجداء) الجداء بالجيم ما لا لبن لها من كل حلوبة لآفة أيبست ضرعها والجداء من النساء صغيرة الثدي اه نهاية ابن الاثير * فرع ولا يضحى بالخنثى لانه لا يمكن انضاج لحمها هكذا كان يحكى والذي عن الشيخ ظهير الدين المرغيناني ومن المشايخ من يذكر في هذا الفصل أصلا ويقول كل عيب يزيل المنفعة على الكمال أو الجمال على الكمال يمنع وما لا يكون بهذه الصفة لا يمنع اه ظهيرية لوجوبها

(قوله ويجوز بالجاموس) وقال في خلاصة الفتاوى والجاموس يجوز في الضحايا والهدايا استحسانا اه اتقاني (قوله وفي المتولد منهما تعتبر الام) قال الاتقاني قال في خلاصة الفتاوى ولو نزا كلب على شاة فولدت قال عامة المشايخ لا يجوز وقال الامام الخيزاخزي ان كان يشبه الام يجوز ولو نزا شاة على ظبي قال الامام الخيزاخزي ان كان يشبه الاب يجوز ولو نزا ظبي على شاة قال عامة المشايخ يجوز وقال الامام الخيزاخزي العبرة للمشابهة كذا في الخلاصة اه وكتب ما نصه فان كانت أهلية يجوز والافلا حتى لو أن بقرة أهلية نزا عليها ثور وحشي فولدت ولدا فانه يجوز أن يضحى به وان كانت البقرة وحشية والثور أهليا لم يجز لان (٧) الأصل في المتولد الام لانه ينفصل عن الام وهو حيوان متقوم تتعلق به الاحكام وليس ينفصل من الاب الاماء مهينا لاخطر له ولا يتعلق به حكم وقيل اذا نزا ظبي على شاة أهلية فأولدت شاة يجوز التضحية بها وان ولدت ظبيا لا يجوز وقيل ان ولدت الرمكة من حمار وحش حمارا لا يؤكل وان ولدت فرسا فحكمه حكم الفرس اه بدائع (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا تذبحوا الخ) رواه الاتقاني عن صاحب السنن باسناده الى جابر اه (قوله فتذبحوا جذعة من الضان) وجه الاستدلال به أن النبي صلى الله عليه وسلم أمر بذبح المسنة والثني مسنة فيجوز ذبحه من الانواع الثلاثة قياسا واستحسانا وأما الجذع من الضان فيجوز استحسانا لا قياسا وجه القياس أن الجذع من الابل والبقر والمعز لا يجوز فكذا من الضأن لان هذه جذعة وجه الاستحسان حديث جابر وغيره وروى أصحابنا في كتبهم عن أبي هريرة قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم قال نعمت الاضحية الجذع من الضأن وروى محمد في كتاب الآثار أخبرنا أبو حنيفة عن حماد عن ابراهيم في الجذع من الضأن يضحى به قال يجزئ والثني أفضل اه غاية (قوله وقالوا هذا اذا كان الجذع الخ) وان كانت صغيرة الجثة لا يجوز الا أن يتم لها سنة وطعنت في السنة الثانية وأما البقر لا يجوز الا ما تمت لها سنتان وطعنت في السنة الثالثة سواء كانت عظيمة الجثة أو صغيرة الجثة اه اتقاني (قوله عند الفقهاء) قيد به لانه عند أهل اللغة الجذع من الشاة ما تمت له سنة اه

لوجوبها في ذمته ولا كذلك الفقير لانها لا تجب عليه وانما تعينت بالشراء في حقه حتى لو أوجب الفقير أضحية على نفسه بغير عينها فاشترى أضحية صحيحة ثم تعيبت عنده فضحى بها لا يسقط عنه الواجب لانه وجب عليه أضحية كاملة بالنية من غير تعيين كالموسر وكذا لو كانت معيبة وقت الشراء اجاز ذبحها لما ذكرنا أنه ليس بواجب عليه وعلى هذا الاصل اذا ماتت المشتراة للتضحية على الموسر مكانها أخرى ولا شئ على الفقير ولو ضلت أو سرقت فاشترى أخرى ثم ظهرت الاولى في أيام النحر على الموسر ذبح احداهما وعلى المعسر ذبحهما وذكر الزعفراني في رجل اشترى شاة للاضحية وأوجبها أضحية فضلت منه ثم اشترى مثلها وأوجبها أضحية ثم وجدت الاولى فان أوجب الثانية ايجابا مستأنفا فعليه أن يضحي بهما وان أوجبها بدلا عن الاولى فان له أن يذبح أيهما شاء لان الايجاب متحد فاتحد الواجب وهذا بناء على أصله أن الفقير اذا اشترى شاة بنية الاضحية لا تتعين لها عنده حتى يجعلها بعد ذلك للاضحية بالايجاب لان الشراء لم يوضع للايجاب ولا يحتمل المجاز عنه لعدم الموافقة بينهما في المعنى الخاص لان الشراء موضوع لاستجلاب الملك والنذر بالاضحية موضوع للازالة فكان بينهما مضادة وفي ظاهر الرواية تتعين للاضحية بالشراء لان الشراء من الفقير بنية الاضحية بمنزلة النذر عرفا وعادة لانا لا نجد في العرف فقيرا اشترى شيأ للاضحية الا ويضحي بها لا محالة فكان بها ملتزما ولو أضجعها ليذبحها في يوم النحر فاضطربت فانكسرت رجلها وذبحها أجزأته استحسانا خلافا لزفر والشافعي رحمهما الله لان حالة الذبح ومقدماته ملحق بالذبح فصار كانه تعيب بالذبح حكما وكذا لو تعيبت في هذه الحالة فانفلتت ثم أخذت من فورها وكذا بعد فورها عند محمد خلافا لابي يوسف رحمه الله لانه حصل بمقدمات الذبح قال رحمه الله (والاضحية من الابل والبقر والغنم) لان جواز التضحية بهذه الاشياء عرف شرعا بالنص على خلاف القياس فيقتصر عليها ويجوز بالجاموس لانه نوع من البقر بخلاف بقر الوحش حيث لا يجوز التضحية به لان جوازها عرف بالشرع في البقر الاهلي دون الوحشي والقياس ممتنع وفي المتولد منهما تعتبر الام وكذا في حق الحل تعتبر الام قال رحمه الله (وجاز الثني من الكل والجذع من الضأن) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تذبحوا الا مسنة الا أن يعسر عليكم فتذبحوا جذعة من الضأن رواه البخاري ومسلم وأحمد وجماعة وقال عليه الصلاة والسلام يجوز الجذع من الضأن أضحية رواه أحمد وابن ماجه وقالوا هذا اذا كان الجذع عظيما بحيث لو خلط بالثنيات يشتبه على الناظر من بعد والجذع من الضأن ما تمت له ستة أشهر عند الفقهاء وذكر الزعفراني أنه ابن سبعة أشهر والثني من الضأن والمعز ابن سنة ومن البقر ابن سنتين ومن الابل ابن خمس سنين وفي المغرب الجذع من البهائم قبل الثني الا أنه من الابل قبل السنة الخامسة ومن البقر والشاة في السنة الثانية ومن الخيل في الرابعة وعن الزهري الجذع من المعز لسنة ومن الضأن لثمانية أشهر قال رحمه الله (وان مات أحد السبعة وقال الورثة اذبحوا عنه وعنكم صح وان كان شريك الستة نصرانيا أو مريد اللحم لم يجز عن واحد منهم) ووجه الفرق أن البقرة تجوز عن سبعة بشرط قصد الكل القربة

(٨)

واختلاف الجهات فيها لا يضر كالقران والمتعة والاضحية لاتحاد المقصود وهو القربة وقد وجد هذا الشرط في الوجه الاول لان التضحية عن الغير عرفت قربة لانه عليه الصلاة والسلام ضحى عن أمته ولم توجد القربة في الوجه الثاني لان النصراني ليس من أهلها وكذا قصد اللحم من المسلم ينافيها واذا لم يقع البعض قربة خرج الكل من أن يكون قربة لان الاراقة لا تتجزأ وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز وهو رواية عن أبي يوسف لانه تبرع بالاتلاف فلا يجوز عن غيره كالاعتاق عن الميت قلنا القربة تقع عن الميت كالتصدق لما روينا بخلاف الاعتاق لان فيه الزام الولاء للميت ولو كان بعض الشركاء صغيرا أو أم ولد بأن ضحى عن الصغير أبوه وعن أم الولد مولاها وان لم يجب عليهما جاز لان كلها وقعت قربة ولو ذبحوها بغير اذن الورثة فيما اذا مات أحدهم لا يجزئهم لان بعضها لم يقع قربة بخلاف ما تقدم لوجود الاذن من الورثة قال رحمه الله (ويأكل من لحم الاضحية ويؤكل غنيا ويدخر) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكل لحوم الضحايا بعد ثلاثة أيام ثم قال بعد كلوا وتزودوا وادخروا رواه مسلم والنسائي وقال عليه الصلاة والسلام فيه بعد النهي عن الادخار كلوا وأطعموا وادخروا الحديث رواه مسلم والبخاري وأحمد والنصوص فيه كثيرة وعليه اجماع الامة ولانه لما جاز له أن يأكل منه هو وهو غني فأولى أن يجوز له اطعام غيره وان كان غنيا قال رحمه الله (وندب أن لا ينقص الصدقة من الثلث) لان الجهات ثلاثة الاطعام والاكل والادخار لما روينا ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر أي السائل والمعترض للسؤال فانقسم عليها أثلاثا وهذا في الاضحية الواجبة والسنة سواء اذا لم تكن واجبة بالنذر وان وجبت بالنذر فليس لصاحبها أن يأكل منها شيأ ولا أن يطعم غيره من الاغنياء سواء كان الناذر غنيا أو فقيرا لان سبيلها التصدق وليس للمتصدق أن يأكل من صدقته ولا أن يطعم الاغنياء قال رحمه الله (ويتصدق بجلدها أو يعمل منه نحو غربال وجراب) لانه جزء منها فكان له التصدق والانتفاع به ألا ترى أن له أن يأكل لحمها ولا بأس بأن يشتري به ما ينتفع بعينه مع بقائه استحسانا وذلك مثل ما ذكرنا لان للبدل حكم المبدل ولا يشتري به ما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك نحو اللحم والطعام ولا يبيعه بالدراهم لينفق الدراهم على نفسه وعياله والمعنى فيه انه لا يتصرف على قصد التمول واللحم بمنزلة الجلد في الصحيح حتى لا يبيعه بما لا ينتفع به الا بعد الاستهلاك

(قوله كالقران الخ) وان أراد أحدهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل جاز لان ذلك جهة التقرب الى الله بالشكر على ما أنعم من الولد كما ذكر محمد في نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزوج و ينبغي أن تجوز لانها انما تقام شكرا على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك قال صلى الله عليه وسلم أولم ولو بشاة اه بدائع * فرع في البدائع ولو أرادوا القربة الاضحية أو غيرها من القرب أجزأهم سواء كانت القربة واجبة أو تطوعا أو وجب على البعض دون البعض وسواء اتفقت جهات القربة أو اختلفت بان أراد أحدهم الاضحية وبعضهم جزاء الصيد وبعضهم هدي الاحصار وبعضهم هدي التطوع وبعضهم دم المتعة والقران وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا يجوز الا اذا اتفقت جهات القربة وجه قول زفر أن القياس يأبى الاشتراك لان الذبح فعل واحد لا يتجزأ فلا يتصور أن يقع بعضه عن جهة وبعضه عن جهة أخرى لانه لا بعض له الا أن عند الاتحاد جعلت الجهات كجهة واحدة وعند الاختلاف لا يمكن فبقي الامر فيه مردودا الى القياس ولنا أن الجهات وان اختلفت صورة فهي في المعنى واحد لان المقصود من الكل التقرب الى الله تعالى وكذلك ان أراد بعضهم العقيقة عن ولد ولد له من قبل لان ذلك جهة التقرب الى الله تعالى بالشكر على ما أنعم عليه من الولد كذا ذكر محمد رحمه الله في نوادر الضحايا ولم يذكر ما اذا أراد أحدهم الوليمة وهي ضيافة التزوج وينبغي أن يجوز لانها انما تقام شكرا لله تعالى على نعمة النكاح وقد وردت السنة بذلك عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال أولم ولو بشاة فاذا أراد بها الشكر أو اقامة السنة فقد أراد بها التقرب الى الله تعالى وقد ورد عن أبي حنيفة انه كره الاشتراك عند اختلاف الجهة وروي عنه انه قال اذا كان هذا من نوع واحد فكان أحب الى وهكذا قال أبو يوسف اه بدائع (قوله ولو كان بعض الشركاء صغيرا الخ) ولو كان أحد الشركاء عبدا أو مدبرا وهو يريد الاضحية لا يجوز لان نيته باطلة لانه ليس من أهل هذه القربة اه بدائع (قوله كلوا وتزودوا الخ) روى البخاري بسنده الى سلمة بن الاكوع قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من ضحى منكم فلا يصبحن بعد ثالثة وفي بيته منه شيء فلما كان العام المقبل قالوا يا رسول الله نفعل كما فعلنا العام الماضي قال كلوا وأطعموا وادخروا فان ذلك العام كان بالناس جهد فأردت أن تعينوا فيها قال في شرح الطحاوي ولا يجوز الاكل من الدماء الا من أربعة من الاضحية ودم المتعة ودم القران ودم التطوع اذا بلغ محله وهو الحرم يعني لا يجوز الاكل من دماء الكفارات والنذور وهدي الاحصار وهدي التطوع اذا لم يبلغ محله وقدم ذلك في كتاب الحج اه غاية (قوله ولقوله تعالى وأطعموا القانع والمعتر) قال الاتقاني والقانع السائل من قنعت اليه اذا خضعت له وسألته قنوعا والمعتر المتعرض بغير سؤال أو القانع الراضي بما عنده وبما يعطى بغير سؤال من قنعت قنعا وقناعة والمعتر المتعرض للسؤال كذا في الكشاف قال الزمخشري في نصائحه الكبار يا أبا القاسم اقنع من القناعة لا من القنوع تستغن عن كل معطاء ومنوع اه

(قوله ولو باعهما) أى الجلد واللحم اهـ (قوله ولا يعط أجرة الجزار الخ) اما لو أعطاه لفقره أو على وجه الهدية فلا بأس به اهـ (قوله فالافضل أن يستعين بغيره الخ) ولانها قربة مالية والنيابة فى الماليات جائزة كما فى الزكاة اهـ غاية (قوله فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب) قال أبو سعيد الخدرى يا نبى الله هذا لآل محمد خاصة فانهم أهل لما خصوا به من خير أم لآل محمد والمسلمين عامة قال لآل محمد خاصة والمسلمين عامة اهـ اتقانى (قوله فى المتن وكره ذبح الكتابى) وقال مالك لا يجوز أن يذبحها الا مسلم وهكذا حكى عن أحمد لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال لا يذبح ضحاياكم الا طاهر وقال جابر لا يذبح النسك الا مسلم ولنا أن من جاز له ذبح غير الاضحية جاز له ذبح الاضحية ويجوز أن يتولى الكافر ما كان قربة لمسلم كبناء المساجد والقناطر اهـ (قوله (٩) فى المتن ولو غلطا الخ) قال أبو العباس

الاستهلاك ولو باعهما بالدراهم ليتصدق بها جاز لانه قربة كالتصدق بالجلد واللحم وقوله عليه الصلاة والسلام من باع جلد أضحيته فلا أضحية له يفيد كراهية البيع وأما البيع فجائز لوجود الملك والقدرة على التسليم ولا يعط أجرة الجزار منها شيئا لقوله عليه السلام لعلى رضى الله عنه تصدق بجلالها وخطامها ولا تعط أجر الجزار منها شيأ والنهى عنه نهى عن البيع لانه فى معنى البيع لانه يأخذه بمقابلة عمله فصار معاوضة كالبيع ويكره أن يجز صوفها قبل الذبح فينتفع به لانه التزم اقامة القربة بجميع أجزائها بخلاف ما بعد الذبح لان القربة قد أقيمت بها والانتفاع بعدها مطلق له ويكره له الانتفاع بلبنها كما فى الصوف ومن أصحابنا من أجاز الانتفاع للغنى بلبنها وصوفها لان الواجب فى حقه فى الذمة فلا يتعين قال رحمه الله (وندب أن يذبح بيده ان علم ذلك) لان الاولى فى القرب أن يتولاها الانسان بنفسه وان أمر به غيره فلا يضر لانه عليه الصلاة والسلام ساق مائة بدنة فنحر منها بيده نيفا وستين ثم أعطى المدية عليا فنحر الباقى وان كان لا يحسن ذلك فالافضل أن يستعين بغيره كيلا يجعلها ميتة ولكن ينبغى له أن يشهدها بنفسه لقوله صلى الله عليه وسلم لفاطمة قومى فاشهدى أضحيتك فانه يغفر لك بأول قطرة من دمها كل ذنب قال رحمه الله (وكره ذبح الكتابى) لانه قربة وهو ليس من أهلها ولو أمره فذبح جاز لانه من أهل الذكاة والقربة أقيمت بانابته ونيته بخلاف ما اذا أمر المجوسى لانه ليس من أهل الذكاة فكان افسادا لا تقربا قال رحمه الله (ولو غلطا وذبح كل أضحية صاحبه صح ولا يضمنان) وهذا استحسان والقياس أن لا تجوز الاضحية ويضمن كل واحد منهما لصاحبه وهو قول زفر رحمه الله لانه متعد بالذبح بغير أمره فيضمن كما اذا ذبح شاة اشتراها القصاب والتضحية قربة فلا تتأدى بنية غيره وجه الاستحسان انها تعينت للذبح لتعينها للاضحية حتى وجب عليه أن يضحى بها بعينها فى أيام النحر ويكره أن يبدل بها غيرها فصار المالك مستعينا بمن يكون أهلا للذبح فصار مأذونا له دلالة لانها تفوت بمضى هذه الايام ويخاف أن يعجز عن اقامتها لعارض يعتريه فصار كما اذا ذبح شاة شد القصاب رجلها وكيف لا يأذن له وفيه مسارعة الى الخير وتحقيق ما عينه ولا يبالى بفوات مباشرته وشهوده لحصول ما هو أعظم من ذلك وهو ما بيناه فيصير اذنا دلالة وهو كالصريح ومن هذا الجنس مسائل استحسانية لاصحابنا ذكرناها فى الاحرام عن الغير ثم اذا جاز ذلك عنهما يأخذ كل واحد منهما أضحيته ان كانت باقية ولا يضمنه لانه وكيله فان كان كل واحد منهما أكل ما ذبحه يحلل كل واحد منهما صاحبه فيجزئه لانه لو أطعمه الكل فى الابتداء يجوز وان كان غنيا فكذا له أن يحلله فى الانتهاء وان تشاحا كان لكل واحد منهما أن يضمن صاحبه قيمة لحمه ثم يتصدق بتلك القيمة لانه بدل عن اللحم فصار كما لو باع أضحيته وهذا لان التضحية لما وقعت عن المالك كان اللحم له ومن

قوله غلطا هذا شرط لانه قد ذكر فى نوادر ابن سماعة عن محمد لو تعمد الرجل فذبح أضحية رجل عن نفسه لم يجز عن صاحب الاضحية ولا يشبه العمد الغلط وفى الغلط جاز عن صاحبه وفى العمد لم يجز ولو أن صاحب الاضحية ضمن الذابح قيمة الاضحية فى العمد جازت الاضحية عن الذابح كذا فى الغاية وسيجىء هذا الفرع فى كلام الشارح آخر الباب اهـ (قوله وهو قول زفر) أى وبه قالت الائمة الثلاثة اهـ (قوله فى أيام النحر) أى فيما اذا كان فقيرا واشتراها بنية الاضحية اهـ (قوله ويكره أن يبدل بها غيرها) أى اذا كان غنيا ولكن يجوز استبدالها بخير منها عند أبى حنيفة ومحمد * فرع فى البدائع غصب شاة انسان فضحى بها عن نفسه لم يجز لعدم الملك ولا عن صاحبها لعدم الاذن ثم ان أخذها صاحبها مذبوحة وضمنه النقصان فكذلك لا تجوز عن الاضحية عنهما وعلى كل واحد منهما أن يضحى بأخرى لما قلنا وان ضمنه صاحبها قيمتها حية فانها تجزئ عن الذابح لانه ملكها بالضمان من وقت الغصب بطريق الاستناد فصار ذابحا شاة هى ملكه فيجزئه لكنه يأثم لان ابتداء فعله وقع محظورا فتلزمه التوبة والاستغفار وهذا قول أصحابنا الثلاثة وقال زفر لا تجزئ عن الذابح أيضا بناء على أن المضمونات تملك بالضمان عندنا وعند زفر لا تملك وبه أخذ الشافعى وأصل المسئلة فى كتاب الغصب وكذا اذا غصب شاة انسان كان اشتراها للاضحية فضحى بها عن نفسه بغير أمره لما قلنا وكذا الجواب فى الشاة المستحقة اهـ * فرع آخر قال الولوالجى رجل ضحى شاة نفسه عن غيره لم يجز سواء كان بأمره أو بغير أمره لانه لا يمكن تصحيح النية عنه الا باثبات الملك فى الشاة ولن يثبت الا بالقبض ولم يوجد قبض الآمر لا بنفسه ولا بنائبه اهـ

(قوله وذكر في المحيط مطلقا) وقد ذكر في املاء محمد بن الحسن رواية محمد بن حميد الرازي قال محمد لو ذبح الاضحية متعمدا عن صاحبها يوم النحر ولم يأمره بذلك أجزأه أيضا لانها انما هيئت للذبح في ذلك وهو استحسان اه غاية

﴿كتاب الكراهية﴾

المناسبة بين كتاب الاضحية وكتاب الكراهية ان الكراهية توجد في عامة مسائل الاضحية أيضا الا ترى أن التضحية في ليالي أيام النحر مكروهة وكذا جز صوفها وحلب لبنها وابدال غيرها مكانها وكذلك ذبح الكتابي ثم عبارات الكتب اختلفت في ترجمة هذا الكتاب وقد سماه محمد في الاصل كتاب الاستحسان وعليه كتب أكثر مشايخنا كمختصر الكافي للحاكم الشهيد وسماه محمد في الجامع الصغير باسم الكراهية وعليه وضع الطحاوي مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخي سماه في مختصره كتاب الحظر والاباحة وتبعه القدوري وغيره في هذه التسمية وانما سمي كتاب الاستحسان لما فيه من المسائل التي يستحسنها العقل والشرع اه اتقاني

﴿فصل في الاكل والشرب﴾

(قوله في المتن كره لبن الاتان) قال أبو حنيفة يكره لحوم الاتن وألبانها وأبوال الابل اه هداية (قوله وكذا لبن الخيل يكره) وجعل في الهداية شربه حلالا عند أبي حنيفة كما سيأتي في الاشربة من هذا الشرح اه (قوله في المتن والتطيب من اناء ذهب وفضة الخ) وأما الاكل والشرب في الاناء المفضض فسيجيء متنا وشرحا في الصفحة الآتية بما فيه من الخلاف اه (قوله ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة) الخ ولا يرد على هذا غسل قلبه صلى الله عليه وسلم في طست من ذهب لان ذلك قبل تحريم استعمال الذهب أو يقال التحريم في استعمال ذهب الدنيا لا ذهب الجنة أو يقال استعماله حرام على البشر لا على الملائكة والمستعمل له في هذه الحالة جبريل عليه السلام لا النبي صلى الله عليه وسلم اه

أتلف لحم أضحية غيره كان الحكم ما ذكرناه وذكر في المحيط مطلقا من غير قيد فقال ذبح أضحية غيره بلا أمره جاز استحسانا ولا يضمن لانه في العرف لا يتولى صاحب الاضحية ذبحها بنفسه بل يفوض الى غيره فصار مأذونا دلالة كالقصاب اذا شد رجل شاته للذبح فذبحها انسان بغير اذنه لا يضمن ولو باع أضحيته واشترى بثمنها غيرها فان كان الثاني أنقص من الاول تصدق بما فضل ومن غصب شاة فضحى بها ضمن قيمتها وجاز عن أضحيته لانه ملكها بالغصب السابق بخلاف ما لو كانت وديعة فانه يضمنها بالذبح فلم يثبت له الملك الا بعده ولو ذبح أضحية غيره بغير أمره عن نفسه فان ضمنه المالك قيمتها تجوز عن الذابح دون المالك لانه ظهر أن الاراقة حصلت على ملكه على ما بينا في المغصوبة وان أخذها مذبوحة أجزأت المالك عن التضحية لانه قد نواها فلا يضره ذبحها غيره على ما بينا والله أعلم

﴿كتاب الكراهية﴾

هي ضد الارادة والرضا في اللغة قال رحمه الله (المكروه الى الحرام أقرب ونص محمد رحمه الله أن كل مكروه حرام) وانما لم يطلق عليه لفظ الحرام لانه لم يجد فيه نصا وعن أبي حنيفة وأبي يوسف انه الى الحرام أقرب لقبه بباب الكراهية وفيه غير مكروه لان بيان المكروه أهم لوجوب الاحتراز عنه والقدوري لقبه بالحظر والاباحة وهو صحيح لان الحظر المنع والاباحة الاطلاق وفيه بيان ما أباح الشرع وما منع ولقبه بعضهم بالاستحسان لان فيه بيان ما حسنه الشرع وقبحه ولفظ الاستحسان أحسن فلقب به أو لان أكثر مسائله استحسان لا مجال للقياس فيها وبعضهم لقبه بكتاب الزهد والورع لان كثيرا من مسائله أطلقه الشرع والزهد والورع تركها وهذا الكتاب يشتمل على فصول

﴿فصل في الاكل والشرب﴾ قال رحمه الله (كره لبن الاتان) لان اللبن متولد من اللحم فصار مثله وكذا لبن الخيل يكره عند أبي حنيفة رحمه الله كلحمه عنده ذكره قاضيخان في فتاواه ولا تؤكل الجلالة ولا يشرب لبنها لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن أكلها وشرب لبنها والجلالة هي التي تعتاد أكل الجيف والنجاسات ولا تخلط فيتغير لحمها فيكون منتنا ولو حبست حتى يزول النتن حلت ولم يقدر لذلك مدة في الاصل وقدره في النوادر بشهر وقيل بأربعين يوما في الابل وبعشرين يوما في البقر وبعشرة أيام في الشاة وثلاثة أيام في الدجاجة أما التي تخلط بأن تتناول النجاسة والجيف وتتناول غيرها على وجه لا يظهر أثر ذلك في لحمها فلا بأس به ولهذا يحل أكل لحم جدي غذي بلبن الخنزير لان لحمه لا يتغير وما غذي به يصير مستهلكا لا يبقى له أثر وعلى هذا قالوا لا بأس بأكل الدجاج لانه يخلط ولا يتغير لحمه وروي أنه عليه الصلاة والسلام كان يأكل الدجاج وما روي أن الدجاج يحبس ثلاثة أيام ثم يذبح فذلك على سبيل التنزه لا أنه شرط ولو سقى ما يؤكل لحمه خمرا فذبح من ساعته حل أكله ويكره قال رحمه الله (والاكل والشرب والادهان والتطيب من اناء ذهب وفضة للرجل والمرأة) لما روي عن حذيفة أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير ولا الديباج ولا تشربوا في آنية الذهب والفضة ولا تأكلوا في صحافها فانها لهم في الدنيا ولكم في الآخرة رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أم سلمة أن النبي

صلى

(قوله المترفين) أى المتنعمين يقال أترفه أى نعمه وأترفته النعمة أى أطغته كذا فى الديوان اهـ غاية (قوله وما أشبه ذلك) أى كالمكحلة والمرآة والمجمرة (قوله فأخرجنا له ماء فى تور) التور اناء صغير يشرب فيه ويتوضأ منه اهـ مغرب (قوله وكذا الاناء المضبب بالذهب) أى المشدود به يقال باب مضبب أى مشدود بالضبات جمع ضبة وهى حديدته العارضة التى يضبب بها اهـ غاية قال فى المغرب ومنه ضبب أسنانه اذا شدها بالفضة اهـ وفى المصباح والضبة من حديد أو صفر ونحوه يشعب بها الاناء وجمعها ضبات مثل جنة وجنات وضببته بالتثقيل عملت له ضبة اهـ (قوله والثفر) قال فى الصحاح فى فصل الثاء المثلثة من باب الراء والثفر بالتحريك ثفر الدابة وقد أثفرتها أى شددت عليها الثفر ودابة مثفار يرمى بسرجه الى مؤخره اهـ (قوله وقال أبو يوسف يكره ذلك كله) وكذلك الاختلاف اذا جعل ذلك فى السقف جاز عنده وكرهه أبو يوسف اهـ اتقانى (قوله ومع أبى يوسف) فصار عن محمد روايتان اهـ غاية (قوله ولان الاستعمال قصدا الخ) قال الاتقانى واحتج أبو حنيفة أن هذا تابع فلا يكره كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب وشبه ذلك بالشرب من الكف على خنصره خاتم فضة أنه لا يكره وصار من جنس التجمل وفرق أبو يوسف وقال الخاتم لم يصر جزأ من الكف بخلاف مسئلتنا قال فخر الاسلام وكلام أبى يوسف باطل بالمسمار اهـ * فرع قال فى سير العيون قال محمد ولا بأس بأن يكون فى بيته شئ من الديباج وفرش الديباج لا يقعد عليها ولا ينام وأوانى الذهب للتجمل لا يشرب فيها اهـ غاية

صلى الله عليه وسلم قال ان الذى يشرب فى اناء الفضة انما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه مسلم وعن عائشة رضى الله عنها أن النبى صلى الله عليه وسلم قال فى الذى يشرب فى اناء فضة كأنما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه أحمد وابن ماجه وعن البراء بن عازب أنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الشرب فى اناء الفضة فانه من شرب فيها فى الدنيا لم يشرب فيها فى الآخرة رواه مسلم فاذا ثبت ذلك فى الشرب والاكل فكذا فى التطيب وغيره لانه مثله فى الاستعمال فيكون الوارد فيهما واردا فيما هو بمعناهما دلالة لما عرف فى موضعه ولانه تنعم بتنعم المترفين والمسرفين وتشبه بهم وقد قال الله تعالى فيهم أذهبتم طيباتكم فى حياتكم الدنيا وقال عليه الصلاة والسلام من تشبه بقوم فهو منهم والمراد بقوله كره التحريم ويستوى فيه الرجال والنساء لاطلاق ما روينا وكذا الاكل بملعقة الذهب والفضة والاكتحال بميلهما وما أشبه ذلك من الاستعمال ومعنى يجرجر يردد من جرجر الفحل اذا ردد صوته فى حنجرته وقال فى النهاية قيل صورة الادهان المحرم هو أن يأخذ آنية الذهب والفضة ويصب الدهن على الرأس أما اذا أدخل يده فيها وأخذ الدهن ثم صبه على الرأس من اليد لا يكره قال كذا فى الذخيرة قال رحمه الله (لا من رصاص وزجاج وبلور وعقيق) أى لا يكره استعمال الاوانى من هذه الاشياء وقال الشافعى يكره لانه فى معنى الذهب والفضة فى التفاخر به قلنا لا نسلم ولئن كانت عادتهم جارية بالتفاخر فى غير الذهب والفضة فلم تكن هذه الاشياء فى معناهما فامتنع الالحاق بهما ويجوز استعمال الاوانى من الصفر لما روى عن عبد الله بن يزيد أنه قال أتانا رسول الله صلى الله عليه وسلم فأخرجنا له ماء فى تور من صفر فتوضأ رواه البخارى وأبو داود وغيرهما ويمكن أن يستدل به على اباحة غير الذهب والفضة لانه فى معناه بل عينه قال رحمه الله (وحل الشرب من اناء مفضض والركوب على سرج مفضض والجلوس على كرسى مفضض ويتقى موضع الفضة) أى يتقى موضعها بالفم وقيل بالفم واليد فى الاخذ وفى الشرب وفى السرير والسرج والكرسى موضع الجلوس وكذا الاناء المضبب بالذهب والفضة والكرسى المضبب بهما وكذا لو جعل ذلك فى نصل السيف والسكين أو فى قبضتهما ولم يضع يده فى موضع الذهب والفضة وكذا اذا جعل ذلك فى المشحذ أو فى حلقة المرآة أو جعل المصحف مذهبا أو مفضضا وكذا المفضض من اللجام والركاب والثفر لا يكره وكذا الثوب اذا كان فيه كتابة بذهب أو فضة وهذا كله عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف يكره ذلك كله وقول محمد يروى مع أبى حنيفة ومع أبى يوسف رحمة الله عليهم وهذا الاختلاف فيما يخلص وأما التمويه الذى لا يخلص فلا بأس به بالاجماع لانه مستهلك فلا عبرة ببقائه لونا لابى يوسف ما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال من شرب فى اناء ذهب أو فضة أو اناء فيه شئ من ذلك فانما يجرجر فى بطنه نار جهنم رواه الدارقطنى واحتج أيضا بما روينا من الاخبار لانها مطلقة غير مقيدة بشئ من ذلك ولأن من استعمل اناء كان مستعملا لكل جزء منه فيكره كما اذا استعمل موضع الذهب والفضة ولابى حنيفة ما روى عن أنس أن قدح النبى صلى الله عليه وسلم انكسر فاتخذ مكان الشعب سلسلة من فضة رواه البخارى ولاحمد عن عاصم الاحول قال رأيت عند أنس قدح النبى صلى الله عليه وسلم فيه ضبة فضة ولان الاستعمال قصدا للجزء الذى يلاقيه العضو وما سواه تبع له فى الاستعمال فلا يكره فصار كالجبة المكفوفة بالحرير والعلم فى الثوب ومسمار الذهب فى فص الخاتم وكالعمامة المعلمة بالذهب وروى أن هذه المسئلة وقعت فى مجلس أبى جعفر الدوانيقى وأبو حنيفة وأئمة عصره حاضرون فقالت الائمة يكره وأبو حنيفة ساكت فقيل له ما تقول فقال ان وضع فاه فى موضع الفضة يكره والا فلا فقيل له من أين لك فقال أرأيت لو كان فى اصبعه خاتم فضة فشرب من كفه أيكره ذلك فوقف الكل وتعجب أبو جعفر من جوابه قال رحمه الله (ويقبل

(قوله وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة) قلت هذا ليس بسهو وهذا المقدار لا يخفى على مثل المصنف وانما أراد بالحل الحل الضمني وبالحرمة الحرمة الضمنية لانه أراد بهذا الكلام حاصل المسئلة التي ذكرها صاحب الهداية بقوله ومن أرسل أجيرا له مجوسيا أو خادما فاشترى لحما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله لان قول الكافر مقبول في المعاملات لانه خبر صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبوله لكثرة وقوع المعاملات وان كان غير ذلك لم يسعه أن يأكل منه معناه اذا كان ذبيحة غير الكتابي والمسلم لانه لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل في الحرمة ومراد الشيخ رحمه الله من قوله في الحل والحرمة هو هذا أعني قوله لما قبل قوله في الحل أولى أن يقبل (١٣) في الحرمة فافهم اهـ عيني (قوله فكذا هنا يدخل) قال الفقيه أبو الليث السمرقندي كان لأصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم عبيد من العلوج وكانوا يستعملونهم ويصدقونهم على مقالتهم اهـ (قوله لانه لما قبل في حق الشراء منه) والشراء من المعاملات اهـ غاية (قوله وأصله أن المعاملات الخ) قال الاتقاني وأصله أن خبر الواحد في المعاملات حجة لاجماع المسلمين على ذلك بالكتاب والسنة فان الله تعالى جعل خبر الواحد حجة في كتابه قال تعالى وجاء من أقصى المدينة رجل يسعى وقال تعالى فابعثوا أحدكم بورقكم هذه الى المدينة وقد توارثنا السنة من الصحابة والتابعين بذلك قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح القدوري وهذا الذي ذكره استحسان والقياس أن لا يقبل لما لم يكن لهما قول صحيح وانما تركوا القياس للعادة الجارية أنهم يقبلون قولهما في الهدية والاذن في سائر الاعصار من غير نكير ولانه لو اعتبر في ذلك خبر الحر البالغ لشق على الناس فجوز فيه لذلك وقد قالوا يجب أن يعمل في ذلك على غلبة الظن من السامع من صفة المخبر فاذا رأى العبد يبيع شيأ لم يشتر منه حتى يسأله فاذا ذكر أن مولاه أذن له في ذلك وكان ثقة فلا بأس به أن يشتري منه وكذلك ان قال هذا أهداه اليك مولاي فان كان أكبر رأيه أنه كاذب أو لم يكن له رأي لم يتعرض لشيء منه لان الاصل أنه محجور عليه والاذن طارئ عليه فلا يجوز اثباته بالشك واذا قبلنا قول العبد اذا كان ثقة في الاذن لانه من أخبار المعاملات وهو أضعف من أخبار الديانات فاذا قبل قوله في أخبار الدين ففي أخبار المعاملات أولى اهـ (قوله وسعه الاخذ والاستعمال) أي لانه لا فرق بين ما اذا أخبرت باهداء المولى غيرها أو نفسها اهـ ع (قوله بخلاف الديانات المقصودة) أي التي لم تكن تبعا للمعاملات اهـ

قول الكافر في الحل والحرمة) وهذا سهو لان الحل والحرمة من الديانات ولا يقبل قول الكافر في الديانات وانما يقبل قوله في المعاملات خاصة للضرورة ولان خبره صحيح لصدوره عن عقل ودين يعتقد فيه حرمة الكذب والحاجة ماسة الى قبول قوله لكثرة وقوع المعاملات ولا يقبل في الديانات لعدم الحاجة الا اذا كان قبوله في المعاملات يتضمن قبوله في الديانات فحينئذ تدخل الديانات في ضمن المعاملات فيقبل قوله فيها ضرورة وكم من شئ يصح ضمنا وان لم يصح قصدا ألا ترى أن بيع الشرب وحده لا يجوز وتبعا للارض يجوز فكذا هنا يدخل حتى اذا كان له خادم أو أجير مجوسي فأرسله ليشتري له لحما فقال اشتريته من يهودي أو نصراني أو مسلم وسعه أكله وان قال اشتريته من مجوسي لا يسعه أكله لانه لما قبل في حق الشراء منه لزمه قبوله في حق الحل والحرمة ضرورة لما ذكرنا وان كان لا يقبل قوله فيه قصدا بأن قال هذا حلال وهذا حرام قال رحمه الله (والمملوك والصبي في الهدية والاذن والفاسق في المعاملات) أي خبر هؤلاء يقبل فيما ذكره لانه من المعاملات وأصله أن المعاملات يقبل فيها خبر كل مميز حرا كان أو عبدا مسلما أو كافرا صغيرا أو كبيرا لعموم الضرورة الداعية الى سقوط اشتراط العدالة فان الانسان قلما يجد المستجمع لشرائط العدالة ليعامله أو يستخدمه ويبعثه الى وكلائه ونحو ذلك ولا دليل مع السامع يعمل به سوى الخبر فلو لم يقبل خبره لامتنع باب المعاملات ووقعوا في حرج عظيم وبابه مفتوح ولان المعاملات ليس فيها الزام واشتراط العدالة للالزام فلا معنى لاشتراطها فيها الا ان الحال فيها حال مسالمة لا حال منازعة حتى يخاف فيها التزاور والاشتغال بالاباطيل ولان المعاملات أكثر وقوعا فاشتراط العدالة فيها يؤدي الى الحرج فيشترط فيها التمييز لا غير فاذا قبل فيها قول المميز وكان في ضمن قبول قوله فيها قبوله في الديانات يقبل قوله في الديانات ضمنا لما ذكرنا حتى اذا قال مميز هذا أهدى اليك فلان أو قالت جارية لرجل بعثني مولاي اليك هدية وسعه الاخذ والاستعمال حتى جاز له الوطء بذلك الخبر لان الحل والحرمة وان كانت من الديانات صارت تبعا للمعاملات فيثبت بثبوت المعاملات ولأن كل معاملة لا تخلو عن ديانة فلو لم يقبل فيها في ضمن المعاملات لأدى الى الحرج وكان ينسد باب المعاملات بالكلية وهو مفتوح فيقبل قول المميز فيها ضرورة بخلاف الديانات المقصودة لانها لا يكثر وقوعها كالمعاملات فلا حرج في اشتراط العدالة ولا حاجة الى قبول قول الفاسق لانه متهم فيها وكذا الكافر والصغير متهمان ولانهما لا يلتزمان الحكم فليس لهما أن يلزما غيرهما بخلاف المعاملة لانها جائزة معهما ومن ضرورة جوازها معهما قبول قولهما لانها لا تتهيأ الا بقبول قولهما ولا يقبل في الديانات قول المستور في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة أنه يقبل قوله فيها بناء على ما شاهد من أهل عصره لان الصلاح كان غالبا

(قوله ولم يكن فيهما زوال) أي كاخبار العدل الزوجين بأنهما ارتضعا اه (قوله وشهر رمضان) أي الشهادة على رؤية هلال رمضان اذا كان بالسماء علة اه (قوله لا يتركها لاجل النائحة) لا يقال صلاة الجنازة واجبة فلا يدل عدم تركها لاقتران المعصية على عدم ترك اجابة الدعوة لاقتران المعصية لانها سنة وهي أضعف لانا نقول اجابة الدعوة وان كانت (١٣) سنة الا أنها في قوة الواجب لما روى

فيه ولهذا اجاز القضاء بشهادته والظاهر أنه كالفاسق حتى يعتبر في خبره في الديانات أكبر الرأي كما في خبر الفاسق لظهور الفساد في زماننا ويقبل قول العبيد والاماء اذا كانوا عدولا لترجح جانب الصدق كخبر الحر اذا كان عدلا ومن المعاملات التوكيل والاذن في التجارة وكل شئ ليس فيه الزام ولا ما يدل على النزاع فان كان فيه شئ من ذلك لا يقبل فيه خبر الواحد على ما نبينه في فصل البيع من هذا الكتاب ومن الديانات الاخبار بنجاسة الماء حتى اذا أخبره عدل أنه نجس تيمم ولا يتوضأ به وان كان المخبر فاسقا تحرى فيه وكذا اذا كان مستورا في الصحيح فان غلب على ظنه أنه صادق تيمم ولا يتوضأ به وان أراقه ثم تيمم كان أحوط لان التحري مجرد ظن فلا يسقط به احتمال الكذب فيه بخلاف خبر العدل لانه لا يحتمل الكذب فلا حاجة الى الاراقة معه ولو كان أكبر رأيه أنه كاذب يتوضأ به ولا يتيمم لترجح جانب الكذب وهذا جواب الحكم وأما الاحتياط فأن يتيمم لان التحري مجرد ظن فلا يمنع احتمال ضده ومن الديانة الحل والحرمة المقصودان ولم يكن فيهما زوال الملك وحاصله أن محل الخبر أنواع أحدها خبر الرسول عليه الصلاة والسلام فيما ليس فيه عقوبة فيشترط فيه العدالة لا غير والثاني خبره عليه الصلاة والسلام فيما فيه عقوبة فهو كالاول عند أبي يوسف وهو اختيار الجصاص خلافا لابي الحسن الكرخي حيث يشترط فيه التواتر عنده وشهر رمضان من القسم الاول والثالث حقوق العباد فيما فيه الزام من كل وجه فيشترط فيه العدالة والعدد والحرية ولفظة الشهادة والرابع حقوق العباد فيما فيه الزام من وجه دون وجه فيشترط فيها أحد شطري الشهادة اما العدد أو العدالة عند أبي حنيفة خلافا لهما حيث يقبل فيها عندهما خبر كل مميز والخامس المعاملات فيقبل فيها خبر كل مميز على ما بيناه وقد بينا أمثلة كل قسم في موضعه من كتاب النكاح ومن كتاب الوكالة والشهادة قال رحمه الله (ومن دعي الى وليمة وثمة لعب وغناء يقعد ويأكل) أي اذا حدث اللعب والغناء هنالك بعد حضوره يقعد ويأكل ولا يترك ولا يخرج لان اجابة الدعوة سنة قال عليه الصلاة والسلام من لم يجب الدعوة فقد عصى أبا القاسم فلا يتركها لما اقترنت البدعة من غيره كصلاة الجنازة لا يتركها لاجل النائحة فان قدر على المنع منعهم وان لم يقدر يصبر لقوله عليه الصلاة والسلام من رأى منكم منكرا فليغيره بيده فان لم يستطع فبلسانه فان لم يستطع فبقلبه وذلك أضعف الايمان وقال أبو حنيفة ابتليت بهذا مرة هذا اذا لم يكن مقتدى به فان كان مقتدى به ولم يقدر على منعهم يخرج ولا يقعد لان في ذلك شين الدين وفتح باب المعصية على المسلمين والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله كان قبل أن يصير مقتدى به وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد لقوله تعالى فلا تقعد بعد الذكرى مع القوم الظالمين وان كان هنالك لعب وغناء قبل أن يحضرها فلا يحضرها لانه لا يلزمه اجابة الدعوة اذا كان هنالك منكر وقال علي رضي الله عنه صنعت طعاما فدعوت رسول الله صلى الله عليه وسلم فجاء فرأى في البيت تصاوير فرجع رواه ابن ماجه وعن ابن عمر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن مطعمين عن الجلوس على مائدة يشرب عليها الخمر وأن يأكل وهو منبطح رواه أبو داود ودلت المسئلة على أن الملاهي كلها حرام حتى التغني بضرب القضيب وكذا قول أبي حنيفة ابتليت يدل على ذلك لان الابتلاء يكون بالمحرم وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ليكونن من أمتي أقوام يستحلون الخمر والخنزير والخز والمعازف أخرجه البخاري وفي لفظ ليشربن ناس من أمتي الخمر يسمونها بغير اسمها يعزف على رؤسهم بالمعازف والمغنيات يخسف الله بهم الارض ويجعل منهم

صاحب السنن باسناده الى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من دعي فلم يجب فقد عصى الله ورسوله ومن دخل على غير دعوة دخل سارقا وخرج مغيرا وروى في السنن أيضا مسندا الى ابن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا دعي أحدكم الى الوليمة فليأتها فان كان مفطرا فليطعم وان كان صائما فليدع وروى في السنن أيضا مسندا الى جابر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم من دعي فليجب فان شاء طعم وان شاء ترك ذكره في كتاب الاطعمة اه اتقاني (قوله والمحكي عن أبي حنيفة رحمه الله كان) أي حال شبابه اه غاية (قوله وان كان ذلك على المائدة فلا يقعد) قال الاتقاني وقالوا هذا اذا لم يعلم قبل أن يدخل عليهم فان علم قبل الدخول ان كان محترما يعلم أنه لو دخل عليهم يتركون ذلك احتراما له فعليه أن يذهب لان فيه ترك المعصية والنهي عن المنكر وان علم أنه لو دخل عليهم لا يتركون فلا يدخل عليهم اه اتقاني (قوله ودلت المسئلة الخ) قال الشيخ أبو العباس الناطفي في الاجناس قال في كتاب الكراهية املاء سألت أبا يوسف عن الدف أتكرهه في غير العرس مثل المرأة في منزلها والصبي قال فلا أكرهه وأما الذي يجيء منه اللعب الفاحش والغناء فاني أكرهه اه اتقاني

﴿ فصل في اللبس ﴾ (قوله كسرواني) منسوب الى كسرى وهو لقب ملوك الفرس اه (قوله الامقطعا) أي اليسير منه اه (قوله وقال محمد يكره له ذلك) وذكر فخر الاسلام عن نوادر هشام أن محمدا كره تكة الديباج والابريسم وقال في فتاوى الصغرى ولا بأس بتكة الحرير عند أبي حنيفة اه اتقاني (قوله ذكره في الجامع الصغير) أي ولم يذكر فيه قول أبي يوسف وقد ذكر الكرخي في مختصره قول أبي يوسف مع محمد وتبعه القدوري وغيره (١٤) قال الكرخي قال أبو حنيفة لا بأس بافتراش الحرير والديباج والنوم عليهما وكره ذلك أبو يوسف ومحمد وقال بشر عن أبي يوسف أحب الي أن يفعل الى هنا لفظ الكرخي اه غاية وكتب ما نصه قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذلك الخلاف في ستر الحرير وتعليقه على الابواب يعني لا بأس به عند أبي حنيفة ويكره عند محمد لهما العمومات في تحريم الحرير وهي تشمل اللبس والتوسد جميعا اه غاية (قوله وذكره أبو الليث) أي في شرح الجامع الصغير اه غاية (قوله كالقطائف من الارجوان) قال ابن الاثير فيه أنه نهى عن ميثرة الارجوان الميثرة بالكسر مفعلة من الوثارة يقال وثر وثارة فهو وثير أي وطيء لين وأصلها موثرة فقلبت الواو ياء لكسرة الميم وهي من مراكب العجم تعمل من حرير أو ديباج والارجوان صبغ أحمر ويتخذ كالفراش الصغير ويحشى بقطن أو صوف يجعلها الراكب تحته على الرحال فوق الجمال ويدخل مياثر السروج لان النهي يشمل كل ميثرة حمراء سواء كانت على رحل أو سرج اه ذكره في باب الواو مع الثاء المثلثة اه (قوله وهو زي الاكاسرة) قال الاتقاني ولان القليل من الملبوس كالاعلام حلال وهو العلم فكذا القليل من اللبس وهو التوسد والافتراش لانه ليس باستعمال كامل وذلك لان التوسد والافتراش والنوم عليه استعمال وهو مع ذلك امتهان فقصر معنى الاستعمال والتزين به فلم يتعد حكم التحريم من اللبس الذي هو الاستعمال الكامل اليه فلم يحرم بل كان ذلك تقليلا للبس ونموذجا وترغيبا في نعيم الآخرة اه (قوله مرفقة حرير) قال الاتقاني والمراد من المرفقة بكسر الميم وسادة الاتكاء اه

القردة والخنازير رواه ابن ماجه واختلفوا في التغني المجرد قال بعضهم انه حرام مطلقا والاستماع اليه معصية لاطلاق ما روينا واليه أشار في الكتاب وهو اختيار شيخ الاسلام رحمه الله تعالى ولو سمع بغتة فلا اثم عليه ومنهم من قال لا بأس بأن يتغنى ليستفيد به فهم القوافي والفصاحة ومنهم من قال يجوز التغني لدفع الوحشة اذا كان وحده ولا يكون على سبيل اللهو واليه مال شمس الائمة السرخسي رحمه الله لانه يروى ذلك عن بعض الصحابة رضي الله عنهم أجمعين ولو كان في الشعر حكم أو عبر أو فقه لا يكره وكذا لو كان فيه ذكر امرأة غير معينة وكذا لو كانت معينة وهي ميتة وان كانت حية يكره

﴿ فصل في اللبس ﴾ قال رحمه الله (حرم للرجل لا للمرأة لبس الحرير الا قدر أربع أصابع) أي حرم على الرجل لا على المرأة لبس الحرير واللام تأتي بمعنى على قال الله تعالى وان أسأتم فلها أي فعليها وانما حرم لبس الحرير على الرجال دون النساء لما روى عن أبي موسى الاشعري أن النبي صلى الله عليه وسلم أحل الذهب والحرير للاناث من أمته وحرم على ذكورها رواه أحمد والنسائي والترمذي وصححه وعن عمر أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول لا تلبسوا الحرير فانه من لبسه في الدنيا لم يلبسه في الآخرة وعن أنس مثله عن النبي صلى الله عليه وسلم رواهما البخاري ومسلم وأحمد الا أن اليسير عفو ومقدار أربع أصابع كذا كرهنا لما روى عن عمر رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن لبس الحرير الا هكذا ورفع لنا رسول الله صلى الله عليه وسلم السبابة والوسطى وضمهما رواه أحمد ومسلم والبخاري وفي لفظ نهى عن لبس الحرير الا موضع اصبعين أو ثلاثة أو أربعة رواه مسلم وأحمد وأبو داود وجماعة آخرون وعن أسماء أنها أخرجت جبة طيالسة عليها لبنة شبر من ديباج كسرواني وفرجيها مكفوفين به فقالت هذه جبة رسول الله صلى الله عليه وسلم كان يلبسها كانت عند عائشة رضي الله عنها فلما قبضت عائشة قبضتها الي فنحن نغسلها للمريض فيستشفي بها رواه أحمد ومسلم ولم يذكر لفظة الشبر وعن معاوية نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ركوب النمار وعن لبس الحرير الا مقطعا رواه أحمد وأبو داود والنسائي وكذا الثوب المنسوج بالذهب لا يكره اذا كان قدر أربع أصابع وان كان أكثر من ذلك يكره وقال في المحيط وكذا تكة الحرير ولبنته وهو القب لا يحل للرجال لانه استعمال تام قال رحمه الله (وحل توسده وافتراشه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال محمد رحمه الله يكره له ذلك ذكره في الجامع الصغير وذكر القدوري قول أبي يوسف مع محمد وذكره أبو الليث مع أبي حنيفة لمحمد ما روى عن حذيفة أنه عليه الصلاة والسلام نهانا أن نشرب في آنية الذهب والفضة وأن نأكل فيها وعن لبس الحرير والديباج وأن نجلس عليه رواه البخاري وعن علي رضي الله عنه قال نهانا رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الجلوس على المياثر والمياثر شيء كانت تصنعه النساء لبعولتهن على الرحل كالقطائف من الارجوان رواه مسلم والنسائي وقال سعد ابن أبي وقاص لان أتكئ على جمر الغضا أحب الي من أن أتكئ على مرافق الحرير وعن علي أنه أتي بدابة على سرجها حرير فقال هذا لهم في الدنيا ولنا في الآخرة ولان التنعم بالتوسد والافتراش مثل التنعم باللبس وهو زي الاكاسرة والتشبه بهم حرام قال عمر رضي الله عنه اياكم وزي الاعاجم ولابي حنيفة رحمه الله ما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم جلس على مرفقة حرير ولان القليل من الملبوس مباح

(قوله نموذجا) النموذج بالفتح والانموذج بالضم تعريب نموده وهو أن يعلم بهذا المقدار لذة ما وعد له في الآخرة منه ويرغب في سبب يوصله اليه اه (قوله اذهما الا يلبسان) أي وانما يتخذ منهما الكرسي ونحوه فلا يكون الجلوس على الكرسي أنموذجا الى الكامل في الآخرة قوله فلا يكون أي الكرسي في الدنيا اه (قوله في المتن ولبس ماسداه حرير) قال في المصباح السدى وزان الحصى من الثوب خلاف اللحمة وهو ما يمتد طولا في النسج اه (قوله في المتن ولحمته قطن) قال في المغرب والملحم من الثياب ماسداه ابريسم ولحمته غير ابريسم ومنه الولاء لحمة كلحمة النسب أي تشابك ووصلة كوصلته اه قال في المصباح ولحمة الثوب ما ينسج عرضا بالفتح والضم لغة وقال الكسائي بالفتح لا غير واقتصر عليه ثعلب واللحمة بالضم القرابة والفتح لغة اه (قوله الخز) الخز (١٥) بفتح الخاء المعجمة وتشديد الزاي وهو اسم دابة ثم سمي المتخذ من وبره خزا اه عيني (قوله أو نقول) قال الاتقاني ولان الثوب انما يصير ثوبا بالنسج وهو تركيب السدى باللحمة فكان صيرورته ثوبا مضافا الى اللحمة لان الشيء اذا تعلق وجوده بعلة ذات وصفين يضاف الى آخرهما وجودا فهذه النكتة تقتضي اباحة العتابي ونحوه اه (قوله ولان اللحمة هي التي تظهر) قال الاتقاني وهذه النكتة تقتضي أن السدى لو كان ظاهرا كالعتابي يكره لبسه اه (قوله لعزة السلاح) أي شدته اه (قوله القز) القز معرب قال الليث هو ما يعمل منه الابريسم ولهذا قال بعضهم القز والابريسم مثل الحنطة والدقيق اه مصباح (قوله من الفضة) قيد للمذكور جميعه اه عيني (قوله وقع من يده في البئر) في بئر أريس اه غاية (قوله ومن الناس الخ) قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة قال لا يتختم الا بالفضة وكان لا يرى بأسا بالفص يكون فيه الحجر فيه مسمار ذهب الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهي من الخواص وهذا نص على أن التختم بالحجر الذي يقال له يشب حرام لانه أطلق النهي حيث قال لا يتختم الا بالفضة ومن الناس من أباح التختم بذلك لان النهي ورد عن التختم بالذهب والحرير والصفر وليس هو من جملتها قال شمس الائمة في شرح الجامع الصغير ثم لظاهر لفظ الكتاب كره بعض مشايخنا التختم باليشب والاصح أنه لا بأس بذلك وان مراده كراهة التختم بالذهب والحرير على ما ورد به الاثر أنه زي أهل النار فأما اليشب ونحوه فلا بأس بالتختم به كالعقيق فقد ورد الاثر أن النبي صلى الله عليه وسلم كان يتختم بالعقيق الى هنا لفظ شمس الائمة اه اتقاني ﴿فرع﴾ نقل صاحب الاجناس لا بأس للرجل أن يتخذ خاتما من فضة فصه منه وان جعل فصه من جزع أو عقيق

كالاعلام فكذا القليل من اللبس والاستعمال والجامع بينهما كون كل واحد منهما نموذجا ونظيره انكشاف العورة في الصلاة فان القليل منه لا يفسد فكذا الكثير في زمن قليل على ما عرف في موضعه وهذا بخلاف كرسي الفضة أو الذهب حيث لا يجوز أن يقعد عليه لانه استعمال تام في حقه اذهما لا يلبسان فلا يكون نموذجا لان عين الشيء لا يكون نموذجا وانما يكون نموذجا اذا كان شيئا يسيرا منه قال رحمه الله (ولبس ماسداه حرير ولحمته قطن أو خز) لان الصحابة رضي الله عنهم كانوا يلبسون الخز وهو اسم للمسدى بالحرير ولان الثوب لا يصير ثوبا الا بالنسج والنسج باللحمة فكانت هي المعتبرة أو نقول لا يكون ثوبا الا بهما فتكون العلة ذات وجهين فيعتبر آخرهما وهو اللحمة ولان اللحمة هي التي تظهر في المنظر فيكون العبرة لما يظهر دون ما يخفى قال رحمه الله (وعكسه حل في الحرب فقط) أراد به عكس المذكور وهو أن تكون لحمته حريرا وسداه غيره وهو لا يجوز الا في الحرب فقط لما ذكرنا أن العبرة للحمة غير أن في الحرب ضرورة ولا يجوز لبس الحرير الخالص في الحرب عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يجوز لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رخص لبس الحرير والديباج في الحرب ولان فيه ضرورة فان الخالص منه أدفع لمعرة السلاح وأهيب في عين العدو لبريقه ولابي حنيفة رحمه الله اطلاق النصوص الواردة في النهي عن لبس الحرير لانه لا تفصيل فيها بين حال وحال والضرورة اندفعت بالمخلوط الذي لحمته حرير فلا حاجة الى الخالص منه فحاصله أنه ثلاثة أنواع اما حرير خالص أو مخلوط وهو نوعان اما أن يكون الحرير سدى أو لحمة وقد ذكرنا حكم كل واحد منهما بتوفيق الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله أكره ثوب القز يكون بين الظهارة والبطانة ولا أرى بحشو القز بأسا لان الحشو غير ملبوس فلا يكون ثوبا قال رحمه الله (ولا يتحلى الرجل بالذهب والفضة الا بالخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة) لما روينا غير أن الخاتم والمنطقة وحلية السيف من الفضة مستثنى تحقيقا لمعنى النموذج والفضة أغنت عن الذهب لانهما من جنس واحد وقد وردت آثار في جواز التختم بالفضة وكان النبي صلى الله عليه وسلم خاتم فضة وكان في يده الى أن توفي ثم في يد أبي بكر الى أن توفي ثم في يد عمر الى أن توفي ثم في يد عثمان الى أن وقع من يده في البئر فأنفق في طلبه مالا عظيما فلم يجده ووقع الخلاف فيه والتشويش بينهم من ذلك الوقت الى أن استشهد رضي الله عنه ولا يتختم بغير الفضة كالحجر والحديد والصفر لما روي أنه عليه الصلاة والسلام رأى على رجل خاتم صفر فقال مالي أجد منك رائحة الاصنام ورأى على آخر خاتم حديد فقال مالي أرى عليك حلية أهل النار وروي عن ابن عمر أن رجلا جلس الى النبي صلى الله عليه وسلم وعليه خاتم ذهب فأعرض عنه فقام ثم عاد وعليه خاتم حديد فقال عليه الصلاة والسلام هذا شر منه هذه حلية أهل النار ومن الناس من أطلق التختم بحجر يقال له يشب لانه ليس بحجر اذ ليس له ثقل الحجر والتختم

اوفيروزج أو ياقوت أو زمرذ فلا بأس وان نقش عليه اسمه واسم أبيه أو ما بدا له من ذكر الله كقوله ربى الله أو نعم القادر الله فلا بأس اه أتقانى ﴿فرع آخر﴾ قال العينى وفى الاجناس و يلبس خاتمه فى خنصره اليسرى ولا يلبسه فى اليمنى ولا فى غير خنصره اليسرى من أصابعه قال الاتقانى وسوى الفقيه (١٦) أبو الليث فى شرح الجامع الصغير بين اليمين واليسار وهو الحق لانه اختلفت الروايات عن رسول الله صلى الله عليه وسلم فى ذلك اه (قوله فى المتن والافضل لغير السلطان الخ) قال الصدر الشهيد فى شرح الجامع الصغير ثم التختم انما يكون سنة اذا كانت له حاجة الى التختم بأن كان سلطانا أو قاضيا أما اذا لم يكن محتاجا الى التختم فالترك أفضل اه غاية (قوله وقال محمد الخ) والشيخ أبو جعفر الطحاوى أخذ بقول محمد فى شرح الآثار اه غاية (قوله كلاب) قال الاتقانى بالكاف وتخفيف اللام اسم واد بين الكوفة والبصرة كانت به وقعة عظيمة العرب فى حديثها طول وللعرب فيها أشعار اه قال فى المصباح والكلاب وزان غراب ماء لبنى تميم وكان به وقعة مشهورة بين العرب قبل المبعث بخمس سنين وهو عن اليمامة ستة أميال اه (قوله فى المتن وكره الخ) وعند الثلاثة لا يكره اه ع (قوله لان المسلمين الخ) قال فخر الاسلام وحاصله أن من فعل شيأ من ذلك تكبرا فهو مكروه وبدعة ومن فعل لحاجة وضرورة لم يكره ونظيره التربع فى الجلوس والاتكاء قد يفعله الرجل نخوة وتكبرا وقد يفعله الرجل للضرورة والحاجة فلا يكره اه اتقانى (قوله وتعقاد الرتم) والتعقاد مصدر بمعنى العقد يربط على وزن التفعال كالتلعاب والتهذار والبيت برواية الثقات من أهل اللغة هل ينفعنك بلفظ هل وهو القياس بكلام العرب والفقهاء رووه فى كتبهم لا ينفعنك بحرف النفى وليس ذلك بقياس لان حرف التوكيد لا يدخل فى النفى الا نادرا فى الشعر وقوله عمت بتاء التأنيث وهى

بالذهب حرام لما روينا وعن على رضى الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن التختم بالذهب ولان الاصل فيه التحريم والاباحة ضرورة التختم والنموذج وقد اندفعت بالادنى وهى الفضة والحلقة هى المعتبرة لان قوام الخاتم بها ولا معتبر بالفص حتى يجوز من الحجر و يجعل الفص الى باطن كفه بخلاف المرأة لانه للزينة فى حقها والاولى أن لا يتختم اذا كان لا يحتاج اليه وان كان يحتاج اليه كالقاضى والسلطان يختم به اذا كان من فضة ولا بأس بمسمار الذهب يجعل فى حجر الفص أى فى ثقبه لانه تابع كالعلم فلا يعد لابساله ولا يزيد وزنه على مثقال لقوله عليه الصلاة والسلام اتخذه من الورق ولا تزده على مثقال قال رحمه الله (والافضل لغير السلطان والقاضى ترك التختم وحرم التختم بالحجر والحديد والصفر والذهب وحل مسمار الذهب يجعل فى حجر الفص) وقد بينا جميع ذلك قال رحمه الله (وشد السن بالفضة) أى يحل شد السن المتحرك بالفضة ولا يحل بالذهب وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف وقال محمد رحمه الله يحل بالذهب أيضا وهو رواية عنهما لما روى أن عرفجة بن سعد أصيب أنفه يوم كلاب فاتخذ أنفا من فضة فأنتن فأمره النبى صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب ولان الفضة والذهب من جنس واحد والاصل الحرمة فيهما فاذا حل التضبيب بأحدهما حل بالآخر و وجه المذكور هنا أن استعمالهما حرام الا للضرورة وقد زالت بالادنى وهو الفضة فلا حاجة الى الاعلى فبقى على الاصل وهو الحرمة والضرورة فيما روى لم تندفع بالفضة حيث أنتنت ولان كلامنا فى السن والمروى فى الانف فلا يلزم من عدم الاغناء فى الانف عدم الاغناء فى السن ألا ترى أن التختم جاز لاجل الختم ثم لما وقع الاستغناء بالادنى لا يصار الى الأعلى ولا يجوز قياسه على الانف فكذا هنا أو يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام خص عرفجة بذلك كما خص الزبير بن العوام وعبد الرحمن بن عوف بلبس الحرير لاجل الحكة فى جسمهما قال رحمه الله (وكره الباس ذهب وحرير صبيا) لان التحريم لما ثبت فى حق الذكور وحرم اللبس حرم الالباس أيضا كالخمر لما حرم شربها حرم سقيها الصبى وكذا الميتة والدم قال رحمه الله (لا الخرقة لوضوء ومخاط والرتم) أى لا تكره الخرقة لوضوء ولا الرتم وفى الجامع الصغير يكره حمل الخرقة التى يمسح بها العرق لانها بدعة محدثة وتشبه بزى الاعاجم ولم يكن النبى صلى الله عليه وسلم يفعل ذلك ولا أحد من الصحابة ولا من التابعين وانما كانوا يمسحون بأطراف أرديتهم وفيها نوع تجبر وتكبر والصحيح أنها لا تكره ولا الرتم لان المسلمين قد استعملوا فى عامة البلدان مناديل الوضوء والخرق لمسح المخاط والعرق ولحمل شئ يحتاج اليه وما رآه المؤمنون حسنا فهو عند الله حسن حتى لو حملها من غير حاجة يكره كالتربيع والاتكاء فانهما لا يكرهان اذا كانا لحاجة ويكرهان من غير حاجة والرتم هى الرتيمة وهى خيط التذكر يعقد فى الاصبع وكذلك الرتمة قال الشاعر

اذا لم تكن حاجتنا فى نفوسكم * فليس بمغن عنك عقد الرتائم

وقيل الرتم ضرب من الشجر وأنشد ابن السكيت

هل ينفعنك اليوم ان همت بهم * كثرة ما توصى وتعقاد الرتم

وقال معناه أن الرجل كان اذا خرج الى سفر عمد الى هذا الشجر فشد بعض أغصانه ببعض فاذا رجع وأصابه على تلك الحالة قال لم تخنى امرأتى واذا أصابه قد انحل قال خانتنى هكذا المروى عن الثقات الا أن الليث ذكر الرتم بمعنى الرتيمة كذا فى المغرب ثم الرتيمة قد تشتبه بالتميمة على بعض الناس وهى خيط كان

يربط فى العنق أوفى اليدفى الجاهلية لدفع المضرة عن أنفسهم على زعمهم وهومنهى عنه وذكرفى حدود الايمان أنه كفر والرتيمة مباح لانهاتربط للتذكرعند النسيان وليست كالتميمة وقدروى أنه عليه الصلاة والسلام أمربعض أصحابه بهاوتعلق بهاغرض صحيح فلايكره بخلاف التميمة فانه عليه الصلاة والسلام قال فيهاان الرقى والتمائم والتولة شرك على مايجىء بيانه وتأويل الرقى فى آخرهذا الكتاب عند ذكرالتداوى بالحقنة ان شاءالله تعالى

﴿فصل فى النظروالمس﴾ قال رحمه الله (لاينظرالى غيروجه الحرة وكفيها) وهذا كلام فيه خلل لانه يؤدّى الى أنه لاينظرالى شىء من الاشياءالاالى وجه الحرة وكفيهافيكون تحريضاعلى النظرالى هذين العضوين والى ترك النظرالى كل شىء سواهماوليس هذامقصودفى هذه المسئلة وانماالمقصودفيهاأنه يجوزله النظرالى هذين العضوين لاأنه لايكفهما وانماجازالنظراليهمالقوله تعالى ولايبدين زينتهنّ الاماظهرمنها قال على وابن عباس رضى الله عنهم ماظهرمنهاالكحل والخاتم والمرادبه موضعهماوهو الوجه والكف كماأن المرادبالصلاة فى قوله تعالى لاتقربواالصلاة وأنتم سكارى مواضعها ولان فى ابدائهماضرورة لحاجتهاالى المعاملة مع الرجال والاعطاء وغيرذلك من المخالطة فيهاضرورة كالمشى فى الطريق ونحوذلك والاصل أن لايجوزالنظرالى المرأة لمافيه من خوف الفتنة ولهذا قال عليه السلام المرأة عورة مستورة الامااستثناه الشرع وهماالعضوان وهذا يفيدأن القدم لايجوزله النظراليه وعن أبى حنيفة أنه يجوزلان فى تغطيته بعض الحرج وعن أبى يوسف رحمه الله أنه يباح النظرالى ذراعهاأيضا لأنه يبدومنهاعادة وماعدامااستثنى من الاعضاء لايجوزله أن ينظراليه لقوله عليه الصلاة والسلام من نظرالى محاسن امرأة أجنبية عن شهوة صب فى عينه الآنك يوم القيامة قالواولابأس بالتأمل فى جسدها وعليهاثياب مالم يكن ثوب يبين حجمهافيه فلاينظراليه حينئذ لقوله عليه الصلاة والسلام من تأمل خلق امرأة وراءثيابهاحتى تبين له حجم عظامهالم يرح رائحة الجنة ولانه متى لم تصف ثيابهاماتحتهامن جسدهايكون ناظراالى ثيابهاوقامتهادون أعضائهافصاركمااذانظرالى خيمة فيهاامرأة ومتى كان يصف يكون ناظرا الى أعضائها قال رحمه الله (ولاينظرمن اشتهى الى وجهها الاالحاكم والشاهد وينظر الطبيب الى موضع مرضها) والاصل فيه أنه لايجوزأن ينظرالى وجه امرأة أجنبية مع الشهوة لمارويناالاللضرورة اذاتيقن بالشهوة أوشك فيها وفى نظرالقاضى اذا أرادأن يحكم عليهاأوالشاهداذا أرادأداء الشهادة وفى نظرالطبيب الى موضع المرض ضرورة فيرخص لهم احياءلحقوق الناس ودفعالحاجتهم فصاركنظرالختان والخافضة وكذا ينظرالى موضع الاحتقان للمرض لانه مداواة وكذاللهزال الفاحش لانه أمارة المرض ويجب على الشاهدوالقاضى أن يقصدأداءالشهادة والحكم لاقضاءالشهوة تحرّزاعن القبيح بقدرالامكان هذاوقت الاداء وأماوقت التحمل فلايجوزله أن ينظراليهامع الشهوة لانه يوجد من لايشتهى فلاحاجة اليه وينبغى للطبيب أن يعلم امرأةان أمكن لان نظرالجنس أخف وان لم يمكن ستر كل عضومنهاسوى موضع المرض ثم ينظرويغض بصره عن غيرذلك الموضع مااستطاع لان ماثبت

رواية الثقات وروى بعضهم همت بشاءالخطاب للمذكرعلى حذف احدى الميمين وذلك ضعيف وجعله من قبيل قوله * أحسن به فهنّ اليه شوس * اه اتقانى رحمه الله (قوله والتمائم) التمائم جمع تميمة وهى خرزات كانت العرب تعلقهاعلى أولادهم يتقون بها العين فى زعمهم فأبطله الاسلام والحديث الآخرمن علق تميمة فلاأتم الله له كأنهم يعتقدون أنهاتمام الدواءوالشفاءوانماجعلها شركالانهم أرادوابهادفع المقاديرالمكتوبة عليهم وطلبوادفع الأذى من غيرالله الذى هودافعه اه ابن الاثير

﴿فصل فى النظروالمس﴾ (قوله لاانه لايكفهما) قلت معنى كلامه لاينبغى له أن ينظرمن أعضاءالحرّة الى غيروجههاوكفيهاوالمقصود نفى جوازالنظرالى غيرالوجه والكفين والدلالة على جواز النظرالى هذه الاعضاءوليس فيه مايدل على التحريض على النظرالى هذه الاعضاء ولايدل التركيب عليه فافهم اه عينى (قوله والمرادبه مواضعها) قال الاتقانى وذكرالزينة وأرادموضعها للمبالغة فى الستر اه (قوله وهذا يفيدالخ) قال الاتقانى وعن أصحابنار وايتان فى القدم ففى ظاهرالرواية لايحل النظراليهاولايباح النظرالى غيرالوجه والكف وقال الكرخى فى مختصره قال ابن شجاع عن الحسن عن أبى حنيفة أنه يجوزالنظرالى وجههاوكفيهاوقدميها اه (قوله لم يرح رائحة الجنة) ضبطه الشارح بالقلم بضم الياء وكسرالراء قال ابن الاثير وفيه من قتل نفسامعاهدة لم يرح رائحة الجنة أى لم يشم ريحها يقال راح يريح وراح يراح وأراح يريح اذاوجد رائحة الشىءوالثلاثة قدروى بهاالحديث اه (قوله لانه أمارة المرض) أى لان آخره الدق والسل اه (قوله تحرّزاعن القبيح بقدرالامكان) قال الاتقانى وأماالاشهادوالقضاءفلأن الاشهادلايصح مع جهالة الوجه والقضاءكذلك فكان فيهماالضرورة وللضرورة الماسة أثرا باحة المحرم كضرورة المخمصة يباح بهاتناول الميتة بخلاف صورة المعاملة لان المعاملة مع المجهولة الوجه جائزة فلم يكن فيه ضرورة ماسة وفيه حرج فأبحنا النظرمن غيرشهوة للمعاملة ولم يبح حال الشهوة وأماحال ارادة النكاح والشراء فلان النظربشهوة ماحرم لعينه وانماحرم لانه يصيرسببا للوقوع فى الزنا والنظرعند ارادة النكاح والشراء يصيرسببا للوطءالحلال لاللزنا اه

للضرورة تتقدر بقدرها ولو أراد أن يتزوج امرأة فلا بأس بأن ينظر اليها وان خاف أن يشتهيها لقوله عليه الصلاة والسلام لمغيرة بن شعبة حين خطب امرأة انظر اليها فانه أحرى أن يؤدم بينكما رواه الترمذي والنسائي وغيرهما ولان مقصوده اقامة السنة لاقضاء الشهوة ولا يجوز له أن يمس وجهها ولا كفيها وان أمن الشهوة لوجود المحرم وانعدام الضرورة والبلوى وقال عليه الصلاة والسلام من مس كف امرأة ليس منها بسبيل وضع على كفه جمر يوم القيامة وهذا اذا كانت شابة تشتهى وأما اذا كانت عجوزا لا تشتهى فلا بأس بمصافحتها ومس يدها لانعدام خوف الفتنة وقد روى أن أبا بكر رضي الله عنه كان يدخل على بعض القبائل التي كان مسترضعا فيهم وكان يصافح العجائز وعبد الله بن الزبير رضي الله عنه استأجر عجوزا لتمرّضه وكانت تكبس رجليه وتفلي رأسه وكذا اذا كان شيخا يأمن على نفسه وعليها وان كان لا يأمن عليها أو على نفسه لا يحل له مصافحتها لما فيه من التعريض للفتنة فحاصله أنه يشترط لجواز المس أن يكونا كبيرين مأمونين في رواية وفي رواية يكتفي بأن يكون أحدهما كبيرا مأمونا لان أحدهما اذا كان لا يشتهي لا يكون المس سببا للوقوع في الفتنة كالصغيرة ووجه الاولى أن الشاب اذا كان لا يشتهي بمس العجوز فالعجوز تشتهي بمس الشاب لانها علمت بملاذ الجماع فيؤدي الى الاشتهاء من أحد الجانبين وهو حرام بخلاف ما اذا كان أحدهما صغيرا لانه لا يؤدي الى الاشتهاء من الجانبين لان الكبير كما لا يشتهي بمس الصغير لا يشتهي الصغير أيضا بمسه لعدم العلم ولهذا لو مات صغير أو صغيرة يغسله الرجل والمرأة ما لم يبلغ حد الشهوة قال رحمه الله (وينظر الرجل الى الرجل الا العورة) وهي ما بين السرة والركبة والسرة ليست من العورة والركبة عورة واعلم بين الشيخ رحمه الله العورة هنا لانه بينها في كتاب الصلاة واكتفى بذلك وقد بينا الدليل هناك ثم حكم العورة في الركبة أخف منه في الفخذ وفي الفخذ أخف منه في السوأة حتى ينكر عليه في كشف الركبة برفق وفي الفخذ بعنف وفي السوأة يضرب ان لج قال رحمه الله (والمرأة للمرأة والرجل كالرجل للرجل) ومعناه المرأة والرجل للمرأة كالرجل للرجل أي نظر المرأة الى المرأة والرجل كنظر الرجل الى الرجل حتى يجوز للمرأة أن تنظر منهما الى ما يجوز للرجل أن ينظر اليه من الرجل اذا أمنت الشهوة والفتنة لان ما ليس بعورة لا يختلف فيه النساء والرجال فكان لها أن تنظر منه ما ليس بعورة وان كان في قلبها شهوة أو في أكبر رأيها أنها تشتهي أو شكت في ذلك يستحب لها أن تغض بصرها ولو كان الرجل هو الناظر الى ما يجوز له منها كالوجه والكف لا ينظر اليه حتما مع الخوف لانه يحرم عليه ووجه الفرق بين نظرها ونظره أن الشهوة عليهن غالبة وهي كالمتحقق حكما فاذا اشتهى الرجل كانت الشهوة موجودة من الجانبين واذا اشتهت هي لم توجد الا منها فكانت من جانب واحد والموجود من الجانبين أقوى في الافضاء الى الوقوع وانما كان للمرأة أن تنظر من المرأة الى ما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل للمجانسة وانعدام الشهوة غالبا كما في نظر الرجل الى الرجل وكذا الضرورة قد تحققت فيما بينهن وعن أبي حنيفة رحمه الله أن نظر المرأة الى المرأة كنظر الرجل الى محارمه فلا يجوز لها أن تنظر من المرأة الى الظهر والبطن في هذه الرواية بخلاف نظرها الى الرجل لان الرجال يحتاجون الى زيادة الانكشاف وفي الرواية الاولى يجوز وهي الاصح وما جاز للرجل أن ينظر اليه من الرجل جاز مسه لانه ليس بعورة ولا يخاف منه الفتنة قال رحمه الله (وينظر الرجل الى فرج أمته وزوجته) معناه عن شهوة وغير شهوة ولما روي أنه عليه الصلاة والسلام قال غض بصرك الا عن زوجتك وأمتك وقالت عائشة رضي الله عنها كنت أغتسل أنا ورسول الله صلى الله عليه وسلم من اناء واحد ولو لم يكن النظر مباحا لما تجرد كل واحد منهما بين يدي صاحبه ولان ما فوق النظر وهو المس والغشيان مباح فالنظر أولى الا أن الاولى أن لا ينظر كل واحد منهما الى عورة صاحبه لقوله عليه الصلاة والسلام اذا أتى أحدكم أهله فليستتر ما استطاع ولا يتجردان تجرد العير ولان النظر الى العورة يورث النسيان قال علي رضي الله عنه من أكثر النظر الى سوأته عوقب بالنسيان فكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول الاولى أن ينظر الى فرج امرأته وقت الوقاع ليكون أبلغ

(قوله وتفلي رأسه) من باب رمى اه قال في المصباح فليت رأسي فليا من باب رمى نقيته من القمل اه (قوله برفق) ولا ينازعه ان لج اه اتقاني (قوله وفي الفخذ بعنف) ولا يضربه ان لج اه اتقاني (قوله ووجه الفرق بين نظره ونظرها) حيث كان نظر الرجل حراما وغض بصرها مستحبا اه اتقاني (قوله أن ينظر اليه من الرجل) أي لان المرأة تحتاج الى دخول الحمام والى أن تعمل في بيتها متجردة والنساء تدخل عليها فلو لم نجوز النظر أدى ذلك الى تضييق الامر على الناس فقلنا بالجواز ولان المرأة لا تشتهي المرأة غالبا كما لا يشتهي الرجل الرجل فاذا جاز النظر الى الرجل كذلك يجوز للمرأة النظر الى المرأة لانعدام الشهوة غالبا ووجود المجانسة كما في نظر الرجل للرجل اه اتقاني (قوله لان الرجال يحتاجون الخ) لان الرجل قد يعمل متجردا عند الحاجة ويغلب ذلك فلو لم نجوز لها النظر اليه لضاق الامر على الناس في ذلك اه اتقاني (قوله الا أن الاولى أن لا ينظر) أي لما روي عن عائشة رضي الله عنها قبض رسول الله صلى الله عليه وسلم ولم ير مني ولم أر منه وهذا من مكارم الاخلاق فلا يدل على تحريم النظر لما قلنا اه غاية

في تحصيل معنى اللذة وعن أبي يوسف رحمه الله في الامالي أنه قال سألت أبا حنيفة عن الرجل يمس فرج امرأته أو تمس هي فرجه ليتحرك عليه هل ترى بذلك بأسا قال لا اني لأرجو أن يعظم الاجر والمراد بالامة هنا هي التي يحل له وطؤها وأما اذا كانت لا تحل له كامته المجوسية أو المشركة أو كانت أمه أو أخته من الرضاع أو أم امرأته أو بنتها فلا يحل له النظر الى فرجها قال رحمه الله (ووجه محرمه ورأسها وصدرها وساقها وعضدها الا الى ظهرها وبطنها وفخذها) أي يجوز أن ينظر الى وجه محرمه الى آخر ما ذكر ولا يجوز الى ظهرها الخ والاصل فيه قوله تعالى ولا يبدين زينتهن الا لبعولتهن أو آبائهن الآية ولم يرد به نفس الزينة لان النظر الى عين الزينة مباح مطلقا ولكن المراد موضع الزينة فالرأس موضع التاج والشعر والوجه موضع الكحل والعنق والصدر موضعا القلادة والاذن موضع القرط والعضد موضع الدملوج والساعد موضع السوار والكف موضع الخاتم والخضاب والساق موضع الخلخال والقدم موضع الخضاب بخلاف الظهر والبطن والفخذ لانها ليست بمواضع الزينة ولان البعض يدخل على البعض من غير استئذان ولا احتشام والمرأة تكون في بيتها بثياب مهنتها عادة ولا تكون مستترة فلو أمرت بالستر عن محارمها لحرجت حرجا عظيما ولان الحرمة المؤبدة تقلل الرغبة والشهوة فيها بل تعدمه بخلاف الاجانب والمحرم من لا يحل له نكاحها على التأبيد بنسب أو سبب كالرضاع والمصاهرة وان كان بزنا وقيل اذا كانت المصاهرة بالزنا لا يجوز له أن ينظر الا الى وجهها وكفها كالاجنبية لان ثبوت الحرمة فيه بطريق العقوبة على الزاني لا بطريق النعمة فلا يظهر في حق سقوط حرمة النظر فيبقى حراما على ما كان ولان خيانته قد ظهرت مرة فلا يؤتمن ولان فيه اظهار الفاحشة بان يقال هي بنت من زنى بها أو أمها والستر واجب وهو بالحرمة والحرج أيضا منتف لعدم المخالطة عادة بسبب السفاح والاول أصح اعتبارا للحقيقة لانها محرمة عليه على التأبيد ولا نسلم أن الحرمة بطريق العقوبة بل بطريق الاحتياط في باب الحرمات وقال الشافعي يجوز للرجل أن ينظر الى ظهر محارمه وبطنها فجعل حالها كحال الجنس في النظر قلنا لو كان الامر كما زعم لما ثبت حكم الظهار أصلا لان صورة الظهار أن يقول لامرأته أنت علي كظهر أمي فلو لم يكن ظهرها محرما عليه لما وقع تشبيها بالمحرم فلم يكن منكرا من القول وزورا فلم يثبت به حكم الظهار قال رحمه الله (ويمس ما حل النظر اليه) أي من محارمه أو من الرجل لا من الاجنبية لتحقق الحاجة الى ذلك في المسافرة والمخالطة وكان عليه الصلاة والسلام يقبل رأس فاطمة ويقول أجد منها ريح الجنة وكان اذا قدم من سفر بدأ بها فقبلها وعانقها وقال من قبل رجل أمه فكانما قبل عتبة الجنة ولا بأس بالخلوة معها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يخلون رجل بامرأة ليس منها بسبيل فان ثالثهما الشيطان والمراد اذا لم تكن محرما لان المحرم بسبيل منها الا اذا خاف عليها أو على نفسه الشهوة فحينئذ لا يمسها ولا ينظر اليها ولا يخلو بها لقوله عليه الصلاة والسلام العينان تزنيان وزناهما النظر واليدان تزنيان وزناهما البطش والرجلان تزنيان وزناهما المشي والفرج يصدق ذلك كله أو يكذبه فكان في كل واحد منها نوع زنا والزنا محرم بجميع أنواعه وحرمة الزنا بالمحارم أشد وأغلظ فيجتنب الكل ولا بأس بالمسافرة بهن لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسافر المرأة فوق ثلاثة أيام ولياليها الا ومعها زوج أو ذو رحم محرم منها وان احتاجت الى الاركاب والانزال فلا بأس بان يمسها من وراء ثيابها ويأخذ ظهرها وبطنها دون ما تحتها اذا أمنا الشهوة واذا خافها عليها أو على نفسه أو ظنا أو شكا فليجتنب ذلك بجهده ثم ان أمكنها الركوب بنفسها يمتنع عن ذلك أصلا وان لم يمكنها تتلفف بالثياب كيلا تصل حرارة عضوها الى عضوه وان لم يجد الثياب فليدفع عن نفسه الشهوة بقدر الامكان قال رحمه الله (وأمة غيره كمحرمه) لانها تحتاج الى الخروج لحوائج مولاها في ثياب مهنتها وحالها مع جميع الرجال كحال المرأة مع محارمها وكان عمر رضي الله عنه اذا رأى أمة متقنعة علاها بالدرة وقال ألق عنك الخمار يا دفار أتتشبهين بالحرائر ولا يجوز له أن ينظر الى ظهرها وبطنها كالمحارم خلافا لمحمد

(قوله لانها محرمة عليه على التأبيد) أي فيباح له النظر والمس اه خان (قوله في المتن وأمة غيره الخ) قال الولوالجي رحمه الله والحكم في النظر والمس والحمل والانزال مع أمة غيره كالحكم في النظر والمس مع المحارم لان الاماء ضرورة في ابداء مواضع زينتها الباطنة من الاجانب لان الامة انما تشترى لاجل خدمة داخل البيت وخارج البيت فتكون متشمرة للاعمال متجردة داخل البيت وخارج البيت فتكون مكشوفة في هذه المواضع داخل البيت وخارجه فلو حرم عليها ابداء هذه المواضع من الاجانب وحرم على الاجانب النظر اليها ضاق الامر على الناس وما ضاق أمره اتسع حكمه كما في المحارم وكذا في المس ضرورة لان أمة امرأة الرجل تحتاج أن تخدم زوج مولاتها وتغمز رجله وكذا أمة الابن تحتاج أن تخدم أبا الابن فمست الضرورة الى الاباحة ولا ينبغي أن يمس شيأ لا يحل النظر اليه لا مكشوفا ولا غير مكشوف الا أن يضطر الى حملها والنزول بها فلا بأس حينئذ بأن يأخذ بطنها أو ظهرها كما في المحارم اه (قوله علاها بالدرة) أي ضرب علاوتها أي رأسها اه غاية

ابن مقاتل فانه يستدل بقول ابن عباس من أراد أن يشترى جارية فلينظر اليها الا موضع المئزر قلنا الا ضرورة الى الظهر والبطن كما فى حق المحارم بل أولى لكمال الشهوة فيها وقلتها فى المحارم ولان ماذهب اليه يؤدى الى أن النظر الى ظهرها لا يجوز لانها الصحة ظهارة من امرأته على الوجه الذى بيناه ويجوز ذلك للاجنبى وهذا خلف قال رحمه الله (وله مس ذلك ان أراد الشراء وان اشتهى) أى جاز له أن يمس كل موضع يجوز له أن ينظر اليه كالصدر والساق والذراع والرأس وتقليب شعره وان خاف الشهوة لان هذه المواضع ليست بعورة فيجوز مسه من غير شهوة كما يجوز النظر اليه اذا أمن الشهوة وان لم يأمن لا يجوز كالنظر الا اذا أراد الشراء فانه يباح له النظر والمس للضرورة وتحل الخلوة والمسافرة بها كما فى ذوات المحارم وعند بعض مشايخنا ليس له أن يعالجها فى الاركاب والانزال لان معنى العورة وان عدم بالسترة فمعنى الشهوة باق والاصح أنه لا بأس بذلك اذا أمن الشهوة على نفسه وعليها لان المولى قد يبعثها فى حاجة من بلد الى بلد ولا يجد محرما يخرج معها وهى تحتاج الى من يركبها وينزلها ألا ترى أن أمة المرأة قد تكبس رجل زوجها وتخلو به ولم يمنع من ذلك أحد وأم الولد والمدبرة والمكاتبة كالامة لقيام الرق فيهن ووجود الحاجة والمستسعاة كالمكاتبة عند أبى حنيفة لما عرف قال رحمه الله (ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) والمراد بالازار ما يستر ما بين السرة الى الركبة لان ظهرها وبطنها عورة فلا يجوز كشفهما والتى بلغت حد الشهوة فهى كالبالغة لا تعرض فى ازار واحد روى ذلك عن محمد رحمه الله لوجود الاشتهاء قال رحمه الله (والخصى والمجبوب والمخنث كالفحل) لقوله تعالى قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم وهم ذكور مؤمنون فيدخلون تحت هذا الخطاب وغيره من النصوص العامة وقالت عائشة رضى الله عنها الخصاء مثلة فلا يبيح ما كان حراما قبله وهذا لان الخصى ذكر يشتهى ويجامع وقيل هو أشد جماعا لان آلته لا تفتر فصار كالفحل وكذا المجبوب لانه يشتهى ويسحق وينزل وحكمه كأحكام الرجال فى كل شئ وقطع تلك الآلة كقطع عضو آخر منه فلا يبيح شيأ كان حراما وان كان المجبوب قد جف ماؤه فقد رخص له بعض أصحابنا رحمهم الله الاختلاط مع النساء لوقوع الأمن من الفتنة قال الله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة من الرجال فقيل هو المجبوب الذى جف ماؤه والاصح أنه لا يحل له لعموم النصوص وكذا المخنث فى الردىء من الافعال لا يحل له بالاتفاق لانه كغيره من الرجال بل هو من الفساق فيبعد عن النساء وان كان مخنثا التكسر ولين فى أعضائه ولسانه ولا يشتهى النساء فقد رخص له بعض مشايخنا فى الاختلاط بالنساء وهو أحد تأويل قوله تعالى أو التابعين غير أولى الاربة وقيل الابله الذى لا يدرى ما يعمل بالنساء وانما همه بطنه وهو شيخ كبير والاصح أن الآية من المتشابه وقوله تعالى يغضوا من أبصارهم محكم فنأخذ به ونقول كل من كان من الرجال لا يحل لهن أن يبدين زينتهن الباطنة بين يديه ولا يحل له أن ينظر اليها الا أن يكون صغيرا فحينئذ لا بأس بذلك لقوله تعالى أو الطفل الذين لم يظهروا على عورات النساء قال رحمه الله (وعبدها كالاجنبى) أى عبد المرأة كالاجنبى من الرجال حتى لا يجوز لها أن تبدى من زينتها الا ما يجوز أن تبديه للاجنبى ولا يحل له أن ينظر من سيدته الا ما يجوز أن ينظر اليه من الاجنبية وقال مالك والشافعى رحمهما الله نظره اليها كنظر الرجل الى محارمه لقوله تعالى أو ما ملكت أيمانهن ولا يجوز حمله على الاناث لانهن دخلن فى قوله تعالى أو نسائهن ولانه لا يشكل لان الامة لها أن تنظر من سيدتها الى ما تنظر اليه من الاجنبية ولو حمل عليها لا يفيد زيادة الجواز فى حقها وفى حق العبد يفيد فوجب حملها عليه ولان الجواز فى المحارم لحاجة الدخول من غير استئذان وحشمة وهذا المعنى متحقق بينهما فوجب أن يكون هو كالمحرم لها دفعا للحرج بل هو محرم ألا ترى أنه لا يجوز له أن يتزوجها ولنا أنه فحل غير محرم ولا زوج والشهوة متحققة والحاجة قاصرة لانه يعمل خارج البيت والمراد بالنص الاماء دون العبيد قال سعيد بن جبير وسعيد بن المسيب والحسن لا تغرنكم سورة النور فانها فى الاناث لا فى الذكور ولا نسلم أن الموضع لا يشكل بل هو مشكل لان المراد من قوله تعالى

(قوله فانه يباح له النظر والمس للضرورة) قال فخر الاسلام فى شرح الجامع الصغير وذكر القدورى عن محمد أنه كره للشاب مس شئ من ذلك لان بالنظر كفاية ولم ير أبو حنيفة بذلك بأسا للضرورة العلم بشرتها اه اتقانى (قوله فى المتن ولا تعرض الامة اذا بلغت فى ازار واحد) يعنى لا تعرض على البيع كذلك اه غاية

أونسائهن الحرائر ولم تدخل الاماء فيها فبين حكمهن كما بين حكم الحرائر لانا لا نعرف الحكم الا من الشارع وهن لم يذكرن فى هذا المعنى الا فى هذه الآية فكانت بيانا لحكمهن وكذا لا نسلم أنه محرم لها لان حرمة النكاح بينهما مؤقتة فصارت كالمزوجة بالغير أو أخت زوجته ولهذا لا يجوز لها أن تسافر معه ولو كان محرما لجاز قال رحمه الله (ويعزل عن أمته بلا اذنها وعن زوجته باذنها) لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن العزل عن الحرة الا باذنها وقال لمولى أمة اعزل عنها ان شئت ولان الحرة لها حق فى الوطء حتى كان لها المطالبة به قضاء الشهوة وتحصيلا للولد ولهذا تخير فى الجب والعنة ولا حق للامة فى الوطء والعزل يخل بما ذكرناه وهو المقصود بالنكاح فلا يملك تنقيص حق الحرة بغير اذنها وينفرد به فى حق الامة ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك عندهما حتى لا يكون له العزل الا باذنها لانه تكميل لحقها والوطء حق الزوجة ولهذا كان لها المطالبة به وعند أبى حنيفة رحمه الله الاذن الى مولاها وقد ذكرناه فى النكاح والله أعلم

﴿ فصل فى الاستبراء وغيره ﴾ قال رحمه الله (من ملك أمة حرم عليه وطؤها ولمسها والنظر الى فرجها بشهوة حتى يستبرئها) لقوله عليه الصلاة والسلام فى سبايا أوطاس ألا لا توطأ الحبالى حتى يضعن حملهن ولا الحيالى حتى يستبرأن بحيضة وهذا يفيد وجوب الاستبراء بسبب استحداث الملك واليد لانه هو الموجود فى هذه الصورة وهذا لان الحكمة فيه التعرف عن براءة الرحم صيانة للمياه المحترمة عن الاختلاط والانساب عن الاشتباه والولد عن الهلاك وذلك عند تحقق الشغل أو توهمه بماء محترم لانه عند الاشتباه لا يدعى الولد فيهلك معنى اذ من لا نسب له هالك معنى أو لعدم من يربيه ويثقفه ويجب على المشترى لا على البائع لان العلة فى الحقيقة هو ارادة الوطء والمشترى هو الذى يريده دون البائع فيجب عليه غير أن الارادة أمر مبطن فيدار الحكم على دليلها وهو التمكن من الوطء والتمكن انما يثبت بالملك واليد فانتصب سببا وأدير الحكم عليه تيسيرا فكان السبب استحداث ملك الرقبة المؤكد باليد وتعدى الحكم الى سائر أسباب الملك كالشراء والهبة والوصية والميراث والخلع والكتابة وغير ذلك حتى يجب على المشترى من مال الصبى ومن المرأة والمملوك وممن لا يحل له وطؤها الاستبراء وكذا اذا كانت المشتراة بكرا لم توطأ لتحقق السبب وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم لان الحكمة وهى فراغ

(قوله ولو كانت تحته أمة غيره فكذلك الخ) قال الاتقانى فأما اذا كانت الامة منكوحة فالاذن الى المولى فى قول علمائنا جميعا بلا خلاف منهم فى ظاهر الرواية كذا ذكر محمد فى الجامع الصغير وفى كتاب الآثار أيضا وعن أبى يوسف ومحمد أن الاذن فى العزل اليها لان قضاء الشهوة حقها لا حق مولاها وجه الظاهر أن الولد حق المولى لانه يملكه فكان الاذن فى العزل اليه كالحرة اه وكتب ما نصه ذكر فى بعض المواضع أنه يعزل عن زوجته بغير اذنها خوفا من الولد السوء فى هذا الزمان ذكره الولوالجى فى آخر الكراهية اه (قوله * فصل فى الاستبراء وغيره) وهو طلب براءة الرحم عن الحمل وهو نوعان مستحب وهو أن البائع يستبرئها اذا أراد بيعها وواجب وهو على المشترى وعند مالك يجب الاستبراء على البائع صيانة لمائه اذ يحتمل أنها علقت منه ولنا أنها ملك البائع وحقه قائم فى الوطء فلا يمنع منه وما قاله من الصيانة يحصل باستبراء المشترى اه اتقانى (قوله أوطاس) موضع على ثلاث مراحل من مكة اه (قوله يستبرأن) بالهمز لا غير اه اتقانى (قوله ويجب على المشترى لا على البائع) وقال النخعى والثورى والحسن البصرى وابن سيرين يجب على البائع والمشترى لان الصيانة كما تجب على المشترى تجب على البائع وقال البتى يجب على البائع دون المشترى (٣١) لانه لصيانة ماء البائع فيجب عليه اه كى (قوله كالشراء والهبة والوصية) أى والصدقة والقسمة والصلح عن دم العمد اه خان (قوله والكتابة) أى بأن كاتب عبده على جارية لا يحل للمولى وطء الجارية قبل الاستبراء اه (قوله وغير ذلك) قال الاتقانى كما اذا تصدق على الفقير بجارية يجب استبراء الفقير وكذا اذا آجر داره الى سنة على جارية لا يحل وطء المؤجر قبل الاستبراء اه وكتب ما نصه كالدفع بالجناية (قوله حتى يجب على المشترى من مال الصبى) أى بأن باعها أبوه أو وصيه اه وكتب ما نصه قال الولوالجى ولو اشتراها من امرأة أو صبى يجب الاستبراء الا رواية عن أبى يوسف اه (قوله والمملوك) أى يجب الاستبراء اذا اشترى الجارية من العبد المأذون وعليه دين مستغرق استحسانا بيانه فيما قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى وان اشترى جارية من عبده المأذون فانه ينظر ان لم يكن على العبد دين أو عليه دين غير مستغرق فليس عليه أن يستبرئها لان ملك عبده له وله أن يجتزئ بالحيضة التى حاضت عند العبد وان كان العبد عليه دين مستغرق رقبته وما فى يده من الكسب فعليه أن يستبرئها فى قول أبى حنيفة وفى قولهما لا يجب عليه الاستبراء لان من أصل أبى حنيفة أن العبد ان كان عليه دين مستغرق فالمولى لا يملك أكسابه وعندهما يملك ولو اشترى من مكاتبه فعليه الاستبراء لانه لا يملك مكاسب مكاتبه ولو اشترى من ابنه الصغير وجب عليه الاستبراء كذا فى شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله وممن لا يحل له وطؤها) أى كأخت البائع من الرضاع أو جارية ورثها من أبيه وأبوه استمتع بها اه (قوله لم توطأ لتحقق السبب) أى وهو استحداث ملك اليمين وهذا ظاهر الرواية قال فى شرح الطحاوى وروى عن أبى يوسف أنه قال لا استبراء فى البكر اه اتقانى (قوله وادارة الاحكام على الاسباب دون الحكم) هى بكسر الحاء جمع حكمة يعنى أن العلة فى وجوب

الاستبراء استحداث ملك اليمين واليد والحكمة تعرف براءة الرحم وقد وجدت العلة في هذه الصور أي في المشتراة من مال الصبي ومن المرأة وفي المشتراة البكر فيثبت الحكم معها أيضا وهو وجوب الاستبراء وان لم توجد الحكمة لان الصبي لا ماء له والمرأة لا توطأ والبكر ليست بموطوأة لان الحكم يدور مع العلة ولا يدور مع الحكمة فاعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل وان لم توجد حقيقة الشغل فان قلت كيف يتصور توهم الشغل في الصور الثلاث قلت يحتمل أن تكون جارية الصبي أو المرأة موطوأة بشبهة فيثبت النسب من الواطئ فيثبت توهم الشغل وأما البكر فان الرجل قد يجامعها فيسبق الماء فتحبل مع بقاء البكارة فيثبت توهم الشغل أيضا بهذا الطريق ولو اشتراها من امرأة أو صبي يجب الاستبراء الا في رواية عن أبي يوسف ذكره الولوالجي في فتاواه اه اتقاني (قوله ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب الخ) قال قاضيخان وان كانت حاملا لا يطؤها حتى تضع حملها بعد القبض فان وضعت حملها قبل القبض ثم قبضها كان عليه أن يستبرئها اذا خرجت من نفاسها اه (قوله خلافا لابي يوسف) قال الاتقاني وروى عن أبي يوسف أنه قال يجتزأ بتلك الحيضة كذا في شرح الطحاوي اه ﴿ فرع ﴾ قال في الخلاصة وفي الاصل علة وجوب الاستبراء استحداث حل الوطء بملك اليمين في فرج فارغ من جهة الغير وشرطه توهم شغل الرحم والحكمة صيانة الولد * رجل اذا اشترى جارية من امرأة أو صبي أو اشترى جارية هي بكر أو حرام على البائع برضاع أو مصاهرة أو اشترى جزأ من مائة جزء من الجارية أو ملك الجارية بالارث أو الخلع أو الصلح عن دم العمد يجب الاستبراء اه فقوله أو اشترى جزأ من مائة جزء أي بأن كان ذلك الجزء مكملا للملك في جميع الامة أما لو ملك ابتداء جزأ من أمة لا يجب الاستبراء قليلا كان ذلك أو كثيرا لان السبب لم يتم حينئذ والله الموفق اه (قوله لا يعتد بالحاصل) أي بالاستبراء الحاصل اه (قوله وان كانت في يد المشتري) أي لعدم الملك اه (قوله ثم أسلمت في المجوسية) أي بعد ما استبرأها وحاضت في حال مجوسيتها اه (قوله ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة) قال الاتقاني وفي الآبق تفصيل لا بد منه قال في شرح الطحاوي ولو أبقت في دار الحرب ثم عادت الى صاحبها بوجه من الوجوه فلا استبراء عليها في قول أبي حنيفة لانهم لم يملكوها وعندهما عليها الاستبراء لانهم ملكوها ولو أخذوها في دار الاسلام وهي آبقة وأحرزوها في دارهم ملكوها في قولهم جميعا فاذا عادت الى مولاها فعليه الاستبراء في قولهم جميعا كذا في شرح الطحاوي فعلى هذا يكون المراد من الآبقة في المتن هي التي أبقت في دار الحرب ولم يحرزها العدو ثم رجعت الى مولاها اه اتقاني (قوله واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا) قال الاتقاني واذا ثبت وجوب الاستبراء وحرم الوطء حرم دواعي الوطء أيضا من اللمس والقبلة والنظر الى الفرج بشهوة قال الفقيه أبو الليث روى عن أبي مطيع البلخي أنه كان لا يرى بالقبلة والملامسة بأسا وذلك لان القربان انما لا يجوز لانه يؤدي الى اختلاط الانساب وليس في القبلة والملامسة هذا المعنى اه اتقاني (قوله لانه) أي الداعي اه (قوله أو يحتمل وقوعه) أي وقوع الداعي اه

الرحم لا يمكن الاطلاع عليها لخفاء الشغل فيعتبر تحقق السبب عند توهم الشغل ولا يعتد بالحيضة التي اشتراها في أثنائها ولا بالحيضة التي حاضتها بعد الشراء أو غيره من أسباب الملك قبل القبض ولا بالولادة التي حصلت بعد الاسباب قبل القبض خلافا لابي يوسف رحمه الله لان السبب استحداث الملك واليد وقبل وجود الاثنين لا يعتد به اذ الحكم لا يسبق سببه وكذا لا يعتد بالحاصل قبل الاجازة في بيع الفضولي وان كانت في يد المشتري ولا بالحاصل بعد القبض في الشراء الفاسد قبل أن يشتريها صحيحا لما بينا ويجب اذا اشترى نصيب شريكه من جارية مشتركة بينهما لان السبب قد تم في ذلك الوقت والحكم يضاف الى تمام العلة وهو آخر الاوصاف ويجتزأ بالحيضة التي حاضتها وهي مجوسية أو مكاتبة بأن كاتبها بعد الشراء ثم أسلمت المجوسية أو عجزت المكاتبة لوجودها بعد السبب وهو استحداث الملك واليد وهو مقتض للحل والحرمة لمانع ولا يجب الاستبراء اذا رجعت الآبقة وردت المغصوبة والمستأجرة أو فكت المرهونة لانعدام السبب وهو استحداث الملك واليد وهو سبب متعين فادر الحكم عليه وجودا وعدما ولو أقال البائع البيع قبل القبض لا يجب على البائع الاستبراء وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول على البائع الاستبراء لانها زالت عن ملكه والآن ملكها ثم رجع وقال لا يجب وهو قولهما لان الاقالة فسخ من الاصل فصار كان لم يكن ولو اشترى من عبده المأذون له بعد ما حاضت عند العبد فان لم يكن على العبد دين يجتزأ بتلك الحيضة لانها دخلت في ملك المولى من وقت الشراء وان كان عليه دين مستغرق فكذلك عندهما وعند أبي حنيفة لا يعتد بتلك الحيضة وهذا بناء على وجود ملك المولى وعدمه وقد عرف في موضعه ولو باع جارية على أنه بالخيار وقبضها ثم أبطل البيع في مدة الخيار لا يلزمه الاستبراء لعدم خروجها عن ملكه ولو باع أم ولده أو مدبرته وقبضها المشتري ثم استردها لا يجب عليه الاستبراء ان كان المشتري لم يطأها وان كان وطئها فعليه الاستبراء ولو زوجها بعد الاستبراء فطلقها الزوج قبل الدخول لا يلزمه الاستبراء في ظاهر الرواية ولو زوجها قبل الاستبراء بعد القبض والمسئلة بحالها فالمختار أنه يجب واذا حرم الوطء قبل الاستبراء حرم الدواعي أيضا لانه يفضي الى الوطء أو يحتمل وقوعه

في غيرالملك على اعتبار الحبل ودعوة البائع بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها لان زمن الحيض زمن نفرة فلا يكون داعيا الى الوطء وكذا لا يحتمل وقوعه في غير الملك وفي المشتراة يحتمل ذلك ويفضي الى الوطء لان رغبته فيها قبل الدخول بها يكون أصدق وروى عن محمد لا تحرم الدواعي في المسبية لانه لا يحتمل وقوعه في غير الملك والاستبراء في الحامل بوضع الحمل لما روينا وفي ذوات الاشهر بالشهر لانه أقيم في حقهن مقام الحيض كما في المعتدة واذا حاضت في أثناء الشهر بطل الاستبراء بالشهر للقدرة على الاصل دون حصول المقصود بالبدل وان ارتفع حيضها تركها حتى اذا تبين أنها ليست بحامل واقعها وليس فيها تقدير في ظاهر الرواية وقيل يتبين بشهرين أو ثلاثة وعن محمد أربعة أشهر وعشر وعنه شهران وخمسة أيام اعتبارا بعدة الحرة أو الامة في الوفاة وعن زفر سنتان وهو رواية عن أبي حنيفة رحمه الله ولا بأس بالاحتيال في اسقاط الاستبراء عند أبي يوسف خلافا لمحمد رحمهما الله والوجه ما بيناه في الشفعة من الجانبين والمأخوذ به قول أبي يوسف رحمه الله فيما اذا علم أن البائع لم يقربها في طهرها ذلك ويؤخذ بقول محمد رحمه الله اذا قربها والحيلة اذا لم يكن تحت المشتري حرة أن يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها ويقبضها هكذا ذكره صاحب الهداية وهذا لا يفيد اذا كان القبض بعد الشراء لانه بالشراء ينفسخ النكاح فيجب

(قوله على اعتبار الحبل ودعوة البائع) أي الولد المؤدّي ذلك الى بطلان البيع اهـ (قوله بخلاف الحائض حيث لا تحرم الدواعي فيها) أي لان الوطء انما حرم في الحيض لمعنى الاذى وذلك لا يوجد في الدواعي اهـ وكتب ما نصه قال الولوالجي رحمه الله ولو باع من رجل جارية فحاضت عند المشتري حيضة ثم وجد بها عيبا فردها لم يقربها البائع حتى تحيض عنده حيضة وكذا الاقالة اهـ قال قاضيخان رجل باع جارية وسلمها الى المشتري ثم ردت عليه بعيب بقضاء أو بغير قضاء أو بخيار رؤية أو شرط أو اقالة كان على البائع أن يستبرئها بحيضة ولو انفسخ البيع بينهما قبل القبض لهذه الاسباب لا يجب الاستبراء ولو باع جارية وسلمها الى المشتري ثم تقايلا في المجلس كان عليه أن يستبرئها وعن أبي يوسف رحمه الله اذا تقايلا قبل الافتراق لا يجب اهـ ﴿فرع﴾ واذا زنت أمة فليس عليه أن يستبرئها لانه انما وجب صيانة الماء عن الخلط اذا كان محترما ولا حرمة لماء الزاني فان حملت من الزنا لم يقربها حتى تضع حملها لانه لو قربها صار ساقيا ماءه زرع غيره وقد قال عليه الصلاة والسلام من كان يؤمن بالله واليوم الآخر فلا يسقين ماءه زرع غيره لكن قبل ظهور الحبل له ذلك لان الزرع عبارة عن الحب النابت ولا نبات قبل الحبل اهـ (قوله وان ارتفع حيضها) أي بأياس اهـ قال قاضيخان وان كانت شابة وقد انقطع حيضها لمرض أو غيره اختلفت الروايات فيه ذكر في الاصل عن أبي حنيفة وأبي يوسف أنه لا يقربها حتى يستبين أنها غير حامل ولم يؤقت لذلك وفي رواية لا يقربها سنتين وفي رواية ثلاثة أشهر أو أربعة أشهر وعن محمد فيه روايتان في رواية لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام وفي رواية شهرين وخمسة أيام قال شمس الائمة السرخسي كان محمد يقول أولا لا يقربها أربعة أشهر وعشرة أيام ثم رجع وقال شهرين وخمسة أيام والمشايخ أخذوا بهذه الرواية اهـ (قوله والمأخوذ به الخ) قال الولوالجي رحمه الله رجل اشترى جارية واحتال في اسقاط الاستبراء فهذا على وجهين ان كان البائع وطئها ثم باعها قبل أن تحيض لا يحل للمشتري أن يحتال للاسقاط لقوله عليه الصلاة والسلام لا يحل لرجلين يؤمنان بالله واليوم الآخر أن يجتمعا على امرأة واحدة في طهر واحد وان باعها البائع بعد أن حاضت عنده وطهرت ولم يقربها في ذلك الطهر يحل له أن يحتال لاسقاط الاستبراء لانعدام هذا النهي اهـ (قوله والحيلة اذا لم تكن تحت المشتري الخ) ومن أراد أن يشتري جارية ولا يلزمه الاستبراء فالحيلة ما ذكر في الكتاب يزوجها البائع من رجل يثق به ثم يبيعها من المشتري فيقبضها المشتري ثم يطلقها الزوج ويستحب للبائع أن يستبرئها قبل أن يزوجها ويشترط أن يكون طلاق الزوج بعد قبض المشتري فان طلقها قبل القبض كان على المشتري أن يستبرئها اذا قبضها في أصح الروايتين عن محمد لانه اذا طلقها قبل القبض كان على المشتري أن يستبرئها فاذا قبضها والقبض بحكم العقد بمنزلة العقد فيصير كأنه اشتراها في هذه الحالة وهي ليست في نكاح ولا عدة فيلزمه الاستبراء وحيلة أخرى أن يبيعها قبل التزويج ويأخذ الثمن ولا يسلم الجارية الى المشتري ثم يزوجها المشتري من عبده أو أجنبي ثم يقبضها ثم يطلقها بعد ذلك الا أن في هذا نوع شبهة فانه عند أبي يوسف واحدى الروايتين عن محمد كما اشتراها يجب الاستبراء الا أن الوجوب يتأكد عند القبض فالتزويج عند الشراء لا يسقط لان الاستبراء وجب بنفس العقد الا أن تحيض عند المشتري حيضة قبل الطلاق فحينئذ لا يجب الاستبراء في قولهم وحيلة أخرى انه اذا أراد أن يشتري الجارية يتزوجها المشتري قبل الشراء اذا لم يكن في نكاحه حرة ثم يسلمها اليه المولى ثم يشتري فلا يجب عليه الاستبراء وانما يشترط تسليم الجارية اليه قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح قال الشيخ الامام الاجل ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل الزوج بها بحكم النكاح قبل الشراء لان ذلك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فاذا كان فساد النكاح سابقا على الشراء لم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدة أما اذا دخل بها قبل الشراء فاذا فسد النكاح تصير معتدة قبل الشراء فلا يلزم الاستبراء اهـ قاضيخان (قوله هكذا ذكره صاحب الهداية) ليس في الهداية ويقبضها بل قال يتزوجها قبل الشراء ثم يشتريها اهـ من خط قارئ الهداية رحمه الله

الاستبراء بالقبض بحكم الشراء وانما يفيد أن لو كان القبض قبل الشراء كيلا يوجد القبض بحكم الشراء بعد فساد النكاح وقال ظهير الدين عندي يشترط أن يدخل قبل الشراء لان ملك النكاح يفسد عند الشراء سابقا على الشراء ضرورة أن ملك النكاح لا يجامع ملك اليمين فلم تكن عند الشراء منكوحة ولا معتدّة بخلاف ما اذا دخل بها قبل الشراء لانها تبقى معتدّة منه بعد فساد النكاح به فلا يلزمه الاستبراء به ذكره قاضيخان في فتاواه ولو كانت تحته حرة فالحيلة فيه أن يزوّجها البائع قبل الشراء أو المشتري قبل القبض ممن يثق به أو يزوّجها بشرط أن يكون أمرها بيده ثم يشتريها ويقبضها ثم يطلقها الزوج لانه عند وجود السبب وهو استحداث الملك المؤكد بالقبض اذا لم يكن فرجها حلالا له لا يجب عليه الاستبراء وان حل بعد ذلك لان المعتبر أوان وجود السبب كما اذا كانت معتدّة الغير في تلك الحالة والمظاهر تحرم عليه الدواعي كالمنكوحة اذا وطئت بشبهة وكالمحرم والمعتكف بخلاف حالة الحيض والصوم والاصل فيه أن سبب الحرام حرام الا أن النص ورد في حالة الصوم والحيض وفيه بعض الحرج لانهما يمتدّان وقد صح أنه عليه الصلاة والسلام كان يقبل وهو صائم ويضاجع نساءه وهن حيض قال رحمه الله (له أمتان أختان قبلهما بشهوة حرم وطء واحدة منهما ودواعيه حتى يحرم فرج الاخرى بملك أو نكاح أو عتق) ولو قال حرمتا حتى يحرم فرج احداهما كان الاحسن لانهما يحرمان عليه لا احداهما فحسب وانما حرمتا لان الجمع بينهما نكاحا أو وطأ لا يجوز لاطلاق قوله تعالى وأن تجمعوا بين الأختين والمراد الجمع بينهما وطأ وعقدا لانه معطوف على المحرمات وطأ وعقدا ولا يعارض بقوله تعالى أو ما ملكت أيمانكم لان الترجيح للمحرم روى ذلك عن علي رضي الله عنه حين سئل عنهما فقال حرمتهما آية وأحلتهما آية فتلا الآيتين ثم قال الحكم للمحرم وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي لان الدواعي الى الوطء بمنزلة الوطء أو لان النص مطلق فيتناوله الوطء فصار كانه وطئهما فعند ذلك تحرمان فكذا هذا ومسهما بشهوة أو النظر الى فرجهما كتقبيلهما حتى يحرما عليه الا اذا حرم فرج احداهما بما ذكر لزوال الجمع بتحريم فرج احداهما عليه وتمليك البعض كتمليك الكل وكذا اعتاق البعض كاعتاق الكل أما عندهما فظاهر لانه لا يتجزأ عندهما وكذا عند أبي حنيفة رحمه الله لانه وان كان يتجزأ لكنه يحرم به الفرج لان معتق البعض كالمكاتب عنده وكتابة احداهما كاعتاقها لان فرجها يحرم بالكتابة لحصول المقصود ورهن احداهما واجارتها وتدبيرها لا تحل الأخرى لان فرجها لا يحرم بهذه الاسباب وقوله حتى يحرم فرج الأخرى بملك أراد به التمليك بأن يملك رقبتها من انسان بأي سبب كان من أسباب الملك كالبيع والهبة والصدقة وكالصلح والخلع والمهر وأراد بقوله أو نكاح النكاح الصحيح أما اذا زوّج احداهما نكاحا فاسدا لا تحل له الاخرى لان فرجها لم يصر حراما عليه بهذا العقد المجرد الا اذا دخل بها الزوج فحينئذ تحل له الأخرى لان العدّة تجب عليها بالدخول فيحرم على المولى فرجها فلم يصر جامعا ولو وطئ احداهما دون الأخرى حل له وطء الموطوءة دون الأخرى لانه يصير جامعا بوطء الاخرى لا بوطء الموطوءة وكل امرأتين لا يجوز

(قوله ولو كانت تحته حرة) قال الولوالجي وان كان عنده امرأة حرة يزوّجها البائع غيره ثم يشتريها هو ويقبضها ثم يطلقها الزوج أو يشتريها أولا ثم يزوّجها من رجل قبل أن يقبضها ثم يقبضها ثم يطلقها الزوج وان خاف البائع أن يتزوّجها المشتري ولا يشتريها ولا يطلقها فالحيلة أن يقول البائع زوّجتها منك على أن أمرها بيدي في التطليقتين أطلقها متى شئت أو يقول زوّجتها منك على انك ان لم تشترها مني اليوم بكذا فهي طالق اثنتين فقبل المشتري النكاح وكذا الحيلة اذا خيف على المحلل أن لا يطلق اهـ (قوله أو المشتري قبل القبض) تقدّم في الصفحة السابقة أنه لو زوّجها المشتري قبل الاستبراء بعد القبض وطلقها الزوج قبل الدخول فالمختار أنه يجب اهـ (قوله كما اذا كانت معتدّة الغير) قال الاتقاني اشترى جارية وهي في عدّة من زوج عدّة وفاة أو طلاق وقد بقي من عدّتها يوم أو بعض يوم وانقضت عدّتها بعد قبض المشتري فلا استبراء عليه فان انقضت عدّتها قبل القبض فلا تحل له الا بالاستبراء كذا في شرح الطحاوي اهـ (قوله في تلك الحالة) يعني اذا اشترى أمة معتدّة وانقضت عدّتها بعد القبض لا يجب الاستبراء اهـ (قوله بخلاف حالة الحيض) تقدّم في آخر الصفحة السابقة اهـ (قوله لانهما يمتدّان) قال الاتقاني والصوم قد يمتدّ في الفرض الى شهر فلو حرم الدواعي لأدّى الى الحرج والحرج مدفوع شرعا والنفل تابع للفرض فأعطى حكمه اهـ ﴿فرع﴾ قال الولوالجي ولا ينبغي أن يعزل عن فراشها فان ذلك يشبه فعل اليهود وقد نهينا عن التشبه اهـ ذكره في الكراهية (قوله وكذا لا يجوز الجمع بينهما في الدواعي) قال الاتقاني ولو قبلهما جميعا بشهوة فقد باشر حراما ونزل منزلة وطئهما اهـ ثم قال الاتقاني والجمع بين الاختين الجمع نكاحا لا يجوز بالاجماع أما الجمع بين الاختين وطئا بملك اليمين فلا يجوز على ما عليه عامة الصحابة وهو المروي عن علي رضي الله عنه وعند عثمان بن عفان رضي الله عنه يجوز لانهما أحلتهما آية وحرمتهما آية والاصل في الابضاع الحل بعد وجود سبب الحل وقد وجد وهو ملك اليمين وأراد بآية الاحلال قوله تعالى الا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم وأراد بآية التحريم قوله تعالى وأن تجمعوا بين الاختين والصحيح قول العامة لان المحرم مع المبيح اذا اجتمعا فالمحرم أولى لان الحرام يجب تركه والمباح لا يجب فعله اهـ اتقاني

الجمع بينهما نكاحا فهما بمنزلة الأختين فيما ذكرنا قال رحمه الله (وكره تقبيل الرجل ومعانقته في ازار واحد ولو كان عليه قميص واحد جاز كالمصافحة) وفي الجامع الصغير ويكره أن يقبل الرجل فم الرجل أو يده أو شيأ منه أو يعانقه وذكر الطحاوي أن هذا قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا بأس بالتقبيل والمعانقة لما روى أن النبي صلى الله عليه وسلم عانق جعفرا حين قدم من الحبشة وقبل ما بين عينيه وذلك عند فتح خيبر وقال لا أدري بماذا أسر بفتح خيبر أم بقدوم جعفر وعانق زيد بن حارثة وكان أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم يفعلون ذلك وفي الكافي كان الاعراب يقبلون أطراف النبي صلى الله عليه وسلم وعن عطاء رحمه الله سئل ابن عباس رضي الله عنهما عن المعانقة فقال أول من عانق ابراهيم خليل الرحمن عليه السلام كان بمكة فأقبل اليها ذو القرنين فلما كان بالابطح قيل له في هذه البلدة ابراهيم خليل الرحمن فقال ذو القرنين ما ينبغي لي أن أركب ببلدة فيها ابراهيم خليل الرحمن فنزل ذو القرنين ومشى الى ابراهيم عليه السلام فسلم عليه ابراهيم واعتنقه فكان هو أول من عانق ولهما ما روى أنس رضي الله عنه أنه قال قلنا يا رسول الله صلى الله عليه وسلم أينحني بعضنا لبعض قال لا قلنا أيعانق بعضنا بعضا قال لا قلنا أيصافح بعضنا بعضا قال نعم وروى الطحاوي أنه عليه السلام نهى عن المكامعة وهي المعانقة وروى أنه عليه السلام نهى عن المكاعمة وهي التقبيل وما رواه منسوخ به وقالوا الخلاف فيما اذا لم يكن عليهما غير الازار واذا كان عليهما قميص أو جبة فلا بأس به بالاجماع وهو الذي اختاره الشيخ في المختصر والشيخ الامام أبو منصور الماتريدي رحمه الله وفق بين الاحاديث فقال المكروه من المعانقة ما كان على وجه الشهوة وأما على وجه البر والكرامة فجائز ورخص الشيخ الامام شمس الائمة السرخسي وبعض المتأخرين تقبيل يد العالم أو المتورع على سبيل التبرك وقبل أبو بكر بين عيني النبي صلى الله عليه وسلم بعد ما قبض وقال سفيان الثوري تقبيل يد العالم أو يد السلطان العادل سنة فقام عبد الله بن المبارك فقبل رأسه وما يفعله الجهال من تقبيل يد نفسه اذا لقي الغير فهو مكروه فلا رخصة فيه وما يفعلون من تقبيل الارض بين يدي العلماء فحرام والفاعل والراضي به آثمان لانه يشبه عبادة الوثن وذكر الصدر الشهيد أنه لا يكفر بهذا السجود لانه يريد به التحية وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله السجود لغير الله تعالى على وجه التعظيم كفر وذكر أبو الليث أن التقبيل على خمسة أوجه قبلة الرحمة كقبلة الوالد ولده وقبل النبي صلى الله عليه وسلم الحسن بن علي رضي الله عنهما وقبلة التحية كقبلة المؤمنين بعضهم بعضا وقبلة الشفقة كقبلة الولد لوالديه وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه على الجبهة وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته أو أمته وزاد بعضهم قبلة الديانة وهي قبلة الحجر الاسود وأما القيام للغير فقد جاء في الحديث أنه عليه الصلاة والسلام خرج متوكئا على عصا فقمنا له فقال عليه الصلاة والسلام لا تقوموا كما تقوم الاعاجم يعظم بعضهم بعضا وعن أنس أنه عليه الصلاة والسلام كان يكره القيام وعن الشيخ أبي القاسم كان اذا دخل عليه أحد من الاغنياء يقوم له ولا يقوم للفقراء وطلبة العلم فقيل له في ذلك فقال ان الاغنياء يتوقعون مني التعظيم فلو تركت تعظيمهم تضرروا والفقراء وطلبة العلم لا يطمعون مني في ذلك وانما يطمعون في جواب السلام والتكلم معهم في العلم ونحوه فلا يتضررون بترك القيام لهم ولا بأس بالمصافحة لما روينا ولانها سنة قديمة متوارثة في البيعة وغير ذلك وقال عليه الصلاة والسلام من صافح أخاه المسلم وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه وقال عليه الصلاة والسلام ما من مسلمين يلتقيان فيتصافحان الا غفر لهما قبل أن يتفرقا والله أعلم

(قوله وذكر الطحاوي) أي في شرح الآثار اه (قوله وروى الطحاوي أنه صلى الله عليه وسلم نهى عن المكامعة) فيه أنه نهى عن المكامعة هو أن يضاجع الرجل صاحبه في ثوب واحد لا حاجز بينهما والكميع الضجيع وزوج المرأة كميعها قاله ابن الأثير اه قال الاتقاني وتفسير المكامعة بالمعانقة فيه نظر لانه قال في ديوان الادب وغيره كامع امرأته ضاجعها وكاعم المرأة قبلها وقال في الفائق نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن المكاعمة والمكامعة أي عن ملاثمة الرجل الرجل ومضاجعته اياه لا ستر بينهما اه (قوله ويد السلطان العادل سنة) قلت كذلك يجوز تقبيل يد الوالدين والشيخ الذي يأخذ منه اه عيني وكتب ما نصه كذا في شرح الطحاوي اه (قوله وذكر أبو الليث) أي في شرح الجامع الصغير اه اتقاني (قوله وقبلة الشفقة كقبلة الولد والديه) أي على الرأس اه (قوله وقبلة المودة كقبلة الرجل أخاه) أي أو أخته اه اتقاني (قوله على الجبهة) على الخد اه اتقاني (قوله وقبلة الشهوة كقبلة الرجل امرأته) أي على الفم اه اتقاني (قوله وأما القيام للغير الخ) وفي فتاوى قاضيخان قوم يقرؤن القرآن أو واحد فدخل عليه واحد من الاشراف قالوا ان دخل عليه عالم أو أبوه أو أستاذه جاز أن يقوم لاجله وفي سوى ذلك لا يجوز اه كاكي (قوله وعن الشيخ أبي القاسم) أي الحكيم السمرقندي اه غاية (قوله وحرك يده في يده تناثرت ذنوبه) الذي وقفت عليه في غالب نسخ هذا الشرح وحرك في يده تناثرت الخ وقفت على نسخة كما أصلحت هنا فليراجع لفظ الحديث اه والذي وقفت عليه في نسخة الشارح بخطه وحرك في يده تناثرت اه قوله في غالب نسخ هذا الشرح أي وفي الكافي للنسفي وحرك يده تناثرت اه

﴿فصل فى البيع﴾ قال رحمه الله (كره بيع العذرة لا السرقين) وقال الشافعى رحمه الله لا يجوز بيع السرقين أيضا لانه نجس العين فلا يكون مالا فلا يجوز بيعه كالعذرة وجلد الميتة قبل الدبغ ولنا ان المسلمين تمولوا السرقين وانتفعوا به فى سائر البلدان والاعصار من غير نكير فانهم يلقونه فى الاراضى لاستكثار الريع بخلاف العذرة لان العادة لم تجر بالانتفاع بها وانما ينتفع بها مخلوطة برماد وتراب غالب عليها بالالقاء فى الارض فحينئذ يجوز بيعها والصحيح عن أبى حنيفة أن الانتفاع بالعذرة الخالصة جائز قال رحمه الله (لمشراء أمة قال بكر وكلنى زيد ببيعها) معناه أن جارية لانسان فرأى آخر يبيعها فقال البائع وكلنى مولاها حل له أن يشتريها ويطأها لانه أخبر بخبر صحيح لا منازع له فيه وقول الواحد فى المعاملات مقبول بشرط أن يكون مميزا على ما بينا من قبل وكذا اذا قال اشتريتها منه أو وهبني اياها أو تصدق بها على لما ذكرنا ولا فرق بين ما اذا كان يعلم أنها له أو لم يعلم لان خبره هو المعتمد عليه لان الخبر دليل شرعى ألا ترى أنه يقبل فيما هو أعظم منه وهو الفروج بان زفت اليه امرأة وقال النساء هى امرأتك حل له وطؤها ولو كان المخبر غير ثقة فيما اذا ادعى الملك أو غيره فان كان أكبر رأيه أنه صادق وسعه لان عدالة المخبر فى المعاملات لا تشترط للحاجة على ما مر من قبل وان كان أكبر رأيه انه كاذب لا يتعرض لشئ من ذلك لان أكبر الرأى يقوم مقام اليقين وان لم يخبره صاحب اليد بشئ من الوكالة أو انتقال الملك اليه فان كان عرفها أنها لغيره لا يشتريها حتى يعلم أن الملك انتقل اليه أو وكله لان يد الاول دليل الملك وان كان لا يعرف انها للاول وسعه أن يشتريها وان كان ذو اليد فاسقا لان اليد دليل الملك ولا معتبر بأكبر الرأى عند وجود دليل ظاهر الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك فحينئذ يستحب له أن يتنزه ولو اشتراها مع ذلك صح لاعتماده الدليل الشرعى وان كان الذى أتاه بها عبدا أو أمة لم يقبلها ولم يشترها حتى يسأل لان المملوك لا ملك له فيعلم أن الملك فيها لغيره وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة قبل قوله وان لم يكن ثقة يعتبر فيه أكبر الرأى وان لم يكن له رأى لم يشترها لقيام المانع فلا بد من دليل ولو أن امرأة أخبرها رجل أن زوجها الغائب مات عنها أو طلقها ثلاثا أو كان غير ثقة أو أتاها بكتاب من عند زوجها بطلاق ولا تدرى انه كتابه أم لا الا أنه فى أكبر رأيها انه حق بعد ما تحرت فلا بأس بأن تعتد ثم تتزوج لان القاطع طار فلا منازع لان صحة النكاح لا تمنع ما يطرأ وكذا لو قالت لرجل طلقنى زوجى وانقضت عدتى فلا بأس بأن يتزوجها وكذلك المطلقة الثلاث اذا قالت انقضت عدتى وتزوجت بزوج آخر ودخل بى ثم طلقنى وانقضت عدتى فلا بأس بأن يتزوجها الزوج الاول وكذا لو قالت الجارية كنت أمة لفلان فأعتقنى حل له أن يتزوجها لان القاطع طار على ما بينا ولو أخبرها مخبر أن أصل النكاح كان فاسدا أو كان الزوج حين تزوجها مرتدا أو أخاها من الرضاع لم يقبل قوله حتى يشهد بذلك رجلان أو رجل وامرأتان وكذا اذا أخبره مخبر أنك تزوجتها

﴿فصل فى البيع﴾ (قوله ولنا ان المسلمين تمولوا السرقين الخ) قال الاتقانى ولنا ان السرقين مال فجاز بيعه كسائر الاموال وانما قلنا انه مال لان المال ما ينتفع به و يتمول أى يدخر لوقت الحاجة وقد تمول المسلمون السرقين وانتفعوا به من غير نكير من أحد من السلف وما كان منتفعا به كان مالا فجاز بيعه اه (قوله برماد وتراب) الواو بمعنى أو اه (قوله فحينئذ يجوز بيعها) ونجاسة العين تمنع الاكل ولا تمنع الانتفاع فجاز بيع ذلك لوجود الانتفاع اه غاية وكتب ما نصه قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير روى عن أبى حنيفة فى الانتفاع بالعذرة روايتان فى احدى الروايتين يكره وفى الثانية لا يكره فعلى قياس الرواية التى لا يكره ينبغى أن يجوز بيعه اه اتقانى (قوله والصحيح عن أبى حنيفة الخ) فى الهداية وكذا يجوز الانتفاع بالمخلوط لا بغير المخلوط فى الصحيح اه قال الاتقانى قوله لا بغير المخلوط فى الصحيح احترز بالصحيح عن الرواية الاخرى وهى أن الانتفاع بالعذرة يجوز وان لم تكن مخلوطة والروايتان نقلهما الفقيه قبل هذا اه قوله فى الهداية أى وفى الكافى مثله اه (قوله الا أن يكون مثله لا يملك مثل ذلك) أى ككتاب فى يد جاهل ولم يكن فى آبائه من هو أهل لذلك وكدرة فى يد فقير لا يملك شيأ اه (قوله لاعتماده الدليل الشرعى) أى وهو أن اليد دليل الملك والتنزه أفضل اه غاية (قوله ولم يشترها حتى يسأل) أى اذا أتاه عبد أو جارية بجارية فأراد بيع الجارية فلا يشتر قبل السؤال عن ذلك فان ذكر أن مولاه قد أذن له فيه وهو ثقة مأمون فلا بأس بشرائه وقبوله منه اه غاية (قوله وان أخبره أن مولاها أذن له وهو ثقة الخ) فلا بأس بشرائه وقبوله منه وذلك لان يد المملوك لا يصلح دليلا للملك لان الرق مناف للملك واذا أخبر أن مولاه قد أذن فلا بأس بشرائه لان خبر الواحد مقبول فى المعاملات وهو اخبار فى غير موضع المنازعة فيقبل اه غاية (قوله لقيام المانع) أى وهو الرق اه وكتب ما نصه عن التصرف اه (قوله ولو أن امرأة أخبرها رجل ثقة أن زوجها الخ) فى الهداية ولو أن امرأة أخبرها ثقة أن زوجها الخ اه (قوله فلا بأس بان تعتد ثم تتزوج) وهذا فى الاخبار وأما فى الشهادة فلا يصح وان كان الشاهد اثنين لانه قضاء على الغائب ألا ترى الى ما ذكر الاستروشنى فى الفصل الرابع من فصوله اذا شهد اثنان على الطلاق والزوج غائب لا يقبل لعدم الشهادة على الخصم ولو كان الزوج حاضرا يقبل وان لم توجد دعوى المرأة بطريق الحسبة وهذا فى الشهادة عند القاضى أما اذا قالوا لامرأة الغائب ان زوجك طلقك أو أخبرها بذلك واحد عدل فاذا انقضت عدتها حل لها أن تتزوج آخر كذا فى الفصول اه اتقانى

تزوجها وهي مرتدة أو أختك من الرضاع لم يتزوج باختها ولا بأربع سواها حتى يشهد بذلك عدلان لانه أخبر بفساد مقارن والاقدام على العقد يدل على صحته وانكار فساده فيثبت المنازع بالظاهر بخلاف ما اذا كانت المنكوحة صغيرة فأخبر الزوج أنها ارتضعت من أمه أو أخته بعد النكاح حيث يقبل خبر الواحد فيه لان القاطع طار والاقدام الاول لا يدل على انعدامه فلم يثبت المنازع فافترقا وعلى هذا الاصل يدور الفرق ولو كانت جارية صغيرة لا تعبر عن نفسها في يد رجل يدعي أنها له فلما كبرت لقيها رجل في بلد آخر فقالت أنا حرة الاصل لا يسعه أن يتزوجها لتحقق المنازع بخلاف ما تقدم وهو ما اذا كان المنافي طاريا قال رحمه الله (وكره لرب الدين أخذ ثمن خمر باعها مسلم لا كافر) معناه اذا كان لشخص مسلم دين على مسلم فباع الذي عليه الدين خمرا وأخذ ثمنها وقضى به الدين لا يحل للدائن أن يأخذ ثمن الخمر بدينه وان كان البائع كافرا جاز له أخذه والفرق أن البيع في الوجه الاول باطل لان الخمر ليس بمال متقوم في حق المسلم فبقي الثمن على ملك المشتري فلا يحل له أخذه من البائع وفي الوجه الثاني صح البيع لانه مال متقوم في حق الكافر وملكه البائع فيحل الاخذ منه بخلاف المسلم لما ذكرنا وفي النهاية عن محمد هذا اذا كان القضاء والاقتضاء بالتراضي فان كان بقضاء القاضي بان قضى عليه بهذا الثمن ولم يعلم القاضي بكونه ثمن الخمر يطيب له ذلك بقضائه وهو مشكل فانه مال الغير فكيف يطيب له ومحمد رحمه الله أيضا لا يرى نفوذ قضاء القاضي باطنا وانما ينفذ ظاهرا فقط عنده وعلى هذا اذا مات مسلم وترك ثمن خمر باعها هو ولا يحل لورثته أن يأخذوا ذلك لانه كالمغصوب وقال في النهاية قال بعض مشايخنا كسب المغنية كالمغصوب لم يحل أخذه وعلى هذا قالوا لو مات رجل وكسبه من بيع الباذق أو الظلم أو أخذ الرشوة يتورع الورثة ولا يأخذوا منه شيأ وهو أولى لهم ويردونها على أربابها ان عرفوهم والا تصدقوا بها لان سبيل الكسب الخبيث التصدق اذا تعذر الرد على صاحبه قال رحمه الله (واحتكار قوت الآدمي والبهيمة في بلد يضر بأهله) أي يكره الاحتكار في القوت اذا كان يضر بأهل البلد لقوله عليه الصلاة والسلام الجالب مرزوق والمحتكر ملعون ولانه تعلق به حق العامة وفي الامتناع عن البيع ابطال حقهم وتضييق الامر عليهم فيكره اذا كان يضر بهم ذلك بان كانت البلدة صغيرة بخلاف ما اذا لم يضر بأن كان المصر كبيرا لانه حابس ملكه من غير اضرار بغيره وتلقي الجلب على هذا التفصيل وقد ذكرناه في البيوع وتخصيص الاحتكار بالاقوات قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف كل ما أضر بالعامة حبسه فهو احتكار وان كان ثيابا أو دراهم ونحو ذلك اعتبارا لحقيقة الضرر اذ هو المؤثر في الكراهة وهما اعتبرا الضرر المتعارف المعهود ثم المدة اذا قصرت لا تكون احتكارا لعدم الضرر واذا طالت تكون احتكارا مكروها لتحقق الضرر ثم قيل هي مقدرة باربعين ليلة لقوله عليه الصلاة والسلام

(قوله حيث يقبل خبر الواحد فيه) أي لان هذا من باب الديانة فيقبل فيه خبر الواحد اهـ اتقاني (قوله وعلى هذا الاصل يدور الفرق) أي بين قبول قول الواحد وعدم قبوله يعني اذا كان الاخبار في غير موضع المنازعة يقبل قول الواحد واذا كان في موضع المنازعة لا يقبل اهـ غاية (قوله فقالت) ولو قالت ان سيدي قد أعتقني حل له أن يتزوجها اهـ غاية (قوله لتحقق المنازع) أي وهو ذو اليد اهـ (قوله اذا كان يضر بأهل البلد) قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن أبي يوسف الاحتكار في كل ما يضر بالعامة احتكاره وقال الاحتكار أن يحبسه عنده أكثر السنة فان حبسه عنده شهرا أو نحو ذلك فانه على قدر ما يحبسه وقال هشام عن محمد الحكرة في الحنطة والشعير والتمر الذي هو قوت الناس والقت الذي هو قوت البهائم وليس في الثياب حكرة ولا في الارز ولا في العسل ولا في السمن ولا في الزيت حكرة وقال أبو يوسف في الزيت حكرة الى هنا لفظ الكرخي وجه قول أبي يوسف عموم النهي عن الحكرة بلا فصل لان الضرر يلحق بحكرة هذه الاشياء كالحنطة ولمحمد أن الادهان والعسل ليس بها قوام الابدان فلا يضر عدمها كما في سواها وهذا لان الحاجة اللازمة الدائمة في الاقوات دون غيرها فلا يكره حبس غير الاقوات قال القدوري في شرح مختصر الكرخي وأما قول محمد ان حبس الارز ليس باحتكار فهو محمول على البلاد التي لا يتقوتون به وأما في الموضع الذي هو قوتهم مثل طبرستان فهو احتكار وأما الثياب فلان قوام الابدان وبقاء الحياة لا يتوقف عليها قاله الاتقاني (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم الجالب مرزوق والمحتكر ملعون) قال الاتقاني قال الفقيه أبو الليث في كتاب تنبيه الغافلين روى عن سعيد بن المسيب عن عمر بن الخطاب عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الجالب مرزوق والمحتكر ملعون قال الفقيه انما أراد بالجالب الذي يشتري الطعام للبيع فيجلبه الى بلده فيبيعه فهو مرزوق لان الناس ينتفعون به فيناله بركة دعاء المسلمين والمحتكر يشتري الطعام للمنع و يضر بالناس ولان في ذلك تضييقا على المسلمين فلم يجز ولهذا نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن تلقي الجلب وعن تلقي الركبان اهـ وكتب ما نصه قيل اللعن على قسمين أحدهما الطرد من رحمة الله وذلك لا يكون الا للكافر والثاني الالقاء عن درجة الابرار ومقام الصالحين وهو المراد بقوله المحتكر ملعون لان عند أهل السنة المؤمن لا يخرج عن الايمان بارتكاب كبيرة كذا في الكفاية اهـ (قوله ثم قيل هي) أي مدة الاحتكار التي يمنع منها اهـ غاية

من احتكر طعاما أربعين ليلة فقد برئ من الله و برئ الله منه وقيل بالشهر لان مادونه قليل عاجل والشهر ومافوقه كثير آجل وقد مر في غير موضع ويقع التفاوت في المأثم بين أن يتربص العزة وبين أن يتربص القحط والعياذ بالله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا وأما الاثم فيحصل وان قلت المدة فالحاصل أن التجارة في الطعام غير محمودة قال رحمه الله (لا غلة ضيعته وماجلبه من بلد آخر) أي لا يكره احتكار غلة أرضه أو احتكار ماجلبه من بلد آخر لانه خالص حقه فلم يتعلق به حق العامة فلا يكون احتكارا ألا ترى أن له أن لا يزرع ولا يجلب فكذا له أن لا يبيع وهذا في المجلوب قول أبي حنيفة خاصة لان حق العامة يتعلق بما جلب وجمع في المصر أو في فنائه ولم يتعلق حقهم بما في بلد آخر فاذا نقله من بلد آخر كان له حبسه لعدم تعلق حقهم به فصار كغلة ضيعته والجامع عدم تعلق حقهم به اذ كان له أن لا ينقل كما كان له أن لا يزرع فكذا له أن لا يبيع ذلك وقال أبو يوسف رحمه الله يكره له حبس ماجلبه من بلد آخر لاطلاق ماروينا ولالحاق الضرر بالعامة ولانه يتوهم حصوله لهم بان يجلبه غيره لهم أو يجلبوه هم لانفسهم كما نقله هو وجلبه فكان بحبسه مبطلا حقهم في النقل والجلب فصار كما اذا حبس المجلوب الى المصر أو فنائه بخلاف مازرعه في ضيعته لانعدام هذا المعنى وقال محمد ان نقله من موضع يجلب منه الى المصر في الغالب يكره حبسه لان حق العامة تعلق به لانه بمنزلة فناء المصر ألا ترى أنه كان ينقل لو لم يأخذه هو بخلاف ما اذا نقله من بلد بعيد لم تجر العادة بالحمل منه الى المصر لانه لم يتعلق به حقهم ألا ترى أنه لو لم يأخذه لم ينقل اليهم فصار كغلة ضيعته قال رحمه الله (ولا يسعر السلطان الا أن يتعدى أرباب الطعام عن القيمة تعديا فاحشا) لقوله عليه الصلاة والسلام لا تسعروا فان الله هو المسعر القابض الباسط الرازق ولان الثمن حق البائع فكان اليه تقديره فلا ينبغي للامام أن يتعرض لحقه الا اذا كان أرباب الطعام يتحكمون على المسلمين ويتعدون تعديا فاحشا وعجز السلطان عن صيانة حقوق المسلمين الا بالتسعير فلا بأس به بمشورة أهل الرأي والنظر فاذا فعل ذلك على رجل فتعدى عن ذلك فباعه بثمن فوقه أجازه القاضي وهذا لا يشكل عند أبي حنيفة لانه لا يرى الحجر على الحر وكذا عندهما الا أن يكون الحجر على قوم بأعيانهم لانه اذا لم يكن على قوم بعينهم لا يكون حجرا بل يكون فتوى في ذلك وينبغي للقاضي أو السلطان أن لا يعجل بعقوبته اذا رفع اليه هذا الامر ولا بالتسعير بل يأمره بان يبيع مافضل عن قوته وقوت أهله على اعتبار السعة وينهاه عن الاحتكار ويعظه ويزجره عنه فاذا رفع اليه ثانيا فعل به كذلك وهدده وان رفع اليه ثالثا حبسه وعزره حتى يمتنع عنه ويزول الضرر عن الناس ولا يسعر الا اذا أبوا أن يبيعوه الا بغبن فاحش ضعف القيمة وعجز عن صيانة حقوقهم الا به فلا بأس به بمشورة أهل الرأي على مابينا وان امتنع من البيع بالكلية قيل لا يبيع عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يبيع بناء على أنه لا يرى الحجر على الحر البالغ العاقل وهما يريانه كما في بيع مال المديون وقيل يبيعه بالاجماع لان أبا حنيفة رحمه الله يرى الحجر لدفع ضرر عام كما بينا في كتاب الحجر ومن باع منهم بما قدره الامام صح لانه غير مكره على البيع هكذا ذكره صاحب الهداية وذكر في المحيط وفي شرح المختار أن البائع ان كان يخاف اذا نقص أن يضربه الامام لا يحل للمشتري ذلك لانه في معنى المكره والحيلة فيه أن يقول له بعني بما تحب فحينئذ بأي شيء باعه يحل ولو اصطلح أهل بلدة على سعر الخبز واللحم وشاع ذلك فيما بينهم فاشترى رجل منهم خبزا بدرهم أو لحما فأعطاه البائع ناقصا والمشتري لا يعرف ذلك كان له أن يرجع عليه بالنقصان اذا عرف لان المعروف كالمشروط وان كان المشتري من غير أهل تلك البلدة كان له أن يرجع بالنقصان في الخبز دون اللحم لان سعر الخبز يظهر عادة في البلدان وسعر اللحم لا يظهر الا نادرا فيكون شارطا في الخبز مقدارا معينا باعتبار العادة دون اللحم ولو خاف الامام على أهل مصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا من باب الحجر وانما هو دفع الضرر عنهم كما في حال المخمصة ذكره في شرح المختار قال رحمه الله (وجاز بيع العصير من خمار) لان المعصية لا تقوم

(قوله ومافوقه كثير آجل) وقد روينا قبل عن مختصر الكرخي عن أبي يوسف أنه قدّر مدة الاحتكار بأكثر السنة اه غاية (قوله ويقع التفاوت في المأثم الخ) يعني ان اثم من تربص القحط أعظم من اثم من تربص عزة الطعام وهي الغلاء اه غاية (قوله وقيل المدة للمعاقبة في الدنيا) يعني أن تقدير مدة الاحتكار للمعاقبة في الدنيا حتى يعزر الامام المحتكر ويهدده أما الاثم فيحصل وان قلت مدة الاحتكار اه غاية البيان (قوله غير محمودة) أي بطريق الاحتكار وأما الاسترباح فيه بلا احتكار فلا بأس به كذا في الفوائد الشاهية اه (قوله في المتن ولا يسعر السلطان الخ) وقال مالك يجب التسعير على الوالي دفعا للضرر عن العامة اه غاية (قوله وقوت أهله على اعتبار السعة) أي في قوته وقوت أهله اه غاية (قوله قيل لا يبيع) أي القاضي على المحتكر طعامه من غير رضاه اه (قوله كما في بيع مال المديون) أي المفلس اذا امتنع عن البيع اه (قوله وقيل يبيعه بالاجماع) قال الاتقاني وقيل يبيعه بالاتفاق واليه ذهب القدوري في شرحه قال وقد قال أصحابنا اذا خاف الامام على أهل المصر الهلاك أخذ الطعام من المحتكرين وفرقه عليهم فاذا وجدوا ردوا مثله وليس هذا حجرا وانما هو للضرورة ومن اضطر الى مال غيره وخاف الهلاك جاز له أخذه بغير رضاه اه (قوله وقالا لا ينبغي) أي لا يجوز وبه قالت الثلاثة اه

بعينه

بعينه بل بعد تغيره بخلاف بيع السلاح من أهل الفتنة لان المعصية تقوم بعينه فيكون اعانة لهم وتسبيبا وقد نهينا عن التعاون على العدوان والمعصية ولان العصير يصلح الاشياء كلها جائز شرعا فيكون الفساد الى اختياره قال رحمه الله (واجارة بيت ليتخذ بيت نار أو بيعة أو كنيسة أو يباع فيه خمر بالسواد) أى جاز اجارة البيت ليتخذ معبدا للكفار والمراد ببيت النار معبد المجوس وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا ينبغى أن يكريه لشئ من ذلك لانه اعانة على المعصية وقد قال الله تعالى وتعاونوا على البر والتقوى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وله أن الاجارة على منفعة البيت ولهذا يجب الاجر بمجرد التسليم ولا معصية فيه وانما المعصية بفعل المستأجر وهو مختار فيه لقطع نسبته عنه فصار كبيع الجارية لمن لا يستبرئها أو يأتيها من دبرها أو بيع الغلام من لوطى والدليل عليه انه لو أجره للسكنى جاز وهو لا بد له فيه من عبادته وانما قيده بالسواد لانهم لا يمكنون من احداث المعبد واظهار بيع الخمور والخنازير فى الامصار لظهور شعائر الاسلام فيها فلا يعارض باظهار شعائر الكفر بخلاف السواد قالوا هذا فى سواد الكوفة لان غالب أهلها أهل ذمة وأما فى سواد غيرها فيه شعائر الاسلام ظاهرة فلا يمكنون فيها فى الاصح قال رحمه الله (وحمل خمر لذمى بأجر) أى جاز ذلك أيضا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا هو مكروه لانه عليه الصلاة والسلام لعن فى الخمر عشرة وعد منها حاملها وله أن الاجارة على الحمل وهو ليس بمعصية ولا تسبب لها وانما تحصل المعصية بفعل فاعل مختار وليس الشرب من ضرورات الحمل لان حملها قد يكون للاراقة أو التخليل فصار كما لو استأجره لعصر العنب أو قطفه والحديث محمول على الحمل المقرون بقصد المعصية وعلى هذا الخلاف اذا آجره دابة لينقل عليها الخمر أو آجره نفسه ليرعى له الخنازير فانه يطيب له الاجر عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما يكره وفى المحيط لا يكره بيع الزنانير من النصرانى والقلنسوة من المجوسى لان ذلك اذلال لهما وبيع المكعب المفضض للرجال أن يشتريه ليلبسه يكره لانه اعانة له على لبس الحرام ولو أن اسكافا أمره انسان أن يتخذ له خفا على زى المجوس أو الفسقة أو خياطا أمره انسان أن يخيط له ثوبا على زى الفساق يكره له أن يفعل له ذلك لان هذا تسبيب فى التشبه بالمجوس والفسقة قال رحمه الله (وبيع بناء بيوت مكة وأراضيها) يعنى يجوز أما البناء فظاهر لانه ملك لمن بناه ألا ترى أنه لو بنى فى المستأجر أو الوقف صار البناء ملكا له وجاز له بيعه وأما أرضها فالمذكور هنا قول أبى يوسف ومحمد وهو احدى الروايتين عن أبى حنيفة لان أراضيها مملوكة لاهلها لظهور آثار الملك فيها وهو اختصاصهم بها شرعا وقوله عليه الصلاة والسلام وهل ترك لنا عقيل من ربع دليل على أن أراضيها تملك وتقبل الانتقال من ملك الى ملك وقد تعارف الناس بيع أراضيها والدور التى فيها من غير نكير وهو من أقوى الحجج وقال أبو حنيفة لا يجوز بيع أراضيها لما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله حرم مكة فحرام بيع رباعها ولا تؤجر بيوتها ولان الحرم وقف الخليل عليه الصلاة والسلام ويكره اجارة أرضها لقوله عليه الصلاة والسلام من أكل أجور أرض مكة فكأنما أكل الربا ولان أراضى مكة كانت تدعى فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم وزمن الخليفتين من بعده السوائب من احتاج اليها سكنها ومن استغنى عنها أسكن غيره فيها ومن وضع درهما عند بقال يأخذ منه

(قوله لقطع نسبته عنه) قال فخر الدين قاضيخان فى شرحه أصل هذا اذا باع العصير ممن يتخذه خمرا عند أبى حنيفة يجوز ولا يكره وعندهما يكره اه غاية (قوله أو بيع الغلام من لوطى) قال الولوالجى فى بيوع فتاواه رجل له عبد أمرد أراد أن يبيعه من فاسق يعلم أنه يعصى الله فيه غالبا يكره هذا البيع لانه اعانة على المعصية اه غاية وكتب ما نصه ذكر فى باب بيوع أهل الذمة من المحيط المسلم الفاسق اذا اشترى عبدا أمرد وكان ممن يعتاد اتباع الامرد يجبر على بيعه دفعا للفساد اه (قوله وقالا هو مكروه) قال فخر الاسلام قول أبى حنيفة قياس وقولهما استحسان اه غاية وكتب ما نصه لانه اعانة على المعصية فيكره لقوله تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان اه غاية (قوله وعد منها حاملها) وانما لعن الحامل لاعانته على المعصية اه غاية (قوله المقرون بقصد المعصية) أى وهو شرب الخمر ولا كلام لنا فيه فان ذلك مكروه اه غاية (قوله ومن وضع درهما عند بقال الخ) قال الكرخى فى مختصره فى كتاب الصرف وكل قرض جر منفعة لا يجوز مثل أن يقرض دراهم غلة على أن يعطيه صحاحا أو يقرض قرضا على أن يبيع به بيعا لانه روى أن كل قرض جر منفعة فهو ربا وتأويل هذا عندنا أن تكون المنفعة موجبة بعقد القرض مشروطة فيه وان كانت غير مشروطة فيه فاستقرض غلة فقضاه صحاحا من غير أن يشترط عليه جاز وكذلك لو باعه شيأ ولم يكن شرط البيع فى أصل العقد جاز ذلك ولم يكن به بأس الى هنا لفظ الكرخى فى مختصره وذلك لان القرض تمليك الشئ بمثله فاذا جر نفعا صار كأنه استزاد فيه الربا فلا يجوز ولان القرض تبرع وجر المنفعة يخرجه عن موضعه وانما يكره اذا كانت المنفعة مشروطة فى العقد واذا لم تكن مشروطة فيه يكون المقترض متبرعا بها فصار كالرجحان الذى دفعه صلى الله عليه وسلم فى بدل القرض وقد روى عن ابن عمر أنه كان يستقرض فاذا خرج عطاؤه أعطاه أجود مما أخذ قال القدورى فى شرحه والذى حكى عن أبى حنيفة أنه أقرض رجلا مالا ثم جاء ليقبضه فلم يقف فى ظل حائطه ووقف فى الشمس حتى خرج

ماشاء كره له ذلك لانه اذا ملكه الدرهم فقد أقرضه اياه وقد شرط أن يأخذ منه ما يريد من التوابل والبقول وغير ذلك مما يحتاج اليه شيأ فشيأ وله في ذلك نفع وهو بقاء درهمه وكفايته للحاجات ولو كان في يده لخرج من ساعته ولم يبق فيصير في معنى قرض جر نفعا وهو منهي عنه وينبغي أن يودعه اياه ثم يأخذ منه شيأ فشيأ وان ضاع فلا شيء عليه لان الوديعة أمانة قال رحمه الله (وتعشير المصحف ونقطه) لان القراءة والآي توقيفية ليس للرأي فيها مدخل فبالتعشير حفظ الآي وبالنقط حفظ الاعراب فكانا حسنين ولان العجمي الذي لا يحفظ القرآن لا يقدر على القراءة الا بالنقط فكان حسنا وماروي عن ابن مسعود أنه قال جردوا القرآن فذاك في زمنهم لانهم كانوا ينقلونه عن النبي صلى الله عليه وسلم كما أنزل وكانت القراءة سهلة عليهم وكانوا يرون النقط مخلا بحفظ الاعراب والتعشير بحفظ الآي ولا كذلك العجمي في زماننا فيستحسن لعجز العجمي عن التعلم الا به وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور وعد الآي فهو وان كان محدثا فمستحسن وكم من شيء يختلف باختلاف الزمان والمكان قال رحمه الله (وتحليته) أي يجوز تحلية المصحف لما فيها من تعظيمه كما في نقش المسجد وتزيينه وقد ذكرناه من قبل وذكرنا الخلاف فيه اذا كانت التحلية بذهب أو فضة غير مموه قال رحمه الله (ودخول ذمي مسجدا) أي جاز ادخال الذمي جميع المساجد وقال مالك رحمه الله يكره ذلك في كل مسجد وقال الشافعي يكره في المسجد الحرام لقوله تعالى انما المشركون نجس فلا يقربوا المسجد الحرام بعد عامهم هذا ولان الكافر لا يخلو عن الجنابة فوجب تنزيه المسجد عنه وعدى مالك الى سائر المساجد لعموم العلة وهي النجاسة لان كلها تنزه عنها ولنا أن النبي صلى الله عليه وسلم أنزل وفد ثقيف في المسجد وضرب لهم خيمة فيه فقالت الصحابة رضي الله عنهم المشركون نجس فقال عليه الصلاة والسلام ليس على الارض من نجاستهم شيء وانما نجاستهم على أنفسهم وروى أن أبا سفيان دخل في حال كفره مسجد النبي صلى الله عليه وسلم والنجاسة المذكورة في الآية هي الخبث في اعتقادهم لان كل قبيح رجس وهو النجس ألا ترى أن الازلام والميسر سميت في القرآن رجسا لقبحها والمراد بالمنع المذكور في الآية عن قربانهم المسجد الحرام منعهم عن الطواف لانهم كانوا يطوفون بالبيت عراة على ماذكره أهل التفسير وكان الحكم لهم فيفعلون ما أرادوا ولما أعلى الله تعالى كلمته ونصر دينه وفتح على المسلمين بعد الفتح نهوا عن ذلك ومنعوا من دخوله لقصد الطواف بالكلية قال رحمه الله (وعيادته) أي تجوز عيادة الذمي لما روى أن يهوديا مرض بجوار النبي صلى الله عليه وسلم فقال قوموا بنا نعود جارنا اليهودي فعاده وقعد عند رأسه وقال قل لا اله الا الله محمد رسول الله فنظر المريض الى أبيه فقال له أبوه أجبه فأجابه وشهد أن لا اله الا الله وأن محمدا رسول الله ثم مات وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الذي أنقذ بي نسمة من النار ولان العيادة نوع من البر وقد قال الله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم من دياركم أن تبروهم وتقسطوا اليهم ولا بأس برد السلام على الذمي ولا يزيد على قوله وعليكم فانه عليه الصلاة والسلام لم يزد حين رد على اليهودي ولا يبدأه بالسلام لان فيه تعظيمه وتكريمه وان كان له حاجة اليه فلا بأس ببداءته به ولا يدعو له بالمغفرة ولو دعا له بالهدى جاز لانه عليه الصلاة والسلام قال اللهم اهد قومي فانهم لا يعلمون ولو دعا له بطول العمر قيل لا يجوز لان فيه التمادي على الكفر وقيل يجوز لان في طول عمره نفعا للمسلمين باداء الجزية فيكون دعاء لهم وعلى هذا الاختلاف الدعاء له بالعافية وهذا اذا كان من أهل الكتاب كاليهودي والنصراني وان كان مجوسيا قيل لا يعوده لانه أبعد عن الاسلام من أهل الكتاب وقيل يعوده لان فيه اظهار محاسن الاسلام وترغيبه فيه وتأليفه وقد ندبنا اليه واختلفوا في عيادة الفاسق أيضا والاصح انه لا بأس بها لانه مسلم والعيادة من حقوق المسلمين واذا مات الكافر قال لوالده أو قريبه في تعزيته أخلف الله عليك خيرا منه وأصلحك أي أصلحك

اليه فلا أصل له وأبوحنيفة أفقه من ذلك لان الوقوف تحت الحائط ليس بمنفعة تملك ولا أوجبها القرض ولو منع من ذلك المنع من الجلوس في سراجه لانه انتفاع به وهذا لا شبهة فيه اه اتقاني (قوله وله) أي للقرض اه (قوله وعلى هذا لا بأس بكتابة أسامي السور الخ) قال في شرح الطحاوي لابي بكر الرازي في كتاب الكراهية وكان الشيخ أبو الحسن يقول لا يكره ما يكتب في تراجم السور حسب ما جرت به العادة لان في ذلك ابانة عن معنى السورة وهو بمنزلة كتابة التسمية في أوائلها للفصل اه (قوله والمراد بالمنع المذكور في الآية الخ) قال الاتقاني والآية عند أصحابنا محمولة على أن يمنعوا من تولي المسجد الحرام والقيام بمصالحه ويعزلون عن ذلك أو على طوافهم عراة كما كانوا يفعلون كذلك في الجاهلية فأمر الله بتنزيه المسجد الحرام عن ذلك لا أن نفس الدخول ممنوع يدل على هذا ما حدث البخاري في جامعه الصحيح باسناده الى حميد بن عبد الرحمن بن عوف أن أبا هريرة أخبره أن أبا بكر بعثه في الحجة التي أمره رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل حجة الوداع في رهط يؤذن في الناس ألا لا يحجن بعد العام مشرك ولا يطوفن بالبيت عريان اه (قوله وقال النبي صلى الله عليه وسلم الحمد لله الخ) قال محمد وبه نأخذ لا نرى بعيادة اليهود والنصارى والمجوس بأسا كذا في كتاب الآثار لمحمد قال الاتقاني ونص محمد في المجوسي على أنه لا بأس بعيادته ولكن المشايخ اختلفوا فيه (قوله لانه أبعد من الاسلام عن أهل الكتاب) ألا ترى أنه لا يجوز ذبيحة المجوس ونكاحهم بخلاف اليهود والنصارى اه اتقاني بالاسلام

بالاسلام ورزقك ولدا مسلما لان الخيرية به تظهر ويقول فى تعزية المسلم أعظم الله أجرك وأحسن عزاءك ورحم ميتك وكثر عددك قال رحمه الله (وخصاء البهائم) أى جاز لانه عليه الصلاة والسلام ضحى بكبشين أملحين موجوءين والموجوء هو الخصى ولان لحمه يطيب به ويترك النطاح فكان حسنا قال رحمه الله (وانزاء الحمير على الخيل) لانه عليه الصلاة والسلام ركب البغل واقتناه ولو لم يجز لما فعله لان فيه فتح بابه وما ورد فيه من النهى كان لاجل تكثير الخيل قال رحمه الله (وقبول هدية العبد التاجر واجابة دعوته واستعارة دابته وكره كسوته الثوب وهديته النقدين) يعنى الدراهم والدنانير والقياس أن لا يجوز الكل لانه تبرع والعبد ليس من أهله لكن جوز فى الشئ اليسير للضرورة استحسانا لانه لا يجد بدا منه كالضيافة ليجتمع اليه المجاهزون ويجلب قلوب المعاملين فكان من ضرورات التجارة ومن ملك شيأ ملك ما هو من ضروراته وقد صح أن سلمان الفارسى أهدى الى النبى صلى الله عليه وسلم هدية قبل أن يعتق فقبلها النبى صلى الله عليه وسلم وقبل هدية بريرة فقال هو لها صدقة ولنا هدية وكان عليه الصلاة والسلام يجيب دعوة المملوك وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم حتى روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد أنه قال دعوت رهطا من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم فيهم أبو ذر رضى الله عنهم فحضرت الصلاة فقدمونى وأنا يومئذ عبد ولا ضرورة فى الشئ الكثير كالدراهم والثياب فبقى على الاصل قال رحمه الله (واستخدام الخصى) أى يكره استخدام الخصى لان فيه تحريض الناس على الخصاء وهو مثلة وقد صح انه عليه الصلاة والسلام نهى عنها فتحرم قال رحمه الله (والدعاء بمعقد العز من عرشك) أى يكره أن يقول فى دعائه اللهم انى أسئلك بمعقد العز من عرشك وللمسئلة عبارتان بمعقد وبمقعد فالاولى من العقد والثانية من القعود تعالى الله عن ذلك علوا كبيرا ولا شك فى كراهية الثانية لاستحالة معناها على الله تعالى وكذا الاولى لانه يوهم أن عزه متعلق بالعرش والعرش حادث وما يتعلق به يكون حادثا ضرورة والله متعال عن تعلق عزه بالحادث بل عزه قديم لانه صفته وجميع صفاته قديمة قائمة بذاته لم يزل موصوفا بها فى الأزل ولن يزال فى الابد ولم يزدد شيأ من الكمال لم يكن له فى الازل بحدوث العرش وغيره وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا بأس به وبه أخذ الفقيه أبو الليث لما روى أنه عليه الصلاة والسلام كان من دعائه اللهم انى أسئلك بمعقد العز من عرشك ومنتهى الرحمة من كتابك وباسمك الاعظم وجدك الاعلى وكلماتك التامة والاحوط الامتناع لكونه خبر واحد فيما يخالف القطعى اذ المتشابه يثبت بالقطعى ولو جعل العز صفة للعرش كان جائزا لان العرش موصوف فى القرآن بالمجد والكرم فكذا بالعز ولا يشك أحد أنه موضع الهيبة واظهار كمال القدرة وان كان الله تعالى مستغنيا عنه قال رحمه الله (وبحق فلان) أى يكره أن يقول فى دعائه بحق فلان وكذا بحق أنبيائك وأوليائك أو بحق رسلك أو بحق البيت أو المشعر الحرام لانه لا حق للخلق على الله تعالى وانما يخص برحمته من يشاء من غير وجوب عليه ولو قال رجل لغيره بحق الله أو بالله أن تفعل كذا لا يجب عليه أن يأتى بذلك شرعا وان كان الاولى أن يأتى به قال رحمه الله (واللعب بالشطرنج والنرد وكل لهو) لقوله عليه الصلاة والسلام كل لعب ابن آدم حرام الا ثلاثة ملاعبة الرجل أهله وتأديبه لفرسه ومناضلته بقوسه

(قوله وأحسن عزاءك) قال فى المصباح وعزيته تعزية قلت له أحسن الله عزاءك أى رزقك الله الصبر الحسن والعزاء مثل سلام اسم من ذلك مثل سلم سلاما وكلم كلاما وتعزى هو تصبر وشعاره أن يقول إنا لله وإنا اليه راجعون اهـ (قوله والموجوء هو الخصى) فيه نظر تقدم فى الاضحية اهـ (قوله كان لاجل تكثير الخيل) وكانت الخيل فى بنى هاشم قليلة فأحب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن تكثر فيهم اهـ اتقانى (قوله فى المتن وقبول هدية العبد التاجر الخ) قال الكرخى فى كتاب المأذون من مختصره لو أهدى المأذون هدية أو دعا رجلا الى منزله فغداه أو أعار رجلا دابة ليركبها أو ثوبا ليلبسه فذلك جائز لا بأس به ولا ضمان على الرجل الحر فى شئ من ذلك ان عطبت الدابة تحته أو تخرق الثوب من لبسه ولا بأس أن يقبل الرجل ذلك من العبد كان على العبد دين أو لم يكن وهذا استحسان من أبى حنيفة وأبى يوسف ومحمد وليس بقياس اهـ وبلغنا عن عمر بن الخطاب أنه سئل عن العبد يتصدق بالشئ قال بالرغيف ونحوه ولا بأس بصدقة العبد المأذون له بالطعام وقال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد ليس للعبد المأذون أن يهب درهما ولا يتصدق به ولا يكسو ثوبا وانما أستحسن من ذلك فى الطعام ونحوه اهـ اتقانى (قوله روى عن أبى سعيد مولى أبى أسيد أنه قال) أى قال أعرست وأنا عبد فدعوت الخ اهـ غاية (قوله لاستحالة معناها على الله) أى لأنه وصف الله تعالى بما هو باطل وهو القعود وهو التمكن على العرش وذلك قول المجسمة وهو قول باطل اهـ (قوله وعن أبى يوسف الخ) قال الكرخى فى مختصره قال أبو يوسف لا أكره هذا وأكره بحق فلان وبحق أنبيائك ورسلك وبحق البيت والمشعر الحرام وهذا النحو الى هنا لفظ الكرخى اهـ غاية (قوله أنه لا بأس به) وبه قالت الثلاثة اهـ عينى (قوله فى المتن واللعب بالشطرنج الخ) أما النرد فحرام بالاجماع وأما الشطرنج فان قامر به فهو حرام بالاجماع لان الله تعالى حرم القمار وان لم يقامر فكذلك عندنا اهـ اتقانى

وأباح الشافعي الشطرنج من غير قمار ولا اخلال بحفظ الواجبات لان فيه تشحيذ الخاطر وتذكية نار الافهام والحجة عليه ما روينا وما روى أن ابن عمر رضي الله عنهما مر بقوم يلعبون الشطرنج فلم يسلم عليهم وقال ماهذه التماثيل التي أنتم لها عاكفون ولانه لعب يصد صاحبه عن الجمع والجماعات وعن ذكر الله عز وجل غالبا فيكون حراما كالنردشير والنرد قال عليه الصلاة والسلام من لعب بالنردشير فكأنما صبغ يده في لحم خنزير رواه مسلم وأحمد وأبو داود وعن أبي موسى أن النبي صلى الله عليه وسلم قال من لعب بالنرد فقد عصى الله ورسوله رواه مالك وأحمد وغيرهما وأما منفعته التي ذكرها فغاوية تابعة والعبرة للغالب في التحريم ألا ترى الى قوله تعالى واثمهما أكبر من نفعهما فاعتبر الغالب في التحريم وهل رؤى من يلعب بالشطرنج يصلي فضلا عن الجماعة وان صلى فقلبه متعلق به فكان في اباحته اعانة الشيطان على الاسلام والمسلمين ثم ان كان يقامر به سقطت عدالته وان لم يقامر وكان متأولا ولم يصده ذلك عن الصلاة لم تسقط عدالته ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأسا ليشغلهم عما هم فيه وكرهه أبو يوسف ومحمد تحقيرا لهم وروى أن عليا رضي الله عنه مر بقوم يلعبون بالشطرنج ولم يسلم عليهم فقيل له في ذلك فقال كيف أسلم على قوم يعكفون على أصنام وروى أنه ضرب على رؤسهم ولا بأس بالمسابقة في الرمي والفرس والابل ان شرط المال من جانب واحد بأن يقول أحدهما لصاحبه ان سبقتني فلك كذا وان سبقتك فلا شئ لي لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا في خف أو نصل أو حافر رواه أحمد وأبو داود وجماعة أخر وحرم لو شرط المال من الجانبين بأن يقول ان سبق فرسك أعطيتك كذا وان سبق فرسي فاعطني كذا الا اذا أدخلا ثالثا بينهما وقالا للثالث ان سبقتنا فالمال لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن أيهما سبق صاحبه أخذ المال المشروط وكذا المتفقهة اذا شرط لاحدهما الذي معه الصواب صح وان شرطاه لكل واحد منهما على صاحبه لا يجوز كما في المسابقة قال رحمه الله (وجعل الراية في عنق العبد) أي لا يجوز وهو معطوف على اللهو وصورته أن يجعل في عنقه طوق مسمر بمسمار عظيم يمنعه من تحريك رأسه وهو معتاد بين الظلمة وانه حرام لانه عقوبة الكفار فيحرم كالاحراق بالنار وقال عليه الصلاة والسلام لا تعذبوا بعذاب الله وفي النهاية انه علامة بانه آبق وقال لا بأس به في زماننا لغلبة الاباق خصوصا في الهنود وكان في زمانهم مكروها لقلة الاباق قال رحمه الله (وحل قيده) أي جاز قيد العبد احترازا عن الاباق والتمرد وهو سنة المسلمين في الفساق بخلاف الراية لانه محدث وشر الامور محدثاتها قال عليه الصلاة والسلام كل محدث بدعة وكل بدعة ضلالة وكل ضلالة في النار قال رحمه الله (والحقنة) أي جازت الحقنة للتداوي وجاز أن ينظر الى ذلك الموضع للضرورة لقوله عليه الصلاة والسلام لكل داء دواء واذا أصاب الدواء الداء برئ باذن الله تعالى رواه مسلم وأحمد وروى أن الاعراب قالت يارسول الله ألا نتداوى قال نعم عباد الله تداووا فان الله لم يضع داء الا وضع له شفاء أو دواء الا داء واحدا قالوا يارسول الله وما هو قال الهرم رواه الترمذي وصححه ورواه جماعة ومن الناس من كره التداوي لما روى ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال يدخل الجنة من أمتي سبعون ألفا بغير حساب هم الذين لا يسترقون ولا يتطيرون ولا يكتوون وعلى ربهم يتوكلون رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابن عباس أن امرأة سوداء أتت النبي صلى الله عليه وسلم فقالت انى أبرسم وانى أتكشف فادع الله لي قال ان شئت صبرت ولك الجنة وان شئت دعوت الله تعالى أن يعافيك فقالت أصبر فاني أتكشف فادع الله أن لا أتكشف فدعا لها رواه أولئك الثلاثة ولنا ما روينا وروى البخاري وأحمد أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أنزل الله تعالى داء الا أنزل له شفاء وروى أنه عليه الصلاة والسلام تداوى واحتجم وقال جابر ان رسول الله صلى الله عليه وسلم كوى سعد بن معاذ في أكحله مرتين رواه ابن ماجه ومسلم بمعناه ولا جناح على من تداوى اذا كان يرى أن الشافي هو الله دون الدواء وان الدواء جعله سببا لذلك والمعافى في

(قوله كالنردشير والنرد) كذا هو بخط الشارح والنرد هو النردشير قال في مجمع البحرين النرد معروف قال ابن دريد هو أعجمي معرب وقد جاء في الحديث الصحيح عن النبي صلى الله عليه وسلم من لعب بالنردشير فكأنما غمس يده في لحم خنزير ودمه اه وفي نهاية ابن الاثير النرد اسم أعجمي معرب وشير بمعنى حلو اه وفي لسان العرب والنرد معروف شئ يلعب به وليس بعربي وهو النردشير اه (قوله ولم ير أبو حنيفة بالسلام عليهم بأسا الخ) وأورد الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا لعب بالشطرنج يريد بذلك تعلم الحرب قيل له يكون وزره أشد لانه اتخذ آيات الله هزوا ولانه يرتكب المعصية ويظهر من نفسه أنه يريد الطاعة اه غاية (قوله ولا بأس بالمسابقة الخ) ترجم الشيخ الشلبي هنا فقال ﴿فصل في المسابقة﴾ (قوله لا يجوز كما في المسابقة) وستأتى أحكام المسابقة بأتم من هذا في مسائل شتى آخر الكتاب اه (قوله وصورته أن يجعل في عنقه طوق) أي من حديد اه اتقاني وفي شرح العيني بخطه طوق من خشب اه قوله من حديد وكذا في شرح منلا مسكين اه (قوله في المتن وحل قيده) والذي بخط الشارح وحل عقده اه

الحقيقة هو الله تعالى عند ذلك وما رواه بعضهم من الاخبار ما يدل على كراهية التداوى فذاك اذا كان يرى الشفاء من الدواء ويعتقد أنه لو لم يعالج لما سلم ونحن نقول لا يجوز لمثل هذا التداوى ولا فرق فى الحقنة بين الرجل والمرأة وانما يجوز ذلك بالاشياء الطاهرة ولا يجوز بالنجس كالخمر وكذا كل تداو لا يجوز الا بالطاهر لما روى ابن مسعود انه عليه الصلاة والسلام قال ان الله لم يجعل شفاءكم فيما حرم عليكم ذكره البخارى وعن أبى الدرداء أنه عليه الصلاة والسلام قال ان الله أنزل الداء والدواء وجعل لكل داء دواء فتداووا ولا تداووا بحرام رواه أبو داود ويجوز التداوى بالعظام كلها سواء كانت من الذكية أو من الميتة غير أنه اذا كانت من الميتة لا يجوز الا اذا كانت يابسة ليس فيها دسومة ومن الذكية يجوز كيفما كان الا عظم الخنزير والآدمى الخنزير لنجاسته والآدمى لكرامته اذ لا يجوز الانتفاع باجزائه ولا بأس بالرقى لانه عليه الصلاة والسلام كان يفعل ذلك وما جاء فيه من النهى عنه عليه الصلاة والسلام محمول على رقى الجاهلية اذ كانوا يرقون بكلمات كفر ألا ترى الى ما روى عن عروة بن مالك أنه قال كنا فى الجاهلية نرقى فقلنا يا رسول الله كيف ترى فى ذلك فقال اعرضوا على رقاكم لا بأس بالرقى ما لم يكن فيه شرك رواه مسلم وأبو داود وعن ابن مسعود أنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول ان الرقى والتمائم والتولة شرك رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه والتولة ضرب من السحر قال الاصمعى هو تحبيب المرأة الى زوجها وعن جابر أنه قال نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الرقى فجاء آل عمرو بن حزم فقالوا يا رسول الله انه كانت رقية نرقى بها من العقرب فانك نهيت عن الرقى قال فعرضوها عليه فقال ما أرى بأسا من استطاع منكم أن ينفع أخاه فليفعل رواه مسلم وعن عائشة رضى الله عنها قالت كان رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا مرض أحد من أهله نفث عليه بالمعوذات فلما مرض مرضه الذى مات فيه جعلت أنفث عليه وأمسحه بيد نفسه لانها أعظم بركة من يدى رواه البخارى ومسلم وأحمد والتداوى لا يمنع التوكل ولو أخبره طبيب بالدواء فلم يتداو حتى مات لا يأثم بخلاف ما اذا جاع ولم يأكل مع القدرة عليه حتى مات حيث يأثم لان زوال الجوع بالاكل متيقن به باعتبار العادة فان الله أجرى العادة بازالة الجوع وخلق الشبع عند الاكل لا يتخلف عنه أصلا بخلاف المرض عند التداوى فانه فى حيز التردد وقال فى النهاية يجوز التداوى بالمحرم كالخمر والبول اذا أخبره طبيب مسلم أن فيه شفاء ولم يجد غيره من المباح ما يقوم مقامه والحرمة ترتفع للضرورة فلم يكن متداويا بالحرام فلم يتناوله حديث ابن مسعود ويحتمل انه قاله فى داء عرف له دواء غير المحرم قال رحمه الله (ورزق القاضى) أى حل رزق القاضى من بيت المال لان بيت المال أعد لمصالح المسلمين والقاضى محبوس لمصالحهم والحبس من أسباب النفقة فكان رزقه فيه كرزق المقاتلة والزوجة يعطى منه ما يكفيه وأهله على هذا كانت الصحابة والتابعون رضى الله عنهم وبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عتاب بن أسيد الى مكة وفرض له وبعث عليا ومعاذا الى اليمن وفرض لهما وكان أبو بكر والخلفاء من بعده يأخذون كفايتهم فكان اجماعا وهذا اذا كان بيت المال حلالا جمع بحق وان كان حراما بان جمع بباطل لم يحل له أخذه لانه مال الغير فيجب رده على صاحبه ثم ان كان القاضى محتاجا فالافضل له أن يأخذ بل يجب لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا به اذ اشتغاله بالكسب يمنعه عن اقامة ما عليه وان كان غنيا فكذلك يأخذ منه كفايته عند بعضهم وهو الاصح لان ماله يفرغ بالنفقة الدائمة وفيه صيانة للحكم عن أن يهون عند الملوك ونظر لمن يجىء بعده من المحتاجين لانه اذا انقطع زمانا يتعذر رده عند تولية المحتاج هذا اذا أعطوه من غير شرط ومعاقدة

(قوله ولا يجوز بالنجس الخ) اذا سال الدم من أنف انسان فيكتب بالدم على جبهته وأنفه يجوز للاستشفاء والمعالجة ولو كتب بالبول ان علم أن فيه شفاء لا بأس به لكن لم ينقل وهذا لان الحرمة تسقط عند الاستشفاء ألا ترى ان العطشان يجوز له شرب الخمر والجائع يحل له أكل الميتة اه ولوالجى فى الفصل الثانى من الكراهية وذكر الولوالجى فى الفصل الثامن من الكراهية ما نصه التداوى بلبن الاتان اذا أشاروا اليه لا بأس به هكذا ذكر فى بعض المواضع وفيه نظر لان لبن الاتان حرام والاستشفاء بالمحرم حرام اه (قوله وكذا كل تداو الخ) ذكر الشارح قبيل قول المصنف وعشرون دلوا أن التداوى بالطاهر الحرام كلبن الاتان لا يجوز فما ظنك بالنجس اه وكتب ما نصه سيأتى فى آخر المقالة نقلا عن النهاية ما يخالف هذا اه (قوله قال ان الله أنزل الداء الخ) وهذا اذا فعل الحقنة للدواء فان فعل لاجل السمن فعن أبى يوسف لا باس به لان الهزال اذا تناهى به يورث السل اه غاية (قوله والتولة) كذا ضبطه الشارح اه (قوله والتداوى لا يمنع التوكل) قال فخر الاسلام البزدوى وغيره المذهب عند أهل السنة والجماعة وأئمة الفتوى أن التوكل المأمور به بعد كسب الاسباب ثم التوكل بعده على الله تعالى دون الاسباب يعنى أن التوكل مع مراعاة الاسباب لا مع قطع الاسباب لكن بعد مراعاة الاسباب يعتمد على الله تعالى لا على الاسباب والحقنة من هذا القبيل اه اتقانى (قوله وقال فى النهاية الخ) هذا الذى نقله عن النهاية نقله عنها أيضا فى الاشربة وذكر أن صاحب النهاية عزاه الى الذخيرة اه (قوله وفرض له) أى كل سنة بأربعين أوقية اه غاية

كعقد الاجارة وان كان بشرط ومعاقدة لا يحل له أخذه لان القضاء طاعة فلا يجوز أخذ الاجر عليه كسائر الطاعات وتسميته رزقا يدل على أن ما يأخذه مقدر بالكفاية وانه ليس باجر وقد جرى الرسم باعطائه في أول السنة لان الخراج كان يؤخذ في أول السنة وهو يعطى منه وفي زماننا يؤخذ الخراج في آخر السنة والمأخوذ من الخراج خراج السنة الماضية في الصحيح وعليه الفتوى ولو أخذ الرزق في أول السنة ثم عزل قبل مضي السنة قيل يجب عليه رد حصة ما بقي من السنة وقيل هو على الاختلاف في الزوجة على ما بيناه قال رحمه الله (وسفر الامة وأم الولد بلا محرم) أي يجوز لهما السفر بغير محرم لان الامة بمنزلة المحرم لعامة الرجال فيما يرجع الى النظر والمس على ما بينا من قبل فكما يجوز للحرة أن تسافر مع المحرم فكذا هي مع الاجنبي وأم الولد أمة لقيام الرق فيها وكذا المكاتبة لانها مملوكة رقبة وكذا معتقة البعض عند أبي حنيفة رحمه الله لانها كالمكاتبة عنده وفي الكافي قالوا هذا في زمانهم لغلبة أهل الصلاح فيه وأما في زماننا فلا لغلبة أهل الفساد فيه ومثله في النهاية معزيا الى شيخ الاسلام قال رحمه الله (وشراء ما لا بد للصغير منه وبيعه للعم والام والملتقط لو في حجرهم) أي يجوز لهؤلاء الثلاثة أن يشتروا للصغير ويبيعوا ما لا بد له منه اذا كان الصغير في حجرهم وذلك مثل النفقة والكسوة لانهم لو لم يكن لهم ذلك لتضرر الصغير وهو مدفوع وأصله أن التصرف على الصغير على ثلاثة أنواع نوع هو نفع محض فيملكه كل من هو في يده وليا كان أو لم يكن وليا كقبول الهبة والصدقة ويملكه الصبي بنفسه اذا كان مميزا ونوع هو ضرر محض كالعتاق والطلاق فلا يملكه عليه أحد ونوع هو متردد يحتمل أن يكون نفعا ويحتمل أن يكون ضررا وذلك مثل البيع والاجارة للاسترباح فلا يملكه الا الاب والجد ووصيهما ويملكونه سواء كان الصغير في أيديهم أو لم يكن لانهم يتصرفون عليه بحكم الولاية فلا يشترط أن يكون في أيديهم وهكذا ذكره في الكافي واستئجار الظئر من النوع الاول وفيه نوع رابع وهو الانكاح فيجوز من كل عصبة ومن ذوي الارحام عند عدمهم عند أبي حنيفة ولا يجوز من غيرهم وقد عرف في موضعه قال رحمه الله (وتؤجره أمه فقط) معناه ان الصغير لا يؤجره أحد من هؤلاء الثلاثة الا الام فانها تؤجره اذا كان في حجرها ولا يؤجره الاخ ولا العم ولا الملتقط والفرق أن الام تملك اتلاف منافعه بغير عوض بان تستخدمه ولا يملكه هؤلاء وهذه رواية الجامع الصغير وفي رواية القدوري يجوز أن يؤجره الملتقط ويسلمه في صناعة فجعله من النوع الاول وهذا أقرب لان فيه ضرورة ونفعا محضا للصغير ولو آجر الصبي نفسه لا يصح لانه مشوب بالضرر الا اذا فرغ من العمل لانه تمحض نفعا بعد الفراغ فيجب المسمى وهو نظير العبد المحجور عليه اذا أجر نفسه وقد ذكرناه من قبل وان كان الصغير في يد العم فاجرته أمه صح لانه من الحفظ وهذا عند أبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله لا يجوز

﴿كتاب احياء الموات﴾

قال رحمه الله (هي أرض تعذر زرعها لانقطاع الماء عنها أو لغلبته عليها غير مملوكة بعيدة من العامر) هذا تفسير الموات من الارض وانما سميت مواتا اذا كانت بهذه الصفة لبطلان الانتفاع بها تشبيها لها بالحيوان اذا مات وبطل الانتفاع به وأما تفسير الحياة فظاهر والمراد من الحياة هنا الحياة النامية قال الله تعالى فأحيينا به الارض بعد موتها وقوله غير مملوكة أي في الاسلام لان الميت على الاطلاق ينصرف الى الكامل وكماله بأن لا يكون مملوكا لاحد لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي كان ملكه باقيا فيها لعدم ما يزيله فلا تكون مواتا ثم ان عرف المالك فهي له وان لم يعرف كانت لقطة يتصرف فيها الامام كما يتصرف في جميع اللقطات والأموال الضائعة ولو ظهر لها مالك بعد ذلك أخذها وضمن له من زرعها ان نقصت بالزراعة والا فلا شيء عليه وقال القدوري رحمه الله فما كان منها عاديا أو كان مملوكا

(قوله وقيل هو على الاختلاف الخ) اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في بعض السنة ردت ما بقي من النفقة عند محمد خلافا لابي يوسف واليه أشار الخصاف في نفقاته والصحيح هو القول الاول كذا ذكر الشهيد وفخر الدين قاضيخان اه غاية وكتب ما نصه وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول أبي يوسف لا يجب اه غاية (قوله وذلك مثل البيع الخ) سيجيء في الوصية أن الوصي لا يتجر في مال الصغير وتقدم في المزارعة أن الاب والوصي يملكان زراعة مال الصغير اه وأما اقراض مال اليتيم فمذكور في مسائل شتى اه (قوله ولو أجر الصبي نفسه لا يصح) أي لا يلزم اه نهاية

﴿كتاب إحياء الموات﴾

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان في مسائل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره اه اتقاني رحمه الله تعالى (قوله في المتن أو لغلبته عليها) أي وما أشبه ذلك بأن تصير الارض سبخة أو يغلب عليها الرمال اه (قوله لانها اذا كانت مملوكة لمسلم أو ذمي) أي وصارت خرابا وانقطع الماء عنها وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب اه (قوله فلا يكون مواتا) أي حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا اه غاية (قوله ثم ان عرف المالك فهي له) أي أو لوارثه ان عرف اه

في

في الاسلام لا يعرف له مالك بعينه فمراده بالعادي ما قدم خرابه كأنه منسوب الى عاد لخرابه من عهدهم وجعل المملوك في الاسلام اذا لم يعرف مالكه من الموات لان حكمه كالموات حيث يتصرف فيه الامام كما يتصرف في الموات لا لانه موات حقيقة على ما بينا وقوله بعيدة من العامر هو قول أبي يوسف رحمه الله وحد البعد أن يكون في مكان بحيث لو وقف انسان في أقصى العامر فصاح بأعلى صوته لم يسمع منه فانه موات وان كان يسمع فليس بموات لانه فناء العامر فينتفعون به لانهم يحتاجون اليه لرعي مواشيهم وطرح حصائدهم فلم يكن انتفاعهم منقطعا عنه ظاهرا فلا يكون مواتا وعند محمد رحمه الله يعتبر حقيقة الانتفاع حتى لا يجوز احياء ما ينتفع به أهل القرية وان كان بعيدا ويجوز احياء ما لا ينتفعون به وان كان قريبا من العامر وشمس الائمة السرخسي اعتمد قول أبي يوسف قال رحمه الله (ومن أحياه باذن الامام ملكه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا يملكه من أحياه ولا يشترط فيه اذن الامام لقوله عليه الصلاة والسلام من عمر أرضا ليست لاحد فهو أحق بها رواه أحمد والبخاري وقال عليه الصلاة والسلام من أحيا أرضا ميتة فهي له رواه أحمد والترمذي وصححه ولانه مباح سبقت يده اليه فكان أحق به كالماء والحطب والحشيش والصيد والركاز ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ليس للمرء الا ما طابت به نفس امامه ولان هذه الاراضي كانت في أيدي الكفرة ثم صارت في أيدي المسلمين فصارت فيأ ولا يختص بالفيء أحد دون رأي الامام كالغنائم بخلاف المستشهد به من الصيد وأمثاله لانها لم تكن في أيدي الكفرة فلم تكن في حكم الفيء ومرويهما كان اذنا منه عليه الصلاة والسلام لا نصب شرع كقوله عليه الصلاة والسلام من قتل قتيلا فله سلبه فانه تحريض منه بالسلب لا نصب شرع على ما بيناه في موضعه ثم اذا أحياها فهل هي خراجية أو عشرية فهي على ما بيناه في السير وبينا الاختلاف فيه ولو تركها بعد الاحياء وزرعها غيره قيل الثاني أحق بها لان الاول ملك استغلالها دون رقبتها والاصح أن الاول أحق بها لانه ملك رقبتها بالاحياء فلا تخرج عن ملكه بالترك ولو أحيا أرضا ميتة ثم أحيط الاحياء بجوانبه الاربعة من أربعة نفر على التعاقب تعين طريق الاول في الارض الرابعة في المروي عن محمد رحمه الله لانه لما أحيا الجوانب الثلاثة تعين الجانب الرابع للاستطراق ويملك الذمي بالاحياء كالمسلم لانهما لا يختلفان في سبب الملك قال رحمه الله (وان حجر لا) أي ان حجر الارض لا يملكها بالتحجير لانه ليس باحياء في الصحيح لان الاحياء جعلها صالحة للزراعة والتحجير للاعلام مشتق من الحجر وهو المنع للغير بوضع علامة من حجر أو بحصاد ما فيها من الحشيش والشوك ونقيه عنها وجعله حولها أو باحراق ما فيها من الشوك وغيره وكل ذلك لا يفيد الملك فبقيت مباحة على حالها لكنه هو أولى بها ولا تؤخذ منه الى ثلاث سنين فاذا لم يعمرها فيها أخذها الامام منه ودفعها الى غيره لانه انما كان دفعها اليه ليعمرها فيحصل للمسلمين منفعة العشر أو الخراج فاذا لم يحصل المقصود فلا فائدة في تركها في يده وانما قدر بثلاث سنين لقول عمر رضي الله عنه ليس لمتحجر بعد ثلاث سنين حق ولان مدة الانتظار ينبغي أن تكون عامة حتى تشمل جميع المتحجرين وذلك بالتقدير بثلاث سنين لان المتحجر له أن يتحجر أي موضع شاء من دار الاسلام وأقصى دار الاسلام يقطع في سنة فيقدر بثلاث سنين سنة للذهاب وسنة للاياب وسنة لتدبير مصالحه فلا ينبغي لاحد أن يحيي ذلك الموضع حتى تمضي عليه ثلاث سنين وهذا من طريق الديانة وأما في الحكم فاذا أحياها غيره قبل مضيها ملكها

(قوله لخرابه من عهدهم) أي لا أن يكون منسوبا الى عاد لان جميع أراضي الموات لم تكن لعاد اه غاية (قوله بحيث لو وقف انسان) أي جهوري الصوت اه غاية (قوله فلا يكون) أي القريب على مذهبه اه غاية (قوله وشمس الائمة اعتمد قول أبي يوسف) يعني أخذ بقوله وهو أن ما قرب من العامر لا يكون مواتا وعليه اعتمد القدوري أيضا اه غاية (قوله في المتن ومن أحياه) أي بان كربه وسقاه اه (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وقد أخذ الطحاوي في مختصره بقول أبي حنيفة اه غاية (قوله وقالا يملكه من أحياه الخ) والشافعي أخذ بقولهما اه غاية (قوله كان اذنا منه) أي لقوم معينين اه غاية (قوله لا نصب شرع) حتى يكون عاما اه غاية قوله حتى يكون عاما أي كقوله عليه الصلاة والسلام من قاء أو رعف في صلاته فلينصرف وليتوضأ اه غاية كل ما نقل عن الشارع على وجهين شرع واذن بشرع فالاول قوله صلى الله عليه وسلم من قاء أو رعف وأنه كثير النظير والثاني قوله صلى الله عليه وسلم من قتل قتيلا فله سلبه لان السلب ليس للقاتل عندنا ما لم يقل الامام من قتل قتيلا فله سلبه ثم قوله صلى الله عليه وسلم من أحيا أرضا ميتة فهي له عندهما شرع وعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى اذن بالشرع اه مشكلات خواهر زاده (قوله في المتن وان حجر) بالتشديد ويجوز فيه التخفيف لان المراد منع الغير من الاحياء وفي المبسوط اشتقاق الكلمة من الحجر وهو المنع لانه اذا أعلم في موضع الموات علامة فكأنه منع الغير من احياء ذلك الموضع فسمي فعله تحجيرا اه مجتبى (قوله وهو المنع أي لا من الحجر بفتح الجيم لانه ليس بشرط اه مجتبى

(قوله ونظيره الاستيام) أي على سوم غيره فانه يكره ولو فعل يجوز العقد اهـ (قوله أو ضرب عليها المسناة) والمسناة ما تبنى للسيل لترد الماء اهـ غاية (قوله تحقيقا أو تقديرا) التحقيق عند محمد والتقدير عند أبي يوسف اهـ من خط الشارح (قوله على ما بينا) أي أول الباب اهـ (قوله وعلى هذا قالوا الخ) هكذا قال في الكافي اهـ (قوله في المتن ومن حفر بئرا في موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب)

لتحقق سبب الملك منه دون الاول ونظيره الاستيام وحفر المعدن وان حفر لها بئرا فهو تحجير وليس باحياء وكذا اذا جعل الشوك حولها ولو كربها أو ضرب عليها المسناة أو شق لها نهرا فهو احياء كذا في المبسوط وذكر في الهداية ولو كربها وسقاها فعن محمد رحمه الله انه احياء ولو فعل أحدهما يكون تحجيرا ولو سقاها مع حفر الانهار كان احياء لوجود الفعلين ولو حوطها وسنمها بحيث يعصم الماء يكون احياء لانه من جملة البناء وكذا اذا بذرها قال رحمه الله (ولا يجوز احياء ما قرب من العامر) لتحقق حاجتهم اليه تحقيقا أو تقديرا على ما بينا فصار كالنهر والطريق وعلى هذا قالوا ليس للامام أن يقطع ما لا غنى للمسلمين عنه كالملح والآبار التي يستقي منها الماء قال رحمه الله (ومن حفر بئرا في موات فله حريمها أربعون ذراعا من كل جانب) لقوله عليه الصلاة والسلام من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا ولان حافر البئر لا يتمكن من الانتفاع بالبئر الا بما حولها لانه يحتاج الى أن يقف على شفير البئر ليستقي الماء والى أن يبني على شفير البئر ما ركب عليه البكرة والى أن يبني حوضا يجتمع فيه الماء والى موضع تقف فيه مواشيه حالة الشرب وبعده فقدره الشرع بأربعين ذراعا ثم قيل الاربعون ذراعا من الجوانب الاربعة من كل جانب عشرة أذرع لان ظاهر اللفظ يجمع الجوانب الاربعة والصحيح أن المراد أربعون ذراعا من كل جانب لان المقصود دفع الضرر عنه كيلا يحفر آخر بئرا بجانبها فيتحول ماء البئر الاولى الى الثانية ولا يندفع هذا الضرر بعشرة أذرع من كل جانب فيقدر بأربعين كيلا تتعطل عليه المصالح ولا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما ان كانت للعطن فأربعون ذراعا وان كانت للناضح فحريمها ستون ذراعا لقوله عليه الصلاة والسلام حريم العين خمسمائة ذراع وحريم بئر العطن أربعون ذراعا وحريم بئر الناضح ستون ذراعا ولان استحقاق الحريم باعتبار الحاجة وحاجة بئر الناضح أكثر لانه يحتاج الى موضع يسير فيه الناضح وهو البعير وقد يطول الرشاء وفي بئر العطن يستقي بيده فلا بد من التفاوت بينهما وله ما روينا من غير فصل ومن أصله أن العام المتفق على قبوله والعمل به يرجح على الخاص المختلف في قبوله والعمل به ولهذا رجح قوله عليه الصلاة والسلام ما أخرجته الارض ففيه العشر على قوله وليس فيما دون خمسة أوسق صدقة وعلى قوله عليه الصلاة والسلام ليس في الخضراوات صدقة ورجح أصحابنا كلهم قوله عليه الصلاة والسلام التمر بالتمر مثلا بمثل على خبر العرايا ولا يقال المراد بما روى البئر العطن بدليل سياقه عطنا لماشيته لانا نقول ذكر العطن فيه للتغليب لا للتقييد به مثل قوله تعالى وذروا البيع وكقوله تعالى الذين يأكلون الربا يتناول جميع الاشتغال والمنافع والتقييد بالبيع أو الاكل لكونه غالبا ولان استحقاق الحريم حكم ثبت بالنص على خلاف القياس لان استحقاقه باعتبار عمله وعمله في موضع البئر خاصة فلا يستحق فيما وراءه ولكنا تركنا القياس بالنص فبقدر ما اتفق عليه الآثار يثبت الاستحقاق فيه وما زاد على ذلك أخذنا فيه بالقياس حتى لا يثبت الاستحقاق بالشك ولانه يستقي من بئر العطن بالناضح ومن بئر الناضح باليد فاستوت الحاجة فيهما ولانه يمكنه أن يدير البعير حول البئر ولا يحتاج الى الزيادة قال رحمه الله (وحريم العين خمسمائة) أي خمسمائة ذراع لما روينا ولان العين تستخرج للزراعة فلا بد من موضع يجتمع فيه الماء ومن موضع يجري اليه ومن موضع يجري منه الى المزرعة فقدره الشارع بخمسمائة ولا مدخل للرأي في المقادير فاقتصر عليه ثم قيل هو خمسمائة من الجوانب الاربعة من كل جانب مائة وخمسة وعشرون ذراعا

قال الولوالجي والتقدير بأربعين في ديارهم لان أراضيهم صلبة أما أراضينا رخوة فيزاد على الاربعين متى احتاج اليه حتى لا تتعطل منفعة بئره لعل يحيي آخر فيحيي بئرا فوق الاربعين فيتحول الماء اليه لرخوه اهـ وكتب ما نصه قال الاتقاني قال الطحاوي في مختصره ومن حفر بئرا للعطن في أرض ميتة فملكها على ما ذكرنا من الاختلاف في الوجه الذي يملكها فله حريمها من كل جانب من جوانبها أربعون ذراعا الا أن يكون الحبل يتجاوز أربعين فيكون له الى ما يتناهى اليه الحبل وان كان بئر ناضح فحريمها ستون ذراعا من كل جانب من جوانبها الا أن يكون الحبل يتجاوز الستين فيكون له الى منتهى حبلها الى هنا لفظ الطحاوي اهـ وكتب على قوله فله حريمها ما نصه حريم البئر نواحيه اهـ غاية (قوله من حفر بئرا فله ما حولها أربعون ذراعا) عطنا لماشيته اهـ غاية قال الاتقاني والعطن والمعطن مناخ الابل ومبركها اهـ (قوله شفير البئر) قال في المغرب وشفير البئر أو النهر حرفه اهـ (قوله ولا فرق في ذلك بين أن يكون البئر للعطن أو للناضح) والمراد من بئر العطن التي يستقي منها باليد ومن بئر الناضح التي يستقي منها بالبعير كذا قالوا والاصح اهـ غاية وسيأتي ذلك قريبا في كلام الشارح اهـ

(قوله والذراع هى المكسرة) أى وهى ذراع العامة وهى ذراع الكرباس أقصر من ذراع المساحة التى هى ذراع الملك لان ذراع المساحة سبع قبضات مع ارتفاع الابهام فى كل مرة وذراع الكرباس سبع قبضات بدون ارتفاع الابهام وهذا هو اختيار خواهرزاده و بعضهم اختار ذراع المساحة لانها ألبق بالممسوحات هكذا ذكر أصحابنا ذراع المساحة ولكن فيه نظر لان أصحاب المساحة ذكروا فى كتبهم أن الذراع هى الهاشمية وهى ثمان قبضات والقبضة أربع أصابع والاصبع ست شعيرات بطون بعضها ملاصقة لظهور بعض والشعيرة ست شعرات من شعر البرذون اھ غاية (قوله بما ذكرنا) أى من الاربعين فى البئر والخمسمائة فى العين اھ (قوله فاذا حفر رجل الخ) قال الاتقانى فلو احتفر آخر بئرا فى حريم الاول فللاول أن يكبسها تبرعا و يصلح ما أفسد من الارض ولو أراد مؤاخذة الثانى بذلك فله ذلك لكن اختلف المشايخ فيه قيل يأمر الحاكم الثانى بكبس بئر حفرها ازالة لجناية حفره كما اذا ألقى كناسة فى أرض غيره تعديا يؤمر برفعها وقيل يضمنه النقصان كما يكنسه بنفسه تقوم الارض بلا حفر ومع الحفر فيضمنه نقصان ما بينهما كما اذا هدم جدار غيره حيث يضمنه نقصان الهدم ثم يبنيه بنفسه ذكره الخصاف فى أدب القاضى ولفظ الخصاف فى الباب الحادى والعشرين من أدب القاضى وان ادعى على رجل أنه حفر فى أرضه حفرة أضر ذلك بحفره أراد استحلافه عن ذلك فانما عليه النقصان فى ذلك و يستحلفه القاضى على الحاصل بالله ماله عليك الذى ادعاه وهو كذا وكذا ولا يحلفه على السبب الى هنا لفظ الخصاف ثم لا ضمان (٣٧) فيما عطب فى البئر الاولى سواء أحياها باذن الامام أو بغير اذنه عندهم جميعا وهذا لا يشكل على قولهما لان له أن يحفر بدون اذن الامام ولهذا ملك البئر فى الحالين فاذا كان له ولاية الحفر لا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد من حفره كما لو حفر فى داره وكذلك لا اشكال فى قول أبى حنيفة ان كان حفر باذن الامام أما اذا كان حفرها بلا اذن الامام ففيه اشكال على قوله وحله أن يقال له ولاية التحجير بغير اذن الامام وان لم يكن له الاحياء بغير اذنه فيجعل حفره بغير اذن الامام تحجيرا لا احياء فاذا كان كذلك فقد فعل ماله فعله فلا يكون متعديا فلا يضمن ما تولد منه وما عطب فى البئر الثانى يضمنه هو عندهم جميعا لانه متعد فى هذا الحفر فانه حفر فى ملك الاول بغير اذنه فصار كما اذا حفر على قارعة الطريق اھ اتقانى (قوله كما اذا هدم جدار غيره) قال فى القنية بعد أن رقم لبرهان الدين صاحب المحيط هدم جدار غيره فيقوم جداره مع جدرانها و يقوم بدون هذا الجدار فيضمن فضل ما بينهما ثم رقم للاجناس وقال هدم حائط مسجد يؤمر بتسويته واصلاحه وفى حائط الدار يضمن النقصان وعن محمد بن الفضل ان هدم حائطا متخذا من خشب أو عتيقا من رهص يضمن قيمته وان كان حديثا يؤمر باعادته كما كان وفى درر الفقه يؤاخذ فى هدم الحائط بالبناء لا بالنقصان ثم رقم للمحيط وقال يؤاخذ بالقيمة وقيل بالبناء اھ قال الامام قاضيخان رحمه الله فى كتاب الحظر من فتاواه رجل حفر بئرا فى فناء قوم روى ابن رستم أنه يؤمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط المسجد كذلك أمر بتسويته ولا يضمن النقصان ولو هدم حائط الدار رجل ملكا له أو حفر فيها بئرا يضمن النقصان ولا يؤمر بالتسوية ولا ببناء الحائط اھ وكتب ما نصه اذا هدم جدار غيره لا يجبر على بنائه والمالك بالخيار ان شاء ضمنه قيمة الحائط والنقض للضامن وان شاء أخذ النقض وضمنه النقصان وقال بعض العلماء ان كان الحائط جديدا فعليه الاعادة وان كان خلقا عتيقا لا يجب عليه الاعادة لانه لو أعاده لكان أفضل من الاول وضمان العدوان مقيد بالمثل اھ استروشنى (قوله فى المتن وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) يعنى اذا أخرج قناة فى أرض موات فهى بمنزلة البئر فلها من الحريم ما للبئر كذا قال فى الاصل ولم يزد على هذا وقال فى الشامل القناة لها حريم مفوض الى رأى الامام لانه لا نص فى الشرع وقال المشايخ هذا

والاصح أنه خمسمائة ذراع من كل جانب والذراع هى المكسرة وهو ست قبضات وكان ذراع الملك سبع قبضات فكسر منه قبضة وفى الكافى قيل ان التقدير فى البئر والعين بما ذكرنا لصلابتها وفى أراضينا يزاد لرخاوتها لئلا يتحول الماء الى الثانية فتتعطل الاولى قال رحمه الله (فمن حفر فى حريمها منع منه) لانه صار ملكا لصاحب البئر ضرورة تمكنه من الانتفاع بها فكان الحافر متعديا بالحفر فى ملك غيره فاذا حفر رجل فى حريمه كان للاول أن يكبسه لما ذكرنا أنه متعد فيه فكان له أن يمنعه و يزيل تعديه ولو أراد أن يأخذ الثانى بحفره كان له ذلك لانه أتلف ملكه بالحفر ثم اختلفوا فيما يؤاخذ به قيل بكبسه لانه ازالة تعديه كما اذا وضع شيأ فى ملك غيره وقيل يضمنه النقصان وليس له أن يكلفه الكبس بل يكبسه بنفسه كما اذا هدم جدار غيره كان لصاحبه أن يؤاخذه بقيمته لا ببناء الجدار وهو الصحيح وما عطب فى البئر الاولى فلا ضمان عليه لانه غير متعد فى حفرها أما اذا كان باذن الامام فظاهر وكذا اذا كان بغير اذنه عندهما وأما عنده فيجعل الحفر تحجيرا وله ذلك بغير اذن الامام وان لم يثبت له الملك الا باذنه وما عطب فى الثانية فهو مضمون على الثانى لانه متعد بحفره فى ملك غيره ولو حفر الثانى بئرا فى منتهى حريم البئر الاولى باذن الامام فذهب ماء البئر الاولى وتحول الى الثانية فلا شئ عليه لانه غير متعد فى فعله والماء تحت الارض غير مملوك لاحد فلا يكون له المخاصمة بسببه كمن بنى حانوتا بجنب حانوت غيره فكسد الاول بسببه وللثانى الحريم من الجوانب الثلاثة دون الجانب الاول لسبق ملك الاول فيه قال رحمه الله (وللقناة حريم بقدر ما يصلحه) القناة مجرى الماء تحت الارض ولم يقدر حريمه بشئ يمكن ضبطه وعن محمد رحمه الله أنه بمنزلة

البئر في استحقاق الحريم وقيل هذا عندهما وعند أبي حنيفة رحمه الله لا حريم له ما لم يظهر على وجه الارض لانه نهر في الحقيقة فيعتبر بالنهر قالوا عند ظهور الماء بمنزلة عين فوارة فيقدر حريمها بخمسمائة ذراع وحريم شجر يغرس في الارض الموات خمسة أذرع حتى لا يملك غيره أن يغرس شجرا في حريمه لانه يحتاج الى الحريم لجذاذ ثمره وللوضع فيه وروى أن رجلا غرس شجرة في أرض فلاة فجاء آخر فأراد أن يغرس شجرة أخرى بجنبها فاختصما الى النبي صلى الله عليه وسلم فجعل له عليه الصلاة والسلام من الحريم خمسة أذرع وأطلق للآخر فيما وراء ذلك قال رحمه الله (وما عدل عنه الفرات ولم يحتمل عوده اليه فهو موات) لانه ليس في ملك أحد وجاز احياؤه اذا لم يكن حريما للعامر قال رحمه الله (وان احتمل عوده اليه لا يكون مواتا) لتعلق حق العامة به على تقدير رجوع الماء اليه لان الماء حقهم لحاجتهم اليه قال رحمه الله (ولا حريم للنهر) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا له حريم من الجانبين لان استحقاق الحريم للحاجة وصاحب النهر يحتاج اليه كصاحب البئر والعين وهذا لانه يحتاج الى المشي على حافتي النهر ليجري الماء اذا احتبس بشيء وقع فيه اذ لا يمكنه المشي في وسط الماء وكذا يحتاج الى موضع يلقي عليه الطين عند الكري كما في النقل الى أسفله وفيه من الحرج ما لا يخفى وله ان استحقاق الحريم في البئر والعين ثبت نصا بخلاف القياس فلا يلحق بهما ما ليس في معناهما لان الحاجة فيهما متحققة في الحال اذ الانتفاع بهما لا يتأتى بدون الحريم وفي النهر موهومة باعتبار الكري فلعله لا يحتاج اليه أصلا نعم يلحقه بعض الحرج في نقل الطين والمشي في وسط النهر الى أسفله لكنه دون الحرج فيهما فلا يمكن الحاقه بهما اذ شرط القياس أن يكون الفرع نظير الاصل ألا ترى أن من بنى قصرا في الصحراء لا يستحق لذلك حريما وان كان يحتاج اليه لالقاء الكناسة فيه لانه يمكن الانتفاع بالقصر بدون الحريم ولا يقاس على البئر لان حاجته اليه دون حاجة صاحب البئر الى الحريم فاذا لم يستحق فان تنازع في الحريم صاحب الارض وصاحب النهر وكل منهما يقول حريم النهر ملكي كان ذلك لصاحب الارض عنده لان الظاهر يشهد له وعندهما لما كان لصاحب النهر حريم كان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله فكانت هذه المسئلة مبنية على استحقاق الحريم وعدمه لانه مبني على ثبوت اليد في الحريم وعدم ثبوتها فيه فمن كانت يده ثابتة فيه كان الظاهر شاهدا له وان كانت مسئلة مبتدأة فوجه قولهما ان صاحب النهر مستعمل للحريم لاستمساك مائه به والاستعمال يد فيه فكان القول قوله كما لو تنازعا في ثوب وأحدهما لابسه كان القول له لانه صاحب يد بالاستعمال ولابي حنيفة رحمه الله ان الحريم أشبه بالارض صورة ومعنى لاتحاد المقصود فيهما والظاهر شاهد لمن في يده ما هو أشبه به كما لو تنازعا في مصراع باب ليس هو في يدهما والمصراع الآخر مركب على باب دار أحدهما كان القول له فكذا هذا ولو كان صاحب النهر مستعملا له بامساك مائه به كان صاحب الارض أيضا مستعملا له بدفع الماء به عن أرضه فاستويا من هذا الوجه وترجح صاحب الارض من الوجه الذي ذكرنا فكان الحريم له فيغرس ما بدا له من الاشجار ولكن ليس له أن يهدمه لان صاحب الارض تعلق له به حق حيث يستمسك ماؤه بذلك فلا يكون له ابطاله كما اذا كان حائط لرجل ولآخر عليه جذوع ليس له أن يهدم حائطه لما فيه من ابطال حقه وفي الجامع الصغير نهر لرجل الى جنبه مسناة وأرض لآخر خلف المسناة ليس في يد أحدهما بان لم يكن لاحدهما عليه غرس ولا طين ملقى لصاحب النهر فادعى صاحب الارض المسناة وادعاها صاحب النهر أيضا فهي لصاحب الارض عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا لصاحب النهر حريم لملقى طينه وغير ذلك فينكشف بهذا اللفظ موضع الخلاف وهو أن يكون الحريم موازيا للارض لا فاصل بينهما وأن لا يكون الحريم مشغولا بحق أحدهما معينا معلوما وان كان فيه أشجار ولا يدرى من غرسها فهو على هذا الاختلاف أيضا وكذا قيل القاء الطين على الخلاف والصحيح انه لصاحب النهر ما لم يفحش ثم اذا كان الحريم لاحدهما أيهما كان لا يمنع الآخر من الانتفاع به على وجه لا يبطل حق مالكه كالمرور فيه والقاء الطين عليه ونحو ذلك بذلك جرت العادة

الذي ذكره في الاصل قولهما وعند أبي حنيفة لا حريم لها اه غاية (قوله لان صاحب النهر) كذا هو في الكافي وفي خط الشارح لان صاحب الارض فتأمل اه (قوله وقالا) هي اه غاية قوله هي أي المسناة اه (قوله وغير ذلك) الى هنا لفظ الجامع اه

ولا يغرس فيه الا المالك لانه يبطل حقه وقال الفقيه أبو جعفر آخذ بقوله فى الغرس وبقولهما فى القاء الطين ثم عند أبى يوسف رحمه الله حريمه قدر نصف بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الطحاوى وعند محمد رحمه الله مقدار بطن النهر من كل جانب وهو اختيار الكرخى وذكر فى كشف الغوامض أن الاختلاف بين أبى حنيفة وصاحبيه رحمهم الله فى نهر كبير لا يحتاج فيه الى الكرى فى كل حين أما الانهار الصغار يحتاج فيه الى كريها فى كل وقت فلها حريم بالاتفاق والله أعلم

﴿مسائل الشرب﴾ قال رحمه الله (هو نصيب الماء) أى الشرب بالكسر نصيب الماء والصواب نصيب من الماء قال الله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم أى نصيب قال رحمه الله (الانهار العظام كدجلة والفرات غير مملوك ولكل أن يسقى أرضه ويتوضأ به ويشرب به وينصب الرحى عليه ويكرى نهرا منها الى أرضه ان لم يضر بالعامة) أما الدليل على كونها غير مملوكة فلان هذه الانهار ليس لاحد فيها يد على الخصوص لان قهر الماء يمنع قهر غيره فلا يكون محرزا والملك بالاحراز واذا لم يكن مملوكا لاحد كان لكل أحد أن ينتفع به لقوله عليه الصلاة والسلام المسلمون شركاء فى ثلاثة فى الماء والكلأ والنار رواه أحمد وأبو داود وابن ماجه من حديث ابن عباس رضى الله عنهما والمراد بالماء ما ليس بمحرز فاذا أحرز فقد ملك فخرج من أن يكون مباحا كالصيد اذا أحرز فلا يجوز لاحد أن ينتفع به الا باذنه وشرط لجواز الانتفاع به أن لا يضر بالعامة فان كان يضر بالعامة بأن عيله بالكرى أو نصب الرحى فليس له ذلك لان الانتفاع بالمباح لا يجوز الا اذا كان لا يضر بأحد كالانتفاع بالشمس والقمر والهواء والمراد بالكلأ الحشيش الذى ينبت بنفسه من غير أن ينبته أحد ومن غير أن يزرعه ويسقيه فيملكه من قطعه وأحرزه وان كان فى أرض غيره والمراد بالنار الاستضاءة بضوئها والاصطلاء بها والايقاد من لهبها وليس لصاحبها أن يمنع من ذلك ان كانت فى الصحراء بخلاف ما لو أراد غيره أن يأخذ الجمر لانه ملكه ويتضرر بذلك فكان له منعه كسائر أملاكه الا اذا لم يكن له قيمة قال رحمه الله (وفى الانهار المملوكة والآبار والحياض لكل شربه وسقى دوابه لا أرضه وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع) وانما كان له حق الشرب وسقى الدابة فيه لما روينا ولان الانهار والآبار والحياض لم توضع للاحراز والمباح لا يملك الا بالاحراز فصار كالصيد اذا تكنس فى أرض انسان ولان الحاجة الى الماء تتجدد ساعة فساعة ومن سافر لا يمكنه أن يستصحب ما يكفيه الى أن يرجع الى وطنه فيحتاج الى أن يأخذ الماء من الآبار والانهار التى تكون على طريقه لنفسه ودابته وصاحبه لا يتضرر بذلك القدر فلو منع من ذلك لحقه حرج عظيم وهو مدفوع شرعا بخلاف سقى الاراضى حيث يمنع صاحب الماء عنه وان لم يكن عليه بذلك ضرر وهو المراد بقوله لا أرضه لان فى اباحة ذلك ابطال حق صاحبه اذ لا نهاية لذلك فيذهب به منفعته فيلحقه به ضرر ولا كذلك شربه وسقى دابته لانه لا يلحقه بمثله ضرر عادة حتى لو تحقق فيه الضرر بكسر ضفته أو غيره كان له المنع وهو المراد بقوله وان خيف تخريب النهر لكثرة البقور يمنع لان الحق لصاحبه على الخصوص وانما أثبتنا حق الشرب لغيره للضرورة فلا معنى لاثباته على وجه يتضرر به صاحبه اذ به تبطل منفعته قال رحمه الله (والمحرز فى الكوز والحب لا ينتفع به الا باذن صاحبه) لانه ملكه بالاحراز

﴿مسائل الشرب﴾ (قوله والصواب الخ) أقول كأن الشارح سامحه الله تعالى توهم أن الاضافة فى كلام المصنف بمعنى اللام كغلام زيد ونصيب زيد فبادر الى تخطئة المصنف لعدم ظهور استقامته حينئذ اذ الماء لا نصيب له وهذه غفلة عظيمة من الشارح فان الاضافة فى كلام المصنف ليست بمعنى اللام بل بمعنى من لصدق تعريفها عليه وهو أن يكون المضاف بعضا من المضاف اليه وصالحا لحمله عليه كخاتم حديد وباب ساج فالخاتم بعض الحديد والباب بعض الساج والنصيب بعض الماء ويجوز أن يخبر عن المضاف وهو الحديد والساج والماء بالمضاف اليه فيقال الخاتم حديد والباب ساج والنصيب ماء فظهر لك أن ما قاله المصنف هو الصواب وما قاله الشارح من الخطأ العجاب والله الموفق اه (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم المسلمون شركاء فى ثلاثة الخ) شركة اباحة لا شركة ملك فمن سبق الى أخذ شئ من ذلك فى وعاء أو غيره وأحرزه فهو أحق به وهو ملك له دون ما سواه يجوز له تمليكه بجميع وجوه التمليك وهو موروث عنه ويجوز فيه وصاياه كما يجوز فى أملاكه اه اتقانى (قوله والمراد بالنار الاستضاءة والاصطلاء بها) قال الاتقانى رحمه الله فأما الشركة فى النار فبيانه ما قال شيخ الاسلام خواهرزاده فى شرح كتاب الشرب وهو أن الرجل اذا أوقد نارا فى مفازة فان هذه النار تكون شركة بينه وبين الناس أجمع حتى لو جاء انسان وأراد أن يستضئ بضوء هذه النار أو أراد أن يخيط ثوبا له حول النار أو يصطلى بها فى زمان البرد أو يتخذ منه سراجا لا يكون لصاحب النار منعه الا أن يكون أوقد النار فى موضع مملوك له فان له أن يمنعه من الانتفاع على كله لا بالنار فأما اذا أراد أن يأخذ من فتيلة سراجه أو شيأ من الجمرة فان لصاحب النار أن يمنعه من ذلك لانه ملكه ولو أطفأه للناس لم يبق له نار يصطلى بها أو يخبز بها وهذا الاوجه له اه * حكم الكلأ ذكره الشارح فى البيع الفاسد عند قوله والمراعى واجارتها اه (قوله بكسر ضفته) أى ضفة النهر وهى حافته وروا ها

صاحب المغرب بكسر الضاد وفتحها جميعا وفى الديوان بالكسر جانب النهر وبالفتح جماعة الناس اه غاية (قوله حتى اذا كان فى أرض مملوكة) نقول ان كان يجد المريد للكلا فى موضع (٤٠) آخر غير مملوك لاحد قريب من ذلك الموضع يقال له خذ من ذلك وان لم يجد (٣)

فكان أخص به كالصيد اذا أخذه لكن فيه شبهة الشركة لظاهر ما روينا فيعمل فيما يسقط بالشبهة حتى لو سرقه فى موضع يعز الماء فيه وهو يساوى نصابا لم تقطع يده ولا كذلك قوله تعالى هو الذى خلق لكم ما فى الارض جميعا حيث لا يورث شبهة لانه لم يجئ بلفظ الشركاء فلم يمنع اختصاص البعض بالبعض ألا ترى انه يقال هذا المال لاهل بلد كذا وان كان يختص كل واحد منهم بماله ولا يقال هم شركاء فيه الا اذا كان هو مشتركا بينهم ولا يختص بعضهم بشئ منه ولانه لو أورث مثله شبهة لانسد باب اقامة الحدود كلها حتى حد الزنا ولو كانت البئر أو الحوض أو النهر فى ملك رجل فله أن يمنع من يريد الشفة من الدخول فى ملكه اذا كان يجد ماء بقربه فان لم يجد يقال له اما أن تخرج الماء اليه أو تتركه بشرط أن لا يكسر ضفته لان له حق الشفة فى الماء الذى فى حوضه عند الحاجة قيل هذا اذا احتفر فى أرض مملوكة له أما اذا احتفر فى أرض موات فليس له منعه لان الموات كان حقا للكل والاحياء لحق مشترك وهو العشر أو الخراج فلا يقطع الشركة وحكم الكلا حكم الماء حتى اذا كان فى أرض مملوكة قيل للمالك اما أن تقطع وتدفع اليه والا تتركه ليأخذ قدر ما يريد منه ولو منعه الماء وهو يخاف على نفسه ودابته العطش كان له أن يقاتله بالسلاح لاثر عمر رضى الله عنه ولانه قصد اتلافه بمنع الشفة وهو حقه لان الماء فى البئر والنهر ونحوهما مباح غير مملوك وان كان الماء محرزا فى الاوانى فليس للذى يخاف الهلاك من العطش أن يقاتله بالسلاح وله أن يقاتله بغير السلاح اذا كان فيه فضل من صاحبه لانه ملكه بالاحراز فصار نظير الطعام حالة المخمصة وفى الكافى قيل فى البئر ونحوها الاولى أن يقاتله بغير سلاح لانه ارتكب معصية فصار ذلك بمنزلة التعزير وهذا يشير الى أنه يجوز أن يقاتله بسلاح حيث جعل الاولى أن لا يقاتله به فيكون موافقا لما ذكرنا والشفة اذا كانت تأتى على الماء كله بان كان جدولا صغيرا وفيما يرد عليه من المواشى كثرة ينقطع الماء اختلفوا فيه قال بعضهم لا يمنع منه لاطلاق ما روينا وقال أكثرهم له أن يمنع لانه يلحقه ضرر بذلك كسقى الارض ولهم أن يأخذوا الماء منه للوضوء وغسل الثياب فى الاصح وقال بعضهم يتوضأ فى النهر ويغسل الثياب فيه قلنا فى ذلك حرج بين فيدفع ولو أراد أن يسقى شجرا أو خضرا فى داره وحمل الماء اليه بالجرة كان له ذلك وقال بعض أئمة بلخ ليس ذلك الا باذن صاحب النهر والاول أصح لان الناس يتوسعون فيه ويعدون المنع منه من الدناءة قال عليه الصلاة والسلام ان الله يحب معالى الامور ويبغض سفسافها وليس له أن يسقى نخله وأرضه وشجره من نهر غيره وبئره وقناته الا باذنه نصا وله أن يمنع من ذلك لان الماء لما دخل فى المقاسمة انقطعت شركة الشرب بالكلية اذ لو بقيت لانقطع شرب صاحبه ولانه لو جاز ذلك لحفر نهرا الى أرضه فيفضى الى كسر ضفته والى الحفر فى حريم بئره لتسييل الماء الى أرضه ويلحقه بذلك ضرر عظيم فيمنع منه أصلا فصار فى الحاصل المياه ثلاثة أنواع الانهر العظام التى لم تدخل فى ملك أحد والانهار التى هى مملوكة وما صار فى الاوانى فقد ذكرنا حكم كل واحد منها بتوفيق الله تعالى قال رحمه الله (وكرى نهر غير مملوك من بيت المال) لان ذلك لمصلحة العامة ومال بيت المال معد لها فكان مؤنة الكرى منه قال رحمه الله (فان لم يكن فيه شئ يجبر الناس على كريه) أى ان لم يكن فى بيت المال شئ أجبر الامام الناس على كريه لان الامام نصب ناظرا وفى تركه ضرر عظيم على الناس وقلما ينفق العوام على المصالح باختيارهم فيجبرهم عليه وفى نظيره قال عمر رضى الله عنه لو تركتم لبعتم أولادكم الا انه يخرج له من كان يطيقه ويجعل مؤنته على المياسير الذين لا يطيقونه بأنفسهم كما فى تجهيز الجيوش قال رحمه الله (وكرى ما هو مملوك على أهله ويجبر الآبى على كريه) لان منفعته لهم على الخصوص فتكون مؤنته عليهم لان الغرم بالغنم ومن أبى منهم يجبر لما ذكرنا وقيل ان كان خاصا لا يجبر والفاصل

اه اتقانى (قوله مباح غير مملوك) قال الاتقانى لان الماء فى البئر والعين لم يصر ملكا لمالكها لانه لم يوجد منه إحراز فبقى مشتركا بين الناس اه (قوله وقال بعضهم يتوضأ الخ) واختلفوا فى التوضؤ بماء الساقية قال بعضهم يجوز وقال بعضهم ان كان الماء كثيرا يجوز والا فلا وكذا كل ما أعد للشرب حتى قالوا فى الحياض التى أعدت للشرب لا يجوز فيه التوضؤ ويمنع منه هو الصحيح ويجوز أن يحمل ماء السقاية الى بيته للشرب كذا فى الفتاوى اه اتقانى (قوله ويبغض سفسافها) السفساف الامر الحقير والردىء من كل شئ وهو ضد المعالى والمكارم وأصله ما يطير من غبار الدقيق اذا نخل والتراب اذا أثير اه ابن الاثير (قوله والفاصل بين الخاص والعام الخ) قال الاتقانى وجعل محمد الحد الفاصل بين العام والخاص استحقاق الشفعة فقال الخاص من النهر ما لو بيعت أرض على هذا النهر كان لجميع أهل النهر حق الشفعة فيحتاج الى أن يذكر الحد الفاصل بين الشركة العامة والخاصة فى الشفعة واختلف المشايخ فى تحديد ذلك ولكن أحسن ما قيل فيه من التحديد هو أن الشركاء فى النهر ان كانوا ما دون المائة فالشركة خاصة تستحق بها الشفعة وان كانوا مائة فصاعدا فالشركة عامة لا تجب الشفعة للكل وانما تكون للجار اه

بين

بين الخاص والعام أن ما يستحق به الشفعة خاص وما لا يستحق به عام ووجه الفرق بينهما أن في العام دفع الضرر العام وهو ضرر بقية الشركاء ومثل هذا جائز بالزام الضرر الخاص بل واجب اذا تعين مدفعا له دون الضرر أولى لان الآبي لا يلحقه بذلك ضرر بل يحصل له نفع بمقابلته فامكن اجباره عليه بخلاف ما اذا كان خاصا لانه ليس فيه دفع ضرر عام وانما فيه دفع ضرر خاص وهو ضرر شركائه فلا يلزمه الضرر الخاص لدفع الضرر الخاص لانهما استويا ويمكن دفع ضرر شركائه بدون ذلك بان يرجعوا عليه بحصته من المؤنة اذا كان ذلك بأمر القاضي بخلاف ما اذا كان عاما لانه لا يمكنه الرجوع عليهم لكثرتهم وربما لا تقبل المؤنة القسمة عليهم ولا يدري حصة كل واحد منهم ولا يقال في كري النهر الخاص احياء حقوق أهل الشفة فيكون في تركه ضرر عام لانا نقول لا جبر لاجل حق أهل الشفة ألا ترى أن أهل الشرب كلهم لو امتنعوا عن الكري لا يجبرهم في ظاهر المذهب لانهم امتنعوا عن عمارة أراضيهم ولو كان حق الشفة معتبرا لاجبروا لدفع الضرر العام قال رحمه الله (ومؤنة كري النهر المشترك عليهم من أعلاه فان جاوز أرض رجل برئ) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا مؤنة الكري عليهم جميعا من أول النهر الى آخره بالحصص لان كل واحد منهم ينتفع بالاسفل كما ينتفع بالاعلى لانه يحتاج الى تسييل الفاضل من الماء فانه اذا سد عليه فاض الماء على أرضه وأفسد زرعه فتبين أن كل واحد منهم ينتفع بالنهر من أوله الى آخره فلهذا يستوون في استحقاق الشفعة به فاذا استووا في الغنم وجب أن يستووا في الغرم ولابي حنيفة رحمه الله ان مؤنة الكري على من ينتفع بالنهر ويسقي الاراضي منهم فاذا جاوز الكري أرض رجل فليس له في كري ما بقي منفعة فلا يلزمه شئ من مؤنته وبانتفاعه في أسفل من حيث اجراء ما فضل من الماء فيه لا يلزمه شئ من عمارة ذلك الموضع ألا ترى أن من له حق تسييل ماء سطحه على سطح جاره لا يلزمه عمارة ذلك الموضع باعتبار تسييل الماء فيه ولانه يتمكن من دفع ضرر الماء عنه بسد فوهة النهر من أعلاه اذا استغنى عنه فلا يحتاج الى الكري من أسفل وزعم بعض أصحابنا أن الكري اذا انتهى الى فوهة أرضه من النهر فليس عليه شئ من المؤنة والاصح أن عليه مؤنة الكري الى أن يجاوز حد أرضه واليه أشار في الاصل لان له أن يتخذ الفوهة من أي موضع شاء من أرضه ان شاء من أعلى وان شاء من أسفل فكان منتفعا بالكري انتفاع سقي الارض ما لم يجاوز حد أرضه قال رحمه الله (ولا كري على أهل الشفة) لانهم لا يحصون اذ أهل الدنيا كلهم لهم حق الشفة ومؤنة الكري لا تجب على قوم لا يحصون ولان المقصود من حفر الانهار ونحوها سقي الاراضي وأهل الشفة أتباع والمؤنة تجب على الاصول دون الاتباع ولهذا لا يستحقون به الشفعة قال رحمه الله (وتصح دعوى الشرب بغير أرض) وهذا استحسان والقياس أن لا تصح لان شرط صحة الدعوى اعلام المدعى في الدعوى والشهادة والشرب مجهول جهالة لا تقبل الاعلام ولانه يطلب من القاضي أن يقضي له بالملك في المدعى اذا ثبت دعواه بالبينة والشرب لا يحتمل التمليك بدون أرض فلا يسمع القاضي فيه الدعوى والخصومة كالخمر في حق المسلمين ووجه الاستحسان أن الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن أن يملك بغير أرض بالارث والوصية وقد يبيع الارض دون الشرب فيبقى له الشرب وحده فاذا استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه باثبات حقه بالبينة واذا كان لرجل أرض ولآخر فيها نهر فأراد رب الارض أن لا يجري النهر في أرضه لم يكن له ذلك ويترك على حاله لان موضع النهر منها في يد رب النهر مستعمل له باجراء مائه فيه فعند الاختلاف القول قوله في أنه ملكه فان لم يكن في يده ولم يكن جاريا فيها فعليه البينة أن هذا النهر له وأنه قد كان له مجراه في هذا النهر يسوقه الى أرضه ليسقيها فيقضى له لاثباته بالحجة ملك الرقبة اذا كان الدعوى فيه أو حق الاجراء باثبات المجرى من غير دعوى الملك وعلى هذا المصب في نهر أو على سطح أو الميزاب أو الممشى في دار غيره فحكم الاختلاف فيه نظيره في الشرب قال رحمه الله (نهر بين قوم اختصموا في الشرب فهو بينهم على قدر أراضيهم) لان المقصود بالشرب سقي الاراضي والحاجة الى ذلك تختلف بقلة الاراضي وكثرتها والظاهر

(قوله وهذا عند أبي حنيفة) وفي الخانية الفتوى على قوله اه ابن فرشتا (قوله في المتن ولا كرى على أهل الشفة) أصل الشفة شفهة ولهذا تقول في تصغيرها شفيهة وفي جمعها شفاه والتصغير والتكثير يردان الاشياء الى أصلها وحذفت الهاء تخفيفا يقال هم أهل الشفة أي لهم حق الشرب بشفاههم وأن يسقوا بهائمهم اه اتقاني (قوله والحاجة الى ذلك تختلف الخ) قال في الاصل واذا كان النهر بين قوم لهم عليه أرضون ولا يعرف كيف أصله بينهم فاختلفوا واختصموا في الشرب فالشرب بينهم على قدر أراضيهم قال في الاجناس وحكى عن أبي علي الدقاق صاحب كتاب الحيض أنه يكون بينهم على قدر حاجتهم وفائدته انه اذا كان لاحدهم عشرة أجربة وللآخر عشرة الا أن أرضه لا تكتفي للزراعة بقدر الماء يأخذه فعلى ما قاله الماء بينهم نصفان وعلى قول الدقاق له أخذ الماء زيادة اه اتقاني قوله ولا يعرف كيف أصله الخ فأما اذا علم يقسم على ما كان اه اتقاني

أن حق كل واحد منهم من الشرب بقدر أرضه وبقدر حاجته بخلاف الطريق اذا اختلف فيه الشركاء حيث يستوون في ملك رقبة الطريق ولا يعتبر في ذلك سعة الدار وضيقها لان المقصود فيه الاستطراق وهو لا يختلف باختلاف الدار ولا يقال قد استووا في اثبات اليد على النهر فوجب أن يستووا في الاستحقاق لانا نقول الماء لا يمكن اثبات اليد عليه حقيقة اذ لا يمكن احرازه وانما ذلك بالانتفاع به والظاهر أن الانتفاع يتفاوت بتفاوت الاراضي فيتفاوت الاحراز الذي هو في ضمن الانتفاع فيكون في يد كل واحد منهم بحسب ذلك وليس لاحدهم أن يسكر النهر على الاسفل ولكنه يشرب بحصته لان في السكر احداث شيء لم يكن في وسط النهر ورقبة النهر مشتركة بينهم فلا يجوز ذلك لبعض الشركاء دون اذن الشركاء فان تراضوا على أن الاعلى يسكر النهر حتى يشرب بحصته أو اصطلحوا على أن يسكر كل واحد منهم في نوبته جاز لان المانع حقهم وقد زال بتراضيهم ولكن ان أمكنه أن يسكر بلوح أو باب فليس له أن يسكر بالطين والتراب لئلا ينكبس النهر به وفيه اضرار بالشركاء الا أن يتراضوا على ذلك ولو كان الماء في النهر بحيث لا يجري الى أرض كل واحد منهم الا بالسكر فانه يبدأ بأهل الاسفل حتى يرووا ثم بعد ذلك لاهل الاعلى أن يسكروا وليس لهم أن يسكروا قبلهم لقول ابن مسعود رضي الله عنه أهل أسفل النهر أمراء على أهل الاعلى حتى يرووا وهذا يوجب بداءة أهل الاسفل قال رحمه الله (وليس لاحد أن يشق منه نهرا أو ينصب عليه رحى أو دالية أو جسرا أو يوسع فم النهر أو يقسم بالايام وقد وقع القسمة بالكوى أو يسوق نصيبه الى أرض له أخرى ليس لها فيه شرب بلا رضاهم) لان في شق النهر ونصب الرحى كسر ضفة النهر المشترك وشغل الملك المشترك بالبناء وفي الكسر تغيير الماء عن سننه الا أن تكون الرحى لا تضر بالنهر ولا بالماء ويكون موضعها في أرض صاحبها فيجوز لان ما يحدث من البناء في خالص ملكه وبسبب الرحى لا ينقص الماء ومعنى الضرر بالنهر كسر ضفته وبالماء أن يتغير عن سننه أو ينقص ولم يوجد شيء من ذلك فيجوز والمانع من الانتفاع بالماء مع بقائه على حاله متعنت قاصد الى الاضرار بغيره لا دافع الضرر عن نفسه فلا يلتفت الى تعنته والدالية والسانية بمنزلة الرحى وفي القنطرة والجسر اشغال الموضع المشترك فيمنع منه ولا يكون ذلك له الا برضاهم الدالية جذع طويل يركب تركيب مداق الارز في رأسه مغرفة كبيرة ليستقى بها وقيل هو الدولاب والسانية البعير يستقى عليه من البئر والجسر اسم لما يوضع ويرفع مما يكون متخذا من الالواح والخشب والقنطرة ما يتخذ من الآجر والحجر يكون موضوعا ولا يرفع واذا كان نهر خاص لرجل يأخذ من نهر خاص بين قوم فأراد أن يقنطر عليه ويسده من جانبيه كان له ذلك لانه يتصرف في خالص ملكه وان كان مقنطرا مسدودا من الجانبين فأراد أن ينقض ذلك لعلة أو لغير علة فان كان ذلك لا يزيد في أخذ الماء كان له ذلك لانه يرفع بناء هو خالص حقه وملكه وان كان يزيد في أخذ الماء منع منه لحق الشركاء وانما لا يكون له أن يوسع فم النهر لان فيه كسر ضفته ويزيد على مقدار حقه في أخذ الماء وهذا ظاهر فيما اذا لم تكن القسمة بالكوى وكذا اذا كانت بالكوى لانه اذا وسع فم النهر يحبس الماء في ذلك الموضع فيدخل في كوته أكثر مما كان يدخل قبله وكذا اذا أراد أن يؤخر فم النهر فيجعلها في أربعة أذرع من فم النهر لانه يحبس الماء فيه فيزداد دخول الماء فيه بخلاف ما اذا أراد أن يسفل كواه أو يرفعه من حيث العمق في مكان حيث يكون له ذلك في الصحيح لان قسمة الماء في الاصل وقع باعتبار سعة الكوة وضيقها من غير اعتبار التسفل والترفع في العمق هو العادة فلا يؤدي الى تغيير موضع القسمة فلا يمنع وانما لا يكون له أن يقسم بالايام بعد ما وقعت القسمة بالكوى لان القديم يترك على حاله لظهور الحق فيه ولو كان لكل واحد منهم كوى مسماة في نهر خاص لم يكن لواحد منهم أن يزيد كوة وان كان لا يضر بأهله لان الشركة خاصة بخلاف ما اذا كانت الكوى في النهر الاعظم لان لكل واحد منهم أن يشق نهرا منه ابتداء فكان الكوى بالطريق الاولى وانما لا يكون له أن يسوق شربه الى أرض له أخرى ليس لها فيها شرب لانه اذا فعل ذلك يخشى أن يدعي حق الشرب لها من هذا النهر مع الاولى

(قوله حيث يستوون في ملك رقبة الطريق) يعني يقسم على عدد الرؤس (قوله حيث يكون له ذلك في الصحيح) أي لان التسفيل تصرف في خالص ملكه فأما في توسيع فم النهر يتصرف في حافتي النهر الذي يأخذ منه الماء وانه مشترك بينه وبين أصحابه ويضر بشركائه أيضا لانه بتوسيع فم النهر يأخذ من الماء أكثر من حقه فيصير غاصبا شيأ من ماء أصحابه اه اتقاني (قوله هذا النهر مع الاولى) أي الارض الاولى اه

اذا تقادم العهد ويستدل على ذلك بالمحفور لاجراء الماء فيه اليها وكذا لو أراد أن يسوق شربه فى أرضه الاولى حتى تنتهى الى الاخرى لانه يستوفى زيادة على حقه اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء قبل أن تسقى الاخرى وهو نظير طريق مشترك أراد أحدهم أن يفتح فيه بابا الى دار أخرى ساكنها غير ساكن هذه الدار التى مفتحها فى هذا الطريق بخلاف ما اذا كان ساكن الدارين واحدا حيث لا يمنع لان المارة لا تزداد وله حق المرور وبتصرف فى خالص ملكه وهو الجدار بالرفع ولو أراد الاعلى من الشريكين فى النهر الخاص وفيه كوى بينهما أن يسد بعضها دفعا لفيض الماء عن أرضه كيلا تنز ليس له ذلك لما فيه من الاضرار بالآخر وكذا اذا أراد أن يقسم النهر مناصفة لان القسمة بالكوى تقدمت الا أن يتراضيا لان الحق لهما وبعد التراضى لصاحب السفل أن ينقض ذلك وكذا لورثته من بعده لانه اعارة الشرب لا مبادلة لان مبادلة الشرب بالشرب باطلة وكذا اجارة الشرب لا تجوز لما عرف فى موضعه فتعينت الاعارة وهذا لان القسمة بالكوى قد تمت وليس لاحدهما أن ينقض تلك القسمة فاذا تراضيا على خلاف ذلك يكون كل واحد منهما معيرا نصيبه لصاحبه فيرجع فيها هو أو ورثته أى وقت شاء ولان العارية غير لازمة قال رحمه الله (ويورث الشرب ويوصى بالانتفاع بعينه ولا يباع ولا يوهب) والفرق أن الورثة خلفاء الميت فيقومون مقامه فى حقوق الميت وأملاكه وجاز أن يقوموا مقامه فيما لا يجوز تمليكه بالمعاوضات والتبرعات كالدين والقصاص والخمر فكذا الشرب والوصية أخت الميراث فكانت مثله بخلاف البيع والهبة والصدقة والوصية بذلك حيث لا يجوز للغرور أو للجهالة أو لعدم الملك فيه للحال أو لانه ليس بمال متقوم حتى لو أتلف شرب انسان بان سقى أرضه من شرب غيره لا يضمن على رواية الاصل وكذا لا يضمن بعقد والوصية ببيعه وهبته والتصدق به مثل بيعه فلا يجوز بخلاف الوصية بالانتفاع به على ما بينا وكذا لا يصلح مسمى فى النكاح ولا فى الخلع ولا فى الصلح عن دم عمدا أو عن دعوى لكن هذه العقود صحيحة لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة ولا يملك الشرب لانه لا يملك بسائر الاسباب فكذا بهذا السبب ويجب على الزوج مهر المثل وعلى المرأة رد ما أخذت من المهر وعلى القاتل الدية وللمدعى أن يرجع على دعواه لبطلان المسمى ولو مات وعليه دين لا يباع الشرب بدون الارض لما ذكرنا وان لم يكن له أرض قيل يجمع الماء فى كل نوبته فى حوض فيباع الماء الى أن يقضى دينه من ذلك وقيل ينظر الامام الى أرض لا شرب لها فيضم هذا الشرب اليها فيبيعهما برضا صاحبها ثم ينظر الى قيمة الارض بدون الشرب والى قيمتها معه فيصرف تفاوت ما بينهما من الثمن الى قضاء دين الميت والسبيل فى معرفة قيمة الشرب اذا أراد قسمة الثمن على قيمتهما أن يقوم الشرب على تقدير أن لو كان يجوز بيعه وهو نظير ما قال بعضهم فى العقر الواجب بشبهة ينظر الى مثل هذه المرأة بكم كانت تستأجر على الزنا فذلك القدر هو عقرها فى الوطء بشبهة وان لم يجد اشترى على تركة هذا الميت أرضا بغير شرب ثم ضم هذا الشرب اليها وباعهما فيؤدى من الثمن ثمن الارض المشتراة والفاضل للغرماء قال رحمه الله (ولو ملأ أرضه ماء فنزت أرض جاره أو غرقت لم يضمن) لانه مسبب وليس بمتعد فيه فلا يضمن لان شرط وجوب الضمان فى التسبب أن يكون متعديا ألا ترى أن من حفر بئرا فى أرضه لا يضمن ما عطب فيها لما قلنا وان حفر فى الطريق يضمن وانما قلنا انه ليس بمتعد لان له أن يملأ أرضه ماء ويسقيها قالوا هذا اذا سقى أرضه سقيا معتادا بأن سقاها قدر ما تحتمله عادة وأما اذا سقاها سقيا لا تحتمله أرضه فيضمن وهو نظير ما لو أوقد نارا فى داره فاحترق دار جاره فانه ان كان أوقد مثل العادة لا يضمن وان كان بخلاف العادة يضمن وكان الشيخ الامام اسمعيل يقول انما لا يضمن بالسقى المعتاد اذا كان محقا فيه بان سقى أرضه فى نوبته مقدار حقه وأما اذا سقاها فى غير نوبته أو فى نوبته زيادة على حقه فيضمن لوجود التعدى فى السبب والله أعلم

(قوله اذ الارض الاولى تنشف بعض الماء) أى تتشربه اه غاية (قوله والوصية ببيعه وهبته) أى لو أوصى بأن يباع شربه من فلان أو يوهب له أو يتصدق عليه به اه

﴿كتاب الاشربة﴾

قال رحمه الله (والشراب ما يسكر) يعني في اصطلاح الفقهاء وهو في اللغة اسم لكل ما يشرب من المائعات والاشربة جمع شراب والمراد به ههنا ما حرم شربه وكان مسكرا قال رحمه الله (والمحرم منها أربعة الخمر وهي النيء من ماء العنب اذا غلا واشتد وقذف بالزبد وحرم قليلها وكثيرها) وقال بعضهم كل مسكر خمر لما روى عن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم وأبو داود والترمذي وغيرهم وفي لفظ كل مسكر خمر وكل خمر حرام رواه مسلم ولقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأبو داود والترمذي وجماعة وعن النعمان بن بشير قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من الحنطة خمرا وان من الشعير خمرا ومن الزبيب خمرا ومن التمر خمرا ومن العسل خمرا رواه أبو داود والترمذي وجماعة أخر ولانها سميت خمرا لمخامرتها العقل والسكر يوجد بشرب غيرها فكان خمرا ولنا ان الخمر حقيقة اسم للنيء من ماء العنب المسكر باتفاق أهل اللغة وغيره يسمى مثلثا أو باذقا الى غير ذلك من أسمائه وتسمية غيرها خمرا مجاز وعليه يحمل الحديث أو على بيان الحكم ان ثبت لانه عليه الصلاة والسلام بعث له لا لبيان الحقائق ولا نسلم أنها سميت خمرا لمخامرتها العقل بل لتخمرها ولئن سلمنا أنها سميت بالخمر لمخامرتها العقل لا يلزم منه أن يسمى غيرها بالخمر قياسا عليها لان القياس لاثبات الاسماء اللغوية باطل وانما هو لتعدي الحكم الشرعي على ما عرف في موضعه ألا ترى أن البرج سمي برجا لتبرجه وهو الظهور وكذا النجم سمي نجما لظهوره ثم لا يسمى كل ظاهر برجا ولا نجما وكذا يقال الفرس أبلق لاجل لون مخصوص ثم لا يسمى الثوب به وان كان فيه ذلك اللون وما ذكره في المختصر من حد الخمر هو قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا اشتد صار خمرا ولا يشترط فيه القذف بالزبد لان اللذة المطربة والقوة المسكرة تحصل به وهو المؤثر في ايقاع العداوة والصد عن الصلاة وأما القذف بالزبد وصف لا تأثير له في احداث صفة السكر وله أن الغليان بداية الشدة وكماله بقذف الزبد لانه يتميز به الصافي عن الكدر وأحكام الشرع المتعلقة بها قطعية كالحد واكفار مستحلها ونحو ذلك فتناط بالنهاية به وقيل يؤخذ في حرمة الشرب بمجرد الاشتداد وفي وجوب الحد على الشارب بقذف الزبد احتياطا والكلام فيها في مواضع أحدها في بيان ماهيتها والثاني في وقت ثبوت هذا الاسم لها وقد بيناهما والثالث أن عينها حرام غير معلول بالسكر ولا يتوقف عليه بخلاف غيره من الاشربة فان حرمتها متوقفة على السكر ومن الناس من يقول غير المسكر منها ليس بحرام كغيره من الاشربة لان الفساد لا يحصل به وهذا كفر لانه يخالف الكتاب والسنة والاجماع ولان قليله يدعو الى كثيره وهو من خواص الخمر بان تزداد اللذة باستكثاره بخلاف سائر المشروبات وجاز أن تحرم لاجل لذتها أيضا بل هو الظاهر لما في التلذذ بها من الاشتغال عن الخيرات والتشبه بالمترفين ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام قال من شرب الخمر في الدنيا ثم لم يتب حرمها في الآخرة رواه البخاري ومسلم وغيرهما وهذا مطلق من غير تقييد بالسكر فيتناولها مطلقا والدليل عليه أن التي في الآخرة غير مسكرة والتنعم بها في الدنيا هو الذي يوجب حرمانها في الآخرة كما قال الله تعالى أذهبتم طيباتكم في حياتكم الدنيا ونظيره لبس الحرير فان من لبسه في الدنيا لا يلبسه في الآخرة لاجل التنعم به لا غير والشافعي رحمه الله يعدي الحكم أو الاسم الى غيرها وهو بعيد لان النص ورد بتحريمها لذاتها بقوله عليه الصلاة والسلام حرمت الخمر لعينها والسكر من كل شراب ولا يجوز التعليل مع النص على عدم التعليل وكذا لا يجوز التعليل لتعدية الاسم على ما بينا والرابع أنها نجسة نجاسة غليظة كالبول لثبوت حرمتها بدليل مقطوع به والخامس أن مستحلها يكفر لانكاره الدليل القطعي والسادس سقوط

ذكر كتاب الاشربة بعد الشرب لمناسبة بينهما في الاشتقاق وهو اشتراك اللفظين في المعنى الاصلي والحروف الاصول ولكن قدم الشرب لانه حلال والاشربة فيها حرام كالخمر اه اتقاني (قوله والاشربة جمع شراب) اسم لما يشرب كالطعام اسم لما يطعم أي يؤكل وانما سمى محمد هذا الكتاب كتاب الاشربة لما فيه من بيان أحكامها كما سمى كتاب الحدود لما فيه من بيان أحكام الحدود وكما سمى كتاب البيوع لما فيه من بيان أحكامها اه غاية (قوله وقال بعضهم كل مسكر خمر) وهو مذهب مالك والشافعي اه غاية (قوله لمخامرتها العقل) أي لمخالطتها العقل اه (قوله أو على بيان الحكم) أي وهو الحرمة اه غاية (قوله بل لتخمرها) أي لكونها خمرا اه غاية (قوله ولا يشترط فيه القذف بالزبد) وبه قالت الثلاثة اه ع (قوله والكلام فيها في مواضع) أي عشرة اه (قوله أحدها في بيان ماهيتها) والمائية بمعنى الماهية وماهية الشيء هو هو كماهية الانسان وهو حيوان ناطق اه اتقاني (قوله وهو من خواص الخمر) سيجيء في آخر الصفحة الآتية في كلام الشارح في الكلام على الطلاء أنه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره اه وعلى هذا ففي قوله من خواص الخمر نظر اللهم الا أن يقال الطلاء ملحق بالخمر في هذا المعنى يرشد الى هذا قول الشارح فيما سيأتي وانما أنه كالخمر الخ اه

تقومها

تقومها فى حق المسلم حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها ولا يجوز بيعها لقوله عليه الصلاة والسلام ان الذى حرم شربها حرم بيعها رواه مسلم وأحمد ولان الله تعالى لما حرمها فقد أهانها والتقوم يشعر بعزتها واختلفوا فى سقوط ماليتها وقال صاحب الهداية والاصح أنها مال لان الطباع تميل اليها وتضن بها والسابع حرمة الانتفاع بها لان الانتفاع بالنجس حرام ولان الله تعالى أمرنا باجتنابها وفى الانتفاع بها اقترابها والثامن أن يحد شاربها وان لم يسكر منه شيأ لما بينا من قبل والتاسع أن الطبخ لا يؤثر فيها لانه للمنع من ثبوت الحرمة لا لرفعها بعد ثبوتها الا أنه لا يحد فيه ما لم يسكر منه على ما قالوا لان الحد فى النىء خاصة لما ذكرنا فلا يتعدى الى المطبوخ والعاشر جواز تخليلها على ما يجىء من بعد ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والطلاء وهو العصير ان طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه) وهو النوع الثانى من الاشربة المحرمة وقال فى المحيط الطلاء اسم للمثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى ذهب ثلثاه وبقى ثلثه وصار مسكرا وهو الصواب لما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم كانوا يشربون من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقى ثلثه على ما يجىء من قريب وانما سمى طلاء لقول عمر رضى الله عنه ما أشبه هذا بطلاء البعير وهو القطران الذى يطلى به البعير اذا كان به جرب وهو يشبهه وفى الهداية هو مثل ما ذكره فى المختصر وهو الذى طبخ حتى ذهب أقل من ثلثيه ويسمى الباذق أيضا سواء كان الذاهب قليلا أو كثيرا بعد أن لم يكن الذاهب ثلثيه والمنصف منه وهو ما ذهب نصفه وبقى النصف وكل ذلك حرام عندنا اذا غلا واشتد وقذف بالزبد واذا اشتد ولم يقذف بالزبد فهو على الاختلاف وقال الاوزاعى انه مباح وهو قول بعض المعتزلة لانه مشروب طيب وليس بخمر ولنا أنه كالخمر لانه رقيق ملذ مطرب يدعو قليله الى كثيره ولهذا يجتمع عليه الفساق فيحرم شربه دفعا للفساد المتعلق به كالخمر بخلاف المثلث فانه ثخين وليس برقيق فلا يدعو قليله الى كثيره قال رحمه الله (والسكر وهو النىء من ماء الرطب) وهو النوع الثالث من الاشربة المحرمة مشتق من سكرت الريح اذا سكنت وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد وقبله حلال وقال شريك بن عبد الله هو مباح وان قذف بالزبد لقوله تعالى تتخذون منه سكرا ورزقا حسنا امتن علينا به والامتنان لا يتحقق بالمحرم ولنا ما روينا من قبل واجماع الصحابة رضى الله عنهم والآية محمولة على الابتداء حين كانت الاشربة مباحة وقيل أريد بها التوبيخ معناها والله أعلم تتخذون منه سكرا وتدعونه رزقا حسنا قال رحمه الله (ونقيع الزبيب وهو النىء من ماء الزبيب) وهو النوع الرابع من الاشربة المحرمة اذا اشتد لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام كان ينقع له الزبيب فيشربه اليوم والغد وبعد الغد الى مساء الثالثة ثم يأمر به فيسقى الخدم رواه مسلم وفى رواية فان بقى شىء أهرقه أو أمر به فأهريق وشرط حرمته أن يقذف بالزبد بعد الغليان ويأتى فيه خلاف الاوزاعى كما فى الباذق والوجه قد بيناه فيه ثم حرمة هذه الاشياء دون حرمة الخمر حتى لا يكفر مستحلها ولا يجب الحد بشربها حتى يسكر ونجاستها خفيفة فى رواية ويجوز بيعها ويضمن متلفها عند أبى حنيفة رحمه الله على ما بينا فى الغصب وعن أبى يوسف انه يجوز بيعها اذا كان الذاهب بالطبخ أكثر من النصف بخلاف الخمر لان حرمتها قطعية فيكفر مستحلها ويحد شاربها وان لم يسكر ولو قطرة ونجاستها غليظة رواية واحدة ولا يجوز بيعها ولا يضمن متلفها وحرمة غيرها من الاشربة غير قطعية فلا يكون مثلها قال رحمه الله (والكل حرام اذا غلا واشتد وحرمتها دون حرمة الخمر) فلا يكفر مستحلها بخلاف الخمر وقد بينا وجهها وأحكامها فلا حاجة الى اعادته قال رحمه الله (والحلال منها أربعة نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة وان اشتد اذا شرب ما لا يسكره بلا لهو وطرب والخليطان ونبيذ العسل والتين والبر والشعير والذرة طبخ أولا والمثلث العنبى) أما الاول

(قوله حتى لا يضمن غاصبها ومتلفها) ثم هل يباح اتلاف الخمر نقل عن الامام مجد الدين الشرخاتى أنه قال والصحيح أنه لا يباح الاتلاف الا لغرض صحيح كما اذا كانت عند فاسق يشرب بها غالبا ولو تركت عنده حتى لو كانت عند صالح لا يباح الاتلاف فانها مملوكة له وفى بقائها فائدة وهى التخليل اه اتقانى رحمه الله (قوله والاصح أنها مال) ولكنها ليست بمتقومة لما قلنا اه غاية (قوله وتضن بها) من الضن وهو ما تختصه وتضن به أى تبخل لمكانه منك وموقعه عندك ومنه ساعة الجمعة فقلت أخبرنى بها ولا تضنن بها على أى لا تبخل يقال ضننت أضن وضننت أضن اه ابن الاثير رحمه الله (قوله وهو ما طبخ من ماء العنب) الذى بخط الشارح وهو ما اذا طبخ الخ اه (قوله على ما يجىء من قريب) أى عند الكلام على المثلث العنبى اه (قوله وانما سمى طلاء الخ) قال ابن الاثير رحمه الله الطلاء بالكسر والمد الشراب المطبوخ من عصير العنب وهو الرب وأصله القطران الخاثر الذى يطلى به الابل اه وقال فى المغرب والطلاء كل ما يطلى به من قطران أو نحوه ومنه حديث عمر ما أشبه هذا بطلاء الابل ويقال لكل ما خثر من الاشربة طلاء على التشبيه حتى سمى المثلث اه (قوله فهو على الاختلاف) أى السابق فى الخمر بين الامام وصاحبيه اه (قوله وهو النىء من ماء الرطب) انظر الهداية وشرح الاتقانى اه (قوله وانما يحرم اذا اشتد وقذف بالزبد) أى عند أبى حنيفة وعندهما لا يشترط القذف بالزبد كالخمر اه (قوله ورزقا حسنا) كالدبس والخل والتمر والزبيب ونحو ذلك اه غاية (قوله ثم حرمة هذه الاشياء) أى الثلاثة وهى الطلاء والسكر ونقيع الرطب اه

وهو نبيذ التمر والزبيب ان طبخ أدنى طبخة وهو أن يطبخ الى أن ينضج فلما روى عن أبي قتادة أن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا تنتبذوا الزهو والرطب جميعا ولا تنتبذوا الرطب والزبيب جميعا لكن انتبذوا كل واحد منهما على حدته رواه مسلم وأحمد ورواه البخاري وذكر التمر بدل الرطب وهذا نص على أن المتخذ من كل واحد منهما مباح وعن أبي سعيد رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن التمر والزبيب أن يخلط بينهما في الانتباذ الحديث الى أن قال من شربه منكم فليشربه زبيبا فردا أو تمرا فردا أو بسرا فردا رواه مسلم والنسائي وقد ورد في النهي عن الخليطين أحاديث كثيرة كلها صحاح وكلها تدل على أن كل واحد منهما على الانفراد يحل وهذا محمول على المطبوخ منه لان غير المطبوخ منه حرام باجماع الصحابة رضي الله عنهم على ما بينا وكذا ما روى عن أنس رضي الله عنه أن الخمر حرمت والخمر يومئذ البسر والتمر رواه البخاري ومسلم وأحمد فالمراد به غير المطبوخ لان حكمه حكم الخمر فلهذا أطلق عليه اسم الخمر وقد ورد في حرمة المتخذ من التمر أحاديث كلها صحاح فاذا حمل المحرم على النيء والمحلل على المطبوخ فقد حصل التوفيق بين الادلة واندفع التعارض وأما الثاني وهو الخليطان فلما روى عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت كنا ننتبذ لرسول الله صلى الله عليه وسلم في سقاء فنأخذ قبضة من تمر وقبضة من زبيب فنطرحهما فيه ثم نصب عليه الماء فننتبذه غدوة فيشربه عشية وننتبذه عشية فيشربه غدوة رواه ابن ماجه وروى عن ابن زياد رضي الله عنه قال سقاني ابن عمر شربة ما كدت أهتدي الى أهلي فغدوت اليه من الغد فأخبرته بذلك فقال ما زدناك على عجوة وزبيب وهو محمول على المطبوخ لان المروى عنه حرمة نقيع الزبيب النيء منه وما روى من النهي عن الخليط فيما رويناه محمول على حالة القحط والعوز لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج بل يؤثر باحداهما جاره والاباحة كانت في حالة السعة والحل مأثور عن ابراهيم النخعي رضي الله عنه وأما الثالث وهو نبيذ العسل والتين والبر والشعير فلقوله عليه الصلاة والسلام الخمر من هاتين الشجرتين النخلة والعنبة رواه مسلم وأحمد وغيرهما خص التحريم بهما والمراد بيان الحكم أي حكمهما واحد لا أن كلا منهما ما يسمى خمرا حقيقة ولا يشترط فيه الطبخ لان قليله لا يفضي الى كثيره كيفما كان وأما الرابع وهو المثلث وهو ما طبخ من ماء العنب حتى يذهب ثلثاه ويبقى الثلث فلما روى عن أبي موسى انه كان يشرب من الطلاء ما ذهب ثلثاه وبقي الثلث رواه النسائي وله مثله عن عمر وأبي الدرداء وقال البخاري رأى عمر وأبي عبيدة ومعاذ شرب الطلاء على الثلث وشرب البراء وأبو جحيفة على النصف وقال أبو داود سألت أحمد عن شرب الطلاء اذا ذهب ثلثاه وبقي ثلثه فقال لا بأس به قلت انهم يقولون انه يسكر فقال لا يسكر لو كان يسكر لما أحله عمر ولانه لا يحصل به الفساد من الصد والقاء العداوة بالشرب القليل منه بخلاف الخمر فانها حرمت لعينها فلا يشترط فيها السكر ولان قليلها يدعو الى كثيرها على ما بينا ولا كذلك المثلث لانه لغلظه لا يدعو الى الكثير وهو في نفسه غذاء فيبقى على أصل الاباحة وهذا كله قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد ومالك والشافعي رحمهم الله كل ما أسكر كثيره فقليله حرام من أي نوع كان لقوله صلى الله عليه وسلم كل مسكر خمر وكل مسكر حرام رواه مسلم من رواية ابن عمر رضي الله عنهما وعن عائشة رضي الله عنها قالت سئل النبي صلى الله عليه وسلم عن البتع

(قوله لا تنتبذوا الزهو) والزهو الملون من البسر تسمية بالمصدر اه مغرب (قوله مباح) أي على الانفراد اه (قوله في سقاية) السقاية اناء يشرب منه اه ابن الاثير وكتب ما نصه الذي بخط الشارح أو سقاة اه يراجع لفظ الحديث في ابن ماجه اه (قوله لئلا يجمع بين النعمتين وجاره محتاج) قال الاتقاني وفيه دليل على أن الجمع بين النعمتين يجوز خلافا لما يقوله بعض الناس من أصحاب الظواهر انه يكره اذا لم يكن أحدهما تابعا للآخر قالوا روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن الجمع بين التمر والزبيب والزبيب والرطب والرطب والبسر قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه وعن ابراهيم النخعي أنه قال كان ذلك في ابتداء الاسلام حين كان بالمسلمين شدة وضيق في أمر الطعام يعني انما نهى عن الجمع بين النعمتين حتى لا يشبع هو وجاره جائع بل يأكل احداهما ويؤثر بالاخرى جاره ثم لما وسع الله على عباده النعمة أباح الجمع بين النعمتين والدليل على ذلك قوله تعالى كلوا من الطيبات من غير فصل بين الجمع والافراد اه ما قاله الاتقاني رحمه الله (قوله وله مثله الخ) قال أبو حنيفة لو أعطيت الدنيا بحذافيرها لا أفتي بحرمته لان فيه تفسيق بعض الصحابة ولو أعطيت الدنيا بحذافيرها ما شربته لانه لا ضرورة فيه وهذا غاية تقواه رضي الله تعالى عنه اه كاكي (قوله وانه لا يحصل به الفساد من الصد) أي عن ذكر الله وعن الصلاة كما في الخمر فان الله تعالى يقول يا أيها الذين آمنوا انما الخمر والميسر الى قوله انما يريد الشيطان أن يوقع بينكم العداوة الآية فبين العلة في تحريم الخمر وهي الصد عن ذكر الله وعن الصلاة وايقاع العداوة وهو

(قوله وهذا كله قول أبي حنيفة الخ) هذا اذا طبخ عصير العنب وأما اذا طبخ العنب كما هو فقد حكى أبو يوسف عن أبي حنيفة أن حكمه حكم العصير لا يحل حتى يذهب ثلثاه وروى الحسن عن أبي حنيفة أن حكمه حكم الزبيب حتى لو طبخ أدنى طبخة يحل بمنزلة الزبيب اه بدائع سيأتي معنى هذه الحاشية قبيل قوله في المتن وحل الانتباذ في الدباء اه

وهو نبيذ العسل وكان أهل اليمن يشربونه فقال كل شراب أسكر فهو حرام رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن أبي موسى قال قلت يارسول الله أفتنا في شرابين كنا نصنعهما باليمن البتع وهو من العسل ينبذ حتى يشتد والمزر وهو من الذرة والشعير ينبذ حتى يشتد قال وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم قد أعطى جوامع الكلم بخواتيمه فقال كل مسكر حرام رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابن عمر أنه عليه الصلاة والسلام قال ما أسكر كثيره فقليله حرام رواه أحمد وابن ماجه والدارقطني وصححه وفيه من الاخبار الصحاح مالا يحصى ولهما ماروينا من اطلاق الانتباذ على الانفراد والخليط ولان المسكر هو القدح الاخير حقيقة فيحمل عليه اذ الحكم يضاف الى الوصف الاخير من علة ذات أوجه فتقتصر الحرمة عليه ونظيره الاسراف في الاكل فان الزائد على الشبع هو الحرام لاغير وهذا الاختلاف فيما اذا قصد به التقوى دون التلهي وان قصد به التلهي فهو حرام بالاجماع وعن محمد أنه قال مثل قولهما وعنه انه كرهه وعنه انه توقف فيه فاذا كان مباحا عندهما فلا يحد شاربه وان سكر منه ولا يقع طلاق السكران منه بمنزلة النائم وذاهب العقل بالبنج ولبن الرماك وعند محمد رحمه الله يحد اذا سكر منه و يقع طلاقه اذا طلق امرأته وهو سكران منه كما في سائر الاشربة المحرمة وكان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول ما كان من الاشربة يبقى بعد ما بلغ عشرة أيام ولا يفسد فاني أكرهه وكان قوله في الاول مثل قول محمد رحمه الله الا أنه تفرد بهذا الشرط ومعنى قوله لا يفسد لا يحمض لان بقاءه في هذه المدة من غير أن يفسد دليل قوته وشدته فكان آية حرمته ومثله مروي عن ابن عباس رضي الله عنهما ثم رجع الى قول أبي حنيفة رحمه الله فاعتبر حقيقة الشدة كما يعتبرها أبو حنيفة على الحد الذي ذكرنا فيما يحرم شربه أصلا كالخمر والثلاثة المحرمة وفيما يحرم السكر منه والفتوى في زماننا بقول محمد رحمه الله حتى يحد من سكر من الاشربة المتخذة من الحبوب والعسل واللبن والتين لان الفساق يجتمعون على هذه الاشربة في زماننا و يقصدون السكر واللهو بشربها وعن أبي حنيفة المتخذ من لبن الرماك لا يحل اعتبارا بلحمه اذ هو متولد منه والاصح أنه يحل عنده على ماذكر صاحب الهداية لان كراهية لحمه لاحترامه أو لئلا يؤدي الى قطع مادة الجهاد فلا يتعدى الى لبنه والمثلث اذا صب عليه الماء وطبخ فحكمه حكم المثلث لان صب الماء فيه لا يزيده الا ضعفا بخلاف ما اذا صب الماء على العصير ثم طبخ حتى ذهب ثلثا الكل لان الماء يذهب أولا للطافته أو يذهب منهما ولا يدري أيهما ذهب أكثر فيحتمل أن يكون الذاهب من العصير أقل من ثلثيه ولو طبخ العنب قبل العصر اكتفى بأدنى طبخة في رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وفي رواية لا يحل مالم يذهب ثلثاه بالطبخ لان العصير موجود فيه من غير تغير فصار كما لو طبخ بعد العصر ولو جمع بين العنب والتمر أو بينه وبين الزبيب فطبخ لا يحل حتى يذهب ثلثاه لان التمر أو الزبيب ان كان يكتفى فيه بأدنى طبخة فعصير العنب لا بد أن يذهب ثلثاه فيعتبر جانب العنب احتياطا للحرمة وكذا اذا جمع بين عصير العنب ونقيع التمر لما قلنا ولو طبخ نقيع التمر أو نقيع الزبيب أدنى طبخة ثم نقع فيه تمر أو زبيب ان كان ما نقع فيه شيأ يسيرا لا يتخذ النبيذ من مثله فلا بأس به وان كان يتخذ النبيذ من مثله لا يحل كما اذا صب في المطبوخ قدح من نقيع والمعنى تغليب جهة

(قوله البتع) البتع بكسر الباء شراب مسكر يتخذ من العسل اه مغرب (قوله فيحمل عليه) ولهذا قال أبو يوسف لو شرب تسعة أقداح من النبيذ ولم يسكر فأوجر العاشر وسكر لا حد عليه ولو أوجر التسعة وشرب العاشر باختياره وسكر حد ذكره في المحيط اه كاكي (قوله فيما اذا قصد به التقوى) على طاعة الله أو استمراء الطعام أو التداوي فأما السكر منه حرام بالاجماع اه اتقاني (قوله وعنه أنه توقف فيه) أي لتعارض الآثار اه وكتب ما نصه قال في الهداية قال في الجامع الصغير وما سوى ذلك من الاشربة المحرمة وهي الخمر والسكر ونقيع الزبيب والعصير الذي ذهب بالطبخ أقل من ثلثيه فلا باس به قال الاتقاني قال فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير وهذا الجواب على هذا العموم في البيان لا يوجد الا في هذا الكتاب ثم قال وهذا نص على قول أبي حنيفة حتى ان الحد لا يجب وان سكر منه في قوله وروى عن محمد أن ذلك حرام يجب الحد بالسكر منه وكذلك السكران منه اذا طلق امرأته لم يقع عند أبي حنيفة بمنزلة طلاق النائم والمغمى عليه وعند محمد يقع بمنزلة طلاق السكران من الاشربة المحرمة الى هنا لفظ فخر الاسلام وقال الطحاوي في مختصره قال هشام وكان يقول من صلى في ثوبه مما يسكر كثيره أكثر من مقدار الدرهم أعاد الصلاة قال الطحاوي وهذا أجود وكذلك كان قول ابن أبي عمران اه (قوله والفتوى في زماننا بقول محمد) كذا في جامع الفتاوى والنوازل وغيرهما اه (قوله والاصح أنه يحل عنده) وفي فتاوى قاضيخان وعامة المشايخ قالوا هو مكروه كراهة التحريم الا أنه لا يحد شاربه اه (قوله وفي رواية لا يحل) في الهداية وهو الاصح اه قال في الشامل فأما العنب اذا طبخ ففي أصح الروايات لا يحل لانه عصير لم يذهب ثلثاه وفي رواية يحل بأدنى طبخة كطبخ الزبيب اه اتقاني رحمه الله ﴿فرع﴾ قال أرأيت الرجل يخلط الخمر بعينها مع النبيذ ثم يشرب منه جميعا ولا يسكر أيجب الحد

(١) هنا بياض بالاصل اه

الحرمة ولا حد في شربه لان التحريم للاحتياط والاحتياط في الحد في درئه ولو طبخ الخمر أو غيره بعد الاشتداد حتى ذهب ثلثاه لم يحل لان الحرمة قد تقررت فلا ترتفع بالطبخ قال رحمه الله (وحل الانتباذ في الدباء والحنتم والمزفت والنقير) لما روى عن بريدة أنه عليه الصلاة والسلام قال كنت نهيتكم عن الاشربة في ظروف الادم فاشربوا في كل وعاء غير أن لا تشربوا مسكرا رواه مسلم وأحمد وغيرهما وفي رواية نهيتكم عن الظروف وان ظرفا لا يحل شيأ ولا يحرمه وكل مسكر حرام رواه مسلم وأبو داود وجماعة أخر وكان الانتباذ في هذه الاوعية حراما قال ابن عمر نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن الحنتمة وهي الجرة ونهى عن الدباء وهي القرعة ونهى عن النقير وهي أصل النخل ينقر نقرا أو ينسج نسجا ونهى عن المزفت وهي القير الحديث ثم نسخ بما روينا وقال أبو هريرة رضي الله عنه الحنتم الجرار الخضر وفسر النبي صلى الله عليه وسلم النقير بالجذع ينقر وسطه وقيل الحنتم الجرار الحمر ثم ان انتبذ في هذه الاوعية قبل استعمالها في الخمر فلا اشكال في حله وطهارته وان استعمل فيها الخمر ثم انتبذ فيها ينظر فان كان الوعاء عتيقا يطهر بغسله ثلاثا وان كان جديدا لا يطهر عند محمد رحمه الله لتشرب الخمر فيه بخلاف العتيق وعند أبي يوسف رحمه الله يغسل ثلاثا ويجفف في كل مرة وهي من مسائل غسل ما لا ينعصر بالعصر وقيل عند أبي يوسف رحمه الله يملأ ماء مرة بعد أخرى حتى اذا خرج الماء صافيا غير متغير لونا أو طعما أو رائحة حكم بطهارته قال رحمه الله (وخل الخمر سواء خللت أو تخللت) أي حل خل الخمر ولا فرق في ذلك بين أن تكون تخللت هي أو خللت وقال الشافعي رحمه الله ان خللها بالقاء شيء فيها كالملح والخل لا يحل ذلك الخل قولا واحدا وان كان بغير القاء شيء فيها بأن كان بالنقل من الظل الى الشمس أو ايقاد النار بالقرب منها فلا يحل ذلك الفعل وان صار بذلك خلا فله فيه قولان له ما روى عن أنس أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الخمر تتخذ خلا فقال لا رواه مسلم وأحمد وأبو داود والترمذي وصححه وعن أنس رضي الله عنه أن أبا طلحة سأل النبي صلى الله عليه وسلم عن أيتام ورثوا خمرا قال أهرقوها قال أفلا نجعلها خلا قال لا رواه أحمد وأبو داود ولانا أمرنا باجتناب الخمر وفي التخليل اقتراب منها على وجه التمول فلا يجوز لانه يضاد النهي ولان ما يلقى في الخمر يتنجس بأول الملاقاة وما يكون نجسا لا يفيد الطهارة بخلاف ما اذا تخللت بنفسها لانه لم يوجد فيه تنجس شيء بالملاقاة والاقتراب حرام وهو نظير قتل المورث فانه يحرم الارث لمباشرته الحرام وان مات بنفسه ورثه وكذا صيد الحرم لا يحل له اذا أخرجه بل يجب عليه رده اليه وان خرج بنفسه حل ولنا قوله عليه الصلاة والسلام نعم الادام الخل مطلقا فيتناول جميع صورها ولان بالتخليل ازالة الوصف المفسد واثبات صفة الصلاح فيه من حيث تسكين الصفراء وكسر الشهوة والتغذي به والاصلاح مباح كالدباغ وكذا الصالح لمصالح مباح والاقتراب لاعدام الفساد فأشبه الاراقة والتخليل أولى لما فيه من احراز مال يصير حلالا في المآل فيختاره من ابتلي به والمنهي عنه بما روي أن يستعمل الخمر استعمال الخل بأن ينتفع بها انتفاعه كالائتدام وغيره وهو نظير ما روي أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن تحليل الحرام وتحريم الحلال وأن يتخذ الدواب كراسي والمراد الاستعمال وفي التنزيل اتخذوا أحبارهم ورهبانهم أربابا من دون الله قال عدي بن حاتم ما عبدناهم قط قال عليه الصلاة والسلام أليس كانوا يأمرون وينهون وتطيعونهم قال نعم قال هو ذلك فقد فسر الاتخاذ بالاستعمال أو نقول ليس فيما روي دلالة على أن الخمر لا تطهر بالتخليل ولا له تعرض لذلك أصلا وانما يوجب حرمة الفعل وهو التخليل لا غير وذلك لا يمنع حصول الطهارة اذا وجد ألا ترى أنا نهينا عن التوضؤ بماء مملوك للغير بدون رضاه وعن الاستنجاء بأشياء كثيرة ثم اذا فعل ذلك تحصل به الطهارة وكذا الصلاة في الارض المغصوبة والبيع منهي عنه ثم اذا فعل ذلك يفيد حكمه مع حرمته وتنجس الشيء الملقى فيها للمجاورة فاذا صارت هي خلا طهرت بالاستحالة ولم يبق مجاور النجاسة ألا ترى أن ظرفها طاهر لان تنجسه بنجاستها فاذا طهر بالتخليل جميع أجزائها لم يوجد المنجس وليس فيه تصرف في الخمر على قصد التمول بل هو اتلاف لصفة الخمرية ولا كذلك

عليه فالجواب فيه كالجواب فيما خلط بالماء ان كان الخمر غالبا وجب الحد وان كان النبيذ غالبا لا يجب ما لم يسكر اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وكان الانتباذ الخ) قالوا وانما نهى عن هذه الاوعية على الخصوص لان الانبذة تشتد في هذه الظروف أكثر مما تشتد في غيرها اهـ غاية (قوله ونهى عن الدباء الخ) قال الاتقاني والدباء القرع جمع دباءة اهـ وكان الاولى أن يقول الشارح وهو القرع اهـ (قوله له ما روى عن أنس الخ) في طريقه السدي اهـ (قوله والمنهي عنه بما روى الخ) قال الاتقاني والجواب عن حديث أبي طلحة فنقول انما أمره النبي صلى الله عليه وسلم بالاراقة قلعا وقطعا لهم عن أن يحوموا حول الخمور ويعتادوا على ذلك لانه كان في ابتداء تحريم الخمر لم يأمن النبي صلى الله عليه وسلم من أن يشربوها اذا لم يريقوها فأمر بالاراقة حسما لمادة الفساد كما نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن الانتباذ في الاوعية ثم لما حصل لهم الفطام عن المسكرات رخص لهم في جميع الاوعية اهـ

(قوله وهو الذى انتقص من الخمر) قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرحه وقد حكى عن الحاكم أبى نصر محمد بن مهرويه أنه كان يقول ان ما يوازى الاناء من الخل لاشك أنه يطهر لان ما يوازى الخل من الاناء فيه أجزاء الخل وانه طاهر وأما أعلى الحب الذى انتقص من الخمر قبل صيرورته خلا فانه يكون نجسا لان ما يداخل أجزاء الحب من الخمر لم يصر خلا بل يبقى فيه كذلك خمرا فيكون نجسا فيجب أن يغسل أعلاه بالخل حتى يطهر الكل لان غسل النجاسة الحقيقية بما سوى الخمر من المائعات التى تزيل النجاسة جائز عندنا فاذا غسل أعلى الحب بالخل صار ما دخل فيه من أجزاء الخمر خلا من ساعته فيطهر الحب بهذا الطريق فأما اذا لم يفعل هكذا حتى ملئ من العصير بعد ذلك فانه ينجس العصير ولا يحل شربه لانه عصير خالطه خمر الا أن يصير خلا كذا قال خواهر زاده اه اتقانى (قوله فى المتن وكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) الامتشاط به يصنعه بعض النساء لانه يزيد فى بريق الشعر وكانت عائشة رضى الله عنها تنهى النساء عن ذلك أشد النهى اه رازى وقال الاتقانى وانما خص الامتشاط به لان له تأثيرا فى تحسين الشعر ودردى الزيت وغيره ثفله وهو ما يبقى فى أسفله اه وكتب ما نصه قال أبو حنيفة أكره دردى الخمر أن تمتشط به المرأة اه صلاة جلابى

اخراج صيد الحرم وقتل المورث فافترقا ثم اذا صارت الخمر خلا يطهر ما يوازيها من الاناء فأما أعلاه وهو الذى انتقص منه الخمر فقد قيل يطهر تبعا وقيل لا يطهر لانه تنجس باصابة الخمر ولم يوجد ما يوجب طهارته فيبقى نجسا على ما كان ولو غسل بالخل فتخلل من ساعته طهر للاستحالة وكذا اذا صب منه الخمر ثم ملئ خلا يطهر فى الحال لما قلنا قال رحمه الله (وكره شرب دردى الخمر والامتشاط به) لان فيه أجزاء الخمر فكان حراما نجسا والانتفاع بمثله حرام ولهذا لا يجوز أن يداوى به جرحا ولا أن يسقى ذميا ولا صبيا والوبال لمن سقاه وكذا لا يسقيها الدواب وقيل لا تحمل الخمر اليها أما اذا قيدت الى الخمر فلا بأس به كما فى الكلب والميتة ولو ألقى الدردى فى الخل فلا بأس به لانه يصير خلا لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه قال رحمه الله (ولا يحد شاربه) أى شارب الدردى (الا اذا سكر) وقال الشافعى رحمه الله يحد شاربه لان الحد يجب بشرب قطرة من الخمر وفى الدردى قطرات منها ولنا أن وجوب الحد للزجر والزاجر يشرع فيما تميل الطباع اليه ولا تميل الطباع الى شرب الدردى بل تعافه وتنفر منه فكان ناقصا فأشبه غير الخمر من الاشربة ولا حد فيها الا بالسكر بخلاف الخمر لان النفس تميل اليها وقليلها يدعو الى كثيرها ولا كذلك الدردى ولان الغالب عليه الثفل فأشبه غالب الماء ولو جعلت الخمر فى مرقة فطبخت لا تؤكل للتنجس والطبخ لا يؤثر فى الخمر ولو أكل منه لا يحد الا اذا سكر لغلبة غيرها عليها أو لكونها مطبوخة وكذا اذا عجن الدقيق بها ويكره الاحتقان بالخمر واقطارها فى الاحليل لانه انتفاع بالنجس المحرم ولا يجب الحد لعدم الشرب وهو السبب وذكر فى النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز اذا علم أن فيه شفاء وليس له دواء آخر غيره وعزاه الى الذخيرة

﴿فصل فى طبخ العصير﴾ الاصل فيه أن ما ذهب بغليانه بالنار وقذفه بالزبد لا يعتد به حتى يعتبر ذهاب ثلثى ما بقى فيحل الثلث الباقى بعده ولو صب فيه الماء قبل الطبخ ثم طبخ بمائه ينظر ان كان الماء أسرع ذهابا للطافته ورقته يعتبر ذهاب ثلثى العصير بعد ذهاب الماء الذى صب فيه كله وبعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقى من العصير لان الذاهب الاول هو الماء والزبد والباقى هو العصير فلابد من ذهاب ثلثيه وان كانا يذهبان معا فيطبخ حتى يذهب ثلثا المجموع بعد ذهاب الزبد فيحل الثلث الباقى بذهاب الثلثين

(قوله ولا أن يسقى ذميا) قال فى الاصل أفتكره للمسلم أن يسقى الذمى خمرا أو مسكرا قال نعم لان هذا تصرف من المسلم فى الخمر لا على سبيل التطهير فلا يحل لانه اعانة على المعصية قال تعالى ولا تعاونوا على الاثم والعدوان وقال فى الاصل أيضا أفتكره أن يسقى الدواب الخمر قال نعم لانه انتفاع بالخمر وهو حرام وقال الفقيه أبو جعفر انما يكره اذا حمل الخمر الى الدواب فاذا حمل الدواب الى الخمر فلا بأس به قياسا على الميتة تحمل الى الكلاب يكره واذا دعيت الكلاب اليها فلا بأس بذلك اه غاية (قوله وكذا لا يسقيها الدواب) كان أبو الحسن الكرخى يحكى عن أصحابنا أنه لا يحل للانسان النظر الى الخمر على وجه التلهى ولا أن يبل بها الطين ولا أن يسقيها الحيوان وكذلك الميتة لا يجوز أن يطعمها كلابه لان فى ذلك انتفاعا والله تعالى حرم ذلك تحريما مطلقا معلقا بأعيانها وسئل عن الفرق بين الزيت تموت فيه الفأرة وبين الخمر فى جواز الانتفاع بالزيت فى غير جهة الاكل وامتناع الانتفاع بالخمر من سائر الوجوه فكان يحتج فى الفرق بينهما بأن الخمر محرمة العين وان الزيت غير محرم العين وانما منع أكله لمجاورته الميتة اه شامل شرح البزدوى (قوله لكن يباح حمل الخل اليه دون عكسه) قال شيخ الاسلام خواهر زاده قالوا يجب أن تحمل الخل الى الخمر ولا تحمل الخمر الى الخل كيلا يصير حاملا للنجاسة من غير حاجة ونظير هذا ما قالوا فى الميتة أن تدعو الكلاب الى الميتة ولا تحمل الميتة الى الكلاب وكذلك قالوا فيمن له أب نصرانى أعمى وهو مسلم لا بأس بأن يقوده من البيعة الى المنزل ولا يجوز للابن أن يقوده من المنزل الى البيعة لان ذلك اعانة على المعصية فكذلك هذا اه اتقانى (قوله وقال الشافعى يحد شاربه) وبه قال مالك وأحمد اه ع (قوله وذكر فى النهاية أن الاستشفاء بالحرام جائز الخ) تقدم فى الكراهية ما يخالفه اه (قوله فصل فى طبخ العصير) ينظر فى المحيط اه

(قوله وبقاء الثلث ماء وعصيرا) لان الباقي ثلثه ماء وثلثه عصير وقدر ثلث العصير الى الثلث فحل اه (قوله قبل الانصباب) وهو ثمانية أرطال اه (قوله وهو قدر ثلث الجميع) أي أربعة أرطال اه (قوله فاذا أهريق بعضه) أي بعض الباقي وهو ربعه رطلان اه (قوله أهريق من الحلال بحسابه) أي وهو ربعه (٥٠) واحد اه (قوله حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال) أي وهو ثلاثة أرطال اه

وبقاء الثلث ماء وعصيرا ولو طبخ العصير فذهب أقل من الثلثين ثم أهريق بعضه لا يحل الباقي حتى يذهب ثلثاه بالطبخ وطريق معرفته أن تأخذ ثلث الجميع فتضربه في الباقي بعد الانصباب ثم تقسم الخارج من الضرب على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب بالطبخ قبل أن ينصب منه شئ فما أصاب الواحد بالقسمة فذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى أن يبقى قدره فيحل مثاله اثنا عشر رطلا من العصير طبخ حتى ذهب أربعة أرطال ثم أهريق رطلان يأخذ ثلث العصير كله وهو أربعة فيضربه فيما بقي بعد الانصباب وهو ستة فيصير أربعة وعشرين فيقسمه على ما بقي بعد ذهاب ما ذهب منه بالطبخ قبل أن يهراق منه وذلك ثمانية فيصيب كل واحد منها ثلاثة فيكون ذلك القدر هو الحلال فيطبخ الباقي الى أن يبقى قدره فيحل وان شئت قسمت ما ذهب بالطبخ على المنصب وعلى ما بقي بعد الانصباب فما أصاب المنصب يجعل مع المنصب كأنه لم يكن فكأن جميع العصير هو الباقي وما أصابه من الذاهب بالطبخ وقد ذهب منه ذلك القدر فيطبخ حتى يذهب الى تمام الثلثين وان شئت قلت ان الباقي بعد الطبخ قبل الانصباب بعضه حلال وهو قدر ثلث الجميع فاذا أهريق بعضه أهريق من الحلال بحسابه فيطبخ الباقي حتى يبقى قدر ما فيه من الحلال والله أعلم

﴿كتاب الصيد﴾

قال رحمه الله (هو الاصطياد) أي الصيد هو الاصطياد في اللغة يقال صاد يصيد صيدا وسمي به المصيد تسمية للمفعول بالمصدر فصار اسما لكل حيوان متوحش ممتنع عن الآدمي مأكولا كان أو غير مأكول والاصطياد مباح في غير الحرم لغير المحرم وكذا المصيد ان كان مأكولا لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا ولقوله تعالى وحرم عليكم صيد البر ما دمتم حرما ولقوله عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله تعالى فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه وان أدركته قد قتل ولم يأكل منه فكله فان أخذ الكلب ذكاة رواه البخاري ومسلم وأحمد ولانه نوع اكتساب وانتفاع بما هو مخلوق لذلك فكان مباحا كالاحتطاب ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف قال رحمه الله (ويحل بالكلب المعلم والفهد والبازي وسائر الجوارح المعلمة) أي يحل الاصطياد بهذه الاشياء وغيرها من الجوارح كالشاهين والباشق والعقاب والصقر وفي الجامع الصغير وكل شئ علمته من ذي ناب من السباع وذي مخلب من الطير فلا بأس بصيده ولا خير فيما سوى ذلك الا أن تدرك ذكاته فتذكيه والاصل فيه قوله تعالى أحل لكم الطيبات وما علمتم من الجوارح مكلبين أي صيد ما علمتم من الجوارح وهو معطوف على الطيبات والجوارح الكواسب والجرح الكسب قال الله تعالى ويعلم ما جرحتم بالنهار أي كسبتم وقيل هي أن تكون جارحة بنابها ومخلبها حقيقة ويمكن حمل الآية على المعنيين فتشترط الجراحة حقيقة على ما هو ظاهر الرواية لان في اشتراط الجرح من الكواسب عملا بالمتيقن به والمكلب المعلم من الكلاب ومؤدبها ثم عم في كل ما أدب جارحة بهيمة كانت أو طائرا ومعنى قوله مكلبين معلمين الاصطياد تعلمونهن تؤدبونهن فيتناول كل ما علم من الجوارح دل عليه ما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه لان اسم الكلب يقع على كل سبع حتى الاسد وعن أبي يوسف رحمه الله انه استثنى من ذلك الاسد والدب لانهما لا يعملان لغيرهما الاسد لعلو همته والدب لخساسته كذا ذكر

﴿كتاب الصيد﴾ ثم الاصطياد لا يقع الا بآلة والآلة تنقسم على قسمين حيوان وجماد فالجماد مثل السيف والرمح والشبكة والمعراض والنشاب وما أشبه ذلك والحيوان مثل البازي والصقر والفهد والكلب ونحو ذلك اه غاية (قوله مأكولا كان أو غير مأكول) والاصطياد مباح فيما يحل أكله وما لا يحل فما حل أكله فصيده للاكل وما لا يحل أكله فصيده لغرض آخر اما الانتفاع بجلده أو شعره أو لدفع أذيته اه غاية (قوله ليتمكن المكلف من اقامة التكاليف) أي من اقامة ما أوجبه الله تعالى عليه اه (قوله وعن أبي يوسف أنه استثنى الخ) قال الكرخي في آخر كتاب الصيد من مختصره قال هشام سألت محمدا عن صيد ابن العرس فأخبرني أن أبا حنيفة قال اذا علم فتعلم فكل ما صاد قال محمد ما كان له مخلب أو ناب فصيده يؤكل يعني اذا علم قال هشام سألت محمدا عن الذئب اذا علم فصاد فقال هذا أرى أنه لا يكون فان كان فلا بأس به الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه قالوا في الاسد والذئب انه لا يجوز الصيد بهما في
وليس ذلك لمعنى يعود الى عينهما انما هو لفقد التعليم لانهم قالوا ان من عادتهما أن يمسكا صيدهما ولا يأكلاه في الحال وانما يستدل على التعليم بترك الاكل فان تصور التعليم فيهما جاز اه أتقاني

(قوله وذكر في النهاية الذئب بدل الدب) وفي الاختيار ذكر الثلاثة اه (قوله فلا يجوز) أي الاصطياد به لانه محرم العين فلا يجوز اه
(قوله ولقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة) أي الخشني اه قال في الاصابة صحابي مشهور معروف بكنيته وهو منسوب

في الهداية والكافي وذكر في النهاية الذئب بدل الدب وكذا في المحيط ولانهما لا يتعلمان عادة ولان التعليم يعرف بترك الاكل وهما لا يأكلان الصيد في الحال فلا يمكن الاستدلال بترك الاكل على التعلم حتى لو تصور التعلم منهما وعرف ذلك جاز ذكره في النهاية وألحق بعضهم الحدأة بهما لخساستها والخنزير مستثنى من ذلك لانه نجس العين فلا يجوز الانتفاع به قال رحمه الله (ولا بد من التعليم) لقوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين تعلمونهن ولقوله صلى الله عليه وسلم لابي ثعلبة ما صدت بكلبك المعلم فذكرت اسم الله عليه فكل وما صدت بكلبك غير المعلم فأدركت ذكاته فكل رواه البخاري ومسلم وأحمد وكذا لا بد أن يكون المرسل أهلا للذكاة بأن يكون مسلما أو كتابيا وهو يعقل التسمية ويضبط على نحو ما ذكرنا في الذبائح قال رحمه الله (وذا بترك الاكل ثلاثا في الكلب وبالرجوع اذا دعوته في البازي) أي التعليم في الكلب يكون بترك الاكل ثلاث مرات وفي البازي بالرجوع اذا دعي روي ذلك عن ابن عباس رضي الله عنهما ولان بدن الكلب يحتمل الضرب فيمكن ضربه حتى يترك الاكل وبدن البازي لا يحتمل الضرب فلا يمكن تحقيق هذا الشرط فيه فاكتفى بغيره مما يدل على التعلم ولان آية التعلم ترك ما هو مألوفه عادة وعادة البازي التوحش والاستنفار وعادة الكلب الانتهاب والاستلاب لالفه بالناس فاذا ترك كل واحد منهما مألوفه دل على تعلمه وانتهائه عنه وهذا الفرق لا يتأتى الا في الكلب خاصة لانه هو الالوف دون غيره من ذوات الانياب فانها ليست بألوف والفرق الاول يتأتى في الكل لان بدن كل ذي ناب يحتمل الضرب فأمكن تعليمه بالضرب الى أن يترك الاكل وانما شرط ترك الاكل ثلاث مرات وهو قولهما ورواية عن أبي حنيفة لان علمه يعرف بتكرار التجارب والامتحان وهي مدة ضربت لذلك كما في قصة موسى مع معلمه عليهما الصلاة والسلام وكمدة الخيار لاختبار حال المبيع وكذا قال عليه السلام اذا استأذن أحدكم ثلاثا فلم يؤذن له فليرجع وقال عمر رضي الله عنه اذا لم يربح أحدكم في التجارة ثلاث مرات فليتحول الى غيرها وهذا لان الكثير هو الذي يقع دلالة على التعلم دون القليل والجمع كثير ولهذا قال عليه الصلاة والسلام الثلاثة ركب فقدر به وعند أبي حنيفة رحمه الله لا يثبت التعلم ما لم يغلب على ظنه أنه قد تعلم ولا يقدر بشيء لان المقادير تعرف بالنص لا بالاجتهاد ولا نص هنا فيفوض الى رأي المبتلى به كما هو دأبه في مثله كحبس الغريم والنجاسة المخففة المانعة من الصلاة والاعمال المفسدة للصلاة ونحو ذلك ذكره في الاصل وترك الاكل قد يكون للخوف من الضرب فلا يقع دلالة على التعلم ولان مدة التعلم تختلف بالحذاقة والبلادة فلا يمكن معرفتها ثم اذا ترك ثلاثا لا تحل الاولى ولا الثانية على قول من قال بالثلاث وهو ظاهر وكذا الثالث عندهما لانه لا يصير معلما الا بعد تمام الثلاث وقبله غير معلم فكان الثالث صيد كلب جاهل فصار كبيع العبد المحجور عليه مال المولى بعلم المولى وهو ساكت فانه يصير مأذونا له في التجارة ولا يلزم ذلك البيع حتى كان للمولى أن ينقضه ان شاء وعند أبي حنيفة رحمه الله على الرواية الاولى يحل لان تركه عند الثالث آية تعلمه فصار هذا صيد كلب عالم لانا انما حكمنا بكونه عالما بطريق أن امساكه على صاحبه قد تعين وتحقق وكيف يحرم وقد أخذه له بعد ارساله بخلاف ما استشهدا به لان بيع العبد مال المولى لا يجوز وان كان مأذونا له في التجارة حتى لو اشترى والمولى يراه ساكتا صار مأذونا له وجاز شراؤه ولزمه ولم يذكر البازي بكم اجابة يصير معلما فينبغي أن يكون على الاختلاف الذي ذكره في الكلب ولو قيل يصير معلما باجابة واحدة كان له وجه لان الخوف ينفره بخلاف الكلب قال رحمه الله (ومن التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي موضع كان) أي لا بد من التسمية عند الارسال ومن الجرح في أي

الى بني خشين وهو ممن بايع تحت الشجرة وضرب سهمه في خيبر وأرسله النبي صلى الله عليه وسلم الى قومه فأسلموا وكان لا يأتي عليه ليلة الا خرج ينظر الى السماء فينظر كيف هي ثم يرجع فيسجد وعن أبي هريرة قال قال أبو ثعلبة اني لارجو الله أن لا يخنقني كما أراكم تخنقون عند الموت فبينما هو يصلي جوف الليل قبض وهو ساجد فرأت ابنته في النوم أن أباها قد مات فاستيقظت فزعة فنادت أين أبي قيل لها في مصلاه فنادته فلم يجبها فأتته فوجدته ساجدا فأنبهته فحركته فسقط ميتا مات سنة خمس وسبعين اه باختصار (قوله في المتن وذا بترك الاكل ثلاثا) في الكلب والتعليم عندنا أن يرسل ثلاث مرات كل ذلك يقتل الصيد ولا يأكل منه وهذا قول أبي يوسف ومحمد قاله الاتقاني نقلا عن مختصر الكرخي اه (قوله وبدن البازي لا يحتمل الضرب) قال خواهر زاده قول الشافعي في الجديد بأن البازي وسائر طيور الوحش اذا أكل من الصيد لا يؤكل كما في الكلب والفهد وهو محجوج بما روى محمد في الاصل عن سعيد بن جبير عن ابن عباس أنه قال في البازي يقتل الصيد فيأكل منه فقال كل وقال تعليم البازي أن تدعوه فيجيبك ولا تستطيع ضربه حتى يترك الاكل وهذا قول روي عنه ولم يرو عن أقرانه خلافه فحل محل الاجماع اه اتقاني
(قوله فيفوض الى رأي المبتلى به) أي وهو الصائد اه غاية

موضع كان من أعضائه أما التسمية فلما تلونا ورويناه من حديث ثعلبة والمراد به مع التذكر وأما اذا نسي التسمية عند الارسال فلا بأس بأكله وقد بيناه في الذبائح وأما الجرح فالمذكور هنا ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله أنه لا يشترط رواه الحسن عنهما وهو قول الشعبي لقوله تعالى فكلوا مما أمسكن عليكم مطلقا من غير قيد بالجرح فمن شرطه فقد زاد على النص وهو نسخ على ما عرف في موضعه وكذا ما رويناه من حديث عدي وثعلبة يدل على ذلك لانه مطلق فيجري على اطلاقه والا لزم نسخه بالرأي وهو لا يجوز وجه الظاهر قوله تعالى وما علمتم من الجوارح مكلبين على ما بينا ولان المقصود اخراج الدم المسفوح وهو يخرج بالجرح عادة ولا يتخلف عنه الا نادرا فاقيم الجرح مقامه كما في الذكاة الاختيارية والرمي بالسهم ولانه اذا لم يجرحه صار موقوذة وهي محرمة بالنص وما تلي مطلق وكذا ما روي فحملناه على المقيد لاتحاد الواقعة وانما لا يحمل المطلق على المقيد فيما اذا اختلفت الحوادث أو كان التقييد والاطلاق من جهة السبب أما اذا كانا من جهة الحكم والحادثة واحدة فيحمل عليه قال رحمه الله (فان أكل منه البازي أكل وان أكل منه الكلب أو الفهد لا) وقال مالك والشافعي رحمهما الله في القديم يؤكل وان أكل منه الكلب كالبازي لما روي عن عبد الله بن عمرو أن أبا ثعلبة قال يا رسول الله ان لي كلابا مكلبة فأفتني في صيدها فقال ان كانت لك كلاب مكلبة فكل مما أمسكن عليك الحديث الى أن قال هو للنبي صلى الله عليه وسلم وان أكل منه قال عليه الصلاة والسلام وان أكل منه ولان فعل الكلب انما صار ذكاة لعلمه وبالاكل لا يعود جاهلا فصار كالبازي ولنا ما رويناه من حديث عدي رضي الله عنه وقوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم وقوله عليه الصلاة والسلام له اذا أرسلت كلابك المعلمة وذكرت اسم الله فكل مما أمسكن عليك الا أن يأكل الكلب فلا تأكل فاني أخاف أن يكون انما أمسك على نفسه رواه البخاري ومسلم وأحمد وعن ابراهيم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا أرسلت كلبك المعلم فأكل من الصيد فلا تأكل فانما أمسكه على نفسه واذا أرسلته فقتل ولم يأكل فكل فانما أمسك على صاحبه رواه أحمد ومرويهما غريب فلا يعارض الصحيح المشهور ولئن صح فالمحرم أولى على ما عرف في موضعه والفرق بين البازي والكلب قد بيناه ولو صاد الكلب صيودا ولم يأكل منها شيأ ثم أكل من صيده بعد ذلك لا يؤكل من الذي أكل منه لان أكله علامة جهله ولا ما يصيده بعده حتى يصير معلما على الاختلاف الذي بيناه في الابتداء وأما الصيود التي أخذها من قبل فما أكل منها لا تظهر الحرمة فيه لعدم المحلية وما ليس بمحرز بان كان في المفازة بعد تثبت الحرمة فيه بالاتفاق وما هو محرز في البيت يحرم عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يحرم لان الاكل لا يدل على جهله لان الحرفة قد تنسى وقد يشتد عليه الجوع فيأكل مع علمه ولان ما أحرزه قد أمضى الحكم فيه بالاجتهاد فلا ينقض باجتهاد مثله لان المقصود قد حصل بالاول بخلاف غير المحرز لان المقصود لم يحصل فيه من كل وجه لبقاء الصيدية فيه من وجه لعدم الاحراز فيحرم احتياطا ولابي حنيفة رحمه الله ان أكله آية جهله من الابتداء لان الحرفة لا ينسى أصلها فبالاكل تبين أن تركه الاكل كان بسبب الشبع لا للتعلم وقد تبدل الاجتهاد قبل حصول المقصود لان المقصود يحصل بالاكل فصار كتبدل اجتهاد القاضي قبل القضاء ولان علمه لا يثبت الا ظاهرا فبقي جهله موهوما والموهوم في باب الصيد يلحق بالمتحقق احتياطا ما أمكن والامكان في حق القائم جميعا دون الغائب وقال بعض المشايخ انما تحرم تلك الصيود عند أبي حنيفة اذا كان العهد قريبا أما اذا تطاول العهد بأن أتى عليه شهر أو أكثر وصاحبه قد قدد تلك الصيود لا تحرم تلك الصيود في قولهم جميعا لان في المدة الطويلة يتحقق النسيان فلا يعلم انه لم يكن معلما في الماضي من الزمان وفي المدة القصيرة لا يتحقق النسيان فيظهر أنه لم يكن معلما حين

اصطياد

(قوله والمراد به مع التذكر) قال في الاصل وكذلك اذا أرسله في صيد كثير وسمى مرة واحدة على الارسال فانه اذا قتل الكل يحل الكل بتسمية واحدة قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرحه فرق بين هذا وبين ما اذا ذبح شاتين بتسمية واحدة فانه لا يحل ووجه الفرق بينهما أن الذبح في باب الكلب يحصل بالارسال ولهذا يشترط التسمية وقت الارسال واذا كان الفعل واحدا تكفيه تسمية واحدة وان حصل به ذبح صيود كثيرة بخلاف ما لو ذبح شاة ثم أخرى لان الثاني صار مذبوحا بفعل غير الاول فلا بد من تسمية أخرى اه اتقاني رحمه الله سيأتي هذه الحاشية في كلام الشارح عند قوله وان لم يرسله أحد الخ (قوله ولان المقصود اخراج الدم الخ) قال شيخ الاسلام خواهر زاده في شرح كتاب الصيد انما يؤكل من صيد الكلب اذا أمسكه على صاحبه وقتله اذا حصل القتل بالجرح والعقر فأما اذا قتله صدما أو جثما أو خنقا حتى مات فانه لا يؤكل منه وان أمسك على صاحبه اه اتقاني والكسر كالخنق صرح به الشارح فيما سيأتي عند قوله في المتن أو خنقه الكلب فانظره وما على قوله فيما سيأتي في هذا المجرد والكسر كالخنق بعد سبع قولات

(قوله وهو يخرج بالجرح عادة) قال الاتقاني وانما يحكم بالحل على ما صاده اذا جرحه لان الجرح يعتبر الفصل بين الطاهر والنجس الا أنه يشترط في مجموع العروق في موضع الاختيار لانه أبلغ في الفصل واكتفى بأصل الجرح في موضع الاضطرار اه

اصطياد تلك الصيود فتحرم تلك الصيود وقال شمس الائمة السرخسى رحمه الله الصحيح أن الخلاف فى الفصلين ولو أن صقرا فر من صاحبه فمكث حينا ثم رجع الى صاحبه فأرسله فصاد لا يؤكل صيده لانه ترك ما صار به عالما فيحكم بجهله كالكلب اذا أكل من الصيد فيكون حكمه حكم الكلب فيما ذكرنا ولو شرب الكلب من دم الصيد ولم يأكل من لحمه شيأ أكل لانه ممسك عليه وهذا من غاية علمه حيث شرب ما لا يصلح لصاحبه وأمسك عليه ما يصلح له ولو أخذ الصائد الصيد من الكلب وقطع له منه قطعة وألقاها اليه فأكلها يؤكل ما بقى لانه أمسك على صاحبه وسلمه اليه وأكله بعد ذلك مما ألقى اليه صاحبه لا يضره لانه لم يأكل من الصيد وهو عادة الصيادين فصار كما اذا ألقى اليه طعاما آخر وكذا اذا خطف الكلب منه وأكله لانه لم يأكل من الصيد اذ لم يبق صيدا فى هذه الحالة والشرط ترك الاكل من الصيد وقد وجد فصار كما اذا افترس شاته بخلاف ما اذا فعل ذلك قبل أن يحرزه المالك لبقاء جهة الصيدية فيه ولو نهش الصيد فقطع منه بضعة فأكلها ثم أدرك الصيد فقتله ولم يأكل منه لا يؤكل لانه صيد كلب جاهل حيث أكل من الصيد ولو ألقى ما نهشه واتبع الصيد فقتله ولم يأكل منه حتى أخذه صاحبه ثم ذهب الى تلك البضعة فأكلها يؤكل الصيد لانه لو أكل من نفس الصيد فى هذه الحالة لا يضره فاذا أكل ما بان منه وهو لا يحل لصاحبه أولى بخلاف الوجه الاول لانه أكل فى حالة الاصطياد فتبين أنه جاهل ممسك على نفسه ولان نهش البضعة قد يكون ليأكلها وقد يكون حيلة فى الاصطياد ليضعفه بالقطع منه فيتمكن منه فان أكلها قبل الاخذ يدل على الوجه الاول وبعده على الوجه الثانى قال رحمه الله (وان أدركه حيا ذكاه) لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه وان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه الحديث رواه البخارى ومسلم وأحمد ولانه قدر على الاصل قبل حصول المقصود بالبدل اذ المقصود هو الحل ولا يثبت قبل موته فبطل حكم البدل والبازى والسهم كالكلب لان المعنى يشمل الكل قال رحمه الله (وان لم يذكه أو خنقه الكلب ولم يجرحه أو شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا حرم) أما اذا لم يذكه فلأنه لما أدركه حيا صار ذكاته ذكاة الاختيار لما روينا من المعنى فبتركه يصير ميتة وهذا اذا تمكن من ذبحه أما اذا وقع فى يده ولم يتمكن من ذبحه وفيه من الحياة قدر ما يكون فى المذبوح بأن بقر بطنه ونحو ذلك ولم يبق الا مضطربا اضطراب المذبوح فحلال لان هذا القدر من الحياة لا يعتبر فكان ميتا حكما ألا ترى أنه لو وقع فى الماء وهو بهذه الحالة لا يحرم كما اذا وقع بعد موته لان موته لا يضاف اليه والميت ليس بمحل للذكاة وذكر الصدر الشهيد أن هذا بالاجماع وقيل هذا قولهما وعند أبى حنيفة رحمه الله لا يحل الا اذا ذكاه بناء على أن الحياة الخفية معتبرة عنده وعندهما غير معتبرة حتى حلت المتردية والنطيحة والموقوذة ونحوها بالذكاة اذا كان فيها حياة وان كانت خفية عنده وعندهما لا تحل الا اذا كانت حياتها بينة وذلك بأن تبقى فوق ما يبقى المذبوح عند محمد رحمه الله وعند أبى يوسف رحمه الله أن تكون بحال يعيش مثلها ليكون موتها مضافا الى الذكاة والسهم مثله وان كان فيه من الحياة فوق ما يكون فى المذبوح فكذلك فى رواية عن أبى حنيفة وأبى يوسف وهو قول الشافعى لانه لم يقدر على الاصل فصار كالمتيمم اذا رأى الماء ولم يقدر على استعماله ولا يؤكل فى ظاهر الرواية لانه قادر حكما لثبوت يده عليه وهو قائم مقام التمكن من الذبح اذ لا يمكن اعتبار الذبح نفسه حقيقة لان الناس يختلفون فيه على حسب تفاوتهم فى الكياسة والهداية فى أمر الذبح فلا يمكن ضبطه فأدير الحكم على ثبوت اليد لانه هو المشاهد المعاين فلا يحل أكله الا بالذكاة سواء كانت حياته خفية أو بينة بجرح المعلم أو غيره من السباع وعليه الفتوى لقوله تعالى وما أكل السبع الا ما ذكيتم استثناه مطلقا من غير تفصيل فيتناول كل حى مطلقا وكذا قوله عليه الصلاة والسلام لعدى فان أمسك عليك فأدركته حيا فاذبحه مطلق فيتناول كل حى مطلقا والحديث صحيح رواه البخارى ومسلم وأحمد وفصل الشافعى رحمه الله تفصيلا آخر غير ما ذكرنا فقال ان لم يتمكن من الذبح

(قوله الصحيح أن الخلاف فى الفصلين) اى طالت المدة أو قصرت اهـ (قوله ولو أن صقرا فر من صاحبه) أى وقد كان عالما به اهـ غاية (قوله لانه ترك ما صار به عالما) وهو اجابته الى صاحبه داعيا ومرسلا اهـ غاية (قوله اذ لم يبق صيدا فى هذه الحالة) لان الصيد اسم لمتوحش غير محرز وقد زال التوحش بالقتل وزال كونه غير محرز بالاحراز فالتحق بالشاة ولو تناول من الشاة لا يحكم بجهله فكذا هذا لانه لم يبق صيدا أصلا اهـ غاية (قوله فى المتن وان لم يذكه) أى حتى مات اهـ هداية (قوله وعليه الفتوى) أى على حد الاكل اذا ذكى الصيد وفيه حياة فى جميع الاحوال وهو قول أبى حنيفة اهـ غاية

لفقد الآلة لم يؤكل لان التقصير من جهته وان كان لضيق الوقت أكل لعدم التقصير والحجة عليه ما تلونا وما روينا وأما اذا خنقه الكلب ولم يجرحه فلما بينا عند قوله لابد من التعليم والتسمية والجرح وذكرنا اختلاف الرواية والكسر كالخنق حتى لا يعتد به لانه لا يفضى الى خروج الدم وأما اذا شاركه كلب غير معلم أو كلب مجوسى أو كلب لم يذكر اسم الله عليه عمدا فلما روينا عن عدى بن حاتم رضى الله عنه أنه قال قلت يارسول الله انى أرسل كلبى وأسمى فقال اذا أرسلت كلبك وسميت فأخذ فقتل فكل فان أكل منه فلا تأكل فانما أمسك على نفسه قلت انى أرسل كلبى فأجد معه كلبا آخر لا أدرى أيهما أخذه فقال لا تأكل فانما سميت على كلبك ولم تسم على غيره وفى رواية أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال اذا أرسلت كلبك فاذكر اسم الله عليه فان وجدت مع كلبك كلبا غيره وقد قتل فلا تأكل فانك لا تدرى أيهما قتله رواهما البخارى ومسلم وأحمد رحمهم الله وهذا صحيح فيكون حجة على مالك والشافعى رحمهما الله فى قوله القديم انه لا يحرم بأكل الكلب الصيد وعلى الشافعى فى متروك التسمية عمدا أيضا ولانه اجتمع فيه المبيح والمحرم فيغلب فيه جهة الحرمة لقوله عليه الصلاة والسلام ما اجتمع الحلال والحرام الا وقد غلب الحرام الحلال ولان الحرام واجب الترك والحلال جائز الترك فكان الاحتياط فى الترك ولو رده عليه الكلب الثانى ولم يجرحه معه ومات بجرح الاول يكره أكله لوجود المعاونة فى الاخذ وفقدها فى الجرح ثم قيل الكراهة كراهة تنزيه لان الاول لما انفرد بالجرح والاخذ غلب جانب الحل فصار حلالا أو أوجبت اعانة غير المعلم الكراهة دون الحرمة وقيل كراهة تحريم وهو اختيار الحلوانى لوجود المشاركة من وجه بخلاف ما اذا رده عليه المجوسى بنفسه حيث لا يحرم ولا يكره لان فعل المجوسى ليس من جنس فعل الكلب فلا تتحقق المشاركة أصلا وفعل الكلب من جنس فعل الكلب فتحققت المشاركة من وجه ولو لم يرد الكلب الثانى عليه لكن اشتد على الاول فاشتد الاول على الصيد بسببه فأخذه فقتله فلا بأس بأكله لان فعل الثانى أثر فى الكلب الاول حتى ازداد طلبا ولم يؤثر فى الصيد فكان تبعا لفعله لانه بناء عليه فلا يضاف الحكم الى التبع بخلاف ما اذا رده عليه لانه لم يصر تبعا فيضاف اليهما ولو رده عليه سبع أو ذو مخلب من الطير مما يجوز أن يعلم فيصاد به فهو كالو رده الكلب عليه فيما ذكرنا لوجود المجانسة فى الفعل بخلاف ما اذا رده عليه ما لا يجوز الاصطياد به كالجمل والبقر والبازى فى ذلك كالكلب فى جميع ما ذكرنا من الاحكام قال رحمه الله (وان أرسل مسلم كلبه فزجره مجوسى فانزجر حل ولو أرسله مجوسى فزجره مسلم فانزجر حرم) والمراد بالزجر التهييج أى هيجه فهاج بان صاح عليه فازداد فى العدو وانما يحل فى الاول ويحرم فى الثانى لان الزجر دون الارسال لكونه بناء عليه فلا ينتسخ به الارسال لان الشئ لا يرتفع الا بمثله أو بما هو فوقه ولا يرتفع بما هو دونه كنسخ الآى فلا يرتفع ارسال المسلم بزجر المجوسى فى الوجه الاول ولا ارسال المجوسى بزجر المسلم فى الوجه الثانى فيبقى كل واحد منهما على ما كان عليه ولا يتغير بالزجر وكل من لا تجوز ذكاته كالمحرم والمرتد والوثنى وتارك التسمية عامدا فى هذا بمنزلة المجوسى غير أن المحرم يجب عليه الجزاء بالزجر لما فيه من التعرض للصيد ألا ترى انه يجب عليه الجزاء بالدلالة وهو دونه فبالزجر أولى وهو فوقها فلا يلزم من اعتبار الدلالة فى حق لزوم الجزاء اعتباره فى حق انتساخ الفعل قال رحمه الله (وان لم يرسله أحد فزجره مسلم فانزجر حل) وهذا استحسان والقياس أن لا يحل لان الارسال جعل ذكاة عند الاضطرار للضرورة فاذا لم يوجد الارسال انعدم الذكاة حقيقة وحكما فلا يحل والزجر بناء عليه فلا يعتبر على ما بينا ووجه الاستحسان أن الزجر عند عدم الارسال يجعل ارسالا لان انزجاره عقيب زجره دليل طاعته فيجب اعتباره فيحل اذ ليس فى اعتباره ابطال السبب بخلاف الفصل الاول ولا يقال الزجر دون الانفلات لكونه بناء عليه فلا يرتفع الانفلات فصار مثل الفصل الاول والجامع أن الزجر فيهما بناء على الاول لانا نقول الزجر ان كان دون

الكرخى ذكر أنه لم يجد عن أبى حنيفة شيأ مصرحا وقد حكى محمد فى الزيادات المسئلة وأجاب فيها جوابا مطلقا انه اذا لم يجرح لم يؤكل وهذا يقتضى أنه لا يحل بالكسر فقال الكرخى فى مختصره وذكر أبو يوسف فى أثر حكاياته عن أبى حنيفة فقال ان قتله من غير أن يجرحه بناب ولا مخلب فانه لا يؤكل وكذلك لو صدمه فقتله ولم يكسر ولم يجرح فان جرح بناب أو مخلب أو كسر عضوا فقتله فلا بأس بأكله الى هنا لفظ الكرخى قال القدورى فى شرحه وظاهر هذا الكلام يقتضى أن الجرح كالكسر ووجهه أن الكسر جراحة باطنة فيه فهى كالجراحة الظاهرة ووجه ما حكاه محمد أن الجرح يقع بانهار الدم وهذا المعنى لا يوجد بالكسر فصار كالخنق كذا فى شرح القدورى اهـ (قوله لكن اشتد) أى اشتد الكلب الثانى على أثر الكلب الاول المعلم يعنى عدا خلفه واتبعه من ورائه حتى عدا الكلب الاول على الصيد فأخذه اهـ اتقانى وكتب ما نصه أى عدا كذا فى ديوان الادب اهـ غاية (قوله بخلاف ما اذا رده) أى رد المجوسى الصيد على الكلب المعلم اهـ (قوله والمراد بالزجر الخ) قال صاحب الهداية والمراد بالزجر الاغراء بالصياح عليه أى على الكلب وبالانزجار اظهار زيادة الطلب أى طلب الكلب للصيد اهـ اتقانى

(قوله وقال مالك الخ) ساق الخلاف فى المجمع بيننا وبين الشافعى فقال ولو أرسله على صيد فأخذ غيره من غير عدول ولا مكث يحله قال ابن فرشتا قيد بهما لأنه لو انصرف عن طريقه يمينا وشمالا أو مكث لا يحل اتفاقا وساق الاتقانى الخلاف بيننا وبين مالك فقط كما ذكر الشارح فقال قال فى الاصل أرأيت الرجل يرسل كلبه على صيد فيأخذ صيدا غيره فى وجهه ذلك أيؤكل قال نعم قال شيخ الاسلام خواهر زاده وهذا مذهب علمائنا وقال مالك بأنه لا يحل وأجمعوا أنه لو انحرف يمينا وشمالا فأخذ صيدا وقتله فانه لا يحل وقال الحاكم

الانفلات من هذا الوجه فهو فوقه من وجه آخر من حيث انه فعل المكلف فاستويا فنسخ الانفلات لان آخر المثلين يصلح ناسخا للاول كما فى نسخ الاحكام بخلاف الفصل الاول لان الزجر لا يساوى الارسال بوجه من الوجوه لان كل واحد منهما فعل المكلف والزجر بناء على الارسال فكان دونه من كل وجه فلا يرتفع به والبازى كالكلب فيما ذكرنا ولو أرسل كلبه المعلم على صيد معين فأخذ غيره وهو على سننه حل وقال مالك رحمه الله لا يحل لانه أخذه بغير ارسال اذ الارسال مختص بالمشار اليه والتسمية وقعت عليه فلا تتحول الى غيره فصار كما اذا أضجع شاة وسمى عليها وخلاها فذبح غيرها بتلك التسمية وقال ابن أبى ليلى رحمه الله يتعين الصيد بالتعيين مثل قول مالك رحمه الله حتى لا يحل غيره بذلك الارسال ولو أرسل من غير تعيين يحل ما أصابه خلافا لمالك وهذا بناء على أن التعيين شرط عند مالك وعنده ليس بشرط ولكن اذا عين يتعين وعندنا التعيين ليس بشرط ولا يتعين بالتعيين لان الشرط ما يقدر عليه المكلف ولا يكلف ما لا يقدر عليه والذى فى وسعه ايجاد الارسال دون التعيين لانه لا يمكنه أن يعلم البازى والكلب على وجه لا يأخذ الا ما يعينه له ولان التعيين غير مفيد فى حقه ولا فى حق الكلب فان الصيود كلها فيما يرجع الى مقصوده سواء وكذا فى حق الكلب لان قصده الى أخذ كل صيد يتمكن من أخذه بخلاف ما استشهد به مالك رحمه الله لان التعيين فى الشاة ممكن وكذا غرضه متعلق بمعين فتتعلق التسمية هنالك بالمضجع للذبح وفيما نحن فيه بالآلة ولو أرسله على صيود بتسمية واحدة حالة الارسال فقتل الكل حل الجميع لان الذبح يقع بالارسال ولهذا تشترط التسمية عنده والفعل وهو الارسال واحد فيكتفى بتسمية واحدة فصار كما اذا أضجع شاتين احداهما فوق الاخرى فذبحهما دفعة واحدة بتسمية واحدة بخلاف ما اذا كان على التعاقب لان الفعل متعدد فلا بد من تعدد التسمية ومن أرسل فهدا فكمن حتى يتمكن من الصيد ثم أخذ الصيد فقتله يؤكل لان ذلك عادة له يحتال للاخذ لا لاستراحة فلا ينقطع به فور الارسال وكيف ينقطع وقصد صاحبه يتحقق بذلك وعد ذلك منه من الخصال الحميدة قال الحلوانى للفهد خصال حميدة فينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه منها أن يكمن للصيد حتى يستمكن منه وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يجاهر عدوه بالخلاف ولكن يطلب الفرصة حتى يستمكن منه فيحصل مقصوده من غير اتعاب نفسه ومنها أنه لا يعدو خلف صاحبه حتى يركبه خلفه وهو يقول هو المحتاج الى فلا أذل وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يذل نفسه فيما يفعل لغيره ومنها أنه لا يتعلم بالضرب ولكن يضرب الكلب بين يديه اذا أكل من الصيد فيتعلم بذلك وهكذا ينبغى للعاقل أن يتعظ بغيره كما قيل السعيد من اتعظ بغيره ومنها أنه لا يتناول الخبيث من اللحم وانما يطلب من صاحبه اللحم الطيب وهكذا ينبغى للعاقل أن لا يتناول الا الطيب ومنها أنه يثب ثلاثا أو خمسا فان لم يتمكن من أخذه تركه ويقول لا أقتل نفسى فيما أعمل لغيرى وهكذا ينبغى للعاقل وكذا الكلب اذا اعتاد الاختفاء لا يقطع فور الارسال لما بينا فى الفهد ولو أرسل كلبه فأخذ صيدا فقتله ثم أخذ آخر فقتله أكلا جميعا لان الارسال قائم لم ينقطع وهو بمنزلة ما لو رمى سهما الى صيد فأصابه وغيره ولو جثم على الاول طويلا ثم مر به صيد آخر فقتله لا يؤكل الثانى لانقطاع الارسال بمكثه طويلا اذ لم يكن ذلك حيلة منه للاخذ وانما هو استراحة بخلاف ما تقدم ولو

الشهيد فى الكافى واذا أرسل كلبه أو بازه الى صيد فأخذ ذلك الصيد أو أخذ غيره أو أخذ عددا من الصيد فهو كله حلال ما دام فى وجه ارساله فان قتل واحدا أو جثم عليه طويلا ثم مر به صيد آخر فأخذه لم يؤكل لانه خرج من حال الارسال الى هنا لفظ الكافى اهـ (قوله فكمن) أى استتر اهـ قال فى المصباح كمن كمونا من باب قعد توارى واستخفى اهـ (قوله قال أى السرخسى) ناقلا عن شيخه شمس الائمة اهـ كاكى (قوله فينبغى لكل عاقل أن يأخذ ذلك منه) قال شيخ الاسلام خواهر زاده فى شرحه يقال ان فى الفهد خصالا لو كان واحد منها فى بنى آدم لكان من أشرف الناس اهـ (قوله ومنها أنه) أى لا يأكل الميتة وانما يأكل الذكية يعنى أنه لا يأكل الخبيث وانما يأكل الطيب اهـ غاية (قوله وكذا الكلب) قال الكرخى فى مختصره وكذلك الكلب اذا أرسله الرجل فصنع كما يصنع الفهد فلا بأس بأكل ما صاده وذلك لان المكث ساعة حيلة منه للاصطياد لا للاستراحة فيعد ذلك من حذاقة الحيوان فلا يكون قاطعا للارسال بل يكون من أسباب الاصطياد كالوثوب والعدو اهـ غاية (قوله ولو أرسل كلبه الخ) قال أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا أرسل المسلم كلبه على صيد وسمى فأدرك الكلب الصيد فوقذه ثم ضربه ثانيا فقتله أكل وكذلك لو أرسل كلبين على صيد فضربه أحدهما فوقذه ثم ضربه كلبه الآخر فقتله أكل قال القدورى فى شرحه وذلك لان هذا المعنى لا يمكن ضبطه من فعل الكلب ألا ترى أنه لا يمكن أن يعلم ترك الجرح بعد الجرح الاول وما لا يمكن تعليمه يسقط اعتباره فكان قتله بجرح واحد اهـ اتقانى رحمه الله

(قوله فان وجدته قد قتل) أي جرح اه (قوله اذا رميت فسميت فخزقت فكل) وفي حديث عدي أنه قال عليه الصلاة والسلام ارم بالمعراض فخزق قال ان خزق فكل وان أصاب بعرضه فلا تأكل وفي حديث آخر ما خزقتم فكلوه اذا ذكرتم اسم الله عليه والسين لغة والراء تصحيف قاله في المغرب في الخاء مع الزاي المعجمتين اه (قوله سواء كان الصيد المسموع حسه الخ) يعني رمى المسموع حسه على ظن أنه صيد فأصاب سهمه صيدا غير المسموع حسه فظهر أن المسموع حسه كان صيدا لا آدميا ولا شاة ولا نحو ذلك حل ما أصابه

أرسل بازيه المعلم على صيد فوقع على شيء ثم أتبع الصيد فأخذه وقتله يؤكل اذا لم يمكث زمانا طويلا للاستراحة وانما مكث ساعة للكمين ولو أن بازيا معلما أخذ صيدا فقتله ولا يدرى أرسله انسان أولا لا يؤكل لوقوع الشك في الارسال ولا تثبت الاباحة بدونه ولئن كان مرسلا فهو مال الغير فلا يجوز تناوله الا باذن صاحبه ولو أرسل كلبه على صيد فأخذ الكلب الصيد فجرحه ثم جرحه آخر فقتله أكل وكذا لو أرسل كلبين فجرحه أحدهما ثم قتله الآخر أكل لان الامتناع عن الجرح بعد الجرح لا يدخل تحت التعليم فجعل عفوا ما لم يكن ارسال أحدهما بعد ما أثخنه الاول ولو أرسل رجلان كل واحد منهما كلبا فجرحه أحدهما وقتله الآخر أكل اذا كان ارسال الثاني قبل أن يثخنه الاول لما بينا والملك لصاحب الاول ان كان أثخنه قبل أن يجرحه الثاني لانه أخرجه عن حد الصيد به فملكه به ولا يحرم بجرح الثاني بعد ما أثخنه الاول لان الارسال الثاني حصل الى الصيد لكونه قبل أن يثخنه لان المعتبر في الحل والحرمة حالة الارسال لقدرته على الامتناع ولا تعتبر بعده لعدم قدرته عليه قال رحمه الله (وان رمى وسمى وجرح أكل) أي رمى الى الصيد فأصابه يؤكل اذا جرح لقوله عليه الصلاة والسلام لعدي بن حاتم اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع في ماء فانك لا تدري الماء قتله أم سهمك رواه البخاري ومسلم وأحمد وشرط الجرح لما روى عن ابراهيم عن عدي بن حاتم قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم اذا رميت فسميت فخزقت فكل وان لم تخزق فلا تأكل ولا تأكل من المعراض الا ما ذكيت ولا تأكل من البندقة الا ما ذكيت رواه أحمد ولا فرق في ذلك بين أن يصيب الرمي بنفسه أو غيره من الصيد كما في ارسال الكلب على ما بينا وفي اطلاق قوله في المختصر فان رمى وسمى وجرح أكل اشارة اليه حيث لم يعين المرمي ولا المصاب حتى يدخل تحته ما اذا سمع حسا فظنه صيدا فرماه فأصاب صيدا آخر ثم تبين أنه حس صيد يحل أكله سواء كان الصيد المسموع حسه مأكولا أو غير مأكول بعد أن كان المصاب مأكولا لانه وقع اصطيادا مع قصده ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله أنه خص من ذلك الخنزير لتغلظ حرمته ألا ترى أنه لا تثبت الاباحة في شيء منه بخلاف السباع لانه يؤثر في جلده وزفر خص منها ما لا يؤكل لحمه لان الاصطياد لا يفيد الاباحة فيه ووجه الظاهر أن اسم الاصطياد لا يختص بالمأكول فيكون داخلا تحت قوله واذا حللتم فاصطادوا فكان اصطياده مباحا واباحة التناول ترجع الى المحل فيثبت بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا وقد لا يثبت بالكلية اذا لم يقبلها المحل واذا وقع اصطيادا صار كأنه رمى الى صيد فأصاب غيره وان تبين أنه حس جراد أو سمك ذكر في النهاية معزيا الى المغني أن المصاب لا يؤكل لان الذكاة لا تقع عليهما فلا يكون الفعل ذكاة وأورده على قول صاحب الهداية ثم تبين أنه حس صيد حل المصاب فقال كان من حقه أن يقال ثم تبين أنه حس صيد يحتاج في حل أكله الى الذبح أو الجرح وقال صاحب الهداية في آخر هذه المسئلة ولو رمى الى سمكة أو جرادة فأصاب صيدا يحل في رواية عن أبي يوسف رحمه الله لانه صيد وفي رواية أخرى عنه لا يحل لانه لا ذكاة فيهما فكان يمكنه أن يخرج ما ذكره صاحب الهداية على رواية الحل فلا يرد عليه ما أورده ولا يحتاج الى زيادة ذلك

سهمه اذا كان مما يؤكل لحمه سواء كان المسموع حسه مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم لانه قصد الاصطياد بالرمي وكذلك اذا أرسل كلبه أو بازه في هذه الصورة اه اتقاني قال القدوري في شرحه وجملة هذا الباب أن من سمع حسا فظنه صيدا فأرسل عليه كلبه أو بازه أو رماه بسهمه فأصاب صيدا وبان أن الحس الذي لم يكن حس صيد وانما كان شاة أو بقرة أو آدميا لم يؤكل الصيد الذي أصابه في قولهم لانه أرسل الى غير صيد فلم يتعلق به حكم الاباحة وصار كأنه رمى الى آدمي يعلم به فأصاب صيدا لم يؤكل وأما اذا كان الحس حس صيد مأكول أو غير مأكول فان أصاب صيدا مأكولا أكل وقال زفر ان كان حس صيد لا يؤكل لحمه كالسباع وما أشبهها لم يؤكل وروى عن أبي يوسف أنه قال ان كان حس سبع أكل الصيد وان كان حس خنزير لم يؤكل الصيد اه غاية (قوله وزفر خص منها) أي من جملة المسموع حسه اه (قوله فيثبت) أي يثبت التناول القيد بقدر ما يقبل المحل يعني ان كان يقبل المحل التناول من حيث اللحم يثبت تناول اللحم وان كان يقبل تناول الجلد لا اللحم يثبت ذلك فينتفع بجلده وان لم يقبل تناولهما جميعا كما في الخنزير فحينئذ يكون الاصطياد لدفع أذيته فاذا كان الاصطياد مباحا حل المصاب اذا كان مأكول اللحم وان كان المسموع حسه لا يحل أكله اه غاية (قوله بقدر ما يقبلها لحما أو جلدا) أي أو شعرا أو ريشا أو دفع أذيته اه غاية (قوله صار كأنه رمى الى صيد) أي مأكول اه (قوله لانه صيد) أي وان كان لا ذكاة له اه غاية

القيد الذى ذكره وفى فتاوى قاضيخان لو رمى الى جراد أو سمكة وترك التسمية فأصاب طائرا أو صيدا آخر فقتله حل أكله وعن أبى يوسف رحمه الله روايتان والصحيح أنه يؤكل وهذا أوضح من الكل فلا يرد عليه أصلا وان تبين أن المسموع حسه آدمى أو حيوان أهلى أو ظبى مستأنس أو موثق لا يحل المصاب لان الفعل لم يقع اصطيادا فلا يقوم مقام الذكاة ولو رمى الى طائر فأصاب غيره من الصيود وفر الطائر ولا يدرى أهو وحشى أم لا حل المصاب لان الظاهر فيه التوحش بخلاف ما لو رمى الى بعير فأصاب صيدا ولا يدرى أهو ناد أم لا حيث لا يحل المصاب لان الاصل فيه الاستئناس فيحكم على كل واحد منهما بظاهر حاله ولو أصاب المسموع حسه وقد ظنه آدميا فتبين أنه صيد حل لانه لا معتبر بظنه مع تعينه صيدا ذكره فى الهداية وقال فى المنتقى اذا سمع حسا بالليل فظن انه انسان أو دابة أو حية فرماه فاذا ذلك الذى سمع حسه صيد فأصاب سهمه ذلك الصيد الذى سمع حسه أو أصاب صيدا آخر وقتله لا يؤكل لانه رماه وهو لا يريد الصيد ثم قال ولا يحل الصيد الا بوجهين أن يرميه وهو يريد الصيد وأن يكون الذى أراده وسمع حسه ورمى اليه صيدا سواء كان مما يؤكل أولا وهذا يناقض ما ذكره فى الهداية وهذا أوجه لان الرمى الى الآدمى ونحوه ليس باصطياد فلا يمكن اعتباره ولو أصاب صيدا وما ذكره صاحب الهداية يناقض ما ذكره هو بنفسه أيضا من قوله وان تبين أنه حس آدمى لا يحل المصاب وعلى اقتضاء ما ذكره هنا أن يحل لان المصاب صيد كما فى هذه المسئلة بل أولى لان مقصوده أيضا فيها صيد وفرق بينهما فى النهاية بفرق غير مخلص فلا حاجة الى ذكره وقال فيه لو رمى الى آدمى أو بقر أو نحوه وسمى فأصاب صيدا ما أكولا لا رواية لهذا فى الاصل ولابى يوسف فيه قولان فى قول يحل وفى قول لا يحل فيحمل ما ذكره صاحب الهداية على رواية أبى يوسف فيستقيم ولا حاجة الى الفرق ولو لم يتبين أن صاحب الحس ما هو لا يحل تناول ما أصابه لاحتمال أن يكون المسموع حسه غير صيد فلا يحل المصاب بالشك والبازى والفهد فى جميع ما ذكرنا كالكلب قال رحمه الله (وان أدركه حيا ذكاه وان لم يذكه حرم) لما روينا وبينا فى الكلب من المعنى لان كل واحد منهما ذكاة اضطرار فيكون الوارد فى أحدهما واردا فى الآخر دلالة لاستوائهما من كل وجه والله أعلم قال رحمه الله (وان وقع سهم بصيد فتحامل وغاب وهو فى طلبه حل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لا) لقوله عليه الصلاة والسلام لابى ثعلبة اذا رميت سهمك فغاب ثلاثة أيام وأدركته فكله ما لم ينتن رواه مسلم وأحمد وأبو داود والنسائى وروى أنه عليه الصلاة والسلام كره أكل الصيد اذا غاب عن الرامى وقال لعل هوام الارض قتلته فيحمل هذا على ما اذا قعد عن طلبه والاول على ما اذا لم يقعد ولانه يحتمل أن يموت بسبب آخر فيعتبر فيما يمكن التحرز عنه لان الموهوم فى الحرمات كالمتحقق وسقط اعتباره فيما لا يمكن التحرز عنه للضرورة لان اعتباره فيه يؤدى الى سد باب الاصطياد وهذا لان الاصطياد يكون فى الصحراء بين الاشجار عادة ولا يمكنه أن يقتله فى موضعه من غير انتقال وتوار عن عينه غالبا فيعذر ما لم يقعد عن طلبه للضرورة لعدم امكان التحرز عنه ولا يعذر فيما اذا قعد عن طلبه لان الاحتراز عن مثله ممكن فلا ضرورة اليه فيحرم وهو القياس فى الكل الا أنا تركناه للضرورة فيما لا يمكن التحرز عنه وبقى على الاصل فيما يمكن وجعل قاضيخان فى فتاواه من شرط حل الصيد أن لا يتوارى عن بصره فقال لانه اذا غاب عن بصره ربما يكون موت الصيد بسبب آخر فلا يحل لقول ابن عباس رضى الله عنهما كل ما أصميت ودع ما أنميت والاصماء ما رأيته والانماء ما توارى عنك وهذا نص على أن الصيد يحرم بالتوارى وان لم يقعد عن طلبه واليه أشار صاحب الهداية أيضا بقوله والذى رويناه حجة على مالك رحمه الله فى قوله ان ما توارى عنك اذا لم يبت ليلة يحل فاذا بات ليلة لا يحل وهذا يشير الى أنه اذا توارى عنه لا يحل عندنا وان لم يقعد عن طلبه فيكون مناقضا لقوله فى أول المسئلة واذا وقع السهم بالصيد فتحامل حتى غاب عنه ولم يزل فى طلبه حتى أصابه ميتا أكل وان قعد عن طلبه ثم أصابه ميتا لم يؤكل فبنى الامر على الطلب وعدمه لا على التوارى وعدمه وعلى هذا أكثر كتب فقهاء أصحابنا رحمهم الله ولو حمل

(قوله وان تبين الخ) قالوا ولو أرسل كلبه على طير موثق فأصاب صيدا لم يؤكل لان الموثق لا يجوز صيده بالكلب وهو كالشاة ولو أرسل بازه على ظبى وهو لا يصيد الظباء فأصاب صيدا لم يؤكل لان هذا الارسال لم يقصد به الاصطياد فصار كمن أرسل كلبا على فيل فأصاب صيدا كذا ذكر القدورى فى شرحه اهـ اتقانى (قوله حل المصاب) وهذا مبنى على أن الطير الداجن اذا أوى فى الصحراء لم يحل بالعقر لانه يأوى البيوت فتثبت اليد عليه الا أنه اذا رمى الى طير ثم شك فيه فالاصل فى الطير التوحش حتى يعلم الاستئناس فيتعلق برميه الاباحة اهـ غاية (قوله وقال فيه) أى فى المنتقى اهـ (قوله والفهد فى جميع ما ذكرنا كالكلب) لفظ كالكلب هو بخط الشارح والظاهر بدل كالكلب كالسهم فليتأمل

ماذكره على ما اذا قعد عن طلبه كان يستقيم ولم يتناقض ولكنه خلاف الظاهر وما روينا من الحديث يبيح ما غاب عنه وبات ليالى فيكون حجة على من يمنع ذلك وان وجد به جراحة سوى جراحة سهمه لا يحل لقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان غاب عنك يوما فلم تجد فيه الا أثر سهمك فكل ان شئت وان وجدته غريقا فى الماء فلا تأكل رواه مسلم والنسائى وفى رواية أنه عليه الصلاة والسلام قال له اذا وجدت سهمك ولم تجد فيه أثر غيره وعلمت أن سهمك قتله فكله رواه أحمد والنسائى وفى رواية أن عديا رضى الله عنه قال قلت يا رسول الله أرمى فى الصيد فأجد فيه سهمى من الغد قال اذا علمت أن سهمك قتله ولم تر فيه أثر سبع فكل رواه الترمذى وصححه ولانه محتمل تحققت فيه الامارة فيحرم بخلاف ما اذا كان بلا أمارة على ما بينا وحكم ارسال الكلب والبازى فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمى قال رحمه الله (ولو رمى صيدا فوقع فى ماء أو على سطح أو جبل ثم تردى منه الى الارض حرم) لقوله تعالى والمتردية ولما روينا ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا رميت سهمك فاذكر اسم الله عليه فان وجدته قد قتل فكل الا أن تجده قد وقع فى ماء فانك لا تدرى الماء قتله أو سهمك رواه البخارى ومسلم وأحمد ولقوله عليه الصلاة والسلام لعدى اذا رميت سهمك فكل واذا وقع فى الماء فلا تأكل رواه البخارى وأحمد ولانه احتمل موته بغيره اذ هذه الاشياء مهلكة ويمكن الاحتراز عنها فيحرم بخلاف ما اذا كان لا يمكن التحرز عنه فهذا هو الحرف فى المحتمل فى هذا الباب وهذا فيما اذا كان فيه حياة مستقرة يحرم بالاتفاق لان موته مضاف الى غير الرمى وان كانت حياته دون ذلك فهو على الاختلاف الذى مر ذكره فى ارسال الكلب قال رحمه الله (وان وقع على الارض ابتداء حل) لانه لا يمكنه التحرز عنه فسقط اعتباره كيلا ينسد بابه على ما بينا بخلاف ما اذا أمكن التحرز عنه لان اعتباره لا يؤدى الى سد بابه لان اعتباره لا يؤدى الى الحرج فأمكن ترجيح المحرم عند التعارض على ما هو الاصل فى الشرع ولو وقع على جبل أو سطح أو آجرة موضوعة فاستقر ولم يترد حل لان وقوعه على هذه الاشياء كوقوعه على الارض ابتداء ولانه لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره بخلاف ما اذا وقع على شجر أو حائط أو آجرة ثم وقع على الارض أو رماه وهو على جبل فتردى منه الى الارض أو رماه فوقع على رمح منصوب أو قصبة قائمة أو على حرف آجرة حيث يحرم لاحتمال أن أحد هذه الاشياء قتله بحده أو بترديه وهو يمكن الاحتراز عنه وقال فى المنتقى لو رمى صيدا فوقع على صخرة فانفلق رأسه أو انشق بطنه لم يؤكل لاحتمال موته بسبب آخر قال الحاكم أبو الفضل رحمه الله وهذا خلاف اطلاق الجواب المذكور فى الاصل ولكن يجوز أن يكون اطلاق الجواب المذكور فى الاصل فيما عدا هذا المفسر لان حصول الموت بانفلاق الرأس وانشقاق البطن ظاهر وبالرمى موهوم متردد فالظاهر أولى بالاعتبار من الموهوم فيحرم بخلاف ما اذا لم ينشق ولم ينفلق لان موته بالرمى هو الظاهر فلا يحرم فيحمل اطلاق الجواب فى الاصل عليه وحمل السرخسى ما ذكر فى المنتقى على ما اذا أصابه حد الصخرة فانشق لذلك وحمل المذكور فى الاصل على أنه اذا لم يصبه من الصخرة الا ما يصيبه من الارض لو وقع عليه فحل لذلك فكلا التأويلين صحيح ومعناهما واحد لان كلا منهما يحمل ما ذكره فى الاصل على ما اذا مات بالرمى وما ذكره فى المنتقى على ما اذا مات بغيره وفى لفظ المنتقى اشارة اليه ألا ترى أنه قال لاحتمال الموت بسبب آخر أى غير الرمى وهذا يرجع الى اختلاف اللفظ دون المعنى فلا يبالى به وان كان المرمى مائيا فان لم تنغمس الجراحة فى الماء أكل وان انغمست لا يؤكل لاحتمال الموت به دون الرمى لان تشرب الجرح الماء سبب لزيادة الالم فصار كما اذا أصابه السهم قال رحمه الله (وما قتله المعراض بعرضه أو البندقة حرم) لما روينا من حديث ابراهيم ولما روى أن عدى بن حاتم قال للنبى صلى الله عليه وسلم انى أرمى الصيد بالمعراض فأصيب فقال اذا رميت بالمعراض فخزق فكله وان أصاب بعرضه فلا تأكله رواه البخارى ومسلم وأحمد ولما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى عن الخذف وقال انها لا تصيد ولكنها تكسر السن وتفقأ العين رواه

(قوله ولكنه خلاف الظاهر) لانسلم أنه خلاف الظاهر بل يتعين الحمل عليه اهـ (قوله ولانه محتمل) أى موته بجراحة سوى جراحة سهمه اهـ (قوله والبازى) فى جميع ما ذكرنا من الاحكام كالرمى يعنى اذا أرسل الكلب أو البازى المعلم على صيد فجرحه فغاب ثم وجده ميتا فان كان لم يقعد عن طلبه حل اذا لم يكن به جراحة أخرى فان كان قعد عن طلبه أو كان به جراحة أخرى لم يحل اهـ غاية (قوله بخلاف ما اذا كان الخ) قال الاتقانى والوقوع فى الماء مما يمكن الاحتراز عنه فانه قد لا يقع فى الماء بخلاف السقوط على الارض لانه مما لا يمكن الاحتراز عنه فسقط اعتباره (قوله فى المتن وما قتله المعراض) والمعراض سهم بلا ريش ولا نصل يمضى عرضا اهـ غاية (قوله فخزق) بالخاء والزاى المعجمتين وبالراء تصحيف اهـ مغرب يقال خزق المعراض بالزاى أى نفذ وبالراء المهملة فى الثوب اهـ

البخارى ومسلم وأحمد ولان الجرح لابد منه لما بينا من قبل والبندقة لاتجرح وكذا عرض المعراض وان رماه بالسكين أو السيف فان أصابه بحده أكل والا فلا وان رماه بحجر فان كان ثقيلا لا يؤكل وان جرح لاحتمال انه قتله بثقله وان كان الحجر خفيفا وبه حدة وجرح يحل لتعين الموت بالجرح ولو جعل الحجر طويلا كالسهم وهو خفيف وبه حدة فرمى به صيدا فان جرح حل لقتله بجرحه ولو رماه بمروة حديدة ولم تبضع بضعا لا يحل لانه قتله دقا وكذا اذا رماه بها فأبان رأسه أو قطع أوداجه أو أبان رأسه لان العروق قد تنقطع بالثقل فوقع الشك ويحتمل أنه مات قبل قطع الاوداج ولو رماه بعود مثل العصا ونحوه لا يحل لانه قتله ثقلا لا جرحا الا اذا كان له حد فبضع بضعا فيكون كالسيف والرمح والاصل فى جنس هذه المسائل أن الموت اذا حصل بالجرح بيقين حل وان حصل بالثقل أو شك فيه فلا يحل حتما أو احتياطا وان جرحه فمات وكان الجرح مدميا حل بالاتفاق وان كان غير مدم اختلفوا فيه قيل لا يحل لانعدام معنى الذكاة وهو اخراج الدم النجس وشرط النبى صلى الله عليه وسلم اخراج الدم بقوله أنهر الدم بما شئت رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وقيل يحل لاتيان ما فى وسعه وهو الجرح واخراج الدم ليس فى وسعه فلا يكون مكلفا به لان الدم قد ينحبس لغلظه أو لضيق المنفذ بين العروق وكل ذلك ليس فى وسعه وقيل ان كانت الجراحة كبيرة حل بدون الادماء وان كانت صغيرة لا يحل الا بالادماء لان الكبيرة انما لا يخرج منها الدم لعدمه والصغيرة لضيق المخرج ظاهرا فيكون التقصير منه وان ذبح الشاة ولم يخرج منها الدم قيل يحل أكلها وقيل لا يحل فالاول قول أبى بكر الاسكاف والثانى قول اسمعيل الصفار ووجه القولين دخل فيما ذكرنا واذا أصاب السهم ظلف الصيد أو قرنه فان أدماه حل والا فلا وهذا يؤيد قول من يشترط خروج الدم قال رحمه الله (وان رمى صيدا فقطع عضوا منه أكل الصيد لا العضو) وقال الشافعى رحمه الله أكلا ان مات الصيد منه لانه مبان بذكاة الاضطرار فيحل كالمبان بذكاة الاختيار بخلاف ما اذا لم يمت لانه ما أبين بالذكاة ولنا قوله عليه الصلاة والسلام ما قطع من بهيمة وهى حية فما قطع منها فهو ميتة رواه ابن ماجه ذكر الحى مطلقا فينصرف الى الحى حقيقة وحكما والعضو المبان منه بهذه الصفة لان المبان منه حى حقيقة لقيام الحياة فيه وكذا حكما لانه يتوهم سلامته بعد هذه الجراحة ولهذا اعتبر هذا القدر من الحياة حتى لو وقع فى الماء وفيه قدر هذا من الحياة يحرم بخلاف ما اذا أبين بذكاة الاختيار لان المبان منه ميت حكما ألا ترى أنه لو وقع فى هذه الحالة فى الماء أو تردى من الجبل لا يحرم لان موته حصل بالابانة حكما فلا يضاف الى غيره وان كان حصل بذلك حقيقة وقوله أبين بالذكاة قلنا حال وقوعه لم يقع ذكاة لقيام الحياة فى الباقى حقيقة وحكما على ما بينا وانما يقع ذكاة عند موته وفى ذلك الوقت لا يظهر فى المبان لعدم الحياة فيه ولا تبعية لزواله بالانفصال فصار الاصل فيه أن المبان من الحى حقيقة وحكما لا يحل والمبان من الحى صورة لا حكما يحل بأن يبقى فى المبان منه حياة بقدر ما يكون فى المذبوح فانه حى صورة لا حكما بدليل ما ذكرنا من الاحكام من أنه لا يؤثر فيه وقوعه فى البئر فى هذه الحالة وكذا يحل أكله فى هذه الحالة وان كان يكره لما فيها من زيادة الايلام بقطع لحمه ولا كذلك المبان منه بالاصطياد لانه حى حقيقة وحكما حتى لا يثبت له شىء من هذه الاحكام قال رحمه الله (وان قطعه أثلاثا والاكثر مما يلى العجز أكل كله) لان المبان منه حى صورة لا حكما اذ لا يتوهم سلامته وبقاؤه حيا بعد هذه الجراحة فوقع ذكاة فى الحال فحل كله كما اذا أبين رأسه فى الذكاة الاختيارية وكذا اذا قد نصفين لما ذكرنا بخلاف ما اذا قطع يدا أو رجلا أو فخذا أو ثلثه مما يلى القوائم أو أقل من نصف الرأس حيث يحرم المبان منه لانه يتوهم بقاء الحياة فى الباقى وان ضرب عنق شاة فأبان رأسها تحل لقطع الاوداج ويكره لما فيه من زيادة الايلام بابلاغه النخاع وان ضربها من قبل القفا ان ماتت قبل قطع الاوداج لا تحل وان لم تمت حتى قطع الاوداج حلت ولو ضرب صيدا فقطع يده أو رجله ولم ينفصل ثم مات ان كان يتوهم التئامه واندماله حل أكله لانه بمنزلة سائر أجزائه وان كان لا يتوهم بأن بقى متعلقا بجلده حل ما سواه دونه لوجود الابانة معنى

(قوله ولو رماه بمروة حديدة) أى حادة وهى صفة لمروة وهى الحجر الابيض الرقيق اه غاية (قوله ولم تبضع) البضع الشق والقطع اه مغرب (قوله قيل لا يحل) قال الاتقانى رحمه الله لقوله صلى الله عليه وسلم ما أنهر الدم وأفرى الاوداج فكل شرط الانهار وهذا ضعيف عندى لانه كما شرط الانهار شرط فرى الاوداج أيضا وفى ذكاة الاضطرار لم يشترط فرى الاوداج فكذا لا يشترط الانهار اه (قوله وقيل يحل) أى صغيرة كانت الجراحة أو كبيرة وهو الاصح عندى لان أصل الجرح كاف فى ذكاة الاضطرار اه اتقانى (قوله لعدمه) كما اذا علفه ورق العناب فاحتبس دمه وخروج الدم حال عدمه فيما ليس بشرط للاباحة اه غاية (قوله وان ذبح شاة ولم يخرج منها دم الخ) انظر عبارة المتن فى آخر الذبائح اه (قوله واذا أصاب السهم الخ) ذكر الاتقانى عقيب هذه المسئلة عبارة الولوالجى التى نقلتها فيما تقدم فى فصل فيما يحل وما لا يحل عند قوله فى المتن ولو ذبح شاة فتحركت الخ على قوله وعن أبى حنيفة أنها الخ اه والله الموفق (قوله لما فيها) والذى بخط الشارح لما فيه اه (قوله وان ضرب عنق شاة) أى بسيف وسمى اه هداية

والعبرة للمعانى قال رحمه الله (وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) لانهم ليسوا من أهل الذكاة فى حالة الاختيار فكذا فى حالة الاضطرار وكذا المحرم لانه ليس من أهل ذكاة الاختيار فى حق الصيد فكذا لايكون من أهل ذكاة الاضطرار فيه ويؤكل صيد الكتابى لانه من أهل الذكاة اختيارا فكذا اضطرارا قال رحمه الله (وان رمى صيدا فلم يثخنه فرماه الثانى فقتله فهو للثانى وحل) لانه هو الآخذ له وقال عليه الصلاة والسلام الصيد لمن أخذه وانما حل لانه لما لم يخرج بالاول من حيز الامتناع كان ذكاته ذكاة الاضطرار وهو الجرح أى موضع كان وقد وجد قال رحمه الله (وان أثخنه فللاول وحرم) لانه لما أثخنه الاول فقد خرج من حيز الامتناع وصار قادرا على ذكاته الاختيار به فوجب عليه ذكاته لما يتناول ولم يذكه وصار الثانى قاتلا له فيحرم وهو لو ترك ذكاته مع القدرة عليه يحرم فبالقتل أولى أن يحرم بخلاف الوجه الاول وهذا اذا كان بحال يسلم من الاول لان موته يضاف الى الثانى أما اذا كان الرمى الاول بحال لايسلم منه الصيد بأن لا يبقى فيه من الحياة الا بقدر ما يبقى فى المذبوح كما اذا أبان رأسه يحل لان موته لايضاف الى الرمى الثانى فلا اعتبار بوجوده لكونه ميتا حكما ولهذا لو وقع فى الماء فى هذه الحالة لايحرم كوقوعه بعد موته ولو كان الرمى الاول بحال لايعيش منه الصيد لكن حياته فوق حياة المذبوح بأن كان يبقى يوما أو دونه فعند أبى يوسف رحمه الله لايحرم بالرمية الثانية لان هذا القدر من الحياة لايعتبر عنده وعند محمد رحمه الله يحرم لان هذا القدر من الحياة معتبر عنده فصار حكمه كحكم ما اذا كان الاول يسلم منه فلا يحل قال رحمه الله (وضمن الثانى للاول قيمته غير مانقصته جراحته) أى ضمن جميع قيمة الصيد غير مانقصته جراحة الاول لانه أتلف صيدا مملوكا للغير لانه ملكه بالاثخان فيلزمه قيمة ما أتلف وقيمته وقت اتلافه كان ناقصا بجراحة الاول فيلزمه ذلك لان قيمة المتلف تعتبر وقت الاتلاف فصار كما لو أتلف عبدا مريضا أو شاة مجروحة فانه يلزمه قيمته منقوصا بالمرض أو الجرح وقال صاحب الهداية وغيره تأويله اذا علم أن القتل حصل بالثانى بأن كان الاول بحال يسلم منه والثانى بحال لايسلم منه ليكون القتل كله مضافا الى الثانى وقد قتل حيوانا مملوكا للاول منقوصا بالجراحة فلا يضمنه كملا كما اذا قتل عبدا مريضا وان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لايدرى قال صاحب الهداية قال فى الزيادات يضمن الثانى مانقصته جراحته ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين ثم يضمن نصف قيمة لحمه أما الاول وهو ضمان مانقصته جراحته فلأنه جرح حيوانا مملوكا للغير وقد نقصه فيضمنه أولا وأما الثانى وهو ضمان نصف قيمته حيا فلأن الموت حصل بالجراحتين فيكون هو متلفا نصفه وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته مجروحا بالجراحتين لان الاولى ما كانت بصنعه يعنى الجراحة الأولى ما كانت بصنع الثانى فلا يضمنها والثانية ضمنها مرة فلا يضمنها ثانيا أى الجراحة الثانية ومراده مانقص بجراحته ضمنها مرة وهو ماضمنه من النقصان بجراحته أولا وأما الثالث وهو ضمان نصف اللحم فلان بالرمية الأولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمى الثانى فهذا بالرمى الثانى أفسد عليه نصف اللحم فيضمنه ولا يضمن النصف الآخر لانه ضمنه مرة حيث ضمن نصف قيمته حيا فدخل ضمان اللحم فيه وهذا يوهم أن بين المسئلتين فرقا أعنى بين ما اذا حصل القتل بالثانى وحده أو بهما وليس كذلك بل لافرق بينهما الا أنه فى الموضعين يضمن الثانى جميع قيمته غير مانقصته جراحة الاول الا أنه بين فى المسئلة الاولى جميع الحاصل وفى الثانية بين طريق الضمان نقل ذلك عن قاضيخان أى عدم الفرق بين المسئلتين بيانه أن الرامى الاول اذا رمى صيدا يساوى عشرة فنقصه درهمين ثم رماه الثانى فنقصه درهمين ثم مات فعلى الطريقة الاولى يضمن الثانى ثمانية ويسقط عنه من قيمته درهمان لان ذلك تلف بجرح الاول وهو المراد بقوله غير مانقصته جراحته وعلى الطريقة الثانية يضمن درهمين أولا لان ذلك القدر من النقصان حصل بفعله وهو المراد بقوله فى الزيادات يضمن الثانى مانقصته جراحته بقى من قيمته ستة فيضمن نصفها وهو ثلاثة دراهم وهو المراد بقوله ثم يضمن نصف قيمته مجروحا بجراحتين يعنى به نصف قيمته حيا ثم اذا مات

(قوله فى المتن وحرم صيد المجوسى والوثنى والمرتد) ولا بأس بأكل سمكة يصيدها مجوسى لانها تحل من غير تسمية فان المسلم اذا أخذ سمكة وترك التسمية عليها تحل وما يحل بدون التسمية فالمجوسى وغيره فيه سواء اهـ نهاية فى الذبائح (قوله وهذا) أى قوله حرم اهـ

يضمن النصف الآخر بعد الموت وهو ثلاثة أيضا لانه فوت عليه اللحم فلا يضمن النصف الآخر بعد
الموت وان كان تفويت اللحم فيه موجودا بقتله لانه ضمن ذلك النصف حيا فلو ضمنه بعد الموت كان
تكرار الضمان بأن ضمن قيمته حيا ثم يضمن قيمة لحمه بعد الموت وهذا لا يجوز وهذا اذا كانت حياته
بينة عند رمي الثاني وكان الرمي الثاني بعد ما أثخنه الاول أما اذا كانت حياته خفية بقدر المذبوح فلا
يضمن الثاني ويؤكل لان موته لا يضاف الى الثاني ولهذا لو وقع في الماء في هذه الحالة لا يحرم وقد
ذكرناه من قبل وعنه وقع الاحتراز بقوله فان علم أن الموت حصل من الجراحتين أو لا يدري ولو رماه
معا فأصابه أحدهما قبل الآخر فأثخنه ثم أصابه الآخر أو رماه أحدهما أولا ثم رماه الثاني قبل أن يصيبه
الاول أو بعد ما أصابه قبل أن يثخنه فأصابه الاول وأثخنه أو أثخنه ثم أصابه الثاني فقتله فهو للاول ويؤكل
وقال زفر رحمه الله لا يحل أكله لان حالة اصابة الثاني غير ممتنع فلا يحل بذكاة الاضطرار فصار كما اذا رماه
الثاني بعد ما أثخنه الاول قلنا عند رمي الثاني هو صيد ممتنع فوقع رميه ذكاة ولهذا تشترط التسمية عند
الرمي فكذا الامتناع يعتبر عنده الا أن الملك يثبت للاول لان سهمه أخرجه عن حيز الامتناع فلملكه به
قبل أن يتصل سهم الثاني به فحاصله أن المعتبر في حق الحل والضمان وقت الرمي لان الرمي الى صيد مباح
فلا ينعقد سببا لوجوب الضمان فلا ينقلب موجبا بعد ذلك وهو ذكاة فيحل المصاب لان الحل يحصل
بفعله وفعله هو الرمي والارسال فيعتبر وقته وفي حق الملك يعتبر وقت الاثخان لان به يثبت الملك وزفر
يعتبر وقت الاثخان فيهما ولو رمياه معا وأصاباه فمات منهما فهو بينهما لاستوائهما في السبب والبازي
والكلب في هذا كالسهم حتى يملكه باثخانه ولا يعتبر ارساله بدون الاثخان حتى لو أرسل بازيه
فأمسك الصيد بمخلبه ولم يثخنه فأرسل آخر بازيه فقتل ذلك الصيد كان الصيد للثاني وحل لان يد البازي
الاول ليست بيد حافظة لتقام مقام يد المالك أما القتل فهو اتلاف والبازي من أهل الاتلاف فينتقل
الى صاحبه ولو رمى سهما فأصاب الصيد فأثخنه ثم رماه ثانيا فقتله حرم لما بينا ولو رمى سهما فأصاب
سهما موضوعا على حائط فدفعه ومضى السهم الثاني وأصاب صيدا فقتله حل لان اندفاع السهم الثاني
بواسطة الاول فأضيف الى راميه كأنه رماه به ولو رمى سهما الى صيد ورمى رجل آخر الى ذلك الصيد
أو غيره فأصاب السهم الثاني السهم الاول وأمضاه حتى أصاب الصيد وقتله جرحا ينظر ان كان السهم
الاول بحال يعلم أنه لا يبلغ الى الصيد بدون دفع الثاني فالصيد للثاني لانه هو الآخذ له حتى لو كان الثاني
مجوسيا أو محرما لا يحل وان كان السهم الاول بحال يبلغ الصيد بدون السهم الثاني فالصيد للاول لانه
هو السابق في الاخذ وان كان الثاني مجوسيا أو محرما لا يحل استحسانا لانه أوجب زيادة قوة في السهم الاول
فأوجب الحرمة احتياطا مجوسي رمى صيدا أو أرسل كلبه فأقبل الصيد هاربا من سهمه أو كلبه فرماه
مسلم أو أرسل كلبه عليه فقتله قبل وقوع سهم المجوسي على الارض وقبل رجوع كلبه كره لان فعل
المجوسي اعانة لانه لولا فعله لما قدر المسلم على قتله بهذا الرمي والشركة توجب الحرمة والاعانة توجب
الكراهة أما اذا فعل ذلك بعد وقوع سهم المجوسي في الارض أو بعد رجوع كلبه فلا يكره لان فعل المجوسي
لم يبق حال رمي المسلم وارساله ولو رمى سهما الى صيد فصرفته الريح عن سننه حل لعدم امكان التحرز عنه
بخلاف ما اذا أصاب السهم حائطا أو صخرة فارتد وأصاب صيدا حيث لا يحل لان الرمي قد انقطع
بالارتداد الى وراء وكذا اذا ردته الريح الى وراء لا يحل لما قلنا بخلاف ما اذا رجع الى وراء بضرب رجل
آخر بسهمه حيث يحل اذا كان برميه بقصد الاصطياد لان الاول انقطع فكان مضافا الى الثاني فيحل
ولو انحرف يمنة أو يسرة باصابة الحائط ولم يرجع الى وراء حل لما ذكرنا في الريح ولان قوة الرمي لم تنقطع
فيضاف الى الرامي ولو هبت الريح فضربت السهم فزادت في ذهابه فأصاب الصيد فلا بأس بأكله لان فعل
الريح ليس من جنس فعل الرامي فلم يتحقق بهذه الاعانة شبهة الشركة فبقيت الاصابة مضافة الى الرمي قال
رحمه الله (وحل اصطياد ما يؤكل لحمه وما لا يؤكل) لقوله تعالى واذا حللتم فاصطادوا مطلقا من غير

(قوله أو أثخنه ثم أصابه الثاني) لا يدل على وجود الرمي قبل الاثخان وهو شرط للحل اه

مناسبة الرهن بالصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل المال اه غاية (قوله في المتن هو حبس شئ بحق) قال الاتقاني وانما قيدنا بالحق لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالغصب والحق يشملهما وقال القدوري في شرحه الرهن في الشرع عبارة عن عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لانهما عقد وثيقة بذمة وينفصل من المبيع في يد البائع لانه وثيقة وليس بعقد على وثيقة اه (قوله وأرهنته) قال في الصحاح رهنته الشئ وأرهنته الشئ بمعنى اه (قوله والجمع) أي جمع الرهن اه (قوله ورهن) ظاهره أن رهنا جمع رهن وقد صرح بذلك غير الشارح قال في المغرب والرهن المرهون والجمع رهون ورهان ورهن قال الاتقاني والرهان جمع الرهن كالعباد والزناد في جمع العبد والزند (٦٣) وقرأ أبو عمرو وابن كثير فرهن مقبوضة وهي جمع الجمع اه قال في الصحاح الرهن معروف والجمع رهان مثل حبل وحبال وقال أبو عمرو بن العلاء رهن بضم الهاء قال الاخفش وهي قبيحة لانه لا يجمع فعل على فعل الا قليلا شاذا قال وذكر أنهم يقولون سقف وسقف قال وقد يكون رهن جمعا للرهان كأنه يجمع رهن على رهان ثم يجمع رهان على رهن مثل فراش وفرش اه (قوله بأي سبب كان) يعني معناه لغة مطلق الحبس اه (قوله فما روى) أي محمد في الاصل عن أبي يوسف عن الاعمش عن ابرهيم عن الاسود اه اتقاني (قوله ورهنه درعا من حديد) فيه فوائد احداها أنه لا بأس بالبيع والشراء نسيئة ولا كراهة فيه ومن الناس من قال يكره لما فيه من طول الامل فانه روي عن أسامة أنه اشترى شيأ بدراهم نسيئة فبلغ ذلك رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه الصلاة والسلام ان أسامة لطويل الامل والله لا أفتح عيني الا وأخشى على نفسي الموت قبل أن أردهما وعامة العلماء لم يروا بأسا بهذا الحديث وفيه دليل على أنه لا بأس بالاستدانة فان الشراء نسيئة استدانة وكان ذلك مكروها في ابتداء الاسلام لان النبي صلى الله عليه وسلم كان يشدد في أمر الدين وكان لا يصلي على من مات وعليه دين ثم رخص في ذلك ووعد لمن عليه الدين وعدا جميلا وكان يقول ان الله في عون العبد المسلم اذا كان عليه دين وهو يريد قضاءه ولكن الافضل للانسان أن يتسارع قضاءه لئلا يدركه الموت وهو عليه فانه لا حائل بين الجنة والعبد بعد الكفر الا الدين الا أن يتفضل الله تعالى عليه فيرضي خصماءه وفيه دليل أنه لا بأس بالشراء والمعاملة مع أهل الذمة اه اتقاني (قوله فيجوز كما يجوز الوثيقة) بيانه أن الدين له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب أولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة وهي الكفالة جائزة فكانت الوثيقة التي بطرف الوجوب

قيد بالمأكول اذ الصيد لا يختص بالمأكول قال الشاعر

صيد الملوك أرانب وثعالب * واذا ركبت فصيدي الابطال

ولان اصطياده سبب الانتفاع بجلده أو ريشه أو شعره أو لاستدفاع شره وكل ذلك مشروع والله أعلم

﴿كتاب الرهن﴾

قال رحمه الله (هو حبس شئ بحق يمكن استيفاؤه منه كالدين) هذا حده في الشرع وهذا اللفظ يدل على الثبوت والدوام ويطلق الرهن على المرهون تسمية للمفعول باسم المصدر يقال رهنت الرجل شيأ ورهنته عنده وأرهنته لغة فيه والجمع رهان ورهون ورهن والرهن في اللغة جعل الشئ محبوسا أي شئ كان بأي سبب كان قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة أي محبوسة بوبال ما كسبت من المعاصي وقال الشاعر

وفارقتك برهن لا فكاك له * يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا

أي ارتهنت وحبست قلبه فذهبت به يوم التوديع واحتبس قلب المحب عندها على وجه لا يمكن فكاكه وقوله كالدين اشارة الى أن الرهن لا يجوز الا بالدين لانه هو الحق الممكن استيفاؤه من الرهن لعدم تعينه وأما العين فلا يمكن استيفاؤه من الرهن فلا يجوز الرهن بها الا اذا كانت مضمونة بنفسها كالمغصوب والمهر وبدل الخلع وبدل الصلح عن دم العمد لان الموجب الاصلي فيها المثل أو القيمة ورد العين مخلص على ما عليه الجمهور وهو دين ولهذا تصح الكفالة به والابراء عن قيمته ويمنع وجوب الزكاة على من هو في يده في ماله بقدر القيمة ولو كان الواجب هو العين لما ثبتت هذه الاحكام وعند البعض وان كان الموجب الاصلي رد العين ورد القيمة مخلصا ولا يجب الضمان الا بعد الهلاك لكن يجب عند الهلاك بالقبض السابق ولهذا تعتبر قيمته يوم القبض فيكون رهنا بعد وجود سبب وجوبه فيصح كما في الكفالة بخلاف الاعيان غير المضمونة كالامانات أو المضمونة بغيرها كالمبيع حيث لا يجوز الرهن بها لعدم وجوبها ألا ترى أن الحوالة المقيدة بالاعيان المضمونة بنفسها لا تبطل بهلاكها والمقيدة بغير المضمونة بأعيانها تبطل به ولولا أن الوجوب أو شبهته لوجود سببه ثابت لبطلت والرهن مشروع بالكتاب والسنة واجماع الامة أما الكتاب فقوله تعالى فرهن مقبوضة وأما السنة فما روي عن عائشة رضي الله عنها قالت ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى طعاما من يهودي الى أجل ورهنه درعا من حديد رواه مسلم والبخاري وقد انعقد الاجماع عليه ولانه وثيقة في جانب الاستيفاء فيجوز كما يجوز الوثيقة في جانب الوجوب وهي

الكفالة

الذى يختص بالمال جائزة أيضا اعتبارا بطرف الوجوب بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود فلما شرعت الوثيقة فى حق الوسيلة فلأن تشرع فى حق المقصود أولى كذا قال شيخ الاسلام خواهر زاده والوثيقة ما يوثق به الشئ ويؤكد به اه اتقانى (قوله فى المتن ولزم بايجاب وقبول) قال الشيخ باكير قالوا الركن مجرد الايجاب لانه تبرع فيتم بالمتبرع كالهبة وأما القبول فشرط وفى المحيط ما يدل على أنه ركن وأما القبض فشرط اللزوم اه قوله الركن مجرد الايجاب واختلفوا فى القبول قال بعضهم انه شرط قاله مسكين وقوله وفى المحيط ما يدل على أنه ركن قال الشيخ مسكين والظاهر من المحيط والمنتقى أنه ركن حتى لا يحنث من حلف لا يرهن بدون القبول اه وكتب على قوله فى المتن ولزم بايجاب وقبول الخ وفى نسخة ولزم بايجاب وقبول وقبضه وعليها فلا سهو والله أعلم وعليها شرح الشيخ باكير كما شاهدت ذلك فى خطه اه (قوله ولكنه ينعقد بهما) قال بعضهم هذا سهو من الشارح لان الركن الايجاب وحده لان الرهن عقد تبرع وهو يتم بالراهن كالهبة والصدقة اه قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت وفيه نظر اذ هو عقد فلابد من وجود شطريه وليس فى كلام الشارح أنه ركن اه (قوله وقال مالك يلزم بنفس العقد) أى ولا يشترط فيه القبض اه (قوله ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر الخ) وصف الرهن بكونها مقبوضة والنكرة اذا وصفت عمت كقوله والله لا أكلم الا رجلا كوفيا فيقتضى أن يكون كل الرهن مشروعا بهذه الصفة اه اتقانى (قوله ونظيره قوله تعالى) أى قوله تعالى فعدة من أيام أخر وقوله تعالى اه (قوله ولان الرهن عقد تبرع) قال الاتقانى ولانه عقد تبرع بدلالة أن الانسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه كالوصية ولان الراهن لو مات قبل أن يقبض المرتهن لم تجبر ورثته على القبض فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم ورثته كالبيع اه اتقانى (قوله ولهذا لا يجبر) أى الراهن اه (قوله عليه) أى على عقد الرهن اه (قوله احترز بالاول عن المشاع الخ) يعنى فان رهن ذلك لا يجوز لكن هل رهنها باطل أو فاسد ينظر فى الباب الآتى فان الكلام هنا مجمل اه وسيأتى مفصلا والله الموفق اه (قوله فى المتن والتخلية فيه) يريد المصنف أن حكمها حكم القبض حتى تتم به ولا يصح الرجوع بعده فى الرهن ولا البيع اه (قوله والقبض فعل المتسلم) قال العينى بعد أن حكى اعتراض الشارح قلت اذا كانت التخلية تسليما فمن ضرورته الحكم بالقبض سواء وجد القبض حقيقة أو لا فالشيخ رحمه الله ذكر الغاية التى يبنى عليها الحكم لانه هو المقصود اه وقال الاتقانى يعنى أن الراهن اذا خلى بين المرتهن والمرهون يعتبر قابضا كما اذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشترى وهذا لان قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع فكان كقبض المبيع فثمة يكتفى بالتخلية فكذا هنا اه (قوله لا يثبت الا بالنقل) وبه قال أحمد اه ع (قوله بخلاف البيع) أى حيث يكتفى فيه بالتخلية اه

الكفالة والحوالة والجامع أن الحاجة الى الوثيقة ماسة من الجانبين فان المستدين قلما يجد من يدينه بلا رهن والمدين يأمن بالرهن من التوى بالجحود أو باسراف المدين فى ماله بحيث لم يبق منه شئ أو بمحاصة غيره من الغرماء فكان فيه نفع لهما كما فى الكفالة والحوالة فشرع قال رحمه الله (ولزم بايجاب وقبول ويتم بقبضه محوزا مفرغا مميزا) وهذا سهو فان الرهن لا يلزم بالايجاب والقبول لانه تبرع كالهبة والصدقة ولكنه ينعقد بهما ويتم بالقبض فيلزم به قال مالك رحمه الله يلزم بنفس العقد كالبيع والاجارة والجامع أن كل واحد منهما يختص بالمال من الجانبين ولانه عقد وثيقة فأشبه الكفالة فيلزم بالقبول والخلاف معه بناء على الخلاف فى الصدقة والهبة ولنا قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن مقبوضة والمصدر المقرون بحرف الفاء فى جواب الشرط يراد به الامر والامر بالشئ الموصوف يقتضى أن يكون ذلك الوصف شرطا فيه اذ المشروع بصفة لا يوجد بدون تلك الصفة نظيره قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة أى فليحرر رقبة مؤمنة ولان الرهن عقد تبرع لما أن الراهن لا يستوجب بمقابلته على المرتهن شيأ ولهذا لا يجبر عليه فلابد من الامضاء بعدم الرجوع كما فى الوصية والصدقة والهبة والامضاء يكون بالقبض وقوله محوزا مفرغا مميزا احترز بالاول عن المشاع وبالثانى عن المشغول وبالثالث عن المتصل فاذا قبضه كذلك تم لوجود القبض على الكمال قال رحمه الله (والتخلية فيه وفى البيع قبض) والصواب أن التخلية تسليم لانه عبارة عن رفع الموانع من القبض وهو فعل المسلم دون المتسلم والقبض فعل المتسلم وانما يكتفى بالتخلية لانه هو فى غاية ما يقدر عليه والقبض فعل غيره فلا يكلف به وهذا هو ظاهر الرواية وعن أبى يوسف رحمه الله أن الرهن فى المنقول لا يثبت الا بالنقل لانه قبض موجب للضمان ابتداء اذ لم يكن الرهن مضمونا على أحد قبل ذلك فلا يثبت الا بالقبض حقيقة كالغصب بخلاف البيع فان القبض فيه ناقل للضمان من البائع الى المشترى فان المبيع قبل التسليم مضمون على البائع بالثمن ثم ينتقل ذلك الى المشترى بالقبض والاول أصح لما ذكرنا والقياس على الغصب باطل لان قبض الرهن مشروع فأشبه البيع والغصب ليس بمشروع فلا حاجة لثبوته بدون قبض حقيقة وهو النقل قال رحمه الله (وله أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه) أى للراهن أن يرجع عن الرهن ما لم يقبضه المرتهن لما ذكرنا أنه تبرع ولا لزوم على المتبرع ما لم يسلم كالهبة والصدقة وفيه خلاف مالك رحمه الله وقد ذكرناه قال رحمه الله (وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين) فلو هلك وقيمته مثل دينه

صار مستوفيا دينه وان كانت أكثر من دينه فالفضل أمانة وبقدر الدين صار مستوفيا وان كانت أقل صار مستوفيا بقدره ورجع المرتهن بالفضل وقال الشافعي رحمه الله الرهن كله أمانة في يد المرتهن لا يسقط من الدين شئ بهلاكه لقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه رواه الدارقطني قال معناه لا يصير مضمونا بالدين ومعنى قوله له غنمه أي للراهن الزوائد وعليه غرمه أي لو هلك كان الهلاك على الراهن ولان الرهن وثيقة فلا يسقط الدين بهلاكه اعتبارا بهلاك الصك والشهود وبهلاك الوثيقة في جانب الوجوب وهو الحوالة والكفالة وهذا لان الوثيقة يراد بها معنى الصيانة وسقوط الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة اذ الحق به يصير بعرضية الهلاك وهو ضد الصيانة فصار أمانة ضرورة ألا ترى أن ما زاد على قدر الدين أمانة في يد المرتهن والقبض في الكل واحد فلا يثبت الضمان في البعض دون البعض ولنا قوله عليه الصلاة والسلام للمرتهن بعد ما نفق الفرس الرهن عنده ذهب حقك ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق في الحبس لانه لا يتصور حبسه فلا يحتاج فيه الى البيان لانه عليه الصلاة والسلام بعث لبيان الاحكام لا لبيان الحقائق ولان الحق ذكر معرفا بالاضافة فيعود الى المذكور أولا وقوله عليه الصلاة والسلام اذا عمي الرهن فهو بما فيه معناه على ما قالوا اذا اشتبهت قيمة الرهن بعد ما هلك بان قال كل واحد منهما لا أدري كم كان قيمته فيكون مضمونا بما فيه من الدين واجماع الصحابة والتابعين رضي الله عنهم على أن الرهن مضمون مع اختلافهم في كيفية الضمان فذهب عمر رضي الله عنه انه مضمون بالاقل من الدين ومن قيمة الرهن وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وعن علي رضي الله عنه أنه قال يترادان الفضل وقال الحسن هذا محمول على حالة بقاء الرهن اذا استوفى المرتهن يرد عليه الفضل وقد روي عن محمد بن الحنفية عن علي رضي الله عنه مثل مذهبنا وعند شريح الرهن مضمون بما فيه قلت قيمته أو كثرت حتى لا يرجع واحد منهما على الآخر بعد هلاكه بشئ مطلقا وهذا اختلاف السلف على ثلاثة أقوال واحداث قول رابع خروج عن الاجماع فلا يجوز ولان الثابت للمرتهن يد الاستيفاء وهو ملك اليد والحبس لان لفظه ينبئ عن الحبس على ما بينا والاحكام الشرعية تثبت على وفق معانيها اللغوية ولان الرهن وثيقة لجانب الاستيفاء وهو أن يكون موصلا له اليه ويثبت ذلك بملك اليد والحبس ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع به فيتسارع الى قضاء الدين أو لضجره فاذا ثبت هذا المعنى ثبت الاستيفاء من وجه وقد تقرر بالهلاك فلو استوفى الدين بعده يؤدي الى الربا لانه يكون استيفاء ثانيا ولا يلزم ذلك حال قيام الرهن لان استيفاء الاول ينتقض بالرد على الراهن فلا يتكرر ولا يقال انما صار مستوفيا بملك اليد لا بملك الرقبة وقد بقي حقه في ملك الرقبة فكان له أن يستوفيه ليأخذ حقه كملا أو صار مستوفيا بالمالية دون العين فيكون له الاستيفاء ثانيا ليأخذ حقه في العين كملا لانا نقول لا وجه الى استيفاء الباقي وهو ملك الرقبة بدون ملك اليد أو ملك العين بدون ملك المالية اذ لا يتصور ذلك فيسقط للضرورة كما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد فان حقه في الجودة يبطل لعدم تصور استيفاء الجودة وحدها دون العين فاذا لم يملك العين

(قوله صار مستوفيا دينه) أي من وقت القبض السابق كما سيأتي (قوله لا يغلق) من باب علم اه (قوله قال) أي الشافعي اه (قوله وهو الحوالة والكفالة) اذ بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن اه (قوله ولا يجوز أن يراد به ذهاب الحق الخ) قال القدوري في شرحه ولا يجوز أن يقال المراد ذهب حقك من الامساك لان ذلك يعلم مشاهدة ولا من المطالبة برهن آخر لان ذلك لم يكن حقا له فلم يبق الا أن يكون المراد ذهب حقك من الدين اه اتقاني وكتب ما نصه حدث الطحاوي في شرح الآثار عن محمد بن خزيمة قال حدثنا عبيد الله بن محمد التيمي قال أخبرنا عبد الله بن المبارك قال أخبرنا مصعب بن ثابت عن عطاء بن أبي رباح أن رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب حقك فدل هذا من قول الرسول صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضياع الرهن اه اتقاني (قوله حتى روي عن شريح الخ) قال الاتقاني روي عن شريح أنه قال الرهن بما فيه ولو كان خاتما من حديد بمائة درهم كأنه جعل الدين بمنزلة البيع قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا قول لا يؤخذ به لانه وثيقة بالدين وهو ينافي معنى الوثيقة اه (قوله واحداث قول رابع الخ) قال الاتقاني ثم اعلم ان أحدا من الصحابة والتابعين لم يرو عنه أن الرهن في مقدار الدين ليس بمضمون بل هم اتفقوا أنه مضمون في مقدار الدين وانما اختلفوا في الزيادة على قدر الدين فعند عمر رضي الله عنه هي أمانة وقول الخصم انه أمانة في مقدار الدين خرق للاجماع فلا يسمع اه (قوله بدون ملك اليد) يعني اذا رد الرهن الى صاحبه يفوت ملك اليد عن المرتهن ولا يمكن القول بالاستيفاء حينئذ لان استيفاء المرتهن دينه من الرهن بدون ملك اليد لا يتصور لانه محال فاذا لم يمكن الاستيفاء وطولب الراهن بأداء الدين لا يلزم الربا لانه لم يتكرر الاستيفاء اه اتقاني (قوله فاذا) أي اذا ثبت أن الاستيفاء يقع بالمالية دون العين بقيت العين أمانة في يد المرتهن اه قارئ الهداية وكتب ما نصه في هذا الكلام خلل اه من خط قارئ الهداية

بقي

بقى ملك الراهن فيه أمانة فى يده فتكون نفقته حياً وكفنه ميتاً عليه لانهما مؤنة الملك ولو اشتراه المرتهن لا ينوب قبض الرهن عن قبض الشراء لان عينه أمانة فلا ينوب قبضه عن قبض المضمون وقوله عليه الصلاة والسلام لصاحبه غنمه وعليه غرمه قلنا يحتمل أن يكون الصاحب هو المرتهن كما يقال للمضارب صاحب المال وعن أبي يوسف رحمه الله فى تفسير الحديث ان الفضل فى قيمة الرهن لرب الرهن فلا يكون مضموناً ولا يغلق وان كان فيه نقصان رجع المرتهن بالفضل وعن أبى عبيدة انهما بمعنى واحد تقول رجع الرهن الى ربه فيكون غنمه له ويرجع رب الحق عليه فيكون غرمه عليه فاذا كان الحديث مؤولاً لا يلزم حجة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يغلق الرهن على ما قالوا الاحتباس الكلى بأن يصير مملوكاً له كذا ذكره الكرخى رحمه الله عن السلف وعن النخعى رحمه الله فى رجل دفع الى رجل رهناً وأخذ منه درهماً فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك فقال ابراهيم لا يغلق الرهن فجعله جواباً للمسئلة وموجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء وهذا يحقق الصيانة وان كان فراغ الذمة من ضروراته بخلاف الصك والشهود لانه لا استيفاء فيهما حتى يسقط دينه بالهلاك فحاصله أن حكم الرهن عندنا صيرورة الرهن محتبساً بدينه باثبات يد الاستيفاء عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفاء منه عيناً بالبيع وجعله أولى به وتقديمه على سائر الغرماء فيخرج على الاصلين عدة مسائل كلها مختلف فيها منها ان الراهن ممنوع من الاسترداد للانتفاع به عندنا لانه يفوت موجبه وهو الاحتباس وعنده لا يمنع منه لانه لا ينافى موجبه وهو تعينه للبيع ومنها أن حكم الرهن يسرى الى الولد عندنا فيحبس مع الاصل وعنده لا يسرى لان الولد الحادث بعد الاستيفاء فى حقيقة الاستيفاء يكون للمستوفى فكذا فى الاستيفاء الحكمى وعنده لما كان حكم الرهن تعينه للبيع فتعين عين المبيع لا يوجب تعين عين أخرى له ومنها ان رهن المشاع لا يجوز عندنا لان حكم الرهن وهو الحبس الدائم لا يتصور فيه وعنده يجوز لامكان بيعه ثم كيفية الضمان ما ذكره فى المختصر وهو أن يكون مضموناً بالاقل من قيمته ومن الدين الى آخر ما ذكره على ما بينا وقال زفر رحمه الله الرهن كله مضمون بالقيمة حتى اذا كان قيمته أكثر من الدين يجب على المرتهن ضمان الفضل لقول على رضى الله عنه يترادان الفضل فى الرهن والتراد يكون من الجانبين فيرجع كل واحد منهما على صاحبه بالفضل عند الهلاك ولان الزيادة على الدين مرهونة لكونها محبوسة به فتكون مضمونة كما فى قدر الدين ومذهبنا مروى عن عمر وعبد الله بن مسعود رضى الله عنهما ولان يد المرتهن يد استيفاء فلا توجب الضمان الا بقدر المستوفى كما فى حقيقة الاستيفاء بأن أوفاه دراهم فى كيس أكثر من حقه يكون مضموناً عليه بقدر الدين والفضل أمانة والزيادة مرهونة ضرورة امتناع حبس الاصل بدونها ولا ضرورة فى حق الضمان والمراد بالتراد فى المروى عن على رضى الله عنه حالة البيع فانه روى عنه انه قال المرتهن أمين فى الفضل وروى ابن الحنفية عنه أنه مثل مذهبنا فلم يبق فيه حجة وكيفية الضمان فيما اذا كان مرهوناً بالاعيان المضمونة وقد هلك الرهن أن يقال لمن فى يده العين سلم العين الى المرتهن وخذ منه الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين لان الرهن مضمون بالاقل منهما اذ العين المرهون بها بمنزلة الدين المرهون به فاذا وصل الى المرتهن العين وجب عليه أن يرد قدر المضمون لان الزائد عليه أمانة وان

(قوله بقى ملك الراهن فيه أمانة) قال فى الهداية والاستيفاء يقع بالمالية أما العين أمانة قال الاتقانى وهذا جواب سؤال بأن يقال لا نسلم أن الرهن استيفاء للدين من وجه فلو كان استيفاء للدين لا يخلو اما ان كان استيفاء لعين الدين أو استيفاء لبدل الدين لا وجه الى الاول لان الرهن ليس من جنس الدين واستيفاء الدين لا يكون الا من جنسه ولا وجه الى الثانى لاجماعنا أن الرهن بالمسلم فيه وبدل الصرف قبل القبض يجوز مع أن الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز فأجاب عنه بهذا فاندفع (٦٥) السؤال لان المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكان العين كالكيس فلو كان أوفى حقه من الدراهم فى الكيس يكون ما فى الكيس مضموناً دون الكيس فكذا هنا ما فى العين من صفة المالية مضمون دون العين فانها أمانة لانها ملك الراهن ونفقتها عليه اه (قوله ومعنى قوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن) أى لا يملك بالدين (قوله له غنمه) أى زوائده وعليه غرمه أى نفقته وكفنه اه وكتب ما نصه قال فى الفائق يقال غلق الرهن غلوقاً اذا بقى فى يد المرتهن لا يقدر على تخليصه وكان من أفاعيل الجاهلية أن الراهن اذا لم يرد ما عليه فى الوقت المؤقت ملك المرتهن الرهن اه غاية (قوله بأن يصير مملوكاً له) أى للمرتهن اه (قوله منها) أى منها أن الرهن أمانة عنده واذا هلك لا يسقط الدين وعندنا يسقط ومنها اه غاية (قوله وهو تعينه للبيع) أى وقضاء الدين من ثمنه اه (قوله يسرى الى الولد عندنا) لانه صفة شرعية للام فيسرى الى الولد لملك الرقبة اه اتقانى (قوله ومنها أن رهن

المشاع الخ) ومنها أن للراهن أن ينتفع بالمرهون ويشرب لبنها عنده لانه باق على ملكه وعندنا ليس له ذلك لان فيه ابطال ملك اليد عليه ومنها أن الراهن اذا أعتق عبده المرهون بطل اعتاقه وعندنا ينفذ ويضمن قيمته ان كان موسراً ويكون رهناً مكانه وان كان معسراً سعى العبد فى قيمته اه غاية (قوله وعنده يجوز لامكان بيعه) أى واستيفاء الدين من ثمنه اه غاية وروى ابن الحنفية عن على أنه قال اذا كان الرهن بأكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه أمين فى الفضل وان كان بأقل مما رهن به رد الراهن الفضل اه اتقانى

(قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون) وقيد الدين بالمضمون على وجه التأكيد والا فجميع الديون مضمونة كذا قال في شرح الاقطع وقيل أريد بالدين المضمون ما كان واجبا للحال أي لا يصح الا بدين واجب للحال لا بدين سيجب واحترز به عن الرهن بالدرك فانه لا يصح وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع وقيل احترازعن بدل الكتابة فان الرهن به لا يصح لان المضمون هو الذي لا يسقط الا بالاداء أو بالابراء وبدل الكتابة ليس كذلك لانه يسقط بتعجيز النفس وفي الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة والاصح ما قاله في شرح الاقطع اه اتقاني (قوله للمرتهن أن يطالب الراهن الخ) قال الكرخي ويبيع الحاكم الرهن في دين المرتهن على قول أبي يوسف ومحمد ولا يبيعه في قول أبي حنيفة ولكن الحاكم يحبس الرهن حتى يؤدي الدين أو يبيع هو الرهن فيؤدي دينه الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا فرع على (٦٦) اختلافهم في الحجر بالفلس فعند أبي حنيفة أن الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن يحبسه حتى يبيعه وعلى قولهما اذا امتنع من البيع باع عليه اه اتقاني (قوله فكذلك الجواب) أي يؤمر المرتهن باحضار الرهن أولا اه غاية (قوله ولا يكلف احضار الرهن) أي ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلبه الراهن لانه غائب فيحتمل الهلاك فيبطل أيضا الدين فاذا حلف اقتضى دينه اه غاية وكتب ما نصه قال في الكافي واذا طالب المرتهن بالدين أمر المرتهن باحضار الرهن لان قبض الرهن قبض استيفاء فلو أمر بقضاء الدين قبل احضار الرهن فربما هلك الرهن بعد ذلك أو يكون هالكا قبل ذلك فيصير مستوفيا دينه مرتين فاذا أحضره أمر الراهن بتسليم دينه أولا لتعين حقه كما تعين حق الراهن تحقيقا للتسوية كما في تسليم المبيع والثمن يحضر المبيع ثم يسلم الثمن أولا وكذا ان طالبه بالدين في غير بلد الرهن ولا حمل له ولا مؤنة لان بيعه الاماكن كلها كمكان العقد فيما لا حمل له ولا مؤنة ألا ترى أنه لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء في السلم بالاجماع فيؤمر باحضاره وان كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يكلف المرتهن على احضار الرهن لان المرتهن عاجز عن الاحضار والتسليم غير واجب في بلد لم يجر فيه العقد ولان هذا نقل والواجب عليه التسليم بمعنى التخلية لا النقل من مكان الى مكان لان العين أمانة ولكن للراهن أن يحلفه بالله ما هلك اه قلت والحاصل أن المرتهن اذا طالب الراهن بدينه فلا يخلو إما أن يكون الطالب في البلد الذي وقع عقد الرهن فيه أو في غيرها فان كان فيها أمر المرتهن أولا باحضار الرهن سواء كان له حمل ومؤنة أو لا فاذا أحضره أمر الراهن بتسليم الدين وان كان في غيرها فكذلك فيما لم يكن له حمل ومؤنة وان كان له حمل ومؤنة يأخذ دينه ولا يؤمر بالاحضار اه (قوله ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن) الذي بخط الشارح لا يكلف المشتري فليتأمل وانظر عبارة الكافي والهداية والنهاية وغيرها يظهر لك ما في كلام الشارح والله الموفق اه (قوله احضار ثمن) كذا بخط الشارح

هلكت العين المرهون بها قبل الرهن فالرهن رهن على حاله بقيمة تلك العين وان هلك الرهن بعد ذلك كان مضمونا بالاقل من قيمته ومن قيمة العين حتى يرجع المرتهن على الراهن بالزائد ان كانت قيمة العين أكثر ولا يرجع الراهن على المرتهن ان كانت قيمة الرهن أكثر لان الفضل من الرهن أمانة كما اذا كان مرهونا بالدين وفيه فضل وقال القدوري في مختصره ولا يصح الرهن الا بدين مضمون وهذا يشير الى أن الرهن بالاعيان المضمونة لا يصح ويمكن أن يقال ان الموجب الاصلي فيها القيمة وهي دين على ما بينا ووصف الدين بكونه مضمونا وصف ضائع لا فائدة فيه لان الدين لا يكون الا مضمونا وذكر قاضيخان في فتواه وصاحب المبسوط اذا أخذ المولى ببدل الكتابة من مكاتبه رهنا جاز وان كان لا يجوز أخذ الكفيل به وفي المحيط المكاتب كالحر في الرهن والارتهان وذكر الطحاوي أنه على قياس قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله لا يجوز والصحيح الاول لان الرهن ايفاء والارتهان استيفاء وهو يملكهما ولو رهن بمكاتبته عبدا فأبق العبد عتق المكاتب اذا قضى القاضي بذلك وان رجع الآبق بعد ذلك يكون رهنا بمكاتبته والعبد المأذون له في التجارة كالمكاتب حتى يملك الرهن والارتهان لما ذكرنا قال رحمه الله (وله أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به) أي للمرتهن أن يطالب الراهن بدينه ويحبسه به وان كان الرهن في يده لان حقه باق بعد الرهن والرهن لزيادة الصيانة فلا تمتنع به المطالبة وكذا لا تمتنع به الحبس لانه جزاء الظلم وهو المماطلة على ما بيناه في القضاء مفصلا قال رحمه الله (ويؤمر المرتهن باحضار رهنه والراهن بأداء دينه أولا) أي اذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار الرهن أولا ليعلم أنه باق ولان قبض الرهن قبض استيفاء فلا يجوز أن يقبض ماله مع قيام يد الاستيفاء لانه يؤدي الى تكرار الاستيفاء على اعتبار الهلاك في يد المرتهن وهو محتمل واذا أحضر المرتهن الرهن أمر الراهن بتسليم الدين أولا وهو المراد بقوله والراهن بأداء دينه أولا ليتعين حق المرتهن في الدين كما تعين حق الراهن في الرهن تحقيقا للتسوية بينهما كما في تسليم المبيع والثمن يحضر البائع المبيع ثم يسلم المشتري الثمن أولا لما ذكرنا وان طالبه بالدين في غير البلد الذي وقع فيه العقد فان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذلك الجواب لان الاماكن كلها كبقعة واحدة في حق التسليم ولهذا لا يشترط فيه بيان مكان الايفاء فيه في باب السلم بالاجماع وان كان له حمل ومؤنة يستوفي دينه ولا يكلف احضار الرهن لانه نقل والواجب عليه التسليم بالتخلية دون النقل لانه يتضرر به زيادة ضرر لم يلزمه في العقد ولو بيع الرهن لا يكلف المرتهن احضار ثمن الرهن لانه لا قدرة له عليه لان

بيعه بأمر الراهن فصح وصار الرهن دينا فصار كأنه رهنه الراهن وهو دين ولو قبض الثمن يكلف احضاره لقيام البدل مقام المبدل والذى يقبض الثمن هو البائع مرتهنا كان أو عدلا لانه هو العاقد وحقوق العقد ترجع اليه وكما يكلف احضار الراهن باستيفاء كل الدين يكلف لاستيفاء نجم قد حل اذا ادعى الراهن هلاكه لاحتمال الهلاك بخلاف ما اذا لم يدع الراهن هلاكه لانه لا فائدة فى احضاره مع اقراره ببقائه وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل خطأ العبد الرهن حتى قضى بالقيمة على عاقلته فى ثلاث سنين حيث لا يجبر الراهن على قضاء الدين حتى يحضر المرتهن جميع القيمة لانه لم يصر دينا بفعل الراهن وفيما تقدم صار دينا بفعله ولا بد من احضار جميع القيمة لانه يقوم مقام العين لكونها بدلا عنها ولو وضع الرهن على يد عدل وأذن بالايداع ففعل ثم جاء المرتهن فطلب دينه لا يكلف احضار الرهن لانه لم يؤتمن عليه حيث وضع على يد غيره فلم يكن تسليمه فى قدرته وكذا لو وضعه العدل فى يد من فى عياله وغاب وطلب المرتهن دينه والذى فى يده يقر بالوديعة من العدل ويقول لا أدرى لمن هو يجبر الراهن على قضاء الدين لان احضار الرهن ليس على المرتهن لانه لم يقبض منه وكذا اذا غاب العدل ولا يدرى أين هو لما قلنا بخلاف ما اذا جحد الذى أودعه العدل الرهن بأن قال هو مالى حيث لا يرجع المرتهن على الراهن بشئ حتى يثبت أنه رهن لانه لما جحد فقد توى المال والتوى على المرتهن فيتحقق الاستيفاء فلا يملك المطالبة به قال رحمه الله (فان كان الرهن فى يد المرتهن لا يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين) أى لو أراد الراهن أن يبيع الرهن لكى يقضى بثمنه الدين لا يجب على المرتهن أن يمكنه من البيع لان حكم الرهن الحبس الدائم الى أن يقضى الدين لا القضاء من ثمنه على ما بينا من قبل فلو قضاه البعض فله أن يحبس كل الرهن حتى يستوفى البقية كما فى حبس المبيع قال رحمه الله (فاذا قضى سلم الرهن) أى اذا قضى الراهن جميع الدين سلم المرتهن الرهن اليه لزوال المانع من التسليم بوصول حق المرتهن اليه فلو هلك الرهن بعد قضاء الدين قبل تسليمه الى الراهن استرد الراهن ما قضاه من الدين لانه تبين بالهلاك أنه صار مستوفيا من وقت القبض السابق فكان الثانى استيفاء بعد استيفاء فيجب رده وهذا لانه ببقاء الدين لا ينفسخ الرهن حتى يرده الى صاحبه فيكون مضمونا على حاله بعد قضاء الدين ما لم يسلمه الى الراهن أو يبرئه المرتهن عن الدين وكذا لو فسخا الرهن لا ينفسخ ما دام فى يده حتى كان للمرتهن أن يمنعه بعد الفسخ حتى يستوفى دينه ولو هلك بعد الفسخ يكون كما لو هلك قبله فيكون هالكا بدينه بخلاف ما اذا هلك بعد الابراء حيث لا يضمن استحسانا لانه لم يبق رهنا لان بقاءه رهنا بأمرين بالقبض والدين فاذا فات أحدهما لم يبق رهنا قال رحمه الله (ولا ينتفع المرتهن بالرهن استخداما وسكنى ولبسا واجارة واعارة) لان الرهن يقتضى الحبس الى أن يستوفى دينه دون الانتفاع فلا يجوز له الانتفاع الا بتسليط منه وان فعل كان متعديا ولا يبطل الرهن بالتعدى قال رحمه الله (ويحفظه بنفسه وزوجته وولده وخادمه الذى فى عياله) معناه أن يكون الولد أيضا فى عياله لان عينه أمانة فى يده على ما بينا فصار كالوديعة وأجيره الخاص كولده الذى فى عياله وهو الذى استأجره مشاهرة أو مسانهة والمعتبر فيه المساكنة ولا عبرة بالنفقة حتى لو أن المرأة لو دفعته الى زوجها لا تضمن قال رحمه الله (وضمن بحفظه بغيرهم وبايداعه وتعديه قيمته) لما بينا أن عينه وديعة والوديعة تضمن بالهلاك بهذه الاشياء لكونه متعديا بها فيضمن جميع قيمته كالمغصوب وهل يضمن المودع الثانى فهو على الخلاف الذى بينا فى مودع المودع فى كتاب الوديعة ثم ان قضى القاضى بالقيمة من جنس الدين يلتقيان قصاصا بمجرد القضاء اذا كان الدين حالا فلا يطالب كل واحد منهما صاحبه الا بالفضل وان كان مؤجلا يضمن المرتهن قيمته وتكون رهنا عنده لانه بدل الرهن فيكون له حكم أصله فاذا حل الاجل أخذ دينه وان قضى بالقيمة من خلاف جنس الدين كان الضمان رهنا عنده الى أن يقضيه دينه لانه بدل الرهن فأخذ حكمه ولو رهنه خاتما فجعله فى خنصره ضمن لانه استعمل الرهن فصار متعديا به واليمنى واليسرى فى ذلك سواء لان العادة فيه مختلفة ولو جعله فى بقية الاصابع كان رهنا على حاله لانه لا يلبس كذلك عادة فكان من باب الحفظ

(قوله لانه لم يصر دينا بفعل الراهن) أى بل بفعل الاجنبى اه (قوله حتى لو أن امرأة الخ) لفظة لو ثابتة فى خط الشارح (قوله لكونه متعديا بها) فصار غاصبا اه (قوله كالمغصوب) لان الزيادة على مقدار الدين أمانة والامانات تضمن بالتعدى اه هداية (قوله فى كتاب الوديعة) يعنى أن فى تضمين المودع الثانى خلافا فعند أبى حنيفة لا ضمان عليه وعندهما عليه الضمان كالاول اه غاية

لا من باب الاستعمال بغير اذن المالك الا اذا كان المرتهن امرأة فيضمن لان النساء يلبسن كذلك فيكون من باب الاستعمال بغير اذن المالك وكذا الطيلسان ان لبسه لبسا معتادا ضمن وان وضعه على عاتقه لا يضمن ولو رهنه سيفين فتقلدهما ضمن وفى الثلاثة لا يضمن لان العادة جرت بين الشجعان بتقلد السيفين فى الحرب دون الثلاثة ولو رهنه خاتمين فلبس خاتما فوق خاتم فان كان ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن لانه مستعمل والا فلا لانه حافظ قال رحمه الله (وأجرة بيت حفظه وحافظه على المرتهن وأجرة راعيه ونفقة الرهن والخراج على الراهن) والاصل فيه أن ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن بنفسه وتبقيته فهو على الراهن سواء كان فى الرهن فضل أو لم يكن لان العين باقية على ملكه وكذا منافعه مملوكة له فيكون أصلا ومؤنته عليه لما انه مؤنة ملكه كما فى الوديعة وذلك مثل النفقة من مأكله ومشربه وأجرة الراعى مثله لانه علف البهائم ومن هذا الجنس كسوة الرقيق وأجرة ظئر ولد الرهن وكرى النهر وسقى البستان وتلقيح نخله وجذاذه والقيام بمصالحه وكل ما كان لحفظه أو لرده الى يد المرتهن أو لرد جزء منه كمداواة الجرح فهو على المرتهن مثل أجرة الحافظ لان الامساك حق له والحفظ واجب عليه فتكون مؤنته عليه وكذلك أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن وعن أبى يوسف رحمه الله ان أجرة المأوى على الراهن بمنزلة النفقة لانه سعى فى تبقيته ومن هذا القسم جعل الآبق اذا كان كله مضمونا لان يد الاستيفاء كانت ثابتة على المحل ويحتاج الى اعادة يد الاستيفاء ليرده على المالك فكانت من مؤنة الرد فتكون عليه وان كان بعضه أمانة فبقدر المضمون على المرتهن وحصة الامانة على الراهن لان الرد لاعادة اليد ويده فى الزيادة يد المالك اذ هو كالمودع فيها فتكون على المالك بخلاف أجرة البيت الذى يحفظ فيه الرهن فان كلها تجب على المرتهن كيفما كان لان وجوبها لاجل الحبس وحق الحبس ثابت له فى الكل وأما الجعل فلاجل الضمان فيتقدر بقدره والمداواة والفداء من الجناية يقسم على المضمون والامانة والخراج على الراهن لان مؤنة الملك والعشر فيما يخرج مقدم على حق المرتهن لتعلقه بالعين ولا يبطل الرهن به فى الباقى لان وجوبه لا ينافى ملكه ألا ترى انه لو باع الخارج كله فى غير الرهن قبل أداء العشر يجوز فكذا له أن يخرج بدل العشر من مال آخر واذا كان ملكه ثابتا فيه بقى رهنا على حاله بخلاف استحقاق جزء شائع من الرهن حيث يبطل الرهن فى الباقى لانه يتبين بالاستحقاق انه لا يملك قدر المستحق فكان الرهن شائعا من الابتداء وتبين أن الرهن كان باطلا ولا كذلك وجوب العشر لان وجوبه لا ينافى ملك الراهن لا فيه ولا فى غيره ثم اذا خرج منه العشر خرج ذلك الجزء عن ملكه فى ذلك الوقت فلم يوجب شيوعا فى الباقى لا طارئا ولا مقارنا وما أداه أحدهما مما يجب على الآخر بغير أمر القاضى فهو متطوع كما اذا قضى دين غيره بغير أمره وان كان بأمر القاضى وجعله دينا على الآخر رجع عليه وبمجرد أمر القاضى من غير تصريح بجعله دينا عليه لا يرجع عليه كما فى اللقطة وعن أبى حنيفة رحمه الله انه لا يرجع عليه اذا كان صاحبه حاضرا وان كان بأمر القاضى لانه يمكنه أن يرفع الامر الى القاضى فيأمر صاحبه بذلك وقال أبو يوسف رحمه الله يرجع فى الوجهين وهى فرع مسئلة الحجر لان القاضى لا يلى على الحاضر ولا ينفذ أمره عليه لانه لو نفذ أمره عليه لصار محجورا عليه وهو لا يملك حجره عليه عنده وعند أبى يوسف رحمه الله يملك فينفذ أمره عليه والله أعلم

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

قال رحمه الله (لا يجوز رهن المشاع) وقال الشافعى رحمه الله يجوز لان موجبه عنده استحقاق بيعه وتعينه

(قوله وان وضعه على عاتقه لا يضمن) ثم ينبغى لك ان تعرف أن المراد بعدم الضمان فيما بعد حفظا واستعمالا أن لا يضمن ضمان الغصب لا أنه لا يضمن أصلا لانه مضمون بالدين فيسقط الدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم اذا جعله فى اصبع لا يتختم به فى العرف والعادة وكالثوب اذا ألقاه على عاتقه وبه صرح فى شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله سواء كان فى الرهن فضل) أى على الدين اه غاية (قوله ومن هذا القسم) أى القسم الذى يجب مؤنته على المرتهن اه (قوله اذا كان كله مضمونا) أى بأن كان قيمة الرهن والدين سواء اه

﴿باب ما يجوز ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز﴾

لما ذكر قبل هذا مقدمات الرهن شرع يفصل ما يجوز ارتهانه وما لا يجوز لان التفصيل بعد الاجمال اه اتقانى (قوله فى المتن لا يجوز رهن المشاع) قال الاتقانى وعبارات أصحابنا فيه مختلفة قال بعضهم باطل وهو اختيار الكرخى وقال بعضهم فاسد كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اه وقال الكاكى رحمه الله ثم ذكر عدم جواز رهن المشاع ولم يذكر أنه باطل أو فاسد وفى المغنى والذخيرة اشارة الى أنه فاسد لا باطل حيث قال والمقبوض بحكم الرهن الفاسد مضمون فى الصحيح وفى الرهن الباطل لا لان الباطل لا ينعقد أصلا فكان كالبيع الباطل والفاسد ينعقد فكان كالبيع الفاسد وشرط انعقاد الرهن أن يكون مالا والمقابل به مالا مضمونا له فاذا وجدت شرائط الجواز ينعقد صحيحا واذا فقد شرط من شرائط جوازه ينعقد فاسدا وفى كل موضع لم يكن الرهن مالا أو لم يكن المقابل

لهوالمشاع يقبل ذلك ولئن كان استيفاء فالاستيفاء الحقيقي لايمتنع بالشيوع فكذا الحكمى ولنا ان موجبه ثبوت يد الاستيفاء واستحقاق الحبس الدائم لتحصيل مقصوده وهو الاستيثاق من الوجه الذى بيناه وذلك لايحصل الا بثبوت اليد عليه ولهذا شرط فى النص أن يكون مقبوضا بخلاف حقيقة الاستيفاء لان موجبها ملك العين المستوفاة فقط لان الحبس والملك يتصور فى المشاع ولا يتصور الحبس الدائم فيه لانه يبطل بالمهايأة فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا ولهذا يستوى فيه مايحتمل القسمة ومالا يحتملها بخلاف الهبة حيث تجوز فيما لايحتمل القسمة لان موجبها الملك وذلك لايمتنع بالشيوع وانما يمنعها لزوم غرامة القسمة وذلك فيما يقسم لاغير ولا يجوز من شريكه أيضا لان ثبوت اليد فى المشاع لايتصور ولانه لو جاز لامسكه يوما بحكم الرهن ويوما بحكم الملك فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا بخلاف الاجارة حيث تجوز فى المشاع من شريكه لان حكمها التمكن من الانتفاع لا الحبس والشريك متمكن من ذلك فيجوز بخلاف غير الشريك والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن فى رواية الاصل وعن أبى يوسف رحمه الله انه لايمنع لان حكم البقاء أسهل من الابتداء فاشبه الهبة وجه الاول أن الامتناع لعدم المحلية وفى مثله يستوى الابتداء والبقاء كالمحرمية فى باب النكاح بخلاف الهبة لان المشاع لايمنع حكمها وهو الملك والمنع فى الابتداء لنفى الغرامة على ماعرف ولا حاجة الى اعتباره فى حالة البقاء ولهذا يصح الرجوع فى بعض الموهوب ولا يصح الفسخ فى بعض المرهون قال رحمه الله (ولا الثمرة على النخل دونها ولا زرع فى الارض دونها ولا نخل فى الارض دونها) لان القبض شرط فى الرهن على مابينا ولا يمكن قبض المتصل بغيره وحده فصار فى معنى المشاع وعن أبى حنيفة رحمه الله أن رهن الارض بدون الشجر جائز لان الشجر اسم للنابت فيكون استثناء للاشجار بمواضعها بخلاف ما اذا رهن الدار دون البناء لان البناء اسم للمبنى فتكون الارض جميعها رهنا وهى مشغولة بملك الراهن ولو رهن النخيل بمواضعها جاز لانه رهن الارض بما فيها من النخيل وذلك جائز ومجاورة ماليس برهن لايمنع الصحة ويدخل فى رهن الارض النخل والثمر على النخل والزرع والرطبة

مضمونا لا يكون الرهن منعقدا اه سيأتى فى كلام الشارح فى الصفحة الآتية مايفيد أن رهن المشاع باطل فى مسئلة لو استحق بعض الرهن فانه قال فى آخرها لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا اه وذكر أن رهن المشغول باطل اه (قوله ولنا) أى فيه وجهان أحدهما اه (قوله أن موجبه ثبوت يد الاستيفاء) والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى أن يقضى الراهن دينه وهذا المعنى لايتصور فى المشاع لان اليد لاتثبت حقيقة الا على جزء معين اه اتقانى (قوله فيصير كانه رهنه يوما ويوما لا) قال الاتقانى وكأنه قال رهنتك يوما ويوما لا ولو صرح بذلك لايصح الرهن فكذا هذا اه (قوله لان ثبوت اليد فى المشاع لايتصور) هذا على الوجه الاول اه (قوله ولانه الخ) هذا على الوجه الثانى اه (قوله والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن) وصورتها أن يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف رأى مجتمعا ومتفرقا فيبيع بعض العين أو يرهن قلبا فيه عشرون درهما فضة بعشرة دراهم فينكسر فيضمن المرتهن نصف القلب وهى حصة المضمون وتبقى حصة الامانة رهنا فيقطع حتى لايكون مشاعا اه اتقانى وكتب مانصه فى الذخيرة صورته أن يرهن جميع الرهن ثم تفاسخا العقد فى النصف ورده المرتهن اه (قوله فأشبه الهبة) فان الشيوع الطارئ لايمنع بقاءها اه (قوله وفى مثله يستوى الابتداء الخ) فان قيل لو زوج الاب ابنته من مكاتبه جاز ولا يبطل النكاح بموت الاب ولو تزوجت مكاتبها ابتداء لايجوز قلنا ان المكاتب لايملك بسبب من اسباب الملك فكذا بالوراثة واذا تزوجت مكاتبها ابتداء انما لايجوز لان الملك ثابت لها من وجه ونكاح المملوك من وجه لايجوز اه معراج (قوله فصار فى معنى المشاع) قال فى الهداية وكذا اذا رهن الارض دون النخيل أو دون الزرع أو النخيل دون الثمر لان الاتصال يقوم بالطرفين فصار الاصل أن المرهون اذا كان متصلا بما ليس بمرهون لم يجز لانه لايمكن قبض المرهون وحده ثم قال وعن أبى حنيفة الى آخر ماذكره الشارح اه (قوله فتكون الارض جميعها رهنا الخ) قال الكرخى فى مختصره ولا يجوز رهن ثمرة فى نخل ولا كرم ولا شجر حتى يجوزه ويسلمه الى المرتهن ولا رهن ذلك دون ثمرته ولا رهنها دون الارض ولا رهن نخل ولا كرم ولا شجر فى أرض دون الارض وكذلك ان رهن زرعا فى أرض دون الارض أو رهن الارض دون الزرع ولا يجوز رهن الارض دون مافيها من نخل أو شجر أو كرم الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله وذلك لان المرهون متصل بغيره لايمكن حبسه دونه فكان فى معنى رهن المشاع وذلك باطل لانه لايتأتى القبض فيه وحده فكذا هذا لهذا المعنى اه قال الاتقانى وأما اذا رهن الارض واستثنى النخل بمواضعه جاز فى قولهم جميعا لانه رهن ماسواه وذلك بقعة محوزة مجاورة لمكان النخل فيصح فيها الرهن كذا ذكر القدورى فى شرحه اه (قوله وهى مشغولة بملك الراهن) أى وهو البناء اه (قوله ومجاورة ماليس برهن لاتمنع الصحة) قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره وان قال رهنتك هذه الدار أو هذه الارض أو هذه القرية وأطلق القول اطلاقا ولم يخص شيأ دون شئ دخل البناء والنخل والشجر والكرم الذى فى الارض فى الرهن وكذلك يدخل الزرع والرطبة فى الرهن ولا يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الرهن وخرج من ملك البائع فى البيع وهذا قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخى

والبناء والغرس لانه تابع لاتصاله فيدخل تبعا تصحيحا للعقد بخلاف البيع حيث لا تدخل هذه الاشياء في بيع الارض سوى النخل لان بيع الارض والنخل بدون هذه الاشياء جائز فلا حاجة الى ادخالها في البيع من غير ذكر وبخلاف المتاع الموضوع فيها حيث لا يدخل في الرهن من غير ذكر لانه ليس بتابع بوجه ما ولهذا لو باعها بكل قليل وكثير هو فيها أو منها لا يدخل المتاع وهذه الاشياء تدخل وكذا تدخل هذه الاشياء في رهن الدار والقرية لما ذكرنا ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتداء الرهن عليه وحده جاز وذلك بان يكون المستحق موضعا معينا لان رهنه ابتداء يجوز فكذا بقاء وان كان الباقي لا يجوز ابتداء الرهن عليه بان استحق جزأ شائعا أو ما هو في معنى الشائع كالثمر ونحوه بطل لانه تبين بالاستحقاق أن الرهن وقع باطلا ويمنع التسليم كون الراهن أو متاعه في الدار المرهونة حتى اذا رهن دارا وهو فيها وقال سلمتها اليك لا يتم الرهن حتى يقول بعد ما خرج من الدار سلمتها اليك لان التسليم الاول وهو فيها وقع باطلا لشغلها به فلا بد من تجديد التسليم بعد الخروج منها كما اذا سلمها ومتاعه فيها ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل الذي عليها فلا يتم حتى يلقي الحمل بخلاف ما اذا رهن الحمل دونها حيث يكون رهنا تاما اذا دفعها اليه لان الدابة مشغولة فصار كما اذا رهن متاعا في دار أو وعاء دون الدار والوعاء بخلاف ما اذا رهن سرجا على دابة أو لجاما في رأسها ودفع الدابة مع السرج واللجام حيث لا يكون رهنا حتى ينزعه منها ثم يسلمه اليه لانه من توابع الدابة بمنزلة الثمرة للنخيل حتى قالوا يدخل في رهن الدابة من غير ذكر قال رحمه الله (والحر والمدبر والمكاتب وأم الولد) لان موجب الرهن ثبوت يد الاستيفاء والاستيفاء من هؤلاء متعذر لاستحقاقهم الحرية فصاروا كالحر قال رحمه الله (ولا بالامانات وبالدرك والمبيع) أي لا يجوز الرهن بهذه الاشياء أما بالامانات كالوديعة والعارية والمضاربة ومال الشركة فلان قبض الرهن مضمون بما رهن به لكونه استيفاء لا بنفسه فلا بد من ضمان المرهون به ليقع الرهن مضمونا به ويستحق استيفاؤه من الرهن والامانات ليست بمضمونة ولا يمكن استيفاؤها من الرهن لتعينها حال بقائها وعدم وجوب الضمان بعد هلاكها فصارت كالعبد الجاني والعبد المأذون له في التجارة والشفعة فان الرهن بها لا يجوز لعدم الضمان فان العبد غير مضمون على المولى والشفعة غير مضمونة على المشتري بخلاف الاعيان المضمونة كالمغصوب وبدل الخلع والمهر وبدل الصلح عن دم العمد حيث يصح الرهن بها لان الوجوب فيها متقرر اذ الواجب فيها القيمة والعين مخلص على ما عليه الجمهور أو للقيمة شبهة الوجوب على ما قاله البعض فتكون رهنا بما تقرر وجوبه أو سببه وأما الدرك فلان الرهن استيفاء ولا استيفاء قبل الوجوب لان معنى الدرك ضمان الثمن عند استحقاق المبيع فما لم يستحق لا يجب على البائع رد الثمن وكذا بعد

في مختصره قال القدوري في شرحه وأما البناء والغرس فيدخل في البيع وان لم تفتقر صحة البيع الى دخوله فلأن يدخل في الرهن وصحته تقف على دخوله أولى فأما الزرع والرطبة فلا تدخل في البيع وتدخل في الرهن لما بينا في الثمرة أن الرهن لا يصح دون ذلك ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن فلذلك دخل تصحيحا للعقد اهـ اتقاني رحمه الله تعالى (قوله سوى النخل) يعني وما هو في معناها مما هو متصل بالمبيع اتصال قرار كالبناء وقد تقدم في المتن أن البناء والشجر يدخلان في البيع بلا ذكر ولما كان حكم النخل وسائر الاشجار والبناء في البيع سواء للمعنى الجامع فيها وهو الاتصال قرارا اقتصر الشارح على استثناء النخل وهذا مما لا يخفى على آحاد الطلبة فضلا عن الشارح رحمه الله فلا نظر في كلامه والله (٧٠) تعالى أعلم اهـ كاتبه (قوله ولو استحق بعضه الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي فان رهن الارض بما فيها أو الدار ثم استحق بعض الرهن نظرت الى ما بقي فان كان يجوز ابتداء الرهن عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته من الدين وان كان ابتداء الرهن لا يجوز عليه بطل الرهن كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله يعني ان كان الباقي مفرزا بقي الرهن فيه وان كان شائعا بطل وذلك لان بالاستحقاق تبين ان المستحق لم يكن داخلا في العقد فصار رهنا لما بقي فان كان مفرزا جاز والا فلا قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وان استحق بعض الرهن بعد صحته فانه ينظر ان كان الباقي بعد ورود الاستحقاق يحتمل أن يجوز الرهن عليه ابتداء فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي محبوسا بجميع الدين ولكنه يكون محبوسا بحصته من الدين ان قسم الدين على قيمته وقيمة ما استحق منه من حيث انه لو هلك الباقي يهلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفاء بالدين لا يذهب بجميع الدين بخلاف ما اذا رهن الباقي بالدين ابتداء وفيه وفاء بالدين ولو كان الباقي بعد ورود الاستحقاق مما لا يجوز رهنه ابتداء فانه يبطل الرهن الاستحقاق اهـ اتقاني (قوله ويمنع التسليم كون الراهن الخ) وكذا متاعه في الوعاء المرهون اهـ (قوله وقال سلمتها اليك) فقال المرتهن قد قبلت اهـ غاية (قوله فلا يتم حتى يلقي الحمل) أي عنها ويدفعها اهـ (قوله اذا دفعها اليه) لان الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابع له فصار كرهن متاع في دار اذا خلى بينه وبينه اهـ غاية (قوله حتى قالوا) أي قالوا لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن وذلك للراهن دخل في الرهن لانه من توابعه فلا يصح افراده بالرهن دونها اهـ اتقاني (قوله والاستيفاء من هؤلاء متعذر) أما الحر لعدم المالية وأما الباقون اهـ (قوله أو سببه) أي سبب وجوبه اهـ وكتب ما نصه فيه لف ونشر مرتب اهـ

(قوله كما في الصوم والصلاة) أي لو نذر بالصوم والصلاة والصدقة يصح لانه التزام المطالبة بالقول فكذا الكفالة التزام المطالبة لا التزام الدين اهـ (قوله حيث وقع باطلا) وكذا بعد حلول الدرك لانه لا عقد لوقوعه باطلا ولهذا لا يهلك حبسه قاله الكاكي اهـ (قوله فيعطي المرتهن للراهن ما شاء) فان قال أنا أعطيك ملسا قال محمد لا يصدق في أقل من درهم اهـ خلاصة (قوله الا بالاعيان المضمونة بنفسها) وهي التي يجب مثلها عند هلاكها ان كان لها مثل أو القيمة ان لم يكن مثل كالمغصوب في يد الغاصب والمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المرأة اهـ بدائع (قوله ولا يجوز بالاعيان المضمونة الخ) كالمبيع في يد البائع اهـ (قوله وان هلك الرهن الخ) قال الاتقاني فان هلك الرهن في يد المشتري فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير شيء لانه غير مضمون ولو أعطاه المؤجر رهنا بعبد الاجارة فالرهن باطل لانه ليس بمضمون عليه ألا ترى أنه اذا هلك انفسخت الاجارة كذا ذكره القدوري في شرحه اهـ (قوله لانه لا اعتبار بالباطل) قال في الخلاصة والثاني الرهن بالاعيان المضمونة بغيرها كالمبيع في يد البائع وذلك لا يجوز أيضا حتى لو هلك الرهن يهلك بغير شيء هذا قول أبي الحسن الكرخي وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله هذا خلاف رواية الاصل فانه قال في كتاب الصرف رجل اشترى سيفا فأخذ به رهنا فهلك الرهن يضمن الاقل من قيمته ومن قيمة السيف اهـ وقال في الينابيع أما المضمون بغيره كالمبيع في يد البائع فلا يصح أخذ الرهن به فان أخذ به رهنا وهلك في يده فان هلك في يده قبل حبسه ضمنه ضمان الغصب وذكر محمد في كتاب الصرف أنه يجوز أخذ الرهن بالمبيع وان هلك في يده قبل قبض المبيع هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة المبيع ولا يصير قابضا للمبيع بهلاكه اهـ وقال العيني في شرح الهداية بعد تقرير عبارة الهداية ان الرهن بالمبيع باطل فلا يكون مضمونا ما نصه وقال تاج الشريعة وفي مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده المشتري اذا أخذ رهنا من البائع بالمبيع فان الرهن باطل فلو هلك الرهن في يد المرتهن من غير فعله يهلك مضمونا بالاقل من قيمته ومن المبيع اذا المرهون مال اهـ ما قاله العيني قلت فقد صرح في هذا بكون الرهن بالمبيع باطلا وجعل حكمه حكم الرهن الصحيح في كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن المبيع وهذا بخلاف ما مشى عليه القدوري وسائر المتون أن الرهن بالمبيع باطل وأنه غير مضمون والمعول على ما في المتون والله الموفق اهـ

الاستحقاق حتى يحكم برد الثمن ويفسخ البيع لاحتمال أن يجيز المستحق البيع بخلاف الكفالة به حيث تجوز لان الكفالة يجوز تعليقها بشرط ملائم على ما عرف في موضعه وهذا لانها التزام المطالبة والتزام الافعال معلقا أو مضافا الى المال جائز كما في الصوم والصلاة وليس فيها شيء من معنى التمليك ولا كذلك الرهن فانه استيفاء فيكون تمليكا والتمليكات بأسرها لا يجوز تعليقها ولا اضافتها فافترقا ولو قبض الرهن بالدرك قبل الوجوب بالاستحقاق فهلك عند المشتري يهلك أمانة لانه لا عقد حيث وقع باطلا بخلاف الرهن بالدين الموعود وهو أن يقول رهنتك هذا بألف لتقرضنيه وهلك في يد المرتهن حيث يهلك بما سمى من المال لان الموعود جعل كالموجود باعتبار الحاجة بل جعل موجودا اقتضاء لان الرهن استيفاء والاستيفاء لا يسبق الوجوب بل يتلوه فلا بد من سبق الوجوب ليكون الاستيفاء مبنيا عليه ولانه مقبوض بجهة الرهن الذي يصح على اعتبار وجوده فيعطى له حكمه كالمقبوض على سوم الشراء فيكون مضمونا عليه بالاقل مما سمى ومن قيمة الرهن اذا سمى قدر الموعود وان لم يسم قدره بأن رهنه على أن يعطيه شيأ فهلك الرهن في يده يعطي المرتهن للراهن ما شاء لانه بالهلاك صار مستوفيا شيأ فيكون بيانه اليه كما لو أقر بدين بخلاف المقبوض على سوم الشراء حيث يجب على القابض جميع قيمته لانه مضمون بنفسه كالمبيع الفاسد والمغصوب فلا يتقدر بغيره ولا كذلك الرهن فانه مضمون بغيره وهو الدين فيكون مقدرا به وروى المعلى عن أبي يوسف رحمه الله أنه يجب قيمة الرهن في الدين الموعود بالغة ما بلغت كالمقبوض على سوم الشراء وأما بالمبيع فلانه مضمون بغيره فانه مضمون بالثمن حتى اذا هلك ذهب بالثمن فلا يجب على البائع شيء والرهن لا يجوز الا بالاعيان المضمونة بنفسها ولا يجوز بالاعيان المضمونة بغيرها كالرهن وان هلك الرهن بالمبيع ذهب بغير شيء لانه لا اعتبار بالباطل فلا يجب على المشتري شيء قال رحمه الله (وانما يصح بدين ولو موعودا) أي الرهن يصح بدين وان كان الدين موعودا ولا يصح بغيره وقد بينا المعنى فيه وهو أن الرهن استيفاء والاستيفاء يتحقق في الواجب وهو الدين ثم وجوب الدين ظاهرا يكفي لصحة الرهن ولا يشترط وجوبه حقيقة حتى لو ادعى على رجل دينا ألف درهم مثلا فأنكر المدعى عليه فصالحه على خمسمائة على الانكار فأعطاه بها رهنا يساوي خمسمائة فهلك الرهن عند المرتهن ثم تصادقا أن لا دين عليه فان المرتهن يضمن قيمته خمسمائة للراهن باعتبار الظاهر ذكره محمد رحمه الله في الجامع وكذا لو اشترى عبدا ورهن بالثمن فهلك ثم ظهر أن العبد حر أو مستحق يجب على البائع أن يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن ثمن العبد لان الدين كان ثابتا ظاهرا فيترتب عليه أحكامه لان الاحكام الشرعية تبنى على الظاهر والله تعالى هو الذي يتولى السرائر وكذا لو اشترى عبدا أو شاة ذكية أو خلا فرهنه بثمنه ثوبا ثم ظهر

أن العبد حر والشاة ميتة والخل خمر كان الرهن مضمونا لما ذكرنا قال رحمه الله (وبرأس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه) أي يجوز الرهن بهذه الاشياء وقال زفر رحمه الله لا يجوز لان حكمه الاستيفاء وذلك بالاستبدال لاختلاف الجنس والاستبدال حرام في بدل الصرف والسلم ولنا أنه استيثاق من الوجه الذي بيناه وهو المقصود بالرهن وانما يصير مستوفيا بالمالية لا بالعين ولهذا تكون عينه أمانة في يده حتى تجب نفقته حيا وكفنه ميتا على الراهن ولو كان مستوفيا به لوجب على المرتهن وهما من حيث المالية جنس واحد فيجوز استيفاء لا مبادلة قال رحمه الله (فان هلك صار مستوفيا) لوجود القبض واتحاد الجنس من حيث المالية وهو المضمون فيه هذا اذا هلك الرهن قبل الافتراق وان افترقا قبل الهلاك بطل الصرف والسلم لفوات القبض حقيقة وحكما هذا اذا كان رهنا ببدل الصرف أو برأس مال السلم وان كان رهنا بالمسلم فيه لا يبطل بالافتراق لان قبضه لا يجب في المجلس ثم ان هلك بعد الافتراق صار مستوفيا المسلم فيه فتم السلم كما اذا كان رهنا برأس المال أو ببدل الصرف وهلك قبل الافتراق يصير مستوفيا لدينه حكما فيتم الصرف والسلم ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون ذلك رهنا برأس المال استحسانا حتى يحبسه به والقياس أن لا يحبسه به لانه دين آخر وجب بسبب آخر وهو القبض والمسلم فيه وجب بالعقد فلا يكون الرهن بأحدهما رهنا بالآخر كما لو كان عليه دينان دراهم ودنانير وبأحدهما رهن فقضاه الذي به الرهن أو أبرأه منه ليس له حبسه بالدين الآخر وجه الاستحسان أنه ارتهن بحقه الواجب بسبب العقد الذي جرى بينهما وهو المسلم فيه عند عدم الفسخ ورأس المال عند الفسخ فيكون محبوسا به لانه بدله فقام مقامه اذ الرهن بالشئ يكون رهنا ببدله كما اذا ارتهن بالمغصوب فهلك المغصوب صار رهنا بقيمته ولو هلك الرهن بعد التفاسخ يهلك بالمسلم فيه لان رهنه به وان كان محبوسا بغيره كمن باع عبدا وسلم المبيع وأخذ بالثمن رهنا ثم تقايلا البيع له أن يحبسه لاخذ المبيع لانه بدل الثمن ولو هلك المرهون يهلك بالثمن لانه مرهون به وكذا لو اشترى عبدا شراء فاسدا وأدى ثمنه كان للمشترى أن يحبس المبيع عند الفسخ ليستوفى الثمن ثم اذا هلك المبيع يهلك بقيمته فكذا هذا ثم اذا هلك الرهن بالمسلم فيه في مسئلتنا يجب على رب السلم أن يدفع مثل المسلم فيه الى المسلم اليه ويأخذ رأس المال لان الرهن مضمون به وقد بقي حكم الرهن الى أن يهلك فصار رب السلم بهلاك الرهن مستوفيا المسلم فيه ولو استوفاه حقيقة ثم تقايلا أو استوفاه بعد الاقالة لزمه رد المستوفى واسترداد رأس المال فكذا هذه وهذا لان الاقالة في باب السلم لا تحتمل الفسخ بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل قال رحمه الله (وللاب أن يرهن بدين عليه عبدا لطفله) أي لولده الصغير لانه يملك ايداعه وهذا أنظر منه في حق الصبي لان قيام المرتهن بحفظه أبلغ مخافة الغرامة ولو هلك يهلك مضمونا والوديعة أمانة والوصي في هذا كالاب لما بينا وعن أبي يوسف وزفر رحمهما الله أنهما لا يملكان ذلك وهو القياس لان الرهن ايفاء حكما فلا يملكانه كالايفاء حقيقة وجه الاستحسان وهو الظاهر أن في حقيقة الايفاء ازالة ملك الصغير من غير عوض يقابله في الحال وفي الرهن نصب حافظ لمال الصغير في الحال مع بقاء ملكه فيه فافترقا واذا جاز الرهن يصير المرتهن مستوفيا دينه عند هلاكه حكما ويصير الاب والوصي موفيا له به ويضمنان ذلك القدر للصغير وذكر في النهاية معزيا الى التمرتاشي وهو الى الحلوائي أن قيمة الرهن اذا كانت أكثر من الدين يضمن الاب بقدر الدين والوصي بقدر القيمة لان للاب أن ينتفع بمال الصبي ولا كذلك الوصي ثم قال وذكر في الذخيرة والمغني التسوية بينهما في الحكم وقال لا يضمنان الفضل لانه أمانة وهو وديعة عند المرتهن ولهما ولاية الايداع وكذا لو سلطا المرتهن على البيع لانه لو كيل على بيعه وهما يملكانه ثم اذا أخذ المرتهن الثمن بدينه وجب عليهما مثله لانهما أوفيا دينهما بماله وأصل هذه المسئلة البيع فان الاب والوصي اذا باع مال الصغير من غريم نفسه تقع المقاصة ويضمنه للصبي عندهما وعند أبي يوسف لا تقع المقاصة فيأخذ البائع الثمن من المشترى للصغير ويأخذ المشترى دينه من البائع وعلى هذا الخلاف الوكيل بالبيع اذا باعه من غريم نفسه تقع

المقاصة

(قوله كان الرهن مضمونا لما ذكرنا) وقال القدوري في شرحه يهلك الرهن في هذه المسائل بغير شئ لان المبيع غير مضمون بنفسه والقبض لم يتم في المشاع والمشغول ولم يصح في الخمر والحر كما لو رهنه ابتداء والمختار قول محمد اه اختيار (قوله يهلك الرهن في هذه المسائل) أعني ما ذكره الشارح وفي رهن المشاع ورهن المشغول بحق الغير اه (قوله في المتن وبرأس مال السلم الخ) قال في اشارات الاسرار اذا أخذ ببدل الصرف ورأس المال في باب السلم رهنا فهلك قبل الافتراق تم القبض استحسانا اه غاية (قوله وان افترقا قبل الهلاك) أي هلاك الرهن اه (قوله صار مستوفيا للمسلم فيه) وهذا ليس على اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا المسلم فيه اذا كان في الرهن وفاء به أما اذا كان الرهن أقل منه فلا ألا ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي فان هلك الرهن في يده صار مستوفيا للمسلم فيه وفي الزيادة يكون أمينا وان كانت قيمته أقل من المسلم فيه صار مستوفيا لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي اه اتقاني (قوله فيأخذ البائع) وهو الاب أو الوصي اه

المقاصة بنفس البيع عندهما ويضمن الوكيل الثمن للموكل وعنده لا تقع واذا كان من أصله أنه لا يملك قضاء دين نفسه بمال الصبي بطريق البيع فكذلك لا يملك بطريق الرهن وعندهما لما ملك بطريق البيع ملك بطريق الرهن أيضا لان الرهن نظير البيع من حيث وجود المبادلة لوجوب الضمان على المرتهن كوجوب الثمن على المشترى واذا كان للاب أو لابنه الصغير أو لعبده المأذون له فى التجارة ولا دين عليه دين على ابن له صغير فرهن الاب متاع الصغير من نفسه أو من ابنه الصغير أو من عبده التاجر جاز لان الاب لوفور شفقته نزل منزلة شخصين وأقيمت عبارته مقام عبارتين كما فى بيعه مال الصغير من نفسه ولو فعل الوصى ذلك والمسئلة بحالها لا يجوز لانه وكيل محض والاصل أن الواحد لا يتولى طرفى العقد فى الرهن كما فى البيع الا كان كذلك فى الاب لما ذكرنا وليس الوصى كالاب فان شفقته قاصرة فلا يعدل عن الحقيقة والرهن من ابنه الصغير ومن عبده التاجر بمنزلة الرهن من نفسه فلا يجوز بخلاف ابنه الكبير وأبيه وعبده الذى عليه دين حيث يجوز رهنه منهم لانه أجنبى عنهم اذ لا ولاية له عليهم بخلاف الوكيل بالبيع حيث لا يجوز بيعه منهم لانه متهم فيه ولا تهمة فى الرهن لان له حكما واحدا وهو أن يكون مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين وذلك لا يختلف بين الاجنبى والقريب ولو رهن الوصى مال اليتيم عند الاجنبى بتجارة باشرها أو رهن لليتيم بدين لزمه بالتجارة صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله فلا يجد بدا من الرهن لانه ايفاء واستيفاء ولو رهن الاب متاع الصغير فادرك الابن ومات الاب فليس للابن أن يسترده حتى يقضى الدين لان تصرف الاب عليه نافذ لازم له بمنزلة تصرفه بنفسه بعد البلوغ ولو كان على الاب دين لرجل فرهن به مال الصغير فقضاه الابن بعد البلوغ رجع به فى مال الاب لانه مضطر اليه لحاجته الى الانتفاع بماله فأشبه معير الرهن وكذا اذا هلك قبل أن يفتكه لان الاب يصير قاضيا دينه به ولو رهن الاب مال الصغير بدين على نفسه وبدين على الصغير جاز لاشتماله على أمرين جائزين ثم حكمه فى حصة دين الاب كحكمه فيما لو كان كله رهنا بدين الاب وكذلك الوصى والجد أب الاب ولو رهن الوصى متاعا لليتيم فى دين استدانه عليه وقبضه المرتهن ثم استعاره الوصى لحاجة اليتيم فضاع فى يد الوصى هلك من مال اليتيم لان فعل الوصى كفعله بنفسه بعد البلوغ لانه استعار لحاجة الصغير فلا يكون متعديا بذلك ولو هلك الرهن فى يد الوصى لا يسقط من الدين شئ لخروجه عن ضمان المرتهن بالاسترداد والوصى هو الذى يطالب به على ما كان ولو استعاره لحاجة نفسه ضمنه للصغير لانه متعد فيه لعدم ولاية الاستعمال فى حاجة نفسه ولو غصبه الوصى بعد ما رهنه فاستعمله فى حاجة نفسه حتى هلك عنده ضمن قيمته لانه متعد فى حق المرتهن بالغصب والاستعمال وفى حق الصبى بالاستعمال فى حاجة نفسه فيقضى بالضمان الدين ان كان قد حل فان فضل شئ كان لليتيم لانه بدل ملكه وان لم يف بالدين يقضى من مال اليتيم لان الدين عليه وانما يضمن الوصى بقدر ما تعدى فيه وان كان الدين مؤجلا فالقيمة رهن فاذا حل

(قوله فرهن الاب متاع الصغير الخ) يعنى ارتهن الاب متاع الصغير بدين للاب على الصغير بأن باع الاب ماله من الصغير أو رهن الاب متاع أحد ابنيه الصغيرين من الآخر بأن يكون لاحدهما دين على الآخر بأن باع الاب مال أحد الابنين من الآخر بأن يقول مثلا بعت عبد ابنى فلان من ابنى فلان أو رهن الاب متاع الصغير من عبد تاجر للاب ولا دين على العبد بأن اشترى الاب متاع عبده التاجر الذى لا دين عليه لاجل ابنه الصغير فصار للعبد دين على الصغير فرهن الاب متاع الصغير بدينه عند الاب اهـ (قوله ولو فعل الوصى ذلك الخ) أى لو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين للوصى على الصغير أو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين ابنه الصغير (٧٣) على الصغير اليتيم أو ارتهن الوصى متاع الصغير بدين عبد الوصى التاجر الذى لا دين عليه على اليتيم أو رهن الوصى عينا للوصى بدين لليتيم على الوصى فذلك كله لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفى العقد قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى ولا يجوز للوصى أن يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لان الرهن منهما كالرهن من نفسه ولو رهن من نفسه لا يجوز لما عرف أن الشخص الواحد لا يصلح أن يكون عاقدا من جانبين فى عقود تتضمن عقودا متباينة وهذا هكذا ولو رهن من ابن له كبير أو رهن من أبيه أو مكاتبه أو من عبد تاجر عليه دين جاز لان العقد من هؤلاء ليس كالعقد من نفسه ألا ترى أنه ليس له ولاية عليهم بخلاف البيع من هؤلاء عند أبى حنيفة حيث لا يصح لانه انما لا يصح لمكان التهمة حتى لو انتفت التهمة بأن يبيع بمثل القيمة أو بأكثر من القيمة من هؤلاء يصح ولا تدخل التهمة فى الرهن لان حكمه على نمط واحد فى الاحوال كلها فكان العقد مع الاجنبى والقريب سواء فلا يدخل فيه تهمة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى اهـ غاية مع تغيير فى بعض عبارته (قوله ولو رهن الاب متاع الصغير الخ) وانما أطلق رهن الاب ولم يذكر أنه رهنه بدين نفسه أو بدين الصغير لان الحكم واحد فى الوجهين وكذلك الوصى اذا رهن متاع الصغير ليس له أن يسترد الرهن حتى يقضى الدين بعد البلوغ اهـ اتقانى (قوله وكذلك اذا هلك) أى الرهن اهـ (قوله لاشتماله على أمرين جائزين) رهن الاب متاع الصغير بدين وبدين الصغير اهـ (قوله والجد أبو الاب) اذا لم يكن الاب أو وصى الاب اهـ هداية

كان على ماذكرنا ولو انه غصبه واستعمله لحاجة الصغير ضمنه لحق المرتهن لا لحق الصغير لان استعماله في حاجة الصغير ليس بتعد في حقه وكذا الاخذ لان له ولاية أخذ مال اليتيم ولهذا لو أقر الاب أو الوصي بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه لا يتصور غصبه لمال اليتيم لما أن له ولاية الاخذ فاذا هلك في يده يضمنه للمرتهن فيأخذه بدينه ان كان قد حل ويرجع الوصي على الصغير لانه ليس بمتعد في حقه بل هو عامل له وان كان لم يحل يكون رهنا عند المرتهن ثم اذا حل الدين يأخذه به ويرجع الوصي على الصبي لما ذكرنا قال رحمه الله (وصح رهن الحجرين والمكيل والموزون) والمراد بالحجرين الذهب والفضة وانما جاز رهن هذه الاشياء لامكان الاستيفاء منها فكانت محلا للرهن قال رحمه الله (فان رهنت بجنسها وهلكت هلكت بمثلها من الدين ولا عبرة للجودة) لان الجودة لا قيمة لها عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية وهذا على اطلاقه قول أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا عنده اذا هلك باعتبار الوزن قلت قيمته أو كثرت لما ذكرنا وعندهما ان لم يكن في اعتبار الوزن اضرار بأحدهما بان كانت قيمة الرهن مثل وزنه فكذلك وان كان فيه الحاق ضرر باحدهما بان كانت قيمته أكثر من وزنه أو أقل ضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه لينتقض قبض الرهن ثم يجعل الضمان رهنا مكانه ويملك المرتهن الهالك بالضمان لانا لو اعتبرنا الوزن وحده من غير اعتبار صفته من جودة أو رداءة وأسقطنا القيمة فيه أضررنا بأحدهما ولو اعتبرنا القيمة وجعلناه مستوفيا باعتبارها أدى الى الربا فتعين ماذكرنا وأبو حنيفة رحمه الله يقول ان الجودة ساقطة عند المقابلة بالجنس في الاموال الربوية واستيفاء الجيد بالرديء أو بالعكس جائز عند التراضي به هنا ولهذا يحتاج الى نقضه ولا يمكن نقضه بايجاب الضمان عليه لعدم المطالبة ولان الانسان لا يضمن ملك نفسه فتعذر التضمين بتعذر النقض وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد ثم علم بالزيافة وهي معروفة وقيل لا يصح البناء لان محمدا فيها مع أبي حنيفة رحمهما الله في المشهور عنه وفي هذه مع أبي يوسف وقال قاضيخان ان البناء صحيح لان عيسى بن أبان قال قول محمد أولا كقول أبي حنيفة وآخرا كقول أبي يوسف رحمه الله ولئن كان مع أبي حنيفة رحمه الله فالفرق له أن الزيوف في تلك المسئلة قبضه استيفاء لحقه وقد تم بهلاكه والرهن قبضه ليستوفي من غيره فلا بد من نقض القبض وقد أمكن بالتضمين ثم الاصل فيه عند أبي حنيفة رحمه الله أن العبرة للوزن دون الجودة والصياغة لان الوزن أصل والجودة وصف فلا يعتبر الوصف الا عند الضرورة كما في الوصايا والتصرف في أموال الصغار وعند الانكسار فيما اذا كان الرهن مصوغا يضمن المرتهن قيمة المضمون منه بالغا ما بلغ ولا يضمن حصة الامانة ان كان بعضه أمانة ويملك المرتهن المنكسر بقدر ما ضمن وخرج ذلك من أن يكون رهنا وجعل الضمان رهنا مكانه وان شاء الراهن أن يفتك المنكسر بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين لانه حكم جاهلي والاصل عند أبي يوسف رحمه الله أن الجودة والصياغة معتبرة بنفسها غير تابعة للوزن في حق الضمان لانها متقومة حقا للعبد ولا تجعل تبعا اذا لم يؤد الى الربا كما يعتبر في الوصايا وفي مال الصغير حيث يعتبر خروج الجودة من الثلث ولا يجوز لولي الصغير أن يبيعه بمثله من جنسه وقيمته أنقص منه فاذا اعتبرت الجودة صارت كأنها عين فتنضم الى الوزن فبقدر الدين من المجموع صار مضمونا والباقي أمانة ثم عند الهلاك يصير مستوفيا ما لم يؤد الى الاضرار بأحدهما أو الربا فان أدى اليه ضمن المرتهن المضمون منه من خلاف جنسه وجعل رهنا مكانه وملك الرهن على ما بينا وعند الانكسار هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمة الرهن كلها ان كان كله مضمونا وان كان بعضه أمانة يضمنه قدر المضمون منه ويملك المرتهن من الرهن بحسابه وتكون الامانة رهنا على حاله مع الضمان وتفصل الامانة منه كيلا يلزم رهن المشاع وليس له أن يجعل المنكسر بالدين لما ذكرنا

والاصل

(قوله بأن كانت قيمته أكثر الخ) فان في اعتبار الوزن اضرارا بالراهن فيما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه وفيما اذا كانت قيمته أقل من وزنه اضرار بالمرتهن في اعتبار وزنه اه (قوله وبالعكس جائز عند التراضي به) هذا وقد وقع الاستيفاء بالاجماع لانه من جنس حقه وقد قبضه على وجه الاستيفاء ولهذا يحتاج الى نقضه اه كافي (قوله لعدم المطالب) ولا يمكن تحققه في الشخص الواحد اه كافي (قوله فتعذر التضمين بتعذر النقض) ولانه انما ينقض استيفاؤه اذا لم يرض به وقد رضي به لانه متى قبض الرهن مع علمه بأنه يصير مستوفيا بالهلاك فقد رضي بوقوعه استيفاء بدون صفة الجودة فصار كما لو استوفى الزيوف مكان الجياد وهو عالم به اه كاكي (قوله وقيل هذه فريعة ما اذا استوفى زيوفا مكان الجياد) أي وهو يعلم به وهلكت الزيوف عنده اه كافي (قوله وقيل لا يصح البناء لان محمدا الخ) قال في الكافي والاصح أن هذه مسئلة مبتدأة لان محمدا مع أبي حنيفة الخ اه (قوله قال قول محمد) أي في مسئلة استيفاء الزيوف مكان الجياد اه (قوله قبضه استيفاء لحقه) أي من عينها والزيافة لا تمنع صحة الاستيفاء اه كافي (قوله وجعل الضمان رهنا مكانه) والباقي من المنكسر الذي لم يضمن يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع نبه على هذا الشارح فيما سيأتي في القسم الثالث والله الموفق اه لـ قوله كيلا يلزم رهن المشاع لان الشيوع الطارئ في ظاهر الرواية كالشيوع المقارن وعن أبي

والاصل عند محمد رحمه الله أن الجودة والصياغة تابعة للاصل وهو الوزن ولا يعتبر في المعاملات اذا لاقت جنسها ويعتبر في المضمونات ثم ينظران كان في الوزن وقيمته وفاء بالدين وزيادة يصرف الدين الى الوزن والامانة الى الجودة والصياغة وان لم يكن في الوزن وفاء وفي قيمته وفاء به صرف من قيمته الى الوزن الى تمام الدين فيجعل مضمونا والزائد أمانة ثم عند الهلاك يصير المرتهن مستوفيا دينه مالم يؤد الى الاضرار بأحدهما ولا الى الربا فان أدى الى أحدهما ضمن المرتهن قدر المضمون منه من خلاف جنسه ويكون رهنا بالدين ويملك المضمون كقول أبي يوسف رحمه الله وعند الانكسار كان مخيرا ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين مالم يؤد الى الاضرار بأحدهما أو الى الربا فيعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك ثم جنس هذه المسائل على ثلاثة أقسام قسم فيما اذا كان الرهن مثل وزن الدين وقسم فيما اذا كان وزنه أقل من الدين وقسم فيما اذا كان وزنه أكثر من الدين وكل قسم ينقسم الى قسمين الى حالة هلاك الرهن والى حالة انكساره والقسم الاول ينقسم الى ثلاثة أقسام اما أن تكون القيمة مثل الوزن أو أقل أو أكثر وينقسم كل قسم من الاخرين الى خمسة أقسام على ما نبين فصار الكل ستة وعشرين قسما القسم الاول رهن قلب فضة وزنه عشرة وقيمته عشرة بعشرة فهلك هلك بالدين اتفاقا اعتبارا للوزن أو لعدم الضرر بأحد وان انكسر فعندهما ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته من جنسه أو من خلاف جنسه وجعله رهنا مكانه وملك المرتهن المنكسر وعند محمد ان شاء الراهن افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين وان كانت قيمته أقل من وزنه فهلك فعند أبي حنيفة رحمه الله يصير مستوفيا دينه اعتبارا للوزن وعندهما يضمن المرتهن قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا لان في استيفائه ضررا بالمرتهن وان انكسر ضمنه قيمته من خلاف جنسه وملك المضمون وجعل الضمان رهنا بالاتفاق وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين بالاتفاق أما عندهما فظاهر وكذلك عند محمد رحمه الله لان المرتهن يتضرر به كما في حالة الهلاك وان كانت قيمته أكثر من وزنه فهلك صار مستوفيا دينه بالاجماع اعتبارا للوزن عنده وصرفا للامانة الى الجودة والمضمون الى الوزن عند محمد وعند أبي يوسف وان كان يصرف الضمان والامانة الى الوزن والجودة لكن صار مستوفيا بقدر المضمون منهما والباقي منهما أمانة وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبي حنيفة رحمه الله لان وزنه كله مضمون وهو المعتبر عنده وجعل الضمان رهنا وملك المرتهن المنكسر وان شاء افتكه بجميع الدين وعند أبي يوسف رحمه الله يضمن المرتهن بقدر المضمون منه والباقي أمانة حتى اذا كان يساوي خمسة عشر والمسئلة بحالها ضمن ثلثيه عشرة فيملك المرتهن ثلثي العين وثلث العين أمانة يكون رهنا مع

يوسف أن الشيوع الطارئ لايمنع فلا يحتاج الى التميز اه كافي (قوله وكل قسم الخ) فصارت الاقسام ستة اه (قوله والقسم الاول) أي بقسميه وهو ما اذا كان الرهن مثل وزن الدين حالة هلاك الرهن وحالة انكساره اه (قوله اما أن تكون القيمة الخ) فصارت أقسام القسم الاول ستة من ضرب ثلاثة في اثنين اه (قوله وينقسم كل قسم الخ) فصارت أقسام القسمين الاخيرين عشرين من ضرب أربعة هي ما اذا كان وزن الرهن أقل من الدين أو أكثر حالة هلاك الرهن أو انكساره في خمسة والله أعلم اه (قوله فعندهما) أبو حنيفة وأبو يوسف اه (قوله ان شاء افتكه) أي ناقصا اه (قوله أو من خلاف جنسه) لانه لا يتمكن فيه الربا اه كافي (قوله وملك المرتهن المنكسر) أي بالضمان ولا يجبر الراهن على الفكاك لانه ان ذهب شيء من الدين بذهاب الجودة يصير قابضا دينه بالجودة على الانفراد والجودة لاقيمة لها عند الانفراد ولو ألزمناه الفكاك بجميع دينه من غير أن يذهب شيء من الدين مع النقصان حقيقة لتضرر الراهن لفوات حقه في الجودة فخيرنا على الوجه الذي بينا اه كافي (قوله وعند محمد ان شاء الراهن افتكه) أي ناقصا اه (قوله وان شاء جعله بالدين) فيصير ملكا للمرتهن بدينه وليس للراهن أن يضمنه قيمته له أنه مضمون بالدين بالاجماع لو هلك فكذا اذا انكسر اعتبارا لحالة الانكسار بحالة الهلاك وهذا لانه لما تعذر الفكاك مجانا لما بينا صار في معنى الهالك فيعتبر بالهالك الحقيقي ولانه بنفس القبض صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه يتقرر الضمان بالهلاك فلا يجوز أن يكون مضمونا بالقيمة لان العين الواحدة لا يجوز أن تكون مضمونة بضمانين مختلفين قلنا طريق صيرورته مضمونا بالدين أن يجعل مضمونا بالقيمة بقدر الدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفاء الحقيقي باعتبار أن يجعل مضمونا بالقيمة عليه ثم تقع المقاصة بين ماله وبين ما عليه فكذا في الاستيفاء الحكمي وجعله مضمونا بالدين في حال قيامه يؤدي الى اغلاق الرهن وانه حكم جاهلي في الشرع فصرنا الى التضمين بالقيمة لانه لا يؤدي الى الاغلاق لانتقال حكم الرهن الى مثله اه كافي (قوله لان المرتهن يتضرر به) لانه أدون من حقه اه (قوله وان انكسر ضمن جميع قيمته من خلاف جنسه عند أبي حنيفة) لان الواجب عنده في حالة الانكسار ضمان القيمة والعبرة للوزن عنده لا للجودة والرداءة في هذا الباب فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا كان كله مضمونا وان كان بعضه فبعضه وجميع الوزن مضمون فتتبعه الجودة لانها تابعة للذات ومتى صار الذات مضمونا استحال أن يكون الوصف أمانة لان التبع لا يخالف الاصل اه كافي (قوله والمسئلة بحالها) بأن كان الدين عشرة والوزن كذلك اه

(قوله وعند محمد ان شاء جعله بالدين الخ) قال فى الكافى بعد أن صوّرها فيما اذا كانت قيمته أكثر من وزنه اثنا عشر وانكسر عند محمد ان انتقص بالانكسار من قيمته درهم أو درهمان يجبر الراهن على الفكاك بقضاء جميع الدين وان انتقص أكثر من ذلك لا يجبر الراهن فان شاء جعله للمرتهن بدينه وان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين لان من أصله أن الضمان فى الوزن والامانة فى الجودة والصنعة لان الجودة والصنعة تابعة للوزن والحكم فى (٧٦) الرهن على الاصالة هو المضمونية لانه عقد ضمان واستيفاء وصفة الامانة فى المرهون تابعة فيجعل الاصل بمقابلة الاصل والتبع بمقابلة التبع الا أن يفضل شئ من الضمان فحينئذ يصرف الى الجودة ضرورة اه وكتب ما نصه محل هذا التخيير ما اذا كان النقصان بالانكسار أكثر من الزائد على الدين أما اذا كان النقصان بقدر الزيادة على الدين أو أقل فلا كما علم من الحاشية التى هى أعلاها نقلا عن الكافى وسيأتى فى كلام الشارح فى القسم الثانى فيما اذا كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر وفى القسم الثالث أيضا اه لـ (قوله وان انكسر خير الراهن الخ) وهذا التخيير بالاتفاق من الثلاثة اه (قوله فعند الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه) لا يخفى أن الافتكاك لا يتصور عند الهلاك فالصواب الاقتصار على التضمين كما فى الكافى وغاية البيان وغيرهما (قوله وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك الخ) وهذا التخيير أيضا لا خلاف فيه بين الثلاثة والله أعلم (قوله وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة) يعنى حكم هذا القسم فى حالتى الانكسار والهلاك حكم القسم الذى قبله اه لـ ان (قوله ويملكه المرتهن) انما يتأتى على تقدير الانكسار لا غير اه (قوله يفصل ويكون رهنا مع الضمان) الظاهر أن قوله يفصل ويكون رهنا مع الضمان زائد لا معنى له والله أعلم اه (قوله ويكون رهنا عنده) ولا يجبر الراهن على الفكاك بكل الدين اه كافى (قوله فان هلك ذهب) أى الرهن كله اه

الضمان ويفصل كيلا يكون الرهن مشاعا وان شاء افتكه بجميع الدين وليس له أن يجعله بالدين وعند محمد رحمه الله ان شاء جعله بالدين كما فى حالة الهلاك وان شاء افتكه بجميع الدين * والقسم الثانى وهو ما اذا كان وزنه أقل من الدين بان رهن بعشرة قلبا وزنه ثمانية مثلا فهو على خمسة أوجه اما أن تكون قيمته مثل وزنه ثمانية أو أقل أو أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة أو مثل الدين عشرة أو أكثر من الدين خمسة عشر فعند الهلاك يصير مستوفيا لدينه بقدر وزنه فى الوجوه كلها عند أبى حنيفة رحمه الله فيذهب ثمانية من دينه ويرجع بدرهمين على الراهن لان العبرة عنده للوزن دون الجودة والصياغة وعند الانكسار يضمن المرتهن جميع قيمته على وجه لا يكون ربا فيكون الضمان رهنا ويملك المرتهن المنكسر لان العبرة للوزن عنده على ما بينا ووزنه جميعه مضمون فيضمن قيمته بالغة ما بلغت ولو بلغت ألوفا وان شاء افتكه بالدين كله ولا شئ له عليه لانه لا اعتبار للجودة عنده وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فهلك ذهب من الدين بقدر وزنه اذ لا ضرر عليهما فيه ويرجع المرتهن بالفضل على الراهن وان انكسر خير الراهن بين التضمين والافتكاك عند أبى يوسف رحمه الله وعند محمد يخير بين تركه بالدين بقدره وبين الافتكاك وان كانت قيمته أقل من وزنه فعند الهلاك يضمن قيمته وتكون رهنا عنده ولا يجعل بالدين لان فيه ضررا على المرتهن ان ذهب من الدين قدر وزنه وان ذهب قدر قيمته يلزم الربا الا اذا رضى المرتهن بذهاب حقه قدر وزن الرهن لان المنع لحقه وان انكسر خير الراهن بين أن يفتكه بجميع الدين وبين أن يضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه رديئا ويكون رهنا عنده وليس له أن يجعله بالدين عند محمد لما فيه من الاضرار بالمرتهن كما فى حالة الهلاك الا برضا المرتهن وان كانت قيمته أكثر من وزنه وأقل من الدين تسعة فعند الهلاك خير الراهن ان شاء افتكه وان شاء ضمنه قيمته من خلاف جنسه أو من جنسه جيدا قيمته مثل قيمة الرهن فيكون رهنا عنده لانه لو ذهب من الدين بقدر وزنه يتضرر الراهن وان ذهب بقدر قيمته لزم الربا فتعين ما ذكر وان انكسر خير الراهن بين الافتكاك وبين تضمين المرتهن ثم يكون الضمان رهنا عنده وكذا اذا كانت قيمته مثل الدين عشرة لما بينا من مذهبهما وان كانت قيمته أكثر من الدين خمسة عشر فان هلك غرم المرتهن ثلثيه عند أبى يوسف رحمه الله ورجع بدينه ويملكه المرتهن وثلثه على ملك الراهن يفصل ويكون رهنا مع الضمان لان الجودة والصياغة معتبرة عنده كالعين وكذا ان انكسر عنده لما بينا وعند محمد رحمه الله ان هلك ضمن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده وان انكسر ينظر ان نقص بالانكسار قدر الزيادة على الدين فلا ضمان على المرتهن لان الزائد عنده أمانة على ما بينا من أصله وان كان النقصان أكثر من الزائد على الدين خير الراهن بين افتكاكه بجميع الدين وبين تضمين المرتهن قدر الدين من قيمته من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده والقسم الثالث وهو ما اذا كان وزنه أكثر من الدين بان رهن قلب فضة وزنه خمسة عشر بعشرة دراهم فهو على خمسة أوجه اما ان كانت قيمته مثل وزنه أو أكثر من وزنه أو أقل من وزنه وأكثر من الدين أو مثل الدين أو أقل من الدين فان هلك ذهب بالدين ثلثاه مضمونا وثلثه أمانة عند أبى حنيفة رحمه الله كيفما كانت قيمته لانه لا يعتبر عند الهلاك الا الوزن وان انكسر فهو بالخيار

ان شاء افتكه بجميع الدين فى الصور كلها وان شاء ضمنه ثلثى قيمته بالغا مابلغ لانه لايعتبر الا الوزن فان كان وزنه كله مضمونا ضمن جميع قيمته وان كان بعضه فبعضه ويكون الضمان رهنا ويملك المرتهن قدر ماضمن من الرهن وهو الثلثان والثلث أمانة يبقى على ملك الراهن ويكون رهنا مع الضمان ويفصل كيلا يلزم رهن المشاع وعندهما ان كانت قيمته مثل وزنه فعند الهلاك يذهب بالدين ثلثه أمانة وثلثاه مضمونا وان انكسر فعند أبى يوسف خير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء ضمنه ثلثى قيمته ويكون رهنا مع الباقى على الوجه الذى ذكرنا لابى حنيفة وعند محمد ان شاء جعل ثلثيه بالدين وأخذ ثلثه وان شاء افتكه بجميع الدين لما عرف من أصله وان كانت قيمته أكثر من وزنه عشرين فان هلك ذهب بالدين مضمونا وأمانة وان انكسر فعند أبى يوسف رحمه الله ان شاء افتكه بالدين وان شاء ضمنه قدر الدين والباقى أمانة يكون رهنا مع الضمان ويفصل لما بينا ويملك المرتهن المضمون وعند محمد رحمه الله ان نقص بالانكسار قدر الزائد على الوزن أو أقل لايعتبر النقصان لان الامانة تصرف اليه عنده فيجبر على الفكاك وان زاد النقصان على ذلك حتى صارت قيمته أقل من وزنه خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه بالدين وأخذ الثلث وان شاء افتكه بالدين وليس له أن يضمنه لما عرف من مذهبه وان كانت قيمته أقل من وزنه وأكثر من الدين اثنى عشر فان هلك يضمن المرتهن قدر الدين وهو خمسة أسداس قيمة القلب لان العبرة عندهما للوزن والقيمة جميعا وبالوزن والقيمة وفاء بالدين وزيادة والمضمون من الرهن عشرة والباقى أمانة وان انكسر ضمنه بحصته وهو عشرة أجزاء من اثنى عشر جزأ منه لان المضمون منه خمسة أسداسه باعتبار القيمة لا باعتبار الوزن لانها معتبرة عندهما وان كانت قيمته مثل الدين ان هلك ضمن المرتهن جميع قيمته لتعذر جعله مستوفيا باعتبار الوزن أو القيمة وقال فى المحيط ضمن المرتهن بتخير لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن ولا وفاء بالقيمة بقدر المضمون من الرهن وهى عشرة لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين فيتخير ان شاء جعله هالكا بما فيه وان شاء ضمنه عشرة من خلاف جنسه ويكون رهنا عنده ودينه على حاله نفيا للضرر عن نفسه وان انكسر ضمن قيمته لان القيمة معتبرة عندهما مع الوزن وقيمته عشرة فيترك جميع القلب عليه بعشرة وان كانت قيمته أقل من وزنه ثمانية ان هلك ضمن قيمته ورجع بدينه لان القيمة لها عبرة مع الوزن عندهما وان وجد الوفاء فى الوزن لم يوجد فى القيمة فيتخير وله أن يضمن قيمة القلب ثمانية ويكون رهنا عنده وان انكسر ضمن جميع قيمته لما عرف قال رحمه الله (ومن باع عبدا على أن يرهن المشترى بالثمن شيأ بعينه فامتنع لم يجبر وللبائع فسخ البيع الا أن يدفع المشترى الثمن حالا أو قيمة الرهن رهنا) وهذا استحسان والقياس أن لا يجوز هذا البيع بهذا الشرط وعلى هذا القياس والاستحسان اذا باعه شيأ على أن يعطيه كفيلا حاضرا فى المجلس فقبل الكفيل لانه شرط لا يقتضيه العقد وفيه منفعة لاحدهما ومثله مفسد للبيع ولانه صفقة فى صفقة وهو منهى عنه وجه الاستحسان أنه شرط ملائم للعقد لان الرهن للاستيثاق وكذا الكفالة والاستيثاق يلائم العقد فاذا كان الكفيل حاضرا فى المجلس وقبل اعتبر المعنى وهو الملاءمة فصح العقد واذا لم يكن الرهن ولا الكفيل معينا أو كان الكفيل غائبا حتى افترقا لم يبق معنى الكفالة والرهن للجهالة فكان الاعتبار لعينه فيفسد ولو كان الكفيل غائبا فحضر فى المجلس وقبل صح وكذا لو لم يكن الرهن معينا فاتفقا على تعيين الرهن فى المجلس أو نقد المشترى الثمن حالا جاز البيع وبعد المجلس لا يجوز وقوله فامتنع لم يجبر أى امتنع المشترى من تسليم الرهن لم يجبر على تسليمه وقال زفر يجبر لانه صار بالشرط حقا من حقوقه كالوكالة المشروطة فى عقد الرهن قلنا عقد الرهن تبرع ولا جبر على المتبرع كالواهب غير أن للبائع الخيار ان شاء رضى بترك الرهن وان شاء فسخ البيع لانه وصف مرغوب فيه ففواته يوجب الخيار كسلامة المبيع عن العيب فى البيع الا أن يدفع المشترى الثمن حالا لحصول المقصود أو يدفع قيمة الرهن رهنا لان المقصود من الرهن المشروط يحصل بقيمته قال رحمه الله (وان قال للبائع أمسك هذا الثوب حتى أعطيك الثمن فهو رهن) وقال

(قوله خير الراهن ان شاء ترك ثلثيه) أى لالتحاق الانكسار بالهلاك عنده وصيرورته مستوفيا به اه (قوله وان شاء افتكه بالدين) أى وأسقط حقه من النقصان لان وزن العشرة المضمونة نقصت قيمتها بالانكسار اه (قوله ضمن المرتهن جميع قيمته) لان القيمة معتبرة وبها اوفاء بالدين اه (قوله لتعذر جعله مستوفيا الخ) لئلا يلزم الضرر بالراهن بفوت بقية وزن الرهن اه (قوله وقال فى المحيط) تنظر عبارة المحيط (قوله لان القيمة معتبرة عندهما) لئلا يلزم الربا فى حق المرتهن اه (قوله لان قيمة العشرة من الرهن أقل من عشرة الدين) أى بثلاثة وثلث اه (قوله وان كانت قيمته أقل من وزنه) لعله وان كانت قيمته أقل من الدين اه (قوله وان وجد الوفاء فى الوزن الخ) هذا المحل يحتاج الى تأمل وتحرير اه (قوله قلنا عقد الرهن تبرع) أى من جانب الراهن اه (قوله فى المتن وان قال) أى المشترى اه

(قوله ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث الخ) قال الولوالجي أول الفصل الثالث من البيوع رجل اشترى لحما أو سمكا فذهب ليجيء بالثمن فأبطأ فخاف البائع أن يفسد يسع للبائع أن يبيعه من غيره ويسع للمشتري أن يشتريه وان علم بالقضية أما البائع فلأنه يكون راضيا بالانفساخ وأما المشتري فلأنه لما جاز للبائع البيع حل للمشتري الشراء فان باع بزيادة يتصدق بها وان باع بنقصان فالنقصان موضوع عن المشتري وهذا نوع استحسان رواه الحسن بن زياد دفعا للضرر عن البائع اهـ قوله فالنقصان موضوع عن المشتري كذا ذكر في القنية في باب ما يتعلق بقبض المبيع (قوله حتى اذا قبل في أحدهما صح) يعني اذا قال رهنتك هذين العبدين بألف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن أحدهما دون الآخر صح بما سمى له من الحصة فكذلك في الانتهاء يحتمل التفريق وفي البيع لو قبل أحدهما لم يصح التفريق فكذلك في الانتهاء اهـ اتقاني (قوله وهذه الرواية هي الاصح) أي رواية الزيادات قال الاتقاني رحمه الله وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي رحمه الله والصحيح ما ذكر في الاصل لان غرضه من هذا التفصيل المقابلة في حق الضمان ولكن على وجه تقع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه

بسبيل من استرداد البعض عند قضاء بعض المال لبطل معنى الوثيقة والفجر الحاصل بحبس الكل وقد مر تمام البيان مرة في أول كتاب الرهن عند قوله وان كان الرهن في يده ليس عليه أن يمكنه من البيع حتى يقبضه الدين وينظر ثمة قال الكرخي في مختصره واذا رهنه عبدين أو ثوبين أو كر طعام أو كر شعير بألف درهم ولم يسم لكل واحد من ذلك شيأ من الدين جعله رهنا به فسبيل ذلك أن يقسم الدين على قيمة تلك الاشياء فما أصاب كل عبد أو كل ثوب أو كل كر فهو مضمون بالاقل من تلك الحصة التي حصته بالقسمة ومن قيمة نفسه الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن والضمان منقسم وجب أن ينقسم على المتفقين بالاجزاء وعلى المختلفين بالقيمة كما ينقسم الثمن على المبيع بالقيمة وأما ان سمى لكل واحد منهما حصة من الدين لم تعتبر القيمة فكان كل واحد منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمى له لانه جعل في مقابلته مقدار التسمية فلا يعتبر بالقيمة كالمبيعين اذا سمى لكل واحد منهما ثمنا كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهنه شاتين بثلاثين درهما احداهما بعشرين والأخرى بعشرة ولم يبين هذه من هذه لم يجز الرهن وذلك لانه لم يبين المقابل بالعشرة من الأخرى فصار المرهون في حق الضمان مجهولا وهي جهالة تفضي الى المنازعة عند هلاك احداهما فأوجب فساد العقد وكذلك في حق الاسترداد ولو سمى كان جائزا وأيهما هلكت هلكت بما فيها والاخرى رهن بما سمى لها اهـ اتقاني (قوله في المتن ولو رهن عينا عند رجلين صح) هذا اذا لم ينص على الابعاض فان نص الراهن على الابعاض وقال رهنت منكما من كل واحد نصفها لا يجوز ذكره صاحب السراج الوهاج في كتاب الهبة وذكر هناك أيضا أنه لو رهن عينا واحدة عند اثنين لاحدهما الثلثان وللآخر الثلث لم يجز وكذا في الخلاصة اهـ

زفر لا يكون رهنا ومثله عن أبي يوسف رحمه الله لان قوله أمسك يحتمل الرهن ويحتمل الايداع والثاني أقلهما فيقضي بثبوته بخلاف ما اذا قال أمسكه بدينك أو بمالك علي لانه لما قابله بالدين فقد عين جهة الرهن قلنا انه أتى بما ينبئ عن معنى الرهن وهو الحبس الى ايفاء الثمن والعبرة في العقود للمعاني حتى كانت الكفالة بشرط براءة الاصيل حوالة والحوالة بشرط براءة المحيل كفالة ألا ترى أنه لو قال ملكتك هذا بكذا يكون بيعا بالتصريح بموجب البيع كأنه قال بعتك بكذا ولا فرق بين أن يكون ذلك الثوب هو المشترى أو لم يكن بعد أن كان بعد القبض لان المبيع بعد القبض يصلح أن يكون رهنا بثمنه حتى يثبت فيه حكم الرهن بخلاف ما اذا كان قبل القبض لانه محبوس بالثمن وضمانه يخالف ضمان الرهن فلا يكون مضمونا بضمانين مختلفين لاستحالة اجتماعهما حتى لو قال له أمسك المبيع حتى أعطيك الثمن قبل القبض فهلك انفسخ البيع ولو كان المبيع شيأ يفسد بالمكث كاللحم والجمد فأبطأ المشتري وخاف البائع عليه التلف جاز للبائع أن يبيعه ووسع المشتري أن يشتريه ويتصدق البائع بالزائد ان باعه بأزيد من الثمن الاول لان فيه شبهة قال رحمه الله (ولو رهن عبدين بألف لا يأخذ أحدهما بقضاء حصته كالبيع) لان المجموع محبوس بكل الدين فيكون الجميع محبوسا بكل جزء من أجزاء الدين تحصيلا للمقصود وهو المبالغة في الحمل على الايفاء فصار كالمبيع في يد البائع وهو المراد بقوله كالمبيع في يد البائع فان سمى لكل واحد منهما شيأ من الدين الذي رهنه به فكذلك الجواب في رواية الاصل لان العقد متحد فلا يتفرق بالتسمية كالمبيع وفي الزيادات له أن يقبض أحدهما اذا أدى ما سمى له لان التفريق يثبت في الرهن بتسمية حصة كل واحد منهما لان قبول العقد في أحدهما لا يكون شرطا لصحة العقد في الآخر حتى اذا قبل في أحدهما صح فيه بخلاف البيع لان العقد فيه لا يتعدد بتفصيل الثمن ولهذا لو قبل البيع في أحدهما دون الآخر بطل البيع في الكل لان البائع يتضرر بتفريق الصفقة عليه لما أن العادة قد جرت بضم الردىء الى الجيد في البيع فيلحقه الضرر بالتفريق ولا كذلك الرهن لان الراهن لا يتضرر بالتفريق ولهذا لا يبطل به وهذه الرواية هي الاصح قال رحمه الله (ولو رهن عينا عند رجلين صح) سواء كانا شريكين في الدين أو لم يكونا

شريكين

شريكين فيه ويكون جميع العين رهناعند كل واحد منهما لان الرهن أضيف الى كل العين فى صفقة واحدة ولا يكون شائعا باعتبار تعدد المستحق لان موجبه جعله محبوسا بالدين وهو لا يقبل الوصف بالتجزى فصار كله محبوسا بدين كل واحد منهما اذ لا تضايق فى استحقاق الحبس ولهذا الرهن لا ينقسم على أجزاء الدين بل يكون كله محبوسا بكل الدين وبكل جزء من أجزائه فكذا هنا يكون محبوسا بدينهما وبدين كل واحد منهما على الانفراد وبكل جزء من أجزاء دينهما فلا شيوع بخلاف الهبة من رجلين حيث لا يجوز عند أبى حنيفة رحمه الله لان العين تنقسم عليهما لاستحالة ثبوت الملك لكل واحد منهما فى الكل فيثبت الشيوع ضرورة فان تهايآ فكل واحد منهما فى نوبته كالعدل فى حق الآخر وهذا اذا كان مما لا يتجزأ فظاهر وان كان مما يتجزأ وجب أن يحبس كل واحد منهما النصف فان دفع أحدهما كله الى الآخر وجب أن يضمن الدافع عند أبى حنيفة رحمه الله خلافا لهما وأصل المسئلة الوديعة فيما اذا أودع عند رجلين شيأ يقبل القسمة فدفع أحدهما كله الى الآخر فان الدافع يضمن عنده خلافا لهما قال رحمه الله (والمضمون على كل حصة دينه) لان كل واحد منهما يصير مستوفيا بالهلاك اذ ليس أحدهما بأولى من الآخر فيقسم عليهما لان الاستيفاء مما يقبل التجزئ قال رحمه الله (فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) لان كله محبوس بكل جزء من أجزاء الدين فلا يكون له استرداد شئ منه مادام شئ من الدين باقيا كما اذا كان المرتهن واحدا وكالمبيع اذا أدّى أحد المشتريين حصته أو مشتر واحد أدّى حصة بعض المبيع واذا رهن رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فهو جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن أن يمسكه حتى يستوفى جميع الدين لان قبض الرهن يحصل فى الكل من غير شيوع فصار هو نظير البائع وهما نظير المشتريين قال رحمه الله (وبطل بينة كل واحد منهما على رجل أنه رهنه عبده وقبضه) معناه أن رجلا فى يده عبد فاقام رجلان بينة أنه رهنه العبد الذى فى يده فهو باطل لان كل واحد منهما أثبت ببينته أنه رهنه كل العبد فلا يتصور ذلك لان العبد الواحد يستحيل أن يكون كله رهنا لهذا وكله رهنا لهذا فى حالة واحدة فيمتنع القضاء به لاحدهما لعدم الاولوية ولا وجه الى القضاء بالنصف لانه يؤدّى الى الشيوع فتعذر العمل بالبينتين فتهاترتا ولا يمكن أن يقدر كانهما ارتهناه معا استحسانا لجهالة التاريخ لان ذلك يؤدّى الى العمل بخلاف ما اذا اقتضته الحجة لان كلا منهما أثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى تملك كل العبد بالاستيفاء وبالقضاء يثبت حبس يكون وسيلة الى تملك شطره بالاستيفاء فلا يكون عملا على وفق الحجة فكان العمل بالقياس أولى لقوة أثره المستتر وهو أن كل واحد منهما يثبت الحق ببينة على حدة ولم يرض بمزاحمة الآخر بخلاف ما اذا ارتهنا جملة لان العقد فيه من جانب الراهن واحد وههنا يثبت كل واحد منهما عقدا آخر والرهن بعقدين مختلفين لا يجوز وبخلاف ما لو كان ذلك بعد موت الراهن على ما نبين من الفرق فاذا وقع باطلا فاذا هلك يهلك أمانة لان الباطل لا حكم له هذا اذا لم يؤرّخا فاذا أرّخا كان صاحب التاريخ الاقدم أولى لانه أثبته فى وقت لا ينازعه فيه أحد وكذا اذا كان الرهن فى يد أحدهما كان صاحب اليد أولى لان تمكنه من القبض دليل على سبقه كدعوى نكاح امرأة أو شراء عبد من واحد قال رحمه الله (ولو مات راهنه والعبد فى أيديهما فبرهن كل على ما وصفنا كان فى يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحقه) وهذا استحسان وهو قول أبى حنيفة ومحمد وفى القياس هذا باطل وهو قول أبى يوسف رحمه الله لان المقصود من الرهن الحبس للاستيفاء وهو الحكم الاصلى لعقد الرهن فيكون الحكم به حكما بعقد الرهن اذ لا يثبت الحكم بدون علته وأنه باطل للشيوع كما فى حالة الحياة وجه الاستحسان أن العقد لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وحكمه فى حالة الحياة الحبس والشائع لا يقبله وبعد الموت الاستيفاء بالبيع من ثمنه والشائع يقبله فصار كما اذا ادعى رجلان نكاح امرأة أو ادّعت أختان أو خمس نسوة النكاح على رجل فان البينتين تهاترتا فى حالة الحياة وقبلناها بعد الممات لان حكمها فى حالة الحياة ثبوت ملك النكاح وهو لا يقبل الانقسام ولا الشركة وبعد الممات ثبوت ملك المال بالارث وهو يقبل الشركة والانقسام وقوله والعبد فى أيديهما وقع اتفاقا حتى لو لم يكن

(قوله فان تهايآ الخ) قال فى الايضاح فاذا تهايآ فأمسك هذا يوما والآخر يوما فان كل واحد فى اليوم الذى يمسك كالعدل فى حق الآخر اذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حقه لان الاستيفاء مما يقبل الوصف بالتجزى اهـ اتقانى (قوله فى المتن فان قضى دين أحدهما فالكل رهن عند الآخر) قال فى الشامل ولو قضى دين أحدهما ليس له أخذ شئ منه لما عرف أنه رهن عند كل واحد بتمامه فان هلك عنده بعد ما قضى دينه يسترد ما أعطاه كما لو كان واحدا اهـ اتقانى (قوله واذا رهن رجلان الخ) قال الاتقانى وهذه المسئلة ليست مذكورة فى الجامع (قوله فالبينتان) الذى بخط الشارح فان البينتان اهـ

العبد فى أيديهما وأثبت كل واحد فيه الرهن والقبض كان الحكم كذلك ولهذا لم تذكر اليد فى المسئلة الاولى

﴿ باب الرهن يوضع على يد عدل ﴾

قال رحمه الله (وضع الرهن على يد عدل صح) وقال زفر وابن أبى ليلى لا يصح لان يد العدل يد المالك ولهذا يرجع عليه اذا استحق الرهن بعد الهلاك وبعد ماضمن العدل قيمته بما ضمن للمستحق فانعدم القبض ولنا أن يده يد المالك فى الحفظ لكون العين أمانة وفى حق المالية يد المرتهن لان يده يد ضمان والمضمون هو المالية فنزل منزلة شخصين ليتحقق ماقصداه لان كلا منهما آمره فصارت يده كيدهما ولهذا لا يكون لاحدهما أن يأخذه منه على الخصوص ولو كانت يده يد أحدهما على الخصوص كان له أن يسترده منه ويجوز أن يجعل اليد الواحدة فى حكم يدين ألا ترى أن الساعى يده جعلت كيد الفقير ويد صاحب المال حتى اذا هلكت الزكاة فى يده أجزأته ولو قدم الزكاة قبل الحول فانتقص المال وتم الحول على الناقص يتم النصاب بما فى يد الساعى كانه فى يد المالك فتجب عليه الزكاة ولا يملك استرداده ولو لم يجعل كانه فى يد المالك لم يتم به النصاب ولو لم تجعل يده كيد الفقير لملك استرداده وانما يرجع العدل على المالك بما ضمن للمستحق لان هذا الضمان ضمان الغصب وذلك يتحقق بالنقل والتحويل ووجد ذلك من العدل والراهن ولم يوجد من المرتهن فلا يجب عليه بخلاف ما اذا اتفق البائع والمشترى على وضع المبيع فى يد عدل حيث يكون يده يد البائع فحسب لان فى جعله نائبا عن المشترى تغيير موجب العقد فان موجب عقد البيع أن تكون يد البائع على المبيع يد نفسه فى حق العين والمالية جميعا لانه ليس بنائب عن المشترى بوجه ما ومتى قبض المشترى كانت يده يد نفسه ولا تكون يد البائع بوجه ما بل هى يد المشترى فى حق العين والمالية فاذا كان فى جعله نائبا عنهما تغيير حكم البيع اعتبرنا نائبا عن البائع لان اليد كانت له فى الاصل ولا كذلك الرهن لان عينه أمانة فى يده بل فى يد المرتهن أيضا والمالية فيه هى المضمونة وهى حق المرتهن فأمكن أن يقوم شخص واحد مقامهما لاختلاف حقهما فيه وعدم تغيير موجبه قال رحمه الله (ولا يأخذه أحدهما منه) أى من يد العدل لانه تعلق به حقهما لان حق الراهن تعلق فى الحفظ بيده وأمانته وحق المرتهن فى الاستيفاء فلا يملك كل واحد منهما ابطال حق الآخر قال رحمه الله (ويهلك فى ضمان المرتهن) لان يده فى حق المالية يد المرتهن والمالية هى المضمونة ولو دفع العدل الرهن الى أحدهما ضمن لانه مودع الراهن فى حق العين ومودع المرتهن فى حق المالية وكل منهما أجنبى عن الآخر والمودع يضمن بالدفع الى الاجنبى واذا ضمن العدل قيمة الرهن بالتعدى فيه اما باتلافه أو بدفعه الى أحدهما وأتلفه المدفوع اليه لا يقدر العدل أن يجعل القيمة رهنا فى يده لان القيمة واجبة فلو جعلها رهنا فى يده يصير قاضيا ومقتضيا وبينهما تناف ولكن يأخذانها منه ويجعلانها عنده أو عند غيره وان تعذر اجتماعهما يرفع أحدهما الامر الى القاضى ليفعل ذلك فاذا جعلت القيمة رهنا برأيهما أو برأى القاضى عند

لما ذكر حكم الرهن اذا كان فى يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان فى يد العدل وهو الذى يثق الراهن والمرتهن بكون الرهن فى يده لانه نائب عن المرتهن والنائب يقفو المنوب اه اتقانى (قوله لان يد العدل الخ) ما أحسن قوله فى الكافى لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن ولهذا لو لحقه ضمان بأن هلك فى يده (٨٠) ثم استحقه رجل يرجع به على الراهن دون المرتهن والرهن لا يتم بقبض الراهن وان اتفقا عليه فكذا بقبض العدل اه (قوله بما ضمن) متعلق بقوله قبل يرجع اه (قوله فى المتن ويهلك فى ضمان المرتهن) قال الحاكم الشهيد فى مختصر الكافى وقبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن فى حكم صحته وضمانه بالدين اذا هلك بلغنا ذلك عن ابراهيم والشعبى وعطاء والحسن وقال ابن أبى ليلى ان هلك فى يد العدل لم يبطل الدين وان مات الراهن والمرتهن أسوة الغرماء فيه وذلك لانه لم يكن فى يده فقد بطل الرهن والحاصل أن الرهن هل ينعقد بوصف الصحة واللزوم بقبض العدل عندنا ينعقد وعنده لا ينعقد هو يقول وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا لان العدل نائب عن الراهن لا عن المرتهن اه غاية (قوله وأتلفه المدفوع اليه) أو تلف فى يده اه كافى (قوله يصير قاضيا) أى ما وجب عليه بالضمان اه غاية (قوله وبينهما تناف) قال الاتقانى للتنافى بين أن يكون الواحد مسلما ومتسلما اه (قوله ليفعل ذلك) أى يأخذ القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه العدل ثم يضعه عنده رهنا اه * فرع قال الاتقانى رحمه الله وان كان العدل رجلين والرهن مما لا يقسم فوضعاه عند أحدهما كان جائزا ولا ضمان فيه لانهما أتيا بالحفظ المطلوب منهما لان حفظهما لا يأتى فى مثل هذا الا بالتهايؤ زمانا لانه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه آناء الليل والنهار فكان الحفظ الممكن منهما عادة هذا وقد أتيا به وان كان مما يقسم فاقتسماه كان عند كل واحد منهما نصفه لانه لما أضاف الحفظ اليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما فكأنه قال احفظا كل واحد منكما طائفة من العين فان وضعاه عند

العـدل الاول أو عنـد غيره ثم قضى الراهن الدين فان كان العـدل ضمن القيمة بالدفع الى الراهن فالقيمة سالمة للعدل بأخذها ممن هى عنـده ان كانت عند غيره أو عنده لوصول المرهون الى الراهن بالتسليم الاول اليـه ووصول الدين الى المرتهن بدفع الراهن اليـه ولا يلزم منـه اجتماع البدل والمبـدل فى ملك واحـد ولو أخذه الراهن لاجتمعا فى ملك واحد وان كان العدل ضمن الرهن بالدفع الى المرتهن فالراهن يأخذ القيمة من العدل ان كانت عنده أو من غيره ان كانت عند غيره لان العين لو كانت قائمة أخذها ممن هى فى يده اذا أدى الدين فـكذلك يأخـذ ما قام مقامها ولا جمع فيه بين البـدل والمبدل فى ملك واحـد ثم هل للعدل أن يرجع على المرتهـن بذلك ينظر ان كان دفعه اليه على وجه العـارية أو على وجه الوديعة وهلك فى يد المرتهن لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء الضمـان ملك العين المرهونة وتبين انه أعار أو أودع ملك نفسـه فلا يضمن المستعير ولا المودع الا بالتعدى وكذا اذا دفعـه اليه بحقه بان قال له خذه بحقك أو احبسه بدينك لانه دفع اليه على وجه الضمـان قال رحمه الله (فان وكل المرتهن أو العدل أو غيرهما ببيعه عند حلول الدين صح) لان الراهن مالك فله أن يوكل من شاء من الاهل ببيع ماله معلقا أو منجزا لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط لكونها من الاسقاطات لان المـانع من التصرف حق المـالك وبالتسليط على بيعه أسقط حقـه والاسقاطات يجوز تعليقها بالشروط ولو أمره ببيعه صـغيرا لا يعقل فباعه بعـد ما بلغ لا يصح عند أبى حنيفة وقالا يصح لقدرته عليه وقت الامتثال وهو يقول ان أمره وقع باطلا لعدم القدرة وقت الامر فلا ينقلب جائزا قال رحمه الله (فان شرطت فى عقـد الرهن لم ينعزل بعزله وبموت الراهن والمرتهن) لان الوكالة لما شرطت فى عقد الرهن صارت وصـفا من أوصافه وحقا من حقوقه ألا ترى أنها لزيادة الوثيقـة فتلزم بلزوم أصـله ولانه تعلق به حق المرتهـن وفى العزل ابطال حقـه وصار كالوكالة بالخصومة بطلب المدّعى ولو وكلـه بالبيع مطلقا حتى ملك البيع بالنقـد والنسيئة ثم نهاه عن البيع بالنسـيئة لم يعمل نهيه لانه لازم بأصـله فكذا بوصـفه وكذا لا ينعزل بالعزل الحكمى كموت الموكل وارتداده ولحوقه بدار الحرب لان الرهن لا يبطل بموته ولو بطل انما كان يبطل لحق الورثة وحق المرتهن مقدم عليه كما يتقدم على حق الراهن بخـلاف الوكالة المفردة حيث تبطل بالموت و ينعزل بعزل الموكل لما عرف فى موضـعه وهـذه الوكالة تخالف المفردة من وجوه منهـا فيما ذكرنا ومنها أن الوكيل هنا اذا امتنع من البيع يجبر عليه بخلاف الوكالة المفردة ومنها أن هـذا يبيع الولد والارش بخـلاف المفـردة ومنها أنه اذا باع بخـلاف جنس الدين كان له أن يصرفـه الى جنس الدين بخلاف المفردة ومنها أن الرهن اذا كان عبدا وقتله عبد خطأ فدفع القاتل بالجناية كان لهذا الوكيل ان يبيعه بخلاف المفردة وانمـا لم ينعزل بعزل المرتهن لانه لم يوكله فـكان أجنبيا عنه بالنسبة الى الوكالة وهو الاطلاق حيث لم يتقيد بالنقد بالنهى عن النسيئة

أحدهـما ضمن الذى وضع حصته عند صاحبه فى قول أبى حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا ضمـان عليه وقد مر فى كتاب الوديعة أنهما هل يملكان التهايؤ فى الحفظ فيما يحتمل القسمة فعند أبى حنيفة لا يملكان وعندهما يملكان والدلائل ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد منهما بما دفع لا بما أخذ لان كل واحد منهما مودع المودع فيما أخـذ ومودع المودع لا يضمن عنـد أبى حنيفة اهـ (قوله ولا يلزم منه) أى من سلامتها للعدل اهـ (قوله ولا جمع فيه بين البدل والمبدل الخ) لان العين زالت عن ملك الراهن الى العدل وبهذا يحترز عن المسئلة الاولى فان هنالك لما قضى الراهن دينه لو أخذ القيمة من العدل كان جامعا بين البدل والمبدل لانه وصل اليه عين حقه وهو الرهن وأما هنا فلا جمع بينهما اهـ (قوله وكذا) أى يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن أو هلك اهـ اتقانى (قوله فى المتن لم ينعزل بعزله) أى بدون رضا المرتهن لانهما إذا اتفقا على ذلك جاز اهـ اتقانى (قوله لان الوكالة لما شرطت الخ) سيأتى أن الوكالة غـير المشروطة فى العقد كالمشروطة فيه اهـ (قـوله صارت وصـفا) والحقوق الحبس والاستيفاء والوكالة والاوصاف اللزوم وخـبر الوكيل على البيـع اذا أبى والبيع بالنسـيئة وحق بيع الولد وحـق صرف الدراهـم بالدنانير اهـ اتقانى (قوله فتـلزم بلزوم أصله) أى وهو الرهن اهـ وكتب ما نصه لان حكم التبع لا يفارق حكم الاصل والرهن لازم فكذا ما هو تبع له اهـ كافى (قوله وصار كالوكالة بالخصومة) أى من المدعى عليـه اهـ كاف (قوله بطلب المدّعى) فانه اذا أراد الموكل عزله بغير محضر من الخصم لم يصح ذلك دفعا للضرر عنـه لانه تعلق به حق المدعى اهـ كافى (قوله فكذا بوصـفه) وهو (قوله كموت الموكل) وهو الراهن اهـ وكتب ما نصه قال فى الكافى وان مات المرتهن فالوكيل على وكالته لان التوكيل متى صار لازما تبعا للرهن لم ينعزل بموت الراهن ولا بموت المرتهن ولا بموتهما كما لا يبطل الرهن بموت أحدهما ولا بموتهما اهـ (قوله وهذه الوكالة تخالف المفردة) وهى التى لم تشرط فى العقد اهـ (قوله كان له أن يصرفه الى جنس الدين) والوكيل المفرد اذا باع لا يصرفه الى شئ آخر وهذا لانه مأمور بقضاء الدين فلا بد أن يملك ما هو من ضروراته وجعل الثمن من جنس الدين من ضرورات قضاء الدين بخلاف الوكيل المفرد فانه كما باع انتهت الوكالة اهـ غاية (قوله كان لهذا الوكيل أن يبيعه) وكذا اذا قتـل الرهن فغرم القاتل قيمته وهذا لانه صار الرهن ما دفع عن العبـد لانه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق به اهـ غاية

اذا عزله الموكل لا ينعزل فبعزل غيره أولى أن لا ينعزل قال رحمه الله (وللوكيل بيعه بغيبة ورثة الراهن) كما كان له حال حياته أن يبيعه بغير حضوره قال رحمه الله (وتبطل بموت الوكيل) حتى لا يقوم وارثه ولا وصيه مقامه لان الوكالة لا يجرى فيها الارث ولان الموكل رضى برأيه لا برأى غيره وعن أبى يوسف رحمه الله أن وصى الوكيل يملك بيعه لان الوكالة لازمة هنا فيملك الوصى كالمضارب اذا مات والمال عروض يملك وصى المضارب بيعها لما أنه لازم بعد ما صار عروضا قلنا الوكالة حق على الوكيل فلا يورث عنه لان الارث يجرى فى حق له لا فى حق عليه فوجب القول ببطلانها بخلاف المضاربة لانها حق المضارب فيورث عنه فيقوم الورثة مقامه فيه ولان المضارب له ولاية التوكيل فى حياته فجاز أن يقوم وصيه مقامه بعد وفاته كالاب فى مال الصغير والوكيل ليس له حق التوكيل فى حياته فلا يقوم غيره مقامه بعد موته ولو أوصى الى رجل ببيعه لم يصح الا اذا كان مشروطا له فى الوكالة فيصح لانه لازم بوصفه قال رحمه الله (ولا يبيعه المرتهن أو الراهن الا برضا الآخر) لان كل واحد منهما له حق فيه أما الراهن فلكه فلا بد من رضاه وأما المرتهن فلانه أحق بماليته من الراهن فلا يقدر الراهن على تسليمه بالبيع قال رحمه الله (فان حل الاجل وغاب الراهن أجبر الوكيل على بيعه كالوكيل بالخصومة من جهة المطلوب اذا غاب موكله أجبر عليها) لان الوكالة بالشرط فى عقد الرهن صارت وصفا من أوصاف الرهن فلزمت كلزومه ولان حق المرتهن تعلق بالبيع وفى الامتناع ابطال حقه فيجبر عليه كما فى الوكيل بالخصومة اذا غاب موكله والجامع بينهما ان فى الامتناع فيهما ابطال حقهما بخلاف الوكيل بالبيع لان الموكل يبيع بنفسه فلا يبطل حقه أما المدعى فلا يقدر على الدعوى على الغائب والمرتهن لا يملك البيع بنفسه وكيفية الاجبار أن يحبسه القاضى أياما ليبيع فان لج بعد الحبس أياما فالقاضى يبيعه عليه وهذا على أصلهما ظاهر وأما على أصل أبى حنيفة رحمه الله فكذلك عند البعض لانه تعين جهة لقضاء الدين هنا ولان بيع الرهن صار مستحقا للمرتهن بخلاف سائر المواضع وقيل لا يبيع القاضى عنده كما لا يبيع مال المديون عنده لقضاء الدين ثم اذا أجبره على البيع وباع لا يفسد هذا البيع بهذا الاجبار لان هذا الاجبار وقع على قضاء الدين بأى طريق شاء حتى لو قضاه بغيره صح وانما البيع طريق من طرقه ولانه اجبار بحق وبمثله لا يكون مكرها فلا يفسد اختياره به ولو لم يكن التوكيل مشروطا فى عقد الرهن وانما شرطاه بعده قيل لا يجبر لان التوكيل لم يصر وصفا من أوصاف الرهن فكانت مفردة كسائر الوكالات وقيل يجبر كيلا يتوى حقه وهذا أصح حتى روى عن أبى يوسف رحمه الله أن الجواب فى الفصلين واحد فى أنه يجبر على البيع نصا وذكر محمد رحمه الله فى الجامع الصغير والاصل الاجبار مطلقا من غير تفصيل بين أن تكون الوكالة مشروطة فى عقد الرهن أو لم تكن مشروطة فيه يدل على ذلك ولو باع العدل خرج من أن يكون رهنا والثمن قائم مقامه فيكون رهنا مكانه وان لم يقبضه بعد لقيامه مقام ما كان مقبوضا بجهة الرهن واذا توى كان من مال المرتهن لبقاء عقد الرهن فى الثمن لقيامه مقام المبيع المرهون وكذلك اذا قتل العبد الرهن وغرم القاتل قيمته لان المالك يستحقه من حيث المالية وان كان بدل الدم فأخذ حكم ضمان المال فى حق المستحق فبقى عقد الرهن فيه وكذلك لو قتله عبد فدفع به لانه قائم مقام الاول لحما ودما فيكون رهنا مكانه قال رحمه الله (وان باعه العدل وأوفى مرتهنه ثمنه فاستحق الرهن وضمن فالعدل يضمن الراهن قيمته أو المرتهن ثمنه) وكشف هذا أن المرهون المبيع اذا استحق اما أن يكون هالكا أو قائما ففى الوجه الاول المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن لانه غاصب فى حقه بالاخذ والتسليم وان شاء ضمن العدل لانه

(قوله فى المتن وللوكيل بيعه الخ) لانه لما ثبتت وكالته بعد موته لم يشترط حضرة ورثته ورضاهم اه كافى (قوله لا برأى غيره) ولكن الرهن على حاله لان التسليط على البيع أمر زائد فيه فلا يبطل ببطلانه الرهن اه اتقانى (قوله الا اذا كان مشروطا له فى الوكالة) بان قال له فى أصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن وأجزت لك ما صنعت فيه من شئ فحينئذ يجوز لوصيه بيعه ولا يجوز لوصيه أن يوصى به الى ثالث اه اتقانى بمعناه اه (قوله فيجبر عليه) وكذلك رجلان بينهما خصومة فوكل المدعى عليه رجلا بخصومته بطلب المدعى فغاب الموكل وأبى الوكيل أن يخاصمه فانه يجبر على الخصومة لان المدعى انما خلى سبيل الخصم اعتمادا على أن وكيله يخاصمه فلا يكون للوكيل أن يمتنع منه ويلحق الضرر بالمدعى لان فيه ابطال حقه اه كافى (قوله بخلاف الوكيل بالبيع) أى لا يجبر لو امتنع عن البيع لان الوكيل بالبيع اذا امتنع عن البيع لا يتضرر به الموكل اه كافى وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد فى الكافى وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط على بيعه لانه مأمور بالحفظ فحسب وان كان رهن على أنه مسلط على بيعه فأبى أن يبيعه فرفعه المرتهن الى القاضى جبره القاضى على بيعه بعد أن تقوم البينة على خلافه بخلاف سائر الوكلاء بالبيع فانه لا يجبر لو امتنع وذلك لانه معين ولم يتعلق بهذه الاعانة حق أما هذا فانه معين متعد تعلق حق الغير به فجاز أن يجبر عليها يفاء لحق الغير لانه قد التزم ذلك وصار نظير الكفالة اه اتقانى (قوله والمرتهن لا يملك البيع بنفسه) أى لو امتنع العدل عن بيعه اه

(قوله وصح الاقتضاء) أي اقتضاء المرتهن اهـ وكتب ما نصه أي استيفاء المرتهن الثمن بدينه اهـ كافي (قوله فله أن يرجع عليه) وإذا رجع بطل الاقتضاء فيرجع المرتهن على الراهن بدينه اهـ كافي (قوله إن شاء رجع على الراهن بالقيمة) تبع فيه صاحب الهداية وقد قال بعض شارحيها المراد بالقيمة الثمن اهـ وكتب على قوله بالقيمة ما نصه بالثمن اهـ كافي (قوله فلأنه مغرور من جهة الراهن) فإنه رهنه على أنه ملكه وفي قبض المرتهن منفعة للراهن من وجه لأنه يستفيد به براءة الذمة عند هلاك الرهن والمغرور يرجع على الغار لما لحقه من الضمان كما يرجع المستأجر على المؤجر والمودع على المودع اهـ كافي (قوله قلنا هذا طعن أبي خازم القاضي) أي هذا السؤال طعن به أبو خازم على محمد في المسألة وأبو خازم بالخاء المعجمة كذا في المغرب وهو أبو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي أصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة دينا ورعا عالما بمذهب أهل العراق والفرائض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات قدوة في العلم وكان أحذق الناس بعمل المحاضر والسجلات وكان أحد فقهاء الدنيا من أهل العراق وما كان يعلم أحد رآه أنه رأى أعقل منه وقد أخذ العلم عن هلال بن يحيى وهو هلال الرأي البصري وهلال أخذ عن أبي يوسف وزفر ومحمد وكان أبو خازم أستاذ أبي طالب الدباس وأقرانه وكان أبو خازم ولي القضاء بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومائتين وتوفي أبو خازم في جمادى الأولى سنة اثنتين وتسعين ومائتين اهـ غاية

متعد مثله بالبيع والتسليم فصار غاصبا بذلك فإن ضمن الراهن نفذ البيع وصح الاقتضاء لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب فتبين أنه أمره ببيع ملك نفسه وإن ضمن المستحق العدل وهو البائع نفذ البيع أيضا لأن العدل ملكه بأداء الضمان ثم هو بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه وكيل من جهته عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة بالغرور ومن جهته ونفذ البيع لأن الراهن لما كان قرار الضمان عليه وضمنه ملك بأداء الضمان فتبين أنه أمره ببيع ملكه فصح اقتضاء المرتهن فلا يرجع على الراهن بدينه وإن شاء العدل رجع على المرتهن بالثمن لأنه تبين أن الثمن أخذه بغير حق لأن العدل ملك العبد بأداء الضمان واستقر ملكه فيه ولم ينتقل إلى الراهن على تقدير أن لا يرجع على الراهن بما ضمن ونفذ بيعه عليه لأنه المباشر فصار الثمن له لأنه بدل ملكه وإنما أداه إلى المرتهن على حسبان أن المبيع ملك الراهن فإذا تبين أنه ملكه لم يكن راضيا به فله أن يرجع به عليه وفي الوجه الثاني وهو ما إذا كان قائما في يد المشتري فللمستحق أن يأخذه من يده لأنه وجد عين ماله ثم للمشتري أن يرجع على العدل بالثمن لأنه العاقد فتتعلق به حقوق العقد وهذا من حقوقه حيث وجب بالبيع وإنما دفعه المشتري إليه ليسلم له المبيع ولم يسلم ثم إذا ضمن العدل الثمن للمشتري كان بالخيار إن شاء رجع على الراهن بالقيمة لأنه هو الذي أدخله في هذه العهدة فيجب عليه تخليصه وإذا رجع عليه صح قبض المرتهن وسلم له المقبوض وبرئ الراهن عن الدين وإن شاء العدل رجع على المرتهن لأن البيع انتقض بالاستحقاق فبطل الثمن وقد قبضه ثمنا فيجب عليه رده ونقض قبضه ضرورة فإذا دفعه إلى العدل عاد حقه في الدين على الراهن كما كان فيرجع به عليه ولو أن المشتري سلم الثمن بنفسه إلى المرتهن لم يرجع على العدل به لأن العدل في البيع عامل للراهن وإنما يرجع عليه إذا قبض ولم يقبض منه شيئا فبقي ضمان الثمن على المرتهن والدين على الراهن على حاله ولو كان التوكيل بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فلحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض المرتهن الثمن أو لم يقبض لأنه لم يتعلق بهذا التوكيل حق المرتهن فلا يرجع عليه كما في الوكالة المفردة عن الرهن إذا باع الوكيل ودفع الثمن إلى من أمره الموكل ثم لحقه عهدة لا يرجع على المقتضي بخلاف الوكالة المشروطة في العقد لأنه تعلق بها حق المرتهن فيكون البيع لحقه هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع وقال شمس الأئمة السرخسي هو ظاهر الرواية لأن رضا المرتهن بالرهن بدون التوكيل قد تم فكان التوكيل مستأنفا إلا في ضمن عقد الرهن فكان منفصلا عنه ضرورة إلا أن فخر الإسلام وشيخ الإسلام قالا الأول من يرى جبر هذا الوكيل أصح لإطلاق محمد رحمه الله في الجامع الصغير والأصل على ما بيناه فتكون الوكالة غير المشروطة في العقد كالمشروطة فيه في حق جميع ما ذكرنا من الأحكام هنالك قال رحمه الله (وإن مات الرهن عند المرتهن فاستحق وضمن الراهن قيمته مات بالدين وإن ضمن المرتهن رجع على الراهن بالقيمة وبدينه) والأصل فيه أن العبد المرهون إذا هلك في يد المرتهن ثم استحقه رجل كان المستحق بالخيار إن شاء ضمن الراهن وإن شاء ضمن المرتهن لأن كل واحد منهما متعد في حقه الراهن بالأخذ والتسليم والمرتهن بالقبض والتسلم فإن ضمن الراهن صار المرتهن مستوفيا لدينه بهلاك الرهن عنده لأن الراهن ملكه بأداء الضمان مستندا إلى ما قبل التسليم فتبين أنه رهن ملك نفسه ثم صار المرتهن مستوفيا بهلاكه وإن ضمن المرتهن يرجع بما ضمن من القيمة وبدينه على الراهن أما بالقيمة فلأنه مغرور من جهة الراهن وأما بالدين فلأنه انتقض اقتضاؤه فيعود حقه كما كان فإن قيل لما كان قرار الضمان على الراهن برجوع المرتهن عليه والملك في المضمون يثبت لمن عليه قرار الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه فصار كما كان إذا ضمن المستحق الراهن ابتداء قلنا هذا طعن أبي خازم القاضي

والجواب عنه أن المرتهن يرجع على الراهن بسبب الغرور والغرور حصل بالتسليم الى المرتهن فيملك الراهن العين من ذلك الوقت وعقد الرهن كان سابقا عليه فلم يتبين انه رهن ملك نفسه بل ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بملك الغير ولان الراهن يملك الرهن بالتلقي من المرتهن لان المرتهن أولا يملكه بأداء الضمان ثم ينتقل الى الراهن كما في الوكيل بالشراء كان المرتهن اشتراه من المستحق ثم باعه من الراهن وانما كان كذلك لان المرتهن غاصب في حق المستحق فاذا ضمن يملك المضمون ضرورة كيلا يجتمع البدلان في ملك واحد ولكن لما كان قرار الضمان على الراهن ينتقل اليه من جهته والمرتهن متعد بالقبض لانه به صار غاصبا فيستند ملكه اليه ثم الراهن يتلقاه منه فيكون ملكه بعده وعقد الرهن سابق عليه فتبين أنه رهن ملك غيره فلا يكون المرتهن مستوفيا بالهلاك بخلاف المسئلة الاولى وهي ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتداء لانه يضمنه باعتبار القبض السابق على الرهن فيستند الملك اليه فتبين أنه رهن ملك نفسه فيكون المرتهن مستوفيا بهلاكه

﴿ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ﴾

قال رحمه الله (و يوقف بيع الراهن على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه) وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ينفذ لانه تصرف في ملكه فصار كالاعتاق والصحيح ظاهر الرواية لان الرهن تعلق به حق المرتهن وفي البيع ابطال حقه فلا ينفذ الا باجازته لرضاه أو بقضاء الراهن دينه لزوال المانع وهو تعلق حق المرتهن به وعدم القدرة على تسليمه وكونه متصرفا في ملكه لا يمنع التوقف لحق غيره كمن باع ماله لوارثه أو أوصى له به أو لغيره بأكثر من الثلث والقياس على الاعتاق غير جائز لانه لا يقبل الرد ولا الفسخ فكذا التوقف فاذا نفذ البيع باجازة المرتهن انتقل حقه الى الثمن فيكون محبوسا بالدين وعن أبي يوسف رحمه الله أن المرتهن ان شرط أن يكون الثمن رهنا عند الاجازة كان رهنا والا فلا لانه بالاجازة نفذ البيع وملك الراهن الثمن وأنه مال آخر ملكه بسبب جديد فلا يصير رهنا الا بالشرط كما اذا آجره الراهن وأجاز المرتهن الاجارة لا تصير الاجرة رهنا الا بالشرط وجه ظاهر الرواية وهو الصحيح أن الثمن قائم مقام ما تعلق به حقه وهو بدل ما تعلق به حقه ومحل لحقه لان حقه متعلق بالمالية وللبدل حكم المبدل فوجب انتقال حقه اليه كالعبد المدين اذا بيع برضا الغرماء ينتقل حقهم الى البدل من غير شرط لما ذكرنا ولا يسقط حقهم بالكلية لعدم رضاهم بذلك ظاهرا والرضا بالبيع لا يدل على الرضا بسقوط الحق رأسا فيبقى الحق على حاله بخلاف ما ذكر فان الاجرة ليست ببدل حقه لان حقه في العين وهي بدل المنفعة فلا ينتقل حقه اليها وبخلاف ما اذا باع المالك العين المستأجرة فأجاز المستأجر البيع حيث لا ينتقل حقه الى الثمن لانه بدل العين وحقه الى المنفعة فافترقا وان لم يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله حتى اذا افتكه الراهن لا سبيل للمشتري عليه لان الحق الثابت للمرتهن بمنزلة الملك فصار كالمالك فله أن يجيزوله أن يفسخ وفي أصح الروايتين لا ينفسخ بفسخه وفي المختصر ههنا اشارة اليه حيث قال يوقف على اجازة مرتهنه أو قضاء دينه جعل الاجازة اليه دون الفسخ وجعله متوقفا على قضاء الدين وهذا دليل على أن فسخه لا ينفذ ووجهه أن الامتناع لحقه كيلا يتضرر والتوقف لا يضره لان حقه في الحبس لا يبطل بمجرد الانعقاد من غير نفوذ فبقي متوقفا ثم المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يفتك الراهن الرهن اذ العجز على شرف الزوال وان شاء رفع الامر الى القاضي وللقاضي أن يفسخ العقد لفوات القدرة على التسليم لان ولاية الفسخ له لا الى المشتري والبائع وهو الراهن فصار كالعبد المبيع اذا أبق قبل القبض فان المشتري بالخيار ان شاء صبر حتى يرجع وان شاء رفع الامر الى القاضي والاجارة مثل الرهن

﴿ باب التصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ﴾

لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الرهن على غيره ذكره عقيب مسائل الرهن لان كل ترتيب يجب طبعا يجب وضعا للمناسبة اهـ غاية (قوله وهو تعلق حق المرتهن به) والمقتضى موجود وهو التصرف الصادر من الحل اهـ هداية (قوله فيكون محبوسا بالدين) هو الصحيح واحترز بقوله هو الصحيح عن رواية القاضي أبي خازم عن أبي يوسف اهـ اتقاني قوله عن رواية القاضي الخ وهي المذكورة هنا اهـ (قوله وللبدل حكم المبدل) وحاصل الكلام هنا أن من تصرف في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فأجاز صاحب الحق تصرفه فهل يتعلق حقه ببدله ينظر فان كان ما وجب من البدل بدلا عما تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل وان كان ما وجب من البدل بدلا عما لم يتعلق به حقه لا يتعلق حقه بالبدل اهـ اتقاني رحمه الله (قوله وان شاء رفع الامر الى القاضي) أي فيفسخ البيع اهـ غاية

حتى

حتى لا ينفذ بيع المؤجر ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه من آخر قبل أن يجيز المرتهن فالثانى موقوف أيضا على اجازته لان الاول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثانى فأيهما أجاز لزم ذلك وبطل الآخر ولو باعه الراهن ثم أجره أو رهنه أو وهبه من غيره فأجاز المرتهن الاجارة أو الرهن أو الهبة جاز البيع الاول دون هذه العقود والفرق أن المرتهن له منفعة فى البيع لان حقه يتحول الى الثمن على ما بينا وقد يكون أحد البيعين أنفع من الآخر فيعتبر تعيينه لتعلق الفائدة به أما هذه العقود فلا منفعة له فيها لان حقه لا ينتقل الى الاجرة على التعاقب لما بينا ولا بدل له فى الرهن والهبة فكانت اجازته اسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع كما لو باع المؤجر العين المستأجرة من اثنين على التعاقب فأجاز المستأجر البيع الثانى نفذ الاول لانه لا نفع له فى البيع اذ لا ينتقل حقه الى البدل على ما بينا فكانت اجازته اسقاطا لحقه فنفذ الاول لزوال المانع قال رحمه الله (ونفذ عتقه) أى نفذ اعتاق الراهن وهو أحد أقوال الشافعى رحمه الله وفى قول له لا ينفذ اذا كان المعتق معسرا وفى قول آخر له لا ينفذ اعتاقه سواء كان المعتق موسرا أو معسرا لان فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فكان مردودا كالبيع بل أولى لان البيع أسرع نفاذا من العتق حتى ينفذ من المكاتب دون الاعتاق فكان أولى بالامتناع بخلاف اعتاق المستأجر لان الاجارة تبقى مدتها اذ الحر يقبلها ولا يقبل الرهن وبخلاف ما اذا كان المعتق موسرا على تلك الرواية لانه لا يبطل حقه فى التضمين ولنا أن العتق صدر من أهله مضافا الى محله وهو ملكه فوجب القول بنفاذه ولا يلغو تصرفه لعدم اذن المرتهن كما اذا أعتق المبيع قبل القبض أو الآبق أو المغصوب ثم اذا زال ملك الراهن فى الرقبة باعتاقه يزول ملك اليد للمرتهن بناء عليه كاعتاق العبد المشترك بل أولى لان ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فاذا لم يمتنع الاعلى فالادنى أولى أن لا يمتنع ولا يصح القياس على البيع لان امتناعه لعدم القدرة على التسليم وهو ليس بشرط فى العتق ولان القياس لتعديه حكم الاصل الى الفرع دون تغيره وحكم الاصل هنا توقف ما يحتمل الرد قبل تمامه ويحتمل الفسخ بعد تمامه وهو فى الفرع يبطل أصلا ما لم يحتمل الفسخ والرد ففسد القياس ولا يلزمنا اعتاق الوارث العبد الموصى برقبته اذا لم يكن له مال آخر مع أنه أعتق ملكه لانا نقول يعتق عند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فى الحال وعند أبى حنيفة رحمه الله يؤخر الى أداء السعاية على ما عرف فى اعتاق العبد المشترك ولم يكن عتاقه لغوا وهنا جعله لغوا ولا يقال المرهون كالخارج عن ملك الراهن بدليل أن المولى اذا أتلفه يجب عليه ضمانه فكذا لا ينفذ عتقه كأنه خرج عن ملكه لانا نقول وجوب الضمان عليه لا باعتبار انه كالخارج عن ملكه بل باعتبار أنه أتلف المالية المشغولة بحق المرتهن كالمولى يتلف عبده المأذون له المدين فانه يضمن قيمته للغرماء مع بقاء ملكه فيه من كل وجه ولهذا تنفذ تصرفاته فيه ونفاذ البيع من المكاتب باعتبار أنه مندوب الى التجارة كالعبد المأذون له لا لانه مالك وعدم نفاذ عتقه لعدم الملك قال رحمه الله (وطولب بدينه لو حالا) أى اذا كان الدين حالا طولب الراهن بعد العتق بالدين معناه اذا كان موسرا لانه

(قوله حتى لا ينفذ بيع المؤجر) بل يتوقف على اجازة المستأجر وليس للمستأجر الفسخ رواية واحدة كذا ذكر قاضيخان فى آخر باب البيع الموقوف من فتاويه اهـ (قوله فأيهما أجاز الخ) قال الاتقانى فأيهما أجاز المرتهن وسلمه اليه نفذ ذلك ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده اهـ (قوله أما هذه العقود فلا منفعة له فيها) قال الشيخ أبو المعين شرط فى فصل الرهن والهبة تسليمه العين الى المرتهن الثانى والموهوب له مع الاجارة لان هذين العقدين لا عبرة بهما بدون القبض ولم يشترط ذلك مع الاجارة فى فصل الاجارة لان عقد الاجارة معتبر بدون القبض مفيد كالبيع سواء اهـ غاية (قوله لان الاجارة تبقى مدتها) بالنصب أى تبقى الاجارة فى مدة الاجارة اهـ غاية (قوله كما اذا أعتق) أى المشترى اهـ كافى (قوله أو الآبق أو المغصوب) وهذا لان موجب الرهن ثبوت الاستيفاء للمرتهن أو حق البيع على اختلاف الاصلين وشئ من ذلك لا ينافى ملك العين فتبقى العين على ملك الراهن والاعتاق يعتمد ملك العين دون اليد فان قيل فى تنفيذه ابطال حق المرتهن فلا ينفذ كالمبيع قلنا الثابت للراهن حقيقة الملك والثابت للمرتهن حق فقضية الحقيقة يستدعى النفاذ وقضية الحق يستدعى عدم النفاذ فرجحنا جانب الحقيقة على الحق لانها أقوى اهـ كافى (قوله اذا لم يكن له مال آخر) أى فانه لا ينفذ لحق الموصى له اهـ كافى بمعناه (قوله فى المتن وطولب بدينه لو حالا) قال فى الكافى ثم بعد ذلك ان كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين ولا يضمنه قيمته لانه لا فائدة فى تضمين القيمة مع حلول الدين لانه لو ضمنه قيمته وهو من جنس حقه لوقع فعله استيفاء فلم يكن فى التضمين وأنه يقع استيفاء لعين حقه فائدة الا اذا كان الدين من خلاف جنس القيمة اهـ وكتب ما نصه فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شئ على العبد وان أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدى المال فلا شئ على العبد من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم أعتق العبد معسرا كان للمرتهن أن يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه اهـ غاية ﴿فرع﴾ قال الشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره واذا رهن الرجل عبدا يساوى ألف درهم بألف هى عليه الى أجل أو يساوى خمسمائة ثم ان المولى أعتق العبد فالعبد حر وقد خرج من الرهن فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شئ على العبد وان أعسر الراهن بعد ذلك قبل أن يؤدى المال فلا شئ عليه من سعاية ولا غيرها وان كان الراهن يوم

أعتق العبد معسرا كان للمرتهن أن يرجع بدينه ان شاء على الراهن وان شاء رجع على العبد فاستسعاه فى الاقل من قيمته ومن الدين فان كانت قيمته أقل من الدين سعى فى قيمته وان كان الدين أقل من قيمته سعى فى الدين وكل شئ سعى فيه العبد من ذلك كان له أن يرجع فيه على الراهن لانه انما أداه عنه الى هنا لفظ الكرخى اه اتقانى رحمه الله وانما ضمن الاقل لان الدين اذا كان أقل من قيمته فلا حق للمرتهن الافيه واذا كانت القيمة الاقل لم يسلم للعبد أكثر من ذلك فلا يضمن مالم يسلم له اه اتقانى (قوله فصار كمعير الرهن) يعنى أن الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير رجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا اه اتقانى (قوله بخلاف المستسعى) يعنى العبد المشترك بين اثنين اذا أعتق أحدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق اه (قوله حيث لا يسعى للبائع) فى الرواية الظاهرة وعن أبى يوسف أنه يسعى فى قيمته للبائع ثم يرجع بها على المشترى كالمرهون اذا أعتقه الراهن اه كافى (قوله والمرتهن ينقلب حقه ملكا) كما اذا هلك الرهن عند المرتهن يهلك بدينه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن مالكا لذلك الاقل من مالية الرهن اه غاية (قوله أما عندنا فظاهر) وهو أن التدبير يوجب حق العتق له واذا كان لا يمنع حقيقة العتق لحق المرتهن فحق العتق أولى اه غاية (قوله وكذا عنده) أى عند الشافعى اه (قوله ثم اذا صحا) أى التدبير والاستيلاد خرجا أى المدبر وأم الولد اه وكتب ما نصه وأما السعاية فى المدبر فهى مخالفة للسعاية فى المعتق من ثلاثة أوجه أحدها أن المدبر يسعى مع يسار المولى لكون اكسابه على ملكه فجاز لصاحب الدين أن يستوفى منها كما جاز أن يستوفى من سائر أموال الراهن والثانى أن يسعى فى الدين بالغا ما بلغ لان أكسابه ملك لمولاه ودين الانسان اذا قضى من ماله لم يقض بعضه دون بعض وليس كذلك المعتق لان كسبه لنفسه وانما لزمه أن يسعى فى قدر ما سلم له والثالث أن المدبر لا يرجع على مولاه والمعتق يرجع اه غاية

لو طولب بالرهن كان له أن يأخذه بدينه اذا كان من جنس حقه فيكون ايفاء واستيفاء فلا فائدة فيه قال رحمه الله (ولو مؤجلا أخذ منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه) أى لو كان الدين مؤجلا يؤخذ من المعتق قيمة العبد وتجعل رهنا مكان العبد يعنى اذا كان موسرا لان سبب الضمان قد تحقق منه وفى التضمين فائدة وهى حصول الاستيثاق من الوجه الذى بيناه فيحبسه الى حلول الاجل فاذا حل اقتضاه بحقه اذا كان من جنسه لان الغريم له أن يستوفى حقه من مال غريمه اذا ظفر بجنس حقه وان كان فيه فضل رده لانتهاء حكم الرهن بالاستيفاء وان كان أقل من حقه رجع عليه بالزيادة لعدم ما يسقطه قال رحمه الله (ولو معسرا سعى العبد فى الاقل من قيمته ومن الدين) لان حق المرتهن كان متعلقا به وسلمت له رقبته فاذا تعذر الرجوع على المعتق لعسرته رجع عليه لانه هو المنتفع بهذا العتق كما فى عتق أحد الشريكين العبد المشترك اذ الضمان بالخراج والغرم بالغنم ثم يقضى بالسعاية الدين ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان لم يكن من جنس حقه صرف بجنسه فيقضى به الدين وان كان الدين مؤجلا كانت السعاية رهنا عنده فاذا حل الدين قضى به الدين على نحو ما ذكرنا فى الحال وكيفية ذلك أن ينظر الى قيمة العبد يوم العتق والى قيمته يوم الرهن والى الدين فيستسعى فى الاقل منها قال رحمه الله (ويرجع به على سيده) أى يرجع العبد بالسعاية على مولاه اذا أيسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فلم يكن متبرعا فيرجع عليه بما تحمل عنه فصار كمعير الرهن بخلاف المستسعى فى الاعتاق لانه يؤدى ضمانا واجبا عليه لانه يسعى لتحصيل العتق عند أبى حنيفة رحمه الله ولتكميله عندهما وهنا يسعى فى ضمان على غيره بعد تمام اعتاقه فافترقا ولان حق المرتهن فى استيفاء الدين من الرقبة كان ثابتا فاذا حصلت الرقبة للعبد ولم يقدر على أخذ بدلها من الراهن ضمنها العبد كالمريض اذا أعتق عبده فى مرضه وعليه دين ولا مال له غيره يسعى العبد فى قيمته كذا هذا ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية فى المستسعى المشترك فى حالتى اليسار والاعسار وفى العبد المرهون شرط الاعسار لان الثابت للمرتهن حق الملك والثابت للشريك حقيقة الملك وحق الملك أدنى من حقيقته فوجبت السعاية فيه فى حالة واحدة وهى حالة الضرورة وفى الاعلى فى الحالتين اظهارا للتفاوت بينهما بخلاف المبيع اذا أعتقه المشترى قبل القبض حيث لا يسعى للبائع فى الرواية الظاهرة وفى المرهون يسعى لان حق البائع فى الحبس ضعيف لان البائع لا يملكه فى الآخرة ولا يستوفى من عينه وكذا يبطل حقه فى الحبس بالاعارة من المشترى والمرتهن ينقلب حقه ملكا ولا يبطل حقه بالاعارة من الراهن حيث تمكن من الاسترداد فلو أوجبنا السعاية فيهما لسوينا بين الحقين مع وجود الفارق وذلك لا يجوز ولو أقر المولى برهن عبده بان قال له رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم أعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر رحمه الله هو يعتبره باقراره بعد العتق ونحن نقول أقر بتعلق الحق فى حالة تملك التعليق باداء السعاية لقيام ملكه فيصح بخلاف ما بعد العتق لانه حال انقطاع الولاية ولو دبر الراهن صح بالاتفاق أما عندنا فظاهر وكذا عنده لان التدبير لا يمنع ما هو حكم الرهن عنده وهو البيع وكذا لو استولدها صح الاستيلاد بالاتفاق لان الاستيلاد يثبت بثبوت حق التملك كما فى جارية الابن وبحقيقة الملك أولى ثم اذا صحا خرجا عن الرهن لبطلان المحلية اذ لا يصح استيفاء الدين منهما ثم ان كان

الراهن موسرا ضمن قيمتهما على التفصيل الذى ذكرنا فى الاعتاق وان كان معسرا استسعاهما المرتهن فى جميع الدين لان كسبهما مال المولى بخلاف المعتق حيث يسعى فى الاقل من الدين ومن القيمة لان كسبه حق نفسه ولم يحبس عنده الا قدر القيمة فلا يزاد عليه وحق المرتهن بقدر الدين فلا تلزمه الزيادة ولا يرجعان على المولى بما أدياه بعد يساره لانهما أدياه من ملك المولى والمعتق يرجع لانه أدى من ملك نفسه وهو مضطر فيه على ما مر وقيل اذا كان مؤجلا يسعيان فى قيمتهما اتفاقا لانه عوض الرهن حتى يحبس مكانه فيتقدر بقدر المعوض ألا ترى أن الراهن بنفسه اذا كان موسرا لا يضمن فيما اذا كان مؤجلا أكثر من قيمته بخلاف ما اذا كان حالا لانه يقضى به الدين لان كسبهما ملك المولى وقد قدر على أداء الدين بكسبهما ولو كان قادرا على أدائه بمال آخر أمر بقضائه كله منه فكذا اذا قدر بكسبهما ولو أعتقهما الراهن لم يسعيا الا بقدر القيمة سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما أو قبله لان كسبهما بعد العتق ملكهما وما أدياه قبل العتق لا يرجعان به على المولى لانه مال المولى ولو أقر على عبده بدين الاستهلاك وهو ينكره سعى فى قيمته منذ عتق لانه لا ولاية له على ماليته فيصح بقدر المالية ولو قتله عبد قيمته مائة درهم ودفع به ثم أعتقه سعى فى مائة لقيامه مقام الاول قال رحمه الله (واتلاف الراهن كاعتاقه) أى اذا أتلف الراهن الرهن فهو كما لو أعتقه حتى يجب عليه ضمان قيمته لانه حق محترم مضمون عليه بالاتلاف ثم الضمان يكون رهنا فى يد المرتهن لقيامه مقام العين قال رحمه الله (وان أتلفه أجنبى فالمرتهن يضمنه قيمته ويكون رهنا عنده) أى المرتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته ثم تكون القيمة رهنا عنده لانه أحق بعين الرهن حال قيامه فكذا فى استرداد ما قام مقامه والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك باستهلاكه بخلاف ضمانه على المرتهن فانه يعتبر قيمته يوم القبض حتى لو كانت قيمته يوم الاستهلاك خمسمائة ويوم الارتهان ألفا غرم خمسمائة وكانت رهنا وسقط من الدين خمسمائة لان المعتبر فى ضمان الرهن يوم قبضه لانه به دخل فى ضمانه لانه قبض استيفاء الا أنه يتقرر عند الهلاك ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل ضمن قيمته لانه أتلف مال الغير وكانت رهنا فى يده حتى يحل الاجل لان الضمان بدل العين فأخذ حكمه ولو حل الدين والمضمون من جنس حقه استوفى المرتهن منه دينه ورد الفضل على الراهن ان كان فيه فضل وان كان دينه أكثر من قيمته رجع بالفضل وان نقصت القيمة بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم القبض ألفا وجب بالاستهلاك خمسمائة وسقط من الدين خمسمائة لان ما انتقص كالهالك وسقط من الدين بقدره وتعتبر قيمته يوم القبض فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر ووجب عليه الباقى بالاتلاف وهو قيمته يوم التلف كذا ذكر صاحب الهداية وغيره وهو مشكل فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا عليه ولا معتبرا فكيف يسقط من الدين خمسمائة سوى ما ضمن بالاتلاف وكيف يكون ما انتقص به كالهالك حتى سقط من الدين بقدره وهو لم ينتقص الا بتراجع السعر وهو لا يعتبر فوجب أن لا يسقط بمقابلته شئ من الدين قال رحمه الله (وخرج من ضمانه باعارته من راهنه) أى باعارة المرتهن الرهن من راهنه

(قوله لانه يقضى به) أى بالسعاية اه (قوله سواء أعتقهما بعد القضاء عليهما) أى بالسعاية اه (قوله وهو ينكره) أى ثم أعتقه وهو معسر اه (قوله لانه لا ولاية له الخ) ينبغى أن يقول لان له ولاية ماليته فيصح بقدر المالية اه قارئ الهداية (قوله فيصح) أى فيصح اقرار السيد فيما الولاية للعبد فيه والولاية للسيد فى المالية اه (قوله ولو قتله) أى العبد المقر عليه بالدين اه (قوله المرتهن هو الخصم فى تضمينه قيمته) قال الاتقانى عند قوله فى الهداية والواجب على هذا المستهلك قيمته (٨٧) يوم هلك أى الواجب من الضمان على المستهلك الاجنبى قيمة الرهن يوم الاستهلاك لا قيمته يوم قبض الرهن واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث يجب عليه قيمته يوم قبض وكذلك اذا هلك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم القبض لا يوم الهلاك (قوله فانه يعتبر قيمته يوم القبض) وسواء فى ذلك الهلاك والاستهلاك اه (قوله يوم قبضه) بالرفع خبران اه (قوله وكانت رهنا فى يده حتى يحل) بضم الحاء وكسرها جميعا اه غاية (قوله فهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر) أى الذى انتقص من الرهن من قيمته يوم القبض مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذى سبق الاستهلاك وليس بمضمون بتراجع السعر فلذلك سقط من الدين بقدر الناقص وهذا جواب سؤال بأن يقال لو سقط الدين بقدر الناقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع السعر أثر فى اسقاط شئ من الدين كما اذا ردّه الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر فأجاب عنه وقال انه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وتحقيق الجواب ما قال القدورى وقد مر آنفا اه اتقانى (قوله كذا ذكر صاحب الهداية) صاحب الهداية يقول هو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر فكيف يستشكل الشارح رحمه الله اه (قوله فان النقصان بتراجع السعر اذا لم يكن مضمونا الخ) يقال عليه انما لم يكن مضمونا حال قيام العين أما حال الاتلاف فهو مضمون لان به هلك العين بالقبض السابق قال القدورى رحمه الله فى شرحه لمختصر الكرخى ما نصه ولا يقال ان نقصان السعر فى الرهن ليس بمضمون لانه لا يضمن مع بقاء عين الرهن فأما اذا تلفت العين فالضمان متعلق بقبضها كأنه

استوفى مقدار قيمتها يوم القبض اه وحينئذ فلا اشكال والله الموفق اه كاتبه وكتب مانصه انما لم يكن مضمونا عليه حال بقاء العين لانه يمكن أن يرجع الى قيمته وأما بعد الهلاك فهو فى ضمانه اه (قوله لارتفاع القبض الموجب للضمان) ولانه تلف فى يد مالكه فلا يجب ضمانه على غيره اه غاية (قوله فى المتن ولو أعاره أحدهما أجنبيا) قيد بالاجنبى لانه لو أعاره للراهن أو أجره منه أو أودعه عنده كان للمرتهن أن يسترده والاجارة باطلة كذا فى فتاوى قاضيخان وغيره اه كاكى (قوله بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن) يعنى اذا باع الراهن الرهن من المرتهن أو أجره أو وهبه منه صح ويخرج عن الرهن بذلك ولا يعود الا بعقد جديد وهذا كما ترى صريح فى جواز الاجارة من المرتهن وقد قال الاتقانى (٨٨) رحمه الله نقلا عن شرح الطحاوى للاسبيجابى مانصه وكذلك لو استأجره المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة ولو هلك فى يده قبل انقضاء مدة الاجارة أو بعد انقضائها ولم يحبسه عن الراهن هلك أمانة ولا يذهب بهلاكه شئ من الدين ولو حبسه من الراهن بعد انقضاء مدة الاجارة صار غاصبا اه وهو يؤيد ماذكره الشارح من جواز اجارة الراهن الرهن من المرتهن وفى معراج الدراية ولو أجره الراهن من المرتهن كانت الاجارة باطلة وهو بمنزلة مالو أعاره أو أودعه وفى الايضاح أجره من المرتهن خرج من الرهن ولم يعد الى الرهن أبدا لان الاجارة عقد لازم فاذا لزم العقد انتفى الرهن اه وقال الولوالجى رحمه الله ولو أجر الراهن من المرتهن بطل الرهن لان الاجارة عقد لازم لا ينفذ على المرتهن الا بعد انتقاض الرهن وكذلك الراهن اذا آجره من انسان آخر وأجازه المرتهن أو أجره المرتهن فأجازه الراهن يبطل الرهن اه (قوله ولو مات الراهن الخ) يعنى فيما اذا باشر أحدهما الاجارة أو البيع أو الهبة ومات الراهن قبل وصول العين المرهونة الى المرتهن كان المرتهن أسوة الغرماء لان هذه العقود لازمة فبطل بها عقد الرهن فكان المرتهن وسائر الغرماء سواء بخلاف ما اذا أعاره أحدهما باذن الآخر فمات الراهن قبل الرد الى المرتهن حيث كان المرتهن أخص به من سائر الغرماء لان الاعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن واذا بطل الرهن بالعقود المذكورة ثم انفسخت لم يعد الرهن الا بعقد جديد وقبض لانه انفسخ بطريان ما يوجب الاستحقاق اه اتقانى رحمه الله (قوله ولو اختلفا الخ) كذا فى فتاوى قاضيخان اه (قوله وهو قضاء الدين بماله) أى بمال غير المديون وهو الشخص المتبرع اه (قوله لان البيع) أى قبل القبض اه (قوله لو عين المعير الخ) كان ضامنا لقيمة الثوب المستعار للرهن ان هلك فى يد المرتهن لانه تصرف فى ملكه على وجه لم يأذن له فيه فصار

يخرج من ضمان المرتهن لان الضمان كان باعتبار قبضه وقد انتقض بالرد الى صاحبه فارتفع الضمان لارتفاع المقتضى له ولا يكون مضمونا على صاحبه لان الاسترداد باذنه قال رحمه الله (فلو هلك فى يد الراهن هلك مجانا) لارتفاع القبض الموجب للضمان على ما بينا قال رحمه الله (وبرجوعه عاد ضمانه) أى برجوع الرهن الى يد المرتهن عاد الضمان حتى يذهب الدين بهلاكه لعود القبض الموجب للضمان وللمرتهن أن يسترده الى يده لان عقد الرهن باق الا فى حكم الضمان فى هذه الحالة ولهذا لو مات الراهن قبل أن يسترده كان المرتهن أحق به من بين سائر غرمائه لان يد العارية ليست بلازمة والضمان ليس من لوازم الرهن لانه قد ينفك عنه ألا ترى أن ولد الرهن رهن وليس بمضمون قال رحمه الله (ولو أعاره أحدهما أجنبيا باذن الآخر سقط الضمان) لما بينا قال رحمه الله (ولكل أن يرده رهنا) لان لكل واحد منهما فيه حقا محترما اذ هو باق على الرهنية لبقاء عقد الرهن على ما بينا بخلاف الاجارة والبيع والهبة من المرتهن أو من أجنبى اذا باشرها أحدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن ثم لا يعود الا بعقد مبتدإ ولو مات الراهن قبل أن يرهنه ثانيا كان المرتهن أسوة الغرماء لان الرهن تعلق به حق محترم لازم لهذه التصرفات فيبطل به حكم الرهن ولا كذلك العارية لانها لم يتعلق بها حق لازم والايداع من أحدهما باذن الآخر كالاعارة لانه غير لازم كالعارية والرهن كالاجارة لانها لازمة وبيع المرتهن الرهن واجارته وهبته من الراهن كالاعارة لان هذه العقود لا تلزم فى حقه لان ملكه باق فيه فتبطل به هذه العقود ولو أذن الراهن للمرتهن بالاستعمال أو أعاره للعمل فهلك قبل أن يأخذ فى العمل هلك بالدين لبقاء عقد الرهن واليد والضمان وكذا اذا هلك بعد الفراغ من العمل لارتفاع يد الامانة بالفراغ ولو هلك فى حالة العمل هلك أمانة لثبوت يد العارية بالاستعمال وهى مخالفة ليد الرهن فانتفى الضمان ولو اختلفا فى وقت الهلاك فادعى المرتهن أنه هلك حالة العمل وادعى الراهن أنه هلك فى غير حالة العمل كان القول قول المرتهن لانه منكر والبينة بينة الراهن لانه مدع قال رحمه الله (وان استعار ثوبا ليرهنه صح) لانه متبرع باثبات ملك اليد فيعتبر بالتبرع باثبات ملك العين واليد وهو قضاء الدين بماله ويجوز أن ينفصل ملك اليد عن ملك العين ثبوتا للمرتهن كما ينفصل فى حق البائع زوالا لان البيع يزيل الملك دون اليد ثم يكون رهنا بما رهنه به قليلا كان أو كثيرا اذا أطلق ولم يقيده بشئ لان الاطلاق يجب اعتباره خصوصا فى العارية لان الجهالة فيها غير مفسدة لكونها لا تفضى الى المنازعة قال رحمه الله (ولو عين قدرا أو جنسا أو بلدا فخالف ضمن المعير المستعير أو المرتهن) أى لو عين المعير قدر ما يرهنه به أو جنسه أو البلد الذى يرهنه فيه فخالف كان للمعير الخيار ان شاء ضمن المستعير قيمته وان شاء ضمن المرتهن لان كل واحد منهما متعد فى حقه فصار الراهن كالغاصب والمرتهن

كغاصب

غاصبا قال الكرخي في مختصره وللمعير أن يأخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن فيه اذا كان معلوما أنه عارية من صاحبه وذلك لانه لما لم يأذن له في هذا الرهن صار كأنه رهن ملكه بغير أمره فله أن يأخذه من يد المرتهن اه غاية * فرع كثير الوقوع قال في الخلاصة وللمرتهن أن يبيع ما يخاف عليه الفساد باذن الحاكم ويكون ثمنه رهنا عنده اه وان باع بغير أمر القاضي كان ضامنا اه قاضيخان (قوله لان التقييد) أي تقييد المعير بقدر معين اه (قوله بما تيسر أداؤه) أي عند الاحتياج الى فكاكه اه (قوله ليرجع عليه) أي على المستعير اه

كغاصب الغاصب وانما كان كذلك لان التقييد مفيد وهو ينفي الزيادة لان غرضه الاحتباس بما تيسر أداؤه وينفي النقصان أيضا لان غرضه أن يصير مستوفيا للاكثر بمقابلته عند الهلاك ليرجع عليه بالكثير والنقصان يمنع من ذلك فيكون متعديا فيضمن الا اذا عين له أكثر من قيمته فرهنه بأقل من ذلك بمثل قيمته أو أكثر فانه لا يضمن لانه خلاف الى خير لان غرضه من الرجوع عليه بالكثير حاصل بذلك مع تيسر أدائه لانه لا يرجع الا بقدر القيمة لان الاستيفاء لم يقع الا به فتعيينه أكثر من قيمته غير مفيد في حقه بل فيه ضرر عليه لتعسر أدائه وكذلك التقييد بالجنس والشخص والبلد لان كل ذلك مفيد لتيسر بعض الاجناس في التحصيل دون بعض وتفاوت الاشخاص والبلدان في الحفظ والامانة فيضمن بالمخالفة ثم ان ضمن المستعير تم عقد الرهن بينه وبين المرتهن لانه ملكه باداء الضمان فتبين أنه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن رجع المرتهن بما ضمن وبالدين على الراهن على ما بيناه في الاستحقاق قال رحمه الله (وان وافق وهلك عند المرتهن صار مستوفيا ووجب مثله للمعير على المستعير) لان قبض الرهن قبض استيفاء وبالهلاك يتم الاستيفاء فسقط الدين عن الراهن ويضمن للمعير قيمته لانه قضى بذلك القدر دينه ان كان كله مضمونا والا يضمن قدر المضمون والباقي أمانة وهذا ظاهر وكذا لو نقصت قيمة الرهن بعيب أصابه يذهب من الدين بحسابه ويرجع المعير بذلك على الراهن لما ذكرنا قال رحمه الله (ولو افتكه المعير لا يمنع المرتهن ان قضى دينه) لان المعير غير متبرع بقضاء الدين لما فيه من تخليص ملكه ولهذا يرجع على الراهن فصار أداؤه كاداء الراهن فيجبر المرتهن على القبول بخلاف ما اذا قضى الاجنبي الدين لانه متبرع اذ لا يسعى في تخليص ملكه ولا في تفريغ ذمته فكان للطالب أن لا يقبله ثم يرجع المعير على الراهن بما أدى لما ذكرنا أنه غير متبرع بل هو مضطر فيه وذكر في النهاية أنه اذا افتكه بأكثر من قيمته بان كان الدين المرهون به أكثر لا يرجع بالزائد على قيمته وهذا مشكل لان تخليص الرهن لا يحصل بايفاء بعض الدين فكان مضطرا وباعتبار الاضطرار ثبت له حق الرجوع فكيف يمتنع الرجوع مع بقاء الاضطرار وهذا لان غرضه تخليصه لينتفع به ولا يحصل ذلك الا باداء الدين كله اذ للمرتهن أن يحبسه حتى يستوفي الكل على ما عرف في موضعه ولو هلك الرهن المستعار عند الراهن قبل ان يرهنه أو بعد ما افتكه فلا ضمان عليه لانه لم يصر قاضيا دينه به وهو الموجب للضمان على ما بينا ولو اختلفا في ذلك كان القول قول الراهن لانه ينكر الايفاء بماله والرجوع عليه باعتبار الايفاء عنه ولا يقال الظاهر يشهد للمعير لان سبب الضمان قد وجد بالرهن والراهن يدعي فسخه فوجب أن يكون القول للمعير لانا نقول الرهن لا يوجب الضمان وانما يوجبه الايفاء به ولهذا يتقدر بقدره ولو كان الرهن يوجبه لضمن كله ولو اختلفا في مقدار ما أمره بالرهن به كان القول للمعير لانه لو أنكر الاصل كان القول له فكذا في انكاره الوصف ولو رهنه المستعير بدين موعود فهلك في يد المرتهن قبل الاقراض وقيمته والمسمى سواء ضمن قدر الموعود لما عرف أنه كالموجود ويرجع المعير على الراهن بمثله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامة براءة ذمته عنه ولو كانت العارية عبدا فأعتقه المعير جاز لقيام ملكه في الرقبة ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بالدين على الراهن لانه لم يستوفه وان شاء ضمن المعير قيمته

(قوله لا يضمن) أي الزيادة على القيمة اه (قوله ثم ان ضمن المستعير ثم عقد الرهن الخ) لي فيه نظر لان الملك فيه لم يستند الى وقت القبض اذ القبض كان باذن المالك وانما يستند الى وقت المخالفة وهو التسليم الى المرتهن وعقد الرهن كان قبله فيقتصر ملكه على وقت التسليم فلم يتبين أنه رهن ملكه لان ملكه بعد عقد الرهن اه قارئ الهداية (قوله في المتن وان وافق وهلك عند المرتهن الخ) قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمة الثوب عشرة أو أكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن ووجب مثلها لرب الثوب على الراهن لانه في ضمن اقتضاء المرتهن صار المعير مقرضا مثله من الراهن ويرجع بمثله عليه اه اتقاني (قوله يذهب من الدين بحسابه) أي بقدر حصة العيب اه غاية (قوله لا يرجع بالزائد على قيمته)

بيانه اذا أعاره عبدا قيمته مائة وأذن له أن يرهنه بمائتين فافتكه المعير بمائتين رجع بمائة لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر ولم يكن للمعير أن يرجع بأكثر منه فكذا اذا قضى بنفسه لم يرجع بأكثر منه ويكون متطوعا في الزيادة التي قضاها ولا يقال انه لا يتوصل الى خلاص عبده الا بقضاء الجميع فلا يكون متبرعا في الزيادة لان استيفاء المرتهن بالهلاك كاستيفائه بالمباشرة فلا يرجع المعير اذا وفى بالمباشرة الا بما يرجع به اذا وفى من طريق الحكم كذا ذكره القدوري في شرحه اه غاية (قوله ولو اختلفا في ذلك) يعني قال رب الثوب هلك قبل الفكاك وقال الراهن هلك بعد الفكاك اه

(قوله والمرتهن حقه لازم الخ) قال القدوري في مختصره وجناية المرتهن عليه تسقط من دينه بقدرها اهـ والضمير في عليه راجع الى الرهن وفي دينه الى المرتهن وفي بقدرها الى الجناية وذلك لانه أتلف ملك غيره ومن أتلف ملك غيره لزمه ضمانه واذا لزمه الضمان وكان الدين قد حل سقط من الضمان بقدره ولزمه الباقي لان مازاد على قدر الدين من القيمة كان أمانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة الوديعة اذا أتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في شرح الاقطع اهـ غاية (قوله ألا ترى أن اقرار المولى عليه الخ) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل عبدا بألف درهم وقيمته ألف فجنى على الراهن في نفسه أو ماله جناية توجب مالا فهو هدر في قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري وذلك لان المولى لا يثبت له على عبده دين فحكم جناية الخطا حكم الدين ألا ترى أن المولى يملك أن يقر عليه بكل واحد من الامرين ولا يقبل اقرار العبد بهما فاذا لم يثبت أحدهما لم يثبت الآخر فليس كذلك جناية العبد لانها تثبت باقرار العبد ولا تثبت باقرار المولى عليه فصار المولى معه فيها كالاجنبي ولان الرهن على ملك الراهن وانما تثبت جنايته لحق المرتهن لان تعلق حقه جعل المولى كالاجنبي فلا فائدة للمرتهن في ثبوت هذه الجناية فلم يثبت وليس هذا كجناية المغصوب على المولى لان المغصوب مضمون ضمانا يتعلق به التمليك فصار كعقد الغاصب والرهن ليس بمضمون على الحقيقة قال شيخ الاسلام في شرح الكافي قيل هذا قول أبي يوسف ومحمد أما على قول أبي حنيفة تعتبر جناية الرهن على الراهن لانه مضمون على المرتهن فأشبه الغاصب ثم جناية المغصوب على على
المغصوب منه على هذا الاختلاف فهذا كذلك ثم قال والصحيح أن هذا قول الكل لانه ليس بمضمون مطلق بل هو مضمون لغيره وعينه أمانة فكان في معنى الامانة وقضية وصف الامانة أن تكون جنايته هدرا ولهذا كان جناية العبد على المشتري قبل القبض هدرا وان كان في ضمان البائع لانه مضمون عليه بغيره فهذا كذلك وكذلك جنايته على مملوكه ومتاعه وأما اذا جنى الرهن على المرتهن فهو هدر في قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد جنايته على المرتهن ثابتة اذا كانت في بني آدم فان شاء الراهن والمرتهن أبطلا الرهن ودفعاه بالجناية الى المرتهن وان شاء المرتهن قال لا أطلب الجناية فيكون رهنا على حاله كذا ذكر الكرخي في مختصره اهـ غاية

لان حقه قد تعلق برقبته وقد أتلفه بالاعتاق فتكون القيمة رهنا عنده الى أن يقبض دينه فيرد الى المعير لان القيمة قائمة مقام العين فأخذت حكم العين ولو استعار عبدا أو دابة ليرهنه فاستعمله قبل أن يرهنه ثم رهنه ثم قضى المال فلم يقبضه حتى هلك عند المرتهن صار المرتهن مستوفيا لدينه به ورد على الراهن ماقبضه لحصول الاستيفاء بالرهن وضمن الراهن للمعير قدر ماصار به موفيا دينه لانه لما رهنه أزال التعدي وقد برئت ذمته عن ضمان الغصب لانه أمين خالف ثم عاد الى الوفاق فصار حكمه حكم الرهن ولو هلك عند الراهن بعد الاسترداد لا يضمن لما ذكرنا أنه عاد الى حكم الرهن ولو استعمله بعد الاسترداد ثم تركه ثم هلك لا يضمن أيضا لما ذكرنا أنه أمين وحكمه حكم الوديعة عنده لا حكم العارية لانتهاء حكم العارية بالفكاك فصارت يده يد المالك لكونه عاملا للمالك بتحصيل مقصوده وهو الرجوع عند الهلاك بخلاف المستعير لان يده يد نفسه فاذا تعدى لا يبرأ من الضمان حتى يوصله الى يد المالك على هذا عامة المشايخ وقال شيخ الاسلام يبرأ المستعير اذا أزال التعدي كالوديعة واستدل عليه هو بمسئلة المستعير للرهن وقد بينا المعنى فيه فلا يبقى حجة له على ذلك التقدير ولو مات مستعير الرهن مفلسا فالرهن باق على حاله ولا يباع الا برضا المعير لانه ملكه ولو أراد المعير البيع وأبى المرتهن من بيعه بيع بغير رضاه اذا كان فيه وفاء لان حقه في الاستيفاء وقد حصل وان لم يكن فيه وفاء لم يبع الا برضاه لان له في الحبس منفعة فلعل المعير قد يحتاج الى الرهن فيخلصه بالايفاء أو تزداد قيمته بتغير السعر فيستوفي منه حقه ولو مات المعير مفلسا وعليه دين أمر الراهن بقضاء دين نفسه ورد الرهن ليصل كل ذي حق الى حقه وان عجز لفقره فالرهن على حاله كما لو كان المعير حيا ولورثته أخذه ان قضوا دينه لانهم بمنزلة المورث فان طلب غرماء المعير وورثته بيعه فان كان فيه وفاء بيع والا فلا يباع الا برضا المرتهن كما مر لما بينا ولو كان الفاضل من دين المرتهن لم يف بدين غرماء المعير لا يباع الا برضاهم وان كان يفي بيع بغير رضاهم لوصول حقهم اليهم وكذا الحكم لو مات المعير والمستعير قال رحمه الله (وجناية الراهن والمرتهن على الرهن مضمونة) لان حق كل واحد منهما محترم فيجب عليه ضمان ما أتلف على صاحبه لان الراهن مالك وقد تعدى عليه المرتهن فيضمنه والمرتهن حقه لازم محترم وتعلق مثله بالمال يجعل المالك كالاجنبي في حق الضمان كالعبد الموصى بخدمته اذا أتلفه الورثة ضمنوا قيمته ليشترى بها عبد يقوم مقام الاول ولهذا يمنع المريض من التبرع بأكثر من الثلث ثم المرتهن يأخذ الضمان بدينه ان كان من جنس حقه وكان الدين حالا وان كان مؤجلا يحبسه بالدين فاذا حل أخذه بدينه ان كان من جنس حقه والا حبسه بدينه حتى يستوفي دينه قال رحمه الله (وجنايته عليهما وعلى مالهما هدر) أي جناية الرهن على الراهن والمرتهن وعلى مالهما هدر أطلق الجواب والمراد به جناية لا توجب القصاص وان كانت توجبه فمعتبرة حتى يجب عليه القصاص أما المرتهن فظاهر لانه أجنبي عنه وكذا المولى لانه كالاجنبي عنه في حق الدم اذ لم يدخل في ملكه الا من حيث المالية ألا ترى أن اقرار المولى عليه بالجناية الموجبة للقصاص باطل واقرار العبد بنفسه بها جائز والاقرار بما يوجب المال

على عكسه فاذا لم يدخل فى ملكه من ذلك الوجه صار أجنبيا عنه فأفاد الوجوب عليه بخلاف ما لو وجب المال لان ماليته ملك للمولى ومستحق للمرتهن فلا فائدة فى اعتبارها اذ تحصيل الحاصل محال بخلاف جناية المغصوب على المغصوب منه حيث تعتبر عند أبى حنيفة رحمه الله لان الملك عند أداء الضمان يثبت للغاصب مستندا حتى يكون الكفن عليه فكانت جنايته على غير مالكه فاعتبرت وهذا الحكم فيما اذا كانت جناية الرهن موجبة للدين على العبد لا دفع الرقبة بان كانت على غير الآدمى بلا خلاف بين أصحابنا رحمهم الله لما ذكرنا وان كانت موجبة لدفع الرقبة بان كانت على الآدمى فى النفس خطأ أو فيما دونها فكذلك عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا ان كانت جنايته على الراهن فكذلك وان كانت على المرتهن فمعتبرة لان فى اعتبارها فائدة تملك رقبة العبد والمرتهن غير مالك حقيقة فكانت جناية الرهن عليه جناية على غير المالك غير أنها سقطت لعدم الفائدة فى جناية لا توجب دفع العبد لما ذكرنا وهذه أفادت ملك رقبة العبد وان كان دينه يسقط بذلك لانه قد يختار ملك رقبة العبد وربما يكون بقاء الدين أنفع له فيختار أيهما شاء ثم اذا اختار أخذه ووافقه الراهن على ذلك أبطلا الرهن لسقوط الدين بهلاكه لان دفعه بالجناية يوجب هلاكه على الراهن فيسقط به الدين ولهذا لو جنى على الاجنبى فدفع بها سقط الدين وان لم يطلب الجناية فهو رهن على حاله ولابى حنيفة رحمه الله أن هذه الجناية لو اعتبرناها للمرتهن كان عليه التطهير من الجناية لانها حصلت فى ضمانه فلا يفيد وجوب الضمان مع وجوب التخليص عليه وهذا الاختلاف نظير الاختلاف فى العبد المغصوب فان جنايته على الغاصب لا تعتبر عنده وعندهما تعتبر وما ذكرا من الفائدة غير ظاهر لان أخذ العبد بالجناية لا يكون الا باختيار المالك لان المجنى عليه لا يستبد بأخذه وقد لا يختاره والدفع بل هو الظاهر لعدم وجوب الفداء عليه بالمنع وفى رواية عن أبى حنيفة رحمه الله اذا كانت قيمة الرهن أكثر من الدين أن جنايته على المرتهن معتبرة بحسابها لان الزائد أمانة فصار كجناية العبد المودع ولو جنى الرهن على ابن الراهن أو على ابن المرتهن فهى معتبرة فى الصحيح حتى يدفع بها أو يفدأ أو كانت على المال يباع كما اذا جنى على الاجنبى اذ هو أجنبى لتباين الاملاك قال رحمه الله (وان رهن عبدا يساوى ألفا بألف مؤجل فرجعت قيمته الى مائة فقتله رجل وغرم مائة وحل الاجل فالمرتهن يقبض المائة قضاء من حقه ولا يرجع على الراهن بشئ) وأصله أن النقصان من حيث السعر لا يوجب سقوط الدين عندنا حتى كان له أن يطالب بجميع الدين عند رده ناقصا بالسعر خلافا لزفر رحمه الله هو يقول ان المالية قد انتقصت فأشبه انتقاص العين ولنا أن نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس وذلك غير معتبر فى البيع اذا حصل فى المبيع قبل القبض حتى لا يثبت للمشترى الخيار ولا فى الغصب حتى لا يجب على الغاصب ضمان ما نقص بالسعر عند رد العين المغصوبة بخلاف نقصان العين لانه بفوات جزء منه يتقرر الاستيفاء اذ اليد يد الاستيفاء واذا لم يسقط شئ من الدين بنقصان السعر بقى مرهونا بكل الدين فاذا قتله حر غرم قيمته يوم الاتلاف لان القيمة فى ضمان الاتلاف تعتبر وقت الاتلاف لان الجابر بقدر الفائت وأخذه المرتهن لانه بدل المالية فى حق المستحق وان كان مقابلا بالدم على أصلنا حتى لا يزاد على دية الحر لان المولى استحقه بسبب المالية وحق المرتهن متعلق بالمالية فكذا فيما قام مقامه ثم لا يرجع على الراهن بشئ لان يد المرتهن يد استيفاء من الابتداء وبالهلاك يتقرر وقيمته كانت فى الابتداء ألفا فيصير مستوفيا للكل من الابتداء أو نقول لا يمكن أن يجعل مستوفيا للالف بمائة لانه يؤدى الى الربا فيصير مستوفيا المائة وبقى تسعمائة فى العين فاذا هلكت يصير مستوفيا لتسعمائة بالهلاك بخلاف ما اذا مات من غير قتل أحد لانه يصير مستوفيا الكل بالعبد لانه لا يؤدى الى الربا لاختلاف الجنس بخلاف المسئلة الاولى لانا لو جعلناه مستوفيا للالف بمائة يؤدى الى الربا فجعلناه مستوفيا التسعمائة بالعبد الهالك وهو المقتول والمائة بالمائة قال رحمه الله (ولو باعه بمائة بأمره وقبض المائة قضاء من حقه ورجع بتسعمائة) أى لو باع المرتهن العبد الذى يساوى ألفا بمائة

(قوله ثم اذا اختار) التفريع على قولهما اهـ (قوله ولو جنى الرهن الخ) قال صاحب الهداية وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن الراهن أو ابن المرتهن يعنى أن جناية الرهن على المرتهن هدر عند أبى حنيفة بخلاف جنايته على ابن الراهن أو ابن المرتهن فانه معتبر بالاتفاق اهـ غاية (قوله خلافا لزفر) واذا انتقص من عينه شئ ذهب قسطه من الدين بالاتفاق اهـ اتقانى

بأمر الراهن وكان رهنا بألف قبض المرتهن تلك المائة التي هي الثمن قضاء لحقه ورجع على الراهن بتسعمائة لانه لما باعه باذن الراهن صار كأن الراهن استرده وباعه بنفسه ولو كان كذلك لبطل الرهن وبقي الدين الا بقدر ما استوفى فكذا هنا قال رحمه الله (وان قتله عبد قيمته مائة فدفع به افتكه بكل الدين) وهو الالف وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد هو بالخيار ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء سلم العبد المدفوع الى المرتهن بدينه ولا شيء عليه غيره وقال زفر رحمه الله يصير رهنا بمائة لان يد المرتهن يد استيفاء وقد تقرر بالهلاك الا أنه أخلف بدلا بقدر العشر فيبقى الدين بقدره قلنا ان العبد الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولو كان الاول قائما وانتقص بالسعر لا يسقط الدين وهو على الخلاف ولمحمد ان المرهون تغير في ضمان المرتهن فيخير الراهن كالمبيع والمغصوب اذا كانت قيمة كل واحد منهما ألفا وقتل كل واحد منهما عبدا قيمته مائة فان كل واحد من المشتري والمغصوب منه بالخيار ان شاء أخذ القاتل ولا شيء له غيره وان شاء فسخ المشتري البيع ورجع المغصوب منه بقيمته ولهما أن التغير لم يظهر في نفس العبد لقيام الثاني مقام الاول لحما ودما كما ذكرنا مع زفر رحمه الله وعين الرهن أمانة عندنا فلا يجوز تمليكه من المرتهن بغير رضاه ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي وانه منسوخ بقوله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه الحديث بخلاف ما ذكر من البيع والغصب لان حكم الخيار في البيع الفسخ وفي الغصب تمليكه باداء الضمان وهما مشروعان وعلى هذا الخلاف لو تراجع سعره حتى صار يساوي مائة ثم قتله عبد يساوي مائة فدفع به واذا قتل العبد المرهون قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ولا يملك الدفع لانه لا يملك التمليك ولو فداه طهر المحل وبقي الدين على حاله ولا يرجع المرتهن على الراهن بشيء من الفداء لان الجناية حصلت في ضمانه ولو أبى المرتهن أن يفدي قيل للراهن ادفع العبد أو افده لان الملك له وأيهما فعل سقط دين المرتهن به لان العبد قد هلك بالدفع بسبب كان في يد المرتهن وكذا بالفداء لانه كالحاصل له بعوض بخلاف ولد الرهن اذا قتل انسانا أو استهلك مالا حيث يخاطب الراهن ابتداء بالدفع أو الفداء لانه غير مضمون على المرتهن فاذا دفع خرج من الرهن ولم يسقط شيء من الدين كما لو هلك ابتداء فان فداه فهو رهن مع أمه على حالهما ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق رقبته فان أداه المرتهن فدين نفسه على حاله كما في الفداء وان أبى قيل للراهن بعه في الدين الا أن يختار أن يؤدي عنه فان أدى بطل دين المرتهن كما ذكرنا في الفداء وان لم يؤد وبيع العبد فيه يأخذ صاحب دين العبد دينه لان دين العبد مقدم على دين المرتهن وعلى حق المولى لان حقه مقدم على حق المولى وكذا على حق المرتهن لانه قائم مقام المولى في المالية ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد على حق ولي الجناية أيضا لان ولي الجناية قائم مقام المولى في ملك العين فان فضل شيء من دين العبد ودين غريم العبد مثل دين المرتهن أو أكثر فالفضل للراهن وبطل دين المرتهن لان الرقبة استحقت بمعنى هو في ضمانه فأشبه الهلاك وان كان دين العبد أقل منه سقط من دين المرتهن بقدره وما فضل من دين العبد يبقى رهنا كما كان ثم ان كان دين المرتهن قد حل أخذه منه لانه من جنس حقه وان كان لم يحل أمسكه حتى يحل ثم يأخذه اذا حل ان كان من جنس حقه وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم أخذ الثمن ولا يرجع بما بقي على أحد حتى يعتق العبد لان الحق في دين الاستهلاك يتعلق برقبته وقد استوفيت فيتأخر الى ما بعد العتق ثم اذا أدى العبد بعد العتق لا يرجع على أحد لانه وجب عليه بفعله هذا اذا كان كله مضمونا وان كان بعضه أمانة بان كانت قيمته أكثر من الدين وقد جنى العبد جناية قيل لهما افدياه أو ادفعاه لان البعض مضمون والبعض أمانة والفداء في المضمون على المرتهن وفي الامانة على الراهن فان اجتمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن والدفع لا يجوز في الحقيقة من المرتهن لما بينا وانما له التخليص بالفداء ولهذا يطلب رضاه في الدفع لاحتمال أن يختار الفداء وان تشاحا فالقول لمن قال أنا أفدي أيهما كان أما اذا كان هو المرتهن فلانه ليس في الفداء الذي يختاره ابطال حق الراهن

وفي

(قوله ولو فداه طهر) طهر بالطاء المهملة اهـ اتقاني (قوله المحل) وهو العبد عن الجناية اهـ غاية (قوله لان الجناية حصلت في ضمانه فلو أنه رجع على الراهن لرجع الراهن عليه اهـ غاية (قوله يأخذ صاحب) أي الذي استهلك العبد ماله اهـ (قوله ولهذا المعنى قلنا يقدم دين العبد الخ) أي قيمة المستهلك اهـ قال القدوري وانما قلنا ان حق ولي الجناية وحق ولي دين العبد يقدم على حق المرتهن لان حقهما يقدم على حق المالك وهو أقوى من حق المرتهن فلان يقدم على حق المرتهن أولى اهـ اتقاني (قوله فالفضل للراهن) يعني ان كان ما أخذه غريم العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن أو أكثر بطل دين المرتهن على الراهن وان كان أقل منه بطل قدر ذلك على الراهن ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه اهـ (قوله وما فضل) أي وما فضل من ثمن العبد من دينه يبقى رهنا كما كان اهـ (قوله وان كان ثمن العبد لا يفي بدين الغريم) أي الذي استهلك العبد ماله اهـ (قوله بأن كانت قيمته أكثر من الدين) أي بأن كانت قيمة العبد ألفين وهو رهن بألف اهـ (قوله وان تشاحا) اي في الدفع والفداء اهـ

وفى الدفع الذى يختاره الراهن ابطال حق المرتهن ويكون المرتهن فى الفداء متطوعا فى حصة الامانة حتى لا يرجع على الراهن بذلك لانه كان يمكنه أن لا يختاره فيخاطب الراهن فلما التزمه والحالة هذه كان متبرعا على ماروى عن أبى حنيفة رحمه الله بخلاف ما اذا كان غائبا لانه تعذر خطابه والمرتهن محتاج الى اصلاح المضمون ولا يمكنه ذلك الا باصلاح الامانة فلا يكون متبرعا وعند أبى يوسف ومحمد وزفر والحسن رحمهم الله المرتهن متطوع فى الوجهين لانه فدى ملك غيره بغير أمره فصار كالاجنبى وأما اذا كان المختار للفداء هو الراهن فلأن المرتهن ليس له ولاية الدفع فكيف يختاره ولان فى الدفع الذى يختاره المرتهن تفويت حق الراهن فى العين من غير فائدة تحصل له لان حقه يسقط بالدفع كما يسقط بفداء الراهن ثم اذا فداه الراهن يحتسب على المرتهن حصة المضمون من الفداء من دينه لان سقوط الدين أمر لازم دفع أو فدى لانه بالاستحقاق صار هالكا فاذا فداه صار كانه حصل له بالفداء فلم يجعل الراهن فى الفداء متطوعا ثم ينظر ان كان حصة المضمون من الفداء مثل الدين أو أكثر بطل الدين وان كان أقل سقط من الدين بحسابه وكان العبد رهنا بما بقى لان الفداء فى حصة الامانة كان عليه وفى حصة المضمون كان على المرتهن فاذا أداه الراهن وهو ليس بمتطوع فيه كان له الرجوع عليه فيصير قصاصا بدينه كانه أوفى بعضه فيبقى العبد رهنا بما بقى بخلاف ما اذا فداه المرتهن حيث يكون متطوعا فى حال حضرة الراهن لا فى حال غيبته على ما بينا وعن زفر عن أبى حنيفة على عكسه بأن الراهن اذا كان حاضرا فالمرتهن لا يكون متطوعا فى الفداء وان كان غائبا كان متطوعا فيه ووجهه أن المجنى عليه لا يخاطب المرتهن فى حال غيبة الراهن لانه ليس بمالك ولا يقدر على الدفع ولا يتمكن من أخذ العبد منه مالم يحضر الراهن فلا حاجة له الى الفداء فاذا فداه من غير حاجة اليه كان متطوعا وأما فى حالة حضرته فالمجنى عليه يخاطبهما بالدفع أو الفداء ولا يتوصل المرتهن الى استدامة يده الا بالفداء فكان مضطرا اليه فلا يكون متبرعا كمعير الرهن وصاحب العلو اذا بنى السفل ثم بنى عليه علوه وكذا فى جناية ولد الرهن اذا قال المرتهن أنا أفدى كان له ذلك وان كان المالك يختار الدفع لانه ان لم يكن مضمونا عليه فهو محبوس بدينه وله فى الفداء غرض صحيح من زيادة الاستيثاق ولا ضرر على الراهن فكان له ذلك قال رحمه الله (وان مات الراهن باع وصيه الرهن وقضى الدين) لان الوصى قائم مقام الموصى ولو كان الموصى حيا كان له أن يبيع الرهن فكذا الوصيه قال رحمه الله (فان لم يكن له وصى نصب له القاضى وصيا وأمر ببيعه) وفعل ذلك الى القاضى لان القاضى نصب ناظرا لحقوق المسلمين اذا عجزوا عن النظر لانفسهم وقد تعين النظر فى نصب الوصى ليؤدى ما عليه لغيره ويستوفى حقوقه من غيره ولو كان على الميت دين فرهن الوصى بعض التركة عند غريم له من غرمائه لم يجز وللآخرين أن يردوه لانه ايثار لبعض الغرماء بالايفاء الحكمى فأشبه الايثار بالايفاء الحقيقى والجامع ما فى كل واحد منهما من ابطال حق غيره من الغرماء ألا ترى أن الميت بنفسه لا يملك ذلك فى مرض موته فكذا من قام مقامه وان قضى دينهم قبل أن يردوه جاز لزوال المانع بوصول حقهم اليهم ولو لم يكن للميت غريم آخر جاز الرهن اعتبارا بالايفاء الحقيقى ويبيع فى دينه لانه يباع فيه قبل الرهن فكذا بعده واذا ارتهن الوصى بدين للميت على رجل جاز لانه استيفاء فيملكه وله أن يبيعه ان وكل والا فلا الا باذن الراهن وكذا لو ارتهن الموصى ومات قام الوصى مقامه الا أنه لا يبيعه لان الوكالة تبطل بموته

﴿ فصــل ﴾ قال رحمه الله (رهن عصيرا قيمته عشرة بعشرة فتخمر ثم تخلل وهو يساوى عشرة فهو رهن بعشرة) لان ما يكون محلا للبيع بقاء يكون محلا للرهن بقاء كما أن ما يكون محلا للبيع ابتداء يكون محلا للرهن ابتداء والخمر محل للبيع بقاء ألا ترى أن من اشترى عصيرا فتخمر قبل القبض يبقى العقد فيها الا أن المشترى يتخير فى البيع لتغير وصف المبيع كما اذا تعيب فكذا يكون محلا للرهن بقاء وهذا لان العقد وقع صحيحا فاذا تخمر فقد فسد لكن بالتخلل يعود العقد صحيحا لعود المالية المتقومة فيها وزوال

(قوله من ابطال حق غيره) أى غير من رهن عنده اه (قوله ويبيع فى دينه) أى لانه لا مزاحم له اه

﴿فصــل﴾ هذا الفصل بمنزلة فصل المسائل المتفرقة المذكورة فى آخر الكتب فلذلك أخره استدراكا لما فات فيما سبق اه اتقانى (قوله كما أن ما يكون محلا للبيع الخ) قال الولوالجى رحمه الله وما جاز بيعه جاز رهنه لان عقد الرهن عقد تمليك يدا فاذا ملك تمليك العين رقبة ويدا أولى أن يملكه يدا اه ذكره فى الرهن (قوله لعود المالية المتقومة فيها الخ) فكان رهنا بالعشرة ولكن هذا اذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر والغالب النقصان فاذا انتقص سقط من الدين بقدره وانما قيدنا بنقصان المقدار لانه اذا انتقص سعره لا مقداره لا يسقط شئ من الدين لكن الراهن يتخير كما اذا انكسر القلب ان شاء افتكه ناقصا بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته رهنا عنده عند أبى حنيفة وأبى يوسف وعند محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين كذا ذكر فى شرح الكافى وان لم تنتقص قيمته لا يخير فيه فيبقى رهنا كما كان لانه لا ضرر فى الجبر على الفكاك اه اتقانى

المفسد وقوله ثم تخلل وهو يساوي عشرة يشير الى أن المعتبر فيه في الزيادة والنقصان القيمة وليس كذلك بل المعتبر فيه القدر لان العصير والخل من المقدرات لانه اما مكيل أو موزون وفيهما نقصان القيمة لا يوجب سقوط شئ من الدين كما مر في انكسار القلب وانما يوجب الخيار على ما ذكرنا لان الفائت فيه مجرد الوصف وفوات شئ من الوصف في المكيل والموزون لا يوجب سقوط شئ من الدين باجماع بين أصحابنا رحمهم الله فيكون الحكم فيه أنه ان نقص شئ من القدر سقط بقدره من الدين والافلا قال رحمه الله (وان رهن شاة قيمتها عشرة فماتت فدبغ جلدها وهو يساوي درهما فهو رهن بدرهم) لان الرهن يتقرر بالهلاك واذا حيي بعض المحل يعود الحكم بقدره بخلاف ما اذا ماتت الشاة المبيعة قبل القبض فدبغ جلدها حيث لا يعود البيع بقدره لان البيع ينفسخ بالهلاك قبل القبض والمفسوخ لا يعود صحيحا وأما الرهن فيتقرر بالهلاك ومن المشايخ من يقول يعود البيع صحيحا وقوله فهو رهن بدرهم قالوا هذا اذا كانت قيمة الجلد يوم الرهن درهما وان كانت قيمته يومئذ درهمين كان الجلد رهنا بدرهمين وانما يعرف ذلك بالتقويم بأن تقوم الشاة المرهونة غير مسلوخة ثم تقوم مسلوخة فالتفاوت بينهما هو قيمة الجلد هذا اذا كانت الشاة كلها مضمونة وان كان بعضها أمانة بان كانت قيمتها أكثر من الدين يكون الجلد أيضا بعضه أمانة بحسابه فيكون رهنا بحصته من الدين قالوا هذا اذا دبغه المرتهن بشئ لا قيمة له وان دبغه بشئ له قيمة ثبت للمرتهن حق حبسه بما زاد الدباغ فيه كما لو غصب جلد ميتة ودبغه بشئ له قيمة ثم قيل يبطل الرهن فيه حتى اذا أدى الراهن ما زاد الدباغ فيه أخذه وليس له أن يحبسه بالدين لانه لما حدث الدين الثاني وصار به محبوسا حكما خرج من أن يكون رهنا بالاول حكما فصار كما اذا رهنه حقيقة بأن رهن الرهن بدين آخر غير ما كان محبوسا به فانه يخرج عن الاول ويكون رهنا بالثاني فكذا هذا وقيل لا يبطل لان الشئ انما يبطل بما هو فوقه أو مثله ولا يبطل بما هو دونه كالبيع بألف اذا باعه ثانيا منه بأقل أو بأكثر يبطل لانه مثله ولا يبطل بالاجارة والرهن لانه دونه والرهن بالثاني هنا دون الاول لانه انما يستحق حبس الجلد بالمالية التي اتصلت بالجلد بحكم الدباغ وتلك المالية تبع للجلد لانها وصف له والوصف دائما تبع للاصل والرهن الاول رهن بما هو أصل بنفسه وليس بتبع لغيره وهو الدين فيكون أقوى من الثاني فلم يرتفع الاول بالثاني ويثبت الثاني أيضا لان سببه قد تحقق وانه لا يمكن رده بخلاف الاجارة والرهن لان ردهما ممكن فأمكن القول ببطلانهما ولو أبق العبد الرهن وجعل بالدين ثم عاد يعود الدين وعند زفر رحمه الله لا يعود بل يكون ملكا للمرتهن لان القاضي لما جعله بالدين فقد ملكه كالمغصوب يعود بعد الضمان فانه يكون ملكا للغاصب ولا يعود الى ملك المغصوب منه قلنا ان الرهن لا يملك بالدين لانه حكم جاهلي على ما بينا وانما يقع بقبضه الاستيفاء من وجه ويتم ذلك بالهلاك فاذا عاد ظهر أنه لم يتم فبقي محبوسا بالدين والدليل على أنه لا يملك به العين أن كفنه على الراهن بخلاف المغصوب قال رحمه الله (ونماء الرهن كالولد والثمر واللبن والصوف للراهن) لانه متولد من ملكه قال رحمه الله (وهو رهن مع الاصل) لانه تبع له والرهن حق متأكد لازم فيسري الى الولد ألا ترى أن الراهن لا يملك ابطاله بخلاف ولد الجارية الجانية حيث لا يسري حكم الجناية الى الولد ولا يتبع أمه فيه لان الحق فيها غير متأكد حتى ينفرد المالك بابطاله بالفداء وبخلاف ولد المستأجرة والكفيلة والمغصوبة وولد الموصى بخدمتها لان المستأجر حقه في المنفعة دون العين وفي الكفالة الحق يثبت في الذمة والولد لا يتولد من الذمة وفي الغصب السبب اثبات يد العادية بازالة يد المحقة وهو معدوم في الولد ولا يمكن اثباته فيه تبعا لانه فعل حسي والتبعية تجري في الاوصاف الشرعية وفي الجارية الموصى بخدمتها المستحق له الخدمة وهي منفعة والولد غير صالح لها قبل الانفصال فلا يكون تبعا لها وبعده لا ينقلب موجبا أيضا بعد أن انعقد غير موجب قال رحمه الله (ويهلك مجانا) أي اذا هلك النماء يهلك بغير شئ لان الاتباع لا قسط لها مما يقابل بالاصل لانها لم تدخل تحت العقد مقصودا اذ اللفظ لا يتناولها قال رحمه الله (وان هلك الاصل وبقي النماء فك بحصته) أي اذا هلك الرهن وبقي النماء يفك الولد بحصته

(قوله والافلا) قال العيني رحمه الله بعد أن حكى قول الشارح قلت القيمة تزيد وتنقص بازدياد القدر ونقصانه اه (قوله في المتن فهو رهن بدرهم) لان عقد الرهن يبطل بموت الشاة لان المرتهن صار مستوفيا بالهلاك وبالاستيفاء تأكد عقد الرهن فاذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا قائما فيثبت فيه حكمه بقسطه بخلاف البيع فان عامة المشايخ قالوا في الشاة المبيعة اذا ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فان البيع لا يعود ولا نص فيه هكذا قال فخر الاسلام والحاصل هنا ما قال في شروح الكافي أن لعلمائنا فيه طريقان أحدهما أنه بطل أصلا لانعدام محلية الرهن بهلاك الشاة ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد لانه حيي هذا القدر ولو حيي كله يعود كل الرهن فاذا حيي بعضه يعود بقدره والثاني أنه لم يبطل الرهن في قدر الجلد لان احتمال المالية قائم في هذا القدر فكان في بقاء الرهن فائدة فيتوقف فيه وهو الاصح اه اتقاني (قوله ومن المشايخ من قال يعود البيع) والجمهور على أنه لا يعود لما بينا اه كافي

(قوله ولهـذا لوهلك الولد الخ) قال الكرخى فى مختصره فان لم يفتكه الراهن حتى مات بعد أمه ذهب بغير شئ وصار كأنه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخى وذلك لما بينا أنه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات فكأنه لم يكن فيحكم بأن الام هلكت بالدين كذا فى غاية البيان وقد ذكر فيما فى هذا المحل فروعا جمة فلتنظر ثمة اهـ (قوله فما أصاب الاصل الخ) مثاله ما قال فى الزيادات رجل رهن رجلا شاة تساوى عشرة دراهم بعشرة وأذن الراهن للمرتهن أن يحتلب لبنها او يشرب منه ويأكل ففعل صح لان صاحب الملك قد

من الدين لانه صار مقصودا بالفكاك والتبع اذا صار مقصودا يكون له قسط كولد المبيع لا حصة له من الثمن ثم اذا صار مقصودا بالقبض صار له حصة حتى لو هلكت الام قبل القبض وبقى الولد كان للمشترى أن يأخذه بحصته من الثمن ولو هلك قبل القبض لا يسقط شئ من الثمن قال رحمه الله (ويقسم الدين على قيمته يوم الفكاك وقيمة الاصل يوم القبض وسقط من الدين حصة الاصل وفك النماء بحصته) لان الولد صار له حصة بالفكاك والام دخلت فى ضمانه من وقت القبض فتعتبر قيمة كل واحد منهما فى وقت اعتباره ولهذا لو هلك الولد بعد هلاك أمه قبل الفكاك هلك بغير شئ فيعلم بذلك أنه لا يقابله شئ من الدين الا عند الفكاك ولو أذن الراهن للمرتهن فى أكل زوائد الرهن بان قال مهما زاد فكله فأكله فلا ضمان عليه ولا يسقط شئ من الدين لانه أتلفه باذن المالك وهذه اباحة والاطلاق يجوز تعليقه بالشرط والخطر بخلاف التمليك وان لم يفتك الرهن حتى هلك فى يد المرتهن قسم الدين على قيمة الزيادة التى أكلها المرتهن وعلى قيمة الاصل فما أصاب الاصل سقط وما أصاب الزيادة أخذه المرتهن من الراهن لان الزيادة تلفت على ملك الراهن بفعل المرتهن بتسليط منه فصار كأن الراهن أخذه أو أتلفه فيكون مضمونا عليه فكان له حصة من الدين فبقى حصته هكذا ذكر فى الهداية والكافى وفتاوى قاضيخان والمحيط وعزاه الى الجامع قال رحمه الله (وتصح الزيادة فى الرهن لا فى الدين) معناه لا يصير الرهن رهنا بالدين المزيد وصورة الزيادة فى الرهن ظاهر وهو أن يزيد رهنا على الرهن الاول فيكونان رهنا بالدين الاول وأما صورة الزيادة فى الدين فهو أن يزيد دينا على الدين الاول على أن يكون الرهن الاول رهنا بالدينين وهو غير جائز وقال أبو يوسف رحمه الله تجوز الزيادة فى الدين أيضا وقال زفر والشافعى رحمهما الله لا تجوز الزيادة فى الرهن أيضا لانه يؤدى الى الشيوع لانه لا بد للرهن الثانى من أن يكون له حصة من الدين فيخرج الرهن الاول بقدره من أن يكون رهنا أو مضمونا وذلك شائع والشيوع مفسد للرهن ولابى يوسف رحمه الله أن الدين فى باب الرهن كالثمن فى البيع والرهن كالمثمن فتجوز الزيادة فيهما كما فى البيع والجامع بينهما الالتحاق باصل العقد للحاجة وامكان الالحاق فيهما كما فى البيع ولابى حنيفة ومحمد رحمهما الله أن الزيادة فى الدين توجب الشيوع فى الرهن لان الزيادة فى الدين تثبت فيه ضمان الدين الثانى فيكون بعض الرهن مضمونا به وبعضه مضمونا بالدين الاول وذلك البعض مشاع فلا يجوز بخلاف الزيادة فى الرهن لانها توجب تحول بعض الدين الى الرهن الثانى لان الدين ينقسم عليهما فصار الشيوع فى الدين لا فى الرهن وذلك غير مانع صحة الرهن ألا ترى أنه لو رهن شيأ بخمسمائة من ألف درهم عليه جاز ولو كان الشيوع فى الدين يمنع لما جاز والالتحاق بأصل العقد غير ممكن فى طرف الدين لانه غير معقود عليه ولا هو معقود به بل وجوده سابق على الرهن ولهذا يبقى الدين بعد فسخ الرهن والزيادة تكون فى المعقود عليه كالمبيع أو فى المعقود به كالثمن لا فى غيره لانه ليس باحد البدلين والزيادة تختص بهما ثم المراد بقولهم ان الزيادة فى الدين لا تصح أن الرهن لا يكون رهنا بالزيادة وأما نفس زيادة الدين على الدين فصحيحة لان الاستدانة بعد الاستدانة قبل قضاء الدين الاول جائز اجماعا ثم اذا صحت الزيادة فى الرهن وتسمى هذه زيادة قصدية قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الاول يوم قبضه لان كل واحد منهما دخل فى ضمان

رضى فاذا حضر الراهن افتك الشاة بجميع الدين لان ما أتلفه المرتهن فكان الراهن استرده ولو هلكت الشاة قبل أن يحضر الراهن ثم حضر فان الدين يقسم على قيمة الشاة وقيمة اللبن فتقضى حصة اللبن لان فعل المرتهن نقل الى الراهن فصار الراهن مستردا فصار له قسط من الدين فان كانت قيمة اللبن خمسة صار بازائه ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة ويؤدى ثلثه اهـ اتقانى (قوله وأما صورة الزيادة الخ) وصورة المسئلة ما قال فى شرح الطحاوى وهو أن يرهن عند رجل عبدا يساوى ألفين بألف درهم ثم استقرض الراهن من المرتهن ألفا أخرى على أن يكون العبد رهنا بهما جميعا فانه يكون رهنا بالاولى خاصة عند أبى حنيفة ومحمد وزفر ولو هلك هلك بالالف الاولى ولا يهلك بالالفين وان كانت قيمته ألفين ولو قضى الراهن ألفا وقال انما قضيتها من الالف الاولى فله أن يسترد العبد اهـ اتقانى

(قوله وقال زفر والشافعى الخ) وهو القياس اهـ غاية (قوله ولابى حنيفة ومحمد الخ) وهو القياس اهـ هداية (قوله وذلك البعض مشاع) ولو رهنه ابتداء نصف العبد بدين ونصفه بدين آخر لم يجز اهـ اتقانى (قوله والالتحاق بأصل العقد) جواب عن قول أبى يوسف اهـ (قوله وتسمى هذه زيادة قصدية) وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهى زيادة النماء وثمة يقسم الدين على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة النماء يوم الفكاك اهـ اتقانى (قوله وعلى قيمة الاول يوم قبضه) حتى لو كانت قيمة الزيادة يوم قبضها خمسمائة وقيمة الاول يوم القبض ألفا والدين ألف يقسم الدين أثلاثا فى الزيادة ثلث الدين وفى الاصل ثلثا الدين اهـ هداية

المرتهن يوم قبضه فكان هو المعتبر واذا ولدت المرهونة ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد منهم ألف درهم والدين ألف فالعبد رهن مع الولد خاصة يقسم ما في الولد عليه يوم فكاكه وعلى العبد الذى زيد عليه لانه جعله زيادة مع الولد دون الام والولد لا حصة له الا وقت الفكاك فما أصاب الولد في ذلك الوقت قسم عليه وعلى العبد الزيادة لما ذكرنا وقيل ذلك الولد تبع لا حصة له من الدين حتى لو مات الولد بعد الزيادة قبل الفكاك بطلت الزيادة لان الولد اذا هلك خرج من العقد فصار كأن لم يكن فبطل الحكم في الزيادة وكذا لو هلكت الزيادة قبل فكاك الولد هلكت بغير شئ لانه تبع فيما أخذ حكمه ولو كانت الزيادة مع الام قسم الدين على قيمتها يوم قبضها وعلى قيمة الزيادة يوم قبضها لما ذكرنا فما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت فما أصاب الام ذهب وسقط وما أصاب الولد افتكه به الراهن لان الزيادة دخلت على الام فيقسم الدين عليها وعلى الزيادة أولا ثم ما أصاب الام قسم عليها وعلى ولدها اذا هلكت وبقى الولد الى الفكاك ولو هلك الولد بعد هلاكها قبل الفكاك أو هلك هو وحده دونها ذهب بغير شئ لما ذكرنا انه لا حصة له الا وقت الفكاك فصار كأنه لم يكن أصلا فبقى حصة الام كلها عليها تذهب بهلاكها وحصة الزيادة أيضا تذهب بذهاب الزيادة فصار كان الرهن في الام وحدها وزاد العبد عليها فأيهما هلك هلك بحصته وافتك من بقى منهما بحصته قال رحمه الله (ومن رهن عبدا بألف فدفع عبدا آخر رهنا مكان الاول وقيمة كل ألف فالاول رهن حتى يرده الى الراهن والمرتهن في الآخر أمين حتى يجعله مكان الاول) لان الاول دخل في ضمانه بالقبض والدين فلا يخرج عن الضمان ما داما باقيين الا بنقض القبض فاذا كان الاول في ضمانه لا يدخل الثاني في ضمانه لانهما رضيا بدخول أحدهما فيه لا بدخولهما فيه فاذا رد الاول دخل الثاني في ضمانه ثم قيل يشترط تجديد القبض فيه لان يد المرتهن على الثاني يد أمانة ويد الراهن يد استيفاء وضمان فلا تنوب عنه كمن له على آخر جياد فاستوفى زيوفا ظنها جيادا ثم علم أنها زيوف وطالبه بالجياد وأخذها فان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف ويجدد القبض في الجياد وقيل لا يشترط لان الرهن تبرع كالهبة وعينه أمانة على ما عرف وقبض الامانة ينوب عن قبض الامانة ولان الرهن عينه أمانة والقبض يرد على العين فينوب قبض الامانة عن قبض العين ولو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين أو وهبه منه ثم هلك الرهن في يد المرتهن هلك بغير شئ استحسانا خلافا لزفر رحمه الله لان الرهن مضمون بالدين أو بجهته عند توهم الوجود كما في الدين الموعود ولم يبق الدين بالابراء والهبة ولا جهته لسقوطه الا اذا منعه من صاحبه فيصير غاصبا بالمنع وكذا اذا ارتهنت المرأة بصداقها رهنا فأبرأته أو وهبته له أو اختلعت عليه أو ارتدت والعياذ بالله قبل الدخول بها ثم هلك الرهن في يدها يهلك بغير شئ لسقوط الدين ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن أو بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده يهلك بالدين ويجب عليه رد ما استوفى الى من استوفى منه وهو من عليه الدين أو المتطوع بخلاف الابراء ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين أصلا وبالاستيفاء لا يسقط لقيام الموجب وهو السبب الموجب للدين لكن يكون المقبوض مضمونا على القابض فيلتقيان قصاصا ومعناه أن دين كل واحد منهما على صاحبه يبقى على حاله لعدم الفائدة في مطالبة كل واحد منهما صاحبه لان كل استيفاء توجد يعقب مطالبة مثله فيؤدى الى الدور فترك الطلب لعدم الفائدة فأما الدين نفسه فثابت في ذمة كل واحد منهما فاذا هلك الرهن يتقرر الاستيفاء الاول وهو الاستيفاء بقبض الرهن وينتقض الاستيفاء الثاني الذي هو الحقيقة وكذا اذا اشترى بالدين عينا أو صالح عن الدين على عين وكذا اذا أحال الراهن المرتهن بالدين على غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين لانه في معنى البراءة بطريق الاداء لانه يخرج بالحوالة عن ملك المحيل مثل ما كان له على المحتال عليه أو مثل ما يرجع عليه ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين لانه بمنزلة الوكيل وكذا اذا تصادقا على أن لا دين ثم هلك الرهن يهلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق على

(قوله لسقوط الدين) كما في الابراء اه هداية (قوله ووجه الفرق ان الابراء يسقط به الدين الخ) قال الولوالجي ولو قبض المرتهن دينه ثم هلك الرهن رد الدين لان بقبض الدين لم يسقط الدين عن الغريم من كل وجه ولهذا صحت الهبة واذا بقى أصل الدين بقى الرهن فبقى الضمان اه (قوله وكذا اذا اشترى) أى المرتهن اه (قوله بالدين عينا) أى من المرتهن اه (قوله أو صالح عن الدين على عين) أى لانه استيفاء اه هداية أى لان الصلح عن الدين على العين استيفاء للدين اه وكتب ما نصه ويجب على المرتهن رد الرهن على الراهن فلو هلك قبل أن يرده يجب عليه رد قيمته اه غاية (قوله لانه بمنزلة الوكيل) أعنى أن المحتال عليه بمنزلة الوكيل عن المحيل فثبت أن هذا براءة وقعت بطريق الاداء فلا يخرج الرهن من أن يكون مضمونا فاذا هلك بالدين بطلت الحوالة لانه يستند حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض السابق فتبين أنه أحال بالدين ولا دين اه اتقاني وكتب ما نصه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ارتهن عبدا بألف درهم يساويها ثم تصادقا أنه لم يكن له عليه شئ وقد مات العبد فعلى المرتهن أن يرد عليه ألف درهم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرحه الذى هو مبسوطه وذلك لانه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون المقبوض على سوم القرض مضمون عليه حقيقة بما ساومه ولم يحققه فكذا المقبوض على ظاهر الدين اه غاية

مناسبة الجنايات بالرهن من حيث الحكم لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوى والتلف بوثيقة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة النفس عن هلاك كما ألا ترى الى قوله تعالى ولكم فى القصاص حياة ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة ولأنها عبارة عما ليس للانسان فعله وكل ماليس (قوله والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام الخ) أى المراد القتل الذى هو جناية وهو ما يتعلق به الاحكام المذكورة فان القتل أكثر من خمسة كقتل المرتد والقتل رجما والقتل بقطع الطريق وقتل الحربى والقتل قصاصا ثم القتل عبارة عن ازهاق الروح بفعل شخص وان كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى ذلك موتا اه (قوله هذا تقسيم الشيخ أبى بكر الرازى) وتبعه القدورى فى مختصره فى تقسيمه اه (قوله أنه على ثلاثة أوجه الخ) قال الاتقانى ونقل الشيخ أبو جعفر الطحاوى فى مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره هذه العبارة اه (قوله عمد وشبه عمد وخطأ) وصاحب النافع قال القتل على أربعة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ والقتل بالتسبيب ولم يذكر ما أجرى مجرى الخطا لان (٩٧) حكمه حكم الخطا فلم يفرد له نوعا قاله الاتقانى

قيامه فتكون الجهة باقية بخلاف الابراء وقال فى الكافى ذكر شمس الائمة السرخسى رحمه الله فى المبسوط اذا تصادقا على أن لادين بقى ضمان الرهن اذا كان تصادقهما بعد هلاك الرهن لان الدين كان واجبا ظاهرا حين هلك الرهن ووجوب الدين ظاهرا يكفى لضمان الرهن فصار مستوفيا وأما اذا تصادقا على أن لادين والرهن قائم ثم هلك يهلك أمانة لانه بتصادقهما ينتفى الدين من الاصل وضمان الرهن لا يبقى بدون الدين وذكر الاسبيجابى أنهما اذا تصادقا قبل الهلاك ثم هلك الرهن اختلف مشايخنا فيه والصواب انه لا يهلك مضمونا رجل دفع مهر غيره تطوعا فطلقت المرأة قبل الوطء رجع المتطوع بنصف ما أدى وكذا لو اشترى عبدا وتطوع رجل بأداء ثمنه ثم رد العبد بعيب رجع المتطوع بما أدى وقال زفر رحمه الله يرجع الزوج والمشترى بذلك على القابض لان المتطوع أدى عنهما فصار كادائهما باذنهما قلنا انه اذا قضى عنهما بأمرهما رجع عليهما بما أدى فلكاه بالضمان وهنا لم يملكاه فبقى على ملك المتطوع والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ كتاب الجنايات ﴾

وهى فى اللغة اسم لما يجنيه المرء من شر اكتسبه تسمية للمصدر من جنى عليه شرا وهو عام الا انه خص بما يحرم من الفعل وأصله من جنى الثمر وهو أخذه من الشجر وهى فى الشرع اسم لفعل محرم سواء كان فى مال أو نفس لكن فى عرف الفقهاء يراد باطلاق اسم الجناية الفعل فى النفس والاطراف ثم القتل على خمسة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ وما أجرى مجرى الخطا والقتل بسبب والمراد به بيان قتل تتعلق به الاحكام من القصاص والدية والكفارة وحرمان الارث والاثم على ما نبين ان شاء الله تعالى هذا تقسيم الشيخ أبى بكر الرازى رحمه الله وذكر محمد رحمه الله فى الاصل أنه على ثلاثة أوجه عمد وشبه عمد وخطأ قال رحمه الله (موجب القتل عمدا وهو ما تعمد ضربه بسلاح ونحوه فى تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والليطة والنار الاثم والقود عينا) أى القتل الموصوف بهذه الصفة يوجب الاثم والقصاص متعينا أما

اه قلت ولعل محمدا رحمه الله انما اقتصر على الثلاثة ولم يذكر النوعين الاخيرين وهما القتل بسبب وما جرى مجرى الخطا لأن قصده بيان أحكام القتل الذى فيه مباشرة والقتل بسبب ليس فيه مباشرة وأما ما جرى مجرى الخطا فانه وان كان فيه مباشرة لكن لما كان حكمه حكم الخطا لم يذكره والله الموفق (قوله كالمحدد من الحجر والخشب الخ) قال فى شرح الطحاوى فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف أو ما كان كالحديد سواء كان له حدة يبضع بضعا أو ليس له حدة ولكن يرض رضا كالعمود وسنجاة الميزان وغيرها أو طعن بالرمح أو الابرة أو الاشفى بعد أن يقع عليه

اسم الحديد سواء كان الغالب عليه الهلاك أو لم يكن لان الحديد منصوص عليه لقوله عليه الصلاة والسلام لاقود الا بالسيف وفى رواية لاقود الا بالسلاح وفى رواية لاقود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والفضة والذهب والنحاس والآنك سواء قتله بضعا أو رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل الحديد فهو عمد والا فلا كما اذا أحرقه بالنار فهو عمد لانها تعمل عمله لانها تشق الجلد وكذلك ماله حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر له حد مما يبضع بضعا أو يطعن كخشب له حد يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد الى هنا شرح الطحاوى وقال فخر الدين قاضيخان فى فتاواه فى ظاهر الرواية فى الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال فى الاجناس ذكر فى الشروط الكبير لابى جعفر الطحاوى أنه لا قصاص فى العمود من الحديد لانه لا يجرحه اه اتقانى قال شيخ شيخنا قاسم فى حاشيته على شرح المجمع فعلى ظاهر الرواية العبرة للحديد نفسه سواء جرح أولا وعلى رواية الطحاوى العبرة للجرح نفسه حديدا كان أو غيره قال فى الينابيع وهذه الرواية أصح اه وظاهر صنيع الزيلعى اختياره هذه الرواية قال الولوالجى رجل ضرب رجلا بابرة وما أشبهه فمات فلا قود عليه لان

اشتراط العمدية فلان الجناية لا تتحقق دونها ولابد منها لترتب عليها العقوبة ولقوله عليه الصلاة والسلام رفع عن أمتي الخطأ والنسيان الحديث وأما اشتراط السلاح أو ما جرى مجرى السلاح فلان العمد هو القصد وهو فعل القلب لا يوقف عليه اذ هو أمر مبطن فأقيم استعمال الآلة القاتلة غالبا مقامه تيسيرا كما أقيم السفر مقام المشقة والنوم مضطجعا مقام الخارج من السبيلين والبلوغ مقام اعتدال العقل تيسيرا والآلة القاتلة غالبا هي المحددة لانها هي المعدة للقتل وما ليس له حد فليس بمعد له حتى لو ضربه بحجر كبير أو خشبة كبيرة أو بصنجة حديد أو نحاس لا يجب القصاص عند أبي حنيفة رحمه الله على ما يجيء في شبه العمد وذكر قاضيخان رحمه الله أن الجرح لا يشترط في الحديد وما يشبه الحديد كالنحاس وغيره في ظاهر الرواية وأما وجوب المأثم فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها الآية وقال صلى الله عليه وسلم سباب المؤمن فسق وقتاله كفر وقال عليه الصلاة والسلام لزوال الدنيا أهون على الله تعالى من قتل امرئ مسلم وعليه اجماع الامة وأما وجوب القصاص فلقوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس والمراد به القتل العمد لان الله تعالى أوجب الدية في القتل خطأ بقوله ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقال عليه الصلاة والسلام العمد قود ولان القتل قصاصا نهاية العقوبة فلا يشرع الا اذا تناهت الجناية ولا تتناهى الا بالعمد لان الخطأ فيه شبهة العمد فلا يوجب العقوبة المتناهية قال رحمه الله (الا أن يعفى) أي يجب القصاص عينا الا أن يعفو الاولياء فيسقط القصاص بعفوهم فلا يجب شئ ان كان العفو بغير بدل وان كان ببدل يجب المشروط بالصلح لا بالقتل وقال الشافعي رحمه الله الواجب أحدهما لا بعينه ويتعين باختيار الولي وفي قول عنه ان الواجب هو القود عينا لكن للولي حق العدول الى المال من غير رضا القاتل لقوله صلى الله عليه وسلم من قتل له قتيل فهو بخير النظرين اما أن يقتل واما أن يودى وقال عليه الصلاة والسلام في خطبته يوم فتح مكة فمن قتل له بعد مقالتي قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا العقل وبين أن يقتلوا وهذا نص على التخيير ولان حق العبد شرع جابرا وفي كل واحد منهما نوع جبر فيتخير في تعيين الواجب كالكفارات أو في العدول الى المال بعد الوجوب كالمثلي المنقطع فلا يحتاج فيه الى رضاه لتعينه مدفعا للهلاك وهو بامتناعه متعنت وملق نفسه في التهلكة فيجبر عليه كالمضطر اذا وجد مال الغير ومعه ثمنه فانه يتعرض له شرعا والآدمي قد يضمن بالمال كما في الخطا ولنا ما تلونا وما روينا والمراد به القتل العمد على ما بينا والالف واللام في قوله عليه الصلاة والسلام العمد قود للجنس لعدم العهد فيقتضي أن جنس العمد موجب للقود لا المال ومن جعله موجبا للمال فقد زاد عليه وهو لا يجوز والى هذا المعنى أشار ابن عباس رضي الله عنهما بقوله العمد قود لا مال فيه ولان المال لا يصلح موجبا لعدم المماثلة بينه وبين الآدمي صورة ومعنى اذ الآدمي خلق مكرما ليتحمل

التكاليف

مثل هذا لا يقصد به القتل عادة هكذا ذكر في العيون فقتل العمد هو الموجب للقصاص لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي موجب قتل العمد القود وقتل العمد ما تعمد ضربه بسلاح أو ما هو في معنى السلاح كالآلة التي تقطع وتجرح كليطة قصب وحجر له حدة وكالنار وعمود حديد وسنجة حديد الصحيح أن عند أبي حنيفة لا يجب القصاص فيما يجرح اه وقال الاتقاني عند قوله ومن ضرب رجلا بمر فقتله قال الصدر الشهيد وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين أيضا ثم قال والاصح عنده الجرح أي عند أبي حنيفة اه وقد نقلت عبارة الاتقاني بتمامها عند قوله في الكنز ومن قتله بمر فارجع اليها ان شئت والله الموفق اه قوله على اختلاف الروايتين أيضا هما ظاهر الرواية ورواية الطحاوي اه (قوله وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها الى آخر الآية) وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة وشرائع من قبلنا تلزمنا على أنه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها وقال تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل وانما قيدناه بالعمد وان كانت النصوص مطلقة لان القصاص عقوبة محضة فيجب أن يكون سببها أيضا جناية محضة وهو العمد وهذا لان الخطأ فيه معنى الاباحة أو لقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود أي حكم العمد قود اه اتقاني ﴿فرع﴾ ثم انما يجب القصاص في العمد اذا كان القاتل من أهل العقوبة بأن كان عاقلا بالغا مخاطبا مسلما كان أو كافرا ذكرا كان أو أنثى حرا كان أو عبدا والمقتول معصوم الدم عصمة أبدية وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة أي لا يكون والده وان سفل وأن لا يكون مملوكه فانه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتل به لان المماثلة في القصاص ليس بشرط عندنا وعند الشافعي يقتل بما قتل به كذا في شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله في المتن الا أن يعفى) تقدم في باب المستأمن من كتاب السير متنا وشرحا أنه من قتل مسلما لا ولي له أو حربيا جاءنا بأمان فأسلم فان كان خطأ فديته على عاقلته للامام وان كان عمدا يجب عليه القصاص أو الدية ينظر فيهما الامام فأيهما رأى أصلح فعل ولا يجوز العفو مجانا اه فليراجع ذلك اه قوله أو الدية أي اذا رضي بها القاتل اه (قوله كالمثلي المنقطع) يعني اذا وجب في ذمته مثلي بغصب أو غيره ثم انقطع عن أيدي الناس فان الطالب بخير ان شاء عدل الى القيمة في الحال وان شاء صبر الى أن يجيء المثل اه من خط الشارح (قوله وما روينا) وهو قوله صلى الله عليه وسلم العمد قود اه

التكاليف ويشتغل بالطاعة وليكون خليفة الله تعالى فى الارض والمال خلق لاقامة مصالحه ومبتذلا له فى حوائجه فلا يصلح جابرا وقائما مقامه والقصاص يصلح للتماثل صورة لانه قتل بقتل وكذا معنى لان المقصود بالقتل الانتقام والثانى فيه كالاول ولهذا سمى قصاصا وبه يحصل منفعة الاحياء لكونه زاجرا لا بأخذ المال فتعين موجبا الا المال ولهذا يضاف ماوجب من المال فى قتل العمد الى الصلح ألا ترى الى قوله صلى الله عليه وسلم لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولو كان القتل عمدا موجبا للمال لما أضافه الى الصلح ولا يعارض بقوله لا تعقل العاقلة عمدا لان المراد به مالا يمكن القصاص فيه من الجراحات فيما دون النفس وفى الصلح ما يمكن فى النفس وغيره وبه يستقيم والمراد بما روى والله أعلم ثبوت الخيار للولى عند اعطاء القاتل الدية وتخييره لا ينافى رضا الآخر فى غير الواجب وهذا كما يقال للدائن خذ بدينك ان شئت دراهم وان شئت دنانير وان شئت عروضا ومعلوم أنه لا يأخذ غير حقه الا برضا المدين وهذا سائغ فى الكلام ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام لا تأخذ الا سلمك أو رأس مالك أى لا تأخذ الا سلمك عند المضى فى العقد ولا تأخذ الا رأس مالك عند التفاسخ نظيره ومعلوم أنه لا يأخذ رأس ماله الا برضا الآخر لان الفسخ لا يتم الا باتفاقهما فاذا كان المراد بالحديث ذلك أو احتمله لا تبقى حجة له والذى يدل على ذلك ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما انه قال كان القصاص فى بنى اسرائيل ولم تكن الدية فقال عز وجل هذه الآية كتب عليكم القصاص فى القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد الى قوله فمن عفى له من أخيه شئ والعفو فى أن يقبل الدية فى العمد ذلك تخفيف من ربكم مما كان كتب على من كان قبلكم فأخبر أن بنى اسرائيل لم تكن فيهم دية أى كان ذلك حراما عليهم أخذه عوضا عن الدم أو يتركوه حتى يسفكوا الدماء فخفف الله تعالى عن هذه الامة ونسخ ذلك بقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية ونبه النبى صلى الله عليه وسلم على هذه الجهة بل بينها بقوله من قتل له قتيل فهو بالخيار بين أن يقتص أو يعفو أو يأخذ الدية التى أبيحت لهذه الامة وجعل لهم أخذها اذا أعطوها وعن أنس بن مالك أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فقال عليه الصلاة والسلام حين اختصموا اليه كتاب الله القصاص ولم يخير ولو كان المال واجبا به لخير اذ من وجب له أحد الشيئين على الخيار لا يحكم له بأحدهما معينا وانما يحكم له بان يختار أيهما شاء والذى يحققه أن الولى لو عفا عن القصاص قبل اختياره القصاص صح عفوه ولو لم يكن هو الواجب بالقتل لما صح عفوه قبل تعينه باختياره اذ العفو عن الشئ قبل وجوبه باطل فاذا كان القصاص هو الواجب الاصلى لا ينفرد الولى بالعدول عنه الى المال بدلا عنه لانه معاوضة ولا يجبر أحد على المعاوضة كما فى سائر الحقوق ولهذا لو ترك الولى القصاص بمال آخر غير الدية كالدار أو نحوها من الاعيان لا يجبر القاتل على الدفع وان كان فيه احياء نفسه ولا نسلم أن المضطر الذى ذكره يجبر على الشراء بحيث يدخل فى ملكه من غير رضاه وانما نقول يأثم اذا ترك الشراء مع القدرة عليه ومات وكذا نقول هنا أيضا يأثم اذا لم يخلص نفسه مع القدرة عليه وقوله والآدمى قد يضمن بالمال كما فى الخطا قلنا وجوب الضمان فى الخطا ضرورة صون الدم عن الاهدار لا باعتبار أنه مثل له وهذا لانه لما تعذر العقوبة وهو القصاص لعدم الجناية صير اليه لصون الدم ولولا ذلك لتخاطأ كثير من الناس وأدى الى التفانى ولان النفس محترمة فلا تسقط حرمتها بعذر التخاطؤ كما فى المال فيجب المال صيانة لها عن الاهدار ولا يقال وجوب القصاص لا ينافى وجوب المال ولا العدول اليه من غير رضا الجانى ألا ترى أن رجلا لو قطع يد رجل وهى صحيحة ويد القاطع شلاء فالمقطوع يده بالخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء قطع يده الشلاء وكذا لو عفا أحد الاولياء بطل حق الباقين فى القصاص ووجب لهم الدية ولولا أنه وجب بالجناية لما وجب بغير رضاهم لانا نقول انما كان لهم ذلك لتعذر استيفاء حقهم كملا وكلا منا مع القدرة على الاستيفاء فلا يلزمنا قال رحمه الله (لا الكفارة) أى لا تجب الكفارة بقتل العمد وقال الشافعى رحمه الله تجب اعتبارا بالخطا بل أولى لانها شرعت لمحو الاثم وهو فى العمد أكبر فكان أدعى الى ايجابها ولنا أن الكفارة دائرة

(قوله فى المتن لا الكفارة) ولو عفا الولى عن نصف القصاص يسقط الكل ولا ينقلب الباقى مالا اهـ قنية

بين العبادة والعقوبة فلابد من أن يكون سببها أيضا دائرا بين الحظر والاباحة لتعلق العبادة بالمباح والعقوبة بالمحظور وقتل العمد كبيرة محض فلا تناط به كسائر الكبائر مثل الزنا والسرقة والربا ولا يمكن قياسه على الخطا لانه دونه في الاثم فشرعه لدفع الادنى لا يدل على دفع الاعلى ولان في قتل العمد وعيدا محكما ولا يمكن أن يقال يرتفع الاثم فيه بالكفارة مع وجود التشديد في الوعيد بنص قاطع لا شبهة فيه ومن ادعى غير ذلك كان تحكما منه بلا دليل ولان الكفارة من المقدرات فلا يجوز اثباتها بالقياس على ما عرف في موضعه ولان قوله تعالى فجزاؤه جهنم الآية كل موجبه هو مذكور في سياق الجزاء للشرط فتكون الزيادة عليه نسخا ولا يجوز بالرأي قال رحمه الله (وشبهه وهو أن يتعمد ضربه بغير ماذكر الاثم والكفارة ودية مغلظة على العاقلة لا القود) أي موجب القتل شبه العمد الاثم والكفارة على القاتل والدية المغلظة على العاقلة ولا يوجب القصاص وقوله وهو أن يتعمد ضربه بغير ماذكر أي بغير ماذكر في العمد والذي ذكر في العمد هو المحدد وغيره هو الذي لا حد له من الآلة كالحجر والعصا وكل شئ ليس له حد يفرق الاجزاء وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا اذا ضربه بحجر عظيم أو بخشبة عظيمة فهو عمد وشبه العمد أن يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا وبه قال الشافعي رحمه الله وانما سمي هذا النوع بشبه العمد لان فيه قصد الفعل لا القتل فكان عمدا باعتبار نفس الفعل وخطأ باعتبار القتل لهم ان معنى العمدية يتقاصر باستعمال آلة لا تقتل غالبا لانه يقصد به التأديب أو اتلاف العضو لا القتل فكان شبه عمد ولا يتقاصر باستعمال آلة لا تلبث لانه يقصد به القتل كالسيف فكان عمدا فيجب القود ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام رض بين حجرين رأس يهودي رض رأس صبي بين حجرين وكذا قتل المرأة التي قتلت امرأة بمسطح وهو عمود الفسطاط ولابي حنيفة رحمه الله قوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل منها أربعون خلفة في بطونها أولادها وباطلاقه يتناول العصا الكبيرة والكلام في مثلها ولان قصد القتل أمر مبطن لا يعرف الا بدليله وهو استعمال الآلة القاتلة الموضوعة له على ما بينا وهذه الآلة لا تصلح دليلا على قصد القتل لانها غير موضوعة له ولا مستعملة فيه اذ لا يمكن القتل بها على غفلة منه ولا يقع القتل بها غالبا فقصرت العمدية لذلك فصار كالعصا الصغيرة وهذا لان ما يوجب القصاص وهو الآلة المحددة لا يختلف بين الصغير منها والكبير لان الكل صالح للقتل بتخريب البنية ظاهرا وباطنا فكذا ما لا يوجب القصاص وجب أن يستوي بين الصغير منه والكبير حتى لا يوجب الكل القصاص لانه غير معد للقتل ولا صالح له لعدم نقض البنية ظاهرا فكان في قصده القتل شك لما فيه من قصور والقصاص نهاية في العقوبة فلا يجب مع الشك وما رووه من رض اليهودي يحتمل أنه عليه الصلاة والسلام علم أن اليهودي كان قاطع الطريق فان قاطع الطريق اذا قتل بعصا أو سوط أو غيره بأي شئ كان يقتل به حدا أو يحتمل أنه جعله كقاطع الطريق لكونه ساعيا في الارض بالفساد فقتله حدا كما يقتل قاطع الطريق فان ذلك جائز أن يلحق به على ما بينا في قطاع الطريق وأما حديث المرأة فقال عبيد بن فضيلة عن المغيرة بن شعبة أن امرأتين ضربت احداهما الاخرى بعمود الفسطاط فقتلتها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بالدية على عصبة القاتلة وقضى فيما في بطنها بغرة فقال الاعرابي أغرم من لا طعم ولا شرب ولا صاح ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال أسجع كسجع الاعرابي وفي رواية قال هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه فعلم بذلك أن ما رووه غير صحيح والذي يدل على ذلك أن الراوي لذلك حمل بن مالك على زعمهم فانهم قالوا قال حمل بن مالك كنت بين بيتي امرأتين فضربت احداهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم في

(قوله في المتن وشبهه) قال الكرخي في مختصره قال محمد في كتاب الاصل شبه العمد ما تعمد ضربه في العصا أو السوط أو الحجر أو اليد وروى الحسن عن أبي حنيفة في رجل ضرب رجلا بعصا فقتله ان ذلك شبه العمد وكذا لو رماه بحجر فشجه وكذا لو ضربه بصخرة أو عود وكذا لو وكزه أو وجأه فمات من وجأته أي عضه فمات من عضته فذلك كله شبه العمد قال أبو الحسن وتغلظ الدية في شبه العمد في الابل اذا فرضت الدية فيها فأما غير الابل فلا يغلظ فيها الى هنا لفظ الكرخي وقال القدوري في شرحه وأما شبه العمد عند أبي حنيفة أن يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء وقال أبو يوسف ومحمد أن يتعمد الضرب بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب وهو قول الشافعي وقال في شرح الطحاوي وأما شبه العمد فهو أن يضرب بشئ الغالب فيه الهلاك كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوه فاذا قتله به فهو شبه العمد عند أبي حنيفة وعندهما هو عمد فأما اذا تعمد قتله بعصا صغيرة أو بحجر صغير أو بلطمة وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه فهذا شبه العمد بالاجماع واذا تابع الضرب حتى مات فهو شبه العمد عند أبي حنيفة وعندهما هو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي اه اتقاني (قوله لكونه ساعيا في الارض بالفساد) سيجيء عند قوله وانما يقتص بالسيف في الباب الذي يلي هذا أن قاطع الطريق يقتل بأي شاء رآه الامام اه (قوله فضيلة) هكذا هو في نسخ بالفاء والذي بخط الشارح نضيلة فليحرر اه (قوله كسجع الاعرابي) كذا بخط الشارح وفي بعض النسخ الاعراب فليحرر اه

جنينها

جنينها بغرة وأن تقتل بها هكذا رووه وقال ابن المسيب وأبو سلمة عن أبي هريرة اقتتلت امرأتان من هذيل فضربت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها اولادها فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي يارسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من اخوان الكهان وهذا هو المشهور عن حمل بن مالك فكيف يتصور أن يصح عنه خلاف ذلك ثم لا فرق عند أبي حنيفة رحمه الله بين أن يموت بضربة واحدة وبين أن يوالي عليه ضربات حتى مات كل ذلك شبه عمد لا يوجب القصاص واختلفوا على قولهما في الموالاة وقال الشافعي رحمه الله يصير عمدا بها فيوجب القصاص ولو ألقاه من جبل أو سطح أو غرقه في الماء أو خنقه حتى مات كل ذلك شبه عمد عنده وعندهما عمد وانما كان إثما يشبه العمد لانه ارتكب محرم دينه قاصدا له وانما وجبت الكفارة به لانه خطأ من وجه فيدخل تحت النص على الخطا وذكر صاحب النهاية أن صاحب الايضاح قال في الايضاح وجدت في كتب بعض أصحابنا أن لا كفارة في شبه العمد على قول أبي حنيفة رحمه الله فان الاثم كامل متناه وتناهيه يمنع شرعية الكفارة لان ذلك من باب التخفيف وجوابه على الظاهر أن نقول انه آثم اثم الضرب لانه قصده لا اثم القتل لانه لم يقصده وهذه الكفارة تجب بالقتل وهو فيه مخطئ ولا تجب بالضرب ألا ترى أنها لا تجب بالضرب بدون القتل وبعكسه تجب فكذا عند اجتماعهما يضاف الوجوب الى القتل دون الضرب وأما وجوب الدية به فلما روينا وانما وجبت على العاقلة لانه خطأ من وجه على ما بينا فيكون معذورا فيستحق التخفيف لذلك ولانها تجب بنفس القتل فتجب على العاقلة كما في الخطا ولهذا أوجبها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين ويتعلق بهذا القتل حرمان الميراث كالخطا بل أولى لانه جزاء الفعل وهو أولى بالمجازاة لوجود القصد منه الى الفعل فحاصله أنه كالخطا الا في حق الاثم وصفة التغليظ في الدية على مانبين من بعد ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (والخطأ وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم أو غرضا فأصاب آدميا أو ماجرى مجراه كنائم انقلب على رجل فقتله الكفارة والدية على العاقلة) أي موجب قتل الخطا وموجب ماجرى مجرى الخطا الكفارة والدية على العاقلة وقوله وهو أن يرمي شخصا الخ تفسير لنفس الخطا فانه على نوعين خطأ في القصد وخطأ في الفعل وقد بين النوعين بقوله وهو أن يرمي شخصا ظنه صيدا أو حربيا فاذا هو مسلم تفسير للخطا في القصد لانه لم يخطئ في الفعل حيث أصاب ماقصد رميه وانما أخطأ في القصد أي في الظن حيث ظن الحربي مسلما والآدمي صيدا وقوله أو غرضا فأصاب آدميا أي أو رمى غرضا فأصاب آدميا وهذا بيان للخطا في الفعل دون القصد فيكون معذورا اذا اختلف المحل بخلاف مالو تعمد بالضرب موضعا من جسده فأصاب موضعا آخر منه حيث يجب القصاص لان المحل لم يختلف لوجود قصد الفعل منه والقتل اذ جميع البدن منه كمحل واحد فيما يرجع الى مقصوده فلا يعذر وانما صار الخطأ نوعين لان الانسان يتصرف بفعل القلب والجوارح فيحتمل في كل واحد منهما الخطأ على الانفراد كما ذكر أو على الاجتماع بان رمى آدميا ظنه صيدا فأصاب غيره من الناس وقوله كنائم انقلب على رجل بيان لما جرى مجرى الخطا لان هذا ليس بخطا حقيقة لعدم قصد النائم الى شئ حتى يصير مخطئا المقصوده ولما وجد فعله حقيقة وجب عليه ما أتلفه كفعل الطفل فجعل كالخطا لانه معذور كالمخطئ وانما كان حكم المخطئ ماذكره لقوله تعالى فيه فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى أهله وقد قضى بها عمر رضي الله عنه في ثلاث سنين بحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فصار اجماعا وقدر الدية وصفتها ومايجوز عتقه عن الكفارة ومالا يجوز نذكره في الديات ان شاء الله تعالى وبهذا النوع من القتل لا يأثم اثم القتل وانما يأثم اثم ترك التحرز والمبالغة في التثبت لان الافعال المباحة لا تجوز مباشرتها الا بشرط أن لا يؤذي أحدا فاذا آذى أحدا فقد تحقق ترك التحرز فيأثم ولفظة الكفارة تنبئ عن ذلك لانها ستارة ولا ستر بدون الاثم قال رحمه الله (والقتل بسبب كحافر

(قوله أوغرقه في الماء أو خنقه) سيأتي حكم الخنق والتغريق في المتن في الباب الآتي والله الموفق اه وكتب مانصه قال الولوالجي رحمه الله ولو طرحه في بئر أو من ظهر جبل أو سطح لم يقتص منه عند أبي حنيفة وعندهما الجواب على التفصيل ان كان ذلك بحيث يقتل غالبا يجب القصاص ويكون عمدا وان كان لا يقتل غالبا لا يجب القصاص ويكون خطأ العمد اه ﴿فرع﴾ في مسئلة السم ولو سقاه سما حتى مات فهذا على وجهين ان دفع اليه السم حتى أكل ولم يعلم به فمات لا يجب القصاص ولا الدية ويحبس ويعزر ولو أوجره ايجارا تجب الدية على عاقلته وان دفع اليه في شربه فشرب ومات لا تجب الدية لانه شرب باختياره الا أن الدفع خدعة فلا يجب الا التعزير والاستغفار اه قاضيخان وفي المجرد لو قمط رجلا وألقاه في البحر فرسب وغرق كما ألقاه تجب الدية في قول أبي حنيفة ولو سبح ساعة ثم غرق فلا شئ عليه لانه غرق بعجزه وفي الاول بطرحه في الماء اه قاضيخان قوله لا يجب القصاص ولا الدية أي وديته اه ظهيرية (قوله في المتن والخطأ) قال في شرح الطحاوي وأما قتل الخطا فهو أن يقصد مباحا فيصيب محظورا اه اتقاني (قوله بخلاف مالو تعمد بالضرب موضعا من جسده الخ) في الذخيرة قصد أن يضرب يد رجل فأصاب عنقه فهو عمد وفيه القود ولو أصاب عنق غيره فهو خطأ قال صاحب المجتبى وبهذا تبين أن قصد القتل ليس بشرط لكونه عمدا اه كاكي

(قوله لطمت جارية) أى من الانصار اه غاية (قوله فقال أنس بن النضر) أى عم أنس بن مالك اه قاله الاتقانى فى أول باب القصاص فيما دون النفس اه

﴿ باب ما يوجب القود وما لا يوجبه ﴾

لما ذكر أنواع القتل وهى خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع فى بيان ذلك اه اتقانى (قوله فى المتن يجب القصاص بقتل كل محقون الدم الخ) قال الاتقانى والاصل فى ثبوت القصاص الكتاب والسنة قال الله عز وجل ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا السلطان القتل (١٠٢) بدليل قوله فلا يسرف فى القتل وقال تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقال عز وجل يا أيها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص فى القتلى وقال تعالى ولكم فى القصاص حياة وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود ولا يقال يرد قتل الاب ابنه عمدا اشكالا على الكلى الذى ذكره فانه لا يوجب القصاص لانا نقول موجب ذلك القصاص أيضا ولكن سقط لحرمة الابوة وذلك عارض والكلام فى الاصول لا فى العوارض ولهذا كان الابن شهيدا وان كان تجب الدية لانه انقلب مالا للشبهة وبه صرح فى شرح الطحاوى فى كتاب الصلاة اه اتقانى كتب على قوله محقون الدم حقن الدم منعه من أن يسفك اه (قوله فى المتن ويقتل الحر بالحر وبالعبد) قال قاضيخان عبد قتل عمدا يجب القصاص ويكون الاستيفاء الى المولى ولو كان العبد بين رجلين أو ثلاثة فولاية الاستيفاء لهم جميعا لا ينفرد أحدهم به فان عفا أحدهم ينقلب حق الباقين مالا الى القيمة كما ينقلب فى الحر الى الدية اه وكتب ما نصه قال أبو الحسن الكرخى فى مختصره وأجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا بقوله النفس بالنفس واختلفوا فى قتل الحر بالعبد وأجمع أصحابنا على قتل الحر بالعبد لعموم قوله النفس بالنفس ولقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القود الى هنا لفظ الكرخى اه اتقانى (قوله وقال الشافعى) أى ومالك وأحمد بن حنبل اه اتقانى * فرع قال فى المنار والقصاص لا يضمن بقتل القاتل قال ابن فرشتا يعنى من قتل من عليه القصاص لا يضمن لمن له القصاص عندنا ويضمن عند الشافعى اه قال فى شرح المغنى للسراج وانما قيد بان قاتل القاتل لا يضمن لولى القتيل لانه يضمن لولى القاتل الدية ان خطأ أو يقتص منه ان كان عمدا كذا فى الكافى للحاكم الشهيد اه (قوله ولانهما مستويان فى العصمة) لان العبد نفسا معصومة على سبيل الكمال اه

البئر وواضع الحجر فى غير ملكه الدية على العاقلة لا الكفارة) أى موجب القتل بسبب الدية على العاقلة لا الكفارة أما وجوب الدية به فلانه سبب التلف وهو متعد فيه بالحفر فجعل كالدافع للملقى فيه فتجب فيه الدية صيانة للانفس فتكون على العاقلة لان القتل بهذا الطريق دون القتل بالخطا فيكون معذورا فتجب على العاقلة تخفيفا عنه كما فى الخطا بل أولى لعدم القتل منه مباشرة ولهذا لا تجب الكفارة فيه قال رحمه الله (والكل يوجب حرمان الارث الا هذا) أى كل نوع من أنواع القتل الذى تقدم ذكره من عمد وشبه عمد أو خطا يوجب حرمان الارث الا القتل بسبب فانه لا يوجب ذلك كما لا يوجب الكفارة وقال الشافعى رحمه الله هو ملحق بالخطا فى أحكامه قال رحمه الله (وشبه العمد فى النفس عمد فيما سواها) لان اتلاف ما دون النفس لا يختص بآلة دون آلة فلا يتصور فيه شبه العمد بخلاف النفس على ما بينا والذى يدلك على هذا ما روى عن أنس بن مالك رضى الله عنه أن عمته الربيع لطمت جارية فكسرت ثنيتها فطلبوا اليهم العفو فأبوا والارش فأبوا الا القصاص فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال أنس بن النضر أتكسر ثنية الربيع قال والذى بعثك بالحق نبيا لا تكسر ثنيتها فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم يا أنس كتاب الله القصاص فرضى القوم فعفوا فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو أقسم على الله لابره ووجه دلالته على ما نحن فيه أنا علمنا ان اللطمة لو أتت على النفس لا توجب القصاص ورأيناها فيما دون النفس قد أوجبته بحكمه عليه الصلاة والسلام فثبت بذلك أن ما كان فى النفس شبه عمد هو عمد فيما دونها ولا يتصور أن يكون فيه شبه عمد والله أعلم

﴿ باب ما يوجب القود وما لا يوجبه ﴾

قال رحمه الله (يجب القصاص بقتل كل محقون الدم على التأبيد عمدا) لما بينا وشرط أن يكون المقتول محقون الدم على التأبيد لتنتفى شبهة الاباحة عنه لان القصاص نهاية فى العقوبة فيستدعى الكمال فى الجناية فلا يجب مع الشبهة واحترز بذلك عن المستأمن لان دمه غير محقون على التأبيد قال رحمه الله (ويقتل الحر بالحر وبالعبد) وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل الحر بالعبد لقوله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد فهذا يقتضى مقابلة الجنس بالجنس ومن ضرورة المقابلة أن لا يقتل الحر بالعبد ولان القصاص يعتمد المساواة ولا مساواة بينهما اذ الحر مالك والعبد مملوك والمالكية أمارة القدرة والمملوكية أمارة

أمارة العجز قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ فلا مساواة بينهما ولان الحرية حياة والرق موت حكما ألا ترى أنه ينسب الى معتقه بالولاء حتى يرثه لانه أحياه به ولهذا لا يقطع طرف الحر بطرف العبد بالاتفاق مع أن الطرف أهون وأقل حرمة لكونه تبعا للنفس فلأن لا يجب فى النفس وهى أعظم حرمة أولى بخلاف العكس لانه تفاوت الى نقصان فلا يمتنع كما فى المسلم والمستأمن ولان الرق أثر الكفر فيوجب شبهة الاباحة كحقيقة الكفر فصار كالمستأمن ولنا العمومات نحو قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس وقوله تعالى كتب عليكم القصاص فى القتلى وقوله عليه الصلاة والسلام العمد قود ولا يعارض بما تلا لان فيه مقابلة مقيدة وفيما تلونا مقابلة مطلقة فلا يحمل على المقيد على أن مقابلة الحر بالحر لا تنافى مقابلة الحر بالعبد لانه ليس فيه الا ذكر بعض ما شمله العموم على موافقة حكمه وذلك لا يوجب تخصيص ما بقى ألا ترى أنه قابل الانثى بالانثى والذكر بالذكر ثم لا يمنع من ذلك مقابلة الذكر بالانثى وكذا لا يمنع مقابلة العبد بالحر حتى يقتل به العبد بالاجماع فكذا بالعكس اذ لو منع ذلك لمنع العكس أيضا وفى مقابلة الانثى بالانثى دليل على جريان القصاص بين الحرة والامة وفائدة هذه المقابلة فى الاية على ما قال ابن عباس رضى الله عنهما كانت بين بنى النضير وبنى قريظة مقاتلة فكانت بنو قريظة أقل منهم عددا وكانت بنو النضير أشرف عندهم فتواضعوا على أن العبد من بنى النضير بمقابلة الحر من بنى قريظة والانثى منهم بمقابلة الذكر من بنى قريظة فأنزل الله تعالى الاية ردا عليهم وبيانا ان الجنس يقتل بجنسه على خلاف مواضعتهم من القبيلتين جميعا فكانت اللام لتعريف العهد لا لتعريف الجنس ولانهما مستويان فى العصمة اذ هى بالدين عنده وبالدار عندنا وهى المعتبرة فيجرى القصاص بينهما حسما لمادة الفساد وتحقيقا لمعنى الزجر ولو اعتبرت المساواة فى غير العصمة لما جرى القصاص بين الذكر والانثى والقصاص يجب باعتبار أنه آدمى ولم يدخل فى الملك من هذا الوجه بل هو مبقى على أصل الحرية من هذا الوجه ولهذا يقتل العبد بالعبد وكذا يقتل العبد بالحر ولو كان مالا لما قتل وكذا عجزه وموته وبقاء أثر كفره حكمى فلا يؤثر ذلك فى سقوط العصمة ولا يورث شبهة ولو أورث شبهة لما جرى القصاص بين العبيد بعضهم ببعض ووجوب القصاص فى الاطراف يعتمد المساواة فى الجزء المبان بعد المساواة فى العصمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء وفى النفس لا يشترط ذلك حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج ولا مساواة بين أطراف الحر والعبد الا فى العصمة فأظهرنا أثر الرق فيما دون النفس لما أن العبد من حيث النفس آدمى مكلف خلق معصوما قال رحمه الله (والمسلم بالذمى) وقال الشافعى رحمه الله لا يقتل به لما روى الشعبى عن جحيفة قال سألت عليا رضى الله تعالى عنه هل عندكم من رسول الله صلى الله عليه وسلم علم غير القرآن قال والذى فلق الحبة وبرأ النسمة ما عندنا من رسول الله صلى الله عليه وسلم سوى القرآن وما فى هذه الصحيفة قلت وما فى الصحيفة قال العقل وفكاك الاسير وأن لا يقتل مسلم بكافر وعن قيس بن عباد قال انطلقت أنا والاشتر الى على فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان فى كتابى هذا فأخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم أدناهم وهم يد على من سواهم لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد فى عهده الحديث ولانه لا مساواة بينهما لقوله تعالى لا يستوى أصحاب النار وأصحاب الجنة ولان الكفر يوجب النقصان والكافر كالميت قال الله تعالى أومن كان ميتا فأحييناه ولا مساواة بين الميت من وجه وبين الحى من كل وجه بخلاف ما اذا قتل ذمى ذميا ثم أسلم القاتل حيث يقتل به لوجود المساواة وقت القتل وهو المعتبر ولان الكفر مبيح للقتل فى الجملة فأورث شبهة كالملك مبيح للوطء فى الجملة ثم هو يورث شبهة فى الاخت من الرضاع حتى لا يحد اذا وطئها بملك اليمين ولنا ما تلونا من الكتاب وما روينا من السنة فانه باطلاقه يتناوله وقد صح عن عبد الرحمن بن البيلمانى ومحمد بن المنكدر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أتى برجل من

(قوله حتى يقتل الصحيح بالزمن وبالمفلوج) أى والبصير بالاعمى والعالم بالجاهل والشريف بالخامل اه اتقانى (قوله فى المتن والمسلم بالذمى) قال الكرخى فى مختصره وأجمع أصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمى الذى يؤدى الجزية وتجرى عليه أحكام المسلمين وانه لا يقتل مسلم بكافر غير ذمى وان كان مستأمنا فى دار الاسلام وله عهد أو ميثاق وهو باق على حكم دار الحرب لا تجرى عليه أحكام المسلمين الى هنا لفظ الكرخى وقال مالك والشافعى وأحمد لا يقتل مسلم بكافر اه اتقانى (قوله لما روى الشعبى عن جحيفة) كذا هو فى نسخة قارئ الهداية وكذا هو فى النسخة التى بخط شمس الدين الزراتيتى المقابلة على نسخة الشارح وصوابه عن أبى جحيفة وقد ذكره على وفق الصواب الاتقانى وأبو جحيفة هذا هو وهب بن عبد الله السوائى ذكره مسلم فى الكنى وذكره بكنيته الامام أبو جعفر الطحاوى فى شرح الآثار وقد قلده العينى الشارح فقال لما روى الشعبى عن جحيفة والصواب كما ذكرنا عن أبى جحيفة وفى صحيح البخارى عن أبى جحيفة قال سألت عليا هل عندكم شئ مما ليس فى القرآن فقال العقل وفكاك الاسير وأن لا يقتل مسلم بكافر اه فتنبه (قوله وعن قيس بن عباد) بضم أوله وتخفيف الباء الموحدة القيسى الضبعى اه اصابة (قوله حيث يقتل به) أى بالاجماع كما سيجىء فى الصفحة الآتية اه

المسلمين قد قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضرب عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته ولان القصاص يعتمد المساواة فى العصمة على ما بينا فى العبد وقد وجدت نظرا الى الدار والى التكليف لان شرط التكليف القدرة على ما كلف به ولا يتمكن من اقامة ما كلف به الا بدفع أسباب الهلاك عنه وذلك بان يكون محرم التعرض ولا نسلم أن الكفر مبيح بنفسه بل بواسطة الحراب ألا ترى أن من لا يقاتل منهم لا يحل قتله كالشيخ الفانى والذرارى وقد اندفع القتل عنهم بعقد الذمة فكان معصوما بلا شبهة ولهذا يقتل الذمى بالذمى ولو كان فى عصمته خلل لما قتل الذمى بالذمى كما لا يقتل المستأمن بالمستأمن وقد قال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وذلك بأن تكون معصومة بلا شبهة كالمسلم ولهذا يقطع المسلم بسرقة مال الذمى ولو كان فى عصمته شبهة لما قطع كما لا يقطع فى سرقة مال المستأمن لان المال تبع للنفس وأمر المال أهون من النفس فلما قطع بسرقته كان أولى أن يقتل بقتله لان أمر النفس أعظم من المال ألا ترى أن العبد لا يقطع بسرقة مال مولاه ويقتل بقتل مولاه لما ذكرنا والذى يدلك على ما قلنا أن الذمى لو قتل ذميا ثم أسلم القاتل قبل أن يقتل قتل به بالاجماع وهذا قتل مسلم بكافر فلولا أن المسلم يجب عليه القتل بقتل الذمى ابتداء لما دام الوجوب لان حالة البقاء فى مثل هذا معتبرة بالابتداء تعظيما لامر الدم ألا ترى أن مسلما لو جرح مسلما فارتد المجروح والعياذ بالله ثم مات من الجرح سقط القصاص وبعكسه لو جرح مرتد مرتدا ثم أسلم المجروح لا يجب القصاص لما ذكرنا ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام لا يقتل مسلم بكافر ولا ذو عهد فى عهده أى بكافر حربى ولهذا عطف ذو العهد وهو الذمى على المسلم تقديره لا يقتل مسلم ولا ذو عهد بكافر حربى لان الذمى اذا قتل ذميا قتل به فعلم أن المراد به الحربى اذ هو لا يقتل به مسلم ولا ذمى ولا يقال معناه لا يقتل ذو عهد مطلقا أى لا يحل قتله فيكون ابتداء كلام لانا نقول هذا لا يستقيم لوجهين أحدهما أن ذو عهد مفرد وقد عطف على الجملة فيأخذ الحكم منها لان المعطوف الناقص يأخذ الحكم من المعطوف عليه التام كما يقال قام زيد وعمرو ويقال قتل زيد بعمرو وخالد أى كلاهما قام أو قتل ولا يجوز أن يقدر له خبر آخر والثانى أن المعنى يأبى ذلك لان المراد بسوق الكلام الاول نفى القتل قصاصا لا نفى مطلق القتل فكذا الثانى تحقيقا للعطف اذ لا يجوز ذلك البتة فى المفرد ولا يقال معناه لا يقتل مسلم بكافر ولا بذى عهد أى لا يقتل بكافر حربى ولا بذمى لانا نقول لو أريد ذلك المعنى لكان لحنا اذ لا يجوز عطف المرفوع على المجرور فلا تجوز نسبته الى رسول الله صلى الله عليه وسلم لانه أفصح العرب ولا يقال روى ذى عهد بالجر فى بعض طرقه فيكون معطوفا على الكافر فلا يدل على ما قلتم لانا نقول ان صح ذلك هو جر للمجاورة لا للعطف عليه حتى يشاركه فى الحكم ومثله جائز قال الله سبحانه وتعالى وامسحوا برؤسكم وأرجلكم الى الكعبين بالجر للمجاورة وان لم يشاركه فى الحكم فحملناه عليه توفيقا بين الروايتين على الوجه الجائز وكذا الحديث الاول المراد به الكافر الحربى والدليل عليه أن عبد الرحمن بن أبى بكر الصديق رضى الله عنه قال حين قتل عمر مررت على أبى لؤلؤة ومعه الهرمزان فلما بغتهم ثاروا فسقط من بينهم خنجر له رأسان ممسكه فى وسطه فانطلق عبيد الله ابن عمر حين سمع ذلك من عبد الرحمن ومعه السيف حتى دعا الهرمزان فلما خرج اليه قال انطلق حتى ننظر الى فرس لى ثم تأخر عنه حتى اذا مضى بين يديه علاه بالسيف فلما وجد مس السيف قال لا اله الا الله قال عبيد الله ثم دعوت جفينة وكان نصرانيا فلما خرج الى علوته بالسيف فصلب بين عينيه ثم انطلق عبيد الله فقتل ابنة أبى لؤلؤة صغيرة فلما استخلف عثمان رضى الله عنه دعا المهاجرين والانصار فقال أشيروا الى فى قتل هذا الرجل فتق فى الدين ما فتق فاجتمع المهاجرون والانصار فيه على كلمة واحدة يأمرونه بالشدة عليه ويحثونه على قتله وقال عمرو بن العاص رضى الله عنه لعثمان لقد عفاك الله من أن يكون بعد ما بويعت وانما كان ذلك قبل أن يكون لك على الناس سلطان فأعرض عنه وتفرق الناس على خطبة عمرو بن العاص والهرمزان وجفينة كانا كافرين وأشار المهاجرون على قتل عبيد الله

(قوله فقال انا أولى من وفى بذمته) قال فى الفائق التكافؤ التساوى أى تتساوى فى القصاص والديات لا فضل فيها الشريف على وضيع والذمة الامان ومنها سمى المعاهد ذميا لانه أومن على ماله ودمه للجزية أى اذا أعطى أدنى رجل منهم أمانا فليس للباقين اخفاره اهـ اتقانى (قوله أشيروا الى فى قتل هذا الرجل) يعنى عبيد الله بن عمر اهـ (قوله فتق فى الدين) لفظة فى ليست فى خط الشارح فليراجع الحديث اهـ (قوله ما فتق) فتق الدين ما فتق اهـ من الشارح (قوله وانما كان ذلك) أى قتل الهرمزان وجفينة وابنة أبى لؤلؤة اهـ

بهما فجعال أن يريد النبي صلى الله عليه وسلم بالكافر الذمي ثم يشير المهاجرون على قتل عبيد الله بالذمي وعلى فيهم وهو الراوي لهذا الحديث فثبت بذلك أن المراد به الحربي ولا يقال لعل عثمان أراد قتله بينت أبي لؤلؤة لا بجفينة والهرمزان لانا نقول لو أراد ذلك لبينه أنه يقتله بها لاجهما لان الناس كانوا يقولون بين يديه أبعدهما الله فحال أن لا يبين ذلك مع هذا القول من الناس بين يديه فثبت بهذا أن المساواة من كل وجه لا تعتبر في وجوب القصاص بل تعتبر المساواة في العصمة وقوله تعالى لا يستوي أصحاب النار وأصحاب الجنة أي في الفوز يدل عليه قوله تعالى أصحاب الجنة هم الفائزون ولا يلزم منه عدم الاستواء في العصمة لان مثل هذا الكلام لا عموم له ألا ترى الى قوله تعالى لا يستوي الاعمى والبصير أن المنفي الاستواء في العمى والبصر لا في كل وصف ولهذا يجري القصاص بينهما لاستوائهما في العصمة وكذا نقصان حال الكافر بكفره لا يزيل عصمته فلا عبرة به كسائر الاوصاف الناقصة كالجهل والفسق والانوثة ولا نسلم أن كفره مبيح للقتل بل حرابه هو المبيح وقد ذكرناه غير مرة بخلاف ما ذكر من الملك في الاخت من الرضاع فانه مبيح للوطء وانما امتنع في الاخت المذكورة بعارض فأورث شبهة قال رحمه الله (ولا يقتلان بمستأمن) أي لا يقتل المسلم ولا الذمي بحربي دخل دارنا بامان لان دمه غير محقون على التأبيد فانعدمت المساواة وكذا كفره باعث على الحراب لقصده الرجوع الى دار الحرب ويقتل المستأمن بالمستأمن قياسا لوجود المساواة بينهما ولا يقتل استحسانا لوجود المبيح قال رحمه الله (والرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى وبالزمن وناقص الاطراف وبالمجنون) يعني يقتل الرجل الصحيح بهؤلاء وهو معطوف على ما تقدم من قوله ويقتل الحر بالحر الخ لا على ما يليه من قوله ولا يقتلان بمستأمن وانما يجري القصاص بينهم لوجود المساواة بينهم في العصمة والمساواة فيها هي المعتبرة في هذا الباب ولو اعتبرت المساواة فيما وراءها لانسد باب القصاص ولظهر الفتن والتفاني قال رحمه الله (والولد بالوالد) لما تلونا ورويناه من العمومات ولما ذكرنا من المعاني قال رحمه الله (ولا يقتل الرجل بالولد) لقوله عليه الصلاة والسلام لا يقاد الوالد بولده ولا السيد بعبده ولان الوالد لا يقتل ولده غالبا لوفور شفقته فيكون ذلك شبهة في سقوط القصاص ولان الاب لا يستحق العقوبة بسبب ابنه لانه تسبب لاحيائه فمن المحال أن يكون الولد سببا لافنائه ولهذا لا يقتله اذا وجده في صف المشركين مقاتلا أو زانيا وهو محصن وهذا لان القصاص يستحقه الوارث بسبب انعقد للميت خلافه ولو قتل به كان القاتل هو الابن بنيابة قال رحمه الله (والام والجد والجدة كالاب) سواء كانوا من جهة الاب أو من جهة الام لانه جزؤهم فالنص الوارد في الاب يكون واردا فيهم دلالة فكانت الشبهة شاملة للجميع في جميع صور القتل وقال مالك رحمه الله ان قتله ضربا بالسيف فلا قصاص عليه لاحتمال أنه قصد تأديبه وان ذبحه ذبحا فعليه القصاص لانه عمد لا شبهة فيه ولا تأويل بل جناية الاب أغلظ لان فيه قطع الرحم فصار كمن زنى بابنته حيث يحد كمن زنى بالاجنبية والحجة عليه ما رويناه وما بينا من المعنى وليس هذا كالزنا بابنته لان الاب لوفور شفقته يتجنب ما يضر ولده بل يتحمل الضرر عنه حتى يسلم ولده فهذا هو العادة الفاشية بين الناس فلا يتوهم أنه يقصد قتل ولده فان وجد ما يدل على ذلك فهو من العوارض النادرة فلا تتغير بذلك القواعد الشرعية ألا ترى أن السفر لما كان فيه المشقة غالبا كان له أن يترخص برخصة المسافرين فلا يتغير بذلك بما يتفق لبعضهم فيه من الراحة ولا كذلك الزنا قال رحمه الله (وبعبده ومدبره ومكاتبه وبعبد ولده وبعبد ملك بعضه) لما روينا ولانه لو وجب القصاص لوجب له كما اذا قتله غيره ولا يجب له على نفسه عقوبة وكذا لا يستوجب ولده القصاص عليه على ما بينا والقصاص لا يتجزأ فاذا سقط في البعض لاجل أنه ملك البعض سقط في الكل لعدم التجزي قال رحمه الله (وأن ورث قصاصا على

(قوله في المتن ولا يقتل الرجل بالولد) قال الكرخي في مختصره وأجمع أصحابنا أنه لا يقتل والد بولده وان سفل ولا احد من قبل الرجال ولا من قبل النساء وان علا بولد الولد وان سفل ولا والدة بولدها ولا جدة من قبل الاب ولا من قبل الام علت أو سفلت ويقتل الولد بالوالد وقتل الولد بالوالد اجماع الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال محمد في كتاب الآثار من قتل ابنه عمدا لم يقتل به ولكن الدية في ماله الى ثلاث سنين يؤدي في كل سنة الثلث من الدية ولا يرث من الدية ولا من مال ابنه شيأ ويرث أقرب الناس من الابن بعد الاب ولا يحجب الاب عن الميراث أحدا وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو قول أبي حنيفة الى هنا لفظ كتاب الآثار اهـ اتقاني وارجع الى الحاشية التي في أول الباب على قوله في المتن يجب القصاص الخ اهـ وقال في المجمع ولا والد وان علا بولده وان سفل ولم يقتصوا منه لو ذبحه ونوجب الدية في ماله في ثلاث سنين لا في الحال اهـ وسيأتي في المتن في الديات ما نصه وكل عمد سقط قوده بشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته في مال القاتل اهـ (قوله في المتن

(وبعبده ومدبره ومكاتبه) وأما المدبر والمكاتب فلملكه باق فيه فصار كالعبد اهـ اتقاني (قوله ولانه لو وجب القصاص لوجب له) أي للمولى اهـ (قوله سقط في الكل لعدم التجزي) أي كالدم اذا كان بين شريكين فعفا أحدهما اهـ

أبيه سقط) لما ذكرنا أن الابن لا يستوجب العقوبة على أبيه وصورة المسئلة فيما اذا قتل الاب أخ امرأته ثم ماتت المرأة قبل أن يقتص منه فان ابنهما منه يرث القصاص الذى لها على أبيه فسقط لما ذكرنا وكذا اذا قتل امرأته ليس لابنه منها أن يقتله فيسقط القصاص قال رحمه الله (وانما يقتص بالسيف) وقال الشافعي رحمه الله يفعل به مثل ما فعل فى مثل تلك المدة ان قتله بفعل مشروع ثم ان مات بذلك فبها وان لم يمت حز رقبته لان المعتبر فى القصاص المساواة ولهذا سمى قصاصا وان قتله بفعل غير مشروع كاللواط وسقى الخمر اختلف مشايخهم فيه فقال بعضهم يتخذله مثل آلته من الخشب فى اللواطة ويفعل به مثل ما فعل ويسقى الماء فى سقى الخمر ويمهل قدر تلك المدة فان مات والا حز رقبته لانه أمكن المماثلة بهذا الطريق وقال بعضهم تحز رقبته ولا يفعل به مثل ما فعل لانه غير مشروع بخلاف القتل بالحجر والسيف ونحوه لانه مشروع ألا ترى أن الرجم مشروع وهو بالحجر وكذا قتال الكفار وهو بالسيف ونحوه واستدل على ذلك بما روى عن أنس رضى الله عنه أن يهوديا رضى رأس صبى بين حجرين فأمر رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرض رأسه بين حجرين ولقوله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولان فيه تحقيق القصاص الذى ينبئ عن المماثلة فيجب تحقيقا للمساواة ذاتا ووصفا ولنا ما رواه سفيان الثورى باسناده عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف والمراد به الاستيفاء لا وجوب القصاص بالقتل بالسيف فانه يجب اذا قتل بغيره كالنار اجماعا فدل ذلك على أن الاستيفاء لا يجوز بغيره ولانه قتل واجب فيستوفى بالسيف كقتل المرتد وهذا لان القتل المستحق لا يستوفى الا عالا يتخاف عنه الموت ولو قطعت يده لا يموت الا بالسراية وهى موهومة فلا يكون مشروعا ولانه مثلة وقد نهى النبى صلى الله عليه وسلم عنها وقال عليه السلام ان الله عز وجل كتب الاحسان على كل شئ فاذا قتلتم فأحسنوا القتلة واذا ذبحتم فاحسنوا الذبحة وليحد أحدكم شفرته وليرح ذبيحته فأمر النبى صلى الله عليه وسلم بأن يحسنوا القتلة وأن يريحوا ما أحل الله ذبحه من الانعام فما ظنك بالآدمى المكرم المحترم ولان جابرا رضى الله عنه روى عن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا يستقاد من الجرح حتى يبرأ ولو كان يفعل به مثل ما فعل لم يكن للاستثناء معنى لانه يجب القطع برئ أو سرى فلما ثبت الاستثناء لينظر ما تؤل اليه الجناية علم أن المعتبر هو ما تؤل اليه الجناية ان سرت صارت قتلا ولا يعتبر الطرف معه فيستوفى القصاص عن النفس فقط كما قلنا فيما اذا كانت الجناية خطأ فانه يستأنى ولا يقضى بشئ فى الحال ثم اذا سرت ومات منها يجب عليه دية النفس لا غير لكون الاطراف تبعا لها فهذا يكشف لك ما ذكرنا من المعنى وما رواه يحتمل وجهين اما أن يكون مشروعا ثم نسخ كما نسخت المثلة أو يكون اليهودى ساعيا فى الارض بالفساد فيقتل كما يراه الامام ليكون أردع وهذا هو الظاهر ولان قصد اليهودى كان أخذ المال ألا ترى الى ما روى فى الخبر عن أنس بن مالك رضى الله عنه أنه قال عدا يهودى على جارية فأخذ أوضاحا كانت عليها الحديث وهذا شأن قطاع الطريق وهو يقتل بأى شئ شاء الامام ويؤيد هذا المعنى أنه عليه الصلاة والسلام قتل اليهودى بخلاف ما كان قتل به الجارية فانه روى أبو قلابة عن أنس أن رجلا من اليهود رضخ رأس جارية على حلى لها فأمر به النبى صلى الله عليه وسلم أن يرجم حتى قتل وأيضا فانه ما قتل الا بقول الجارية انه قتلنى وبمثله لا يجب القصاص فعلم بذلك أنه كان مشهورا بالسعى فى الارض بالفساد والمراد بما تلا نفى الزيادة من جهة على ما روى عن ابن عباس وأبى هريرة رضى الله عنهم انه لما قتل حمزة ومثل به قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فأنزل الله تعالى وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم الآية فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فصبر وكفر عن يمينه وهذه مثلة أيضا وهى أيضا منسوخة قال رحمه الله (مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ووارثه سيده فقط أو لم يترك وفاء وله وارث يقتص) أما الاول وهو ما اذا ترك وفاء ولا وارث له غير المولى فالمذكور هنا قولهما وعند محمد رحمه الله لا يجب القصاص لان سبب الاستحقاق هنا قد اختلف على التقديرين

(قوله وعند محمد لا يجب القصاص) ذكر فى شرح الاقطع قول زفر كقول محمد اه غاية

لان المولى يستحقه بالولاء ان مات حرا وبالملك ان مات عبدا فاشتبه الحال فلا يستحق لان اختلاف السبب كاختلاف المستحق فيسقط أصلا كما اذا كان له وارث غير المولى فصار كما لو قال لغيره بعتني هذه الجارية بكذا او قال المولى زوجتها منك لا يحل له وطؤها الاختلاف السبب ولهما أن المولى هو المستحق للقصاص على التقديرين بيقين وهو معلوم والحكم أيضا متحد معلوم فلا يفضى اختلاف السبب الى المنازعة ولا الى اختلاف حكم فلا يضر مجرد اختلاف السبب لان السبب لا يراد لذاته وانما يراد لحكمه وقد حصل بخلاف المستشهد به لاختلاف حكم السببين فلا يدرى بأيهما يحكم فلا يثبت الحكم بدون تعين السبب وأما الثاني وهو ما اذا لم يترك وفاء وله وارث غير المولى فلانه مات رقيقا لانفساخ الكتابة لموته لا عن وفاء فظهر أنه قتل عبدا عمدا فيكون القصاص للمولى بخلاف معتق البعض اذا قتل ولم يترك وفاء حيث لا يجب القصاص لان العتق في البعض لا ينفسخ بموته عاجزا ولان الاختلاف في أنه يعتق كله أو بعضه ظاهر فاشتبه المستحق فأورث ذلك شبهة كالمكاتب اذا قتل عن وفاء وقوله أو لم يترك وفاء وله وارث اشتراط الوارث وقع اتفاقا فانه اذا لم يكن له وارث أيضا الحكم كذلك لموته رقيقا أو ذكر ذلك لينبه على أنه لا فرق بين أن يكون له وارث أو لم يكن بخلاف المسئلة الاولى قال رحمه الله (وان ترك وفاء ووارثا لا) أى لا يقتص وهذا بالاجماع وان اجتمع المولى والوارث لاشتباه من له الحق لانه ان مات حرا كما قال على وابن مسعود رضى الله عنهما فالقصاص للوارث وان مات عبدا كما قال زيد بن ثابت فالقصاص للمولى قال رحمه الله (وان قتل عبد الرهن لا يقتص حتى يجتمع الراهن والمرتهن) لان المرتهن لا يليه لعدم الملك وكذا الراهن لا يليه لما فيه من ابطال حق المرتهن فى الدين لانه لو قتل القاتل لبطل حق المرتهن فى الدين لهلاك الرهن بلا بدل وليس للراهن أن يتصرف تصرفا يؤدى الى بطلان حق الغير وذكر فى العيون والجامع الصغير لفخر الاسلام انه لا يثبت لهما القصاص وان اجتمعا فجعلاه كالمكاتب الذى ترك وفاء ووارثا ولكن الفرق بينهما ظاهر فان المرتهن لا يستحق القصاص لانه لا ملك له ولا ولاء فلم يشتبه من له الحق بخلاف المكاتب على ما بيناه وان قتل العبد المبيع قبل القبض فالقصاص للمشترى ان أجاز البيع لانه المالك وان نقض فللبائع لان البيع ارتفع وظهر أنه المالك وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله كذلك ان أجاز البيع لما بيناه وان فسخ فلا قصاص للبائع لعدم ملكه عند الجناية فلم ينعقد موجبا له ووجبت له القيمة وعند محمد رحمه الله تجب القيمة فى الوجهين لاشتباه المستحق قال رحمه الله (ولابى المعتوه القود والصلح لا العفو بقتل وليه) أى اذا قتل ولى المعتوه فلابيه أن يقتل قصاصا وله أن يصالح على مال وليس له أن يعفو أما القتل فلان القصاص شرع للتشفى ودرك الثأر وكل ذلك راجع الى النفس ولابيه ولاية على نفسه فيليه كالانكاح بخلاف الاخ وأمثاله حيث لا يكون لهم

(قوله فلا يفضى اختلاف السبب الى المنازعة) أى كما اذا قال لك على ألف من ثمن مبيع وقال المقر له لا من قرض يجب الالف على المقر اهـ اتقانى (قوله فلا يثبت الحكم بدون تعين الثمن) يعنى أن الحكم فى تلك المسئلة ليس بمتحد لان حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح لان الحل فى النكاح مقصود وفى ملك اليمين تبع لا مقصود فلما لم يتفقا على أحد الحكمين لم يثبت الحل اهـ اتقانى (قوله وهذا بالاجماع) أى باجماع علمائنا خلافا للائمة الثلاثة اهـ وكتب ما نصه لان الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما تغير المستحق صار شبهة فى سقوط القصاص اهـ اتقانى (قوله كما قال زيد بن ثابت فالقصاص الخ) فاختلاف الصحابة أورث شبهة فى القصاص اهـ اتقانى (قوله فى المتن لا العفو بقتل وليه) أراد بولى المعتوه قريبه كما اذا كان له ابن مثلا وصورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله فى المعتوه يكون له أب فيقتل رجل ولى المعتوه عمدا قال للاب أن يقتل وأن يصالح وليس له أن يعفو وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا وكذلك الوصى فى هذا كله الا القتل فانه ليس له أن يقتل الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوى وحاصل هذا الفصل أن الروايات اتفقت فى الاب أن يستوفى القصاص فى النفس وما دونها وأنه يصالح فى البابين جميعا ولا يصح عفوه فى البابين جميعا واتفقت الروايات فى الوصى أنه لا يملك استيفاء النفس وأنه يملك استيفاء ما دونها وأنه يملك الصلح فيما دونها ولا يملك العفو فى البابين وانما اختلفت الروايات فى الوصى فى فصل واحد وهو صلحه فى النفس على مال فقال ههنا أى فى الجامع الصغير يصح صلحه وقال فى كتاب الصلح لا يصح اهـ اتقانى (قوله فيليه كالانكاح) قال الاتقانى رحمه الله قال بعض الشارحين فى هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفاء القصاص فأقول هذا ليس بشئ لان الاخ يملك استيفاء القصاص اذا لم يكن ثمة من هو أقرب منه كالاب والابن وكذلك ملك الانكاح اذا لم يكن ثمة ولى أقرب منه فاذا كان ثمة أقرب منه فلا يملك الانكاح أيضا لان من يستحق الدم هو الذى يستحق مال المقتول على فرائض الله تعالى الذكر والانثى فى ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخى فى مختصره اهـ قال قارئ الهداية ومن خطه نقلت وللاتقانى فى شرح الهداية هنا اعتراض وهو وهم منه اهـ ما كتبه على هامش شرح الزيلعى اهـ

(قوله هذا إذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه) قال الإتقاني قال بعضهم في شرحه هذا إذا صالح على مثل الدية أما إذا صالح على أقل من الدية لم يجز الحط وإن قل ويجب كمال الدية ولنا فيه نظر لأن لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح أبي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لأنه قال وله أن يصالح من غير تقييد بقدر الدية فينبغي أن يجوز الصلح على أقل من قدر الدية عملا بإطلاقه وإنما جاز صلحه على المال لأنه أنفع من المعتوه من القصاص فإذا جاز استيفاء القصاص فالصلح أولى والنفع ألا ترى أن الكرخي قال في مختصره وإذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس أو فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال أو كثيرا كان ذلك دون دية النفس أو أرش الجراحة أو أكثر وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على عاقلته إلى هنا لفظ الكرخي اهـ ما قاله الإتقاني وقد كتب قارئ الهداية على هامش الزيلعي حاشية عند قوله وإن صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة ونص الحاشية وكذا اعتراض الإتقاني هنا في شرح الهداية وهم أيضا اهـ (قوله والقاضي بمنزلة الأب فيه) في الصحيح يملك الاستيفاء في النفس وفيما دون النفس لأن له ولاية في النفس والمال جميعا ألا ترى أن أصحابنا قالوا في رجل قتل عمدا ولا ولي له أن للسلطان أن يقتل قاتله وله أن يصالح وكذلك إذا قتل اللقيط في قول أبي حنيفة ومحمد قال الفقيه أبو الليث هذا إذا أدرك معتوها وأما إذا أدرك عاقلا ثم لحقه العته ففي قول

ولاية استيفاء القصاص وجب للمعتوه لأن الأب لوفور شفقته جعل التشفي الحاصل له كالحاصل للابن ولهذا يعد ضرر ولده ضررا على نفسه بخلاف الأخ والعم وأما الصلح فلأنه أنفع له من القود فلما ملك القود كان الصلح بالطريق الأولى هذا إذا صالح على قدر الدية أو أكثر منه وإن صالح على أقل منه لا يصح وتجب الدية كاملة وأما العفو فلأنه إبطال لحقه بلا عوض ولا مصلحة فلا يجوز وكذلك إن قطعت يد المعتوه عمدا لما بينا والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا إلا في القتل فإنه لا يقتل لأن القتل من باب الولاية على النفس حتى لا يملك تزويجه ويدخل تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف إذ لم يستثن إلا القود في النفس وذكر في كتاب الصلح أن الوصي لا يملك الصلح في النفس لأن الصلح فيها بمنزلة الاستيفاء وهو لا يملك الاستيفاء ووجه المذكور هنا وهو المذكور في الجامع الصغير أن المقصود من الصلح المال والوصي يتولى التصرف فيه كما يتولى الأب بخلاف القصاص لأن المقصود التشفي وهو مختص بالأب ولا يملك العفو لأن الأب لا يملكه لما فيه من الإبطال بل أولى وقالوا القياس أن لا يملك الوصي التصرف في الطرف كما لا يملكه في النفس لأن المقصود متحد وهو التشفي وفي الاستحسان يملكه لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال لأنها خلقت وقاية للأنفس كالمال فكان استيفاؤه بمنزلة التصرف فيه والقاضي بمنزلة الأب فيه في الصحيح ألا ترى أن من قتل ولا ولي له يستوفيه السلطان والقاضي بمنزلته فيه وهذا لا ولي له والصبي كالمعتوه فيه لما عرف في موضعه قال رحمه الله (والقاضي كالأب والوصي يصالح فقط والصبي كالمعتوه) وقد بينا ذلك كله في أثناء الكلام قال رحمه الله (وللكبار القود قبل كبر الصغار) يعني إذا كان القصاص مشتركا بين الصغار والكبار بأن قتل لهم ولي جاز للكبار أن يقتلوا القاتل قبل أن يبلغ الصغار وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ليس لهم ذلك حتى يبلغ الصغار لأنه مشترك بينهم لأن الكبار لا ولاية لهم على الصغار حتى يستوفوا حقهم ولا يمكن استيفاء البعض لعدم

زفر لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه وفي قول أبي يوسف حكمه وحكم الذي أدرك معتوها سواء اهـ اتقاني (قوله في المتن والوصي يصالح فقط) تقدم أن الأب يصالح عنه وهو النفس أما استيفاء الأب القصاص في الطرف والصلح عنه فإن المصنف لم يذكره في الكنز ولكنه ذكره في الوافي فقال فيه ما نصه لأبي المعتوه قود وصلح لا عفو بقتل وليه وقطع المعتوه ولم يذكر فيه حكم الوصي وذكره في شرحه الكافي فقال وكذلك الوصي بمنزلة الأب في جميع ما ذكرنا إلا القتل فإنه ليس له أن يقتل لأنه من باب الولاية على النفس وليس له الولاية على نفسه ويندرج تحت هذا الإطلاق الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف فإنه لم يستثن إلا القتل اهـ قلت ويندرج تحت الإطلاق أيضا الصلح عن الطرف ولعله إنما سكت عنه لظهوره ولما كان المصنف في الكنز اقتصر على استيفاء الأب القصاص في النفس والصلح عنها ولم يذكر استيفاء الأب الطرف والصلح عنه ذكر ذلك الشارح بقوله وكذلك إن قطعت يد المعتوه ولما بينا ثم ذكر بعده قوله والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا إلا في القتل الخ تبعا لصاحب الكافي واعلم أن المراد من قول الشارح ويدخل تحت هذا الإطلاق هو قوله والوصي كالأب في جميع ما ذكرنا ولا يصح أن يراد منه إطلاق المصنف فإن استيفاء الأب الطرف والصلح عنه لم يذكر في الكنز كما قدمنا وينبغي أن يقرأ قول الشارح إذ لم يستثن بالبناء للمفعول لا بالبناء للفاعل لأنه حينئذ يوهم أن يعود الضمير في يستثن على المصنف وهو لم يذكر هذا الاستثناء في الكنز ولا في أصله الوافي نعم هو مذكور في الجامع الصغير للإمام محمد وكأن البدر العيني فهم من قول الشارح ويدخل تحت هذا الإطلاق أن المراد إطلاق المصنف في الكنز فقال ثم إطلاق قوله يشمل الصلح عن النفس واستيفاء القصاص في الطرف اهـ وقد علمت غير مرة أن الكنز لم يذكر فيه استيفاء الطرف فلا وجه لما قاله العيني من الشمول فتنبه هذا ما ظهر لكاتبه اهـ

التجزى ولا الكل لعدم الولاية عليهم وفيه ابطال حقهم بغير عوض يحصل لهم فتعين التأخير الى ادراكهم كما اذا كان معهم كبير غائب أو كان بين المولين وأحدهما صغير بخلاف ما اذا عفا الكبير حيث يصح وان بطل بذلك حقه فى القصاص لان بطلانه بعوض فيجعل كلا بطلان ولابى حنيفة رحمه الله ما روى أن عبد الرحمن بن ملجم حين قتل عليا رضى الله عنه قتل به وقد كان فى أولاد على رضى الله عنهم صغار ولم ينتظر بلوغهم وكان ذلك بحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه حق لا يتجزأ لان سببه وهو القرابة لا تتجزأ فثبت لكل واحد منهم كملا كما فى ولاية الانكاح ولهذا لو استوفاه بعض الاولياء لا يضمن شيأ للقاتل ولو لم يكن له قتله لضمن كالاجنبى وكذا للباقين وكذا للصغار فى مسئلتنا بخلاف ما اذا كان معهم كبير غائب لانه انما يستوفيه بعضهم فيه مع غيبة شريكه الكبير لاحتمال العفو من الغائب وفى الصغار احتمال العفو منقطع فى الحال فافترقا وبخلاف ما اذا كان بين المولين وأحدهما صغير لان السبب فيه الملك أو الولاء وهو غير متكامل وفى مسئلتنا السبب القرابة وهى متكاملة ولهذا لا يزوج أحد المولين الامة المشتركة بينهما أو المعتقة لهما وفى القرابة يزوج فيجعل كل واحد منهم كأنه ليس معه غيره فينفرد به ولو كان الكبير وليا للصغير ممن له التصرف فى ماله كالاب والجد يستوفيه الكبير قبل أن يبلغ الصغير باجماع أصحابنا سواء كانت الولاية لهما بالملك أو بالقرابة وان كان وليا للصغير لا يقدر على التصرف فى المال كالاخ والعم فعلى الخلاف فان كان الكبير أجنبيا عن الصغير لا يملك الكبير الاستيفاء بالاجماع حتى يبلغ الصغير وعند الشافعى رحمه الله لا يملك الكبير الاستيفاء فى الكل قال رحمه الله (وان قتله بمر يقتص ان اصابه الحديد والالا كالخنق والتغريق) هذا اذا أصابه بحد الحديدة من غير خلاف وان أصابه بظهرها أو بالعود أو بالخنق أو بالتغريق فهو على الخلاف الذى ذكرناه فى أول الكتاب وقد ذكرنا الدلائل من الجانبين هنالك فلا نعيده قال رحمه الله (ومن جرح رجلا عمدا وصار ذا فراش ومات يقتص) لان الجرح سبب ظاهر لموته فيحال الموت عليه ما لم يوجد ما يقطعه كحز الرقبة أو البرء منه قال رحمه الله (وان مات بفعل نفسه وزيد وأسد وحية ضمن زيد ثلث الدية) لان فعل الاسد والحية جنس واحد لكونه هدرا فى الدنيا والآخرة وفعله بنفسه جنس آخر لكونه هدرا فى الدنيا معتبرا فى الآخرة حتى يأثم به وفعل زيد معتبر فى الدنيا والآخرة فصار ثلاثة أجناس هدر مطلقا ومعتبر مطلقا وهدر من وجه دون وجه وهو فعله بنفسه فيكون التالف بفعل كل واحد ثلاثة فيجب على زيد ثلث الدية ثم ان

(قوله وان بطل بذلك حقه) أى حق الصغير اه (قوله ولابى حنيفة ما روى أن عبد الرحمن الخ) روى عن على بن أبى طالب رضى الله عنه أنه لما أصابه ابن ملجم قال فى وصيته أما أنت يا حسن فان شئت أن تعفو فاعف وان شئت أن تقتص فاقتص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات على قتل به وفى ورثة على صغار منهم العباس بن على وكان له أربع سنين وذلك بحضرة الصحابة من غير نكير كذا فى الاسرار وقال محمد بن سعد فى كتاب الطبقات الكبير والعباس بن على يومئذ صغير فلم يستأن به بلوغه اه اتقانى (قوله فعلى الخلاف) يعنى عند أبى حنيفة للكبير الاستيفاء وعندهما لا حتى يبلغ الصغير (قوله فى المتن وان قتله بمر) قال فى الهداية ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان أصابه الحديد قتل وان أصابه العود فعليه الدية قال الاتقانى أى قال فى الجامع الصغير قال فخر الاسلام وهذه بعينها من الخواص أطلق الرواية فى الجامع الصغير ولم يفصل فان أصابه بحد الحديد فعليه القصاص عندهم جميعا لوجود القتل على وجه الكمال وان أصابه بعرض الحديد فقتله دقا يجب عليه القصاص عند أبى حنيفة فى ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة الكمال نظرا الى الآلة لان الحديد سلاح كله حده وعرضه فى ذلك سواء وهو سلاح كله فى العادة والشريعة فى الدنيا والآخرة قال تعالى وأنزلنا الحديد فيه بأس شديد وقال تعالى ولهم مقامع من حديد وروى الطحاوى أنه يعتبر الجرح ان قتله جرحا بأى آلة كانت يجب القصاص سواء كانت حديدا أو لم تكن بعد أن تكون آلة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه بتخريب الحياة ظاهرا وباطنا بصفة التعمد وان قتله دقا لا قصاص عليه سواء كانت الآلة حديدا أو لم تكن لعدم افساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة الكمال قال الصدر الشهيد وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين أيضا ثم قال والاصح عنده الجرح أى عند أبى حنيفة فان أصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان كان عظيما لا يلبث كان كالسيف عند أبى يوسف ومحمد وعند أبى حنيفة هو كالسوط والمسئلة معروفة احتجا بأن ما لا يلبث يعمل عمل السيف وزيادة فوجب أن يلحق به واحتج أبو حنيفة بأن هذا قتل تمكنت فيه شبهة الخطا فلا يجب القود كالقتل بالسوط الصغير لان الآلة غير موضوعة للقتل ولانه يؤثر فى الباطن دون الظاهر فيصير عند المقابلة بماله أثر فيهما ناقصا اه ما قاله الاتقانى رحمه الله وكتب ما نصه قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يغرق الصبى أو الرجل فى البحر قال لا قصاص عليه وقال يعقوب ومحمد عليه القصاص وقول الشافعى كقولهما ولكن عند الشافعى يقتص منه بالتغريق وعندهما بالسيف (قوله وان أصابه بظهرها) فان جرحه فكذلك اجماعا وان لم يجرحه فكذلك على رواية الاصل لاعتباره الحديد دون الجرح وعلى رواية الطحاوى لا قود فيه عند أبى حنيفة اه زاهدى

(قوله في المتن ومن شهر على المسلمين سيفا الخ) قال الاتقاني صورتها في أصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين أن يقتلوه ولا شيء عليهم وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار حربا عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمة دمه للمحاربة قال تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى تفيء الى أمر الله فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السيف أن يقتلوه وفي قوله عليهم أن يقتلوه اشارة الى أنه وجب عليهم أن يقتلوه دفعا للشر عن أنفسهم لان دفع الشر واجب وجاز لغيرهم أن يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه الصلاة والسلام انصر أخاك ظالما أو مظلوما يعني اذا كان ظالما تمنعه من الظلم واذا كان مظلوما تمنع الظلم عنه اه (قوله لان السلاح لا يلبث) من اللبث الابطاء والتأخر اه ابن الاثير (قوله في المتن وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) هذه المسألة ذكرها في المجمع قبيل الحظر والاباحة اه (قوله والمجنون بقتلهما) مصدر مضاف الى الفاعل اه

﴿فرع﴾ ومن نظر في بيت انسان من ثقب أو شق باب أو نحوه فطعنه صاحب الدار بخشبة أو رماه بحصاة ففقأ عينه يضمنها عندنا وعند الشافعي وأحمد لا يضمنها لما روى أبو هريرة رضي الله عنه أنه عليه الصلاة والسلام قال لو أن رجلا اطلع عليك بغير اذن فحذفته بحصاة ففقأت عينه لم يكن عليك جناح وعن سهل بن سفيان أن رجلا اطلع من جحر من باب النبي صلى الله عليه وسلم والنبي صلى الله عليه وسلم يحك رأسه ومدراة في يده فقال عليه الصلاة والسلام لو علمت أنك تنظر لي لطعنت بها في عينك شرعه ولنا قوله عليه الصلاة والسلام في العين نصف الدية وهو عام ولان مجرد النظر لا يبيح الجناية عليه كما لو نظر من الباب المفتوح وكما لو دخل في بيته ونظر فيه ونال من امرأته ما دون الفرج لم يجز قلع عينه ولان (١)

كان فعل زيد عمدا تجب الدية عليه في ماله والا فعلى العاقلة لما عرف في موضعه قال رحمه الله (ومن شهر على المسلمين سيفا وجب قتله ولا شيء بقتله) لقوله عليه الصلاة والسلام من شهر على المسلمين سيفا فقد أبطل دمه ولان دفع الضرر واجب فوجب عليهم قتله اذا لم يمكن دفعه الا به ولا يجب على القاتل شيء لانه صار باغيا بذلك وكذا اذا شهر على رجل سلاحا فقتله أو قتله غيره دفعا عنه فلا يجب بقتله شيء لما بينا ولا يختلف بين أن يكون بالليل أو بالنهار في المصر أو خارج المصر لان السلاح لا يلبث وان شهر عليه عصا فكذلك ان كان ليلا أو نهارا خارج المصر لانه لا يلحقه الغوث بالليل ولا في خارج المصر فكان له دفعه بالقتل بخلاف ما اذا كان في المصر وقيل اذا كان عصا لا يلبث يحتمل أن يكون مثل السلاح عندهما فيجوز قتله في المصر نهارا كما في السيف قال رحمه الله (ومن شهر على رجل سلاحا ليلا أو نهارا في المصر أو غيره أو شهر عليه عصا ليلا في مصر أو نهارا في غيره فقتله المشهور عليه فلا شيء عليه) لما بينا من المنقول والمعقول قال رحمه الله (وان شهر عصا نهارا في مصر فقتله المشهور عليه قتل به) لان العصا تلبث والغوث غير منقطع في المصر فكان بالقتل متعديا وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله ظاهر لانه ليس كالسلاح عنده وقيل عندهما يحتمل أن يكون على الخلاف المذكور في شبه العمد لانه كالسلاح عندهما حتى يجب القصاص بالقتل به وقد بيناه قال رحمه الله (وان شهر المجنون على غيره سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا تجب الدية وعلى هذا الصبي والدابة) وعن أبي يوسف رحمه الله لا تجب الدية في الصبي والمجنون وقال الشافعي رحمه الله لا يجب الضمان في الكل لانه قتله دافعا عن نفسه فصار كالبالغ العاقل وهذا لانه يصير محمولا على قتله بفعله بان قال له اقتلني والا قتلتك وكون الدابة مملوكة للغير لا تأثير له في وجوب الضمان كالعبد اذا شهر سيفا على رجل فقتله فانه لا يجب عليه الضمان فكذا هذا فصار كالصيد اذا صال على المحرم فقتله ولابي يوسف رحمه الله أن فعل الصبي والمجنون معتبر في الجملة ولهذا اذا أتلفا مالا أو نفسا وجب عليهما الضمان بخلاف فعل الدابة لانه غير معتبر أصلا حتى لا يعتبر في حق وجوب الضمان لان العجماء جبار وكذا عصمتهما بحقهما وعصمة الدابة لحق المالك فكان فعلهما مسقطا العصمة فلا يضمنان ويضمن الدابة بخلاف الصيد اذا صال على المحرم أو صيد الحرم على الحلال لان الشارع أذن في قتله ولم يوجب علينا تحمل أذاه ألا ترى أن الجنس الفواسق أباح قتلها مطلقا لتوهم الايذاء منها فما ظنك عند تحقق الايذاء ومالك الدابة لم يأذن فيجب الضمان به وكذا عصمة عبد الغير لحق نفسه وفعله محظور فيسقط به عصمته ولنا أن الفعل من هذه الاشياء غير متصف بالحرمة فلم يقع بغيا فلا تسقط العصمة به لعدم الاختيار الصحيح ولهذا لا يجب القصاص على الصبي والمجنون بقتلهما ولا الضمان بفعل الدابة فاذا لم يسقط كان قضيته أن يجب القصاص لانه قتل نفسا معصومة الا أنه لا يجب القصاص لوجود المبيح وهو دفع الشر فتجب الدية قال رحمه الله (ولو ضربه الشاهر فانصرف فقتله الآخر قتل به القاتل) معناه اذا شهر رجل على رجل سلاحا فضربه الشاهر فانصرف ثم ان المضروب وهو المشهور عليه ضرب الضارب وهو الشاهر فقتله فعليه القصاص لان الشاهر لما انصرف بعد الضرب عاد معصوما مثل ما كان لان حل دمه كان باعتبار شهره وضربه فاذا انكف على وجه لا يريد ضربه ثانيا اندفع

---

(١) كذا بياض بالاصل اه مصححه

لما ذكر القصاص فى النفس شرع فى القصاص فيما دونها لان الجزء يتبع الكل اه (قوله ومارن الانف) وانما قيد بالمارن لانه اذا قطع قصبة الانف لايجب القصاص لانه عظم ولا قصاص فى العظم سوى السن اه اتقانى (قوله والاذن) وأما الاذن اذا قطع كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تنقبض ولا تنبسط وان قطع بعضها وللقطع حد معروف أمكنت المماثلة فيجب

شره فلا حاجة الى قتله لاندفاع شره بدونه فعادت عصمته فاذا قتله بعد ذلك فقد قتل شخصا معصوما ظلما فيجب عليه القصاص قال رحمه الله (ومن دخل عليه غيره ليلا فأخرج السرقة فاتبعه فقتله فلا شئ عليه) لقوله عليه الصلاة والسلام قاتل دون مالك أى لاجل مالك ولان له أن يمنعه بالقتل ابتداء فكذا له أن يسترده به انتهاء اذا لم يقدر على أخذه منه الا به ولو علم أنه لو صاح عليه يطرح ماله فقتله مع ذلك يجب القصاص عليه لانه قتله بغير حق وهو بمنزلة المغصوب منه اذا قتل الغاصب حيث يجب عليه القصاص لانه يقدر على دفعه بالاستعانة بالمسلمين والقاضى فلا تسقط عصمته بخلاف السارق والذى لا يندفع بالصياح والله سبحانه وتعالى أعلم

﴿ باب القصاص فيما دون النفس ﴾

قال رحمه الله (يقتص بقطع اليد من المفصل وان كانت يد القاطع أكبر وكذا الرجل ومارن الانف والاذن والعين ان ذهب ضوؤها وهى قائمة وان قلعها لا والسن وان تفاوتا وكل شجة تتحقق فيها المماثلة) لقوله تعالى والجروح قصاص أى ذو قصاص ولقوله تعالى والسن بالسن والقصاص ينبئ على المماثلة فكل ما أمكن رعاية المماثلة فيه يجب القصاص وما لا فلا وقد أمكن فى هذه الاشياء التى ذكرها ولا معتبر بكبر العضو لانه لا يوجب التفاوت فى المنفعة ويمكن رعاية المماثلة فى العين اذا ضربت وذهب ضوؤها وهى قائمة بان تحمى لها المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب وتسد عينه الاخرى ثم تقرب المرآة من عينه بخلاف ما اذا انقلعت حيث لا يقتص منه لعدم امكان رعاية المماثلة وكانت هذه الحادثة وقعت فى زمن عثمان رضى الله عنه فشاور الصحابة رضى الله عنهم فقال على يجب القصاص فبين امكان الاستيفاء بالطريق الذى ذكرناه ثم هنا لم يعتبر الكبر والصغر فى العضو حتى أجرى القصاص فى الكل باستيفاء الكل واعتبره بالشجة فى الرأس اذا كانت استوعبت رأس المشجوج وهى لا تستوعب رأس الشاج فأثبت للمشجوج الخيار ان شاء أخذ الارش وان شاء اقتص وأخذ بقدر شجته وانما كان كذلك لان ما يلحقه من الشين أكثر لان الشجة المستوعبة لما بين قرنيه أكثر شينا من الشجة التى لا تستوعب بين قرنيه بخلاف قطع العضو فان الشين فيه لا يختلف وكذا منفعته لا تختلف فلم يكن له الا القصاص لوجود المساواة فيه من كل وجه قال رحمه الله (ولا قصاص فى عظم) لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص فى العظم وقال عمر وابن مسعود رضى الله عنهما لا قصاص فى عظم الا فى السن وهو المراد بالحديث وبوضع صاحب الكتاب ولان القصاص ينبئ على المساواة وقد تعذر اعتبارها فى غير السن واختلف الاطباء فى السن هل هو عظم أو طرف عصب يابس فمنهم من ينكر انه عظم لانه يحدث وينمو بعد تمام الخلقة ويلين بالخل فعلى هذا لا يحتاج الى الفرق بينه وبين سائر العظام لانه ليس بعظم فلعل صاحب الكتاب ترك السن لذلك لانه لم يدخل تحت الاسم وكذلك فى الحديث لم يستثنه ولئن قلنا انه عظم فالفرق بينه وبين سائر العظام أن المساواة فيه ممكن بان يبرد بالمبرد بقدر ما كسر منه وكذا ان قلع منه فانه لا يقلع سنه قصاصا لتعذر اعتبار المماثلة فيه فربما تفسد لهاته ولكن يبرد بالمبرد الى موضع أصل السن كذا ذكره فى النهاية معزيا الى

القصاص وان لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكره القدورى فى شرحه اه اتقانى (قوله فشاور الصحابة) فلم يكن عندهم فيه شئ اه غاية (قوله لما بين قرنيه) أى قرنى المشجوج اه (قوله التى لا يستوعب بين قرنيه) أى قرنى الشاج اه (قوله وكذا منفعته لا تختلف) أى بالكبر والصغر اه (قوله فلعل صاحب الكتاب ترك السن) أى استثنى السن حيث لم يقل ولا قصاص فى عظم السن الا فى السن استثناه فى أثر عمر وابن مسعود السابق اه (قوله فربما تفسد لهاته) كذا هو فى نسخة قارئ الهداية ونسخة الزراتيتى المقابلة على خط الشارح وتبعه العينى فى شرحه اه وكتب على قوله لهاته ما نصه هكذا هو بخط الشارح اه وكتب أيضا ما نصه صوابه لثاته لان اللثة بالتخفيف كما قال فى الصحاح هى ما حول الاسنان وأصلها لثى والهاء عوض عن الياء وجمعها لثات ولثى اه وأما اللهاة فهى كما قال فى الصحاح اللهاة هى الهنة المطبقة فى أقصى سقف الفم والجمع اللهى واللهوات واللهيات أيضا اه وقال فى المغرب اللهاة لحمة مشرفة على الحلق ومنها قوله من تسحر بسويق لابد أن يبقى بين أسنانه ولهاته شئ وكانه تصحيف لثاته وهى لحمات أصول الاسنان اه قال ابن الاثير اللثة بالكسر والتخفيف عمور الاسنان وهى مغارزها ثم قال وفى حديث الشاة المسمومة فما زلت أعرفها فى لهوات رسول الله صلى الله عليه وسلم اللهوات جمع لهاة وهى اللحمات فى سقف أقصى الفم اه

(قوله وقال الشافعي يجب القصاص في جميع ذلك الخ) فان قيل سلمنا وجود التفاوت في البدل وأنه يمنع الاستيفاء لكن المعقول منه منع استيفاء الاكمل بالانقص دون العكس فان الشلاء تقطع بالصحيحة وأنتم لا تقطعون يد المرأة بيد الرجل فالجواب انا قد ذكرنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها خلقت وقاية للانفس كالمال فالواجب أن يعتبر التفاوت المالي مانعا مطلقا والشلل ليس منه فيعتبر مانعا من جهة الاكمل لانه من حيث انه ليس تفاوتا ماليا ينبغي أن لا يعتبر فيما سلك بها مسلك الاموال ومن حيث انه يوجب تفاوتا في المنفعة تنتفي به المماثلة ينبغي أن تعتبر فقلنا تعتبر من جهة الاكمل لئلا يلزم أن يكون باذلا للزيادة في الاطراف ولا تعتبر من جهة الانقص لانه اسقاط والاسقاط جائز دون البدل بالاطراف اه أكمل وقال الاتقاني فان قيل هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالاشل والحر بالعبد والذكر بالانثى فهلا أجزتم أن تقطع المرأة بالرجل والعبد بالحر كما يقطع الاشل بالصحيح قيل النقص على ضربين نقص من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفاء كل واحد من الامرين بالآخر كاليسار باليمين وما نحن فيه نقص من طريق الحكم اه (قوله الا في الحر يقطع طرف العبد) فانه لا يجري القصاص على الحر عنده أيضا اه غاية (قوله وفي الجائفة البرء) قال الاتقاني وأما الجائفة وهي التي تصل الى البطن من الصدر أو الظهر أو البطن اذا برأت لا يكون فيها القصاص لان الجائفة المقتص بها نادر برؤها اذ الهلاك فيها غالب فاذا أفضت الى الهلاك غالبا لا يمكن المماثلة بين الثانية والاولى لوجود البرء في الاولى دون الثانية فلا يجب القصاص لانتفاء شرط القصاص بل يجب ثلث الدية في ماله ولا تكون الجائفة الا فيما يصل الى البطن ولا تكون في الرقبة ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين فان كانت الجراحة في الانثيين والدبر فهي جائفة ذكره القدوري في شرحه اه (قوله وعن أبي يوسف انه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص) وقد قالوا جميعا لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص فلا تعلم المماثلة اه غاية (قوله ولو سقطت يده المعيبة) أي بغير حق عليه مثل أن يقطعها رجل ظلما أو تتلف بآفة من السماء اه (قوله بطل حقه الخ) ولا يقال انه كان مخيرا بين أمرين فاذا فات أحدهما تعين الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له أن يعدل عن هذا الحق الى بدله فاذا تلف لم تجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الطحاوي اه اتقاني

الذخيرة والمبسوط قال رحمه الله (وطرفي رجل وامرأة وحر وعبد وعبدين) أي لا قصاص في الطرف بين رجل وامرأة ولا بين حر وعبد ولا بين عبدين وقال الشافعي رحمه الله يجب القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد لان الاطراف تابعة للانفس وشرع القصاص فيها للالحاق بالانفس ففي كل موضع يجري القصاص في النفس يجري في الاطراف وما لا فلا ولنا أن الاطراف يسلك بها مسلك الاموال لانها وقاية الانفس كالاموال ولا مماثلة بين طرف الذكر والانثى للتفاوت بينهما في القيمة بتقويم الشارع ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين للتفاوت في القيمة وان تساويا فيها فذلك بالحزر والظن وليس بيقين فصار شبهة فامتنع القصاص بخلاف طرف الحرين لان استواءهما متيقن به بتقويم الشرع وبخلاف الانفس لان القصاص فيها يتعلق بازهاق الروح ولا تفاوت فيه قال رحمه الله (وطرف الكافر والمسلم سيان) أي مثلان فيجري القصاص بينهما للتساوي في الارش وقال الشافعي رحمه الله لا يجري لما ذكرنا من أصله قال رحمه الله (وقطع يد من نصف ساعد وجائفة برئ منها ولسان وذكر الا أن يقطع الحشفة) أي لا قصاص في هذه الاشياء لعدم امكان المماثلة فيها لان في القطع من نصف الساعد كسر العظم ويتعذر التساوي فيه اذ لا ضابط له وفي الجائفة البرء نادر فلا يمكن أن يجرح الثاني جائفة على وجه يبرأ منه فلا يكون اهلاكا فلا يجوز والذكر واللسان ينقبضان وينبسطان فلا يمكن اعتبار المماثلة فيهما الا أن يقطع من الحشفة لان موضع القطع معلوم فصار كالمفصل وعن أبي يوسف رحمه الله أنه اذا قطع من أصلهما يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة والحجة عليه ما بيناه ولو قطع بعض الحشفة أو بعض الذكر أو بعض اللسان لا يجب القصاص لجهالة مقداره بخلاف ما اذا قطع كل الاذن أو بعضها لانه لا ينقبض ولا ينبسط وله حد معلوم فيمكن اعتبار المماثلة فيه والشفة ان استقصاها بالقطع يجب القصاص لامكان اعتبار المماثلة فيها بخلاف ما اذا قطع بعضها لتعذر اعتبار المماثلة فيه قال رحمه الله (وخير بين الارش والقود ان كان القاطع أشل أو ناقص الاصابع أو كان رأس الشاج أكبر) أما الاول وهو ما اذا كانت يد القاطع شلاء أو ناقصة الاصابع ويد المقطوع صحيحة كاملة الاصابع فلان استيفاء حقه بكماله متعذر فيخير بين أن يتجوز بدون حقه في القطع وبين أن يأخذ الارش كاملا كمن أتلف مثليا لانسان فانقطع عن أيدي الناس ولم يبق منه الا الرديء فانه يخير بين أن يأخذ الموجود ناقصا وبين أن يعدل الى القيمة ثم اذا استوفى القصاص سقط في الزيادة وقال الشافعي رحمه الله يضمنه النقصان لانه قدر على استيفاء البعض فيستوفي ما قدر عليه وما تعذر استيفاؤه يضمنه ولنا أن الباقي وصف فلا يضمن بانفراده فصار كما اذا تجوز بالرديء مكان الجيد ولو سقطت يده المعيبة قبل اختيار المجني عليه بطل حقه ولا شيء له عليه لان حقه متعين

متعين فى القصاص عندنا لما مر أن موجب العمد القود عينا وحقه ثابت فيه قبل اختياره المال كما اذا كانت صحيحة فاذا فات المحل بطل الحق بخلاف ما اذا قطعت بقود أو سرقة حيث يجب عليه ارش اليد وقال الشافعى رحمه الله يجب الارش فى الموضعين لان وجوب المال عنده أصلى كالقود فاذا تعذر استيفاء القود تعين المال ولنا أن القود هو المتعين على ما بينا فيفوت بفوات المحل كما اذا مات من عليه القصاص فى النفس غير أنه اذا قطعت يده بقصاص أو سرقة قد أوفى بها حقا مستحقا عليه فسلمت له معنى فيغرم للاول بخلاف النفس اذا وجب على القاتل القصاص لغيره فقتل به حيث لا يضمن لانها ليست فى معنى المال فلم يسلم له وأما الثانى وهو ما اذا كان رأس الشاج أكبر بأن كانت الشجة استوعبت بين قرنى المشجوج وهى لا تستوعب بين قرنى الشاج فلأن الشجة انما كانت موجبة لكونها مشينة فيزداد الشين بزيادتها وفى استيفاء ما بين قرنى الشاج زيادة على ما فعل وباستيفاء قدر حقه لا يلحق الشاج من الشين مثل ما يلحق المشجوج فيخير كما فى الشلاء والصحيحة ثم لو اختار القود يبدأ من أى الجانبين شاء لان حقه فى ذلك المحل فكان له أن يفعل وفى عكسه وهو ما اذا كان رأس المشجوج أكبر يتخير أيضا لتعذر الاستيفاء كملا لما فيه من زيادة الشين وكذا اذا كانت الشجة فى طول الرأس وهى تأخذ من جبهة أحدهما الى قفاه ولا تأخذ الى قفا الآخر فهو بالخيار لما ذكرنا وذكر الطحاوى عن على الرازى الكبير أن له الاقتصاص ولا خيار له لان فى القصاص فيما دون النفس تعتبر المساواة فى المحل فلا ينظر الى الصغر والكبر كاليد وجوابه أن القصاص فى الشجة لاجل الشين وهو يتفاوت فى الصغر والكبر وفى قطع اليد لفوات منفعة البطش وهى لا تتفاوت ولعل الصغيرة أنفع من الكبيرة فافترقا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (وان صولح على مال وجب حالا وسقط القود) أى اذا صولح القاتل على مال عن القصاص سقط القصاص ووجب المال المصالح عليه حالا قليلا كان أو كثيرا لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية قال ابن عباس رضى الله عنهما نزلت الآية فى الصلح وقوله عليه الصلاة والسلام من قتل له قتيل فأهله بين خيرتين بين أن يأخذوا المال وبين أن يقتلوا والمراد والله أعلم أخذ المال برضا القاتل على ما بينا ولانه حق ثابت له يجرى فيه العفو مجانا فكذا تعويضا لاشتماله على الاوصاف الجميلة من احسان الولى واحياء القاتل بخلاف حد القذف لان الغالب فيه حق الله تعالى ولا يجرى فيه العفو فكذا التعويض والقليل والكثير فيه سواء لانه ليس فيه شئ مقدر فيفوض الى اصطلاحهما كالخلع والكتابة والاعتاق على مال بخلاف ما اذا كان القتل خطأ حيث لا يجوز بأكثر من الدية لانه دين ثابت فى الذمة فيكون أخذ أكثر منه ربا وانما وجب حالا لانه دين وجب بالعقد والاصل فى مثله الحلول كالثمن والمهر بخلاف الدية لانها لم تجب بالعقد وانما سقط القود لانه موجب العقد ولانه لم يرض ببذل المال الا مقابلا به فيوفر عليه مقصوده قال رحمه الله (ويتنصف ان أمر الحر القاتل وسيد القاتل رجلا بالصلح عن دمهما على ألف ففعل) معناه لو كان القاتل حرا وعبدا فأمر الحر القاتل ومولى العبد القاتل رجلا بأن يصالح عن دمهما على ألف درهم ففعل المأمور فالالف على الحر والمولى نصفان لانه مقابل بالقصاص وهو عليهما على السواء فينقسم بدله عليهما على السواء ولان الالف وجب بالعقد وهو مضاف اليهما فيتنصف موجبه وهو الالف قال رحمه الله (فان صالح أحد الاولياء عن حظه على عوض أو عفا فلمن بقى حظه من الدية) لان كل واحد منهم متمكن من التصرف فى نصيبه استيفاء واسقاطا بالعفو أو بالصلح لانه يتصرف فى خالص حقه فينفذ عفوه وصلحه فيسقط به حقه فى القصاص ومن ضرورته سقوط حق الباقين أيضا فيه لانه لا يتجزأ ألا ترى أنه لا يتجزأ ثبوتا فكذا سقوطا بخلاف ما لو قتل رجلين فعفا أولياء أحدهما حيث يكون لاولياء الآخر قتله لان الواجب فيه قصاصان لاختلاف القتل والمقتول فبسقوط أحدهما لا يسقط الآخر ألا ترى انهما يفترقان ثبوتا فكذا بقاء بخلاف ما نحن

(قوله يبدأ من أى الجانبين شاء) حتى يبلغ مقدارها فى طولها الى حيث يبلغ ثم يكف اه غاية (قوله أن له الاقتصاص) الذى بخط الشارح انه له الاقتصاص اه

﴿فصل﴾ (قوله لقوله تعالى فمن عفى له من أخيه شئ الآية) أى من جهة أخيه المقتول اه غاية (قوله على ما بينا) أى أول كتاب الجناية اه (قوله بخلاف ما اذا كان القتل خطأ الخ) اذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية واذا كان الصلح على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية نص عليه الكرخى فى كتاب الصلح وقدمر بيانه فى كتاب الصلح اه اتقانى (قوله لانه موجب) أى سقوط القود اه

(قوله فيجب المال كما في الخطاالخ) وذلك لما روى أن دما بين شريكين عفا عنه أحدهما فاستشار عمر رضي الله عنه ابن مسعود فقال أرى هذا قد أحياه فلا علك الآخر أن يميت ما أحياه حمل عمر على قوله وكان ذلك بحضرة الصحابة من غير نكير فحل محل الاجماع اه اتقاني
قال الاتقاني وهذا الذي ذكرنا من سقوط القصاص بعفو أحد شريكي الدم مذهبنا وقال مالك للآخر أن يقتله كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان حق القتل ثابت لكل واحد منهما على الكمال ولهذا لو قتله لم يضمن شيأ والحجة عليه قضية عمر وقد ذكر محمد قضيته في كتاب الآثار عن أبي حنيفة عن حماد عن ابراهيم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال في شرح الكافي أيضا القصاص والدية تصير ميراثا للكل (١١٤) الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعا اه (قوله والورثة كلهم في ذلك سواء) قال الاتقاني والاصل في ذلك أن القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرائض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء والزوج والزوجة في ذلك سواء نص عليه الكرخي في مختصره وكذلك الدية موروثة بينهم وذلك لان القصاص أحد بدلي النفس فينقسم بين الورثة كالدية والدليل على أن الدية بين الورثة انه مال للميت تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه كسائر أمواله ثم اذا ثبت القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم أن يعفو عن نصيبه أو يصالح عنه ويبطل بذلك القصاص وكان على القاتل حق من لم يعف عن الدية وليس للعافي من الدية شئ اه (قوله وأمر صلى الله عليه وسلم بتوريث امرأة أشيم الضبابي) قال الاتقاني ولنا ما روى عن الضحاك بن سفيان الكلابي انه قال ورد علي كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم أن ورث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها والحديث مشهور ومذكور في الموطا وغيره وقال القدوري في شرحه
وعن علي أنه قال الدية بين من أحرز الميراث ولانها مال للميت كسائر أمواله وقال القدوري في شرحه قال أصحابنا في دم عمد بين شريكين عفا أحدهما فللآخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين وقال زفر في سنتين لنا أنه جزء من الدية فيسقط في السنين الثلاث كما لزم بعض العاقلة وجه قول زفر أن نصف الدية لم تلزم من أجزاء دية واجبة وانما هو جملة الواجب فصار كما يجب من نصف الدية بقطع اليد خطأ اه
وكتب على قوله الضبابي ما نصه بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب ذكره ابن دريد في جمهرة اللغة وأشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطأ اه اتقاني (قوله في المتن ويقتل الجمع بالفرد) بشرط المباشرة من الكل بأن جرح كل واحد جرحا ساريا اه خواهر زاده
(قوله تمالأ) أصله المعاونة في ملء الدلو ثم عم فقالوا تمالؤا أي تعاونوا اه اتقاني

فيه فاذا سقط انقلب نصيب من لم يعف مالا لانه تعذر استيفاؤه لمعنى في القاتل وهو ثبوت عصمة القاتل بعفو البعض عن القصاص فيجب المال كما في الخطا فان سقوط القصاص فيه لمعنى في القاتل وهو كونه مخطئا فلا يجب للعافي شئ لانه أسقط حقه المتعين بفعله ورضاه بلا عوض بخلاف شركائه لعدم ذلك منهم فينقلب نصيبهم مالا والورثة كلهم في ذلك سواء وقال مالك والشافعي رحمهما الله لا حق للزوجين في القصاص ولا في الدية لان الوراثة خلافة وهي بالنسب دون السبب لانقطاعه بالموت وقال ابن أبي ليلى رحمه الله لا يثبت حقهما في القصاص لان سبب استحقاقهما العقد والقصاص لا يستحق بالعقد ألا ترى أن الوصي لا يثبت له حق في القصاص لان المقصود من القصاص التشفي والانتقام وذلك يختص به الاقارب الذين ينصر بعضهم بعضا ولهذا لا يكون أحدهما عاقلة الآخر لعدم التناصر ولنا قوله عليه الصلاة والسلام من ترك مالا أو حقا فلورثته ومن ترك كلا فعلي والقصاص حقه فيكون لجميعهم كالمال وأمر عليه الصلاة والسلام بتوريث امرأة أشيم الضبابي من دية زوجها أشيم ولان القصاص حق يجري فيه الارث حتى ان من قتل وله ابنان فمات أحدهما عن ابن كان القصاص بين الصلبي وبين ابن الابن فثبت لسائر الورثة والزوجية تبقى بعد الموت حكما في حق الارث أو يثبت الارث مستندا الى سببه وهو الجرح وكان علي رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراث والدية حكمها حكم سائر الاموال فلهذا لو أوصى بثلث ماله تدخل الدية فيه والقصاص بدل النفس كالدية فيورث كسائر أمواله ولهذا لو انقلب مالا تقضى به ديونه وتنفذ فيه وصاياه واستحقاق الارث بالزوجية كاستحقاقه بالقرابة لا بالعقد ألا ترى أنه لا يرتد بالرد بخلاف الوصية وبهذا يتبين أن الاستحقاق ليس بالعقد بل بحكم العقد ولا يلزم من عدم التناصر والعقل عدم الارث للقصاص ألا ترى أن الصغير والنساء من الاقارب لا يعقلن ويرثن القصاص والدية وأقرب منه أن المرأة لا يعقل عنها أبناؤها الكبار ويرثونها وقال الشافعي رحمه الله لا حظ للنساء من الاقارب في استيفاء القصاص ولهن حق العفو لان المرأة ليست من أهل القتل لضعفها ولهذا لا تقتل الكافرة الاصلية ولا توضع عليها الجزية الواجبة مكان القتل فصارت في حق الاستيفاء كالصغير والحجة عليه ما بيناه وقوله لانها ليست من أهل القتل قلنا انها ان لم تقدر توكل فانها من أهل التوكيل قال رحمه الله (ويقتل الجمع بالفرد) والقياس أن لا يقتل لعدم المساواة ولكن تركناه باجماع الصحابة رضي الله عنهم وروى أن سبعة من أهل صنعاء قتلوا واحدا فقتلهم عمر رضي الله عنه به وقال لو تمالأ عليه أهل صنعاء لقتلتهم ولان القتل بطريق التغالب غالب والقصاص شرع لحكمة الزجر فيجعل كل واحد منهم كالمنفرد به فيجري القصاص عليهم جميعا لحقيقة المعنى الاحياء ولولا ذلك للزم سد باب

القصاص

القصاص وفتح باب التفانى اذ لا يوجد القتل من واحد غالبا لانه يقاومه الواحد فلم يقدر عليه فلم يحصل الا نادرا والزاجر يشرع فيما يغلب لا فيما يندر ولان زهوق الروح لا يتجزأ واشتراك الجماعة فيما لا يتجزأ يوجب التكامل فى حق كل واحد منهم فيضاف الى كل واحد منهم كملا كأنه ليس معه غيره كولاية الانكاح فى باب النكاح قال رحمه الله (والفرد بالجمع اكتفاء) أى يقتل الفرد اذا قتل جماعة ويكتفى بذلك وقال الشافعى رحمه الله يقتل بالاول منهم ان قتلهم على التعاقب ويقضى بالدية لمن بعده فى تركته لان العاقلة لا تعقل العمد وان قتلهم جميعا معا أو لم يعرف الاول منهم يقرع بينهم ويقضى بالقود لمن خرجت له القرعة وبالدية للباقين وفى قول قتل لهم جميعا وتقسم الديات بينهم لان الموجود منه قتلات وما يتحقق فى حقه قتل واحد فلا تماثل وهو القياس فى الفصل الاول الا أنا تركناه بما ذكرنا على ما بينا ولنا أن كل واحد منهم قاتل بوصف الكمال فحصل التماثل ألا ترى أن الواجب فى الفصل الاول وهو ما اذا قتل جماعة واحدا القصاص ولولا أن التماثل ثابت لما وجب القصاص وهذا لان المثل اسم مشترك فمن ضرورة كون أحد الشيئين مثلا للآخر أن يكون الآخر مثلا له كاسم الاخ والزوج فوجوب القصاص فيه دليل على أنه مثل له اذ هو لا يجب فى كل موضع يتعذر اعتبار المماثلة فيه ككسر العظم أو يتوهم عدم المماثلة فيه كالجائفة فان الثانى لما توهم موته باعتبار الغالب امتنع القصاص قال رحمه الله (فان حضر واحد قتل له وسقط حق البقية كموت القاتل) أى اذا حضر أولياء واحد من المقتولين قتل لهم وسقط حق أولياء بقية المقتولين كما يسقط بموت القاتل حتف أنفه لفوات محل الاستيفاء فصار كموت العبد الجانى وفيه خلاف الشافعى رحمه الله لان الواجب عنده أحدهما على ما بينا فاذا فات أحدهما تعين الاخر كمن قال لامرأتيه احداكما طالق أو قال لعبديه أحدكما حر ففات أحدهما تعين الآخر لفوات المحل قال رحمه الله (ولا تقطع يدا رجلين بيد) معناه اذا قطع رجلان يد رجل فلا قصاص على واحد منهما وقال الشافعى رحمه الله تقطع أيديهما والمفروض اذا أخذا سكينا واحدا من جانب وأمراها على يده حتى انفصلت هو يعتبرها بالانفس لان الاطراف تابعة لها وملحقة بها فأخذت حكمها بخلاف ما اذا أمر أحدهما السكين من جانب والآخر من جانب آخر حتى التقى السكينان فى الوسط وبانت اليد حيث لا يجب القصاص فيه على واحد منهما لانه لم يوجد من كل واحد منهما امرار السلاح الا على بعض العضو ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض لان ما انقطع بقوة أحدهما لم ينقطع بقوة الاخر فلا يجوز أن يقطع الكل بالبعض والاثنان بالواحدة لانعدام المساواة فصار كما اذا أمر كل واحد من جانب بخلاف النفس فان الشرط فيها المساواة فى العصمة لا غير وفى الطرف تعتبر المساواة فى النفع والقيمة ولهذا لا تقطع الصحيحة بالشلاء والنفس السالمة عن العيوب تقتل بالمفلوج والمشلول فكذا الاثنان بالواحد فلا يصح القياس على النفس ولان زهوق الروح لا يتجزأ فأضيف الى كل واحد كملا وقطع العضو يتجزأ ألا ترى انه يمكن أن يقطع البعض ويترك الباقى وفى القتل لا يمكن ذلك ولهذا لو أمر أحدهما السكين على قفاه والآخر على حلقه حتى التقيا فى الوسط ومات منهما يجب القصاص وفى اليد لا يجب ولان القتل بطريق الاجتماع غالب مخافة الغوث لا فى القطع لانه يحتاج الى مقدمات بطيئة يلحقه الغوث بسببها كالشد أو نقول ثبت وجوب القصاص فى النفس بالاثر والاجماع على خلاف القياس

(قوله وفى قول قتل لهم جميعا) قال الامام علاء الدين فى طريقة الخلاف قال علماؤنا رضى الله عنهم الواحد يقتل بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفاء وقال الشافعى لا يقتل اكتفاء غير أنه ان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء وتجب ديات الباقين وان قتلهم على المقارنة له فيه قولان فى قول يقتل بالواحد غير عين وتجب ديات الباقين مشتركة بينهم وفى قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته وتجب الديات للباقين الى هنا لفظ الطريقة اهـ اتقانى (قوله ولنا أن كل واحد منهم) أى من الاولياء اهـ ﴿فرع﴾ فان قلت فما الجواب عن أن اليد الواحدة لا تقطع بالايدى اكتفاء بل تقطع بواحدة منها وينتقل حق الباقين الى المال قلت الطرف متبعض يسلك به مسلك الاموال فاذا اجتمعوا على استيفائه صار كل واحد منهم مستوفيا لجزء حقه وينتقل فى الباقى الى المال كما لو أتلف عليهم عشرة أقفزة فوجدوا قفيزا واحدا فانهم يقتسمونه وينتقلون فى الباقى الى المال لانه متبعض والقصاص ليس بمتبعض فثبت لكل واحد منهم كملا فظهر الفرق بين قطع اليد وحز الرقبة اهـ اتقانى (قوله ولنا أن كل واحد منهما قاطع للبعض) ولنا أن الحاصل من الجماعة يستدعى التجزى لان كل واحد منهم حصل منه بعض القطع وانما قلنا انه يستدعى التجزى لان المحل وهو اليد يقبل التجزى فاذا حصل من كل واحد منهم بعض القطع لم يجز اضافة القطع الى كل واحد منهم كملا فلم يجز قطع الايدى باليد الواحدة لعدم المماثلة بخلاف قتل الانفس بالنفس الواحدة لان قتل النفس يضاف الى كل واحد منهم كملا فجعل كل واحد منهم قاتلا على الكمال فحصل المماثلة بين الانفس والنفس الواحدة والاعتداء مقيد بالمماثلة قال تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم وقال تعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها وقطع اليد متجزئ فلا تجوز المماثلة بين الايدى واليد الواحدة لان لليد نصفا وربعا وثمنا ونحو ذلك اهـ اتقانى

والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها قال رحمه الله (وضمنا ديتها) أى ضمن القاطعان دية المقطوعة لان التلف حصل بفعلهما فيجب عليهما نصف الدية على كل واحد منهما الربع فيجب من مالهما الا ان العاقلة لا تحمل العمد قال رحمه الله (وان قطع واحد يمينى رجلين فلهما قطع يمينه ونصف الدية) يعنى اذا حضرا معا سواء كان القطع جملة واحدة أو على التعاقب وقال الشافعى رحمه الله ان قطعهما على التعاقب يقطع للاول منهما او يغرم أرش اليد للثانى لان يده صارت مستحقة له قصاصا فمنع استحقاقها الثانى بالقطع فصار كما اذا رهن شيأ من انسان ثم رهنه من آخر بعد التسليم الى الاول وان قطعهما معا يقرع بينهما و يكون القصاص لمن خرجت له القرعة والارش للآخر لان اليد الواحدة لا تفى بالحقين وليس أحدهما أولى بها من الآخر فوجب المصير الى القرعة ولنا أن المساواة فى سبب الاستحقاق توجب المساواة فى الاستحقاق ولا معتبر بالتقدم والتأخر كالغريمين فى التركة وهذا لان حق كل واحد منهما ثابت فى كل اليد لتقرر السبب فى حق كل واحد منهما وهو القطع وكونه مشغولا بحق الاول لا يمنع تقرر السبب فى حق الثانى ولهذا لو كان القاطع لهما عبدا استويا فى استحقاق رقبته ولو كان يمنع بالاول لما شاركه الثانى بخلاف الرهن لانه استيفاء حكما فلا يثبت للثانى بعد ما ثبت للاول كالاستيفاء حقيقة ولان المرتهن حقه ثابت فى المحل حتى يحبسه بحقه و يكون خصما فيه اذا استهلك و يقبض بدله فيكون رهنا مكانه ولا كذلك المقطوع يده فانه لم يثبت حقه فى المحل وانما ثبت له حق التصرف فيه تصرفا يفضى الى قطع اليد والمحل خال عن حقه كما فى القصاص فى النفس ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب القاطع بشئ ولو كان حقه ثابتا فيها لطالبه به كالمرتهن فاذا لم يمنع الاول ثبوت حق الثانى فيها استويا فيها فيقطع لهما اذا حضرا معا لعدم الاولوية و يقضى لهما بنصف الدية يقتسمانه نصفين لاستوائهما بخلاف ما اذا كان القصاص فى النفس حيث يكتفى فيه بالقتل لهما ولا يقضى لهما بالدية لما بينا من الفرق فيما تقدم قال رحمه الله (فان حضر واحد فقطع يده له فللآخر عليه نصف الدية) لان للحاضر أن يستوفى حقه ولا يجب عليه التأخير حتى يحضر الآخر لثبوت حقه بيقين وحق الآخر متردد لاحتمال أن لا يطلب أو يعفو مجانا أو صلحا فصار كأحد الشفيعين اذا حضر والآخر غائب حيث يقضى له بالشفعة فى الكل لما قلنا ثم اذا حضر الآخر بعد ما قطعت يده للحاضر وطلب يقضى له بالدية لان يده أوفى بها حقا مستحقا عليه فيضمنها السلامتها له ولو قضى بالقصاص بينهما ثم عفا أحدهما قبل استيفاء الدية فللآخر القود عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وعند محمد رحمه الله له الارش لان القاضى بالقضاء أثبت الشركة بينهما فيعاد حق كل واحد منهما الى البعض فاذا عفا أحدهما لم يتمكن الآخر من استيفاء الكل ولهما أن الامضاء من القضاء فى العقوبات فالعفو قبله كالعفو قبل القضاء ولو قطع أحدهما يد القاطع من المرفق سقط القصاص لذهاب اليد التى فيها القصاص بالقطع ظلما ولا ينقلب مالا كما اذا قطعها أجنبى أو سقطت بآفة سماوية ولهما نصف الدية على حاله لانها واجبة قبل قطعها فلا تسقط بالقطع ظلما ثم القاطع الاول بالخيار ان شاء قطع ذراع القاطع وان شاء ضمنه دية اليد وحكومة عدل فى قطع الذراع الى المرفق لان يد القاطع كانت مقطوعة من الكف حين قطع القاطع الاول من المرفق فكانت كالشلاء وعلى هذا لو كان المقطوع يده واحدا فقطع القاطع من المرفق سقط حقه فى القصاص ووجب عليه القصاص وللمقطوع من المرفق الخيار ان شاء قطع من المرفق وان شاء أخذ الارش لما ذكرنا قال رحمه الله (وان أقر عبد بقتل عمد يقتص به) وقال زفر رحمه الله لا يصح اقراره لانه يؤدى الى ابطال حق المولى فصار كالاقرار بالقتل خطأ أو بالمال ولنا أن العبد غير متهم فى مثله لكونه يلحقه الضرر به فيصح ولان العبد مبقى على أصل الحرية فى حق الدم عملا بالآدمية ألا ترى أن اقرار المولى عليه بالحدود والقصاص لا يجوز فاذا صح لزم منه بطلان حق المولى ضرورة وذلك لا يضر وكم من شئ يصح ضمنا وان كان لا يصح قصدا بخلاف

(قوله والطرف ليس مثلها فلا يلحق بها) قال فى المستصفى والجواب عن قوله كما تقتل الانفس بنفس واحدة ان نقول القياس كذلك لكن تركناه بالاثر والمخصوص عن القياس لا يلحق به الا ما كان فى معناه من كل وجه وقطع الطرف ليس فى معنى قتل النفس لان القطع يحتمل الوصف بالتجزى لانه ابانة العضو فجاز أن يقطع البعض دون البعض وأما القتل ازهاق الروح وانه لا يتجزأ اه (قوله ولهذا اذا قطعت يده لا يطالب) بأن قطعها شخص آخر لا يكون للمقطوع الاول مطالبة من قطع يد قاطعه اه (قوله وقال زفر الخ) وقول زفر ينتقض بما اذا ارتد العبد لانه يقتل مع وجود المعنى الذى ذكره اه غاية

﴿فصــل﴾ (قوله وموجب القطع اذا كانا عمدين أو أحدهـما عمدا والآخر خطأ) هذه حالة تنقسم الى حالتين احداهـما قطع يده عمدا ثم قتله خطأ والاخرى قطع يده خطأ ثم قتــله عمدا وكل منهما ما قبل البرء أو بعــده فصارت أربع صور والحالتان الاخريان كذلك تتصور أربع صور فيصير المجموع ٨ صور فى ٦ منها لا تداخلان اتفاقا وفى واحدة تتداخلان اتفاقا فتجب دية فقط والثامنة خلاف فيه عنــد أبى حنيفة لا تتداخلان وعندهما تتداخلان اهـ ﴿فروع﴾ قال فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطأ قبــل أن تبرأ اليد أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا قبــل البرء قال يؤخذ بالامرين جميعا باليد والنفس الى هنا لفظ أصــل الجامع الصــغير قال أبو الليث فى شرح الجامع الصغير هذه المســئلة وما يشا كلها على أربعــة أوجه اما أن يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا أو يقطع يده خطأ ثم يقتــله خطأ أو يقطع يده عمدا ثم يقتــله خطأ أو يقطع يده خطأ ثم يقتله عمدا ثم كل وجه على وجهين إما أن يبرأ فيما بين ذلك أو لا يبرأ فصارت فى الحاصــل ثمانى مسائل وقال شيخ الاســلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى وهذا على وجوه أربعة إما أن يكون كل واحد منهــما عمدا أو خطأ أو القطع عمدا والقتل خطأ أو القطع خطأ والقتل عمدا وذلك كله قبل البرء أو بعد البرء ففى الوجوه كلها بعد البرء يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل الاول (١١٧) قد انتهى فيكون القتل بعده فعلا ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهــما حتى لو كانا عمــدين له أن يقطع يده ثم يقتله ولو كانا خطأين أخذ دية الطرف ودية النفس جميعا ولو كان أحدهما خطأ والآخر عمدا يقتص فيما هو عمد وتؤخــذ الدية فيما هو خطأ وان كان لم يتخلل بينهما برء فان كانا خطأ يكتفى بدية واحدة بالاجماع لانه ما فوّت الا نفسا واحدة فلا تجب به الا دية واحدة وان كان أحدهما خطأ والآخر عمــدا اقتص فيما هو عمد وأخذ بالدية فيما هو خطأ بالاجماع ولا تتــداخــل أحدهما فى الآخر لاختلافهما فأما ان كانا عمدين اختلفوا فيه قال أبو حنيفة يخير ان شاء قطع ثم قتل وان شاء اكتفى بالقتل وعندهما ليس له الا القتل هما يقولان انه ما فوّت بالفعل الا النفس فحسب كما اذا كانا خطأ فثمة تجب دية واحدة بالاتفاق فكذا لا يجب هنا الا قصاص واحد اذا كانا عمدا ولابى حنيفة أنه أتى بجنايتين قطع وقتل فيجب عليه موجبان اهـ اتقانى ﴿فرع﴾ اعلم أنه لا يخلو القطع والقتل من أن يتخلل بينهما برء أو لا فان تخلل بينهما برء يعتبر كل فعل ويؤخذ بموجب الفعلين لان موجب الاوّل قد تقرر بالبرء فلا يدخل أحدهما فى الآخر حتى لو كانا عمدين فللولى القطع والقتل وان كانا خطأين تجب دية ونصف دية وان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ فان كان القطع عمدا والقتل خطأ يجب فى اليد القود وفى النفس الدية وان كان القطع خطأ والقتل عمدا يجب فى اليد نصف الدية وفى النفس القود وان لم يتخلل بينهما برء فان كان أحدهما عمدا والآخر خطأ يعتبر كل فعل على حدة فيجب فى الخطا الدية وفى العمد القود وان كانا خطأين يعتبر الكل جناية واحدة اتفاقا فتجب دية واحدة وان كانا عمدين فعند أبى يوسف ومحمد رحمهما الله يقتل ولا يقطع وعند أبى حنيفة للولى الخيار ان شاء قطع وقتل وان شاء قتــل اهـ حصارى (قوله وعنــدهما يتداخلان) أى اذا كان القتل قبــل البرء يدل عليه قول الشارح وعدم تخلل البرء بينهــما اهـ (قوله وله أن الجمع) ومعنى الجمع هنا الاكتفاء بالقتل اهـ (قوله وجب على كل واحد منهما القصاص) أى بقطع يد القاطع وبقتل القاتل اهـ

الاقرار بالمال لانه اقرار على المولى بابطال حقه قصدا لان موجبه بيع العبد أو الاستسعاء وكذا اقراره بالقتل خطأ لان موجبه دفع العبد أو الفداء على المولى ولا يجب على العبد شئ فلا يصح سواء كان العبد محجورا عليه أو مأذونا له فى التجارة لانه ليس من باب التجارة فيكون باطلا قال رحمه الله (وان رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منــه الى آخر يقتص للاوّل وللثانى الدية) لان الاوّل عمد والثانى أحد نوعى الخطا وهو الخطأ فى الفعل فكأنه رمى الى حربى فأصاب مسلما والفعل الواحد يتعدّد بتعدّد أثره

﴿فصــل﴾ قال رحمه الله (ومن قطع يد رجل ثم قتله أخذ بالامرين لو عمدين أو مختلفين أو خطأين تخلل بينهما برء أو لا الا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب دية واحدة كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة) معنى هذا اذا قطع يده ثم قتله يجب علــيه موجب القتل وموجب القطع اذا كانا عمدين أو أحدهما عمدا والآخر خطأ أو كانا خطأين وتخلل بينهما برء لا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة فحاصله أن الكل لا يتداخلان الا الخطأين فانهما يتداخلان فيجب فيهما دية واحدة اذا لم يتخلل بينهــما برء وان تخلل بينهــما برء لا يتداخلان أما الاوّل وهو ما اذا كانا عمدين فالمذكور قول أبى حنيفة رضى الله عنــه وعندهــما يتداخلان فيقتل حزا ولا تقطع يده لان الجمع بينهما ممكن لتجانس الفعلين وعدم تخلل البرء بينهــما فصارا كالخطأين وذلك لان الجمع بين الجراحات واجب ما أمكن لان القتل يقع بضربات غالبا واعتبار كل ضربة على حدتها يؤدّى الى الحرج فيجمع تيســيرا الا أن لا يمكن بان يختلف حكم الفعلين كالعمد والخطا أو يتخلل البرء بينهــما لان البرء قاطع للسراية فلا يمكن أن يجعل الثانى تتميما للاوّل فيعتبر على حياله وأمكن ذلك قبــل البرء فصار كسراية الاول وله أن الجمع متعــذر لان حز الرقبة يمنع سراية القطع كالبرء حتى لو صدرا من شخصــين وجب على كل واحد منهما القصاص فكذا اذا كانا من شخص واحــد فيقطع الاولياء يده ثم يقتلونه ان شاؤا وان شاؤا اقتلوه من غير قطع لان القصاص يعتمد

المساواة فى الفعل وذلك بان يكون القتل بالقتل والقطع بالقطع واستيفاء القطع بالقتل متعذر لاختلافهما حقيقة وحكما ولان المماثلة صورة ومعنى تكون باستيفائهما او بالاكتفاء بالقتل لم توجد المماثلة الا معنى فلا يصار اليه مع القدرة على المماثلة صورة ومعنى فيخير الولى بخلاف ما اذا مات من السراية لان الفعل واحد وبخلاف ما اذا كانا خطأين لان الموجب فيه الدية وهى بدل المحل والمقتول واحد فيجب بدل واحد ألا ترى أن عشرة لو قتلوا واحدا خطأ يجب عليهم دية واحدة لاتحاد المحل وان تعدد الفعل ولو قتلوه عمدا اقتلوا به جميعا لان القصاص جزاء الفعل وهو متعدد وان اتحد المحل ولان أرش اليد لو وجب كان يجب عليه عند الحز لانه وقت استحكام أثر الفعل ولا سبيل اليه لانه حينئذ تجب دية النفس بالحز فيجتمع وجوب بدل الجزء والكل فى حالة واحدة وهو محال ولو وجب ذلك لوجب بقتل النفس الواحدة ديات كثيرة للاطراف لانها تتلف بتلف النفس أما القطع والقتل فقصاصان فأمكن اجتماعهما وبخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل لاتحاد الفعل وأما الثانى وهو ما اذا كانا مختلفين بان كان أحدهما خطأ والآخر عمدا والثالث وهو ما اذا كانا خطأين وتخلل بينهما برء فلأن الجمع غير ممكن فيهما لاختلاف حكم الفعلين فى الاول وتخلل البرء فى الثانى وهو قاطع للسراية فيعطى لكل فعل حكم نفسه وقوله لا فى خطأين لم يتخلل بينهما برء فتجب فيه دية واحدة هذا اخراج عن قوله أخذ بالامرين أى يؤخذ بموجب فعله الا فى هذه الصورة فانهما يتداخلان ولا يؤخذ الا بالقتل فتجب فيه دية النفس لا غير وقد بينا وجهه فى أثناء البحث وقوله كمن ضربه مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة يعنى يجب فيه دية واحدة كما اذا كان القطع والقتل خطأين ولم يتخلل بينهما برء وانما كان كذلك لان الضربات التى برأ منها ولم يبق لها أثر سقط أرشها لزوال الشين وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعن أبى يوسف رحمه الله فيها حكومة عدل وعن محمد رحمه الله أنه يجب فيه أجرة الطبيب وثمن الادوية وتأتى المسئلة بأدلتها فى فصل الشجاج ان شاء الله تعالى ولو بقى لها أثر بعد البرء يجب موجبه مع دية النفس بالاجماع لان الارش يجب باعتبار الشين فى النفس وهو ببقاء الاثر قال رحمه الله (وان عفا المقطوع عن القطع فمات ضمن القاطع الدية ولو عفا عن القطع وما يحدث منه أو عن الجناية لا فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله والعفو عن الشجة كالعفو عن القطع وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله اذا عفا عن القطع أو عن الشجة فهو عفو عن النفس أيضا حتى اذا مات بعد العفو بالسراية لا يضمن لان العفو اذا أضيف الى الفعل كالقطع والشجة يراد به موجبه لان نفس الفعل لا يحتمل العفو وموجبه أحد شيئين ضمان الطرف ان اقتصر وضمان النفس ان سرى فيتناولهما فصار كالعفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها ولان اسم القطع والشجة يتناول السارى والمقتصر لان القطع جنس وهما نوعان فصارت السراية والاقتصار صفة له ألا ترى أن من أمر انسانا بقطع يده فقطعها وسرى الى النفس لا يجب له عليه شئ لان اذنه بالقطع يتناوله فكذا العفو عنه يتناول ما يحدث منه وهذا لان السبب يذكر ويراد به المسبب ولهذا لو أبرأ المغصوب منه الغاصب عن الغصب كان ذلك إبراء عن موجب الغصب وهو رد العين عند قيامها أو رد القيمة بعد هلاكها وكذا لو أبرأ البائع المشترى كان ذلك إبراء عن موجب العيب وهو الرد عند الامكان والرجوع بالنقصان عند تعذر الرد ولابى حنيفة رحمه الله أن حق المجنى عليه فى القتل دون القطع لانه لما سرى تبين أنه كان قتلا من الابتداء فعفوه عن القطع يكون عفوا عن غير حقه فيبطل ألا ترى أن من قال لا قطع لى قبل فلان لا يوجب البراءة عن القصاص فى النفس ولو كان القطع يتناوله كما قالا لاقتضى براءته عنه فكذا العفو عن القطع لا يتناول العفو عن القتل لكونهما غيرين فلم يصادف العفو محل حقه فيبطل وتجب عليه الدية والقياس أن يجب عليه القصاص فى النفس لانه قتل نفسا

(قوله بخلاف ما اذا مات من السراية) أى اذا قطع يده عمدا فمات من ذلك فانه يقتل فقط اه (قوله لا فى خطأين) هكذا هو فى نسخة قارئ الهداية ونسخة الشيخ شمس الدين الزراتيتى المقابلة على خط الشارح وغالب نسخ المتن إلا باداة الاستثناء وعليها شرح العينى والرازى وغيرهما رحمهم الله أجمعين اه (قوله ولم يبق لها أثر) جعل كأنها لم توجد فى حق الضمان وان اعتبرت فى حق التعزير وصار كأنه لم يضربه الا عشرة فمات منها لا تجب الا دية واحدة اه اتقانى (قوله وهذا عند أبى حنيفة) وكذا الجواب فى كل جراحة اندملت ولم يبق لها أثر اه اتقانى

معصومة بغير حق عمدا الا أنا استحسنا فى سقوطه لان صورة العفو أورثت شبهة وهى دارئة للقود وهذا لانه أضاف العفو الى حقه من حيث الظاهر وذلك يكفى لدرء القصاص لا لسقوط المال لانه يجب مع الشبهة ولا نسلم أن السارى نوع من القطع وأن السراية صفة له بل السارى قتل من الابتداء وتبين ذلك بالسراية وهذا لان المعتبر فى الجنايات مآلها لما أن أصل الفعل قد يكون غير موجب للقصاص فى النفس ثم يصير موجبا له بالسراية وقد يكون موجبا للقصاص ثم يصير غير موجب له كما اذا قطع يده من المفصل فسرى الى نصف الساعد وباعتبار المآل تبين أنه لم يكن له حق فى اليد ولهذا لو عفا الولى عن اليد بعد السراية لم يصح ولو كان السارى نوعا له لصح لامكان الصرف اليه ولان القطع الاول لا يوجب قطعا ساريا وانما يوجب القطع فقط ان كان مقتصرا أو القتل فقط ان كان ساريا فلا موجب للقطع السارى فلا يتناوله العفو عن القطع لان القطع ليس باسم للقتل ولا هو سبب لوجوب القطع السارى على الجانى حتى يستعار له فلغا بخلاف العفو عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها لان الجناية اسم جنس يتناول السارى والمقتصر والقتل ابتداء ألا ترى أنه لو قال لا جناية لى قبل فلان أوجب البراءة عن الكل بخلاف ما اذا قال لا قطع لى على ما بيناه والعفو عن القطع وما يحدث منه أو عن الشجة وما يحدث منها صريح فى العفو عن السراية وأما مسئلة الاذن بالقطع فانما سقط الضمان عن القاطع فيها لانه لما قطعه بأمره انتقل الفعل اليه فصار فى التقدير كأنه هو الذى قطع يد نفسه فمات منه ولو كان يتناول السارى لوجب الضمان على القاطع كما لو قال له اقتلنى فقتله فكان هذا شاهدا لابى حنيفة رحمه الله كما تراه وأما مسئلة الغصب فلان الغصب سبب لوجوب رد المغصوب أو قيمته فجاز استعارته على المسبب وكذا مسئلة الرد بالعيب بخلاف ما نحن فيه على ما بيناه ولا يرد على هذا ما لو وقع الصلح عن القطع على عبد فأعتقه ثم مات المقطوع حيث لا ينتقض الصلح ولو لم يتناول السارى لانتقض لانا نقول لما أعتقه صار مختارا للامضاء فتضمن اعتاقه نقض الصلح الاول والتحول الى الصلح عن الجناية أو نحو ذلك لانه لا يتم الا به على ما يأتى بيانه من بعد ان شاء الله تعالى ولو كان القطع خطأ فهو كالعمد فى هذه الوجوه حتى اذا أطلق بأن قال عفوت عن اليد كان عفوا عن دية النفس عندهما وعن دية اليد فقط عنده ولو قال عفوت عن الجناية أو عن القطع وما يحدث منه كان عفوا عن دية النفس بالاجماع حتى اذا مات منه يسقط كل الدية فيه غير أنه يعتبر من الثلث لان موجبه المال وقد تعلق به حق الورثة فيعتبر من الثلث كسائر أمواله بخلاف ما اذا كان عمدا حيث يصح من جميع المال لان موجبه القصاص ولم يتعلق حق الورثة به لانه ليس بمال وصار كما لو أعار أرضه فى مرض موته وانتفع بها المستعير ثم مات المعير حيث ينفذ ذلك من جميع ماله لان المنافع ليست بمال مطلقا وانما تصير مالا بعقد الاجارة ولم يتعلق حق الورثة بها فى المرض وهو المراد بقوله فالخطأ من الثلث والعمد من كل المال قال رحمه الله (وان قطعت امرأة يد رجل عمدا فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها والدية فى مالها وعلى عاقلتها لو خطأ) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله لان العفو عن اليد أو عن القطع لا يكون عفوا عما يحدث منه عنده فكذا التزوج على اليد أو على القطع لا يكون تزوجا على ما يحدث منه عنده ثم ان كان القطع عمدا فهذا تزوج على القصاص فى الطرف وهو ليس بمال على تقدير الاستيفاء وعلى تقدير السقوط أولى لانه لا يمكنها أن تستوفى القصاص من نفسها فاذا لم يكن مالا لا يصلح مهرا فيجب لها عليه مهر المثل ولا يقال القصاص لا يجرى بين الرجل والمرأة فى الطرف فكيف يكون تزوجا عليه لانا نقول الموجب الاصلى للعمد القصاص لاطلاق قوله تعالى والجروح قصاص وانما سقط للتعذر ثم يجب عليها الدية لان التزوج وان تضمن العفو لكن عن القصاص فى الطرف فاذا سرى تبين أنه قتل ولم يتناوله العفو فتجب الدية لعدم صحة العفو عن النفس وذلك فى مالها لانه عمد والعاقلة لا تتحمله والقياس أن يجب القصاص

(قوله ولهذا لو عفا الولى عن اليد) أى قطع يده فمات فعفا ولى المقتول عن موجب اليد لا يسقط القصاص اهـ (قوله فجاز استعارته على المسبب) يعنى له اهـ (قوله فيعتبر من الثلث كسائر أمواله) ويكون هذا وصية للعاقلة قال الصدر الشهيد وغيره وهذا لا يشكل عند من لم يجعل القاتل واحدا من العاقلة أما من جعله واحدا من جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته من الدية لانها وصية للقاتل فلا تصح قالوا والصحيح انها تصح فى حق الكل وان حصلت للقاتل بقدر حصته لانها لو لم تصح فى الابتداء صحت فى الانتهاء لانها لو بطلت فى الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لان من أوصى لمن تصح له الوصية ولمن لا تصح له الوصية صار كلها لمن تصح له الوصية كمن أوصى لحى وميت كانت الوصية للحى تصحيحا للوصية فههنا اذا لم تصح للقاتل تعود الى العاقلة فتسقط عن العاقلة فى الابتداء فقصر المسافة اهـ غاية سيأتى معنى هذه الحاشية فى كلام الشارح فى الصفحة الآتية لكننى بادرت بكتابتها ظنا انه لم يذكره اهـ (قوله لانه ليس بمال) وانما يحجر من أشرف على الموت عن التصرف فى جميع ماله لحق الورثة وما ليس بمال فالصحيح والمريض والقاتل وغير القاتل فيه سواء اهـ اتقانى

فى النفس على ما بينا فاذا وجب له الدية ولها المهر تقاصا ان استويا قدرا ووصفا وان كان أحدهما أكثر رجع صاحبه على الآخر وان كان القطع خطأ يكون هذا تزوجا على ارش اليد واذا سرى الى النفس تبين انه لا أرش لليد وأن المسمى معدوم فيجب مهر المثل كما اذا تزوجها على ما فى يده ولا شئ فيها والدية واجبة بنفس القتل لانه خطأ ولا تقع المقاصة لان الدية على العاقلة بخلاف ما اذا كان عمدا لان الدية عليها والمهر على الزوج فلا فائدة فى استيفاء كل واحد منهما حقه فيتقاصان قال رحمه الله (وان تزوجها على اليد وما يحدث منها أو على الجناية فمات منه فلها مهر مثلها) لان هذا تزوج على القصاص وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير قال رحمه الله (ولا شئ عليها لو عمدا) لانه رضى بسقوط القصاص على أنه يصير مهرا وهو لا يصلح مهرا فسقط أصلا فصار كما اذا أسقط القصاص بشرط أن يصير مالا فانه يسقط مجانا قال رحمه الله (ولو خطأ رفع عن العاقلة مهر مثلها ولهم ثلث ما ترك وصية) لان التزوج على اليد وما يحدث منها أو على الجناية تزوج على موجبها وموجبها الدية هنا وهى تصلح مهرا فصحت التسمية الا أنه بقدر مهر مثلها يعتبر من جميع المال لانه ليس فيه محاباة والمريض لا يحجر عليه فى التزوج لانه من الحوائج الاصلية فينفذ قدر مهر المثل من جميع المال وما زاد على ذلك من الثلث لانه تبرع والدية تجب على عاقلتها وقد صارت مهرا فتسقط كلها عنهم ان كان مهر مثلها مثل الدية أو أكثر ولا يرجع عليهم بشئ لانهم كانوا يتحملون عنها بسبب جنايتها فاذا صار ذلك ملكا لها سقط عنهم فلا يغرمون لها وان كان مهر مثلها أقل من الدية سقط عنهم قدر مهر مثلها لما ذكرنا وما زاد على ذلك ينظر فان خرج من الثلث سقط عنهم أيضا لانه وصية لهم فيصح لانهم أجانب وان كان لا يخرج من الثلث سقط عنهم قدر الثلث وأدوا الزيادة الى الولى لان الوصية لا نفاذ لها الا من الثلث ثم قيل لا يسقط قدر نصيب القاتل لان الوصية للقاتل لا تصح والأصح أنه يسقط كله لانه أوصى لمن تجوز له الوصية ولمن لا تجوز له الوصية فيكون الكل لمن تجوز له الوصية كمن اوصى لحى وميت فان الوصية كلها تكون للحى ولانه لو لم يسقط نصيبه لكان ذلك القدر هو الواجب بالقتل فتتحمله العاقلة عنه فيقسم عليهم فما أصاب العاقلة يسقط لما ذكرنا وما أصاب القاتل يكون هو الواجب بالقتل فيقسم أيضا فيلزم مثل ذلك من نصيبه منه أيضا ثم هكذا وهكذا الى أن لا يبقى منه شئ فلو أبطلنا الوصية فى حصته ابتداء لزمنا تصحيحها انتهاء فصححناها ابتداء قصرا للمسافة وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله كذلك الجواب فيما اذا تزوجها على اليد أيضا لان العفو عن اليد عفو عما يحدث منه عندهما فصار الجواب فى الفصلين واحدا عندهما قال رحمه الله (ولو قطع يده فاقتص له فمات الاول قتل به) أى لو أن رجلا قطع يد رجل فاقتص له فمات المقطوع الاول قتل المقطوع الثانى به وهو القاطع الاول قصاصا لانه تبين أن الجناية كانت قتلا عمدا وحق المقتص له فى القصاص فى النفس واستيفاء القطع لا يوجب سقوط حقه فى القتل لان من له القصاص فى النفس اذا قطع طرف من عليه القصاص ثم قتله لا يجب عليه شئ الا أنه مسئ ألا ترى أنه اذا أحرقه بالنار لا يجب عليه شئ غير الاساءة فاذا بقى له فيه القصاص فوارثه يقوم مقامه وعن أبى يوسف رحمه الله انه يسقط حقه فى القصاص لان اقدامه على القطع دليل على انه أبرأه عن غيره قلنا انما أقدم عليه على ظن ان حقه لا حق له غيره وبعد السراية تبين ان حقه فى القود فلم يكن مبرئا عنه بدون علمه ولو مات المقتص منه وهو المقطوع قصاصا من القطع فديته على عاقلة المقتص له عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمهم الله لا شئ عليه لانه استوفى حقه وهو القطع فيسقط حكم السراية اذ الاحتراز عن السراية خارج عن وسعه فلا يتقيد بشرط السلامة كى لا ينسد باب القصاص فصار كالامام اذا قطع يد السارق فسرى الى النفس فمات وكالبزاغ والفصاد والحجام والختان وكما لو قال لغيره اقطع يدى فقطعها ومات وهذا لان السراية تبع لابتداء الجناية فلا يتصور أن يكون ابتداء الفعل غير مضمون وسرايته مضمونة ولابى حنيفة رحمه الله ان حقه فى القطع والموجود قتل حتى لو قطع ظلما

(قوله وان قطع) أى ولى المقتول اهـ (قوله والقطع السارى أفحش من المقتصر) فاذا لم يضمن السارى لا يضمن المقتصر اهـ (قوله وانما لم يضمن فى الحال) جواب سؤال تقديره أن يقال لما سقط القصاص وجب المال ينبغى أن يثبت فى الحال ولا يتوقف على البرء كما فى الجنايات اهـ (قوله فهو على الخلاف فى الصحيح) لانه بعد البرء تبين أن القطع بغير حق اهـ

كان قتلا فلم يكن مستوفيا حقه فيضمن وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة فوجبت الدية بخلاف ما ذكروا من المسائل لان اقامة الحد واجب على الامام وكذا الفعل واجب على غيره من البزاغ والفصاد والحجام والختان بالعقد واقامة الواجب لا تتقيد بشرط السلامة وفى مسئلتنا الولى مخير بل العفو مندوب اليه فيكون من باب الاطلاق كالمرور على الطريق وكضرب الزوجة فيتقيد بشرط السلامة قال رحمه الله (وان قطع يد القاتل وعفا ضمن القاطع دية اليد) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ عليه لانه قطع يدا من نفس لو أتلفها لا يضمن كما لو قطع يد مرتد ثم أسلم ثم سرى وهذا لانه استحق اتلافه بجميع أجزائه اذ الاجزاء تبع للنفس فبطل حقه بالعفو فيما بقى لا فيما استوفى ولهذا لو لم يعف لا يجب عليه ضمان اليد وكذا اذا عفا ثم سرى لا يضمن شيأ والقطع السارى أفحش من المقتصر أو قطع وما عفا وما سرى ثم حز رقبته قبل البرء أو بعده فصار كما لو كان له قصاص فى اليد فقطع أصابعه ثم عفا عن اليد فانه لا يضمن ارش الاصابع والاصابع من الكف كالاطراف من النفس ولابى حنيفة رحمه الله انه استوفى غير حقه فيضمن وهذا لان حقه فى القتل لا فى القطع وكان القياس أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة اذ كان له أن يتلف الطرف تبعا للنفس واذا سقط القود وجبت الدية وانما لم يضمن فى الحال لاحتمال أن يصير قتلا بالسراية فيظهر أنه استوفى حقه وحقه فى الطرف ثبت ضرورة ثبوت حق القتل وهذه الضرورة عند الاستيفاء لا قبله فاذا وجد الاستيفاء ظهر حقه فى الطرف تبعا واذا لم يستوف لم يظهر حقه فى الطرف لا أصلا ولا تبعا فتبين انه استوفى غير حقه وأما اذا لم يعف فانما لم يضمن لمانع وهو قيام الحق فى النفس لاستحالة أن يملك قتله وتكون أطرافه مضمونة عليه فاذا زال المانع بالعفو ظهر حكم السبب واذا سرى فهو استيفاء للقتل فتبين أن العفو كان بعد الاستيفاء ولو قطع وما عفا وبرأ فهو على الخلاف فى الصحيح ولو قطع ثم حز رقبته قبل البرء فهو استيفاء لان القطع انعقد على وجه يحتمل السراية فكان حز الرقبة تتميما لما انعقد له القطع فلا يضمن حتى لو حز رقبته بعد البرء فهو على الخلاف فى الصحيح على أنا لا نسلم ظهور حقه عند الاستيفاء فى التوابع وانما دخلت فى النفس لعدم امكان التحرز عن اتلافها والاصابع تابعة قياما والكف تابع لها عرضا لان منفعة البطش تقوم بالاصابع بخلاف الطرف فانه تابع للنفس من كل وجه

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

قال رحمه الله (ولا يقيد حاضر بحجته * اذا أخوه غاب عن خصومته فان بعد لا بد من اعادته ليقتلا ولو خطأ أو دينا لا) أى اذا قتل شخص وله وليان حاضر وغائب فأقام الحاضر البينة على القتل لا يقتل القاتل قصاصا فان عاد الغائب فليس لهما أن يقتلاه بتلك البينة بل لا بد لهما من اعادة تلك البينة ليقتلاه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يعيد ولو كان القتل خطأ أو دينا لا يعيدها بالاجماع وأجمعوا على أن القاتل يحبس اذا أقام الحاضر البينة لانه صار متهما بالقتل والمتهم يحبس وأجمعوا على انه لا يقضى بالقصاص ما لم يحضر الغائب لان المقصود من القصاص الاستيفاء والحاضر لا يتمكن من الاستيفاء بالاجماع بخلاف ما اذا كان خطأ أو دينا لانه يتمكن من الاستيفاء لهما فى الخلافية أن البينة متى أقامها من له الخصومة تكون معتبرة ملزمة فلم يجب اعادتها بعد ذلك وأحد الورثة ينتصب خصما عن نفسه وعن شركائه فيما يدعى للميت وعلى الميت كما فى دعوى الخطا ودعوى المال والقصاص موروث

﴿باب الشهادة فى القتل﴾

لما كانت الشهادة بالقتل متعلقة بالقتل أوردها عقيب حكم القتل لانه لما تعلق به صار كالتابع له اهـ (قوله ولو كان القتل خطأ الخ) قال فى الحقائق ولو كانت دعوى فى القتل الخطا بالدية والمسئلة بحالها يقضى بالدية على عاقلة القاتل واذا حضر الغائب لا يكلف اعادة بينته بالاجماع اهـ (قوله والقصاص موروث) أى يثبت ملك القود للمورث ثم للوارث اهـ ﴿فرع﴾ قال فى فتاوى قاضيخان للاب استيفاء القصاص لابنه الصغير فى النفس وفيما دون النفس وله أن يصالح عنهما وليس للوصى أن يستوفى القصاص فى النفس وله أن يستوفى القصاص فيما دون النفس وله أن يصالح فيما دون النفس واختلفت الروايات فى الصلح عن النفس ذكر فى الجامع الصغير أن له ذلك وذكر فى الصلح أنه ليس له ذلك وأما القاضى ذكر فى بعض الروايات عن محمد أن القاضى لا يستوفى القصاص للصغير لا فى النفس ولا فيما دون النفس ولا أن يصالح وذكر فى الصلح اذا قتل رجلا لا ولى له عمدا للامام أن يقتله أو يصالحه وليس له أن يعفو و يستحق القصاص من يستحق ميراثه على فرائض الله تعالى يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اهـ وقال الولوالجى ولان استيفاء القصاص لمن يستحق القصاص والمستحق للقصاص من يستحق مال القتيل على فرائض الله يدخل فيه الزوج والزوجة وكذا الدية اهـ

عن الميت حتى تجرى فيه سهام الورثة و يصح عفوه قبل الموت وتقضى ديونه منه اذا انقلب مالا وكذا تنفذ وصاياه منه كما فى الدية فاذا لم تجب اعادة البينة فى أحد بدلى الدم وهو الدية فكذا فى البدل الآخر وهو القصاص ولابى حنيفة رحمه الله أن القصاص غير موروث لانه يثبت بعد الموت للتشفى ودرك الثأر والميت ليس من أهله وانما يثبت للورثة ابتداء بطريق الخلافة بسبب انعقد للميت أى يقومون مقامه فيستحقونه ابتداء من غير أن يثبت للميت كالعبد يقبل الهبة يقع الملك فيها للمولى ابتداء بطريق الخلافة عنه وانما كان كذلك لان القصاص ملك الفعل فى المحل بعد موت المجروح ولا يتصوّر الفعل من الميت ولهذا صح عفو الورثة قبل موت المجروح وانما صح عفو المجروح لان السبب انعقد له وفى قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا نص على أن القصاص يثبت للوارث ابتداء بخلاف الدية والدين لان الميت أهل لملك المال ولهذا لو نصب شبكة فتعقل بها صيد بعد موته علكه وأصل الاختلاف راجع الى أن استيفاء القصاص حق الورثة عنده وحق الميت عندهما فاذا كان القصاص يثبت حقا للورثة عنده ابتداء لا ينتصب أحدهم خصما عن الآخرين فى اثبات حقهم بغير وكالة منه فباقامة الحاضر البينة لا يثبت القصاص فى حق الغائب فيعيدها بعد حضوره ليتمكن من الاستيفاء ولا يلزمه أن القصاص اذا انقلب مالا يصير حقا للميت لانه اذا انقلب مالا صار صالحا لقضاء حوائجه فصار مفيدا بخلاف القصاص ولا يصح الاستدلال بصحة عفو المورّث لانه انما يصح فى جواب الاستحسان لوجود سببه على ما بيناه وهو معارض بعفو الوارث فانه يجوز أيضا قبل موت المورّث بعد الجرح استحسانا لوجود السبب فلولا أن الحق يثبت له ابتداء لما صح عفوه قال رحمه الله (فان أثبت القاتل عفو الغائب لم يقد) معناه أن القاتل اذا أقام بينة أن الغائب قد عفا كان الحاضر خصما وسقط القصاص لانه ادّعى حقا على الحاضر وهو سقوط حقه فى القصاص وانقلاب نصيبه مالا ولا يتمكن من اثباته الا باثبات العفو من الغائب فانتصب الحاضر خصما عن الغائب فى الاثبات عليه بالبينة فاذا قضى عليه صار الغائب مقضيا عليه تبعا له قال رحمه الله (وكذا لو قتل عبدهما وأحدهما غائب) أى لو كان عبد بين رجلين فقتل عمدا وأحد المولين غائب فحكمه مثل ما ذكرنا فى الوليين حتى لا يقتل ببينة أقامها الحاضر من غير اعادة بعد عود الغائب ولو أقام القاتل البينة أن الغائب قد عفا فالشاهد خصم و يسقط القصاص لما بينا فحاصله أن هذه المسئلة مثل الاولى فى جميع ما ذكرنا الا أنه اذا كان القتل عمدا أو خطأ لا يكون الحاضر خصما عن الغائب بالاجماع والفرق لهما فى الكل ولابى حنيفة رحمه الله فى الخطا أن أحد الورثة خصم عن الباقين على ما بيناه ولا كذلك أحد المولين على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (وان شهد وليان بعفو ثالثهما لغت) أى اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث انه عفا فشهادتهما باطلة لانهما يجرّان الى أنفسهما نفعا وهو انقلاب القود مالا وهو عفو منهما لانهما زعما أن القصاص قد سقط وزعمهما معتبر فى حق أنفسهما قال رحمه الله (فان صدّقهما القاتل فالدية لهم أثلاثا) أى صدّقهما القاتل دون الولى المشهود عليه لانه بتصديقه اياهما أقرّ لهما بثلثى الدية فيلزمه لكن يزعمون كلهم أن نصيب الولى

(قوله ويصح عفوه قبل الموت) قال قاضيخان فى الوصايا جريح أوصى عند موته أن يعفى عن قاتله والقتل عمد كان باطلا فى قياس قول أبى حنيفة اه (قوله ولابى حنيفة أن القصاص غير موروث الخ) قال الاتقانى ولابى حنيفة ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفى ودرك الثار وهذا حق للورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق الميت ولهذا اذا انقلب مالا تقضى (١٢٢) منه ديونه وتنفذ وصاياه واذا كان القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الوارث الآخر لانه أثبت حق نفسه لا حق غيره فلا بد من اعادة البينة للغائب لان أحد الورثة ينتصب خصما عن الميت لا عن ولى آخر فلما ثبت أن القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه أيضا والثبوت من وجه أورث الشبهة والمتهم يحبس بخلاف الدية فانه حق الميت من كل وجه لانه ينتفع بها فجاز أن ينتصب أحد الورثة خصما عن الميت فلم يحتج الى اعادة البينة اه (قوله فالشاهد خصم) هكذا هو فى النسخ والمراد به الحاضر والله الموفق اه وكتب ما نصه وكذا عبر به فى الهداية اه فكذا هو بخط الشارح اه ﴿فرع﴾ اعلم أنه اذا كان أولياء المقتول ثلاثة فشهد اثنان منهم على الثالث بالعفو فلا يخلو الحال من أربعة أمور لا زائد عليها الاول أن يصدقهما القاتل والمشهود عليه الثانى أن يكذبهما القاتل والمشهود عليه الثالث أن يصدقهما القاتل دون المشهود عليه الرابع عكسه وهو أن يكذبهما القاتل دون المشهود عليه فالثانى والثالث حكمهما معلوم من المتن والرابع ذكر حكمه الشارح والاول الحكم فيه ظاهر وهو أنه ينقلب نصيب الشاهدين مالا و يبطل حق المشهود عليه اه وهذا التقسيم مما ظهر لى حال المطالعة ثم رأيت الاتقانى رحمه الله ذكره ولله الحمد على الموافقة اه ﴿فرع آخر﴾ قال الحاكم الشهيد ولو شهد أحدهما أنه قتله بسيف وقال الآخر انه طعنه برمح أو شهد أنه ضربه بسيف وشهد الآخر أنه رماه بسهم أو اختلفا فى مكان القتل أو وقته أو موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة اه

المشهود عليه قد سقط بعفوه وهو ينكر فلا يقبل قولهم عليه ويحوّل نصيبه أيضا مالا فوجب عليه كل الدية قال رحمه الله (وان كذبهما فلا شئ لهما وللآخر ثلث الدية) أى ان كذبهما القاتل أيضا بعد أن كذبهما الولى المشهود عليه بالعفو فلا شئ للوليين الشاهدين لانهما بشهادتهما عليه بالعفو أقرا ببطلان حقهما فى القصاص فصح اقرارهما فى حق أنفسهما وادّعيا انقلابه مالا فلا يصدق دعواهما الا ببينة وللولى المشهود عليه ثلث الدية لان دعواهما العفو عليه وهو ينكر بمنزلة ابتداء العفو منهما فى حق المشهود عليه فينقلب نصيبه مالا لان سقوط القصاص مضاف اليهما وان صدقهما الولى المشهود عليه وحده دون القاتل ضمن القاتل ثلث الدية للولى المشهود عليه لانه أقر له بذلك فان قيل كيف يكون له الثلث وهو قد أقر أنه لا يستحق على القاتل شيأ بدعواه العفو قلنا ارتد اقراره بتكذيب القاتل اياه فوجب له ثلث الدية عليه وفى الجامع الصغير كان هذا الثلث للشاهدين لا للمشهود عليه وهو الاصح لان المشهود عليه يزعم أنه قد عفا فلا شئ له وللشاهدين على القاتل ثلثا الدية دينا فى ذمته والذى فى يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما الاقرار لهما بذلك كمن قال لفلان على ألف درهم فقال المقر له ليس لى ذلك وانما هو لفلان فيصرف اليه فكذا هذا وهذا كله استحسان والقياس أن لا يلزم القاتل شئ لان ما ادّعاه الشاهدان على القاتل لم يثبت لانكاره وما أقر به القاتل للمشهود عليه قد بطل باقراره بالعفو ولكونه تكذيبا له وجوابه أن القاتل بتكذيبه الشاهدين قد أقر للمشهود عليه بثلث الدية لزعمه أن القصاص قد سقط بشهادتهما كما اذا عفيا والمقر له ما كذب القاتل حقيقة بل أضاف الوجوب الى غيره بجعل الواجب للشاهدين وفى مثله لا يرتد الاقرار كمن قال لفلان على كذا فقال المقر له ليس لى ولكنه لفلان على ما بينا قال رحمه الله (وان شهدا أنه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات يقتص) لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة وفى ذلك القصاص على ما عرف والشهادة على قتل العمد تتحقق على هذا الوجه لانه اذا كان مخطئا لا يحل لهم أن يطلقوه بل يقولون قصد غيره فأصابه لان الموت بسبب الضرب انما يعرف اذا صار بالضرب صاحب فراش ودام على ذلك حتى مات وتأويله اذا شهدوا أنه ضربه بشئ جارح قال رحمه الله (وان اختلف شاهدا القتل فى الزمان أو المكان أو فيما وقع به القتل أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتله بطلت) لان القتل لا يتكرر فالقتل فى زمان أو فى مكان غير القتل فى مكان آخر أو زمان آخر وكذا القتل بآلة غير القتل بآلة أخرى وتختلف الاحكام باختلاف الآلة فكان على كل قتل شهادة فرد فلم يقبل ولان اتفاق الشاهدين شرط القبول فلم يوجد ولان القاضى تيقن بكذب أحدهما لاستحالة اجتماع ما ذكرنا فلا يقتل بمثله وكذا لو كمل النصاب فى كل واحد منهما لتيقن القاضى بكذب أحد الفريقين وعدم الاولوية بالقبول بخلاف ما اذا كمل أحد الفريقين دون الآخر حيث يقبل الكامل منهما لعدم المعارض وأما اذا بين أحدهما الآلة وقال الآخر لا أدرى بماذا قتله فلأن المطلق يغاير المقيد لانه معدوم والمقيد موجود فاختلفا وكذا أيضا حكمهما مختلف فان من قال قتله بعصا أوجب الدية على العاقلة ومن قال لا أعلم على القاتل فاختلف المشهود به فبطلت وهو المراد بقوله أو قال أحدهما قتله بعصا وقال الآخر لم أدر بماذا قتله وكذا لو شهد أحدهما بالقتل معاينة والآخر على اقرار القاتل بذلك كان باطلا لاختلاف المشهود به فان أحدهما فعل والآخر قول قال رحمه الله (وان شهدا أنه قتله وقالا لا ندرى بأى شئ قتله وجب فيه الدية) فى ماله استحسانا والقياس أن لا تقبل هذه الشهادة أصلا لانهما شهدا بقتل مجهول لان الآلة اذا جهلت فقد جهل القتل لان القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة فيكون هذا غفلة من الشهود ووجه الاستحسان أنهما شهدا بقتل مطلق والمطلق ليس بمجمل لامكان العمل به فيجب أقل موجبيه وهو الدية ولا يحمل قولهما لا ندرى على الغفلة بل يحمل على أنهما سعيا للدرء المندوب اليه فى العقوبات احسانا للظن بهما ومثل ذلك سائغ شرعا لان الشرع أطلق الكذب فى اصلاح ذات البين على ما قال عليه الصلاة والسلام

(قوله والآخر قول) الذى فى نسخة العلامة قارئ الهداية ونسخة الزراتيتى المقابلة على نسخة الشارح بعد قوله والآخر قول وان شهدا أنه قتله الخ وليس فيهما قال رحمه الله اهـ

(قوله فهذا امثله أو أحق منه) لان الشاهد منـدوب الى الستر اه (قوله وانمـا وجبت الدية فى ماله دون العـاقلة) لان القتل المطلق فى الاصل عمد ولا يجب على العاقلة بالشك اه غاية

ليس بكذاب من أصلح بين اثنين فقال خيرا أو نمـا خيرا فهذا مثله أو أحق منه فيحمل عليه فلا يثبت جهلهما أو اختلافهـما بالشك وانمـا وجبت الدية فى ماله دون العـاقلة لان المطلق يحمل على الكامل فلا يثبت الخطأ بالشك قال رحمه الله (وان أقر كل واحد منهما أنه قتله وقال الولى قتلتمـاه جميعا له قتلهما ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت) أى اذا أقر رجلان كل واحـد منهـما أنه قتل فلانا فقـال الولى قتلتمـاه جميعا فله أن يقتلهما وان شهد اثنان على رجل أنه قتل فلانا وشهد آخران على آخر أنه قتله وقال الولى قتلتمـاه جميعا بطلت الشهادة وليس له أن يقتل واحـدا منهـما وهو المراد بقوله ولو كان مكان الاقرار شهادة لغت والفرق بينهـما أن كل واحـد من الاقرار والشهادة يبنى أن كل القتل وجـد من المقر والمشهود عليه ومقتضاه أن يجب القصاص عليه وحده لان معنى قوله أنا قتلتـه انفردت بقتله وكذا قول الشهود قتـله فلان يوجب انفراده بالقتل وقول الولى قتلتمـاه جميعا تكذيب لبعضه حيث ادّعى اشـتراكهما فى القتل فكأنه قال لم ينفرد بقتله بل شاركه آخر وهـذا القدر من التكذيب يمنع قبول الشهادة لادّعائه فسقهم به دون الاقرار لان فسق المقرّ لا يمنع صحة الاقرار ولو قال فى الاقرار صدقتمـا ليس له أن يقتل واحدا منهـما لان تصـديقه كل واحد منهما تكذيب للآخر لان كل واحد منهـما يدّعى الانفراد بالقتل فتصديقه يوجب ذلك فصار كأنه قال لكل واحد منهما قتلته وحدك ولم يشاركك فيه أحد كما تقول فيكون مقرّا بان الآخر لم يقتله بخلاف الاول وهو ما اذا قال قتلتمـاه لانه دعوى القتل من غـير تصديق لهـما فيقتلهما باقرارهـما ولو أقر رجل بأنه قتله وقامت البينة على آخر أنه قتله وقال الولى قتله كلاهما كان له أن يقتل المقر دون المشهود عليه لان فيه تكذيبا بالبعض موجبه على ما مر وعلى هذا لو قال لاحد المقرين صدقت أنت قتلته وحدك كان له أن يقتله لانهـما تصادقا على وجوب القتل عليه وحـده وكذا اذا قال لاحد المشهود عليهـما أنت قتلته كان له أن يقتله لعدم تكذيب شهوده عليـه وانما كذب الآخرين وكذلك الحكم فى الخطا فى جميع ماذكرنا والله أعلم

﴿ باب فى اعتبار حالة القتل ﴾

قال رحمه الله (المعتبر حالة الرمى) لان الرمى فعل الرامى ولا فعل له بعـده فوجب اعتبار حاله فى حق الحل والضمـان عنـد ذلك قال رحمه الله (فتجب الدية بردّة المرمىّ اليـه قبـل الوصول) أى اذا رمى رجل رجلا مسلمـا فارتد المرمى اليه والعياذ بالله قبل وصول السهم اليـه ثم وقع السهم به يجب على الرامى الدية وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله لا شئ عليـه لان التلف حصل فى محل لا عصمة له واتلاف غـير المعصوم هـدر وهـذا لانه بارتداده أسقط تقوّم نفسـه فيكون مبرئا للرامى عن موجبه فصار كما اذا أبرأه فى هذه الحالة وهذا لان اخراج نفسه عن التقوم كالابراء ألا ترى أن المغصوب منه اذا أعتق العبد المغصوب برئ الغاصب من الضمـان ولابى حنيفة رحمه الله أن الضمـان يجب بفعله وهو الرمى اذ هو الذى يدخل تحت قدرته دون الاصابة ولا فعل له أصلا بعده فيصير قاتلا بالرمى والمرمى اليه متقوم فى تلك الحـالة ألا ترى أنه لو رمى الى صيد وهو مسـلم ثم ارتد والعياذ بالله فأصاب السهم الصيد وهو مرتد فجرح الصـيد ومات حل أكله وكذا لو كفر بعـد الرمى قبـل الاصـابة جاز تكفيره فكان العبرة بحـالة الرمى وكان القياس أن يجب القصاص لمـا ذكرنا ولكن فيـه شبهة لسقوط العصمة فى حالة التلف فتجب الدية قال رحمه الله (لا باسـلامه) أى لا يجب شئ باسلام المرمى اليه بان رمى الى حربى أو مرتد

﴿ باب فى اعتبار حالة القتل ﴾

(قوله فى المتن فتجب الدية الخ) صورتها فى الجامع الصـغير محمـد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى رجل رمى رجلا والمرمى مسلم ثم ارتد قبل أن يقع به السهم ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات قال الدية على الرامى لورثة المرتد وقال أبو يوسف ومحمد لا شئ على الرامى وان رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعدما أسلم لم يكن على الرامى شئ فى قولهم جميعـا الى هنا لفظ أصـل الجامع الصـغير وهذه من الخواص اه اتقانى (قوله فصـار كما اذا أبرأه فى هـذه الحالة) قال الاتقانى ولو أبرأه عن الجناية أو عن حقه ثم أصاب السهم لا شئ عليه اه (قوله فجرح الصيد ومات حل أكله) ويعتبر قاتلا من وقت الرمى ولو كان مجوسيا فرمى الى صيد ثم أسلم قبل الاصابة ثم أصابه وجرحه لا يحـل أكـله لان المعتبر وقت الرمى ووقت الرمى كان مجوسـيا وكـذلك ارسال الكلب على هذا التفصيل اه اتقانى (قوله وكذا لو) أى كانت الجناية خطأ واه (قوله فى المتن لا باسـلامه) وذلك لان المعتبر عنـد أبى حنيفـة حالة الرمى ووقت الرمى لم يكن المرمى متقوما لعدم العصمة بكونه مرتدا أو حربيا فكان تلفه هدرا وأما عندهما فلان فعله وقت الرمى وقع هدرا باعتبار الظاهر فلا ينقلب معتبرا ولان قتل الحربى والمرتد مأمور به فلو اعتبرنا حالة الاصابة لامتنع الناس من قتلهم فسـقط اعتبار وقت الاصابة فى حقهم لمكان الضرورة بخـلاف ما اذا كان مسلما وقت الرمى لانه لا ضرورة ثمة اه اتقانى فاسلم

(قوله وقال محمد الخ) قالوا في تفسير قول محمد انه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرمى وبكم يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما اهـ اتقاني (قوله ألا ترى أن من قطع يد عبد الخ) قال الاتقاني وجه قول محمد أن توجه السهم اليه يوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم أعتقه مولاه تنقطع السراية فلا يضمن الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا والدليل على أن العتق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد في شرحه ان من قطع يد عبد انسان خطأ ثم أعتقه مولاه ثم مات لم يجب عليه قيمة النفس وانما يجب عليه ارش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع الى أن عتق دل أن العتق يبطل سراية الجناية ولابى حنيفة وأبى يوسف أن الرامى جعل قاتلا بفعله الذى هو الرمى وصار كأنه أصابه السهم في ذلك الوقت (١٢٥) وحين اذ كان المرمى اليه عبدا فيجب قيمته

فأسلم قبل الاصابة ثم أصابه بعد ما أسلم وهذا بالاجماع لان الرمى لم ينعقد موجبا للضمان لعدم تقوم المحل فلا ينقلب موجبا بصيرورته متقوما بعد ذلك وهذا كله يشهد لابى حنيفة رضى الله تعالى عنه قال رحمه الله (والقيمة بعتقه) أى تجب القيمة بعتقه معناه أن رجلا لو رمى الى عبد فأعتقه المولى بعد الرمى قبل الاصابة ثم أصابه فمات منه لزمته القيمة وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقال محمد رحمه الله عليه فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمى لان العتق قاطع للسراية واذا انقطعت بقى مجرد الرمى وهو جناية ينتقص بها قيمة المرمى اليه بالاضافة الى ما قبل الرمى فيجب عليه ذلك حتى لو كانت قيمته ألف درهم قبل الرمى وثمانمائة بعده لزمه مائتان لان العتق قاطع للسراية ألا ترى أن من قطع يد عبد ثم أعتقه مولاه ثم مات منه لا يجب عليه الا الأرش اليد مع النقصان الذى نقصه القطع الى العتق وهو بنفس الرمى صار جانيا عليه لانه يوجب النقصان كالقطع ولابى حنيفة رحمه الله أن الرامى يصير قاتلا له من وقت الرمى وهو مملوك في تلك الحالة فتجب قيمته لما مر من أن المعتبر حالة الرمى فلم يختلف المستحق في تلك الحالة بخلاف القطع والجرح لان كل واحد منهما اتلاف لبعض المحل والاتلاف يوجب الضمان للمولى لانه ورد على محل مملوك له ثم اذا سرى لا يوجب شيأ لانه لو أوجب شيأ أوجب للعبد لانقطاع حق المولى عنه وظهور حقه فيه فتصير النهاية مخالفة للبداية فصار ذلك كتبدل المحل وعند تبدل المحل لا تتبدل السراية فكذا هنا أما الرمى فقبل الاصابة ليس باتلاف شئ منه لانه لا أثر له في المحل وانما قلت فيه الرغبات فلا يجب به الضمان قبل الاتصال بالمحل ولكن انعقد الرمى علة تامة لايجاب الضمان عند الاتصال بالمحل وعند الاتصال بالمحل يستند الوجوب الى وقت الانعقاد فلا تخالف النهاية البداية فتجب قيمته للمولى وقال زفر رحمه الله عليه الدية لان الرمى انما صار علة عند الاصابة اذ الاتلاف لا يصير علة من غير تلف يتصل به ووقت التلف المتلف حر فتجب ديته وأبو يوسف رحمه الله مع أبى حنيفة فيه والفرق له بين هذا وبين ما تقدم من مسئلة الارتداد أنه اعترض على الرمى ما يبطل عصمة المحل فيما تقدم فجعل ذلك بمنزلة الابراء وأما هنا اعترض على الرمى ما يؤكد عصمة المحل وهو الاعتاق فلا يبطل به الجناية قال رحمه الله (ولا يضمن الرامى برجوع شاهد الرجم بعد الرمى) معناه اذا قضى القاضى برجم رجل فرماه رجل ثم رجع أحد الشهود بعد الرمى قبل الاصابة ثم وقع عليه الحجر فلا شئ على الرامى لما أن المعتبر حالة الرمى وهو مباح الدم فيها قال رحمه الله (وحل الصيد بردة الرامى لا باسلامه) معناه اذا رمى مسلم صيدا فارتد قبل وقوع السهم بالصيد حل أكله ولو رماه وهو مجوسى فأسلم قبل الوقوع لا يحل لان المعتبر حالة الرمى في حق الحل والحرمة اذ الرمى هو الذكاة لانه فعله ويدخل تحت قدرته لا الاصابة فتعتبر الاهلية وعدمها عنده

وقت الرمى للمولى ألا ترى ان رجلا لو كان مولى لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا يجب على الآخر شئ فكذلك ههنا وكذلك مسلم رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقع السهم به فقتله حل الصيد فكذا ههنا وليس الرمى كالجرح الذى قاسه عليه محمد لوجود الفارق بينهما لان الجرح يحصل به تلف بعض المحل وحين اذ كان المحل للمولى فيجب الضمان للمولى أيضا ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد لانه معتق حينئذ وذلك متعذر لكون الانتهاء مخالفا للابتداء ولانه ينزل منزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل لا تتحقق السراية وأما الرمى قبل اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به اتلاف أصلا فلم يجب حين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء الابتداء وانما انقلب الرمى علة الاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمى فكأنه وجد من ذلك الوقت فلم تلزم المخالفة فلم يكن العتق قاطعا للسراية الرمى لعدم المخالفة اهـ (قوله الى العتق) مثلا لو كانت قيمته عند القطع مائة وعند العتق سبعين يلزمه ثلاثون مع ارش اليد اهـ (قوله فلا يبطل به الجناية) الا أنه لا تلزمه الدية لان الرمى وقع موجبا ضمان القيمة واعتباره وقت الاصابة يوجب الدية فلا تلزم الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه أبو الليث قول أبى يوسف مع محمد في الجامع الصغير في مسئلة الاعتاق بعد الرمى وذكر فخر الاسلام في شرحه قوله مع أبى حنيفة اهـ اتقاني (قوله وهو مباح الدم فيها) ولكن يجب الضمان على الراجع ان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحد فعليه ربع الدية اهـ اتقاني

قال رحمه الله (ووجب الجزاء بحله لا باحرامه) أى لو رمى المحرم صيدا فحل قبل الاصابة ثم أصابه وجب عليه الجزاء وان رماه وهو حلال فأحرم قبل الاصابة فوقع على الصيد وهو محرم لا يجب عليه الجزاء لان الجزاء يجب بالتعدى وهو الرمى فى حالة الاحرام ووجد ذلك فى الاول دون الثانى والاصل فى مسائل هذا الباب أن المعتبر وقت الرمى بالاتفاق وانما عدل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله تعالى عن ذلك فيما اذا رمى الى مسلم فارتد والعياذ بالله تعالى قبل الاصابة باعتبار انه صار مبرئا له على ما بينا فى أول هذا الفصل والله سبحانه وتعالى أعلم

كتاب الديات

الدية اسم للمال الذى هو بدل النفس وهو مصدر يقال ودى القاتل المقتول اذا أعطى وليه ذلك سمى ذلك المال بالدية تسمية للمفعول بالمصدر قال رحمه الله (دية شبه العمد مائة من الابل أرباعا من بنت مخاض الى جذعة) أى خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله تعالى وقال محمد والشافعى رحمهما الله تعالى ثلاثون حقة وثلاثون جذعة وأربعون ثنية فى بطونها أولادها لقوله عليه الصلاة والسلام ألا ان قتيل خطا العمد بالسوط والعصا والحجر وفيه دية مغلظة مائة من الابل أربعون منها من ثنية الى بازل عامها كلهن خلفة ولانه لا خلاف أن التغليظ فيه واجب لشبهه بالعمد ومعنى التغليظ يتحقق بايجاب سن لا يجب فى الخطا ولهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى فى الدية بمائة من الابل أرباعا ومعلوم انه لم يرد به الخطأ لانها تجب أخماسا فعلم أن المراد به شبه العمد ولانه لا خلاف بين الامة أن الدية مقدرة بمائة من الابل قال عليه الصلاة والسلام فى نفس المؤمن مائة من الابل فلو أوجبنا الخلفات لزاد الواجب على المائة من وجه لان ما تحمل حيوان من وجه وله عرضية الانفصال فصار ذلك ايجاب الزيادة على تقدير الشرع فلا يجوز وما روياه غير ثابت لان الصحابة رضى الله تعالى عنهم اختلفوا فى صفة التغليظ فذهب ابن مسعود رضى الله عنه أرباعا مثل مذهبنا ومذهب على رضى الله عنه أثلاثا ثلاثة وثلاثون حقة وثلاثة وثلاثون جذعة وأربعة وثلاثون خلفة ومذهب عثمان رضى الله عنه تجب أثلاثا من كل جنس ثلاثة وثلاثون وثلث ومذهب عمر وزيد بن ثابت والمغيرة وأبى موسى رضى الله تعالى عنهم أثلاثا كمذهبهما ولم تجر المحاجة به بينهم ولو كان صحيحا لجرت ولوقع الاتفاق بينهم ولا يعارضونا بمثله لانا نقول اذا تعارضت الاخبار كان الاخذ بالمتيقن به وهو الادنى أولى ولان الدية عوض النفس والحامل لا يجوز أن تستحق فى شىء من المعاوضات لوجهين أحدهما ما ذكرنا من الزيادة والثانى أن صفة الحمل لا يمكن الوقوف على حقيقتها ولذلك لا يجب اللعان بنفى الحمل ولان الدية على العاقلة بطريق الصلة منهم للقاتل بمنزلة الصدقات والشرع نهانا عن أخذ الحامل فى الصدقات لكونها من كرائم الاموال فكذا فى الديات قال رحمه الله (ولا تتغلظ الا فى الابل) لان الشرع ورد به وعليه الاجماع والمقدرات لا تعرف الا سماعا اذ لا مدخل للرأى فيها فلم تتغلظ بغيره حتى لو قضى به القاضى لا ينفذ قضاؤه لعدم التوقيف فى التقدير بغير الابل قال رحمه الله (والخطأ مائة من الابل أخماسا ابن مخاض وبنت مخاض وبنت لبون وحقة وجذعة) أى دية الخطا مائة من الابل أخماسا ابن مخاض الخ أى خمسه ابن مخاض وخمسه بنت مخاض وخمسه بنت لبون وخمسه حقه وخمسه جذعة فاذا كان أخماسا يكون من كل نوع من هذه الانواع عشرون لما روى ابن مسعود رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم

ذكر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات لان الدية أحد موجبى الجناية فى الآدمى ولكن لما كان القصاص أعلاهما وأقواهما قدمه لان معنى الاحياء والصيانة فيه أكثر ولان وجوب الدية فيما كان من العوارض كالخطا وما فى معناه والاصل عدم العارض فقدم القصاص على الدية ولهذا وهذا وضع القدورى فى مختصره والشيخ أبو الحسن الكرخى فى مختصره قدم كتاب الديات على كتاب الجنايات والطحاوى قدم القصاص على الديات حيث ترجم الكتاب بقوله كتاب القصاص والديات ومحمد رحمه الله ذكر أحكام الجنايات فى كتاب الديات ولم يسم كتاب الجنايات لان عامة أحكامها الديات وذلك لان القصاص لا يجب الا بالعمد المحض والدية تجب فى شبه العمد وفى الخطا وفى العمد أيضا عند تمكن الشبهة اهـ غاية (قوله وعشرون بنت مخاض) بنت مخاض بالنصب على التمييز لان مميز أحد عشر الى تسعة وتسعين يجىء منصوبا وقد علم فى النحو اهـ غاية (قوله من ثنية الى بازل عامها) الثنى من الابل ما استكمل السنة الخامسة ودخل فى السادسة والبازل من الابل ما دخل فى السنة التاسعة والذكر والانثى فيه سواء اهـ من خط الشارح (قوله كلهن خلفة) الخلفة الحامل من النوق اهـ خواهرزاده (قوله ولا يعارضونا بمثله) أى لا يقال لو صح حديثكم أيضا لرجعوا اليه ولما اختلفوا اهـ (قوله ولذلك لا يجب اللعان) قال انما يتمشى على قول أبى حنيفة اهـ (قوله لان الشرع ورد به) فيه دون غيره اهـ

قال فى دية الخطا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون ابن مخاض ذكر رواه أبوداود والترمذى وأحمد وغيرهم والشافعى أخذ بمذهبنا غير أنه قال يجب عشرون ابن لبون مكان ابن مخاض والحجة عليه ماروينا ولان ماقلناه أخف لاقامة ابن مخاض مقام ابن لبون فكان أليق بحال المخطئ ولان الشرع جعل ابن اللبون بمنزلة بنت المخاض فى الزكاة حيث أخذه مكانها فايجاب عشرين منه مع العشرين من بنت المخاض كايجاب أربعين بنت مخاض وذلك لايليق بل لايجوز لعدم التغاير وذلك لانه عليه الصلاة والسلام لم يرد بتغيير أسنان الابل الا التخفيف ولايتحقق فيه التخفيف فلا يجوز قال رحمه الله (أو ألف دينار أو عشرة آلاف درهم) أى الدية من الذهب ألف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم وقال مالك والشافعى رحمهما الله الدية اثنا عشر ألف درهم لما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن رجلا قتل فجعل النبى صلى الله عليه وسلم ديته اثنى عشر ألفا رواه أبوداود والترمذى ولانه لاخلاف أنها من الدنانير ألف دينار وكانت قيمة الدينار على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم اثنى عشر درهما ولنا ماروى عن ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم قضى بالدية فى قتيل بعشرة آلاف درهم وما قلنا أولى للتيقن به لانه أقل أو يحمل ما رواه على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة وهكذا كانت دراهمهم فى زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم الى زمان عمر رضى الله عنه على ما حكاه الخبازى فى كتاب الزكاة فانه قال كانت الدراهم على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ثلاثة الواحد منها وزن عشرة أى العشرة منه وزن عشرة دنانير فهو قدر الدينار والثانى وزن ستة أى العشرة منه وزن ستة دنانير والثالث وزن خمسة أى العشرة منه وزن خمسة دنانير فجمع عمر رضى الله عنه بين الثلاثة فخلطه فجعله ثلاثة دراهم فصار ثلث المجموع درهما فكشف هذا أن الدينار عشرون قيراطا فوزن العشرة يكون مثله عشرين قيراطا ضرورة استوائهما ووزن الستة يكون نصف الدينار وعشره فيكون اثنى عشر قيراطا ووزن الخمسة يكون نصف الدينار فيكون عشرة قراريط فيكون المجموع اثنين وأربعين قيراطا فاذا جعلتها اثلاثا صار كل ثلث أربعة عشر قيراطا وهو الذى كان عليه درهمهم فاذا حمل ما رواه الشافعى على وزن خمسة وما رويناه على وزن ستة استويا والذى يرجح مذهبنا ما روى أن الواجب فى الجنين خمسمائة درهم وهو عشر دية الام عنده سواء كان ذكرا أو أنثى وعندنا عشر دية نفسه ان كان أنثى ونصف العشر ان كان ذكرا فعلم بذلك أن دية الام خمسة آلاف ودية الرجل ضعف ذلك وهو عشرة آلاف ولانا أجمعنا أنها من الذهب ألف دينار والدينار مقوم فى الشرع بعشرة دراهم ألا ترى أن نصاب الفضة فى الزكاة مقدر بمائتى درهم ونصاب الذهب فيها بعشرين دينارا فيكون غنيا بهذا القدر من كل واحد منهما اذ الزكاة لاتجب الا على الغنى فيعلم بذلك علما ضروريا أن الدينار مقوم بعشرة دراهم ثم الخيار فى هذه الانواع الثلاثة الى القاتل لانه هو الذى يجب عليه فيكون الخيار اليه كما فى كفارة اليمين ولاتثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا يجب منها ومن البقر مائتا بقرة ومن الغنم ألفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان لما روى عن جابر رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم فرض فى الدية على أهل الابل مائة من الابل وعلى أهل البقر مائتى بقرة وعلى أهل الشاء ألفى شاة وعلى أهل الحلل مائتى حلة رواه أبوداود وكان عمر رضى الله عنه يقضى بذلك على أهل كل مال مما ذكرنا وكل حلة ثوبان ازار ورداء هو المختار وفى النهاية قيل فى زماننا قميص وسراويل وله أن التقدير انما يستقيم بشئ معلوم المالية وهذه الاشياء مجهولة المالية ولهذا لايقدر بها ضمان المتلفات والتقدير بالابل عرف بالآثار المشهورة ولم يوجد ذلك فى غيرها فلا يعدل عن القياس والآثار التى وردت فيها يحتمل القضاء بها بطريق الصلح فلا يلزم حجة وذكر فى المعاقل أنه لو صالح على الزيادة على مائتى حلة أو على مائتى بقرة لايجوز وتأويله أنه قولهما قال رحمه الله (وكفارتهما ماذكر فى النص) أى كفارة القتل خطأ

(قوله فجمع عمر بين الثلاثة) أى أخذ من كل نوع درهما اهـ (قوله وذكر فى المعاقل الخ) قال الاتقانى مانصه وقال فى شرح الطحاوى وقيل لااختلاف بينهم لانه ذكر فى كتاب المعاقل أن الولى لو صالح على أكثر من مائتى حلة فالفضل باطل بالاجماع فلولا انه من جنس الدية لوجب أن يجوز ولو صالح مع العاقلة أو مع القاتل على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار أو أكثر من (١) (قوله لايجوز وتأويله انه قولهما) أى تأويل ماذكر فى المعاقل أنه مذهب أبى يوسف ومحمد لامذهب أبى حنيفة اذ عنده يجوز ذلك لانه ليس من المنصوص عليه اهـ

(١) هكذا فى نسخ الحاشية والكلام كما ترى منقطع فارجع الى الاصول الصحيحة اهـ مصححه

(قوله للفاء فى الجواب) لان بدخول الفاء يعلم انه جزاء الشرط قبله وجزاء الشرط لا يكون جزاء الا اذا كان كاملا فى كونه جزاء ألا ترى أنه لو قال ان دخلت الدار فأنت طالق يجعل (١٢٨) قوله فأنت طالق جزاء كاملا من غير أن يقدر فيه وزينب طالق أيضا أو وعبدى حر

وشبه عمد هو الذى ذكر فى القرآن وهو الاعتاق والصوم على الترتيب متتابعا كما ذكر فى النص قال الله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة وشبه العمد خطأ فى حق القتل وان كان عمدا فى حق الضرب فتناولهما الآية ولا يختلفان فيه لعدم النقل بالاختلاف بخلاف الدية حيث تجب فى شبه العمد مغلظة لوجود التوقيف فى التغليظ فى شبه العمد دون الخطا والمقادير لا تجب الا سماعا قال رحمه الله (ولا يجوز الاطعام والجنين) لان الاطعام لم يرد به نص والمقادير لا تعرف الا سماعا ولان المذكور كل الواجب للفاء فى الجواب أو لكونه كل المذكور والجنين لم تعرف حياته ولا سلامته فلم يجز ولانه عضو من وجه فلا يدخل تحت مطلق النص قال رحمه الله (ويجوز الرضيع لو أحد أبويه مسلما) لانه مسلم تبعا له والظاهر سلامة أطرافه على ما عليه الجبلة ولا يقال كيف اكتفى هنا بالظاهر فى سلامة أطرافه حتى جاز التكفير به ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان باتلاف أطرافه لانا نقول الحاجة فى التكفير الى دفع الواجب والظاهر يصلح حجة للدفع والحاجة فى الاتلاف الى الزام الضمان وهو لا يصلح حجة فيه ولانه يظهر حال الاطراف فيما بعد فى التكفير اذا عاش ولا كذلك فى الاتلاف فافترقا قال رحمه الله (ودية المرأة على النصف من دية الرجل فى النفس وفيما دونها) روى ذلك عن على رضى الله عنه موقوفا ومرفوعا وقال الشافعى رحمه الله الثلث وما دون الثلث لا يتنصف لما روى عن سعيد بن المسيب أنه السنة وقال الشافعى السنة اذا أطلقت يراد بها سنة النبى صلى الله عليه وسلم ولنا ما روينا وما روى أن كبار الصحابة رضى الله عنهم أفتوا بخلافه ولو كان سنة النبى صلى الله عليه وسلم لما خالفوه وقوله سنة محمول على أنه سنة زيد لانه لم يروا الا عنه موقوفا ولان هذا يؤدى الى المحال وهو ما اذا كان ألمها أشد ومصابها أكثر أن يقل أرشها بيانه أنه لو قطع اصبع منها يجب عشر من الابل ولو قطع اصبعان يجب عشرون واذا قطع ثلاث يجب ثلاثون لانها تساوى الرجل فيه على زعمه لكونه ما دون الثلث ولو قطع أربعة يجب عشرون للتنصيف فيما هو أكثر من الثلث فقطع الرابعة لا يوجب شيأ بل يسقط ما وجب بقطع الثالثة وحكمة الشارع تنافى ذلك فلا يجوز نسبته اليه لان من المحال أن تكون الجناية لا توجب شيأ شرعا وأقبح منه أن تسقط ما وجب بغيرها هذا مما يحيله العقلاء بالبديهة ولان الشافعى رحمه الله يعتبر الاطراف بالانفس وتركه هنا حيث نصف دية النفس ولم ينصف دية الاطراف الا اذا زاد على الثلث قال رحمه الله (ودية الذمى والمسلم سواء) وقال مالك رحمه الله دية اليهودى والنصرانى ستة آلاف درهم لقوله عليه الصلاة والسلام عقل الكافر نصف دية المسلم والكل عنده اثنا عشر ألفا وقال الشافعى رحمه الله دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم لما روى أنه عليه الصلاة والسلام جعل دية اليهودى والنصرانى أربعة آلاف درهم ودية المجوسى ثمانمائة درهم ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم ودى العامريين اللذين كان لهما عهد من رسول الله صلى الله عليه وسلم وقتلهما عمرو بن أمية الضمرى بمائة من الابل وقال عليه الصلاة والسلام دية كل ذى عهد فى عهده ألف دينار وعن الزهرى أن أبا بكر وعمر رضى الله عنهما كانا يجعلان دية الذمى مثل دية المسلم وقال على رضى الله عنه انما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا وفى ظاهر قوله تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق فدية مسلمة الى أهله دلالة عليه لان المراد منه ظاهرا ما هو المراد من قوله تعالى فى قتل المؤمن ودية مسلمة الى أهله ولانهم معصومون متقومون لاحرازهم أنفسهم بالدار فوجب أن يكونوا ملحقين بالمسلمين فوجب أن يجب بقتلهم ما يجب بقتلهم أن لو كانوا مسلمين ألا ترى أن أموالهم لما كانت معصومة متقومة يجب باتلافها ما يجب باتلاف مال المسلم فاذا كان هذا فى أموالهم فما ظنك

(قوله ولم يكتف بذلك فى حق وجوب الضمان) قال الاتقانى والرضيع فى العادة هو الذى لم تتبين سلامة أعضائه حتى جعل بمنزلة المتعمد فى حكم القصاص والارش فى مسئلة الجامع الصغير فى مولود يولد فقطع رجل ذكره ففيه حكومة عدل الا أن يكون الذكر قد تحرك ففيه القصاص فى العمد والدية فى الخطا وكذلك اذا قطع لسانه وقد استهل ففيه حكومة عدل الا أن يكون تكلم ففيه الدية كاملة وكذلك بصره ففيه حكومة عدل الا أن يعلم انه قد أبصر وفى هذه المسئلة جعله بمنزلة سليم الاطراف ووجه التوفيق أن سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع يحسم باب حدوث السلامة فصار النقصان لازما فوجب حكومة العدل وأما الاعتاق فلا يحسم باب السلامة فيكون تأويل المسئلة انه أعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة أعضائه وأطرافه حتى انه لو مات قبل أن يظهر ذلك لم تتأدبه الكفارة كذا قال فخر الاسلام فى الجامع الصغير اه اتقانى (قوله العامريين) كذا بخطه فليراجع الحديث اه (قوله عمرو بن أمية الضمرى) صحابى مشهور له أحاديث روى عنه أولاده جعفر وعبد الله والفضل وغيرهم قال ابن سعد أسلم حين انصرف المشركون من أحد وكان شجاعا وبعثه النبى صلى الله عليه وسلم الى النجاشى فى زواج أم حبيبة والى مكة فحمل خبيبا من خشبته وكان من رجال العرب نجدة وعاش الى خلافة معاوية ومات بالمدينة اه اصابة لابن حجر

في أنفسهم ولا يقال ان نقص الكفر فوق نقص الانوثة والرق فوجب أن تنتقص ديته به كما تنتقص بالانوثة والرق ولان الرق أثر الكفر فاذا انتقص بأثره فأولى أن ينتقص به لانا نقول نقصان دية المرأة والعبد لا باعتبار نقصان الانوثة والرق بل باعتبار نقصان صفة المالكية فان المرأة لا تملك بالنكاح والعبد لا تملك المال والحر الذكر يملكهما فلهذا زادت قيمته ونقصت قيمتهما والكافر يساوي المسلم في هذا المعنى فوجب أن يكون بدله كبدله والمستأمن ديته مثل دية الذمي في الصحيح لما روينا

﴿فصل﴾ قال رحمه الله (في النفس والمارن واللسان والذكر والحشفة والعقل والسمع والبصر والشم والذوق واللحية ان لم تنبت وشعر الرأس والعينين واليدين والشفتين والحاجبين والرجلين والاذنين والانثيين وثديي المرأة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية وفي أشفار العينين الدية وفي أحدها ربعها وفي كل اصبع من أصابع اليدين أو الرجلين عشرها وما فيها مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وفي كل سن خمس من الابل أو خمسمائة درهم) والاصل فيه حديث سعيد بن المسيب أنه عليه الصلاة والسلام قال في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي المارن الدية ومثله ذكره عليه الصلاة والسلام في الكتاب الذي كتبه لعمرو بن حزم فالنص الوارد في البعض يكون واردا في الباقي دلالة لانه في معناه والاصل في الاعضاء أنه اذا فوت جنس منفعة على الكمال أو أزال جمالا مقصودا في الآدمي على الكمال يجب كل الدية لان فيه اتلاف النفس من وجه اذ النفس لا تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه واتلاف النفس من وجه ملحق بالاتلاف من كل وجه في الآدمي تعظيما له دليله ما روينا من الحديث والاعضاء على خمسة أنواع فمنها ما هو أفراد ومنها ما هو مزدوج ومنها ما هو أرباع ومنها ما هو أعشار ومنها ما يزيد على ذلك ففي كل واحد من الافراد تجب الدية وفي كل نوع من المزدوج والارباع والاعشار كذلك فاذا ثبت هذا فنقول في الانف الدية لانه أزال الجمال على الكمال وهو مقصود وكذلك اذا قطع المارن وهو ما دون قصبة الانف وهو ما لان منه أو قطع الارنبة وهو طرف الانف أو قطع المارن مع القصبة لما ذكرنا من ازالة الجمال ولا يزيد على دية واحدة لان الكل عضو واحد ولان فيه تفويت المنفعة على الكمال فان منفعة الانف أن تجتمع الروائح في قصبة الانف لتعلو الى الدماغ وذلك يفوت بقطع المارن وكذا اذا قطع اللسان لفوات منفعة مقصودة وهو النطق فان الآدمي يمتاز به عن سائر الحيوان وبه من الله تعالى علينا بقوله خلق الانسان علمه البيان وهذا لانه لا يقدر على اقامة مصالحه الا بافهام غيره أغراضه وذلك يفوت بقطعه وكذا تجب الدية بقطع بعضه اذا امتنع من الكلام لان الدية تجب لتفويت المنفعة لا لتفويت صورة الآلة وقد حصل بالامتناع من الكلام ولو قدر على التكلم ببعض الحروف دون البعض تقسم الدية على عدد الحروف وقيل على عدد الحروف التي تتعلق باللسان (١) وهي التاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد والضاد والطاء والظاء واللام والنون والياء فما أصاب الفائت يلزمه ولا مدخل للحروف الحلقية فيه وهي الهمزة والهاء والعين والغين والحاء والخاء ولا الشفوية وهي الباء والميم والواو وقيل ان قدر على أكثرها تجب حكومة عدل لحصول الافهام مع الاختلال وان عجز عن أداء الاكثر تجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل منه الافهام والاصل فيه ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قسم الدية على الحروف فما قدر عليه من الحروف أسقط بحسابه من الدية وما لم يقدر عليه ألزمه بحسابه منها وكذا الذكر لان فيه تفويت منفعة جمة من الوطء والايلاد واستمساك البول والرمي به ودفق الماء والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وكذا في الحشفة الدية كاملة لانها أصل في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع له وكذا في العقل الدية اذا ذهب بالضرب لفوات منفعة الادراك لان الانسان به يمتاز عن غيره من الحيوان وبه ينتفع بنفسه في معاشه ومعاده وفي كل واحد من السمع والبصر والذوق والشم كمال الدية لان لكل واحد منها منفعة مقصودة وقد روي أن عمر رضي الله عنه قضى لرجل على رجل بأربع ديات بضربة واحدة وقعت على رأسه

(قوله بالنكاح) كذا بخط الشارح والظاهر اسقاط الباء

﴿فصل﴾ (قوله واليدين) من قوله واليدين الى قوله والرجلين ساقط من خط الشارح وهو ثابت في نسخ المتن اه (قوله ومنها ما يزيد على ذلك) قال الشيخ أبو الحسن الكرخي في مختصره الاعضاء التي يجب بكل عضو منها دية هي ثلاثة أعضاء اللسان والانف والذكر فاذا استوعب الانف جدعا أو قطع المارن منه وحده وهو ما لان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة وكذا اذا استوعب اللسان أو قطع منه ما يذهب بالكلام كله وكذلك الذكر اذا استوعب أو قطعت الحشفة كلها ففيه الدية الى هنا لفظ الكرخي اه

(١) قوله وهي التاء الخ كذا في الاصل ولم يذكر القاف والكاف وهما من اللسانية ولا الفاء وهي من الشفوية اه كتبه مصححه

ذهب بها عقله وسمعه وبصره وكلامه وقال أبو يوسف رحمه الله لا يعرف الذهاب والقول قول الجانى لانه المنكر ولا يلزمه شئ الا اذا صدّقه أو نكل عن اليمين وقيل ذهاب البصر يعرفه الاطباء فيكون قول رجلين منهم عدلين حجة فيه وقيل يستقبل به الشمس مفتوح العين فان دمعت عينه علم أنها باقية والافلا وقيل يلقى بين يديه حية فان هرب منها علم أنها لم تذهب وان لم يهرب فهى ذاهبة وطريق معرفة ذهاب السمع أن يغافل ثم ينادى فاذا أجاب علم أنه لم يذهب والا فهو ذاهب وروى عن اسمعيل بن حماد أن امرأة ادّعت أنها لا تسمع وتطارشت فى مجلس حكمه فاشتغل بالقضاء عن النظر اليها ثم قال لها فجأة غطى عورتك فاضطربت وتسارعت الى جمع ثيابها فظهر كذبها وكذا فى اللحية وشعر الرأس الدية اذا حلق ولم ينبت لانه أزال جمالا على الكمال وقال مالك والشافعى رحمهما الله لا تجب فيه الدية وتجب حكومة عدل لان ذلك زيادة فى الآدميين ولهذا ينمو بعد كمال الخلقة ولهذا يحلق الرأس واللحية بعضها فى بعض البلاد فلا تتعلق به الدية كشعر الصدر والساق اذ لا يتعلق به منفعة ولهذا يجب فى شعر العبد نقصان القيمة ولنا قول على رضى الله عنه فى الرأس اذا حلق ولم ينبت الدية كاملة والموقوف فى هذا كالمرفوع لانه من المقادير فلا يهتدى اليه الرأى ولانه فوّت عليه جمالا على الكمال لان اللحية فى أوانها جمال وكذا شعر الرأس جمال ألا ترى أن الاصلع يتكلف فى ستره فيلزمه كمال الدية كما لو قطع الاذنين الشاخصتين والدليل على أنه جمال قوله عليه الصلاة والسلام ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى والنساء بالقرون والذوائب بخلاف شعر الصدر والساق لانه لا يتعلق به الجمال وأما لحية العبد فقد روى الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه أنه يجب فيه كمال القيمة فلا يلزمنا والجواب عن الظاهر أن المقصود من العبد الاستخدام دون الجمال وهو لا يفوت بالحلق بخلاف الحر لان المقصود منه فى حقه الجمال فيجب بفواته كمال الدية وفى الشارب حكومة عدل فى الصحيح لانه تابع للحية فصار طرفا من أطراف اللحية واختلفوا فى لحية الكوسج والاصح أنه ان كان على ذقنه شعرات معدودة فليس فى حقه شئ لان وجودها يشينه ولا يزينه وان كان ذلك على الخد والذقن جميعا ولكنه غير متصل ففيه حكومة عدل وان كان متصلا ففيه كمال الدية لانه ليس بكوسج وفى لحيته جمال كامل وهذا كله اذا فسد المنبت فان نبت حتى استوى كما كان لا يجب شئ لانه لم يبق لفعل الجانى أثر فهو بمنزلة الضربة التى لا يبقى أثرها فى البدن ولكنه يؤدّب على ذلك لارتكابه المحرّم فاذا نبت أبيض فقد ذكر فى النوادر انه لا يلزمه شئ عند أبى حنيفة رحمه الله فى الحر لان الجمال يزداد ببياض شعر اللحية وعندهما تجب حكومة عدل لان البياض يشينه فى غير أوانه فتجب حكومة العدل باعتباره وفى العبد تجب حكومة عدل عندهم لانه ينتقص به قيمته ويستوى العمد والخطأ فى حلق الشعر لان القصاص لا يجب فيه لانه عقوبة فلا يثبت قياسا وانما يثبت نصا أو دلالة فالنص انما ورد فى النفس والجراحات وهذا ليس فى معناها لانه لا يتألم به ولا يتوهم فيه السراية بخلاف النفس والجراحات ويؤجل فيه سنة فان لم ينبت فيها وجبت الدية ويستوى فيه الصغير والكبير والذكر والانثى فان مات قبل تمام السنة ولم ينبت فلا شئ عليه وأما ما يكون مزدوجا من الاعضاء كالعينين واليدين ففى قطعهما كمال الدية وفى قطع أحدهما نصف الدية وأصل ذلك ما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال فى العينين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية وفى الرجلين الدية وفى احداهما نصف الدية ولان فى تفويت اثنتين منها تفويت جنس المنفعة أو تفويت الجمال على الكمال فتجب كل الدية وفى تفويت احداهما تفويت نصف المنفعة فيجب النصف وهذا لان فى تفويت العينين واليدين والشفتين تفويت منفعة الابصار والبطش وامساك الطعام عند الاكل ومنفعة الجمال على الكمال وفى تفويت الرجلين تفويت منفعة المشى وفى الاذنين تفويت الجمال على الكمال وقد قضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فى الاذنين بالدية وفى الانثيين تفويت منفعة الامناء والنسل وفى ثديى المرأة تفويت

(قوله وان لم يهرب فهى ذاهبة) وقال محمد فى الاصل ان لم يعلم بما ذكرنا يعتبر فيه الدعوى والانكار والقول للجانى مع يمينه على البتات لان هذا يمين على فعل نفسه وهو اذهاب بصر غيره اه معراج (قوله قوله صلى الله عليه وسلم ان لله ملائكة تسبيحهم سبحان من زين الرجال باللحى) قال فى المصباح اللحية الشعر النازل على الذقن والجمع لحى مثل سدرة وسدر وتضم اللام أيضا مثل حلية وحلى اه

منفعة

منفعة الارضاع بخلاف ثدي الرجل لانه ليس فيه تفويت المنفعة ولا الجمال على الكمال فيجب فيه حكومة عدل وفي حلمتي المرأة كمال الدية وفي احداهما نصف الدية لفوات منفعة الارضاع وامساك اللبن لانه اذا لم يكن لثديها حلمة يتعذر على الصبي الالتقام عند الارتضاع وقال مالك والشافعي رحمهما الله يجب في الحاجبين حكومة عدل بناء على أصلهما انهما لا يريان وجوب الدية في الشعر وعندنا يجب فيهما الدية لتفويت الجمال على الكمال وأما ما يكون من الاعضاء أرباعا فهي أشفار العينين ففيها الدية اذا قلعها ولم تنبت وفي أحدها ربع الدية لانها يتعلق بها الجمال على الكمال و يتعلق بها دفع الاذى والقذى من العين وتفويت ذلك ينقص البصر و يورث العمى فاذا وجب في الكل الدية وهي أربعة وجب في الواحد منها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي ثلاثة ثلاثة أرباع الدية ثم يجوز أن يكون مراده بالاشفار حروف العينين ولا اشكال فيه لانه حقيقة فيه ويجوز أن يكون مراده الاهداب وسماها أشفارا تسمية للحال باسم المحل ومثله سائغ لغة كما يقال سال الميزاب وسال الوادي وهو لا يسيل وانما الماء هو الذي يسيل فيه وقال محمد رحمه الله في أشفار العينين الدية كاملة اذا لم تنبت فأراد به الشعر لان الشعر هو الذي ينبت دون الجفون وأيهما أريد كان مستقيما لان في كل واحد من الشعر ومنابته دية كاملة فلا يختل المعنى ولو قطع الجفون بأهدابها تجب دية واحدة لان الاشفار مع الجفون كشئ واحد كالمارن مع القصبة والموضحة مع الشعر وأما ما يكون من الاعضاء أعشارا كالاصابع ففي قطع أصابع اليدين أو الرجلين كل الدية وفي قطع واحدة منها عشر الدية لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل اصبع عشر من الابل ولان في قطع الكل تفويت منفعة المشي أو البطش وفيه دية كاملة وهي عشرة فتنقسم الدية عليها والاصابع كلها سواء لاطلاق ما روينا ولان الكل سواء في أصل المنفعة فلا تعتبر الزيادة فيها كالاسنان واليد اليمنى مع اليسرى وكل اصبع فيها ثلاثة مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع لانه ثلثها وما فيها مفصلان كالابهام ففي أحدهما نصف دية الاصبع لانه نصفها وهو نظير انقسام دية اليد على الاصابع وهو المراد بقوله في المختصر وما فيها مفاصل ففي أحدها ثلث دية الاصبع ونصفها لو فيها مفصلان وأما ما زيد على ذلك فالاسنان ففي كل سن نصف عشر الدية وهو خمس من الابل أو خمسمائة درهم لقوله عليه الصلاة والسلام وفي كل سن خمس من الابل وهي كلها سواء لاطلاق ما روينا ولما روي في بعض طرقه والاسنان كلها سواء ولان الكل في أصل المنفعة سواء فلا يعتبر التفاوت فيه كالايدي والاصابع ولئن كان في بعضها زيادة منفعة ففي الآخر زيادة الجمال فاستويا فتزاد دية هذا الطرف على دية النفس بثلاثة أخماس الدية لان الانسان له اثنتان وثلاثون سنا عشرون ضرسا وأربعة أنياب وأربع ثنايا وأربع ضواحك فاذا وجب في الواحدة نصف عشر الدية يجب في الكل دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم هذا اذا كان خطأ وان كان عمدا ففيه القصاص وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (وكل عضو ذهب نفعه ففيه دية كيد شلت وعين ذهب ضوءها) أي اذا ضرب عضوا فذهب نفعه بضربه ففيه دية كاملة كما اذا ضرب يده فشلت به أو عينه فذهب ضوءها به لان وجوب الدية يتعلق بتفويت جنس المنفعة فاذا زالت منفعته كلها وجب عليه موجبه كله ولا عبرة للصورة بدون المنفعة لكونها تابعة فلا يكون لها حصة من الارش الا اذا تجردت عند الاتلاف بأن أتلف عضوا

(قوله اذا لم تنبت) ضبطه في المغرب بضم حرف المضارعة من الانبات أي اذا لم تنبت الاشفار الاهداب اه (قوله لان الانسان له اثنتان وثلاثون سنا) فينبغي أن يجب في كل سن ربع ثمن الدية فما الحكمة في وجوب نصف العشر فيخطر ببالي أن عدد الاسنان وان كان اثنين وثلاثين سنا فالاربعة الاخيرة وهي أسنان الحلم قد لا تنبت لبعض الناس وقد ينبت لبعض الناس بعضها وللبعض كلها فالعدد الاوسط للاسنان ثلاثون ثم للاسنان منفعتان الزينة والمضغ فاذا سقط سن تبطل منفعتها بالكلية ونصف منفعة السن التي تقابلها وهي منفعة المضغ وان كان النصف الآخر وهو الزينة باقيا واذا كان العدد الاوسط ثلاثين فمنفعة السن الواحدة ثلث العشر ونصف منفعة السن الأخرى التي تقابلها سدس العشر ومجموعهما نصف العشر والله أعلم بالحقيقة اه شرح وقاية وكتب ما نصه قال شيخ شيخنا العلامة زين الدين قاسم في كتاب التصحيح أخذ بعض أهل العصر من هذا أن في الاسنان كلها دية واحدة كسائر الاعضاء المتعددة وهو غلط قال في شرح الطحاوي وفي كل سن نصف عشر الدية خمسمائة درهم ومن ضرب رجلا حتى سقطت أسنانه كلها وهي اثنان وثلاثون كان عليه دية وثلاثة أخماس الدية وذلك ستة عشر ألف درهم في السنة الاولى ثلثا الدية ثلث من الدية الكاملة وثلث من ثلاثة أخماس الدية وفي السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من ثلاثة أخماس الدية وفي السنة الثالثة ثلث الدية وهو ما بقي من الدية الكاملة اه وذكره في الاصل والمحيط والمبسوط وقال في السنة الاولى ستة آلاف وستمائة وست وستون وثلثان وفي السنة الثانية ستة آلاف وستمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وفي السنة الثالثة ثلاثة آلاف وثلاثمائة وثلاثة وثلاثون وثلث وقال في الاختيار وأسنان الكوسج قالوا ثمانية وعشرون فتجب دية وخمسمائة وهذا غير جار على القياس في الاعضاء الا أن المرجع النص اه

ذهب منفعته فحينئذ تجب فيه حكومة عدل ان لم يكن فيه جمال كاليد الشلاء أو ارشه كاملا ان كان فيه جمال كالاذن الشاخصة فلا يلزم من اعتبار الصورة والجمال عند الانفراد عن المنفعة اعتبارهما معها بل يكون تبعا لها فيكون المنظور اليه هي المنفعة فقط عند الاجتماع وكم من شئ يكون تبعا لغيره عند الاتلاف فلا يكون له ارش ثم اذا انفرد بالاتلاف يكون له ارش ألا ترى أن الاعضاء كلها تبع للنفس فلا يكون لها ارش اذا تلفت معها واذا انفردت بالاتلاف كان لها ارش ومن ضرب صلب رجل فانقطع ماؤه تجب الدية لان فيه تفويت منفعة كاملة وهى منفعة النسل وكذا لو أحدبه لان فيه تفويت منفعة الجمال على الكمال لان جمال الآدمى فى كونه منتصب القامة وقيل هو المراد بقوله تعالى لقد خلقنا الانسان فى أحسن تقويم ولو زالت الحدبة فلا شئ عليه لزوالها لاعن أثر ولو بقى أثر الضربة ففيه حكومة عدل لبقاء الشين ببقاء أثرها والله أعلم

﴿فصل فى الشجاج﴾ الشجاج عشرة الحارصة وهى التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم وهى مأخوذة من حرص القصار الثوب أى شقه فى الدق والدامعة بالعين المهملة وهى التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع فى العين مأخوذة من الدمع فسميت بها لان الدم يخرج منها بقدر الدمع من المقلة وقيل لان عينه تدمع بسبب ألم يحصل له منها وفى المحيط الدامعة هى التى يخرج منها ما يشبه الدمع مأخوذة من دمع العينين والدامية وهى التى تسيل الدم وذكر المرغينانى أن الدامية هى التى تدمى من غير أن يسيل منها دم هو الصحيح مروى عن أبى عبيد والدامعة هى التى يسيل منها الدم كدمع العين ومن قال ان صاحبها تدمع عيناه من الالم فقد أبعد والباضعة وهى التى تبضع الجلد أى تقطعه مأخوذة من البضع وهو الشق والقطع ومنه مبضع الفصاد والمتلاحمة وهى التى تأخذ فى اللحم فتقطعه كله ثم يتلاحم بعد ذلك أى يلتئم ويتلاصق سميت بذلك تفاؤلا على ما تؤول اليه وروى عن محمد رحمه الله أن المتلاحمة قبل الباضعة لان المتلاحمة مأخوذة من قولهم التحم الشيآن اذا اتصل أحدهما بالآخر فالمتلاحمة ما تظهر اللحم ولا تقطعه والباضعة بعدها لانها تقطعه وفى ظاهر الرواية المتلاحمة تعمل فى قطع أكثر اللحم وهى بعد الباضعة وقال الازهرى الوجه أن يقال المتلاحمة أى القاطعة للحم والاختلاف الذى وجد فى الشجاج راجع الى مأخذ الاشتقاق لا الى الحكم والسمحاق وهى التى تصل الى السمحاق وهى الجلدة الرقيقة التى بين اللحم وعظم الرأس والموضحة وهى التى توضح العظم أى تبينه والهاشمة وهى التى تكسر العظم والمنقلة وهى التى تنقل العظم بعد الكسر أى تحوله والآمة وهى التى تصل الى أم الدماغ وأم الدماغ هى الجلدة الرقيقة التى تجمع الدماغ وبعد الآمة شجة تسمى الدامغة بالغين المعجمة وهى التى تصل الى الدماغ لم يذكرها محمد رحمه الله لان النفس لا تبقى بعدها عادة فيكون قتلا ولا يكون من الشجاج والكلام فى الشجاج وكذا لم يذكر الحارصة والدامعة لانهما لا يبقى لهما فى الغالب أثر وهذه الشجاج تختص بالرأس والوجه لغة وما كان فى غيرهما يسمى جراحة فهذا هو حقيقته والحكم مرتب على الحقيقة فلا يجب بالجراحة ما يجب بالشجة من المقدر لان التقدير بالنقل وهو انما ورد فى الشجاج وهو يختص بالرأس والوجه فيختص الحكم المقدر بهما ولا يجوز الحاق الجراحة بها دلالة ولا قياسا لانها ليست فى معناها فى الشين لان شجاج الرأس والوجه يظهران فى الغالب وغيرهما مستور غالبا فلا يظهر واختلفوا فى اللحيين فعندنا هما من الوجه فيتحقق الشجاج فيهما فيجب فيهما موجبها خلافا لما يقوله مالك رحمه الله هو يقول انهما ليسا من الوجه لان المواجهة لا تقع بهما ونحن نقول هما يتصلان بالوجه من غير فصل ويتحقق معنى المواجهة فصارا كالذقن لانهما تحته وقال شيخ الاسلام ويجب أن يفترض غسلهما فى الوضوء لانهما من الوجه حقيقة الا أنا تركناهما للاجماع ولا اجماع هنا فبقيت العبرة للحقيقة قال رحمه الله (وفى الموضحة نصف عشر الدية وفى الهاشمة عشرها وفى المنقلة عشر ونصف عشر وفى الآمة والجائفة ثلثها فان نفذت الجائفة فثلثاها) لما روى فى كتاب عمرو بن حزم رضى الله عنه أن النبى

﴿فصل فى الشجاج﴾ (قوله فيختص الحكم المقدر بها) أى بالشجاج اهـ من خط الشارح

صلى الله عليه وسلم قال فى الموضحة خمس من الابل وفى الهاشمة عشر وفى المنقلة خمس عشرة وفى الآمة وروى المأمومة ثلث الدية وقال عليه الصلاة والسلام فى الجائفة ثلث الدية وعن أبى بكر الصديق رضى الله عنه أنه حكم فى جائفة نفذت الى الجانب الآخر بثلثى الدية ولانها اذا نفذت صارت جائفتين فيجب فى كل واحدة منهما الثلث وهى تكون فى الرأس والبطن بخلاف سائر الشجاج حيث لا تكون الا فى الرأس والوجه وقيل لا تتحقق الجائفة فيما فوق الحلق قال رحمه الله (وفى الحارصة والدامعة والدامية والباضعة والمتلاحمة والسمحاق حكومة عدل) لان هذه ليس فيها ارش مقدر من جهة الشرع ولا يمكن اهدارها فتجب فيها حكومة عدل وهو مأثور عن ابراهيم النخعى وعمر بن عبد العزيز رحمهما الله واختلفوا فى تفسير هذه الحكومة قال الطحاوى رحمه الله تفسيرها أن يقوم مملوكا بدون هذا الاثر ثم يقوم وبه هذا الاثر ثم ينظر الى تفاوت ما بينهما فان كان ثلث عشر القيمة مثلا يجب ثلث عشر الدية وان كان ربع عشر القيمة يجب ربع عشر الدية وقال الكرخى رحمه الله ينظر كم مقدار هذه الشجة من الموضحة فيجب بقدر ذلك من نصف عشر الدية لان ما لا نص فيه يرد الى المنصوص عليه وكان الكرخى رحمه الله يقول ما ذكره الطحاوى ليس بصحيح لانه لو اعتبر ذلك الطريق فربما يكون نقصان القيمة أكثر من نصف عشر الدية فيؤدى الى أن يوجب فى هذه الشجاج وهو ما دون الموضحة أكثر مما أوجبه الشرع فى الموضحة وانه محال بل الصحيح الاعتبار بالمقدار وقال الصدر الشهيد رحمه الله ينظر المفتى فى هذا ان أمكنه الفتوى بالثانى بان كانت الجناية فى الرأس والوجه يفتى بالثانى وان لم يتيسر عليه ذلك يفتى بالقول الاول لانه أيسر قال وكان المرغينانى رحمه الله يفتى به وقال فى المحيط والاصح أنه ينظر كم مقدار هذه الشجة من أقل شجة لها أرش مقدر فان كان مقداره مثل نصف شجة لها أرش أو ثلثها وجب نصف أو ثلث أرش تلك الشجة وان كان ربعا فربع ذكره بعد ذكر القولين فكانه جعله قولا ثالثا والاشبه أن يكون هذا تفسير القول الكرخى وقال شيخ الاسلام رحمه الله قول الكرخى أصح لان عليا رضى الله تعالى عنه اعتبره بهذا الطريق فيمن قطع طرف لسانه على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا قصاص فى غير الموضحة) لانه لا يمكن اعتبار المساواة فيه لان ما دون الموضحة ليس له حد ينتهى اليه السكين وما فوقها كسر العظم ولا قصاص فيه لقوله عليه الصلاة والسلام لا قصاص فى العظم وهذا رواية الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنه وفى ظاهر الرواية يجب القصاص فيما دون الموضحة ذكره محمد رحمه الله فى الاصل وهو الاصح لانه يمكن اعتبار المساواة فيه اذ ليس فيه كسر العظم ولا خوف التلف كالجائفة فيسبر غورها بمسبار ثم يتخذ حديدة بقدر ذلك فيقطع بها مقدار ما قطع فيتحقق استيفاء القصاص بذلك وفى الموضحة القصاص ان كانت عمدا لما روى انه عليه الصلاة والسلام قضى بالقصاص فى الموضحة ولان المساواة فيها ممكنة بانهاء السكين الى العظم فيتحقق استيفاء القصاص قال رحمه الله (وفى أصابع اليد نصف الدية) أى أصابع اليد الواحدة لان فى كل اصبع عشرا من الابل لما روينا فيكون فى الخمسة خمسون ضرورة وهو النصف ولان فى قطع الاصابع تفويت منفعة البطش وهو الموجب على ما مر قال رحمه الله (ولو مع الكف) هذا متصل بما قبله أى فى أصابع اليد نصف الدية وان قطعها مع الكف ولا يزيد الارش بسبب الكف لان الكف تبع للاصابع فى حق البطش لان قوة البطش بها وقال عليه الصلاة والسلام فى اليدين الدية وفى احداهما نصف الدية واليد اسم لجارحة يقع بها البطش لان اسم اليد يدل على القوة والقدرة والبطش يقع بالاصابع والكف فيجب فيهما دية واحدة لان منفعتهما جنس واحد فيكون الكف تبعا للاصابع قال رحمه الله (ومع نصف ساعد نصف الدية وحكومة عدل) أى اذا قطع الكف مع نصف الساعد يجب نصف الدية وحكومة عدل نصف الدية فى الكف والاصابع والحكومة فى نصف الساعد وهو قول أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله ورواية عن أبى يوسف رحمه الله وعنه أن ما زاد على الاصابع من

(قوله وهو الاصح) كذا فى الكافى اهـ

اليد والرجل الى المنكب وأصل الفخذ هو تبع فلا تزيد به الدية لان الشارع أوجب فى الواحدة منهما نصف الدية واليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب والرجل الى أصل الفخذ فلا يزاد على تقدير الشرع ولان الساعد ليس له ارش مقدر شرعا فيكون تبعا لما له ارش مقدر فيه كالكف ووجه الظاهر أن اليد اسم لآلة باطشة ووجوب الارش باعتبار منفعة البطش وقوة البطش تتعلق بالاصابع والكف تبع لها فى البطش فكذا فى الارش ولا يقع البطش بالساعد أصلا ولا تبعا فلا يدخل فى ارشه ولانه لو جعل تبعا لا يخلو إما أن يجعل تبعا للاصابع أو للكف ولا وجه الى الاول لوقوع الفصل بينهما بالكف ولا الى الثانى لان الكف تبع للاصابع ولا تبع للتبع ولا نسلم أن اليد اسم لهذه الجارحة الى المنكب بل هى اسم الى الزند اذ ذكرت فى موضع القطع بدليل آية السرقة قال رحمه الله (وفى قطع الكف وفيها اصبع أو اصبعان عشرها أو خمسها ولا شئ فى الكف) أى اذا كان فى الكف اصبع أو اصبعان فقطعها يجب عشر الدية فى الاصبع الواحدة وخمسها فى اصبعين ولا يجب فى الكف شئ وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا ينظر الى ارش الكف والى ارش ما فيها من الاصابع فيجب أكثرهما ويدخل القليل فى الكثير لان الجمع بين الارشين متعذر اجماعا لان الكل شئ واحد اذ ضمان الاصبع هو ضمان الكف وضمان الكف هو ضمان الاصبع وكذا اهدار أحدهما متعذر أيضا لان كل واحد منهما أصل من وجه أما الكف فلان الاصابع قائمة به وأما الاصابع فلانها هى الاصل فى منفعة البطش فاذا كان كل واحد منهما أصلا من وجه رجحنا بالكثرة كما قلنا فيمن شج رأس انسان وتناثر بعض شعره يدخل القليل فى الكثير ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الاصابع أصل حقيقة لان منفعة اليد وهى البطش والقبض والبسط قائمة بها وكذا حكما لانه عليه الصلاة والسلام جعل الدية بمقابلة الاصابع حيث أوجب فى اليد نصف الدية ثم جعل فى كل اصبع عشرا من الابل ومن ضرورته أن تكون كلها بمقابلة الاصابع دون الكف والاصل أولى بالاعتبار وان قل ولا يظهر التابع بمقابلة الاصل فلا تعارض حتى يصار الى الترجيح بالكثرة ولئن تعارضا فالترجيح بالاصل حقيقة وحكما أولى من الترجيح بالكثرة ألا ترى أن الصغار اذا اختلطت مع المسان يجب فيها الزكاة تبعا وان كانت الصغار أكثر ترجيحا للاصل بخلاف ما استشهدا به من الشجة لان أحدهما ليس بتبع للآخر ولان ارش الاصبع ثابت بالنص وليس للكف أرش مقدر شرعا فلو ثبت انما يثبت بالرأى والاجتهاد وذلك لا يصلح لابطال المنصوص عليه لما عرف أن الاجتهاد لا يصار اليه الا لضرورة عند تعذر العمل لعدم النقل أو شبهته فكيف يصار اليه هنا مع وجوده بل لابطاله وهذا خارج عن القواعد وعلى هذا لو كان فى الكف مفصل واحد من اصبع واحدة يجب ارش المفصل على الظاهر عنده ولا يجب فى الكف شئ لان ارش ذلك المفصل مقدر شرعا وما بقى من الاصل وان قل فهو أولى كما قال فى القسامة ان أهل الخطة أولى بها من المشترين وان قلوا لكونهم أصلا ولا يظهر حكم التبع معه وان كثر وروى الحسن عنه أن الباقى اذا كان دون اصبع يعتبر أكثرهما ارشا لان ارش ما دون الاصبع غير منصوص عليه وانما يثبت اعتباره بالمنصوص عليه بنوع اجتهاد وكونه أصلا باعتبار النص فاذا لم يرد النص فى ارش مفصل ولا مفصلين اعتبرنا فيه الاكثر والاول أصح لان ارشه ثبت بالاجماع وهو كالنص ولو لم يبق فى الكف اصبع ولا بعضها يجب عليه حكومة عدل لا يبلغ بها ارش اصبع لان قيمة التبع لا تبلغ قيمة المتبوع ولو كان فى الكف ثلاث أصابع يجب ارش الاصابع ولا يجب فى الكف شئ بالاجماع لان الاصابع أصل على ما بينا وللاكثر حكم الكل فاستتبعت الكف كما اذا كانت كلها قائمة قال رحمه الله (وفى الاصبع الزائدة وعين الصبى وذكره ولسانه ان لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام حكومة عدل) أما الاصبع الزائدة فلانها اجزاء الآدمى فيجب الارش فيها تشريفا للآدمى وان لم يكن فيها نفع ولا زينة كما فى السن الزائدة ولا يجب فيها القصاص وان كان للقاطع اصبع زائدة

لان

لان المساواة شرط لوجوب القصاص فى الطرف ولم يعلم تساويهما الا بالظن فصار كالعبد يقطع طرف العبد فاذا تعذر القصاص للشبهة وجب ارشها وليس لها ارش مقدر فى الشرع فيجب فيها حكومة عدل بخلاف لحية الكوسج حيث لا يجب فيها شئ لان اللحية لا يبقى فيها أثر الحلق فلا يلحقه الشين بالحلق بل ببقاء الشعيرات يلحقه ذلك فيكون نظير من قلم ظفر غيره بغير اذنه وفى قطع الاصبع الزائدة يبقى أثره فيشينه ذلك فيجب الارش وأما عين الصبى وذكره ولسانه فلان المقصود من هذه الاشياء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب ارشها كاملا بالشك بخلاف المارن والاذن الشاخصة لان المقصود منهما الجمال وقد فوّته على الكمال وكذلك لو استهل الصبى لانه ليس بكلام وانما هو مجرد صوت ومعرفة الصحة فيه بالكلام وفى الذكر بالحركة وفى العين بما يستدل به على الرؤية وهو المراد بقوله ان لم تعلم صحته بنظر وحركة وكلام فيكون بعد معرفة صحة ذلك حكمه حكم البالغ فى الخطا والعمد اذا ثبت ذلك بالبينة أو باقرار الجانى وان أنكر ولم تقم به بينة فالقول قول الجانى وكذا اذا قال لا أعرف صحته لا يجب عليه الارش كاملا الا بالبينة وقال الشافعى رحمه الله تجب الدية كاملة كيفما كان الا اذا عرفت أنها غير صحيحة لان الغالب فيه الصحة فأشبه الاذن والمارن قلنا الظاهر لا يصلح للاستحقاق وانما يصلح للدفع وحاجتنا الى الاستحقاق وقد ذكرنا الفرق بين هذه الاعضاء وبين الاذن والانف وفى ذكر الخصى والعنين حكومة عدل وقال الشافعى رحمه الله تجب دية كاملة لقوله عليه الصلاة والسلام وفى الذكر الدية من غير فصل ولنا أن المنفعة وهو الايلاج والانزال والاحبال هى المعتبرة من هذا العضو فاذا عدمت لا يجب فيها دية كاملة كالعين القائمة بلا ضوء واليد الشلاء والرجل الشلاء قال رحمه الله (شج رجلا موضحة فذهب عقله أو شعر رأسه دخل أرش الموضحة فى الدية) لان فوات العقل يبطل منفعة جميع الاعضاء اذ لا ينتفع بها بدونه فصار بالنسبة الى سائر الاعضاء كالنفس فيدخل أرشها كما فى النفس وأرش الموضحة يجب بفوات جزء من الشعر حتى لو نبت يسقط وتجب الدية بفوات كل الشعر وقد تعلقا بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء فى الجملة فصار كما اذا قطع اصبع رجل فشلت يده كلها فحاصله أن الجناية متى وقعت على عضو واحد فأتلفت شيئين وارش أحدهما أكثر دخل الاقل فيه ولا فرق فى هذا بين أن تكون الجناية عمدا أو خطأ وان وقعت على عضوين لا يدخل ويجب لكل واحد منهما ارشه سواء كان عمدا أو خطأ عند أبى حنيفة رحمه الله لسقوط القصاص به عنده وعندهما يجب للاول القصاص ان كان عمدا وأمكن الاستيفاء والا فكما قال أبو حنيفة رحمه الله وقال زفر رحمه الله لا يدخل أرش الاعضاء بعضه فى بعض لان كل واحد منهما جناية فيما دون النفس فلا يتداخلان كسائر الجنايات وجوابه ما بينا قال رحمه الله (وان ذهب سمعه أو بصره أو كلامه لا) أى لو شجه موضحة فذهب أحد هذه الاشياء بها لا يدخل أرش الموضحة فى ارش أحد هذه الاشياء وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدخل ارش الموضحة فى دية السمع والكلام ولا يدخل فى دية البصر لانه ظاهر فلا يلحق بالعقل فلا يدخل فيه ارش الموضحة وأما السمع والكلام فلانهما مبطنان فيلحقان بالعقل فيدخل فيهما ارش الموضحة كما يدخل فى ارش العقل ولهما أن كل واحد من هذه المنافع أصل بنفسه فيتعدد حكم الجناية بتعددها ولا يدخل بعضها فى بعض لان العبرة لتعدد أثر الفعل لا لاتحاد الفعل بخلاف العقل لان منفعته تعود الى كل الاعضاء اذ لا ينتفع بالاعضاء بدونه فصار كالنفس أو نقول ذهاب العقل فى معنى تبديل النفس والحاقه بالبهائم فيكون بمنزلة الموت ولا كذلك سائر الاعضاء أو نقول ان العقل ليس له موضع يشار اليه فصار

(قوله فى المتن دخل ارش الموضحة فى الدية) قال الكرخى فى مختصره ولو ان رجلا شج رجلا فذهب من ذلك بصره أو سمعه أو كلامه أو شعره فلم ينبت أو عقله فان أبا حنيفة قال عليه الدية فى ذهاب شعره وعقله وليس عليه شئ فى الموضحة يدخل ارش الموضحة فى الدية ولا يدخل أرش الموضحة فى غير هذين ويكون فى السمع أو البصر أو الكلام أيها ذهب بالشجة أرش الشجة والدية وكذلك قال محمد مثل قول أبى حنيفة وكذلك قال أبو يوسف فى احدى الروايتين عنه وهى الرواية الاولى روى ذلك فى الاملاء عنه بشر بن الوليد وعلى بن الجعد وروى عنه الحسن ابن زياد أن الشجة تدخل فى دية السمع وقال فى الجوامع تدخل فى السمع والكلام ولا تدخل فى البصر خاصة لان البصر ظاهر وقال الحسن ابن زياد لا يدخل فى ذلك أرش الشجة الا فى الشعر خاصة وقال زفر لا يدخل أرش الشجة فى شئ من ذلك شعر ولا غيره الى هنا لفظ الكرخى رحمه الله اهـ (قوله وقد تعلقا بسبب واحد) وهو الجناية على الرأس اهـ (قوله لانه ظاهر) كاليد والرجل اهـ غاية وكتب ما نصه قال القدورى وهذا الفرق الذى قاله أبو يوسف يبطل بالشعر لانه ظاهر وقد دخل أرش الموضحة فيه فان قيل لم أوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية ولو أدت الشجة الى الموت لم يجب الا دية واحدة والموت أعظم من ذلك قيل الموت فوات الجملة وهذه الاشياء تبع للجملة فيدخل التبع فى المتبوع فأما اذا لم يمت فكل واحد من هذه المعانى غير تابع للآخر فلم يدخل فى ارشه قال القدورى من أين يعلم اذهاب السمع والبصر والشم قيل له يعرف ذلك باعتراف الجانى وتصديقه للمجنى عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك من الوجوه فى معرفة ذلك مر فى أول فصل فيما دون النفس اهـ اتقانى

(قوله بخلاف الموضحة مع الشعر) قال الاتقاني وليس كذلك الشعر والموضحة لانهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال بسبب الشعر اهـ (قوله في المتن وان شجه موضحة فذهبت عيناه) لا يجب القصاص في قول أبي حنيفة ولكن يجب عليه ارش الشجة ودية العينين وفي قول أبي يوسف ومحمد دية العينين (١٣٦) والقصاص في الموضحة أما مذهب أبي حنيفة فلان هذه جناية واحدة على انسان واحد وقد صار بعض تلك الجناية مالا لانهم اتفقوا أن في العينين يجب الارش فاذا صار بعض الجناية مالا صار كله مالا ألا ترى أنه لو قطع يده فشل ما بقي يسقط القصاص وتجب دية اليد فكذلك ههنا وأما مذهبهما فلان هذه جنايتان في مكانين مختلفين ولا مدخل لاحدهما في الآخر ما لا اهـ اتقاني (قوله فلا قود) أي في المسائل الاربع التي ذكرها المصنف على قول أبي حنيفة الاولى من المسائل الاربع ما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه الثانية ما اذا قطع اصبعا فشلت أخرى الثالثة ما اذا قطع المفصل الاعلى فشل ما بقي أو كل اليد الرابعة ما اذا كسر نصف سنه فاسود ما بقي فالثالثة والرابعة لا خلاف فيهما بين أبي حنيفة وصاحبيه والاولى والثانية خلافيتان وقد مشى المصنف فيهما على قول الامام كما هو دأبه اهـ قال الشيخ باكير ولا خلاف في المسئلة الثالثة والرابعة اهـ (قوله يجب أرش كل واحد منهما كاملا) فيجب ارش الموضحة ودية العينين في المسئلة الاولى ويجب دية الاصبعين في المسئلة الثانية اهـ (قوله ولابي حنيفة أن الجزاء) أي الجزاء مقيد اهـ (قوله والتسبيب لا يوجب القصاص) قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة في نوادره سمعت محمدا قال في رجل شج رجلا موضحة عمدا بحديدة أو عصا فذهبت عيناه بذلك والعين قائمة وقد ذهب الضوء قال أقتص من ذلك كله لان هذا عمد الى هنا لفظ الكرخي اهـ اتقاني

كالروح للجسد وقال الحسن رحمه الله ارش الموضحة لا يدخل في دية العقل أيضا لاختلاف محل الجناية فان محل العقل غير محل الموضحة بخلاف الموضحة مع الشعر لاتحاد سببهما على ما بينا والحجة عليه ما بينا قال رحمه الله (وان شجه موضحة فذهبت عيناه أو قطع اصبعا فشلت أخرى أو قطع المفصل الاعلى فشل ما بقي أو كل اليد أو كسر نصف سنه فاسود ما بقي فلا قود) وهذا كله قول أبي حنيفة رحمه الله مطلقا وقالا يجب القصاص في الموضحة والدية في العين فيما اذا شجه موضحة فذهبت عيناه وكذا اذا قطع اصبعا فشلت أخرى بجنبها يقتص للاولى ويجب الارش للاخرى وعنده لما لم يجب القصاص في العضوين يجب أرش كل واحد منهما كاملا وان كان عضوا واحدا بأن قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها يكتفى بأرش واحد ان لم ينتفع بما بقي وان كان ينتفع به يجب دية المقطوع وتجب حكومة عدل في الباقي بالاجماع وكذا اذا كسر نصف السن واسود ما بقي أو اصفر أو احمر تجب دية السن كله بالاجماع ولو قال أقطع المفصل الاعلى وأترك ما يبس أو أكسر القدر المكسور من السن وأترك الباقي لم يكن له ذلك لان الفعل في نفسه ما وقع موجبا للقود فصار كما اذا شجه منقلة فقال أشجه موضحة وأترك الباقي ليس له ذلك والاصل عنده أن الفعل الواحد اذا أوجب مالا في البعض سقط القصاص سواء كانا عضوين أو عضوا واحدا وعندهما في العضوين يجب القصاص مع وجوب المال وان كان عضوا واحدا لا يجب لهما في الخلافية أن الفعل في محلين مختلفين فيكون جنايتين لان الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كجنايتين مبتدأتين والشبهة في احداهما لا تتعدى الى الاخرى كمن رمى الى رجل فأصابه ونفذ السهم الى غيره فقتله فيجب القود في الاول والدية في الثاني وكمن قطع اصبعا فاضطرب السكين فأصاب اصبعا أخرى خطأ فانه يقتص للاولى دون الثانية بخلاف كسر نصف السن اذا اسود ما بقي منها أو قطع الاصبع من المفصل الاعلى فشل ما بقي منها أو شلت اليد كلها لانه لا يمكن أن يجعل كفعلين مبتدأين لاتحاد الفعل والمحل ولابي حنيفة رضي الله عنه أن الجزاء بالمثل والجرح الاول سار وليس في وسعه الساري فيسقط القصاص ويجب المال والدليل على انه سرايته أن فعله أثر في نفس واحدة والسراية عبارة عن آلام تتعاقب من الجناية على البدن ويتحقق ذلك في نفس واحدة في موضعين منها كما يتحقق في الطرف مع النفس بأن مات من الجناية بخلاف نفسين فان الفعل في النفس الثانية مباشرة على حدة ليس بسراية الجناية الاولى اذ لا يتصور السراية من نفس الى نفس فلا بد من أن يجعل ذلك في حكم فعل على حدة وفي النفس الواحدة لا يحتاج الى أن نجعله كفعلين لانه فعل واحد حقيقة والسراية فيهما متصورة فأورث نهايته شبهة الخطأ في البداية لان الفعل اذا صار لا يوجب القصاص بعاقبته أثر ذلك في بدايته وبخلاف ما اذا اضطرب السكين فقطع اصبعا أخرى حيث يجب القصاص في الاولى لان القطع في الاخرى ليس بالفعل الاول ولا بأثره بل بفعل آخر مقصود فينفرد بحكمه أو نقول ان ذهاب البصر ونحوه حصل بطريق التسبيب فان الفعل الاول باق على اسمه لم يتغير والاصل في سراية الافعال أن لا يبقى الاول بعد ما حدثت السراية كالقطع اذا سرى الى النفس صار قتلا فلم يبق قطعا وههنا الشجة أو القطع لم ينعدم بذهاب البصر ونحوه فكان الفعل الاول تسبيبا الى فوات البصر ونحوه بمنزلة حفر البئر والتسبيب لا يوجب القصاص وعن محمد رحمه الله في المسئلة الاولى وهو ما اذا شجه موضحة فذهب بصره أنه يجب القصاص فيهما رواه ابن سماعة عنه ووجهه أن سراية الفعل تنسب الى الفعل شرعا حتى

يجعل الفاعل مباشرا للسراية فيؤخذ به كالوسري الى النفس فانه يجب القصاص و يعتبر قتلا بطريق المباشرة بخلاف مالو قطع اصبعا فشلت بجنبها أخرى أو شجه موضحة فذهب بها سمعه أو كلامه حيث لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام وانما يجب في المقطوعة والموضحة فقط لانه لا يجب القصاص في الشلل والسمع والكلام لعدم الامكان وفي البصر يجب لامكان الاستيفاء ألا ترى انه لو أذهبه وحده بفعل مقصود منه يجب القصاص في البصر دون الشلل والسمع والكلام فافترقا ولو كسر بعض السن فسقطت ففيها القصاص على رواية ابن سماعة وعلى الرواية المشهورة لا قصاص فيها ولو شجه فأوضحه ثم شجه أخرى فأوضحه فتآكلتا حتى صارتا شيأ واحدا فلا قصاص فيها في المشهور وعلى رواية ابن سماعة عن محمد رحمه الله يجب القصاص والوجه فيهما ما بيناه قال رحمه الله (وان قلع سنه فنبتت مكانها أخرى سقط الارش) وهذا عند أبي حنيفة رضي الله عنه وقالا عليه الارش كاملا لان الجناية وقعت موجبة له والذي نبت نعمة مبتدأة من الله تعالى فصار كما لو أتلف مال انسان فحصل للمتلف عليه مال آخر ولأبي حنيفة رضي الله عنه أن الجناية قد زالت معنى ولهذا لو قلع سن صبي فنبتت مكانها أخرى لا يلزمه شئ بالاجماع وهذا لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فلم تفت المنفعة به ولا الزينة وعن أبي يوسف رضي الله عنه أنه يجب حكومة عدل لوجود الالم الحاصل هذا اذا نبتت مثل الاولى وان نبتت معوجة فعليه حكومة عدل عند أبي حنيفة رضي الله عنه ولو نبتت الى النصف فعليه نصف الارش ولو قلع سن غيره فردها صاحبها مكانها ونبت عليها اللحم فعلى القالع كمال الارش لان هذا لا يعتد به اذ العروق لا تعود وفي النهاية قال شيخ الاسلام رحمه الله هذا اذا لم تعد الى حالها الاولى بعد النبات في المنفعة والجمال وأما اذا عادت فلا شئ عليه كما لو نبتت وكذا لو قطع اذنه فألصقها فالتحمت يجب على القاطع أرشها لانها لا تعود الى ما كانت عليه قال رحمه الله (وان أقيد فنبتت سن الاول يجب) معناه اذا قلع رجل سن رجل فأقيد أي اقتص القالع ثم نبتت سن الاول المقتص له يجب على المقتص له أرش سن المقتص منه لانه تبين أنه استوفى بغير حق لان الموجب فساد المنبت ولم يفسد حيث نبتت مكانها أخرى فانعدمت الجناية ولهذا يستأنى حولا وينبغي أن ينتظر اليأس في مثل ذلك القصاص خوفا من مثله الآن في اعتبار ذلك تضييع الحقوق فاكتفينا بالحول لانه ينبت فيه ظاهرا على تقدير عدم الفساد فاذا مضى الحول ولم تنبت قضينا بالقصاص ثم اذا نبتت تبين انا أخطأنا فيه وكان الاستيفاء بغير حق غير انه سقط القصاص للشبهة فيجب المال وفي النهاية الصحيح أنه يستأنى في سن البالغ حتى يبرأ لان نباته نادر ولا يفيد تأجيله الى سنة فيؤخر الى البرء ليعلم عاقبته وعزاه الى التتمة ولو ضرب سن انسان فتحركت يستأنى حولا ليظهر أثر فعله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول فالقول للمضروب ليفيد التأجيل بخلاف ما اذا شجه موضحة ثم جاء وقد صارت منقلة حيث يكون القول للضارب لان الموضحة لا تورث المنقلة والتحريك يورث السقوط ولو اختلفا بعد الحول كان القول للضارب لانه منكر وقد مضى الاجل الذي ضرب للتبيين ولو لم تسقط فلا شئ على الضارب ولو اسودت بالضرب أو احمرت أو اخضرت يجب الارش كله لزوال الجمال ولا يجب فيه القصاص لتعذر الامكان وكذا اذا كسر بعضه واسود الباقي أو احمر أو اخضر يجب فيه الارش كاملا ولا يجب فيه القصاص لما قلنا فأوجب في الاسوداد ونحوه كمال الارش ولم يفرق بين سن وسن وقالوا ينبغي أن يفصل بين الاضراس التي لا ترى و بين العوارض التي ترى فيجب في الاول حكومة عدل ان لم يفت به منفعة المضغ وان فات يجب الارش كله وفي الثاني يجب الارش كله كيفما كان لفوات الجمال وان اصفرت يجب فيها حكومة عدل وقال زفر رحمه الله يجب فيها أرش السن كاملا لان الصفرة تؤثر في تفويت الجمال كالسواد ولنا أن الصفرة لا توجب تفويت الجمال ولا تفويت المنفعة فان الصفرة لون السن في أصل الخلقة في بعض

(قوله فصار كما لو أتلف مال انسان الخ) وكذا لو قطع غصن الرجل فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن الضمان وكذا لو حصد زرعا أو بقلا فنبت مكانه آخر لا يبرأ عن ضمان المحصود والمقلوع اه عمادي في ٣٢ (قوله ولو سقطت سنه واختلفا قبل الحول) أي فيما سقط بضربه أي اختلفا في سبب السقوط قال الضارب سقطت بضربة غيري وقال المجني عليه بل بضربتك اه معراج (قوله فأوجب) أي محمد اه

الناس ولا كذلك السواد والحمرة والخضرة الا أن كمال الجمال فى البياض فيجب فى الصفرة حكومة عدل وروى محمد عن أبى حنيفة رضى الله عنهما أن الصفرة فى الحر لا توجب شيأ وفى العبد توجب حكومة عدل لان الصفرة من ألوان السن والمقصود من السن الانتفاع بها والصفرة لا تخل به غير أن المقصود من المملوك المالية وهى قد تنتقص بالصفرة وان اختلفا فى حصول الاسوداد بضربه فالقول قول الضارب قياسا لانه منكر ولا يلزم من الضرب الاسوداد فصار انكاره له كانكاره أصل الفعل وفى الاستحسان القول قول المضروب لان ما يظهر عقيب فعل من الاثر يحال على الفعل لانه السبب الظاهر الا أن يقيم الضارب البينة انه بغيره قال رحمه الله (وان شج رجلا فالتحم ولم يبق له أثر أو ضرب بجرح فبرأ وذهب أثره فلا أرش) وهذا قول أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله عليه أرش الالم وهو حكومة عدل لان الشين الموجب ان زال فالالم الحاصل لم يزل وقال محمد رحمه الله عليه أجرة الطبيب لان ذلك لزمه بفعله فكأنه أخذ ذلك من ماله وأعطاه الطبيب وفى شرح الطحاوى فسر قول أبى يوسف رحمه الله عليه أرش الالم بأجرة الطبيب والمداواة فعلى هذا الاخلاف بين أبى يوسف ومحمد رحمهما الله ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الموجب هو الشين الذى يلحقه بفعله وزوال منفعته وقد زال ذلك بزوال أثره والمنافع لا تتقوم الا بالعقد كالاجارة والمضاربة الصحيحتين أو بشبهة العقد كالفاسد منهما ولم يوجد شئ من ذلك فى حق الجانى فلا تلزمه الغرامة وكذا مجرد الالم لا يوجب شيأ لانه لا قيمة لمجرد الالم ألا ترى أن من ضرب انسانا ضربا مؤلما من غير جرح لا يجب عليه شئ من الارش وكذا لو شتمه شتما يؤلم قلبه لا يضمن شيأ قال رحمه الله (ولا قود بجرح حتى يبرأ) وقال الشافعى رحمه الله يقتص منه فى الحال لان الموجب قد تحقق فلا يؤخر كما فى القصاص فى النفس ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسلام نهى أن يقتص من جرح حتى يبرأ صاحبه رواه أحمد والدارقطنى ولان الجراحات يعتبر فيها مآلها لاحتمال أن يسرى الى النفس فيظهر أنه قتل فلا يعلم أنه جرح الا بالبرء فيستقر به قال رحمه الله (وكل عمد سقط فيه قوده لشبهة كقتل الاب ابنه عمدا فديته فى مال القاتل وكذا ما وجب صلحا أو اعترافا أو لم يكن نصف العشر) أى نصف عشر الدية لما روى عن ابن عباس موقوفا ومرفوعا لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة تتحمل عن القاتل تخفيفا عنه وذلك يليق بالمخطئ لانه معذور دون المتعمد لانه يوجب التغليظ والذى وجب بالصلح انما وجب بعقده والعاقلة لا تتحمل ما وجب بالعقد وانما تتحمل ما وجب بالقتل وكذا ما لزمه بالاقرار لا تتحمله العاقلة لان له ولاية على نفسه دون عاقلته فيلزمه دونهم وانما لا تتحمل أقل من نصف عشر الدية لانه لا يؤدى الى الاجحاف والاستئصال بالجانى والتحميل تحرزا عنه فلا حاجة اليه ثم الكل يجب مؤجلا الى ثلاث سنين الا ما وجب بالصلح فانه يجب حالا لانه واجب بالعقد فيكون حالا بخلاف غيره وما دون أرش الموضحة يجب فى سنة لانه دون ثلث الدية والثلث وما دونه يجب فى سنة وقال الشافعى رحمه الله ما وجب بقتل الاب ابنه يجب حالا لان القصاص سقط شرعا الى بدل فيكون ذلك البدل حالا كسائر المتلفات والتأجيل فى دية القتل خطأ ثبت شرعا تخفيفا لانه معذور ولا كذلك العامد فلا يستحق التخفيف فتجب حالا ألا ترى أن تحميل العاقلة لما كان تخفيفا عنه لا يستحقه فكذا هذا التخفيف ولان الدية بدل المقتول وحقه فى نفسه حال فكذا فى البدل تحقيقا لمعنى الجبر ولنا أن هذا مال وجب بنفس القتل فيكون مؤجلا كما اذا وجب بالقتل خطأ أو شبه عمد أو بالاعتراف بخلاف ما وجب بالصلح لانه مال وجب بالعقد ابتداء فلا يتأجل الا بالشرط كسائر العقود والمعنى فيه أن المتلف ليس بمال وما ليس بمال لا يضمن بالمال أصلا لانه ليس بقيمة له اذ لا يقوم مقامه وقيمة الشئ ما يقوم مقامه وانما عرفنا تقومه بالمال بالشرع والشرع انما قومه بدية مؤجلة الى ثلاث سنين وايجاب المال حالا زيادة على

ما أوجبه الشرع وصفا فلا يجوز كما لا يجوز إيجاب الزيادة على ما أوجبه الشرع قدرا قال رحمه الله (وعمد الصبي والمجنون خطأ وديته على عاقلته ولا تكفير فيه ولا حرمان عن الميراث والمعتوه كالصبي) وقال الشافعي رحمه الله عمده عمد فتجب الدية في ماله لان العمد هو القصد وهو ضد الخطأ فيتحقق منه الخطأ يتحقق منه العمد ولهذا يؤدب ويعزر والتعزير يكون على فعل يقع عمدا لا خطأ وكان ينبغي أن يجب القصاص الا أنه سقط للشبهة لانهم ليسوا من أهل العقوبة فيجب عليهم موجبه الآخر وهو المال لانهم أهل لوجوبه عليهم فصار نظير السرقة فانهم اذا سرقوا لا تقطع أيديهم ويجب عليهم ضمان المال المسروق منه لما قلنا ولهذا وجب عليهم التكفير بالمال لانهم أهل للغرامة المالية دون الصوم لعدم الخطاب وكذا يحرم الميراث عنده بالقتل ولنا أن مجنونا صال على رجل بسيف فضربه فرفع ذلك الى علي رضي الله عنه فجعل عقله على عاقلته بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم وقال عمده وخطؤه سواء ولان الصبي مظنة المرحمة قال عليه الصلاة والسلام من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا فليس منا والعاقل المخطئ لما استحق التخفيف حتى وجبت الدية على عاقلته فهؤلاء وهم أغرار أولى بهذا التخفيف فتجب على العاقلة اذا كان الواجب قدر نصف العشر أو أكثر بخلاف ما دونه فلا يسلك به مسلك الاموال كما في البالغ العاقل ولا نسلم تحقق العمد منهم لانه عبارة عن القصد وهو يترتب على العلم والعلم بالعقل وهم عديمو العقل أو قاصروه فكيف يتحقق منهم القصد وصاروا كالنائم وحرمان الارث عقوبة وهم ليسوا من أهلها والكفارة كاسمها ستارة ولا ذنب لهم لتستره ولانهم مرفوعو القلم ولان الكفارة دائرة بين العبادة والعقوبة بمعنى أن فيها معنى العبادة ومعنى العقوبة ولا تجب عليهم عبادة ولا عقوبة وكذا سبب الكفارة يكون دائرا بين الحظر والاباحة لتكون العقوبة متعلقة بالحظر وفعلهم لا يوصف بالجناية لانها اسم لفعل محظور وكل ذلك يبتنى على الخطاب وهم ليسوا بمخاطبين فكيف تجب عليهم الكفارة

﴿فصل في الجنين﴾

قال رحمه الله (ضرب بطن امرأة فألقت جنينا ميتا تجب غرة نصف عشر الدية) الغرة الخيار غرة المال خياره كالفرس والبعير النجيب والعبد والامة الفارهة وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غرة لانه أول مقدر ظهر في باب الدية وغرة الشيء أوله كما سمي أول الشهر غرة وسمي وجه الانسان غرة لانه أول شيء يظهر منه والمراد نصف عشر الدية دية الرجل ولو كان الجنين ذكرا وفي الانثى عشر دية المرأة وكل منهما خمسمائة درهم ولهذا لم يبين في المختصر أنه ذكر أو أنثى لان دية المرأة نصف دية الرجل فالعشر من ديتها قدر نصف العشر من دية الرجل والقياس أن لا يجب شيء في الجنين لانه لم يتيقن بحياته والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ولهذا لا يجب في جنين البهيمة الا نقصان الام ان نقصت والا فلا يجب شيء والقياس أن يجب كمال الدية لانه بضربه منع حدوث الحياة فيه فيكون بذلك كالمزهق للروح ولهذا المعنى وجب قيمة ولد المغرور فانه منع من حدوث الرق فيه وكذا وجب على المحرم قيمة بيض الصيد بكسره وجه الاستحسان ما روي أن امرأتين من هذيل ضربت بطن امرأة بحجر فقتلتها وما في بطنها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى أن دية جنينها غرة عبد أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها رواه البخاري ومسلم وأحمد وهي على العاقلة عندنا وقال مالك في ماله لانه بدل الجزء ولنا أنه عليه الصلاة والسلام قضى بالغرة على العاقلة ولانه بدل النفس من وجه ولهذا قال عليه الصلاة والسلام دوه والدية

﴿فصل في الجنين﴾ لما ذكر أحكام القتل المتعلق بالآدمي من كل وجه شرع في بيان ما في الآدمي من وجه دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما قاله شمس الأئمة السرخسي في أصوله الجنين ما دام مجتنا في البطن ليست له ذمة لكونه في حكم جزء من الام ولكنه منفرد بالحياة معد ليكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه يكون أهلا لوجوب الحق له من عتق أو ارث أو نسب أو وصية ولاعتبار الوجه الاول لا يكون أهلا لوجوب الحق عليه فأما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ولهذا لو انقلب على مال انسان فأتلفه صار ضامنا ويلزمه مهر امرأته بعقد الولي عليه اهـ اتقاني وكتب على قوله الجنين والجنين هو الولد في بطن الام سمي به لاجتنانه أي لاستتاره في البطن اهـ اتقاني (قوله وقيل انما سمي ما يجب في الجنين غرة الخ) قال في شرح الكافي وانما سمي الغرة غرة لانه أقل المقادير في الديات وأقل الشيء أوله في الوجود وسمي غرة لمعنى الأولية ولهذا سمي أول الشهر غرة لانه أول ما يبدو عند النظر اهـ غاية (قوله والقياس أن لا يجب شيء في الجنين) لانه يحتمل أنه مات بفعله ويحتمل أنه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب الضمان بالشك لانه لا يجب شيء في أجنة البهائم ألا ترى أن من ضرب شاة فألقت جنينا ميتا كان عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين اهـ غاية (قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق) أي للالزام وانما قيد به لان الظاهر يعتبر اذا لم يكن فيه الزام الغير كما في رضيع أحد أبويه مسلم أعتقه عن كفارة القتل جاز لان الظاهر منه سلامة الاعضاء اهـ غاية (قوله أو وليدة) قال ابن الاثير الوليد هو الطفل فعيل بمعنى مفعول ثم قال والجمع ولدان والانثى وليدة والجمع الولائد وقد تطلق الوليدة على الجارية والامة وان كانت كبيرة اهـ (قوله وهي على العاقلة عندنا) لانها مقدرة بخمسمائة درهم والعاقلة تعقل خمسمائة درهم ولا تعقل ما دونها اهـ اتقاني (قوله ولنا أنه صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة الخ) قال الاتقاني وأوجبنا الغرة بالحديث وهو ما روى محمد بن الحسن في موطئه عن مالك عن ابن شهاب عن

بدل النفس وتجب في سنة وقال الشافعي رحمه الله في ثلاث سنين لانه بدل النفس ألا ترى أنه يورث وبدل العضو يكون لصاحب العضو ولنا ماروى عن محمد بن الحسن أنه قال بلغنا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالغرة على العاقلة في سنة ولانه ان كان بدل النفس من حيث انه نفس على حدة فهو بدل العضو أيضا من حيث الاتصال بالام فعملنا بالشبهين بالاول في حق التوريث وفي وجوب الدية وان لم يحصل بالام نقصان وبالثاني في حق التأجيل الى سنة لان بدل العضو اذا كان ثلث الدية أو أقل يجب في سنة واحدة بخلاف أجزاء الدية حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين حتى لو قتل عشرة أنفس يجب على عاقلة كل واحد منهم عشر الدية ويستوي في الجنين الذكر والانثى لاطلاق مارويناه ولان التفاوت في الاحياء انما ثبت لتفاوت معنى الآدمية في المالكية فان الذكر يملك المال والنكاح والانثى لا تملك سوى المال فكان الذكر أزيد فيما هو من خصائص الآدمية وهذا المعنى في الجنين معدوم اذ لا يملك ولا يستحق سوى الاعتاق وتوابعه والنسب ولا يستحق شيأ من المال الا بطريق الارث والوصية فيستوي الذكر والانثى فيها ولانه قد لا يعرف الذكر من الانثى فيتقدر الكل بمقدار واحد تيسيرا قال رحمه الله (فان ألقته حيا فمات فدية) أي تجب دية كاملة لانه أتلف آدميا خطأ أو شبه عمد فتجب فيه الدية كاملة قال رحمه الله (وان ألقته ميتا فماتت الام فدية وغرة) لما روينا ولانه جنى جنايتين فيجب عليه موجبهما وهذا لما عرف أن الفعل يتعدد بتعدد أثره فصار كما اذا رمى فأصاب شخصا ونفذ منه الى آخر فقتله فانه يجب عليه ديتان ان كانا خطأ وان كان الاول عمدا يجب القصاص والدية قال رحمه الله (وان ماتت فألقته ميتا فدية فقط) وقال الشافعي رحمه الله تجب الغرة مع الدية لان الجنين مات بضربه ظاهرا فصار كما اذا ألقته ميتا وهي بالحياة ولنا أن موت الام سبب لموته ظاهرا لان حياته بحياتها وتنفسه بنفسها فيتحقق بموتها فلا يكون في معنى ماورد به النص اذ الاحتمال فيه أقل فلا يضمن بالشك وان ألقته حيا بعدما ماتت يجب عليه ديتان دية الام ودية الولد لانه قتلهما فصار كما اذا ألقته حيا ومات قال رحمه الله (وما يجب فيه يورث عنه ولا يرث الضارب فلو ضرب بطن امرأته فألقت ابنه ميتا فعلى عاقلة الاب غرة ولا يرث منها) وانما يورث لانه نفس من وجه على ما بينا والغرة بدله فيرثها ورثته ولا يرث الضارب من الغرة شيأ لانه قاتل مباشرة ظلما ولا ميراث للقاتل بهذه الصفة قال رحمه الله (وفي جنين الامة لو ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو أنثى) وقال الشافعي تجب فيه عشر قيمة الام لانه جزء من وجه وضمان الاجزاء يؤخذ مقدارها من الاصل ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها بالاجماع وهو الغرة

سعيد بن المسيب أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين يقتل في بطن امه بغرة عبد أو وليدة فقال الذي قضى عليه كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هو من اخوان الكهان وقال محمد أيضا أخبرنا مالك عن ابن شهاب عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن أبي هريرة أن امرأتين من هذيل استبتا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمت احداهما الاخرى فطرحت جنينا فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة عبد أو وليدة قال محمد وبهذا نأخذ اذا ضرب بطن المرأة الحرة فألقت جنينا ميتا ففيه غرة عبد أو أمة أو خمسون دينارا أو خمسمائة درهم نصف عشر الدية فان كان من أهل الابل أخذ منه خمس من الابل وان كان من أهل الغنم أخذ منه مائة من الشاء نصف عشر الدية الى هنا لفظ محمد في موطئه اه اتقاني (قوله ويستوي في الجنين الخ) يعني (١٤٠) أن الواجب في جنين الحرة خمسمائة سواء كان الجنين ذكرا أو أنثى ولا يفضل الذكر على الانثى في ايجاب الغرة لان الحديث ورد باسم الجنين مطلقا ومطلقه يشمل الجميع اه اتقاني (قوله ولهذا وجب في جنين الحرة عشر ديتها الخ) قال في الكافي ولنا أن الضمان انما وجب من حيث كونه أصلا في نفسه لا من حيث كونه جزأ فان ضمان الجزء انما يجب عند ظهور النقصان في الاصل وهنا بخلافه واذا كان بدل نفسه فكان تقديره أولى لان الضمان يجب جبرا للفائت والمقتول هو الجنين فكان اعتبار قيمته أولى من اعتبار قيمة أمه غير أنا أوجبنا عشر القيمة أو نصف عشر القيمة اعتبارا بجنين الحرة فانه ثم يجب نصف عشر الدية ان كان ذكرا أو عشر الدية ان كان أنثى وهو خمسمائة والقيمة في المماليك كالدية في الاحرار فيجب اعتبار الدية بالقيمة فيؤدي الى هذا ضرورة فان قيل فيه تفضيل الانثى على الذكر لان عشر قيمته اذا كان أنثى أكثر من نصف عشر قيمته اذا كان ذكرا وفي الديات يفضل الذكر على الانثى ولا يفضل الانثى على الذكر قلنا هذا تسوية في الحقيقة والتسوية جائزة بيننا بالاتفاق وهذا لان القيمة هنا كالدية ودية الانثى على النصف من دية الذكر فصار العشر من هذا مثل نصف العشر من الذكر والتفضيل انما يجب عند تفاوت الحال بتفاوت المالكية وهذا يكون في المنفصل لا في الاجنة لانه لا مالكية في الجنين وانما يجب ضمان الجنين باعتبار قطع النشو والانثى في معنى النشو تساوي الذكر وربما تكون الانثى أسرع نشوا كما بعد الانفصال فلهذا جوزنا تفضيل الانثى على الذكر لو تصور اه وقال في الفتاوى الظهيرية وفي جنين المملوك نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وهما في المقدار سواء من حيث الشرع لقيام قيمة كل واحد منهما مقام الدية فحينئذ لا معتبر بالتفاوت اه وقال صاحب الهداية في كتابه المسمى بمختارات النوازل وفي جنين الامة ان كان ذكرا نصف عشر

ولنا أنه بدل نفسه فلا يقدر بغيره اذ لا نظير له فى الشرع والدليل على انه بدل نفسه أن الامة أجمعت على انه لا يشترط فيه نقصان الاصل ولو كان ضمان الطرف لما وجب الا عند نقصان الاصل ويؤيد ذلك أن ما يجب فى جنين الحرة موروث ولو كان بدل الطرف لما ورث والحر والعبد لا يختلفان فى ضمان الطرف لانه لا يورث وانما يختلفان فى ضمان النفس ولو كان ضمان الطرف لما ورث فى الحر فاذا ثبت أنه ضمان النفس كان ديته مقدرة بنفس الجنين لا بنفس غيره كما فى سائر المضمونات ولا نسلم أن الغرة مقدرة بدية الام بل بدية نفس الجنين أن لو كان حيا فيجب نصف عشر ديته ان كان ذكرا وعشر ديته ان كان أنثى فكذا فى جنين الامة تجب بتلك النسبة من قيمته لان كل ما كان مقدرا من دية الحر فهو مقدر من قيمة العبد فيجب نصف عشر قيمته ان كان ذكرا وعشر قيمته ان كان أنثى وعن أبى يوسف أنه يجب ضمان نقصان الام ان انتقصت بذلك اعتبارا بجنين البهائم وهذا على أصله يستقيم لان الضمان فى قتل الرقيق ضمان مال عنده مطلقا ولهذا يجاوز به دية الحر عنده والاول هو الظاهر اعتبارا بالحرة لان الوجوب للصيانة وهما فى الحاجة اليها سواء هذا اذا كان الجنين من غير مولاها ومن غير المغرور وأما اذا كان من أحدهما ففيه الغرة المذكورة فى جنين الحرة ذكرا كان أو أنثى لانه حر قال رحمه الله (فان حرره سيده بعد ضربه فألقته فمات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية وان مات بعد العتق) لان الوجوب بالضرب والضرب صادفه وهو رقيق فتجب قيمته حيا لانه صار قاتلا له وهو حى فاعتبرنا حالتى السبب والتلف فأوجبنا عليه القيمة باعتبار حالة السبب وهو الضرب لانه رقيق حينئذ وأوجبنا عليه جميع قيمته باعتبار حالة التلف كانه ضربه فى الحال وكان ينبغى أن يجب ما نقص بضربه الى أن يوجد العتق كما لو قطع يد عبد أو جرحه فأعتقه المولى ثم مات يجب عليه أرش اليد والجرح وما نقص من قيمته الى العتق لان العتق يقطع السراية لكن اعتبر فيه الحالتان فجعل كأن الضرب لم يوجد فى حق الجنين لان المقصود بالضرب الام وأوجب القيمة دون الدية لانه صار قاتلا له بالضرب الاول فصار كما لو رمى عبدا فأعتقه المولى ثم وقع عليه السهم فمات فانه تجب عليه القيمة للمولى لان الرمى ليس بجناية ما لم يتصل بالمحل فلا يجب فيه شئ بدون الاتصال بخلاف القطع والجرح لانه جناية فى الحال والعتق يقطع السراية ومع هذا تجب القيمة دون الدية لانه يصير قاتلا له من وقت الرمى لانه الفعل المملوك له وقال فخر الاسلام قال بعض مشايخنا معنى قوله ضمن أى الدية وقوله ولا تجب الدية ليس هو من الجامع الصغير ووجهه أن الضرب وقع على الام فلم يعتبر جناية فى حق الجنين الا بعد الانفصال حيا ولذلك لم تنقطع سرايته بخلاف من جرح فأعتقه مولاه وقال بعضهم بل المراد به حقيقة القيمة لان الجناية قد تمت منه لكن لا تعتبر فى حق الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فأشبه الرمى الذى تم من الرامى ولا يعتبر فى حق المرمى اليه الا بعد الاصابة وقيل هذا عندهما وعند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا الى كونه غير مضروب لان العتق قاطع للسراية قال رحمه الله (ولا كفارة فى الجنين) وقال الشافعى تجب الكفارة لانه نفس من وجه فتجب احتياطا لما فيها من العبادة ولنا أن الكفارة فيها معنى العقوبة لانها شرعت زاجرة وفيها معنى العبادة لانها تتأدى بالصوم وقد عرف وجوبها فى النفوس المطلقة فلا يتعداها لان العقوبة لا يجرى فيها القياس وقول الشافعى متناقض فيه لانه كان يعتبره جزأ حتى أوجب عليه عشر قيمة الام وهنا اعتبره نفسا حتى أوجب عليه الكفارة ونحن اعتبرناه جزأ من وجه ولهذا لم يجب فيه كل البدل فكذا لا تجب فيه الكفارة لان الاعضاء لا كفارة فيها الا اذا تبرع بها هو لانه ارتكب محظورا فاذا تقرب بها الى الله تعالى

قيمته لو كان حيا وعشر قيمته لو كان أنثى اعتبارا بالحر لان الغرة فيه نصف عشر دية الذكر وعشر دية الانثى الا أن الدية مقدرة والقيمة غير مقدرة فتتفاوت غرة جنين الامة بتفاوت القيمة اه وقال فى شرح الدرر المسمى (١٤١) بالغرر عند قول المصنف فنصف قيمته حيا وعشرها أنثى لان تقدير الشرع لما ورد فى جنين حر بعشر دية حرة ولم يرد فى جنين رقيق وجب التقدير فيه من القيمة لانها فى المملوك كالدية ففرقوا فيه بين ذكر وأنثى بما ذكر المصنف نفيا للتفاوت بين غرتيهما اذ فى العادة قيمة الذكر أزيد من قيمتها بكثير واذا اشتبه ذكورته وأنوثته أخذ بالاقل المتيقن والمعتبر فى القيمة حال الولادة وتصرف الى سيده اه (قوله وأما اذا كان من أحدهما الخ) وجنين المسلمة والكافرة سواء وبه صرح فى شرح الطحاوى اه اتقانى (قوله وقال فخر الاسلام) أى البزدوى فى شرح الجامع الصغير اه اتقانى ﴿فرع﴾ قال الفقيه أبو الليث ولم يذكر محمد رحمه الله فى الجامع الصغير أن القيمة تكون للمولى أو تكون ميراثا من المضروب فيجوز أن تكون القيمة ميراثا لان المولى لما أعتقه فقد بطل حق نفسه فصار فى الميراث حكمه حكم الاحرار ويجوز أن يقال ان القيمة للمولى لأنه لما وجب على القاتل القيمة صار كأن الرجل قتل مملوكه لان وجوب الضمان استند الى الضرب ووقت الضرب كان مملوكا كذا قال الفقيه اه اتقانى قوله فصار فى الميراث حكمه حكم الاحرار وهو قياس قول الائمة الثلاثة اه كاكى (١) وأما قوله لا كفارة على الضارب فلان القتل غير متحقق لجواز أن الحياة لم تخلق فيه والكفارة انما تجب

(١) هكذا بياض بالاصل

كان أفضل له و يستغفر الله تعالى مما صنع من الجريمة العظيمة والجنين الذى استبان بعض خلقه كالتام فى جميع ماذكرنا من الاحكام لاطلاق ماروينا ولانه ولد فى حق الاحكام كأمومية الولد وانقضاء العدة به والنفاس وغير ذلك فكذا فى حق هذا الحكم ولانه به يتميز من العلقة والدم ولا بد منه قال رحمه الله (وان شربت دواء لتطرحه أو عالجت فرجها حتى أسقطته ضمن عاقلتها الغرة ان فعلت بلا اذن) لانها أتلفته متعدية فيجب عليها ضمانه وتتحمل عنها العاقلة لما بينا ولا ترث هى من الغرة شيأ لانها قاتلة بغير حق والقاتل لا يرث بخلاف ما اذا فعلت ذلك باذن الزوج حيث لا تجب الغرة لعدم التعدى ولو فعلت أم الولد ذلك بنفسها حتى أسقطت فلا شئ عليها ما لم تستحق لاستحالة وجوب الدين على المملوك لسيده ولو استحقت وجب للمولى غرة لانه تبين أنه ليس بمالك لها وانه مغرور وولد المغرور حر الاصل وهى متعدية بذلك الفعل فصارت قاتلة للجنين فتجب الغرة له ويقال للمستحق ان شئت سلم الجارية وان شئت افدها لانه الحكم فى جناية المملوك والله أعلم

﴿باب ما يحدثه الرجل فى الطريق﴾

قال رحمه الله (ومن أخرج الى طريق العامة كنيفا أو ميزابا أو جرصنا أو دكانا فلكل نزعه) أى لكل أحد من أهل الخصومة مطالبته بالنقض كالمسلم البالغ العاقل الحر أو الذمى لان لكل منهم المرور بنفسه وبدوابه فيكون له الخصومة بنقضه كما فى الملك المشترك بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم حيث لا يؤمر بالهدم بطلبهم لان خصومة المحجور عليه لا تعتبر فى ماله بخلاف الذمى هذا اذا بنى لنفسه وأما اذا بنى للمسلمين كالمسجد ونحوه فلا ينقض كذا روى عن محمد رحمه الله وقال اسمعيل الصفار انما ينقض بخصومته اذا لم يكن له مثل ذلك فان كان له مثله لا يلتفت الى خصومته لانه لو أراد به ازالة الضرر عن الناس لبدأ بنفسه وحيث لم يزل ما فى قدرته علم أنه متعنت ثم الكلام فى هذه المسئلة فى ثلاثة مواضع أحدها فى أنه هل يحل له احداثه فى الطريق أم لا والثانى فى الخصومة فى منعه من الاحداث فيه ورفعه بعده والثالث فى ضمان ما يتلف بهذه الاشياء أما الاحداث فقد قال شمس الائمة رحمه الله ان كان الاحداث يضر بأهل الطريق فليس له أن يحدث ذلك فان كان لا يضر بأحد لسعة الطريق جاز له احداثه فيه ما لم يمنع منه لان الانتفاع فى الطريق بالمرور فيه من غير أن يضر بأحد جائز فكذا ما هو مثله فيلحق به اذا احتاج اليه واذا أضر بالمارة لا يحل له لقوله عليه الصلاة والسلام لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام وهذا نظير من عليه الدين فانه لا يسعه التأخير اذا طالبه صاحبه ولو لم يطالبه جاز له تأخيره وعلى هذا القعود فى الطريق للبيع والشراء يجوز ان لم يضر بأحد وان أضر لم يجز لما قلنا وأما الخصومة فيه فقال أبو حنيفة رحمه الله لكل أحد من عرض الناس أن يمنعه من الوضع وأن يكلفه الرفع بعد الوضع سواء كان فيه ضرر أو لم يكن اذا وضع بغير اذن الامام لافتياته على رأيه لان التدبير فى أمور العامة الى الامام وعلى قول أبى يوسف

بتحقق القتل ولان النبى صلى الله عليه وسلم لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة ولو وجبت الكفارة لذكرها اهـ اتقانى (قوله ولانه ولد فى حق الاحكام كأمومية الولد) أى اذا ادعاه المولى اهـ غاية (قوله فى المتن وان شربت دواء لتطرحه الخ) قال فى الفتاوى الصغرى المرأة اذا ضربت بطن نفسها متعمدة أو شربت دواء لتسقط ولدها فأسقط يضمن عاقلتها الغرة ونقله عن الزيادات وقال فى الواقعات فى باب الديات امرأة شربت دواء لتسقط ولدها عمدا فألقت جنينا حيا ثم مات فعلى عاقلتها الدية فى ثلاث سنين ان كان لها عاقلة فان لم يكن فذلك فى مالها ولا ترث منه شيأ وعليها الكفارة ولو ألقت (١٤٣) جنينا ميتا تجب الغرة على العاقلة فى سنة واحدة ولو كان الشرب لاصلاح البدن فلا شئ عليها ولا ترث منه شيأ اهـ اتقانى

﴿باب ما يحدثه الرجل فى الطريق﴾

لما فرغ من بيان أحكام القتل بالمباشرة شرع فى بيان أحكام القتل بطريق التسبيب والضرب على بطن المرأة مباشرة فى قتل الجنين وقدم المباشرة لانه قتل بلا واسطة والتسبيب بالواسطة ولان القتل بالمباشرة أكثر وقوعا فكان أمس حاجة الى معرفة أحكامه اهـ كاكى قوله لانه قتل بلا واسطة أى فكان أصلا اهـ (قوله أو جرصنا) الجرصن جذع يخرجه الانسان من الحائط الى الطريق ليبنى عليه وفسره الفقيه أبو الليث بالبرج الذى يكون فى الحائط وقال فخر الاسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج وقال بعضهم هو مجرى ماء مركب فى الحائط ناتئ فكيفما كان فهو يشغل حق المسلمين وهو فارسى معرب اذ ليس فى العربية كلام على هذا التركيب أعنى الجيم والراء والصاد بل مهمل فى كلامهم اهـ اتقانى (قوله كما فى الملك المشترك) رحمه أى فان لكل واحد من الشركاء حق النقض فيما أحدثه غيره فيه اهـ (قوله لان خصومة المحجور عليه الخ) فكذا فى حق غيره كذا فى الدراية ناقلا عن المبسوط اهـ (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام) الحديث كما أثبت فى الفردوس لا ضرر ولا ضرار فى الاسلام أى لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء لان الضرر بمعنى الضر وهو يكون من واحد والضرار من اثنين بمعنى المضارة وهو أن تضر من ضرك اهـ مغرب (قوله فقال أبو حنيفة لكل أحد من عرض الناس) وفى الجمهرة ضربت عرض الحائط وعرض الجبل

رحمه الله لكل أحد أن يمنعه من الوضع قبل الوضع لا بعده لانه بالوضع صار في يده خاصة والذي يخاصمه بعد ذلك يريد ابطال يده الخاصة من غير دفع ضرر عن نفسه فيكون متعنتا ولا كذلك قبل الوضع لانه ليس فيه ابطال يده الخاصة ولكل أحد يد فيه والذي يريد الاحداث يقصد ابطال أيديهم العامة وادخاله في يده الخاصة فكان لكل أحد أن يمنعه من ذلك وعلى قول محمد رحمه الله ليس لاحد أن يمنعه قبل الوضع ولا بعده اذا لم يكن فيه ضرر بالناس لانه مأذون له في احداثه شرعا ألا ترى أنه يجوز له ذلك ان لم يمنعه أحد والمانع منه متعنت فلا يمكن من ذلك فصار كالو أذن له الامام بل أولى لان اذن الشارع أحرى وولايته أقوى فصار كالمرور حتى لا يجوز لاحد أن يمنعه منه وجوابه أن هذا انتفاع عالم يوضع له الطريق فكان لهم منعه وان كان جائزا في نفسه بخلاف المرور فيه لانه انتفاع بما وضع له فلا يكون لاحد منعه قال رحمه الله (وله التصرف في النافذ الا اذا أضر) أي له أن يتصرف باحداث الجرصن وغيره مما تقدم ذكره في الطريق النافذ اذا لم يضر بالعامة معناه اذا لم يمنعه أحد وقد ذكرناه والخلاف الذي فيه فلا نعيده قال رحمه الله (وفي غيره لا يتصرف الا باذنهم) أي في غير النافذ من الطرق لا يتصرف أحد باحداث ماذكرنا الا باذن أهله لان الطرق التي ليست بنافذة مملوكة لاهلها فهم فيها شركاء ولهذا يستحقون بها الشفعة والتصرف في الملك المشترك من الوجه الذي لم يوضع له لا يملك الا باذن الكل أضر بهم أو لم يضر بخلاف النافذ لانه ليس لاحد فيه ملك فيجوز الانتفاع به مالم يضر بأحد ولانه اذا كان الطريق نافذا كان حق العامة فيتعذر الوصول الى اذن الكل فجعل كل واحد كأنه هو المالك وحده في حق الانتفاع مالم يضر بأحد ولا كذلك غير النافذ لان الوصول الى ارضائهم ممكن فبقي على الشركة حقيقة وحكما قال رحمه الله (فان مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته كالو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان) أي اذا مات انسان بسقوط ماذكره من كنيف أو ميزاب أو جرصن فديته على عاقلة من أخرجه الى الطريق لانه متسبب لهلاكه متعد في احداث ما يتضرر به المارة باشغال هواء الطريق به أو باحداث ما يحول بينهم وبين الطريق وكذا اذا عثر بنقضه انسان ولو عثر بما أحدثه هو رجل فوقع على آخر فماتا فديتهما على عاقلة من أحدثه لان الواقع كالمدفوع على الآخر ولو سقط الميزاب فأصاب ما كان في الداخل رجلا فقتله فلا ضمان على أحد لانه وضع ذلك في ملكه فلا يكون متعديا فيه وان أصابه ما كان خارجا منه فالضمان على من وضعه لانه متعد فيه بشغل هواء الطريق ولو أصابه الطرفان وعلم ذلك وجب النصف وهدر النصف فصار كما اذا جرحه انسان وسبع ومات منهما ولو لم يعلم أي طرف أصابه ففي القياس لا يجب عليه شئ لانه ان أصابه ما كان خارجا يضمن وان أصابه ما كان داخلا لا يضمن فلا يضمن بالشك لان فراغ ذمته كان ثابتا بيقين وفي الشغل شك وفي الاستحسان يضمن النصف لانه في حال يضمن الكل وفي حال لا يضمن شيأ فيضمن النصف ولا يقال ينبغي أن يضمن ثلاثة أرباع الدية لانه يضمن في حال النصف وهو ما اذا كان أصابه الطرفان فيتنصف فيكون مع النصف الاول ثلاثة أرباع لان أحوال الاصابة حالة واحدة فلا تتعدد لاستحالة اجتماعها بخلاف حالة الحرمان ولو أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الكل فأصاب الجناح رجلا فقتله أو وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وتركها المشتري حتى عطب بها انسان فالضمان على البائع لان فعله لم ينسخ بزوال ملكه وهو الموجب بخلاف الحائط المائل اذا باعه بعد الاشهاد عليه ثم سقط في ملك المشتري على انسان حيث لا يضمن البائع ولا المشتري لان المشتري لم يشهد عليه وهو شرط في الحائط المائل وفي حق البائع قد بطل الاشهاد الاول لان الملك شرط لصحة الاشهاد فيبطل بخروجه عن ملكه لانه لا يتمكن من نقض ملك الغير وفيما نحن فيه انما يضمن باشغال هواء الطريق لا باعتبار الملك والاشغال باق بعد البيع فيضمن ألا ترى أن ذلك الاشغال لو حصل من غير مالك كالمستأجر أو المستعير أو الغاصب يضمن وفي الحائط لا يضمن غير المالك ولو وضع في الطريق جمرا

وكذلك عرض النهر أي ناحيته وأراد به هنا أضعف الناس وأرذلهم اه اتقاني (قوله وعلى قول محمد الخ) وفي العمادية حكى الخلاف بين الصاحبين على عكس هذا اه (قوله والمانع منه متعنت) والمتعنت هو الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه أو لغيره اه اتقاني (قوله لا يملك الا باذن الكل) قال الاتقاني ليس له أن يفعل ذلك سواء أضر بهم أو لم يضر الا أن يأذنوا له وهم كلهم بالغون اه (قوله في المتن فان مات أحد بسقوطها فديته على عاقلته) ولا تجب عليه الكفارة ولا يحرم الارث كما سيجيء في الصفحة الآتية في أثنائها وآخرها اه (قوله لان الواقع كالمدفوع على الآخر) يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعاثر على الذي سقط العاثر عليه اه (قوله لان أحوال الخ) جواب لا يقال اه (قوله ثم باع الخشبة) وبرئ اليه منها اه هداية

(قوله فأحرق شيئا لا يضمن) وكذلك كل شيء وضعه في الطريق فتغير من ذلك الموضع فقد برئ من الضمان لانه لا يبقى أثر الفعل الاول وهو كونه موضوعا في ذلك المكان لاعتراض فعل آخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح الكافي اهـ اتقاني (قوله وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن) يعني اذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر عن مكانه فأحرق شيئا يضمنه وهو اختيار الامام السرخسي وكان شمس الائمة الحلواني لا يقول بالضمان اذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل اهـ اتقاني

فاحترق به شيء يضمنه لانه متعد فيه ولو حركت الريح عين الجمر فحولته الى موضع آخر فأحرق شيئا لا يضمن لنسخ الريح فعله بالتحويل وان حركت الشرار يضمن عند بعضهم لان العين باقية فلم ينسخ فعله فكانت الجناية باقية وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمن وان حولته أيضا لانه فعل ذلك مع علمه بعاقبته وقد أفضى اليها فيضمن كمباشرته أو بمنزلة دابة جالت في رباطها ولو استأجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح أو الظلة فوقع قبل أن يفرغوا من العمل فقتل انسانا فالضمان عليهم لان التلف بفعلهم لان العمل لم يكن مسلما الى رب الدار قبل فراغهم منه فانقلب فعلهم قتلا حتى وجبت عليهم الكفارة ويحرمون من الارث بخلاف ما تقدم من المسائل من اخراج الجناح أو الميزاب أو الكنيف الى الطريق فقتل انسانا بسقوطه حيث لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الارث لانه تسبيب وهنا مباشرة والقتل غير داخل في عقده فلم يستند فعلهم اليه فاقتصر عليهم وقال شيخ الاسلام رحمه الله هذا على وجوه اما أن قال لهم ابنوا لي جناحا على فناء داري فانه ملكي أولي فيه حق اشراع الجناح من القديم ولم يعلموا الفعلة ثم ظهر بخلاف ما قال ثم سقط فأصاب شيئا فالضمان على الاجراء ويرجعون بالضمان على الآمر قياسا واستحسانا سواء سقط قبل الفراغ من العمل أو بعده لان الضمان وجب على العامل بأمر الآمر فكان له أن يرجع به عليه كما لو استأجر شخصا ليذبح له شاة ثم استحقت الشاة بعد الذبح كان للمستحق أن يضمن الذابح ويرجع الذابح به على الآمر فكذا هذا واما أن قال لهم أشرعوا لي جناحا على فناء داري وأخبرهم أنه ليس له حق الاشراع في القديم أو لم يخبرهم حتى بنوا ثم سقط فأتلف شيئا ان سقط قبل الفراغ من العمل فالضمان عليهم ولم يرجعوا به على الآمر قياسا وان سقط بعد الفراغ من العمل فكذا في جواب القياس لان المستأجر أمرهم بما لا يملك مباشرته بنفسه وقد علموا فساد أمره فلم يحكم بالضمان على المستأجر كما لو استأجر رجلا ليذبح شاة جاره وأعلمه فذبح ثم ضمن الذابح للجار لم يرجع به على الآمر وكذا لو استأجرهم ليبنوا له بناء في وسط الطريق ثم سقط فأتلف شيئا لم يرجعوا به على الآمر وفي الاستحسان يكون الضمان على الآمر لان هذا الامر صحيح من حيث انه فناء داره مملوك له من وجه على معنى أنه يباح له الانتفاع بشرط السلامة لكن غير صحيح وغير مملوك له من حيث انه لا يجوز بيعه فمن حيث ان الامر صحيح يكون قرار الضمان على الآمر بعد الفراغ من العمل ومن حيث انه فاسد يكون الضمان على العامل قبل الفراغ من العمل عملا بهما واظهار شبه الصحة بعد الفراغ من العمل أولى من اظهاره قبل الفراغ لان أمر الآمر انما يصح من حيث انه يملك الانتفاع بفناء داره وانما يحصل له ذلك بعد الفراغ من العمل قوله كما لو حفر بئرا في طريق أو وضع حجرا فتلف به انسان أي القتل بسقوط الميزاب ونحوه كالقتل بحفر البئر ووضع الحجر في الطريق لان كل واحد منهما قتل بسبب حتى لا تجب فيه الكفارة ولا يحرم الميراث فيكون حكمه كحكمه فيما ذكرنا قال رحمه الله (ولو بهيمة فضمانها في ماله) أي لو كان الهالك في البئر أو بسقوط الجرصن بهيمة يكون ضمانها في ماله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة لان كل ذلك تسبيب بطريق التعدي بخلاف ما اذا كان في ملكه لعدم التعدي وبخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لا يضمن لانه ليس بمتعد فيه لانه لم يحدث فيه شيئا

وكتب على قوله ريحا قال في مجمع البحرين وراح اليوم يراح اذا اشتد ريحه ويوم راح شديد الريح فاذا كان طيب الريح قالوا ريح بالتشديد ومكان ريح أيضا (قوله ولو استأجر رب الدار الفعلة) الفعلة جمع فاعل كالقتلة جمع قاتل اهـ (قوله فالضمان عليهم) اذا استأجر أجراء يحفرون له في غير فنائه أو في فنائه ينظر حكمه عند قوله ومن جعل بالوعة الخ فراجعه اهـ وسيأتي في الصفحة الآتية ما اذا استأجر أجيرا ليبني له فناء حانوته اهـ (قوله لانه تسبيب) والكفارة وحرمان الارث يتعلقان بالقتل حقيقة اهـ (قوله كما لو استأجر الخ) انظر ما ذكره في الورقة الآتية عند قوله ومن جعل بالوعة الخ اهـ (قوله ويرجع الذابح به على الآمر) أي لان الذابح مباشر والآمر مسبب والترجيح للمباشرة فيضمن المأمور ويرجع المغرور اهـ هداية (قوله من حيث ان) الذي بخط الشارح من حيث انه اهـ (قوله على معنى أنه يباح له الانتفاع) أي من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان قاله الشارح فيما سيأتي عند قوله ومن جعل بالوعة الخ اهـ وانما

(قوله لان العاقلة لا تتحمل ضمان المال) قال الاتقاني لان العاقلة لا تتحمل غير الآدمي كالدون قال الكرخي في مختصره فما كان من جناية بذلك في بني آدم فهو مضمون على العاقلة اذا بلغ القدر الذي عرفتك أن العاقلة تحمله وما لم يبلغ ذلك فهو في ماله وما كان من جناية على غير بني آدم فهو في ماله دون عاقلته اهـ

وانما قصد اماطة الاذى عن الطريق حتى لو جمع الكناسة فى الطريق وتعقل به انسان ضمن لوجود التعدى بشغله الطريق ولو وضع حجرا فنحاه غيره عن موضعه فتلفت به نفس أو مال كان ضمانه على من نحاه لان فعل الاول قد انتسخ وكذا اذا صب الماء فى الطريق أو رش أو توضأ فعطب به نفس أو مال يضمن لانه متعد فيه بخلاف ما اذا فعل ذلك فى سكة غير نافذة وهو من أهلها أو قعد فيه أو وضع خشبة أو متاعه لان لكل أحد من أهلها أن يفعل ذلك لكونه من ضرورات السكنى كما فى الدار المشتركة بخلاف الحفر فانه ليس من ضرورات السكنى فيضمن ما عطب به كالدار المشتركة غير أنه لا يضمن فى السكة ما نقص بالحفر وفى الدار المشتركة يضمن لان لشريكه ملكا حقيقة فى الدار حتى يبيع نصيبه ويقسم بخلاف السكة قالوا هذا اذا رش ماء كثيرا بحيث يزلق فيه عادة وأما اذا لم يجاوز المعتاد لا يضمن ولو تعمد المرور فى موضع الصب مع علمه بذلك لا يضمن الراش لانه هو الذى خاطر بنفسه فصار كمن وثب فى البئر من جانب الى جانب فوقع فيها بخلاف ما اذا كان بغير علمه بان كان ليلا أو أعمى وقيل يضمن مع العلم أيضا اذا رش جميع الطريق لانه مضطر الى المرور فيه وكذلك الحكم فى الخشبة الموضوعة فى الطريق وفى أخذها جميع الطريق أو بعضه ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا ولو استأجر أجيرا ليبنى له فى فناء حانوته فأصاب انسانا فمات فان كان بعد فراغه يجب على الآمر استحسانا وان بنى فى وسط الطريق فالضمان على الاجير لفساد الامر وان حفر بالوعة فى الطريق فان أمره السلطان بذلك لا يضمن لانه غير متعد فيه لان له ولاية فى أمور العامة وبغير أمره يضمن ما عطب فيها لوجود التعدى لانه وان كان مباحا فهو مقيد بشرط السلامة وكذا الجواب على هذا التفصيل فى جميع ما فعل فى طريق العامة مما ذكرنا وغيره لان المعنى لا يختلف وفناء داره كداره حتى لا يضمن ما عطب بما حفره فيه لان له ذلك لمصلحة داره والفناء فى تصرفه وقيل هذا اذا كان الفناء مملوكا أو كان له حق الحفر بأن أذن له الامام أو كان لا يضر بأحد لانه غير متعد فيه أما اذا كان لجماعة المسلمين أو مشتركا بأن كان فى سكة غير نافذة يضمنه لانه مسبب متعد فيه وهذا صحيح ولو وقع رجل فى البئر المحفور فى طريق العامة فمات فيه جوعا أو عطشا أو غما فلا ضمان على الحافر عند أبى حنيفة رضى الله عنه لانه مات بمعنى فى نفسه والضمان انما يجب اذا مات من الوقوع وقال أبو يوسف رحمه الله فى الجوع كذلك وان مات غما يجب الضمان لانه لا سبب للغم سوى الوقوع فيه أما الجوع والعطش فلا يختص بالبئر وقال محمد رحمه الله هو ضامن فى الوجوه كلها لان ذلك حصل له بسبب الوقوع ولولا ذلك لتناول الخبز والماء قال رحمه الله (ومن جعل بالوعة فى طريق بأمر سلطان أو فى ملكه أو وضع خشبة فيها) أى فى الطريق (أو قنطرة بلا اذن الامام فتعمد رجل المرور عليها لم يضمن) لان حفر البالوعة باذن الامام أو فى ملكه ليس بتعد ووضع الخشبة والقنطرة بلا اذن الامام وان وجد التعدى منه فيهما لكن تعمده بالمرور عليهما يقطع النسبة الى الواضع لان الواضع مسبب والمار مباشر فصار هو صاحب علة فلا يعتبر التسبيب معه وقد بيناه وأمثاله فيما مضى وان استأجر أجراء يحفرون له فى غير فنائه فضمانه على المستأجر ولا شئ على الاجراء ان لم يعلموا أنها فى غير فنائه لان أمره قد صح اذا لم يعلموا فنقل فعلهم الى الآمر لانهم مغرورون من جهته فصار كما اذا أمر آخر بذبح هذه الشاة فذبحها ثم ظهر أن الشاة لغيره الا أنه فى الشاة يضمن المأمور ويرجع به على الآمر لكونه مغرورا من جهته وهنا يجب الضمان على المستأجر ابتداء لان كل واحد منهما مسبب والاجير غير متعد والمستأجر متعد فترجح جانبه فان علموا بذلك فالضمان على الاجراء لان أمره لم يصح لانه لا يملك أن يفعل بنفسه ولا غرور من جهته لعلمهم بذلك فبقى الفعل مضافا اليهم ولو قال لهم هذا فنائى وليس لى حق الحفر فيه فحفروا فمات فيه انسان فالضمان على الاجراء قياسا لانهم علموا بفساد الامر فلم يغرهم وفى الاستحسان الضمان على المستأجر لان كونه فناء له

(قوله لان فعل الاول قد انتسخ) لان هذا شغل جديد حصل بفعل الذى نحاه وهو متعد فى ذلك اه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابى فى شرح الكافى فان قالوا هذا محتسب فيما يفعل حيث أماط الاذى عن الطريق قلنا بلى ولكنه أخطأ الحسبة حيث شغل موضعا آخر من الطريق والحسبة التامة أن يطرحه فى موضع لا يكون ممرا أو يطرحه فى حفرة فى الطريق على وجه تمتلئ الحفيرة فيصير محتسبا من وجهين اه اتقانى

بمنزلة كونه مملوكا له لانطلاق يده فى التصرف فيه من القاء الطين والحطب وربط الدابة والركوب وبناء الدكان فكان أمرا بالحفر فى ملكه ظاهرا بالنظر الى ماذكرنا فلذا ينقل اليه وقال شيخ الاسلام رحمه الله اذا كان الطريق معروفا أنه للعامة ضمنوا سواء قال لهم انه لى أو لم يقل لعلمهم بفساد أمره قبل قال رحمه الله (ومن حمل شيأ فى الطريق فسقط على انسان ضمن) سواء تلف بالوقوع أو بالعثرة به بعد الوقوع لان حمل المتاع فى الطريق على رأسه أو على ظهره مباح له لكنه مقيد بشرط السلامة بمنزلة الرمى الى الهدف أو الى الصيد قال رحمه الله (ولو كان رداء قد لبسه فسقط لا) أى لو كان المحمول رداء قد لبسه فسقط على انسان فعطب به لا يضمن والفرق بينه وبين الشئ المحمول أن حامل الشئ يقصد حفظه فلا يحرج بالتقييد بوصف السلامة واللابس لا يقصد حفظ ما يلبسه فيحرج بالتقييد بوصف السلامة فجعل فى حقه مباحا مطلقا وعن محمد رحمه الله تعالى اذا لبس زيادة على قدر الحاجة أو ما لا يلبس عادة كاللبد والجوالق والدرع من الحديد فى غير الحرب ضمن لانه لا ضرورة الى لبسه وسقوط الضمان باعتبارها لعموم البلوى قال رحمه الله (مسجد لعشيرة فعلق رجل منهم قنديلا أو جعل فيه بوارى أو حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان من غيرهم ضمن) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن فى الوجهين لان هذه قربة يثاب عليها الفاعل فصار كأهل المسجد وكما لو كان باذنهم وهذا لان بسط الحصير وتعليق القنديل من باب التمكين من اقامة الصلاة فيه فيكون من باب التعاون على البر والتقوى فيستوى فيه أهل المسجد وغيرهم وله أن التدبير فيما يتعلق بالمسجد لاهله دون غيرهم كنصب الامام واختيار المتولى وفتح بابه واغلاقه وتكرار الجماعة حتى لا يعتد بمن سبقهم فى حق الكراهية وبعدهم يكره فكان فعلهم مباحا مطلقا غير مقيد بشرط السلامة وفعل غيرهم مقيدا بها وقصد القربة لا ينافى الغرامة اذا أخطأ الطريق كما اذا تفرد بالشهادة على الزنا وكما اذا وقف على الطريق لاماطة الاذى أو لدفع الظلم فعثر به غيره يؤجر على ذلك ويغرم والطريق فيه الاستئذان من أهله وقال الحلوانى أكثر المشايخ أخذوا بقولهما وعليه الفتوى وعن ابن سلام بانى المسجد أولى بالعمارة والقوم أولى بنصب الامام والمؤذن وعن الاسكاف البانى أحق بذلك قال أبو الليث رحمه الله وبه نأخذ الا أن ينصب والقوم يرون من هو أصلح لذلك والله أعلم قال رحمه الله (وان جلس فيه) أى فى المسجد (رجل منهم فعطب به أحد ضمن ان كان فى غير الصلاة وان كان فيها لا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا لا يضمن على كل حال ولو كان جالسا لقراءة القرآن أو للتعليم أو للصلاة أو نام فيه فى الصلاة أو فى غيرها أو مر فيه أو قعد فيه للحديث فهو على هذا الاختلاف وأما المعتكف فقد قيل على هذا الاختلاف وقيل لا يضمن بلا خلاف وصلاة التطوع كالفرض بالاجماع لهما أن المساجد بنيت للصلاة والذكر قال الله تعالى فى بيوت أذن الله أن ترفع ويذكر فيها اسمه وقال تعالى وأنتم عاكفون فى المساجد فاذا بنيت لهما لا يمكنه أداء الصلاة مع الجماعة الا بانتظارها فكان الجلوس فيه من ضروراتها فيباح له ولان المنتظر للصلاة فى الصلاة لقوله عليه الصلاة والسلام المنتظر للصلاة فى الصلاة ما دام ينتظرها وتعليم الفقه وقراءة القرآن عبادة كالذكر فيتناوله النص دلالة وله أن المسجد بنى للصلاة وغيرها من العبادة تبع بدليل أن المسجد اذا ضاق على المصلى كان له أن يزعج القاعد عن موضعه حتى يصلى فيه وان كان القاعد مشتغلا بذكر الله تعالى أو بقراءة القرآن أو التدريس أو معتكفا وليس لاحد أن يزعج المصلى عن مكانه الذى سبق اليه لما أنه بنى لها واسمه يدل عليه لان المسجد اسم لموضع السجود وفى العادة أيضا لا يعرف بناء المسجد الا للصلاة فاذا كان كذلك فلا بد من اظهار التفاوت بينهما فكان السكون فيه فى حق الصلاة مباحا مطلقا من غير تقييد بشرط السلامة وفى حق غيرها مقيدا بشرط السلامة ليظهر التفاوت بين الاصل وبين التبع ولا يبعد أن يكون الفعل قربة مقيدا بشرط السلامة ألا ترى أن من وقف فى الطريق لاصلاح

ذات البين كان قربة في نفسه ومع هذا يضمن اذا تلف به شئ ولا فرق فيه بين أن يكون الرجل من أهل المسجد أو من غيرهم في الصحيح وذكر صدر الاسلام أن الاظهر ما قالاه لان الجلوس من ضرورات الصلاة فيكون ملحقا بها لان ما ثبت ضرورة للشئ يكون حكمه كحكمه وذكر شمس الائمة أن الصحيح من مذهب أبي حنيفة رحمه الله أن الجالس لانتظار الصلاة لا يضمن وانما الخلاف في عمل لا يكون له اختصاص بالمسجد كقراءة القرآن ودرس الفقه والحديث وذكر الفقيه أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض سمعت أبا بكر يقول ان جلس لقراءة القرآن أو معتكفا لا يضمن بالاجماع وذكر فخر الاسلام والصدر الشهيد أنه ان جلس للحديث يضمن بالاجماع وذكر في الذخيرة أنه اذا قعد فيه لحديث أو نام أو قام فيه لغير الصلاة أو مر فيه مار اضمن عنده وقالا لا يضمن وان قعد للعبادة كانتظار الصلاة أو الاعتكاف أو قراءة القرآن أو للتدريس أو للذكر اختلف فيه المتأخرون على قوله فقال بعضهم يضمن واليه ذهب أبو بكر الرازي وقال بعضهم لا يضمن واليه ذهب أبو عبد الله الجرجاني حكى ذلك كله في النهاية

﴿فصل في الحائط المائل﴾ قال رحمه الله (حائط مائل الى طريق العامة ضمن ربه ما تلف به من نفس أو مال ان طالب بنقضه مسلم أو ذمي ولم ينقضه في مدة يقدر على نقضه) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن وهو قول الشافعي رحمه الله لانه لم يوجد منه صنع هو تعد لا مباشرة علة ولا مباشرة شرط أو سبب لان البناء كان في ملكه مستقيما والميلان وشغل الهواء ليس من فعله فلا يضمن كما اذا لم يشهد عليه ووجه الاستحسان مروى عن علي رضي الله عنه وعن شريح والنخعي والشعبي وغيرهم من أئمة التابعين ولان الحائط لما مال فقد أشغل هواء الطريق بملكه ورفعه في قدرته فاذا تقدم اليه وطولب بتفريغه لزمه ذلك فاذا امتنع مع تمكنه منه صار متعديا بمنزلة ما لو وقع ثوب انسان في حجره يصير متعديا بالامتناع عن التسليم اذا طولب به حتى يضمن بهلاكه في يده بعده بخلاف ما قبل الاشهاد لانه بمنزلة هلاك الثوب قبل الطلب ولانا لو لم نوجب عليه الضمان يمتنع عن التفريغ فينقطع المارة حذار الوقوع عليهم فيتضررون بذلك ودفع الضرر العام واجب وله تعلق بالحائط لانه ملكه فتعين لدفع هذا الضرر وكم من ضرر خاص يجب تحمله لدفع الضرر العام كالرمي الى الكفار وان تترسوا بصبيان المسلمين وكقطع اليد المستأكلة ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة لانها تتحمل تخفيفا عنه كي لا يؤدي الى الاستئصال فهو أحق بذلك لان جنايته دون الخطا فيكون أدعى الى التخفيف وقال محمد رحمه الله لا تحملها العاقلة حتى يشهد الشهود على ثلاثة أشياء على التقدم اليه في النقض وعلى أنه مات بالسقوط عليه وعلى أن الدار له لان اقراره لا يكون حجة على غيره والملك الثابت بظاهر اليد لا يصلح حجة للاستحقاق وما تلف به من الاموال فضمانه عليه لان العاقلة لا تعقل المال والشرط طلب النقض منه دون الاشهاد وانما ذكر الاشهاد ليتمكن من اثباته عند جحوده أو جحود عاقلته فكان من باب الاحتياط كالاشهاد على طلب الشفعة لا على سبيل الشرط لصحة الطلب كعقد النكاح ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب النقض مثل أن يقول ان حائطك هذا مخوف أو مائل فاهدمه حتى لا يسقط فيتلف شيأ أو اهدمه فانه مائل صح الطلب وصار اشهادا اذا كان بحضرة الشهود وكذا لو قال اشهدوا أني تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا صح أيضا ولو قال له ينبغي لك أن تهدمه فهذا ليس بطلب ولا اشهاد بل هو مشورة ويشترط أن يكون التقدم الى من له ولاية التفريغ كالمالك والوصي في ملك الصغير أو الجد أو العبد التاجر كان عليه دين أو لا والتالف به يكون في رقبته ان كان مالا والنفس على عاقلة المولى والى الراهن في الدار المرهونة لانه القادر على الهدم والى المكاتب ثم ان أتلف حال بقاء الكتابة يجب عليه قيمته

﴿فصل في الحائط المائل﴾ لما ذكر أحكام القتل الذي يحصل بمباشرة الانسان أو تسبيبه شرع في بيان القتل الذي يتعلق بالجماد الذي لا اختيار له أصلا وهو الحائط المائل وذكر مسائله بلفظ الفصل في أولها الا بلفظ الباب اشارة الى أن ما في هذا الفصل نوع مما يحدثه الرجل في الطريق اه اتقاني وكتب ما نصه من حق هذا الفصل أن يؤخر عن مسائل جميع الحيوانات لانه جماد والجماد مؤخر عن الحيوان الا أنه ذكره هنا لمناسبة وهو أن الحائط تناسب الجرصن والروشن وغيره فلهذا ألحقه بها اه كاكي (قوله فاذا تقدم) على صيغة المبني للمفعول من ماضي التقدم اه اتقاني (قوله وكقطع اليد المستأكلة) قال الاتقاني وقطع اليد الآكلة عند خوف هلاك النفس اه (قوله ثم ما تلف به من النفوس تحمله العاقلة) ولا كفارة عليه لانه ليس بمباشر فيما أصاب الحائط اه اتقاني (قوله وعلى أن الدار له) قال في شرح الطحاوي فاذا أنكرت العاقلة واحدا من هذه الاشياء فلا ضمان عليهم حتى يشهد الشهود بذلك ولو أقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه في ماله ولا يجب على العاقلة اه اتقاني (قوله فكان من باب الاحتياط) حتى لو اعترف صاحبه أنه طولب بنقضه وجب عليه الضمان وان لم يشهد عليه ذكره في التحفة اه (قوله والى المكاتب) قال فخر الاسلام في شرح الزيادات مكاتب له حائط مائل الى الطريق الاعظم فأشهد عليه ثم سقط فأتلف انسانا فعلى المكاتب الاقل من قيمته ومن دية المقتول فان أدى المكاتب فعتق ثم سقط فأتلف انسانا ففيه دية القتيل على عاقلة مولاه بخلاف ما اذا أخرج جناحا أو كنيفا ثم عتق ثم وقع وقتل انسانا كان عليه

لتعذر الدفع وبعد عتقه على عاقلة المولى وبعد العجز لا يجب على أحد لعدم قدرة المكاتب وعدم الاشهاد على المولى ولو تقدم الى من يسكنها باجارة أو اعارة أو الى المرتهن أو المستأجر أو المودع لا يعتدّ به حتى لو سقط وأتلف شيأ لا يضمن الساكن ولا المالك ويشترط دوام تلك الولاية الى وقت السقوط حتى لو خرج عن ملكه بالبيع بعد الاشهاد برئ عن الضمان لعدم قدرته على النقض ويشترط للضمان أن تمضى مدة يتمكن فيها من النقض بعد الاشهاد حتى اذا أشهد عليه فسقط من ساعته قبل التمكن من نقضه لا يضمن ما تلف به لعدم قدرته على النقض ولا يصح الاشهاد قبل أن يهى الحائط لانعدام التعدى ابتداء وانتهاء ويقبل فيه شهادة رجل وامرأتين لانه شهادة على التقدم لا على القتل وسوى فى المختصر بين أن يكون المطالب بالنقض مسلما أو ذميا لان الناس كلهم شركاء فى المرور فيصح التقدم اليه من أىّ من كان بعد أن كان بالغا عاقلا حرا أو مكاتبا ذكرا كان أو أنثى لانه مطالبة حق فلا يختص بأحد من الاهل بخلاف العبيد والصبيان المحجور عليهم لانهم ليسوا بأهل لمطالبة حقهم فكذا الحق العامة الا اذا أذن لهم المولى أو الولى فى الخصومة فحينئذ جاز طلبهم واشهادهم لانهم بالاذن التحقوا بالحر البالغ ثم بعد الاشهاد تكون الخصومة عند السلطان أو نائبه كما فى سائر الخصومات قال رحمه الله (وان بناه مائلا ابتداء ضمن ما تلف بسقوطه بلا طلب) لانه تعدّى بالبناء فصار كاشراع الجناح ووضع الجمر وحفر البئر فى الطريق قال رحمه الله (وان مال الى دار رجل فالطلب الى ربها) لان الحق له على الخصوص وان كان يسكنها غيره كان له أن يطالبه لان له المطالبة بازالة ما شغل الدار فكذا بازالة ما شغل هواءها قال رحمه الله (فان أجله أو برأه صح بخلاف الطريق) أى ان أجله صاحب الدار أو برأه جاز تأجيله وابراؤه حتى لو سقط فى الابراء أو قبل مضى المدة فى التأجيل لا يضمن لان الحق له على ما ذكرنا بخلاف ما اذا مال الى الطريق العامّ فأجله القاضى أو من أشهد عليه أو برأه حيث لا يصح التأجيل والابراء الا فى حق نفسه لان الحق فيه لجماعة المسلمين وليس للقاضى ولا لغيره أن يبطل حقهم وهو المراد بقوله بخلاف الطريق والساكن فى الدار كالمالك فيه حتى يصح تأجيله وابراؤه لما ذكرنا قال رحمه الله (حائط بين خمسة أشهد على أحدهم فسقط على رجل ضمن خمس الدية دار بين ثلاثة حفر أحدهم فيها بئرا أو بنى حائطا فعطب به رجل ضمن ثلثى الدية) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ضمن نصف الدية فى الفصلين لان التلف بنصيب من أشهد عليه معتبر وبنصيب من لم يشهد عليه هدر وفى الحفر باعتبار ملكه غير متعدّ وباعتبار ملك شريكه متعدّ فكانا قسمين فانقسم عليهما نصفين كما اذا هلك بجرح الرجل ونهش الحية وعقر الاسد ولابى حنيفة رحمه الله أن الموت حصل بعلة واحدة وهو الثقل المقدر والعمق المقدر لان أصل ذلك ليس بعلة وهو القليل منه حتى يعتبر كل جزء علة على حدة فتجتمع العلل فاذا كان كذلك يضاف التلف الى العلة الواحدة ثم تقسم على أربابها بقدر الملك بخلاف الجراحات لان كل جراحة علة مستقلة بنفسها للتلف صغرت الجراحة أم كبرت على ما عرف فى موضعه الا أن التلف عند المزاحمة يضاف الى الكل لعدم الاولوية فان قيل الواحد من الشركاء لا يقدر أن يهدم شيأ من الحائط فكيف يصح التقدم اليه قلنا ان لم يتمكن من هدم نصيبه يتمكن من اصلاحه بطريقه وهو المرافعة الى الحكام وبه يحصل الغرض لان المقصود ازالة الضرر بأى طريق كان ولا تتعين بالهدم ولو وقع الحائط على الطريق بعد الاشهاد فعثر انسان بنقضه فمات ضمن لان النقض ملكه فيكون التفريغ اليه والاشهاد

الاقل من قيمته ومن الدية والفرق ما قلنا أن جناية الحائط كالمبتدى فى كل وقت فكأنه قتل بعد الحرية قتيلا ابتداء فأما اخراج الجناح والكنيف فجناية واقعة فلم تجعل مبتدأ بعد العتق بل كان مضافا الى حال الرق اه اتقانى (قوله برئ عن الضمان الخ) ولا يتفاوت الحكم اذا سقط الحائط بعد ما قبضه (١٤٨) المشترى أو بعد ما ملكه وبه صرح الكرخى فى مختصره وذلك لانه لما باع فقد صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان انما يجب عليه بترك النقض فاذا لا يتمكن منه وليس هذا كمن أشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على انسان ضمن البائع لان نفس الوضع جناية فزوال ملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك فى مسئلتنا لان بناء الحائط لم يكن جناية وانما الجناية ترك النقض واذا صار بحال لا يملك النقض فى حال الوقوع خرج فعله من أن يكون جناية اه اتقانى (قوله لا على القتل) يعنى لو كانت شهادة على القتل لم تقبل شهادة النساء لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه بل هى شهادة على ميلان الحائط فتقبل شهادة رجل وامرأتين اه اتقانى (قوله لانه تعدى بالبناء) أى فى ملك غيره ألا ترى أن هواء البقعة فى حكمها ولو بنى فى ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى فى هواء ملك غيره واذا ثبت أنه متعد فى ذلك ضمن ما تولد منه اه غاية قال قاضيخان فى باب الصلح ما نصه من ملك أرضا ملك ما تحتها الى الثرى وما فوقها الى السماء اه (قوله وان كان يسكنها غيره الخ) قال الاتقانى وان كان فيها سكان فالمطالبة اليهم وذلك المستأجر والمعير اه (قوله وهو الثقل) أى فى الحائط اه (قوله المقدر) أى المهلك اه (قوله والعمق) أى فى البئر اه (قوله المقدر) أى المهلك اه (قوله ولو وقع الحائط على الطريق الخ) قال فى شرح الطحاوى ولو أشهد على الحائط فسقط فتعقل بنقضه أو ميزابه انسان فهلك يضمن فى قول أبى حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف

على

على الحائط اشهادا على النقض لان المقصود ازالة الشغل بخلاف ما اذا سقط الحائط على انسان ومات فعثر بالقتيل غيره فمات حيث لا يجب عليه ضمان الثانى لان التفريغ منه الى الاولياء لا اليه ولا يكون الاشهاد على الحائط اشهادا على القتيل بخلاف ما لو كان مكان الحائط جناح والمسئلة بحالها حيث يضمن القتيل الثانى أيضا لان وضع الجناح جناية اذ الوضع فعله فصار كأنه ألقاه عليه بيده ولهذا لا يشترط الاشهاد عليه فيكون الثانى مضافا اليه كالاول فيجب عليه تفريغ الطريق عن القتيل أيضا فاذا لم يفرغ صار جانيا وفى الحائط لم يوجد منه الفعل وانما جعل كالفاعل بترك النقض استحسانا فيظهر ذلك فى حق القتيل الاول دون الثانى فلم يكن سقوط القتيل الاول فى حق الثانى بفعله فلا يجب عليه التفريغ عنه ألا ترى أنه لو باع الحائط أو النقض برئ من الضمان ولو كان بفعله لما برئ كما لو باع الجناح ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهى ملكه ضمنه لان التفريغ اليه وان كانت ملك غيره لا يضمنه لان التفريغ الى مالكها وحده ولو سقطت الجرة وحدها لا يضمن ما عطب بسقوطها لانه وضعها فى ملكه ذكره فى النهاية وعزاه الى المبسوط والله أعلم

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

قال رحمه الله (ضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أو رأس أو كدمت أو خبطت لا ما نفحت برجل أو ذنب الا اذا أوقفها فى الطريق) والاصل أن المرور فى طريق المسلمين مباح بشرط السلامة لانه يتصرف فى حقه من وجه وفى حق غيره من وجه لكونه مشتركا بين كل الناس فقلنا بالاباحة مقيدا بالسلامة ليعتدل النظر من الجانبين فيما يمكن الاحتراز عنه لا فيما لا يمكن لان تقييده بها مطلقا يؤدى الى المنع من التصرف وسد بابه وهو مفتوح والاحتراز عن الايطاء والصدم والكدم والخبط ممكن لانه ليس من ضرورات السير فقيدناه بشرط السلامة عنه ولا يمكنه الاحتراز عن النفحة بالرجل والذنب مع السير على الدابة فلم نقيده بها وان أوقفها فى الطريق ضمن النفحة أيضا لانه يمكنه التحرز عن الايقاف وان لم يمكنه التحرز عن النفحة فصار متعديا بالايقاف وشغل الطريق به فيضمنه وهو المراد بقوله الا اذا أوقفها فى الطريق أو نقول ان الطريق يشبه ملكه من حيث ان المرور فيه مباح له ويشبه ملك الغير من حيث انه ليس له ملك يطلق له التصرف فوفرنا حظ الشبهين فجعلناه كملك غيره فى حق ما يمكن التحرز عنه وكملكه فى حق ما لا يمكن كى لا يتعذر عليه الانتفاع وهذا الحكم فى الطريق وفى ملكه لا يضمن شيأ من ذلك الا الايطاء وهو راكبها لان الايطاء مباشرة لانه قتله بثقله حتى يحرم الميراث ويجب عليه الكفارة به وغيره تسبيب وفيه يشترط التعدى فصار كحفر البئر فى ملكه وفى المباشرة لا يشترط وان كان فى ملك غيره فان كان باذن مالكه فهو كما لو كان فى ملكه وان كان بغير اذنه فان دخلت هى من غير أن يدخلها هو ولم يكن هو معها لا يضمن شيأ وان أدخلها هو ضمن الجميع سواء كان هو معها أو لم يكن لوجود التعدى بالادخال والملك المشترك كملكه فيما ذكرنا لان لكل واحد من الشركاء السير والايقاف فيه وباب المسجد كالطريق فى الايقاف ولو جعل الامام موضعا لوقوف الدواب عند باب المسجد فلا ضمان فيما حدث من الوقوف فيه وكذلك ايقاف الدابة فى سوق الدواب لانه مأذون له من جهة السلطان وكذلك الفلاة وطريق مكة اذا أوقف فى غير المحجة لانه لا يضر بالناس فلا يحتاج فيه الى الاذن أما المحجة فهى كالطريق قال رحمه الله (وان أصابت بيدها أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ عينا لم يضمن ولو كبيرا ضمن) لان التحرز عن الحجارة الصغار والغبار متعذر لان سير الدابة لا يخلو عنه وعن الكبار من الحجارة ممكن وانما يكون ذلك عادة من قلة هداية الراكب فيضمن قال رحمه الله (فان راثت أو بالت فى طريق لم يضمن من عطب به وان أوقفها لذلك وان أوقفها لغيره ضمن) لان سير الدابة لا يخلو عن روث وبول فلا يمكنه التحرز عنه فلا يضمن ما تلف به فيما اذا راثت أو بالت وهى تسير وكذا اذا أوقفها

ما تلف بالنقض لا يضمنه الا اذا أشهد على النقض لان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على النقض ولو لم يتعقل بالنقض ولكن تعقل بميت هلك بالحائط لم يضمن بالاجماع لان رفع الميت ليس على صاحب الحائط ولكن رفع النقض اليه اه اتقانى

﴿باب جناية البهيمة والجناية عليها وغير ذلك﴾

(قوله فى المتن ضمن الراكب ما وطئت دابته الخ) قال الحاكم الشهيد فى الكافى واذا سار الرجل على دابة أى الدواب كانت فى طريق المسلمين فأوطأت انسانا بيد أو رجل وهى تسير فقتلته فديته على عاقلة الراكب وذلك لانه مستعمل للدابة من مكان الى مكان وهى مجبورة على هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته غير أنه خاطئ فوجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل حقيقة ولا يضمن ما أتلفت برجلها وهى تسير لانه غير مستعمل لها فى النفحة فلا يصير بها قاتلا حقيقة وان كان سببا لذلك على معنى أنه لولا تسييره فى ذلك الموضع لما حدث هذا الامر ولكنه ليس بمتعد فى التسيير فى سوق المسلمين والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة بوصف التعدى وقد عدم فلا يؤخذ به اه اتقانى (قوله وفى المباشرة لا يشترط) أى التعدى اه (قوله المحجة) المحجة معظم الطريق ووسطه اه (قوله وعن الكبار من الحجارة ممكن) فالظاهر أنه انما وقع هذا من قبل عنفه فى أمر السوق فيوصف بالتعدى فيؤخذ به اه اتقانى

لذلك لان من الدواب مالا يفعل ذلك الا واقفا وهو المراد بقوله وان أوقفها لذلك وان أوقفها لغيره فبالت أوراثت فعطب به انسان ضمن لانه متعد فى الايقاف اذ ليس هو من ضرورات السير وهو أكثر ضررا أيضا من السير لكونه أدوم فلا يلحق به وهو المراد بقوله وان أوقفها لغيره ضمن قال رحمه الله (وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) أى كل شئ يضمنه الراكب يضمنانه لانهما مسببان كالراكب فى غير الايطاء فيجب فيهما الضمان بالتعدى فيه كالراكب وقوله وما ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد يطرد وينعكس فى الصحيح وذكر القدورى أن السائق يضمن النفحة بالرجل لانها بمرأى عينه فيمكنه الاحتراز عنها مع السير وغائبة عن بصر الراكب والقائد فلا يمكنهما التحرز عنها وعليه بعض مشايخ العراق وجه الاول وعليه أكثر المشايخ أن السائق ليس له على رجلها شئ يمنعها به عن النفحة فلا يمكنه التحرز عنها بخلاف الكدم والصدم وقال الشافعى رحمه الله يضمنون كلهم النفحة والحجة عليه ماذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل قال رحمه الله (وعلى الراكب الكفارة لا عليهما) أى لا على السائق والقائد ومراده فى الايطاء لان الراكب مباشر فيه لان التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فان سير الدابة مضاف اليه وهى آلة له وهما مسببان لانه لا يتصل منهما شئ بالمحل وكذلك الراكب فى غير الايطاء والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبيب وكذا يتعلق بالايطاء فى حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لانه يختص بالمباشرة ولو كان سائق وراكب قيل لا يضمن السائق ماوطئت الدابة لان الراكب مباشر فيه لماذكرنا والسائق مسبب والاضافة الى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان ألا ترى أن محمدا رحمه الله تعالى ذكر فى الاصل أن الراكب اذا أمر انسانا فنخس المأمور الدابة ووطئت انسانا كان الضمان عليهما فاشتركا فى الضمان فالناخس سائق والآمر راكب فتبين بهذا أنهما يستويان والصحيح الاول لماذكرنا والجواب عماذكر فى الاصل أن المسبب انما لا يضمن مع المباشر اذا كان السبب شيأ لا يعمل بانفراده فى الاتلاف كما فى الحفر مع الالقاء فان الحفر لا يعمل شيأ بدون الالقاء وأما اذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه فان السوق متلف وان لم يكن على الدابة راكب بخلاف الحفر فانه ليس بمتلف بلا القاء وعند الالقاء وجد التلف بهما فاضيف الى آخرهما كمسئلة القفة اذ كل واحد منهما لا يعمل بانفراده وفيما نحن فيه يعمل فيشتركان قال رحمه الله (ولو اصطدم فارسان أو ماشيان فماتا ضمن عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) وقال زفر والشافعى رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر روى ذلك عن على رضى الله عنه ولان كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه فيعتبر نصفه ويهدر النصف كما اذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهارا عليهما أو وقعا فيه يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن موت كل واحد منهما مضاف الى فعل صاحبه لان فعله فى نفسه مباح وهو المشى فى الطريق فلا يعتبر فى حق الضمان بالنسبة الى نفسه لانه مباح مطلقا فى حق نفسه ولو اعتبر ذلك لوجب نصف الدية فيما اذا وقع فى بئر فى قارعة الطريق

(قوله وان أوقفها لغيره فبالت الخ) قال الاتقانى فأما وقوف الدابة لامر آخر فليس مما وضع له الطريق فكان تعديا فلم يجعل ما اتصل به عفوا من التلف وان تعذر الاحتراز عنه كمن جرح رجلا ضمن سرايته وان تعذر الاحتراز عنه اه (قوله وعليه بعض مشايخ العراق) ولكن ظاهر الرواية بخلاف ذلك (قوله ومعناه النفحة بالرجل) بيانه أن المراد منه إما أن يكون الوطء بالرجل أو النفحة والاول ليس بمراد بالاجماع لانه ليس بجبار فتعين الثانى والا يلزم الالغاء اه غاية (قوله وكذلك الراكب) أى لا كفارة على الراكب فى غير الايطاء اه غاية (قوله ألا ترى أن محمدا الخ) قال الامام الاسبيجابى فان كان سائق وراكب أو سائق وقائد أو راكب وقائد فالضمان عليهما غير أن الكفارة على الراكب وحده اه اتقانى (قوله والصحيح الاول) ينبغى أن يقال وهو الصحيح والجواب عن الاول اه من خط قارئ الهداية (قوله كمسئلة القفة) قال فى النهاية كما قالوا فى سفينة مملوءة بالطعام اذا جاء رجل وطرح فيها منا زائدا فغرقت السفينة كان الضمان على الذى وضع المن الزائد اه (قوله كما اذا كان الاصطدام عمدا) أى فانه يجب على عاقلة كل منهما نصف دية الآخر باتفاق بيننا وبين الشافعى وزفر اه قال فى المنظومة فى مقالة الشافعى

وقال فى المصطدمين هلكا
نصف الضمان ساقط اذ شركا

قال فى المصفى وهذا اذا كانا حرين وكان الاصطدام خطأ أما فى العمد فقولنا كقوله اه أقول وبالله التوفيق عبارة العينى وملا مسكين فى شرحيهما تفيد وجوب الدية عندنا فى العمد والخطا فى الحرين وليس بصواب لما علمت ولعل الذى أوقع العينى رحمه الله فى ذلك هو قول الزيلعى بعد ذلك وهذا الحكم الذى ذكرناه فى العمد والخطا فى الحرين ولم يتفطن لقوله هنا فى دليل زفر والشافعى كما اذا كان الاصطدام عمدا فان هذا من رد المختلف الى المتفق فيقتضى أن الخلاف فى الخطا وأن العمد متفق عليه وقول الشارح فى آخر دليلنا وما استشهدا به من الاصطدام عمدا الخ يفصح عن أن الاصطدام العمد متفق عليه فساغ للشارح بعد ذلك أن يقول وهذا الذى ذكرناه فى العمد والخطا فى الحرين فتنبه لذلك والله الموفق اه (قوله أو وقعا فيه) عبارة الشارح بالواو اه

الطريق لانه لولا مشيه وثقله فى نفسه لما هوى فى البئر وفعل صاحبه وان كان مباحا لكنه مقيد بشرط السلامة فى حق غيره فيكون سببا للضمان عند وجود التلف به وروى عن على رضى الله عنه أنه أوجب كل الدية على عاقلة كل واحد منهما فتعارضت روايتاه فرجحنا ما ذكرنا أو يحمل ما روى عنه انه أوجب النصف على أنهما تعمدا ذلك فانه فى العمد يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية على ما نبينه ويحمل ما روى عنه انه أوجب كل الدية على الخطا توفيقا بينهما وما استشهدا به من الاصطدام عمدا وجرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه وحفر البئر فى الطريق فعل كل واحد منهما محظور مطلقا فيعتبر فى حق نفسه أيضا فيكون قاتلا لنفسه وهذا الحكم الذى ذكرناه فى العمد والخطا فى الحرين ولو كانا عبدين يهدر الدم فيهما لان الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء وقد فاتت لا الى خلف من غير فعل يصير المولى به مختارا للفداء ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا يجب على عاقلة الحر قيمة العبد كلها فى الخطا ونصف قيمته فى العمد ويأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل حقهم من الدية فيما زاد على القيمة أو نصفها لان الواجب كان على رقبة العبد فيبطل بموته الا قدر ما أخلف وهو القيمة أو نصفها فيأخذها ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رحمهما الله لان قيمة العبد المقتول تجب على العاقلة على أصلهما لانه ضمان الآدمى واذا تجاذب رجلان حبلا فانقطع الحبل فسقطا وماتا ينظر فان وقعا على القفا لا تجب لهما دية لان كل واحد منهما مات بقوة نفسه وان وقعا على الوجه وجب دية كل واحد منهما على عاقلة الآخر لان كل واحد منهما مات بقوة صاحبه وان وقع أحدهما على القفا والآخر على الوجه فالذى وقع على القفا لا دية له والذى وقع على الوجه فديته على عاقلة الآخر وان قطع انسان الحبل بينهما فوقع كل واحد منهما على القفا فماتا فديتهما على عاقلة القاطع قال رحمه الله (ولو ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن) وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه لانه متعد فى هذا التسبيب لان الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الاحكام فى الشد فصار كأنه ألقاه على الطريق بيده بخلاف الرداء لانه لا يقصد حفظه عادة فلا يقيد بشرط السلامة ولان اللباس تبع للابس وهو لو وقع فى الطريق وعثر به انسان لا يلزمه الضمان فكذا اذا عثر بلباسه قال رحمه الله (وان قاد قطارا فوطئ بعير انسانا ضمن عاقلة القائد الدية) لان القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدى سبب للضمان غير ان ضمان النفس على العاقلة وضمان المال عليه فى ماله قال رحمه الله (فان كان معه سائق فعليهما) أى اذا كان مع القائد سائق يجب على عاقلتهما الضمان لاستوائهما فى التسبيب لان قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الازمة هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل أما اذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن هو وحده ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما هو قدامه لان القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق

(قوله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف الدية) الا أن العمد ههنا بمنزلة الخطا لانه شبه العمد اذ هو تعمد الاصطدام ولم يقصد القتل واذا وجب على العاقلة اه (قوله وهذا الحكم الذى ذكرناه الخ) يعنى اذا كان المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر بالاتفاق واذا وقع ذلك خطأ تجب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعى اه اتقانى (قوله ولو كانا عبدين الخ) يعنى اذا اصطدم العبدان خطأ فماتا هدر الدم لان الجناية تتعلق برقبة العبد الجانى ولهذا يدفع فيها الا أن يفديه المولى فلما مات فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى شيأ لان موت العبد لم يكن من فعله وكذا الحكم اذا كان الاصطدام عمدا منهما جميعا لانه شبه العمد فكان كالخطا فهدر الدم حيث لم يخلف العبد شيأ لان العبد لا مال له يقال هدر دمه أى بطل اه اتقانى (قوله ويأخذها ورثة الحر) لانه فى الخطا مات بفعل صاحبه وفى العمد مات بفعل نفسه وفعل صاحبه فسقط النصف اه (قوله وهذا عند أبى حنيفة ومحمد) وعند أبى يوسف على القاتل لانه ضمان مال اه (قوله فوقع كل واحد منهما على القفا) فى الاختيار لم يقيد بالقفا فانظره اه (قوله فديتهما على عاقلة القاطع) أى وضمن الحبل فقيل لمحمد ان وقعا على وجههما اذا قطع الحبل قال محمد لا يكون هذا من قطع الحبل اه اتقانى (قوله فى المتن ضمن عاقلة القائد الدية) وذلك لان القطار بيده يسير بسوقه ويقف بايقافه فكان عليه صيانته فما حدث من ذلك يكون مضمونا عليه فيضاف اليه ما حدث من القطار لتسبيبه فيصير فى الحكم كأنه قتله خطأ فتجب على عاقلته ديته وأورد الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو أن انسانا قاد أعمى فأوطأ الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد الضمان قيل له ينبغى أن يجب لان الاعمى بنفسه من أهل وجوب الضمان ففعله ينسب اليه خاصة وأما فعل العجماء جبار لا عبرة له فى حكم نفسه ففعلها ينسب الى القائد اه اتقانى (قوله هذا اذا كان السائق فى جانب من الابل) أى وجوب الضمان على السائق والقائد جميعا فيما اذا كان السائق يسوق الابل غير آخذ بزمام البعير أما اذا أخذ الزمام فيكون الضمان عليه فى الذى هلك خلفه لا على القائد المقدم لانه لما انقطع الزمام عن القطار لم يكن القائد المقدم قائدا لما خلف السائق اه اتقانى

ماهوقدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيأ لم يضمن ما أصابت الابل التى بين يديه لانه ليس بسائق لها وكذا ما أصابت الابل التى خلفه لانه ليس بقائد لها الا اذا كان آخذا بزمام ما خلفه أما البعير الذى هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالايطاء فان ذلك ضمانه على الراكب وحده لانه جعل فيه مباشرا حتى تجرى عليه أحكام المباشر على ما بيناه قال رحمه الله (وان ربط بعيرا على قطار رجع عاقلة القائد بدية ما أتلف على عاقلة الرابط) أى اذا ربط رجل بعيرا على قطار والقائد لذلك القطار لا يعلم فوطئ البعير المربوط انسانا فقتله فعلى عاقلة القائد ديته لانه يمكنه أن يصون قطاره عن ربط غيره به فاذا ترك الصيانة صار متعديا بالتقصير وهو تسبيب وفيه الدية على العاقلة كما فى قتل الخطا ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه هو الذى أوقعهم فيه وانما لا يجب الضمان على القائد والرابط ابتداء مع أن كل واحد منهما مسبب لان القود بمنزلة المباشرة بالنسبة الى الربط لاتصال التلف به دون الربط فيجب عليه الضمان وحده ثم يرجع به عليه قالوا هذا اذا ربط والقطار يسير لان الرابط آمر بالقود دلالة واذا لم يعلم لا يمكنه التحفظ عنه ولكن جهله لا ينفى وجوب الضمان عليه لتحقق الاتلاف منه وانما ينفى الاثم فيكون قرار الضمان على الرابط وأما اذا ربط والابل واقفة ضمنها عاقلة القائد ولا يرجعون بها على عاقلة الرابط لانه قاد بعير غيره بغير اذنه لا صريحا ولا دلالة فلا يرجع بما لحقه على أحد غاية الامر أن يقال انه متعد بالربط والايقاف على الطريق لكن زال ذلك بالقود فصار كما لو وضع حجرا وحوّله غيره وكذا اذا علم القائد بالربط لا يرجعون على عاقلة الرابط بما لحقهم من الضمان لان القائد رضى بذلك والتلف قد اتصل بفعله فلا يرجع به وهو القياس فيما اذا لم يعلم لان الجهل لا ينافى التسبيب ولا الضمان الا أنا استحسنا فى الرجوع لما ذكرنا قال رحمه الله (ومن أرسل بهيمة وكان لها سائقا فأصابت فى فورها ضمن) لانه الحامل لها فأضيف فعلها اليه كما يضاف فعل المكره الى المكره فيما يصلح آلة له والمراد بالسوق أن يمشى خلفها معها وان لم يمش خلفها فما دامت فى فورها فهو سائق لها فى الحكم فيلحق بالسوق وان تراخى انقطع السوق وذكر فى النهاية أن المراد بالبهيمة الكلب قال رحمه الله (وان أرسل طيرا أو كلبا ولم يك سائقا له أو انفلتت دابة فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا لا) أى لا يضمن فى هذه الصور كلها أما الطير فلأن بدنه لا يحتمل السوق فصار وجود السوق وعدمه سواء فلا يضمن مطلقا بخلاف البهيمة فان بدنها يحتمل السوق فيعتبر فيها السوق ومن ثم قالوا لو أرسل بازيا فى الحرم فقتل لا يضمن المرسل وأما الكلب فلأنه وان كان يحتمل السوق لكنه لم يوجد منه السوق حقيقة بان يمشى خلفه ولا حكما بأن يصيب على فور الارسال والتعدى يكون بالسوق فلا يضمن وهذا لان الاصل أن الفعل الاختيارى يضاف الى فاعله ولا تجوز اضافته الى غيره الا أنا تركنا ذلك فى فعل البهيمة اذا وجد منه السوق فأضفناه اليه استحسانا صيانة للانفس والاموال واذا لم يوجد منه السوق بقى على الاصل ولا تجوز اضافته اليه لعدم الفعل منه مباشرة وتسبيبا بخلاف ما اذا أرسل الكلب الى صيد حيث يؤكل ما أصابه وان لم يكن سائقا له حقيقة ولا حكما لان الحاجة مست الى الاصطياد به فأضيف الى المرسل ما دام الكلب فى تلك الجهة ولم يفتر عنها اذ لا طريق الى الاصطياد سواه وهذا لان الاصطياد به مشروع ولو شرط السوق لانسد بابه وهو مفتوح فأضيف اليه وان غاب عن بصره مع الصيد ولا حاجة اليه فى حق ضمان العدوان فبقى على الاصل فكان مضافا الى الكلب لانه مختار فى فعله ولا يصلح نائبا عن المرسل فلا يضاف فعله الى غيره وذكر فى المبسوط اذا أرسل دابة فى طريق المسلمين فما أصابت فى فورها فالمرسل ضامن لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها ولو انعطفت يمنة أو يسرة انقطع حكم الارسال الا اذا لم يكن له طريق آخر سواه وكذا اذا وقفت ثم سارت أى ينقطع حكم الارسال بالوقفة أيضا كما ينقطع بالعطفة بخلاف ما اذا وقف الكلب بعد الارسال فى الاصطياد ثم سار فأخذ الصيد لان تلك الوقفة تحقق مقصود

(قوله وأما اذا ربط والابل واقفة) أى ثم قاد صاحب القطار وهو عالم بالربط أولا اه اتقانى (قوله فى المتن ومن أرسل بهيمة الخ) صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة فى الرجل يرسل البهيمة ويكون سائقا لها فتصيب فى فورها قال هو ضامن وقال عن أبى حنيفة أيضا فى رجل أرسل طائرا فأصاب فى فوره ذلك قال لا ضمان عليه وكذا الذى يرسل كلبه ولم يكن سائقا له فأصاب فى فوره لم يكن عليه ضمان الى هنا لفظ الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره أراد بالبهيمة الكلب وأراد بكونه سائقا أن يكون خلفه اه غاية (قوله لان سيرها مضاف اليه ما دامت تسير على سننها) قال الصدر الشهيد وعليه الفتوى وبه قال الشافعى وأحمد وعند مالك فعل العجماء جبار بأى وجه كان وقدمر اه معراج

المرسل لانه لتمكنه من الصيد وهــذه تنافى مقصود المرسل لان مقصوده السير فينقطع به حكم الارسال وبخلاف ما اذا أرسله الى صيد فأصاب نفسا أو مالا فى فوره حيث لا يضمن من أرسله وفى ارسال البهيمة فى الطريق يضمن لان شغل الطريق تعدّ فيضمن ما تولد منـه وأما الارسال للاصطياد فمباح ولا تسبيب بوصف التعدّى كذا ذكره فى الهداية وذكر قاضيخان رحمه الله أن رجلا لو أرسل بهيمة وكان سائقا لها ضمن ما أصابت فى فورها وكذا لو أرسل كلبه وكان سائقا له يضمن ما أتلف ولو لم يكن سائقا له لا يضمن وكذا لو أشلى كلبه على رجل فعقره أو مزق ثيابه لا يضمن الا أن يسوقه وقيل اذا أرسل كلبه وهو لا يمشى خلفه فعقر انسانا أو أتلف غيره ان لم يكن معلما لا يضمن لان غير المعلم يذهب بطبع نفسـه وان كان معلما ضمن ان مرّ على الوجه الذى أرسله لانه ذهب بارسال صاحبه أما اذا أخذ يمنة أو يسرة فلا يضمن لانه لما مال عن سنن الارسال انقطع حكم الارسال وأكثر المشايخ قالوا هـذا فى البهيمة وأما فى الكلب فلا يضمن وان ذهب على سنن الارسال الا اذا كان خلفه لانه يتمكن من اثبات اليد عليها دون الكلب عادة ولو كان لرجل كلب عقور يؤذى من مرّ به فلاهل البلد أن يقتلوه وان أتلف يجب على صاحبه الضمان ان كان تقدم اليـه قبـل الاتلاف والا فلا شئ عليـه كالحائط المائل ولو أن رجلا طرح رجلا قدّام سـبع فقتله السبع فليس على الطارح شئ الا التعزير والحبس حتى يتوب وأما انفلات البهيمة فلقوله صلى الله عليه وسـلم العجماء جبار أى فعـل العجماء هدر قال محمد رحمه الله هى المنفلتة وهـذا صحيح ظاهر لان المركوبة والمسوقة والمقودة فى الطريق أو فى ملك الغير والمرسلة فى الطريق فعلها معتبر على ما بينا ولان الفعل مقتصر عليها غير مضاف الى صاحبها لعدم ما يوجب النسبة اليه من الركوب وأخواته قال رحمه الله (وفى فقء عين شاة القصاب ضمن النقصان) لان المقصود من الشاة اللحم فلا يعتبر فيها الا النقصان قال رحمه الله (وفى عين بدنة الجزار والحمار والفرس ربع القيمة) وقال الشافعى رحمه الله فيها النقصان أيضا اعتبارا بالشاة ولنا ما روى أنه عليه الصلاة والسـلام قضى فى عين الدابة بربع القيمة وهكذا قضى عمر رضى الله عنه أيضا ولان فيها مقاصد سوى اللحم كالركوب والزينة والحمل والعمل فمن هذا الوجه تشـبه الآدمى وقد تمسك لغيره كالاكل ومن هـذا الوجه تشـبه المأكولات فعملنا بالشبهين بشـبه الآدمى فى ايجاب الربع وبالشـبه الآخر فى نفى النصف ولانه انما يمكن اقامة العمل بها بأربعة أعين عيناها وعينا المستعمل لها فصارت كأنها ذات أعين أربع فيجب الربع بفوات أحدها وان فقأ عينيها فصاحبها بالخيار ان شاء تركها على الفاقئ وضمنه القيمة كاملة وان شاء أمسكها وضمنه النقصان لان المعمول به النص وهو ورد فى عين واحدة فيقتصر عليه والله أعلم

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

اختلفوا فى موجب جناية العبد قيل موجبها الارش لان النصوص مطلقة من غير فصل الا أن للمولى أن يتخلص بالدفع تخفيفا عليه وقيـل الدفع وللمولى أن يتخلص بالفـداء ولهـذا يبرأ المولى بهلاكه ولو كان الواجب الاصلى غيره لما برئ بهلاكه قبل الاختيار لانه يفوت به الدفع لا الفداء قال رحمه الله (جنايات المملوك لا توجب الا دفعا واحدا ولو محلا له والا فقيمة واحدة) أى جناية العبد لا توجب الا دفع رقبته اذا كان محلا للدفع بأن كان قنا وهو الذى لم ينعقد له شئ من أسباب الحرية كالتدبير وأمومية الولد والكتابة سواء كانت الجناية واحدة أو أكثر لا توجب الا دفع رقبته اذا كانت الجناية فى النفس موجبة للمال والا فقيمة واحدة أى ان لم يكن محلا للدفع بأن انعقد له شئ مما ذكرنا توجب جنايته قيمة واحـدة

(قوله ولا تسبيب بوصف التعدى) أى فى هذه الصورة اهـ (قوله فى المتن وفى فقء عين شاة القصاب ضمن النقصان) قال فى الجامع الصغير لفخر الاسلام البزدوى محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رحمه الله فى شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار يفقأ عين واحدة منهن قال فى الشاة ما نقصها وفى البقـرة ربع قيمتها وفى البعير ربع قيمته وانما وضع المسـئلة على هـذا الوجه ليبين أن الكل وان كن للحم فان الجواب مع ذلك مختلف والفـرس والحمار والبغل مثل البقر والبعير وقـد روى هـذا الجواب والفتوى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم رواه خارجة ابن زيد بن ثابت رضى الله عنه عن أبيه أنه رفعه وروى عن عمر أيضا أنه قضى بذلك والفرق أن الشاة لا تعمل بل ينتفع بها كما ينتفع بالامة فيضمن النقصان من غـير تقـدير فأما ما ذكرناه من البهائم فانها عاملة كبنى آدم لكنها لا تعمـل الا بغـيرها فأشـبه الانسان من وجه والشاة من وجـه فوجب تنصـيف التقدير الواجب فى الانسان عملا بالشـبهين ولانها على هـذا الوجـه لا تعمـل الا بأربعـة أعين عيناها وعينا من يستعملها فصار لعينها حكم الربع والمعتمد هو الاول اهـ (قوله وهكذا قضى عمـر أيضا) فتركنا القياس بهذه الآثار فى الجزور وأخذنا بالقياس فى الشاة اهـ غاية

﴿باب جناية المملوك والجناية عليه﴾

(٢٠ - زيلعى سادس) لما فرغ من جناية المالك وهو الحر شرع فى جناية المملوك وأخر ذكرها لانحطاط رتبة المملوك اهـ اتقانى (قوله وقيل الدفع) هذا هو الصحيح نص عليه فى الهداية والشارح رحمه الله فى الصفحة الآتية والله أعلم

ولا يزاد عليها وان تكررت الجناية وفى القن اذا جنى بعد الفداء يخير المولى بين الدفع والفـداء كالجناية الاولى وكذا كلما جنى بعـد الفـداء يؤمر بالدفع أو الفـداء بخلاف المدبر وأخته فانه لا يوجب الا قيمة واحدة على ما نبينه فى أثناء المسائل ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (جنى عبده خطأ دفعه بالجناية فيملكه أو فداه بأرشها) أى اذا جنى العبد خطأ فمولاه بالخيار ان شاء دفعـه الى ولى الجناية فاذا دفعـه ملكه ولى الجناية وان شاء فداه بارشها وقوله خطأ يحترز به من العمد وهذا التقييد انما يفيد اذا كانت الجناية على النفس لانها ان كانت عمدا توجب القصاص وأما اذا كانت على الاطراف لا يفيد التقييد به اذ لا يجرى القصاص فيها بين العبيد ولا بين الاحرار والعبيد وقال الشافعى رحمه الله جناية العبد تتعلق برقبته يباع فيها الا أن يقضى المولى الارش وثمرة الخلاف تظهر فى اتباع الجانى عنـده وعندنا لا يتبع لا فى حالة الرق ولا بعد الحرية والمسـئلة مختلفة بين الصحابة رضى الله عنهم فعن ابن عباس مثل مذهبنا وعن عمر وعلى رضى الله عنهما مثل مذهبه له أن الاصل فى موجب الجناية أن يجب على الجانى لانه المتعدى قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم الا أن العاقلة تتحمل عنـه ولا عاقلة للعبد فيجب فى ذمته كما فى الذمى ويتعلق برقبته ويباع فيه كما فى الجناية على المال ولنا أن المستحق بالجناية على النفوس نفس الجانى اذا أمكن الا أن استحقاق النفس قد يكون بطريق الاتلاف عقوبة وقد يكون بطريق التملك جبرا والحر من أهل أن يسـتحق نفسـه عقوبة لا بطريق التملك والعبد من أهل أن يستحق نفسه بالطريقين فتصـير نفسه مستحقة للمجنى عليه صيانة عن الهدر الا أن يختار المولى الفداء فيكون له ذلك لانه ليس فيه ابطال حق المجنى عليه بل مقصود المجنى عليـه يحصل بذلك بخلاف اتلاف المال فانه لا يستحق به نفس الجانى أبدا ولان الاصل فى موجب الجناية خطأ أن يتباعد عن الجانى لكونه معـذورا ولكون الخطا مرفوعا شرعا ويتعلق بأقرب النـاس اليـه تخفيفا عن المخطئ وتوقيا عن الاجحاف به الا أن عاقلة العبد مولاه لان العبد يستنصر به وباعتبار النصرة تتحمل العاقلة حتى تجب الدية على أهـل الديوان فيجب ضمان جنايته على المولى بخلاف الذمى لانهم لا يتناصرون فيما بينهم فلا عاقلة لهـم فتجب فى ذمته صيانة للدم عن الهدر وبخلاف الجناية على المال لان العاقلة لا تعقل المال الا أن المولى يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وفى اثبات الخيرة نوع تخفيف فى حقه كى لا يستأصل فيخير لان التخيير مفيد والواجب الاصلى هو الدفع فى الصحيح ولهذا يسقط الواجب بموت العبد الجانى قبل الاختيار لفوات محل الواجب وان كان له حق النقل الى الفداء كما فى مال الزكاة عنـد أبى يوسف ومحمد رحمهـما الله تعالى فان الواجب جزء من النصاب وله النقل الى القيمة فكذا هـذا بخلاف الجانى الحر حيث لا يبطل الموجب بموته لانه لا يتعلق به الواجب استيفاء فصار كالعبد فى صدقة الفطر واذا اختار الدفع يلزمه حالا لانه عين ولا يجوز التأجيل فى الاعيان وكذا اذا اختار الفـداء يجب عليه حالا لانه بدل العين وهو العبد وان كان مقـدرا بغـيره وهو المتلف ولهذا سمى فداء وأيهما اختار المولى وفعله فلا شئ لولى الجناية غيره أما الدفع فلان حقه متعلق به فاذا خلى بينه وبين الرقبة سقط حق المطالبة عنـه وأما الفـداء فلأنه لا حق له الا الارش فاذا أوفاه حقه سلم العبد له وكذا اذا اختار أحدهما ولم يفعل أو فعل ولم يختره قولا سقط حق الولى فى الآخر لان المقصود تعيين المحل حتى يتمكن من الاستيفاء والتعيين يحصـل بالقول كما يحصـل بالفعل بخلاف كفارة اليمين حيث لا تتعين الا بالفعل لان المقصود فى حقوق الله تعالى الفعل والمحل تابع ضرورة وجوده ولا فرق بين أن يكون المولى قادرا على الارش أو لم يكن قادرا عنـد أبى حنيفة رحمه الله لانه اختار أصل حقهم فبطل حقهم فى العبد لان ولاية التعيين للمولى لا للاولياء وقالا لا يصح اختياره الفداء اذا كان مفلسا الا برضا الاولياء لان العبد صار حقا للاولياء حتى يضمنه المولى بالاتلاف فلا يملك ابطال حقهـم الا برضاهـم أو بوصول البدل اليهـم وهو الدية وان لم يختر شـيأ حتى مات العبد بطل حق المجنى عليـه لفوات محل حقه

بخلاف

(قوله وثمرة الخـلاف تظهر فى اتباع الجانى) أى بعد العتق اه هداية (قوله فان الواجب) أى الاصلى اه (قوله وله) أى المالك اه (قوله الى القيمة) والاداء من مال الاخر اه (قوله وكذا اذا اختار) أى المولى اه

بخلاف ما اذا مات بعد اختياره الفداء حيث لم يبرأ المولى لتحوّل الحق من رقبة العبد الى ذمته ولو فداه المولى ثم عاد فجنى كان حكم الجناية الثانية كحكم الاولى لانه لما طهر عن الجناية الاولى بالفداء جعل كأنه لم يجن من قبل وهذا ابتداء جناية ولو جنى قبل أن يختار فى الاولى شيأ أو جنى جنايتين دفعة واحدة أو جنايات قبل لمولاه إما أن تدفعه بالكل أو تفديه بارش كل واحدة من الجنايات لان تعلق الاولى برقبته لا يمنع تعلق الثانية بها كالديون المتلاحقة ألاترى أن ملك المولى لا يمنع تعلق الجناية فحق المجنى عليه أولى أن لا يمنع بخلاف الرهن حيث لا يتعلق به حق غيره من الغرماء والفرق أن الرهن ايفاء واستيفاء حكما فصار كالاستيفاء حقيقة وأما الجناية فليس فيها الا تعلق الحق لولى الاولى وذلك لا يمنع تعلق حق آخر به ثم اذا دفعه اليهم اقتسموه على قدر حقوقهم وحق كل واحد منهم أرش جنايته وللمولى أن يفدى من بعضهم و يأخذ نصيبه من العبد ويدفع الباقى الى غيره لان الحقوق صارت مختلفة باختلاف أسبابها وهى الجنايات المختلفة بخلاف ما اذا كان المقتول واحدا وله وليان أو أولياء حيث لم يكن له أن يفدى من البعض و يدفع الباقى الى البعض لان الحق فيه متحد لاتحاد سببه وهو الجناية المتحدة وكذا المستحق واحد لان الحق يجب للمقتول ثم للوارث خلافة فلا يملك التفريق فى موجبها قال رحمه الله (وان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن الارش ولو عالما لزمه الارش كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك) معناه اذا جنى عبد فأعتقه مولاه قبل العلم بالجناية ضمن الاقل من قيمة العبد ومن أرش الجناية والاصل فيه أنه متى أحدث فيه تصرفا يعجزه عن الدفع عالما بالجناية يصير مختارا للفداء والا فلا فاذا علم ذلك جئنا الى ماذكر فى الكتاب قوله وان أعتقه غير عالم بالجناية ضمن الخ وانما كان كذلك لانه فى الاول فوت حقه فى أقلهما فيضمنه ولا يصير مختارا للفداء بهذا العتق لان الاختيار بدون العلم لا يتحقق وفى الثانى صار مختارا للفداء لان الاعتاق يمنعه من الدفع فالاقدام عليه اختيار منه للفداء وعلى هذا اذا باعه وهو لا يعلم بالجناية يلزمه الاقل منهما وان باعه وهو يعلم بالجناية صار مختارا للفداء لما قلنا وهو المراد بقوله كبيعه يعنى كما لو باعه عالما بالجناية وعلى هذين الوجهين الهبة والتدبير والاستيلاد لان كل واحد منها يمنع من الدفع لزوال الملك والتمليك به بخلاف الاقرار لغيره بالعبد الجانى على رواية الاصل لانه لا يسقط به حق ولى الجناية فان المقر له مخاطب بالدفع اليه وليس فيه نقل الملك لان الاقرار ليس بتمليك من جهة المقر وانما هو اظهار الحق فيحتمل أن يكون صادقا بذلك فاذا لم يصر مختارا لا يلزمه الفداء وتندفع الخصومة عنه ان أقام بينة أنه للمقر له وان لم يقم لم تندفع فيقال له إما أن تفديه أو تدفعه فان فداه صار متطوعا بالفداء حتى لا يرجع به على المقر له اذا حضر وصدقه أنه له وان دفعه كان المقر له بالخيار اذا حضر ان شاء أجاز دفعه وان شاء فداه وألحقه الكرخى رحمه الله بالتمليك كالبيع والهبة لانه ملك المقر ظاهرا فيستحقه المقر له بالاقرار فأشبه البيع ولا فرق فى هذا المعنى بين أن تكون الجناية فى النفس أو فى الاطراف لان الكل موجب للدفع فلا يختلف وكذا لا فرق فى البيع بين أن يكون باتا و بين أن يكون فيه خيار المشترى لان الكل يزيل الملك بخلاف ما اذا كان الخيار للبائع ثم نقضه أو العرض على البيع لان الملك لم يزل به ولا يقال المشترى بالخيار اذا باع بشرط الخيار له يصير مختارا للاجازة به فوجب هنا أن يكون مختارا للفداء لانا نقول لو لم يكن المشترى مختارا للزم منه بيع ملك غيره وهنا لا يلزم ولانه يلزم فى البيع الغرور وهنا لا يلزم ولو باعه بيعا فاسدا لم يصر مختارا للفداء حتى يسلمه لان الملك لا يزول الا به بخلاف الكتابة الفاسدة حيث يكون مختارا للفداء بها لان حكم الكتابة تعليق العتق باداء المال وفك الحجر عن العبد فى الحال وهو ثابت بنفس الكتابة ولا كذلك البيع الفاسد لان حكمه وهو الملك لا يثبت الا بالقبض ولو كانت الكتابة صحيحة ثم عجز كان له أن يدفعه بالجناية ان كان ذلك قبل أن يقضى عليه بالقيمة و بعدها لا يدفعه لتقرر القيمة بالقضاء ولو باعه

(قوله لا يتعلق به حق غيره) أى غير المرتهن اهـ

من المجني عليه كان مختارا للفداء بخلاف ما اذا وهبه منه لان المستحق له أخذه بغير عوض وهو متحقق
في الهبة دون البيع واعتاق المجني عليه بامر المولى بمنزلة اعتاق المولى فيما ذكرناه لان فعل المأمور فيه
ينتقل الى الآمر ولو ضربه فنقصه كان مختارا بعد العلم لانه حبس جزأ منه الا اذا زال النقصان قبل
القضاء بالقيمة فكان له أن يدفعه بها لزوال المانع من الدفع قبل تقرر القيمة ووطء البكر يكون مختارا
بخلاف وطء الثيب من غير اعلاق والتزويج والاستخدام لان التزويج تعييب حكمي اذ لا يعجزه عن
التسليم اليه وليس فيه امساك شئ منه والاستخدام لا يختص بالملك ولهذا لا يسقط به خيار الشرط
وطعن عيسى في التزويج فقال انه تعييب فوجب أن يكون مختارا به وجوابه ما ذكرنا وفي الوطء خلاف
زفر وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله ووجهه أنه دليل الامساك فصار كوطء من له الخيار قلنا لو لم يكن
دليل الامساك في حق من له الخيار لكان واطئا ملك غيره ولا كذلك في الجناية لان له أن يطأها ثم يدفعها
بالجناية اذ لا يتبين بالدفع أن الوطء وقع في غير ملكه ألا ترى أنه لا يستحقه بزوائده ومن له الخيار يستحقه
بزوائده ويصير مختارا بالاجارة والرهن في رواية كتاب العتاق لانهما لازمان فيكون محدثا فيه ما يعجزه
عن الدفع والاظهر أنه لا يصير مختارا بهما للفداء لانه لم يعجزه عن الدفع لان له أن يفسخ الاجارة والرهن لحق
المجني عليه لتعلق حقه بعين العبد سابقا على حقهما فيفسخان صونا لحقه عن البطلان بخلاف البيع
لان حق المجني عليه لا يمنع تصرف المولى بجهة الملك فيثبت للمشتري ملك صحيح والملك أقوى من الحق فلا
يجوز ابطاله به بخلاف الاجارة والرهن لانهما حقان تعلقا بالعين فيرجح حق المجني عليه بالسبق وكذا
لا يصير مختارا بالاذن في التجارة وان ركبه دين لان الاذن لا يفوت الدفع ولا ينقص الرقبة الا أن لولي
الجناية أن يمتنع من قبوله لان الدين لحقه من جهة المولى بعد ما تعلق به حقه فيلزم المولى قيمته ولو جنى
جنايتين فعلم احداهما دون الاخرى وتصرف فيه تصرفا يصير به مختارا للفداء صار مختارا فيما علم وفيما
لم يعلم يلزمه حصته من قيمة العبد ولو قال لعبده ان قتلت فلانا أو رميته أو شججته فأنت حر كان مختارا
للفداء ان فعل العبد ذلك وهو المراد بقوله كبيعه وتعليق عتقه بقتل فلان ورميه وشجه ان فعل ذلك أي
كما يصير مختارا ببيعه بعد العلم بها وبتعليق عتقه بما ذكر من القتل والرمي والشج يصير مختارا بالاعتاق
بعد العلم بها وانما يصير مختارا بالتعليق عند علمائنا الثلاثة وقال زفر رحمه الله لا يصير مختارا بتعليق
العتق بما ذكرنا لان أوان تكلمه به لا جناية من العبد ولا علم للمولى بما سيوجد بعد وبعد الجناية لم
يوجد منه فعل يصير به مختارا ألا ترى أنه لو علق الطلاق أو العتاق بالشرط ثم حلف أن لا يطلق أو لا يعتق
ثم وجد الشرط وثبت العتق والطلاق لا يحنث بذلك في يمينه تلك فكذا هذا ولنا أنه علق الاعتاق
بالجناية والمعلق بالشرط ينزل عند وجود الشرط كالمنجز عنده فصار كما اذا أعتقه بعد الجناية ألا ترى أن
من قال لامرأته ان دخلت الدار فوالله لا أقربك يصير ابتداء الايلاء من وقت الدخول وكذا اذا قال لها
اذا مرضت فأنت طالق ثلاثا فمرض حتى طلقت ومات من ذلك يصير فارا لانه يصير مطلقا بعد وجود
المرض بخلاف ما أورده لان غرضه طلاق أو اعتاق يمكنه الامتناع عنه اذ اليمين للمنع فلا يدخل تحته
ما لا يمكنه الامتناع عنه ولانه حرضه على مباشرة الشرط بتعليق أقوى الدواعي الى القتل والظاهر أنه
يفعله وهذا دلالة الاختيار هذا اذا علقه بجناية توجب المال كالخطأ وشبه العمد وان علقه بجناية
توجب القصاص بان قال له ان ضربته بالسيف فأنت حر فلا يجب على المولى شئ بالاتفاق لانه لا فرق
بين العبد والحر في القصاص فلم يكن المولى مفوتا حق ولي الجناية بالعتق قال رحمه الله (عبد قطع يد حر
عمدا ودفع اليه فحرره فمات من اليد فالعبد صلح بالجناية فان لم يحرره رد على سيده ويقاد) لانه اذا لم يعتقه
وسرى ظهر أن الصلح كان باطلا لان الصلح وقع على المال وهو العبد عن دية اليد اذ القصاص لا يجري بين
الحر والعبد في الاطراف وبالسراية ظهر أن دية اليد غير واجبة وأن الواجب هو القود فصار الصلح باطلا

لان الصلح لابدّ له من مصالح عنه والمصالح عنه المال ولم يوجد فبطل الصلح والباطل لا يورث شبهة كالوطئ مطلقته ثلاثا في عدّتها مع العلم بحرمتها عليه فانه لا يصير شبهة في درء الحدّ فكذا هذا فوجب القصاص وأما اذا أعتقه فقد قصد صحة الاعتاق ضرورة لان العاقل يقصد تصحيح تصرفه ولا صحة له الا بالصلح عن الجناية وما يحدث منها ابتداء ولهذا لو نص عليه ورضي به جاز فكان مصالحا عن الجناية وما يحدث منها ابتداء على العبد مقتضى الاقدام على الاعتاق والمولى أيضا مصالح معه على هذا الوجه راض به لانه لما رضي بكون العبد عوضا عن القليل كان أرضى بكونه عوضا عن الكثير فاذا أعتقه صح الصلح في ضمن الاعتاق ابتداء واذا لم يعتقه لم يوجد الصلح ابتداء والصلح الاوّل وقع باطلا فيردّ العبد الى المولى والاولياء بالخيار ان شاؤا عفوا عنه وان شاؤا قتلوه وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير رجل قطع يد رجل عمدا فصالح المقطوع يده على عبد ودفعه اليه فأعتقه المقطوع يده ثم مات من ذلك فالعبد صلح بالجناية وان لم يعتقه ردّ على مولاه وقيل للاولياء إما أن تقتلوه أو تعفوا عنه والوجه ما بيناه فاتحد الحكم والعلة واختلفا صورة ثم هذه المسئلة وهي مسئلة الصلح ترد اشكالا على قول أبي حنيفة رضي الله عنه فيما اذا عفى عن اليد ثم سرى الى النفس ومات حيث يبطل العفو ولا يجب القصاص هنالك وفي هذه المسئلة قال يبطل الصلح ويجب القصاص فيما اذا لم يعتق العبد وان أعتقه فالصلح باق على حاله فالجواب أما اذا لم يعتقه فقد قيل ما ذكر في مسئلة الصلح جواب القياس وما ذكر في مسئلة العفو جواب الاستحسان فيكونان على القياس والاستحسان وقيل بالفرق بينهما ووجهه أن الصلح عن الجناية على مال يقرّر الجناية ولا يبطلها لان الصلح عن الجناية استيفاء للجناية معنى لاستيفاء بدلها واذا بقيت الجناية يتوفر عليه عقوبتها وهو القصاص وأما العفو فهو معدم للجناية والعفو عن القطع وان بطل بالسراية الى النفس لكن بقيت شبهة لوجود صورة العفو وهي كافية لدرء الحد وأما اذا أعتقه فجوابه هو الفرق الذي ذكرناه أن العتق يجعل صلحا ابتداء بخلاف العفو وعلى قولهما أيضا يرد في الصورتين لانهما كانا يجعلان العفو عن القطع عفوا عما يحدث منه وفي الصلح لم يجعلا كذلك بل أوجبا القصاص عليه اذا لم يعتقه وجعلاه صلحا مبتدأ اذا أعتقه قال رحمه الله (جنى مأذون له مديون خطأ فحرّره سيده بلا علم عليه قيمة لرب الدين وقيمة لولي الجناية) لانه أتلف حقين كل واحد منهما مضمون بكل القيمة على الانفراد الدفع على الاولياء والبيع على الغرماء فكذا عند الاجتماع ويمكن الجمع بين الحقين ايفاء من الرقبة الواحدة بأن يدفع الى ولي الجناية أوّلا ثم يباع للغرماء فيضمنهما بالتفويت بخلاف ما اذا أتلفه أجنبي والمسئلة بحالها حيث يجب عليه قيمة واحدة للمولى بحكم الملك في رقبته فلا يظهر حق الفريقين بالنسبة الى ملك المالك لانه دون الملك فصار كأن ليس فيه حق ثم الغريم أحق بتلك القيمة لانها مالية العبد والغريم مقدّم في المالية على ولي الجناية لان الواجب أن يدفع اليه ثم يباع للغريم فكان مقدّما معنى والقيمة هي المعنى فتسلم اليه وفي الفصل الاوّل كان التعارض بين الحقين وهما مستويان فيظهران فيضمنهما . والاصل أن العبد اذا جنى جناية وعليه دين خير المولى بين الدفع الى ولي الجناية والفداء فان اختار الدفع دفع الى ولي الجناية ثم بيع في الدين فان فضل شيء فهو لولي الجناية لانه بدل ملكه والا فلا شيء له وانما بدئ بالدفع جمعا بين الحقين لانه أمكن بيعه بعد الدفع ولو بدئ ببيعه في الدين لا يمكن دفعه بالجناية لانه لم يوجد في يد المشتري جناية ولا يقال لا فائدة في الدفع اذا كان يباع عليه لانا نقول فائدته ثبوت استخلاص العبد لان ولي الجناية يثبت له حق الاستخلاص وللانسان أغراض في العين فاذا كان الواجب هو الدفع فلو أن المولى دفعه الى ولي الجناية بغير قضاء لا يضمن استحسانا لانه فعل عين ما يفعله القاضي وفي القياس يضمن قيمته لوجود التمليك كما لو باعه أو وهبه ولو دفعه الى أصحاب الديون صار مختارا للفداء كما لو باعه لانه ليس بواجب عليه بل الواجب عليه الدفع بالجناية أوّلا ولو أن القاضي باعه في الدين ببينة قامت عليه ثم حضر

(قوله الدفع على الاولياء) يعني أتلف الدفع على الاولياء وأتلف البيع على الغرماء اه من خط الشارح رحمه الله

ولى الجناية ولم يفضل من الثمن شئ سقط حقه لان القاضى لا يلزمه العهدة فيما فعل ولو فسخ البيع ودفع الى ولى الجناية لاحتيج الى بيعه ثانيا لما ذكرنا فلا فائدة فى الفسخ قال رحمه الله (مأذونة مديونة ولدت بيعت مع ولدها للدين وان جنت فولدت لم يدفع الولد له) والفرق أن الدين متعلق برقبتها لان الدين عليها وهو وصف لها حكمى فيسرى الى الولد لان الصفات الشرعية الثابتة فى الاصل تسرى الى الفرع كالملك والرق والحرية وأما الدفع بالجناية فواجب فى ذمة المولى لا فى ذمتها وانما يلاقيها أثر الفعل الحقيقى وهو الدفع فقبل الدفع كانت رقبتها خالية عن حق ولى الجناية فلذلك لا يجرى القصاص على الاولاد ولا الحد لانهما فعلان محسوسان كالدفع ولا تبعية فيه فان قيل اذا كان الدين عليها فلماذا يضمن المولى اذا أعتقها والانسان اذا أتلف المديون لا يضمن شيأ قلنا وجوب الضمان باعتبار تفويت ما تعلق به حقهم استيفاء لا باعتبار وجوب الدين على المولى ألا ترى أنه يضمن القيمة لا غير ولو كان باعتبار الوجوب عليه لضمن كل الدين كالعبد الجانى اذا أعتقه المولى بعد العلم بالجناية ولهذا يتبع الغريم بالفاضل العبد المديون بعد العتق ولو كان على المولى لما تبع كالعبد الجانى ولا يرد علينا وجوب دفع الارش معها اذا جنى عليها قبل الدفع وأخذ المولى الارش لان الارش بدل جزئها وحق ولى الجناية يتعلق بجميع أجزائها فاذا فات جزء منها وأخلف بدلا تعلق به حقه كما اذا قتلت وأخلفت بدلا اعتبارا للجزء بالكل بخلاف الولد وقوله مأذونة مديونة ولدت شرط للسراية الى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين لانها اذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الاكساب حيث يتعلق حق الغرماء بما كسبت قبل الدين وبعده لان لها يدا معتبرة فى الكسب حتى لو نازعها أحد فيه كانت هى الخصم فيه فباعتبار اليد كانت هى أحق به من سيدها لقضاء دينها بخلاف الولد فانه انما استحق بالسراية وذلك قبل الانفصال لا بعده كولد المكاتبة وأم الولد والمدبرة وكولد الاضحية لانها حقوق مستقرة فى الرقبة حتى صار صاحبها ممنوعا عن التصرف قال رحمه الله (عبد زعم رجل أن سيده حرره فقتل وليه خطأ لا شئ له) معناه اذا كان العبد لرجل فزعم رجل أن مولاه أعتقه فقتل العبد خطأ ولى ذلك الرجل الذى زعم أن مولاه أعتقه فلا شئ له لانه لما زعم أن مولاه أعتقه فقد أقر أنه لا يستحق على المولى دفع العبد ولا الفداء بالارش وانما يستحق الدية عليهما أو على العاقلة لانه حر فيصدق فى حق نفسه فيسقط الدفع والفداء عن المولى ولا يصدق فى دعواه الدية عليهم الا بحجة وقال فى النهاية وضع المسئلة فيما اذا جنى العبد جناية ثم أقر المجنى عليه انه حر قبل الدفع اليه وجعل فى الكتاب الاقرار بالحرية قبل الجناية وهما لا يتفاوتان وأما اذا أقر المجنى عليه بعد الدفع اليه فهو حر لانه ملكه بالدفع وقد أقر له بحريته فيعتق عليه باقراره وصار نظير من اشترى عبدا ثم أقر بتحرير مولاه قبل البيع قال رحمه الله (قال معتق لرجل قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل بعد العتق فالقول للعبد) معناه اذا أعتق العبد ثم قال لرجل بعد العتق قتلت أخاك خطأ وأنا عبد وقال الرجل بل قتلته وأنت حر فالقول قول العبد لانه منكر للضمان لما أنه أسنده الى حالة معهودة منافية للضمان اذ الكلام فيما اذا كان رقه معروفا والوجوب فى جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فصار كما اذا قال البالغ العاقل طلقت امرأتى وأنا صبى أو بعت دارى وأنا صبى أو قال طلقت امرأتى وأنا مجنون وقد كان جنونه معروفا كان القول قوله لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال لها قطعت يدك وأنت أمتى وقالت بعد العتق فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها الا الجماع والغلة) معناه اذا أعتق رجل جارية ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتى فقالت هى بل قطعتها وأنا حرة فالقول قولها وكذا القول قولها فى كل ما أخذه منها الا الجماع والغلة استحسانا وهذا عندهما وقال محمد رحمه الله لا يضمن الا شيأ قائما بعينه يؤمر برده عليها لانه منكر وجوب الضمان لاسناد الفعل الى حالة معهودة منافية له كما فى المسئلة الاولى وكما فى الوطء والغلة وفى القائم أقر بيدها حيث اعترف بالاخذ منها ثم ادعى التملك عليها

(قوله بخلاف الولد) أى لانه ليس بعوض عنها ولا عن جزئها اهـ (قوله وقال فى النهاية وضع المسئلة) أى فى المبسوط اهـ من خط قارئ الهداية (قوله فالقول قول العبد) أى مع يمينه بالاجماع اهـ كى (قوله دفعا أو فداء) ولا يتصور وجوب الدية على العبد فى قتل الخطا فى حال رقه اهـ

وهى

وهى تنكر فالقول قول المنكر فلهـذا يؤمر بالرد اليها واهـما أنه أقر بسبب الضمان ثم ادّعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما اذا قال لغيره أذهبت ضوء عينك اليمنى وعينى اليمنى صحيحة ثم فقئت فقال المقر له لا بل أذهبتها وعينك اليمنى منفقوءة فان القول قول المقر له وهذا لانه لم يسنده الى حالة منافية للضمان لانه يضمن يدها اذا قطعها وهى مديونة بخلاف الوطء والغلة لان وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وان كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الاسناد الى حالة معهودة منافيـة للضمان فى حقهما وعلى هذا الخلاف لو قال رجل لرجل حربى أسلم أخذت مالك وأنت حربى فقال بل أخذته بعـد ما أسلمت قال رحمه الله (عبد محجور أمر صبيا حرا بقتل رجل فقتله فديته على عاقلة الصبى) لان الصبى هو المباشر للقتل وعمـده وخطؤه سواء فيجب على عاقلته ولا شئ على العبد الآمر وكذا الحكم اذا كان الآمر للصبى صبيا لانهما لا يؤاخذان بأقوالهما لان المؤاخذة فيها باعتبار الشرع ولم يعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبى على الصبى الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد العتق لان عدم الاعتبار كان لحق المولى لا لنقصان أهلية العبد وقد زال حق المولى بالاعتاق بخلاف الصبى لانه قاصر الاهلية وفى شرح الزيادات للامام العتابى لا ترجع العاقلة على العبد أيضا أبدا لان هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر ايجابه على المولى لمكان الحجر وهـذا أوفق للقواعد ألا ترى أن العبد اذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شئ لكونه أسنده الى حالة منافية للضمان على ما بينا قبيل هـذا ولهذا لو حفر العبد بئرا فأعتقـه مولاه ثم وقع فيها انسان فهلك لا يجب على العبد شئ وانما يجب على المولى قيمته لان جناية العبد لا توجب عليه شيأ وانما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف نفس فيقتسمونها بالحصص قال رحمه الله (وكذا ان أمر عبدا) معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور أيضا عبدا محجورا عليهما فيخاطب مولى القاتل بالدفع أو الفداء ولا رجوع له على الآمر فى الحال ويرجع بعد العتق بالاقل من الفداء وقيمة العبد لانه غير مضطر فى دفع الزيادة وعلى قياس ما ذكره الامام العتابى رحمه الله لا يجب عليه شئ لما بينا وهذا اذا كان القتل خطأ وكذا اذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لان عمده خطأ على ما بينا وأما اذا كان كبيرا يجب القصاص لانه من أهل العقوبة ولو أمر رجل حر صبيا حرا فالدية على عاقلة الصبى لانه المباشر ثم ترجع العاقلة على عاقلة الرجل لانه المسبب اذ لولا أمره لما قتل لضعف فيه ولا يقـال كيف تعقل عاقلة الرجـل ما لزم بسبب القول فينبغى أن يكون كالاقرار لانا نقول هذا قول لا يحتمل الكذب وهو تسبيب فتعقله بخلاف الاقرار بالقتل لانه يحتمل الكذب فلا تعقله العاقلة ولو كان المأمور عبـدا محجورا عليه كبيرا أو صغيرا يخير المولى بين الدفع والفداء وأيهما اختار يرجع بالاقل على الآمر فى ماله لان الآمر صار غاصبا للعبد بالامر كما اذا استخدمه وضمان الغصب فى ماله لا على العاقلة بخلاف الاول لان ذاك ضمان جناية لكون المأمور حرا لا يتصور فيـه الغصب فيكون على العاقلة وان كان المأمور حرا بالغا عاقلا فعلى عاقلته الدية ولا ترجع العاقلة على الآمر بحال لان أمره لم يصح ولا يأتمر هو أيضا بأمر مثله لا سيما فى الدم وان كان الآمر عبدا مأذونا له فى التجارة كبيرا كان أو صغيرا والمأمور عبدا محجورا عليه أو مأذونا له يخير مولى المأمور بين الدفع والفداء وأيهما فعل رجع على العبد المأذون له لان هذا ضمان غصب وانه من جنس ضمان التجارة لانه يؤدى الى تملك المضمون بأداء الضمان والمأذون له يؤاخذ بضمان التجارة بخلاف ما اذا كان المأمور حرا حيث لا ترجع عاقلة المأمور على الآمر فى الحال ولا بعـد الحرية لعـدم تحقق الغصب فى الحر ولو كان الآمر صبيا حرا مأذونا له فى التجارة فحكمه حكم العبد المأذون له حتى يرجع عليه فيما اذا كان المأمور عبدا لتحقق الغصب فيـه ويكون ذلك فى ماله دون العاقلة لانه ليس بضمان جناية وانما هو ضمان تجارة ولا يرجع عليـه اذا كان المأمور حرا لعدم تصوّر الغصب فيـه فصار الصبى الآمر فى حقه كالصبى المحجور عليه ولو كان الآمر مكاتبا صغيرا كان أو كبيرا

(قوله منافيـة للضمان فى حقهما) أى فى حق الغلة والوطء اهـ

والمأمور صبي حر تجب الدية على عاقلة الصبي وترجع العاقلة على المكاتب بالاقل من قيمته ومن الدية لان هذا حكم جناية المكاتب بخلاف القن فان حكم جنايته على المولى فيجب عليه ان أمكن والا سقط على ما بينا وان عجز المكاتب بعد ما قضى القاضي عليه بالقيمة تباع رقبته الا أن يفدي المولى بدينهم وهو القيمة والقياس أن يبطل حكم جنايته وهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه لانه بالعجز صار رقيقا وأمره لا يصح ولكنهما يقولان لما قضي عليه بالقيمة صار دينا عليه وتقرر فلا يسقط حتى لو عجز قبل القضاء عليه بالقيمة بطل حكم جنايته لان حكم جنايته انما يصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد وان عجز بعد ما أدى كل القيمة لا يبطل بالاجماع حتى لا يسترد المولى القيمة ولو أدى البعض ثم عجز سلم ما أداه لهم وبطل الباقي عنده وعندهما لا يبطل وان كان المأمور عبدا تخير مولاه بين الدفع والفداء ثم يرجع على المكاتب بقيمة المأمور الا اذا كانت قيمته أكثر من الدية فتنقص عشرة دراهم بقي اشكال وهو أن يقال ان هذا ضمان الغصب ففيه يضمن قيمته بالغة ما بلغت فكيف نقص عشرة دراهم كضمان الجناية فجوابه هذا ضمان الغصب لكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار السبب روعي التقدير لوجوبه بسبب الجناية فاعتبرتهما في حق التقدير وان عجز المكاتب فولي المأمور يطالب مولى المكاتب ببيعه لان ضمان الغصب لا يسقط بعجز المكاتب وان أعتق المولى المكاتب فولي المأمور بالخيار ان شاء رجع بجميع قيمة المأمور على المعتق لانه ضمان غصب فلا يبطل بالاعتاق وان شاء رجع على المولى بقدر قيمة المعتق وبالفضل على المعتق الى تمام قيمة المأمور وان كان المأمور مكاتبا يجب على المأمور ضمان قيمة نفسه ولا يرجع به على الآمر لانه تعذر هذا أن يجعل ضمان غصب لان المكاتب حر من وجه فلا يكون محلا للغصب صغيرا كان أو كبيرا كالحر وتعذر الرجوع بحكم الجناية أيضا لانه لا جناية من الآمر لكون المأمور كبيرا حكما سواء كان صغيرا أو كبيرا لان المكاتب الصغير ملحق بالكبير فصار كالحر البالغ العاقل اذا كان مأمورا قال رحمه الله (عبد قتل رجلين عمدا ولكل وليان فعفا أحد وليي كل منهما دفع سيده نصفه الى الآخرين أو فداه بالدية) أي للمولى الخيار ان شاء دفع نصف العبد الى اللذين لم يعفوا من وليي القتيلين وان شاء فداه بدية كاملة لانه لما عفا أحد وليي كل واحد منهما سقط القصاص في الكل وانقلب نصيب الساكتين مالا وهو دية كاملة لان كل واحد من القتيلين يجب له قصاص كامل على حدة فاذا سقط القصاصان وجب أن ينقلب كله مالا وذلك ديتان فيجب على المولى عشرون ألفا أو دفع العبد غير أن نصيب العافيين سقط مجانا فانقلب نصيب الساكتين مالا وذلك دية واحدة لكل واحد منهما نصف الدية أو دفع نصف العبد لهما فيخير المولى بينهما قال رحمه الله (وان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فدى بالدية لوليي الخطا وبنصفها لاحد وليي العمد أو دفعه اليهم أثلاثا) لان وليي الخطا حقهما في الدية عشرة آلاف درهم وحق وليي العمد في القصاص فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر مالا وهو نصف الدية خمسة آلاف درهم فاذا فدى فداه بخمسة عشر ألف درهم عشرة آلاف درهم لوليي الخطا وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وان دفعه دفعه اليهم أثلاثا ثلثيه لوليي الخطا وثلثه للساكت من وليي العمد بطريق العول لان حقهم في الدية كذلك فيضرب وليا الخطا بعشرة آلاف ويضرب غير العافي من وليي العمد بخمسة آلاف وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله يدفعه أرباعا بطريق المنازعة ثلاثة أرباعه لوليي الخطا وربعه لغير العافي من وليي العمد لان نصفه سلم لوليي الخطا بلا منازعة واستوت منازعتهم في النصف الآخر فينتصف فان قيل ينبغي أن يسلم للمولى ربع العبد في هذه المسئلة وهو نصيب العافي من وليي العمد ويدفع ثلاثة أرباعه اليهم يقسم بينهم على قدر حقوقهم كما سلم له النصف في المسئلة الاولى وهو نصيب العافيين قلنا لا يمكن ذلك هنا لان وليي الخطا استحقاه كله ولم يسقط من حقهما شيء وهذا لان حق كل واحد من الفريقين تعلق بكل الرقبة في المسئلتين غير أنه

(قوله وأمره لا يصح) أي أمر القن بالقتل لا يصح اه

(فصل) لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في أحكام الجناية عليه لان الفاعل يقدم على المفعول وجودا فوجب ترتيبه كذلك للمناسبة اهـ اتقاني (قوله في المتن قتل عبدا الخ) قال في الهداية ومن قتل عبدا خطأ فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة آلاف درهم أو أكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها على الدية خمسة آلاف الا عشرة قال الاتقاني هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا قول أبي حنيفة وزفر ومحمد رضي الله عنهم وذلك على العاقلة في ثلاث سنين كذا ذكر الكرخي في مختصره وعند أبي يوسف والشافعي تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تتحملها العاقلة كضمان الاموال كذا ذكر علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الطحاوي في مختصره روى محمد عن أبي يوسف أنه قال قيمته على عاقلته بالغا ما بلغ وروى أصحاب الاملاء عنه أنه قال قيمته على الجاني في ماله بالغة ما بلغت ولا تتحمل العاقلة منها شيأ الى هنا لفظ الطحاوي وأجمعوا في العبد المغصوب اذا هلك عند الغاصب تجب قيمته بالغة ما بلغت وقال الكرخي في مختصره روى أن العبد لا يبلغ به دية الحر عند عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبي وعطاء ورواه محمد عن سعيد بن المسيب وروى عن علي وابن عمر وابن عباس وغيرهم فيه القيمة بالغا ما بلغ الى هنا لفظ الكرخي والحاصل أن العبد مضمون بالقتل بالاتفاق لكنه مضمون عندنا من حيث انه آدمي وعند أبي يوسف من حيث انه مال اهـ (قوله ولهذا لو قتل العبد المبيع الخ) مسئلة ما اذا قتل العبد المبيع قبل القبض ذكرها الشارح بأتم من هذا قبيل

لما عفا أحد وليي كل قتيل سقط حق العافيين عن الرقبة في المسئلة الاولى وخلا نصيبهما منه عن حقهما وصار ذلك للمولى وهو النصف بخلاف ما نحن فيه فان حق ولي الخطأ ثابت في الكل على حاله فكانت الرقبة كلها مستحقة لهما او النصف لغير العافي من وليي العمد فلهذا افترقا فيقتسمون كله على قدر حقوقهم بطريق العول فيه أو المنازعة ولهذه المسئلة نظائر وأضداد ذكرناها في كتاب الدعوى من هذا الكتاب بأصولها التي نشأ منها الخلاف بتوفيق الله تعالى فلا نعيده قال رحمه الله (عبدهما قتل قريبهما فعفا أحدهما بطل الكل) معناه اذا كان عبد بين رجلين فقتل قريبا لهما كأبيهما أو أخيهما فعفا أحدهما بطل الجميع فلا يستحق غير العافي منهما شيأ من العبد غير نصيبه الذي كان له من قبل وكذا اذا كان العبد لقريب لهما أو لمعتقهما فقتل مولاه فورثاه بطل الكل وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر ان شاء وان شاء فداه بربع الدية لان حق القصاص ثبت لهما في العبد على الشيوع لان الملك لا ينافي استحقاق القصاص عليه للمولى فاذا عفا أحدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير أنه شائع في كل العبد فيكون نصفه في نصيبه ونصفه في نصيب صاحبه فما أصاب نصيبه سقط لان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما أصاب نصيب صاحبه ثبت وهو نصف النصف وهو الربع فيدفع نصف نصيبه أو يفديه بربع الدية ولابي حنيفة رحمه الله أن ما يجب من المال يكون حق المولى لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ منه وصاياه ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده مالا فلا يخلفه الورثة فيه ولان القصاص لما صار مالا صار بمعنى الخطأ وفيه لا يجب شئ فكذا ما هو في معناه والله سبحانه أعلم

(فصل) قال رحمه الله (قتل عبد خطأ تجب قيمته ونقص عشرة لو كانت عشرة آلاف أو أكثر وفي الامة عشرة من خمسة آلاف والمغصوب تجب قيمته بالغة ما بلغت) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي رحمهما الله تجب قيمته بالغة ما بلغت وفي الغصب تجب قيمته بالغة ما بلغت بالاجماع لهما ما روي عن عمر وعلي وابن عمر رضي الله عنهم أنهم أوجبوا في قتل العبد قيمته بالغة ما بلغت ولان الضمان بدل المالية ولهذا يجب للمولى وهو لا يملك الا من حيث المالية ولو كان بدل الدم لكان للعبد اذ هو في حق الدم مبقى على أصل الحرية فعلم أنه بدل المالية ولهذا لو قتل العبد المبيع قبل القبض يبقى عقد البيع وبقاؤه ببقاء المالية أصلا أو بدلا في حال قيامه أو هلاكه فصار كسائر الاموال وكقليل القيمة والغصب ولان ضمان المال بالمال أصل وضمان ما ليس بمال بالمال خلاف الاصل ومهما أمكن ايجاب الضمان على موافقة القياس لا يصار الى ايجابه بخلاف الاصل ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة الى أهله أوجبها مطلقا من غير فصل بين أن يكون حرا أو عبدا والدية اسم للواجب بمقابلة الآدمية وهو آدمي فيدخل تحت النص وهذا لان المذكور في الآية حكمان الدية والكفارة والعبد داخل فيهما في حق الكفارة بالاجماع لكونه آدميا فكذا في حق الدية لانه آدمي

 قوله ولابي المعتوه القود في باب ما يوجب القصاص (قوله ولابي حنيفة ومحمد رحمهما الله قوله تعالى ودية مسلمة) وجه الاستدلال أنه تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطأ دية والعبد مؤمن قتل خطأ فيجب فيه الدية والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمي لا بمقابلة المال وما يجب بمقابلة المال يسمى قيمة وضمانا وهو العرف فثبت بدلالة الآية أن العبد مضمون بمقابلة الآدمي ولا يزاد على تقدير الشرع في الدية وينقص عنها بأثر عبد الله بن مسعود لنقصان الرق فيه لئلا يلزم التسوية بين كامل الحال وناقص الحال والدليل على أن معنى الآدمية راجح فيه أن أكثر تكاليف الشرع متوجهة عليه بالاجماع من حيث الآدمية فاقتضى أن يكون مضمونا من

ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع ويكون مكلفا ولولا أنه آدمي لما وجب القصاص ولا كلف كسائر الاموال غاية الامر أن يقال فيه معنى المالية وذلك لا يمنع اعتبار الآدمية بدليل ما ذكرنا من الاحكام ولانه لما كان فيه معنى المالية والآدمية وجب اعتبار أعلاهما وهي الآدمية عند تعذر الجمع بينهما باهدار الادنى وهي المالية ولان الآدمية أسبق والرق عارض بواسطة الاستنكاف فكان اعتبار ما هو الاصل أولى ألا ترى أن القصاص يجب بقتله عمدا بهذا الاعتبار والمتلف في حالة العمد والخطا واحد فاذا اعتبر في احدى حالتي القتل آدميا وجب أن يعتبر في الحالة الاخرى كذلك اذ الشئ الواحد لا يتبدل جنسه باختلاف حالة اتلافه وهذا أولى من العكس لان في العكس اهدار آدميته والحاقه بالبهائم والجماد وما رويا من الاثر معارض بأثر ابن مسعود رضي الله عنه أو هو محمول على الغصب وضمان الغصب بمقابلة المالية لانه لا معارض لها اذ الغصب لا يرد الا على المال وبقاء العقد لا يعتمد المالية وانما يعتمد الفائدة ألا ترى أنه يبقى بعد قتله عمدا أيضا وان لم يكن القصاص مالا ولا بدلا عن المالية وفي قليل القيمة الواجب بمقابلة الآدمية الا أنه لا سمع فيه فقدرناه بقيمته رأيا بخلاف كثير القيمة لان فيه قول ابن مسعود رضي الله عنه لا يبلغ بقيمة العبد دية الحر وينقص منه عشرة دراهم والاثر في المقدرات كالخبر اذ لا يعرف الا سماعا ولان آدميته أنقص فيكون بدلها أقل كالمرأة والجنين ألا ترى أنه لما كان أنقص تنصفت النعم والعقوبات في حقه اظهارا لانحطاط رتبته فكذا في هذا وروى الحسن عن أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه أنه يجب في الامة خمسة آلاف درهم الا خمسة لان دية الانثى نصف دية الذكر فيكون الناقص عن دية الانثى نصف الناقص عن دية الذكر كما في الاطراف والاول أظهر لان أقل مال له خطر في الشرع عشرة كنصاب السرقة والمهر وما دونه لا يعتبر بخلاف الاطراف لانه بعض الدية فينقص من كل جزء بحسابه ولو نقص من كل جزء عشرة لما وجب أصلا قال رحمه الله (وما قدر من دية الحر قدر من قيمته ففي يده نصف قيمته) لان القيمة في العبد كالدية في الحر اذ هو بدل الدم على ما بيناه فيكون في يده نصف قيمته لا يزاد على خمسة آلاف الا خمسة لان اليد من الآدمي نصفه فيعتبر بكله وينقص هذا المقدار اظهارا لدنو رتبته وقيل يضمن في الاطراف بحسابه بالغة ما بلغت ولا ينقص منه شئ لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وهذا يؤدي الى أمر شنيع وهو أن ما يجب في الاطراف أكثر مما يجب في النفوس بأن كانت قيمته مثلا مائة ألف فانه بقطع يده يجب خمسون ألفا وبقتله عشرة آلاف الا عشرة وفي لحيته روايتان في رواية الاصل يجب حكومة عدل وهو الصحيح لان المقصود من العبد الخدمة لا الجمال وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمه الله تعالى أنه يجب كمال القيمة لان الجمال في حقه مقصود أيضا قال رحمه الله (قطع يد عبد فحرره سيده فمات منه وله ورثة غيره لا يقتص والا اقتص منه) وانما لا يقتص في الاول لاشتباه من له الحق لان القصاص يجب عند الموت مستندا الى وقت الجرح فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار الحالة الثانية يكون للورثة فيتحقق الاشتباه فيتعذر فلا يجب على وجه يستوفى اذ الكلام فيما اذا كان للعبد ورثة أخر سوى المولى واجتماعهما لا يزيل الاشتباه لان الملك يثبت لكل واحد منهما في احدى الحالتين ولا يثبت على الدوام فيهما فلا يكون الاجتماع مفيدا ولا يقال يأذن كل واحد منهما لصاحبه لان الاذن انما يصح اذا كان الآذن يملك ذلك بخلاف

حيث انه آدمي ولهذا وجب القصاص بقتله (قوله ولهذا يجب القصاص بقتله بالاجماع) يمشي مطلقا على قول أبي يوسف وفيما اذا كان القاتل عبدا على قول الشافعي رحمهما الله اهـ (قوله وما رويا من الاثر معارض بأثر ابن مسعود) وأثر ابن مسعود سيأتي بعد أسطر اهـ (قوله والاول أظهر) قال الاتقاني وهذا ظاهر الرواية لان هذا دية الحر فتنقص منها عشرة كما تنقص من دية الرجل وليس كذلك اذا قطع يد العبد أنه لا يجاوز خمسة آلاف الا خمسة لان ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة فقدر بنصفها وما يجب في الانثى ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك قدر النقص فيها بعشرة وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة في قتل الامة خطأ اذا زادت قيمتها على دية الحرة خمسة آلاف درهم الا خمسة قال الفقيه أبو الليث السمرقندي في كتاب العيون رواية الحسن ابن زياد هو القياس اهـ وكتب ما نصه وهو ما تقدم في المتن أنه خمسة آلاف الا عشرة اهـ (قوله لما وجب أصلا) أي في جراحة يساوي ارشها عشرة فادونها اهـ (قوله اظهارا لدنو رتبته) هكذا هو في عامة الكتب كالهداية والخلاصة ومجمع البحرين وشرحيه والاختيار وفتاوى الولوالجي والملتقى وفي المجتبى عن المحيط نقصان الخمسة هنا باتفاق الروايات بخلاف فصل الامة اهـ وذكر في النهاية عند قول صاحب الهداية لا تزاد على خمسة آلاف الا خمسة هذا الذي ذكره خلاف ظاهر الرواية ففي المبسوط يجب نصف قيمته بالغة ما بلغت في الصحيح من الجواب الا في رواية عن محمد أنه يجب في قطع يده خمسة آلاف الا خمسة ووجه الظاهر أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال ولهذا لا يجب القصاص بحال ولا تتحملها العاقلة الا أن محمدا قال في بعض الروايات القول بهذا يؤدي الى أن يجب بقطع طرف العبد فوق ما يجب بقتله كما لو قطع يد عبد يساوي ثلاثين ألفا يضمن خمسة عشر ألفا وكذا ذكر في الكفاية وحكاه الاكمل عن النهاية وعليه مشى عز الدين يوسف الرازي في شرح الكنز اهـ

العبد

العبد الموصى برقبته لرجل وبخدمته لآخر لان ملك كل واحد منهما دائم فصارا بمنزلة الشريكين فيه فلا ينفرد أحدهما فيه دون الآخر لما فيه من ابطال حق الآخر فيقتل باجتماعهما للرضا ببطلان حقه وأما في الثاني وهو ما اذا لم يكن له ورثة غير المولى فالمذكور قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يجب القصاص فيه أيضا لان سبب الولاية قد اختلف لانه الملك على اعتبار حالة الجرح والوراثة بالولاء على اعتبار حالة الموت فنزل اختلاف السبب منزلة اختلاف المستحق فيما لا يثبت مع الشبهة أو فيما يحتاط فيه فصار كما اذا قال لآخر بعتني هذه الجارية وقال لا بل زوجتها منك لا يحل له وطؤها لما قلنا بخلاف ما اذا أقر لرجل بألف درهم من القرض وقال المقر له من ثمن مبيع فانه يقضى له عليه بالالف وان اختلف السبب لان الاموال تثبت بالشبهة فلا يبالي باختلاف السبب عند اتحاد الحكم ولان الاعتاق قاطع للسراية وبانقطاعها يبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا قطع فيمتنع القصاص ولهما أنا تيقنا بثبوت الولاية للمولى فيستوفيه وهذا لان المقضى له معلوم والحكم متحد فأمكن الايجاب والاستيفاء لاتحاد المستوفي والمستوفى ولا معتبر باختلاف السبب بعد ذلك كمسئلة الاقراض بخلاف الفصل الاول لان المقضى له مجهول وبخلاف مسئلة الجارية لان الحكم مختلف اذ ملك اليمين يغاير ملك النكاح في الحكم لان النكاح يثبت الحل مقصودا وملك اليمين لا يثبته مقصودا وقد لا يثبت الحل أصلا ولان ما ادعى كل واحد منهما من السبب للحل انتفى بانكار الآخر فبقي بلا سبب فلا يثبت الحل بدونه اذ لا يجرى فيه البدل بخلاف ما نحن فيه لان السبب موجود بيقين ولا منكر له فلم يوجد ما يبطله ولا ما يحتمل الابطال فأمكن استيفاؤه والاعتاق لا يقطع السراية لذاته بل لاشتباه من له الحق وذلك اذا كان له وارث آخر غير المولى على ما بينا أو في الطرف أو في القتل خطأ لان العبد لا يصلح مالكا للمال فعلى اعتبار حالة الجرح يكون الحق للمولى وعلى اعتبار حالة الموت أو زيادة الجرح في الحالة الثانية يكون للعبد لحريته حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه فحصل الاشتباه فيمن له الحق فيسقط ما حدث بعد الحرية من ذلك الجرح وأما القتل عمدا فموجبه القصاص فلا اشتباه فيه اذا لم يكن له وارث سوى المولى لانه على اعتبار أن يكون الحق للعبد فالمولى هو الذي يتولاه فلا اشتباه فيمن له الحق فحاصله أنهم أجمعوا في الخطا وفي العمد فيما اذا كان له وارث آخر أن الاعتاق يقطع السراية فلا يجب الا أرش القطع وما ينقص بذلك الى الاعتاق وتسقط الدية والقصاص وكذا في القطع اذا لم يمت منه لا يجب عليه سوى ارش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا يجب عليه ما حدث من النقصان بعد الاعتاق بالاجماع فعلم بذلك أن كل موضع لا يجب فيه القصاص يجب فيه أرش القطع وما نقصه الى الاعتاق ولا تجب عليه الدية ولا ما نقص منه بعد الاعتاق قال رحمه الله (قال أحدكما حر فشجا فبين في أحدهما فأرشهما للسيد) يعني اذا قال لعبديه أحدكما حر ثم شجا فبين العتق في أحدهما بعد ذلك الشج فأرشهما للمولى لان العتق غير نازل في المعين والشجة تصادف المعين فبقيا مملوكين في حق الشجة ولو قتلهما رجل واحد في وقت واحد معا تجب دية حر وقيمة عبد والفرق أن البيان انشاء من وجه واظهار من وجه على ما عرف وبعد الشجة بقي محلا للبيان فاعتبر انشاء في حق المحل وبعد الموت لم يبق محلا للبيان فاعتبر اظهارا محضا فاذا قتلهما رجل واحد معا وأحدهما حر يجب عليه دية حر وقيمة عبد فيكون الكل نصفين بين المولى والورثة لعدم الاولوية وان اختلفت قيمتهما يجب نصف قيمة كل واحد منهما ودية حر فيقسم مثل الاول بخلاف ما اذا قتلهما على التعاقب حيث يجب عليه القيمة للاول لمولاه والدية للثاني لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وبخلاف ما اذا قتل كل واحد منهما رجل معا حيث تجب قيمة المملوكين لانا لم نتيقن بقتل كل واحد منهما حرا وكل منهما ينكر ذلك ولان القياس يأبى ثبوت العتق في المجهول لانه لا يفيد فائدته وانما صححناه ضرورة صحة التصرف وأثبتنا له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم فيتقدر بقدر الضرورة

(قوله وقد لا يثبت الحل أصلا) أي كما اذا ملك أخته من الرضاع اهـ

وهي النفس دون الاطراف والدية فبقي مملوكا في حقهما فتجب القيمة فيما فتكون نصفين بين المولى والورثة فيأخذ هو نصف قيمة كل واحد منهما ويترك النصف لورثته لان موجب العتق ثابت في أحدهما في حق المولى فلا يستحق بدله فيوزع ذلك عليهما نصفين وان قتلاهما على التعاقب فعلى القاتل الاول قيمته للمولى لتعينه للرق وعلى القاتل الثاني ديته لورثته لتعينه للعتق بعد موت الاول وان كان لا يدري أيهما قتل أولا فعلى كل واحد منهما قيمته وللمولى من كل واحد منهما نصف القيمة كالاول لعدم أولوية أحدهما بالتقدم والله سبحانه وتعالى أعلم قال رحمه الله (فقأ عيني عبد دفع سيده عبده وأخذ قيمته أو أمسكه ولا يأخذ النقصان) أي اذا فقأ رجل عيني عبد فالمولى بالخيار ان شاء دفع العبد المفقوء الى الفاقئ وأخذ قيمته كاملا وان شاء أمسكه ولا شيء له وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا ان شاء أمسك العبد وأخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد وأخذ قيمته وقال الشافعي رحمه الله يضمنه كل القيمة ويمسك الجثة لانه يجعل الضمان مقابلا بالفائت فبقي الباقي حينئذ على ملكه كما اذا قطع احدى يديه وفقأ احدى عينيه ونحن نقول المالية قائمة في الذات وهي معتبرة في حق الاطراف لان اعتبار المالية في الذات دون الاطراف ساقط بل المالية تعتبر في الاطراف أيضا بل اعتبار المالية في الاطراف أولى لانها يسلك بها مسلك الاموال فاذا كانت المالية معتبرة وقد وجد أيضا اتلاف النفس من وجه بتفويت جنس المنفعة وهذا الضمان مقدر بقيمة الكل فوجب أن يتملك الجثة دفعا للضرر عنه ورعاية للمماثلة بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ليس فيه معنى المالية وبخلاف عيني المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك وفي قطع إحدى اليدين وفقء احدى العينين لم يوجد تفويت جنس المنفعة فاذا ثبت هذا جئنا الى تعليل مذهب الفريقين لهما أن العبد في حكم الجناية على أطرافه بمنزلة المال حتى لا يجب القود فيها ولا تتحملها العاقلة وتجب قيمته بالغة ما بلغت فكان معتبرا بالمال فاذا كان معتبرا به وجب تخيير المولى على الوجه الذي قلناه كما في سائر الاموال فان خرق ثوب الغير خرقا فاحشا يوجب تخيير المالك ان شاء دفع الثوب وضمنه قيمته وان شاء أمسكه وضمنه النقصان وله أن المالية وان كانت معتبرة في الذات فالآدمية أيضا غير مهدرة فيه وفي الاطراف ألا ترى أن عبدا لو قطع يد عبد آخر يؤمر مولاه بالدفع أو الفداء وهذا من أحكام الآدمية لان موجب الجناية على المال أن تباع رقبته فيها ثم من أحكام الآدمية أن لا ينقسم الضمان على الجزء الفائت والقائم بل يكون بازاء الفائت لا غير ولا يتملك الجثة ومن أحكام المالية أن ينقسم على الجزء الفائت والقائم ويتملك الجثة فوفرنا على الشبهين حظهما فقلنا بأنه لا ينقسم اعتبارا للآدمية ويتملك الجثة اعتبارا للمالية وهذا أولى مما قالاه لان فيما قالاه اعتبار جانب المالية فقط وهو أدنى وإهدار جانب الآدمية وهو أعلى ومما قاله الشافعي رحمه الله أيضا لان فيه اعتبار الآدمية فقط والشيء اذا أشبه شيئين يوفر حظهما عليه قال رحمه الله (جنى مدبر أو أم ولد ضمن السيد الاقل من القيمة ومن الارش) لما روى عن أبي عبيدة بن الجراح رضي الله عنه أنه قضى بجناية المدبر على المولى بحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وكان يومئذ أميرا بالشام فكان اجماعا ولان المولى صار مانعا بالتدبير تسليمه في الجناية وكذا بالاستيلاد من غير أن يصير مختارا للفداء لعدم علمه بما يحدث فصار كما اذا فعل ذلك بعد الجناية وهو لا يعلم وانما يجب الاقل من القيمة ومن الارش لانه لا حق لولي الجناية في أكثر من الارش ولا منع من المولى في أكثر من العين وقيمتها تقوم مقامها ولا تخيير بين الاكثر والاقل لانه لا يفيده في جنس واحد لاختياره الاقل بخلاف ما اذا كان الجاني قنا حيث يخير المولى بين الدفع والفداء ولا يجب الاقل لان فيه فائدة لاختلاف الجنس لان من الناس من يختار دفع العين ومنهم من يختار دفع النقد على ما هو الايسر عنده أو يبقى ما يختاره على ملكه ويخرج الآخر عن ملكه ثم الاصل فيه أن جنايات المدبر لا توجب الا قيمة واحدة وان كثرت لانه لا منع منه الا رقبة

واحدة ولان دفع القيمة فيه كدفع العين في القن ودفع العين لا يتكرر فكذا ما قام مقامها ويتضاربون بالحصص في القيمة وتعتبر قيمته في حق كل واحد منهم في حالة الجناية عليه لانه يستحقه في ذلك الوقت حتى اذا قتل رجلا وقيمته ألف ثم قتل آخر وقيمته ألفان ثم قتل آخر وقيمته خمسمائة يجب على المولى ألفا درهم لانه جنى على الاوسط وقيمته ألفان فيكون لولى الاوسط ألف منها لا يشاركه فيه أحد لان ولى الاول لا حق له فيما زاد على الالف وانما حقه في قيمته يوم جنى على وليه وهو ألف درهم وكذا الثالث لا حق له فيما زاد على خمسمائة لما ذكرنا ثم يعطى خمسمائة فيقسم بين الاول والاوسط يضرب الاول بجميع حقه وهو عشرة آلاف درهم ويضرب الاوسط بما بقى من حقه وهو تسعة آلاف لوصول الالف اليه فبقى من قيمته خمسمائة تقسم بين الثلاثة لاستوائهم فيها فيضرب الثالث بعشرة آلاف ويضرب الاول بعشرة الا ما أخذ في تلك المرة ويضرب الاوسط بعشرة آلاف الا ما أخذ في المرتين قال رحمه الله (فان دفع القيمة بقضاء فجنى أخرى يشارك الثاني الاول) أى اذا دفع المولى القيمة لولى الجناية الاولى بقضاء القاضي ثم جنى جناية أخرى بعد ذلك فلا شئ على المولى لان جناياته كلها لا توجب الا قيمة واحدة ولا تعدى من المولى بدفعها الى ولى الجناية الاولى لانه مجبور عليه بالقضاء فيتبع ولى الجناية الثانية ولى الاولى فيشاركه فيها ويقتسمانها على قدر حقهما على ما ذكرنا قال رحمه الله (ولو بغير قضاء اتبع السيد أو ولى الجناية) أى لو دفع المولى القيمة الى ولى الجناية الاولى كان ولى الجناية الثانية بالخيار ان شاء اتبع المولى بحصته من القيمة وان شاء اتبع ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا لا شئ على المولى لانه فعل عين ما يفعله القاضي ولا تعدى منه بتسليمه الى الاول لانه حين دفع دفع الحق الى مستحقه ولم تكن الجناية الثانية موجودة ولا علم له بما يحدث حتى يجعل متعديا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن جنايات المدبر توجب قيمة واحدة فهم شركاء فيها والجناية المتأخرة كالمقارنة حكما ولهذا يشتركون فيها كلهم ثم اذا دفعها الى الاول باختياره صار متعديا في حق الثاني لان حصته وجبت عليه وليس له ولاية عليه حتى ينفذ هذا الدفع في حقه بخلاف القاضي لان له ولاية عليه فينفذ فاذا لم ينفذ دفع المولى في حق الثاني فالثاني بالخيار ان شاء اتبع الاول لانه قبض حقه ظلما فصار به ضامنا فيأخذه منه وان شاء اتبع المولى لانه دفع حقه بغير اذنه فاذا أخذ منه رجع المولى على الاول بما ضمن للثاني وهو حصته لانه قبضه بغير حق فيسترده منه وهذا لان المولى لا يجب عليه الا قيمة واحدة فلو لم يكن له حق الرجوع لكان الواجب عليه أكثر من القيمة ولان الثانية مقارنة من وجه حتى يشاركه ومتأخرة من وجه في حق اعتبار القيمة فتعتبر مقارنة في حق التضمين أيضا كى لا يبطل حق ولى الثانية واذا أعتق المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة لما ذكرنا وسواء أعتقه بعد العلم بالجناية أو قبله لان حق المولى لم يتعلق بالعبد فلم يكن مفوتا بالاعتاق وأم الولد كالمدبر في جميع ما ذكرنا من الاحكام لامتناع الدفع كالمدبر واذا أقر المدبر أو أم الولد بجناية توجب المال لم يجز اقراره ولا يلزمه شئ لان موجب جنايته على المولى لا على نفسه واقراره على المولى غير نافذ بخلاف ما اذا كانت الجناية موجبة للقود بأن أقر بالقتل عمدا حيث يصح اقراره فيقتل به لانه اقرار على نفسه فينفذ عليه لعدم التهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية في ذلك﴾

قال رحمه الله (قطع يد عبده فغصبه رجل ومات منه ضمن قيمته أقطع وان قطع يده في يد الغاصب فمات منه برئ) لان الغصب يوجب ضمان ما غصب ويبرأ الغاصب عن الضمان باسترداد المغصوب وفى المسئلة الاولى لما قطعه المولى في يده نقصت قيمته بالقطع فيجب على الغاصب قيمته أقطع وفى الثانية حين قطع المولى العبد في يد الغاصب صار مستردا له لاستيلائه عليه وبرئ الغاصب من ضمانه لوصول

﴿باب غصب العبد والمدبر والصبى والجناية في ذلك﴾ ترجمه في الهداية بباب غصب العبد والمدبر والجناية في ذلك ولم يذكر في الترجمة الصبى وقوله في ذلك قال الاتقاني أى في العبد والمدبر لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل المركب ثم جر كلامه الى بيان غصب الصبى اهـ

(قوله لانه سبب الملك) قال الاتقانى لان الغصب من أسباب الملك عندنا لان المضمونات تملك عند أداء الضمان مستندا الى أول الغصب فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسراية قاطعا للسراية كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كأنه غصب عبدا أقطع اليد فمات عنده وأورد أبو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مات من جراحة المولى فلم لا يجعل كأنه قتله فلا يجب شئ عليه قيل له الغصب صار فاصلا بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار فى حق الغاصب كأن العبد مات بآفة سماوية اهـ (قوله فيصير كأنه مات بآفة سماوية) ألا ترى أن رجلا لو قطع يد عبده ثم باعه فمات فى يد المشترى مات من مال المشترى لان قبض المشترى صار فاصلا بين القطع والهلاك فكذا هذا اهـ غاية (قوله فى المتن غصب محجور مثله فمات فى يده ضمن) وهذا اذا كان الغصب ظاهرا فيضمن فى الحال يباع فيه لان أفعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره لا يجب الا بالعتق كذا قال الفقيه أبو الليث وذلك لان الرق يوجب الحجر فى الاقوال دون الافعال وان أقر العبد المحجور بحد أو قصاص لزمه فى الحال لانه مبقى فى ذلك على أصل الحرية وقد مر ذلك فى كتاب الحجر اهـ غاية (قوله فى المتن مدبر جنى عند غاصبه الخ) قال الاتقانى صورتها فى الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبى حنيفة رضى الله عنه فى مدبر لرجل غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم رده الى المولى فجنى عنده جناية أخرى قال على المولى قيمته نصفان بين وليى الجنايتين ثم يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فيأخذه فيدفعه الى ولى الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فيأخذه منه أيضا وقال محمد يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى أحد واذا كان جنى عند المولى أولا ثم غصبه رجل فجنى عنده جناية قال على المولى قيمته نصفين بين وليى الجنايتين ثم يرجع بنصف القيمة فيدفعها الى ولى الجناية الاولى ولا يرجع به فى قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد فى أصل الجامع الصغير وينبغى أن يكون وجوب القيمة على المولى اذا كانت القيمة أقل من الارش لان حكم جناية المدبر أن يلزم الاقل منهما على المولى (١) فنقول بعد ذلك انما وجب على المولى قيمة المدبر بين وليى الجنايتين (قوله من غير أن يصير مختارا للفداء) فيصير مرتبطا لاحق أولياء الجناية فيه ولم يمنع الا رقبة واحدة فلا يزاد على قيمتها اهـ هداية (قوله فاذا وجد) أى ولى الجناية الاولى اهـ (قوله ليتم حقه) لانه تقدم على الولى اهـ

ملكه الى يده قال صاحب الهداية فى الفرق بين المسئلتين ان الغصب قاطع للسراية لانه سبب الملك كالبيع فيصير كأنه هلك بآفة سماوية فتجب قيمته أقطع ولم يوجد القاطع فى الفصل الثانى فكانت السراية مضافة الى البداية فصار المولى متلفا فيصير مستردا وهذا مشكل لان السراية انما تنقطع باعتبار تبدل الملك لاختلاف المستحقين والغصب ليس بسبب للملك وضعا والغاصب لا يملكه الا بأداء الضمان ضرورة كى لا يجتمع البدلان فى ملك واحد وذلك بعد ملك المولى البدل ولم يوجد تحقيقه أن معنى قولهم يقطع السراية أن ما حصل من التلف بالسراية يكون هدرا الا أن ينسب ذلك الى غير الجانى قال رحمه الله (غصب محجور مثله فمات فى يده ضمن) أى اذا غصب العبد المحجور عليه عبدا محجورا عليه فمات المغصوب فى يد الغاصب ضمن الغاصب لان المحجور عليه مؤاخذ بأفعاله وهذا من أفعاله فيضمن قال رحمه الله (مدبر جنى عند غاصبه ثم عند سيده ضمن قيمته لهما) أى اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على مولاه فجنى عنده جناية أخرى ضمن المولى قيمته لوليى الجنايتين فيكون بينهما نصفين لان موجب جناية المدبر وان كثرت قيمة واحدة فيجب ذلك على المولى لانه هو الذى أعجز نفسه عن الدفع بالتدبير السابق من غير أن يصير مختارا الفداء كما فى القن اذا أعتقه بعد الجنايات من غير أن يعلمها وانما كانت القيمة بينهما نصفين لاستوائهما فى السبب قال رحمه الله (ورجع بنصف قيمته على الغاصب) أى رجع المولى بنصف ما ضمن من قيمة المدبر على الغاصب لانه ضمن القيمة بالجنايتين نصفها بسبب كان عند الغاصب والنصف الآخر بسبب وجد عنده فيرجع عليه بسبب لحقه من جهة الغاصب فصار كأنه لم يرد نصف العبد لان ردا المستحق بسبب وجد عند الغاصب كلا رد قال رحمه الله (ودفعه الى الاول) أى دفع المولى نصف القيمة التى أخذها من الغاصب الى ولى الجناية الاولى وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله لا يدفعها اليه لان الذى يرجع به المولى على الغاصب عوض ما سلم لولى الجناية الاولى لانه انما رجع على الغاصب بسبب ذلك فلا يدفع اليه كى لا يؤدى الى اجتماع البدل والمبدل فى ملك رجل واحد وكى لا يتكرر الاستحقاق ولهما أن حق الاول فى جميع القيمة لانه حين جنى عليه لا يزاحمه أحد فيستحق كله وانما انتقص باعتبار مزاحمة الثانى فاذا وجد شيأ من بدل العبد فى يد المالك فارغا عن الحق أخذه ليتم حقه وقوله عوض ما سلم لولى الجناية الاولى قلنا هو كذلك لكن ذلك فى حق المولى والغاصب لان ما أخذه المولى من الغاصب عوض المدفوع الى ولى الجناية الاولى وأما فى حق المجنى عليه فهو عوض ما لم يسلم له ومثله جائز كالذمى اذا باع خمرا وقضى بثمنها دين مسلم يجوز له أخذه لان تلك الدراهم ثمن الخمر فى حق الذمى وبدل الدين فى حق المسلم قال رحمه الله (ثم رجع به على الغاصب) أى رجع المولى بذلك الذى دفعه الى ولى الجناية الاولى ثانيا على الغاصب عندهما لانه استحق

(١) قوله فنقول بعد ذلك الخ هكذا فى أصل الحاشية ولعل فى العبارة نقصا فليحرر اهـ مصححه

من يده بسبب كان في يد الغاصب فيرجع عليه بذلك فصار كأنه لم يرد ولم يضمن له شيأ اذا لم يبق شئ من العبد أو من بدله في يده قال رحمه الله (و بعكسه لا يرجع به ثانيا) أى بعكس ما ذكر لا يرجع المولى على الغاصب بالقيمة ثانيا وصورته أن المدبر جنى عند مولاه أولا فغصبه رجل فجنى عنده جناية أخرى ثم رده على المولى ضمن قيمته لولى الجنايتين فيكون بينهما نصفين ثم يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة لانه استحق عليه بسبب كان في يد الغاصب فيدفعه الى ولى الجناية الاولى بالاجماع أما عندهما فظاهر لما بينا وأما عند محمد رحمه الله فانما امتنع الدفع الى ولى الجناية الاولى في المسئلة الاولى كى لا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد على ما بينا وهنا لا يلزم ذلك لان ما أخذه من الغاصب عوض ما دفع الى ولى الجناية الثانية فاذا دفعه الى ولى الاولى لا يجتمع البدلان في ملك واحد وفي الاولى يجتمع لانه عوض ما أخذه هو بنفسه ثم اذا دفعه الى ولى الاولى لا يرجع به على الغاصب بالاجماع وهو المراد بقوله و بعكسه لا يرجع به ثانيا أما عند محمد فظاهر لانه لم يرجع في المسئلة الاولى عنده ثانيا لان المولى لما لم يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى سلم له ما أخذه من الغاصب فلم يتصور الرجوع عليه وهنا لم يسلم له بالاجماع ومع هذا لا يرجع على الغاصب بالاجماع بما دفع ثانيا لان الذى دفعه المولى الى ولى الجناية الاولى ثانيا هنا بسبب جناية وجدت عنده فلا يرجع به على أحد بخلاف المسئلة الاولى عندهما لان دفع المولى ثانيا الى ولى الجناية الاولى فيها بسبب جناية وجدت عند الغاصب فيرجع عليه به لما ذكرنا قال رحمه الله (والقن كالمدبر غير أن المولى يدفع العبد هنا وثمة القيمة) أى العبد القن فيما ذكرنا كالمدبر ولا فرق بينهما الا أن المولى يدفع القن وفي المدبر القيمة حتى اذا غصب رجل عبدا قنا فجنى في يده ثم رده على المولى فجنى عنده جناية أخرى فان المولى يدفعه الى ولى الجنايتين ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمته فيدفعه الى الاول ثم يرجع به على الغاصب عندهما وعند محمد رحمه الله لا يدفع ما أخذه من الغاصب الى ولى الاولى بل يسلم له فلا يتصور الرجوع على الغاصب ثانيا عنده على ما ذكرنا في المدبر وان جنى عند المولى أولا ثم غصبه فجنى في يده ثم رده الى المولى دفعه الى ولى الجنايتين نصفين ثم يرجع بنصف قيمته على الغاصب فيدفعه الى ولى الاولى ولا يرجع به ثانيا على الغاصب لما ذكرنا قال رحمه الله (مدبر جنى عند غاصبه فرده فغصبه فجنى عنده على سيده قيمته لهما) معناه اذا غصب رجل مدبرا فجنى عنده جناية فرده على المولى ثم غصبه ثانيا فجنى عنده جناية أخرى فعلى المولى قيمته بين ولى الجنايتين نصفين لانه منعه بالتدبير فوجب عليه قيمته على ما بيناه قال رحمه الله (ورجع بقيمته على الغاصب) لان الجنايتين كانتا في يد الغاصب فاستحق كله بسبب كان في يده فيرجع عليه بالكل بخلاف المسائل المتقدمة فانه هنالك استحق النصف بسبب كان عنده والنصف بسبب كان في يد المالك فيرجع بالنصف لذلك قال رحمه الله (ودفع نصفها الى الاول) أى دفع المولى نصف القيمة المأخوذة من الغاصب ثانيا الى ولى الجناية الاولى لانه استحق كل القيمة لعدم المزاحم عند وجود جنايته وانما انتقص حقه بحكم المزاحمة من بعد قال رحمه الله (ورجع بذلك النصف على الغاصب) أى رجع المولى بالنصف الذى دفعه ثانيا الى ولى الجناية الاولى على الغاصب لان استحقاق هذا النصف ثانيا بسبب كان في يد الغاصب فيرجع به عليه ويسلم له ذلك ولا يدفعه الى ولى الجناية الاولى لانه استوفى حقه ولا الى ولى الثانية لانه لا حق له الا في النصف لسبق حق الاول عليه وقد وصل ذلك اليه وهذا لان الثانى لم يستحق الا النصف لوجود المزاحم وقت وجود جنايته والمزاحمة موجودة فيبقى على ما كان بخلاف ولى الاولى لانه استحق الكل وقت الجناية عليه وانما رجع حقه الى النصف للمزاحمة فاذا وجد شيأ من بدل العبد أخذه حتى يستوفى حقه ثم قيل هذه المسئلة على الخلاف كالاولى وقيل على الاتفاق والفرق لمحمد رحمه الله أن الذى يرجع به ولى الجناية الاولى عوض ما سلم له في المسئلة الاولى لان الثانية كانت في يد المالك فلو دفع اليه ثانيا يتكرر الاستحقاق أما في هذه المسئلة فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية لانها كانت في يد الغاصب فلا يؤدى الى ما ذكرنا قال رحمه الله (غصب صبيا حرا فمات في يده بغتة أو بحمى

(قوله ثانيا) متعلق بدفع لا بالمأخوذة اه (قوله كالاولى) يعنى قال بعض المشايخ يتحقق في هذه المسئلة خلاف محمد أيضا كما في المسئلة الاولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولى الجناية الاولى باقى حقه اه غاية (قوله وقيل على الاتفاق) وهذا هو الصحيح لان محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا قرر هذه المسئلة بلا خلاف فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير اه غاية (قوله والفرق لمحمد رحمه الله أن الذى يرجع به) أى لو قيل بالرجوع اه (قوله فيمكن أن يجعل عوضا عن الجناية الثانية) أى عما أخذه ولى الجناية الثانية هذا الذى يظهر اه من خط قارئ الهداية (قوله في المتن غصب صبيا الخ) قال الاتقانى وأراد بغصب الصبى أخذه بسبيل التعدى لان حقيقة الغصب وهو أخذ مال الغير بسبيل التعدى لا يكون الا في المال لا في غيره اه

(قوله لان الغصب في الحر لا يتحقق) فلا يضمن قياسا على ما لو مات فجأة أو مات بحمى اهـ غاية (قوله وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ) أي لانه أخذه بلا اذن الولي اهـ غاية (قوله حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض) قالوا ينبغي أن يضمن اهـ غاية (قوله وعلى هذا لو أودع العبد الخ) قال الاسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة ومن أودع عند صبي مالا فهلك عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان الصبي مأذونا له في التجارة ضمن عندهم جميعا وان كان محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير اذن وليه لا ضمان عليه عند أبي حنيفة ومحمد لا للحال ولا بعد الادراك وعند أبي يوسف يضمن في الحال وأجمعوا أنه لو استهلك مال الغير من غير أن يكون وديعة عنده ضمن للحال ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي كانت ديته على عاقلته بالاجماع ولو جنى عليه فيما دون النفس كان أرشه في مال الصبي بالاجماع ولو أودع عند عبد وديعة فهلك عنده فلا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه ان كان مأذونا له في التجارة أو محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن مولاه لا يضمن في الحال ولكن يضمن بعد العتق ان كان بالغا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يضمن في الحال وأجمعوا أنه لو استهلك من غير ايداع ضمن وأجمعوا ان كانت الوديعة عبدا لجنى عليه في النفس أو فيما دون النفس يؤاخذ به ويطالب مولاه بالدفع أو الفداء اهـ (قوله وعلى هذا الخلاف الاقراض الخ) قال الاتقاني والاختلاف في الايداع والاعارة والقرض والبيع وكل وجه من وجوه التسليم اليه واحد كذا قال فخر الاسلام اهـ (قوله ثم محمد في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي الخ) وصورة ما قاله في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في رجل أقام قد أودع صبيا قد عقل طعاما فأكله قال لا ضمان عليه وان أودع غلاما فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ أصل الجامع اهـ قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ودلت المسئلة على أن الاختلاف في الصبي الذي يعقل فأما الذي لا يعقل فيجب أن يضمن بالاجماع لان تسليطه هدر وفعله معتبر اهـ اتقاني (قوله وفي الجامع الكبير الخ) والغالب ممن بلغ هذا السن أن يكون عاقلا اهـ (قوله وذلك دليل الخ) تبع فيه صاحب الهداية وقال الاتقاني رحمه الله وهذا الذي قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم واليه ذهب قاضيخان في شرح الجامع الصغير اهـ

لم يضمن وان مات بصاعقة أو نهشة حية فديته على عاقلة الغاصب) وهذا استحسان والقياس أن لا يضمن في الوجهين وهو قول زفر والشافعي رحمهما الله لان الغصب في الحر لا يتحقق ألا ترى أنه لا يتحقق في المكاتب وان كان صغيرا لكونه حرا يدا مع أنه رقيق رقبة فالحر يدا ورقبة أولى أن لا يضمن به وجه الاستحسان أن هذا ضمان اتلاف لا ضمان غصب والصبي يضمن بالاتلاف وهذا لان نقله الى أرض مسبعة أو الى مكان الصواعق اتلاف منه تسبيبا وهو متعد فيه بتفويت يد الحافظ وهو الولي فيضمن وهذا لان الحيات والسباع والصواعق لا تكون في كل مكان فأمكن حفظه عنه فاذا نقله اليه وهو متعد فيه فقد أزال حفظ الولي عنه فصار متعديا فيضاف اليه لان شرط العلة بمنزلة العلة اذا كان تعديا كالحفر في الطريق بخلاف الموت فجأة أو بحمى لان ذلك لا يختلف باختلاف الاماكن حتى لو نقله الى مكان يغلب فيه الحمى والامراض نقول انه يضمن وتجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا بخلاف المكاتب لانه في يد نفسه وان كان صغيرا فهو ملحق بالكبير ألا ترى أنه لا يزوج الا برضاه كالحر البالغ والحر الصغير يزوجه وليه بدون رضاه وهو عاجز عن حفظ نفسه فاذا أخرجه من يد الولي فمات مما يمكن التحرز عنه يضمن والمكاتب لا يعجز عن حفظ نفسه فلا يضمن بالغصب كالحر الكبير حتى لو لم يمكنه من حفظ نفسه بما صنع به من قيد ونحوه يضمن المكاتب والحر الكبير أيضا كما يضمن الصغير لانه حينئذ يكون التلف مضافا الى الغاصب بتقصير حفظه قال رحمه الله (كصبي أودع عبدا فقتله) أي يضمن عاقلة الغاصب كما يضمن عاقلة الصبي اذا قتل عبدا أودع عنده وان أودع طعاما فأكله لم يضمن وهذا الفرق بين العبد المودع والطعام المودع قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف والشافعي يضمن الصبي المودع في الوجهين وعلى هذا لو أودع العبد المحجور عليه مالا فاستهلكه لا يؤاخذ بالضمان في الحال عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله ويؤاخذ به بعد العتق وعند أبي يوسف والشافعي رحمهما الله يؤاخذ به في الحال وعلى هذا الخلاف الاقراض في العبد والصبي وكذا الاعارة فيهما ثم محمد رحمه الله في الجامع الصغير شرط أن يكون الصبي عاقلا وفي الجامع الكبير وضع المسئلة في صبي عمره اثنتا عشرة سنة وذلك دليل على أن غير العاقل يضمن بالاتفاق لان التسليط غير معتبر فيه وفعله معتبر لابي يوسف والشافعي رحمهما الله أنه أتلف مالا متقوما معصوما حقا للمالك فيجب عليه ضمانه كما اذا كانت الوديعة عبدا أو كان الصبي مأذونا له في التجارة أو في الحفظ من جهة الولي وكما اذا أتلفه غيره في يده ولو لم يكن معصوما لما ضمنه لان المال الذي سلط الغير فيه على استهلاكه بمنزلة المباح حتى لا يضمنه من استهلكه لثبوت ولاية الاستهلاك فيه لكل أحد ولهما أنه أتلف مالا غير معصوم فلا يؤاخذ بضمانه كما اذا أتلفه باذنه ورضاه وهذا لان العصمة تثبت حقا له وقد فوتها على نفسه حيث وضعه في يد غير مانعة فلم تبق معصومة الا اذا

(قوله وبخلاف ما اذا كانت الوديعة الخ) وبخلاف ما اذا أتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره اهـ هداية قوله دون غيره كمن عليه القصاص تسقط عصمة دمه في حق من وجب له القصاص فحسب حتى بقي معصوم الدم في حق غيره اهـ غاية

﴿ باب القسامة ﴾

لما كان أمر القتل يؤل الى القسامة اذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها لانه يحتاج اليها على ذلك التقدير ثم القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على خمسين رجلا من أهل المحلة أو الدار اذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله فان لم تبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين الى أن تتم خمسين عينا وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة أو دار أو في موضع يقرب الى القرية بحيث يسمع الصوت منه وشرطها أن يكون الذي يقسم رجلا عاقلا بالغا حرا حتى لا تجب القسامة على المرأة والمجنون والصبي والعبد ومن شرطها أن يكون بالميت أثر القتل نحو الضرب والقتل والجراحة فاذا لم يكن الاثر موجودا فهو ميت لا قتيل فلا قسامة فيه ولا دية (١٦٩) ومن شرطها أيضا تكميل خمسين عينا كما بينا وركنها أن يقول من يقسم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا لان ركن الشئ ما يقوم به ذلك الشئ ولا قيام للقسامة الا بها وحكمها وجوب الدية في ثلاث سنين عندنا وشرعيتها ثبتت بالاحاديث الصحيحة وبالاجماع اهـ غاية (قوله في المتن قتيل وجد في محلة الخ) قال أبو الحسن الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد سمعنا أبا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة أو في دار رجل في المصر فان أبا حنيفة قال في ذلك اذا كانت به جراحة أو أثر ضرب أو أثر خنق فان هذا قتيل وفيه القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار أو على عاقلة المحلة اذا وجد في المحلة يقسم كل رجل منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في ثلاث سنين على أهل الدوان في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا يتخيرهم من العاقلة ولي الدم فان نقصوا عن الخمسين كررت عليهم الأيمان حتى تكمل خمسين عينا وليس يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امرأة ولا عبد ثم قال الكرخي فيه وان كان ميتا ليس فيه أثر ولا جراحة فليس في هذا قسامة ولا دية هذا ميت وان كان أهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم الى الورثة يختارون أهل الصلاح ان أحبوا حتى يستحلفوهم فان كان أهل الصلاح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الأيمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخي اهـ اتقاني (قوله ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر) بدليل المدعى عليه في سائر الحقوق وفي مسئلتنا الظاهر يشهد للمدعي لانه اذا كان هناك لوث يغلب على ظن المستمع والرائي أنه صادق في قوله فيجب أن يثبت اليمين في حقه ولكن هذه دلالة فيها شبهة فلا يجب القصاص بالشبهة في الجديد وتجب الدية اهـ اتقاني

أقام غيره مقام نفسه في الحفظ ولا اقامة هنا لانه لا ولاية له على الصبي حتى يلزمه ولا للصبي على نفسه حتى يلتزم بخلاف المأذون له لان له ولاية على نفسه كالبالغ وبخلاف ما اذا كانت الوديعة عبدا لان عصمته لحق نفسه اذ هو مبقى على أصل الحرية في حق الدم فكانت عصمته لحق نفسه لا للمالك لان عصمة المالك انما تعتبر فيما له ولاية الاستهلاك حتى يمكن غيره من الاستهلاك بالتسليط وليس للمولى ولاية استهلاك عبده فلا يقدر أن يمكن غيره من ذلك فلا يعتبر تسليطه فيضمنه الصبي باستهلاكه بخلاف سائر الاموال والله أعلم بالصواب

﴿ باب القسامة ﴾

قال رحمه الله (قتيل وجد في محلة لم يدر قاتله حلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ماقتلناه ولا علمنا له قاتلا) هذا على سبيل الحكاية عن الجمع وأما عند الحلف فيحلف كل واحد منهم بالله ماقتلت ولا علمت له قاتلا لجواز أنه قتله وحده فيجترئ على يمينه بالله ماقتلنا يعني جميعا ولا يعكس لانه اذا قتله مع غيره كان قاتلا له وقال الشافعي رحمه الله اذا كان هناك لوث استحلف الاولياء خمسين عينا ويقضى لهم بالدية على المدعى عليه عمدا كانت الدعوى أو خطأ وقال مالك رحمه الله يقضى بالقود اذا كانت الدعوى في القتل العمد وهو أحد قولي الشافعي رحمه الله واللوث عندهما أن يكون هناك علامة القتل على واحد بعينه أو ظاهر يشهد للمدعي من عداوة ظاهرة أو يشهد عدل أو جماعة غير عدول أن أهل المحلة قتلوه وان لم يكن ثم لوث يستحلف المدعى عليهم فان حلفوا فلا دية لهم وان أبوا أن يحلفوا استحلف المدعون واستحقوا ما ادعوا لما روى أن عبد الله بن سهل وجد قتيلا في قليب من قلب خيبر فقال عمه يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة يهود لهم فقال أفتبرئكم يهود بخمسين عينا أنهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بأيمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم خمسون أنهم قتلوه قالوا كيف نقسم على مالم نر فوداه رسول الله صلى الله عليه وسلم من عنده وفي رواية قال عليه الصلاة والسلام حين أخبر بذلك أتحلفون خمسين عينا وتستحقون دم قاتلكم أو صاحبكم قالوا يا رسول الله لم نشهد ولم نحضر قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أفتبرئكم يهود بخمسين عينا قالوا يا رسول الله كيف نقبل أيمان قوم كفار ولان اليمين تجب على من يشهد له الظاهر ولهذا تجب على صاحب

المدفاذا كان الظاهر شاهدا للولي يبدأ بيمينه ورد اليمين على المدعي أصل له كما في النكول الا أن هذه دلالة فيها نوع شبهة والقصاص لا يجامعها والمال يجب معها فتجب الدية ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لو أعطي الناس بدعواهم لادعى ناس دماء رجال وأموالهم ولكن البينة على المدعي واليمين على من أنكر فسوى في ذلك بين الدماء والاموال وحكم فيهما بحكم واحد وروى ابن المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم بدأ باليهود في القسامة وجعل الدية عليهم لوجود القتيل بين أظهرهم ولان اليمين حجة للدفع دون الاستحقاق ولهذا لا يستحق بيمينه المال المبتذل فكيف يستحق به النفس المحترمة وما رو يناه ضعفه جماعة من أهل الحديث فلا يلزم حجة ولئن ثبت انما قال ذلك على سبيل الاستفهام انكارا عليهم لما لم يرضوا بأيمانهم فكأنه قال لهم ان اليهود وان كانوا كفارا ليس عليهم فيما تدعون عليهم غير أيمانهم وكما لا تقبل منكم وان كنتم مسلمين أيمانكم فتستحقون بها كذلك لا يجب على اليهود بدعوا كم عليهم غير أيمانهم والدليل على صحة هذا التأويل حكم عمر رضي الله عنه به بعد النبي صلى الله عليه وسلم بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير انكار أحد منهم فصار اجماعا ومحال أن يكون علم ذلك عندهم ولا يخبرونه به اذ قال لوادعة في قتيل وجد بين وادعة وحي آخر يحلف خمسون رجلا منكم بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ثم قال اغرموا فقال له الحرث نحلف وتغرمنا فقال نعم وهذا نص على ما قلنا وقوله يتخيرهم الولي في المختصر نص على أن الخيار الى الولي لان اليمين حقه والظاهر أنه يختار من يتهمه بالقتل أو أهل الخبرة بذلك أو صالحي أهل المحلة لما أن تحرزهم عن اليمين الكاذبة أبلغ فيظهر القاتل ولو اختاروا أعمى أو محدودا في قذف جاز لانها يمين وليست بشهادة بخلاف اللعان فانه شهادة فلا تلاعن بين المحدود وبين امرأته اذ ليس هو من أهلها قال رحمه الله (فاذا حلفوا فعلى أهل المحلة الدية ولا يحلف الولي) وقال الشافعي رحمه الله يحلف الولي بعدما حلف أهل المحلة فاذا حلف الاولياء قضي لهم بالدية فلا تجب بمجرد يمين أهل المحلة لقوله عليه الصلاة والسلام في حديث عبد الله بن سهل رضي الله عنه تبرئكم اليهود بأيمانها ولان اليمين عهد في الشرع مبرئا للمدعى عليه لا ملزما له كما في سائر الدعاوى ولنا ما روينا من الخبر والاثر وقوله عليه الصلاة والسلام تبرئكم اليهود محمول على الابراء عن القصاص والحبس واليمين مشروعة لتعيين القاتل لا لتجب الدية عند نكولهم حتى تنتفي باليمين لان الدية وجبت بالقتل الموجود منهم ظاهرا أو لتقصيرهم عن المحافظة على ما عرف في القتل خطأ ومن أبى منهم اليمين حبس حتى يحلف لان اليمين مستحقة عليه فيه لذاته تعظيما لامر الدم ولهذا يجمع بينه وبين الدية بخلاف النكول في الاموال لان اليمين بدل عن أصل حقه ولهذا يسقط ببذل المدعى عليه المال المدعى وفيما نحن فيه لا يسقط ببذله الدية هذا الذي ذكرناه اذا ادعى الولي القتل على جميع أهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ لان المدعى عليهم لا يتميزون عن الباقي ولو ادعى على البعض بأعيانهم القتل عمدا أو خطأ فكذلك الجواب واطلاق الكتاب يدل على ذلك وعن أبي يوسف رحمه الله في غير رواية الاصول أن القسامة والدية تسقط عن الباقين من أهل المحلة ويقال للولي ألك بينة فان قال لا يستحلف المدعى عليه يمينا واحدة ويروى ابن المبارك عن أبي حنيفة رحمه الله مثله ووجهه أن القياس يأباه لاحتمال وجود القتل من غيرهم وانما عرف بالنص اذا كان في مكان ينسب الى المدعى عليهم وفيما وراءه بقي على أصل القياس ولان دعواه ابراء لهم حيث ادعى معرفة من قتله وصار كما اذا ادعى القتل على واحد من غيرهم

(قوله اذ قال) أي عمر بن الخطاب اه اتقاني (قوله وادعة) حي من همدان اه (قوله وحي آخر) والقتيل الى وادعة أقرب اه غاية (قوله ثم قال اغرموا) حتى قالوا لعمر رضي الله عنه لما قضى عليهم بالدية لا أيماننا تدفع عن أموالنا ولا أموالنا تدفع عن أيماننا فقال عمر أما أيمانكم فلحقن دمائكم وأما أموالكم فلوجود القتيل بين أظهركم اه اتقاني (قوله عمدا أو خطأ) أي وجوب القسامة والدية فيما اذا كانت دعوى القتل على أهل المحلة جميعا أو على بعضهم لا بأعيانهم سواء كانت الدعوى في العمد أو في الخطا لان البعض اذا لم يكن معينا لا يتميز عن البعض الآخر فصار كما اذا ادعى على الجميع اه اتقاني (قوله ولو ادعى على البعض بأعيانهم) سيأتي حكمه في المتن آخر الباب اه (قوله فكذلك الجواب) يعني تجب القسامة والدية اه اتقاني (قوله واطلاق الكتاب الخ) قال الاتقاني رحمه الله عند قوله يدل عليه اطلاق الجواب في الكتاب أي في كتاب القدوري أشار به الى ما ذكر بقوله واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الخ لانه أطلق وجوب القسامة والدية على أهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع أو على البعض لا بأعيانهم أو بأعيانهم وأجاب في المبسوط كذلك أعني أوجب القسامة والدية فيما اذا كانت الدعوى على البعض بعينه قال القدوري في كتاب التقريب قال في الاصل اذا ادعى الولي على واحد من أهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها اه (قوله ووجهه أن القياس يأباه) أي وجوب القسامة على وفي أهل المحلة اه (قوله وانما عرف) أي وجوب القسامة اه (قوله اذا كان) أي الدعوى عليهم جميعا اه غاية (قوله بقي على أصل القياس) فلم تجب القسامة اه اتقاني (قوله من غيرهم) أي غير أهل المحلة فانه لا تجب القسامة فيه اه

(قوله وفي الاستحسان تجب القسامة الخ) فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه اهـ اتقاني (قوله فهو على الاختلاف الذي ذكرناه الخ) بين أبي حنيفة وصاحبيه بيانه أنه اذا ادّعى قصاصا على غيره فجحد استحلف لقوله عليه الصلاة والسلام واليمين على من أنكر فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند أبي حنيفة خلافا لأبي يوسف ومحمد فعندهما يجب الارش بناء على اختلافهم في معنى النكول فعند أبي حنيفة أنه في معنى البذل وبذل ما دون النفس يصح من طريق الحكم ألا ترى أن من أذن لرجل في قطع يده ففعل لم يلزمه قصاص ولا ضمان كما لو استوفاه بحق فاذا صح بذله جاز استيفاؤه بالنكول كالاموال وعلى قولهما النكول قائم مقام الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الى حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت بنفسه والاقرار لا يثبت بما قام مقام الغير ومتى تعذر استيفاء القصاص وجب المال كدم العمد المشترك اذا عفا أحد الشريكين وان نكل في النفس حبس حتى يقر أو يحلف أو يموت جوعا عند أبي حنيفة وقالا يلزمه الارش كما في النكول في الطرف وقد كان القياس عند أبي حنيفة أن يقتص منه لما مر فيما دون النفس وانما استحسن في اسقاط القصاص استعظاما لحرمة النفس ألا ترى أنه تعلق بها ما لم يتعلق بغيرها

من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا وانما قال يحبس لان اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية والقسامة في القتيل الذي يوجد في المحلة واذا جاز أن يكون نفس الحق ففي امتنع من ايفائها وتعذر الحكم بموجب نكوله وجب أن يحبس وعلى قولهما لما تعذر استيفاء القصاص وجب المال اهـ اتقاني رحمه الله (قوله في المتن وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم الخ) وان كان أهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم الى الورثة يختارون أهل الصلاح ان أحبوا حتى يستحلفوهم فان كان أهل الصلاح لا يتمون خمسين وأرادوا أن يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك ولهم أن يتخيروا من الباقي تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخي اهـ اتقاني (قوله في المتن ليتم خمسين يمينا) كذا بخط الشارح وفي غالب نسخ المتن خمسون بالرفع اهـ (قوله في المتن ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به الخ) قال فخر الاسلام في شرح الزيادات ودلالة القتل جراحة توجد أو دم يخرج من عينه أو أذنه أو يصعد من جوفه الى فيه فأما ما يخرج من أنفه أو دبره أو ذكره أو ينزل من رأسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتل الى هنا لفظه فعلى ما ذكره ينبغي أن يكون الجواب في الدم الخارج من الفم على التفصيل اهـ غاية وكتب ما نصه والاصل فيه أن القتيل اسم لميت مات بسبب باشره حي عادة فاذا وجد في المحل سبب قاتل عادة يوجد من العباد يستدل به على أنه قتيل والا فلا وخروج الدم من موضع يخرج منه عادة من غير ضرب لا يكون أثر القتل كما اذا خرج من أنفه أو فمه لانه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا على وجود سبب في المحل وكذلك ان خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه قد يكون لعلة في الباطن وقد يكون لاكل شيء غير موافق وكذلك ان خرج من الاحليل لا يكون ذلك دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن أو لضعف الكلى أو لضعف الكبد وقد يكون من شدة الخوف أيضا وأما اذا خرج الدم من أذنه أو عينه كان ذلك دليل القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة الا بضرب حادث اهـ اتقاني (قوله لان الغرامة) أراد بها الدية اهـ

وفي الاستحسان تجب القسامة والدية على أهل المحلة لانه لا فصل في اطلاق النصوص بين دعوى ودعوى فيجبان باطلاق النصوص لا بالقياس بخلاف ما اذا ادعى على واحد من غيرهم لانه ليس فيه نص فلو أوجبناهما لاوجبناهما بالقياس وهو ممتنع ثم حكم ذلك أن يثبت ما ادعاه اذا كان له بينة وان لم يكن له بينة استحلف يمينا واحدة لانه ليس بقسامة لانعدام النص وامتناع القياس ثم ان حلف برئ وان نكل ففي دعوى المال يثبت وفي دعوى القصاص فهو على الاختلاف الذي ذكرناه في كتاب الدعوى قال رحمه الله (وان لم يتم العدد كرر الحلف عليهم ليتم خمسين يمينا) لان الخمسين واجب بالنص فيجب اتمامها ما أمكن ولا يشترط فيه الوقوف على الفائدة فيما ثبت بالنص وقد روي عن عمر رضي الله عنه لما قضى بالقسامة وافى عنده تسعة وأربعون رجلا فكرر اليمين على رجل منهم حتى تمت خمسين ثم قضى بالدية وعن شريح والنخعي رحمهما الله مثل ذلك ولان فيه استعظاما لامر الدم فيكمل وتكرار اليمين من واحد على سبيل الوجوب ممكن شرعا كما في كلمات اللعان وان كان العدد كاملا فأراد الولي أن يكرر على أحدهم فليس له ذلك لان المصير الى التكرار ضرورة الاكمال وقد كمل قال رحمه الله (ولا قسامة على صبي ومجنون وامرأة وعبد) لانهم ليسوا من أهل النصرة وانما هم أتباع والنصرة لا تقوم بالاتباع واليمين على أهل النصرة ولان الصبي والمجنون ليسا من أهل القول الصحيح واليمين قول قال رحمه الله (ولا قسامة ولا دية في ميت لا أثر به أو يسيل دم من فمه أو أنفه أو دبره بخلاف عينه وأذنه) لان القسامة تجب في القتيل وهذا ليس بقتيل وانما مات حتف أنفه وفي مثله لا قسامة ولا غرامة لان الغرامة تتبع فعل العبد والقسامة لاحتمال القتل منهم فلا بد من أثر يكون بالميت يستدل به على أنه قتيل وذلك بأن يكون به جراحة أو أثر ضرب أو خنق فاذا لم يكن به شيء من الاثر لا يكون بفعل البشر فلا يكون قتيلا وكذا اذا خرج الدم من فيه أو ذكره أو دبره لان هذه المخارق يخرج منها الدم عادة فلا يستدل به على أنه قتيل بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه أو أذنه لانه لا يخرج عادة الا من شدة الضرب فيكون قتيلا ظاهرا

فتجرى عليه أحكامه وهو المراد بقوله بخلاف عينه واذنه أى بخلاف ما اذا خرج الدم من عينه أو أذنه ولو وجد بدن القتيل كله أو أكثر من نصفه أو النصف ومعه الرأس فى محلة فعلى أهلها القسامة والدية وان وجد نصفه مشقوقا بالطول أو وجد أقل من النصف كان معه الرأس أو لم يكن فلا شئ عليهم لان هذا حكم عرف بالنص وقد ورد به فى البدن ولكن أعطينا الاكثر حكم الكل فأجرينا عليه أحكامه تعظيما للآدمى والاقل ليس فى معناه فلا يلحق به ولانا لو اعتبرناه لاجتمعت الديات والقسامات بمقابلة شخص واحد بأن توجد أطرافه فى القرى متفرقة وهو غير مشروع فينتفى ما يؤدى اليه فيجريان فى الاكثر أو النصف مع الرأس لا غير احترازا عن التكرار وينبنى على هذا صلاة الجنازة لانها لا تتكرر كالقسامة والدية ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شئ على أهل المحلة لانه لا يفوق الكبير حالا وان كان به أثر الضرب وهو تام الخلق وجبت القسامة والدية عليهم لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا وان كان ناقص الخلق فلا شئ عليهم لانه ينفصل ميتا ظاهرا وانما وجبت القسامة والدية فى تام الخلق بالظاهر ولم تجب الدية فى عين الصبى وذكره بالظاهر لان الاطراف أقل خطرا ولهذا يسلك بها مسلك الاموال فلا تجب فيما لم تعلم سلامته يقينا بخلاف النفس فان خطرها عظيم فيجب بدلها بالظاهر ولهذا تجب القسامة والدية من غير تحقق القتل منهم بخلاف الاطراف ولان الجنين نفس فاعتبرنا جهة النفس ان انفصل حيا فيستدل عليه بتمام الخلق وعضو من وجه فاعتبرنا جهة العضو ان انفصل ميتا فيستدل عليه بنقصان الخلق قال رحمه الله (قتيل على دابة معها سائق أو قائد أو راكب فديته على عاقلته دون أهل المحلة) لانه فى يده فصار كما اذا كان فى داره وان اجتمع فيها السائق والقائد والراكب كانت الدية عليهم جميعا لان القتيل فى أيديهم دون أهل المحلة فصار كما اذا وجد فى دارهم ولا يشترط أن يكونوا مالكين للدابة بخلاف الدار والفرق أن تدبير الدابة اليهم وان لم يكونوا مالكين لها وتدبير الدار الى مالكها وان لم يكن ساكنها وقيل القسامة والدية على مالك الدابة فعلى هذا لا فرق بينها وبين الدار وعن أبى يوسف رحمه الله أنه لا يجب على السائق الا اذا كان يسوقها مختفيا لان الانسان قد ينقل قريبه الميت من مكان الى مكان للدفن وأما اذا كان على وجه الخفية فالظاهر أنه هو الذى قتله وان لم يكن مع الدابة أحد فالدية والقسامة على أهل المحلة الذين وجد فيهم القتيل على الدابة لان وجوده على الدابة كوجوده فى الموضع الذى فيه الدابة قال رحمه الله (وان مرت دابة عليها قتيل بين قريتين فعلى أقربهما) لما روى أنه عليه الصلاة والسلام أمر فى قتيل وجد بين قريتين بان يذرع فوجد الى أحدهما أقرب بشبر فقضى عليهم بالقسامة والدية وكذا عمر رضى الله عنه أمر فى قتيل وجد بين وادعة وأرحب فوجد الى وادعة أقرب فقضى عليهم بالقسامة وقيل هذا محمول على ما اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت وأما اذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت فلا شئ عليهم لانهم اذا كانوا بحيث يسمع منه الصوت يمكنهم الغوث فينسبون الى التقصير فى النصرة واذا كانوا بحيث لا يسمع منه الصوت لا يمكنهم الغوث فلا ينسبون الى التقصير فى النصرة قال رحمه الله (وان وجد فى دار انسان فعليه القسامة والدية على عاقلته) لان الدار فى يده وينتصر بعاقلته ولا تدخل السكان فى القسامة مع الملاك عند أبى

(قوله وهو غير مشروع) أى تكرار الدية والقسامة اه (قوله فيجريان) أى الدية والقسامة اه (قوله ولو وجد فيهم) أى لو وجد فى المحلة وكان القياس أن يقال فيها وانما ذكر بلفظ العقلاء بتأويل ارادة القوم أو الجماعة أو أهل المحلة اه غاية (قوله لان الظاهر أن تام الخلق ينفصل حيا) فيكون قتيلا ظاهرا لوجود دليل القتل وهو الاثر ولا يقال الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لا يجب فى عين الصبى ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته سوى حكومة العدل ولم يجب ما وجب فى السليم منها وان كان الظاهر سلامتها لانا نقول انما لم يجب فى الاطراف قبل أن تعلم الصحة ما يجب فى السليم لان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال وليس لها تعظيم النفوس فلم يجب فيها قبل العلم بالصحة شئ من القصاص والدية بخلاف الجنين فانه نفس من وجه وعضو من وجه فاذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجب فيه القسامة والدية تعظيما للنفوس لان الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الاثر اذ الظاهر من حال تام الخلق أن ينفصل حيا وأما اذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شئ لان حاله لا يفوق حال الكبير فاذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شئ فكذا هنا اه اتقانى (قوله فيستدل عليه) أى على كونه حيا اه (قوله فيستدل عليه بنقصان الخلق) فكان الظاهر ههنا بمنزلة القتيل الموجود فى المحلة وبه أثر الجراحة وان كان يحتمل أنه مات حتف أنفه لا بسبب الجراحة اه (قوله لان الانسان قد ينقل قريبه) تعليل لقوله لا يجب على السائق وقوله الا اذا كان يسوقها استثناء من قوله لا يجب على السائق ففهم منه أنه اذا كان السائق يسوقها مختفيا يجب عليه وعلته تعلم من قوله وأما اذا كان على وجه الخفية الخ اه (قوله وادعة وأرحب) هما حيان من همدان اه اتقانى (قوله وقيل هذا الخ) قال الاتقانى قالوا وهذا اذا كان بحال يسمع الصوت منه اه (قوله فلا ينسبون الى التقصير فى النصرة) فلا تجب عليهم القسامة والدية ولا يجب شئ على أحد اه اتقانى

حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله هو عليهم جميعا لان ولاية التدبير تكون بالسكنى كما تكون بالملك ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام جعل القسامة والدية على اليهود وكانوا سكانا بخيبر لانه عليه الصلاة والسلام كان قسم خيبر بين المسلمين ولهما أن الملاك هم المختصون بنصرة البقعة عادة دون السكان ولان سكنى الملاك ألزم وقرارهم أدوم فكانت ولاية التدبير اليهم فيتحقق التقصير منهم وأما أهل خيبر فالنبي صلى الله عليه وسلم كان أقرهم على أملاكهم فكان يأخذ منهم على وجه الخراج قال رحمه الله (وهى على أهل الخطة دون السكان والمشترين) وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وأهل الخطة هم الذين خط لهم الامام وقسم الاراضى بخطه ليميز أنصباءهم وقال أبو يوسف رحمه الله الكل مشتركون لان الضمان انما يجب بترك الحفظ ممن له ولاية الحفظ ولهذا جعلوا مقصرين جناة والولاية أى ولاية الحفظ باعتبار الكون فيه وقد استووا فيه فصار كالدار المشتركة بين واحد من أهل الخطة وبين المشترى ولو كان للخطة تأثير فى التقديم لما شاركه المشترى ولهما أن صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة فى العرف فيختص بعهدتها لان الدية والقسامة تجبان بسببها ولان أهل الخطة أصيل والمشترى دخيل وولاية التدبير الى الاصيل وفى الدار المشتركة ولاية التدبير الى المالك مطلقا بخلاف القرية والمحلة وقيل أبو حنيفة رحمه الله بنى ذلك على ماشاهد من عادة أهل الكوفة قال رحمه الله (فان لم يبق واحد منهم فعلى المشترين) أى ان لم يبق واحد من أهل الخطة فعلى المشترين وهذا بالاجماع لان الولاية انتقلت اليهم لزوال من يتقدم عليهم عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله خلصت لهم الولاية لزوال من يزاحمهم ثم اذا وجد فى دار انسان تدخل العاقلة فى القسامة ان كانوا حاضرين عندهما وعند أبي يوسف رحمه الله لا تدخل لان رب الدار أخص به من غيره فلا يشاركه غيره فيها كأهل المحلة لا يشاركهم عواقلهم فيها فصاروا كما اذا كانوا غائبين ولهما أنهم بالحضور لزمتهم نصرة البقعة كما تلزم صاحب الدار فيشاركونه فى القسامة قال رحمه الله (وان وجد فى دار مشتركة على التفاوت فهى على الرؤس) أى اذا وجد القتيل فى دار مشتركة بين جماعة أنصباؤهم فيها متفاضلة بان كانت بين ثلاثة مثلا لاحدهم النصف وللآخر الثلث وللثالث السدس تنقسم الدية والقسامة على عدد رؤسهم ولا معتبر بتفاوت الانصباء لان صاحب القليل يزاحم صاحب الكثير فى التدبير فكانوا سواء فى الحفظ والتقصير فيكون على عدد الرؤس بمنزلة الشفعة قال رحمه الله (وان بيع ولم يقبض فهو على عاقلة البائع وفى الخيار على ذى اليد) أى اذا بيعت الدار ولم يقبضها المشترى حتى وجد فيها قتيل فضمانه على عاقلة البائع وان كان فى البيع خيار لاحدهما فهو على عاقلة الذى فى يده وهذا عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان لم يكن فيه خيار فهو على عاقلة المشترى وان كان فيه خيار فعلى عاقلة الذى يصير اليه لانه انما نزل قاتلا باعتبار التقصير فى الحفظ فلا يجب الا على من له ولاية الحفظ والولاية تستفاد بالملك ولهذا لو كانت الدار وديعة تجب الدية على صاحب الدار دون المودع والملك للمشترى قبل القبض فى البيع البات وفى الذى شرط فيه الخيار يعتبر قرار الملك كما فى صدقة الفطر ولابى حنيفة رحمه الله أن القدرة على الحفظ باليد لا بالملك ألا ترى أنه يقدر على الحفظ باليد بدون الملك ولا يقدر بالملك بدون اليد فى الدار المغصوبة وفى البيع البات اليد للبائع قبل القبض وكذا فيما فيه الخيار لاحدهما لانه دون البات ولو كان المبيع فى يد المشترى والخيار له فهو أخص الناس به تصرفا وان كان الخيار للبائع فهو فى يده مضمون عليه بالقيمة كالمغصوب فتعتبر يده اذ بها يقدر على الحفظ بخلاف صدقة الفطر لانها تجب على المالك لا على الضامن وهذه ضمان جناية

(قوله وقال أبو يوسف هى عليهم) الذى بخط الشارح هو عليهم اه (قوله فى المتن وهى على أهل الخطة دون السكان الخ) قال فى المنظومة فى الباب الذى يختص به يعقوب وانما قسامة القتيل * على ذوى الخطة والدخيل قال فى الحصر مانصه واذا كان فى المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فعند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله القسامة على أهل الخطة حتى لو لم يكن الا واحد كرر عليه خمسون يمينا والدية على عاقلته لان مبنى هذا الامر على التدبير والرأى والنسبة وذلك الى أهل الخطة ألا ترى أنه اذا وجد فى دار فهو على مالكها دون خدمه وأجرائه واذا وجد فى مسجد جامع فعلى جماعة المسلمين وقال أبو يوسف وابن أبي ليلى أهل الخطة والمشترون والسكان سواء فى القسامة والدية لان وجوبها عليهم لالتزامهم الحفظ أو لوجود القتيل بينهم والكل فى ذلك سواء اه ما قاله فى الحصر وقال فى المصفى فى شرح هذا البيت مانصه اذا كان فى المحلة أصحاب الخطط والمشترون والسكان فالكل سواء فى القسامة والدية وقالا على أهل الخطة حتى لو لم يكن الا واحد كرر عليه خمسون يمينا والدية على عاقلته فان لم يبق منهم واحد بأن باعوا كلهم فهو على المشترين فان قلت هل فى البيت اشارة الى أن عندهما يجب على أهل الخطة دون الدخيل قلت نعم لانه لا جائز أن لا يجب عليهما لان الاجماع منعقد على وجوب القسامة ولا جائز أن يجب على الدخيل لان فيه قلب المعقول ونقض الاصول ولا جائز أن يجب عليهما لانه حينئذ يذهب الخلاف فتعين أن يجب على أهل الخطة فحسب والدخيل فعيل من دخل وأراد به المشترين والسكان اه (قوله ان كانوا حاضرين عندهما) وان كانوا غيبا فالقسامة على رب الدار تكرر عليه الايمان اه غاية

فتجب على الضامن لان ضمان الجناية لا يشترط فيها الملك ألا ترى أن الغاصب يجب عليه ضمان جناية العبد المغصوب ولا ملك وبخلاف ما اذا كانت الدار فى يده وديعة لان هذا الضمان ضمان ترك الحفظ وهو انما يجب على من كان قادرا على الحفظ وهو من له يد أصالة لا يد نيابة ويد المودع يد نيابة وكذا المستعير والمرتهن وكذا الغاصب لان يده يد أمانة لان العقار لا يضمن بالغصب عندنا ذكره فى النهاية وذكر فى الهداية ما يدل على أن الضمان على الغاصب قال رحمه الله (ولا تعقل عاقلة حتى يشهد الشهود أنه الذى اليد) أى اذا كانت دار فى يد رجل فوجد فيها قتيل لا تعقله عاقلته حتى يشهد الشهود أنها لصاحب اليد لان ملك صاحب اليد لا بد منه حتى تعقله عاقلته عنه واليد وان كانت تدل على الملك ولكنها محتملة فلا تكفى لايجاب الضمان على العاقلة كما لا تكفى لاستحقاق الشفعة فى الدار المشفوعة لان ما ثبت بالظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق ويصلح للدفع وقد عرف فى موضعه ولا فرق فى ذلك بين أن يكون القتيل الموجود فيها هو صاحب الدار أو غيره عند أبى حنيفة رضى الله عنه على ما نبينه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وفى الفلك على من فيها من الركاب والملاحين) لانه فى أيديهم فيستوى المالك وغيره فيه أما على قول أبى يوسف رحمه الله فظاهر لانه كان يسوى فى الدار بين السكان والملاك والفرق لهما أن الفلك تنقل وتحوّل فتكون فى اليد حقيقة فتعتبر فيها اليد دون الملك كما فى الدابة بخلاف العقار فانه لا ينقل قال رحمه الله (وفى مسجد محلة على أهلها وفى الجامع والشارع لا قسامة والدية على بيت المال) لان التدبير فى مسجد المحلة اليهم والجامع والشارع للعامة لا يختص به أحد منهم والقسامة لنفى تهمة القتل وذلك لا يتحقق فى حق الكل فديته تكون فى بيت المال لانه مال العامة وكذلك الجسور العامة والاسواق العامة التى فى الشوارع وكذا لو وجد فى مسجد جماعة يكون كما لو وجد فى السوق التى هى للعامة لان التدبير فى مثل هذا كله الى الامام لانه نائب المسلمين لا الى أهل هذه السوق بخلاف الاسواق المملوكة لاهلها أو التى فى المحال والمساجد التى فيها حيث يجب الضمان فيها على أهل المحلة أو على الملاك على الاختلاف الذى بينا لانها محفوظة بحفظ أربابها أو بحفظ أهل المحلة وفى المنتقى اذا وجد قتيل فى صف من السوق فان كان أهل ذلك الصف يبيتون فى حوانيتهم فدية القتيل عليهم وان كانوا لا يبيتون فيها فالدية على الذين لهم ملك الحوانيت ولو وجد فى السجن فديته على بيت المال عندهما وعند أبى يوسف رحمه الله على أهله وهى مبنية على مسئلة السكان والملاك قال رحمه الله (ويهدر لو فى برية أو وسط الفرات) لان الفرات ليس فى يد أحد ولا فى ملكه اذا كان يمر به الماء بخلاف ما اذا كان النهر صغيرا بحيث يستحق به الشفعة حيث يكون ضمانه على أهله لقيام يدهم عليه وكذا البرية لا يد لاحد فيها ولا ملك فيهدر ما وجد فيها من القتيل حتى لو كانت البرية مملوكة لاحد أو كانت قريبة من القرية بحيث يسمع منه الصوت يجب على المالك وعلى أهل القرية لما بينا وذكر الكرخى وشيخ الاسلام أن النهر العظيم اذا كان موضع انبعاث مائه فى دار الاسلام تجب الدية فى بيت المال لانه فى أيدى المسلمين بخلاف ما اذا كان موضع انبعاث مائه فى دار الحرب لانه يحتمل أن يكون قتيل أهل الحرب فيهدر قال رحمه الله (ولو محتبسا بالشاطئ فعلى أقرب القرى) أى لو كان القتيل محتبسا فى شاطئ النهر فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع لان الشط فى أيديهم يستقون منه ويوردون دوابهم فكانوا أخص بنصرته من غيرهم فيكون ضمان المحتبس فيه عليهم لانه كالموضوع بالشط قال رحمه الله (ودعوى الولى على واحد من غير أهل المحلة تسقط القسامة عنهم وعلى معين منهم لا) وقد ذكرناه مع تشعبه والاختلاف فيه والقياس والاستحسان فيه فلا نعيده قال رحمه الله (وان التقى قوم بالسيوف فأجلوا عن قتيل فعلى أهل المحلة الا أن يدعى الولى على أولئك أو على معين منهم) لان القتيل بين أظهرهم والحفظ عليهم فتكون القسامة والدية عليهم الا اذا أبرأهم الولى بدعوى القتل على أولئك كلهم أو على واحد منهم بعينه فيبرأ أهل المحلة ولا يثبت على المدعى عليه الا بحجة على ما بينا وقوله أو على معين منهم ان أريد به الواحد من أهل

المحلة

(قوله حتى يشهد الشهود أنه الصاحب اليد) قال فخر الاسلام البزدوى فى شرحه يريد به اذا أنكرت العاقلة أن تكون الدار له وقالوا هى وديعة فى يدك فالقول قولهم الا أن يقيم بينة على الملك اه غاية (قوله ولو وجد فى السجن فديته على بيت المال عندهما) لان أهل السجن مقهورون فلا يتناصرون فلا يتعلق بهم ما يجب لاجل النصرة ولانه بنى لاستيفاء حقوق المسلمين فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع اليهم اه هداية (قوله وعند أبى يوسف رحمه الله على أهله) لانهم سكان وولاية التدبير اليهم والظاهر أن القتل منهم اه هداية (قوله وهى مبنية على مسئلة السكان والملاك) وقد تقدم الخلاف فيها فى الورقة المتقدمة اه (قوله فعلى أقرب القرى من ذلك الموضع) يريد به اذا كان يسمع الصوت من القرى اه غاية (قوله فى المتن فأجلوا) أى انكشفوا وانفرجوا يعنى ذهبوا وتركوا قتيلا اه غاية (قوله الا اذا أبرأهم الولى بدعوى القتل على أولئك) أى الذين التقوا بالسيوف اه

المحلة يستقيم على قول أبي يوسف رحمه الله لان أهل المحلة يبرؤن بدعوى الولي على واحد منهم بعينه وهو القياس وعندهما لا يبرؤن وهو الاستحسان وقد بيناه في أوائل الباب فلا يستقيم وان أريد به واحد من الذين التقوا بالسيوف يستقيم بالاجماع وقال أبو جعفر رحمه الله في كشف الغوامض هذا اذا كان الفريقان غير متأولين اقتتلوا عصبية وان كانوا مشركين أو خوارج فلا شئ فيه ويجعل ذلك من أصابه العدو قال رحمه الله (وان قال المستحلف قتله زيد حلف بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا غير زيد) لانه لما أقر بالقتل على واحد صار مستثنى عن اليمين وبقي حكم من سواه على حاله فيحلف عليه ولا يقبل عليه قول المستحلف انه قتله لانه يريد بذلك اسقاط الخصومة عن نفسه فلا يقبل ويحلف على ماذكرنا وفي النهاية هذا قول محمد رحمه الله وأما على قول أبي يوسف رحمه الله فلا يحلف على العلم لانه قد عرف القاتل واعترف به فلا حاجة اليه ومحمد رحمه الله يقول يجوز أنه عرف أن له قاتلا آخر معه قال رحمه الله (وبطل شهادة بعض أهل المحلة على قتل غيرهم أو واحد منهم) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله تقبل شهادتهم اذا شهدوا على رجل من غيرهم لان الولي لما ادعى القتل على غيرهم تبين أنهم ليسوا بخصماء غاية الامر أنهم كانوا بعرضية أن يصيروا خصماء وقد بطل ذلك بما ذكرنا فلا يمنع من قبول الشهادة كالوكيل بالخصومة اذا عزل قبل الخصومة وله أنهم خصماء بانزالهم قاتلين للتقصير الصادر منهم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة كالوصي اذا خرج من الوصاية بعدما قبلها ثم شهد لا تقبل شهادته فحاصله أن من صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها ومن كان بعرضية أن يصير خصما ولم ينتصب خصما بعد تقبل شهادته وهذان الاصلان متفق عليهما غير أنهما يجعلان أهل المحلة ممن له عرضية أن يصير خصما وهو يجعلهم ممن انتصب خصما وعلى هذين الاصلين يخرج كثير من المسائل فمن جنس الاول الوكيل بالخصومة اذا خاصم عند الحاكم ثم عزل لا تقبل شهادته والشفيع اذا طلب الشفعة ثم تركها لا تقبل شهادته بالبيع ومن جنس الثاني أن الوكيل اذا لم يخاصم والشفيع اذا لم يطلب وشهدا تقبل شهادتهما ولو ادعى الولي على رجل بعينه من أهل المحلة فشهد شاهدان من أهلها عليه لم تقبل شهادتهما عليه لان الخصومة قائمة مع الكل والشاهد يقطعها عن نفسه فكان متهما الا في رواية عن أبي يوسف رحمه الله ذكرناها من قبل ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلة ورثته عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا لا شئ فيه لان الدار في يده حين وجد الجرح فيكون كأنه قتل نفسه فيكون هدرا وله أن القسامة انما تجب بناء على ظهور القتل في ملكه ولهذا لا يدخل في الدية من مات قبل ذلك وحال ظهور القتل الدار للورثة فتجب على عاقلتهم بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار نفسه لان الدار في ملكه

(قوله فلا يستقيم) أي على قولهما اه (قوله وهو يجعلهم ممن انتصب خصما) قال في النهاية ثم في مسئلتنا هذه وهي ما اذا شهد اثنان من أهل المحلة على رجل من غيرهم عند دعوى الولي القتل على ذلك الرجل شهدا بأنه قتله جعل أبو حنيفة رحمه الله شهادتهما شهادة من انتصب خصما في حادثة ثم خرج من أن يكون خصما فشهد لم تقبل شهادتهما لان نفس وجود القتيل بين أظهرهم جعلهما خصما فلا تقبل شهادتهما وجعل أبو يوسف ومحمد رحمهما الله شهادتهما هذه شهادة رجل له عرضية أن يصير خصما ثم لم يصر خصما فتقبل شهادتهما وذلك أنه انما يكونون خصماء لو ادعى الولي عليهم فاذا ادعى على غيرهم زالت هذه العرضية وبه يتبين أنهم لم يكونوا خصماء في هذه الحادثة أصلا فوجب قبول شهادتهم فيها كالشفيع اذا شهد بالبيع بعدما سلم الشفيع تقبل شهادته لهذا المعنى وأبو حنيفة رحمه الله يقول أهل المحلة صاروا خصماء في هذه الحادثة لوجود القتيل بين أظهرهم ومن صار خصما في حادثة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من الخصومة كالوكيل اذا خوصم في مجلس الحكم ثم عزل وشهد وانما قلنا ذلك لان السبب الموجب للدية والقسامة عليهم وجود القتيل بين أظهرهم كما قال عمر رضي الله عنه انما أغرمكم الدية لوجود القتيل بين أظهركم وبدعوى القتل على غير أهل المحلة لا يتبين أن السبب لم يكن ذلك ولكن خرجوا من الخصومة بعد أن كانوا الى هذا أشار في المبسوط والايضاح اه وانما نقلت هذا لزيادة الايضاح اه (قوله لا تقبل شهادته) وكذلك الوصي عن اليتيم خصم في حقوقه وان لم يخاصم لقيامه مقام اليتيم شرعا في حقوقه ثم لو بلغ اليتيم فشهد الوصي لم تقبل شهادته اه نهاية (قوله ومن جنس الثاني) أي وهو ما اذا كان لرجل عرضية أن يصير خصما الخ اه (قوله وشهدا تقبل شهادتهما) وكذلك الوكيلان بالخصومة اذا عزلا قبل الخصومة ثم شهدا بذلك قبلت شهادتهما لان الوكيل بالخصومة انما يصير خصما لمكان القضاء لانه لا يصح في غيره فصارت الوكالة مقيدة بالمكان فلا تثبت قبله كالموقت بالزمان كذا في الاسرار ثم قال فيه فما قاله أبو حنيفة أظهر وما قالاه أحق لان الخصومة قائمة مع الكل على ما بينا اه نهاية (قوله فديته على عاقلة ورثته عند أبي حنيفة) قال في الهداية فديته على عاقلته لورثته عند أبي حنيفة اه قال في الدراية قوله فديته على عاقلته أي على عاقلة ورثته لورثته اه فلا تخالف بين عبارة الشارح وعبارة الهداية اه (قوله وقالا) أي وزفر اه هداية (قوله فتجب على عاقلتهم) أي تجب الدية على عاقلة الورثة للورثة هذا اذا اختلف العواقل أما اذا اتحدت عاقلة المقتول مع عاقلة الورثة فحينئذ تجب الدية على عاقلة المقتول للورثة فيحمل ما ذكره أولا في المتن بقوله فديته على عاقلته لورثته على ما اذا اتحد

حكما وقت ظهور القتل فصار كأنه قتل نفسه فهدر دمه وهذا لان ملكه باعتبار عقد الكتابة وهو باق بعد موته فيبقى ملكه كذلك ولو أن رجلين كانا في بيت ليس معهما ثالث ووجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف رحمه الله يضمن الآخر الدية وقال محمد رحمه الله تعالى لا يضمن لانه يحتمل أنه قتل نفسه ويحتمل أنه قتله الآخر فلا يضمن بالشك ولابي يوسف رحمه الله أن الظاهر أن الانسان لا يقتل نفسه فكان توهم ذلك ساقطا فصار كما اذا وجد في محلة ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة ومحمد القسامة عليها وتكرر عليها الايمان والدية على عاقلتها وقال أبو يوسف القسامة أيضا على العاقلة لان القسامة لا تجب الا على من كان من أهل النصرة وهي ليست من أهلها فأشبهت الصبي ولهما أن القسامة لنفي التهمة وتهمة القتل من المرأة متحققة ثم قال المتأخرون من أصحابنا إن المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل لانا أنزلناها قاتلة فتشارك العاقلة فتجب عليها وهو اختيار الطحاوي وهو الاصح فيها وفيما اذا باشرت القتل بنفسها ومن جرح في قبيلة فنقل الى أهله فمات من تلك الجراحة فان كان صاحب فراش حتى مات فالدية والقسامة على تلك القبيلة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا ضمان فيه ولا قسامة لان ما حصل في تلك القبيلة ما دون النفس فلا قسامة فيه وصار كما اذا لم يكن صاحب فراش وله أن الجرح اذا اتصل به الموت صار قتلا ولهذا أوجب القصاص في العمد والدية في الخطا فان لم يزل صاحب فراش أضيف الموت اليه والا فلا لانه يحتمل أن يكون الموت من غير الجرح فلا يلزم بالشك ولو أن رجلا معه جريح به رمق فحمله انسان الى أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله وفي قياس قول أبي حنيفة رحمه الله يضمن لان يده بمنزلة المحلة فوجوده جريحا في يده كوجوده جريحا في المحلة كذا في الهداية ولو وجد قتيل في أرض موقوفة أو دار موقوفة على أرباب معلومة فالقسامة والدية على أربابها لان تدبيرها اليهم وان كانت موقوفة على المسجد فهو كما لو وجد في المسجد وقد ذكرنا حكمه ولو وجد في معسكر نزلوا في فلاة مباحة ليست بمملوكة لاحد فان وجد في خيمة أو فسطاط فالقسامة والدية على من يسكنها لانها في يده كما في الدار وان كان خارجا منها ينظر فان كانوا قبائل متفرقين فعلى القبيلة التي وجد فيها القتيل لانهم لما نزلوا قبائل قبائل في أماكن مختلفة صارت الامكنة بمنزلة المحال المختلفة في المصر ألا ترى أنه ليس لغيرهم أن يزعجهم عن ذلك المكان ولو وجد بين القبيلتين فعلى أقربهما وان استووا فعليهما كما اذا وجد بين القريتين أو بين المحلتين وقال في الهداية ان كان خارجا من الفسطاط فعلى أقرب الاخبية اعتبارا لليد عند انعدام الملك وان كانوا نزلوا جملة مختلطين فعلى أهل العسكر كلهم لانهم لما نزلوا جملة صارت الامكنة كلها بمنزلة محلة واحدة فتكون منسوبة اليهم كلهم فتجب غرامة ما وجد خارج الخيام عليهم كلهم وان كان للارض مالك يجب على المالك بالاجماع لانهم سكان فلا يزاحمون المالك في القسامة والدية وهذا عندهما ظاهر والفرق لابي يوسف رحمه الله بينه وبين المحلة أو الدار أن العسكر نزلوا فيه للانتقال والارتحال لا للقرار فلا يعتبر الا للضرورة بخلاف الدار والمحلة فانهم يسكنون فيه للقرار فلا بد من اعتباره وان كانوا قاتلوا عدوهم فلا قسامة ولا دية لان الظاهر أنه قتيلهم والله أعلم بالصواب

﴿كتاب المعاقل﴾

قال رحمه الله (هي جمع معقلة وهي الدية) أي المعاقل جمع معقلة بالضم والمعقلة الدية وتسمى عقلا لانها تعقل الدماء من أن تسفك أي تمسكه يقال عقل البعير عقلا شده بالعقال ومنه العقل لانه يمنعه عن القبائح قال رحمه الله (كل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة) والعاقلة الجماعة الذين يعقلون العقل وهو الدية يقال عقلت القتيل أي أعطيت ديته وعقلت عن القاتل أي أديت عنه ما لزمه من

الدية

لانفسهم قلت العاقلة أعم من أن تكون ورثة أو غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة يجب للورثة منهم وهذا لان عاقلة الرجل أهل ديوانه عندنا وعند الشافعي أقرباؤه اهـ غاية (قوله ان المرأة تدخل مع العاقلة في التحمل) أي في هذه المسئلة اهـ كافي وهداية قال في النهاية وانما قيد بقوله في هذه المسئلة لان المرأة لا تدخل في العواقل في تحمل الدية في صورة من الصور على ما يجيء في المعاقل بقوله وليس على النساء والذرية عقل اهـ

﴿كتاب المعاقل﴾

لما كان موجب القتل خطأ وما في معناه الدية على العاقلة شرع في بيان ذلك وسميت الدية عقلا ومعقلة لان ابل الديات كانت تعقل بفناء ولي المقتول ثم عم هذا الاسم فسميت الدية معقلة وان كانت دراهم أو دنانير وقيل انما سميت بالمعقلة لانها تعقل الدماء عن أن تسفك ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها ويقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا اذا أمسكه اهـ غاية (قوله في المتن هي جمع معقلة) قال العيني بفتح الميم وسكون العين وضم القاف كمكرمة قال الشارح جمع معقلة بالضم قلت هذا لبس لان قوله بالضم يتبادر الذهن الى ضم الميم وليس كذلك بل الضم للقاف والفتح للميم اهـ

الدية وقد ذكرنا الدية وأنواعها فى كتاب الديات وأما وجوبها على العاقلة فالاصل فيه ما صح عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قضى بدية المرأة المقتولة ودية جنينها على عصبة القاتلة فقال أبو القاتلة المقضى عليه يارسول الله كيف أغرم من لا صاح ولا استهل ولا شرب ولا أكل فمثل ذلك بطل فقال عليه الصلاة والسلام هذا من الكهان ولان النفس محترمة فلا وجه الى إهدارها ولا لايجاب العقوبة على المخطئ لانه معذور ومرفوع عنه الخطأ وفى ايجاب الكل عليه عقوبة لما فيه من إجحافه واستئصاله فيضم اليه العاقلة تحقيقا للتخفيف وانما كانوا أخص بالضم اليه لانه انما يقصر فى الاحتراز لقوة فيه لان الغالب أن الانسان انما لا يحترز فى أفعاله اذا كان قويا فكأنه لا يبالى باحد وتلك القوة تحصل بانصاره غالبا وهم أخطؤا بنصرتهم له لانها سبب للاقدام على التعدى فقصروا بها عن حفظه فكانوا أولى بالضم اليه وقوله كل دية وجبت بنفس القتل يحترز به عما ينقلب مالا بالصلح أو بالشبهة لان الفعل العمد يوجب العقوبة فلا يستحق التخفيف فلا تتحمل عنه العاقلة قال رحمه الله (وهى أهل الديوان ان كان القاتل منهم تؤخذ من عطاياهم فى ثلاث سنين) وأهل الديوان أهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت أساميهم فى الديوان وهذا عندنا وقال الشافعى رحمه الله على أهل العشيرة لما رويناه وكان كذلك الى أيام عمر رضى الله عنه ولا نسخ بعد النبى صلى الله عليه وسلم فيبقى على ما كان ولانها صلة فالاقارب بها أولى كالارث والنفقات ولنا قضية عمر رضى الله عنه فانه لما دون الدواوين جعل الدية على أهل الديوان بمحضر من الصحابة رضى الله عنهم من غير نكير منهم وليس ذلك بنسخ بل هو تقرير معنى لان العقل كان على أهل النصرة وقد كانت بأنواع بالحلف والولاء والعد وهو أن يعد الرجل من قبيلة وفى عهد عمر رضى الله عنه قد صارت بالديوان فجعلها على اهله اتباعا للمعنى ولهذا قالوا لو كان اليوم قوم يتناصرون بالحرف فعاقلتهم أهل الحرفة وان كانوا بالحلف فأهله والدية صلة كما قال لكن ايجابها فيما هو صلة وهو العطاء أولى من ايجابها فى أصول أموالهم لانه أخف وما تحملت العاقلة الا للتخفيف والتقدير بثلاث سنين مروى عن النبى صلى الله عليه وسلم ومحكى عن عمر رضى الله عنه ولان الاخذ من العطاء للتخفيف وهو يخرج فى كل سنة مرة واحدة قال رحمه الله (فان خرجت العطايا فى أكثر من ثلاث أو أقل أخذ منها) لحصول المقصود لان المقصود التخفيف وقد حصل وهذا اذا كانت العطايا للسنين المستقبلة بعد القضاء حتى لو اجتمعت فى السنين الماضية قبل القضاء بالدية ثم خرجت بعد القضاء لا تؤخذ منها لان الوجوب بالقضاء ولو خرجت عطايا ثلاث سنين مستقبلة فى سنة واحدة يؤخذ منها كل الدية لانها بعد الوجوب اذ الوجوب بالقضاء وقد حصل المقصود بذلك وهو التخفيف واذا كان الواجب ثلث الدية أو أقل يجب فى سنة واذا كان أكثر منه يجب فى سنتين الى تمام الثلثين ثم اذا كان أكثر منه الى تمام الدية يجب فى ثلاث سنين لان جميع الدية فى ثلاث سنين فيكون كل ثلث فى سنة ضرورة والواجب على القاتل كالواجب على العاقلة حتى يجب فى ثلاث سنين وذلك مثل الاب اذا قتل ابنه عمدا أو انقلب القصاص بالشبهة مالا وقال الشافعى ما وجب على القاتل العمد يجب ذلك فى مال القاتل حالة الا اذا اشترط التأجيل بخلاف ما يجب على الاب فانه يجب فى ثلاث سنين اه اتقانى

(قوله وأما وجوبها على العاقلة الخ) قال الاتقانى ثم الدية مشروعة بالكتاب نحو قوله تعالى فدية مسلمة الى أهله وبالسنة نحو قوله عليه الصلاة والسلام فى نفس المؤمن مائة من الابل وباجماع الامة لانه انعقد اجماعهم على ذلك ولا منكر لمشروعيته أصلا ووجوبها على العاقلة بحديث حمل بن مالك وهو ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى أبى هريرة قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احداهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم بدية جنينها عبدا أو وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم وقال حمل بن النابغة الهذلى يارسول الله كيف أغرم من لا شرب ولا أكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان من أجل سجعه الذى سجع ثم قال الاتقانى حمل بن مالك هو بالحاء المهملة والميم المفتوحتين حمل بن مالك بن النابغة الهذلى أسلم ثم رجع الى بلاد قومه ثم تحول الى البصرة وابتنى بها دارا اه (قوله لانه معذور) لانه لم يقصد القتل وكذا الذى باشر شبه العمد لان الآلة ليست بموضوعة للقتل فكان فى معنى الخطا اه اتقانى (قوله لما فيه من اجحافه) أى اجحاف الخاطئ أى اهلاكه اه (قوله وقوله كل دية وجبت بنفس القتل) أى ابتداء وهو احتراز عما اذا وجبت الدية فى ثانى الحال لا ابتداء كما اذا قتل الاب ابنه حيث يكون موجب القتل القصاص ابتداء ولكنه يسقط ذلك الى الدية لشبهة الابوة فتجب الدية فى مال الاب لا على العاقلة وكذا اذا وجبت الدية صلحا عن

(قوله فى المتن وهى أهل الديوان) انظر كلام الشارح فى المقالة الاخيرة من هذا الباب ففيها ما يناسب هذه المقالة وفوائد جليلة اه (قوله بالحلف) بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به ولاء الموالاة اه غاية (قوله وهو أن يعد) قال الاتقانى والمراد من العد أن يكون من قبيلتهم يقال فلان عديد بنى فلان اه (قوله فجعلها) أى على المقاتلة من أهل الديوان حتى لا تجب على النسوان والصبيان لانه لا يحصل بهم التناصر اه غاية (قوله والتقدير بثلاث سنين مروى الخ) انه جعل دية الخطا على العاقلة فى ثلاث سنين اه اتقانى

(قوله لان الواجب الاصلي هو المثل) أي الواجب الاصلي في الضمان هو المثل للفائت لقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين الآدمي الصالح للكرامات كالولايات والشهادات وبين المال والتحول من المثل الذي هو الآدمي الى قيمة الآدمي الفائت ثبت شرعا بخلاف القياس وانما تعينت القيمة بالقضاء فاعتبرا بتداء مدة وجوب القيمة من يوم القضاء اه اتقاني وكتب ما نصه سيأتي في مقلوب الورقة التي بعد هذه عند قوله ولنا أن الدية انما تجب بالقضاء الخ ما يؤكده فانظره (قوله في المتن وان لم يكن) أي القاتل اه مسكين

في ماله يكون حالا لان التأجيل للتخفيف لتحمل العاقلة فلا يلتحق به العمد المحض وانما أن القياس يأبى ايجاب المال بمقابلة النفس لعدم المماثلة بين النفس والمال والشرع ورد به اذا كان خطأ فلا يتعداه فيجب مؤجلا ولو قتل عشرة رجلا واحدا خطأ فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين اعتبارا للجزء بالكل وهو بدل النفس فيؤجل كل جزء من أجزائه ثلاث سنين وأول المدة يعتبر من وقت القضاء بالدية لان الواجب الاصلي هو المثل والنقل الى القيمة بالقضاء فيعتبر ابتداء المدة من وقته ونظيره ولد المغرور فان قيمته لا تجب قبل القضاء وانما تجب بالقضاء فتعتبر قيمته في ذلك الوقت قال رحمه الله (وان لم يكن ديوانيا فعاقلته قبيلته) لما روينا ولان نصرته بهم وهي المعتبرة في الباب قال رحمه الله (وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يؤخذ من كل في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث ولم يزد على كل واحد من كل الدية في ثلاث سنين على أربعة) وذكر القدوري رحمه الله أنه لا يزاد الواحد على أربعة دراهم في كل سنة وينقص منها والاول أصح فان محمدا رحمه الله نص على أنه لا يزاد على كل واحد من جميع الدية في ثلاث سنين على ثلاثة أو أربعة فلا يؤخذ من كل واحد في كل سنة الا درهم أو درهم وثلث كما ذكرهنا لان معنى التخفيف مراعى فيه ولو أخذ منه في كل سنة أربعة يكون في ثلاث سنين اثنا عشر درهما فيخرج من حد التخفيف لبلوغه حد الجزية قال رحمه الله (فان لم تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم أقرب القبائل نسبا على ترتيب العصبات) ليتحقق معنى التخفيف واختلفوا في آباء القاتل وأبنائه قيل يدخلون لقربهم وقيل لا يدخلون لان الضم لنفي الحرج حتى لا يصيب كل واحد أكثر من أربعة وهذا المعنى انما يتحقق عند الكثرة والآباء والابناء لا يكثرون قالوا هذا في حق العرب لانهم حفظوا أنسابهم فأمكن ايجابه على أقرب القبائل وأما العجم فقد ضيعوا أنسابهم فلا يمكن ذلك في حقهم فان لم يمكن فقد اختلفوا فيه فقال بعضهم يعتبر المحال والقرى الاقرب فالاقرب وقال بعضهم يجب الباقي في مال الجاني وعلى هذا حكم الرايات اذا لم تتسع لذلك أهل راية ضم اليهم أقرب الرايات أي أقربهم نصرة اذا حزبهم أمر الاقرب فالاقرب يفوض ذلك الى الامام لانه هو العالم به وهذا كله عندنا وعند الشافعي رحمه الله يجب على كل واحد نصف دينار فيسوى بين الكل لانه صلة فيعتبر بالزكاة وأدناها ذلك لان خمسة دراهم عندهم نصف دينار ولكنا نقول هي أحط رتبة من الزكاة ألا ترى أنه لا يؤخذ من أصل المال فينقص منها تحقيقا لزيادة التخفيف ولو كانت عاقلته أصحاب الرزق يقضى بالدية في أرزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث لان الرزق في حقهم بمنزلة العطايا فأقيم مقامها اذ كل منهما صلة من بيت المال ثم ينظر ان كانت أرزاقهم تخرج في كل سنة يؤخذ كلما خرج رزق ثلث الدية بمنزلة العطايا وان كانت تخرج في كل ستة أشهر يؤخذ منه سدس الدية وان كانت تخرج في كل شهر فحسابه وان كانت لهم أعطية في كل سنة وأرزاق في كل شهر فرضت الدية في الاعطية دون الارزاق لان الاخذ من الاعطية أصل ومن الارزاق خلف فلا يعتبر الخلف مع الاصل ولان الاخذ من الاعطية أيسر لهم والاخذ من الارزاق يؤدي الى الاضرار بهم اذ الارزاق لكفاية الوقت ويتضررون بالاداء منه والاعطية ليكونوا مؤتلفين في الديوان قائمين بالنصرة فيتيسر عليهم الاداء منه قال رحمه الله (والقاتل كأحدهم) أي كواحد من العاقلة

(قوله في المتن وتقسم عليهم في ثلاث سنين الخ) قال في شرح الكافي ومن جنى من أهل البادية وأهل اليمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث سنين على الاقرب فالاقرب على الاخوة ثم بني الاخوة ثم الاعمام ثم بني الاعمام على ما عرف من ترتيب العصبات وهل يدخل البنون والآباء بعضهم قالوا يدخلون لانهم أقرب وبعضهم قالوا لا يدخلون لان الانتصار غير معتاد من الابناء والآباء (قوله وعند الشافعي الخ) وعند الشافعي على الغني نصف دينار وعلى المتوسط ربع دينار كذا في مختصر الاسرار اه غاية (قوله والاعطية الخ) قال الاتقاني والفرق بين الرزق والعطية أن الرزق ما يفرض لكفاية الوقت والعطية ما تفرض ليكونوا قائمين بالنصرة قال صاحب المغرب العطية ما يفرض للمقاتل والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم أرزاق وأعطيات فرضت الدية في أعطياتهم دون أرزاقهم فعلم بذلك أن الرزق يفرض للمقاتلة أيضا اه (قوله في المتن والقاتل كأحدهم) تقدم في آخر الورقة التي قبل هذه في كلام الشارح فارجع اليه اه لانه (قوله كواحد من العاقلة) حتى يؤخذ منه كما يؤخذ من العاقلة اذا كان من أهل العقل مثل أن يكون بالغا حرا صحيح العقل هذا كله اذا كان للرجل عاقلة فأما اذا لم يكن له عاقلة كاللقيط والحربي والذمي اذا أسلم فعاقلته بيت المال وروى عن محمد أنه قال يجب في ماله ولا يجب على بيت المال هذا اذا أسلم ولم يوال أحدا فأما اذا عاقد أحدا عقد الولاء فجنايته على المولى الذي والاه

وله أن يتحوّل بولائه الى غيره مالم يعقل عنه فاذا عقل عنه فليس له أن يتحوّل وكذلك (١٧٩) لولم يوال أحدا حتى عقل عنه بيت المال

لانه هو القاتل فلا معنى لاخراجه ومؤاخذة غيره به وقال الشافعي رحمه الله لايجب على القاتل شئ من الدية لانه معذور ولهذا لايجب عليه الكل فكذا البعض اذ الجزء لايخالف الكل قلنا ايجاب الكل إجحاف به ولا كذلك ايجاب البعض ولانها تجب للنصرة وهو ينصر نفسه مثل ماينصره غيره بل أشد فكان أولى بالايجاب عليه فاذا كان المخطئ معذورا فالبرئ منه أولى قال الله تعالى ولاتزر وازرة وزر أخرى وعدم وجوب الكل لاينفي وجوب البعض ألاترى أن كل واحد من العواقل لايجب عليه الكل ومع هذا يجب عليه البعض فظهر بذلك أن اعتبار الجزء بالكل باطل قال رحمه الله (وعاقلة المعتق قبيلة مولاه) لان نصرته بهم واسمه ينبئ عنها يؤيد ذلك قوله عليه الصلاة والسلام مولى القوم منهم قال رحمه الله (ويعقل عن مولى الموالاة مولاه وقبيلته) ومولى الموالاة هو الحلف فيعقل عنه مولاه الذى عاقده وعاقلة مولاه وهو المراد بقوله وقبيلته أى قبيلة مولاه الذى عاقده لان العرب تتناصر به فأشبه ولاء العتاقة وفيه خلاف الشافعي رحمه الله وقد ذكرناه في الولاء قال رحمه الله (ولاتعقل عاقلة جناية العبد والعمد ولا مالزم صلحا ولا اعترافا) لما روينا ولانه لايتناصر بالعبد والاقرار والصلح لايلزمان العاقلة لقصور ولايته عنهم قال رحمه الله (الا أن يصدقوه) في الاقرار لان التصديق اقرار منهم فيلزمهم باقرارهم لان لهم ولاية على أنفسهم والامتناع كان لحقهم وقد زال أو تقوم البينة لان ماثبت بالبينة كالمشاهد لانها كاسمها مبينة وتقبل البينة هنا مع الاقرار وان كانت لاتعتبر معه لانها تثبت ماليس بثابت باقرار المدعى عليه وهو الوجوب على العاقلة ثم ماثبت بالاقرار يجب مؤجلا وماثبت بالصلح حال الا اذا اشترط التأجيل في الصلح وقد عرف في موضعه ولو أقر بالقتل خطأ فلم يرتفعوا الى الحاكم الا بعد سنين فقضى عليه بالدية في ماله في ثلاث سنين كان أول المدة من يوم يقضى عليه لان التأجيل من وقت القضاء في الثابت بالبينة فكذا في الثابت بالاقرار بل أولى لانه أضعف ولو تصادق القاتل وأولياء المقتول على أن قاضي بلد كذا قضى بالدية على عاقلته بالبينة وكذبتهما العاقلة فلاشئ على العاقلة لان تصادقهما لايكون حجة عليهم ولم يكن عليه شئ في ماله لان الدية بتصادقهما تقررت على العاقلة بالقضاء وتصادقهما حجة في حقهما فلا يلزمه الا حصته بخلاف الاول حيث يجب جميع الدية على المقر لانه لم يوجد التصديق من الولى بالقضاء بالدية على العاقلة وقد وجد هنا فافترقا قال رحمه الله (وان جنى حر على عبد خطأ فهى على عاقلته) يعنى اذا قتله لان العاقلة لاتحمل أطراف العبد وقال الشافعي رحمه الله لاتحمل النفس أيضا بل تجب في مال القاتل لانه بدل المال وفي الحديث لاتعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولنا أنه آدمى فتتحمله العاقلة كالحر وهذا لان مايجب بقتله دية وهى بدل الآدمى لا المال على مابيناه من قبل فكانت على العاقلة بخلاف مادون النفس لانه يسلك به مسلك الاموال والمراد بالحديث جنايته أى لاتعقل العاقلة جناية عمد ولا جناية عبد ونحن نقول به لان جنايته توجب دفعه الا أن يفديه المولى قال أصحابنا رحمهم الله ليس على النساء والذرية ممن له حظ في الديوان عقل لقول عمر رضى الله عنه لايعقل مع العواقل صبى ولا امرأة ولان العقل انما يجب على أهل النصرة لتركهم مراقبته والناس لايتناصرون بالصبيان والنساء ولهذا لايوضع عليهم ماهو خلف عن النصرة وهو الجزية وعلى هذا لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية بخلاف الرجل لان وجوب جزء من الدية على القاتل باعتبار أنه أحد العواقل لانه ينصر نفسه وهذا لايوجد منهما والفرض لهما من العطايا للمعونة لا للنصرة كفرض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم كذا في الهداية وهذا صحيح فيما اذا قتله غيرهما وأما اذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة ولا يعقل أهل مصر عن أهل مصر آخر اذا كان لاهل كل مصر ديوان على حدة لان التناصر بالديوان عند وجوده ولو كان باعتبار القرب في السكنى فأهل مصره أقرب اليه من أهل مصر آخر ويعقل

فليس له أن يوالى أحدا بعد ذلك قاله الاتقاني نقلا عن شرح الطحاوى اه وكتب مانصه سيأتي في الصفحة الآتية لو كان القاتل صبيا أو امرأة لاشئ عليهما من الدية ثم قال الشارح بعد هذا بقليل وأما اذا باشرا القتل بأنفسهما فالصحيح أنهما يشاركان العاقلة وكذا المجنون اذا قتل فالصحيح أنه يكون كواحد من العاقلة اه (قوله بخلاف الاول) أراد به ما اذا أقر بقتل خطأ حيث يقضى عليه بالدية في ماله لان اقراره حجة على نفسه ويدعى ولى القتيل عليه أيضا وهنا فيما نحن فيه لايدعى ولى القتيل عليه لانه تصادق مع القاتل أن الدية على العاقلة وقد قضى بها القاضي عليهم فلا يكون على القاتل شئ اه (قوله في المتن وان جنى حر على عبد خطأ فهى على عاقلته) هذا عند أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف في مال القاتل لانه ضمان مال عنده ذكر هذا الشارح وصاحب الهداية في مسئلة الاصطدام اه (قوله قال أصحابنا ليس على النساء والذرية) الذرية أولاد الاولاد وأراد هنا الصبيان وهى مأخوذة من الذر وهى صغار النمل اه غاية (قوله والفرض لهما) أى للصبي والمرأة اه (قوله للمعونة) أى لمعونة الجند اه وكتب مانصه بالطبخ والخياطة وحفظ المنزل ونحو ذلك اه غاية

أهل كل مصر عن أهل سوادهم لانهم أتباع لاهل المصر فانهم اذا حزبهم أمر استنصروا بهم فيعقلونهم أهل المصر باعتبار معنى فى القرب والنصرة ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه أهل الكوفة لانه يستنصر بأهل ديوانه لا بجيرانه والحاصل أن الاستنصار بالديوان أظهر فلا يظهر معه حكم النصرة بالقرابة والولاء وقرب السكنى والعدو الحلف وبعد الديوان النصرة بالنسب على ما بينا وعلى هذا يخرج كثير من مسائل المعاقل منها أخوان ديوان أحدهما بالبصرة وديوان الآخر بالكوفة لا يعقل أحدهما عن صاحبه وانما يعقل عنه أهل ديوانه ومن جنى جناية من أهل البصرة وليس له فى أهل الديوان عطاء وأهل البادية أقرب اليه نسبا ومسكنه المصر عقل عنه أهل الديوان من ذلك المصر ولم يشترط أن يكون بينه وبين أهل الديوان قرابة لان أهل الديوان هم الذين يذبون عن أهل المصر ويقومون بنصرتهم ويدفعون عنهم ولا يخصون بالنصرة أهل العطاء فقط بل ينصرون أهل المصر كلهم وقيل اذا لم يكونوا قريباله لا يعقلونه وانما يعقلونه اذا كانوا قريباله وله فى البادية أقرب منهم نسبا لان الوجوب بحكم القرابة وأهل المصر أقرب منهم مكانا فكانت القدرة على النصرة لهم وصار نظير مسئلة الغيبة المنقطعة فى الانكاح ولو كان البدوى نازلا فى المصر لا مسكن له فيه لا يعقله أهل المصر لان أهل العطاء لا ينصرون من لا مسكن له فيه كما أن أهل البادية لا يعقلون عن أهل المصر النازل فيهم لانهم لا يستنصرون بهم وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل أحدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فى المعاملات لا سيما فى المعانى العاصمة عن الاضرار ومعنى التناصر موجود فى حقهم وان لم يكن لهم عاقلة معروفة فديته فى ماله فى ثلاث سنين من يوم يقضى بها عليه كما فى حق المسلم لما بينا أن الوجوب على القاتل وانما يتحول عنه الى العاقلة أن لو وجدت فاذا لم توجد بقى عليه بمنزلة مسلمين تاجرين فى دار الحرب قتل أحدهما صاحبه يقضى بالدية فى ماله لان أهل دار الاسلام لا يعقلون عنه لان تمكنه من القتل ليس بنصرتهم ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة قالوا هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة أما اذا كانت ظاهرة كاليهود والنصارى ينبغى أن لا يعقل بعضهم بعضا وهذا عند أبى يوسف رحمه الله لانقطاع التناصر بينهم ولو كان القاتل من أهل الكوفة وله بها عطاء وحول ديوانه الى البصرة ثم رفع الى القاضى فانه يقضى بالدية على عاقلته من أهل البصرة وقال زفر رحمه الله يقضى على عاقلته من الكوفة وهو رواية عن أبى يوسف رحمه الله لان الموجب هو الجناية وقد تحققت وعاقلته أهل الكوفة فصار كما اذا حول بعد القضاء ولنا أن الدية انما تجب بالقضاء على ما ذكرنا أن الواجب هو المثل وبالقضاء ينتقل الى المال وكذا الوجوب على القاتل ويتحمل عنه العاقلة فاذا كان كذلك يتحمل عنه من يكون عاقلته عند القضاء بخلاف ما اذا حول بعد القضاء لان الوجوب قد تقرر بالقضاء فلا ينتقل بعد ذلك لكن حصة القاتل تؤخذ من عطائه بالبصرة لانها تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة بخلاف ما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم حيث يضم اليهم أقرب القبائل فى النسب لان فى النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفى الضم تكثير المتحملين فيما قضى به عليهم فكان فيه تقرير الحكم الاول لا إبطاله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضى على أهل البصرة بالدية ولو كان قضى بها على أهل الكوفة لم تنتقل عنهم وكذا البدوى اذا لحق بالديوان بعد القتل قبل قضاء القاضى يقضى بالدية على أهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لا تتحول عنهم بخلاف ما اذا كان قوم من أهل البادية قضى عليهم بالدية فى أموالهم فى ثلاث سنين ثم جعلهم الامام فى العطاء حيث تصير الدية فى عطائهم ولو كان قضى بها فى أول مرة لانه ليس نقض القضاء الاول لانه قضى بها فى أموالهم وعطاؤهم أموالهم غير أن الدية تقضى

(قوله وقيل اذا لم يكونوا قريباله الخ) قال الاتقانى اعلم أن المشايخ اختلفوا فى هذه المسئلة فبعضهم لم يشترط أن يكون الجانى قريبا لاهل الديوان بل قالوا عقل عنه سواء كان قريبا لهم أو لم يكن لانه اذا كان بين ظهرانيهم صار كالعديد والحليف لهم وبعضهم اشترطوا ذلك وقالوا عقل عنه اذا كان قريبا لهم وهو الاصح (قوله وانما يعقلونه اذا كانوا قريباله) وهو الاصح اه اتقانى (قوله كما فى حق المسلم) وهذا فى حق الذمى أما المسلم اذا جنى ولم يكن له عاقلة فعاقلته بيت المال وهو الظاهر وعن أبى حنيفة أنه يجب فى مال الجانى قاله الاتقانى وسيجىء فى الصفحة الآتية اه (قوله يقضى بالدية فى ماله) وانما أطلق القتل ليشمل العمد والخطأ لان الدية تجب فى ماله سواء كان القتل عمدا أو خطأ لان العاقلة لا تعقل جناية وقعت فى دار الحرب وبه صرح الكرخى فى مختصره فى كتاب السير اه اتقانى (قوله لكن حصة القاتل الخ) يتعلق بقوله بخلاف ما اذا حول بعد القضاء اه

من أيسر الاموال أداء والاداء من العطاء أيسر اذا صاروا من أهل العطاء الا اذا لم يكن مال العطاء من جنس ما قضى به عليهم بأن كان القضاء بالابل والعطاء دراهم فحينئذ لا يتحول الى الدراهم أبدا لما فيه من ابطال القضاء الاول لكن يقضى بالابل من مال العطاء بأن يشترى به لانه أيسر قال علماؤنا رحمهم الله ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال اذا كان القاتل مسلما لان جماعة المسلمين هم أهل نصرته وليس بعضهم أخص من بعض بذلك ولهذا اذا مات كان ميراثه لبيت المال فكذا ما يلزمه من الغرامة يلزم بيت المال وعن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية شاذة أنها تجب في ماله ووجهها أن الاصل أن الدية تجب على الجاني وهو القاتل لانه بدل المتلف والاتلاف منه الا أن العاقلة تتحملها تحقيقا للتخفيف على ما عرف فاذا لم يكن له عاقلة عاد الحكم الى الاصل وابن الملاعنة يعقله عاقلة أمه لان نسبه ثابت منها دون الاب فاذا عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما أدت على عاقلة الاب في ثلاث سنين من يوم قضى لهم بالرجوع عليهم لانه تبين أن الدية كانت واجبة عليهم لانه بالاكذاب ظهر أن النسب كان ثابتا من الاب حيث بطل اللعان بالاكذاب ومتى ظهر أن النسب كان ثابتا منه من الاصل فقوم الام تحملوا ما كان واجبا على قوم الاب فيرجعون بما عليهم لانهم مضطرون في ذلك وكذا اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد مسلم حر فلم تؤد كتابته حتى جنى ابنه جناية وعقل عنه قوم أمه ثم أديت الكتابة ترجع عاقلة الام على عاقلة الاب لانه عند أداء بدل الكتابة يتحول ولاؤه الى قوم أبيه من وقت ثبتت الحرية للاب وهو آخر جزء من أجزاء حياته فتبين أن قوم الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وكذلك رجل أمر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلاث سنين من يوم يقضى بها على الآمر أو على عاقلته لان الدية تجب مؤجلة بطريق التيسير عليهم فكذا الرجوع بها تحقيقا للمماثلة ثم مسائل المعاقل من هذا الجنس كثيرة وأجوبتها مختلفة والضابط الذي يرد كل جنس الى أصله أن يقال ان حال القاتل ان تبدل حكما بسبب حادث فانتقل من ولاء الى ولاء لم تنتقل جنايته عن الاولى قضى بها أو لم يقض وذلك كالولد المولود بين حرة وعبد اذا جنى ثم أعتق الاب يجر ولاء الولد الى قومه ولا تتحول الجناية عن عاقلة الام قضى بها أو لم يقض وكذا لو حفر هذا الغلام بئرا ثم أعتق أبوه ثم وقع فيها انسان يقضى بالدية على عاقلة الام لان العبرة لحالة الحفر ألا ترى أن العبد لو حفر بئرا في الطريق فباعه مولاه ثم وقع فيها انسان فالضمان على البائع ولو أعتقه مولاه بعد الحفر ولم يبعه ثم وقع فيها انسان كان الضمان على المولى لما ذكرنا ومن نظيره حربي أسلم ووالى رجلا فجنى جناية ثم أعتق أبوه جر ولاءه لان ولاء العتاقة أقوى وجنايته على عاقلة من والاه لان العبرة لوقت الجناية وتحول الولاء بسبب حادث فلا يعتبر في حق تلك الجناية فلا يتبدل وان لم يتبدل حال القاتل ولكن ظهرت حالة خفية فيه تحولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها أو لم يقع وذلك مثل دعوة ولد الملاعنة وولد المكاتب اذا مات المكاتب عن وفاء وأمر الرجل الصبي بالجناية ولو لم يتبدل حال الجاني ولم تظهر فيه الحالة الخفية ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء لا غير فان قضى بها على الاولى لم تنتقل الى الثانية والا قضى بها على الثانية وذلك مثل أن يكون من ديوان أهل الكوفة ثم جعل من ديوان أهل البصرة وان لم يكن فيه شيء مما ذكرنا ولكن لحق العاقلة زيادة أو نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق أداؤه فمن أحكم هذا الاصل وتأمل فيه أمكنه تخريج المسائل ورد كل واقعة من النظائر والاضداد الى أصلها والله الهادي الى الرشاد وهو الموفق للعباد ويشرح صدورهم للسداد

كتاب الوصايا

الايصاء لغة طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حياته وبعد وفاته وفي الشرع ما ذكره في

(قوله قضى بها أو لم يقض) لانه انما يصير مولى لقوم أبيه عند عتق أبيه لانه انما صار الاب من أهل الولاء يومئذ والجناية قد تقدمت على هذه الحالة فلا يستقيم إلزامها على قوم الاب ولم يكن مولى لهم وقت الجناية اهـ غاية

المختصر فقال (الوصية تمليك مضاف الى مابعد الموت) يعنى بطريق التبرع سواء كان عينا أو منفعة قال رحمه الله (وهى مستحبة) أى الوصية مستحبة هذا اذا لم يكن عليه حق مستحق لله تعالى فان كان عليه حق مستحق لله كالزكاة أو الصيام أو الحج أو الصلاة التى فرط فيها فهى واجبة والقياس يأبى جوازها لانها تمليك مضاف الى حال زوال الملك ولو أضافه الى حال قيامه بان قال ملكتك غدا كان باطلا فهذا أولى الا أن الشارع أجازها لحاجة الناس اليها لان الانسان مغرور بأمله مقصر فى عمله فاذا عرض له عارض وخاف الهلاك يحتاج الى تلافى مافاته من التقصير بماله على وجه لو تحقق ما كان يخافه يحصل مقصوده المآلى ولو اتسع الوقت وأحوجه الى الانتفاع به صرفه الى حاجته الحالى فشرعها الشارع تمكينا منه جل وعلا من العمل الصالح وقضاء لحاجته عند احتياجه الى تحصيل المصالح ومثله الاجارة لا تجوز قياسا لما فيها من اضافة تمليك المنافع الى ما يستقبل من الزمان وأجازها الشارع للضرورة وقد يبقى الملك بعد الموت باعتبار الحاجة كما بقى فى قدر التجهيز والدين وقد نطق بها الكتاب وهو قوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين والسنة وهو قوله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم بثلث أموالكم عند وفاتكم زيادة فى حسناتكم ليجعلها لكم زيادة فى أعمالكم وعليه اجماع الامة ثم تصح الوصية للاجنبى بالثلث من غير اجازة الوارث ولا تجوز بما زاد على الثلث لما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال جاءنى رسول الله صلى الله عليه وسلم يعودنى من وجع اشتد بى فقلت يارسول الله قد بلغ بى من الوجع ماترى وأنا ذو مال ولا يرثنى الا ابنة لى أفأتصدق بثلثى مالى قال لا قلت فالشطر يارسول الله قال لا قلت فالثلث قال الثلث والثلث كثير أو كبير إنك أن تذر ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم عالة يتكففون الناس ولان حق الورثة تعلق بماله لانعقاد سبب الزوال اليهم وهو استغناؤه عن المال الا أن الشرع لم يظهره فى حق الاجانب بقدر الثلث ليتدارك تقصيره وأظهره فى حق الورثة لان الظاهر أنه لا يتصدق به عليهم تحرزا عما يتفق لهم من التأذى بالايثار وقد جاء فى الحديث أنه عليه الصلاة والسلام قال الحيف فى الوصية من أكبر الكبائر وفسروه بالزيادة على الثلث وبالوصية للورثة قال رحمه الله (ولا تصح بما زاد على الثلث ولا لقاتله ووارثه ان لم تجز الورثة) أما الاول فلما بينا وأما الثانى فلقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لقاتل وهو باطلاقه يتناول القاتل مباشرة عمدا كان أو خطأ بخلاف التسبيب لان التسبيب ليس بقتل حقيقة فلا يتناوله ولانه استعجل ما أخره الله فيحرم الوصية كالميراث سواء أوصى له قبل القتل ثم قتله أو أوصى له بعد الجرح لاطلاق ما رويناه وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى أعطى كل ذى حق حقه فلا وصية لوارث ولان البعض يتأذى بايثار البعض ففى تجويزه قطيعة الرحم ولانه حيف بالحديث الذى رويناه ويعتبر كونه وارثا أو غير وارث وقت الموت لا وقت الوصية لانه تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر وقت التمليك حتى لو أوصى لاخيه وهو وارث ثم ولد له ابن صحت الوصية للاخ وعكسه لو أوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن قبل موت الموصى بطلت الوصية للاخ لما ذكرنا والهبة والصدقة من المريض لوارثه فى هذا نظير الوصية لانه وصية حكما حتى يعتبر من الثلث واقرار المريض للوارث على عكسه فيعتبر كونه وارثا أو غير وارث عند الاقرار لانه تصرف فى الحال فيعتبر حاله فى ذلك الوقت حتى لو أقر لشخص وهو ليس بوارث له جاز الاقرار له وان صار وارثا له بعد ذلك ولكن شرطه أن يكون وارثا بسبب حادث بعد الاقرار حتى لو أقر لابنه وهو عبد ثم أعتق قبل موت الاب جاز اقراره لان ارثه بسبب حادث بعد الاقرار وهو الحرية ولان اقراره لمولاه وهو أجنبى عنه وكذا لو أقر لاجنبية ثم تزوجها لا يبطل اقراره لها وأما اذا ورث بسبب قائم عند الاقرار لا يصح كما لو أقر

(قوله ولا يرثنى) أى بالفرض والا فله عصبة كثيرة اه (قوله قلت فالشطر) الشطر منصوب بنزع الخافض أى أفأوصى بالشطر وفى بعض النسخ مضبوط بالجر ولا اشكال (١٨٢) فيه اذ هو الظاهر اه (قوله قال الثلث) قال النووى يجوز رفع الثلث ونصبه فالرفع على أنه فاعل أى يكفيك الثلث أو على أنه مبتدأ محذوف الخبر أو عكسه والنصب على الاغراء أو على تقدير أعط الثلث اه (قوله أن تذر) مبتدأ وخير خبره والجملة خبر ان من انك فالتقدير تركك أولادك أغنياء خير اه (قوله بخلاف التسبيب) أى كما فى حافر البئر وواضع الحجر فى غير ملكه اه غاية (قوله فلا وصية لوارث) مقتضى الحديث وعبارته فى المتن وما ذكره الشارح من العلة أن الوصية لا تصح للوارث بالثلث ولا بغيره وقول الشارح رحمه الله فى آخر المقالة التى قبل هذه ولان حق الورثة تعلق بماله الخ صريح فيما قلناه من عدم الصحة بالثلث وبغيره وقد قال الولوالجى رحمه الله فى فتاواه ما نصه لا تجوز الوصية بأكثر من الثلث الا أن تجيز ورثة الميت بعد موته أما عدم الجواز عند عدم اجازة الورثة فلما روى عن سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه أنه قال يارسول الله أوصى بمالى كله قال لا قال بنصفه قال لا قال بثلثه قال الثلث والثلث كثير أما الجواز عند اجازة الورثة بعد الموت فلان المنع كان لحقهم وقد أسقطوا حقهم فيزول المنع وكذلك لو أوصى لوارثه وان قل لم يجز الا أن يجيز أصحابه بعد موت الموصى أما عدم الجواز عند عدم الاجازة لقوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث وأما الجواز عند الاجازة لما قلنا اه

لاخيه

لاخيه المحجوب بابنه ثم مات ابنه وقوله ان لم تجز الورثة راجع الى الثلاثة المذكورة الوصية بما زاد على الثلث وللقاتل وللوارث لان الامتناع فى الكل لحقهم فتجوز باجازتهم ألا ترى الى ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه عليه الصلاة والسلام قال لا تجوز وصية لوارث الا أن تشاء الورثة وعن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أنه عليه الصلاة والسلام قال لا وصية لوارث الا أن تجيزها الورثة ويشترط أن يكون المجيز من أهل التبرع بأن يكون بالغا عاقلا وان أجاز البعض دون البعض تجوز على المجيز بقدر حصته دون غيره لولايته على نفسه لا على غيره ولا معتبر باجازتهم فى حال حياته لانها قبل ثبوت الحق اذ الحق يثبت لهم بالموت فكان لهم أن يرجعوا عن الاجازة بعد موت الموصى ويردوا تلك الاجازة لانها وقعت ساقطة لعدم مصادفتها المحل وكل ساقط فى نفسه مضمحل متلاش فكان لهم أن يردوه بعد موت المورث ولا يقال كيف تكون تلك الاجازة ساقطة مع ثبوت حق الورثة فى ماله من أول ما مرض بدليل منعه من التصرف لحقهم لكن ذلك الثبوت على سبيل التوقف فاذا مات ظهر أن حقهم كان ثابتا من أول المرض وأن الاجازة صادفت محلها الاستناد حقهم الى أول المرض فصار كاجازتهم بعد موته لانا نقول الاستناد انما يظهر فى حق القائم فاجازتهم حين وقعت فى حياته وقعت باطلة وما وقع باطلا لا يكون قائما بنفسه فلا يظهر فى حقه الاستناد ولان حقيقة الملك للورثة تثبت عند الموت وقبله يثبت لهم مجرد الحق فلو استند من كل وجه لانقلب الحق حقيقة قبل موته وهذا لا يتصور لوجود المانع وهو ملك المورث حقيقة فاذا لم يتصور بقى حقا على حاله لا حقيقة والرضا ببطلان ذلك الحق لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الذى يحدث لهم بعد موته بخلاف ما اذا أجازوها بعد موته حيث لا يكون لهم أن يرجعوا عنها لانها وقعت بعد ثبوت الملك حقيقة فتلزم ثم اذا صحت الاجازة بعد موته يتملكه المجاز له من قبل الموصى عندنا حتى يجبر الوارث على التسليم ولو أعتق عبدا فى مرضه ولا مال له غيره وأجازت الورثة العتق كان الولاء كله للميت ولو كان الوارث متزوجا بجارية المورث ولا مال له غيرها فأوصى بها لغيره فأجاز الوارث وهو الزوج الوصية لا يبطل نكاحه وقال الشافعى رحمه الله يملك الموصى له من جهة المجيز حتى لا يجبر على التسليم عنده ويكون له ثلثا الولاء فى مسئلة العتق ويفسد النكاح لان الميت لا حق له الا فى الثلث ولهذا لا تنفذ وصيته بما زاد على الثلث ويبطلها الوارث فيكون الزائد على الثلث ملكا للوارث حقيقة فاذا أجاز صار مملكا له من جهته ضرورة ولنا أن الوصية صدرت من الموصى وصادفت ملكه حالا ومآلا لان جميع ماله مملوك له وقت الوصية وبعد الموت هو باق على حكم ملكه ولهذا يبدأ بحوائجه ولا يملك الوارث الا ما فضل عن حاجته كتجهيزه وقضاء ديونه ولا يملك ما كان مشغولا بحاجته من ماله فاذا أوصى صار مشغولا بها لكن للورثة نقضها فيما زاد على الثلث لما فيه من ابطال حقهم فاذا أجازوا الوصية ظهر أنه لم يكن منتقلا الى ملكهم وسقط حقهم ونفذ العقد السابق كالمرتهن اذا أجاز بيع الراهن ولا يقال لو كان الوارث مريضا فأجاز يعتبر من ثلثه فدل على أنه تمليك منه لانا نقول اسقاط الحق يعتبر من الثلث كاجازته العتق والبيع الذى فيه محاباة وليس بتمليك من جهته فكذا هذا وثمرة الخلاف تظهر فيما ذكرنا وفى تملك الموصى له قبل القبض وعنده لا يتملك وفى مشاع يحتمل القسمة حيث تجوز الاجازة فيه عندنا وعنده لا تجوز وقال أبو يوسف رحمه الله الوصية للقاتل لا تجوز باجازة الورثة لان امتناعها للجناية وهى باقية ولهما أن امتناعها لحق الورثة لان نفع بطلانها يعود اليهم كنفع بطلان الوصية للورثة ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونها لاحدهم قال رحمه الله (ويوصى المسلم للذمى وبالعكس) أى يجوز أن يوصى المسلم للكافر والكافر للمسلم فالاول لقوله تعالى لا ينهاكم الله الآية والثانى لانهم بعقد الذمة التحقوا بالمسلمين فى المعاملات ولهذا جاز التبرع المنجز

(قوله وعن عمرو بن شعيب الخ) قال فى شرح الطحاوى وان أجاز بعض الورثة ولم يجز البعض ففى حق الذى أجاز كأن كلهم أجازوا وفى حق الذى لم يجز كأن كلهم لم يجيزوا وبيان ذلك اذا مات الرجل وترك ابنين وأوصى لرجل بنصف ماله فان أجازت الورثة فالمال بينهم أرباعا للموصى له ربعان وهو النصف وربعان للابنين لكل واحد منهما ربع المال ولو لم يجيزوا فللموصى له ثلث المال والثلثان للابنين لكل واحد منهما ثلث المال ولو أجاز واحد ولم يجز الآخر جاز فى حق الذى أجاز كأنهما أجازا ويعطى له ربع المال وفى حق الذى لم يجز كأنهما لم يجيزا يعطى له ثلث المال والباقى يكون للموصى له فيجعل المال على اثنى عشر لحاجتنا الى الثلث والربع فالربع للذى أجاز وهو ثلاثة أسهم والثلث للذى لم يجز وهو أربعة أسهم وبقى خمسة فهى للموصى له اهـ غاية (قوله لا يكون رضا ببطلان حقيقة الملك الخ) وقال محمد فى الكتاب بلغنا ذلك عن ابن مسعود يعنى ان اجازة الورثة للوصية قبل الموت ليست بشئ اهـ اتقانى (قوله حيث لا يكون لهم الخ) قال ابن أبى ليلى ليس لهم أن يرجعوا فى الوجهين لان حقهم ثبت فى مرض الموت فاذا مات تبين أنهم أسقطوا حقه بعد ثبوته فصح اهـ اتقانى (قوله فى المتن ويوصى المسلم للذمى الخ) يجوز للمسلم أن يوصى لفقراء النصارى لان ذلك ليس بمعصية بخلاف بناء البيعة اهـ خان (قوله والثانى) قال الاتقانى فلأن من جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم اهـ

في حالة الحياة من الجانبين فكذا المضاف الى ما بعد الممات وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين الآية وقال في النهاية ذكر في السير الكبير ما يدل على جواز الوصية لهم ثم قال ووجه التوفيق أنه لا ينبغي أن يوصى لهم وان فعل ثبت الملك لهم لانهم من أهل الملك والمستأمن كالذمي في حق الوصية لان له أن يملكه المال حال حياته فكذا مضافا الى ما بعد مماته قال رحمه الله (وقبولها بعد موته وبطل ردها وقبولها في حياته) أي قبول الوصية بعد موت الموصي لان أوان ثبوت حكمها بعد الموت فلا يعتبر قبوله ولا رده قبله كما لا يعتبران قبل عقد الوصية فصار كما اذا قال لامرأته أنت طالق على ألف درهم غدا فان ردها وقبولها قبل مجيء الغد باطل لما ذكرنا وقال زفر رحمه الله اذا رد الوصية في حال حياة الموصي لم يجز قبوله بعد موته لان ايجابه كان في حياته وقد رده فبطل والحجة عليه ما بينا قال رحمه الله (وندب النقص من الثلث) أي يستحب أن يوصي بأقل من الثلث سواء كانت الورثة أغنياء أو فقراء لان في التنقيص صلة القريب بترك ماله عليهم بخلاف ما اذا استكمل الثلث لانه استوفى حقه على التمام فتفوته الصلة على القريب واليه أشار أبو بكر وعمر رضي الله عنهما بقولهما لأن يوصي بالخمس أحب الينا من أن يوصي بالربع ولان يوصي بالربع أحب الينا من أن يوصي بالثلث وترك الوصية أفضل اذا كانت الورثة فقراء لا يستغنون بما يرثون منه لما فيه من الصلة والصدقة على القريب وقد قال عليه الصلاة والسلام أفضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح وقال عليه الصلاة والسلام أن تدع ورثتك أغنياء خير لك من أن تدعهم فقراء الحديث ولان فيه رعاية الجانبين الفقر والقرابة والوصية بأقل من الثلث أولى من تركها اذا كانت الورثة أغنياء أو يستغنون بماله لانه جمع بين الصدقة على الاجنبي والهبة من القريب وقيل الاولى أولى لانه يبتغي بها رضا الله تعالى وبالهبة رضاهم وقيل يخير لان كل واحد منهما يشتمل على فضيلة وهي الصدقة أو الصلة فكان له أن يفعل أحدهما أيهما شاء أو يجمع بينهما قال رحمه الله (وملك بقبوله) أي الموصى له يملك بالقبول وقال الشافعي وزفر رحمهما الله يملك بدون القبول لانها خلافة فلا يحتاج فيها الى القبول كالميراث ولنا أن الوصية اثبات ملك جديد ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه به ولا يملك أحد اثبات الملك لغيره بدون اختياره بخلاف الميراث لانها خلافة حتى تثبت هذه الاحكام فتثبت جبرا من الشارع من غير قبول لولايته عليه ولانه لو ثبت الملك بدون قبوله لتضرر به بان أوصى له بعبد أعمى أو دنان مكسرة أو زبل مجتمع في داره فانه يجب عليه نفقة العبد ونقل المكسر والزبل تفريغا لملك الغير عن ملكه قال رحمه الله (الا أن يموت الموصى له بعد موت الموصي قبل قبوله فانه يملكه بدون القبول) وهذا استحسان والقياس أن تبطل الوصية لما بينا أن أحدا لا يقدر على اثبات الملك بدون اختياره فصار كموت المشتري قبل القبول بعد ايجاب البائع وجه الاستحسان أن الوصية من جانب الموصي قد تمت بموته تماما لا يلحقه الفسخ من جهته وانما يتوقف لحق الموصى له فاذا مات دخل في ملكه كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع ثم مات من له الخيار

(قوله لانهم من أهل الملك) أما وصية الحربي لمسلم أو ذمي بماله كله فذلك جائز وسيجيء بيانه في باب وصية الذمي وقال في مختصر الاسرار اذا أوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار خلافا للشافعي لقوله تعالى انما ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم الآية ولان في دفع الوصية اليهم تقوية لهم على حربنا وفي تكثير مالهم اضرار للمسلمين وصار كما لو أوصى بالسلاح وبالعبد المسلم ولان من لا تجوز له الوصية بالعبد المسلم لا تجوز له الوصية بالمال اه اتقاني وقال العيني في شرحه ولا تصح للحربي عندنا خلافا للثلاثة اه (قوله في المتن وقبولها بعد موته الخ) اعلم أن قبول الموصى له شرط لافادة الملك للموصى له حتى لا يملك قبل القبول الا في مسئلة واحدة سيجيء بيانها بعد هذا اه اتقاني وكتب ما نصه قال الكرخي في مختصره قبول الموصى له ورده انما يكون بعد موت الموصي ولا ينظر الى رده ولا الى اجازته قبل الموت واذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ملك ما أوصى له به اذا كان قدر الثلث فان لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تصير في ملكه حتى يقبل وهي خارجة عن الموصي بموته ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له حتى يقبل أو يموت فيكون ما أوصى له لورثته من بعده وموته كقبوله عند أصحاب أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد وجعلوا ذلك بمنزلة البيع اذا كان فيه الخيار للمشتري دون البائع فمات المشتري في الثلاث فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري الى هنا لفظه اه اتقاني (قوله الكاشح) الكاشح الذي يخفي عداوته في كشحه والكشح ما بين الخاصرة الى الضلع وقيل الكاشح الذي أعرض وولاك كشحه وانما كانت الصدقة عليه أفضل لما فيه من مخالفة النفس وقهرها ولا كذلك في ذي الرحم الصديق اه كاكي (قوله وقيل الاولى) أي الصدقة على الاجنبي اه (قوله في المتن وملك بقبوله) قال الاتقاني ثم القبول كما في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل فالصريح أن يقول بعد موت الموصي قبلت والدليل أن يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا لورثته اه اتقاني

قبـل الاجازة وكذا اذا أوصى للجنين يدخـل فى ملكه من غير قبول استحسانا لعدم من يلى عليه حتى يقبل عنه قال رحمه الله (ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله) لان الدين مقدم على الوصية لانه أهم لكونه فرضا والوصية بغير الواجب تبرع و بالواجب وان كان فرضا لكن حق العبـد مقدم وحق الشارع من الصـلاة وغيره يسقط بالموت على ما عرف فى موضعه فتكون الوصية به كالتبرع وقال على رضى الله عنه انكم تقرؤن الوصية قبل الدين وكان رسول الله صلى الله عليه وسـلم يبدأ بالدين قال رحمه الله (والصبى) وقال الشافعى رحمه الله تصح وصية الصبى اذا كان فى وجوه الخير لان عمر رضى الله تعالى عنه أجاز وصية يافع وهو الذى راهق الحلم ولان فيـه نظرا له بتحصيل التقرب الى الله تعالى ولو لم ينفذ يبقى ملكا لغيره ولا نظر له فيه وهذا لان المنع من التبرع حال حياته للنظر له حتى ينتفع بماله و بعد الموت ينعكس النظر فتنفذ ولان الوصـيـة أخت الميراث والصبى فى الارث عنه بعد موته كالبالغ فكذا فى الوصية ولنا أنها تبرع فلا تصح كالهبة والصدقة وهذا لان اعتبار عقله فى النفع والضر باعتبار أوضاع التصرفات لا باعتبار ما يتفق بحكم الحال ألا ترى أن طلاقـه لا يقع وان تضمن نفعا فى بعض الاحوال ولان قوله غير ملزم وتصحيح وصـيته يؤدى الى القول بان قوله ملزم والاثر محمول على أنه كان قريب العهد بالبلوغ فسمى يافعا مجازا ولهـذا لم يستفسر عمر رضى الله عنـه أن وصيته كانت فى القرب أو غيرها ويحتـمل أن وصـيته كانت فى تجهيزه وذلك جائز عنـدنا وهو يحرز الثواب بالترك على ورثته فلا يتعين فيها النفع وكذا اذا أوصى ثم مات بعد الادراك لم تجز تلك الوصية لعـدم الاهلية وقت المباشرة وكذلك اذا قال اذا أدركت فثلث مالى لفلان وصية لانه ليس بأهل لقول ملزم فلا يملكه تنجيزا ولا تعليقا كما فى الطلاق والعتاق بخلاف العبـد والمكاتب لان أهليتهما كاملة وانما منعا لحق المولى فتصح اضافتهما الى حال سقوط حق المولى بان يقول كل واحـد منهـما ان أعتقت فثلث مالى وصـية لفـلان أو للمساكين قال رحـمه الله (والمكاتب) أى لا تصح وصية المكاتب لان الوصية تبرع وهو ليس من أهله ثم اعلم أن وصية المكاتب ثلاثة أقسام قسم باطل بالاجماع وهو الوصية بعيـن من أعيان ماله لانه لا ملك له حقيقة فلا تصح كمن أوصى بعتق عبد غيره ثم ملكه ولو أجازها بعد العتق جازت على أن الاجازة انشاء الوصية لان الوصية تصح بلفظة الاجازة بخلاف ما اذا أعتق عبده ثم أجاز العتق بعد الحرية حيث لا يجوز لان العتق لا يجوز بلفظة الاجازة وقسم يجوز بالاجماع وهو ما اذا أضاف الوصـية الى ما يملكه بعد العتق بان قال اذا أعتقت فثلث مالى وصـية لفلان أو أوصيت بثلث مالى له حتى لو عتق قبـل الموت باداء بدل الكتابة أو غيره ثم مات كان للموصى له ثلث ماله وان لم يعتق حتى مات عن وفاء بطلت الوصية لان الملك له حقيقة لم يوجد اذ لم تثبت الحرية له فى حال حياته مطلقا وانما تثبت بطريق الضرورة فلا يظهر فى حق نفاذ الوصية وقسم مختلف فيه وهو ما اذا قال أوصيت بثلث مالى لفلان ثم عتق فالوصية باطلة عند أبى حنيفة رحمه الله وعنـدهما جائزة وهذا بناء على أن للمكاتب نوعى ملك حقيقى وهو ما بعد العتق ومجازى وهو ما قبل العتق فعند أبى حنيفة رحمه الله ينصرف الى المجازى لانه هو الظاهر لان الظاهر بقاء ما كان على ما كان والآخر ليس بموجود والظاهر بقاؤه على العـدم فلا ينصرف اليه اللفظ وعندهـما ينصرف الى الحقيقى وهو ما يملكه بعـد الحرية المطلقة لانه القابل لهذا الحكم وهو الوصـية تصحيحا التصرفه أو يتناول النوعين فتصح فيما يقبل ولا تصح فيما لا يقبل كما اذا قال الحر كل عبد اشتريته فهو حر ينصرف الى ما يشتريه لنفسه ولغيره فيعتق ما يشـتريه لنفسه ولا يعتق الآخر وتنحل به اليمين حتى اذا اشتراه بعد ذلك لا يعتق هكذا ذكر المسئلة فى شرح الزيادات قال العبد الفقير الى الله تعالى ينبغى أن تكون هذه المسئلة مثل مسئلة اليمين المذكورة فى باب الحنث فى ملك المكاتب والمأذون من أيمان الجامع الكبير وهى ما اذا قال أحدهـما اذا أعتقت فكل مملوك أملكه فهو حر يصح و يعتق اذا ملك عبدا بعد العتق ولو قال كل مملوك أملكه فهو حر فأعتق

(قوله فى المتن ولا تصح وصية المديون ان كان الدين محيطا بماله) الا أن يبرئ الغرماء الموصى من الدين فحينئذ تجوز وصيته فى الثلث أو فى أكثر منه على تقدير اجازة الورثة أو عدمها لعدم المانع وهو الدين اه اتقانى (قوله لان الدين مقـدم على الوصـية) أى بالاجماع وان كانت الوصية مقـدمة عليه فى الذكر فى قوله تعالى من بعـد وصية يوصى بها أو دين اه اتقانى (قوله وكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يبدأ بالدين) أى بقول الدين قبل الوصية ومعناه ان فى الآية تقدما وتأخـيرا ثم هـما جميعا مقـدمان على الميراث اه قال فى الكشاف فان قلت لم قدمت الوصـية على الدين والدين مقدم عليها فى الشريعة قلت لما كانت الوصية مشـبهة للميراث فى كونها مأخوذة من غـير عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ولا تطيب أنفسهم بها فكان أداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان النفوس مطمئنة الى أدائه فلذلك قـدمت على الدين بعثا على المسارعة الى اخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة أو للتسوية بينهما فى الوجوب اه اتقانى (قوله ولنا أنها تبرع) محض بالاجماع والصبى ليس من أهل التبرع اه غاية (قوله بخلاف العبد) أى اذا قال ان أعتقت ثم مت فثلثى لفلان اه غاية (قوله بأن يقول الخ) متعلق بقوله بخلاف العبد والمكاتب اه

ثم ملك عبدا لا يعتق لان قوله أملكه يتناول الحال وهو غير قابل له ولو قال كل مملوك أملكه فيما استقبل فهو حر يعتق عندهما ما يملكه بعد العتق لانه ينصرف الى ملك قابل له وهو ما بعد الحرية ولا يعتق عند أبي حنيفة رحمه الله لانه ينصرف الى الملك الظاهر وهو ما قبل العتق كما اذا قال للمنكوحة نكاحا فاسدا ان طلقتك فعبدى حر ينصرف الى الطلاق فى هذا النكاح الفاسد لانه هو الظاهر جعل الخلاف فى هذه المسئلة فيما اذا قال فكل مملوك أملكه فيما استقبل وفى مسئلة الوصية جعله من غير ذكر الاستقبال وهذا ظاهره تناقض ويحتمل أن يكون لكل واحد منهم روايتان فى المسئلتين والا فلا فرق بينهما من حيث الوضع وكيف يختلفان فى الجواب قال رحمه الله (وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت لاقل مدته من وقت الوصية) أما الاول فلان الوصية استخلاف من وجه لانه يجعله خليفة فى بعض ماله والجنين يصلح خليفة فى الارث فكذا فى الوصية اذ هى أخته غير أنها ترتد بالرد لما فيها من معنى التمليك بخلاف الهبة لانها تمليك محض ولا ولاية لاحد عليه حتى يملكه شيأ ولا يقال الوصية شرطها القبول والجنين ليس من أهله فكيف تصح لانا نقول الوصية تشبه الهبة وتشبه الميراث فلشبهها بالهبة يشترط القبول اذا أمكن ولشبهها بالميراث يسقط اذا لم يمكن عملا بالشبهين ولهذا يسقط بموت الموصى له قبل القبول وأما الثانى وهو ما اذا أوصى بالحمل فلانه يجرى فيه الارث فتجرى فيه الوصية أيضا لانها أخته ثم شرط فى الهداية أن يولد لاقل من ستة أشهر فيهما مثل ما ذكر فى هذا المختصر وقال فى النهاية تجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من ستة أشهر أى من وقت موت الموصى لا من وقت الوصية من غير تفصيل وذكر فى الكافى ما يدل على أنه ان أوصى له يعتبر من وقت الوصية وان أوصى به يعتبر من وقت الموت قال رحمه الله (ولا تصح الهبة له) أى للحمل لان الهبة من شرطها القبول والقبض ولا يتصور ذلك من الجنين ولا يلى عليه أحد حتى يقبض عنه فصار كالبيع قال رحمه الله (وان أوصى بأمة الا حملها صحت الوصية والاستثناء) لان الحمل لا يتناوله اسم الجارية لفظا وانما يستحق بالاطلاق تبعا فاذا أفرد الام بالوصية صح إفراده ولان الحمل يجوز إفراده بالوصية فكذا استثناؤه منها لان كل ما جاز ايراد العقد عليه جاز اخراجه من العقد على ما مر فى البيوع ويكون الاستثناء منقطعا بمعنى لكن اذ لم يدخل تحت اللفظ قال رحمه الله (وله الرجوع عن الوصية قولا وفعلا بان باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة) لان الوصية تبرع فجاز الرجوع عنها مطلقا كما فى الهبة قبل القبض ولان قبول الوصية بعد الموت فجاز الرجوع عنها قبل القبول كما فى سائر العقود كالبيع وغيره ثم الرجوع قد يثبت صريحا بان يقول رجعت عن الوصية وهو المراد بقوله وله الرجوع عن الوصية قولا وقد يثبت دلالة بان يفعل بالشئ الموصى به فعلا يدل على الرجوع وهو المراد بقوله وفعلا بان باع أو وهب أو قطع الثوب أو ذبح الشاة ونظيره البيع بخيار الشرط أو الشراء به فان الفسخ أو الاجازة تكون بالصريح وبالدلالة ثم الاصل فيه أن كل فعل لو فعله الانسان فى ملك غيره بغير اذن مالكه ينقطع به حق المالك فاذا فعله الموصى بالعين الموصى بها كان رجوعا كما اذا اتخذ الحديد سيفا أو الصفر آنية لانه لما أثر فى قطع ملك المالك فلأن يؤثر فى المنع أولى وكذا كل فعل يوجب زيادة فى الموصى به ولا يمكن تسليمها الا به فهو رجوع اذا فعله فيه وكذا كل تصرف أوجب زوال الملك فهو رجوع وكذا اذا خلطه بغيره بحيث لا يمكن تمييزه فاذا ثبت هذا فنقول اذا أوصى بثوب ثم قطعه وخاطه أو بقطن ثم غزله أو بغزل فنسجه ينقطع به حق المالك اذا وجد ذلك من الغاصب فتبطل به الوصية لانه تبدل اسمه وصار عينا آخر غير الموصى به وكذا لو أوصى بسويق فلته بسمن أو بالعكس أو بدار فبنى فيها أو بقطن فحشا به أو ببطانة فبطن بها أو بظهارة فظهر بها بطلت الوصية لانه لا يمكن تسليم الموصى به وحده للاختلاط بغيره وكذا لو باع العين الموصى بها أو وهبها بطلت الوصية لزوال ملكه عنه حتى لو ملكها بالشراء أو بالرجوع عن الهبة لا تعود الوصية وذبح الشاة الموصى بها استهلاك

(قوله وهذا ظاهره الخ) لا تناقض لان وضع الوصية للاستقبال فلا حاجة الى ذكره اه (قوله فى المتن وتصح الوصية للحمل وبه ان ولدت الخ) هذا اذا كان زوج الحامل حيا فان كان ميتا فالشرط أن تأتى به لاقل من سنتين وهو حى وان أتت به ميتا لا تجوز الوصية لانه اذا أتت به حيا لاقل من سنتين يثبت وجوده وقت الوصية حكما لاثبات النسب من الزوج لان النسب انما يثبت باعتبار العلوق قبل الموت لا باعتبار العلوق الحادث بعد الموت فلما حكمنا بثبوت النسب من الزوج فقد حكمنا بوجوده يوم موت الموصى لان الموصى مات بعد الزوج بخلاف ما لو كان الزوج حيا فولدت لستة أشهر من يوم موت الموصى لا تصح الوصية لان الوطء اذا كان حلالا والزوج متمكنا من الوطء فانما يحال بالعلوق الى أقرب الاوقات فاذا أحيل بالعلوق الى أقرب الاوقات لا يتيقن بوجود الحبل يوم موت الموصى الا اذا أتت به لاقل من ستة أشهر فأما اذا كان الزوج ميتا فانه يحال بالعلوق الى أبعد الاوقات حملا لامرها على الصلاح اه محيط (قوله وكذا لو أوصى بسويق) فى الهداية جعل هذا نظير فعل يوجب زيادة فى الموصى به وجعل فى الكفاية هذا نظير الخلط بغيره اه (قوله وذبح الشاة الموصى بها استهلاك) فيه نظر اذ الغاصب لا يملك الشاة بالذبح فقط وجعل فى الكفاية من أنواع الرجوع دلالة ما اذا نقص الموصى الموصى به حتى خرج عن هيئة الادخار والبقاء فتبطل

فتبطل به الوصية بخلاف تجصيص الدار الموصى بها وهدم بنائها وغسل الثوب الموصى به حيث لا يكون رجوعا لانه تصرف في التبع ومن أراد أن يعطي ثوبه غيره يغسله عادة فكان تقريرا معنى ولو أوصى برطب فصار تمرا لا تبطل الوصية استحسانا بخلاف ما اذا أوصى بعنب فصار زبيبا والفرق أن الرطب والتمر جنس واحد ولهذا جاز استيفاء أحدهما مكان الآخر في السلم وبخلاف ما اذا أوصى بالكفرى فصار رطبا حيث تبطل الوصية للتبدل وكذا اذا أوصى ببيض فصار فرخا ولو كان التغير في هذه المسائل بعد موت الموصى لا تبطل الوصية سواء كان قبل القبول أو بعده قال رحمه الله (والجحود لا يكون رجوعا) كذا ذكره محمد رحمه الله في الجامع الكبير وذكر في المبسوط أنه رجوع قيل ما ذكر في المبسوط محمول على أن الرجوع كان في حضرة الموصى له وما ذكر في الجامع محمول على أن الرجوع في غيبته ومنهم من قال ما ذكر في الجامع قول محمد رحمه الله وما ذكر في المبسوط قول أبي يوسف رحمه الله وصاحب الهداية منهم وهو الصحيح لابي يوسف رحمه الله أن الجحود نفي في الماضي والحال فكان أقوى من الرجوع اذ هو نفي في الحال فقط فكان أولى أن يكون رجوعا ولهذا كان جحود التوكيل عزلا وجحود المتبايعين البيع اقالة ولمحمد رحمه الله تعالى أن الجحود نفي في الماضي والانتفاء في الحال ضرورة ذلك واذا كان ثابتا في الماضي كان ثابتا في الحال فكان الجحود لغوا ولان الرجوع اثبات في الماضي ونفي في الحال والجحود نفي فيهما لان حقيقته نفي في الماضي ويلزم منه الانتفاء في الحال ان كان صادقا فلا يكون أحدهما أخص من الآخر مع اختلاف حقيقتهما ولهذا لا يكون جحود النكاح طلاقا ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام أو ربا لا يكون رجوعا لان الوصف يستدعي بقاء الاصل بخلاف ما اذا قال فهي باطلة لانه الذاهب المتلاشي ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لان التأخير ليس للسقوط كتأخير الدين بخلاف ما اذا قال تركت لانه اسقاط ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لان اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما اذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر لان المحل يحتمل الشركة واللفظ صالح لها وكذا اذا قال فهو لفلان وارثي يكون رجوعا عن الاول ويكون وصية للوارث وحكمه أنه يجوز ان اجازته الورثة ولو كان فلان الآخر ميتا حين أوصى فالوصية الاولى على حالها لان الوصية الاولى انما تبطل ضرورة كونها للثاني ولم تكن فبقي الاول على حاله ولو كان فلان حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصى فهو للورثة لبطلان الوصيتين الاولى بالرجوع والثانية بالموت والله أعلم

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

قال رحمه الله (أوصى لذا بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فثلثه لهما) أي اذا لم تجز الورثة الوصيتين كان الثلث بينهما لان ثلث المال يضيق عن حقهما اذ لا يزاد عليه عند عدم الاجازة وقد تساويا في سبب الاستحقاق فيستويان في الاستحقاق والمحل يقبل الشركة فيكون الثلث بينهما نصفين لاستواء حقهما ولم يوجد ما يدل على الرجوع عن الاولى بخلاف ما اذا قال العبد الذي أوصيت به لفلان فهو لفلان حيث يكون العبد كله للثاني لوجود ما يدل على الرجوع عن الاولى على ما مر قال رحمه الله (وان أوصى لآخر بسدس ماله فالثلث بينهما أثلاثا) معناه مع الوصية الاولى وهي الوصية بثلث ماله لان كل واحد منهما يستحق بسبب صحيح شرعا وضاق الثلث عن حقهما اذ لا مزيد للوصية على الثلث فيقتسمان الثلث على قدر حقهما فيجعل السدس سهما لانه الاقل فصارت ثلاثة أسهم لصاحب السدس سهم ولصاحب الثلث سهمان قال رحمه الله (وان أوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجزه فثلثه بينهما نصفان)

الى يوم الموت ومثل له بذبح الشاة وقال الاقطع ألا ترى ان الملك في الوصية يقع بالموت والشاة المذبوحة لا تبقى الى ذلك الوقت فدل على الرجوع اه (قوله كذا ذكره محمد الخ) وفي نوادر ابن سماعة عن محمد اذا أوصى لرجل ثم قال لم أوص له لم يكن رجوعا ولو قال اشهدوا أني لا أوصي له فهو رجوع وكذلك لو وكل وكيلا ببيع عبده ثم قال اشهدوا اني لم أوكله فهو كذب وهو وكيل وان قال اشهدوا أني لا أوكله ببيع العبد فهو عزل اه أجناس في الغصب اه (قوله ولمحمد أن الجحود الخ) في النهاية تأخير المصنف دليل محمد يدل على أن اختياره قول محمد ولكن ذكر في الذخيرة والمبسوط والاصح قول أبي يوسف اه كاكي وجعل في المجمع قول محمد مختار الفتوى اه

﴿باب الوصية بثلث المال﴾

(قوله في المتن ولم تجزه) قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا أجاز الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند أبي حنيفة وفي قول أبي يوسف ومحمد لصاحب الجميع ثلاثة أرباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل في جنس هذه المسائل أن القسمة عند أبي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق المنازعة وعند أبي يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة اه غاية قال في المجمع أو بكل وثلث فالكل مقسوم أسداسا مع الاجازة والثلث مع عدمها نصفين وقالا أرباعا فيهما اه (قوله في المتن فثلثه بينهما نصفان) قال في المصفى اذا لم تجز الورثة يقسم الثلث عنده نصفين لان الموصى له بأكثر من الثلث لا يضرب

وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله (ولا يضرب الموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة) عنده وعندهما الثلث بينهما أرباعا سهم لصاحب الثلث وثلاثة أسهم لصاحب الجميع فيضرب الموصى له بما زاد على الثلث لان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل وامتنع الاستحقاق لحق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت كما في السعاية وأختيها ولابي حنيفة رحمه الله أن الوصية بما زاد على الثلث وقعت بغير مشروع عند عدم الاجازة من الورثة اذ لا يتصوّر نفاذها بحال فتبطل أصلا ولا يعتبر الباطل والتفضيل ثبت في ضمن الاستحقاق فيبطل ببطلان الاستحقاق كالمحاباة الثابتة في ضمن البيع تبطل ببطلان البيع بخلاف الوصية بالدراهم المرسلة وأختيها لان لها نفاذا في الجملة بدون اجازة الورثة بأن كان في المال سعة فيعتبر فيها التفاضل فيضرب كل واحد منهم بجميع حقه لكونه مشروعا ولاحتمال أن يصل كل واحد منهم الى جميع حقه بأن يظهر له مال فيخرج الكل من الثلث وقال في الهداية وهذا بخلاف ما اذا أوصى بعين من تركته قيمتها تزيد على الثلث فانه يضرب بالثلث وان احتمل أن يزيد المال فيخرج من الثلث لان هناك الحق يتعلق بعين التركة بدليل أنها لو هلكت واستفاد مالا آخر تبطل الوصية وفي الدراهم المرسلة لو هلكت التركة تنفذ فيما يستفاد فلم يكن متعلقا بعين ما تعلق به حق الورثة وهذا ينتقض بالمحاباة فانها تعلقت بالعين مثله ومع هذا يضرب بما زاد على الثلث قال رحمه الله (وبنصيب ابنه بطل وبمثل نصيب ابنه صح) أي الوصية بنصيب ابنه باطلة والوصية بمثل نصيب ابنه صحيحة وقال زفر كلاهما صحيح لان الجميع ماله في الحال وذكر نصيب الابن للتقدير به ولانه يجوز أنه حذف المضاف وأقام المضاف اليه مقامه فقوله أوصيت بنصيب ابني أي بمثل نصيبه ومثله سائغ لغة قال الله تعالى واسأل القرية أي أهلها ولنا أن نصيب الابن ما يصيبه بعد الموت فكان وصية بمال الغير بخلاف ما اذا أوصى بمثل نصيب ابنه لان مثل الشيء غيره وانما يجوز حذف المضاف اذا كان ما يدل عليه كما في الآية لان السؤال يدل على المسؤل وهم الاهل ولم يوجد هنا ما يدل على المحذوف فلا يجوز قال رحمه الله (فان كان له ابنان فله الثلث) والقياس ان يكون له النصف عند اجازة الورثة لانه أوصى له بمثل نصيب ابنه ونصيب كل واحد منهما

الا بالثلث فصارا سواء وان أجازت الورثة قال في الايضاح ليس عن أبي حنيفة في هذا نص واختلفوا في قياس قوله عند اجازة الورثة فقال أبو يوسف يقسم المال بينهما أسداسا بطريق المنازعة خمسة أسداسه لصاحب الجميع والسدس لصاحب الثلث ووجهه أن نقول لا منازعة لصاحب الثلث فيما زاد على الثلث فيدفع الثلثان الى صاحب الجميع بلا منازعة واستوت منازعتهما في الثلث فيكون بينهما نصفان فيصيب صاحب الثلث السدس وصاحب الجميع خمسة أسداسه وقال الحسن بن زياد ما قاله أبو يوسف قبيح فانه يصيب الموصى له عند عدم الاجازة نصف الثلث والآن كذلك لان السدس نصف الثلث بل يجب للموصى له بالثلث ربع المال والموصى له بالجميع ثلاثة أرباعه ووجهه أن يقسم الثلث أوّلا بينهما لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة ثم يقسم الثلثان فنقول أصل المسئلة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث ثم الثلث وهو سهم واحد يقسم بينهما نصفان أوّلا لاستوائهما فيه فانكسر بالنصف فضربنا مخرج النصف في أصل المسئلة ثلاثة فصارت ستة وصار الثلث سهمين بينهما نصفين لكل واحد سهم وبقي أربعة أسهم فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث يدعي سهما واحدا ليصير مع السهم المأخوذ ثلث جميع المال فسلم للموصى له بالكل ثلاثة أسهم وقد استوت منازعتهما في السهم الآخر فيتنصف فحصل للموصى له بالثلث سهم ونصف وللموصى له بالكل أربعة ونصف ولما انكسر بالنصف ضربنا مخرج النصف اثنين في أصل المسئلة ستة فيصير اثني عشر فيصير حق كل واحد ضعف ما كان وقد كان للموصى له بالكل أربعة ونصفان ضعفناه فصار تسعة وهي ثلاثة أرباع جميع المال وقد كان للموصى له بالثلث سهم ونصف ضعفناه فصار ثلاثة وهي ربع جميع المال أو نقول اذا صار المال اثني عشر يقسم الثلث أوّلا بينهما نصفين لكل واحد سهمان بقي الثلثان ثمانية أسهم فصاحب الجميع يدعي جميعه وصاحب الثلث لا يدعي الا سهمين فانه يقول حقي في الثلث وذلك أربعة وقد وصل اليّ سهمان بقي حقي في سهمين النصف فلا منازعة له فيما وراء السهمين وذلك ستة معطى للموصى له بالجميع بلا منازعة وبقي سهمان استوت منازعتهما فيهما فيقسم بينهما نصفين فيصيب كل واحد سهم فصار للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم من اثني عشر وهو ربع المال فأفادت الاجازة في حق صاحب الثلث فعلى هذا قوله في المسئلة كقولهما لكن التخريج مختلف عنده بطريق المنازعة وعندهما بطريق العول ووجه تخريجهما أن نقول اجتمع هنا وصية بالكل ووصية بالثلث فجعلنا أصل المسئلة من ثلاثة لحاجتنا الى الثلث فالموصى له بالجميع يدعي كله ثلاثة والموصى له بالثلث يدعي ثلثه سهما فتعول الى أربعة ربعه وهو سهم لصاحب الثلث وثلاثة أرباعه ثلاثة أسهم لصاحب الجميع اهـ مصفى (قوله وهذا ينتقض بالمحاباة الخ) قال شيخنا البرهان الطرابلسي رحمه الله لا انتقاض لان المحاباة وصية بالثمن لتملكه العين بعقد البيع فصارت بمنزلة الدراهم المرسلة بخلاف الوصية بالعين اهـ (قوله في المتن وبمثل نصيب ابنه صح) ويكون ذلك وصية بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان اجازه جاز والا كان له الثلث اهـ غاية

النصف وجه الاول أنه قصد أن يجعله مثل ابنه لا أن يزيد نصيبه على نصيب ابنه وذلك بأن يجعل الموصى له كأحدهم قال رحمه الله (وبسهم أو جزء من ماله فالبيان الى الورثة) أى اذا أوصى بسهم أو بجزء من ماله كان بيان ذلك الى الورثة فيقال لهم أعطوه ماشئتم لانه مجهول يتناول القليل والكثير والوصية لا تمتنع بالجهالة والورثة قائمون مقام الموصى فكان اليهم بيانه سوى هنا بين السهم والجزء وهو اختيار بعض المشايخ والمروى عن أبى حنيفة أن السهم عبارة عن السدس نقل ذلك عن ابن مسعود رضى الله عنه وعن إياس بن معاوية وقال فى الجامع الصغير له أخس سهام الورثة الا أن يكون أقل من السدس فحينئذ يعطى له السدس وقال فى الاصل له أخس سهام الورثة الا أن يكون أكثر من السدس فلا يزاد عليه جعل السدس لمنع النقصان فى رواية الجامع الصغير ولا يمنع الزيادة وجعله لمنع الزيادة فى الاصل ولا يمنع النقصان وذكر فى الهداية ما يمنع الزيادة والنقصان ثم قال فى تعليله لانه يذكر ويراد به السدس ويذكر ويراد به سهم من سهام الورثة فيعطى الاقل منهما فهذا يمنع الزيادة فقط وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله له أخس سهام الورثة لان السهم يراد به نصيب أحد الورثة عرفا لاسيما فى الوصية فيصرف اليه وهذا فى عرفهم وأما فى عرفنا فهو الذى ذكرناه أولا قال رحمه الله (قال سدس مالى لفلان ثم قال له ثلث مالى له ثلث ماله) لان الثلث يتضمن السدس فيدخل فيه فلا يتناول أكثر من الثلث قال رحمه الله (وان قال سدس مالى لفلان ثم قال له سدس مالى له السدس) يعنى سدسا واحدا سواء قال ذلك فى مجلس واحد أو فى مجلسين لان السدس ذكر معرفا بالاضافة الى المال والمعرف اذا أعيد معرفا كان الثانى عين الاول ولهذا قال ابن عباس رضى الله عنهما فى قوله تعالى فان مع العسر يسرا إن مع العسر يسرا لن يغلب عسر يسرين قال رحمه الله (وان أوصى بثلث دراهمه أو غنمه وهلك ثلثاه له ما بقى) أى اذا أوصى بثلث دراهمه أو بثلث غنمه وهلك ثلثا ذلك وبقى ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله فله جميع ما بقى من الدراهم أو الغنم وقال زفر رحمه الله له ثلث ما بقى من ذلك النوع لان كل واحد منهما مشترك بينهم والمال المشترك يهلك ما هلك منه على الشركة ويبقى الباقى كذلك وصار كما اذا كان الموصى به أجناسا مختلفة ولنا أن حق بعضهم يمكن جمعه فى البعض المتعين فى الجنس الواحد ولهذا يجرى فيه الجبر على القسمة وفيه جمع والوصية مقدمة فجمعناها فى البعض الباقى فصار كما اذا أوصى بدرهم أو بعشرة دراهم أو بعشرة أرؤس من الغنم فهلك ذلك الجنس كله الا القدر المسمى فانه يأخذه اذا كان يخرج من ثلث بقية ماله بخلاف الاجناس المختلفة فانه لا يمكن الجمع فيها جبرا فكذا تقديما والمال المشترك انما يهلك الهالك على الشركة أن لو استوى الحقان أما اذا كان أحدهما مقدما على الآخر فالهالك يصرف الى المؤخر كما اذا كان فى التركة ديون ووصايا وورثة ثم هلك بعض التركة فان الهلاك يصرف الى المؤخر وهو الوصية والارث لان الدين مقدم عليهما وهنا الوصية مقدمة على الارث لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين فيصرف الهلاك الى الارث تقديما للوصية على وجه لا ينقص حق الورثة عن الثلثين من جميع التركة اذ لا يسلم للموصى له شئ حتى يسلم للورثة ضعف ذلك وكذا اذا هلك البعض فى المضاربة يصرف الهلاك الى الربح لان رأس المال مقدم على ما عرف فى موضعه قال رحمه الله (ولو رقيقا أو ثيابا أو دورا له ثلث ما بقى) أى اذا أوصى بثلث رقيقه أو ثيابه أو بثلث دوره فهلك ثلثا ذلك وبقى الثلث وهو يخرج من ثلث ما بقى من ماله كان له ثلث الباقى كما قال زفر رحمه الله لان الجنس مختلف فلا يمكن جمعه بخلاف الاول على ما بينا قالوا هذا اذا كانت الثياب من أجناس مختلفة وان كانت من جنس واحد فهى بمنزلة الدراهم وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم لما بينا وقيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله فى الرقيق والدور لانه لا يرى الجبر على المقاسمة فيهما وقيل هو قول الكل لان الجمع انما يتحقق بقضاء القاضى عن اجتهاد عندهما ولا يتحقق بدون القضاء بل يتعذر ولا قضاء هنا فلم يتحقق الجمع إجماعا والاشبه أن يكون على الخلاف لان كل ما أمكن

(قوله وقال أبو يوسف ومحمد له أخس سهام الورثة) أى سواء كان مثل السدس أو أقل أو أكثر الا أن يزيد على الثلث فيعطى له الثلث الا أن تجيز الورثة الزيادة على الثلث اه ابن فرشتا (قوله ثم قال) أى فى ذلك المجلس أو فى مجلس آخر اه هداية (قوله لان كل واحد منهما مشترك بينهم) أى بين الورثة والموصى لهم اه (قوله وصار كما اذا كان) عبارة الشارح وصار كما اذا كانت اه (قوله أجناسا مختلفة) بأن كان له ابل وبقر وغنم فأوصى بثلث هذه الاصناف لرجل فهلك صنفان وبقى صنف واحد أعنى بقى الابل أو بقى البقر أو بقى الغنم فللموصى له ثلث الباقى فى قولهم جميعا اه اتقانى (قوله والوصية مقدمة) أى على قسمة التركة اه (قوله وكذا كل مكيل وموزون كالدراهم) فيكون له جميع الباقى اه

جمعه جبرا بالقضاء أمكن جمعه تقديرا وهذا هو الفقه في هذا الباب ألا ترى أنه أمكن الجمع بدون القضاء
عندهما فيما اذا كانت الوصية بثلث الدراهم أو الغنم على ما بينا قال رحمه الله (وبألف وله عين ودين فان
خرج الالف من ثلث العين دفع اليه) أي اذا أوصى بألف درهم وله عين ودين فان خرج الالف من ثلث
العين دفع اليه لان ايفاء حق كل واحد ممكن من غير بخس بأحد فيصار اليه قال رحمه الله (والا فثلث
العين وكلما خرج شيء من الدين له ثلثه حتى يستوفي الالف) أي ان لم يخرج الالف من ثلث العين دفع
الى الموصى له ثلث العين ثم كلما خرج شيء من الدين دفع اليه ثلثه حتى يستوفي حقه وهو الالف لان
الموصى له شريك الوارث في الحقيقة ألا ترى أنه لا يسلم له شيء حتى يسلم للورثة ضعفه وفي تخصيصه بالعين
بخس في حق الورثة لان للعين مزية على الدين ولان الدين ليس بمال في مطلق الحال ولهذا لو حلف أنه
لا مال له وله دين على الناس لا يحنث وانما يصير مالا عند الاستيفاء وباعتباره تناولته الوصية فيعتدل
النظر بقسمة كل واحد من الدين والعين أثلاثا فيصار اليه قال رحمه الله (وبثلثه لزيد وعمرو وهو
ميت لزيد كله) أي اذا أوصى لزيد وعمرو بثلث ماله وعمرو ميت فالثلث كله لزيد لان الميت ليس بأهل
للوصية فلا يزاحم الحي الذي هو أهل لها كما اذا أوصى لزيد وجدار وعن أبي يوسف رحمه الله أنه
اذا لم يعلم بموته كان له نصف الثلث لان الوصية عنده صحيحة لعمرو فلم يرض للحي الا بنصف الثلث بخلاف
ما اذا علم بموته لان الوصية لعمرو لغو فكان راضيا بكل الثلث للحي هذا اذا كان المزاحم معدوما من
الاصل أما اذا خرج المزاحم بعد صحة الايجاب يخرج بحصته ولا يسلم للآخر كل الثلث لان الوصية
صحت لهما وثبتت الشركة بينهما فبطلان حق أحدهما بعد ذلك لا يوجب زيادة على حق الآخر مثاله
اذا قال ثلث مالي لفلان ولفلان بن عبد الله ان مت وهو فقير فمات الموصى وفلان بن عبد الله غني كان
لفلان نصف الثلث وكذا لو قال ثلث مالي لفلان وفلان فمات أحدهما قبل موت الموصى وكذا لو قال
ثلث مالي لفلان ولعبد الله ان كان عبد الله في هذا البيت ولم يكن عبد الله في البيت كان لفلان نصف
الثلث لان بطلان استحقاقه لفقد الشرط لا يوجب الزيادة في حق الآخر فكان الحرف فيه أنه متى دخل
في الوصية ثم خرج لفقد شرطه لا يوجب الزيادة في حق الآخر ومتى لم يدخل في الوصية لفقد الاهلية
كان الكل للآخر قال رحمه الله (ولو قال بين زيد وعمرو لزيد نصفه) أي اذا قال ثلث مالي بين زيد وعمرو
وعمرو ميت كان لزيد نصف الثلث لان كلمة بين توجب التنصيف فلا يتكامل لعدم المزاحمة بخلاف ما اذا
قال لفلان وفلان فاذا أحدهما ميت حيث يكون للحي كل الثلث لان الجملة الاولى كلام يقتضي
الاختصاص بالحكم الا أن العطف يقتضي الشركة في الحكم المذكور والمذكور وصية بكل الثلث
والتنصيف بحكم المزاحمة فاذا زالت المزاحمة يتكامل ألا ترى أن من قال ثلث مالي لفلان وسكت كان
له جميع الثلث ولو قال ثلث مالي بين فلان وسكت لم يستحق الثلث كله بل نصفه ألا ترى الى قوله تعالى
ونبئهم أن الماء قسمة بينهم اقتضى أن يكون النصف بدليل قوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم
قال رحمه الله (وبثلثه له ولا مال له له ثلث ما يملك عند موته) أي اذا أوصى بثلث ماله لشخص ولا مال له
وقت الوصية كان له ثلث ما يملكه عند الموت لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت ويثبت
حكمه بعده فيشترط وجود المال عند الموت سواء كان اكتسبه بعد الوصية أو قبله بعد أن لم يكن الموصى
به عينا أو نوعا معينا وأما اذا أوصى بعين أو بنوع من ماله كثلث غنمه فهلكت قبل موته تبطل الوصية
لانها تعلقت بالعين فتبطل بفواتها قبل الموت حتى لو اكتسب غنما آخر أو عينا آخر بعد ذلك لا تتعلق
حق الموصى له بذلك ولو لم يكن له غنم عند الوصية فاستفادها ثم مات فالصحيح أن الوصية تصح لانها لو كانت
بلفظ المال تصح فكذا اذا كانت بلفظ نوعه لان المعتبر وجوده عند الموت لا غير ولو قال له شاة من
مالي وليس له غنم يعطى قيمة شاة لانه لما أضاف الشاة الى المال علمنا أن مراده الوصية بمالية الشاة

اذ ماليتها توجد فى مطلق المال ألا ترى الى قوله عليه الصلاة والسلام فى خمس من الابل السائمة شاة وعين الشاة لا توجد فى الابل وانما توجد ماليتها فيها ولو أوصى بشاة ولم يضفها الى ماله ولا غنم له قيل لا يصح لان المصحح اضافتها الى المال وبدون الاضافة الى المال تعتبر صورة الشاة ومعناها وقيل يصح لانه لما ذكر الشاة وليس فى ملكه شاة علم أن مراده المالية ولو قال شاة من غنمى ولا غنم له فالوصية باطلة لانه لما أضافها الى الغنم علمنا أن مراده عين الشاة حيث جعلها جزأ من الغنم بخلاف ما اذا أضافها الى المال وعلى هذا يخرج كل نوع من أنواع المال كالبقر والثوب ونحوهما قال رحمه الله (وبثلثه لامهات أولاده وهنّ ثلاث وللفقراء والمساكين لهن ثلاثة من خمسة وسهم للفقراء وسهم للمساكين) أى اذا أوصى بثلث ماله لامهات أولاده وللفقراء والمساكين وأمهات أولاده ثلاث يقسم الثلث أخماسا فلهن ثلاثة أسهم ولكل طائفة من المساكين والفقراء سهم وهذا عند أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وقال محمد يقسم أسباعا لان المذكور لفظ الجمع وأدناه فى الميراث اثنان قال الله تعالى وان كان له اخوة فلأمه السدس وقال تعالى وان كن نساء فوق اثنتين الآية والمراد بالآيتين اثنان فكان من كل طائفة اثنان وأمهات الاولاد ثلاثة فكان المجموع سبعة فيقسم أسباعا ولهما أن اسم الجنس المحلى بالالف واللام يتناول الادنى مع احتمال الكل كالمفرد المحلى بهما لانه يراد بهما الجنس اذا لم يكن ثم معهود قال الله تعالى لا تحل لك النساء من بعد وقال تعالى وجعلنا من الماء كل شئ حى ولا يحتمل ما بينهما فتعين الادنى لتعذر ارادة الكل ولهذا لو حلف لا يشترى العبيد يحنث بالواحد فيتناول من كل فريق واحد وأمهات الاولاد ثلاث فتبلغ السهام خمسة وليس فيما تلى دلالة على ماذكر لان المذكور فى الآيتين نكرة وكلامنا فى المعرفة حتى لو كان فيما نحن فيه منكرا قلنا كما قال ثم هذه الوصية تكون لامهات أولاده اللاتى يعتقن بموته أو اللاتى عتقن فى حياته ان لم يكن له أمهات أولاد غيرهن فان كان له أمهات أولاد عتقن فى حياته وأمهات أولاد يعتقن بموته كانت الوصية للاتى يعتقن بموته لان الاسم لهن فى العرف واللاتى عتقن فى حياته موال لا أمهات أولاد وانما تصرف اليهن الوصية عند عدم أولئك لعدم من يكون أولى منهن بهذا الاسم ولا يقال ان الوصية لمملوكه بالمال لا تجوز لان العبد لا يملك شيأ وانما تجوز له الوصية بالعتق أو برقبته لكونه عتقا فوجب أن لا تجوز لامهات أولاده اللاتى لم يعتقن حال حياته لانا نقول القياس أن لا تجوز الوصية لهن لانه لو جازت لهن لملكنه حال نزول العتق بهن لكون العتق والتمليك معلقين بالموت والعتق ينزل عليهن وهن إماء فكذا تمليكهن يقع وهن إماء وهو لا يتصور الا أنا جوزناه استحسانا لان الوصية مضافة الى ما بعد عتقهن لا حال حلول العتق بهن بدلالة حال الموصى لانه قصد تمليكهن ولا يتصور ذلك الا بعد العتق فصرف اليه تصحيحا لكلامه قال رحمه الله (وبثلثه لزيد وللمساكين لزيد نصفه ولهم نصفه) أى اذا أوصى بثلث ماله لزيد والمساكين كان لزيد النصف منه وللمساكين النصف وهذا عندهما وعند محمد رحمه الله ثلثه لزيد وثلثاه للمساكين وقد بينا مأخذ كل واحد من الفريقين ولو أوصى للمساكين كان له صرفه الى مسكين واحد عندهما وعند محمد رحمه الله لا يصرفه الى أقل من اثنين بناء على ماذكرنا قال رحمه الله (وبمائة لرجل وبمائة لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له ثلث كل مائة وبأربعمائة له وبمائتين لآخر فقال لآخر أشركتك معهما له نصف ما لكل منهما) يعنى اذا أوصى لرجل بمائة درهم ولآخر بمائة ثم قال لآخر قد أشركتك معهما فله ثلث كل مائة ولو أوصى لرجل بأربعمائة درهم ولآخر بمائتين ثم قال لآخر قد أشركتك معهما كان له نصف ما لكل واحد منهما لان الشركة للمساواة لغة ولهذا حمل قوله تعالى فهم شركاء فى الثلث على المساواة وقد أمكن اثبات المساواة بين الكل فى الاولى لاستواء المالين فيأخذ هو من كل واحد منهما ثلث المائة فتم له ثلثا المائة ويأخذ كل واحد منهما ثلثى المائة ولا يمكن المساواة بين الكل فى الثانية لتفاوت المالين

فحملناه على مساواة الثالث مع كل واحد منهما بما سماه له فيأخذ النصف من كل واحد من المالين ولو أوصى لرجل بجارية ولآخر بجارية أخرى ثم قال لآخر أشركتك معهما فان كانت قيمة الجاريتين متفاوتة كان له نصف كل واحدة منهما بالاجماع وان كانت قيمتهما على السواء فله الثلث من كل واحدة منهما عندهما وعند أبي حنيفة رضي الله تعالى عنه له نصف كل واحدة منهما بناء على انه لا يرى قسمة الرقيق فيكونان كجنسين مختلفين وهما يريانها فصارتا كالدراهم المتساوية ولو أوصى لرجل بثلث ماله ثم قال لآخر أشركتك أو أدخلتك معه فالثلث بينهما لما ذكرنا قال رحمه الله (وان قال لورثته لفلان على دين فصدقوه فانه يصدق الى الثلث) وهذا استحسان والقياس أن لا يصدق لان الاقرار بالمجهول وان كان صحيحا لا يحكم به الا بالبيان وقوله فصدقوه مخالف للشرع لان المدعى لا يصدق الا بحجة فيتعذر جعله اقرارا مطلقا فلا يعتبر فصار نظير من قال كل من ادعى على شيأ فأعطوه فانه باطل لكونه مخالفا للشرع الا أن يقول ان رأى الوصى أن يعطيه فحينئذ يجوز من الثلث وجه الاستحسان أنا نعلم أن قصده تقديمه على الورثة وقد أمكن تنفيذ قصده بطريق الوصية وقد يحتاج اليه من يعلم بأصل الحق عليه دون مقداره فيسعى في تفريغ ذمته فيجعله وصية جعل التقدير فيها الى الموصى له كأنه قال لهم اذا جاءكم فلان وادعى شيأ فأعطوه من مالى ما شاء فهذه معتبرة فكذا هذا فيصدق الى الثلث قال رحمه الله (فان أوصى بوصايا) أى مع ذلك (عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة وقيل لكل صدقوه فيما شئتم وما بقى من الثلث فللوصايا) أى لاصحاب الوصايا لا يشاركهم فيه صاحب الدين وانما عزل الثلث والثلثان لان الوصايا حقوق معلومة في الثلث والميراث معلوم في الثلثين وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة فلا يزاحم المعلوم فقدمنا عزل المعلوم وفي الافراز فائدة أخرى وهي أن أحد الفريقين قد يكون أعرف بمقدار هذا الحق وأبصر به والآخر ألد وأبلج وربما يختلفون في الفضل اذا ادعاه الخصم فاذا أفرزنا ثلثا علمنا أن في التركة دينا شائعا في جميع التركة فيؤمر أصحاب الوصايا والورثة ببيانه فاذا بينوا شيأ أخذ أصحاب الوصايا بثلث ما أقروا به والورثة بثلثي ما أقروا به لان اقرار كل فريق نافذ في حق نفسه فيلزمه بحصته وان ادعى المقر له أكثر من ذلك حلف كل فريق على العلم لانه تحليف على فعل الغير قال العبد الضعيف الراجى عفو ربه الكريم هذا مشكل من حيث ان الورثة كانوا يصدقونه الى الثلث ولا يلزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث وهنا ألزمهم أن يصدقوه في أكثر من الثلث لان أصحاب الوصايا أخذوا الثلث على تقدير أن تكون الوصايا تستغرق الثلث كله ولم يبق في أيديهم من الثلث شئ فوجب أن لا يلزمهم تصديقه قال رحمه الله (ولاجنبي ووارثه له نصف الوصية وبطل وصيته للوارث) أى اذا أوصى لاجنبي ووارثه كان للاجنبي نصف الوصية وبطلت الوصية للوارث لأنه أوصى بما يملك وبما لا يملك فصح فيما يملك وبطل في الآخر بخلاف ما اذا أوصى لحى وميت حيث يكون الكل للحى لان الميت ليس بأهل للوصية فلا يصلح مزاحما والوارث من أهلها ولهذا تصح باجازة الورثة فافترقا وعلى هذا اذا أوصى للقاتل وللاجنبي وهذا بخلاف ما اذا أقر بعين أو دين لوارثه وللاجنبي حيث لا يصح في حق الاجنبي أيضا لان الوصية انشاء تصرف وهو تمليك مبتدأ لهما والشركة تثبت حكما للتمليك فيصح في حق من يستحقه دون الآخر لان بطلان التمليك لاحدهما لا يوجب بطلان التمليك من الآخر أما الاقرار فاخبار عن أمر كائن وقد أخبر بوصف الشركة في الماضى ولا وجه الى اثباته بدون هذا الوصف لانه خلاف ما أخبر به ولا الى اثبات هذا الوصف لانه يصير الوارث فيه شريكا ولانه لو قبض الاجنبي شيأ كان للوارث أن يشاركه فيه فيبطل في ذلك القدر ثم لا يزال يقبض الاجنبي شيأ ويشاركه الوارث فيه فيبطل حتى يبطل الكل فلا يكون مفيدا وفي الانشاء حصة أحدهما ممتازة عن حصة الآخر بقاء وبطلانا قال في النهاية قال التمرتاشى هذا اذا تصادقا أما اذا أنكر الاجنبي شركة الوارث أو أنكر الوارث شركة الاجنبي فانه يصح اقراره في حصة الاجنبي عند

(قوله فأعطوه من مالى ماشاء) ولو قال هكذا صح كلامه ويكون انفاذه من الثلث لا غير فكذا هذا لانه وصية والوصية جوازها من الثلث اه اتقانى (قوله وهذا ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة) في الهداية وهذا مجهول أى قوله فصدقوه ليس بدين معلوم ولا وصية معلومة ولكنه دين في حق المستحق وصية في حق التنفيذ فلا يزاحم المعلوم اه (قوله حلف كل فريق) أى من الموصى له والورثة اه (قوله لانه تحليف على فعل الغير) لا على فعل نفسه فلا يحلف على البتات اه

محمد رحمه الله لان الوارث مقر ببطلان حقه وبطلان حق شريكه فيبطل في حقه ويثبت في نصيب الآخر وعندهما يبطل في الكل لان حق الوارث لم يتميز عن حق الاجنبي وانما أوجبه مشتركا بينهما فيبطل كما بينا قال رحمه الله (وبثياب متفاوتة لثلاثة فضاع ثوب ولم يدر أي والوارث يقول لكل هلك حقك بطلت) أي اذا أوصى بثلاثة ثياب متفاوتة جيد ووسط ورديء لثلاثة أنفس لكل واحد منهم ثوب فضاع منها ثوب ولا يدرى أيها هو والوارث يجحد ذلك بان يقول لكل واحد منهم هلك حقك أوحق أحدكم ولا أدري من هو فلا أدفع اليكم شيأ بطلت الوصية لان المستحق مجهول وجهالته تمنع صحة القضاء وتحصيل غرض الموصي فتبطل كما اذا أوصى لاحد الرجلين قال رحمه الله (الا أن يسلموا ما بقي) أي الا أن يسلم الورثة ما بقي من الثياب فحينئذ تصح الوصية لانها كانت صحيحة في الاصل وانما بطلت لجهالة طارئة مانعة من التسليم فاذا سلموا الباقي زال المانع فعادت صحيحة على ما كانت فيقسم بينهم قال رحمه الله (فلذي الجيد ثلثاه ولذي الرديء ثلثاه ولذي الوسط ثلث كل) أي لصاحب الجيد يعطى ثلثا الثوب الجيد ولصاحب الرديء يعطى ثلثا الثوب الرديء ولصاحب الوسط ثلث كل واحد منهما فيصيب كل واحد منهم ثلثا ثوب لان الاثنين اذا اقتسما على ثلاثة أصاب كل واحد منهم الثلثان وانما أعطى صاحب الوسط ثلث كل واحد منهما والآخران الثلثين من ثوب واحد لان صاحب الجيد لاحق له في الرديء بيقين لانه إما أن يكون هو الرديء الاصلي أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل أن يكون حقه في الجيد بان كان الهالك هو الوسط أو الرديء ويحتمل أن لا يكون له فيه حق بان كان الهالك هو الجيد وصاحب الرديء لا حق له في الجيد بيقين لانه إما أن يكون هو الجيد الاصلي أو الوسط ولا حق له فيهما واحتمل أن يكون حقه في الرديء بأن كان الهالك هو الجيد أو الوسط واحتمل أن لا يكون له فيه حق بأن كان الهالك هو الرديء وصاحب الوسط يحتمل أن يكون حقه في الجيد بأن كان الهالك أجود ويحتمل أن يكون في الرديء بأن يكون الهالك أردأ ويحتمل أن لا يكون له فيهما حق بأن كان الهالك هو الوسط فاذا كان كذلك أعطى كل واحد منهم حقه من محل يحتمل أن يكون هو له لان التسوية بايصال حق كل واحد منهم اليه واجبة وهم في احتمال بقاء حقه وبطلانه سواء وفيما قلنا ايصال حق كل واحد منهم بقدر الامكان وتحصيل غرض الموصي من التفضيل فكان متعينا قال رحمه الله (وببيت عين من دار مشتركة وقسم ووقع في حظه فهو للموصى له والا مثل ذرعه) معناه اذا كانت الدار مشتركة بين اثنين فأوصى أحدهما ببيت بعينه لرجل فان الدار تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له نصف البيت ان وقع في نصيب الموصي وان وقع في نصيب الآخر كان له مثل ذرع نصف البيت لانه أوصى بملكه وبملك غيره لان الدار كلها مشتركة فتنفذ في ملكه ويتوقف الباقي على اجازة صاحبه ثم اذا ملكه بعد ذلك بالقسمة التي هي مبادلة لا تنفذ الوصية السابقة كما اذا أوصى بملك الغير ثم اشتراه ثم اذا أصابه بالقسمة عين البيت كان للموصى له نصفه لانه عين ما أوصى به وان وقع في نصيب صاحبه كان له مثل نصف البيت لانه يجب تنفيذها في البدل عند تعذر تنفيذها في عين الموصى به كالجارية الموصى بها اذا قتلت تنفذ الوصية في بدلها بخلاف ما اذا بيع العبد الموصى به حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بينا في مسائل الرجوع عن الوصية ولا تبطل بالقسمة ولهما أنه أوصى بما يستقر ملكه فيه بالقسمة لانه يقصد الايصاء بما يمكن الانتفاع به على الكمال ظاهرا وذلك يكون بالقسمة لان الانتفاع بالمشاع قاصر وقد استقر ملكه في جميع البيت اذا وقع في نصيبه فتنفذ الوصية فيه ومعنى المبادلة في القسمة تابع وانما المقصود الافراز تكميلا للمنفعة ولهذا يجبر على القسمة فيه ولا تبطل الوصية اذا وقع البيت كله في نصيب شريكه ولو كانت مبادلة لبطلت كما لو باع

(قوله في المتن فضاع ثوب) أي بعد موت الموصي اه (قوله لان صاحب الجيد لاحق له في الرديء) أي من الثوبين اه (قوله لانه) أي الرديء من الثوبين اه (قوله واحتمل أن يكون حقه في الجيد) أي من الثوبين اه (قوله لانه) أي الجيد من الثوبين اه

الموصى به فعلى اعتبار الاقرار صار كأن البيت ملكه من الابتداء وان وقع فى نصيب الآخر تنفذ فى قدر ذرعان البيت جميعه من الذى وقع فى نصيب الموصى لانه عوضه ولان مراد الموصى من ذكر البيت تقديره به غير أنا نقول بتعين البيت اذا وقع البيت فى نصيبه جمعا بين الجهتين التقدير والتمليك واذا وقع فى نصيب الآخر عملنا بالتقدير أو نقول انه أراد التقدير على اعتبار وقوع البيت فى نصيب شريكه وأراد التمليك على اعتبار وقوعه فى نصيبه ولا يبعد أن يكون الكلام واحدا جهتان باعتبارين ألا ترى أن من علق بأول ولد تلده أمته طلاق امرأته وعتق ذلك الولد تقيد فى حق العتق بالولد الحى لا فى حق الطلاق ثم اذا وقع البيت فى نصيب غير الموصى والدار مائة ذراع والبيت عشرة أذرع يقسم نصيب الموصى بين الموصى له والورثة على عشرة أسهم عند محمد رحمه الله تسعة للورثة وسهم للموصى له فيضرب الموصى له بنصف البيت وهو خمسة أذرع وهم بنصف الدار الا نصف البيت الذى صار له وهو خمسة وأربعون ذراعا ونصيب الميت من الدار خمسون ذراعا فتجعل كل خمسة منها سهما فصار عشرة أسهم وعندهما يقسم على خمسة أسهم لان الموصى له يضرب بجميع البيت وهو عشرة أذرع وهم بنصيبه كله الا البيت الموصى به وهو أربعون ذراعا فجعل كل عشرة أذرع سهما فصار المجموع خمسة أسهم سهم للموصى له وأربعة لهم قال رحمه الله (والاقرار مثلها) أى الاقرار ببيت معين من دار مشتركة مثل الوصية به حتى يؤمر بتسليم كله ان وقع البيت فى نصيب المقر عندهما وان وقع فى نصيب الآخر يؤمر بتسليم مثله وعند محمد رحمه الله يؤمر بتسليم النصف أو قدر النصف وقيل محمد رحمه الله معهما فى الاقرار والفرق له على هذه الرواية أن الاقرار بملك الغير صحيح حتى ان من أقر بملك الغير لغيره ثم ملكه يؤمر بالتسليم الى المقر له والوصية بملك الغير لا تصح حتى لو ملكه بوجه من الوجوه ثم مات لا تنفذ فيه الوصية قال رحمه الله (وبألف عين من مال آخر فأجاز رب المال بعد موت الموصى ودفعه صح وله المنع بعد الاجازة) أى اذا أوصى رجل بألف درهم بعينها من مال غيره فأجاز صاحب المال بعد موت الموصى ودفعه اليه جاز وله الامتناع من التسليم بعد الاجازة لانه تبرع بمال الغير فيتوقف على اجازة صاحبه فاذا أجاز كان منه هذا ابتداء تبرع فله أن يمتنع من التسليم كسائر التبرعات بخلاف ما اذا أوصى بالزيادة على الثلث أو للقاتل أو للوارث فأجازتها الورثة حيث لا يكون لهم أن يمتنعوا من التسليم لان الوصية فى نفسها صحيحة لمصادفتها ملكه وانما امتنع لحق الورثة فاذا أجازوها سقط حقهم فينفذ من جهة الموصى على ما بيناه من قبل قال رحمه الله (وصح اقرار أحد الابنين بعد القسمة بوصية أبيه فى ثلث نصيبه) معناه اذا اقتسم الابنان تركة أبيهما وهو ألف درهم مثلا ثم أقر أحدهما لرجل أن أباهما أوصى له بثلث ماله فان المقر يعطيه ثلث ما فى يده وهذا استحسان والقياس أن يعطيه نصف ما فى يده وهو قول زفر رحمه الله لان اقراره بالثلث له تضمن اقراره بمساواته اياه والتسوية فى اعطاء النصف ليبقى له النصف فصار كما اذا أقر أحدهما بأخ ثالث لهما وهذا لان ما أخذه المنكر كالهالك فيهلك عليهما وجه الاستحسان أنه أقر له بثلث شائع فى جميع التركة وهى فى أيديهما فيكون مقرا له بثلث ما فى يده وبثلث ما فى يد أخيه فيقبل اقراره فى حق نفسه لولايته على نفسه ولا يقبل فى حق أخيه لعدم الولاية عليه فيعطيه ثلث ما فى يده ولانه لو أخذ منه نصف ما فى يده أدى الى محظور وهو أن الابن الآخر ربما يقر به فيأخذ نصف ما فى يده فيأخذ نصف التركة فيزداد نصيبه على الثلث وهو خلف بخلاف ما اذا أقر أحدهما بالدين على أبيهما حيث يأخذ صاحب الدين المقر له جميع ما فى يد المقر حتى يستوفى دينه ولا شىء للمقر ان لم يفضل منه شىء لان الدين مقدم على الميراث فيكون مقرا بتقدمه عليه فيقدم عليه ولا كذلك الوصية لان الموصى له شريك للورثة فلا يأخذ شيأ الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك ولا نسلم أنه أقر له بالمساواة بل أقر له بثلث التركة وانما حصلت المساواة باتفاق الحال ولهذا لو لم يكن له

(قوله وقيل محمد معهما) قال الرازى فى شرحه والاصح أن فى مسئلة الاقرار قول محمد كقولهما اه (قوله حتى ان من أقر بملك الخ) تقدم هذا الفرع فى أول كتاب الاقرار اه (قوله فيزداد نصيبه على الثلث) فيه نظر اه كذا بخط قارئ الهداية اه ﴿فرع لطيف﴾ قال الولوالجى رحمه الله تركة فيها دين غير مستغرق فقسمه الورثة ثم جاء الغريم فيأخذ من كل واحد منهم من الدين بما يخصه فى ثلثه حتى لو كان الدين ألف درهم والتركة ثلاثة آلاف فانقسمت بين ثلاثة بنين يأخذ من كل واحد منهم ثلث الالف وهذا اذا أخذهم عند القاضى جملة أما اذا ظفر بأحدهم يأخذ منه جميع ما فى يده اه (قوله الا اذا سلم للوارث ضعف ذلك) ولو كان البنون ثلاثة والتركة ثلاثة آلاف فاقتسموها فجاء رجل فادعى أن الميت أوصى له بثلث ماله وصدقه واحد منهم فانه يعطيه عند زفر ثلاثة أخماس ما فى يده لان فى زعمه أن ثلث كل التركة له والثلثين بين البنين أثلاثا فنحتاج الى حساب له ثلث ولثلثه ثلث وأقله تسعة ثلثه وهو ثلاثة للموصى له بالثلث والباقى وهو ستة بين البنين اثلاثا لكل ابن سهمان فقد أقر أن للموصى له بالثلث ثلاثة أسهم وللمقر سهمان فيقسم ما فى يده بينهما على هذه السهام فصار خمسة للموصى له بالثلث ثلاثة وله اثنان وعندنا يعطيه ثلث ما فى يده لما مر قاله العلامة حافظ الدين فى كافيه وهذه المسئلة ذكرها ابن الساعاتى رحمه الله فى المجمع

أخ

أخ فأقر له بالوصية لا يزيد حقه على الثلث ولو كان مقرا له بالمساواة لساواه حالة الانفراد أيضا بخلاف ما اذا أقر بأخ ثالث وكذبه أخوه حيث يكون ما في يد المقر بينهما نصفين لانه أقر له بالمساواة فيساويه مطلقا ولهذا لو كان وحده أيضا ساواه فيكون ما أخذه المنكر هالكا عليهما قال رحمه الله (وبأمة فولدت بعد موته وخرجا من ثلثه فهما له والا أخذ منها ثم منه) أى اذا أوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت الموصى ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له لان الام دخلت فى الوصية أصالة والولد تبعا حين كان متصلا بها فاذا ولدت قبل القسمة والتركة مبقاة على ملك الميت قبلها حتى تقضى به ديونه وتنفذ منه وصاياه دخل الولد فى الوصية فيكونان للموصى له وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث وأخذ ما يخصه من الام أولا فان فضل شئ أخذه من الولد وهذا عند أبى حنيفة رضى الله عنه وقالا يأخذ ما يخصه منهما جميعا لان الولد دخل فى الوصية تبعا حال اتصاله بها فلا يخرج عن الوصية بالانفصال كما اذا أوصى ببيعها من فلان بكذا من الثمن أو عتقها فولدت وكما اذا ولدت المبيعة قبل القبض فانه يسرى الى الولد حتى يباع أو يعتق معها ويكون له حصة من الثمن اذا ولدته قبل القبض فتنفذ الوصية أيضا فيهما على السواء من غير تقديم الام كأن الوصية وقعت بهما جميعا ولابى حنيفة رضى الله عنه أن الام أصل والولد تبع فى الوصية والتبع لا يزاحم الاصل فلو نفذنا الوصية فيهما جميعا تنتقض الوصية فى بعض الاصل وذلك لا يجوز بخلاف البيع والعتق لان تنفيذه فى التبع لا يؤدى الى نقضه فى الاصل بل يبقى تاما صحيحا فيه غير أن الثمن كله لا يقابل الاصل بل بعضه ضرورة مقابلته بالولد اذا بيعا بالثمن الذى عينه الموصى أو ولدت المبيعة قبل القبض فى غير الوصية وقبض الولد مع الام وذلك لا يبالى به ولا أثر له فى النقض لان الثمن تابع فى البيع حتى ينعقد البيع بدون ذكره وان كان فاسدا حتى لو كان فى البيع بالثمن الذى عينه الموصى محاباة يحتمل أن يكون على الخلاف هذا اذا ولدته قبل القبول وقبل القسمة وان ولدته بعدهما فهو للموصى له لانه نماء ملكه خالصا لتقرر ملكه فيه بعدهما وان ولدته بعد القبول قبل القسمة ذكر القدورى أنه لا يصير موصى به ولا يعتبر خروجه من الثلث وكان للموصى له من جميع المال كما لو ولدته بعد القسمة ومشايخنا رحمهم الله قالوا يصير موصى به حتى يعتبر خروجه من الثلث كما اذا ولدته قبل القبول وان ولدته قبل موت الموصى لم يدخل تحت الوصية فيكون لورثته كيفما كان والكسب كالولد فى جميع ما ذكرنا قال رحمه الله (ولابنه الكافر أو الرقيق فى مرضه فاسلم أو عتق بطل كهبته واقراره) أى اذا أوصى لابنه الكافر أو لابنه الرقيق فى مرضه فأسلم الابن أو عتق قبل موت الاب ثم مات من ذلك المرض بطلت الوصية له كما تبطل الهبة له والاقرار له بالدين أما الوصية فلأن المعتبر فيها حالة الموت وهو وارث فيها فلا تجوز له والهبة حكمها مثل الوصية لما عرف فى موضعه وأما الاقرار فان كان الابن كافرا فلا اشكال فيه لان الاقرار وقع لنفسه وهو وارث بسبب كان ثابتا عند الاقرار وهو البنوة فيمتنع لما فيه من تهمة ايثار البعض فكان كالوصية فصار كما اذا كان له ابن وأقر لاخيه فى مرضه ثم مات الابن قبل أبيه المقر وورثه أخوه المقر له فان الاقرار له يكون باطلا لما ذكرنا كذا هذا بخلاف ما اذا أقر لامرأة فى مرضه ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لها لانها صارت وارثة بسبب حادث والاقرار ملزم بنفسه وهى أجنبية حال صدوره فيلزم لعدم المانع من ذلك ويعتبر من جميع المال بخلاف الوصية لها لانها ايجاب عند الموت وهى وارثة عنده فلهذا اتحد الحكم فيهما فى الوصية وافترق فى الاقرار حتى لو كانت الزوجية قائمة عند الاقرار وهى غير وارثة بأن كانت نصرانية أو أمة ثم أسلمت قبل موته أو أعتقت لا يصح الاقرار لها لقيام السبب حال صدوره وان كان الابن عبدا فان كان عليه دين لا يصح اقراره له لان الاقرار وقع له وهو وارث عند الموت فيبطل كالوصية وان لم يكن عليه دين صح الاقرار لانه وقع للمولى اذ العبد لا يملك وقيل الهبة له جائزة لانها تمليك فى الحال وهو لا يملك فيقع للمولى وهو أجنبى فيجوز بخلاف الوصية لانها ايجاب عند الموت

وهو وارث عنده فيمتنع وفى عامة الروايات هى فى المرض كالوصية فيه لانها وان كانت منجزة صورة فهى كالمضاف الى ما بعد الموت حكما لان حكمها يتقرر عند الموت ألا ترى أنها تبطل بالدين المستغرق ولا تجوز بما زاد على الثلث والمكاتب كالحر لان الاقرار والهبة تقع له وهو وارث عند الموت فلا تجوز كالوصية قال رحمه الله (والمقعد والمفلوج والأشل والمسلول ان تطاول ذلك ولم يخف منه الموت فهبته من كل المال) لانه اذا تقادم العهد صار طبعا من طباعه كالعمى والعرج وهذا لان المانع من التصرف مرض الموت ومرض الموت ما يكون سببا للموت غالبا وانما يكون سببا للموت غالبا اذا كان بحيث يزداد حالا فحالا الى أن يكون آخره الموت وأما اذا استحكم وصار بحيث لا يزداد ولا يخاف منه الموت لا يكون سببا للموت كالعمى ونحوه اذ لا يخاف منه ولهذا لا يشتغل بالتداوى قال رحمه الله (والا فمن الثلث) أى ان لم يتطاول يعتبر تصرفه من الثلث اذا كان صاحب فراش ومات منه فى أيامه لانه من ابتدائه يخاف منه الموت ولهذا يتداوى فيكون مرض الموت وان صار صاحب فراش بعد التطاول فهو كمرض حادث به حتى تعتبر تبرعاته من الثلث والله أعلم بالصواب

﴿باب العتق فى المرض﴾

قال رحمه الله (تحريره فى مرضه ومحاباته وهبته وصية) أى حكم هذه التصرفات كحكم الوصية حتى تعتبر من الثلث ومزاحمة أصحاب الوصايا فى الضرب لا حقيقة الوصية لان الوصية ايجاب بعد الموت وهذه التصرفات منجزة فى الحال وانما اعتبرت من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فصار محجورا عليه فى حق الزائد على الثلث وكذا كل تصرف ابتدأ المريض ايجابه على نفسه كالضمان والكفالة فهو فى حكم الوصية لانه تبرع كالهبة وكل ما أوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان أوجبه فى حال صحته اذ المعتبر حالة الاضافة لا حالة العقد وما نفذه من التصرف كالعتق والهبة فالمعتبر فيه حالة العقد فان كان صحيحا فهو من جميع المال وان كان مريضا فهو من الثلث وكل مرض برأ منه فهو ملحق بحال الصحة لان حق الورثة والغرماء لا يتعلق بماله الا فى مرض موته وبالبرء تبين أنه ليس بمرض الموت فلا حق لاحد فى ماله قال رحمه الله (ولم يسع إن أجيز) أى اذا أجازت الورثة العتق فى المرض فلا سعاية على المعتق لان العتق فى المرض وصية على ما بيناه وهى تجوز بأزيد من الثلث باجازة الورثة فلا يلزمه شئ لان المنع لحقهم فيسقط بالاجازة على ما بينا قال رحمه الله (فان حابى فحرر فهى أحق وبعكسه استويا) أى اذا حابى ثم أعتق فالمحاباة أولى وان أعتق ثم حابى فهما سواء وهو المراد بقوله وبعكسه استويا وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله هما سواء فى المسئلتين والاصل فيه أن الوصايا اذا لم يكن فيها ما جاوز الثلث فكل واحد من أصحاب الوصايا يضرب بجميع وصيته فى الثلث لا يقدم البعض على البعض الا العتق الموقع فى المرض والعتق المعلق بموت الموصى كالتدبير الصحيح سواء كان مطلقا أو مقيدا والمحاباة فى المرض بخلاف ما اذا قال اذا مت فهو حر بعد موتى بيوم والمعنى فيه أن كل ما يكون منفذا عقيب الموت من غير حاجة الى التنفيذ فهو فى المعنى أسبق مما يحتاج الى تنفيذه بعد الموت والترجيح يقع بالسبق لان ما ينفذ بعد الموت من غير تنفيذ ينزل منزلة الديون فان صاحب الدين ينفرد باستيفاء دينه اذا ظفر بجنس حقه وفى هذه الاشياء يصير مستوفيا بنفس الموت والدين مقدم على الوصية فكذا الحق الذى فى معناه وغيرها من الوصايا قد تساوت فى السبب والتساوى فيه يوجب التساوى فى الاستحقاق فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى لانه لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ ولا معتبر بالتقديم فى الذكر لانه لا يوجب التقديم فى الثبوت الا اذا اتحد المستحق واستوت الحقوق على ما يجىء بيانه وأبو حنيفة رضى الله عنه يقول ان المحاباة

لما كان الاعتاق فى المرض فى معنى الوصية لوقوعه تبرعا فى زمان تعلق حق الورثة ذكره فى كتاب الوصايا ولكن أخره عما هو صريح فى الوصية لكون الصريح هو الاصل فى الدلالة اهـ اتقانى (قوله فهو فى حكم الوصية) لما أنه يتهم فى ايجابه على نفسه فى ذمته كما يتهم فى الهبة اهـ اتقانى (قوله وقالا هما سواء فى المسئلتين) تبعه فيه العينى رحمه الله وقال الرازى رحمه الله فى شرحه وقالا العتق أولى فى المسئلتين وفى أثناء كلام الشارح ما يدل على أن العتق أولى عندهما فقال فى أواخر هذه الصفحة فاذا ثبت هذا فهما يقولان ان العتق أقوى وقال فى الصفحة الآتية فى آخر هذه المقالة وعندهما العتق أولى فى الكل فتنبه اهـ وكتب ما نصه صوابه وقالا العتق أولى فى المسئلتين جميعا كما فى الهداية وغيرها اهـ (قوله اذا لم يكن فيها) أى فى فرد من أفرادها اهـ (قوله ما جاوز الثلث) مثل أن يوصى بالربع والسدس لا يقدم البعض على البعض بلا خلاف بين العلماء اهـ من خط قارئ الهداية (قوله والمحاباة فى المرض) أى المحاباة فى البيع اذا وقعت فى المرض اهـ (قوله واستوت الحقوق) كما اذا كانت الوصية فى القرب وأبواب الخير لله تعالى فانها اذا استوت يقدم ما قدمه الموصى للاستواء واتحاد المستحق اهـ من خط الشارح

المحاباة أقوى لانها ثبتت فى ضمن عقد المعاوضة فكانت تبرعا معناها لا بصيغتها حتى يأخذ الشفيع ويملكه العبد والصبى المأذون لهما والاعتاق تبرع صيغة ومعنى فاذا وجدت المحاباة أولا دفعت الاضعف واذا وجد العتق أولا وثبت وهو لا يحتمل الدفع كان من ضرورته المزاحمة وعلى هذا قال أبو حنيفة رحمه الله اذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين نصفين لتساويهما ثم ما أصاب المحاباة الاخيرة قسم بينها وبين العتق لان العتق مقدم عليها فيستويان ولو أعتق ثم حابى ثم أعتق قسم الثلث بين العتق الاول وبين المحاباة وما أصاب العتق قسم بينه وبين العتق الثانى ولا يقال إن صاحب المحاباة ينبغى أن يسترد ما أصاب العتق الذى بعده فى المسئلتين لكونه أولى منه لانا نقول لا يمكن ذلك لانه يلزم منه الدور بيانه أن صاحب المحاباة الاول فى المسئلة الاولى لو استرد من المعتق لكونه أولى لاسترد منه صاحب المحاباة الثانى لاستوائهما ثم استرد المعتق لانه يساوى صاحب المحاباة الثانى وفى المسئلة الثانية لو استرد صاحب المحاباة ما أصاب المعتق الثانى لاسترد منه المعتق الاول لانه يساويه ثم استرده صاحب المحاباة وهكذا الى ما لا يتناهى والسبيل فى الدور قطعه وعندهما العتق أولى فى الكل فلا يرد السؤال عليهما قال رحمه الله (وان أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم تنفذ بخلاف الحج) وهذا قول أبى حنيفة رضى الله عنه فى العتق وقالا يعتق عنه بما بقى لانه وصية بنوع قربة فيجب تنفيذها ما أمكن قياسا على الوصية بالحج وله أنه وصية بالعتق لعبد يشترى بمائة من ماله وتنفيذها فيمن يشترى بأقل منه تنفيذ فى غير الموصى له وذلك لا يجوز بخلاف الوصية بالحج لانها قربة محضة هى حق الله تعالى والمستحق لم يتبدل وصار كما اذا أوصى لرجل بمائة فهلك بعضها يدفع اليه الباقى وقيل هذه المسئلة مبنية على أصل آخر مختلف فيه وهو أن العتق حق الله تعالى عندهما حتى تقبل الشهادة فيه من غير دعوى فلم يتبدل المستحق وعنده حق العبد حتى لا تقبل فيه الشهادة من غير دعوى فاختلف المستحق وهذا البناء صحيح لان الاصل ثابت معروف ولا سبيل لانكاره ولو أوصى بان يشترى بثلث ماله وهو ألف عبد فيعتق عنه فاذا هو أقل من ذلك فالوصية باطلة قيل هذا قول أبى حنيفة رحمه الله ولئن كان قول الكل فالفرق لهما أن الوصية هنا وقع الشك فى صحتها فلا تصح بالشك ولا كذلك مسئلة الكتاب لانها كانت صحيحة فلا تبطل بالشك ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله عبد فيعتق بطلت الوصية عنده قال رحمه الله (و بعتق عبده فمات فجنى ودفع بطلت) أى اذا أوصى بعتق عبده فمات المولى فجنى العبد ودفع بالجناية بطلت الوصية لان الدفع قد صح لان حق ولى الجناية مقدم على حق الموصى فكذا على حق الموصى له وهو العبد نفسه لانه يتلقى الملك من جهة الموصى وملك الموصى باق الى أن يدفع وبه يزول ملكه فاذا خرج به عن ملكه بطلت الوصية كما اذا باعه الوصى أو وارثه بعد موته بالدين قال رحمه الله (وان فدى لا) أى لا تبطل الوصية ان فداه الورثة وكان الفداء فى أموالهم لانهم هم الذين التزموه وجازت الوصية لان العبد طهر عن الجناية فصار كأن لم يجن قال رحمه الله (و بثلثه لزيد وترك عبدا فادعى زيد عتقه فى صحته والوارث فى مرضه فالقول للوارث ولا شئ لزيد الا أن يفضل من ثلثه شئ أو يبرهن على دعواه) أى اذا أوصى بثلث ماله لزيد وله عبد وأقر الموصى له والوارث أن الميت أعتق هذا العبد فقال الموصى له أعتقه فى الصحة وقال الوارث أعتقه فى المرض فالقول قول الوارث ولا شئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ أو تقوم البينة أن العتق كان فى الصحة لان الموصى له يدعى استحقاق ثلث ماله سوى العبد لان العتق فى الصحة ليس بوصية فينفذ من جميع المال والوارث ينكر استحقاقه ثلث ماله غير العبد لان العتق فى المرض وصية وهو مقدم على غيره من الوصايا فذهب الثلث بالعتق فبطل حق الموصى له بالثلث فكان منكرا لاستحقاقه والقول للمنكر مع اليمين ولان العتق حادث والحوادث تضاف الى أقرب الاوقات للتيقن بها فكان الظاهر

(قوله حتى يأخذ الشفيع) أى بالشفعة اه (قوله ويملكه) أى البيع بالمحاباة اه (قوله بخلاف الوصية بالحج الخ) قال الاتقانى ووجه قول أبى حنيفة أن هذه وصية لعبد يشترى بمائة لان الموصى صرح بذلك فصار الموصى له عبدا قيمته مائة لا أقل من مائة فلو اشترى عبدا قيمته أقل من المائة فأعتق يلزم من ذلك صرف وصيته لغير مستحقها اه (قوله ولو أوصى بأن يشترى بكل ماله الخ) قال فى المجمع ولو أوصى أن يشترى بكل ماله عبد فيعتق فلم يجيزوا فهى باطلة وقالا يشترى بالثلث اه (قوله لان حق ولى الجناية مقدم الخ) اعلم أن العبد اذا جنى جناية خطأ فحكمه الدفع أو الفداء ثم العبد الموصى له بعتقه اذا جنى جناية بعد موت الموصى كان الورثة بالخيار ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا فدوه فان دفعوه بطلت الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك من جهته وهو الموصى له ألا ترى أن الموصى لو باع أو بيع بعد موته بسبب الدين أن الوصية تبطل فكذلك ههنا صح الابطال لان حق أولياء الجناية مقدم على حق المالك فكذلك يقدم على حق من يتلقى الملك من المالك وان اختاروا الفداء كانت الدية عليهم فى مالهم لالتزامهم وجازت الوصية لطهارة العبد بالفداء عن الجناية فصار كأنه لم يجن اه اتقانى (قوله لان العبد طهر) بالطاء المهملة من الطهارة اه اتقانى

شاهد الورثة فيكون القول قولهم مع اليمين ولاشئ للموصى له الا أن يفضل من الثلث شئ من قيمة العبد لانه لامزاحم له فيه فيسلم له ذلك أو تقوم له البينة أن العتق وقع فى الصحة فيكون له ثلث جميع المال سوى العبد لان الثابت بالبينة كالثابت معاينة والموصى له خصم بالاجماع لانه يثبت حقه وكذا العبد أما عند أبى حنيفة رحمه الله فظاهر لان العتق حق العبد على ما عرف من مذهبه فيكون خصما فيه لاثبات حقه وأما عندهما فلأن العتق فيه حق العبد وان كان حق الله تعالى فيكون بذلك خصما وهو نظير حد القذف فانه حق الله وفيه حق المقذوف فيكون خصما بذلك وكذا السرقة الحد فيها حق الله تعالى واسترداد المال حق العبد فلابد من خصومته حتى يقطع السارق قال رحمه الله (ولو ادّعى رجل دينا) أى على الميت (والعبد عتقا) أى فى الصحة ولامال له غيره (فصدقهما الوارث سعى فى قيمته وتدفع الى الغريم) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يعتق ولا يسعى فى شئ لان الدين والعتق فى الصحة ظهرا معا بتصديق الوارث فى كلام واحد فصار كأنهما وجدا معا أو ثبت ذلك بالبينة والعتق فى الصحة لا يوجب السعاية وان كان على المعتق دين وله أن الاقرار بالدين أقوى من الاقرار بالعتق ولهذا يعتبر اقراره بالدين من جميع المال و بالعتق من الثلث والاقوى يدفع الادنى فصار كاقرار المورث نفسه بان ادّعى عليه رجل دينا وعبده عتقا فى صحته فقال فى مرضه صدقتما فانه يعتق العبد و يسعى فى قيمته فكذا هذا وقضية الدفع أن يبطل العتق فى المرض أصلا الا أنه بعد وقوعه لا يحتمل البطلان فيدفع من حيث المعنى بايجاب السعاية عليه ولان الدين أسبق فانه لامانع له من الاستناد فيستند الى حالة الصحة ولا يمكن استناد العتق الى تلك الحالة لان الدين يمنع العتق فى حالة المرض مجانا فتجب السعاية وعلى هذا الخلاف اذا مات وترك ألف درهم فقال رجل لى على الميت ألف درهم دين وقال آخر هذا الالف لى كان لى عنده وديعة فعنده الوديعة أقوى وعندهما هما سواء كذا فى الهداية وقال فى النهاية ذكر فخر الاسلام والكيسانى الوديعة أقوى عندهما الا عنده عكس ما ذكر فى الهداية ثم قال وذكر فى المنظومة ما يؤيد ما ذكر فخر الاسلام والكيسانى فقال

لو ترك ألفا وهذا يدعى * دينا وذاك قال هذا مودعى
والابن قد صدّق هذين معا * استويا وأعطيا من أودعا

و جه قول من يقدّم الوديعة أن الوديعة تثبت فى عين الالف والدين ثبت فى الذمة أوّلا ثم ينتقل الى العين فكانت الوديعة أسبق فكان صاحبها أحق كما لو كان المورث حيا فقال صدقتما ووجه قول من سوّى بينهما أن الوديعة لم تظهر الا مع الدين فيستويان فيه فيتحاصان فيه كما لو أقر بالدين ثم بالوديعة بخلاف اقرار المورث نفسه لان اقراره بالدين يثبت فى الذمة و بالوديعة يتناول العين فيكون صاحبها أولى لتعلق حقه بها واقرار الوارث بالدين يتناول عين التركة كاقراره بالوديعة يتناول العين فافترقا وصاحب الكافى ضعف أيضا ما ذكره فى الهداية وجعل الاصح خلافه قال رحمه الله (وبحقوق الله تعالى قدمت الفرائض وان أخرها كالحج والزكاة والكفارات) لان الفرض أهم من النفل والظاهر منه البداية بالاهم قال رحمه الله (وان تساوت فى القوة بدئ بما بدأ به) لان الظاهر من حال المرء أن يبدأ بما هو الاهم عنده والثابت بالظاهر كالثابت نصا فصار كأنه نص على تقديمه باعتبار حاله فتقدّم الزكاة على الحج لتعلق حق العبد بها وعن أبى يوسف رحمه الله أن الحج يقدّم عليها لانه يقام بالمال والبدن والزكاة بالمال فقط فكان الحج أقوى وهو قول محمد رحمه الله وهما يقدّمان على الكفارة لرجحانهما عليها لانه قد جاء الوعيد فيهما مالم يأت فى غيرهما قال الله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها فى سبيل الله فبشرهم بعذاب أليم وقال تعالى فتكوى بها جباههم وجنوبهم وقال تعالى ومن كفر فان الله غنى عن العالمين مكان قوله ومن ترك الحج الى غير ذلك من النصوص والاخبار الواردة فيهما وكفارة القتل والظهار واليمين

(قوله فيكون القول قولهم مع اليمين) فيحلف بالله ما أعتقه فى الصحة وأعتقه فى المرض اه قارئ الهداية

مقدمة على صدقة الفطر لانه عرف وجوبها بالكتاب دون صدقة الفطر وصدقة الفطر مقدمة على الاضحية للاتفاق على وجوبها دون الاضحية وعلى هذا القياس يقدم الاقوى فالاقوى حتى تقدم كفارة القتل على كفارة الظهار واليمين لانها أقوى وأكثر تغليظا منهما ألا ترى أن الاسلام شرط فى التحرير عنها دونهما ثم تقدم كفارة اليمين على كفارة الظهار لانها تجب بهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسه فكانت كفارة اليمين أغلظ وأقوى دونها وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصى لما بينا والاصل فيه أن الوصايا اذا اجتمعت لا يقدم البعض على البعض الا العتق والمحاباة على ما بينا من قبل ولا معتبر بالتقديم ولا بالتأخير ما لم ينص عليه ولهذا لو أوصى لجماعة على التعاقب يستوون فى الاستحقاق ولا يقدم أحد على أحد غير أن المستحق اذا اتحد ولم يف الثلث بالوصايا كلها يقدم الاهم فالاهم باعتبار أن الموصى يبدأ بالاهم عادة فيكون ذلك كالتنصيص عليه لان من عليه قضاء من صلاة أو حج أو صوم لا يشتغل بالنفل من ذلك الجنس ويترك القضاء عادة ولو فعل ذلك نسب الى الخفة فاذا كان كذلك فلو أوصى لآدمى مع الوصايا بحقوق الله تعالى وكان الآدمى معينا قسم الثلث على جميع الوصايا ما كان لله وما كان للعبد فما أصاب القرب صرف على الترتيب الذى ذكرناه ويقسم على عدد القرب ولا يجعل الجميع كوصية واحدة لانه اذا كان المقصود بجميعها وجه الله تعالى فكل واحدة منها فى نفسها مقصودة فتنفرد كما تنفرد وصايا الآدميين فتكون كل جهة منها مستحقة بانفرادها ثم تجمع فيقدم فيها الاهم فالاهم على ما بينا وان كان الآدمى غير معين بأن أوصى بالصدقة على الفقراء فلا يقسم بل يقدم الاقوى فالاقوى لان الكل يبقى حقا لله تعالى اذا لم يكن ثم مستحق معين قال رحمه الله (وبحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا) أى اذا أوصى بحجة الاسلام أحجوا عنه رجلا من بلده يحج عنه راكبا لان الواجب عليه أن يحج من بلده فيجب عليه الاحجاج كما وجب لان الوصية لاداء ما هو الواجب عليه وانما شرط أن يكون راكبا لانه لا يلزمه أن يحج ماشيا فوجب عليه الاحجاج على الوجه الذى لزمه قال رحمه الله (والا فمن حيث يبلغ) أى ان لم يبلغ الثلث النفقة اذا أحجوا عنه من بلده أحجوا عنه من حيث يبلغ والقياس أن لا يحج عنه لانه أوصى بالحج على صفة وقد عدمت تلك الصفة فيه ولكن جاز ذلك استحسانا لان مقصوده تنفيذ الوصية فيجب تنفيذها ما أمكن ولا يمكن على هذا الوجه فيؤتى بها على وجه يمكن وهو أولى من ابطاله بخلاف العتق وقد فرقنا بينهما فيما اذا أوصى بأن يشترى عبد بمال قدره فضاع بعضه على قول أبى حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (ومن خرج من بلده حاجا فمات فى الطريق وأوصى بأن يحج عنه يحج عنه من بلده) وان أحجوا عنه من موضع آخر فان كان أقرب من بلده الى مكة ضمنوا النفقة وان كان أبعد لا ضمان عليهم لانهم فى الاول لم يحصلوا مقصوده بصفة الكمال والاطلاق يقتضى ذلك وفى الثانى حصلوا مقصوده وزيادة وهذا عند أبى حنيفة وقالا يحج عنه من حيث مات استحسانا لان سفره بنية الحج وقع قربة وسقط فرض قطع المسافة بقدره وقد وقع أجره على الله تعالى لقوله عز وجل ومن يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله الآية ولم ينقطع سفره بموته بل يكتب له حج مبرور فيبدأ من ذلك المكان كأنه من أهل ذلك المكان بخلاف ما اذا خرج من بيته للتجارة لان سفره لم يقع قربة فيحج عنه من بلده ولابى حنيفة رحمه الله أن الوصية تنصرف الى الحج من بلده لانه الواجب عليه على ما قررناه وعمله قد انقطع بالموت لقوله عليه الصلاة والسلام كل عمل ابن آدم ينقطع بموته الا ثلاث الحديث والمراد بالمتلو فى حق أحكام الآخرة من الثواب وهذا الخلاف فيمن له وطن وأما من لا وطن له فيحج عنه من حيث مات بالاجماع لانه لو حج بنفسه انما كان يتجهز من حيث هو فكذا اذا حج غيره لان وطنه حيث حل قال رحمه الله (والحاج عن غيره مثله) أى المأمور بالحج عن الغير فحج عنه فمات فى الطريق فحكمه حكم الحاج عن نفسه اذا مات فى الطريق حتى يحج عنه ثانيا من وطنه عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما من حيث مات الاول وقد ذكرناها فى كتاب الحج والله سبحانه وتعالى أعلم

(قوله ولا يجعل الجميع كوصية واحدة) أى بأن قال ثلث مالى فى الحج والزكاة والكفارة ولزيد يقسم على أربعة أسهم لان كل جهة غير الاخرى ولا يقدم الفرض على حق الآدمى لحاجة العبد اليه ثم انما يصرف الثلث الى الحج الفرض والزكاة والكفارات اذا أوصى بها فأما بدون الوصية فلا يصرف الثلث اليها بل تسقط عندنا خلافا للشافعى على ما مر فى الزكاة واذا أوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله فى مرض الموت اهـ اتقانى (قوله فى المتن والا فمن حيث يبلغ) وذكر هشام عن محمد أنه قال لو أن انسانا قال أنا أحج من منزله بهذا المال ماشيا لا يعطى له ذلك ويحج من حيث يبلغ راكبا لان المعروف أن يكون راكبا فالوصية انصرفت الى الحج المعروف اهـ اتقانى (قوله كأنه من أهل ذلك) لفظة من ليست فى خط الشارح اهـ (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم كل عمل الخ) الحديث اذا مات ابن آدم انقطع عمله الا من ثلاث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة جارية بعد موته والخروج للحج ليس من الثلاث اهـ اتقانى

﴿ باب الوصية للاقارب وغيرهم ﴾

قال رحمه الله (جيرانه ملاصقوه) وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو القياس لانه مأخوذ من المجاورة وهي الملاصقة ولهذا حمل عليه قوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بصقبه حتى لا يستحق الشفعة غير الملاصق بالجوار ولانه لما تعذر صرفه الى الجميع ألا ترى أنه لا يدخل فيه جار المحلة وجار الاراضي وجار القرية وجب صرفه الى أخص الخصوص وهو الملاصق وفي الاستحسان وهو قولهما جار الرجل من يسكن محلته ويجمعهم مسجد المحلة لان الكل يسمون جارا عرفا وشرعا قال عليه الصلاة والسلام لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد ففسر بكل من سمع النداء ولان المقصود بالوصية للجيران أن يبرهم ويحسن اليهم واستحبابه ينتظم الملاصقين وغيرهم الا أنه لا بد من الاختلاط ليتحقق معنى الاسم والاختلاط عند اتحاد المسجد وقال الشافعي رحمه الله الجار الى أربعين دارا من كل جانب لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا قلنا هذا ضعيف عند أهل النقل فلا يمكن الاحتجاج به ويستوي في الجار الساكن والمالك والذكر والانثى والمسلم والذمي لان الاسم يتناول الكل ويدخل فيه العبد الساكن عنده لان مطلق هذا الاسم يتناوله ولا يدخل عندهما لان الوصية له وصية لمولاه وهو ليس بجار بخلاف المكاتب لان استحقاق ما في يده والاختصاص به ثبت له ولا يملك المولى الا بالتمليك منه ألا ترى أنه يجوز له أخذ الزكاة وان كان مولاه غنيا بخلاف القن والمدبر وأم الولد والارملة تدخل لان سكناها مضاف اليها ولا تدخل التي لها بعل لان سكناها غير مضاف اليها وانما هي تبع فلم تكن جارا حقيقة قال رحمه الله (وأصهاره كل ذي رحم محرم من امرأته) لما روي أنه عليه الصلاة والسلام لما تزوج صفية أعتق كل من ملك من ذي رحم محرم منها اكراما لها وكانوا يسمون أصهار النبي صلى الله عليه وسلم وهذا التفسير اختيار محمد وأبي عبيد رحمهما الله وفي الصحاح الاصهار أهل بيت المرأة ولم يقيده بالمحرم وقال الفراء في قوله تعالى وهو الذي خلق من الماء بشرا فجعله نسبا وصهرا النسب ما لا يحل نكاحه والصهر الذي يحل نكاحه كبنات العم والخال وأشباههن من القرابة التي يحل تزويجها وعن ابن عباس رضي الله عنهما خلاف ذلك فانه قال حرم الله تعالى من النسب سبعا حرمت عليكم أمهاتكم الى قوله وبنات الاخت ومن الصهر سبعا وأمهاتكم اللاتي أرضعنكم الى قوله وأن تجمعوا بين الاختين قال في المغرب عقيب ذكره قاله الازهري وهذا هو الصحيح لا ارتياب فيه هذا هو المذكور في كتب اللغة وكذا يدخل فيه كل ذي رحم محرم من زوجة أبيه وزوجة ابنه وزوجة كل ذي رحم محرم منه لان الكل أصهار وشرطه أن يموت وهي منكوحته أو معتدته من طلاق رجعي لا من بائن سواء ورثت بأن أبانها في المرض أو لم ترث لان الرجعي لا يقطع النكاح والبائن يقطعه وقال الحلواني الاصهار في عرفهم كل ذي رحم محرم من نسائه التي يموت هو وهن نساؤه أو في عدة منه وفي عرفنا أبو المرأة وأمها ولا يسمى غيرهما صهرا قال رحمه الله (وأختانه زوج كل ذي رحم محرم منه كأزواج البنات والعمات والخالات) لان الكل يسمى ختنا

(قوله في المتن جيرانه ملاصقوه) قال في الاملاء قال أبو حنيفة اذا أوصى فقال ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملاصقين لداره فكل دار كانت تلزقه فالوصية لجميع من فيها من السكان وغيرهم عبيدا كانوا أو أحرارا نساء كانوا أو رجالا بينهم بالسوية ذمة كانوا أو مسلمين بالسوية قربت الابواب أو بعدت ان كانوا ملازقين الدار وقال أبو يوسف ومحمد الثلث لهؤلاء الذين ذكر أبو حنيفة ولغيرهم من الجيران من أهل المحلة ممن يضمهم مسجد واحد وجماعة واحدة ودعوة واحدة فهؤلاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر سواء والمسلم والكافر في ذلك كله سواء وقال في الزيادات عن أبي حنيفة اذا أوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في ذلك أن يكون الثلث للسكان وغيرهم ممن يسكن تلك الدور التي يجب لاهلها الشفعة ومن كان منهم له دار من تلك الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه (قوله وهذا عند أبي حنيفة) وقول زفر كقول أبي حنيفة اه غاية (قوله ففسر بكل من سمع النداء) قال القدوري في كتاب التقريب وقد قال هلال الرأي ان الجار من أسمعه المنادي لانه روي عن علي أنه قال لا صلاة لجار المسجد الا في المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال من أسمعه المنادي قال وهذا ليس بشئ لانه لو جاز اعتبار الوصية بهذا الجار في الشفعة اه اتقاني (قوله وقال الشافعي الخ) قال في وجيزهم اذا أوصى لجيرانه أعطى أربعون وكذا جارا من أربعة جوانب أي من كل جانب أربعون اه غاية (قوله لقوله صلى الله عليه وسلم حق الجار أربعون دارا هكذا وهكذا) الحديث وقوله هكذا وهكذا قال العلماء انه خبر لا يعرف وراويه مطعون اه غاية (قوله صفية) صوابه جويرية كما ذكره أبو داود (قوله في المتن وأختانه الخ) قال محمد في املائه اذا قال قد أوصيت لاختاني بثلث مالي فأختانه زوج كل ذي رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من الزوج فهؤلاء أختانه فان كانت له أخت وبنت أخت وخالة ولكل واحدة منهن زوج ولزوج كل واحدة منهن أرحام فكلهم جميعا أختانه والثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر فيه سواء أم الزوج وجدته وغير ذلك سواء اه اتقاني

وكذا كل ذى رحم محرم من أزواجهن لانهم يسمون أختانا وقيل هذا فى عرفهم وفى عرفنا لا يتناول الا أزواج المحارم ويستوى فيه الحر والعبد قال رحمه الله (وأهله زوجته) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته غير مماليكه اعتبارا للعرف وهو مؤيد بالنص قال الله تعالى وأتونى بأهلكم أجمعين وقال تعالى فنجيناه وأهله الا امرأته والمراد من كان فى عياله ولابى حنيفة رحمه الله أن الاسم حقيقة للزوجة يشهد بذلك النص والعرف قال الله تعالى وسار بأهله وقال لاهله امكثوا ومنه قولهم تأهل ببلدة كذا والمطلق ينصرف الى الحقيقة المستعملة قال رحمه الله (وآله أهل بيته) لان الآل القبيلة التى ينسب اليها فيدخل فيه كل من ينسب اليه من قبل آبائه الى أقصى أب له فى الاسلام الاقرب والابعد والذكر والانثى والمسلم والكافر والصغير والكبير فيه سواء ولا يدخل فيه أولاد البنات وأولاد الاخوات ولا أحد من قرابة أمه لانهم لا ينسبون الى أبيه وانما ينسبون الى آبائهم فكانوا من جنس آخر ومن أهل بيت آخر لان النسب يعتبر من الآباء قال رحمه الله (وجنسه أهل بيت أبيه) لان الانسان يتجنس بأبيه فصار كآله بخلاف قرابته حيث يدخل فيه جهة الاب والام لان الكل يسمون قرابة فلا يختص بشئ منهم وكذا أهل بيته وأهل نسبه كآله وجنسه فيكون حكمه كحكمه فى جميع ماذكرنا ويدخل فيه الاب والجد لان الاب أصل النسب والجد أصل نسب أبيه وقال فى الكافى لو كان الاب الاكبر حيا لا يدخل تحت الوصية لان الوصية للمضاف لا للمضاف اليه ولو أوصت المرأة لجنسها أو لاهل بيتها لا يدخل ولدها الا ان ولدها ينسب الى أبيه لا اليها الا أن يكون أبوه من قوم أبيها قال رحمه الله (وان أوصى لاقاربه أو لذوى قرابته أو لارحامه أو لانسابه فهى للاقرب فالاقرب من كل ذى رحم محرم منه ولا يدخل الوالدان والولد والوارث وتكون للاثنين فصاعدا) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا الوصية لكل من ينسب الى أقصى أب له فى الاسلام وان لم يسلم بعد أن أدرك الاسلام أو أسلم على مااختلف فيه المشايخ وفائدة الخلاف تظهر فى مثل أبى طالب وعلى رضى الله عنه اذا وقعت الوصية لاقرباء أحد من أولاد على فمن اكتفى بادراك الاسلام صرفه الى أولاد أبى طالب ومن شرط اسلامه صرفه الى أولاد على رضى الله عنهم لا غير ولا يدخل أولاد عبد المطلب بالاجماع لانه لم يدرك الاسلام لهما أن الاسم يتناول الكل لان لفظة القريب حقيقة للكل اذ هى مشتقة من القرابة فيكون اسما لكل من قامت به فيتناول مواضع الخلاف ضرورة ولابى حنيفة رضى الله تعالى عنه أن الوصية أخت الميراث وفى الميراث يعتبر الاقرب فالاقرب فكذا فى أخته لان الاخت لا تخالف الاخت فى الاحكام ولان المقصود من هذه الوصية تلافى ما فرط فى اقامة الواجب وهو صلة الرحم والوجوب مختص بذى الرحم المحرم ولا معتبر بظاهر اللفظ بعد انعقاد الاجماع على تركه فان كلا منهما قيده بما ذكره والشافعى رحمه الله قيده بالاب الادنى ولا يدخل فيه قرابة الولاد عندنا لانهم لا يسمون أقرباء عادة ومن سمى والده قريبا كان منه عقوقا اذ القريب فى عرف أهل اللغة من يتقرب الى غيره بواسطة غيره وتقرب الوالد والولد بنفسه لا بغيره ولهذا عطف القريب على الوالدين فى قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين والعطف للمغايرة ولو كانا منهم لما عطفوا عليهما ويدخل فيه الجد والجدة وولد الولد فى ظاهر الرواية وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله أنهم لا يدخلون وقيل ماذكراه من أنه يصرف الى أقصى أب له فى الاسلام كان فى ذلك الزمان حين لم يكن فى أقرباء الانسان الذين ينسبون الى أقصى أب له فى الاسلام كثرة فأما فى زماننا ففيهم كثرة لا يمكن احصاؤهم فتصرف الوصية الى أولاد أبيه وجده وجد أبيه وأولاد أمه وجدته وجدة أمه ولا تصرف الى أكثر من ذلك ويستوى الحر والعبد والمسلم والكافر والصغير والكبير والذكر والانثى على المذهبين وانما تكون للاثنين فصاعدا عنده لان المذكور فيه بلفظ الجمع وفى الميراث يراد بالجمع المثنى فكذا فى الوصية لانها أخته قال الراجى عفو ربه هذا ظاهر فى الاقارب

(قوله أقصى أب له فى الاسلام) وهو أول أب أسلم أو أول أب أدرك الاسلام وان لم يسلم اه (قوله من أولاد على) يعنى اذا أوصى علوى لاقربائه اه (قوله وعن أبى حنيفة وأبى يوسف انهم لايدخلون) لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة الولد اه غاية

(قوله فكيف دخلوا فيه هنا) والجواب أن المراد بانسابه حقيقة النسبة وهى ثابتة من الام كالاب ولا يلزم من نسبة الولد الى أبيه بالدعوة ترجيحا لجانبه انقطاعها عن الام اهـ (٣٠٢) (قوله بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته) قال فى الكافى ولو أوصى لذى قرابته لا يشترط فيه الجمع لاستحقاق الكل حتى لو كان له عم وخالان فكله للعم عنده لان اللفظ للفرد فيحرز العم كلها لانه أقرب اهـ (قوله لان قرابتهما مستويه) الذى بخط الشارح لان قرابتهما مستويتان اهـ

ونحوه وأما فى الانساب فمشكل لانه جمع نسب وفيه لا تدخل قرابته من جهة الام فكيف دخلوا فيه هنا قال رحمه الله (فان كان له عمان وخالان فهى لعميه) لانهما أقرب كما فى الارث ولفظ الجمع يراد به المثنى فى الوصية على ما بينا فيكتفى بهما وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وعندهما رحمهما الله تكون بينهم أرباعا لانهما لا يعتبران الاقرب قال رحمه الله (ولو عم وخالان كان له النصف ولهما النصف) أى لو كان له عم وخالان كان للعم نصف ما أوصى به وللخالين النصف لان اللفظ جمع فلا بد من اعتبار معنى الجمع فيه وهو الاثنان فى الوصية على ما عرف فيضم الى العم الخالان ليصير جمعا فيأخذ هو النصف لانه أقرب ويأخذان النصف لعدم من يتقدم عليهما فيه بخلاف ما اذا أوصى لذى قرابته حيث يكون جميع الوصية للعم لانه لفظ مفرد فيحرز الواحد جميع الوصية اذ هو الاقرب ولو كان له عم واحد لا غير كان له نصف الوصية لما بينا أنه لا بد من اعتبار الجمع فيه ويرد النصف الى الورثة لعدم من يستحقه لان اللفظ جمع وأدناه اثنان فى الوصية فيكون لكل واحد منهما النصف فلهذا يعطى له النصف والنصف الآخر يرد الى الورثة قال رحمه الله (ولو عم وعمة استويا) لان قرابتهما مستويتان ومعنى الجمع قد تحقق بهما فاستحقوا حتى لو كان له أخوال معهما لا يستحقون شيأ لانهما أقرب ولا حاجة الى الضم اليهما لكمال النصاب بهما ولو انعدم المحرم بطلت الوصية لانها مقيدة بهذا فلا بد من مراعاته وهذا كله عند أبى حنيفة رضى الله عنه وعندهما لا تبطل ولا تختص الاعمام بالوصية دون الاخوال لما عرف من مذهبهما قال رحمه الله (ولولد فلان الذكر والانثى على السواء) أى لو أوصى لولد فلان فالوصية بينهم للذكر والانثى على السواء لان اسم الولد يشمل الكل وليس فى اللفظ شئ يقتضى التفضيل فتكون الوصية بينهم على السواء قال رحمه الله (ولورثة فلان للذكر مثل حظ الانثيين) أى اذا أوصى لورثة فلان كانت الوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين لان الاسم مشتق من الوراثة وهى بين أولاده أو اخوته كذلك فكذا الوصية ولان التنصيص على الاسم المشتق يدل على أن الحكم يترتب على مأخذ الاشتقاق فكانت هى العلة ألا ترى أن الله تعالى لما نص على الوراثة بقوله تعالى وعلى الوارث مثل ذلك ترتب الحكم عليها حتى وجبت النفقة بقدرها ثم شرط هذه الوصية أن يموت الموصى لورثته قبل موت الموصى حتى تعرف ورثته من هو حتى لو مات الموصى قبل موت الموصى لورثته بطلت الوصية بخلاف ما اذا أوصى لولده ولو كان مع الورثة موصى له آخر قسم بينهم وبينه على عدد الرؤس ثم ما أصاب الورثة جمع وقسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والله أعلم

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

قال رحمه الله (وتصح الوصية بخدمة عبده وسكنى داره مدة معلومة وأبدا) لان المنافع يصح تمليكها فى حالة الحياة ببدل وبغير بدل فكذا بعد الممات لحاجته كما فى الاعيان ويكون محبوسا على ملك الميت فى حق المنفعة حتى يتملكها الموصى له على ملكه كما يستوفى الموقوف عليه منافع الوقف على حكم ملك الواقف ويجوز مؤقتا ومؤبدا كما فى العارية فانها تمليك على أصلنا بخلاف الميراث فانه خلافة فيما يتملكه المورث وتفسيرها أن يقوم الوارث مقام المورث فيما كان له وذلك فى عين تبقى والمنفعة عرض يفنى وكذا الوصية بغلة الدار والعبد جائزة لانها بدل المنفعة والمجوز للوصية بها الحاجة وهى تشمل الكل اذ الموصى محتاج الى التقرب الى الله تعالى بما يقدر عليه وكذا الموصى له محتاج الى قضاء حاجته بأى شئ

﴿باب الوصية بالخدمة والسكنى والثمرة﴾

لما فرغ عن بيان أحكام الوصايا التى تتعلق بالاعيان شرع فى بيان أحكام الوصايا التى تتعلق بالمنافع وهى الاعراض وأخرها عن الاعيان لان الاعيان هى الاصل لكون العين قائمة بذاتها دون العرض اهـ اتقانى (قوله فى المتن وتصح الوصية بخدمة عبده الخ) وليس للموصى له أن يخرج العبد من الكوفة الا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فيخرجه الى أهله للخدمة هنالك اذا كان يخرج من الثلث اهـ هداية يعنى اذا أوصى رجل من أهل الكوفة بخدمة عبده لزيد مثلا فليس لزيد أن يخرج العبد من الكوفة الى موضع آخر ليستخدمه فيه الا أن يكون الموصى له وأهله فى غير الكوفة فحينئذ يكون له أن يخرجه لان تنفيذ الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصى فاذا كان الموصى له وأهله فى مصر الموصى فمقصود الموصى أن كان يخدمه العبد فى المصر بدون أن تلزمه مشقة السفر واذا كانوا فى غير مصر الموصى فمقصوده أن يحمل العبد الى أهله ليخدمه عندهم وهذا هو المعلوم بدلالة الحال ولو أنه شرط أن يخدمه عند أهله بالافصاح كان للموصى له أن يخرجه الى أهله فكذا اذا علم عند أهله بالدلالة لان

كان قال رحمه الله (فان خرج العبد من ثلثه سلم اليه ليخدمه) لان حق الموصى له فى الثلث لا تزاحمه الورثة فيه قال رحمه الله (والا) أى وان لم يخرج من الثلث (خدم الورثة يومين والموصى له يوما) لان حقه فى الثلث وحقهم فى الثلثين كما فى الوصية بالعين ولا يمكن قسمة العبد أجزاء لانه لا يتجزأ فصرنا الى المهايأة فيخدمهم أثلاثا هذا اذا كانت الوصية غير مؤقتة وان كانت مؤقتة بوقت كالسنة مثلا فان كانت السنة غير معينة يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى أن يمضى ثلاث سنين فاذا مضت سلم الى الورثة لان الموصى له استوفى حقه وان كانت معينة فان مضت السنة قبل موت الموصى بطلت الوصية وان مات قبل مضيها يخدم الموصى له يوما والورثة يومين الى أن تمضى تلك السنة فاذا مضت سلم الى الورثة وكذا الحكم لو مات الموصى بعد مضى بعضها بخلاف الوصية بسكنى الدار اذا كانت لا تخرج من الثلث حيث يقسم عين الدار أثلاثا للانتفاع بها الامكان قسمة عين الدار أجزاء وهو أعدل للتسوية بينهما زمانا وذاتا وفى المهايأة تقديم أحدهما زمانا ولو اقتسموا الدار مهايأة من حيث الزمان يجوز أيضا لان الحق لهم الا أن الاول أولى لكونه أعدل وليس للورثة أن يبيعوا ما فى أيديهم من ثلثى الدار لان حق الموصى له ثابت فى سكنى جميع الدار ظاهرا بأن ظهر للميت مال آخر وتخرج الدار من الثلث وكذا له حق المزاحمة فيما فى أيديهم اذا خرب ما فى يده والبيع يتضمن ابطال ذلك فيمنعون عنه وعن أبى يوسف رحمه الله لهم ذلك لانه خالص حقهم والظاهر الاول والمعنى ما بيناه قال رحمه الله (وبموته يعود الى ورثة الموصى) أى بموت الموصى له يعود العبد أو الدار الى ورثة الموصى لانه أوجب الحق للموصى له ليستوفى المنافع على حكم ملكه فلو انتقل الى وارث الموصى له استحقها ابتداء من ملك الموصى بغير رضاه وذلك غير جائز قال رحمه الله (ولو مات فى حياة الموصى بطلت) أى لو مات الموصى له قبل موت الموصى بطلت الوصية لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وفى الحال ملك الموصى ثابت فيه ولا يتصور تملك الموصى له بعد موته فبطلت قال رحمه الله (وبثمرة بستانه فمات وفيه ثمرة له هذه الثمرة وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه) أى اذا أوصى بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة كان له هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستانى أبدا كان له هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان أوصى له بغلة بستانه فله الغلة القائمة وغلته فيما يستقبل حاصله أنه اذا أوصى بالغلة استحقه دائما وبالثمرة لا يستحق الا القائم الا اذا زاد أبدا فحينئذ يصير كالغلة فيستحقه دائما وهو المراد بقوله وان زاد أبدا له هذه الثمرة وما يستقبل كغلة بستانه أى اذا

الثابت بالدلالة كالثابت بالصريح اه غاية (قوله ان لم يخرج من الثلث) وكان لا مال له غيره اه رازى (قوله فيخدمهم أثلاثا) فى المبسوط والجامع للتمرتاشى ونفقة العبد الموصى بخدمته وكسوته على صاحب الخدمة وبه قال الاصطخرى وأحمد فى رواية وقال الشافعى وأحمد فى ظاهر مذهبهما على صاحب الرقبة وبه قال أبو ثور كالعبد المستأجر لان النفقة مؤنة فتجب على مالك الرقبة ولهذا تجب فطرته عليه ولنا ان العبد لا يقوى على الخدمة الا بالنفقة فنفقته على من يخدمه كالمستعير فانه ينفق على المستعار وينتفع وفى المغنى لابن قدامة وهو الاصح أما لو أوصى بخدمة عبد صغير لا يقدر على الخدمة وبرقبته لآخر فنفقته على صاحب الرقبة حتى يدرك الخدمة فاذا اشتغل بالخدمة صارت نفقته على صاحب الخدمة لان بالنفقة عليه فى حال الصغر تنمو العين والمنفعة فى ذلك لصاحب الرقبة اذ الاصل أن نفقة المملوك على المالك الا أن يصير معدا لانتفاع الغير كالامة اذا زوجها وبوأها فنفقتها على الزوج (٣٠٣) وان لم يبوئها فالنفقة على المولى ﴿فرع﴾ أوصى بغلة عبده لرجل هل له أن يستخدمه بنفسه قال الامام الاسبيجابى فى شرح الطحاوى اذا أوصى بغلة عبده لرجل فأراد الموصى له بالغلة أن يستخدمه بنفسه لم يذكر هنا فى ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم له أن يستخدمه بنفسه وقال بعضهم ليس له ذلك لان الموصى أوصى له بالغلة لا بالخدمة قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا فلو كان أوصى له بغلة الدار فأراد أن يسكن هو بنفسه فان هذا الفصل لم يذكر عن أصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون فيه ذكر عن أبى بكر الاسكاف أنه كان يقول له ذلك وكان أبو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك أما من قال له ذلك لان غيره يسكن له ولاجله فاذا سكن بنفسه جاز أيضا وأما من قال ليس له ذلك لان فى ذلك ضررا على الميت لانه لو آجره وأخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك الغلة ولو سكن هو بنفسه لا يمكن أن يقضى من السكنى اه اتقانى قال شمس الائمة فى شرح الكافى وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد أن يؤاجرهما عندنا وقال الشافعى له ذلك لانه تملك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت كتملك المنفعة فى حال الحياة ولو تملك المنفعة بالاستئجار فى حال الحياة ملك الاجارة من غيره فكذلك اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان المنفعة معتبرة بالعين وفى العين يصح الاعتياض عنه سواء تملك المنفعة ببدل أو بغير بدل فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة اذا تملكها ولنا أن الموصى له تملك المنفعة بغير عوض فلا يصح تمليكها من الغير بعوض كالمستعير فانه لا يملك الاجارة لانها تمليك بعوض فكذا هنا اه اتقانى وكتب هنا على قوله وكان أبو بكر بن سعيد يقول ليس له ذلك ما نصه قال فى الاختيار وهو الاصح لان الغلة دراهم أو دنانير والوصية بهما حاصلة وهو استوفى المنافع وهما غيران متفاوتان فى حق الورثة فانه لو ظهر على الموصى دين أمكنهم استرداد الغلة وايفاء الدين ولا يمكنه استرداد المنفعة بعد استيفائها فكان هذا أولى اه

زادفى الثمرة لفظة أبدا صاركما اذا أوصى بغلة بستانه من غير زيادة شئ حتى يستحق الموجود وماسيوجد فيهما فيحتاج الى الفرق بينهما والفرق أن الثمرة اسم للموجود عرفا فلا يتناول المعدوم الا بدلالة زائدة مثل التنصيص على الابد اذ لا يتأبد الا بتناول المعدوم والمعدوم مذكور وان لم يكن شيأ أما الغلة فتنتظم الموجود ومايكون بعرض الوجود مرة بعد أخرى عرفا يقال فلان يأكل من غلة بستانه ومن غلة أرضه وداره فاذا أطلقت تناول الموجود والمعدوم من غير توقف على دلالة أخرى وأما الثمرة فاذا أطلقت يراد بها الموجود ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه وانما قيده بقوله وفيه ثمرة لانه اذا لم يكن فى البستان ثمرة والمسئلة بحالها فهى كمسئلة الغلة فى تناولها الثمرة المعدومة ماعاش الموصى له وانما كان كذلك لان الثمرة اسم للموجود حقيقة ولا يتناول المعدوم الا مجازا فاذا كان فى البستان ثمرة عند موت الموصى صار مستعملا فى حقيقته فلا يتناول المجاز واذا لم يكن فيه ثمرة يتناول المجاز ولا يجوز الجمع بينهما الا أنه اذا ذكر لفظ الابد تناولهما عملا بعموم المجاز لا جمعا بين الحقيقة والمجاز قال رحمه الله (وبصوف غنمه وولدها ولبنها له الموجود عند موته قال أبدا أولا) أى اذا أوصى بهذه الاشياء كان له الموجود عند موته ولا يستحق ماسيحدث بعد موته سواء قال أبدا أولم يقل لان الوصية ايجاب عند الموت فيعتبر وجود هذه الاشياء عنده فهذا هو الحرف لكن جازت الوصية فى الغلة المعدومة والثمرة المعدومة على مابينا لانها تستحق بغير الوصية من العقود كالمزارعة والمعاملة فلأن تستحق بالوصية أولى لانها أوسع بابا من غيرها وكذا الصوف على الظهر واللبن فى الضرع والولد الموجود فى البطن يستحق بجميع العقود تبعا وبالخلع مقصودا فكذا بالوصية لما ذكرنا وأما المعدوم منها فلا يستحق بشئ من العقود فكذا بالوصية ثم مسائل هذا الباب على وجوه ثلاثة منها مايقع على الموجود والمعدوم ذكر الابد أولم يذكر كالوصية بالخدمة والسكنى والغلة والثمرة اذا لم يكن فى البستان شئ من الثمرة عند موته ومنها مايقع على الموجود دون المعدوم ذكر الابد أولم يذكر كالوصية باللبن فى الضرع والصوف على الظهر والولد فى البطن ومنها مايقع على المعدوم والموجود ان ذكر الابد والا فعلى الموجود فقط كالوصية بثمرة بستانه وفيه ثمرة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

﴿باب وصية الذمى﴾

قال رحمه الله (ذمى جعل داره بيعة أوكنيسة فى صحته فمات فهى ميراث) لانه بمنزلة الوقف عند أبى حنيفة رحمه الله والوقف عنده لا يلزم فيورث فكذا هذا وأما عندهما فلأن هذا معصية فلا يصح وان كان قربة فى معتقدهم بقى اشكال على قول أبى حنيفة رحمه الله وهو أن هذا عندهم كالمسجد عند المسلمين والمسلم ليس له أن يبيع المسجد فوجب أن يكون الذمى فيها كذلك لانهم عنده يتركون ومايعتقدون وجوابه أن المسجد محرز عن حقوق الناس وصار خالصا لله تعالى ولا كذلك البيعة فى معتقدهم فانها لمنافع الناس لانهم يسكنون فيها ويدفنون فيها موتاهم فلم تصر محررة عن حقوقهم فكان ملكه فيها ثابتا وفى هذه الصورة يورث المسجد أيضا على مايجىء بيانه قال رحمه الله (وان أوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث) أى اذا أوصى بأن تبنى داره بيعة أوكنيسة لناس معينين فهو جائز من الثلث لان الوصية

(قوله ولا تتناول المعدوم الا بدليل زائد عليه) قال الاتقانى وأما الوجه الثالث فهو ما اذا أوصى بثمرة بستانه أو بثمرة أرضه ينظر ان ذكر لفظ الابد وقع على الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد فان كان هنالك ثمرة موجودة فانه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وان لم يكن هنالك ثمرة موجودة فالقياس أن تبطل كما ذكرنا فى الصوف واللبن والولد وفى الاستحسان يقع على الحادث ويصير كالو ذكر الابد والموصى له مادام حيا فما يحدث من الثمار يكون له واذا مات بطلت وصيته وعاد الى ورثة الميت والثمار القائمة تكون موروثة عنه كذا فى شرح الطحاوى اهـ اتقانى (قوله فى المتن وبصوف غنمه الخ) قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا ولو أوصى بصوف غنمه جازت الوصية اذا كان على ظهرها صوف وقت موت الموصى لانه يجرى فيه الارث فكذلك تجوز فيه الوصية ولو أوصى بالصوف الذى يحدث بعد موته فانه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة الثمرة اهـ اتقانى

﴿باب وصية الذمى﴾

لما ذكر وصية المسلم ذكر وصية الذمى بعده لان الكفار ملحقون بالمسلمين فى أحكام المعاملات بطريق التبعية اهـ اتقانى (قوله فى المتن ذمى جعل داره الخ) معناه جعل ذلك فى موضع لهم احداث البيع فيه كالقرى وكتب مانصه قال فى الهداية واذا صنع يهودى أونصرانى بيعة أو كنيسة فى صحته ثم مات فهى ميراث قال الاتقانى وهذا قولهم جميعا ولكن على الاختلاف فى المذهبين أما عند أبى حنيفة فلان مسلما لو وقف أرضا فى صحته ثم مات صار ميراثا فكذلك هذا لان الوقف ليس بلازم حال الحياة فيها بخلاف ما اذا كان مضافا الى مابعد الموت وأما عندهما فانما يورث لان الايصاء بما لا يكون قربة بين المسلمين لا يصح عندهما (قوله لناس معينين) أى يحصى عددهم اهـ (قوله فهو جائز) أى بالاتفاق اهـ غاية وسيأتى فى كلام الشارح آخر الصفحة الآتية عند قوله ومنها ماهو مختلف فيه اهـ

فيها معنى الاستخلاف ومعنى التمليك فأمكن تصحيحها على اعتبار المعنيين قال رحمه الله (وبداره كنيسة لقوم غير مسمين صحت كوصية حربي مستأمن بكل ماله لمسلم أو ذمي) أي اذا أوصى بداره أن تبنى كنيسة لقوم غير مسمين صحت كما تصح وصية حربي الخ أما الاول وهو ما اذا أوصى بأن تبنى داره كنيسة لغير معين فهو قول أبي حنيفة رضي الله عنه وعندهما الوصية باطلة لان هذا معصية حقيقة وان كان في معتقدهم قربة والوصية بالمعصية باطلة لان في تنفيذها تقرير المعصية ولابي حنيفة رحمه الله أن هذه قربة في معتقدهم ونحن أمرنا بان نتركهم وما يدينون فيجوز بناء على معتقدهم ألا ترى أنه لو أوصى بما هو قربة حقيقة وهو معصية في معتقدهم لا تجوز الوصية اعتبار الاعتقادهم فكذا عكسه ثم الفرق لابي حنيفة رضي الله عنه بين بنائها و بين الوصية بها أن البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول ملك الباني بأن يصير محررا خالصا لله تعالى كما في مساجد المسلمين والكنيسة لم تصر محررة لله تعالى على ما بيناه فتورث عنه بخلاف الوصية لانها وضعت لازالة الملك غير أن ثبوت مقتضى الوصية وهو الملك امتنع فيما ليس بقربة عندهم فيبقى فيما هو قربة عندهم على مقتضاه فيزول ملكه فلا يورث قال مشايخنا رحمهم الله هذا اذا أوصى ببنائها في القرى وأما في المصر فلا يجوز بالاتفاق لانهم لا يمكنون من إحداث البيعة في الامصار وعلى هذا الخلاف اذا أوصى بان تذبح خنازيره ويطعم المشركون من غير تعيين لما ذكرنا وان كان لقوم معينين جاز بالاتفاق على أنه تمليك فحاصله أن وصايا الذمي ثلاثة أقسام منها ما هو جائز بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندنا وعندهم كما اذا أوصى بان يسرج في بيت المقدس أو بأن تغزى الترك وهو من الروم سواء كان لقوم معينين أو غير معينين لانه وصية بما هو قربة وفي معتقدهم أيضا قربة ومنها ما هو باطل بالاتفاق وهو ما اذا أوصى بما ليس بقربة عندنا ولا عندهم كما اذا أوصى للمغنيات والنائحات أو أوصى بما هو قربة عندنا وليس بقربة عندهم كما اذا أوصى بالحج أو ببناء المساجد للمسلمين أو بان تسرج مساجدهم لانه معصية عندهم الا أن تكون لقوم بأعيانهم فتصح باعتبار التمليك ومنها ما هو مختلف فيه وهو ما اذا أوصى بما هو قربة عندهم وليس بقربة عندنا كبناء الكنيسة لقوم غير معينين فعند أبي حنيفة رحمه الله يجوز وعندهما لا يجوز وان كان لقوم معينين يجوز بالاجماع وقد ذكرنا هذا النوع في أول الباب فحاصله أن وصيته لقوم معينين تجوز في الكل على أنه تمليك لهم وما ذكره من الجهة من تسريج المساجد ونحوه خرج منه على طريق المشورة لا على طريق الالزام حتى لا يلزمهم أن يصرفوه في الجهة التي عينها هو بل يفعلون به ما شاؤا لانه ملكهم والوصية انما صحت باعتبار التمليك لهم وصاحب الهوى اذا كان لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم لانا أمرنا ببناء الاحكام على ظاهر الاسلام وان كان يكفر فهو بمنزلة المرتد فيكون على الخلاف المعروف في تصرفاته قال صاحب الهداية في المرتدة الاصح أنه تصح وصاياها لانها تبقى على الردة بخلاف المرتد لانه يقتل أو يسلم فجعلها كالذمية وقال السغناقي في النهاية وذكر صاحب الكتاب في الزيادات على خلاف هذا وقال بعضهم لا تكون بمنزلة الذمية وهو الصحيح حتى لا تصح منها وصية والفرق بينها و بين الذمية أن الذمية تقر على اعتقادها وأما المرتدة فلا تقر على اعتقادها قال الراجي عفو ربه الاشبه أن تكون كالذمية فتجوز وصيتها لانها لا تقتل ولهذا يجوز جميع تصرفاتها فكذا الوصية كأنه أراد بقوله صاحب الكتاب صاحب الهداية وذكر العتابي في الزيادات أن من ارتد عن الاسلام الى النصرانية أو اليهودية أو المجوسية فحكم وصاياه حكم من انتقل اليهم فما صح منهم صح منه وهذا عندهما وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فوصيته موقوفة ووصايا المرتدة نافذة بالاجماع لانها لا تقتل عندنا وقال قاضيخان المرتدة الصحيح أنها كالذمية فيجوز منها ما جاز من الذمية وما لا فلا وأما الثاني وهو ما اذا أوصى الحربي لمسلم فلأنه أهل للتمليك منجزا كالهبة ونحوها فكذا مضافا ولو أوصى بأكثر من الثلث أو بماله كله جاز لان امتناع الوصية بما زاد على

الثلث لحق الورثة وليس لورثته حق مرعى لانهم أموات فى حقنا ولان حرمة ماله باعتبار الامان والامان كان لحقه لا لحق ورثته وقد أسقط حقه فيجوز وقيل اذا كان ورثته معه لا يجوز بأكثر من الثلث الا باجازتهم لانه بالامان التزم أحكامنا فصار كالذمى ولو أوصى ببعض ماله أخذت الوصية ورد الباقى الى ورثته وكذا لو أوصى الى مستأمن مثله ولو أعتق عبده عند الموت أو دبره جاز ذلك كله من غير تقييد بالثلث لما بينا وكذا لو أوصى له مسلم أو ذمى بوصية جاز لانه ما دام فى دار الاسلام فهو كالذمى فى المعاملات ولهذا تصح عقود التمليكات منه وتبرعاته فى حال حياته فكذا بعد مماته وعن أبى حنيفة وأبى يوسف رحمهما الله وصية المسلم والذمى للحربى المستأمن لا تجوز لانه فى دارهم حكما حتى يمكن من الرجوع اليها فصارت كالارث والاول أظهر لان الوصية تمليك مبتدأ ولهذا يجوز للذمى والعبد بخلاف الارث ولو أوصى الذمى بأكثر من الثلث أو لوارثه لا يجوز كالمسلم لانهم التزموا أحكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات ولو أوصى لخلاف ملته جاز اعتبارا بالارث اذ الكفر كله ملة واحدة ولو أوصى لحربى فى دار الحرب لا يجوز لان الارث ممتنع لتباين الدارين فكذا الوصية لانها أخته وعلى رواية الجامع الصغير ينبغى أن يجوز كالمسلم ولو أوصى لمستأمن فى دار الاسلام ينبغى أن يكون على الروايتين المذكورتين فى المسلم والله أعلم بالصواب

﴿ باب الوصى ﴾

قال رحمه الله (أوصى الى رجل فقبل عنده ورد عنده يرتد) أى عند الموصى لان الموصى ليس له ولاية إلزامه التصرف ولا غرور فيه لانه يمكنه أن يوصى الى غيره قال رحمه الله (والا لا) أى ان لم يرد عنده بل ردها فى غير وجهه لا يرتد لان الموصى مات معتمدا عليه فلو صح رده فى غير وجهه لصار مغرورا من جهته فيرد رده فيبقى وصيا على ما كان كالوكيل اذا عزل نفسه فى غيبة الموكل ولو لم يقبل ولم يرد حتى مات الموصى فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء رد لان الموصى ليس له ولاية الالزام فبقى مخيرا قال رحمه الله (وبيعه التركة كقبوله) أى بيع الوصى التركة قبل قبول الوصية كقبوله نصا لانه دلالة الالتزام فصار قبولا وهو معتبر بعد الموت وينفذ البيع لصدوره من الوصى سواء علم بالايصاء أو لم يعلم بخلاف الوكيل حيث لا يكون البيع من غير علم قبولا لان التوكيل إنابة لثبوته فى حال قيام ولاية الموكل فلا يصح من غير علم كاثبات الملك بالبيع والشراء فلا بد من العلم وطريق العلم به أن يخبره واحد من أهل التمييز وقد ذكرناه فيما تقدم أما الايصاء فخلافة لانه مختص بحال انقطاع ولاية الميت فلا يتوقف على العلم كالوراثة قال رحمه الله (وان مات فقال لا أقبل ثم قبل صح ان لم يخرجه قاض مذ قال لا أقبل) أى الموصى اليه ان لم يقبل حتى مات الموصى فقال لا أقبل ثم قال أقبل فله ذلك ان لم يكن القاضى أخرجه من الوصية حين قال لا أقبل لان مجرد قوله لا أقبل لا يبطل الايصاء لان فيه مضرة بالميت وضرر الوصى فى الابقاء مجبور بالثواب ودفع الضرر الاول وهو أعلى أولى الا أن القاضى اذا أخرجه عن الوصية يصح ذلك لانه مجتهد فيه فكان له اخراجه بعد قوله لا أقبل كما أن له اخراجه بعد قبوله أو لانه نصب ناظرا فاذا رأى غيره أصلح كان له عزله ونصب غيره وربما يعجز هو عن ذلك فيتضرر ببقاء الوصية فيدفع القاضى الضرر عنه وينصب حافظا لمال الميت متصرفا فيه فيندفع الضرر من الجانبين ولو قال أقبل بعد ما أخرجه القاضى لا يلتفت اليه لانه قبل بعد ما بطلت الوصية باخراج القاضى اياه قال رحمه الله (والى عبد وكافر وفاسق

(قوله فى المتن أوصى الى رجل الخ) وانما قلنا ان قبول الوصى يصح فى حال حياة الوصى لان تصرف الوصى يقع لمنفعة الموصى فلو وقف القبول والرد على الموت لم يؤمن أن يموت الموصى ولم يسند وصيته الى أحد فيكون فى ذلك اضرار به فلذلك جوزوا القبول فى حال الحياة ولا يشبه هذا قبول الموصى له لانه لا يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هنالك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر الى تقديم القبول على الموت اهـ اتقانى (قوله كقبوله نصا) والقياس أن لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر كذا قال فخر الدين قاضيخان قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا ولو أن الموصى مات ولم يقبل الوصى حتى باع شيأ من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية لان القبول يكون مرة بالدلالة ومرة يكون بالافصاح اهـ اتقانى (قوله سواء علم بالايصاء أو لم يعلم) قال فى المتن فى مسائل شتى قبيل كتاب الشهادة ومن أوصى اليه ولم يعلم بالوصية فهو وصى (قوله فى المتن لا أقبل) من بعد هذا الى آخر قوله فى الشرح فكان له اخراجه ملحق ليس فى خط الشارح اهـ (قوله وضرر الوصى فى الابقاء الخ) هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال كما يلزم الضرر بالميت فى بطلان الايصاء بقوله لا أقبل يلزم الضرر بالوصى فى بقاء الايصاء ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الوصى دون ضرر الموصى حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا أقبل فقال لما لم يمكن دفع الضررين جميعا لا بد من أن يتحمل بدل أدنى الضررين لدفع الضرر الاعلى والاعلى هنا ضرر الميت لان ضرره ليس بمجبور بشىء وضرر الوصى مجبور بالثواب فتحمل الادنى لدفع الاعلى اهـ اتقانى (قوله فى المتن والى عبد) المراد منه الوصية الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه تجىء بعد هذا اهـ غاية

(قوله وقيل فى العبد باطلة الخ) ذكر محمد فى الجامع الصغير عن يعقوب عن أبى حنيفة فى المسلم يوصى الى الذمى قال الوصية باطلة وكذلك ان أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وذكر محمد فى الاصل واذا أوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة وان أجاز مولاه وقال فى الاصل أيضا واذا أوصى المسلم الى ذمى أو الى حربى مستأمن أو غير مستأمن فهو باطل وقال فى الاصل أيضا ولو أوصى الى فاسق متهم مخوف على ماله فالوصية باطلة ثم اختلف المشايخ فى معنى البطلان أنه باطل أصلا أم معناه سيبطل قال الفقيه أبو الليث فى كتاب نكت الوصايا وفى شرحه للجامع الصغير معناه سيبطل واليه ذهب القدورى وفخر الاسلام البزدوى فى شرح الجامع الصغير وعليه عامة المشايخ وقال بعضهم انه باطل أصلا واليه ذهب شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وذلك لان الوصية ولاية والرق مناف للولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود الموصى لان منافعه لمولاه فالظاهر أنه يمنعه من التبرع به على غيره وكذلك بعد اجازته لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق به اللزوم فاذا رجع عنه كان عاجزا عن التصرف (٢٠٧) وأما الوصية الى الكافر فلان فى الوصية اثبات الولاية للوصى على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمى والحربى على المسلم لقوله تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا وأما الفاسق فمذهب شمس الائمة السرخسى أيضا أن الوصية تجوز ولكن القاضى يخرجه عن الوصاية لان الوصاية اليه لا تتم معنى النظر وهذا لان الفاسق من أهل الولاية ولهذا كان من أهل الارث فيكون أهلا للوصية أيضا (قوله لانه لا يملك بيع رقبته) معناه أن ولاية الوصى مثل ولاية الموصى لكون ولاية الوصى مستفادة من جهة الموصى ثم ولاية الموصى وهو الاب ليست بمتجزئة حيث لا يقال ان ولايته فى البعض دون البعض وولاية العبد متجزئة لانه يملك بيع التركات ولا يملك بيع نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفى اعتباره تجزئتها أى فى اعتبار هذه الوصية وهى الوصية الى عبد نفسه والورثة صغار تجزئة الولاية وفيها تجزئة الوصية أيضا لان العبد لا يلى بيع نفسه ولا يكون وصيا فى بيع نفسه اه اتقانى (قوله ولابى حنيفة أنه مخاطب مستبد بالتصرف) احترز بالمخاطب عن الصبى والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم الخطاب واحترز بالمستبد عن الايصاء الى عبد الغير لانه لا استبداد له فى التصرف وعن عبد نفسه أيضا اذا كان فى الورثة كبير لان للكبير أن يحجره ويبيع نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد اه اتقانى (قوله والوصاية قد تتجزأ) هذا جواب على سبيل المنع عن قوله وفى اعتباره تجزئتها وقوله أو نقول الخ يعنى سلمنا أن الوصاية لا تتجزأ لكن انما صرنا الى التجزى كى لا يؤدى الخ اه (قوله أوصى اليه خاصة) والظاهر عن أبى حنيفة عدم التجزى فيكون كل منهما وصيا فى العين والدين اه غاية (قوله وقول محمد فيه مضطرب الخ) قال الاتقانى قال صاحب الهداية قول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع أبى حنيفة وتارة مع أبى يوسف ولنا فى هذا القيل نظر لان الكبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية

بدل بغيرهم) أى اذا أوصى الى هؤلاء المذكورين أخرجهم القاضى ويستبدل غيرهم مكانهم وذكر القدورى رحمه الله أن القاضى يخرجهم عن الوصية وهذا يدل على أن الوصية صحيحة لان الاخراج يكون بعد الدخول وذكر محمد رحمه الله فى الاصل أن الوصية باطلة قيل معناه ستبطل وقيل فى العبد باطلة لعدم الولاية على نفسه وفى غيره معناه ستبطل وقيل فى الكافر باطلة أيضا لعدم ولايته على المسلم ووجه الصحة ثم الاخراج أن أصل النظر ثابت لقدرة العبد حقيقة وولاية الفاسق على نفسه وعلى غيره على ما عرف من أصلنا وولاية الكافر فى الجملة الا أنه لم يتم النظر لتوقف ولاية العبد على اجازة مولاه وتمكنه من الحجر بعدها والمعاداة الدينية الباعثة على ترك النظر فى حق المسلم واتهام الفاسق بالخيانة فيخرجهم القاضى عن الوصية ويقيم غيرهم مقامهم اتماما للنظر وشرط فى الاصل أن يكون الفاسق مخوفا منه على المال لانه يكون عذرا فى اخراجه وتبديله بغيره بخلاف ما اذا أوصى الى مكاتبه أو مكاتب غيره حيث يجوز لان المكاتب فى منافعه كالحر وان عجز بعد ذلك فالجواب فيه كالجواب فى القن والصبى كالقن فلو بلغ الصبى وعتق العبد وأسلم الكافر لم يخرجهم القاضى عن الوصية قال رحمه الله (والى عبده وورثته صغار صح) أى اذا أوصى الى عبد نفسه وورثته صغار جاز الايصاء اليه وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله لا يجوز وهو القياس لان الولاية منعدمة لما أن الرق ينافيها ولان فيه اثبات الولاية للمملوك على المالك وهذا قلب المشروع ولان الولاية الصادرة من الاب لا تتجزأ وفى اعتبار هذه الولاية تجزئتها لانه لا يملك بيع رقبته وهذا خلاف الموضوع ولابى حنيفة رضى الله عنه أنه مخاطب مستبد بالتصرف فيكون أهلا للوصاية وليس لاحد عليه ولاية فان الصغار وان كانوا ملاكا ليس لهم ولاية النظر فلا منافاة بخلاف ما اذا كان فى الورثة كبار أو الايصاء الى عبد الغير لانه لا يستبد بالتصرف اذ كان للمولى منعه بخلاف الاول فانه ليس للقاضى ولا للصغار منعه بعد ما ثبت الايصاء اليه وكذا ليس له بيعه وايصاء المولى اليه يؤذن بكونه ناظرا لهم فصار كالمكاتب والوصاية قد تتجزأ على ما رواه الحسن عن أبى حنيفة رحمهما الله كما اذا أوصى الى رجلين أحدهما يكون فى الدين والآخر فى العين يكون كل واحد منهما وصيا فيما أوصى اليه خاصة أو نقول يصار اليه كى لا يؤدى الى ابطال أصله وتغيير الوصف بابطال عموم الولاية أولى من ابطال أصل الايصاء وقول محمد رحمه الله فيه مضطرب

يروى مع أبى حنيفة رحمه الله و يروى مع أبى يوسف رحمه الله قال رحمه الله (والالا) أى ان لم تكن الورثة صغارا بأن كان كلهم أو بعضهم كبارا لا يجوز الايصاء اليه لان للكبير أن يمنعه أو يبيع نصيبه فيمنعه المشترى فيعجز عن الوفاء بما التزم فلا يفيد قال رحمه الله (ومن عجز عن القيام بها ضم اليه غيره) لان فى الضم رعاية الحقين حق الموصى وحق الورثة لان تكميل النظر يحصل به لان النظر يتم باعانة غيره ولو شكا الوصى اليه ذلك فلا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة لان الشاكى قد يكون كاذبا تخفيفا على نفسه ولو ظهر للقاضى عجزه أصلا استبدل به غيره رعاية للنظر من الجانبين ولو كان قادرا على التصرف وهو أمين فيه ليس للقاضى أن يخرجه لانه مختار الميت ولو اختار غيره كان دونه فكان ابقاؤه أولى ألا ترى أنه قدم على أب الميت مع وفور شفقته فأولى أن يقدم على غيره وكذا اذا شكت الورثة أو بعضهم الموصى اليه لا ينبغى له أن يعزله حتى يبدو له منه خيانة لانه استفاد الولاية من الميت غير أنه اذا ظهرت الخيانة فاتت الامانة والميت انما اختاره لاجلها وليس من النظر ابقاؤه بعد فواتها وهو لو كان حيا لاخرجه منها فينوب القاضى منابه عند عجزه ويقيم غيره مقامه كأنه مات ولا وصى له قال رحمه الله (وبطل فعل أحد الوصيين) أى اذا أوصى الى اثنين لم يكن لاحدهما أن يتصرف فى مال الميت فان تصرف فيه فهو باطل وهذا عند أبى حنيفة ومحمد رضى الله عنهما وقال أبو يوسف رحمه الله ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ثم قيل الخلاف فيما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة وأما اذا أوصى اليهما بعقد واحد فلا ينفرد أحدهما بالاجماع كذا ذكره الكيسانى وقيل الخلاف فيما اذا أوصى اليهما معا بعقد واحد وأما اذا أوصى الى كل واحد منهما بعقد على حدة ينفرد أحدهما بالتصرف بالاجماع ذكره الحلوانى عن الصفار قال أبو الليث رحمه الله وهو الاصح وبه نأخذ وقيل الخلاف فى الفصلين جميعا ذكره أبو بكر الاسكاف وقال فى المبسوط وهو الاصح بخلاف الوكيلين اذا وكلهما متفرقا حيث ينفرد كل واحد منهما بالتصرف بالاجماع والفرق أن ضم الثانى فى الايصاء دليل على عجز الاول عن المباشرة وحده وهذا لان الايصاء الى الثانى يقصد به الاشراك مع الاول وهو يملك الرجوع عن الوصية الى الاول فيملك اشراك الثانى معه وقد يوصى الانسان الى غيره على أنه يتمكن من اتمام مقصوده وحده ثم يتبين له عجزه عن ذلك فيضم اليه غيره فصار بمنزلة الايصاء اليهما معا ولا كذلك الوكالة فان رأى الموكل قائم ولو كان الوكيل عاجزا لباشر بنفسه لتمكنه من ذلك ولما وكل علم أن مراده أن ينفرد كل واحد منهما بالتصرف ولان وجوب الوصية عند الموت فيثبت لهما معا بخلاف الوكالة المتعاقبة فاذا ثبت أن الخلاف فيهما معا فأبو يوسف رحمه الله يقول ان الوصاية سبيلها الولاية وهى وصف شرعى لا يتجزأ فتثبت لكل واحد كملا كولاية الانكاح للاخوين وهذا لان الوصاية خلافة وانما تتحقق الخلافة اذا انتقلت اليه على الوجه الذى كان ثابتا للموصى وقد كانت بوصف الكمال فتنتقل اليه كذلك ولان اختيار الموصى اياهما يؤذن باختصاص كل واحد منهما بالشفقة فصار كمواضع الاستثناء ولهما أن الولاية تثبت بالتفويض فيراعى وصف التفويض وهو وصف الاجتماع لانه شرط مفيد اذ رأى الواحد لا يكون

كلهم ذكروا قول محمد مع أبى يوسف بلا اضطراب كالطحاوى فى مختصره والكرخى فى مختصره والحاكم الشهيد فى مختصر الكافى وأبى الليث فى كتاب نكت الوصايا والقدورى فى التقريب وشمس الائمة فى شرحه للكافى وصاحب المنظومة فيها وفى شرحها وغيرهم من أصحابنا على أن محمدا نص فى الاصل على ذلك فقال واذا أوصى الى عبده فان الوصية اليه جائزة فى قول أبى حنيفة وفيها قول آخر قول أبى يوسف ومحمد أنه لا يجوز الى عبده أرأيت (٣٠٨) لو كبر الصغار أما كان لهم أن يبيعوه الى هنا لفظ الاصل وقول الشافعى كقولهما كذا فى شرح الاقطع وقال شمس الائمة فى شرح الكافى قول أبى حنيفة هو الاستحسان وقولهما هو القياس اه (قوله ولو شكا الوصى اليه ذلك) أى عجزه عن القيام بأمور الوصية اه من خط الشارح ﴿فرع﴾ قال أبو جعفر الطحاوى فى مختصره والاوصياء الاحرار البالغون على ثلاث مراتب فوصى مأمون على ما أوصى به اليه مضطلع للقيام به فلا ينبغى للحاكم أن يعترض عليه ووصى مأمون غير مضطلع للقيام به أيده الحاكم به ووصى مخوف على ما أوصى به اليه فيخرجه الحاكم من الوصية ويقيم فيها من يطلع عليه (قوله فأولى أن يقدم على غيره) وهو وصى القاضى اه (قوله وليس من النظر ابقاؤه) الذى فى خط الشارح وليس من النظر فى ابقائه الخ (قوله لم يكن لاحدهما أن يتصرف فى مال الميت) أى الا فى أشياء معدودة ستأتى قريبا اه (قوله وقال أبو يوسف ينفرد كل واحد منهما بالتصرف) أى فى جميع الاشياء اه (قوله ذكره أبو بكر الاسكاف) وكان أبو موسى الرازى يقول هكذا كرأى وكان يستدل بمسئلة فى كتاب الزيادات ان جارية بين رجلين جاءت بولد فادعياه جميعا فهو ابنهما فان أوصى كل واحد من الابوين الى رجل ثم ماتا جميعا فليس لاحد الوصيين أن يتصرف دون الآخر فى قول أبى حنيفة ومحمد وفى قول أبى يوسف يجوز فقد ذكر فى تلك المسئلة الاختلاف وان كان أوصى كل واحد منهما الى رجل على حدة قال فكذلك فى هذه المسئلة اه غاية (قوله فاذا ثبت أن الخلاف فيهما معا) أى اذا أوصى اليهما معا أو على التعاقب اه من خط الشارح

(قوله فقال في غير التجهيز وشراء الكفن) قال الاتقاني ومثل شراء الكفن لانه ضروري لا يبتني على الولاية ألا ترى أن الام تملكه ولهذا لو مات رجل في محلة قوم ومعه مال فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية اهـ (قوله والاتهاب لهم) لان في التأخير خيفة الفوات ولانه تملكه الام والذي في حجره فلم يكن من باب الولاية اهـ هداية (٩٠٣) (قوله ولومات أحدهما) أي أو جن أو وجد ما يوجب عزله اهـ (قوله في المتن ووصي الوصي وصي) قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا اذا أوصى الوصي الى الثاني في تركته وتركة الاول فالثاني وصيهما جميعا وأما اذا أوصى الى الثاني ولم يذكر تركة الاول في قول علمائنا صار الثاني أيضا وصيهما وفي قول ابن أبي ليلى يكون للثاني خاصة ولا يكون وصيا للاول فأما اذا أوصى اليه في تركته وتركة الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان وكان القياس أن لا يجوز لان الوصي بمنزلة الوكيل وليس للوكيل أن يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك فكذلك ليس له أن يوصي في مال الاول اذا لم يؤمر وفي الاستحسان يجوز لان الاول لما أوصى اليه فقد علم أن الوصي لا يعيش أبدا ولم يحب أن تكون أموره ضائعة فصار كأنه أذن له بأن يوصي الى غيره بطريق الدلالة وان لم يأذن له بالافصاح فلو كان أذن له بالافصاح جاز له أن يوصي الى غيره فكذلك اذا أذن له بالدلالة بخلاف الوكالة لان الوكالة لا تصح

كرأي المثنى ولم يرض الموصي الا بالمثنى فصار كل واحد في هذا السبب بمنزلة شطر العلة وهو لا يثبت به الحكم فكان باطلا بخلاف الاخوين في الانكاح لان السبب هنالك القرابة وقد قامت بكل واحد منهما كملا ولان الانكاح حق مستحق لها على الولي حتى لو طالبته بانكاحها من كفء يخطبها يجب عليه وههنا حق التصرف للوصي ولهذا بقي مخيرا في التصرف ففي الوليين أوفى أحدهما حقا على صاحبه وفي الوصيين استوفى حقا لصاحبه فلا يصح نظير الاول ايفاء دين عليهما ونظير الثاني استيفاء دين لهما حيث يجوز في الاول دون الثاني بخلاف مواضع الاستثناء لانها من باب الضرورة لا من باب الولاية على ما نبينه ومواضع الضرورة مستثناة دائما وهو ما استثناه في الكتاب وأخواتها فقال رحمه الله (في غير التجهيز وشراء الكفن) لان في التأخير فساد الميت ولهذا يملكه الجيران أيضا في الحضر والرفقة في السفر (وحاجة الصغار والاتهاب لهم) لانه يخاف هلاكهم من الجوع والعري وانفراد أحدهما بذلك احياء للصغار ولهذا يملكه كل من هو في يده (ورد وديعة عين وقضاء دين) لانه ليس من باب الولاية وانما هو من باب الاعانة ألا ترى أن صاحب الحق يملكه اذا ظفر به بخلاف اقتضاء دين الميت لانه رضي بأمانتهما جميعا في القبض ولان فيه معنى المبادلة وعند اختلاف الجنس حقيقة المبادلة ورد المغصوب ورد المبيع في البيع الفاسد من هذا القبيل وكذا حفظ المال كل ذلك ينفرد به أحدهما دون صاحبه (وتنفيذ وصية معينة وعتق عبد عين) لانه لا يحتاج فيه الى الرأي (والخصومة في حقوق الميت) لان الاجتماع فيه متعذر ولهذا ينفرد بها أحد الوكيلين أيضا ومن أخواتها بيع ما يخشى عليه التوى من المال وجميع الاموال الضائعة لان في التأخير خيفة الفوات فكان فيه ضرورة لا تخفى ولانه يملكه كل من هو في يده فلم يكن من باب الولاية ولو مات أحدهما جعل القاضي مكانه وصيا آخر أما عندهما فظاهر لان الباقي منهما عاجز عن الانفراد بالتصرف فيضم القاضي اليه وصيا نظرا للميت عند عجز الميت وأما عند أبي يوسف رحمه الله فلأن الحي منهما وان كان يقدر على التصرف فالموصي قصد أن يخلفه وصيان متصرفان في حقوقه وذلك ممكن التحقيق بنصب وصي آخر مكان الاول قال رحمه الله (ووصي الوصي وصي التركتين) أي اذا مات الوصي وأوصى الى غيره فهو وصي في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي رحمه الله لا يكون وصيا في تركة الميت الاول لان الميت فوض اليه التصرف ولم يفوض اليه الايصاء الى غيره فلا يملكه ولانه رضي برأيه ولم يرض برأي غيره فصار كوصي الوكيل فانه يصير وصيا في مال الوكيل خاصة دون مال الموكل ولان العقد لا يقتضي مثله ألا ترى أن الوكيل ليس له أن يوكل ولا للمضارب أن يضارب فكذا الوصي ليس له أن يوصي في مال الموصي اليه ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه فيملك الايصاء الى غيره كالجد ألا ترى أن الولاية التي كانت ثابتة للموصي تنتقل الى الوصي ولهذا يقدم على الجد ولو لم تنتقل اليه لما تقدم عليه كالوكيل لما لم تنتقل اليه الولاية لا يتقدم على الجد بل يتقدم عليه الجد وينعزل هو بموت الموكل وجنونه جنونا مطبقا فاذا انتقلت اليه الولاية ملك الايصاء والذي يوضح ذلك أن الولاية التي كانت للموصي تنتقل الى الجد في النفس والى الوصي في المال ثم الجد قام مقام الاب فيما انتقل اليه حتى ملك الايصاء فيه فكذا الوصي وهذا لان الايصاء اقامة غيره مقامه فيما له ولاية وعند الموت كانت له ولاية في التركتين فينزل الثاني منزلته في التركتين ولا نسلم أنه لم يرض برأي من أوصى اليه الوصي بل وجد ما يدل عليه لانه لما

بعد الموت (١) وأما اذا أوصى (قوله ولنا أن الوصي يتصرف بولاية منتقلة اليه) أي من الميت بطريق الخلافة (قوله تنتقل الى الجد في النفس) حتى كان له تزويج الصغار والصغائر واستيفاء القصاص اهـ غاية (قوله كانت له ولاية في التركتين) مال نفسه الذي يتركه وتركة موصيه اهـ

(١) قول المحشي وأما اذا أوصى هكذا في الاصل والكلام منقطع كما ترى فحرر اهـ مصححه

استعان به فى ذلك مع علمه أنه تعتريه المنية صار راضيا بايصائه الى غيره لاسيما على تقدير حصول الموت قبل تتميم مقصوده وهو تلافى مافرط فيه بخلاف الوكيل لان الموكل حى يمكنه أن يحصل مقصوده بنفسه فلم توجد دلالة الرضا بالتفويض الى غيره بتوكيل أو ايصاء قال رحمه الله (وتصح قسمته عن الورثة مع الموصى له ولو عكس لا) أى قسمة الوصى مع الموصى له عن الورثة جائزة وعكسه لايجوز وهو ما اذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له لان الوارث خليفة الميت حتى يرد بالعيب و يرد عليه به و يصير مغرورا بشراء المورث والوصى أيضا خليفة الميت فيكون خصما عن الوارث اذا كان غائبا فنفذت قسمته عليه حتى لو حضر الغائب وقد هلك مافى يد الوصى ليس له أن يشارك الموصى له أما الموصى له فليس بخليفة عن الميت من كل وجه لانه ملكه بسبب جديد ولهذا لا يرد بالعيب ولا يرد عليه به ولا يصير مغرورا بشراء الموصى فلا يكون خصما عنه عند غيبته حتى لو هلك ما أفرزه له عند الوصى كان له ثلث مابقى لان القسمة لم تنفذ عليه غير أن الوصى لايضمن لانه أمين فيه وله ولاية الحفظ فى التركة كما اذا هلك بعض التركة قبل القسمة فيكون له ثلث الباقى لان الموصى له شريك الوارث فيتوى ماتوى من المال المشترك على الشركة و يبقى مابقى على الشركة ولا فرق فى ذلك بين أن تكون الورثة كبارا أو صغارا لان له ولاية البيع فى مال الصغار والقسمة فى معنى البيع وله ولاية الحفظ فى مال الكبار فجاز له بيعه للحفظ الا العقار فانه محفوظ بنفسه فلا يجوز له بيعه وهذا فى معنى البيع فلا يضمن قال رحمه الله (فلو قاسم الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع رجع بثلث مابقى) أى لو قاسم الوصى الورثة وأخذ نصيب الموصى له فضاع ذلك فى يده رجع الموصى له بثلث مابقى لما بينا أن الموصى له شريك الورثة فيرجع الموصى له على مافى أيدى الورثة ان كان باقيا فيأخذ ثلثه لعدم صحة القسمة فى حقه وان هلك فى أيديهم فله أن يضمنهم قدر ثلث ماقبضوا وان شاء ضمن الوصى ذلك القدر لانه متعد فيه بالدفع اليهم والورثة بالقبض فيضمن أيهم ماشاء قال رحمه الله (وان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك مافى يده أودفع الى من يحج عنه فضاع فى يده حج عن الميت بثلث مابقى) أى اذا أوصى بأن يحج عنه فقاسم الوصى الورثة فهلك مافى يد الوصى يحج عن الميت بثلث مابقى وكذلك ان دفعه الى رجل ليحج عنه فضاع مادفع اليه يحج عنه بثلث الباقى وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف رحمه الله ان كان المفرز مستغرقا الثلث بطلت الوصية ولم يحج عنه وان لم يكن مستغرقا للثلث يحج عنه بما بقى من الثلث الى تمام ثلث الجميع وقال محمد رحمه الله لايحج عنه بشئ وقد قررناه فى المناسك قال رحمه الله (وصح قسمة القاضى وأخذه حظ الموصى له ان غاب) أى ان غاب الموصى له لان الوصية صحيحة وان كان قبل القبول ولهذا لومات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته والقاضى ناظر فى حق العاجز وافراز نصيب الغائب وقبضه من النظر فنفذ ذلك عليه وصح حتى لو حضر الغائب وقد هلك المقبوض فى يد القاضى أو أمينه لم يكن له على الورثة سبيل ولا على القاضى وهذا فى

(قوله قسمة الوصىّ مع الموصى له عن الورثة جائزة) أى اذا كانوا صغارا أو كان بعضهم كبيرا غائبا اهـ غاية (قوله وهو ما اذا قاسم الوصى الورثة عن الموصى له) أى سواء كان صغيرا أو كبيرا حاضرا أو غائبا فى العقار أو فى العروض اهـ (قوله و يصير مغرورا بشراء المورث) يعنى لو اشترى رجل جارية ثم مات واستولدها وارثه ثم استحقت الجارية فانه يتمكن من الرجوع على بائع الميت و يكون الولد حرا ولو لم يكن هو خليفة الميت لما ثبتت له ولاية الرجوع على بائع الميت حتى لو باعها المورث من آخر والمسئلة بحالها لايتمكن من الرجوع على بائع بائعه لانه ليس بخليفة عن بائعه حتى (٢١٠) يكون غروره كغروره بخلاف الوارث مع مورثه اهـ كاكى (قوله فى المتن فلو قاسم الورثة الخ) قال فى الهداية ومن أوصى بثلث ألف درهم فدفعها الورثة الى القاضى فقسمها والموصى له غائب فقسمته جائزة قال الاتقانى وانما جازت قسمة القاضى لانه نصب ناظرا لامور المسلمين خصوصا فى حق الاموات والغيب لعجزهم عن التصرف بأنفسهم ومن النظر أن يفرز نصيب الغائب فان هلك نصيبه فى يد القاضى ليس له أن يرجع على الورثة بشئ والفرق بين القاضى حيث جازت مقاسمته على الموصى له و بين الوصى حيث لاتجوز مقاسمته على الموصى له أن للقاضى ولاية على الغائب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع مايخشى عليه التلف فكان قسمته كقسمة الموصى له والوصى لايملك بيع شئ من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه أصلا فلم تنفذ قسمته اهـ (قوله فى المتن وان أوصى الميت بحجة الخ) قال شمس الائمة السرخسى فى شرح الكافى وعلى هذا الخلاف لو قال أعتقوا عنى نسمة بمائة درهم فاشتروها فماتت قبل أن تعتق كان عليهم أن يعتقوا من ثلث مابقى فى أيديهم فى قول أبى حنيفة وفى قول أبى يوسف بما بقى من ثلث ماله فى أيديهم وفى قول محمد بطلت الوصية اهـ غاية (قوله فى المتن وصح قسمة القاضى الخ) قال الفقيه أبو الليث فى شرح الجامع الصغير وذكر فى السير الكبير أن القاضى لو ميز الثلث من الثلثين ولم يدفع الى واحد من الفريقين شيأ حتى هلك أحد النصيبين هلك من الجملة وانما تصح قسمة القاضى اذا دفع الى أحد الفريقين نصيبه فأما اذا لم يدفع الى أحد الفريقين نصيبه لم تتكامل القسمة لان القسمة ينبغى أن تكون بينه و بين الآخر ولا يصلح هو أن يكون بنفسه مقاسما ومقاسما اهـ غاية وكتب مانصه قال العتابى فى شرح الجامع الصغير والوصية للغائب صحيحة لان قبوله ليس بشرط اهـ اتقانى

المكيل

المكيل والموزون لانه افراز ومعنى المبادلة فيه تابع حتى جاز أخذه لاحد الشريكين من غير قضاء ولا رضاء وكذا يجوز بيع نصيبه مرابحة وأما ما لا يكال ولا يوزن فلا يجوز لان القسمة فيه مبادلة كالبيع وبيع مال الغير لا يجوز فكذا القسمة قال رحمه الله (وبيع الوصي عبدا من التركة بغيبة الغرماء) أي صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء لان الوصي قائم مقام الموصي ولو تولاه بنفسه حال حياته يجوز بيعه وان كان مريضا مرض الموت بغير محضر من الغرماء فكذا الوصي لقيامه مقامه وهذا لان حق الغرماء متعلق بالمالية لا بالصورة والبيع لا يبطل المالية لفواتها الى خلف وهو الثمن بخلاف العبد المأذون له في التجارة حيث لا يجوز للمولى بيعه لان لغرمائه حق الاستسعاء بخلاف ما نحن فيه قال رحمه الله (وضمن الوصي ان باع عبدا أوصى ببيعه وتصدق بثمنه ان استحق العبد بعد هلاك ثمنه عنده) معناه اذا أوصى ببيع عبده والتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن فضاع الثمن في يده وهو المراد بالهلاك المذكور في المختصر ثم استحق العبد بعد ذلك ضمن الوصي الثمن للمشتري لانه هو العاقد فتكون العهدة عليه وهذه عهدة لان المشتري منه لم يرض ببذل الثمن الا ليسلم له المبيع ولم يسلم فقد أخذ البائع وهو الوصي مال الغير بغير رضاه فيجب عليه رده قال رحمه الله (ويرجع في تركة الميت) لانه عامل له فيرجع به عليه كالوكيل وكان أبو حنيفة رحمه الله تعالى يقول أولا لا يرجع الوصي على أحد لانه تبين بطلان الوصية باستحقاق العبد فلم يكن عاملا للورثة فلا يرجع عليهم بشيء ثم رجع الى ما ذكرهنا ويرجع في جميع التركة وعن محمد رحمه الله أنه يرجع في الثلث لان الرجوع بحكم الوصية فأخذ حكمها ومحل الوصية الثلث ونحن لا نسلم أنه يرجع عليه بحكم الوصية بل بحكم الغرور وذلك دين عليه والدين يقضى من جميع التركة بخلاف القاضي أو أمينه اذا تولى البيع حيث لا عهدة عليه لان في الزامها القاضي تعطيل القضاء لانه يمتنع عن التقلد بهذه الامانة خشية لزوم الضمان فتتعطل مصلحة العامة وأمينه سفير عنه كالرسول ولا كذلك الوصي لانه بمنزلة الوكيل وقدمر في آخر كتاب القضاء وان كانت التركة قد هلكت أولم يكن بها وفاء لم يرجع بشيء كما في سائر ديون الميت وفي المنتقى لا يرجع الوصي في مال الميت بشيء وانما يرجع على المساكين الذين تصدق عليهم بالثمن لان غنمه لهم فكان غرمه عليهم قال رحمه الله (وفي مال الطفل ان باع عبده واستحق وهلك الثمن في يده) أي اذا باع الوصي مال الصغير وقبض الثمن فهلك في يده واستحق المال المبيع رجع في مال الصغير لانه عامل له قال رحمه الله (وهو على الورثة في حصته) أي الصبي يرجع على الورثة بحصته لانتقاض القسمة باستحقاق ما أصابه قال رحمه الله (وصح احتياله بماله لو خيرا له) أي يجوز احتيال الوصي بمال اليتيم اذا كان فيه خير بأن يكون الثاني أملأ اذ الولاية نظرية وان كان الاول أملأ لا يجوز لان فيه تضييع مال اليتيم على بعض الوجوه وهو على تقدير أن يحكم بسقوطه حاكم يرى سقوط الدين اذا مات الثاني مفلسا أو جحد الحوالة ولم يكن له عليه بينة ولا يرى رجوع الدين على الاول قال رحمه الله (وبيعه وشراؤه بما يتغابن) أي يجوز بيع الوصي أو شراؤه بما يتغابن الناس في مثله ولا يجوز بما لا يتغابن الناس لان الولاية نظرية ولا نظر في الغبن الفاحش بخلاف اليسير لانه لا يمكن التحرز عنه ففي اعتباره انسداد بابه بخلاف العبد والصبي المأذون لهما في التجارة والمكاتب حيث يجوز بيعهم وشراؤهم بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانهم يتصرفون بحكم المالكية والاذن فك الحجر والوصي يتصرف بحكم النيابة الشرعية نظرا فيتقيد بموضع النظر وعندهما لا يملكونه لان التصرف بالغبن الفاحش تبرع وهو ليس من أهله ولا ضرورة اليه وهذا اذا تبايع الوصي للصغير مع الاجنبي وأما اذا اشترى شيأ من مال اليتيم لنفسه أو باع شيأ منه من نفسه جاز عند أبي حنيفة واحدى الروايتين عن أبي يوسف رحمهما الله اذا كان لليتيم فيه منفعة ظاهرة وتفسيره أن يبيع ما يساوي خمسة عشر بعشرة من الصغير أو يشتري ما يساوي خمسة عشر بعشرة للصغير من نفسه وأما اذا لم يكن فيه منفعة ظاهرة لليتيم فلا يجوز وعلى قول محمد

(قوله صح بيع الوصي عبدا لاجل الغرماء) صورته محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدا وعليه دين يحيط بماله فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جائز وأراد بذلك الدين على الميت لا على العبد اهـ غاية (قوله لان لغرمائه حق الاستسعاء) حتى يأخذوا كسبه اهـ وكتب ما نصه فيكون البيع مبطلا لحقهم فلهم أن يبطلوا البيع اهـ غاية (قوله لانه عامل له) أي في تنفيذ وصيته اهـ (قوله بل بحكم الغرور) لان الميت لما أمر ببيع هذا العبد والتصدق بثمنه كأنه قال ان هذا العبد ملكي اهـ

(قوله أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن) المراد بالثمن القيمة اه (قوله أو يكون للصغير حاجة الى الثمن) هذا حكم الوصي وأما الاب اذا باع عقار الصغير بمثل القيمة فان كان الاب محمودا عند الناس أو مستورا يجوز حتى لو بلغ الابن لم ينقض البيع وان كان الاب فاسقا لايجوز البيع حتى لو بلغ الابن له نقض البيع وهو المختار اه كاكي (قوله في المتن ولا يتجر في ماله) أي لنفسه أما اذا اتجر للصغير يجوز قال قاضيخان يتجر بمال اليتيم لليتيم ولابد من حمله على هذا توفيقا بينه وبين قولهم يضارب في ماله و يدفعه مضاربة وقد صرح الشارح في الرهن بأن الوصي لو رهن مال اليتيم عند أجنبي بتجارة باشرها لليتيم صح لان الاصلح له التجارة تثميرا لماله اه وفيه تأييد لما قلنا اه وكتب ما نصه وفي فصول الاستروشني نقلا عن المبسوط ان للوصي أن يتجر في مال الصغير وكذا في الكافي والهداية في كتاب الرهن وفي فتاوى قاضيخان لايجوز للوصي أن يتجر لنفسه بمال اليتيم أو الميت فان فعل وربح يضمن رأس المال و يتصدق بالربح في قول أبي حنيفة ومحمد وعند أبي يوسف يسلم له الربح ولا يتصدق بشيء وله أخذه مضاربة اه وكتب ما نصه قال العمادي ذكر في باب المصراة من بيوع شرح الطحاوي أن الولاية في مال الصغير الى الاب و وصيه ثم الى وصي وصيه فان مات الاب ولم يوص الى أحد فالولاية الى أب الاب ثم الى وصيه ثم الى وصي وصيه فان لم يكن فالقاضي ومن نصبه القاضي ولهؤلاء كلهم ولاية التجارة بالمعروف في مال الصغير والصغيرة ولهم ولاية الاجارة في النفس والمال جميعا ثم قال العمادي نقلا عن المبسوط وللوصي أن يتجر في مال اليتيم وان يدفعه مضاربة وأن يعمل به مضاربة وأن يبضع (٢١٢) ويشارك واذا لم يشهد الوصي على نفسه أنه يعمل به مضاربة كان ما اشترى كله للورثة لانه يدعي استحقاق بعض الربح من مال الورثة لنفسه ولا يستحق ذلك الا بالشرط فما لم يثبت ذلك عند القاضي لا يعطى له شيء من الربح اه وقال قاضيخان وللوصي أن يودع مال اليتيم و يبضع و يتجر بمال اليتيم و يدفع مضاربة وله أن يفعل ما كان خيرا لليتيم وكذا الاب اه وفي الخلاصة وللوصي أن يدفع مال الصبي مضاربة و بضاعة وأن يشارك به غيره وفي المنتقى الوصي يأخذ مال اليتيم مضاربة اه وقال في الوقاية والنقاية ويدفع ماله أي الوصي مال الصغير مضاربة وشركة و بضاعة ويحتال على الاملاء لاعلى الحفظ الاعسر ولا يقرض و يبيع على الكبير الغائب الا العقار ولا يتجر في ماله انتهت عبارة الوقاية والنقاية والظاهر ان الضمير في ماله راجع للكبير لقربه لكن قال الشيخ تقي الدين الشمني رحمه الله أي مال الصغير وهو في هذا تابع للفخر الزيلعي رحمه الله اه وفي الهداية و بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سواه ولا يليه فكذا وصيه فيه وكان القياس أن لايملك الوصي غير العقار أيضا لانه لايملكه على الكبير الا أنا استحسناه لما أنه حفظ لتسارع الفساد اليه وحفظ الثمن أيسر وهو يملك الحفظ أما العقار فمحصن بنفسه قال ولا يتجر في المال لان المفوض اليه الحفظ دون التجارة اه وظاهر السياق كما ترى يقتضي أن يكون قوله ولا يتجر في المال راجعا الى مال الكبير وقد أفصح بذلك الشيخ قوام الدين الاتقاني رحمه الله فقال في شرحه قوله قال و بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار أي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يموت و يوصي الى رجل و يترك ابنا غائبا قال كل شيء صنعه الوصي فهو جائز الا أنه لا يبيع العقار ولا يتجر في المال وذلك لان الوصي قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العقار على ولده الكبير فكذلك من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصي وانما يملك بيع العروض على الكبير الغائب والقياس أن لا يملكه لان الاب لا يملك بيع العروض على ولده الكبير فكذلك وصيه وجه الاستحسان أن الوصي مأمور بحفظ التركة حتى لو ظهر عليه دين يقضى من ذلك و بيع المنقول من باب الحفظ لان المنقول مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن أيسر بخلاف العقار فانه محصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف ومن أراد تحصين ماله وحفظه صرفه في شراء العقار والعروض يسرع اليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير

رحمه الله وأظهر الروايات عن أبي يوسف رحمه الله أنه لايجوز على كل حال هذا في وصي الاب وأما وصي القاضي فلا يجوز بيعه من نفسه بكل حال لانه وكيله وللاب أن يشتري شيأ من مال الصغير لنفسه اذا لم يكن فيه ضرر على الصغير بان كان بمثل القيمة أو بغبن يسير وقال المتأخرون من أصحابنا لايجوز للوصي بيع عقار الصغير الا أن يكون على الميت دين أو يرغب المشتري فيه بضعف الثمن أو يكون للصغير حاجة الى الثمن قال الصدر الشهيد رحمه الله وبه يفتى قال رحمه الله (و بيعه على الكبير في غير العقار) أي بيع الوصي على الكبير الغائب جائز في كل شيء الا في العقار لان الاب يلي ما سوى العقار ولا يليه فكذا وصيه لانه يقوم مقامه وكان القياس أن لا يملك الوصي غير العقار أيضا ولا الاب كما لا يملكه على الكبير الحاضر الا أنه لما كان فيه حفظ ماله جاز استحسانا فيما يتسارع اليه الفساد لان حفظ ثمنه أيسر وهو يملك الحفظ فكذا وصيه وأما العقار فمحفوظ بنفسه فلا حاجة فيه الى البيع ولو كان عليه دين باع العقار ثم ان كان الدين مستغرقا باع كله بالاجماع وان لم يكن مستغرقا باع بقدر الدين عندهما لعدم الحاجة الى أكثر من ذلك وعند أبي حنيفة رضي الله عنه جاز له بيعه كله لانه يبيعه بحكم الولاية فاذا ثبتت في البعض ثبتت في الكل لانها لا تتجزأ ولو خيف هلاكه يملك بيعه لانه تعين حفظا كالمنقول والاصح أنه لايملك لانه نادر قال رحمه الله (ولا يتجر في ماله) أي الوصي لا يتجر في مال اليتيم لان المفوض اليه

الحفظ دون التجارة ووصى الاخ أو العم أو الام فى مال تركها ميراثا للصغير بمنزلة وصى الاب فى الكبير الغائب لان الوصى قائم مقام الموصى وكان للموصى أن يتصرف فى مال نفسه فكذا لوصيه أن يبيعه للحفظ بخلاف مال آخر للصغير غير ما تركه الموصى حيث لا يملك الوصى بيعه لان الوصى قائم مقام الموصى وليس لواحد من هؤلاء التصرف فى مال الصغير فكذا الوصى بخلاف وصى الاب أو الجد أب الاب حيث يكون له ولاية التصرف فى مال الصغير مطلقا من غير تقييد بما تركه ميراثا له لانه قائم مقام الموصى وللاب أو الجد التصرف فى جميع ماله فكذا لوصيه قال رحمه الله (ووصى الاب أحق بمال الطفل من الجد) وقال الشافعى رحمه الله الجد أحق لان الشرع أقامه مقام الاب عند عدمه حتى أحرز ميراثه فيتقدم على وصيه ولنا أن ولاية الاب تنتقل اليه بالايصاء فكانت ولايته قائمة معنى فيقدم عليه كالاب نفسه وهذا لان اختياره الوصى مع علمه بوجود الجد يدل على أن تصرفه أنظر لاولاده من تصرف الجد قال رحمه الله (فان لم يوص الاب فالجد كالاب) لانه أقرب الناس اليه وأشفقهم عليه حتى ملك الانكاح دون الوصى غير أنه ان أوصى الاب يقدم عليه الوصى فى التصرف فى المال لما بينا دون غيره وان لم يوص يبقى على حاله

فصل فى الشهادة

قال رحمه الله (شهد الوصيان أن الميت أوصى الى زيد معهما لغت) أى بطلت الشهادة لانهما يجران نفعا لانفسهما باثبات المعين لهما فترد للتهمة فاذا ردت ضم القاضى اليهما ثالثا لان فى ضمن شهادتهما اقرارا منهما بوصى آخر معهما للميت واقرارهما حجة على أنفسهما فلا يتمكنان من التصرف بعد ذلك بدونه فصار فى حقهما بمنزلة ما لو مات أحد الاوصياء الثلاثة وجاز ذلك للقاضى مع وجود الوصى لامتناع تصرفهما بدونه فصار كأنه مات ولم يوص الى أحد فيضم اليهما ثالثا يمكنهم التصرف قال رحمه الله (الا أن يدعى زيد) أى يدعى أنه وصى معهما فحينئذ تقبل شهادتهما وهذا استحسان والقياس أن لا تقبل كالاول وجه الاستحسان أنه يجب على القاضى أن يضم اليهما ثالثا على ما بينا آنفا فيسقط بشهادتهما مؤنة التعيين عنه فيكون وصيا معهما بنصب القاضى اياه كما اذا مات ولم يترك وصيا فانه ينصب وصيا ابتداء فهذا أولى قال رحمه الله (وكذا الابنان) أى اذا شهد الابنان بأن أباهما أوصى الى رجل وهو ينكر لا تقبل شهادتهما لانهما يجران نفعا الى أنفسهما بنصب حافظ للتركة فكانا متهمين فلا تقبل شهادتهما لقول شريح رضى الله عنه لا أقبل شهادة خصم ولا مريب أى متهم واذا ادعى المشهود له الوصاية يقبل استحسانا على أنه نصب وصى ابتداء على ما ذكرنا فى شهادة الوصيين بذلك بخلاف ما اذا شهدا أن أباهما وكل هذا الرجل بقبض ديونه بالكوفة حيث لا تقبل سواء ادعى الرجل الوكالة أو لم يدع لان القاضى لا يملك نصب الوكيل عن الحى بطلبهما ذلك بخلاف الوصية قال رحمه الله (وكذا لو شهدا لوارث صغير بمال) أى لو شهد الوصيان لوارث صغير بمال فشهادتهما باطلة لانهما يثبتان ولاية التصرف لانفسهما فى ذلك المال فصارا متهمين أو خصمين قال رحمه الله (أو لكبير بمال الميت) أى لو شهد الوصيان لوارث كبير بمال الميت لا تقبل شهادتهما أيضا لانهما يثبتان ولاية الحفظ وولاية بيع المنقول لانفسهما عند غيبة الوارث بخلاف شهادتهما للكبير فى غير التركة لانقطاع ولايتهما عنه لان الميت

أيسر وأبعد من التوى والتلف والفساد وقالوا ولو خيف هلاك العقار أو هلاك بنائه يملك الوصى بيعه أيضا على الكبير الغائب لان البيع فى هذه الحالة يكون حفظا ولا يتجر الوصى على الكبير الغائب فى ماله لان التجارة يبتغى بها الربح دون الحفظ فلا يملك اهـ وفى شرح تاج الشريعة ما يخالفه قال عند قول صاحب الهداية ولا يتجر فى المال أى فى مال الصغير هكذا فى الاوضح اهـ ويجب أن يحمل هذا كما تقدم على ما اذا اتجر لنفسه بمال اليتيم وقد قال فى الهداية فى باب الرهن وان استدان الوصى لليتيم فى كسوته وطعامه فرهن به متاعا لليتيم جاز ثم قال وكذا لو اتجر لليتيم فارتهن أو رهن لان الاولى له التجارة تثميرا لمال اليتيم فلا يجد بدا من الارتهان والرهن لانه ايفاء واستيفاء اهـ وفى الكافى فى باب الرهن مثله اهـ قال الاتقانى يعنى اذا اتجر الوصى لاجل اليتيم فباع متاعه فأخذ رهنا أو اشترى لاجل اليتيم فرهن متاع اليتيم جاز لان الافضل للوصى أن يتجر لاجل اليتيم تثميرا لماله والتجارة بيع وشراء فلا بد من الارتهان والرهن للاستيفاء والايفاء اهـ قال فى شرح الجامع الصغير للامام برهان الائمة عمر بن عبد العزيز بن عمر بن مازه المعروف بالحسام الشهيد ما نصه وبيع الوصى على الكبير الغائب جائز فى كل شئ الا العقار وكذلك لا يملك التجارة فى ماله لانه قائم مقام الموصى والموصى وهو الاب لا يملك بيع مال الكبير الغائب الا بطريق الحفظ نظرا له فكذلك الوصى وبيع المنقول من باب الحفظ وكذلك النفقة والاجارة أما التجارة من باب الولاية وبيع العقار ليس من الحفظ لانه محفوظ بنفسه ولو خيف هلاك العقار أو هلاك بناء العقار هل يملك بيعه لو قيل يملك بيعه لا يبعد لان البيع فى هذه الحالة من جملة الحفظ اهـ وقد وقفت على نسخة من الكنز محشاة بخط العلامة جلال الدين التبانى وكتب تحت قوله فى ماله أى فى مال الكبير الغائب وجعل رابطة تحت الضمير فى قوله فى ماله راجعة للكبير والله الموفق اهـ (قوله فى مال تركه) الذى بخط الشارح فى مال تركها اهـ

فصل فى الشهادة

(قوله عند غيبة الوارث) اذ حفظ مال اليتيم اليهما فى حق الكبير اذا غاب ويتوهم

أقامهما مقام نفسه في تركته لا في غيرها بخلاف ما اذا كان الوارث صغيرا والموصى أبا حيث لا تقبل شهادتهما في الكل لان لوصي الاب التصرف في مال الصغير جميعه فيكونان متهمين فلهذا لم يقيده بالمال الموروث منه في حق الصغير وقيده به في الكبير وهذا عند أبي حنيفة وقالا اذا شهد الوارث كبير يجوز في الوجهين أي في تركة الموصي وغيره لان ولاية التصرف لا تثبت لهما في مال الميت اذا كانت الورثة كبارا فعريت عن التهمة بخلاف ما اذا كان صغيرا على ما بينا والحجة عليهما ما بيناه قال رحمه الله (ولو شهد رجلان لرجلين على ميت بدين ألف درهم وشهد الآخران للاولين بمثله تقبل وان كانت شهادة كل فريق بوصية ألف لا) وهذا عند محمد رحمه الله وقال أبو يوسف لا تقبل في الدين أيضا وروى أبو حنيفة مع محمد رحمهما الله وروي مع أبي يوسف وعن أبي يوسف مثل قول محمد وروى الحسن عن أبي حنيفة رحمهما الله تعالى أنهم اذا جاؤا معا وشهدوا فالشهادة باطلة وان شهد اثنان لاثنين فقبلت شهادتهما ثم ادعى الشاهدان بعد ذلك على الميت بألف درهم فشهد لهما الغريمان الاولان تقبل وجه قول محمد رحمه الله أن الدين يجب في الذمة وهي قابلة لحقوق شتى فلا شركة فيه اذا لم يجب بسبب واحد ولهذا لو اختص أحدهما بما قبض ولا يكون للآخر حق المشاركة ولا ينتقل بالموت من الذمة الى التركة ألا ترى أن التركة لو هلكت لا يسقط الدين وأن للوارث أن يستخلص التركة بقضاء الدين من محل آخر فلا تتمكن الشركة بينهم فصار كما اذا شهد الفريقان في حال حياته بخلاف الوصية فان حق الموصى له يتعلق بعين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة وليس للوارث أن يستخلص التركة ويعطيه من محل آخر ولو قبض أحد الفريقين شيأ كان للفريق الآخر حق المشاركة فكان كل فريق مثبتا لنفسه حق المشاركة في التركة فلا تصح شهادتهما ولابي يوسف رحمه الله أن الدين بالموت يتعلق بالتركة لخراب الذمة ولهذا لا يثبت الملك فيها للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كانت مستغرقة بالدين فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فصار نظير مسئلة الوصية فلا تقبل بخلاف الشهادة في حالة الحياة لان الدين في ذمته يبقى لا في المال فلا تتحقق الشركة وجه رواية الحسن أنهما اذا جاآ معا كان ذلك بمعنى المعاوضة فتتفاحش التهمة فترد بخلاف ما اذا كانا على التعاقب لان الاول قد مضى وثبت به الحق بلا تهمة والثاني لا يزاحمه الاول عند صدوره فصار كالاول والوصية بجزء شائع كالوصية بالدراهم المرسلة فيما ذكرنا من الاحكام حتى لا تقبل فيها شهادة الفريقين لانهما اثبتا الشركة ولو شهد رجلان أنه أوصى لرجلين بعين كالعبد وشهد المشهود لهما أنه أوصى للشاهدين بثلث ماله أو بالدراهم المرسلة فهي باطلة لان الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة بخلاف ما اذا شهد رجلان لرجلين أنه أوصى لهما بعين وشهد المشهود لهما للشاهدين الاولين أنه أوصى لهما بعين آخر حيث تقبل الشهادتان لانه لا شركة فلا تهمة والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب وصلى الله على سيدنا محمد النبي الاواب

﴿كتاب الخنثى﴾

قال رحمه الله (هو من له فرج وذكر) أي الخنثى من له فرج المرأة وذكر الرجل ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا وهو في اللغة يدل على التكسر واللين ومنه يقال تخنث في كلامه اذا لان وتكسر اعلم أن الله تعالى خلق البشر ذكرا وأنثى كما قال تعالى وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال عز وجل يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء الذكور وقد بين حكم كل واحد منهما ولم يبين حكم من هو ذكر وأنثى فدل أنه لا يجتمع الوصفان في شخص واحد فكيف يجتمعان وهما متضادان وقد جعل علامة التمييز بينهما الآلة ثم قد يقع الاشتباه بأن يوجد الآلتان ولا يوجد التمييز قال رحمه الله (فان بال من الذكر فغلام وان بال من الفرج فأنثى) لانه عليه الصلاة والسلام سئل عنه كيف يورث فقال من حيث

عود الولاية بالجنون فكانا متهمين اه كافي (قوله ألا ترى أن التركة لو هلكت الخ) وفي فتاوى رشيد الدين اذا كانت التركة مستغرقة بالدين فأراد الوارث استخلاص التركة ونقد المال يجبر رب الدين على القبول لان عند استغراق التركة بالدين وان كان لا ملك لهم ولكن لهم حق استخلاص التركة أما لو قالوا نحن نؤدي الدين ولم يكن المال نقدا كان للقاضي أن يبيع التركة ويقضي حق الغرماء والاجنبي لو نقد الدين لا يجبر رب الدين على القبول لانه ليس له ولاية استخلاص التركة بخلاف الورثة والدين اذا كان زائدا على التركة فللورثة ولاية استخلاص التركة بأداء جميع الدين لا بقدر التركة كالعبد الجاني اذا فداه المولى فداه بارشه اه فصول العمادي

﴿كتاب الخنثى﴾

(قوله في المتن هو) الذي بخط الشارح هي اه (قوله ويلحق به من عرى عن الآلتين جميعا) قال الاتقاني وقد يقع الاشتباه بعدم آلة التمييز أصلا بأن يولد ولد ليس له آلة الذكر ولا آلة الانثى وهذا أبلغ وجهي الاشتباه ولهذا بدأ محمد رحمه الله كتاب الخنثى به اه وروى عن الشعبي أنه سئل عن مولود ولد ليس بذكر ولا أنثى وليس له ما للانثى وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه فقال عامر له نصف حظ الانثى ونصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا

يبول

يبول وعن على رضى الله عنه مثله ووروى أن قاضيا من العرب فى الجاهلية رفع اليه هذه الواقعة فجعل يقول هو رجل وامرأة فاستبعد قومه ذلك فتحير ودخل بيته فجعل يتقلب على فراشه ولا يأخذه النوم لتحيره وكانت له بنية تغمز رجليه فسألته عن تفكره فأخبرها بذلك فقالت دع المحال وأتبع الحكم المبال فخرج الى قومه فحكى لهم ذلك فاستحسنوه فعرف بذلك أن هذا الحكم كان فى الجاهلية فأقره الشرع ولان البول من أى عضو كان فهو دليل على أنه هو العضو الاصلى الصحيح والآخر بمنزلة العيب وذلك إنما يقع به الفصل عند الولادة لان منفعة تلك الآلة خروج البول منها وذلك عند انفصاله من أمه وماسوى ذلك من المنافع يحدث بعده فعلم بذلك أنه هو الاصلى قال رحمه الله (وان بال منهما فالحكم للاسبق) لانه دليل على أنه هو العضو الاصلى ولانه كما خرج البول حكم بموجبه لانه علامة تامة فلا يتغير بعد ذلك بخروج البول من الآلة الاخرى قال رحمه الله (فان استويا) أى فى السبق (فمشكل) لعدم المرجح قال رحمه الله (ولاعبرة بالكثرة) وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله وقالا رحمهما الله ينسب الى أكثرهما بولا لانه يدل على أنه هو العضو الاصلى ولان للاكثر حكم الكل فى أصول الشرع فيترجح بالكثرة وله أن كثرة ما يخرج ليس بدليل على القوة لان ذلك لاتساع المخرج وضيقه لا لانه هو العضو الاصلى ولان نفس الخروج دليل بنفسه فالكثرة من جنسه لايقع به الترجيح عند المعارضة كالشاهدين والاربعة وقد استقبح أبو حنيفة رضى الله عنه اعتبار ذلك فقال وهل رأيت قاضيا يكيل البول بالاواقى قال رحمه الله (فان بلغ وخرجت له لحية أو وصل الى النساء فرجل وكذا اذا احتلم من الذكر) لان هذه من علامات الذكر قال رحمه الله (وان ظهر له ثدى أولبن أوحاض أوحبل أو أمكن وطؤه فامرأة) لأن هذه علامات النساء قال رحمه الله (وان لم يظهر له علامة أو تعارضت فمشكل) لعدم مايوجب الترجيح وعن الحسن رضى الله عنه أنه تعد أضلاعه فان ضلع الرجل يزيد على ضلع المرأة بواحد قال رحمه الله (فيقف بين صف الرجال والنساء) لانه يحتمل أن يكون ذكرا ويحتمل أن يكون أنثى فان كان ذكرا تفسد صلاته بالوقوف فى صف النساء وتبطل صلاة من يحاذيه ان كان أنثى فلا يتخلل الرجال ولا النساء وان وقف فى صف النساء فان كان بالغا يعيد صلاته حتما وان كان مراهقا يستحب له أن يعيد والاصل فى أحكامه أن يؤخذ بالاحوط فالاحوط ويعيد الذى عن يمينه و يساره والذى خلفه الصلاة احتياطا لاحتمال أنه امرأة ويستحب أن يصلى بقناع لاحتمال انه امرأة ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك ويجلس فى صلاته جلوس المرأة لانه ان كان رجلا فقد ترك سنة وهو جائز فى الجملة وان كان امرأة فقد ارتكب مكروها بجلوسه جلوس الرجال قال رحمه الله (وتبتاع له أمة تختنه) يعنى بماله لانه يجوز لمملوكته النظر اليه مطلقا ان كان ذكرا وللضرورة ان كان أنثى ويكره أن يختنه رجل لاحتمال انه أنثى أو امرأة لاحتمال أنه ذكر فكان الاحتياط فيما ذكرنا أنه لايحرم على تقدير أن يكون ذكرا وعلى تقدير أن يكون أنثى لان فى الجنس نظر الجنس أخف قال رحمه الله (وان لم يكن له مال فمن بيت المال ثم تباع) لان بيت المال أعد لنوائب المسلمين فتدخل فى ملكه بقدر الحاجة وهى حاجة الختان فاذا ختنته تباع و يرد ثمنها الى بيت المال ولو زوج امرأة فختنته ثم طلقها جاز لانه ان كان ذكرا صح النكاح وان كان أنثى فنظر الجنس أخف ثم يفرق بينهما لاحتمال أنه أنثى فلا نكاح بينهما وتطلق لاحتمال انه ذكر فيصح النكاح بينهما فتحصل الفرقة ثم تعتد ان خلا بها احتياطا ويكره له لبس الحرير والحلى وأن ينكشف قدام الرجال أو قدام النساء وأن يخلو به غير محرم من رجل أو امرأة وأن يسافر من غير محرم أو مع امرأة من محارمه لاحتمال أنه امرأة فيكون سفر امرأتين بلا محرم كل ذلك احترازا عن ارتكاب المحرم وان أحرم وهو مراهق قال أبو يوسف رحمه الله لا علم لى فى لباسه لانه ان كان ذكرا يكره له لبس المخيط وان كان أنثى يكره له تركه وقال محمد رحمه الله يلبس لباس المرأة لان ترك لبس المخيط وهو

(قوله وروى أن قاضيا) هو عامر بن الظرب العدوانى والقائلة له أمته خصيلة اه مغرب (قوله فقال) أى لابى يوسف حين أخبره بجوابه اه (قوله ولو كان بالغا حرا يجب عليه ذلك) قال بعضهم فى هذا المقام لا يتصور بقاؤه مشكلا بعد البلوغ قلت هذا كلام بلا فكر لانه بعد البلوغ اذا لم تظهر احدى العلامات أو تعارضت كان مشكلا وبه صرح القدورى وصاحب الهداية قبيل هذا الفصل اه اتقانى قوله قبيل هذا الفصل يعنى به الفصل الذى عقده فى الهداية لاحكام الخنثى اه (قوله ولو زوج امرأة فختنته الخ) قال الطحاوى فى مختصره وسمعت ابن أبى عمران يقول القياس عندى فى الخنثى اذا احتاج الى الختان أن يزوجه الامام امرأة فان كان ذكرا كانت زوجته وختنته وان كان أنثى كان مباحا لها ذلك قال أبو بكر الرازى فى شرحه لمختصر الطحاوى ماحكاه أبو جعفر عن أصحابنا هو أصح من ذلك أى أصح مما ذكره ابن أبى عمران قال لانا ان زوجناه كان عقد النكاح مشكوكا فيه فان صح كانت المرأة معلقة لايمكنها الخلاص منه ولا يتيقن أيضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب الميراث ان مات وهو مشكل ولا يدرى هل تلزمه نفقة أم لا اه اتقانى (قوله لانه ان كان ذكرا يكره له) يحرم عليه اه غاية

امرأة أفحش من لبسه وهو رجل ولا شئ عليه لانه صغير لم يبلغ ولو حلف بطلاق أو عتاق ان كان أول ولد تلديه غلاما فولدت خنثى لم يقع شئ حتى يستبين أمره لان الحنث لم يثبت بالشك ولو قال كل عبدلى حر أو قال كل أمة لى حرة وله مملوك خنثى لا يعتق حتى يستبين أمره لما قلنا وان قال القولين جميعا عتق للتيقن بأحد الوصفين لانه ليس بمهمل وان قال الخنثى أنا رجل أو امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا لانه دعوى بلا دليل وذكر في النهاية معزيا الى الذخيرة ان قال الخنثى المشكل أنا ذكر أو أنثى كان القول قوله لان الانسان أمين في حق نفسه والقول قول الامين مالم يعرف خلاف ما قال ألا ترى أن المعتدة اذا قالت انقضت عدتى وأنكر الزوج كان القول قولها مالم يعرف خلاف قولها بأن قالت في مدة لا تنقضى في مثلها العدة والاول ذكره في الهداية وان مات قبل أن يستبين أمره لم يغسله رجل ولا امرأة لان حل الغسل غير ثابت بين الرجال والنساء فيتوقى لاحتمال الحرمة وييمم بالصعيد لتعذر الغسل ولا يحضر هو غسل رجل ولا امرأة لاحتمال انه ذكر أو أنثى ويستحب أن يسجى قبره لانه ان كان أنثى أقيم واجب وان كان ذكرا لا تضره التسجية واذا أراد أن يصلى عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلى الامام والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى فيؤخر عن الرجل لاحتمال أنه امرأة ويقدم على المرأة لاحتمال أنه رجل ولو دفن مع رجل في قبر واحد لعذر جعل خلف الرجل لاحتمال انه امرأة ويجعل بينهما حاجز من صعيد ليكون في حكم القبرين وكذا في الرجلين اذا دفنا في قبر واحد وان دفن مع امرأة قدم الخنثى لاحتمال أنه رجل وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب لاحتمال انه عورة ويكفن في خمسة أثواب كما تكفن المرأة فهو أحب لاحتمال أنه أنثى ويدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه أنثى قال رحمه الله (وله أقل النصيبين) أى لو مات مورثه كان له الاقل من نصيب الذكر ومن نصيب الانثى فانه ينظر نصيبه على انه ذكر وعلى أنه أنثى فيعطى الاقل منهما وان كان محروما على أحد التقديرين فلا شئ له مثاله أخوان لاب وأم أحدهما خنثى مشكل كان المال بينهما أثلاثا للاخ الثلثان وللخنثى الثلث فيقدر أنثى لانه أقل ولو قدر ذكرا كان له النصف ولو تركت امرأة زوجا وأما وأختا لاب وأم هى خنثى كان للزوج النصف وللام الثلث وللخنثى ما بقى وهو السدس على أنه عصبة لانه أقل ولو قدر أنثى كان له النصف وكانت المسئلة تعول الى ثمانية ولو تركت زوجا وأما وأخوين من أم وأخا لاب وأم هو خنثى كان للزوج النصف وللام السدس وللاخوين لام الثلث ولا شئ للخنثى لانه عصبة ولم يفضل له شئ ولو قدر أنثى كان له النصف وعالت المسئلة الى تسعة ولو ترك الرجل ولد أخ هو خنثى وعما لاب وأم أو لاب كان المال للعم ويقدر الخنثى أنثى لان بنت الاخ لا ترث ولو قدر ذكرا كان المال له دون العم لان ابن الاخ مقدم على العم وقال الشعبى للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى وعن ابن عباس رضى الله عنهما مثله لانه مجهول والتوزيع على الاحوال عند القسمة طريق معهود في الشرع كما في العتق المبهم والطلاق المبهم اذا تعذر البيان فيه بموت المولى قبل البيان ولنا أن الحاجة الى اثبات المال ابتداء فلا يثبت مع الشك فصار كما اذا كان الشك في وجوب المال بسبب آخر غير الميراث بخلاف المستشهد به لان فيه سبب الاستحقاق متيقن به وهو الانشاء السابق ومحلية كل واحد من المرأتين والعبدين لحكم ذلك السبب ثابتة لكل واحد منهما على السواء من غير ترجيح أحدهما على الآخر وفيما نحن فيه الشك وقع في سبب الاستحقاق لان وصف الذكورة والانوثة سبب الاستحقاق المقدر وان كان أصل القرابة سبب الاصل الارث والمزاحم للخنثى متيقن

(قوله وان قال الخنثى أنا رجل الخ) قال الاتقانى قال الحاكم الشهيد في الكافى فان قال الخنثى أنا رجل أو قال أنا امرأة لم يقبل قوله اذا كان علم أنه مشكل وذلك لانه مجازف فيما يخبر عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره اه قال في الهداية وان لم يكن مشكلا ينبغى أن يقبل قوله لانه أعلم بحاله من غيره قال الاتقانى وفي هذا التعليل نظر لانه انما لا يكون اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها يحكم بأنه ذكر أو أنثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك اه (قوله وان مات قبل أن يستبين أمره) وقد راهق اه اتقانى (قوله وييمم بالصعيد) وذلك لان الاصل ان النظر الى العورة حرام وبالموت لا تنكشف هذه الحرمة الا أن نظر الجنس الى الجنس أخف فلاجل الضرورة أبيح النظر للجنس عند الغسل والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس أو لا يعرف جنسه أنه من جنس الرجال أو من جنس النساء فتعذر غسله لانعدام من يغسله فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت بين الرجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميمم أجنبيا يممها مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها يممها بغير الخرقة وكذلك ان مات رجل بين نساء ليس معهن رجل فان النساء يممنه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذات رحم محرم منه وبخرقة ان كن أجانب منه فهذا مثله ﴿فرع﴾ ولا يقسم له من الغنيمة ولكن يرضخ له ولو كان كافرا فأسر لا يقتل لاحتمال انه أنثى ولا يقر عليه بجزية ولو ارتد لا يقتل ولا يدخل في القسامة ولا يرث من مولى أبيه بسبب لاحتمال أنه أنثى اه (قوله وان جعل على السرير نعش المرأة فهو أحب) قال في شرح الكافى وان جعل نعش المرأة فهو جائز لانه أقرب الى الستر وهو مندوب اليه عند اشتباه الامر والنعش شبه المحفة مشبك يطبق على المرأة اذا وضعت على الجنازة وقد مر في باب الجنائز اه اتقانى

بسبب استحقاقه فلا يجوز ابطاله ولا تنقيصه بالشك قال رحمه الله (فلو مات أبوه وترك ابنا له سهمان وللخنثى سهم) لانه الاقل وهو متيقن به فيستحقه وعلى قول الشعبي رحمه الله نصف ميراث ذكر ونصف ميراث أنثى واختلف أبو يوسف ومحمد في تخريج قول الشعبي فقال أبو يوسف رحمه الله المال بينهما على سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة اعتبر نصيب كل واحد منهما حالة انفراده فان الذكر لو كان وحده كان له كل المال والخنثى لو كان وحده ان كان ذكرا كان له كل المال وان كان أنثى كان له نصف المال فيأخذ نصف النصيبين نصف الكل ونصف النصف وذلك ثلاثة أرباع المال وللابن كل المال فيجعل كل ربع سهما فبلغ سبعة أسهم للابن أربعة وللخنثى ثلاثة وانما كان كذلك لان الابن يستحق الكل عند الانفراد والخنثى ثلاثة الارباع وليس للمال كل وثلاثة أرباع فيضرب كل واحد منهما بجميع حقه اعتبارا لطريق العول والمضاربة وقال محمد رحمه الله المال بينهما على اثنى عشر سهما سبعة للابن وخمسة للخنثى يعتبر هو نصيب كل واحد منهما في حالة الاجتماع فيقول لو كان الخنثى ذكرا كان المال بينهما نصفين ولو كان أنثى كان أثلاثا فالقسمة على تقدير ذكورته من اثنين وعلى تقدير أنوثته من ثلاثة وليس بينهما موافقة فيضرب أحدهما في الآخر يبلغ ستة للخنثى على تقدير أنه أنثى سهمان وعلى تقدير أنه ذكر ثلاثة فله نصف النصيبين وليس للثلاثة نصف صحيح فتضرب الستة في اثنين تبلغ اثنى عشر فيكون للخنثى ستة على تقدير أنه ذكر وأربعة على تقدير أنه أنثى فيأخذ نصف النصيبين خمسة لان نصف الستة ثلاثة ونصف الاربعة اثنان هو اعتبر الاحوال في كل حادثة في حق الخنثى وفي حق غيره أيضا من الورثة حتى يأخذ كل واحد من الورثة نصف ما يصيبه على التقديرين ألا ترى أن الابن يأخذ في هذه المسئلة سبعة لان نصيب الابن على تقدير أن الخنثى ذكر ستة وعلى تقدير أنه أنثى ثمانية فنصف النصيبين سبعة ولو كانت معهما بنت فعند أبي يوسف رحمه الله تكون المسئلة من تسعة لان نصيب البنت النصف حالة انفرادها وللابن الكل وللخنثى ثلاثة أرباع حالة انفراد كل منهما فيجعل كل ربع سهما يبلغ تسعة وعند محمد رحمه الله له خمس وثمن لانه على تقدير انه ذكر كان له خمسان فله نصفه وهو الخمس وعلى تقدير أنه أنثى كان له ربع فله نصفه وهو الثمن فمخرج الخمس من خمسة ومخرج الثمن من ثمانية وليس بينهما موافقة فتضرب احداهما في الاخرى تبلغ أربعين ومنها تصح المسئلة فللخنثى خمسها ثمانية وثمنها خمسة فاجتمع له ثلاثة عشر سهما وللبنت على تقدير أن الخنثى أنثى الربع عشرة وعلى تقدير أنه ذكر الخمس ثمانية فيكون لها نصف النصيبين تسعة وللخنثى على تقدير انه ذكر خمسان وهو ستة عشر وعلى تقدير أنه أنثى ربع وهو عشرة فيكون له نصف النصيبين ثلاثة عشر وللابن خمسان على تقدير ذكورته ونصف على تقدير أنوثته فله نصف النصيبين ثمانية عشر وعلى هذا التخريج لو كانوا أكثر من ذلك على المذهبين فأبو يوسف رحمه الله يجعل لكل بنت سهمين ولكل ابن أربعة ولكل خنثى ثلاثة ولو كان من كل جنس مائة نفس ومحمد رحمه الله يقسم المال بينهم باعتبار تلك الحادثة على التقديرين ويعطى لكل واحد منهم نصف نصيبه على التقديرين ولو كان معهم ذو سهم أخذ سهمه وقسم الباقي بينهم على ما ذكرنا على المذهبين وروى عن أبي يوسف رحمه الله مثل قول الشعبي قالوا رجع اليه آخرا وقال شمس الائمة خرّجا قول الشعبي ولم يأخذا به ولو أوصى رجل لما في بطن فلانة بألف درهم ان كان ذكرا وبخمسمائة ان كان أنثى فولدت خنثى أعطى الاقل ويوقف الباقي حتى يتبين أمره وعلى قياس قول الشعبي رحمه الله يجب له سبعمائة وخمسون نصف الوصيتين وعندنا يعطى الاقل وهو خمسمائة ومن أحكام الخنثى المشكل أنه لو قبله رجل بشهوة لم يتزوج أمه الا اذا تبين أنه ذكر لاحتمال انه أنثى فيثبت به حرمة المصاهرة وكذا اذا قبلته امرأة لا تتزوج بأبيه لما ذكرنا وان زوجه أبوه أو مولاه امرأة أو رجلا لا يحكم بصحته حتى يتبين حاله

انه رجل أو امرأة فاذا ظهر انه خلاف ما زوج به تبين أن العقد كان صحيحا والا فباطل لعدم مصادفة المحل
وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر لا يحكم بصحة النكاح حتى يظهر أن أحدهما ذكر والآخر أنثى
وان ظهر انهما ذكران أو أنثيان بطل النكاح ولا يتوارثان اذا مات قبل التبين لان الارث لا يجري الا
بعد الحكم بصحة النكاح ولا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفا لانه اذا كان رجلا فهو
كالمجبوب اذ لا يمكنه أن يجامع وان كان امرأة فهو كالرتقاء لانه لا يجامع واذا قطعت يده أو قطع هو يد
رجل أو امرأة فلا يجب فيه القصاص لان القصاص لا يجري في الاطراف بين الرجل والمرأة فلا يجب
بالشك وكذا اذا قطع هو يد عبد أو قطعه عبد أو كان هو رقيقا فقطعت يده لان القصاص لا يجري بين
الحر والعبد ولا بين العبدين لما بينا من قبل بخلاف ما اذا قتل أو قتل هو بعد البلوغ حيث يجب
القصاص لانه لا يمتنع بالرق ولا بالانوثة على ما بينا وفي الشهادة يجعل أنثى لانه المتيقن به والله أعلم

﴿ مسائل شتى ﴾ قال رحمه الله (ايماء الاخرس وكتابته كالبيان بخلاف معتقل اللسان في وصية
ونكاح وطلاق وبيع وشراء وقود) وقال الشافعي رحمه الله تجوز كتابته وايماؤه في الوجهين لان
المجوز انما هو العجز وهو شامل للفصلين ولا فرق بين أن يكون أصليا أو عارضا كالوحشي والمتوحش من
الاهلي في حق الذكاة والفرق لنا أن الاشارة انما تقوم مقام العبارة اذا صارت معهودة وذلك في الاخرس
دون المعتقل لسانه حتى لو امتد ذلك وصارت له اشارة معلومة كان بمنزلة الاخرس ولان التفريط جاء
من قبله حيث أخر الوصية الى هذا الوقت بخلاف الاخرس لانه لا تفريط من جهته ولان العارض على
شرف الزوال دون الاصلي فلا يقاس أحدهما على الآخر وفي الآبد عرفناه بالنص وهو ما روي عن رافع
ابن خديج رضي الله عنه أن بعيرا من ابل الصدقة ندّ فرماه رجل بسهم فسمى فقال عليه الصلاة والسلام
ان لها أوابد كأوابد الوحش فاذا فعلت شيأ من ذلك فافعلوا بها كما فعلتم بهذا ثم كلوه ثم قدّر الامتداد هنا
التمرتاشي بسنة وذكر الحاكم أبو محمد رواية عن أبي حنيفة رضي الله عنهما فقال ان دامت العقلة الى
وقت الموت يجوز اقراره بالاشارة ويجوز الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق بمعنى لا يرجى زواله فكان
كالاخرس قالوا وعليه الفتوى واذا كان ايماء الاخرس وكتابته كالبيان وهو النطق باللسان تلزمه
الاحكام بالاشارة والكتابة حتى يجوز نكاحه وطلاقه وعتاقه وبيعه وشراؤه الى غير ذلك من الاحكام
لان الاشارة تكون بيانا من القادر فأظنك من العاجز ألا ترى أنه عليه الصلاة والسلام كان أفصح
العرب ومع هذا أنبأ بالاشارة بقوله الشهر هكذا الحديث والكتابة ممن نأى بمنزلة الخطاب ممن دنا ألا ترى
أنه عليه الصلاة والسلام بلغ الرسالة الى الغيب بالكتابة فيكون ذلك حجة عليهم كما اذا بلغهم بالعبارة
فاذا كان الكتاب كالخطاب عند العجز ففي حق الاخرس أولى لان عجزه أظهر وألزم عادة لان الغائب يقدر
على الحضور بل يحضر ظاهرا والاخرس لا يقدر على النطق والظاهر بقاؤه على الدوام ثم الكتاب على
ثلاث مراتب مستبين مرسوم وهو أن يكون معنونا أي مصدرا بالعنوان وهو أن يكتب في صدره من
فلان الى فلان على ما جرت به العادة في تسيير الكتاب فيكون هذا كالنطق فلزم حجة ومستبين غير
مرسوم كالكتابة على الجدران وأوراق الاشجار أو على الكاغد لا على وجه الرسم فان هذا يكون لغوا
لانه لا عرف في اظهار الامر بهذا الطريق فلا يكون حجة الا بانضمام شئ آخر اليه كالنية والاشهاد عليه
والاملاء على الغير حتى يكتبه لان الكتابة قد تكون للتجربة وقد تكون للتحقيق وبهذه الاشياء تتعين
الجهة وقيل الاملاء من غير اشهاد لا يكون حجة والاول أظهر وغير مستبين كالكتابة على الهواء أو الماء
وهو بمنزلة كلام غير مسموع ولا يثبت به شئ من الاحكام وان نوى قال رحمه الله (لا في حد) أي لا تكون
اشارته وكتابته كالبيان في الحدود لانها تندرئ بالشبهة لكونها حق الله تعالى فلا حاجة الى اثباتها ولعله
كان مصدقا للقاذف ان قذف هو فلا يتيقن بطلبه الحد وان كان هو القاذف فقذفه ليس بصريح والحد

(قوله وكذا اذا زوج الخنثى من خنثى آخر الخ) قال في معراج الدراية نقلا عن المبسوط والذخيرة لو زوج الخنثى من خنثى مشكل آخر فالنكاح موقوف حتى يستبين أمرهما اه (قوله لانه لا يجامع) ولا حد في قذف الرتقاء اه معراج (قوله واذا قطعت يده الخ) سواء كان القاطع رجلا أو امرأة اه

﴿قوله مسائل شتى﴾ أي متفرقة من كل باب يقال شتى وشتان قال تعالى وقلوبهم شتى أي متفرقة وايراد مسائل شتى في آخر الكتب من دأب المصنفين اه (قوله مستبين) وهو صريح لا يحتاج الى النية اه (قوله مرسوم) المقصود من المرسوم أن يكون على الوجه المعتاد في اظهار الامر عرفا كالكتب المعنونة والمحاضر والسجلات والقصص ونحوها اه يحيى (قوله ومستبين غير مرسوم) وهو كناية فيحتاج الى النية اه (قوله لا على وجه الرسم) أي لا على الوجه المعتاد في اثبات المقاصد كما يكتب على الكاغد لتجربة المداد أو القلم أو الخط ونحوها اه (قوله كالنية) فان كان صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان أخرس يبين نيته بكتابته كذا في المبسوط اه

لايجب الا بالقذف بصريح الزنا وفى القصاص اعتبر طلبه لانه حق العبد وحق العبد لايختص بلفظ دون لفظ وقد يثبت بدون اللفظ كالتعاطى وهذا لان الحد لايثبت ببيان فيه شبهة ألا ترى أن الشهود لو شهدوا بالوطء الحرام لايجب الحد عليه ولو شهدوا بالقتل المطلق أو أقر بمطلق القتل يجب عليه القصاص وان لم يوجد لفظ التعمد وهذا لان القصاص فيه معنى المعاوضة لانه شرع جابرا فجاز أن يثبت مع الشبهة كسائر المعاوضات التى هى حق العبد أما الحدود الخالصة حقا لله تعالى شرعت زاجرة وليس فيها معنى البدلية أصلا فلا تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة وذكر فى كتاب الاقرار أن الكتاب من الغائب ليس بحجة فى قصاص يجب عليه ويحتمل أن يكون الجواب فى الاخرس كذلك فيكون فى الغائب والاخرس روايتان ويحتمل أن يكون مفارقا لذلك لان الغائب يمكنه الوصول فى الجملة فيعتبر بالنطق ولا كذلك الاخرس لتعذر النطق فى حقه للآفة التى به فدلت المسئلة على أن الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة بخلاف ماتوهمه بعض أصحابنا رحمهم الله ان الاشارة لاتعتبر مع القدرة على الكتابة قالوا لان الاشارة حجة ضرورية ولاضرورة مع القدرة على الكتابة قلنا كل واحد منهما حجة ضرورية ففى الكتابة زيادة بيان لم توجد فى الاشارة لان قصد البيان فى الكتابة معلوم حسا وعيانا وفى الاشارة زيادة أثر لم توجد فى الكتابة لان الاصل فى البيان هو الكلام لانه وضع له والاشارة أقرب اليه لان العلم الحاصل بها حاصل بما هو متصل بالمتكلم وهو اشارته بيده أو رأسه فصارت أقرب الى النطق من آثار الاقلام فاستويا ولايقدم على الآخر بل يخير ولهذا ذكره بكلمة أو وهى للتخيير وقالوا فيمن صمت يوما أو يومين الحكم كالمعتقل لسانه حتى لايجوز بالايماء والكتابة اقراره وقيل هذا تفسير لمعتقل اللسان قال رحمه الله (غنم مذبوحة وميتة فان كانت المذبوحة أكثر تحرى وأكل والالا) وقال الشافعى رحمه الله لايجوز الا كل فى حالة الاختيار بالتحرى وان كانت المذبوحة أكثر لان التحرى دليل ضرورى فلا يصار اليه من غير ضرورة ولاضرورة لان الكلام فى حالة الاختيار ولنا أن الغلبة تنزل منزلة الضرورة فى افادة الاباحة ألا ترى أن أسواق المسلمين لاتخلو عن المحرم من مسروق ومغصوب ومع ذلك يباح التناول اعتمادا على الظاهر وهذا لان القليل منه لايمكن التحرز عنه ولايستطاع الامتناع منه فسقط اعتباره دفعا للحرج كقليل النجاسة فى البدن أو الثوب بخلاف ما اذا كانت الميتة أكثر أو استويا لانه لاضرورة اليه لقلته فيمكن الاحتراز قال رحمه الله (لف ثوب نجس رطب فى ثوب طاهر يابس فظهرت رطوبته على ثوب طاهر لكن لايسيل لو عصر لايتنجس) لانه اذا لم يتقاطر منه بالعصر لاينفصل منه شئ وانما يبتل ما يجاوره بالنداوة وبذلك لايتنجس به وذكر المرغينانى ان كان اليابس هو الطاهر يتنجس لانه يأخذ بللا من النجس الرطب وان كان اليابس هو النجس والطاهر الرطب لايتنجس لان اليابس النجس يأخذ بللا من الطاهر ولا يأخذ الرطب من اليابس شيأ ويحمل على أن مراده فيما اذا كان الرطب ينفصل منه شئ وفى لفظه اشارة اليه حيث نص على أخذ البلل وعلى هذا اذا نشر الثوب المبلول على حبل نجس وهو يابس لايتنجس الثوب لما ذكرنا من المعنى وقال قاضيخان فى فتاواه اذا نام الرجل على فراش فأصابه منى ويبس وعرق الرجل وابتل الفراش من عرقه ان لم يظهر له أثر البلل فى بدنه لايتنجس جسده وان كان العرق كثيرا حتى ابتل الفراش ثم أصاب بلل الفراش جسده وظهر أثره فى جسده يتنجس بدنه وكذا الرجل اذا غسل رجله فمشى على أرض نجسة بغير مكعب فابتل الارض من بلل رجله واسود وجه الارض لكن لم يظهر أثر بلل الارض فى رجله فصلى جازت صلاته وان كان بلل الماء فى رجله كثيرا حتى ابتل به وجه الارض وصار طينا ثم أصاب الطين رجله لاتجوز صلاته ولو مشى على أرض نجسة رطبة ورجله يابسة تتنجس قال رحمه الله (رأس شاة متلطخ بالدم أحرق وزال عنه الدم فاتخذ منه مرقة جاز والحرق كالغسل) لان النار تأكل مافيه من النجاسة حتى لايبقى فيه شئ أو تحيله فيصير الدم رمادا فيطهر

(قوله وفى القصاص الخ) الفرق بين الحد والقود من وجهين أحدهما أن القود حق العبد وهو محتاج فيعتبر فيه الاشارة للضرورة والحد حق الله تعالى وهو غنى عن العالمين فلا يعتبر وثانيهما أن القود فيه شبهة العوضية لانه شرع جابرا والاعواض تثبت مع الشبهة والحد ليس كذلك اه يحيى (قوله ويحتمل أن يكون الجواب فى الاخرس كذلك) أى لايكون حجة اه (قوله وعلى هذا) أى على ما قال المرغينانى اه

بالاستحالة ولهذا لو أحرقت العذرة وصارت رمادا طهرت للاستحالة كالخمر اذا تخللت وكالخنزير اذا وقع فى المملحة وصار ملحا وعلى هـذا قالوا اذا تنجس التنور يطهر بالنار حتى لا يتنجس الخبز وكذلك اذا تنجست ممسحة الخباز تطهر بالنار قال رحمه الله (سلطان جعل الخراج لرب الارض جاز وان جعل العشر لا) وهـذا عند أبى يوسف رحمه الله وقال أبو حنيفة ومحمد رحمهما الله لا يجوز فيهما لانهما فىء لجماعة المسلمين ولابى يوسـف رحمه الله أن صاحب الخراج له حق فى الخراج فصح تركه عليه وهو صلة من الامام والعشر حق الفقراء على الخلوص كالزكاة فلا يجوز تركه عليه وعلى قول أبى يوسف رحمه الله الفتوى قال رحمه الله (ولو دفع الاراضى المملوكة الى قوم ليعطوا الخراج جاز) معناه أن أصحاب الخراج اذا عجزوا عن زراعة الارض وأداء الخراج دفع الامام الاراضى الى غيرهـم بالاجرة أى يؤجر الاراضى للقادرين على الزراعـة ويأخذ الخراج من أجرتها فان فضل شىء من أجرتها يدفعـه الى أصحابها وهـم الملاك لانه لا وجه الى ازالة ملكهم بغير رضاهم من غـير ضرورة ولا وجه الى تعطيل حق المقاتلة فتعين ماذكرنا فان لم يجد من يسـتأجرها باعها الامام لمن يقـدر على الزراعـة لانه لو لم يبعها يفوت حق المقاتلة فى الخراج أصلا ولو باع يفوت حق المالك فى العين والفوات الى خلف كلا فوات فيبيع تحقيقا للنظر من الجانبين وليس له أن يملكها غـيرهم بغير عوض ثم اذا باعها يأخذ الخراج الماضى من الثمن ان كان عليهم خراج ورد الفضل الى أصحابها ثم قيل هـذا قول أبى يوسف ومحمد رحمهما الله لان عنـدهما القاضى يملك بيع مال المديون فى الدين والنفقة وأما عند أبى حنيفة رحمه الله فلا يملك ذلك فلا يبيعها لكن يأمر ملاكها ببيعها وقيل هـذا قول الكل والفرق لابى حنيفة رضى الله عنه بين هـذا وبين غيره من الديون أن فى هذا الزام ضرر خاص لنفع العام ولازالة الضرر عن العام وذلك جائز عنـده ألا ترى أنه يرى الحجر على الطبيب الماجن والمفتى الجاهل والمكارى المفلس لدفع الضرر عن العامة فكذا ضرر تعطيل الخراج يرجع الى العامة فجاز ماذكرنا لدفعه ولان الخراج حق متعلق برقبة الارض فصار كدين العبد المأذون له فى التجارة ودين الميت فى التركة فان القاضى يملك البيع فيهـما لتعلق الحق بالرقبة فكذا هـذا وذكر فى النوادر عن أبى حنيفة رحمـه الله أن أهل الخراج اذا هربوا ان شاء الامام عمرها من بيت المال والغلة للمسلمين وان شاء دفع الى قوم وأطعمهم على شىء فكان ما يأخذ للمسلمين لان فيه حفظ الخراج على المسلمين والملك على أربابها فاذا عمرها من بيت المال يكون قدر ما ينفق فى عمارتها قرضا لان الامام مأمور بتثمير بيت المال بأى وجه يتهيأ له قال رحمه الله (ولو نوى قضاء رمضان ولم يعين اليوم صح ولو عن رمضانين كقضاء الصلاة صح وان لم ينو أول صـلاة أو آخر صلاة عليـه) معناه لو كان عليـه قضاء صوم يوم أو أكثر من رمضان واحد فقضاه ناويا عنـه ولم يعين أنه عن يوم كذا جاز وكذا لو صام ونوى عن يومين أو أكـثر جاز عن يوم واحد ولو نوى عن رمضانين أيضـا يجوز وكذا قضاء الصلاة أيضا يجوز وان لم يعين الصـلاة ويومها ولم ينو أول صلاة عليه أو آخر صلاة عليه وهذا قول بعض المشايخ والاصح أنه يجوز فى رمضان واحد ولا يجوز فى رمضانين ما لم يعين أنه صائم عن رمضان سـنة كذا على ما تبين وكذا فى قضاء الصلاة لا يجوز ما لم يعين الصلاة ويومها بأن يعين ظهر يوم كذا مثلا ولو نوى أول ظهر عليه أو آخر ظهر عليـه جاز لان الصلاة تعينت بتعيينه وكذا الوقت تعين بكونه أولا أو آخرا فان نوى أول صلاة عليـه وصلى فما يليه يصـير أولا أيضا فيدخل فى نيته أول ظهر عليه ثانيا وكذا ثالثا الى ما لا يتناهى وكذا الآخر وهذا مخلص من لم يعرف الاوقات التى فاتته أو اشتبهت عليـه أو أراد التسهيل على نفسه والاصل فيـه أن الفروض متزاحمة فلا بد من تعيين ما يريد أداءه حتى تبرأ ذمته منه لان فرضا من الفروض لا يتأدى بنية فرض آخر فلهذا وجب التعيين بالنية والشرط تعيين الجنس بالنية لانها شرعت لتمييز الاجناس المختلفة ولهـذا يكون التعيين فى الجنس الواحـد لغوا لعدم الفـائدة والتصرف اذا لم يصادف محله يكون لغوا ويعرف اختلاف الجنس باختلاف السبب والصلوات

(قوله ولابى يوسف أن صاحب الخراج) أى صاحب الارض اذا كان أهـلا للخراج بأن كان من المقاتلة مثـلا صح ترك الخراج عليـه لانه محله اه يحيي (قوله فى المتن ولو دفع الاراضى المملكة) كذا بخط الشـارح اه (قوله دفع الامام الاراضى الخ) الامام يدفعها مزارعة فان لم يجد من يأخذها مزارعة يؤجرها ويكون الاجر لرب الارض يؤدى منه الخراج فان لم يجد من يسـتأجرها يبيعها ويكون الثمن لرب الارض يؤدى منه الخراج وان لم يجد من يشتريها يدفع الى رب الارض من بيت المال مقدار ما يعمرها به لانه مأمور بتثمير مال بيت المال بأى وجـه يتهيأ فان أراد السلطان أن يأخذها لنفسه يبيعها من غيره ثم يشـترى من المشترى كذا فى فتاوى قاضيخان (قوله يأخـذ الخراج الماضى) الذى بخط الشـارح يأخـذ الخراج الماضيـة اه (قوله على الطبيب والمفتى الجاهل) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وان شاء دفعها) الذى بخط الشارح وان شاء دفع اه (قوله وأطعمهم) كذا هو بخط الشارح اه (قوله والاصح أنه يجوز فى رمضان الخ) لو وجب عليـه قضاء يومين من رمضان واحـد فصام ولم يعين الاول جاز وكذا لو كانا من رمضانين على المختار حتى لو نوى القضاء لا غـير جاز اه فتح القدير

(قوله أو العصرين من يومين) سئل عمر الحافظ عن سجود التلاوة هل عليه التعيين كما في الصلاة قال لابل عليه حفظ العدد اه قنية (قوله في المتن خويشتن رازن الخ) مسائل الفارسية لم يتكلم عليها الشارح اه (قوله لينقلها الى منزله) أو ليكترى لها منزلا اه قاضيخان

كلها من قبيل المختلف حتى الظهرين من يومين أو العصرين من يومين لان وقت الظهر من يوم غير وقت الظهر من يوم آخر حقيقة وحكما لان الخطاب لم يتعلق بوقت يجمعهما بل بدلوك الشمس ونحوه والدلوك في يوم غير الدلوك في يوم آخر بخلاف صوم رمضان لانه متعلق بشهود الشهر بقوله تعالى فمن شهد منكم الشهر فليصمه وهو واحد لانه عبارة عن ثلاثين يوما بلياليها فلذلك لا يحتاج فيه الى تعيين صوم يوم كذا حتى لو كان عليه قضاء يوم بعينه فصامه بنية يوم آخر أو كان عليه قضاء صوم يومين أو أكثر فصام ناويا عن قضاء يومين أو أكثر جاز بخلاف ما اذا نوى عن رمضانين أو عن رمضان آخر حيث لا يجوز عن واحد منهما لاختلاف السبب فصار كما لو نوى ظهرين أو ظهرا عن عصر أو نوى ظهر يوم السبت وعليه ظهر يوم الخميس وعلى هذا أداء الكفارات لا يحتاج فيه الى التعيين في جنس واحد ولو عين لغا وفي الاجناس لابد منه وقد ذكرنا تفاصيلها في كفارة الظهار وذكر في المحيط في كتاب الكفارات أن نية التعيين في الصلاة لم تشترط باعتبار أن الواجب مختلف متعدد بل باعتبار أن مراعاة الترتيب واجب عليه ولا يمكنه مراعاة الترتيب إلا بنية التعيين حتى لو سقط الترتيب بكثرة الفوائت تكفيه نية الظهر لا غير وهذا مشكل وما ذكره أصحابنا مثل قاضيخان وغيره خلاف ذلك وهو المعتمد لما ذكرنا من المعنى ولان الامر لو كان كما قاله لجاز مع وجوب الترتيب أيضا لامكان صرفه الى الاول اذ لا يجب التعيين عنده ولا يفيد قال رحمه الله (ابتلع بزاق غيره كفر لو صديقه وإلا لا) أي اذا ابتلع الصائم ريق غيره فان كان بزاق صديقه يجب عليه الكفارة وان لم يكن صديقه يجب عليه القضاء دون الكفارة لان الريق تعافه النفس وتستقذره اذا كان من غير صديقه فصار كالعجين ونحوه مما تعافه الانفس وان كان من صديقه لا تعافه فصار كالخبز والثريد ونحو ذلك مما تشتهيه الانفس قال رحمه الله (قتل بعض الحاج عذر في ترك الحج (١)) لان أمن الطريق شرط الوجوب أو شرط الاداء على ما ينافي المناسك ولا يحصل ذلك مع قتل بعض الحاج في طريق الحج فكان معذورا في ترك الحج فلا يأثم بذلك وقد ذكرناها مستوفاة في المناسك وذكرنا الخلاف فيها فلا نعيدها قال رحمه الله (منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز) لانها حبست نفسها منه بغير حق فلا تجب النفقة لها مادامت على منعه فيتحقق النشوز منها فصار كحبسها نفسها في منزل غيرها هذا اذا منعته ومرادها السكنى في منزلها وان كان المنع لينقلها الى منزله لا تكون ناشزة لان السكنى واجبة لها عليه فكان حبسها نفسها منه بحق فلا تسقط نفقتها لان التقصير جاء من جهته فصار كما اذا حبست نفسها لاستيفاء مهرها بخلاف ما اذا حبست بسبب دين عليها أو غصبها غاصب وذهب بها لان الفوات ليس من قبله وبخلاف ما اذا كانت ساكنة معه في منزله ولم تمكنه من الوطء لانه يمكنه الوطء كرها غالبا فلا يعد منعا قال رحمه الله (ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت لا) أي لا تكون ناشزة لانها محقة اذ السكنى فيه حرام قال رحمه الله (قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك) لانه لابد له ممن يخدمه فلا يمكن منعه من ذلك قال رحمه الله (قالت مرا طلاق ده فقال داده كير وكرده كير أو داده باد وكرده باد ينوى ولو قال داده است كرده است يقع نوى أولا ولو قال داده أنكار كرده أنكار لا يقع وان نوى وى مرا نشايد تا قيامت أو همه عمر لا يقع الا بنية حيلة زنان كن اقرار بالثلاث حيلة خويش كن لا كابين ترا بخشيدم مارا ازجنك باز دار ان طلقها سقط المهر والالا) قال رحمه الله (قال لعبده يامالكي أو قال لامته أنا عبدك لا يعتق) لانه ليس بصريح للعتق ولا كناية عنه فلا يكون فيه شيء مما يقتضي العتق بخلاف قوله يامولاي لان حقيقته تنبئ عن ثبوت الولاء على العبد وذلك بالعتق فيعتق لانه يمكن اثباته من جهته وقوله يامالكي أو أنا عبدك حقيقته تنبئ عن ثبوت الملك للعبد على المولى وذلك لا يمكن اثباته من جهة المولى لا مقصود العدم قدرته على ذلك ولا

(١) سقط من نسخ الشارح التي بأيدينا بعد هذا جملة مسائل بالفارسية وقد نبه المحشي على أنه لم يتكلم عليها فأثبتناها بالهامش كما ترى اه مصححه

تو زن من شدى فقالت شدم لم ينعقد * خويشتن رازن من كردانيدى فقالت كردانيدم وقال بذيرفتم ينعقد * دختر خويشتن را بپسر من أرزاني داشتى فقال داشتم لا ينعقد * منعها زوجها عن الدخول عليها وهو يسكن معها في بيتها نشوز ولو سكن في بيت الغصب فامتنعت منه لا قالت لا أسكن مع أمتك وأريد بيتا على حدة ليس لها ذلك قالت مرا طلاق ده فقال داده كير وكرده كير أو داده باد وكرده باد ينوى ولو قال داده است كرده است يقع نوى أولا ولو قال داده أنكار كرده أنكار لا يقع وان نوى * وى مرا نشايد تا قيامت اوهمه عمر لا يقع الا بنية * حيلة زنان كن اقرار بالثلث * حيلة خويش كن لا * كابين ترا بخشيدم مارا أز جنك باز داران طلقها سقط المهر والالا * قال لعبده يامالكي أو لأمته أنا عبدك لا يعتق برآمن سوكند است اين كار نكنم اقرار باليمين بالله تعالى وان قال برآمن سوكند است بطلاق لزمه ذلك فان قال قلت ذلك كذبا لا يصدق ولو قال مرا سوكند خانه است كي اين كار نكنم فهو اقرار باليمين بالطلاق * قال للبائع بهارا بازده فقال البائع بدرهم يكون فسخا للبيع

مقتضى لان من شرطه أن يثبت المقتضى فيثبت في ضمنه المقتضى وثبوت المقتضى وهو الملك متعذر لما ذكرنا فلا يثبت المقتضى بدونه قال رحمه الله (العقار المتنازع فيه لا يخرج من يد ذي اليد ما لم يبرهن المدعى) أي اذا ادعى عقارا لا يكتفى بذكر المدعى أنه في يد المدعى عليه وبتصديق المدعى عليه في ذلك بل لا بد من اقامة البينة أنه في يد المدعى عليه حتى تصح دعواه أو علم القاضي في الصحيح لان يد المدعى عليه لا بد منه لتصح الدعوى عليه اذ هو شرط فيها ويحتمل أن يكون في يد غيره فباقامة البينة تنتفي تهمة المواضعة فأمكن القضاء عليه باخراجه من يده لتحقق يده بخلاف المنقول لان اليد فيه مشاهدة فلا يحتاج الى اثباتها بالبينة قال رحمه الله (عقار لا في ولاية القاضي لا يصح قضاؤه فيه) لانه لا ولاية له في ذلك المكان وقد اختلف المشايخ هل يعتبر المكان أو الاهل فقيل يعتبر المكان وقيل يعتبر الاهل حتى لا ينفذ قضاؤه في غير ذلك المكان على قول من اعتبر المكان ولا في غير ذلك الاهل على قول من اعتبر الاهل وان خرج القاضي مع الخليفة من المصر جاز قضاؤه وان خرج وحده لم يجز قضاؤه فهذا ينبغي أن يكون على قول من اعتبر المكان لان القضاء من أعلام الدين فيكون المصر شرطا فيه كالجمعة والعيدين وعن أبي يوسف أن المصر ليس بشرط فيه واليه أشار محمد أيضا في كتاب أدب القاضي (١) فقال ان المصر شرط لنفوذ القضاء قال رحمه الله (اذا قضى القاضي في حادثة ببينة ثم قال رجعت عن قضائي أو بدا لي غير ذلك أو وقعت في تلبيس الشهود أو أبطلت حكمي ونحو ذلك لا يعتبر والقضاء ماض ان كان بعد دعوى صحيحة وشهادة مستقيمة) لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينقض باجتهاد مثله ولا يملك الرجوع عنه ولا ابطاله لانه تعلق به حق الغير وهو المدعى ألا ترى أن الشاهد لما اتصل بشهادته القضاء لا يصح رجوعه ولا يملك ابطالها لما ذكرنا فكذا القاضي وقال الشعبي رحمه الله كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقضي بالقضاء ثم ينزل عليه القرآن بعد الذي قضى بخلافه فلا يرد قضاءه ويستأنف وقال صاحب المحيط وهذا يدل على أن القاضي اذا قضى بالاجتهاد في حادثة لا نص فيها ثم تحول عن رأيه فانه يقضي في المستقبل بما هو أحسن عنده ولا ينقض ما مضى من قضائه لان حدوث الاجتهاد والرأي دون نزول القرآن والنبي صلى الله عليه وسلم لم ينقض القضاء الذي قضى بالرأي بالقرآن الذي نزل بعده فهذا أولى بخلاف ما اذا قضى باجتهاده في حادثة ثم تبين نص بخلافه فانه ينقض ذلك القضاء ورسول الله صلى الله عليه وسلم قضى باجتهاده ونزل القرآن بخلافه ومع ذلك لم ينقض قضاءه الاول والفرق أن القاضي حال ما قضى باجتهاده فالنص الذي هو مخالف لاجتهاده كان موجودا منزلا الا أنه خفي عليه فكان الاجتهاد في محل النص فلا يصح والنبي صلى الله عليه وسلم حال ما قضى باجتهاده كان الاجتهاد في محل لا نص فيه فصح وصار ذلك شريعة له فاذا نزل القرآن بخلافه صار ناسخا لتلك الشريعة قال رحمه الله (خبأ قوما ثم سأل رجلا عن شئ فأقر به وهم يرونه ويسمعون كلامه وهو لا يراهم جازت شهادتهم) أي اذا خبأ رجل جماعة في مكان ثم سأل رجلا آخر عن شئ مثل دين له عليه فأقر به المسؤل والجماعة يرونه ويسمعون كلامه والمقر لا يراهم جازت شهادتهم عليه بذلك الاقرار لان الاقرار موجب بنفسه وقد علموه وهو الركن في اطلاق أداء الشهادة قال الله تعالى الا من شهد بالحق وهم يعلمون وقال عليه الصلاة والسلام اذا علمت مثل الشمس فاشهد والا فدع قال رحمه الله (وان سمعوا كلامه ولم يروه لا) أي لا تجوز شهادتهم لان النغمة تشبه النغمة فيحتمل أن يكون المقر غيره فلا يجوز لهم أن يشهدوا عليه مع الاحتمال الا اذا كانوا دخلوا البيت وعلموا أنه ليس فيه أحد سواه ثم جلسوا على الباب وليس للبيت مسلك غيره ثم دخل رجل فسمعوا اقرار الداخل ولم يروه وقت الاقرار لان العلم حصل لهم في هذه الصورة فجاز لهم أن يشهدوا عليه قال رحمه الله (باع عقارا وبعض أقاربه حاضر يعلم البيع ثم ادعى لا تسمع) أي لا تسمع دعواه لم يعين القريب هنا وفي الفتاوى لابي الليث رحمه الله عينه فقال لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر يعلم به وتصرف المشتري فيه زمانا

(قوله في المتن عقار لا في ولاية القاضي الخ) وفي فصول الاستروشني لو ادعى رجل على رجل دارا في بلدة غير تلك البلدة فأقام المدعي بينة فقبلت بينته وقضى بها للمدعي وجاز قضاؤه وان لم تكن الدار في ولاية هذا القاضي هكذا ذكر في فصل دعوى الدور والاراضي من دعوى فتاوى قاضيخان وفي الباب الاول من فتاوى رشيد الدين وذكر علاء الدين الديناري في متفرقات فتاواه هذه المسئلة وقال يجوز حكم القاضي اذا كانت الدار في ولاية من قلده اه (قوله هل يعتبر المكان أو الاهل) أي أهل المكان المتنازع فيه يعتبر أن يكونوا من أهل محل ولاية القاضي ويتخرج على هذين القولين لو كان العقار لا في محل ولايته والاهل ليسوا من محل ولايته لا ينفذ قضاؤه على القولين هذا ما ظهر لكاتبه حال المطالعة اه (قوله لان رأيه الاول قد ترجح بالقضاء فلا ينتقض) الحاصل أن قضاء القاضي لا ينتقض الا اذا تبين خطؤه بيقين كما لو قضى بموت شخص ثم جاء حيا ونص الواقف كنص الشارع فلو تبين نص الواقف على خلاف القضاء اعتبر الرجوع عنه ولزم ابطاله اه يحيى (قوله لو باع عقارا وابنه أو امرأته حاضر) قال قاضيخان رحمه الله في كتاب الدعوى في باب ما يبطل دعوى المدعي وفيما اذا باع الرجل شيأ بحضرة امرأته وهي ساكتة ثم ادعت بعد ذلك انها لها اختلف المشايخ فيه قال بعضهم لا تسمع دعواها والصحيح أنها تسمع اه

(١) قول الشارح فقال ان المصر شرط الخ هذه الزيادة في بعض النسخ دون بعضها وتأمل وجه الاشارة منها اه مصححه

زمانا ثم ادعى الابن أنه ملكه ولم يكن ملك أبيه وقت البيع اتفق مشايخنا على أنه لا تسمع مثل هذه الدعوى وهو تلبيس محض وحضوره عند البيع وتركه فيما يصنع إقرار منه بأنه ملك البائع وأن لا حق له في المبيع وجعل سكوته في هذه الحالة كالإفصاح بالإقرار قطعا للأطماع الفاسدة لأهل العصر في الإضرار بالناس وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع الغريب وذكر في الهداية في كتاب الكفالة قبيل الفصل في الضمان فقال ومن باع دارا وكفل عنه رجل بالدرك فهو تسليم لأن الكفالة لو كانت مشروطة في البيع فتمامه بقبوله ثم بالدعوى يسعى في نقض ما تم من جهته وإن لم تكن مشروطة فيه فالمراد بها إحكام البيع وترغيب المشتري فيه إذ لا يرغب فيه دون الكفالة فنزل منزلة الإقرار بملك البائع ولو شهد وختم ولم يكفل لم يكن تسليما وهو على دعواه لأن الشهادة لا تكون مشروطة في البيع أي ليست بشرط فيه ولا هي إقرار بالملك لأن البيع مرة يوجد من المالك وتارة من غيره ولعله كتب لتحفظ الحادثة بخلاف ما تقدم وقالوا إذا كتب في الصك باع وهو يملكه أو باع بيعا باتا نافذا وهو كتب شهد بذلك فهو تسليم إلا إذا كتب الشهادة على إقرار المتعاقدين ولو باع ضيعة ثم ادعى أنها وقف عليه وعلى أولاده لا تسمع دعواه للتناقض لأن إقدامه على البيع إقرار منه وإن أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك وإن أقام البينة على ذلك قيل تقبل لأن الشهادة على الوقف تقبل من غير دعوى لأنها من باب الحسبة فإذا قبلت انتقض البيع وقيل لا تقبل وهو أصوب وأحوط لأنه بإقامة البينة أن الضيعة وقف عليه يدعي فساد البيع وحقا لنفسه فلا تسمع للتناقض وقال في الجامع الأصغر إذا بيع متاع إنسان بين يديه وهو ينظر لا يصح لأن سكوته يحتمل الرضا والسخط وقال ابن أبي ليلى سكوته يكون إجازة منه للبيع قال رحمه الله (وهبت مهرها لزوجها فماتت فطالب ورثتها مهرها منه وقالوا كانت الهبة في مرض موتها وقال بل في الصحة فالقول له) أي للزوج والقياس أن يكون القول للورثة لأن الهبة حادثة والحوادث تضاف إلى أقرب الأوقات ووجه الاستحسان أنهم اتفقوا على سقوط المهر عن الزوج لأن الهبة في مرض الموت تفيد الملك وإن كانت للوارث ألا ترى أن المريض إذا وهب عبدا لوارثه فأعتقه الوارث أو باعه نفذ تصرفه ولكن يجب عليه الضمان إن مات المورث في ذلك المرض ردا للوصية للوارث بقدر الإمكان فإذا سقط عنه المهر بالاتفاق والوارث يدعي العود عليه والزوج ينكر فالقول قول المنكر قال رحمه الله (أقر بدين أو غيره ثم قال كنت كاذبا فيما أقررت حلف المقر له على أن المقر ما كان كاذبا فيما

(قوله اتفق مشايخنا) أي مشايخ سمرقند وأما مشايخ بخارى فقالوا تسمع فينظر المفتي في ذلك فإن كان في أكبر رأيه أنه لا تسمع لاشتهار المدعي بالحيل والتلبيس وأفتى به كان حسنا سدا لباب التزوير اه فصول (قوله وتقييده بالقريب ينفي جواز ذلك مع الغريب) أي إذا رأى أجنبيا يبيع ماله فسكت ولم ينهه لا ينفذ ذلك عليه بسكوته كما تقدم في كتاب المأذون اه (قوله وإن أراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك) رجل باع أرضا ثم قال إني كنت وقفتها أو قال هي وقف علي فإن لم يكن له بينة وأراد تحليف المدعى عليه ليس له أن يحلفه لأن التحليف مرتب على دعوى صحيحة والدعوى هنا لم تصح لمكان التناقض فإن أقام البينة قال أبو جعفر رحمه الله قبلت البينة وينتقض البيع لأن أكثر ما فيه أن الدعوى لم تصح بقيت الشهادة بلا دعوى إلا أن الشهادة على الوقف مقبولة من غير دعوى كالشهادة على عتق الأمة وبه أخذ الصدر الشهيد في واقعاته قال الفقيه أبو الليث وقال بعض الناس (٢٢٣) لا تقبل البينة ولكنا لا نأخذ به فقد ذكر أن الشهادة على الوقف صحيحة بدون الدعوى مطلقا وهذا الجواب على الإطلاق غير صحيح وإنما الصحيح أن كل وقف هو حق الله تعالى فالشهادة عليه صحيحة بدون الدعوى وكل وقف هو حق العباد فالشهادة عليه لا تصح بدون الدعوى اه وقف الذخيرة وقال قاضيخان في فتاواه في كتاب الوقف رجل باع أرضا ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع فأراد تحليف المدعى عليه ليس له ذلك عند الكل لأن التحليف يعتمد صحة الدعوى ودعواه لم تصح لمكان التناقض وإن أقام البينة على ما ادعى اختلفوا فيه قال بعضهم لا تقبل بينته لأنه مناقض وقال بعضهم تقبل بينته لأن التناقض يمنع الدعوى وعلى قول الفقيه أبي جعفر الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف لأن الدعوى حق الله تعالى وهو التصدق بالغلة فلا يشترط فيه الدعوى كالشهادة على الطلاق وعتق الأمة إلا أنه إن كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع لا يعطى من الغلة شيئا ويصرف جميع الغلة إلى الفقراء لأن الشهادة قبلت لحق الفقراء فلا يظهر إلا في حق الفقراء وقال مولانا رحمه الله وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل إن كان الوقف على قوم بأعيانهم لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكل وإن كان الوقف على الفقراء أو على المسجد على قول أبي يوسف ومحمد تقبل البينة بدون الدعوى وعلى قول أبي حنيفة لا تقبل اه قال قاضيخان رحمه الله في فصل الاستحقاق رجل باع دارا أو عقارا ثم ادعى أنه باعها بعدما وقف اختلف المشايخ فيه والأصح أنه لا تسمع دعواه كما لو ادعى أنه باعه وهو لغيره بخلاف ما لو باع عبدا ثم ادعى أنه حر أو ادعى أنه أعتقه ثم باعه فإنه تسمع دعواه اه (قوله وهو أصون وأحوط) تبعه فيه العيني والباكير (قوله وقال في الجامع الأصغر إذا بيع متاع إنسان الخ) قال الشارح في كتاب المأذون عند قوله ويثبت بالسكوت ما نصه بخلاف ما إذا سكت عندما رأى الأجنبي يبيع ماله لأنه توكيل والوكيل يتصرف للموكل لا لنفسه والتوكيل لا يثبت بالسكوت اه

أقرّ به ولست بمبطل فيما تدعيه عليه) من الاقرار وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وهو الاستحسان وعندهما يؤمر بتسليم المقربه الى المقرله وهو القياس لان الاقرار حجة ملزمة شرعا فلا يصار معه الى اليمين كالبينة بل أولى لان احتمال الكذب فيه أبعد لتضرره بذلك ووجه الاستحسان أن العادة جرت بين الناس أنهم يكتبون الصك اذا أرادوا الاستدانة قبل الاخذ ثم يأخذون المال فلا يكون الاقرار دليلا على اعتبار هذه الحالة فيحلف وعليه الفتوى لتغير أحوال الناس وكثرة الخداع والخيانات وهو يتضرر بذلك والمدعى لا تضره اليمين ان كان صادقا فيصار اليه قال رحمه الله (لو قال لآخر وكلتك ببيع هذا فسكت صار وكيلا) لان سكوته وعدم رده من ساعته دليل القبول عادة ونظيره هبة الدين ممن عليه الدين فانه اذا سكت صحت الهبة وسقط الدين لما بينا وان قال من ساعته لا أقبل بطل وبقي الدين على حاله وكذا لو قال جعلت أرضي عليك وقفا فسكت صح ولو قال لا أقبل بطل وقال الانصاري الوقف لا يبطل بقوله لا أقبل لانه وقع لله تعالى والاشبه أن يكون هذا قول أبي يوسف رحمه الله لما عرف من أصله أنه يصير وقفا بمجرد قوله وقفت داري قال رحمه الله (وكلها بطلاقها لا يملك عزلها) لانه يمين من جهته لما فيه من معنى اليمين وهو تعليق الطلاق بفعلها فلا يصح الرجوع في اليمين وهو تمليك من جهتها لان الوكيل هو الذي يعمل لغيره وهي عاملة لنفسها فلا تكون وكيلة بخلاف الاجنبي قال رحمه الله (وكلتك بكذا على أني متى عزلتك فأنت وكيلي يقول في عزله عزلتك ثم عزلتك) أي ثم يقول عزلتك لان الوكالة يجوز تعليقها بالشرط فيجوز تعليقها بالعزل عن الوكالة فاذا عزله انعزل عن الوكالة المنجزة وتنجزت المعلقة فصار وكيلا جديدا ثم بالعزل الثاني انعزل عن الوكالة الثانية قال رحمه الله (ولو قال كلما عزلتك فأنت وكيلي يقول رجعت عن الوكالة المعلقة وعزلتك عن الوكالة المنجزة) لانه لو عزله عن المنجزة من غير رجوع لصار وكيلا مثل ما كان ولو عزله ألف مرة لان كلمة كلما تقتضي تكرار الافعال لا الى نهاية فلا يفيد العزل الا بعد الرجوع حتى لو عزله ثم رجع عن المعلقة يحتاج الى عزل آخر لانه كما عزله صار وكيلا فلا يفيد الرجوع بعد ذلك عن المعلقة في حقها لانه يحتاج الى عزل آخر بعد الرجوع وقيل يقول في عزله كلما وكلتك فأنت معزول لانه كلما صار وكيلا انعزل فيحصل مقصوده بذلك والاول أوجه وهذا لا يفيد في الحقيقة لانه انعزل كلما وكل لاجل اليمين الثانية بتوكيل أيضا كلما انعزل لاجل اليمين الاولى فيبقى دائما وكيلا منعزلا فلا ينقطع الا بالرجوع عن الوكالة المعلقة على ما بينا قال رحمه الله (قبض بدل الصلح شرط ان كان دينا بدين) بان وقع الصلح على دراهم عن دنانير أو عن شيء آخر في الذمة لانه متى وقع الصلح على غير ما يستحقه الدائن بعقد المداينة وهو مال يحمل على المعاوضة فاذا حمل على المعاوضة صار صرفا أو بيعا وفيه لا يجوز الافتراق عن الدين بالدين لنهيه صلى الله عليه وسلم عن الكالئ بالكالئ وقد بيناه من قبل في كتاب الصلح وغيره قال رحمه الله (والا لا) أي ان لم يكن دينا بدين لا يشترط قبضه لان الصلح اذا وقع على عين متعين لا يبقى دينا في الذمة فجاز الافتراق عنه وان كان مال الربا كما اذا وقع الصلح على شعير بعينه عن حنطة في الذمة وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ادعى رجل على صبي دارا فصالحه أبوه على مال الصبي فان كان للمدعي بينة جاز ان كان بمثل القيمة أو أكثر بما يتغابن فيه وان لم يكن له بينة أو كانت غير عادلة لا) لانه متى كان للمدعي بينة وكان الصلح على مثل القيمة أو أكثر بقدر ما يتغابن فيه الناس كان للصبي فيه منفعة وهي سلامة العين له لانه لو لم يصالح يستحقه المدعي بالبينة فيأخذه فيكون هذا الصلح من الاب بمنزلة الشراء من المدعي فيتقيد بالمثل وبقدر ما يتغابن فيه عادة لانه لا يمكن التحرز عنه وان لم يكن للمدعي بينة أو كانت غير عادلة صار الاب متبرعا بمال الصبي بالصلح لا مشتريا له لانه لم يستحق المدعي شيأ من ماله لولا الصلح فلا منفعة للصبي في هذا الصلح بل فيه ضرر فلا يجوز لان الولاية نظرية قال الله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي أحسن وان كان الاب هو المدعي للصغير ولا بينة له يجوز كيفما كان

(قوله وكذا لو قال جعلت أرضي الخ) قال التمرتاشي في شرح الجامع الصغير في باب الاستحقاق أقر بملك لرجل فصدقه بملكه ظاهرا أما فيما بينه وبين الله تعالى فلا ان لم يسبق بينهما ما يوجب الملك وفي شرح بكر الا أن يسلمه المقر المقر به بطيبة من نفسه فيكون هبة مبتدأة وفي المنتقى لك علي ألف ولا يعلم المقر له بذلك لم يحل له أخذه الا أن يكون صغيرا فكبر وفي حيل الحلواني بالاقرار كاذبا هل يكون ناقلا للملك فيه اختلاف وفي أدب القاضي ادعى أن ذا اليد أقر أن هذا الشيء له قيل لا تسمع ما لم يدع أنه ملكي وقالت العامة تسمع اعتبارا بالشهادة على اقرار المدعى عليه أنه له وان لم يشهدوا أنه ملكه اه (قوله في المتن يقول رجعت عن الوكالة الخ) وانما يقول رجعت عن الوكالة احترازا عن قول أبي يوسف فان عنده العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط لا يصح وقال محمد يصح العزل عن الوكالة المعلقة قبل وجود الشرط والفتوى على قول محمد وقال السرخسي الاصح عندي أن يقول عزلتك عن هذه الوكالات فينصرف الخبر ذلك الى المعلق والمنجز اه فتاوى قاضيخان

لانه لم يثبت للصبي فيما ادعاه الاب له ملك ولا معنى الملك وهو التمكن من الاخذ فكان محصلا له مالا من غير أن يخرج من ملك الصبي شيأ يقابله فكان نفعا محضا وان كان له بينة عادلة لا يجوز الا بالمثل وبأقل قدر ما يتغابن فيه لانه صار في معنى الملك لتمكنه من الاخذ منه بالبينة العادلة ووصي الاب في هذا كالاب لانه قائم مقامه قال رحمه الله (ولو قال لا بينة لى فبرهن أولا شهادة لى فشهد تقبل) ومعنى الاول أن يقول المدعى ليس لى بينة على دعواى هذا الحق ثم جاء بالبينة تقبل لان التوفيق بينهما ممكن بان كانت له بينة فنسيها ثم ذكرها بعد ذلك أو كان لا يعلمها ثم علمها وعن أبي حنيفة رضي الله عنه أنها لا تقبل لانه أكذب بينته ومعنى الثاني أن يقول الشاهد لا شهادة لفلان عندى في حق بعينه ثم شهد له به تقبل لانه يقول نسيت وكذا اذا قال المدعى ليس لى عند فلان شهادة ثم جاء به فشهد له تقبل شهادته روى ذلك عن أبي حنيفة رضي الله عنه لانه يحتمل أن يكون له شهادة قد نسيها أولا يعلمها ثم علمها ولهذا لو قال لا أعلم لى حقا على فلان ثم أقام البينة ان له عليه حقا تقبل لامكان الخفاء عليه فأمكن التوفيق بخلاف ما اذا قال ليس لى عليه حق ثم ادعى عليه حقا حيث لا تسمع دعواه لان المناقضة بين الاقرار والدعوى ثابتة فلا يمكن التوفيق بينهما ونفى الحجة في هذا كنفى الشهادة لا كنفى الحق حتى اذا قال لا حجة لى على فلان ثم أتى بحجة تقبل لانه يقول نسيت ولو قال هذه الدار ليست لى أو قال ذلك لعبد ثم أقام بينة أن الدار أو العبد له تقبل بينته لانه لم يثبت باقراره حقا لاحد وكل اقرار لم يثبت به لغيره حقا كان لغوا ولهذا تصح دعوى الملاعن نسب ولد نفى بلعانه نسبه لانه حين نفاه لم يثبت به حقا لاحد قال رحمه الله (للامام الذى ولاه الخليفة أن يقطع انسانا من طريق الجادة ان لم يضر بالمارة) لان للامام ولاية التصرف في حق الكافة فيما فيه نظر للمسلمين فاذا رأى في ذلك مصلحة لهم كان له أن يفعله من غير أن يلحق ضررا بأحد ألا ترى أنه اذا رأى أن يدخل بعض الطريق في المسجد أو بالعكس وكان في ذلك مصلحة للمسلمين كان له أن يفعل ذلك والامام الذى ولاه الخليفة بمنزلة الخليفة لانه نائبه فكان فيه مثله قال رحمه الله (من صادره السلطان ولم يعين بيع ماله فباع ماله صح) أى جاز البيع لانه لم يكره بالبيع وانما باع باختياره غاية الامر أنه صار محتاجا الى بيعه لايفاء ما طلب منه وذلك لا يوجب الكره كالمدين اذا حبس بالدين فباع ماله ليقضى بثمنه دينه فانه يجوز لانه باعه باختياره وانما وقع الكره في الايفاء لا في البيع وقد تقدم مثله في التسعير قال رحمه الله (خوفها بالضرب حتى وهبته مهرها لم يصح ان قدر على الضرب) لانها مكرهة عليه اذ الاكراه على المال يثبت بمثله لان التراضي شرط في تمليك الاموال والرضا ينتفى بمثله فلا يصح قال رحمه الله (وان أكرهها على الخلع وقع الطلاق ولا يسقط المال) لان طلاق المكره واقع ولا يلزم المال به اذ الرضا شرط فيه على ما بينا من قبل في كتاب الاكراه قال رحمه الله (ولو أحالت انسانا على الزوج ثم وهبت المهر للزوج لا يصح) لانه تعلق به حق المحتال على مثال الرهن وان كان أسوة الغرماء عند موتها فيرتد تصرفها فيه فصار كما لو باع المرهون أو وهبه قال رحمه الله (اتخذ بئرا في ملكه أو بالوعة فنز منها حائط جاره وطلب تحويله لم يجبر عليه وان سقط الحائط منه لم يضمن) لانه تصرف في خالص حقه ولان هذا تسبيب وبه لا يجب الضمان الا اذا كان متعديا كوضع الحجر على الطريق واتخاذ ذلك في ملكه ليس بتعد فلا يضمن قال رحمه الله (عمر دار زوجته بماله باذنها فالعمارة لها والنفقة دين عليها) لان الملك لها وقد صح أمرها بذلك فينتقل الفعل اليها فتكون كأنها هى التى عمرته فيبقى على ملكها وهو غير متطوع في الانفاق فيرجع عليها لصحة أمرها فصار كالمأمور بقضاء الدين قال رحمه الله (ولنفسه بلا اذنها فله) أى اذا عمره لنفسه من غير اذن المرأة كانت العمارة له لان الالة التى بنى بها ملكه فلا تخرج عن ملكه بالبناء من غير رضاه فيبقى على ملكه ويكون غاصبا للعرصة وشاغلا ملك غيره بملكه فيؤمر بالتفريغ ان طلبت زوجته ذلك قال رحمه الله (ولها بلا اذنها فالعمارة لها وهو متطوع) أى اذا عمر لها بغير اذنها كان

(قوله في المتن وان أكرهها الخ) أقول ان كان الفرض أن الزوج هو الذى أكرهها على قبول الخلع فكيف يعلل بأن طلاق المكره واقع ولا يصح هذا التعليل الا اذا قرئ اذا أكرهاها على الخلع أى الزوج والمرأة أى أكرههما انسان اه (قوله ولا يلزم المال به) أى بالاكراه اه (قوله في المتن ولو أحالت انسانا) أى أحالت بمهرها أما اذا أطلقت الحوالة ثم وهبت المهر صح اذ لا منافاة اه (قوله وان كان أسوة الغرماء) أى اذا لم يقبض المحتال المحال به حتى مات المحيل فالمحتال أسوة الغرماء في الدين المحتال به وقال زفر يختص به المحتال وقد تقدم اه

البناءلها وهومتطوع فى البناء فلا يكون له الرجوع عليها به لانه لاولاية له فى ايجاب ذلك عليها وقد ملكته هى برضاه فكان متبرعا قال رحمه الله (ولو أخذ غريمه فنزعه انسان من يده لم يضمن) أى لايضمن النازع اذا هرب الغريم لان النزع تسبيب وقد دخل بينه و بين ضياع حقه فعل فاعل مختار وهو هروبه فلا يضاف اليه التلف كما اذا حل قيد العبد فأبق فان الحال لايضمن لان التلف لم يحصل بفعله وانما حصل بفعل العبد مختارا وكدلالة السارق على مال الغير فان الدال لايجب عليه الضمان لان التلف حصل بفعل السرقة لا بالدلالة وكمن أمسك هاربا من عدو حتى قتله العدو فان الممسك لايجب عليه الضمان فكذا هذا قال رحمه الله (فى يده مال انسان فقال له سلطان ادفع الى هذا المال والا أقطع يدك أو أضربك خمسين فدفع لم يضمن) أى لم يضمن الدافع لانه مكره عليه فكان الضمان على المكره أو على الآخذ أيهما شاء المالك ان كان الآخذ مختارا والا فعلى المكره فقط قال رحمه الله (وضع منجلا فى الصحراء ليصيد به حمار وحش وسمى عليه فجاء فى اليوم الثانى ووجد الحمار مجروحا ميتا لم يؤكل) لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه وبدون ذلك لايحل وهو كالنطيحة أو المتردية المذكورة فى الآية وتقييده باليوم الثانى وقع اتفاقا حتى لو وجده ميتا من ساعته لايحل لعدم شرطه قال رحمه الله (كره من الشاة الحياء والخصية والغدة والمثانة والمرارة والدم المسفوح والذكر) لماروى الاوزاعى عن واصل بن أبى جميلة عن مجاهد قال كره رسول الله صلى الله عليه وسلم من الشاة الذكر والانثيين والقبل والغدة والمرارة والمثانة والدم قال أبو حنيفة رضى الله عنه الدم حرام وأكره الستة وذلك لقوله عز وجل حرمت عليكم الميتة والدم ولحم الخنزير الآية فلما تناوله النص قطع بتحريمه وكره ماسواه لانه مما تستخبثه الانفس وتكرهه وهذا المعنى سبب الكراهية لقوله تعالى ويحرم عليهم الخبائث وروى أن ابن عمر رضى الله عنهما سئل عن القنفذ فتلا قوله تعالى قل لا أجد فيما أوحى الى محرما على طاعم يطعمه الآية فقال شيخ عنده سمعت أباهريرة رضى الله عنه يقول ذكر القنفذ عند رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال خبيث من الخبائث فقال ابن عمر رضى الله عنهما ان كان رسول الله صلى الله عليه وسلم قاله فهو كما قاله ذكره القدورى قال رحمه الله (للقاضى أن يقرض مال الغائب والطفل واللقطة) لانه قادر على الاستخلاص فلا يفوت الحفظ به بخلاف الاب والوصى والملتقط لانهم عاجزون عن استخلاص ذلك فيكون تضييعا الا أن الملتقط اذا أنشد اللقطة ومضى مدة التشدات ينبغى أن يجوزله الاقراض من فقير لانه لوتصدق به عليه فى هذه الحالة جاز فالقرض أولى قال رحمه الله (صبى حشفته ظاهرة بحيث لو رآه انسان ظنه مختونا ولايقطع جلدة ذكره الا بتشديد ترك كشيخ أسلم وقال أهل النظر لايطيق الختان) لان قطع جلدة ذكره لتنكشف الحشفة فان كانت الحشفة ظاهرة فلا حاجة الى القطع وان كانت توارى الحشفة يقطع الفضل ولو ختن ولم يقطع الجلدة كلها ينظر فان قطع أكثر من النصف يكون ختانا لان للاكثر حكم الكل وان قطع النصف فمادونه لايعتد به لعدم الختان حقيقة وحكما والاصل أن الختان سنة كما جاء فى الخبر وهو من شعائر الاسلام وخصائصه حتى لو اجتمع أهل مصر أو قرية على تركه يحاربهم الامام فلا يترك الا لضرورة وعذر الشيخ الذى لايطيق ذلك ظاهر فيترك قال رحمه الله (ووقته سبع سنين) أى وقت الختان سبع سنين وقيل

(قوله فكان الضمان على المكره أو على الآخذ) أى فيما اذا أكرهه على أن يدفعه لانسان اه (قوله لان الشرط أن يذبحه انسان أو يجرحه) قال العينى لان الشرط أن يجرحه انسان أو يذبحه ولم يوجد اه (قوله وتقييده باليوم الثانى وقع اتفاقا) قال فى الخلاصة فى أواخر كتاب الذبائح وفى الاصل التسمية عند الذبح شرط وفى الاصطياد عند الارسال والرمى واذا نصب الحديدة لاخذ الظبى تشترط التسمية عند الوضع وذكر صاحب المحيط وضع منجلا ليصيد حمار الوحش ثم وجد حمار الوحش مجروحا به ميتا لايحل قال الشيخ رحمه الله وهذا الجواب انما يحمل على ما اذا قعد عن الطلب لما أنه فى الرواية الاخرى اعتبر التسمية عند النصب اه ماقاله فى الخلاصة قلت ومسئلة المتن هى مسئلة المحيط الا أن عبارة المتن صريحة فى غيبة الصائد لقوله فجاء فى اليوم الثانى وعبارة المحيط محتملة ولما كانت المسئلة التى ذكرها صاحب الخلاصة أولا بقوله واذا نصب الحديدة الخ مناقضة لمسئلة المحيط حمل مسئلة المحيط على ما اذا قعد عن الطلب يعنى بأن غاب كما فى الكنز ولايخفى دفع التناقض بهذا الحمل وهو حمل حسن وعلى هذا فى مسئلة الكنز لولم يغب الصائد عن الموضع الذى وضع به المنجل للحمار حل أكله اذا كان سمى عند وضع المنجل كما هو صريح المسئلة الاولى التى ذكرها فى الخلاصة لكن تعليل الشارح رحمه الله بقوله لان الشرط الخ يقتضى عدم الحل مطلقا أعنى قعد الصائد عن الطلب بأن غاب أولم يقعد وقول الشارح بعد هذا حتى لو وجده ميتا من ساعته الخ صريح فى عدم الحل مع انه لم يقعد عن الطلب واقتضى كلام الشارح عدم لايخفى اعتبار الرواية الاخرى التى اعتبر التسمية فيها عند النصب التى ذكرها فى الخلاصة (قوله بخلاف الاب والوصى الخ) قال قاضيخان لايجوز للوصى اقراض مال اليتيم فان أقرض كان ضامنا والقاضى يملك الاقراض واختلف المشايخ فى الاب لاختلاف الروايتين عن أبى حنيفة والصحيح أن الاب بمنزلة الوصى لا بمنزلة القاضى اه

لا يختن حتى يبلغ لان الختان للطهارة ولا طهارة عليه قبله فكان ايلاما قبله من غير حاجة وقيل أقصاه اثنتا عشرة سنة وقيل تسع سنين وقيل وقته عشر سنين لانه يؤمر بالصلاة اذا بلغ عشرا اعتيادا وتخلقا فيحتاج الى الختان لانه شرع للطهارة وقيل ان كان قويا يطيق ألم الختان ختن والا فلا وهو أشبه بالفقه وقال أبو حنيفة رحمه الله لا علم لى بوقته ولم يرو عن أبى يوسف ومحمد رحمهما الله فيه شئ وانما المشايخ اختلفوا فيه وختان المرأة ليس بسنة وانما هو مكرمة للرجال لانه ألذ فى الجماع وقيل سنة والاصل أن ايصال الالم الى الحيوان لا يجوز شرعا الا لمصالح تعود عليه وفى الختان اقامة السنة وتعود اليه أيضا مصلحته لانه جاء فى الحديث الختان سنة يحارب على تركها وكذا يجوز كى الصغير وبط قرحته وغيره من المداواة وكذا يجوز ثقب أذن البنات الاطفال لان فيه منفعة الزينة وكان يفعل ذلك فى زمنه عليه الصلاة والسلام الى يومنا هذا من غير نكير والحامل لا تفعل ما يضر بالولد ولا ينبغى لها أن تحتجم ما لم يتحرك الولد فاذا تحرك فلا بأس به ما لم تقرب الولادة فاذا قربت فلا تحتجم لانه يضره وأما الفصد فلا تفعله مطلقا ما دامت حبلى لانه يخاف على الولد منه وكذا يجوز فصد البهائم وكيها وكل علاج فيه منفعة لها وجاز قتل ما يضر من البهائم كالكلب العقور والهرة اذا كانت تأكل الحمام والدجاج لازالة الضرر ويذبحها ذبحا ولا يضرب بها لانه لا يفيد فيكون تعذيبا لها بلا فائدة قال رحمه الله (والمسابقة بالفرس والابل والارجل والرمى جائزة) لقوله عليه الصلاة والسلام لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا أنصاريا كان لا يسبق شدا فسبقه سلمة بن الاكوع وقال الزهرى كانت المسابقة بين أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم بالخيل والركاب والارجل ولان الغزاة يحتاجون الى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعليم للكر والفر مباح قال رحمه الله (وحرم شرط الجعل من الجانبين لا من أحد الجانبين) لما روى ابن عمر رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم سبق بالخيل وراهن ومعنى شرط الجعل من الجانبين أن يقول ان سبق فرسك فلك على كذا وان سبق فرسى فلى عليك كذا وهو قمار فلا يجوز لان القمار من القمر الذى يزاد تارة وينقص أخرى وسمى القمار قمارا لان كل واحد من المقامرين ممن يجوز أن يذهب ماله الى صاحبه ويجوز أن يستفيد مال صاحبه فيجوز الازدياد والانتقاص فى كل واحد منهما فصار قمارا وهو حرام بالنص ولا كذلك اذا شرط من جانب واحد بأن يقول ان سبقتنى فلك على كذا وان سبقتك فلا شئ لى عليك لان النقصان والزيادة لا يمكن فيهما وانما فى أحدهما يمكن الزيادة وفى الآخر النقصان فقط فلا يكون مقامرة لان المقامرة مفاعلة منه فتقتضى أن تكون من الجانبين واذا لم يكن فى معناه جاز استحسانا لما روينا والقياس أن لا يجوز لما فيه من تعليق التمليك على الخطر ولهذا لا يجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى الكتاب كالبغل وان كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين وفى الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به والمراد به الاستباق بالجعل لان الاستباق بلا جعل يجوز فى كل شئ ولا يمكن الحاق ما شرط فيه الجعل به لانه ليس فى معناه لان المانع فيه من وجهين القمار والتعليق بالخطر وفى الآخر من وجه واحد وهو التعليق بالخطر لا غير فليس بمثل له حتى يقاس عليه وشرطه أن تكون الغاية مما يحتملها الفرس وكذا شرطه أن يكون فى كل واحد من الفرسين احتمال السبق أما اذا علم أن أحدهما يسبق لا محالة فلا يجوز لانه انما جاز للحاجة الى الرياضة على خلاف القياس وليس فى هذا الا ايجاب المال للغير على نفسه بشرط لا منفعة فيه فلا يجوز ولو شرطا الجعل من الجانبين وأدخلا ثالثا محللا جاز اذا كان فرس المحلل كفأ لفرسيهما يجوز أن يسبق

(قوله لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر) قال العينى فى شرحه قلت ويجوز أيضا بالحمير والبغال لان الحافر يشملهما اه قلت يؤيده قوله فى المجمع والمختار وتجوز المسابقة على الاقدام والخيل والبغال والحمر والابل والرمى قال فى الاختيار والاصل فيه حديث أبى هريرة رضى الله عنه أن النبى صلى الله عليه وسلم قال لا سبق الا فى خف أو نصل أو حافر والمراد بالخف الابل وبالنصل الرمى وبالحافر الفرس والبغل والحمار اه فهذا كما ترى صريح فى جواز المسابقة على البغال والحمر لكن صرح الزيلعى فى الصفحة الآتية بأن المسابقة لا تجوز فيما عدا الاربعة المذكورة فى المتن كالبغل وان كان الجعل مشروطا من أحد الجانبين والعجب من العينى سامحه الله تعالى أنه صرح بجواز المسابقة على الحمر والبغال ثم بعد أربعة أسطر ذكر ما قاله الزيلعى من عدم جواز المسابقة فيما عدا الاربعة المذكورة والله الموفق اه وكتب على قوله لا سبق السبق بفتح الباء ما يجعل من المال رهنا على المسابقة وبالسكون مصدر سبقت أسبق المعنى لا يحل أخذ المال بالمسابقة الا فى هذه الثلاثة وهى الابل والخيل والسهام وقد ألحق بها الفقهاء ما كان بمعناها قال الخطابى الرواية الصحيحة بفتح الباء اه ابن الاثير (قوله وأذن رسول الله صلى الله عليه وسلم لسلمة بن الاكوع أن يسابق رجلا الخ) هذا دليل على جواز المسابقة على الاقدام اه (قوله سبق بالخيل) سبق بالتشديد التزم السبق وهو ما يتراهن عليه اه من خط الشارح (قوله وفى الحديث اشارة اليه لانه خصص هؤلاء به) فيه نظر لان قوله عليه الصلاة والسلام أو حافر يدخل فيه البغل والحمار فلا وجه لما ذكره من التخصيص هذا ما ظهر لى حال المطالعة والله الموفق

أو يسبق وان كان يسبق أو يسـبق لا محالة فلا يجوز لقوله عليه الصلاة والسلام من أدخل فرسا بين فرسين وهو لا يأمن أن يسبق فلا بأس به ومن أدخل فرسا بين فرسين وهو آمن أن يسبق فهو قمار رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وصورة ادخال المحلل أن يقول الثالث ان سبقتنا فالمالان لك وان سبقناك فلا شئ لنا عليك ولكن الشرط الذى شرطاه بينهما وهو أيهما سبق كان له الجعل على صاحبه باق على حاله فان غلبهما أخذ المالين وان غلباه فلا شئ لهما عليه ويأخذ أيهما غلب المال المشروط له من صاحبه وانما جاز هذا لان الثالث لا يغرم على التقادير كلها قطعا ويقينا وانما يحتمل أن يأخذ أو لا يأخذ فخرج بذلك من أن يكون قمارا فصار كما اذا شرط من جانب واحد لان القمار هو الذى يستوى فيه الجانبان فى احتمال الغرامة على ما بيناه ولو قال واحد من الناس لجماعة من الفرسان أو للاثنين فمن سبق فله كذا من مال نفسه أو قال للرماة من أصاب الهدف فله كذا جاز لانه من باب التنفيل فاذا كان التنفيل من بيت المال كالسلب ونحوه يجوز ففيما ذكرنا بخالص ماله فصار أنواع السبق أربعة ثلاثة منها جائزة وواحد منها لا يجوز وقد ذكرنا الجميع و يعرف ذلك بالتأمل وعلى هذا الفقهاء اذا تنازعوا فى المسائل وشرط للمصيب منهم جعل جاز ذلك اذا لم يكن من الجانبين على ما ذكرنا فى الخيل لان المعنى يجمع الكل اذ التعلم فى البابين يرجع الى تقوية الدين و إعلاء كلمة الله والمراد بالجواز المذكور فى باب المسابقة الحل دون الاستحقاق حتى لو امتنع المغلوب من الدفع لا يجبره القاضى ولا يقضى عليه به قال رحمه الله (ولا يصلى على غير الانبياء والملائكة الا بطريق التبع) لان فى الصلاة من التعظيم ما ليس فى غيرها من الدعوات وهى لزيادة الرحمة والقرب من الله تعالى ولا يليق ذلك بمن يتصور منه الخطايا والذنوب وانما يدعى له بالعفو والمغفرة والتجاوز الا تبعا بأن يقول اللهم صل على محمد وآله وصحبه ونحوه لان فيه تعظيم النبى صلى الله عليه وسلم واختلفوا فى الترحم على النبى صلى الله عليه وسلم بأن يقول اللهم ارحم محمدا قال بعضهم لا يجوز لانه ليس فيه ما يدل على التعظيم مثل الصلاة ولهذا يجوز أن يدعى بهذا اللفظ لغير الانبياء والملائكة عليهم الصلاة والسلام وهو مرحوم قطعا فيكون تحصيل الحاصل وقد استغنينا عن هذه بالصلاة فلا حاجة اليها وقال بعضهم يجوز لان النبى صلى الله عليه وسلم كان من أشوق العباد الى مزيد رحمة الله ومعناها معنى الصلاة فلم يوجد ما يمنع من ذلك ثم الاولى أن يدعو للصحابة بالرضا فيقول رضى الله عنهم لانهم كانوا يبالغون فى طلب الرضا من الله تعالى و يجتهدون فى فعل ما يرضيه و يرضون بما يلحقهم من الابتلاء من جهته أشد الرضا فهؤلاء أحق بالرضا وغيرهم لا يلحق أدناهم ولو أنفق ملء الارض ذهبا وللتابعين بالرحمة فيقول رحمهم الله ولمن بعدهم بالمغفرة والتجاوز فيقول غفر الله لهم وتجاوز عنهم لكثرة ذنوبهم ولقلة اهتمامهم بالامور الدينية قال رحمه الله (والاعطاء باسم النيروز والمهرجان لا يجوز) أى الهدايا باسم هذين اليومين حرام بل كفر وقال أبو حفص الكبير رحمه الله لو أن رجلا عبد الله خمسين سنة ثم جاء يوم النيروز وأهدى لبعض المشركين بيضة يريد به تعظيم ذلك اليوم فقد كفر وحبط عمله وقال صاحب الجامع الاصغر اذا أهدى يوم النيروز الى مسلم آخر ولم يرد به التعظيم لذلك اليوم ولكن ما اعتاده بعض الناس لا يكفر ولكن ينبغى له أن لا يفعل ذلك فى ذلك اليوم خاصة و يفعله قبله أو بعده كى لا يكون تشبها بأولئك القوم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من تشبه بقوم فهو منهم وقال فى الجامع الاصغر رجل اشترى يوم النيروز شيأ لم يكن يشتريه قبل ذلك ان أراد به تعظيم ذلك اليوم كما يعظمه المشركون كفر وان أراد الاكل والشرب والتنعم لا يكفر قال رحمه الله (ولا بأس بلبس القلانس) لما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم كان له قلانس يلبسها وقد صح ذلك ذكره فى الذخيرة قال رحمه الله (وندب لبس السواد وارسال ذنب العمامة بين كتفيه الى وسط الظهر) لان محمدا رحمه الله ذكر فى السير الكبير فى باب الغنائم حديثا يدل على أن لبس السواد مستحب وان من أراد أن يجدد اللف لعمامته ينبغى له أن ينقضها كورا

(قوله ثلاثة منها جائزة) وهى اشتراط الجعل من جانب واحد أو من جانبين و بينهما محلل أو كان الجعل من أجنبى لايهما سبق اه (قوله وواحد منها لا يجوز) وذلك اذا شرطا الجعل من الجانبين بلا اشتراط محلل اه

كورا فان ذلك أحسن من رفعها عن الرأس والقائها فى الارض دفعة واحدة وان المستحب ارسال ذنب العمامة بين الكتفين واختلفوا فى مقدار الذنب قيل شبر وقيل الى وسط الظهر وقيل الى موضع الجلوس وكان محمد رحمه الله يتعمم بالعمامة السوداء فدخلت عليه يوما مستورة فبقيت تنظر الى وجهه وهى متحيرة فقال لها ما شأنك فقالت أتعجب من بياض وجهك تحت سواد عمامتك فوضعها من رأسه ولم يتعمم بالعمامة السوداء بعد ذلك ويكره لبس المعصفر والمزعفر لما روى عن ابن عمر رضى الله عنهما أنه قال نهانى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن لبس المعصفر وقال إياكم والحمرة فانها زى الشيطان ويستحب للرجل أن يلبس أحسن الثياب وكان أبو حنيفة رضى الله عنه يوصى أصحابه بذلك ويلبس رداء بأربعمائة دينار وأباح الله تعالى الزينة بقوله تعالى قل من حرم زينة الله التى أخرج لعباده وقال عليه الصلاة والسلام ان الله تعالى اذا أنعم على عبد أحب أن يرى آثار نعمته عليه وقد خرج رسول الله صلى الله عليه وسلم وعليه رداء قيمته ألف درهم وربما قام الى الصلاة وعليه رداء قيمته أربعة آلاف درهم قال رحمه الله (وللشاب العالم أن يتقدم على الشيخ الجاهل) لانه أفضل منه قال الله تعالى هل يستوى الذين يعلمون والذين لا يعلمون ولهذا يقدم فى الصلاة وهى أحد أركان الاسلام وهى تالية الايمان وقال الله تعالى أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولى الامر منكم والمراد بأولى الامر العلماء فى أصح الاقوال والمطاع شرعا مقدم وكيف لا يقدمون والعلماء ورثة الانبياء عليهم الصلاة والسلام على ما جاءت به السنة قال رحمه الله (ولحافظ القرآن أن يختم فى كل أربعين يوما) لان المقصود من قراءة القرآن فهم معانيه والاعتبار بما فيه لا مجرد التلاوة قال الله تعالى أفلا يتدبرون القرآن أم على قلوب أقفالها وذلك يحصل بالتأنى لا بالتوانى فى المعانى فقدر للختم أقله بأربعين يوما كل يوم حزب ونصف أو ثلثى حزب أو أقل والله أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

(قوله وكان أبو حنيفة يوصى أصحابه الخ) قيل لابى حنيفة ألبس عمر كان يلبس قميصا عليه كذا كذا رقعة قال ذلك لحكمة وهو أنه أمير المؤمنين فلو لبس ثيابا نفيسة أو اتخذ لنفسه ألوانا من الطعام لاقتدى به عماله فى ذلك وربما لا يكون لهم ذلك فيأخذون ظلما فاختار ذلك لهذه المصلحة اه

كتاب الفرائض

وهى جمع فريضة والفرض التقدير يقال فرض القاضى النفقة أى قدرها وسمى هذا العلم فرائض لان الله تعالى قدره بنفسه ولم يفوض تقديره الى ملك مقرب ولا نبى مرسل وبين نصيب كل واحد من النصف والربع والثمن والثلثين والثلث والسدس بخلاف سائر الاحكام كالصلاة والزكاة والحج وغيرها فان النصوص فيها مجملة كقوله تعالى أقيموا الصلاة وآتوا الزكاة ولله على الناس حج البيت وانما السنة بينتها ثم اعلم أن هذا العلم من أشرف العلوم وقد جاءت النصوص به وبالحث على تعلمه وتعليمه قال رسول الله صلى الله عليه وسلم العلم ثلاثة وما سوى ذلك فضل آية محكمة أو سنة قائمة أو فريضة عادلة وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم تعلموا الفرائض وعلموها الناس فانه نصف العلم وهو ينسى وهو أول شئ ينزع من أمتى وقال عليه الصلاة والسلام تعلموا الفرائض وعلموه الناس فانى امرؤ مقبوض والعلم مرفوع ويوشك أن يختلف اثنان فى الفريضة والمسئلة فلا يجدان أحدا يخبرهما فجعله عليه الصلاة والسلام نصف العلم مع صغر حجمه وقلة مسائله فلولا أنه من أشرف العلوم لما قابل الكل وهذا كالحسيات فان الشئ القليل من الجواهر وغيرها انما يقابل الكثير ويساويه اذا كان القليل أشرف منه ومعنى النصف إما باعتبار أحوال الحياة والممات وهذا العلم مختص بحاله الممات وغيره بالحياة أو باعتبار أسباب الملك فانها جبرية أو اختيارية فالاول الميراث والثانى غيره من أسباب الملك قال رحمه الله (يبدأ من تركة الميت بتجهيزه) والمراد من التركة ما تركه الميت خاليا عن تعلق حق الغير بعينه وان كان حق الغير متعلقا بعينه كالرهن والعبد الجانى والمشترى قبل القبض فان صاحبه يقدم على التجهيز كما فى حال حياته فحاصله أنه معتبر بحال حياته فان المرء يقدم نفسه فى حياته فيما يحتاج اليه

كتاب الفرائض

(قوله فانه نصف العلم) كذا هو بخط الشارح اه (قوله وعلموه) كذا هو بخط الشارح اه (قوله فى المتن يبدأ بتركة الميت) كذا بخط الشارح اه

من النفقة والسكنى والكسوة على أصحاب الديون مالم يتعلق حق الغير بعين ماله فكذا بعد وفاته يقدم تجهيزه من غير تقتير ولا تبذير وهو قدر كفن الكفاية أو كفن السنة أو قدر ما كان يلبسه فى حياته من أوسط ثيابه أو من الذى كان يتزين به فى الاعياد والجمع والزيارات على ما اختلفوا فيه لقوله تعالى والذين اذا أنفقوا لم يسرفوا ولم يقتروا وكان بين ذلك قواما وهو محترم حيا وميتا فلا يجوز كشف عورته وفى الاثر لعظام الميت من الحرمة ما لعظام الحى قال رحمه الله (ثم ديونه) لقوله تعالى من بعد وصية يوصى بها أو دين قال على كرم الله وجهه انكم تقرؤن الوصية مقدمة على الدين وقد شهدت النبى صلى الله عليه وسلم قدم الدين على الوصية ولان الدين واجب ابتداء والوصية تبرع والبداية بالواجب أولى والتقديم ذكرا لا يدل على التقديم فعلا والمراد بالدين دين له مطالب من جهة العباد لا دين الزكاة والكفارات ونحوها لان هذه الديون تسقط بالموت فلا يلزم الورثة أداؤها الا اذا أوصى بها أو تبرعوا بها هم من عندهم لان الركن فى العبادات نية المكلف وفعله وقد فات بموته فلا يتصور بقاء الواجب يحققه أن الدنيا دار التكليف والآخرة دار الجزاء والعبادة اختيارية وليست بجبرية فلا يتصور بقاء الواجب لان الآخرة ليست بدار الابتلاء حتى يلزمه الفعل فيها ولا العبادة جبرية حتى يجتزأ بفعل غيره من غير اختياره فلم يبق الاجزاء الفعل أو تركه ضرورة بخلاف دين العباد لان فعله ليس بمقصود فيه ولا نيته ألا ترى أن صاحب الدين لو ظفر بجنس حقه أخذه ويجتزأ بذلك ولا كذلك حق الله تعالى لان المقصود فيها فعله ونيته ابتلاء والله غنى عن ماله وعن العالمين جميعا غير أن الله تعالى تصدق على العبد بثلث ماله فى آخر عمره يضعها فيما فرط فيه تفضلا منه من غير حاجة اليه فان أوصى به قام فعل الورثة مقام فعله لوجود اختياره بالايصاء والا فلا قال رحمه الله (ثم وصيته) أى ثم تنفذ وصيته من ثلث ما بقى بعد التجهيز والدين لما تلونا وفى أكثر من الثلث لا تجوز الا باجازة الورثة وقد بيناه فى كتاب الوصية ثم هذا ليس بتقديم على الورثة فى المعنى بل هو شريك لهم حتى اذا سلم له شئ سلم للورثة ضعفه أو أكثر ولا بد من ذلك وهذا ليس بتقديم فى الحقيقة بخلاف التجهيز والدين فان الورثة والموصى له لا يأخذون الا ما فضل منهما قال رحمه الله (ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض أى ذو سهم مقدر) لما تلونا ولقوله عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلأولى عصبة ذكر وفى رواية فلأولى رجل ذكر وذلك على سبيل التأكيد كقوله تعالى ثلاثة عشرة كاملة وكقوله تعالى ولا طائر يطير بجناحيه قال رحمه الله (فللاب السدس مع الولد أو ولد الابن) لقوله تعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد جعل له السدس مع الولد وولد الابن ولد شرعا بالاجماع قال تعالى يا بنى آدم وكذلك عرفا قال الشاعر

بنونا بنو أبنائنا وبناتنا * بنوهن أبناء الرجال الاجانب

وليس دخول ولد الابن فى الولد من باب الجمع بين الحقيقة والمجاز بل هو من باب عموم المجاز أو عرف كون حكم ولد الابن كحكم الولد بدليل آخر وهو الاجماع وجميع أحوال الاب فى الفرائض ثلاث احداها الفرض المطلق وهو السدس وذلك مع الابن أو ابن الابن وان سفل لما تلونا والحالة الثانية الفرض والتعصيب وذلك مع البنت أو بنت الابن الفرض لما تلونا والتعصيب لما روينا والحالة الثالثة التعصيب المطلق وذلك اذا لم يكن للميت ولد ولا ولد ابن لقوله تعالى فان لم يكن له ولد وورثه أبواه فلامه الثلث فذكر فرض الام وجعل الباقى له دليل على أنه عصبة قال رحمه الله (والجد كالاب ان لم يتخلل فى نسبته الى الميت أم الا فى ردها الى ثلث ما بقى وحجب أم الاب فيحجب الاخوة) أى الجد كالاب ان لم يدخل فى نسبته الى الميت أنثى وهو الجد الصحيح الا فى مسئلتين احداهما فى رد أم الميت من ثلث الجميع الى ثلث ما يبقى فى زوج وأبوين أو زوجة وأبوين فان الاب يردها اليه لا الجد وفى حجب أم الاب فان الاب يحجبها دون الجد وان تخلل فى نسبته الى الميت أم كان فاسدا فلا يرث الا على أنه من ذوى الارحام لان تخلل الام فى النسبة

(قوله فى المتن ثم دينه) من جميع ما بقى من ماله ان وفت التركة به فيها وان لم توف يؤخر ما ثبت فى المرض باقراره عن سائر الديون وباقى الديون سواء يأخذ كل ذى حق حقه بقدر حقه اجتمعت الامة على تقديم الدين على الوصية وان تقدمت فى الآية لان تقديمها والله أعلم ليهتم بتنفيذها حيث تهاون الناس فيه اه مسكين (قوله الاباعد) الذى بخط الشارح الاجانب اه

يقطع النسب اذ النسب الى الاباء لان النسب للتعريف والشهرة وذلك يكون بالمشهور وهو الذكور دون الاناث وقوله كالاب يعنى عند عدم الاب لان الجد يسمى أبا قال الله تعالى حاكيا عن يوسف عليه الصلاة والسلام واتبعت ملة آبائى ابراهيم واسحق ويعقوب وكان اسحق جده وابراهيم جد أبيه وقال تعالى يا بنى آدم لا يفتننكم الشيطان كما أخرج أبويكم من الجنة وهو آدم وحواء عليهما الصلاة والسلام فاذا كان أبا دخل فى النص إما بطريق عموم المجاز أو بالاجماع على نحو ما ذكرنا فى الولد فكان له الاحوال الثلاث التى ذكرناها فى الاب وله حالة رابعة وهو السقوط بالاب لانه أقرب منه ويدلى به فلا يرث معه وانما يقوم مقامه عند عدمه وقوله فيحجب الاخوة أى الجد يحجب الاخوة كالاب لانه قائم مقامه وهذا على اطلاقه قول أبى حنيفة رضى الله عنه على ما يجىء بيانه ان شاء الله تعالى قال رحمه الله (وللام الثلث) وذلك عند عدم الولد وولد الابن لما تلونا وعند عدم الاثنين من الاخوة والاخوات على ما نبين قال رحمه الله (ومع الولد أو ولد الابن أو الاثنين من الاخوة والاخوات لا (١)) أى مع واحد من هؤلاء المذكورين لا ترث الثلث وانما ترث السدس لما تلونا ولقوله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فاسم الولد فى المتلو أولا يتناول الولد وولد الابن على ما بيناه وكذلك الذكر والانثى ولفظ الجمع فى الاخوة يطلق على اثنين فتحجب بهما من الثلث الى السدس من أى جهة كانا أو من جهتين لان لفظ الاخوة يطلق على الكل وهذا قول جمهور الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه لم يحجب الام من الثلث الى السدس الا بثلاثة منهم عملا بظاهر الآية فان الاخوة جمع وأقله ثلاثة وللجمهور أن الجمع يطلق على المثنى قال الله تعالى وهل أتاك نبأ الخصم اذ تسوروا المحراب اذ دخلوا على داود ففزع منهم قالوا لا تخف خصمان بغى بعضنا على بعض فأعاد ضمير الجمع فى تسوروا ودخلوا وفى منهم وقالوا على اثنين وهما الملكان اللذان دخلا عليه فى صورة متحاكمين ألا ترى الى قوله تعالى خصمان ومثل هذا كثير شائع فى كلام العرب قال رحمه الله (ومع الاب وأحد الزوجين ثلث الباقى بعد فرض أحدهما) فيكون لها السدس مع الزوج والاب والربع مع الزوجة والاب لانه هو ثلث الباقى بعد فرض أحد الزوجين فصار للام ثلاثة أحوال ثلث الكل وثلث ما يبقى بعد فرض أحد الزوجين والسدس وقد ذكرنا الكل بتوفيق الله تعالى وابن عباس رضى الله عنهما لا يرى ثلث الباقى بل يورثها ثلث الكل والباقى للاب وخالف فيه جمهور الصحابة رضى الله عنهم ووجهه أن الله تعالى نص على فرضين للام الثلث والسدس فلا يجوز اثبات فرض ثالث بالقياس وكذا قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها والام صاحبة فرض والاب عصبة فى هذه الحالة على ما بينا والجواب عنه أن الله تعالى جعل للام ثلث ما ترثه هى والاب عند عدم الولد والاخوة لا ثلث الكل بقوله تعالى وورثه أبواه فلامه الثلث أى ثلث ما يرثانه والذى يرثانه مع أحد الزوجين هو الباقى من فرضه ولانها لو أخذت ثلث الكل يكون نصيبها ضعف نصيب الاب مع الزوج أو قريبا من نصيبه مع الزوجة والنص يقتضى تفضيله عليها بالضعف اذا لم يوجد الولد والاخوة ولهذا قال ابن مسعود رضى الله عنه فى الرد عليه ما أرانى الله تفضيل الانثى على الذكر وقال زيد رضى الله عنه لا أفضل الانثى على الذكر ومرادهما عند الاستواء فى القرابة والقرب وأما عند الاختلاف فلا يمتنع تفضيل الانثى على الذكر ولهذا لو كان مكان الاب جد كان للام ثلث الجميع فلا يبالى بتفضيلها عليه لكونها أقرب منه وعند أبى يوسف رحمه الله لها ثلث الباقى أيضا مع الجد وهو مروى عن عمر وابن مسعود رضى الله عنهما فانهما كانا لا يفضلان الام على الجد قال رحمه الله (وللجدات وان كثرن السدس ان لم يتخلل جد فاسد فى نسبتها الى الميت) وكن متحاذيات فى الدرجة والكلام فى الجدات فى مواضع فى ترتيبهن ومعرفة الصحيحة من الفاسدة منهن وفى قدر ميراثهن وفيما يسقطن به فالاول كل شخص له جدتان أم أم وأم أب ولابيه وأمه كذلك وهكذا لكل واحد من الاصول الى أن ينتهى الى آدم

(١) هكذا فى بعض نسخ المتن وفى بعضها السدس بدل لفظ لا وفى بعضها بعد قوله والاخوات لأولادهم السدس اه كتبه مصححه

وحواء عليهما الصلاة والسلام فالصحيحة منهن من لا يتخلل فى نسبتها الى الميت ذكر بين أنثيين والفاسدة من يتخلل فى نسبتها ذلك اذ كل أب يدلى الى الميت بأنثى جد فاسد فمن يدلى به يكون فاسدا ذكرا كان أو أنثى وعند سعد بن أبى وقاص رضى الله عنه الفاسدة من تدلى بذكر مطلقا واذا أردت تنزيل عدد من الجدات الوارثات المتحاذيات فاذكر أولا لفظة أمّ أمّ بمقدار العدد الذى تريده ثم تقول ثانيا أمّ أمّ وتجعل مكان الام الاخيرة أبا ثم فى كل مرة تبدل مكان الام أبا على الولاء الى أن تبقى لفظة أم مرة مثاله اذا سئلت عن أربع جدات وارثات متحاذيات فقل أمّ أمّ أمّ أمّ بقدر عددهن لاثبات الدرجة التى يتصور أن يجتمعن فيها فانهن لا يتصور أن يجتمعن فيها الا اذا ارتفعن قدر عددهن من الدرجات فأربع جدات وارثات لا يتصور اجتماعهن الا فى الدرجة الرابعة فتقول أمّ أمّ أمّ أمّ أربع مرات فهذه واحدة منهن وهى من جهة الام ولا يتصور من جهتها أكثر من واحدة ثم تأتى بواحدة أخرى من جهة الاب فى درجتها فتقول أمّ أمّ أمّ الاب ثم تأتى بأخرى من جهة الجد فتقول أمّ أمّ أبى الاب ثم تأتى بأخرى من جهة جد الاب فتقول أمّ أبى أبى الاب ولا يتصور أن يجتمع الوارثات فى هذه الدرجة أكثر من ذلك لان كل جد صحيح أمه وارثة وكذا أم أمه وان علت ولا يتصور أن تكون جدة وارثة من كل أب الا واحدة فتحتاج أن تأتى من الآباء قدرهن عددا الا واحدة وهى التى من جهة الام فانها لا تدلى بذكر والثانية تدلى بالاب فلهذا حذفت فى النسبة الثانية أما واحدة وأبدلت مكانها أبا والثالثة تدلى بالجد فلهذا أسقطت أمين وأبدلت مكانهما أبوين والرابعة تدلى بجد الاب فلهذا أسقطت ثلاث أمهات وأبدلت مكانهن ثلاثة آباء فهذا طريقه فى أكثر منهن الى ما لا يتناهى هذا لمعرفة الصحيحات فى هذه الدرجة واذا أردت أن تعرف ما بازاء الصحيحات من الفاسدات فخذ عدد الصحيحات واجعله بيمينك واطرح منه اثنين واجعلهما بيسارك ثم ضعف ما فى يسارك بعدد ما بقى فى يمينك فالمبلغ عدد الجدات الصحيحات والفاسدات جميعا فاذا أسقطت منه عدد الصحيحات فالباقيات هى الفاسدات مثاله اذا سئلت عن أربع جدات صحيحات كم بازائهن من الفاسدات فخذ أربعة بيمينك واطرح منها اثنين فخذهما بيسارك فاذا أضعفت هذا المطروح بعدد ما بقى فى يمينك صار ثمانية وهو عدد مبلغ الجدات أجمع فى هذه الدرجة فاذا أسقطت عدد الصحيحات وهن أربع بقيت أربع وهن الفاسدات وميراثهن السدس وان كثرن يشتركن فيه لما روى عبادة بن الصامت أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بين الجدتين اذا اجتمعتا بالسدس بالسوية وأبو بكر الصديق رضى الله عنه شرّك بين الجدتين فى السدس وسنذكر ما يسقطن به قال رحمه الله (وذات جهتين كذات جهة) أى اذا ترك جدتين احداهما ذات جهتين والاخرى ذات جهة واحدة فهما سواء حتى يقسم السدس بينهما نصفين وهذا عند أبى يوسف وعند محمد تستحق بالجهتين فيقسم السدس بينهما أثلاثا ثلثاه لذات الجهتين وثلثه لذات جهة واحدة لان اختلاف جهة القرابة كاختلاف الاشخاص فى حكم الميراث ألا ترى أن ابنى العم اذا كان أحدهما أخا من أم يجعل الاخ كشخصين حتى يأخذ السدس بالاخوة وخمسة الاسداس بينهما بالعصوبة وكذا اذا كان أحدهما زوجا أخذ بالجهتين وكذا اذا اجتمع فى المجوسى قرابتان ورث بهما ولابى يوسف رحمه الله أن توريث الجدات بمعنى واحد فلا يتعدد السبب بتعدد الجهة كالاخت لاب وأم فانها لا ترث باعتبار القرابتين لاتحاد الجهتين وهى قرابة الاخوة حتى لا تأخذ النصف بجهة الاب والسدس بجهة الام بل تأخذ النصف لا غير بخلاف ما ذكر من النظير لان جهة الارث هنالك مختلفة ومثال ما تكون الواحدة ذات قرابتين أن تكون أم أم الام وهى أيضا أم أبى الاب والاخرى ذات قرابة واحدة كام أم الاب بهذه الصورة قال رحمه الله (والبعدى تحجب بالقربى) سواء كانا من جهة واحدة أو من جهتين وسواء كانت القربى وارثة أو محجوبة بالاب أو بالجد وفى رواية عن ابن

ميتة ـــــــــــــــ
أب ـــــــــ امّ
امّ اب امّ
امّ امّ

مسعود رضي الله عنه لا تحجب الجدات الا الام وفي رواية عنه وعن زيد بن ثابت رضي الله عنهما
أن القربى اذا كانت من جهة الاب لا تحجب البعدى من جهة الام وبالعكس تحجب لان الجدات يرثن
ولادة الابوين فوجب أن يعطى كل واحدة منهن حكم من تدلي به والاب لا يحجب الجدات من قبل الام
فكذا أمه والام تحجب كل جدة هي أبعد منها فكذا أمها ولنا أن الجدات يرثن باعتبار الولاد فوجب
أن يقدم الادنى على الابعد كالاب الادنى مع الاب الابعد وليس كل حكم يثبت للواسطة يثبت لمن يدلي به
ألا ترى أن أم الاب لا يزيد ارثها على السدس وتحجب بالام والاب بخلاف ذلك قال رحمه الله (والكل
بالام) أي تحجب الجدات كلهن بالام والمراد اذا كانت الام وارثة وعليه الاجماع والمعنى فيه أن الجدات
انما يرثن بطريق الولاد والام أبلغ حالا منهن في ذلك فلا يرثن معها ولان الام أصل في قرابة الجدة التي من
قبلها الى الميت وتدلي بها فلا ترث مع وجودها لما عرف في باب الحجب فاذا حجبت الجدة التي من قبلها كانت
أولى أن تحجب التي من قبل الاب لانها أضعف حالا منها ولهذا تؤخر في الحضانة فتحجب بها وكذا
الابويات منهن يحجبن بالاب اذا كان وارثا روي ذلك عن عثمان وعلي والزبير وسعد وزيد بن
ثابت رضي الله عنهم وبه أخذ جمهور العلماء وروي عن عمر وابن مسعود وعمران بن الحصين وأبي
موسى الاشعري وأبي الطفيل عامر بن واثلة رضي الله عنهم أنهم جعلوا لها السدس مع الاب وبه أخذ
طائفة من أهل العلم من التابعين وغيرهم لما روي أنه عليه الصلاة والسلام ورث جدة وابنها حي
ولانها ترث ميراث الام فلا يحجبها الاب كما لا يحجب الام وكما لا يحجبها الجد ولانها ترث بطريق الفرض فلا
تكون العصوبة حاجبة لها كما لا يحجبها عم الميت الذي هو ابنها قلنا ان أم الاب تدلي بالاب فلا ترث مع
وجوده كبنت الابن مع وجود الابن ولا حجة لهم في الحديث لانه حكاية حال فيحتمل أن ذلك الابن كان
عما للميت لا أبا ولا نسلم أنها ترث ميراث الام بل ميراث الاب لان له السدس فرضا فترث ذلك عند عدمه ولئن
كان ميراث الام لا يلزم منه عدم الحجب بغيرها ألا ترى أن بنات الابن يرثن ميراث البنات ومع هذا يحجبن
بالابن وكذا الجد يحجب الابويات لما ذكرنا الا أم الاب فانه لا يحجبها وان علت لانها ليست من قبله
وكذا كل جد لا يحجب الجدة التي ليست من قبله فصار للجدات حالتان السدس والسقوط قال رحمه الله
(وللزوج النصف ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الربع) لقوله تعالى ولكم نصف ما ترك أزواجكم ان لم يكن
لهن ولد فان كان لهن ولد فلكم الربع مما تركن فيستحق كل زوج إما النصف وإما الربع مما تركت
امرأته لان مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد كقولهم ركب القوم دوابهم ولبسوا ثيابهم
ولفظ الولد يتناول ولد الابن فيكون مثله بالنص أو بالاجماع على ما بيناه من قبل فيكون له الربع معه
فصار للزوج حالتان النصف والربع قال رحمه الله (وللزوجة نصفه) أي للزوجة نصف ما للزوج
فيكون لها الربع ومع الولد أو ولد الابن وان سفل الثمن لقوله تعالى ولهن الربع مما تركتم ان لم يكن
لكم ولد فان كان لكم ولد فلهن الثمن مما تركتم وان كن أكثر من واحدة اشتركن فيه لوجهين
أحدهما لئلا يلزم الاجحاف ببقية الورثة لانه لو أعطى كل واحدة منهن ربعا يأخذن الكل اذا ترك أربع
زوجات بلا ولد والنصف مع الولد والوجه الثاني أن مقابلة الجمع بالجمع تقتضي مقابلة الفرد بالفرد
فيكون لواحدة الربع أو الثمن عند انفرادها بالنص واذا كثرن وقعت المزاحمة بينهن فيصرف اليهن
جميعا على السواء لعدم الاولوية كما اذا ماتت امرأة وادعى رجلان أو أكثر نكاحها وأقام كل واحد
منهما البينة ولم تكن في بيت واحد منهما ولا دخل بها فانهم يقتسمون ميراث زوج واحد لعدم الاولوية
فكذا هنا فصار للزوجات حالتان الربع بلا ولد والثمن مع الولد قال رحمه الله (وللبنت النصف) لقوله
تعالى وان كانت واحدة فلها النصف قال رحمه الله (وللاكثر الثلثان) وهو قول عامة الصحابة رضي
الله عنهم وبه أخذ علماء الامصار وعن ابن عباس رضي الله عنهما أنه جعل حكم البنتين منهن حكم

الواحدة فجعل لهما النصف لقوله تعالى فان كن نساء فوق اثنتين فلهن ثلثا ما ترك علق استحقاق الثلثين بكونهن نساء وهو جمع وصرح بقوله فوق اثنتين وأكده بضمير الجمع بقوله تعالى فلهن ثلثا ما ترك والمعلق بشرط لا يثبت بدونه ولان الله تعالى جعل للبنتين النصف مع الابن وهو يستحق النصف وحظ الذكر مثل حظ الانثيين فعلم بذلك أن حظ البنتين النصف عند الانفراد وللجمهور ما روى عن جابر أنه قال جاءت امرأة سعد بن الربيع الى رسول الله صلى الله عليه وسلم بابنتيها من سعد فقالت يا رسول الله هاتان ابنتا سعد بن الربيع قتل أبوهما معك فى أحد شهيدا وإن عمهما أخذ مالهما فلم يدع لهما مالا ولا ينكحان الا بمال فقال يقضى الله فى ذلك فنزلت آية الميراث فأرسل رسول الله صلى الله عليه وسلم الى عمهما فقال أعط ابنتى سعد الثلثين وأمهما الثمن وما بقى فهو لك وما تلا لا ينافى استحقاق البنتين الثلثين لان تخصيص الشئ بالذكر لا ينفى الحكم عما عداه على ما عرف فى موضعه فعرفنا أن حكم الجمع بالكتاب وحكم المثنى بالسنة ولان الجمع قد يراد به التثنية لاسيما فى المواريث على ما بينا من قبل فيكون المثنى مرادا بالآية وهو الظاهر ألا ترى أن الواقعة كانت للبنتين فأعطاهما رسول الله صلى الله عليه وسلم الثلثين بحكم الآية ولفظة فوق فى الآية صلة كما فى قوله تعالى فاضربوا فوق الاعناق أى اضربوا الاعناق وحمله على هذا أولى مما ذهب اليه ابن عباس رضى الله عنهما لحصول التوفيق به بين السنة والآية ولانه تعالى جعل للذكر مثل حظ الانثيين وأدنى الاختلاط أن يجتمع ابن وبنت فيكون له الثلثان وهو مثل حظ الانثيين فعلم أن للبنتين الثلثين عند الانفراد والا لم يصر هذا وهو الثلثان مثل حظ الانثيين أبدا ولان الله تعالى بين نصيب الواحدة ونصيب الجمع ولم يبين نصيب المثنى على ما قال فلا بد من إلحاق المثنى بأحدهما فالحاقهما بالجمع أولى لاشتراكهما فى معنى الضم ولان المثنى له حكم الجمع فى الميراث ألا ترى أن الله تعالى لما بين حكم الفرد وحكم المثنى جعل حكم المثنى كحكم الجمع فى الاخوات لاب وأم أو لاب أو لام فى استحقاق الثلثين أو الثلث وقوله ان البنتين يستحقان النصف مع الابن قلنا استحقاقهما ذلك عند الاجتماع لا يدل على استحقاقهما اياه عند الانفراد ألا ترى ان الثلاث منهن يأخذن مع الابن ثلاثة أخماس المال وعند الانفراد الثلثين والواحدة تأخذ الثلث مع الابن والنصف عند الانفراد قال رحمه الله (وعصبها الابن وله مثلا حظها) معناه اذا اختلط البنون والبنات عصب البنون البنات فيكون للابن مثل حظ الانثيين لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين فصار للبنات ثلاثة أحوال النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والتعصيب عند الاختلاط بالذكور قال رحمه الله (وولد الابن كولده عند عدمه) أى عند عدم الولد حتى يكون بنو الابن عصبة كالبنين وبنات الابن كالبنات حتى يكون للواحدة النصف وللبنتين فصاعدا الثلثان فيعصبهن الذكور عند اختلاطهن بالذكور فيكون للذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله (ويحجب بالابن) أى ولد الابن يحجب بالابن ذكورهم وإناثهم فيه سواء لان الابن أقرب وهو عصبة فلا يرثون معه بالعصوبة وكذا بالفرض لان بنات الابن يدلين به فلا يرثن مع أصلهن وان كن لا يدلين به بأن كان عمهن فهو مساو لاصلهن فيحجبهن كما يحجب أولاده لان ما ثبت لاحد المثلين ثبت لمساويه ضرورة قال رحمه الله (ومع البنت لاقرب الذكور الباقى) أى اذا كان مع بنت الميت لصلبه أولاد الابن أو أولاد ابن الابن وان سفل أو المجموع كان الباقى بعد فرض البنت الصلبية لاقرب الذكور منهم لانه عصبة فيحجب الابعد وهذا انما يستقيم اذا لم تكن فى درجته بنت ابن وأما اذا كانت فى درجته بنت ابن فتشاركه فلا يكون الباقى من فرض البنت له وحده قال رحمه الله (وللاناث السدس تكملة للثلثين) أى لبنات الابن مع الواحدة الصلبية السدس ومراده اذا لم يكن فى درجتهن ابن ابن وأما اذا كان معهن ابن ابن يكن عصبة معه فلا يرثن السدس وانما كان لهن السدس عند انفرادهن لقول ابن مسعود رضى الله عنه فى بنت وبنت ابن

(قوله وما تلا) أى ابن عباس اهـ

وأخت سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول للبنت النصف ولبنت الابن السدس تكملة الثلثين والباقى للاخت وقوله تكملة الثلثين دليل على انهن يدخلن فى لفظ الاولاد لان الله تعالى جعل للاولاد الاناث ثلثين فاذا أخذت الصلبية النصف بقى منه سدس فيعطى لها تكملة لذلك فلولا أنهن دخلن فى الاولاد وفرضهن واحد لما صار تكملة له الا أن الصلبية أقرب الى الميت فتقدم عليهن بالنصف ودخولهن على أنه عموم المجاز أو بالاجماع قال رحمه الله (وحجبن بنتين) أى تحجب بنات الابن ببنتين صلبيتين لان ارثهن كان تكملة للثلثين وقد كمل ببنتين فسقطن اذ لا طريق لتوريثهن فرضا وتعصيبا قال رحمه الله (الا أن يكون معهن أو أسفل منهن ذكر فيعصب من كانت بحذائه ومن كانت فوقه ممن لم تكن ذات سهم وتسقط من دونه) أراد بقوله معهن أن يكون الغلام فى درجتهن سواء كان أخاهن أو لم يكن وهذا مذهب على وزيد بن ثابت رضى الله عنهما وبه أخذ عامة العلماء رضى الله عنهم وروى عن ابن مسعود رضى الله عنه انه قال يسقطن بنات الابن ببنتى الصلب وان كان معهن غلام ولا يقاسمهن وان كانت البنت الصلبية واحدة وكان معهن غلام كان لبنات الابن أسوأ الحالين من السدس والمقاسمة فأيهما كان أقل أعطين وتسمى هذه المسائل الاضرار على قول ابن مسعود رضى الله عنه وحجته فى ذلك أن بنات الابن بنات وميراثهن أحد أمرين إما الفرض أو المقاسمة وفرضهن الثلثان والمقاسمة ظاهرة وليس لهن أن يجمعن بينهما فاذا استكملت البنات الثلثين فلو قاسمن لزم الجمع بينهما فلا يجوز واذا كانت الصلبية واحدة أخذت النصف وبقى من فرض البنات السدس فيأخذنه ان كن منفردات وان كن مختلطات مع الذكور كان لهن أقل الامرين من السدس والمقاسمة للتيقن به ولئلا يأخذ البنات أكثر من الثلثين ولانهن لا ميراث لهن مع الصلبيتين عند الانفراد فكذا عند الاجتماع لان من لم تكن وارثة عند الانفراد من الاناث فلا يعصبها أخوها عند الاجتماع كالعم مع العمة وابن الاخ مع أخته وللجمهور قوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين وأولاد الابن أولاد على ما بينا من قبل فتنتظمهم الآية وقضية هذا أن يكون المال مقسوما بين الكل الا أنا عملنا فى حق أولاد الابن بأول الآية وفى حق الصلبيتين أو الصلبية الواحدة بما بعدها وليس فيه جمع بين الحقيقة والمجاز ولا شبهته وانما هو عمل بمقتضى كل لفظ على حدة ومن حيث المعنى أن البنات الصلبيات ذوات فرض وبنات الابن فى هذه الحالة عصبات مع أخيهن وصاحب الفرض اذا أخذ فرضه خرج من البين كأنه لم يكن فصار الباقى من الفرض كجميع المال فى حق العصبة فيشاركنه ولا يخرجن من العصوبة كما لو انفردوا ألا ترى أن صاحب الفرض لو كان غير البنات كالابوين وأحد الزوجين كان كذلك فكذا مع البنات بخلاف العمة مع العم وبنت الاخ مع أخيها لانهما لا يصيرن عصبة معهما مطلقا سواء كان معهما صاحب فرض أو لم يكن فلا يلزم من انتفاء العصوبة فى محل لا يقبلها انتفاؤها فى محل يقبلها وأخذهن زيادة على الثلثين ليس بمحظور ألا ترى أنهن يأخذنه بالمقاسمة عند كثرتهن بأن ترك أربعين بنتا وابنا ثم الاصل فى بنات الابن عند عدم بنات الصلب أن أقربهن الى الميت ينزل منزلة البنت الصلبية والتى تليها فى القرب منزلة بنات الابن وهكذا يفعل وان سفلن مثاله لو ترك ثلاث بنات ابن بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض وثلاث بنات ابن ابن ابن آخر بعضهن أسفل من بعض بهذه الصورة فالعليا من الفريق الاول لا يوازيها أحد فيكون لها النصف والوسطى من الفريق الاول توازيها العليا من الفريق الثانى فيكون لهما السدس تكملة الثلثين ولا شىء للسفليات الا أن يكون مع واحدة منهن غلام فيعصبها ومن بحذائها ومن فوقها ان لم تكن صاحبة

ميت ————————

ابن بنت ابن ابن

ابن بنت ابن بنت ابن

ابن بنت ابن بنت ابن بنت

ابن بنت ابن بنت

ابن بنت

فرض حتى لو كان الغلام مع السفلى من الفريق الاول عصبها وعصب الوسطى من الفريق الثانى والعليا
من الفريق الثالث وسقطت السفليات ولو كان الغلام مع السفلى من الفريق الثانى عصبها وعصب
الوسطى منه والوسطى والعليا من الفريق الثالث والسفلى من الفريق الاول ولو كان مع السفلى من
الفريق الثالث عصب الجميع غير أصحاب الفرائض والمعنى ماذكرنا أن العليا تنزل منزلة البنت والبواقى
منازل بنات الابن ولو كان الابن مع العليا من الفريق الاول عصب أخته وسقطت البواقى كماذكرنا فى
الاولاد فصار لبنات الابن أحوال ست النصف للواحدة والثلثان للاثنتين فصاعدا والمقاسمة مع ابن الابن
والسدس مع الصلبية الواحدة والسقوط بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام وهذا النوع من
المسائل يسمى فى عرف الفرضيين تشبيب بنات الابن اذا ذكرن مع اختلاف الدرجات وهو إما مشتق
من قولهم شبب فلان بفلانة اذا أكثر ذكرها فى شعره وتشبيب القصيدة تحسينها وتزيينها بذكر النساء
أو من شب النار اذا أوقدها لان فيه تذكية للخواطر أو من شب الفرس يشب ويشب شبابا اذا رفع يديه
جميعا وأشببته أنا اذا هيجته لذلك لانه خروج وارتفاع من درجة الى أخرى كحال الفرس فى نزواته أى
وثباته فصار لبنات الابن أحوال ست الثلاث المذكورة فى البنات والسدس مع الصلبية والسقوط
بالابن وبالصلبيتين الا أن يكون معهن غلام قال رحمه الله (والاخوات لاب وأم كبنات الصلب عند
عدمهن) أى عند عدم البنات وبنات الابن حتى يكون للواحدة النصف وللثنتين الثلثان ومع الاخوة
لاب وأم للذكر مثل حظ الانثيين لقوله تعالى قل الله يفتيكم فى الكلالة إن امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت
فلها نصف ماترك وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فان كانتا اثنتين فلهما الثلثان مما ترك وان كانوا اخوة رجالا
ونساء فللذكر مثل حظ الانثيين قال رحمه الله (ولاب كبنات الابن مع الصلبيات) أى الاخوات لاب
مع الاخوات لاب وأم كبنات الابن مع الصلبيات حتى يكون للواحدة من الاخوات لاب النصف عند
عدم الاخوات لاب وأم وللثنتين الثلثان فصاعدا ومع الاخوة لاب للذكر مثل حظ الانثيين ومع الاخت
الواحدة لاب وأم السدس تكملة الثلثين ويسقطن بالاختين لاب وأم الا أن يكون معهن أخ لاب فيعصبهن
لماتلونا وبينا ويأتى فيهن خلاف ابن مسعود رضى الله عنه فى مقاسمة الاخوة بعد فرض الاختين لاب
وأم أو أخت واحدة لهما أى للابوين على نحو مابيناه فى بنات الابن مع البنات وضراره لهن مع البنت
الواحدة اذ الكلام فى الاخوات كالكلام فى البنات والنص الوارد فيهن كالنص الوارد فى البنات فاستغنينا
عن البحث فيهن بالبحث فى البنات اذ طريق البحث فيهما واحد قال رحمه الله (وعصبهن اخوتهن والبنت
وبنت الابن) أى عصب الاخوات لاب وأم أو لاب اخوتهن والبنت وبنت الابن أما تعصيب الاخوة
لهن فظاهر لماتلونا وأما تعصيب البنت لهن وبنت الابن فلقوله عليه الصلاة والسلام اجعلوا الاخوات
مع البنات عصبة وورث معاذ رضى الله عنه فى اليمن بنتا وأختا فجعل لكل واحدة منهما النصف ورسول
الله صلى الله عليه وسلم حى يومئذ وروى أنه عليه الصلاة والسلام قضى فى ابنة وابنة ابن وأخت للبنت
النصف ولابنة الابن السدس والباقى للاخت وجعل المصنف رحمه الله البنت ممن يعصب الاخوات وهو
مجاز وفى الحقيقة لاتعصبهن وانما يصرن عصبة معها لانها اذ البنت بنفسها ليست بعصبة فى هذه الحالة
فكيف تعصب غيرها بخلاف الاخوة على مايجىء عن قريب ان شاء الله تعالى وهذا قول جمهور
الصحابة رضى الله عنهم وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما أنه أسقط الاخوات بالبنت واختلفت
الرواية عنه فى الاخوة والاخوات مع البنت فى رواية عنه الباقى كله للاخوة وفى رواية أخرى عنه
الباقى بينهم للذكر مثل حظ الانثيين قيل هو الصحيح من مذهبه وكذلك لو كان مع البنت أخت لاب
وأم وأخ وأخت لاب فى رواية الباقى للاخ وحده وفى رواية عنه بين الجميع للذكر مثل حظ الانثيين
هو احتج بقوله تعالى ان امرؤ هلك ليس له ولد وله أخت فلها نصف ماترك فارثها مشروط بعدم الولد واسم

(قوله فيعصبهن لماتلونا وبينا) ويسقطن أيضا بالاخ لابوين لقوله عليه الصلاة والسلام ان أعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات اهـ

الولد يشمل الذكر والانثى ألا ترى أن الله تعالى حجب الزوج من النصف الى الربع والزوجة من الربع الى الثمن بالولد والام من الثلث الى السدس فاستوى فيه الذكر والانثى وللجمهور ما روينا واشتراط عدم الولد فيما تلا انما كان لارثها النصف أو الثلثين بطريق الفرض ونحن نقول انها لا ترث مع البنت فرضا وانما ترث على أنها عصبة ويحتمل أن يراد بالولد هنا الذكر وقد قامت الدلالة على ذلك وهو قوله وهو يرثها ان لم يكن لها ولد يعني أخاها يرثها ان لم يكن لها ولد ذكر لان الامة أجمعت على أن الاخ يرث تعصيبا مع الانثى من الاولاد أو نقول اشتراط عدم الولد انما كان لارث الاخ جميع مالها وذلك يمتنع بالولد وان كان أنثى قال رحمه الله (وللواحد من ولد الام السدس وللاكثر الثلث ذكورهم واناثهم سواء) لقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة أو امرأة وله أخ أو أخت فلكل واحد منهما السدس فان كانوا أكثر من ذلك فهم شركاء في الثلث المراد به أولاد الام لان أولاد الاب والام أو الاب مذكورون في آية النصف على ماذكرنا من قبل ولهذا قرأها بعضهم وله أخ أو أخت لام واطلاق الشركة يقتضي المساواة كما اذا قال شريكي فلان في هذا المال أو قال له شركة فيه وسكت عن ذلك قضي للمقر له بالنصف ولان الله تعالى لما سوى بينهما حالة الانفراد دل ذلك على استوائهما حالة الاجتماع قال رحمه الله (وحجبن بالابن وابنه وان سفل وبالاب والجد) أي الاخوات كلهن حجبن بهؤلاء المذكورين وهم الابن وابن الابن وان سفل والاب والجد وان علا وكذا الاخوة يحجبون بهم لان ميراثهم مشروط بالكلالة واختلف في الكلالة هل هي صفة للميت أو للورثة أو للتركة وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها وأيا ما كان يشترط لتسميته عدم الولد والوالد للميت فيسقطون بهم والكلالة مشتقة من الاحاطة ومنه الاكليل لاحاطته بالرأس ولفظة كل لاحاطتها بما تدخل عليه وكذا الكلالة من أحاط بالشخص من الاخوة والاخوات وقيل أصلها من البعد يقال كلت الرحم بين فلان وفلان اذا تباعدت ويقال حمل فلان على فلان ثم كل عنه أي تركه وبعد عنه وغير قرابة الولاد بعيد بالنسبة الى الولاد قال الفرزدق

ورثتم قناة المجد لا عن كلالة * عن ابني مناف عبد شمس وهاشم

يريد ورثتم مجدكم عن أصولكم لا عن الفروع كالاعمام والاخوة وولد الابن ولد على ما بينا من قبل فلا تكون كلالة معه قال رحمه الله (والبنت تحجب ولد الام فقط) أي بنت الميت تحجب الاخوة والاخوات من الام وحدهم ولا تحجب الاخوة من الابوين أو من الاب لما أن شرط ارثهم الكلالة ولا كلالة مع الولد والبنت ولد فتحجبهم وكذا بنت الابن لما أن ولد الابن ولد فان قيل وجب أن لا ترث الاخوة والاخوات من الابوين أو من الاب مع البنت أو بنت الابن لان ارثهم مشروط بالكلالة قلنا الكلالة شرطت في حقهم لارث النصف أو الثلثين أو لارث الكل بالعصوبة فاذا انتفت الكلالة انتفى هذا الارث المشروط بها لا لمطلق الارث فيستحقون الارث بالعصوبة مع البنت بنص آخر على ما بينا بخلاف ارث أولاد الام فان جميع ارثهم مشروط بالكلالة فينتفي بعدمها فصار للاخوات لاب وأم خمس أحوال النصف للواحدة والثلثان لا كثر منها والتعصيب بأخيهن ومع البنات والسقوط مع الابن وللاخوات للاب سبع أحوال ذي الخمسة والسدس مع الاخت الواحدة من الاب والام والسقوط بالاثنتين من الاخوات من الابوين كما تقدم وصار لاولاد الام ثلاثة أحوال السدس للواحد والثلث لا كثر منه والسقوط بما ذكرنا قال رحمه الله (وعصبة) وهو معطوف على قوله ذو فرض في أول الكتاب بعد ذكر الدين والوصية في قوله ثم يقسم بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وهو معطوف على الخبر فيكون خبرا قال رحمه الله (أي من أخذ الكل ان انفرد والباقي مع ذي سهم) هذا تفسير للعصبة أي العصبة من يأخذ جميع المال عند انفراده وما أبقته الفرائض عند وجود من له الفرض المقدر وهذا رسم وليس بحد لانه لا يفيد الا على تقدير أن يعرف الورثة كلهم ولكن لا يعرف من هو العصبة منهم فيكون تعريفا بالحكم والمقصود معرفة

(قوله ولهذا قرأها بعضهم) أبي بن كعب وسعد بن أبي وقاص اه (قوله قضي للمقر له بالنصف) قال في المجمع في كتاب الاقرار أو بشركة في عبد يجعل له النصف وأمره بالبيان اه (قوله لان ميراثهم مشروط بالكلالة) بقوله تعالى قل الله يفتيكم في الكلالة وبقوله تعالى وان كان رجل يورث كلالة اه (قوله وقرئ يورث بكسر الراء وفتحها) الذي قرأ بكسر الراء الحسن البصري وأبو رجاء العطاردي فمن قرأ بالكسر جعل الكلالة الورثة ومن قرأ بالفتح جعل الكلالة الميت اه

العصبة حتى يعطى ماذكر ولا يتصوّر ذلك الا بعد معرفته فنقول العصبة نوعان نسبية وسببية فالنسبية ثلاثة أنواع عصبة بنفسه وهو كل ذكر لا يدخل فى نسبته الى الميت أنثى وهم أربعة أصناف جزء الميت وأصله وجزء أبيه وجزء جده وعصبة بغيره وهو كل أنثى فرضها النصف أو الثلثان يصرن عصبة باخوتهن وعصبة مع غيره وهو كل أنثى تصير عصبة مع أنثى غيرها كالبنات مع الاخوات والسببية مولى العتاقة والانثى ليست بعصبة حقيقة لان العصبة انما سمى عصبة لقوته ولحصول التناصر به ولا يحصل التناصر بالانثى وانما صرن عصبة تبعا أو حكما فى حق الارث فقط قال رحمه الله (والاحق الابن ثم ابنه وان سفل) أى أولاهم بالعصوبة جزء الميت وان سفل وغيرهم محجوبون بهم لقوله تعالى يوصيكم الله فى أولادكم للذكر مثل حظ الانثيين الى أن قال سبحانه وتعالى ولابويه لكل واحد منهما السدس مما ترك ان كان له ولد فجعل الاب صاحب فرض مع الولد ولم يجعل للولد الذكر سهما مقدرا فتعين الباقى له فدل أن الولد الذكر مقدم عليه بالعصوبة وابن الابن ابن على ما بينا لانه يقوم مقامه فيقدم عليه أيضا ومن حيث المعقول أن الانسان يؤثر ولده على والده ويختار صرف ماله له ولاجله يدخر ماله عادة على ما قال عليه الصلاة والسلام الولد مبخلة مجبنة وقضية ذلك أن لا يجاوز بكسبه محل اختياره إلا أنا صرفنا مقدار الفرض لاصحاب الفروض بالنص فيبقى الباقى على قضية الدليل وكان ينبغى أن يقدم البنت أيضا عليه وعلى كل عصبة الا أن الشارع أبطل اختياره بتعيين الفرض لها وجعل الباقى لاولى رجل قال رحمه الله (ثم الاب ثم أب الاب وان علا) أى ثم أولاهم بالعصوبة أصول الميت وان علوا وأولاهم به الاب لان الله تعالى شرط لارث الاخوة الكلالة وهو الذى لا ولد له ولا والد على ما بيناه فعلم بذلك أنهم لا يرثون مع الاب ضرورة وعليه إجماع الامة فاذا كان ذلك مع الاخوة وهم أقرب الناس اليه بعد فروعه وأصوله فما ظنك مع من هو أبعد منهم كأعمامه وأعمام أبيه والجد أب ألا ترى أنه يقوم مقامه فى الولاية عند عدم الاب ويقدم على الاخوة فيه فكذا فى الميراث وهو قول أبى بكر الصديق وابن عباس وعائشة وأبى موسى الاشعرى وأبى الدرداء وأبى الطفيل وابن الزبير ومعاذ بن جبل وجابر بن عبد الله وجماعة أخر منهم رضى الله عنهم أجمعين وبه أخذ أبو حنيفة رضى الله عنه قال رحمه الله (ثم الاخ لاب وأم ثم الاخ لاب ثم ابن الاخ لاب وأم ثم ابن الاخ لاب) وانما قدموا على الاعمام لان الله تعالى جعل الارث فى الكلالة للاخوة عند عدم الولد والوالد بقوله تعالى وهو يرثها ان لم يكن لها ولد فعلم بذلك أنهم مقدمون على الاعمام ولان الاخوة جزء الاب فكانوا أقرب من الاعمام لانهم جزء الجد وانما قدم الاخ لاب وأم لانه أقوى لاتصاله من الجانبين فكان ذا قرابتين فترجح بذلك عند الاستواء فى الدرجة وقد قال عليه الصلاة والسلام ان أعيان بنى الام يتوارثون دون بنى العلات وكذا الاخت لاب وأم تقدم اذا صارت عصبة على الاخت لاب لما ذكرنا ولهذا تقدم فى الفرض فكذا فى العصوبة قال رحمه الله (ثم الاعمام ثم أعمام الاب ثم أعمام الجد على الترتيب) أى أولاهم بالميراث بعد الاخوة أعمام الميت لانهم جزء الجد فكانوا أقرب وقد قال عليه الصلاة والسلام ألحقوا الفرائض بأهلها فما أبقت فلاولى رجل ذكر ثم أعمام الاب لكونهم أقرب بعد ذلك لانهم جزء الجد ثم أعمام الجد لانهم أقرب بعدهم وقوله على الترتيب أى على الترتيب الذى ذكرنا فى الاخوة وهو أن يقدم العم لاب وأم على العم لاب ثم العم لاب على ولد العم لاب وأم وكذا يعمل فى أعمام الاب يقدم منهم ذو قرابتين عند الاستواء فى الدرجة وعند التفاوت فى الدرجة يقدم الاعلى قال رحمه الله (ثم المعتق) لقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لحمة كلحمة النسب وهو آخر العصبات لقوله عليه الصلاة والسلام للذى أعتق عبده هو أخوك ومولاك ان شكرك فخير له وشر لك وان كفرك فشر له وخير لك وان مات ولم يدع وارثا كنت أنت عصبته والمراد بالوارث وارث هو عصبة بدليل أن ابنة حمزة أعتقت عبدا لها فمات وترك بنتا فجعل رسول الله صلى الله عليه وسلم نصف ماله لابنته ونصفه الآخر لابنة حمزة وهى المعتقة قال رحمه الله

(قوله الولد مبخلة) هو مفعلة من البخل ومظنة له أى يحمل أبويه على البخل ويدعوهما اليه فيبخلان بالمال لاجله قاله ابن الاثير رحمه الله (قوله مجبنة) لانه يحب البقاء والمال لاجله اه مجمع البحرين

(ثم

(ثم عصبته على الترتيب) أى عصبة المولى ومعناه اذا لم يكن للمعتق عصبة من النسب على الترتيب الذى ذكرنا فعصبته مولاه الذى أعتقه فان لم يكن مولاه فعصبته عصبة المعتق وهو المولى على الترتيب الذى ذكرناه بأن يكون جزء المولى أولى وان سفل ثم أصوله ثم جزء أبيه ثم جزء جده يتقدمون بقوة القرابة عند الاستواء وبعلو الدرجة عند التفاوت قال رحمه الله (واللاتى فرضهن النصف والثلثان يصرن عصبة باخوتهن) وهن أربع من النساء البنات وبنات الابن والاخوات لاب وأم والاخوات لاب وهؤلاء يصرن عصبة باخوتهن وقد بيناه فى بيان ميراثهن وقوله باخوتهن هذا فى البنات والاخوات ظاهر لان عصوبتهن تقتصر عليه وأما بنات الابن فانهن يصرن عصبة بأبناء أعمامهن أيضا وان سفل كما ذكرنا فى مسائل التشبيب فيكون معناه فى حقهن باخوتهن أو بمن له حكم اخوتهن والمصنف رحمه الله ذكر العصبات هنا واستوفاه الا العصبة مع غيره وهى الاخوات مع البنات وانما ترك ذكرهن هنا لانه ذكرهن فيما تقدم وقد شرحناه هنالك فلا نعيده وانما سمين عصبة مع غيره ومع اخوتهن عصبة بغيره لان ذلك الغير وهو البنات شرط لصيرورتهن عصبة ولم يجعلهن عصبة بهن لان أنفسهن ليس بعصبة فكيف يجعلن غيرهن عصبة بهن بخلاف ما اذا كن مع اخوتهن لان الاخوة بنفسهم عصبة فيصرن به عصبة تبعا قال رحمه الله (ومن يدلى بغيره حجب به) أى بذلك الغير سوى ولد الام فانه يدلى بالام ولا تحجبه بل هى تحجب بالاثنين منهم من الثلث الى السدس على ما بينا وانما لا تحجبه الام لانها لا تستحق جميع التركة ولا يرث هو ارثها لانها ترث بالولاد وهو بالاخوة فلا يتصور الحجب فيه بخلاف الجدة حيث تحجب بالام لانها ترث ميراث الام والام أولى به منها لانها أقرب وبخلاف الاب حيث يحجب الجد والجدة من قبله والاخوة والاخوات كلهم لانه يستحق جميع التركة وكذلك الابن يحجب ابنه لما ذكرنا فحاصله أن الحجب بأحد أمرين إما بمن يدلى به بشرطه على ما ذكرنا أو يكون الحاجب أقرب كالاعمام يحجبون بالاخوة وبأولادهم وكأولاد الاعمام والاخوة يحجبون بأعلى درجة منهم قال رحمه الله (والمحجوب يحجب كالاخوين أو الاختين يحجبان الام من الثلث الى السدس مع الاب) وهما لا يرثان معه لان ارث الاخوة مشروط بالكلالة وارث الام الثلث مشروط بعدم الاثنين من الاخوة وروى عن ابن عباس رضى الله عنهما فى أب وأم وثلاثة اخوة للام السدس وللاخوة السدس والباقى للاب فجعل للاخوة ما نقص من نصيب الام لنا أن آية الكلالة تمنع من ذلك وأن حجب الام بهم لا يوجب لهم ما نقص من نصيبها فيحجبونها من غير أن يحصل لهم شئ قال رحمه الله (لا المحروم بالرق والقتل مباشرة واختلاف الدين أو الدار) أى لا يحجب المحروم عن الارث بهذه الاشياء وعند ابن مسعود رضى الله عنه يحجب حجب النقصان بنقص نصيب الزوجين والام بالولد المحروم بما ذكرنا لان الله تعالى ذكر الولد مطلقا ونقص به نصيبهم من غير فصل بين أن يكون وارثا أو محروما وكذا نقص نصيب الام بالاخوة مطلقا من غير فصل فيترك على اطلاقه ولا يحجب حجب الحرمان لانه لو حجب هذا الحجب وهو لا يرث لأدى الى دفعه الى بيت المال مع وجود الوارث أو الى تضييعه لان بيت المال أيضا لا يرث مع الابن أو الاخوة وجه قول الجمهور أن المحروم فى حق الارث كالميت لانه حرم لمعنى فى نفسه كالميت ثم الميت لا يحجب فكذا المحروم فصار كحجب الحرمان والنصوص التى توجب نقصان ارثهم لا نسلم أنها مطلقة لان الله تعالى ذكر الاولاد أولا وأثبت لهم ميراثا ثم ذكر بعد ذلك حجب النقصان بهم فينصرف الى المذكورين أولا وهم المتأهلون للارث وكذا يقال فى الاخوة والاخوات لان المذكورين منهم فى الارث هم المتأهلون للارث فكذا المذكورون فى الحجب هم المتأهلون للارث وهذا لان المحروم اتصلت به صفة تسلب أهلية الارث فألحقته بالمعدوم ولا كذلك المحجوب فانه أهل فى نفسه الا أن حاجبه غلبه على ارثه لزيادة قربه فلا يبطل عمله فى حق غيره وانما ذكر سبب الحرمان بقوله لا المحروم بالرق الخ ليبين الاسباب المانعة من الارث فان الرق يمنع

(قوله فعصبته عصبة المعتق) عصبة المعتق ترث المعتق أما عصبة عصبة المعتق اذا لم يكن عصبة المعتق لا يرث المعتق بيانه امرأة أعتقت عبدا وماتت وتركت ابنا وزوجا ثم مات المعتق الميراث كله لابن المعتقة ولو مات الابن وترك الاب الذى هو زوج المعتقة ثم مات المعتق لا يرث الاب وان كان عصبة عصبة المعتق لانه عصبة الابن والابن عصبة المعتقة لكن لما لم يكن الزوج عصبة المعتقة لا يرث اه خلاصة (قوله ولم يجعلهن) كذا بخط الشارح اه (قوله بما ذكرنا) أى من الرق والقتل واختلاف الدين والدار اه

الارث لان الرقيق لا يملك شيأ قال الله تعالى ضرب الله مثلا عبدا مملوكا لا يقدر على شئ وقال عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد الا الطلاق ولا فرق فى ذلك بين أن يكون قنا وهو الذى لم ينعقد له سبب الحرية أصلا وبين أن ينعقد له سبب الحرية كالمدبر والمكاتب وأم الولد ومعتق البعض عند أبى حنيفة رضى الله عنه لان المعنى يشمل الكل وهو عدم تصور الملك لهم والمكاتب لا يملك الرقبة وهو عبد ما بقى عليه درهم على ما جاء فى الخبر فلا يكون أهلا للارث والقتل الذى يمنع الارث هو الذى يتعلق به وجوب القصاص أو الكفارة وما لا يتعلق به واحد منهما كالقتل بسبب أو بقصاص لا يوجب الحرمان لان حرمان الارث عقوبة فيتعلق بما تتعلق به العقوبة وهو القصاص أو الكفارة والشافعى رحمه الله يعلقه بمطلق القتل حتى لا يرث عنده اذا قتله بقصاص أو رجم أو كان القريب قاضيا فحكم بذلك أو شاهدا فشهد به أو باغيا فقتله أو شهر عليه سيفا فقتله دفعا كل ذلك يمنع الارث عنده وهذا لا معنى له لان الشارع أوجب عليه قتله أو أجاز له قتله فى هذه الصورة فكيف يوجب عليه العقوبة به بعد ذلك ولهذا لا يتعلق بهذا القتل سائر عقوبات القتل فكذا الحرمان والمراد بقوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل شئ من الميراث هو القتل بالتعدى دل عليه قوله عليه الصلاة والسلام ليس للقاتل ميراث بعد صاحب البقرة أى قاتل هو كصاحب البقرة وهو كان متعديا واحترز بقوله مباشرة عن القتل بالتسبيب واختلاف الدين أيضا يمنع الارث والمراد به الاختلاف بين الاسلام والكفر لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرث المسلم الكافر ولا الكافر المسلم وأما اختلاف ملل الكفار كالنصرانية واليهودية والمجوسية وعبادة الوثن فلا يمنع الارث حتى يجرى التوارث بين اليهودى والمجوسى أو النصرانى لان الكفر كله ملة واحدة وقال عليه الصلاة والسلام الناس كلهم حيز ونحن حيز واختلاف الدار يمنع الارث والمؤثر هو الاختلاف حكما حتى لا تعتبر الحقيقة بدونه حتى لا يجرى الارث بين المستأمن والذمى فى دارنا ولا فى دار الحرب ويجرى بين المستأمن وبين من هو فى داره لان المستأمن اذا دخل الينا أو اليهم من أهل داره حكما وان كان فى غيرها حقيقة والدار انما تختلف باختلاف المنعة والملك كدار الاسلام ودار الحرب ودارين مختلفين من دار الحرب باختلاف ملكهم لانقطاع الولاية والتناصر فيما بينهم والارث يكون بالولاية قال رحمه الله (والكافر يرث بالنسب والسبب كالمسلم) لانه محتاج مكلف فيملك بالاسباب الموضوعة للملك كالمسلم ولانه بعقد الذمة التحق بالمسلم فى المعاملات فيكون حكمه فى ذلك كحكم المسلم قال رحمه الله (ولو حجب أحدهما فبالحاجب) أى لو اجتمعت فى الكافر قرابتان لو تفرقتا فى شخصين حجب أحدهما الآخر يرث بالحاجب وان لم يحجب يرث بالقرابتين كما اذا تزوج المجوسى أمه فولدت له ابنا فهذا الولد ابنها وابن ابنها فيرث منها اذا ماتت على أنه ابن ولا يرث على أنه ابن ابن لان ابن الابن يحجب بالابن ولو ولدت له بنتا مكان الابن ترث الثلثين النصف على انها بنت والسدس على انها بنت الابن تكملة الثلثين وترث من أبيها على أنها بنت ولا ترث على انها أخت من أم لان الاخت تسقط بالبنت ولو تزوج بنته فولدت له بنتا ترث من أمها النصف على انها بنت وترث الباقى على انها عصبة لانها أختها من أبيها وهى عصبة مع البنت وان مات أبوها ترث النصف على انها بنت ولا ترث على انها بنت بنت لانها من ذوى الارحام فلا ترث مع وجود ذى سهم أو عصبة وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا وفى رواية عن ابن مسعود وزيد بن ثابت رضى الله عنهما أنه يرث بأثبت القرابتين وآكدهما أى بأقواهما وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله والصحيح الاول لان فيه إعمال السبب ولا يجوز ابطاله بغير مانع والمانع الحاجب ولم يوجد فيأخذ بالجهتين ألا ترى أن المسلم يرث بالجهتين اذا اتفق له ذلك بأن ماتت المرأة وتركت ابن عمها وهو زوجها أو أخوها من أمها فانه يأخذ بالفرض والعصوبة فكذا الكافر اذ هو لا يخالف المسلم فى سبب الملك كالشراء وغيره بخلاف الاخ من أب وأم حيث لا يرث الا بالعصوبة ولا يرث بالفرض على أنه أخ من أم لانه ليس فيه اختلاف الجهة لانه

(قوله ويجرى بين المستأمن وبين من هو فى داره) حتى اذا مات المستأمن فى دار الاسلام عند أخيه الذمى وله فى دار الحرب أخ ورثه أخوه الحربى لا أخوه الذمى اهـ (قوله اذا دخل الينا أو اليهم) حتى اذا دخل ذمى دار الحرب بأمان فمات عند أخيه الحربى ورثه أخوه الذمى لا أخوه الحربى اهـ

يرث بالاخوة وهي جهة واحدة فلا تصلح للاستحقاق بها بل للترجيح فقط عند مزاحمة من هو دونه في القوة كالاخ لاب قال رحمه الله (لا بنكاح محرم) أي لا يرث الكافر بنكاح محرم كما اذا تزوج المجوسي أمه أو غيرها من المحارم لا يرث منها بالنكاح أما عندهما فظاهر لان النكاح لم يصح وأما عند أبي حنيفة رضي الله عنه فلانه وان كان له حكم الصحة لكن لا يقر عليه اذا أسلم فكان كالفاسد قال رحمه الله (ويرث ولد الزنا واللعان بجهة الام فقط) لان نسبه من جهة الاب منقطع فلا يرث به ومن جهة الام ثابت فيرث به أمه واخوته من الام بالفرض لا غير وكذا ترثه أمه واخوته من امه فرضا لا غير ولا يتصور أن يرث هو أو يورث بالعصوبة الا بالولاء أو الولاد فيرثه من أعتقه أو أعتق أمه أو ولده بالعصوبة وكذا هو يرث معتقه أو معتق معتقه أو ولده بذلك قال رحمه الله (ووقف للحمل حظ ابن) أي اذا ترك الميت امرأته حاملا أو غيرها ممن يرثه ولدها وقف لاجله نصيب ابن واحد وهذا قول أبي يوسف رحمه الله وعنه يوقف نصيب ابنين وهو قول محمد رحمه الله لان ولادة الاثنين معتاد وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه يوقف نصيب أربعة بنين أو أربع بنات أيهما أكثر لانه يتصور ولادة أربعة في بطن واحد فيترك نصيبهم احتياطا والفتوى على الاول لان ولادة الواحد هو الغالب والاكثر منه موهوم والحكم للغالب ويؤخذ كفيلا من الورثة على قوله لاحتمال أن يكون أكثر وهذا اذا كان في الورثة ولد وأما اذا لم يكن فيهم ولد فلا يختلف الميراث بينهم بكثرة الاولاد وقلتهم وجملة الامر لا يخلو إما أن يكون الورثة كلهم أولادا أولا فان كانوا كلهم أولادا يترك ما ذكرنا من العدد على الاختلاف وان لم يكونوا كلهم أولادا فلا يخلو إما أن يكون فيهم أولاد أولا فان كان فيهم أولاد يعطى كل وارث هو غير الولد نصيبه ثم يقسم الباقي على الاولاد ويترك نصيب الحمل منه على الاختلاف الذي ذكرناه وان لم يكن في الورثة ولد والحمل من الميت يعطى كل وارث منهم نصيبه على تقدير أن الحمل ذكر أو أنثى أيهما أقل وان كان على أحد التقديرين يرث دون الآخر فلا يعطى شيأ وكذا اذا كان فيهم من لا يرث على تقدير ولادته حيا وعلى تقدير ولادته ميتا يرث فلا يعطى شيأ للاحتمال وان كان نصيبه على أحد التقديرين أكثر يعطى الاقل للتيقن به ويوقف الباقي قال رحمه الله (ويرث ان خرج أكثره فمات لا أقله) أي الحمل يرث ان خرج أكثره وهو حي ثم مات وان خرج أقله وهو حي فمات لا يرث لان انفصاله حيا من البطن شرط لارثه والاكثر يقوم مقام الكل ثم ان خرج مستقيما فالمعتبر صدره وان خرج منكوسا فالمعتبر سرته وقد بيناه من قبل قال رحمه الله (ولا توارث بين الغرقى والحرقى الا اذا علم ترتيب الموتى) أي اذا مات جماعة في الغرق أو الاحتراق ولا يدرى أيهم مات أولا جعلوا كأنهم ماتوا جميعا معا فيكون مال كل واحد منهم لورثته ولا يرث بعضهم بعضا الا اذا عرف ترتيب موتهم فيرث المتأخر من المتقدم وهو قول أبي بكر وعمر وزيد واحدى الروايتين عن علي رضي الله عنهم وانما كان كذلك لان الارث يبتنى على اليقين بسبب الاستحقاق وشرطه وهو حياة الوارث بعد موت المورث ولم يثبت ذلك فلا يرث بالشك وقال ابن مسعود رضي الله عنه يرث بعضهم بعضا الا ما ورث كل واحد منهما من صاحبه وهو احدى الروايتين عن علي رضي الله عنه ووجهه أن حياة كل واحد منهم كانت ثابتة بيقين والاصل بقاؤها الى ما بعد موت الآخر ولان الحادث يضاف الى أقرب الاوقات فكأن كل واحد منهم مات بعد موت الآخر فيرث منه الا مما ورثه منه للتعذر لان تقديره حيا بعد موته حتى يرث ماله من وارثه محال قلنا اذا استحال في حق البعض استحال في حق الكل اذ سبب الارث متحد لا يقبل التجزي وظاهر حياتهم يصلح للدفع لا للاستحقاق وكذلك الحكم اذا ماتوا بانهدام الجدار عليهم أو في المعركة ولا يدرى أيهم مات أولا قال رحمه الله (وذو رحم) وهو معطوف على العصبة أي ويقسم ماله بين ورثته وهم ذو فرض وعصبة وذو رحم قال رحمه الله (وهو قريب ليس بذي سهم وعصبة) أي ذو الرحم هو قريب ليس بوارث بفرض ولا بعصوبة وهذا على اصطلاح أهل هذا العلم وفي

(قوله فرضا لا غير) فلو مات شخص عن بنت وأم وأخ توأم من الزنا أو اللعان فالمال للبنت والام أرباعا فرضا وردا ولا شيء للتوأم لانه أخوه لامه فلا يرث مع البنت شيأ اه (قوله أو غيرها ممن يرثه ولدها) كأمه أو امرأة أخيه أو امرأة جده اه (قوله ويؤخذ كفيل) الذي بخط الشارح ويؤخذ كفيلا اه

الحقيقة الوارث لايخرج من أن يكون ذا رحم وتحته ثلاثة أنواع قريب هو ذو سهم وقريب هو عصبة وقريب هو وليس بذى سهم ولا عصبة ومضى الكلام فى الاولين وبقى فى الثالث فنقول عندنا هم يرثون عند عدم النوعين الاولين وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم غير زيد بن ثابت رضى الله عنه فانه قال لا ميراث لذوى الارحام بل يوضع فى بيت المال وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله لما روى عن عطاء ابن يسار أن رجلا من الانصار جاء الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقال يا رسول الله رجل هلك وترك عمته وخالته فسأل النبى صلى الله عليه وسلم وهو واقف على حماره فوقف ثم رفع يديه وقال اللهم رجل هلك وترك عمته وخالته فسأله الرجل ويفعل النبى صلى الله عليه وسلم ذلك ثلاث مرات ثم قال لا شئ لهما وفى بعض رواياته لا أرى ينزل على شئ لا شئ لهما وروى أنه قال لا أجد لهما شيأ واذا لم ينزل عليه لا يمكن اثباته بالرأى لان المقادير لا يمكن اثباتها بالرأى ولنا ما روى عن ابن عباس رضى الله عنهما أن النبى صلى الله عليه وسلم آخى بين أصحابه فكانوا يتوارثون بذلك حتى نزلت وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله فتوارثوا بالنسب وعن المقداد بن معديكرب عن النبى صلى الله عليه وسلم قال من ترك مالا فلورثته وأنا وارث من لا وارث له أعقل عنه وأرثه والخال وارث من لا وارث له يعقل عنه ويرثه رواه أحمد وأبو داود وغيرهما وحين مات ثابت بن الدحداح وكان غريبا أتيا لا يعرف من أين هو قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعاصم بن عدى هل تعرفون له فيكم نسبا قال لا يا رسول الله فدعا رسول الله صلى الله عليه وسلم أبا لبابة بن المنذر ابن أخته فأعطاه ميراثه وعن أمامة بن سهل أن رجلا رمى رجلا بسهم فقتله وليس له وارث الا خال فكتب فى ذلك أبو عبيدة الى عمر فكتب عمر رضى الله عنه ان النبى صلى الله عليه وسلم قال الله ورسوله مولى من لا مولى له والخال وارث من لا وارث له وقال الترمذى حديث حسن وقال الطحاوى هذه آثار متصلة قد تواترت عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعلى هذا كانت الصحابة رضى الله عنهم حتى روى عن عمر رضى الله عنه فى عم لام وخالة أعطى العم الثلثين والخالة الثلث وقال عبد الله ابن مسعود رضى الله عنه فيمن ترك عمة وخالة للعمة الثلثان وللخالة الثلث وكان المسلمون اذا لم يكن للميت وارث يرثونه جميعا وهو المراد ببيت المال فاذا كان بعضهم اليه أقرب من بعض ورث ماله ولولا خوف الاطالة لأوردنا ما حكى عن السلف من أفراد الواقعات وما رووه منقطع ومن مذهب الخصم أن لا يكون حجة فكيف يحتج به على غيره ومثله غير ملزم ثم هو لو ثبت لم يكن فيه أيضا عندنا حجة فى دفع مواريث ذوى الارحام لانه يعارض ما تلونا من الآية ويحتمل أن يكون هنالك من هو أولى منهما أو قبل نزول الآية ويحتمل قوله عليه الصلاة والسلام لا شئ لهما أراد به الفرض أى لا فرض لهما مقدر ونحن نقول به فان قيل لا حجة لكم فى الآية لانها نزلت ردا للتوارث بالاخاء وهو الموالاة ويحتمل أن يكون المراد بها العصبة وأصحاب السهام وليس فيها دلالة على أن المراد بها غيرهم قلنا العبرة لعموم اللفظ لا لخصوص السبب وهى عامة فيعمل بعمومها على أن كثيرا من أصحاب الشافعى رضى الله عنه منهم ابن سريج خالفوه وذهبوا الى توريث ذوى الارحام وهو اختيار فقهائهم للفتوى فى زماننا لفساد بيت المال وصرفه فى غير المصارف قال رحمه الله (ولا يرث مع ذى سهم وعصبة سوى أحد الزوجين لعدم الرد عليهما) أى لا يرث ذوو الارحام مع وجود ذى فرض أو عصبة الا اذا كان صاحب الفرض أحد الزوجين فيرثون معه لعدم الرد عليه لان العصبة أولى منه وكذا الرد على ذوى السهام أولى من ذوى الارحام لانهم أقرب الا الزوجين فانهما لا قرابة لهما مع الميت وإرثهما نظير الدين فان صاحب الدين لا يرد عليه ما فضل بعد قضاء الدين فكذا لا يرد عليهما ما فضل من فرضهما على ذلك كان عامة الصحابة رضى الله عنهم وكان عثمان بن عفان رضى الله عنه يرد على الزوجين أيضا وكان زيد بن ثابت رضى الله عنه لا يرى الرد على أحد من ذوى الفروض وما فضل منهم يوضع فى بيت المال عنده وقد عرف فى موضعه قال رحمه الله (وترتيبهم كترتيب العصبات) أى ترتيب ذوى الارحام فى

(قوله وكان غريبا أتيا) قال فى المغرب والاتى والاتاوى الغريب وقال ابن الاثير وفيه أنه سأل عاصم بن عدى عن ثابت بن الدحداح فقال انما هو أتى فينا أى غريب وفى المصباح وأتى الرجل القوم انتسب اليهم وليس منهم فهو أتى على فعيل ومنه قيل للسيل يأتى من موضع بعيد ولا يصيب تلك الارض أتى أيضا اه

الارث

الارث كترتيب العصبات يقدّم فروع الميت كأولاد البنات وان سفلوا ثم أصوله كالاجداد الفاسدين والجدّات الفاسدات وان علوا ثم فروع أبويه كأولاد الاخوات وبنات الاخوة وبنى الاخوة لام وان نزلوا ثم فروع جدّيه وجدّتيه كالعمات والاعمام لام والاخوال والخالات وان بعدوا فصاروا أربعة أصناف وروى أبو سليمان عن محمد بن الحسن عن أبى حنيفة رضى الله عنهم أن أولاهم بالميراث الاصول والاوّل أصح لان الفروع أقرب كما فى العصبات قال رحمه الله (والترجيح بقرب الدرجة) لان ارثهم بطريق العصوبة فيقدّم الاقرب على الابعد فى كل صنف منهم كما فى العصبات قال رحمه الله (ثم يكون الاصل وارثا اذا استووا فى الدرجة فمن يدلى بوارث أولى من كل صنف) لان الوارث أقوى قرابة من غير الوارث بدليل تقديمه عليه فى استحقاق الارث فكان من يدلى به أقوى وللقوة تأثير فى التقديم ألا ترى أن بنى الاعيان يقدّمون على بنى العلات فى العصوبة لهذا المعنى قال رحمه الله (وعند اختلاف جهة القرابة فلقرابة الاب ضعف قرابة الام) أى اذا كان بعض ذوى الارحام من جهة الاب وبعضهم من جهة الام كان لمن هو من جهة الاب الثلثان ومن جهة الام الثلث لما روينا من قضية عمر وابن مسعود رضى الله عنهما ولان قرابة الاب أقوى فيكون لهم الثلثان والثلث لقرابة الام وهذا لا يتصور فى الفروع وانما يتصور فى الاصول والعمات والاخوال قال رحمه الله (وان اتفق الاصول فالقسمة على الابدان) أى ان اتفقت صفة من يدلون به فى الذكورة والانوثة ولم يختلفوا فيها كانت القسمة على أبدانهم حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين والمراد بالاصول المدلى بهم سواء كانوا أصولا لهم أو لم يكونوا قال رحمه الله (والا فالعدد منهم والوصف من بطن اختلف) أى ان لم تتفق صفة الاصول يعتبر العدد من الفروع أى المدلون بهم والصفة من بطن اختلف فيقسم المال على ذلك البطن فيعتبر عدد كل واحد فى ذلك البطن بعدد فروعه حتى يجعل الذكر الذى فى ذلك البطن ذكورا بعدد فروعه والانثى الواحدة إناثا بعدد فروعها ويعطى الفروع ميراث الاصول واذا كان فيهم بطون مختلفة يقسم المال على أوّل بطن اختلف على الصفة التى ذكرنا ثم يجعل الذكور طائفة والاناث طائفة بعد القسمة فما أصاب الذكور يجمع ويقسم على أوّل بطن اختلف بعد ذلك وكذا ما أصاب الاناث وهكذا يعمل الى أن ينتهى الى الذين هم أحياء وهذا قول محمد رحمه الله وعند أبى يوسف والحسن بن زياد رحمهما الله يعتبر أبدان الفروع سواء اتفقت صفة الاصول فى الذكورة والانوثة أو اختلفت ولو كان لبعضهم جهتان أو أكثر تعتبر الجهتان أو الجهات فيرث بكل جهة غير أن أبا يوسف رحمه الله يعتبرها فى الفروع ومحمد رحمه الله فى الاصول بخلاف الجدة حيث لا ترث الا بجهة واحدة عند أبى يوسف رحمه الله وذو الرحم يرث بالجهتين عنده فى الصحيح والفرق له على هذه الرواية أن الجدة تستحق الارث باسم الجدة والاسم لا يختلف بينهن وإرث ذوى الارحام بالقرابة فيتعدّد بتعدّدها وقول محمد رحمه الله أصح فى ذوى الارحام جميعا وهو أشهر الروايتين عن أبى حنيفة رحمه الله قال رحمه الله (والفروض نصف وربع وثمن وثلثان وثلث وسدس) أى الفروض المقدرة بكتاب الله تعالى هذه الستة وهى نوعان على التنصيف ان بدأت بالاكثر أو على التضعيف ان بدأت بالاقل فتقول النصف ونصفه ونصف نصفه والثلثان ونصفهما ونصف نصفهما أو تقول الثمن وضعفه وضعف ضعفه والسدس وضعفه وضعف ضعفه قال رحمه الله (ومخارجها اثنان للنصف وأربعة وثمانية وثلاثة وستة لسميها واثنا عشر وأربعة وعشرون بالاختلاط) أى مخارج هذه الفروض المذكورة وهى الستة سبعة اثنان الى آخر ما ذكر وأراد بالاختلاط اختلاط أحد النوعين بالآخر فحاصله أن هذه الفروض لا تخلو إما أن يجىء كل فرض منها منفردا أو مختلطا بغيره فان جاء منفردا فمخرج كل فرض سميه وهو المخرج الذى يشاركه فى الحروف الا النصف فانه من اثنين وليس بسمى له وذلك مثل الثمن من ثمانية والسدس من ستة والثلث من ثلاثة والربع من أربعة

(قوله فى المتن والترجيح بقرب الدرجة) كبنت البنت أولى من بنت بنت الابن اه (قوله فمن يدلى بوارث أولى من كل صنف) كبنت بنت الابن أولى من ابن بنت البنت لانها ولد وارث فانها ولد بنت الابن وهى صاحبة فرض وابن بنت البنت ولد بنت البنت وهى ذات رحم اه ضوء (قوله فى المتن فالقسمة على الابدان) وهذا بلا خلاف اه كافى (قوله حتى يجعل بينهم للذكر مثل حظ الانثيين) كما اذا ترك ابن بنت وبنت بنت فالمال بينهما للذكر مثل حظ الانثيين اتفاقا اه (قوله والصفة من بطن اختلف) وهذه صورته ليس فى خط الشارح بل هو حاشية ألحقت اه (قوله وقول محمد أصح فى ذوى الارحام) قال صاحب الضوء رحمه الله وكان شيخنا الامام نجم الدين يقول ان مشايخ بخارى أخذوا بقول أبى يوسف فى مسائل ذوى الارحام والحيض لانه أيسر على المفتى اه قوله ذوى الارحام والحيض أى فى الطهر المتخلل بين الدمين فان قول محمد فيه مشتمل على تفاصيل متعددة يشق على المفتى والمستفتى ضبطها وقد ذكرت فى المبسوط والله أعلم

وان جاء مختلطا بغيره فلا يخلو إما أن يختلط كل نوع بنوعه أو أحد النوعين بالنوع الآخر فان اختلط كل نوع بنوعه فمخرج الاقل منه يكون مخرجا للكل لان ما كان مخرجا لجزء يكون مخرجا لضعفه ولضعف ضعفه كالثمانية مخرج للثمن أو الستة مخرج للسدس ولضعفه ولضعف ضعفه فان اختلط أحد النوعين بالنوع الآخر فمخرجهما من أقل عدد يجمعهما واذا أردت معرفة ذلك انظر مخرج كل واحد من الفرضين على حدة ثم انظر هل بينهما موافقة أولا فان كان بينهما موافقة فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر وان لم يكن بينهما موافقة فجميع أحدهما فى جميع الآخر فالمبلغ مخرج الفرضين ثم اذا اختلط النصف من الاول بكل الثانى أو ببعضه فهو من ستة لان بين مخرج النصف والسدس موافقة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر بلغ ستة وان اختلط بالثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما فى جميع الآخر يبلغ ستة واذا اختلط الربع من الاول بكل الثانى أو ببعضه فهو من اثنى عشر لان مخرج الربع وهو الاربعة يوافق مخرج السدس وهو الستة بالنصف فاذا ضربت وفق أحدهما فى جميع الآخر بلغ اثنى عشر ومنه يخرج الجزآن وان كان المختلط به الثلث أو الثلثين فلا موافقة بين المخرجين فاضرب أحدهما فى الآخر يبلغ اثنى عشر وان كان المختلط بالثانى هو الثمن فان كان المختلط به السدس فبين المخرجين موافقة بالنصف وان كان المختلط به الثلثين فلا موافقة بينهما فاضرب ثلاثة فى ثمانية تبلغ أربعا وعشرين فمنه يخرج الجزآن فصارت جملة المخارج سبعة ولا يجتمع أكثر من أربع فروض فى مسئلة واحدة ولا يجتمع من أصحابها أكثر من خمس طوائف ولا ينكسر على أكثر من أربع طوائف قال رحمه الله (وتعول بزيادة) أى تعول هذه المخارج بزيادة من أجزاء المخرج اذا اجتمع فى مخرج فروض كثيرة بحيث لا تكفى أجزاء المخرج لذلك فيحتاج الى العول بزيادة من أجزاء المخرج فترتفع المسئلة والعول الارتفاع ومنه عال الميزان اذا ارتفع فسمى عولا لارتفاع المسئلة أو لما فيه من الميل عن الفرض المقدر والعول الميل والجور يقال عال الحاكم فى حكمه اذا مال وجار ومنه قول الله تبارك وتعالى ذلك أدنى أن لا تعولوا والمراد بالعول عول بعضها لان كلها لا يعول وانما يعول ثلاثة منها الستة واثناعشر وأربعة وعشرون والاربعة الاخر لا تعول قال رحمه الله (فستة تعول الى عشرة وترا وشفعا) يريد بالوتر السبعة والتسعة وبالشفع الثمانية والعشرة فمثال عولها الى سبعة زوج وأختان لابوين أو لاب أو زوج وجدة وأخت لاب ومثال عولها الى ثمانية زوج وأخت من أب وأختان من أم أو زوج وثلاث أخوات متفرقات أو زوج وأم وأخت من أب أو زوج وأختان من أبوين وأخت من أم أو زوج وأم وأختان من أب ومثال عولها الى تسعة زوج وثلاث أخوات متفرقات وأم أو زوج وأختان من أب وأختان من أم أو زوج وأختان من الابوين وأم وأخت من أم ومثال عولها الى عشرة زوج وأختان من أب وأختان من أم وأم قال رحمه الله (واثناعشر الى سبعة عشر وترا) أى اثناعشر تعول الى سبعة عشر وترا لا شفعا والمراد بالوتر ثلاثة عشر وخمسة عشر وسبعة عشر فمثال عولها الى ثلاثة عشر زوج وبنتان وأم أو زوجة وأختان لابوين وأخت لام أو زوج وبنت ابن وأم أو جدة ومثال عولها الى خمسة عشر زوج وبنتان وأبوان أو زوجة وأختان لاب وأختان لام ومثال عولها الى سبعة عشر أربع أخوات لام وثمانى اخوات لاب وجدتان وثلاث زوجات قال رحمه الله (وأربعة وعشرون الى سبعة وعشرين) أى أربعة وعشرون تعول الى سبعة وعشرين وما فيها إلا عولة واحدة وهى المنبرية وتسمى التسعية وهى زوجة وأبوان وبنتان سميت بذلك لان عليا رضى الله تعالى عنه سئل عنها وهو على المنبر فقال عاد ثمنها تسعا ومر تجلا ومضى فى خطبته ولا تعول أكثر من ذلك الا عند ابن مسعود رضى الله تعالى عنه فانها تعول عنده الى أحد وثلاثين فيما اذا ترك امرأة وأختين لام وأما وأختين لاب وابنا كافرا أو رقيقا أو قاتلا له لان من أصله أن المحروم يحجب حجب نقصان دون الحرمان فيكون للمرأة الثمن عنده

(قوله أو زوج وبنت ابن وأم أو جدة) (١) كذا هو بخط الشارح اه (قوله ومثال عولها الخ) وانظر الى لطف هذا التمثيل لان المسئلة عالت الى سبعة عشر وعدد رؤس الورثة أيضا سبعة عشر اه

(١) قول المحشى كذا هو بخط الشارح أى بنت ابن بالافراد يعنى ولا عول مع الافراد والصواب بنتا ابن بالتثنية والعول عليها ظاهر اه مصححه

ولام

وللام السدس وللاختين لاب الثلثان وللاختين لام الثلث ومجموع ذلك أحد وثلاثون فاذا فرغنا من ذلك جئنا الى التصحيح فلابد للتصحيح من معرفة أربعة أشياء التماثل والتداخل والتوافق والتباين بين العددين ليتمكن من العمل فى التصحيح فنقول ان كان أحد العددين مثلا للآخر فهى المماثلة فيكتفى بضرب أحدهما عن الآخر وان لم يكن مثلا له فان كان الاقل جزأ للاكثر فهى المداخلة وان لم يكن جزأ له فان توافقا فى جزء فهى الموافقة بينهما وان لم يتوافقا فى جزء فهى المباينة ولا يخلو عددان اجتمعا من أحد هذه الاحوال الاربعة لانهما إما ان يتساويا أولا فان تساويا فهى المماثلة وان لم يتساويا فلا يخلو إما أن يكون الاقل جزأ للاكثر أولا فان كان جزأ له فهى المداخلة وان لم يكن جزأ له فلا يخلو إما أن يتفقا فى جزء أولا فان اتفقا فيه فهى الموافقة وان لم يتفقا فيه فهى المباينة وطريق معرفة كل واحد منها مذكورة فى المطولات وهذه الاربعة كلها جارية بين الرؤس والرؤس وكذا بين الرؤس والسهام الا المداخلة فان العمل فيها كالموافقة اذا كانت الرؤس أكثر وكالمماثلة اذا كانت السهام أكثر لانها تنقسم عليهم كما تنقسم عليهم المماثلة وفائدة التصحيح بيان كيفية العمل فى القسمة بين المستحقين من أقل عدد يمكن على وجه يسلم الحاصل لكل واحد من الكسر ولهذا سمى تصحيحا قال رحمه الله (وان انكسر حظ فريق ضرب وفق العدد فى الفريضة ان وافق) أى اذا انكسر نصيب طائفة من الورثة ينظر بين رؤسهم وسهامهم فان كان بينهما موافقة ضرب وفق عددهم فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فالمبلغ تصحيح المسئلة كجدة وأخت لام وعشرين أختا لاب أصلها من ستة فللجدة سهم وكذا للاخت للام وللاخوات لاب أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق رؤسهن بالربع فاضرب ربع رؤسهن وهو خمسة فى أصل المسئلة وهى ستة تبلغ ثلاثين ومنها تصح قال رحمه الله (والا فالعدد فى الفريضة فالمبلغ مخرجه) أى ان لم توافق الرؤس السهام فاضرب عدد الرؤس فى الفريضة وهى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو التصحيح فى المسئلتين أى فى المباينة والموافقة وقد ذكرنا مثال الموافقة ومثال المباينة زوج وسبع أخوات لاب أصلها من ستة وتعول الى سبعة للزوج النصف ثلاثة وللاخوات الثلثان أربعة فلا تنقسم عليهن ولا توافق فاضرب رؤسهن فى الفريضة تبلغ تسعة وأربعين فنها تصح قال رحمه الله (وان تعدد الكسر وتماثل ضرب واحد) أى اذا انكسر على أكثر من طائفة واحدة وتماثل أعداد رؤس المنكسر عليهم يضرب فريق واحد فى أصل المسئلة وعولها ان كانت عائلة فما بلغ من الضرب فهو تصحيح المسئلة مثاله ست أخوات لاب وأم وثلاث اخوات لام وثلاث جدات أصلها من ستة وتعول الى سبعة للاخوات لاب وأم الثلثان أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ثلاثة وللاخوات للام الثلث سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللجدات السدس سهم لا ينقسم عليهن ولا يوافق فاجتمع معك ثلاثة أعداد متماثلة فاضرب واحدا منها فى الفريضة تبلغ أحدا وعشرين فنها تصح ولو كان بعض الاعداد متماثلة دون البعض ضربت رؤس فريق واحد من المتماثلين فى عدد رؤس الفريق المباين لهم أو فى وفقه ان وافق فما بلغ ضربته فى الفريضة فما بلغ صحت منه المسئلة مثاله لو كان عدد الاخوات خمسا مثلا فى المثال المذكور والمسئلة بحالها ضربت ثلاثة فى خمسة تبلغ خمسة عشر ثم اضرب خمسة عشر فى الفريضة وهى سبعة تبلغ مائة وخمسة فنها تصح ولو ترك تسع اخوات لاب وتسع أخوات لام وخمس عشرة جدة ضربت التسعة فى خمسة فما بلغ فى الفريضة فنها تصح وعلى هذا لو كان المباين أكثر من طائفة واحدة تضرب ما بلغ من الضرب الاول فيه أو فى وفقه ثم ما بلغ فى الفريضة فما بلغ فنه تصح المسئلة مثاله أربع زوجات وخمس أخوات لام وثلاث جدات وثلاث أخوات لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر ولا تنقسم على الكل ولا توافق فعدد الاخوات لاب يماثل الجدات فيستغنى بأحدهما فتضرب ثلاثة فى أربعة

(قوله تبلغ تسعة وأربعين) للاخوات لاب أربعة أسباعها ٢٨ لكل أربعة وللزوج ثلاثة أسباعها ٢١ اهـ (قوله تبلغ أحدا وعشرين) للاخوات لاب أربعة أسباعها ١٢ لكل سهمان وللاخوات لام سبعاها ٦ لكل سهمان وللجدات سبعها ٣ لكل سهم اهـ (قوله تبلغ مائة وخمسة الخ) للاخوات لاب وأم ٦٠ لكل اثناعشر وللاخوات لام ٣٠ لكل عشرة وللجدات خمسة عشر لكل ٥ اهـ (١) (قوله تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر الخ) للاخوات لاب أربعة أسباعها ١٨٠ لكل ٢٠ وللاخوات لام سبعاه ٩٠ لكل ١٥ وللجدات سبعها ٤٥ لكل ٣ اهـ

(١) قول المحشى قوله تبلغ ثلثمائة وخمسة عشر ليست هذه الجملة فى شئ من نسخ الشارح التى بأيدينا فحرر اهـ مصححه

تبلغ اثنى عشر ثم فى خمسة تبلغ ستين ثم تضرب الستين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ ألفا وعشرين فمنها تصح المسئلة قال رحمه الله (١) (وان توافق فالوفق والا فالعدد فى العدد ثم وثم ثم المبلغ فى الفريضة وعولها) أى اذا توافق بين أعداد الرؤس فاضرب وفق أحدهما فى جميع الآخر وان لم توافق فاضرب جميع أحدهما فى جميع الآخر ثم اضرب ما بلغ فى وفق الثالث ان وافق المبلغ الثالث وان لم يوافق فاضرب كله فيه فما بلغ فاضرب به فى الفريضة فما بلغ فمنه تصح المسئلة ولو كان فريق رابع ضربت فيه ما بلغ من ضرب الرؤس فى الرؤس ان لم يوافقه وان وافقه ففى الوفق ثم ما بلغ فى أصل المسئلة فما بلغ منه تصح فمثال الموافقة أربع زوجات وثمانى عشرة أختا لام واثنتا عشرة جدة وخمس عشرة أختا لاب أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات لام الثلث أربعة لا تنقسم عليهن وتوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف تسعة وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ويوافق بالنصف فرد رؤسهن الى النصف ستة وللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق فبين خمسة عشر والستة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر يبلغ ثلاثين ثم بين الثلاثين والتسعة موافقة بالثلث فاضرب ثلث أحدهما فى جميع الآخر يبلغ تسعين ثم بين التسعين والاربعة موافقة بالنصف فاضرب نصف أحدهما فى جميع الآخر يبلغ مائة وثمانين ثم اضرب المائة والثمانين فى الفريضة وهى سبعة عشر يبلغ ثلاثة آلاف وستين ومنها تصح ومثال المباينة خمس أخوات لاب وثلاث أخوات لام وسبع جدات وأربع زوجات أصلها من اثنى عشر وتعول الى سبعة عشر فللاخوات لاب الثلثان ثمانية لا تنقسم عليهن ولا توافق وللاخوات للام الثلث أربعة لا تنقسم عليهن ولا توافق وللجدات السدس سهمان لا ينقسم عليهن ولا يوافق وللزوجات الربع ثلاثة لا تنقسم عليهن ولا توافق فالخمسة لا توافق الثلاثة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ خمسة عشر وخمسة عشر لا توافق الاربعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ ستين والستون لا توافق السبعة فاضرب احداهما فى الاخرى تبلغ أربعمائة وعشرين ثم اضرب أربعمائة وعشرين فى الفريضة وهى سبعة عشر تبلغ سبعة آلاف ومائة وأربعين فمنها تصح ثم اذا أردت أن تعرف نصيب كل فريق على حدة من التصحيح فاضرب رؤس كل فريق فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ فاضرب به فى عدد رؤس فريق مخالف لهم ان لم يكن بينهما موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب به فى الوفق فما بلغ فاضرب به فى رؤس الفريق الثالث أو فى وفقه وهكذا تفعل الى أن تنتهى الرؤس فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وان شئت ضربت ما كان لهم من المسئلة فى مبلغ الرؤس فالمبلغ من الضرب نصيبهم واذا أردت أن تعرف نصيب كل واحد من آحاد الفريق ضربت رأس كل واحد منهم فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ ضربته فى عدد رؤس المخالف لهم ان كان بين رؤسهما مباينة وان كان بينهما موافقة فاضرب به فى وفقه فما بلغ فاضرب به فى عدد رؤس الفريق الثالث أو فى وفقه ان كان بينهما موافقة فما بلغ فاضرب به فى الرابع أو فى وفقه كذلك فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت قسمت مبلغ الرؤس على رؤس كل فريق فما أصاب الواحد ضربته فيما كان لهم من أصل المسئلة فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت عكست بأن تقسم ما كان لكل فريق من أصل المسئلة على عدد رؤسهم فما أصاب الواحد ضربته فى مبلغ الرؤس فما بلغ فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وان شئت نسبت سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم فما وجدت نسبته أخذت بمثل تلك النسبة من مبلغ الرؤس فهو نصيب كل واحد من آحاد ذلك الفريق وله طريق أخرى مذكورة فى المطولات قال رحمه الله (وما فضل يرد على ذوى الفروض بقدر فروضهم الا على الزوجين) أى يرد ما فضل من فرض ذوى الفروض اذا لم يكن ثمة عصبة على ذوى الفروض بقدر سهامهم الا على

الزوجين

(قوله تبلغ ألفا وعشرين الخ) كان للزوجات من أصل المسئلة ٣ تضرب بها فى ٦٠ يحصل ١٨٠ لكل ٤٠ وكان للاخوات للام من أصل المسئلة ٤ تضرب بها فى ٦٠ يحصل ٢٤٠ لكل ٤٨ وكان للجدات من أصل المسئلة ٢ تضرب بها فى ٦٠ يحصل ١٢٠ لكل ٤٠ وكان للاخوات لاب من أصل المسئلة ٨ تضرب بها فى ٦٠ يحصل ٤٨٠ لكل ١٦٠ والله أعلم (قوله فى المتن وان تداخل فالاكثر) لم يكن فى نسخة الشارح ولم يذكر الشارح له شرحا ولا مثالا فلعله سها عنه اه

(١) قول المتن وان توافق الخ سقط قبل ذلك من نسخ الشرح جملة من المتن نبه على سقوطها المحشى وهى وان تداخل فالاكثر وهى موجودة فى نسخ المتن وشرحها العينى اه مصححه

الزوجين فانهما لا يردّ عليهما وهو قول عامة الصحابة رضى الله عنهم وبه أخذ أصحابنا رحمهم الله وقال زيد بن ثابت رضى الله عنه الفاضل لبيت المال وبه أخذ مالك والشافعى رحمهما الله وقال عثمان بن عفان رضى الله عنه يردّ على الزوجين أيضا لان الفريضة لو دخلها نقص بالعول عالت على الكل فوجب أن يكون ضده من الزيادة للكل ليكون الخراج بالضمان والغنم بالغرم وجه من منع الردّ مطلقا أن النص قدّر فرض كل واحد من الورثة فلا تجوز الزيادة عليه ولان المقادير لا يمكن اثباتها بالرأى فامتنع أصلا ولنا قوله تبارك وتعالى وأولوا الارحام بعضهم أولى ببعض فى كتاب الله وهو الميراث فيكون أولى من بيت المال ومن الزوجين الا فيما ثبت لهما بالنص وكان ينبغى أن يكون ذلك لجميع ذوى الارحام لاستوائهم فى هذا الاسم الا أن أصحاب الفرائض قدّموا على غيرهم من ذوى الارحام لقوّة قرابتهم ألا ترى أنهم يقدمون فى الارث فكانوا أحق به ومن حيث السنة ما روى أن النبى صلى الله عليه وسلم دخل على سعد يعوده فقال يا رسول الله ان لى مالا ولا يرثنى الا ابنتى الحديث ولم ينكر عليه رسول الله صلى الله عليه وسلم حصر الميراث على ابنته ولولا أن الحكم كذلك لانكر عليه ولم يقرّه على الخطا لاسيما فى موضع الحاجة الى البيان وكذا روى أن امرأة أتت الى النبى صلى الله عليه وسلم فقالت يا رسول الله انى تصدّقت على أمى بجارية فماتت أمى وبقيت الجارية فقال وجب أجرك ورجعت اليك فى الميراث فجعل الجارية راجعة اليها بحكم الميراث وهذا هو الردّ ولان أصحاب الفرائض ساووا الناس كلهم وترجحوا بالقرابة فيترجحون بذلك من المسلمين وروى عن ابن مسعود رضى الله تعالى عنه أنه لم يردّ على بنت ابن مع بنت الصلب ولا على أخت لاب مع الاخت لابوين ولا على اخوة من أم مع الام ولا على جدّة الا أن لا يكون وارث غيرها وبه أخذ علقمة لان الفاضل من الفرض مأخوذ بطريق العصوبة فيقدم فيه الاقرب فالاقرب وميراث الجدة السدس كان طعمة فلا يزاد عليه الا أن لا يكون ثمة وارث غيرها فتكون هى أولى من الاجانب قلنا هذا الرجحان غير معتبر شرعا ولهذا لم يحجب البعض بالبعض ودخل النقص على الكل عند النقص بالعول غير أنه أثر فى تفضيل النصيب عند الاجتماع فيفضل فى الفاضل أيضا وادخال النقص على الزوجين بالعول مما يوافق الدليل النافى لارثهما لان ارثهما ثبت بالنص على خلاف القياس وأخذ الزيادة مما يخالف النافى لارثهما فلا يمكن اثباته بالقياس لان ما ثبت على خلاف القياس يقتصر عليه وتقدير النصيب لكل واحد من الاقارب تخصيص بالذكر وذلك لا يمنع استحقاق الزيادة ولا يتعرض لها أصلا لا بالنفى ولا بالاثبات فأثبتناه بدليل آخر على ما ذكرناه ولان النصوص المذكورة فى تعيين نصيب كل واحد منهم تثبته فرضا والاخذ بطريق الردّ ليس بفرض وانما هو بطريق العصوبة فلا يمتنع ثبوته بدليل آخر كما ثبت ذلك فى بعض العصبات حيث يأخذ الفرض بالنص ثم يأخذ الباقى بدليل آخر ولا يعدّ ذلك زيادة على النص وانما هو عمل بمقتضى الدليلين ولم نثبته بالرأى بل بالنص على ما بينا ثم مسائل الباب أربعة أقسام إما أن يكونوا جنسا واحدا أو أكثر عند عدم من لا يردّ عليه أو عند وجوده فلا تخرج مسائله عن هذه الاربعة على ما يجىء فى أثناء البحث والله أعلم قال رحمه الله (فان كان من يردّ عليه جنسا واحدا فالمسئلة من رؤسهم كبنتين أو أختين) لانهما لما استويا فى الاستحقاق صارا كابنين أو أخوين فيجعل المال بينهما نصفين وكذا الجدّتان لما ذكرنا والمراد بالاختين أن يكونا من جنس واحد بأن يكون كلاهما لاب أو لام أو لابوين قال رحمه الله (والا فمن سهامهم فمن اثنين لو سدسان وثلاثة لو ثلث وسدس وأربعة لو نصف وسدس وخمسة لو ثلثان وسدس أو نصف وسدسان أو نصف وثلث) أى ان لم يكن من يردّ عليه جنسا واحدا بأن كان جنسين أو ثلاثة تجعل المسئلة من سهامهم فتجعل من اثنين لو اجتمع سدسان كجدة وأخت لام ومن ثلاثة اذا اجتمع ثلث وسدس كأخوين لام وجدة أو أم وأخ لام أو أم وأخوين لام ومن أربعة اذا اجتمع نصف وسدس كبنت وبنات ابن أو أخت لابوين وأخوات

لاب أو أخت لاب وأخ لام أو جدة مع واحد ممن يستحق النصف من الاناث ومن خمسة اذا اجتمع ثلثان وسدس كام أو جدة مع من يستحق الثلثين من الاناث أو أختين لاب وأخ لام أو نصف وسدسان كبنت وبنت ابن وأم أو جدة وأخت لام وأخت لاب أو ثلاث أخوات متفرقات أو أم وأخت لام وأخت لاب أو نصف وثلث كام وأخت لاب أو أخوين لام وأخت لابوين أو لاب ولا يتصور أن يجتمع في باب الرد أكثر من ثلاث طوائف فاذا جعلت المسئلة من سهامهم تحقق رد الفاضل عليهم بقدر سهامهم وهذان النوعان اللذان ذكرناهما أحدهما أن يكونوا جنسا واحدا والاخر أكثر من ذلك فيما اذا لم يختلط بهم من لا يرد عليه وبقي النوعان الآخران وهما اذا اختلط بكل واحد من النوعين من لا يرد عليه قال رحمه الله (ولو مع الاول من لا يرد عليه أعط فرضه من أقل مخارجه ثم اقسم الباقي على من يرد عليه كزوج وثلاث بنات) أي لو كان مع الاول وهو ما اذا كانوا جنسا واحدا من لا يرد عليه وهو أحد الزوجين أعط فرض من لا يرد عليه من أقل مخارج فرضه ثم اقسم الباقي على رؤس من يرد عليه ان استقام الباقي عليهم كزوج وثلاث بنات للزوج الربع فأعطه من أقل مخارج الربع وهو أربعة فاذا أخذ ربعه وهو سهم بقي ثلاثة أسهم فاستقام على رؤس البنات والله أعلم قال رحمه الله (وان لم يستقم فان وافق رؤسهم كزوج وست بنات فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه والا فاضرب كل رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وخمس بنات) أي وان لم ينقسم الباقي بعد فرض من لا يرد عليه على عدد رؤس من يرد عليه ينظر فان كان بين الباقي من فرض من لا يرد عليه وبين رؤسهم موافقة فاضرب وفق رؤسهم في مخرج فرض من لا يرد عليه كزوج وست بنات فان بينهما موافقة بالثلث فرد رؤسهن الى ثلثه اثنين ثم اضربه في أربعة وان لم يوافق الباقي رؤسهم كزوج وخمس بنات فانه لا موافقة بين الخمسة والثلاثة فاضرب جميع رؤسهن وهو الخمسة في الاربعة فالمبلغ في الوجهين تصحيح المسئلة فتصح في الاول من ثمانية وفي الوجه الثاني من عشرين لانك في الاول ضربت اثنين في أربعة وفي الثاني خمسة في أربعة فيأخذ الزوج في الاول سهما يبقى ستة فلكل واحد من البنات سهم ويأخذ في الثاني خمسة فيقسم الباقي على خمسة يصيب كل واحدة منهن ثلاثة أسهم قال رحمه الله (ولو مع الثاني من لا يرد عليه) المراد بالثاني أن تكون طائفتان أو أكثر أي لو كان مع الطائفتين أو أكثر من لا يرد عليه (فاقسم ما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه على مسئلة من يرد عليه) وهو سهامهم على ما بينا (كزوجة وأربع جدات وست أخوات لام) للزوجة الربع فأعطها من أقل مخارجه وهو واحد من أربعة تبقى ثلاثة تنقسم على ثلاثة لان سهامهن ثلاثة قال رحمه الله (وان لم يستقم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه كأربع زوجات وتسع بنات وست جدات) أي وان لم ينقسم الباقي من فرض من لا يرد عليه على سهام من يرد عليه أي على مسئلتهم فاضرب سهام من يرد عليه في مخرج فرض من لا يرد عليه فما بلغ يخرج منه حق كل واحد من غير كسر وهذا الضرب لبيان مخرج فروض الفريقين من أقل عدد يمكن لا للتصحيح فسهام من يرد عليه فيما مثل به خمسة أربعة للبنات وواحدة للجدات وما بقي من فرض من لا يرد عليه سبعة وهو لا ينقسم على خمسة فاضرب الخمسة في الثمانية تبلغ أربعين فمنه يخرج سهام كل واحد صحيحا فللزوجات الثمن خمسة والباقي لمن يرد عليه والله أعلم قال رحمه الله (ثم اضرب سهام من لا يرد عليه في مسئلة من يرد عليه وسهام من يرد عليه فيما بقي من مخرج فرض من لا يرد عليه) وهذا البيان طريق معرفة سهام كل فريق من هذا المبلغ فاذا أردت معرفة سهام الزوجات في المثال الذي ضربه فاضرب سهما في خمسة فهو نصيبهن واذا أردت معرفة نصيب البنات فاضرب سهامهن من خمسة وهو أربعة فيما بقي من فرض من لا يرد عليه وهو سبعة تبلغ ثمانية وعشرين فهو لهن وللجدات سهم مضروب في سبعة بسبعة وانما كان الضرب على ما ذكرنا لان

الخمسة

الخمسة لما ضربت فى الثمانيــة وجب أن يضرب سهام كل فريق من الثمانية فى الخمسة وسهم الزوجات واحد من الثمانية والباقى لمن يرد عليه وهو سبعة فيضرب فى الخمسة تبلغ خمسا وثلاثين فصارت السبعة مضروبة فى خمسة بالنسبة الى أصل مسئلة من يرد عليه لان كل من له شئ من الثمانية مضروب فى خمسة وكذا الخمسة مضروبة فى نصيب كل واحد من الثمانية لان كل عدد ضرب فى عدد يكون كل واحد منهما مضروبا ومضروبا فيــه ولهذا غــير العبارة بقوله وسهام من يرد عليه فيما بقى من مخرج فرض من لا يرد عليه لا لتغير العمل فاذا عرف فروض الفريقين عاد كر يحتاج الى معرفة التصحيح والهذا بينه قال رحمه الله (وان انكسر فصحح كامر) أى اذا انكسر على البعض أو على الكل فصحح المسئلة بالطريق المذكورة فى التصحيح لان السهام اذا لم تقسم على أربابها احتيج الى التصحيح وما ذكر فى هــذا الباب من الضرب لم يكن الا لتخرج سهام كل فريق ممن يرد عليه ومن لا يرد عليه من عدد واحد كما ذكر فى مخارج السهام لا لتصحيح المسئلة عليهم وقد ذكرنا طريق التصحيح وطريق معرفة سهام كل فريق وطريق معرفة سهام كل واحد من آحاد الفريق فلا نعيده والمثال الاول الذى ذكره المصنف رحمه الله وهو زوجة وأربع جدات وست أخوات لام تصح من ثمانية وأربعين والمثال الثانى وهو أربع زوجات وتسع بنات وست جــدات تصح من ألف وأربعمائة وأربعين قال رحمــه الله (وان مات البعض قبــل القسمة) أى اذا مات بعض الورثة قبــل قسمة التركة ويسمى هذا النوع من المسائل مناسخة مفاعلة من النسخ وهو الازالة يقال نسخت الشمس الظل اذا أزالته ومنه نسخت الكتاب واستعماله فيما اذا صار بعض الانصباء ميراثا قبل القسمة لما فيــه من نقل العمل والتصحيح الى الفريضة الثانية ,قال رحمــه الله (فصحح مسئلة الميت الاول وأعط سهام كل وارث ثم صحح مسئلة الميت الثانى وانظر بين ما فى يده من التصحيح الاول) وهو نصيبه من الميت الاول (وبين التصحيح الثانى ثلاثة أحوال) أى التوافق والتباين والاستقامة (فان استقام ما فى يده من التصحيح الاول على التصحيح الثانى فــلا ضرب وصحتا من تصحيح مســئلة الميت الاول) أى صحت الفريضتان فريضة الميت الاول والثانى مما صحت منه الاولى (وان لم يستقم فان كان بينهــما موافقة) أى بين ما فى يده وهو نصيبه من الاول وبين فريضته وهو التصحيح الثانى (فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة) أى بين ما فى يده وفريضته وهو التصحيح الثانى (فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين) أى ما بلغ من الضرب تصحيح الفريضتين فريضــة الميت الاول وفريضة الميت الثانى وانما كان النظر بين ما فى يد الميت الثانى وهو نصيبه من التصحيح الاول وبين فريضته فى ثلاثة أحوال من الاستقامة والموافقة والمباينة لان ما فى يده وهو نصيبه من الفريضة الاولى مقسوم على فريضته فصارت فريضــته نظير الرؤس المقسوم عليهم ونصيبه من الاول نظير نصيبه من أصل المسئلة فكما ينظر بين السهام والرؤس فى الاحوال الثلاثة فى تصحيح الفريضة فكذا بينهما حتى اذا انقسم ما فى يده على فريضته لا حاجة الى الضرب كما اذا انقسم نصيب الفريق من أصل المسئلة على رؤسهم وان لم ينقسم فان وافق يضرب وفق فريضته وان لم يوافق يضرب كل الفريضة الثانية فى الفريضــة الاولى كما فى الرؤس كذلك فاذا عرف ذلك يحتاج الى بيان طريق معرفة نصيب كل واحــد من ورثة الاول والثانى بالطريق المذكور فى التصحيح وقد بينه فى المختصر قال رحمه الله (واضرب سهام ورثة الميت الاول فى التصحيح الثــانى أو فى وفقه وسهام ورثة الميت الثانى فى نصيب الميت الثانى أو فى وفقه) أى فى نصيبه من الفريضة الاولى وان كان فيهم من يرث من الميتين ضربت نصيبه من الاول فى الفريضة الثانية أو فى وفقها ونصيبه من الثــانى فيما فى يد الميت الثانى أو فى وفقه وانما ضرب سهام كل وارث من الميت الاول فى الفريضــة الثانية أو فى وفقها لان الثانيــة أو وفقها مضروب فى الاولى فنصيب كل واحــد يكون مضروبا ومضروبا فيه فلذلك وجب ضربه فيه وكان ينبغى أن يضرب نصيب الميت الثانى وهو الذى فى يده فى الثانية أو فى وفقها

(قوله وقد بينه فى المختصر) كتب الشيخ الشلبى رحمه الله بعد هــذا ملحق ما نصه قال رحمه الله وان لم يستقم فان كان بينهما موافقــة فاضرب وفق التصحيح الثانى فى كل التصحيح الاول وان كان بينهما مباينة فاضرب كل التصحيح الثانى فى التصحيح الاول فالمبلغ مخرج المسئلتين هذا الملحق ثابت فى نسخة شيخنا وقد كتب مقابله على الهامش ما نصه لم أجد هذين السطرين فى كثير من نسخ الشرح وانما الموجود فيها قال واضرب سهام ورثة الميت الاول الى آخر المقالة اهـ وكتب على متن الملحق ما نصه وقد تقدم شرح هذا فى المقالة قبله آنفا فاستغنى عن اعادته هنا اهـ

لانه من جملة ورثة الميت الاول الا أن نصيبه لما صار ميراثا كان مستحقا لورثته فكان مقسوما بينهم فاستغنى عن ذلك بضرب نصيب كل واحد من ورثته فيما في يده أو في وفق ما في يده وهو نظير ما ذكر في الرد أن سهام من لا يرد عليه تضرب في سهام من يرد عليه وسهام من يرد عليه تضرب فيما بقي من فرض من لا يرد عليه ولو مات ثالث قبل القسمة فاجعل المبلغ الثاني مقام الاولى والثالث مقام الثانية في العمل ولو مات رابع فاجعل المبلغ الثالث مقام الاولى والرابع مقام الثانية وهكذا كلما مات واحد قبل القسمة تقيمه مقام الثانية والمبلغ الذي قبله مقام الاولى الى ما لا يتناهى هذا اذا مات الثاني وخلف ورثة غير من كان معه في ميراث الميت الاول أو كانوا هم بعينهم ولكن جهة ارثهم من الميتين مختلفة وان كانوا هم بعينهم ولم يخلف غيرهم من الورثة وجهة ارثهم من الميتين متحدة ألغيت جميع من مات قبل القسمة وصححت فريضة الميت الاخير فكأنه لم يمت الا هو ولم يكن وارثا غير ورثته وهذا النوع يسمى التناسخ الناقص كما اذا مات شخص وخلف خمسة بنين وخمس بنات ثم مات واحد منهم قبل القسمة فخلف هؤلاء الذين كانوا معه في الميراث الاول ولم يخلف غيرهم قسم بينهم للذكر مثل حظ الانثيين ولا يحتاج الى تصحيح فريضة الميت الاول وكذا كل من مات منهم واحد ولم يخلف غيرهم من الورثة يقسم على رؤسهم لا غير ۞ ثم اعلم أن هذا الباب يحتاج فيه الطالب الى التأمل وكثرة التصوير وضبط الحاصل لكل ميت فانه قد يكون ما يحصل له من بعض الموتى مستقيما على مسئلته ومن بعضهم غير مستقيم وقد لا ينقسم كل واحد على الانفراد وينقسم المجموع وينبغي أن ينظر ذلك عند انتهاء تصحيح فريضة كل ميت ثم ينظر بعد انتهاء الجميع وجمع نصيب كل وارث هل بين التصحيح وبين الحاصل لكل وارث موافقة بجزء كالنصف والربع وغير ذلك فان وجدت بينهما موافقة بجزء رددت التصحيح الى جزء الوفق وكذلك الحاصل لكل وارث طلبا للاختصار فان وافق بالنصف مثلا رددت المسئلة الى نصفها ورددت نصيب كل وارث الى نصفه فتعطيه له ومثل هذا لا يتفق الا في المناسخة ثم الفرضيون رحمهم الله كثروا الامثلة في المناسخات ونحن نذكر بعض الامثلة ليكون للطالب دربة ويسهل عليه تصحيح ما يحدث من الواقعات فنقول اذا ماتت امرأة وتركت زوجا وبنتا وأما فمات الزوج قبل القسمة عن امرأة وأبوين ثم ماتت البنت عن ابنين وبنت وجدة ثم ماتت الجدة عن زوج وأخوين فالمسئلة الاولى وهي مسئلة المرأة ردية تصح من ستة عشر فللزوج أربعة وللبنت تسعة وللام ثلاثة والمسئلة الثانية وهي مسئلة الزوج تصح من أربعة فيستقيم ما في يده عليها فلا حاجة الى الضرب والمسئلة الثالثة مسئلة البنت تصح من ستة ونصيبها من الاولى تسعة لا تنقسم على مسئلتها وتوافق بالثلث فاضرب ثلث مسئلتها وهو اثنان في ستة عشر تبلغ اثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان فمن كان له من ستة عشر شيء فمضروب في اثنين ومن كان له من ستة شيء فمضروب في وفق ما في يدها وهو ثلاثة والمسئلة الرابعة مسئلة الجدة تصح من أربعة وسهامها تسعة من اثنين وثلاثين اجتمع لها من بنتها ستة ومن بنت بنتها ثلاثة وتسعة لا تنقسم على أربعة ولا توافق فاضرب أربعة في اثنين وثلاثين تبلغ مائة وثمانية وعشرين فمنها تصح المسائل كلها فمن كان له شيء من اثنين وثلاثين مضروب في أربعة ومن كان له شيء من أربعة فمضروب فيما في يدها وهو تسعة ولو ترك زوجة وابنا وبنتا وأما ثم مات الابن قبل القسمة وخلف ابنتين وزوجة وجدا وجدة ثم ماتت الجدة عن بنتي ابن ابن وهما البنتان في الثانية وزوجا وهو الجد في الثانية وأخا لاب فالمسئلة الاولى تصح من اثنين وسبعين للام اثنا عشر وللزوجة تسعة وللبنت سبعة عشر وللابن أربعة وثلاثون والمسئلة الثانية وهي مسئلة الابن تصح من سبعة وعشرين للبنتين ستة عشر وللزوجة ثلاثة ولكل واحد من الجد والجدة أربعة وفي يده أربعة وثلاثون لا تنقسم على فريضته ولا توافق فاضرب فريضة الثاني وهي سبعة وعشرون في الاولى وهي اثنان وسبعون

(قوله فضروب في وفق ما في يدها وهو ثلاثة) فلام الميت الاول من ١٦ ثلاثة تضرب بها في ٢ يبلغ ستة فهي لها ولامرأة الميت الثاني سهم تضرب به في ٢ يكون سهمين فهما لها ولاب الميت الثاني سهمان تضرب بهما في ٢ تبلغ أربعة فهي له ولام الميت الثاني سهم تضرب به في ٢ يكون سهمين فهما لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث من الستة سهمان تضرب بهما في ٣ تبلغ ٦ فهي له ولبنت الميت الثالث سهم تضرب به في ٣ يكون ٣ فهي لها ولجدة الميت الثالث وهي أم الميت الاول سهم تضرب به في ٣ يكون ٣ فهي لها وقد كان لها ٦ فاجتمع لها تسعة فيصير لامرأة الميت الثاني سهمان ولاب الميت الثاني ٤ ولام الميت الثاني سهمان ولكل واحد من ابني الميت الثالث ٦ ولبنت الميت الثالث ٣ ولجدة الميت الثالث ٩ والله أعلم اه

(قوله فضروب فيما في يدها وهو تسعة) فلامرأة الميت الثاني من الاثنين والثلاثين سهمان تضربهما في الاربعة تبلغ ٨ فهي لها ولابي الميت الثاني ٤ تضربها في الاربعة تبلغ ١٦ فهي له ولام الميت الثاني سهمان تضربهما في الاربعة تبلغ ٨ فهي لها ولكل واحد من ابني الميت الثالث ستة تضربها في ٤ تبلغ ٢٤ فهي له ولبنت الميت الثالث ثلاثة تضربها في الاربعة تبلغ ١٢ فهي لها ولزوج الميت الرابع من الاربعة سهمان تضربهما في التسعة تبلغ ١٨ فهي له ولكل واحد من أخوي الميت الرابع سهم تضرب به في التسعة يكون ٩ فهي له اه

وسبعون تبلغ ألفا وتسعمائة وأربعة وأربعين فللبنت سبعة عشر من الاولى مضروبة في جميع الثانية وهي سبعة وعشرون تبلغ أربعمائة وتسعة وخمسين وللام من الاولى اثنا عشر مضروبة في سبعة وعشرين تبلغ ثلثمائة وأربعة وعشرين ولزوجة الاول تسعة مضروبة في سبعة وعشرين تبلغ مائتين وثلاثا وأربعين وللبنتين في الثانية ستة عشر مضروبة فيما في يد الميت الثاني وهو أربعة وثلاثون تبلغ خمسمائة وأربعة وأربعين وللزوجة ثلاثة مضروبة في أربعة وثلاثين وهو ما في يد الميت الثاني تبلغ مائة واثنين ولكل واحد من الجد والجدة أربعة مضروبة في أربعة وثلاثين تبلغ مائة وستة وثلاثين والمسئلة الثالثة وهي مسئلة الجدة تصح من اثني عشر وفي يدها مائة وستة وثلاثون وهي لا تنقسم على فريضتها وتوافقه بالربع فاضرب ربع فريضتها وهو ثلاثة في الاولى وهو ألف وتسعمائة وأربعة وأربعون تبلغ خمسة آلاف وثمانمائة واثنين وثلاثين فمنها تصح الفريضتان ثم من له شئ من الاولى يضرب في وفق الثانية وهي ثلاثة ومن له شئ من الثانية يضرب في وفق ما في يدها وهو أربعة وثلاثون لبنت الاول من الاولى أربعمائة وتسعة وخمسون مضروبة في ثلاثة تبلغ ألفا وثلثمائة وسبعا وسبعين ولام الاول من الاولى ثلثمائة وأربعة وعشرون مضروبة في ثلاثة تبلغ تسعمائة واثنين وسبعين ولزوجة الاول من الاولى مائتان وثلاثة وأربعون في ثلاثة تبلغ سبعمائة وتسعة وعشرين ولبنتي الثاني من الاولى خمسمائة وأربعة وأربعون مضروبة في ثلاثة تبلغ ألفا وستمائة واثنين وثلاثين لكل واحدة ثمانمائة وستة عشر ولزوجة الثاني من الاولى مائة واثنان مضروبة في ثلاثة تبلغ ثلثمائة وستة وللجد من الاولى مائة وستة وثلاثون مضروبة في ثلاثة تبلغ أربعمائة وثمانية ولبنتي ابن ابن الجدة من فريضة الجدة وهي الاخيرة ثمانية مضروبة في وفق ما في يد الجدة وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائتين واثنين وسبعين ولزوج الجدة من فريضتها ثلاثة مضروبة في وفق ما في يدها وهو أربعة وثلاثون تبلغ مائة واثنين وهو الذي كان في الثانية جدا ولاخي الجدة سهم من فريضتها مضروب في وفق ما في يدها تبلغ أربعة وثلاثين والله أعلم قال رحمه الله (ويعرف حظ كل فريق من التصحيح بضرب ما لكل من أصل المسئلة فيما ضربته في أصل المسئلة) أي يعرف نصيب كل فريق من التصحيح بضرب نصيب كل فريق من أصل المسئلة في مبلغ الرؤس وهو المضروب في الفريضة فما بلغ فهو نصيب ذلك الفريق وقد بيناه من قبل في موضعه قال رحمه الله (وحظ كل فرد بنسبة سهام كل فريق من أصل المسئلة الى عدد رؤسهم مفردا ثم يعطى بمثل تلك النسبة من المضروب لكل فرد) أي يعرف نصيب كل فرد من أفراد الفريق بأن تنسب سهام جميع الفريق من أصل المسئلة الى عدد رؤس ذلك الفريق فما وجد نسبته أعطى لكل واحد من آحاد ذلك الفريق بمثل تلك النسبة من المضروب فيخرج نصيب كل واحد منهم ومعنى قوله مفردا أن ينسب الى فريق واحد من غير ضم فريق آخر عند النسبة وهذه المسئلة والتي قبلها موضعهما باب التصحيح وقد ذكرناهما هنالك وطرفا آخر فلا نعيدها قال رحمه الله (وان أردت قسمة التركة بين الورثة أو الغرماء فاضرب سهام كل وارث من التصحيح في كل التركة ثم اقسم المبلغ على التصحيح) وكذا الدين بأن تضرب دين كل غريم في التركة وتقسم الخارج على مجموع الدين وهذا اذا لم يكن بين التركة والتصحيح ولا بين التركة ومجموع الدين موافقة وان كان بينهما موافقة فاضرب سهام كل واحد من الورثة ودين كل غريم في وفق التركة فما بلغ فاقسمه على وفق التصحيح أو على وفق مجموع الدين فما خرج من القسمة فهو نصيب ذلك الوارث أو الدائن لانه يجعل دين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح وهذا مبني على قاعدة ممهدة في الحساب وهي أنه متى اجتمع أربعة أعداد متناسبة وكان نسبة الاول الى الثاني كنسبة الثالث الى الرابع وعلم من تلك الاعداد ثلاثة وجهل واحد أمكن استخراج المجهول من المعلوم وفيما نحن فيه اجتمع أربعة أعداد متناسبة أولها سهام كل وارث من

التصحيح وثانيها التصحيح وثالثها الحاصل لكل وارث من التركة ورابعها جميع التركة لان نسبة السهام الى التصحيح كنسبة الحاصل من التركة الى جميع التركة والثالث مجهول والباقى معلوم فاذا ضربت الطرف فى الطرف كان كضرب الثانى فى الثالث فكذلك اذا قسمت المبلغ على الثانى يخرج الثالث ضرورة أن كل مقدار تركب من ضرب عدد فى عدد اذا قسم على أحد العددين خرج الآخر كخمسة عشر مثلا لما تركبت من ضرب ثلاثة فى خمسة اذا قسمتها على ثلاثة خرج خمسة واذا قسمتها على خمسة خرج ثلاثة وهذه القاعدة هى الاصل فى معرفة نصيب كل واحد من آحاد الفريق فانه اجتمع هنالك أيضا أربعة أعداد متناسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة وعدد الفريق والحاصل لكل واحد من آحاد الفريق من التصحيح ومبلغ الرؤس فنسبة نصيب الفريق من أصل المسئلة الى عددهم كنسبة الحاصل من التصحيح لكل واحد الى مبلغ الرؤس وهو المضروب فى أصل المسئلة والثالث مجهول والباقى معلوم ويستخرج المجهول فى مثل هذا بالطريق المذكورة فى التصحيح وكذا العمل فى قضاء الدين اذا كانت التركة لا تفى به فدين كل غريم بمنزلة سهام كل وارث ومجموع الدين بمنزلة التصحيح فبطلت الموافقة بين مجموع الدين وبين التركة ثم العمل فيه على ما بينا قال رحمه الله (ومن صالح من الورثة على شئ فاجعله كأن لم يكن واقسم مابقى على سهام من بقى) لان المصالح لما ترك بشئ أعطوه جعل مستوفيا نصيبه وخرج من البين فيبقى الباقى مقسوما على سهامهم وقوله فاجعله كأن لم يكن فيه نظر لانه قبض بدل نصيبه فكيف يمكن جعله كأن لم يكن بل يجعل كأنه استوفى نصيبه ولم يستوف الباقون أنصباءهم ألا ترى أن المرأة اذا ماتت وخلفت زوجا وأما وعما فصالح الزوج على ما فى ذمته من المهر يقسم الباقى من التركة بين الام والعم أثلاثا للام سهمان وسهم للعم ولو جعل الزوج كأن لم يكن لكان للام سهم لانه الثلث بعد خروج الزوج من البين وللعم سهمان لانه الباقى بعد الفرض ولكن تأخذ هى ثلث الكل وهو سهمان من ستة وللزوج النصف ثلاثة وقد استوفاه بأخذ بدله فبقى السدس وهو سهم للعم وكذا لو ماتت المرأة وخلفت ثلاث أخوات متفرقات وزوجا فصالحت الاخت لاب وأم وخرجت من البين كان الباقى بينهم أخماسا ثلاثة للزوج وسهم للاخت لاب وسهم للاخت لام على ما كان لهم من ثمانية لان أصلها من ستة وتعول الى ثمانية فاذا استوفت الاخت نصيبها وهو ثلاثة بقى خمسة ولو جعلت كأنها لم تكن لكانت من ستة وبقى سهم للعصبة ۞ والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب وصلى الله على سيدنا محمد النبى الأمى وعلى آله وصحبه وسلم تسليما كثيرا دائما أبدا الى يوم الدين ورضى الله تعالى عن أصحاب رسول الله أجمعين وعن التابعين وتابع التابعين لهم باحسان الى يوم الدين

(قوله وبقى سهم للعصبة) كذا هو بخط الشارح وفيه نظر وكتب ما نصه صح وتعول بسهم الى سبعة كذا أصلح شيخنا قاضى القضاة الغزى رحمه الله فى نسخته بدل قوله وبقى سهم للعصبة اهـ والله أعلم

والحمد لله على التمام والكمال والشكر له على جميع الاحوال والصلاة والسلام على سيدنا محمد خاتم الانبياء والمرسلين وعلى آله وصحبه المكرمين ۞ وبعد فهذا آخر ما حرره الشيخ الامام العالم العلامة شيخ الشيوخ أحمد بن يونس الشهير بالشلبى على طراز نسخته من شرح الكنز للامام الهمام الشيخ عثمان الشهير بالزيلعى فجردتها وأثبتها فى هذه الاوراق رومًا لنفعها وتعميما لفائدتها على المستفيدين قاصدا بذلك وجهه الكريم وذخرا ليوم لا ينفع مال ولا بنون الا من أتى الله بقلب سليم وحاولت نقل ما أفاده ولو تكررت الكتابة مشيرا لذلك بكتب ما نصه والحمد لله وحده والصلاة والسلام على من لا نبى بعده محمد وعلى آله وصحبه الخيرة وسلم تسليما كثيرا الى يوم يبعثون

۞ يقول خادم تصحيح العلوم بدار الطبع الزاهرة ببولاق مصر القاهرة الفقير الى الله محمد الحسينى أعانه الله على أداء واجبه الكفائى والعينى ۞

سبحانك يا من فقهت فى دينك المتين من اصطفيتهم من عبادك المخلصين حملتهم كتابك المبين وحفظتهم سنة نبيك سيد المرسلين فاستنبطوا منهما الاحكام وبينوا لعبادك الحلال والحرام (نحمدك) ونشكرك ونثنى عليك الخير كله ولا نكفرك ونصلى ونسلم على نبيك الاكرم ورسولك السيد السند الاعظم سيدنا محمد الذى أنزلت عليه كتابك المجيد ورفعته لديك الى المقام الحميد فهدى أمته بالشريعة الغراء والقول السديد وعلى آله وصحبه ومحبيه وحزبه (أما بعد) فلما كان محل الفقه من العلوم محل الروح من الجسد والنور من العين والقوة من الاسد اذ به تعرف أركان الاسلام والمعاملة بين الخلائق وفصل الاحكام اهتم به العلماء الراسخون فدونوه وضبطوا أصوله وفروعه وبينوه وممن أجرى طرفه فى هذا المجال فحاز قصب السبق فى هذا الشان بين الابطال الرامى المجيد

والناضل

والناضل الصنديد فقيه زمانه وعلامة آنه مولانا وسيدنا الشيخ عثمان الزيلعي رضي الله عنه وأرضاه ومن الرحيق المختوم سقاه فأرواه فانه رحمه الله ألف شرحه الشارح للصدور المزيل بهي زلاله غلة المصدور البحر الزاخر عدة الاوائل والاواخر يغترف منه الواردون فيملؤن أسقيتهم ويصدر عنه الناهلون وقد أفعموا أرويتهم المسمى ﴿تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق﴾ فتح به أبواب الكنز لطلاب نفائسه ونصب به المنصة لجلاء عرائسه ولما كان هذا الشرح الجليل بغية الطالبين وعمدة المحصلين انتهض لطبعه رغبة في عموم نفعه بدار الطبع البهية ببولاق مصر المعزية الجناب الامجد والملاذ الاسعد السيد عمر الخشاب التاجر في الكتب بالسكة الجديدة وبجوار الجامع الازهر بمصر حفظه الله فتم طبعه بحمد الله على أبهج مثال وأجمل حال ﴿ في ظل الحضرة الفخيمة الخديوية وعهد الطلعة الميمونة الداورية من بلغت به رعيته غاية الأماني أفندينا المعظم ﴿عباس باشا حلمي الثاني﴾ أدام الله أيامه ووالى على رعيته إنعامه ملحوظا هذا الطبع الجميل على هذا الشكل الجليل بنظر من عليه أخلاقه تثني حضرة وكيل المطبعة الاميرية محمد بك حسني في أواخر شهر ذي القعدة سنة خمس عشرة بعد ثلثمائة وألف من هجرة من خلقه الله على أكمل وصف صلى الله عليه وسلم وعلى آله وصحبه وشرف وكرم